

محاولة جديدة لتصنيف الرقابة القضائية على دستورية القوانين

محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق

د. عصام سعيد عبد العبيدي

أستاذ القانون العام المشارك

كلية القانون - جامعة الشارقة

E-mail: ealobeidi@sharjah.ac.ae

محاولة جديدة لتصنيف الرقابة القضائية على دستورية القوانين

د. عصام سعيد عبد العبيدي

أستاذ القانون العام المشارك

كلية القانون- جامعة الشارقة

الملخص

إنّ هذه الدراسة تعد محاولة حديثة لإعادة تصنيف الرقابة القضائية على دستورية القوانين حيث تركز في الحقيقة على زاوية من يكون له القرار النهائي في صحة التشريع : القاضي الدستوري أم المشرع أم سلطة التعديل ، ففي بعض الدول لا يستطيع القاضي أن يحكم بإلغاء التشريع إنما فقط بعدم التوافق مع الدستور بحيث يترك القرار النهائي بيد الأغلبية العادية في البرلمان وهذا ما أطلقنا عليه بالرقابة القضائية الضعيفة ، وفي معظم الدول يمنح القاضي الدستوري سلطة إلغاء أو إبطال التشريع لكن من الصعوبة نقض هذا القرار من خلال تعديل الدستور إلا بأغلبية برلمانية نوعية أو من خلال الاستفتاء وهو ما أطلقنا عليه بالرقابة القضائية القوية ، وفي بعض الدول يستطيع القاضي ، حتى وإن لم توجد فقرات حظر التعديل ، ان يستنبط الهوية الدستورية أو البنين الأساسي للدستور التي من خلالها يتمكن القاضي من إلغاء أو ابطال التعديل الدستوري المخالف لهذا البنين وهو ما أطلقنا عليه رقابة مذهب البنين الأساسي القوية ، وفي دول أخرى يوجد مذهب البنين الأساسي ورقابة قضائية على تطبيق هذا المذهب في مواجهة سلطة التعديل لكن تستطيع السلطة المؤسسة الأصلية أن تنقضه من خلال الجمعيات التأسيسية التي بإمكانها أن تستبدل دستوراً جديداً مختلفاً بالدستور عنه وهو ما أطلقنا عليه برقابة مذهب البنين الأساسي الضعيفة . فهذا التصنيف يساعد في الحقيقة على بناء نموذج قضاء دستوري قوي ومستقل عن غيره من السلطات السياسية بحيث يستطيع القاضي الدستوري أن يجهض أي محاولة لتحطيم أو إضعاف المذهب الدستوري الديمقراطي

A new attempt to classify judicial control over the Constitutionality of laws

Dr. Isam saeed abed ealobeidi

Associate professor

College of law - University of sharjah

Abstract

This study is a recent attempt to reclassify judicial control over the constitutionality of laws, focusing in fact on the matter of who has the final decision on the validity of the legislation: the constitutional judge or the legislator or the power of amendment. In some countries, the judge cannot rule out the repeal of the legislation, but only with the incompatibility of the constitution, so that the final decision is left to the ordinary majority in parliament. This is what we call weak judicial control. In most countries, the constitutional judge has the power to repeal the legislation, but it is difficult to overturn this decision by amending the constitution only with a parliamentary supermajority or referendum, which we called strong judicial control. In some countries, the judge, even if there are no clauses prohibiting the amendment, can draw the constitutional identity or the basic structure of the constitution through which the judge can cancel the constitutional amendment that violates this structure. This is what we have called the control of the doctrine of strong basic structure. In other countries there is the doctrine of the basic structure and judicial control on the application of this doctrine in the face of the power of amendment, but the original constituent power can be canceled by Constituent Assembly which can replace the Constitution with a new constitution is different from what we called the control of the doctrine of weak basic structure. This classification actually helps to build a model of strong constitutional judiciary independent of other political powers so that the constitutional judge can abort any attempt to destroy or weaken the democratic constitutional doctrine.

Keywords: Constitutional control, Strong control, Weak control, Basic Structure Control, constituent power.

المقدمة

أولاً: أهمية البحث

تعد الرقابة القضائية على دستورية القوانين ركناً أساسياً من أركان دولة القانون لأنها تعد ضماناً قوياً لتطبيق القاعدة الدستورية في مواجهة انتهاكات المشرع، ولقد أجريت العديد من المحاولات لتصنيف هذه الرقابة فمنهم من صنّفها بحسب الوسيلة الرقابية إلى الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية والرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية والرقابة المختلطة (الدعوى الأصلية والدفع)، كما صنّفها البعض بحسب زمن إجرائها إلى رقابة لاحقة ورقابة سابقة ورقابة مختلطة (سابقة ولاحقة)، فضلاً أن البعض صنّفها من زاوية النظام الرقابي إلى نظام لا مركزي (النظام الأمريكي) الذي تمارسه جميع المحاكم، ونظام مركزي (النظام الأوربي) الذي تمارسه محكمة واحدة كالمحكمة الدستورية الخاصة أو المحكمة العليا في النظام القضائي العادي، ونظام مختلط (أمريكي - أوربي)، ومنهم من صنّفها من زاوية نتيجة الرقابة إلى رقابة إلغاء ورقابة امتناع، وعلى الرغم من ذلك أن تصنيفنا يركز في الحقيقة على زاوية من يكون له القرار النهائي في صحة التشريع: القاضي الدستوري أم المشرع أم سلطة التعديل، ففي بعض الدول لا يستطيع القاضي أن يحكم بإلغاء التشريع إنما فقط بعدم التوافق مع الدستور بحيث يترك القرار النهائي بيد الأغلبية العادية في البرلمان وهذا ما أطلقنا عليه بالرقابة القضائية الضعيفة، وفي معظم الدول يمنح القاضي الدستوري سلطة إلغاء أو إبطال التشريع لكن لا يمكن إلغاء هذا القرار إلا من خلال تعديل الدستور بأغلبية برلمانية نوعية أو من خلال الاستفتاء وهو ما أطلقنا عليه بالرقابة القضائية القوية، وفي بعض الدول يستطيع القاضي، حتى وإن لم توجد فقرات حظر التعديل، أن يستنبط الهوية الدستورية أو البنيان الأساسي للدستور التي من خلالها يتمكن القاضي من إلغاء أو إبطال التعديل الدستوري المخالف لهذا البنيان وهو ما أطلقنا عليه رقابة مذهب البنيان الأساسي القوية، وفي دول أخرى يوجد مذهب البنيان الأساسي ورقابة قضائية على تطبيق هذا المذهب في مواجهة سلطة التعديل لكن تستطيع السلطة المؤسسة الأصلية أن تنقذه من خلال الجمعيات التأسيسية التي بإمكانها أن تستبدل بالدستور دستوراً جديداً مختلفاً عنه وهو ما أطلقنا عليه بـرقابة مذهب البنيان الأساسي الضعيفة.

ثانياً: هدف البحث

يهدف البحث إلى بناء تصنيف جديد للرقابة القضائية على دستورية القوانين يمكن من خلاله التوصل إلى تأسيس رقابة قضائية قوية وفعالة ومستقلة عن السلطات السياسية، بحيث يقف القاضي الدستوري بوجه كل محاولة من قبل المشرع أو السلطة المؤسسة تهدف إلى تقويض أو

تحتييم أو إضعاف المبادئ الأساسية للنظام الدستوري الديمقراطي . كما يهدف البحث إلى بيان المؤسسة المختلفة للرقابة القضائية بغض النظر عن طريقة هذه المؤسسة أي بغض النظر عن وجود أصلها في النص الدستوري أو من خلال الممارسة القضائية، فضلاً عن ذلك تهدف الدراسة إلى بناء نموذج خامس للرقابة القضائية يمكنها من الوقوف بوجه السلطة المؤسسة الأصلية وذلك بخضوع هذه الأخيرة لمبادئ عليا معينة التي يمكن تحديدها وتطبيقها بواسطة القضاة.

مشكلة البحث

- هل يمكن وضع تصنيف جديد يعتمد على العلاقة بين القاضي الدستوري والمشرع وسلطة التعديل ؟ وكيف ؟
- وهل يمكن إلغاء قرارات القضاء الدستوري من قبل المشرع وسلطة التعديل ؟
- وهل يمكن للقاضي الدستوري أن يراقب التعديلات الدستورية ؟
- هل يمكن وضع نموذج يمكن من خلاله تقييد السلطة المؤسسة الأصلية أو الشعبية ؟ وهل يمكن خضوع هذه السلطة للرقابة القضائية ؟

فرضية البحث

إنّ وضع تصنيف جديد يعتمد على العلاقة بين القضاء الدستوري والمشرع وسلطة التعديل يساعد على بيان مدى فاعلية الرقابة القضائية على الدستورية في النظام الدستوري الديمقراطي.

خطة البحث

لقد قسمنا البحث بالإضافة إلى المقدمة والخاتمة إلى مبحثين رئيسيين:

المبحث الأول: الرقابة القضائية الضعيفة والقوية

المطلب الأول: الرقابة القضائية الضعيفة

المطلب الثاني: الرقابة القضائية القوية

المبحث الثاني: رقابة مذهب البنين الأساسي القوية والضعيفة ومحاولة وضع نموذج خامس للرقابة

المطلب الأول: رقابة البنين الأساسي القوية

المطلب الثاني: رقابة البنين الأساسي الضعيفة

المطلب الثالث: محاولة وضع نموذج خامس للرقابة

المبحث الأول

الرقابة القضائية الضعيفة والقوية

وينقسم إلى مطلبين: المطلب الأول: الرقابة القضائية الضعيفة، والمطلب الثاني: الرقابة القضائية القوية:

المطلب الأول

الرقابة القضائية الضعيفة

ووفقاً لهذا النموذج تمنح المحاكم سلطة رقابة عدم توافق التشريع مع الحقوق الدستورية، مع احتفاظ المشرع بالكلمة النهائية على صحة كل القوانين .

ومثال على ذلك ما نص عليه ميثاق الحقوق الكندي لعام ١٩٦٠ (الملغي)^(١) في المادة الثانية على أن ”كل قانون في كندا، مالم يعلن بشكل صريح بواسطة تشريع البرلمان الكندي بأنه - أي القانون - سوف يعمل على الرغم من ميثاق الحقوق الكندي، سوف يفسر ويطبق بطريقة لا تلغي أو تنتهك أيّاً من الحقوق والحريات المعترف بها أو المعلن عنها“. وهذا يعني أنه يمكن للبرلمان الكندي أن يعطل أو يلغي قرارات القضاء المتعلقة بالحقوق والحريات .

كما نص الدستور السياسي لجمهورية الاكوادور لعام ١٩٤٥ (الملغي) في المادة ١٦٠ على محكمة الضمانات الدستورية المكلفة بواجب ضمان توافق التشريع الأصلي والفرعي مع نصوص الدستور، بحيث يمكن لهذه المحكمة (بناءً على طلب محكمة الاستئناف النهائية) أن تعطل بشكل مؤقت القانون أو النظام حتى يقوم الكونغرس بوضع القرار حول صحته^(٢) وهذا يعني أن الكلمة النهائية بشأن الدستورية تعود للكونغرس وليس المحكمة . فوفقاً لهذا النموذج يمكن أن تعلن المحاكم عدم دستورية التشريع لكن مثل هذه الإعلانات لا تملك أي أثر قانوني ملزم على تشريعات البرلمان .

ويمكن القول إنّ الرقابة القضائية الضعيفة تمثل طريقة أولية للتخلص من السيادة البرلمانية الخالصة لكن من دون منح القضاة الكلمة النهائية حول مشروعية التشريع المتعارض مع الحقوق، حيث يمكن للمحاكم أن تصنع في الغالب إعلانات التعارض أو عدم التوافق (INCONSISTENCY) وليس إعلانات عدم الصحة (INVALIDITY)، والأمثلة المعاصرة لنظم الرقابة القضائية الضعيفة موجودة في كندا ونيوزيلندا وبريطانيا: فوفقاً للمادة ٢٣ من الميثاق الكندي للحقوق والحريات لعام ١٩٨٢ يمكن للقضاة أن يلغوا التشريع، لكن في الوقت ذاته

1. Canadian bill of rights of 1960: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-12.3/page-1.html>

2. MARY ELIZABETH WHITTEMORE , THE PROBLEM OF ENFORCING NATUR RIGHTS UNDER ECUADOR CONSTITUTION , PACIFIC RIM LAW & POLICY JOURNAL , VOL. 20 , NO. 3 , 2011 , P.672: <https://digital.lib.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/1032/20PacRimLPolyJ659.pdf?sequence=1>

يمكن للأغليات البسيطة في البرلمان الفدرالي وبرلمانات الأقاليم أن يلغوا تلك القرارات القضائية بواسطة التشريع^(٣)

وفي نيوزيلندا فإن تشريع ميثاق الحقوق لعام ١٩٩٠ لم يمنح القاضي سلطة الإلغاء بل منحه وفقاً للمادة ٦ واجباً قضائياً بإعطاء التشريع تفسيراً متفقاً مع الحقوق، وإذا لم يكن ذلك ممكناً فإن القاضي سوف لا يملك الخيار بل عليه تطبيق التشريع المتعارض مع الحقوق. ومع ذلك فإن المحاكم أكدت، من خلال الممارسة، على اختصاصها بوضع إعلانات غير ملزمة بعدم التوافق^(٤) وفي بريطانيا تم تشريع قانون حقوق الانسان لعام ١٩٩٨ الذي منح المحاكم صراحة سلطة إصدار إعلانات غير ملزمة بالتعارض أو عدم التوافق بين التشريع والحقوق المحمية، وأن مثل هذه الإعلانات تكون لها أهمية فقط في حالة قيام الحكومة بواسطة التفويض التشريعي باتخاذ إجراءات علاجية مستعجلة لإزالة التعارض^(٥)

ويمكن القول إنه على الرغم من ضعف هذه الرقابة إلا أنه يمكن النظر إليها على أنها معتدلة وناعمة لأنه قد تخلق الإمكانية لتعزيز الديمقراطية من خلال إجراء المحاوراة بين السلطة القضائية والسلطة التشريعية للتوصل إلى الحل النهائي، إذ أنها قد تكون رقابة متوسطة بين انعدام الرقابة (سيادة البرلمان) والرقابة القضائية القوية (علو السلطة القضائية).

المطلب الثاني

الرقابة القضائية القوية

وهكذا تبين لنا مما سبق الخاصة الرئيسية للرقابة القضائية الضعيفة وهي أنها لا تمنح القضاة سلطة إلغاء أو ابطال التشريع، وحتى إذا سمحت للمحاكم بإصدار إعلانات التعارض أو عدم التوافق فإنه يمكن للأغلبية التشريعية العادية أن تلغي مثل هذه الإعلانات من دون حاجة إلى تعديل الدستور رسمياً.

أما الخاصة الرئيسية للرقابة القضائية القوية فمفادها منح القضاة سلطة إلغاء أو أبطال التشريع بحيث لا يمكن إلغاء قرارات القاضي من قبل المشرع إلا بصعوبة من خلال عملية التعديل الرسمية التي تتطلب موافقة الأغلبية النوعية في البرلمان أو - و موافقة أغلبية الناخبين في

3. DAVID JOHANSEN & PHILIP ROSEN, THE NOTWITHSTANDING CLAUSE OF CHARTER , LIBRARY OF PARLEMENT , 2012 , P.1-3: <http://www.res.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/bp194-e.pdf>

4. SUSAN GLAZEBROOK , THE NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS ACT 1990: ITS OPERATION AND EFFECTIVENESS, 2004, P.15-23: <https://www.courtsofz.govt.nz/speechpapers/Speech22-07-2004.pdf>

5. JEFFREY JOWELL & DAWN OLIVER , THE CHANGING CONSTITUTION , FOURTH EDITION , OXFORD UNIVERSITY PRESS , 2000, P.53-54

الاستفتاء^(٦)

وهذه الرقابة تشكل جزءاً مهماً من النظم الدستورية الديمقراطية في الولايات المتحدة الأمريكية ومعظم البلدان في أوروبا وأمريكا اللاتينية، حيث إن هذه البلدان تملك دساتير جامدة بحيث يصعب تعديلها نسبياً عندما تقارن بالقوانين العادية.

وتختلف مؤسسة هذه الرقابة من دولة إلى أخرى فقد ينص عليها الدستور وقد لا ينص، ففي الولايات المتحدة الأمريكية نشأت هذه الرقابة على يد رئيس قضاة المحكمة العليا جون مارشال ولاسيما في قضية ماربوري ضد ماديسون (MARBURY V. MADISON) في ٢٢ شباط ١٨٠٣ على الرغم من خلو الدستور من نص صريح يبين حق المحاكم في إجراء هذه الرقابة^(٧) حيث أكدت المحكمة العليا في هذه القضية على اختصاصها في إبطال التشريع الفدرالي، وقد كتب مارشال في بيانه للوقائع بأن ” ذلك ينبغي أن يتكرر بواسطة المحاكم للسنيين اللاحقة ” كما بين بأن الدستور هو القانون الأعلى في الدولة الذي لا يمكن تعديله بواسطة القوانين العادية، وإذا تعارضت هذه القوانين الأخيرة معها فإنها تعد باطلة^(٨) ووفقاً لوجهة النظر هذه فإن المشرع يمكن أن يتغلب على القيود الدستورية (كما تفسر بواسطة المحاكم) من خلال فقط التعديل الرسمي للدستور الذي يتطلب الأغلبية النوعية أو الخاصة على المستوى الفدرالي والولايات^(٩)

وهكذا فإنه في النموذج الأمريكي لا تكون الرقابة الدستورية مركزة بيد محكمة واحدة بل بيد جميع المحاكم عندما تثار مسألة الدستورية في سياق القضية المنظورة بواسطة الدفع بعدم الدستورية والتي تؤدي إلى الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، مع خضوع هذه المحاكم لإشراف المحكمة العليا التي يكون لها القرار النهائي والملزم للمحاكم كافة^(١٠)

٦. ويمكن أن ننصوّر الجمع بين الرقابة القضائية الضعيفة والقوية في النظام الواحد عندما يتم رصف عملية تعديل الدستور بشكل تدريجي بحيث يتم تعديل بعض النصوص الدستورية بالأغلبية العادية أو البسيطة وهذا ما ينسجم مع الرقابة القضائية الضعيفة (إذ يمكن لهذه الأغلبية أن تلغي ببساطة قرارات القاضي الدستوري بعدم صحة التشريع المعارض مع تلك النصوص) والبعض الآخر من النصوص الدستورية يعدل بالأغلبية البرلمانية النوعية أو الخاصة وهو ما ينسجم مع الرقابة القضائية القوية (حيث لا يمكن إلغاء قرارات القاضي الدستوري بعدم صحة التشريع المعارض مع تلك النصوص إلا بصعوبة).

7. EDWARD S. CORWIN & JACK W. PELTASON , UNDERSTANDING THE CONSTITUTION, LIBRARY OF CONGRESS , UNITED STATES , 1963 , P.35

8. IBID , P.36-37

٩. تنص المادة الخامسة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧ على أن ” يقترح الكونغرس، إذا رأى ثلثاً أعضاء المجلسين ضرورة لذلك، تعديلات لهذا الدستور، أو يدعو بناء على طلب السلطات التشريعية لثلاثي مختلف الولايات، إلى عقد مؤتمر لاقتراح تعديلات، تصبح في كلتا الحالتين، صالحة من حيث جميع المقاصد والغايات، كجزء من هذا الدستور، عندما تصادق عليها السلطات التشريعية لثلاثة أرباع مختلف الولايات، أو مؤتمرات تعقد في ثلاثة أرباع الولايات ... ”

١٠. أوليفيه دوهاميل وأيف ميني، المعجم الدستوري، ترجمة: منصور القاضي ومراجعة د. زهير شكر، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٦، ص ٦٨١

أما في النموذج الأوربي فإن الرقابة الدستورية تمارس من قبل محكمة واحدة (محكمة دستورية أو عليا) بموجب نص دستوري صريح، فضلاً عن أن هذه الرقابة تثار أمام هذه المحكمة كقاعدة عامة عن طريق الدعوى كما يمكن أن تثار عن طريق الإحالة من قبل إحدى المحاكم في سياق القضية المنظورة بناء على دفع من أحد الخصوم أو الإحالة الذاتية من قبل محكمة الموضوع ذاتها، وتؤدي هذه الرقابة إلى إلغاء القانون المخالف للدستور^(١١) ومثال ذلك الدستور الإسباني لعام ١٩٧٨ الذي منح المحكمة الدستورية سلطة حصرية في إلغاء القانون المتعارض مع الدستور^(١٢) وفي الوقت ذاته نص على عملية تعديل خاصة التي تشمل على موافقة المشرع وهيئة الناخبين^(١٣) والتي يمكن أن تستعمل لإلغاء قرارات المحكمة الدستورية.

فضلاً عن ذلك يوجد بعض الأنظمة المختلطة التي تجمع بين النموذجين الأوربي والأمريكي كما هو الحال في فنزويلا وكولومبيا والبرازيل والاكوادور وبيرو^(١٤)

وعلى الرغم من الاختلافات بين نماذج الرقابة إلا أنها لا تؤثر في وصف الرقابة القضائية بالقوية طالما أن الكلمة النهائية في دستورية وصحة القوانين العادية تعود للقضاة، لكن الحقيقة هي عكس ذلك حيث يستطيع المشرع تعديل الدستور لكي يتبنى القانون المخالف للدستور وهذا ما يجعل الكلمة النهائية لسلطة التعديل وليس القضاة^(١٥)، ومع ذلك يوجد استثناءات على ذلك ولا سيما

١١. المصدر نفسه، ص ٦٨٤ - د. وحيد رأفت ود. وايت إبراهيم، القانون الدستوري، المطبعة العصرية، ١٩٢٧، ص ١١ - د. احسان حميد الفرجي ود. كطران زغير نعمة ود. رعد الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، مطبعة دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٠، ص ١٧٧

١٢. ينظر المادة ١٦١ من الدستور الاسباني لعام ١٩٧٨. :https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=ar

١٣. ينظر المادتين ١٦٧ - ١٦٨ من الدستور الاسباني لعام ١٩٧٨

14. G. HARUTYUNYAN & A. MAVCIC, CONSTITUTIONAL REVIEW AND ITS DEVELOPMENT IN THE MODERN WORLD, ARMENIA, 2004, P. 3-4: <http://www.concourt.am/Books/harutunyan/monogr3/book.htm>

١٥. أن إلغاء أحكام القضاء الدستوري بعدم الدستورية من خلال تعديل الدستور تعد حالة نادرة ولاسيما إذا كانت عملية التعديل صعبة جداً وفي الحالة التي لا يكون فيها القاضي الدستوري مختصاً بالرقابة على التعديلات الدستورية ومثال على ذلك في الولايات المتحدة الأمريكية حيث قامت سلطة التعديل بإلغاء حكم المحكمة الاتحادية العليا أربع مرات فالقرار الصادر في قضية (CHISHOLM V. GEORGIA 1793) الذي سمح للمواطن أن يقاضي ولاية أخرى تم إلغاؤه بواسطة التعديل الحادي عشر، كما أن القرار الصادر في قضية (DRED SCOTT) الذي تضمن دستورية نظام العبودية قد تم إلغاؤه بواسطة التعديلين الثالث عشر والرابع عشر (١٨٦٥ - ١٨٦٨)، وقضايا الضريبة لعام ١٨٩٥ التي قررت عدم دستورية ضريبة الدخل تم نقضها بواسطة التعديل السادس عشر لعام ١٩١٣، كما أن التعديل الدستوري السادس والعشرين لعام ١٩٧١ قد أنقذ قرار المحكمة الصادر في قضية أوريجون ضد ميتشل الذي لا يقر للذين بلغوا الثامنة عشر من العمر بحق التصويت في الانتخابات:

GEORGE MCKENNA, THE DRAMA OF DEMOCRACY, 3ed, MCGRAW HILL COMPANIES, U.S.A, 1998, P.358

وفي فرنسا كان الهدف من التعديل الدستوري الصادر في ٢٦ تشرين ١٩٩٢ يكمن في التغلب على قرار عدم الدستورية الصادر من المجلس الدستوري فيما يتعلق بتطبيق حق اللجوء، كذلك فإن قانون التعديل الدستوري الصادر في ٢٣ شباط ٢٠٠٧ هدف إلى معاكسة التفسير الذي أعطاه المجلس الدستوري لقانون التعديل الدستوري المؤرخ في ٢٠ تموز ١٩٩٨ ولاتفاق نومييا حول شرط

في بعض الدساتير التي لا تمنح القضاة فقط سلطة إلغاء التشريعات العادية المخالفة للدستور بل وأيضاً تمنحهم ضمناً سلطة إلغاء قوانين تعديل الدستور في حالة مخالفتها لبعض النصوص والمبادئ المحظور تعديلها، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٧٩ فقرة (٢) من القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩ بأنه "لا يجوز إجراء تعديلات على هذا القانون الأساسي من شأنها أن تمس تجزئة الاتحاد إلى ولايات، أو مشاركة الولايات من حيث المبدأ في عملية التشريع بشكل فعال، أو بشكل يمس القواعد الأساسية الواردة في المواد ١ و ٢٠"، علماً أن المادة ١ من القانون الأساسي الألماني تتعلق بكرامة الإنسان والتزام سلطة الدولة بالحقوق الأساسية. أما المادة ٢٠ فتتعلق بالمبادئ البنوية للدولة كالفدرالية والديمقراطية والعدالة الاجتماعية. والشعب مصدر جميع السلطات في الدولة، ويمارس الشعب سلطته من خلال الانتخابات والتصويت، ومن خلال أجهزة خاصة بالسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية. وخضوع السلطات للدستور والقانون. وحق المواطنين الألمان في مقاومة أي شخص يعتم أن يقوم بإزالة هذا النظام إذا تعذر عليهم ذلك بوسائل أخرى.

فوفقاً لهذه الطريقة قامت المحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا في بعض القضايا بمراقبة التعديلات الدستورية من حيث مدى تطابقها مع القيود الدستورية الموضوعية المحظور تعديلها وفقاً للفقرة ٢ من المادة ٧٩ من الدستور على الرغم من أنها قررت في جميعها دستورية هذه التعديلات، ففي قرارها الصادر في ١٥ كانون الأول ١٩٧٠ المتعلق بسرية المراسلات بينت المحكمة الدستورية أن "الفقرة ٢ من المادة ٧٩ يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً لأنها تشكل استثناءً من القاعدة العامة التي وفقاً لها يجب عدم منع المشرع من تعديل - بواسطة التعديل الدستوري - حتى المبادئ الدستورية الأساسية"، إلا أن المحكمة بينت في القرار ذاته بأن موضوع هذه المادة يكمن فقط في منع إلغاء جوهر النظام الدستوري الحالي وإنشاء نظام شمولي عن طريق الوسائل الإجرائية للتعديلات الدستورية^(١٦)

فضلاً عن ذلك أشار الدستور التركي لعام ١٩٨٢ على أن "نص المادة ١ المتعلق بشكل الدولة الجمهوري، وخصائص الجمهورية في المادة ٢، ونص المادة ٢ لا يمكن تعديلها أو اقتراح

الإقامة لمدة عشرة أعوام، وهذا ما دفع جانب من الفقه الدستوري الفرنسي إلى القول بأنه لهذا السبب كانت النتيجة المفارقة للرقابة الدستورية تتمثل باضعاف الدستور ولاسيما من خلال دفع الممثلين السياسيين لترويج إرادتهم عبر المرور بتعديل الدستور بحيث كانت إرادة الأغلبية تنتصر في النهاية رغمًا عن الدستور الذي لم يعد يشكل من جديد إلا حجازاً ورقياً: موا فونسي، البرلمان التأسيسي ليس سيداً، مجلة القانون العام وعلم السياسة، ترجمة: د. محمد عرب صاصيلا، العدد الثالث، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٧٩٤

16. KEMAL GOZLER, JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT: ACOMPARATIVE STUDY, EKIN PRESS, BURSA, 2008, P.57-58: <http://www.anayasa.gen.tr/jrca.pdf>

تعديلها"^(١٧). علماً أن خصائص الجمهورية التركية وفقاً للمادة ٢ من الدستور هي: الديمقراطية والعلمانية والدولة الاجتماعية المحكومة بوساطة حكم القانون، ومن خلال مفاهيم السلام العام، التضامن الوطني والعدالة، احترام حقوق الإنسان، الولاء للمذهب القومي لأتاتورك، والمبني على المعتقدات الأساسية المذكورة في المقدمة . أما نص المادة ٣ من الدستور فيتضمن وحدة أراضي الدولة، اللغة الرسمية للبلاد، العلم، النشيد الوطني وعاصمة الدولة أنقرة .

كما خول الدستور التركي لعام ١٩٨٢ المحكمة الدستورية صلاحية الرقابة - اللاحقة - على دستورية التعديلات الدستورية من الناحية الشكلية^(١٨). فعلى الرغم من أن هذا النص يحدد اختصاص المحكمة في الرقابة الدستورية الشكلية إلا أن المحكمة الدستورية التركية توسعت إلى الرقابة الموضوعية على التعديل الدستوري استناداً إلى وجود قيود دستورية موضوعية صريحة على سلطة التعديل، ففي ٥ حزيران من عام ٢٠٠٨ راقبت المحكمة الدستورية التعديل الدستوري الذي يسمح بلبس الحجاب في الجامعات، وقررت بأن هذا التعديل مخالف للدستور لأنه يلغي من الخاصية العلمانية للدولة (المنصوص عليها في المادة ٢ من الدستور) فضلاً عن أنه يلغي أو ينتقص من مكانة تركيا كجمهورية (المنصوص عليها في المادة ١ من الدستور)^(١٩)

وهكذا فإن هذه الأمثلة تقدم لنا شكلاً أقوى من الرقابة القضائية طالما يمكن للمحاكم الدستورية أن تلغي أو تبطل أي قانون سواء أكان عادياً أم دستورياً حتى إذا لم ينص الدستور صراحة على منحها سلطة الغاء قوانين تعديل الدستور وذلك بسبب وجود فقرات صريحة بحظر التعديل التي يطلق عليها بفقرات الأبدية أو الخلود فضلاً عن قيام هذه المحاكم بتفسير اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين تفسيراً واسعاً من خلال تفسير كلمة (القوانين) لتشمل قوانين تعديل الدستور فضلاً عن القوانين العادية^(٢٠)

17. ARTICLE 4 OF CONSTITUTION OF REPUBLIC OF TURKEY 1982: https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf

18. ARTICLE 148 OF CONSTITUTION OF TURKEY OF 1982

19. GABOR HALMAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: CONSTITUTIONAL COURT AS GUARDIANS OF THE CONSTITUTION, P. 188: https://www.researchgate.net/publication/263556407_Unconstitutional_Constitutional_Amendments_Constitutional_Courts_as_Guardians_of_the_Constitution

٢٠. ومع ذلك هنالك بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية التي تكون فيها الرقابة القضائية قوية لكن المحاكم فيها وعلى رأسها المحكمة العليا قررت بأنها لا تفحص قوانين تعديل الدستور لكونها تعد في مرتبة الدستور فضلاً عن أنها من المسائل السياسية التي لا تخضع للرقابة القضائية ولكي لا تمنح المحاكم سلطة أعلى من الدستور فهي حامية للدستور وليست رقيب عليه، وهذا الاتجاه لم يضعف الرقابة القضائية طالما أن عملية التعديل صعبة جداً ولم تستخدم إلا في أحوال نادرة لالغاء قرارات المحكمة العليا : KEMAL GOZLER, OP.CIT, P.32-34- MICHAEL STOKES PAULSEN, CAN A CONSTITUTIONAL AMENDMENT OVERRULE A SUPREME COURT DECISION , 2008 , P.3-6: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1104529

كما هنالك بعض الدول التي تتبنى السيادة البرلمانية والرقابة القضائية الضعيفة كالنرويج التي يحتوي دستورها لعام ١٨١٤ في المادة ١٢١ على فقرة حظر التعديل إلا أن عملية التعديل فيها تعد مسألة سياسية تخضع لرقابة البرلمان وليس القضاء:

وعلى الرغم من ذلك توجد العديد من دساتير الدول التي لا تحتوي على فقرات حظر التعديل بحيث يجد القضاة انفسهم أمام ابتكار آلية تسمح لهم بحماية النظام الدستوري ككل وهذه الآلية تسمى بمذهب البنيان الأساسي الذي يمكن القضاة من إلغاء قوانين تعديل الدستور المتعارضة مع هذا البنيان وهو ما سوف نوضحه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

رقابة البنيان الأساسي القوية والضعيفة ومحاولة وضع نموذج خامس للرقابة

ويتضمن ثلاثة مطالب يتعلق المطلب الأول برقابة البنيان الأساسي القوية ويتعلق المطلب الثاني برقابة البنيان الأساسي الضعيفة ويتضمن المطلب الثالث محاولة وضع نموذج خامس للرقابة:

المطلب الأول

رقابة البنيان الأساسي القوية

تكون الرقابة القضائية قوية عندما يمنح الدستور القضاة سلطة إلغاء القانون وفي الوقت ذاته ينص على فقرة حظر التعديل، فكلمة القانون تشمل القوانين العادية وقوانين تعديل الدستور، وهذا يعني أن تعديل الدستور لا يكون كافياً لإلغاء قرارات المحاكم بعدم الصحة الدستورية لكونه - أي قانون تعديل الدستور - يخضع للرقابة القضائية، ومع ذلك يذهب جانب من الفقه الدستوري إلى أن النصوص التي تحظر التعديل هي غير محصنة بذاتها، فالنصوص التي تحظر تعديل مواضع دستورية معينة، هي بنفسها غير محصنة ذاتياً. فهل هذا يعني إمكانية تعديلها؟ كقضية ممارسة الجواب يكون بالإيجاب، ومثال على ذلك تعديل نص المادة ٢٨٨ من الدستور البرتغالي لعام ١٩٧٦ التي تحظر تعديل نصوص ومبادئ محددة، إذ تم حذف المبدأ، المحظور تعديله، المتعلق بالملكية الجماعية لوسائل الإنتاج لكي تطبق قواعد المجتمع الأوربي في سياق انهيار المجتمع الشيوعي^(٢١). ويتجه هذا الرأي إلى أنه إذا كانت النصوص التي تحظر التعديل بذاتها غير محصنة من التعديل، فإن ذلك يعني بأنه يمكن تعديل النصوص والمبادئ المحظور تعديلها من خلال إجراء التعديل المزدوج (A DOUBLE AMENDMENT PROCEDURE) فبموجب هذا الإجراء تكون هنالك خطوتين: الخطوة الأولى إلغاء النص الذي يحظر التعديل، فهذا التصرف لا يعد بذاته انتهاكاً للدستور. أما الخطوة الثانية فهي تعديل المبدأ أو النص المحظور تعديله، الذي لم يعد محمياً من التعديل، فهذه الطريقة وجدت دعماً في المناقشات الفقهية في العديد من الدول كفرنسا والنرويج

EIVIND SMITH, OLD AND PROTECTED ? « SUPRA CONSTITUTIONAL » CLAUSE IN THE CONSTITUTION OF NORWAY, P. 369-385: <http://law.huji.ac.il/upload/44Smith.pdf>

21. YANIV ROZNAI, AMENDING UNAMENDABLE PROVISIONS: <http://constitutional-change.com/amending-unamendable-provisions/>

والولايات المتحدة الأمريكية^(٢٢). ومع ذلك هنالك من يرى أنه يمكن الاستغناء عن الخطوتين بإجراء تعديل نص حظر التعديل والموضوع المحمي بخطوة واحدة، علماً أنه من الناحية الجوهرية النتيجة تكون مشابهة، فضلاً عن ذلك من الخطورة أن يقوم القضاء بالحكم بعدم صحة هكذا نوع من التعديلات، كما أن قيام الاتفاقات غير المكتوبة بصنع هكذا تعديلات لا يمكن تصوره في الممارسة العملية^(٢٣). ويذهب الفقيه الألماني كارل شميت (CARL SCHMITT) وهو أحد المنظرين لفكرة عدم دستورية قانون تعديل الدستور، بأن سلطة التعديل لا يمكن أن تمارس بهذه الطريقة، فإزالة فقرة حظر التعديل يعزى في الحقيقة إلى إنشاء دستور جديد الذي لا يمكن أن يحدث إلا من قبل الشعب عند ممارسة السلطة المؤسسة الأصلية، وهذا يعني في الوقت ذاته أنه لا يمكن لسلطة التعديل أن تعدل النصوص القانونية التي تعد أساس وجودها وصحتها^(٢٤).

ومع ذلك قد تقوم سلطة التعديل بإزالة فقرة الحظر، كما يمكن للمحاكم أن تقبل بهذا تعديلاً في الحالة التي تكون فيها متبعة لطريقة فقرة حظر التعديل ذات الرقابة القضائية القوية جداً بدلاً من اتباع نموذجها الجديد، حيث يكون للأغليات التشريعية النوعية الكلمة النهائية في صحة كافة القوانين العادية أو قوانين تعديل الدستور، إلا أن النموذج الجديد للرقابة لا يسمح بذلك طالما يمنح القضاء سلطة إلغاء قوانين تعديل الدستور حتى في حالة غياب فقرة الحظر لأن الحماية لا تأتي من هذه الفقرة فقط بل من الدستور بشكل كامل، وهنا يصبح التعديل المزدوج ليس ممكناً طالما أن الكلمة النهائية تعود للقضاء في ظل هذا النموذج الجديد الذي يمكن أن نطلق عليه بـرقابة البنيان الأساسي القوية، حيث تعمل المحاكم، في ظل الدساتير التي لا تحتوي على فقرة الحظر، للتأكيد على اختصاصها النهائي في الإعلان عن عدم صحة قوانين تعديل الدستور، وهذا النموذج يرتبط بطبيعة قاعدة التعديل: ففي ظل الدساتير المرنة نسبياً تكون فرصة المحاكم أقوى، لتطوير مذهب البنيان الأساسي لحماية الدستور من التعديلات الدستورية الأساسية المتعاقبة التي يتبناها المشرع، من الدساتير التي تكون فيها التعديلات الدستورية نادرة نظراً لصعوبة الفاتحة لعملية تعديل الدستور.

والمثال الواضح لرقابة البنيان الأساسي القوية هو في الهند حيث بينت المحكمة العليا الهندية في قضية (KESAVANADA BHARATI V. STATE OF KERALA 1973) بأن "سلطة البرلمان في التعديل ليست مطلقة، ولا تشمل سلطة تغيير البنيان الأساسي أو الإطار الدستوري على نحو يغير من هويته" كما بينت المحكمة بأن مقدمة الدستور وبعض الفقرات الدستورية تتمتع

22. IBID

23. IBID

24. JOEL COLON RIOS , BEYOND PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY AND JUDICIAL SUPREMACY: THE DOCTRINE OF IMPLICIT LIMITS TO CONSTITUTIONAL REFORM IN LATIN AMERICA , VUWLR , 44, 2013 , P. 529 : <https://www.victoria.ac.nz/law/research/publications/vuwlr/prev-issues/volume-44,-issue-34/08-Colon-Rios.pdf>

ضمنياً بأهمية خاصة لاحتوائها على مبادئ معينة كعلو الدستور، الشكل الجمهوري والديمقراطي للحكم، دولة الرفاهية، الحرية الفردية، فصل السلطات، الفدرالية والعمانية التي تشكل الخصائص الأساسية للبيان الأساسي للدستور الهندي، كما عادت المحكمة العليا الهندية لتؤكد مبدأ البيان الأساسي في قضية (INDIRA NEHRU GANDHI V. RAJ NARAIN 1975) حيث قضت بعدم مشروعية التعديل التاسع والثلاثين للدستور الهندي استناداً إلى أن هذا التعديل يشكل انتهاكاً للبيان الأساسي للدستور^(٢٥).

غير أنه بعد هذه القرارات قرر البرلمان الهندي في عام ١٩٧٦ اجتثاث مبدأ البيان الأساسي للدستور وذلك من خلال تبنيه للتعديل الثاني والأربعين للدستور الهندي الذي أضاف البندين الرابع والخامس للمادة ٣٦٨ من الدستور. فقد كان البند الرابع يستبعد صراحة الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية، وكان البند الخامس ينص على أن سلطة التعديل لا تخضع لأي قيود. غير أن المحكمة العليا الهندية قررت، في قضية (MINERVA MILLS LTD V. UNION OF INDIA 1980) عدم مشروعية التعديل الثاني والأربعين للدستور الهندي حيث صرحت المحكمة بأنه لا يمكن استعمال سلطة التعديل لتحطيم هوية الدستور القائم، ولذلك لا يمكن إلغاء القيود التي ترد على سلطة التعديل. لأن ذلك سوف يجعل سلطة التعديل (أي البرلمان) سلطة مطلقة ومتحكمة في القيم الأساسية التي يقوم عليها الدستور الهندي، وبعبارة أخرى أن المحكمة بينت بأنها تملك الكلمة النهائية الحقيقية حول صحة القوانين العادية وقوانين تعديل الدستور، فبموجب مذهب البيان الأساسي لا توجد عملية قانونية يمكن أن تستعمل منح البرلمان الحق في أن يتغلب على القرارات القضائية المتعلقة بعدم صحة قانون تعديل الدستور^(٢٦).

كما تأثرت المحكمة العليا لمملكة بيلز بقضاء المحكمة العليا الهندية المتعلق بالبيان الأساسي للدستور، ففي قضية (BOWEN V. ATTORNEY GENERAL 2008) أعلنت المحكمة العليا لبيلز عدم صحة التعديل الدستوري السادس الذي يستبعد مصادر طبيعية معينة (تشمل البترول) من حماية حق الملكية، حيث صرحت المحكمة بأن التعديل، بواسطة إعاقة اللجوء إلى المحاكم في سياق الانتهاكات المزعومة لحقوق الملكية، ينتهك البيان الأساسي لدستور بيلز باعتبار مبدأ فصل السلطات وحكم القانون وحماية الحقوق الأساسية وبشكل خاص تلك المتعلقة بالمالك وحماية

25. KEMAL GOZLER , OP.CIT , P.91-92 - GABOR HALMAI , OP.CIT , P.186-187- IFTIKHAR HUSSIAN BHAT , DOCTRINE OF BASIC STRUCTURE AS A CONSTITUTIONAL SAFEGUARD IN INDIA: REFLECTION IN THE JURISPRUDENCE OF OTHER COUNTRIES , INTERNATIONAL JOURNAL OF RESEARCH IN HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES, VOL . 1, ISSUE 3, 2013, P. 29-31: http://raijmr.com/wp-content/uploads/2013/04/7_27-38-Iftikhar-Hussian-Bhat.pdf

26. VENCATESH NAYAK , THE BASIC STRUCTURE OF THE INDIAN CONSTITUTION , P. 8-9: http://www.constitutionnet.org/files/the_basic_structure_of_the_indian_constitution.pdf - KEMAL GOZLER , OP.CIT , P. 92-93- IFTIKHAR HUSSIAN BHAT , OP.CIT , P.31

الملكية من الحرمان التعسفي^(٢٧)

فضلاً عن أنه على الرغم من أن المحكمة الدستورية لجنوب افريقيا لم تقض في مسألة الدستورية الموضوعية لعدم وجود قيود موضوعية صريحة على سلطة التعديل، إلا أنها فتحت المجال في المستقبل لهذا النوع من الرقابة، من خلال تفسيرها الواسع للدستور، ففي قضية (PREMIER OF KWAZULU – NATAL V. PRESIDENT OF REPUBLIC OF SOUTH AFRICA 1996) بينت المحكمة أنه عندما يصدر التعديل الدستوري وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور، فإنه يعد سليماً من الناحية الإجرائية. لكن بعد ذلك قد يكون محتوى هذا التعديل رجعياً ويعيد البناء الأساسي أو يعيد التنظيم الأساسي لبنية الدستور، وهذا ما لا يمكن وصفه كتعديل بتاتاً^(٢٨). كما طبقت المحكمة الدستورية مذهب البنيان الأساسي (BASIC STRUCTURE DOCTRINE) في قضية (UNITED DEMOCRATIC MOVEMENT V. PRESIDENT OF SOUTH AFRICA 2002) لكنها وجدت أنه لا توجد خاصية أساسية تم انتهاكها من قبل التعديل الدستوري^(٢٩)

ويمكن القول إن مذهب البنيان الأساسي هو هوية الدستور التي تشكل الخصائص الأساسية التي يقوم عليها الدستور، وهذا المذهب يمنح القاضي الدستوري سلطة واسعة في تحديد وتطبيق القيود الدستورية الضمنية على سلطة تعديل الدستور بحيث يستطيع إلغاء تعديل الدستور الذي يتناقض مع البنيان الأساسي، وهذا يعني في الوقت ذاته بأن سلطة التعديل لا يمكنها مطلقاً نقض قرارات القاضي الدستوري بواسطة تعديل الدستور.

المطلب الثاني

رقابة البنيان الأساسي الضعيفة

إن معظم المحاكم التي تتبنى مذهب البنيان الأساسي للدستور تعترف بشكل صريح أو ضمني بأنه يوجد فرق بين سلطة التعديل (السلطة المؤسسية المشتقة) والسلطة المؤسسية الأصلية، فالسلطة الأولى مفوضة للعمل بموجب الدستور ولا تملك سلطة تغيير البنيان الأساسي للدستور، أما السلطة الثانية فهي سلطة وضع الدستور التي تملك سلطة غير مقيدة في تغيير عناصر البنيان الأساسي للدستور، فهذا المذهب لا يمكن أن يقف عائقاً أمام قدرة الشعب على تغيير البنيان الأساسي

27. YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS, LONDON, 2014, P.74-75: http://etheses.lse.ac.uk/915/1/Roznai_Unconstitutional-constitutional-amendments.pdf

28. RICHARD ALBERT, NONCONSTITUTIONAL AMENDMENTS, THE CANADIAN JOURNAL OF LAW AND JURISPRUDENCE, VOL. XXII, NO. 1, 2009, P.26: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=richardalbert> – JOEL COLON RIOS, OP.CIT, P.526

29. YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS, OP.CIT, P. 67

للدستور من خلال وضع دستور جديد للبلاد أو مراجعة الدستور بشكل شامل^(٣٠) فهذا النموذج من رقابة البنين الأساسي الضعيفة يحمي النظام الدستوري من المشرع لكن لا يمنح القضاء الكلمة النهائية بصحة قوانين تعديل الدستور، وبعبارة أخرى فإن هذا النموذج من الرقابة يحمي الدستور من المشرع من خلال إنشاء قيود رسمية على سلطة البرلمان في التعديل الدستوري، وفي نفس الوقت يعترف بأن تلك القيود لا تطبق على سلطة الشعب غير المقيدة بوضع الدستور، ويوفر الوسائل لهذه السلطة الأخيرة من أجل ممارستها.

ومثال على هذا النموذج موجود في كولومبيا، فعلى الرغم من أن دستور كولومبيا لعام ١٩٩١ خول لهذه المحكمة مراقبة التعديلات الدستورية على أساس الخطأ الإجرائي فقط^(٣١)، إذ لا يوجد في الدستور نص يصرح بالقيود الموضوعية على سلطة التعديل، إلا أن المحكمة الدستورية قررت، في القضية رقم ٥٥١ لعام ٢٠٠٢، بأن سلطة التعديل لا يمكن أن تتوسع إلى استبدال دستور جديد بالدستور، فالإجراء والجوهر هما مترابطان عندما تقوم سلطة التعديل باستبدال الدستور، إذ أنها تتصرف في هذه الحالة كمتجاوزة للسلطة (ALTRA VIRES)، كما أن استبدال الدستور يعود في الحقيقة للسلطة المؤسسة التي لها أن تتصرف من خلال الآليات الاستثنائية كالجمعية التأسيسية التي لا تخضع لرقابة المحكمة. وهذا ما يعرف لدى المحكمة بمذهب الاستبدال الدستوري (CONSTITUTIONAL REPLACEMENT DOCTRINE)، إلا أن المحكمة الدستورية لم تذكر خصائص الرقابة القضائية المتضمنة لمذهب الاستبدال الدستوري، فالمحكمة ذكرت فقط بأن الرقابة يجب أن تتخذ في حسابها القيم والمبادئ التي يقوم عليها الدستور وما يسمى بالكتلة الدستورية (CONSTITUTIONAL BLOCK) التي هي كتلة القواعد التي تعود إلى معاهدات حقوق الإنسان الدولية المصادق عليها من قبل دولة كولومبيا^(٣٢). ومع ذلك قدمت المحكمة الدستورية، في القرار المرقم ١٢٠٠ لعام ٢٠٠٢، ثلاثة خصائص للتشكيل البدائي لمذهب الاستبدال الدستوري: الأول أن الاستبدال لا يمكن أن يستخدم لتمييز الفقرة الدستورية كأبدية أو دائمة، الثاني الاستبدال الدستوري إما أن يكون جزئياً أو كلياً. فالتعديل يعد استبدالاً دستورياً جزئياً إذا شكل خطورة أو تجاوز عظيم للنظام. ومثال على ذلك، من وجهة نظر المحكمة، عندما ينشأ التعديل النظام الملكي. والثالث يتحمل المدعى عبء إثبات أن التعديل يشكل استبدالاً للدستور^(٣٣). إلا أن المحكمة الدستورية وضحت لأول مرة، في القرار رقم ٩٧٠

30. AHARON BARAK, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS, ISRAEL LAW REVIEW, 44 (3), 2011, P.338

31. ARTICLE 241 PARA (1) OF CONSTITUTION OF COLOMBIA OF 1991: https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2005.pdf

32. JOEL COLON RIOS, OP.CIT, P. 528-530

33. CARLOS BERNAL, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS IN THE CASE STUDY OF COLOMBIA: AN ANALYSIS OF THE JUSTIFICATION AND MEANING

عام ٢٠٠٤، ما يسمى بفحص الاستبدال (REPLACEMENT TEST) كافتراض أساسي مفاده القاعدة التالية: يعد التعديل استبدال دستوري إذا استبدل عنصر محدد لهوية الدستور والذي يشار إليه بعنصر الهوية (IDENTITY ELEMENT)، فمتى ما تحققت هذه القاعدة تطبق المحكمة مذهب الاستبدال الدستوري^(٣٤). وعلى الرغم من ذلك فإن المحكمة الدستورية لم توضح مفهوم عنصر الهوية، فضلاً عن أنها لم توفر معياراً لتحديد عنصر الهوية الدستورية. ولذلك قامت المحكمة الدستورية، في القرار المرقم ١٠٤٠ لعام ٢٠٠٥، باستبدال مفهوم آخر بمفهوم عنصر الهوية وهو العنصر الأساسي (ESSENTIAL ELEMENT) بحيث اتبعت فيه فحص متكون من سبع خطوات : الأول ذكر ما هو العنصر الأساسي الذي يشكل دعامة أو ركيزة في الدستور، الثاني ذكر كيف يدعم العنصر الأساسي بعض النصوص الدستورية، الثالث توضيح لماذا يعد العنصر الأساسي، الرابع توفير الدليل بأن محتوى العنصر لا يمكن اختزاله في نص أو حكم دستوري واحد فقط، الخامس التوضيح بأن تمييز العنصر كأساسي لا يكون إلى حد تمييز الفقرة الدستورية كأبدية أو دائمة، السادس الإثبات بأن العنصر الأساسي قد تم استبداله بعنصر جديد، السابع التوضيح بأن العنصر الجديد يتناقض مع العنصر الأساسي أو يختلف كلياً عنه بحيث لا يتفق مع العناصر الأساسية الأخرى للدستور^(٣٥). ومع ذلك من وجهة نظرنا يبقى مفهوم العنصر الأساسي غامض وغير محدد لعدم وجود معيار دقيق له بحيث يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة الدستورية، وعلى الرغم من ذلك استخدمت المحكمة الدستورية هذا الفحص للحكم بعدم دستورية التعديلات الدستورية بسبب أنها تعد استبدال دستوري، ففي القرار المرقم ١٠٤٠ لعام قررت المحكمة ٢٠٠٥ بأن التعديل، الذي يمنح إمكانية إعادة انتخاب الرئيس مرة واحدة فقط وفي الوقت ذاته يخول الكونجرس تشريع القانون الذي يضمن لكل المرشحين حقوقاً متساوية في الحملة الانتخابية، لم يستبدل مبادئ المساواة الانتخابية وتداول السلطة السياسية والفصل بين السلطات، لكن المحكمة أعلنت في الوقت ذاته بأن فقرة التعديل كانت غير دستورية لأنها تنتهك مذهب الاستبدال الدستوري على أساس أنها تشير بأنه في حالة فشل الكونجرس في تشريع قانون الضمانات الانتخابية خلال مدة شهرين، فإن مجلس الدولة يجب أن يشرع النظام الذي يضمن المساواة في الحقوق خلال الانتخابات . فذلك التحويل لمجلس الدولة يستبدل مبدأ الفصل بين السلطات الذي يعد عنصراً أساسياً في الدستور، وبالتالي يجب أن يعتبر استبدالاً دستورياً.

كما قررت المحكمة الدستورية، في القرار المرقم ٥٨٨ لعام ٢٠٠٩، بأن التعديل يعد استبدالاً دستورياً، لأنه يشمل تصنيف تلقائي للمستخدَمين المؤقتين في الإدارة العامة للعمل الإداري، فكنيجة للتعديل فإن هؤلاء المستخدَمين يحصلون على التثبيت من دون المرور بامتحان الجدارة، ولهذا السبب حددت المحكمة بأن هذا التعديل يستبدل عنصرين أساسيين في الدستور وهما: مبدأ المساواة ومبدأ الجدارة، وهما من المبادئ الدستورية للوظيفة الإدارية^(٣٦). بالإضافة إلى ذلك أعلنت المحكمة الدستورية في كولومبيا في القرار رقم ١٤١ لعام ٢٠١٠ بأن التعديل الذي يمنح إمكانية إعادة انتخاب الرئيس لولاية ثالثة يعد استبدالاً دستورياً، فطبقاً لرأي المحكمة يعود ذلك إلى مظاهر معينة في التصميم الدستوري المتعلقة بتعيين قضاة المحكمة العليا وأعضاء الوكالات الأخرى مثل البنك المركزي، فإعادة انتخاب الرئيس للولاية الثالثة يعني استبدال مبدأ الفحص والموازنة ومبادئ تداول السلطة السياسية والمساواة بين المرشحين الرئاسيين وعمومية القوانين^(٣٧). إذ وجدت المحكمة أن بقاء الرئيس في السلطة لمدة اثني عشر سنة سوف يجعله يملك سلطة جبارة (TREMENDOUS POWER) على مؤسسات الدولة المختلفة، ومن ضمنها المؤسسات المكلفة بمراقبته، وذلك ليس بسبب أنه سيمارس كل سلطاته في التعيين على المؤسسات لمدة أطول فحسب، بل وأيضاً لأنه سوف يكون له تأثير في المؤسسات المعنية الأخرى. كما أن الولاية الثالثة ستجعله يهيمن على الإعلام فضلاً عن أن ذلك سيساعده على استعمال المحسوبية لغرض تركيز السلطة. ولذلك وجدت المحكمة أن ذلك يهدم مبدأ الفصل بين السلطات^(٣٨).

فضلاً عن ذلك ينص دستور كولومبيا في المادة ٢٧٦ على أن ”بواسطة قانون يقدم من قبل أعضاء المجلسين، يمكن للكونغرس توجيه الناخبين المشاركين في اقتراع عام لاتخاذ قرار حول ما إذا كان يتوجب دعوة جمعية تأسيسية تتمتع بالولاية لإصدار القانون المطلوب. ويفهم أن الشعب يدعو الجمعية للانعقاد إذا وافق عليها بما لا يقل عن ثلث أعداد المواطنين المسجلين في السجلات الانتخابية...“ ويتبين من ذلك أن هذه الجمعية يمكن أن تتخذ تغييرات أساسية كخلق دستور جديد للبلاد أو تغييرات تتعلق بإلغاء قرارات المحكمة الدستورية الخاصة بعدم صحة قوانين تعديل الدستور، بالإضافة إلى أن هذه الجمعية تسمح للمجتمع السياسي بممارسة سلطته المؤسسة ليراجع أو يعدل قراراته السياسية الأساسية وليمنح مؤسساته القانونية محتواً وشكلاً جديداً.

ويمكن القول إنه بموجب رقابة البنين الأساسي الضعيفة، يحتفظ المشرع بسلطة تبني قانون تعديل الدستور لكي يجعل قرارات المحكمة بعدم صحة القوانين العادية غير فعالة أو غير مجدية، وكذلك تحتفظ المحاكم بسلطتها بالإعلان عن عدم صحة القوانين العادية وقوانين تعديل الدستور،

36. IBID , P. 345

37. JOEL COLON RIOS , OP.CIT , P.531

38. CARLOS BERNAL , OP.CIT , P.345-346

لكن لا المشرع ولا المحاكم يملكان الكلمة النهائية حول صحة التغييرات الدستورية الأساسية لأن ذلك يعود للشعب السيادي صاحب السلطة المؤسسة الأصلية.

المطلب الثالث

محاولة وضع نموذج خامس للرقابة

إنّ المفهوم الإرادي للسلطة الدستورية يقود إلى أن أية سلطة ومن ضمنها الشعب صاحب السلطة المؤسسة الأصلية يمكن أن يدرج جوهرياً أي محتوى في الوثيقة الدستورية، وهذا ما يتفق مع أي من النماذج السابقة التي لا يستطيع القاضي الدستوري من خلالها أن يتغلب أو يراقب عمل السلطة المؤسسة الأصلية، ولهذا يمكن طرح التساؤل التالي الذي مفاده هل يمكن لقرارات السلطة المؤسسة الأصلية أن تلغى أو تطرح جانباً من قبل القاضي الدستوري؟ فهل يمكن استبدال بالمفهوم الإرادي؟ بطريقة ما فوق الدستورية التي لا تسمح دائماً ببعض التغييرات الدستورية حتى لو أرادها أو رغب بها الشعب؟

يمكن القول إنه في ظل هذا النموذج يحاول القاضي الدستوري مد رقابته على أعمال السلطة المؤسسة الأصلية، حيث توسع المحاكم سلطتها في الرقابة لتشمل فضلاً عن مراقبتها القوانين العادية وقوانين تعديل الدستور مراقبة القرارات التي تتخذها السلطة المؤسسة الأصلية عند استبدال الدستور ووضع دستور جديد للبلاد، وهذا ما يعكس لنا طريقة جديدة لمأسسة السلطة القضائية التي تركز على فكرة مفادها أن قوة الدستور لا تنبثق من الشعب السيادي بل من خضوعها للقواعد أو المعايير فوق الدستورية التي تتطلب دائماً أن تكون مبادئ معينة جزءاً من الدستور.

إنّ فكرة خضوع السلطة المؤسسة لقيود معينة هي ليست فكرة جديدة لأنها ترجع في الأساس إلى نظريات العقد الاجتماعي في القرن السابع عشر، والتي تركز على القانون الطبيعي الذي يقضي بوجود أشياء لا يمكن أن يفعلها أحد حتى الشعب السيادي، ومثال على ذلك ما قاله المفكر جون لوك (JOHN LOCKE) بأن "الإنسان لا يستطيع أن يسخر ذاته للسلطة التعسفية لإنسان آخر، فلما لم يكن له مثل هذه السلطة التعسفية على حياة الآخرين وحريتهم وأموالهم إلا بمقدار ما أساغت له السنة الطبيعية من أجل بقائه وبقاء سائر البشر، فذلك هو المقدار الذي يتنازل عنه للدولة - ومن خلالها للهيئة التشريعية، فاقترضت سلطة هذه الهيئة على ذلك وحسب، فسلطتها مقتصرة في مداها على خير المجتمع العام"^(٣٩) وهذا يعني بأنه لا يمكن للأفراد أن يفوضوا أية مؤسسة أو كيان جماعي لممارسة السلطة التعسفية على الحياة، الحرية، والملكية.

كما عرض المفكر الفرنسي سيس (EMMANUEL SIEYES) وجهة نظر مشابهة بقوله ”توجد الأمة بشكل مسبق على كل شيء، فهي أصل كل شيء، إرادتها دائماً قانونية بل هي القانون ذاته . وبشكل مسبق على الأمة، وفوق الأمة يوجد فقط القانون الطبيعي“ وهذا يعني أن القانون الطبيعي أعلى من السلطة المؤسسة لأنه يقيدها، كما بين المفكر سيس بأنه لا يمكن تصور وجود جمعية شرعية لا يكون هدفها تحقيق الأمن العام، الحرية العامة، والرفاهية العامة^(٤٠)

فضلاً عن ذلك أن المفكرين بون (JEAN BODIN) وهوبز (THOMAS HOBBS) بينا بأن سيادة الأمير مقيدة بواسطة القانون الطبيعي حتى إذا كانت تلك القيود غير منفذة من قبل القضاء^(٤١)

وهكذا فإن القانون الطبيعي يفرض القيود على السلطة المؤسسة ولكن المشكلة تقع في مدى قدرة القضاء على تنفيذ تلك القيود . ولقد قبلت بعض المحاكم الدستورية بنظرية ما فوق الدستورية، حيث أكدت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في قرارها الصادر في ٢٣ أكتوبر ١٩٥١ في قضية (SOUTHWEST)، إلى أنها تتفق مع قضاء المحكمة الدستورية البافارية الذي يقرر ”إن إمكان أن يكون النص الدستوري، في ذاته، باطلاً وكأن لم يكن، ليس مستحيلًا من الناحية المفاهيمية، فقط لمجرد أن هذا النص يشكل جزءاً من الدستور . ذلك أنه توجد طائفة من المبادئ الدستورية التي تعد أساسية، وتعكس تعبيراً عن قانون أعلى حتى من الدستور، إلى درجة تجعل هذه الطائفة من المبادئ ملزمة حتى لو اضعي الدستور . وتوجد طائفة ثانية من النصوص الدستورية – التي لا ترقى إلى مرتبة المبادئ الطائفة الأولى – يمكن اعتبارها باطلة وكأن لم تكن لمخالفتها للمبادئ الدستورية الأولى“^(٤٢)

كما أكدت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في القضية التي يطلق عليها قضية المادة ١١٧ لعام ١٩٥٢، وجود مبدأ للعدالة ينتمي إلى القانون الأعلى وأنه ”في حالة تجاوز أحد نصوص القانون الأساسي الألماني الحدود الخارجية لمبدأ القانون الأعلى للعدالة، فإن واجب المحكمة يقتضي إلغاء هذا النص“، ولذلك يرى بعض الفقهاء أن القرار الصادر، في قضية المادة ١١٧، يكشف وجود طائفة من المبادئ فوق الوضعية التي يشار إليها بعبارات متنوعة مثل ”القانون الطبيعي“ أو ”العدالة“. وعلى الرغم من ذلك لم تقم المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية بإبطال أي نص دستوري على هذا الأساس، لا بل إنها، بعد عام ١٩٥٢، تراجعت عن الإشارة إلى المبادئ فوق الوضعية باعتبارها قيوداً ضمنية على السلطة المؤسسة، بحيث اكتفت بالتمسك بالقيود الدستورية

40. MARTIN LOUGHLIN , THE CONCEPT OF CONSTITUENT POWER , UNIVERSITY OF TORONTO , 2013 , P.4: https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/users/mdubber/CAL/12-13/Loughlin-Paper-Constituent%20Power.pdf

41. IBID , P.4-5

42. KEMAL GOZLER , OP.CIT , P.84-86

الصريحة على سلطة التعديل الواردة في المادة ٧٩ (فقرة ٢) من القانون الأساسي لعام ١٩٤٩^(٤٣) ويمكن القول إنه في الوقت الحاضر من النادر جداً أن تشير المحاكم الدستورية إلى مبادئ القانون الطبيعي والعدالة كمبادئ فوق الوضعية أو فوق الدستورية بحيث استبدلت عبارات بديلة كمبادئ العالمية أو حقوق الإنسان الأساسية. ومن الأمثلة الحديثة على ذلك في قضية (LISBON CASE) لعام ٢٠٠٩ التي بينت فيها المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية بأن "السلطة المؤسسة للشعب الألماني التي منحت نفسها القانون الأساسي أرادت أن تضع قيوداً غير قابلة للتجاوز لأي تطور سياسي في المستقبل" وذلك من خلال فقرة الخلود - أي فقرة حظر التعديل - التي "تمنع سلطة التعديل من التأثير على المبادئ الواردة في المادة ١ والمادة ٢٠ أي المبادئ التي تعكس هوية الدستور" كما أضافت المحكمة الدستورية الفيدرالية في القضية ذاتها بأنه « من المسائل التي تبقى مفتوحة فيما إذا، بسبب الطبيعة العالمية للكرامة، الحرية والمساواة، ذلك الالتزام - أي المترتب من جراء حظر التعديل - يطبق حتى على السلطة المؤسسة، فالشعب الألماني حر في تقرير مصيره بأن يمنح نفسه دستوراً جديداً، باستثناء استمرارية القانونية لحكم القانون الأساسي^(٤٤)»

ويفهم من عبارة استمرارية القانونية لحكم القانون الأساسي (CONTINUITY OF LEGALITY TO THE RULE OF THE BASIC LAW) بأن ذلك يكون لصالح المحكمة بأن تملك الاختصاص لإبطال تصرف السلطة المؤسسة، فممارسة هذه السلطة يجب ألا يتضمن ثورة قانونية كتخطيم قيد الاستمرارية القانونية التي قد تأتي مصحوبة بإلغاء المحكمة الدستورية وظهور نظام قانوني جديد يرتكز على قاعدة أساسية مختلفة. وبعبارة أخرى فإن هذه القدرة قد تفهم كاعتراف بأن فعالية أي محاولة قضائية لتنفيذ القيود الموضوعية على الهيئة التي تضع الدستور يعتمد بشكل نهائي على اعتبارات سياسية خالصة.

وعلى الرغم من أن فنزويلا تأخذ برقابة البنين الأساسي الضعيفة إلا أن الغرفة الدستورية في محكمة العدل العليا بينت في أحد قراراتها الصادر في عام ٢٠٠٦ بأن السلطة المؤسسة للشعب كأي سلطة سياسية تخضع لقيود نابعة من الحقوق المتأصلة لكل البشر والمشتقة من كرامتهم^(٤٥) ولا يتضح من هذا الموقف بأن هذه القيود على السلطة المؤسسة قابلة للتنفيذ قضائياً، ولا سيما إذا علمنا بأن دعوة الجمعية التأسيسية للانعقاد بموجب المادة ٣٤٨ من الدستور الفنزويلي لعام ١٩٩٩

43. IBID , P.86-87

44. LISBON CASE , 30 JUNE 2009 , PARAS 216-217: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html

45. ALLAN R. BREWER CARIAS , JUDICIAL REVIEW IN VENEZUELA , 2006 , P.12-13: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20502.%20Judicial%20Review%20in%20Venezuela.%202006%20Duquesne%20Nov.%202006%20Revised%20version.pdf>

قد يؤدي إلى قيام المحكمة بالتأكيد على اختصاصها في إبطال النصوص الدستورية الجديدة إذا ما تعارضت مع الحقوق الأساسية، وبشكل مخالف قد تكون تلك القيود قابلة للتنفيذ سياسياً، لكن المادة ٢٤٧ من الدستور تنص على أن « يتمتع الشعب الفنزويلي بالسلطة التأسيسية الأصلية، ويمكن ممارسة هذه السلطة بدعوة الجمعية التأسيسية الوطنية إلى إصلاح الدولة ووضع نظام قانوني جديد وصياغة دستور جديد »، كما أن المادة ٢٥٠ من الدستور صرحت بأنه « انطلاقاً من إيمان الشعب الفنزويلي بتقاليد الجمهورية ونضاله من أجل الاستقلال والسلم والحرية، لا يعترف بأي نظام أو تشريع أو سلطة تنتهك القيم والمبادئ والضمانات الديمقراطية أو تتعدى على حقوق الانسان » وهذا يعني أنه يمكن لمحكمة العدل العليا أن تبطل النصوص الدستورية الجديدة إذا ما تعارضت مع هذه القيم والمبادئ والضمانات والحقوق في النظام الديمقراطي.

الخاتمة

أولاً: النتائج

لقد سجلت الدراسة بأنه يمكن تصنيف الرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال العلاقة بين القاضي الدستوري والمشرع وسلطة التعديل والتي توضح لنا من يملك القرار النهائي حول صحة التشريع باعتبارها الفيصل في تحديد قوة الرقابة أو ضعفها بوصفها مرتكزاً من مرتكزات دولة القانون .

ولقد وضعت الدراسة أربعة أصناف أساسية للرقابة أولها الرقابة القضائية الضعيفة التي تكون فيها الكلمة النهائية بصحة التشريع للمشرع وليس القضاة فحتى لو أصدر القضاء قراراً بعدم دستورية التشريع فإنه يمكن أن يلغى بأغلبية تشريعية عادية، وثانيها الرقابة القضائية القوية التي يكون فيها للقاضي الدستوري أن يصدر حكماً بإلغاء التشريع أو بطلانه بحيث لا يمكن نقض قراره إلا من قبل سلطة التعديل بأغلبية خاصة أو نوعية لكن في بعض الدول يقوم القاضي الدستوري، بفضل الفقرات الصريحة بحظر التعديل، بمراقبة قوانين تعديل الدستور بحيث تكون الكلمة النهائية بصحة التشريع للقاضي الدستوري وليس سلطة التعديل التي يبقى لها مع ذلك إمكانية تعديل فقرة الحظر أو إلزتها على الرغم من صعوبة ذلك فضلاً عن صعوبة خضوعها للرقابة القضائية عند إقدامها على هذا الإجراء ولهذا ظهر النموذج الثالث، وثالثها رقابة البنين الأساسي القوية التي يقوم من خلالها القاضي الدستوري باستنباط أو تحديد حظر تعديل مبادئ معينة بوصفها تشكل البنين الأساسي للدستور أو هويته التي لا يمكن التجاوز عليها من قبل سلطة التعديل وإلا حكم القاضي ببطلان التعديل، ورابعها رقابة البنين الأساسي الضعيفة حيث يحتفظ المشرع بسلطة تبني قانون تعديل الدستور لكي يجعل قرارات المحكمة بعدم صحة القوانين العادية

غير فعالة أو غير مجدية، وكذلك تحتفظ المحاكم بسلطتها بالإعلان عن عدم صحة القوانين العادية وقوانين تعديل الدستور، لكن لا المشرع ولا المحاكم يمنحون الكلمة النهائية حول صحة التغييرات الدستورية الأساسية لأن ذلك يعود للشعب السيادي صاحب السلطة المؤسسة الأصلية. لقد حاولت الدراسة بناء نموذج خامس للرقابة يكون من خلاله للمحاكم العليا والدستورية أن تراقب عمل السلطة المؤسسة الأصلية في تغيير الدستور ووضع دستور جديد للبلاد، وهذا ما يعكس لنا طريقة جديدة لمأسسة السلطة القضائية التي تركز على فكرة مفادها أن قوة الدستور لا تنبثق من الشعب السيادي بل من خضوعها للقواعد أو المعايير فوق الدستورية التي تتطلب دائماً أن تكون مبادئ معينة جزءاً من الدستور كضمان الحقوق والحريات ومبدأ فصل السلطات والمبادئ الأساسية للديمقراطية، وهذا ما جسده إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩ في المادة السادسة عشر التي تنص على أن "كل مجتمع ليس فيه أحكاماً لضمان الحقوق ولا يفصل بين السلطات هو مجتمع لا دستور له".

ثانياً: التوصيات

نقترح أن ينص الدستور على الرقابة القضائية القوية بأن يوسع من اختصاص القضاء الدستوري ليشمل الرقابة على التعديلات الدستورية فضلاً عن القوانين العادية وذلك حتى لا تتمكن سلطة التعديل من إلغاء أحكام القضاء بعدم الدستورية من خلال تعديل الدستور، وحتى إذا لم يصرح الدستور بهذه الرقابة فإننا نقترح أن يقوم القاضي الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية استناداً إلى مسألتين: الأولى فقرة حظر التعديل الدستوري والثانية التفسير الواسع لاختصاص القضاء بالرقابة على دستورية القوانين من خلال تفسير كلمة (القوانين) لتشمل قوانين تعديل الدستور فضلاً عن القوانين النظامية والعادية.

لكن إذا لم ينص الدستور على فقرة حظر التعديل الدستوري فنقترح في هذه الحالة أن يمارس القاضي الدستوري رقابة البنين الأساسي القوية التي ابتكرها القاضي الدستوري الهندي ومن ثم انتشرت في العديد من الدول والتي من خلالها يقوم القاضي الدستوري بإبطال أي تعديل للدستور يخالف الخصائص الأساسية التي تشكل هوية الدستور.

أما بشأن رقابة القاضي الدستوري على السلطة المؤسسة الأصلية فنقترح أن تتضافر الجهود الدولية والوطنية لإعمال هذه الرقابة من خلال إنشاء محكمة دستورية عالمية أو محاكم دستورية إقليمية تكون مهمتها رقابة النصوص الدستورية الأصلية وذلك بالتعاون مع المحكمة الدستورية الوطنية.

المصادر

أولاً: المصادر العربية

١. أوليفيه دو هاميل وأيف ميني، المعجم الدستوري، ترجمة: منصور القاضي ومراجعة د. زهير شكر، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٦
٢. د. احسان حميد المرعبي ود. كطران زغير نعمة ود. رعد الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، مطبعة دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٠
٣. جون لوك، في الحكم المدني، ترجمة: ماجد فخري، اللجنة الدولية لترجمة الروائع، بيروت، ١٩٥٩
٤. موا فونسي، البرلمان التأسيسي ليس سيداً، مجلة القانون العام وعلم السياسة، ترجمة: د. محمد عرب صاصيلا، العدد الثالث، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٧
٥. د. وحيد رأفت ود. وايت إبراهيم، القانون الدستوري، المطبعة العصرية، ١٩٣٧

ثانياً: المصادر الأجنبية

1. AHARON BARAK, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS, ISRAEL LAW REVIEW, 44 (3), 2011
2. ALLAN R. BREWER CARIAS, JUDICIAL REVIEW IN VENEZUELA, 2006: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20502.%20Judicial%20Review%20in%20Venezuela.%202006%20Duquesne%20Nov.%202006%20Revised%20version.pdf>
3. CARLOS BERNAL, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENT IN THE CASE STUDY OF COLOMBIA: AN ANALYSIS OF THE JUSTIFICATION AND MEANING OF THE CONSTITUTIONAL REPLACEMENT DOCTRINE, INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW, 11, 2013: <http://icon.oxfordjournals.org/content/11/2/339.full.pdf+html>
4. DAVID JOHANSEN & PHILIP ROSEN, THE NOTWITHSTANDING CLAUSE OF CHARTER, LIBRARY OF PARLEMENT, 2012: <http://www.res.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/bp194-e.pdf>
5. EDWARD S. CORWIN & JACK W. PELTASON, UNDERSTANDING THE CONSTITUTION, LIBRARY OF CONGRESS, UNITED STATES, 1963.
6. EIVIND SMITH, OLD AND PROTECTED ? “SUPRA

- CONSTITUTIONAL “CLAUSE IN THE CONSTITUTION OF NORWAY: <http://law.huji.ac.il/upload/44Smith.pdf>
7. G. HARUTYUNYAN & A. MAVCIC, CONSTITUTIONAL REVIEW AND ITS DEVELOPMENT IN THE MODERN WORLD, ARMENIA, 2004: <http://www.concourt.am/Books/harutunyan/monogr3/book.htm>
 8. GABOR HALMAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: CONSTITUTIONAL COURT AS GUARDIANS OF THE CONSTITUTION: https://www.researchgate.net/publication/263556407_Unconstitutional_Constitutional_Amendments_Constitutional_Courts_as_Guardians_of_the_Constitution
 9. GEORGE MCKENNA, THE DRAMA OF DEMOCRACY, 3ed, MCGRAW HILL COMPANIES, U.S.A, 1998
 10. IFTIKHAR HUSSIAN BHAT, DOCTRINE OF BASIC STRUCTURE AS A CONSTITUTIONAL SAFEGUARD IN INDIA: REFLECTION IN THE
 11. JURISPRUDENCE OF OTHER COUNTRIES, INTERNATIONAL JOURNAL OF RESEARCH IN HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES, VOL . 1, ISSUE 3, 2013: http://raijmr.com/wp-content/uploads/2013/04/7_27-38-Iftikhar-Hussian-Bhat.pdf
 12. JEFFREY JOWELL & DAWN OLIVER, THE CHANGING CONSTITUTION, FOURTH EDITION, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2000
 13. JOEL COLON RIOS, BEYOND PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY AND JUDICIAL SUPREMACY: THE DOCTRINE OF IMPLICIT LIMITS TO CONSTITUTIONAL REFORM IN LATIN AMERICA, VUWLR, 44, 2013 : <https://www.victoria.ac.nz/law/research/publications/vuwlr/prev-issues/volume-44,-issue-34/08-Colon-Rios.pdf>
 14. KEMAL GOZLER, JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT: A COMPARATIVE STUDY, EKIN PRESS, BURSA, 2008: <http://www.anayasa.gen.tr/jrca.pdf>
 15. MARY ELIZABETH WHITTEMORE, THE PROBLEM OF ENFORCING NATURAL RIGHTS UNDER ECUADOR CONSTITUTION, PACIFIC RIM LAW & POLICY JOURNAL, VOL. 20, NO. 3, 2011: <https://digital.lib.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/1032/20PacRimLPolyJ659.pdf?sequence=1>
 16. MARTIN LOUGHLIN, THE CONCEPT OF CONSTITUENT POWER, UNIVERSITY OF TORONTO, 2013: https://www.law.utoronto.ca/utfl_

- file/count/users/mdubber/CAL/12-13/Loughlin-Paper-Constituent%20Power.pdf
- 17.
 18. MICHAEL STOKES PAULSEN, CAN A CONSTITUTIONAL AMENDMENT OVERRULE A SUPREME COURT DECISION, 2008: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1104529
 19. RICHARD ALBERT, NONCONSTITUTIONAL AMENDMENTS, THE CANAIAN JOURNAL OF LAW AND JURISPRUDENCE, VOL. XXII, NO. 1, 2009: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=richardalbert>
 20. SUSAN GLAZEBROOK=, THE NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS ACT 1990: ITS OPERATION AND EFFECTIVENESS=, 2004: <https://www.courtsofnz.govt.nz/speechpapers/Speech22-07-2004.pdf>
 21. VENCATESH NAYAK, THE BASIC STRUCTURE OF THE INDIAN CONSTITUTION: http://www.constitutionnet.org/files/the_basic_structure_of_the_indian_constitution.pdf
 22. YANIV ROZNAI, AMENDING UNAMENDABLE PROVISIONS: <http://constitutional-change.com/amending-unamendable-provisions/>
 23. YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS, LONDON, 2014: http://etheses.lse.ac.uk/915/1/Roznai_Unconstitutional-constitutional-amendments.pdf.