رقم الترميز الدولي / ISSN (P): 2710-2653
ISSN (E): 2960-253X /
رقم الايداع الوطني / ٢٣٧٥ / ٢٠١٩

تاريخ استلام البحث ٢٥ / ٢ / ٢٠٢٣
تاريخ قبول البحث ٢١ / ٥ / ٢٠٢٤
تاريخ النشر ٣٠ / ٦ / ٢٠٢٤

أحكام الوثيقة الدستورية بين السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية المنشأة أو المشتقة

The provisions of the constitutional document between the original constituent power and the created or derived constituent power

أ.م.د. اسعد طارش عبد الرضا

Asst.Prof.Dr. Asaad Tarish Abdel Reda

جامعة بغداد / كلية العلوم السياسية

University of Baghdad / College of Political Science

dr.asaadbaghdd@yahoo .com

IRAQI Academic Scientific Journals

https://www.iasj.net/iasj/journal/393/issues

الملخص

الوثيقة الدستورية هي وثيقة تحدد الأحكام والقوانين التي تنظم عملية تأسيس دولة جديدة أو إعادة بناء دولة قائمة. تنقسم السلطة التأسيسية إلى سلطة تأسيسية أصلية وتأسيسية مشتقة. تعنى السلطة التأسيسية الأصلية بوضع الأسس الأولية والمبادئ العامة للدستور، بينما تُنشأ السلطة التأسيسية المشتقة من السلطة التأسيسية الأصلية وتكلف بالتعديلات والتحسينات على الدستور الموجود أو وضع دستور جديد. والهدف الأساسي منها هو تحقيق الاستقرار السياسي والقانوني للبلد وضمان حقوق الأفراد والحماية من التعديات وضبط العلاقات بين السلطات. تحتوي الوثيقة الدستورية عادةً على مبادئ الديمقراطية وحكم القانون وتوزيع السلطات، وتضمن التزام الحكومة والمواطنين بهذه المبادئ.

الكلمات المفتاحية: وثيقة دستورية، سلطة تأسيسية أصلية، سلطة تأسيسية مشتقة، تأسيس الدولة، استقرار سياسي.

Abstract

A constitutional document is a document that defines the provisions and laws that regulate the process of establishing a new state or rebuilding an existing state. Constituent power is divided into original constituent power and derivative constituent power. The original constituent power is concerned with establishing the primary foundations and general principles of the constitution, while the derivative constituent power is created and charged with amendments and improvements to the existing constitution or the creation of a new constitution.
Its primary goal is to achieve political and legal stability for the country, guarantee the rights of individuals, protect against infringements, and control relations between authorities. A constitutional document usually contains the principles of democracy, the rule of law, and the distribution of powers, and ensures that the government and citizens adhere to these principles.
Keywords: constitutional document, original constituent power, derived constituent power, founding of the state, political stability.

المقدمة:

تعد الوثيقة الدستورية بما تتضمنه من مواد القانون الأعلى والأسمى في الدولة، وعلى هديها تسير الدولة شؤون الحكم والإدارة. وتمثل السلطة التأسيسية الأساس الذي ترتكن اليه أحكام الوثيقة الدستورية على أساس أنها هي التي حددت ملامح الحكم في الدولة، ولا يمكن الطعن بما سطرته من مواد، لاسيما تلك المواد التي لا يجوز المساس بها من السلطة المنشأة أو المشتقة.

وإذا كانت السلطة التأسيسية لها أحكام كما هو الحال بالنسبة للسلطة المنشأة أو المشتقة فان تلك الأحكام في الغالب تكون أكثر إلزاماً من أحكام السلطة المشتقة، لأن الأخيرة نابعة من الأولى وبالتالي فان احكامها قابلة للتعديل أو التغيير ولذلك فان بعض الفقهاء يسمونها بسلطة التعديل. لذلك تشكل الوثيقة الدستورية راسا الهرم في القاعدة القانونية إذ تستمد كل القوانين شرعيتها منها، كما انها تحدد طبيعة النظام السياسي وشكل الدولة في مجتمع ما ولها بالغ التأثير في انشاء فلسفة الحكم، وتتأثر تلك الوثيقة بالاعتبارات السياسية والثقافية والاجتماعية وغيرها من العوامل إذ تتغير تلك الوثيقة بتغير تلك العوامل.

ويفرق الكتاب بين القواعد القانونية عندما يكون هناك اختلاف في الطريقة أو الأسلوب التي تم بواسطتها صنع ووضع هذه القواعد. فإذا كان مصدر تشريع القاعدة الدستورية هو غير مصدر القواعد القانونية الاعتيادية فانه يتم عندها التفريق بين كون القاعدة دستورية أم قانونية. وبهذا فأن هذا النهج يعمد للالتجاء إلى مصدر أو إلى الجهة الواضعة للقواعد حتى يتعرف ويستدل في كون القواعد المشرعة هي دستورية أو قانونية.

أهمية الموضوع : يعد موضوع الوثيقة الدستورية من المواضيع المهمة لما لها من أهمية في الدولة المعاصرة التي صار من المهم أن يكون للدولة وثيقة دستورية، يكون العمل وفقها وبموجبها، وإذا كانت أحكام الوثيقة الدستورية في السابق تُعد شأناً داخليا، فإنها اليوم أصبحت تخضع ليس للتقويم الداخلي فحسب وإنما للتقويم الخارجي أيضاً على أساس أن الالتزام بأحكام الوثيقة الدستورية يعد من قبيل الاعتراف الخارجي بشرعية الحكم والدولة.

فرضية البحث: ننطلق في بحثنا هذا من فرضية رئيسة مفادها" أن احكام الوثيقة الدستورية تتباين بين السلطة التأسيسية والسلطة المنشأة أو المشتقة لأن الأخيرة نابعة من الأولى وتابعة لها فلا يجوز أن تكون أحكام السلطتين كلتيهما بالمستوى نفسه.

أولا: تمهيد

انتقل اصطلاح القانون الدستوري من إيطاليا إلى فرنسا على يد أستاذ إيطالي اسمه " روسي" ذهب ليحاضر في جامعة باريس عام ١٨٣٤. وذلك عندما قرر " جيزو " الذي كان وزيراً للمعارف في عهد حكومة الملك لويس فيليب تدريس مادة القانون الدستوري، كمادة من مواد الدراسة في كلية الحقوق بجامعة باريس. وكان هدف جيزو من استحداث مادة القانون الدستوري هو شرح أحكام الوثيقة الدستورية، وضمانات الحقوق الفردية التي قررها دستور سنة ١٨٣٠، والدعاية له. غير أن هذا الاصطلاح لم يكتب له الاستقرار، حيث تغير الوضع مع قيام إمبراطورية لويس نابليون عام ١٨٥٢، الذي ألغي كرسي القانون الدستوري من كلية الحقوق، وتم إدماج المادة مع القانون الإداري في كرسي القانون العام. ثم عاد موضوع القانون الدستوري إلى الظهور مرة أخرى في ظل الجمهورية الثالثة، حيث تقرر تدريسه في قسم الدكتوراه عام ١٨٨٢، وفي قسم الليسانس عام ١٨٨٩، ومنذ ذلك التاريخ استقر كموضوع مستقل من موضوعات الدراسة في كليات الحقوق في الجامعات الفرنسية. أما في الدول العربية فإن الشائع في بداية القرن العشرين هو استخدام عبارة الحقوق الأساسية، للدلالة على القانون الدستوري، ولكن في الثلاثينات منه أخذ اصطلاح القانون الدستوري في الانتشار في غالبية الدول العربية.[١]

ويذكر اندريه هوريو بان هناك تمييز لأربع حركات دستورية:[٢]

١- الحركة التي أعقبت الاستقلال الأمريكي (١٧٧٦) والثورة الفرنسية (١٧٨٩).

٢- الموجة التي تلت ثورتي عام ١٨٣٥ وسنة ١٨٤٨ الفرنسيتين.
٣- موجة " الدسترة" التي حصلت بعد الحرب العالمية الأولى والتي وضعت نهاية للإمبراطوريات: العثمانية، النمساوية المجرية، والقيصرية الروسية. وظهور النظام الاشتراكي في الاتحاد السوفيتي.
٤- وأخيراً مرحلة دساتير الدول المستقلة حديثاً بعد حركات التحرر ضد الاستعمار.

ثانياً: الوثيقة الدستورية

تعد الوثيقة الدستورية هي المصدر الأساسي للقانون الدستوري في الدول ذات الدساتير المكتوبة. ويترادف اصطلاحي الوثيقة الدستورية والدستور، ويُقصد بهما الوثيقة القانونية التي تصدر عن هيئة معينة وتتضمن القواعد الأساسية التي تتعلق بتنظيم الدولة.[٣]

تشكل الوثيقة الدستورية راسا الهرم في القاعدة القانونية إذ تستمد كل القوانين شرعيتها منها، كما انها تحدد طبيعة النظام السياسي وشكل الدولة في مجتمع ما ولها بالغ التأثير في انشاء فلسفة الحكم، وتتأثر تلك الوثيقة بالاعتبارات السياسية والثقافية والاجتماعية وغيرها من العوامل إذ تتغير تلك الوثيقة بتغير تلك العوامل.[٤]

ويفرق الكتاب بين القواعد القانونية عندما يكون هناك اختلاف في الطريقة أو الأسلوب التي تم بواسطتها صنع ووضع هذه القواعد. فإذا كان مصدر تشريع القاعدة الدستورية هو غير مصدر القواعد القانونية الاعتيادية فانه يتم عندها التفريق بين كون القاعدة دستورية أم قانونية. وبهذا فأن هذا النهج يعمد للالتجاء إلى مصدر أو إلى الجهة الواضعة للقواعد حتى يتعرف ويستدل في كون القواعد المشرعة هي دستورية أو قانونية. ولهذا فان هذا النهج لا يهتم بمضمون القاعدة كما الحال في النهج أو المفهوم الثاني للاستدلال على طبيعة القاعدة المشرعة وبذلك يمكن تقديم تعريف للدستور من أنه " الوثيقة التي تصدر بصفة رسمية من السلطة التأسيسية". وبذلك فانه يستبعد الأعراف عن الصفة الدستورية رغم أنها تشكل حقائق عمل لكثير من الأنظمة السياسية.[٥]

يتعلق الدستور أولا بالدولة باعتبارها مؤسسة المؤسسات السياسية، وهو يتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة من حيث كيفية تكوينها واختصاصاتها ببعضها وعلاقتها بالمواطنين. وبهذا المعنى هل يقصد بالدستور تلك الوثيقة التي تسمى بالدستور في بلد من البلاد أم أن الدستور بهذا المعنى يقصد به غير ذلك. هنا يفرق الفقه الدستوري بين أمرين:[٦]

١- المعنى الشكلي للدستور.
٢- المعنى الموضوعي للدستور.

ينصرف المعنى الشكلي إلى الوثيقة الدستورية ذاتها لا يعدوها. ومفهوم الدستور وفقاً لهذا المعنى هو أنه عبارة عن القواعد القانونية الواردة في الوثيقة التي تحوي النصوص الدستورية. وكل قاعدة لا تضمها هذه الوثيقة لا تعد قاعدة دستورية، كذلك فإن كل قاعدة يتضمنها نص من نصوص هذه الوثيقة يعتبر قاعدة دستورية. أما المعنى الموضوعي للدستور، فان أصحاب هذا التجاه يرون ان الأخذ بالمعيار الموضوعي الذي ينظر إلى موضوع القاعدة لا إلى شكلها يجنبهم الاشكال ولا يجعلهم أسرى للوثيقة الدستورية.[٧]

تتدرج القواعد القانونية في النظام القانوني لكل دولة بحسب قوتها: فعلى قوة الهرم التشريعي تقبع القواعد الدستورية، وتليها القواعد التشريعية أي القوانين العادية، ثم التشريعات الفرعية. وإذا كانت السلطة التنفيذية هي

المختصة بوضع التشريعات الفرعية، والسلطة التشريعية (برلمان الدولة) هي المختصة بوضع التشريعات العادية، فإن السلطة التأسيسية pouvoir constituent هي المختصة بوضع القواعد الدستورية.[٨]

والقواعد الدستورية قد يتم وضعها لأول مرة في صورة دستور جديد للدولة، وذلك في أعقاب قيام الدولة ذاتها أو في حالة تغيير نظام الحكم في دولة قائمة على أثر ثورة أو انقلاب دولة على إثر تحول في توجهات النظام السياسي السائد فيها. وفي هذه الحالات تسمى سلطة وضع الدستور السلطة التأسيسية الأصلية. وقد يكون المقصود من وضع القواعد الدستورية هو تعديل دستور قائم بإضافة بعض الأحكام إليه أو حذف بعض أحكامه، وهنا فإن السلطة التي تمتلك وضع مثل هذه القواعد تسمى السلطة المشتقة، أو سلطة تعديل الدستور.

ثالثاً: الأساليب الديمقراطية في نشأة الدساتير

يمكن تعريف الأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير، بأنها الأساليب التي تستأثر الأمة وحدها في وضعها دون مشاركة الحاكم ملكاً كان أو أميراً أو رئيساً للجمهورية. وبغض النظر عن التفصيلات والإجراءات المتبعة في وضع الدساتير داخل إطار هذا المفهوم الديمقراطي في وضع الدساتير، يمكن جمع هذه الأساليب في أسلوبين رئيسيين هما أسلوب الجمعية التأسيسية وأسلوب الاستفتاء الشعبي.[٩]

١: أسلوب الجمعية التأسيسية

إذا كان الأصل النظري للأساليب الديمقراطية في إعداد الدساتير هو أن الشعب يتولى بنفسه مباشرة أمر وضع الدساتير، فإن الاعتبارات العملية الواقعية تقود إلى استحالة ذلك خاصة أن الدستور يعد من المسائل الدقيقة الفنية التي تستعصي على إفهام البسطاء من أفراد الشعب لما تحتاج إليه من دراسة ومناقشة عميقة، ثم إنه من ناحية أخرى يستحيل في ظل ظروف الدولة المعاصرة التي تتميز بكثرة مواطنيها اللجوء إلى الشعب كله مباشرة. لذا فكان السبيل للتغلب على هذه العقبة العملية هو أن يقوم الشعب باختيار جمعية تأسيسية تكون مهمتها الاضطلاع بوضع الدستور باسم الشعب ونيابة عنه، لذا يطلق على هذه الجمعية اسم" الجمعية النيابية التأسيسية".[١٠]

يُعد أسلوب الجمعية التأسيسية أحد أساليب نشأة الدساتير بطريقة ديمقراطية غير مباشرة، بحيث ينتخب الشعب هيئة تسمى " الجمعية التأسيسية أو المجلس التأسيسي" تختص بوضع الدستور وصياغته وإقراره نيابة عن الشعب، فهذه الجمعية تكون منتخبة من الشعب خصيصاً لممارسة السلطة التأسيسية لوضع الدستور، وينتهي عملها بإقرار الدستور. وتم تبني دستور الجمهورية الثالثة الفرنسية بهذه الطريقة، وكذلك دستور إيطاليا للعام ١٩٤٧، ودستور إسبانيا للعام ١٩٣١، والدستور السوري للعام ١٩٥٠.[١١]

في هذه الحالة يقوم الشعب بانتخاب هيئة تمثله، تنحصر مهمتها في وضع الدستور الذي يصبح نافذاً بمجرد إقرار صيغته النهائية وإعلانه من قِبل الجمعية، دون أن يتوقف ذلك على موافقة أحد. وتسمى هذه الهيئة المنتخبة الجمعية التأسيسية.[١٢]

إن قيام الشعب بانتخاب أعضاء الهيئة التأسيسية شرط لازم للاعتراف لها بهذه الصفة، ولكي تكون جديرة بوضع قواعد الدستور، وذلك لأن هذه الهيئة تمارس مهامها نيابة عن الشعب، ومن أجل أن يتحقق معنى النيابة، ينبغي أن يفصح الشعب عن رأيه، ويقوم بتشكيل هيئته التأسيسية التي تضع له قواعد دستوره، بواسطة الانتخاب.[١٣]

وعلى هذا الأساس؛ فإنه لا يصح تشكيل هذه الجمعية بأية وسيلة غير وسيلة الانتخاب، وإلا كان الدستور في هذه الحالة صادراً بواسطة لجنة فنية أو غير فنية، لا بواسطة جمعية تأسيسية.

ولكي تكون الهيئة التي تضع الدستور هيئة تأسيسية حقيقية لا يصح أن تقوم السلطة التشريعية العادية القائمة بوضعه، حتى وإن كانت منتخبة من قبل الشعب، لأن هذه السلطة هي سلطة منشأة لوضع التشريعات لا سلطة تأسيسية أصلية تنحصر مهمتها في وضع الدستور. فالشعب هو وحده صاحب السلطة التأسيسية، يمتلك أن يخول ممثلين عنه، تكون مهمتهم وضع الدستور.[١٤]

ويمكن إضافة إلى ما تقدم من أن المفهوم الشكلي للقاعدة الدستورية يقرر في ان كل ما تتضمنه الوثيقة الدستورية هو القاعدة الدستورية والصادرة من هيئة تأسيسية وبالتالي فان أمر تعديلها أو الغائها يعود إلى الجهة التي أقامت هذه القواعد. ولا يمكن أن يعود أمر تعديل هذه القواعد إلى المشرع العادي، مما يضفي على القواعد الدستورية صفة الجمود بالمقارنة مع القوانين الأخرى التي يستطيع تبديلها أو تعديلها وحتى من الغائها بصورة اعتيادية.[١٥]

وما دام الشعب قد انتخب السلطة التأسيسية، وخولها مهمة محددة هي وضع الدستور، فإن عملها ينتهي بطبيعة الحال بمجرد الانتهاء من وضع وثيقة الدستور وإقرارها.[١٦]

٢: أسلوب الاستفتاء الدستوري

يقصد بالاستفتاء الدستوري" عرض مشروع قانون دستوري على الشعب لأخذ رأيه بشأنه بالموافقة أو الرفض، فإذا وافق عليه الشعب أصبح دستوراً نافذاً واكتسب صفته القانونية، أما إذا حدث العكس ورفض الشعب المشروع اعتبر كأن لم يكن"، ولقد ظهر هذا الأسلوب في الربع الأخير من القرن الثامن عشر في أمريكا عام ١٧٧٦ كأسلوب مرتبط بالسيادة الحقيقية للشعب، ومن ثم انتقل إلى فرنسا بعد الثورة الفرنسية، وبناءً عليه تم صدور الدستور الفرنسي للعام ١٧٩٣.[١٧]

بموجب طريقة الاستفتاء الدستوري، يتم التعرف على رأي الشعب في مشروع الدستور، بحيث لا يصبح هذا المشروع دستوراً سارياً إلا بعد إقراره من قبل الشعب، بواسطة الاستفتاء.[١٨]

وبهذا يمارس الشعب سيادته بصورة مباشرة، فيضع دستوره بنفسه، لا بواسطة نواب عنه كما هو الحال في أسلوب الجمعية التأسيسية. ويتم ذلك عن طريق قيام لجنة فنية حكومية أو جمعية منتخبة بتحضير وإعداد مشروع الدستور، ثم يعلن هذا المشروع على الرأي العام للاطلاع على نصوصه، فيتم تحديد موعد التصويت، فإذا صَوتَ الشعبُ بالموافقة أصبح الدستور نافذاً، دون حاجة لعرضه على أية جهة أخرى. أي أن الشعب هو صاحب القرار النهائي في قبول الدستور أو رفضه.[١٩]

وما دام الشعب هو صاحب القرار النهائي فإن الاستفتاء الدستوري يتحقق سواء تم إعداد الدستور عن طريق لجنة فنية أو عن طريق جمعية منتخبة. غير أن تحضير الدستور من قبل جمعية منتخبة يحقق الديمقراطية بصورتها المثالية، حيث يباشر الشعب سلطته بطريقة غير مباشرة، حين تقوم جمعية منتخبة بإعداد الدستور، ثم بطريقة مباشرة حين يصوت الشعب على هذا الدستور. وهنا لابد من الإشارة إلى أن أسلوب الاستفتاء الدستوري هو الأقرب إلى الديمقراطية بصورتها المثالية – من الناحية النظرية على الأقل– لأن الشعب صاحب السيادة ومصدر جميع السلطات يقوم بوضع دستوره بنفسه.[٢٠]

ومن شروط الموضوعية التي لا بد من توافرها عند الاستفتاء الدستوري: [٢١]

أ- يجب أن يجري الاستفتاء الدستوري في جو ديمقراطي بعيد عن الضغوط والتأثيرات أياً كان نوعها لكي يستطيع المواطنون التعبير عن وجهة نظرهم بمشروع الدستور بحرية تامة.

ب-يجب أن يكون الشعب المستفتي قد وصل إلى درجة مقبولة من الوعي والادراك السياسيين.

ت-يجب أن يسبق الاستفتاء توعية ومناقشات كافية تسمح لأفراد الشعب بأن يكونوا على بينة ومعرفة كاملة بحقيقة وجوهر المشروع المستفتي عليه حول ما يتضمنه من مبادئ وأفكار واتجاهات وقيم لكي يستطيعوا المفاضلة بين اتجاه وآخر في عملية الاستفتاء.

رابعا: أنواع الدساتير وطرق تعديلها

المعروف أن الدساتير تنقسم إلى دساتير مرنة[٢٢] من ناحية ودساتير جامدة من ناحية أخرى؛ والدستور المرن هو الذي يمكن تعديل أحكامه وفقاً للإجراءات المتبعة لتعديل القوانين العادية، أو بمعنى آخر هو الدستور الذي لا يلزم لتعديل أحكامه اتباع إجراءات خاصة. أما الدستور الجامد فهو الدستور الذي لا يمكن تعديل أحكامه إلا باتباع إجراءات خاصة أشد صرامة من الإجراءات المتبعة لتعديل القوانين العادية.[٢٣]

وتجري التفرقة بين الدساتير المرنة والدساتير الصلبة لا بالنظر إلى ما إذا كانت عرفية أو مكتوبة، ولكن بالنظر إلى طريقة تعديلها، حسب إذا ما كانت معقدة أم يسيرة. فكلما كانت مسطرة المراجعة معقدة كان الدستور صلباً، أما إذا كانت المراجعة سهلة تتم حسب المسطرة التي تعدل فيها القوانين العادية كان الدستور مرناً. وتجدر الإشارة إلى أن هذا التفريق يطرح مسألة التمييز بين القوانين العادية والقوانين الدستورية، فبخلاف الأولى تخضع هذه الأخيرة لمسطرة خاصة لوضعها. وهذا التفريق لا يتحقق إلا بالنسبة للدساتير الصلبة. أما مسطرة التعديل فتختلف من دولة لأخرى. وتعود مبادرة التعديل للسلطة التي يريد واضعو الدستور إعطائها مكانة متميزة وسامية بين باقي السلط. فقد يتعلق الأمر بالسلطة التنفيذية، أو السلطة التشريعية، وقد يخول الشعب حق المبادرة بتعديل الدستور إلى جانب نوابه كما هو الحال في الكونفدرالية السويسرية، ولا يخلو دستور هذه الأخيرة من بنود تعد نتيجة لاستعمال هذه المسطرة المتعلقة بحق الشعب في ممارسة سلطة التعديل الدستوري.[٢٤]

تأخذ الدساتير المقارنة بعين الاعتبار في تحديد الجهة المختصة بتعديل الدستور اعتبارين: أحدهما قانوني والآخر عملي، ويرتكز الاعتبار القانوني على أساس أن العمل القانوني بما فيه القواعد الدستورية بصفة خاصة لا يجوز تعديلها إلا باتباع الإجراءات المحددة بالدستور. أما الاعتبار العملي، فهو التوفيق بين ضرورة تعديل القاعدة الدستورية وبين مقتضيات تحقيق قدر من الثبات لهذه القواعد، حفاظاً على مبدأ سمو وسيادة الدستور.[٢٥]

وتنص الدساتير الجامدة عادة على الأسلوب الواجب اتباعه لتعديل أحكامها، أي تنص على كيفية أداء السلطة التأسيسية المشتقة لعملها. وهكذا فإذا كانت السلطة التأسيسية المشتقة هي المختصة بتعديل الدستور فإن تشكيلها وأسلوب ممارستها لعملها هي من الأمور الداخلة في اختصاص السلطة التأسيسية الأصلية أي السلطة التي وضعت الدستور وحددت كيفية تعديل أحكامه. ومن هنا جاءت تسمية سلطة تعديل الدستور بالسلطة المشتقة أو السلطة المؤسَّسة أو المنشأة لكونها من السلطات التي أنشأها الدستور أو أسسها على يد السلطة التأسيسية الأصلية وتسمى لذلك السلطة المنشأة.[٢٦]

ونظراً لأن سلطة تعديل الدستور سلطة " منشأة" أو " مؤسَّسية" فإنها ذات سلطات محدودة وتمارس مهمتها في إطار ما رسمته لها السلطة التأسيسية الأصلية؛ ومن مظاهر تحديد اختصاصات ومهمة سلطة التعديل أنها ينبغي عليها وهي بصدد القيام بتعديل الدستور الحفاظ على خصائص هذا الأخير وعلى أهدافه الرئيسة، بحيث يقتصر دورها على مجرد الحذف منه أو تضمينه الأحكام التي من شأنها أن تحقق الغرض المطلوب من التعديل دون زيادة. كما لا ينبغي عليها تضمين الدستور بعض الأحكام التي تتعارض معه ، أو الحذف منه بصورة تخلق تعارضاً بين أحكامه.[٢٧]

والأهم مما سبق هو أن سلطة تعديل الدستور ينبغي عليها عدم المساس بالأحكام التي تعفيها بعض الدساتير صراحة أو ضمناً من إمكانية التعديل.

يتوقف أمر تحديد السلطة المختصة بتعديل الدستور على نصوص الدستور ذاته، فهي التي تعين الجهة التي تقوم بهذه المهمة، وكيفية تكوينها، والشروط والإجراءات التي تعمل في إطارها.

وتسمى سلطة التعديل بالسلطة التأسيسية المنشأة، تمييزاً لها عن السلطة التأسيسية الأصلية، هذه الأخيرة هي التي قامت بوضع الدستور، دون أن تكون هنالك قواعد تنظيمية سابقة على وجودها، أو شروط وإجراءات حددت عملها، بينما تخضع الأولى لقواعد سابقة على وجودها، وشروط وإجراءات تعمل في إطارها.

ولقد تباينت الدساتير تبايناً كبيراً في أمر تحديد السلطة المختصة بالتعديل، فمنها من جعل هذا الاختصاص إلى السلطة التشريعية العادية تباشرها بإجراءات خاصة، ومنها ما أعطاه إلى جمعية تأسيسية منتخبة، ومنها من رد هذه السلطة إلى الشعب يزاولها عن طريق الاستفتاء.[٢٨]

خامسا: السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة المشتقة

وهكذا يثور الحديث عن السلطة التأسيسية الأصلية إذا كنا بمناسبة وضع دستور جديد للدولة، ويثور الحديث عن السلطة التأسيسية المشتقة بمناسبة تعديل دستور قائم.[٢٩]

وعلى ذلك تنحصر مراحل هذه الطريقة في خطوتين:[٣٠]

١- ويبدو فيها دور الشعب بارزاً حيث يقوم باختيار ممثليه.

٢- وينزوي فيها دور الشعب حيث تتركز السلطة التأسيسية الأصلية في يد الجمعية المنتخبة التي تحتكر مهمة وضع دستور البلاد.

تتدخل السلطة التأسيسية الأصلية في الوقت الذي لا يكون فيه دستور سابق. فهي التي تخلق المؤسسات في الدولة، وعنها تنبثق جميع السلط، بما فيها السلطة التأسيسية الفرعية. أما إذا كانت مهمة وضع الدستور وسبره منصوصاً عليها في دستور سابق فنكون أما سلطة تأسيسية فرعية، أي سلطة التعديل الدستوري.[٣١]

وعليه فان السلطة الأصلية هي السلطة التي تقوم بمهمة وضع دستور جديد للدولة. وتوصف هذه السلطة بأنها أصلية originaire باعتبارها لا تستند عند قيامها بعملها إلى نصوص دستورية قائمة تحدد تشكيلها واختصاصها، وإنما فقط إلى كونها صاحبة السيادة في المجتمع. ولذلك فهي تتدخل في وقت لا يوجد في الدولة نصوص قانونية تبين نظام الحكم في الدولة، أي في وقت تتعرض فيه الدولة لفراغ دستوري، فتعمل هذه السلطة على سد هذا الفراغ

الدستوري بوضع مثل هذه النصوص في دستور الدولة الجديد. وتتعرض الدولة لهذا الفراغ الدستوري في ثلاث حالات هي الاتية:[٣٢]

الحالة الأولى: عند نشوء أو ولادة دولة جديدة، وان ولادة دولة جديدة يمكن أن تحدث في احدى الحالات الاتية:

١- الحرب، فمن المؤكد أن نتصور ولادة دول متكاملة الأركان إثر نشوب حرب، ومثال ذلك ولادة يوغسلافيا وتشيكوسلوفاكيا بعد الحرب العالمية الأولى.

٢- نيل الاستقلال، أي حصول إقليم مستعمَر أو جزء من إمبراطورية على استقلاله وتكوين دولة ناشئة، كما هو حال العديد من الدول التي كانت خاضعة للاستعمار الفرنسي والبريطاني ثم حصلت على استقلالها بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية، كالهند وباكستان وبعض الدول العربية والإفريقية.

٣- قيام اتحاد فدرالي بين دول مستقلة، كما حدث عند قيام دولة الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٧٨٧، والجمهورية العربية المتحدة بين سورية ومصر عام ١٩٥٨.

٤- تجزئة الدولة وتقسيمها، كما هو حال العديد من الدول التي نشأت بعد تفكك الاتحاد السوفيتي، وكذلك أيضاً حال الجمهورية العربية المتحدة بعد الانفصال الذي وقع بين سورية ومصر نتيجة الانقلاب العسكري الذي وقع في ٢٨ أيلول/ سبتمبر سنة ١٩٦١.

الحالة الثانية: انهيار النظام القانوني الموجود في الدولة، وذلك عند حدوث تغيير في النظام القائم في هذه الدولة، وهو ما يعرف بـ تغيير النظام، ويمكن أن نتصور حدوث مثل هذا الانهيار القانوني أو ذاك التغيير في النظام القائم في الدولة في حالتين اثنتين هما:

١- الثورة والانقلابات العسكرية، وذلك كما حدث في إيران عقب انتصار الثورة الإسلامية عام ١٩٧٩، وكما حدث في سورية بعد قيام ثورة الثامن من آذار سنة ١٩٦٣ وتولي حزب البعث زمام السلطة السياسية في البلاد.

تؤثر الثورة بعد نجاحها على كافة الأوضاع السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وذلك بإحداث تغيرات على تلك الأوضاع، إلا أن الخلاف الفقهي ظهر حول أثر هذا النجاح على الدستور القائم:[٣٣]

أ- يرى غالبية الفقهاء أنه بمجرد نجاح الثورة وتسلمها مقاليد الحكم، فإن الدستور القائم يسقط فوراً وتلقائياً؛ لأنه قامت أساساً للقضاء على النظام السياسي، مما يستتبع معه سقوط أساسه القانوني وهو الدستور. وضرب هذا الفقه مثالا على ذلك، ما حدث في الإعلان الدستوري الصادر عن القائد العام للقوات المسلحة المصرية عام ١٩٥٢، الذي أعلن به سقوط دستور عام ١٩٢٣ يعد كاشفاً لهذا السقوط بعد نجاح ثورة ٢٣ تموز/ يوليو ١٩٥٢ منذ قيامها، وليس منشئاً لوضع قانوني جديد. ولعل هذا الأثر شهد تطبيقاً بعد اندلاع الثورات في كل من مصر وتونس عامي ٢٠١١، ٢٠١٢ إذ صدرت دساتير جديدة وألغيت الدساتير السابقة في تلك الدول.

ب- وذهب رأي آخر في الفقه إلى أن الثورة لا تؤدي إلى الغاء الدستور بأكمله، وإنما يقتصر الإلغاء على القواعد المتعلقة بنظام الحكم في الدولة؛ لأن الثورة قامت أساساً للقضاء على النظام السياسي القديم. وبذلك، تلغى كافة الأحكام المتعلقة بالنظام السياسي، ويحل محلها أحكام جديدة، وما عداها من الأحكام الدستورية ستبقى نافذة المفعول، خاصة المتعلقة بحقوق وحريات الأفراد. والمسائل والأحكام الأخرى التي ليست على صلة بنظام الحكم والسلطات العامة، كالتنظيم الإداري والقضائي في الدولة.

ت- يذهب اتجاه آخر إلى القول بأن الدستور لا يسقط تلقائياً، بل أن مصيره متوقف على إرادة القائمين على الثورة، فقد تهدف الثورة أحياناً إلى حماية الدستور من عبث السلطة السابقة، أي انتهاكها لأحكامه خلال فترة استلامها مقاليد الحكم، ويبقى هذا الدستور سارياً لحين يتقرر إعلان سقوطه.

٢- الحرب، وذلك كما حدث في العراق بعد الاحتلال الأمريكي لها إثر حرب الخليج الثانية، حيث انهار النظام القانوني المطبق في الدولة برمته إثر عملية التغيير التي طالت النظام القائم آنذاك، فحدث فراغ وفوضى لا مثيل لها، لذلك ونظراً للحاجة الماسة لوضع دستور جديد للبلاد، صدر الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥.

الحالة الثالثة: عندما يحدث تغيير سياسي في الدولة، وتظهر الرغبة في إحلال دستور جديد محل الدستور القائم الذي لم يعد متلائماً مع الظروف السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية السائدة في الدولة، وهو ما يعرف بـ " تغيير المرحلة"، كما حدث مؤخراً في بعض دول الخليج العربي، كدولة قطر مثلاً، حيث حل الدستور الدائم الذي أصدره أمير البلاد في الثامن من شهر حزيران/ يونيو ٢٢٤ محل النظام الأساسي المؤقت المعدل المعمول به في الدولة منذ عام ١٩٧٢.

ويرى بعض آخر، ان اياً كان أسلوب نشأة الدستور فإن هناك سلطة تأسيسية أصلية متمثلة في الحاكم، أو في الحاكم والشعب، أو في الشعب وحده، تملك مطلق الحرية في مهمتها في وضع أو إنشاء الدستور وتنظيم أحكامه، دون الالتزام بأية نصوص وقواعد مسبقة. أما السلطة التأسيسية المشتقة أو المنشأة فهي تنحصر مهمتها في تعديل الدستور حسب القواعد والكيفية التي حددها الدستور، فهي سلطة مشتقة من الدستور.

والسلطة التأسيسية الأصلية تتدخل في كل مرة تنشأ فيها دولة جديدة، وتنشأ دولة جديدة بالمفهوم الدستوري في ثلاث حالات:

١-تنشأ دولة جديدة في وقتنا الحالي في حالة الحصول على الاستقلال السياسي: وقد نشأ بهذا المفهوم العديد من الدول منذ منتصف القرن العشرين في آسيا وأفريقيا وأمريكا الجنوبية.

٢-تنشأ دولة جديدة عندما تتحد دولتان بشكل فيدرالي، كما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٧٨٧، والاتحاد السويسري عام ١٨٤٨، والجمهورية العربية المتحدة بين سورية ومصر عام ١٩٥٨. أو بالعكس في حالة انحلال أو تفكك الدولة الاتحادية، كما حدث عقب الانفصال بين سورية ومصر وانهيار الجمهورية العربية المتحدة، كذلك نشأ العديد من الدول بعد تفكك وانهيار الاتحاد السوفيتي .

٣-وتنشأ دولة جديدة، على الأقل بمفهوم القانون الدستوري، عند انهيار النظام السياسي كلياً في دولة قائمة، كحالة الثورة، أو الحرب، أو التغيير السياسي كما حدث مؤخراً في أغلب دول ما كان يعرف بالكتلة الشرقية: بولونيا، رومانيا، هنغاريا، يوغسلافيا...الخ.

تقوم السلطة التأسيسية الأصلية بوضع الدستور عندما تكون الدولة خالية تماماً من النصوص الدستورية النافذة، مثلا عندما تكون الدولة ولدت حديثاً أو في حال تعرضت لثورة أسقطت دستورها السابق نهائياً. وتضع هذه السلطة النصوص الدستورية دون الاستناد إلى نصوص قانونية أو دستورية تحكمها، فهي تتمتع بحرية مطلقة في تبني هذه النصوص دون أي قيود. وتعد السلطة التأسيسية ترجمة للمصطلح الإنكليزي "framing power"، أما السلطة

الدستورية المعدلة فهي ترجمة للمصطلح الإنكليزي"amending power"، حيث ظهرت هذه السلطة التأسيسية لأول مرة في أمريكا الشمالية.[٣٤]

إن وضع دستور يتطلب وجود هيئة مختلفة عن الهيئات الحاكمة في الدولة. هذه الهيئة هي التي تضع الدستور، فمهمتها إذن هي مهمة إنشائية، لا تستمد وجودها من الدستور، وإنما يستمد الدستور وجودها منها. ويطلق على هذه الهيئة بالسلطة التأسيسية الأصليةLe pouvoir constituant originaire ، لتمييزها عن السلطة التأسيسية المشتقة أو المنشأة Le pouvoir constituant derivé أو Le pouvoir constituant institué.

يتضح مما سبق وجود علاقة معينة بين السلطة التأسيسية الأصلية (سلطة وضع الدستور)، والسلطة التأسيسية المشتقة (سلطة تعديل الدستور) قوامها وجود نوع من التدرج بين هاتين السلطتين تعلو بمقتضاه الأولى على الثانية، ومن أهم نتائجه عدم دستورية ما تقوم به السلطة الثانية (السلطة التأسيسية المشتقة) من أعمال من شأنها انتهاك الحدود التي رسمتها الأولى (السلطة التأسيسية الأصلية) بخصوص تعديل الدستور، وسواء كانت هذه الحدود حدوداً إجرائية أم حدوداً موضوعية.[٣٥]

أما عن الفرق بين السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية المنشأة. فالأولى هي السلطة التي تتولى وضع دستور الدولة كله ولها سلطات وصلاحيات واسعة ولا تستند عند مباشرتها لتلك المهمة إلى نص دستوري معين أو إلى تنظيم دستوري سابق، وإنما كونها صاحبة السيادة في المجتمع فضلاً عن كونها أعلى سلطة في المجتمع، وهى تمارس عملها في وقت لا يوجد به دستور، وتستطيع تعديل السلطات أو إنشاء سلطات جديدة أي لها صلاحيات واسعة دون تقييد، أما الثانية: السلطة التأسيسية المنشأة فهي وإن كانت تلعب دوراً أساسياً في وضع قواعد دستورية، إلا أن هذا الدور يقتصر فقط على مجرد تعديل تلك القواعد وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها في صلب الدستور، وهى سلطة مقيدة ذات اختصاصات محددة لاستنادها إلى نص دستوري قائم أو تنظيم دستوري سابق يبين صلاحيتها وماهيتها وطريقة عملها والإجراءات الواجب عليها اتباعها، أي تمارس عملها في وقت يوجد به دستور قائم ومطبق، هذا هو الفرق بين السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية المنشئة للدستور[٣٦].

والسلطة التأسيسية الأصلية، وعلى خلاف السلطة التأسيسية المشتقة أو المنشأة، تملك كامل الحرية في كيفية وضع الدستور وتنظيم السلطات العامة: الأخذ بالنظام الملكي أو الجمهوري، البرلماني أو الرئاسي، وتبني النظام الليبرالي أو الاشتراكي كإيديولوجيا، ...الخ.

١- يجمع الفقه الدستوري على أن السلطة التأسيسية الأصلية تتمتع بصلاحيات مطلقة في مجال إعداد التشريع الدستوري الجديد، فهي تستطيع أن تهجر نظام الحكم الملكي وتتبنى النظام الجمهوري أو العكس.

٢- كما تستطيع أن تتبنى الصورة التي تحلو لها من صور الديمقراطية، فتستطيع أن تعدل عن نظام الديمقراطية غير المباشرة(النيابية) إلى نظام الديمقراطية شبه المباشرة.

٣- تستطيع أن تستبدل النظام البرلماني بالنظام الرئاسي، أو العكس، وبإمكانها أن تأخذ بالأيديولوجية السياسية والاقتصادية التي تروق لها، فتتبنى النظام الليبرالي الحر، وتهجر سياسة التدخل والحماية، أي تأخذ بالرأسمالية بدلاً من الاشتراكية، أو العكس.

٤- تتمتع هذه السلطة بحرية مطلقة في اعتناق ما تراه مناسباً وملائماً لظروف الدولة.

سادساً: الضوابط المفروضة على السلطة التأسيسية المشتقة

تنص الدساتير صراحة على الحدود المفروضة عليها، عن طريق فرض ضوابط إجرائية وأخرى موضوعية لا بد وأن تلتزم بها سلطة تعديل الدستور. ومع ذلك يبدو أن الدساتير قد تركت أمر حماية هذه الضوابط للرقابة السياسية المتمثلة في تدخلات البرلمانيين وقوى المجتمع المدني في مرحلة اعداد التعديل ومناقشته بالطريقة التي رسمها الدستور لأنه لا يوجد– على حد علمنا– ولو دستور واحد ينص صراحة على إمكانية تدخل القاضي الدستوري لمراقبة مدى التزام الضوابط الإجرائية والموضوعية لتعديل الدستور التي وضعتها السلطة التأسيسية.[٣٧]

ولذلك فقد نادى بعض الفقهاء بضرورة تدخل القاضي الدستوري من تلقاء نفسه لبحث مدى دستورية قوانين تعديل الدستور، على اعتبار أن النصوص الدستورية التي تضع الضوابط الإجرائية والموضوعية لتعديل الدستور تتعلق أكثر من غيرها بالنظام العام الدستوري. ومن جانبها فقد استجابت بعض المحاكم الدستورية لتلك الدعوة الفقهية فارضة رقابتها على دستورية قوانين تعديل الدستور.[٣٨]

والمتأمل في النصوص المتعلقة بالتعديل الدستوري في الدساتير الحديثة لابد وأن يخلص إلى وجود مجموعة من الضوابط التي تمثل حدوداً ينبغي على سلطة تعديل الدستور (السلطة التأسيسية المشتقة) ألا تتخطاها وهي بصدد القيام بمهمتها في تعديل الدستور.[٣٩]

١: الضوابط الشكلية والإجرائية المفروضة على السلطة التأسيسية المشتقة

ان عملية التعديل تتضمن أما إضافة نص او أكثر إلى نصوص الدستور مثل التعديلات التي جرت على الدستور السويسري العام ١٨٧٤ والتي كانت في غالبيتها إضافات أكثر منه تعديلاً لما تم وضعه في سنة ١٨٨٤، وكان من أهمها التعديلات التي أدت إلى تقوية السلطات الفيدرالية وخاصة في الشؤون العسكرية والتي كان من أهم دوافعها معالجة الضعف الذي عانى منه الجيش وخاصة عندما أعلنت التعبئة سنة ١٨٧٠–١٨٧١ لمواجهة بعض ظواهر الاستغلال في النظام الاقتصادي ثم إضافة سلطات جديدة للحكومة الاتحادية.[٤٠] وقد يتضمن حذف نص او أكثر من نصوص الدستور كما في (التعديل الحادي والعشرون) لعام ١٩٣٤ والذي جاء لإلغاء التعديل (الثامن عشر) لعام ١٩١٩ في دستور الولايات المتحدة الأمريكية والذي يحظر المشروبات الكحولية .[٤١]

تفرض الدساتير قيوداً إجرائية أو شكلية على سلطة تعديل الدستور. تهدف إلى منع هذه الأخيرة من ممارسة عملها في تعديل أي نص من نصوص الدستور في خلال مدة زمنية محددة أو في ظل ظروف معينة، هذه الضوابط تختلف عن الضوابط الإجرائية العادية التي يجب على سلطة تعديل الدستور مراعاتها أثناء ممارسة مهامها، والتي تنص عليها معظم الدساتير نظراً لأهمية النصوص المراد تعديلها إذا ما قيست بنصوص القوانين العادية.[٤٢]

وتجري بعض الدساتير على النص على عدم جواز اقتراح تعديلها إلا بعد مضي فترة زمنية محددة بهدف إتاحة الفرصة لتطبيق بنود الدستور فترة زمنية تكفي للحكم على فاعليتها وصلاحيتها.[٤٣]

ومما لا شك فيه أن القواعد الدستورية التي تقرر قيوداً استثنائية على سلطة تعديل الدستور تعد من قبيل القواعد الدستورية " الآمرة" أي تكرس فكرة النظام العام الدستوري، لأن وجودها في صلب الدساتير يؤدي إلى تعطيل العمل بالنصوص الدستورية المتعلقة بالتعديل الدستوري، وبالتالي فإنها تعلو على هذه الأخيرة وتحد من حرية سلطة

تعديل الدستور، كما أنها تفرض على القاضي الدستوري أن يتحرك ولو من تلقاء نفسه–بمناسبة دعوى مرفوعة أمامه– لإعمال مقتضياتها.[٤٤]

٢: الحدود الموضوعية المفروضة على السلطة التأسيسية المشتقة

تمثل الحدود الموضوعية خطوطاً حمراء ينبغي على السلطة التأسيسية المشتقة عدم تجاوزها وهي بصدد ممارسة مهمتها في تعديل نصوص الدستور. هذه الخطوط الحمراء تجسدها القواعد والمبادئ الدستورية الموضوعية التي هي على درجة عالية من الأهمية والخطورة من وجهة نظر المشرعين الدستوريين، بحيث يستعصي على سلطة تعديل الدستور المساس بها، وينبغي على القاضي الدستوري أن يعمل على حمايتها من تلقاء نفسه حتى ولو أدى ذلك إلى الخروج عن نطاق النزاع المعروض عليه، بل إن بعض المحاكم الدستورية قد تنعقد من تلقاء نفسها للحفاظ على هذا من القواعد والمبادئ الدستورية. ومن هذه المبادئ ما يتعلق بشكل النظام السياسي في الدولة وبفلسفتها السياسية والاجتماعية، ومنها ما يتعلق ببعض الحقوق والحريات الأساسية.[٤٥]

١– الحدود الموضوعية المتعلقة بشكل النظام السياسي في الدولة وبفلسفتها السياسية والاجتماعية.

لا شك أن شكل الحكومة وطبيعة النظام السياسي السائد في الدولة هي من الأمور التي تدخل ضمن دائرة اهتمام الدساتير ؛ فإذا انتهت السلطة التأسيسية الأصلية (سلطة وضع الدستور) إلى اعتماد النظام الملكي، أو انتهت إلى اعتماد النظام الجمهوري فإنها ينبغي عليها أن تضمَّن دستور الدولة ما يؤكد هذا الاختيار، وغالباً ما تذهب الى تضمين الدستور ما يضمن حماية النظام الذي اختارته كأساس للحكم، كالنص على عدم قابلية النصوص المنظمة له للتعديل، وبالتالي تجد السلطة التأسيسية المشتقة(سلطة تعديل الدستور) نفسها في مواجهة حد موضوعي مقتضاه عدم قدرتها على تعديل النصوص المنظمة لنظام الحكم في الدولة، وإن هي خالفت فإن على القاضي الدستوري التدخل لإهدار ما فعلت سواء بناء على طلب يقدم إليه بهذا الخصوص أو من تلقاء نفسه.[٤٦]

٢– الحدود الموضوعية المتعلقة ببعض الحقوق والحريات الأساسية.

أصاب موضوع الحقوق والحريات تطورات كثيرة أدت إلى تحول نظرية الحريات العامة التي صاحبت النظرية التقليدية للحقوق والحريات إلى نظرية للحقوق والحريات الأساسية أهم ما يميزها هو تزايد اهتمام المشرع الدستوري والقانون الدولي لحقوق الإنسان بمسائل الحقوق والحريات، وتطور دور البرلمان بشأنها بحيث أصبح عليه–بوصفه أكثر السلطات قدرة على استجلاء جوانب المصلحة العامة– أن يوفي بالتزام مزدوج يتمثل في الامتناع عن وضع العراقيل أو السماح بوضع العراقيل في سبيل ممارسة الأفراد للحقوق والحريات التقليدية والعمل– من خلال ما يصدر من تشريعات– على حث مختلف هيئات الدولة على التدخل في حياة الأفراد بصورة إيجابية من أجل اشباع حاجاتهم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

وفي كل مرة يتخلف البرلمان عن الوفاء بشقي هذا الالتزام فإنه يُعدُ ممتنعاً عن ممارسة اختصاصه التشريعي، وبالتالي مرتكباً للمخالفة الدستورية.[٤٧]

ويبدو أن واضعي الدساتير (السلطات التأسيسية الأصلية) في عدد غير قليل من الدول قد ذهبوا إلى ما هو أبعد من ذلك عندما أخرجوا المسائل المتعلقة بالحقوق والحريات وضماناتها ليس فقط من مجال اختصاص البرلمانات، ولكن كذلك من مجال اختصاص السلطة التأسيسية المشتقة (سلطة تعديل الدستور)، بحيث يمتنع على هذه الأخيرة

المساس بالنصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات الأساسية إلا بغرض تمكين الأفراد من التمتع بها وممارستها وليس العكس. وفي هذا الخصوص فإن بعض الدساتير تنص صراحة على عدم إمكانية تعديل النصوص الدستورية المنظمة لبعض الحقوق والحريات، وبعضها الآخر يعبر عن هذا المعنى باستخدام تعبير" الحقوق والحريات غير القابلة للمساس".[٤٨]

على الرغم مما تقدم ذكره من قيود إلا أن البعض يرى في حظر تعديل الدستور سواء كلياً أو جزئياً بشكل مطلق ودائم هو أمر باطل وغير ملزم لأنه لا يعدو أن يكون بمثابة مصادرة من قبل السلطة التأسيسية لحقوق الأجيال القادمة في أن تختار لها الدستور الذي يروق لها هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن الحظر المطلق إنما من شأنه أن يصم الدستور بالجمود المطلق وهو الأمر الذي يتعارض مع مبدأ أن القاعدة القانونية هي في حقيقة أمرها قاعدة اجتماعية تخضع لمتغيرات اجتماعية كثيرة مما يجعل من قابليتها للتعديل أحد شرائط صحتها.[٤٩]

الخاتمة

تقوم السلطة التأسيسية الأصلية بوضع الدستور عندما تكون الدولة خالية تماماً من النصوص الدستورية النافذة، مثلا عندما تكون الدولة ولدت حديثاً أو في حال تعرضت لثورة أسقطت دستورها السابق نهائياً. وتضع هذه السلطة النصوص الدستورية دون الاستناد إلى نصوص قانونية أو دستورية تحكمها، فهي تتمتع بحرية مطلقة في تبني هذه النصوص دون أي قيود.

وعليه فان السلطة الأصلية هي السلطة التي تقوم بمهمة وضع دستور جديد للدولة. وتوصف هذه السلطة بأنها أصلية originaire باعتبارها لا تستند عند قيامها بعملها إلى نصوص دستورية قائمة تحدد تشكيلها واختصاصها، وإنما فقط إلى كونها صاحبة السيادة في المجتمع. ولذلك فهي تتدخل في وقت لا يوجد في الدولة نصوص قانونية تبين نظام الحكم في الدولة، أي في وقت تتعرض فيه الدولة لفراغ دستوري، فتعمل هذه السلطة على سد هذا الفراغ الدستوري بوضع مثل هذه النصوص في دستور الدولة الجديد.

نستنتج مما سبق وجود علاقة معينة بين السلطة التأسيسية الأصلية (سلطة وضع الدستور)، والسلطة التأسيسية المشتقة (سلطة تعديل الدستور) قوامها وجود نوع من التدرج بين هاتين السلطتين تعلو بمقتضاه الأولى على الثانية، ومن أهم نتائجه عدم دستورية ما تقوم به السلطة الثانية (السلطة التأسيسية المشتقة) من أعمال من شأنها انتهاك الحدود التي رسمتها الأولى (السلطة التأسيسية الأصلية) بخصوص تعديل الدستور، وسواء كانت هذه الحدود حدوداً إجرائية أم حدوداً موضوعية.

أما عن الفرق بين السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية المنشأة. فالأولى هي السلطة التي تتولى وضع دستور الدولة كله ولها سلطات وصلاحيات واسعة ولا تستند عند مباشرتها لتلك المهمة إلى نص دستوري معين أو إلى تنظيم دستوري سابق، وإنما كونها صاحبة السيادة في المجتمع فضلاً عن كونها أعلى سلطة في المجتمع، وهى تمارس عملها في وقت لا يوجد به دستور، وتستطيع تعديل السلطات أو إنشاء سلطات جديدة أي لها صلاحيات واسعة دون تقييد، أما الثانية: السلطة التأسيسية المنشأة فهي وإن كانت تلعب دوراً أساسياً في وضع قواعد دستورية، إلا أن هذا الدور يقتصر فقط على مجرد تعديل تلك القواعد وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها في صلب الدستور، وهى سلطة مقيدة ذات اختصاصات محددة لاستنادها إلى نص دستوري قائم أو تنظيم دستوري سابق يبين

صلاحيتها وماهيتها وطريقة عملها والإجراءات الواجب عليها اتباعها، أي تمارس عملها في وقت يوجد به دستور قائم ومطبق، هذا هو الفرق بين السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية المنشئة للدستور.

الهوامش

[١] محمد كاظم المشهداني، القانون الدستوري: الدولة- الحكومة- الدستور، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١١، ص٢٣١.

[٢] نقلا عن: حسان محمد شفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، بدون ذكر المطبعة، بدون ذكر المدينة، ٢٠٠٧، ص٨١.

[٣] صلاح الدين فوزي محمد، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢٠، ص٧١.

[٤] وسام صبار بريسم الحمداني، أساليب نشأة الوثيقة الدستورية، مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، المجلد (١)، العدد (٥)، تشرين الثاني/ نوفمبر ٢٠٢٠، ص ٤٤٢.

[٥] حسان محمد شفيق العاني، مصدر سبق ذكره، ص ٧٧.

[٦] يحيى الجمل وأنور أحمد رسلان، القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٩.

[٧] يحيى الجمل وأنور أحمد رسلان، مصدر سبق ذكره، ص١١.

[٨] عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص٦٧.

[٩] نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة السابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ٢٠١١، ص٤٨٦-٤٨٧.

[١٠] صلاح الدين فوزي محمد، مصدر سبق ذكره، ص٢٨-٢٩.

[١١] نوار بدير، السلطة التأسيسية، (سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية)، وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة، تشرين الثاني/ نوفمبر ٢٠١٨، ص٧.

[١٢] محمد كاظم المشهداني، مصدر سبق ذكره، ٢٠١١، ص٢٤٣.

[١٣] المصدر نفسه، ص٢٤٣.

[١٤] المصدر نفسه، ص٢٤٤.

[١٥] حسان محمد شفيق العاني، مصدر سبق ذكره، ص٧٨.

[١٦] محمد كاظم المشهداني، مصدر سبق ذكره، ص٢٤٤.

[١٧] نوار بدير، مصدر سبق ذكره، ص٨.

[١٨] محمد كاظم المشهداني، مصدر سبق ذكره، ص٢٤٦.

[١٩] المصدر نفسه، ص٢٤٦.

[٢٠] محمد كاظم المشهداني، مصدر سبق ذكره، ص٢٤٦.

[٢١] وسام صبار بريسم الحمداني، مصدر سبق ذكره، ص٤٤٩-٤٥٠.

[٢٢] وهي الدساتير التي يتم تعديل أحكامها وإلغائها بذات الطريقة التي تعدل القوانين العادية أي تكون الجهة المناط بها سلطة التعديل أو إلغائه هي السلطة التشريعية وفقا لأحكام الدستور. ينظر: محمد أحمد محمود، تعديل الدستور: دراسة في ضوء الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ، الدائرة الإعلامية في مجلس النواب، العراق، ٢٠١٠، ص ٥٠.

[٢٣] عيد أحمد الغفلول، مصدر سبق ذكره، ص٦٨.

[٢٤] رقية المصدق، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء– المغرب، ١٩٨٧، ص٥٤.

[٢٥] أساس سمو الدستور هو أنه القانون الأساسي للدولة، الذي ينشئ السلطات العامة ويحدد اختصاصاتها وطبيعة العلاقة التي تربط السلطات مع بعضها البعض، بما يحتم على كافة السلطات احترام هذه القواعد بحيث لا تأتي بأي تصرف تخالف به القواعد الدستورية، وهو ما يطلق عليه السمو الموضوعي، كما أن الدساتير الجامدة تتضمن الأحكام المتعلقة بالإجراءات المتبعة في تعديلها وهي أكثر تعقيداً من تلك المتبعة في تعديل القوانين العادية، وهو ما يطلق عليه السمو الشكلي. عوض الليمون، الوجيز في النظم السياسية ومبادئ القانون الدستوري، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، عمان– الأردن، ٢٠١٦، ص٣١١.

عوض الليمون، المصدر نفسه، ص٣٠٨.

[٢٦] عيد أحمد الغفلول، مصدر سبق ذكره، ص ٦٨.

[٢٧] عيد أحمد الغفلول، مصدر سبق ذكره، ص٦٨.

[٢٨] محمد كاظم المشهداني، مصدر سبق ذكره، ص٢٦٥.

[٢٩] عيد أحمد الغفلول، مصدر سبق ذكره، ص٦٧.

[٣٠] عمر حلمي فهمي، القانون الدستوري المقارن، دار نصر للطباعة الحديثة، القاهرة، ٢٠٢١، ص١٠٣.

[٣١] رقية المصدق، مصدر سبق ذكره، ص٥٣.

[٣٢] السلطة التأسيسية الأصلية، نقلا عن الرابط:

https://www.tarbikafa.com/2017/04/Le-pouvoir-constituant-originaire.html

[٣٣] عوض الليمون، مصدر سبق ذكره، ٢٠١٦، ص٣٣٣-٣٣٤.

[٣٤] نوار بدير، مصدر سبق ذكره، ص٢.

[٣٥] عيد أحمد الغفلول، مصدر سبق ذكره، ص٦٩.

[٣٦] محمد فودة، أساليب وضع الدساتير الغائبة عن الجمعية التأسيسية للدستور، جريدة الدستور(المصرية)، السبت ١ كانون الأول/ ديسمبر ٢٠١٢.

[٣٧] عيد أحمد الغفلول، مصدر سبق ذكره، ص٦٩.

[٣٨] المصدر نفسه، ص٦٩-٧٠.

[٣٩] المصدر نفسه، ص٧٠.

[٤٠] محمد أحمد محمود، تعديل الدستور: دراسة في ضوء الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ، الدائرة الإعلامية في مجلس النواب، العراق، ٢٠١٠، ص١٣.

[٤١] المصدر نفسه، ص١٤.

[٤٢] عيد أحمد الغفلول، مصدر سبق ذكره، ص٧٠.

[٤٣] عمر حلمي فهمي، مصدر سبق ذكره، ص٢٩٣.

[٤٤] عيد أحمد الغفلول، مصدر سبق ذكره، ص٧١.

[٤٥] عيد أحمد الغفلول، مصدر سبق ذكره، ص٧٨.

[٤٦] المصدر نفسه، ص٧٩.

[٤٧] عيد أحمد الغفلول، مصدر سبق ذكره، ص٩٣.

[٤٨] المصدر نفسه، ص٩٤.

[٤٩] صلاح الدين فوزي محمد، مصدر سبق ذكره، ص٥٦-٥٧.