أثر فعلية القاعدة الدستورية في تكريس الأمن القانوني. قراءة في الفقه القانوني والفقه الاسلامي

بقلم

أ. جابر صالح *

الملخص

يعتبر الأمن القانوني اليوم من المفاهيم القانونية المطروحة على صعيد البحث القانوني، لما له من أهمية نظرية وتطبيقية على واقع الحياة القانونية من جهة، وطبيعة العلاقات القانونية للمخاطبين بالقاعدة القانونية من جهة ثانية.

وحيث أن القاعدة الدستورية هي القاعدة العليا في التنظيم القانونية لكل دولة، فهي تحظى باهتمام كبير في آليات وضعها وتدابير تطبيقها وطرق الغاءها، وعلى اعتبار أنه من مضامين مفهوم الأمن القانوني صحة القواعد القانونية والتي من بينها أساسا القواعد الدستورية، فان فعلية هذه الأخيرة أثر في تكريس المشروعية القانونية من جهة، وتحقيق أحد أوجه الأمن القانوني من جهة ثانية.

تبعا لذلك؛ الباحث يطرح مسألة فعلية القاعدة الدستورية وأثرها في تعزيز مبادئ

* كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة الوادي – الجزائر. salahdj79@yahoo.com

أرسل البحث بتاريخ: 2018/09/19 - أجيز البحث بتاريخ: 2018/10/31 – نشر البحث: 2018/12/01.

الأمن القانوني، وذلك من خلال المقارنة والمقاربة والنقد في الفقه القانوني والفقه الاسلامي.

وذلك من خلال طرح التساؤل التالي: كيف يمكن للقاعدة الدستورية أن تحقق وتكرس الأمن القانوني؟ في الفقه القانوني والفقه الاسلامي؟

الكلمات المفتاحية: فعلية القاعدة الدستورية، الأمن القانوني، الفقه القانوني، الفقه الاسلامي.

مقدمة

يعتبر مبدأ ا:ن القانوني اليوم من المتطلبات الضرورية والحتمية التي يتطلبها بناء الدول القانونية، وهو من بين المعايير الأساسية في تعزيز وتكريس الدولة القانونية. حيث يشهد هذا المبدأ اهتماما كبيرا سواء على المستوى الفقهي أو التشريعي وحتى الاجتهادات القضائية المختلفة، وذلك من خلال تبيين مضامينه وفحواه، وتوضيح المعايير التي تدعمه وتؤيده، رغم الغموض الذي يزال يكتنفه خاصة عند النزول الى تطبيقاته التشريعية والقضائية.

ولعل من بين المعايير المهمة في بناء مبدأ الأمن القانوني والذي بدوره يعزز من دولة القانون على المستوى التشريعي، هو معيارية القاعدة الدستورية، باعتباره القاعدة العليا في التنظيم القانوني لكل دولة، وبالتالي لا يجب الخروج عنها، ويجب الاحتكام اليها متى كان هناك نزاع، بما يوفر استقرارا لدولة القانون وتمكينا لها وتعزيزا لحماية أكثر لحقوق وحريات الأفراد والجماعات.

حيث يطرح الباحث؛ فكرة فعلية[1] القاعدة القانونية الدستورية وأثرها في تكريس دولة القانون وتعزيزها، وذلك من خلال المقاربة والمقارنة بين فقه القاعدة القانونية وفقه القاعدة الاسلامية، ويتساءل عن فعالية وضمانات تطبيق القاعدة الدستورية، بعد

وضعها، لأن المهم هو مسألة احترام وتطبيق هذه القاعدة العليا من قبل المخاطبين بها، وليس فقط وضعها وسنها بين دفتي كتاب الدستور المكتوب، وتبعا لذلك يمكننا طرح التساؤل التالي:

كيف يمكن للقاعدة الدستورية ان تحقق وتكرس الأمن القانوني؟ في الفقه القانوني والفقه الاسلامي؟

وكيف يمكن لأساس وضع القاعدة القانونية الدستورية ان تحقق وتكرس مبادئ الأمن القانوني في كل من الفقه القانوني والفقه الاسلامي؟

وبصورة أخرى؛ ما مكانة القاعدة القانونية الدستورية في كل من الفقه القانوني والفقه الاسلامي؟ وأسس القاعدة القانونية الدستورية في كل من الفقه القانوني والفقه الاسلامي وأثر ذلك في تطبيق مبادئ الأمن القانوني؟

ذلك ما سنحاول الاجابة عنه في متن هذا المقال، في المباحث التالية:

المبحث الأول: : فعلية القاعدة الدستورية ومبدأ الأمن القانوني.

المبحث الثاني: نقد سمو القاعدة الدستورية في النظرية القانونية والفقه الاسلامي وأثره في تكريس مبدأ الأمن القانوني.

المبحث الأول

فعلية القاعدة الدستورية ومبدأ الأمن القانوني.

سوف نتكلم في هذا المبحث، في تعريف فعلية القاعدة الدستورية والأمن القانوني (المطلب الأول)، ثم في سمو القاعدة الدستورية وأثره في تكريس مبدأ الأمن القانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف فعلية القاعدة القانونية الدستورية والأمن القانوني.

سوف نحدد في هذا المطلب الاطار المفاهيمي لموضوع البحث، وذلك من خلال تعريف فعلية القاعدة القانونية الدستورية (الفرع الأول)، ثم تعريف مبدأ الأمن القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: في تعريف فعلية القاعدة القانونية الدستورية.

ان فكرة فعلية القاعدة القانونية تمثل أساسا لدراسة مدى فعالية وواقعية ونجاعة القاعدة القانونية المدروسة، وهي في مجال البحث المتمثلة في القاعدة القانونية الدستورية. كما ينظر الفقه الى مسألة فعلية القاعدة القانونية من خلال مدى استجابة وقابلية القاعدة من قبل المخاطب بها[2]، وهي في مجال البحث بين الحاكم والمحكومين، على أساس ارتباط قواعد الدستور بنظام الحكم والحاكم والمحكوم.

ان من بين المفاهيم المقتربة لمفهوم فعلية القاعدة القانونية – الدستورية- الفهم الاجتماعي للقاعدة القانونية.

حيث الفقه القانوني ربط بين الواقع الاجتماعي وفعالية القاعدة القانونية في بعض اجتهاداته، حيث تناول البعض فكرة اعتبار الظروف الاجتماعية وسيلة من وسائل تفسير القاعدة القانونية، من بينها المدرسة الاجتماعية، فتوسع الفقه قائلا ان النص القانوني ينفصل عن مشرعه بمجرد صدوره وتبقى مسألة فهمه وتفسيره موكولة الى طبيعة المجتمع وبتطور الأوضاع السائدة فيه، وكذا مدرسة الشرح على المتون والبحث العلمي الخ...[3].

وذهب الفقه الأنجلوسكسوني الى التأكيد على دور الفهم الاجتماعي في وضع وفعالية القاعدة القانونية واستمرار ديمومتها، وما يؤيد هذا النظر اعتماد القاعدة القانونية الأنجلو سكسونية على العرف كمصدر أصيل دون التشريع، وذلك بعكس الفقه والنظرية اللاتينية والتي تعتمد في أساسها النص التشريعي وعلى التطبيق الحرفي له وذلك ما قد يعزلها عن الواقعية الاجتماعية كأصل عام[4].

والأساس الفقهي للفهم الاجتماعي للقاعدة القانونية يرتبط بخصائص القاعدة القانونية في النظرية التقليدية باعتبارها قاعدة سلوكية اجتماعية مع غيرها من الصفات، أي أن القاعدة القانونية ما هي الا نتاج واقع مجتمعي معين يؤصلها ويستدعي ضرورة تشريعها وفهمها من المجتمع ككل مما يوفر لها الفعلية والفعالية والديمومة.

حيث الفقه مجمع على أهم أثر للصفة الاجتماعية للقاعدة القانونية، وهو استجابتها لظروف المجتمع وحاجاته ويعكس أوضاعه ومشاعره، وعدم اقتصاره على زمن نشوئه أو صدوره[5].

وبعض الفقه يربط فعالية القاعدة القانونية بالعنصر الثالث للقاعدة القانونية الا وهو الجزاء نتيجة مخالفة النص القانوني. حيث سلطت السلطة العامة الجزاء القانوني على المخالف لمضمون وفحوى القاعدة القانونية كانت هذه الاخيرة ذات فعالية وواقعية وفعلية كذلك.

والواقع ان الجزاء المترتب على مخالفة القاعدة القانونية ما هو الا عنصر لاحق عن تشريع وسن القاعدة القانونية وعليه يمكن القول ان ذلك يدعو الى اعتبار الجزاء القانوني مكون لفعالية وفعلية لاحقة للقاعدة القانونية.

وكنتيجة لفكرة فعلية القاعدة القانونية الدستورية، يرى الباحث أنها ترتبط أولا بمرجعية ومصدرية هذه القاعدة بداية، حيث يجب ان تكون في مستوى يفوق ويعلو

طرفي العلاقة الدستورية التقليدية الحاكم والمحكوم، أي تخرج عن مرجعية السلطة التنفيذية أساسا .

وثانيا بمسألة الاحترام التشريعي للقاعدة الدستورية والاحتكام اليها على قدم المساواة بين الحاكم والمحكوم.

الفرع الثاني: في تعريف الأمن القانوني

مبدأ الأمن القانوني متعدد المظاهر ومتنوع الدلالات كثير الأبعاد وهو حاضر في كثير المناسبات[6]، تبعا لذلك يصعب وضع تعريف له بصورة مباشرة، لذلك البعض يشير للأمن القانوني من خلال رده الى مبادئ معينة أهمها:

- واجب قاضي المحكمة البت طبقا لقواعد القانون يوم تقديم الدعوى؛ عدم رجعية القواعد القانونية؛ الآثار الملزمة لاتفاقات الأطراف؛ التأويل في أضيق نطاق للنص الجنائي؛ احترام آجال الطعون والتقادم؛ احترام حجية الشيء المقضي؛ حماية مبدأ الثقة المشروعة..

كما حاول بعض الفقه المقاربة بين الأمن القانوني ومصطلح الثقة المشروعة، لكن المصطلحين مختلفين وغير متطابقين فقها وكذلك حسب موقف المجلس الدستوري الفرنسي[7].

كما يرد البعض مفهوم الأمن القانوني الى مفهوم دولة القانون والذي يركز على قابلية تطبيق القانون الشكلي أو الرسمي Formal law بواسطة القاضي والحكومة والادارة بطريقة قابلة للتوقع، حيث يلتزم القاضي والحكومة والادارة بالقانون. ويفترض في أعمال البرلمان أن تكون رشيدة rational، ضمانا للحريات الشخصية والأمن داخل المجتمع[8].

وفي الفقه الأنجلوسكسوني يكفل الأمن القانوني بواسطة المحاكم التي تحدد وتنفذ

حقوق المواطنين، والمشرع الذي يحدد مسبقا وبصورة واضحة، ما هي الأفعال التي تتم مجازاتها[9].

أما في أوربا، فالبعض يربط فكرة الأمن القانوني بالفقه والقضاء الألماني، ارتباطا بتقرير وتنمية الفرد ذاتيا وضمان حريته الشخصية، وتطبيقا لمبدأ قابلية الاطار القانوني بأكمله للتوقع. أي خاصية التوقع القانوني[10].

وقالوا أيضا أن الأمن القانوني هو كل ضمانة، وكل نظام قانوني للحماية، يهدف الى تأمين، ودون مفاجآت، حسن تنفيذ الالتزامات، أو تلافي أو على الاقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون، حيث اعتبر الأمن القانوني من شروط جودة القانون، من خلال قابلية القانون للتوقع، ووضوح القاعدة القانونية المطبقة.

كما عرف بأنه "وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحدا أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية لغرض اشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية بغض النظر عما اذا كانت أشخاص قانونية خاصة أو عامة، بحيث تستطيع هذه الأشخاص ترتيب أوضاعها وفقا للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها دون أن تتعرض لمفاجآت أو أعمال لم تكن بالحسبان، صادرة عن احدى سلطات الدولة الثلاث، ويكون من شأنها هدر الاستقرار أو زعزعة روح الثقة بالدولة وقوانينها"[11].

كما يرى بعض الفقه امكانية تعريف الأمن القانوني من خلال المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي[12].

حيث يمكن تعريفه بحسب المعيار الشكلي بأنه:" القاعدة القانونية النموذجية المفهومة والسهلة الوصول اليها، التي تسمح المخاطبين بها بالتوقع المقبول للنتائج القانونية لتصرفاتهم وسلوكهم[13]؛ أو أنه كل ضمانة وكل نظام قانوني يهدف دون مفاجآت الى حسن تنفيذ الالتزامات القانونية، ويستبعد أو يقلل كل صور عدم التأكيد

عند صياغة القانون[14]؛ أو بعبارة أخرى هو "وجوب ضمان حد أدنى من الثبات والاستقرار للعلاقات القانونية بين الأفراد بعضهم البعض أو بينهم وبين الدولة، وسواء كانت أطراف هذه العلاقات من الأشخاص الطبيعية أم من الأشخاص المعنوية"[15].

أما الأمن القانوني بحسب المعيار الموضوعي فيشير الى التزام السلطات والمؤسسات والدول وبإصدار الأطر القانونية واضحة لا لبس او غموض فيها، فضلا عن ضرورة ارتكانها الى أسس ومعطيات قانونية محددة؛ فالأمن القانوني هو غاية القانون النهائية والسبب المبرر لوجوده وتحديد لتصرفات أشخاص القانون[16].

وقيل ان الأمن القانوني وظيفيا هو مجموعة من المبادئ الجوهرية الفنية التي تهدف الى استبعاد أو التقليل من أوجه عدم التأكيد أو الشك في الكتلة القانونية المطبقة[17].

ولقد لخص Pacteau هذه المبادئ في المعرفة والتوقع والاحتياط[18].

و بعض الفقه في تعداده لهذه المبادئ يضع قائمة لا حصر لها مثل: التوقع، والعلانية وامكانية الوصول الى القاعدة القانونية، والوضوح وسهولة الاحاطة بالقاعدة القانونية، وعدم رجعيتها، وحسن النية، وعمومية القاعدة القانونية وثبات البيئة القانونية...

ويعرف مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الأمن القانوني قائلا: يقتضي مبدأ الأمن القانوني أن يكون المواطنون دون كبير عناء، في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف، القانون المطبق، وللوصول الى هذه النتيجة، يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة، ومفهومة، والا تخضع في الزمان الى تغييرات متكررة أو غير متوقعة[19]. كما يمكن ان يستفاد من قرار مجلس الدلولة الفرنسي ثلاث عناصر أساسية تسبب عدم الأمان، وهي: التضخم التشريعي، عدم استقرار القواعد القانونية وهو ما يعبر عنه برجعية القوانين، ثم تدهور نوعية المعايير أو ما يمكن التعبير عنه بسوء

الاجتهاد القضائي[20].

أما بخصوص الاجتهاد القضائي الجزائري في تحديد فكرة الأمن القانوني، قد جاء في العدد الثاني للمجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2012، وفي كلمة العدد " أن محكمة التنازع أصدرت بتاريخ 09-01-2012 أول قرار يعالج مسألة الأمن القانوني" حيث جاء فيه بالخصوص أنه " لقاعدة التطبيق الفوري لقانون الاجراءات المدنية والادارية، ما عدا الآجال التي بدأ سريانها في ظل القانون القديم، استثناءات أخرى، غير مذكورة في المادة 2 من نفس القانون"... وعلى أن " قواعد الاختصاص النوعي تدخل في هذه الاستثناءات وتندرج ضمن تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين، اذا كانت هذه الرجعية تهدد الاستقرار والأمن القانونيين، أو تمس بالحقوق والمراكز القانونية المكتسبة للمتقاضين"[21].

وباستقراء أحكام وقرارات القضاء الاداري الجزائري عموما، يمكن القول أنه مستقر على تطبيق كل النتائج المترتبة عن مبدأ الأمن القانوني قبل هذا التاريخ وقبل قرار محكمة التنازع السابق الذكر.

ففي حكم للغرفة القضائية بالمجلس الاعلى رقم: 37578 بتاريخ 23-11-1985 بين ع ل ووزارة الداخلية ومن معه، حيث اقرت مبدأ مفاده:" ان صيرورة الحكم القضائي نهائيا وحيازته لقوة الشيء المقضي فيه، تكسب من صدر لصالحه حقوقا تصبح ثابتة وكرسها القانون بحمايته لها، ولا يجوز للإدارة اتخاذ أي اجراء من شأنه المساس بها او التقليل منها، ومن هذا المبدأ، كان منح الوالي للغير بموجب مقرر المحل التجاري الذي أل قضاء وبصفة نهائية الى شخص معين منحا لا يستند في مضمونه الى أي اساس قانوني بل يتعارض ومبدا حجية المقضي فيه للأحكام القضائية ويصطدم من ثمة مع فكرة استقرار المراكز القانونية للأفراد ، الامر الذي يتعين معه، القول بان المقرر المتخذ بهذه الصورة يشوبه عيب البطلان المستوجب القضاء به[22].

وجاء في حكم الغرفة الادارية كذلك للمجلس الاعلى رقم 55061 بتاريخ 05-11-1988 في قضية د. ع ضد السلطة، مقرا مبدأ مفاده ان القرار الاداري الذي يبطل قرارا اداريا سابقا عنه، أكسب حقوقا لشخص ما، يعد مخالفا لمبدأ أسبقية القرارات الادارية والحقوق المكتسبة، ويعتبر مشوبا بعيب تجاوز السلطة يستوجب البطلان[23].

أي أن هذا الحكم يقر مبدأ حماية الحقوق المكتسبة وعدم التعرض لها.

ونظرا لعدم الاتفاق على تعريف موحد لفكرة الأمن القانوني وغياب التعريفات التشريعية لها لحد الساعة، قال بعض الفقه ان الأمن القانوني فكرة غامضة جدا ويصعب حصرها بشكل محدد، وأنها ذات مضمون ضبابي واسع، ونطاق تطبيق غير مؤكد وغامض، يصعب معه استخلاص تفسير واضح ومتماسك.

المطلب الثاني

سمو القاعدة الدستورية وأثره في تكريس الامن القانوني.

سوف نتناول في هذا المطلب مظاهر سمو القاعدة الدستورية وأساسه (الفرع الأول)، ثم أثر سمو القاعدة الدستورية في تكريس الأمن القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مظاهر سمو القاعدة الدستورية وأساسه.

نحدد بداية مظاهر سمو القاعدة الدستورية، ثم أساس سموها.

الغصن الأول: مظاهر سمو القاعدة الدستورية.

سمو القاعدة الدستورية يرتبط أساسا بالسمو الشكلي والسمو الموضوعي، ويمكن تبيين ذلك في ما يلي باختصار.

أولا: السمو الشكلي للقاعدة الدستورية.

وهو يرتبط بالشكل والاجراءات التي توضع بها القواعد الدستورية. ويتحقق السمو

الشكلي للدستور عندما تكون اجراءات تعديل الدستور تختلف عن الاجراءات التي يتطلبها التشريع العادي بحيث تكون هذه الاجراءات متشددة حماية للقاعدة الدستورية ذاتها، وضمانا لاستقرارها وهيبتها. حيث يرتبط السمو الشكلي اساسا بالدساتير الجامدة لا الدساتير المرنة في نظرية الفقه الدستوري.

بالتالي جمود الدستور هو الذي يجعل للقاعدة الدستورية مركزا خاصا وأسمى من القاعدة القانونية العادية، ويميزها عنه.

ثانيا: السمو الموضوعي للقاعدة الدستورية:

يستند السمو الموضوعي للقاعدة الدستورية الى موضوعها ومضمونها. حيث القاعدة الدستورية تتضمن موضوعات أساسية تتعلق بأساس الدولة وبنيانها الرئيسي الذي يبين نظام الحكم فيها، وموضوعات الحقوق والحريات، اضافة لتكوين السلطات واختصاصاتها في الدولة.

الغصن الثاني: : أساس سمو القاعدة القانونية الدستورية.

ليس مهما في هذا المقام تفصيل مضامين السمو الشكلي والسمو الموضوعي للقاعدة الدستورية بقدر معرفة مصدر وأساس سمو تلك القاعدة، حيث يرى بعض الفقه أنه يمكن رد مصدر وأساس سمو القاعدة الدستورية الى: أسس تاريخية، والى الحقوق الأساسية، ثم اعتبار الدستور عمل من أعمال الشعب.

أولا: الأسس التاريخية كمصدر لسمو القاعدة الدستورية.

ينسب البعض قاعدة سمو القاعدة الدستورية الى نظريات قانونية وسياسية، شكلت مع مرور الوقت أسس لمبدأ احترام الدستور باعتباره قاعدة وضعية عليا وسامية.

وأولى هذه النظريات؛ نظرية الدستور المنشئ والخالق للدولة. حيث لا وجود

للدولة قبل وجود القاعدة الدستورية[24]. وأساس هذه الفكرة مرتبط بنظريات العقد الاجتماعي لهوبز ولوك وجون جاك روسو، ثم كلسن وفالين، حيث أوضح هؤلاء أن الدستور بما يتضمنه من قواعد ما هو الا عقد اجتماعي أو هو تجسيد للعقد الاجتماعي.

لكن الفقه القانوني انتقد هذه الرؤية معتبرا ان فكرة القانون السابق عن الدولة ليس مقبولا نظريا وواقعيا[25]، معتبرين أن العقد الاجتماعي ذاته مدين بوجوده بوجود الجماعة السياسية أساسا، هذه الأخيرة هي ممثلة لفكرة الدولة قديما وحديثا.

ثانيا: الحقوق الأساسية كأساس لسمو القاعدة الدستورية.

تعود هذه الفكرة الى التاريخ الانجليزي في القرنين الخامس عشر والسادس عشر الميلادي، ابان احتدام الصراع بين الملك والبرلمان، حيث قامت حركات تطالب بتقييد سلطات الملك من جانب قابله في الجهة المقابلة ضمان عدم استبداد البرلمان بالسلطة تحت مسمى " استبداد السلطة التشريعية في مقابل استبداد السلطة التنفيذية "، ومعيار التقييد هو حقوق أساسية لا يجب تجاوزها واهمالها أطلق عليها تعبير:" القانون الأساسي " أو " القانون الأعلى "، أطلق عليه فيما بعد الدستور[26].

وما يمكن الاشارة اليه من خلال التاريخ الدستوري الأنجليزي؛ أنه ميز بين مطالب متقابلة ومتنازعة بداية تعبر عن مسألة قانونية مازالت أثارها وتطبيقاتها ماثلة في مختلف دساتير دول العالم اليوم، ألا وهي تغليب ارادة ما على الأخرى، أي محاولة من قبل الملك ضمان تغليب ارادته على ارادة البرلمان من خلال اعتبار الدستور او القانون الاساسي أساسه امتيازات الملك كقواعد أساسية، بينما البرلمان اعتبر ان الحقوق الاساسية للمواطنين هي جوهر القواعد الدستورية، هذا الصراع الثنائي والذي ميزه اصدار وصف الخيانة العظمى بين طرفي المعادلة التصارعية، جاء القضاء الانجليزي

محاولا بسط رؤيته باعتبار سمو القاعدة الدستورية على البرلمان والملك في آن واحد، وذلك في قضية Bonham سنة 1610 م[27].

ثالثا: الاعتقاد بان الدستور عمل من أعمال الشعب.

يرى البعض ان سمو القاعدة الدستورية أساسه مصدرية هذه القواعد، باعتبارها قواعد منشئة من قبل الشعب ذاته، ومثال ذلك الدستور الأمريكي الأول حيث عبر عن ذلك ألكسندر هاملتن:" ان الدستور يجب ان يعد عملا من اعمال الشعب، وان القوانين التي يسنها الكونغرس مجرد اعمال يقوم بها نواب من الشعب، وعليه فان كل عمل تشريعي يناقض الدستور لا يمكن اعتباره صحيحا او مشروعا، وان انكار هذه الحقيقة يؤكد ان الوكيل اكبر من موكله وان الخادم فوق سيده، وان ممثلي الشعب هم اعلى من الشعب نفسه"[28].

نقد: عمليا هذه الفكرة نظريا حتى الدستور الأمريكي المثال الاعلى الثابت ان تحريره لم يكن من الشعب بأكمله بل من قبل ممثلي الولايات في تلك المرحلة.

الفرع الثاني: أثر سمو القاعدة الدستورية في تحقيق الأمن القانوني.

يمكننا في هذا المجال طرح تساءل عن علاقة القاعدة الدستورية بالأمن القانوني؟ وما مظاهرها وآثار ذلك؟

أي الاجابة عن مدى دور القاعدة القانونية الدستورية في تكريس الأمن القانوني؟

ان من مقاصد الأمن القانوني الثقة والاطمئنان في القاعدة القانونية النافذة في المجتمع، وذلك لا يتجسد عمليا الا من خلال ما قد تتضمنه هذه القاعدة من حماية للحقوق والحريات واستقرار في المعاملات.

فالأمن القانوني ضرورة انسانية وحياتية، وهو من بين وظائف الدولة الحديثة اليوم بلا منازع. وعندما نقول انه من وظائف الدولة الحديثة، فانه يمكننا ادراج محددات ومكونات الدولة بصفة شمولية دون الاعتداد فقط على العنصر السلطوي الفوقي لها، أي انه صحيح من صلاحيات السلطات العامة الفوقية خاصة سلطة الحكم والتي تمثلها بدرجة كبيرة السلطة التنفيذية صلاحية توفير وتكريس الأمن القانوني في الدولة. لكن ذلك لا يلغي دور السلطات القريبة والبعيدة نوعا ما عن السلطة التنفيذية في تكريس هذا المبدأ المهم، كالسلطة التشريعية والقضائية والسلطات الادارية والشبه الادارية المختلفة، اضافة الى سلطة المجتمع الرسمية والغير الرسمية، وصولا الى سلطة الفرد في ذلك أيضا.

من خلال ما تقدم يمكن القول ان القاعدة القانونية الدستورية قد يكون لها دور في تكريس الأمن القانوني، حيث غني عن البيان لدى الباحث في النظرية الدستورية ان من اهتمامات القاعدة الدستورية هو تكريس الحقوق والحريات للأفراد وضمان امن واستقرار الأفراد ماديا ومعنويا، مع تنظيم العلاقة بين الحاكم والمحكوم، وكل ذلك يدخل ضمن مضامين الأمن القانوني الذي طرحنا تعريفه سابقا.

فعندما تتكلم القاعدة الدستورية في قاعدة مساواة المواطنين جميعا امام القانون، وعدم التمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو المولد أو الرأي، وفي ترقية الحقوق السياسية وتنمية قدرات الفئة الشابة في المجتمع، وتكريس الدفاع الجمعوي وتشكيل الأحزاب السياسية، وحرمة المعتقد والدين، وتكريس الحرية الصناعية والتجارية و الحرية الأكاديمية المعرفية والثقافية، وتكريس ضمانات قضائية للمحاكمة العادلة، وتكريس حقوق جديدة على غرار الحق في العيش في بيئة نظيفة دون الاقتصار على الحقوق التقليدية كحق الرعاية الصحية والتعليمية والحق في العمل وحماية الاسرة[29].

كل هذه الحقوق والحريات المدسترة فعليا كنص قانوني دستوري أولا تعزز من

مكانية القاعدة الدستورية في توفير مناخ للأمن القانوني المستقر، وصحيح ان النص القانوني لوحده لا يكفي ما لم يتبع بتطبيق واقعي ومجتمعي، لكنه يعزز المكانة الواقعية والفعلية للقاعدة القانونية في توفير مبدأ الأمن القانوني.

المبحث الثاني

نقد سمو القاعدة الدستورية في النظرية القانونية والفقه الاسلامي وأثره في مبدأ الأمن القانوني.

يمكن نقد سمو القاعدة الدستورية وذلك في النظرية القانونية (المطلب الأول)، ثم في نظرية الفقه الاسلامي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نقد سمو القاعدة الدستورية في النظرية القانونية.

الناظر للدستور ذاته يجده يقف عاجزا عن تقديم التبرير القانوني اللازم لسموه وعلوه، فالدستور عند تحديد مصدر ومنبع سموه غير قادر على استخراج واستنباط عناصر قوته وشرعيته[30].

ورغم ان نظرية كلسن المفسرة لعلوية وسمو القاعدة الدستورية واعجاب الفقه القانوني والاشادة بها، الا أنها لم تسلم من النقد، حيث قال في شأنها كاري دي مالبرغ أنها مجردة الى الأقصى، وتستبعد الحقائق الاجتماعية ودورها في صياغة المادة القانونية. ويرجع ذلك التصور لكلسن في تقديم نظريته، الى اعتماده فكرة "ميكانيكية القواعد القانونية" أي اعتماد المنهج والمنطق الرياضي[31].

فالقاعدة القانونية اليوم هي ليست قاعدة تقنية بحتة انما هي قاعدة اجتماعية تجد

مصدرها من العلاقات الاجتماعية المتباينة والمتفاعلة، والدراسات الحديثة القانونية تتجه الى اعتبار القانون ملازما للثقافة، باعتبار هذه الأخيرة ما هي الا مجموعة من النماذج للتصرفات لجماعة بشرية معينة[32].كما قال لافريار في نظرية كلسن منتقدا اياه على اعتبار النشاط الاجتماعي هو اول مصدر او منبع للمعايير القانونية[33]. كما ان الفقيه دافيد بوكارا قال بان نظرية كلسن معيبة لأنها تترك لنا النظام القانوني مفتوح من الجهتين العليا والسفلى، حيث ان القانون هو ظاهرة لامتناهية النقاط ومترامية الأطراف[34].

ومن جهة أخرى يمكننا ان نبين أسبابا نظرية وأخرى عملية لتدهور سمو القاعدة الدستورية.

الفرع الأول: عجز النظرية الدستورية عن تأصيل أصل القاعدة الدستورية

ان الأسباب النظرية لتدهور سمو القاعدة الدستورية نجدها مجسدة في نقائص ذاتية تخص الدستور ذاته، ثم النقائص المتعلقة بالأسس الدستورية، ثم في دور المعايير الأساسية في منافسة وتعويض الدستور.

الفقه الدستوري يكتنفه معيارين محددين للدستور في تعريفه؛ المعيار الشكلي باعتبار الدستور هو الوثيقة الاساسية التي تبين نظام الحكم في الدولة وتنظيم السلطات العامة فيها، وتتميز هذه الوثيقة الأساسية بأن قواعدها تضعها السلطة التأسيسية، التي هي أعلى من السلطة التشريعية، حيث لا تعدل تلك القواعد الا بموجب اجراءات خاصة، تختلف عن اجراءات تعديل القوانين العادية البرلمانية[35].

أما المعيار الثاني المحدد للدستور فهو الموضوعي والذي يرى بأن الدستور هو مجموعة من القواعد القانونية الاساسية التي تحكم النظام السياسي في الدولة، والتي تبين شكل الدولة تلتزم الحكم فيها وتنظيم السلطات العامة والعلاقة فيما بينها وعلاقة

السلطات بالأفراد[36].

والفقه الدستوري أبدى نقدا للمعيارين السالفين تبعا للنقائص التي قد تعوزهما، مبينا غلبة الدمج بين المعيارين في تحديد الدستور مع ضرورة المفارقة بين القاعدة الدستورية وما دونها من القواعد القانونية الاخرى.

يعتبر البعض ان قاعدة سمو الدستور أو علو الدستور خاصية من خصائص الدولة الحديثة والأساس النظري لقاعدة الشرعية[37].

والتأكيد على قاعدة سمو وعلو القاعدة الدستورية يكتسي أهمية جوهرية، احتراما لها بداية من قبل الجميع حكاما ومحكومين.

على حد وصف الأستاذ صادوق بلعيد:" بصفته معيار قانوني، الدستور- الدستور بصفة عامة – يوجد في أعلى التدرج الهرمي للقواعد القانونية، وهذه العبارة لها تبرير مزدوج:

أحدهما تاريخي، بمعنى أن الدستور يوجد فوق ارادة الحاكم لحماية المحكومين من السلطة التقديرية التي تتمتع بها الطبقة الحاكمة. والآخر نظري، بمعنى ان الدستور هو مفتاح التنظيم العام للمجتمع السياسي، التي يتم بناؤه انطلاقا من فكرة دولة القانون. طبقا لهذه الفكرة فان علو الدستور هو مضمون من الناحية العضوية، عن طريق ضمان مطابقة كل القواعد القانونية لأحكام الدستور"[38].

و من جهة اخرى، التأكيد على مسألة لها ارتباط بموضوع الأمن القانوني، حيث تعتبر القاعدة الدستورية احدى الضمانات القانونية لتوفير حالة الأمن القانوني، أو قد نعتبرها الضمانة القانونية العليا لذلك، خاصة وان كانت جميع المعايير القانونية في الدولة من تشريعات برلمانية قوانين عضوية وتشريعات تنظيمية ملزمة بعدم مخالفة القاعدة المعيارية الدستورية.

ان كان ذلك مقبول نظريا، فالسؤال الذي يطرح نفسه ما أساس ومصدر علو القاعدة الدستورية؟

ان البحث في أساس ومصدر علو القاعدة الدستورية هو بحث في أساس الأمن القانوني المرتبط بالحماية الدستورية.

ان بعض الدساتير ومنها الدساتير الجزائرية، لم تولي لمسألة علوية وسمو القاعدة الدستورية عناية كافية، حيث بعضها يركز على مسألة مضامين واطار الدساتير وتحديد تعريفه عضويا وموضوعيا، دون الغوص في المسألة الأساسية ألا وهي مصدر وأساس سمو وعلو القاعدة القانونية.

والفقيه الفرنسي كاري دي مالبرغ يقول ان الديمقراطية لا تكون الا في الدولة التي يعبر دستورها عن الارادة الشعبية فعليا وواقعيا، وعليه تطرح مسألة الشرعية الدستورية في دول مختلفة تبعا للمسألة هذه وان كانت تعبر عن افتراض علمي وقانوني[39].

أما من حيث الأسس الدستورية، فان مسألة سمو الدستور ترتبط بعدم وجود معيار واحد له يرجع اليه، حيث نجد في تصنيفات الدساتير تبعا للنظرية الدستورية ما يسمى بالدستور الاجتماعي والدستور الاقتصادي والدستور السياسي.

فالدستور الاجتماعي؛ يعبر عن القيم والمحددات الفكرية والثقافية والدينية والأعراف والتقاليد لمجتمع معين، وكل قيم أخلاقية وحضارية تخصه، وعليه هذا الدستور الاجتماعي في أساسه يتميز بالاستقرار والثبات تبعا لثبات واستقرار القيم الحضارية للمجتمع.

أما الدستور السياسي؛ ما هو الا تلك الوثيقة المنظمة للأحكام التقنية المتصلة بكيفية تنظيم مؤسسات الدولة من تحديد شكل النظام السياسي وتعيين الهيئات الرئيسية واختصاصاتها. وتبعا لخصائص هذا الدستور فانه يتميز بالاستقرار نسبيا مقارنة

بالدستور الاجتماعي، تبعا للتحولات السياسية.

أما الدستور الاقتصادي؛ فانه معبر عن حالة المجتمع والدولة اقتصاديا، وهو أقل افصاحا وتحديدا وتمثيلا من سابقيه فقها وتطبيقا.

مما تقدم لا يعني وجود دستورين في الدولة في آن واحد، انما هو دستور واحد وهو الدستور السياسي والذي من المفترض ان يكون الدستور الاجتماعي مصدرا وأساسا له. حيث من الواجب أن يكون للمجتمع دستورا اجتماعيا ولو لم يكن له دستورا سياسيا مثل حال المجتمع الجزائري ابان حقبة الاستدمار الفرنسي، حيث بقي المجتمع الجزائري محتفظا بثوابته وأصوله التاريخية والعقائدية والدينية والثقافية، كاللغة العربية والأمازيغية والاسلام.

ومن خلال هذه الفكرة متى كان هناك ترابط بين الدستور السياسي مع مصدره وأساسه، ألا وهو الدستور الاجتماعي تكرست وتعززت بالتأكيد حقيقة الأمن القانوني في المجتمع، وهو ما تعاني منه اليوم بعض المجتمعات من خلال التباعد بين مضامين دساتيرها السياسية ودساتيرها الاجتماعية، وبالتالي انتقصت ضمانات الأمن القانوني لأفراد تلك المجتمعات.

وبالتالي حتى يتحقق الأمن القانوني داخل مجتمع ما يجب ان يكون الدستور السياسي مرآة للدستور الاجتماعي. وان يكون الدستور الاجتماعي مصدر شرعية للدستور السياسي والا فقد سموه وعلويته.

فقبل كتابة الدستور يجب البحث في حقيقة العلاقات الموجودة في الدولة. فسر احترام المواطن للدستور ليس لكونه المعيار الأساسي فحسب، بل لأنه امتداد للمعيار الاجتماعي والشرعية الاجتماعية .

وبالرجوع الى مسألة تأسيس القاعدة الدستورية في الفقه القانوني؛ نجد فعلية

القاعدة الدستورية وأثرها في تكريس وتعزيز الأمن القانوني يمكن النظر فيها الى ما يسميه فقه فلسفة القانون " بالقاعدة الأساسية "، حيث ميز البعض بخصوصها على سبيل المثال لا الحصر بين: القاعدة الأساسية التحليلية لهانز كلسن، والقاعدة الأساسية المعيارية لايمانويل كانت.

فالقاعدة الأساسية التحليلية لهانز كلسن؛ تنطلق من نظريته للقانون باعتباره قواعد متدرجة هرميا، تخضع القواعد الوضعية للقاعدة الأساسية العليا، والتي يمكن ان نصفها بالقاعدة الدستورية في مفهوم كلسن،" فالقاعدة الأساسية هي المصدر المشترك لسريان كل القواعد القانونية التي تنتمي الى النظام القانوني ذاته. انها السبب المشترك لسريانها.. هذه القاعدة الأساسية هي التي تقيم وحدة بين مجموعة قواعد النظام المختلفة، وتكون سببا لسريان كل القواعد التي تنتمي الى هذا النظام".

غير أن كلسن وقع في مأزق منطقي في تحليله للقاعدة الأساسية وذلك في تحديد حالتها. حيث القاعدة الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني ككل لا يجب أن تكون قاعدة وضعية بل هي قاعدة طبيعية أو منطقية، و كلسن لا يرى فيها الا انها وضعية، حيث يرفض وصفها بالطبيعية وبإصرار شديد[40].

وبالتالي تتساوى عند كلسن القاعدة الأساسية الدستورية بالقاعدة القانونية الوضعية في وضعيتها، وهذا يدعو الى التساؤل عن الفروقات بينهما والقيمة القانونية لهما.

ويرى كلسن من جهة ثانية؛ أن القاعدة الأساسية لا يمكن تسبيبها – لا يمكن السؤال بعد ذلك عن سبب سريانها – حيث يرى أنه اذا أردنا ان نسبب القاعدة الأساسية فإننا نحتاج الى قاعدة أعلى منها، وهذا يعني أنها لم تعد القاعدة العليا. وبالتالي لم تعد القاعدة الأساسية[41].

لكنه عند اعمال النظر في هذه الفكرة، فانه يمكن دحض ما جاء به كلسن، حيث

القاعدة الأساسية لا يمكن تسبيبها بقاعدة عليا تعلوها ولكن يمكن تسبيبها بقاعدة معيارية ومن نوع أخر قد تكون أخلاقية أو اعتبارات غائية، وهذا ما تتبناه النظرية الفقهية الاسلامية أساسا.

ومن جهة مقابلة، في نقد فكرة كلسن والذي يؤكد ان النظام القانوني – والذي يتشكل من قواعد قانونية تراتبية تعلوها القاعدة الأساسية القهرية – هو الضامن للأمن القانوني داخل المجتمع باعتباره نظاما قانونيا قهريا، يتساءل معارضوه : لماذا يجب أن يقال عن النظام القانوني القهري والذي يحقق الأمن القانوني داخل المجتمع هو النظام القانوني الوضعي؟

أما كانت؛ في نظريته القاعدة الأساسية المعيارية، فانه عبر عن الصفات الجوهرية لها، عندما قال:" يمكن ان نفكر في تقنين ظاهري، ينطوي على قوانين وضعية خالصة، ولكن حينئذ يفترض بالطبع ان يتقدمه قانون طبيعي، ينشأ سلطة المشرع ..".

فالقاعدة القانونية الأساسية عند كانت هي قانون طبيعي يعلو القاعدة الوضعية، وهي قاعدة قانون عقلي يفرضها العقل، وبالتالي تتدخل التفسير الأخلاقي الملزم للقاعدة الأساسية عند كانت بخلاف كلسن، وفي ذلك اقتراب من نظر الفقه الاسلامي في هذه الرؤية.

اضافة لما تقدم في نقد سمو القاعدة الدستورية، ظهرت بعض المعايير المنافسة لها، وهي المتمثلة في القاعدة القانونية الدولية او الاتفاقيات الدولية والمواثيق الوطنية، والذي يمكن البحث في كل ذلك بتفصيل.

الفرع الثاني: نقد سمو القاعدة الدستورية عمليا

أما عن نقد سمو وعلو القاعدة الدستورية من الناحية العملية فهي ترتبط في بعض جوانبها بنقد المراجعة الدستورية، حيث القاعدة الدستورية قابلة للتعديل والمراجعة

من وقت لآخر حتى تتماشى مع الظروف السائدة في المجتمع.

و لو ننظر الى السلطات او الجهات التي لها تعديل القاعدة الدستورية، فإننا نجد مختلف دساتير العالم تتيح ذلك الى هيئتي: رئيس الدولة والبرلمان.

ذلك ما يطرح مسألة مدى شرعية التعديل الدستوري وقوة القاعدة الدستورية اتجاه سلطة رئيس الدولة وسلطة البرلمان، حيث اذا كان الدستور هو المنشئ للمؤسسات المختلفة في الدولة فكيف نتيح لهذه المؤسسات المنشئة من قبله ان تقوم بتعديله؟ فكيف للذي هو ادنى ان يعلو على الذي هو اعلى منه؟

بعض الفقه رد الى ان رئيس الدولة والبرلمان مفترض فيهما ان يكونا عنوانين لمصدر السلطة والسيادة الشعبية وسيادة الأمة. حيث رئيس الدولة منتخب من قبل الشعب والبرلمان كذلك. فهما معبرين عن ارادة الشعب والأمة.

كل ذلك يحتاج الى تحليل وتأويل يمكن من خلاله ايجاد معايير أخرى تبيين طرق وضع وتعديل القاعدة الدستورية ومراجعتها.

المطلب الثاني

نقد سمو القاعدة الدستورية في الفقه الاسلامي.

في نقد سمو القاعدة الدستورية في الفقه الاسلامي يمكن النظر في وضعها وتصورها في الاسلام في (الفرع الأول)، ثم البحث في مدى امكانية نقد القاعدة الدستورية في الفقه الاسلامي في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وضع القاعدة الدستورية في الاسلام وتصورها

نبين بداية وضع القاعدة الدستورية في الاسلام، ثم في تصورها.

أولا: وضع القاعدة الدستورية في الاسلام.

الناظر في تاريخ السيرة النبوية الشريفة لصاحبها خير البرية يجد فيها كما ذكر كتاب السير ما يؤسس لفقه نظري يخص بناء الفرد أولا وبناء المجتمع ثانيا، مقترنا بعمل مؤسساتي جسده النبي محمد في حياته خاصة بعد هجرته للمدينة المنورة.

فهجرة الرسول من مكة الى المدينة كانت متضمنة قيام مجتمع جديد في بلد آمن حيث أصبح أمر المسلمين بأيديهم من أول يوم نزلوا فيه الى المدينة، ولذلك كان مطلوبا منهم مواجهة مسائل الحضارة والعمران، والمعيشة والاقتصاد، والسلم والحرب، والسياسة والحكم، بقواعد ضابطة مستوحاة من النص القرآني المدني والذي يتميز باختلاف خطابه عن النص القرآني المكي، حيث الثاني اقتصر على تفصيل المبادئ الاسلامية والتشريعات الحاثة على البر والخير ومكارم الأخلاق واجتناب الرذائل والدنايا[42]، أما الخطاب المدني فقد تميز بالنص على قواعد المعاملات أساسا ومن بينها القواعد الدستورية.

ان تكوين المجتمع لا يكون بين عشية أو ضحاها وليس بين يوم وليلة او في شهر او سنة، انما هو نتاج تراكم زمني طويل، يتكامل فيه التشريع والتقنين مع التثقيف والتدريب والتربية تدريجيا[43].

ولعل ما يبين ضرورة وضع القاعدة الدستورية في الاسلام هو العمل التاريخي الأول الذي فعله الرسول الكريم بعد هجرته من مكة الى المدينة المنورة مباشرة، ألا وهو تحرير " وثيقة المدينة " حيث اعتبرها العديد من الدارسين أنها من أوائل الدساتير المكتوبة التي بنيت على قواعد لم تراعى في دساتير سابقة – كقاعدة العدل بين جميع افراد المجتمع - كالقانوني البابلي لحامورابي والقانون الروماني وقوانين الحضارة

الهندية والحضارة الفرعونية على سبيل المثال، حيث تبنت هذه الوثيقة أحكام وبنود سياسية ودستورية وحقوقية.

ولقد بين محمد سعيد رمضان البوطي في كتابه للسيرة النبوية أن المجتمع الاسلامي بعد هجرة الرسول الكريم من مكة الى المدينة المنورة بني على أسس ثلاث وهي بناء المسجد بما يجسده كمؤسسة مادية ومعنوية، والمؤاخاة بين المسلمين وثالثا كتابة الوثيقة بين المسلمين وغيرهم، ويعتبر هذا العمل الأخير من بين أهم الاعمال التي قام بها الرسول الكريم في ما يخص الاعلان عن دستورية الدولة الجديدة، وان كلمة الدستور هي أقرب اطلاق مناسب في العصر الحديث على وثيقة المدينة[44].

ثانيا: تصور القاعدة الدستورية العليا في الاسلام.

من المبادئ الأساسية لنظام الحكم في الاسلام مبدأ "سيادة الشريعة الاسلامية"، حيث يعبر عن خضوع جميع أفراد المجتمع الاسلامي من محكومين وحكام الى أحكام الشريعة الاسلامية، هذه الأحكام الشرعية تجد مصدرها في مصادر التنزيل المتلو من قرآن كريم بما يتضمنه من قواعد كبرى ضابطة للحياة السياسية ومثال ذلك آية الشورى والعدل والقسط بين الناس مما يحقق المساواة بين جميع أفراد المجتمع. حيث يقول المولى تعالى:" وأمرهم شورى بينهم ". ويقول في العدل: ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ ﴾ سورة النحل آية 90.

فسيادة الشريعة من شأنه أن ينصب قانونا أعلى فوق القانون، كما يقيم سقفا يتعذر اختراقه والعبث به[45]. هذا التصور الاسلامي نجده حل معضلة القانون الأسمى الذي يعلو باقي التشريعات والقوانين، حيث القرآن والسنة هما مصدران أساسيان للقانون الأسمى في نظام الحكم الاسلامي، بما يتضمنا من أحكام ومبادئ وقيم كبرى تشرع

السلطة المختصة قوانينها وفقا اليهما واحتكام لهما، " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ".

" ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون " الجاثية 18.

واعتماد قواعد ومبادئ الشريعة الاسلامية كمرجعية قانونية في الدولة، لا يقتضي منه الاحتكام اليها من قبل من لا يدينون بالإسلام، فقد نكون في دولة تتضمن من يدينون بغيره، لذلك لا يحتكم الى قواعد الشريعة الاسلامية في شؤونهم الخاصة، حيث تبقى قواعد الشريعة الاسلامية تفصل في حالتين[46]: حدوث خصومات بين مجموعات عقدية مختلفة. واحتكام أفراد يدينون بغير الاسلام الى السلطات العليا في الدولة.

فإرادة الله عز وجل افتضت انقسام الناس الى امم مختلفة، واتباع شرائع متغايرة، لكن الله تعالى يذكرنا في القرآن الكريم ان الحكم الأخير هو الله، مصداقا لقوله: ﴿ وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَٰبِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ ۖ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ عَمَّا جَآءَكَ مِنَ ٱلْحَقِّ ۚ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ۚ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَٰحِدَةً وَلَٰكِن لِّيَبْلُوَكُمْ فِى مَآ ءَاتَىٰكُمْ ۖ فَٱسْتَبِقُوا۟ ٱلْخَيْرَٰتِ ۚ إِلَى ٱللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴿٤٨﴾ ﴾ المائدة 48.

ويرى لؤي صافي أن الشريعة الاسلامية مهيمنة على باقي الشرائع السابقة، لكنها في ظل هيمنة الاحتواء لا الالغاء، وذلك بالمفاضلة بين دلالات الهيمنة ضمن دائرة الأمة ودائرة الدولة[47].

يمكن القول ان مفهوم الهيمنة للشريعة الاسلامية يعبر عن سمو وعلوية القاعدة الشرعية الاسلامية على ما سواها من قواعد ناظمة سواء أكانت قواعد شرعية اسلامية تفصيلية أو قواعد شرعية تخص ديانات أخرى المسيحية واليهودية. أي اعتبار القاعدة الاسلامية بمثابة القاعدة الدستورية السامية في مفهوم النظرية القانونية الوضعية.

وهيمنة الشريعة داخل دائرة الأمة بمقتضي نسخ شريعة الاسلام لغيرها من الشرائع، وهي تخص طائفة المؤمنين المسلمين، "ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين " آل عمران 85.

أما هيمنة الشريعة في دائرة الدولة، فإنها هيمنة القاعدة الدستورية الشرعية الاسلامية على غيرها من قواعد، حيث عبر عنها لؤي صافي بهيمنة الترجيح، أي ان القاعدة الشرعية الاسلامية راجحة ويرجع اليها حال الاختلاف بين جماعات دينية مختلفة ضمن الدولة. اذا المرجعية القانونية العليا في الدولة هي لقواعد الشريعة الاسلامية، وهو ما عبر عنه الرسول الكريم في دستور المدينة الأول بقوله:" وانكم مهما اختلفتم في شيء فمرده الى الله عز وجل، والى محمد صلى الله عليه وسلم ، وأنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حدث أو اشتجار يخاف فساده فان مرده الى الله عز وجل والى محمد صلى الله عليه وسلم "[48].

ان استقلال مرجعية التشريع عن سلطة الدولة ونزوات الحكام، يوفر ضمانة مهمة لعدم استبداد السلطات المختلفة، فالقاعدة القانونية العليا في الفقه الاسلامي ترجع الى الشريعة الاسلامية وسيادتها، حيث لا يجب ان يخرج عنها من كان معتقدا بسيادتها عليه[49].

فالقاعدة الشرعية الاسلامية حققت داخل الدولة مبدأ مهما لا نجد له لحد الآن مدخلا في النظرية القانونية الوضعية، ألا وهو:" مبدأ الوحدة السياسية والاستقلالية

القانونية "، فجميع أفراد المجتمع يحتكمون لمرجعية مبادئ الشريعة الاسلامية كأصل دستوري، ولكل فئة متمايزة عن الأخرى استقلالية قانونية تحت سقف المبادئ والأصول الكبرى.

الفرع الثاني: مدى امكانية نقد القاعدة الدستورية في الفقه الاسلامي

أن البعض طرح اشكالا في مسألة تتعلق بنقد سمو القاعدة الدستورية في الفقه الاسلامي، ومن ذلك في الآية 60 من سورة التوبة والتي تبين على وجه قاطع أوجه الانفاق من الصدقات وتحدد المستفيدين منها ومن بينهم المؤلفة قلوبهم، فالنص القرآني هنا يمثل قاعدة دستورية واجبة الاحترام من ما دونها من قواعد، حيث عمر الفاروق خرج عن تلك القاعدة باجتهاده ولم يطبق النص الدستوري في الآية الكريمة، وفي ذات الاطار اجتهاد عمر بن الخطاب في توزيع الأراضي المفتوحة على جيش المسلمين، مخالفا لأي القرآن 6 و 10 من سورة الحشر، ومخالفا للممارسة الدستورية لقائد المدينة المنورة رسول الله صل الله عليه وسلم.

هذين المثالين السابقين، طرحا فقط للتمثيل عن امكانية وجود نقد في فقه سمو القاعدة العليا في الفقه الاسلامي، حيث ان تفصيل هذه المسألة يمكن للباحث أن يرجع اليها في علم أصول الفقه ومصادر التشريع الاسلامي، ونظرية الناسخ والمنسوخ فيه، وضمن الاجتهاد الرصين لفقهاء علوم القرآن وعلوم الحديث أساسا.

خاتمة

ما يمكن الوصول اليه كنتائج للبحث الذي تطرقنا فيه الى المقاربة بين القاعدة القانونية الدستورية في الفقه القانوني والفقه الاسلامي:

- ان وراء كل قاعدة قانونية اعتبارات غائية تتحكم في وضعها وضمانات قانونية

تضمن تطبيقها وواقع عملي يثبط من تفعيلها.

فالقاعدة القانونية شرعية كانت ام وضعية انما وضعت لتكون خادمة للقيم التي يراد لها ان تسود في حياة الناس، وخاصة قيم العدالة والمساواة والحرية والنظام والتقدم، ومن ثمة القانون الذي لا يخدم القيم ولا يساعد على حمايتها في المجتمع، يصبح بلا فاعلية ولا فعالية.

ففعلية وفعالية القاعدة الدستورية تتجسد متى كانت تلك القاعدة محترمة لقيم المجتمع التي تطبق فيه.

وبالتالي الناظر الى نظرية التشريع في الفقه الاسلامي، يجدها مبنية كما يقول علماء المقاصد على نظرية المقاصد الأساسية أو المقاصد الكبرى، حيث مشروعية الأحكام الشرعية والتشريعية تنبني على مدى مطابقتها للمقاصد الأساسية الكبرى، فالمقاصد والمصالح هي الموجه والمرشد للمشرع لسن ووضع القاعدة القانونية السليمة.

هذه النظرية السالفة الذكر والتي تربط صناعة القاعدة القانونية - والتي قد تكون قاعدة دستورية- بالمقاصد الأساسية هي مميزة بامتياز لنظرية الفقه الدستوري الاسلامي عن الفقه الدستوري الوضعي او الفقه القانوني، على اعتبار ان الفقه القانوني غالبا ما يبحث عن نية وقصد المشرع في وضعه للقاعدة القانونية وتثار مسألة الغاية الصريحة والغاية الضمنية او الغير معروفة والغامضة أحيانا، وذلك أمر طبيعي في الفقه القانوني نتيجة عدم وجود مصدر أساسي لتأصيل القواعد القانونية الوضعية بخلاف النظرية الدستورية والقانونية في الفقه الاسلامي والتي يرجعها علماء المقاصد كما ذكرنا الى المقاصد الأساسية.

- وبالتالي في هذه النقطة يمكن للباحث ان يضع نتيجة أولية وهي:

نظرية المقاصد الأساسية الكبرى في الفقه الاسلامي ضمانة أساسية لتكريس فعلية

وفعالية القاعدة القانونية في النظرية الاسلامية والتي من بينها القاعدة الدستورية، وبالتالي نظرية المقاصد تعزز تحقيق مبدأ الأمن القانوني في الاسلام.

وبالتالي يرى الباحث أن مسألة الاهتمام بتحديد مقاصد القاعدة القانونية الدستورية لواضعي الدساتير أمر مهم وضروري، ويكون ذلك من خلال الاهتمام بالأعمال التحضيرية التي تسبق وضع مسودة الدستور قبل امضائه بصورة نهائية.

- لقد قسم الفقهاء المقاصد الى خمسة أنواع او اقسام وهي: مقصد حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ النسل وحفظ العقل المال. ومادامت النفس مجبولة على التسليم بالحكم الذي عرفت علته، فالعلم بمقاصد التشريع يزيد الاطمئنان بعدالة النص القانوني وحكمته.

فمقصد حفظ الدين له دور في تعزيز الأمن الديني في المجتمع، مادامت القاعدة الشرعية الاسلامية في هذا المقام تقول: "لا اكراه في الدين"، فحرية العقيدة والاعتقاد مدعاة الى الاطمئنان الديني.

ومقصد حفظ النفس له دور في تعزيز الأمن النفسي كذلك، والقاعدة الأساسية الشرعية هنا تقول: ﴿ وَلَا تَقْتُلُواْ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِي حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ﴾ الانعام آية 151. وبالتالي تحريم قتل النفس مدعاة الى الاطمئنان على الأنفس.

أما مقصد حفظ النسل فهو مدعاة الى الاطمئنان النسبي والعرضي، أي حفظ الأنساب والأعراض.

وهو ما يمكن قوله بالنسبة لمقصد حفظ العقل والمال، فالأول يدعو الى الاطمئنان العقلي، وأما الثاني فيدعو الى العدالة المالية ان صح الوصف بحفظ المال مما قد يعتريه من مضار من مالكه أو من غيره.

هذه المقاصد الخمسة وما تحفظه من اطمئنان على مستوى الدين والنفس والعقل والنسل والمال، جاءت على هدي من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية مدعمة لها، تلك الآيات والاحاديث نستطيع ان ندعوها بأنها قواعد أساسية – دستورية – ضابطة للأمن القانوني في المجتمع عامة، من حيث هي قواعد معيارية فوقية.

كما ان للقيم في الفقه الاسلامي دور في صياغة القواعد القانونية، حيث هي مجموعة من المعايير والأحكام النابعة من تصورات أساسية عن الكون والحياة والنسان والاله، تتكون لدى الفرد والمجتمع من خلال التفاعل مع المواقف والخبرات الحياتية المختلفة، بحيث تمكنه من اختيار أهداف وتوجهات لحياته، أو هي حكم يصدره الانسان على شيء ما مهتديا بمجموعة المبادئ والمعايير التي ارتضاها الشرع محددا المرغوب فيه والمرغوب عنه من السلوك.

والناظر الى منظومة القيم في الاسلام يجدها متميزة على سائر المنظومات الأخرى الوضعية، ومن بين ذلك ترسيخ مفهوم العبودية والاستخلاف أولا، حيث قضى الرسول الكريم ثلاث عشر سنة وهو يرسخ قيم العقيدة في النفوس قبل أن ينطلق في ترسيخ القيم العملية فيما بعد.

والتي من بينها كما يصنفها بعض العارفين القيم العلمية والمعرفية، فالإسلام ركز على التفكر والتدبر والتأمل والاستبصار وأخذ العبرة قال تعالى:" انما يخشى الله من عباده العلماء ". فاطر 28. وقال الرسول الكريم:" ان الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا بما يطلب ".

و كرست آيات القران الكريم وأحاديث الرسول قيم أخرى أهمها القيم الأسرية والاجتماعية، والقيم الإعلامية والتواصلية " يا أيها الذين أمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ". والقيم الاقتصادية والمالية " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم

بالباطل "، والقيم الصحية والبيئية " ظهر الفساد في البر والبحر بما كسبت ايدي الناس ليذيقهم بعض الذي عملوا لعلهم يرجعون ".

ومن أعمدة القيم الاسلامية نجد القيم الحقوقية ومن بينها القيم الدستورية، ومثالها قيم العدل والمساواة وقيم التشاركية في اتخاذ القرارات والحكامة السياسية والاقتصادية وغير ذلك، حيث أن خطاب حقوق الانسان في التداول الفكري والثقافي اليوم اصبح أكثر رواجا وتداولا.

كل ما ذكر سالفا يعبر عن رؤية فقهية اسلامية تهتم بالقاعدة العليا المعيارية والتي من بينها القاعدة الأخلاقية ومسؤوليتها في تعزيز القاعدة الدستورية العليا وتفعيلها نظريا وتطبيقيا، حيث يمكن للقاعدة الدستورية الوضعية الاستئناس بها في ظل تكريس حقيقي وواقعي ودون ضبابية، متى احترمت كل رؤية في ظل التنوع الفقهي والثراء المعرفي.

اذن وكإجابة عن السؤال الأول للبحث؛ يمكن القول أن ان القاعدة القانونية الدستورية في الفقه القانوني تكرس وتعزز مضامين ومبادئ الأمن القانوني ولكن في صورة أقل من ما تتضمنه القاعدة القانونية الدستورية في الفقه الاسلامي، وذلك للاختلاف في المصدر المادي لكل واحدة منهما.

وذلك ما يطرح مسألة ضرورة التأصيل للمصادر المادية للقاعدة القانونية الدستورية في الفقه القانوني و الفقه الاسلامي وأثر ذلك في تعزيز مبادئ الأمن القانوني.

الهوامش:

[1] - قد يرى البعض من الفقه عدم امكان التفرقة بين مصطلحي الفعلية والفعالية للقاعدة القانونية وأنهما يأخذان ذات المعنى. لكن البعض قد يفرق بينهما وذلك من خلال التركيب اللغوي بداية، ثم ارتباط مصطلح فعلية القاعدة القانونية بفكرة مدى تجسيد مضمون وفحوى القاعدة القانونية عمليا وتطبيقيا في مواجهة المخاطب بها، والذي قد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، أي كيفية استقبال المخاطب بالقاعدة القانونية بأحكام تلك القواعد. أما فعالية القاعدة القانونية فهو مصطلح يعبر عن ما دون الفعلية ولكنه يأخذ المعنى الايجابي أساسا ويعبر عن النجاح والايجابية للقاعدة القانونية.

أنظر: كايس شريف، ظاهرة عدم فعلية القواعد القانونية في القانون الوضعي الجزائري، .....

[2] - شريف كايس، عدم فعلية القاعدة القانونية وأثرها على الأمن القانوني، ، مخبر البحث، القانون التكنولوجيات الحديثة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ملوج معمري تيزي وزو، ص 01.

[3] - مجلة القادسية للعلوم القانونية والعلوم السياسية، كانون الاول يناير، 2015 ، ص 332.

[4] - المرجع نفسه، ص 332.

[5] - المرجع نفسه، ص 333.

[6] - 5- Cathy Pomart – La magistrature Familiale: Vers une consècration légale du nouveau visage de loffice du Juje de la Famille. Edetions Làrmattin 2004 colection Logiques Juridiques. P 190 et p 192.

[7] - عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، ندوة الوادادية الحسنية للقضاة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الافريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء 2008/03/28، ص 05.

[8] - وليد محمد الشناوي، الأمن القانوني ومبادئ سن القانون الجيد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ج 1، ع 56، اكتوبر 2014، ص 291-292.

[9] - المرجع نفسه، ص 292.

[10] - وليد محمد الشناوي، المرجع السابق، ص 292- 293.

[11] - يسري محمد العصار، الحماية الدستورية للأمن القانوني، مجلة الدستورية، القاهرة، ع 3، س 1، يوليو 2003، ص 51.

[12] - رجب محمود طاجين، ملامح عدم الرجعية في القضائين الدستوري والاداري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط 1 ، 2011، ص 143.

[13] - 12- Voir: Th. Plazzon, La sécurité juridique, Déferions, Coll. " Doctorat et Notariat ", LGDJ, 2009, spéc.n48.

[14] - Voir: P.Cornu, vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, puf, 1990, p 750.

[15] - يسري محمد عصار ، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، ، دار النهضة العربية، 1999، ص 243، 244.

نقلا عن: رجب محمود طاجين، المرجع السابق، ص 243.

[16] - رجب محمود طاجين، المرجع السابق، ص 144-145.

[17] - المرجع نفسه، ص 148.

[18] - 17- B.Pacteau, La sécurité juridique, un principe qui nous manque? AJDA, n spécial, 1995, p 154.

[19] - انظر التقرير العام لمجلس الدولة الفرنسي لسنة 2006. في موقع مجلس الدولة الفرنسي: www.conseil-etat.fr

تاريخ الاطلاع: 15-01-2018، على الساعة 23.00 ليلا.

[20] - أنظر: محمد بكرارشوش ، احترام التوقع في الشريعة الاسلامية، تأصيل وتكييف، ، مقال على شبكة الانترنت.

//manifest.univ-ouargla.dz/.

اطلع عليه: يوم 15-05-2018، على الساعة 20.00 ليلا.

[21] - المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد 2، لسنة 2012، ص 14.

[22] - سايس جمال، الاجتهاد القضائي في القضاء الاداري، موفم للنشر، الجزائر، ج 1، ص 134.

[23] - المجلة القضائية، 1991، ع 04، ص 220. وأنظر: سايس جمال، مرجع سابق، ج1، ص 387.

[24] - ابراهيم عبد العزيز شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، ، منشأة المعارف الاسكندرية 2000، ص 15، 17.

[25] - أنظر نقد نظرية العقد الاجتماعي في كتب القانون الدستوري.

[26] - أحمد العزيز النقشبندي ، سمو النصوص الدستورية دراسة مقارنة، دراسات النهضة المجلد الثالث عشر، ع 2، أبريل 2012، العراق، ص 84.

[27] - أحمد العزيز النقشبندي، مرجع سابق، ص 84.

[28] - المرجع نفسه، ص 85.

[29] - أنظر نصوص الدستور الجزائري الحالي، دستور 2016 المعدل.

[30] - أحسن رابحي،" مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري "، رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2005-2006، ص 37.

[31] - أحسن رابحي،" مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري "، المرجع السابق، ص 244.

[32] - انظر في ذلك: أحسن رابحي، الوسيط في القانون الدستوري والنظم السياسية، ص 244-245.

[33] - المرجع نفسه، ص 248.

[34] - المرجع نفسه، ص 252.

[35] - ابراهيم عبد العزيز شيحا -محمد رفعت عبد الوهاب ، النظم السياسية والقانون الدستوري، ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998، ص 394.

[36] - المرجع نفسه، ص 394، 395.

[37] - محمد اكلي قزو، الدولة الدستورية في الفقه الدستوري الوطني والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراة الجزائر، 2001، ص 101.

[38] - أحسن رابحي، تدرج المعايير القانونية، مرجع سابق، ص 26.

[39] - Voir: Carré De Malberg, contribution à la théorie générale de létat, T1, ed Siery, Paris, 1982, p 1-2-3.

[40] - أنظر: روبيرت ألكسي، فلسفة القانون مفهوم القانون وسريانه، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2، 2013، ص 164 وما بعدها.

[41] - هانز كلسن، مرجع سابق، ص 197.

[42] - صفي الرحمن المباركفوري، الرحيق المختوم، دار الوفاء، المنصورة، مصر، ص 178.

[43] - المرجع نفسه، ص 178.

[44] – محمد سعيد البوطي، فقه السيرة ، ص 222 وما بعدها.

[45] – فهمي هويدي، الاسلام والديمقراطية، ط 1، 1993، القاهرة، ص 45.

[46] – لؤي صافي، العقيدة والسياسة معالم نظرية عامة للدولة الاسلامية، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، ص 22.

[47] – لؤي صافي، مرجع سابق، ص 146.

[48] – ابن هشام، السيرة النبوية، 2/ص 501.

[49] – فهمي هويدي، الاسلام والديمقراطية، مرجع سابق، ص 113.

Elements of judicial security

Salah DJABER
Faculty of law and political sciences - University of El-oued – Algeria

Abstract:

Legal security today is one of the legal concepts in the field of legal research because of its theoretical and practical importance to the reality of legal life on the one hand, and the nature of the legal relations of those who address the legal rule on the other hand.

Since the constitutional rule is the supreme rule in the legal organization of each State, It has a great deal of interest in its mechanisms, measures of application and ways of eliminating them. As one of the contents of the concept of legal security is the validity of the legal rules, including constitutional rules, The actual effect of these rules in perpetuating the legal legitimacy on the one hand, and the achievement of one aspect of the legal security of the second hand.

Accordingly, the researcher raises the question of the actual constitutional rule and its impact in promoting the principles of legal security, through comparison, approach and criticism in the jurisprudence and Islamic Fiqh.

This raises the question of the necessity of rooting material resources of legal constitutional rule in jurisprudence and Islamic Fiqh and its impact in strengthening the principles of legal security.

Keywords: actual constitutional rule, legal security, positive jurisprudence, Islamic jurisprudence.