

## مكانة الدستور الجامد في ظل الفقه الدستوري الحديث

بقدر كمال<sup>1</sup>. أستاذ محاضر أ

بختي نفيسة<sup>2</sup>. أستاذة مساعدة " أ "

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة معسكر.

مقدمة:

لا يمكن تصور ثبات الوثيقة الدستورية إلى الأبد المستقبلي دون أن تكون محل تحول أو تحديد في الاتجاه الذي تحدده إرادة الشعوب، أو بما في ذلك إرادة الحاكم، هذه الفكرة تخضع لها جميع الأنظمة السياسية وجميع الوثائق الأساسية التي نشأت عنها مهما كانت نسبة شرعيتها التي هي مصدر قوتها ومعيار بقائها محل التنفيذ. فالقواعد الدستورية هي ليست إلا انعكاس لواقع اقتصادي واجتماعي معين، كما أنها تعكس في نفس الوقت علاقات القوى داخل المجتمع أو يمكن أن تكون محل ضغط من الخارج.

الوثيقة الدستورية هي عبارة عن مجموعة من الأحكام والأنظمة السياسية المختارة لكيفية تسيير وتنظيم كيان سياسي معين حديث النشأة، أو بصدد التكوين بعد ثورة اجتماعية شعبية أو أنه نتيجة تفكير و توافق للآراء بين أفراد المجتمع و نظام الحكم القائم، إلا أن هذه الأفكار والقواعد لا تعدوا إلا أن تكون انعكاس لوجهات نظرا المؤسسين لتلك الأفكار في تلك الفترات المحددة من الزمن.

<sup>1</sup> أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر.

<sup>2</sup> أستاذة مساعدة " أ " بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر.

هذه المسألة تترك الحق لهؤلاء الأفراد في وضع القاعدة الدستورية التي تحكمهم والتي يختارونها لتنظيم شؤونهم السياسية، فجاءت الثورة الفرنسية شعبية سنة 1789 إلا أن - نابليون - حول فرنسا فيما بعد إلى إمبراطورية بدل أن تكون جمهورية. وهذه الدساتير لا تحكم مسار الأجيال، وعليه جاءت الأنظمة الدستورية تحمل في طياتها آلية التعديل الدستوري في فترات زمنية متلاحقة تحكمها إرادة الشعب أو الحاكم في التعبير كلما رأوا ضرورة إلى ذلك. في هذا الاتجاه جاءت المادة 28 من إعلان الحقوق في الدستور الفرنسي لسنة 1793 تتضمن هذه الفكرة بالقول: « الشعب لديه الحق دائما في إعادة النظر وتعديل الدستور، إن أي جيل لا يستطيع أن يخضع أجيال المستقبل لقوانينه » .

أي أن الأجيال المستقبلية وحدها من تقرر تحديد كيف تحكم نفسها بنفسها، ولأجل كل ما سبق جاءت كل الدساتير تنص من جهة على إمكانية التعديل للوثيقة الأساسية ومن جهة أخرى تنص على الآليات التي يمكن أن تعدل بها تلك القواعد الهامة التي تنظم حياة الكيان السياسي، فلا يمكن ومن غير المعقول أن تترك مسألة التعديل ذات الأهمية البالغة إلى عفوية يمكن أن تتم بأي صورة، كانت .

فالتعديل يجب أن يكون محدد المصدر والطريقة والهدف، وهو ما يضمن له كتحصيف سياسي القوة في مسألة خضوع الأفراد ولأما كانت العملية دون جدوى . فكما اشرنا أن هناك الكثير من الدساتير التي تتكلم عن آليات يتم اللجوء إليها من أجل التوصل إلى تعديل الدستور الذي يفترض انه عبارة عن وثيقة لا يتم تعديلها إلا بتغيير مفاهيم اجتماعية وسياسية داخل المجتمع بشكل عميق. ويمكن مريبط التعديل في الجهة التي تتبنى التعديل الدستوري في حد ذاته، وهي بالتالي ستختار الآلية التي تستعمل لتعديل الدستور.

وبالتالي التعديل الذي تبرره الظروف يجب أن يتم وفق الطرق الخاصة التي ينص عليها الدستور الذي نظم أحكامه، كما يتيح الوقت الكافي للتفكير بأسس بناء الدولة والمجتمع، يترتب عليه تغييرات في أنظمة الحكم مع انه قد يحدث آثار من النواحي الإدارية الاقتصادية والسياسية. إلا أن التساؤل المطروح يتمحور حول معايير

المفاضلة بين أنواع الدستور من حيث التعديل، وعليه ما هي الاعتبارات الدافعة إلى تكريس مبدأ الجمود الدستوري؟ وما هي آليات إعمال هذا المبدأ الدستوري في ظل الفقه الدستوري المقارن؟.

وللإجابة عن هذه التساؤلات ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول مسألة ارتباط تحديد السلطة المخولة بتعديل الدستور بطبيعة هذا الأخير، على أن نتناول في المبحث الثاني اختلاف الأنظمة المقارنة حول أهلية استحقاق تعديل الدستور الجامد.

### **المبحث الأول: ارتباط تحديد السلطة بمسألة طبيعة الدستور.**

تحدد السلطة المخولة دستوريا بتعديل الدستور بموجب أحكامه، حيث تعد هذه السلطة قانونية لأنها تحترم وتقتيد بنصوص الدستور الذي يحدد مجالات عملها وإجراءات الوصول إلى السلطة وإجراءات التعديل الدستوري .

الجهة المعدلة للدستور تتخذ أشكال متعددة ترتبط بطبيعة الدستور، وقبل التعرف على ماهية هذه السلطة لا بد ومن باب أولى معرفة أنواع الدساتير من حيث التعديل وأهمية التمييز بينها، وكل هذا يخدم مبدأ ارتباط تحديد السلطة المخولة بتعديل الدستور بطبيعته.

تأسيسا على ذلك سنحاول البحث في مسألة أنواع الدساتير من حيث التعديل (المطلب الأول) الأمر الذي يقودنا إلى معرفة مكانة الدستور الجامد في ظل الفقه الدستوري الحديث (المطلب الثاني).

### **المطلب الأول: أنواع الدساتير من حيث التعديل**

بداية طريقة تعديل الدستور تختلف حسب اختلاف الدساتير ، بمعنى أن كل أنواع الدساتير المعروفة لا تعدل بنفس الطريقة إذ لا يوجد طريقة واحدة لتعديل الدستور معترف بها عالميا في كل الأنظمة الدستورية مهما كان نوع الدستور، وإنما طريقة تعديل الدستور تتبع نوعه المحدد .

توضيحا لذلك فان دساتير دول العالم تنقسم إلى أنواع متعددة، لكن يمكن ضبط هذه الأنواع بمعيارين معروفين هما: معيار التدوين<sup>1</sup> ومعيار التعديل .

أما بصدد المعيار المحدد لتقسيم الدساتير الذي يعتبر محل اهتمامنا في موضوع البحث هو معيار التعديل، ومن المعلوم أن عملية تعديل الدستور ترتبط بطبيعته، ومنه يمكن التمييز بين الدساتير الجامدة والدساتير المرنة، حيث ترتبط بإجراءات التعديل وليس بموضوعه، وتأخذ شكل مسائل قانونية وتطبيقية بعيدة عن الطابع السياسي، هذا الطابع الذي يرتبط بموضوع التعديل وليس بإجراءاته التقنية .

مسألة تعديل الدستور ترتبط بتحديد السلطة المخولة لذلك، وقبل ذلك بطبيعة الدستور نفسه الذي ينص على طريق التعديل، هذه الطبيعة تستتبع تقسيم الدساتير إلى جامدة وأخرى مرنة.

### الفرع الأول: الدساتير المرنة **constitutions souples**.

الدستور المرن هو الذي يتم تعديله بنفس الإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية، لهذا فان الدساتير المرنة تأخذ ذات القيمة القانونية المقررة لهذه القوانين.

وبذلك تختفي كل تفرقة بين القاعدة الدستورية المرنة والتشريعات العادية، ولا يبقى إلا الاختلاف من الناحية الموضوعية فقط بحكم اختلاف طبيعة الموضوعات

<sup>1</sup> - تنقسم الدساتير من حيث التدوين الى دساتير مكتوبة وأخرى غير مكتوبة . الأولى تكون اغلب أحكامها الأساسية المتصلة بنظام الحكم مدونة في وثيقة او عدة وثائق، إذ بدأت حركة التدوين كما اشرنا في الفصل التمهيدي الى الدستور الأمريكي سنة 1787، ثم انتشرت في باقي دول العالم، ويعتبر الدستور المدون كقاعدة هامة أحسن ضمان لتبيان قواعده ومن ثم إلزامية الجميع حكاما ومحكومين، وحول أهمية تدوين الدساتير يقول THOMAS PAYE: - الدستور لا يكون الا عندما يكون بوسعنا وضعه في الجيب - أي معرفة نصوصه و مضمونه .

- النوع الثاني هو الدساتير الغير المدونة أو العرفية وهي التي لم تدون أحكامها الأساسية في وثيقة معينة، بل هي عبارة عن مجموعة من الأعراف والسوابق والتفسيرات القضائية الناتجة عن التطور التدريجي للدولة ، وفي أمثلة ذلك وهي دساتير قليلة مقارنة مع الدساتير المكتوبة دستور بريطانيا الذي يعتبر المثال التقليدي لذلك .

- للمزيد من المعلومات حول أنواع الدساتير من حيث التدوين، راجع، حسين عثمان محمد، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الحداثة، الاسكندرية، 1998، ص ص 59-65 .

التي يتناولها كل منهما. إذ يرى بعض الفقه انه في حالة سكوت الدستور عن أمر تعديله فانه يعدل بذات الإجراءات لتعديل القوانين العادية، ويعتبر من الدساتير المرنة لأن تضمين أحكام خاصة بالتعديل ضمن الدستور، دليل على اختلاف إجراءات التعديل الدستوري عن إجراءات تعديل القوانين العادية .

وينتج عن هذا الوضع تمتع السلطة التشريعية بسلطات و اختصاصات واسعة في ظل الدستور المرن، إذ أنها تمتلك إجراء ما تراه من تعديلات في أحكام الدستور بواسطة ذات الشروط والأوضاع التي تعدل بها القوانين العادية، فضلا عن قيامها بسن وتعديل التشريعات العادية<sup>1</sup> .

ففي ظل سيادة البرلمان، فإن المشرع يستطيع تعديل الدستور أو يتجاهله بمجرد التصويت على قانون يخالف الأحكام الدستورية العرفية، أي أن البرلمان من الناحية النظرية له أن يلغي مثلا النظام البرلماني الإنجليزي بقانون يصدر بنفس الإجراءات التي يصدر بها قانون يتعلق بالصحة أو بالتعليم<sup>2</sup>، هذا ما يضيفي على الدستور صفة المرونة نظرا لأنه سهل التعديل من الناحية الإجرائية وسرعة تلاءم مع الواقع.

### الفرع الثاني : الدساتير الجامدة **constitutions rigides**.

إن الدستور يوصف بالجمود إذا كانت إجراءات تعديله مغايرة للإجراءات التي يتم عن طريقها تعديل القوانين العادية، ذلك حتى يكون بعيدا عن التغييرات المستمرة ولضمان قدر من الثبات والاستقرار له.

---

<sup>1</sup> - اسماعيل الغزال ، القانون الدستوري و النظم السياسية المقارنة ، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، 1982، ص 27 .

<sup>2</sup> - « il y'a des états importants sont dotés de constitutions souples : la grande Bretagne , la nouvelle Zélande , qui en 1974 a décidé de ramener 10 constitutions au rang des lois ordinaires , la chine qui depuis 1975 reconnait à l'assemblée le droit de modifier sa constitution sans condition spéciales » ,Dominique Rousseau, institution politiques et droit constitutionnel , édition Delta , LG D.J , Paris , 1995 , 86

هذه الإجراءات المعقدة المختلقة عن مثيلتها في تعديل الدساتير المرنة تبرز من خلال مظاهر الاختلاف في الإجراءات بين القانون العادي والدستور، وأيا ما كانت طبيعة الشروط والإجراءات اللازمة لإجراء التعديل، فإنه يكفي أن تختلف هذه الإجراءات والشروط عن الإجراءات المطبقة في تعديل القوانين العادية ولو اختلف يسير حتى يتصف الدستور بالجمود.

### الفرع الثالث: مظاهر الاختلاف بين أنواع الدساتير

يمكن إجمال مظاهر الاختلاف بين إجراءات تعديل الدستور وإجراءات تعديل القانون العادي، أي الإجراءات التي يتطلبها الدستور الجامد فيما يلي:

أ- من حيث الهيئة التي تملك الحق في التعديل: قد يتطلب الدستور وجوب تعديله من قبل مجلس منتخب خصيصا لغرض التعديل أو أي هيئة مسماة لهذه العملية أو يشترط الدستور أمر التعديل للهيئة التشريعية العادية، لكن مع الالتزام بإجراءات أصعب وأعقد من تلك المتبعة لوضع أو تعديل القوانين العادية، كأن يتطلب أغلبية أعلى من الأغلبية المطلوبة للتصويت على القوانين العادية .

ب- من حيث الإجراءات التي يتم بها التعديل: اشتراط الدستور لتعديله مثلا اجتماع مجلس البرلمان في هيئة مؤتمر، أي اقتراح التعديل من طرف الغرفتين المجتمعيتين معا، أو اشتراط توافر أغلبية  $3/2$  أو  $3/4$  بدلا من الأغلبية المطلوبة في تعديل القانون العادي، أي إحالة النص المقترح على الاستفتاء الشعبي، هذا الإجراء لا يمكن بأي حال من الأحوال أي نجده في عملية تعديل القوانين العادية.

ت- هذا إضافة إلى اشتراط عدم المساس تماما ببعض أحكام الدستور، بحجة أنها تمثل ثوابت الأمة وهذا غير متوفر على مستوى تعديل القانون العادي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - للمزيد من الاستفسار عن هذا الموضوع راجع، ابراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ النظم السياسية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1972، ص 135/129؛ رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري و النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص ص 44-59.

كما سبق وأن ذكرنا فإن تعديل الدستور الجامد يتطلب إجراءات صارمة وصعبة، ومع ذلك فإن للجمود الدستوري درجات تزداد وتقل وفقا لصعوبة وتعقيد الإجراءات المطلوبة للتعديل .

وتجدر الإشارة في هذا الجزء من الدراسة إلى أمر في غاية الأهمية والذي نحاول طرحه في صورة تساؤل: لماذا يتمتع الدستور الجامد بهذه الميزة أو القوة التي لا تتوفر لدى القانون العادي، ما هو سر هذا الجمود الدستوري وكيف يتميز عن مرونة الدساتير؟.

هذا ما سوف نجيب عنه من خلال البحث عن أهمية التمييز بين الدستور الجامد والدستور المرن، وعرض الاعتبارات الدافعة الى المفاضلة بين نوعي الدستور أي بمعنى عرض مبررات مبدأ الجمود الدستوري في ظل الفقه الدستوري الحديث.

#### الفرع الرابع: أهمية التمييز بين الدستور الجامد و الدستور المرن.

لا يختلف اثنان على أن الدساتير المرنة هي أكثر ملائمة للظروف المتغيرة لأنها سهلة التعديل في الأزمات، عكس الدستور الجامد الذي لا يساير التطورات وتحت الإلحاح الشديد للظروف وإن لم يعدل في الوقت اللازم قد يتم محاولة تعديلها بالعنف.

لكن على حد قول البعض أن هذا النوع من الدساتير غير ملائم للأنظمة الديمقراطية، لان الدستور يجب أن يقوم على أسس مكتوبة واضحة تلزم الحكام بان يستندوا إليها وأن تكون صعبة التعديل لا يمكن لأي قانون يصادق عليه بإجراءات بسيطة أن يعوض دستورا أسمى، إذ لا بد لكل الحكام المحكومين أن يخضعوا له، لان صعوبة التعديل هي ضمانه ضد الاستبداد ، فالحاكم سيتردد كثيرا قبل الخروج عن الأحكام المقررة في الدستور.

في ظل تبنى مبدأ الديمقراطية الحديثة لا يجوز لان يكون قانونا صادر عن البرلمان أهمية أعلى من الدستور، بدليل أن هذا الأمر يمكن أن يعدل بقانون عادي.

لذلك يجب التأكيد على أهمية الدساتير الجامدة على غيرها من الدساتير من حيث مبدأ التعديل، وإذا كان عيبها في التعديل فان صعوبة وتعقيد إجراءات تعديل الدساتير تدل على مبدأ آخر غاية في الأهمية، هو مبدأ سمو الدستور، وبالتالي جمود الدستور يدل على سموه والحفاظ عليه دائما كأعلى قمة في مبدأ التدرج الهرمي، ويحقق بالتالي مبدأ سيادة القانون في الدول الديمقراطية ويتطلب ذلك هيئة لمراقبة مدى مطابقة القوانين الصادرة للدستور للتأكد من عدم الاعتداء على أحكام هذا الأخير.

لهذه الأسباب كلها دفعت حتى الدول ذات الدساتير المرنة بالمطالبة بدستور يتطلب إجراءات خاصة في وضعه وتعديله، وتعالى الأصوات لذلك لكن دون جدوى. كل هذا يدفع إلى التشكيك في قيمة الدستور المرن، الذي لا يتجاوز كونه أحد قوانين الدول التي يمكن تفسيرها تبعا للإرادة السياسية للهيئة الحاكمة، فالجمود المطلق للدساتير أمر غير محمود، والمرونة أمر منبوذ لما فيه من مساوئ كما ذكرنا.

لذلك فإن أحسن الدساتير هي "الجامدة نسبيا"، وحثتنا في ذلك أن الدساتير التي ترفض التعديل كليا - وإن كانت مهجورة- هي الدساتير الجامدة جمود مطلق، مبرها الأساسي هو الثورة الفرنسية والحقائق الناتجة عنها والتي اعتبرت خالدة وعلمية، و بالتالي الدساتير التي تترجم هذه الحقائق هي صالحة لكل زمان ومكان أي غير قابلة تماما للتعديل، هذه الدساتير لا تتماشى مع واقعنا السياسي والاجتماعي، حتى لا يمكن التصور بوجود تشريعات أزلية، فلا بد من التسليم بما يسمى بالخضوع إلى قانون التطور المستمر.

إضافة إلى الدساتير المرنة والتي تم التشكيك في قيمتها نظرا لأنها تأخذ قيمة القوانين العادية، ومهما كان الأمر لا يمكن أن يتساوى التشريع الاسمي في الدولة مع القوانين الصادرة عن المؤسسة التشريعية العادية، وما يؤكد هذا الاعتبار هو مبدأ سمو الدستور، إذ ينعدم هذا الأخير في الدول التي تأخذ بالدساتير المرنة، وإن تحقق المبدأ بجانبه الموضوعي فقط لكن دون جدوى ترحى من ذلك، لأن الجانب الشكلي للسمو مطلوب مما يحتم مبدأ الرقابة على دستورية القوانين .

ففي ظل الدول التي تأخذ بالدساتير المرنة، لا يتحقق فيها مبدأ الرقابة على دستورية القوانين، وبالتالي تنعدم الوسيلة الضامنة لمنع اختراق القواعد الدستورية، وهذا كله ناتج عن تساوي قيمة الدستور مع القوانين العادية .

هذا ما يدفعنا إلى القول بتفضيل الدساتير الجامدة نسبياً، لأن هذا التصور يتماشى مع الواقع السياسي والدستوري، هذا النوع في الدساتير يشير إلى طريقته تعديله من خلال تضمينه للكيفيات والإجراءات المنصوص عليها، والتي يجب الالتزام بها من طرف السلطة المعدلة، وأية طريقة أخرى تعتبر غير قانونية .

والباعث الأساسي الذي يؤكد على تبني هذا الموقف هو فعالية الدساتير، التي لا تتحقق إلا إذا سايرت التطور وتغيرت بتغير الظروف، ولا يتأتى ذلك إلا بتضمينها نصوص تسمح بمراجعتها من حين لآخر، لأن الجمود المطلق قد يؤدي إلى تغييرها بالعنف والقوة، خاصة أنه بتطور الأمم تتغير الدساتير .

صفوة القول وبناء على ما ذكر أعلاه، فإننا نؤيد الدساتير الجامدة نسبياً ، حيث يؤدي ذلك إلى استقرار النظام عبر إجراءات خاصة تمكن من تعديل الدستور كلما دعت الحاجة إلى ذلك، عبر تعديل جزئي لأحكام الدستور حسب التطورات الحاصلة في المجتمع، أي التعديل الجزئي لمادة أو بعض المواد دون إجراء تغيير في روح الدستور الأصلي، الذي يحوي مجموعة أسس تعد بمثابة عقيدة و فلسفة الدستور .

وإذا سلمنا بأفضلية هذا النوع من الدساتير، فإن الأمر يتطلب منا تبيين مبررات مبدأ الجمود الدستوري والذي يعتبر من أهم الأسباب الدافعة إلى المفاضلة بين نوعي الدستور الجامد والمرن، وهذا هو محل الجزء الموالي من الدراسة .

### **المطلب الثاني: الاعتبارات الدافعة إلى المفاضلة بين نوعي الدستور (مبررات مبدأ الجمود الدستوري) .**

بداية لا بد من التسليم بأن التبرير الذي يعطى لجمود الدستور هو تبرير في نفس الوقت لعلو الدستور، لأن هذا الأخير يعد أعلى قاعدة في الدولة، والقوانين العادية أدنى درجة منه، ويجب أن تخضع له ومن ثمة لا تملك القدرة على تعديله .

وإذا رجعنا إلى بداية ظهور الجمود الدستوري، نجد أنها كانت معروفة في ظل القوانين الأساسية العرفية التي كانت سائدة في فرنسا، إذ تعتبر هذه القوانين الأساسية عدد من المبادئ العرفية كان يلتزم بها المشرع آنذاك والمجسد في شخصية الملك، حيث لا يملك حق تعديلها أو تبديلها، لأنه كان يقسم عند اعتلائه العرش على احترامها والتقييد بها.

وبالتالي نظرية جمود القوانين الأساسية العرفية، ترجع إلى اعتبارات أخلاقية ودينية أساسا، وتتجه تطور قواعد السلوك والظروف الاجتماعية والسياسية، انتقلت من مجال القانون الطبيعي إلى القانون الوضعي، وهذا ما أدى إلى تكريس مبدأ قابلية القوانين الأساسية فيما بعد للتعديل أي مدى جمود الدستور<sup>1</sup>.

وقد وضع الفقيه أحمد العربي النقشبندي ذلك، مفيدا أن جمود الدستور يتأكد بصورة واضحة وقاطعة عن طريق حق الشعب أو ممثليه في امتلاك السلطة التأسيسية التي تملك حق وضع الدستور أو تعديله، ثم أن الدستور أصبح يسمو على جميع السلطات العامة التي تستمد صلاحيتها منه، فكل عمل تأتيه إحداها خروجاً عن نص دستوري، يقع باطلا لمخالفة العقد الاجتماعي<sup>2</sup>، وهذا ما أدى إلى بروز مبدأ الجمود الدستوري في الدساتير بشكلها الحالي.

وعليه يمكن إجمال مبررات ودوافع تبني مبدأ الجمود الدستوري في ظل الدساتير الحالية ما يلي:

#### ■ ضمان الحقوق الفردية للمواطنين ومبدأ سيادة الأمة :

تبني هذه الفكرة العديد من الكتاب المتأثرين بالأفكار التي سادت إبان الثورة الفرنسية محاولة لتبرير الجمود الدستوري. فقد أكدت المادة 16 من إعلان حقوق

<sup>1</sup> - مول ديدان، مباحث في القانون الدستوري، دار النجاح للكتاب، الجزائر، 2005، ص 29.

<sup>2</sup> أي ان ظهور نظرية العقد الاجتماعي كان استمرارا أو تجديد لنظرية القوانين الأساسية، رغم الظروف في تاجيل النظريتين بين (سان توما الأكويني صاحب النظرية السياسية التي تقول أن السيادة يختص بها الله الشعب مباشرة) وفلاسفة القرن 18م، وأن الدستور تجديد للعقد الاجتماعي فواعده ليست سوى ترديد لنفس الشروط العقد الذي أقام بموجبه الشعب ملكا والتزم بطاعته، راجع، أحمد النقشبندي، تعديل الدستور-دراسة مقارنة-، منشأة المعارف، 1998، ص.61

الإنسان والمواطن الفرنسي عام 1789م، أن كل مجتمع لا يضمن الحقوق الفردية للمواطن ليس له دستور وهذا الدستور لا يمس من قبل من يضع القوانين العادية أي المشرع، لذلك لا بد من تخصيص هيئة للقيام بمهمة التعديل الدستوري على أن يتم ذلك وفقا لإجراءات خاصة تختلف عن إجراءات تعديل القوانين العادية، وبما أن الأمة وحدها هي التي تملك حق تعديل دستورها فهي التي توكل أمر هذا التعديل إلى هذه الهيئة الخاصة، وذلك من أجل الحفاظ على الحقوق الفردية للمواطن الذي هو هدف الدستور الأول.

وعليه فإن الجمود الدستوري يجد سببه الأول في هذه المهمة أي الحفاظ على الدستور على الحقوق الفردية للمواطن الذي هو هدف الدستور الأول ، وعليه فإن الجمود الدستوري يجد سببه الأول في هذه المهمة، " أي الحفاظ على الحقوق الفردية ومنع المشرع العادي من إجراء أي تعديل إلا بإتباع هذه الإجراءات الخاصة التي تؤدي إلى اضعاف صفة الجمود"<sup>1</sup>، ويضيف المؤيدين لهذه الفكرة أن الذين يمارسون السلطة إنما يقومون بأداء وظيفة لحساب الأمة التي تعتبر عن الشخص الجماعي وهي مستقلة عن الأفراد المكونين لها، هذه الوظيفة تتمثل في وضع القواعد القانونية القاعدية، لكن الأمة بوصفها شخص جماعي تصنع الدستور الذي يبين ويحدد الاختصاص والحدود التي تمارس في إطارها السلطة .

وعليه فإن من يمارس السلطة لا يستطيع تعديل الدستور أو تغييره، لأنه لو استطاع ذلك لأصبح هو المسيطر والمتحكم في ممارسة السلطة، وهذا ما يقره مبدأ سيادة الأمة ، أي عدم إمكانية المشرع العادي على المساس بالدستور يعني جعل هذا الدستور جامدا بالنسبة إليه، لأن هذا الاختصاص يعود للأمة فقط أو من ينوب عنها، " لذلك فإن الدستور يستمد علوه من إرادة الأمة التي هي أعلى إرادة في الدولة، وأن المشرع العادي يستمد قوته واختصاصه وممارسته للسلطة من الدستور ، وبالتالي جمود الدستور هو نتيجة لعلو إرادة الأمة المتجلية في الدستور"<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - أحمد العربي التقشبندي ، المرج السابق ، ص 61 .

<sup>2</sup> - منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ط 1970 ، ص 44 .

وهذا ما يدعم الطبيعة القانونية للدستور، فجمود الدستور يفترض حتما سموه، لأن القواعد الدستورية تشكل الهرم القانوني في الدولة، وجميع القواعد القانونية تستمد قوتها الملزمة من الدستور، وبالتالي فإن سمو الدستور لا يتحقق إلا في الدساتير الجامدة، لأن هذه الأخيرة تختلف إجراءات تعديلها عن إجراءات تعديل القوانين العادية، مما يجعلها في مرتبة أدنى من الدستور ولا تتساوى معه في المرتبة مثل الدستور المرن. بالتالي طبيعة الدساتير الجامدة هي التي تستوجب هذه الإجراءات المعقدة للتعديل، مما يضيف عليها صفة الجمود الدستوري.

وعلى ضوء ذلك فإن مبدأ التعديل الدستوري المقصود في دراستنا هو المتعلق بالدساتير الجامدة وليس المرنة، لأنه على مستوى هذه الأخيرة لا وجود لمشاكل تطرح طالما أنها تعدل بنفس إجراءات تعديل القانون العادي.

#### ■ الجمود الدستوري تفرضه اعتبارات قانونية:

هناك جانب من الفقه يبرر الجمود الدستوري ليس من الناحية القانونية كما سبق ذكره أعلاه، وإنما من الناحية السياسية إذن " الجمود الدستوري لا يفرضه التحليل العلمي لطبيعة القواعد الدستورية أي التسليم بفكرة علو الدستور على القوانين العادية، وإنما تفرضه اعتبارات سياسية تشترط أن تتمتع النصوص الدستورية وما تتضمنه من مكاسب سياسية ببعض الاستقرار، وذلك حينما يمنع المشرع العادي من الحساب بها تعديلاً أو تغييراً"<sup>1</sup>.

وعليه فإن اعتماد الدول هذا المبدأ المتجسد في الجمود الدستوري، يرجع إلى كونه عامل استقرار النظام السياسي مما يساهم في عملية التنمية بأنواعها و تعزيز المكاسب التي تحققها الدولة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - منذر المنشاوي، المرجع السابق، ص 46.

<sup>2</sup> - نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1993، ص

وعلى ضوء هذا التحليل لفكرة الجمود الدستوري والاعتبارات الدافعة إلى تبني هذا النوع من الدساتير وبتفضيلها عن الدستور المرن، اتضحت المسألة ففعالية الدستور تتكسر من خلال تبنيه أحكام تعديله، والتي تختلف طبعاً عن إجراءات تعديل القوانين العادية، وهذا ما يبرر الدستور الجامد، مما يضيف نوع من الثبات والاستقرار على الوثيقة الدستورية، وكذا عدم التلاعب بأحكامها تبعاً للأهواء السياسية للقائمين على السلطة .

وبعد ذكرنا للقيمة القانونية والسياسية لمبدأ الجمود الدستوري، ومدى أهمية ذلك لدى الفقه الدستوري المقارن، لا بد وجوباً من تحديد موقف مختلف الأنظمة المقارنة ذات الدساتير الجامدة في تحديد السلطة المخولة بالتعديل الدستوري.

**المبحث الثاني: اختلاف الأنظمة المقارنة حول أهلية استحقاق تعديل الدستور الجامد.**

الدساتير الجامدة هي عبارة عن دساتير ووثائق تصدر من هيئة خاصة غير الهيئة التي تضع القوانين العادية، وبأساليب وإجراءات غير المتبوعة في حالة تشريع القوانين العادية. وقد ارتأينا من باب توضيح الرؤية فقط، أن البحث في السلطة صاحبة التعديل الدستوري ودراسة اختلاف الأنظمة المقارنة حول أهلية استحقاق التعديل الدستوري، يحتم علينا من باب أولى أن ندرس قبل ذلك السلطة صاحبة إعداد ووضع الدستور، حتى يتسنى التمييز بين تعديل وإعداد الدستور من حيث السلطة صاحبة الشأن في ذلك .

إن البحث في أساليب نشأة الدساتير يعني الحديث عن أساليب نشأة الدساتير المكتوبة فقط، ذلك لأن الدساتير العرفية ينشئها العرف قاعدة تلو الأخرى، حيث تتكامل قواعدها تدريجياً وبمرور الزمن فأساليب نشأة الدساتير ترتبط تاريخياً بفكرة السيادة في الدولة، وبتحديد صاحب السيادة الحقيقي الذي يملك حق وضع الدستور<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 233 .

وقد كانت الفكرة السائدة في الوقت الماضي تقوم على أساس أن الشعب مصدر السلطات، ومن ثمة يختص وحده بوضع الدستور غير أن الأمر لم يكن دائما كذلك، فقد تطورت أساليب نشأة الدساتير تبعا لتطور النظريات السياسية التي قيلت في شأن تبرير السلطة.

ومن أهم الأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير، والتي يستأثر الشعب في وضعه دون مشاركة الحاكم ملكا كان أو أميرا أو رئيس جمهورية، هو أسلوب السلطة التأسيسية .

ومن هنا يمكن الولوج إلى إشكالية الدراسة لهذا الجزء في موضوع بحثنا، والتي نحاول من خلالها وتبعا للمنطق القانوني أن نتعرض أولا إلى السلطة التأسيسية وإبراز أقسام هذه السلطة من خلال البحث عن مكوناتها وخصائصها على أساس الأدوار المتاحة لهما دستوريا في إعداد الدستور و تعديله ( المطلب الأول)، على أن نتناول بعد ذلك صاحب الحق في مزاولة تعديل الدستور الجامد (المطلب الثاني) .

### **المطلب الأول: مضمون السلطة التأسيسية Le pouvoir constituant**

التعرض للسلطة التأسيسية في صورها المختلفة لا بد من التنويه إلى أن السلطة التأسيسية - محور الدراسة - لا تواجه إلا نوعا واحدا من الدساتير وهي الدساتير الجامدة ، ذلك لأن هذه الدساتير تتطلب في وضعها و تعديلها إجراءات خاصة تختلف عن إجراءات وضع التشريعات العادية. أما النوع الثاني من الدساتير - وهو ما يسمى بالدساتير المرنة - فإنها توضع وتعديل بنفس الإجراءات التشريعية العادية ، فالأمر بالنسبة لهذه الدساتير لا يتطلب وجود سلطة أعلى من السلطة التشريعية<sup>1</sup>.

وفي الدول ذات الدساتير الجامدة، نجد أن النصوص الدستورية لا تضعها دائما نفس السلطة التأسيسية، فوضع دستور جديد يختلف عن تعديل الدستور

---

<sup>1</sup> - مصطفى أبو زيد فهمي ، الوجيز في القانون الدستوري و النظم السياسية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1999 ، ص 160 .

القائم، ففي الحالة الأولى نجد ما يسمى بالسلطة التأسيسية الأصلية، أما في الحالة الثانية نجد ما يسعى السلطة التأسيسية الفرعية .

وعليه فإن السلطة التأسيسية تتنوع بين السلطة التأسيسية الأصلية التي تضع الدستور والسلطة التأسيسية الفرعية التي تعدل الدستور.

### الفرع الأول: التمييز بين أقسام السلطة التأسيسية.

مبدأ سمو الدستور يظهر من خلال استلزام إجراءات مطولة ومتعددة الحلقات لإمكانية تعديله، حتى يأتي في إطاره المشروع، أو وضعه طبقا لكيفيات معينة كذلك. ومن هنا يمكن التمييز بين السلطة التي لها صلاحية وضع الدستور وتعديله.

### أولاً: السلطة التأسيسية الأصلية **originaire**

وضع الدساتير يختلف بأنواع أنظمة الحكم السائدة، واختلاف الظروف المحيطة بكل نظام سياسي وبالتالي فالجهة التي لها صلاحية وضع الدستور اختلفت على مر العصور باختلاف النظر إلى من تعود إليه السيادة في ذلك أي السلطة التأسيسية الأصلية كمظهر لها. أي أن أساليب نشأة الدساتير ترتبط بفكرة السيادة في الدولة وتحديد صاحب السيادة العملي الذي له حق وضع الدستور وبالتالي مالك السلطة التأسيسية الأصلية .

وإذا كان حاضرا الشعب مصدر السلطات وهو وحده يختص بوضع الدستور، غير أن الأمر لم يكن كذلك، فقد تطورت أساليب نشأة الدساتير تبعا لتطور النظريات السياسية التي قيلت في شأن تبرير السلطة. وقد اعتبرت بعض النظريات أن الملوك هم أصحاب السيادة في الدولة سواء استمدوا شرعيتهم من الله مباشرة أو بتفويض منه أو بشكل غير مباشر من خلال توجيه إرادة الشعوب لاختيار الحاكم، حيث يختص هؤلاء الحكام دون سواهم بوضع الدستور بإرادتهم المطلقة وتقديمه للشعب بشكل منحة أو بطريقة مشاركة الشعوب في وضع الدستور عن طريق العقد.

غير أن انتشار الديمقراطية في دول العالم المعاصر مكنت الشعوب من تسلّم زمام المبادرة في إدارة الدول وتقرير رغبتها الحقيقية في كافة جوانب الحياة لتصبح

صاحبة السيادة فيها ، ولتحول أساليب نشأة الدساتير من أسلوب المنحة أو العقد إلى أسلوب الجمعية التأسيسية أو الاستفتاء الشعبي .

إذن السلطة التأسيسية الأصلية تملكها السلطة التي تضع الدستور، والأساليب في ذلك تنوعت كما ذكرنا بين الأساليب غير الديمقراطية والمتمثلة في المنحة أو العقد، وكذلك الأساليب الديمقراطية والمتمثلة في الجمعية التأسيسية والاستفتاء الدستوري<sup>1</sup> .  
وعليه تفصيلا لهذا الجزء من الدراسة، نتولى تحديد مفهوم السلطة التأسيسية الأصلية ( أ ) ، خصائصها ( ب ) ، تطبيقات عن السلطة التأسيسية الأصلية في بعض الدساتير ( ج ) .

#### أ- مفهوم السلطة التأسيسية الأصلية :

يقصد بها أن يتولى الشعب انتخاب ممثلين عنه يكونون جمعية خاصة تسمى السلطة التأسيسية ، تقتصر مهمتها على وضع الدستور ، هذه الهيئة يمكن تسميتها بالجمعية التأسيسية أو المجلس التأسيسي .

وقد سميت بالتأسيسية لأنها تقوم فعلا بتأسيس نظام الحكم عن طريق وضع مبادئ هذا النظام في صلب الدستور، وهكذا بمجرد انتهاء السلطة التأسيسية الأصلية من وضع الدستور ، فإنها تنحل ولا يعود له وجود ، ويعتبر الدستور نافذا بمجرد إقراره من السلطة التأسيسية وفق نصوص وأحكام إنشائها<sup>2</sup> .

---

<sup>1</sup> - للمزيد من المعلومات حول أساليب وضع الدساتير ، راجع ، نعمان أحمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الثقافة، عمان ، 2006 ، ص 482 ، عبد الكريم علوان ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009 ، ص 263 ، بوكرايدريس ، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، 2003 ، ص 81 ، مولود ديدان ، المرجع السابق ، ص 145 .

<sup>2</sup> - " هو أسلوب قدم اكتسبه ، الملك عن طريق الإرث بالإستناد إلى النظريات البيروقراطية ، في هذا الأسلوب الشعب لا يشارك في وضع الدستور بل هو منحة يتنازل وفق لذلك الملك بإرادته المنفردة للشعب عن بعض حقوقه في وثيقة مكتوبة مثل الدستور الفرنسي لسنة 1819 ، يهبها للشعب ، مولود ديدان ، المرجع السابق ، ص 145 .

<sup>3</sup> - ينشأ الدستور وفقا لهذا الاسلوب بناء على اتفاق بين الحاكم والشعب، ونتيجة لتوافق ارادتهما على قبول الوثيقة الدستورية، مثل وثيقة THE BILL OF RIGHTS سنة 1677 في العهد الانجليزي، راجع،

## ب- خصائص السلطة التأسيسية الأصلية :

من أهم ما يميزها ما يلي :

### ■ هي السلطة التي تضع الدستور :

أي هي السلطة مالكة السلطة التأسيسية الأصلية ، فتكون إما للحاكم وحده في صورة المنحة<sup>2</sup>، أو الحاكم والشعب في صورة العقد<sup>3</sup>، أو الشعب وحده في صورة الجمعية التأسيسية<sup>4</sup> والاستفتاء الدستوري<sup>5</sup> .

أغلب الفقه<sup>1</sup> يرجح الأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير عن انتصار إرادة الحاكم، وانفراد الشعب صاحب السيادة بوضع الدستور دون تدخل في جانب الحاكم، إذ حتى يكون الدستور صادرا عن سلطة تأسيسية بشكل حقيقي، لا بد أن يكون أعضاء هذه السلطة منتخبين من جانب الشعب، فلا يجوز بحال من الأحوال أن يكون تشكيل هذه السلطة عن طريق التعيين من قبل السلطة في الدولة، وإلا كان الدستور في هذه الحالة صادر عن لجنة فنية لا عن سلطة تأسيسية .

ولا يجوز أيضا أن تتولى السلطة التشريعية العادية - البرلمان - وضع الدستور، حتى ولو كانت منتخبة بالكامل من جانب الشعب، ذلك أن هذه السلطة هي منشأة لسن التشريع لا سلطة تأسيسية أصلية لوضع الدستور، هذه الأخيرة تنحصر في النظم الديمقراطية في الشعب الذي يملك أن ينيب عنه ممثلين، تكون مهمتهم الأساسية هي وضع الدستور .

---

الامين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص.125

4-الجمعية التأسيسية: يقوم الشعب بانتخاب ممثلين عنه يكونون جمعية مهمتها تأسيس ووضع دستور، يعبر عن ارادة الشعب ويكون نافذا بمجرد المصادقة عليه مباشرة، راجع، قزو أكلي، ادروس في الفقه الدستوري والنظم السياسية، دار الحلزونية، 2003، ص.188

5-يقوم الشعب بانتخاب جمعية تتولى اعداد مشروع الدستور، ولا يصير نافذا إلا بعد عرضه على الشعب للموافقة عليه في استفتاء عام، راجع، عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، 1973، ص.343.

<sup>1</sup> - ابراهيم عبد العزيز شيحا ، المرجع السابق ، ص 305 .

## ■ سمو إرادة السلطة التأسيسية الأصلية :

تختلف هذه السلطة في مدى ما لها من سلطات، فالسلطة التأسيسية الأصلية تتمتع بحرية مطلقة في التشريع الدستوري، هي حرة في تحديث تعديلات جوهرية في التنظيم الدستوري ، فهي تستطيع أن تتراجع عن النظام الملكي الى النظام الجمهوري ومن النظام النيابي إلى المباشر ... إلخ. حتى أن السلطة التأسيسية الأصلية من حيث الإيديولوجية السياسية تستطيع فرض النظام الإشتراكي بدلا من النظام الرأسمالي<sup>1</sup> .

فالقاعدة إذن أن الأمر إذا آل إلى السلطة التأسيسية الأصلية ، فإنها تتمتع وهي تضع الدستور بصفة مطلقة في إحداث ما شاءت من تعديلات على النظم القانونية القديمة، وإدخال ما شاءت من النظم الجديدة، وهي عندما يؤول اليها الأمر تستطيع أن تلغي الدستور كله إن استدعت الضرورة وظروف المجتمع ذلك، فهي ليست مقيدة بشروط أي تعلو على كل السلطات الأخرى ، تستمد مصدرها وصلاحياتها من ذاتها<sup>2</sup>.

## ■ لا تنظمها نصوص خاصة :

السلطة التأسيسية الأصلية لم تنظمها نصوص خاصة ولم تتلقى اختصاصها بنص صريح، إذ هي تتدخل لوضع دستور جديد في وقت تكون فيه الدولة خالية تماما من النصوص الدستورية النافذة، على العكس بالنسبة للسلطة التأسيسية الفرعية تقوم بمهامها طبقا لنصوص خاصة، فهي قد أنشئت بنصوص دستورية قائمة ، وأعطيت اختصاصا محددًا في هذه النصوص .

## ج. تطبيقات عن السلطة التأسيسية الأصلية :

يملك الشعب سلطة التأسيس كما سبق وذكرنا ، إما عن طريق التصديق على الدستور بواسطة الاستفتاء الدستوري أو بانتخاب من ينوب عنهم في إعداده

<sup>1</sup> - مصطفى أبو زيد فهمي ، الوجيز في القانون الدستوري و النظم السياسية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1999 ، ص 160 .

<sup>2</sup> - منصور مولود ، القانون الدستوري ، دار الوائل للنشر و التوزيع ، الطبعة 02 ، 2010 ، ص 75 .

والتصويت عليه ، وعادة ما تنشأ هذه السلطة التأسيسية الأصلية عندما تسعى الدولة القائمة إلى إعلان دستور جديد، وذلك عند نجاح ثورة أو انقلاب<sup>1</sup> .

نحاول ذكر بعض النماذج في النظم الدستورية المقارنة:

- يمكن أن تتجسد السلطة التأسيسية الأصلية فقط بجمعية تمثيلية منتخبة خصيصا لهذا الغرض تسمى الجمعية التأسيسية ، هذه الطريقة نشأت في الولايات المتحدة الأمريكية عقب استقلالها سنة 1776 في وضع الدستور الاتحادي والدستور الأمريكي لعام 1787 ثم انتشرت هذه الطريقة في باقي الدول.
- طبق بعد ذلك في دستور فرنسا لعام 1791 تم وضعه عن طريق جمعية تأسيسية ،الدستور الياباني الصادر عام 1947 ،الدستور الايطالي الصادر في 1947/12 ،الدستور التشيكوسلوفاكي عام 1948 ،الدستور الباكستاني عام 1956 ،الدستور الألماني عام 1946 ، الدستور السوري عام 1950 ، دستور تونس سنة 1959 ، دستور ليبيا 1951<sup>2</sup> .
- هذا الأسلوب يتفق ومبدأ السيادة الشعبية، فالشعب هو صاحب السيادة، وهو الذي انتخب الجمعية التأسيسية ، إذ يعتبر من الأساليب الديمقراطية التي ترسخ المبادئ الديمقراطية في الدولة.
- أما إذا رجعنا إلى أسلوب الاستفتاء الدستوري الذي يعطي الكلمة الأولى و الأخيرة للشعب، وهو الأسلوب المطبق في معظم دساتير الجزائر و دستور فرنسا لعام 1946<sup>3</sup> .

---

<sup>1</sup> - يمكن وضع دستور من قبل السلطة التأسيسية الأصلية ، في حالة إلغاء دستور قدم بالطريق العادي و القانوني ، أو عقب نجاح ثورة أو إنقلاب.

<sup>2</sup> - مصطفى أبو زيد فهمي ، المرجع السابق ، ص 163 ، بوكرا ادريس ، المرجع السابق ص 82 ، فزو محمد اكلي، المرجع السابق، ص 152 .

<sup>3</sup> - مولود ديدان ، المرجع السابق ، ص 176 .

## د. السلطة التأسيسية الأصلية و مدى تقدير أساليبها:

كما أشرنا فإن الشعب في طريقة الجمعية النيابية، يقوم بانتخاب ممثليه تنوب عنه لوضع دستور مكتوب، ويصبح نافذا بعد إقراره بالأغلبية من قبل هذه الجمعية المنتخبة، وتعتبر هذه الجمعية المنتخبة أعلى السلطات في الدولة تنحصر مهمتها في وضع الدستور، إلا أن هذه الطريقة لا تعني أنها تسمح للدستور بالبقاء مدة طويلة والدليل على ذلك الدستور الفرنسي الصادر عام 1971 ، كذلك دستور 1795 لم يطبق سوى 05 سنوات داخل جو من الاضطرابات، وكذلك دستور 1848 الذي لم يطبق سوى 03 سنوات.

وعلى خلاف ذلك نجد بعض الدساتير جاءت عن طريق المنحة لكنها عمرت كثيرا، ومثال ذلك دستور فرنسا لسنة 1814 الذي استمر تطبيقه إلى 1830 ، والدستور الياباني الصادر سنة 1889 ، استمرت تطبيقه إلى غاية 1945<sup>1</sup>. أما طريقة الاستفتاء الدستوري، الذي يعتبر شكل من أشكال إشراك الشعب في إقرار نصوص الدستور و يكون ذلك بغرض استفتاءه حولها، نظرا لتعذر جمع الشعب وإمكانية توصله إلى وضع مثل تلك النصوص مما يستدعي الاقتصار على عرضها عليه و التقيد بموقفه منها تجنباً للفوضى المحتملة .

هذه الطريقة وإن كانت تعبر عن الصورة المثلى لوضع الدستور لأنها أكثر ديمقراطية ، لكن لا بد من توافر بعض الشروط حتى تحقق تلك الميزة أهدافها، كأن يكون الشعب واعيا و مدركا للعمل الذي يقوم به، وعليه فإن على السلطة التي تريد إشراك الشعب فعلا في وضع الدستور لاسيما في الدول المتخلفة ، أن تسبق عملية الاستفتاء بإسناد مهمة وضع الدستور إلى جمعية تأسيسية منتخبة من قبل الشعب، تجنباً لعيوب طريقة الاستفتاء مباشرة .

<sup>1</sup> - سعيد بوشعير ، القانون الدستوري والانظمة السياسية المقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص

لكن اعتماد إعداد مشروع الدستور من قبل لجنة من الخبراء شكلت عن طريق التعيين أو لجنة حكومية برلمانية لا يفي بالغرض، لأن الشعب في حالة الاستفتاء، لا يناقش وليس له الخيار بين عدة مشاريع و إنما عليه أن يختار النص الجديد أو يرفضه، وقد يكون نظام الحكم الساري المفعول مرفوض والمشروع الجديد لا يعبر عن مطامح الشعب، خاصة إذا علمنا أن إسناد إعداده للجنة مشكلة من أصحاب السلطة، ولو كانت من ذوي الاختصاص لا يعني تمتعها بحرية العمل، بل تعمل وفق توجيهات السلطة التي لها رفض أي اقتراح يحد من استمرار بقاءها في السلطة وتجميع اهم السلطات في يدها .

لذلك يفضل اللجوء الى جمعية تأسيسية على أساس تنافسي، تتولى بطريقة استقلالية دون تدخل السلطة التنفيذية إعداد ومناقشة المشروع قبل عرضه على الشعب بغرض الاستفتاء، على أن يتضمن المشروع المبادئ العامة والسلطات، اختصاصاتها وعلاقتها مع بعضها، بيان الحقوق والحريات، آليات فرض احترام الدستور من قبل السلطة وغيرها<sup>1</sup>، ولا بد أن يسبق إجراء الاستفتاء حملة إعلامية تنظم مناقشات حول الموضوع، حتى يشعر الشعب أنه شارك فعلا في وضع الدستور. لذلك ففي حالة الاستفتاء الشعبي الذي يسبقه وضع مشروع الدستور من قبل جمعية منتخبة، نكون بصدد الأسلوب الديمقراطي في وضع الدساتير، حتى و لو عرض ذلك على الشعب في استفتاء عام<sup>2</sup>.

ونحن في الواقع العربي المعاش ووفق التجربة المصرية والتونسية نرى أن نظام الاستفتاء، يمنح الشعب بكل أطيافه المشاركة في إبداء رأيه، و إلى حد ما يقلص هيمنة الأحزاب في توجيه المستفتين والتأثير عليهم. وإذا كانت السلطة التأسيسية الأصلية عادة ما تتأسس عند ميلاد دولة جديدة أو حصولها على استقلالها ، أو عندما ينهار النظام السياسي المطبق بالدولة إثر نجاح ثورة أو انقلاب، في هذه الحالة

<sup>1</sup> - سعيد بوشعير ، المرجع السابق ، ص 177 .

<sup>2</sup> - نعمان أحمد الخطيب ، المرجع السابق ، ص 482 .

يسقط الدستور القديم وتظهر الحاجة إلى وضع دستور جديد، تساؤلنا المفترض في هذه الحالة: في ما يخص الشأن العربي، هل سلكت كل من تونس ومصر وليبيا بعد إسقاط النظام السياسي فيهم إلى طريقة إنشاء سلطة تأسيسية أصلية لصناعة دساتيرها الجديدة؟

تشارك الدساتير العربية كغيرها من الدساتير بتدوين الأحكام العامة، وتحديد السلطات العامة واختصاصاتها بشكل دستوري، وتحتوي على المبادئ العامة من حقوق وواجبات المواطن، حماية الملكية، حق التعليم ... الخ. معظم الدساتير العربية القائمة، هي صناعة اللجان الفنية والحكومات القابضة على مجريات السلطة، لأن غالبية الدول العربية كانت خاضعة للاستعمار، وتحررت تدريجيا منه، لذا نرى دساتيرها تارة اقتبست عن الدساتير الفرنسية، وتارة عن الدساتير الإنجليزية.

زيادة على ذلك فإن اللجان الفنية الدستورية التي أعدت الدساتير في معظم الدول العربية، كانت تضم إطارات في الفقه الدستوري، والمعروف أن اللجان الفنية كانت مكلفة دائما من الحكومات القائمة وتعمل ضمن توجيهاتها لذلك لا جدال أن صناعة الدساتير العربية هي صناعة إرادة السلطة التنفيذية الحاكمة.

وبشان المتغيرات الحادة في كل من تونس ومصر وليبيا، فبالرغم من إنشاء جمعية تأسيسية لإعداد الدستور في كل منها ونظرا لطبيعة أعضاء الجمعية وصبغتها الحزبية، تعثرت وواجهت صعوبات كثيرة.

وعموما الدستور وبأي دولة صناعة إرادة إما إرادة حاكم أو إرادة مشتركة بين الحاكم والشعب، إما إرادة الشعب وحدها وهذا الأخير هو الأسمى والأعلى نوعية، فالدستور مهما تنوعت صناعته وتعالصياغته، ليتحقق سموه يجب احترامه وتطبيقه من الحاكم والمحكوم، لأن يبقى نصوص استثنائية ساكنة في مجملها وفعالة في تطبيقها عندما تختص فقط بالحاكم؟.

### ثانيا : السلطة التأسيسية الفرعية:

إن السلطة التأسيسية المنشأة ( بفتح الشين ) أو الفرعية، تفترض أن هناك دستورا نافذا في الدولة قد نظمها وحدد فيها كل السلطات، فهي لا يمكن أن تتدخل

إلا في ظل دستور قائم يمنحها حق الحياة، أما إذا سقط الدستور كلية ، فإن الأمر يحتم اللجوء إلى السلطة التأسيسية الأصلية، وذلك لأن السلطة التأسيسية المنشأة قد فقدت حق الحياة بسقوط النصوص الدستورية التي وضعتها<sup>1</sup>.

إذن فالسلطة التأسيسية المنشأة ينص عليها الدستور وينظم نشاطها، فهي توجد بمقتضى هذا الدستور، لتعده بموجب الشروط والإجراءات التي يضعها، وقد اصطلح على تسميتها -سلطة التعديل-

وإذا كانت السلطة التأسيسية الأصلية لا تنظمها نصوص خاصة ولا تتلقى اختصاصا من نصوص موجودة ، إذ هي تتدخل في وقت لا يكون بالدولة نصوص دستورية قائمة، وتقوم بوضع دستور جديد للدولة ، فإن السلطة التأسيسية المنشأة **Le pouvoir constituant dérivé**، يقصد بها السلطة التي يناط بها مهام تعديل الدستور القائم في الدولة، وبالتالي فهي مقيدة بالنصوص الدستورية القائمة بالدولة، واختصاص هذه السلطة يكون ضمن إطار محدد لها، ولا يمكنها تجاوز سلطاتها .

وتجدر الإشارة بعد تعرضنا لمفهوم كل من السلطة التأسيسية الأصلية والفرعية، أننا بصدد سلطتين مختلفتين من حيث الطبيعة والجوهر، وكل واحدة منها تملك كيانا ووجود مستقل عن الآخر، وعليه فإن السلطة التأسيسية الأصلية والفرعية ما هما إلا مظهرين للسلطة التأسيسية، وإن كانت السلطة التأسيسية الفرعية مؤسسة من قبل السلطة التأسيسية الأصلية ، إلا أنها تخضع في نشاطها لقواعد الدستور .

وبالتالي فإن سلطة التعديل ليس لها قيمة بذاتها، أي لا تملك كيان مستقل فهي لا قيمة لها إلا بقدر ما تعبر عن الإرادة المطلقة للسلطة التأسيسية الأصلية<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> - حمدي العجمي، مقدمة في القانون الدستوري، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2009 ، ص 167.

<sup>2</sup> - منذر الشاوي، المرجع السابق ، ص 271.

## المطلب الثاني: صاحب الحق في مزاولة السلطة التأسيسية المنشأة ( سلطة التعديل ) .

لم يتفق الفقهاء على تحديد السلطة المختصة بالتعديل، إذ يقول فقهاء القانون الطبيعي خاصة الفقيه ( فاتل ) بضرورة الموافقة الجماعية للأمة على تعديل الدستور، وفي رأيهم أن الدستور هو العقد الاجتماعي الذي وضع بعد تحقق إجماع أعضاء الجماعة وموافقتهم عليه، والذي به أنشأ الأفراد الجماعة السياسية التي تحكم الشعب، لذلك فإن تعديل الدستور يجب ألا يتم إلا بعد موافقة الشعب عليه بجميع أفراد<sup>1</sup>.

أما الفقيه الفرنسي ( سبب ) يرى أن الأمة هي صاحبة السيادة، وهي التي تملك تعديل الدستور دون التقييد بأي إجراء معين، وهي حرة في أن تقوم بهذا التعديل بنفسها أو تنيب عنها ممثلها في إجراء التعديل، أي أن الجمعية التأسيسية المنتخبة تحل محل الأمة في إجراء التعديل<sup>2</sup>. وعليه فإن هذا الاتجاه الفقهي يرى أن تعديل الدستور يمكن أن يتم بالطريق المباشر من خلال موافقة أغلبية الشعب، أو بالطريق النيابي أي بواسطة ممثلي الشعب.

يعتبر الرأي الأول مستحيل التحقق، لأن موافقة جميع أفراد الشعب على التعديل أمر صعب، لكن موافقة أغلبية ممثلي الشعب بالطريق النيابي ثم عرض التعديل على الاستفتاء الشعبي للحصول على موافقة أغلبية الشعب، لكن بالتأكيد على ذلك في نصوص الدستور، يعد أكثر تماشياً مع روح الديمقراطية وتحقيقاً لأوسع رغبات غالبية أفراد الشعب.

وعليه فإن المعمول به، أن أمر تحديد الهيئة التي تمارس السلطة التأسيسية الفرعية يتوقف على نصوص الدستور ذاته، فهي التي تحدد الجهة الممارسة لهذه السلطة، وبالرجوع لدساتير دول العالم فقد تباينت فمنها من يعطي هذا الحق للبرلمان

<sup>1</sup> - رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 310.

<sup>2</sup> - أحمد العربي النقشبندري، المرجع السابق، ص 84.

فيزاولها طبقا لإجراءات خاصة، ومنها من ينيط هذا الحق إلى جمعية تأسيسية تنتخب خصيصا لهذه الغرض، ومنها من ينيطه إلى الشعب عن طريق موافقته على التعديل في استفتاء شعبي .

### أولاً: البرلمان:

كثيرا ما تنص الدساتير على منح البرلمان السلطة التأسيسية المنشأة، فيقوم بتعديل الدستور طبقا لإجراءات خاصة يحددها الدستور، وبطبيعة الحال لا بد أن تختلف هذه الإجراءات عن تلك المتبعة في شأن تعديل القوانين العادية إذ أن الأمر يتعلق بدستور جامد وليس مرن.

لكن الدساتير تتنوع في منح الهيئة التشريعية حق ممارسة سلطة التعديل، طبقا لأشكال وإجراءات خاصة. فقد تكفي بعض الدساتير باشتراط أغلبية خاصة تختلف عن الأغلبية المطلوبة لتعديل القوانين العادية كوجوب الحصول على أغلبية 3/2 مثل دستور بولندا لعام 1952 حسب المادة 1912 منه، أو وجوب الحصول على أغلبية 3/4 من أعضاء البرلمان كدستور الجزائر لسنة 1989 ، أو وجوب الحصول على أغلبية 5/4 من أعضاء البرلمان كدستور النيجر لسنة 1960 ، المادة 72 أو وجوب الحصول على الأغلبية المطلقة لأعضاء البرلمان كالدستور السوري لسنة 1950 وغيرها من الأمثلة<sup>1</sup> ، هذا إذا كانت الدول تأخذ بنظام الغرفة الواحدة في تكوين البرلمان .

وفي حالة تكوين البرلمان من مجلسين فإنه يشترط أغلبية خاصة في كل مجلس منهما، كما ورد في الدستور المصري لعام 1923 في مادته 157 ، كما قد ينص الدستور على إعطاء الهيئة التشريعية الحق في ممارسة سلطة التعيين لكن مع تغيير في التشكيل، كأن يجتمع المجلسان في شكل هيئة عامة كما ورد في المادة 176 من دستور الجزائر لسنة 1996 .

---

<sup>1</sup> - أحمد العربي النقشبندري ، المرجع السابق ، ص 85 .

وتجدر الإشارة إلى أن البرلمان مؤهل أكثر من غيره لمباشرة سلطة التعديل كونه يمثل الأغلبية من أفراد الشعب، لكن كيف يمكن تفعيل أدائه في عملية التعديل الدستوري، هذا سنتناوله في الباب الثاني من الدراسة .

### ثانيا :الجمعية التأسيسية :

قد تلجأ بعض الدساتير إلى منح السلطة التأسيسية إلى جمعية تأسيسية يتم انتخابها خصيصا لإجراء التعديل الدستوري<sup>1</sup> . هذه الوسيلة لقيت انتشارا واسعا لدى دساتير دول العالم ، إذ تكرر منطلق الديمقراطية النيابية ، أي يتم تعديل الدستور عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة، ومن أمثلة هذه الدساتير التي طبقت طريقة الجمعية التأسيسية الدستور الفرنسي لعام 1848 ، كذلك دساتير الدويلات في الولايات المتحدة الأمريكية، دساتير دول أمريكا اللاتينية<sup>2</sup> ، كما قد تعطي بعض الدول سلطة إقرار التعديل الدستوري للسلطة التأسيسية الأصلية، وهذا الأسلوب هو المعمول به في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يعود للكونغرس الاتحادي الذي أقر الدستور سلطة إدخال التعديل عليه.

### ثالثا:الاستفتاء الشعبي:

قد تتطلب بعض الدساتير ضرورة موافقة الشعب على التعديل حتى يصبح نافذا، وفي هذه الحالة يقوم البرلمان أو الجمعية التأسيسية بإعداد مشروع التعديل، ثم يتم طرح هذا المشروع على الشعب للموافقة عليه، وقد أخذت بهذه الطريقة سويسرا سواء بالنسبة لدستورها الاتحادي، أو بالنسبة لدساتير الولايات، وقد أخذ به أيضا الدستور الفرنسي الصادر عام 1958، إذا ألزمت المادة 89 من ذات الدستور، ضرورة عرض التعديل على البرلمان للنظر فيه وإقراره، ثم عرضه على الشعب في استفتاء شعبي حتى تصبح نافذا<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - ابراهيم عبد العزيز شيحا ، المرجع السابق ، ص 307 .

<sup>2</sup> - أحمد العربي النقشبندي ، المرجع السابق ، ص 86 .

<sup>3</sup> - ابراهيم عبد العزيز شيحا ، المرجع السابق ، ص 153 .

وقد تبنى الدستور الجزائري لسنة 1996 هذه الوسيلة، إذ نصت المادة 174 منه في فقرته الأخيرة على أنه: "يعرض التعديل على استفتاء شعبي خلال 50 يوما الموالية لإقراره من طرف البرلمان"، كما أنه المادة 175 أكدت هذا الطرح، بقولها: "يصبح القانون الذي يتضمن مشروع التعديل لاغيا إذا رفضه الشعب"، وعليه فإن التعديل الدستوري حتى يجوز مشروعية تطبيقه يتطلب موافقة الشعب، وإذا رفضه ألغى مشروع التعديل.

#### خاتمة:

كما أشار الفقيه "جيرارد كوناك"، فإنه على الرغم من الاستقرار الدائم فإن التحولات والتعديلات الدستورية تعكس رغبة البحث عن هياكل وإجراءات أكثر ملائمة للحقائق السوسولوجية والثقافية لكل دولة. إلا أن التعديل الذي تبرره الظروف يجب أن يبقى وفق الطرق الخاصة التي ينص عليها الدستور، لأنه و كما أشرنا سابقا أن فكرة الجمود المطلق للدستور لا تتماشى وفكرة السيادة التي تكون ملكا للشعب، فعندما يقرر صاحب السيادة الجمود المطلق للدستور معنى ذلك أنه تنازل عن حقه في ممارسة التعديل.

وإذا سلمنا بأفضلية الدستور الجامد نظرا لميزاته المبررة لاعتماده في دساتير معظم الدول، فإن السلطة التي تقوم بالتعديل ليست حرة تماما في القيام بذلك، بل مقيدة من طرف السلطة التأسيسية الأصلية بجملة من الإجراءات ترد في الدستور نفسه، هذه الإجراءات تختلف من بلد لآخر حسب ظروف ومعطيات كل دولة ونظامها، لأن الدول لم تتفق على طريقة واحدة في تعديل دساتيرها، وهو ما دعا الفقه إلى دراسة الأوضاع المتباينة التي توصل من خلالها، أن كل دولة تعترض بتجربتها التي تحاول إقناعها للدول الأخرى بضرورة تبنيتها.