محاضرات القانون الدستوري

لطلبة السنة الأولى ليسانس

المحاضرة :الثامنة

من إعداد : الأستاذ الدكتور عيسى طيبي

السنة الجامعية 2021/2020

المحتضرة الثامنة

الفرع الخامس:نظرية الهرم القانوني لهنري كيلسن 1881 – 1973

يعتبر كيلسن أن الدولة عبارة عن نظام هرمي تسلسلي للقواعد الناظمة لها ،فكل قاعدة قانونية تستمد مشروعيتها من القاعدة التي ؤتعلوها وصولا إلى الدستور المشكل لقمة الهرمية القانونية .

تقدير النظرية :

وقع الفقيه كيلسن في تناقض مزدوج فمن جهة يؤسس نظريته على نظري مجرد و في إجابته عن السؤال من أين يستمد الدستور شرعيته فيجيب بأنه من الدستور السابق ثم من الدستور الأسبق إلى إن يصل إلى الإرادة الشعبية التي صنعت الثورات و منها الدول و الحكام و هنا يجد نفسه أمام الواقع الذي استبعده في بداية نظرته . هذا من جهة و من جهة أخرى فقد اخلط بين نشأة الدولة و نشأة السلطة باعتبار أن القوانين و النظام لا يكون إلا إذا نشئت الدولة .

الفرع السادس:نظرية تأسيس السلطة لجورج بيردو

يقول بيردو بان الدولة لا تنشا إلا إذا تأسست السلطة و انتقلت من مرحلة الشخصنة إلى المأسسة لتشكل دولة المؤسسات لا دولة الأشخاص .

تقدير النظرية : تعتبر نظرية بيردو حديثة و مقتصرة على عنصر السلطة دون الدولة ثم أن بيردو قد أهمل الدول الدكتاتورية أو الاستبدادية و لم يعتبرها دولا لفقدانها مأسسة السلطة .

الفرع السابع:نظرية المؤسسة لموريس هوريو

تنشا الدولة من خلال مراحل متسلسلة باعتبارها نظام اجتماعي و سياسي مخطط له مسبقان ففي المرحلة الأولى تقوم مجموعة من المثقفين للتخطيط لمشروع إقامة دولة لها أهداف ، وفي المرحلة الثانية ك يدعوا المؤسسون الشعب للانخراط في مشروع المؤسسة أي الدولة باعتبارها مؤسسة المؤسسات ..

المرحلة الثالثة تبدا مرحلة وضع الدستور و التقنين . و مثاله في ذلك الدولة الجزائرية.

نقد النظرية : أخلط هوريو بين نشاة الدولة و استقلال الدولة ، فالجزائر التي ضرب بها مثاله دولة مذ قبل قدوم أجداده الغزاة المستدميرين اليها ، الدولة الجزائرية التي كانت فرنسا تقتات من فتاة خيراتها الزراعية بديون و أسباب الاحتلال خير مثال

الدولة الجزائرية التي كان لها قوة بحرية ضاربة من خلال أسطولها البحري الذي كان يضاهي أقوى المدمرات و الأساطيل البحرية في العصر الراهن و الذي أرغم دول العالم بما فيها فرنسا و أمريكا بان تدفع إتاوات و رسوم مقابل عبورها المياه الإقليمية للجزائر.

الفرع الثامن:نظرية الوحدة لجورج جيلينيك George Genilic

ميز جورج ما بين عقود المصالح الخاصة و عقد إنشاء الدولة الذي سماه الفيرين بارنغ و هو مجموع إرادات مشتركة تتوحد لإنشاء دولة بصفة موضوعية قانونية .

تقدير النظرية :_العقد القانوني لا يكوم إلا من خلال نظام قانوني قائم و سابق عليه و هي خالية من الأساس الواقعي .

المطلب الثالث: النظريات التطورية

تشمل هذه المجموعة من النظريات كلا من نظريتي التطور الأسري و التطور التاريخي .

_الفرع الأول:نظرية : التطور الأسري

تعتبر الدولة عبارة عن مجموعة اسر تضاعف عددها، فأصبحت قبائل تحولت إلى عشائر ثم إلى قرى و مدن وصولا للدولة ، كما شبهت هذه النظرية سلطة الحاكم بسلطة الأب.

تقدير النظرية : هذه النظرية لا يمكن تعميمها على كل الدول فهي قد تنطبق على بعض الدول كأثينا قديما و بعض دول الخليج العربي ، ولا تنطبق عبى نشاة دول اخرى كدولة مدغشقر التي كانت تعيش في الفوضى و البدائية . و بخصوص تشبيه سلطة الحاكم بسلطة الأب فان ذلك لا يستقيم و يؤسس للحكم الفردي .

الفرع الثاني:نظرية التطور التاريخي :

اقتبست هذه النظرية من سابقاتها و حاولت أن تجمع بينها ، إذ ترى أن الدولة نشأت نتيجة التطور السياسي و الاجتماعي و الثقافي عبر العصور، غير أن الظروف التاريخية تميز نشاة كل دولة عن غيرها من الدول.

تقدير: النظرية

تعتبر هذه النظرية الأكثر مقبولية في الفقه الدستوري الحديث .

المبحث الثاني:مفهوم الدولة

عرف مفهوم الدولة عدة تعريفات و إن اختلفت في بعض الجزئيات إلا أنها تشترك جميعها حول المرتكزات الأساسية لقيام أي دولة وهي ما يعرف باركان الدولة .

للدولة معنيان لغوي و اصطلاحي .

ألمطلب الأول:ولا المعنى اللغوي للدولة :

لا يوجد لفظ الدولة بمفهوم المدلول الحالي للدولة ، غير انه ورد في القران الكريم لفظ دولة برفع الدال و المقصود منه متداولا و رد ذلك في الاية الكريمة ((**مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ**)) ، فقد جاء القران الكريم بالمفاهيم المعروفة في عصر نزوله ن فكانت الدولا ان ذاك مجرد مدن و قرى .

أما لفظ دولة بفتح الدالة فيدل على الغلبة و الانتصار في الحرب .

المطلب الثاني: المعنى الاصطلاحي للدولة:

تعتبر الدولة ظاهرة اجتماعية تطورت عبر مراحل التاريخ ، من خلال التطور المطرد للإنسان في كل مناحي الحياة المختلفة و من خلال النضج الفكري و الاجتماعي و ا لسياسي .فقال فيها أرسطو قديما أن الدولة التي هي مدينة أثينا حسبه ، بأنها تستمد قوتها من عدد سكانها و ثرواتها و قد عرفها بأنها ذلك المجتمع الذي يتألف من الأفراد بغية تحقيق مصلحة عامة، أما في الحضارة الرومانية فإنها تعني مدينة النظام .

المبحث الثالث:أركان الدولة

يتضمن مفهوم الدولة أركانا ثلاثا هي : الشعب ،الإقليم و السلطة .

المطلب الأول : الشعب

تقوم الدولة بقيام جماعة بشرية تعيش باستمرار ضمن حدود إقليمها، فالشعب هو الركن الركين لقيام أي دولة، كما أن عدد الشعب غير محدد، فقد يقتص على بضع آلاف،كما هو الحال في بعض الدول، كدولة مناك واو الكويت، وهناك دولا يفوق تعداد شعبها المليار نسمة، كما هو الحال بالنسبة للصين الشعبية ، إلا أن هذه الدول تبقى كلها متساوية في نظر القانون الدولي باستثناء الناحيتين السياسية و الاقتصادية .

الفرع الاول:التمييز بين مدلولي الشعب و الأمة

المطلب الثاني:الإقليـم

يعرف الإقليم على انه تلك ألرقعة الجغرافية التي يستقر عليها الشعب بصفه دائمة ، حيث انه لا يتصور أن تقوم دولة بدون إقليم تختص به ويكون له حدود واضحة ،فإقليم الدولة يتضمن سطح الأرض و الإقليم البحري وكذلك ما يعلو البحيرات وكل ما يلاصق الأرض من البحر الإقليمي وبذلك يكون للإقليم ثلاث أجزاء هي : الإقليم الأرضي ، الإقليم المائي و الإقليم الجوي.

الفرع الأول: الإقليم البري

و هو تلك المساحة التي لها حدود معينة وتمارس عليها الدولة سيادتها ، كما يتميز الإقليم البري بخصائص معينة ، كأن يكون ثابتا ومحدد الحدود بمعالم طبيعية أو اصطناعية أو بخطوط وهمية هندسية كخطوط الطول ودوائر العرض.

الفرع الثاني: الإقليم البحري

يسمى الإقليم البحري أو الإقليم المائي ، كما يدعى البحر الإقليمي وهو الجزء المرتبط بالساحل من البحر و المحاذي لشواطئ الدولة ، كما يضم المياه الداخلية و هي تلك المسطحات المائية داخل الإقليم البري للدولة ، مثل الأنهار والبحيرات .

نظرا للأهمية الاقتصادية للبحر الإقليمي الملاصق أو المحاذي لشواطئ الدولة ، و لتفادي قيام خلافات بين الدول حول ذلك ، تم تحديد البحر الإقليمي قديما ب ثلاث (3) أميال، وذلك إعتمادا على أقصى مدى يمكن أن تصله قذائف المدافع إذا كانت منصوبة على شواطئ الدولة ، و نظرا لتطور الاسلحة و زيادة مداها، تغير تبعا لذلك إمتداد البحر الإقليمي إلى 12 ميلا. وهذا استنادا إلى قانون البحار لسنه 1982، حيث تمارس الدولة سيادتها على هذه المنطقة، ثم تأتي منطقة أخرى تسمى بالبحر الإقليمي المجاور طولها 12 ميل أخرى، تأتي بعدها المنطقة الاقتصادية الخالصة و طولها 200 ميل إضافية.
تمارس الدولة سيادتها على إقليمها البحري و لها حق الملاحة البحرية فيه ، حيث عرفها المشرع الجزائري بأنها: (الملاحة التي تمارس في البر والبحر في المياه الداخلية بواسطة السفن المحددة بالمادة 13)، أما مجالات الملاحة البحرية الدولية حسب القانون الدولي ، فتقسم إلى منطقه أعالي البحار و منطقة أخرى تسمى المنطقة الاقتصادية الخالصة ، تليها المنطقة المجاورة للبحر الإقليمي بمنطقه البحر الإقليمي في المياه الداخلية أو منطقة البحر الإقليمي والمنطقة المجاورة لها ، حيث تمارس الدولة السيادة المطلقة على البحر الإقليمي والمنطقة المجاورة ، وذلك بكل حرية ، إذ لا تتقيد أمام الدول الأخرى بشروط معينة إلا فيما يتعلق بالمرور البريء مع ضرورة وجود ترخيص مسبق لها ، وبناء على ذلك فللدولة صاحبة هذا

الفرع الثالث:المنطقة الاقتصادية الخالصة

تقدر مساحه هذه المنطقة ب 200 ميل وهي منطقة ملاصقة للمنطقة المجاورة للبحر الإقليمي وهي غير خاضعة لسيادة الدولة ، حيث تستفيد الدولة من استغلال البحر ي للثروة الحية وغير الحية إلى غاية منطقه قاع البحر التي تعتبر تابعة لإحكام خاصة بالجرف القاري وفي حالة وجود فائض لاستغلال الثروات البحرية للدولة الساحلية، فإنها يمكن أن تسمح ببعض الدول الأخرى و الحبيسة بأن يمارسوا حق الملاحة في تلك المنطقة .

يحق للدولة الساحلية أن تمارس الصيد البحري والبحث العلمي في المنطقة الاقتصادية الخالصة ولا تسمح للدول الأخرى بممارسة هذه النشاطات في هذه المنطقة .

الفرع الرابع: منطقه البحر الحر

وهذه المنطقة تسمى كذلك بأعالي البحار وهي منطقة لا تخضع لسلطه أي دولة من الدول بل هي ملك للإنسانية جمعاء ، ولا يحق للدولة المحاذية لها أن تمتلكها .

الفرع الخامس : الإقليم الجوي

و يشمل كل ما يعلو الإقليمين البري و البحري وهو عبارة عن طبقات هوائية وفضائية بدأت تظهر أهمية الإقليم الجوي بعد إختراع الطائرات ، حيث بدا الاهتمام بهذا الإقليم في أوربا فأبرمت أول معاهدة بهذا الخصوص سنه 1919 في فرنسا ، وهي اتفاقية تسهيل الملاحة الجوية تلتها اتفاقيات هافانا عام 1928 و اتفاقية شيكاغو عام 1944 ، حيث جاء في هذه الأخيرة التأكيد على سيادة الدولة المطلقة على إقليمها الجوي ، حيث لا يسمح للطائرات الأجنبية عبور الإقليم الجوي للدولة إلا بترخيص منها ، وإلا أسقطت ، أما فيما يتعلق بالمجال الفضائي الذي يفوق علوم الطائرات ، فقد وزادت أهميته بعد غزو الفضاء بالأقمار الصناعية و ذلك نظرا لامتلاك الدول الصناعية للتكنولوجيا ، فهي تفعل ذلك دون الاستئذان من احد مع أنها يمكن أن تشكل خطرا على بقية الدول من خلال تجسس الأقمار الصناعية أو رمي النفايات النووية . وبخصوص حق الدولة على إقليمها ، فقد تضاربت حول ذلك الآراء والنظريات الفقهية، فهناك من يرى بان حق الدولة على إقليمها هو حق ملكية، لكن ذلك يتعارض مع حق الملكية الخاصة للإفراد ، وهناك من ارجع حق الدولة على إقليمها إلى حق السيادة لكن هذه النظرية انتقدت على أساس أن السيادة تكون على الأشخاص وليس على الأشياء ، لتقوم نظرية ثالثه تسمى بالحق العيني النظامي وتعتبر الأقرب إلى المنطق و الصواب .