HNSJ Humanitarian & Natural Sciences Journal
ISSN: (e) 2709-0833
www.hnjournal.net
مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية
مجلة علمية محكمة

عنوان البحث

أساليب نشأة الوثيقة الدستورية

وسام صبار بريسم الحمداني[1]

[1] كلية الامام الكاظم (ع) للعلوم الاسلامية الجامعة / اقسام ديالى/ العراق
البريد الإلكتروني / wesam.Saber@alkadhum-col.edu.iq

تاريخ القبول: 2020/10/28م تاريخ النشر: 2020/11/01م

المستخلص

تشكل الوثيقة الدستورية راسا الهرم في القاعدة القانونية اذ 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 اذ تتغير تلك الوثيقة بتغير تلك العوامل وقد هدف البحث الى التعرف على مفهوم الدستور وطبيعة القواعد الدستورية واساليب نشأتها , وكذلك التعرف على انواع ومصادر تفسير الدستور والجهات المختصة بتعديله , وقد استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي وذلك لملائمة المنهج المتبع مع طبيعة موضوع البحث .

الكلمات المفتاحية: اساليب – نشأة – الوثيقة الدستورية

RESEARCH ARTICLE

METHODS OF ORIGINATION OF THE CONSTITUTIONAL DOCUMENT

Accepted at 28/10/2020 **Published at 01/11/2020**

Abstract

The constitutional document constitutes the head of the pyramid in the legal base, as all laws derive their legitimacy from it, and it also determines the nature of the political system and the form of the state in a society and has a great influence in establishing the philosophy of governance, and this document is affected by political, cultural, social and other factors as that document changes as these change Factors The research aimed at identifying the concept of the constitution, the nature of the constitutional rules and the methods of their creation, as well as identifying the types and sources of interpretation of the constitution and the competent authorities to amend it. The researcher used the descriptive and analytical approach in order to suit the approach followed with the nature of the subject

المقدمة

تشكل الوثيقة الدستورية راسا الهرم في القاعدة القانونية اذ 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 اذ تتغير تلك الوثيقة بتغير تلك العوامل ومن هذا المنطلق فان صفة التأقيت هي صفة ملازمة للدستور اذ ليس من المنطق السليم ان تبقى قواعد القانون الدستوري في دولة معينة ثابتة وبدون تغير لان القواعد تلك من صنع الانسان وان الظروف المحيطة به تتغير باستمرار وبالتالي ينتج عن تلك الحالة ضرورة مراجعة النصوص الدستورية بما يتناسب مع المتغيرات المستجدة .

وان الدستور هو المنشأ للسلطات العامة في الدولة من سلطة تشريعية وتنفيذية وقضائية ويحدد اختصاصاتها ونطاق العلاقة بينها وخصوصا التشريعية والتنفيذية وفي بعض الاحيان تشوب العلاقة بين تلك السلطات بعض الغموض يحتاج وفقها لتدخل المشرع الدستوري عن طريق التعديل لإعادة التوازن بينها على نحو ينسجم مع النظام الذي اقامه الدستور .

ولقد تضمن القانون الدستوري بجانب القواعد المنظمة للسلطة السياسية ،الفلسفة والمبادئ التي ترتكز عليها السلطة في الدولة ، وإن أول ما برزت فكرة جعل القانون الدستوري أداة لتحقيق الحرية ، برزت معها ضرورة إيجاد ضمانات تكفل الحريات لعامة للأفراد وحقوقهم وتقيد بالتالي السلطة السياسية وذلك بفضل الدستور , وقد ارتبط هذا المفهوم الذي يجعل من الدستور وسيلة تنظيم السلطة والحرية معا بالمدرسة التقليدية للقانون الدستوري ، وبمرور السنين وبروز عدة عوامل سياسية واجتماعية وفلسفية برزت للوجود مفاهيم جديدة للقانون الدستوري .

وتكمن اهمية البحث من خلال التعرف على ان الدستور هو مجموعة من القواعد القانونية التي تبين شكل الحكومة ونظام الحكم في الدولة أو هو الوثيقة الرسمية التي تحتوي على (القانون الأساسي الأعلى) للدولة و الذي يحدد شكل تلك الدولة وطبيعة نظام الحكم فيها , وفكرة القانون الدستوري عند الفقهاء تتجه نحو ضرورة احترام السلطة السياسية لحرية الأفراد ، وتوجهها بتنظيمها القانوني نحو حمايتها ، ولتدعيم هذا الربط بين القانون الدستوري والحرية استعان الفقهاء بالتاريخ الدستوري للعديد من الدول ، الذي تميز بنظرهم ببروز فكرة القانون الدستوري في الأزمنة التي ارتضى فيها أصحاب السلطة الإبقاء على التوازن بين سلطاتهم وحريات الأفراد , وتكمن مشكلة البحث من خلال الاجابة عن التساؤل الاتي :-

ماهي اساليب نشأة الوثيقة الدستورية ؟

وقد هدف البحث الى التعرف على مفهوم الدستور وطبيعة القواعد الدستورية واساليب نشأتها , وكذلك التعرف على انواع ومصادر تفسير الدستور والجهات المختصة بتعديله , وقد استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي وذلك لملائمة المنهج المتبع مع طبيعة موضوع البحث , وقد تم تقسيم البحث الى مبحثين حيث تضمن كل مبحث ثلاث مطاليب , وقد تطرقنا في المبحث الاول الى مفهوم الدستور وطبيعة القواعد الدستورية واساليب نشأتها , اما في المبحث الثاني فقد تكلمنا عن انواع ومصادر تفسير الدستور والجهات المختصة بتعديله .

المبحث الاول

مفهوم الدستور وطبيعة القواعد الدستورية واساليب نشأتها

لم تعرف المجتمعات النامية اي نظام دستوري في ظل الانظمة الكولونية الحاكمة ولذلك ظلت محرومة من ممارسة الحياة الدستورية بمعناها الاولي اي تنظيم الحياة العامة وفق قواعد عليا يتم بموجبها توزيع السلطة وتحديد المسؤوليات وضمان الحقوق وكان وجود الحياة الدستورية , او الدستور ذاته يرتبط بوجود الدولة اي بوجود الاستقلال الذي تجسده الدولة ومن هنا جاءت المطالبة بالاستقلال مرتبطة بوضع دستور وكان الدستور يمثل في كثير الاحيان وثيقة الاستقلال اي وثيقة انشاء الدولة .(كاظم والعاني , 1990 , ص183) لذا سوف نبين هذا المبحث من خلال المطالب التالية :-

المطلب الاول / مفهوم الدستور

المطلب الثاني / طبيعة القواعد الدستورية

المطلب الثالث / اساليب نشأة الدستور

المطلب الاول

مفهوم الدستور

اولا / تعريف الدستور لغة

الدستور كلمة فارسية تعني الدفتر الذي تكتب فيه اسماء الجند والذي تجمع فيه قوانين الملك وتطلق ايضا على الوزير وهي مركب من كلمة " دست " بمعنى قاعدة , وكلمة " ور " اي صاحب , وانتقلت من التركية الى العربية بمعنى (قانون , اذن) ثم تطور استعمالها حتى اصبحت تطلق الان على القانون الاساسي في الدولة .(السديري , بلا سنة طبع , ص25)

ثانيا / تعريف الدستور اصطلاحاً

يعرف الدستور من الناحية الاصطلاحية بانه " مجموعة القواعد المتعلقة بتبيان مصدر السلطة وتنظيم ممارساتها وانتقالها والعلاقة بين القابضين عليها وكذلك تلك المتعلقة بالحقوق والحريات العامة في الدولة سواء وجدت هذه القواعد في صلب الوثيقة الدستورية ام خارجها " .(المفرجي واخرون , 2010 , ص161)

وفي تعريف اخر للدستور يعرف بانه " مجموعة القواعد التي تنظم شكل الدولة ونظام الحكم وطبيعة العلاقة بين السلطات واختصاصاتها وكذلك القواعد التي تبين حقوق الافراد وحرياتهم وضماناتها دون النظر الى ما اذا كانت مدرجة ضمن الوثيقة الدستورية او وثيقة قانونية اخرى مهما كان مصدرها وتدرجها في الهرم القانوني او كانت عرفية " , وفي تعريف اخر عرف بانه " مجموعة القواعد التي تنظم مزاولة السلطات السياسية في الدولة فتنظم شكل الدولة الخارجي والسلطات المختلفة فيها ووظيفة كل منها والعلاقات فيما بينها " .(تمساح ,2018, ص126)

وقد عرف الدكتور ثروت بدري الدستور بانه " تلك القواعد الاساسية التي تتضمنها الوثيقة القانونية المسماة بالدستور " .(بدوي , 1969, ص19)

وعرفت الدكتورة دعاء الصاوي يوسف الدستور بانه " مجموعة القواعد والنصوص التي تتضمنها وثيقة قانونية رسمية تسمى بالدستور تصدر عن جهة متميزة ومتخصصة بوضع القواعد القانونية العادية وفقاً لإجراءات مختلفة عن اجراءات اصدار هذه القواعد

الاخيرة " .(يوسف , 2014, ص12)

وعرف الباحث الدستور بانه مجموعة الاحكام التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها وسلطاتها وطريقة توزيع هذه السلطات وبيان اختصاصاتها وبيان حقوق المواطنين وواجباتهم .

المطلب الثاني

طبيعة القواعد الدستورية

لقد ثار نقاش طويل حول طبيعة القواعد الدستورية فهل هي قواعد قانونية بالمفهوم الضيق للكلمة ام ان لها طبيعة اخرى غير قانونية , وفي الواقع لقد انقسم الفقه الى اكثر من اتجاه في هذا الخصوص , ذهب الاتجاه الاول الى ان القواعد الدستورية هي قواعد قانونية اي انها لا تختلف من حيث الطبيعة عن غيرها من القواعد التي تحكم الانشطة المختلفة في الدولة ويستند هذا الاتجاه الى مبدا سمو الدستور , اي ان القواعد الدستورية تحتل قمة الهرم القانوني في الدولة ومن ثم فهي تعلو على غيرها من القواعد القانونية وتعتبر في الوقت ذاته مصدر قانونية جميع القواعد في الدولة , وبما ان القواعد الدستورية هي التي تمنح الصفة القانونية لجميع القواعد المطبقة في الدولة فعليه يجب ان تتمتع القواعد الدستورية بدورها بنفس الصفة التي تتمتع بها تلك القواعد وهي الطبيعة القانونية .(المفرجي واخرون , 2010, ص162)

اما الاتجاه الفقهي الثاني فقد انكر الطبيعة القانونية على القواعد الدستورية واساس ذلك يكمن في عنصر الجزاء فالقاعدة الدستورية تورد قيودا على السلطة الحاكمة التي تقوم بتوقيع الجزاء وفرض الطاعة على الافراد مما يؤدي الى ان تكون تلك السلطة هي نفسها المطالبة بتوقيع الجزاء على نفسها اذا ما خرجت على القيود التي يفرضها القانون , ولقد ادت هذه النتيجة الى ان ذهب البعض من الفقهاء الى ان القاعدة الدستورية ينقصها عنصر الجزاء حيث يشترطون في الجزاء ان يكون ماديا تتكفل السلطة العامة بتوقيعه بما لديها من وسائل , الا ان من الفقهاء من لا يشترط ان يكون الجزاء متمثلا في الاكراه المادي الذي تقوم السلطة العامة بتوقيعه , ويرى ان الجزاء يمكن ان يتمثل في رد الفعل الاجتماعي الذي يترتب على مخالفة القاعدة القانونية فالجزاء يختلف باختلاف نوع القاعدة ذاتها وتختلف صوره وانواعه بما يتناسب مع مضمون القاعدة القانونية والمصالح التي تحميها , ولقد ذهب هذا الفريق من الفقهاء بناء على رأيهم في فكرة الجزاء الى ان القاعدة الدستورية يتوافر فيها عنصر الجزاء ويتحقق لها جميع عناصر القاعدة القانونية ومما لا شك فيه ان هذا الجزاء المرل (غير المنظم) لحماية القاعدة الدستورية والذي يتمثل في الضغط الشعبي والاضطرابات والمظاهرات والانتفاضات والثورات يعد كافيا لإضفاء الطبيعة القانونية على القاعدة الدستورية وذلك لاختلاف طبيعة العلاقات في القانون العام عنها في القانون الخاص مما يستتبع اختلاف صور الجزاء , ومما يؤكد اهمية هذا الجزاء غير المنظم ايضا وبالتالي يؤكد الشعور بالالتزام بالقواعد الدستورية , وان السلطة العامة حينما تخالف بعض القواعد الدستورية لا تعترف بتلك المخالفة وانما تحاول ان تضع تبريرات وتفسيرات لتصرفها بما يطهرها اما الرأي العام وكأنها لم ترتكب مخالفة دستورية , اما الاتجاه الفقهي الاخير فيذهب الى القول بان للدستور طبيعة سياسية وان هذه الطبيعة تكمن في ان القواعد الدستورية لا يمكن ان تبين طريقة ممارسة السلطة دون ان تحدد او تكرس القابضين على هذه السلطة لذلك فان الدساتير حملت منذ نشأتها معنى ومدلولاً سياسيا حين استعملت كوسيلة لتكريس سلطة فرد او فئة او حزب او طبقة . .(المفرجي واخرون , 2010, ص162-163)

المطلب الثالث

اساليب نشأة الدستور

ان الحديث عن اساليب نشأة الدساتير يعني الحديث عن اساليب نشأة الدساتير المكتوبة لان الدساتير العرفية منشأها العرف , واذا كان من المتعذر اتفاق الدول على اسلوب واحد لنشأة الدساتير فان الحديث عن هذه النشأة يرتبط الى حد كبير بظروف تاريخية من ناحية ومدى تبني اسس الديمقراطية واستقرارها من ناحية اخرى , هذه الظروف التاريخية والاسس الديمقراطية مرتبطة ايضا بفكرة السيادة في الدولة وتحديد صاحبها الحقيقي , وبعض النظريات اعتبرت لحكام (الملوك) اصحاب السيادة في الدولة سواء استمد الحكام شرعيتهم من الله بشكل مباشر وبتفويض منه او بشكل غير مباشر وبتسخير ارادة الشعوب لذلك وفي كل الاحوال يختص هؤلاء الحكام دون سواهم بوضع الدستور سواء تم هذا الوضع بطريقة فردية مطلقة او كما تسمى بالمنحة او بطريقة مشاركتهم للشعوب او كما تسمى بالعقد , لذا سوف نبين نشأة الدستور من خلال ما يلي :-

اولا / الاساليب الغير الديمقراطية لنشأة الدستور:- وهي الاساليب التي لا يستأثر الشعب وحده في وضعها وانما الذي يضعها هو الحاكم وحده (منحة) او بالاشتراك مع الامة او الشعب (عقد) وهما اسلوبان تزامنا مع تطور الملكية من ملكية مطلقة الى ملكية مقيدة .(الخطيب , 2011, ص481)

وعرف الباحث الاساليب الغير الديمقراطية لنشأة الدساتير بانها ارادة الشعب لم تستقل وحدها في وضع او انشاء الدستور .

1- عن طريق المنحة :- يقصد بالمنحة كطريقة لوضع الدستور استقلال الحاكم في وضع هذه الوثيقة دون مشاركة شعبية ويتم عن طريق تنازل الحكام عن بعض سلطاته للشعب في صورة عهود او مواثيق وفي الواقع فان صدور الدستور في شكل منحة قد يظهر اكثر في كل الانظمة التسلطية ومهما كانت التسمية التي تطلق عليها امير , سلطان , ديكتاتور , ملك ... الخ وفي هذه الحالة ينشأ الدستور بالإرادة المنفردة ممن له السلطة في الدولة , وقد ينشأ الدستور بطريقة تلقائية وبمحض ارادة الحاكم او قد يضطر الى هذا المنح تحت ظروف واحداث داخلية تتمثل في ضغط الشعب على ارادته مما يضطر الى منح هذه الوثيقة خشية من تهديد سلطاته كلية .(لعزيز , 2017, ص41)

وعرفت طريقة المنحة بانها " قيام الحاكم الذي تتركز في يده السلطة التأسيسية بمنح شعبه دستوراً بشكل منفرد يتنازل فيه عن بعض من سلطاته او يلتزم فيه بأن يمارس سلطاته وفقاً لبعض الاسس والاجراءات وهذا سواء عن طريق القناعة الشخصية بضرورة ذلك او خوفاً من ضغط رعاياه " .(بوديار , 2003, ص82)

وبوصف هذا الاسلوب بالغير ديمقراطي كون ان افراد الشعب لا يشاركون في اعداده ولا في اقراره بل هم مجرد رعايا ليس لهم أي حق للمشاركة في السلطة السياسية وفي تنظيم شؤون الدولة ومن الامثلة عن هذه الدساتير , الدستور الصادر في (4) جوان عام 1814 الذي منحه الملك لويس الثامن عشر للامة عند سقوط نابليون الاول , والدستور الياباني 1889 , والدستور المصري 1923 ... الخ . (لعزيز , 2017, ص42)

وان اسلوب صدور الدستور عن طريق المنحة وان كان يسمح للشعب ان يتدخل في رسم شروط مباشرة السلطة وحدودها الا انه يمثل من الناحية التاريخية بداية عهد جديد فلقد اقترنت ظاهرة اصدار الدساتير بواسطة المنحة ببداية الانتقال من نظام الحكم المطلق الى نظام الحكم المقيد حيث يتنازل لملك مكرها عن بعض سلطاته .(بن حماد , 2010, ص232)

ويذهب اغلب الفقه الى ان الدستور الذي يصدر عن طريق المنحة لا يجوز استرداده او الانتقاص من مجموع التنازلات التي

تمت للشعب بمقتضاه واصبحت حقوقا مدنية له لا يجوز المساس بها او الاعتداء عليها لان هذه التنازلات للامة ليست حقوقاً جديدة يتفضل بها الحاكم على الامة وانما اعادة لحقوق طبيعية للامة كانت محرومة منها .(الخطيب , 2011, ص483)

ويرى الباحث بان اسلوب نشأة الدستور عن طريق المنحة بانها وسيلة ينفذ بها الملك او الحاكم كبرياءه ويغطي بستارها مبدأ الحق الالهي للملوك لأنها تبدو في ظاهرها وليدة الارادة الحرة للملك مما لا يمس بسيادته .

2- عن طريق العقد (الاتفاق) :- تظهر هذه الطريقة من طرق وضع الدساتير من خلال جهود الشعوب على جعل الملوك على الاعتراف بحقها في مشاركتهم في السلطة التأسيسية الاصلية وتقوم في هذه الحالة ارادة الشعب الى جانب ارادة الحكام وينشأ هذا النوع من الدساتير عادة بعد ثورة او انقلاب او تأثير الشعوب على ملوكهم فيخضعون لأراده الشعب اذعانا بدلا من فقدان سلطاتهم بالكامل , ولقد بدأت هذه الدساتير في الظهور في التوازن بين قوة الملك التي ضعفت ولكنها لم تضمحل وقوة الشعب التي تفاقمت لكنها لم تثبت تماما وعليه فان الدستور الصادر في صورة عقد يتم وضعه نتيجة تقابل ارادة كل من الحاكم والمحكوم على اساس الحرية والاختيار ويعطي لكل الاطراف الحق في ان يناقش شروط الاتفاق والذي يحدث في هذه الطريقة ان ممثلو الشعب يضعون مشروع الدستور ثم يعرضونه على الحاكم الذي يوافق عليه وعلى اثر ذلك تعد هذه الطريقة حلقة هامة في ظهور الوسائل الديمقراطية لوضع الدساتير ومن الامثلة التي صدرت بطريقة العقد مثل الدستور العراقي 1925 , والدستور البحريني 1973 , والدستور الكويتي 1962 .(لعزيز , 2017, ص42)

ويعتبر اسلوب وضع الدستور عن طريق العقد خطوة جديدة نحو الاخذ بالوسائل الديمقراطية في اصدار الدستور ذلك ان الحاكم لم يعد ينفرد كما هو الشأن في طريقة المنحة وانما يشاركه الشعب في تحديد مضمونه واقراره .(بن حماد , 2010, ص233) , اما اذا كان لأسلوب العقد في نشأة الدساتير من المزايا الايجابية باعتباره جسرا تنتقل من خلاله الامة من مرحلة السكون الى مرحلة المشاركة واتخاذ القرار في قانونها الاساسي وتقرير ما تراه مناسباً ومتلائماً مع اتجاه الحاكم وبالتالي خطوة هامة من خطوات التطور الديمقراطي فان اهم ما يوجه لهذا الاسلوب في نشأة الدساتير من نقد هو ان الحاكم وحده كفرد عندما يشارك الامة في نشأة الدستور واصداره فانه يتساوى مع هذه الامة بكل ما تحويه من افراد وهذا اسلوب يتنافى مع روح الديمقراطية وحقيقتها .(الخطيب , 2011, ص484)

ويرى الباحث بان طريقة اسلوب العقد في نشأة الدستور هي خطوة نحو الامام في الطريق نحو الديمقراطية فالدستور وفقاً لهذا الاسلوب لا يصدر بالإرادة المنفردة للحاكم وانما بواسطة عمل مشترك بين الحاكم والهيئات النيابية الممثلة للشعب بحيث تتفق ارادتهما على ذلك.

ثانيا / الاساليب الديمقراطية لنشأة الدستور:- لما كانت السلطة التأسيسية الاصلية هي التي تختص اساسا في وضع الوثيقة الدستورية تمثل اعلى السلطات في الدولة فان ذلك يفرض ان توكل هذه المهمة الى الشعب باعتباره صاحب السيادة الذي يملك كل شيء في الدولة وتنبع منه سائر السلطات ولقد كانت النتيجة ان يسعى الشعب الى الانفراد بالسلطة التأسيسية الاصلية واصبحت الوثيقة الدستورية توضع بواسطة افراد الشعب صاحب الحق في السيادة ويلتزم بقواعدها الحكام والمحكومون .(لعزيز , 2017 , ص42) وتتلخص الاساليب الديمقراطية في وضع الوثيقة الدستورية في طريقتين هما ما يلي :-

1- اسلوب الجمعية التأسيسية :- تعتبر طريقة الجمعية التأسيسية في نشأة الدساتير تطبيقا للديمقراطية التمثيلية حيث ينتخب الشعب جمعية تأسيسية يكون هدفها وضع الدستور وبعد الانتهاء من وضعه يعتبر صادرا ويصبح نافذ المفعول ولا يتوقف على موافقة احد سواء كان الحاكم ام الشعب , وينتهي دور الجمعية التأسيسية بعد الانتهاء من وضع الدستور ويصار الى انتخاب مجلس

جديد يتولى مهمة التشريع في الحدود التي رسمها الدستور وقد تتحول الجمعية التأسيسية الى مجلس تشريعي بعد انجاز عملها في وضع الدستور وفي هذه الحالة يمارس المجلس سلطة مؤسسة أي ان نشاطه يكون محكوما بالقواعد الدستورية , وان فكرة الجمعية التأسيسية في الواقع هي فكرة قديمة تعود في تاريخها الى نهاية النصف الاول من القرن السادس عشر عندما كانت تراود المهاجرين الى امريكا وهم بصدد تصور النظام السياسي للمستعمرات التي كانوا في طريقهم الى انشائها في العالم الجديد .(المفرجي واخرون , 2010 , ص234)

وقد انتشر اسلوب الجمعية التأسيسية بعد ذلك انتشارا واسع النطاق فاخذ به مثلا في دستور اليابان الصادر سنة 1947 , ودستور الهند سنة 1949 , ودستور ليبيا الصادر سنة 1951 .(بن حماد , 2010 , ص236) .

واذا كان اسلوب الجمعية التأسيسية في نشأة الدساتير لا يتفق مع اعطاء السلطة التشريعية العادية الحق في وضع الدستور ابتداء او انشائه فان لهذه السلطة (التشريعية) كما يرى غالبية الفقه تعديل بعض مواد الدستور ولكن حق السلطة التشريعية في اجراء هذا التعديل ليس مصدره الامة بشكل مباشر ولكن مصدره الشرعي هي نصوص الدستور التي منحتها هذا الحق بإقرار الجمعية التأسيسية ابتداء ولما كان الانتخاب للجمعية التأسيسية بهدف وضع وانشاء الدستور فقط فان عملها ينتهي بانتهاء المهمة التي انتخبت من اجلها وهي صياغة الدستور واقراره .(الخطيب , 2011 , ص488)

ويعرف الباحث اسلوب الجمعية التأسيسية بانها طريقة يقوم الشعب بانتخاب هيئة تأسيسية لوضع الدستور واقراره بحيث يصبح واجب النفاذ دون الحاجة الى موافقة الحكام .

2- طريقة الاستفتاء الدستوري :- يعرف بانه " ذلك النوع من الاستفتاء الذي ينصب على اقرار دستور الدولة او تعديله ويتمثل في عرض مشروع الدستور او التعديل بعد اعداده على التصويت الشعبي للموافقة او الرفض " .(البحري , 2013, ص160) , وتختلف هذه الطريقة عن اسلوب الجمعية التأسيسية نظرا لان الدستور يصدر من الشعب مباشرة اذ يبدي رايه فيه ولا يصبح نافذا الا بعد الاستفتاء والموافقة عليه , والاستفتاء قد يكون دستوريا اذا كان الغرض هو اخذ رأي الشعب بشأن تشريع دستوري سواء كان الامر يتعلق بوضع او تعديل النصوص الدستورية كما يمكن ان يكون سياسيا اذا كان الغرض منه هو اخذ رأي الشعب في الامور التي تتعلق بشؤون الحكم .(لعزيز , 2017, ص43)

ويعتبر اسلوب الاستفتاء الشعبي في نشأة الدساتير تطبيقا حقيقيا للديمقراطية المباشرة حيث يباشر الشعب بنفسه سلطاته دون مشاركة احد , واسلوب الاستفتاء الشعبي في نشأة الدساتير معناه ان يتولى الشعب وحده الموافقة او عدم الموافقة عن مشروع دستور معين فاذا وافق عليه يصبح نافذا وذا قوة قانونية بغض النظر عن الجهة التي قامت بصياغته واعداده سواء كانت هيئة نيابية او لجنة فنية او لجنة حكومية او فرد واحد .(الخطيب , 2011, ص489)

ومن شروط الموضوعية التي لا بد من توافرها عند الاستفتاء الدستوري :-

- يجب ان يجري الاستفتاء الدستوري في جو ديمقراطي بعيد عن الضغوط والتأثيرات ايا كان نوعها لكي يستطيع المواطنون التعبير عن وجهة نظرهم بمشروع الدستور بحرية تامة .
- يجب ان يكون الشعب المستفتي قد وصل الى درجة مقبولة من الوعي والادراك السياسيين .

- يجب ان يسبق الاستفتاء نوعية ومناقشات كافية تسمح لأفراد الشعب بأن يكونوا على بينة ومعرفة كاملة بحقيقة وجوهر المشروع المستفتي عليه حول ما يتضمنه من مبادئ وافكار واتجاهات وقيم لكي يستطيعوا المفاضلة بين اتجاه وآخر في عملية الاستفتاء .(المفرجي واخرون , 2010 , ص236)

ومن الدساتير التي وضعت بطريقة الاستفتاء دستور مصر الصادر سنة 1956 والذي ارتبط بشخص جمال عبد الناصر , ودستور الجزائر الصادر سنة 1976 والذ اقترن باسم هواري بومدين .(بن حماد , 2010 , ص239)

ويرى الباحث بان الاستفتاء الدستوري لا يكتفي بانتخاب هيئة تأسيسية لوضع الدستور او اقراره بل يشترك الشعب بنفسه في وضع الدستور .

المبحث الثاني

انواع ومصادر تفسير الدستور والجهات المختصة بتعديله

سوف نتطرق في هذا المبحث الى انواع الدساتير ومصادر تفسير الدستور وان من المصادر التفسيرية للدستور هي القضاء والفقه والتشريع وسوف نتكلم عن والجهات المختصة بتعديل الدستور وكما هو مبين في المطالب التالية :-

المطلب الاول / انواع الدساتير

المطلب الثاني / مصادر تفسير الدستور

المطلب الثالث / الجهات المختصة بتعديل الدستور

المطلب الاول

انواع الدساتير

تقسم الدساتير الى نوعين هما ما يلي :-

اولا / انواع الدساتير من حيث شكلها وتقسم الى :-

1- الدساتير من حيث الكتابة :- تنقسم الدساتير من حيث كتابتها الى دساتير غير مكتوبة (العرفية) ودساتير مكتوبة (المدونة) وتعرف الدساتير غير المكتوبة بانها " الدساتير التي لا تكون قواعدها واحكامها صادرة في تشريع دستوري صادر من جهة رسمية ولكن قواعدها واحكامها تنبثق من العرف والتقاليد التي استقرت في البلد المعني وغدت ملزمة للسلطة العامة " والواضح من التعريف ان مثل هذا النوع من الدستور احكامه غير مكتوبة ومصدره الاساسي العرف وهو ما درجت عليها هيئة دستورية في الشؤون المتصلة بنظام الحكم في الدولة وذلك دون معارضة غيرها من الهيئات العامة في ظل وجود دستور مكتوب , ويعتبر الدستور البريطاني المثل التقليدي للدستور المكتوب , ولا يعني انعدام القواعد الدستورية المكتوبة في الدستور البريطاني حيث نجد قانون الحقوف لسنة 1639 , وقانون العرش الصادر سنة 1781 .(تمساح , 2018 , ص127)

ويعرف الباحث الدساتير المكتوبة (العرفية) بانها الدساتير التي لا تكون احكامها وقواعدها منصوصاً عليها في تشريع دستوري رسمي بل نشأت احكامها وقواعدها عن طريق العرف أي التقاليد التي استقرت مع الوقت واصبحت ملزمة للسلطات الحاكمة .

2- الدستور المكتوب او المدون بانه " ذلك الذي تسجل احكامه المتعلقة بتنظيم السلطة السياسية في وثيقة او وثائق مكتوبة وتكون صادرة عن السلطة التأسيسية " .(بن حماد , 2010 , ص189) .

وفي تعريف اخر تعرف الدساتير المكتوبة تعرف بانها " الدستور الذي تصدر احكامه او غالبيتها في صورة نصوص تشريعية مكتوبة او مدونة في وثيقة واحدة او اكثر , وقد اتجهت الغالبية العظمى من دول العالم الى ان تجعل المصدر الرسمي الاول لقوانينها الدستورية في صورة وثيقة دستورية رسمية مكتوبة يطلق عليها اسم الدستور او القانون الاساسي " وترجع الزيادة في هذا الى الولايات الامريكية التي نالت استقلالها عن انجلترا في عام 1875 حيث وضعت كل واحدة منها دستوراً مكتوباً يحدد نظام الحكم فيها وقد تلى ذلك قيام اتحاد كونفدرالي بين هذه الولايات تحول بعد ذلك الى اتحاد فيدرالي فوضع عام 1787 دستور مكتوب بين دساتير العالم القائمة .(تمساح , 2018 , ص128) ولا يشترط في الدستور المكتوب ان تكون كافة احكامه قد وردت في وثيقة او عدة وثائق صادرة عن المشرع الدستوري بل يكتفي ان تكون اغلب احكامه قد صدرت بهذه الطريقة لان تقسيم الدساتير الى دساتير مكتوبة ودساتير غير مكتوبة تقسيم نسبي فما من دستور الا ويشمل احكاماً مكتوبة واخرى غير مكتوبة .(الخطيب , 2011, ص507)

ويعتبر دستور " فيرجينيا " الصادر سنة 1776 ثم دستور الولايات المتحدة الامريكية الذي وضع في مؤتمر " فيلادلفيا " سنة 1787 اقدم الدساتير المكتوبة في العالم وقد اخذت بولونيا وفرنسا بنظام الدساتير المكتوبة عام 1791 وانتشرت فيما بعد ظاهرة الدساتير المكتوبة في العديد من الدول واتسع نطاق الاخذ بها " .(بن حماد , 2010 , ص189)

وعرف الباحث الدستور المكتوب او المدون بانه الدستور الذي تكون قواعده واحكامه مكتوبة في تشريع صادر عن الدولة .

وان من مزايا الدساتير المكتوبة ما يلي :- (الخطيب , 2011, ص508-509)

1- الوضوح والدقة :- تمتاز الدساتير المكتوبة بما تمتاز به التشريعات الاخرى من مزايا اهمها الوضوح والدقة في تحديد الاحكام ومخاطبة الملتزمين بها وبيان حقوقهم والتزاماتهم خاصة بانتشار المذهب الاجتماعي وزيادة تدخل الدولة في شتى جوانب الحياة العامة والخاصة .

2- الدساتير المكتوبة ضمانة هامة من ضمانات حقوق الافراد وحرياتهم , وان حقوق وحريات الافراد تأتي مدونة في الدساتير المكتوبة وهذا بالتالي يلقي واجبا واضحا على جميع السلطات باحترامها وعدم الاعتداء عليها بأي صورة ولو كان ذلك تحت مظلة تنظيمها ويعطي الافراد القدرة على التعرف على حقوقهم والتمسك بها.

3- الدساتير المكتوبة ضرورية للدول الاتحادية وخاصة الدول التي تطبق نظام الاتحاد المركزي (الفدرالي) حتى يسهل توزيع الاختصاصات فيما بين الحكومة الاتحادية وحكومات الولايات الداخلية في هذا الفرع من الاتحادات .

4- سرعة اعداد الدساتير المكتوبة وهي من اهم مزايا هذا النوع من الدساتير ولم يعد في عائلة الدساتير غير المدونة الا دول قليلة جداً على رأسها المملكة المتحدة .

ثانيا / انواع الدساتير من حيث اجراءات تعديلها :- وتقسم الى

1- الدساتير المرنة :- وهي الدساتير التي تعدل احكامها بالطريق التشريعي أي بواسطة السلطة التي تسن القوانين العادية ذاتها وهي السلطة التشريعية , وباتباع نفس الاجراءات والشروط والاشكال المقررة لتعديل هذه القوانين وبمعنى اخر فان تنقيح او تعديل نصوص واحكام هذه الدساتير لا يتطلب اتباع اجراءات خاصة مشددة تختلف عن الاجراءات البرلمانية العادية التي تتبع في تعديل او الغاء القوانين العادية وبذلك تختفي التفرقة من الناحية الشكلية بين النصوص الدستورية والقوانين او التشريعات العادية وان ظلت هذه التفرقة قائمة من الناحية الموضوعية لاختلاف الموضوعات والمسائل التي يعالجها كل منها " .(البحري , 2009 , ص187)

ويعرف الدستور المرن بانه " تلك الدساتير التي يخضع تعديلها الى نفس الاجراءات التي يجب اتباعها لتعديل القوانين العادية " .(الخطيب , 2011 , ص509)

وفي تعريف اخر يعرف الدستور المرن بانه " الدستور الذي يمكن تعديل احكامه باتباع نفس الاجراءات التي تتبع في تعديل احكام القانون العادي , وعرفت الدساتير المرنة بهذا الاسم لما تتصف به من السهولة النسبية في اجراءات تعديلها حيث يتم تعديلها بذات الطريقة التي تعدل بها القوانين العادية والتي تعدل بواسطة السلطة التشريعية العادية من خلال موافقة الاغلبية العادية من اعضاء المجلس النيابي أي بمجرد موافقة اغلبية من اعضاء المجلس النيابي اكثر من نصف الاعضاء الحاضرين ذلك يعد كافياً لإتمام التعديل " .(تمساح , 2018 , ص129).

والدستور المرن " هو الدستور الذي يمكن تعديله بنفس الطريقة التي تعدل بها القوانين العادية ومعنى ذلك ان تعديله لا يستوجب اتباع اجراءات خاصة ويتولى القيام بمهمة تعديل الدستور السلطة التي تقوم بوضع القوانين العادية وتعديلها في الدولة " .(بن حماد . 2010 . ص192)

ويترتب على ذلك ان الدستور المرن لا يتمتع باي سمو شكلي على القانون العادي فلو اصدر المشرع العادي قانونا خالف به نصا دستوريا مرنا فهذه المخالفة تعتبر تعديلا للنص الدستوري المرن , وينبني على ذلك عدم وجود فرق بين الدستور المرن والقانون العادي من الناحية الشكلية ويبقى الفرق موجودا من الناحية الموضوعية فقط لان الموضوع الذي تعالجه النصوص الدستورية يختلف بطبيعة الحال عن المواضيع التي تنظمها وتعالجها القواعد القانونية العادية , وهذا وتعتبر الدساتير العرفية أكثر الدساتير مرونة لأنها كما تنشأ عن طريق العرف والسوابق القضائية فإن أمر تعديلها يتم بنفس الطريقة أيضا اي بتكوين قواعد عرفية جديدة تأخذ مكان القواعد العرفية القديمة كما يستطيع المشرع العادي تعديل تلك القواعد وفقا لنفس الإجراءات المعتادة في تعديل القواعد القانونية العادية , والملاحظ إذن هو عدم وجود تلازم حتمي بين الدساتير المرنة ولا يوجد تطابق كذلك بالرغم من أن أغلب القواعد الدستورية غير المدونة هي مرنة ولا يوجد تطابق كذلك بين الدساتير الجامدة والدساتير المدونة بالرغم من أن أغلب الدساتير المدونة هي دساتير جامدة إذن فالحكم على دستور معين بانه مرن يتوقف على طريقة تعديله فمتى ما تماثلت هذه الطريقة مع طريقة تعديل القانون العادي كان الدستور مرنا ويستوي بعد ذلك ان يكون الدستور قد وضع عن طريق هيئة خاصة غير الهيئة التشريعية العادية (سواء كانت منتخبة أو معينة) او بإجراءات مختلفة عن إجراءات وضع القانون العادي او ان يكون الدستور قد وضعته ذات الهيئة التشريعية العادية وبإجراءات وضع القانون العادي كما حدث ذلك بالنسبة لدستور فرنسا لعام ١٨٣٠ .(المفرجي واخرون , 2010 , ص210-211) " وان الدساتير المرنة لها ميزة في غاية الاهمية الا وهي سهولة تعديلها لتساير روح العصر وتواكب ما قد يحصل في المجتمع من تطورات سياسية واقتصادية واجتماعية ... الخ وهو ما قد يجنب البلاد الازمات والثورات التي تحدث من جراء صعوبة تعديل احكام ونصوص الدستور القائم " .(البحري , 2009 , ص190)

ويرى الباحث ان الدستور المرن لا يتطلب بشأن تعديله اتباع اجراءات خاصة ومتميزة عن اجراءات تعديل القوانين العادية وانما تستطيع السلطة التشريعية سلطة اصدار القوانين العادية ان تعدله بذات الاجراءات التي تتبعها عند تعديل القوانين العادية .

2- الدستور الجامد :- ويعرف بانه " ذلك الدستور الذي لا يمكن تعديله الا بإجراءات خاصة يحددها الدستور ضمن نصوصه تختلف عن تلك التي تتبع في شأن تعديل لقوانين العادية " وهكذا يتطلب الدستور الجامد في تعديله اجراءات اشد من الاجراءات التي تتبع في شان تعديل القانون العادي وعادة ما تكون الدساتير الجامدة مكتوبة وتختلف اجراءات تعديلها من دستور لأخر " .(بن حماد , 2010, ص193)

وفي تعريف اخر يعرف الدستور الجامد بانه " تلك الدساتير التي تتمتع بشيء من الثبات والاستقرار نتيجة الاجراءات الخاصة التي يجب التقيد بها عند الاقدام على تعديل احكامها ويمكن القول ببساطة ان الدستور يعتبر جامداً اذا كانت اجراءات تعديله تغاير اجراءات تعديل القوانين العادية وتكون هذه المغايرة من الناحية العملية باشتراط اجراءات خاصة لتعديل الدستور وتكون اكثر شدة وتعقيداً من شروط واجراءات تعديل القوانين العادية " .(البحري , 2009 , ص191)

ويعرف بانه " تلك الدساتير التي لا يمكن تعديلها او تنقيحها الا باتباع اجراءات خاصة اكثر شدة وتعقيدا من اجراءات تعديل القوانين العادية " .(الخطيب , 2011 , ص509)

وعرف الدستور ايضا بانه " الذي يشترط لتعديل احكامه اتباع اجراءات اشد من تلك المتبعة من تعديل احكام القانون العادي " ولعل السبب في تشديد اجراءات تعديل هذا النوع من الدستور هو المحافظة على ثباته واستقراره تجنباً للتعديلات السريعة غير المدروسة " (تمساح , 2018 , ص128)

وقبل الحديث عن جمود الدستور وصوره لا بد وان نشير الى ثلاثة امور وهي :- (الخطيب , 2011 , ص511)

1- لا يقصد بالدستور الجامد انه دستور ابدي لا يجوز تعديله بشكل مطلق وتام .

2- قد تحوي بعض الدساتير نصوصاً تحظر اجراء اي تعديل في الدستور ولكن هذا الحظر مقيد بقيد زمني حينا او قيد موضوعي حيناً اخر .

3- الدستور الجامد يجوز تعديله بإجراءات مشددة .

" ويعتبر جان جاك روسو من انصار الدساتير الجامدة فهو يرى في مؤلفه " اعتبارات حول حكومة بولونيا "الذي نشر سنة 1772 انه من الضروري اتباع اجراءات خاصة تختلف عن الاجراءات العادية المتبعة في وضع القوانين وقد اخذ بهذا الرأي بعد مناقشته من طرف المجلس التأسيسي الفرنسي الذي وضع دستور 1791 " .(بن حماد , 2010 , ص193) , وعلى هذا الأساس فلو اصدر المشرع العادي قانونا خالف به نصا دستوريا جامدا فلا تعتبر هذه المخالفة تعديلا للنص الدستوري الجامد وحينذاك تثور مسألة الرقابة على دستورية القوانين ذلك لان الدستور الجامد يتمتع وحده بعلو وسمو على القواعد القانونية العادية ولا يمكن والحالة هذه للقاعدة الدنيا مخالفة القاعدة التي تعلوها في المرتبة استنادا لمبدأ التدرج القانوني , وصفة الجمود هذه تسري على جميع القواعد الواردة في صلب الوثيقة الدستورية سواء كانت قواعد دستورية موضوعية ام قواعد دستورية شكلية وتسري كذلك على القوانين العادية ذات الطبيعة الدستورية .والملاحظ أن إجراءات تعديل النصوص الدستورية الجامدة تختلف من دستور لآخر وذلك حسب درجة جمود الدستور فكلما كان الجمود شديدا كانت إجراءات التعديل أكثر صعوبة وتعقيدا من تلك المتبعة في تعديل القواعد القانونية العادية وعلى خلاف ذلك كلما كان اختلاف هذه الإجراءات عن القواعد القانونية العدية طفيفا كان الجمود بسيطا فقد يشترط الدستور مثلا لأجراء تعديل نص من نصوصه ضرورة اجتماع المجلسين التشريعيين في هيئة مؤتمر اذا كان برلمان الدولة يتكون من مجلسين وقد يشترط لأجراء التعديل أيضا أغلبية خاصة تختلف عن الأغلبية المطلوبة لتعديل القوانين العادية كاشتراط أغلبية الثلثين او ثلاثة اخماس او ثلاثة اخماس او ثلاثة أرباع أعضاء المؤتمر مثلا " .(المفرجي واخرون , 2010 , ص211-212)

ويرى الباحث ان الدستور الجامد لا يتم تعديله بذات اجراءات تعديل القوانين العادية كما هو الشأن في الدستور المرن وانما يلزم لتعديله اتباع اجراءات واشكال اخرى متميزة عن اجراءات واشكال تعديل القوانين العادية , وان تكون الجهة التي تقوم بتعديل الدستور غير تلك التي تملك تعديل القانون العادي او اتباع اجراءات اكثر تميزاً وتشدداً في تعديله عن اجراءات تعديل القانون العادي .

المطلب الثاني

مصادر تفسير الدستور

حدد فقهاء القانون مصادر تفسير الدستور والتي يستمد منها احكامه وهي ما يلي:-

اولا / الفقه:- يعتبر الفقه في السابق مصدرا للقانون اي ان القاعدة القانونية التي مصدرها الفقه تكتسب صفة الالزام ومع التطور الذي مر على القانون بفروعه المختلفة اصبح الفقه مصدرا مادياً للقانون اي انه الطريق الذي تتكون به القاعدة القانونية وتستمد منه مادتها وموضوعها فلم يعد يعتمد عليه في تفسير النصوص التي يسنها المشرع , لذلك يسميه بعض الفقهاء بالمصدر التفسيري , فالفقه يمثل الناحية العملية او النظرية للقانون فهو لا يغدو ان يكون مجموعة من النظريات التي ليست لها صفة الالزام ويظهر اثر الفقه في مجال القانون الدستوري الانجليزي اكثر منه في مجالات القوانين الاخرى لان النصوص الدستورية في انجلترا قليلة جدا فتبقى محتاجة الى ان تدرس من جانب الفقه .(السديري , بلا سنة طبع , ص37)

ويميز كتاب القانون الدستوري بين نوعين من الفقه النوع الاول وهو الفقه التحليلي الذي يقوم على مجرد الدراسة الوصفية للنصوص التشريعية المكتوبة وهذا النوع من الفقه لا يستحوذ على الاهمية التي يتصف بها النوع الثاني من الفقه وهو الفقه الموجه او الفقه الانشائي الذي يخلق النظريات القانونية والسياسية ويعالج هذه المسائل في اصول عامة مما يعطي الفرصة للدول ان تأخذ بها وتطبقها في نظمها الوضعية .(المفرجي واخرون , 2010 , ص244)

ثانيا / القضاء :- يعرف القضاء بانه " مجموعة الاحكام التي تصدر من المحاكم في صدد القانون على المنازعات التي تعرض عليها " .(العاني , 1986, ص213)

وفي تعريف اخر يعرف القضاء بانه " هو مجموعة من الاحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية المختلفة بشأن تطبيق القواعد القانونية على ما يعرض عليها من منازعات واذا اعتبرنا القضاء كمصدر من مصادر القاعدة الدستورية يجب ان نميز بين الدول ذات الدساتير المكتوبة اين يعتبر القضاء كمصدر رسمي في الدول ذات الدساتير العرفية كبريطانيا مثلا نظرا لما ينشئه من سوابق قضائية بشأن النزاعات المعروضة امامه , اما في الدول ذات الدساتير المكتوبة فان القضاء يعتبر كمصدر تفسيري في المجال الدستوري نظرا لكون المحاكم غير مقيدة بالأحكام الصادرة منها " .(لعزيز , 2017 , ص38)

ويقوم القضاء بواسطة الأحكام التي يصدرها بالتفسير حينما يدعى إلى تطبيق القواعد القانونية عند الفصل في المنازعات التي تعرض عليه وتقتضي عملية التفسير من قبل القضاء استنباط مجموعة من القواعد ذلك لان التشريع مهما كان دقيقا ومفصلا فإنه لا يمكن أن يؤطر كل مظاهر الحياة ولذلك يمكن أن تؤدي عملية التفسير من قبل القضاء إلى تكميل النقص الذي يمكن أن يحصل في النصوص التشريعية بابتكار حل للنزاع القائم أمامه وهكذا يسهم القضاء في خلق قواعد قانونية جديدة وقد وقع في الميدان الدستوري استنباط عدة قواعد دستورية من قبل القضاء .(بن حماد , 2010 , ص216)

يراد بالقضاء كمصدر تفسيري للدستور مجموعة الاحكام التي تصدرها المحاكم عند الفصل في المنازعات التي تعرض عليها او مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار المحاكم على الحكم بها , فالقضاء يتولى مهمة التفسير حين يقوم بتطبيق القانون على ما يعرض له من قضايا ذلك لان المشرع الدستوري مهما كان دقيقا لا يستطيع الاحاطة بجميع تطورات ومستجدات الواقع السياسي فيما يضعه من قواعد دستورية ولذلك يعتبر القضاء من المصادر التفسيرية للقواعد الدستورية , ويتميز القضاء في نه يمثل الجانب العملي للقانون ويتميز كذلك بطابعه الواقعي وان المحاكم اقدر من غيرها على تطبيق ما تراه من تفسير للقانون .(المفرجي واخرون , 2010, ص243)

ثالثا / المشرع :- التشريع هو سن القواعد القانونية واكسابها قوتها الملزمة عن طريق سلطة مختصة وفقا لإجراءات معينة ولقد ازدادت أهمية التشريع باعتباره مصدرا رسميا للقانون بازدياد التطور التدريجي للمجتمعات فبينما كان العرف مصدرا رئيسا للقواعد القانونية المنظمة للمجتمع في العصور القديمة اخذ دور العرف يقل تدريجيا ويزداد دور التشريع وذلك لانتقال المجتمعات إلى مرحلة التنظيم السياسي وقيام الدولة وكذلك لأنه أصلح المصادر الرسمية وأكثرها ملاءمة لحاجات الجماعة المتطورة فالعرف وان كان يصدر عن الجماعة الا انه بطيء في نشوئه وتطوره فضلا عما قد يشوبه من غموض بجهل قواعده في حين أن التشريع وسيلة ميسرة وسريعة في انتشار القواعد القانونية وتعديلها ووضوحها وانضباطها فالتشريع هو المصدر الرسمي الرئيس للقانون بشكل عام وللدستور بشكل خاص .(لعزيز , 2017 , ص39)

ويعتبر التشريع التفسيري بمنزلة التشريع نفسه الذي يراد تفسيره وبالتالي يتمتع بنفس آثار التشريع الذي قام بتفسيره فأثره عام وملزم لكافة هيئات الدولة والتشريع التفسيري لا يطبق فقط منذ صدوره وانما صدر التشريع الاصلي الذي جاء ليفسره لان التشريع التفسيري لا يعتبر تشريعا جديدا وانما هو ايضاح للتشريع السابق وبيان لمضمونه ومعناه ومن امثلة هذا النوع من التفسير المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي لعام 1962 التي تتمتع بقوة ملزمة بالتفسير الوارد بها للنصوص الدستورية .(المفرجي واخرون , 2010 , ص246)

المطلب الثالث

الجهات المختصة بتعديل الدستور

يميز الفقهاء بين سلطتين هما السلطة التأسيسية الاصلية والسلطة التأسيسية المنشأة (المشتقة) , السلطة الاولى تناط بها مهمة وضع دستور لدولة جديدة او وضع دستور جديد للدولة بدلا من دستوره القديم وهذه السلطة هي التي تضع القواعد التي يتم بموجبها تكوين وتثبيت عمل السلطات المنشأة او المؤسسة التي يتم بموجبها تكوين وتثبيت عمل السلطات المنشأة او المؤسسة كالسلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية .(المفرجي واخرون , 2010 , ص254-255)

اما السلطة التأسيسية وهي التي تلجأ بعض الدساتير الى اعطاء سلطة التعديل اليها وتكون منتخبة من الشعب لمزاولة هذا الامر وقد اخذت بهذه الطريقة اغلبية دساتير الدويلات في الولايات المتحدة الامريكية واغلبية دساتير امريكا اللاتينية وكذلك اخذ بها الدستور الفرنسي عام 1848 .(المشهداني , 2011, ص266) والسلطة التأسيسية الاصلية وهي في سبيل تحقيق هذه المهمة لا تتلقي اختصاصاتها من اي نص دستوري قائم فهي حرة في اختيار الايدلوجية او الفلسفة السياسية التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة وقد تكون جمعية منتخبة من قبل الشعب او قد تكون الشعب نفسه يمارسها بشكل مباشر . (المفرجي واخرون , 2010 , ص254)

ان السلطة التأسيسية المنشأة هي التي يناط بها امر تعديل او مراجعة الدستور هي السلطة التأسيسية المشتقة او المنشأة وسميت كذلك لأنها سلطة مشتقة من الدستور او انشئت بموجب الدستور الي حددت نصوصه تشكيلها واجراءات ونطاق عملها .(الدبس , 2011 , ص123) والسلطة التأسيسية المنشأة (المشتقة) فهي سلطة معينة من قبل الدستور نفسه وهي التي تتكفل بأجراء التعديلات على دستور ساري المفعول ولهذا تعتبر السلطة التأسيسية المنشأة هيئة في الدولة (اي سلطة مؤسسة) وعلى هذا الاساس تكون سلطة مقيدة بنصوص الدستور من حيث تكوينها ومن حيث عملها , ولقد ثار نقاش طويل بين الفقهاء بصدد الاجابة عن تساؤل مهم حول مدى صلاحية السلطة التأسيسية في التعديل مفاده " هل تستطيع السلطة التأسيسية الاصلية (واضعة الدستور) التدخل في اي وقت تشاء من اجل تعديل الدستور مهملة بذلك السلطة المختصة بالتعديل والمنصوص عليها في صلب الدستور , ولقد ايد فكرة تدخل السلطة التأسيسية الاصلية في تعديل الدستور فقهاء القانون الطبيعي منهم الفقيه (Vattel) وذهبوا الى ضرورة الموافقة الاجماعية

للامة على التعديل وذلك لان الدستور هو التعبير عن فكرة العقد الاجتماعي التي قام عليها المجتمع السياسي وبما ان هذا لم يتم ابرامه الا بأجماع ارادة الافراد فان اي تعديل يطرأ عليه لا يتم الا بذات الطريقة اي الموافقة الاجماعية للأفراد , غير ان هذا يؤدي الى استحالة الاجماع في هذا الخصوص الامر الذي جعل الفقيه (فاتيل) يتراجع عن رأيه وذهب الى الاكتفاء برأي اغلبية افراد الجماعة على التعديل مع اعتراف بحق الاقلية في المعارضة , اما الفقيه الفرنسي (Sie yes) فذهب الى ان تعديل الدستور هو حق منوط بالأمة ذاتها باعتبارها صاحبة السيادة وهي تستطيع ان شاءت ان تنيب عنها ممثليها في اجراء التعديل او ان تقوم هي نفسها بهذه المهمة والاكتفاء في التعديل بتوافر الاغلبية غير ان هذه الآراء الفقهية لم يكتب لها النجاح فساد الاعتقاد في فقه القانون الدستوري بأسناد مهمة تعديل الدستور للسلطة التي اناط بها الدستور هذه المهمة وبالطريقة التي يحددها بشرط ان تراعى اجراءات التعديل المنصوص عليها في صلب الدستور وسلطة التعديل هذه كهيئة من هيئات الدولة تكون من الناحية الدستورية في نفس المركز الذي تتمتع به بقية هيئات الدولة ولكن نظرا لأهمية سلطة التعديل من الناحية السياسية فالسلطة التأسيسية الاصلية تحاول عند وضعها للدستور ان تمنح سلطة التعديل هذه الى الهيئة التي تحرص على تفضيلها سياسيا .(المفرجي واخرون , 2010 , ص254-255)

ويرى الباحث ان تشكيل او اجراء او نطاق عمل السلطة التأسيسية المكلفة بتعديل الدستور يختلف من دولة الى اخرى باختلاف الدساتير حيث ان اهمال السلطة التأسيسية المشتقة او المنشأة والالتجاء مباشرة الى السلطة التأسيسية الاصلية من اجل تعديل الدستور باعتبار ان من يملك الكل اي وضع الدستور والذي يملك الجزء يقوم بتعديل الدستور .

الخاتمة

وفي ختام البحث فقد توصل الباحث الى الاستنتاجات والتوصيات التالية :-

اولا / الاستنتاجات

1- يعرف الدستور بانه مجموعة الاحكام التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها وسلطاتها وطريقة توزيع هذه السلطات وبيان اختصاصاتها وبيان حقوق المواطنين وواجباتهم .

2- اسلوب الجمعية التأسيسية في نشأة الدساتير لا يتفق مع اعطاء السلطة التشريعية العادية الحق في وضع الدستور ابتداء او انشائه فان لهذه السلطة (التشريعية) كما يرى غالبية الفقه تعديل بعض مواد الدستور ولكن حق السلطة التشريعية في اجراء هذا التعديل ليس مصدره الامة بشكل مباشر ولكن مصدره الشرعي هي نصوص الدستور التي منحتها هذا الحق بإقرار الجمعية التأسيسية .

3- اسلوب الاستفتاء الشعبي في نشأة الدساتير معناه ان يتولى الشعب وحده الموافقة او عدم الموافقة عن مشروع دستور معين فاذا وافق عليه يصبح نافذا وذا قوة قانونية بغض النظر عن الجهة التي قامت بصياغته واعداده سواء كانت هيئة نيابية او لجنة فنية او لجنة حكومية او فرد واحد .

4- ان مهمة السلطة التأسيسية هي وضع دستور لدولة جديدة او وضع دستور جديد للدولة بدلا من دستوره القديم وهذه السلطة هي التي تضع القواعد التي يتم بموجبها تكوين وتثبيت عمل السلطات المنشأة او المؤسسة التي يتم بموجبها تكوين وتثبيت عمل السلطات المنشأة او المؤسسة كالسلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية .

5- السلطة التأسيسية المنشأة (المشتقة) فهي سلطة معينة من قبل الدستور نفسه وهي التي تتكفل بأجراء التعديلات على دستور ساري المفعول ولهذا تعتبر السلطة التأسيسية المنشأة هيئة في الدولة (اي سلطة مؤسسة) وعلى هذا الاساس تكون سلطة مقيدة بنصوص الدستور من حيث تكوينها ومن حيث عملها .

ثانيا / التوصيات

يوصي الباحث بضرورة اشراك الشعب بأساليب نشأة الوثيقة الدستورية من خلال السماح للشعب بتقديم مقترح تعديل واضافة فقرات للدستور الى السلطة التشريعية على ان تتولى تلك السلطة دراستها وعرضها على الشعب في مرحلة لاحقة .

المصادر

اولا / الكتب

1- د. احسان حميد المفرجي . و. د. كطران زغير نعمة . و. رعد ناجي الجدة , القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق , ط4 , المكتبة القانونية , بغداد , 2010 .

2- د. توفيق بن عبد العزيز السديري , الاسلام والدستور , كتاب منشور , بلا سنة طبع.

3- د. حسان محمد شفيق العاني , الانظمة السياسية الدستورية والمقارنة , مطبعة جامعة بغداد , بغداد , 1986 .

4- د. حسني بوديار , الوجيز في القانون الدستوري , دار العلوم للنشر والتوزيع , الجزائر , 2003 .

5- د. حسن مصطفى البحري , القانون الدستوري – النظرية العامة , ط1 , كلية الحقوق , جامعة دمشق , 2009 .

6- د. حسن مصطفى البحري , القانون الدستوري , ط2 , كلية الحقوق , جامعة دمشق , 2013 .

7- د. ثروت بدوي , القانون الدستوري وتطور الانظمة الدستورية في مصر , دار النهضة العربية , مصر , 1969 .

8- د. عصام علي الدبس , القانون الدستوري , القسم الاول , ط1 , دار الثقافة , عمان , 2011 .

9- د. دعاء الصاوي يوسف , القضاء الدستوري , ط1 , دار النهضة العربية , القاهرة , 2014.

10- د. صالح جواد كاظم . و. علي غالب العاني , الانظمة السياسية , (د . ط) , المكتبة القانونية , بغداد , 1990 .

11- د. محمد رضا بن حماد , مبادئ الاساسية للقانون الدستوري والانظمة السياسية , ط2 , جامعة تونس المنار , تونس , 2010 .

12- د. نعمان احمد الخطيب , الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري , ط7 , دار الثقافة , عمان , 2011 .

13- د. محمد كاظم المشهداني , القانون الدستوري , مؤسسة الثقافة الجامعية , الاسكندرية , 2011 .

14- د. معيفي لعزيز , محاضرات في القانون الدستوري , جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية , كلية الحقوق والعلوم السياسية , قسم التعليم الاساسي , 2017.

ثانيا / البحوث المنشورة

1-محمد حسن جماع تمساح , المرجعية الفقهية لأساليب نشأة الدستور (دراسة تطبيقية على دستور السودان الانتقالي لسنة 2005) , بحث منشور , مجلة العلوم الاقتصادية والادارية والقانونية , السودان , العدد الثالث , المجلد الثاني , 2018.