

نظرية حق الشعب في تعديل الدستور

The theory of the people's right to amend the constitution

الكلمات الافتتاحية :

نظرية , حق الشعب , تعديل الدستور , القانون الدستوري

Keywords :

theory , people's right , amend , constitution

Abstract

The constitution does not exist by itself, but rather it is enacted to be applied. Thus, it must be in accordance with reality and apply to it, in order to rule on that reality, or at least estimate who the reality puts in and take account of it. If this does not happen, and the established authority - the authority created by the constitution - does not use its competence to amend its provisions, the constitution is separated from reality. Therefore, it is necessary to create new constitutional rules - outside the written texts - that respond to reality, and replace the written texts by establishing a new conformity between the constitution and reality, which making it capable of facing crises. In contrary to the foregoing, it means acknowledging the actual and absolute prohibition of amending its provisions, in the event that the established authority - that is, created by the Constitution itself - refrains from amending it, despite the occurrence of what necessitates that and the availability of considerations that justify resorting to it. This contradicts the nature of the constitution, as it makes it unable to confront the political developments in the state. Also, it is incompatible with the importance of development in the life of states, something which is rejected by jurisprudence as a whole, given the revolutions, coups and political violence that may result from it. The reason for this is "that in every state there must be a supreme authority - according to Rousseau - which represents the center at which

أ.م.د. حيدر محمد حسن عبد الله



موقع العمل : جامعة الكوفة .
كلية القانون
رقم الهاتف

00964 7827593903

عنوان البريد الالكتروني

haiderm.alasadi@uo

kufa.edu.iq Email



everything meets, and the principle from which everything is branched, a sovereign authority, capable of everything, that cannot be determined", and that this power does not belong to anyone only the people. Thus, just as this authority, when establishing the constitution, is not bound by any pre-existing rule on its activity, it is free to amend it as well. Otherwise, the method of exercising power in the state will lack legitimacy, because it does not agree with the opinion of the people about this authority and the way it is exercised. In this case, the talk will be that the people are the source of authority and its legitimacy - just saying - nothing else..

الملخص

أن الدستور لا يوجد بذاته ولذاته . وإنما يسن ليطبق . إذن من الواجب أن يكون موافق للواقع وأن ينطبق عليه . حتى يستطيع حكمه . أو على الأقل أن يقدر من يضعه الواقع وحسب حسابه . فأن لم يحصل ذلك . ولم تستعمل السلطة المنشأة - السلطة التي أوجدها الدستور - اختصاصها في تعديل أحكامه . بالرغم من ان الواقع يظهر الحاجة الى التعديل . انفصل الدستور عن الواقع . وبالتالي لابد من أن تخلق قواعد دستورية جديدة - خارج النصوص المكتوبة - تستجيب للواقع . فتحل محل - النصوص المكتوبة - في اقرار تطابق جديد بين الدستور والواقع . تجعل منه قادراً على أن ينحني أمام الأزمات . مصدر هذه القواعد الدستورية الجديدة غير المدونة . التعبير المباشر لإرادة الشعب صاحب السيادة . الذي يضعها في مستوى الدستور أن لم تكن تملوه . وإلا تعين التسليم بالخطر الفعلي المطلق لتعديل أحكامه . في حالة امتناع السلطة المنشأة - أي التي أوجدها الدستور نفسه - عن تعديله . بالرغم من حدوث ما يستوجب ذلك وتوفر الاعتبارات التي تبرر الالتجاء اليه . وهو ما يتعارض مع طبيعة الدستور إذ يجعله لا يقوى على مجابهة التطورات السياسية في الدولة . كما ويتنافى مع سنة التطور في حياة الدول كما ويرفضه الفقه في مجموععه لما قد يسفر عنه من عنف سياسي . تأسيساً على "أنه في كل دولة لابد من أن توجد سلطة عليا - بحسب قول روسو - تمثل المركز الذي يلتقي فيه كل شيء . والمبدأ الذي يتفرع عنه كل شيء . سلطة ذات سيادة . تقدر على كل شيء . لا يمكن تحديدها " . وأن هذه السلطة لا تكون لغير الشعب . وبالتالي مثلما هذه السلطة حين تقيم الدستور لا تتقيد بأية قاعدة سابقة الوجود على نشاطها فهي حرة في ان تعدله ايضاً . وإلا ستفتقد طريقة ممارسة السلطة في الدولة الى الشرعية . لأنها لا تكون متفقة ورأي الشعب عن هذه السلطة وطريقة ممارستها . وسوف يكون الحديث على أن الشعب هو مصدر السلطة وشرعيتها - حديث قول - ليس إلا .

المقدمة :

١- اصل النظرية

حين يتحقق الفصل بين الدستور والواقع . نتيجة تجرد الدستور عن ظروف الشعب الذي يحكمه . في مقابل امتناع السلطة المختصة بالتعديل عن تغيير بعض أحكامه . لابد من

أن تخلق قواعد دستورية جديدة - خارج النصوص المكتوبة - تستجيب لتلك الظروف . فتحل محل - النصوص المكتوبة - في اقرار تطابق جديد بين القانون والواقع . وإلا تعين التسليم بالجمود الفعلي المطلق لأحكام الدستور ، وهو ما يتعارض مع طبيعة الدستور إذ يجعله لا يقوى على مجابهة التطورات السياسية في الدولة ، كما ويتنافى مع سنة التطور في حياة الدول كما ويرفضه الفقه في مجموعه لما قد يسفر عنه من ثورات وانقلابات وعنق سياسي . تأسيساً على "أنه في كل دولة - بحسب قول روسو - لابد من أن توجد سلطة عليا ، تمثل المركز الذي يلتقي فيه كل شيء ، والمبدأ الذي يتفرع عنه كل شيء ، سلطة ذات سيادة ، تقدر على كل شيء ، لا يمكن تحديدها " ، وأن هذه السلطة لا تكون لغير الشعب . وبالتالي مثلما هذه السلطة حين تقيم الدستور لا تنقيد بأية قاعدة سابقة الوجود على نشاطها فهي حرة في ان تعدله ايضاً . وإلا ستفتقد طريقة ممارسة السلطة في الدولة الى الشرعية ، لأنها لا تكون متفقة ورأي الشعب عن هذه السلطة وطريقة ممارستها ، وسوف يكون الحديث على أن الشعب هو مصدر السلطة وشرعيتها - حديث قول - ليس إلا .

٢- نطاق النظرية: ان القواعد الدستورية هي في اساسها ومنطقها وفلسفة وجودها ، قواعد تنظم ممارسة السلطة وحيث ان الحكماء هم الذين يمارسون السلطة ، عليه فأن منطقة النظرية وفق لما نعتقد به تتحدد في مسألتين اساسيتين . المسألة الاولى : اختلاف تفسيرنا حول من هو الذي يحكم في الدولة ؟ إذ أن القول الاول لا يتكلم إلا عن الهيئات المنشأة الفرعية - الهيئات الحكومية التي أوجدها الدستور - كونها هي المعنية بالأمر . وهو قول بحسب اعتقادنا - لم يرى الحقيقة كاملة - إذ أن من يحكم حقيقة في الدولة هو السلطة التأسيسية الاصلية التي أوجدت الدستور - الشعب - فضلاً عن الهيئات المنشأة التي أوجدها الدستور - الهيئات الحكومية - . لذلك فأن القول الاول عندما يبحث اساس مشروعية قيام الشعب بخلق قواعد دستورية جديدة خارج النصوص المكتوبة محل النصوص المكتوبة في اقرار تطابق جديد بين القانون والواقع من الناحية الدستورية . لا يقر به . " لأن الثابت عندهم - بحسب قول الدكتور طعيمة الجرف في كتابه نظرية الدولة - أن الشعب عندما وافق على دستوره إنما حدد نفسه به ، بحيث لا يصح له بعد ذلك أن يباشر سيادته في تعديل الدستور إلا في نطاق الاطار القانوني الذي نظمه هذا الدستور . فاذا هو اراد ان يساير بدستوره التطور ، فأن عليه أن يعلن عن ارادته الصريحة لتعديل هذا الدستور وفقاً للإجراءات التي قررها ، بدلا من أن يعتمد على ارادة ضمنية غامضة وغير محددة " . وهذا ما لا نتوافق معه لأنه لا يزال ينقصه الدليل المقبول لأن الاعتقاد بمشروعية العمل يجب أن لا تجده فحسب لدى الهيئة الحكومية إنما يجب أن نجد ذلك الاعتقاد سائداً لدى الشعب . أو يجب أن يتخذ الشعب على الأقل موقفاً منه ، لأنه ما دام أن الدستور يقر بالسيادة الى الشعب فإنه يجب اذاً - ان يبقى - السلطة التأسيسية العليا في الدولة . واذا ما تم القبول بذلك واقعا فأن ارادته يجوز لها اذا ان تلغي نصا مكتوبا والا سوف يكون الحديث على أن الشعب هو مصدر السلطة وشرعيتها ، حديث يريد به الحكم تضليل رعاياهم وكثيراً ما يضلون بها أنفسهم .

المسألة الثانية : اختلاف تفسيرنا حول من هي الجهة المختصة بالتعديل ؟ او من يملك المقدار الأهم في ممارسة سلطة التعديل في الدولة القانونية ؟ وهل يجب ان تستند ممارسته للسلطة من قاعدة قانونية تعلو عليه وتحدد نشاطه وتعطيه القوة الملزمة - أي ان سلطته تستند الى عالم القانون - ام ممكن ان تستند هذه السلطة من عالم الوقائع .

وعلى قدر علمنا بأراء الفقه الدستوري يمكن التمييز في هذا الشأن بين اربعة اتجاهات رئيسية الاتجاه الأول هو الاتجاه الي لازال انصاره متأثرين بفكرة العقد الاجتماعي . ولذلك يذهب الى ضرورة أن يكون تعديل الدستور بيد الشعب أو الأمة بأكملها ، إذ يعني تعديل الدستور تعديل شروط العقد الاجتماعي الذي تولى الحاكم وفقاً له سلطاته . وحيث يتم العقد الاجتماعي بإجماع الشعب ، فيلزم الإجماع كذلك لتعديل العقد أو تغيير بنوده . الاتجاه الثاني يذهب الى أن تحديد الجهة المختصة بتعديل الدستور هو أمر مناط بالسلطة التأسيسية الأصلية . تقرر في الدستور ذاته بأن تنشأ سلطة فرعية ، تختص دون غيرها بتعديل الدستور . من خلال إجراءات محددة . الاتجاه الثالث يذهب الى عدم جواز تعديل الدستور بواسطة السلطات المنشأة . أي التي أوجدها الدستور نفسه . ولكنه يجيز تعديل الدستور بواسطة الشعب صاحب السلطة التأسيسية الأصلية . الذي يكون له مطلق الحرية في إجراء هذا التعديل دون أن يكون مقيد بأي إجراء . الاتجاه الرابع يرى أن طبيعة سلطة التعديل لم تكن بالوضوح المطلوب . فقد تعددت المفاهيم حولها . وبرز مفهومان جديران بالوقوف عندهما : المفهوم التقليدي والمفهوم الواقعي لسلطة التعديل .

وفي اعتقادنا: أن عدم استعمال السلطة المنشأة - أي التي أوجدها الدستور نفسه - للحق المقرر لها في الدستور بتعديل احكامه ، بالرغم من وجود ضرورة تستوجب استعمال هذا الحق وتوفر الاعتبارات التي تبرر الالتجاء اليه . يعيد الحق الى الشعب صاحب السيادة . الذي يكون له مطلق الحرية في إجراء هذا التعديل . دون أن يكون مقيداً بأي إجراء . إلا الاعلان عن ارادته بمقابل عدم معارضة السلطات الاخرى في الدولة . "لان سلطة التعديل - بحسب قول الدكتور منذر الشاوي في كتابه فلسفة الدولة - لا تملك كياناً أو وجوداً مستقلاً فهي لا قيمة لها إلا بقدر ما تعبر به عن الارادة المطلقة للسلطة المؤسسة الأصلية" . فإذا امتنعت او تأخرت عن تعديل الدستور . فأن المنطق يقضي أن يقوم الشعب كسلطة تأسيسية أصلية بذلك . وإلا فأن القطيعة بين الواقع والدستور قد تكون هادمة للنظام القانوني ذاته هدماً تاماً .

٣- **مشكلة النظرية :** ان تأخر سلطة التعديل أو عدم استعمال اختصاصها - والاكثر في احيان معينة - امتناعها عن تعديل نصوص الدستور بالرغم من اقرارها بضرورة ذلك ، لا يشك أحد - ينتج عنه - ان الواقع السياسي للدولة - يصبح - لا يراصد النصوص الدستورية ولا يمكن أن يطبقها . حتى قد يثور تساؤل حول الدستور ؟ هل هو في الحكم المقرر في النص الذي لا يطبق أم في الواقع السياسي الذي يخالف النص . وهذا الوضع يفصل النصوص الدستورية عن أهدافها ويمنعها من تحقيق مصلحة عامة لها اعتبارها . كما ويناقض مبدأ سيادة الشعب . فالشعب حينما يوافق على تجميد نظامه الدستوري في نصوص وأحكام معينة لا يمكن تعديلها . يكون بذلك قد نزل عن أهم خصائص سيادته .

وهي السلطة الدستورية . فضلاً عن أنه أمر يتعارض مع طبيعة الدساتير ويتنافى مع سنة التطور كما ويوقف عجلة الاستقرار والتطور في الدولة . من ذلك يقضي المنطق ان يقوم _ الشعب _ صاحب السلطة الاصلية بذلك . فيعبر عن ارادته الانية في ممارسة السلطة بطريقة مختلفة عن الطريقة المدونة في الدستور . فيحامي بفعله الدستور من التغيير والتبديل عن طريق الثورة من ناحية . كما ويخلق - من ناحية أخرى - قواعد دستورية تسائر ظروفه وتستشعر اماله والمه . باعتبار ان ارادة الشعب المعلنة هي مصدرا من مصادر القانون وحكمها حكم النص المكتوب . وبالتالي يكون لها ما له من التأثير والقوة . إذا ثبت من ارادة الشعب انعدام المصلحة في تطبيق النص السابق . فرضية النظرية : تفترض النظرية ان حماية الدستور تتركز في حرص الشعب عليه . لا في تقرير اجراءات مشددة في تعديله . ويتوقف هذا الحرص من جانب الشعب على مبلغ ملائمة الدستور لأحواله . ولا يكون ذلك إلا اذا تم الاعتراف للشعب بمقتضى سيادته بحقه في تعديل الدستور في أي وقت يشاء وحسبما تتطلبه ظروفه . ففكرة جمود الدستور أو مرونته - كما يعتقد الدكتور محمد كامل في كتابه القانون الدستوري الذي نؤيده - مسألة يجب أن لا تفضي بنا الى المبالغة في تقدير ما يترتب عليها من آثار . وفكرة الجمود أو المرونة تخضع لعوامل متعددة وتتأثر باعتبارات شتى . وقوة الرأي العام ويقظة الشعب وتقدم وعيه السياسي هي التي تحكم في نهاية الأمر . وهي التي تسند نصوص الدستور وتمنع العبث بها . إن الحصن الحقيقي لحماية الدستور يتركز في حرص الشعب عليه . ويتوقف هذا الحرص من جانب الشعب على مبلغ ملائمة الدستور لأحواله وقدرته على تحقيق الاستقرار له وكفالة الحاجيات الاساسية له .

٤- منهجية النظرية : تتمثل في وضع فروض كاشفة . تخالف حقائق قانونية مسلم بها . لأثبات الفرق بين تلك الحقائق والواقع . بالاعتماد على تطبيقات منشأة لقواعد دستورية غير مدونة تعارضت مع قواعد مدونة بحيث عدت هي القواعد القانونية الاساسية الواجبة الاتباع ما لم تلغ أو تعدل بقاعدة أخرى ماثلة .

المبحث الأول: فروض نظرية حق الشعب في تعديل الدستور تأسست فروض النظرية على أن الارادة الانية لصاحب السلطة الاصلية _ الشعب _ لحظة صدورها تنشأ قواعد دستورية غير مدونة . تعدل القواعد الدستورية المدونة السابقة . لعدم اعتقاد الشعب بعدالة تلك القواعد ومطابقتها للصالح العام . بعد اعلانه _ أي الشعب _ عن رفضه لها في مقابل عدم معارضة السلطات الاخرى في الدولة . بخلاف الرأي السائد الذي أخذت به أغلب الدساتير . القائم على أنه لا يمكن تعديل الدستور إلا بالطريقة التي ينص عليها الدستور نفسه . وبالسلطة التي يعينها لذلك (1) . تأسيساً على أن امتناع السلطة المنشأة _ أي التي أوجدها الدستور نفسه _ عن تعديل الدستور . يخول الشعب صاحب السلطة التأسيسية الأصلية في أن يسترد الحق الذي أوكله لتلك السلطة . فيكون له - بموجب ذلك - مطلق الحرية في إجراء هذا التعديل . دون أن يكون مقيدا بأي إجراء . لأن حرمان الشعب من ممارسة سيادته في تعديل الدستور كلما قدر ذلك ضروريا له . يخالف طبيعة الاشياء لأنه لا يفهم _ كما قرر جان جاك روسو _ أن تفرض الجماعة على نفسها قوانين لا

تستطيع بعد ذلك أن تعدلها (2). " وأن كل شعب له دائماً الحق أن يصلح دستوره أو يغير دستوره ، وأن جيلاً من الأجيال لا يملك أن يخضع لقوانينه الأجيال القادمة ، فالسلطة التأسيسية التي تزاوّل عملها في وقت ما (أي تلك التي وضعت الدستور) ليست - كما يقول لافير - أعلى من تلك السلطة التأسيسية التي تزاوّل عملها في المستقبل (أي التي تريد تعديل الدستور فيما بعد) لذلك لا يحق للسلطة الأولى أن تدعي حق تقييد السلطة الثانية في مزاولتها عملها حتى ولو كان ذلك التقييد خاصاً بمسألة معينة أو بمدة معينة " (3). لذلك كانت فكرة إمكان الشعب تعديل الدستور من المبادئ الأساسية التي نصت عليها المادة (الأولى) من الباب السابع من دستور فرنسا سنة 1791 ، والمادة (الثامنة والعشرون) من اعلان الحقوق سنة 1793 التي قررت " أن حق الأمة في تعديل دستورها حق ثابت لا يمكن التزول عنه ، وأن جيلاً معيناً لا يستطيع أن يفرض قوانينه على الأجيال التالية ، دون أن يكون في مقدور هذه الأخيرة تعديلها أو المساس بها " . وهكذا يعتبر تعديل الدستور وسيلة هامة وأساسية للتعبير عن إرادة الشعب في أي وقت من الاوقات ، وكل تغيير يطرأ على إرادة الشعب وطموحاته وتطلعاته ، يستلزم تغييراً موازياً في نصوص الدستور ، حتى تصبح نصوص الدستور مرآة صادقة للاتجاهات والافكار السائدة في المجتمع ومتطابقة مع إرادة الأمة وتطلعاتها (4). لأن العبرة في النصوص الدستورية وضمان مراعاتها ليست مستندة الى ذات النصوص بقدر أستنادها الى نضج الرأي العام ووعيه ، ورغبة الإرادة الشعبية في الإبقاء على الدستور أو في تعديله ، وتعبير هذه الإرادة عن نفسها وصور هذا التعبير (5). المطلب الأول: فكرة نظرية حق الشعب في تعديل الدستور: تأسيساً على أن الدستور لا يمثل إلا إرادة الشعب في تحديد طريقة ممارسة السلطة لحظة كتابته ولتغيير الإرادة تبعاً لتغيير الظروف شرع موضوع اعادة النظر بأحكامه بما يتفق مع الظروف لحظة وجودها من السلطة المؤسسة وفق الاجراءات المدونة في الدستور . لكن إذا ما امتنعت السلطة المنشأة المختصة بإعادة النظر بأحكام الدستور عن استعمال هذا الحق زمناً طويلاً في مقابل ان يعبر الشعب صاحب السلطة الاصلية عن ارادته الانية في ممارسة السلطة بطريقة مختلفة عن الطريقة المدونة في الدستور . نكون والحالة هذه امام عمل قانوني سلبي يتمثل بامتناع السلطة المنشأة عن اعادة النظر بأحكامه بالرغم من الحاجة الماسة لذلك ، في مواجهة عمل قانوني ايجابي مثله ارادة صاحب السلطة التأسيسية - الشعب - بالتعبير عن ارادته في خلق قواعد دستورية جديدة تطابق حاجاته الاساسية الانية وفق اوضاعه السائدة . فتتسخ بذلك الارادة الانية الصريحة اللاحقة الارادة المدونة السابقة ، فترفع القوة الالزامية للنص السابق وتحل محلها القوة ذاتها للنص اللاحق . إذ ان النسخ هو ابطال العمل بالنصوص السابقة دلالة بسن قواعد جديدة تخالفها في احكامها ، فتتبع القواعد الجديدة وتنسخ بها النصوص القديمة . باعتبار ان الارادة الشعبية المعلنة مصدراً من مصادر القانون وحكمها حكم النص المكتوب ، فلم لا يكون لها ما له من التأثير والقوة في الغاء النص المكتوب ، إذا ثبت من ارادة الشعب انعدام المصلحة في تطبيق النص السابق واهمل باطراد واستمرار حتى اعتبر في حيز المنسوخ .

ولإثبات ذلك سنعرض الى فروض الفقهاء بالنسبة لفكرة النظرية ونناقشها . ثم نؤصل الى فكرتنا والحجج التي استندت لها . الفرع الأول:فروض الفقهاء ومناقشتها :سنورد هنا فروض الفقهاء والاسانيد التي يستند لها كل منهم في تأييد رأيه ثم نناقش هذه الفروض وتلك الاسانيد في فقرتين . نتحدث في اولهما عن فروض الفقهاء في من له الحق في تعديل الدستور وطريقة إجراؤه وفي ثانيهما سنناقش هذه الفروض ونبيد رأينا فيها . اولاً: فروض الفقهاء في من له الحق في تعديل الدستور وطريقة إجراؤه. لم تتفق فروض الفقهاء الذين تناولوا موضوع حق الشعب في تعديل الدستور وتتراوح تعبيرات فروضهم في هذا الشأن بين أربعة آراء رئيسية على النحو التالي . الرأي الأول . اشترط اجماع الشعب على تعديل الدستور . دعى له الفقيهان الفرنسيان لافريير واسمان (6) وكان من أكبر أنصاره الفقيه الفرنسي فاتل وفي ذلك قرر أنه لما كان الدستور هو الذي ينشأ السلطة في الدولة ويمنح لها اختصاصها . فإنه لن يكون في مقدور هذه السلطة أن تعدل الدستور أو تلغيه وإلا كان من شأن ذلك التسليم بحقها في أن تهدم مصدر وجودها وأساسها وبالتالي فإن التعديل هو عمل الشعب صاحب السلطة في الدولة وبإرادته المنفردة دون غيره (7) . تأسيساً على اعتبار الدستور شبيها بالعقد الاجتماعي . وأن تعديل نصوصه . يعد بمثابة تعديل لشروط العقد الاجتماعي الذي تولى الحاكم وفقاً له سلطاته . وحيث يتم العقد الاجتماعي بإجماع إرادة الأمة . فيلزم الاجماع كذلك لتعديل العقد أو تغيير بنوده (8) . ولا جدال في أن هذا التصور يحول الشعب نفسه كل خصائص السيادة . إذ يجعل له - وحده - الحق في تعديل الدستور . إلا أن الفقه - الذي اطلعنا على آرائه - اجمع بالاعتراض عليه . إذ يقرر الدكتور السيد صبري أن هذا الرأي يؤدي الى جمود الدستور المطلق . حيث أن الاجماع أمر وهمي مستحيل التحقيق (9) وايداه في ذلك الدكتور محمد كامل ليله بقوله أن استلزام إجماع الشعب على التعديل أمر يكاد يكون مستحيلاً . ويؤدي هذا الرأي الى جمود الدستور جموداً مطلقاً (10) ويرى الدكتور عبد الغني بسيوني ذات الرأي إذ يقرر أن هذا التصور العقدي للدستور قد شكل عقبة كبيرة أمام إجراء أي تعديل للدستور . بل جعل هذا التعديل مستحيلاً . وهذا يعني الجمود المطلق الكلي للدستور (11) وهو ما ذهب اليه الدكتور محمد صبري السنوسي عندما رأى أن هذا التصور النظري لا يمكن تنفيذه عملاً إذ يستحيل الحصول على موافقة جميع المواطنين لتعديل الدستور . ولاشك أن هذه الاستحالة تضيي نوعاً من الجمود المطلق للدستور (12) وأكد الدكتور جابر جاد نصار بقوله أن هذا الرأي يواجه بصعوبة عملية قد تصل الى حد استحالة إتمام تعديل الدستور . ذلك أن تصور موافقة جميع مواطني الدولة على فكرة تعديل الدستور أمر لا يمكن تحقيقه . ذلك أن الإجماع على شيء واحد ليس من طبع البشر (13) اما الدكتور محمود حلمي بعد أن يوضح خلاف الفقهاء حول قيمة النصوص التي تحرم التعديل بصفة مطلقة . يقرر بالنسبة للرأي الذي لم يجوز تعديلها إلا بموافقة الشعب الجماعية . بأنه يؤدي الى جمود الدستور جموداً مطلقاً واستحالة تعديله عملاً (14) . فيما يرى الدكتور طعيمة الجرف بأن اشتراط الإجماع في تعديل الدستور معناه باختصار أن تحكم على الدستور بالجمود المطلق . لأن الأجماع المطالب به عددياً أمر مستحيل التحقق في حياة الشعوب (15) وهو

ماقال به الدكتور ثروت بدوي عندما رأى أن الأخذ بهذا الرأي معناه في الواقع عدم إمكان تعديل الدستور بتاتا ، نظراً الى استحالة انعقاد رأي الشعب بأكمله على اتجاه واحد ، حتى أن الفقيه فاتل- الذي كان من أنصار هذا الرأي - بعد أن رأى استحالة تعديل الدستور في حالة الأخذ بهذا الاتجاه أضطر الى أن يكتفي باتفاق اغلبية الشعب على تعديل الدستور مع الاعتراف للأقلية المعارضة بحق الانفصال عن الجماعة التي عدلت دستورها، بل أنه - أي فاتل- قد ذهب الى أبعد من ذلك في التخفيف من صعوبة تطبيق فكرة فقهاء هذا الاتجاه إذ قال بإمكان تعديل الدستور متى كان التعديل منصوصاً عليه في الدستور ، بحجة أن إمكان التعديل في هذه الحالة يعد شرطاً من شروط العقد الاجتماعي (16) وسأبهره في ذلك الدكتور سامي جمال الدين بالقول انه يؤدي الى الجمود المطلق للدستور ، لأن الإجماع ليس مستحيلاً فحسب ، وإنما لأنه يخالف كذلك المنطق والطبيعة البشرية ، ولذلك يخفف بعض أنصار هذا الاتجاه من غلوائه ، فلم يستلزم لتعديل الدستور سوى موافقة غالبية الشعب ، وإن كان ذلك يعطي للأقلية الحق في الانفصال عن الجماعة التي لم تحترم العقد الأصلي ، ما لم يكن الدستور ذاته ينص على جواز التعديل بالأغلبية ، ليكون إجراء هذا التعديل مجرد تنفيذ لشروط العقد الاجتماعي (17) . الرأي الثاني يرى أن التعديل حق للأمة من دون أن تنقيد بالإجراءات أو الاشكال المحددة بموجب الدستور، وهو ما ذهب اليه الفقيه سيز عندما رأى أن حق التعديل تملكه الأمة صاحبة السيادة ، من غير قيد شكلي خاص ، فإرادة الأمة - أيها كان مصدرها وطريقة التعبير عنها - هي القانون الأعلى ، ويكفي أن تظهر هذه الإرادة بأية صورة كانت حتى ينهار القانون الوضعي كله أمامها (18) . ويتلخص ذلك في أن الدساتير تلزم السلطات التي أوجدتها هذه الدساتير ، ولكنها لا تلزم الأمة على الإطلاق ، فلها أن تعدلها متى أرادت بدون تقييد بأي شكل معين ، وعلى ذلك فمن حق الأمة أن تنيب عنها ممثلين للقيام بهذا التعديل (19) ، بما معناه أن الأمة صاحبة السيادة لا تنقيد بأي شكل من الأشكال لكي تجري ما تراه من تعديلات في الدستور ، وهذا يعني أن السلطة التأسيسية الأصلية المتمثلة في الأمة تمتلك الحق في تعديل الدستور مباشرة وإهمال السلطة التأسيسية المنشأة (20) ، لأنه إذا كان من المنطقي أن تقيد السلطة التأسيسية التي تضع الدستور السلطات الأخرى في المجتمع بحسبان أن هذه السلطة هي المنشأة لهذه السلطات ، فإنها لا تستطيع أن تقيد الأمة ذاتها وتغل يدها عن تعديل الدستور ، فالأمة لها كامل الحرية بوصفها صاحبة السيادة تستطيع تعديل الدستور دون أن تكون مقيدة باللجوء الى إجراء معين ، فالأمة تلزم أعضائها ولكنها لا تلزم نفسها وذلك لكونها مصدر الالتزام (21) ، بمعنى أن لها أن توقف هذه الحرية المطلقة في تعديل الدستور لذاتها بحيث تجر به نفسها مباشرة ، كما يمكن لها أن تحيل هذه المهمة الى نواب الأمة المنتخبين عنها لتعديل الدستور ، فالجمعية التأسيسية المنتخبة تحل محل ارادة الأمة في تحريرها من الأشكال الدستورية المقررة لإجراء التعديل ، فهي مستقلة كالأمة سواء بسواء ، ويكفي أن تريد حتى يكون لها ما تريد فأرادتها هي إرادة الأمة ، ولا يصح القول بغير ذلك إذ لا تتمتع السلطة التأسيسية السابقة بشيء من السيادة في مواجهة السلطة التأسيسية اللاحقة (22) ، ومرجع ذلك أن الأفراد في الجماعة قد خلقوا أحراراً

ومستقلين وغير خاضعين لإرادة أخرى ملزمة لهم ، ومن ثم يكفي أن تريد الأمة شيئاً حتى يتحقق ما تريد دون اشتراط شكل خاص لهذه الإرادة ، فإرادة الأمة هي القانون الأعلى أياً كان شكلها وطريقة التعبير عنها (23) . هذا يعني أن للأمة مطلق الحرية في إجراء هذا التعديل دون أن تكون مقيدة بأي إجراء ، والتي تستطيع أن تختار نواباً عنها في ممارسة هذه المهمة ، ومعنى ذلك أنه يكفي لتعديل الدستور اتفاق أغلبية الشعب سواء بالطريق المباشر أو بالطريق النيابي (24) . وقد لاقى هذا الرأي قبول من جانب الفقيه الفرنسي جورج بيردو الذي يرى أن السلطة التأسيسية الأصلية سلطة مستقلة تتمتع بحرية كاملة في استخدامها لسلطتها من أجل تعديل الدستور ، لأنها من الناحية القانونية صاحبة اختصاص كامل غير مقيد ، سواء في الإلغاء أو التعديل ، ومن الناحية السياسية تستمد هذا الاستقلال من كونها أداة الأمة في ممارستها لسيادتها (25) . بيد أنه وجد معارضة وانتقاداً من جانب فقهاء آخرين ، إذ اعترض الفقيه الفرنسي دوجي على هذا اللون من التفكير وانتهى إلى أنه لا يصح الاعتقاد بأن المذهب الديمقراطي ، هو دائماً مذهب حر ، إن مثل هذا الاعتقاد ، خطأ شائع ، يجب أن نحتاط ضده ، إن المذهب الديمقراطي الذي يرد السلطة التأسيسية إلى إرادة المحكومين ، قد أنتهى عند أصحابه أمثال روسو ، إلى إطلاق سلطة الدولة ، وتقرير الخضوع الكامل من قبل الأفراد لها ، دون قيود أو حدود . وكذلك فإن الاستاذ اسمان رغم خمسه الشديد لمبدأ سيادة الأمة ، لم يستطع أن ينكر أنه لا وجود لحرية حقيقية حتى في نظام يصدر عن المبدأ الديمقراطي ، طالما كانت جمعية الشعب ، تستطيع أن تستبد ، فتتخذ ما تشاء من إجراءات ، على خلاف القوانين (26) . ولا يسعنا – والقول بذلك للدكتور طعيمة الجرف – إلا أن ننضم إلى هذا التفكير ، فالمذهب الديمقراطي حين يرد السلطة إلى الشعب لا يزال يحتمل تفسيرين مختلفين ، من غير أن يلزم باتباع أحدهما على سبيل القطع ، أو أن يفرض واحداً منهما ويقدمه على الآخر ، ذلك أن سلطة الشعب يمكن أن تكون مطلقة ، كما يمكن أن تكون مقيدة ، والذي يفصل بين صورتين ويميزهما هو الهيكل الدستوري الذي تتم في إطاره ممارسة الشعب للسلطة ، فإما أن يفرض الدستور ، قيوداً على هذه السلطة وإما ألا يفعل ، وهي مسألة اختيار يقوم بها واضعو الدستور ، في ضوء الظروف السياسية والاجتماعية والفكرية التي تحيط بالدولة ، وتحدد أهدافها وأبعاد سلطتها العامة ، أي أن التميز بين الديمقراطية المطلقة ، والديمقراطية المقيدة ، لا يمكن أن يتم إلا في مجال التنظيم الوضعي لسلطة الشعب وفي ضوء ما يحدده الدستور من مبادئ وأحكام في هذا الشأن (27) . فالأمة – بحسب رأيه – حين تحترم القواعد القانونية التي سبق لها أن وضعتها ، فإنها تضرب بذلك المثل حتى تحمل الرعايا على احترامها اقتناعاً بها ، وليس مجرد الخوف من الجزاء ، فضلاً على أنها تحمي القانون من مظنة أن يكون غير ملزم ، وتؤكد بالتالي حرصها على الالتزام به .

وهو ما اكده الدكتور رمزي طه الشاعر حين اعترض على هذا الرأي على أساس أن قيام الدستور بتحديد إجراءات معينة وأشكال خاصة لإمكان تعديله ، لا يعتبر تقييداً لإرادة الأمة وسيادتها ، بل يعد على العكس من ذلك تأكيداً ودعمًا لهذه السيادة . وذلك لأن الأمة حين تحترم الدستور فإنها تعطي القدوة وتضرب المثل لجميع الأفراد من ناحية ، وتؤكد القوة

الملزمة للقاعدة القانونية من ناحية أخرى (28). وقد شايعه في ذلك الدكتور جابر جاد نصار بالاعتراض على هذا الرأي بقوله حقيقة الأمر أنه رغم المظهر الخادع لهذا الاتجاه . إلا أنه من الفساد الأخذ به . حيث أنه يتناقض مع الحقيقة والمنطق . وذلك لأن اشتراط إجراءات معينة لتعديل الدستور يعتبر ضماناً جدياً لعدم العسف بإرادة الأمة ذاتها أو العبث في دستورها . وأن الذي يلجأ الى ذلك غالباً ما يكون حاكماً مستبداً بالسلطة على حساب الأمة والشعب ويريد أن يسند أستبداده هذا الى إرادة الأمة أيضاً (29) . وتكرر الاعتراض على هذا الرأي من الدكتور حسنين عبد العال بأنه إذا كانت الأمة صاحبة السيادة . فإن ذلك لا يحول دون أن تقيد نفسها ببعض الاشكال والإجراءات التي تلتزم بها عندما ترغب في تعديل قواعد نظام حكمها . وبالتالي لا يعد احترام القواعد والأشكال التي حددها الدستور لإمكان تعديل الأحكام الواردة به تقييداً لسلطان الأمة وسيادتها . بل يعد على العكس تأكيداً لهذه السيادة ودعمها لها (30) . باعتبار - والقول في ذلك للدكتور مصطفى أبو زيد فهمي - إذا كان الدستور يجعل امر تعديله للسلطة المنشأة تنفرد به دون السلطة التأسيسية الأصلية . فأن هذه السلطة المنشأة وهي تستمد مدى ونطاق سلطاتها من الدستور لا تستطيع إلا أن تقيد بهذه النصوص التي تحد ولايتها . أما إذا وصل الأمر الى الشعب صاحب السلطة التأسيسية الأصلية فإنه وحده الذي يستطيع إهدارها . ولكن الصعوبة تكمن في الوسيلة التي نستطيع أن نحمل بها الأمر الى الشعب إذ أن الفرض أن الدستور نفسه لم يجعل للشعب مكاناً في التعديل . فطالما أن الظروف تسير سيرها العادي فلا مفر من القول بأن تلك النصوص ستنفذ ويكون لها كل اعتبار . لأنها -أولاً- تقيد بحكم وضعها السلطة التأسيسية المنشأة . وثانياً لأن الشعب - بحكم نصوص الدستور - سيكون بعيداً عن إجراءات التعديل . أما إذا وجدت ظروف استثنائية - ثورة أو انقلاب - استطاع الشعب على أثرها أن يركز بين يديه مقاليد الأمور وسلطة تعديل الدستور فإنه يستطيع في هذه الحالة وحدها أن يهدر النصوص السابقة . فلكي نصل الى هذه النتيجة يلزم ثورة أو انقلاب يحمل أمر الدستور للشعب . وبغيرها فإن النصوص السابقة ستنفذ لا محالة (31) . ومثل هذا القول يقصد به أن السلطة التأسيسية الأصلية لا تلغي وجود السلطة التأسيسية المنشأة . وأنه لا يمكن إهمال السلطة المنشأة والإلتجاء الى السلطة الأصلية عند إجراء التعديلات الدستورية الجزئية في ظل الأوضاع الدستورية العادية القائمة . وأن هذا الإهمال يمكن حدوثه فقط في حالة الثورة أو الانقلاب . استناداً الى مبدأ سيادة القانون الذي يقضي في شقه المادي بوجود احترام القواعد القانونية من جانب السلطة التي وضعها طالما أن هذه السلطة لم تقم بتعديلها أو إلغائها بالطريق المقرر . وبناء على ذلك فإن النصوص الدستورية التي أقامت السلطة التأسيسية المنشأة يجب أن تحترم طالما لم يقم الشعب بإلغائها . فليس هناك -في احترام السلطة التأسيسية المنشأة- مصادرة لسلطة الشعب أو حداً من سيادته . ولكن تطبيق بسيط لمبدأ الشرعية ومبدأ سيادة القانون . الرأي الثالث يذهب الى أن السلطة المختصة بالتعديل هي التي تحددها نصوص الدستور . وأن على هذه السلطة أن تتبع الاجراءات والاشكال التي اشترطها لإمكان تعديله . أي أنه لا يمكن تعديل الدستور

إلا بالطريقة التي ينص عليها الدستور نفسه . وبالإجراءات والأشكال المحددة به . وبالسلطة التي يعينها لذلك⁽³²⁾ . وواضح أن هذا الرأي يؤدي الى التفرقة بين السلطة التأسيسية أو المؤسسة . والسلطة التابعة أو المنشأة . فهذه الأخيرة تكون مقيدة بما ترسمه لها السلطة التأسيسية من حدود وما تبينه لها من اختصاصات . حتى لو نص الدستور على أن السلطة المختصة بإجراء التعديل هي السلطة التشريعية العادية . ففي هذه الحالة يبقى أن السلطة التشريعية تمارس تعديل الدستور بتفويض من السلطة التأسيسية ووفقاً للإجراءات وباتباع الأشكال التي حدتها . ولا يجوز أن تكون هذه الإجراءات والأشكال هي نفس الإجراءات والأشكال التي تعمل بها القوانين العادية . وإلا أنتفت عن الدستور صفة الجمود . فالدستور الجامد يفترض أن تعديله لا يتم إلا وفقاً لإجراءات خاصة تختلف عن الإجراءات التي يتم بها تعديل القوانين العادية⁽³³⁾ . وتحديد الدساتير لهذه الإجراءات والأشكال . يخضع لجملة اعتبارات تتجمع كلها حول مدى اقتناع واضعي الدساتير بأنهم قد أقاموا نظاماً يرومون له الدوام والثبات . كما تتأثر بمقدار ما ينطوي عليه الدستور من تفاصيل جزئية . وما عساه يتضمنه من أحكام غير دستورية بطبيعتها لا تقبل الجمود³⁴ . كما وتختلف الإجراءات باختلاف الدساتير . فقد يحتم الدستور اجتماع أعضاء المجلسين معاً لتتألف منهم جمعية واحدة . وقد يشترط لتعديل الدستور اشتراط تجديد انتخاب الاعضاء . وقد يستلزم الأمر أغلبية خاصة أكثر من الأغلبية التي تسن القوانين العادية⁽³⁵⁾ . ويرجع هذا الرأي الى جان جاك روسو في بعض كتاباته . حيث قرر أنه ما يناقض طبيعة الأشياء في الجماعة أن تفرض الأمة على نفسها قوانين لا تستطيع سحبها أو تعديلها . ولكنه ما يتفق مع هذه الطبيعة ومع المنطق أن الأمة لا تستطيع أن تسحب هذه القوانين أو تعدلها إلا طبقاً لنفس الشكل الرسمي الذي أصدرتها فيه . ولقد دافع الفقيه فروشو عن هذا الاتجاه عند مناقشة الدستور الفرنسي في الجمعية التأسيسية سنة 1789 . وتغلبت بذلك فكرة التزام التعديل في المستقبل بالإجراءات والأشكال التي يقرها الدستور⁽³⁶⁾ . وهذا هو الرأي السائد بحسب ما رأى الدكتور السيد صبري . والذي أخذت به أغلب الدساتير لبساطته وحكمته⁽³⁷⁾ وهو ما قال به الدكتور ثروت بدوي إذ يجب أن تلتزم السلطة المنشأة بما ترسمه لها السلطة الأصلية في الدستور من حدود وما تبينه لها من اختصاصات⁽³⁸⁾ وإمام ذلك رأى الدكتور رمزي طه الشاعر إذا فوض الدستور السلطة التشريعية في القيام بتعديل نصوصه . فيجب على هذه السلطة أن تمارس التعديل وفقاً للإجراءات والأشكال التي حددها . ومن الطبيعي أنه لا يمكن أن تكون هذه الأشكال هي نفس الأشكال والإجراءات المقررة دستورياً للتشريع العادي . وإلا أنتفت عن الدستور صفة الجمود . وانهارت سيادته في مواجهة القوانين العادية⁽³⁹⁾ وهو ما اكده الدكتور فؤاد العطار حينما ذهب الى أن مباشرة السلطات لا تكون إلا في الحدود التي نص عليها الدستور . مع ما يترتب ذلك من عدم جواز تعديل أحكام الدستور إلا وفقاً للإجراءات التي تضمنها الدستور⁽⁴⁰⁾ وإذا سلمنا جدلاً . والقول في ذلك للدكتور عبد الحميد متولى من أن العرف يعبر عن ارادة الأمة . فإنه يجب ان لا يفوتنا أن مبدأ جمود الدستور يعبر كذلك عن ارادة الأمة . وهو مبدأ يقضي - كما هو معلوم - بأن

النصوص الدستورية لا يصح تعديلها أو الغائها إلا بواسطة سلطة معينة - وهي السلطة التأسيسية - وباتباع إجراءات وشروط معينة . في حين ان العرف الدستوري انما يصدر من احدى الهيئات الحكومية أي من احدى السلطات المؤسسية . وفي سائر الدساتير الجامدة تعد السلطة التأسيسية سلطة عليا اعلى من السلطتين التشريعية والتنفيذية - وهي من السلطات المؤسسية كما قدمنا - لذلك لا يجوز لسلطة مؤسسة أن تأتي عملاً مخالفاً للقواعد والاحكام - وهي نصوص الدستور - التي تضعها السلطة التأسيسية (41) .

الرأي الرابع يرى أن طبيعة سلطة التعديل لم تكن بالوضوح المطلوب . فقد تعددت المفاهيم حولها . وبرز مفهومان جديران بالوقوف عندهما : المفهوم التقليدي والمفهوم الواقعي لسلطة التعديل . وقد مثله - الدكتور منذر الشاوي - إذ يرى أن المفهوم التقليدي لسلطة التعديل يسلم بوجود سلطة ذات كيان مستقل أطلق عليها اسم " السلطة المؤسسة " بكسر السين ومهمة هذه السلطة هي إقامة أو خلق الدستور . فهي سلطة مؤسسة لأنها تؤسس الدولة حين تقيم الدستور . والسلطة المؤسسة حين تقيم الدستور لا تتقيد بأية قاعدة سابقة الوجود على نشاطها هذا . أي لا تتبع في ذلك أي إجراء . فهي حرة في عملها . تلقائية في خلقها . لا يوطرها شيء ولا تخضعها سنة . إلا أن مثل هذه السلطة يمكن أن تكون (أن لم تكن) خطراً يهدد استقرار مؤسسات الدولة (التي تستمد وجودها ومكنة نشاطها من الدستور) لأنها إذا كانت تقيم الدستور فهي يمكن أن تعدله ايضاً . فالدستور من صنعها . ومن المنطق أن تعدل أو تغير ما أقامته متى أرادت وبالشكل الذي تريد (فهي لا يمكن أن تقيد بأية قاعدة او مجموعة قواعد ينص عليها الدستور الذي خلقته) وأمام هذا المنطق لابد من البحث عن سلطة أخرى لتقوم بتعديل الدستور متبعة في عملها القواعد والاحكام التي نص عليها الدستور . وإلا تعرض استقرار المؤسسات السياسية للخطر . ولقد قيل أن هذه السلطة الجديدة التي ستعدل الدستور - أو بعبارة أدق التي سيكون من اختصاصها تعديل الدستور - هي ايضاً سلطة مؤسسة إلا أنها تخضع . مع هذا . في نشاطها لقواعد الدستور . اما المفهوم الواقعي لسلطة التعديل فيتحدد في أنه إذا كانت السلطة المؤسسة - بكسر السين - هي سلطة تقيم أو تغير الدساتير . فيجب ان نسلم بأن عملها لا يتم فقط في إطار الإجراءات القانونية التي تنظم نشاطها . بل يمكن أن تتصرف وفقاً لهذه الإجراءات . كما يمكن أن تتصرف خارج هذه الإجراءات وتبقى دائماً سلطة واحدة . فهناك إذن تتطابق بين السلطة المؤسسة الأصلية وسلطة التعديل . لأن كليهما ليس إلا مظهراً تأخذ السلطة السياسية حين تنظم نفسها أصلاً - بإقامة الدستور - أو حين تعدل هذا التنظيم . بناء عليه فإن سلطة التعديل ليس لها قيمة بذاتها - لا تملك كياناً أو وجوداً مستقلاً - فهي لا قيمة لها إلا بقدر ما تعبر - دون أن تحل محلها - عن الإرادة المطلقة للسلطة المؤسسة - بكسر السين - بعبارة أخرى أن سلطة التعديل لا تحمل قيمة في ذاتها . فهي لا قيمة لها إلا بقدر ما تعبر عن إرادة الحكام المطلقة (42) .

ثانياً مناقشة فروض الفقهاء وما تستند اليه .

إذا كان الثابت في فروض الفقهاء - وفقاً لما تقدم - أن للشعب دائماً حق تعديل الدستور وإلغائه حتى يساير التطور المستمر في الحياة ، إلا أن المتغير - غير المتفق عليه - في تلك الفروض هو طريقة إجراء هذا التعديل ومن هي السلطة المختصة بممارسته وتشعب الرأي في هذا الشأن إلى اتجاهات أربعة - كما لاحظنا - الأولى كان يشترط إجماع الشعب حتى يتم التعديل صحيحاً منتجاً لإثارة باعتباره أن الدستور المكتوب بمثابة عقد اجتماعي وتجديده عن طريق التعديل لا يتم إلا بإجماع إرادة أطراف العقد الاجتماعي . وإذا كنا نتفق مع الرأي الأول فيما أوجه إليه حين شبه الدستور بالعقد الاجتماعي ، وأن تعديل نصوصه ، يعد بمثابة تعديل لشروط العقد الاجتماعي ، إلا أننا لا نرى من وجه لاشتراط إجماع الشعب على التعديل ، ولا تخفى الأهمية العملية للفارق بين الرأيين ، لأن العقد الاجتماعي - كما يقول روسو - هو القانون الوحيد الذي تستوجب طبيعته قبولاً إجماعياً ، لأن الاجتماع المدني هو العقد الوحيد الذي يجب أن يتوافر فيه عنصر الإرادة أكثر من أي عقد آخر في العالم ، فالمعارضون في الميثاق يقصون عنه باعتبارهم أجنبين بين الوطنيين ، ومتى تكونت الدولة كان الرضا ماثلاً في شخص ممثلها ، وإذن فلا حاجة للاجماع حتى يتقرر قانون ويصدق عليه وينفذ ، ويلوح أن الغالبية تكفي لبيان الإرادة العامة متى تجلت فكرة واضحة من عمل الجماعة (43) لأن بالعقد الاجتماعي قد نزل كل فرد نزولاً كلياً عن حقوقه للجماعة كلها ، وكلما كان النزول كلياً من غير تحفظ ، كلما كان العقد أكمل ، وهذا دليل على عدم اشتراط الاجماع لانعقاده ، إذ يعطي كل من وافق على العقد حقوقه لكل ولا يعطيها في الواقع لاحد وتلك هي صفة الميثاق الاجتماعي ، وعلى اثر ذلك الميثاق يحل محل شخص كل متعاقد شخص عام وهي تلك الهيئة المعنوية والجماعية التي تتولد عن العقد ، والتي تمثل الإرادة العامة للأفراد ، لتضع دستوراً تحدد به النظام القانوني للسلطة وتبين به طريقة ممارسة الحكام لوظيفة الحكم (44) . ومن نقطة البدء هذه نرى أن فكرة الدستور - منذ بدأت - تعد عملاً خالصاً لصاحب السيادة وحده - وهي الإرادة العامة - أي الشعب - وبالتالي هو الذي يضع الدستور فمن باب أولى هو من له الحق في أن يعدله بالإعلان عن طريقة جديدة لممارسة الحكام لوظيفة الحكم ، دون التقييد بأي شكل معين في حالة امتناع السلطة المعينة بموجب الدستور من تعديله . لأن القول بخلاف ذلك يناقض مبدأ سيادة الشعب ، فالشعب حينما يوافق على تجميد نظامه الدستوري في نصوص وأحكام معينة لا يمكن تعديلها ، يكون بذلك قد نزل عن أهم خصائص سيادته ، وهي السلطة الدستورية . فضلاً عن أنه أمر يتعارض مع طبيعة الأشياء ويتنافى مع سنة التطور في حياة الدول ، ويجعل من الدستور لا يقوى على مجابهة التطورات السياسية في الدولة كما ويوقف عجلة الاستقرار والتطور في الدولة (45) . بالإضافة إلى كل ذلك فإن الشعب هو صاحب السلطة التأسيسية الأصلية التي انشأت العقد الاجتماعي إلا أنه خولها إلى السلطة المؤسسة - بشروط خاصة - فإذا ما اخلت بهذه الشروط - فسخ العقد - وعادت السلطة إلى الشعب ، أي أنه يستطيع أن يسترد هذه السلطة في ظروف معينة منها تغاضي السلطة المؤسسة عن العمل بالسلطة المخولة لها ، كما في حالة امتناعها عن تعديل الدستور .

أما بالنسبة لما قرره الرأي الثاني في أن الدساتير تلزم السلطات التي أوجدتها ولكنها لا تلزم الشعب على الإطلاق ، فله أن يعدلها متى أراد بدون تقييد بأي شكل معين ، ومع ذلك فمن حق الشعب أن ينبذ عنه ممثلين للقيام بهذا التعديل. فقد ذهب الفقهاء بشأنه في اتجاهين فمنهم من قال بأنه يتناقض مع الحقيقة والمنطق⁽⁴⁶⁾ بينما ذهب آخر إلى أنه إذا كانت الأمة صاحبة السيادة ، فإن ذلك لا يحول دون أن تقيّد نفسها ببعض الأشكال والإجراءات التي تلتزم بها عندما ترغب في تعديل قواعد نظام حكمها⁽⁴⁷⁾. ونحن نرى اتجاهها ثالثاً لأن الأخذ بهذا الرأي لا يتعارض مع فكرة أن السلطة التأسيسية الأصلية هي السلطة التي تتولى وضع دستور الدولة لأول مرة ، ولذا فهي لا تستند عند مباشرتها لتلك المهمة إلى نص دستوري معين أو على تنظيم دستوري سابق وإنما فقط إلى كونها صاحبة السيادة في المجتمع . لذلك نعتقد بأن لها - وحدها - الحق في أن تقرر أن الدستور القائم لم يعد ملائماً حتى وإن كان ذلك لا يستند إلى نص دستوري قائم أو حتى يعارض نص دستوري قائم ، باعتبار أن السلطة التأسيسية الأصلية لها الكلمة العليا وصاحبة السيادة في الدولة . بعبارة أوضح أن مهمة السلطة التأسيسية الأصلية - الشعب - هي وضع الدستور وهذه السلطة لا تتقيد بأي قاعدة سابقة الوجود على نشاطها ، أي لا تتبع في ذلك أي إجراء ، فهي حرة في عملها ، تلقائية في خلقها ، لا يؤطرها شيء ولا تخضعها سنة ، وبذلك لا يمكن ادراكها داخل الدولة مقيدة وخاضعة لإجراءاتها وقواعدها ، لأنها أصل القواعد والإجراءات . وإمام هذا المنطق فأن لها أن تعدل أو تغير ما أقامته متى أرادت وبالشكل الذي تريد (فهي لا يمكن أن تتقيد بأي قاعدة أو مجموعة قواعد ينص عليها الدستور الذي خلقته⁽⁴⁸⁾ . أما رأي الغالبية العظمى من الفقه في الرأي الثالث الذي يكاد الإجماع ينعقد عليه والذي يذهب إلى أن تحديد الجهة المختصة بتعديل الدستور هو أمر منوط بالسلطة التأسيسية الأصلية ، تقرر في الدستور ذاته بأن تنشأ سلطة فرعية ، تختص دون غيرها بتعديل الدستور ، من خلال إجراءات محددة . في اعتقادنا أن هذا الرأي لا يعمل حساباً للواقع ، فالواقع أنه حينما يوضع لبلد من البلاد دستور فإنه يوضع حتى يطبق ، وبالتالي أن توقفت بعض نصوصه فعليا عن التطبيق لتغيير البيئة أو الظرف الذي شرعت حتى تطبق فيه نتيجة تغاضي السلطة الفرعية التي تختص دون غيرها بتعديل الدستور أو إهمال تطبيق نصوص الدستور المتعلقة بالتعديل . هنا - في اعتقادنا - لا بد من أن تخلق قواعد دستورية جديدة - خارج النصوص المكتوبة - تستجيب لتلك الظروف . فتحل محل - النصوص المكتوبة - في إقرار تطابق جديد بين القانون والواقع . وإلا تعين التسليم بالجُمود الفعلي المطلق لأحكامه ، وهو ما يرفضه الفقه في مجموعه لما يترتب عليه من اصطدامه بالواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي ، وما قد يسفر عنه من ثورات وانقلابات وعنف سياسي . فضلاً عن أن طريقة ممارسة السلطة في الدولة ستفتقد إلى الشرعية ، لأنها لا تكون متفقة ورأي الشعب عن هذه السلطة وطريقة ممارستها . وسوف يكون الحديث على أن الشعب هو مصدر السلطة وشرعيتها - حديث قول - ليس إلا .

بناءً عليه فإن اعتراضنا على هذا الرأي ليس لما تنشأه الدساتير من سلطة فرعية ، تختص دون غيرها بتعديل الدستور ، من خلال إجراءات محددة . وإنما على فرض أن الدستور لم ينص على طريقة تعديله ، أو نص ولكن اصرت السلطة المعنية بالتعديل على الامتناع عن إجراء التعديل . وبالتالي فإن التمسك بأنه لا يمكن تعديل الدستور إلا بالطريقة التي ينص عليها الدستور نفسه ، وبالإجراءات والأشكال المحددة به ، وبالسلطة التي يعينها لذلك ، يؤدي إلى الخطر الفعلي المطلق لتعديل أحكامه ، بعبارة أخرى جمود الدستور جموداً مطلقاً - من ناحية الواقع - واستحالة تعديله عملياً . وهذا لا يقبله القانون ولا المنطق .

أما من ذهب إليه الرأي الرابع في أن طبيعة سلطة التعديل لم تكن بالوضوح المطلوب ، فقد تعددت المفاهيم حولها ، وبرز مفهومان جديران بالوقوف عندهما : المفهوم التقليدي والمفهوم الواقعي لسلطة التعديل . وقد مثله - الدكتور منذر الشاوي - فلا تملك إلا التوافق مع ما ذهب له في - المفهوم الواقعي - لسلطة التعديل الذي يتحدد في أنه إذا كانت السلطة المؤسسة - بكسر السين - هي سلطة تقيم أو تغير الدساتير ، فيجب أن نسلم بأن عملها لا يتم فقط في إطار الإجراءات القانونية التي تنظم نشاطها ، بل يمكن أن تتصرف وفقاً لهذه الإجراءات ، كما يمكن أن تتصرف خارج هذه الإجراءات وتبقى دائماً سلطة واحدة . فهناك إذن تطابق بين السلطة المؤسسة الأصلية وسلطة التعديل ، لأن كليهما ليس إلا مظهرًا تأخذ السلطة السياسية حين تنظم نفسها أصلاً - بإقامة الدستور - أو حين تعدل هذا التنظيم ، بناءً عليه فإن سلطة التعديل ليس لها قيمة بذاتها - لا تملك كياناً أو وجوداً مستقلاً - فهي لا قيمة لها إلا بقدر ما تعبر - دون أن تخل محلها - عن الإرادة المطلقة للسلطة المؤسسة - بكسر السين - بعبارة أخرى أن سلطة التعديل لا تحمل قيمة في ذاتها ، فهي لا قيمة لها إلا بقدر ما تعبر عن إرادة الحكام المطلقة ، لأنه كيف يكون للسلطة المنشأة أن تمنع بعملها - مهما استقرت عليه واطردت - ما اعلنته السلطة التأسيسية وضمنته الدستور - فإن كان ذلك - فإن هذا يعني أن السلطة المنشأة - السلطة التي أوجدها الدستور نفسه لتعديل أحكامه - لها أن تخالف الإرادة الصريحة للسلطة التأسيسية .

الفرع الثاني فكرتنا في النظرية والاسانيد التي استندت عليها : نعرض هنا في فقرتين : الأولى نبين فيها فكرتنا في حق الشعب - صاحب السلطة الأصلية - في تعديل الدستور عند امتناع السلطة المنشأة - أي التي أوجدها الدستور نفسه - عن تعديل الدستور ، فيحتمى بفعله الدستور من التغيير والتبديل عن طريق الثورة من ناحية ، ويخلق قواعد دستورية تسير ظروفه وتستشعر أماله والمه من ناحية أخرى وفي الفقرة الثانية سنوضح الاسانيد التي استندت عليها هذه الفكرة .

أولاً فكرتنا في نظرية حق الشعب في تعديل الدستور : تتأسس على حق الشعب صاحب السلطة التأسيسية الأصلية في التعبير عن إرادته الانية في ممارسة السلطة بطريقة مختلفة عن الطريقة المدونة في الدستور . إذا ما امتنعت السلطة المؤسسة المختصة بإعادة النظر بأحكام الدستور عن استعمال هذا الحق زمناً طويلاً .

وهذه النظرية يبررها المنطق السليم لأنها تجعل الدستور متفقاً مع الواقع المسلم به ، فالاعتراف للشعب بالحق في تعديل الدستور واحترامه وتنظيمه معناه منح الرأي العام مظهراً قوياً ، وقيمة قانونية ، وسلطة شرعية .

وان قبول هذه النظرية يعتمد على مدى قبول الواقع بها _ أولاً _ ومدى قدرة الاسانيد التي تستند لها في ان تصمد بمواجهة فكرة أن التعديل هو أمر منوط بالسلطة التأسيسية الأصلية ، تقرره في الدستور ذاته بأن تنشأ سلطة فرعية ، تختص دون غيرها بتعديل الدستور . وبالتالي لا يصح أن يتم تعديل الدستور إلا من قبل - السلطة الفرعية - وبالإجراءات المحددة بالدستور _ فكل تعديل _ حتى وان كان مصدره الشعب هو في الواقع انتهاك لحزمة الدستور ، كونه يجري خلافاً للإجراءات المدونة في نصوصه .

فمن الناحية الواقعية . نعتقد بأن مضي المدة وتغير الظروف السائدة الآن عن لحظة تشريع بعض النصوص وامتناع السلطة المؤسسة - السلطة الفرعية التي أنشأها الدستور - عن تعديل هذه النصوص ، بالرغم من أن الواقع يظهر الحاجة الى التعديل ، نتج عنه ، أن أضحى الدستور لا يقوى على مجابهة التطورات السياسية في الدولة . هذا الوضع خلق وعي عام عند الشعب ادرك من خلاله بان بقاء بعض هذه النصوص - دون تعديل - يهدر مصلحة اساسية من مصالحه فعبّر عن ارادته ، بشكل مختلف عن تلك النصوص ، هذا التعبير قابله حالة من الرضا او القبول ولد قناعة في ذهن الشعب والسلطات العامة ان القاعدة واجبة الاحترام وان لها جزاء . اما من الناحية النظرية . فنتوافق بالرأي مع أحد الفقهاء في أن كل قاعدة قانونية _ بالمقدمة منها القاعدة الدستورية تمر بمرحلتين " الاولى هي تلك التي تضع فيها السلطة المختصة تلك القاعدة . والثانية هي تلك المرحلة او الفترة التي جُذ فيها تلك البيئة الاجتماعية تخضع او لا تخضع لتلك القاعدة . فإذا كانت البيئة لا تخضع ففي هذه الحالة يمكن القول بان تلك القاعدة القانونية لم تتقرر بصورة نهائية وانه يحتمل ان تضطر تلك السلطة الى سحب هذه القاعدة لكي تكفل السلام وتمنع النزاع الذي يقوم بينها وبين البيئة " وبالتالي ان امتنعت السلطة عن سحب تلك القاعدة ، فالمنطق يقضي ان يقوم - الشعب - صاحب السلطة الاصلية بذلك (49) .

تأسيساً على أن تعبيره عن ممارسة السلطة واقراره بمشروعية ذلك ينشأ قاعدة دستورية جديدة يجوز لها ان تعدل قاعدة مكتوبة كما وان اعتراضه واخاذه موقفاً سلبياً او ابدائه احتجاجاً دائماً ضد اعمال الهيئات الحاكمة يمثل موقفاً سلبياً يحول دون ان ينشأ التصرف الصادر من الهيئات الحاكمة قاعدة دستورية جديدة .

ثانياً : الاسانيد التي استندت عليها النظرية : القول بأن السلطة تعود الى الشعب أو أن الشعب مصدر السلطة لا يقتصر فقط على أن السلطة يجب أن تمارس من قبل من يمثل الشعب بشكل أو بآخر - أي وفقاً للإجراءات المرسومة في الدستور - بل يتضمن ايضاً - العودة الى الشعب في هذه الممارسة للسلطة . في حالة امتناع - من مثله - في ممارسة السلطة على نحو معين في مجال معين - كما في حالة امتناع السلطة المعينة بموجب الدستور عن تعديله - خلافاً لإرادة الشعب صاحب السلطة التأسيسية الاصلية . فتارة - والقول للدكتور منذر الشاوي - تأخذ السلطة المؤسسة الشكل الأول (تتبع في التعبير

عن ارادتها إجراءات معينة) وتارة أخرى تأخذ الشكل الثاني (تعبر عن نفسها من دون إجراءات) . فإذا كانت السلطة المؤسسة هي سلطة تقييم أو تغيير الدستور . فيجب أن نسلم أن عملها لا يتم فقط في إطار الإجراءات القانونية التي تنظم نشاطها . بل يمكن أن تتصرف وفقاً لهذه الإجراءات كما يمكن أن تتصرف خارج هذه الإجراءات (50) . وإلا ستفتقد طريقة ممارسة السلطة الى الشرعية . لأنها لا تكون متفقة ورأي الشعب عن هذه السلطة ومصدرها وطريقة ممارستها . وسوف يكون الحديث على أن الشعب هو مصدر السلطة وشرعيتها - حديث قول - ليس إلا . ولا يصح الاحتجاج في أن المساس بقواعد الدستور - أي تعديلها - لا يمكن أن يترك للصدفة بل يجب أن يكون منظم بحيث يتم من قبل هيئة معينة . تسلك طريقاً وإجراءات حين تعدل القواعد الدستورية (51) . او كما يذهب - هوريو - الى أن قوة الدستور إنما تتمثل في أن ما يقرره من مبادئ ونظم وحقوق لا يمكن تعديلها إلا بطريقة محددة وطبقاً للإجراءات الخاصة التي حددتها السلطة التأسيسية . دون أن يكون - للتعديل بطريق آخر - اية قيمة قانونية في خلق قواعد دستورية (52) . لأن الدستور هو التعبير المكتوب عن إرادة من يحكم - الشعب - فيما يتعلق بطريقة ممارسة السلطة . وفي العادة يمارس - الشعب - السلطة وفقاً للطريقة المثبتة في الدستور . لكن ليس هناك ما يمنع من أن يعبر - الشعب - عن إرادته في ممارسة السلطة بطريقة تختلف عن الطريقة المكتوبة في الدستور . فيكون بذلك قد أحل محل ارادته المكتوبة في الدستور - حول طريقة ممارسة السلطة - إرادته غير المكتوبة الناجمة عن طريقة معينة لممارسة السلطة . وبما أن الارادتين متساويتين . فالأولوية ستكون لإرادة - الشعب - الانية على إرادته السابقة . أي أن إرادة - الشعب - غير المكتوبة ستحل محل إرادته المكتوبة في الدستور أو تضاف إليها . واعتياد الشعب على ممارسة السلطة بشكل لم يتوقعه الدستور من شأنه أن يضيف قاعدة - أو قواعد - جديدة الى الدستور أو يعدل بعض نصوصه في كلها أو في جزئها . وفي كلتا الحالتين فأن نصوصاً جديدة قد أضيفت الى الدستور دون اتباع الإجراءات التي نص عليها الدستور لهذا الغرض . وبما أن تعديل الدستور قد نتج عن تعارف الشعب على ممارسة السلطة بشكل لم يتوقعه الدستور أو يخالف بعض نصوصه . وحيث أن هذا التعديل قد أضاف قواعد جديدة غير مكتوبة الى الدستور فنحن حينذاك سنكون امام تعديل للدستور - من قبل الشعب - بغير الطريق المرسوم فيه (53) . ومن امثلة ذلك ان تعلق مسألة اقتراح اعادة النظر بأحكام الدستور على سلطة من سلطاته أو أن لا يجوز تعديله أو يحظر إجراء أي تعديل على مواد الدستور الذي من شأنه أن ينتقص من صلاحيات الأقليم التي لا تكون داخلية ضمن الاختصاصات الحصرية إلا بموافقة السلطة التشريعية في الإقليم المعني . وموافقة أغلبية سكانه باستفتاء عام . كما نصت على ذلك المادة (126) من دستور جمهورية العراق 2005 (54) .

بالرغم من ذلك تمتنع الهيئة المؤسسة - المعينة بموجب الدستور - عن اعادة النظر بأحكامه بمقابل ذلك يعبر الشعب مصدر السلطة الاصلية عن ارادته في ممارسة السلطة بطريقة مختلفة عن الطريقة المكتوبة في الدستور . ليعلن بإرادته - مثلاً - عن الغاء هيئة من الهيئات أو اعادة النظر بعدد الاعضاء المكونين لهيئة أخرى أو الغاء الامتيازات المقررة

لهم بمقابل امتثال سلطات الدولة الاخرى او بالأقل عدم معارضتها . فأن ذلك سينشأ قاعدة دستورية شعبية بإلغاء تلك الهيئات او امتيازاتها او حقوقها او اعادة النظر في عدد الاعضاء المكونين لها باعتبار ان عدم معارضة الهيئات يعد دليلاً على وجود عنصر الرضا او القبول وبالتالي يقوم في ذهن الشعب والسلطات العامة ان القاعدة واجبة الاحترام وان لها جزاء .

اما قول - أحد الفقهاء - بأنه لا يصح أن توجد سلطة تأسيسية إلا تلك التي أنشأها الدستور - الجامد - نفسه (وهي السلطة التي ينيط بها الدستور مهمة تعديل الدستور) فكل تعديل - عرفي - للدستور هو في الواقع انتهاك لحرمة ذلك الدستور ؛ لحرمة تلك النصوص الدستورية التي تشترط اتباع طريقة واجراءات معينة لعمل ذلك التعديل . فتكرار ذلك الانتهاك لا يصح أن يصبح مبدأ قانونياً أو دستورياً جديداً (55) .

نرى فيه خروجاً على الاصل العام الذي يقر بأن الشعب هو مصدر السلطات في الدولة . وهذا يخوله في احيانا معينة - أن يعهد - بأكملها أو البعض منها الى السلطات المنشأة بموجب الدستور . ومن بينها السلطة المختصة بتعديل الدستور - بشروط خاصة - فإذا ما أخلت هذه السلطة بهذه الشروط . يستطيع الشعب استرداد هذه السلطة . لأنه يستحيل ديمومة دستور ما دون رضا الشعب وهذا هو الاقرب الى المنطق - باعتقادنا - لأنه يراع مصلحة الشعب الذي أوجد المشرع نفسه كما ويضمن مساهمة كل فرد من أفراد السلطة فتقوم بذلك - أي السلطة - على قبول الشعب ورضاه . وبالتالي سوف يكون الحديث على أن الشعب هو مصدر السلطة وشرعيتها - حديث قول وفعل - في أن واحد .

اما قول أحد اساتذة الفقه الدستوري بأن العرف - التعبير غير المدون عن الإرادة - لا يصح أن يكون في مرتبة الدستور . لأن السلطة التي تملك وحدها ادخال تعديلات على الدستور - الجامد - هي السلطة التأسيسية (56) أو بعبارة أخرى ان القواعد الدستورية المدونة ذات قيمة او قوة قانونية لا يمكن للإرادة الشعبية الانية غير المدونة ان تلغيها . في تقديرنا - اشار الى الحقيقة من أحد أوجهها - ولا محل للاحتجاج به فكما ان القاعدة الدستورية المدونة يمكن ان تعدلها قاعدة مدونة بمرتبها كذلك لإرادة الشعب الانية الصريحة ان تعدل نص مكتوب لأن الشعب هو صاحب السلطة التأسيسية الأصلية العليا . وهو يباشر هذه السلطة في الأصل عن طريق من يمثله في السلطة الفرعية المنشأة لتعديل الدستور . وأحياناً عن طريق إرادته الصريحة - في حالة امتناع تلك السلطة - فتطغى إرادته على إرادة مثليه بحيث تطبق القاعدة العامة والتي تقضي بأن القاعدة اللاحقة تنسخ القاعدة السابقة . باعتبار ان معارضة الشعب للقاعدة السابقة واعلانه عن رفضه لها في مقابل عدم معارضة السلطات الاخرى في الدولة كاف لإلغائها . حتى أن أحد الفقهاء جعل لهذه القاعدة مرتبة اعلى من الدستور عندما رأى أن هذه القاعدة نافذة جذورها في ضمير الجماعة الى ذلك الحد الذي يجب أن تعد معه أنها في مرتبة أعلى من جميع القواعد الاخرى . حتى من القواعد الدستورية المدونة الجامدة . ولكن هذا الرأي - كما يقول استاذ آخر - لا يعمل حساباً للواقع . فالواقع أنه حينما يوضع لبلد من البلاد دستور جامد فأن هذا الدستور تغدو له مرتبة أعلى من غيره . لأن ذلك البلد يرى أن ذلك التشريع الدستوري له

من الأهمية بحيث يجب أن يكون شأنه كذلك ، وعلى حد تعبير - أستاذ آخر - أن علو مرتبة التشريع الدستوري الجامد أما هي مظهر الرأي العادل لتلك الجماعة أو الهيئة التي رأت أن يكون لذلك التشريع الدستوري تلك المرتبة التي لا يجوز معها لغير المشرع الدستوري أن يمسها بتعديل أو إلغاء ، فلا يجوز للسلطات المؤسسة أن تضع قواعد مغايرة لتلك القواعد التي تضعها السلطة التأسيسية (57) . كذلك القول أن الشعب يأتي عملاً مخالف للدستور لا أساس له ، هو قول يرد عليه أن الشعب عندما يعلن عن إرادته يعتقد بمشروعية العمل من الناحية الدستورية أي أنه يعتقد أن له الحق في ذلك باعتباره مصدر السيادة في الدولة . وإذا كان في اعتقاد البعض بأن الإرادة الشعبية الآنية لا يصح أن تكون في مرتبة الدستور لأن السلطة التي تملك وحدها إدخال تعديلات على الدستور الجامد ولها مرتبة أو قيمة النصوص الدستورية هي السلطة التأسيسية . يعارض - ذلك القول - فكرة أن الاعلان الشعبي عن الإرادة بمثابة النص الدستوري المدون لأنه يمثل وسيلة للتعبير عن ضمير الشعب مصدر القانون في الدولة ومن ثم يكون له ما للقاعدة الدستورية من قوة ملزمة . أما قول - بعض الفقهاء- في أن إرادة صاحب السيادة - الشعب- لا شك قاصرة على أن تخلق قواعد قانونية تكون لها قيمة دستورية . لأن قوة الدستور تتمثل في أن المبادئ والنظم والحقوق التي يقرها لا يمكن تعديلها إلا بطريقة محددة ووفقاً لإجراءات خاصة ، وأنه مهما قيل في تأثير الإرادة على المشرع الدستوري حين يضع الدستور ، فإن ذلك ليس إلا محض تأثير سياسي . أما في المجال القانوني الفني فلا قيمة إلا للنصوص المدونة في الدستور . والتسليم بغير ذلك فيه إهدار للقوة القانونية للدستور نفسه . أو بعبارة أوضح أن إرادة الأمة الضمنية لا تستطيع أن تخلق نصوص جديدة . لأن الأمة صاحبة السيادة قد أعلنت إرادتها الصريحة في تجميد ما تتضمنه نصوص الدستور من نظم ومبادئ مهما طرأ على الحياة من تطور وتغيير ، لأنها تكون قد قدرت مدى تعلق هذه المبادئ بأمنها بل وبكيانها كله . فأرادت لها الجمود حتى تضمن لنفسها الأمن والسلام . فكيف مع هذا لإرادتها الضمنية أن تعدل وأن تلغي ما أعلنته إرادتها الصريحة . فالثابت في الفقه الدستوري أن الأمة حين تعلن دستورها المكتوب إنما تحدد نفسها به بحيث لا يصبح لها بعد ذلك أن تبأشر سيادتها إلا في نطاق الإطار القانوني الذي نظمه هذا الدستور . فإذا هي أرادت أن تسأبر بدستورها التطور ، فإن عليها أن تعلن إرادتها الصريحة لتعديل هذا الدستور وفقاً للإجراءات التي قررها . بدلاً من أن تعتمد على إرادة ضمنية افتراضية غامضة وغير محددة (58) . فإن هذا القول لا يزال ينقصه الدليل المقبول ، وما نستشهد به على ذلك نستعيره من الفقيه إيسمان الذي يرى أن السيادة الشعبية لا يمكن تقيدها بما يتضمنه الدستور . السيادة الشعبية يمكن تبريرها بفكرة ترجع إلى الذوق السليم . وهي أن السلطة العامة والحكومة التي تبأشرها لا يوجدان إلا لصالح الجميع أي لصالح الأفراد الذين يتكون منهم الشعب . وينتج حتماً من هذه البديهية المتفق عليها ، أن ما يكون لصالح الجميع لا بد عقلاً أن ينظم بواسطة الجميع أي بواسطة الإرادة العامة . وهذا حق لكل فرد في الجماعة . كما هو أحسن وسيلة عملية تكفل فعلاً الإدارة الحسنة للمصالح العامة . وعلى هذا يكون اسناد السيادة للشعب - في عنصرها الأساسي وهو تعديل الدستور - أمراً يقتضيه

المنطق كما تستلزمه الاعتبارات العملية التي ترمي الى توفير ادارة صالحة للحكم ، وهو ما اكده الفقيه ميرابو ايضا عندما اشار الى اهمية رضا الشعب على السلطة صاحبة السيادة في عبارته " أن الرأي العام هو سيد المشرعين والمستبد الذي لا يدانيه في السلطة المطلقة مستبد . يستخلص من ذلك ان الشعب هو القوة الحقيقية ذات المحل الاول داخل الدولة . وبكلمة أخرى الرأي العام هو القوة صاحبة السيادة الفعلية إذا كانت السيادة الشرعية تستقر في سلطة أخرى غير الشعب ، في مثل هذه الحالة نجد أن الرأي العام لا يمكنه أن يجعل السلطة صاحبة السيادة الشرعية تسير وفقاً لأغراضه إلا عن أحد طريقين : أما بواسطة الالتماس والرجاء وإما عن طريق الإجبار القهري بواسطة الثورة . هذا الحال الذي تكون فيه السيادة الفعلية في يد سلطة والسيادة الشرعية في يد سلطة أخرى هي حال ينعدم فيها الانسجام بين الدستور والواقع . ولكن إذا وضعنا السيادة الشرعية حيث توجد السيادة الفعلية أي إذا وضعناها في الشعب ، فإننا نعيد بهذا الانسجام بين الدستور والواقع . وعلى هذا فالسيادة الشعبية تستند الى فكرة منطقية وهي أنه إذا كانت السيادة يجب أن تكون لصالح الشعب فمن المعقول أن يكون الشعب هو المباشر لها حتى يضمن بنفسه رعاية مصالحه . كذلك إسناد السيادة للشعب يؤدي الى تحقيق الانسجام بين القانون والواقع مما يؤدي الى استتباب الامن الداخلي والسير بحياة الدولة سيراً هادئاً منتجاً (59) .

المبحث الثاني: اسس نظرية حق الشعب في تعديل الدستور: أن من قوام اية نظرية في مجال القانون ان تستند فيما تفترضه له ، وأن تكون نتاج الظروف السائدة في مجتمعه . وأن تقدم حلولاً له في فترة ما ، من ذلك لا بد ان تستند الى اسس من القانون والواقع .

المطلب الأول: الاساس القانوني: أن التاريخ الدستوري قد أثبت أن تدوين الدستور لا يقوم وحده سبباً لاحترامه وتأكيد نفاذه . لأن الدستور إن لم يستقر في ضمير الناس وأن لم يحمه الرأي العام ، فلا يعنيه بعد ذلك أن يكون عرفياً أو مدوناً . وكذلك فإن ربط الدستور بالنصوص المكتوبة قد يؤدي الى عدة نتائج غير مقبولة وعلى قمة هذه النتائج يمكن أن نشير الى عدم المطابقة - في كثير من احكامه - بين الواقع وبين ما تحتويه نصوصه المكتوبة (60). بناء عليه فإن كل فكرة في مجال القانون حتى تتسم بالشرعية ، لا بد أن تستمد مصدرها اما من فكرة القانون السائدة في الدولة ، واما من تلك التي تقرها نصوص الدستور .

الفرع الاول: تطابق النظرية مع فكرة القانون السائدة في الدولة: يؤسس الدستور فكرة القانون السائدة في الدولة ويحدد الفلسفة السياسية والاجتماعية للنظام . أي أن الدستور - نظراً الى ما له من صفة السمو - يكون الاطار القانوني العام لجميع أوجه النشاط القانوني في الدولة . بحيث يبطل كل فكرة لا تتماشى مع الاهداف والاتجاهات التي حددها الدستور أو تخرج عن الاهداف التي بينها (61). وبالمبحث عن تلك الاهداف والاتجاهات في دستور جمهورية العراق 2005 ، نجد ان فكرتنا في نظرية حق الشعب في تعديل الدستور تشابهها وتتفق مع مبادئها .

بحيث أن شكل نظام الحكم في الدولة يتحدد: في من هو الذي يحكم في الدولة بتعبير آخر من هو صاحب السيادة ومصدر السلطة . كما و يتحدد بأسلوب اختيار الأشخاص الذين يمارسون هذه السلطة . وبالشكل الذي تمارس فيه . من ذلك فأن البحث في فلسفة من يحكم في دستور جمهورية العراق 2005 يهدف الى تحديد شكل من يحكم من حيث مصدر السلطة و من يمارس السلطة و كيفية ممارسة السلطة في الدولة . ومن ثم يمكن أن نبحت في من الذي يحكم وفق احكام دستور جمهورية العراق 2005 في نواح ثلاث :

اولا : من ناحية مصدر السلطة في الدولة . قد يكون صاحب السلطة ومصدر السيادة في الدولة فردا مطلقا . فتكون الحكومة ملكية مطلقة إذا كان صاحب السلطة ملكا . وتكون حكومة دكتاتورية إذا كان رأس الدولة فردا لم يكتسب السلطة عن طريق الوراثة . ولكن عنوة . وقد تكون السلطة في يد عدد محدود من الافراد . وعندئذ تسمى حكومة الاقلية . وقد يكون الشعب هو صاحب السلطة ومصدر السيادة فتسمى الحكومة ديمقراطية (62) . وقد أخذ دستور جمهورية العراق 2005 بالشكل الديمقراطي لنظام الحكم إذ حدده في ديباجة الدستور (نظام ديمقراطي تعددي) . وقرره في المادة (1) (نظام .. ديمقراطي) وأكدته في المادة (5) بنصه على ان الشعب مصدر السلطات وشرعيتها يمارسها بالاقتراع السري العام وعبر مؤسساته الدستورية . وحرص على بناء الشكل الديمقراطي لنظام الحكم على مبادئ لا تجوز لفرد أو لفئة محددة احتكار السلطة لفترات زمنية طويلة . حتى ولو تذرعو بإرادة الشعب أو رغبته أو رضائه وهي امور لا يمكن الجزم بها أو التعرف بها على وجه اليقين . علاوة على تنافرها الواضح مع سمة العصر الحديث في التطور والتجديد وميل الشعوب الى التغيير لمزيد من الاصلاح والتنمية والرخاء (63) . عندما نص في المادة (6) على أن يتم تداول السلطة سلمياً عبر الوسائل الديمقراطية المنصوص عليها في هذا الدستور . بعد ذلك قرر في المادة (20) للمواطنين رجالا ونساء حق المشاركة في الشؤون العامة والتمتع بالحقوق السياسية بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشيح على ان لا يكون تقييد ممارسة أي من هذه الحقوق وفق المادة (46) من هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه على ألا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر هذه الحقوق . فأقام بذلك الديمقراطية في جوهرها على الانتخاب لإيجاد مجلس يمارس الحكم نيابة عنه في المادة (49) يتكون من عدد من الاعضاء بنسبة مقعد واحد لكل مائة الف نسمة يتم انتخابهم بطريق الاقتراع العام السري المباشر ويرعى تمثيل سائر المكونات . على ان تكون نيابة المجلس عن الشعب موقوته بمدة معينة إذ أن ذلك يجد سنده وتبريره في تعبير المجلس عن رغبات الشعب وتطلعاته (64) الامر الذي يستتبع الرجوع الى الشعب من وقت لآخر لتجديد انتخاب اعضائه من عدمه حتى يبقى ممثلاً للشعب تمثيلاً حقيقياً ومعبراً عن طموحاته وتطلعاته (65) . إذ أن تأقيت مدة نيابة المجلس تحقق رقابة الرأي العام على اعضائه . بمعنى ان ذلك التجديد يُمْكِن الناخبين من عدم تجديد انتخاب الاعضاء الذين ثبتت عدم صلاحيتهم للقيام بمهمتهم (66) كما وتضمن كفالة استقلال اعضائه واتاحة الفرصة لهم ليتمكنوا من ممارسة صلاحياتهم واختصاصاتهم بمنأى عن تأثير

هيئة الناخبين وضغوطاتها خلال هذه المدة . وهذا ما نظمته دستور جمهورية العراق 2005 في المادة (56) الفقرة (أولاً) و الفقرة (ثانياً) بالنص تكون مدة الدورة الانتخابية لمجلس النواب أربع سنوات تقويمية. تبدأ بأول جلسة له. وتنتهي بنهاية السنة الرابعة. على أن يجري انتخاب مجلس النواب الجديد قبل خمسة وأربعين يوماً من تاريخ انتهاء الدورة الانتخابية السابقة. بعد ذلك جاءت المادة (57) من الدستور لتوضح أن لمجلس النواب دورة انعقاد سنوية بفصلين تشريعيين أمدهما ثمانية أشهر. يحدد النظام الداخلي كيفية انعقادهما. ولا ينتهي فصل الانعقاد الذي تعرض فيه الموازنة العامة إلا بعد الموافقة عليها. ثانياً : من ناحية طريقة اختيار الأشخاص الذين يمارسون السلطة في الدولة . قد يتخذ الحكم الديمقراطي صورة النظام الملكي الدستوري حيث يكون رئيس الدولة الاعلى ملكا يتولى الحكم عن طريق الوراثة . وقد يأخذ الشكل الجمهوري حينما يكون رئيس الدولة شخصا منتخبا من الشعب صاحب السيادة لمدة محدودة . فيتعين بذلك شكل الحكومة من حيث الرئيس الاعلى بالجمهوري نسبة الى انتخاب رئيس الدولة من الشعب صاحب السيادة لمدة محددة . إذ أن ذلك هو جوهر الحكومة الجمهورية وبدونه لا تكون سوى مجرد مسألة صورية او مجازية (67) .

باعتبار أن الانتخاب هو الضامن لتأمين المصلحة العامة والحقوق الفردية ضد خطر الفتوية . كما في الوقت نفسه مثل وجوده الحفاظ على روح الحكم الشعبي وشكله. إذ هو يسعى الى تهذيب وتوسيع آراء الشعب بتمريرها عبر الوسط الذي توفره هيئة مختارة من المواطنين يمكن لحكمتهم أن تكون خير من يدرك المصلحة الحقيقية لبلدهم . أذ بعد التهم يمكن أن يستبعدوا الى الحدود القصوى احتمال التضحية بها لصالح اعتبارات عابرة أو جزئية (68) . فتأسس بذلك الحكومة الجمهورية على أن تكون السيادة والسلطة بيد المواطنين المتساويين امام القانون . او بعبارة اخرى هي تلك الحكومة التي يكون للشعب صاحب السيادة حرية اختيار الرئيس الاعلى للدولة علاوة على مثليه في البرلمان (69) .

وقد اخذ دستور جمهورية العراق 2005 بالشكل الجمهوري للحكومة في وصفه بالديباجة بالنظام الجمهوري الاتحادي الديمقراطي التعددي . وفي تعريفه للدولة في المادة (1) بجمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة . بالإضافة الى تقريره في المادة (69) رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة ورمز وحدة الوطن. يمثل سيادة البلاد. ويسهر على ضمان الالتزام بالدستور. والمحافظة على استقلال العراق. وسيادته. ووحدته. وسلامة أراضيه. وفقاً لأحكام الدستور. وبالنظر لاختلاف الدساتير في طريقة اختيار رئيس الجمهورية فبعضها يجعل انتخابه بواسطة الشعب مباشرة أو على درجات وبعضها يجعل انتخاب رئيس الجمهورية في يد البرلمان أي كأنه يجعل الانتخاب بواسطة الشعب ايضا ولكن عن طريق البرلمان . وبعضها أخذ بحل وسط فكان انتخاب رئيس الجمهورية شركة بين اعضاء البرلمان ومندوبين عن الشعب . فأن دستور جمهورية العراق 2005 اخذ بالمنهج القائم على أن يكون انتخاب رئيس الجمهورية من السلطة التشريعية الاتحادية متمثلة بمجلس النواب.

إذ نص في المادة (70) أولاً:- ينتخب مجلس النواب من بين المرشحين رئيساً للجمهورية. بأغلبية ثلثي عدد أعضائه. ثانياً:- إذا لم يحصل أي من المرشحين على الأغلبية المطلوبة. يتم التنافس بين المرشحين الحاصلين على أعلى الأصوات. ويعلن رئيساً من يحصل على أكثرية الأصوات في الاقتراع الثاني.

ثالثاً: من ناحية الشكل الذي تمارس فيه السلطة في الدولة. بعد أن أخذ دستور جمهورية العراق 2005 بالشكل الديمقراطي الذي يقوم على مبدأ السيادة الشعبية وأن الشعب هو صاحب السلطة. ولكن ليس كل حكم ديمقراطي يجعل الشعب يمارس السلطة بنفسه. فالديمقراطية قد تجعل ممارسة السلطة للشعب يباشرها بنفسه دون وسيط وهذه هي الديمقراطية المباشرة. وقد يباشر السيادة نواب عن الشعب. أي أن الشعب لا يمارس السيادة مباشرة بنفسه. ولكنه ينتخب نوابا عنه يمارسون السلطة باسمه ولحسابه وهذه هي الديمقراطية النيابية غير المباشرة. وأخيراً قد يأخذ المبدأ الديمقراطي مجرى وسط. فيجعل ممارسة السيادة لنواب عن الشعب كما في النظام غير المباشر مع الاحتفاظ للشعب ببعض الأمور الهامة يتولاها بنفسه مباشرة وهو نظام الديمقراطية شبه المباشرة. وبالرجوع إلى أحكام دستور جمهورية العراق 2005 نجد أنه قد قام على أساس النظام الديمقراطي شبه المباشرة عندما قرر للشعب الحق في أن ينتخب نوابا عنه يمارسون السلطة باسمه ولحسابه مع الاحتفاظ بحقه في مباشرة السلطة بنفسه في بعض المسائل. كما في المادة (119/ ثانياً) إذ خوله تقديم طلب من عشر الناخبين في كل محافظة من المحافظات التي تروم تكوين اقليم. بالإضافة إلى أنه أقر للشعب في المادة (126/ ثالثاً / رابعاً) بالحق بالموافقة على تعديل الدستور بالاستفتاء العام. ليس ذلك فقط بل اشترط في المادة (142) حتى يكون الاستفتاء ناجحاً أن يوافق عليه أغلبية المصوتين وإذا لم يرفضه ثلثا المصوتين في ثلاث محافظات أو أكثر. بعد أن كان قبل ذلك قد أقر في المادة (140) بالمسؤولية الملقاة على السلطة التنفيذية في أن تنجز كاملة التطبيع. الاحصاء. وتنتهي باستفتاء في كركوك والمناطق الأخرى المتنازع عليها لتحديد أرادة مواطنيها. وبذلك يكون دستور جمهورية العراق 2005 قد أخذ بالاستفتاء الشعبي الذي يعد من تطبيقات الديمقراطية شبه المباشرة. وبالتالي يكون ذلك الدستور قد قام على أساس النظام الديمقراطي شبه المباشر. الذي يحول الاحتفاظ للشعب ببعض الأمور الهامة يتولاها بنفسه مباشرة.

الفرع الثاني: تطابق النظرية مع نصوص الدستور في الدولة: القول بأن دولة من الدول هي ديمقراطية وأن نظام الحكم يقوم على أن الشعب هو مصدر السلطات. يعني أن كل شيء يتم في الدولة لا بد أن يكون بواسطة الشعب أو على الأقل برضائه. ومن ثم تكون الكلمة العليا في الدولة هي للشعب (70). وقد تقرر ذلك في المادة (5) من دستور جمهورية العراق 2005 بالنص على أن " السيادة للقانون، والشعب مصدر السلطات وشرعيتها، يمارسها بالاقتراع السري العام المباشر وعبر مؤسساته الدستورية ".

هذا يعني ان صاحب السلطة في الدولة هو الشعب وهو وحده صاحب الحق في وضع الدستور او في تعديله إذ هو وحده السلطة التأسيسية الاصلية وبقاى سلطات الدولة هي سلطات منشأة مؤسسة فرعية . وليس أدل على ذلك من أن قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 قد نظم طريقة وضع دستور جمهورية العراق 2005 . بأسلوب يخلص منه ان الشعب عملا يمارس سلطة وضع الدستور بنفسه وأن أوكل الجمعية الوطنية في كتابته ، عندما اوجب على الجمعية الوطنية كتابة مسودته بالنص في المادة (60) منه "على الجمعية الوطنية كتابة مسودة الدستور الدائم للعراق. وستقوم هذه الجمعية بأداء هذه المسؤولية بطرق منها تشجيع المناقشات بشأن الدستور بواسطة اجتماعات عامة علنية ودورية في كل أنحاء العراق وعبر وسائل الإعلام. واستلام المقترحات من مواطني العراق أثناء قيامها بعملية كتابة الدستور". وبذلك نسلم بأن هذه المادة تتضمن الإشارة الى ضرورة اشراك الشعب في إدارة شؤون البلاد فعليا ، وبذلك يكون الدستور قد قصد بأن تتحقق سيادة الشعب فعلا لا حكما ، عندما أوجب على الجمعية أداء هذه المسؤولية بطرق منها تشجيع المناقشات بشأن الدستور بواسطة اجتماعات عامة علنية ودورية في كل أنحاء العراق وعبر وسائل الإعلام. واستلام المقترحات من مواطني العراق أثناء قيامها بعملية كتابة الدستور ، وهذا الاشتراط يوجب الاتصال بالشعب والسماع لهم وملاحظة ما يحول بخاطرهم والاختذ بأرائهم حول الدستور باعتباره القانون الاعلى الذي يمس مصالح الشعب مجموعه ، وبالتالي يستلهم من يكتب الدستور سياسته منهم فيسير وفقا لها عند كتابته لنصوص الدستور . ثم بين بعد ذلك في المادة (61) منه اجراءات وضع الدستور بالنص ":(أ) على الجمعية الوطنية كتابة المسودة للدستور الدائم في موعد أقصاه 15 آب 2005. (ب) تعرض مسودة الدستور الدائم على الشعب العراقي للموافقة عليها باستفتاء عام. وفي الفترة التي تسبق إجراء الاستفتاء تنشر مسودة الدستور وتوزع بصورة واسعة لتشجيع إجراء نقاش عام بين أبناء الشعب بشأنها.(ج) يكون الاستفتاء العام ناجحا ، ومسودة الدستور مصادقا عليها. عند موافقة أكثرية الناخبين في العراق. وإذا لم يرفضها ثلثا الناخبين في ثلاث محافظات أو أكثر.(د) عند الموافقة على الدستور الدائم بالاستفتاء. تجري الانتخابات لحكومة دائمة في موعد أقصاه 15 كانون الأول 2005. وتتولى الحكومة الجديدة مهامها في موعد أقصاه 31 كانون الأول. (هـ) إذا رفض الاستفتاء مسودة الدستور الدائم. حلّ الجمعية الوطنية. وتجري الانتخابات لجمعية وطنية جديدة في موعد أقصاه 15 كانون الأول 2005. إن الجمعية الوطنية والحكومة العراقية الانتقالية الجديدتين ستتوليان عندئذ مهامهما في موعد أقصاه 31 كانون الأول 2005. وستستمران في العمل وفقا لهذا القانون. إلا أن المواعيد النهائية لصياغة المسودة الجديدة قد تتغير من أجل وضع دستور دائم لمدة لا تتجاوز سنة واحدة. وسيعهد للجمعية الوطنية الجديدة كتابة مسودة لدستور دائم آخر.(و) عند الضرورة. يجوز لرئيس الجمعية الوطنية وموافقتها بأغلبية أصوات الأعضاء أن يؤكد لمجلس الرئاسة. في مدة أقصاها 1/1 آب/2005. أن هنالك حاجة لوقت إضافي لإكمال كتابة مسودة الدستور. ويقوم مجلس الرئاسة عندئذ بتحديد المدة لكتابة مسودة الدستور لسته أشهر فقط. ولا يجوز تمديد هذه

المدة مرة أخرى. (ز) إذا لم تستكمل الجمعية الوطنية كتابة مسودة الدستور الدائم بحلول الخامس عشر من شهر آب 2005، ولم تطلب تمديد المدة المذكورة في المادة (61-د) أعلاه، عندئذ يطبق نص المادة (61-ج) أعلاه. واستنادا الى نص المادة (61) بفقراتها المشار لها اعلاه شكلت الجمعية الوطنية لجنة تتألف من خمسة وخمسين عضوا من بين اعضائها لكتابة مسودة الدستور ثم اضيف الى تلك اللجنة خمسة عشر عضوا من خارج الجمعية الوطنية، ولم تستطيع الجمعية الوطنية اكمال مسودة الدستور خلال الفترة المحددة بما دعى مجلس الرئاسة الى تعديل قانون ادارة الدولة بموجب القانون رقم 6 لسنة 2005، من اجل تمديد المدة الممنوحة للجمعية الوطنية لاستكمال كتابة مشروع الدستور إذ نصت المادة (2) من القانون تستبدل عبارة (15/آب/2005) أينما وردت بعبارة (22/آب/2005). وكان على الجمعية ان تلجأ الى رخصة التمديد التي منحها لها قانون ادارة الدولة. بعد ذلك انتهت الجمعية من كتابة مسودة الدستور وحدد يوم السبت الموافق 15/ تشرين الثاني 2005/ موعدا لاجراء الاستفتاء وذلك بموجب قانون الاستفتاء رقم 12 لسنة 2005، إذ اشار في المادة (5) منه الى ان تتولى المفوضية العليا المستقلة للانتخابات في العراق تنفيذ عملية الاستفتاء ولها ان تصدر الانظمة اللازمة لذلك). ولقد اجري الاستفتاء في الموعد المحدد وبعد مضي 10 ايام اعلنت المفوضية موافقة الشعب على مسودة الدستور". كما ونرى بان دستور جمهورية العراق 2005 عندما نص على ان الشعب مصدر السلطات وشرعيتها. يارسها بالاقتراع السري العام المباشر وعبر مؤسساته الدستورية. لم يقصد به - باعتقادنا - تقرير السلطة للمؤسسات الدستورية فحسب مستقلة عن الافراد الذين اسهموا في تكوينها. بل لمجموع افراد الشعب، فالشعب مصدر السلطات معناه سيادة الشعب أو مجموع افراد الشعب. وبذلك فان القول بأن تعديل احكام الدستور لا ينتج أثره إلا إذا اقر من هيأته المؤسسة وفق للإجراءات المحددة في المادة (126، 142) من دستور جمهورية العراق 2005 هو قول لا يتفق في مطلقه مع مبدأ سيادة الشعب بوصفه مصدرا للسلطات الذي قرره المادة (5) اعلاه. إذ أن الشعب عندما يقرر أن يخول السلطة المؤسسة في ممارسة السلطة التأسيسية بالنيابة عنه لا يعني ذلك التنازل عن تلك السلطة إذ أن الأخير هو صاحب السلطة ومالكها الشرعي ويبقى حقه في ممارستها قائما أن اخلت السلطة الأخيرة بواجباتها. ولا حجة في ان الشعب قد حدد الكيفية التي يمارس بها هذه السيادة وبين الاجراءات التي تتبع في كتابة الدستور ولا يجوز بالتبعية ان يتم تعديل الدستور بغير هذه الاجراءات لان امتناع الهيئة المؤسسة - السلطة المختصة بالتعديل بموجب الدستور - عن القيام بواجباتها المنصوص عليه في الدستور واستمرار هذا الامتناع زمنا طويلا يعني عدم امتثالها إلى الاحكام التي نص عليها الدستور. لأن هذا العمل سيفصل النصوص الدستورية عن أهدافها ووظائفها كما وينحرف عن إشباع مصلحة عامة لها اعتبارها. فيلحق بذلك ضررا جسيما بمصالح الافراد وحاجياتهم ورفاهيتهم واستقرارهم وعيشهم الكريم. فيعبر نتيجة لذلك الشعب مصدر السلطة الاصلية عن ارادته الانية في ممارسة السلطة بطريقة مختلفة عن الطريقة المدونة في الدستور تعبيرا ينتج عنه قواعد دستورية غير مدونة.

المطلب الثاني: الاساس الواقعي للنظرية: نعتقد أن فكرة النظرية من الواقع بل هي متفقة معه تماماً . حتى انها هي الواقع نفسه . إذ أن الاتفاق لا يتحقق بين الدستور والواقع ألا إذا وضعنا السيادة الشرعية حيث توجد السيادة الفعلية أي إذا وضعناها في الشعب . اما الحال الذي تكون فيه السيادة الفعلية في يد سلطة والسيادة الشرعية في يد سلطة اخرى هو حال ينعدم فيه الاتفاق بين الدستور والواقع (71) . وبالتالي فأنا القول بأن تعديل الدستور هو أمر منوط بالسلطة التأسيسية الأصلية . تقرره في الدستور ذاته بأن تنشأ سلطة فرعية . تختص - دون غيرها - بتعديل الدستور - في اعتقادنا - قول لا يعمل حسابا للواقع . فالواقع أنه حينما يوضع لبلد من البلاد دستور فإنه يوضع حتى يطبق . وبالتالي ان توقفت بعض نصوصه فعليا عن التطبيق لتغيير البيئة او الظرف الذي شرعت حتى تطبق فيه نتيجة تغاضي السلطة الشرعية - المختصة بموجب الدستور - هنا لابد للسلطة الاصلية الفعلية - الشعب - من خلق قواعد دستورية جديدة - خارج النصوص المكتوبة - تستجيب لتلك الظروف . فتحل محل - النصوص المكتوبة - في اقرار تطابق جديد بين الدستور والواقع . وإلا تعين التسليم بالجمود المطلق الفعلي لأحكامه الدستور .

الفرع الأول: تطابق النظرية مع الواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي: الاساس في ذلك ان كل نظرية لابد ان توافق الواقع . وبالتالي فأنا الواقع أثبت انه مهما حاول واضعوا الدساتير تجميد دساتيرهم . فإنهم لن يفلحوا في منع استمرار تطور هذه الدساتير بل وفي وجوب هذا التطور حتى يتسع الإطار القانوني للنظام السياسي لكل ما يطرأ على الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية من تغير . طبقاً لقانون التطور المستمر في حياة المجتمع . ولهذا يؤكد جمهور الفقه الدستوري أن جمود الدساتير المطلق هو أمر مستحيل وغير معقول من الزاوية السياسية أو من الزاوية القانونية . فمن الزاوية السياسية أن قانون التطور الدائم في الافكار والنظم . يجعل من الجمود المطلق للدساتير أمراً منافياً لطبيعة الاشياء بل ومهدداً باضطرابات عنيفة في حياة المجتمعات . لأنه حين يتطور واقع الحياة ثم تجمد الدساتير على أن تلاحق هذا التطور وأن تتسع له وتلائمه . فسيرعباً ما ينفصل الدستور عن الواقع . وهو ما يعرض هذه الدساتير - وما يقوم على اساسها من نظم سياسية واجتماعية - للحركات الثورية العنيفة . ومن الزاوية القانونية يقضي مبدأ سيادة الأمة بنسبية جمود الدساتير . وذلك إذ يترتب على فكرة الجمود المطلق حرمان الأمة صاحبة السيادة من ممارسة سيادتها في تعديل دستورها وفي إلغائه كلياً قررت ذلك ضرورياً (72) . مما يكون من شأنه القول بأن ثمة ضرورة يقررها الواقع تلزم في حال ترك الدساتير على شيء من المرونة بحيث يمكن تعديلها من السلطة التأسيسية الاصلية - الشعب - إذ عجزت نصوصها المدونة عن التعبير الصادق عن ارادة مصدر السلطة وصاحب السيادة وامتناع الهيئات المؤسسة عن اعادة النظر وفق تطلعات وامال الشعب مما يحول قدر الامكان عن اندلاع الثورات . فيعبر - مثلاً - الشعب عن ارادته بإلغاء هيئة من الهيئات الدستورية أو الغاء امتياز او حق من الحقوق المقررة لها او انقاص عدد الاعضاء المكونين لها . فأنا ذلك التعبير من شأنه ان يخلق حالة تتغاضى معها السلطات العامة في الدولة عن تطبيق النص الدستوري المنظم للوضع السابق أي لا تستعمله - تهمل

تطبيقه - خلافاً لما مدون فيه ، في مقابل امتثال سلطات الدولة الاخرى او بالأقل عدم معارضتها . فتنشأ- بناء على ذلك - قاعدة دستورية مصدرها الشعب بإلغاء تلك الهيئات او امتيازاتها او حقوقها او عدد اعضاء باعتبار ان عدم معارضة الهيئات يعد دليلاً على وجود عنصر الرضا او القبول وبالتالي يقوم في ذهن الشعب والسلطات العامة ان القاعدة واجبة الاحترام وان لها جزءاً . هذا يعني ان التعبير عن ارادة الشعب حتى ينتج عنه قواعد دستورية واقعية غير مدونة تنسخ القواعد المدونة لابد من أن يتحقق معه . امتناع الهيئة المؤسسة - الهيئة المعينة بموجب الدستور - عن اعادة النظر بأحكام الدستور، نتيجة عدم انعقاد الارادة وجمود ما تقرر من احكام موجبة لإعادة النظر، فتتجرد تلك النصوص عن محتواها ، وتتدخل عن تحقيق المصلحة التي تقررت من اجلها . ولاشك ان هذا الامر يناقض الدستور " لأنه لا يمكن أن تكون نصوصه - وتلك غاياتها- مجرد نصوص تصدر لقيم مثالية ترنو الاجيال اليها ، وإنما قواعد ملزمة لا يجوز تهميشها أو تجريدها من أثارها أو أيهائها من خلال تحوير مقاصدها أو الإخلال بمقتضياتها أو الاعراض عن مطالباتها " (73) . فيتدخل الشعب ليحمي بفعله الدستور من التغيير والتبديل عن طريق الثورة من ناحية ، كما وخلق - من ناحية أخرى - قواعد دستورية تسير ظروفه وتستشعر اماله والمه . باعتبار ان ارادة الشعب المعلنة هي مصدرا من مصادر القانون وحكمها حكم النص المكتوب . وبالتالي يكون لها ما له من التأثير والقوة ، إذا ثبت من ارادة الشعب انعدام المصلحة في تطبيق النص السابق . فضلاً عن قيام الشعب بالإعلان المباشر عن معارضة تلك النصوص ، وخلق نصوص جديدة تناقض في فكرتها ومحتواها الاحكام الواردة فيها . يقابله امتثال سلطات الدولة او بالأقل عدم معارضتها للإرادة الشعبية المنشئة للأحكام المعلن عنها ، إذ ان هذا التصرف يعد بمثابة الموافقة على تلك الاحكام . فيقوم في ذهن الشعب والسلطات العامة ان القاعدة واجبة الاحترام وان لها جزءاً ، لان المقصود بالسلطات العامة مجموع الافراد بالإضافة الى الهيئات الحاكمة في الدولة ، فهو لا يقصر الاعتقاد بالصفة الالزامية للقاعدة المتبعة على الهيئات الحاكمة وحدها ، وإنما يتطلب ضرورة سريان هذا الاعتقاد الى المجتمع والرأي العام ، ويكتفي بأن يكون دور المجتمع سلبياً يقف عند حد عدم الاعتراض على القاعدة الدستورية . بناء عليه فإن تعبير الشعب عن ممارسة السلطة واقراره بمشروعية في حال امتناع السلطة المعينة بموجب الدستور عن القيام بذلك ينشأ قاعدة دستورية جديدة يجوز لها ان تعدل قاعدة مكتوبة كما وان اعتراضه واتخاذ موقفه سلبياً او ابدائه احتجاجاً دائماً ضد اعمال الهيئات الحاكمة يمثل موقفاً سلبياً يحول دون ان ينشأ التصرف الصادر من الهيئات الحاكمة قاعدة دستورية جديدة .

الفرع الثاني: تطابق النظرية مع إرادة الشعب وتطلعاته: يجمع عدد من الفقهاء - ونؤيدهم - الى أن أقوى ضمانات- من الناحية العملية - تكفل للدستور احتراماً واستقراراً لا يجب البحث عنها طي نص من النصوص الدستورية ولا في أسلوب معين من أساليب إصداره ، إنما يجب البحث عنها في مبلغ ملائمة الدستور لظروف البيئة ، وفي قوة الرأي العام وفي مبلغ تمسك الأمة بمبادئ الدستور وفيما تبديه من الغيرة والبأس لحمايته بأساً يخشاه الحاكمون

(74) . وبياناً لذلك نجد الشعب في الدولة يودع الدستور كل حاجاته الأساسية للعيش في حياة حرة كريمة . تؤمن له الكرامة الانسانية والعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص والمساواة والضمان الاجتماعي والصحي والدخل المناسب والسكن اللائق : فإذا عجز الدستور ووهن عن تحقيق ذلك وجب فيه التعديل؛ فأن تأخرت سلطته أو تفاضت عن استعمال اختصاصها - والاكثري في احيان معينة - قد تمتنع عن تعديله بالرغم من اقرارها بضرورة ذلك ، فأن هذا الفعل يفصل النصوص الدستورية عن أهدافها ومنعها من تحقيق مصلحة عامة لها اعتبارها . من ذلك يقضي المنطق ان يقوم - الشعب - صاحب السلطة الاصلية بذلك . فيعبر عن ارادته الانية في ممارسة السلطة بطريقة مختلفة عن الطريقة المدونة في الدستور، فيحمي بفعله الدستور من التغيير والتبديل عن طريق الثورة من ناحية . كما ويخلق - من ناحية أخرى - قواعد دستورية تسير ظروفه وتستشعر اماله والمه وتطلعاته . باعتبار ان ارادة الشعب المعلنة هي مصدرا من مصادر القانون وحكمها حكم النص المكتوب ، وبالتالي يكون لها ما له من التأثير والقوة . إذا ثبت من ارادة الشعب انعدام المصلحة في تطبيق النص السابق . من ذلك تتطابق هذه النظرية مع ارادة الشعب وتطلعاته لما تتأسس عليه في أقرارها بحق الشعب صاحب السلطة التأسيسية الاصلية في التعبير عن ارادته الانية في ممارسة السلطة بطريقة مختلفة عن الطريقة المدونة في الدستور . إذا ما امتنعت السلطة المؤسسة المختصة بإعادة النظر بأحكام الدستور عن استعمال هذا الحق زمنا طويلا . تأسيسياً على أن الشعب هو مصدر السلطات في الدولة . وهذا يخوله في احياناً معينة - أن يعهد - بأكملها أو البعض منها الى السلطات المنشأة بموجب الدستور ، ومن بينها السلطة المختصة بتعديل الدستور - بشروط خاصة - فإذا ما أخلت هذه السلطة بهذه الشروط . يستطيع الشعب استرداد هذه السلطة . لأنه يستحيل ديمومة دستور ما دون رضا الشعب . وهذا هو الاقرب الى المنطق - باعتقادنا - لأنه يراع مصلحة الشعب الذي أوجد المشرع نفسه كما ويضمن مساهمة كل فرد من أفراد السلطة فتقوم بذلك - أي السلطة - على قبول الشعب ورضاه ، وبالتالي سوف يكون الحديث على أن الشعب هو مصدر السلطة وشرعيتها - حديث قول وفعل - في أن واحد . وهذا الامر ينطبق تماماً مع المبدأ الديمقراطي ، وحجة ذلك انه يسمح للشعب نفسه - وهو صاحب السيادة ومستقرها - بالتدخل مباشرة في تعديل الدستور . فيترك له وحده مهمة تقدير المسائل والحكم عليها . وهذا يحقق الكثير فيما يتصل باستقرار النظام السياسي . كما ايضاً يسمح للكثيرين من المواطنين بأن يسهموا برأيهم في تكوين إرادة الشعب وفي تصريف بعض شؤون الحكم . وهو أخيراً . يعتبر من أهم الوسائل في دفع التطور اتفاقاً مع احتياجات الشعب ورغباته الحقيقية (75) . وبهذه الطريقة نصل الى اسمى صور سيادة الشعب واعلاها درجة فيأتي الدستور معبراً تماماً عن ارادة الشعب في الدولة وتطلعاته . لأنه ليس هناك دستور جيد أو رديٍّ جد ذاته أي مجرد عن الظروف التي يوجد بها . فكل دستور يمكن أن يكون جيداً إذا ما تكيف والشعب الذي يحكمه . بإرادة الشعب ومزاجه . تقاليه وتاريخه . ظروفه الاجتماعية والاقتصادية . استعداداه لقبول تلك القواعد

واحترامه لها أي ثقافته ونضجه السياسي . هذه العوامل هي التي تحدد نجاح أو فشل الدستور في التطبيق (76) .

المبحث الثالث: تطبيقات النظرية: تتأسس اية نظرية على محاولة إيجاد صيغة عامة تفسر ظاهرة من الظواهر . وإذا كان التحقق من صحتها في مجال العلوم الطبيعية يعتمد على التجارب ، فإنه في مجال العلوم الاجتماعية - القانونية - يكتفي واضعوها في تأكيد صحة رأيهم بالاعتماد على ضرب الأمثلة من الواقع (77) . ونحن إذا فحصنا عن قرب فكرة حق الشعب في تعديل الدستور لا نجد إلا ضرورة واقعية - مثال ضربه الواقع - جاءت نتيجة امتناع السلطة المنشأة - أي التي أوجدها الدستور نفسه - عن تعديل الدستور . خلافاً لما هو مقرر فيه ، الغاية منها خلق قواعد دستورية تسير ظروفه وتستشعر حاجاته الأساسية . وبالتالي هي ليست محض مجاز وافترض وإنما هي فكرة من الواقع بل هي متفقة معه تماماً ، حتى أنها هي الواقع نفسه ، وهو ما شعر به بعض من واضعي الدساتير في دول معينة ، وبأهمية الاقرار به وضرورته ، فجاءت نصوص تلك الدساتير لتعبر عن إحدى صورها ، فيما اعتقد الشعب في دول أخرى بمشروعيتها ، بالرغم من عدم اقرار الدساتير بها ، فبادر للإعلان عن ارادته بمقابل عدم معارضة المؤسسات الدستورية في الدولة فنشأت نتيجة لذلك قواعد دستورية جديدة - خارج النصوص المكتوبة - تحل محلها في اقرار تطابق جديد بين الدستور والواقع .

المطلب الأول: التطبيقات العامة: الشعب يبقى بحاجة الى تقرير الدستور لمعان تضمن دوام السير المنتظم لمؤسساته الدستورية و تطابق تطلعات المواطن وهمومه واماله في العيش الكريم . فتارة تنبأ الدساتير ذلك فتقرر في نصوصها صراحة ما يكفل ذلك ، وتارة أخرى يختلف الواقع عما تقرره الدساتير من احكام فلا تقوى على مجابهة التطورات في الدولة ، وحتى لا تكون موضعاً للعبث يتجلى حرص الشعب عنها بالإعلان عن ارادته فيتولد عن ذلك الاعلان قواعد دستورية جديدة اكثر ملائمة لأحواله .

الفرع الأول: التطبيقات العامة الشرعية: بالرغم من ان الاعتراف بأن السيادة للشعب أصبح واجباً متمسك به كثير من الدول على اختلاف اشكالها ، إذ هو اساس شرعية السلطة ومصدرها ، الا ان الواقع في - بعض - تلك الدول نجده بالعكس من ذلك ، عندئذ لا نرى الانسجام بين الدستور والواقع . اما اذا اتبعت الدول عكس ذلك بأن جعلت السيادة الشرعية تقوم حيث تقوم السيادة الفعلية ، فأنها تنتهي بذلك الى التوازن والانسجام . لأنها جعل الدستور متفقاً مع الواقع المسلم به ، فالاعتراف بمبدأ سيادة الشعب واحترامه وتنظيمه معناه منح الرأي العام مظهراً قوياً وقيمة قانونية وسلطة شرعية (78) . وقد حقق ذلك في دستور سويسرا لعام 1999 فبعد ان قرر في المادة (6) "بأن يتولى جميع الافراد المسؤولية عن أنفسهم ويساهمون وفقاً لقدراتهم في تحقيق مهام الدولة" . جاء بعد ذلك في المادة (192) ليحدد اشكال تعديل الدستور والطريقة التي يجب أن يجري فيها . بالنص في الفقرة (1) من المادة على انه "يجوز مراجعة الدستور الاتحادي كلياً أو جزئياً في أي وقت . (2) تجري بواسطة عملية تشريعية أي مراجعة للدستور الاتحادي ، مالم ينص الدستور الاتحادي والتشريع المستند عليه على خلاف ذلك" . ليقرر في المادة (193) الحق للشعب بالمشاركة

في التعديل الكلي للدستور - المراجعة الشاملة - بمنحه اختصاص تقديم مقترح بالنص في الفقرة (1) "المراجعة الكاملة للدستور الاتحادي يجوز أن يقترحها الشعب أو أن يقترحها أي مجلس من المجالس أو أن تملئها الجمعية الاتحادية . (2) إذا كانت المبادرة نابعة من الشعب أو إذا لم يكن باستطاعة كلتا الغرفتين الاتفاق . يبت الشعب فيما إذا كان ينبغي إجراء مراجعة كاملة . (3) إذا صوت الشعب على مطالبة بإجراء مراجعة كاملة . تجري انتخابات جديدة لكلتا الغرفتين" . بينما نظمت المادة (194) تعديل الدستور الجزئي - المراجعة الجزئية - حيث قررت في الفقرة (1) "المراجعة الجزئية للدستور الاتحادي يجوز أن يطلبها الشعب أو أن تملئها الجمعية الاتحادية . الفقرة (2) يجب أن تحترم المراجعة الجزئية مبدأ تماسك الموضوع . ويجب أن تنتهك أحكام القانون الدولي . الفقرة (3) يجب أيضاً أن تحترم المبادرة الشعبية لإجراء مراجعة جزئية مبدأ اتساق الشكل" . موضحاً في المادة (195) يبدأ نفاذ الدستور الاتحادي المراجع كلياً أو جزئياً عندما يوافق عليه الشعب وتوافق عليه الكانتونات . ومثل ذلك ما قرره أيضاً دستور إيطاليا لعام 1947 . إذ نص في المادة (138) "يعتمد كل مجلس من مجلسي البرلمان . بعد مناقشتين متتاليتين يفصل بينهما ما لا يقل عن ثلاثة أشهر القوانين المعدلة للدستور وللقوانين الدستورية . وتكون الموافقة على تلك القوانين المعدلة بأصوات أغلبية مطلقة من أعضاء كل مجلس في التصويت الثاني" . "وتطرح القوانين المذكورة في استفتاء شعبي عندما يكون طلب التعديل مقدماً . في غضون ثلاثة أشهر من نشرها . من قبل خمس أعضاء أحد المجالس أو مقدماً من خمسمائة ألف ناخب أو مقدماً من خمسة مجالس أقليمية . ولا يعلن القانون المطروح في الاستفتاء إذا لم توافق عليه أغلبية الأصوات الصحيحة . ولا يجري الاستفتاء إذا وافق على القانون في التصويت الثاني من قبل كل مجلس من المجالس بأصوات أغلبية ثلثي أعضائه" .

الفرع الثاني: التطبيقات العامة الفعلية :إن تحقيق ونجاح تطبيق الفكرة القانونية التي انصبت بنصوص الدستور وامتزجت بروحه لا يعتمد بالدرجة الأولى على تلك النصوص نفسها وإنما على الروح التي تطبق على ضوئها القواعد التي تضمنها الدستور وبصورة خاصة على حالة الشعب النفسية واستعداده لقبول تلك الفكرة القانونية . فهذان العاملان هما اللذان يحددان النتائج (79) . وبالتالي لا يجب أن يغرب عن بالنا أن خلف أي من هذان العاملان وهن الدستور وضعف عن مسايرة الواقع . فغدا لا تنتظم به السلطات ولا يطابق تطلعات المواطن وهمومه واماله في العيش الكريم . وفي هذه الحالة ينهض واجب السلطة المنشأة - السلطة المختصة بالتعديل - بتعديل أحكامه لمسايرة ما استجد من أوضاع . فأن امتنعت عن القيام بهذا الواجب المنصوص عليه في الدستور في إعادة النظر به بما يحقق ذلك . فأن ذلك يحكم على الدستور بفقدان تكامله العضوي . عندئذ الخيار يكون بإعلان الشعب مصدر السلطة عن ارادته بما يحقق ذلك فيكون بذلك كما لو انه أعاد كتابة الدستور الآن وفق ما يطلبه وما يلبي تطلعاته واماله . باعتبار ان تعبير الشعب عن ارادته في الشؤون المتصلة بنظام الحكم في الدولة بموافقة او على الأقل دون معارضة غيره من الهيئات الحكومية ذات الشأن يخلق قاعدة دستورية واقعية واجبة

الاحترام . وإذا كان سبق أن قيل ان هذا الرأي لا يزال ينقصه الدليل ، إذ لا يعرف بالضبط متى تكون الهيئات الحكومية قد وافقت الافراد وأقرتهم على تكرار خروجهم على الدستور المكتوب ، علماً بأن هذا السلوك من جانب الافراد قد لا يكون إلا مجرد محاولات عارضة ولمؤثرات وقتية لا تصل الى حد خلق قاعدة عرفية تخالف نصوص الدستور المكتوب. ما نراه على العكس من ذلك لان تعبير الشعب عن موقفه مستخدماً وسائل الاعلام فإن رأيه يتحول الى رأي عام وصريح لا بد على الهيئات الحكومية أن تعتمده في ادخال تغييرات على الدستور اذ لا يتصور منها تجاهله او العمل في اتجاه مخالفه . وإلا فقدت شرعيتها وسند وجودها ، كما انه لا يمكن التفكير في اعتبار تعبير الشعب عن ارادته مجرد محاولات عارضة ولمؤثرات وقتية لان من المتفق عليه عند مناقشة الافراد لمسألة معينة وتكوين وجهات نظر وفروض حولها ومناقشتها مناقشة جماعية ينتهي الامر الى وجهة نظر مشتركة يتم الاعلان عنها من الشعب . بالاستناد الى ان الشعب اذا ما خول جزء من السلطة الى مثلية في فترة محددة لا يمنعه من العودة لممارسة هذه السلطة في حال اذا ما امتنع مثليه عن ممارسة هذه السلطة باعتباره مصدر هذه السلطة وصاحبها الاصلي . وبذلك فإن التعبير الانني غير المكتوب عن الارادة بشأن يتصل بالحكم ينشأ قاعدة دستورية غير مكتوبة والاعتقاد بمشروعيتها لا يجب ان نقصره او نجده عند الهيئات الحكومية وانما يجب ان نقر بذلك العمل والاعتقاد به الى الشعب ، باعتباره هيئة ليس فقط على قدم المساواة مع هيئات الدولة الاخرى بل هي اصل كل هذه الهيئات ومصدرها . وهذا امر لا يمكن انكاره فكل الهيئات في الدولة يتوقف مصيرها عليها وبذلك تعلو على كل هذه الهيئات وبالتالي تستطيع ان تفرض ارادتها الانية غير المكتوبة عليها ؛ كما ان الواقع يقر بان تعبير الشعب عن ارادته ان حدث تطور في عقيدته في مواجهة القاعدة المكتوبة نتيجة عجزها عن الايفاء بما يطلبه يمثل قاعدة دستورية غير مكتوبة تنسخ القاعدة الدستورية المكتوبة ولتساويهما في القيمة ترجح الاولى دون ان يمثل ذلك خرقاً للدستور . باعتبار ان الشعب هو من اقام الدستور بحيث تعتبر قواعده تعبيراً عن ارادته لحظة كتابة الدستور ولعجز تلك القواعد نتيجة تغير الظروف عن تحقيق مصالحه جاز للشعب ان يخالف ارادته المكتوبة السابقة بالإعلان الانني عن الارادة الجديدة ان حرم من تعديل الارادة السابقة بداع القيود المكتوبة التي تحول دون ذلك .

المطلب الثاني: التطبيقات الخاصة: تحت ضغط الواقع ، تلجأ الهيئات في المجال التشريعي والتنفيذي والقضائي الى ان تعبر عن ارادة الدولة بطريقة تساعد على تكميل الدستور وتطويره وفقاً لمطالب الشعب وإرادته ، لمواجهة ما يطرأ من مشكلات بالحلول العادلة والمحققة لخير المجموع . وثبات هذه الهيئات على هذا المسلك يترجم الاعتقاد بضرورته ، أو على الأقل فائدته وملأئته في تحقيق الاتصال بين الدستور والمتطلبات الواقعية في الحياة العملية . فلتلتزم به تلك الهيئات كالأزام النصوص لها . وهذه حقيقة واقعية تسمح للنظام السياسي بالتطور دون صعوبات في حال عدم استعمال السلطة المنشأة لاختصاصها في تعديل الدستور بالرغم من حدوث ما يستوجب ذلك وتوفر الاعتبارات التي تبرر الالتجاء اليه ، حتى تتسق النصوص مع الواقع .

الفرع الأول: اسقاط حق من الحقوق المقررة في صلب الدستور: ان الدستور - في احيان معينة - قد لا يتسع للتطورات التي تحدث للجماعة في الدولة - الشعب والهيئات الحكومية - فيتولد في ضميرها القانوني - نتيجة ذلك - اتجاه معين يسعى لتغيير بعض ما هو قائم من نصوص الدستور . من ذلك يقوم الشعب بالإعلان عن ارادته الانية بالمخالفة لإرادة السلطة التأسيسية المكتوبة في الدستور فيمثل ذلك الاعلان نسخا للإرادة السابقة التي اعلنت عنها سابقا السلطة التأسيسية بصفتها مثلا عن الشعب في اقامة الدستور وبالتالي ترجح الارادة اللاحقة لصاحب السلطة الاصلية على الارادة السابقة للسلطة التأسيسية . وتأسيساً على ذلك فإذا كان العمل قد جرى - كما حدث بشأن عدم استعمال حق رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء في تسمية نواب لهم - على تعطيل بعض النصوص الدستورية والى إلغائها عملاً. نتيجة تعبير الشعب عن ارادته في هذا الشأن . فأن ذلك لم يؤدي في الواقع إلا الى خلق صعوبة عملية ترجع الى - اعلان الشعب عن ارادته - تحول دون استعمال هذا الحق . فيؤدي هذا الوضع الى خلق قواعد دستورية جديدة - خارج النصوص المكتوبة - تستجيب للواقع . فتحل محل - النصوص المكتوبة - في اقرار تطابق جديد بين الدستور والواقع . وهو - باعتقادنا - ذاته ما تحقق عندما اعلن الشعب عن ارادته . فاجتهدت ارادة مجلس الوزراء الى حزمة الإصلاح الاداري والمالي والاقتصادي والخدمي والتصويت بجلسته المنعقدة بتاريخ 9 / 8 / 2015 بالأجماع على عدة قرارات منها الغاء مناصب نواب رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء (80). بالرغم من ان نصوص دستور جمهورية العراق 2005 كانت تقرر ذلك في المادة (69/ ثانيا) منه "تنظم بقانون احكام اختيار نائب أو أكثر لرئيس الجمهورية " . وبالأستناد له شرع قانون نواب رئيس الجمهورية رقم (1) لسنة 2011 إذ نص في المادة (1) منه على ان " يختار رئيس الجمهورية عند تسلمه مهامه الدستورية نائبا أو أكثر على ان لا يزيد على ثلاثة ويعرض هذا الترشيح على مجلس النواب للمصادقة عليه " . وكذلك المادة (139) من الدستور بعد ان جاءت بالنص على ان " يكون لرئيس مجلس الوزراء نائبان في الدورة الانتخابية الاولى " . وبالتالي مثل اعلان الشعب عن ارادته الذي قابله عنصر الرضا او القبول من الهيئات الحكومية بإلغاء هذه المناصب بمثابة نص دستوري غير مدون جاء تعبيرا عن ضمير الشعب مصدر القانون في الدولة ومن ثم يكون له ما للقاعدة الدستورية من قوة ملزمة. وهو ما جرى عليه العمل من هجر لاستعمال حق رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء في تسمية نواب لها طوال مدة الفترة السابقة . الامر ذاته ممكن أن يتحقق عندما يعلن الشعب عن ارادته في تخفيض عدد اعضاء مجلس النواب بواقع نائب واحد لكل مائتين وخمسين ألف نسمة والغاء مجالس المحافظات وتقرير مجانية النيابة بدل الحقوق والامتيازات . بالرغم من ان نصوص الدستور قررت غير ذلك في المادة (49/ اول) " يتكون مجلس النواب من عدد من الأعضاء بنسبة مقعد واحد لكل مائة ألف نسمة من نفوس العراق يمثلون الشعب العراقي بأكمله. يتم انتخابهم بطريق الاقتراع العام السري المباشر. ويراعى تمثيل سائر مكونات الشعب فيه " . والمادة (63/ اول) " تحدد حقوق وامتيازات رئيس مجلس النواب ونائبيه وأعضاء المجلس. بقانون " . والمادة (82/ اول) " ينظم بقانون. رواتب ومخصصات رئيس وأعضاء مجلس الوزراء.

ومن هم بدرجتهم". والفصل الثاني من الباب الخامس من الباب الخامس من الدستور الخاص بالمحافظات التي لم تنتظم في إقليم إذ نص في المادة (122/ أولا) - "تتكون المحافظات من عدد من الأفضية والنواحي والقرى. ثانياً: - تمنح المحافظات التي لم تنتظم في إقليم الصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة، بما يمكنها من إدارة شؤونها على وفق مبدأ اللامركزية الإدارية، وينظم ذلك بقانون. ثالثاً: - يُعد المحافظ الذي ينتخبه مجلس المحافظة، الرئيس التنفيذي الأعلى في المحافظة، لممارسة صلاحياته المخول بها من قبل المجلس. رابعاً: - ينظم بقانون، انتخاب مجلس المحافظة وصلاحياتها".

الفرع الثاني: تحويل حياة ما سلطة جديدة لم يقرها لها الدستور أن الدستور مهما بلغ في العناية بصياغته، ومهما يبذل من جهد في اعداده، فلا يمكن عند التطبيق أن يكون شاملاً لجميع القواعد المتعلقة بنظام الحكم وسير السلطات العامة في الدولة، ولا بد أن ينكشف في العمل قصور الدستور عن استيعاب الحلول الملأمة لجميع المشاكل، وأن تظهر مشاكل جديدة لم تكن في ذهن واضعي الدستور، فالحياة الدستورية الواقعية تظهر ما في الدستور من ثغرات وتكشف عما يشوبه من عيوب، تلي على الهيئات الحاكمة ضرورة سد الثغرات واصلاح العيوب، وإيجاد الحلول الملأمة لما يتولد من مشاكل لم تكن متوقعة وقت وضع الدستور⁽⁸¹⁾. وبذلك تتأكد ضرورة تدخل الهيئة المنشأة - الهيئات الحكومية المعينة بموجب الدستور لتعديل احكامه - فأن لم تستعمل هذا الحق عندئذ - حتى لا تتوقف بعض نصوصه فعليا عن التطبيق لتغيير البيئة او الظرف الذي شرعت به - يصار الى إعلان الشعب مصدر السلطة عن ارادته في منح حياة سلطة جديدة لم يقرها لها الدستور - وكأن أمر منح تلك السلطة الجديدة ما يستطاع تقريره بناء على تفسير النصوص الدستورية أو في حالة الرقابة عليها، ومن الامثلة على ذلك قيام الشعب صاحب السلطة التأسيسية الاصلية في التعبير عن ارادته الانية في ممارسة السلطة بطريقة مختلفة عن الطريقة المدونة في الدستور، من شأنها الاقرار في توسيع دائرة مسؤولية اعضاء الهيئات العامة، بتقييد الاحكام الدستورية التي تؤمن لهم نظام قانوني مختلف عن النظام القانوني العادي الذي يطبق على عامة الناس فيما يخص علاقاتهم مع العدالة، فتستجيب الهيئة بقضائها لهذه التغييرات، لما في ذلك من اهمية في تحقيق الاستقرار الاجتماعي والسياسي والقانوني، فتعمل نظرها في مفاهيم تقدر علوها على الدستور، مستوحية منها ما تراه معيارا ملائما للفصل في المسائل الدستورية المطروحة عليها في ضوء توجهات المواطنين الى حد اعتبارها من التقاليد التي يصرون عليها لضمان انماط افضل من حياتهم⁽⁸²⁾، الامر الذي يشرح لها مراجعة قراراتها السابقة - في حال عرض عليها نزاع او طلب سبق لها النظر في موضوعه - للبحث في ما تضمنته من اجتهاد، وبالتالي بإمكانها تقديم حجج واجوبة جديدة عن اسئلة دستورية مسبقا اجابة عنها، من ذلك ما ذهبت له المحكمة في موضوع الحصانة النيابية إذ بعد أن ذهبت في قرارها بالرقم 134 / 2017 بعد ان طلب منها بيان فيما اذا كان يستوجب استحصال الموافقة برفع الحصانة عن عضو مجلس النواب في حال ارتكابه فعل يشكل

جنحة او مخالفة من عدمه "...فقررت اذا كان عضو مجلس متهماً بجرمة دون الجنايات عما ادلى به من أراء اثناء دورة الانعقاد المنصوص عليها في المادة (57) من الدستور فأن المبدأ العام الذي ورد في الفقرة (أ) من المادة (63/ثانياً) من الدستور يبقى مرعياً ولا يجوز معه مقاضاة عضو مجلس النواب ألا إذا رفعت عنه الحصانة . وذلك تقديرًا لما يقوم به من مهام تتعطل عند مقاضاته دون موافقة المجلس الذي له تقدير الحالة وانزال حكم الدستور عليها . " وهو ما قدمت له المحكمة – جواب جديد – في قرارها بالعدد 90 اتحادية /2019 الذي ذهبت فيه ...بلا حظ ان المشرع الدستوري وضع قيد على السلطة القضائية في اتخاذ الاجراءات الجنائية بحق عضو مجلس النواب في حالة واحدة فقط وهي " عدم جواز تنفيذ مذكرة القبض على عضو مجلس النواب إلا إذا كان متهماً بجرمة الجنائية (....أما اذا كان عضو مجلس النواب متهماً بجرمة من جرائم الجنح ...أو إذا كان متهماً بجرمة مخالفة ...فبالإمكان اتخاذ الاجراءات الجزائية بحقه بدون استحصال إذن مجلس النواب إذ لا حصانة لعضو مجلس النواب عنها ذلك أن عدم ذكر المشرع الدستوري لجرمتي الجنح والمخالفات ضمن النص أنف الذكر لا يعني عدم مساءلة عضو مجلس النواب في حالة ارتكابه أياً منهما لأن ذلك يخل بمبدأ المساواة الجنائية الذي هو مظهر من مظاهر المساواة امام القانون .."

الخاتمة

اولاً :النتائج

بخلاف الرأي السائد في أغلب الدساتير والراجع عند الاغلب من الفقهاء ، والقائم على أنه لا يمكن تعديل الدستور إلا بالطريقة التي ينص عليها الدستور نفسه ، وبالسلطة التي يعينها لذلك . نعتقد بأن الارادة الانية الصريحة للشعب صاحب السلطة الاصلية لحظة صدورها قادرة على انشاء قواعد دستورية غير مدونة تعدل القواعد الدستورية المدونة . في حال لم تستعمل السلطة المنشأة – السلطة التي اوجدها الدستور – اختصاصها في تعديل احكامه ، بالرغم من ان الواقع يظهر الحاجة الى التعديل . للأسباب الاتية :

١- أن فكرة الدستور – منذ بدأت – تعده عملاً خالصاً لصاحب السيادة وحده – وهي الارادة العامة – أي الشعب – وبالتالي هو الذي يضع الدستور فمن باب اولي هو من له الحق في أن يعدله بالإعلان عن طريقة جديدة لممارسة الحكم لوظيفة الحكم ، دون التقييد بأي شكل معين في حالة امتناع السلطة المعينة بموجب الدستور من تعديله .

٢- اذا كانت قوة القاعدة الدستورية تستمد من الارادة الصريحة للهيئة التأسيسية الاصلية لحظة كتابة الدستور ، فان القيمة القانونية للقاعدة الدستورية الناشئة عن الارادة الشعبية تستمد قوتها القانونية من كونها تمثل ارادة الشعب الان ، وبالتالي الارادة الانية اللاحقة تنسخ الارادة السابقة ، والقول بخلاف ذلك ، يعني انكار حق الشعب صاحب السلطة في السيادة والتي من اجل مظاهرها وضع الدستور .

٣- ان قبول الشعب بالقاعدة الجديدة وتعبيره الصريح فضلاً عن دفاعه عنها في مواجهة السلطات الاخرى في الدولة ، هو الذي ينشأ القاعدة الدستورية ، وبالتالي يتمثل

دوره بدور اللجنة التأسيسية لحظة كتابة الدستور ، والقول بخلاف ذلك يعني القبول بوجود قواعد دستورية لا تمثل الا قوالب قانونية صماء خالية من أي محتوى او مضمون .

٤- أن مضي المدة وتغير الظروف السائدة الآن عن لحظة تشريع بعض النصوص وامتناع السلطة المؤسسية - السلطة الفرعية التي أنشأها الدستور - عن تعديل هذه النصوص ، بالرغم من أن الواقع يظهر الحاجة الى التعديل ، نتج عنه ، أن أضحى الدستور لا يقوى على مجابهة التطورات السياسية في الدولة . هذا الوضع خلق وعي عام عند الشعب ادرك من خلاله بان بقاء بعض هذه النصوص - دون تعديل - يهدر مصلحة اساسية من مصالحه فعبّر عن ارادته ، بشكل مختلف عن تلك النصوص ، هذا التعبير قابله حالة من الرضا او القبول ولد قناعة في ذهن الشعب والسلطات العامة ان القاعدة واجبة الاحترام وان لها جزءا .

٥- ان التعبير الانى الصريح للإرادة الشعبية المنشأ للقاعدة الدستورية ، يحقق ضرورة اجتماعية ، اذ ان القاعدة التي تعبر بصدق عن مصالح الافراد والمهم والمهم هي اساس من اساس العدالة في الدولة .

٦- القول بخلاف ذلك يبعد طريقة ممارسة السلطة في الدولة عن الشرعية ، لأنها لا تكون متفقة ورأي الشعب عن هذه السلطة وطريقة ممارستها ، وسوف يكون الحديث على أن الشعب هو مصدر السلطة وشرعيتها - حديث قول - ليس إلا .
ثانيا : التوصية

١- الاقرار بالسيادة للشعب وحده . ومن مظاهرها حق الشعب في وضع الدستور والغائه وتعديله على انه حق ثابت دائم لا يمكن النزول عنه ، لان القول بخلاف ذلك ، يناقض الفكرة الديمقراطية التي تأسست على ان الشعب هو صاحب السلطة ومصدرها ، ويؤسس الى فكرة تأييد النصوص الدستورية ، وهذا سيفصل هذه النصوص عن أهدافها ووظائفها كما وينحرف عن إشباع مصلحة عامة لها اعتبارها ، فيلحق بذلك ضررا جسيما بمصالح الافراد وحاجياتهم ورفاهيتهم واستقرارهم وعيشهم الكريم .

٢- ان قبول سيادة الشعب والاجتهاد في استخدامها - الافضل - لإقامة أحسن النظم الممكنة . والتي يعتقد بعضهم أنها الخير كله ، ويعتقد البعض الآخر أنها الأقل ضرراً . من ذلك نقترح تقرير هذه الفكرة - بشكل أوضح وادق - في دستور جمهورية العراق 2005 ، بالتصريح في أن الشعب هو مصدر السيادة في الدولة . فهو الذي يتولى بنفسه خصائص هذه السيادة ، بدل من أن يكون بعيداً عن ممارسة السيادة الفعلية . وهذا يوجب ان يكون من بين النصوص المقترح تعديلها هو نص المادة (5) من دستور جمهورية العراق 2005 بالصياغة الاتية (السيادة للشعب وهو مصدر السلطات ، يمارسها بشكل مباشر بالاقتراح والاعتراض والاستفتاء أو عبر مثليه بالاقتراع العام السري ، وله الحق الثابت في اختيارهم واقتلهم) .

٣- ما دامت أن السيادة للشعب وهي لا تقبل النزول عنها فإن انتخاب مجلس النواب لا يصح ان يخضع لنظام النيابة القانونية ، بل يجب باستمرار تأكيد ارتباط عضو المجلس

بإرادة الناخبين في الدائرة الانتخابية . بحيث إذا خرج العضو عن حدود إرادة الناخبين فإنه لا يمثل إرادة ناخبه . ومن ثم فإنه يفقد سنده الشرعي في عضوية المجلس . ويجوز للناخبين عزله باسترداد السيادة منه وهذا يوجب ان يكون من بين النصوص المقترح تعديلها هو نص المادة (49 / الفقرة أولاً) من دستور جمهورية العراق 2005 بالصياغة الآتية (أولاً : أ :) يتكون مجلس النواب من عدد من الأعضاء بنسبة مقعد واحد لكل (250.000) نسمة من نفوس العراق . يتم انتخابهم بطريق الاقتراع العام السري . وفق نظام الأغلبية . كل اربع سنوات تقويمية) . ب : (لآي (10.000) نسمة من نفوس العراق . الحق في استرداد صفة التمثيل من النائب في الحالات الآتية 1- الاخلال بالواجبات النيابية . 2- انتهاك الدستور . 3- الحنث في اليمين) .

٤- تأكيداً للسيادة الشعب فأن تطبيق فكرة جواز تعديل الدستور باتباع نفس الاجراءات وذات الاشكال المقررة لإصداره . يقودنا الى وجوب جعل مهمة تعديل الدستور من اختصاص الشعب . باعتباره السلطة التأسيسية الاصلية التي وضعت الدستور . وهذا يوجب أن يكون من بين النصوص المقترح تعديلها هو نص المادة (126) والمادة (142) بالصياغة الآتية (أولاً : - لرئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين . أو خمس (1/5) أعضاء مجلس النواب . أو لآي (10.000) شخص يحق لهم التصويت . اقتراح تعديل الدستور . ثانياً :- في حال اقتراح (10.000) شخص يحق لهم تعديل الدستور . وموافقة اغلبية الحاضرين من عدد اعضاء المجلس . يقوم المجلس بصياغة الاقتراح وفقاً لشروط الشكل والموضوع . وفي حالة رفض المقترح من المجلس . يطرح على الشعب للتصويت عليه . وفي حالة تصويته تصويتاً إيجابياً . يقوم المجلس بصياغة المقترح كاملاً . ثالثاً : - لا يجوز تعديل أي بند من بنود هذا الدستور . إلا بعد موافقة أعضاء مجلس النواب عليه بالأغلبية البسيطة . وموافقة الشعب بالاستفتاء العام . ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة أيام . رابعاً :- يعد التعديل نافذاً . من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

-٥-

الهوامش

- 1) د. السيد صري ، مبادئ القانون الدستوري ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1949 ، ص 224 .
- 2) د. طعيمة الجرف ، نظرية الدولة ، الكتاب الثاني ، في الدساتير ونظم الحكم ، ص 104 .
- 3) د. عبد الحميد متولي ، الفصل في القانون الدستوري ، دار نشر الثقافة ، الاسكندرية ، 1952 ، ص 155 .
- 4) د. ضياء عبد الحميد عبد الوكيل مصري ، الاشكاليات العلمية والعملية لتعديل الدساتير ، دار الكتب والدراسات العربية ، القاهرة ، 2018 ، ص 200 .
- 5) د. يحيى الجمل ، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية ، مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974 ، ص 71 .
- 6) اشار الى ارنهم د. السيد صري ، المصدر السابق ، ص 224 . د. محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1971 ، ص 117 . د. جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص 121 . د. طعيمة الجرف ، المصدر السابق ، ص 108 . د. ثروت بدوي ، القانون الدستوري وتطور الانظمة الدستورية في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1969 ، ص 87-88 . د. سامي جمال الدين ، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا ، ط 2 ، منشاء المعارف ، الاسكندرية ، 2005 ، ص 108 .

- (7) د. طعيمة الجرف ، نظرية الدولة ، في الدساتير ونظم الحكم ، الكتاب الثاني ، المصدر السابق ص 51 .
- (8) د. رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة في القانون الدستوري ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص 1030-1031 .
- (9) د. السيد صبري ، المصدر السابق ، ص 224 .
- (10) د. محمد كامل ليلة ، المصدر السابق ، ص 117 .
- (11) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1997 ، ص 384 .
- (12) د. صبري محمد السنوسي محمد ، الوسيط في القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص 47 .
- (13) د. جابر جاد نصار ، المصدر السابق ، ص 121 .
- (14) د. محمود حلمي ، المبادئ الدستورية العامة ، ط2 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1966 ، ص 59 .
- (15) د. طعيمة الجرف ، نظرية الدولة ، في الدساتير ونظم الحكم ، الكتاب الثاني ، المصدر السابق ، ص 108 .
- (16) د. ثروت بدوي ، المصدر السابق ، ص 87-88 .
- (17) د. سامي جمال الدين ، المصدر السابق ، ص 108 .
- (18) د. طعيمة الجرف ، نظرية الدولة ، في الدساتير ونظم الحكم ، الكتاب الثاني ، المصدر السابق ، ص 108 .
- (19) د. السيد صبري ، المصدر السابق ، ص 224 .
- (20) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، المصدر السابق ، ص 385 .
- (21) د. جابر جاد نصار ، المصدر السابق ، ص 122 .
- (22) د. طعيمة الجرف ، نظرية الدولة ، الكتاب الثاني في الدساتير ونظم الحكم ، المصدر السابق ، ص 108-109 .
- (23) د. رمزي طه الشاعر ، المصدر السابق ، ص 1030 .
- (24) د. ثروت بدوي ، المصدر السابق ، ص 88 .
- (25) G.BURDEAU , Traite de science politique , T .IV.op.cit .pp:247,et,s. اشار له : د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، المصدر السابق ، ص 385 .
- (26) L.Duguit , Lecons de droit public general , 1926 , p.279 . Esmein : Elements de droit constitutionnel . 8eme ed . Recueil : Sirey . paris . 1927 . p.28 .
- (27) اشار لآرائهما د. طعيمة الجرف ، نظرية الدولة ، الكتاب الثاني في الدساتير ونظم الحكم ، ص 247 .
- (28) المصدر نفسه ، ص 247-248 .
- (29) د. رمزي طه الشاعر ، المصدر السابق ، ص 349 .
- (30) د. جابر جاد نصار ، المصدر السابق ، ص 122 .
- (31) د. حسين عبد العال ، القانون الدستوري ، ص 122 . اشار له د. رمزي طه الشاعر ، المصدر السابق ، ص 1031 .
- (32) د. مصطفى ابو زيد فهمي ، مبادئ الأنظمة السياسية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2003 ، ص 262 .
- (33) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، المصدر السابق ، ص 384 . د. صبري محمد السنوسي محمد ، المصدر السابق ، ص 51 .
- (34) د. ثروت بدوي ، المصدر السابق ، ص 88 .
- (35) د. طعيمة الجرف ، نظرية الدولة ، الكتاب الثاني في الدساتير ونظم الحكم ، المصدر السابق ، ص 109 .
- (36) د. السيد صبري ، المصدر السابق ، ص 224 .
- (37) د. رمزي طه الشاعر ، المصدر السابق ، ص 1032 .
- (38) د. السيد صبري ، المصدر السابق ، ص 224 .
- (39) د. ثروت بدوي ، المصدر السابق ، ص 88 .
- (40) د. رمزي طه الشاعر ، المصدر السابق ، ص 1032 .
- (41) د. فؤاد العطار ، المصدر السابق ، ص 230 .
- (42) د. عبد الحميد متولي ، الفصل في القانون الدستوري ، المصدر السابق ، ص 196-197 .
- (43) د. منير الشاوي ، المصدر السابق ، ص 393-398 .

- (43) احمد وافي ، علم الدولة ، في اصول الدولة وتطور فكرها ، ج 1 ، مطبعة النهضة ، القاهرة ، 1934 ، ص 158 .
- (44) د. طعيمة الجرف ، نظرية الدولة ، الكتاب الاول في الدولة وانماط الحكم ، المصدر السابق ، ص 48 .
- (45) د. محمد كامل ليلة ، المصدر السابق ، ص 90 .
- (46) د. جابر جاد نصار ، المصدر السابق ، ص 122 .
- (47) د. حسين عبد العال ، القانون الدستوري ، ص 122 . اشار له د. رمزي طه الشاعر ، المصدر السابق ، ص 1031 .
- (48) د. منذر الشاوي ، فلسفة الدولة ، ط 2 ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، 2013 ، ص 393 .
- 49 - Hauriou : Precis de Dr coust . ed 1923 . p.254,255 .
- اشار له د. عبد الحميد متولي بك ، المفصل في القانون الدستوري ، دار النشر الثقافية ، القاهرة ، 1952 .
- (50) د. منذر الشاوي ، المصدر السابق ، ص 398 .
- (51) د. منذر الشاوي ، المصدر السابق ، ص 391 .
- 52) La coutume , en effet , est impuissante a carre du droit ayant valeur constitutionnelle Le raison en est que les principes , institutions ou droit qu elle consacre , ne peuvent desormais etre modifies que par la voie d une procedure constituante " .
- Carre de Malberg . La loi expression de la volonte generale . 1931 . P107 .
- اشار له د. فتحي فكري ، القانون الدستوري ، الكتاب الاول ، ناس للطباعة ، القاهرة ، 2004 .
- د. محمود عاطف البنا ، القانون الدستوري ، ص 55 .
- (53) وما تجدر ملاحظته أن هذا الرأي لم يذكره (د. منذر الشاوي) بصدد الكلام عن حق الشعب في تعديل الدستور ، وأما ذكره بصدد كلامه عن التعديل العرفي للدستور : إذا استخدم في الفقرة الأصلية لفظ الحاكم . الذي - استخدمنا - بدلاً عنه - الشعب - لاعتقادنا بأن الديمقراطية كنظام للحكم تقتض أن الإرادة الشعبية هي مصدر السلطة أساساً لها وسند ، وبالتالي فإن الشعب هو مصدر السلطة وهو من يمارسها ، وبذلك يكون الحاكم في الدولة الديمقراطية هو الشعب . د. منذر الشاوي ، المصدر السابق ، ص 416 .
- (54) "أولاً : - لرئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين ، أو خمس (1/5) أعضاء مجلس النواب لاقتراح تعديل الدستور . ثانياً : - لا يجوز تعديل المبادئ الأساسية الواردة في الباب الأول ، والحقوقي والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور ، إلا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين ، وبناءً على موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب عليه ، وموافقة الشعب بالاستفتاء العام ، ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة أيام . ثالثاً : - لا يجوز تعديل المواد الأخرى غير المنصوص عليها في البند (ثانياً) من هذه المادة ، إلا بعد موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب عليه ، وموافقة الشعب بالاستفتاء العام ، ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة أيام . رابعاً : - لا يجوز إجراء أي تعديل على مواد الدستور ، من شأنه أن ينقص من صلاحيات الأقاليم التي لا تكون داخلية ضمن الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية ، إلا بموافقة السلطة التشريعية في الإقليم المعني ، وموافقة أغلبية سكانه باستفتاء عام . خامساً : - أي تعديل مصادق عليه من قبل رئيس الجمهورية بعد انتهاء المدة المنصوص عليها في البند (ثانياً) و(ثالثاً) من هذه المادة ، في حالة عدم تصديقه ب- يعد التعديل نافذاً ، من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية " .
- كما وأن الدستور قد رسم طريقاً استثنائياً لتعديل الدستور مغاير للطريق الاعتيادي المنصوص عليه في المادة (126) إذ بعد أن قرر على مجلس النواب في بداية عمله لجنة من أعضائه تكون بمثابة للمكونات الرئيسية في المجتمع العراقي ، مهمتها تقديم تقرير إلى مجلس النواب بالتعديلات الضرورية التي يمكن إحراؤها على الدستور ، على نفاذها بعد موافقة على الاستفتاء الذي لا يكون ناجحاً ، إلا بموافقة أغلبية المصوتين ، وإذا لم يرفضه ثلثا المصوتين في ثلاث محافظات أو أكثر . كما نصت على ذلك المادة (142) من دستور جمهورية العراق 2005 "أولاً : يشكل مجلس النواب في بداية عمله لجنة من أعضائه تكون بمثابة للمكونات الرئيسية في المجتمع العراقي ، مهمتها تقديم تقرير إلى مجلس النواب ، خلال مدة لا تتجاوز أربعة أشهر ، بتقييم توصية بالتعديلات الضرورية التي يمكن إحراؤها على الدستور وتحمل اللجنة بعد البت في مقرر حافاً ثانياً : - تعرض التعديلات المقترحة من قبل اللجنة دفعة واحدة على مجلس النواب للتصويت عليها ، وتعد مقترحة بموافقة الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس . ثالثاً : - تطرح المواد المعدلة من قبل مجلس النواب وفقاً لما ورد في البند (ثانياً) من هذه المادة على الشعب للاستفتاء عليها ، خلال مدة لا تزيد على شهرين من تاريخ إقرار التعديل في مجلس النواب . رابعاً : يكون الاستفتاء على المواد المعدلة ناجحاً ، بموافقة أغلبية المصوتين ، وإذا لم يرفضه ثلثا المصوتين في ثلاث محافظات أو أكثر . خامساً : يستثنى ما ورد في هذه المادة من أحكام المادة (126) المتعلقة بتعديل الدستور ، إلى حين الانتهاء من البت في التعديلات المنصوص عليها في هذه المادة " .
- وبتقرير ذلك يكون دستور جمهورية العراق 2005 قد تفرد دون غيره من الدساتير في الدول الاتحادية ، إذ نصت بعض تلك الدساتير على أن يطرح الاقتراح على الشعب بأكمله للتصويت عليه ، لا أن يترك أمر البت به إلى وحدة من الوحدات المكونة للاتحاد . ومن تلك الوثائق الدستورية : دستور



سويسرا لسنة 1999 إذ نصت الفقرة (2) من المادة 138 على " يجب طرح هذا الاقتراح على الشعب للتصويت عليه".

بينما بعض الدساتير رجحت إجازت الجمعية الوطنية لمشروعات القوانين التي تؤثر على المقاطعات ولكن بتصويت مؤيد من ثلث أعضائها إذا رقبه المجلس الوطني للمقاطعات ولم تتمكن لجنة الوساطة من الموافقة عليه في غضون 30 يوماً ، وهو ما قرره دستور جنوب أفريقيا في الفقرة (هـ) من المادة (76) : إذ جاءت بالنص "إذا لم تتمكن لجنة الوساطة من الموافقة في غضون 30 يوماً من إحالة مشروع القانون إليها ، ينقضي مشروع القانون إلا إذا إجازته الجمعية مرة أخرى ولكن بتصويت مؤيد من قبل ثلثي أعضائها على الأقل".

55) Duverger : Manuel de Droit Constitutionnel et de Science Politique . 5.1948.P202 .

أشار له د. عبد الحميد متولي ، الفصل في القانون الدستوري ، المصدر السابق ، ص 191 .

56) د. عبد الحميد متولي ، الفصل في القانون الدستوري ، المصدر السابق ، ص 192 .

57) الأستاذ جويه ، نقل رأيه د. عبد الحميد متولي ، المصدر السابق ، ص 197 الهامش . وما تجدر الإشارة أن هذا الرأي ذكره د. فؤاد العطار ، المصدر السابق ، ص 227-229 . وناقشه عند إجابته على سؤال للترقية بين الجانبين الفلسفي والقانوني للحظر الدستوري .

58) د. طعيمة الجرف ، في الدساتير ونظم الحكم ، الكتاب الثاني ، المصدر السابق ، ص 87-89 .

59) د. مصطفى كامل ، شرح القانون الدستوري ، المبادئ العامة والدستور المصري ، ط1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1950 ، ص 83-84 .

60) د. طعيمة الجرف ، في الدساتير ونظم الحكم ، الكتاب الثاني ، المصدر السابق ، ص 76-77 .

61) د. ثروت بدوي ، المصدر السابق ، ص 79 .

62) د. ثروت بدوي ، المصدر السابق ، ص 248 .

63) د. سامي جمال الدين ، المصدر السابق ، ص 13 .

64) د. فؤاد العطار ، النظم السياسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1968 ، ص 233 .

65) د. شعبان أحمد رمضان ، الوجيز في الانظمة السياسية والقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007-2008 ، ص 134 .

66) د. محسن العبودي : النظم السياسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص 275 .

67) د. ثروت بدوي ، المصدر السابق ، ص 248 .

68) الكسندر هاملتون ، جيمس مادسون ، جون جاي : أوراق الفيدرالية ، ترجمة عبد الاله النعيمي ، معهد الدراسات الاستراتيجية ، ط1 ، بغداد - بيروت ، 2006 ، ص 31 - 105 .

69) د. عبد الحميد متولي : الفصل في القانون الدستوري ، المصدر السابق ، ص 239 . بالرغم من ذلك يرى البعض من الفقه " قد يكون صحيحاً ان النظام الجمهوري يتفق مع الديمقراطية حيث يتم انتخاب رئيس الدولة لمدة محدودة ، ويكون للشعب صاحب السيادة حرية اختيار هذا الرئيس علاوة على تمثليه في البرلمان ، غير أن ذلك لا يعني أن المبدأ الديمقراطي لا يوجد في الانظمة الاخرى مثل النظام الملكي أو انه لا يتناسب معها ، فالواقع والتاريخ يشبان عكس ذلك تماماً ، فعلى حين ان منبع النظام الديمقراطي النيابي يعود الى إنجلترا التي لا زالت حتى اليوم تعتنق النظام الملكي ، نجد كثير من الدول الجمهورية تتبع الانظمة الديكتاتورية الاستبدادية صراحة أو ضمناً ، حتى وان تشدق بعضها او تستر خلف الديمقراطية " . د. سامي جمال الدين ، المصدر السابق ، ص 192 الهامش .

70) د. مصطفى كامل ، المصدر السابق ، ص 111 .

71) د. مصطفى كامل ، المصدر السابق ، ص 84 .

72) Laferrriere .Traite de droit Constitutionnel , 1947 , p.283

- J. Barthelemy et P. Duez , Traite de droit Constitutionnel , 1923 , Ir Partie , p.227 .

- A. Esmein , Elements de Droit Constitutionnel francais et compare , Sme edit . , T . I , 1927 , p.619

- G. Burdeau Droit Constitutionnel et institutions publiques ,1957 , p.27 .
- J.Laferriere , Traite de droit Constitutionnel, 1947 . p.283
- اشارة الى ارائهما: د. طعيمة الجرف ، الكتاب الثاني ، في الدساتير ونظم الحكم ، المصدر السابق ، صص 104

(73) المحكمة الدستورية العليا ، القضية رقم 11 لسنة 13 قضائية دستورية ، جلسة 8 يوليو 2000 الجزء التاسع ص 667 .د. عبد الحفيظ علي الشيمي ، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 100 .

(74) د. عبد الحميد متولي ، الفصل في القانون الدستوري ، المصدر السابق ، ص 122 .د. عثمان خليل ، القانون الدستوري ، 1956 ، ص 21-22 .د. فتحي فكري ، المصدر السابق ، ص 134 .

(75) د. طعيمة الجرف ، نظرية الدولة في الدساتير ونظم الحكم ، الكتاب الثاني ، ص 198 .ومما تجدر ملاحظته أن هذا الرأي ذكره د. طعيمة الجرف بصدد تقديره لنظام الاستفتاء الشعبي .

(76) د. اسماعيل مرزة ، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي ، ط3 ، دار الملوك ، بغداد ، 2004 ، ص 5

(77) د. سعاد الشراوي ، النظم السياسية في العالم المعاصر ، تحديات وتحولات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004-2005 ، ص 20 .

(78) د. السيد صبري ، المصدر السابق ، ص 63 .

(79) د. اسماعيل مرزة ، المصدر السابق ، ص 5 .

(80) نص الحزمة الاولى للإصلاحات ، بموجب قرار مجلس الوزراء المتخذ بجلسته المرقمة (307) المنعقدة بتاريخ 9 / 8 / 2015 ، والتي صوت عليها مجلس الوزراء بالأجماع ، والتي اقراها مجلس النواب بالأجماع في جلسته المرقمة (10) في 11 / 8 / 2015 . بحضور 297 نائب " بعد التوكل على الله واستجابة للدعاءات المخلصة للمرجعية الرشيدة التي رسمت خطوطا واضحة لتفعيل الاصلاح السياسي والاداري واحتراما لارادة شعبنا العزيز في انجاز مطالبه المشروعة ومع التأكيد على اسناد القوات المسلحة والامنية والحشد الشعبي ودعم الوزارة والجهات الاخرى للجهد الحربي بتحقيق النصر الناجز على عصابات داعش ، وبناء على مقتضيات المصلحة العامة ، واستنادا الى المادة (78) من الدستور وجها باعتماد حزمة الاصلاحات الاتية اولا : محور الاصلاح الاداري 1- تقليص شامل وفوري في أعداد الحميات لكل المسؤولين في الدولة بضمنها الرئاسات الثلاث والوزراء والنواب والدرجات الخاصة والمدراء العامين والمحافظين وأعضاء مجالس المحافظات ومن بدرجائهم . ويتم تحويل الفائض الى وزارتي الدفاع والداخلية حسب التبعية لتدريهم وتأهيلهم للقيام بمهامهم الوطنية في الدفاع عن الوطن وحماية المواطنين . والاستمرار بتحديد الامتيازات الاخرى للمسؤولين بما فيها (السيارات و السكن) على وفق معايير قانونية عادلة 2- إلغاء مناصب نواب رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء فوراً 3- إبعاد جميع المناصب العليا من هيئات مستقلة ووكلاء وزارات ومستشارين ومدراء عامين عن المحاصصة السياسية والطائفية . وتتولى لجنة مهنية يعينها رئيس مجلس الوزراء اختيار المرشحين في ضوء معايير الكفاءة والنزاهة بالاستفادة من الخبرات الوطنية والدولية في هذا المجال ، وإعفاء من لا تتوفر فيه الشروط المطلوبة 4- ترشيح الوزارات والهيئات لرفع الكفاءة في العمل الحكومي وتخفيض النفقات 5- إخضاع الوزارات والجهات الاخرى غير المرتبطة بوزارة الى المساءلة والمحاسبة من خلال برامج تقويم معدة لهذا الغرض وتتولى لجنة تقويم الأداء تقديم تقارير دورية الى السيد رئيس مجلس الوزراء 6- إلغاء مواقع المستشارين في الوزارات خارج الملوك وتحديد مستشاري الرئاسات الثلاث بخمسة مستشارين لكل رئاسة 7- إلغاء الفوارق في الرواتب من خلال إصلاح نظام الرواتب والمخصصات ، وتقديم نظام جديد خلال شهر 8- إلغاء المخصصات الاستثنائية لكل الرئاسات والهيئات ومؤسسات الدولة والمتقاعدين منها حسب تعليمات يصدرها رئيس مجلس الوزراء تأخذ بالاعتبار العدالة



والمهنية والاختصاص⁹ تحويل رئيس مجلس الوزراء صلاحية إقالة المحافظين أو رؤساء المجالس المحلية وأعضائها في حال حصول خلل في الاداء او انتهاك للقوانين النافذة او حالات الفساد. ثانياً: محور الإصلاح المالي: 1- إصلاح بنية نفقات وإيرادات الدولة من خلال: أ. معالجة التهرب الضريبي سواء في ما يتعلق بضريبة الدخل وتوسيع الوعاء الضريبي، على أن يكون النظام ميسراً يتعامل الممولون بإيجابية معه، وتطوير النظام على أسس دقيقة لمنع الفساد وتخفيف العبء على أصحاب المهن الحرة. ب. تطبيق التعرفة الكمركية بصورة عادلة على جميع المنافذ الحدودية، وبضمنها منافذ إقليم كردستان، والاستعانة بالشركات العالمية الرصينة في هذا المجال لمنع الفساد وتشجيع المنتج الوطني؛ ومنع إغراق السوق العراقية 2- خفض الحد الأعلى للرواتب التقاعدية للمسؤولين وإجراء صياغة تقدم خلال أسبوع تعالج القرارات الخاطئة التي اتخذت سابقاً. ثالثاً: محور الإصلاح الاقتصادي:

1- تتولى خلية الأزمة اتخاذ القرارات المناسبة لتفعيل حركة الاستثمار وتنشيط القطاع الخاص من خلال تفعيل القروض لتنشيط حركة الاقتصاد في البلاد، وتشغيل العاطلين عن العمل، سواء التي أقرها الخلية في ما يتعلق بالقروض المقررة للقطاع الصناعي والقطاع الزراعي وقطاع الاسكان البالغ (5) ترليون دينار، وفي ما يتعلق بقروض دعم المشاريع الصغيرة البالغة ترليون دينار. وعلى اللجنة المكلفة بوضع آليات تقديم توصيات قبل غاية هذا الأسبوع. ب. العمل على تفعيل قرار مجلس الوزراء وخليّة الأزمة بدفع المستحقات واجبة الدفع الى شركات القطاع الخاص، والاعلان عن ذلك؛ بصورة منصفة لتسهيل عملها وخلق فرص عمل جديدة. ج. إنجاز برنامج الدفع الآجل المكلفة بإعداده وزارة التخطيط بالتعاون مع وزارة المالية خلال اسبوع، ورفعها الى خلية الأزمة لإقراره، من أجل توفير خدمات للمواطنين 2. إلغاء جميع الاستثناءات من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية باستثناء عقود التسليح في وزارة الدفاع حالياً، وتحويل رئيس مجلس الوزراء منح الاستثناءات الطارئة 3. تفعيل استراتيجيات العمل الرصينة التي أعدتها مؤسسات الدولة ومنها بشكل خاص ما أنجز بالتعاون مع منظمات دولية. رابعاً: محور الخدمات 1- الخروج بحزمة إجراءات لحسم مشاكل الكهرباء في مجالات: الإنتاج، النقل والتوزيع، والجباية على أن يُنجز ذلك خلال أسبوعين 2- تبني برنامج رقابة مجتمعية فعال لكشف التراجع أو الفشل في تقديم الخدمات بغية محاسبة المقصرين، ويتقضي ذلك تفعيل عمل جباية تقديم الخدمات بشكل كنوء سواء على مستوى الوزارات، أو الحكومات المحلية. خامساً: محور مكافحة الفساد 1- تفعيل دور مجلس مكافحة الفساد، ويتولى السيد رئيس الوزراء رئاسته، وإطلاق حملة (من أين لك هذا) إلى جانب مهام المجلس الأخرى، بالتعاون مع القضاء. 2- تنشيط دور المؤسسات الرقابية والكشف عن المفسدين ووضع معايير لتقييم أداء المؤسسات الرقابية ويتقضي ذلك: تفعيل دور هيئة النزاهة الوطنية، وإعادة النظر في مكاتب المفتشين العموميين والتركيز على المهام الأساسية لمكاتبهم بما يقتضي ذلك من ترشيح هذه المكاتب، وإيقاف الترهل فيها، من أجل أن تكون فاعلة 3. فتح ملفات الفساد السابقة والحالية تحت إشراف لجنة عليا لمكافحة الفساد، تتشكل من المختصين وتعمل بمبدأ (من أين لك هذا)، ودعوة القضاء الى اعتماد عدد من القضاة المختصين المعروفين بالنزاهة التامة للتحقيق فيها ومحكمة الفاسدين، ووضع سقف زمني لحسم قضايا الرقابة وكشف الفساد والاعلان عنها طبقاً للقانون. إن هذه القرارات والتوجهات التي نطلقها اليوم، تشكل الحزمة الأولى على طريق الإصلاح الذي ننشده، ومكافحة الفساد. ومع إقرار هذه الحزمة سنتخذ الإجراءات اللازمة لتنفيذها

<https://almadapaper.net/view>

⁸¹ د. ثروت بدوي، المصدر السابق، ص 58.

⁸² (قريب من هذا المعنى: د. عوض المر، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية