المؤسِس والمؤسَس في الفكر الدستوري

الأستاذ الدكتور

علي يوسف الشكري

المقدمة

يقترن الحديث عن تاريخ ظهور ونشأة الدستور، بتاريخ ظهور السلطة المؤسِسة، بلحاظ أنها المعنية بإنتاجه وصناعته. وفي هذا السياق يُثار السؤال عن أسبقية ظهور السلطة (الأصلية – المنشئة) هل كان ظهور السلطة المؤسِسة سابق أم لاحق لظهور السلطة المؤسَسة؟ ويقيناً أن الإجابة على هذا السؤال يقترن بتاريخ ظهور مبدأ الفصل بين السلطات على يد "مونتسكيو". وبالعودة إلى هذا التاريخ نجد أن السلطة المؤسَسة لم تكن معروفة آنذاك ولم يتحدث عنها "جانجاك روسو" أو "مونتسكيو". فالفيلسوف "مونتسكيو" تحدث عن السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية، لكنه لم يتحدث عن مصدر شرعيتها ومَن المسئول عن إقامة الحدود بينها؟.[1] ويذهب جانب من الفقه،[2] إلى أن المفكر الفرنسي "عمانوئيل جوزيف سييز" هو أول من تحدث أمام الجمعية الوطنية سنة 1788 عن ضرورة التمييز بين السلطة الخالقة "الأصلية" والسلطة المخلوقة "المنشئة" مؤكداً أن هذا التمييز يمنح السلطة المخلوقة الشرعية وهي تمارس عملها كما يُقيم الحدود الحارسة من عدوان أي منها على اختصاص الأخريات وإلا

كانت معّرضة لجزاء عدم الشرعية وبطلان الإجراء.

كما تبرز أهمية التمييز بين السلطتين " المؤسَسة – المؤسِسة " من حيث مصدر الشرعية، فمصدر شرعية السلطة الخالقة، الشعب صاحب السيادة في حين تكمن شرعية السلطة المخلوقة، في السلطة الخالقة التي أنشأت وأسست وخولت الصلاحيات، ويقيناً أن سلطة مصدرها إرادة الأمة تسمو على سلطة تستمد شرعيتها وصلاحياتها من سلطة مخلوقة أخرى. فصلاحيات السلطة المؤسِسة مطلقة في أغلب الأحيان، ليس لها حدود طالما تدور في فلك الفلسفة السياسية للدولة، في حين تبقى صلاحيات السلطة المؤسَسة مقيدة بالحدود المرسومة لها.

وجديرٌ ذكره أن التمييز بين السلطة المؤسِسة والمؤسَسة يتحدد نطاقه في الدساتير المدونة الجامدة، إذ تنتهي الحدود وتتلاشى بين السلطتين المؤسِسة والمؤسَسة في الدساتير غير المدونة، أو المدونة المرنة بلحاظ تساوي القوة التشريعية للقانون العادي والدستور. ومخالفة السلطة المؤسَسة لإرادة السلطة المؤسِسة إنما تُعد مخالفة مشروعة وجائزة، بلحاظ تساوي الإرادات مكانةً ومنزلةً.

فمن يتولى تشريع القانون العادي في بريطانيا مثلاً هو ذاته الذي يُشرع القانون ذات الصبغة الدستورية وبذات الآلية والكيفية. لكن ذلك لا يعني بحال من الأحوال استهانة الإنجليز بقواعدهم الدستورية التي آمن بها الشعب واستقرت في الضمير، فهي أسمى أدبياً من التجاوز والمخالفة بحكم الاعتقاد.

المبحث الأول

السلطة الخالقة

لكل عمل نشئ ومُؤسس، وبغيره يُعد العمل باطلاً لا قيمة له، فالتشريع العادي يصدر عن البرلمان، واللائحة والقرار والنظام يصدر عن السلطة التنفيذية، والسابقة القضائية في البلاد الانجلوسكسونية بلحاظ أنها مؤسِسة تصدر عن القضاء المختص، ومصدر مشروعية الجميع القانون الأسمى الذي يرجع هو الآخر لخالق مُنشئ " السلطة المؤسِسة ". وقبل الخوض في المؤسِس والمؤسَس، لابد من التمييز بين القابض والحاكم، إذ يتأثر المؤسِس والمؤسَس حتما بهذا التمييز.

المطلب الأول

القابض والحاكم

كثيراً ما يقع الخلط بين مصطلحي القابض على السلطة والحاكم، فيُستخدم أحدهما مرادفاً للآخر، ولهذا الخلط ما يبرره نسبياً، ففي النظم البدائية والشمولية الفردية، تندمج شخصية القابض على السلطة بشخصية الحاكم.

وفي أوروبا حيث كانت الأنظمة الملكية المطلقة هي السائدة، اختُزلت الدولة بشخص الحاكم، هو القابض على السلطة، هو الدستور والقانون، بل هو فوق الجميع، فهو المالك الحائز، ومساعديه أدوات يأتمرون بأوامره وينتهون بنواهيه، أما الشعب هو مجرد قطيعٌ تابع، وليس للتابع مُخالفة المتبوع، وظلت هذه الوحدة " القابض- الحاكم "قائمة حتى القرن السادس عشر، حيث بدأت تظهر للوجود الأنظمة الملكية المُقيدة وأخذت تحل محل تلك المُطلقة، بعد نضال وكفاح وتضحيات وثورات.

وهذه الأنظمة لا تزال تجد لها نماذج في بعض البلاد العربية، وبعض البلاد في قارة أسيا وأفريقيا وأمريكا اللاتينية، إذ تندمج الدولة بكلها بشخص الحاكم الذي هو ذاته

القابض على السلطة، ففي هذه البلدان لا أيديولوجية محددة ولا فلسفة سياسية، إنما تعتمد الارتجال القائم على القرارات الفردية للحاكم. أما الدستور هو أداة للتضليل ووسيلة للخداع، لا سلطة فوق سلطة الحاكم وإن كانت للقانون والدستور، السلطات الثلاث أدوات مُنفذة تُشرع ما يرتأيه الحاكم، وتُدير وفق الأسلوب الذي يعتقده لا كما تراه. أما القضاء اليد الضاربة التي تتخذ من العدالة شعاراً لها من أجل قمع الأصوات الناشزة التي تفكر في الخروج عن إرادة الحاكم.

وأنظمة سياسية تسير على هذا النحو، ليس من المنطق الحديث فيها عن القابض على رأس السلطة والحاكم بنحو منفرد، فالجميع ينصهر في بوتقة الحاكم، وعديد هذه الأنظمة في عالم اليوم ليس قليل، وإن اتخذت هذه النظم من الدستور ومبادئه المتطورة وسيلة للتضليل وإخفاء الواقع.

وفي الأنظمة الديمقراطية أو السائرة حديثاً في هذا الاتجاه، تنفصل شخصية الحاكم عن القابض على السلطة، هو راسم الأيديولوجية والفلسفة السياسية والقانونية للدولة، وتجد هذه الفئة نفسها أنها أسمى من الحاكم، وهي حقيقة، فهي من رشّحته ودعمته ونصّبته وساندته، وهو يتولى مهام عمله، وهي من تجد المُبرر لإخفاقاته وفي دفاعها عنه إنما تُدافع عن صحة وصواب اختيارها.

وغالباً ما تتكون هذه الطبقة من اتجاهات ومدارس عدة تجتمع رؤاها في الوثيقة الدستورية، بلحاظ أنها هي من تُحدد ملامحها الرئيسية، وتترك للسلطة المؤسِسة الخوض في التفاصيل وترجمة الخطوط العامة، لكن تعدد التوجهات السياسية واختلاف الرؤى لابد أن يبقى يدور في الإطار العام للفكر السياسي " الليبرالي- الاشتراكي" إذ ليس من المنطلق الدمج بين الفكرين في ذات الوثيقة بلحاظ تناقض الرؤى والمنطلقات. لكن هذا اللامنطق يتحول إلى منطق في الأنظمة الشمولية، حيث ترتجل النظريات وتختلق الفلسفات وتتخبط كما تشاء وهي تعلم يقيناً أن لا مُعقب على فوضويتها.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً تمكّن قادة الاستقلال من الاتحاديين، تكريس نظريتهم الليبرالية في دستور سنة 1787، فالبرغم من أن الدستور يوجب انتخاب الرئيس والكونغرس بمجلسيه، إلا أن آلية الانتخاب وشروطه تجعل المنصب الرئاسي والعضوية في المجلسين، حُكراً على الحزبين الرئيسين إلا ما ندر، وفي الكونغرس تحديداً منذ الشروع بالعمل بأحكام دستور سنة 1787 لم يعتلِ سدة الرئاسة، مُرشح مستقل، ولكن تناوب على هذا المنصب مرشحي الحزبين

" الديمقراطي – الجمهوري ".

وفي فرنسا مهدت الطبقة البرجوازية منذ دستور سنة 1791 للهيمنة على السلطة من خلال تصميم النظام الانتخابي الأول على نحو يُقصي كل من يُغرد خارج السرب، إذ كانت الانتخابات تجري على درجتين، في المرحلة الأولى على الناخب دفع الرسم الانتخابي، وفي المرحلة الثانية لابد من سداد الضريبة الانتخابية وهو ما كان كافياً لضمان وصول الصفوة المُناصرة المُؤمنة بمبادئ الديمقراطية البرجوازية.

وكان من نتاج هذا التأسيس، سيادة ثقافة الطبقة البرجوازية على وتيرة واحدة وبنسق واحد منذ الجمهورية الثانية وحتى الخامسة، أما الحكام هم مجرد ممثلين رسميين لهذه الطبقة، الإقصاء مآل من خرج أو حاول الخروج عن نهجها وسياستها. فالرئيس "ديغول" بالمكانة التي كان عليها والإنجاز الذي حققه لفرنسا ما بعد الاستقلال غادر الرئاسة صاغراً بعد أن خذله الناخب الخاضع لإرادة الطبقة البرجوازية في استفتاء 27 نيسان 1969. ورُبَ تصريح الرئيس " جورج بومبيدو" هو خير تعبير عن هيمنة الطبقة البرجوازية في فرنسا على السلطة " في حال الخلاف بين السياسة الرئاسية، وسياسة الأكثرية البرلمانية، لابد من العودة إلى البلد لتحكيمه ". [3] وهو ما يؤكد الفصل العضوي بين القابض على السلطة والحاكم في فرنسا.

المطلب الثاني

السلطة المؤسِسة

يرتبط الحديث عن السلطة المؤسِسة بظهور الدستور المدون، فقبل هذا التاريخ لم يكن موضوع السلطة المؤسِسة في متناول الفلاسفة والفقهاء، حيث كان العرف والسابقة القضائية ينابيع التأسيس. ومع ظهور الدستور المدون بدأ الفكر الفلسفي يبحث عن المصدر وطبيعته بلحاظ أن لهذه الوثيقة مُنشئ، ويقيناً أن لهذا المُنشئ سلطة وصلاحية تفوق صلاحية باقي السلطات، فهو مصدر شرعيتها ووجودها، كما أن هذه السلطة المُنشئة مستقلة عن باقي السلطات بحكم الأسبقية في الوجود والاختلاف في الوظيفة والصلاحية، وبحكم أعلوية الوثيقة الدستورية على باقي الوثائق "التشريعية – التنفيذية – القضائية " فإن السلطة المُنشئة لها تتميز بالسمو على باقي السلطات. فمصدر التشريعات بدرجاتها والأحكام القضائية لابد أن تكون في حدود الدستور لا خارجه وإلا كانت باطلة لمخالفة الأدنى للأعلى.

وبالقطع أن الحديث عن الأسمى والأدنى والأعلوية الحقيقية يدور وجوداً وعدماً مع الأنظمة الديمقراطية التي تؤمن بالتدرج

والمشروعية، وينفصل فيها القابض على السلطة عن الحاكم. أما باقي الأنظمة الشمولية فلا سمو فوق إرادة الحاكم القابض على السلطة.

وإذا كانت السلطات الثلاث، سلطات مستقرة قائمة، حيث يبقى مصدر قانونيتها قائم حي "الدستور" فإن السلطة المؤسِسة" سلطة مستقرة لا تظهر إلا حين تدعوها الحاجة، وهي عادة تطفو على سطح الأحداث عند تأسيس دولة جديدة بفعل الاندماج أو الانشطار أو حين الخروج من الاحتلال، فيصبح الدستور دليل جدارة الدولة بحكم نفسها وترتيب بيتها الداخلي وعلاقاتها الدولية، أو حين تصبح الوثيقة القائمة بالية غير قادرة على مُجارات المُستجد من الأحداث والتطورات، وكذا في أحوال الثورة والانقلاب، فاستبدال الدستور دليل سقوط الماضي وولادة الحاضر، وفي أحوال الثورة هو سند النظام الجديد بتفرعاته.

وخصوصية السلطة المؤسِسة لا تنبع فقط من سموها على باقي السلطات، وكونها مؤسِسة لمجمل النظام القانوني للدولة حسب، ولكن من سموها على مجمل الأوضاع في الدولة، فهي خالقةٌ لها ومُنشئة ومؤسسة، وكل ما في الدولة خاضعٌ للتأطير ومحكومٌ بقواعد، إلا هي مُتحررة من الأطر، لا يحكم عملها سوى المبادئ الأساسية التي يؤمن بها القابض على السلطة. وهي كما يقول "جورج بيردو" "بمثابة القوة ذات النفوذ والتي تخلق النظام القانوني وتحدد مبادئه وتدعم أركانه، ولذلك نجدها كأنها نقطة تلاقٍ بين السياسة والقانون، بين مُضطرب القوى الاجتماعية ورصانة الإجراءات، بين الفوضى الثورية الظاهرة ونسق الأنظمة القانونية الواثقة من نفسها، يالها من تركيبة عجيبة تحملها هذه السلطة، بحيث أنها تستهوي كافة قوى الحياة لتثّبت فيها الروح بقرار منها، ويالهُ من اضطراب ذلك الذي يُعاني منه الفقه عندما يتوجب عليه أن يُكيف هذه السلطة تحت عنوان نظرية قانونية، في نفس الوقت الذي تستطيع فيه السلطة ذاتها أن تقوض أو تدعم الأنظمة القانونية".[4]

الفرع الأول

ظهور فكرة السلطة المؤسِسة

يذهب غالبية الفقه إلى أن فكرة السلطة المؤسِسة تعود في أصولها إلى فرنسا. وتحديداً أنها مدينة بالفضل للفيلسوف "سابيس" واللافت للنظر أن هذا الفقه فيما ذهب إليه يُنكر الصلة بين ظهور فكرة السلطة المؤسِسة والدستور المدون. في حين أن الارتباط لازم بين الاثنين بلحاظ أن حديثاً لم يكن يدور عن السلطة المؤسِسة

في ظل الدستور غير المدون، فضلاً عن أول الدساتير المدونة التي شهدها العالم وتواتر العمل على تبنيها من ذلك الحين يعود إلى الولايات المتحدة الأمريكية.

فالولايات المُستقلة حديثاً عن بريطانيا اتخذت من الدستور المدون وثيقة إشهار لإثبات جدارتها بحكم نفسها، وتأكيد استقلالها، وكان في طليعة تلك الولايات ولاية "ماساشوستس". ففي سنة 1777 أوصت الهيئة الثورية في الولاية المواطنين تفويض نوابهم في العام المقبل مهمة وضع الدستور، على أن يُعرض على مدون الولاية لإقراره عند تولد القناعة به من قبل ما لا يقل عن ثلثي الناخبين. إلا أن هذا الدستور لم يحظَ بالتأييد،إذ جرى رفضه شعبياً وطالب شعب الولاية تشريع دستورٍ جديد يولد من رحم جمعية مُختارة لهذا الغرض تحديداً. وتحققٍ المطلب الشعبي إذ انتُخبت جمعية خصيصاً لتشريع الدستور وحظي هذا الدستور بالتأييد الشعبي.

ويبدو أن الفقه لم يُرجع أصل فكرة نشأة السلطة التأسيسية إلى الولايات المتحدة كونه يبحث عن التأصيل الفكري الفلسفي لا عن أسبقية التجربة. ويطرح الفقه عند بحثه الأساس الفكري للسلطة المؤسِسة نظريتان إحداهما تركُن للجانب التاريخي، والأخرى تعتمد الأساس الفلسفي. وسنبحث في هذين الأساسين تباعاً.

أولاً- الأساس التاريخي

تاريخياً يُجمع الفقه على أن "سايس" أول من طرحَ فكرة السلطة المؤسِسة بأفكارها الأولية في كُتيّبة "ما الطبقة الثالثة ؟" سنة 1788، وعاد لطرح ذات الفكرة ولكن بصورة أكثر تفصيلاً أمام لجنة الدستور المُنبثقة عن الجمعية الوطنية سنة 1789، حيث كانت الحركة الدستورية في فرنسا في أوّجها حتى أنها وصلت إلى الملك نفسه. ففي رسالته في 28 كانون ثاني 1789 طرحَ لويس السادس عشر صراحة فكرة الدستور "الدولة ستبذل جهدها من أجل الوصول إلى نظامٍ ثابت لكل أجزاء الحكومة".[5]

ويذهب بعض الفقه إلى أن فكرة السلطة المؤسِسة تجد أساسها التاريخي في التيار الليبرالي الذي ساد في القرن الثامن عشر والذي بلغ أوجه أبان الثورة الفرنسية، حيث كانت حقوق الأفراد وحرياتهم محور الصراع السياسي وبداية الشروع نحو إيجاد وثيقة سامية قادرة على صيانتها من السلوك السلطوي المتوقع.

وفي كتابه "ما الطبقة الثالثة ؟" يذهب "سايس" إلى أن المجتمع في صورته الأولى يرجع إلى عدد من الأفراد قل أو زاد، يرومون التجّمع، وبفضل هذا التجمع تكونت الأمة، فالأمة مدينة بوجودها لإرادة الأفراد.

وإذا كانت الأمة مدينة بظهورها للأفراد، فإن الدستور يرجع لإرادة الأمة " الإرادة الجماعية" التي تُحددها حاجاتها ووسائل انجازها، وتحقيقاً لتأطير قانوني مُنظم مُلزم لهذه الحاجات كان لابد من إيجاد سلطة مخولة بهذه المهمة، وإذا كانت الإرادات الفردية أصل الإرادة الجماعية "الأمة" وأساس السلطة، فإن احتفاظها بالسلطة يبقى مقرون بتجمعها لا بتفرقها، فالسلطة لا تستقر إلا في الجماعة.[6]

والسلطة المؤسسة عند "سايس" مدينة بوجودها وتأسيسها لحقوق الأفراد وحرياتهم، إذ اقترن وجودها بفكرة إنشاء وثيقة قادرة على حماية الحقوق وصيانة الحريات. فلا شيء أسمى في الدولة من الإنسان وحقوقه، ويرى " سايس" أن تحقيق أعلوية الإنسان وانجاز سمو حقوقه يقتضيان وجود وثيقة أسمى منزلة من كل الوثائق النافذة في الدولة، وسلطة مؤسسة تعلو كل السلطات الأخرى، فعلو المنزلة السلطوية والوثائقية كفيلان بحماية الحقوق. وبغير هذه الأعلوية لا يمكن الحديث عن حقوق الإنسان إذ ستكون عرضة للاعتداء والتقييد سواء بإطاره الرسمي "التشريعي" أو الواقعي " التنفيذي".

ويعقب وجود السلطة المؤسسة وسمو الوثيقة الدستورية "الجمود" الفصل بين السلطات، فهذا الفصل كفيل بتفريق الاصطفاف المُستهدف للحقوق والحريات وهو أمرٌ متُوقع لو اجتمعت السلطات الثلاث بيد شخص أو جهة واحدة، إذ ستنتفي الرقابة القادرة على منع الاستبداد. فحقوق الأفراد وحرياتهم لم تُهدد في عصر ما قبل الثورة الفرنسية إلا نتيجة اجتماع السلطات وتكّتل الصلاحيات، فالسلطة تفوق السلطة، وفي التجزئة الضمان. وتحقيق الفصل الواقعي بين السلطات يقتضي رقابة سلطة أسمى، وهذا ما يؤكد الحاجة للسلطة المؤسِسة، فالعبرة ليس بالنص المجرد ولكن بالسلطة القادرة على إنجازه ونقله إلى حيز الواقع.

وإذا كان الدستور يرجع في صياغته ونصوصه لمشرع سام "السلطة المؤسِسة" فكان لابد من وجود مصدر لصلاحيات السلطة المؤسِسة، وهذا المصدر هو القابض على السلطة، وهي الطبقة البرجوازية التي انتزعت المكانة من الملك وطبقة النبلاء.

على ذلك أن " سايس" بنى نظريته في " السلطة المؤسِسة" على أساس أن الإنسان أسمى موجودات الدولة، من هنا كان لابد من إيجاد وسيلة حماية تسمو في منزلتها على سائر وثائق الدولة، وتتلاءم في السلطة المؤسِسة لها ومكانته، فكانت السلطة المؤسِسة والدستور.

ثانياً - الأساس الفلسفي

لم تصمد النظرية التاريخية أساساً لتفسير نشأة السلطة المؤسِسة، وهنا طرح الفقه أساساً فلسفياً لتفسير هذه النشأة، ونهض هذا الأساس مرة على نظرية السيادة الشعبية وأخرى على نظرية سيادة الأمة.

1 - نظرية السيادة الشعبية، ظهرت نظرية السيادة الشعبية في أوروبا كرد فعل على النظرية الإلهية " الثيوقراطية"، إذ كان الحكام يبررون استبدادهم بسمو سلطانهم المستمد من الإله، فهو دون غيره من يحق له محاسبتهم، ونتيجة للثورة على الاستبداد هوت هذه النظرية، وحّلت محلها نظريات تجد في الشعب مصدر السيادة والسلطان.

ومقتضى النظرية الشعبية، أن السيادة تجد أساسها في الشعب الذي ينشأ من اجتماع الأفراد، ولكل فرد جزء من السيادة تخوله حق الانتخاب، وناصرَ هذه الفكرة كل من مونتسكيو وروسو الذي ذهب في توضيحه الفكرة إلى أن " لو افترضنا أن الدولة تتكون من عشرة آلاف مواطن، فإن كل مواطن يملك جزء من السلطة ذات السيادة". [7]

ويُعد " سايس" أحد قادة هذا الاتجاه وكبير مُنظريه، ويُقسّم "سايس" السلطة إلى نوعين، سلطة عامة يمارسها نواب عن الشعب، وسلطة استثنائية " السلطة المؤسِسة" تعود للشعب ذاته، وحيث أن الشعب غير قادر بمجموعه على ممارسة هذه السلطة، فقد عهد بها إلى ممثلين غير اعتياديين "السلطة المؤسِسة" وهؤلاء قادرون على الحلول محل الأمة والاضطلاع بالمهمة الجسيمة المُناطة بهم، ولكن بشرط امتلاك الصلاحيات اللازمة التي تتلاءم وضخامة المهمة الموكلة إليهم، وهم كالأمة متحررين من أي اشتراطات مسبقة فإنجاز المهمة وتحقيق الهدف فوق كل الصلاحيات والقيود. [8]

ويذهب "جورج بيردو" إلى أن "سايس" لم يتخلَ عن تشدده في تفسير نظرية السيادة الشعبية إلا مضطراً، بعد أن أدرك أن جمع الشعب كله بفئاته ومكوناته في مكانٍ واحد أمرٌ محال، فضلاً عن الثقافة السياسية العالية التي لابد أن يكون عليها المتصدي لمهمة الدستور، فالسلطة السياسية سلطةٌ غير اعتيادية ليس في صلاحياتها حسب، ولكن في إمكاناتها الفكرية.

2 - نظرية سيادة الأمة، تقوم نظرية سيادة الأمة على فرضية التمييز بين الأفراد المكونين للأمة وبين الأمة ذاتها، فالأمة عبارة عن شخصٌ معنوي قائم بذاته له إرادة يتم التعبير عنها من خلال الأفراد، وسيادة الأمة وحدةٌ واحدة مُتكاملة غير قابلة للتجزئة لا يمكن التصرف بها أو التخلي عنها.

وتجسيداً للمبادئ الديمقراطية يجري اختيار ممثلي الأمة بالاقتراع المُقيد بشرط النصاب المالي أو دفع الضريبة أو شرط المؤهل العلمي، وتمثيل الأمة ينصرف إلى الماضي والحاضر ويمتد إلى المستقبل.[9]

ويذهب الفقيه " كاريه دي مالبيرغ" إلى أن " تمثيل الأمة يكون بمستويين، الأول على مستوى السلطة المؤسسة والثاني على مستوى السلطة المؤسَسَة ولكلٍ صلاحياته واختصاصاته التي ليس له تجاوزها بحال من الأحوال، فالسلطة المؤسِسة تقف مهمتها عند حد صناعة الدستور وتعديله، وتُمارس السلطة المؤسَسَة الصلاحيات المُحددة لها بموجب الدستور وليس لها تجاوزها فعلاً أو المساس بها تعديلاً، لأنها تكون قد تجاوزت حدودها وحلتّ نفسها محل السيادة أو جزءً منها وهو ما يُخالف سيادة الأمة، فالسيادة للأمة وحدها وهي لا يمكن أن تعود لأي فرد أو هيئة في الدولة ".[10] لكن ذلك لا يعني الجمود المطلق الكلي، فللأمة ممثلة بالسلطة المؤسِسة، صلاحية تعديل حدود اختصاصات السلطة المؤسَسَة زيادة ونقيصة، إضافةً أو حذفاً.

لقد تمكنت نظرية سيادة الأمة من وضع حدود فاصلة واضحة بين السلطة المؤسِسة والمؤسَسَة، وتمكنت من إبراز أعلوية وسمو السلطة الأولى على الثانية، ونجحت في تجسيد مبدأ الفصل بين السلطات الذي مثّل أولوية للطبقة الليبرالية البرجوازية، لكن هذه النظرية ظلت تدور في فلك التنظير، وأثبتت التجربة عدم واقعيتها، فدستور سنة 1791 وكذا دستور سنة 1848 أوكلا للجمعية الوطنية " السلطة التشريعية" صلاحية تعديل الدستور، بالرغم من أن المادة(8/ب) من دستور سنة 1791 تنص على أن " لا يعود لأي من السلطات المؤسَسَة من قبل الدستور الحق في تغييره كليةً أو في بعض أجزائه"

وأناط دستور سنة 1852 بمجلس الشيوخ صلاحية اقتراح وإعداد مشروع التعديل، وأوكل دستور سنة 1875 للبرلمان أو رئيس الجمهورية صلاحية اقتراح التعديل، على أن يبقى القرار معلقاً على إرادة البرلمان، وكذا دستور الجمهورية الخامسة، لكنه أضاف لمصادقة البرلمان تأييد الناخبين في الاستفتاء العام.

ونرى أن الإخفاق والتناقض الذي وقعت فيه الدساتير الفرنسية لا يعود لنظرية سيادة الأمة بذاتها، ولكن إلى تجاوز السلطة المؤسِسة الحدود المرسومة لها بموجب هذه النظرية، وكان التجاوز في جانبه السلبي لا الإيجابي فهي اقتطعت جزءاً من صلاحياتها " تعديل الدستور" وأناطتها بالسلطة المؤسَسَة مخالفةً بذلك النظرية وهو ما كان يوجب إيقاع الجزاء عليها، فالمخالفة تعود

إلى ممثلي إرادة الأمة المخولة بصلاحية التأسيس حصراً. ولو التزمت السلطة المؤسِسة حدودها وتقيدت بصلاحية التعديل كما التأسيس لكان ذلك كفيلاً بالتوافق مع النظرية.

وينتقد الأستاذ الشاوي نظرية سيادة الأمة بقوله "إن السلطة المؤسِسة التي تعود للأمة لا يمكن أن تُمارس إلا وفقاً لطَريقة معينة حددها دستور الأمة نفسه، إلا أن هذا يُخالف المبدأ القائل بأن الأمة هي صاحبة السيادة وهي التي تُقيم الدستور لتحدد اختصاصات السلطات – المؤسسَة- فإذا كانت الأمة هي صاحبة السيادة. فإنها تستطيع أن تُغير دستورها كما تُريد وليس من الضروري أن تخضع في ذلك إلى الطرق المنصوص عليها في الدستور نفسه فالأمة هي التي خلقت الدولة. فكيف يستطيع هذا الدستور أن يُقيدها إذا ما أرادت أن تُغيره ؟".[11]

ونرى أن لا تناقض بين منطق نظرية سيادة الأمة وتقييد تعديل الدستور بالإجراءات المحددة فيه، فالأمة حسب المنطلقات النظرية، شخص معنوي يمُثله مجموعة من الأفراد بصورة سلطة مؤسِسة، بلحاظ أن الأمة ليس لها بحكم العدَد أن تُمارس هذه السلطة بنفسها فضلاً عن الخبرة والاختصاص وتعارض المصالح. وحيث أن الأمة خولت ممثليها التصرف نيابة عنها، فلهذه السلطة التصرف بموجب النيابة الموكلة إليها، وهي من رسمت حدود الصلاحيات المُناطة بكل سلطة، كما رسمت بموجب صلاحياتها آلية التعديل، وهي مُلزمة كما الأمة بهذه الآليات وإلا انتفت الحاجة لوجودها، وانتهى الأمر إلى الفوضى وتعارض المصالح، وإذا كان للسلطة المؤسِسة نيابة عن الأمة تجاوز حدودها المرسومة سلفاً، فللسلطة المؤسسَة كذلك هذا التجاوز، ويقيناً أن في ذلك تجاوز ومُخالفة للمنطلقات النظرية لسيادة الأمة.

الفرع الثاني

طبيعة السلطة المؤسِسة

السلطة المؤسِسة حقيقة واقعة لا يُمكن إنكارها وإلا أنكرنا وجود الدستور أصلاً وجُل النظام القانوني، وإذا كان الإجماع قائم على ضرورة قيام السلطات المؤسسَة الثلاث أداة ووسيلة لإدارة الدولة، فإن ثمة إجماع على أن لا دولة مدنية دون دستور تُنتجه سلطة مؤسِسة. وإذا كان الاتفاق منعقد على الأصول، فثمة خلاف على الفروع كالأساس والطبيعة وآلية التشكيل والممارسة.

وفي هذا المبحث سنتناول بالدراسة طبيعة السلطة المؤسِسة والخلاف الفقهي الذي أُثير بشأنها.

أولاً- الطبيعة المزدوجة

يرتبط الحديث عن السلطة المؤسِسة ارتباط لازم بالقابض على السلطة الذي قد يكون مستقلاً عنها أو مندمجاً بها، وحسب النظام كونه شمولياً أو ديمقراطياً.

ففي ظل الأنظمة الملكية المطلقة والشمولية التي تسود بعض دول العالم اليوم، تكمن السيادة في الحاكم، فهو المالك المتحكّم المتصّرف، راسم السياسة ومُتخذ القرار، أما في الأنظمة الديمقراطية تعود السيادة للشعب أو الأمة، وما الحاكم سوى نائب عن الأمة في إدارة شؤونها، يلتزم السياسة والمبادئ التي ترسمها في الدستور.

والسلطة المؤسِسة هيئة مخولة بتشريع الدستور وفق الأطر والمفاهيم والأفكار التي يضعها القابض على السلطة. وأياً كانت السلطة التأسيسية ومصدرها وتشكيلها تبقى طبيعتها تُثير الخلاف.

فقد ذهب رأي في الفقه إلى أنها ذات طبيعة مزدوجة سياسية في جانب منها، قانونية في الجانب الأخر. فهي سياسية كون وجودها مرتبط بالقابض على السلطة وهي مُلتزمة بالامتثال لأفكاره وتوجهاته وهي تُصيغ النصوص وتصنع الأحكام، فالدستور ليبرالياً إذا كان القابض على السلطة ليبرالياً، واشتراكياً إذا كان القابض على السلطة ماركسياً، وكذا الأمر بالنسبة لصياغة النصوص التي تتأثر بديمقراطية النظام أو ديكتاتوريته. فضلاً عن تحررها من القيود القانونية الأعلى وهي تُمارس مهامها في التشريع، فهي غير مُلزمة بقانون أو قاعدة يترتب على مُخالفتها البطلان. ويُعيب جانب من الفقه هذا التحرر ويصفه أنه أداة للاستبداد أو إساءة استخدام الصلاحيات بلحاظ غياب القيد الرادع، ولا نرى محلاً لهذا النقد، فاللجنة الدستورية

وهي تمارس عملها تكون مُقيدة بالحدود والأفكار والمبادئ المرسومة لها من قبل القابض على السلطة، ولا تكون مُطلقة الحرية إلا في الأنظمة الشمولية التي قد تجتمع فيها شخصية الحاكم القابض بشخصية السلطة المؤسِسة.

والرأي القائل بازدواج طبيعة السلطة المؤسِسة "سياسية – قانونية" يفترض أن ذات السلطة تتولى مهمة تعديل أو تغيير نصوص الدستور كلاً أو جزءاً، من هنا تُضفي على السلطة المؤسِسة الطبيعة القانونية، بلحاظ أن تعديل الدستور يُعد عملاً قانونياً محكوم بالشروط والقيود والضوابط الواردة بالدستور، وهو ما دعاهم للقول بالطبيعة المزدوجة.

والواقع أن هذا الافتراض "التأسيس – التعديل" اثبت التطبيق عدم صحته، فالسلطة المؤسِسة لا تختص سوى بصناعة الدستور دون تعديله أو تغييره كلياً. فالتعديل مهمة مُناطة بالسلطة المؤسَسة التي هي عادة ما تكون إحدى سُلطات الدولة أو هي مجتمعة "التشريعية – التنفيذية – الرئيس" وهذا ما جاء النص عليه صراحة في دستور سنة 1791، الذي أناط صلاحية التعديل بالمجلس التشريعي "الجمعية الوطنية" وعلى هدي هذا الدستور سارت باقي الدساتير الفرنسية والدساتير العالمية الأخرى.

كما لا ينص الدستور عادةً على آلية تغييره كُلياً ومن يضطلع بهذه المهمة، والمثل اليتيم للدستور الذي نص على آلية تغييره كلياً دستور الجمهورية الثالثة الفرنسية لسنة 1875، والقاعدة اعتماد المبدأ لا الاستثناء عند وضع النظرية وتشييد الرأي والبناء.

ثانياً- الطبيعة القانونية

إن أي عمل ذا طبيعة قانونية لابد أن يستند إلى أساس أو قاعدة قانونية تحكمه بقطع النظر عن طبيعتها ودرجتها، فالتشريع العادي واللائحة تجد أساسها في الدستور، إذ يخول الدستور عادة البرلمان صلاحية تشريع القانون، ويوكل للسلطة التنفيذية مهمة إصدار اللوائح أو الأنظمة والقرارات.

أما الدستور عند صناعته لا يستند لأي أساس قانوني أو قاعدة قانونية تسمو عليه أو ترسم للسلطة المؤسِسة حدودها القانونية، التي بتجاوزها يُعد العمل باطلاً لمخالفته القاعدة الأسمى، وبذلك يخرج البحث في طبيعة السلطة المؤسِسة عن إطار الدراسات القانونية، فالسلطة المؤسِسة عند "جورج بيردو" و"كاريه دي مالبيرغ" و "أيسمن "هي سلطة فعلية لا تستند لأساس قانوني، ومن ثم لابد من استبعاد الخوض في تأصيلها وطبيعتها من حقل الدراسات القانونية، وترك دراستها والبحث فيها لحقل آخر من حقول

الدراسات الاجتماعية، فالتكييف القانوني لا يقع إلا لأعمال ذات طبيعة قانونية، أما الأعمال والحوادث التي ساهمت في تحديد النظام الدستوري للدولة، هي مجرد أعمال مادية كونها سبقت تشريع الدستور، وكذا الأمر بالنسبة للهيئة التي اضطلعت بمهمة التأسيس الدستوري.

وعند "بيردو" ما يخص المشتغل في حقل الدراسات القانونية البحث في السلطة التي تتولى تعديل الدستور، وهي سلطة مؤسسَة يُنظم تشكيلها وآلية عملها القانون الأسمى "الدستور".

والواقع أن القول بالطبيعة القانونية للسلطة المؤسسَة، وإنكار هذه الطبيعة عن السلطة المؤسِسة فيه خروج عن أصل البحث، فالبحث ينصب على السلطة المؤسِسة لا المشتقَة أو المؤسسَة، والنتيجة التي ينتهي إليها هذا الرأي إنكار الطبيعة القانونية للسلطة المؤسِسة، فضلاً عن أن هذا الإنكار ينفي الصفة القانونية عن الدستور كونه مُشّرع من قبل سلطة فعلية لا قانونية، وهذه الصفة لا يكتسبها الدستور بعد تشريعه، فالطبيعة الفعلية للسلطة تبقى قائمة قبل وبعد صناعة الدستور.

ثالثاً- الطبيعة السياسية

يذهب رأي في الفقه إلى أن السلطة المؤسِسة لا تخرج في طبيعتها عن الطابع السياسي، وينطلق هذا الرأي فيما يذهب إليه من مبدأ كل سلطة هي ذات طبيعة سياسية، فمجرد اكتسابها هذا الوصف "السلطة" يعني أنها دخلت ميدان السياسية، طبيعةً وتشكيلاً وصلاحيات. إذ لا أحد يُناقش في طبيعة الدستور السياسية المحضة أو المزدوجة "على رأي البعض"، فالدستور يرسم أساس الدولة ويُحدد معالم النظام السياسي وطبيعة الحكم في ظل الفكر القانوني والأيديولوجية السياسية للدولة، ويقيناً أن كل هذه الموضوعات ذات طابع سياسي، ويلحق بهذه الموضوعات تنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم والتي هي قيد على الحكام أياً كانت صورتها ونطاقها.

وحيث أن الدستور يرتبط بالدولة، وهو خالق ومُنشئ لها "على رأي البعض"، فهو ذا طبيعة سياسية، إذ أن كل ما يتعلق بالدولة وتنظيمها لا يخرج عن هذا النطاق، وإذا كانت السلطة إجمالاً لا تخرج عن الطبيعة السياسية فإن السلطة المؤسِسة أولى بهذا الوصف بلحاظ ارتباطها بالدولة وكيانها وعلاقتها المباشرة بالقابض على السلطة وأيديولوجيته، وتنظيمها لعمل كل السلطات "التشريعية – التنفيذية – القضائية" أياً

كانت طبيعتها واختصاصاتها. فالسلطة المؤسِسة تنشأ بقرار سياسي وتعمل وفق أيديولوجية سياسية، وتُنظم الأوضاع السياسية، وتسقط بسقوط النظام السياسي الذي أوجدها، من هنا لا يمكن إنكار طابعها السياسي الطاغي.ولا يُغير من هذا الوصف أنها سابقة على الدستور، إذ لا يُشترط في اكتساب وصف السلطة أن تكون لاحقة على الدستور أو مُنظمة في صلبه، بل أن دور السلطة السابق أبرز واهم وأسمى من دورها اللاحق، بلحاظ الارتباط العضوي "القابض على السلطة" والاختصاص بالتأسيس. فإليها يعود رسم معالم الدولة، وتحديد صلاحيات السلطات الأخرى والعلاقة بينها، ويبقى هذا الدور ماثلاً إذا خولها الدستور صلاحية التعديل اللاحق. إذ قد تدخل السلطة المؤسِسة في إعادة رسم ملامح السلطة القائمة، أو تعديل صلاحياتها زيادةً ونقصاناً، أو إعادة تنظيم العلاقة بينها.

والأصل عند من قال بهذه النظرية "السلطة" وليس المؤسِسة والمؤسَسة. فالقاعدة هي السلطة، والمؤسِسة والمؤسَسة هي البناء الفوقي والعبرة في قوة البناء والتشييد بالقاعدة ورصانتها. وعوداً على بدء حيث أن السلطة دائماً لا تخرج عن النطاق السياسي، فإن المؤسِسة والمؤسَسة هي ذات طابع سياسي أيضاً.

المبحث الثاني

السلطة المؤسسة

الوثيقة الدستورية أسمى الوثائق الوطنية قيمةً، وإليها يعود الفصل في تحديد دستورية أو عدم دستورية الوثائق الأدنى درجة، وهي التعبير الأصدق عن الفكرة القانونية للدولة والتعبير الأوضح عن فلسفتها السياسية وإيديولوجيتها، لكن هذه الوثيقة ليست كتابٌ مُنزّل لا يطالها التعديل أو التطوير، بل حتى الكتاب المُنزّل يعمل بالناسخ والمنسوخ، فالدستور السامي وليد بيئة وظروف ومقدمات، وما يصلحُ للدولة في زمن معين قد لا يصلحُ لها نسبياً في زمنٍ آخر وظروف مختلفة ومستجدات طارئة، من هنا يُعد التعديل مبدأ مُسّلم به في الوثائق الدستورية كما القوانين الأخرى والقول بغير ذلك يعني الحكم على الوثيقة بالموت عاجلاً أم أجلاً، فمن الدساتير من استجدت الحاجة لتعديله بعد ساعات من دخول أحكامه حيز النفاذ.

وإذا كان الوصف الأدق الذي أُطلقَ على السلطة التي تتولى خلق الدستور، السلطة المؤسِسة بلحاظ مهمتها في تحديد أسس

الدولة وفلسفتها السياسية وأيديولوجيتها وفكرها القانونية، فإن الوصف المنطقي الذي لابد أن يُطلق على السلطة التي تتولى تعديل الدستور، السلطة المؤسَسة"التأسيسية المشتقة" بلحاظ عاملين، الأول أنها تأسيسية لأن عملها ينصب على الوثيقة الدستورية، وهي مشتقة لأن النص ورد عليها في صلب الدستور، وليس خارجه كما السلطة المؤسَسة، وقد تكون إحدى سلطات الدولة الأخرى المُناط بها مهمة أصلية "تشريعية – تنفيذية"، والتعديل مهمة إضافية.

ويقيناً أن مهمة التعديل ليست أقل أهمية وخطورة من مهمة التأسيس، بل قد تكون أكثر خطورة بلحاظ الانحراف المتوقع اللاحق على الصناعة، إذ قد يتجنب القابض على السلطة أو الحاكم عرض ما يؤمن به حقيقية في المرحلة الأولى لصناعة الدستور تجنباً للرفض أو الرد الشعبي، ويترك الأمر لمرحلة لاحقاً غالباً ما تكون أيسر تمريراً، فقد أثبتت التجربة أن الانحراف في الأفكار والرؤى غالباً ما تكون طارئة بعد التأسيس.

ويُنكر جانب من الفقه فكرة السلطة المؤسَسة، ويرى ضرورة الدمج بين الاثنين، فالسلطة المؤسِسة التي أنتجت الدستور، هي الأقدر على تعديله بحكم الاختصاص والخلفية، ولهذه السلطة إدخال ما ترى من التعديلات وفي الوقت الذي تقدره دون حاجة للرجوع إلى أي سلطة أخرى، وفي ذلك تجنب للأهواء السياسية والحزبية التي قد تدعو السلطة المؤسَسة إلى التعديل، إذ قد تكون هذه السلطة أحد فرعي قيادة الدولة " التنفيذية – التشريعية "، ورُبَ تعديل تجريه من أجل تدعيم صلاحياتها أو تقييد الأخرى. في حين يُفترض في السلطة المؤسِسة الموضوعية والتجرد فهي سلطة لم يرد النص عليها في الدستور وأي تعديل تجريه لن يضيف لها صلاحيات جديدة ولا يُدّعم عملها فهي أسمى السلطات، والمؤسِس لعمل الأخريات.

وفي ذروة الجدل الفقهي في القرن الثامن عشر لم يتفق الفقهاء على آلية محددة لتعديل الدستور، فقد ذهب "فاتيل" في كتابه " قانون الشعوب" إلى أن التعديل يستوجب الموافقة الجماعية للأمة، وبنى "فاتيل"أرائه على أساس نظرية العقد الاجتماعي التي تنهض عليها الجماعة السياسية، والتي كانت مصدر شرعية سلطة الحاكم، وحيث أن العقد أُبرم بإجماع إرادة أفراد الجماعة، فإن تعديله يستلزم ذات الإجماع.

ولا خلاف في أن تحقيق إجماع الأفراد أمرٌ مُحال لاختلاف المصالح والأهواء والاتجاهات، ما يعني جمود الدستور الموضوعي الكلي المطلق، وهو ما يتناقض

وأصل البحث، من هنا عدَلَ " فاتيل" عن آرائه لاحقاً واكتفى بموافقة الأغلبية وللأقلية الانفصال عن الأغلبية التي خالفت العقد الأصلي الذي تسالمت عليه.[12]

أما "سايس" فيرى أن الأمة صاحبة السيادة عبّرت عن آرائها وتوجهاتها وفكرتها القانونية وفلسفتها السياسية من خلال الوثيقة التي طرحتها السلطة المؤسِسة، ولذات السلطة إجراء التعديلات اللازمة التي تستوجبها حالة الأمة استجابة للمستجدات والمتغيرات. فمن يملك الكل يملك الجزء ولا معنى لإناطة هذه المهمة بسلطة مشتقة إذ قد لا تقدر هذه السلطة الحاجة ولا ترى الأبعاد الحقيقية للنص وهو ما يخلق الإرباك.

وللأمة أن تقوم بنفسها أو بإنابة ممثلين عنها إجراء التعديلات الضرورية دون أن يُشترط الإجماع، فالأغلبية كافية لانجاز هذه المهمة، كما أن الأمة غير ملزمة باشتراطات أو قيود وهي تُعدل دستورها ولها إجراء ذلك وقت تشاء وفي الظرف الذي تراه.

وانتقد الفقه آراء "سايس" التحررية المُطلقة عن القيود في تعديل الدستور، فهذا الإطلاق سينتهي حتماً إلى الفوضى الناشئة عن الإسفاف في التيسير والإسهاب في التعديل، فغريزة التغيير من طبع البشر، وكل تغيير غير مبرر سينتهي إلى الفوضى، لأن هذا التغيير يستوجب إجراء تعديلات أخرى قد تطال مجمل المنظومة القانونية بقصد الملائمة، وربما تمتد لأركان النظام السياسي أو حقوق الأفراد. ويقيناً أن هذا الإرباك قد يدعو الأفراد إلى قيادة التغيير الثوري بشكل مستمر من أجل الحد من الفوضى. وبذلك يحل المنطق الثوري محل المنطق الدستوري، وهو ما يعني الخروج من أزمة والدخول في أخرى قد تكون أكبر، وبذلك تُهدد الغاية التي من أجلها وجد الدستور وعُرفت الشرعية الدستورية. وفي ظل هذه الأزمة لا يبقى للعقل أو المنطق السياسي دورٌ يُذكر.

وحسماً للجدل الفقهي السالف، درجت الدساتير على رسم آلية محددة للتعديل يأتي النص عليها صريحاً في صلبه، وتتأثر هذه الآلية عادة بالفلسفة السياسية والفكرة القانونية للدولة، وهي أما أن تكون مُناطة بالشعب ذاته من خلال الاستفتاء، وهذا ما تبنته بعض الدساتير مؤخراً للاعتقاد السائد أن هذه الآلية في التعديل أكثرها ديمقراطيةً وتعبيراً عن رأي الشعب. أو أن تكون موكلة لإحدى السلطات العامة " التشريعية – التنفيذية" أو تكون بالاشتراك بينها، وتركت بعض الدساتير هذه المهمة لجمعية تأسيسية تُنشأ خصيصاً لهذا الغرض.

المبحث الثالث

تقييد السلطة المؤسسة

السلطة التأسيسية بفرعيها المؤسِس والمؤسَس تمارس عملاً تكاملياً كلّه لا جُلّه الدستور، يبدأ بالتأسيس وينتهي بالتعديل، لكن الفرع الأول يتميز بالأعلوية على الثاني بلحاظ طبيعة العمل فضلاً عن سموه على كافة السلطات.

ولا جدال في أن كل سلطات الدولة المَنظّمة بموجب الدستور، سلطات مقيدة لا مطلقة، ينتهي تجاوز كل منها حدود صلاحياته إلى البطلان فضلاً عن الجزاءات الأخرى، لكن السؤال الذي يطرحه الفقه، والذي استنفذ كثير من الجهد والوقت، هل أن صلاحيات السلطة المؤسسة مُطلقة بحكم الأعلوية والتأسيس ؟ أم أنها مقيدة كونها سلطة، لاسيما وأن الإطلاق قد ينتهي إلى الاستبداد.

المطلب الأول

تقييد السلطة المؤسِسة

منذ ظهور فكرة السلطة المؤسِسة والإطلاق والتقييد أسئلة ترافق وتلاحق هذه الفكرة، ففي وقتٍ مُبكر ذهب الفقيه " ساييس" إلى أن صلاحيات السلطة المؤسِسة مُطلقة لا تعرف التقييد، ولم تكن الفكرة مجرد رأي فقهي لغرض السجال والنقاش لكنها كانت محل نقاش أمام الجمعية التأسيسية في 20 تموز 1789، فقد ذهب " ساييس" إلى أن " السلطة المؤسِسة تستطيع أن تفعل كل شيء، وهي لا تخضع مسبقاً لأي دستور، والشعب الذي يُمارس سلطاته العظيمة يجب أن يكون حراً من أية قيود أو التزامات أو صيّغ غير تلك التي يرغب هو نفسه في اعتمادها".[13] وأيّد هذا الرأي إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي "أصل كل سيادة يستقر أساساً في الأمة". وكذا القسم الثالث من المادة الأولى من دستور سنة 1891 " السيادة تعود للأمة"، لكن اللافت للنظر أن القسم الرابع من ذات المادة أكدت وعلى خلاف القسم الثالث على أن صلاحيات السلطة المؤسِسة مُقيدة لا مُطلقة " للأمة الحق في تغيير دستورها ومع هذا فإنه أكثر تماشياً مع المصلحة القومية، أن تمارس هذا

الحق بواسطة الطرق المنصوص عليها في الدستور ذاته".[14]

وبعكس هذا الرأي ذهب "فروكو" عضو الجمعية الوطنية، ففي جلسة 30 آب 1791 قال "فروكو" "..... لقد قيل أن سيادة الأمة لا تستطيع أن تُعطي نفسها أي قيد وتحديد نشاطها المقبل لا يمكن أن يُنص عليه..... ولا يخضع لأي شكل معين لأن من طبيعتها أن تُقدر ما تُريد وبالطريقة التي بها تُريد..... وبالضبط أن الأمة نتيجة لكل سلطاتها تريد اليوم، وهي مُكرسة بذلك حقها، أن تفرض على نفسها طريقة مشروعة وهادئة لممارسة هذا الحق، وأبعد من أن نجد هذا العمل استلاباً لسيادة الأمة فإنه أدى فيه العكس، واحد من أروع لحظات قوتها واستقلالها..... فليس هناك في الواقع قانون من الدستور إلى القرار البسيط يحفظ الأمن لا يمكن أن يكون غير التزام سيادة الأمة نحو نفسها بأن تريد شيئاً معيناً بطريقة معينة وليس بأي طريقة أخرى".[15]

والملاحظ أن الإشكالية التي يطرحها "فروكو" أنه يميز بين تقييد السلطة المؤسِسة والمؤسَسة، فالإشكال في التقييد يظهر بالنسبة للسلطة المؤسِسة، فالأمة صاحبة السيادة هل تخضع للقواعد الدستورية المتعلقة بتنظيم الدستور، وهي المالك والمشرع؟ والتسليم بذلك يعني خضوع الكل للجزء. وخضوع الخالق للمخلوق، والمتبوع للتابع، والأصل للفرع، ويبرر "فروكو" رأيه بخضوع السلطة المؤسِسة "صاحب السيادة" للدستور بالتقييد الذاتي، فالأمة وهي تشرع دستورها قبلت على نفسها تقييد نفسها من أجل ضمان سير الدولة بنحو منظّم، وهذا التقييد ليس من شأنه المساس بذاتها أو أعلويتها، بل يؤكد أعلويتها من خلال الإيحاء للسلطات الأخرى الأدنى درجة بضرورة الالتزام، فإذا ألتزم الأعلى كان الأولى بالأدنى الالتزام.

أما تقييد صلاحيات السلطة المؤسَسة فلا إشكالية فيه، إذ تخضع هذه السلطة للاشتراطات والقيود المنصوص عليها في الدستور قبل ولادتها، فالتقييد ليس شيء جديد أو طارئ عليها، فهي ولدت مقيّدة، مكّبلة باشتراطات وهي تمارس صلاحياتها وليس لها تجاوز هذه الاشتراطات إلا بتعديل لاحق.

ويُشايع الفقيه "إيرو" ما قال به "فروكو" من تقييد إرادة السلطة المؤسِسة بما التزمت به عند إعداد الدستور، وهذا الالتزام مصدره الإرادة المنفردة، وعلى السلطة الالتزام بما ألزمت به نفسها، أما إذا ظهرت فيما بعد إرادة أخرى مُخالفة لإرادتها الأولى وتخطت الحدود المرسومة لها، كانت إرادتها الأخيرة غير مشروعة لتجاوزها حدود الاختصاص ويرى "إيرو" أن الوعد القانوني

هو أساس إلـزام الإرادة المنفردة للسلطة المؤسِسة، ويُـرد على ما ذهب إليه "إيرو" أن الوعد القانوني لا يُعد مصدراً للالتزام إلا إذا نص على ذلك القانون صراحة وفي حدود العلاقات الفردية، إذ يكون للمستفيد مقاضاة الواعد أمام القضاء متمسكاً بالقانون. ويقيناً أن طبيعة علاقة السلطة المؤسِسة بالدستور تختلف عـن طبيعة العـلاقـة بيـن الأفـراد، فضلاً عن أن السلطة المؤسِسة فوق القانون الأسمى، بل هي مَن شرعته وشرعنته وضمناً هي فوق القانون العادي الأدنى درجة، فكيف تخضع للقانون إيفاءً بالوعد الذي قطعته، في الوقت الذي لم يكن فيه القانون الأسمى قائماً حين وعدت بالالتزام ؟ ثم أن السلطة العامة الأدنى درجة تلتزم حدودها المرسومة قانوناً وليس لها تخطيها بلحاظ الإلـزام القانوني، والخضوع للسلطة الأسمى، وكلا الإلزامين لا محل لهما مع السلطة المؤسِسة، فلا قانون يُنظم نشاطها ولا سلطة أسمى تخضع لها، ويـرد الفقيه "إيرو" على ذلـك بالقول إن العبرة ليس في وجـود القاعدة التي تحكم النشاط أو السلطة، لكن العبرة في اعتبار مثل هذه القاعدة كشرط موضوعي موجودة بذاتها، فالشروط الموضوعية للصحة قد تكون موجودة في القاعدة، ويمكن أن لا تكون في أي قاعدة، لكنها توجد في شيء آخر... فالشروط الموضوعية للصحة بالنسبة للسلطة المؤسِسة تكمن في نجاعة هذه السلطة، كونها السلطَة الأسمى القادرة على إنفاذ إرادتها في مواجهة الكافة عند الاقتضاء.

ونـرى أن إطـلاق السلطة دون قيد أو شرط مفسدةٌ مطلقة، فلا شيء في الدولة مطلقٌ خالي من القيود، وإلا كان ذلك إيذاناً وشرعنه للاستبداد، وهو ما يتنافى والأساس الذي يقوم عليه الدستور، فالدستور أساس المشروعية وفي إطاره تُرسم الحدود وتُحدد الصلاحيات، وتُنظم العلاقات ويُعد الخروج عليه مدعاة للبطلان والجزاء. فإذا كان دوره مقدس على هـذا النحو، فمن غير المنطق القبول بإطلاق صلاحيات السلطة الخالقة اتجاهه، فالاستبداد في مواجهته مدعاة لإضعافه، لا تدعيماً لـدوره، وإذا كانت كل سلطة مشتقة ملزمة بالاستكانة والخضوع إليـه، فـإن السلطة الـخـالـقـة هـي الأخـرى ملزمةٌ أدبياً وقانونياً في مواجهته بمحددات معينة، مصدرها الأسس التي انطلقت منها وهـي تُشرع أحكامه، وفـي مقدمتها الفكرة القانونية للدولة وأيديولوجيتها وفلسفتها السياسية والـواقـع والبيئة التي ولـدت في ظلها. فالسلطة المؤسِسة وهي تمارس دورها الأول في التشريع مُلَزمة بهذه المحددات، وتبقى ذات المحددات مقيدة لدورها لاحقاً ليس لها التحرر أو الخروج عنها وإلا كانت متهمة بالاستبداد أو الانحراف.

المطلب الثاني

تقييد السلطة المؤسَسة

لم يكن بناء الدستور السامي بصيغته الدارجة نتاج عمل فقيه بعينة أو نظرية عابرة، لكنه كان خلاصة جهد مدارس فقهية وآراء فلاسفة ومفكرين وخبرات عملية متراكمة، وبين إخفاق ونجاح، وتقدم وتراجع، وتطاحن وتناحر، شُيد الدستور السامي بصيغته المألوفة اليوم ومبناه الفلسفي وقوالبه التقريبية، فالفضل في تشكيله وصياغته كان نتاج جهود جماعية وأرث وتاريخ متراكم.

فبين نظرية "سان توما الأكويني" الذي كان يقول فيها "السيادة لله والشعب مباشرة، وصوت الشعب من صوت الله، والملك يتلقاها بعد ذلك من الشعب مباشرة، وإن الجماعة هي المختصة بترتيب كل شيء في سبيل الصالح العام". وبين نظرية الإنجليزي "براكتون" الذي قال فيها "إن الملك يخضع لله أولاً وللقانون الذي تولى المُلك على أساسه ثانياً". [16] فارق زمني، وبين هاتين النظريتين والنظرية التي قالت بالجمود النسبي للدستور فارقٌ زمني أطول، تطورت فيه الآراء والنظريات حتى اهتدت إلى فكرة وسط، تجمع بين أعلوية الدستور وضرورة مسايرته للمتغيرات والمستجدات، ومقتضى هذه الفكرة أن السلطة المؤسَسة مُلزمة وهي تمارس اختصاصاتها بالاشتراطات المحددة سلفاً، والتي لا تخرج عن قيدٍ موضوعي وزمني واستثنائي.

وإذا كان السجال الفكري بلغ أوجه بشأن إطلاق أو تقييد صلاحيات السلطة المؤسِسة، فإن مثل هذا السجال لم يُثار بشأن تقييد صلاحيات السلطة المؤسَسة، فالإجماع منعقدٌ على التزام هذه السلطة حدودها وهي تمارس صلاحياتها وإلا كان عملها مشوب بعيب مخالفة الاختصاصات الموجب للبطلان.

ويقيناً أن القيود المفروضة على السلطة المشتقة لم تكن قيود مفروضة لذاتها أو بقصد التحديد والتضييق، ولكن بغاية المحافظة على المهابة والمكانة، وربما الأسس والمبادئ التي شُيّد عليها الدستور والتي لا يمكن المساس بها بحال من الأحوال. وهذه القيود لا تخرج من حيث المبدأ عن قيد موضوعي أو زمني أو استثنائي.

الفرع الأول

التقييد الموضوعي

لكل مُجتمع ثوابت ومُتغيرات، والثوابت عصية على المَساس والتغيير، فهي تشمل الأسس والأيديولوجية والفلسفة وتمتد إلى الثقافة الدينية والنظم الأساسية. وهذه

المنظومة المتكاملة تُمثل الثابت التي يشملها الحظر الموضوعي، وغيرها المتحرك القابل للتغيير والتعديل، والتي قد يكون تعديلها ضرورة وواجب، فالعبرة في مسايرة القاعدة للمُستَجد لا بالمحافظة على نصوص خالية من الروح، فتقييد الثابت وإطلاق المتغير ليس غاية بذاتها، ولكن وسيلة لتحقيق غايةٌ أسمى، فالمحافظة على الفكرة القانونية واستقرار الأوضاع الدستورية التي قوامها النظام السياسي، ومحددات السلطة، والدين، والعلاقة بين مكونات الشعب غايةٌ أسمى لأجلها يُفرض القيد ويُحظر المساس.

والمحظورات الموضوعية ليست قوالب ثابتة، لكنها أولويات متغيرة، تتأثر بالموروث والثقافة والخلفية وربما قوامها التجربة. ولم تكن الدساتير العربية بعيدة عن ثقافة الحظر الموضوعي التي تمحورت باتجاهات خمس،فمنها من حظر تعديل طبيعة نظام الحكم في الدولة، " البحريني،[17] الكويتي،[18] القطري[19] " وحظر كل من الدستور " البحريني،[20] المغربي،[21] الجزائري[22]" المساس بالنصوص المنظّمة لدين الدولة. وحرّم الدستورين "البحريني،[23] الكويتي[24]" تعديل كل ما يتعلق بمبادئ الحرية والمساواة. ومنع الدستور "الجزائري[25]" المساس باللغة العربية تعديلاً باعتبارها اللغة الرسمية للدولة. وحظر الدستورين " الموريتاني، الجزائري"إجراء أي تعديل من شأنه المساس بالمصلحة العليا للدولة. فقد نص الدستور الموريتاني على أن " لا يجوز الشروع في أي إجراء يرمي إلى مراجعة الدستور إذا كان يطعن في كيان الدولة أو ينال من حوزة أراضيها أو من الصيغة الجمهورية لنظام الحكم أو من الطابع التعددي للديمقراطية"[26]، ونص الدستور الجزائري على أن " لا يمكن أي تعديل أن يمس..... سلامة التراب الوطني ".[27]

الفرع الثاني

التقييد الزمني

الوثيقة السامية نتاج بيئة وزمان معينين، وحدوث مُستجد جوهري طارئ يستلزم إجراء التعديل أو التغيير وفي الوقت ذاته أن توفير مستلزمات الاستقرار الزماني يُعد ضرورة لازمة لتوفير متطلبات المهابة والسمو، من هنا ذهبت بعض الدساتير وفي وقت مبكر إلى النص على حظر التعديل إلا بعد مرور مدة معينة من تاريخ نفاذ أحكامه، فقد حظر الدستور الفرنسي لسنة 1791 إدخال أي تعديل عليه إلا بعد مرور أربع سنوات من تاريخ نفاذه، وحظر الدستور اليوناني لسنة 1930 التعديل إلا بعد مرور خمس سنوات على نفاذه.

والملاحظ أن الحظر الزمني غالباً ما يُرافق دساتير الدول الخارجة تواً من الاحتلال أو الاقتتال الداخلي، أو تلك التي تبنت نظام سياسي جديد تخشى المساس به من قبل مناوئيه، أو الدول حديثة النشأة التي تحرص على إنجاح تجربتها الدستورية لإثبات جدارتها بحكم نفسها.

وبالعودة إلى الدساتير العربية، وجدنا أن هناك أربع دساتير فقط تبنت هذا النوع من الحظر، الدستور الكويتي "..... ولا يجوز اقتراح تعديل هذا الدستور قبل مضي خمس سنوات على العمل به".[28] والدستور القطري(لا يجوز طلب تعديل أي من مواد هذا الدستور قبل مضي عشر سنوات من تاريخ العمل به".[29] والدستور السوري " لا يجوز تعديل هذا الدستور قبل مرور ثمانية عشر شهراً على تاريخ نفاذه".[30] والدستور العراقي " لا يجوز تعديل المبادئ الأساسية الواردة في الباب الأول، والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور، إلا بعد مرور دورتين انتخابيتين متعاقبتين، وبناء على موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب عليه، وموافقة الشعب بالاستفتاء العام، ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة أيام".[31]

وأورد الدستور الفلبيني حظراً نادراً لم تألفه الدساتير المقارنة، إذ حظر إدخال أكثر من تعديل واحد كل خمس سنوات،[32] وبالرغم من أن السلطة المؤسِسة في الفلبين سعت من وراء هذا الحظر إضفاء الاستقرار على أحكام الدستور، إلا أننا نرى أن هذا الحظر قد يتعارض والمصلحة العليا للدولة،إذ قد تدعو الضرورة والحاجة إلى تعديل الدستور في أي وقت، وهذا الحظر قد يأتي على الدولة بالويلات أو يضّر بمصالحها الحيوية أو يدخلها في أزمة سياسية لا سبيل لتجاوزها إلا بخرق الحظر أو إسقاط الدستور واستبداله بغيره.

ونص الدستور الكوري الجنوبي لسنة 1980 على نوع من الحظر يجدر تبنيه في الدساتير العربية والدول حديثة العهد بالديمقراطية، فقد حظر الدستور الكوري الجنوبي تمديد مدة ولاية الرئيس أو منحه الحق في الترشح لولاية أخرى إضافية لم ينص عليها الدستور إذا جرى التعديل خلال فترة ولايته " تعديلات الدستور لمدة فترة ولاية رئيس الجمهورية أو لإجراء تغيير يسمح بإعادة انتخابه لا تنفذ بالنسبة لرئيس الجمهورية الذي يشغل هذا المنصب في وقت اقتراح هذه التعديلات".[33]

الفرع الثالث

التقييد الاستثنائي

الدستور الأكثر واقعيةً وانسجاماً، ذلك الذي يتحسب لأبعد الاحتمالات المتوقعة، من هنا يستغرق إعداد الوثيقة السامية في الأنظمة الديمقراطية وقتاً قد يطول، إذ يُركن عادة للجان والخبراء المتخصصين، من قبل الهيئة السياسية المكلفة أصلاً بإعداد المسّودة. بخلاف دساتير الأنظمة الشمولية التي لا يستغرق إعدادها عادة سوى وقت قصير وتعتمد القوالب الجاهزة بلحاظ أنها تعلم مسبقاً أنها لا تركن إليها إلا نادراً، وإذا احتكمت إليها ستعمد إلى تفسيرها كيفما ترى وبما يخدم مصالحها.

ولا شك أن لعراقة التجربة والإرث المتراكم دورٌ هام بل الأهم في ترصين نصوص الوثيقة، واستيعابها للموضوعات المُتوقعة والمُستجدة. فالوثيقة الدستورية وثيقة سامية، تحكم أوضاع الدولة في كل الظروف، بل أن عملها في الظروف الاستثنائية قد يبدو أكثرُ إلحاحاً منه في الظروف العادية، حيث التهديد وتكبيل إرادة الأمة، ففي الظروف العادية تكون إرادة الأمة حرة غير خاضعة، بخلاف الحال في الظروف الضاغطة، فالظروف الاستثنائية قد تفرض على الأمة إملاءات ما كانت لترضى بها في الظروف المستتبة المستقرة، وهذه الظروف أضحت متوقعة في كل البلدان، الأكثر استقراراً والأقل، المتطورة والناهضة وكذلك التي تحبو، ذات الأنظمة الديمقراطية والشمولية. من هنا توقّت بعض الدساتير من هذه الظروف وحظرت تعديل الدستور في الظروف الاستثنائية بقطع النظر عن مصدر الخطر، وصلاحية السلطة المؤسَسة تقديرية لا مُعقب عليها حتى من القضاء.

ويُعد الدستور الفرنسي لسنة 1946 باكورة الدساتير التي نصت على حظر التعديل أثناء فترة الاحتلال " لا يجوز اتخاذ أي إجراء لتعديل الدستور أو السير في ذلك أثناء احتلال كل أو بعض أراضي فرنسا ذاتها بقوات أجنبية".[34] ومثل هذا الحظر ورد النص عليه في الدستور الفرنسي لسنة 1958 والدستور الجزائري لسنة 1976 المُلغى " لا يمكن الشروع في إجراءات إي تعديل أو مواصلته إذا ما كان هناك مساس بسلامة التُراب الوطني ".[35] والدستور الأفغاني لسنة 1964 " لا يتم تعديل الدستور في أثناء حالة الطوارئ ".[36]

وفي فرنسا أثار نص المادة(16) من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي نقاشاً فقهياً بشأن مدى صلاحية رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية تعليق العمل ببعض نصوص الدستور أو تعديله، إذ نصت هذه

المادة على أن " عندما تصبح مؤسسات الجمهورية واستقلال الأمة وسلامة أرض الوطن وتنفيذ التعهدات الدولية مهددة بشكل خطير وآني، وعندما تصبح ممارسة السلطات العامة الدستورية متوقفة يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التي يتطلبها الوضع بعد استشارة رئيس الوزراء ورئيس المجلسين والمجلس الدستوري بصورة رسمية، ويوجه رسالة إلى الأمة بهذا الشأن ويجب أن تكون هذه التدابير مستوحاة من الرغبة في ضمان قيام السلطات العامة الدستورية بمهامها وذلك في أقرب وقت ممكن ويؤخذ رأي المجلس الدستوري بهذا الشأن ويجتمع البرلمان حكماً ولا يمكن أن تُحل الجمعية الوطنية خلال تطبيق الأحكام الاستثنائية". فقد ذهب كل من "موريس دوفرجيه " و" فيدل" إلى أن ليس للرئيس تعديل الدستور، فالمادة "16" إنما جاءت لمعالجة الأوضاع الاستثنائية بقصد إعادة الأمور إلى نصابها ولم تأتِ من أجل تخويل الرئيس صلاحية تعديل الدستور، حيث تكون إرادة الأمة مكّبلة فهي لا ترغب في إحلال إرادة الرئيس محل إرادة الأمة، فضلاً عن أن هذا الإحلال غيرُ مجد بلحاظ أن إرادة الرئيس هي الأخرى مُكّبلة في ظل ذات الظروف.

ويميز بعض الفقه الفرنسي، بين تعليق العمل ببعض نصوص الدستور وبين تعديله، فيرون أن لا ضير في تعليق العمل ببعض نصوص الدستور، لكنهم يعترضون على تعديله بلحاظ تقييد إرادة الأمة والإملاءات غير المعتادة.

ويرى "كاريه دي مالبيرغ" أن لا فرق بين التعليق والتعديل، فتعليق العمل ببعض نصوص الدستور يعني تعديله، من هنا يُحظر على الرئيس تعليق العمل ببعض النصوص في الظروف الاستثنائية وعلى حد سواء مع التعديل.

الفرع الرابع

حظر تعديل إجراءات تعديل الدستور

تتميز الدساتير الجامدة عن المرنة بإجراءات تعديلها، لكن جمود الدساتير ليس على درجة واحدة، فمن الدساتير ما هو جامد، ومنها ما هو أكثر جموداً أو أقل، ومناط ذلك كله الإجراءات والسلطة المختصة.

وإذا كانت كل نصوص الدساتير سامية بحكم الانتماء، فإن بعضها أكثر سمواً ولو معنوياً أو بحكم الأهمية، ولا شك أن النصوص المنظّمة لإجراءات التعديل من بينها أو في مقدمتها. فجمود الدستور إنما يكمن فيها وليس من المستبعد أن ينالها الاستهداف تحت مظلة الحاجة والضرورة وفي حدود الأطر القانونية.

والاستهداف الذي يثير الريبة ذلك الذي قد يكون مصدره السلطة المؤسسَة. فهذه الإجراءات قد تشكل قيداً عليها أو مانعاً من تعديل الدستور في غير حاجة أو مصلحة. ويتساءل الفقه هل للسلطة المؤسسَة إجراء مثل هذا التعديل ؟ ويجيب الفقه دون خلاف أن صلاحية تعديل إجراءات تعديل الدستور هي من مختصات السلطة المؤسسة، وتدخل ضمن النطاق المحصور لها وليس لغيرها المساس بها أو التصرف بها وإلا عُدّ الإجراء باطلاً والقول بغير ذلك يعني إحلال السلطة المؤسسَة محل المؤسِسة، واستباحة حرمة الدستور وتجاوز أبرز ضمانات سموه.

وفي هذا الإطار يُثار إشكال من نوع آخر، فإذا كان الاتفاق مُنعقد على عدم جواز المساس بالأشكال والإجراءات المحددة سلفاً لتعديل الدستور، فهل يجوز المساس بالمحظورات ذات الطابع الموضوعي، كالنصوص التي تُحرّم المساس بطبيعة النظام السياسي للدولة أو دينها أو لغتها الرسمية ؟ وفي معرض معالجة هذا الإشكال أنقسم رأي الفقه بين مؤيد لتجاوز الحظر الموضوعي إذا كان يصّب في مصلحة الأمة، ومُعارض له مُبطل، فالقائلين بالرأي الأول ينطلقون من ذات المبدأ الذي قال به " جفرسون " " أن كل جيل له حق تقرير مصيره" وسُنة الحياة وقانون الطبيعة يدعوان للتغيير، وليس لأي جيل تحديد المبادئ التي تسير عليها الأجيال الأخرى. ويذهب " فيدل" إلى أن " العبرة بمراعاة الحظر، احترام مبادئ الدستور وعدم خرق أحكامه، وحيث أن التصرف يدور في فلك الدائرة القانونية فمن الجائز تغيير كل ما يجب تغييره" وكثيراً ما تجاوزت أحكام القضاء النصوص التي تحظر المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم، إذا كان تجاوزها يصب في دائرة تعزيزها لا انتزاعها أو

الانتقاص منها.ولا يشترط القائلون بهذا الرأي سوى احترام القواعد الإجرائية المقررة للتعديل " قواعد فوق الدستورية".

أما الرأي الثاني فيذهب إلى بطلال كل تعديل من شأنه تخطي التحريم الموضوعي، فهذه القواعد تدخل ضمن وصف " قواعد فوق الدستورية" والسلطة المؤسِسة لم تحظر تعديل بعض النصوص إلا لعّلة وخلفية تراها، وربما كانت هذه النصوص هي مبنى الدستور وأساسه، والمساس بها يعني المساس بكل الدستور لا جُلّه، لا لأنها أسمى من باقي النصوص قيمةً حسب، لكن التجاوز عليها يفسح المجال واسعاً للتجاوز على باقي النصوص التي لم يأتِ النص على حظر المساس بها بمناسبة أو بغيرها مما يجعلها دساتير مُستنفذة مُستهلكة لكثرة ما يطرأ عليها من تعديلات.

الخاتمة

يرى بعض الفقه أن الخوض بحثاً في المؤسِس والمؤسَس إنما هو بحث نظري لا يخرج عن الجدل الفقهي والترف الفكري، ويأتي هذا البحث النظري تالياً من حيث الأهمية وسلسلة الأولويات، أو متأخراً من حيث المرتبة. فالأولى بحثاً عند هذا الجانب من الفقه المبادئ التي يتضمنها الدستور وحماية المؤسسات وترصين وسائل الرقابة على الشرعية. ويبدو أن هذا الجانب من الفقه غاب عنه أن العبرة بالإيمان لا بالنص فقط وإلا فإن دساتير الأنظمة الشمولية حُبلى بالمبادئ الديمقراطية ووسائل حماية الشرعية. إذ نادراً ما تخلو دساتير هذه الأنظمة من مؤسسة سياسية أو قضائية تتولى الرقابة كسبيل نظري لحماية أعلوية الدستور وصيانته من المساس. في الوقت الذي خلت فيه دساتير الأنظمة الديمقراطية من بعض هذه المبادئ والوسائل لكن الفرق بين النظامين كما الثرا والثُريا.

لقد أثبتت التجربة والواقع أن فكرة المؤسِس والمؤسَس كانت من أولى الموضوعات التي شغلت مفكري ومنظري وقادة الثورة ضد الاستبداد، وفكرياً يُعد المفكر الفرنسي " عمانوئيل جوزيف سييس

" من أوائل إن لم يكن أول من أكد على ضرورة التمييز بين المؤسِس والمؤسَس، بلحاظ أن شرعية السلطة الأخيرة مستمدة من الأولى فضلاً عن أن هذا التمييز يعني بالضرورة التمييز بين الخالق والمخلوق، الأصل والمشتق، المُنشِئ والمُنَشئ، القاعدة والبناء.

ويقيناً أن التمييز بين المؤسِس والمؤسَس لا يبرز إلا في ظل الأنظمة الديمقراطية، حيث التمييز بين الخالق والمخلوق، القابض والحاكم، فالقابض فيها غالباً ما يكون المؤسِس أو الراسم المحدد للأطر العامة والأفكار والمبادئ في ضوء فلسفته السياسية وفكرته القانونية وتنظيره الأيديولوجي. أما المؤسَس هو الأداة المنفذة للسياسات والرؤى والتوجهات والتوجيهات، فليس له الإقدام على تعديل أو تغيير وإن لمسه ضرورة أو وجد فيه الأصلح القادر على مسايرة المتغير وفي غيره الفراغ من الروح فليس للأداة المُنفذة مخالفة المبادئ والستراتيجيات بل ليس لها مخالفة الجزئيات إذا كانت تتعارض والفلسفة والثوابت.

وفي الأنظمة الشمولية تذوب الفوارق وتُرفع الحواجز وتُدمج السلطات وتختلط الصلاحيات ولا حد يفصل إلا بين الخالق والمخلوق، فالقابض هو ذاته الحاكم ويغيب الفارق بين المؤسِس والمؤسَس كلاهما واحد بل أن المؤسَس ذاته هو واحد أما الهياكل والمؤسسات واختلاف المسميات هي مجرد أشكال تدليلية على تبني المبادئ الديمقراطية بل اقتباس المبادئ التي تسالمت عليها الدول قاصيها ودانيها، غنيها وفقيرها، أصيلها وحديثها.

ولا خلاف في أن الحديث عن المؤسِس والمؤسَس ارتبط ارتباط لازم بالدساتير المدونة حيث تُجسد فيها الفكرة القانونية والفلسفة السياسية وأيديولوجية المؤسِس. وبالقطع أن الدساتير المدونة لم تظهر في الأصل إلا من أجل حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، بل هي نتاج نضالات طويلة وتتويج لدماء روّت أرض الحرية كي تُنبت وتُثمر وثيقة سامية حامية، مُقيدة للاستبداد. أما مبدأ الفصل بين السلطات فلم يكن إلا أداة من أدوات الحماية المؤكدة بوثيقة مدونة فضلاً عن أن هذه الوثيقة شاهد وراسم لحدود كل منها على وجه الدقة.

ويقيناً أن التمييز بين المؤسِس والمؤسَس سيقود بالضرورة إلى التمييز بين محرك تعديل الوثيقة السامية وأدواتها، فعصا قيادة التغيير والتعديل تبقى قابعة في أروقة المؤسِس وليس للمؤسَس الاضطلاع مبادراً بهذه العملية دون إذنٍ مسبق وإلا كانت محاولته محكومة بالفشل بل مقترنة بالجزاء المفروض على كل خارج عن إرادة المؤسِس

بلحاظ أنه موظف بأجر مُحدد سلفاً لدى رب العمل، فليس لعاملٍ الخروج عن إرادة رب العمل ونطاقه المحصور. وإلا تحرك عنصر الجزاء، وينطبق هذا الفهم القطعي عندنا في كلا النظامين الديمقراطي والواحدي، فالعمل في الأنظمة الديمقراطية مؤسساتي مُنظم ليس للأدنى فيه الخروج على الأعلى، كما ليس للأخير الاستبداد في مواجهة الأول. أما في الأنظمة الواحدية حيث تجتمع صفتي القابض والحاكم بيد ذات الهيئة أو الشخص ليس للأداة المسّيرة مخالفة المانح القابض المُخّير لا المُسير الحاكم دون غيره.

وإذا كان المؤسِس في الأنظمة الديمقراطية محرك التعديل ومؤسِس المبدأ والتغيير فإن حدوده تبقى مُقيدة غير مُطلقة وإن كان هو الراسم والمُحدد والمُقيد لغيره. يعلو ولا يُعلى عليه، لكن هذا السمو يبقى محصوراً في حدود المرتبة وسلّم الأدنى والأعلى. أما التقييد فمصدره أخلاقي أدبي من أجل تحقيق النظام وإبقاء الأمور في نصابها وإلا عّمت الفوضى المعهودة في الأنظمة الشمولية وأنتزع منه الوصف "الديمقراطي" الذي ما وسم به إلا لأنه ألتزم الحدود وحافظ على الحرمات وتجنب المحرمات، فالأنظمة الواحدية لم توسم بهذا الوصف إلا لأنها جامعة شاملة في صلاحياتها، عابرة متجاوزة للحدود والقيود تسمو على الجميع ولا أحد له أن يُراقبها أو يُطالبها بالعودة إلى نطاقها المحصور. وأخيراً لابد من الإشارة إلى أن ما يُميز دولة القانون عن سواها هو خضوع الجميع للقانون بالمعنى الواسع وإن علا أو نزل، بقطع النظر عن كونه مؤسِساً أو مؤسَساً.

الهوامش ----------

1 - Julien Laferriere , Manuel De Droit Constitutionnel , 2 edition , Montch-restien, Paris , 1947 ,p. 63.

2 - J.J.Chevallier , Les grandes oeuvres politiques de machiave a nos jours , Paris , 1947 ,p. 174.

3 - نقلاً عن أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ج2، 1974، ص 350.

4 - Marcel Prelot , Institution Politiques ET Droit Constitutionnel , Paris , Dalloz, 1972,P. 303.

5 - George Burdeau , Traite De Science Politiques , Tom IV , Paris, P. 174,1983.

6 - George Burdeau , op ,cit, p.178.

7 – - Andre Hauriou , Droit Consti-tutionnel ET Institutions politiques ‘1975.38

8 - Carre De Malberg ,Contribution a La Theorie general De l Etat , tom Deuxieme , Liberairie De La soci-ete Du recuiel , sirey , Paris, 1922,p. 517.

9 - Laferriere , op , cit , P. 313 .

10 - R. Carre De Malberg , op cit , P. 505

11 - د. منذر الشاوي، فلسفة الدولة، الذاكرة للنشر والتوزيع، ط1، 2012، ص 348.

12 - Laferriere , op ,cit, p. 288.

13 - G. Burdeau , op , cit, P. 192.

14 - R. Carre De Malberg, op, cit, P 513

15 - نقلاً عن د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، نظرية الدستور، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص 186.

- 16 - موريس دوفرجيه، دساتير فرنسا، مراجعة السيد صبري، ترجمة احمد حسيب عباس، المطبعة النموذجية، القاهرة، بلا،ص30.

17 - م(120/ج) من الدستور البحريني لسنة 2002.

18 - م(175) من الدستور الكويتي لسنة 1963.

19 - م(145) من الدستور القطري لسنة 2003.

20 - م(120/ج) وم(2) من الدستور البحريني لسنة 2002.

21 - فصل(175) من الدستور المغربي لسنة 2011.

22 - م(178) من الدستور الجزائري لسنة 1996.

23 - م(120/ج) من الدستور البحريني.

24 - م(175) من الدستور الكويتي.

25 - م(178/4) من الدستور الجزائري.

26 - م(99) من الدستور الموريتاني لسنة 2001.

27 - م(178/6) من الدستور الجزائري.

28 - م(148) من الدستور الكويتي.

29 - م(148) من الدستور القطري.

30 - م(153) من الدستور السوري لسنة 2012.

31 - م(126/ثانياً) من الدستور العراقي.

32 - م(27/2) من الدستور الفلبيني لسنة 1986.

33 - م(129) من الدستور الكوري الجنوبي لسنة 1980.

34 - م(94) من الدستور الفرنسي لسنة 1946.

35 - م(194) من الدستور الجزائري لسنة 1976 المُلغى.

36 - م(118) من الدستور الأفغاني لسنة 1964.

المراجع

أولا - باللغة العربية والمترجمة

1 - أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ج2، 1974، ص 350.

2 - . منذر الشاوي، فلسفة الدولة، الذاكرة للنشر والتوزيع، ط1، 2012.

3 - د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، نظرية الدستور، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص 186.

4 - موريس دوفرجيه، دساتير فرنسا، مراجعة السيد صبري، ترجمة احمد حسيب عباس، المطبعة النموذجية، القاهرة.

ثانيا - المراجع باللغة الفرنسية

- Andre Hauriou ، Droit Con-stitutionnel ET Institutions politiques 19751

- 2 Carre De Malberg ،Contri-bution a La Theorie general De l Etat ، tom Deuxieme ، Liberairie De La societe Du recuiel ، sirey ، Paris، 1922.،

George Burdeau ، Traite De

Science Politiques ، Tom IV ، Paris، 3
1983.

Marcel Prelot ، Institution – Politiques ET Droit Constitution-nel ، Paris ، 4
Dalloz، 1972.

ثالثا - الدساتير

1 – الدستور الفرنسي الملغى لسنة 1946.
2 – الدستور الأفغاني لسنة 1964.
3 – الدستور الجزائري الملغى لسنة 1976.
4 – الدستور الكوري الجنوبي لسنة 1980.
5 – الدستور الفلبيني لسنة 1986.
6 – الدستور الفرنسي لسنة 1958.
7 – الدستور الكويتي لسنة 1962.
8 – الدستور الجزائري لسنة 1996.
9 – الدستور الموريتاني لسنة 2001.
10 – الدستور البحريني لسنة 2002.
11 – الدستور القطري لسنة 2003.
12 – الدستور العراقي لسنة 2005.
13 – الدستور المغربي لسنة 2011.
14 – الدستور السوري لسنة 2012.