

مدى سلطة القضاء الدستوري في الرقابة على التعديلات الدستورية: دراسة مقارنة

د. عصام سعيد عبد العبيدي

أستاذ القانون العام المشارك

كلية القانون، جامعة الشارقة، الإمارات

الملخص

يهدف البحث إلى بيان دور القضاء الدستوري في الرقابة على التعديلات الدستورية، وخاصة بيان مدى هذه الرقابة وقدرتها على مراقبة التعديلات من الناحيتين الشكلية والموضوعية، فضلاً عن دراسة العوائق التي تجابه القاضي الدستوري عند ممارسته لدوره الرقابي، ولاسيما في دساتير الدول التي تحاول منعه من ذلك إما بشكل صريح أو ضمني، ويحتل هذا البحث أهمية متزايدة لكونه يسلط الضوء على توضيح العلاقة بين الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية وحماية العناصر الأساسية للنظام الدستوري الديمقراطي، لأن هذه الرقابة تسعى جاهدة إلى منع انحراف سلطة التعديل التي قد تقوم بتصميم التعديلات لمصلحة الحكام الخاصة وليس للمصلحة العامة، ولهذا السبب فإن هذه الدراسة تثير العديد من الإشكاليات أبرزها أن انعدام هذه الرقابة أو ضعفها يساعد بلا شك على تقويض النظام الديمقراطي، كما أن إفراط القاضي الدستوري في ممارسة دوره الرقابي يعد مظهراً قوياً من مظاهر حكومة القضاة، الذي قد يؤدي إلى إعاقة الإصلاح الدستوري في البلاد، مما يمكن أن يسبب العديد من الأزمات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تضر بالمصلحة العامة للبلاد.

وقد عرض البحث الموضوعات الرئيسية للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية من خلال خطة تتكون من مبحثين: يتعلق المبحث الأول بمبررات وضوابط الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية وتحديد أساسها الدستوري، ويتعلق المبحث الثاني بالرقابة القضائية على التعديلات الدستورية في ضوء حظر التعديل الدستوري، وذلك باعتماد منهج تحليلي نقدي مقارنة، يبين الجوانب الإيجابية والسلبية لهذا الدور الرقابي.

وقد انتهى البحث إلى العديد من النتائج أبرزها أن هذه الرقابة يجب أن تمارس بعناية وحذر، وبموجب تخويل دستوري يمنح القاضي صلاحية الرقابة السابقة والوجوبية على التعديلات الدستورية من الناحيتين الإجرائية والموضوعية، كما أوصت هذه

الدراسة أن يقوم القاضي الدستوري بتقييد نفسه عند ممارسة هذه الرقابة، وذلك بتطبيق قرينة الدستورية لمصلحة التعديل من جهة، وتطبيق معيار التخلي بحيث لا يحكم بعدم دستورية التعديل، إلا في حالة قيام التعديل بإلغاء المبدأ الأساسي أو تغيير جوهره من جهة أخرى.

كلمات دالة: الرقابة القضائية، التعديلات الدستورية، حظر التعديل، الانحراف، مذهب البنيان الأساسي.

المقدمة

إن التعديل الدستوري يعد ضرورة سياسية وقانونية طالما ينبغي أن تحتفظ الأمة بحقها في تعديل الدستور بما ينسجم مع التطورات والمستجدات الحاصلة في المجتمع، وهذا ما يحفظ استمرارية الوثيقة الدستورية في النظام السياسي، لكن المشكلة تكمن في مدى خضوع سلطة التعديل للرقابة القضائية، حيث لا توجد صعوبة في ذلك عندما ينص الدستور على اختصاص القضاء الدستوري في الرقابة على التعديلات الدستورية، لكن الصعوبة تكمن عندما يقصر الدستور اختصاص القضاء في الرقابة على التعديلات من الناحية الإجرائية فحسب، أو عندما يسكت الدستور عن هذه الرقابة، فهل يحق للقاضي الدستوري أن يراقب التعديلات الدستورية من الناحيتين الإجرائية والموضوعية؟

في الحقيقة لقد أثبتت الدراسة أن عدم خضوع التعديلات الدستورية للرقابة يساعد بلا شك على انحراف سلطة التعديل في تصميم التعديلات بشكل يتعارض مع متطلبات النظام الديمقراطي من جهة، أو تصميم التعديلات للمصلحة الخاصة بدلاً من المصلحة العامة من جهة أخرى.

كما أن خضوع التعديلات للرقابة القضائية عند سكوت الدستور يعتمد على العديد من العوامل كوجود فقرات حظر التعديل، لكن عندما لا توجد فقرات الحظر، فإن ذلك لا يشكل عائقاً أمام القضاء في مراقبة التعديلات الدستورية بمساعدة نظرية البنين الأساسي، حيث يستتبط القاضي الدستوري بموجبها حظر تعديل الخصائص الأساسية التي يقوم عليها الدستور، إلا أن ذلك يعد لدى البعض مظهراً من مظاهر حكومة القضاة، طالما أن القاضي يمارس في هذه الحالة سلطة مؤسسة دون تخويل دستوري، مما يشكل اعتداءً على مبدأ الفصل بين السلطات.

وتهدف هذه الدراسة إلى بيان دور القاضي الدستوري في الرقابة على التعديلات الدستورية من الناحيتين الموضوعية والإجرائية باعتبارها من متطلبات دولة القانون الديمقراطية.

وتطرح هذه الدراسة إشكاليات عديدة تتمثل بالتساؤلات التالية:

1- هل يحق للقاضي الدستوري أن يراقب التعديلات الدستورية؟ وما هو أساس هذه الرقابة؟

2- ما مدى سلطة القاضي الدستوري في الرقابة على التعديلات الدستورية؟ وهل يراقب القاضي الدستوري التعديلات من الناحيتين الإجرائية والموضوعية؟

3- ما مبررات الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية؟ وما مدى شرعية هذه الرقابة؟

4- كيف يمارس القاضي الدستوري الرقابة على التعديلات الدستورية؟ وما المعايير التي يتبعها في الرقابة؟ وما حدود وضوابط هذه الرقابة؟

وترتكز هذه الدراسة على فرضية مفادها أن رقابة القاضي الدستوري على التعديلات الدستورية تساعد بلا شك على الحد من ظاهرة انحراف سلطة التعديل من جهة، وحماية الخصائص الأساسية التي يقوم عليها النظام الدستوري الديمقراطي من جهة أخرى. واتبعنا في كتابة هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، بتحليل النصوص الدستورية والأحكام القضائية والآراء الفقهية واستنباط الأحكام والمبادئ منها.

ولقد عالجتنا موضوع البحث من خلال خطة رئيسية تتضمن بالإضافة إلى المقدمة والخاتمة بحثين رئيسيين: يتعلق المبحث الأول بمبررات وضوابط الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية وتحديد أساسها الدستوري، وينقسم إلى ثلاثة مطالب: المطلب الأول: مبررات الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، والمطلب الثاني: ضوابط الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، والمطلب الثالث: الأساس الدستوري للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، أما المبحث الثاني، فيتعلق بالرقابة القضائية على التعديلات الدستورية في ضوء حظر التعديل الدستوري، وينقسم إلى مطلبين: المطلب الأول: الرقابة القضائية في ظل وجود حظر التعديل الدستوري، والمطلب الثاني: الرقابة القضائية في ظل غياب حظر التعديل الدستوري.

المبحث الأول

مبررات وضوابط الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية وتحديد أساسها الدستوري

تعد الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية من الدعامات الضرورية لحماية دولة القانون الديمقراطية، لكن هذه الرقابة يعترضها العديد من العوائق لاسيما إذا علمنا أن هناك من يذهب إلى عدم تأييدها، عندما لا تستند إلى نصوص دستورية صريحة، لأن وظيفة القاضي الدستوري بوصفه سلطة مؤسّسة هي تطبيق النصوص الدستورية، وليس الحكم عليها؛ لأن التعديل الدستوري يكون بقوة الدستور، مما يجعل هذه الرقابة أداة بيد القاضي الدستوري لاغتصاب السلطة التأسيسية التي تمتلك الحرية المطلقة بوضع القيود وتعديلها⁽¹⁾، لكننا لا نؤيد ذلك لأن هذه الرقابة تستند إلى العديد من المبررات، التي تتعلق بفصل السلطات، وجوهر الواجب القضائي، وحكم الدستور وشموه، وفشل العملية السياسية.

فضلاً عن ذلك عندما يمارس القاضي الدستوري الرقابة على التعديلات الدستورية، فإنه يقيّد نفسه بالعديد من الضوابط والمعايير، بالإضافة إلى أن الأساس الدستوري لهذه الرقابة قد يكون صريحاً أو ضمناً، ولهذا قسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: يتعلق المطلب الأول بمبررات الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، ويتعلق المطلب الثاني بضوابط الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، ويتعلق المطلب الثالث بالأساس الدستوري للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

مبررات الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية

ويتضمن فرعين: يتعلق الفرع الأول بفصل السلطات وجوهر الواجب القضائي، ويتعلق الفرع الثاني بحكم الدستور وشموه وفشل العملية السياسية.

(1) د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2000، ص 273؛ د. رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 268-270.

الفرع الأول

فصل السلطات وجوهر الواجب القضائي

أولاً- فصل السلطات

إن النظرة الأولى للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية تبدو كأنها تنتهك مبدأ الفصل بين السلطات، فالحكم بعدم صحة التعديلات الدستورية هو عمل تأسيسي في معناه الوظيفي، فهو يشابه سن التشريع الدستوري الذي من المفترض القيام به من قبل السلطة المؤسسة (الأصلية أو المشتقة) وليس من قبل السلطة القضائية المؤسسة.

ومع ذلك فإن السلطة المؤسسة الأصلية تتمتع باختصاص سياسي مطلق أي غير مقيد، أما السلطة المؤسسة المشتقة فتتمتع باختصاص قانوني مقيد، إذ إن السلطة المؤسسة الأصلية تتمتع بحرية مطلقة في ممارسة مهمتها في وضع الدستور وإلغائه، بينما السلطة المؤسسة المشتقة فهي مشتقة من الدستور الذي أنشأها، وأسند إليها مهمة تعديل الدستور وفقاً للقيود التي رسمها لها⁽²⁾.

وهذا يعني أن سلطة التعديل تعد من حيث نطاقها سلطة مقيدة، وذلك يعود في الحقيقة إلى طبيعتها كسلطة مفوضة للعمل وفقاً لأحكام الدستور. ومادامت هذه السلطة مقيدة بقيود دستورية صريحة وضمنية، فإن الرقابة القضائية تعد في هذه الحالة كآلية لتنفيذ تلك القيود في مواجهة سلطة التعديل، فالرقابة القضائية تطبق الفصل العمودي بين السلطات الموجود بين السلطة المؤسسة الأصلية والسلطة المؤسسة المشتقة.

فالسلطة الأولى تلو على الثانية، ولاسيما إذا علمنا أن سلطة التعديل تقوم بوظيفة محددة من قبل الدستور لتقوم بتعديله طبقاً للقيود والإجراءات الدستورية. فضلاً عن ذلك أن تعديل الدستور يعد عملاً مختلفاً عن إلغاء الدستور وتأسيس دستور جديد للبلاد، فالعمل الأول تقوم به سلطة التعديل (أي السلطة المؤسسة المشتقة أو المنشأة)، والعمل الثاني تقوم به السلطة المؤسسة الأصلية. والفصل بين السلطتين يعني أن سلطة التعديل تعد سلطة مستقلة، من خلال هامشها التقديري طالما تتصرف في إطار سلطتها، لكن ذلك يستتبع أيضاً ضرورة وجود آلية لتحديد سلطة التعديل، إذا ما قامت بالتجاوز على القيود الدستورية المرسومة، وهذه الآلية يجب أن توجد خارج السلطة التي يمكن أن تتجاوز على القيود أي خارج سلطة التعديل، وهذا ما يتلاءم طبيعياً مع السلطة القضائية،

(2) د. سام سليمان دلة، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية: دراسة النظام الدستوري في دولة الإمارات العربية المتحدة، ط 1، جامعة الشارقة، 2014، ص 34-42، ص 51-52.

فالرقابة بواسطة هيئة عادلة ومتجردة يضمن عدم تجاوز سلطة التعديل على سلطاتها المفوضة، وعلى هذا النحو تقوم السلطة القضائية بحماية الفصل بين السلطتين المؤسسة الأصلية والمؤسسة المشتقة.

ثانياً- جوهر الواجب القضائي

إحدى الحجج الرئيسية التي وضعها رئيس قضاة المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية جون مارشال (John Marshall) لتبرير الرقابة القضائية على دستورية القوانين في قضية ماربوري ضد ماديسون عام 1803 (Marbury v. Madison 1803) هي أن الرقابة القضائية تعد جوهر الواجب القضائي، وأن من يطبق القانون (أي المحاكم) يجب أن يحدد ما هو القانون، وعندما تواجه المحاكم في قضية تعارض القانون مع الدستور، فإنها يجب أن تحدد القاعدة التي تطبق في القضية، وللقيام بهذا الدور فإنها يجب أن تفسر الدستور، وحتى إذا لم يحتو الدستور على نص يبين من هو المخول بفحص دستورية القوانين، فإن الجهة التي تطبق القوانين - أي المحاكم - هي التي تملك سلطة تطبيق ذلك الفحص⁽³⁾.

وهذه الحجة يمكن أن نعكسها على تبرير الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، فإذا سكت الدستور عن تحديد الجهة المخولة بالرقابة على هذه التعديلات، فإن المحاكم يجب أن تملك هذه السلطة. وطبقاً لذلك، وكما يحدث التعارض بين القانون العادي والدستور، فإنه عندما تواجه المحاكم التعارض بين القواعد الدستورية، يجب عليها أن تحدد ما هي القاعدة القانونية التي بموجبها يمكن أن يحل هذا التعارض، لأن ذلك يدخل في صميم الرقابة القضائية.

وبذلك يوجد تشابه كبير بين الرقابة القضائية على القوانين العادية والتعديلات الدستورية، لأن كليهما يتحققان في ضوء المعايير القاعدية الملزمة سواء أكانت صريحة أم ضمنية. ويمكن القول إنه عندما توجد فقرات حظر التعديل الدستوري، فإن الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية تبدو مشابهة من ناحية العملية الفكرية للرقابة القضائية الاعتيادية، طالما يتم فحص مدى تطابق المعيار الأدنى مع المعيار الأعلى، فرقابة المشروعية تتعلق بفحص النظام في مواجهة القانون، ورقابة الدستورية الاعتيادية تفحص القانون في مواجهة الدستور، ورقابة دستورية التعديلات الدستورية تفحص التعديل الدستوري في مواجهة فقرات حظر التعديل.

(3) Susan Welch and Others, Understanding American Government, Third Edition, West Publishing Company, USA, 1995, p.390.

فهذا النسق من التشابه يبدو طبيعياً، وأن المؤسسة الأفضل للتحقق من عدم دستورية التعديلات الدستورية هي المحكمة الدستورية أو المحكمة العليا، التي تملك بموجب نصوص الدستور سلطة الرقابة على دستورية القوانين، فحتى إذا لم ينص الدستور على صلاحية المحكمة الدستورية في الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية، فإنها يمكن أن تفسر بشكل واسع سلطتها في الرقابة على دستورية القوانين، من حيث تفسير كلمة القوانين لتشمل قوانين تعديل الدستور.

الفرع الثاني

حكم الدستور وسموه وفشل العملية السياسية

أولاً- حكم الدستور وسموه

يجب أن تخضع الحكومة في جميع مظاهر نشاطها للقانون، فالرقابة القضائية على التعديلات الدستورية تعد آلية قوية لحماية حكم الدستور من الناحيتين الشكلية والموضوعية. فمن الناحية الشكلية تعد الرقابة القضائية مهمة للحفاظ على القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على سلطة التعديل. ومن الناحية الموضوعية تهدف الرقابة القضائية إلى حماية العناصر أو المبادئ الأساسية، التي يقوم عليها الدستور للحفاظ على وحدة القواعد الدستورية وتكاملها.

ومن الحجج الرئيسية التي استندت إليها الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية في قضية ماربوري ضد ماديسون عام 1803 (Marbury v. Madison 1803) هي أن الدستور هو القانون الأعلى، وهو أعلى من التشريع العادي، لذلك فإذا تعارض التشريع العادي مع الدستور يُعد باطلاً. فالغرض من خلق الدستور المكتوب طبقاً لرأي جون مارشال، كان لخلق حكومة بسلطات تشريعية مقيدة ومحددة، وأن التطبيق القضائي للقانون المتعارض مع الدستور سيحطم ذلك الغرض⁽⁴⁾.

وهذه الحجة العقلانية يمكن تطبيقها على الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، حيث إن سلطة التعديل كأية سلطة أخرى مقيدة ومحددة بموجب الدستور. والفكرة المركزية من تطور الرقابة القضائية على التعديلات هي مبدأ علو الدستور، الذي يتطلب من المحاكم أن تضمن ممارسة المشرع لجميع سلطاته بما فيها تعديل الدستور طبقاً لأحكام الدستور. وهذا يعني أن الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية تطبق مبدأ علو الدستور، فالسمو ليس للمشرع أو القضاء إنما للدستور، فسلطة التعديل هي بذاتها

(4) Ibid, Pp.390-391.

سلطة تمنح لهيئة دستورية بواسطة الدستور لغرض تعديل الدستور، بحيث لا يمكنها أن تلغي أو تستبدل الدستور أو تضع دستوراً جديداً للبلاد.

والحجة الإضافية لجون مارشال هي أن الشعب يملك الحق الأصلي لتأسيس الحكومة والمبادئ الأساسية التي تحكمه، وأن الإرادة العليا للشعب هي التي تنظم الحكومة وتحدد قيودها. وإذا أمكن للسلطات المقيدة أن تزيل أو تفوض قيودها، فإنه في هذه الحالة ينتفي الغرض من هذه القيود، ويزول ببساطة التمييز بين الحكومة المقيدة والحكومة المطلقة⁽⁵⁾، ويمكن تطبيق هذه الحجة على نصوص تعديل الدستور، حيث يفوض الشعب سلطته التأسيسية لهيئات دستورية منشأة أو مشتقة أو تبعية، بحيث تقوم هذه الهيئات بممارسة سلطتها في التعديل وفقاً للإجراءات الدستورية المرسومة.

وهذا يعني أن وجود الرقابة القضائية على دستورية التعديلات يعد شرطاً ضرورياً، أو لا بد منه للدستور الجامد، والتي هي ضرورية للتمييز الفاعل بين السلطة المؤسسة الأصلية والسلطة المؤسسة المنشأة أو المشتقة. فالرقابة القضائية على التعديلات تضمن العلوية المعيارية أو القاعدية لقرارات السلطة المؤسسة الأصلية التي تمثل الإرادة العليا للشعب.

ثانياً- فشل العملية السياسية

يذهب الفقيه الأمريكي ألكسندر بيكل (Alexander Bickel) إلى أن تبرير الرقابة القضائية تقف أمامه صعوبة مواجهة الأغلبية، لأنها تحطم إرادة الأغلبية، من خلال السماح للقضاة غير المنتخبين وغير المساءلين بإلغاء أو إبطال القوانين التي تسن من قبل البرلمان المنتخب من قبل الشعب، فالرقابة لا تمارس بالنيابة عن الأغلبية، بل ضدها، ولهذا تبدو الرقابة القضائية غير ديمقراطية⁽⁶⁾.

ومن الردود التي وجهت إلى هذه الإدانة بأنه يمكن تبرير الرقابة القضائية من خلال تبرير العملية السياسية، وهذا ما قدمه الفقيه الأمريكي جون هارت إيلي (John Hart Ely) من خلال عرضه لنظريته الخاصة بتعزيز التمثيل، حيث يعترف هذا الفقيه بكون الرقابة القضائية تتعارض مع الديمقراطية، لأنها تقف في مواجهة أو بالضد من حكم الأغلبية، ولهذا السبب قام بتعزيز نظريته من خلال الحقيقة التي مفادها أن الرقابة القضائية يجب

(5) Marbury v. Madison, 5US137 (1803): http://www.ache.org/pubs/hap_companion/wing/marburymadison.pdf, (accessed 1/9/2019).

(6) Amanda Frost and Stefanie a. Lindquist, Countering the Majoritarian difficulty, Virginia Law Review, Vol. 96, No.4, (2010), Pp. 730-731: <http://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/719.pdf> (accessed: 1/9/2019)

أن تسلط الضوء على العملية السياسية، بحيث تضمن التمثيل المتساوي في هذه العملية. فالحاكم يجب أن تتدخل عندما تفشل العملية السياسية بسبب قيام القابضين على السلطة بإفشال العملية السياسية للحفاظ على وضعهم الراهن، أو عندما تنكر الحكومة حماية حقوق الأقليات وتعترف بحماية الأغلبية فقط، وهكذا بواسطة التدخل القضائي تقوم المحكمة بمنع استبداد الأغلبية⁽⁷⁾. ويمكن القول إن هذه الحجة تحدد أنواع المظاهر التي تبدو من خلالها العملية السياسية غير موثوق بها لغرض تبرير التدخل القضائي. ويفهم من ذلك أنه في النظام الديمقراطي يجب أن تملك المحاكم اختصاصاً أصيلاً لحماية الحريات الأساسية للأقليات ضد محاولات انتهاكها من قبل الأغلبية، وسواء وقع هذا الانتهاك بواسطة التشريعات الدستورية أو العادية التي تسنها أغلبية الممثلين المنتخبين، فلا شك أن هذا الانتهاك يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام الديمقراطي.

وبذلك يعد القضاء المؤسسة المناسبة لتطبيق الدور الرئيسي في مواجهة استبداد الأغلبية البرلمانية التي لا تعتمد بشكل مباشر أو فوري على موافقة أو دعم أغلبية الشعب لقراراتها. فالحاكم في النظام الديمقراطي يجب أن تملك السلطة لإلغاء التعديلات الدستورية عندما يوجد الفشل في عمل المؤسسات الديمقراطية التي تقوم بتعديل الدستور، وذلك عندما تعمل سلطة التعديل بشكل متعارض مع المبادئ الأساسية للنظام الديمقراطي، وعندما لا يمكن تصحيح ذلك الفشل من قبل المؤسسة السياسية ذاتها أي سلطة التعديل، إنما من قبل وكيل مستقل ومنفصل عن النظام السياسي التمثيلي مثل المحاكم. ويمكن أن نضرب مثلاً افتراضياً على ذلك بأن البرلمان ينتخب من قبل الشعب ليمارس سلطته خلال فترة محددة من الوقت، لكن عندما يقوم البرلمان بتعديل الدستور لإطالة مدة ولايته، فإنه من الصعوبة أن يقوم بتصحيح فشله، لأنه يعد المصدر الحقيقي لذلك الفشل، لذلك تأتي سلطة المحكمة لمراقبة تعديل الدستور وتقرير أسبابه وبواعثه، إلا أن هذه السلطة لا تعتمد فحسب على صيغ الدستور التي تُحوّل المحكمة صراحة بمراقبة التعديلات الدستورية (على الرغم من أن هذه الصيغة تزيد من شرعية الرقابة على التعديلات الدستورية)، بل تقوم المحاكم باشتقاق سلطتها في الرقابة على التعديلات من المبادئ الأساسية للنظام الدستوري.

(7) John Hart Ely, Toward a Representation – Reinforcing Mode of Judicial Review, Maryland Law Review, Vol.37, No.3, (1978), Pp.457-471: <https://core.ac.uk/download/pdf/56357109.pdf> (accessed: 2/9/2019).

ويمكن القول إن الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية ضرورية لحماية الأقليات من انحراف سلطة الأغلبية، ولا سيما إذا علمنا أن فقرات التقييد التي توجد في الدساتير تقيّد فقط المشرع العادي دون المشرع الدستوري، مما يعني أن المشرع العادي مقيد بعدم انتهاكه للحقوق الدستورية، أما المشرع الدستوري فهو غير مقيد بذلك، طالما أن فقرات التقييد لا تضع المعيار للانتهاك الدستوري بواسطة النصوص الدستورية.

لكن هذا لا يعني أن المشرع الدستوري أو سلطة التعديل غير مقيدة مطلقاً، إذ إنها مقيدة ومحددة من خلال إجراءات التعديل أو النصوص التي تحظر التعديل. لذلك فإن رفض المحاكم والمجالس الدستورية للرقابة على التعديلات الدستورية، كما هو الحال في التجربة الفرنسية، يؤدي بحقوق الإنسان إلى أن تكون في وضع أسوأ مما كانت عليه من قبل، طالما تترك المحاكم بأن التعديلات الدستورية يمكن أن تقوم بكبت أو قمع هذه الحقوق، ولهذا السبب تكون الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية أداة مفيدة لحماية حقوق الأقليات، ومنع الانحرافات المتعلقة بالحقوق والحريات العامة⁽⁸⁾.

ويتضح لنا من ذلك أنه مادامت سلطة التعديل تعد سلطة مفوضة من قبل السلطة المؤسسة الأصلية، فإنه يخشى من انحراف سلطة التعديل عن حدود التفويض، فالانحراف بالسلطة لا يمكن أن يحدث فقط من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، بل يحدث أيضاً من جانب سلطة التعديل التي يمكن أن تستعمل إجراءات التعديل لتقويض النظام الديمقراطي أو جعله أقل ديمقراطية مما كان عليه قبل التعديل، ولهذا السبب تعد الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية آلية مفيدة لحماية الديمقراطية من الاغتصاب من قبل الأغليات العارضة لأن الرقابة القضائية العادية لا تفي بهذا الغرض.

كما تظهر أهمية الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية بشكل أكبر في الديمقراطيات الضعيفة بهدف حماية هذه الديمقراطيات من الانهيار من خلال السلطة الأوتوقراطية، فرقابة المحاكم الدستورية توفر المعالجة الدستورية لحالات إضعاف الديمقراطية أو تقويضها، ولا سيما عندما تتم هذه الحالات بطريقة مستترة أو خفية.

المطلب الثاني

ضوابط الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية

ويتضمن فرعين: يتعلق الفرع الأول بضوابط تفسير التعديلات الدستورية والمبادئ

(8) Denis Baranger, The Language of Eternity: Judicial Review of the Amending Power in France, Jus Politicum, No.5, (2010), Pp.6-7: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039346 (accessed: 4/9/2019).

المحظور تعديلها، ويتعلق الفرع الثاني بمعيار الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية والتقييد القضائي:

الفرع الأول

ضوابط تفسير التعديلات الدستورية والمبادئ المحظور تعديلها

يقوم القاضي الدستوري بخمس خطوات رئيسية في هذا المجال: الخطوة الأولى، هي تحديد ما هي القواعد والمبادئ التي لا يمكن تعديلها، وفي هذا المجال تكون مهمة القاضي الدستوري سهلة نسبياً عند وجود قيود موضوعية صريحة على سلطة التعديل، وهذه يختلف تنظيمها من دستور لآخر، فبعض الدساتير تحظر تعديل نصوص دستورية معينة⁽⁹⁾، ودساتير أخرى تحظر تعديل مبادئ معينة⁽¹⁰⁾، وعدد من الدساتير تجمع بين الطريقتين أي حظر تعديل النصوص والمبادئ⁽¹¹⁾.

لكن الأمر يبدو أكثر صعوبة في حالة القيود الضمنية لأنها غامضة ولا تستند إلى أساس نصي، ومع ذلك يمكن للقاضي الدستوري أن يرجع إلى التفسيرين التكاملي والبنوي لاستنباط وتحديد هذه القيود، ففيما يتعلق بالتفسير التكاملي بينت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية بأن: «القانون الأساسي ببيان موحد من القيم والعلاقات»⁽¹²⁾.

كما صرح رئيس قضاة المحكمة العليا لجمهورية إستونيا رايت ماريست (Rait Maruste) في عام 1996 بأنه: «يجب أن يفسر الدستور ككل لأن غرضه هو تأسيس نظام متكامل لحياة الشعب السياسية والاجتماعية»⁽¹³⁾، أما فيما يتعلق بالتفسير البنوي فهو المنهج

(9) ومثال ذلك نص المادة (203) من دستور أرمينيا لعام 1995 التي تنص على أن: «المواد (1، 2، 3، و203) لا يمكن تعديلها».

(10) ومثال ذلك دستور البرتغال لعام 1976 الذي تنص المادة (288) منه على حظر تعديل مبادئ معينة كالاستقلال الوطني ووحدة الدولة والشكل الجمهوري للحكومة، والفصل بين المؤسسات الدينية والدولة، وحقوق المواطنين وحرياتهم وضماناتهم، والفصل بين الهيئات السيادية، واعتمادها على بعضها بعضاً واستقلال المحاكم.

(11) ومثال ذلك دستور مملكة البحرين لعام 2002 الذي ينص في المادة (120) على أن: «لا يجوز اقتراح تعديل المادة الثانية في هذا الدستور، كما لا يجوز اقتراح تعديل النظام الملكي، ومبدأ الحكم الوراثي في البحرين بأي حال من الأحوال، وكذلك نظام المجلسين ومبادئ الحرية والمساواة المقررة في هذا الدستور».

(12) Donald p. Kommers, Germany, Balancing Rights and Duties, in Jeffrey Goldsworthy, Interpreting Constitutions: A Comparative Study, Oxford University Press, 2007, p.199.

(13) Joachim Sanden, Methods of Interpreting the Constitution, p.136: http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2003_1_128.pdf (accessed: 5/9/2019).

الذي يسمح باشتقاق المعنى من شبكة العلاقات التي يقيمها الدستور، كالعلاقة بين السلطات الفيدرالية والعلاقة بين الحكومة الفيدرالية وحكومة الولايات أو العلاقة بين الحكومة والشعب⁽¹⁴⁾.

وهكذا وفقاً لهذه المناهج، فإن لغة الدستور ليست صريحة فحسب، بل ضمنية أيضاً، وهذا ما يساعد القاضي الدستوري على استنباط حظر التعديل الضمني الذي يشمل المبادئ الأساسية التي تشكل روح الدستور أو هويته، وسواء أكانت هذه المبادئ صريحة في مقدمة و متن الدستور، أم ضمنية من خلال تفسير الدستور بوصفه وحدة متكاملة.

أما الخطوة الثانية التي يقوم بها القاضي الدستوري فهي تطوير نظرية المبادئ المحظور تعديلها، فحظر تعديل النصوص والقواعد يختلف عن حظر تعديل المبادئ، لأن النصوص والقواعد قابلة للتطبيق كلياً، بحيث تصمم كتوجيهات قانونية تتطلب خضوعاً صارماً، وهذا ما يتطلب من القاضي الدستوري أن يتخذ القرار بنعم أو لا في حال المساس بهذه القواعد أو انتهاكها من قبل سلطة التعديل، أما المبادئ فهي أكثر من إرشادات عامة، بحيث تتحقق بدرجات متفاوتة، طالما أنها تفتقر إلى التحديد الدقيق، بحيث يكون للقاضي الدستوري سلطة تقديرية واسعة عند تفسير هذه المبادئ.

كما بينت لجنة فينيس الاستشارية (اللجنة الأوروبية للديمقراطية من خلال القانون) بأنه فيما يتعلق بحظر تعديل نصوص معينة يعني أن أي مقترح لتعديلها غير مقبول، أما حظر تعديل المبادئ فهي طريقة أكثر مرونة لأنها تسمح بدرجة معينة من التغيير، طالما أن العناصر الجوهرية لتلك المبادئ المحمية محافظ عليها⁽¹⁵⁾.

فالمبادئ المحمية مثل الشكل الجمهوري للحكم، والديمقراطية، وحكم القانون تتكون من عدد كبير من المظاهر الشكلية والموضوعية، وأن التفسيرات المختلفة لهذه المبادئ تنطوي على تطبيقات مهمة فيما يتعلق بنطاق سلطة التعديل، فمثلاً فيما يتعلق بحظر تعديل الشكل الجمهوري للحكم قد يتم تفسيره بعدم عودة الملكية، وفي هذه الحالة نادراً ما يشكل عائقاً، لكن إذا تم تفسيره بأنه يشمل العناصر المختلفة للديمقراطية الدستورية، فإنه في هذه الحالة يفرض قيوداً كبيرة على سلطة التعديل، وهذا ما دفع جانب من الفقه الدستوري الفرنسي إلى تفسير حظر تعديل الشكل الجمهوري للحكم تفسيراً واسعاً،

(14) Brandon j. Murrill, Modes of Constitutional Interpretation, Congressional Research Service, 2018, Pp.18-19: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45129.pdf> (accessed: 5/9/2019).

(15) Report on Constitutional Amendment, adopted by the Venice Commission, Venice, 11-12 Dec. 2009, Pp. 41-42 : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad\(2010\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad(2010)001-e) (Accessed: 5/9/2019).

من حيث إن مفهوم الشكل الجمهوري للحكم يجب ألا يفسر من دون القيم التي تتشكل الجمهورية نفسها منها.

ولذلك فإن السلطة المؤسسة الأصلية أعطت تعريفاً لمفهوم الجمهورية في فرنسا، وذلك في المادة الأولى من الدستور، والذي من المناسب مزجه مع الحظر المطروح في المادة (89)/فقرة 5 من الدستور، لإعطائه كل مداه، وهذا يعني أن الشكل الجمهوري الذي تحميه المادة (89) سيكون إذاً شكل «جمهورية غير قابلة للتجزئة، علمانية، ديمقراطية واجتماعية»⁽¹⁶⁾.

ومثال ذلك أيضاً في دستور فنزويلا لعام 1999، حيث تنص المادة (6) على مبدأ تناوب السلطة، بحيث لاحظت المحكمة الدستورية بأن هذا المبدأ وغيره من المبادئ الأساسية لا يمكن أن تعدل إلا من قبل الجمعية التأسيسية الوطنية وليس من قبل سلطة التعديل، فوفقاً للمادة (340) من الدستور لا يمكن للتعديلات الدستورية أن تعدل البنين الأساسيين للدستور.

وعلى هذا الأساس قامت المحكمة الدستورية في عام 2009 بتفسير هذه النصوص، فضلاً عن تفسير مفهوم البنين الأساسيين، حيث تساءلت المحكمة فيما إذا يمكن للتعديل أن ينص على إعادة انتخاب الرئيس بشكل غير محدد على الرغم من تصريح الدستور بمبدأ تناوب السلطة، حيث قدم الطلب إلى المحكمة في ضوء المقترحات لتعديل المادة (230) من الدستور، التي تنص على أن: «مدة الرئيس هي ست سنوات ويجوز إعادة انتخابه فوراً ولمرة واحدة فقط»، لتسمح المقترحات بإعادة انتخاب الرئيس بشكل غير محدد.

فوفقاً لرأي المحكمة، فإن مصطلح البنين الأساسيين لا ينبغي أن يفهم من وجهة نظر شكلية كنظام متناسق في النص فقط، بل من وجهة نظر موضوعية أيضاً بوصفه مجموعة من قرارات السياسة الأساسية التي تشكل قيماً علياً في المجتمع، ولهذا قررت المحكمة الدستورية بأن إمكانية إعادة انتخاب الرئيس بشكل مستمر لم تعدل بأي طريقة القيم الديمقراطية التي يقوم عليها النظام الدستوري، حيث يتطلب مبدأ تناوب السلطة أن يمتلك الشعب صاحب السيادة الفرصة النظامية لاختيار ممثليه وحكامه، فإذا منعت هذه الإمكانية بواسطة عدم إجراء الانتخابات، فإنه في هذه الحالة يتم انتهاك مبدأ تناوب السلطة⁽¹⁷⁾.

(16) موا فونسي، البرلمان التأسيسي ليس سيدياً، ترجمة: د. محمد عرب صاصيلا، مجلة القانون العام وعلم السياسة، العدد الثالث، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2007، ص 803-807.

(17) Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments: Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendments Power, London, 2014, Pp.199-200.

وبذلك يمكن القول عندما تتعلق نصوص الحظر بحماية المبادئ العامة وليس بحماية قواعد محددة، فإنها تكون أكثر مرونة بحيث تسمح بتطوير محتواها وفقاً للتغيرات التي تحدث في السياقين السياسي والاجتماعي، فالمبادئ العامة تمنح القاضي الدستوري سلطة تقديرية واسعة في التفسير إلى جانب الفروع السياسية، لكننا من الصعب أن نبت فيما إذا كان الحظر العام يفرض قيوداً عظيمة على سلطة التعديل، لأن ذلك يتوقف على التفسير الواسع أو الضيق للنص من قبل القاضي الدستوري، لكن مع ذلك إذا كانت نصوص الحظر مفصلة ومحددة بشكل دقيق، فإنها بذلك تكون أكثر تقييداً لسلطة التعديل فضلاً عن أنها تكون أكثر تضييقاً على القاضي الدستوري عندما يقوم بالتفسير.

والخطوة الثالثة التي يقوم بها القاضي، هي تحديد ما هو العمل المحظور، حيث اختلفت الدساتير في ذلك، فبينما تحظر معظم الدساتير تعديل مواضيع دستورية معينة، فإن بعضها يذكر بأن التعديلات يجب أن تحترم وتحمي مواضيع دستورية معينة⁽¹⁸⁾، وغالباً ما يكون العمل المحظور هو ليس حظر تعديل مواضيع معينة، بل على الأرجح حظر اقتراح التعديلات⁽¹⁹⁾.

فبينما النتيجة لكلا القيدين تبدو متشابهة، إلا أنه من المحتمل أن القيد الأخير - أي حظر اقتراح التعديل - يكون حاجزاً على التغيير المحظور في المرحلة المبكرة من العملية السياسية، بحيث لا يمكن حتى مناقشة المقترح، فالنص الذي يحظر اقتراح تعديل مواضيع معينة يبدو أكثر توجيهاً لسلطة التعديل بحيث يعيق تدخل القضاء، ما لم يستلزم الدستور تدخل القضاء في المرحلة المبكرة من العملية السياسية، بحيث يكون هذا التدخل جزءاً من إجراءات تعديل الدستور.

أما الخطوة الرابعة من الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، فهي تفسير التعديل الدستوري، حيث إن إلغاء التعديل من قبل المحكمة الدستورية ينبغي أن يكون الحل الأخير، وبذلك من الضروري على القاضي الدستوري أن يطبق قرينة الدستورية ليس لمصلحة التشريع العادي فحسب، بل لمصلحة التعديل الدستوري أيضاً، حيث يفترض القاضي الدستوري وفقاً لهذه القرينة بأن الأصل في قوانين تعديل الدستور مطابقتها للبنيان الأساسي للدستور أو المبادئ الأساسية التي يقوم عليها، وأن من يدعي عكس ذلك، عليه أن يثبت عدم دستورية القانون.

(18) ومثال على ذلك المادة (288) من دستور البرتغال لعام 1976.

(19) مثلاً المادة (95) من دستور الجمهورية الفرنسية الرابعة لعام 1946 تنص على أن: «الشكل الجمهوري للحكم لا يمكن أن يكون محلاً للتعديل المقترح، وهو بذلك يختلف عن المادة (89) فقرة 5 من دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لعام 1958 التي تنص على أنه: «لا يجوز تعديل الشكل الجمهوري للحكومة».

فالقانون يفترض دائماً أنطوائه على قرينة أنه دستوري، الأمر الذي يوجب على القاضي الدستوري ألا يحكم بعدم دستورية قانون تعديل الدستور، إلا إذا كانت عدم دستوريته واضحة كل الوضوح، بحيث تنعدم معها وسيلة التوفيق بين القانون والدستور، وهذا يعني في الوقت ذاته أنه إذا أمكن تفسير القانون بشكل يجعله متطابقاً مع النصوص الدستورية، فلا وجه للحكم بعدم دستوريته، وهو ما يطلق عليه بتفسير التوافق مع الدستور أو قرارات المطابقة مع التحفظ، كما هو مطبق مثلاً من قبل المحكمة الدستورية الألمانية⁽²⁰⁾.

أما الخطوة الأخيرة، فتتمثل في فحص التعديل في ضوء المبادئ المحمية أو المحظور تعديلها، وهنا يتبع القاضي الدستوري العديد من المعايير للحكم بعدم دستورية التعديل، وهو ما سوف نوضحه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

معيار الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية والتقييد القضائي

أولاً- معيار الأثر الأدنى

تختلف المعايير التي يتبعها القاضي الدستوري في مراقبته لدستورية التعديلات، فهناك معيار الأثر الأدنى، والذي بموجبه يحكم القاضي بعدم دستورية التعديل بمجرد انتهاكه للحق أو المبدأ الدستوري المحمي حتى لو كان هذا الانتهاك في مستواه الأدنى، وهذا المعيار في الحقيقة يجعل سلطة المشرع العادي أعلى من سلطة هيئة التعديل الدستوري، طالما أن النظام الدستوري يسمح للمشرع العادي بإيراد بعض القيود القانونية على الحقوق والحريات لاعتبارات تتعلق بحماية المصلحة العامة أو النظام العام، بحيث لا يستطيع القاضي الدستوري أن يحكم بعدم دستورية القانون في هذه الحالة ما دام القانون يتطابق مع مبدأ التناسب، ولهذا فإن هذا المعيار يمنح القاضي الدستوري سلطة كبيرة للحكم بعدم دستورية التعديلات، مما قد يعيق الإصلاح الدستوري اللازم للبلاد لكونه يضع قيوداً واسعة على هيئة التعديل الدستوري، بحيث يشكل حاجزاً قاطعاً أمام التغيير⁽²¹⁾.

(20) د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت: دراسة مقارنة، ط5، مكتبة الكويت الوطنية، الكويت، 2009، ص225-227.

(21) Zelalem Eshetu Degifie, The Scope and Limitation of Amendment Power in Ethiopia: Thinking Beyond Literalism, Mekelle University Law Journal, Vol.4, (2016), p.63.

ثانياً - معيار التناسب

كما يمكن للقاضي الدستوري أن يستعمل معيار التناسب للرقابة على دستورية قانون التعديل الدستوري ولاسيما عندما يقوم هذا القانون بتقييد الحقوق والمبادئ المحمية، حيث يقوم القاضي في هذه الحالة بمراقبة التناسب بين محل التعديل والغرض، وهو بذلك يفحص أربعة عناصر أساسية في القانون: الأول الغرض المناسب، والثاني الارتباط العقلاني بأن يوجد ترابط عقلاني بين الإجراء التشريعي والغرض والذي مفاده أن يسهم الإجراء بشكل حقيقي أو مفيد أو مهم في تحقيق الغرض، والثالث الضرورة التي تقوم على افتراض مفاده أن الإجراء التشريعي الذي يفرض القيد على الحق الدستوري يكون ضرورياً فقط في الحالة التي لا يمكن فيها تحقيق غرض الإجراء بأي طريقة أخرى، فعند وجود وسائل أخرى أقل تقييداً للحق المحمي دستورياً، فعندئذ لا تملك الدولة إلا أن تستعمل هذه الوسائل، وهذا يعني أن قيمة الحكم القضائي تتضمن تحديد ما إذا كانت الوسائل البديلة هي الأقل تقييداً من عدمه، والرابع التناسب بالمعنى الضيق ويتعلق بتحديد معقولة نتيجة الإجراء عندما نقارن أثره على الحق الدستوري بواسطة الموازنة بين المنافع المتحصلة من خلال الإجراء والأضرار التي سوف يعاني منها الحق الدستوري⁽²²⁾.

ويمكن القول إن معيار التناسب يمكن تطبيقه في مواجهة التعديلات الدستورية في حالة قيام هذه التعديلات بتقييد الحقوق والحريات وهي حالة نادرة ما تحدث، لكن من الصعوبة تطبيقه في حالة تقييد المبادئ الأخرى كالعلمانية والجمهورية وحكم القانون، لهذا يمكن القول إن تطبيق معيار التناسب يكون أصح في حالة مراقبة دستورية القوانين العادية التي تقوم بتقييد الحقوق الدستورية وفقاً لفقرة التقييد.

ثالثاً - معيار التخلي الأساسي

فضلاً عن ذلك، قد يقوم القاضي الدستوري بتطبيق معيار التخلي الأساسي، والذي بموجبه تكون الانتهاكات الاستثنائية فقط سبباً لإلغاء التعديل، وذلك عندما يتخلى التعديل بشكل أساسي عن المبدأ أو يغيّر جوهره، وهو ما اتبعته المحكمة الدستورية الألمانية في العديد من القضايا ومنها قضية كلاس 1970 (Klass 1970)، التي بينت فيها المحكمة بأن الفقرة 3 من المادة (79) من القانون الأساسي يجب أن تُفسّر تفسيراً ضيقاً، لأنها تشكل استثناءً من القاعدة العامة التي وفقاً لها يجب عدم منع المشرع من تعديل

(22) Matthias Klatt and Moritz Meister, Proportionality – A Benefit to Human Rights? remarks on the i. con controversy, 2012, Pp.704-707: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30063.pdf> (Accessed: 7/9/2019)

حتى المبادئ الدستورية الأساسية؛ لأن سلطة المشرع بتعديل الدستور تعد نابعة من النظام الدستوري ولصيقة به، وهكذا فإن الفقرة 3 من المادة (79) تعني - من وجهة نظر المحكمة - أنه من المحذور إلغاء جوهر النظام الدستوري الحالي، وإنشاء نظام شمولي عن طريق الوسائل الشكلية للتعديلات الدستورية⁽²³⁾.

رابعاً- التقييد القضائي

ويمكن القول إن معيار التخلي الأساسي ينسجم مع الدور الاستثنائي الذي يقوم به القاضي الدستوري في الرقابة على التعديلات الدستورية، لأنه يساعد على ضبط عملية الرقابة، بحيث تكون في الحدود التي لا تعيق فيها عملية الإصلاح الدستوري في البلاد، لأن هذا المعيار ينطبق فقط في حالة قيام التعديل بإلغاء أو تغيير جوهر المبدأ المحمي دستورياً.

وهذا ما ينسجم مع فكرة التقييد القضائي عند ممارسة الرقابة على التعديلات الدستورية، فالمحكمة يجب أن لا تقوم بإسقاط الخيارات السياسية لسلطة التعديل، فضلاً عن أنها ينبغي أن تفضل تفسير التعديل بما يتطابق مع الدستور بدلاً من الحكم بعدم دستوريته، وهذا يعني أن الحكم بعدم دستورية التعديل ينبغي أن يكون في القضايا التي يكون فيها الانتهاك واضحاً أو صارخاً كإحراف سلطة التعديل عند قيامها مثلاً بتقويض الديمقراطية أو إضعافها، أو عند تهديد البنيان الأساسي للدستور بتغيير جوهر الخصائص الأساسية التي يتكون منها، فهذا التقييد يساعد في الحقيقة على دعم شرعية الرقابة القضائية على التعديلات وانسجامها مع مبدأ فصل السلطات.

بالإضافة إلى ذلك، بيّنت لجنة فينيس (اللجنة الأوروبية للديمقراطية من خلال القانون) بأن حظر التعديل يجب أن يطبق من قبل المحاكم بعناية وحذر، وللحفاظ فقط على المبادئ الأساسية للنظام الديمقراطي، كما بيّنت اللجنة في الوقت ذاته بأن التعديلات التي يتم تبنيها من خلال إجراءات خاصة كأغلبية الخاصة أو النوعية فضلاً عن متطلبات إضافية، فإنها تتمتع بدرجة عالية من الشرعية الديمقراطية، بحيث ينبغي أن تتردد المحكمة في الحكم بإلغائها⁽²⁴⁾.

وهذا يعني - من وجهة نظرنا - أنه كلما كانت سلطة التعديل ذات شرعية عالية، من خلال الإجراءات الصعبة لتعديل الدستور كأغلبية الخاصة (أغلبية الثلثين أو الثلاثة

(23) ميشال فرومون، تعديل الدستور والقواعد الدستورية غير القابلة للمس في القانون الألماني، مجلة القانون العام وعلم السياسة، ترجمة: محمد عرب صاصيلا، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2007، ص108-109.

(24) Report on Constitutional Amendment, Adopted by the Venice Commission, op.cit., Pp.43-47.

أربع) في البرلمان، فضلاً عن وجود متطلبات إضافية كالمداولات وقدر كافٍ من الوقت ومشاركة الشعب في الاستفتاء، فإن سلطة التعديل تتمتع في هذه الحالة بدرجة عالية من الشرعية الديمقراطية، بحيث تكون أقل عرضة للانحراف، وبالتالي ينبغي على المحكمة الدستورية أن تكون أقل رغبة في التدخل في مثل هذه القضايا، أما إذا كانت إجراءات التعديل مرنة وسهلة، بحيث لا تعبر عن الديمقراطية التداولية والشاملة كأن يتطلب الدستور الأغلبية البسيطة في البرلمان لغرض تعديله، فإنه في هذه الحالة تكون سلطة التعديل أقل شرعية وأكثر عرضة للانحراف، مما يجعل المحاكم أكثر رغبة في مراقبة دستوريته.

المطلب الثالث

الأساس الدستوري للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية

ويتضمن أربعة فروع: الفرع الأول، التصريح الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية، الفرع الثاني، التصريح الدستوري بالرقابة الإجرائية على التعديلات الدستورية، الفرع الثالث، التصريح الدستوري بمنع الرقابة على التعديلات الدستورية، الفرع الرابع، سكوت الدستور عن مسألة الرقابة على التعديلات الدستورية، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

التصريح الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية

تصرح دساتير بعض الدول على منح المحكمة الدستورية صلاحية الرقابة على التعديلات الدستورية من الناحيتين الشكلية والموضوعية، ومثال ذلك نص دستور رومانيا لعام 1991 على الرقابة السابقة على التعديلات الدستورية، حيث أشار إلى اختصاص المحكمة الدستورية بالفصل في مقترحات تعديل الدستور⁽²⁵⁾، ولذلك يجب على البرلمان، قبل إقرار التعديل الدستوري، أن يحيل مشروع التعديل إلى المحكمة الدستورية التي يجب عليها أن تفصل في مدى دستورية هذا التعديل خلال عشرة أيام من تاريخ إحالة المشروع إليها.

وهذا يعني أنه لا يجوز اقتراح تعديل الدستور على البرلمان إلا بقرار من المحكمة الدستورية. وقد قامت المحكمة الدستورية الرومانية في قرارها رقم 148 الصادر في

(25) Article (146) para (a) of Romanian Constitution 1991.

عام 2003 بالرقابة على دستورية اقتراح تعديل الدستور، وأصدرت قراراً يقضي بأن بعض نصوص هذا الاقتراح غير دستورية استناداً إلى أنها تشكل تجاوزاً للقيود الدستورية الموضوعية المفروضة على التعديلات الدستورية المتعلقة بحماية حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية وفقاً للفقرة الثانية من المادة (148) من الدستور الروماني لعام 1991⁽²⁶⁾.

ومثال على ذلك أيضاً نص دستور أوكرانيا لعام 1996 على الرقابة السابقة على التعديلات الدستورية بأن: «ينظر برلمان أوكرانيا في أي مشروع قانون بشأن إدخال تعديلات على دستور أوكرانيا، بعد إبداء المحكمة الدستورية لأوكرانيا لرأيها بشأن مدى توافق مشروع القانون المقدم مع مقتضيات المادتين (157 و158) من هذا الدستور»⁽²⁷⁾. ويفهم من هذا النص أنه لا يمكن للبرلمان أن يقر مشروع تعديل الدستور إلا بعد إبداء المحكمة الدستورية لرأيها في دستوريته، إلا أن هذا الرأي يبدو استشارياً وليس ملزماً للبرلمان.

وينص دستور جمهورية قيرغستان (Kyrgyzstan) لعام 2010 على أنه تختص المحكمة الدستورية بالمسائل المتعلقة بتعديل الدستور⁽²⁸⁾، وأن المشروعات المقدمة لتعديل الدستور تنتظر وتقر من قبل البرلمان بشرط احترام أحكام المحكمة الدستورية⁽²⁹⁾.

وكذلك نص دستور جمهورية كوسوفو لعام 2008 بأن تعديلات الدستور يتم إقرارها من قبل الجمعية، فقط بعد قيام رئيس جمعية كوسوفو بإحالة مقترح التعديل إلى المحكمة الدستورية لغرض التقييم المسبق بأن مقترح التعديل لم يبلغ أي من الحقوق والحريات المضمونة في الفصل الثاني من الدستور⁽³⁰⁾، وهذا يعني بأن مقترح تعديل الدستور يجب أن يحال من قبل رئيس الجمعية إلى المحكمة الدستورية، فإذا قررت هذه الأخيرة بأن المشروع مخالف للدستور، فإنه لا يمكن إقراره من قبل الجمعية، ولا يكون المشروع مخالفاً للدستور، إلا إذا قام بإلغاء الحق الدستوري، مما يعني أن دولة كوسوفو قامت بدسترة معيار التخلي الذي أوضحناه سابقاً.

وينص دستور أذربيجان لعام 1995 على أن: «أي مقترح لتعديل الدستور مقدم من قبل البرلمان أو رئيس الجمهورية يجب أن يحصل على رأي المحكمة الدستورية قبل إقراره من

(26) Kemal Gozler, Judicial Review of Constitutional Amendments: A comparative Study, ekin Press, Bursa, 2008, Pp.6-7.

(27) Article (159) of Ukrainian Constitution 1996.

(28) Article (82) para 3-6 of Constitution of the Kyrgyz Republic 2010.

(29) Article (96) para 3 of constitution of the kyrgyz Republic 2010.

(30) Articles (113) para 9, 144 para 3 of Constitution of the Republic of Kosovo 2008.

قبل البرلمان»⁽³¹⁾ وهذا النص مشابه تقريباً لدستور أوكرانيا الذي يجعل المحكمة تصدر رأياً فقط بخصوص دستورية التعديلات الدستورية، بحيث يبدو غير ملزم للبرلمان.

وهذا ما نص عليه أيضاً دستور مولدوفا (Moldova) لعام 1994 الذي قرر بأن: «أي مقترح لمراجعة الدستور يجب أن يقدم إلى البرلمان بعد إصدار المحكمة الدستورية رأيها الاستشاري (Advisory Opinion) حول دستوريته بأغلبية أربعة قضاة على الأقل»⁽³²⁾، وهذا يعني أن دستور مولدوفا صرح بالرأي الاستشاري للمحكمة الدستورية الذي لا يكون ملزماً للبرلمان.

وينص دستور الكونغو لعام 2015 على أنه: «إذا كانت مبادرة تعديل الدستور صادرة من رئيس الدولة، فإن مشروع التعديل يقدم مباشرة إلى الاستفتاء بعد أخذ رأي المحكمة العليا. كما يمكن أن يقدم المشروع أيضاً، بعد أخذ رأي المحكمة العليا، إلى مجلسي البرلمان في هيئة مؤتمر للتصويت عليه بأغلبية ثلاثة أرباع الأعضاء»⁽³³⁾ وحتى إذا كان رأي المحكمة بدستورية المشروع أو عدم دستوريته غير ملزم، إلا أنه قد يكون مؤثراً في حمل المؤتمر أو الشعب بالموافقة على مشروع التعديل أو رفضه.

كما نص الدستور التونسي لعام 2014 في الفصل (120) على أن: «تختص المحكمة الدستورية دون سواها بمراقبة دستورية مشاريع القوانين الدستورية التي يعرضها عليها رئيس مجلس نواب الشعب حسبما هو مقرر بالفصل (144) أو لمراقبة احترام إجراءات تعديل الدستور»، وينص الفصل (144) من الدستور التونسي على أن: «كل مبادرة لتعديل الدستور تعرض من قبل رئيس مجلس نواب الشعب على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي في كونها لا تتعلق بما لا يجوز تعديله حسبما هو مقرر بهذا الدستور»⁽³⁴⁾.

وهذا يعني أن الدستور التونسي أخذ بالرقابة القضائية الوجيهة السابقة على التعديلات الدستورية من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، حيث تراقب المحكمة الدستورية

(31) Article (153) of Azerbaijan Constitution 1995.

(32) Article (141) para 2 of Moldova Constitution 1994.

(33) Article (241) of Congo Constitution 2015.

(34) ومثال المسائل التي لا يجوز تعديلها في الدستور التونسي لعام 2014 الفصل الأول الذي ينص على أن: «تونس دولة حرة، مستقلة، ذات سيادة، الإسلام دينها، والعربية لغتها، والجمهورية نظامها. لا يجوز تعديل هذا الفصل»، وكذلك الفصل الثاني الذي ينص على أن: «تونس دولة مدنية، تقوم على المواطنة، وإرادة الشعب، وعلوية القانون. لا يجوز تعديل هذا الفصل»، فضلاً عن الفصل (49) في فقرته الثالثة التي تنص على أنه: «لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور»، وغيرها من نصوص الحظر التي ينص عليها الدستور.

مبادرة التعديل - التي تحال إليها من قبل رئيس مجلس نواب الشعب خلال أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ ورودها على مكتب المجلس - من الناحية الموضوعية من خلال إبداء رأيها في مدى تعلق المبادرة بالأحكام التي حظر الدستور تعديلها في أجل أقصاه خمسة عشر يوماً من تاريخ عرض مبادرة تعديل الدستور عليها، على أن يتولى رئيس المحكمة الدستورية فوراً إعلام رئيس مجلس نواب الشعب ورئيس الجمهورية ورئيس الحكومة برأي المحكمة⁽³⁵⁾، لكن ينبغي ملاحظة أن قرارات المحكمة وآراءها ملزمة لجميع السلطات⁽³⁶⁾.

كما تراقب المحكمة الدستورية التونسية مشاريع قوانين تعديل الدستور من الناحية الإجرائية، حيث يعرض رئيس مجلس نواب الشعب على المحكمة هذه المشاريع في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ المصادقة عليها من قبل مجلس نواب الشعب لتتولى مراقبة دستورية إجراءات التعديل، على أن تصدر المحكمة قرارها في أجل أقصاه خمسة وأربعون يوماً من تاريخ تعهدها، وإذا قضت المحكمة الدستورية بدستورية إجراءات التعديل، فإنها تحيل المشروع إلى رئيس الجمهورية الذي يختمه أو يعرضه على الاستفتاء لتكون للشعب الكلمة النهائية فيه، أما إذا قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية إجراءات مشروع القانون الدستوري تتولى في أجل أقصاه سبعة أيام إحالته مصحوباً بقرارها إلى رئيس مجلس نواب الشعب، بحيث يجب على مجلس نواب الشعب تصحيح إجراءات التعديل طبقاً لقرار المحكمة الدستورية في أجل أقصاه ثلاثون يوماً من تاريخ توصله بالقرار المذكور⁽³⁷⁾.

كما ينص دستور جنوب أفريقيا لعام 1996 على سلطة المحكمة الدستورية في تقرير دستورية أي تعديل للدستور الاتحادي⁽³⁸⁾.

وهكذا فإن شرعية الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية تبدو عالية عند التصريح باختصاص المحكمة الدستورية في الرقابة على هذه التعديلات.

(35) الفصل (40) والفصل (41) من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية المؤرخ في 3 ديسمبر 2015.

(36) الفقرة الأخيرة من الفصل (5) من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية المؤرخ في 3 ديسمبر 2015.

(37) الفصل (42) من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية المؤرخ في 3 ديسمبر 2015.

(38) Article (167) para 4-d of Constitution of the Republic of South africa 1996.

الفرع الثاني

التصريح الدستوري بالرقابة الإجرائية على التعديلات الدستورية

أولاً- الرقابة في ظل إجراءات التعديل الموحدة

إذا صرح الدستور باختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة الشكلية على التعديلات الدستورية دون الرقابة الموضوعية، فإن هذا التصريح يحطم شرعية الرقابة القضائية الموضوعية، والمثال الواضح على ذلك في تركيا، حيث ينص الدستور التركي لعام 1982 على اختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة على التعديلات الدستورية من الناحية الشكلية فقط⁽³⁹⁾، وهذا يعني أن للمحكمة الدستورية أن تراقب الجوانب الإجرائية والشكلية للتعديل الدستوري وفقاً للمادة (175) من الدستور التي تطبق بشكل موحد على كل التعديلات الدستورية، كاقترح التعديل الدستوري كتابياً مما لا يقل عن ثلث إجمالي عدد أعضاء الجمعية الوطنية الكبرى، ومناقشة مشاريع تعديل الدستور مرتين في الجلسة العامة للجمعية الوطنية، فضلاً عن اعتماد مشروع التعديل الدستوري بأغلبية ثلاثة أخماس إجمالي عدد أعضاء الجمعية الوطنية في اقتراح سري وغيرها من الإجراءات التي تنص عليها هذه المادة.

وعلى الرغم من هذا التصريح، توسعت المحكمة الدستورية التركية في مد رقابتها على التعديلات من الناحية الموضوعية أيضاً مبررة ذلك بوجود قيود دستورية موضوعية صريحة على سلطة التعديل وفقاً للمادة (4) من الدستور⁽⁴⁰⁾، ففي 5 حزيران/ يونيو 2008 راقبت المحكمة الدستورية التركية التعديل الدستوري الذي يسمح بلبس الحجاب في الجامعات، وقررت بأن هذا التعديل مخالف للدستور، لأنه من وجهة نظرها يلغي من الخاصية العلمانية للدولة (المنصوص عليها في المادة (2) من الدستور)، فضلاً عن أنه يلغي أو ينتقص من مكانة تركيا كجمهورية (المنصوص عليها في المادة (1) من الدستور)⁽⁴¹⁾.

(39) Article (148) para 1 of Constitution of the Republic of Turkey 1982.

(40) حيث تنص المادة (4) من الدستور التركي لعام 1982 على أن: «نص المادة (1) المتعلق بشكل الدولة الجمهوري، وخصائص الجمهورية في المادة (2)، ونص المادة (3) لا يمكن تعديلها أو اقتراح تعديلها».

(41) 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 (Accessed : 12/9/2019).

ومن وجهة نظرنا، فإن هذا القرار لا يعد شرعياً لأنه يوسع من اختصاص المحكمة الدستورية التركية بشكل مخالف لأحكام الدستور، إذ إن الدستور يحصر ويقيّد اختصاص المحكمة الدستورية في الرقابة على التعديلات الدستورية من الناحية الشكلية فقط دون الموضوعية، وأن المحكمة الدستورية في هذا القرار راقبت محتوى أو جوهر التعديل وليس الشكليات والإجراءات اللازمة لصدوره، فضلاً عن أن الدستور صرح في المادة (148) فقرة 1 برقابة المحكمة الدستورية على القوانين العادية من الناحيتين الشكلية والموضوعية، كما صرح في الفقرة ذاتها باختصاص المحكمة برقابة تعديلات الدستور من الناحية الشكلية، مما يفيد بأن قصد المشرع الدستوري كان واضحاً باستبعاد الرقابة القضائية الموضوعية على التعديلات الدستورية، كما تعد المحكمة الدستورية سلطة مؤسّسة، بحيث ينبغي عليها أن تحترم الحدود التي رسمها الدستور فيما يتعلق بنطاق اختصاصها.

وينص مشروع الدستور الليبي لعام 2017 في المادة (139) فقرة 2 على اختصاص المحكمة الدستورية دون غيرها بالنظر في دستورية إجراءات التعديلات الدستورية. كما تنص المادة (195) من المشروع بأنه: «في حالة الموافقة على التعديل من قبل البرلمان، يعرض رئيس الجمهورية الأمر على المحكمة الدستورية، لرقابة صحة الإجراءات، وجواز طلب التعديل خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً، وعند إقرار المحكمة الدستورية صحة طلب التعديل، يعرض على الشعب في استفتاء عام، ويقر بالأغلبية المطلقة للأصوات الصحيحة للمقترعين، وعند رفض الطلب لا يجوز عرضه مرة أخرى خلال دورة الانعقاد نفسها».

ثانياً- الرقابة في ظل إجراءات التعديل المتدرجة

لكن في بعض الدساتير يوجد تدرج في إجراءات التعديل الدستورية، بحيث يختص كل إجراء بتعديل طائفة معينة من الأحكام والمبادئ، فضلاً عن أن هذه الإجراءات تختلف من حيث صعوبة التعديل، إذ إن الإجراءات الأسهل لا يمكن أن يقوم بتعديل المبادئ التي يختص بها الإجراء الأصعب كما هو الحال في الأمثلة التالية:

1- دستور ولاية كاليفورنيا

لقد ميّزت المادة (18) من دستور ولاية كاليفورنيا لعام 1879 بين التعديل (Amendment) والمراجعة (Revision)، حيث يتم اقتراح التعديل بمبادرة شعبية، أو من قبل ثلثي أصوات كلا المجلسين، ثم يعرض على المصادقة الشعبية من خلال الاستفتاء. أما المراجعة فيتم اقتراحها من قبل مؤتمر دستوري، والتي يجب أن يصادق عليها الشعب في الاستفتاء

لكي تصبح نافذة، فهذا التمييز يسمح بتدخل القضاء عندما تقوم سلطة التعديل بتعديل المبادئ التي يختص بتعديلها الإجراء الأصعب أي المراجعة، وهذا ما دفع المحكمة العليا في كاليفورنيا في قضية رافان ضد دوكمينجيان (1990 Raven v. Deukmejian) إلى منع التعديل من إجراء التحولات الدستورية الأساسية التي لا يمكن أن تحدث إلا من خلال المراجعة التي تتطلب إجراءً مختلفاً⁽⁴²⁾.

2- دستور فنزويلا

كما ميّز دستور فنزويلا لعام 1999 بين التعديل والإصلاح الدستوري، بحيث نظم إجراءات مختلفة لكل منهما ليعكس لنا الخصائص المميزة لكل طريقة⁽⁴³⁾. ولهذا السبب بيّنت محكمة العدل العليا (الغرفة الدستورية) لفنزويلا في عام 2009 بأن التعديل يتضمن التعديلات البسيطة، أما الإصلاح الدستوري فهو أكثر شمولية، فقد يشكل الإصلاح مراجعة جزئية للدستور باستبدال نص دستوري واحد أو أكثر دون أن يعدل بنيان ومبادئ النص الدستوري⁽⁴⁴⁾.

3- دستور النمسا

ومثال ذلك أيضاً في الدستور النمساوي لعام 1920 الذي لا يتضمن أية قيود موضوعية على التعديلات الدستورية، ومع ذلك ميّز بين إجراءات المراجعة الجزئية والمراجعة الشاملة أو الكلية للدستور، فالأولى تتطلب تشريعاً من قبل البرلمان، والثانية تتطلب تشريعاً برلمانياً فضلاً عن الاستفتاء⁽⁴⁵⁾.

وطبقاً للرأي المحكمة الدستورية النمساوية، تحدث المراجعة الشاملة للدستور عندما تتعدل المبادئ الدستورية الأساسية أو تتأثر بشكل خطير، وهذه المبادئ تشمل الديمقراطية، فصل السلطات، حكم القانون، الحريات الأساسية، والفيدالية. وبذلك خلقت المحكمة الدستورية النمساوية فكرة تدرج القواعد الدستورية، فالتفسير الواسع للمحكمة لمفهوم المراجعة الشاملة يسمح لها بالرقابة القضائية الموضوعية على التعديلات بواسطة فحص ما إذا كانت سلطة التعديل تعدل أحد هذه المبادئ، ومن ثم يتطلب ذلك إجراء الاستفتاء وإلا عد التعديل مخالفاً للدستور⁽⁴⁶⁾.

(42) https://scholar.google.ae/scholar_case?case=925523541689180607&q=raven+v.+deukmejian+1990&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1 (Accessed: 18/10/2019).

(43) see Articles (340-346) of Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela 1999.

(44) Yaniv Roznai, op.cit., p.193.

(45) Article (44) of Constitution of Austria 1920.

(46) Yaniv Roznai, op.cit., Pp.193-194.

ومن القضايا المهمة في هذا المجال نص بند في أحد القوانين المعدلة للدستور على أن التشريعات الصادرة عن الولايات بشأن تنظيم وتحديد اختصاص الهيئات المنشأة لرقابة منح العقود العامة لا يجوز اعتبارها غير دستورية، وقد قررت المحكمة الدستورية النمساوية أن هذا البند يجعل: «كل تشريع تصدره الولايات بشأن تنظيم وتحديد اختصاص الهيئات المنشأة لرقابة الشراء العام مستثنى من الدستور الفدرالي».

ولذلك فإن الدستور يجب حرمانه من سلطته القاعدية أو المعيارية بالنسبة لهذا الجزء من النظام القانوني. وبناءً على ذلك، ذهب المحكمة الدستورية النمساوية في القرار الصادر في 10 مارس 2001 إلى أن: «خسارة الدستور لسلطته القاعدية أو المعيارية تشكل انتهاكاً لحكم القانون»، ولذلك فإن التعديل الدستوري الذي يمس هذا المبدأ ينطوي على «مراجعة شاملة» تستلزم تبني هذا التعديل عن طريق استفتاء في ظل الفقرة 3 من المادة (44) من الدستور. ولكن النص، في قانون التعديل، المطعون فيه تم تبنيه عن طريق البرلمان وليس عن طريق الاستفتاء؛ ولذلك فإنه يعد غير دستوري، ولهذا السبب ألغت المحكمة الدستورية هذا النص من التعديل الدستوري⁽⁴⁷⁾.

4- دستور نيكاراغوا

وبشكل مشابه فإن دستور نيكاراغوا لعام 1987 ميّز بين الإصلاح الجزئي والإصلاح الكلي، بحيث وضع لكل واحد منهما إجراءً مختلفاً، فالإصلاح الجزئي يتطلب أغلبية 60% في الجمعية الوطنية والموافقة في جلستين متعاقبتين، بينما يتطلب الإصلاح الكلي موافقة ثلثي أعضاء الجمعية الوطنية فضلاً عن الموافقة النهائية بواسطة جمعية تأسيسية خاصة منتخبة⁽⁴⁸⁾.

وفي عام 2005 وافقت الجمعية الوطنية على التعديلات الدستورية التي تقيّد من سلطة الرئيس، وذلك من خلال إجراء الإصلاح الجزئي، ومع ذلك قررت محكمة العدل المركزية بأن تلك التعديلات تحد من استقلال الهيئة التنفيذية، وحاولت أن تحول نيكاراغوا من النظام الرئاسي إلى النظام البرلماني، فمثل هكذا تحول يمكن أن يحدث فقط من خلال الإصلاح الشامل، ولذلك فإن التعديلات كانت غير دستورية وملغية⁽⁴⁹⁾.

ويمكن القول إنه عندما يتم الفصل بين إجراء المراجعة الشاملة والمراجعة الجزئية، فإنه ينبغي أن تنظر المحكمة أولاً إلى ما تتضمنه المراجعة الشاملة، ومن ثم بعد ذلك تفحص محتوى التعديل في المسألة، وفيما إذا هو يعدل مبادئ أساسية معينة لكي يبدو

(47) Kemal Gozler, op.cit., Pp.38-40.

(48) Articles (191-195) of Constitution of Nicaragua 1987.

(49) Yaniv Roznai, op.cit., p.194.

كمراجعة شاملة للدستور، فهذه العملية تعد في الحقيقة رقابة قضائية موضوعية تنتكر بزّي الرقابة الإجرائية أو الشكلية. ففي سياق الإصلاحات الدستورية يتداخل الإجراء والجوهر أحدهما بالآخر، مما يعني وجود رقابة قضائية إجرائية - موضوعية في الوقت ذاته لكي تضمن بأن التغييرات الأساسية لا يمكن القيام بها إلا من خلال العملية الديمقراطية التوافقية.

الفرع الثالث

التصريح الدستوري بمنع الرقابة على التعديلات الدستورية

كما قد يمنع الدستور صراحة المحكمة الدستورية أو العليا من الرقابة على التعديلات الدستورية، وفي هذه الحالة إذا أقدمت المحكمة على رقابة التعديلات، فإن رقابتها تكون غير شرعية بشرط أن يكون هذا المنع قد تم وضعه من قبل السلطة المؤسسة الأصلية وليس السلطة المؤسسة المشتقة (أي سلطة التعديل)، ومثال على ذلك الدستور الهندي لعام 1949 الذي نص في الفقرتين 4 و5 من المادة (368) بأنه: «لا يجوز وضع أي تعديل لهذا الدستور موضع تساؤل وعلى أي أساس أمام أي محكمة... ولن تكون هناك أية قيود، من أي نوع كانت، على سلطة البرلمان التأسيسية لإجراء التعديل في الدستور، عن طريق إضافة أو تغيير أو إلغاء أية أحكام في هذا الدستور بموجب هذه المادة».

فهذا النص قد تمت إضافته بموجب التعديل الدستوري رقم 42 لعام 1976 كردة فعل على قيام المحكمة العليا بالإعلان عن اختصاصها بإلغاء التعديلات الدستورية التي تتعارض مع البنيان الأساسي للدستور، وهو نص - أي نص التعديل رقم 42 - قد تمت مراقبته أيضاً من قبل المحكمة العليا في قضية مينيرفا ميلس ضد اتحاد الهند 1980 (Minerva Mills Ltd v. Union of India 1980)، التي من خلالها أكدت المحكمة الطبيعة المقيدة لسلطة التعديل التي تعد جزءاً من البنيان الأساسي للدستور الهندي، فضلاً عن ذلك قررت المحكمة بأن التعديل رقم 42 ينتهك ذلك البنيان الأساسي، ولهذا السبب يعد مخالفاً للدستور⁽⁵⁰⁾.

(50) Vencatesh Nayak, the basic structure of the indian constitution, Pp.8-9: http://www.humanrightsinitiative.org/publications/const/the_basic_structure_of_the_indian_constitution.pdf (Accessed: 15/9/2019) - Iftikhar Hussian Bhat, doctrin 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.31: http://www.raijmr.com/ijrhs/wp-content/uploads/2017/11/IJRHS_2013_vol01_issue_03_07.pdf (Accessed: 16/9/2019).

ويذهب الأستاذ كيمال غوزلر (Kemal Gozler) بأنه في ضوء نص التعديل رقم 42 لسنة 1976، فإن المحكمة العليا الهندية قد تم منعها صراحة من مراقبة دستورية التعديلات الدستورية، إذ إن التعديلات الدستورية لا يمكن إخضاعها للرقابة القضائية، لأن الدستور الهندي لا يضع أي قيد على سلطة البرلمان في تعديل الدستور، كما انتقد رأي المحكمة في قضية مينيرفا ميلس (Minerva Mills)، مبرراً ذلك بأن المحكمة العليا لا تملك أي اختصاص للحكم بدستورية التعديلات، حيث استخدمت المحكمة اختصاصاً لا تملكه في الواقع، بما يفيد أنها قد اغتصبت سلطة التعديل التي لم يمنحها الدستور إلا للبرلمان، بالإضافة إلى أن مذهب البنين الأساسي يعد غامضاً ويفتقر إلى أساس نصي في الدستور الذي لم يعرف هذا المفهوم، بحيث ترك أمر تحديده للسلطة التقديرية للمحكمة العليا⁽⁵¹⁾.

ونحن لا نتفق مع ما ذهب إليه الأستاذ غوزلر (Gozler)، لأنه إذا كان ذلك القيد قد تم فرضه على السلطة القضائية بواسطة السلطة المؤسسة الأصلية، فإنه لا مجال في هذه الحالة لأن تملك المحكمة سلطة مراقبة التعديلات الدستورية. لكن في المثال الهندي، فإن منع السلطة القضائية من مراقبة التعديلات قد تم فرضه من قبل السلطة المؤسسة المشتقة أي سلطة التعديل التي جعلت نفسها من خلال التعديل رقم 42 سلطة مطلقة أو غير مقيدة، وذلك يتنافى مع طبيعة سلطة التعديل بوصفها سلطة مقيدة ومفوضة للعمل وفقاً لأحكام الدستور، ولهذا السبب فإن سلطة التعديل (البرلمان الهندي) قد تجاوزت حدود سلطتها.

وهكذا فإن المثال الهندي لا يعد المثال الأفضل لمنع الصريح للسلطة القضائية من مراقبة التعديلات الدستورية، فإذا كان هذا المنع مصرحاً به في الدستور الأصلي، فإن شرعية الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية تكون منعومة أو ضعيفة جداً.

والمثال الواضح على تصريح الدستور الأصلي بمنع الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية هو في الدستور الباكستاني لعام 1973، حيث نصت المادة (239) فقرة 5 على أنه: «لا يمكن الطعن على أي تعديل دستوري أمام أي محكمة ولاي سبب كان»، كما نصت الفقرة 6 من المادة ذاتها على أنه: «لقطع الشك باليقين، يعلن بموجب هذا البند أنه لا توجد أي قيود أياً كانت على صلاحية مجلس الشورى - البرلمان - في تعديل أي من أحكام هذا الدستور».

وعلى الرغم من اعتراف المحكمة العليا الباكستانية بمذهب البنين الأساسي، لكن بتسمية أخرى وهي الخصائص الدستورية البارزة التي لا يمكن تعديلها من قبل سلطة

(51) Kemal Gozler, op.cit., Pp.8-9.

التعديل (أي البرلمان) وإلا كان التعديل مخالفاً للدستور (قضية آشاكزاي Achakzai Case 1997، إلا أنها قررت صراحة بأنها لا تملك الاختصاص للحكم بعدم مشروعية التعديلات الدستورية من الناحية الموضوعية، لأنها تعد مسألة سياسية قابلة للتنفيذ من قبل الفاعلين السياسيين وعلى رأسهم الشعب الباكستاني (قضية التعديل السابع عشر 2005) (Seventeenth Amendment Case 2005)⁽⁵²⁾.

الفرع الرابع

سكوت الدستور عن مسألة الرقابة على التعديلات الدستورية

ومما تجدر ملاحظته أن معظم الدساتير الحالية سكتت عن مسألة تنظيم الرقابة على التعديلات الدستورية، فما هو الحل في هذه الحالة؟

يذهب الأستاذ كيمال غوزلر (Kemal Gozler) إلى أنه ينبغي التمييز بين النموذجين الأمريكي والأوروبي في الرقابة القضائية، ففي ظل النموذج الأمريكي تمارس جميع المحاكم الرقابة الدستورية، من خلال الدفع بعدم الدستورية أثناء قضية منظورة، ومن دون حاجة لوجود نص صريح في الدستور يخولها بذلك، وهذا يعني أن الأشخاص يمكنهم الطعن بعدم دستورية التعديلات الدستورية أثناء القضية المنظورة.

وأما في ظل النموذج الأوروبي، فإن الرقابة تمارس من قبل محكمة واحدة متخصصة كالمحكمة الدستورية أو العليا، وذلك بموجب نص دستوري صريح، بحيث يمكن تحريك الرقابة من خلال الدعوى الأصلية أو الإحالة من قبل المحاكم، حيث تتمتع المحاكم الدستورية باختصاص محدد وخاص مصرح به في الدستور، ولا تتمتع باختصاص عام في مراقبة كل الأعمال، وهذا يعني أنه إذا سكت الدستور عن الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، فإن ذلك يعني بأن المحكمة الدستورية لا تتمتع بممارسة هذا الاختصاص، فذكر اختصاص معين صراحة يتضمن استبعاد الاختصاص الآخر⁽⁵³⁾.

(52) Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments – The Migration and Success of a Constitutional Idea, The American Journal of Comparative Law, Vol. 61, (2013), pp.696-699: portal.idc.ac.il/facultypublication/publication?publicationid=4967&facultyusername=exjvem5haq (Accessed: 8/10/2019).

ومما تجدر ملاحظته أن المحكمة العليا الباكستانية يمكن أن تراقب التعديلات الدستورية بالاستناد إلى نصوص أخرى في الدستور كالمادة (8)، التي تصرح ببطالان أي قانون يتعارض مع الحقوق الأساسية أو ينتقص منها، وكذلك المادة (184) فقرة 3 التي تمنح المحكمة صلاحية إصدار الأوامر في حال رأت أن المسألة المنظورة تمس أمراً ذا أهمية للصالح العام، ومتعلقاً بإنفاذ الحقوق الدستورية الأساسية.

(53) Kemal Gozler, op.cit., Pp. 9-13.

وإذا كنا نتفق مع هذا الرأي من زاوية النموذج الأمريكي، بحيث تكون الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية شرعية من دون حاجة إلى نص صريح، إلا أننا لا نتفق معه حول النموذج الأوروبي، فسكوت الدستور بشأن هذه الرقابة لا يعني أنه يفسر بالضرورة لصالح منع المحاكم الدستورية من الرقابة على التعديلات الدستورية، فبعض المحاكم الدستورية أو العليا أعلنت نفسها مختصة في الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية حتى من دون سلطة دستورية صريحة، لأنها فسرت اختصاصها برقابة دستورية القوانين تفسيراً واسعاً بتفسير مصطلح «القوانين» ليشمل التعديل الدستوري أيضاً بوصفه قانوناً، حتى على الرغم من سموه على القوانين العادية، ومثال ذلك في ألمانيا والبرازيل والتشيك والنمسا وليبيا⁽⁵⁴⁾.

والبعض الآخر من المحاكم أو المجالس الدستورية قررت بأن التعديلات الدستورية لا تدخل ضمن اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين التي هي أدنى من الدستور لأنها فسرت مصطلح «القوانين» تفسيراً ضيقاً، بحيث لا يمكن أن يشمل التعديلات الدستورية التي تكون بقوة الدستور، فضلاً عن أنه وفقاً للنموذج الأوروبي في الرقابة القضائية، فإن النصوص الدستورية التي تخول المحاكم أو المجالس الدستورية اختصاص رقابة دستورية القوانين هي نصوص ذات طبيعة استثنائية، ولذلك يجب تفسيرها تفسيراً ضيقاً، ومثال ذلك في فرنسا، وسلوفينيا، وإيرلندا، وجورجيا⁽⁵⁵⁾ ومصر⁽⁵⁶⁾.

(54) كما ينبغي ملاحظة أن المحكمة العليا الليبية، ومن دون تحويل أو منع دستوري صريح، حكمت بعدم دستورية التعديل الدستوري رقم 3 لسنة 2012 للفقرة 2 من البند 6 من المادة (30) من الإعلان الدستوري من الناحية الشكلية والإجرائية، إذ بينت المحكمة ذلك بقولها: «وحيث إن دفع إدارة القضايا بعدم اختصاص المحكمة بنظر الطعن في غير محله، ذلك أنه وإن كانت الرقابة الدستورية وفقاً لنص المادة (23) من القانون رقم 6 لسنة 1982 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا مقصورة على مراقبة مدى التزام القانون محل الطعن بأحكام الدستور، ولا تمتد إلى رقابة النصوص الدستورية في ذاتها، إلا أنه متى نص الدستور على طريقة معينة وإجراءات محددة لتعديل النصوص الدستورية تعين على السلطة التشريعية عند إصدار التعديل التزامها، فإن طعن في نص التعديل بأنه مؤسس على إجراءات تخالف الإجراءات والأوضاع الواردة بالإعلان الدستوري، فإن من اختصاص الدائرة الدستورية أن تتصدى لمراقبة مدى التزام تلك السلطة بالقيود الواردة بالدستور إعمالاً للمبدأ الأساسي في التقاضي الذي مقتضاه أن القضاء هو صاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات إلا ما استثني بنص خاص، ولو قيل بغير ذلك لكان للسلطة التشريعية أن تتحلل من القيود الواردة بالدستور بشأن التعديل، وهو إطلاق لسلطاتها وفتح لباب مخالفة النصوص الدستورية مما لا يستقيم قانوناً»، حكم منشور في الجريدة الرسمية، بتاريخ 2013/7/18، السنة 2، العدد 10، ص 620 وما بعدها.

(55) Elene Janelidze, *Judicial Review of Constitutional Amendments in Georgia, France, and Germany – The Question of Eternity*, Central European University, Budapest, 2016, Pp.18-22: http://www.etd.ceu.hu/2016/janelidze_elene.pdf (Accessed: 18/9/2019).

(56) د. شعبان أحمد رمضان، النظام الدستوري البحريني، دار الكتب القانونية، القاهرة – الإمارات، دون تاريخ نشر، ص 404-405.

وهكذا فإن سكوت الدساتير عن سلطة المحاكم الدستورية في الرقابة على التعديلات الدستورية يجعل شرعية هذه الرقابة محل تساؤل، لكن ذلك يتوقف - من وجهة نظرنا - على وجود أو غياب حظر التعديل الدستوري في الوثيقة الدستورية كما سنبينه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية

في ضوء حظر التعديل الدستوري

يتجسد دور القاضي الدستوري في الرقابة على التعديلات الدستورية عند وجود حظر تعديل دستوري صريح في الوثيقة الدستورية، حيث يمنح القاضي الدستوري لنصوص الحظر القيمة القانونية، لا بل أنه قد يوسّع نطاقها من خلال التفسير، وهذا يعني أنه في حالة انعدام الرقابة، فإن نصوص الحظر تضحى ذات قيمة سياسية أي من دون أثر قانوني.

كما ينبغي ملاحظة أنه في حالة غياب حظر التعديل الدستوري الصريح، فإن ذلك لا يمنح القاضي الدستوري من مراقبة التعديل طالما بإمكانه أن يستنبط قيوداً موضوعية ضمنية تمنع من انحراف سلطة التعديل، ولهذا قمنا بتقسيم المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول الرقابة القضائية في ظل وجود حظر التعديل الدستوري، والمطلب الثاني الرقابة القضائية في ظل غياب حظر التعديل الدستوري، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

الرقابة القضائية في ظل وجود حظر التعديل الدستوري

ينقسم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول وسنبحث فيه وجود حظر التعديل الدستوري مع حضور الرقابة، والفرع الثاني سنخصه لوجود حظر التعديل الدستوري مع انعدام الرقابة، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

وجود حظر التعديل الدستوري مع حضور الرقابة

أولاً- رقابة التعديل الموضوعية النصية

تحتوي العديد من الدساتير على فقرات حظر التعديل، وإن مثل هذا التضمين الصريح يُقوّي من وجهة نظرنا شرعية الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، التي أطلقنا عليها تسمية رقابة التعديل الموضوعية النصية، لأنها تستند إلى فقرات حظر التعديل

الصريحة، فعند وجود هذه الفقرات في الوثيقة الدستورية، فإن تنفيذها قضائياً يبدو أقل إثارة للجدل، وهذا يعني أن هذه الفقرات أو القيود تتجرد من فاعليتها عند عدم تنفيذها من قبل المحاكم.

فيذا أعلن وأضعو الدستور أن نصوصاً معينة غير قابلة للتعديل، فإنه يجب على المحكمة الدستورية أو العليا أن تمنح الفاعلية لهذه الآلية، وفي هذا المجال تعد الرقابة القضائية آلية طبيعية لحماية فقرة الخلود - أي فقرة حظر التعديل - في الدستور. فالرقابة القضائية تمنح الأثر القانوني لهذه الفقرة، حيث لا يوجد اختلاف موضوعي بين التشريع العادي الذي ينتهك الدستور وتعديل الدستور الذي ينتهك فقرة الخلود.

فالرقابة القضائية معترف بها في الحالة الأولى - التشريع العادي الذي ينتهك الدستور - لذا يجب أن يعترف بها في الحالة الثانية - التعديل الدستوري الذي ينتهك فقرة الخلود -، وهذا يعني وجود تدرج معياري بين فقرة حظر التعديل وقانون تعديل الدستور، من حيث إن فقرة الحظر تعلق على قانون التعديل الدستوري، ولا سيما إذا تم وضع فقرة الحظر من قبل السلطة المؤسسة الأصلية، وليس من قبل السلطة المؤسسة المشتقة أي سلطة التعديل، وذلك حتى لا يترك المجال لسلطة التعديل في تعديل أو إلغاء فقرة الحظر.

ويمكن القول إنه في حالة عدم قيام المحاكم بحماية فقرة حظر التعديل، فإن وظيفة هذه الفقرة ستكون من دون معنى أو فارغة من محتواها، بحيث تكون ذات قيمة سياسية وليست قانونية، وهذا ما يفسر لجوء بعض المحاكم الدستورية إلى الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية على الرغم من عدم وجود نص صريح يخولها بممارسة هذه الرقابة، كما هو الحال في ألمانيا، والبرازيل، والتشيك، وتاييلاند. فبالإضافة إلى أن هذه المحاكم استندت في رقابتها على نصوص حظر التعديل، فإنها قامت أيضاً بتفسير اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين بشكل واسع، من حيث تفسير مصطلح (القوانين) ليشمل قوانين تعديل الدستور فضلاً عن القوانين الأساسية والعادية، وذلك على النحو التالي:

1. ألمانيا

تنص الفقرة الثالثة من المادة (79) من القانون الأساسي الألماني لعام 1949 على أنه: «لا تقبل أي تعديلات على هذا القانون الأساسي تؤثر على تقسيم الاتحاد إلى ولايات، أو على مشاركة الولايات المبدئية في عملية التشريع، أو على المبادئ الواردة في المادة (1) والمادة (20)»، علماً أن المادة (1) تكرس مبدأ حرمة الكرامة الإنسانية، وحقوق

الإنسان غير القابلة للانتقاص والنزع، والقوة الملزمة قانوناً للحقوق الأساسية، وأن المادة (20) ترسي العديد من المبادئ كالدولة الديمقراطية، والدولة الفيدرالية والاجتماعية، والقوة الملزمة للدستور والقوانين، والدفاع عن النظام الدستوري.

ومما تجدر ملاحظته أن المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية قبل عام 1953، كانت تلجأ إلى فكرة القانون الطبيعي والعدالة لغرض تقييد القواعد الدستورية كما هو الحال في قضية ساوث ويست (Southwest Case 1951)، وقضية المادة (117) لعام 1953⁽⁵⁷⁾، إلا أنها بعد عام 1953 تركت الإشارة للمبادئ فوق الوضعية، وركزت على القيود الصريحة على سلطة التعديل.

ففي قضية كلاس (Klass 1970)، فحصت المحكمة الدستورية دستورية التعديل الذي سمح بانتهاكات خصوصية الاتصال لغرض حماية الأمن الوطني، واستبدل الرقابة القضائية بالرقابة البرلمانية لأي انتهاك مزعوم لذلك الحق، وعلى الرغم من أن المحكمة الدستورية قررت صحة التعديل، فإن ثلاثة قضاة داخل المحكمة كانوا معارضين بقوة لهذا الحكم، ورأوا أن هذا التعديل الدستوري يجب إلغاؤه استناداً إلى الفقرة 3 من المادة (79) لأنه يشكل انتهاكاً لمبادئ الكرامة الإنسانية، وفصل السلطات، وحكم القانون.

كما أنه في قضية المراقبة الصوتية للمنازل (The Electronic Eavesdropping) (2004)، قررت المحكمة الدستورية الألمانية بأن التعديل الذي سمح بالمراقبة الصوتية للمنازل لا يؤثر على حرمة الكرامة الإنسانية، ولذلك فإنه يتطابق مع المادة (79) فقرة 3 من القانون الأساسي. ويمكن القول إن سبب عدم قيام المحكمة الدستورية بإلغاء أي من التعديلات الدستورية لأنها فسرت المادة (79) فقرة 3 من القانون الأساسي بشكل ضيق⁽⁵⁸⁾.

2. البرازيل

تنص الفقرة الرابعة من المادة (60) من الدستور البرازيلي لعام 1988 على أنه: «لا ينظر في تعديل دستوري مقترح هدفه إلغاء ما يلي: 1- الشكل الاتحادي للحكومة الوطنية 2- الاقتراع المباشر والسري والعام والدوري 3- فصل السلطات 4- الحقوق والضمانات الفردية»، حيث تنفذ هذه القيود من خلال الرقابة القضائية الموضوعية على التعديلات الدستورية، وهذه الرقابة تضمن عدم تجاوز سلطة التعديل على قيودها الدستورية.

(57) Kemal gozler, op.cit., Pp.84-87.

(58) ميشال فرومون، مرجع سابق، ص 108-110.

وعلى الرغم من أن هذه الرقابة لا يصرح بها الدستور البرازيلي، إلا أنه في عامي 1991 و1993 أعلنت المحكمة العليا البرازيلية بذاتها أنها تملك سلطة أصلية في الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية بعد إصدارها. وهذه الرقابة يمكن أن تثار أمام محكمة الموضوع أثناء قضية منظورة من خلال الدفع، أو تثار من خلال الدعوى المباشرة أمام المحكمة العليا الاتحادية⁽⁵⁹⁾.

3. جمهورية التشيك

يبدو للوهلة الأولى أن المحكمة الدستورية تفتقر لسلطة رقابة التشريعات الدستورية، حيث تنص المادة (87) فقرة 1 من دستور جمهورية التشيك لعام 1993 على أن: «تبت المحكمة الدستورية في: 1- بطلان القوانين أو بعض بنودها المحددة إن كانت متعارضة مع القانون الدستوري أو مع اتفاقية دولية»، وكذلك نصت المادة (88) فقرة 2 من الدستور التشيكي على أنه: «في عملية صنع القرار، يلتزم قضاة المحكمة الدستورية بالقوانين الدستورية».

وهذا ما تأكد من خلال قرار المحكمة الدستورية التشيكية في عام 2002 الذي بيّنت فيه بأن: «المحكمة الدستورية غير مُخوّلة بالرقابة على نصوص التشريعات الدستورية، فواجبها فقط هو تفسيرها من خلال القضايا الواقعية»، غير أن هذا القرار قد تم التراجع عنه فيما بعد، ففي 10 أيلول/سبتمبر 2009 أصدرت المحكمة الدستورية التشيكية قراراً يتعلق بفحص دستورية التشريع الدستوري رقم 195 لعام 2009 بشأن تقصير مدة الخمس سنوات لمنصب العضوية في مجلس النواب، إذ قررت المحكمة الدستورية بأن هذا التشريع مخالف للدستور وباطل، ولقد استندت المحكمة الدستورية في هذا القرار إلى نص المادة (9) فقرة 2 من الدستور التشيكي التي تنص بأن: «أي تغييرات في المتطلبات الجوهرية للدولة الديمقراطية المحكومة بواسطة حكم القانون غير مسموح بها»، حيث بيّنت المحكمة بأن هذه الفقرة التي تمثل الجوهر الموضوعي للدستور ليست مجرد إعلان أو شعار، بل إنها نص دستوري قابل للتنفيذ واقعياً، فمن وجهة نظر المحكمة أن حماية الدستورية تصبح وهمية، إذا ما استعمل التعديل الدستوري لفعل أي شيء دون أن يخضع للرقابة القضائية، وبعد أن قررت المحكمة الدستورية بأن التشريع الدستوري ينتهك مبدأ

(59) Yaniv Roznai and Leticia Regina Camargo Kreuz, Conventinality Control and Amendment 95/2016 – A Brazilian Case of Unconstitutional Constitutional Amendment, 2018, p.6: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3099623 (Accessed: 22/9/2019).

العمومية الذي يعتبر أحد المتطلبات الجوهرية للدولة الديمقراطية⁽⁶⁰⁾.

4. تايلاند

نصت المادة (313) من دستور تايلاند لسنة 2007 على حظر تعديل الحكومة الملكية الديمقراطية وشكل الدولة، وفي تموز/ يوليو 2012 أعلنت المحكمة الدستورية بأنها مختصة بالرقابة على التعديلات الدستورية، فضلاً عن أنها أوصت بأن التعديلات الدستورية لا يمكنها إعادة كتابة الدستور بشكل كامل، فالتعديلات يمكنها فقط أن تتناول مواد معينة دون إمكانية تعديل كل مواد الدستور أو تعديل قاعدة التعديل، فمثل هكذا تصرف يتطلب إجراء الاستفتاء الشعبي. وفي عام 2013 أبطلت المحكمة الدستورية مقترح التعديل الذي يسعى إلى تغيير طريقة اختيار مجلس الشيوخ من مجلس نصفه منتخب والنصف الآخر معين إلى مجلس منتخب كلياً، حيث اعترفت المحكمة بأن الديمقراطية هي الحكم بواسطة الشعب، لكنها بيّنت بأن الانتخابات ليست هي الخاصة الوحيدة للديمقراطية، فالمحكمة استشهدت بخطورة استبدال الأغلبية ومضايقتها للأقلية، مما يحطم القيم الديمقراطية الأساسية وعلى رأسها مبدأ الفحص والموازنة، لأن انتخاب جميع أعضاء مجلس الشيوخ سيؤدي إلى هيمنة الحزب الحاكم على مجلس الشيوخ أيضاً⁽⁶¹⁾.

ثانياً - رقابة التعديل الموضوعية المختلطة

كما قد يظهر في بعض الدول وجود فقرة حظر التعديل بشكل صريح في الدستور، لكن مع ذلك يقوم القضاء بتوسيع معنى ونطاق هذه الفقرة لتشمل قيوداً موضوعية جديدة غير موجودة فيها، فيقوم القضاء في هذه الحالة بممارسة رقابة التعديل الموضوعية المختلطة (النصية والمذهبية) لأنه لا يستند في رقابته على فقرات حظر التعديل الصريحة فحسب، بل الضمنية أيضاً التي يستنبطها القاضي من مكامن الدستور، ونعرض فيما يلي لبعض التطبيقات، وذلك على النحو التالي:

(60) Zdenek Koudelka, Abolition of Constitutional Statute by The Constitutional Court of The Czech Republic, Russian Academy of Legal Sciences, No. 2 , 2018, Pp.1-19; Yaniv Roznai, Legisprudence Limitations on Constitutional Amendments? Reflections on The Czech Constitutional Court Declaration of Unconstitutional Constitutional Act, ICL Journal, Vol. 8, (2014), Pp.30-33: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2423267 (Accessed: 25/9/2019).

(61) Khemthong Tonsakulrungruang, The Constitutional Court Of Thailand: From Activism To Arbitrariness, Cambridge University Press, 2018, pp.16-19: https://www.academia.edu/37608804/The_Constitutional_Court_of_Thailand_From_Activism_to_Arbitrariness (Accessed: 28/9/2019).

1- تركيا

في ظل الدستور التركي لعام 1961، حيث لا يوجد فيه سوى قيد موضوعي واحد وهو عدم قابلية الشكل الجمهوري للدولة للتعديل. ولكن وفقاً للمحكمة الدستورية التركية، فإن سلطة التعديل ليست مقيدة فقط بهذا القيد الموضوعي الصريح، بل وأيضاً بواسطة قيود أخرى ليست مكتوبة صراحة في نص الدستور مثل روح الدستور، والحقوق والحريات الأساسية، ومبدأ حكم القانون، ومتطلبات الحضارة المعاصرة، وترايط الدستور⁽⁶²⁾.

2- جمهورية بنين

تنص المادة (156) فقرة 2 من دستور عام 1990 على أن: «الشكل الجمهوري للحكم أو علمانية الدولة غير خاضعين للتعديل»، ومع ذلك قامت المحكمة الدستورية بتوسيع نطاق فقرة الحظر من خلال التفسير، ففي 8 تموز/ يوليو 2006 حكمت المحكمة الدستورية بعدم دستورية التعديل الدستوري رقم 13 لسنة 2006، الذي زاد من فترة ولاية البرلمان من أربع سنوات إلى خمس سنوات، حيث لاحظت المحكمة بأنه على الرغم من أن الدستور قد وفر الإجراءات الواضحة لتعديله، فإن تحديد شعب بنين لتأسيس حكم القانون، والديمقراطية الجماعية، وحماية الأمن القانوني، والانسجام الوطني يتطلب بأن تأخذ كل التعديلات في حسابها التوافق الوطني كما هو وارد في مقدمة الدستور.

وهكذا بينت المحكمة بأن التوافق الوطني يعد من المبادئ الدستورية الأساسية والذي أصبح عاملاً حاسماً للحكم بعدم دستورية التعديل، علماً أن مبدأ التوافق الوطني غير مذكور في الدستور، لكن تم استنباطه من قبل المحكمة الدستورية تطبيقاً لإرادة شعب بنين الذي اتخذ موقفاً صارماً ضد أي شكل من أشكال مصادرة السلطة⁽⁶³⁾.

فضلاً عن ذلك، قررت المحكمة الدستورية لبنين في القضية رقم 670 لعام 2011 بعدم دستورية قانون الاستفتاء رقم 27 لسنة 2011 الذي يتضمن المسائل المتعلقة بتعديل الحد الأدنى والأعلى لسن رئيس الدولة (المادة 44 من الدستور)⁽⁶⁴⁾، وكذلك

(62) Kemal Gozler, op.cit., Pp.95-97.

(63) Siddharth Sijoria, Unconstitutional Constitutional Amendment: Limiting Amendment Power in India, Colombia and Benin, Central European University, 2018, Pp.23-25: www. etd.ceu.edu/2018/sijoria_siddharth.pdf (Accessed: 28/9/2019).

(64) تنص المادة (44) من دستور جمهورية بنين لعام 1990 على شروط الترشح لمنصب رئيس الجمهورية منها أن يبلغ من العمر 40 عاماً على الأقل ولا يزيد عن 70 عاماً عند تاريخ تسجيل الترشح.

إلغاء قيد المدة الرئاسية (المادة 42 من الدستور)⁽⁶⁵⁾، وتعديل الطبيعة الرئاسية للنظام السياسي لبنين (المادة 54 من الدستور)⁽⁶⁶⁾، لأن هذه النصوص لا يمكن أن تكون محلاً للتعديل من خلال الاستفتاء الدستوري، إذ إنها تعد جزءاً متمماً أو مكملاً لفقرة حظر التعديل الدستوري على الرغم من عدم تصريح الدستور بذلك.

كما لاحظت المحكمة الدستورية بأن تجسيد الديمقراطية والاعتراض على مصادرة وشخصنة السلطة تشكل البنيان الأساسي لدستور جمهورية بنين الذي لا يمكن تعديله من قبل البرلمان بوصفه سلطة مؤسسة مشتقة، بالإضافة إلى أن الأهداف الأساسية لعملية بناء دستور 1990 تسعى لإقامة مجتمع مبني على الديمقراطية، وحكم القانون، واحترام الحقوق، والتوافق الوطني⁽⁶⁷⁾.

ومن ذلك يتضح أنه عندما يصرح الدستور بحظر تعديل مبادئ معينة، فإن ذلك لا يعني أنها واردة على سبيل الحصر، بل على سبيل المثال، بحيث يمكن للقاضي الدستوري أن يستنبط مبادئ أخرى لغرض تحديد الهوية الحقيقية للدستور أو البنيان الأساسي الذي يركز عليه، ولهذا السبب يمكن القول بأن وجود فقرة الحظر لا يمنع من وجود قيود ضمنية، وأن وجود قيود ضمنية على سلطة التعديل لا يمنع من وجود فقرة الحظر. وهذا يعني أنه من الممكن أن تتضافر فقرة الحظر الصريحة مع فقرة الحظر الضمنية لتحديد هوية الدستور، التي لا يمكن المساس بها من قبل سلطة التعديل.

الفرع الثاني

وجود حظر التعديل الدستوري مع انعدام الرقابة

بشكل مخالف للأمثلة السابقة، توجد في بعض الدول نصوص حظر التعديل الدستوري، لكنها لا تقود بالضرورة إلى سلطة الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، نظراً للطبيعة الإعلانية لنصوص الحظر التي لا تملك سوى أهمية سياسية واجتماعية، لكونها غير منفذة أو غير قابلة للتنفيذ في المحاكم، ومثال ذلك في النرويج وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، وهو ما نعرض له على النحو الآتي:

(65) تنص المادة (42) من دستور جمهورية بنين على أن: « ينتخب رئيس الجمهورية لمدة خمس سنوات بالاقتراع العام المباشر قابلة للتجديد مرة واحدة. وفي أي حال من الأحوال لا يمكن لأحد أن يتولى أكثر من ولايتين رئاسيتين».

(66) تبين المادة (54) من دستور جمهورية بنين الشكل الرئاسي للنظام السياسي
(67) Siddharth Sijoria, op.cit., Pp.25-27.

أولاً- مملكة النرويج

نصت المادة (121) من دستور النرويج لسنة 1814 على أنه: «... لا ينبغي أن يتعارض التعديل الدستوري المقترح أبداً مع المبادئ المنصوص عليها في الدستور، وأن يتعلق فقط بإدخال تعديلات على أحكام معينة لا تغير من روح الدستور...»، وعلى الرغم من وجود هذا النص فإن المحاكم لم تراقب أبداً دستورية التعديلات الدستورية، سواء من حيث تطابقها مع القواعد الإجرائية أو القواعد الموضوعية المتعلقة بروح الدستور ومبادئه الأساسية، بالرغم من إجراء العديد من الإصلاحات الدستورية الأساسية، وذلك لأن عملية التعديل تعد عملية سياسية تخضع لرقابة البرلمان وليس القضاء، ففقرة الحظر تعد موجهة فقط للبرلمان، وقد تلعب دوراً عند مناقشة التعديلات الدستورية، لذلك تملك أهمية سياسية معينة⁽⁶⁸⁾.

ثانياً- فرنسا

بيّن المجلس الدستوري الفرنسي في بعض القرارات، كالقرار المؤرخ في 6 نوفمبر 1962 المتعلق بقانون الاستفتاء المتضمن انتخاب رئيس الجمهورية بالاقتراع العام المباشر، والقرار المؤرخ في 2 سبتمبر 1992 بخصوص قانون الاستفتاء المتعلق بتحويل التصديق على معاهدة الاتحاد الأوروبي، عدم اختصاصه بالنظر في دستورية قانون الاستفتاء المصوت عليه من قبل الشعب وفقاً للمادة (11) من الدستور لأنه يعد التعبير المباشر للسيادة الوطنية، وهذا يعني من باب أولى عدم اختصاصه بالنظر في القوانين الاستفتاءية التأسيسية وفقاً للمادة (89) من الدستور، لأن القوانين الأخيرة تعد أعلى من القوانين الأولى في التعبير عن الإرادة العامة⁽⁶⁹⁾، لكن المسألة التي بقيت مفتوحة للنقاش هي معرفة فيما إذا كان من الممكن فرض حدود على البرلمان حين يتصرف بصفته سلطة تأسيسية مشتقة.

فقد أكد المجلس الدستوري في قراره الصادر عام 1992 بأنه: «مع مراعاة القيود الخاصة بالفترات التي لا يمكن أثناءها الشروع بتعديل الدستور أو القيام به، التي تنجم عن المواد (7، 16، و89 الفقرة 4) من نص الدستور، من جهة أولى، واحترام أوامر الفقرة الخامسة من المادة (89) ... من جهة أخرى، فإن السلطة المؤسسة تكون سيدة»، وهذا يعني أن

(68) Eivind Smith, Old and Protected? «Supra Constitutional» Clause in The Constitution of Norway, p.385: https://www.researchgate.net/publication/332716405_old_and_protected_on_the_supra-constitutional_clause_in_the_constitution_of_norway (Accessed: 1/10/2019).

(69) Denis Baranger, op.cit., Pp.3-5.

القضاء الدستوري الفرنسي لم يكن يقر فقط بوجود حدود على السلطة المؤسسية، وإنما كان يحتفظ لنفسه بسلطة القيام في المستقبل بمراقبة احترام هذه الحدود.

وقد أنهى المجلس الدستوري الفرنسي تماماً هذه الأطروحة بقراره المؤرخ في 26 آذار/ مارس 2003 المتضمن أن: «المجلس الدستوري لا يستمد من المادة (61)، ولا من المادة (89)، ولا من أي نص آخر من الدستور سلطة إصدار حكم على تعديل دستوري»⁽⁷⁰⁾. إن قرار المجلس الدستوري المذكور آنفاً، والذي تمت صياغته بعبارات جافة، حسم نهائياً الجدل حول اختصاص المجلس، الأمر الذي أثار نوعاً من خيبة الأمل لدى الفقهاء.

فقد أعتبر الفقيه الفرنسي لويس فافورو (Louis Favoreu) بأن: «الفقه لا يقبل بسهولة أن تستبعد في المستقبل كل إمكانية للتطور، وألا تضمن رقابة ما ولو في حدودها الدنيا»، إلا أن المجلس الدستوري عاد مرة أخرى بقراره الصادر في 30 تموز/ يوليو 2003، إلى اجتهاده القديم لعام 1992، معتبراً أن السلطة المؤسسية تمارس «مع مراعاة أوامر المواد (7، و16، و89) من الدستور»⁽⁷¹⁾. وعليه فإن عدم اختصاص المجلس الدستوري لا يعني سيادة السلطة المؤسسية المشتقة، ففكرة خضوع هذه السلطة للدستور أمر قابل للنظر تماماً من الناحية القانونية، كما تظهر ذلك التجارب المقارنة، بل ينبغي القبول بها في النظام الدستوري الفرنسي، وإلا فإن المادة (89)/فقرة 5 من الدستور، التي تحد بشكل صريح وإيجابي من تعديل الدستور، ستفرغ من معناها.

لكن هناك ما هو أكثر من ذلك، لأن البرلمان التأسيسي لن يسعه أن يكون تأسيسياً بسبب طبيعته القانونية نفسها، إذ إن التعديل الدستوري لا يقر من قبل الشعب دائماً، بل قد يقر من قبل ممثليه في المؤتمر الدستوري، ففي هذه الحالة الأخيرة لا يتم طرح مشروع أو اقتراح التعديل على الشعب متى ما قرر رئيس الجمهورية عرضه على البرلمان منعقداً في هيئة مؤتمر، وسلطة الرئيس تقديرية في ذلك، مما يعني بأنه بإمكان السلطات السياسية (الرئيس والبرلمان) أن تطرح إرادة الشعب جانباً، بحيث يتم التعديل بعيداً عن إرادته، لا بل قد يكون مخالفاً لحقوق الشعب من جهة، ومنحرفاً عن المصلحة العامة من جهة أخرى.

لذلك من الضروري خضوع هذه التعديلات لرقابة المجلس الدستوري، حيث يستطيع المجلس أن يراقب هذه التعديلات من خلال رقبته الوجودية السابقة على القوانين النظامية (أو الأساسية) التي يقرها البرلمان، إذ يمكن إدراج قوانين تعديل الدستور ضمن إطار القوانين النظامية، لأنها تشارك في الإطار التنظيمي للدولة أيضاً، ومن ثم يجب أن تخضع لرقابة المجلس الدستوري، وإلا ستصبح فقرة الحظر مجرد حاجز ورقي.

(70) Ibid, Pp.4-5.

(71) موفونسي، مرجع سابق، ص 792.

ثالثاً- الولايات المتحدة الأمريكية

إن النظام الرقابي في الولايات المتحدة الأمريكية يسمح لجميع المحاكم أن تراقب دستورية القوانين عن طريق الدفع بعدم الدستورية من دون نص صريح يخولها بذلك، وهذا يعني أنها تستطيع أيضاً أن تراقب التعديلات الدستورية، فعلى الرغم من أن المحكمة الاتحادية العليا نظرت في بعض القضايا في السلامة الإجرائية للتعديلات الدستورية، التي قررت فيها أنها متفقة مع الدستور، ومثال ذلك في قضيتي: هولينغزورث ضد فيرجينيا (Hollingsworth v. Virginia 1798)، وقضايا المنع الوطنية (National Prohibition Cases 1920)، إلا أنها رفضت بعد ذلك الخوض في مسألة دستورية التعديل الدستوري مطلقاً للأسباب التالية: 1- لأن التعديل يكون بقوة ومرتبة الدستور. 2- ولكيلا تمنح المحاكم، وعلى رأسها المحكمة الاتحادية العليا، سلطة أعلى من الدستور، فهي حامية للدستور وليست رقيباً عليه⁽⁷²⁾. ففي قضية كولمان ضد ميلر (Coleman v. Miller) لعام 1939، بيّنت المحكمة الاتحادية العليا بأن عملية التعديل تعد مسألة سياسية لا تخضع للرقابة القضائية⁽⁷³⁾.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية في ظل غياب حظر التعديل الدستوري

إن المشكلة تزداد تعقيداً عند غياب القيود الموضوعية الصريحة، أو فقرات حظر التعديل الموضوعية في الدستور، فهل هذا يعني قدرة سلطة التعديل على تعديل أي نص في الدستور؟ وهل يمكن للمحكمة أن تركز على فكرة القيود الدستورية الضمنية لتحكم ببطلان التعديل الدستوري؟ للإجابة عن ذلك ينبغي توضيح الاتجاهين الآتين في فرعين رئيسيين: الفرع الأول ونبحث فيه غياب حظر التعديل الدستوري الصريح (انعدام الرقابة)، والفرع الثاني الذي نتناول فيه غياب حظر التعديل الدستوري الصريح (رقابة التعديل الموضوعية المذهبية).

(72) George Mckenna , the drama of democracy , William C Brown Pub; Subsequent edition (November 25, 1997), p.358 – Richard Albert , the unamendable core of the united states constitution , boston college law school , 2015 , p.32-36 : <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1985&context=lsfp> (Accessed : 3/10/2019)

(73) Koleman v. Miller , 307 u.s. 433 (1939) : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/307/433/> (Accessed : 4/10/2019)

الفرع الأول

غياب حظر التعديل الدستوري الصريح (انعدام الرقابة)

يذهب الأستاذ كيمال غوزلر (Kemal Gozler) إلى أنه عند عدم وجود فقرة حظر التعديل الدستوري، فإن ذلك يعني تخويل سلطة التعديل بتعديل كل نصوص الدستور، بحيث تصبح سلطة مطلقة وليست مقيدة، ولقد احتج هذا الرأي بأن أي رقابة قضائية على التعديلات الدستورية بالاستناد إلى فكرة وجود قيود موضوعية ضمنية تعد غير شرعية، وذلك لصعوبة إثبات وجود تدرج بين نصوص الدستور، أو لصعوبة تحديد المبادئ فوق الدستورية، ولهذا السبب فإنه في بعض الدول كإيرلندا وهنغاريا وسريلانكا وماليزيا وجورجيا وسنغافورة، اعترضت المحاكم العليا أو الدستورية على فكرة وجود قيود موضوعية ضمنية على سلطة التعديل، وبالتالي أعلنت عن عدم اختصاصها بالرقابة على التعديلات الدستورية في ضوء هذه القيود⁽⁷⁴⁾.

الفرع الثاني

غياب حظر التعديل الدستوري الصريح (رقابة التعديل الموضوعية المذهبية)

يذهب جانب من الفقه إلى تأييد فكرة وجود قيود موضوعية ضمنية على سلطة التعديل في حالة غياب فقرة الحظر في الوثيقة الدستورية، ومثال ذلك ما ذهب إليه الفقيه والتر ميرفي (Walter Murphy) بأن الجذر اللغوي لكلمة يعدل (Amend) مشتق من الكلمة اللاتينية (Emendere) التي تعني يصحح، ولهذا السبب فإن التعديل يصحح أو يصلح النظام من دون تغيير أساسي في طبيعته، وهذا يعني أن أي تعديل يغيّر الخصائص المركزية للنظام الدستوري، بحيث يخلق نظاماً من نوع آخر كتغيير الدولة الديمقراطية إلى دولة سلطوية أو شمولية، فإنه يقع خارج نطاق سلطة التعديل.

كما احتج الفقيه كارل شميت (Carl Schmitt) بأن لكل دستور روحاً أو هوية، لذا يجب على سلطة التعديل أن تأخذ بالاعتبار الوجود المستمر للدستور، ولذلك لا يمكن لهذه

(74) Kemal Gozler, op.cit., p.76-77; Zelalem Eshetu, Op.Cit., p.10; Gabor Halmai, Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective, Wake Forest Law Review, Vol.13, No. 38, (2016), p.134: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2796521 (Accessed: 6/10/2019).

السلطة أن تدمر روح الدستور أو هويته الداخلية، فسلطة التعديل الدستوري لا تتضمن سلطة إنشاء دستور جديد، ولهذا السبب يجب أن تفهم هذه السلطة بأنها يجب أن تحافظ بشكل كامل على هوية واستمرارية الوثيقة الدستورية.

فضلاً عن ذلك يحتج الفقيه وليام ماربري (William Marbury) بأن سلطة تعديل الدستور لا ينبغي أن تتضمن سلطة تحطيمه، وأن أي تعديل يتجه لتحطيم غرض الدستور يجب أن يعد باطلاً⁽⁷⁵⁾، وبشكل مشابه يمكن القول بأنه لا يمكن أن تستعمل سلطة التعديل لتأسيس دستور جديد من خلال تغيير البنيان الأساسي للوثيقة الدستورية، وبذلك فإن الدستور يحدد ضمناً الوجود المستمر لعدد من المبادئ الأساسية التي لا يمكن تغييرها أو تعديلها من قبل سلطة التعديل.

ولقد وجد الرأي الثاني تأييداً من قبل المحاكم الدستورية أو العليا في العديد من الدول التي مارست رقابة التعديل الموضوعية المذهبية، وذلك بالاستناد إلى مذهب البنيان الأساسي (حظر التعديل الضمني)، ومثال على ذلك الدول التالية:

أولاً- الهند

قررت المحكمة العليا الهندية في قضية كيسافانادا بهاراتي ضد ولاية كارلا (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 بيّنت المحكمة بأن مقدمة الدستور وبعض الفقرات الدستورية تتمتع ضمناً بأهمية خاصة لاحتوائها على مبادئ معينة كعلو الدستور، الشكل الجمهوري والديمقراطي للحكم، دولة الرفاهية، الحرية الفردية، فصل السلطات، الفدرالية والعلمانية التي تشكل الخصائص الأساسية للبنيان الأساسي للدستور الهندي.

كما عادت المحكمة العليا الهندية لتؤكد مبدأ البنيان الأساسي في قضية أنديرا نيهرو غاندي ضد راج نارين (Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain 1975)، حيث قضت بعدم مشروعية التعديل التاسع والثلاثين للدستور، الذي استبعد انتخاب رئيس الوزراء من المراقبة القضائية، لأنه يتناقض مع مبدأ فصل السلطات الذي يعد من خصائص البنيان الأساسي للدستور الهندي⁽⁷⁶⁾.

(75) Zelalem Eshetu, op.cit., Pp.10-11.

(76) Kemal Gozler, op.cit., Pp.91-92; Gabor Halmai, op.cit., Pp.186-187; Ifitikhar Hussian Bhat, op.cit., Pp.29-31.

ثانياً - بليز

كما تأثرت المحكمة العليا لمملكة بليز بقضاء المحكمة العليا الهندية المتعلق بالبنيان الأساسي للدستور، ففي قضية بون ضد المدعي العام (Bowen v. Attorney General) (2008) أعلنت المحكمة العليا لبليز 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 البنيان الأساسي للدستور باعتبار مبدأ فصل السلطات وحكم القانون وحماية الحقوق الأساسية، وبشكل خاص تلك المتعلقة بالمالك وحماية الملكية من الحرمان التعسفي⁽⁷⁷⁾.

ثالثاً - كولومبيا

فعلى الرغم من أن دستور كولومبيا لعام 1991 خوّّل المحكمة الدستورية مراقبة التعديلات الدستورية على أساس الخطأ الإجرائي فقط⁽⁷⁸⁾، إذ لا يوجد في الدستور نص يصرح بالقيود الموضوعية على سلطة التعديل، إلا أن المحكمة الدستورية قررت، في القضية رقم 551 لعام 2003، بأن سلطة التعديل لا يمكن أن تتوسع إلى استبدال الدستور بواحد آخر، فالإجراء والجوهر مترابطان عندما تقوم سلطة التعديل باستبدال الدستور، إذ إنها تتصرف في هذه الحالة كمتجاوزة للسلطة (Altra Vires).

كما أن استبدال الدستور يعود في الحقيقة إلى السلطة المؤسسة الأصلية التي لها أن تتصرف من خلال الأليات 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⁽⁷⁹⁾.

(77) Yaniv Roznai, op.cit., Pp.74-75.

(78) Article (241) para 1 of Constitution of Colombia 1991.

(79) Joel Colon Rios, Beyond Parliamentary Sovereignty and Judicial Supremacy: The Doctrine of Implicit Limits to Constitutional Reform in Latin America, Victoria University of Wellington Law Review (Vol. 44, Issue 3-4, (2013), Pp.528-530: www.austlii.edu.au/au/journals/VUWLawRw/2013/25.pdf (Accessed: 10/10/2019).

ومع ذلك قدمت المحكمة الدستورية، في القرار رقم 1200 لعام 2003، ثلاث 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 شكّل خطورة أو تجاوزاً عظيماً للنظام، ومثال على ذلك، من وجهة نظر المحكمة، عندما ينشئ التعديل النظام الملكي، والثالث يتحمل المدعي عبء إثبات أن التعديل يشكل استبدالاً للدستور⁽⁸⁰⁾، إلا أن المحكمة الدستورية أوضحت لأول مرة، في القرار رقم 970 لعام 2004، ما يسمى بفحص الاستبدال (Replacement test) كافتراض أساسي مفاده القاعدة التالية: يعد التعديل استبدالاً دستورياً، إذا استبدل عنصراً محدداً لهوية الدستور والذي يشار إليه بعنصر الهوية (Identity Element).

فمتى ما تحققت هذه القاعدة، تطبق المحكمة مذهب الاستبدال الدستوري⁽⁸¹⁾. 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 رقم 1040 لعام 2005، باستبدال مفهوم عنصر الهوية بمفهوم آخر وهو العنصر الأساسي (Essential Element)، بحيث اتبعت فيه فحصاً متكوناً من سبع خطوات:

- الأولى، ذكر ما هو العنصر الأساسي الذي يشكل دعامة أو ركيزة في الوثيقة الدستورية،
- الثانية، ذكر كيف يدعم العنصر الأساسي بعض النصوص الدستورية،
- الثالثة، توضيح لماذا يعد العنصر أساسياً،
- الرابعة، توفير الدليل بأن محتوى هذا العنصر لا يمكن اختزاله في نص أو حكم دستوري واحد فقط،
- الخامسة، التوضيح بأن تمييز العنصر كأساسي لا يكون إلى حد تمييز الفقرة الدستورية كأبدية أو دائمة،
- السادسة، الإثبات بأن العنصر الأساسي قد تم استبداله بعنصر جديد،

(80) 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), p.343: <http://icon.oxfordjournals.org/content/11/2/339.full.pdf+html> (Accessed: 11/10/2019).

(81) Ibid, p.343.

- السابعة، التوضيح بأن العنصر الجديد يتناقض مع العنصر الأساسي أو يختلف كلياً عنه، بحيث لا يتفق مع العناصر الأساسية الأخرى للدستور⁽⁸²⁾.

ومع ذلك - من وجهة نظرنا - يبقى مفهوم العنصر الأساسي غامضاً 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 استبدالاً دستورياً. ففي القرار رقم 1040 لعام 2005 قررت المحكمة بأن التعديل، الذي يمنح إمكانية إعادة انتخاب الرئيس لمرة واحدة فقط، وفي الوقت ذاته يخوّل 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، وبالنتيجة يجب أن يعتبر استبدالاً دستورياً. كما قررت المحكمة الدستورية، في القرار رقم 588 لعام 2009، بأن التعديل يعد استبدالاً دستورياً، لأنه يشمل التصنيف التلقائي للمستخدمين المؤقتين في الإدارة العامة، فكننتيجة للتعديل فإن هؤلاء المستخدمين 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⁽⁸³⁾.

بالإضافة إلى ذلك، أعلنت المحكمة الدستورية في كولومبيا في القرار رقم 141 لعام 2010 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 الرئيسيين، وعمومية القوانين⁽⁸⁴⁾، إذ

(82) Ibid, p.344.

(83) Ibid, p.345.

(84) Joel Colon Rios, op.cit., p.531.

وجدت المحكمة أن بقاء الرئيس في السلطة لمدة اثنتي عشرة 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 على المؤسسات المعينة الأخرى. كما أن الولاية الثالثة ستجعله يهيمن على وسائل الإعلام، فضلاً عن أن ذلك سيساعده على استعمال المحسوبة لغرض تركيز السلطة. ولذلك وجدت المحكمة أن ذلك يهدم مبدأ الفصل بين السلطات⁽⁸⁵⁾.

رابعاً- بنغلاديش

بيّن القسم الاستثنائي في المحكمة العليا تبنيه لمذهب البنيان الأساسي الهندي، وذلك في قضية أنور حسين شودري ضد بنغلاديش (Anwar Hossain Chowdhury v. Bangladesh 1989)، والتي تسمى بقضية التعديل الثامن لعام 1988، الذي أثر على اختصاص المحكمة العليا في المراقبة القضائية، من خلال نزع السمة المركزية عن قسمها الأدنى، مما دفع المحكمة للحكم بعدم دستورية هذا التعديل وبطلانه، حيث ارتكز القسم الاستثنائي الأعلى في المحكمة على مذهب البنيان الأساسي، وبيّن بأنه على الرغم من أن سلطة التعديل ليست سلطة تشريعية عادية، لكنها سلطة مؤسسية مشتقة، أي أنها مجرد سلطة ممنوحة للبرلمان بواسطة الدستور ولهذا السبب تعد مقيدة.

ولقد وضعت المحكمة في هذه القضية قائمة من المبادئ مثل سيادة الشعب، وعلو الدستور، والديمقراطية، والدولة الموحدة، وفصل السلطات، والحقوق الأساسية، واستقلال القضاء التي تشكل الركيزة البنوية للدستور، بحيث لا يمكن لسلطة التعديل أن تتجاوزها، وهذا يعني أنه إذا قامت سلطة التعديل بانتهاك القيود المفروضة عليها، فإنه يمكن للمحكمة أن تحكم ببطلان التعديلات الدستورية⁽⁸⁶⁾.

وفي عام 2005 أصدرت المحكمة العليا في بنغلاديش حكماً بإلغاء التعديل الدستوري الخامس لعام 1979 الذي شرع للتصديق، أو التأكيد على أوامر أو أنظمة أو إعلانات قانون الحرب التي كانت باطلة وغير قانونية، بحيث كررت المحكمة بأن البرلمان قد يعدل الدستور، لكنه لا يمكن أن يلغي أو يعطل أو يغير بنيانه أو خصائصه الأساسية.

(85) Carlos Bernal, op.cit., Pp.345-346.

(86) Yaniv Roznai, op.cit., Pp.59-60; Md. Razidur Rahaman, The Basic Structures of The Constitution of Bangladesh, 2014, Pp.4-5: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2439906 (Accessed: 12/10/2019).

فحتى لو كانت سلطة البرلمان في تعديل الدستور واسعة، لكنها لا يمكن أن تكون واسعة لإلغاء الدستور أو للتحويل من الجمهورية الديمقراطية إلى الدكتاتورية أو الملكية⁽⁸⁷⁾. فضلاً عن ذلك في قضية عبد المنان خان ضد حكومة بنغلاديش (Abdul Mannan Khan v. Government of Bangladesh 2011)، واجه القسم الاستثنائي في المحكمة العليا التعديل الثالث عشر لعام 1996 الذي خوّل الحكومات المنتخبة التي تكمل مدتها بتحويل السلطة إلى إدارة انتقالية أو مؤقتة غير حزبية وغير منتخبة لتشرف على الانتخابات البرلمانية الجديدة، بحيث قرر القسم الاستثنائي بأن هذا التعديل باطل، لأنه ينتهك القيم الديمقراطية التي تعد من الخصائص الأساسية للدستور⁽⁸⁸⁾.

وفي قضية حديثة لأسعد الزمان صديقي وآخرين ضد بنغلاديش (Asaduzzaman Siddiqui and Others v. Bangladesh 2016)، أصدرت المحكمة العليا في بنغلاديش حكماً مثيراً للجدل بعدم دستورية التعديل الدستوري السادس عشر لعام 2014 الذي جعل عزل قضاة المحكمة العليا بأمر من رئيس الدولة بناءً على قرار صادر بأغلبية ثلثي أعضاء البرلمان، وذلك في حالة سوء السلوك وانعدام الأهلية، حيث بررت المحكمة بأن هذا التعديل يفتح المجال أمام البرلمان لممارسة الضغط على القضاة، مما يخل بمبدأ استقلال القضاء الذي يعد من الخصائص الأساسية للدستور التي تشكل مذهب البنين الأساسي.

والمشكلة التي أثارها بعض الفقهاء على هذا القرار، هي أن المحكمة راقبت في الحقيقة النص الدستوري الأصلي وليس التعديل الدستوري، لأن التعديل السادس عشر ليس إلا استرجاعاً للنص الدستوري الأصلي، حيث إن الدستور الأصلي لبنغلاديش لعام 1972 كان ينص في المادة (96) فقرة 2 على إمكانية عزل قضاة المحكمة العليا بأمر من رئيس الدولة بناءً على قرار برلماني صادر بأغلبية الثلثين، وذلك في حالة انعدام الأهلية وسوء السلوك، إلا أن هذا النص عدل بموجب التعديل الدستوري الخامس لعام 1979 الذي جعل عزل قضاة المحكمة العليا بأمر من الرئيس بناءً على توصية مجلس القضاء الأعلى.

واستمر هذا التعديل في النفاذ إلى أن صدر التعديل السادس عشر لعام 2014 الذي أعاد النص الدستوري الأصلي الذي يصرح بالعزل البرلماني لقضاة المحكمة العليا، إذ صرح

(87) Md. Razidur Rahaman, op.cit., p.7.

(88) Aratrika Choudhuri and Shivani Kabra, Determining The Constitutionality of Constitutional Amendments in India, Pakistan and Bangladesh: A Comparative Analysis, NUJS Law Review (journal of the National University of Juridical Sciences, Kolkata), Volume 10, Issue 4, (2017), p.82: <http://docs.manupatra.in/newsline/articles/upload/78cc3177-35ae-4942-ae09-30c075224387.pdf> (Accessed: 15/10/2019).

هؤلاء الفقهاء بأن هذه القضية تعد تطبيقاً سيئاً لمذهب البنيان الأساسي، طالما أن المحكمة العليا لم تميز بين سلطة التعديل التي تخضع للرقابة والسلطة التأسيسية الأصلية التي تعود للشعب السيادي، وبالتالي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، لاسيما أن الاتجاه القضائي السائد في العالم لا يؤيد فكرة الرقابة القضائية على النصوص الدستورية الأصلية.

فحتى لو حصلت نادراً في بعض الدول، فإن ذلك كان منتقداً إلى حد كبير⁽⁸⁹⁾، ومثال على ذلك في هندوراس التي ينص دستورها لعام 1982 في فقرة الحظر على منع إعادة انتخاب رئيس الجمهورية الذي تكون مدة ولايته أربع سنوات فقط، إلا أنه من باب السياسة القضائية أصدرت الغرفة الدستورية في المحكمة العليا لهندوراس قراراً في 22 نيسان/أبريل 2015 يقضي بإلغاء النصوص الدستورية الأصلية التي منعت إعادة انتخاب الرئيس، والذي تعرض للنقد لأنه لا يستند إلى أي أساس صحيح، فضلاً عن أنه ساعد على تقويض الديمقراطية بخلق الفرصة لتأييد الرئيس في المنصب، مما يشكل مذهباً دستورياً منحرفاً من خلال القضاء⁽⁹⁰⁾.

خامساً- بيرو

كما أن دستور بيرو لعام 1993 لم يتضمن أية نصوص تتعلق بحظر التعديل، ومع ذلك فإن المحكمة الدستورية قد قررت في عام 2005 بأنها مختصة بالرقابة على مشروعية التعديلات الدستورية، التي تنتهك المبادئ القانونية والقيم الديمقراطية الأساسية، فعلى الرغم من أنها قررت في هذه القضية بأن التعديل مطابق للدستور، إلا أنها دحضت في الوقت ذاته الحجة التي مفادها بأن الرقابة على مشروع الإصلاح الدستوري تعد مسألة سياسية غير قابلة للتقاضي.

(89) Ridwanul Hoque, Can The Court Invalidate An Original Provision of The Constitution?, University of Asia Pacific Journal of Law & Policy, Pp.13-27: <http://uap-bd.edu/lhr/wp-content/uploads/2017/05/2.pdf> (Accessed: 16/10/2019); M. Jashim Ali Chowdhury and Nirmal Kumar Saha, Advocate Asaduzzaman Siddiqui v. Bangladesh: Bangladesh Dilemma with Judges Impeachment, calq, Vol.3.3, (2017), Pp.7-27: <http://docs.manupatra.in/newsline/articles/upload/76182c04-3861-493f-9bdf-9e1d8eb6b77b.pdf> (Accessed: 16/10/2019).

(90) David Landau and Brian Sheppard, The Honduran Constitutional Chamber Decision Erasing Presidential Term Limits: Abusive Constitutionalism by Judiciary?, Blog of the International Journal of Constitutional Law: <http://www.iconnectblog.com/2015/05/the-honduran-constitutional-chambers-decision-erasing-presidential-term-limits-abusive-constitutionalism-by-judiciary/> (Accessed: 16/10/2019).

كما أكدت المحكمة الدستورية في قضية أخرى في عام 2005 بأنه توجد قيود موضوعية على الإصلاح الدستوري، والتي تتمثل بالمبادئ الأساسية التي تمنح الهوية للدستور كالكرامة الإنسانية، والشكل الجمهوري للحكم، وحكم القانون الديمقراطي، والسلطة السيادية للشعب، أو أية عناصر أساسية أخرى⁽⁹¹⁾.

سادساً- جنوب أفريقيا

على الرغم من أن المحكمة الدستورية لجنوب أفريقيا 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 رئيس وزراء كوازولو - ناتال ضد رئيس جمهورية جنوب أفريقيا (Premier of Kwazulu - Natal v. President of Republic of South Africa 1996)، بيّنت المحكمة أنه عندما يصدر التعديل الدستوري وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور، فإنه يعد سليماً من الناحية الإجرائية.

لكن قد يكون محتوى هذا التعديل رجعيًا عندما يعيد التنظيم الأساسي لبنية الدستور، وهذا ما لا يمكن وصفه كتعديل بناتاً⁽⁹²⁾، كما طبقت المحكمة الدستورية مذهب البنين الأساسي (Basic Structure Doctrine) في قضية الحركة الديمقراطية المتحدة ضد رئيس جمهورية جنوب أفريقيا (United Democratic Movement v. President of South Africa 2002)، لكنها قررت بأنه لا توجد خاصية أساسية تم انتهاكها من قبل التعديل الدستوري⁽⁹³⁾.

سابعاً- كينيا

في كينيا، وبالتحديد في قضية نجوايا ضد المدعي العام (Njoya v. Attorney General 2004)، اعترضت المحكمة العليا على الادعاء بأن سلطة التعديل تشمل سلطة إنشاء التغييرات التي تصل إلى حد استبدال الدستور، حيث بين القاضي رينجير (Ringera) بأن تعديل النص يعني بشكل واضح أن البرلمان قد يعدل أو يلغي أو يستبدل العديد من النصوص، بشرط أن يحتفظ الدستور القائم بخصائصه الأساسية.

(91) Gabor Halmai, op.cit., p.112.

(92) Richard Albert, Nonconstitutional Amendments, The Canadian Journal of Law and Jurisprudence, vol.xxii, no.1, 2009, p.26: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1510&context=lsfp> (Accessed: 17/10/2019); Joel Colon Rios, op.cit., p.526.

(93) Yaniv Roznai, op.cit., p.67.

فتعديل الدستور لا يعني استبداله بواحد جديد أو هدم هوية أو وجود الدستور القائم، فبالاعتماد على مذهب البنين الأساسي الهندي، قررت المحكمة العليا في كينيا بأن التغيير الدستوري الأساسي، يمكن أن يحدث فقط من خلال ممارسة السلطة المؤسسة الأصلية⁽⁹⁴⁾.

ثامناً- تايوان

في 4 أيلول/سبتمبر 1999، خشيت الجمعية الوطنية الثالثة من أن تلغى، فصادقت على التعديل الخامس للدستور (بالاقتراع السري)، الذي بين بأنه يتم تعيين الجمعية الوطنية الرابعة من الأحزاب السياسية المختلفة، طبقاً لنسبة من الأصوات التي يحصل عليها كل حزب في انتخابات الهيئة التشريعية المناظرة، وبعبارة أخرى فإن هذا التعديل حوّل الجمعية الوطنية إلى هيئة غير منتخبة، فضلاً عن تمديد فترة ولايتها إلى سنتين إضافيتين، وهذا ما دفع بعض أعضاء الهيئة التشريعية إلى الطعن بالتعديل بحجة أنه يتعارض مع المادة (25) من الدستور التي تتطلب من الجمعية الوطنية أن تمارس سلطاتها بالنيابة عن جميع مواطني الأمة.

ونتيجة لذلك في 24 آذار/مارس 2000، أعلن مجلس القضاة الكبير في التفسير رقم 499 بأن التعديل يعد مخالفاً للدستور؛ لأنه ينتهك بعض المبادئ الدستورية الأساسية التي تقع في قلب النظام الدستوري وهي الجمهورية الديمقراطية، والسيادة الشعبية، وحماية الحقوق الأساسية، وحكم القانون، ومبدأ فصل السلطات، حيث اعتبر المجلس بأن هذه المبادئ الأساسية بعيدة عن نطاق التعديل الدستوري⁽⁹⁵⁾.

تاسعاً- أوغندا

في 26 تموز/يوليو 2018 قررت المحكمة الدستورية بأن سلطة البرلمان في التعديل الدستوري تعد مقيّدة بمذهب البنين الأساسي، حيث أيدت المحكمة نصوص التعديل الدستوري التي تلغي قيد السن الرئاسي الذي بموجبيه يحظر على كل شخص يزيد عمره عن 75 سنة أن يترشح لمنصب الرئيس، ومع ذلك قررت المحكمة في الوقت ذاته بأن نص

(94) وقبل هذه القضية تصدت المحكمة العليا في كينيا في عام 1991 لمسألة فيما إذا كانت سلطة التعديل الدستوري تعد مقيّدة أم لا، وذلك في معرض مراقبتها للتعديل الذي قام بتحويل كينيا إلى دولة الحزب الواحد، حيث قررت المحكمة بأن هذا التعديل يعد مشروعاً وصحيحاً.

Yaniv Roznai, op.cit, Pp.708-709.

(95) David S. Law and Hsiang – Yang Hsieh, Judicial Review of Constitutional Amendments: Taiwan, School of Law, Washington University, 2019, Pp.39-43: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3359520 (Accessed: 18/10/2019).

التعديل الذي يمدد فترة الولاية البرلمانية لأعضاء البرلمان من خمس إلى سبع سنوات هو مخالف للدستور وباطل⁽⁹⁶⁾، وفي نيسان/ أبريل 2019 دعمت المحكمة العليا نص التعديل الدستوري الذي يلغي قيد السن الرئاسي⁽⁹⁷⁾.

وبذلك نحن نؤيد ما ذهب إليه الرأي الثاني بأنه عند عدم وجود فقرة حظر التعديل، فإن ذلك لا يعني بالضرورة بأن الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية غير ممكنة، فلغة الدستور ليست صريحة فحسب، بل ضمنية أيضاً، فكل دستور يملك حظر التعديل الضمني الذي لا يمكن تعديله من قبل سلطة التعديل المفوضة؛ لأن ذلك يتطلب استئناف السلطة المؤسسة الأصلية.

كما أن تقرير المحكمة للقيود الضمنية وتطبيقها في مواجهة سلطة التعديل ليس إلا من باب الفعالية القضائية المقترنة بالجرأة والشجاعة القضائية، وذلك لمنع انحراف سلطة التعديل الدستوري.

فضلاً عن ذلك نسوق الأسباب التالية التي دفعتنا لتأييد الرأي الثاني:

1- إن القبول بالرقابة القضائية على التعديلات الدستورية في العديد من الدول بالاستناد إلى مذهب البنين الأساسي يعني أنه بدأ يتجه ليشكل مذهباً دستورياً عالمياً.

2- يجب أن تستعمل سلطة التعديل للمحافظة على الدستور وليس لتحطيمه، فلو اعترفنا لها بسلطة إلغاء الدستور، فإن ذلك يعني بأنها قادرة على تدمير أساس وجودها، مما يشكل انتهاكاً صارخاً لحدود التكليف الدستوري.

3- لكل دستور قيم ومبادئ أساسية تشكل جوهر الدستور أو روحه أو خصائصه الأساسية، فإذا ما قامت سلطة التعديل بتعديل روح الدستور، فإن ذلك لا يعد تعديلاً، بل إنشأً لدستور جديد، وهو الأمر الذي يكون حصراً للسلطة المؤسسة الأصلية.

4- إن سلطة التعديل مثل أي سلطة حكومية يجب أن تتصرف بحسن نية بكونها سلطة مفوضة للعمل وفقاً لحكام الدستور.

(96) Justice Kakuru, dissent was that the entire amendment is unconstitutional and void, Constitutional Petition No. 49/2017 (delivered on 26 July 2018): https://judiciary.go.ug/files/downloads/AgeLimitJudgment_Mbale20180726.pdf (Accessed: 19/10/2019).

(97) Supreme Court of Uganda, Constitutional Appeals No. 02, 03, and 04 of 2018 : https://ulii.org/system/files/judgment/supreme-court-uganda/2019/6/supreme-court-uganda-2019-6_5.pdf (Accessed: 20/10/2019).

- 5- يتكون الدستور من منظومة متناسقة من القيم والمبادئ التي تشكل الدعائم والركائز الأساسية التي يستند عليها الدستور، وهذه المبادئ تعلق على غيرها من القواعد الدستورية.
- 6- إن الغرض الرئيسي من تصميم الدستور هو أن يعكس لنا هوية المجتمع، وليحدد المبادئ العليا المشتركة بين مواطني الدولة، فكل نظام دستوري يعتمد على مجموعة من المبادئ الجوهرية الصريحة والضمنية التي تؤلف هوية الدستور والتي لا يمكن تغييرها من قبل سلطة التعديل، بل من قبل السلطة المؤسسة الأصلية، فسلطة التعديل تقوم بالإصلاحات في البنية الدستورية القائمة، أما السلطة المؤسسة الأصلية فمهمتها إنشاء بنية جديدة. وهذا يعني أن جوهر الدستور لا يمكن تعديله من دون تحطيم الدستور بشكل كامل، وهكذا فإن التعديل الدستوري الذي يمس القواعد التي تشكل هوية الدستور يعد مخالفاً للدستور؛ لأنه يحطم الدستور ويهدم فكرة السلطة المؤسسة الأصلية، فأى تعديل للمبادئ الأساسية والجوهرية لهوية الدستور يعد - من وجهة نظرنا - بمثابة انهيار دستوري.
- 7- إن كلمة التعديل تتضمن إصلاح أو بناء الدستور القائم وليس هدمه أو إلغائه، وهذا يعني أن سلطة التعديل يجب أن تعمل ضمن إطار الدستور القائم.
- 8- منع انحراف سلطة التعديل، بحيث لا يمكنها تقويض أو إضعاف النظام الدستوري الديمقراطي.

الخاتمة

أولاً- النتائج

1- لقد أصبحت الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية ظاهرة عالمية في النظم الديمقراطية، وأن من مبرراتها فصل السلطات ولاسيما الفصل بين السلطة المؤسسة الأصلية والسلطة المؤسسة المشتقة، لأن السلطة الأولى تقوم بوضع الدستور وإلغائه، أما السلطة الثانية فتختص فقط بتعديل الدستور دون إلغائه أو دون تغيير المبادئ الأساسية التي يقوم عليها، وكذلك حكم الدستور وعلوه وجوهر الواجب القضائي فضلاً عن فشل العملية السياسية، وذلك عندما تنحرف سلطة التعديل، وتضر بحقوق الأقلية أو بالمبادئ الديمقراطية.

2- إن الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية يمكن ممارستها من قبل المحاكم العليا أو الدستورية بموجب تحويل دستوري صريح، بحيث تصبح شرعية ممارستها عالية جداً، أما في حالة وجود نص دستوري يمنع ممارستها، فإنه ينبغي أن نميز هنا بين كون هذا النص قد تم وضعه من قبل السلطة المؤسسة الأصلية، ومن ثم تكون ممارسة الرقابة غير شرعية، أو أن هذا النص قد تم وضعه من قبل سلطة التعديل، وبالتالي تكون ممارسة الرقابة شرعية في هذه الحالة طالما أن سلطة التعديل مفوضة ومقيدة للعمل بموجب أحكام الدستور، بحيث لا يمكنها تعديل قاعدة التعديل الأصلية التي تعد أساس صحة ممارستها اختصاصها التعديلي.

أما في حالة سكوت الدستور عن ممارسة الرقابة، فإنه يجب أن نميز هنا بين وجود فقرة الحظر من عدمه، ففي حالة وجود فقرة الحظر، فإنه يمكن للمحاكم أن تمارس هذه الرقابة من خلال تفسيرها لاختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين بشكل واسع، من خلال تفسير مصطلح (القوانين) لتشمل قوانين تعديل الدستور فضلاً عن القوانين النظامية والعادية، أما في حالة عدم وجود فقرة الحظر، فإن ممارسة الرقابة قد تبدو لدى البعض بأنها محفوفة بمخاطر عدم الشرعية، لكونها تعد من وجهة نظرهم كاغتصاب للسلطة المؤسسة من خلال ابتكار المحاكم لمذهب البنين الأساسي للدستور الذي يعد غامضاً ولا يستند إلى أساس نصي. ومع ذلك فإننا نرى بأن مذهب البنين الأساسي الذي يجسد الخصائص الأساسية التي يقوم عليها الدستور بدأ ينتشر في العديد من الدول، بحيث شكل نواة لظاهرة عالمية من خلال تمكينه للمحاكم باستنباط قيود ضمنية على سلطة التعديل التي لا يمكنها أن

تخطاها، وإلا عد التعديل مخالفاً للدستور لكون هذه القيود الضمنية تشكل المبادئ الأساسية أو الدعامات التي يقوم عليها الدستور.

3- لقد سجلت الدراسة وجود حظر تعديل صريح وحظر تعديل ضمني، بحيث إن كليهما يشكلان أساساً لشرعية الرقابة على التعديلات الدستورية، وأن حظر التعديل الصريح لا يمنع من وجود قيود ضمنية، وأن حظر التعديل الضمني لا يمنع من وجود قيود صريحة على سلطة التعديل، فكلهما يتضافران لتحديد الهوية الحقيقية للدستور.

4- إن الرقابة القضائية تكون رقابة موضوعية ورقابة إجرائية، لكن في حالة نص الدستور الأصلي على اختصاص المحكمة الدستورية في الرقابة على التعديلات الدستورية من الناحية الإجرائية أو الشكلية فقط، فإن ممارسة الرقابة الموضوعية في هذه الحالة تبدو غير شرعية، طالما تم حصر اختصاص المحكمة بالرقابة الإجرائية بما يفيد استبعاد الرقابة الموضوعية على التعديلات الدستورية.

5- تمارس الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية من خلال خمس خطوات رئيسية: الأولى، تحديد القواعد والمبادئ المحظور تعديلها، والثانية، تطوير نظرية المبادئ المحظور تعديلها من خلال التفسير، والثالثة، تحديد ما هو العمل المحظور، والرابعة، تفسير التعديل الدستوري بطريقة تجعله متطابقاً مع الدستور بدلاً من الحكم بإلغائه، والخامسة، فحص التعديل في ضوء المبادئ المحمية أو المحظور تعديلها.

6- تمارس الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية من خلال اتباع ثلاثة معايير: المعيار الأول، معيار الأثر الأدنى، والمعيار الثاني، معيار التناسب، والمعيار الثالث، معيار التخلي عن المبدأ.

7- تمارس الرقابة على التعديلات الدستورية بعناية وحذر من خلال التقييد القضائي، وذلك بتطبيق قرينة الدستورية لمصلحة التعديل، والتي تقتضي تفسير التعديل بشكل يجعله متطابقاً مع الدستور بدلاً من الحكم بإلغائه إذا أمكن ذلك، فضلاً عن قيام القاضي بترجيح معيار التخلي عن غيره من المعايير، بحيث يحكم بعدم دستورية التعديل في حالة إلغاء المبدأ الأساسي أو تغيير جوهره فقط، أو عندما يشكل التعديل تهديداً خطيراً لمبادئ النظام الديمقراطي.

ثانياً- التوصيات

- 1- نقتراح أن ينص الدستور على الرقابة القضائية السابقة والوجوبية على التعديلات الدستورية، بحيث يجب أن تحال مقترحات التعديلات الدستورية على المحكمة الدستورية قبل إقرارها من قبل البرلمان الذي لا يمكنه إقرار المقترح إذا ما حكمت المحكمة بعدم دستوريته.
- 2- نقتراح أن تكون الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية من الناحيتين الموضوعية والإجرائية أو الشكلية.
- 3- نقتراح أن تمتد الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية حتى في حالة عدم تصريح الدستور بمنح المحكمة الدستورية هذه الصلاحية، طالما يمكن للمحكمة أن تفسر اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين بشكل واسع، من خلال تفسير كلمة القوانين لتشمل قوانين تعديل الدستور، فضلاً عن القوانين النظامية والعادية.
- 4- نقتراح أن تمتد الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية حتى في حالة عدم وجود فقرة حظر التعديل الدستوري في الوثيقة الدستورية، طالما يمكن للمحكمة الدستورية أن تطبق مذهب البنيان الأساسي الذي استنبطته المحكمة العليا الهندية وانتشر في العديد من الدول.
- 5- نقتراح أن يقوم القاضي الدستوري بتطبيق فقرة الحظر أو مذهب البنيان الأساسي بحذر وعناية للحفاظ على جوهر النظام الدستوري الديمقراطي.
- 6- نقتراح أن يقوم القاضي الدستوري بتقييد نفسه عند ممارسة الرقابة على التعديلات الدستورية، وذلك بتطبيق قرينة الدستورية لمصلحة التعديل من جهة وتطبيق معيار التخلي، بحيث لا يحكم بعدم دستورية التعديل إلا في حالة قيام التعديل بإلغاء المبدأ الأساسي أو تغيير جوهره من جهة أخرى، أي عندما يشكل التعديل الدستوري تهديداً خطيراً أو صارخاً للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام الدستوري الديمقراطي.

المراجع

أولاً- باللغة العربية

- موفونسي، البرلمان التأسيسي ليس سيداً، ترجمة: د. محمد عرب صاصيلا، مجلة القانون العام وعلم السياسة، العدد الثالث، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2007.
- ميشال فرومون، تعديل الدستور والقواعد الدستورية غير القابلة للمس في القانون الألماني، ترجمة: محمد عرب صاصيلا، مجلة القانون العام وعلم السياسة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2007.
- د. سام سليمان دلة، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية: دراسة النظام الدستوري في دولة الإمارات العربية المتحدة، ط1، جامعة الشارقة، 2014.
- د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت: دراسة مقارنة، ط5، مكتبة الكويت الوطنية، 2009.
- د. رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- د. شعبان أحمد رمضان،
 - النظام الدستوري البحريني، دار الكتب القانونية، مصر - الإمارات، دون تاريخ نشر.
 - ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2000.

ثانياً- باللغة الأجنبية

- Amanda Frost and Stefanie A., Lindquist- Countering the Majoritarian Difficulty, Virginia Law Review, Vol. 96, No. 4, (2010). <http://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/719.pdf>.
- Aratrika Choudhuri and Shivani Kabra, Determining The Constitutionality of Constitutional Amendments in India, Pakistan and Bangladesh: A Comparative Analysis, NUJS Law Review (journal of the National University of Juridical Sciences, Kolkata), Volume 10, Issue 4, (2017):

<http://docs.manupatra.in/newslines/articles/upload/78cc3177-35ae-4942-ae09-30c075224387.pdf>

- Brandon J. Merrill, Modes of Constitutional Interpretation, Congressional Research Service, 2018: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45129.pdf>.
- 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>.
- David S. Law and Hsiang – Yang Hsieh, Judicial Review of Constitutional Amendments: Taiwan, School of Law, Washington University, 2019: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3359520
- Denis Baranger, The Language of Eternity: Judicial Review of The Amending Power in France, Jus Politicum, No.5, 2010: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039346.
- David Landau and Brian Sheppard, The Honduran Constitutional Chamber Decision Erasing Presidential Term Limits: Abusive Constitutionalism by Judiciary?, Blog of the International Journal of Constitutional law: <http://www.iconnectblog.com/2015/05/the-honduran-constitutional-chambers-decision-erasing-presidential-term-limits-abusive-constitutionalism-by-judiciary/>.
- Donald p. Kommers, Germany: Balancing Rights and Duties, in Jeffrey Goldsworthy, Interpreting Constitutions: A Comparative Study, Oxford University Press, 2007.
- Eivind Smith, Old and Protected? "Supra Constitutional" Clause in the Constitution of Norway : https://www.researchgate.net/publication/332716405_old_and_protected_on_the_supra-constitutional_clause_in_the_constitution_of_norway
- Elene Janelidze, Judicial Review of Constitutional Amendments in Georgia, France, and Germany – The Question of eternity, Central European

- University, Budapest, 2016: http://www.etd.ceu.hu/2016/janelidze_elene.pdf.
- 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.
 - Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective, Wake Forest Law Review, Vol.13, No. 38, 2016: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2796521
 - George Mckenna, the drama of democracy, William C Brown Pub; Subsequent edition (November 25, 1997).
 - Iftikhar Hussian Bhat, Doctrin 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): http://www.raijmr.com/ijrhs/wp-content/uploads/2017/11/IJRHS_2013_vol01_issue_03_07.pdf
 - John Hart Ely, Toward a Representation – Reinforcing Mode of Judicial Review, Maryland Law Review, Vol.37, No.3, (1978): <https://core.ac.uk/download/pdf/56357109.pdf>.
 - Joel Colon Rios, Beyond Parliamentary Sovereignty and Judicial Supremacy: The Doctrine of Implicit Limits to Constitutional Reform in Latin America, Victoria University of Wellington Law Review(Vol. 44, Issue 3-4, (2013): www.austlii.edu.au/au/journals/VUWLawRw/2013/25.pdf.
 - Joachim Sanden, Methods of Interpreting the Constitution: http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2003_1_128.pdf
 - Kemal Gozler, Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study, Ekin Press, Bursa, 2008.

- Khemthong Tonsakulrungruang, The Constitutional Court of Thailand: From Activism To Arbitrariness, Cambridge University Press, 2018: https://www.academia.edu/37608804/The_Constitutional_Court_of_Thailand_From_Activism_to_Arbitrariness
- Md. Razidur Rahaman, The Basic Structures of the Constitution of Bangladesh, 2014: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2439906.
- M. Jashim Ali Chowdhury and Nirmal Kumar Saha, Advocate Asaduzzaman Siddiqui v. bangladesh: bangladesh dilemma with judges impeachment, Calq, Vol.3.3, (2017): <http://docs.manupatra.in/newsline/articles/upload/76182c04-3861-493f-9bdf-9e1d8eb6b77b.pdf>.
- Matthias Klatt and Moritz Meister, Proportionality – A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON controversy, 2012: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30063.pdf>
- Richard Albert, The Unamendable Core of The United States Constitution, Boston College Law School, 2015: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1985&context=lsfp>.
- Richard Albert , Nonconstitutional Amendments, The Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol.xxii, No.1, 2009: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1510&context=lsfp>
- Report on Constitutional Amendment, adopted by the venice commission, venice, 11-12 december 2009: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad\(2010\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad(2010)001-e)
- Ridwanul Hoque, Can the Court Invalidate an Original Provision of The Constitution? University of Asia Pacific Journal of Law & policy: <http://uap-bd.edu/lhr/wp-content/uploads/2017/05/2.pdf>
- Siddharth Sijoria, Unconstitutional Constitutional Amendment: Limiting Amendment Power in India, Colombia and Benin, Central European University, 2018: http://www.etcu.edu/2018/sijoria_siddharth.pdf.

- Susan Welch and others, Understanding American Government, third edition, West Publishing Company, USA, 1995.
- Vencatesh Nayak, The Basic Structure of the Indian constitution: http://www.humanrightsinitiative.org/publications/const/the_basic_structure_of_the_indian_constitution.pdf
- Yaniv Roznai and Leticia Regina Camargo Kreuz, Conventionality Control and Amendment 95/2016 – a Brazilian Case of Unconstitutional Constitutional Amendment, 2018: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3099623
- Yaniv Roznai,
 - Unconstitutional Constitutional Amendments – the Migration and Success of a Constitutional Idea, The American Journal of Comparative Law, Vol.61, 2013: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2297734.
 - Unconstitutional Constitutional Amendments: Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers, London, 2014.
 - Legisprudence Limitations on Constitutional Amendments? Reflections on the Czech Constitutional Court Declaration of Unconstitutional Constitutional Act, ICL Journal, vol.8, (2014): https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2423267
- Zdenek Koudelka, Abolition of Constitutional Statute by the Constitutional Court of the Czech Republic, Russian Academy of Legal Sciences, No.2, (2018).
- Zelalem Eshetu, The Scope and Limitation of the Amending Power in Ethiopia: Thinking Beyond Literalism, Mekelle University Law Journal, Vol.4, (2016).

المحتوى

الصفحة	الموضوع
393	الملخص
395	المقدمة
397	المبحث الأول - مبررات وضوابط الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية وتحديد أساسها الدستوري
397	المطلب الأول - مبررات الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية
398	الفرع الأول - فصل السلطات وجوهر الواجب القضائي
400	الفرع الثاني - حكم الدستور وسموه وفشل العملية السياسية
403	المطلب الثاني - ضوابط الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية
404	الفرع الأول - ضوابط تفسير التعديلات الدستورية والمبادئ المحظورة تعديلها
408	الفرع الثاني - معيار الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية والتقييد القضائي
411	المطلب الثالث - الأساس الدستوري للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية
411	الفرع الأول - التصريح الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية
415	الفرع الثاني - التصريح الدستوري بالرقابة الإجرائية على التعديلات الدستورية
419	الفرع الثالث - التصريح الدستوري بمنع الرقابة على التعديلات الدستورية
421	الفرع الرابع - سكوت الدستور عن مسألة الرقابة على التعديلات الدستورية

الصفحة	الموضوع
424	المبحث الثاني- الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية في ضوء حظر التعديل الدستوري
424	المطلب الأول- الرقابة القضائية في ظل وجود حظر التعديل الدستوري
424	الفرع الأول- وجود حظر التعديل الدستوري مع حضور الرقابة
430	الفرع الثاني- وجود حظر التعديل الدستوري مع انعدام الرقابة
433	المطلب الثاني- الرقابة القضائية في ظل غياب حظر التعديل الدستوري
434	الفرع الأول- غياب حظر التعديل الدستوري الصريح (انعدام الرقابة)
434	الفرع الثاني- غياب حظر التعديل الدستوري الصريح (رقابة التعديل الموضوعية المذهبية)
446	الخاتمة
449	المراجع

