تاريخ الإستلام: 2018/12/26 تاريخ القبول: 2019/05/30 تاريخ النشر: 2019/06/05

المبادئ فوق الدستورية بين الشرعية والمشروعية والديموقراطية

Supra-constitutional principles of legitimacy, legitimacy and legitimacy

الدكتورة سلوى فوزي الدغيلي
جامعة بنغازي – ليبيا

ملخص:

يعرف الفقه الدستوري نوعاً من القواعد يُطلق عليها المبادئ فوق الدستورية، أو المواد فوق الدستورية، أو المبادئ الدستورية العليا، أو القواعد المؤسِّسة للدستور، أو المواد الحاكمة للدستور...إلخ وهي وكما يُعرفها الفقه قواعد دستورية تُعطى، بوصفها قواعد تمس قضايا كبرى ومصيرية، وذات أبعاد استثنائية في الدولة، وتتعلق بحقوق ومصالح ومستقبل كل فئات الشعب دون استثناء، حصانةً استثنائية تجاه التغيير والتعديل، تفوق الحصانة التي تُعطى لغيرها من قواعد الدستور، بحيث يكون تعديلها أو تغييرها أو إيقافها، نتيجة تعديل الدستور أو تغييره أو تعطيله، أمرًا بالغ الصعوبة على السلطات الحاكمة. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد (ماهي القاعدة العليا؟)، هذا التساؤل والذي أثارت الإجابة عليه جدلاً كبيراً بين فقهاء ومفكري القانون الدستوري، وأرجعهم الى دراسة فلسفة القانون نفسها. اذ أدى هذا الجدل الى إحياء فكرة القانون الطبيعي العالمي وهل يمكن اعتباره أساس للقواعد العليا التي تأتي في قمة الهرم التشريعي في البلاد، هذا القانون النابع من الإرادة الإلهية أو من الطبيعة الإنسانية ذاتها ويُفرض بدوره حتى على كاتبِّي الوثائق الدستورية وما يأتي في درجتها من قواعد.

في الحقيقة هذا الجدل الذي يغوص بنا في فلسفة القانون ذاتها حول المبادئ فوق الدستورية تعريفها ونشأتها والذي ينقلنا بدوره الى تحديد قيمتها بين الشرعية والمشروعية في البلاد بالإضافة الى علاقته بالقيم الديموقراطية في مجتمع من المجتمعات هو سبب اختيارنا لهذا الموضوع للبحث فيه في هذ الورقة البحثية والتي نحاول فيها التعريف بالمبادئ فوق الدستورية والجدل القائم حولها ونماذج لها في الدساتير المقارنة، ثم نتعرض الى شرعية ومشروعية هذه المبادئ وعلاقتها بالقيَّم الديموقراطية في المجتمع.

الكلمات المفتاحية: المبادئ، فوق فالدستورية، الديموقراطية، الشرعية، المشروعية.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

Abstract

Constitutional jurisprudence defines a kind of rule called the supra-constitutional principles, supra-constitutional articles, the supreme constitutional principles, the constitutive rules of the constitution, the articles governing the constitution, etc. As defined by jurisprudence, constitutional rules are given as rules that deal with major and crucial issues, Exceptional rights in the State, and which relate to the rights, interests and future of all categories of the population without exception, exceptional immunity to change and amendment, exceeds the immunity given to other constitutional rules, so that modification, modification or suspension of the Constitution, Pric the ruling authorities

(what is the supreme rule?), This question, which raised a great controversy among the scholars and thinkers of constitutional law, and attributed them to study the philosophy of law itself. This debate led to the revival of the idea of universal natural law and whether it can be considered as the basis of the supreme rules that come at the top of the legislative pyramid in the country, this law stemming from the divine will or the nature of humanity itself and in turn imposes even on the authors of constitutional documents and the next level of rules.

In fact, this debate that delves into the philosophy of law itself on the principles of supra-constitutional definition and its origin, which in turn brings us to determine the value between legitimacy and legitimacy in the country as well as its relationship with democratic values in a society is the reason why we chose this subject to research in this paper, In which the definition of supra-constitutional principles and the controversy surrounding them and their models in comparative constitutions, and then we are exposed to the legitimacy and legitimacy of these principles and their relationship to democratic values in society.

Key words: Principles, above Valdistoria, democracy, legitimacy, legitimacy.

مقدمة:

تظهر لنا القواعد القانونية في الدولة بشكل (هرم)، سبق وأن وصفه الفقيه النمساوي كلسن بقوله (أن النظام القانوني في الدولة ليس في مرتبة واحدة، وإنما يأتي بشكل هرمي تتدرج فيه القواعد القانونية بحيث تحترم القاعدة الأدنى فيه القاعدة الأعلى درجة منها).

وفي قمة هذا الهرم نجد القاعدة الأم وهي القاعدة التي تحكم كل النصوص الأدنى منها درجة، هذا التدرج في القواعد في الحقيقة قد وضعنا أمام تساؤل هام جداً وهو (ماهي القاعدة العليا؟)، هذا التساؤل والذي أثارت الإجابة عليه جدلاً كبيراً بين فقهاء ومفكري القانون الدستوري، وأرجعهم الى دراسة فلسفة القانون نفسها. اذ أدى هذا

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

الجدل الى إحياء فكرة القانون الطبيعي العالمي وهل يمكن اعتباره أساس للقواعد العليا التي تأتي في قمة الهرم التشريعي في البلاد، هذا القانون النابع من الإرادة الإلهية أو من الطبيعة الإنسانية ذاتها ويُفرض بدوره حتى على كاتبيّ الوثائق الدستورية وما يأتي في درجتها من قواعد.

إذ خرجنا من إطار القيود المنصوص عليها دستوريا إلى نطاق قيود غير منصوص عليها، ويعترف لها الفقه بقيمة تعلو أو تسمو على القيود الدستورية، فانه يمكن أن نفرق بين اتجاهين كبيرين، أحدهما يعتقد بوجود مبادئ قانونية أسمى من الدستور وتتمتع بقوة أعلى منه والآخر يدور حول مناقشة مدى وجود تدرج بين مختلف نصوص الوثيقة الدستورية ذاتها، ويطلق الفقه على الاتجاه الأول اصطلاح المبادئ الأسمى من الدستور بالمعنى الكامل أو الفني والثاني، المبادئ الأسمى من الدستور غير الكاملة أو المستترة.

هذا الجدل حول القواعد الأم في الدولة ودرجتها في الهرم التشريعي وهل تُعتبر هذه القواعد فوق دستورية وتهيمن حتى على المشرع الدستوري ذاته وتقيد إرادته عند وضع الوثيقة الدستورية، أم أن الدستور هو أعلى القواعد في البلاد ولا تعلو أي قاعدة أخرى عليه أياً كان مصدرها ومهما بلغت درجة تحصينها أمام المشرع العادي والدستوري؟ في الحقيقة هذا الجدل الذي يغوص بنا في فلسفة القانون ذاتها حول المبادئ فوق الدستورية تعريفها ونشأتها والذي ينقلنا بدوره الى تحديد قيمتها بين الشرعية والمشروعية في البلاد بالإضافة الى علاقته بالقيم الديموقراطية في مجتمع من المجتمعات هو سبب اختيارنا لهذا الموضوع للبحث فيه في هذ الورقة البحثية والتي نحاول فيها التعريف بالمبادئ فوق الدستورية والجدل القائم حولها ونماذج لها في الدساتير المقارنة، ثم نتعرض الى شرعية ومشروعية هذه المبادئ وعلاقتها بالقيَم الديموقراطية في المجتمع. مقسمين دراستنا هذه في ثلاثة مباحث رئيسية:

المبحث الأول: مفهوم المبادئ فوق الدستورية، خصائصها ونشأتها

المطلب الأول: تعريف المبادئ فوق الدستورية

المطلب الثاني: نشأة المبادئ فوق الدستورية وتطورها

المبحث الثاني : موقف الفقه الدستوري المقارن من المبادئ فوق الدستورية

المطلب الأول: تعديل الوثيقة الدستورية والقيود الواردة على ذلك

المطلب الثاني: القيمة القانونية للنصوص التي تحظر تعديل الوثيقة الدستورية

المبحث الثالث: مدى إمكانية رقابة القوانين على أساس مبادئ عليا غير مكتوبة

المطلب الأول: شرعية ومشروعية المبادئ فوق الدستورية بين الفقه والقضاء الدستوري

المطلب الثاني مقاربة الديموقراطية في الشأن الدستوري

خاتمة

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

المبحث الأول: مفهوم المبادئ فوق الدستورية، خصائصها ونشأتها

أن حداثة المصطلح من ناحية وما نتج عنها من شح المصادر والدراسات والمراجع التي تتناول هذا الموضوع وتفصّله، وكذلك سيطرة وطغيان الآيديولوجيات الحزبية والفكر السياسي على معظم من بحث في هذا الموضوع سواءً بأسلوب السلب أو الإيجاب تجاهها ،كل تلك الأسباب جعلت وتجعل البحث في مسألة المبادئ فوق الدستورية أمراً بالغ الصعوبة، وقد تعود مبرّرات صعوبة الخوض الدقيق في هذا الجانب أيضاً إلى خلط الدول في تجاربها السياسية بين ما هو دستوري من المواد وبين ما هو فوق دستوري ،فبعض الدول والفقهاء والمعنيّون لا يعترفون بشيءٍ اسمه فوق دستوري كما سنفصّل تباعاً وبعضهم على العكس من ذلك يرون ضرورة إيلاء بعض المسائل طابعاً مميّزاً يصل مرتبة ما فوق مواد الدستور، وهؤلاء ذاتهم قد يختلفون كثيراً في اعتبار مسألةٍ ما دستورية أو فوق دستورية في واقع دولةٍ ما، أيّ ما من معيارٍ دقيقٍ للفصل بين المواد الدستورية والمواد فوق الدستورية ،وما يكون فوق دستوري في بلدٍ ما قد يكون دستورياً في بلدٍ آخر حتى ولو كانت تعتمد المبادئ فوق الدستورية ،والعكس صحيح، بالعودة إلى مسألة الشرعية والمشروعية بالنسبة للمبادئ فوق الدستورية.

المطلب الأول: تعريف المبادئ فوق الدستورية

اختلف فقهاء الدستور حول القواعد التي يجب الاستناد إليها في إعداد الدساتير، وتحديد مصادر التشريع فيها، ومن ثم مصادر شرعيتها والقيود الواردة على تعديلها، وإن كان الفقه الدستوري كاد يستقر على أن الدستور هو التعبير السياسي والقانوني عن العقد الاجتماعي بما يتضمنه من مبادئ وقيم اجتماعية وثقافية وعقائدية واقتصادية تختلف من مجتمع إلى آخر في التفاصيل، لكنها محكومة بمنظومة قيم إنسانية، تكاد تكون عامة، تتعلق بحقوق الإنسان الأساسية في المساواة والعدالة وتكافؤ الفرص وعدم التمييز بين أفراد المجموعة البشرية على أساس من اللون أو العرق أو الجنس أو الدين أو الحالة الاجتماعية والاقتصادية.

هذه القيم الإنسانية في الحقيقة التي يعتبرها جانب كبير من الفقه الدستوري هي اساس فلسفة المبادئ المرجعية أو المبادئ فوق الدستورية والتي تُعتبر مرجعية عامة عند وضع الوثيقة الدستورية أو عند مراجعتها، بل ذهب البعض الى إضفاء هالة من القدسية عليها بحيث يمثل أي خروج عنها أو تجاوزها مخالفة دستورية كبيرة.

ويُصادف الباحث في موضوع المبادئ فوق الدستورية عدد من المفاهيم والمصطلحات المرتبطة بهذا الموضوع ارتباطا وثيقاً وتُقارباً في المدلولات، الأمر الذي يقتضي معه تحديد بعض هذه المصطلحات الدستورية والتي لها علاقة مباشرة بموضوع البحث، والتي ثار جدل كبير في الفقه الألماني والفرنسي حول تحديد ماهيتها ومدلولها قبل حسم الجدل حول

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

مكانتها في الهرم التشريعي في البلاد. وقد أستقر الفقه الفرنسي على التمييز بين هذه المصطلحات وبيان مجال تطبيق كلً منها.

Le Constitutionnalisme

ويُعرف هذا المصطلح بـ (الدسترة) وبمدلول أوسع التمسك بالقواعد الدستورية، ويمكن القول أن أصل هذا المبدأ يعود الى فلاسفة الإغريق والذين ذهبوا الى ضرورة التمييز بين القوانين المؤسسة للدولة الإغريقية واعتبروها في درجة أعلى من التشريعات العادية والتي لا يمكن لها بدورها ان تخالفها أو تعدلها. ليعود المصطلح في الظهور بعد ذلك وبشكل أكثر وضوحاً في العصور الوسطى في الفقه الإنجليزي وذلك في 1649 في (اتفاق الشعب الإنجليزي الحر) وذلك بتقييد بعض صلاحيات الحكام باسم الحقوق الطبيعية والتاريخية للإنسان وفي الوثيقة الصادرة في 1653 في عهد كروميل والتي يعتبرها الفقيه الفرنسي بمثابة أول دستور مكتوب .

إلا أن التاريخ يؤكد لنا أن هذا المبدأ يُعتبر أحد أهم نتائج الثورات الكبرى في التاريخ الدستوري، اذ أصبح من الضروري والواجب سياسياً تثبيت القواعد الهامة وبشكل مكتوب وذلك لتحديد الحقوق والواجبات للحاكم والمحكوم, وبالتالي يمكن القول أن هذا المبدأ قد ارتبط ظهوره بظهور أول الدساتير المكتوبة بالشكل الاصطلاحي لمفهوم الدستور ونقصد هنا دستور شمال فرجينيا في 1777 ودستور الاستقلال الأمريكي في سبتمبر 1787، اذ بهذا المفهوم والمعنى أعلنت الوثائق الدستورية المبادئ الأساسية للعقد الاجتماعي بين الحكام والمحكومين والمرور من حالة الطبيعة الى الدولة المدنية والتي تعتبر الوثيقة الدستورية هي الضامن للحكام والمحكومين حقوقهم الأساسية والمبادئ العامة التي تقوم عليها الدولة كعلوية الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات واحترام حقوق الإنسان.[1] وفي فرنسا في مرحلة مُقاربة وذلك في 1789 وذلك في مقدمة إعلان حقوق الإنسان والمواطن.[2]

ولقد ظهر هذا المصطلح في الفقه الألماني في منتصف القرن التاسع عشر على يد عدد من الفقهاء أمثال فون موهل وفون جنستيت،[3] وقد تم استخدامه في الفقه الألماني للتعبير عن الالتزامات السياسية للدولة ذاتها. لاقت هذه الفكرة انتشار كبير لها بعد الحرب العالمية الثانية مع ما صاحبها من أفكار مرتبطة بحقوق الإنسان والرقابة على دستورية القوانين وظهور فكرة المحاكم الدستورية الخاصة وانتشارها كضامن للدستورية داخل البلاد.

ويتفق الفقه الدستوري على أن مبدأ سمو الدستور يعتبر أهم نتائج مبدأ وحركة الدسترة، بمعنى الوثيقة الدستورية المكتوبة والدائمة والمحصنة والت تعلو على ما عداها من قواعد أخرى داخل البلاد.

[1] Dominique Turpin,(Droit Constitutionnel), 2007,PUF, page 106
[2] Guillaum Drago, (Contentieux Constitutionnel Francais) , 4 edition 2016, PUF, page 3
[3] Von Mohl , Von Gneistet Stahl.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

L'Etat de légal et l'Etat de droit

ونعني بذلك دولة القانون وسيادة الدولة، ويتفق الفقه الدستوري على أن هذا المصطلح يتطلب بناء شكلي أو تدرج شكلي للقواعد، إطار يحدد شكل معياري للدستور الشكلي، ويتضمن في ذات الوقت تحديد لاختصاصات السلطات الثلاث في الدولة مع إيكال ضمان احترام وعدم مخالفة هذه القواعد للضوابط الدستورية للقضاء. ولا يخفى علينا ارتباط هذه المفاهيم ببعضها البعض، فمبدأ الدسترة أو التمسك بالقواعد الدستورية يرتبط بشكل وثيق مع مبدأ دولة القانون، فالأول يُؤسس على مبدأ سمو الدستور واحترام الحقوق الأساسية، والثاني يؤسس على صياغة القانون من ناحية ومن ناحية أخرى على فرض الرقابة على وضع هذا القانون موضع التنفيذ. [1]

La Bloc de la Constitutionnalité

أي (الكتلة الدستورية)، وأُستعمل المصطلح لأول مرة في العام 1992 من قبل الفقيه الفرنسي لوي فافورو وذلك للدلالة على (مجموعة المبادئ والقواعد ذات الطبيعة الدستورية والتي تُفرض على السلطة التشريعية والتنفيذية بشكل عام وعلى كل المؤسسات الإدارية والقضائية العامة والخاصة).[2]

إلا أن هذا المصطلح بدوره قد أثار جدلاً في الفقه الفرنسي حول محتوى الكتلة الدستورية ذاتها، وظهر في ذلك اتجاهين، ذهب الأول الى توسيع مدلول المصطلح لُيدخل في مضمونه وبالإضافة للقواعد الدستورية، حتى القواعد ذات القيمة الأقل من الدستورية مثل القوانين العضوية في فرنسا أو ما يُعرف بالقوانين الأساسية وقد تزعم هذا الاتجاه كل من الفقيه الفرنسي غيوم دراغو وفرنسوا هامون والفقيه ميشال تروبيه،[3] بينما ذهب اتجاه أخر في الفقه الى تضييق نطاق هذا المصطلح ليحصره فقط في القواعد ذات الطبيعة الدستورية ممثلة في دستور البلاد وإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 1789، والمبادئ الأساسية المعترف بها بقوانين الجمهورية وديباجة دستور 1964. وقد تزعم هذا الاتجاه الفقيه دي. روسو وانظم له في وقت لاحق الفقيه لوي فافرو ذاته بعد أن عدل عن رأيه السابق.[4]

تدور الأفكار الفقهية هنا بين نوعين من التدرج بين مكونات الكتلة الدستورية فالبعض يؤمن من جانب بوجود تدرج بين النصوص المكونة لهذه الكتلة، بينما يؤمن البعض الآخر بوجود تدرج لا بين نصوص هذه الكتلة، بل بين مختلف القواعد الدستورية المكونة لها، وكلا الرأيين يؤمن بالتالي بوجود قيود على سلطة تعديل الدستور غير تلك المنصوص عليها فيه:

[1] Louis Favoreu, page 93
[2] Dictionnaire Constitutionnel 1992.
[3] G. Drago , F. Hamon , M. Troper
[4] Olivier Gohin, page 61

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

فقد ذهب اتجاه للمناداة بالتدرج بين نصوص الكتلة الدستورية استنادا إلى اعتبارات تاريخية يمكن تعريف الكتلة الدستورية بأنها ذلك الإطار الذي يضم كل القواعد ذات القيمة الدستورية والمتضمنة في الدستور بالمعنى الدقيق أو غير متضمنة فيه واستمدت قيمتها الدستورية منه، وليس المقصود بالتدرج هنا التدرج بين القواعد الدستورية الواردة في الوثيقة الدستورية، ولكن نقصد به التدرج بين مختلف النصوص الدستورية المكونة للدستور في الدولة، ولا يثور هذا الفرض إلا حيث تتعدد الوثائق المكونة للدستور، بينما ذهب الاتجاه الثاني الى القول بأن هذا التمييز إنما ينتج عن التمييز بين المعيار الشكلي والموضوعي في تعريف القاعدة الدستورية وارتباط ذلك بموضوع الرقابة على دستورية القوانين نجد أن المجلس الدستوري في فرنسا يمارس رقابته الدستورية على مشروعات القوانين بالرجوع الى النوعين من القواعد –بالمعيار الشكلي والموضوعي– ودون تفرقة بين الاثنان.[1]

اذ تجاوز المجلس الدستوري في فرنسا عن مصطلح الكتلة الدستورية المشار إليه سابقاً ليستعمل ولأول مرة مصطلح (قواعد المرجعية) ويقصد بذلك القواعد التي يمارس المجلس الدستوري وضيفته في الرقابة على مشروعات القوانين بالاستناد إليها،[2] والتي تشمل بدورها نوعين من القواعد، القواعد ذات الطبيعة الدستورية والتي تحتل ذات الدرجة التي يحتلها دستور البلاد، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى قواعد أدنى درجة ويصفها الفقه الفرنسي بالقواعد ذات القيمة أعلى من التشريعية وأقل من الدستورية، ويكاد يتفق الفقه الفرنسي على أن الكتلة الدستورية وكما استقر قضاء المجلس الدستوري تتمثل في (الدستور، ومقدمته، المبادئ ذات القيمة الدستورية ويدخل أيضاً فيها القوانين العضوية).[3]

يعرف الفقه الدستوري نوعاً من القواعد يُطلق عليها المبادئ فوق الدستورية، أو المواد فوق الدستورية، أو المبادئ الدستورية العليا، أو القواعد المؤسِّسة للدستور، أو المواد الحاكمة للدستور...إلخ وهي وكما يُعرفها الفقه قواعد دستورية تُعطى، بوصفها قواعد تمس قضايا كبرى ومصيرية، وذات أبعاد استثنائية في الدولة، وتتعلق بحقوق ومصالح ومستقبل كل فئات الشعب دون استثناء، حصانةً استثنائية تجاه التغيير والتعديل، تفوق الحصانة التي تُعطى لغيرها من قواعد الدستور، بحيث يكون تعديلها أو تغييرها أو إيقافها، نتيجة تعديل الدستور أو تغييره أو تعطيله، أمرًا بالغ الصعوبة على السلطات الحاكمة.

[1] Guillaum Drago, OP, page 300

[2] Bernard Chantebout, Droit Constitutionnel, 32 editon 2015, LMD, page 579

[3] La Constitution, son Preambule, Les Principes et Objectifs de valeur constitutionnelle ainsi que les lois organiques entrent dans cette categorie) voir, Valerie Goesel-Le Bihan,(*Contentieux Constitutionnl*), 2010,ellipses, page 103

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

ولا يُشترط في المبادئ فوق الدستورية أن تكون قواعد موجودة في صلب الدستور، بل قد تكون وثائق مستقلة عنه، كإعلانات الحقوق (نتناولها بالتفصيل لاحقًا)، يتم إلحاقها به، ومنحها الحصانة اللازمة كمبدأ أعلى، وما يمنح المبادئ فوق الدستورية صفتها تلك، هو مستوى الحصانة التي تُعطى لها في الدستور، وهذه هي النقطة الجوهرية في الموضوع والتي سنتناولها فيما بعد.

المطلب الثاني: نشأة المبادئ فوق الدستورية وتطوّرها

يرى البعض الآخر أنّ ظهور تلك المبادئ ترافق مع أول ظهور ونشأة للدساتير ذاتها، تلك الأخيرة التي هي بحدّ ذاتها موضع خلافٍ واختلافٍ في الآراء حول تاريخ نشأتها، فمنهم مثلاً من يعتبر الوثيقة التي أصدرها الرسول الكريم بشأن تنظيم الحياة في المدينة المنوّرة بعد الهجرة أوّل دستور. وآخرون يرون كما أسلفنا في وثائق العهد العظيم أولى الدساتير .

بينما ذهب اتجاه أخر في الفقه الى أن التناول الأول لمصطلح الدستور بالمفهوم السياسي كان من قِبل فلاسفة اليونان وأبرزهم أرسطو، إلا أنّ استخدام الدستور كمفهوم ومصطلحٍ حديث ارتبط بالنهضة الديمقراطية وتطور نظريات العقد الاجتماعي في أوربا، ويرى الفقيه الفرنسي دوجي أن هناك مبادئ عليا غير مكتوبة تمثل قانوناً أعلى يسبق وجود الدولة، وأن هذه المبادئ تتطور وينشأ مع التطور مبادئ عليا جديدة، وأن كل التشريعات وعلى رأسها الدستور الجامد المكتوب ترتد الى هذه المبادئ العليا غير المكتوبة. ومن ثم يقع باطلاً لو خالف أحد المبادئ العليا لهذا القانون غير المكتوب، حتى ولو لم يتعارض مع أحد نصوص الدستور المكتوب.[1]

وبالتالي في هذا الصدد يمكن أن نميز بين نوعين من المبادئ فوق الدستورية:

أولها : المبادئ ذات البعد العالمي

لا يمكن أن ننكر أن المبادئ فوق الدستورية أخذت طابع الخصوصية والأهمية والوضوح الأكثر وفق المفهوم الغالب والحديث لها ،بدءاً من ميثاق إعلان الاستقلال الأمريكي في الرابع من يوليو تموز (1776) والذي نصّ على جملةٍ من تلك المبادئ والتي وإن كانت تعتبر من حيث المبدأ حقوقاً بديهيةً وطبيعيّة كالحقّ في الحياة والحرية والسعي وراء السعادة .إلا أنها أرست لأسسٍ وقواعد راسخة في بناء الديمقراطية ومفهومها الحقيقي.

تبع ذلك الإعلان الأمريكي ،ميثاق حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي عام 1789 إبان الثورة الفرنسيّة .حيث ورد في الميثاق تأكيدٌ كبيرٌ لمفهوم المبادئ فوق الدستورية عبر التعهّد والتأكيد من خلال بنود الميثاق بالحفاظ على

[1] د. محمد رفعت عبدالوهاب، رقابة دستورية القوانين "المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية"، دار الجامعة الجديدة، ص 174

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

حقوق الإنسان مهما تغيّرت النظم وهذا ما ورد في صريح المادة الثانية منه (إن هدف كل تجمّع سياسي هو الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية ،غير القابلة للتقادم، وهذه الحقوق هي حرية الملكية، الأمن، مقاومة الطغيان).

تلا ذلك صدور وثيقة الحقوق الأمريكية عام 1791 بتعديلاته العشرة لتتضمّن هي الأخرى العديد من المبادئ كالمساواة بين الناس وحق الحياة والحرية، وبذات الاتجاه والتأكيد كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948.

يمكننا استخلاص خصائص هذه الفئة من القواعد على النحو التالي

عالمية: بوصفها تهم كل الشعوب والحكومات

مستقرة: بكونها تتعلق بحقوق ثابتة، لا يمكن التراجع عنها

مرتبطة بحقوق الإنسان والحريات العامة

مقنّنة في إعلانات وتشريعات دولية

ثانيها : المبادئ الخاصة أو الوطنية

إلى جانب ما ذكرناه من تطوّرٍ تاريخيٍّ للمبادئ فوق الدستورية وأنّها كانت بدرجةٍ أساس مضموناً لمواثيق وإعلانات حقوق عالمية .لا بدّ لنا من أن نسلّط الضوء أيضاً على فحوى آخر وصور أخرى للمبادئ فوق الدستورية .ألا وهي تلك التي يمكننا تسميتها بالمبادئ الخاصة أو الوطنية، سواءً أكانت مضمون وثيقةٍ مستقلة عن الدستور أو كانت مضمون دستور الدولة ذاته .

حيث تنهل معظم دول العالم من إعلانات الحقوق والمواثيق العالمية في بناء دساتيرها الوطنية .و بأشكالٍ مختلفةٍ ،فمنها ما تنصّ على بعض تلك المبادئ في دساتيرها كمواد دستورية إلى جانب مواد الدستور الأخرى ومنها ما تذهب إلى أبعد من ذلك وتؤكّد على صبغتها فوق الدستوري والخاصّة .و أيّاً كان الأمر ،فلا بدّ لنا في هذا الصدد من توضيح أمرٍ في غاية الأهمية ،ألا وهو أن ذاك النوع من المبادئ فوق الدستورية ذات الطابع العالمي أي نصوص الإعلانات والمواثيق العالمية ،سواءً وردت في دستور الدولة وبأي صفة أو لم ترد أصلاً .فإنها تبقى مواداً فوق دستورية ملزمة للدول والشعوب ومصونة عالمياً .و ما أخذُ الدول بها والنصّ عليها أو على بعضها في دساتيرها إلا لتؤكد عليها في حاجتها وظروفها إلى مثل تلك المواد أو المبادئ. أضف إلى ذلك ربّما أيضاً لتزيين دساتيرها بطابعٍ ديمقراطي ملفت والظهور بمظهر الحرص على حقوق الإنسان وكرامته.

وبالعودة إلى ما ذكرناه من المبادئ فوق الدستورية الخاصة أو التي ليست مجالاً لإعلانات الحقوق والمواثيق العالمية وإنّما تكون لها علاقة مباشرة بمعاناة الدول الخاصة وظروفها وأحوالها وبنفس الوقت لا تكون مخالفةً أو متعارضةً مع إعلانات الحقوق ولا ترتّب التزاماً من الدولة التي تعتمدها تجاه الخارج .

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

فهي وكما يحدد أهدافها جانب من الفقه التي تعني في المقام الاول بالإنسان وحقوقه الطبيعية، إلا أن هذا لم يمنع إضفاء هذه الصفة على بعض القواعد في الوثيقة الدستورية والمعنية بالحفاظ على كيان الدولة ووحدة ترابها الوطني ونوع نظام الحكم فيها أو تلك التي ترسم هوية الدولة كما سنرى في بعض النماذج التي سنعرضها فيما بعد. كما علينا ايضا أن نفهم ان تلك المبادئ والتي لها مثيلها عبر التاريخ، تم اللجوء اليها بعد عصر من القمع جري فيه انتهاكات لحقوق الانسان، ولم تتأثر بتغيير النظم او الدساتير علي مدي السنوات، فتم وضعها في مواثيق مستقلة عن الدستور، وتغييرها، إن لزم الأمر، يتطلب اجراءات مختلفة منفصلة عن الدستور.

وكخلاصة لهذا السرد يمكن القول أن المبادئ فوق الدستورية وكما يُعرفها الفقه هي مبادئ تكون أعلى رتبة ومنزلة من الدستور نفسه بمعنى أنه لا يجوز ولا يصح أن تكون هناك مواد في الدستور تخالفها، وتكون لهذه المواد صفة الإطلاق والدوام والسمو، فتكون بذلك محصنة ضد الإلغاء أو التعديل أو مخالفتها ولو بنصوص دستورية. ويجب وضعها كوثيقة ومبادئ أساسية ينبغي مراعاتها عند وضع الدستور، ويجب على واضعي الدستور الالتزام بها وعدم المساس بها أو الحياد عنها عند مراجعة الوثيقة الدستورية أيضاً .

وتكشف موضوعاتها عنها اذ غالباً ما تمثل حزمة من المبادئ المتعلقة بالمساواة والمواطنة وحقوق الإنسان، وهى الموجودة في المواثيق الدولية حاليا، فالمواثيق الدولية تعلو على كل القوانين المحلية بما في ذلك الدساتير ذاتها، وقد أقرت المحكمة الدستورية العليا في أمريكا بأنها لا تكتفي بالرقابة على مطابقة القوانين للدستور، ولكن أيضا تحقق فوق ذلك في عدم مخالفة التشريعات لإعلانات الحقوق.

اذ وكما هو معروف فإن أساس حركة الدسترة كان التأكيد على الحقوق الطبيعية للبشر، مثل الحق في الحياة والحق في الحرية والحق في التملك والتنقل والتعبير عن الرأي والحق في العمل والصحة والعضوية في الأحزاب، وحرية الاعتقاد وإقامة الشعائر الدينية، والحق في التعليم وغيرها من الحقوق الأخرى اللصيقة بالإنسان.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل موضوعات هذه المبادئ يمكن أن نعتبره مبرراً لقدسيتها وجعلها في مرتبة أعلى من الدستور نفسه وبالتالي عدم جواز المساس بها لأي سبب من الأسباب؟ نحاول فيما يلي التعرض لموقف الفقه الدستوري المقارن من هذه المبادئ.

المبحث الثاني: موقف الفقه الدستوري المقارن من المبادئ فوق الدستورية

كما سبق وأن أكدنا في أكثر من موضع من هذه الورقة أن الدستور يُوصف بأنه القانون الأعلى للدولة، ولكن هذا لا يعني قدسية وتحصين هذا القانون من أي تعديل أو مراجعة لاحقة. فالقواعد الدستورية هي في حقيقتها

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

انعكاس للأوضاع السياسية والاجتماعية والاقتصادية في المجتمع السياسي، تؤثر وتتأثر بها، وبما أن هذه الأوضاع في تطور وتغير مستمر، وبالتالي بات لزاماً على القواعد الدستورية مواكبة التطورات المختلفة التي ترافق المجتمع السياسي وذلك بإجراء التعديلات الضرورية والتي تفرض سنة التطور.

وبالتالي فإن فكرة تعديل الدستور نشأت في الواقع، مع ظهور الدساتير واستقرت باستقرارها، ويفرق الفقه في هذا الصدد بين تعديل الدستور الجامد والدستور المرن.

ففي حين أن الدساتير المرنة تعدل بذات الإجراءات الواجب أتباعها في تعديل القانون العادي، ومن قبل ذات السلطة أحيانا، وبالتالي يتلاشى الفارق بينها وبين القانون العادي في هذا الجانب ومن الأمثلة التقليدية للدساتير المرنة الدستور الإنجليزي، مع ملاحظة إن صفة المرنة لا تقترن وجودا وعدما بالدساتير غير المدونة، فقد يكون الدستور مدونا ومرنا في ذات الوقت حينما لا يشترط المشرع في تعديله إجراءات خاصة. فإن الدستور الجامد لا يمكن تعديله إلا بإجراءات خاصة وبقيود محددة عادة ما يتم تنظيمها في الوثيقة الدستورية ذاتها.

وقد جرت العادة في بعض الدساتير على النص على حظر تعديل بعض نصوصه بصفة مطلقة أو خلال مدة معينة من تاريخ نفاذه أو في ظل ظروف معينة تمر بها الدولة.[1]

ولعل هذا الحظر في تعديل الوثيقة الدستورية هو الأساس القانوني لفكرة المبادئ فوق الدستورية وما ثار حولها من جدل كبير في الفقه الدستوري، نحاول فيما يلي وفي المطلب الأول تناول فكرة حظر تعديل الوثيقة الدستورية وأنواعه، ثم وفي المطلب الثاني نتعرض للجدل الفقهي حول القيمة القانونية للنصوص التي تمنع تعديل الوثيقة الدستورية.

المطلب الأول: تعديل الوثيقة الدستورية والقيود الواردة عليه

تتجه بعض الدساتير الى حظر تعديل الدستور وأحكامه حظراً مطلقاً، وقد تحظر تعديل بعض نصوصه فقط. وعادة ما تكون الغاية من هذا المنع هو حماية الدستور، أو بعض أحكامه. إلا أن حظر تعديل الدستور بشكل كامل هو مسألة نادرة في الدساتير الحديثة، وذلك على عكس حظر تعديله جزئياً والذي يُعتبر مسألة مألوفة، اذ كثيراً ما تذهب الدساتير الى منع تعديل الوثيقة الدستورية في أوقات محددة أو لمدة محددة بعد صدورها، أو حظر تعديل بعض الأحكام الجوهرية في الدستور.

الحظر الموضوعي

[1] Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux, Guy Scoffoni, (*Droit Constitutionnel)*, Dalloz, 20 édition 2017,page 817

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

وفي هذا الصدد يمكن أن نُميز بين نوعين من الحظر، الحظر الموضوعي المطلق، من ذلك النص على حظر تعديل شكل نظام الحكم أو شكل الدولة مثلاً، والحظر الموضوعي المؤقت ومثال له منع تعديل بعض نصوص الوثيقة الدستورية في أحوال معينة من ذلك منع تعديل النصوص الخاصة بحقوق الملك ووراثة العرش خلال فترة الوصايا على العرش أو منع تعديل الدستور في فترة الأزمات التي تمر بها البلاد. وذلك بقصد المحافظة على دعائم النظام السياسي الذي يقيمه الدستور أو المحافظة على بعض القيم والمبادئ العليا للمجتمع .[1]

الحظر الموضوعي النسبي المطلق

في هذا النوع من الحظر ينص الدستور على تحريم تعديل بعض نصوصه بصفة مطلقة، من ذلك النص على حظر تعديل شكل نظام الحكم، ومن بين الدساتير التي نصت على هذا الحظر صراحة، الدستور البرازيلي لسنة 1934 الذي نص على حظر تعديل الشكل الجمهوري الفدرالي للدولة، وقد جاء بحظر مماثل كل من الدستور الإيطالي لعام (1947/م139)، ودستور ألمانيا في 1949 ،[2] ومثل هذا الحظر ورد في الدستور الفرنسي لسنة 1946، ودستور سنة 1958، والدستور التركي لسنة 1961، ودستور سنة 1982 والدستور اليوناني لسنة 1927، ودستور الجزائر لسنة 1976 والذي نص على عدم جواز تعديل النصوص المتعلقة بمبدأ اشتراكية الدولة والديموقراطية الشعبية، ودستور إيطاليا في 1947 والذي حظر تعديل النصوص التي تحدد الشكل الجمهوري لنظام الحكم في المادة 139، أيضاً دستور البرازيل لسنة 1934 والذي منع المساس بالمواد التي تحدد الشكل الفيدرالي للبلاد، [3]والدستور المصري لسنة 1923 الذي نص على حظر تعديل النصوص المتعلقة بالنظم البرلماني ونظام العرش، والدستور الليبي لسنة 1951 الذي نص على حظر تعديل شكل الدولة الملكي ونظام وراثة العرش، والدستور الكويتي لسنة 1962 الذي نص على حظر تعديل النصوص الدستور الخاصة بالنظام الملكي.

ومن قبيل الحظر الموضوعي المطلق أيضا، النص على حظر تعديل النصوص الخاصة بدين الدولة، ومثل هذا الحظر ورد في الدستور المغربي لسنة 1972، والدستور الجزائري لسنة 1976.

الحظر الموضوعي النسبي المؤقت

[1] Jean Gicquel, Jeanne eric Gicquel,(*Droit Constitutionnel et Institutions politiques*), L G D J, 31 édition, 2016-2017,page 236

[2] Bernard Chantebout, *(Droit Constitutionnel)* , 32 edition 2015, Dalloz, page 35

[3] Dominique Turpin, OP, page 129

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

أما الحظر الموضوعي المؤقت فيعني عدم جواز المساس ببعض نصوص الدستور خلال فترة زمنية بسبب وجود ظروف معينة، فإذا زالت تلك الظروف ارتفع الحظر.[1] من ذلك النص على حظر تعديل النصوص الخاصة بحقوق الملك ووراثة العرش خلال لفترة الوصايا على العرش.[2] ومن بين الدساتير التي أشارت إلى ذلك صراحة الدستور الأردني لسنة 1952، والدستور المصري لسنة 1923والقانون الأساسي العراقي لسنة 1925 والدستور الكويتي لسنة 1962.

ومن الأمثلة الأخرى للحظر الموضوعي المؤقت ما جاءت به المادة (176) من الدستور الكويتي والتي نصت على عدم جواز اقتراح تعديل صلاحيات الأمير المبنية في الدستور خلال فترة النيابة عنه.

الحظر الزمني: ويميز الفقه في هذا الصدد بين نوعين من الحظر الزمني:

الحظر الزمني اللاحق لنفاذ الدستور

والذي يهدف إلى إضفاء صفة الثبات والاستقرار على نصوص الوثيقة الدستورية، ومثل هذا الحظر يجري النص عليه عادة في الدساتير التي تعلن في أعقاب إعلان استقلال الدولة، أو في دساتير الدولة حديثة النشأة ،أو في ظل ظروف طارئة تمر بها البلاد كالحرب مثلاً.[3] ومن الدساتير التي نصت على هذا الحظر ما نصت عليه المادة 3 من الدستور الفرنسي لعام (1791) الذي منع إجراء أي تعديل على نصوصه لمدة أربع سنوات تبدأ من تاريخ نفاذه. والدستور الأمريكي الذي نص على حظر تعديل نصوصه قبل سنة 1808،وكذلك الحظر الزمني الذي فرضته المادة (119) من القانون الأساسي العراقي لعام (1925) لمدة خمس سنوات تبدأ من تاريخ نفاذه (عدا الأمور الفرعية من الدستور والتي أجازت المواد/118 تعديلها خلال سنة واحدة فقط من تاريخ نفاذ الدستور، والدستور المصري لسنة 1930، والذي حظر تعديل أحكامه قبل مضي عشر سنوات، والدستور السوري لسنة 1950 الذي حظر تعديل نصوصه قبل مضي سنتين على نفاذه، والدستور الكويتي لسنة 1962 الذي حظر تعديل نصوصه قبل مضي خمس سنوات من تاريخ العمل بأحكامه، كما نصت المادة (151) من الدستور السوري لعام (1973) على عدم جواز تعديله قبل انقضاء ثمانية عشرا شهراً على تاريخ نفاذه.

[1] لمزيد من التفصيل أنظر د. عبدالله خلف الرقاد، مقال بعنوان (تعديل الدستور)، منشور في المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 24، سبتمبر السنة 8، ص 157

[2] Olivier Gohin, *(Droit Constitutionnel)*, op, page 158

[3] د. إبراهيم بوخزام، الوسيط في القانون الدستوري (الكتاب الأول، الدساتير والديموقراطية)، الطبعة الثالثة 2010، دار الكتاب الجديد، ص 64

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

حظر تعديل الدستور في ظل ظروف معينة

جرى النص في بعض الدساتير على حظر تعديل نصوصه، إذا كانت الدولة تخضع لظروف استثنائية، كاشتراكها في حرب أو خضوعها للاحتلال أو اضطراب أوضاعها الداخلية أو تهديد أمنها الخارجي .

وعلة هذا الحظر، هو أن إرادة الأمة قد تكون مقيدة لا تستطيع التعبير عن رغباتها بحرية بعيد عن التأثير، وبالتالي يأتي التعديل مخالفا لإرادة الشعب واتجاهات الرأي العام، ومثل هذا الحظر ورد في الدستور الفرنسي لسنة 1946 الذي حرم التعديل أثناء احتلال كل أو جزء من الأراضي الفرنسية ودستور سنة 1958 الذي حظر أي تعديل من شأنه المساس بسلامة إقليم الدولة، لأن الاحتلال الأجنبي يشل في الواقع ممارسة السيادة الوطنية ويجعل من ممارسته السلطة التأسيسية أمراً مستحيلاً وبالتالي فأن أي تعديل على الدستور في مثل هذه الظروف، يكون معيبا. [1]

المطلب الثاني: القيمة القانونية للنصوص التي تحظر التعديل

عندما نتحدث عن حظر تعديل بعض نصوص الوثيقة الدستورية وبشكل مطلق فأننا هنا أمام فكرة (القواعد فوق الدستورية)، اذ وبمنع تعديلها وبشكل نهائي فإننا هنا قد أعطيناها قيمة أعلى من الدستور نفسه، وهي بهذا المعنى لا تقيد المشرع العادي فحسب بل أيضاً تقيد المشرع الدستوري نفسه. ولكن هذه الفكرة هي ذاتها غير مقبولة في الفقه الدستوري اذ أتفق الفقه على بطلان النصوص التي تقضي بالحظر المطلق الكلي، فالشعب وهو صحب السيادة العليا ممُثلة في السلطة التأسيسية والتي لا يمكن تقييدها وهذا ما ذهب إليه المجلس الدستوري في فرنسا في حكم له بتاريخ 1992 والذي قرر فيه (أن الاعتراف بقواعد فوق دستورية يتعارض مع مبدأ سيادة السلطة التأسيسية المطلقة في التعبير عن سيادة الأمة).[2]

إلا أن الفقه ذاته قد أختلف بشأن مشروعية النصوص التي تقضي بالحظر النسبي، سواء تلك التي تقتضي بحظر تعديل بعض نصوص الدستور بصفة دائمة ،أو تحظر تعديلها خلال فترة زمنية معينة أو في أحوال أو ظروف معينة، وعلى التفصيل التالي:-

الاتجاه الأول : بطلان حظر التعديل

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى بطلان النصوص التي تقضي بالحظر النسبي بصفة دائمة أو خلال فترة معينة، ومثل هذه النصوص لا تعدو أن تكون مجرد رغبات وأماني لا تتمتع بأية قيمة قانونية أو سياسية، وهي ولدت ميتة لمخالفتها طبيعة القواعد القانونية، فمن خصائص القاعدة القانونية قابليتها للتعديل مسايرة للمتغيرات السياسية

[1] Dominique Turpin, OP, page 129

[2] Philippe Ardant, Bertrand Mathieu,(*Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*), LGDJ ,29 édition 2017-2018,page 91

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

والاقتصادية والاجتماعية، والدستور هو قانون كسائر القوانين الأخرى وكل ما يتميز به هو علويته وسموه فقط، هذا إضافة إلى أن حرمان الأمة من حق التعديل يتنافى وسيادتها .

ويضيف أنصار هذا الاتجاه، حجة أخرى تقضي بأن السلطة التأسيسية التي وضعت الدستور في وقت معين ليست أعلى من السلطة التأسيسية التي تعبر عن إرادة الأمة في وقت لاحق ،اذ تمثل مثل هذه النصوص مُصادرة لحق الأجيال القادمة في إعادة النظر في الوثيقة الدستورية والتي أملتها ظروف معينة وفق درجة من درجات التطور الثقافي والحضاري، ولقد تنبه الى هذه الحقيقة وبشكل مبكر أحد الآباء المؤسسين للدستور الأمريكي وهو الرئيس توماس جيفرسون والذي أعتبر أن خلع القداسة على الدستور هو نوع من الجهل ولقد جاء في أحدى رسائله: (.. ينظر البعض الى الدستور باحترام مقدس، ويرون أنها مثل تابوت العهد، أقدس من أن تُمس وهم ينسبون الى من عاشوا في العصور القديمة، حكمة تجاوز نطاق الإنسانية، ويفترضون أن ما حققه أسلافهم صحيح لا يقبل الإصلاح. ومن البديهي – في هذا المقام– التذكير بأن القوانين والمبادئ العامة لا بد لها من أن تسير جنباً الى جنب مع تقدم العقل البشري وتطوره.

وكلما تطور هذا العقل وزاد حظه من التنوير والثقافة، كان على المبادئ أن تتقدم أيضاً ،وتساير الزمن في تطوره، ومثلنا حين نطلب من رجل أن يظل يرتدي المعطف الذي كان يلبسه طفلاً، مثل من يطلب الى مجتمع متحضر أن يتابع السير على نظام أسلافه الهمجيين).[1]

وعلى هذا الأساس تعد سائر النصوص التي تقضي بالحظر نصوص باطلة ولا تمتع بأية قيمة قانونية وللأمة إدخال ما تشاء من التعديلات على الدستور وفي أي وقت تشاء دون أن يمنعها من ذلك قيد من القيود.

ومن هنا ينطلق هذا الاتجاه في رفض النصوص الدستورية التي تخطر تعديل الدستور ويجردها من أي قيمة دون تمييز، سواء كان حظر التعديل مطلقا، أو مؤقتا، أو ظروف خاصة.

الاتجاه الثاني : مشروعية حظر التعديل

ظهر هذا الاتجاه للتخفيف من حدة الاتجاهين السابقين، ويرى أنصاره أن ما ذهب إليه الفقهاء بشأن إقرار مشروعية النصوص التي تحظر التعديل لا يعني بأي حال من الأحوال عدم جواز تعديل هذه النصوص، فهم يفرقون بين مشروعية النص، ومشروعية التعديل ويذهبون إلى أنه على الرغم من تمتع النص بالقوة القانونية الملزمة، فانه يجوز تعديل الدستور عند الحاجة إلى ذلك، على أساس أن القيمة الفعلية لهذه النصوص تنحصر في كونها تؤدي إلى منع إجراء التعديل إلا بعد روية وتفكير.

[1] لمزيد من التفصيل أنظر إبراهيم بوخزام، المرجع السابق، ص 65

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

بالتالي فإن هذا الاتجاه ينتهي إلى التوفيق بين الاعتبارات القانونية والسياسية، فهو يحافظ على احترام مبدأ المشروعية من جهة، ومن جهة ثانية لا يغفل إرادة الأجيال الحالية والأجيال المقبلة، إذا ما دعت الحاجة إلى التعديل وتوفر القبول الشعبي.

إذ يميز أنصار هذا الاتجاه في مشروعية الحظر بين الناحية القانونية والسياسية، فهذا الحظر على حسب رأيهم مشروعة من الناحية القانونية، وباطل من الناحية السياسية كونه يتعارض ومبدأ سيادة الشعب، فحيث أن الشعب هو صاحب السيادة، له تعديل أو إلغاء ما قرره في أي وقت هذا إضافة إلى أن أفراد الشعب في حالة من التغير المستمر ومن غير المقبول أن يقيد جيل معين الأجيال اللاحقة له .

أما من الناحية القانونية فإن هذا الحظر يعد مشروعا، صحيح إن الأمة هي صاحبة السيادة إلا أنها مقيدة في استعمال سيادتها وسلطانها في الحدود التي رسمها الدستور، وبالتالي لا يجوز أجراء أي تعديل إلا في الحدود التي رسمها، ومن غير المتصور قيام إحدى السلطات بعمل يخالف أحكام الدستور إلا إذا كانت تبغي من وراء ذلك القيام بانقلاب أو ثورة.

هذا ويقر بعض أنصار هذا الاتجاه بمشروعية تجاوز الحظر الذي تفرضه بعض النصوص إذا كان هذا الحظر يتفق مع روح الدستور وحكمته، وعلى سبيل المثال إن القانون الأساسي العراقي لسنة 1925يحظر تعديل كل ما يتعلق بحقوق الملك ووراثته خلال فترة الوصايا على العرش حفاظا على حقوق الملك، وحصل إن أدخل تعديل على تلك النصوص خلال فترة الوصايا على العرش، وأيدت المحكمة العليا آنذاك هذا التعديل بحجة أنه يمنح الملك امتيازات وحقوق إضافية وهو ما يتفق والحكمة من الحظر الذي نص عليه الدستور.

الاتجاه الثالث: التمييز بين أنواع الحظر النسبي

يميز أنصار هذا الاتجاه وعلى رأسهم جورج بوردو بين الحظر الزمني وحظر التعديل في ظل ظروف معينة والحظر الموضوعي النسبي المطلق، فيقرون مشروعية الحظر الزمني والحظر في ظل ظروف معينة، وينكرون الحظر الموضوعي النسبي المطلق ويجردونه من أية قيمة قانونية .

فالحظر الزمني على حساب رأيهم حظر مشروع كونه يرمي إلى إضفاء صفة الاستقرار والثبات على نصوص الدستور وبما يتلاءم مع سموه وعلويته على سائر القوانين الأخرى .

كما يعد حظر التعديل في ظل ظروف معينة، كالحرب أو الاحتلال حظر مشروع أيضا حيث تكون إرادة الأمة مكبلة ولا تستطيع التعبير عن رغباتها بصورة واقعية، فالواقع السياسي للمجتمعات السياسية يؤكد بأن الجمود لا يتعارض دائماً مع القانون وطبيعة الأشياء، نعم أنه يمكن أن يكون كذلك في ظل ظروف معينة ولغايات محددة.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

ولكنه يمكن أن يكون أحيانا وسيلة مهمة وفعالة. للحفاظ على كل هو متقدم وسليم من المبادئ والقيم والأفكار التي إذا ما أزيلت بالتعديل أو غيره نجم ارتداد إلى كل ما سيئ ومتخلف، ويكفي أن نذكر كيف أن تعديلاً لإزالة القيود الدستورية المفروضة إلى ممارسة الحكام للسلطة يمكن أن يكون حقاً متعارضاً وفكرة القانونية والدستورية والحرية وحقوق الإنسان. ولهذا نجد أن الفقيه الفرنسي (جورج بيرو) يقول أن الحظر الزمني بسبب الظروف الاستثنائية، كالاحتلال الأجنبي لا شائبة فيه، ذلك تفادياً من تكرار ما حدث بفرنسا في 1940/7/10، ابان حكم المارشال (بيتان)، بعد الاحتلال الألماني لها.

أما الحظر الموضوعي النسبي المطلق، فهو حظر غير مشروع كونه يتعارض مع مبدأ سيادة الأمة وحقها في التعبير عن رأيها بحرية كاملة، كما أنه يصادر إرادة الأجيال القادمة بصورة نهائية، ومن المسلم به أنه ليس لإرادة الأجيال الحاضرة أعلوية على إرادة الأجيال القادمة لكي تقيدها أو تصادر إرادتها في التعبير عن رأيه.

ويتفق الحظر الموضوعي النسبي المطلق والحظر الموضوعي الكلي المطلق، والذي يجمع الفقه على تحريمه، في أنه صادر حرية الأمة في التعبير عن رأيها إلا أنه يختلف عنه في نطاق الحظر فقط، فالأول جزئي والثاني كلي .

ويدعم هذا الاتجاه ما ذهب إليه على أساس اختلاف نوعي الحظر السابقين، ولهذا ليس من المنطق أن يأخذ الحكم نفسه، إذ لا يعدو النوع الأول أن يكون جمودا مطلقا كليا لهذه النصوص، الأمر الذي رفضه معظم فقهاء القانون الدستوري، وليس الفرق بين الخطر (الذي رفضه أنصار هذا الاتجاه) ة الجمود المطلق الكلي الذي يلحق جميع نصوص الدستور، إلا أن الأول ما هو إلا جزء من الثاني، ولهذا يأخذ حكمة في البطلان.

ويجد النوع الثاني مشروعيته في أنه لا يحرم الأمة من ممارسة سلطتها التأسيسية، إنما يأخذ بالحسبان ظروف ممارسة هذه السلطة من ناحية، ومن ناحية ثانية ليس هناك من فارق بينه وبين إبداء الرغبة في تعديل الدستور والتصويت عليه، حيث يشترط مرور مدة زمنية معينة بين تقديم اقتراح التعديل والتصويت عليه، وهذا ما لا يختلف الفقهاء حول مشروعيته.

وبالرغم من كل هذا الجدل الفقهي وما أنتهى له إلا أنه يمكننا القول أن القضية الهامة التي يجب الانتباه إليها هي اللحظة التاريخية والواقع الموضوعي لميلاد الدستور حيث لا يمكن الفصل بين آليات إعداد الدستور وبين الظرف الموضوعي والحالة المجتمعية التي ترافق ذلك، وكذلك الحاجة الإنسانية للدستور، وفي الحالة الليبية نجد أن المسألة بالغة التعقيد ذلك أننا حتى الآن لا نعرف كيف سيتم الانتقال إلى المرحلة الانتقالية، ولا ماهية طبيعتها، ولا طبيعة القوى التي ستتحكم بها، ولا مدى توافر شروط الموضوعية والحيادية والحرية التي رافقت كتابة مسودة مشروع الدستور، إضافة إلى مسألة بالغة الأهمية تتعلق بالنسيج الاجتماعي الذي أصيب بعطب شديد نتيجة الاستبداد المديد من جهة،

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

ونتيجة المرحلة العنيفة الأخيرة البالغة القسوة والمأساوية والتي لا يمكن أن نتكهن بأثارها المدمرة والفترة الزمنية اللازمة كي يتعافى المجتمع من نتائجها، فنحن مازلنا في مركز كرة النار التي تعصف بمجتمعنا، وهذا ألقى ومازال سُيلقي بظلاله على الدستور المنتظر، لذلك، ومع تقديرنا لقاعدة استقرار الدستور، فقد تفرض المرحلة الانتقالية إعداد دستور مرن غير جامد بحيث يتمكن الشعب في ليبيا من المراجعة والتعديل لبعض مواده بعد فترة زمنية مُحددة، يكون فيها الشعب قد ضمَّد جراحه واستعاد حيويته السياسية، واستعادت مؤسسات الدولة هيكليتها الفاعلة واستعاد المجتمع استقراره وسكينته، وتم فيها اختبار الدستور، ومدى الحاجة للتعديل من عدمه.

المبحث الثالث: مدى إمكانية رقابة القوانين على أساس مبادئ عليا غير مكتوبة

السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو عن مدى إمكانية القاضي في مراقبة القانون على أساس فكرة المبادئ العليا، وبالتالي هل يستطيع القاضي أن يمتنع عن تطبيق قانون أو يُبطله اذا خالف القانون أحد هذه المبادئ؟

فنحن في هذه الحالة لا نواجه مبادئ عامة مستخلصة من نصوص الدستور المكتوبة مباشرة من ظاهرها أو غير مباشرة من روحها، فتلك مسألة مشروعة ومن صميم عمل القضاء لأن المرد في النهاية هو "نصوص الدستور" التي تمثل المرجعية لدى القضاء في هذه الحالة.

البحث في هذه التساؤلات وغيرها يقودنا الى التعرض الى شرعية ومشروعية هذه المبادئ من ناحية ومن ناحية اخرى البحث في تأصيل علاقتها بالمبادئ والمفاهيم الديمقراطية.

نتناول دراسة هذه الموضوعات في:

المطلب الأول: شرعية ومشروعية المبادئ فوق الدستورية بين الفقه والقضاء الدستوري

المطلب الثاني: مقاربة الديمقراطية في الشأن الدستوري

المطلب الأول: شرعية ومشروعية المبادئ فوق الدستورية بين الفقه والقضاء الدستوري

لعلّ توضيح شرعية ومشروعية هذه المبادئ بالمجمل ليس بالأمر الهيّن إطلاقاً .

لا بدّ وقبل كل شيء من إعطاء فكرةٍ سريعةٍ عن معنى كل من الشرعية والمشروعية .وإن كان البعض لا يرى فرقاً بينهما .إلا أن غالب الفقه يرى وجوب التفريق بينهما. وأن ما يكون شرعياً ليس بالضرورة أن يكون مشروعاً والعكس صحيح ،فالشرعي هو ما يستمدّ وجوده من الدستور أو القانون بينما المشروع هو ما يستمدّ وجوده وحقّه من الشعب، فالسلطة الثورية تكون مثلاً غير شرعية ولكنها مشروعة لأنها مقبولة من الشعب ،و السلطة المستبدّة تكون شرعيةً لأنها تستمد حقها من الدستور أو القانون.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

وحول شرعية ومشروعية المبادئ فوق دستورية وعلاقتها بالديموقراطية ظهر جدل كبير في الفقه الدستوري وانقسم الفقه بدوره الى اتجاهين:

فبينما وقف الاتجاه الأول مُؤيداً لفكرة المبادئ الدستورية وحاول أن يبرر لفكرة هذه المبادئ ومكانتها في الوثيقة الدستورية، إلا أن الاتجاه الثاني وقف معارضاً لها ومُفنداً لكل هذه التبريرات، نحاول فيما يلي التعرض لكلا الاتجاهين والحجج التي استند عليها كلاً منهما.

الاتجاه الأول: المؤيد لفكرة المبادئ فوق الدستورية

ذهب هذا الاتجاه والذي يتزعمه الفقيه الفرنسي ليون دوجي Léon Duguit الى تأييد فكرة وجود مبادئ أو قواعد تعلو الوثيقة الدستورية ذاتها وتقيد المشرع الدستوري اذا ما أراد مراجعة الوثيقة الدستورية وتعديلها، وقد برر موقفه هذا بما يلي:

أولاً: أن التشريع بما فيه الدستور المكتوب الأعلى يجب أن يخضع لمبادئ دستورية عليا غير مكتوبة، وأن هذه المبادئ العليا تمثل قانوناً أعلى كان موجوداً قبل وجود الدولة ذاتها. وكأن الفقيه دوجي في سبيل دفاعه عن الحرية والحكم الديمقراطي أعتقد أن هناك قانوناً يفرض احترامه على الدولة وسلطتها التشريعية بل وأيضاً على السلطة التأسيسية واضعة الدستور ذاتها.[1]

ثانياً: أن الدستور هو التعبير عن إرادة الأغلبية وليس كل الأمة، وبالتالي ليس بالضرورة ان يكون مُعبراً عن كل فئات المجتمع لا سيما الأقليات العرقية والدينية والمذهبية أو ما شابههم، بالتالي ما المانع من وجود مبادئ فوق دستورية على درجة من السمو والدوام تكون مكملة لسد ذلك النقص الديموقراطي.

ثالثاً: إن المخاوف من احتمالية أن تكون تلك المبادئ ذات توجّهٍ فئوي أو تسلل أقليةٍ مستبدة تحكم الأغلبية تسقط وتصبح دون قيمة إذا ما علمنا أنّ تلك المبادئ لا يجوز لها أن تخالف إعلانات الحقوق والمواثيق الدولية من جهة ومن جهةٍ أخرى فإن عدم وجود مثل تلك المبادئ هو الذي يمكن أن يثير مثل تلك المخاوف ،حيث من الممكن حينها في ظل غياب مثل تلك المبادئ الرادعة أن تكون الأجواء مهيّئةً لعودة وتسلّل الاستبداد الى السلطة . بدليل أن الدستور الألماني كان حريصاً على نصٍّ فوق دستوري في هذا الشأن .عبر المادة 79 من دستورها الحالي فمنعت المساس بالفقرة الرابعة من المادة 20 التي تنص ((يحقّ لكافة المواطنين مقاومة كل من يحاول القضاء على هذا النظام اذا لم يمكن منعه من ذلك بالوسائل الأخرى)) وذلك تحسّباً لأي عودة محتملة للاستبداد بعد معاناتها الكبيرة من الحكم النازي.

[1] د. محمد رفعت عبدالوهاب، رقابة دستورية القوانين "المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية"، المرجع السابق، ص 173

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

رابعاً: موقف المحكمة العليا الأمريكية والتي ترى أن هناك مبادئ عليا غير مكتوبة أعلى من الدستور، يجب أن يلتزم بها المشرع في القوانين سواء قوانين فيدرالية أو قوانين الولايات، هذه المبادئ العليا تستمدها من القانون الطبيعي ومبادئ المذهب الفردي وكما يقول الفقيه أندريه هوريو هذه المبادئ غير المكتوبة هي المبادئ الفردية القديمة التي تنتمي للقانون الإنجليزي المستمد من الأعراف وفكرة العدالة الطبيعية أي "Commom Law". وقد ساعد على هذه السياسة الفريدة إيجاز الدستور الأمريكي الشديد وعدم تحديد عباراته ومرونتها وهو ما سمح للمحكمة العليا الأمريكية بإدخال أفكارها عن المبادئ العليا تأسيساً على فرضية أن الدستور قد اعتنقها ضمناً.[1]

الاتجاه الثاني: المعارض لفكرة المبادئ فوق الدستورية

والذي استند على ما يلي:

أولاً: كون دستور البلاد هو المعبر عن إرادة الأمة وهو القاعدة الأعلى والتي تعلو على كل القواعد في البلاد وهو في ذات الوقت مصدر الشرعية لكل القواعد القانونية الأدنى منه، هذا المبدأ في حد ذاته يتعارض مع وجود مبادئ أو قواعد فوق دستورية.

ثانياً: أن منح جيل من الأجيال حق فرض إرادته على الأجيال اللاحقة يتعارض مع أهم مبدأ من المبادئ التي تقوم عليها الدولة الحديثة وهو مبدأ الديموقراطية.

ثالثاً: أن منح الحق لأي جهة منتخبة أو معينة فرض هذا النوع من القواعد إنما يتضمن في حد ذاته منح أقلية ما (مؤقتة) أياً كان توجهها الحق في تقييد إرادة الأغلبية ووضع دستور دائم لها.

رابعاً: مهما كانت موضوعات هذه المبادئ فهذا لا يعتبر سبباً لمنع تعديلها أ اذا أحياناً يكون التعديل ضرورياً لتطويرها لمواكبة التطورات في ذات مجال موضوعها، فتعلق موضوعاتها بالمبادئ الإنسانية لحقوق الإنسان لا يمنع تطويرها من وقت لأخر بما يتناسب والتطور في هذا المجال، ففي 1 مارس 2005 تم تعديل ديباجة الدستور الفرنسي لسنة 1946 وذلك بالتعديل الدستوري رقم 205-2005 لتضمينه شرعة البيئة لسنة 2004.[2]

خامساً: أن أخطر ما يترتب على هذا النوع من القواعد خلق نوع من عدم الاستقرار في البلاد يشكل دافعاً للثورات والاضطرابات داخل البلاد. وفي ذلك يقول العلامة عبدالرزاق السنهوري علينا أن نخشى ما يمكن أن يصيب

[1] د. محمد رفعت عبدالوهاب، المرجع السابق، ص 188

[2] Michel Verpeaux, Droit Constitutionnel Francais, 2 edition 2013, PUF, page 504

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

التشريع (اذا نحن عمدنا من استخلاص المبادئ القانونية العليا الى قانون غير مكتوب تختلف فيه الأنظار وتتباين عنده المذاهب، ثم جعلنا دستورية التشريع رهناً بهذه المبادئ غير المستقرة). [1]

واذا كان لنا أن دلي بدلونا في هذا الصدد فإننا بالإضافة الى انحيازنا الى الاتجاه المعارض لفكرة المبادئ فوق الدستورية والحجج التي أستند إليها، ونضيف الى ذلك القول بأن مجال القانون الدستوري هو مجال حيوي، وحيث أن مناط فكرة المبادئ فوق الدستورية يتعلق بالدرجة الأولى بتعديل الوثيقة الدستورية، فلا يمكن أن نتحدث عن قيود غامضة غير دقيقة لتعديل الدستور بما يمكن أن يؤدي إلى تعسف سلطة التعديل وخرق نصوص الدستور المكتوب وبالشكل الذي قد يؤدي أيضا إلى هدم النظام القانوني للدولة والمحدد وفق الأسس التي وضعتها السلطة التأسيسية الأصلية، وبعبارة أخرى فان غياب التحديد الدقيق للمبادئ فوق الدستورية يؤدي بالتبعية إلى عدم وجودها المادي ويحرمها من ثم من قيمتها الدستورية. فلا يمكن إلزام سلطة التعديل بضوابط لا وجود لها فمثل هذه المبادئ وفي مجال القانون الدستوري ليس لها سوى طبيعة سياسية لا قانونية ولا تشكل أي قيد لممارسة سلطة التعديل الدستوري.

وإذا كانت الفكرتين السابقتين تختلفان في أن إحداهما تعتقد بوجود قواعد أعلى من الدستور ذات أصل غير دستوري والثانية تؤمن بوجود قواعد أسمى من الدستور ولها أصل دستوري أي تومن بتدرج نصوص الوثيقة الدستورية من حيث القيمة القانونية، فانه يجمعهما بالرغم من ذلك قاسم مشترك وهو أنهما تبحثان معا في وجود قيود لتعديل الدستور غير منصوص عليها فيه، تلتزم سلطة التعديل باحترامها كما تحترم القيود المنصوص عليها، بحيث إذا حدث تعارض بين قاعدة فوق دستورية وقاعدة أخرى دستورية فانه يجب إكمال الأولى وإهمال الثانية. كما أنه طبقا للاتجاه الثاني الذي يقيم تدرجا بين نصوص الدستور، فحيث يحدث تعارض بين قاعدة دستورية أسمى من قاعدة دستورية أخرى، فانه يجب إكمال الأولى دون الثانية وفي كل الأحوال فان الاتجاهين لهما هدف مشترك واحد يتمثل في إيجاد قيود تحد من تعديل الدستور ليس لها أصل في نص دستوري يقنّنها.

وقد تباين موقف القضاء في الدول المختلفة من هذه المشكلة، إلا أنه وبوجه عام يمكن القول بأن الاتجاه العام للقضاء المقارن بشأن الرقابة على دستورية القوانين أنه لا يمكن وليس من السليم طبقاً لوظيفة ودور القضاء إبطال قانون أو الامتناع عن تطبيقه لمخالفته لمضمون مبدأ أعلى غير مكتوب في الدستور، اذ أن المرجعية في مدى دستورية القانون هي لنصوص المكتوب ذاته، والقول بغير ذلك يُخرج القاضي عن وظيفته القضائية القانونية، والاستثناء الوحيد

[1].د. عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة – يناير 1952 ، ص 92 وما تلاها.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

الذي يذكره الفقه الدستوري يتمثل في موقف المحكمة العليا الأمريكية التي تؤمن في أحكامها في مجال الدستورية بهذه المبادئ والتي تعلو الدستور ذاته.[1]

بينما ذهبت المحاكم الدستورية في كل من إيطاليا وألمانيا الى التزام حدود الرقابة على دستورية القوانين وقصر رقابتهما على مدى تعارض القوانين مع نصوص الدستور وليس مع المبادئ العليا المستوحاة من الدستور، فالمحكمة الدستورية في كل من ألمانيا وإيطاليا لا تحكم على قانونا بعدم دستوريته إلا اذا خالف نصاً أو عدد من النصوص الصريحة في الدستور ذاته، وذلك حرصاً على تفهم دورها ووظيفتها كمحكمة قضائية لا تقوم بدور المشرع ولا تحكم على ملائمة القانون مما يخرجها عن عملها القضائي ويدخلها في مجال السياسة .[2]

أما في مصر يمكن القول هنا أن القضاء الدستوري في مصر كان ولا يزال متشدداً جداً في هذا الصدد اذ أن التنظيم القانوني لطرق تحريك الدعوى الدستورية هو من الدقة والتحديد بحيث قفل الباب أمام احتمال استناد المحكمة الدستورية العليا على مبادئ دستورية عامة غير مكتوبة في دستور البلاد، بل أن المحكمة الدستورية العليا ذاتها تفسر النصوص المتعلقة باختصاصها تفسيراً ضيقاً مما يؤكد إدراكها لخطورة مهامها وحدود اختصاصاتها، بالتالي فإن المحكمة الدستورية العليا المصرية تقضي بعدم قبول الدعوى الدستورية دون تردد وبصرامة اذا خولفت إجراءات وطرق اللجوء إليها مما يكشف حرص منها على حدود ولايتها.

ونجد نفس الاتجاه في فرنسا اذ لم يقبل المجلس الدستوري إطلاقاً تفسيراً موسعاً لولايته، بحيث تشمل اختصاصا عاماً لضمان احترام الدستور من كافة السلطات في الدولة، بل تحفظ تحفظاً شديداً وحرص في أكثر من مناسبة على الالتزام الدقيق بحدود وظيفته الدستورية كما حددها الدستور والقانون الأساسي الذي ينظمه لا سيما بعد أن أقر بالقيمة الدستورية لمبادئ إعلان حقوق الإنسان ومبادئ مقدمة دستور 1964 والمبادئ الجمهورية الكبرى السابق الإشارة إليها في تقديم هذه الورقة، وهى كلها مبادئ أحالت إليها مقدمة دستور 1958 الحالي، فهي مصادر يعتبرها الفقه الفرنسي كافية كأساس لرقابة دستورية القوانين، ومن ثم الباب مغلق تماماً عن التفكير في أي مبادئ أخرى تخرج عن هذه الوثائق المكتوبة والتي تكون مع مواد الدستور ذاته "كتلة دستورية " عريضة وغنية وكافية.[3]

المطلب الثاني: مقاربة الديموقراطية في الشأن الدستوري

عندما كتب الأمريكيون دستور بلادهم التي استمرت لقرنين من الزمان، لم يقوموا بتضمين هذا الدستور أي مواد تتعلق بهوية المجتمع، ولا بالحقوق والحريات الشخصية، ولم يكونوا مشغولين بتدشين حكومة تعبر عن الارادة

[1] محمد رفعت عبدالوهاب، رقابة دستورية القوانين "المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية"، المرجع السابق، ص 177.

[2] د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، 1978، ص580

[3] Louis Favoreu et Loïc Philip, Les grandes décisions du C.C(Conseil constitutionnel), pp. 245 et s.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

الشعبية، ولا حكومة تكون فعالة في التنمية الاجتماعية ولا لحل المشاكل الاقتصادية، بل كان الموضوع الرئيسي للدستور هو كيفية بناء جمهورية لا تسمح بأي نوع من الطغيان، سواء كان طغيانا فرديا، أو نخبوياً أو أكثريا. ولهذا السبب بالتحديد، استمر العمل بهذا الدستور لقرنين من الزمان، ولم يعطل العمل به دخول البلاد في حرب أهلية، ولم يفشل في مواجهة حربين عالميتين والكساد الكبير، وعلى الرغم من أنه تم تدشينه في مجتمع محافظ وعبودي، إلا أن دستوره لم يمانع أن يصل أسود لرئاسته عندما تغير المجتمع. وعدم فهم وظيفة الدستور بأنه وثيقة لتشكيل نظام حكم يمانع الطغيان بكافة أنواعه، وتحويله إلى نص حقوقي أو تعبيري عن هوية المجتمع والدولة أو اقتصادي، هو الذي يجعله مهددا لأن يكون فريسة للتعبير لا عن إرادة الشعب بقدر ما أن يكون معبرا عن إرادة أحد طغيانين: طغيان الأكثرية أو طغيان الأقلية.

والأسئلة التي تطرح نفسها في هذا الصدد هل تتعارض فكرة المبادئ فوق الدستورية مع الديمقراطية؟ وبتعبير آخر، هل تُعدّ مصادرة حق الأغلبية في تعديل بعض قواعد الدستور، عبر تحصينها من التعديل أو التغيير، اعتداءً على أهم مبدأ من مبادئ الديمقراطية، القائم على حكم الأغلبية؟ ثم بأي حق يكون لسلطة تأسيسية حق منع سلطات تأسيسية مقبلة من ممارسة دورها؟ وهل ثمة سلطة تأسيسية أسمى من سلطة تأسيسية أخرى، ويحق لها تقييد عملها؟

يمكن القول في هذا الصدد أنه ورغم التأسيس النظري لفكرة المبادئ فوق دستورية قد يكون مقبول ومنطقي ويحمل في طياته مخاوف جديرة بالوقوف عليها ودراستها ووضع ضمانات لها، إلا أن ذلك لا يمنع الواقع الذى يخلقه عدم قبول أغلبية مؤقتة، لمبادئ تضعها الصدفة التاريخية في موقع يلزمها بإقرارها، وضع آلية لضمان إقرار تلك المبادئ في الدستور، هو انعكاس لعدم وجود ضمان أن تلك المبادئ نابعة من الإرادة الشعبية وقت صدور الدستور، وهذا في حد ذاته مشكلة، لذلك فإن القبول الطوعي للقيادات الرئيسية لتلك المبادئ، ضروري حتى تساهم في إقناع التكوينات التابعة لها بها، ورغم أن ذلك يجعل من الدستور صناعة نخبة وليس إرادة شعبية، فإنه يظل البديل الوحيد للخروج من نفق النزاعات المسلحة، وعدم الاستقرار الذى يورثه طغيان الأغلبية. كذلك فإنه لابد من القول بأن عملية نقاش متطاول مع القواعد، تقوده المفوضية الدستورية، كفيلة بإيجاد أغلبية قابلة للمبادئ الدستورية التي بدونها يستحيل صناعة دستور ديمقراطي.

الخطورة الرئيسية تأتي من المجموعات السياسية المستندة على نظريات دينية، أو علمانية تقوم على فلسفات توحى لمن يتبنوها بأنهم يحتكرون الحقيقة، وانهم بهذا لهم حق الوصاية على الشعب الذى يمنعه الجهل من ان يرى ما يرون، فهؤلاء لديهم مبادئ فوق دستورية مختلفة تماماً عن تلك التي نقول بها يرفضون أن يخرج الدستور عنها، والفرق بين تلك المبادئ، والمبادئ التي ندعو لها، هو أن المبادئ التي نقول بها، هي مبادئ تهدف لمنع الطغيان، بينما تؤدي

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

المبادئ التي يدعون لها إلى تكريس الطغيان، والذى غالباً ما يبدأ بطغيان الأغلبية عند تبنيه، وينتهى بطغيان أقلية مكونة من حلقة صغيرة تمارس حقا في الحكم، عن طريق امتلاكها لما تتصور أنه الحقيقة، التي تمنحها تفويض غير محدود، بحكم البلاد كممثل وحيد للحقيقة الدينية، أو للأغلبية التي تحتكر هي دون تفويض تمثيلها.

الخاتمة:

لا شك في ضرورة المواكبة الدستورية لعملية الانتقال الديمقراطي في ليبيا بحيث يمكن لليبيين في هذه اللحظة الحرجة من النضال في سبيل الانتقال السياسي المشاركة في صوغ دستور عصري يؤسس لنظام ديمقراطي قائم على التعددية الحزبية وسيادة القانون والفصل بين السلطات وترسيخ حقوق الإنسان والحريات الأساسية. لكنه في ضوء تعثر المسار الانتقالي بشكل سلمي، والانتقال إلى مرحلة النزاع المسلح والحرب الاهلية، يبدو أن وضع دستور ليبي لليبيا أو حتى وثيقة مبادئ دستورية محصنة وغير قابلة للتعديل –مبادئ فوق دستورية– شبه مستحيل، لأن هذا بحاجة إلى توافق القوى السياسية، وهو أمر من الصعب تحقيقه في ضوء استمرار الحرب، وتغييب أي دور لبعض من شرائح الشعب الليبي معظمها التي خرجت للمطالبة بالحرية والكرامة.

أن القضية الهامة التي يجب الانتباه إليها هي اللحظة التاريخية والواقع الموضوعي لميلاد الدستور حيث لا يمكن الفصل بين آليات إعداد الدستور وبين الظرف الموضوعي والحالة المجتمعية التي ترافق ذلك، وكذلك الحاجة الإنسانية للدستور، وفي الحالة الليبية نجد أن المسألة بالغة التعقيد ذلك أننا حتى الآن لا نعرف كيف سيتم الانتقال إلى المرحلة الانتقالية، ولا ماهية طبيعتها، ولا طبيعة القوى التي ستتحكم بها، ولا مدى توافر شروط الحرية التي سترافق كتابة الدستور، إضافة إلى مسألة بالغة الأهمية تتعلق بالنسيج الاجتماعي الذي أصيب بعطب شديد نتيجة الاستبداد المديد من جهة، ونتيجة المرحلة العنيفة الأخيرة البالغة القسوة والمأساوية والتي لا يمكن أن نتكهن بأثارها المدمرة والفترة الزمنية اللازمة كي يتعافى المجتمع من نتائجها، فنحن مازلنا في مركز كرة النار التي تعصف بمجتمعنا، وهذا سيلقي بظلاله على الدستور المنتظر، لذلك، ومع تقديرنا لقاعدة استقرار الدستور، فقد تفرض المرحلة الانتقالية إعداد دستور مرن غير جامد بحيث يتمكن الشعب في ليبيا من المراجعة والتعديل لبعض مواده بعد فترة زمنية مُحددة، يكون فيها الشعب قد ضمَّد جراحه واستعاد حيويته السياسية، واستعادت مؤسسات الدولة هيكليتها الفاعلة واستعاد المجتمع استقراره وسكينته، وتم فيها اختبار الدستور، ومدى الحاجة للتعديل من عدمه.

إن تبني وثيقة مبادئ دستورية محصنة وغير قابلة للعبث خطوة أولى في سياق صناعة دستور لليبيا هو أمر حيوي وملح، لكن الاعتقاد الراسخ هو أن وقف الحرب أولًا هو شرط ضروري لتحقيق هذا الهدف، إذ سيصبح من

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

الأسهل التوافق بين القوى السياسية حول هذه المسألة، وذلك في سياق مرحلة انتقالية تمهد للانتقال الديمقراطي والعدالة الانتقالية التي تراعي المصالحة ومحاسبة المجرمين.

المراجع

1- د. إبراهيم بوخزام، الوسيط في القانون الدستوري (الكتاب الأول، الدساتير والديموقراطية)، الطبعة الثالثة 2010، دار الكتاب الجديد.

2- د. محمد رفعت عبدالوهاب، رقابة دستورية القوانين "المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية" دار الجامعة الجديدة.

3- د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر "دراسة مقارنة"، 1978.

4- د. عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة – يناير 1952.

5- د. عبدالله خلف الرقاد، مقال بعنوان (تعديل الدستور)، منشور في المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 24، سبتمبر السنة 8

6- Loui Favoreu. Patric Gaia. Richard Ghevontion. Jean Louis Mestre. Otto é)

7- Pfersmann. Anderé Roux. Guy Scoffoni, Droit Constitutionnel, 20édion 2017, Dalloz, page 85

8- Olivier Gohin, Droit Constitutionnel, 3édion 2016, LexisNexis

9- Bernard Chantebout, Droit Constitutionnel, 23 édition 2015, LMD,

10- Dominique Turpin, Contentieux Constitutionnel, 2 édition 1994, PUF,

11- Guillaum Drago, Contentieux Constitutionnel, Français, 4 édition 2016, PUF,

12- Valérie Goesel-Le Bihan, Contentieux Constitutionnel, 2010, ellipses,

13- Dominique Turpin, Droit Constitutionnel, 2007, PUF,

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية