مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية
العدد الثالث – المجلد الثاني
مارس 2018
ISSN: 2522-3372

المجلة العربية للعلوم و نشر الأبحاث
Arab Journal of Sciences & Research Publishing
AJSRP

المرجعية الفقهية لأساليب نشأة الدساتير
(دراسة تطبيقية على دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م)

محمد حسن جماع تمساح
قسم القانون العام|| كلية القانون والشريعة || جامعة نيالا || نيالا || السودان

الملخص: يعد الدستور المكتوب الوثيقة الأساسية والميثاق الأسمى بين الحاكم والمحكوم، ومنبعه إرادة الشعب وتعبر عن مبادئه وتطلعاته في كيفية تنظيم السلطات العامة وتحديد اختصاصاتها في الدولة وهياكلها، ويتوجب ذلك الالتزام بالدستور والتقيد بأحكامه وعدم التلاعب بقواعده لما يحقق ذلك الاستقرار السياسي للدولة ونهضة شعبها. واقتضت طبيعة هذه الدراسة أن نسلك المنهج الوصفي والتحليلي والتطبيقي، للبحث عن المرجعية الفقهية لأساليب نشأة الدساتير وطريقة وضعها، وذلك في أربعة مباحث: متناولاً مفهوم الدستور وأنواعه، وأساليب نشأة الدساتير الديمقراطية وغير الديمقراطية في الفقه الدستوري التقليدي والحديث، وتطبيقاً لما سار عليه الفقه في ماهية الدستور ونشأته تناولت أهم ملامح دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م النافذ من حيث موضوعاته وأسلوب وضعه. وختمت الدراسة بالنتائج والتوصيات: وتمثلت أهم النتائج؛ في أنّ وضع الدستور بأسلوب المنحة أو العقد- غير الديمقراطي- سلب لإرادة الشعب في وضع الدستور وإضفاءٌ للقيمة القانونية للدستور. أما أهم ما أوصت بها الدراسة؛ تمثلت في ضرورة وضع الدساتير بالأسلوب الديمقراطي، إذ أنّ نفاذ الدستور بهذا الأسلوب يعني سيادة إرادة الشعب في صناعة الدساتير وتأصيلاً لمبدأ الشرعية، فضلاً عن تعبيرها عن قيم ومبادئ الشعب.

الكلمات المفتاحية: المرجعية – الفقهية – لأساليب – نشأة – الدساتير.

مقدمـة:

يقتضي وجود الدولة بأركانها ومؤسساتها سن السلطات المختصة التشريع الأساسي والعادي لتسيير شئون الدولة وضبط النظام، ويعد التشريع الأساسي الدستوري والذي تنظم قواعده شكل الدولة ونظام الحكم والسلطات العامة واختصاصاتها أهم التشريعات وتسمو على القوانين العادية خاصة في ظل الدستور المكتوب، وينعكس علو الدستور وسيادته على استقرار الدولة وتطورها ولن يتأتى ذلك إلّا بإقرار الدستور وضعه شكلاً ومضموناً بالمرجعية الفقهية التي استحدثتها الفقه الدستوري الحديث، وذلك إما بالأسلوب الجمعية التأسيسية أو الاستفتاء الشعبي وكلاهما مستندة إلى إرادة الشعب وسيادته في إقرار الدساتير في بيئة ديمقراطية حقيقية.

والناظر إلى عالمنا المعاصر يشهد ساحاتها الاقتتال والإضرابات الداخلية والداخلية لما يفقده أنظمتها الحاكمة الشرعية الدستورية بل ولا تتردد في مصادرة دور الشعوب وإرادتها كلياً أو جزئياً في صناعة الدساتير، وبالمقابل هنالك تجارب دستورية رسخت سيادة الشعوب في وضع الدساتير ونشأتها واضطلاع السلطات العامة باختصاصاتها دون التغول على حقوق وحريات الأفراد إقراراً بمبدأ سيادة حكم القانون.

وفي ذات السياق حاول الباحث في هذه الورقة توضيح وتقصّي الأساليب المختلفة لوضع الدساتير ونشأتها متدرجاً من تعريف الدستور وأنواعه من حيث الكتابة وأساس التعديل وأساليب نشأة الدساتير، ومختتماً بالبحث عن الدستور الانتقالي لسنة 2005م النافذ حالياً من حيث ملامحه ونشأته.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في السؤال الرئيس التالي:

هل يتوافق أسلوب وضع دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م مع المرجعية الفقهية لأساليب نشأة الدساتير في الفقه الدستوري؟

أسئلة البحث:

من السؤال الرئيس السابق صاغ الباحث عدداً من الأسئلة الفرعية شكلت أسئلة البحث:

1- ما المبررات في إقرار دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م بإرادة طرفي اتفاقية السلام الشامل لعام 2005م؟ ألا يتعارض ذلك مع الأسلوب الديمقراطي لنشأة الدساتير؟
2- هل أملت طبيعة المرحلة التي مر بها السودان من الصراع الدموي في جنوبه بإقرار الدستور بصورة استثنائية؟
3- ألم تكن طبيعة إقرار دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م وتطبيقه في الممارسة العملية من أهم التجارب الدستورية في السودان لوضع حد لأطول نزاع دموي في القارة الأفريقية؟
4- هل يتوافق نفاذ وسريان الدستور الانتقالي لسنة 2005م بعد انتهاء الفترة الانتقالية لحوالي ست سنوات في العام 2017م مع مبدأ سمو الدستور وروح الشرعية الدستورية؟
5- ما موقف القوى السياسية السودانية في الحوار الوطني وتوصياته في أكتوبر2016م في محور الدستور من تجربة الدستور الانتقالي لسنة 2005م؟

أهداف البحث:

يسعى الباحث إلى تحقيق الأهداف التالية:

1. معرفة الطبيعة الفقهية لنشأة دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م وأثر ذلك على التجربة الدستورية في السودان.
2. دراسة مبررات تضمين بعض الموضوعات لا تعد من الموضوعات الدستورية في دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م كمبدأ تخصيص مقاعد بنسبة معينة للأحزاب المشاركة لحكومة الوحدة الوطنية.
3. التعرف على أهم ملامح دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م من حيث موضوعاته ومرجعيته مقارنته مع الدساتير السودانية الأخرى.
4. تقصي أسلوب وطريقة وضع الدستور الانتقالي لسنة 2005م ومدى توافقه مع الأسلوب الديمقراطي في نشأة الدساتير.
5. كما تسلط هذه الدراسة الضوء على تجربة الدستور الانتقالي لسنة 2005م من حيث دعمه للاستقرار السياسي وحل القضايا الوطنية ممثلة في مشكلة الجنوب.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في دراسة أساليب نشأة الدساتير وطرق وضعها في الفقه الدستوري التقليدي والحديث ومدى أهمية صناعة الدساتير بإرادة الشعب وسيادته، وكما للموضوع أهميته كونه يسلط الضوء على الوضع الدستوري في السودان والأطراف السودانية المختلفة تتجه إلى وضع مسودة دستور تستفتى عليه الشعب.

الدراسات السابقة:

من خلال حدود اطلاعي لم نجد دراسة منشورة أو غير منشورة تتطابق مع هذا الموضوع تطابقاً أساسياً، غير أنّ هنالك بعض الدراسات تتشابه مع عنوان هذه الورقة، ومنها:

- **الدراسة الأولى:** رسالة دكتوراه غير منشورة إعداد الباحث/ أحمد حسن محمد عبد الكريم بعنوان - العلاقة بين السلطة التشريعية والتنفيذية في النظام الرئاسي - دراسة حالة السودان - جامعة جوبا / كلية القانون العام 2008م. تناولت هذه الدراسة العلاقة بين السلطة التشريعية والتنفيذية في النظام الرئاسي نظرياً وعملياً من خلال الدساتير السودانية التي أخذت بالنظام الرئاسي دون البحث في أساليب النشأة لهذه الدساتير.
- **الدراسة الثانية:** رسالة ماجستير غير منشورة بعنوان - السلطات العامة في الدستور التشادي مقارناً بالدستور السوداني لسنة 1998م للباحث أحمد أمين عشر/ جامعة النيلين كلية القانون عام 2001م. بينت هذه الدراسة السلطات العامة في الدستور السوداني لسنة 1998م مقارنة مع الدستور التشادي ولم يتطرق لأساليب نشأة الدساتير.
- **الدراسة الثالثة:** دراسة علمية إعداد/ محمد محمود خلف بعنوان- المحاور العلمية للبناء الدستوري (دراسة مقارنة)، الناشر المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات لغرب آسيا وشمال أفريقيا، 2012م. تناولت الدراسة التجربة الدستورية في مصر مقارنة مع بعض الدساتير الأوربية والأفريقية والعربية دون البحث في موضوع هذه الورقة بصورة تفصيلية إلّا بطريقة موجزة عن تعريف الدستور.
- **الدراسة الرابعة:** دراسة علمية إعداد/ تربتارت جيرارد ماك هيج وآخرون بعنوان- خيارات الوفاق السياسي في جمهورية السودان، الناشر كونفليت دانيامكس في السودان وجنوب السودان، عام 2008م. انفردت هذه الورقة في دراسة الأدوات المطلوبة للتوافق السياسي وسلسلة من الخيارات الفنية فيما يتعلق بسياسات التوافق في جمهورية السودان.

إذا كانت الدراسات السابقة السالفة الذكر تناولت في موضوعات محددة في بعض الدساتير السودانية وفي خيارات التوافق السياسي لصناعة الدساتير، فإنّ هذه الورقة انفردت في دراسة المرجعية الفقهية لأساليب نشأة الدساتير تطبيقياً على دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م.

منهج البحث:

استخدم الباحث المنهج الوصف التحليلي لدراسة مفهوم الدستور وأنواعه سالكاً المنهج التاريخي لدراسة أساليب نشأة الدساتير، إذ أنّ لنشأتها في الأسلوب غير الديمقراطي لها بعد تاريخي. وكما أنّ طبيعة الدراسة اقتضت اتباع المنهج التطبيقي أيضاً للبحث عن أهم ملامح دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م من حيث موضوعاته وطريقة وضعه تطبيقاً ومقارنةً مع أساليب نشأة الدساتير في الفقه الدستوري الحديث.

المبحث الأول: مفهوم الدستور وأنواعه: نتناول في هذا البحث مفهوم الدستور في اللغة والاصطلاح وأنواعه من حيث الكتابة وأساس التعديل:

أولاً: مفهوم الدستور في اللغة والاصطلاح: مصطلح الدستور ليس عربي المنبت، إنّما هو كلمة من أصل فارسي يعني الدفتر الذي يدون فيه أسماء الجنود ورواتبهم وكما يأتي بمعنى الإذن، أو الترخيص، أو القاعدة والأساس، ويقابله

بالإنجليزي Constitution والفرنسي Constitutional الذي يعني أيضاً التأسيس أو القانون الأساسي[1]. أما تعريف الدستور في الاصطلاح فقد تعددت آراء فقهاء القانون الدستوري في معياريين مختلفتين، منهم من عرّف بناءً على المعيار الشكلي ومنهم من عرّف على المعيار الموضوعي أو المادي. ويقصد بالمعيار الشكلي لتعريف الدستور: جميع القواعد والأحكام التي تضمنتها تلك الوثيقة التي تحمل تسمية الدستور[2]. المتأمل في هذا التعريف يجد أنّه حصر مفهوم الدستور في القواعد القانونية الدستورية الواردة في الدستور ولا يمتد إلى القواعد الدستورية الأخرى خارج وثيقة الدستور مثل قوانين الانتخابات، وكما لا يمتد إلى الدساتير العرفية غير المكتوبة. وفي تعريف آخر عرّف الدستور على المعيار الشكلي: بأنّه مجموعة من القواعد التي لا يمكن أنّ توضع أو تعدل إلّا إتباع إجراءات خاصة تختلف عن إجراءات القانون العادي[3].اعتمد هذا التعريف مفهوم الدستور من حيث إجراءات وضع الدستور وتعديله، ويستبعد بذلك الدساتير العرفية غير المكتوبة خلافاً للتعريف السابق.

مما ذكر من التعريفات السابقة يتضح أنّ التعريف الشكلي للدستور لا يقوم أساس موحد وغير جامع ولا يتوافق مع الفقه الدستوري الحديث ويضيق المفهوم العام للدستور، إذ أنّه لا يشمل أية قواعد تكون صادرة بطرق عادية أو يمكن تعديلها أو إلغائها بطرق عادية كالدساتير العرفية، كما يركّز- أيضاً- إما على شكل الوثيقة أو على الإجراءات الخاصة لإصدارها أو على الجانبين معاً عندما يشترطون أنّ تكون القواعد في وثيقة خاصة يشترط لإصدارها أو تعديلها أو إلغائها إجراءات خاصة[4].

أما المعيار الموضوعي للتعريف الدستور: يقصد به مجموعة القواعد التي تنظم شكل الدولة ونظام الحكم وطبيعة العلاقة بين السلطات واختصاصاتها، وكذلك القواعد التي تبين حقوق الأفراد وحرياتهم وضماناتها، دون نظر إلى ما إذا كانت مدرجة ضمن الوثيقة الدستورية أو وثيقة قانونية أخرى مهما كان مصدرها وتدرجها في الهرم القانوني أو كانت عرفية[5]. وكما عُرف أيضاً الدستور موضوعياً بأنّه: مجموعة القواعد التي تنظم مزاولة السلطات السياسية في الدولة، فتنظم شكل الدولة الخارجي والسلطات المختلفة فيها ووظيفة كل منها والعلاقات فيما بينها[6].

وفقاً لما تقدم من التعريف الموضوعي للدستور يتبين أنّ الموضوعات التي ينظمها الدستور تتمثل فيما يلي:

1- **شكل الدولة**: موحدة أم اتحادات، مركزية أم لامركزية.
2- **نظام الحكم:** ملكية أم جمهورية، وكذلك أنواع الحكومات المختلفة سواء كانت ديمقراطية نيابية أم كانت نظم دكتاتورية مستبدة وغيرها.[7].
3- **السلطات العامة واختصاصاتها وعلاقة تلك السلطات بعضها بالبعض الآخر**: ويعد ذلك من المبادئ الدستورية الحديثة والمهمة التي تنص عليها الدساتير في إطار مبدأ فصل السلطات الثلاث والذي يقوم جوهره

---

1 - ثروت بدوى، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971م، ص 13. أمير كافي كجور، القانون الدستوري والنظم السياسية مقارناً بالمبادئ الدستورية في النظام الإسلامي، الطبعة الأولي، أم درمان، 2012م، ص 17.

2 - عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية، الطبعة السادسة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1989م، ص 20..

3 - مصطفى أبوزيد فهمي، النظرية العامة للدولة، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات، الإسكندرية، 1997م، ص 159.

4 - رحمة الله حبوب محمد أحمد، القانون الدستوري والأنظمة السياسية(الدول والحكومات)، الطبعة الأولى، منشورات المركز الاستراتيجي للتحكيم الدولي، الخرطوم، 2016م، ص 191.

5 - سعيد بوالشعي، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م، ص 151.

6 - مصطفى أبوزيد فهمي، مرجع سابق ذكره، ص 160.

على دعامتين أساسيتين: الأولى- تقسيم وظائف الدولة إلى ثلاث وظائف وهي الوظيفة التشريعية والتنفيذية والقضائية. الثانية- عدم تجميع هذه الوظائف الثلاث في هيئة واحدة[7].

4- **الحقوق والحريات العامة:** وذلك مثل الحق في الحرية والمساواة والمحاكمة العادلة وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي ينص عليها الدستور ويتم تنظيم ممارستها بموجب القوانين المختلفة.

من خلال ما ذكر من التعريفات للدستور اصطلاحاً(الشكلي والموضوعي) يرجح الباحث التعريف الموضوعي للدستور، كما هو مذهب إليه غالبية فقهاء القانون الدستوري، وذلك لأنّه يركّز على المفهوم العام للقانون الدستوري وموضوعاته ذات الصفة الدستورية بغض النظر عن الشكل أو المظهر الخارجي له.

والجدير بالإشارة إليه، فقد ثار جدل بين فقهاء القانون الدستوري حول طبيعة القانون الدستوري، وذلك إذا كان القانون بصفة عامة تنظم السلوك في المجتمع يتميز بصفة خاصة بفرض الجزاء عن طريق السلطة العامة، فهل يتوفر عنصر الجزاء في قواعد القانون الدستوري الذي يتضمن قواعداً تنظم تكوين ونشاط وعلاقات السلطات العامة؟ أم يفتقر صفة الإلزام، ذلك لأنه يصعب أن تقوم السلطات العامة ضد نفسها بالإجبار والإلزام، الأمر الذي يوحي بأن القانون الدستوري قد لا يعد قانوناً بالمعنى الصحيح[7]، وللإجابة على هذه التساؤلات يرى البعض أنّ القانون الدستوري ينقصها عنصر الجزاء، فطالما أنّ الدولة هي التي تمارس سلطة القهر فإنه لا يقبل أن تمارس هذه السلطة ضد نفسها[8]، أما آخرون فيرون أن القانون الدستوري يعد قانوناً بالمعني الصحيح يترتب مخالفته جزاء معنوي ويتمثل ذلك في رد الفعل الاجتماعي من جانب الشعب إذا ما خالفت السلطات العامة قواعد القانون الدستوري[9].

يميل الباحث إلى الرأي الأخير وهو القول بأنّ القانون الدستوري يعد قانوناً بالمعني الصحيح، فلا يمكن القول بأن الجزاء ينعدم في القواعد الدستورية وهذا ما اتجه إليه الفقه الدستوري الحديث، وذلك لأنّ القانون الدستوري يقوم على تنظيم السلطات العامة ويحدد اختصاصاتها ويحيط ذلك بالرقابة المتبادلة بين السلطات العامة، بل ينص على جزاء تستعمله السلطات العامة لضمان عدم الخروج السلطات العامة على الدستورية في توازن يحفظ استقرار العلاقة بين السلطات العامة، ولا يتحقق ذلك إلّا في بيئة ديمقراطية حقيقية وإعمال مبدأ فصل السلطات بصورة سليمة[10] في ظل نظام قائمة على الشرعية الدستورية وسيادة حكم القانون.

ثانياً: أنواع الدساتير: فيما يلي نتناول أنواع الدستور من حيث الكتابة وعلى الأساس التعديل

أ- **أنواع الدساتير من حيث الكتابة:** تنقسم الدساتير من حيث كتابتها إلى دساتير غير مكتوبة (العرفية) ودساتير مكتوبة (المدونة)، وتّعرف الدساتير غير المكتوبة بأنها؛ الدساتير التي لا تكون قواعدها وأحكامها صادرة في تشريع دستوري صادر من جهة رسمية، ولكن قواعد وأحكامها تنبثق من العرف والتقاليد التي استقرت في البلد المعني وغدت ملزمة للسلطة العامة [11]. الواضح من التعريف أنّ مثل هذا النوع من الدستور أحكامه غير مكتوبة ومصدره الأساسي العرف وهو ما درجت عليها هيئة دستورية في الشئون المتصلة بنظام الحكم في الدولة وذلك دون معارضة غيرها من الهيئات العامة، في ظل وجود دستور مكتوب[11]. ويعتبر الدستور البريطاني المثل

7 - أحمد شوقي حلمي، النظم السياسية والقانون الدستوري، عدد الطبعة، الناشر والمكان دون، 1988م، ص 10.

8 - مصطفى عثمان عبد المكرم، مرجع سابق ذكره، ص 11.

9- سعيد بو الشعير، مرجع سابق ذكره، 156.

10 - مصطفى عثمان عبد المكرم مرجع سابق ذكره، ص 11، 12.

11 - مصطفى عثمان عبد المكرم، مرجع سابق ذكره، ص 19.

التقليدي للدستور غير المكتوب[12]، ولا يعني انعدام القواعد الدستورية المكتوبة في الدستور البريطاني حيث نجد قانون الحقوق لسنة 1639، وقانون توارث العرش الصادر سنة 1781، وقانون البرلمان لسنتي 1911-1949 اللذين تم بموجبها إبعاد مجلس اللوردات من النظر في المسائل المالية واقتصار ذلك الاختصاص على مجلس العموم، وقانون 1959 الذي يسمح للنساء الدخول إلى مجلس اللوردات[13]. ويعدد البعض للدستور العرفي غير المكتوب ميزتين، **الأولى:** إنه يعبر عن ماضي الشعب ويربط ماضيه بحاضره لأنه وليد تعاقب أجيال دون حاجة للتدوين، **وثانياً:** كونه غير مدون فهو مستمد إلى العرف المرن الذي يكون قابلا لاستيعاب التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدولة بعكس الدستور المكتوب التي تحول دون تعديلها صعوبات كثيرة[14].

أما **الدساتير المكتوبة تُعرّف بأنّها:** الدستور الذي تصدر أحكامه أو غالبيتها في صورة نصوص تشريعية مكتوبة أو مدونة في وثيقة واحدة أو أكثر[15]. قد اتجهت الغالبية العظمى من دول العالم إلى أن تجعل المصدر الرسمي الأول لقوانينها الدستورية في صورة وثيقة دستورية رسمية مكتوبة يطلق عليها اسم الدستور أو القانون الأساسي، وترجع الريادة في هذا إلى الولايات الأمريكية التي نالت استقلالها عن انجلترا في عام 1875حيث وضعت كل واحدة منها دستوراً مكتوباً يحدد نظام الحكم فيها وقد تلى ذلك قيام اتحاد كونفدرالي بين هذه الولايات تحول بعد ذلك إلى اتحاد فيدرالي فوضع عام 1787 دستور مكتوب بين دساتير العالم القائمة[16].

وتتميز الدستور المكتوب بالدقة والوضوح والتحديد الواضح لحقوق وحريات الأفراد وحرماتهم وواجباتهم في مواجهة سلطات الدولة، ووضع شروط مقيدة تحول دون تعديل الدستور بسهولة لتضمن جموده وسموه على كل القوانين العادية التي تسهل على المجالس النيابية تعديلها[17].

الواضح من معايير التقسيم بين الدساتير المكتوبة وغير المكتوبة أنّ بعض القواعد الدستورية في الدساتير غير المكتوبة يمكن أن يكون مكتوبة في وثيقة أو عدة وثائق. وكما هو واقع اليوم فإن بعض الدول ذات الدستور غير المكتوب (العرفي) أكثر استقراراً من الناحية الدستورية والسياسية، كما هو الحال في بريطانيا، على نقيض بعض الدول ذات الدساتير المكتوبة مثلاً السودان منذ الاستقلال لعام 1956م مرت عليه عدة دساتير مكتوبة انتقالية ودائمة، وحتى تاريخ كتابة هذه السطور في ظل دستور انتقالي، أما الولايات المتحدة الأمريكية منذ وضع دستورها الأول المكتوب لعام1787م لم تشهد إلّا تعديلات طفيفة حسب مقتضيات الحاجة والتطور الدستوري.

ب- **أنواع الدساتير على أساس التعديل:** تنقسم الدساتير على هذه الأساس إلى دساتير جامدة ومرنة: ويُعرف الدستور الجامد بأنّه: الدستور الذي يشترط لتعديل أحكامه إتباع إجراءات أشد من تلك المتبعة من تعديل أحكام القانون العادي[18]. ولعل السبب في تشديد إجراءات تعديل هذا النوع من الدستور هو المحافظة على ثباته واستقراره تجنباً للتعديلات السريعة غير المدروسة[19].

---

12 - نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار الثقافة الأردن، 2004م، ص507.

13 - سعيد بوالشعير، مرجع سابق ذكره، ص 184.

14 - حسن محمد إسماعيل البيلي، مرجع سابق ذكره، ص 17.

15 - رحمة الله حبوب محمد أحمد، مرجع سابق ذكره، ص199.

16 - أحمد شوقي حلمي، مرجع سابق ذكره، ص17.

17 - حسن محمد إسماعيل البيلي، مرجع سابق ذكره، ص 17.

18 - ماجد راغب حلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997م، ص19.

19 - سعيد بوالشعير، مرجع سابق ذكره، ص186.

والجدير بالإشارة أنّ مفهوم **جمود الدستور** يعني ثلاثة أمور:

- **الأمر الأول:** لا يقصد بالدستور الجامد أنّه دستور أبدي لا يجوز تعديله بشكل مطلق وتام
- **الأمر الثاني:** قد تحوي بعض الدساتير نصوصاً تحظر إجراء أي تعديل في الدستور. ولكن هذا الحظر مقيّد بقيد زمني حيناً أو قيد موضوعي حيناً آخر.
- **الأمر الثالث:** الدستور الجامد يجوز تعديله بإجراءات مشدّدة. وهذه الإجراءات المشددة يمكن إبرازها من خلال تتبع المراحل الذي يمر بها التعديل الدستوري، وهي أربع: مرحلة اقتراح التعديل، مرحلة إقرار مبدأ التعديل، مرحلة إعداد وصياغة التعديل، مرحلة إقرار التعديل نهائياً[20]. وفي سياق تشديد إجراءات التعديل نص دستور السودان لسنة 1998م على أنّ مشروع التعديل الذي يجيزه المجلس الوطني بأغلبية الثلثين لا يصبح نافذاً إذا عدل أحكام الثوابت الأساسية إلّا بعد إجازته أيضاً من الشعب في استفتاء، ثم يوقع عليه رئيس الجمهورية، والثوابت المذكورة هي:

1. أنّ الشريعة ثم إجماع الشعب باستفتائه أو دستوره أو عرفه هي مصادر التشريع السائدة.
2. الحريات المنصوص عليها في الدستور حقوق ثابتة للمواطن.
3. نظام الحكم اتحادي.
4. نظام الحكم جمهورية رئاسية.
5. سلطة التشريع لمجلس وطني قومي أو مجلس ولائي.
6. القضاء المستقل.
7. لجنوب السودان نظام انتقالي ينتهي بممارسة حق تقرير المصير[21].

ويترتب على جمود الدستور علوه على القوانين العادية ويتمتع أيضاً بمرتبة أسمى منها، ولذلك فإن السلطة التشريعية في الدول ذات الدستور الجامد لا تستطيع أن تصدر تشريعاً عادياً تعدل به الدستور، بل يظل خاضعاً له لسموه إزاء التشريع نظرياً وعملياً[22].

أما النوع الثاني من الدساتير على أساس التعديل هو الدستور المرن: والذي يمكن تعديل أحكامه بإتباع نفس الإجراءات التي تتبع في تعديل أحكام القانون العادي[23]، وعرفت الدساتير المرنة بهذا الاسم لما تتصف به من السهولة النسبية في إجراءات تعديلها حيث يتم تعديلها بذات الطريقة التي تعدل بها القوانين العادية، والتي تعدل بواسطة السلطة التشريعية العادية من خلال موافقة الأغلبية العادية من أعضاء المجلس النيابي، أي بمجرد موافقة أغلبية من أعضاء المجلس النيابي " أكثر من نصف الأعضاء الحاضرين" ذلك يعد كافياً لإتمام التعديل[24].

نلخص من خلال البحث عن الدساتير الجامدة والمرنة أن أساس ومعيار التفريق بينهما هو طريقة الإجراءات المتبعة في التعديل، وأنّ غالبية الدساتير الجامدة في دول العالم هي دساتير مكتوبة وينص على إجراءات تعديلها المشددة في صلب الدستور، أما الدساتير المرنة تعدل بإجراءات عادية بواسطة السلطة التشريعية شأنها في ذلك شأن القوانين العادية.

---

20 - نعمان الخطيب، مرجع سابق ذكره، ص 511، 514.

21 - دستور السودان الملغى لسنة 1998م، المادة (139، الفقرة 1).

22 - أحمد شوقي حلمي، مرجع سابق ذكره، ص 36.

23 - ماجد راغب حلو، مرجع سابق ذكره، ص 18.

24 - مصطفى عثمان عبد المكرم، مرجع سابق ذكره، ص 29.

المبحث الثاني: أساليب نشأة الدساتير في الفقه الدستوري: الأصل أنّ السلطة التأسيسية هي السلطة المنشئة للدستور وفق فكرة علوية وجمود الدستور ومصدر هذه السلطات الشعب[25]، وفي هذا الإطار درج الفقه الدستوري التقليدي والحديث تصنيف نوعين من الأساليب التي تعد من الطرق التي تتبع في وضع الدساتير المكتوبة، وهما الأسلوب غير الديمقراطي والأسلوب الديمقراطي في نشأة الدساتير، ونفصّل ذلك على النحو التالي:

الأسلوب الأول: الأسلوب غير الديمقراطي في نشأة الدساتير: وهو الأسلوب الذي تتبدى فيه إرادة الحاكم وحده في وضع الدستور أو تتلاقى فيه إرادته وإرادة الشعب[26]. وفقًا هذا المفهوم فإن للأسلوب غير الديمقراطي طريقتين غير ديمقراطيتين في نشأة الدساتير:

الطريقة الأولي: أسلوب المنحة: بهذا الأسلوب يتم إصدار الدستور بواسطة صاحب السلطة في الدولة سواء كان ملكاً أو رئيساً للجمهورية، حيث يصدر الدستور بإرادته المنفردة دون مشاركة الشعب[27]. وقد اعتبر هذا الأسلوب غير ديمقراطي في نشأة الدساتير حيث لم يكن للشعب الاشتراك مطلقاً في وضع الدستور إذ يوضع بواسطة الحاكم الفرد الذي تتركز في يده كل السلطات بما في ذلك السلطة التأسيسية أياً كان التسمية لهذا الحاكم(ملك- دكتاتورية- أمير- سلطان)[28].

ومن أمثلة الدساتير التي صدرت عن طريق المنحة الدستور الفرنسي لسنة 1814م ودستور الإمارات العربية المتحدة لسنة 1971م والقطري لسنة 1971م المعدل لسنة 1972م[29].

الطريقة الثانية: أسلوب العقد أو الاتفاق: ينشأ الدستور بهذا الطريقة نتيجة اتفاق بين الحاكم وممثلي الشعب. وهنا تظهر إرادة الشعب إلى جانب إرادة الحاكم، فالدستور بهذا المعنى يعتبر وليد إرادتين إرادة الحاكم من جانب وإرادة الشعب من جانب آخر ولذا سمي هذا الأسلوب بالعقد[30]. وفي هذه الطريقة تذعن السلطة الحاكمة لإرادة الشعب وتستجيب لإرادته وتتنازل عن السيطرة المطلقة بالتوقيع على الدستور الذي يلبي رغبة الشعب، فيعد ذلك تعاقداً بين السلطة والشعب وهو دستور ملزم للسلطة الحاكمة لا تملك التراجع عنه[31]. ورغم هذا يعد أسلوب العقد أو الاتفاق بين الحاكم والشعب في وضع الدستور غير ديمقراطي لأنّ إرادة الملك أو الحاكم وحده مساوياً للأمة مع أنّه لا يقسم معها حق السيادة فلم يكن له إذاً أن يشترك مع الأمة في إبرام عقد يحدد اختصاصات ممثلي الأمة[32] في صنع الدستور.

---

25 - عبدالمجيد حمادي العيساوي، السلطة التأسيسية في القانون الوضعي والفقه الدستوري الإسلامي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2015م، ص 100- 103.

26- إبراهيم عبد العزيز شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، تاريخ الطبعة دون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص36.

27 - شوقي ضيف، معجم القانون، عدد الطبعة دون، المطابع الأميرية، القاهرة، 1999م، ص28.

28 - رحمة الله حبوب محمد أحمد، مرجع سابق ذكره، ص208.

29 - سعيد بوالشعير، مرجع سابق ذكره، ص 173.

30 - عبدالكريم علوان، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 1999، ص 261.

31 - مصطفى عثمان عبد المكرم، مرجع سابق ذكره، ص 26.

32 -عبد الحميد متولي بك، المفصل في القانون الدستوري، دار الثقافة، الإسكندرية، 1952م، ص 85..

ومن الدساتير التي صدرت بطريق العقد الدستور الفرنسي لعام 1830، ومثله الدستور البلجيكي لعام 1831. ويمكن اعتبار الدستور الكويتي الحالي لعام 1962 دستوراً قد نشأ بطريقة الميثاق والعقد إذ حضر في مجلس الأمة ونوقش فيه وبعدها عرض على أمير البلاد فحاز موافقته[33].

الأسلوب الثاني: الأسلوب الديمقراطي في نشأة الدساتير: تعدد هذا الأسلوب إلى طريقتين، وفيما يلي نتناول ذلك على النحو التالي:

الطريقة الأولى: أسلوب الجمعية التأسيسية: ومضمون هذا الأسلوب أن تقوم الشعب بانتخاب هيئة خاصة تتولى وضع الدستور باسمه ونيابة عنه، هذه الهيئة تسمى بالجمعية التأسيسية. ويعتبر الدستور صادراً ونافذاً بمجرد إقراره من الجمعية التأسيسية دون أن يتوقف ذلك على تصديق أو موافقة طرف آخر[34].

ويتطلب الفقه حتى يكون الدستور صادراً عن جمعية تأسيسية أن يكون أعضاء هذه الجمعية منتخبين من جانب الشعب (يتم انتخاب هذه الجمعية خصيصاً لوضع الدستور)، فلا يجوز بحال أن يكون تشكيل هذه الجمعية عن طريق التعيين من قبل أي سلطة في الدولة، وإلّا كان الدستور في هذه الحالة صادراً عن لجنة فنية كانت أو غير فنية، لا عن جمعية تأسيسية[35].

واقترنت نشأة الدساتير بواسطة الجمعية التأسيسية المنتخبة بالفقه الأمريكي، حيث وضع الدستور الكونفدرالي لسنة 1776م من قبل هيئة منتخبة، وكذلك عندما وضعت هيئة أخرى دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1787 في مؤتمر فتلادليفيا[36].

الطريقة الثانية: أسلوب الاستفتاء الشعبي: يستند أسلوب الاستفتاء الشعبي إلى الديمقراطية شبه المباشرة. فتتولى جمعية نيابية أو لجنة حكومية وضع مشروع الدستور[37]. ولكن هذا الدستور لا يعتبر نافذاً ولا يصدر إلّا إذا وافق عليه الشعب في استفتاء عام يعرض فيه إما بالموافقة وإما بالرفض فإذا ما حاز مشروع الدستور على موافقة أغلبية معينة من أصوات الناخبين الذين اشتركوا بالفعل في الاستفتاء صدر الدستور واعتبر نافذا، أما إذا لم يحصل مشروع الدستور على موافقة الأغلبية المطلوبة فإن هذا المشروع يسقط ولا يصدر الدستور[38].

والواضح من مفهوم عملية أسلوب الاستفتاء الشعبي أن مهمة وضع مشروع الدستور يوكل إلى جمعية منتخبة أو لجنة معينة من قبل الحكومة أو البرلمان إن وجد، ولكن ما يعيب على إسناد إعداد مشروع الدستور إلى اللجنة الحكومية صاحب السلطة، ولو كانت من ذوي الاختصاص، لا يعني تمتعها بحرية العمل، بل أنها تعمل وفق توجهات السلطة التي لها أن ترفض أي اقتراح يحد من استمرار بقائها في السلطة وتجميع أهم السلطات في يدها. ونستشف ذلك في صناعة مختلف دساتير الدول النامية[39].

---

33 - أحمد سرحال، القانون الدستوري والنظم السياسية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية، بيروت، 2002م، ص 160.

34 - نعمان الخطيب، مرجع سابق ذكره، ص 487.

35 - إبراهيم عبد العزيز شيحا، مرجع سابق ذكره، ص45.

36 - حسا ن محمد الشفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، مطبعة جامعة بغداد، 1986م، ص 187-189.

37 - عبد الغني بسيوني، النظم السياسية الكتاب الأول، 1977م، ص 344. ماجد راغب حلو، مرجع سابق ذكره، ص 16.

38 - أحمد شوقي حلمي، مرجع سابق ذكره، ص 25.

39 - سعيد بوالشعير، مرجع سابق ذكره، ص 177-178.

ومن الدول التي أخذت بأسلوب الاستفتاء الدستوري ايرلندا في دستورها 1937م وايطاليا في دستورها الصادر لسنة 1948م، وفرنسا في دستورها الصادر لسنة 1958م، وجمهورية مصر العربية في دستورها 1956م ودستور لسنة 1971م[40].

بناءً على ما تناولنا، يمكن القول أن نشأة الدساتير المكتوبة وكيفية وضعها تطورت مع تطور نظم الحكم وأخذت وسيلتين أساسيتين وهما: الأسلوب غير الديمقراطي والأسلوب الديمقراطي، وما عاد الأسلوب غير الديمقراطي التقليدي في إسناد أمر الدستور إلى لجنة صفوية صغيرة ذات طبيعة سياسية يجدي، حيث أصبح وثيقة الدستور عملية تشاركيه يقوم بها كل الشعب ويحدد مرتكزاتها ويناقش تفاصيلها بكامل الحرية، وتعبر عنه وعن مطلوباته وتعكس روحه وثقافاته المتعددة وتحظى بقبوله وولائه(41). ونلاحظ أن معيار هذا التقسيم قائمة على مدى اعتناق أياً من الأسلوبين بالمبادئ الديمقراطية ومن عدمها، ويعد الأسلوب الديمقراطي أسمى طرق نشأة الدساتير ووضعها، حيث أنّه رهينة بالإدارة الشعب وسيادته، فالشعب وحده هو صاحب الحق في صنع الدستور ومرجعيته الفقهية بواسطة الجمعية التأسيسية أو الاستفتاء الشعبي دون أدنى وساطة أو المشاركة السلطة الحاكمة.

المبحث الثالث: الملامح الأساسية لدستور الانتقالي لسنة 2005م: نتناول في هذا المبحث أهم ملامح هذا الدستور لتقييمه ما إذا كان موضوعاته يتفق مع المفهوم الفقهي للدساتير تمهيداً لدراسة أسلوب وضعه ونشأته.

جاء الدستور الانتقالي لسنة 2005م تنفيذاً لاتفاقية السلام الشامل لعام2005م*، وتعد اتفاقية السلام وبرتوكولاتها هي أساس الدستور الانتقالي لسنة 2005م حتى ولو لم تتضمنه، حيث نص:(تعتبر اتفاقية السلام الشامل قد ضمنت كلها في هذا الدستور، ومع ذلك فإن أي أحكام وردت في اتفاقية السلام الشامل لم تضمن في هذا الدستور تعتبر جزءً منه)[42] واتفق الطرفان أنّ هذا الدستور يعد قانوناً أعلى يحكم به السودان خلال الفترة الانتقالية، وتعهدا باحترامه وحمايته بما يؤسس وحدة السودان على الإرادة الحرة لشعبه وسيادة حكم القانون والحكم الديمقراطي اللامركزي.[43]. كما جاء في النص السابق وتسمية هذا الدستور وتؤكده مواد أخرى من الدستور نفسه أنّ غرض هذا الدستور لحكم فترة انتقالية ويظل سارياً إلى حين اعتماد دستور دائم، أي أنه دستور مؤقت من حيث السريان والنفاذ، و الدستور المؤقت يوضع لأجل تنظيم الأوضاع الدستورية في الدول خلال الفترة الانتقالية أو لحين وضع الدستور الدائم[44].

ومن أهم ملامح هذا الدستور أنّه نص أهم الحقوق والحريات الدستورية بصورة موسعة من الناحية النظرية وهذا مؤشر ايجابي لدولة مثل السودان التي لم تستقر الأوضاع السياسية والدستورية منذ الاستقلال في عام 1956م رغم تعدد التجارب الدستورية المؤقتة والانتقالية والدائمة، وتتمثل تلك الحقوق والحريات الأساسية في الحقوق الدينية، المواطنة والجنسية، حق الحياة، الكرامة الإنسانية، المساواة أمام القانون، المحاكمة العادلة، الحق

---

40 - عبدالكريم علوان، مرجع سابق ذكره، ص 164.

41 - محجوب محمد صالح وآخرون، دراسات حول الدستور، الأيام للدراسات الثقافية والتنمية، الخرطوم، 2012م، ص15.

*- اتفاقية السلام الشامل لعام 2002م وبرتوكولاتها(بروتوكول مشاكوس يوليو2002، الاتفاق على الترتيبات الأمنية سمبتمر2003، اتفاقية تقاسم الثروة يناير2004، بروتوكول تقاسم السلطة مايو2004م، بروتوكول جنوب كردفان النيل الأزرق مايو2004م، وبرتوكول حسم نزاع منطقة أبيي مايو2004م) بين حكومة جمهورية السودان والحركة الشعبية لتحرير السودان/ الجيش الشعبي لتحرير السودان يناير 2005م، الموقعة في نيروبي، كينيا.

42 - المادة (225)، المرجع نفسه.

43 - المادة (4)، المرجع نفسه.

44 - رحمة الله حبوب محمد أحمد، مرجع سابق ذكره، ص205.

في التقاضي، التنقل والإقامة، حرية التعبير والإعلام[45]، وغيرها من الحقوق والحريات والتي تعد من أهم موضوعات الدستور. وإضافة للحقوق والحريات الواردة نص هذا الدستور على حجية الاتفاقيات وحقوق الإنسان التي صادق عليها السودان فنص على الآتي: تعتبر كل الحقوق والحريات المضمنة في الاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان والمصادق عليها من قبل جمهورية السودان جزءً لا يتجزأ من هذه الوثيقة، وتنظم التشريعات الحقوق والحريات المضمنة فيها ولا تصادرها أو تنتقص منها[46].واستناداً للمادة أعلاه يمكن الاحتجاج بكل الحقوق والحريات التي وردت في الصكوك الدولية التي صادق عليها السودان، خاصة تلك الواردة في العهدين الدوليين الخاصين بالحقوق المدنية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية المصادق عليهما السودان من قبل في سنة 1986م[47].

وفيما يختص بالاستقلال الوظيفي والدستوري للسلطات العامة (السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية) في إطار مبدأ فصل السلطات في الدستور الانتقالي لسنة 2005م، فقد نص على أنّ السلطة التنفيذية تتألف من طرفين وهما: رئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء القومي، وتتألف رئاسة الجمهورية من رئيس الجمهورية ونائبين، ويتم انتخاب رئيس الجمهورية مباشرة من الشعب لولاية خمس سنوات، ويجوز انتخابه للمرة الثانية[48].

أما عن السلطة التشريعية في هذا الدستور، فقد نص أنّ الهيئة التشريعية القومية تتكون من المجلسين التاليين:[49]

أ- **المجلس الوطني**؛ ويتكون من أعضاء منتخبين بانتخابات حرة ونزيهة.

ب- **مجلس الولايات**؛ ويتكون من ممثلين اثنين لكل ولاية، وينتخبان بواسطة المجلس التشريعي للولاية ويكون لمنطقة أبيي مراقبان اثنان في مجلس الولايات يختارهما مجلس منطقة أبيي.

وفيما يختص عن السلطة القضائية، فقد أناط دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م بهيئة مستقلة تسمى " القضاء القومي"، وقسم هذا الدستور أجهزة القضاء إلى محكمة دستورية وسلطة قضائية قومية. ونص على أن تنشأ محكمة دستورية حارسة للدستور، ومستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية ومنفصلة عن السلطة القضائية القومية(50). تقوم هذا المحكمة بجانب وظيفتها القضائية بحماية الكيان السياسي الذي أنشأه الدستور، وتمنع تجاوز أو انتهاكه، من خلال تعدي احدي السلطات على اختصاصات سلطة أخرى[51].

وتعد هذا الدستور من الدساتير المكتوبة الجامدة حيث نص على شروط مشددة لتعديل أحكامه وقواعده وهذا ما أكدته المادة (224) على أن: لا يجوز تعديل هذا الدستور إلا بموافقة ثلاثة أرباع جميع الأعضاء لكل مجلس من مجلسي الهيئة التشريعية في اجتماع منفصل لكل منهما، وبشرط أن يُقدم مشروع التعديل قبل فترة شهرين على الأقل من المداولات .[52]

---

45 - المواد(6، 7، 27إلي48)، المرجع نفسه.

46 - المادة (27، الفقرات، 3، 4)، المرجع نفسه.

47 - مصطفى عثمان عبد المكرم، مرجع سابق ذكره، ص 190.

48 - المواد (49، 51، 52، 57)، الدستور السوداني الانتقالي لسنة 2005م، مرجع سابق ذكره.

49 - المواد (83، 84، 85)، المرجع نفسه.

50 - المادة (119)، المرجع نفسه.

51 - سامي عبد الحليم سعيد، المحكمة الدستورية في السودان الاختصاصات والإجراءات، المكتبة الوطنية، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، الخرطوم، 2008م، ص 99.

52 - المادة (224/ الفقرة1)، الدستور السوداني الانتقالي لسنة 2005م، مرجع سابق ذكره.

وقد ابتدع دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م مبدأ تخصيص مقاعد بنسبة معينة للأحزاب المشاركة لحكومة الوحدة الوطنية والتي بيّن الدستور كيفية تكوينها وأهدافها، حيث نص على أن يكون التمثيل في حكومة الوحدة الوطنية طبقاً لنسبة سبعين بالمائة للشمال وثلاثين بالمائة للجنوب، على أن يمثل حزب المؤتمر الوطني (الحزب الحاكم) بنسبة(52%) والحركة الشعبية(28%) والقوى السياسية الشمالية الأخرى(14%) والقوى السياسية الجنوبية الأخرى(6%)[53]، وبهذه النسب تشكل الهيئة التشريعية القومية في الفترة الانتقالية[54]، علماً بأنّ هذه النسب من المشاركة قد تم نقلها نصاً من اتفاقية السلام الشامل[55].

يلاحظ أنّ هذه المواد التي خصصت نسبة المشاركة ليست من طبيعة الدساتير، ولكنها تبين حرص شركاء السلام على الاحتفاظ بأغلبية كبيرة من السلطة خلال الفترة الانتقالية لضمان تنفيذ الاتفاقية كما جاءت، لأنهما أكثر حرصاً عليها كما يرى الطرفان. ولضرورات دعم الثقة بين الطرفين ثم إثباتها في الدستور[56].

بعد استقراء نصوص دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م يتضح أنّ هذا الدستور تناول أهم موضوعات التي تقتضي أن تحيطها الدساتير المكتوبة في نصوصها، وذلك من حيث شكل الدولة ونظام الحكم والسلطات العامة واختصاصاتها وحقوق وحريات الأفراد وضماناتها.

أما إذا قارنا ملامح هذا الدستور مع التجارب الدستورية السابقة نجد أنه يتفق مع معظم الدساتير السودانية المتعاقبة في تقرير العلاقة بين السلطات الثلاث كما عليه الفقه الدستوري، غير أنّه انفرد عن الدساتير السابقة في الآتي:

- تقرير الحقوق والحريات الدستورية الأساسية بصورة أكثر تفصيلاً مصطحباً الحقوق والحريات الواردة في العهود والمواثيق الدولية المصادق عليها السودان.
- نص على أنّ اتفاقية نيفاشا وبرتوكولاتها هي مصدره الأساسي، وهذا يعنى سيادة هذا الاتفاقية على الدستور وهذا يتعارض مع روح الدستور، والذي يعد القانون الأعلى للدولة كما عليه في الفقه الدستوري. والملاحظ أيضاً أنّه في ظل التجارب الدستورية السابقة تم توقيع اتفاقية أديس أبابا في عام 1972م بين حكومة النميرى وحركة تحرير السودان لكن لم ينص الدستور وقتها على علو الاتفاقية على الدستور، وكما أن اتفاقية أبوجا لعام 2005م بين الحكومة السودانية وبعض الحركات المتمردة في دارفور واتفاقية دوحة لسلام دارفور لعام 2011م لم يتم إحالتهما نصاً وروحاً إلى الدستور أو الإشارة على أنهما المصدر الأساس للدستور.
- احتوى الدستور الانتقالي لسنة 2005م موضوعات لا تعد من الموضوعات الدستورية كتخصيص نسبة معينة لطرفي الاتفاقية وللأحزاب المشاركة، ولكن ربما مبررات أولوية حسم النزاع في جنوب السودان وضرورة إقناع الحركة الشعبية لمدى جدية حكومة الخرطوم والتزامها بالاتفاقية أملت على الحكومة السودانية إقحام هذه الموضوعات في صلب الدستور مع أنّ تلك المسوغات غير متوافقة مع المرجعية الفقهية للدساتير.

---

53 - المواد (80-81)، المرجع نفسه.

54 - المادة (117)، المرجع نفسه.

55 - اتفاقية السلام الشامل، مصدر سابق ذكره، بروتوكول تقاسم السلطة، 2004م.

56 - مصطفى عثمان عبدالمكرم، مرجع سابق ذكره، ص193.

المبحث الرابع: أسلوب نشأة دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م وأثره على الوضع الدستوري والسياسي في السودان:

نبحث هنا طبيعة نشأة الدستور الانتقالي لسنة 2005م وأسلوب وضعه وتأثيره على التجربة الدستورية والسياسية مقارنة مع التجارب المتعاقبة. ونشير في البدء أنّ هذا الدستور استهل في مقدمته أنّ إرادة الشعب السوداني وعبر ذلك ب(نحن الشعب السوداني) وضعت حداً لأطول نزاع في القارة الأفريقية، إشارةً إلى النزاع في جنوب السودان*، وبعد اجتياز تلك العواقب المأساوية وإدراكاً للتنوع الديني والعرقي والاثني والثقافي في السودان، والتزاماً باتفاقية السلام الشامل الموقعة في يناير 2005م واستناداً لدستور جمهورية السودان السابق لعام 1998م، وتقديراً لمؤتمرات ومبادرة الحوار الشعبي، خاصةً الموقعة في يونيو لعام 2005م، أعلن اعتماد دستور السودان لعام 2005م قانوناً أعلى تحكم به جمهورية السودان خلال الفترة الانتقالية، وتعهد طرفا اتفاقية السلام باحترامه وحمايته[57].

والمتأمل إلى ما ورد في المقدمة؛ تشير إلى أنّ نشأت هذا الدستور وطريقة وضعه وإعلانه جاءت بإدارة الشعب، وكما سبق إذا انفرد إرادة الشعب في وضع الدستور سواء عن طريق أسلوب الجمعية التأسيسية أو الاستفتاء الشعبي يعد الأسلوب الديمقراطي والأسمى في نشأة الدساتير. غير أنّه في الواقع تم صياغة هذا الدستور بصورة أولية خارج السودان بواسطة (طرفي اتفاقية السلام الشامل) لجنة من الحكومة والحركة الشعبية عملت على دمج اتفاقية السلام الشامل، وانتقلت المهمة بعد ذلك إلى داخل السودان فتم تكوين ما عرفت بالمفوضية القومية للمراجعة الدستورية، فعملت على الصياغة وإدخال بعض التعديلات غير الجوهرية، نظراً إلى أنّ اتفاقية السلام قد حسمت كل الجوانب الجوهرية في الدستور[58].

وأشار الدستور نفسه أنّه عند إجازة هذا الدستور من المجلس الوطني ومجلس التحرير الوطني للحركة الشعبية لتحرير السودان يرفع لرئيس الجمهورية مشفوعاً بشهادة إجازته من قبل كلٌ من المجلسين ويسرى من تاريخ توقيع رئيس الجمهورية عليه[59]. إذن هذا الدستور اشترك في وضعه كل من المجلس الوطني ومجلس التحرير للحركة الشعبية، وتوقيع رئيس الجمهورية مجرد إصدار وليس موافقة بمعني أنّ رئيس الجمهورية قد اشترك في ذلك الدستور، والثابت أن المجلس الوطني معين وليس منتخب وكذلك مجلس التحرير الوطني للحركة الشعبية معيناً أيضاً وأن مفوضية الانتخابات معينة كذلك[60]، ولرئاسة الجمهورية إعادة النظر في تكوين ومهام المفوضية[61]. ويُبين ما سبق أن طريقة إقرار دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م كان عبارة عن ميثاق قانوني بين حزبي المؤتمر الوطني وهو الحزب الحاكم والحركة الشعبية لجنوب السودان لتحكم السودان خلال الفترة الانتقالية المتفق عليها وهي ست

---

* - لمزيد من الاطلاع على الخلفية التاريخية للنزاع في جنوب السودان، راجع بهاء الدين مكاوي محمد قبلي، تسوية النزاعات في السودان، ط دون، المكتبة الوطنية، السودان، 2006م، ص 174 وما بعدها. ولإنهاء ذلك النزاع تم توقيع اتفاقية السلام الشامل، سابق ذكرها، وانتهت عمر الاتفاقية في التاسع من يوليو2011م بإعلان ميلاد أحدث دولة في العالم دولة جنوب السودان في يوليو 2011م بموجب استفتاء حق تقرير المصير والذي أقرته اتفاقية السلام الشامل ودستور السودان الانتقالي لعام2005م.

57- مقدمة الدستور السوداني الانتقالي لسنة 2005م، مرجع سابق ذكره.

58 - مصطفى عثمان عبدالمكرم، مرجع سابق ذكره، ص189.

59 - المادة (223الفقرة1)، دستور السوداني الانتقالي لسنة 2005م، مرجع سابق ذكره.

60 - يس عمر يوسف، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، شركة باس للطباعة، القاهرة، 2010م، ص482.

61 - المادة (140 الفقرة2)، دستور السوداني الانتقالي لسنة 2005م، مرجع سابق ذكره.

سنوات ولا يعتبر من الناحية الفقهية الدستورية دستوراً[62]. وبالفعل انتهت الفترة الانتقالية كما نص الدستور الانتقالي واتفاقية السلام الشامل لعام 2005م على الاستفتاء على تقرير المصير لمواطني جنوب السودان لتأكيد وحدة السودان أو اختيار الانفصال[63]، وقد كان نتيجة الاستفتاء في يناير عام 2011م بإعلان قيام دولة جنوب السودان في يوليو 2001م.

وخلاصة القول من خلال البحث والتقصي في أسلوب نشأة دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م نجد أنّ طريقة وضعه كان عملاً مشتركاً بين طرفي اتفاقية السلام الشامل لعام 2005م وهما الحزب الحاكم والحركة الشعبية لتحرير السودان، وبالتالي من الناحية الفقهية الدستورية لا يتوافق أسلوب نشأته مع الأسلوب الديمقراطي لوضع الدساتير، ولذلك فقد وضع هذا الدستور عن طريق المنحة ما دام الشعب لم يشترك في وضع الوثيقة الدستورية.

والجدير بالانتباه والتساؤل إذا كان الوضع في السودان وخاصة أزمة الجنوب كما أشرنا أملت على الحكومة السودانية أن تنتهج هذه الأسلوب في إقرار الدستور الانتقالي لسنة 2005م على أساس أنّ الدستور ميثاق وعهد تمليه ضرورات سياسية، فهل أنّ تطبيق هذا الدستور من الناحية العملية من عام 2005م إلى تاريخ كتابة هذا السطور(نوفمبر2017م) انعكس إيجاباً على معالجة الأوضاع الدستورية والسياسية في السودان مقارنة مع التجارب الدستورية السابقة حتى يمكن تبرير إقراره بصورة غير متوافقة مع المرجعية الفقهية لأساليب وضع الدساتير ؟ أم أنّ الوضع ما ذال كما هو الحال قبل إقراره؟

للإجابة على هذا التساؤل ومن خلال تصفحنا للوضع الدستوري ابتداءً من التجارب الدستورية السابقة نجد أن دستور السودان المؤقت لعام 1956م يعد أول دستور صدر عقب الاستقلال بالتوافق بين الأحزاب السياسية إلى حين انعقاد الجمعية التأسيسية لإقرار الدستور بالمرجعية الفقهية، ولكن أجهضت تلك المرحلة بانقلاب عسكري عام 1958م إلى أن صدر دستور مؤقت لسنة 1964م وطويت تلك المرحلة أيضاً بانقلاب عسكري في مايو 1969م، وشكل نظام الانقلاب وقتها ممثلة في رئيس الجمهورية لجنة لصياغة الدستور وأنهت تلك اللجنة عملها وأحال المشروع إلى السلطة التشريعية وصدر دستور الدائم لسنة 1973م، ورغم أن عنوان هذا الدستور يعكس ديمومة الدستور لكن على نقيض ذلك من الناحية العملية تعد تلك الفترة مرحلة العهود العسكرية غير الديمقراطية فانقلبت عليها الثورة الشعبية في ابريل 1985م وصدر من قبل المجلس العسكري الذي انحاز لخيار الشعب الدستور الانتقالي لسنة 1985م إلى حين وضع دستور دائم، ورغم تعاقب عدة حكومات ائتلافية في ظل دستور 1985م لم تحظ تلك المرحلة بوضع الدستور وقبرت صفحتها بانقلاب عسكري آخر في يونيو 1989م، وقد أصدر النظام العسكري(الإنقاذ) عدداً من المراسيم الدستورية بلغت أربعة عشر مرسوماً إلى أن أجيز دستور السودان لسنة 1998م بالاستفتاء الشعبي، غير أنّ المشهد السياسي والدستوري لم يستقر حتى أصدر الدستور الانتقالي لسنة 2005م بالأسلوب السالف الذكر.

إذن من خلال الملامح الموجزة للتجربة الدستورية في السودان نجد أنّ الدستور الانتقالي لعام 2005م من حيث مرجعيته الفقهية وتأثيره على المشهد السياسي يعكس غياب الإرث الدستوري في السودان إذ لم تعالج كل مراحل الدساتير المؤقتة والانتقالية والدائمة بكل أساليب نشأتها الاستقرار الدستوري منذ الاستقلال، ولعل السبب

62 - يس عمر يوسف، مرجع سابق ذكره، ص 483.

63 - لمادة (122 الفقرة2)، دستور السوداني الانتقالي لسنة 2005م، مرجع سابق ذكره.

الرئيس في ذلك الانقلابات العسكرية التي أجهضت المراحل الانتقالية والمؤقتة قبل صناعة الدستور بالمرجعية الفقهية الدستورية.

وما يؤكد عدم تأثير الدستور الانتقالي لعام 2005م بمرجعيته الفقهية من حيث النشأة على المشهد السياسي والدستوري في السودان كغيره من التجارب الدستورية السابقة، أنّ هذا الدستور أصبح رهين التعديلات من قبل السلطة التشريعية المختصة بسن التشريعات العادية تحت مظلة اللجنة الطارئة، وآخر هذه التعديلات التعديل على أربعة عشر مادة من هذا الدستور في عام 2017م بما فيها أدوار ومهمة جهاز الأمن والمخابرات الوطني واستحداث منصب رئيس الوزراء وإدراج اختصاصاته وصلاحيته.

ومن جانب آخر فتجربة الدستور الانتقالي لسنة 2005م واتفاقية نيفاشا المرجعية الأساسية لهذا الدستور رغم حسم النزاع بجنوب السودان بالانفصال عن الشمال لم تعالج بعض الموضوعات العالقة كالنزاع في منطقة أبيي، فضلاً عن أنّ بعد انتهاء الفترة الانتقالية وانفصال الجنوب وفوز المؤتمر الوطني الطرف الأول في اتفاقية السلام الشامل في دورتين من الانتخابات(2010م، 2015م) لم يستفت الشعب بدستور جديد حيث مضت على نهاية الفترة الانتقالية حوالي ست سنوات لهذا العام (2017م) وما زال الدستور الانتقالي لسنة 2005م قيد السريان، ونعتقد أن هذا يسلب شرعية هذا الدستور وسموه، علماً بأنّه في مخرجات الحوار الوطني الذي دعى إليه رئيس الجمهورية في السابع والعشرين من يناير 2014م القوى السياسية في السودان وهو ما عرف بخطاب الوثبة للتوافق على إصلاح شامل، أوصت لجنة الحريات والحقوق الأساسية في محور الدستوريات على حق الشعب في وضع مسودة دستور متفق عليه تجاز في مجلس تأسيسي أو وطني ويستفتى عليه الشعب[64].

الخاتمة

أولاً: نتائج الدراسة:

1- اتضح من خلال الدراسة أنّ طبيعة نشأة دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م لا تتوافق مع المرجعية الفقهية لنشأة الدساتير في الفقه الدستوري.
2- ينعكس إقرار الدستور بالأسلوب الديمقراطي إيجاباً على الاستقرار الدستوري والسياسي.
3- يتضمن الدستور الانتقالي لعام 2005م موضوعات لا تعد بطبيعتها موضوعات دستورية، وكما أنّ اتفاقية السلام الشامل وبروتوكولاتها المصدر الأساس له حتى لم ينص عليه، مما يعني ذلك سمو تلك الاتفاقية على الدستور.
4- ثبُت أنّ طبيعة نشأة دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م وطريقة وضعه كان عملاً مشتركاً بين طرفي اتفاقية السلام الشامل لعام 2005م ولم يشارك الشعب في وضعه لا عن طريق الديمقراطية النيابية المباشرة ولا عن طريقة الديمقراطية غير المباشرة.
5- اتضح أن تجربة تطبيق الدستور الانتقالي لعام 2005م من الناحية العملية يعكس مدى التجارب الدستورية والسياسية غير الراسخة منذ استقلال السودان حتى الآن.

ثانياً: توصيات الدراسة:

1. نوصي بأهمية وضع دستور السودان القادم بالأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير المعبرة عن إرادة الشعب وتطلعاته بكافة مكوناته وتكريس تلك الأساليب في الفقه السياسي السوداني لخلق الاستقرار الدستوري.

64 - توصيات مؤتمر الحوار الوطني في السودان، الخرطوم، قاعة الصداقة، أكتوبر 2016م.

2. على الجهات المختصة التي يوكل لها وضع مسودة الوثيقة الدستورية عدم إقحام الدستور بموضوعات التي لا تنظمها قواعد القانون الدستوري ترسيخاً للمفهوم العام للدستور وقدسيته.
3. أهمية احترام الأنظمة الحاكمة لقواعد الدستور والتقيد بأحكامه تحقيقاً لمبدأ سيادة حكم القانون.
4. على الأطراف السودانية المختلفة في مخرجات الحوار الوطني إنفاذ توصية حق الشعب واستفتائه في وضع الدستور تعزيزاً لمبدأ سمو الدستور والسيادة الشعبية.

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب المتخصصة:

1. إبراهيم عبد العزيز شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، تاريخ الطبعة دون، منشأة المعارف، الإسكندرية.
2. أحمد سرحال، القانون الدستوري والنظم السياسية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية، بيروت، 2002م.
3. أحمد شوقي حلمي، النظم السياسية والقانون الدستوري، عدد الطبعة، الناشر والمكان دون، 1988م.
4. أمير كافي كجور، القانون الدستوري والنظم السياسية مقارناً بالمبادئ الدستورية في النظام الإسلامي، الطبعة الأولي، أم درمان، 2012م.
5. بهاء الدين مكاوي محمد قبلي، تسوية النزاعات في السودان، ط دون، المكتبة الوطنية، السودان، 2006م.
6. ثروت بدوى، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971م.
7. حسان محمد الشفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، مطبعة جامعة بغداد، 1986م.
8. حسن محمد إسماعيل البيلي، القانون الدستوري، الطبعة الأولى، جامعة السودان المفتوحة، 2007م.
9. رحمة الله حبوب محمد أحمد، القانون الدستوري والأنظمة السياسية(الدول والحكومات)، الطبعة الأولى، منشورات المركز الاستراتيجي للتحكيم الدولي، الخرطوم، 2016م، ص 191.
10. سامي عبد الحليم سعيد، المحكمة الدستورية في السودان الاختصاصات والإجراءات، المكتبة الوطنية، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، الخرطوم، 2008م.
11. سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م.
12. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة والفكر السياسي الإسلامي، الطبعة الخامسة، مكان النشر دون، جامعة عين شمس، 1986
13. شوقي ضيف، معجم القانون، عدد الطبعة دون، المطابع الأميرية، القاهرة، 1999م.
14. عبد الحميد متولي بك، المفصل في القانون الدستوري، دار الثقافة، الإسكندرية، 1952م.
15. عبد الحميد متولي، الحريات العامة –نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها، عدد الطبعة دون، منشأة المعارف، الإسكندرية، تاريخ دون.
16. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية، الطبعة السادسة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1989م.
17. عبد الغني بسيوني، النظم السياسية الكتاب الأول، 1977م.
18. عبدالكريم علوان، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 1999م.

19. عبدالمجيد حمادي العيساوي، السلطة التأسيسية في القانون الوضعي والفقه الدستوري الإسلامي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2015م.
20. ماجد راغب حلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997م.
21. محجوب محمد صالح وآخرون، دراسات حول الدستور، الأيام للدراسات الثقافية والتنمية، الخرطوم، 2012م.
22. مصطفى أبوزيد فهمي، النظرية العامة للدولة، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات، الإسكندرية، 1997م.
23. مصطفى عثمان عبد المكرم، القانون الدستوري والنظم السياسية، عدد الطبعة والمكان دون، 2010م
24. نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار الثقافة الأردن، 2004م
25. يس عمر يوسف، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، شركة باس للطباعة، القاهرة، 2010م.

ثانياً: الدساتير الوطنية:

- دستور السودان الملغى لسنة 1998م.
- الدستور السوداني الانتقالي النافذ لسنة 2005م.

ثالثاً: الاتفاقيات الدولية:

- اتفاقية السلام الشامل لعام 2002م وبرتوكولاتها بين حكومة جمهورية السودان والحركة الشعبية لتحرير السودان/ الجيش الشعبي لتحرير السودان، الموقعة في نيروبي، كينيا، يناير 2005م.

رابعاً: المؤتمرات المحلية:

- توصيات مؤتمر الحوار الوطني في السودان، الخرطوم، قاعة الصداقة، أكتوبر 2016م.

Abstract: The written constitution is the basic document and the nominal charter between the ruler and the governed. The source of the will is the will of the people and it is considered the principles and aspirations of the people on how to organize the public authorities and determine their powers in the state and its structures. The nature of this study requires that we take the descriptive, analytical and applied approach to research from the jurisprudential reference to the methods of establishing constitution and the manner of their development. This is done in four sections dealing with the concept of the constitution and its types, and the methods of establishing democratic and non-democratic constitutions in traditional and modern constitutional jurisprudence. The constitution and its constitution dealt with the most important features of the Constitution of the Sudan Transitional Law for the year 2005, which is effective in terms of its themes and the manner of its development. The conclusion of the study is the most important conclusions and recommendations: that the development of the constitution in the form of grant or contract non-democratic - robbing the will of the people in the constitution and to give the legal value of the Constitution. The most important recommendations of the study were the need to establish constitutions in a democratic manner. The constitution's entry into force in this manner means the sovereignty of the people's will to make constitutions and the principle of legality, as well as the expression of the values and principles of the people.

Keywords: Reference – Doctrinal – Systems – Foundation - constitutions