https://doi.org/10.17656/jlps.10113

فكرة الدستور لدى هانس كلسن
(دراسة تحليلية)

م.م.سەردار مەلا عزیز

كلية العلوم الانسانية/ قسم القانون-جامعة راپەرین

المقدمة

قام المفكر القانوني النمساوي (هانس كلسن) في النصف الأول من القرن العشرين بصياغة نظريته المحضة للقانون، حيث أراد من خلال هذه المحاولة الفكرية-القانونية المتميزة صياغة إطار نقي للقانون، وذلك بتطهير علم القانون وتنقيته من كل العوامل والعناصر الغريبة عنه، وبحثه كذلك كما هو كائن، لا كما يجب أن يكون، والموضوع الوحيد لهذا العلم القانوني الذي نادى كلسن بتأسيسه يتمثل في القانون الوضعي الذي يشرعه البشر في المكان والزمان المعينين، والذي يتكون من مجموعة قواعد متدرجة في القوة في شكل هرمي، إذ توجد في قمته القواعد الدستورية التي تمثل المرجع الأساسي والجوهري للنظامين القانوني والسياسي في الدولة، بحيث أنها تعلو على جميع القواعد القانونية الأخرى، وتشكل في الوقت نفسه مصدراً لقانونية هذه القواعد وصحتها، لا بل يعلو الدستور وقواعده على الحكام القابضين على السلطة السياسية، بحيث أن علاقة هؤلاء الحكام بالدستور تغدو علاقة الخضوع، بمعنى انه ليس بإمكانهم أن تمارسوا سلطاتهم بصورة اعتباطية أو عفوية، وإنما تكون وفقاً لأشكال أو شروط معينة والمقررة في الدستور مقدماً، بيد أن مسألة مصدر صحة هذا الأخير وأساس قانونيته تعد من أهم المشاكل التي تواجه الفكر القانوني، ومن جانبه حاول الفقيه القانوني هانس كلسن ببراعته الفكرية الكبيرة أن يقدم حلاً لهذه المشكلة، أو إيجاد أساس للقانون الوضعي، وبهذا الشأن سلك لنفسه طريقة خاصة ومنفردة، كما تبدو ذلك من خلال نظريته المحضة في القانون.

أهمية الدراسة: تأتي أهمية هذه الدراسة من أنها تركز على أهم الأطروحات والأفكار التي قدمها الفقيه كلسن في صدد الطبيعة القانونية للدستور أو أساس النظام القانوني في الدولة، منطلقاً من

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

المنطق الذي يسود مذهب الوضعية القانونية، حيث من النادر أن نجد أفكار وآراء أو نظريات قانونية تتمتع بمنطقية كتلك التي تحظى بها والمطروحة من قبل كلسن.

إشكالية الدراسة: فيما يخص إشكالية دراستنا هذه، إنها تكمن في كيفية إيجاد التفسير الواقعي والمنطقي لإقامة قانونية الدستور أو إدراك أساس القانون الوضعي بعيداً عن الفرضيات والتخيلات أو عن كل ما لا يؤيده دليل من التجربة أو المشاهدة.

فرضية الدراسة: تقوم هذه الدراسة على فرضيتين: تذهب الفرضية الأولى إلى أن أطروحات كلسن في إطار موضوع دراستنا بالرغم من جاذبيتها ومنطقيتها، إلا أنه لم يتمكن أن يحرر نفسه ونظريته في القانون من المفاهيم والأفكار القانونية الخيالية والمفترضة، وذلك من أجل تبرير أطروحاته وتكملة نظريته، أو الحفاظ على منطق مدرسة الوضعية القانونية، أما الفرضية الثانية فترى أنه من الصعب جداً، إن لم يكن مستحيلاً إغفال أو تجاهل العلاقة بين عالم القانون وعالم الوقائع تجاهلاً تاماً إذا أردنا أن نجد تبريراً قانونياً للقواعد الدستورية.

لقد اعتمدنا في بناء هذه الدراسة على الأسلوب التحليلي في محاولة منا لدراسة وتحليل معظم المفاهيم والأفكار القانونية والفلسفية المقدمة بصدد الموضوع قيد الدراسة، وبناء على ذلك فقد تم وضع خطة للبحث تعتمد على تقسيمه إلى مبحثين، خصصنا المبحث الأول لدراسة الاطار الفكري لهانس كلسن، ونحاول من خلاله تسليط الضوء على المنطلقات النظرية المحضة للقانون، وفكرة صاحبها حول مفهوم القانون الوضعي وتراتبية قواعده، أما المبحث الثاني فيتحدث عن فكرة الدستور ومنهجية كلسن، حيث تطرقنا في البداية إلى فكرة الدستور بصورة عامة، ومن ثم درسنا هذه الفكرة عند هانس كلسن، وقد أنهينا البحث بخاتمة تشتمل على أهم الاستنتاجات التي اسفرت عنها الدراسة.

المبحث الأول
الاطار الفكري لهانس كلسن

يتضمن هذا المبحث مطالب ثلاثة، يتناول المطلب الأول المنطلقات النظرية المحضة للقانون، في حين يتطرق المطلب الثاني إلى الحديث عن فكرة كلسن حول مفهوم القانون الوضعي، ويَعْرُجُ المطلب الثالث على بيان فكرته بشأن التراتبية في القانون.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

المطلب الأول

المنطلقات النظرية المحضة للقانون

إن وجود القانون يفترض قيام سلطة عامة قادرة على إرغام أعضاء الفئة الاجتماعية على امتثال الأوامر التي تصدرها، بحيث لا يمكن تصور وجود قانون لا يصدر عن ارادة القابضين على السلطة أو في الأقل لا يحظى باقرارهم، ولهذا فقد قيل ان القانون يجد مصدره أو أساسه في إرادة السلطة السياسية أو القائمين عليها، وهذه هي الأطروحة الأساسية للمدرسة الوضعية القانونية، التي نشأت في فرنسا بعد عام ١٨٠٤، وتعتبر هذه المدرسة أحد أهم المذاهب القانونية التي لعبت دوراً بارزاً في تاريخ الفكر القانوني.

وقد تأثر المذهب الوضعي في القانون كموقف فكري بالفلسفة الوضعية التي سادت في القرن التاسع عشر في اوروبا، تلك الفلسفة التي تهدف إلى بلوغ الحقيقة عن طريق الملاحظة المباشرة والمشاهدة والاستقراء، وترفض الأفكار الميتافيزيقية أو كل ما هو خيالي ومثالي[١].

والقانون بالنسبة لمذهب الوضعية القانونية هو من وضع إرادة الفئة الحاكمة (الدولة)، فلا القانون إذن إلا ما تعتبره الدولة كذلك، وأن القانون -بحسب هذا المذهب أيضاً- سيكون نظاماً منطقياً مغلقاً، بمعنى أن الحلول القانونية تستقى من القواعد القانونية الوضعية ومنها فقط دون اللجوء أو الاستعانة بكل ما هو خارج عن النظام القانوني من قيم أخلاقية، سياسية أو اجتماعية، ولهذا فإن هناك فصلاً مطلقاً بين القانون والأخلاق وبين القانون والسياسة، أي بين القانون كما هو كائن وبين القانون كما يجب أن يكون[٢].

---

[١] د.منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط٢، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١، ص٤٢.

[٢] نفس المصدر أعلاه، ص٤١. زعيم الفلسفة الوضعية هو الفيلسوف الفرنسي أوغست كونت (١٧٩٨- ١٨٥٧)، حيث نقطة البدء عنده هي الملاحظة والتجربة ورفض كل نزعة ميتافيزيقية، والتفكير البشري -بحسب رأيه- قد مر بمراحل ثلاث: المرحلة اللاهوتية، المرحلة الميتافيزيقية والمرحلة الوضعية أو العلمية، وهذه الفلسفة قد استبعدت البحث في الغايات القصوى والعلل الأولى ولم تعترف بغير الواقع المحسوس الملموس تعالجه بمنهاج البحث التجريبي، وترى أن كل موضوع تمكن معالجته بالملاحظة والتجربة يدخل في نطاق العلم، وما لا يعالج بهذا المنهج التجريبي فهو غريب عن العلم، فلا يعتبر تفكيراً -في نظر أنصار هذه الفلسفة- ذلك الذي لا يعتمد على المنهج التجريبي المنطقي التحليلي. للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع ينظر: د.حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط١، دار السنهوري، بغداد، د.ت، ص ص٦٤-٦٨. وينظر أيضاً: د.سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦، ص١١٠ وما بعدها.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

ولقد أراد أصحاب هذا المذهب بكل اتجاهاته الفكرية أو الفقهيـة دراسـة القـانون دراسـة علميـة مستقلة وبعيدة عن كل ما هو من مضمار المعتقدات الأخلاقية أو الدينية أو الـسياسية، وقـد وجـدت هذه الاتجاهات الفكرية محصلتها لدى المفكر القـانوني اللامـع البروفيـسور (هـانس كلـسن)[1]، حيـث حاول كلسن من خلال نظريته المحضة للقانون ابعاد علم القانون وتنقيتـه مـن كـل العوامـل الغريبـة عنه، وبحثه كذلك كما هو كائن، لا كـما يجـب أن يكـون، ودون أخـذ بعـين الاعتبـار الأحكـام والأفكـار المسبقة عن القانون، قاصداً بذلك معاملة القانون كعلم مستقل وقائم بذاته، ورفعه إلى مستوى العلـم الحقيقي الذي يجب أن يأخذ مكانه إلى جانب العلوم الأدبية الأخرى.

[1] ولد هانس كلسن (Hans Kelsen) في ١٨٨١/١٠/١١ في مدينة (براغ) التي كانت في ذلك الحين جزءاً من الامبراطوريـة النمساوية، وبعد ثلاث سنوات جاء إلى (فيينا) حيث أقام والده، وأتم فيهـا جميـع دراسـاته ونـال في سـنة ١٩٠٦ درجـة الدكتوراه في القانون، وفي عام ١٩١١ ظهر مؤلفه الأول الذي عالج فيه المشاكل الرئيسية للقانون العام ابتـداء مـن فكـرة القاعدة القانونية، وفي السنة نفسها عين استاذاً (بصفة خاصة) في القانون العام وفلسفة القانون في جامعـة (فيينـا)، وفي سنة ١٩١٣ أسس مجلة القانون العام، وأصبح مديراً لها إلى أن اضطر للانقطاع عنها بسبب الظـروف الـسياسية الـسائدة قبل الحرب العالمية الثانية، وبعد سقوط النظام الملكي وأثناء تأسيس الجمهورية النمساوية كلف هـانس كلـسن باعـداد مشروع الدستور الاتحادي للنمسا والذي أقره البرلمـان سـنة ١٩٢٠. وألـف كلـسن في عـام ١٩٢٠ كتابـه المكـرس لمـشكلة السيادة ولنظرية القانون الدولي، وقد أشار عنوانه الثانوي إلى أنه "مساهمة في النظرية المحضة في القانون"، وكانت تلـك هي المرة الأولى التي أشار فيها كلسن إلى نظريته النقيـة، وفي سـنة ١٩٢١ أصـبح كلـسن قاضـياً في المحكمـة الدسـتورية النمساوية مع كونه مقرراً فيها. وبعد تدريسه لفترة قصيرة في جامعة (كولونيا) بالمانيا -الذي تم فصله فيهـا سـنة ١٩٣٣ من قبل الحكومة الوطنية الاشتراكية- قبل كلسن دعوة من المعهد الجامعي للدراسات الدولية العليا في (جنيف)، حيـث درس القانون الدولي حتى عام ١٩٤٠، ثم هاجر إلى الولايات المتحـدة الأمريكيـة، وتـولى التـدريس في جامعـة (هـارفرد) وجامعة (كاليفورنيا) في (بركلي) كأستاذ للقانون الدولي العام وفلسفة القانون.

لقد تأثر هانس كلسن -كما يقول الأستاذ منذر الشاوي في كتابه فلـسفة القـانون في ص٦٧- بفلـسفة الفيلـسوف الألمـاني (أمانويل كانت)، بيد أن هذا التأثير لم يصل إلى حد انعكاس آراء الفيلسوف على القانوني، فقد تأثر كلسن أيـضاً بتيـارات فكرية أخرى، بحيث ان اقتباساته من الفلسفة الكانتية لم تكن مانعاً دون احتلال الفكر الكلسني موقفاً فريداً وأصيلاً في ميدان المعرفة القانونية.

وقـد نشر كلسن العديد من أبحاث ومؤلفات هامة عـن النظرية العامة للقـانون والدولـة، وفلـسفة القـانون، والقـانون الدولي، بيد أن أكثر مؤلفه شهرة تتمثل في (النظرية المحضة في القانون) التي ظهرت طبعته الأولى باللغة الألمانية في عـام ١٩٣٤. واستمر كلسن في تدريسه في جامعة (كاليفورنيا) حتى بلوغه السن التقاعد في عام ١٩٥١، ومن ثـم شـغل بـصفة مؤقتة كرسياً في المعهد الجامعي للدراسات الدولية العليا في (جنيف). وفي حياته العلمية حصل كلسن على العديـد مـن الشهادات الدكتوراه والألقاب الفخرية في العديد من الجامعات والأكاديميـات الأمريكيـة والأوروبيـة، تـوفي كلـسن عـام ١٩٧٣، وبوفاته فقدت الانسانية واحداً من أبرز المفكرين القانونيين في القرن العشرين. هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة: د.أكرم الوتري، منشورات مركز البحوث القانونية-وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٦، ص ص١٧٦-١٧٩.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

في الواقع ان محاولة الفقيه كلسن هذه لم تكن من أولى المحاولات وان كانت من اعمقها وأكثرها تأثيراً في الفكر القانوني[١]، بيد أن قبل كلسن ذهب الفقيه الانكليزي (جون أوستن) إلى القول بأن: "علم القانون يتعلق بالقوانين الوضعية أو القوانين بالمعنى الدقيق للكلمة وذلك بصرف النظر عن صفتها الجيدة أو الرديئة"[٢]، وكذلك حاول (ميهمل-Mehmel) من المانيا صياغة نظرية تحمل نفس الاسم (النظرية النقية في القانون)، وجرت محاولات أخرى بهدف صياغة إطار نقي للقانون، كمحاولة (أرنست روغو-Roguin) في كتابه المعنون (نظام القانون) في عام ١٨٨٩، ومحاولة (بيكار- Picard) في كتابه الصادر عام ١٨٩٩ تحت العنوان (القانون النقي)[٣].

حاول كلسن من خلال هذه المحاولة الفكرية-القانونية صياغة نظرية قانونية بعيدة -على حد تعبيره- عن الذهنية السياسية وعن كل عنصر عائد إلى علوم الطبيعة، ففي رأيه إذن أن نظرية القانون يجب أن تكون خالصة أو بحتة.

وفي تعريفه لنظريته يقول كلسن: "إن النظرية المحضة في القانون هي نظرية للقانون الوضعي، وهي للقانون الوضعي عموماً وليست لقانون معين، فهي نظرية عامة للقانون، وليست تفسيراً لنظام قانوني معين، وطنياً كان أم دولياً، وهي تريد أن تبقى نظرية وتقتصر على التعرف على موضوعها باستبعاد أي موضوع آخر، وتسعى إلى تحديد ماهية القانون وكيف يتكون، دون التساؤل عما يجب أن يكون عليه وكيف يجب أن يتكون، فهي ليست بسياسة قانونية، بل هي علم القانون، وهي بمنحها نفسها صفة النظرية المحضة تشير إلى قصدها في تأسيس علم يكون القانون موضوعه الوحيد متجاهلة كل ما لا يستجيب حصراً لتعريفها"[٤].

فالمبدأ الأساس إذن عند كلسن هو تطهير علم القانون من كل العناصر الغريبة عنه، ويأتي ذلك بعد أن لاحظ أن علم القانون التقليدي انشغل بعلم النفس وعلم الاحياء، وبالاخلاق والدين، وان القضايا التي يهتم بها رجال القانون يعد قضايا غريبة عن علم القانون، وذلك بسبب انعدام الحس النقدي انعداماً تاماً في إطار هذا العلم[٥].

---

[١] أستاذنا د.شيرزاد أحمد النجار، النظرية النقية في القانون، دراسة منشورة في كتاب المؤلف: دراسات في علم السياسة، ط١، مطبعة وزارة الثقافة، أربيل، ٢٠٠٤، ص١٧١.

[٢] نقلاً عن: د.منذر الشاوي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص٤٧.

[٣] أستاذنا د.شيرزاد أحمد النجار، المصدر السابق، ص١٧١.

[٤] هانس كلسن، المصدر السابق، ص١٤.

[٥] نفس المصدر أعلاه والصفحة نفسها. وينظر: هنري باتيفول، فلسفة القانون، ترجمة: د.سموحي فوق العادة، ط١، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٧٢، ص٢٥. ينظر كذلك: أستاذنا د.شيرزاد أحمد النجار، المصدر السابق، ص١٧١.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

إن الموضوع الـوحيد لعلم الـقانون النقي الـذي نادى كلسن بتأسيسه يتمثل في القـانون الوضـعي، بحيث تريد النظرية المحضة للقانون دراسة هذا القانون كـما هـو كـائن، بـصرف النظـر عـما إذا كـان مضمون هذا القانون عادلاً كان أم غـير عـادل، ودون تقيـيم لمـضمونه انطلاقـاً مـن معـايير واعتبـارات سياسية أو مثالية أو أخلاقية أو اقتصادية أو اجتماعية، ويؤكد على ذلك كلسن نفسه حينما يشير إلى أن النظرية المحضة "تهتم بمعرفة ماهية القانون وما يمكن أن يكون عليه، وليس مسألة ما إذا كان عادلاً أو ما إذا كان في الإمكان أن يصبح كذلك، وبهـذا المعنـى فهـي نظريـة واقعيـة جـذرياً تمتنـع عـن إصـدار الأحكام التقييمية عن القانون، لأنها تريد أن تكون علماً، وتقتـصر على فهـم طبيعـة القـانون الوضـعي وتحليل بنيته"[1]، وإذا كان الأمر كذلك فعلى رجل القانون أن يتجنب المزج بـين مفهـوم القـانون وبـين مفاهيم أخرى وكل ما لا يدخل فيه، ومن جهة أخرى عليه أن يمتنع عن إجراء أي تقيـيم أو بحـث عـن جوهر العدالة، إذ ليس من اختصاص القانوني ومهمته أن يصدر أحكاماً قيمية عن القانون الوضعي، انما عليه أن يركز على دراسته كما هو.

ولكي يكون القانون علماً بحتاً، يجب أن تستبعد منه جميع العناصر التي تدخل في علوم أخرى، ولا سيما تلك التي تتعلق بعلم الاجتماع والمعـايير الخلقيـة، والمفـاهيم الـسياسية، والمثـل العليـا، ومبـادئ القانون الطبيعي، لأنها ليست عناصر قانونية[2].

وتريد النظرية التي نحن بصددها كذلك مكافحة كل الاتجاهات المذهبية التي لها أغراض وتأثيرات سياسية واضحة، وذلك بعرض القانون كما هو موجود أو كائن، دون السعي إلى تبريره أو نقده[3].

وهـكذا تحاول النظرية المحضة للقانون تجريد القانون مـن مظاهره المختلفة، وإعـادته إلى نقائـه أو نقاوته، وذلـك بتصفيته من كل الشوائب والرواسب المتعلقة به، بتعبير آخـر تبغـى هـذه النظريـة اسـتبعاد جميـع العنـاصر الايديولوجيـة والعوامـل أو الاعتبـارات الـسياسية والأخلاقيـة والاقتـصادية والاجتماعية...الخ التي ترمي إلى دراسة القانون وبحثه كما يجب أن يكون وليس كما هو موجود.

يستنتج مما تقدم أن كلسن في منطلقاته الفكرية هذه يستند إلى منطق الوضعية القانونيـة الـذي يقضي بأنه جميع المشاكل التي تطرح على علم القانون يجب أن تفهم وتحل في اطـار النظـام القـانوني،

---

[1] هانس كلسن، المصدر السابق، ص ص٥٠-٥١.

[2] د.حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص ص٨٠-٨١. وينظر:

– Raymond Wacks, Philosophy of Law, First published, Oxford University Press, 2006, p.32.

[3] هانس كلسن، المصدر السابق، ص٥٠.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

أي أن لفهم هذه المشاكل القانونية وإيجاد حلول مطلوبة لها، لا بد من أن نبقى في عالم القانون دون اللجوء إلى عالم آخر، ذلك أن عالم القانون (النظام القانوني) يخلق نفسه بنفسه، فهو في حالة وجود قانوني ذاتي واكتفاء قانوني ذاتي[١]، وفي هذا السياق يقول كلسن إن: "في نظر النظرية المحضة أن فكرة القانون كتنظيم لا تعني إلا أنه نظام سنني، وأن جميع المشاكل القانونية يجب أن تعرض وتحل كمشاكل في نظام سنني، وعليه فباستبعاد كل حكم تقييمي أخلاقي وسياسي، تصبح نظرية القانون تحليلاً دقيقاً وممكناً لبنية القانون الوضعي"[٢].

المطلب الثاني

فكرة كلسن حول مفهوم القانون الوضعي

ولما كانت النظرية المحضة هي نظرية للقانون الوضعي، فلا بد من الوقوف والبحث عن مفهوم هذا القانون لدى صاحب هذه النظرية، ولقد وجد كلسن التفرقة بين العلوم الطبيعية والعلوم الاجتماعية، وتتمثل هذه التفرقة في أن الأولى تدرس الطبيعة بتطبيق مبدأ السببية، بينما الثانية (وبضمنها علم القانون) تدرس المجتمع من خلال مبدأ آخر يختلف تماماً عن مبدأ السببية، ألا وهو المبدأ الاسناد.

في مبدأ السببية تنشيء علاقة بين السبب والنتيجة دون أن يتدخل في الأمر أية إرادة بشرية أو سنة (قاعدة) أنشأها عمل جرى في المكان والزمان المعينين، وكل قانون طبيعي يطبق هذا المبدأ، وعليه فالقانون الذي يقضي بأن "المعدن يذوب عند تسخينه"، هو قانون ينشيء علاقة السبب بالنتيجة، أو علاقة سببية بين الحرارة وذوبان المعدن، أما في مبدأ الاسناد فيكون الأمر على العكس من ذلك، فالعلاقة القائمة بين الواقعتين تنتج عن أعمال بشرية، كالقاعدة القانونية التي تقضي بأنه "إذ ارتكب فرد جريمة، فيجب أن يعاقب"، هي التي تنشيء علاقة بين عمل غير مشروع والجزاء، بمعنى أن العمل غير المشروع يتبعه الجزاء، لأن هناك سنة قانونية تأمر أو تجيز تطبيق الجزاء عند ارتكاب عمل غير مشروع[٣].

---

[١] د.منذر الشاوي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص٥٧. أستاذنا د.شيرزاد أحمد النجار، المصدر السابق، ص١٧٢.
[٢] هانس كلسن، المصدر السابق، ص١٠٦.
[٣] نفس المصدر أعلاه، ص١٥ وما بعدها.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

وبعد أن ميز كلسن بين عالم الطبيعة أو عالم ما هو كائن (الزاين)، وعالم القانون أو عالم ما يجب أن يكون (الزولن)، شرع بتحديد هذا الأخير أكثر تحديداً، إذ حاول أن يقدم تفسيراً للقانون بوصفه قاعـدة مجردة من جـميع الاعتبارات والمؤثرات سواء أكانت اجتماعية أم دينية أم اقتصادية أم سياسية، ويـرى أن القانون من الناحية المجردة ليس إلا نظاماً للسنن التي يمتثل لهـا النـاس أو لا يمتثلـون[١]، والقـانون هذا يحدد وينظم بصورة مبـاشرة أو غـير مبـاشرة جميـع الـسلوك الانـساني، بتعبـير آخـر أن الـسنن أو القواعد التي يتكون النظام القانوني منها تتعلق بجميع سلوك الأفراد الذين يحكمهم ذلك النظـام، إذ لا يوجد أي سلوك إنساني يمكن أن يفلت من تطبيق القانون الوضعي عليه، وبناءً عـلى ذلـك فـإن النظـام القانوني لا يمكن أن يحتوي على ثغرات[٢]، هكـذا يبـدو القـانون كنظـام سـنني يهـدف إلى الحـث عـلى تصرفات بشرية، بحيث أن التصرفات المخالفة ستكون محل ارغام منظم اجتماعياً[٣].

ومن غير الضروري -كما يقول كلسن- أن يعمل الأفراد المخاطبون بالنظام القانوني للدولة وفـق مـا تقرره السنن القانونية في جميع الظروف دون استثناء، إذ يوجد دائماً اختلاف معين بـين سـلوك البـشـر والقواعد التي تنظم ذلك السلوك، إلا أن النظام القانوني يمكـن اعتبـاره فعـالاً عنـدما لا يتعـدى حجـم الاختلاف حداً معيناً[٤].

إن القانون هو نظام جبر، وتقنية اجتماعية، هدفه حمل الناس على السلوك بشكل معـين، فيترتـب جزاء يوقع بالقهر في حالة السلوك المخالف، هذا الجزاء هو الصفة المميزة للقاعدة القانونية عن غيرهـا من القواعد الاجتماعية، فعامل الاجبار هو عنصر أساسي في مفهوم القانون، أن القانون هو نظام إلزامي للسلوك الانساني[٥]، بعبارة أخرى يمكن القـول إن التقنيـة المحـددة للقـانون التـي تتكـون مـن مجـازاة السلوك الانساني المخالف للمسلك المطلوب بعمل قسري، هي تقنية يمكن اسـتخدامها لغـرض التوصـل إلى أي هدف اجتماعي، لأن القانون ليس هدفاً بل وسيلة، ومن وجهة النظر هذه فالقانون هـو تقنيـة القسر الاجتماعي الوثيق الصلة بالنظام الاجتماعي الذي يهدف إلى الحفاظ عليه[٦].

---

[١] نفس المصدر أعلاه، ص٣٥.
[٢] نفس المصدر أعلاه، ص٣٧.
[٣] د.منذر الشاوي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص٦٧.
[٤] هانس كلسن، المصدر السابق، ص٤٣.
[٥] د.ثروت أنيس الاسيوطي، فلسفة القانون في ضوء التـاريخ الاقتـصادي والاجتماعـي، مطبعـة التحريـر، بغـداد، ١٩٧٦، ص٦٤.
[٦] هانس كلسن، المصدر السابق، ص٥٩.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

وبصدد العلاقة بين القانون والاخلاق يشير كلسن إلى "أن القانون الوضعي والأخلاق هما نظامان سنيان يتميز أحدهما عن الآخر... ولكي يكون النظام الأخلاقي متميزاً عن النظام القانوني يجب أن لا يختلط محتوى السنن الأخلاقية بمحتوى السنن القانونية، أي أن لا تكون هنالك علاقة بتحويل من القانون إلى الأخلاق أو من الأخلاق إلى القانون"[١]، ويؤكد بذلك على ضرورة الفصل بينهما.

هكذا ذهب كلسن -كباقي الوضعيين القانونيين- إلى أن مفهوم القانون يجب أن يعرف ويتحدد بحيث لا يتضمن في محتواه عناصر أخلاقية[٢]، ويشير في هذا السياق إلى أن القانون قد يكون له أي محتوى، وعليه فإن صحة القواعد القانونية ومشروعيتها لا تستند على مضمونها، ولا على تطابق محتواها مع قواعد ومبادئ أخلاقية[٣]، بيد أن هذا لا يعني في نظره "جعل القانون مخالفاً للأخلاق، وإنما يعني فقط جعله بمعزل عن الأخلاق"[٤].

وإذا كان سنن النظام القانوني هي سنة قسرية تأمر أو تجيز استخدام القسر كرد الفعل ضد السلوك الانساني الموصوف بأنه مخالف للقانون، فإن الوضع مختلف فيما يخص سنن النظام الأخلاقي، وهي لا تقضي بالجزاءات ولا تجيزها بالنسبة للسلوك الانساني الموصوف باللاأخلاقية[٥]، وهذا الأمر إن دل على شيء، فإنما يدل على أن القواعد القانونية تختلف عن القواعد الأخلاقية على أساس أن القاعدة القانونية مقترنة بجزاء أو تعتمد على الجبر، بتعبير آخر أن المعيار المميز بينهما يتمثل في توافر عنصر الجزاء في الأولى دون الثانية، كما أن القاعدة القانونية تصدر عن سلطة الدولة، بينما مصدر القاعدة الأخلاقية يكمن في ضمائر أعضاء الفئة الاجتماعية.

إن أية قاعدة -بنظر كلسن- لكي تكون قانونية وبالتالي جزءاً من القانون الوضعي، يجب أن تملك صفتي الصحة والنجاعة في آن واحد، وبذلك فإن طبيعة القانون وقواعده ستكون مزدوجة، فالقانون ليس صحيحاً فقط، ولا هو ناجع فقط، بل هو صحيح وناجع في الوقت ذاته[٦]، ويرى كلسن أيضاً أن صحة النظام القانوني بمجمله تستند إلى سنة واحدة، ألا وهي السنة الأساسية، وهي ليست قاعدة من

---

[١] نفس المصدر أعلاه، ص ص٤٤-٤٥.

[٢] روبرت ألكسي، فلسفة القانون، ترجمة: كامل فريد السالك، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص١٩.

[٣] هانس كلسن، المصدر السابق، ص١٠٨. وينظر كذلك:

– Joseph Raz, Kelsen's Theory of the Basic Norm, American Journal of Jurisprudence, Vol. 19, Iss. 1, 1974, p. 102.

[٤] د.عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج١، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٢، ص١٦٠.

[٥] هانس كلسن، المصدر السابق، ص٥٦.

[٦] د.منذر الشاوي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص٧٣. وتجدر الإشارة إلى أن يراد بـ (الصحة) وضع القاعدة وفقاً لاجراءات محددة مسبقاً، أما معنى (النجاعة) فتكمن في إطاعة القانون من قبل غالبية الأفراد المخاطبين به.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

قواعد القانون الوضعي، أي ليست موضوعة، بل مفترضة، وبذلك يرجع كلسن أساس القانون الوضـعي إلى قاعدة افتراضية.

من جانب آخر انتقد كلسن نظرية التي تجعـل القـانون الوضـعي نظامـاً للـسنن التابعـة للقـانون الطبيعي، ذلك أن القانون الوضعي يستمد صحته أو تبريره من صلته وتطابقـه مـع القـانون الطبيعـي، فهو بالمقابل يرى أن سنن القانون الوضعي تكون ملزمة ونافذة ولو خالفت قواعـد القـانون الطبيعـي، بمعنى أنه يرفض تبرير القانون الوضعي عـن طريق القانون الطبيعي، حيث أن هذا الأخـير لا يمكـن أن يقدم أية فائـدة بالنسبة لمن يبحث عـن الحقيقة الموضوعية أو العلميـة، فـالمفهوم القـانون الوضــعي إذن يقوم -وفقاً لرأيه- على أساس استبعاد كافة الأفكار والقواعد المثالية المسبقة، فلا يوجد قانون غـير ما تضعه الدولة، وما ينتج عن إرادتها ومشيئتها.

وبصدد العلاقـة بين الـدولة والقانون، ترى النظريـة المحـضة أنــهما شيء واحـد، وهـما متطابقـان، بحيث لا ترى الدولة سوى نظاماً قانونياً، أي أن الدولة نفسها هي القانون، بيد أن ذلك لا يعني ان كـل نظام قانوني هو دولة، بل النظام الذي قد توصل إلى درجة معينة من المركزية هو الـذي يـصبح الدولـة فحسب، وبذلك يوحد كلسن بين الدولة والقانون ويدمجهما معاً[1].

المطلب الثالث

فكرته بشأن التراتبية في القانون

وفي تحليله للنظام القانوني للدولة ذهب كلسن إلى أن هذا النظام يتكون من مجموعة من القواعد القانونية التي تتدرج فيما بينها بشكل هرمـي، إذ تتـوزع عـلى طبقـات أو درجـات مختلفـة موضـوعة بعضها فوق بعض، وترتبط كذلك ببعضها بصورة تدرجية، بحيث لا تستمد احداها صـحتها مـا لم تكـن قد أنشئت بطريقة معينة من قاعدة قانونية تعلو عليها في المرتبة، وبذلك تكون هذه القاعـدة الأخـيرة أساساً لصحة القاعدة الأولى[2].

---

[1] إذا كان الأمر كذلك فإن مذهب كلسن يكون قد وجد حلاً لمشكلة خـضوع الدولـة للقـانون، ولا يمكـن طـرح مـسألة تقييد الدولة بالقانون من الآن فصاعداً، بمعنى أنها حلت عن طريق استبعادها أو حـذفها في الحقيقـة، بحيـث لا يبقـى مجال للتساؤل: كيف يمكن أن تخضع الدولة لما تضعه من القوانين؟ أو كيف يستطيع المخلوق أن يقيد الخالق؟ د.منذر الشاوي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص٧١، هامش رقم (١). وينظر: هنري باتيفول، المصدر السابق، ص٢٤.

[2] هانس كلسن، المصدر الـسابق، ص ص١١٦-١١٧. وتجـدر الاشـارة هنـا إلى أن كلـسن اعتمـد في تطـوير فكرتـه بـشأن التراتبية في القانون أو الهرم القانوني على (نظرية التدرجية) لأستاذ القانون الاداري البروفيسور (أدولف ميركل). نقلاً عن: استاذنا د.شيرزاد أحمد النجار، المصدر السابق، ص١٧٢. وينظر بهذا الصدد أيضاً: هنري باتيفول، المصدر السابق، ص٢٤.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

هذه التراتبية في القانون يجب أن يستتبع احترام وخضوع القاعدة القانونية الأدنى مرتبة للقاعدة الأعلى منها، نظراً لأن القيمة القانونية للأولى لا يمكن أن تأتي إلا من مطابقتها مع الثانية، وعليه فلا يجوز لقاعدة قانونية أدنى أن تخالف قاعدة أخرى تعلوها في الدرجة، حتى لا يشوه تركيب النظام القانوني المتدرج ووحدته.

ويؤدي منطق هذا التحليل إلى إقرار حقيقة مفادها ان هناك تفاوتاً بين القواعد القانونية من حيث القوة القانونية وإلزامها، بمعنى أنها ليست كلها في مستوى واحد، ولا تتمتع بالقيمة نفسها، بل يتمتع بعضها بالقيمة القانونية أكثر مما تتمتع به القواعد الأخرى التي تدنوها.

ووفقاً للتصور الكلسني يأتي في قمة الهرم القانوني القواعد الدستورية -باعتبارها القاعدة العليا في المنظومة القانونية الوضعية- والتي تنحدر منها جميع القواعد القانونية الأخرى المكونة للنظام القانوني السائد وتهيمن عليها، ثم تأتي بعدها القواعد القانونية العامة، تلك القواعد التي نظم الدستور كيفية إنشاءها واصدارها، وبعد ذلك تأتي اللوائح (الأنظمة) والأحكام القضائية والقرارات الادارية الفردية[1]، وبما أن صحة وقوة كل قاعدة تكمن في خضوعها وتقيدها بالقاعدة التي تعلوها وتتحكم بها، لذا فإن القواعد الفردية (كالقرارات القضائية أو الادارية) تأخذ قوتها وقيمتها من تقيدها بالأنظمة أو القواعد القانونية العادية، وهذه الأخيرة بدورها تستمد قوتها القانونية وصحتها من تقيدها بالقاعدة الدستورية.

وعلى ذلك يبدو جلياً إن القيمة القانونية لأية قاعدة من قواعد السلوك الإنساني لا تأتي من الخارج، وإنما من القانون ذاته، ذلك أن القواعد القانونية هي وحدها تسبغ الصفة الإلزامية أو الصحة القانونية على القواعد الأخرى التي تليها في الدرجة أو المرتبة، بتعبير أدق صحة القانون كما يجب أن يكون، لا يجوز أن تستمد من أي واقعة كائنة خارج القانون المعني، كالاقتناع الشعبي أو الاستعمال الفعلي[2].

لكن إذا كانت صحة أية قاعدة قانونية تستند إلى القواعد الموجودة في الدرجة الأعلى -وإذا صعدنا في التراتبية (درجة تلو درجة)، فإننا سنواجه القواعد الدستورية التي تتربع رأس الهرم، والتي تستمد

[1] هانس كلسن، المصدر السابق، ص١١٧ وما بعدها.
[2] ينظر: د.ثروت أنيس الاسيوطي، المصدر السابق، ص٦٥. وينظر: دياس، فلسفة القانون، ترجمة: هنري رياض، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٥، ص٩٠.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

منها جميع القواعد قوتها الملزمة وقانونيتها وصحتها- فمن أين تأتي القوة أو الطبيعة القانونية للدستور وقواعده؟

فالسؤال الذي يثار هنا إذن هو: ما هي القاعدة التي يستند عليها الدستور في صحته وقانونيته؟ وقد أجاب الاستاذ كلسن على هذا التساؤل بأن الدستور يستمد صحته من قاعدة أخرى تعلو عليه، بيد أنها لا وجود لها في الحقيقة والواقع، بل هي القاعدة المفترضة، وهي التي يسميها كلسن "السنة الأساسية"[١].

وتجدر الإشارة من هنا إلى أنه لكي يكون النظام القانوني بأكمله صحيحاً قانوناً، يجب أن يكون فعالاً، وصحة النظام القانوني تتحقق عندما تنشأ سننه أو قواعده على وفق القواعد الدستور الأول الذي تبنى صفته السننية على السنة الأساسية[٢].

هكذا يلحظ ان معظم القواعد المكونة للنظام القانوني تكون تطبيقاً للقاعدة الأعلى مع كونها في نفس الوقت أساساً أو مصدراً بالنسبة للقاعدة الأدنى منها في الدرجة، إذ يطبق الدستور الأول القاعدة الأساسية، وتقوم القواعد القانونية العامة بدورها بتطبيق الدستور، وكذلك تقوم القواعد الفردية للقضاء والادارة بتطبيق القوانين العادية، وأخيراً فإن الاجراءات التنفيذية التي تطبق القواعد الفردية ليست إلا أعمال تطبيق للقانون، دون أن تنشيء الجديد منها، وبالعكس لا تطبق القاعدة العليا على القاعدة الأساسية المفترضة، وبذلك فإن بين هاتين الحالتين الحديتين يكون لجميع الأعمال أو القواعد القانونية وظيفتا التشريع والتنفيذ في الوقت نفسه[٣]، بتعبير آخر فإن كل قاعدة يعتبر وضعاً تنفيذياً بالنسبة لما فوقها، ووضعاً تشريعياً بالنسبة لما دونها، وهذا الأمر يدل على فكرة مؤداها ان القانون له الخصوصية، وهي أنه ينظم بنفسه انشاءه الخاص وتطبيقه[٤].

وفيما يخص مكان القانون الدولي في التدرج القانوني، يشير كلسن إلى أن القانون الدولي يفوق القانون الوطني ويعلو عليه، وبالتالي فإن الأسبقية أو الأولوية هي للقانون الدولي على القانون الوطني[٥].

---

[١] ينظر: هانس كلسن، المصدر السابق، ص٣٤ ص١١٠. وينظر:

– Raymond Wacks, op. cit., p. 34. See also: Joseph Raz, op. cit., pp. 96-97.

[٢] هانس كلسن، المصدر السابق، ص١١٣.

[٣] نفس المصدر أعلاه، ص١٢٢.

[٤] ينظر: نفس المصدر أعلاه، ص٣٦.

[٥] نفس المصدر أعلاه، ص١٢٣، وكذلك ص١٥٦ وما بعدها.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

المبحث الثاني
فكـرة الـدسـتور ومنهجية كلـسن

قبل الحديث عن موضوع فكرة الدستور في منظور الفقيه هانس كلسن، أرتأينا أنه من الأفضل أن نتطرق في البداية إلي معالم هذه الفكرة وبصورة عامة لدى الفقهاء القانونيين الذين بذلوا جهداًحثيثاً في هذا الشأن، ولذا يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، خُصص المطلب الأول للكلام على فكـرة الدسـتور بصورة عامة، في حين دُرس موقف هانس كلسن من فكرة الدستور في المطلب الثاني.

المطلب الأول
فكرة الدستور بصورة عـامة

في الحقيقة ان الدستور هو القاعدة العليا في النظام القانوني القـائم في الدولـة، ويـشكل مـصدراً أو أساساً لجميع القواعد القانونية الأخرى، وإذا كانت هذه الأخيرة توجه نحو المحكـومين ويهـتم بتنظـيم نشاطاتهم على اختلاف أنواعها، فإن القواعد الدستورية توجه إلى الحكام ويُعنى أساساً بتنظيم نشاطهم المتمثل في ممارسة السلطة السياسية، وعليه فإن ممارسة السلطة من قبل القابضين عليها، وكيفية هذه الممارسة لا تتم بشكل اعتباطي أو غير منظم، بل تتم بشكل منظم ووفق قواعد معينة، وهي القواعـد الدستورية.

ولكلمة الدستور[1] معنيان: الأول المعنـى الموضـوعي، والثـاني المعنـى الـشكلي، فالدسـتور بـالمعنى الموضوعي أو المادي هـو مجمـوع القواعـد المتعلقـة بنظـام الحكـم والـسلطات العامـة واختـصاصاتها وعلاقاتها ببعضها وعلاقاتها بالمواطنين، أما الدستور بالمعنى الشكلي فهو عبارة عن الوثيقة الرسمية التي تحوي القواعد السابقة.

من هنا يكون لكل دولة -وفقاً للمعنى المادي- دسـتورها الخـاص، حتـى لـو لم توجـد فيهـا وثـائق رسمية مكتوبة منطوية على القواعد المتعلقة بنظام الحكم، ما دامت هناك القواعـد المنظمـة للـسلطة الحاكمة وممارستها.

[1] المعنى اللغوي لكلمة دستور هو التأسيس أو التكوين أو التنظيم، وكلمة دستور ليست عربية الأصل، بل كلمة فارسية ودخلت اللغة العربية عن طريـق اللغـة التركيـة. ينظـر: د.سـعد عـصفور، القـانون الدسـتوري، ج١، ط١، دار المعـارف، الاسكندرية، ١٩٥٤، ص٤٢.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

يلاحظ أن الدستور ان كان جاء إلى الوجود في مجتمع معين وفي وقت معين، فإنه لا يمكن أن يكـون سوى انعكاس لما يسود المجتمع من قيم ومفاهيم أو مبادئ سياسية، واجتماعية، واقتـصادية، كـما وأن دستور أي مجتمع سياسي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بدرجة نضجه وثقافته الذهنية وتطـوره وبمـستوى وعـي هذا المجتمع.

وينتج عن ذلك أنه لا يجوز لواضع الدستور أن ينقل مواد الدستور الذي يضعه مـن مـواد دسـتور دولة أخرى، بل يجب عليه (أي على اللجنة أو الهيئة التي تتـولى وضـع الدسـتور) أن تـستمد المـواد أو النصوص الدستورية التي تصوغها من روح الـشعب، ومـن العقـل المـسيطر عـلى هـذا الـشعب، ومـن تقاليده وأعرافه وتطوره التاريخي[١]، ويشير الفيلسوف الألماني الكبير (فردريك هيجل) بهـذا الـصدد إلى أن "منح دستور ما -سواء أكان يتضمن مضموناً عقلياً قل أو كثر- لأمة ما على نحو قبلي (Apriori) لهو فكرة طريفة، لأنها تتغاضى عن ذلك العامل في الدستور الذي يجعله أكثر مـن أن يكـون وجـوداً عقليـاً، ومن هنا فإن لكل أمة دستورها الخاص الذي يلائمها، والذي تتناسب هي معه"[٢].

الدستور هـو الـذي يشكل الوسيلة الأساسية التي بمقتضاها تـنظم أسـس الدولـة وتحـدد تنظيمهـا السياسي، ويعرف الاستاذ منذر الشاوي الدستور بكونـه "مجموعـة القواعـد المكتوبـة أو العرفيـة التـي تحدد أو بصورة أدق تبين الطريقة التي تمارس بها السلطة من قبل القابضين عليهـا"[٣]، وأن مـا يهـدف إليه الدستور من هذه العملية التنظيمية، هو إقامة نظـام عقـلاني، وجعـل الـسلطة الـسياسية سـلطة عقلانية بعيدة عن النزوات والأهواء القابضين عليها وتصرفاتهم الكيفية.

فالدستور هو إذن أداة لتقييد السلطة السياسية، حيث القابضون عليهـا لا يـستطيعون أن يمارسـوا سلطاتهم إلا وفقاً لأشكال أو شروط معينة المنصوص عليهـا في الدسـتور مـسبقاً، وبـذلك فـإن الدسـتور يتسم بتفوقه لا على ما يضعه الحكام من القواعد القانونية، بـل عـلى هـؤلاء الحكـام أنفـسهم، ويـرى الفقيه الفرنسي جورج بوردو بهذا الصدد أن "الدستور هو قاعدة تعلو على الحكام، لأنها تعرف كيفيات توليتهم، تحل صفتهم في الأمر وتحدد شروط ممارسة سلطتهم"[٤]، بيد أن الفقيه نفسه لا يتوقـف عنـد

[١] د.عبدالرحمن بدوي، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل، ط١، المؤسسة العربية للدراسات والنشـر، بـيروت، ١٩٩٦، ص١٨٤.

[٢] هيجل، أصول فلسفة الحق، ج٢، ط١، الترجمة: د.امام عبدالفتاح امام، التنـوير للطباعـة والنـشـر والتوزيـع، بـيروت، ٢٠١٠، ص١٩٠.

[٣] د.منذر الشاوي، فلسفة الدولة، ط٢، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٣، ص٢٩٦.

[٤] نقلاً عن: د.منذر الشاوي، في الدستور، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٥، ص٣٥.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

هذا الحد، بل يذهب إلى أبعد من ذلك، إذ الدستور عنده هو الفعل المؤسس أو الخالق للدولة، بمعنى أن الدستور -في نظره- هو الأداة أو الوسيلة التي يتم بها انتقال السلطة من مالكيها القدامى (الحكام) إلى الكيان أو الشخص المجرد (الدولة)، هكذا يتبين أن تكوين الدولة ووجودها يتبلور في الدستور، ذلك أن هذا الأخير حين يحدد كيفية ممارسة السلطة وانتقالها، يقوم بتجريد الحكام من ملكية هذه السلطة، ولم تعد من الآن فصاعداً امتيازاً شخصياً أو ملكاً لهم (أي الحكام) يتصرفون بها كما يحلو لهم[١].

إذن وفق هذه الفكرة فإن الدستور يلعب دوراً حاسماً في نشأة الدولة وتأسيس السلطة وتطيرها من الرغبات الشخصية للحكام، بحيث أن الدولة لا توجد قبل وجود الدستور، بل أن وجودها يفترض وجود الدستور، وبتعبير آخر فإن قيام الدولة وولادتها لاحق على وجود الدستور، فقد وجد الدستور، ثم بعد ذلك وجدت الدولة.

وعلى هذا النحو يكون موضوع الدستور تنظيم السلطات العامة في الدولة من حيث تكوينها واختصاصاتها وكيفية ممارستها، بيد أن هذا لا يعني في الحقيقة أن مضمون الدستور ينحصر في ذلك الأمر، بل يشمل أيضاً القواعد التي تحدد للأفراد حقوقهم وحرياتهم، والأسس الفلسفية أو الأيديولوجية التي يقوم عليها كيان الدولة ونظامها السياسي، والتي يؤمن بها الحكام، هذا الموقف يعتمده الفقيه الفرنسي كاره دمالبر، إذ يرى "أن الدستور لا يجب أن يتخذ بالضرورة محتوى محدداً، فالنظام الأساسي أو الدستور يمكن أن يكون موضوعه، ليس فقط تنظيم السلطات وحسب، بل وتنظيم حقوق المواطنين أو أي مسألة أخرى"[٢]، كما ويؤكد العميد ليون دكي من جانبه المعنى نفسه، حين يشير إلى أن الدستور يمكن أن يكون له موضوع ما غريب تماماً عن التنظيم السياسي[٣].

---

[١] د.منذر الشاوي، فلسفة الدولة، المصدر السابق، ص٤٦ وكذلك ص٤٥٧. وينظر أيضاً: جورج بوردو، الدولة، ترجمة: د.سليم حداد، ط٣، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٢، ص٢٨ وص٥٨ وما بعدها. مما تجدر الاشارة إليه هنا هو أن الفقيه الفرنسي كاره دمالبر هو آخر الذي يعطى هذا دور المهم للدستور، إذ يقول: "إن وجود الدستور هو الشرط المطلق بل أساس وجود الدولة"، و "نشأة الدولة تتم في اللحظة التي تملك فيها دستورها الأول". نقلاً عن: د.منذر الشاوي، فلسفة الدولة، المصدر السابق، ص٤٨٨ ص٤٩١.

[٢] نقلاً عن: د.محمد طي، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ط٨، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص٢٤.

[٣] ليون دكي، دروس في القانون العام، ترجمة: د.رشدي خالد، منشورات مركز البحوث القانونية-وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١، ص٨٠.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

يتـضح مما تـقدم أن الدستور يعد القاعدة الأساسية فـي الدولة، وتحتل قـمة الهرم القـانوني فيهـا، بحيث أن قواعده تعلو على جميع القواعد القانونية الأخرى، كما أن هذه الأخيرة تأخذ صحتها أو قوتها الملزمة من الدستور، على أنه هو أساس أو مصدر قانونيتها، وإذا كان الأمر كذلك، فإن المنطـق يقـضـي بأن يتمتع هذا الدستور بذاته بالصفة القانونية، ذلك أن قانونية الدستور أمر لا بد منه لإقامة علويتـه، ويرتبط به ارتباطاً وثيقاً ولازماً[١].

السؤال الذي يثار هنا هو: إذا كان الدستور هو الذي يشكل مصدراً لقانونية جميـع القواعـد التـي تكوّن النظام القانوني للدولة ومنه تستمد صحتها أو قوتها الملزمة، فمـن أيـن تـأتي الطبيعـة أو الـصفة القانونية للدستور ذاته؟

في الواقع أن الدستور يمكن أن يكون ذا طبيعة قانونية عندما يقام على وفق دستور سابق الوجـود عليه، بحيث يستمد قانونيتـه مـن هـذا الدسـتور الـذي يلغيـه، بيـد أنـه إذا صـعدنا إلى أعـلى سنـصل بالضرورة إلى الدستور الأول الذي يتم إقامته خارج إطار أي نظـام قـانوني سـابق الوجـود[٢]، هـل يملـك الدستور الأول الصفة القانونية، لكي يكون بعد ذلك مصدراً لقانونية جميع الدساتير اللاحقة؟ هـذا هـو السؤال الذي أثار مناقشة فقهية بصدده.

إن الدستور الأول لدى الفقيه كاره دمالبر لا يتمتع بأية قيمة قانونية، بل هو مجرد واقعـة محـضة غير قابلـة لأي تكييف قانوني، فإقامته لا يحكمها أي نظام قانوني سابق الوجود على الدولة التي ينشئها، إذ لا يمكن تصور وجود أي قانون سابق على الدستور الأول أو ما وراء الدولة، ولهذا فليس على القانوني -على حد تعبيره- أن يذهب إلى مـا وراء الدستور الأول الـذي تمت معه نـشأة الــدولة، وإنمـا عليـه أن يهتم بدراسة طبيعة الدستور بعد تكوين الدولة[٣]، ويضيف قائلاً: "إن الحالة الفعلية التي وجدت منذ التنظيم الأولى للجماعة (الدولة) تكون قد تحولت بفعل تكريسها الدستوري الدائم والمستمر إلى حالـة قانونية"[٤]، وبذلك يفترض هذا الفقيه قانونية الدستور عن طريق استمرارية وجـود الدسـتور ودوره في تنظيم الدولة.

---

[١] د.منذر الشاوي، فلسفة الدولة، المصدر السابق، ص٤٨٤.
[٢] نفس المصدر أعلاه، ص٤٩١.
[٣] أشار إليه نفس المصدر أعلاه، ص ص٤٩١-٤٩٢.
[٤] نفس المصدر أعلاه، ص٤٩٢.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

والاستاذ مارسيل فالين هو الآخر قد حاول إسباغ القيمة القانونية على الدستور، ففي نظره "يستمد الدستور قيمته أو طبيعته القانونية من كونه أساس الدولة التي تشعر جماعة من البشر بالاخلاص نحوها، فالاخلاص نحو الدولة والتعلق بها يجعلنا نقبل الدستور كأساس للنظام القانوني، وبناء عليه فإننا نقبل من أجل حب الأمة أن نعترف بالقيمة القانونية وليس السياسية للدستور، فالدستور يستمد إذن قيمته القانونية من موافقة المواطنين عليه"[١].

وعلى هذا يبدو أن ما يعطي الدستور صفته القانونية يكمن في الواقعة التي تقع في عالم الوقائع وليس في عالم القانون، ألا وهي موافقة أفراد الجماعة على هذا الدستور، ذلك أن هذه الموافقة هي التي تسبغ القانونية عليه، وبتعبير آخر ان قانونية الدستور تجد أساسها في هذه الموافقة الجماهرية، وفق هذه الفكرة إذن يقيم فالين الطبيعة القانونية للدستور.

والدستور -عند البروفيسور ركلاد أحد تلاميذ وانصار العميد ليون دكي- ليس إلا مجموعة من القواعد البناءة التي تحقق أو تصوغ القواعد القانونية العليا أو القواعد السننية غير المكتوبة الموجودة في ضمائر جمهور الأفراد، وبما أن هذه القواعد الأخيرة هي قواعد ملزمة وآمرة بذاتها، لذا فإن الدستور يستمد قانونيته أو قوته الملزمة منها، وبهذا المعنى فإن الدستور ليس له أية قيمة قانونية بنفسه، ولا يتمتع كذلك بأية قوة ملزمة، إلا بواسطة القاعدة القانونية العليا (الموضوعية) الملزمة بطبيعتها التي تهدف إلى تحقيقها والتي هي مسند له[٢].

وهنالك اتجاه فقهي آخر -بخلاف مما جاء أعلاه- ينادي بالطبيعة السياسية للدستور ونفي الطبيعة القانونية عنه، حيث يرى أن الدستور يبين أو ينظم نشاط الحكام المتمثلة في ممارسة السلطة السياسية في الدولة، لذا فإن طبيعة قواعده لا يمكن أن تكون، سوى طبيعة سياسية، ويظهر المدلول السياسي للدستور أيضاً في أنه يستخدم منذ نشأته كوسيلة لتكريس سلطة فرد أو فئة أو حزب أو طبقة، فتكريس سلطة البعض في الدولة يسبق تحديد طريقة ممارستها[٣].

كما أن الدستور هو وسيلة توازن سياسي، إذ لا تعود السلطة السياسية غالباً ما إلى قابض واحد، بل إلى عدة قابضين عليها أو قوى سياسية متعددة، بحيث يكون هناك إسهام مشترك في ممارستها التي

[١] نقلاً عن: د.منذر الشاوي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص٦٠.
[٢] د.منذر الشاوي، في الدستور، المصدر السابق، ص ص٦٢-٦٣. حول مفهوم القواعد البناءة والقواعد السننية، ينظر: ليون دكي، المصدر السابق، ص ص١٩-٢١.
[٣] د.منذر الشاوي، فلسفة الدولة، المصدر السابق، ص٢٨٣. ينظر كذلك: د.سعد عصفور، المصدر السابق، ص٤٦ ص٥٦.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

تنظمها القواعد الدستورية، لذلك فإن القواعد الدستورية -كما يقـول جـورج سـل- هـي قواعـد تـوازن سياسي أكثر من كونها أساساً للمشروعية القانونية[١]، وعليه فالدستور وقواعده -بحسب هـذا المنظـور- ليست بقواعد قانونية، بـل أنها قواعد سياسية، وبالتـالي لا يمكـن أن يـكون قانونـاً أساسـياً، ومـن ثـم مصدراً لقانونية القواعد الأخرى في الـدولة، أو أساساً للنظام القـانوني النافـذ المفعـول، كـما أن القواعـد المكونة للظام القانوني لا تكون معلقة على الدستور.

وبذلك تبين لنا أن هناك اختلافاً في طروحـات قـدمت مـن قبـل الفقهـاء القـانونيين بـشأن طبيعـة الدستور، بيد أننا نود أن نشير هنا إلى أن لسنا بصدد تقييم أو تقدير هذه الآراء والطروحات، حيث أن أياً من هذه الأفكار والآراء يحتوي على نقاط قوة ونقاط ضعف.

ومهما يكن من أمر فإن الدستور يلعـب دوراً هامـاً في تنظـيم الحيـاة القانونيـة في الدولـة وتقييـد السـلطات الـحاكمة فـيها، بحيـث أن علاقــة القابـضين عــلى هـذه الـسلطة بالــدستور تغـدو علاقـة خضوع، بمعنى أن الحكام يخضعون فيما يقومون بها من تصرفات ونشاطات للدستور وقواعده، ولهـذا فالدستور يـعد الأداة المناسبة أو الوسيلة المثلى لعقلنة الـسلطة الـسياسية، وكـذلك إقامـة وبنـاء دولـة القانون، تلك الدولة التي ترنو إليها المجتمعات البشرية في عصرنا الراهن، إذن لنرى كيـف تكـون فكـرة الدستور لدى المفكر القانوني هانس كلسن؟

المطلب الثاني
موقف هانس كلسن من فكرة الدستور

يرى كلـسن في الدستور أنه مجموعة مـن القواعد التي تبين كيفية إنشاء القواعد القانونية العادية، ذلك عن طريق تحديدها للهيئات المكلفة بـذلك المهمـة، وبيانهـا للاجـراءات التـي يجـب اتباعـه بهـذا الخصوص، ويمكن كذلك أن يحدد الدستور محتوى أو مضمون هذه القواعد بصورة عامة[٢]، لذا يـشكل الدستور المرجع الأساسي والجوهـري للنظام القانوني بأكمله، وبهذا الـشأن يشير المفكر القانوني ذاتـه في كتابه المعنون (لمحة عن النظرية العامة للدولة) وبعبارات أكـثر وضوحاً إلى أن الدسـتور هـو "بـالمعنى

[١] د.منذر الشاوي، فلسفة الدولة، المصدر السابق، ص٢٨٤. وكذلك للمزيد من التفصيل حول هذا الـرأي ينظـر: ص٥١٤ وما بعدها.
[٢] هانس كلسن، المصدر السابق، ص١١٧.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

الأكثر سعة ومادية للكلمة جهاز من السنن تنظم السنن الأخرى"[١]، على هذا يبدو الدستور كالقاعدة العليا في الدولة، وتتوج قمة الهرم القانوني، بحيث تهيمن على جميع القواعد القانونية الأخرى التي تكوّن بمجموعها النظام القانوني للدولة، كما أن صحة هذه القواعد القانونية وصفتها الملزمة تعتمد على القواعد الدستورية، بمعنى أنها تستمد قيمتها القانونية من الدستور.

هكذا فإن الدستور لا يمكن إلا أن يكون مجموعة من القواعد القانونية، فمادته الأولية هي القانون وليس السياسة، وبالرغم من أن هذه الأخيرة قد استقطبت جزء من موضوعاته، فإن الغلبة تكون للطابع القانوني وليس للطابع السياسي[٢].

وإذا كان المنطق الذي يسود مذهب الوضعية القانونية يقضي بأن كل قاعدة من القواعد تأخذ قانونيتها وصحتها من القاعدة التي تعلوها حتى نصل إلى الدستور، فما هو موقف كلسن -الذي يعتبر أحد رموز هذا المذهب- بصدد أساس وجود الدستور ومصدر قوته الملزمة؟ فمن أين تأتي قيمته القانونية؟ هل يمكن تصور وجود قاعدة أعلى من الدستور لكي تسبغ عليه الصفة الالزامية؟

إذا أردنا أن نحدد ما تستند إليه صحة الدستور الذي تعتمد عليه صحة جميع القواعد القانونية الأخرى، قد يمكن على وجه الاحتمال الصعود إلى دستور أكثر قدماً، حتى نصل أخيراً إلى دستور أول، إذ يوجد دائماً دستور أول، بحيث لا يمكن الصعود إلى أبعد منه ولا يستمد صحته من أي دستور آخر، بل هو الذي أنشأه غاصب أو مجموعة من الأشخاص، فإرادة الدستور الأول يجب أن تكون معتبرة ذات صفة سننية، ومن تلك الفرضية الأساسية يجب أن ينطلق كل بحث علمي حول النظام القانوني المقصود[٣].

والسؤال الذي يثار هنا هو: لماذا تجب -كما يقول كلسن- اطاعة القواعد الموجودة في ذلك الدستور الأول؟ لماذا يكون لتلك القواعد المعنى الموضوعي للسنن القانونية؟ ان العمل الذي كان قد أنشيء به الدستور الأول لا يمكن أن يفسر كتطبيق لسنة قانونية سابقة الوجود عليه، فهو إذن واقعة محضة، وطبيعته القانونية لا يمكن إلا أن تفترض، فالنظام القانوني بأجمعه مبني على الأفتراض بأن الدستور الأول كان مجموعة من السنن القانونية الصحيحة[٤].

---

[١] نقلاً عن: د.منذر الشاوي، في الدستور، المصدر السابق، ص٤٣. وينظر كذلك: د.محمد طي، المصدر السابق، ص٢٥.

[٢] رابحي أحسن، مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري، أطروحة الدكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الادارية-بن عكنون، جامعة الجزائر، ٢٠٠٦، ص٤٣، المتاح على الموقع الالكتروني الآتي:
http://www.espace-etudiant.net/forum/forum-f1575/topic-t4892.html.

[٣] هانس كلسن، المصدر السابق، ص١٠٩.

[٤] نفس المصدر أعلاه، ص ص٣٣-٣٤.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

وعليه فإن قواعد الدستور الأول لا يمكن تبريرها أو تسبيبها من خلال قاعدة قانونيـة أعـلى، لـذا لا جواب في النظام القانوني على السؤال الآتي: لماذا يجب اعتبار هذه القواعد قواعد صحيحة؟ بل يمكن أن نفترض فحسب صحة هـذه القواعـد إذا أردنـا إعتبـار كافـة الأعـمال القانونيـة اللاحقـة المنـشأة وفقـاً لنصوصه لها معنى السنن الصحيحة.

هكذا واجه كلسن صعوبة، فاضطر إلى ابتداع ما أسماه السنة الأساسية، لاسباغ الطبيعة القانونية أو الصحة على الدستور الأول والنظام القانوني الذي ينحدر منـه، وهنـا ومـع هـذه الـسنة الأساسـية تبـدأ المشكلة، ذلك لأنها ليس لها أي وجود فعلي ولا تنتمي كذلك إلى عالم المحسوس والواقع بشيء، فمن أي نوع هي إذن؟ في الحقيقة ان هذه السنة ليست قاعدة من قواعـد القـانون الوضـعي، لكونهـا لم تكـن موضوعة وفق الاجـراء القانوني الذي جـرى في المكان وفي الزمان المعينين، بل هي مفترضة فقط، لذا فلا يمكن التحقق منها أو البحث في أساس وجودها، ولا يمكن كذلك الاعتماد على قاعدة عليـا أخـرى بغيـة إعطاء الصحة لهذه السنة الأساسية المفترضة، بمعنى أننا سنصل إلى نقطة النهاية وليس هناك ما نقوله.

ويشير الاستاذ كلسن إلى أن "صحة كل سنة وضعية سـواء كانـت أخلاقيـة أم قانونيـة تعتمـد عـلى فرضية وجود سنة غير وضعية في أساس النظام السنني الذي تعـود إليـه الـسنة الوضـعية"[١]، ويـضيف قائلاً: إن "السنة الأساس تمنح الواقعة الأساس...كانشاء الدستور الأول لدولة ما، صـفة الواقعـة المنـشئة للسنن القانونية"[٢]، وبذلك فإن الوظيفة الأولى لهذه السنة الأساسية تكمن في "تعريف وكـشف هويـة الدستور كقاعدة صحيحة"[٣].

بناء على ذلك علينا أن نفترض وجود السنة الأساسية وصحتها لا غير، ذلك لأن صحة الدسـتور الأول وكافة الأعمال القانونية المنجزة وفقاً لقواعده تعتمد على افتراض أن السنة الأساسية هي سنة صحيحة، ولهذا فالنظرية المحضة في القانون تنسب لهذه السنة دور الفرضية الأساسية، حيث يوجد فيهـا مـصدر المعاني السننية لجميع الوقائع التي تشكل النظام القانوني، وهي وحـدها التـي تـسمح بإعطـاء المعنـى القانوني للمواضيع الهامة التي تقدم لدراسة رجل القانون ولاعتبارها تشكل نظاماً سننياً[٤].

ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن علم القانون -كما يقول كلسن- لا يفترض السنة الأساسـية إلا عنـدما يكون الدستور الأول أساساً لنظام قانوني فعال، بتعبير آخر لا يمنح علـم القـانون الدسـتور الأول صـفته

---

[١] نفس المصدر أعلاه، ص٣٤.
[٢] نفس المصدر أعلاه والصفحة نفسها.
[٣] ميشيل تروبير، فلسفة القانون، ترجمة: جورج سعد، ط١، دار الأنوار للطباعة والنشر، د.م، ٢٠٠٤، ص٥١.
[٤] هانس كلسن، المصدر السابق، ص١١٠.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

السننية ما لم يتوصل إلى إنشاء نظام قانوني فعال[١]، ونصل بذلك إلى نتيجة مؤداها ان فعالية النظام القانوني أو نجاعته تعتبر شرطاً لصحة السنة الأساس ولوجودها الأفتراضي، وبالتالي لصحة الدستور الأول الذي تستمد منه جميع القواعد القانونية المكونة للنظام القانوني صحتها أو قيمتها القانونية[٢].

على هذا النحو فإذا سألنا لماذا هذه السنة الأساسية تعتبر الفرضية الضرورية، يأتي الإجابة: لأنها اقتضتها ضرورة إعطاء الصحة والقيمة القانونية للدستور الأول وبالتالي لجميع الدساتير والقواعد اللاحقة التي تنظم نشاط أعضاء الفئة الاجتماعية، بعبارة أخرى فما يبرر وجود مثل هذه السنة الأساسية المفترضة هو إيجاد أساس لقانونية الدستور الأول ليكون بعد ذلك مصدراً لقانونية جميع القواعد التي تشرع في الدولة[٣].

وعلى الرغم من الجاذبية والمنطقية التي تتمتع بها هذه الفكرة التي قدمها كلسن، فإنها قد تعرضت إلى انتقادات عديدة.

وبما أن السنة الأساسية التي قال بها كلسن ليست بقاعدة حقيقية حية، ولا وجود لها في الواقع، بل أنها مجرد فرضية، يقول الاستاذ منذر الشاوي: "لا يمكن إقامة صحة [أو قانونية] القواعد المنظمة لسلوك الأفراد وبالتالي أساس القانون على مجرد فرضية مهما كانت منطقية، بعبارة أخرى إن وجود القواعد الوضعية أي صحتها لا يمكن أن يقام على مجرد فرضية غير موجودة، فالوجود لا يمكن أن يقام على اللاوجود أو أن اللاوجود لا يمكن أن يكون أساساً للوجود"[٤].

وفي السياق ذاته يرى الاستاذ ميشيل فيرالي في كتابه (الفكر القانوني) بأنه "لا يمكن إقامة فرضية بصورة علمية إلا بقدر ما يمكن أن تكون قابلة لأن يتحقق منها بالمشاهدة أو التجربة، والحالة ليست كذلك هنا، وضرورتها المنطقية لا يمكن أن تسعفها بشيء، علينا أن نؤكد بأنه لا توجد مطلقاً ضرورة منطقية إلا داخل نظام معين للتفكير وليس في العلاقات بين ظواهر موضوعية، أن السنة الأساسية الفرضية ليست منطقياً ضرورية لوجود الأنظمة القانونية المطبقة فعلاً والتي نقرها بالمشاهدة"[٥].

---

[١] نفس المصدر أعلاه، ص٤٣.

[٢] ينظر: دياس، المصدر السابق، ص٩٤.

[٣] ينظر: د.منذر الشاوي، فلسفة الدولة، المصدر السابق، ص ص٤٩٤-٤٩٥. وينظر أيضاً: ميشيل تروبير، المصدر السابق، ص٥١.

[٤] د.منذر الشاوي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص٧٢.

[٥] نقلاً عن: نفس المصدر أعلاه، ص٧٣.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

ومن جانبه يشير الفقيه الفرنسي رنه كابيتا إلى أن الدستور الأساس أو السنة الأساسية لا تمثل نتيجة علمية قائمة بذاتها، بل تمثل مجرد افتراض تفتقر تماماً للأدلة الثبوتية الكافية للجزم بها[١].

فضلاً عن ذلك فإن فرضية السنة الأساسية توقعنا في حلقة مفرغة لا يمكن الخروج منها، وبالتـالي لا تساعدنا على إيجاد حل لمشكلة إسباغ الصفة القانونية على الدستور[٢].

في الواقع أن ما دفع كلسن إلى اختلاق مثل هذه السنة الأساسـية يتمثـل في الحفـاظ عـلى المنطـق الذي يحكم مذهب الوضعية القانونية، والذي يقضي بأن قانونية القاعدة الـدنيا تعتمـد عـلى القاعـدة التي تعلوها، بيد أنه إذا كان لكل القواعد -بضمنها القواعد الدسـتورية- وجـود حقيقـي، فـإن الوضـع يختلف بالنسبة إلى السنة الأساسية، ذلك أنها لا يمكن إثبات وجودها وصحتها في الواقع، بل بعيدة تماماً عن أرض الواقع وتخلو من الأدلة الكافية للوثوق بها، وإذا كان الأمر كذلك، أمِنَ المعقول تسبيب أساس القانون الوضعي الواقعي من خلال القاعدة الافتراضية أو غير واقعية؟ حيث أن عدم الايمان بهـا يكفـي ليفقد النظام القانوني بأسره صحته وقانونيته، ومن ثم انهيار بنـاء هـذا النظـام وتفكـك أسـسه، هكـذا يخفي كلسن عنا مشكلة أساس القانون الوضعي ولا يضع حلاً لها.

إن مصدر قانونية الدستور وصحته لا يمكن أن يكون في مثل هذه السنة الأساسية الافتراضية التي لا تتمشى مع الواقع، بل تتناقض مع منطلقات أساسية للمذهب الكلسني ذاته، لـذا نـرى مـن جانبنـا أن الحل الواقعي لإدراك أساس القانون أو إيجاد التفسير المنطقي والواقعي لمشكلة قانونية الدستور يكمن في ضرب المنطق الذي يقضي بأن القانون يخلق نفسه بنفسه، وان النظام القانوني لا علاقة لـه بكـل مـا هو خارج عنه، أو يقضي بوجود القطيعة بين عالم القانون وعالم الوقائع، بحيث يتوجـب علينـا الخـروج عن النظام القانوني المغلق او عالم ما يجب أن يكون، والانفتاح على عالم الوقـائع أو عـالم مـا هـو كـائن لحل هذه المشكلة الكبرى التي تواجه الفكر القانوني، ومن هنا جاءت فكرة مفادها إن القيمة القانونية للدستور وقوته الملزمة تتأتي مـن حدث الواقعي والاجتماعي كموافقة أفراد المجتمع على هذا الدستور، وهذه الموافقة الجماهرية ما هي سوى التعبير عن الارادة السائدة لدى أفراد الـشعب بـشأن نظـامهم القانوني والقيم والمبادئ الأساسية التـي تحكـم المـصالح العليـا للمجتمـع، وبهـذا فـإن مـصدر قانونيـة الدستور سيكون في واقعة خارج النظام القانوني، بالأحرى قانونية القواعـد الدسـتورية تجـد أساسـها في

[١] نقلاً عن: رابحي أحسن، المصدر السابق، ص٤٧.
[٢] للمزيد من التفصيل ينظر: د.منذر الشاوي، فلسفة الدولة، المصدر السابق،ص٤٩٥.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

عالم الوقائع وليس في عالم القانون، هكذا الحل الذي نؤيده هو الأقرب إلى الوقائع الملموسة أو الواقع القابل لملاحظة المباشرة والاستقراء.

عليه فلا يمكن تجاهل العلاقة بين عالمين مختلفين مذكورين أعلاه تجاهلاً تاماً، إذا أردنا أن ندرك أو نفهم الظاهرة القانونية عموماً، وإقامة أساس لقانونية الدستور خصوصاً، فمشكلة قانونية الدستور أو أساس النظام القانوني الوضعي يجب أن تواجه إذن من منطلق ما يقضي به الوقائع بعيداً عن الافتراضات غير القابلة للتحقق منها بالمشاهدة أو التجربة.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

الخاتمة

تمخض البحث عن جملة نتائج واستنتاجات نوجزها فيما يأتي:

١_ انطلاقاً من النظرية الكلسنية على رجـل القـانون أن يتجنـب المـزج بـين مفهـوم القـانون وبـين مفاهيم أخرى أو كل ما لا يدخل فيه، ذلك أن ليس من اختصاص القـانوني ومهمتـه أن يـصدر أحكامـاً قيمية لفهم طبيعة القانون الوضعي وتحليل بنيته، وانما عليه أن يركز على دراسته وبحثه كما هو كائن، وليس كما يجب أن يكون.

ويأتي ذلك من خلال تصور كلسن -كباقي الوضعيين القانونيين- للنظام القانوني الوضـعي عـلى أنـه نظام منطقي مغلق، إذ لا يحتوي على الثغرات، بل هو يكمل نفـسه بنفـسه وفي حالـة وجـود واكتفـاء قانوني ذاتي، بحيث أن لحل المشاكل القانونية يجب أن نبقى في إطار هذا النظام دون اللجوء إلى كل ما هو في خارجه.

٢_ عارض كلسن أشد الاعتراض النظرية التي تجعل القانون الوضعي نظاماً للسنن التابعة للقـانون الطبيعي، حيث يستمد الأول صحته أو تبريره من صلته وتطابقه مـع الثـاني، بمعنـى أنـه يـرفض تبريـر القانون الوضعي وتسويغ أساسه عن طريق القانون الطبيعي.

٣_ بالرغم من محاولة كلسن لصياغة إطـار نقـي للقـانون وإعادتـه إلى نقاوتـه، ومـن اصراره عـلى استبعاد كافة الأفكار والقواعد المثالية المسبقة عن القانون، إلا أنه لم ينجح في مهمته هذه، ولم يـتمكن أن يحرر نفسه ونظريته في القانون من المفاهيم والأفكار القانونية الخياليـة والمفترضـة، ولاحظنـا ذلـك من خلال محاولته الاضطرارية لإيجاد أساس للقانون الوضعي، إذ يرجع كلسن أساس القانون الوضـعي إلى قاعدة افتراضية، سميت بـ(السنة الأساسية)، تلك التي لا وجود لها في الحقيقـة والواقـع، أي أنهـا لا تنتمي إلى عالم المحسوس والواقع بشيء، لكونها لم تكن موضوعة وفق الاجـراء القـانوني الـذي جـرى في الزمان والمكان المحدد، بل هـي قاعـدة مفترضـة فقـط، وغـير قابلـة للتحقـق منهـا والبحـث في أسـاس وجودها.

٤_ وإن ما دفع كلسن إلى اختلاق هذه السنة الأساسية المفترضة يتمثل في تبرير أطروحاته وتكملـة نظريته، أو الحفاظ على وحدة النظام القانوني وتركيبه المتدرج الذي يقتـضـي بأنـه صـحة أيـة قـاعدة وقانونيتها تستند إلى القاعدة الموجودة في الـدرجة الأعلى، إذ وفـق هـذا المنطـق إن الدسـتور -بوصـفه رأس الهرم القانوني في الدولة- يستمد قانونيته وصحته من السنة الأساسية، وعليه فما يبرر وجـود مثـل

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

هذه السنة الأساسية المفترضة هو إيجاد أساس لقانونية الدستور الأول وإسباغ القيمة القانونية على قواعده، ليكون بعد ذلك مصدراً لقانونية جميع القواعد التي تشرع في الدولة.

وبهذا فالنظام القانوني بأجمعه مبني على الافتراض، حيث أن عدم الايمان بها يكفي ليفقد هذا النظام القانوني صحته وقانونيته، ومن ثم انهيار بناء هذا النظام وتبدد أركانه، وهكذا يظهر أن كلسن يحجب عنا جوهر مشكلة أساس القانون الوضعي ولا يقدم لها حلاً شافياً.

٥_ وجدنا أن الحل الواقعي لإيجاد أساس القانون الوضعي أو لإقامة قانونية الدستور، يكمن في تجاوز إطار الفكرة القائلة بأن قانونية أية قاعدة لا تأتي من الخارج، وإنما من القانون ذاته، باعتبار أنه يخلق نفسه بنفسه، ولا علاقة له بكل ما هو خارج عنه، إذ يتطلب الأمر الخروج عن النظام القانوني المغلق او عالم ما يجب أن يكون، والانفتاح على عالم الوقائع أو عالم ما هو كائن لحل هذه المشكلة، وفي هذا السياق لاحظنا أن ما يعطي الدستور صفته القانونية أو قوته الملزمة يكمن في الواقعة التي تقع في عالم الوقائع وليس في عالم القانون، ألا وهي موافقة أفراد الجماعة على هذا الدستور، فهذا الأخير يجد إذن أساسه القانوني في عالم ما هو كائن (الزاين) وليس في عالم ما يجب أن يكون (الزولن).

بناء على ذلك يجب أن نخلص أنفسنا من المنطق الذي يقضي بوجود القطيعة بين عالم القانون وعالم الوقائع، بحيث لا يمكن تجاهل العلاقة بين هذين العالمين المختلفين تجاهلاً تاماً، إذا أردنا أن نجد مصدر قانونية الدستور بعيدة كل البعد عن الافتراضات غير القابلة للتحقق منها بالمشاهدة أو التجربة.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

قـائمة المصادر

أولاً: الكـتب الـعربية:-

١_ د.ثروت أنيس الاسـيوطي، فلـسفة القـانون في ضـوء التـاريخ الاقتـصادي والاجتماعـي، مطبعـة التحرير، بغداد، ١٩٧٦.

٢_ د.حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط١، دار السنهوري، بغداد، د.ت.

٣_ د.سعد عصفور، القانون الدستوري، ج١، ط١، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٥٤.

٤_ د.سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦.

٥_ د.شيرزاد أحمد النجار، النظرية النقية في القانون، دراسة منشورة في كتاب المؤلـف: دراسـات في علم السياسة، ط١، مطبعة وزارة الثقافة، أربيل، ٢٠٠٤.

٦_ د.عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج١، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٢.

٧_ د.عبدالرحمن بدوي، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل، ط١، المؤسـسة العربيـة للدراسـات والنشر، بيروت، ١٩٩٦.

٨_ د.محمد طي، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ط٨، منشورات زين الحقوقية، بـيروت، ٢٠١٣.

٩_ د.منذر الشاوي، فلسفة الدولة، ط٢، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٣.

١٠_ د.منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط٢، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١.

١١_ د.منذر الشاوي، في الدستور، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٥.

ثانـياً: الكـتب المـترجمة:-

١٢_ دياس، فلسفة القانون، ترجمة: هنري رياض، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٥.

١٣_ جورج بوردو، الدولـة، ترجمـة: د.سـليم حـداد، ط٣، المؤسـسة الجامعيـة للدراسـات والنـشـر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٢.

١٤_ روبرت ألكسي، فلسفة القانون، ترجمة: كامل فريد السالك، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

١٥_ ليون دكي، دروس في القانون العام، ترجمة: د.رشدي خالد، منشورات مركز البحوث القانونية-وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١.

١٦_ ميشيل تروبير، فلسفة القانون، ترجمة: جورج سعد، ط١، دار الأنوار للطباعة والنشر، د.م، ٢٠٠٤.

١٧_ هنري باتيفول، فلسفة القانون، ترجمة: د.سموحي فوق العادة، ط١، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٧٢.

١٨_ هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة: د.أكرم الوتري، منشورات مركز البحوث القانونية-وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٦.

١٩_ هيجل، أصول فلسفة الحق، ج٢، ط١، الترجمة: د.امام عبدالفتاح امام، التنوير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٠.

ثالثاً:اطاريح الدكتوراه:-

٢٠_ رابحي أحسن، مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري، أطروحة الدكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الادارية-بن عكنون، جامعة الجزائر، ٢٠٠٦، المتاح على الموقع الالكتروني الآتي:
http://www.espace-etudiant.net/forum/forum-f1575/topic-t4892.html

رابعاً: المصادر الانكليزية:-

21- Raymond Wacks, Philosophy of Law, First published, Oxford University Press, 2006.

22- Joseph Raz, Kelsen's Theory of the Basic Norm, American Journal of Jurisprudence, Vol. 19, Iss. 1, 1974.

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

الملخص

هذه الدراسة الموسومة بـ(فكرة الدستور لدى هانس كلسن) هي محاولة للوقوف على أهم الأطروحات والأفكار التي قدمها المفكر القانوني النمساوي اللامع (هانس كلسن) بصدد الدستور وكيفية إيجاد الحل لأهم مشكلة تواجه الفكر القانوني، ألا وهي مشكلة قانونية الدستور، ويرى كلسن أن الدستور مجموعة من القواعد القانونية التي تتربع قمة الهرم القانوني في الدولة، وتشكل مصدراً لقانونية جميع القواعد الأخرى التي تنحدر منها، وحين واجه كلسن التساؤل حول المصدر الذي تأتي منه القيمة القانونية للدستور وقوته الملزمة، ذهب إلى أن الدستور يمكن أن يقام وفقاً لقواعد دستور سابق الوجود عليه، بحيث يستمد قانونيته من هذا الدستور الذي يلغيه، وبما أنه يوجد دائماً دستور أول لا يمكن الصعود إلى أبعد منه ولا يستمد صحته وقانونيته من أي دستور آخر، لجأ كلسن لإيجاد أساس لقانونية الدستور الأول إلى افتراض ما أسماه "السنة الأساسية"، باعتبارها هي وحدها التي تعطي الصفة القانونية للدستور الأول في الدولة، ليكون بعد ذلك مصدراً لقانونية جميع الدساتير اللاحقة وكافة الأعمال القانونية المنشأة وفقاً لنصوصه، واتضح لنا من خلال دراستنا هذه أن الحل الأقرب إلى الواقع لإدراك أساس القانون الوضعي أو تبرير قانونية الدستور، يتطلب الخروج عن النظام القانوني المغلق او عالم ما يجب أن يكون، والانفتاح على عالم الوقائع أو عالم ما هو كائن.

پوخته

ئەم توێژینەوەیە هەوڵێکە بۆ ئاشنابوون بەگرنگترین تێز و بیروڕاکانی بیرمەندی یاسایی بەناوبانگ (هانس کلسن) سەبارەت بەدەستور و چۆنیەتی دۆزینەوەی چارەسەر بۆ گرنگترین کێشە و بابەتی یاسایی کە خۆی دەبینێتەوە لە کێشەی یاسایی بوونی دەستور، کلسن پێی وایە کە دەستور کۆمەڵێك ڕێسای یاسایی یە و لەترۆپکی هەرەمی یاسایی دەوڵەتدا جێگا دەگرێت، وە سەرچاوەی یاسایی بوونی سەرجەم ڕێسایەکانی تر، وە سەبارەت بەو سەرچاوەیەی کە بەهای یاسایی دەستوری لێوە دێت، کلسن پێیوایە کە دەکرێت دەستور بەپێی ڕێسای دەستوری پێش خۆی بنیات بنرێت، بەجۆرێك کە بەهای یاسایی لەو ڕێسا دەستوریانەی پێشتر وەردەگرێت، وە بەهۆی ئەوەی هەمیشە دەستورێك هەیە کە پێی دەوترێت دەستوری یەکەم و ناتوانرێت زیاتر لەوە سەربکەوین بەسەر هەرەمی یاسایی دەوڵەتدا، بۆیە بەمەبەستی دۆزینەوەی بنچینەی یاسایی ئەو دەستورە، کلسن ناچار بوو پەنا ببات بۆ داهێنان و گریمانەکردنی بنەمایەك کە ناوینا ڕێسای بنچینە (السنة الأساسية)، بەو پێیەی کە تەنها ئەم ڕێسایە سیفەتی یاسایی دەدات بە دەستوری یەکەم، بۆ ئەوەی دواتر ئەم دەستورە ببێت بەسەرچاوەی یاسایی بۆ سەرجەم دەستورەکانی دواتر و ڕێساکان لە دەوڵەتدا، وە

https://doi.org/10.17656/jlps.10113

لەمیانەی ئەم توێژینەوەیە بۆمان دەرکەوت کە چارەسەری نزیك لە واقع بۆ کێشەی یاسایی بوونی دەستور، وا دەخوازێت کە دەربچین لەجیهان وسیستمی یاسایی دابراو و داخراو وە بکرێینەوە بەڕووی جیهانی واقع دا.

Abstract

This study, entitled the concept of the constitution by Austrian legal theorist (Hans Kelsen), is an attempt to illustrate the importance of theses and ideas presented by (Hans Kelsen) regarding the constitution and finding solution for issues related to legal thought including the legality of constitution. Kalsen has argued that constitution is a body of legal rules that stand at the top of the legal pyramid in the state. According to him constitution is a source of the legality of all other rules that descend from them. When confronted with the question of the source of the legal value of the constitution and binding force, Kelsen believes that the constitution can be established in accordance with the rules of the constitution of the former presence. Thus, the law derives its legality from this constitution, which repeals it, and since there is always a first constitution cannot go beyond and derive its validity and legality from any other constitution. Kelsen sought to find a basis for the constitution of the first constitution to the assumption of what he called the "basic norm", as it alone gives the legal status of the first constitution in a state, this is a source of the legality of all following constitutions and all acts of law established in accordance with its legal texts. The results of the research show that the solution is closer to reality in order to comprehend the basis of positive law or to justify the legality of the constitution, it requires a break from the closed legal system or a world that must be, and openness to the world of facts or a world is an object.