دور الشعب في إعداد وتعديل الدستور في الأنظمة الديمقراطية

أ/أحمد بيطام
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الحاج لخضر -باتنة

ملخص:

تناط السلطة التأسيسية الأصلية بمهمة تحضير وإعداد وصياغة الدستور الجديد في الأنظمة الديمقراطية، فهي مستوحاة من الفعل السياسي وليس من النصوص القانونية، مستقلة وصاحبة سيادة في عملها، لا تخضع لأي قاعدة قانونية أو مجموعة نصوص قانونية ترسم إطار نشاطها الخلاق.

تتدخل السلطة التأسيسية الأصلية لوضع دستور جديد لدولة حديثة أو مستقلة حديثا أو عند قيام ثورة أو انقلاب في دولة قائمة لها دستور قائم أو عندما تتغير بعض ظروف المحيط العالمي.

ينتج عن هذه الأحداث ضرورة وضع دستور جديد بعد إلغاء الدستور الذي كان مفعوله ساريا.

تختفي هذه السلطة من مسرح الحياة السياسية بمجرد وضع الدستور وإقراره. وينشأ هذا الأخير سلطة جديدة تدعى السلطة الدستورية المؤسسة (المنشأة) يناط بها هي الأخرى مهمة تعديل الدستور حيث تفرض عليها السلطة الأصلية بعض القيود الشكلية والموضوعية التي لا يمكن لها أن تتجاوزها أثناء القيام بعملية التعديل. وإذا كانت الدساتير المرنة تتطلب لتعديلها إجراءات عادية المتبعة في تعديل القواعد العادية، فإن الدساتير الجامدة تتطلب لتعديلها إجراءات خاصة منصوص عليها في الدستور.

Résume:

Parmi les missions attribuées au pouvoir constituant originaire la préparation et l'élaboration de la nouvelle constitution, inspiré de l'action politique et non de l'action juridique, il est libre dans sa fonction et n'est soumit à aucune règle où ensemble de règles déterminent son activité créative.

Le pouvoir constituant originaire intervient dans la mise en place d'une constitution pour le nouvel état ou nouvellement indépendant ou suite à une révolution ou un coup d'état dans un état existant doté d'une constitution.

Il résulte de ce fait la nécessité de l'instauration d'une nouvelle constitution par l'annulation de la constitution déjà existante avant la révolution ou le coup d'état ou lorsque des changements survenus sur la scène internationale. le pouvoir disparaître de la scène de la vie politique en fois la constitution est mise en place. La nouvelle constitution mettra au jour un nouveau pouvoir appelle pouvoir constitutionnel constitué qui aura pour mission la révision de la constitution que le pouvoir originaire impose de contraintes formelles et objectives qui ne peuvent êtres entravées quand la révision des constitutions souples nécessitent des procédures ordinaires alors que les constitutions rigides nécessitent des procédures spécifiques.

مقدمة

تختلف نشأة الدساتير باختلاف نظام الحكم، وتتأثر إلى حد كبير بالنظام السائد في الدولة والظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية المحيطة بها، وبالخلفية التاريخية المتعلقة بماضيها، لذلك كان من الصعب الاتفاق على أسلوب واحد يكون معتمدا لوضع الدساتير في جميع الدول.

فالأساليب التي اعتمدها فقه القانون الدستوري التقليدي والحديث في نشأة الدساتير: تقسم إلى الأساليب غير الديمقراطية والأساليب الديمقراطية، ويرجع هذا التقسيم إلى المفهوم السائد عن صاحب السلطة التأسيسية الذي يملك وضع الدستور.

وما يهمنا هنا الأساليب الديمقراطية لنشأة والدساتير وتعديلها، وخصوصا بعد انتشار الأفكار الديمقراطية وأصبح من المسلم به أن السيادة لم تعد للحاكم وحده ولا أن تكون موزعة بين الحاكم والمحكومين (الشعب) بل يجب أن تكون السيادة للأمة أو الشعب وحده وما الحكام والسلطات الحاكمة، إلا صورة مصغرة للشعب الذي يعتبر صاحب السيادة ومصدر السلطات جميعها.

واختيارنا للموضوع جاء من كوننا نعيش اليوم في ظل مجتمع ديمقراطي يؤمن بالمشاركة السياسية (المشاركة الشعبية) في إعداد الدستور وتعديله. وانطلاقا من

النقائص التي عرفتها بعض المجتمعات حديثة الديمقراطية، ومن أجل الوقوف على هذه النقائص وتداركها، لذلك لابد أن يكون المواطن مؤهلا تأهيلا سياسيا وقانونيا للمشاركة في إنجاح هذه العملية التي تضمن له حقوقه وحرياته دون الخضوع إلى ضغوطات.

إن عملية مشاركة الشعب بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في إعداد الدستور وتعديله تكتسي أهمية بالغة من خلال التجربة التونسية والمصرية في إعداد الدساتير بعد كل من ثورة الياسمين 2010 -2011 وثورة ميدان التحرير 2011 في إطار ما يسمى بالربيع العربي وتجارب دول أخرى في هذا السياق.

إذا كان إعداد مشروع الدستور وإقراره، وتعديل الدستور يتطلبان موافقة الشعب أو من ينوب عنه في الأنظمة الديمقراطية حتى يصبح الدستور نافذا أو معدلا.

فما هي الهيئة أو الجهة التي تتولى في حالة إعداد مشروع الدستور أو اقتراح تعديله وكذا إقرارهما ؟

قبل الإجابة على هذه الأسئلة ومن أجل الإحاطة بجوانب الموضوع محل بحث، استخدمنا المنهج التحليلي والمنهج المقارن من أجل الوقوف على التجارب الناجحة الذي يضمن الاستقرار السياسي للأنظمة والدور الحيادي للجيش والجماعات الضاغطة في ذلك، وتعتبر تونس أنموذجا في الديمقراطية، كما يسمح المنهج المقارن بالمفاضلة بين الجمعية التأسيسية والاستفتاء الشعبي والجمع بينهما. كما استعملنا النهج الاستدلالي وخصوصا الاستنباط منه الذي سمح لنا للوصول إلى النتائج المنوه بها في الخاتمة.

وسوف نجيب على الأسئلة السابقة من خلال ثلاثة نقاط أساسية:

أولا: السلطة التأسيسية ونتناول من خلالها السلطة التأسيسية الأصلية والأساليب الديمقراطية في نشأة الدساتير.

ثانيا: أنواع الدساتير التي يمكن تعديلها: حيث تقسم إلى دساتير مرنة وأخرى جامدة وأخيرا الدساتير التي تجمع بين الصفتين.

ثالثا: تعديل الدستور: نتطرق من خلاله إلى السلطة المختصة بتعديل الدستور (السلطة التأسيسية المنشأة) والهيئة التي تزاول السلطة المنشأة وأخيرا أصلنة تعديل الدستور.

أولا - السلطة التأسيسية:

التأسيسية من الأساس، وتعني الصفة التي تلحق عملاً أو جهازًا فتكسبه الصدارة على باقي الأعمال والأجهزة وتكون له بمثابة القاعدة أو المبدأ. والتأسيس يكسب الدستورية، أما التشريع فيكسب القانونية. ومصدر التأسيس ليس كمصدر التشريع[1].

إن إنشاء أو وضع أي دستور لابد من سلطة تقوم بتلك المهمة، إذ أن أي دستور لا يوجد بصورة تلقائية ولا يمكن أن يأتي من فراغ، إذن هناك من يضع ويخلق الدستور، وهذه السلطة التي تقوم بذلك يطلق عليها السلطة التأسيسية والتي يكون لها الأسبقية على الدستور ولا تستمد وجودها منه[2].

إذن فالسلطة التأسيسية هي السلطة التي تسمو على جميع السلطات في الدولة والتي منها تنبثق مباشرة أو بطريق غير مباشر، والسلطة التأسيسية لا يمكن أن تكون سوى واحدة لأن مصدرها لا يمكن أن يكون سوى واحد في الأنظمة الديمقراطية هو الأمة أو الشعب، ومن ثمة اكتسبت مدلولها، بيد أن السلطة التأسيسية لا يمكن أن تظل قائمة قياما فعليا في وجود الدولة ومؤسساتها ولكن قيامها حكميا[3].

وتنشأ السلطة التأسيسية بمناسبة إعداد الدستور ويتزامن ذلك إما مع مولد الدولة أو عند تغيير النظام السياسي القائم إما سلميا أو عن طريق العنف.

وتختلف طبيعة النشأة من وضع لآخر، فهي في الوضع الذي يصادف مولد الدولة الجديد تنشأ بمعزل عن أي وجود مأسس وبعيد عن كل إرادة سياسية أو إدارية أو نظامية بل بمجرد مشيئة اجتماعية ولا تحقق لها صفة التأسيس إلاّ عند انعقادها ومن ثمة تصبح مؤهلة لإعداد الدستور.

أما بالنسبة للوضع الثاني الذي يصادف تغير النظام السياسي القائم سواء سلميا أو عن طريق العنف، فإن قيامها يكون ضمن وجود مأسس متمثل في الهيكل الدولتي القائم، وإن كان غير قانوني أو في السلطة التأسيسية القائمة ذاتها والتي أمرت بالتغيير وإن كانت غير شرعية[4]، وبالتالي فإن درجة استقلالية السلطة وسيادتها ستختلف من وضع لآخر، وإذا كنا نراها تتمتع بمطلق الحرية في الوضع الأول، فإننا

نشكك في توافر ذلك لها في الوضع الثاني. السلطة التأسيسية تعني السلطة القانونية المتعلقة بالدستور ولها مهمتين سواء إعداد الدستور، أو تعديل الدستور الساري المفعول، يمكن أن يكون الدستور عرفيا أو مكتوبا، مرنا أو جامدًا. ففي الحالة الأولى يتشكل الدستور تدريجيا (الدستور العرفي الذي يعتبر دستورًا مرنا)، وتعديله لا يتطلب إتباع إجراءات معينة، يمكن تعديله بإجراءات عادية المتبعة في تعديل القانون العادي. أما الحالة الثانية إعداد الدستور وتعديل نص دستوري (يتعلق بالدستور المكتوب والجامد جمودًا نسبيا) يتطلب إجراءات شكلية معينة

I -السلطة التأسيسية الأصلية: تحدد السلطة – عادة الوظيفة – التي لها القدرة على إنشاء الدستور الأول، ويضاف غالبا بأن السلطة التأسيسية الأصلية غير مقيدة بشرط لأنها تقوم بإعداد دستور جديد أو نظام قانوني جديد، ... إذن هي سلطة مطلقة وغير محددة، فهي مستوحاة من العمل السياسي وليس العمل القانوني بمعنى أنه لا يوجد هناك معيار قانوني يتطلب الاحترام[5]. وبهذا فإن المقصود بالسلطة التأسيسية الأصلية Original constitutional power هي تلك السلطة التي تختص بإقامة الدستور في الدولة، إذ تكون حرة في عملها ولا تخضع لأي قاعدة أو مجموعة قواعد تحدد نشاطها الخلاّق.

كما أن بدايات ظهور فكرة السلطة التأسيسية يعود إلى فرنسا وبالأخص إلى سياز الذي ذكرها في كتابه المشهور (الطبقة الثالثة) وذلك عام 1788م، ومن ذلك فإن (abbesieyes)هو من صاغ السلطة التأسيسية على شكل نظرية متكاملة في كتابه (qui'est ce que le tiers Etat) عام (1780 -1789) وهو من ميزّ بين السلطة الدستورية التأسيسية والسلطة المعدلة والسلطات التي تستلم شرعيتها وكيانها من الدستور نفسه[6] بالسلطة التأسيسية الأصلية. تتدخل لوضع دستور جديد في الوقت الذي لا يوجد فيه دستور (أو ألغي) يحكم الدولة، ومن ثمة تكون هذه السلطة أصلية لأنها لم تباشر مهمتها بالاستناد إلى أحكام دستور سابق[7]. لقد نص الدستور الجزائري في المادة 1/7 من دستور 1996 والدستور الذي سبقه على أن "السلطة التأسيسية ملك للشعب". إن غالبية فقهاء القانون ذهبوا إلى أن السلطة التأسيسية الأصلية تتدخل في ثلاثة حالات:

- **الحالة الأولى**: عند ميلاد دولة جديدة أو حصول إقليم مستعمر على استقلاله وتكوين دولة ناشئة، ففي هذه الحالة تتدخل السلطة التأسيسية الأصلية لتضع دستورًا للدولة الجديدة أو المستقلة، وهذا ما قامت به بعض الدول التي حصلت على استقلالها بعد الحرب العالمية الثانية وهي كثيرة ومتعددة ونذكر على سبيل المثال حاله الجزائر عندما نالت استقلالها عن المستعمر الفرنسي عام 1962، قامت الجمعية التأسيسية بإعداد دستور 1963 والمصادقة عليه من طرف الشعب[8].

- **أما الحالة الثانية** فتقوم السلطة التأسيسية الأصلية بالتدخل وذلك عند قيام ثورة أو انقلاب[9] في دولة قائمة لها دستور قائم وينتج عن ذلك ضرورة وضع دستور جديد بعد إلغاء الدستور الذي كان قائما قبل الثورة أو الانقلاب. وهذا ما حصل في تونس بعد ثورة الياسمين 2011/ 2010م نتج إلغاء الدستور 1959 المعدل الذي كان مطبقا قبل الثورة ووضع دستور جديد حيث أصبح نافذا بعد موافقة المجلس الوطني التأسيسي عليه[10].

- **وأما الحالة الثالثة** تتدخل السلطة التأسيسية في دولة قائمة ولها دستور نافذ، إلاّ أنها ترى أن الواقع والظروف قد تغيرت مما يتطلب تغيرا في نظام الحكم والإيديولوجية الفكرية في المجتمع[11].

وهو ما حدث للاتحاد السوفياتي في نهاية الثمانينيات وبداية التسعينيات حيث شرعت في الإصلاحات السياسية والاقتصادية مما أدى إلى تحول الاتحاد السوفيتي إلى الاتحاد الروسي وانفصال معظم الجمهوريات عن الاتحاد، والانتقال من النظام الشيوعي إلى النظام الرأسمالي، واعتماد التعددية السياسية وإلغاء الدستور الصادر في 12 أفريل 1978 وإعداد دستور جديد من قبل الجمعية الدستورية بتاريخ 12 ديسمبر 1993.[12]

وانتقل هذا التغيير إلى دول أوروبا الشرقية ودول أخرى من العالم بما فيها الجزائر، حيث ألغي دستور 1976 وأعد دستور تعددي جديد في معظم المجالات، وتمت المصادقة عليه في استفتاء شعبي بتاريخ 23 فبراير 1989.[13]

وتساءل الرئيس الأمريكي جورج بوش الأب آنذاك قائلا: "لست أدري أين يتجه هذا العام؟ بمناسبة انهيار الاتحاد السوفيتي (المعسكر الشرقي) والتحولات السياسية

الاقتصادية التي عرفها العالم الشرقي، والانتقال من القطبية الثنائية إلى القطب الأحادي الذي تتزعمه الولايات المتحدة الأمريكية.

وأخيرا الحالة الرابعة: تنشأ دولة جديدة عندما تتحد دولتا بشكل فيدرالي، كما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1787، والاتحاد السويسري عام 1848، والجمهورية العربية المتحدة بين سوريا ومصر عام 1958. أو بالعكس في حالة انحلال أو تفكك الدولة الاتحادية، كما حدث عقب الانفصال بين سوريا ومصر وانهيار الجمهورية العربية المتحدة، كذلك تنشأ العديد من الدول بعد تفكك وانهيار الاتحاد السوفييتي وتفكك يوغوسلافيا في منطقة البلقان وظهور كيانات جديدة تتمثل في كل من دولة البوسنة والهرسك، ودولة صربيا، وكرواتيا...[14].

II -الأساليب الديمقراطية في نشأة الدساتير:

بعد أن ذاعت وتأصلت الأفكار الديمقراطية في القرن الثامن عشر، أصبح من المسلم به أن السيادة لم تعد للحاكم أو الملك وحده، ولا يجوز أيضا أن تكون موزعة بين الحاكم وبين الشعب، بل يجب أن تكون السيادة للأمة أو الشعب وحده. وما الحكام والسلطات الحاكمة إلا ممثلين للأمة صاحبة السيادة ومصدر السلطات جميعا.

ومن ثمة استقرت الآراء على أنه الشعب بما له من السيادة الكاملة، يجب أن يستقل وحده بإنشاء دستور الدولة، لأنه بناءا على هذا الدستور يقوم الشعب بتفويض الهيئات والسلطات التي تمارس الحكم باسمه.

وهكذا صار التطبيق الديمقراطي في الدول الديمقراطية يعترف للشعب وحده بالسلطة التأسيسية الأصلية، أي بحقه في وضع الدستور.

على أن ممارسة الشعب لهذا الحق التأسيسي قد يكون بواسطة ممثلين ينتخبهم خصيصا لمهمة وضع الدستور، كما أنه قد يكون بالأسلوب المباشر وبدون واسطة، ومن ثمة فإن الأساليب الديمقراطية في إنشاء الدساتير تظهر في أسلوبين:

أسلوب الجمعية البنائية التأسيسية، وأسلوب الاستفتاء الدستوري

1 - أسلوب الجمعية النيابية التأسيسية:

أسلوب الجمعية النيابية التأسيسية هو أكثر الأساليب الديمقراطية انتشارًا في وضع الدساتير، وهو يعني أن يقوم الشعب بانتخاب هيئة تنوي عنه وضع أو إنشاء الدستور بحيث يكون انتخابها قد تم خصيصا لهذا الغرض، ومن ثمة ينتهي دورها بإنجاز مهمتها وتنقض.

وبناء على هذا الأسلوب، تتولى الجمعية التأسيسية المنتخبة من الشعب بإعداد مشروع الدستور بقواعده ثم تتولى ذات الجمعية إقراره بأغلبية أعضائها. ومن ثمة يصبح الدستور نافذا بمجرد إقراره من هذه الجمعية التأسيسية، ويعتبر الدستور وكأنه صادر من الشعب لأنه أوكل مهمة وضعه للجمعية التأسيسية المنتخبة التي تمثله.

وهكذا ينتمي أسلوب الجمعية التأسيسية المنتخبة إلى نظام الديمقراطية غير المباشرة أو النيابية حيث يحكم الشعب بواسطة نوابه. ولكن هناك فارق بين الجمعية التأسيسية المنتخبة وبين البرلمان[15].

رغم أنه أيضا منتخب من الشعب، لأن البرلمان لا يعمل كسلطة تشريعية تسن القوانين العادية، إلا بناءا على الدستور الأعلى الذي أصدرته الجمعية التأسيسية. ومن ثمن فإن هذه الجمعية التأسيسية أعلى من البرلمان، لأنها تضع الدستور الذي يمثل أساس وجود البرلمان ويحدد نطاق اختصاصه تماما مثل السلطتين الأخريين التنفيذية والقضائية اللتين تستمدا كيانهما من الدستور.

إذن في ظل أسلوب الجمعية التأسيسية المنتخبة يباشر الشعب سلطته التأسيسية في وضع الدستور بأسلوب غير مباشر، عن طريق وبواسطة هذه الجمعية التأسيسية التي انتخبها الشعب لغرض إنشاء الدستور.

وكان أول استخدام لأسلوب الجمعية النيابية التأسيسية المنتخبة في الولايات المتحدة الأمريكية، حينما قامت الولايات الأمريكية عقب استغلالها عن انجلترا باستخدام هذا الأسلوب في وضع دساتيرها، وذلك منذ عام 1776. وبعد اتحاد هذه الولايات الأمريكية[16] تم استخدام ذات الأسلوب في وضع الدستور الاتحادي في جمعية فيلادلفيا عام 1787.

وقد أطلق في أمريكا اسم Convention على تلك الجمعية التأسيسية المنتخبة لوضع الدستور.

ولقد أخذت فرنسا بعد ثورتها لعام 1789 بهذا الأسلوب الأمريكي لوضع الدستور ولكن اصطلاح convention الذي استعملته فرنسا لفترة محدودة، سرعان ما حل محل (من الناحية اللغوية) اصطلاح آخر أكثر دلالة من الجمعية النيابية التأسيسية هو اصطلاحL'Assemblé constituate. وقد استخدمت فرنسا أسلوب الجمعية النيابية التأسيسية في إنشاء دستور 1791، ودستور 1848، ودستور 1875.

وكذا شاع هذا الأسلوب خارج فرنسا، فاستخدم في إنشاء الدستور اليباني عام 1947 والدستور الايطالي أيضا لعام 1947، والدستور البلغاري في نفس العام، والدستور التشيكوسلوفاكي عام 1948 ودستور يوغوسلافيا سابقا لعام 1956[17]، ودستور الجزائر بعد الاستقلال سنة1963 [18] ودستور الياسمين دستور تونس الحالي 2011[19].

ويبقى أن نلاحظ على أسلوب الجمعية النيابية التأسيسية ما يلي:

إذا كان الأصل أن هذه الجمعية المنتخبة لينحصر غرضها في وضع الدستور بحكم صفتها " التأسيسية" إلاّ أنه قد حدث في فرنسا أن الجمعية التأسيسية أثناء اعتدادها لمشروع الدستور وقبل إقرارها نهائيا، كانت تمارس الوظيفة التشريعية وصدر أحيانا قوانين عادية، بانتظار انتخاب البرلمان الجديد عقب إقرارها الدستور. وقد حدث ذلك بالنسبة للجمعية التأسيسية المنتخبة بوضع دستور 1848، وكذلك تلك الجمعية التأسيسية التي انتخبت عام 1871 بوضع دستور 1875. فقد مارست هذه الجمعية الإضراب -على سبيل المثال - السلطة التشريعية بجوار صفتها التأسيسية مدة أربع سنوات، لحين إقرارها لدستور 1875م[20] وهذا ما حدث أيضا بالنسبة للمجلس الوطني التأسيسي المنتخب في تونس عام 2011 لوضع الدستور، فقد كان يمارس الوظيفة التشريعية في انتظار انتخاب البرلمان الجديد عقب إقرارها الدستور[21]

وليس ما يمنع من ذلك استثناء تحت ضغط ضرورة إقرار قوانين تستلزمها الظروف انتظارا لانتخاب البرلمان في ظل الدستور الجديد[22].

2 -أسلوب الاستفتاء الدستوري:

وهو الأسلوب الذي يعتبر أكثر ديمقراطية على الإطلاق، ذلك أن أسلوب الاستفتاء الدستوري يعني أن الشعب يقوم بنفسه ومباشرة بالموافقة على الدستور. فمشروع الدستور لا يكون نافذا وملزما قانونا إلاّ إذا وافق عليه الشعب مباشرة: أي جمهور الناخبين أنفسهم.

ومن ثمة على خلاف الأسلوب السابق، وهو أسلوب الجمعية التأسيسية المنتخبة التي تقوم بإعداد مشروع الدستور وتقوم أيضا بإصداره نيابة عن الشعب، فإن أسلوب الاستفتاء أكثر ديمقراطية لأنه يتطلب موافقة الشعب نفسه وبطريقة مباشرة على الدستور الجديد، كما نص دستور 1996م في المادة 2/7 والدستور الذي سبقه على "يمارس الشعب هذه السيادة عن طريق الاستفتاء وبواسطة ممثليه المنتخبين".

ولذلك نجد أن أسلوب الاستفتاء الدستوري هو تعبير عن الديمقراطية المباشرة حيث يحكم الشعب نفسه بنفسه مباشرة، وليس بطريق غير مباشر أي بواسطة مجلس نيابي يمثله وينوب عنه[23]. وكان الفيلسوف الفرنسي الشهير جان جاك روسو Jean Jacques Rousseau من أشد المتحمسين للديمقراطية المباشرة، لأنها هي المثل الأعلى للديمقراطية الحقيقية والنتيجة الحتمية لمبدأ سيادة الشعب، لهذا فإن روسو كان يرى أي نظام لا يتبنى الديمقراطية المباشرة لا يعد نظاما ديمقراطيا. لقد عبّر روسو عن ذلك في كتابه العقد الاجتماعي " أثناء هجومه على الحكومة النيابية في إنجلترا واصفا إياها بأنها تتنافى مع الحرية..." وأضاف " السيادة لا يمكن تمثيلها لأنها لا تنتقل، فهي تكمن في الإرادات العامة، والإرادة لا يمكن تمثيلها... ونواب الشعب لا يمكن أن يكونوا ممثلين له، فهم ليسوا إلاّ مجرد مندوبين عنه..."[24].

وكان يرى أن هذا النظام النيابي قد لا يكون لا مفر منه ولكن يجب ما أمكن الرجوع إلى الشعب لإقرار القوانين الهامة وعلى رأسها الدستور قانون القوانين.

ومن واقع تجارب بعض الدول التي أخذت بهذا الأسلوب أسلوب الاستفتاء الشعبي، نجد أن هناك طريقتين يتم الاختيار بينهما بشأن إعداد مشروع الدستور.

الطريق الأكثر استخداما: تنتخب جمعية نيابية تأسيسية يقتصر دورها على إعداد مشروع الدستور وصياغته فقط، أي وليس إقراره نهائيا مثلما هو الحال بأسلوب

الجمعية النيابية التأسيسية كأسلوب مستقل من غير استفتاء، ففي هذه الحالة يكون دور هذه الجمعية محصورا في إعداد المشروع وصياغة قواعده. أما إقراره نهائيا ليكون ملزما ودستورا نافذا فهو مشروط بمواقفه أغلبية الشعب في الاستفتاء.

والطريق الآخر هو أن يقوم بإعداد مشروع الدستور، ليس جمعية منتخبة، بل مجرد لجنة حكومية فنية: أي لجنة شكلتها الحكومة بإشراف مجلس الوزراء، ولها صفة فنية بمعنى أن أغلبية أعضائها من الخبراء القانونيين وفي الشؤون الدستورية[25].

ولكن يمكن الرد على ذلك بأن مشروع الحكومة لن يلزم الشعب في الاستفتاء، بل يمكن أن نتصور أن مشروعا للدستور لم تضعه حكومية فنية، بل وضعته حتى جمعية تأسيسية منتخبة، ومع ذلك فقد يرفضه الشعب بالاستفتاء لاعتراضه على بعض المواد. وهو ما حدث لمشروع الدستور في سنة 1946 في فرنسا، حيث رفض الشعب في الاستفتاء هذا المشروع رغم وضعه من جمعية تأسيسية منتخبة. وأقتضى الأمر انتخاب جمعية تأسيسية ثانية ووضعت مشروعا جديدًا، وافق عليه الشعب الفرنسي في المرة الثانية في 13 أكتوبر 1946[26].

الذي يمكن قوله هو أنه مع التسليم بأن أسلوب الاستفتاء هو أسلوب ديمقراطي تماما، حتى ولو كان وضع مشروع الدستور من لجنة حكومية، إلا أنه من الأفضل بلا شك أن يكون أيضا المشروع ذاته من عمل جمعية منتخبة وليس لجنة حكومية لأنه بهذه الطريقة نصل إلى أسمى الديمقراطية وأعلاها درجة، فالمشروع –مشروع الدستور - وضعته جمعية انتخبها الشعب، ثم قام الشعب نفسه بالموافقة على هذا المشروع، سيما وأن الاستفتاء وحده، مع إعداد مشروع الدستور من لجنة حكومية ليس معبرا تماما عن الإرادة الشعبية في الدول النامية ونحن منها، اللهم إذا روعيت شروط جوهرية حتى يكون هذا الاستفتاء تعبيرا سليما عن الإرادة الشعبية حقيقية وواعية، عدم التأثير الحكومي عن طريق وسائل الإعلام، ترك حرية التعبير كاملة أثناء فترة التحضير للاستفتاء، إعطاء مهلة كافية لمناقشة المشروع، إعطاء فرصة للأحزاب المعارضة للتعبير عن رأيها في مشروع الدستور والأخذ باقتراحاتها بعين الاعتبار بجانب الحزب الحاكم أو الائتلاف[27].

كما يلاحظ أن أسلوب الجمعية التأسيسية مقرونة بالاستفتاء الشعبي هو الأسلوب الذي يجعل وضع الدستور مشاركة بين الجمعية التأسيسية والشعب أو هيئات حكومية أخرى، هو الأسلوب الأكثر انتشارًا في العالم اليوم، وهو أنها الأكثر الأساليب ديمقراطية في وضع الدستور، وهو أفضل من أسلوب وضع الدستور بواسطة الحكومة ثم عرضه على الاستفتاء الشعبي، فهذا الأسلوب الأخير الذي أتبع في فرنسا عند وضع دستور سنة 1958 أقل ديمقراطية من أسلوب الجمعية التأسيسية المتبوعة بالاستفتاء[28]. كما أن دستور الجزائر الصادر في 22 نوفمبر 1976 (دستور البرنامج) المقترح من طرف حزب جبهة التحرير الوطني، والذي وافقت الندوة الوطنية على مشروعه بتاريخ 6 نوفمبر 1976، وتمّ التصويت عليه بالقبول من طرف الشعب في الاستفتاء الذي نظم بتاريخ 19 نوفمبر 1976[29]. وكذلك بالنسبة للدستور الصادر في 23 فيفري 1989 (الدستور القانوني)[30]، ودستور 28 نوفمبر 1996 وضع مشروع كل منهما لجنة حكومية فنية، ثم وافق الشعب على كل مشروع بالاستفتاء[31].

وكما يلاحظ أن دستور مصر لعام 1971 قد وضع مشروعه مجلس الأمة -وهو البرلمان المنتخب طبقا للدستور المؤقت لعام 1964 -ثم وافق عليه الشعب في الاستفتاء، وهناك مثال في مصر الثورة على دستور وضع مشروعه لجنة حكومية قبل أن ينفذ بمقتضى استفتاء الشعب وهو دستور 1956[32]. تبقى مصر مسرح للثورات حيث أدت ثورة 25 جانفي 2011 إلى سقوط النظام وإلغاء دستور 1971، وإعداد دستور جديد وذلك بانتخاب البرلمان لجنة تأسيسية في البدء في مارس 2012 (من أعضاء مجلس الشعب والشورى)، ليتم حلها بقرار محكمة القضاء الإداري في الحادي عشر من أفريل 2012 بعد اعتبارها غير دستورية[33]. ثم انتخاب لجنة تأسيسية ثانية من قبل البرلمان لصياغة الدستور – حسب الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الأعلى للقوات المسلحة[34] - الذي اعتمد رسميا في 25 ديسمبر 2012، دخل حيز التنفيذ مدة ستة أشهر فقط.

بعد مظاهرات 30 جوان 2013، انقلب الجيش على الرئيس المنتخب وتم عزله وتعطيل العمل بدستور 2012 مؤقتا حتى عرضه على هيئة من الخبراء وتعديله. تم تشكيل لجنتين:

- لجنة العشرة المكونة من عشرة أعضاء من الهيئات القضائية وفقهاء القانون الدستوري لدراسة دستور 2012 واقتراح التعديلات.

لجنة الخمسين المكونة من خمسين شخصية معينة كمثل كل أطياف المجتمع لدراسة مقترحات لجنة العشر وإعداد التعديلات المقترحة[35]، علما أن الرئيس المؤقت أصدر قرارا جمهوريا في 20 جويلية 2013 بتشكيل لجنة الخبراء، كما أصدر قرارا بتشكل لجنة الخمسين في فاتح ديسمبر من نفس السنة. تم التصويت على الدستور المعدل في استفتاء في مطلع سنة 2014 واعتماده رسميا[36].

3 -الاستفتاء الدستوري والاستفتاء السياسي:

في هذا الصدد يميز الفقه الدستوري بين الاستفتاء الدستوري والاستفتاء السياسي، فالاستفتاء السياسي لا يكون لإرادة الشعب سوى دور سلبي يتمثل بالموافقة على مشروع الدستور المعد من قبل لجنة حكومية، ويوافق عليه الشعب في ظروف يكون من الصعب عليه فعل غير ذلك. وموافقة الشعب في هذا الاستفتاء ما هو إلا مظهر وهمي لتغطية الواقع الحقيقي المتمثل بالسلطة المطلقة لرئيس الدولة، وهذا الأسلوب طبق لوضع الدستور في ألمانيا النازية في عهد هتلر، وإيطاليا الفاشية في عهد موسوليني، وإسبانيا الدكتاتورية في عهد فرانكو، وفي اغلب دول العالم الثالث.

وفي الحقيقة المعيار الحاسم للقول بأن الدستور قد وضع بطريقة الاستفتاء الدستوري، ليس من وضع مشروع الدستور المطروح للاستفتاء (هل هي هيئة منتخبة؟ أو لجنة حكومية أو حتى الحاكم نفسه) وإنما الظروف التي جرى فيها الاستفتاء.

فنقول أن مشروع الدستور ونكون أمام استفتاء سياسي إذا كانت إرادة الشعب غير حرة، وكانت مرغمة على الموافقة. بينما نكون بصدد استفتاء دستوري في الحالة العكسية ومن أمثلة الدساتير التي وضعت بطريقة الاستفتاء الدستوري دستور الجمهورية الخامسة لفرنسا عام 1958م[37].

وقد وجهت عدة انتقادات لأسلوب الاستفتاء في وضع الدستور المعمول بها.

عجز معظم الناخبين أو المستفتين عن فهم الأحكام الدقيقة لما تظمنه مشروع الدستور نظرا لطبيعتها الفنية، وخاصة في الدول التي تفتقر شعوبها الوعي سياسي وحياة ديمقراطية.

-إضعاف سيطرة الأحزاب السياسية على هيئة الناخبين مما يشكل هدما لأهم خصائص الديمقراطية التقليدية المتمثلة بحرية الرأي ووجود معارضة سياسية منظمة.

-كذلك فإن الاستفتاء الدستوري يجري غالبا دون أن تسبقه مناقشات تتيح للشعب الإحاطة لمضمون الدستور المستفتي عليه والوقوف من أحكامه[38].

ثانيا - الدساتير المرنة والدساتير الجامدة:

إن معيار التفرقة بين الدساتير المرنة والدساتير الجامدة يعتمد على كيفية تعديل الدستور.

I - **الدساتير المرنة**:

الدستور المرن هو الدستور الذي يمكن تعديله بنفس الإجراءات والطريقة التي تعدل بها القوانين العادية، أي أن تعديل الدستور لا يتطلب إجراءات خاصة وبالتالي فإنه بإمكان المشرع العادي تعديل الدستور بسهولة، ويختلف بذلك التمييز من القواعد الدستورية والقوانين العادية.

ومن أمثلة الدساتير المرنة الدستور الانجليزي - الذي هو دستور عرفي كما هو معروف - حيث يستطيع البرلمان تعديل قواعده العرفية (الغالبة)، أو قواعده المكتوبة عن طريق القوانين العادية، دون الحاجة لإتباع إجراءات خاصة، وكذلك يقدم الفقه كأمثلة على الدساتير المكتوبة المرنة، الدستور الإيطالي لعام 1848، ودستور فرنسا لعام 1841 و1930 ودستور الإتحاد السوفيتي لعام 1918، ودستور جمهورية إرلندا الحرة لعام 1922 ودستور نيوزلندا لعام 1947، ودستور الصين منذ عام 1975.

فالدستور المرن إذن يتسم بسهولة التعديل، ويسمح بمسايرة التغيرات التي قد تطرأ في الدولة مع المحافظة على استقرار وثبات قواعده، فسهولة تعديلها لا تعني إطلاقا عدم استقرارها، ولكن يخشى أن تؤدي سهولة التعديل إلى إضعاف احترام القواعد الدستورية من قبل الهيئات الحاكمة والمحكومين على حد سواء، أو تؤدي إلى إحداثات لا مبررات موضوعية لها، وإنما لمجرد أهواء أو أغراض شخصية أو حزبية

للحكام، فقد استغل موسوليني مرونة الدستور الإيطالي لعام 1848 وأقام نظاما سياسيا انتهك فيه الحريات، وتؤدي المرونة إلى هدر كل قيمة للرقابة على دستورية القوانين التي تشكل ضمانة أساسية لحماية الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في الدستور[39].

II -الدساتير الجامدة:

على خلاف الدستور المرن، يقصد بالدستور الجامد أو الصلب كما يسميه البعض الدستور الذي لا يمكن تعديله إلاّ وفقا لإجراءات خاصة، تختلف عن تلك التي تتبع في تعديل القوانين العادية.

أو وفقا لإجراءات أشد من تلك التي تتبع في تعديل القوانين العادية، وهذه الإجراءات يرد النص عليها في صلب الدستور.

ويترتب على جمود الدستور أن يتحقق لقواعده طابع السمو على بقية القواعد القانونية التي لا يمكنها مخالفة قواعده تحت طائلة عدم الدستورية. كذلك تجنب مساوئ الدساتير المرنة، ومن أمثلة الدساتير الجامدة: الدستور الفرنسي الحالي لعام 1958م، والدستور الألماني الحالي لعام 1949 يسمى "القانون الأساسي العام"، وأغلب الدساتير العربية الحالية كالدستور اللبناني والدستور المصري السابق واللاحق والمغربي والأردني، والجزائري، والتونسي الحالي.

وجمود الدستور يكون من حيث المبدأ جمودا نسبيا بالصورة التي تم التطرق إليها أعلاه، ولكن يمكن أن يكون الجمود مطلقا، والجمود المطلق ثلاثة أنواع:

-فهناك الجمود المطلق الكلي المؤقت، بحيث لا يجوز تعديل أي نص من نصوص الدستور خلال فترة زمنية محددة، ومثال ذلك ما ورد في المادة 151 من الدستور السوري الدائم الحالي الذي جاء فيها "لا يجوز هذا التعديل قبل مرور ثمانية عشرة شهراً على تاريخ نفاذه".

-هناك الجمود المطلق الجزئي الدائم، بحيث ينص الدستور على عدم جواز تعديل بعض مواده مطلقا [40].، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 178 من الدستور الجزائري لسنة 1996م.

"لا يمكن أي تعديل دستوري أن يمس:

-الطابع الجمهوري للدولة -النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية.

-الإسلام باعتباره دين الدولة -العربية باعتبارها اللغة الوطنية والرسمية.

-الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن. - سلامة التراب الوطني ووحدته.

- العلم الوطني والنشيد الوطني باعتبارهما من رموز الثورة والجمهورية".

وذلك حسب آخر تعديل له في نوفمبر 2008 [41]، وكذلك ما نص عليه الفصل 175 من دستور المملكة المغربية المعدل في يوليو 2011، "لا يمكن أن تتناول المراجعة الأحكام المتعلقة بالدين الإسلامي، وبالنظام الملكي للدولة، وبالاختيار الديمقراطي للأمة، وبالمكتسبات في مجال الحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور"[42].

كذلك الدستور التونسي الحالي الصادر عام 2013 الذي يحظر تعديل الفصل الأول" تونس دولة حرة، مستقلة، ذات سيادة، الإسلام دينها والعربية لغتها، والجمهورية نظامها" كما تحظر الفصل الثاني " تونس دولة مدنية، تقوم على المواطنة وإرادة الشعب علوية القانون"، بالإضافة إلى الفصول الأخرى (المواد الأخرى) كالفقرة 2 من الفصل (المادة) 49 من نفس الدستور" لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور"[43]، فدستور الولاية المتحدة الأمريكية لعام 1787 يمنع تعديل مبدأ التمثيل المتماثل للولايات في مجلس الشيوخ[44]، والدستور الفرنسي طبعة 2014 تمنع المادة 89 منه التعديل الذي يمس وحدة التراب والنظام الجمهوري للحكومة[45].

-هناك نوع ثالث لجمود الدستور هو الجمود المطلق الكلي الدائم، وهناك إجماع فقهي على بطلانه، والنص على ذلك لا قيمة له.

III -الدساتير التي تجمع بين صفتي الجمود والمرونة:

هناك بعض الدساتير تجتمع فيها صفتا الجمود والمرونة وذلك حسب موضوع وطبيعة التعديلات، حيث أن هناك مواد يتطلب تعديلها إجراءات خاصة، وبالمقابل هناك مواد أخرى لا تختلف في تعديلها عن النصوص التشريعية العادية.

فعند الاطلاع على دستور الهند 1949م ودخل حيز التنفيذ 1950م مع التعديلات إلى غاية 2012م، نجد أن الفقرة الثانية من المادة 107 بينت أن مشروع القانون يعتبر مجازا بعد موافقة مجلسي البرلمان عليه، وأشارت المادة 108 إلى أنه إذا حدث بعد إقرار مشروع القانون في أحد المجلسين، وإحاله إلى المجلس الآخر فإن رفضه المجلس الآخر، أو اختلف المجلسان بشأنه يحق لرئيس الجمهورية أن يبلغ المجلسين بالانعقاد، في هذه الحالة فإن مشروع القانون بتعديلاته المتفق عليها - إذا كانت له تعديلات - يحتاج إلى موافقة الأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، لكي يكون مقررا في كلا المجلسين.

أما بالنسبة لتعديل الدستور فإن المادة 368 بينت للبرلمان الإجراءات الواجب إتباعها لتعديل مواد الدستور، ونصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه (لا يبادر بتعديل هذا القانون إلا بتقديم مشروع لهذا الغرض في أحد مجلسي البرلمان، وإذا ما تم تمرير المشروع في كل مجلس بأغلبية أعضاء ذلك المجلس وبأغلبية ما لا يقل عن 3/2 الأعضاء الحاضرين والمصوتين لذلك المجلس، يقدم إلى رئيس الجمهورية الذي يصادق بدوره على المشروع، وبذلك يصبح المشروع معدلا وفقا لأحكام المشروع.

شريطة أن لا يمس المشروع أي تغيير في[46]

أ -المادة 54 أو المادة 55 أو المادة 73 أو المادة 162 أو المادة 241.

ب - الفصل الرابع ومن الباب الخامس أو الفصل الخامس من الباب السادس أو الفصل الأول من الباب الحادي عشر، ... إلخ

جـ - أي بين القوائم الواردة في الملحق السابع، أو...

د - تمثيل الولايات في البرلمان أو...

هـ - أحكام هذه المادة (368)

فإن التعديل يحتاج أيضا إلى مصداقية الهيئات التشريعية بما لا يقل عن نصف بقرارات من هذه الهيئات قبل أن تقدم اللائحة التي تنص على هذا التعديل إلى رئيس الجمهورية للموافقة عليه.

ويتبين لنا من خلال هذه الفقرة أن المشرع الهندي ميز بين مواد الدستور من حيث التعديل، بحيث أن جميع مواد الدستور لا تتمتع بالحماية نفسها من ناحية التعديل، فإذا كان من الممكن تعديل الدستور بموافقة أغلبية أعضاء مجلسي البرلمان وبأغلبية ثلثي الأعضاء الحاضرين والمصوتين[47].

ت - إلا أن هذا لا يعني أن جميع المواد الدستور يمكن تعديله بالطريقة والإجراءات نفسها، حيث استثني بعض المواد والفصول وغيرها المشار إليها الفقرة الثانية من المادة 368 لكون هذه المواد يحتاج تعديلها بالإضافة إلى الإجراءات السابقة إلى مصادقة الهيئات التشريعية لما لا يقلل عن نصف الولايات.

وهنا نستخلص أن معظم مواد الدستور يمكن تعديلها بإجراءات قريبة من تلك الإجراءات التي تتبع لتعديل القوانين العادية كما نصت عليه المادتين 107 و108 من الدستور الهند السابق في حين أن بعض المواد الأخرى من الدستور يحتاج إلى إجراءات أكثر تعقيدا. من تلك الإجراءات التي تتبع لتعديل المواد الأخرى المادة 368 الفقرة الثانية[48].

ثالثا - تعديل الدستور

يقول نابليون بونابرت "ما من دستور يبقى كما نشأ، مصيره دائما متعلق بالرجال وبالظروف" فالجمود المطلق للدساتير أمر مرفوض، فإنه من غير المنطقي أن يتسم النظام الدستوري لأي دولة بالثبات والجمود فلا بد لهذا النظام من مواكبه التطور المستمر الذي يفرضه تغير الأشخاص الذين وضعوا الدستور أو الدساتير، والذين يخضعون لهذا النظام الدستوري، والذي يفرضه أيضا تغير الظروف التي رافقت نشأة هذا النظام الدستوري. لذلك فإن الفقه مجمع على رفض فكرة الجمود المطلق للدستور، ويرى أن جمود الدستور هو جمود نسبي ليس غير، وذلك لاعتبارين أحدهما سياسي والآخر قانوني

فمن الناحية السياسية: الدستور الذي هو صميم النظام الدستوري والسياسي في الدولة ليس سوى التعبير أو الانعكاس للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية في وقت معين لمجتمع معين وهذه الظروف بطبيعة الحال متغيرة مع الزمن، ولذلك كان طبيعيا أن يتغير النظام السياسي والدستوري بتغير هذه الظروف لأنه ليس سوى انعكاس لها، وإلاّ حصلت فجوه بين نصوص الدستور والواقع المطبق عليه.

ومن الناحية القانونية: فإن فكرة الجمود المطلق للدستور تتعارض مع مبدأ سيادة الأمة، لأن الجمود المطلق يعني تنازل الأمة عن سلطتها التأسيسية بصفة أبدية، وبالتالي لم يعد بإمكانها تعديل الدستور جزئيا أو كليا.

ولذلك أيضا فإنه من المسلم به إمكانية وضرورة خضوع جميع الدساتير للتعديل. والحقيقة أن تعديل الدساتير العرفية لا يسبب أي مشكلة، لأنه يمكن تعديلها عن طريق أعراف دستورية جديدة، أو عن طريق وثائق دستورية مكتوبة. كذلك الأمر فيما يتعلق بالدساتير المرنة التي يمكن تعديلها بسهولة بنفس الإجراءات التي تلغي أو تعدل بها القوانين العادية. ولكن المسألة الأساسية تتعلق بالدساتير المكتوبة الجامدة التي يتطلب تعديلها إجراءات وشكليات خاصة، وفي ما يتعلق بهذا النوع الأخير من الدساتير فإن أصول تعديلها تختلف من دستور إلى آخر[49]، فإنها تهتم بوجه عام بتفادي أمرين: السهولة التي تؤدي إلى عدم الاستقرار، والتعقيد إلى درجة الجمود التي من شأنها أن يؤدي إلى إحباط كل محاولة تعديل[50].

I -الجهة المختصة بتعديل الدستور

أشرنا في بحث أساليب نشأة الدساتير إلى أن وضع دستور يتطلب وجود هيئة مختلفة عن الهيئات الحاكمة في الدولة، وهي التي يطلق عليها السلطة التأسيسية الأصلية لتمييزها عن السلطة التأسيسية المشتقة أو المنشأة التي تنحصر مهمتها في تعديل الدستور حسب القواعد والكيفية التي حددها الدستور[51].

1 -السلطة التأسيسية المنشأة

إن السلطة التي يناط لها أمر تعديل أو مراجعة الدستور هي السلطة التأسيسية المشتقة أو المنشأة وسميت كذلك لأنها سلطة مشتقة من الدستور، أو أنشئت لموجب الدستور الذي حدد نصوصه تشكيلها، وإجراءات ونطاق عملها، وذلك على خلاف

السلطة التأسيسية الأصلية[52] التي تملك مطلق الحرية في مهمتها في وضع أو إنشاء الدستور وتنظيم أحكامه دون الالتزام بأية نصوص وقواعد مسبقة[53].

السلطة التأسيسية المشتقة أو (المؤسسة) Pouvoir constituant dérivé ou constitue هي السلطة التي لها القدرة على تعديل الدستور سبق التأسيس له، وهذا المصطلح هو مخرج النقاش السياسي للثورة الفرنسية، والذي يلتبس بالمصطلح السابق وخصوصا يتعلق الأمر بالتعديل الكلي لنصوص كاملة واستبدالها بنصوص أخرى[54].

أختلف الفقهاء حول السلطة المختصة بتعديل الدستور، فذهب بعضهم إلى ضرورة الموافقة الاجتماعية للشعب على تعديل الدستور، لذا رأوا في التعديل. تعبيرا عن فكرة العقد الاجتماعي التي قامت عليه الجماعة السياسية، وأساس منح السلطات للحاكم. ولما كان هذا العقد لم يتم إبرامه إلا بإجماع إرادة أفراد الجماعة، فإن تعديله لا يتم إلا بذات الطريقة، أي يتطلب الموافقة الاجتماعية من جانب الأفراد.

ومن المؤكد أن هذه الطريقة للتعديل يستحيل أن تطبق، نظرا لاستحالة الإجماع في هذا الخصوص.

وذهب رأي آخر إلى أن تعديل الدستور حق يعود للشعب ذاته باعتباره صاحب السيادة ودون التقيد بأي إجراء معين، فهو يستطيع أن ينيب عنه إن شاء ممثليه في إجراء التعديل أو أن يقوم هو نفسه بهذه المهمة والاكتفاء في التعديل عند توافر الأغلبية.

إلا أن هذه الآراء مردود عليها، وساد الرأي القائل بإعطاء حق تعديل الدستور للسلطة التي ينص عليها الدستور نفسه وفقا لإجراءات محددة، أو تعود هذه السلطة إلى جمعية تأسيسية تنتخب خصيصا للقيام بهذا الأمر، وأخيرا يمكن أن تعود هذه السلطة للشعب نفسه وذلك من خلال موافقته على التعديل بعد طرحه عليه باستفتاء شعبي[55].

لقد فرضت السلطة التأسيسية الأصلية (المنتخبة أو المعينة) أثناء إعداد وصياغة الدستور حدود مادية على السلطة التأسيسية المشتقة لا يمكن تجاوزها، وكان هدفها منع من يتولى هذه السلطة من السماح بتعديل مواد دستورية أو بنود تسمى غالبا

بالمواد أو البنود الأبدية بأنه يحظر كل تعديل للدستور، يشكل تعديا على العناصر الأساسية للنظام الدستوري أي العناصر التي تشكل هويته[56].

ويميز فقهاء الألمان بين السلطة التأسيسية الأصلية التي تستطيع فعل كل شيء وتعتبر ثورية حقا، والسلطة التأسيسية المشتقة التي تستمد سلطتها من الدستور الذي تعدله[57].

وتختفي السلطة التأسيسية الأصلية من مسرح الحياة السياسية بمجرد وضع الدستور وهي المهمة الوحيدة التي قامت من اجلها[58]. وعند قيامه بهذه المهمة فإنها تضع بعض القيود الشكلية والموضوعية على السلطة التأسيسية المشتقة والتي عن طريقها تغيير بعض قواعد الدستور التي تضعه[59].

سلطة إعداد الدستور ليس لها نفس طبيعة السلطة المشتقة التي تراجع الدستور حسب والقواعد الموضوعة من طرف نفس الدستور مع المراقبة الدستورية الحصرية في تطبيق الدقيق لهذه القواعد.

2 -الهيئة التي تزاول السلطة المنشأة:

تختلف الدساتير في تحديد الهيئة أو الجهة التي تزاول السلطة التأسيسية المنشاة (المشتقة)، وبهذا الصدد يمكن أن نميز ثلاث حالات، فبعض الدساتير يمكن أن تسند هذه السلطة إلى البرلمان أو إلى البرلمان والحكومة، والبعض يسندها إلى جمعية تأسيسية منتخبة لهذه المهمة، والبعض الآخر يسندها إلى الشعب وذلك بطريقة الاستفتاء الشعبي[60].

أ -البرلمان:

تسند الكثير من الدساتير إلى البرلمان حق ممارسة السلطة التأسيسية المنشأة من أجل تعديل الدستور، ولكن وفقا لإجراءات خاصة مغايرة للإجراءات المتبعة في تعديل القوانين العادية، مثال على ذلك الدستور الفرنسي الصادر في 14 جوان 1852 الذي يؤكل مهمة التعديل إلى مجلس الأمة مع موافقة الإمبراطور[61].

والدستور الكويتي لعام 1962 الذي ينص في مادته "174" على إمكانية تعديل الدستور يشترط موافقة الأمير ومجلس الأمة.

فقد يتطلب الدستور توافر أغلبية خاصة تختلف عن الأغلبية المطلوبة لتعديل القوانين العادية.

وإذا كان البرلمان مؤلفا من مجلسين فقد يشترط الدستور أن يجتمع البرلمان لمجلسيه في هيئة مؤتمر مع اشتراط أغلبية خاصة لإقرار التعديل وهذا ما كان معمول به في فرنسا في ظل دستور الجمهورية الثالثة الصادر عام 1875[62]، وكذلك ما نص عليه الدستور الجزائري الصادر في 28 نوفمبر 1996، في المادة "176" التي تشترط (4/3) أعضاء غرفتي البرلمان لاعتماد التعديل[63]. أو يشترط أغلبية في كلا المجلسين كما في ألمانيا حيث يشترط الدستور لعام 1949 تصويت مجلسي البرلمان (المجلس الفيدرالي ومجلس الأقاليم) بأكثرية (3/2) في كل منهما.

وقد تفرض بعض الدساتير ضرورة انتخاب برلمان جديد يباشر عملية تعديل الدستور، كالدستور البلجيكي الحالي في العام 1988، حيث فرضت المادة 131 منه ضرورة انتخاب برلمان جديد يتولى مهمة تعديل الدستور مع الملك، ويشترط الإقرار التعديل حضورا (3/2) الأعضاء في كلا المجلسين اللذين يشكلان البرلمان"، وموافقة أغلبية (3/2) الأعضاء الحاضرين. وأمثلة عديدة على الهيئات التي تتناول السلطات المنشأة وخصوصا أوروبا وفي الدول ذات الشكل الفيدرالي، قد يتطلب الدستور موافقة برلمانات الولايات وهذا ما ذهبت إليه المادة الخامسة من دستور.و.م.أ التي تشترط نفاذ التعديل واعتباره كجزء من الدستور بإحدى طريقتين يقترحها الكونغرس: إما بموافقة المجالس التشريعية (4/3) الولايات، أو موافقة المؤتمرات في (4/3) الولايات[64].

ب -الجمعية التأسيسية:

تمنح بعض الدساتير حق ممارسة السلطة التأسيسية المنشأة إلى جمعية تأسيسية تنتخب خصيصا من إجراء تعديل الدستور، واتبع هذه الطريقة الدستور الفرنسي لعام

1848 ومعظم دساتير الولايات المتحدة الأمريكية وبعض دساتير دول أمريكا اللاتينية[65].

جـ -الشعب: الاستفتاء الشعبي:

تعطي بعض الدساتير مهمة التسلط التأسيسي المنشأة إلى الشعب ذاته وتتطلب موافقته على تعديل الدستور حتى يصبح التعديل نافذا.

في مثل هذه الحالة يقوم البرلمان، أو لجنة منتخبة، أو جمعية تأسيسية، بإعداد مشروع التعديل، ثم يطرح هذه المشروع على الشعب لأخذ موافقته.

وقد اتبع هذا الأسلوب في سويسرا بشأن تعديل الدستور الأحادي ودساتير الولايات[66].

كما أن دستور فرنسا الحالي الصادر سنة 1958 يتوقع بأنه عليه إذا كان أصل التعديل برلماني (اقتراح التعديل)، فإن الاستفتاء الشعب يكون إجباريا بينما إذا كان أصل التعديل حكومي (مشروع التعديل)، فلرئيس الجمهورية خيار بين طريقتين للمصادقة على التعديل:

إما عن طريق الاستفتاء الشعب أو عن طريق المجلسين التشريعين المجتمعين في مؤتمر ويصوتان مع بعضها (بأغلبية 5/3 الأصوات) تؤكد التجربة (التطبيق العملي) بأن طريقة المؤتمر المستعملة لجميع التعديلات دستور 1958 عدا تعديل واحد هو تعديل 2 أكتوبر 2000 حول اختزال العهدة الرئاسية إلى خمس سنوات الخمسية quinquenat) الذي أخضع للاستفتاء الشعبي[67].

II -أصلنة تعديل الدستور (الأشكال المتماثلة)

لكي يحتفظ الدستور بعلوه يجب أن يكون بعيدا عن أي تدخل من لدن أية جهة كانت، لذلك لا بد أن تحترم في هذه الحالة السلطة التي قامت بإعداد الدستور، بالتالي فإن السلطة المشتقة لا يمكنها أن تراجع بالتعديل أو الإلقاء أو الزيادة أي حكم من أحكام الدستور ولا يمكن أن يعقد لها ذلك، ولضرورات عملية أجيزة استخلاف السلطة المشتقة في التعديل.

بل أكثر من ذلك فلقد ذهب البعض إلى وجوب اعتماد الأشكال نفسها التي اعتمدت عند الإعداد، واحتفظ الكونغرس الأمريكي ببعث إجراءات التعديل عن طريق تقديم مشاريع تعديلات يترك للمجالس المنتخبة عبر الولايات مناقشتها.

إن مبدأ توازي الأشكال معروف بالقانون الإداري، وهو مبنى على قاعدتين أساسيتين الأولى تتعلق بالسلطة صاحبة القرار، الثانية تتعلق بالإجراءات المتبعة في إصدار القرار.

وتتلخص نظرية الأشكال المتماثلة في أنه في حالة سكوت الدستور عن تعديله تتبع لتعديله الطريقة نفسها التي اتبعت لوضعه.

وأن هذه النظرية نجد أصلها في آراء جاء بها جان جاك روسو في بعض كتاباته عن حكومة بولونيا سنة 1772، حيث قرر أن ما يناقض طبيعة الأشياء في الجماعة أن تفرض الأمة على نفسها قوانين لا تستطيع سحبها أو تعديلها، ولكن مما يتفق مع هذه الطبيعة ومع المنطق أن الأمة لا تستطيع أن تسحب هذه القوانين أو تعديلها إلا طبقا لنفس الشكل الرسمي الذي أصدرتها فيه.

وعلى سبيل المثال أغفل دستور 27 أوت 1958 العراقي المؤقت قضية تعديله وإذا طبقنا هذا المبدأ على هذا الدستور فإن أمر تعديله يعود إلى مجلس الوزراء بعد تصديق مجلس السيادة، لأن إقامة هذا الدستور كانت بهذه الأشكال، ولأن القوة السياسية، كانت بيد مجلس الوزراء ومجلس السيادة[68].

ولهذا كانت علاقة السلطة التأسيسية لمسالة التعديل استثنائية متعلقة ببعض المسائل الجوهرية في الدستور والتي يعود فها الفصل إلى الأمة مباشرة لأنها لا تتعلق بأحكام السلطة ولكن بمبادئ الدولة والأمة[69].

خاتمة:

إن وجود السلطة التأسيسية الأصلية يرجع إلى وجود ظرف أو ظروف غير عادية التي تحيط بالدولة، أو الانتقال من مرحلة إلى مرحة أخرى كسقوط النظام السياسي القائم أو حصول الدولة على استقلالها بعد أن كانت مستعمرة أو نتيجة التحولات في المحيط أو إلى غير ذلك.

فهي سلطة مختصة بوضع دستور جديد، وتتجسد سواء عن طريق الشعب (الأمة) بوصفه صاحب سلطة وسيادة، أو عن طريق انتخاب جمعية تأسيسية نيابة عنه، وتختفي هذه السلطة عند الانتهاء من إعداد الدستور وإقراره.

وقد سبق وأن ميزنا بين هذه السلطة وبين السلطة المخولة، بتعديل الدستور (السلطة التأسيسية المنشأة) وأنها سلطة تستمد وجودها من دستور نافذ، ينظمها ويحدد صلاحياتها واختصاصاتها.

ولكن قد يحدث أن تفقد هذه السلطة وجودها، إذا سقط الدستور إثر قيام ثورة أو انقلاب أو ما شابه ذلك، الأمر الذي يفترض تدخل السلطة التأسيسية الأصلية.

وقد اختلف الفقهاء في ذلك: ومن أنصار الرأي المؤيد لتدخل السلطة الأصلية فقيه الثورة الفرنسية سياز إذ يرى أن الأمة (الشعب) صاحبة السيادة بوصفها سلطة تأسيسة أصلية لا تقيد بأي قيد كان، وتستطيع أن تفعل ما تشاء، وتجري ما تراه من تعديلات على الدستور مباشرة. إلا أن هذا الرأي وجه له معارضوه نقدا بناء، إذا لا يمكن اللجوء إلى السلطة التأسيسية الأصلية وإهمال السلطة التأسيسية المنشأة لأجراء تعديل على الدستور في ظل الأوضاع والظروف العادية، وإن هذا يمكن أن يحدث في الظروف غير العادية كقيام ثورة أو انقلاب أو...

يلغي السلطة التأسيسية المنشاة، ونحن مع هذا الرأي الغالب في الفقه الدستوري الذي يستند أنصاره إلى حجج قانونية قوية، تقوم على أساس مبدأ المشروعية الذي يقضي بوجوب احترام القواعد القانونية من ذات السلطة التي وضعتها.

ومن خلال الدراسة السابقة للموضوع توصلنا إلى النتائج التالية:

- إن الشعب يوصفه سلطة التأسيسية أصلية هو الذي يضع الدستور ويناط مهمة تعديله بالسلطة التأسيسية المنشأة، لا يمكنه انتهاك ما وضعه من قواعدها قانونية وبالتالي الاعتداء على اختصاص السلطة التأسيسية المنشأة في تعديل الدستور.
- إن السلطة المنشأة شأنها في ذلك شأن سائر السلطات التي أنشأها الدستور، وأناط بها مهمة معينة هي التعديل الجزئي، والشعب يقر للسلطة المنشأة مثل هذا

الاختصاص الذي لا يعتبر تنازل عن سيادته، ولا يضع قيودا عليها بل تأكيدا ودعما لهذه السيادة.

- السلطة التأسيسية مشتقة من السلطة التأسيسية الأصلية وقيدتها بشروط منصوص عليها في الدستور. وقد اختلفت الدساتير في أمر تحديد هذه السلطة، فمنها ما يسند للبرلمان ممارسة هذه السلطة وفق إجراءات معينة، ومنها ما يسند هذه السلطة إلى الشعب ذاته لممارستها بالاستفتاء.
- يرى جانب من الفقه بأن كل دستور مدون هو دستور جامد، وكل دستور غير مدون أو عرفي هو دستور مرن والواقع غير ذلك فيمكن أن يكون الدستور مدونا ومرنا في نفس الوقت وقد قدمنا أمثلة على ذلك كما أنه ليس من المحتم أن يكون الدستور العرفي دستورا مرنا، ويقدم الفقه مثلا على ذلك القوانين الأساسية التي كانت مطبقة في النظام الفرنسي القديم قبل الثورة.
- يتجه بعض الفقهاء إلى تفضيل إعداد مشروع الدستور من قبل جمعية تأسيسه منتخبة، ثم يكون إقراره النهائي من الشعب، لأن وضع مشروع الدستور من لجنة حكومية فنية من شأنه أن يجعل اللجنة تحت هيمنة الحكومة، ويأتي المشروع مطبوعا برغبات السلطة الحكومية.
- يبيح الدستور السويسري السلطة التأسيسية المشتقة سلطة إنشاء دستور جديد وهذا يعتبر استثناء.
- إن أسلوب الجمعية التأسيسية يعد من التطبيقات الديمقراطية النيابية حيث يمارس الشعب سيادته عن طريق ممثيله أو نوابه بطريقة غير مباشرة. أما أسلوب الاستفتاء الدستوري فيعد من تطبيقات الديمقراطية المباشرة، لأن الشعب هو الذي يختار ويقرر دستوره بنفسه.
- إن الاستفتاء ال ستوري أو الشعبي لا يعد أسلوبا ديمقراطيا في واقع الأمر إلا إذا ارتفعت درجة الوعي لجميع أفراد الشعب الذين يمارسونه.
- السلطة التأسيسية الأصلية منصوص عليها في معظم دساتير الجزائر على أنها ملك للشعب، ولكن لم تطبق عمليا ما عدا في دستور الصادر في 10 سبتمبر 1963.

الاقتراحات: نقترح في هذا السياق أن:

1 - تسعى الدولة مع المجتمع المدني لإيجاد مؤسسات للتربية السياسية للمواطن إلى جانب تكوينه، ورفع مستواه الثقافي، وتوسيع حظوظه في المشاركة السياسية خصوصا إذا تعلق الأمر بالإستفتاء الشعبي.

2 - يعرض مشروع الدستور للمناقشة والإثراء قبل إقراره.

3 - تنتخب (أو تعين) جمعية تأسيسية أصلية تمثل كل أطياف المجتمع بما فيها التنوع الإثني والطائفي والأيديولوجي.

4 - يكون الاستفتاء على الدستور مادة بمادة باستعمال وسائل الإعلام والتواصل الاجتماعي الحديثة مع مراعاة الأغلبية.

5 - تضبط السلطة التأسيسية الأصلية شروط تعديل الدستور وإيجاد آليات حديثة تتحكم في عملية التعديل.

الهوامش:

[1]- يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2009، ص214 .

[2]- حازم صباح حميد، الإصلاحات الدستورية في الدول العربية، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2012، ص 155 .

[3]- يوسف حاشي، المرجع السابق، ص 214 .

[4]- المرجع نفسه، ص 215 .

[5]- Franck Moderne, Reviser la Constitution: Analyse Comparative d'un Concept indéterminé, Dalloz Paris, 2006, P33.

[6]- حازم صباح حميد، المرجع السابق، ص 156 .

[7]- نبيلة عبد الحليم كامل، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري المغربي، دار النشر المغربية البيضاء، المغرب، 1980، ص 42 .

[8]- حازم صباح حميد، المرجع السابق، ص 158 .

[9]- عمر سعد الله وبوكرا إدريس، موسوعة الدساتير العربية، مجلد 1، دار هومه للنشر والتوزيع الجزائر، 2008 ص 72 .

[10]- دستور تونس، 2013 .

[11]- حازم صباح حميد، المرجع السابق، ص 158 .

[12]- ورويك موراي، Warwick E. Murrayترجمة سعيد منتاق، جغرافيات العولمة: قراءة في تحديات العولمة الاقتصادية والسياسية والثقافية، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 2013، ص78 .

[13]- المرسوم الرئاسي رقم 89 -18 المؤرخ في 28 فبراير 1989، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 9، بتاريخ 1 مارس 1989 ، ص230 وما بعدها .

[14]- عصام علي الدبس، القانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 97 .

[15]- محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، نشأة المعارف الإسكندرية، ص ص 99، 100 .

[16]- المرجع نفسه، ص 100 .

[17]- المرجع نفسه، ص 101 .

[18]- المادة 77 من دستور الجمهورية الجزائرية الصادر في 10 سبتمبر1963، الجريدة الرسمية رقم 64 بتاريخ 10 سبتمبر 1963، ص 887 وما بعدها (باللغة الفرنسية) .

[19]- المادة 1/148 دستور الجمهورية التونسية الصادر في 2013 .

[20]- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص ص 101، 102 .

[21]- المادة 1/148، المرجع السابق .

[22]- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 102 .

[23]- المرجع نفسه، ص 102 .

[24]- نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2004، ص ص 242، 243 .

[25]- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 103 .

[26]- المرجع نفسه، ص 104 .

[27]- المرجع نفسه، ص ص 104، 105 .

[28]- محمد علي سويلم، الجمعية التأسيسية وصياغة الدستور الجديد، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 2013، ص 40 .

[29]- أمر رقم 76 -97 مؤرخ في 30 ذي القعدة عام 1396 الموافق لـ 22 نوفمبر سنة 1976 الجريدة الرسمية رقم 94، بتاريخ 2 ذي الحجة 1396 الموافق لـ 24 أكتوبر 1976 .

[30]- دستور 23 فبراير 1989، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 9 بتاريخ، 1 مارس 1989، ص 230 وما بعدها .

[31]- المرسوم الرئاسي رقم 96 -838 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 المتعلق بنشر نص الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 76، بتاريخ 1996/12/8، ص 3 .

[32]- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 105 .

[33]- أنظر محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص ص 43، 46 .

[34]- المادة 60 من إعلان الدستور لسنة 2011 الصادر عن المجلس الأعلى للقوات المسلحة المصرية .

[35]- الإعلان الدستوري، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد 27 مكرر (أ) الصادر في 29 شعبان 1434هـ الموافق لـ 8 يوليو 2013م .

[36]- الدستور المعدل، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد 3 مكرر (أ) بتاريخ 17 ربيع الأول 1435هـ الموافق لـ 18 جانفي 2014م .

[37]- عصام علي الدبس، المرجع السابق، ص 98 .

[38]- المرجع نفسه، ص 99 .

[39]- المرجع نفسه، ص 113 .

[40]- المرجع نفسه، ص 114 .

[41]- دستور 1996 المعدل في 11/12/ 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 63 الصادرة في 16 نوفمبر سنة 2008، ص 8 [41].

[42]- دستور المملكة المغربية، المعدل بتاريخ 28 رجب 1432هـ الموافق لـ 1 جويلية 2011م .

[43]- دستور الجمهورية التونسية الصادر في 2013 .

[44]- عصام علي الدبس، المرجع السابق، ص 114 .

[45]- دستور الجمهورية الفرنسية، ط 2014، www.editions dalloz.fr

[46]- خموش عمر عبد الله، الإطار الدستوري لمساهمة الشعب في تعديل الدستور، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2013، ص 62 .

[47]- المرجع نفسه، ص63 .

[48]- المرجع نفسه، ص 64 .

[49]- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص121 .

[50]- المرجع نفسه، ص 122 .

[51]- المرجع نفسه، ص 123 .

[52]- المرجع نفسه، ص 123 .

عصام علي الدبس، المرجع السابق، ص 123 .

[54]- Louis favoreu et patrick Gaia et autres, droit constitutionnel, 17ed, 2015, éditions dalloz paris, 2014, p112.

[55]- نزيه رعد، القانون الدستوري العام: المبادئ العامة والنظم السياسية، المنشورات الحديثة للكتاب طرابلس، لبنان، 2008، ص ص 89، 88 .

[56]- ميشال فرومون " Michel Fromont تعديل الدستور والقواعد الدستورية غير قابلة للمس في القانون الألماني"، مجلة القانون العام وعلم السياسة، العدد 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2007، ص 98 .

[57]- المرجع نفسه، ص 99 .

[58]- حمدي العجمي، مقدمة في القانون الدستوري: في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2009، ص 79 .

[59]- خموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص 36 .

[60]- عصام علي الدبس، المرجع السابق، ص 124 .

[61]- An claude Zarka, introduction au droit constitutionnel, Ellipses editions Marketing Paris, P 47.

[62]- عصام علي الدبس، المرجع السابق، ص 124 .

[63]- المادة 176 دستور 1996 للجمهورية الجزائرية، الصادر في 1996/11/28 .

[64]- عصام علي الدبس، المرجع السابق، ص 125 .

[65]- المرجع نفسه، ص 126 .

[66]- المرجع نفسه، ص 129 .

[67]- Hélène simonian –Gineste, Droit constitutionnel en schémas, 5ed, édition ellipses Paris, 2014, P82.

[68]- خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص ص 28، 29 .

[69]- المرجع نفسه، ص 31 .