

أصل وتطور إنشاء الدستور

بقلم ديتر جريم

نظرة عامة

رقم الهامش

50 – 1

أ . نشأة الدستور

10-1

1 . الدستور القانوني بأعتبارة حداثة

25-11

2 . نشأة الدستور

36-26

3 . تحقيق البرنامج الدستوري

50-37

4 . الدستور كأجاز تطوري

101-51

ب . تطور الدستور

59-51

1 . أنتشار الفكر الدستوري

72-60

2 . الدستور في دولة الرفاهية

86-73

3 . الدستور في دولة أحزاب متعاونة مع بعضها

101-87

4 . العقيدة الدستورية خارج الدولة

101-87

ج . بيليوغرافيا

§ الجزء الأول : معلومات تاريخية

أ. نشأة الدستور

الدستور القانوني بأعتبارة حادثة

1 المفهوم المعياري والتجريبي للدستور

كل وحدة سياسية تكون في حالة دستورية . ولكن ليس كل وحدة سياسة تمتلك دستوراً<sup>1</sup> . ومفهوم مصطلح "الدستور" يشمل الحالتين . ومع ذلك لا يوجد تطابق بينهما ، المصطلح له معنيان مختلفان . يشير "الدستور" بالمعنى الأول للكلمة إلى دستور أي بلد فيما يتعلق بوضعه السياسي . ويشير "الدستور" بالمعنى الثاني إلى قانون يتناول إنشاء وممارسة السلطة السياسية . وبالتالي ، فإن المفهوم الدستوري الأول هو تجريبي ، أي سبق تجربته من قبل ، أو وصفي ، والثاني أُلزامي أو مرتبظ بالموروث المعروف . من الناحية التجريبية يعطى لفظ "الدستور" معلومات حول الظروف السياسية السائدة بحكم الواقع في وقت معين في منطقة معينة .

ومن الناحية المعيارية أي المعايير المتعارف عليها ، يحدد لفظ "الدستور" القواعد التي يجب أن تلتزم بها السلطة السياسية طبقاً للقانون .

2 الفرق بين التقنين ووضع الدستور

في حين أن الدساتير بالمعنى التجريبي كانت موجودة دائماً ، فإن الدستور بالمعنى المعياري ظاهرة حديثة نسبياً فقد نشأت هذه الظاهرة في بداية القرن الثامن عشر في أعقاب الثورتين الأمريكية والفرنسية وانتشرت في جميع أنحاء العالم على مدى 200 عام . هذا لا يعني أنه قبل ظهور الدستور المعياري ، لم تكن هناك قواعد قانونية تتعلق بالحكم السياسي والتي تقيد متقلدي مناصب السلطة . لكن ليس كل حكم من هذا القبيل هو الدستور بمعنى القواعد ، التي جاءت مع ثورات أواخر القرن الثامن عشر والتي ظلت تحدد مفهومنا حول هذا الأمر حتى يومنا هذا<sup>2</sup> .

بدلاً من ذلك ، يجب التمييز بين التقنين والدستور . يمثل الدستور شكلاً معيناً من تقنين السلطة السياسية ، والتي ترتبط بشروط تاريخية والتي لا يمكن أن تكون متوفرة دائماً ويمكن أن تسقط مرة أخرى خلال فترة التطور .

3 عدم وجود قواعد للدستور

لفترة طويلة ، لم يكن هناك قانون متخصص في توحيد الحكم السياسي من شأنه وضع قواعد ملزمة . قبل أن يميز المجتمع نفسه وظيفياً ، لم يكن لديه نظام متخصص في ممارسة السلطة السياسية تستبعد النظم الأخرى<sup>3</sup> .

على العكس من ذلك ، كانت مهام السلطة موزعة مكانياً وموضوعياً ووظيفياً على العديد من حاملها المستقلين وبالتالي لم يكن ممكناً تشكيل أدارات سلطوية مستقلة .

لا تتعلق صلاحيات السلطة في المقام الأول بالأراضي ، بل بالأشخاص . ولا يمارس المخولون بصلاحيات هذه السلطة كوظيفة مستقلة ، ولكن كجزء مكمل لحالة معينة ، مثلاً كارب للأسرة أو كعضو في هيئة أو كعضو في شركة أو مالك أرض .

<sup>1</sup> Heinz Mohnhaupt/Dieter Grimm, Verfassung, 2/2002

<sup>2</sup> Dieter Grimm, Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, 3/2002, S.31 ff.; Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866, 3/1995, S.10ff.

<sup>3</sup> Nicklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1977, S.595 ff.; ders., Die Politik der Gesellschaft, 2000, S.69ff.; ders., Metamorphosen des Staates, in: ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. IV, 1995, S.101ff.

إن الأشياء التي يمكن أن نفرق فيها بين الأمور الخاصة والأمور العامة لم تكن كذلك في تلك الظروف لأنها كانت في وضع مختلط لم يكن يسمح بسريران أي قانون عام مستقل عليها<sup>4</sup>.

#### 4 الروابط القانونية الأقدم للسلطة السياسية

وهذا لا يعني أن سلطات الحكم لم تكن تخضع للتقنين القانوني . وكانت تخضع لشبكة من الشروط القانونية وفي معظمها كانت ترتبط بالتقاليد وغالبا ما كانت ترتبط بالموروثات الدينية .

لهذا السبب لم تحتل فقط الصدارة في القوانين السارية ، بل أنه لم يكن من الممكن تغييرها .

ومع ذلك ، لم تشكل هذه القواعد دستورًا بمعنى قانون خاص متخصص في تأسيس وممارسة الحكم السياسي . مثلما كانت الصلاحيات المخولة لممارسة سلطات معينة دائما ملحقًا تابعًا للموضوعات القانونية الأخرى ، كانت تخضع فقط للقانون الموحد الساري وقتها<sup>5</sup>.

إن الأبحاث العديدة المكرسة للدستور في العصور القديمة أو القرون الوسطى تفقد بهذا شرعيتها. ومع ذلك ، لا ينبغي الخلط بين هذه الدساتير والنص المعياري ، الذي تم تنفيذه على أساس قرار سياسي يسمح بممارسة سلطة معينة ، والتي هي نتاج لثورات أواخر القرن الثامن عشر .

#### 5 السلطة العامة باعتبارها شرعية دستورية

نشأ عنصر قادر على تأسيس تقنين دستوري للسلطة فقط عندما تم تفويض أساس النظام السياسي في العصور الوسطى بسبب الانقسام الديني وتشكيل شكل جديد من أشكال الحكم السياسي في القارة الأوروبية نتيجة للحروب الأهلية الطائفية في القرنين السادس عشر والسابع عشر . لقد كان ذلك قائمًا على الاقتناع بأن الحرب الأهلية لا يمكن حلها إلا عن طريق قوة متفوقة تتمتع بالسلطة والقدرة اللازمة لإنشاء وإنفاذ نظام جديد مستقل عن الحقيقة الدينية المثيرة للجدل ، وعلى هذا الأساس يمكن تحقيق السلام . واسترشادا من هذا الاقتناع ، أستحوذ الأمراء ، بدءا من فرنسا ، على سلطات القوى العديدة المتناثرة للسلطة ووضعوها في أيديهم وتم تكليفهم لها في سلطة عامة شاملة تسيطر على إقليم معين . كما شمل ذلك الحق في التقنين ، دون أن تكون المرجعية في ذلك على قانون أعلى يعتمد على ما يمليه الله . وما كان من الوصايا الدينية ، تم سحبه الآن وأخضاعه للمعايير الأخلاقية ، لكن الالتزام القانوني بذلك كان مفقودًا.

#### 6 الدولة والسيادة

ظهرت مفاهيم جديدة على الفور للظاهرة الجديدة : فرباط الحكم أصبح الدولة والسلطة المطلقة أصبحت السيادة<sup>6</sup>.

ولم تكمن أهميتها الأساسية في الاستقلال الخارجي ، ولكن في السلطة الداخلية والتي أعطت الحق للأمير في ممارسة السلطة الكاملة دون أن يكون خاضعا للمساءلة القانونية من قبل أحد<sup>7</sup>

بالطبع ، لم يكن ظهور الدولة والسيادة حدثًا طارئًا جديدًا ، بل كان عملية تجري في مناطق مختلفة من قارة أوروبا في أزمنة مختلفة. بأشكال وسرعات مختلفة وأسفرت عن نتائج مختلفة ، ولكن لم تصل إلى نهايتها المنشودة أبدًا .

<sup>4</sup> Otto Brunner, Land und Herrschaft, 6/1970; ferner Helmut Quaritsch, Staat und Souveränität, 1970, S.107 ff., besonders 196 ff.; dort S. 18; Walter Ullmann, Principles of Government in the Middle Ages, London 3/1974; The Medieval Idea of Law, 1946; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Db. I, 1988, S.63 ff.; Martin Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1964.

<sup>5</sup> Jochen Bleicken, Die Verfassung der Römischen Republik 1995; Fritz Kern, Recht und Verfassung im Mittelalter, 1952; Rolf Sprandel, Verfassung und Gesellschaft im Mittelalter, 1994.

<sup>6</sup> Otto Brunner/Werner/Conze/Reinhart Koselleck (Hg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. VI, 1990, S.1-154.

<sup>7</sup> Quaritsch (N4), S.39 ff., 333 ff.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

على العكس من ذلك ، أكدت القوى الوسيطة نفسها ، والتي تحدث امتلاك الأمراء وحدهم للسيادة وللسلطة العامة وعلى وجه الخصوص سمحت الدولة المطلقة عند تمكنها من ذلك من أبعاد حقوق المشاركة في السلطة ورسخت أسس النظام الاجتماعي القائم على حقوق الملكية وعلاقات المالكين للأرض بالفلاحين ، والتي لم تتعرض لها سلطة الدولة .

### 7 الشمولية مفهوم مضاد للسيادة

ومع ذلك نشأ في الدولة الحديثة ، مع وفرة القوة لديها ، التي تعتمد بشكل متزايد على جيش مستقل عن النظام الإقطاعي ، طبقة تتكون من الموظفين العموميين الخاصين تعتمد في نفقاتها على الإيرادات الخاصة المرخص بها وأصبحت الآن كياناً يمكن أن يكون موضوعاً للوصول لكيان قانوني موحد .

ومع ذلك ، إذا لم تنتج حقبة تاريخية دستوراً بالمعنى الحديث ، فذلك لأن الدولة نشأت للأسباب التي تقدمت في شكل الدولة ذات السلطة المطلقة من الأمراء . وكان حامل جميع السلطات هو الملك ، الذي ادعى أنه من حقه ممارسة السلطة المطلقة على الرعية ولم يعتبر نفسه خاضعاً لأي قيود قانونية . ومن المؤكد أنه لم يعد هنا نقص في توفر شكل من أشكال الحكم يمكن أن يكون قانونياً ، ولكن لم تكن هناك حاجة للدستور: فالحكم المطلق يتميز برفض الارتباط بالشروط القانونية تماماً .

### 8 القيود القانونية في ظل النظام الشمولي

ومع ذلك تباعدت الشقة بين الحقوق والواقع . وسرعان ما أثارت قوة الأمير الناشئة الحاجة إلى توفر قيود قانونية لذلك . وفي اللحظة المناسبة لغياب السلطة أو في حالات الضعف انعكس ذلك غالباً فيما يمكن تسميته بشكل من أشكال الحكم ، وهي قوانين تهدف إلى تأمين حقوق الدولة ضد سلطة الأمراء . وعلى الرغم من أن هذه الأشكال من الحكم نادراً ما كانت قادرة على السيطرة على القوى المسيطرة على بنين الدولة ، أو ما يسمى بالقوانين الأساسية ، أو عقود السلطة أو الانتخابات<sup>8</sup>

وغالبا وبسبب سماتها التعاقدية ، لم يكن من الممكن إنهاؤها من جانب واحد من قبل الحاكم . وفي هذا الصدد كانت هذه القيود القانونية أهم مما يصدر عن مالك السلطة من قوانين معينة ، وفي الوقت نفسه ، لا ينبغي الخلط بين ذلك وبين الدستور . لقد ترك هذا الوضع السلطة التقليدية في يد الأمير ولم يتم المساس بها ، إلا من بعض التنازلات الفردية التي يقدمها الأمير طواعية لصالح الأطراف المتعاقدة<sup>9</sup>.

### 9 القطيعة الثورية كشرط لأنشاء دستور حديث

تبعاً لذلك ، فإن الدستور المعياري الحديث لا يرجع أصله إلى تطور عضوي لهذه الأساليب القديمة . بالأحرى ، كانت القطيعة الثورية في 1776 و 1789 هي التي ساعدت في حل المشكلة الدائمة المتمثلة في الحكم السياسي الملزم قانوناً بحلها ، وهو الأمر الذي لا يزال سارياً حتى اليوم . لقد ترك الانفصال عن الوطن الأم في أمريكا وإسقاط الملكية المطلقة في فرنسا فراغاً في الحكم الشرعي الذي كان يلزم ملته . وبالطبع أعتبر الدستور ضرورياً لتحقيق هذا الغرض .

وبالطبع ، لا يمكن تحقيق ذلك فقط عن طريق القطيعة الثورية وحدها ، مثلما أوضحت العديد من الاضطرابات العنيفة التي سبقت هذه الثورات ، كان من الممكن استبدال السيادة التي تم الأطاحة بها بشكل آخر من أشكال السيادة

<sup>8</sup> Fritz Hartung, Staatsbildende Kräfte der Neuzeit, 1961.

<sup>9</sup> Rudolph Vierhaus (Hg.), Herrschaftsverträge, Wahlkampitulationen, Fundamentalgesetze, 1977, S.45; Hasso Hofmann, Recht-Politik-Verfassung, 1986, S.261; Werner Näf, Schweizer Beiträge zur allgemeinen Geschichte 7 (1949), s.26; Fritz Hartung, Herrschaftsverträge und ständischer Dualismus in deutschen Territorien, in: ders. (N8), S.62; Christoph Link, Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit, 1979, S.178ff.; Heinz Mohnhaupt, Die Lehre von der „Lex fundamentalis“ und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien, in: Johannes Kunisch (Hg.), Der dynastische Fürstenstaat, 1982, S.3, ders., Verfassung I, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhard Koselleck (Hg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. VI, 1990, S.852ff.; ders., Von den „leges fundamentales“ zur modernen Verfassung, in: Ius commune 25 (1998), S.121; André Lemaire, Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime, Genf 1907; John W. Gough, Fundamental Law in English Constitutional History, Oxford 1961.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

، حتى لو حدث في هذه المناسبة صياغة الشروط التي تم بموجبها استدعاء شخص جديد أو سلالة جديدة للحكم ، فإن الإطاحة بالحاكم وحدها ما كانت ستؤدي بالضرورة إلى حالة دستورية .

### 10 فقدان الدستور في إنجلترا

هذا ما تؤكدته الحالة الإنجليزية ، فلم تسفر الثورة الإنجليزية في القرن السابع عشر عن نشأة دستور على الرغم من أنها جاءت أيضًا هنا للقطيعة مع الحكم المتوارث . في حالة الثورة الإنجليزية ، اتحد النبلاء والبرجوازية في معارضة سلالة أسرة ستيوارت ، حيث سعت هذه الأسرة إلى توسيع حكمها على غرار النموذج السائد في القارة الأوروبية دون أن تكون قادرة على استدعاء الأسباب التي بررت هذا التوسع في الاستحواذ على السلطة في بلدان القارة الأوروبية . لم تكن الثورة المجيدة تهدف إلى التغيير ولكن إلى الدفاع عن النظام الحالي السائد . وفقًا لذلك ، لم تحدث تغييرًا في نظام الحكم ، ولكن فقط حدث تغيير في الأسرة الحاكمة ، وكانت الوثيقة المعيارية التي رافقت هذا الانتقال ، وثيقة الحقوق لعام 1689 ، معاهدة بين البرلمان والملك الجديد وفيها تم التأكيد على سريان الحقوق القديمة . و فقط في تلك اللحظة القصيرة<sup>10</sup> ، عندما ألغى كرومويل الملكية ، حدث في عام 1653 فرض دستور بالمعنى الحديث<sup>11</sup> ، وهو الذي أصبح مع ذلك لاغيا بعد وفاته بسبب التمكن من استعادة الظروف السابقة.

### ثانياً - شروط إنشاء الدستور

#### 11 أهداف الثورة في أمريكا

إذا كان قد تخضع بعد أكثر من 100 سنة على قيام الثورتين العظيمتين في القرن الثامن عشر نشأة الدستور وأعتبر ذلك إنجازًا مستديماً ، فيلزم الإشارة إلى وجود عاملان حاسمان في هذا الأمر . العامل الأول يكمن في أنه لم يقتصر استياء الثوريين الأمريكيين والفرنسيين على شخص الحاكم ، بل امتد إلى نظام السلطة نفسه . ومن المؤكد أن مدى الثورة في البلدين كان مختلفًا تمامًا<sup>12</sup> . فعلى عكس النظام الملكي الفرنسي ، فإن السلطة الإنجليزية التي كانت تخضع لها المستعمرات لم تتطور إلى ملكية مطلقة . بل أصبح البرلمان ذا أهمية متزايدة . علاوة على ذلك ، أصبحت الحدود بين المستويات هشة واختفت العلاقات الإقطاعية والنقابية للاقتصاد إلى حد كبير . كانت إنجلترا تعتبر أكثر البلدان ليبرالية في العالم ، وحتى فلور النظام القديم لم يجدوا طريقهم إلى المستعمرات الأمريكية . وفي ظل هذه الظروف ، لم يكن المستعمرون مهتمين بقانون أفضل لهم ، ولكن بحماية أفضل للحقوق التي حرّمها منها البرلمان الإنجليزي ، حيث لم يتمكنوا من إرسال ممثلين عنهم إليه ، وكان رفض الدولة الأم ذلك هو الذي دفعهم إلى إعلان الاستقلال .

#### 12 أهداف ثورية في فرنسا

على النقيض من ذلك كان لدى فرنسا استبداد واضح بشكل خاص . بالأحرى ، فشلت المحاولات المستوحاة من الواقعية الديمقراطية لتحديث النظام الاقتصادي . فكلما زاد النظام الإقطاعي من شرعيته الداخلية ، زاد دفاعه ضد نزعات حله والنقد الموجه له . من ناحية أخرى ، في فرنسا ، التي تعززت إلى حد كبير باحتياجات الملكية المطلقة ، تطورت برجوازية جديدة متعلمة ورجال أعمال بالإضافة إلى البرجوازية التقليدية للحرفيين ، التي لم تجد في النظام القانوني والاجتماعي السائد مكانًا يتوافق مع أهميتها الاجتماعية وقوتها الاقتصادية . كما أن النظام القانوني التقليدي حال دون تطوير إمكاناته الاقتصادية . لذلك لم تستنفد الثورة الفرنسية مثل الثورة الأمريكية في تغيير الظروف السياسية .

<sup>10</sup> Diether Grimm, Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft, in: ders., Zukunft der Verfassung (N2), S.75ff. m. Nachw.

<sup>11</sup> Text bei Samuel Gardiner (Hg.), The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, London 1968, S.405.

<sup>12</sup> Jürgen Habermas, Naturrecht und Revolution, in: ders., Theorie und Praxis, 1963, S. 52; Diether Grimm, Europäisches Naturrecht und amerikanische Revolution, in: Ius commune 3 (1970), S.120.

واستمرت في السعي لإلغاء النظام الاجتماعي الإقطاعي ، الذي لم يكن قابلاً للتحقيق ضمن النظام السياسي القائم.

### 13 نظريات الحقوق الطبيعية الناجمة عن العقد الاجتماعي

من ناحية أخرى ، وقد راق للقوى الثورية أفكار النظام العادل التي يمكن أن تتحول إلى قانون . هذه الأفكار قد اتخذت بالفعل قبل الثورات شكلاً ما ، وأصبحت فاعلة . وبعد الأقسام الديني في الكنيسة زال أساس شرعية الحكم السياسي المتعالي ، بدلاً من الوحي الإلهي ظهرت نظريات التعاقدات السياسية الطبيعية<sup>13</sup> .

من أجل تحديد كيفية تبرير حكم البشر للبشر ، تحولت الفلسفة الاجتماعية في ذلك الوقت إلى حالة وهمية افتراضية دون هيمنة ، والتي كان الجميع بحكم تعريفها يشعرون بالمساواة والحرية . في ظل هذا الشرط ، لا يمكن أن يتحقق الحكم إلا باتفاق طوعي للجميع . ومهما كان مضمون هذا الاتفاق ، كان من الواضح أن مبدأ شرعية الحكم السياسي هو الموافقة التامة للرعية على أنصاعها للحكام ، وكان الجزء المتبقي من السؤال هو كيف يجب أن يكون شكل الحكم الذي سوف ينصاع له الناس الذين يتمتعون بقدر من الفطنة والكياسة.

### 14 الحكم الرشيد القديم

سبب الاستعداد لتبادل الحرية والمساواة الطبيعية مقابل الخضوع لسلطة ما ، دفع منظرو العقد الاجتماعي إلى النظر في حالة عدم اليقين الأساسية للحرية في الوضع الطبيعي . لذلك كان إنشاء قوة قسرية منظمة وعقلانية

هي العامل الحاسم والمنطقي لفرض السلطة ، ولهذا تم طرح السؤال التالي : إلى أي مدى يتعين على الفرد أن يتنازل عن حقوقه الطبيعية من أجل التمتع بالأمن الذي تضمنه الدولة له ؟ وفي ظل الانطباع السائد بوجود

الحروب الأهلية الدينية ، كان الجواب على ذلك في البداية هو أن الدولة لا يمكنها ضمان الحياة وسلامة البدن

والممتلكات والحماية القانونية للمواطنين إلا إذا تم التنازل لها عن كثير من الحقوق الطبيعية . في هذا النموذج نفسه ، لم تتمكن نظريات المعاهدة بين الأطراف على خلق الحالة الدستورية الممنشودة ، على الرغم من الموافقة على خضوع الشعب للسلطة.

في شكلها الأصلي ، أدت هذه الأمور إلى تبرير وجود حكم مطلق وهو الأمر الذي يتعارض مع الرغبة في إنشاء القوانين الدستورية .

### 15 الحكم العقلاني الحديث

مع التسوية الناجمة للحروب الأهلية الدينية ، فقدت وجهة النظر هذه منطقيتها وأفسحت الطريق تدريجياً لفكرة أن التمتع بالأمن لا يتطلب إسناد جميع الحقوق الطبيعية للفرد إلى الدولة . على العكس من ذلك ، كان من الكافي التخلي عن الحق في استخدام الفرد للقوة للحصول على حق من حقوقه وأسناد ذلك للدولة ، في حين أن الحقوق الأخرى يمكن أن تظل محفوظة ومكفولة كسابق عهدها ولا غنى للفرد عنها ، دون تعريض السلام الاجتماعي للخطر . وسرعان ما بدا من الضروري فصل الفرد عن روابط الرفاهية بضمن الدولة وكذلك تحرره من قيود النظام الإقطاعي والنقابات الحرفية والوصاية الكنسية بمفهوم الحفاظ على الفضائل ووضع كل ذلك على عاتقه هو .

<sup>13</sup> Otto von Guericke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 1958; Wolfgang Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages, 1994; Diethelm Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 176.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

وبالنسبة للبعض الآخر ، بدأ أن هذا ينبع من طبيعة الإنسان ، الذي ليس بإمكانه تحقيق ذاته ككائن عقلائي سوى فقط في حالة تمتعه بنسيم الحرية . أما بالنسبة للآخرين ، كانت الحرية شرطا أساسيا لتحقيق توازن عادل في المصالح بين الأفراد وكذلك تحقيق الرخاء الاقتصادي ، الأمر الذي كان يعتمد على التنمية الحرة لجميع القوى وقبول مبدأ المنافسة.

### 16 تأمين الحرية من واجبات الدولة

وهكذا طرحت اشكالية تحقيق العدالة نفسها على الساحة . لم تعد الدولة تستمد حقها في الوجود من خلال تطبيق مبدأ الصالح العام كما هو معروف والمعهود لها به من قبل جميع المواطنين ، ولم يمكن لأحد أن يطالب هنا بالتححرر من ذلك العهد . بدلا من ذلك ، أصبحت الحرية نفسها حالة تحقيق الصالح العام . وأصبح النظام الاجتماعي العادل ناتجا عن النشاط الحر للفرد ، وكانت المهمة الوحيدة للدولة هي ضمان تأمين وجود هذه الظروف الضامنة لتحقيق الصالح العام ، ألا وهو الحرية الفردية.

هذه المهمة ، التي لم يتمكن المجتمع من حلها بنفسه ، لأن نفس هذه الحرية استبعدت جميع الحقوق السيادية للأفراد ، وطالبت في الوقت نفسه بالحفاظ على احتكار الدولة للسلطة . لكن من الضروري الآن التأكد من أن الدولة لن تستخدم هذا الاحتكار للسلطة لأغراض أخرى غير تأمين الحريه والتنسيق المطلوب.

### 17 الحق الطبيعي والثورة

مع توفير هذا المحتوى ، لم تعد نظرية العقد القانوني تدعم فكرة السيطرة المطلقة للأمرء والنظام الاجتماعي الإقطاعي المرتبط به بشكل أساسي ، بل اتجهت بدلاً من ذلك إلى نبذ كليهما .

وبدت الظروف الحالية في ضوء المذاهب الاجتماعية الفلسفية أنها تتعارض مع قانون الحقوق الطبيعية .

وكان يمكن لأولئك الذين يرغبون في التغلب عليها أن يشعروا بالصواب ، وبالطبع لأن هذا الأمر أعلى من الأمر السائد حينها .

وعلى ضوء هذا القانون الطبيعي الحديث للغاية ، تم دعم مقاومة النظام الملكي ، بعد أن فشلت الدعوة إلى "القانون القديم الجيد" في أمريكا والدعوة في فرنسا لإصلاح القانون الإقطاعي والموجه . في هذا النداء نحو سيادة القانون الطبيعي ، والذي أسقطت فيه الشرعية عن القانون السائد ، وتم التخلي عنه ، تحول الأمر إلى التقدم من المقاومة نحو الثورة ، والتي كانت ستؤدي في النهاية إلى قيام نظام جديد .

رغم أن محتوى الدساتير اللاحقة والذي جسد المثل الأعلى للنظام الجديد المنشود ، والذي له جذوره العديدة في المفاهيم السابقة ، فمن الواضح أنه لا يمكن المساواة بينهم .

### 18 الفرق بين مفاهيم العقود مع الدولة والدستور

كانت المعاهدة بين الحاكم والمحكوم مجرد معاهدة يفترض أنها تنص على شروط منح الحاكم شرعية الحكم وبالتالي أتاحت للمحكومين نقد القرارات السياسية التي لا تتوافق مع مصالحها أو رؤيتها . وكان هذا العقد السياسي في حقيقته المعيار المطلوب لصياغة القانون الذي يضمن الحقوق ، ولكنه لم يكن هو القانون ساري المفعول .

وفقط عند توفر الحالة الثورية والتي ألغت هيمنة السلطات المتوارثة ومصدر القانون المتوفروقتها ، حانت الفرصة لترجمة أفكار الفلسفة الاجتماعية إلى قانون ساري المفعول.

وأعتمد حدوث ذلك قبل كل شيء على ثلاث خصائص لهذه الأفكار .

كانت السمة أو الخاصية الأولى هي الفرضية الأساسية لمبدأ أبرام العقد السياسي مع الدولة ، والتي بموجبها ، افتراض وجود حالة طبيعية يكون فيها كل فرد حرًا ، وهنا لا يمكن أن ينشأ الحكم إلا من خلال عقد للجميع مع الجميع . ومن الناحية الفلسفية يفترض أن ينظر إلى هذا الأمر فقط كفكرة تنظيمية ، والتي يمكن من خلالها تأمين المطالب لتحقيق نظام اجتماعي عادل ويعتمد نظام الحكم على شروط محددة فيما يتعلق بشرعيته ، أصبحت هذه الفرضية الآن هي نفسها مبدأ شرعية الحكم السياسي .

ولم يكن من الصعب على الأمريكيين رؤية مفهوم العقد يتحقق في تاريخ تأسيسهم للدولة من خلال "العهد" الخاصة بالمستوطنين الأوائل ، والتي تم تقنينها الآن<sup>14</sup> ، بينما فهم الفرنسيون ببساطة نتيجة نظرية العقد السياسي مع الدولة ، أن الأمر المنشود هو : الحاجة إلى إضفاء الشرعية على السلطة الحاكمة من قبل المحكومين دون الحاجة إلى أبرام عقد لذلك .

## 20 الحكم بأمر من الشعب

وكانت النتيجة هي نفسها في كلتا الحالتين . إن مبدأ سيادة الملك صاحب السيادة والمقام السامي على أساس تقليدي ، والذي تم تحقيقه في فرنسا مانحة السلطة المطلقة ، ولكن في إنجلترا كانت هناك مقاومة للحكم المطلق فأطلقوا عليه "الملك في البرلمان" ، قد أفسح المجال هنا لظهور المبدأ الديمقراطي القائم على أسس عقلانية ، وإن كان ولكنه مختلفة في البلدين . ففي فرنسا ، بلد منشأ الدولة والسيادة ، تم ، وفقاً لهذا التقليد ، فهم السيادة الشعبية . أما في أمريكا ، حيث كان مفهوم السيادة غريباً عن الوطن الأم الإنجليزي ، تم تفسيره على أنه "حكم ذاتي" بسبب التجربة الاستعمارية . لم تغير المفاهيم المختلفة حقيقة أن الحكم بموجب المبدأ الديمقراطي لم يعد يعتبر أصلياً ، ولكن فقط كحق مكتسب ، نُقل من الشعب إلى المسؤولين ويتم ممارستهم له نيابة عنه .

## 21 النزعة الدستورية والدستور

ومع ذلك ، فإن الحكم من قبل الشعب لا يؤدي بالضرورة إلى الدستور ، ولكن يحدث ذلك فقط بشرط إضافي وهو أن تفويض الحكم لا يُمنح بدون قيود أو لا رجعة فيه . وخلاف ذلك ، سيتم استنفاد المبدأ الديمقراطي عند منح التفويض الأول وعلاوة على ذلك ، سيؤسس ذلك لو حدث شكلاً جديداً من الحكم المطلق ، والذي يختلف عن القديم فقط في أنه لا ينبع من نعمة الله بل من نعمة الشعب . وفي هذه الحالة أيضاً ، يتطلب إنشاء الحكم إجراءً دستورياً ، لكنه لا يؤدي إلى دستور<sup>15</sup> . ومع ذلك ، لم تكن مثل هذه الفكرة متوافقة مع مبدأ القانون الطبيعي لحقوق الإنسان الفطرية وغير القابلة للاستغناء عنها ، أو مع فهم العلاقة التعاقدية باعتبارها مؤقتة ، قابلة للإلغاء وخاضعة لمساءلة متقلد السلطة أمام مناح التفويض . لم يفكر الثوار في هذا الأمر . على العكس من ذلك ، تتطلب السيادة الشعبية بمعناها الحقيقي سلطة تحقق هذا الارتباط وتحافظ على وجوده .

نشأت السمة الثانية من فكرة ادراك الدولة أن نفس هذه الحرية والتي هي حق لجميع الأفراد ، هي أعلى مبدأ للنظام الاجتماعي وأن الدولة حصلت على حقها في الوجود فقط من أجل حماية الشعب . ولكي تتمكن الدولة من القيام بمهام هذه الحماية ضد مثيري الشغب الداخليين والمهاجمين من الخارج ، كان لا بد من احتكار الدولة للقوة وبعد إلغاء جميع القوى الوسيطة بين الفرد والدولة تحدث الثورة<sup>16</sup> . ومع ذلك ، في الوقت نفسه ، يجب توخي الحذر لضمان ألا تستخدم الدولة القوة الممنوحة لها إلا من أجل الحفاظ على الحرية والمساواة ويلزم أن تتخلى الدولة عن أي مطامح أخرى تتخطى تحقيق الهدف السابق ذكره .

<sup>14</sup> Alfred H. Kelly/Winfred A. Harbison, The American Constitution: Its Origins and Development, New York 1963, Kap. 1 und 2; Willi Paul Adams, Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit, 1973, S.30ff.; Donald S. Lutz, The Origins of American Constitutionalism, Baton Rouge 1988, S. 13ff.

<sup>15</sup> Zu dem Unterschied Grimm, Zukunft der Verfassung (N2), S. 404

<sup>16</sup> Dieter Grimm, Das staatliche Gewaltmonopol, in: Wilhelm Heitmeyer/John Hagan (Hg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, 2002, S.1297ff.



## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

لم تعد الدولة مطالبة بتحقيق نظام أجماعي يضع في اعتباره المثل الأعلى للعدالة المادية ، ولكن كان عليها أن تدرك أن دورها يقتصر فقط على الحفاظ على النظام العادل والمستقل عنها .

### 22 الحرية الفردية كمبدأ لتحقيق الصالح العام

نتيجة لذلك ، تم فصل مختلف المجالات الوظيفية الاجتماعية عن السلطة السياسية وتم وضعها في مجال الحرية الفردية مستندة إلى الضوابط الاجتماعية . وبدأت عملية الفصل بين الدولة والمجتمع . وأصبح الفرق بين ما هو عام وما هو خاص واضحاً .

### 23 الفصل بين الدولة والمجتمع

وهنا أستلزم استخدام عنصر القوة للدولة في المجتمع عملاً تمييزياً . كما دعا ذلك إلى وضع قواعد تقصر دور الدولة على المهام المنوطة بها وتفرق بين المسؤوليات الاجتماعية ومسؤوليات الدولة ، كما تطلب تشكيل جهاز الدولة بحيث يصبح من المستبعد قدر الإمكان استغلال الدولة لهذه السلطة . أخيراً ، كان لا بد من إعادة ربط المجالين المنفصلين للدولة والمجتمع بطريقة تمنع الدولة من الابتعاد عن احتياجات ومصالح المانحين السلطة لها بالتفويض ولا يتخطى المسؤولون في الدولة هذه المهام ولا يضعون تحقيق مصالحهم الشخصية في المقام الأول.

### 24 التعددية والعملية الإجرائية للصالح العام

السمة الثالثة تكمن في التغيير الذي طرأ على مفهوم الصالح العام ، الذي أعتمد بعد التحول في النظام الاجتماعي ، إلى الأعماد على المبدأ الأساسي المتمثل في المساواة في الحرية الفردية عبر التنظيم الاجتماعي الذاتي دون تدخل الدولة . ومن هنا لم يصبح الصالح العام أمراً قد عفا عليه الزمن بسبب كونه الداعي للصبغة الاجتماعية والهدف المنشود للسلطة السياسية .

ولكنه فقد وظيفته كقيمة كبيرة . وعندما يتعلق الأمر بالأجابة على السؤال الذي يطرح حول ما الذي يخدمه الصالح العام ، كانت الآراء المختلفة مشروعة وممكنة ، والتي لم يعد من الممكن اعتبار رأي ما منها هو الحقيقة . كان الصالح العام مشتركاً . ثم كان لا بد من اتخاذ قرار حول تحديد ماذا يمكن اعتباره ضمن الصالح العام وهو سؤال لا مفر منه ، وكانت الأجابة عن هذا السؤال تخضع لعملية استقصاء الرأي والأرادة في هذا الموضوع الشائك . ومن هنا أخذ مفهوم الصالح العام صبغة العملية الاجتماعية المستمرة وكانت مهمة الدولة هي الحفاظ على عدم المساس بها أبداً .

### 25 الحاجة للتنظيم بسبب تغير مفهوم الصالح العام

وكانت هذه الحاجة غير المحددة لتحديد الصالح العام هي التي تتطلب التنظيم أيضاً<sup>17</sup>.

لأن التعددية كانت نتيجة للتغيير الذي طرأ على مفهوم الحقيقة والحرية ، كان يلزم فصل ذلك وكل الافتراضات التي وضعتها ، عن مفهوم التعددية . وهنا لزم وضع أمور أساسية التي لا يمكن أن يطرأ عليها تغيير أثناء عملية تحديد مفهوم الصالح العام وأعتبرها ديباجيات لذلك .

## 3 أنجاز البرنامج الدستوري

### 26 القانون كوسيلة مناسبة لحل المشكلة

<sup>17</sup> Dieter Grimm, Gemeinwohl in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Herfried Münkler/Karsten Fischer (Hg.), Gemeinwohl und Gemeinwohl, 2002, Bd. III, S. 125.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

لقد وجدت المهمة بطبيعتها الحل المناسب لها في القانون ، فكان يلزم أن يأتي الحل من إجماع اجتماعي . لكن في اللحظة التالية ، أنقضى عليها وقت فأصبحت حينئذ تاريخية ، وعلى هذا النحو ، زائلة . وهنا تبين أن القانون وحده هو القادر على منح الأستمرارية والشرعية . فالقانون يمنح الإجماع صيغة الأستقلال عن الأشخاص الذين شاركوا في صنعه ، ويعطيه الصلاحية الممتدة ويجعله ملزماً بشكل عام . إن السؤال الأساسي المتمثل في من أين يحصل الجيل الذي أتخذ قراراً حول موضوع ما على الحق في فرض ذلك على الأجيال المقبلة ، كان الجواب عليه هو : القانون قابل للتغيير<sup>18</sup> .

وبالإضافة إلى ذلك ، لدى القانون الإجابة المناسبة على حل المشكلات التنظيمية التي يطرحها برنامج تعاليم عقود الدولة ويمكنه أن يحقق أعلى درجة من الفعالية فيما يتعلق بالأمر ذات الطبيعة الحدودية والتنظيمية .

### 27 أنقسام النظام القانوني

وفي البداية كان لا بد من التمكن من تخطي العقبة المتمثلة في أن القانون منذ أن تم وضعه هو نتاج قرار أتخذته الدولة ، ولكنه الآن يعمل على وضع قيود على الدولة نفسها وخاصة في مجال وضع المواد القانونية .

ولحل هذه الأشكالية أمكن الأعتدال على العرف الأقطاعي السائد في العصور الوسطى والذي ظل يحتل مكانه بعد ذلك فيما يعرف بالقوانين الملكية وعقود السيادة<sup>19</sup> .

لقد حدث هنا انقسام جديد وأساسي في النظام القانوني والذي أنقسم إلى قسمين : قسم منه كان قانون الدولة التقليدي الذي ربط المواطنين بالمواد القانونية .

ومنذ هذه اللحظة تم إطلاق اسم الدستور وأتخذت هذه التسمية أهمية حديثة<sup>20</sup> .

### 28 الأولوية للدستور

بالطبع لا يمكن أن ينجح هذا الشكل من البناء القانوني عندما يكون جزء منه مختلف عن الجزء الآخر وعندما يكون هناك أيضاً تمييز في الأهمية . يجب أن يكون القانون الدستوري أعلى مرتبة من القانون العادي وتطبيقاته وبذلك يمكن تطبيق القانون على القانون نفسه وزيادة مكانته<sup>21</sup> . ولذلك كانت الأولوية لمفهوم الدستور بالضرورة<sup>22</sup> .

وفي حالة عدم الاعتراف بهذه الأولوية ، لا يمكن للدستور القيام بالمهام المنوطة به . ونظرًا لعدم وجود هذه الأولوية ، يختلف "الدستور" الإنجليزي أيضاً عن تلك التي الدساتير التي شكلتها الثورة الأمريكية والثورة الفرنسية . وكانت قواعد الدستور الإنجليزي غير المكتوب تخضع للسيادة البرلمانية . لقد تغير هذا الوضع مؤخرًا بسبب دمج الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في القانون الإنجليزي .

### 29 قوة الدستور وقوة الدولة

## Pouvoir constituant und pouvoir constitué

تم فهم حقيقة أن الأسبقية يلزم أن تكون دائماً مكفولة للدستور وهذا ما حدث تمامًا في أمريكا وفرنسا منذ بداية ولادة هذا المفهوم . وعلى وجه الخصوص قدم السيد / سيبس الأساس النظري لتحويل المجالس العامة ، التي عقدت مرة

<sup>18</sup> Besonders pointiert gestellt von Thomas Jefferson, The Writings of Thomas Jefferson, New York 1861 ff., V. S. 116, 121; Stephen Holmes, Precommitment and the Paradox of Democracy, in: Jon Elster/Rune Slagstad (Hg.), Constitutionalism and Democracy, Cambridge 1988, S. 195.

<sup>19</sup> Lex aeterna, lex naturae, lex humana, s. Thomas von Aquin, Summa theologica II-II, qu. 57-79; zu den leged fundamentales s. die Nachweise 9.

<sup>20</sup> Grimm, Zukunft der Verfassung (N2), S. 101ff. In der Übergangszeit erlaubte es das Nebeneinander von älterem und modernem Verfassungsbegriff, dass auch die Gegner des Konstitutionalismus sich des Begriffs bedienten, Grimm, ebd., S. 111ff.

<sup>21</sup> Nicklas Luhmann, Rechtssoziologie, Bd. II, 1972, S. 213f.; ders., Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 470ff.

<sup>22</sup> Rainer Wahl, Der Vorgang der Verfassung, in: Der Staat 20 (1981), S. 485ff.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

أخرى لأول مرة بعد 300 عام ، وصك الفرق بين قوة الدستور وقوة الدولة بما أسماه بالمصطلحات التالية (باللغة الفرنسية)<sup>23</sup>.

### Pouvoir constituant und pouvoir constitué

وهو الأمر الذي لا يزال ساريًا حتى اليوم .

المصطلح الأول يعنى أن الأمة هي مصدر لجميع السلطات العامة. وشمل المصطلح الآخر الأجهزة التي أنشأها الشعب لأنفاد عمل الدستور . لقد تصرف هؤلاء نيابة عن الشعب وفي ظل الشروط المنصوص عليها في الدستور وهم بالتالي لم يحق لهم تغييرها من تلقاء أنفسهم لأن ذلك يمكن أن يؤدي إلى أنهيار البناء بأكمله .

ولم يُسمح لهم بالعمل إلا على أساس وضمن إطار الدستور ، ولم تصبح قراراتهم ملزمة قانونًا إلا إذا كانت متوافقة مع الدستور .

### 30 الدستور كأساس قانوني للحكم

أما الجديد في الدستور لم يكن بالتالي المسودة النظرية لخطة شاملة للحكم المشروع ، ولا التدرج الهرمي للنظام القانوني . كلاهما كان موجودا من قبل . بدلاً من ذلك ، كان الجديد فكان هو دمج خطوط التطوير هذه معا .

لقد أعطت الخطة التي منحت النظرية التي تم صياغتها القوة القانونية للشعب باعتباره "القانون الأعلى" ، فقد وضعت في يده كل السلطات . وهكذا تحولت سلطة الحكم إلى مسألة تفويض ، ويقدر ما كان الدستور قد منح السلطة على أساس هذه الشروط ، فتكون السلطة في الواقع مستمدة من الشعب وكان كل من تقلد منصباً من أعمال السلطة محكوماً بالشروط المرتبطة بهذا التفويض الذي رسمه الدستور ولا يمكن تنفيذ قراره إلا إذا كانت متوافقة مع أحكام القوانين الموضوعية<sup>24</sup>.

لقد كان هذا البناء هو الذي جعل من الممكن الحديث عن الدولة الدستورية باعتبارها "حكومة قوانين وليس حكومة رجال"<sup>25</sup>.

### 31 تقييد سلطات الدولة خلال الحقوق الأساسية

إن قصر سلطة الدولة على تنفيذ مهام تم تخفيض سقفها وبالتالي في الوقت نفسه حماية الحرية الفردية ، ومن خلال استقلالية الأنظمة الوظيفية الاجتماعية ، تم منح مبدأ الحقوق الأساسية زخماً كبيراً فتصدت بذلك كل القوانين ، سواء في فرنسا أو في فرجينيا – وهي أول مستعمرة أمريكية تعتمد دستوراً - ، وبينما ورد في الدستور الفيدرالي الأمريكي لعام 1787 ، اعتُبار وثيقة حقوق الإنسان قابلة للاستغناء عنها في البداية ، لكن سرعان ما أضيفت عن طريق "التعديل" الذي جاء بعد ذلك . وفيما يتعلق بالصياغة ، كان الفرنسيون يسترشدون إلى حد كبير بفلسفة التنوير ، التي كانت تحتوى منذ منتصف القرن التاسع عشر على أفكار كثيرة تتعلق بحقوق الإنسان . ومن ناحية أخرى ، كان الأمريكيون يسترشدون بكتالوجات حقوق الإنسان الإنجليزية ، التي لم يضيفوا إليها أي شيء فيما يتعلق بالمحتوى ، لكنهم لم يضعوها فقط ملتزمة بقرارات السلطة التنفيذية ، ولكن أيضاً للبرلمانات وفقاً لتجربتهم معها وكذلك لممثلي الشعب وبالتالي رفعتها من مستوى "الحقوق الأساسية" إلى مستوى "الحقوق الدستورية" ، فأصبحت حقوقاً أساسية بالمعنى الدستوري<sup>26</sup>.

### 32 أختلاف وظيفة الحقوق الأساسية في فرنسا وأمريكا

<sup>23</sup> Emmanuel Sieyès, Was ist der Dritte Stand?, in: Eberhard Schmitt/Rolf Reichardt (Hg.), Emmanuel Sieyès, Politische Schriften 1788-1790, 1975, S. 164ff.; James Madison, The Federalist No. 49; Egon Zweig, Die Lehre vom „Pouvoir constituant“, 1990; Pasquale Pasquino, Sieyès et l'invention de la constitution en France, Paris, 1988.

<sup>24</sup> S. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 96ff. (auch in: Ulrich K. Preuß, Zum Begriff der Verfassung, 1994, S. 58ff.).

<sup>25</sup> U.S. Supreme Court, Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranche) 137 (163).

<sup>26</sup> Gerald Stourzh, Wege zur Grundrechtsdemokratie, 1989, insbesondere die Abschnitte auf S. 1, 37, 75, 155; zusätzlich ders., Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. Jhr., in: Rudolf Vierhaus (Hg.), Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze, 1977.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

لكن بما أن الثورة الأمريكية قد تم استنفاذها في تحقيق الهدف السياسي المتمثل في الاستقلال عن الدولة الأم وإنشاء "حكومة ذاتية" وحيث أن النظام الاجتماعي القائم فضلاً عن القانون الليبرالي الذي اعتمده إنجلترا لم يطرأ عليهما أى تغيير بالفعل إلى حد كبير ، فأمكن بذلك تخفيض سقف الحقوق الأساسية منذ البداية وقصرها على تقييد تدخل الدولة في الحرية .

لكن بما أن الثورة الأمريكية قد تم استنفاذها في تحقيق الهدف السياسي المتمثل في الاستقلال عن الدولة الأم وإنشاء "حكومة ذاتية" وحيث أن النظام الاجتماعي القائم ، فضلاً عن القانون الليبرالي الذي اعتمده إنجلترا ، لم يطرأ عليهما أى تغيير بالفعل إلى حد كبير ، فأمكن بذلك تخفيض سقف الحقوق الأساسية منذ البداية وقصرها على تقييد تدخل الدولة في الحرية .

وبهذا تكون قد أستنفدت في وظيفتها السلبية . وفي المقابل ، لم تكن الثورة الفرنسية تهدف فقط إلى تغيير النظام السياسي ولكن أيضاً إلى تغيير النظام الاجتماعي . وشمل ذلك النظام القانوني بأكمله ، الذي كان يتميز بالتشريعات القطاعية والموجهة من الدولة والتعاليم الكنسية . ومن ثم تم منح الحقوق الأساسية مهمة توجيه محتوى هذا العمل أو الأنجاز الفخم المتمثل في استبدال النظام القانوني بأكمله .

كان هذا هو السبب المعلن للاعتماد المبكر وتبني إعلان الحقوق الصادر تحت أسم :

- Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen في 26 أغسطس 1789.

" إعلان حقوق الإنسان والمواطن "

في ظل هذه الظروف ، لا يمكن أن تقتصر الحقوق الأساسية على هدف الحماية الممنوح للدولة . لقد منحت الدولة أهدافاً ملزمة للعمل . فقط بعد تحويل النظام القانوني إلى مبادئ الحرية والمساواة يمكن أن تعود إلى الوظائف السلبية السابقة<sup>27</sup>.

### 33 المبادئ الأساسية لتنظيم الدولة

وفي كلا البلدين تم تشكيل تنظيم الدولة بطريقة نابعة من مفهوم الحكم الذاتي بهدف ربط الدولة ومبادئ المجتمع معا عن طريق التمثيل الشعبي الذي تم تحويله الحق في ممارسة السلطة التنفيذية وحق اتخاذ القرارات اللازمة لتحصيل الضرائب .

وأرتبطت السلطة التنفيذية للدولة بقانون يصدره البرلمان . ولمواجهة خطر سوء استخدام السلطة تم فصل السلطات عن بعضها البعض بصورة صارمة . وفي كلا البلدين كان موضوع فصل السلطات سمة أساسية في الدستور ، لدرجة أن أى لائحة للحقوق الأساسية فى أى دولة تخلو من النص على فصل السلطات ، لا يمكن الأقرار بأنها تمتلك دستورا .

لقد سلكت أمريكا طريقاً مختلفاً عن طريق فرنسا ، وخاصة فيما يتعلق بالأختيار بين النظام الديمقراطي الرئاسي والنظام الديمقراطي البرلماني وكذلك الأمر بالنسبة لتنظيم الدولة الفيدرالي (الاتحادى) والمركزي .

### 34 ضعف قوة التنفيذ للقانون الدستوري

ومع ذلك كان القانون الدستوري ، كما هو معلوم من قبل ، في حالة محفوفة بالمخاطر بسبب خصوصياته .

لم يكن كافياً إنشاء السلطة العليا . بدلاً من ذلك ، كان لابد له أن يخضع أيضاً لقواعد قانونية تحكم ممارسته وتضفي الشرعية عليه على وجه التحديد . لكن بهذه الطريقة ، اختلف القانون الدستوري في أحد الجوانب المهمة عن القانون

<sup>27</sup> Dieter Grimm, Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung, in: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 192; ders. Grundrechte (N10). Zum rechtlichen Gehalt der französischen Déclaration Patrick Wachsmann, Déclaration ou constitution de droits, in: Michel Troper/Lucien Jaume (Hg.) 1789 et l'invention de la constitution, Paris 1994, S.44; Christophe de la Madridère, Retour sur la valeur juridique de la Déclaration de 1789, in: Revue française de Droit constitutionnel 38 (1999), S.227.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

التشريعي . في حين أن تمتع القانون التشريعي بالقوة المنظمة لفرض العقوبات من قبل الدولة ، بحيث يمكن مواجهة الانتهاكات هنا بالقوة ، فإن القانون الدستوري فقد مثل هذه الحماية حيث يتطابق هنا الطرفان ، المقصود والضامن .

لا توجد هنا قوة قاهرة يمكنها فرض متطلبات الدستور بالإكراه في حالة وقوع نزاع ما . هذه نقطة الضعف الغربية في أعلى القوانين مرتبة .

### 35 المحاكم الدستورية كحل

أمريكا فقط هي التي وجدت الإجابة على نقطة الضعف هذه في المراحل الأولى من العملية الدستورية . في حين أن فرنسا ، التي عاشت في ملكية مطلقة لأكثر من 300 عام بدون هيئة تمثيلية ، ناهيك عن البرلمان ، رأت أن الحرية كافية ومضمونة في إنشاء هيئة تمثيلية منتخبة من الشعب ، افتقد المستعمرون الأمريكيون إلى هذه الثقة في الهيئة التمثيلية . ونظرًا لتجربتهم مع سوء عمل البرلمان الإنجليزي وكذلك الأمر بالنسبة لسوء استخدام البرلمان الخاصة بهم للسلطة ، خاصة في المرحلة الثورية ، فقد أدركوا أن الدستور كان في خطر ليس فقط من جانب السلطة التنفيذية ، ولكن أيضًا من جانب السلطة التشريعية. وهذا هو السبب في أنها وفرت للجهاز القضائي حق ضمان أمثال الأحكام والقرارات لنصوص الدستور المتعلقة بالنظام الفيدرالي وفصل السلطات والحقوق الأساسية<sup>28</sup> . ولكن هذا الأمر ظل مقصورا على أمريكا لأكثر من 100 عام .

### 36 السمات المختلفة للدستور الحديث

ويمكن الآن فهم الفرق بين القيود القانونية التي تقيد الحكم السياسي وبين الدستور الحديث بالشكل الذي ظهر فيه في نهاية القرن الثامن عشر بشكل أكثر دقة<sup>29</sup>.

في حين أن الروابط القديمة كانت تفترض دائمًا وجود حكم شرعي وأشارت فقط إلى طرائق ممارسة هذا الحكم الشرعي للسلطة ، خلق الدستور الحديث قواعد أساسية وليس مجرد تعديلات معينة<sup>30</sup>.

لقد خلقت هذه الروابط سلطة الدولة الشرعية وحددت فيما بعد الغرض الذي يمكن استخدامها فيه . في حين أن الروابط القديمة كانت تتعلق دائمًا بالطرق الفردية فقط لممارسة السلطة ، وكانت تفترض أنها شاملة ، إلا أن الدستور الحديث لم يكن انتقائيًا ، ولكنه شامل التأثير . لم يسمح بوجود متقلد للسلطة خارج الحد المقرر دستوريا ولا بطرائق لممارسة السلطة خارج هذا الأطار أيضا . في حين أن الروابط القانونية الأقدم كانت فقط بين الأطراف المتعاقدة ، كانت الدساتير الحديثة مرتبطة بالشعب كله . أنها لم تعد تأخذ السمة الخاصة بل السمة العالمية .

## 4 الدستور كإنجاز تطوري

### 37 عدم توفر تعويض للدستور الحديث

بسبب هذه الخصوصيات ، يعتبر الدستور بحق إنجازا تطوريا<sup>31</sup> . فقد أعاد<sup>32</sup> القوة القانونية الملزمة للحكم السياسي والتي كانت قد فقدت مع انهيار نظام العصور الوسطى في ظل الظروف المتغيرة للدولة الحديثة ، وما يرتبط بها

<sup>28</sup> Vorgedacht bei Alexander Hamilton, The Federalist No. 78. قارن David P. Currie, The Constitution and the Supreme Court, 1985, I, S.66ff.

<sup>29</sup> Grimm, Verfassungsgeschichte (N2), S.34; ders., Zukunft der Verfassung (N2), S. 48f., 410. Die Kritik von Thomas Würtenberger, in: Aufklärung 3 (1988), S. 53 (sowie Anm. 6 und 25); قارن Mohnhaupt/Grimm (N1), S.91ff., 107ff. Zur Entstehung der modernen Verfassung قارن Ernst-Wolfgang Bockenförde; ders. Staat, Verfassung, Demokratie (N24), S.29; Otto Brunner, in: H. Kämpf (Hg.), Herrschaft und Staat im Mittelalter, 1965; Gerhard Dilcher, in: Der Staat 27 (1998), S.161; Hasso Hofmann, in: ders. Recht-Politik-Verfassung (N9), S.261; Charles H. McIlwain, Constitutionalism Ancient and Modern, New York 1966; Werner Näf, in: ders. (Hg.) Schweizer Beiträge zur allgemeinen Geschichte 11 (1953), S.108; Paul Bastif, L'idée de constitution, Paris 1985.

<sup>30</sup> Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: HStR I 1995 (1987), §13 Rn. 1, 26ff.; قارن Christoph Möllers, Staat als Argument, 2000, S.25ff.

<sup>31</sup> Niklas Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, in: Rechtshistorisches Journal 9 (1990), S.176; ders., Das Recht der Gesellschaft (N21), S.470ff.; Politik (N3), S.391. Von „kultureller Errungenschaft“ spricht Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1988, S.28ff.

<sup>32</sup> Niklas Luhmann, Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems, in: Der Staat 12 (1973), S.6, 165, 168.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

من وضعية القانون والانتقال إلى التمييز الوظيفي للمجتمع . أنشأ الدستور حكمًا سياسيًا وفقًا لمبدأ شرعية السيادة الشعبية الجديد وجعله متوافقًا مع احتياجات الاستقلال والمواطنة المطلوبة في مجتمع متباين وظيفيًا .

وبذلك ، مكّن الدستور من التمييز بين المطلب الشرعي وغير الشرعي لتولى السلطة وكذلك القيام بعمل من أعمال السلطة . وقد يفشل الدستور أو يفقد القبول عند القيام بهذه الوظيفة . ولكن طابع الإنجاز يكمن لى وجه التحديد فى أن هذه الوظيفة لا يمكن أن يسلبها إلا دستور آخر ، ولا يمكن الحفاظ عليها بشكل مستقل عن الدستور<sup>33</sup>.

### 38 الدولة الوطنية كضرورة لأنشاء الدستور

لقد وجدت الشروط الأولية ضالتها فى الأداة الجديدة للدستور ،

فوفقاً لغرض تحقيق الطابع الدستوري ، وهو جعل الحكم السياسي قانونيًا ، فقد اتخذ شكل الحكم السياسي اشكل الذى كان ساريا وقت إنشائه . كانت هذه هي الدولة التي تطورت كرد فعل لتفكك نظام العصور الوسطى ، أولاً في فرنسا ثم في بلدان أوروبية أخرى فيما بعد . في ظل هذه الظروف ، ظهرت الدولة كدولة وطنية . فقد كانت موجودة بهذا الشكل قبل ظهور الدستور . وبالتالي ، افترض الدستور وجود الدولة الوطنية<sup>34</sup> . ونتيجة لذلك ، فإن الفكرة الدستورية ، رغم دعمها بالمبادئ ذات السمات العالمية ، قد تحققت بطريقة معينة خاصة . فمنذ البداية كانت هناك دساتير مختلفة عدلت البرنامج الدستوري طبقاً للظروف الوطنية .

### 39 الأختلاف داخليا وخارجيا كشرط للفاعلية

نتيجة لذلك ، كان الدستور شاملاً ومحدوداً فى نفس الوقت منذ البداية . كان شاملاً بمعنى أنه افترض أنه لا يمكن ممارسة السلطة العامة إلا على أساس وضمن إطار لوائح الدستور . وكان محدوداً في موضوع أن السلطة العامة الخاضعة للوائح كانت مقتصرة على إقليم معين ، وهو مفصول عن المناطق الأخرى عن طريق الحدود . ويطبق كل دستور فقط داخل أراضي الدولة التي وضعته ، بينما تطبق في المناطق المجاورة قواعد أخرى ، ولكن مع نفس المطالبة بالحصريّة . كان الاختلاف بين الداخل والخارج ، الذي نتج عن حدود الدولة ، شرطاً أساسياً لسلطة الدولة الموحدة والشاملة وبالتالي لإضفاء الطابع الدستوري عليها<sup>35</sup>.

ومع ذلك ، في الوقت نفسه ، كان هذا يعني أن تحقيق الدستور يعتمد في فعاليته على ادراك أن الفرق بين الداخل والخارج لا يزال واضحاً وأن حدود الدولة تحمي الإقليم فعلياً من أفعال الهيمنة الأجنبية .

### 40 الفصل بين ما هو عام وما هو خاص كشرط للفاعلية

كقانون يتعلق على وجه التحديد بالدولة ، يمكن للدستور أن يفي فقط بمطالبته بالتشريع العالمي للحكم السياسي إذا تزامن مع سلطة الدولة . وبالتالي ، لم يكن من دون سبب أن إصدار الدستور في فرنسا سبقه حل جميع القوى الوسيطة ونقل وظائفها أو سلطاتها الحاكمة إلى الدولة . وهكذا تم القضاء على المزيج الذى كان قائماً بين العناصر العامة والخاصة في التكوينات الاجتماعية الأقدم ، والتي كانت عقبة أمام وضع الدستور ، وكذلك رواسبها المتعلقة بالسلطة المطلقة . لقد تم تجريد المجتمع من جميع سلطات الحكم وفى ظل هذا الشرط فقط ، كان يمكن تمكينه من الحكم الذاتي من خلال قوانين السوق . كما تم قصر ممارسة سلطة الحكم تماماً على الدولة ، ولكن بسبب تركيز السلطة فى يد الدولة ، تطلب ذلك وجود ضوابط قانونية لممارسة هذه السلطة . فى الدولة الدستورية يسرى فى الأساس مبدأ الحرية للمجتمع والقيود للدولة . هذا ليس فقط تكويناً يمكن تصوره للدولة الدستورية ، بل هو سمة تأسيسية لها ، بالتالى يمكن القول بأنه سيتم تقويض الدولة الدستورية إذا تمتعت الدولة بحرية الأفراد ، وعلى العكس ، إذا سمح للأفراد بالتخلص من وسائل حكم الدولة .

### 41 الدستور كالتزام ذاتي

<sup>33</sup> Luhmann, Politische Verfassungen (N32), S. 168. قارن

<sup>34</sup> Böckenförde, Geschichtliche Entwicklung (N29), S.9; Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (N21), S.478. قارن

<sup>35</sup> Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S.126. قارن

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

كما أثرت الظروف المتغيرة للالتزام القانوني على نوع ودرجة التقنين . كجزء من القانون الإيجابي ، لا يمكن أن تكون العلاقة القانونية علاقة خارجية أو تعتبر ثابتة. لقد تم استبعاد العلاقات الخارجية لأن الدولة لم يعد لديها مصدر قانوني سواء كان سياسياً أو غير سياسي . ولم يكن القانون الدستوري مستثنى من ذلك . وفي هذا الصدد ، فإن الارتباط الدستوري للسياسة دائماً ما يكون ملزماً ذاتياً<sup>36</sup>. ولا يجب أن نتغافل حول حقيقة أن القانون الدستوري ، على عكس القانون التشريعي ، قد نسب السيادة إلى الشعب (كما في أمريكا) أو الأمة (كما في فرنسا) على الرغم من أن الدستور لا ينتج سوى سلطة شرعية للدولة في المقام الأول ، فلا يمكن للسيادة القيام بدورها دون وجود تنظيم سياسي مؤقت أو تمثيلة من قبل الأجهزة<sup>37</sup>.

### 42 تشكيل الألتزام

ومع ذلك لم يؤثر ذلك على الاختلاف الأساسي بين *pouvoir constitué* و *pouvoir constituant* ، قوة الدستور وقوة الدولة ، لأنه اختلاف داخل النظام السياسي . وكما توضح الدساتير الأولى ، والتي يمكن وضعها بطريقة تجعل القرارات المتعلقة بالقانون الدستوري تتخذها مؤسسات أخرى وإجراءات أخرى غير القرارات المتعلقة بالقانون التشريعي .

ذهب الدستور الأمريكي والدساتير الثورية الفرنسية في هذا الأمر بعيداً بشكل خاص<sup>38</sup>. ولكن حتى لو كانت المؤسسات والإجراءات هي نفسها إلى حد كبير عندما يتعلق الأمر بالقرارات الدستورية والقرارات التشريعية (كما هو الحال في ألمانيا) ، يظل التمييز ذا مغزى . إنه يضمن أن تعمل المؤسسات بطرق مختلفة ، والتي يجب ألا تكون مختلطة ، وبالتالي يتم ضمان استقرار سيادة الدستور .

### 43 القانون الدستوري قابل للتعديل

لنفس الأسباب ، لا يمكن أن يكون القانون الدستوري نصاً ثابتاً لا يمكن تغييره . فهو قد جاء من خلال قرار سياسي ، ويمكن تغييره مرة أخرى من خلال قرار سياسي مماثل . وحتى لو ورد نص في الدستور يقضي بحظر تعديله ، فيسرى هذا الحظر عندما يكون الدستور المحتوى على مثل هذا الحظر ساري المفعول ولم يتم خرقه عن طريق اتخاذ قرارات مخالفة . ومع ذلك لا تتأثر الوظيفة القانونية بذلك ، لأنه بمساعدة الدستور ، يتم الفصل بين البنية الخاصة بالقرارات السياسية والقرارات السياسية نفسها . إن الأولوية الممنوحة للدستور لا تمنع من تعديله ، لكنها تمنع تغيير البنية الدستورية ، أي تجاوزها ، عن طريق اتخاذ قرارات سياسية مخافة للدستور .

### 44 حظر تقييد السياسة كاملاً بالقوانين

علاوة على ذلك ، فإن الارتباط القانوني للسياسة بالدستور لا يمكن أن يكون ملزماً بالكامل<sup>39</sup>. نظراً لأن القانون في الدولة هو قانون يتم وضعه سياسياً ، فإن الهيمنة القانونية التامة ستكون بمثابة إنكار للسياسة . وفي هذه الحالة سيتم تقليص العمل السياسي إلى مجرد تطبيق للدستور وبالتالي سيتحول العمل السياسي في النهاية إلى عملية إدارية . وفي الوقت نفسه يجب ألا يجعل الدستور السياسة غير ضرورية ، بل يجب توجيهها وترشيدها . لذلك يلزم عليه أن يشكل دائماً إطاراً للعمل السياسي . إنه يحدد الشروط التي يمكن بموجبها للقرارات السياسية المطالبة بالحق في ممارسة قوة ملزمة ، لكنه لا يحدد المدخلات في القنوات الدستورية أو النتيجة التي تسفر عنها الإجراءات الدستورية . ومع ذلك ، فإنه يبقى شاملاً بمعنى أنه لا يسمح بصلاحيات وإجراءات غير دستورية. فقط إذا تصرفت الجهات الفاعلة الشرعية دستورياً وسلكت القنوات الدستورية ، يمكن أن يكون من حق الجهة المتمخضة عن تلك النتيجة المطالبة بالقوة الملزمة .

### 45 التفرقة بين الأساسيات للسياسة والقرارات السياسية

<sup>36</sup> Luhmann, Die Politik der Gesellschaft (N3), S.358f.; Böckenförde, Verfassungsgebende Gewalt (N24), S.90.

<sup>37</sup> Böckenförde, Verfassungsgebende Gewalt (N24), S.96ff.

<sup>38</sup> Titre VII der französischen Verfassung vom 3.September 1791 und Art V der amerikanischen Verfassung, mit der Folge, dass die amerikanische Verfassung nur selten geändert, die französische beim ersten Änderungsbedarf durch eine neue ersetzt wurde.

<sup>39</sup> Dieter Grimm, Politik und Recht, in: FS für Ernst Benda, 1995, S.96; auch in: ders., Die Verfassung und die Politik, 2001, S.21f.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

بفي الدستور بوظيفته باعتباره "النظام القانوني الأساسي للدولة"<sup>40</sup> من خلال أبعاد مبادئ التعايش الاجتماعي والحكم السياسي التي تستند إلى إجماع واسع من حلبة النقاش السياسي المستمر . إنها بمثابة معيار وحدود ، بينما يتم وضع القواعد الإجرائية في المساحة المتبقية التي تركت للمناقشة . وبهذه الطريقة ، يوفر الدستور أرضية مشتركة واسعة ويرمز إليها ، حيث يتحد أنصار المعتقدات المختلفة وأصحاب المصالح المتباينة ، ويصف هوية النظام السياسي ويسهم في تكامل المجتمع<sup>41</sup> . هذا مهم بشكل خاص للمجتمعات التي تميل فيها قدرة مؤسسات أخرى للاندماج في هذا الأمر إلى الانخفاض بسبب الحرية الشخصية الممنوحة للفرد .

### 46 مزايا التمييز

من وجهة نظر قانونية ، يحقق الدستور ذلك من خلال وضع عقبات أعلى للتعديلات التي يمكن أن تطرأ على مبادئ وقواعد اللعبة عن طريق القرارات السياسية التي تجرى وقتها . وهذا يؤدي هذا إلى فصل التغيير في مبادئ وإجراءات القرارات السياسية عن هذه القرارات نفسها . ويخلق هذا الفصل قضايا مختلفة وآفاق زمنية مختلفة لكليهما . وهذا الأمر يؤدي إلى خلق مزايا عديدة . أصبح الصراع السياسي متحضرا ، لأن الخلافات يمكن حوضها على خلفية إجماع أساسي يوحد الخصوم . وهذا من شأنه التأكيد على أنه لا مكان للعنف في السياسة . وهنا لا تحتاج الأقلية إلى الخوف من وجودها وقد تواصل السعي لتحقيق أهدافها . وفي الوقت نفسه ، تعفى السياسة الحالية من البحث المستمر عن مبادئ جديدة واختيار الإجراءات التي من شأنها أن تؤثر عليها سلبيا في ظل الضغوط الدائمة لاتخاذ القرارات في القضايا المعقدة . أن ماورد في الدستور لم يعد مشكلة ، بل هو بنیان يحمي القرارات السياسية .

### 47 معنى تمييز المستويات

أخيرا ، يقوم الدستور بتنظيم العملية السياسية من حيث الزمن . المبادئ التي تضمن الهوية لها احتمال صلاحية على المدى الطويل . ويمكن وضع الثقة في موضوع الاستقرار أكثر من وضعها في القرارات السياسية الحالية . هذا يجعل من السهل التكيف مع تغيير المواقع والاحتياجات في المدى القصير . وهي تحظى بالدعم من المبادئ على المدى الطويل ولا يسبب ذلك ضيقا بسبب التقييدات الواقعة عليهم منها . بهذه الطريقة ، يضمن الدستور استمرارية التغيير . هذه المزايا الدستورية كلها هي ثمرة تمايز المستوى بين مبادئ القرارات السياسية وهذه القرارات نفسها ، وهذا هو بالضبط السبب الذي يجعل الدستور نظاما أساسيا . ومن الصحيح القول بعدم وجود معايير ملزمة للخط الفاصل بينهم ، لكن إذا وضعت الدساتير بطريقة لا تسمح بهذا التمايز ، فإن وظيفتها معرضة للخطر<sup>42</sup> .

### 48 البعد بمسافة عن الفعالية كمقياس للوظيفة

وعلاوة على ذلك يشارك الدستور الحدود التي يشترك فيها عموما كل الوسائل القانونية . وباعتبار الدستور الأساس القانوني للدولة فهو يعتبر المثال الأسمى للمعايير التي ينبغي أن يتبعها النظام السياسي ، وليس مجرد الوصف . وهو لا يحاكي الواقع الاجتماعي ، بل يطرح عليه المطالب . معنى ذلك أن الدستور يجب أن يبتعد مسافة عن الواقع وهنا فقط يكسب القدرة على القيام بدوره كواضع لمقياس السلوك والتقييم السياسي .

ولذلك لا يمكن التقليل من شأنه بتحويله إلى مجرد قرار وحيد حول طبيعة وشكل الوحدة السياسية أو إلى عملية مستمرة . بدلا من ذلك فهو يعتبر مستقلا عن القرار الذي يدين له بشرعيته ويساند العملية التي يفترض حدوثها<sup>43</sup> .

### 49 القانون الدستوري والواقع الدستوري

من ناحية أخرى ، فإن الدستور باعتباره مثلا أعلى للقواعد القانونية ليس كافيا في حد ذاته ، فهو موضوع لكي يتم تنفيذه . ومع ذلك ، فهو لا يمكنه ضمان تنفيذه بنفسه . والأجابة على السؤال : هل وإلى أي مدى يمكن للدستور أن

<sup>40</sup> S. Werner Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945.

<sup>41</sup> Hans Vorländer, Verfassung und Konsens, 1988; ders. (Hg.), Integration durch Verfassung, 2002.

<sup>42</sup> Dieter Grimm, Wie man eine Verfassung verderben kann, in: ders., Die Verfassung und die Politik (N39), S.126.

<sup>43</sup> Die dezisionistische Variante bei Schmitt (N35), S.20, die prozedurale bei Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S.78ff.; Dieter Grimm, Zukunft der Verfassung (N2), S.146ff. Zur Normativität der Verfassung besonders Konrad Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, 1959.



## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

بحقق أطروحته المعيارية بمرور الوقت ، فهذا يعتمد إلى حد كبير على عوامل قانونية خارجية . ويمكن القول أن المكان الذي يجب أن نبحث فيه عن هذه الأجوبة يكمن في مكان تطبيق الدستور التجريبي . وهنا لا يتم استبدال الدستور التجريبي بالدستور المعياري . فهناك علاقة تربط بين الأثنين ، وهناك تفاعلات فيما بينهما . فالدستور القانوني يتأثر بالدستور التجريبي ليس فقط بمجرد تقرير البناء عليه ولكن أيضاً عند تطبيقه ، والذي بدوره يؤثر عليه . عندما تترك العملية السياسية المسار الذي يحدده القانون الدستوري ، عادة ما يكشف الدستور القانوني عن السبب الحقيقي للفشل . هذا ما كان يعنيه لاسال عندما وصف علاقات القوة الاجتماعية بالدستور الحقيقي<sup>44</sup> .

### 50 السلطة والأعلام

بل أنه في حالة النجاح سوف تسير العملية السياسية في الاتجاه الصحيح ووفقاً للنصوص القانونية للدستور . هذا لا يعني أن العلاقات الاجتماعية للقوة التي يحددها الدستور التجريبي سوف يتم القضاء عليها أو تحييدها ، حيث أن كل دستور معياري يمكنه أن يتعامل مع جميع أنواع علاقات القوة ، فالدساتير التي تمنح ، من خلال حرية الأفراد ، استقلالية للنظم الفرعية الاجتماعية ولا تستبعد الاقتصاد ووسائل الإعلام ، إلخ ، تسمح حتى بتكوينها بكل وضوح . ومع ذلك ، فإن الدستور القانوني يعني أنه لا يمكن ببساطة تحويل السلطة الاجتماعية إلى قانون واجب التطبيق أو غير ذلك من القرارات الملزمة جماعياً . بدلاً من ذلك ، يجب أن تشارك في عملية يتم فيها تطبيق بعض القواعد ، والتي تمت صياغتها على أساس أنها تؤدي إلى نتائج مقبولة بشكل عام . أن دساتير المنشأ في أمريكا وفرنسا توفر بالفعل مواد توضيحية للنجاح والفشل في هذا الموضوع .

### ب . تطور الدستور

#### 1. أنتشار مبدأ الدستورية

### 51 تأثير الشروط المتغيرة

لم يكن الدستور الحديث ، كما يتضح عند الرجوع إلى الدول التي نشأ فيها ، نتاج مصادفة تاريخية . وهذا لا يعني أنه لم يكن هناك مفر من نشأته ، بل أنه ما كان سينشأ تحت أية شروط . لقد ارتبطت نشأته بأجتماع مجموعة من المعطيات المختلفة ، والتي لا تتوفر في كل زمن وكل مكان . وبقدر ما كانت هذه المعطيات شحيحة الوجود في الماضي ، بقدر ما قلت الحاجة إلى الحفاظ عليها في المستقبل . ففي سياق التحول الاجتماعي يمكن لها أن تتغير أو أن تسقط . ومدى تأثيرات ذلك الأمر على الدستور يعتمد على معرفة هل هذه الظروف دستورية فيما يتعلق بنشأتها وأستمراريتها أم لا . و فقط عندما تسقط شروط جوهرية ينبع ذلك التبشير بسقوط الدستور . وفي حالة نجاة الدستور من السقوط ، يكون ذلك نجاة شكل دستوري بدون المعنى الأصلي أم كمصطلح لشيء آخر .

### 52 تنفيذ الدستور في القرن 19

يمكن الجزم بأننا نملك حالياً قصة نجاح للدستور . وحتى لو لم تكن المعطيات المسبقة متوفرة في كل مكان ، والتي ساعدت في الربع الأخير من القرن الثامن عشر في أمريكا وفرنسا على نشأته ، فقد أثارت في بقية الدول الأوروبية موجة من الحركات الدستورية في كل مكان . في القرن التاسع عشر . كانت التوقعات مرتفعة لدرجة أن العديد من الأشخاص كانوا على استعداد للمخاطرة بوظائفهم وممتلكاتهم وحياتهم . يمكن وصف القرن التاسع عشر بأنه قرن من الصراعات الدستورية . الثورات تقوم بتحديد فتراتها . مرت عدة موجات ثورية بالعديد من الدول

<sup>44</sup> Ferdinand Lassalle, Über Verfassungswesen, 1862. Das Problem von Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit hat hier seinen Ort; قارن Wilhelm Hennis, 1968; Hesse (N43), in: Dieter Nohlen (Hg.), Lexikon der Politik, Bd. VII, 1998, S.670ff.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

الأوروبية في نفس الوقت ، ولم ينج منها سوى عدد قليل من البلدان من صراعات دستورية ، خاصة إنجلترا . عندما انتهى القرن التاسع عشر الطويل بالحرب العالمية الأولى ، سادت الدستورية في كل أوروبا تقريباً وفي أجزاء كثيرة من العالم متأثرة بأوروبا<sup>45</sup>.

### 53 الانتشار العالمي في القرن 20

جلب القرن العشرون ، الذي بدأ واعداً للدستور ، انتكاسات شديدة له بسبب الديكتاتوريات ذات الأصول المختلفة. ففي نهاية القرن ، كانت الدولة الدستورية بلا جدال أكثر حضوراً من أي وقت مضى . ولكن الدكتاتوريات الفاشية والديكتاتوريات العسكرية ، وأخيراً أنظمة الفصل العنصري والديكتاتوريات الحزبية الاشتراكية سقطت إلى حد كبير ، في كثير من الأحيان بسبب الهزائم العسكرية ، وأحياناً عن طريق الثورات ، وفي كثير من الأحيان عن طريق الانهيارات . وحتى لو لم يكن النضال دار من أجل الدستور صراحة ، كما كان الأمر في القرن التاسع عشر ، فإن النتيجة<sup>46</sup> كانت هي دائماً نشوء دساتير جديدة ، كما أن النكسات والتجارب مع الدساتير غير الفعالة أو قليلة الفعالية زادت من الوعي بالحاجة إلى هيئات تنفيذية خاصة بها . لهذا السبب ، بعد بدايات متواضعة في أعقاب الحرب العالمية الأولى ، انتشر الفكر الدستوري أيضاً في جميع أنحاء العالم في النصف الثاني من القرن العشرين<sup>47</sup>.

### 54 عدم الارتباط بالثورة

يمكن للمرء أن يرى بالفعل من خلال هذه النظرة العامة أن الدستور ، بعد أن كان نتاج ثورتين ناجحتين ، لم يعد يعتمد على الثورة في كل الأحوال . وقد تجلى ذلك في تطور الدستور الألماني في القرن 19. فعلى الرغم من أن عدداً من الإنجازات الدستورية في بعض الولايات الألمانية كانت قد سبقت الثورات ، لكن لم ينجح أي منها في أن يؤدي إلى الانفصال عن الحكم السائد وقتها . جاءت الدساتير فقط عندما وافق الحاكم المنحدر من السلالة الحاكمة من قبل ، لأي سبب كان ، على تقييد السلطة<sup>48</sup>. ولم يستند الدستور الألماني الأول ، دستور الرايخ لعام 1871 ، إلى أي خلفية ثورية . بل كان نتيجة عزم بعض الأمراء ، أصحاب السيادة ، على تأسيس دولة جديدة بموجب معاهدة ، والتي كان لا بد من تحديد شكل لها .

### 55 الأحداث الفاصلة كسبب لوضع دساتير جديدة

ومع ذلك ، لا تزال الأحداث الفاصلة هي السبب الأكثر شيوعاً لإنشاء الدستور<sup>49</sup>.

ففي كثير من الحالات ، ليست الثورة المنتصرة هي التي تتمخض عنها الدساتير ، بل الانهيار الكارثي هو الذي يفرض الدستور . ينطبق هذا أيضاً على الدساتير الألمانية في القرن العشرين ، ودستور فايمر (المدينة الألمانية) والقانون الأساسي (دستور جمهورية ألمانيا الاتحادية) . وبعد انهيار نظام حزب الوحدة الاشتراكي (في ألمانيا الشرقية وقتها) ، شرعت جمهورية ألمانيا الديمقراطية مرة أخرى في وضع الدستور قبل قرار إعادة التوحيد تحت مظلة القانون الأساسي (الموضوع في جمهورية ألمانيا الاتحادية) ، فأصبح بذل الجهد في هذا الأمر غير ضروري . أن الإصلاحات الدستورية دون حدوث حدث فاصل ، كما هو الحال في سويسرا مثلاً في عام 2000 ، هي مجرد استثناءات . وهنا نجحت المحاولة فقط عندما تم التخلي عن مصطلح الإنشاء الجديد للدستور ، والذي يوحى بالثورية ، واستبداله بمصطلح " التحديث " <sup>50</sup>.

### 56 احتمالية وجود دساتير زائفة أو شبه دساتير

<sup>45</sup> Dieter Grimm, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung, in: Helmut Coing (Hg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Band III/I, 1982, S.17-173. Wolfgang Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, 1999; Hans Fenske, Der moderne Verfassungsstaat, 2001.

<sup>46</sup> Douglas Greenberg (Hg.), Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World, New York 1993; Peter Häberle, Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, 1992.

<sup>47</sup> Neal Tate/Torbjörn Vallinder (Hg.), The Global Expansion of Judicial Power, New York 1995.

<sup>48</sup> Grimm, Verfassungsgeschichte (N2), S.43ff., 142ff.

<sup>49</sup> Bruce Ackerman, Ein neuer Anfang für Europa, 1993, S.60ff., bes. S.62: „Sternstunden der Verfassung“, engl. Original „The Future of Liberal Revolution, New Haven 1992); Virginia Law Review 83 (1997), S.775; Ulrich K. Preuß, Revolution, Fortschritt und Verfassung, erweiterte Neuausgabe 1994; Ulrich Haltern, Internationales Verfassungsrecht?, in: AöR 128 (2003).

<sup>50</sup> zur Geschichte der Revisionsbestrebungen René Rhinow, Die Bundesverfassung 2000, S.1ff.

بمجرد اختراع الدستور وازدهار جاذبيته ، أصبح من الممكن نسخ الشكل دون تبني المضمون .

يمكن فصل الشكل عن الوظيفة . وقد أعطت فرنسا نفسها المثال الأول لهذا تحت حكم نابليون . فقد اعتبر نابليون أن التنازل عن الدستور غير مناسب وغير مفيد للحاكم ، ولكن لم يكن هناك نية الألتزام بنصوص الدستور من جانب الإمبراطور . كما أن العديد من الدساتير التي تلت النماذج الأولية في أمريكا وفرنسا كانت مزيفة أو شبه دساتير . كما تخلفت الدساتير الألمانية للقرن التاسع عشر ، التي منحها الحكام طواعية ، عن المشروع الدستوري كما تبلور في الثورة الأمريكية والفرنسية<sup>51</sup>.

الأمر نفسه ينطبق على العديد من دساتير اليوم في جميع أنحاء العالم ، حيث تظل يافطة "قصة النجاح" مبررة ، لأنه حتى أولئك الذين يفضلون أن يكونوا مستقلين قانونًا في ممارسة سلطة الحكم ، أحاطوا أنفسهم على الأقل بمظاهر دستورية من أجل استهلاك الأمور الشرعية التي يبشر بها الدستور للرعية .

#### 57 سؤال حول مفهوم الدستور

وبطبيعة الحال تطرح ظاهرة وجود دساتير زائفة أو أشباه دساتير صعوبات بالنسبة للمفاهيم . ماذا يستحق مصطلح "الدستور" وما الذي لا يستحقه ؟ لا توجد إجابة عامة على هذا السؤال . بدلاً من ذلك ، لا يمكن الإجابة على هذا السؤال إلا من حيث الاهتمام المعرفي . إذا كان الأمر يتعلق بمقارنة دستورية بهدف إيجاد تمييز وتشكيل أنواع ، أو سرد تاريخ دستوري ، وطني أو مقارن ، فليس من المستحسن أبداً تضييق موضوع التحقيق في وقت مبكر . ومن ناحية أخرى ، إذا كانت فرص نجاح الدستورية في أكثر مناطق العالم تنوعاً أو فرصها للبقاء في القرن الحادي والعشرين بما في ذلك قابليتها للنقل إلى وحدات تتجاوز الحدود الوطنية ، فينصح بالالتزام بمفهوم دستوري عالي القيمة<sup>52</sup> ، كما تم وضعه في تاريخ ظهور الدستور الحديث ، بحيث لا ينزلق الإنسان على عجل ويضع نتائج تنطلق من الأسم وتنتقل إلى المضمون .

#### 58 عناصر مفهوم الدستور

بالنظر إلى تنوع محتوى الدستور ، فإن المفهوم الوظيفي يستحق الأفضلية على المفهوم المادي .

ونورد هنا الخصائص التالية المرتبطة داخلياً والناجئة عن التفسيرات التي وردت في الجزء الأول :

1. يجب أن يطالب الدستور بمعايير يلزم تنفيذها . ولا يتضمن ذلك النصوص الدستورية التي لا تخضع لإرادة قانونية تجبر الألتزام بها .
2. يجب أن يرتبط الألتزام القانوني بإنشاء وممارسة الحكم السياسي . لا يكفي أن تكون الدوائر الثانوية خاضعة لأحكام الدستور ، بينما تظل الدوائر العليا طليقة من الألتزام بذلك .
3. يجب أن تكون العلاقة القانونية شاملة بمعنى أن القوى الخارجة عن الدستور لا يحق لها أن تمارس السلطة وألا تكون القرارات الملزمة ناتجة عن إجراءات خارج الدستور .
4. يجب أن تعمل الألتزامات الدستورية لصالح جميع الخاضعين للحكم ، وليس فقط لصالح الجماعات المتميزة .
5. يجب أن يشكل الدستور أساس الشرعية للحكم السياسي . ولا يصح أن تكون هناك شرعية بدون الدستور ، فهذا غير كاف لمنحها الشرعية الحقيقية .
6. يجب ، تكون مرجعية شرعية الحكم إلى الخاضعين للحكم . فالشرعية من خلال الحقيقة بدلاً من الإجماع يقوض هنا مبدأ يقوض الدستور .

<sup>51</sup> Grimm, Verfassungsgeschichte (N2), S.110ff.: Ernst-Wolfgang Böckenförde, Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19.Jahrhundert, in: ders. Recht, Staat, Freiheit, 1991, S.273.

<sup>52</sup> Brun-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S.33ff.

7. يجب أن يكون للدستور الأسبقية على أفعال الهيمنة . والدستور الذي يكون تحت تصرف مشرع بسيط ما لا يكفي .

## 59 شروط تنفيذ متغيرة

نطرح فيما يلي التساؤل حول إذا ما إذا كانت الدساتير التي تدعي أنها تقي بهذه الخصائص ، مثل القانون الأساسي (دستور ألمانيا الاتحادية) ، لا يزال بإمكانها الاستمرار في تبنى تلك المقولة في ظل ظروف التنفيذ المتغيرة . أن التغييرات من هذا النوع يعتقد أنها الاتجاهات الرئيسية التي تؤثر على الدستورية بشكل عام ، وليس فقط الدساتير الفردية أو حتى المعايير الدستورية الفردية . بادئ ذي بدء ، يشمل هذا الانتقال من الدولة الليبرالية إلى دولة الرفاهية ، مما يؤثر بشكل أساسي على الوظيفة المقيدة للدستور . يتبع ذلك ظهور جهات فاعلة ووسائل وإجراءات جديدة ، والتي تذيب الحدود الدستورية بين القطاعين العام والخاص . وفي النهاية تدور الأمور حول عملية التدويل والعولمة ، ويكون الوجه الآخر لها هو نزع هوية الدولة ، وهو الأمر الذي يطمس الحدود الدستورية بين الداخل والخارج .

## 2 . الدستور في دولة الرفاهية

### 60 إعادة الفعالية للدولة

تندرج مجموعة من المواقف تحت مفهوم دولة الرفاهية ويعتمد ذلك على الزمان والمكان الذي يحدث فيه ذلك ويكون القاسم المشترك بينهم أن هذه المواقف هي استجابة للقصور الذي ينجم عن الليبرالية والذي يشار إليه على وجه العموم بعوامل الفشل التي ترتبط بمفهوم سريان قانون السوق . وقد تأثر الدستور بذلك بالقدر الذي نتج عن التوقعات الخاصة التي أفترضت أن قوانين السوق سوف تخلق الحاجة إلى تقييد تدخل الدولة وهو الأمر الذي سوف يعالجه الدستور . أن المشاكل الاجتماعية التي تنتج عن فشل السوق لا يمكن حلها عن طريق تقييد سلطة الدولة . على العكس من ذلك ، فإن مسألة العدالة المادية المعاد تجسيدها تتطلب إعادة تنشيط دور الدولة . إذا كان من الواجب الالتزام بهدف تحقيق النظام الاجتماعي العادل فلم يعد بالإمكان أن يقتصر دور الدولة على وظيفة الضامن المنصوص عليها في الدستور ، ولكن يجب على الدولة أن تقوم مرة أخرى بتشكيل النظام الجديد .

### 61 فكرة الجزمية للدولة الدستورية البرجوازية

كانت ردود الفعل على ذلك متباينة . في جزء منه ، ازدادت الفكرة الليبرالية تصلباً دوجماتياً جزمياً . فلم يعد ينظر إلى القيود المفروضة على الدولة من خلال الحقوق الأساسية على أنها وسيلة لتحقيق الرفاهية والعدل ، كما كانت النوايا المسبقة تفترض ذلك ، ولكن أرتفعت وأعتبرت هدفاً في حد ذاته وأصبح الفكر الليبرالي للحرية ، بما في ذلك معادله الدستوري : الوظيفة الأساسية للدولة هي الدفاع عنها بغض النظر عن الآثار الاجتماعية التي يمكن أن تنتج عن ذلك .

واعتبر الحكومة الملكية الفرنسية التي نشأت في شهر يوليو ، والمعروفة بملكية يوليو ، مثلاً رئيسياً على هذا الأمر ، حيث تمكنت من فرض نفسها لأن حقوق المشاركة السياسية في دستور عام 1830 كانت مقصورة على مجموعة صغيرة من المواطنين الأكثر ثراءً . وبينما كانت ثورة عام 1848 ، التي أندلعت في ألمانيا لا تزال ثورة إلى حد كبير لصالح إقامة الدولة الدستورية والحماية الفعالة للحقوق الأساسية ، أكتسبت الثورة في فرنسا سمات اجتماعية بشكل كبير<sup>53</sup> .

### 62 أنتفاء الدولة الدستورية

كان رد الفعل المعاكس هو الخروج الجذري عن الليبرالية في الدول الاشتراكية والفاشية في النصف الأول من القرن العشرين . وبقدر اختلاف هذين الاتجاهين في المضمون ، فقد اختلفا قليلاً من حيث عواقبهما على الدستورية . كلاهما أقاما شرعية الحكم السياسي ليس على مبدأ التوافق ، ولكن على مبدأ الحقيقة . ولا يمكن أن توجد الحرية الفردية قبل ذلك . على العكس من ذلك ، فإن النخبة التي زعمت أن لديها معرفة بالحقيقة خلصت من ذلك إلى أن

<sup>53</sup> Dieter Grimm, Grundrechtliche Freiheit 1884 und heute, in: ders., Die Verfassung und die Politik (N39), S.91.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

لديها الحق في تحقيق تلك الحقيقة التي تراها عن طريق استخدام قوة الدولة وذلك بغض النظر عن المعتقدات الأخرى . وهكذا تم حرمان الدستور من الأساس القائم عليه . وهنا أصبحت الوسائل المركزية التي تعمل على تحقيق هذه الوظائف غير بناءة .

### 63 دساتير بدون وظائف تقييد

ومع ذلك ، فإن معظم هذه الدول أمتلكت أيضا الدساتير . تركت الدول الفاشية في الغالب الدساتير القديمة سليمة ، لكنها علفت أجزاء كبيرة منها أو استبدلتها بأحكام أخرى ، بينما في الدول الاشتراكية فقد ظهرت دساتير جديدة تشبه دساتير الدول الدستورية التقليدية . ومع ذلك ، وفقاً للشروط الموضحة ، لم تتمكن هذه الدساتير من تلبية المهام الأساسية للنموذج الدستوري رفيع المستوى<sup>54</sup>. وبما أن القانون لم يتمتع بذاتية التنفيذ ، لكنه ونظراً لعامل الحرية المانحة للشرعية ، تمتع فقط بدور الأداة ، لذلك لم ترتبط عملية تحديد السلطات بالدساتير . وفي حالة احتواء الدساتير على نصوص تقضى بتقييد السلطة ، فإنها لم تمنح الأولوية . وبالقدر الذي تناولوا فيه موضوع الفصل بين السلطات ، تم تفويض ذلك عن طريق الأحزاب الوحيدة التي تمتعت بسلطات التدخل الواضح في جهاز الدولة . وبهذه الطريقة ، نتج عن الدعوة لتبني مبدأ الاعتماد على الحقيقة استبدال جديد كان أكثر تطرفاً من الحكم المطلق الملكي بين القرنين السادس عشر والتاسع عشر .

### 64 فتح باب للدستور للقضايا الاجتماعية

كان رد الفعل الثالث هو فتح باب الدستور للمحتوى الاجتماعي . قبل حدوث ذلك ، كان هناك تشريع اجتماعي واسع النطاق خارج الدستور ، لا سيما في ألمانيا ، بلغت ذروته بإدخال مبدأ التأمين الاجتماعي . على الرغم من أنه شكل انفصلاً عن النموذج الاجتماعي<sup>55</sup> الليبرالي والذي كان شرطاً هاماً لنشأة الدستور ، إلا أنه لم يخلق أي عقبات أمامه من داخل الدستور . ولم يكمن السبب في ذلك فقط في عدم وجود قائمة بالحقوق الأساسية في دستور الرايخ في عام 1871 . أيضاً شكل موضوع فهم الحقوق الأساسية تحت حكم القيصرة عدم السماح بالمطالبة بالحقوق الأساسية لأنه لم يكن لأحد الحق في طرح ذلك أمام المشرع<sup>56</sup>. وبخلاف ذلك ، لم تكن هناك مؤسسة يمكن أن تضع الهيئة التشريعية في حدودها فيما يتعلق بالحقوق الأساسية . ومن الأهمية بمكان أن التشريع الاجتماعي أصبح مشكلة دستورية فقط في الدولة التي ضمنت منذ البداية أن تكون الأولوية دائماً للدستور عن طريق ترسيخ مبدأ " المراجعة القضائية " ، أي في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>57</sup>.

### 65 الحقوق الأساسية الاجتماعية

قبل أن يكون هناك حل عن طريق التفسير الدستوري ، وجدت فكرة دولة الرفاهية في أوروبا طريقها بالفعل إلى النص الدستوري<sup>58</sup>. ففي دستور فايمار لعام 1919 ، ( وهو الدستور الصادر في مدينة فايمار الألمانية بعد الحرب العالمية الأولى ) ، تم دمج مبدأ الشرعية الجديد القاضي بسيادة الشعب مع تأكيد جديد أيضاً على المحتوى الاجتماعي . وعلى الرغم من أن برلمان فايمار احتفظ بسجل للحقوق الكلاسيكية في الحرية والمساواة كما ظهر في الثورات السابقة ، إلا أنه أضاف عددًا لا يستهان به من الحقوق الاجتماعية الأساسية والحرية الاقتصادية الخاضعة لمبدأ العدالة الاجتماعية . ولكن نظرًا لأن منظري القانون الدستوري استمروا في التمسك بحرمان المواطنين من مطالبة المشرع بضمان شرعية الحقوق الأساسية لهم<sup>59</sup> ، فقد تقلصت أهميتها إلى حد أن مفاهيم الحقوق الأساسية في مجال الإدارة تطلبت أساساً قانونيًا . في ظل هذه الظروف جميعاً ، فقدت الحقوق الاجتماعية الأساسية ، والتي كانت تستند كلها إلى الوسائل القانونية ، سلطتها المعيارية بالكامل . وتم النظر إليها فقط كنصوص لبرنامج سياسي .

<sup>54</sup> Giuseppe de Vergouini, *Diritto costituzionale comparato*, Padua 1987, S.576ff., 71ff. Heinrich Herrfahrdt, *Die Verfassungsgesetze des nationalsozialistischen Staates dem Text der Weimarer Verfassung gegenübergestellt*, 1935; Ernst Rudolf Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reichs*, 1939; Uwe Bachnick, *Die Verfassungsvorstellungen im nationalsozialistischen Deutschen Reich und ihre Verwirklichung*, 1995.

<sup>55</sup> Michael Stolleis, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, in: ders., *Konstitution und Intervention*, 2001, S.253.

<sup>56</sup> Dieter Grimm, *Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts*, in: ders., *Recht und Staat* (N27), S. 333ff.

<sup>57</sup> Currie (N28), S. 136ff. und 208ff.: Cass Sunstein, *Constitutionalism after the New Deal*, in: *Harvard Law Review* 101 (1987/88), S.421 .

<sup>58</sup> Dieter Grimm, *Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat*, in: ders., *Recht und Staat* (N27), S. 153ff.

<sup>59</sup> Christoph Gusy, *Die Grundrechte in der Weimarer Republik*, in: *ZNR* 1993, S.163.

أزال القانون الأساسي (الدستور الألماني) الأساس من هذا التفسير في المادة 1 ، الفقرة 3 ، لكنه تخلى عن الحقوق الاجتماعية الأساسية واستبدله بالالتزام بدولة الرفاهية التي لم يتم تحديدها . ومع ذلك ، تعتمد المحكمة الدستورية الفيدرالية (الألمانية) على ذلك كأساس لفهم مفيد اجتماعيًا للحقوق الأساسية الليبرالية<sup>60</sup>. استنادًا إلى افتراض أن الحرية الفردية المتساوية هي هدف الحقوق الأساسية ، فإن الحد من سلطة الدولة ليس سوى وسيلة ، فهي تتوج الآن بمفهوم واجب الحماية الذي تتحمله الدولة ضد كل التهديدات للحريات التي تضمنها الحقوق الأساسية ، والتي لا تأتي من الدولة ، بل من الإجراءات التي يقوم بها طرف ثالث أو من التطورات الاجتماعية . إن واجبات الحماية المستمدة من الحريات الكلاسيكية ، مثل المبدأ المماثل لها الذي يتجلى في شكل حقوق أساسية بزغت عقب فترة ازدهار الفكر الليبرالي المتعلق بالحقوق الأساسية أو أهداف الدولة ، هي محاولة لتهيئة الدستور لاستيعاب مشاكل لم تكن قد طرأت بعد عند وضع الدستور أو تنجم عنه فيما بعد من داخل نصوص الدستور نفسه<sup>61</sup>.

### 67 التحول نحو التدخل للوقاية

تصبح أهمية ارتباط هذا الدستور بالظروف المتغيرة واضحة بشكل خاص عندما يأخذ المرء في الاعتبار أنه ، على الأقل في البلدان المتقدمة اقتصاديًا ، لم تعد المسألة الاجتماعية في القرن التاسع عشر تمثل التحدي الأكبر للفكرة الدستورية . وبدلاً من ذلك ، برزت الحاجة إلى الأمن إلى الواجهة ، والتي تحددها بشكل خاص الأخطار التي يشكلها التقدم العلمي والتكنولوجي واستخدامه التجاري . هذا هو المكان الذي يجد فيه التزام الدولة بالحماية الآن أكبر مجال للتطبيق<sup>62</sup>.

من المتوقع أن تتخذ الدولة احتياطات عامة للمخاطر تتجاوز مهام أمن الدولة التقليدية ، والتي لم تشكل الليبرالية في أهميتها . وهنا ترد الدولة على هذا بالجوء إلى التدخل بغرض الحماية ، وهو الأمر الذي يبقى مرتبطاً بالمصالح القانونية المعترف بها ، ولكن يلزم حمايتها من أي تعرض وشيك لخطر الانتهاك<sup>63</sup>.

### 68 التكاليف الناجمة عن القانون الدستوري

ومع ذلك ، فإن تهيئة الدستور لاستيعاب شروط التحقيق المتغيرة للحرية الفردية لا تمر بدون أن تؤثر فعلياً على قوته المعيارية . وهنا سوف يدفع الثمن حدود التأثير من ناحية وتمثل درجة التأثير الناحية الأخرى . أن التزامات حماية الحقوق الأساسية تلقى على عاتق الدولة واجب التدخل لصالح الحرية . وبموجب هذا التعريف ، يستهدف هذا الإجراء التهديدات التي يمكن أن تمارس ضد الحرية والتي لا تأتي من الدولة نفسها ، ولكن من المجتمع ، وبالتالي ، كقاعدة عامة ، هي نتيجة للأنشطة التي تحميها الحقوق الأساسية . هذا هو السبب في أن واجبات الحماية لصالح بعض الحقوق الأساسية يتم الوفاء بها عادة عن طريق تقييد الحقوق الأساسية الأخرى . وهذا يزيد من عدد انتهاكات الحقوق الأساسية إلى حد كبير ، ولأنها متجذرة في تضارب الحقوق المتساوية ، فإن الحل الوحيد المتاح هنا هو الموازنة بينهم في ضوء الظروف المرتبطة بها ، وهو الأمر الذي يكون مرتبطاً في الغالب بفقدان درجة من اليقين

### 69 القانون كنقطة فاصلة

وبطبيعة الحال فإن الحق الأساسي في الحماية ليس فقط محدود التأثير . إنه يحد أيضاً من حرية الدولة في عدم القيام بأي شيء ، أي في موقف السلبية . ومع ذلك ، هذا لا يعفى القانون من الأجابة على مسألة كيف يمكن تنظيم زيادة نشاط الدولة بما يتماشى مع الدستور . كان الجواب على ذلك هو توسيع التحفظات القانونية ، من ناحية ، من خلال توسيع مفهوم التدخل الذي يتحكم في مسألة التحفظات القانونية ، ومن ناحية أخرى بتوسيع نطاقه ليشمل جميع

<sup>60</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie (N24), S. 115; Konrad Hesse, Bedeutung der Grundrechte, in: HdbVerfR, S.139ff.

<sup>61</sup> Dieter Grimm, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, in: ders., Zukunft der Verfassung (N2), S.221; Johannes Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992.

<sup>62</sup> Rudolf Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998; Georg Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987.

<sup>63</sup> Dieter Grimm, Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, in: ders., Zukunft der Verfassung (N2), S.197; Erhard Denniger, Der Präventionsstaat, in: KJ 1988, S.1.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

القرارات الأساسية ، وكذلك الأمر في مجال عدم التدخل ، أى السلبية . وهذا يعبر عن الدور المركزي للقانون الذي يلعبه البرلمان لتفعيل النظام الدستوري<sup>64</sup> . وتعتمد الديمقراطية وسيادة القانون على هذا الأمر . إن التحفظات القانونية من شأنها أن تجعل برنامج عمل الدولة هو نتاج عملية ديمقراطية لتشكيل الرأي واتخاذ القرارات . أن مبدأ شرعية القرارات التي تصدرها السلطات الإدارية تعمل على خضوع السلطة التنفيذية للأرادة الديمقراطية ويجعل سلوك الدولة معروفا مسبقا بالنسبة للمواطنين . وأخيرا ، يمكن القانون من تصحيح الأخطاء غير القانونية التي يمكن أن تحدث .

### 70 تناقص قوة التنفيذ للقانون

ومع ذلك ، فإن مهام دولة الرفاهية هي من الناحية القانونية أقل بكثير من مهام السيطرة على المسائل التنظيمية . وهذا لا ينطبق على المزايا الاجتماعية المرتبطة بالمتطلبات المحددة والقابلة للقياس الكمي ، ولكنه ينطبق على وضع المهام الملقاة على عاتق الحكومة . والسبب في ذلك يعود إلى أن الحفاظ على النظام أو استعادته ، لا يكون ذلك بطبيعة الأمر بأثر رجعي ولكن بنظرة مستقبلية لا تؤثر فقط على ما يمكن أن يحدث من خرق للنظام ، بل أيضا تولد قلقا واسعا حول استغلال موارد الدولة والأعتماد عليها ، ولكن تشمل أيضا عوامل عديدة لا سيطرة للدولة عليها أو تكون سيطرة الدولة عليها محدودة . ولذلك يجب أن تركز القوانين التي تحكم هذه الأنشطة على وضع هدف لإدارة الدولة ، بالإضافة إلى تسمية الجوانب التي ينبغي مراعاتها أو عدم مراعاتها عند تحقيق هذا الهدف ، وعلاوة على ذلك تحديد الوسائل الزامية للتنفيذ أو محظورة الاستخدام في هذا المجال<sup>65</sup> .

### 71 ضعف تطبيق القانون أمام الوقاية

يتضح ضعف تطبيق القانون بشكل خاص في النشاط الوقائي للدولة . نظرا لأن مصادر الضرر المحتملة أكثر عدداً وتتنوعاً وغموضاً من الضرر الفعلي ، فإن الدولة التي تطمح إلى تبنى عامل الوقاية تسعى إلى تطوير الحاجة إلى المعلومات . هذا يؤدي ، على النقيض من موضوع تحرى كشف ملامسات جريمة ما وقعت أو الحيلولة دون حدوث خطر محقق قادم ، إلى عدم التركيز فقط في واقعة الجريمة أو الحدث الضار .

الشيء الوحيد الذي يمكن تحديده هو أدراك ما هي المخاطر التي تعتبر جسيمة لدرجة أنها تبرر مراقبة الدولة لها وجمع المعلومات عنها ، حتى لو كان من شأن ذلك التأثير إلى حد كبير على أشخاص لا ناقة لهم ولا جمل في هذا الأمر برمته .

وفي مثل هذا الوضع المذكور يتم توجيه نشاط الدولة مسبقا ويتم توسعته مكانياً وفصله عن عامل الشبهات التي تبرر القيام بمثل ذلك النشاط . أن الرقابة القانونية على مثل هذا النشاط الغامض يستحيل القيام بها من الناحية الواقعية . ويكون لدى القانون فرصة التطبيق فقط عقب استخدام المعلومات التي تم الحصول عليها من قبل .

### 72 إضعاف دولة القانون

يجب ألا يندفع المرء بالنشاط التشريعي المضطرب في البرلمان . حيث لا يقتصر الأمر على أن معظم مسودات القوانين التي تقدم له تأتي من السلطة التنفيذية ، ولكن النصوص المعتمدة في كثير من الأحيان لا يكون لها سيطرة تذكر على السلطة الإدارية . وعلى الرغم من أن المبدأ الدستوري لشرعية الإدارة يستمر في التطبيق دون قيود ، إلا أن المحتوى الملزم للقوانين يصبح ضيقاً . وبالتالي يصبح الهيكل الجميل لدولة القانون هشاً<sup>66</sup> .

وبقدر غياب التحكم القانوني في أعمال السلطة الإدارية ، بقدر ما تضطر هي إلى السيطرة على نفسها بنفسها ، ولكن عدم الألتزام بالمواد القانونية يجعل من الصعب على السلطة التشريعية التيقن مما إذا كانت الإدارة قد امتثلت للقانون أم لا . وقد وقعت الحقوق الأساسية أيضا في هذه الثغرة حيث طالبت بتعويض فقدان قوى الربط المادية

<sup>64</sup> Dieter Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: ders., Zukunft der Verfassung (N2), S.159.

<sup>65</sup> Niklas Luhmann, „Zweckbegriff und Systemrationalität“, 1973, S.257ff.

<sup>66</sup> Helge Rossen, Vollzug und Verhandlung, 1999; Horst Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991; Rainer Pitschas, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990; Dieter Grimm (Hg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990.

بإجراءات قانونية معينة . ومع ذلك سيكون من الخطأ توقع أن يكون القانون الإجرائي بديلاً كاملاً عن القانون المادى<sup>67</sup>.

### 3 . الدستور فى كنف دولة الأحزاب المتعاونة

#### 73 الأحزاب كوسيط بين الدولة والمجتمع

يتعلق الالتزام القانوني للدستور بسلطة الدولة . أما الأفراد الخاضعون لهذا الألتزام فهم ليسوا طرفاً فى ذلك ، فهم فقط المستفيدون من هذه التشريعات القانونية . وفى هذا الصدد يرسم الدستور الحدود الفاصلة بين الأمور العامة التى ترتبط بالدولة والأمور الخاصة المتعلقة بالمواطنين . وعندما لا تلتزم جهات معينة أو أشكال عمل معينة بذلك الأمر ، يطرح هذا الأمر مشاكل للدستور . وتجلى هذا فى الأحزاب السياسية<sup>68</sup> . وعلى عكس أجهزة الدولة ، فهى ليست من نتائج الدستور ، ولكنها جمعيات اجتماعية حرة تهدف إلى أن تكون فعالة فى أمور الدولة . على الرغم من أنه لم يتم أخذهم فى الاعتبار عند وضع الدستور ، إلا أنها نشأت كنتيجة ضرورية للقرارات الدستورية الأساسية ، وقبل كل شيء لترسيخ مبدأ التعددية للصالح العام ، وهو المبدأ المتجذر فى حماية الحرية الفردية ومشاركة المجتمع فى تشكيل إرادة الدولة من خلال انتخاب هيئة تمثيلية له من الشعب . وهذا هو السبب فى أن الأحزاب السياسية ، حتى عندما تقتصر على الاعتراف الدستوري ، لا يمكن اعتبارها غير شرعية .

#### 74 تداعيات التأثير على مؤسسات القانون الدستوري

بقدر ما يقل اعتماد الأحزاب على الاعتراف بهم بموجب القانون الدستوري ، بقدر ما يتزايد تأثير وجودهم ذاته على الدستور . ورغم أن الدستور سابق على تأسيس الأحزاب ، إلا أن المؤسسات والأجهزة والإجراءات الدستورية قد طرأ عليها التغيير مع ظهور الأحزاب ، دون ملاحظة ذلك فى متون النصوص الدستورية دائماً . والسبب فى ذلك هو أن عملهم لا يتوقف عند الاستعداد للانتخابات فى المجال الاجتماعي . بل وبالأحرى فهم يسيطرون على العمليات السياسية حتى بعد الانتخابات . ولا ينبغي فهم ذلك على أنهم يحلون محل الأجهزة والإجراءات الدستورية المنصوص عليها فى الدستور . ولكن الذى يحدث هو قيام الأحزاب بوضع الأشخاص المنتمين لهم فى أدارات هذه الأجهزة وتطويع الإجراءات بالمحتوى المناسب لهم . ومن الناحية الشكلية تسير العملية السياسية وفق الخطوط المنصوص عليها فى القانون الدستوري ولكن تتحول من الناحية المادية إلى عمليات خاضعة لفكر للحزب الحاكم .

#### 75 تغير الفعالية البرلمانية

قد تم تحليل هذا الموضوع كثيراً فى ضوء التغيير الذى طرأ على الفعالية البرلمانية<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Karl-Heinz Ladeur, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000; ders., Postmoderne Rechtstheorie, 1995; Oliver Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999; Helmut Wilke, Ironie des Staates, 1992.

<sup>68</sup> Dieter Grimm, Die politischen Parteien, in: HdbVerfR, S.599.

<sup>69</sup> Karl Schmitt, Die geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 1923; Gerhard Leibholz, Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems, 1929; Niklas Luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981, S.42ff.; Helmut Schulze-Fielitz, Der informale Verfassungsstaat, 1984; Michael Kloepfer, Zur Veränderung von Verfassungsinstitutionen durch politische Parteien, in: ders. (Hg.), Das parlamentarische



## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

ونلاحظ اليوم أن الانتخابات ليست موجهة نحو الناس بقدر ما هي موجهة نحو الأحزاب ، التي يعتمد عليها النواب أكثر فأكثر حيث أصبحت الممارسة السياسية أكثر احترافية . ففي برلمان منظم سياسيا على أساس حزبي ، تتباعد وجهات النظر في المداولات وأخذ القرارات ، والتي كانت تطمح في الأساس على تحقيق الوحدة . وتحدد الأحزاب موافقها مسبقا من القضايا التي يتم عرضها للمناقشة في ساحة البرلمان ولا تخضع القرارات هنا للقناعة الفردية ولكن يتم بموجبها عرض وجهات النظر المختلفة للأحزاب على الجمهور . ولذلك يمكن أن نرى مقاعد البرلمان خالية من النواب عند ألقاء بعض النواب لكلمتهم أمام البرلمان ، لأن ذلك لن يؤثر في قليل أو كثير على نتيجة القرار . وبالطبع يتمتع النواب بالحرية الدستورية ، لكن القيود البرلمانية الفعالة من الناحية الواقعية تقيهم على خط الحزب المنتم إليه . ومن غير المتوقع المطالبة برقابة البرلمان على سلوك الدولة في هذه الحالة إلا من أحزاب المعارضة .

### 76 تقليل القيود على مبدأ فصل السلطات

يؤثر هذا أيضًا على موضوع الفصل بين السلطات باعتباره عامل التقليل الدستوري المركزي لآلية منع إساءة استخدام السلطة . ونظرًا لأن مبدأ الشرعية الديمقراطية يتطلب أن تنسب جميع السلطات العامة بشكل مباشر أو غير مباشر إلى الانتخابات ، لكن يتم إجراء الانتخابات بين الأحزاب وتكون الهيئات المنتخبة مؤلفة من ممثلي الأحزاب بصورة شرعية ، فإن الأحزاب في النهاية هي التي تحدد اختيار الموظفين لشغل المناصب في الدولة أو المنطقة التي تسيطر عليها الدولة . وبالتالي فهي كهيكل لأمداد جهاز الدولة بالكوادر اللازمة ، فهي تسبق ذلك وتعيد ترتيب هيكلها الداخلي قبل ذلك . وتتمتع الأحزاب السياسية دائما من خضم القوى السياسية المنقسمة على نفسها . ومع ذلك ، حتى لو كان هذا يتعارض مع النية الأصلية للوحدة ، فلا يمكن اعتبار ذلك ببساطة خطأ . بدلاً من ذلك ، وبسبب وظيفة الوساطة والتي لا غنى عنها ديمقراطياً ، لا يمكن للأطراف أن تلتزم فقط بالحدود الفاصلة بين الدولة والمجتمع ، حيث أن ذلك يعني أبتعادهم ، وإلى حد ما ، عن الدستور وهو الذي وضع أساسا على مبدأ هذا التمييز .

### 77 الفاعلية غير المباشرة للدستور

لا يمكن أن نستنتج من هذا أن الدستور فشل أمام الأحزاب السياسية الفعالة بطرق غير مباشرة . ومع ذلك ، في كثير من الحالات ، لا يمكنها تأكيد حقها في وضع الشروط والحدود التنظيمية سوى بشكل غير مباشر أو بالتخلي عن بعض المطالب . إن ضمان حرية النائب في البرلمان لا يحول دون حدوث ضغط من مجموعة برلمانية ، لكنه يؤمن موقعا غير متاح مؤقتا للأعضاء الذين لا يريدون الامتثال لمجموعة ما ، مما يخلق الظروف للتعددية والمناقشة داخل الحزب . ولا يمكن أيضا فصل تكوين ارادة ما داخل الأحزاب فصلا تماما عن الإجراءات الدستورية المقررة . نظرًا لأن النتيجة يجب أن تخضع للإجراء البرلماني حتى تصبح ملزمة بشكل عام ، تبقى مداولات الأحزاب مرتبطة بالأجراءات المقررة طبقا لنصوص الدستور . ولا يمكن إجراء المداولات الحزبية دون الأخذ في الاعتبار انتقادات المعارضة وردود الفعل الشعبية . يجب على الأحزاب توقع ذلك حتى يكون المعارضون والجمهور حاضرين تقريبا ، أي أخذهم في الحسبان . أن حقوق الأقليات التي وضعت مؤخرا في الدستور عوضت على الأقل ولو جزئيا عن عدم وجود استعداد للرقابة من قبل الأغلبية .

### 78 حماية الوظائف الرسمية

نظرًا لأن الدستور لا يمكن أن يمنع فصل السلطات على مستوى الأفراد ، فإن خط الدفاع ينتقل إلى المستوى الوظيفي . هناك ، يمكن استخدام الوسائل الدستورية لخلق الظروف الإطارية التي تساعد على ضمان أنه بغض النظر عن هيمنة الحزب عند اختيار الموظفين ، لا يضع الموظفون المختارون بهذه الطريقة ولاء الحزب في سلوكهم فوق المنطق الواقعي للمهام الوظيفية التي يؤديونها . يقوم الدستور بهذه المهمة في المقام الأول من خلال حماية الخدمة

Regierungssystem auf dem Prüfstand; Karl August Bettermann, 1984, S.64; Dieter Grimm, Bedingungen demokratischer Rechtsetzung, in: Lutz Wingert/ Klaus Günther (Hg.), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit; Jürgen Habermas, 2001, S.489.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

المدنية ، والالتزام القانوني للإدارة واستقلال القضاء . وهي تجعل من غير القانوني استخدام سيطرة الأحزاب السياسية على أصحاب المناصب العامة واستخدام سلاسل التوجيهات الحكومية لأغراض حزبية<sup>70</sup>.

وبهذه الطريقة ، يمنح الدستور أولئك الذين يتصرفون بطريقة وظيفية طبقاً للقانون والذين يرغبون في عدم الأنصياح لأية ضغوط من أي نوع مركزاً قوياً من الناحية القانونية . وهكذا يصبح الحفاظ على المسافة التي تفصل النائب عن الأحزاب السياسية لا تعتمد على أنجاز أخلاقي معين للفرد ، ولكن تتمتع بالضمان في داخل النظام الدستوري نفسه .

### 79 التعاون بين الأمور العامة والخاصة

إن الحدود الدستورية التي تفصل بين القطاع العام والقطاع الخاص تنقوض أكثر بسبب حقيقة أن الدولة تعتمد بشكل متزايد على تعاون الأفراد من أجل الوفاء بمهام تحقيق دولة الرفاهية .

أن تشكيل النظام والحفاظ على المستقبل لا يتفق إلى حد كبير مع الوسائل التي تستخدمها الدولة والمتعلقة بأصدار الأوامر والأجبار على القيام بأمر معينة . وفي بعض الحالات يكون من المستحيل تنفيذ الأوامر الملزمة ، لأن موضوعات التنظيم يمكن أن تتحرر من هذه القيود . ولا يمكن إصدار الأوامر إلى نتائج البحوث والطفرات الاقتصادية والتغييرات العقلية . وفي بعض الحالات لا يسمح بذلك من الناحية القانونية<sup>71</sup> لأن الحقوق الأساسية تحمي حرية الجهات الفاعلة في المجتمع في اتخاذ قراراتها المستقلة . كما أن الدستور لا يغطي أمور الحاجة للاستثمار أو ضرورة تشغيل العمال والموظفين أو قلة الاستهلاك . في بعض الحالات يكون ذلك ممكناً وجائزاً ، لكن ليس مناسباً لأن الدولة تفتقر إلى المعلومات اللازمة لصياغة برامج فعالة للتنفيذ الحتمي أو لأن تكاليف تنفيذ القانون الإلزامي تكون مرتفعة للغاية .

### 80 الارتباط بتنفيذ القطاع الخاص لأوامر الدولة

تستخدم الدولة بالتالي زمناً طويلاً وسائل غير مباشرة من الحوافز والتشجيعات الرادعة ، و معظمها ذات طبيعة مالية ، والتي تهدف إلى تشجيع المراتن المقصود على أن يأخذ طواعية في الاعتبار متطلبات الرفاه العام التي تسعى الدولة إلى تحقيقها . وهنا تتخلى الدولة تترك بالتالي عن سلطتها الحاكمة وتقف على مستوى واحد مع الجهات الفاعلة الخاصة . وبنفس القدر ، يكون تحقيق الأهداف العامة معتمداً على استعداد القطاع الخاص لتلبية مطالب الدولة . وهذا يمنح الجهات الفاعلة الخاصة حق النقض (الفيتو) تجاه الدولة ، مما يزيد بشكل كبير من فرصها في تأكيد مصالحها الخاصة ضد مصالح الصالح العام . ولكن كقاعدة عامة ، لا يظهر موقف النقض في الرفض الصريح ، ولكن في الرغبة في التعاون ، وهو الأمر الذي يتعين على الدولة تقديم مكافأة ما له عند وضع برنامج الحكم .

### 81 الدولة المتحالفة

استجابت الدولة للوضع الجديد من خلال إقامة أنظمة تفاوضية يتم فيها تنسيق المصالح العامة والخاصة . في بعض الحالات يعقب اتخاذ القرار المتعلق بمتطلبات الدولة لتحقيق دولة الرفاهية مفاوضات مع الذين يضعون المشاكل في طريق تنفيذ هذا الهدف بغرض تحقيق الهدف بدون زيادة كبيرة في الحاجة إلى توفر النقود أو التوصل إلى أجماع كبير حول ذلك . في بعض الأحيان يقتصر دور الدولة على تحديد المشكلة التي تحتاج إلى حل لتحقيق المصلحة العامة ، ولكنها تترك الحل للمفاوضات بين الأطراف . هذه المفاوضات تؤدي إما إلى اتفاقات حول المحتوى القانوني بين الجهات الفاعلة الحكومية والخاصة أو إلى التنازل عن اللوائح من قبل الدولة مقابل الحصول على وعود من جانب القطاع الخاص بالموافقة على اتجاهات الدولة لتحقيق دولة الرفاهية<sup>72</sup> . هنا يقتصر دور القانون

<sup>70</sup> Dieter Grimm, Politische Parteien, in: HdbVerfR, S.636ff.; ders., Nach der Spendenaffäre: Die Aussichten, den Parteienstaat rechtlich einzugrenzen, in: ders., Die Verfassung und die Politik (N39), S.158; Luhmann, Die Politik der Gesellschaft (N3), S.253ff.; ders., Das Recht der Gesellschaft (N21), S.468ff., mit der Betonung, dass zwischen Politik einerseits, Verwaltung und Justiz andererseits die entscheidende Gewaltenteilungslinie verläuft.

<sup>71</sup> Dieter Grimm, Verbände, in: HdbVerfR, S.657.

<sup>72</sup> Tobias Köpp, Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2001; Arthur Benz, Kooperative Verwaltung, 1994; Andreas Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, 1999; Rossen (N66); Dieter Grimm, Das Grundgesetz nach 50 Jahren, in: ders., Die

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

على التهديد ويكون الغرض من ذلك هو زيادة الاستعداد لمنح تنازلات إيجابية . وتكمن الميزة التي سيجنيها القطاع الخاص هنا في اعتدال الشروط القانونية ، أما الجانب الآخر ، أى القطاع العام ، فيحصل على معلومات متعلقة بالحكم أو يوفر تكاليف التنفيذ .

### 82 مشاركة القطاع الخاص في السلطة العامة

على الرغم من أن الاتفاقات من هذا النوع تبقى غير رسمية ، إلا أنها لا يمكن أن تحقق التأثير المطلوب إلا إذا شعر الجانبان بضرورة الالتزام بها . وبسبب نوعية هذه الاتفاقات تندرج تحت أطار التعاون وليس التأثير . وهنا تضيع إجراءات عقلانية ذات أهمية كبرى والتي نص عليها الدستور بغرض منح الحكم الشرعية القانونية<sup>73</sup> . فمن ناحية ، يوجد الآن أفراد عاديون لا يتقيدون بوضعهم العام في المجتمع بصفتهم كمواطنين أو كناخبين أو كمشاركين في تشكيل الخطاب السياسى العام أو حتى كممثلين لمصالحهم ، ولكنهم الآن يشاركون في تشكيل الدولة نفسها دون الانخراط في السياق الديمقراطي للشرعية والمسؤولية ، وهو الأمر الذى ينطبق على كل سلطة عامة . ومن ناحية أخرى ، يتم تخفيض قيمة هيئات وإجراءات صنع القرار المنصوص عليها في القانون الدستوري بنفس القدر الذي تهبط فيه الدولة إلى أنظمة التفاوض .

### 83 أضعاف البرلمان

وتقع التأثيرات الرئيسية هنا على الهيئة التشريعية المركزية ، أى البرلمان . لا يشارك البرلمان في المفاوضات ، لأنها تقع على عاتق الحكومة كممثلة للدولة . وإذا تمخضت المفاوضات عن مشروع قانون ، فلن يصبح هذا فعلاً من الناحية القانونية إلا من خلال قرار برلماني بالموافقة عليه . ومع ذلك ، فإن البرلمان يكون هنا في وضع التصديق فقط وهو الوضع المماثل لحالة التصديق على المعاهدات الدولية . فالبرلمان يمكنه قبول أو رفض نتيجة التفاوض فقط ، وليس له الحق في تعديلها . وعلى النقيض من عقود القانون الدولي ، فإن القيود الواقعة عليه هنا هي واقعية وليست قانونية . ومع ذلك ، لا تبدو هذه القيود هنا أقل صرامة ، لأن أي تدخل بغرض التغيير قد يعرض النتيجة الإجمالية للخطر . وفي حالة احتواء الاتفاق على بند يسمح بالتنازل عن وضع تنظيم قانونى معين ، فلا يتدخل البرلمان فى هذا الأمر . ولكن تنازل الحكومة عن وضع لوائح تنفيذية معينة لا يمكن أن يمنعها من أخذ المبادرة التشريعية بطلب منها . ولكن إذا نجحت ، فسوف يتعين على الأغلبية التنصل من الحكومة التي دعمتها ، وهو أمر يصعب توقعه .

### 84 تقليل الشفافية والمشاركة

وفى حالة سقوط البرلمان ، فإن المزايا التي تنطوي عليها المرحلة البرلمانية من العملية التشريعية تسقط أيضا . هذا هو قبل كل شيء دور النقاش العام ، حيث يجب تبرير ضرورة المشروع وغرضه ووسائله وانتقاده . وهذا يمكن الجمهور أيضاً من اتخاذ موقف والتأثير على العملية . هذا مهم بشكل خاص لتلك المجموعات التي لم يطلب أحد رأيها في المرحلة التحضيرية من قبل . من ناحية أخرى ، إذا أسفرت المفاوضات عن مشروع قانون فيلزم خضوعه للإجراء البرلماني ، فيمكن أن يجرى هنا للنقاش البرلماني . لكنه يفتقر إلى القوة لربط الخطاب الاجتماعي مع توجه الدولة . ولأن نتيجة المفاوضات تكون محددة سلفاً ، فهي لم تعد تفتح منتدى يتيح للجمهور تسجيل مصالحه التي لم تؤخذ في الحسبان أو لتأكيد آرائه .

### 85 التكاليف الديمقراطية وتكاليف دولة القانون

تستمر نقاط الضعف هذه فى داخل محتوى القانون أو فى الأساس غير الرسمي له ، أى الالتزامات الطوعية للجهات الفاعلة الخاصة . وكقاعدة عامة ، لن يحقق ذلك مستوى الاعتراف العام الذي يؤسس الشرعية . أن المفاوضات لا تجرى مع كل الأطراف المعنية ، ولكن فقط مع أصحاب حق النقض . وهنا يتم منح مصالحهم فرصة أكبر لأخذها

Verfassung und die Politik (N39), S.295 (317ff.); Lothar Michael, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002; Matthias Herdegen/Martin Morlok, in: VVDStRL 62 (2003) (im Erscheinen).

<sup>73</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozial-staatlichen Demokratie, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie (N24), S.406.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

في الاعتبار ، وهذا لا يرجع فقط إلى القوة المتراكمة التي يتمتعون بها أمام الدولة ، ولكن أيضاً إلى الإجراء الذي توفره الدولة . هذا الأمر يعطى المواقف الاجتماعية ميزات والتي كان التنظيم الدستوري فيما يتعلق بالتشريع على وشك تحييدها من جديد . وفي الوقت الذي تنداعى فيه تطبيق مبادئ عندما ينطبق مبدأ المساواة الصارمة بموجب القانون الدستوري ، تنشأ في واقع الأمر الامتيازات . وبنفس القدر يتم تقليل أهمية الانتخابات لأنها لم تعد توزع الثقل السياسي في العملية التشريعية وحدها . أخيراً ، تفشل الحماية القانونية القضائية أيضاً في حالة عدم وجود معيار لضبط الرقابة على الشؤون الإدارية .

### 86 موانع إجرائية للقانون الدستوري

على الرغم من الخسائر الديمقراطية والدستورية التي يعانها الدستور من الممارسة التفاوضية ، فيبدو أن الاحتمال ضئيل لإيقافها ، حيث أنها تتمتع بأسباب إجرائية تحصنها إلى حد كبير من الحظر الدستوري . ومن ناحية أخرى ، فإنه لو حدث ذلك فسوف يحدث فجوات عميقة في أحكام العقلانية الدستورية فيما يتعلق بسن القوانين ولا يعود السبب في ذلك إلى الافتقار إلى الاستعداد لقبول مبدأ الدستورية بقدر ما يعود إلى تنامي العقبات الإجرائية لتحقيق نموذج دستوري طموح ، وحتى لو تم إضفاء الطابع للدستور على ترتيبات التفاوض ،<sup>74</sup> فإنها لن تحرم من خصوصياتها ، والتي تتضمن بشكل أساسي الطابع غير الرسمي . بدلاً من ذلك ، يتعين على المرء أن يعتاد على حقيقة أن الدستور لا يمكنه إلا أن يفي بمطالباته المعيارية إلى درجة محدودة دون أن يبزع في الأفق تعويض عن تلك الخسائر .

### 4 الدستورية خارج نطاق الدولة

### 87 تحديد السلطة العامة وسلطة الدولة

تم إنشاء الدستور كدستور دولة . كان الهدف هو تقنين السلطة العامة ، والتي أتحدت وقت وضع الدستور وبعد ذلك بوقت طويل في سلطة واحدة وهي سلطة الدولة . كل دولة محاطة بدول أخرى ، ولكن الحدود بين الدول تجلت في انتهاء سلطة الدولة عند هذه الحدود . وقد يتغير مسار الحدود ، في الغالب نتيجة للحروب . ويتبع ذلك بطبيعة الحال تغير النطاق الإقليمي لسلطة الدولة . في الحالة القصوى ، مثل ضم إقليم ما إلى دولة ما ، تسرى سلطة الدولة التي قامت بهذا الضم على الإقليم الجديد فلا يكون هناك سوى سلطة واحدة على جميع أرجاء الدولة حيث لا يمكن تقاسم السلطة مع جهة أخرى . وفوق الدول ، لم يبق الفضا بدون تقنين واضح ويتم ذلك بموجب القانون الدولي . ولكن لم يكن هناك سلطة عامة تتخطى الحدود الوطنية يمكنها ممارسة هذا الأمر دون أخذ سلطة الدولة في الاعتبار .

### 88 تخفيض صرامة وجهة النظر في مسألة حدود الدولة

كانت عملية تعريف هوية السلطة العامة وسلطة الدولة هي الشرط المسبق لكي يتمكن الدستور من الارتقاء إلى مستوى مطالبته بالتقنين الشامل للحكم السياسي . وبهذا المعنى ، فإن الحدود بين الداخل والخارج تشكل قضية دستورية<sup>75</sup> . ولكن حتى الآن لم يتم حل هذا الموضوع . وبدلاً من ذلك ، تحافظ العلاقات بين الدول على المعنى التقليدي لها : سلطة الدولة مقصورة على أراضي الدولة ولا يمكن أن تمتد إلى إقليم دولة أخرى دون موافقة تلك الدولة . ومع ذلك ، فقد ظهرت وحدات أو منظمات سياسية تتعدى الدول ، والتي تدين بوجودها للمعاهدات الدولية ، ولكنها لم تعد تقصر تأثيرها على المجال الحكومي الدولي ، ولكن بدلاً من ذلك يكون لها تأثير على الدول ، وفي بعض الحالات تقوم بإتخاذ أفعال سيادية مع المطالبة المباشرة بالصلاحية دون حدوث اتحاد بين مختلف الدول

<sup>74</sup> Winfried Brohm, Rechtsgrundsätze für normsetzende Absprachen, in: DÖV 1992, S.1025; Herdegen/Morlok (N27).

<sup>75</sup> Udo Di Fabio, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, S.51ff.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

يفضى إلى دولة كبرى والتي يمكن أن تتخطى الحدود ولكنها مع ذلك لا تحدث أى تغيير ولو طفيف على هذه الحدود

### 89 الاتفاقيات المشتركة لدول الاتحاد الأوروبي

يعتبر الاتحاد الأوروبي هو أبرز الأمثلة فى هذا المجال . فقد نقلت الدول الأعضاء إليه عدداً من الحقوق السيادية وخاصة الحقوق التشريعية ، التي يمارسها الاتحاد على أساس نظامه القانوني الخاص به ، وتطبيق تشريعات الاتحاد الأوروبي على الدول الأعضاء ويكون لها الأسبقية على القانون الوطني ، بما في ذلك القانون الدستوري . ورغم أنه لا يمكن أن ينشأ قانون الاتحاد دون موافقة الدول الأعضاء ، والتي يلزم أن تخضع لمتطلبات دساتيرها الوطنية إلا أنه مع ذلك ، لا يتم الحفاظ على سلامة الدساتير الوطنية إلا بقدر إمكانية تطبيق مبدأ الإجماع ، لكن نطاقه انخفض بشكل مطرد . من ناحية أخرى ، يعتمد الاتحاد على الدول الأعضاء لتنفيذ القانون الذى وضعه الاتحاد وتفعيل تطبيقه . ولا توجد تدابير قسرية لتنفيذ أحكام هذا القانون . وقد توقف نقل الحقوق السيادية عند مبدأ احتكار العنف . ويمكن للاتحاد بقدر ما تسمح به سلطاته التنظيمية ، تحديد الأهداف التي تبرر استخدام العنف . ولكن تبقى أمور تنفيذ استخدام العنف والطرق الواجب مراعاتها فى هذا المجال خاضعة لمسؤولية الدول الأعضاء ذاتها<sup>76</sup> .

### 90 الانفتاح على المنظمات الدولية

حتى الآن ، لا توجد مؤسسة تقترب مما حققه الاتحاد الأوروبي في مناطق أخرى من العالم أو حتى على نطاق عالمي . لكن منظمة التجارة العالمية تساعد أيضاً على تخفيف القيود الصارمة بالنسبة لموضوع الحدود بين الداخل والخارج . وعلى الرغم من أنها لا تتمتع بقوة تشريعية خاصة بها ، لأنها مجرد منتدى لاتفاقيات تعاقدية بين الدول الأعضاء . ولذلك لا يمكنها فى هذا المجال أن تتجاوز الإطار القانوني الدولي . ومع ذلك ونظراً لآلية تسوية المنازعات التي تم إنشاؤها في عام 1995 والتي تتولى هيئات بدرجات قضائية مختلفة تشبه المحاكم الفصل فى هذه المنازعات ، فإن القانون الذي دخل هنا حيز التنفيذ من خلال المعاهدات الدولية يصبح مستقلاً عن الأطراف المتعاقدة<sup>77</sup> . أما المنظمات العالمية الأخرى ، مثل البنك الدولي وصندوق النقد الدولي ، فتفتقر إلى هذه الصلاحيات ، حيث تنجم فعاليتها قبل كل شيء عن حقيقة أنها يمكن أن تجعل منحها المساعدات المالية مربوطة بشروط محددة ، وهى شروط يمكن للبلدان المحتاجة عدم الأخذ بها من الناحية القانونية ، ولكنها فى الواقع لا تستطيع الفكاك منها<sup>78</sup> .

### 91 الأقتناع بجذوى القانون خارج إطار السياسة

ومع ذلك ، فإن هذه المؤسسات التي أنشأتها الدول تقابلها الآن معطيات قانونية جاءت من عدد من الجهات الفاعلة الخاصة النشطة على مستوى العالم ، معظمها شركات ، خارج نطاق السياسة ، ولكن أيضاً العديد من "المنظمات غير الحكومية" ، والتي بسبب نطاق عملها العالمي يمكن أن تتبع منطق نظامها الخاص بها إلى حد كبير ، دون مراعاة المعايير والالتزامات المطبقة من قبل الدول ، ومع ذلك ، لا يمكن للجهات الفاعلة فى القطاعات الاقتصادية المعولمة الاستغناء عن اللوائح القانونية تماماً . فهي تعتمد على القانون المتعدى للدول ، والذي لا يمكن لأي مشرع وطني أن يوفره . وفي ظل غياب المشرع العالمي ، وضعت الجهات الفاعلة التشريع القانوني في أيديها . أن الأسواق العالمية تضع لوائح قانونية مستقلة عن السياسة . وبهذه الطريقة ، ظهرت معطيات قانونية خارج نطاق الدول القومية والمنظمات الدولية التي تنشأ فى كنفها ، والتي لم يعد للدول والمنظمات أي نفوذ عليها<sup>79</sup> .

### 92 فقدان حق الدستور فى سريانه على كافة أرض الوطن

<sup>76</sup> Joseph H. H. Weiler, The Constitution of Europe, Cambridge, 1999, S.188ff.; Thomas de la Mare, Article 177 in Social and Political Context, in: Paul Craig/Graime de Búrca (Hg.), The Evolution of Law, Oxford 1999, S.215; Anne-Marie Slaughter/Alee Stone Sweet/J. H. H. Weiler (Hg.), The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence, Oxford 1998.

<sup>77</sup> Armin v. Bogdandy, Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation, in: KJ 2001, S.264, 425; Markus Krajewski, Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation, 2001.

<sup>78</sup> Jerzy Kranz, Entre l'influence et l'intervention: Certains aspects juridiques de l'assistance financière multilatérale, 1994; Ibrahim Shihata, The World Bank in a Changing World, Bd. I, Dordrecht 1991; Bd. II, Dordrecht 1995

<sup>79</sup> Gunther Teubner, Globale Bukowina, in: Rechtshistorisches Journal 15 (1996), S.255; ders., Global Law Without a State, 1997; Yves Dezalay/Bryant G. Garth, Dealing in Virtue, 1998; Jürgen Neyer, Legitimes Recht oberhalb des demokratischen Rechtsstaats?, in: PVS 40 (1999), S.390; Klaus Günther, Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität, in: Jürgen Habermas (N69), S.539; Boaventura de Sousa Santos, Toward a New Common Sense, 1995.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

هذه التطورات أيضا ليست موجهة مباشرة ضد الدستور . منذ البداية ، احتوى القانون الأساسي (الدستور الألماني) على بند افتتاحي في المادة 24 ، جعل حدود الدولة مفتوحة أمام القوى الأجنبية ذات السيادة . وبالنسبة إلى الاتحاد الأوروبي ، تم تححية المادة 23 الفقرة 1 في عام 1990 . ومع ذلك ، فإن الدستور ككل لم يتأثر بذلك<sup>80</sup> . فمن ناحية رغم مطالبته ببسط أحكامه على كافة التراب الوطني ، فهو يمارس السلطة جزئيا فقط وذلك في النطاق الذي يمكن اعتباره حق ممارسة الدولة لسلطة استخدام العنف . ومن ناحية أخرى ، ليس كل القانون المطبق على أراضي الدولة يأتي من مصدر قانوني وطني ينظمه الدستور . ولا يقتصر الأمر على التنافس في السيادة بين سلطات مختلفة في إقليم معين ، بل إن القانون المعمول به متعدد الأطراف أيضا دون أن يتمكن الدستور من إقامة الوحدة في النظام القانوني المتباين الذي يستمد قوته من مصادر مختلفة .

### 93 تأثير غير مباشر للعولمة

ومع ذلك ، يمكن ممارسة ضغوط على الدستور حتى في الحالات التي لا يتسبب فيها قانون خارجي . وهذا واضح بشكل خاص في البلدان التي تعتمد على المساعدات المالية من البنك الدولي أو صندوق النقد الدولي لتحقيق الاستقرار . ورغم الحظر المفروض على هاتين المنظميتين بخصوص التدخل في سياسة الدول ، إلا أنهما لا يعتبران الإصلاح القانوني والقضائي جزءا من السياسة . بدلا من ذلك ، يتم الإقراض إلى حد كبير اعتمادا على التغييرات القانونية وحتى الدستورية في البلدان المعنية<sup>81</sup> . وقد تبدو الشروط المفروضة على الدول المقترضة لها ما يبررها . ومع ذلك ، يجب ألا يخطئ المرء في أنه بنفس القدر عندما تضطر البلدان إلى قبول الشروط ، يتم تخطي متطلباتها الدستورية الخاصة بالقرارات السياسية ، ويكون الشرط هو وجود دستور جدي هناك . وبالتالي يتم شراء القوة الاقتصادية ويكون الثمن هو أضعاف الدستورية . وحتى دساتير الدول الصناعية المستقرة لا يمكنها في بعض الأحيان الهروب من ضغوط العولمة<sup>82</sup> .

### 94 ملاءمة الدساتير الوطنية

هنا يتم طرح السؤال : كيف يمكن الحفاظ على هذه الإنجازات الدستورية في مواجهة هذا التطور ؟<sup>83</sup> . على المستوى الوطني ، تبدو الاحتمالات ضئيلة . يضع نص المادة 23 ، فقرة 1 من القانون الأساسي (الدستور الألماني) شروطا لمشاركة ألمانيا في زيادة وتيرة اندماج أوروبا . إنها تتألف أساسا من حقيقة أنه يجب أيضا ضمان المبادئ الدستورية المركزية للدستور الألماني على المستوى الأوروبي . بالإضافة إلى ذلك ، يمكن للدساتير الوطنية اتخاذ الاحتياطات اللازمة لضمان التقيد بشكل مناسب بالمتطلبات الدستورية المحلية للتشريع عند تحديد موقف التفاوض المحلي في العملية التشريعية التي تتخطى الحدود الوطنية . هذا أمر مهم لأن سن القوانين التي تتجاوز الحدود الوطنية تجعلها قوانين حاكمة بشكل منظم<sup>84</sup> ، وبالتالي فهي غير مشمولة بالآليات التي تضمن الديمقراطية ، كما هو شائع في الدساتير الوطنية . وفي الدستور الألماني توفر المادة 23 ، الفقرات 2-7 ، الغطاء القانوني المطلوب فيما يتعلق بمشاركة الولايات وفي المادة 45 فيما يتعلق بمشاركة البرلمان .

### 95 الدستورية على مستوى تخطى حدود الدول

وبالطبع لا يمكن اعتبار ذلك تعويضا كاملا . لذلك ، فإن السؤال الحقيقي المطروح هنا هو ما إذا كان مكسب تحقيق الدستورية يمكن رفعه إلى المستوى فوق الوطني<sup>85</sup> . ولم يتم طرح السؤال في وقت سابق لسبب وجيه بالفعل . ففي عام 1973 كان لا يزال بإمكان السيد / ليمان أن يدعي أن الوضع الدستوري لن يتغير جذريا بدرجة مقارنته بدستور

<sup>80</sup> Udo di Fabio, Das Recht offener Staaten, 1998; ders., (N75): Stephan Hobe, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998; ders., Der kooperationsoffene Verfassungsstaat, in: Der Staat 37 (1998), S.521; Rainer Wahl, Internationalisierung des Staates, in: Joachim Bohnert (Hg.), Verfassung – Philosophie – Kirche; Alexander Hollerbach, 2001, S.193; Volkmar Gessner/Ali Cem Budak (Hg.), Emerging Legal Certainty; Anne Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S.163ff.

<sup>81</sup> Kranz (N78), S.218ff.; Ibrahim Shihata (N78); ders., The World Bank Legal Papers, Den Haag, 2000; Anne Oxford, in: Harvard International Law Journal 38 (1997), S.443; Paul Mosley/Jane Harrigan/John Toye, Aid and Power, in: Harvard Human Rights Journal 6 (1993), S.159.

<sup>82</sup> BVerfGE 92, 26

<sup>83</sup> Giovanni Biaggini, Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?, in: ZSR 119 (2000), S.445; Christian Walter, Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion, in: DVBI 2000, S.1; Antero Jyränki (Hg.), National Constitutions in the Era of Integration, Den Haag, 1999.

<sup>84</sup> Armin v. Boglandy, Gubernative Rechtsetzung, 1999.

<sup>85</sup> Haltern (N49); Robert Uerpmann, Internationales Verfassungsrecht, in: JZ 2001, S.565; David Held, Democracy and the Global Order Cambridge 1995, Stefan Gosepath/Jean-Christophe Merle, Weltrepublik, 2002.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

الدولة الدستورية البرجوازية<sup>86</sup>. في غضون ذلك ، حدث مثل هذا التغيير الحاسم ، حيث تم فصل السلطة العامة عن سلطة الدولة ، كما أن السلطة العامة تمارسها أيضًا مؤسسات غير حكومية . استجابة لهذا ، يتم فتح المزيد والمزيد من المجالات لمفهوم الدولة الدستورية . كان هناك حديث طويل عن إضفاء الطابع الدستوري على الاتحاد الأوروبي . في غضون ذلك ، يستخدم المصطلح أيضا للإشارة إلى مجموعة واسعة من المنظمات الدولية ، وخاصة منظمة التجارة العالمية . هذا وقد تم مؤخرا مناقشة دستور القانون الدولي<sup>87</sup> .

### 96 أمكانية حل دستور الدولة

وكما أظهرت الأدلة التاريخية ، فإن وضع الدستور هو شكل محدد من أشكال تقنين السلطة . وأفتراض ذلك تركيز جميع السلطات في يد الدولة واتسم بمستوى معين من الحاجة إلى التشريع<sup>88</sup> . إن الحاجة إلى التقنين تنشأ حيث توجد السلطة . هل يؤدي الدستور هذا الغرض ؟ الأجابة هنا تعتمد على إذا ما كانت الشروط متوفرة لذلك وهل يمكن تحقيق المستوى المراد الوصول إليه أم لا . وعلى وجه التحديد يبقى السؤال هو ما إذا كان الدستور ، كشكل قانوني مرتبط أصلاً بالدولة ، لدرجة أنه لا يمكن فصله عنها ، أو ما إذا كان يمكن تطبيقه أيضًا على الكيانات السياسية غير الحكومية التي تمارس السلطة العامة .

### 97 قدرة الاتحاد الأوروبي على أستيعاب الدستورية

إذا تم توجيه السؤال أولاً إلى الاتحاد الأوروبي ، فمن الواضح أنه ، رغم عدم وجود نمط الدولة الواحدة ، فإنه يوجد الآن عددًا كبيرًا من الحقوق السيادية ، التي يمارسها بالتعاون مع مختلف الأجهزة ذات التأثير المباشر في الدول الأعضاء . وهذا الأمر لا يقتصر فقط على مجال وحيد سياسيا . فبالإضافة إلى الهدف الاقتصادي للسوق المشتركة ، ظهرت قدرات شملت العديد من المجالات الأخرى . وهنا تتشابه النظم القانونية في الدول الأعضاء كثيرا مع النظام القانوني للاتحاد الأوروبي ، بحيث لم يعد بالإمكان وصفها بشكل مناسب دون مراعاة قانون الاتحاد الأوروبي . الأمر نفسه ينطبق على النظام السياسي . ليس بمقدور أي شخص أن يتجاهل المستوى الأوروبي عند وصفه للسياسة الوطنية ، لأنه لن يكون منصفًا في موضوعه . وبالتالي فإن الاتحاد الأوروبي ككيان دستوري لا يقل وزنا عن الدولة العليا في الدولة الفيدرالية .

### 98 تقنين السلطة العامة في الاتحاد الأوروبي

مع ذلك ، لم يكن هناك قط أنعدام للتشريعات القانونية التي تجيز ممارسة السلطة الرسمية . فقد تم إنشاء دول المجموعة الأوروبية على أساس قانوني ، وهو إبرام معاهدة روما من قبل الدول الست المؤسسة . ولكن لم تقف هذه المعاهدات عند حد إعلان تأسيس المجموعة الأوروبية فقط . ففي الوقت نفسه ، تم وضع أهداف المجموعة الأوروبية المزمع تحقيقها والصلاحيات المخولة لها وإنشاء الأجهزة اللازمة وفصلها عن بعضها البعض ووضع لائحة لشغل الوظائف ووضع الإجراءات اللازمة وتنظيم العلاقة بين المجموعة الأوروبية والدول الأعضاء ومواطنيها . وتُظهر هذه القائمة وحدها أن المعاهدات التي تم إبرامها في الاتحاد الأوروبي تؤدي وظائف تمارسها الدولة الدستورية في الدولة القومية ولذلك يكثر الإشارة إلى ذلك بأسم دستور الاتحاد الأوروبي<sup>89</sup> .

### 99 الفرق بين العقد والدستور

<sup>86</sup> Luhmann (N32), S.4.

<sup>87</sup> J. Weiler (N76), v.a. S.10ff.; Armin v. Bogdandy (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2002; Stefan Oeter, Europäische Integration als Konstitutionalisierungsprozess, in: ZaöRV 59 (1999), S.901; Christian Walter, Die EMRK als Konstitutionalisierungsprozess, in: ZaöRV 59 (1999), S.961; Ernst-Ulrich Petersmann, Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law, Fribourg 1991; Stefan Langer, Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsfassung, 1995; v. Bogdandy (N77); Krajewski (N77); Peter-Tobias Still, Freihandel und Verfassung, in: ZaöRV 57 (1997), S.83; Martin Nettesheim, Von der Verhandlungsdiplomatie zur internationalen Verfassungsordnung, in: Claus Dieter Klassen (Hg.), Liber amicorum Thomas Oppermann, 2001, S.381; Bardo Fassender, The United Nations Charter as Constitution of the International Community, in: Columbia Journal of Transnational Law 36 (1998), S.529; Jochen Abr. Frohsein, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: BDGVR 39 (1999), S.427; Rainer Wahl, Konstitutionalisierung - Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?, in: Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart; Winfried Brohm, 2002, S.191; Haltern (N49).

<sup>88</sup> S.o.Rn. 58.

<sup>89</sup> J. Peters (N80); Ingolf Pernice/Peter M. Huber/Gertrude Lübke-Wolff/Christoph Grabenwarter, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: VVDStRL 60 (2001), S.148, 194, 246, 290; v. Bogdandy (N87).

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

ومع ذلك ، فإن الأساس القانوني للمجموعة الأوروبية يختلف عن الدساتير التقليدية للدولة في أن الوضع القانوني لا يزال معاهدة دولية حتى يومنا هذا<sup>90</sup>. ونتيجة لذلك ، فإن السلطة العامة التي يمارسها الاتحاد الأوروبي لا تأتي من الشعب بل من الدول الأعضاء . تماما كما جاء تأسيس الاتحاد الأوروبي عن طريق القانون الدولي والتصديق اللاحق عليه في كل دولة عضو فيه ، فإن كل دولة تحتفظ أيضا بالحق في تغيير نظامها الأساسي . وبذلك فهذا الوضع لا يعبر عن السلطة الدستورية للشعب والدول الأعضاء ليست مسؤولة عن أي هيئة من هيئات الاتحاد الأوروبي التي تمثلتها . بقدر ما يتعلق الأمر بالأساس القانوني ، فإن الاتحاد الأوروبي ، على العكس من الدولة ، مصمم بشكل غير مستقل . وعند قياس ذلك بالمعايير المذكورة هنا للدساتير بالمعنى المطلوب ، والذي يختلف عن مجرد إضفاء الشرعية على أمر ما ، فينقص هنا العنصر الديمقراطي لتحقيق الدستور بالمعنى الكامل لهذا للمصطلح<sup>91</sup>.

### 100 الدستور بالمعنى الكامل – الدولة الأوروبية

بطبيعة الحال ، لن يتم منع الدول الأعضاء من التخلي عن سيادتها على النظام القانوني الأساسي للاتحاد الأوروبي من خلال معاهدة دولية جديدة ، ووضع الاتحاد الأوروبي على أسس ديمقراطية ومن ثم منح الدول الأعضاء حق تقرير المصير على نظامها القانوني الأساسي<sup>92</sup>. وأيضاً حتى لو احتفظت بموجب التغييرات الجديدة بالحق في أن يكون لها رأي ، لم يعد بإمكانها ممارسة هذا الحق من الخارج من خلال إبرام عقد ، ولكن داخلياً فقط كمؤسسة تابعة للاتحاد الأوروبي . وبذلك تكون المعاهدات قد تحولت إلى دستور بالمعنى الكامل للكلمة ، دون الحاجة إلى تعديل النصوص . ومع ذلك ، كان هذا من شأنه أن يحول الاتحاد الأوروبي إلى دولة (فيدرالية) من دون أشهر ذلك ، لأن الحدود الدقيقة التي تفصل بين الحكم الخارجي والحكم الداخلي فيما يتعلق بالنظام الأساسي هي التي تميز اتحاد الدول عن الدولة الفيدرالية .

### 101 لا وجود لكيان دستوري على مستوى العالم

ومع ذلك ، فإن الاتحاد الأوروبي الدستوري لن يكون محصناً تماماً في إعادة النظر حول مفهوم تعديل حدوده مثله في ذلك مثل الدول القومية<sup>93</sup>. وبالتالي فإن المسألة الدستورية تستمر قائمة في البعد العالمي . على هذا المستوى ، أيضاً ، بدأت عملية التقنين تترك أثراً عميقة في القانون الدولي . وتتمثل مجالات التطبيق الرئيسية هنا في العلاقات الاقتصادية وحقوق الإنسان . ولكن بنظرة عميقة للأمر لا نرى أن التقنين الدستوري العالمي يعقب التقنين الدستوري الداخلي<sup>94</sup>. وإذا تمسك المرء بالتفرقة بين التقنين والتسلسل الهرمي من ناحية والدستورية من ناحية أخرى<sup>95</sup> ، يصبح من الواضح أن الشرط الأساسي للدستور على المستوى الدولي غير متوفر : حيث لا يوجد كيان دستوري عالمي بالفعل حتى الآن . إن النظام الدولي الناشئ يذكرنا بالأحرى في ضوء تعدد مراكز الحكم فيه وكذلك المصادر القانونية بأحول ما قبل الدولة . وعملية تجميعهم معا وشرعيتهم الديمقراطية مستبعدة في الأمد القريب . ولا يمكن تحقيق مطلب الدستور بهذا الأسلوب . ولا يجب أن يدفعنا هذا إلى تقليل قيمة ما تم أحراره من تقدم في ميدان التقنين الدستوري . ومع ذلك ، فإن المسيرة المنتصرة في جميع أنحاء العالم للدستور لا يمكن أن تخفي حقيقة أنها بلغت ذروتها مع بداية تخلي الدولة عن جزء من سيادتها .

<sup>90</sup> J Peters, *Staatsverfassungen und Verträge* (N80), 1999.

<sup>91</sup> Dieter Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, 1994; der., *Ist die Zeit reif für eine europäische Verfassung*, in: ebd., S.264; Gunnar Folie Schuppert, *Zur Staatswerdung Europas: Überlegungen zu Bedingungsfaktoren und Perspektiven der europäischen Verfassungsentwicklung*, in: *StWissStPr* 1994, S.355; Larry Siedentop, *Democracy in Europe*, London 2000; Marcel Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, 1997; Joseph Weiler/Ulrich Haltern/Franz Mayer, *European Democracy and Its Critique*, in: *West European Politics*, 18/3 (1995), S.4.

<sup>92</sup> J Peters, (N80); Armin v. Bogdandy, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, 1999; Wolfram Hertel, *Supranationalität als Verfassungsprinzip*, 1999; Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Practical Reason*, Oxford 1999; Ingolf Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam*, in: *CMLRev* 36 (1999), S.427; Paul Craig, *Constitutions, Constitutionalism, and the European Union*, in: *E.L. Rev.* 7 (2001), S.125; ders., *The Nature of the Community: Integration, Democracy, and Legitimacy*, in: Craig/de Búrca (N76), S.1; Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?* (N91); Di Fabio (N75), S.62ff.; Weiler (N76), S.324ff.; Calypso Nicolaidis/Robert Howse (Hg.), *The Federal Vision*, Oxford 2001; Ulrich Haltern, *Europäischer Kulturkampf*, in: *Der Staat* 37 (1998), S.591; der., *Gestalt und Finalität*, in: v. Bogdandy (N87), S.803.

<sup>93</sup> Walter (N83), S.1.

<sup>94</sup> So Di Fabio (N75), S.68.

<sup>95</sup> S.o. Rn. 2. 8.



D. Grimm: Ursprung und Wandel der Verfassung §1

C. Bibliografie

Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 96ff.

Armin von Bogdandy, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, 1999.

Jon Elster/Rune Slagstad (Hg.), Constitutionalism and Democracy, Cambridge 1988.

Udo Di Fabio, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001.

Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 32002.

ders., Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866, 31995.

ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987.

Peter Häberle (Hg.), Verfassung, 1978.

Konrad Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, 1959.

Stephan Hobe, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Inter-dependenz, 1998.

Hasso Hofmann, Politik, Recht, Verfassung, 1986.

Werner Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945.

Niklas Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, in: Rechtshistorisches Journal 9 (1990), S. 176ff.

## Ursprung und Wandel der Verfassung (Dieter Grimm)

ders., Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems, in: Der Staat 12 (1973), S.6ff., 165ff.

Heinz Mohnhaupt/Dieter Grimm, Verfassung, 2002.

Pasquale Pasquino, Sieyès et l'invention de la constitution en France, Paris 1998.

Ulrich K. Preuß, Revolution, Fortschritt und Verfassung, 1994.

ders. (Hg.), Zum Begriff der Verfassung, 1994.

Wolfgang Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, 1999.

Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928.

Rudolf Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998.

Gerald Stourzh, Wege zur Grundrechtsdemokratie, 1989.

Gunther Teubner, Global Law Without a State, Aldershot 1997.

Rudolf Vierhaus (Hg.), Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze, 1977.

Rainer Wahl, Konstitutionalisierung - Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?, in: Carl-Eugen Eberle (Hg.), Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. FS für Winfried Brohm, 2002, S. 191.

Joseph H. H. Weiler, The Constitution of Europe, Cambridge 1999.

Gustavo Zagrebelsky u.a. (Hg.), Il Futuro della Costituzione, Turin 1996.