

الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية

"دراسة مقارنة"

الدكتور

وليد محمد الشناوي

مدرس القانون العام

كلية الحقوق - جامعة المنصورة

مقدمة

الأصل في القاعدة الدستورية أن تكون، قابلة للتعديل، لأنها تعبير عن حقيقة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، ونظرًا لأنه لا توجد حقائق مطلقة أبدية، ولكن توجد حقائق نسبية قابلة للتعديل، فيجب بالتالي أن تأخذ التغييرات الضرورية مكانًا لها في الدستور، مما يعني ضرورة تعديله في الوقت القريب أو البعيد^(١). لذلك، حرص رجال الثورة الفرنسية أن يضمنوا دستور ١٧٩١ مبدأ تعديل الدستور: "تقرر الجمعية الوطنية التأسيسية أن حق الأمة في تعديل الدستور لا يتقادم"^(٢). كما نص الدستور السويسري الحالي على أنه "يجوز تعديل الدستور في أي وقت، كليًا أو جزئيًا"^(٣).

بيد أن الدساتير لا تتفق في طريقة تعديلها: فالدستور العرفي يتم تعديله سواء بقيام عرف جديد أو بإصدار تشريع لاحق. غير أنه لا يجوز أن يعدل العرف قاعدة دستورية مكتوبة، حتى ولو كانت مرنة غير جامدة.

أما الدستور المكتوب فقد يكون مرناً أو جامداً. فإذا كان الدستور مرناً،

(١) د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون الدستوري المصري والمقارن، مكتبة دار القلم، المنصورة، ٢٠٠١، ص ١٤٥.

(2) "L'assemblée nationale Constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer la constitution".

(3) "La constitution fédérale peut être révisée en tout temps, totalement ou partiellement".

قواعد النشر بالمجلة القانونية الاقتصادية

- تعنى المجلة القانونية الاقتصادية بنشر البحوث والدراسات ذات المستوى الرفيع .
- تخضع البحوث التي تقدم للمجلة للتحكيم العلمي الذي يتولاه أساتذة متخصصين وفق ضوابط موضوعية على أن يستثنى من التحكيم البحوث التي يتقدم بها الأساتذة ومن في مستواهم من الشخصيات العامة .
- يراعى أن لا تقل عدد صفحات البحث عن ٣٠ صفحة ويجب أن يكون منسوخاً على الحاسب الآلي (على دسك) .
- يراعى ألا يكون البحث جزءاً مأخوذاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي تقدم بها المؤلف أو من كتاب له سبق نشره .
- يراعى في البحوث المقدمة للنشر إتباع القواعد العلمية من حيث التوثيق والهوامش والمصادر والمراجع إلى غير ذلك من الأصول المتبعة في البحوث
- ~~للأكاديمية~~ باللغات العربية والإنجليزية والفرنسية على أن يرفق بها ملخصاً لا يتجاوز مائتي كلمة يتصدر البحث .
- لا ترد الأبحاث أو الدراسات أو مراجعات الكتب أو التقارير العلمية إلى أصحابها سواء نشرت أو لم تنشر .
- البحوث والمواد العلمية التي يتم نشرها في المجلة تعبر عن رأي كاتبها ولا تحمل بالضرورة وجهة نظر المجلة أو المركز أو أية جهة أخرى ويرتبط بها صاحب البحث .

محتويات العدد

الصفحة

٢٣٤ - ١

١- الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية.

" دراسة مقارنة "

د/ وليد محمد الشناوي .

٢٧٥- ٢٣٥

٢- الحماية الدولية لحقوق الإنسان " الواقع والمأمول " .

د/ محمد عبد الرحمن إسما عيل الصالحى .

٤٢٢- ٢٧٣

٣- الزواج المستحدث وموقف الفقه الإسلامى منه .

" دراسة فقهية مقارنة "

د/ محمد إبراهيم سعد .

فإنه يجوز تعديله من السلطة المختصة بوضع القوانين العادية ووفقاً للإجراءات المقررة لتعديل هذه القوانين. أما إذا كان الدستور جامداً، فإنه لا يتم تعديله إلا وفقاً لإجراءات خاصة يحددها الدستور.

ويتمحور هذا البحث حول محاولة الإجابة على السؤال التالي: هل يمكن إخضاع التعديلات الدستورية لرقابة المحاكم الدستورية؟ من الواضح، بداءة، أن الأمر، هنا، يتعلق بمسألة الاختصاص، لأنه إذا كانت المحاكم الدستورية تتمتع باختصاص رقابة التعديلات الدستورية، فإن مثل هذه الرقابة تكون ممكنة؛ أما إذا كانت المحاكم الدستورية لا تتمتع بمثل هذا الاختصاص، فإن هذه الرقابة تكون غير ممكنة. وعندما تكون هذه الرقابة ممكنة، فإن ثمة سؤالاً آخر يُثار هو: إلى أى مدى يمكن للمحاكم الدستورية أن تراقب دستورية التعديلات الدستورية؟ وهل يمكن للمحاكم الدستورية أن تراقب موضوع أو مضمون التعديلات الدستورية، بالإضافة إلى سلامتها الشكلية والإجرائية؟ ولذلك، يمكن القول إن ثمة أسئلة ثلاثة تثار في هذه الحالة. وتتمثل هذه الأسئلة فيما يلي:

١- هل تتمتع المحاكم الدستورية باختصاص رقابة التعديلات الدستورية؟

٢- هل تراقب المحاكم الدستورية السلامة الإجرائية للتعديلات الدستورية؟

٣- هل تراقب المحاكم الدستورية موضوع أو مضمون التعديلات الدستورية؟

وهكذا، تشكل محاولة الإجابة على هذه الأسئلة موضوع الفصول الثلاثة لهذا البحث.

وتلزم الإشارة، قبل الإجابة على السؤال الأول، إلى أن نطاق هذا البحث لا يشمل مسألة ما إذا كانت المحاكم الدستورية الفيدرالية بمقدورها رقابة التعديلات الدستورية التي يتم إدخالها على دساتير الولايات. ويرجع ذلك، إلى أن التعديلات الدستورية، التي يتم إدخالها على دساتير الولايات في ظل الأنظمة الفيدرالية، يجب، بلا شك، أن تتطابق مع الدستور الفيدرالي^(١). ومن ثم، فإن هذا البحث يقتصر على محاولة الإجابة على السؤال التالي: هل يمكن للمحاكم الدستورية أن تراقب دستورية التعديلات الدستورية في الدول الموحدة أو التعديلات التي يتم إدخالها على الدساتير الفيدرالية في الدول الفيدرالية.

(١) وتجدر الإشارة إلى أن المحاكم الدستورية الفيدرالية قامت، في العديد من الدول الفيدرالية، برقابة دستورية التعديلات الواردة على دساتير الولايات. وخلصت هذه المحاكم إلى القضاء بعدم دستورية تلك التعديلات التي لا تتطابق مع الدستور الفيدرالي. من ذلك، على سبيل المثال، ما قضت به المحكمة الدستورية الفيدرالية النمساوية- في قرارها رقم (G 103/00 الصادر في ٢٨ يونيو ٢٠٠١ - من أن الفقرة السادسة من المادة (٣٣)، من دستور إقليم Vorarlberg، لا تتطابق مع الدستور الفيدرالي:

- (An English précis of this decision is available in CODICES data-base of Venice Commission, at <http://codices.coe.int> (AUT-2001-2-004)

وبالمثل، قضت المحكمة العليا الأمريكية، في قضية Hawke v. Smith، أن النقص الوارد في دستور ولاية أوهايو - الذي يتطلب إجراء استفتاء للتصديق على التعديلات التي يتم إيرادها على الدستور الفيدرالي - غير دستوري: (253 U.S. 221, at 230- (1920)).

وعلى ذلك، تأتي خطة هذا البحث على النحو التالي:

فصل تمهيدي: نظرية التعديلات الدستورية غير الدستورية .

الفصل الأول: هل تتمتع المحاكم الدستورية باختصاص رقابة التعديلات الدستورية؟

الفصل الثاني: هل يمكن للمحاكم الدستورية رقابة السلامة الشكلية والإجرائية للتعديلات الدستورية؟

الفصل الثالث: هل يمكن للمحاكم الدستورية أن تراقب مضمون التعديلات الدستورية؟

فصل تمهيدي

نظرية التعديلات الدستورية غير الدستورية

Unconstitutional Constitutional Amendments

سنحاول، في هذا الفصل التمهيدي، إلقاء نظرة موجزة على مبدأ أو نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" من حيث تعريفها (المبحث الأول)، ونماذج تطبيقها في بعض الدول (المبحث الثاني)، وبيان العلاقة بين المبادئ الدستورية والتعديلات الدستورية غير الدستورية (المبحث الثالث).

المبحث الأول

التعديلات الدستورية غير الدستورية: التعريف والنظرية

قد يبدو مفهوم "التعديلات الدستورية غير الدستورية" منطويًا على تناقض. وتفسير ذلك أنه لما كان الدستور هو القانون الأعلى أو الأسمى للدولة the supreme law of the land، وكانت القواعد الإجرائية التي يحددها الدستور للتعديلات الدستورية قد اتبعت بطريقة صحيحة، فكيف يمكن، مع ذلك، اعتبار تعديل الدستور غير دستوري؟

وعلى الرغم من أن نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" لا وجود لها في معظم الأنظمة القانونية، فقد تم تبنيها، صراحة، في دولتين، مع وجود احتمالات قوية لتطبيق هذه النظرية في دول أخرى في المستقبل.

وهكذا، سنحاول، فيما يلي، إلقاء الضوء على أسس نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية"، لاسيما من حيث تعريفها، ومبرراتها، خاصة تلك المبررات المرتبطة بالديمقراطية الليبرالية.

وعلى ذلك، نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تعريف التعديلات الدستورية غير الدستورية

المطلب الثاني: التعديلات الدستورية غير الدستورية والديمقراطية الليبرالية.

المطلب الأول

تعريف التعديلات الدستورية غير الدستورية

يمكن فهم فكرة "التعديلات الدستورية غير الدستورية"، بطريقة أفضل من خلال التمييز بين العناصر الإجرائية procedural والعناصر الموضوعية substantive لتعديل الدستور. ذلك، أن كل الدساتير تنص على إجراءات محددة يجب اتباعها لدى تعديل هذه الدساتير. ويلاحظ أن هذه الإجراءات تكون، في الغالب، أكثر تشددًا أو صعوبة مقارنة بالإجراءات المتطلبية لتبني التشريعات العادية. ويظهر هذا التقييد الإجرائي في أشكال متعددة تشمل- ولكنها لا تقتصر، بالضرورة، على هذه الأشكال- متطلبات التصويت وفق أغلبية خاصة super-majority voting، وتشكيل جمعية تأسيسية خاصة منوط بها مباشرة مهمة التعديل، وصدر تصديق للولايات أو الأقاليم (في الأنظمة الفيدرالية) أو موافقة الشعب من خلال استفتاء، (أو/و) ضرورة مرور مهل زمنية معينة قبل تمرير التعديل^(١). وفي معظم الأنظمة القانونية، حالما يتم

(1) All of these procedural requirements can be seen within the United States; the normal process of amending the United States Constitution is by a super-majority vote (of two-thirds of both houses of Congress) and ratification by three-fourths of state legislatures. U.S. CONST. art. V. Alternatively, two-thirds of the states can call for a National Convention to propose amendments (which then must be ratified by the states). Id. Whereas, in the Massachusetts state constitution, an amendment must be passed by two successive legislatures, via a special joint session; it will then be submitted to the voters in the form of a referendum. MASS. CONST. art. XLVIII, pt. IV.

استيفاء هذه المتطلبات الإجرائية، فإن الدستور يكون قد تم تعديله. ولا يوجد فحص أو رقابة لمضمون أو موضوع هذه التعديلات. وتستند هذه المقاربة، بصورة أساسية، على فكرة مؤداها أن مشروعية تعديل الدستور تكمن في مصدر التعديل، وليس في مضمونه الفعلي^(١). ولذلك، ففي الولايات المتحدة، على سبيل المثال، تتبع مشروعية التعديل الفيدرالي، فقط، من حقيقة أن هذا التعديل قد تم تبنيه من جانب المؤسسات الديمقراطية التشريعية على مستوى الولايات وعلى المستوى الفيدرالي، أو من جانب جمعية وطنية تشكل لتحقيق غرض تعديل الدستور^(٢).

وفي المقابل، لا تتوقف نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" على مصدر هذه التعديلات، ولكنها تجاوز هذا المصدر، وتركز، أيضاً، على موضوع التعديلات. وهكذا، فإن المتطلبات الإجرائية تبقى ضرورية، ولكن حتى إذا كانت هذه الإجراءات قد اتبعت بطريقة صحيحة، فإن التعديل يتم إخضاعه لرقابة قضائية أو شبه قضائية. ومعنى ذلك، أن ما يمكن أن يعتبر "تعديلاً دستورياً" من منظور استيفائه للمتطلبات الإجرائية، يمكن أن يُعتبر، مع ذلك، "غير دستوري"، بواسطة القضاء، استناداً إلى موضوع هذا التعديل، بما يسفر، في نهاية الأمر، عن "تعديل دستوري غير دستوري".

(1) See Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe, in Responding To Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment 278 (Sanford Levinson, ed., 1995).

(2) See U.S. CONST. art. V.

وتتطلب الرقابة على التعديلات الدستورية معايير معينة تتم في ضوءها هذه الرقابة. ذلك، أنه بالنسبة للتشريع العادي، يُستخدم نص الدستور كمعيار metric تجري الرقابة القضائية في ضوءه. أما بالنسبة "للتعديلات الدستورية غير الدستورية"، فإن هذه المقاربة للرقابة القضائية تبدو معقدة. ويرجع ذلك، إلى أن التعديل يستهدف، بحسب تعريفه، تغيير أو إزالة أحد أجزاء الدستور، أو إضافة قسم جديد تماماً. ولذلك، فإن التعديل الدستوري لا يمكن مقارنته بالنص الكامل للدستور (كما يحدث مع التشريعات العادية). والقول بغير ذلك يعني أن التعديل سيُعد، بالضرورة، غير مشروع، مما يُسفر عن جمود الدستور، وانعدام إمكانية تغييره.

والحقيقة أنه ليس من غرض "التعديلات الدستورية غير الدستورية" جعل التعديلات الدستورية مستحيلة، ولكنها تستهدف، بالأحرى، السماح ببعض المرونة في تعديل الدستور، مع المحافظة، في الوقت ذاته، على طائفة معينة من الجوانب أو المبادئ الجوهرية للدستور. ولبلوغ هذه الغاية، يتم استخدام مقاربتين متميزتين:

- أما المقاربة الأولى، فتتمثل في أن يتضمن الدستور نصاً يستبعد، صراحة، إمكان تعديل بعض أجزائه أو نصوصه أو مبادئه.
- وأما المقاربة الثانية فتتمثل في النظر، خارج إطار النصوص الصريحة للدستور، إلى طائفة المبادئ والمفاهيم التي لا يجوز انتهاكها، بما ينطوي عليه ذلك من تقييد لعملية التعديل.

أما المقاربة الأولى فتتم من خلال إدراج بند في الدستور ينص، صراحة، على أن مادة معينة أو قسماً معيناً لا يمكن تعديله^(١). وبدلاً عن ذلك، يمكن أن يتضمن البند إشارة خاصة إلى مفهوم غير قابل للتعديل an unamendable concept^(٢). وفي كلتا المقاربتين، تعكس نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية"، في نهاية الأمر، مفهوماً محصناً من التعديل a super-entrenched concept لا يجوز المساس به من خلال عملية التعديل، ولذلك فإن هذا المفهوم سيعيش ما عاش الدستور ذاته.

وبديلاً عن المقاربة الأولى، يمكن تأسيس نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" على شيء آخر غير نص الدستور. وبيان ذلك، أن القضاء يمكن أن يستنبط بعض "المبادئ بعيدة المدى" overarching principles أو "المبادئ الأساسية" fundamental principles، أو "البيان الأساسي" basic structure. وهذه المبادئ وإن كانت لا تعكسها النصوص الدستورية في صراحته، فإنه يمكن استخلاصها أو استنباطها من هذه النصوص، وذلك في سياق قراءة الدستور في مجمله. على أن هذه المقاربة قد

(1) See, e.g., Grundgesetz [Constitution] art. 79 cl. 3 (F.R.G.) ("Amendments of this Constitution affecting . . . the basic principles laid down in Articles 1 and 20 are inadmissible.").

(2) See, e.g., id. ("Amendments of this Constitution affecting the division of the Federation into States [Länder], [or] the participation on principle of the States [Länder] in legislation . . . are inadmissible.").

تبدو قائمة على غير أساس من منظور من يتمسك بالشكل النصي الصارم a strict textual formalist. بل أكثر من ذلك، قد يُنظر إلى هذه المقاربة على أنها تشكل تقويضاً لجوهر فكرة علو أو سمو الدستور. وتفسير ذلك، أن هذه المقاربة لنظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" تجعل التفسير الذي يتبناه القضاء أعلى من الدستور ذاته. والحقيقة أن هذا النقد يبدو، إلى حد ما، مسوغاً. ومع ذلك، يجب على فقهاء القانون العام الإنجليزي common law الذين يثيرون هذا النقد أن يأخذوا في اعتبارهم أن فكرة وجود تناسق أو تناغم داخل الدستور ليست جديدة على تقاليد القانون الروماني الجرمانى (المدنى). وبالفعل، لقد كانت الطريقة الأساسية لتفسير التقنيات المدنية هي استخدام طريقة الشرح أو التفسير الانتقادی exegetical method^(١). وهذه المقاربة متولدة بحكم الضرورة، لأن التقنيات الفرنسية والألمانية تبدأ بصياغات عامة، وتتدرج إلى حالات أكثر تحديداً، بما يعنى أن التطبيق الصحيح يستلزم الأخذ في الاعتبار كامل التقنين^(٢). وبالطبع، فإن استخدام طريقة الشرح أو التفسير الانتقادی لتطبيق القانون تختلف، تماماً، عن استخدامها لاستنباط قيود على

(1) This theory of interpretation suggests that each code must be interpreted in the context of the other codes, for the codes together form a "whole cloth" that contains the entirety of the law.

(2) See John Henry Merryman Et Al., The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, And East Asia, Cases And Materials 1158-61 (1994) (citing Alain Levasseur, On the Structure of a Civil Code, 44 TUL. L. REV. 693, 699-703 (1978)).

عملية التعديل الدستوري، ولكنها تُتيح، مع ذلك، مقارنة بديلة للتفسير التشريعي والدستوري.

المطلب الثاني

"التعديلات الدستورية غير الدستورية" والديمقراطية الليبرالية

تقوم الديمقراطية الليبرالية، بصفة أساسية، على مفهوم أن السلطة السيادية للدولة تكمن في الشعب. والنتيجة المنطقية لذلك، هي أن الشرعية يجب أن تجد أساسها، أيضًا، في الشعب. وتثير نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" إشكالية بالنسبة للديمقراطية الليبرالية لسببين:

أولاً: تضع نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" رقابة check على العملية السياسية، وهي بذلك تضع قيدًا على الإرادة الحرة للشعب. ويمكن القول، بطبيعة الحال، إن المتطلبات الإجرائية تؤدي دورًا مماثلًا. ولكن، مع ذلك، يبقى هناك فارق كبير بين متطلبات الأغلبية الخاصة و "التعديلات الدستورية غير الدستورية". ذلك، أن "التعديل الدستوري غير الدستوري" مطلق، ومن ثم لا يمكن إقراره حتى بموافقة ١٠٠% من الشعب، (وذلك، بطبيعة الحال ما لم يتم تبني دستور جديد). بينما المتطلبات الإجرائية يمكن التغلب عليها أو تجاوزها إذا كانت المسألة مهمة إلى درجة كبيرة بالنسبة لقطاعات واسعة من المواطنين.

ثانيًا: تضع نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" سلطة التقييم النهائي

للمسائل الموضوعية في يد القضاء، الذي يعد سلطة غير مسئولة، بصورة مباشرة، أمام الشعب. ومما يُوصى به، بصفة عامة، المحافظة على سلطة قضائية مستقلة، لأن هذا الاستقلال يعين المحاكم على المحافظة على "موضوعيتها". والحقيقة أن تمتع المحاكم "بالموضوعية" وتحريرها من الاعتبارات السياسية يعد، في أغلب المجتمعات، ابتكاراً قانونياً بالغ الأهمية، لأنه يُضفي مشروعية على المحاكم وما تنتهي إليه من قرارات. وتجد هذه المشروعية تبريرها في أن المحاكم تقتصر مهمتها على مجرد تطبيق القانون، تماماً، كما طبقه المشرع. بيد أنه لا يمكن اعتبار عمل القضاة، في الواقع، بهذه الدرجة من الآلية. ذلك، أن القضاة يقومون، في الغالب، في سبيل إصدار قراراتهم، بتفسير نصوص التشريعات والبنود الدستورية التي يندر أن تكون واضحة بصورة كاملة.

ويذهب بعض الكتاب إلى أن "التعديلات الدستورية غير الدستورية" يمكن أن تقوض هذا الابتكار القانوني، لأن أعمال هذه النظرية ينطوي، بالتأكيد، على قرارات سياسية أو قرارات متعلقة بالسياسة لا أساس لها، في كثير من الأحيان، في النصوص على الإطلاق. ولذلك، يشير بعض الفقه إلى أن استخدام نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" يعني، بلا شك، أن القضاء سينخرط، صراحة، في العملية السياسية.

وكما هو الحال بالنسبة للمبادئ الدستورية، لا توجد إجابة يسيرة لمثل هذه الأسئلة المحيرة. ومع ذلك، يمكن للمرأ أن يستشف لماذا يمكن أن تعد مثل هذه

القيود مرغوباً فيها:

أولاً: يمكن الاحتجاج بأنه، حتى في ظل الديمقراطية، لا يكون الشعب حراً في فعل أي شيء يختاره. من ذلك، على سبيل المثال، أنه لا يمكن "استخدام الإجراءات الديمقراطية، بطريقة مشروعة، لتدمير جوهر الديمقراطية" المتمثل في "مشاركة ذات معنى في الحكم الذاتي" Meaningful participation in self-government^(١). وبصفة خاصة، فإن الأغلبية أو حتى الأغلبية الكبيرة لا يجوز السماح لها بإنكار الحق في المشاركة في الحكم الذاتي بالنسبة للأقليات الحالية. ولذلك، حتى لو وافق ١٠٠% من الشعب على عدم تطبيق الديمقراطية، فلا يمكن تقبل هذا الخيار، وذلك بهدف حماية أعضاء الأجيال المستقبلية^(٢).

وبين، مما سبق، أن الديمقراطية ليست، بالضرورة، عملية خاضعة لقاعدة الأغلبية أو حكم الأغلبية majoritarian rule. ولذلك، على الرغم من أن مفهوم "التعديلات الدستورية غير الدستورية" قد يبدو غريباً على فقهاء القانون وعلماء السياسة الأمريكيين، فإن كل إجراءات التعديل يمكن النظر إليها باعتبارها سلسلة تتراوح بين إجراءات للتعديل يسيرة جداً، إلى إجراءات أكثر

(1) Walter F. Murphy, Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity, in Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment 163, 179 (Sanford Levinson, ed., 1995).

(2) Id.

صعوبة، إلى تعديلات مستحيلة.

وفي المقابل، ثمة من يرى أن الدستور يمكن، على سبيل الافتراض، أن يتضمن معايير أعلى بالنسبة لبعض الحقوق الأساسية. وفي مثل هذه الحالة، يكون من الصعب جدًا تغيير هذه الحقوق، وإن كان ذلك ليس مستحيلًا. ويمكن بلورة هذه المقاربة بطريقة تجعلها مساوية، إلى حد كبير، لنظرية "التعديل الدستوري غير الدستوري". والسؤال الذي يُثار الآن: هل توجد طريقة أخرى يمكن استخدامها لتحسين entrench هذه الحقوق.

المبحث الثاني

"التعديلات الدستورية غير الدستورية": دراسة حالة

سنحاول، فيما يلي، دراسة حالات تطبيقية "للتعديلات الدستورية غير الدستورية". وفي هذا السياق، سيتم إلقاء الضوء على الاستخدام الألماني "للتعديلات الدستورية غير الدستورية"، وذلك من خلال بحث جذور هذه النظرية وأحكام القضاء الدستوري الألماني (المطلب الأول). وبعد ذلك، سيتم بحث الاستخدام الهندي لنظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية"، من حيث بيان العوامل التاريخية لظهور هذه النظرية في الهند، وأحكام القضاء الدستوري الهندي ذات الصلة (المطلب الثاني).

ولن تقتصر الدراسة، في هذا المبحث، على النموذجين الألماني والهندي، بل سيتم التعرض أيضًا، بصورة موجزة، لنماذج ثمانية أخرى. ويجمعُ هذه

النماذج أنها تعكس دولاً تعطي دساتيرها بعض الدعم لنظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية"، ولكن محاكمها لا تشجع، بصورة واضحة، هذا المفهوم. وأخيراً، سيتم تحليل الرابطة بين المبادئ الدستورية و"التعديلات الدستورية غير الدستورية"، وذلك من خلال إلقاء الضوء، بصورة خاصة، على خبرة دولتين أفريقيتين: هما نامبيا وجنوب أفريقيا.

وعلى ذلك، يُقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" في ألمانيا.

المطلب الثاني: مفهوم "البنيان الأساسي" في القضاء الدستوري الهندي.

المطلب الثالث: "التعديلات الدستورية غير الدستورية" في الدول الأخرى .

المطلب الأول

نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" في ألمانيا

أيدت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية"^(١). ومع ذلك، بقى مفهوم "التعديلات الدستورية غير الدستورية" غامضاً، إلى حد ما، لأن المحكمة لم تقم، أبداً، ببيان معنى هذا المفهوم بالتفصيل.

وتتمثل نقطة البدء بالنسبة "للتعديلات الدستورية غير الدستورية" في المادة

(1) See Southwest State Case 1 BverfGE 14 (1951).

(٧٩) من القانون الأساسي الألماني التي تضع قيوداً موضوعية^(١) على عملية تعديل الدستور. حيث تنص هذه المادة على أن:

"تعديلات هذا الدستور - التي تمس تقسيم الاتحاد إلى ولايات، ومشاركة الولايات في التشريع، والمبادئ الأساسية المنصوص عليها في المادتين (١)، (٢٠) - تعد غير مسموح بها"^(٢).

ومن الواضح أن نص المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني يكرس مبادئ ثلاثة تتمثل فيما يلي:

أولاً: لا يمكن حل الاتحاد أو تقسيمه من خلال تعديل الدستور.

ثانياً: لا يمكن تعديل الطابع الفيدرالي (الاتحادي) للنظام السياسي.

ثالثاً: لا يمكن تعديل المفاهيم أو المبادئ المكرسة في المادتين (١)، (٢٠) من

(١) تجدر الإشارة إلى أن القيود الموضوعية تدور حول إخراج موضوعات محددة من نطاق تعديل الدستور. وتأخذ القيود الموضوعية أكثر من شكل أو صورة، وتختلف من دولة إلى دولة أخرى بحسب نظرتها للمبادئ الأكثر أهمية بالنسبة لها. وإن كان الغالب من هذه القيود تعلقها بحماية النظام الجمهوري للحكومة أو الدولة. وقد تناولت كثير من الدساتير تحديد هذه القيود الموضوعية بنصوص صريحة، في حين لم تنص عليها دساتير أخرى صراحة وإن كان من الممكن استخلاصها بصورة ضمنية من الدستور، لمزيد من التفصيل انظر: د. عبد الحفيظ علي الشبيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٥٢.

(2) Grundgesetz [Constitution] art. 79 cl. 3 (F.R.G.).

القانون الأساسي.

ويبدو واضحاً أن هذه المحاذير الثلاثة تشكل نوعاً من القيود الموضوعية التي ترد على سلطة تعديل الدستور. ومع ذلك، لا يمكن القول إن أحدهما بعيد المدى مثل تلك المبادئ المكرسة في المادتين (١)، (٢٠). حيث تشكل المادة الأولى من القانون الأساسي الألماني المادة الأولى في تسع عشرة مادة تكون الفصل الأول الذي يأتي تحت عنوان "الحقوق الأساسية". وتتص هذه المادة على ما يلي^(١):

١- "كرامة الإنسان غير قابلة للمساس بها. فاحترامها وحمايتها يمثلان واجباً إلزامياً على جميع سلطات الدولة.

٢- يؤمن الشعب الألماني بعدم المساس والإخلال بحقوق الإنسان كقاعدة أساسية للتعايش ضمن أي مجموعة بشرية، وللسلام والعدالة في العالم.

(1) (1) Human dignity is inviolable. To respect and protect it is the duty of all state authority. (2) The German People therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every human community, of peace, and of justice in the world. (3) The following basic rights are binding on legislature, executive, and judiciary as directly valid law.", Id. at art. 1. Note that clause three is especially interesting, for its reference is ambiguous. "The following basic rights" seemingly refers to the rest of Chapter 1, collectively labeled "Basic Rights." Thus, it could seemingly be argued that the remainder of Chapter 1 (Articles 2-19) is also unamendable, just like Article 1. However, the FCC has not considered this possibility when contemplating amendments to the Basic Rights. See Klass Case, op. cit.

٣- تلتزم السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية بالحقوق الأساسية الآتية باعتبارها تشريعاً مباشراً وناظراً".

أما المادة (٢٠) فتعد المادة الأولى في الفصل الحادي عشر الذي يأتي تحت عنوان "الاتحاد والولايات". وتنص هذه المادة على ما يلي: (١).

١- "جمهورية ألمانيا الاتحادية هي دولة فدرالية وديمقراطية بعدالة اجتماعية .

٢- الشعب هو مصدر جميع سلطات الدولة. ويمارس الشعب سلطته من خلال الانتخابات والتصويت، ومن خلال أجهزة خاصة بالسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية.

٣- ترتبط وتلتزم السلطة التشريعية بالنظام الدستوري، بينما ترتبط وتلتزم السلطة التنفيذية والسلطة القضائية بالقانون والشرعية.

٤- لكافة المواطنين الألمان الحق في مقاومة أي شخص يعتزم أن يقوم بإزالة هذا النظام إذا تعذر عليهم ذلك بوسائل أخرى".

(1) " (1) The Federal Republic of Germany is a democratic and social federal state. (2) All state authority emanates from the people. It is being exercised by the people through elections and voting and by specific organs of the legislature, the executive power, and the judiciary. (3) Legislation is subject to the constitutional order; the executive and the judiciary are bound by law and justice. (4) All Germans have the right to resist any person seeking to abolish this constitutional order, should no other remedy be possible.", Id. at art. 20.

ومن خلال هاتين المادتين - المادة (١) والمادة (٢٠) - تتكشف، حقيقة، المدى الواسع للمادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني. حيث إن مفاهيم "القانون والعدالة"، "والنظام الدستوري"، المشار إليهما في المادة (٢٠)، ومفهوم "الكرامة الإنسانية" المشار إليه في المادة الأولى، يعد كل منهما مفهومًا بالغ الغموض، ولا يمكن أن يكون أكثر اتساعًا في نطاقه. ولذلك، يقع على المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية مهمة تحديد معنى هذه المفاهيم. ومعنى ذلك، أن دور المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في رقابة التعديلات الدستورية يمكن أن يكون دورًا واسع النطاق تمامًا.

ومع ذلك، يُلاحظ أن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية - عندما ناقشت، لأول مرة، استخدام "التعديلات الدستورية غير الدستورية"، في قضية South West لم تقصر نفسها على متطلبات المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني، ولكنها اقترحت معنى أكثر اتساعًا.

"لا يمكن اعتبار أحد النصوص الدستورية نصً معزولاً وتفسيره على استقلال. ذلك، أن للدستور وحدة داخلية، ويرتبط معنى كل جزء منه بالنصوص الأخرى. ويعكس الدستور - منظورًا إليه باعتباره وحدة واحدة - مبادئ معينة بعيدة المدى وتقريرات أساسية تكون النصوص الفردية تابعة لها"^(١).

(1) Southwest Case at 32 (as translated in W. F. Murphy & J. Tanenhaus, Comparative Constitutional Law: Cases And Commentaries 209 (1977)). The Court also quoted a Bavarian Court decision which pre-dated the formation of the FCC, stating: "That a constitutional

وقد ذهبت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في هذا الاتجاه لتلاحظ أن "أي نص دستوري يجب تفسيره بطريقة تتسق مع تلك المبادئ الجوهرية والقرارات الأساسية لواضعي الدستور"^(١). ولاشك أن هذا الاتجاه يعكس منح المحاكم سلطة تقديرية واسعة لا تقتصر على نص الدستور ذاته. ومع ذلك، يجب ملاحظة أن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية لم تشر إلى هذه المقاربة إلا بطريقة الملاحظة العارضة dicta.

وبعد مضي عامين على الحكم الصادر في القضية السابقة، طورت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، في قضية المادة (١١٧)^(٢)، مفهوم "التعديلات الدستورية غير الدستورية" من مجرد ملاحظة عارضة dictum إلى نظرية فعلية، ملاحظة وجود مبادئ تنتمي إلى قانون أعلى تظل القانون الأساسي. ومن ثم قررت المحكمة أنه في حالة:

..... تجاوز أحد نصوص القانون الأساسي للحدود الخارجية لمبدأ القانون

provision itself may be null and void, is not conceptually impossible just because it is a part of the constitution. There are constitutional principles that are so fundamental and to such an extent an expression of a law that precedes even the constitution that they also bind the framers of the constitution, and other constitutional provisions that do not rank so high may be null and void because they contravene these principles."

(1) Id.

(2) 3 BverfGE 225 (1953).

الأعلى للعدالة، فإن واجب المحكمة يقتضي منها إلغاء هذا النص^(١).

على أن أصول معنى "مبادئ القانون الأعلى" ليست واضحة تمامًا. ويمكن أن تتمثل نقطة البداية المنطقية في المفاهيم المكرسة في المادة (٧٩)، وأيضًا - وإن بصورة ضمنية - في المادتين (١)، (٢٠). وبالفعل، فإن المفهوم المركزي المشار إليه في قضية المادة (١١٧) - مفهوم العدالة - ينبع مباشرة من البند (٣) من المادة (٢٠). ولكن الحكم الصادر في قضية South west case الذي يبين منه أن "مبادئ القانون الأعلى" يمكن أن تتبع من "المبادئ الشاملة" overarching principles غير المنصوص عليها، صراحة، في الدستور يترك هذا المفهوم دون تحديد واضح.

أما القضية الأخرى التي أثّرت فيها "التعديلات الدستورية غير الدستورية" فهي قضية Klass^(٢). وقد كانت هذه القضية تتعلق برقابة الاتصالات التليفونية والبريدية دون علم الشخص الموضوع تحت الرقابة. وللسماع بذلك، تم اقتراح تعديل للمادة (١٠) من القانون الأساسي الألماني التي كانت تنص، سابقًا، على أن "خصوصية الرسائل، وكذلك أيضًا الاتصالات التليفونية مكفولة. ولا يجوز

(1) "[i]n the improbable event that a provision of the Basic Law exceeded the outer limits of the higher-law principle of justice, it would be the Court's duty to strike it down.", Id. at 234 (as cited in Venice Commission, Opinion On The Constitutional Amendments Concerning Legislative Elections in the Republic of Slovenia (44th Plenary Meeting, 13-14 October 2000), available at [http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)013-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)013-e.asp)).

(2) 30 BverfGE 1 (1970).

فرض قيود عليها إلا وفقاً للقانون^(١). وقد كان من شأن التعديل المقترح إضافة بند ثان لهذه المادة، ليس فقط يسمح بالرقابة السرية للمراسلات، ولكن أيضاً يُحل الرقابة بواسطة هيئة ينشئها البرلمان، محل حق المواطنين في اللجوء إلى المحاكم^(٢).

وقد أيدت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية هذا التعديل في نهاية الأمر. بيد أن القضاة الراضين لهذا الحكم من أعضاء المحكمة عبروا عن رغبتهم في رفض التعديل استناداً إلى أنه يشكل انتهاكاً للفقرة (٣) من المادة (٧٩). ذلك أن القضاة قد نظروا إلى هذا التعديل باعتباره يشكل انتهاكاً لمفهوم "الكرامة الإنسانية" المشار إليه في المادة (١) من القانون الأساسي الألماني، وكذلك أيضاً لمفهوم "الحماية القانونية الفردية" المشتق من مفاهيم الفصل بسين السلطات والمشروعية العامة (التي تحظر بالحماية في ظل البندين (٢)، (٣) على التوالي من المادة (٢٠). وهكذا، جادل القضاة الراضون بأن المادة (٧٩) من القانون الأساسي تشير إلى الإجراءات التي تمس هذه المبادئ، ولذلك فإن

(1) Grundgesetz art. 10 cl. 1. (This second sentence was later removed from clause 1, and inserted into clause two, pursuant to the 17th Amendment.).

(2) Id. at art. 10 cl. 2 ("Restrictions may only be ordered pursuant to a statute. Where a restriction serves the protection of the free democratic basic order or the existence or security of the Federation or a State [Land], the statute may stipulate that the person affected shall not be informed and that recourse to the courts shall be replaced by a review of the case by bodies and auxiliary bodies appointed by Parliament.").

التعديل المقترح يشكل انتهاكاً للمادة (٧٩)، ومن ثم يعد "تعديلاً دستورياً غير دستوري".

وتمثل هذه القضايا الثلاث مجمل القضاء المتعلقة "بالتعديلات الدستورية غير الدستورية" في ألمانيا. ولذلك، يجب الاعتراف بأن نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" مازالت غير متطورة نسبياً في ألمانيا. ولذلك، فإن نطاق مفهوم "التعديلات الدستورية غير الدستورية" مازال غير محدد. وإن كان رأي القضاة المعارض، في قضية Klass، يكشف إلى أي مدى يمكن أن تبلغ بعض المفاهيم: مثل مفاهيم الكرامة الإنسانية، والفصل بين السلطات، وحكم القانون، التي يمكن أن تشكل جميعها أسساً لإعلان عدم دستورية أحد التعديلات وثمة مبادئ أخرى، مثل النظام السياسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية the party state، streitbare Demokratie، والعدالة، وفكرة الكود الأخلاقي a moral code يمكن - وفقاً لرأي بعض الكتاب - إثارتها لتجنب أحد التعديلات الدستورية^(١). ومع ذلك، فإن معاني هذه المفاهيم مازالت بعيدة عن الوضوح الكافي.

وقد دفع الوضع السابق الفقيه Donald Kommers إلى القول إنه توجد، في الواقع، دساتير ثلاثة في ألمانيا:

(1) David Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany 38, 48 (2d ed. 1997).

الأول: يتمثل في الدستور غير القابل للتعديل، أي ذلك الذي يحظى بحماية الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني.

الثاني: يتمثل في الدستور القابل للتعديل، أي كل أجزاء النص الدستوري المكتوب، فيما عدا تلك التي تحظى بحماية الفقرة (٣) من المادة (٧٩).

الثالث: ويتمثل في الدستور غير المكتوب، ويتكون من المبادئ الجوهرية للدستور، مثل العدالة justice، والكرامة dignity، والكود الأخلاقي a moral code^(١).

غير أن التنظيم أو الترتيب السابق الذي يتكون من أجزاء ثلاثة، لاسيما الجزء الأخير غير المكتوب، مازال محلاً للجدل. ويرجع ذلك، إلى أن المفاهيم الفعلية- المستخدمة في قضيتي المادة (١١٧)، Klass- (مثل مفاهيم العدالة، والفصل بين السلطات، والكرامة الإنسانية) تشكل نظريات لها أساس نصي، بالفعل، في "الدستور غير القابل للتعديل". ومع ذلك، فإن الأطروحة الأساسية للأستاذ Kommers ليست محل خلاف: حيث إن نص "الدستور غير القابل للتعديل" يتسم بالغموض، ويتضمن إشارة إلى بعض المبادئ الأكثر عمومية وغير الواضحة. وهكذا، فإن المحاكم تحتفظ بسلطات تقديرية واسعة- إذا ما اختارت أن تستخدمها- للفصل في دستورية التعديلات الدستورية.

(1) See id at 38.

المطلب الثاني

مفهوم "البنيان الأساسي" في القضاء الدستوري الهندي

تبنت المحكمة العليا في الهند، أيضاً، مفهوم "التعديلات الدستورية غير الدستورية". ويظهر ذلك جلياً من خلال إشارة المحكمة إلى وجود "بنيان أساسي" basic structure للدستور الهندي^(١). ووفقاً لهذا القضاء، فإنه على

(١) يلاحظ أن القضاء الدستوري المقارن أضحي يُكثر من استخدام بعض المصطلحات مثل "الشروط الأساسية" essential conditions، أو "البنيان الأساسي" basic structure أو "الملامح الأساسية". وتبدو هذه المصطلحات لصيقة بالمنطق الدستوري. ويبدو الحال كذلك، في الوقت الحاضر، بصفة خاصة، حيث يُفهم المنطق الدستوري، من جانبه الأكبر، باعتباره عملية لاستخلاص القواعد أو المعايير من النص القانوني. ويمكن القول إن إستراتيجية "القاعدية" أو "المعيارية" normativism تتكون من التمييز بين العمل act والقاعدة norm التي "يتضمنها" هذا العمل. وقد أسفرت هذه المحاولة لقراءة القواعد الكامنة داخل نص الدستور الشكلي formal constitution عن ظهور طوائف معينة من التفكير التي قادت المحاكم وغيرها من المفسرين الآخرين للتفكير في الجوانب الداخلية والخارجية للدستور inside/outside terms. وتبدو هذه الملاحظة بالغة الوضوح في اللغة التي تستخدمها المحاكم، وبصفة خاصة في سياق رقابة المحاكم لسلطة تعديل الدستور. ويشير الفقهاء إلى أن الدستور يتضمن جوهرًا معينًا certain core أو سمات داخلية (inside) characteristics، أو جوهرًا أو ملامح أساسية، essential features، أو مضمونًا جوهريًا أو عناصر جوهريّة (or a substance (or substantive elements) أو بنيانًا أساسيًا a basic structure identity. أو هوية identity. وعلى الرغم من أن معظم الكتاب المعاصرين يميلون إلى تجنب استخدام المفردات المعبرة عن الملامح الأساسية للدستور، فليس بمقدور أحدهم إنكار استخدام القضاء الدستوري - وبصفة خاصة المجلس الدستوري الفرنسي - لهذه المفردات. وفي هذا السياق، يلاحظ أن أحكام المجلس الدستوري الفرنسي مليئة بمثل هذه الإشارات، إلى مضمون أو جوهر الدستور، الغائبة عن نص العمل الدستوري الصادر في عام ١٩٥٨. ولا يبدو أن هذه اللغة المعبرة عن الملامح الأساسية للدستور مقصورة على هذه الأحكام المتعلقة بالسلطة التأسيسية. حيث استخدم المجلس الدستوري هذه اللغة في رقابته - في ظل المادة (٥٤) من الدستور - للمعاهدات المعدلة لمعاهدة روما ١٩٥٧. وقد استند

الرغم من أن المادة (٣٦٨) من الدستور الهندي - وهي المادة التي تسمح بتعديل الدستور - تخول البرلمان تعديل أي جزء من الدستور، فإن هذه المادة "لا تمكن البرلمان من تعديل "البنيان الأساسي" أو "إطار الدستور"^(١). ومعنى ذلك، أن المحكمة العليا الهندية بمقدورها إبطال التعديل إذا كان يشكل خروجاً

قضاء المجلس الدستوري الفرنسي، في هذا السياق، على "الشروط الأساسية للسيادة الوطنية". ويلاحظ أن هذه اللغة المعبرة عن الجوانب الأساسية أو الروح الأساسية قد تسربت - ربما تحت تأثير قضاء المجلس الدستوري - إلى الدستور الفرنسي ذاته. فمِنذ التعديل المتبني في عام ٢٠٠٣، أضحت المادتان (٧٢)، (٧٣) من الدستور تشيران إلى "الشروط الأساسية لممارسة الحريات المدنية". وتستهدف هذه الإشارات إلى "داخل الدستور"، أو إلى لب جوهره، حماية الدستور من التدمير، وذلك من خلال تحديد مضمونه الجوهري أو قيمه الجوهرية. ويشير أحد الكتاب إلى أن من شأن استهداف "داخل الدستور" interiority of the constitution أن يوجهنا نحو العالم الخارجي^(١). فحالما يبلغ الفاحص للدستور جوهر أو لب الملامح الكلية للدستور، فإنه يُوجّه أو يُحوّل، فجأة، نحو القيم، والسوابق التاريخية، والخصائص المنهجية التي تشكل الملامح الكلية الشاملة macrocosm للدستور. وعندما يشير المجلس الدستوري، على سبيل المثال، إلى "روح الدستور"، فإنه يجب على متخذي القرار الانخراط في نوع من التخمين المدقق. أي يجب عليهم البحث بأنفسهم في تاريخ النظام وفي الطريقة التي فسر بها ديجول هذا النظام. وعندما يشير المجلس الدستوري إلى "الشروط الأساسية" للسيادة الوطنية، فإنه يكون من العسير رد هذا الوصف إلى بند دستوري محدد. حيث يجب البحث عن "جوهر السيادة" خارج الدستور. ويترتب على ذلك، أن هذه المعايير تعكس دستوراً ليس محايداً في جوانبه الجوهرية، ولا مشتملاً على كل العناصر المكونة له بصورة ذاتية:

- See e.g. Conseil constitutionnel [CC] N° 2006-540 DC Rec 88. The idea of a constitutional identity is also found in EC law, but I do not wish to dwell on this here.

- Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République. n° 2003-276 .

(1) "does not enable Parliament to alter its basic structure or the framework of the Constitution.", Kesavananda Bharati v. State of Kerala, AIR 1973 S.C. 1461, 1510.

على "البنيان الأساسى" للدستور.

ويبدو مفهوم أو نظرية "البنيان الأساسى" مهمًا بصفة خاصة. ذلك، أنه لا يوجد أساس نصى صريح textual basis لهذا المفهوم في الدستور الهندي، وذلك خلافًا للوضع بالنسبة للدستور الألماني^(١). ويستند المنطق الذى تقوم عليه هذه النظرية فى أن كلمة "تعديل" amend هي، بحسب الأصل، كلمة ذات معنى محدد، فإذا ما أسفر "التعديل" عن انتهاك "البنيان الأساسى" للدستور، فإنه يتوقف عن أن يصبح "تعديلاً"، ويصبح شيئاً أكثر من ذلك. ولا يسمح الدستور للبرلمان إلا بالتعديل، ولا يأذن بشيء آخر مختلف بصورة أساسية.

على أن الحجة القانونية للقراءة الضيقة لكلمة "تعديل" لا تحكي كامل قصة مفهوم "البنيان الأساسى". حيث يشير بعض الكتاب إلى أن مفهوم "البنيان الأساسى" ينبع، بالأحرى، من صراع بين السلطات: بين المحكمة العليا والبرلمان. حيث وجدت المحكمة - بعد أن رفضت، في مرات متعددة، قوانين

(1) Although, for a brief time, the Supreme Court of India said there was such a textual limit. In I.C. Golaknath v. State of Punjab, A.I.R. 1967 S.C. 1643, the Court attempted to limit the ability of Parliament to amend the constitution by arguing that amendments were, in fact, no different from normal legislation. As such, Article 13, which prohibits any laws that take away or abrogate the "fundamental rights" of the constitution (found in Part III of the Constitution), would also prohibit amendments that had the same effect. This argument was reversed in Kesavananda, where it was recognized that amendments were different from normal legislation, and thus, not limited by Article 13.

ترتبط بالحقوق الأساسية (بصفة خاصة حقوق الملكية) - برلماناً عدوانياً ميثاقاً، بصورة متزايدة، إلى استخدام إجراء التعديل لفرض سياساته. وقد توج هذا النشاط البرلماني بما نُظر إليه، تاريخياً، على أنه يشكل إساءة استعمال للسلطة في شكل "حكم الطوارئ" emergency rule المعلن في عام ١٩٧٥. وفي الاثنتين وعشرين شهراً التالية، علق البرلمان عدداً من الحقوق الأساسية، بما في ذلك المادة (٢١) التي تكفل حماية الحياة والحرية الشخصية. والحقيقة أن إساءة استعمال السلطة البرلمانية قد أعطت مصداقية، أكثر من أي شيء آخر، لمفهوم التقيد القضائي أو الرقابة القضائية judicial check للتعديلات الدستورية.

ومع ذلك، يُلاحظ أن مفهوم "البنیان الأساسي" مازال مفهوماً غير محدد. وإذا كان هذا المفهوم قد استخدم في قضايا متعددة، فإنه أغلبية القضاة لم يتفقوا على مضمون محدد - يمكن صوغه في ظل مصطلح "البنیان الأساسي" - إلا مرة واحدة، حيث ألغت المحكمة، في قضية Minerva Mills^(١) تعديلاً كان يستهدف منع المحكمة من أعمال رقابتها على التعديلات البرلمانية، ومن ثم اتفق أغلب قضاة المحكمة، في هذه القضية، على أن سلطة التعديل البرلمانية المحددة تعد جزءاً من البنیان الأساسي للدستور.

وقد أثار القضاة عدداً من المسائل التي تتدرج تحت مفهوم "البنیان الأساسي". ومن هذه المسائل أو المبادئ: السيادة، والصفة الديمقراطية

(1) Minerva Mills Ltd. v Union of India, A.I.R. 1980 S.C. 1789.

والعلمانية (للنظام السياسي) Polity، وحكم القانون، واستقلال القضاء،
والحقوق الأساسية للمواطنين^(١).

ويلاحظ أنه في أعقاب انتهاء حكم الطوارئ في عام ١٩٧٥، لم يعد مبدأ
"البنیان الأساسي"، محلاً للنزاع. ويرجع ذلك، في جانب كبير منه، إلى إدراك
البرلمان وجود احتمال لإساءة استخدام سلطاته، وإلى استعداد البرلمان لتقييد
سلطته بنفسه. ويقتضي الإنصاف القول إن المحكمة العليا قامت، أيضاً، بدور
أكثر نشاطاً في تكريس وتحصين، الحقوق الأساسية، لاسيما الحق في الحياة
والحرية الشخصية (المادة ٢١). ولذلك، يمكن القول إنه عندما أضحت المحكمة
العليا حامياً قوياً لحقوق المواطنين، أصبح البرلمان يبدي حذراً ملحوظاً في
المساس بهذه الحقوق أو تفويضها. ومع ذلك، لا يمكن القول إن الجدل بشأن
مبدأ "البنیان الأساسي" قد انتهى بصورة نهائية.

ويبين من ذلك، أن القضاء قد ابتكر مفهوم "البنیان الأساسي" كرد فعل
على ما اعتبره إساءة استخدام للسلطة التشريعية من جانب البرلمان. وربما
يرجع ذلك إلى المرونة الإجرائية الشديدة في تعديل الدستور الهندي^(٢). وفي

(1) See Venkatesh Nayak, The Basic Structure of the Indian Constitution, 10, at http://www.humanrightsinitiative.org/publications/const/the_basic_structure_of_the_indian_constitution.pdf.

(٢) تجدر الإشارة إلى أن الدستور الهندي تعرض للتعديل (٨٢) مرة. وفي المقابل، لم
يتعرض الدستور الأمريكي للتعديل سوى ٢٧ مرة، وذلك على الرغم من أن عمر
الدستور الأمريكي يفوق عمر الدستور الهندي بأربع مرات.

ظل هذه المرونة الإجرائية الواضحة، بدا أن البرلمان يميل إلى إساءة استخدام سلطاته، لذلك كان طبيعياً أن تبدي المحكمة العليا الهندية درجة عالية من الإيجابية لتصحيح هذا الوضع السياسي غير المتوازن. وإذا كانت بعض الشكوك قد اكتنفت موقف المحكمة العليا الهندية في بادئ الأمر، إلا أنه لم يعد هناك اعتراضات قوية على اتخاذ المحكمة مواقف قوية لحماية الحقوق الأساسية.

المطلب الثالث

"التعديلات الدستورية غير الدستورية" في الدول الأخرى

إذا كانت ألمانيا والهند تعكسان النماذج الأكثر تطوراً للتعديلات الدستورية غير الدستورية، فإن هناك دولاً ثمانية أخرى تتطوي دساتيرها على بعض عناصر "التعديلات الدستورية غير الدستورية"، وإن بدرجات مختلفة. ونعرض فيما يلي، بإيجاز، لموقف هذه الدول. وتتمثل هذه الدول في: البوسنة والهرسك، ونيبال، والنرويج، ورومانيا، وناميبيا، وجيبوتي، وإيطاليا، وفرنسا.

١- البوسنة والهرسك:

أنشئت البوسنة والهرسك بواسطة اتفاقية دايتون في عام ١٩٩٥^(١). وقد

(1) The 1995 General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina [hereinafter Dayton Agreement].

أنهت هذه الاتفاقية نزاعاً مسلحاً بين الطوائف العرقية الصربية والبوسنية والكرواتية في أعقاب إعلان الاستقلال عن يوغسلافيا في عام ١٩٩٨. وقد كان الصرب يحاولون تقسيم الدولة على أساس عرقي، وذلك حتى يتمكنوا من البقاء متحالفين سياسياً مع الصرب في الدول المتجاورة. ومن المعلوم أن اتفاقية دايتون كانت تتضمن دستوراً كاملاً للبوسنة والهرسك في الملحق رقم (٤) للاتفاق. غير أن هذا الدستور وإن كان قد خلق ديمقراطية في المنطقة، إلا أنه ركز أغلب السلطات في كيانين تحت وطنين هما: الاتحاد البوسني الكرواتي وجمهورية Bosnian Serb-led Republika Srpska.

ويلاحظ أن الانتقال إلى الحكم الديمقراطي مازال بعيداً عن الاكتمال، وإن كانت تفاصيل هذا الانتقال تجاوز أغراض هذا البحث. والمهم، في هذا السياق، أن دستور البوسنة والهرسك - المتضمن في اتفاق دايتون - قد أشار بالفعل إلى "التعديلات الدستورية غير الدستورية"، وذلك عندما حظر هذا الدستور التعديلات التي "تصادر أو تقلص أي من الحقوق والحريات المشار إليها في المادة الثانية من الدستور"^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن المادة الثانية من دستور البوسنة والهرسك تضم قائمة مطولة من الحقوق والحريات، بما في ذلك تبني وتقرير التطبيق المباشر

(1) "eliminate or diminish any of the rights and freedoms referred to in Article II of this Constitution.", BOSN. & HERZ. CONST. art. X cl. 2.

أو الأثر المباشر للاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية وملاحظتها الإضافية^(١).

وتحديد ما إذا كانت المحاكم، في البوسنة والهرسك ستقوم، بالفعل، بإنفاذ هذه الحقوق والحريات، مازال سؤالاً مفتوحاً لم تتم الإجابة عليه بعد. وفي الوقت الحاضر، تكتنف كثير من الشكوك قدرة القضاء على إنفاذ هذه الحقوق والحريات. ذلك، أنه على الرغم من افتراض استقلال القضاء، فإنه مازال متأثراً ببعض "العناصر الوطنية" والأحزاب السياسية والسلطة التنفيذية^(٢). وبالإضافة إلى ذلك، فإن بعض الأحكام التي تصدرها المحاكم لا تنفذ، في بعض الأحيان، من جانب السلطات المحلية^(٣). ولذلك، يذهب بعض المعلقين إلى أن "التعديلات الدستورية غير الدستورية"، المشار إليها في الدستور، ليست ذات أهمية عملية في الوقت الحاضر، نظراً لعدم فعالية المحاكم.

٢ - نيبال:

ينص دستور نيبال على أنه "يمكن اقتراح مشروع قانون لتعديل أو إلغاء أي من مواد هذا الدستور دون مساس بروح مقدمة هذا الدستور..."^(٤). ومن

(1) Id. at art. II cl. 2.

(2) U.S. DEPT OF STATE, Country Reports on Human Rights Practices for 2003: Bosnia and Herzegovina (2004), available at <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2003/27829.htm>.

(3) Id.

(4) "[a] bill to amend or repeal any Article of this Constitution, without

الواضح أن كلمة "روح" تشير، بالتأكيد، إلى وجود "قيد" على عملية التعديل أو الإلغاء، غير أن معنى هذا القيد مازال بعيداً عن التحديد.

ومع ذلك، توجد بعض الملاحظات، بشأن نيبال، يجب أخذها في الاعتبار:

أولاً: إن دستور نيبال الحالي لم يُوضع إلا في عام ١٩٩٠. ومن ثم، فإن مفهوم "روح المقدمة" مفهوم حديث نسبياً، ولم يتم اختباره بعد.

ثانياً: على الرغم من أن المحكمة العليا في نيبال تتمتع بسلطة إجراء رقابة قضائية^(١)، فإن نص المادة (١١٦) يشوبه بعض الغموض بشأن الهيئة الحكومية التي يكون بمقدورها تأكيد أن "روح المقدمة" لم يتم انتهاكها. وبينما يبدو محتملاً أن هذه الهيئة يمكن أن تكون المحكمة العليا - استناداً إلى تحليل قائم على مبدأ الفصل بين السلطات - فإن البعض يذهب إلى أن المقصود بهذه الهيئة هو المشرع ذاته، الذي بمقدوره أن يؤكد أن "روح المقدمة" لم يتم انتهاكها من خلال ما يُطلق عليه أسلوب أو طريقة "الضبط الذاتي" a self-policing manner^(٢). والحقيقة أن تحديد الجهة المنوط

prejudicing the spirit of the Preamble of this Constitution, may be introduced . . .", NEPAL CONST. art. 116, cl. 1 (emphasis added).

(1) Id. at art. 88.

(2) See Richard Stith, Unconstitutional Constitutional Amendments: The extraordinary power of Nepal's Supreme Court, 11 AM. U.J. INT'L L. & POL'Y 47, 73-77 (1996).

بها بيان ما إذا كانت المقدمة قد تم انتهاكها أم لا مازال محل خلاف^(١).

ثالثاً: افترض أنه يوجد في الحقيقة "تعديل دستوري غير دستوري" مازال أمراً بالغ الغموض. كما أن مقدمة دستور نيبال بالغة العمومية، وتتسم بالطموح، وتبدو في بعض الأحيان متناقضة^(٢). ومع ذلك، فإن مفهوم "روح الدستور"

-
- (1) As Richard Stith argues, this language is similar to that found in the Norwegian Constitution; Norway's courts have determined that this is to be enforced by the legislature, not the courts. But it should also be noted that Nepal is located next to India, and has been influenced significantly by Indian scholars and jurisprudence. As such, equating the "spirit of the Preamble" to India's "basic structure" seems possible.
- (2) NEPAL. CONST. pmb. ("Whereas, We are convinced that the source of sovereign authority of the independent and sovereign Nepal is inherent in the people, and, therefore, We have, from time to time, made known our desire to conduct the government of the country in consonance with the popular will; and Whereas, in keeping with the desire of the Nepalese people expressed through the recent people's movement to bring about constitutional changes, we are further inspired by the objective of securing to the Nepalese people social, political and economic justice long into the future; and Whereas, it is expedient to promulgate and enforce this Constitution, made with the widest possible participation of the Nepalese people, to guarantee basic human rights to every citizen of Nepal; and also to consolidate Adult Franchise, the Parliamentary System of Government, Constitutional Monarchy and the System of Multi Party Democracy by promoting amongst the people of Nepal the spirit of fraternity and the bond of unity on the basis of liberty and equality; and also to establish an independent and competent system of justice with a view to transforming the concept of the Rule of Law into a living reality: Now, Therefore, keeping in view the desire of the people that the State authority and sovereign powers shall, after the com-

يمكن تفسيره بصورة واسعة أو ضيقة بحسب ما تحدده المحكمة.

٣- النرويج:

ينص دستور النرويج- المتبني في عام ١٨١٦- على أنه "لا يجوز أن تتناقض التعديلات مع المبادئ المتضمنة في هذا الدستور، ولكن تتعلق فقط ببند معينة لا تغير روح الدستور..."^(١). ويبدو هذا الحظر، في مواجهة انتهاك "مبادئ" و"روح" الدستور بالغ الغموض. غير أن هذا الحظر يبدو، أيضاً، قريب الشبه من مبدأ "البنیان الأساسي" في الهند ومبدأ "المبادئ غير القابلة للتعديل في ألمانيا"، وذلك على الرغم من أن النرويج قد تبنت دستورها قبل الهند وألمانيا بقرن من الزمان تقريباً.

ورغم ما سبق، يذهب بعض الكتاب إلى أن مفهوم "التعديلات الدستورية غير الدستورية" غير معترف به في النرويج. ونظراً لعدم تحديد هذا البند

mencement of this Constitution, be exercised in accordance with the provisions of this Constitution, I, King Birendra Bir Bikram Shah Deva, by virtue of the State authority as exercised by Us, do hereby promulgate and enforce this Constitution of the Kingdom of Nepal on the recommendation and advice, and with the consent of the Council of Ministers.").

- (1) "must never . . . contradict the principles embodied in this Constitution, but solely relate to modifications of particular provisions which do not alter the spirit of the Constitution . . .", NOR. CONST. art. 112 cl. 1 (1814).

الدستوري، ولعدم تخويل سلطة الرقابة على مدى احترامه إلى المحاكم، فإنه يُفسر، بصفة عامة، على أنه لا يعني شيئاً أكثر من مجرد توجيه إرشادي للمشرع. ومعنى ذلك، أن هذا البند الدستوري غير قابل للتقاضي بشأنه أو للحماية عن طريق القضاء not justifiable^(١). ولعل هذه الملاحظة تُظهر محدودية تطبيق نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" حول العالم إلى حد كبير. فرغم أنه يوجد أساس نصي textual basis واضح لهذه النظرية في النرويج، فإن المحاكم رفضت إعمال هذه النظرية. ومع ذلك، يُلاحظ أن المحاكم النرويجية أدت دوراً نشطاً في الذود عن الدستور من نواح مختلفة، حيث باشرت هذه المحاكم سلطة الرقابة القضائية قبل أي دولة أوروبية أخرى^(٢).

٤ - رومانيا:

يتضمن دستور رومانيا، المتبني في عام ١٩٩١، منذ مراجعته في عام ٢٠٠٣، مقارنة قريبة من تلك المتبناة في ألمانيا. ويمكن الإشارة إلى بعض

(1) See D. Conrad, Limitation of Amendment Procedures and the Constituent Power, 15-16 INDIAN Y.B. INT'L AFF. 375, 380 n.10e (1970) ("[t]he prevailing interpretation seems to be that a court of law is not entitled to disregard an amendment as violating the spirit of the Constitution and that the provision is but a directive for the legislature." (internal cite omitted)).

(2) See Carsten Smith, Judicial Review of Parliamentary Legislation: Norway as a European Pioneer (2000), available at <http://www.hoyesterett.no/artikler/2694.asp> (stating that judicial review had been created by the courts, in a similar manner to Marbury v. Madison, in 1866).

العناصر التي تستتبط من هذه المراجعة، مثل: شكل الحكومة، واستقلال القضاء، والتعددية السياسية، واللغة الرسمية، "والحقوق والحريات الأساسية للمواطنين وضمانات هذه الحقوق والحريات"^(١). وتوجد في رومانيا محكمة دستورية تباشر "رقابة مجردة" abstract review^(٢)، بما في ذلك رقابة كل "مقترحات مراجعة الدستور"^(٣). ولذلك، يبدو واضحاً أن المحكمة الدستورية تتمتع - كما هو الحال بالنسبة للمحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية - بسلطة إلغاء التعديلات الدستورية في ضوء هذه المبادئ الموضوعية. ولكن كيفية تفسير المحكمة الدستورية الرومانية لهذه السلطة مازال بعيداً عن الوضوح^(٤).

٥- ناميبيا:

ينص دستور ناميبيا على أنه "لا يجوز أن يتضمن التعديل تقويضاً

-
- (1) ROMANIAN CONST., art. 152 (2003) ("(1) The provisions of this Constitution with regard to the national, independent, unitary and indivisible character of the Romanian State, the Republican form of government, territorial integrity, independence of the judiciary, political pluralism and official language shall not be subject to revision. (2) Likewise, no revision shall be made if it results in the suppression of the citizens' fundamental rights and freedoms, or the safeguards thereof.").

(٢) الرقابة المجردة هي تلك التي تُمارس بعيداً عن أية منازعة أو خلاف بين الأطراف، فالطعن الدستوري موجه إلى العمل القانوني المتمثل في النصوص الخاضعة للرقابة على دستورتها. وهي في هذا الشأن تفارق الرقابة التي تتطلب وجود منازعة موضوعية.

- (3) Id. at art. 146 para. (a).

- (4) As of publication of this paper, the author is unaware of any cases involving these principles.

أو انحرافاً عن الحقوق والحريات الأساسية" التي يكرسها هذا الدستور^(١).

ويُفترض إمكان إنفاذ هذا النص بواسطة المحكمة العليا، وذلك على الرغم من أن المحكمة لا تملك أساساً نصاً دستورياً تستند عليه لرقابة التعديلات الدستورية^(٢). ولذلك، قد تتور الشكوك بشأن مدى إمكان التطبيق القضائي للبند الدستوري المشار إليه آنفاً.

٦- جيبوتي:

يوجد في جيبوتي - التي كانت مستعمرة فرنسية حتى عام ١٩٧٧ - حظراً في مواجهة أي تعديل يمكن أن يمس الشكل الجمهوري للحكومة، أو الطابع التعددي للديمقراطية، أو وجود الدولة^(٣). كما يوجد في جيبوتي مجلس دستوري - على غرار المجلس الدستوري الفرنسي - يمكنه إجراء "رقابة

(1) "diminish[] or detract[] from the fundamental rights and freedoms" established in the Constitution.", NAMIB. CONST. art. 131 (1998).

(2) Id. at art. 79 (The Supreme Court can hear "appeals which involve the interpretation, implementation and upholding of this Constitution and the fundamental rights and freedoms guaranteed thereunder," as well as "matters referred to it for decision by the Attorney-General." Id. at art 79, cl. 2. It is incumbent upon Parliament to determine the jurisdiction of the Supreme Court. Id. at art 79, cl. 4.).

(3) DJIB. CONST. art. 88 (1992) ("No amendment procedure may be undertaken if it calls in question the existence of the State or jeopardizes the integrity of the territory, the republican form of government or the pluralist character of Djiboutian democracy."), as translated in Constitutions of The Countries of The World (Gisbert H. Flanz, Ed., 2005).

مجردة". ومن ثم، يفترض إمكان إنفاذ الحظر السابقة عن طريق المجلس الدستوري، إذا دعت الحاجة إلى ذلك^(١). ومع ذلك، يلاحظ أن القضاء ليس مستقلاً تماماً عن السلطة التنفيذية، وأن الحزب المسيطر - تحالف الشعب من أجل التقدم the People's Rally for Progress, RPP - يسيطر، ليس فقط على منصب الرئيس، ولكن أيضاً على كامل مقاعد الهيئة التشريعية - المكونة من مجلس واحد - في انتخابات عام ٢٠٠٢، التي أثارت فيها المعارضة اتهامات بتزوير الانتخابات^(٢). ولذلك، لا يبدو مؤكداً ما إذا كانت هذه الضمانة القضائية - رقابة المجلس الدستوري للتعديلات الدستورية - ستجد احتراماً في التطبيق الواقعي إذا ما دعت الحاجة لاختبارها.

٧ - إيطاليا وفرنسا:

ينص دستور إيطاليا على أنه "لا يجوز تغيير الشكل الجمهوري للدولة بواسطة التعديل الدستوري"^(٣). ويتضمن الدستور الفرنسي لغة مشابهة تقريباً: "لا يجوز أن يكون الشكل الجمهوري للحكومة محلاً للتعديل"^(٤). والحقيقة أن

(1) Id. at Tit. VIII.

(2) U.S. DEPT OF STATE, Country Reports on Human Rights Practices for 2003: Djibouti (2004), available at <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2003/27724.htm> [hereinafter Djibouti Country Report].

(3) "[t]he republican form of the state may not be changed by way of constitutional amendment.", La Costituzione Della Repubblica Italiana [CONST.] art. 139 (Italy).

(4) See La Constitution [CONST..] art. 89 para. 5 (France) ("The republican form of government shall not be the object of an amend-
=

هذه الأمثلة "للتعديلات الدستورية غير الدستورية" تبدو محدودة في مداها ومتنازعا في قيمتها. ذلك، أن المحافظة على الشكل الجمهوري مسألة لا تثار كثيرا، كما أنه إذا ما أُريد تغيير الشكل الجمهوري للدولة، فمن المشكوك فيه إمكان حسم هذه المسألة من خلال الإطار القانوني القائم.

كما أنه ليس واضحا، أيضا، ما إذا كانت هذه البنود الدستورية يمكن حمايتها من خلال القضاء. ومع ذلك، فإن حضور هذه البنود في الدساتير الأخرى لا يُعطي قبولا للفكرة التي أكدت المحكمة العليا الهندية في قضية Kesavananda Bharati من أنه لا يجوز للتعديلات الدستورية أن تعيد صوغ أو خلق الدستور بصورة كاملة^(١). ويرى بعض الكتاب أن تقييد إعادة صوغ أو خلق الدستور، بصورة كاملة، يمثل انتهاكا للديمقراطية^(٢).

المبحث الثالث

الانتقال من المبادئ الدستورية إلى "التعديلات غير الدستورية"؟

لا يوجد، بالضرورة، أي ارتباط بين المبادئ الدستورية والتعديلات

ment.”).

(1) Kesavananda Bharati v. State of Kerala, AIR 1973 S.C. 1461.

(2) Walter F. Murphy, Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity, in Responding to Imperfection: The Theory And Practice of Constitutional Amendment, op. cit.

الدستورية غير الدستورية. ذلك، أنه من المعلوم أن المبادئ الدستورية تُوضع، عادة، في وثيقة مؤقتة تنتهي بدخول الدستور الجديد حيز النفاذ. ولذلك، يمكن القول إن المبادئ الدستورية يتوقف نفاذها، أيضاً، حالما يتشكل الدستور الجديد. على أن هذا المنظور الضيق يُقيد مدى المبادئ الدستورية في التأثير على الدستور الجديد أو على أي محاولات دستورية لتغيير هذا الدستور.

ومع ذلك، فإن هذه النظرة الضيقة تعرضت للنقد في الدوائر الأكاديمية. حيث يذهب بعض الكتاب إلى أن هذه المبادئ الدستورية تستمر في الحياة بعد خلق الدستور الجديد. ومن ثم، فإن أي محاولات مستقبلية لتعديل الدستور يجب أن تتطابق مع المبادئ الدستورية الأصلية التي شكلت الدستور. ذلك، أن هذه المبادئ الأصلية تعد الأساس الذي يستند عليه الدستور الجديد. ومعنى ذلك، أن هذه المبادئ تستمر في الوجود، وتشكل، في الحقيقة، جزءاً لا يتجزأ من الدستور. وقد دافع عن هذه النظرة الأستاذ Marinus Wiechers^(١).

(1) See Wiechers, Marinus Wiechers, Namibia: The 1982 Constitutional Principles and Their Legal Significance, in Namibia: Constitutional and International Law Issues, at 20, op. cit., ("[I]t can be said that the Namibian legislature, through the Constituent Assembly's adoption of these Principles, did introduce... a curb into its Constitution. The effect of this curb is that the Namibian legislature cannot by means of the constitutional amendment, abolish any of the 1982 Principles. In constitutional terms, it means that the 1982 Principles go beyond and deeper than the Constitution itself; they contain fundamental conditions upon which the existence and legal force of the Constitution itself is founded.").

ومع ذلك، قد يكون من الصعب تقبل هذا الرأي الأخير الذي يقول باستمرار المبادئ الدستورية باعتبارها تشكل أساساً للدستور الجديد. فمن وجهة النظر النصية، قد يكون من العسير القول بوجود مبادئ الدستورية يجب احترامها من جانب أي محاولات مستقبلية لتعديل الدستور، مادام أن هذه المبادئ لا تجد إشارة لها في الدستور الجديد. بينما من وجهة نظر "النية الأصلية"، فإن القول بضرورة المحافظة على المبادئ الدستورية يجد أساساً أكثر قوة. ومن الطبيعي أن كل ذلك يفترض وجود هيئة قضائية، سواء في صورة محكمة عليا أو محكمة دستورية، بمقدورها سماع الدعاوي في هذا الخصوص.

على أن فكرة استمرار المبادئ الدستورية، التي يستند عليها الدستور، قد تجد تطبيقاً مهماً لها في بعض الدول، مثل الهند. حيث ابتكرت المحكمة العليا الهندية مفهوم "البيان الأساسي للدستور" بدافع من رغبتها في فحص حالات "إساءة استعمال السلطة" من جانب الأفرع الأخرى للحكومة. ومن ثم، كان على المحكمة العليا الهندية أن تتبنى مفهوماً جديداً، لكي تتمكن من مباشرة هذه الرقابة أو هذا الفحص. ومن ثم، لا يكون من الصعب على المحكمة أن تعيد إحياء المبادئ الدستورية، إذا كانت هذه المبادئ هي التي استند عليها في صوغ الدستور. ولاشك أن مثل هذه المقاربة تحتاج إلى تبني دور إيجابي نشط من جانب المحكمة. ويبقى مثل هذا الدور، على الأقل، إمكانية نظرية قائمة في الهند.

وإذا كان لا توجد محكمة قد تصدت، بوضوح، لمثل هذه المسألة، أو أجابت على هذا السؤال، فإن المحكمة الدستورية الهندية قد فعلت ذلك في واحد من أولى قراراتها، حيث قامت المحكمة بفحص "قضاء البنيان الأساسي" للدستور - المعروف في القضاء الدستوري الهندي - وخلصت المحكمة إلى أن مثل هذه النظرية قابلة، في ظل توافر الشروط الصحيحة لذلك، للتطبيق في جنوب أفريقيا^(١). ومع ذلك، لا يوجد الكثير الذي يمكن قراءته أو استخلاص من ذلك. حيث لاحظت المحكمة أن مثل هذه الوقائع لم تثر في القضية الماثلة، ولذلك لم تقضي بحكم فاصل في هذه المسألة^(٢). ولذلك، لم تبد المحكمة هذه الملاحظات سوى عن طريق الإشارة العارضة غير المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بوقائع الدعوى^(٣). وأخيراً، يلاحظ أن هذه القضية لم تطرح على المحكمة إلا في العامين الأولين من بدء عملها، وحتى قبل التصديق على دستور جنوب أفريقيا^(٤). ولذلك، فإن التطور المستقبلي لهذه الملاحظات يبدو غامضاً.

(1) Premier of Kwazulu-Natal v. President of the Republic of South Africa, 1996 (1) SALR 769, ¶¶ 47-49.

(2) Id.

(3) Id. at 784 para. 49.

(4) Note that the Constitutional Court was actually created by the Interim Constitution. See S. AFR. CONST. art. 98 (1994).

المبحث الرابع

"التعديلات الدستورية غير الدستورية": مقارنات ونتائج

يبين، مما سبق، أنه إذا كانت توجد أوجه من التمايز بين الدول العشر السابقة فيما يتعلق بالممارسات الفعلية أو المحتملة "للتعديلات الدستورية غير الدستورية"، فإنه توجد، أيضاً، أوجه تماثل مهمة يجب أخذها في الاعتبار فيما يتعلق بإمكانية تبني نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية". وفي مقارنة النماذج السابقة، ستم الإشارة إلى مضمون أو موضوع "التعديلات الدستورية غير الدستورية" (المطلب الأول). وبعد ذلك، سيتم تناول مصدر والجنور التاريخية لهذه النظرية (المطلب الثاني). وأخيراً، سيتم إلقاء الضوء على الاستخدامات المحتملة والقيود المفترضة على نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" في المستقبل (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مضمون "التعديلات الدستورية غير الدستورية"^(١).

يُظهر مضمون "التعديلات الدستورية غير الدستورية"، في الأمثلة المشار إليها آنفاً، بعض أوجه الشبه المهمة. وتتمثل هذه الأوجه من الشبه فيما يلي:

(1) Note that for the purposes of discussion of "substance," the issue of justiciability—or lack thereof—will not be addressed.

أولاً: تتضمن أغلب الأمثلة بنوداً تحمي الشكل (الديمقراطي أو الجمهوري) للحكومة أو للدولة. حيث تشير خمسة من الأمثلة إلى ذلك صراحة، بينما تشير ثلاثة من الأمثلة إلى هذه البنود ضمناً^{(١)(٢)}. ويرى بعض الكتاب أن إدراج كل من الهند ونامبيا في هذه الأمثلة يثير جدلاً أوسع مقارنة بالدول الأخرى، وإن كانت نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" تظهر، في هاتين الدولتين، التزاماً مستمراً بالديمقراطية^(٣).

-
- (1) Germany, Italy, France, Djibouti, and Romania explicitly refer to a democratic form of governance. Bosnia-Herzegovina's UCA refers to rights included from the Protocols to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Protocol 1, article 3, of the European Convention includes the right to free elections for the choice of legislature, which is fundamental to democracy. See Optional Protocol No. 1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, art. 3, 213 U.N.T.S. 262. Norway and Nepal both include references to the "spirit" of the constitution (or preamble); these documents clearly embrace democracy.

(٢) تجدر الإشارة إلى أن كلاً من ألمانيا وإيطاليا، وفرنسا، وجيبوتي، ورومانيا تشير، صراحة، إلى الشكل الديمقراطي للحكومة. بينما تشير نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية"، في البوسنة والهرسك، إلى الحقوق المتضمنة في الملاحق الإضافية للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية.

(٣) يُشار، في الهند، فقط إلى "البنیان الأساسي" للدستور (أو للحكومة). وبينما مازال معنى هذا المصطلح غير واضح بصورة كاملة، فإن بعض المبادئ أو المثل الديمقراطية قد اقترحت للإدراج في هذا المفهوم. وفي نامبيا، تشير نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" إلى حقوق الإنسان، ولكن المبادئ الدستورية لنامبيا ذات أثر مستمر. ومن ثم، فإن هذه المبادئ تشير، صراحة، إلى المبادئ أو المعايير

ثانيًا: يظهر العنصر الموضوعي المشترك، في نظريات "التعديلات الدستورية غير الدستورية" في "حقوق الإنسان". فمن بين النماذج العشرة المشار إليها آنفًا، يُشار، في أربع من الدول، صراحة، إلى حقوق الإنسان^(١). وثمة أمثلة ثلاثة أخرى غير مؤكدة تتمثل في الهند بإشارة إلى "البنيان الأساسي" للدستور، ونيبال والترويج بالإشارة إلى "روح" الدستور أو مقدمته. وفي كل من هذه الأمثلة الثلاثة، يمكن إدراج حقوق الإنسان في نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية"، لأن "روح" الدستور أو مقدمته

الديمقراطية:

- India refers only to the "basic structure" of the government, and while the meaning of this term is unclear, democratic ideals have been raised as a potential candidate for inclusion. Namibia's UCA example is only in reference to human rights, but arguably, the constitutional principles of Namibia have continuing effect, and if so, then these principles explicitly referred to democratic norms. Chapter 4. b.ii and Chapter 7. d.

(١) تشير دساتير كل من رومانيا، ونامبيا، والبوسنة والهرسك إلى أن "الحقوق والحريات" غير قابلة للتعديل"، بينما يشير الدستور الألماني إلى الكرامة الإنسانية، وذلك على الرغم من وجود أساس نص لإدراج حقوق أخرى:

- Romania, Namibia, and Bosnia-Herzegovina all refer to the "rights and freedoms" as being unamendable; Germany only seems to include human dignity, though there is textual support for a broader inclusion of other rights. See supra note 129 and accompanying text.

تحمي- من بين أشياء أخرى- حقوق المواطنين، وهذه الحقوق تشكل جزءاً من "البيان الأساسي" للدستور. على أن مثل هذا الاستخلاص وإن كان منطقياً إلا أنه ليس حتمياً ولا مسلماً به، ومن ثم فإنه يبقى مجرد إمكانية مفترضة.

وفيما عدا هذين المجالين الواسعين للديمقراطية وحقوق الإنسان، لا توجد أوجه شبه أخرى ظاهرة. ففي رومانيا، يُشار إلى القضاء المستقل، والتعددية السياسية واللغة الرسمية في إطار نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية"^(١). أما في كل من الهند ونيبال والنرويج، تبقى هذه النظرية يكتنفها كثير من الغموض، ويمكن أن تكون، نظرياً، بالغة الاتساع.

-
- (1) ROMANIAN CONST., art. 152 (2003) ("(1) The provisions of this Constitution with regard to the national, independent, unitary and indivisible character of the Romanian State, the Republican form of government, territorial integrity, independence of the judiciary, political pluralism and official language shall not be subject to revision. (2) Likewise, no revision shall be made if it results in the suppression of the citizens' fundamental rights and freedoms, or the safeguards thereof.").

المطلب الثاني

المصدر والجذور التاريخية لنظرية

"التعديلات الدستورية غير الدستورية"

يلاحظ أن تسعة من النماذج السابقة تتمتع بأساس نص واضح لنظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" في دساتيرها. وتشكل الهند استثناءً على هذه القاعدة^(١). وقد استنبط المفهوم الهندي "البنيان الأساسي" من تفسير ضيق لكلمة "يعدل" amend، ولعل أكثر ما يميز النموذج الهندي في هذا الخصوص هو أنه يفترض أن أي محكمة عليا أو دستورية بمقدورها التوصل إلى ذات النتيجة، إذا ما أرادت ذلك. وإذا كان هذا الافتراض يبقى غير محتمل بصورة كبيرة، إلا أنه يبقى ممكناً.

ومع ذلك، لا يجوز إغفال السياق التاريخي الذي بزغت فيه هذه النظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية". كما أنه من المعلوم أن هذه النظرية تثير إشكاليات عدة بالنسبة للديمقراطيات بصفة عامة، وذلك لأن المحاكم ليست،

(1) Note that Kommers suggest that Germany, too, seems to have both a textual and supra-textual basis for its theory of UCA's, though as the author has noted, it seems that in practice there has always been a textual basis for the Federal Constitutional Court's reference to UCA's when they are discussed as anything more than dicta. David Kommers, The Constitutional Jurisprudence Of The Federal Republic Of Germany, op. cit., and accompanying text.

عادة، محلاً للمساءلة الديمقراطية. على أن هذه المخاوف النظرية يمكن التقليل منها استناداً إلى الحقائق العملية. ويمكن الاستدلال على صحة هذه الملاحظة الأخيرة من خلال الإشارة إلى النموذجين الألماني والهندي اللذين يعدان النموذجين الأكثر أهمية في هذا الخصوص.

ففي ألمانيا، يُلاحظ أن نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" قد وضعت، مباشرة، في نص الدستور الجديد الذي تم تبنيه في عام ١٩٤٩. ويجب النظر إلى ذلك على أنه اعتراف بالفظائع التي ارتكبت، بصورة قانونية، في ظل حكم النازي، وكذلك الحاجة لتأكيد أن مثل هذه الفظائع لن تتكرر مرة ثانية. ويُلاحظ أن ثمة عناصر أخرى حمائية قد أخذت، أيضاً، في الاعتبار لتبني هذه النظرية، من ذلك، على سبيل المثال، تأكيد حق المحاكم في مباشرة الرقابة القضائية لحماية حقوق المواطنين في مواجهة التشريع العادي، ولتقييد دور ومدى سلطات الطوارئ. ومع ذلك، يمكن النظر إلى نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" باعتبارها ذروة الاستجابة أو رد الفعل عن طريق تحصين مفهوم "الكرامة الإنسانية" من التعديل الدستوري، وكذلك أيضاً بعض المبادئ الأخرى مثل "الفصل بين السلطات" وحق "كل الألمان في مقاومة أي شخص يسعى إلى إلغاء هذا النظام الدستوري" ^(١). ويبين، من ذلك، أن واضعي الدستور الألماني اتخذوا إجراءات احتياطية إضافية تمكن الشعب في مجموعة، وكذلك أيضاً المحكمة الدستورية الفيدرالية، لاتخاذ إجراءات حمائية

(1) GRUNDGESETZ , op. cit., 128. at art. 20 cl. 4.

لمواجهة أي محاولات مستقبلية لإساءة استخدام السلطة السياسية. وبينما تمنح هذه المقاربة للمحاكم الألمانية الفرصة لكي تكون أكثر انخراطاً في القرارات السياسية، فقد نظر إليها باعتبارها نتيجة ضرورية من أجل كفالة فحص أو رقابة check أكثر قوة على الأفرع السياسية البحتة للحكومة^(١).

وفي الهند، يُلاحظ أن تطور نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" كان مشابهاً لنظيره في ألماني. حيث استخدمت المحكمة العليا الهندية مفهوم "البنيان الأساسي" في عدد محدود من الأحكام، ولكن الفكرة أصبحت أكثر قبولاً بعد إساءة استخدام السلطة السياسية أثناء حكم الطوارئ في الفترة ما بين ١٩٧٥ إلى ١٩٧٧، حيث علق كثير من الحقوق والحريات، حتى أكثر الحقوق قدسية، مثل الحق في الحياة والحق في الحرية الشخصية. وقد قادت هذه الأوجه من إساءة استخدام السلطة - متضافرة مع نظام سياسي يُسلم نفسه بسهولة إلى إجراء تعديلات دستورية متلاحقة لتحقيق مآربه - المحكمة العليا الهندية إلى القيام بدور أكثر نشاطاً وأكثر انخراطاً في الحياة السياسية مقارنة بما يُتوقع، عادة، من محكمة عليا. وقد يُوجه النقد إلى هذا المسلك باعتباره نشاطاً أو تدخلاً قضائياً مفرطاً judicial activism^(٢)، تحاول المحكمة من خلاله وضع

(1) It should also be noted that the Federal Constitutional Court also has power to conduct both abstract and concrete judicial review. Thus, in a sense, the FCC has already been inserted into the political arena, minimizing this criticism of its usage of UCA's.

(٢) مذهب النشاط القضائي judicial activism يعنى رغبة القاضي في إدخال قيمه

أحكامها وتقديراتها فوق الأفرع السياسية للحكومة. وفي المقابل، يرى بعض الفقه، بحق، أنه يمكن النظر إلى هذا المسلك، من جانب المحكمة العليا الهندية، باعتباره محاولة من جانب المحكمة لتأكيد أنه عندما تذهب الأفرع السياسية للحكومة مدى أبعد ما هو مسموح به أو متوقع أو مقبول، فإنه توجد سلطة ما بمقدورها إخضاع خيارات هذه الأفرع السياسية لرقابتها. والحقيقة أنه إذا ما أخذ في الاعتبار عدم إكثار المحكمة العليا الهندية من لجوئها إلى استخدام هذه السلطة التي منحتها لنفسها self appointed power، فإن الرأي الثاني يبدو أكثر دقة. والسؤال الأكثر أهمية في هذا السياق، هو كيف ستتمكن المحكمة العليا والبرلمان الهنديين من موازنة وتقاسم سلطاتهما وأدوارهما في ظل هذا الدور النشط للمحكمة العليا.

ويبين، من النموذجين الألماني والهندي، أن نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" لم تظهر إلى حد الوجود إلا استجابة لسياقات تاريخية معينة- الفظائع المرتكبة في ظل الحكم النازي في ألمانيا، ومحاولة السلطة السياسية تقول على الحقوق والحريات من خلال سلطتها في إجراء تعديلات دستورية في الهند- ولذلك، من المحتمل جدًا أن تبقى لنظرية "التعديلات الدستورية غير

الشخصية بالنسبة لما هو صالح أو سيء في السياسة العامة: هذا التعريف متاح على الموقع التالي:

<http://www.sudaneseonline.com/cgi-bin/sdb/2bb.cgi?seq=msg&board=295&msg=1240620070>

الدستورية" أهميتها، لأنه ليس ثمة ما يضمن عدم تكرار مثل هذه الأوجه من السلوك من جانب السلطات السياسية. ومن ثم، يمكن منح القضاء الكلمة النهائية بشأن مسائل معينة، ولكن حتى في هذه الحالة يقع، عادة، على عاتق السلطات الأخرى إنفاذ (قراراتها). ويجب على القضاء بصفة خاصة وكذلك الأفرع الأخرى للحكومة العمل سويًا للوصول إلى أكبر درجة ممكنة من الفعالية. وتظهر نظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" مثلاً بالغ الوضوح لمحاولة إحدى السلطات - السلطة القضائية - تأكيد سلطتها في مواجهة السلطات الأخرى. غير أنه يجب الإشارة إلى أنه إذا حاول القضاء القيام بهذا الدور دون مسوغ معقول، فإن من المشكوك فيه أن تتقبل السلطات الأخرى أو الشعب هذا المسلك.

وأخيراً، يجدر ملاحظة أن الأمثلة الأخرى الثمانية لنظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" قد تكون ذات شرعية مشكوك فيها، إما لأن القضاء ضعيف، وإما لأنه غير فعال، وإما لأنه ليس واضحاً على الإطلاق ما إذا كانت هذه النظرية يمكن إنفاذها من خلال القضاء. ويلاحظ أنه إذا لم تجنح السلطات السياسية إلى إساءة استخدام سلطاتها، فلن يكون هناك دافع للقضاء للتدخل في الساحة السياسية. ومن المسلم به أنه كلما كان القضاء في وضع أكثر قوة واستقلالاً، كلما كان أقدر على مواجهة الأفرع السياسية للحكومة، مما يعطي لنظرية "التعديلات الدستورية غير الدستورية" معنى أكثر أهمية.

الفصل الأول

هل تخدم المحاكم الدستورية

باختصاص رقابة التعديلات الدستورية؟

حتى يكون ممكناً الإجابة على سؤال ما إذا كانت المحاكم الدستورية تتمتع باختصاص الفصل في دستورية التعديلات الدستورية في دولة معينة، يجب، في المقام الأول، فحص دستور هذه الدولة. فإذا كان هناك نص في الدستور يتعلق بهذا الاختصاص، فيجب الإجابة على هذا السؤال وفقاً لهذا النص. ومع ذلك، فإن الدستور قد يلتزم الصمت بشأن هذه المسألة. ولذلك، يلزم التمييز بين الدول التي تتضمن دساتيرها نصوصاً بشأن اختصاص المحاكم الدستورية في رقابة دستورية التعديلات الدستورية والدول التي تأتي دساتيرها خلواً من مثل هذه النصوص.

وعلى ذلك، تقسم الدراسة في هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: وجود نص دستوري يتعلق بمسألة الاختصاص.

المبحث الثاني: عدم وجود نص دستوري يتعلق بمسألة الاختصاص.

المبحث الأول

وجود نص دستوري يتعلق بمسألة الاختصاص

إذا كان هناك نص، في دستور الدولة، يتعلق باختصاص المحكمة

الدستورية في مجال رقابة دستورية التعديلات الدستورية، فإن مسألة ما إذا كانت الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية ممكنة أم لا، يمكن أن تجد إجابة لها وفقاً لهذا النص الوارد في الدستور. فإذا كان الدستور ينص على أن المحكمة الدستورية بمقدورها رقابة دستورية التعديلات الدستورية، فإن مثل هذه الرقابة تكون ممكنة. وفي المقابل، إذا كان الدستور يحظر، صراحة، الرقابة الدستورية على التعديلات الدستورية، فإن هذه الرقابة تكون غير ممكنة.

أما الفرض الأول المتعلق بوجود نص في الدستور يسمح للمحكمة الدستورية بأن تباشر رقابتها على التعديلات الدستورية، فيجد تطبيقات له في الدساتير التالية: الدستوران التركياني لعامي ١٩٦١، ١٩٨٢، والدستور الشيلي لعام ١٩٨٠، والدستور الروماني لعام ١٩٩١.

وأما الفرض الثاني المتعلق بوجود نص في الدستور يحظر، صراحة، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، فيجد تطبيقاً له في الدستور الإيطالي لعام ١٩٥٠، على نحو ما عُدل في عام ١٩٧٦.

المطلب الأول

الدساتير التي تمنح المحاكم الدستورية

سلطة رقابة التعديلات الدستورية

تخول دساتير بعض الدول المحاكم الدستورية، صراحة، الاختصاص

برقابة دستورية التعديلات الدستورية. ومن أمثلة هذه الدساتير: الدستوران التركيان لعامي ١٩٦١، ١٩٨٢؛ والدستور الروماني لعام ١٩٩١.

١- الدستوران التركيان لعامي ١٩٦١، ١٩٨٢:

تنص المادة (١٤٧) من الدستور التركي لعام ١٩٦١ - وفقاً لتعديل عام ١٩٧١ - على أن المحكمة الدستورية التركية بمقدورها رقابة السلامة الشكلية the formal regularity للتعديلات الدستورية^(١). وقد أصدرت المحكمة الدستورية التركية، في الفترة من عام ١٩٧١ إلى عام ١٩٨٠، خمسة قرارات تتعلق برقابة دستورية التعديلات الدستورية، وستخضع هذه القرارات للمناقشة لاحقاً.

وينظم الدستور التركي لعام ١٩٨٢، أيضاً، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية. حيث تنص الفقرة الأولى من المادة (١٤٨) من هذه الدستور، صراحة، على تخويل المحكمة الدستورية سلطة رقابة التعديلات الدستورية. ومع ذلك، يُلاحظ أن نص هذه الفقرة يقصر الرقابة القضائية على

(1) ANAYASA [Constitution] art. 147(1) (1961, amended 1971) (Turkey). For an the English translation of the 1961 Turkish Constitution, as amended in 1971, see The Turkish Constitution As Amended (Mustafa Gerçek, Erhan Yasar and Orhan Tung trans., Directorate General of Press and Information 1978), available at <http://www.anayasa.gen.tr/1961constitution-amended.pdf> (last visited Apr. 3, 2006).

شكل التعديلات الدستورية^(١). وفي ظل دستور ١٩٨٢، لم تُتَح الفرصة للمحكمة الدستورية التركية للفصل في دستورية التعديلات الدستورية إلا مرة واحدة.

٢- الدستور الشيلي لعام ١٩٨٠:

تتمتع المحكمة الدستورية في شيلي - في ظل الفقرة الثانية من المادة (٨٢) من الدستور الشيلي - بسلطة "الفصل في المسائل المتعلقة بالدستورية التي يمكن أن تثار أثناء النظر في التعديلات الدستورية المطروحة على البرلمان لنيل موافقته"^(٢). ولذلك، فإن المحكمة الدستورية، في شيلي، بمقدورها رقابة دستورية التعديلات الدستورية التي تُحال إلى البرلمان للحصول على موافقته عليها (أثناء الإجراءات). ويبدو أنه لا توجد حالات تطبيقية، أصدرت فيها المحكمة الدستورية الشيلية قرارات في ظل مباشرتها لهذا الاختصاص.

٣- الدستور الروماني لعام ١٩٩١:

تبنى الدستور الروماني شكل الرقابة السابقة a priori - أو الرقابة

(1) ANAYASA [Constitution] art. 148(2) (1982) (Turkey). An English translation of the 1982 Turkish Constitution is available at <http://www.byegm.gov.tr/mevzuat/anayasa/anayasa-ing.htm> (last visited Mar. 5, 2007).

(2) "to resolve on questions regarding constitutionality which might arise during the processing... of constitutional amendment... submitted to the approval of Congress.", Constitución [CONST.] [Constitution] art. 82(2) (1980) (Chile). An English translation of Chilean Constitution of 1982 is available at <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Chile.pdf> (last updated Apr. 19, 2005).

الوقائية preventive a - على دستورية التعديلات الدستورية. حيث تمنح الفقرة (a) من المادة (١٤٤)، في شكلها الأصلي من دستور ١٩٩١، والتي أصبحت، في الوقت الحاضر، الفقرة (a) من نسخة ٢٠٠٣ من الدستور^(١) المحكمة الدستورية سلطة "الفصل في مقترحات تنقيح الدستور". ولذلك، يجب على البرلمان، قبل أن يبدأ إجراء تبني تعديل دستوري، أن يُحيل مشروع التعديل إلى المحكمة الدستورية، التي يجب عليها أن تفصل في مدى دستورية هذا التعديل خلال عشرة أيام من تاريخ إحالة المشروع إليها. ولا يجوز طرح اقتراح تنقيح أو مراجعة الدستور على البرلمان إلا بقرار من المحكمة الدستورية^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية الرومانية راقبت - رقابة سابقة a priori - دستورية مقترحات تعديل أو تنقيح الدستور في مرات ثلاث في

(1) "to adjudicate... as ex officio, on initiatives to revise the Constitution. ", The Constitution of Romania of 1991 was amended and re-published, in 2003, with updated denominations and a new number sequence of the text. For the English translation of both texts, see CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int>>; select Constitutions > English > Europe > Romania (last visited Mar. 23, 2007).

(2) Gheorge Iancu, Doina Suliman and Monica Ionescu, Rapport de la Cour constitutionnelle de Roumanie [Report of the Constitutional Court of Romania], 2ème Congrès de l'ACCPUF [Proceedings of the 2nd Symposium of ACCPUF], Libreville, September 14-15, 2000), http://www.accpuf.org/congres2/II-RAPPO/rapport_rom.pdf (last visited Mar. 6, 2007).

أعوام ١٩٩٦، ٢٠٠٠، ٢٠٠٣^(١). وقد فشلت مقترحات تنقيح الدستور في عامي ١٩٩٦، ٢٠٠٠، في استكمال مجراها التشريعي، لأنها لم تستوف المتطلبات الدستورية اللازم توافرها لتنقيح أو تعديل الدستور^(٢). وقد قامت المحكمة الدستورية، في عام ٢٠٠٣، بفحص دستورية الاقتراح التشريعي الثالث بتعديل الدستور. وقد خلصت المحكمة الدستورية من هذا الفحص - في قرارها رقم ١٤٨، الصادر في ١٦ أبريل ٢٠٠٣ - إلى إعلان أن بعض نصوص هذا الاقتراح التشريعي غير دستورية استنادًا إلى أنها تشكل تجاوزًا للقيود المفروضة على التعديلات الدستورية، وفقًا لما هو منصوص عليه في الفقرة (٢) من المادة (١٤٨)^(٣) من الدستور الروماني لعام ١٩٩١^(٤). وقد قام

(1) Nicalae Popa, The Constitutional Court of Romania, Twelve Years of Activity: 1992-2004-Evolutions over the Last Three Years, 7 The Constitutional Court's Bulletin (May 2004), available at <http://www.ccr.ro/default.aspx?page=publications/buletin/7/popa> (last visited Mar. 6, 2007).

(2) Id.

(3) Art. 148(2) stipulates as follows: "Likewise, no revision shall be made if it results in the suppression of the citizens' fundamental rights and freedoms, or the safeguards thereof" (CONST. art.148(2) (2001) (Romania), For the English translation, see CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int>; select Constitutions > English > Europe > Romania (last visited Mar. 23, 2007).

(4) Romanian Constitutional Court, Decision No. 148 of April 16, 2003, on the issue of constitutionality of the legislative proposal for the revision of the Constitution of Romania, Official Gazette Of Romania, May 12, 2003, No. 317. The English translation of this decision is available at the website of the Romanian Constitutional Court at http://www.ccr.ro/decisions/pdf/en/2003/D148_03.pdf (last visited

البرلمان، لاحقاً، بمناقشة والموافقة على النص المقترح الذي تم تعديله وفقاً لقرار المحكمة الدستورية^(١). ولكن بعد موافقة البرلمان، قُدم طعن على دستورية هذا التعديل الدستوري بطريقة اعتراض عدم الدستورية an objection of unconstitutionality. غير أن المحكمة الدستورية رفضت- في قرارها رقم (٦٨٦) الصادر في ٣٠ سبتمبر ٢٠٠٣- هذا الاعتراض مستندة إلى أنها لا تتمتع باختصاص لرقابة (قانون) التعديلات الدستورية بعد موافقة البرلمان عليها، لأن المحكمة الدستورية لا تملك سوى مباشرة رقابة سابقة على مقترحات التعديلات الدستورية^(٢).

ومما سبق يمكن القول إن الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية ممكنة في رومانيا، ولكن فقط في إطار الرقابة السابقة لمقترحات التعديلات الدستورية، وأن الرقابة القضائية اللاحقة للتعديلات الدستورية بعد صدورها غير ممكنة.

Mar. 4, 2007).

(1) Id.

(2) Nicalae Popa, The Constitutional Court of Romania, Twelve Years of Activity: 1992-2004-Evolutions over the Last Three Years, op. cit., available at <http://www.ccr.ro/default.aspx?page=publications/buletin/7/popa> (last visited Mar. 6, 2007).

المطلب الثاني

الدساتير التي تحظر الرقابة القضائية

على التعديلات الدستورية صراحة

تقدم القول إنه إذا ما تضمن الدستور حظرًا صريحًا للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، فإن هذه الرقابة، تصبح، بطبيعة الحال، مستحيلة. ويبدو هذا الفرض واضحًا في الدستور الهندي لعام ١٩٥٠ على نحو ما عُدل في عام ١٩٧٦.

ومن ثم، يُشار إلى أن البند (٤) من المادة (٣٦٨) من الدستور الهندي لعام ١٩٥٠- التي أضيفت بموجب التعديل الثاني والأربعون في عام ١٩٧٦- تنص على أنه: "لا يجوز الطعن- أمام أي محكمة أو على أي أساس- على أي تعديل لهذا الدستور (بما في ذلك نصوص الجزء الثالث) يتم أو يُقصد به أن يتم في ظل هذه المادة"^(١). ولذلك، مُنعت المحكمة العليا الهندية- وفقًا لتعديل ١٩٧٦- من رقابة دستورية التعديلات الدستورية. ولا يثير أدنى شك بشأن هذه المسألة، لأن البند الرابع من المادة (٣٦٨) من الدستور الهندي تحظر، صراحة، الرقابة

(1) "no amendment of this Constitution (including the provisions of Part III) made or purporting to have been made under this article... shall be called in question in any court on any ground.", INDIA CONST. art. 368 § 4: amended by the Constitution (Forty-second Amendment) Act, 1976, available at <http://lawmin.nic.in/coi.htm> (last visited Mar. 18, 2007).

القضائية على التعديلات الدستورية. وفوق ذلك، ينص البند الخامس من ذات المادة على أنه "لا يجوز وضع أي قيد أيًا ما كان على السلطة التأسيسية للبرلمان في تعديل نصوص الدستور في ظل هذه المادة، بطريق الإضافة أو التغيير أو الإلغاء". ومن الواضح أن هذا البند ينص، أيضًا، على أن التعديلات الدستورية لا يمكن إخضاعها للرقابة القضائية، لأن الدستور الهندي لا يضع أي قيد على سلطة البرلمان الهندي في تعديل الدستور.

ومع ذلك، فقد أخضعت المحكمة العليا الهندية، في قضية Minerva Mills Ltd. v. Union of India، التعديل الثاني والأربعين للدستور لرقابتها القضائية، وخلصت المحكمة إلى أن هذا التعديل غير دستوري، لأنه يشكل انتهاكاً "للهيكل الأساسي للدستور" basic structure of the Constitution^(١).

غير أن الرأي الذي تبنته المحكمة، في قضية Minerva Mills، محل جدل محتدم، لأن المحكمة العليا الهندية لا تتمتع باختصاص الفصل في دستورية التعديلات الدستورية. وهكذا، يبدو واضحاً أن المحكمة استخدمت

(1) Minerva Mills Ltd. v. Union of India, A.I.R. 1980 S.C., 1789, 1981, available at <http://judis.nic.in/supremecourt/qrydisp.asp?tfnm=4488> (last visited Mar. 7, 2007). For comments on this judgment, see Anuranjan Sethi, Basic Structure Doctrine: Some Reflections, <http://ssrn.com/abstract=835165>, p. 11-13 (last visited Mar. 4, 2007); Rory O'Connell, Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms, 4 J. Civil Liberties 48, 72-73 (1999); S. P. Sathe, Judicial Activism In India 87 (Oxford University Press 2002).

اختصاصًا لا تملكه في الواقع. ومعنى ذلك، أن المحكمة العليا الهندية قد اغتصبت سلطة تعديل الدستور، لأن هذه السلطة لم يمنحها الدستور إلا للبرلمان بموجب المادة (٣٦٨) منه. وبالإضافة إلى ذلك، كما سيوضح ذلك لاحقًا، فإن مفهوم "البنيان الأساسي للدستور" ليس له أساس نصي، لأن الدستور لم يعرف هذا المفهوم. وهكذا، يمكن القول إن مفهوم "البنيان الأساسي للدستور" مفهوم غامض، ويمكن تعريفه بطرق مختلفة، كما سيوضح ذلك من قضية Kesavananda Bharati التي ستم مناقشتها لاحقًا.

المبحث الثاني

عدم وجود نص دستوري يتعلق بمسألة الاختصاص

سبق القول إن الدستور يمكن أن يلتزم الصمت إزاء مسألة الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية. وبغض النظر عن دساتير تركيا، وشيلي، والهند، ورومانيا، فإن الدساتير الأخرى، التي خضعت للدراسة في هذا البحث، لا تتضمن نصًا يتعلق بالرقابة القضائية على دستورية التعديلات الدستورية. من ذلك، على سبيل المثال، الدستور النمساوي لعام ١٩٢٠، والدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، والقانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩، والدستور المجري لعام ١٩٤٩، والدستور الهندي لعام ١٩٥٠ (قبل عام ١٩٧٠)، والدستور

الإيرلندي لعام ١٩٣٧، والدستور السلوفيني لعام ١٩٩١، والدستور التركي لعام ١٩٦١ (قبل عام ١٩٧١)، والدستور الأمريكي، والدستور المصري لعام ١٩٧١ (الملغى). حيث لا تنظم الدساتير، في هذه الدول، مسألة ما إذا كانت المحاكم الدستورية أو المحاكم العليا تتمتع باختصاص رقابة دستورية التعديلات الدستورية.

وتجدر الإشارة إلى أنه عندما يلتزم الدستور الصمت إزاء مسألة الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، فإنه يكون من الضروري - للإجابة على هذه المسألة - التمييز بين النموذجين الأمريكي والأوروبي في الرقابة القضائية^(١).

(1) For a comparison on the differences of these two models of judicial review, see Louis Favoreu, Constitutional Review in Europe, in Constitutionalism And Rights: The Influence Of The United States Constitution Abroad 38 at 40-42 (Louis Henkin and Albert J. Rosenthal eds., Columbia University Press 1990). The same division is made by Mauro Cappelletti in terms of "centralized" and "decentralized judicial review." See Mauro Cappelletti, Judicial Review in Comparative Perspective, 58 CAL. L. REV. 1017 (1970).

المطلب الأول

اختصاص المحاكم برقابة التعديلات الدستورية في ظل

النموذج الأمريكي للرقابة القضائية

من المعلوم أن كل المحاكم تتمتع - في ظل النموذج الأمريكي للرقابة القضائية - باختصاص فحص دستورية الأعمال والقواعد القانونية في سياق فصلها في القضايا والمنازعات التي تطرح عليها. ففي الدول التي تتبنى النموذج الأمريكي للرقابة القضائية، فإن اختصاص المحاكم والمحكمة العليا، باعتبارها الملاذ الأخير في رقابة دستورية التعديلات الدستورية، يمكن تأسيسه بسهولة. ويرجع ذلك، إلى أنه في إطار أي قضية مطروحة على المحاكم أو المحكمة العليا، يمكن لأطراف النزاع الطعن على دستورية أحد التعديلات الدستورية، من خلال الادعاء بأن هذا التعديل قد تم تبنيه وفق إجراءات تخالف الإجراءات التي يحددها الدستور للتعديلات الدستورية أو أن موضوع هذا التعديل يشكل انتهاكاً للقيود المفروضة على التعديلات الدستورية.

ومن الواضح أن قيام المحاكم أو المحكمة العليا بفحص هذا الادعاء، في هذه الحالة، يعني أنها تسلط رقابتها على التعديل الدستوري المطعون عليه. ولذلك، يمكن القول إن دستورية التعديلات الدستورية يمكن رقابتها بواسطة المحاكم - في ظل النموذج الأمريكي للرقابة القضائية - حتى ولو كان الدستور لا يخول المحاكم، صراحة، مثل هذا الاختصاص. وتفسير ذلك، أن المحاكم

ليست في حاجة، في ظل هذا النموذج للرقابة القضائية، لأن تتلقى اختصاصاً صريحاً من الدستور للقيام بهذه المهمة، وذلك لأن كل المحاكم تتمتع، في ظل هذا النظام للرقابة القضائية، بسلطة فحص مدى إمكان قبول الحجج أو الأسس grounds التي يثيرها الأطراف في سياق سير الإجراءات.

وبالفعل، يمكن القول إن دستورية التعديلات الدستورية قد خضعت للرقابة، في قضايا متعددة، في الدول التي تأخذ بالنموذج الأمريكي للرقابة القضائية. من ذلك، على سبيل المثال: قضايا Hollingsworth v. Virginia، United States v. National Prohibition، Dillon v. Gloss، Sprague أمام المحكمة العليا الأمريكية؛ وقضيتا State (Ryan) v. Abortion Information، Lennon أمام المحكمة العليا الأيرلندية؛ وقضايا Kesavananda Bharati v. State of، Golaknath v. State of Punjab، Minerva Mills، Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain، Kerala Waman Rao v. Union of India، Ltd. v. Union of India أمام المحكمة العليا الهندية، حيث تمسك المدعون، في كل القضايا السابقة، بأن التعديلات الدستورية محل طعونهم غير دستورية.

وقد رفضت كل من المحكمة العليا الأمريكية والمحكمة العليا الأيرلندية الدعاوى المطروحة عليهما في هذا السياق، وأيدتا دستورية التعديلات المطعون عليها. وفي المقابل، قبلت المحكمة العليا الهندية، في بعض الدعاوى المرفوعة أمامها، حجج المدعين، وأعلنت عدم دستورية بعض التعديلات الدستورية.

ولاشك أن قبول أو رفض الأسس التي تُبنى عليها هذه الدعاوى تتضمن إعمالاً للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية. وهذا ما سيتم تناوله لاحقاً.

المطلب الثاني

اختصاص المحاكم الدستورية في رقابة التعديلات الدستورية

في ظل النموذج الأوروبي للرقابة القضائية

في ظل النموذج الأوروبي للرقابة القضائية، تتمتع محكمة واحدة متخصصة- يُطلق عليها، بصفة عامة، المحكمة الدستورية- باختصاص رقابة أو الفصل في دستورية القوانين. ومن المعلوم أن اختصاص المحاكم الدستورية برقابة دستورية التعديلات الدستورية يجب، في الدول التي تتبنى النموذج الأوروبي للرقابة القضائية، أن ينبع، صراحة، من أحد النصوص الدستورية.

وبعبارة أخرى، حتى إذا كان الدستور لا يحظر، صراحة، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، فإن هذه الرقابة تظل غير ممكنة، مادام لا يوجد نص دستوري يخول المحكمة الدستورية، صراحة، الاختصاص برقابة التعديلات الدستورية. ويرجع ذلك، إلى أن المحاكم الدستورية- في ظل النموذج الأوروبي للرقابة القضائية- تعد محاكم متخصصة، ولا تتمتع باختصاص قضائي عام *general jurisdiction*، ولكن فقط "باختصاص قضائي مقيد وخاص" *limited and special jurisdiction*. وبعبارة أخرى، ففي ظل هذا النموذج من الرقابة القضائية، لا تتمتع المحاكم الدستورية

باختصاص قضائي لرقابة كل القواعد والأعمال القانونية^(١)، ولكن فقط تلك القواعد والأعمال التي خول الدستور هذه المحاكم، صراحة، الاختصاص برقابتها. ونتيجة لذلك، ففي ظل هذا النموذج من الرقابة القضائية، يجب أن تكون المحكمة الدستورية قد مُنحت اختصاصها، صراحة، بواسطة الدستور. وهكذا، إذا كان الدستور قد التزم الصمت إزاء مسألة اختصاص المحكمة الدستورية برقابة التعديلات الدستورية، فإن هذا يعني أن المحكمة الدستورية لا تتمتع باختصاص رقابة دستورية التعديلات الدستورية.

ولتدعيم النتيجة السابقة يمكن إثارة قاعدة الشئ بالذكر يفيد استثناء ما عداه *expressio unius est exclusio alterius*^(٢)، أي أن ذكر شيء معين، صراحة، يتضمن استبعاد الآخر.

ووفقاً لهذه القاعدة من قواعد التفسير، فإن حقيقة أن النص الدستوري المحدد لاختصاص المحكمة الدستورية قد أورد تعداداً صريحاً للأعمال القانونية- مثل

(1) For example, constitutions, laws, codes, statutes, acts, bills, edicts, legislation, enactments, treaties, conventions, agreements, charters, pacts, decrees, decrees having force of law, ordinances, bylaws, regulations, rules, rulings, decisions, verdicts, orders, directives, circulars, measures, principles, guidelines, instructions, standards, statements, announcements, proclamations, pronouncements, declarations, settlements, resolutions, etc.

(2) Express mention of one thing implies the exclusion of another:

- أي إذا نص القانون أو العقد مثلاً، أو نصت الوصية على أسماء أشخاص أو أشياء معينة، جاز تقدير انعقاد النية على استثناء غير ما ذكر: حارث سليمان الفاروقي المعجم القانوني، حارث سليمان الفاروقي - ج ١ - ص ٢٧١.

القوانين والمراسيم التي لها قوة القانون - الخاضعة لرقابة المحكمة الدستورية، فإن هذا يعني أن الأعمال التي لم يشملها هذا التعداد الصريح - مثل التعديلات الدستورية - تكون مستبعدة من نطاق الأعمال الخاضعة لرقابة المحكمة الدستورية. فإذا كانت السلطة التأسيسية تريد تخويل المحكمة الدستورية اختصاصاً برقابة الدستورية، ليس فقط للقوانين ولكن أيضاً للتعديلات الدستورية، فإنه كان بمقدورها النص على ذلك صراحة في الدستور. فإذا جاء الدستور خلواً من مثل هذا النص، فإن هذا يعني أن السلطة التأسيسية لم تُرد منح المحكمة الدستورية اختصاصاً لرقابة التعديلات الدستورية.

وتجد النتيجة السابقة تأكيداً لها في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي، والمحكمة الدستورية المجرية، والمحكمة الدستورية السلوفينية، والمحكمة الدستورية العليا المصرية.

١ - المجلس الدستوري الفرنسي:

قضى المجلس الدستوري الفرنسي، في قراره الصادر في ١٦ نوفمبر ١٩٦٢، أنه لا يتمتع باختصاص لرقابة التعديلات الدستورية التي يتم تبنيها بطريق الاستفتاء^(١). وبالمثل، قضى المجلس أيضاً، في قراره الصادر في ٢٦

(1) Conseil Constitutionnel [CC] (Constitutional Council) decision no. 1962-20DC, November 6, 1962, Recueil Des Decisions Du Conseil Constitutionnel [hereinafter REC.] [Constitutional Council Reports] 27 (1962). The original French text is available at <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1962/6220dc.htm>

مارس ٢٠٠٣، أنه لا يملك اختصاصًا لرقابة التعديلات الدستورية التي يتبناها البرلمان^(١). وفي هذه القضية الأخيرة، كان الأمر يتعلق بتعديل عدد من نصوص دستور ١٩٥٨ عن طريق قانون دستوري للتنظيم اللامركزي للجمهورية. وقد أُحيل هذا القانون الأخير إلى المجلس الدستوري بناءً على طلب أكثر من ستين نائبًا، استنادًا إلى مخالفة هذا القانون للدستور، سواء فيما يتعلق بشكله أم بموضوعه^(٢).

وفي هذه القضية، قضى المجلس الدستوري - بعد أن لاحظ أن اختصاصه محدد بطريقة صارمة بموجب الدستور، وأنه غير قادر على الفصل في قضايا غير تلك التي حددتها نصوص الدستور صراحة - أن:

"المادة (٦١) من الدستور تخول المجلس الدستوري سلطة رقابة

(last visited Mar. 5, 2007). An English translation can be found in *Comparative Constitutionalism: Cases And Materials* 97-98 (Norman Dorsen et al., eds., Thomson West 2003).

- (1) Conseil Constitutionnel [CC] (Constitutional Council) decision no. 2003-469 DC, Mar. 26, 2003, *Recueil Des Decisions Du Conseil Constitutionnel* [REC.] [Constitutional Council Reports] 293 (2003). The original French text is available at <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003469/2003469dc.htm> (last visited Mar. 5, 2007). An English précis of this decision is available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int> (FRA-2003-1-004).

- (2) See the original French text of the grounds of applicants, available at <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003469/saisine.htm> (last visited Feb. 21, 2007).

دستورية الأعمال المؤسسية والقوانين العادية عندما تُحال إليه هذه الأعمال في ظل توافر الشروط التي حددتها هذه المادة. ولم يتلق المجلس الدستوري، سواء من المادة (٦١) أم من المادة (٨٩) أو من أي مادة أخرى من مواد الدستور سلطة رقابة مراجعة- أو تنقيح- الدستور^(١).

وكما لاحظ المجلس الدستوري الفرنسي، فإنه لا يوجد، سواء في المادة (٦١) أم في أي مادة أخرى من مواد الدستور نص يخول المجلس الدستوري سلطة رقابة التعديلات الدستورية- أو بصورة أكثر دقة (القوانين الدستورية). ومن المعلوم أن المادة (٦١) من الدستور الفرنسي تخول المجلس الدستوري سلطة رقابة "القوانين" Lois، ولكن هذه المادة لم تذكر مصطلح "القوانين الدستورية" lois constitutionnelles. ونظرًا لأن المجلس الدستوري الفرنسي بني النتيجة التي توصل إليها على تفسير ضيق للمادة (٦١) من دستور ١٩٥٨، فمن اليسير فيهم النتيجة التي توصل إليها المجلس، وهي أنه لا يتمتع باختصاص لرقابة التعديلات الدستورية.

٢- المحكمة الدستورية المجرية:

تعرض التعديل الدستوري الذي تم تبنيه في ١٤ أكتوبر ١٩٩٧ للطعن عليه- في القضية رقم (1260/B/1997)- أمام المحكمة الدستورية المجرية. وقد تمسك الطاعن بأن هذا التعديل غير دستوري، لأنه يمثل انتهاكًا لمبدأي

(1) Conseil Constitutionnel [CC] (Constitutional Council) decision No. 2003-469DC, Mar. 26, 2003, Rec. 293.

السيادة والأمن القانوني الذين تكفلهما المادة (٢) من الدستور المجري. وفي سياق نظرها لهذه القضية، تعرضت المحكمة الدستورية المجرية، أولاً، لمسألة ما إذا كانت تملك اختصاصاً لرقابة التعديلات الدستورية.

وقد أعلنت المحكمة في قرارها الصادر في ٩ فبراير ١٩٩٨ - بعد أن لاحظت أن المادة 32/A من الدستور المجري^(١)، والمادة الأولى من القانون (Act XXXII of 1989) لعام ١٩٨٩^(٢) تمنحان المحكمة سلطة رقابة "القوانين" Laws، وليس التعديلات الدستورية - أن مجال اختصاصها لا يتسع ليشمل دستورية القوانين المعدلة للدستور^(٣).

٣ - المحكمة الدستورية السلوفينية:

قضت المحكمة الدستورية في سلوفينيا - في قرارها الصادر في ١١ أبريل

- (1) Constitution of The Republic of Hungary (Act XX of 1949 as revised and restated by Act XXXI of 1989), Art. 32/A. An English translation of Hungarian Constitution is available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int>; select Constitutions > English > Europe > Hungary (last visited Mar. 4 2007).
- (2) Act No. XXXII of 1989 on Constitutional Court, Art. 1. An English translation of this law is available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int>; select Laws > English > Europe > Hungary (last visited Mar. 5, 2007).
- (3) Hungarian Constitutional Court, Decision of Feb. 9, 1998, No. 1260/B/1997, Alkotmánybírósági Közlöny [Official Digest], 2/1998. An English précis of this decision is available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int> (HUN-1998-1-001) (last visited Apr. 9, 2007).

١٩٩٦ (القرار رقم U-I-332/94) - أن النصوص التي لها طبيعة القواعد الدستورية تجاوز حدود اختصاصها. ومن الواضح أن المحكمة قد مالت، في هذه القضية، إلى تبني تفسير ضيق لكلمة "تشريعات" Statutes الواردة في عبارة "مطابقة التشريعات مع الدستور" الموجودة في المادة (١٦٠) من الدستور التي تحدد اختصاص المحكمة. وهكذا، خلصت المحكمة إلى القول إن كلمة "تشريعات" المذكورة لا تتضمن القواعد ذات الطبيعة الدستورية^(١).

٤ - المحكمة العليا الأيرلندية:

يمكن القول إن النظام الأيرلندي للرقابة الدستورية يقدم "نموذجًا مختلطًا". ففي أيرلندا، تمارس الرقابة الدستورية بواسطة المحكمة العليا Supreme Court والمحكمة العالية High court، وليس بواسطة محكمة دستورية متخصصة. ومع ذلك، يُلاحظ، فيما يتعلق بالاختصاص برقابة الدستورية، أن النظام الأيرلندي مشابه للنموذج الأوروبي للرقابة القضائية أكثر من مشابهته للنموذج الأمريكي. ويرجع ذلك إلى أن الدستور يمنح الاختصاص بالرقابة الدستورية إلى كل من المحكمة العليا والمحكمة العالية High court^(٢).

(1) The English translation of this decision is available at the official web site of the Constitutional Court of Slovenian Republic, at <http://odlocitve.usrssi/usr/s-us-odl.nsf/o/8EBF190D9E2129ECC12571720029D40D> (last visited Mar. 6, 2007).

(2) Irish Constitution (Bunreacht Na Héireann) [Ir. CONST.] 1937, art. 34, available at <http://www.taoiseach.gov.ie/index.asp?docID =262> (last visited Mar. 6, 2007).

وبعبارة أخرى، فإن اختصاص هاتين المحكمتين ينبع من نص الدستور. ولذلك، لا يمكن القول إن هاتين المحكمتين تتمتعان باختصاص عام *a general jurisdiction*، ولكن، فقط، باختصاص "مقيد وخاص" *Limited and special jurisdiction*. ولهذا السبب، فإن الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية غير ممكنة في أيرلندا، وذلك لأن الدستور لم يمنح سلطة مباشرة هذه الرقابة، صراحة، سواء إلى المحكمة العليا أم إلى المحكمة العالية *High Court*. وقد تأكدت هذه النتيجة في الحكم الذي أصدرته المحكمة العليا *Supreme Court*، في قضية *Riordan v. An Taoiseach*، الذي قررت فيه المحكمة أنها لا تملك سلطة رقابة دستورية التعديلات الدستورية^(١).

وفي هذه القضية، طعن على دستورية التعديل التاسع عشر. وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعديل قد تمت الموافقة عليه في ٢٢ مايو ١٩٩٨ عن طريق استفتاء. وقام رئيس الجمهورية بتوقيعه وإصداره في ٣ يونيو ١٩٩٨. وقد طلب السيد *Denis Riordan* من المحكمة العليا أن تعلن "أن التعديل التاسع عشر لقانون الدستور *the Constitution Act* مخالف للدستور. ولذلك، فإنه يعد غير دستوري، ولاغ، وغير سار". غير أن المحكمة العليا الأيرلندية رفضت هذا الطلب، مؤسسة رفضها على أن التعديل الدستوري:

(1) *Riordan v. An Taoiseach* [1999] IESC 1 (May 20, 1999, Appeal No. 202/98) (Ir.), available at <http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/1999/1.html> (last visited Mar. 6, 2007).

"يختلف، في نوعه، عن التشريع العادي. فبينما يتطلب التشريع العادي مشاركة الرئيس وكلا مجلسي البرلمان، فإن التعديل الدستوري يتطلب تعاوناً بين الرئيس، وكلا مجلسي البرلمان، والشعب . وعادة ما يُصمم التعديل المقترح للدستور لتغيير شيء ما في الدستور. ولذلك، فإن هذا الاقتراح يعتبر، إلى حين سنه، غير متسق مع النص القائم في ظل المادة (٤٦)، ويصدره الرئيس باعتباره قانوناً، فإنه يشكل جزءاً من الدستور، ولا يمكن الطعن عليه باعتباره غير دستوري. وعندما يصدر الرئيس (إعلاناً) a Bill، لتعديل الدستور وافق عليه الشعب، على نحو صحيح، طبقاً للمادة (٤٦) ^(١) - "كقانون" وفقاً لمفهوم المادة (٤٦ s.5) ^(٢)، فإنه يصدره كجزء من القانون الأساسي bunrecht، لأنه تعديل للدستور وافق عليه الشعب بطريقة صحيحة. ومثل هذا "القانون" يكون في وضع مختلف تماماً عن القانون المشار إليه في المادة (٤٦ s.4) ^(٣). من الدستور

- (1) Article 46 of the 1937 Irish Constitution regulates the procedure of the constitutional amendment.
- (2) Section 5 of the Article 46 stipulates as follows: "A Bill containing a proposal for the amendment of this Constitution shall be signed by the President forthwith upon his being satisfied that the provisions of this Article have been complied with in respect thereof and that such proposal has been duly approved by the people in accordance with the provisions of section 1 of Article 47 of this Constitution and shall be duly promulgated by the President as a law" (Ir. Const., 1937, art. 46 § 5).
- (3) Section 4 of Art. 15 of the 1937 Irish Constitution states as follows: "1° The Oireachtas shall not enact any law which is in any respect repugnant to this Constitution or any provision thereof. 2° Every law enacted by the Oireachtas which is in any respect repugnant to this

التي تشير فقط إلى القانون الذي يسنه البرلمان الإيرلندي
"Oireachtas"^(١).

ويبدو واضحاً، مما سبق، أن المحكمة العليا الأيرلندية لا تعتبر نفسها
مختصة برقابة دستورية التعديلات الدستورية، لأن هذه الأخيرة تختلف عن
القوانين العادية التي تدخل في نطاق اختصاصها بالرقابة القضائي.

٥- المحكمة الدستورية العليا المصرية:

ترفض المحكمة الدستورية العليا المصرية، منذ أحكامها الأولى، رقابة
القواعد الدستورية الصادرة عن السلطة التأسيسية الأصلية، لأن سلطة وضع
الدستور هي سلطة غير مشروطة وغير مقيدة^(٢). كما ترفض المحكمة، أيضاً،

Constitution or to any provision thereof, shall, but to the extent only
of such repugnancy, be invalid (Ir. CONST., 1937, art. 15 § 4).

(1) Riordan v. An Taoiseach [1999] IESC 1, available at <http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/1999/1.html> (last visited Mar. 6, 2007).

(٢) لمزيد من التفصيل راجع على سبيل المثال القضايا الدستورية الآتية:

- القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية، جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤.

- القضية رقم ١٢ لسنة ١٥ قضائية دستورية، جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤. وقضت

المحكمة الدستورية العليا في هذا الحكم الأخير بأن "الدستور وقانون المحكمة الدستورية
العليا كلاهما، إذ قصر ا ولاية المحكمة الدستورية العليا- في مجال مراقبة الشرعية
الدستورية- على النصوص القانونية دون غيرها سواء في ذلك وتلك التي أقرتها السلطة
التشريعية أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها الدستورية، فإن قاله

رقابة التعديلات الدستورية الصادرة عن تعديل الدستور، وفي ذلك تقول المحكمة:

"وحيث إنه عن طلب الحكم بعدم دستورية نص المادة ٧٦ من الدستور فإن طلب الحكم بعدم دستورية المادة ٧٦ من الدستور يكون مجاوزاً حدود ولاية المحكمة الدستورية العليا مما يتعين القضاء بعدم اختصاصها بنظر هذا الطلب. وهو ذات ما يُقال ردّاً على طلب تعديل نص المادة ٧٦ من الدستور لتتفق مع باقي موادها ذات الصلة، إذ- بدوره- يخرج عن نطاق اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظر الدعوى، لاسيما وأن تعديل الدستور أو بعض موادها إنما يخضع لإجراءات خاصة منفردة بذاتها، لا صلة لهذه المحكمة بها"^(١).

وينتقد بعض الفقه المصري موقف المحكمة الدستورية العليا في هذا الخصوص، ويقول إنه إذا كان يمكن قبول موقف المحكمة بالنسبة للقواعد الدستورية الصادرة من السلطة التأسيسية الأصلية، فإنه لا يمكن قبول هذا الموقف بالنسبة للتعديلات الصادرة من سلطة تعديل الدستور، لأن الدستور المصري شأنه شأن الدساتير الجامدة يتضمن قواعد شكلية أو بمعنى أدق قيوداً شكلية، فإذا كان للمحكمة الدستورية العليا أن تتغاضى عن هذه القيود الشكلية فإنها تُعفي سلطة تعديل الدستور من التقيد بمثل هذه القيود الشكلية، لأنها تعلم مقدماً أن المحكمة الدستورية العليا لن تمارس أي رقابة على ضوابط تعديل

إخضاع الدستور لهذه الرقابة، تكون مجاوزة حدود هذه الولاية، مقوضة لتخومها".

(١) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ١٨٨ لسنة ٢٧، جلسة ١٥ يناير ٢٠٠٥.

الدستور^(١).

المطلب الثالث

هل يمكن اعتبار التعديلات الدستورية "قانوناً"، ومن ثم

إخضاعها لرقابة المحاكم الدستورية

تقدم القول^(٢) إن الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية غير ممكنة، في ظل النموذج الأوروبي للرقابة القضائية، إذا لم يكن هناك نص دستوري صريح يخول المحكمة الدستورية سلطة رقابة التعديلات الدستورية. ولكن في ظل مثل هذا النظام، يوجد، بالتأكيد، نص دستوري يخول المحكمة الدستورية الاختصاص برقابة دستورية "القوانين" the constitutionality of laws^(٣). والسؤال الذي يثار هنا هل يمكن أن ينبع اختصاص المحكمة الدستورية برقابة التعديلات الدستورية من مثل هذا النص؟ الحقيقة أنه يمكن الإجابة على هذا السؤال بالإيجاب، إذا أمكن اعتبار التعديلات الدستورية من قبيل "القوانين". ومعنى ذلك، أنه إذا أمكن إدراج التعديلات الدستورية في كلمة "قانون"، فإن هذه التعديلات يمكن رقابتها، بواسطة المحاكم الدستورية، دون حاجة إلى أي

(١) راجع في هذا المعنى: د. عبد الحفيظ على الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية

دراسة في بعض جوانبها النظرية والعملية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص

(2) (Economica & Presses universitaires d'Aix-Marseille 1993).

(3) For example, art. 93 of the German Basic Law, art. 140(1) of the Austrian Constitution, and art. 147 of the 1961 Turkish Constitution.

اختصاص إضافي، لأن المحاكم الدستورية تتمتع، بالفعل، باختصاص رقابة دستورية "القوانين". ولكن يعترض هذا الحل سؤال آخر هو: هل يمكن أن ندرج التعديلات الدستورية في معنى كلمة "قانون" المستخدمة في النصوص الدستورية المحددة لاختصاص المحاكم الدستورية؟

ولتدعيم فكرة أن التعديلات الدستورية تعتبر قانوناً، يمكن سوق الحجج التالية:

من المسلم به أن التعديلات الدستورية تعتبر "قوانين" فيما يتعلق بشكلها form، كما يظهر ذلك، جلياً، من حقيقة أن التعديلات الدستورية تأخذ، في العديد من الدول، شكل "القوانين". وهي، بهذه الصفة، يُشار إليها باعتبارها قوانين، وكذلك أيضاً يتم إصدارها في الجرائد الرسمية تحت عنوان "قوانين". ولتوضيح أن التعديلات الدستورية تعد "قوانين"، يُلاحظ أن هذه التعديلات يُطلق عليها، في عدد من الدول، "قانون بشأن تعديل الدستور" "law on the amendment to the constitution"، أو "القانون المعدل للدستور" "law amending the constitution"، أو القانون الدستوري "constitutional law". وفوق ذلك، يُنص، في بعض الدول، على أن التعديل الدستوري يتم بواسطة "قانون". من ذلك، على سبيل المثال، ما تنص عليه الفقرة (١) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩ من "أن القانون الأساسي

لا يمكن تعديله إلا بقانون يعدل، صراحة، أو يكمل نصه"^(١). وهكذا، إذا كانت التعديلات الدستورية- كما يكشف عن ذلك الأسماء التي تطلق عليها- تعد "قوانين"، فإن المحاكم الدستورية يكون بمقدورها رقابة دستورية هذه التعديلات، حتى في حالة غياب نص خاص بمنح المحاكم الدستورية سلطة رقابة دستورية هذه التعديلات.

بيد أن فكرة أن التعديلات الدستورية يمكن اعتبارها "قوانين" تعاني من بعض أوجه الضعف للأسباب التالية:

أولاً: على الرغم من أن قوانين التعديلات الدستورية laws of constitutional amendments والقوانين العادية ordinary laws تتشابه فيما يتعلق بالإجراءات والشكل المستخدمين في سن هذه القوانين، فإن القوة القانونية لهما مختلفة، وذلك لأن التعديلات الدستورية تشغل مرتبة أعلى في سلم تدرج القواعد القانونية.

ثانياً: إن حجة الرأي القائل بأن التعديلات الدستورية يمكن إدراجها في مصطلح "قانون"، ومن ثم إمكان إخضاعها لرقابة المحاكم الدستورية، يتوقف على

(1) "this Basic Law may be amended only by a law expressly modifying or supplementing its text.", Grundgesetz [GG] [Constitution] art. 79(1) (1949) (F.R.G). An English translation of the 1949 German Basic Law [Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland] is available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int/>; select Constitutions > English > Europe > Germany (last visited Mar. 20, 2007).

مسألة ما إذا كان مصطلح "القانون" يمكن تفسيره بصورة موسعة، والحقيقة أن مصطلح "قانون"، عندما يرد في نص دستوري يحدد اختصاص المحاكم الدستورية، لا يمكن تفسيره بصورة موسعة، وذلك لأن المحاكم الدستورية لا تتمتع - في ظل النموذج الأوربي للرقابة القضائية "باختصاص عام"، ولكن فقط "باختصاص مقيد خاص". وبعبارة أخرى، فإن عدم تمتع المحاكم الدستورية بالاختصاص هو القاعدة العامة، وتمتعها بالاختصاص هو الاستثناء. ونتيجة لذلك، فإن النصوص الدستورية التي تخول المحاكم الدستورية اختصاص رقابة دستورية القواعد القانونية هي نصوص ذات طبيعة استثنائية. ولذلك، يجب تفسير هذه النصوص تفسير ضيقاً، إعمالاً لقاعدة "يجب تفسير الاستثناء تفسيراً ضيقاً" *exceptio est strictissimae interpretationis*^(١).

ورغم أوجه الضعف السابقة التي تعترى وجهة النظر القائلة بإمكان اعتبار التعديلات الدستورية "قوانين"، فقد مالت المحاكم الدستورية الألمانية، والنمساوية، والتركية إلى الإجابة بالإثبات على السؤال الخاص بما إذا كان يمكن اعتبار التعديلات الدستورية "قوانين". ومن ثم، أعلنت هذه المحاكم أنها تتمتع باختصاص لرقابة التعديلات الدستورية، بما سمح لهذه المحاكم، في نهاية الأمر، بإخضاع مدى تطابق هذه التعديلات مع الدستور لرقابتها القضائية.

(1) Exceptions must be interpreted in the strictest manner.

١ - المحكمة الدستورية الألمانية:

تحدد المادة (٩٣) من القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩ اختصاص المحكمة الدستورية الألمانية. ولا يوجد، في هذه المادة، نص يخول المحكمة الدستورية سلطة رقابة التعديلات الدستورية، بل إن تعبير التعديلات الدستورية لم يرد له ذكر في هذه المادة. وتخول الفقرتان (١)، (٢) من المادة (٩٣) من القانون الأساسي المحكمة الدستورية سلطة رقابة "التطابق الشكلي والموضوعي للتشريع الفيدرالي والتشريع الصادر من الولايات مع القانون الأساسي"^(١). ومع ذلك، فإن المحكمة الدستورية الألمانية أخضعت لرقابتها - في قراراتها الصادرة في ١٥ ديسمبر ١٩٧٠، ٢٣ أبريل ١٩٩١، ١٨ أبريل ١٩٩٦، ٤ مايو ١٩٩٦، ٣ مارس ٢٠٠٤ - التعديلات الدستورية لتقدير مدى دستورتها. ومن الملاحظ أنه، في هذه القرارات، حتى إذا كانت مسألة ما إذا كانت التعديلات الدستورية يمكن إدراجها في مصطلح "التشريع الفيدرالي"، لم تتم مناقشتها على استقلال، فإن المحكمة قد قامت، ضمناً، بتفسير مصطلح "التشريع الفيدرالي" على نحو يجعله يشمل، ليس فقط القوانين الفيدرالية العادية، ولكن أيضاً، "القوانين التي تتضمن، صراحة، تعديلاً أو تكملة لنص القانون الأساسي"، (أي التعديلات الدستورية). ومن الواضح أنه إذا كانت المحكمة الدستورية الألمانية قد قامت بتفسير مصطلح "التشريع الفيدرالي" بطريقة مختلفة، فإنها كانت ستقضي بعدم

(1) "the formal and material compatibility of federal or land legislation with this Basic Law.", GRUNDGESETZ [GG] [Constitution] art. 93(1)(2) (1949) (F.R.G).

اختصاصها برقابة دستورية التعديلات الدستورية.

٢- المحكمة الدستورية النمساوية:

ويلاحظ أن ذات الملاحظة السابقة تصح، أيضاً، بالنسبة للمحكمة الدستورية النمساوية. ذلك، أن الفقرة (١) من المادة (١٤٠) من الدستور النمساوي^(١) تخول المحكمة الدستورية سلطة رقابة دستورية "القانون الفيدرالي أو القانون الصادر من الولايات" a federal or land law. وعلى الرغم من أن هذه المادة لم تذكر تعبيرات القوانين الدستورية constitutional laws أو النصوص الدستورية Constitutional provisions، فقد قامت المحكمة الدستورية النمساوية بتفسير مصطلح "القانون الفيدرالي" على نحو يجعله يشمل، ليس فقط "القوانين العادية"، ولكن أيضاً "القوانين الدستورية"، والنصوص الدستورية. ومن الواضح، أيضاً، أنه إذا لم تكن المحكمة الدستورية النمساوية قد قامت بتفسير مصطلح "القانون الفيدرالي" على هذا النحو، فلم تكن لتستطيع رقابة دستورية التعديلات الدستورية في قراراتها الصادرة في ١٢ ديسمبر ١٩٥٢، ٢٣ يونيو ١٩٨٨، ٢٩ سبتمبر ١٩٨٨، ١٠ مارس ٢٠٠١.

(1) BUNDES-VERFASSUNGSGESETZ [B-VG] [Constitution] art.140, ¶ 1 (Austria). An English translation of the 1920 Austrian Federal Constitution (Bundes-Verfassungsgesetz) is available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int>; select Constitutions > English > Europe > Austria (last visited Mar. 20, 2007).

٣- المحكمة الدستورية التركية:

لم يكن الدستور التركي لعام ١٩٦١ - قبل تعديل ١٩٧١ - يتضمن نصاً خاصاً يتعلق برقابة دستورية التعديلات الدستورية. وفي الفترة من عام ١٩٦١ إلى عام ١٩٧١، كانت المادة (١٤٧) من دستور عام ١٩٦١ تنص على أن "تتولى المحكمة الدستورية رقابة دستورية القوانين"^(١). ومع ذلك، فقد أعلنت المحكمة الدستورية التركية - في قراراتها الصادرة في ١٦ يونيو ١٩٧٠ (١٩٧٠/٣١)^(٢)، وفي ٣ أبريل ١٩٧١ (١٩٧١/٣٧)^(٣) - أنها مختصة برقابة دستورية التعديلات الدستورية، لأن قوانين التعديلات الدستورية - وفقاً لرأي المحكمة - هي، أيضاً، قوانين تخضع لرقابتها"^(٤).

ومن الكتاب من يذهب إلى أن الأقرب للقبول هو أن مصطلح "القانون" لا يشمل "قوانين التعديلات الدستورية". ويترتب على هذا الرأي أن قرارات

(1) "the Constitutional Court shall review the constitutionality of laws.", ANAYASA [Constitution] art. 147 (1961) (Turkey). For an the English translation of the 1961 Turkish Constitution, before amendment of 1971, see Constitution of the Turkish Republic (Sadık Balkan, Ahmet E. Uysal and Kemal H. Karpat trans., 1961), available at <http://www.anayasa.gen.tr/1961constitution-text.pdf> (last visited Mar. 20, 2007).

(2) 8 ANAYASA Mahkemesi Kararlar Dergisi [hereinafter AMKD] [Reports of the Decisions of the Constitutional Court] 313 (1970).

(3) 9 AMKD 416 (1971).

(4) 8 AMKD 313, at 322 (1970); 9 AMKD 416, at 428-429 (1971).

المحاكم الدستورية الألمانية والنمساوية والتركية لا تستند على أساسي قوي^(١). ومع ذلك، فإن قرارات هذه المحاكم ملزمة - بما في ذلك تفسيراتها بأن مصطلح "القانون" يشمل "قوانين التعديلات الدستورية" - وذلك بغض النظر عن تبني بعض الكتاب لرأي مختلف. ويرجع ذلك إلى أنه إذا كانت هذه المحاكم الدستورية تفسر مصطلح "القانون" على أنه يشمل "القوانين المعدلة للدستور"، ومن ثم تعلن اختصاصها برقابة دستورية التعديلات الدستورية، فإن صحة هذا القضاء من جانب هذه المحاكم الدستورية لا يمكن التشكيك فيه أو الطعن عليه أمام جهة أخرى. ومعنى ذلك، أنه رغم أوجه النقد التي يمكن أن توجه إلى هذا القضاء، فإنه يبقى ملزماً، ومرتباً لأثاره القانونية. والتأكيد هذه الملاحظة، يُشار إلى أن المحكمة العليا الأمريكية قضت، في القضية الشهيرة *Marbury v. Madison*، أنها تتمتع باختصاص رقابة دستورية القوانين^(٢)، وذلك على الرغم من أن الدستور الأمريكي لا يمنحها، صراحة، هذا الاختصاص. وهكذا، ظلت المحكمة العليا الأمريكية لقرنين من الزمان تراقب دستورية القوانين، وفي بعض القضايا تعلن عدم دستورية القوانين المطعون عليها أمامها. وعلى الرغم من العديد من الفقهاء وجهوا النقص لبعض قرارات المحكمة العليا في هذا الخصوص، إلا أنها استمرت في رقابة دستورية القوانين. وذات الملاحظة يمكن إبدالها بالنسبة لدستورية التعديلات الدستورية. فعلى الرغم من أن

(1) See, e. g. Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments, A Comparative Study*, Ekin Press, 2008.

(2) 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

المحاكم الدستورية لم تتسلك اختصاصاً من الدستور في هذا الصدد، فإنها يمكن أن تعلن اختصاصها برقابة دستورية التعديلات الدستورية. وعلى الرغم من أن قرارات المحاكم الدستورية يمكن أن تكون محل نقد في هذا الخصوص، فإنها تبقى ملزمة، ومرتبطة لأثارها القانونية.

- مدى الرقابة:

تقدم القول إن الرقابة القضائية لدستورية التعديلات الدستورية ممكنة في بعض الدول، مثل النمسا، وألمانيا، والهند، ورومانيا، وتركيا، والولايات المتحدة الأمريكية. والآن، يلزم تحديد مدى الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية في هذه الدول. هل تستطيع المحاكم الدستورية، في هذه الدول، رقابة التعديلات الدستورية بالنسبة لشكلها وموضوعها. وقد يبدو ملائماً تقسيم هذا السؤال إلى شقين: هل تستطيع المحاكم الدستورية أن تراقب السلامة الشكلية للتعديلات الدستورية، وهل يمكنها، أيضاً، أن تراقب موضوع هذه التعديلات؟ وتشكل الإجابة على هذين السؤالين موضوعاً للفصلين التاليين.

الفصل الثاني

هل يمكن للمحاكم الدستورية رقابة السلامة الشكلية

والإجرائية للتعديلات الدستورية؟

من المعلوم أن رقابة دستورية التعديلات الدستورية فيما يتعلق بشكلها وإجراءات تبنيها- أو بعبارة أخرى، رقابة السلامة الشكلية للتعديلات الدستورية- تتمثل في التحقق مما إذا كانت الشروط المنصوص عليها في الدستور بشأن اقتراح، ومناقشة، وتبني، والتصديق على، وإصدار هذه التعديلات قد تم استيفاؤها أم لا. ذلك، أن بعض الدساتير تتطلب، لإمكان إيراد تعديلات على الدستور، توافر "أغلبية موصوفة" *qualified majority* مثل أغلبية الثلثين أو الثلاثة أخماس من العدد الإجمالي لأعضاء البرلمان. بينما تتطلب بعض الدساتير الأخرى- ومن بينها الدستور المصري الصادر في عام ١٩٧١- والذي أسقطته ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١- الموافقة على التعديلات الدستورية من خلال استفتاء شعبي يتم إجراؤه. ويشكل التحقق مما إذا كان التعديل الدستوري قد تم إجراؤه على نحو يتسق أو يتطابق مع هذه القواعد الإجرائية "رقابة للسلامة الشكلية والإجرائية" *review of formal and procedural regularity* للتعديل الدستوري. من ذلك، على سبيل المثال، أنه إذا تبنى البرلمان تعديلاً دستورياً بأغلبية ثلاثة أخماس العدد الإجمالي للأصوات، بينما يتطلب الدستور موافقة ثلثي العدد الإجمالي للأصوات، فإن هذا

التعديل الدستوري يكون مخالفاً للدستور فيما يتعلق بالشكل form. والسؤال الذي يُثار، هنا، هو ما إذا كان بمقدور المحاكم الدستورية أن تراقب وتبطل مثل هذا التعديل.

ويمكن الإجابة على السؤال السابق بالإيجاب. ومن ثم، يكون للمحاكم الدستورية، بعد أن تعلن اختصاصها بالفصل في أو رقابة التعديل الدستوري، أن تشرع في فحص الرقابة الشكلية والإجرائية لهذا التعديل الدستوري. ولا يكون التعديل الدستوري صحيحاً أو سليماً valid، إلا إذا كان قد تم تبنيه على نحو يتسق مع الشروط الشكلية والإجرائية المنصوص عليها في الدستور. من ذلك، على سبيل المثال، أنه عندما يتطلب الدستور أغلبية الثلثين من العدد الإجمالي لأعضاء البرلمان، فإن التعديل الدستوري يكون غير مشروع not valid إذا كان قد تم تبنيه، فقط، بالأغلبية المطلقة an absolute majority. وبالمثل، عندما يتطلب الدستور إجراء استفتاء شعبي للموافقة على التعديل الدستوري، فإن التعديل الدستوري يكون غير مشروع إذا تم إدخاله حيز النفاذ دون إجراء هذا الاستفتاء الشعبي. وتبعاً لذلك، فإنه يكون بمقدور المحكمة الدستورية أن تفحص مدى مطابقة التعديل الدستوري للشروط الشكلية والموضوعية التي يتطلبها الدستور لإجراء التعديل، وإذا تبين للمحكمة أن هذا التعديل قد تم بالمخالفة لهذه القواعد، فإن المحكمة تعلن عدم دستورية التعديل. وفي هذا الصدد، يُشار إلى أن كلاً من المحكمة العليا الأمريكية، والمحكمة الدستورية الفيدرالية النمساوية، والمحكمة الدستورية التركية، قد سلّطت رقابتها

على السلامة الشكلية والإجرائية للتعديلات الدستورية.

وعلى ذلك، تُقسم الدراسة، في هذا الفصل، على النحو التالي:

المبحث الأول: المحكمة العليا الأمريكية.

المبحث الثاني: المحكمة الدستورية الفيدرالية النمساوية.

المبحث الثالث: المحكمة الدستورية التركية.

المبحث الأول

المحكمة العليا الأمريكية

تتضمن القضايا التالية نماذج تبين متى تقوم المحكمة العليا الأمريكية بمباشرة رقابتها القضائية على السلامة الشكلية والإجرائية للتعديلات الدستورية.

١- قضية Hollingsworth v. Virginia^(١):

يذهب الأستاذ Walter Dellinger^(٢) إلى أن الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية أقدم، في الولايات المتحدة الأمريكية، من الرقابة القضائية للقوانين. ويستند هذا الكاتب على أن القرار الأول للمحكمة العليا الأمريكية، الذي يتعلق بدستورية التعديلات الدستورية، صدر في عام ١٧٩٨ في قضية Hollingsworth v. Virginia، أي قبل خمس سنوات من صدور الحكم الذي

(1) 3 U.S. (3 Dallas) 378 (1798).

(2) Walter Dellinger, The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process, HARV. L. REV. 386, 403 (1983).

يكرس الرقابة القضائية على القوانين في قضية *Marbury v. Madison* في عام ١٨٠٣. ففي قضية *Hollingsworth v. Virginia*، زُعم بأنه التعديل الحادي عشر لم يتم تبنيه على نحو يتفق مع الدستور، لأن "هذا التعديل لم يُحل، قط، إلى الرئيس ليوافق عليه"^(١)، وهذا يخالف - وفقاً لرأي المدعين - ما تتطلبه المادة الأولى من الدستور. بيد أن المحكمة العليا الأمريكية رفضت هذه الحجة قائلة: إن "نفي الرئيس ينطبق، فقط على الحالات العادية للتشريع: ذلك، أنه ليس للرئيس صلة باقتراح أو تبني التعديلات (المراد إدخالها) على الدستور"^(٢). وهكذا، خلصت المحكمة العليا الأمريكية، في هذه القضية، إلى أن التعديل الحادي عشر قد تم تبنيه "وفق الإجراءات المقررة دستورياً" constitutionally adopted^(٣).

٢ - قضايا الحظر الوطني^(٤): National Prohibition Cases

ادّعى، في هذه القضايا - من بين ادعاءات أخرى - أن التعديل الثامن عشر للدستور الأمريكي تم تبنيه من جانب ثلثي الأعضاء الحاضرين، وليس من جانب ثلثي العدد الإجمالي لأعضاء كلا مجلسي الكونجرس على نحو ما تتطلب

(1) "was never submitted to the President for his approbation", 3 U.S. (3 Dallas) 378, at 379 (1798).

(2) "the negative of the President applies only to the ordinary cases of legislation: He has nothing to do with the proposition, or adoption, of amendments to the Constitution.", Id. at 382.

(3) Id.

(4) *State of Rhode Island v. Palmer, and Seven Other Cases*, 253 U.S. 350 (1920).

ذلك- وفقاً لرأي المدعين- المادة (V) من الدستور^(١). غير أن المحكمة العليا الأمريكية رفضت هذا الادعاء، قاضية بأن "تصويت الثلثين (في كل من مجلسي الكونجرس) المتطلب لاقتراح التعديل، هو تصويت ثلثي الأعضاء الحاضرين^(٢)، وليس تصويت ثلثي العدد الإجمالي للأعضاء الحاضرين والغائبين"^(٣).

٣- قضية *Dillon v. Gloss*^(٤):

تتعلق هذه القضية، أيضاً، بالتعديل الثامن عشر الذي يتضمن حظر تصنيع، وبيع، ونقل المشروبات المسكرة في الولايات المتحدة الأمريكية. وترجع وقائع هذه القضية إلى إلقاء القبض على J. J. Dillon في ١٧ يناير ١٩٢٠، وتوجيه اتهام له بنقل المشروبات المسكرة بالمخالفة لقانون الحظر الوطني the National Prohibition Act. وقد قدم السيد Dillon التماساً للحصول على أمر للمثول أمام المحكمة أو أمر إحضار a writ of habeas corpus، بيد أن التماسه قوبل بالرفض بموجب أمر order^(٥). غير أن السيد

(1) Article V stipulates as follows: "The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution ..." (U.S. CONST. art V).

(٢) وذلك، بطبيعة الحال، بافتراض حضور النصاب quorum، أي العدد اللازم لحضوره من الأعضاء لصحة انعقاد الجلسة.

(3) 253 U.S. 350, at 386 (1920).

(4) 256 U.S. 368 (1921).

(5) Ex parte Dillon (D. C.) 262 Fed. 563, quoted in 256 U.S. 368, at 370 (1921).

Dillon قدم استئنافاً في مواجهة هذا الأمر أمام المحكمة العليا.

وتجدر الإشارة إلى أن المستأنف استند على حجتين:

أولاً: أن فترة السبع السنوات المحددة للتصديق، المنصوص عليها في القسم (٣)^(١)، من التعديل، كانت غير معقولة. بيد أن المحكمة العليا رفضت هذه الحجة، وقضت بأن الكونجرس يملك سلطة تحديد موعد زمني a time limit للتصديق على أحد التعديلات، وأن السبع سنوات تعد فترة معقولة^(٢).

ثانياً: أن التعديل لم يكن قد دخل حيز النفاذ في اليوم الذي تم القبض عليه فيه (١٧ يناير ١٩٢٠)^(٣). حيث كانت الولاية الأخيرة الضرورية قد صدقت

(1) Sec. 3 of the Eighteenth Amendment provides as follows: "This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of the several States, as provided in the Constitution, within seven years from the date of the submission hereof to the States by the Congress" (U.S. CONST. amend. XVII, § 3).

(2) "Whether a definite period for ratification shall be fixed, so that all may know what it is and speculation on what is a reasonable time may be avoided, is, in our opinion, a matter of detail which Congress may determine as an incident of its power to designate the mode of ratification. It is not questioned that seven years, the period fixed in this instance, was reasonable, if power existed to fix a definite time; nor could it well be questioned considering the periods within which prior amendments were ratified" (256 U.S. 368, at 376 (1921)).

(3) 256 U.S. 368, at 371 (1921).

على التعديل في ١٦ يناير ١٩١٩، وأن سكرتير الولاية قد أقر هذا التصديق في ٢٩ يناير ١٩١٩^(١). ونظرًا لأن المادة الأولى من التعديل كانت تنص على أن التعديل سيدخل حيز النفاذ بعد عام من التصديق عليه، أي في ٢٩ يناير ١٩٢٥، فقد احتج المستأنف بأنه لم يكن ثمة أساس قانوني للقبض عليه في ١٧ يناير ١٩٢٠. بيد أن المحكمة العليا رفضت هذه الحجة الأخيرة أيضًا، لأن إعلان سكرتير الولاية إقراره للتصديق ليس ضروريًا لدخول التعديل حيز النفاذ، وأن عملية التعديل تستكمل بتصديق الولاية الأخيرة. ولذلك، فإن التعديل كان قد دخل حيز النفاذ في ١٦ يناير ١٩٢٠، أي بعد سنة من تصديق الولاية الأخيرة^(٢).

٤ - قضية *United States v. Sprague* ^(٣):

تتعلق هذه القضية، أيضًا، بالتعديل الثامن عشر. ومن المعلوم أن هذا التعديل قد تم التصديق عليه بواسطة الهيئات التشريعية للولايات، وليس بواسطة مؤتمرات conventions. وقد احتج المدعون بأن هذا التعديل لا يمكن التصديق عليه إلا بواسطة مؤتمرات ممثلي الولايات. وقد احتج المدعون بأن نية واضعي الدستور كانت متجهة إلى أن "التعديلات التي تمنح للولايات المتحدة سلطات مباشرة على الأفراد يجب التصديق عليها من خلال معاهدات؛

(1) Id. at 376.

(2) Id. at 377.

(3) 282 U.S. 716 (1931).

وأن التعديل الثامن عشر من هذا النوع من التعديلات^(١). غير أن المحكمة العليا رفضت هذا الادعاء، وقضت بأن اختيار شكل التصديق متروك لمحضر تقدير الكونجرس^(٢).

ب- قضية Coleman v. Miller^(٣):

اقترح الكونجرس، في يونيو ١٩٢٤، تعديلاً للدستور، أطلق عليه "تعديل عمل الطفل" Child Labor Amendment^(٤). وفي يناير ١٩٢٥، تبنت الهيئة التشريعية بولاية كانساس قراراً رافضاً لهذا التعديل المقترح. وأرسلت نسخة موثقة من القرار إلى سكرتير الولايات المتحدة the Secretary of State of the United States^(٥). وبعد اثني عشر سنة - أي في يناير ١٩٣٧ - صدقت الهيئة التشريعية في كانساس على ذات التعديل المقترح. غير أن واحداً وعشرين عضواً من مجلس الشيوخ وثلاثة أعضاء من مجلس النواب في ولاية كانساس طعنوا في مشروعية هذا التصديق من خلال رفع دعوى لاستصدار

(1) Id. at 719.

(2) Id. at 730.

(3) 307 U.S. 433 (1939).

(4) Child Labor Amendment provided that "Congress shall have power to limit, regulate and prohibit the labor of persons under eighteen years of age" (H.R.J. Res. 184, 68th Cong., 1st Sess., 43 Stat. 670 (1924), quoted Walter Dellinger, The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process, op. cit., at 389).

(5) 307 U.S. 433, at 435 (1939).

a writ of mandamus أمام المحكمة العليا لولاية كانساس. وقد استهدفت الدعوى منع سكرتير الولاية من إقرار قرار التصديق على التعديل المقترح^(١). غير أن المحكمة العليا لولاية كانساس رفضت إصدار a writ of mandamus، وأيدت مشروعية تصديق الهيئة التشريعية في ولاية كانساس على التعديل المقترح^(٢).

وقد استأنف الحكم الصادر في هذه القضية أمام المحكمة العليا (الفيدرالية). حيث استند المدعون على أساسيين لتأييد طعنهم بعدم مشروعية مسلك الهيئة التشريعية في ولاية كانساس:

أولاً: لا يجوز للهيئة التشريعية بولاية كانساس أن تصدق على تعديل مقترح، كانت قد رفضته من قبل.

ثانياً: إن التعديل - الذي كان اقترح في عام ١٩٢٤ - قد فقد مشروعيته بسبب مرور الوقت، ومن ثم لا يجوز التصديق عليه، من جانب الهيئة التشريعية في ولاية كانساس في عام ١٩٣٧^(٣).

غير أن المحكمة العليا الأمريكية رفضت الحجج السابقة. ومن ثم، قضت المحكمة بأن المسائل المتعلقة بأثر الرفض السابق للتعديل المقترح، وكذلك

(1) Id. at 436.

(2) Id. at 437.

(3) Id. at 451.

مضى الوقت منذ تقديم التعديل للتصديق أول مرة "تعتبر مسائل ذات طبيعة سياسية، ولا تقبل إخضاعها للتقاضي" (أولاً لا يمكن الفصل فيها قضائياً) questions deemed to be political and not justiciable^(١). وخلصت المحكمة العليا، من التحليل السابق، إلى القول إن الكونجرس "يملك الكلمة النهائية فيما يتعلق برقابة إصدار التعديل الدستوري المتبني"^(٢).

ويمكن القول، باختصار، إن المحكمة العليا الأمريكية قد أخضعت مدى سلامة الإجراءات المتبعة في تبني التعديلات الدستورية لرقابتها القضائية، وذلك في قضايا: Hollingsworth v. Virginia^(٣)، National Prohibition Cases^(٤)، Dillon v. Gloss^(٥)، United States v. Sprague^(٦).

وفي المقابل، رفضت المحكمة، في قضية Coleman v. Miller^(٧)، رقابة السلامة الإجرائية لتبني تعديل عمل الطفل Child Labor Amendment استناداً إلى أن اقتراحه والتصديق عليه يعدان من قبيل

(1) Id. at 454.

(2) "the Congress in controlling the promulgation of the adoption of a constitutional amendment has the final determination.", Id. at 456.

(3) 3 U.S. 378 (Dall.) (1798).

(4) 253 U.S. 350 (1920).

(5) 256 U.S. 368 (1921).

(6) 282 U.S. 716 (1931).

(7) 307 U.S. 433 (1939).

"المسائل ذات الطبيعة السياسية" political questions^(١).

المبحث الثاني

المحكمة الدستورية النمساوية

يجب الإشارة، أولاً، إلى أنه لا توجد - في ظل الدستور النمساوي لعام ١٩٢٠ (الذي تمت مراجعته في عام ١٩٢٩، والمعاد إصداره في عام ١٩٤٥) - قيود موضوعية ترد على التعديلات الدستورية. ومعنى ذلك، أن كل نصوص الدستور يمكن تعديلها دون استثناء. ومع ذلك، يحدد الدستور النمساوي الشروط الشكلية والإجرائية للتعديلات الدستورية. وتميز المادة (٤٤) من الدستور بين المراجعة أو التنقيح الجزئي partial revision، والمراجعة أو التنقيح الشامل للدستور total revision، وتخضع كلاً منهما لإجراءات مختلفة. وتنص الفقرة (١) من المادة (٤٤) من الدستور على أن التعديلات، التي تتدرج في إطار المراجعة الجزئية للدستور، والتي يُطلق عليها القوانين الدستورية Verfassungsgesetz أو النصوص الدستورية Verfassungsbestimmung، هذه التعديلات يمكن للبرلمان أن يتبناها دون حاجة إلى استفتاء^(٢)؛ أما الفقرة (٣) من ذات المادة فتتطلب إخضاع التعديلات

(1) Id. at 454.

(2) Article 44(1) of the Austrian Constitution provides as follows: "Constitutional laws or constitutional provisions contained in simple laws can be passed by the National Council only in the presence of at least half the members and by a two thirds majority of the votes cast;

الشاملة Gesamtänderung^(١) لاستفتاء^(٢).

١- قرار ١٢ ديسمبر ١٩٥٢^(٣): مواطنة الولايات الاتحادية Länder Citizenship

تمسك المدعون، في هذه القضية، بأن القانون الدستوري بشأن مواطنة

they shall be explicitly specified as such ('constitutional law', 'constitutional provision')" (BUNDESVERFASSUNGSGESETZ [B-VG] [Constitution] art.44, 1 (Austria). An English translation of the 1920 Austrian Federal Constitution (Bundes- Verfassungsgesetz) is available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int>; select Constitutions > English > Europe > Austria (last visited Mar. 20, 2007).

- (1) See generally Alexander Somek, Constitutional Theory as a Problem of Constitutional Law: On the Constitutional Court's Total Revision of Austrian Constitutional Law, Vienna Working Papers in Legal Theory, Political Philosophy, And Applied Ethics, No. 7, Vienna 1998, available at http://www.juridicum.at/component/option,com_docman/task,doc_download/gid,21/Itemid,91/ (last visited July 26, 2006).
- (2) Article 44(3) of the Austrian Constitution stipulates as follows: "Any total revision of the Federal Constitution shall upon conclusion of the procedure pursuant to Art. 42 above but before its authentication by the Federal President be submitted to a referendum by the entire nation" (BUNDESVERFASSUNGSGESETZ [B-VG] [Constitution] art.44, ¶ 3 (Austria). See *supra* note 33).
- (3) SAMMLUNG DER ERKENNTNISSE UND BESCHLÜSSE DES VERFASSUNGSGERICHTSHOFES [hereinafter VfSlg], [Reports of the Decisions of the Federal Constitutional Court], No. 2455, quoted in Taylor Cole, Three Constitutional Courts: A Comparison, 3 AM. POL. SCI. REV. 963, 974 (1959).

Länder الولايات الاتحادية Citizenship مخالف للدستور، لأنه تم تبنيه بواسطة البرلمان، وليس عن طريق استفتاء، كما تتطلب ذلك الفقرة (٣) من المادة (٤٤) من الدستور، لأن الأمر يتعلق في، هذه الحالة، "بمراجعة أو تنقيح شامل"^(١). وفي هذه القضية، أتيحت المناسبة للمحكمة الدستورية النمساوية لأن تفصل، لأول مرة في تاريخها، في مسألة ما إذا كانت مختصة بالفصل في دستورية التعديلات الدستورية. وقد أجابت المحكمة الدستورية النمساوية على هذا السؤال بالطريقة التالية: أولاً، أعلنت المحكمة أنها غير مختصة برقابة دستورية القوانين الدستورية فيما يتعلق بموضوعها substance، "لأنه لا يوجد، بصفة عامة، أي معيار لإجراء مثل هذه الرقابة في ضوءه"^(٢).

وفي المقابل، أعلنت المحكمة أنها مختصة برقابة دستورية القوانين الدستورية فيما يتعلق بإجراءات تبنيها procedure، لأن القوانين الدستورية يجب أن يتم سنها على نحو يتطابق مع الإجراءات التي تحددها المادة (٤٤) من الدستور^(٣). حيث تنص الفقرة (٣) من هذه المادة على أن "أي مراجعة شاملة

(1) Sylvie Peyrou-Pistouley, La Cour Constitutionnelle et le Contrôle de la Constitutionnalité des Lois en Autriche [The Constitutional Court and the Control of the Constitutionality of Laws in Austria] 176 (Economica 1993).

(2) "since, in general, any standard for such an examination is missing.", VfSlg. No.2455, quoted in Cole, supra note 36, at 974.

(3) VfSlg. No. 2455, quoted in Peyrou-Pistouley, La Cour Constitutionnelle et le Contrôle de la Constitutionnalité des Lois en Autriche, op. Cit., at 176.

للدستور الفيدرالي يجب إحالتها إلى استفتاء تشارك فيه الأمة بأسرها". ولذلك، يكون من الضروري، وفقاً لرأي المحكمة، تحديد ما إذا كان القانون الدستوري المطعون عليه بعدم الدستورية ينطوي على "مراجعة شاملة" أم لا. فإذا ما اعتبر هذا القانون الدستوري المطعون عليه "مراجعة شاملة" للدستور، فإنه سيكون مخالفاً للفقرة (٣) من المادة (٤٤) من الدستور، لأنه لم يتم تبنيه من خلال استفتاء. ولذلك، يكون من الضروري، أيضاً، بالنسبة للمحكمة الدستورية الفيدرالية تحديد المقصود بـ"المراجعة الشاملة" total revision. وقد يبدو من اليسير القول، لأول وهلة، إن "المراجعة الشاملة" هي تلك التي تتناول بالتعديل كل مواد الدستور. بيد أن المحكمة عرفت "المراجعة الشاملة" بأنها تلك التي يمكن أن تؤثر في أحد "المبادئ الرائدة" للدستور الفيدرالي^(١). وفي هذه القضية، اعتبرت المحكمة أن المبدأ الديمقراطي، ومبدأ حكم القانون، والمبدأ الفيدرالي تعد من "المبادئ الرائدة" للدستور النمساوي. وتبعاً لذلك، إذا ما تبين أن التعديل الدستوري الذي يمس أحد هذه المبادئ الأساسية قد تم تبنيه دون اللجوء إلى استفتاء، فإنه يكون مخالفاً للفقرة (٣) من المادة (٤٤) من الدستور. وقد انتهت المحكمة، بعد فحصها لهذه القضية، إلى أن القانون الأساسي المتعلق بمواطنه

(1) VfSlg, No. 2455, quoted in Otto Pfersmann, La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale: théorie, pratique, limites [Constitutional amendment in Austria and Federal Germany: Theory, Practice, Limits], La Revision de la Constitution [Amendment of the Constitution] 7, 40 (Economica & Presses universitaires d'Aix-Marseille 1993).

الولايات Länder Citizenship- والذي تبناه البرلمان دون إحالة إلى استفتاء- ليس مخالفاً للفقرة (٣) من المادة (٤٤) من الدستور. وتفسير ذلك، أن هذا التعديل لا يمس، من وجهة نظر المحكمة، أحد المبادئ الرائدة أو الأساسية للدستور، ولذلك لا ينطوي على "مراجعة شاملة" للدستور. وخلصت المحكمة من هذا التحليل إلى أن هذا التعديل لا يحتاج إلى الإحالة إلى استفتاء^(١).

ومن المهم إبراز أن المبدأ الديمقراطي، ومبدأ حكم القانون، والمبدأ الفيدرالي- وهي المبادئ التي تعتبرها المحكمة الدستورية النمساوية "مبادئ رائدة"- لا تعتبر "مبادئ قابلة للتعديل". ولكن التعديلات الدستورية التي تمس أيًا من هذه المبادئ يجب عرضها على استفتاء يشترك فيه الشعب في الاتحاد الفيدرالي.

٢- قرار ٢٣ يونيو ١٩٨٨^(٢):

قضت المحكمة الدستورية النمساوية، في هذه القضية، بأن القانون الدستوري المتعلق بتراخيص سيارات الأجرة "التاكسي"^(٣) ينطوي على

(1) VfSlg, N.2455, quoted in Cole, supra note 36, at 974.

(2) VfSlg, 29, V 102/88, quoted in Siegbert Morscher, La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux [The Hierarchy of Constitutional Norms and its Function in the Protection of fundamental Rights], (Ulrike Steinhorst trans.), 6 Annuaire International de Justice Constitutionnelle 25, 34 (1990).

(3) Bundesgesetzblatt [Official Gazette of Federal Laws], 1987/281,

"مراجعة شاملة" total revision للدستور، ولذلك كان يجب الموافقة عليه من خلال استفتاء. ولكن، هذا القانون تمت الموافقة عليه، فقط، من خلال البرلمان. ونتيجة لذلك، أعلنت المحكمة الدستورية النمساوية أن هذا القانون الدستوري مخالف للفقرة (٣) من المادة (٤٤) من الدستور، مما يجعله جديراً بالإلغاء^(١).

٣- قرار ٢٩ سبتمبر ١٩٨٨^(٢):

ألزم قانون دستوري، صادر في عام ١٩٨٦، ملاك السيارات بأن يقدموا اسم الشخص الذي يقود سياراتهم، في حالة ارتكاب السائق لمخالفة مرورية، عندما لا يكون ممكناً التعرف على هوية السائق وقت ارتكاب المخالفة^(٣). ولم تقم المحكمة الدستورية النمساوية بإلغاء هذا القانون الدستوري، ولكنها أكدت قضاءها السابق المتمثل في أن كل القوانين الدستورية- المتبناة عن طريق البرلمان- يجب أن تتطابق مع المبادئ الأساسية للدستور الفيدرالي^(٤). وإلا، فإن هذه التعديلات يجب الموافقة عليها من خلال استفتاء، كما تتطلب ذلك

quoted in Pfersmann, supra note 40, at 38.

(1) VfSlg, 29, V 102/88, quoted in Morscher, supra note 42, at 34.

(2) VfSlg, 11.829, quoted in Pfersmann, supra note 40, at 39; G 72, 102-104, 122-125, 136, 151-160/88, quoted in Morscher, supra note 42, at 35.

(3) BUNDESGESETZBLATT [Official Gazette of Federal Laws], 1986/106, quoted in Pfersmann, supra note 40, at 39.

(4) VfSlg, 11.829, quoted in Morscher, supra note 42, at 35.

الفقرة (٣) من المادة (٤٤) من الدستور.

٤- قرار ١٠ مارس ٢٠٠١^(١):

نص بند في أحد القوانين الدستورية^(٢) 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 الفيدرالي. ولذلك، فإن الدستور يجب حرمانه من سلطته القاعدية (أو المعيارية) بالنسبة لهذا الجزء من النظام القانوني"^(٣). ووفقاً للمحكمة الدستورية فإن "خسارة الدستور لسلطته القاعدية أو المعيارية تشكل انتهاكاً لحكم القانون" الذي يعتبر "أحد المبادئ الأساسية للدستور". ولذلك، فإن التعديل الدستوري الذي يمس هذا المبدأ ينطوي على "مراجعة شاملة" تستلزم تبني هذا التعديل عن طريق استفتاء

(1) G 12/00, G 48-51/00. An English précis of this decision is available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int> (AUT-2001-1-003) (last visited Mar. 21, 2007).

(2) Paragraph 126a of the Federal Procurement Law (*Bundesvergabe-gesetz*), quoted in the decision of March 10, 2001 of the Austrian Constitutional Court, available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int> (AUT-2001-1-003) (last visited April 5, 2007).

(3) "the loss of the Constitution's normative power...violates the rule of law", Decision of March 10, 2001, G 12/00, G 48-51/00. See supra note 48.

في ظل الفقرة (٣) من المادة (٤٤) من الدستور. ولكن النص المطعون عليه بعدم الدستورية تم تبنيه عن طريق البرلمان، وليس عن طريق الاستفتاء، ولذلك فإنه يعد غير دستوري. ولهذا السبب، ألغت المحكمة الدستورية هذا النص من القانون الدستوري^(١).

- تقدير قضاء المحكمة الدستورية النمساوية:

على الرغم من أن المحكمة الدستورية النمساوية تعترف بأنها لا تتمتع باختصاص لرقابة موضوع التعديلات الدستورية، بسبب "عدم وجود أي معيار لإجراء مثل هذه الرقابة"، فإنها قد قامت في الحقيقة - بسبب تعريفها "للمراجعة الشاملة" للدستور - برقابة موضوع التعديلات الدستورية التي تبناها البرلمان. غير أن بعض الكتاب يرى أن تحديد المحكمة الدستورية النمساوية لمفهوم "المراجعة الشاملة" مثير للجدل بصورة واضحة.

وبالنسبة للشخص الذي لا يتمتع بخبرة متخصصة في موضوع معين layperson، فإن "المراجعة الشاملة للدستور" تعني تعديل كل مواد الدستور، ولكن بالنسبة للمحكمة الدستورية النمساوية، فإن "المراجعة الشاملة" - كما تقدم القول سابقاً - تعني التعديل الدستوري الذي يمس أحد "المبادئ الرائدة" للدستور، ويشير بعض الكتاب إلى أن مثل هذا التعريف لا أساس له، لأن الدستور النمساوي لم يتضمن تعريف "المراجعة الشاملة" على هذا النحو. ومن ناحية

(1) Id.

أخرى، فإن "المبادئ الرائدة" التي استخدمتها المحكمة في تعريف "المراجعة الشاملة" لا يمكن أن تكون قابلة للتحديد بصورة موضوعية، لأنه لا يوجد نص، في الدستور النمساوي، يحدد هذه المبادئ.

المبحث الثالث

المحكمة الدستورية التركية

يبدو ضرورياً تقسيم قضاء المحكمة التركية إلى مراحل ثلاثة، لأن التنظيم الدستوري المتعلق بالرقابة القضائية على التعديلات الدستورية يختلف في كل مرحلة عن الأخرى.

المطلب الأول

في ظل الدستور التركي لعام ١٩٦١، وقبل تعديل ١٩٧١

لم يكن هناك نص خاص - في ظل الدستور التركي لعام ١٩٦١، وقبل تعديل عام ١٩٧١ - يتعلق بمسألة دستورية التعديلات الدستورية. ومع ذلك، فقد أعلنت المحكمة الدستورية التركية، في تلك الفترة، أنها مختصة برقابة دستورية التعديلات الدستورية. ومن ثم، قامت المحكمة، في تلك الفترة برقابة السلامة الشكلية Formal regularity للتعديلات الدستورية في القرارات التالية:

١- قرار ١٦ يونيو ١٩٧٠ (القرار رقم ٣١/١٩٧٠)^(١):

كانت المادة (٦٨) من الدستور التركي لعام ١٩٦١ تنص على أن الأشخاص الذين تتم إدانتهم في جرائم معينة لا يجوز انتخابهم نواباً، حتى ولو كان قد تم العفو عنهم. بيد أن الجزء الثاني من هذا البند - حتى ولو كان قد تم العفو عنهم - أُلغى بموجب التعديل الدستوري الصادر في ٦ نوفمبر ١٩٦٩^(٢). غير أن حزب العمال طعن على هذا التعديل الدستوري أمام المحكمة الدستورية العليا. وقد تمسك الحزب بالقول إن هذا التعديل غير دستوري، سواء فيما يتعلق بشكله أم بموضوعه. وقد أعلنت المحكمة الدستورية أنها مختصة برقابة دستورية التعديلات الدستورية، فيما يتعلق بشكلها وموضوعها^(٣). وفي هذه القضية، أعلنت المحكمة - بأغلبية ٨ : ٧ - أن هذا التعديل الدستوري لم يتم تبنيه على نحو يتفق مع إجراءات التعديل التي تحددها المادة (١٥٥) من دستور (١٩٦١) التي تنص على أن تبني اقتراح تعديل دستوري يتطلب أغلبية ثلثي العدد الإجمالي لكل من المجلسين. وتجدر الإشارة إلى أنه في إطار المداولات الخاصة بهذا التعديل الدستوري، كانت الجمعية الوطنية بسيطة، ثم صوتت، لاحقاً، على التعديل بأكمله بأغلبية ثلثي العدد الإجمالي لأعضائها. بيد أن المحكمة الدستورية التركية قضت - بأغلبية ٨ : ٧ من أصوات أعضائها -

(1) 8 AMKD 313 (1970).

(2) RESMI GAZETE [OFFICIAL GAZETTE], Nov. 12, 1969, No. 13349.

(3) 8 AMKD 313, at 322-323.

بأنه ليس فقط كامل نص التعديل الدستوري هو الذي يجب الموافقة عليه بأغلبية الثلثين، ولكن أيضاً كل مادة من مواده. ونتيجة لذلك، قضت المحكمة الدستورية التركية بإبطال التعديل الدستوري الصادر في ٦ نوفمبر ١٩٦٩^(١).

٢- القرار الصادر في ٣٠ أبريل ١٩٧١ (القرار رقم ٣٧/١٩٧١)^(٢):

فحصت المحكمة الدستورية التركية في هذا القرار السلامة الشكلية والإجرائية للتعديل الدستوري الصادر في ١٧ أبريل ١٩٧٠^(٣). وقد خلصت المحكمة إلى عدم وجود أي عيب إجرائي أو شكلي يشوب هذا التعديل الدستوري^(٤). وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة قد أخضعت، أيضاً، لرقابتها في هذا القرار موضوع هذا التعديل الدستوري. وسيتم، لاحقاً، تناول هذا الجانب من القرار.

المطلب الثاني

في ظل الدستور التركي لعام ١٩٦١ (كما عدل في عام ١٩٧١)

تنص المادة (١٤٧) من الدستور التركي لعام ١٩٦١ - على نحو ما عدل ١٩٧١ على أن للمحكمة الدستورية أن تراقب السلامة الشكلية the formal

(1) Id. at 325-332.

(2) 9 AMKD 416 (1970).

(3) RESMI GAZETE [OFFICIAL GAZETTE], Apr. 22, 1970, No. 13578.

(4) 9 AMKD 416, at 426.

regularity للتعديلات الدستورية^(١). ونتيجة لذلك، كان بمقدور المحكمة الدستورية التركية، في الفترة من عام ١٩٧١ إلى عام ١٩٨٠، أن تراقب، فقط، السلامة الشكلية للتعديلات الدستورية، وليس موضوعية هذه التعديلات. ومع ذلك، قضت المحكمة الدستورية التركية بأن الحظر المفروض على الشكل الجمهوري للدولة يعد شرطاً شكلياً لسلامة التعديلات، وليس شرطاً موضوعياً a condition of substance. وخلال هذه الفترة أصدرت المحكمة الدستورية التركية خمسة قرارات تتعلق برقابة دستورية التعديلات الدستورية. وسيتم مناقشة هذه القرارات فيما يلي:

١- القرار الصادر في ١٥ أبريل ١٩٧٥ (القرار رقم ٨٧/١٩٧٥)^(٢).

أضاف التعديل الدستوري الصادر في ١٥ مارس ١٩٧٣ فقرة أخيرة إلى المادة (١٣٨) من دستور ١٩٦١. وقد كانت هذه الفقرة المضافة تنص على أنه "يجب أن يكون لأغلبية أعضاء المحاكم العسكرية صفة القضاة. وهذا الشرط ليس متطلباً في وقت الحرب". وقد قضت المحكمة الدستورية التركية في ١٥

(1) ANAYASA [Constitution] art. 147(1) (1961, amended 1971) (Turkey). For an the English translation of the 1961 Turkish Constitution, as amended in 1971, see THE TURKISH CONSTITUTION AS AMENDED (Mustafa Gerçek, Erhan Yasar and Orhan Tung trans., Directorate General of Press and Information 1978), available at <http://www.anayasa.gen.tr/1961constitution-amended.pdf> (last visited Apr. 3, 2006).

(2) 13 AMKD 403 (1975).

أبريل ١٩٧٥، بإلغاء الشطر الثاني من الفقرة السابقة، استناداً إلى أن مضمون هذا الجزء من الفقرة ينتهك الحظر المفروض على تعديل الشكل الجمهوري للدولة. وقد استندت المحكمة في توصلها إلى هذه النتيجة إلى التحليل: إن إمكان أن يكون أغلبية أعضاء المحاكم العسكرية، في الوقت الحرب، ليسوا قضاة أو ليس لهم صفة القضاة (المادة ١٣٨) يشكل انتهاكاً لمبدأ ضرورة استقلال المحاكم (المادة ٢). ومن المعلوم أن مبدأ حكم القانون يشكل جزءاً لا يتجزأ من الشكل الجمهوري للدولة (المادة ١) الذي يعد - وفقاً للمادة (٩) من دستور ١٩٦١ - مبدأ غير قابل للتعديل^(١).

٢- القرار الصادر في ٢٣ مارس ١٩٧٦ (القرار رقم ١٩/١٩٧٦)^(٢) - والقرار الصادر في ١٢ أكتوبر ١٩٧٦ (القرار رقم ٤٦/١٩٧٦)^(٣).

تم تعديل المادة (٣٨) من الدستور التركي لعام ١٩٦١ في ٢٠ سبتمبر ١٩٧١. وقد كان النص الجديد للمادة (٣٨) تنص على أن التعويض الذي يدفع في مقابل نزع الملكية (الملكية العقارية) لا يجوز أن يجاوز القيمة التي يكون المالك قد أعلن عنها، مسبقاً، للإدارة الضريبية^(٤). وقد احتج الطاعنون بأن النص الجديد من المادة (٣٨) من دستور ١٩٦١ تشكل انتهاكاً على الحظر

(1) Id. at 447-448.

(2) 14 AMKD 118 (1976).

(3) Id. at 252-285.

(4) ANAYASA [Constitution] art. 38(2) (1961, amended 1971) (Turkey). See supra note 60.

المفروض على الشكل الجمهوري للدولة^(١).

بيد أن المحكمة الدستورية التركية رفضت، في قرارها الصادر في ٢٣ مارس ١٩٧٦، هذه الحجة. ومن ثم، قضت المحكمة - بأغلبية ثمانية إلى سبعة من أعضائها - أن النسخة المعدلة من المادة (٣٨) لا تتعارض مع الحظر المفروض على تعديل الشكل الجمهوري^(٢). ولكن المحكمة الدستورية عادت - بعد ستة أشهر في ١٢ أكتوبر ١٩٧٦ لتتقضي حكمها بأغلبية ٨ : ٧. ففي هذا الحكم الأخير، أبطلت المحكمة النسخة المعدلة من المادة (٣٨)، وذلك استناداً إلى أن حساب التعويض عن نزع الملكية، على أساس القيمة المالية، يشكل مساساً "الجوهر" الحق في الملكية المكفول وفقاً للمادة (٣٦). وتبعاً لذلك، ووفقاً للمادة (٩)، فإن مبدأ حكم القانون - المنصوص عليه وفي المادة (٢)، والذي يعد أحد عناصر الشكل الجمهوري للدولة (المادة ١) - لا يمكن تغييره بواسطة تعديل دستوري^(٣).

٣- قرار ٢٨ يناير ١٩٧٧^(٤): القرار رقم 1977/4

استبعد التعديل الدستوري الصادر في ٢٠ سبتمبر ١٩٧١ - المعدل للمادة (١٤٤) من دستور ١٩٦١ - الرقابة القضائية للقرارات التي يتخذها المجلس

(1) 14 AMKD 118, at 134-136 (1976).

(2) Id. at 274-276.

(3) Id. at 274-276.

(4) 15 AMKD 106-131 (1977).

الأعلى للقضاء^(١). وقد ادعى، في سياق الرقابة القضائية الموضوعية، أن تعديل المادة (١٤٤) يتعارض مع الدستور. وقد أقرت المحكمة الدستورية التركية هذا الادعاء، وخلصت إلى أن النسخة الجديدة من المادة (١٤٤) - التي تنص على أنه - لا يجوز رفع استئناف إلى أي محكمة قضائية في مواجهة قرارات المجلس الأعلى للقضاء - تتعارض مع الحظر المفروض على تعديل الشكل الجمهوري للدولة. ووفقاً للمحكمة الدستورية، فإن استبعاد الرقابة القضائية يمس مبدأ حكم القانون الذي تكفله المادة (٢) من الدستور، والذي يعد مميّزاً للجمهورية التركية. ولذلك، فإن استبعاد الرقابة القضائية في هذه الحالة، يشكل انتهاكاً للحظر المفروض على تعديل الشكل الجمهوري للدولة، كما تنص عليه المادة (٩) من الدستور.

٤ - قرار ٢٧ سبتمبر ١٩٧٧: No. 1977/117^(٢)

استبعد التعديل الدستوري الصادر في ٢٠ سبتمبر ١٩٧١ - المعدل للمادة (١٣٧) من دستور ١٩٦١ - الرقابة القضائية على قرارات المجلس الأعلى للمدعين Supreme Council of Prosecutors^(٣). وقد ادعى، عن طريق الرقابة الموضوعية على الدستورية concrete review، أن النسخة المعدلة من المادة (١٤٤) تتعارض مع الدستور. وفي هذه القضية، قضت المحكمة

(1) ANAYASA [Constitution] art. 144 (1961, amended 1971) (Turkey).

(2) 15 AMKD 444 (1977).

(3) ANAYASA [Constitution] art. 137 (1961, amended 1971) (Turkey).

الدستورية التركية قضاءً مشابهًا لذلك المتبنى في القضية السابقة، حيث قدرت المحكمة أن استبعاد الرقابة القضائية على قرارات المجلس الأعلى للمدعين يتعارض مع الحظر المفروض على تعديل الشكل الجمهوري للدولة، استنادًا إلى ذات الأسباب السابقة الواردة في حكم ٢٨ يناير ١٩٧٧.

يبين من الأحكام السابقة أن المحكمة الدستورية التركية قضت، أولاً، بأنها غير مختصة برقابة موضوع التعديلات الدستورية. من ثم، كانت المحكمة تؤكد أنه ليس بمقدورها سوى رقابة السلامة الشكلية للتعديلات الدستورية. وقد كان هذا الموقف صحيحًا، لأن المادة (١٤٧) من الدستور التركي لعام ١٩٦١ - على نحو ما عدل به في عام ١٩٧١ - كان يخول المحكمة الدستورية، صراحةً، فقط سلطة رقابة السلامة الشكلية للتعديلات الدستورية^(١). ومع ذلك، يُلاحظ أن المحكمة عرفت مفهوم "السلامة الشكلية" تعريفًا موسعًا. ووفقًا للمحكمة، فإن "السلامة الشكلية" تشمل، ليس فقط الشروط المتعلقة باقتراح، والمداولة، والتصديق على التعديل الدستوري، ولكن أيضًا الحظر المفروض على الشكل الجمهوري للدولة. وبعبارة أخرى، يمكن للمحكمة من وجهة نظرها، أن بمقدورها رقابة مدى تطابق التعديلات الدستورية، ليس فقط مع المادة (١٥٥) التي تحدد شروط الشكل والإجراءات للتعديلات الدستورية، ولكن أيضًا المادة (٩) التي تحظى بتعديل ليس فقط الشكل الجمهوري للدولة، ولكن أيضًا اقتراح

(1) ANAYASA [Constitution] art. 147 (1961, amended 1971) (Turkey).
See supra note 60.

هذا التعديل.

- أوجه النقد:

يمكن القول إن الإحكام السابقة للمحكمة الدستورية التركية يمكن إخضاعها لنقد قاسي، يتمثل فيما يلي:

أولاً: إن تعريف السلامة الشكلية للتعديلات الدستورية، على نحو ما قالت به المحكمة، لا يستند على أساس صحيح. ويرجع ذلك إلى أن مسألة ما إذا كان التعديل الدستوري يمس الشكل الجمهوري للدولة غير القابل للتعديل ليس، في الحقيقة، مسألة شكل أو إجراءات، ولكنه مسألة موضوع، لأنه بدون النظر في نص التعديل الدستوري، سيكون من المستحيل تحديد ما إذا كان هذا النص ينتهك مبدأ عدم القابلية للتعديل أم لا.

ثانياً: إن التفسير الموسع لمفهوم "الشكل الجمهوري" لا يستند، أيضاً، على أساس قوي، لأنه وفقاً للمادة (٩) فقط النص الذي يقرر أن "شكل الدولة التركية جمهوري" بند غير قابل للتعديل، وهذا البند ليس موجوداً إلا في المادة الأولى. وإذا كان واضعو دستور ١٩٦١ فقد أرادوا حماية، ليس فقط الشكل الجمهوري للدولة التركية، ولكن أيضاً خصائص هذا الشكل المنصوص عليها في المادة الثانية، فقد كان بمقدورهم النص على حظر تعديل هذه الخصائص أيضاً. وبالإضافة إلى ذلك، فإن عدم القابلية للتعديل بعض البنود الدستورية يشكل استثناءً على القاعدة العامة التي وفقاً لها

يمكن تعديل كل نصوص الدستور. ومن ثم، لما كان عدم القابلية للتعديل تعد استثناءً، فيجب تفسيرها تفسيراً طبعاً، وفقاً لقاعدة الاستثناءات يجب تفسيرها بأضيق تفسير ممكن أو الاستثناء لا يتوسع في تفسيره ولا يُقاس عليه^(١).

ولكن، يُلاحظ أنه رغم هذه الأوجه من النقد التي توجه إلى قرارات المحكمة الدستورية التركية في هذا الخصوص، فإن قراراتها تعد صحيحة ومنتجة لآثارها، لأن قرارات المحكمة الدستورية التركية تعد - وفقاً للمادة (١٥٢) من دستور ١٩٦١ - نهائية، وملزمة للسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية. ومعنى ذلك، أن هذه القرارات قد رتبت آثارها القانونية رغم عدم استنادها على أسس قوية. من ذلك، على سبيل المثال، أن بنود التعديلات الدستورية التي تم إلغاؤها بموجب هذه القرارات قد فقدت مشروعيتها. ويمكن أن يستنتج من ذلك، أن الرقابة القضائية لدستورية التعديلات الدستورية، سواء فيما يتعلق بشكلها أم موضوعها - كان ممكنة في تركيا في الفترة بين ١٩٧١ - ١٩٨٠. ويرجع ذلك إلى التفسير الموسع الذي تبنته المحكمة الدستورية لمفهوم "السلامة الشكلية"^(٢).

(1) Exceptions must be interpreted in the strictest manner

(2) This is based on the Constitutional Court's interpretation of "formal regularity".

المطلب الثالث

في ظل الدستور التركي لعام ١٩٨٢

ينظم الدستور التركي لعام ١٩٨٢ الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية. ومن ثم، تنص الفقرة (١) من المادة (١٤٨) من هذا الدستور، صراحة، على تخويل المحكمة الدستورية سلطة رقابة دستورية التعديلات الدستورية، على أنها تقتصر هذه الرقابة على الشكل form. وبعبارة أخرى، يمكن إخضاع التعديلات الدستورية للرقابة القضائية فقط بالنظر إلى شكلها، أي أن المحكمة الدستورية ليس مقدورها رقابة موضوع أو مضمون التعديلات الدستورية. وفوق ذلك، حدد واضعو الدستور التركي لعام ١٩٨٢ - آخذين في اعتبارهم توسع المحكمة الدستورية (الخاطئ) في تفسير مفهوم "السلامة الإجرائية" خلال العقد السابع من القرن الماضي - مجال مصطلح "الرقابة فيما يتعلق بالشكل" review in respect of form. ووفقاً لهذه المادة، تقتصر رقابة "السلامة الشكلية" على فحص ما إذا كان الأغلبية المتطلبة للاقتراح والتصويت مستوفاة، وما إذا كان الحظر المعروف على المناقشات في ظل الإجراءات المستعجلة قد تم احترامها^(١). وتبعاً لذلك، لا تستطيع المحكمة الدستورية التركية، في ظل

(1) "shall be restricted to consideration of whether the requisite majorities were obtained for the proposal and in the ballot, and whether the prohibition on debates under urgent procedure was complied with.", ANAYASA [Constitution] art. 148(2) (1982) (Turkey). An English translation of the 1982 Turkish Constitution is available at

دستور ١٩٨٢ - خلافاً لدستور ١٩٦١ - أن تزامن موضوع التعديلات الدستورية من خلال التفسير الموسع لمفهوم "السلامة الإجرائية".

وحتى ديسمبر ٢٠٠٦ لم تكن قد أُنِحت الفرصة للمحكمة الدستورية التركية لرقابة دستورية التعديلات الدستورية، في ظل دستور ١٩٨٢، إلا مرة واحدة. ففي هذه القضية المتعلقة بقانون التعديل الدستوري الصادر في ١٧ مايو ١٩٨٧، قدم خمس أعضاء البرلمان التركي طلباً للإلغاء - للمحكمة الدستورية - استناداً إلى أن إصدار قانون التعديل الدستوري يتعارض مع نصوص الدستور. وفي قرارها رقم (١٩٨٧/١٥)، الصادر في ٨ يونيو ١٩٨٧^(١)، قضت المحكمة الدستورية التركية، بأنه لا يدخل في اختصاصها قبول طلب إلغاء يستند على أن أسس أخرى غير تلك المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة (١٤٨) (أي ما إذا كانت الأغلبية المطلوبة للاقتراح والتصويت قد تم إلغاؤها، وما إذا كان الحظر المفروض على المناقشات في ظل الإجراء المستعجلة قد تم مراعاته). ولذلك، خلصت المحكمة إلى أن طلب الإلغاء غير مقبول، لأن الحجج القانونية التي تستند عليها ليست من بين المخالفات المشار إليها في الفقرة (١) من المادة (١٤٨).

<http://www.byegm.gov.tr/mevzuat/anayasa/anayasa-ing.htm>
(last visited Mar. 5, 2007).

(1) 23 AMKD 282 (1987).

الفصل الثالث

هل يمكن للمحاكم الدستورية أن تراقب مضمون التعديلات الدستورية؟

رأينا، فيما سبق، أن المحاكم الدستورية في بعض الدول - النمسا، وألمانيا، والهند، وأيرلندا، وتركيا، والولايات المتحدة الأمريكية - تتمتع باختصاص رقابة التعديلات الدستورية. ومن ثم، فإنه بمقدور المحاكم الدستورية، في هذه الدول، أن تراقب السلامة الشكلية والإجرائية للتعديلات الدستورية. والسؤال التكميلي الذي يجب أن يُسأل، في هذا السياق، هو: هل بمقدور المحاكم الدستورية، في هذه الدول، أن تقطع شوطاً أبعد مدى، وتخضع لرقابتها مضمون أو موضوع التعديلات الدستورية؟ والحقيقة أنه لا يمكن الإجابة على هذا السؤال بالإيجاب إلا إذا تمت الإجابة، أولاً، على السؤال التالي: هل توجد أي قيود موضوعية substantive على التعديلات الدستورية؟ ويجد هذا السؤال الأخير مبرراً واضحاً له في أنه بدون هذه القيود الموضوعية، فإن الرقابة القضائية على موضوع التعديلات الدستورية تبدو مستحيلة بداهة. وتفسير ذلك، أن الرقابة القضائية على مضمون أو موضوع التعديلات الدستورية تتمثل في التحقق مما إذا كانت بنود التعديلات الدستورية تتطابق مع هذه القيود الموضوعية. فإذا لم يكن ثمة وجود لمثل هذه القيود الموضوعية، فمن المنطقي أن تغدو الرقابة القضائية على موضوع التعديلات الدستورية مستحيلة. ولذلك، فإن السؤال المتعلق بما إذا كان بمقدور المحاكم الدستورية أن تراقب موضوع التعديلات الدستورية، يمكن إجابته على النحو التالي: إذا كانت توجد قيود موضوعية في

الدستور، فإن إخضاع موضوع التعديلات الدستورية للرقابة القضائية يكون ممكناً؛ أما إذا لم يكن ثمة وجود لمثل هذه القيود، فإن إجراء مثل هذه الرقابة يكون مستحيلاً. ومع ذلك، فإن معالجة هذين الفرضين تحتاج إلى مزيد من التفصيل والتحليل.

وعلى ذلك، تقسم الدراسة، في هذا الفصل، على النحو التالي:

المبحث الأول: إمكان الرقابة القضائية على موضوع التعديلات الدستورية في حالة تضمن الدستور قيوداً موضوعية.

المبحث الثاني: عدم إمكان الرقابة القضائية على موضوع التعديلات الدستورية في حالة عدم تضمن الدستور قيوداً موضوعية.

المبحث الأول

إمكان الرقابة القضائية على موضوع التعديلات الدستورية

في حالة تضمن الدستور قيوداً موضوعية

تدور القيود الموضوعية حول إخراج موضوعات محددة من نطاق تعديل الدستور. وتأخذ القيود الموضوعية أكثر من شكل أو صورة، وتختلف من دولة إلى دولة إلى أخرى بحسب نظرتها للمبادئ الأكثر أهمية بالنسبة لها^(١). وإن

(١) د. عبد الحفيظ على الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية دراسة في بعض جوانبها

كان الغالب من هذه القيود تعلقها بحماية النظام الجمهوري للحكومة أو الدولة^(١). وقد تناولت كثير من الدساتير تحديد هذه القيود الموضوعية بنصوص صريحة، في حين لم تنص عليها دساتير أخرى صراحة وإن كان من الممكن استخلاصها بصورة ضمنية من الدستور.

ومن ثم، تفرض بعض الدساتير، صراحة، قيوداً موضوعية مختلفة على سلطة التعديل الدستوري. وبعبارة أخرى، تنص بعض الدساتير على بعض "المبادئ غير القابلة للتعديل" immutable principles، وذلك عن طريق حظر تعديل بعض نصوص الدستور. من ذلك، على سبيل المثال^(٢)، أنه في ظل المادة (٨٩) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨^(٣)، والمادة ١٣٩ من

النظرية والعملية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٥٢

(١) أحصى رأي في الفقه القيود الموضوعية في دساتير الدول، وانتهى إلى أن هناك ٣٨ دستوراً يتضمن موضوعات لا يجوز المساس بها عند تعديل الدستور، راجع:

Rigaux (M.F.), La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 45, Cité par Kemal Gözler, Le pouvoir de révision constitutionnelle, op.cit., p. 118.

(2) For an inventory of these limits, see Marie-Françoise Rigaux, La Theorie Des Limites Matérielles A L'exercice De La Fonction Constituante [Theory Of Substantial Limits On The Exercice Of The Constituent Power] 41-93 (Larcier 1985) ; Kemal Gözler, Le Pouvoir De Revision Constitutionnelle [Power Of Constitutional Amendment] 287-310 (Presses universitaires du Septentrion 1997).

(3) 1958 CONST. art. 89 (France), available at <http://www.assembleenationale.fr/english/8ab.asp> (last visited Mar. 21, 2007).

الدستور الإيطالي لعام ١٩٤٧^(١)، والمادة ٢٨٨ من الدستور البرتغالي لعام ١٩٧٥^(٢)، لا يجوز أن يكون مبدأ "الشكل الجمهوري للحكومة" موضوعاً لتعديل دستوري. وبالمثل، تنص المادة (٤)، من الدستور التركي لعام ١٩٨٢، على أن "نص المادة الأولى من الدستور التي تكرر شكل الدولة كجمهورية، ونص المادة الثانية بشأن خصائص الجمهورية، ونص المادة الثالثة، لا يجوز أن تكون محلاً للتعديل، ولا أن يُقترح تعديلها"^(٣). وكذلك، أيضاً، تنص الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني (الدستور) على حظر تعديل المبادئ المكرسة في المادتين (١)، (٢٠) من هذا القانون الأساسي^(٤).

وبذات الطريقة السابقة، يُحظر، في الدول الفيدرالية، إدخال تعديلات على النصوص المتعلقة بالشكل الفيدرالي للدولة وحماية أعضاء الاتحاد الفيدرالي. من ذلك، على سبيل المثال، أن المادة (V) من الدستور الأمريكي تنص على

-
- (1) COSTITUZIONE [COST.] art. 139 (1947) (Italy), available at http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/it00000_.html (last visited Mar. 21, 2007).
 - (2) CONSTITUIÇÃO [CONST.] art. 288 (1975) (Portugal), available at http://www.parlamento.pt/ingles/cons%5Fleg/crp_ing/index_.html (last visited Mar. 15, 2007).
 - (3) ANAYASA [Constitution] art. 4 (1982). An English translation of the 1982 Turkish Constitution is available at <http://www.byegm.gov.tr/mevzuat/anayasa/anayasa-ing.htm> (last visited Mar. 5, 2007).
 - (4) GRUNDGESETZ [GG] [Constitution] art. 79(1) (1949) (F.R.G). An English translation of the 1949 German Basic Law [Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland] is available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int/>; select Constitutions > English > Europe > Germany (last visited Mar. 20, 2007).

أنه: "لا يجوز حرمان إحدى الولايات، دون موافقتها، من حقها في الاقتراع المتساوي في مجلس الشيوخ"^(١).

وبالمثل، تحظر الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني إيراد تعديلات "تمس تقسيم الفيدرالية إلى ولايات، ومشاركة هذه الولايات في العملية التشريعية". وتوجد قيود مماثلة في الفقرة (٦) من المادة ١٢٨ من الدستور الاسترالي لعام ١٩٠٠^(٢).

ويشير أغلب الكتاب إلى أن المشروعية القانونية لهذه القيود الموضوعية ليست محل نزاع، لأن السلطة التأسيسية هي التي قامت بوضعها في الدستور. ولذلك، فإن سلطة التعديل - بالنظر إلى أن الدستور هو الذي ينشئها وينظمها - تكون بنصوص الدستور. وتبعاً لذلك، فإنه في الدول التي يمكن فيها إخضاع التعديلات الدستورية للرقابة القضائية على إجراءات تبني هذه التعديلات، يكون ممكناً أيضاً رقابة مدى تطابق هذه التعديلات مع القيود الموضوعية الواردة في الدستور. وبعبارة أخرى، يكون بمقدور المحكمة الدستورية، في هذه الحالة الأخيرة، فحص مسألة ما إذا كان موضوع التعديلات الدستورية يتطابق مع نصوص الدستور غير القابلة للتعديل، تماماً كما يكون بمقدورها رقابة مسألة ما

(1) "no state, without its consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate. "

(2) CONST. art. 128(6) (1900) (Australia), available at <http://www.aph.gov.au/senate/general/constitution/chapter8.htm> (last reviewed May 21, 2003).

إذا كانت التعديلات الدستورية قد تم تبنيها بواسطة الأغلبية البرلمانية التي يتطلبها الدستور. وهكذا، لا يوجد فارق قانوني بين هاتين المسألتين من حيث إخضاعها للرقابة القضائية من جانب المحكمة الدستورية.

وقبل تناول نماذج الرقابة القضائية على موضوع التعديلات الدستورية في ضوء أحكام القضاء الدستوري في كل من ألمانيا وتركيا، تجدر ملاحظة- رغم أن ذلك قد ينطوي على شيء من التناقض- أن الدستور قد يفرض قيودًا موضوعية على التعديل الدستوري من ناحية، ويحظر، صراحة، رقابة موضوع التعديلات الدستورية من ناحية أخرى، من ذلك على سبيل المثال، أن الدستور التركي لعام ١٩٨٢ يفرض عددًا من القيود الموضوعية على التعديلات الدستورية، وذلك من خلال النص على حظر تعديل المواد الثلاثة الأولى من الدستور^(١). ولكن، في ذات الوقت، يستبعد ذات الدستور رقابة المحكمة الدستورية لموضوع التعديلات الدستورية^(٢).

ومن الواضح أنه، في مثل هذا النظام، لا يمكن مجازاة تلك القيود الموضوعية من خلال الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية. وفي ظل افتقاد المحكمة الدستورية لسلطة الرقابة في هذه الحالة، لا يكون هناك حل إلا القول بأن سلطة التعديل تملك سلطة تحديد معنى هذه القيود الموضوعية.

(1) ANAYASA [Constitution] art. 4 (1982). See supra note 5.

(2) ANAYASA [Constitution] art. 148 (1982). See supra note 5.

ولإيضاح الطريقة التي تقوم المحاكم الدستورية من خلالها برقابة تطابق التعديلات الدستورية مع القيود الموضوعية الصريحة (نصوص الدستور غير القابلة للتعديل)، سنحاول فيما يلي، تحليل بعض القضايا ذات الصلة التي طرحت على القضاء الدستوري في كل من ألمانيا وتركيا.

وعلى ذلك، سيقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: المحكمة الدستورية الألمانية.

المطلب الثاني: المحكمة الدستورية التركية .

المطلب الأول

المحكمة الدستورية الألمانية

قامت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية برقابة الصحة أو السلامة الموضوعية للتعديلات الدستورية في القضايا الخمس التي سنتناولها بالدراسة فيما يلي. ولكن، قد يكون من الأفضل قبل تناول هذه القضايا بالتحليل، أن نلقي نظرة على القيود الموضوعية التي يفرضها القانون الدستوري الألماني لعام ١٩٤٩ على التعديلات الدستورية.

- القيود الموضوعية التي يفرضها الدستور الألماني على التعديلات الدستورية:

تقدم القول إن الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني

لعام ١٩٤٩ تنص على حظر التعديلات الدستورية التي تمس تقسيم الفيدرالية إلى ولايات، أو مشاركة هذه الولايات في العملية التشريعية، أو المبادئ المدرجة في المادتين (١)، (٢٠) من القانون الأساسي. وتجدر الإشارة إلى أن المادة (١) من القانون الأساسي الألماني تكرر مبدأ "حرمة الكرامة الإنسانية"^(١)، وأن المادة (٢٠) ترسي المبادئ المتعلقة بالبنيان السياسي والاجتماعي للجمهورية الألمانية مثل: الدولة الديمقراطية، والدولة الفيدرالية والاجتماعية، والقوة الملزمة للدستور والقوانين، والدفاع عن النظام الدستوري^(٢).

ففي ألمانيا، لا يمكن أن تكون هذه المبادئ محلاً للتعديل، من خلال

-
- (1) Article 1 of the German Basic Law provides as follows: "(1) The dignity of man is inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all public authority. (2) The German people therefore uphold human rights as inviolable and inalienable and as the basis of every community, of peace and justice in the world. (3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly enforceable law" (GG [CONSTITUTION] art. 1 (F.R.G.).
- (2) Article 20 of the German Basic Law stipulates as follows: "(1) The Federal Republic of Germany shall be a democratic and social federal state. (2) All public authority emanates from the people. It shall be exercised by the people through elections and referendums and by specific legislative, executive and judicial bodies. (3) The legislature shall be bound by the constitutional order, the executive and the judiciary by law and justice. (4) All Germans have the right to resist anybody attempting to do away with this constitutional order, should no other remedy be possible" (GG [Constitution] art. 1 (F.R.G.). See supra note 6).

التعديلات الدستورية. ولذلك، وصف بعض الكتاب الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني - التي تحظر تعديل المبادئ السابق الإشارة إليها - بأنها بند الخلود أو الديمومة eternity clause^(١).

١- قضية Klass (قرار ١٥ ديسمبر ١٩٧٠)^(٢):

وفقاً للمادة (١٠) من القانون الأساسي الألماني، فإن " (١) سرية المراسلات، والبريد، والاتصالات مصونة، (٢) ولا يجوز فرض قيود عليها إلا طبقاً للقانون". وقد أدرج التعديل السابع عشر - المتبني في ٢٤ يونيو ١٩٦٨^(٣). عبارة، في الفقرة الثانية من المادة السابقة، تنص على أن "عندما يخدم القيد (غرض) حماية النظام الأساسي الديمقراطي الحر، أو وجود، أو أمن الفيدرالية أو ولاية land، فإن القانون يمكن أن ينص على أن الشخص الذي تمسه هذه الإجراءات لا يكون واجباً إخطاره بمثل هذا النقيض، وأن اللجوء إلى المحاكم يمكن أن يحل محله رقابة القضية بواسطة هيئات أو هيئات مساعدة يعينها البرلمان". وبعبارة أخرى، فإن مثل هذا التعديل يتيح الخروج على ضمانات

(1) Nigel Foster & Satish Sule, German Legal System And Laws 198 (3rd Ed., Oxford Univ. Press 2003).

(2) Sammlung Der Entscheidungen Des Bundesverfassungsgerichts [hereinafter BverfGE] [Federal Constitutional Court Reports] 30, 1 (1970). An English translation can be found in Comparative Constitutional Law: Cases And Commentaries 659-665 (Walter F. Murphy & Joseph Tanenhaus trans. & eds., St. Martin's Press 1977).

(3) Bundesgesetzblatt [Federal Law Gazette] I, 709, quoted in FOSTER & SULE, supra note 13, at 551).

خصوصية المراسلات بغرض حماية الأمن الوطني. بل، أكثر من ذلك، فإن هذا التعديل رقابة برلمانية لمشروعية إجراءات المراقبة في بعض قضايا الأمن الوطني محل الرقابة القضائية.

بيد أن التعديل الدستوري السابق طعن عليه أمام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في قضية Klass. وقد تمسك الادعاء في هذه القضية بأن العبارة المدرجة في الفقرة من المادة العاشرة من القانون الأساسي بواسطة التعديل الدستوري، في ٢٤ يونيو ١٩٦٨، تشكل انتهاكاً للمبادئ الأساسية التي تعد، وفقاً للفقرة الثالثة من المادة (٧٩) من القانون الأساسي، مبادئ غير قابلة للتعديل immutable. وبصورة أكثر تحديداً، تمسك الادعاء بأن القيد المفروض على سرية المراسلات، وإحلال رقابة وكالة (لجنة) يعينها البرلمان محل الرقابة القضائية على إجراءات المراقبة يشكل انتهاكاً للمبادئ الأساسية: للكرامة الإنسانية، والفصل بين السلطات، وحكم القانون، وهذه المبادئ تعد، جميعها، مبادئ غير قابلة للتعديل في ظل الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني.

وعلى الرغم من وجود آراء ثلاثة معارضة بقوة داخل المحكمة، فقد انتهت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية إلى رفض حجج الادعاء. ومن ثم، خلصت المحكمة إلى أن النسخة الجديدة من الفقرة (٢) من المادة (١٠) (أي

انتهاك خصوصية المراسلات واستبعاد الرقابة القضائية على إجراءات المراقبة) لا تشكل انتهاكاً للمبادئ غير القابلة للتعديل المكرسة في الدستور الألماني، مثل: الكرامة الإنسانية، والفصل بين السلطات، وحكم القانون المشار إليها في الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي.

وفي هذه القضية، مالت أغلبية أعضاء المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية إلى ما يلي:

أولاً: إن رقابة إجراءات المراقبة بواسطة وكالة - هيئة أو لجنة - يعينها البرلمان، وليس من خلال إخضاعها للرقابة القضائية، يعد ضماناً كافية لمشروعية إجراءات المراقبة^(١).

ثانياً: إن الفقرة (٣) من المادة (٧٩) يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً، لأنها تشكل استثناءً من القاعدة العامة التي وفقاً لها "يجب عدم منع المشرع من تعديل - بواسطة التعديل الدستوري - حتى المبادئ الدستورية الأساسية"، لأن سلطة المشرع لتعديل الدستور تعد نابعة من النظام (الدستوري) ولصيقة به بطريقة system-immanent manner^(٢).

(1) BVerfGE 30, 1 (1970). See English translation by Renate Chestnut in Comparative Constitutional Law: Cases And Commentaries, supra note 14, at 661.

(2) Id. at 662.

وهكذا، تفسر المحكمة الدستورية الألمانية الفقرة (٣) من المادة (٧٩)- من خلال التزامها بالتفسير الضيق لها- على أنها تعني أنه من المحظور إلغاء جوهر النظام الدستوري الحالي، وإنشاء نظام شمولي *a totalitarian regime* عن طريق الوسائل الشكلية للتعديلات الدستورية^(١). وبعبارة أخرى، فإن المحكمة ترى أن القيود الموضوعية المفروضة على التعديلات الدستورية تتكون من تلك المنصوص عليها، صراحة، في المادتين (١)، (٢٠) من القانون الأساسي. ولما كان مبدأ حكم القانون مذكوراً، صراحة، في إحدى هاتين المادتين، فلا يجوز المساس به^(٢). وهكذا، خلصت المحكمة إلى أن القيود المفروضة على سرية المراسلات، والاتصالات وإحلال هيئة يعينها البرلمان، محل الرقابة القضائية، لرقابة إجراءات المراقبة لا تشكل انتهاكاً لأي من المبادئ غير القابلة للتعديل المذكورة في المادتين (١)، (٢٠)، واللتين أشارت إليهما الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني^(٣).

(1) Id. at 661.

(2) Id. at 662.

(3) It is suitable to note that the new version of the Article 10(2) was challenged also before the European Court of Human Rights, in the case *Klass v. Germany*. The European Court reached the same conclusion. The Court found that the aim of the constitutional amendment (art. 10(2)) "is indeed to safeguard national security and/or to prevent disorder or crime in pursuance of article 8, para.2 of the European Convention of Human Rights." The Court concluded that "the exclusion of judicial control does not exceed the limits of what may be deemed necessary in a democratic society", because the parliamentary control of surveillance measures is sufficient "to

وتجدر الإشارة إلى أنه كانت توجد أصوات ثلاثة داخل المحكمة معارضة بقوة لهذا الحكم^(١)، حيث رأى ثلاثة من أعضاء المحكمة^(٢). (في مواجهة) أن هذا التعديل الدستوري يجب إلغاؤه استناداً إلى الفقرة (٣) من المادة (٧٩). وقد جادل القضاة الثلاثة المعارضون بأن التعديل الدستوري المطروح على المحكمة يشكل انتهاكاً لمبادئ "الكرامة الإنسانية" human dignity (المادة الأولى)، و"الحماية القانونية الفردية" Individual legal protection، وهذه بدورها مشتقة من مبدأ "الفصل بين السلطات" [الفقرة (٢) من المادة (٢٠)] - التي تعد مبادئ غير قابلة للتعديل^(٣).

exercise an effective and continuous control" (Klass and others v. Federal Republic of Germany, Judgment of September 6, 1978, Series A, No. 28, § 46, 56, available in HUDOC database at <http://cmiskp.echr.coe.int/> (last visited Mar. 21, 2007).

- (1) An English translation of the dissenting opinions can be found at Comparative Constitutional Law: Cases And Commentaries, supra note 14, at 663-65.
- (2) Justices Geller, Dr. von Schlabrendorff and Prof. Dr. Rupp. See Id. at 663.
- (3) Id. at 663-65.

٢- قضية "Land Reform I": (قرار ٢٣ أبريل ١٩٩١)^(١).

ثارت هذه القضية بسبب عملية إعادة التوحيد بين الألمانيتين (ألماني الشرقية وألمانيا الغربية). وتخلص وقائع هذه القضية في أن الفقرة (١) من المادة (٤١) من الملحق الثالث من معاهدة إعادة التوحيد الألماني (٣١ أغسطس ١٩٩٠) تنص على أن الملكية التي نزلت في منطقة الاحتلال السوفيتي في الفترة من عام ١٩٤٥ إلى عام ١٩٤٩ لا يجوز استردادها من جانب ملاكها الأصليين. وقد تم إدراج هذا النص من المعاهدة في الفقرة (٣) من المادة (١٤٣)^(٢) من القانون الأساسي بموجب التعديل الدستوري السادس والثلاثين في ٢٣ سبتمبر ١٩٩٠ (تعديل التوحيد). وقد طعن أربعة عشر من الملاك الذين نزلت ملكيتهم على هذا النص أمام المحكمة الدستورية الفيدرالية عن طريق دعوى دستورية. واحتج هؤلاء الملاك بأن هذا التعديل الدستوري يخالف الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي.

(1) BVerfGE 84, 90 (1991). Combined Nos. 1 Bv 1170/90, 1174/90, 1175/90. For comments on this decision, see Charles E. Stewart, "Land Reform" Decision, 85 AM. J. INT'L L. 690 (1991); Jonathan J. Doyle, A Bitter Inheritance: East German Real Property and the Supreme Constitutional Court's "Land Reform" Decision of April 23, 1991, 13 MICH. J. INT'L L. 832 (1992).

(2) Article 143(3) provides as follows: "Notwithstanding paragraphs (1) and (2) above, article 41 of the Unification Treaty and implementing provisions shall remain valid in so far as they provide for the irreversibility of encroachments upon property in the territory specified in article 3 of the said Treaty" (GG [Constitution] art. 143(3) (1982).

وقد بدأت المحكمة الدستورية نظرها لهذا الطعن بفحص السلامة الإجرائية لهذا التعديل الدستوري. وخلصت المحكمة إلى أن هذا التعديل قد تم تبنيه على نحو يتفق مع الفقرتين (١)، (٢) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي. وبعد ذلك، انخرطت المحكمة في رقابة موضوع هذا التعديل الدستوري - أي مدى تطابق النص المعدل الفقرة (٣) من المادة (١٤٣) مع القيود الموضوعية المشار إليها في الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي^(١). وقد انتهت المحكمة من هذه الرقابة إلى استخلاص نتيجة مؤداها أن المبادئ الدستورية غير القابلة للتعديل المشار إليها في الفقرة (٣) من المادة (٧٩) لم تمس بموجب الفقرة (٣) من المادة (١٤٣) (أي النص الخاص بعدم عودة الملكية).

وقد قدرت المحكمة أن مسألة ما إذا كان بند عدم إعادة الأراضي لملاكها مخالفاً للفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي ليست مثارة في الحقيقة، وذلك لأن إجراءات نزع ملكية هذه الأراضي كانت قد تمت في الفترة من عام ١٩٤٥ إلى عام ١٩٤٩، أي قبل دخول القانون الأساسي الألماني حيز النفاذ.

وبعبارة أخرى، فإن القانون الأساسي الألماني لا يحمي الملاك في مواجهة إجراءات نزع الملكية المتخذة من جانب السلطات الأجنبية. ومن المعلوم أن

(1) Michel Fromont & Olivier Jouanjan, République fédérale d'Allemagne [Federal Republic of Germany], 7 Annuaire International de Justice Constitutionnelle 362, 372 (1991).

إجراءات نزع الملكية المتخذة في الفترة من عام ١٩٤٥ إلى عام ١٩٤٩ لا تنسب إلى الجمهورية الديمقراطية الألمانية السابقة، ولكن إلى سلطات الاحتلال السوفيتي. ولذلك، فإن إجراءات نزع الملكية المتخذة في ظل الاحتلال السوفيتي لم تكن (داخلة) في اختصاص الجمهورية الفيدرالية الألمانية^(١).

وأخيراً، فإن المبادئ غير القابلة للتعديل - كما هو منصوص عليها في الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني - لا تحمي حقوق المواطنين الألمان في مواجهة الأعمال الصادرة من دولة أجنبية، ولذلك يمكن القول إن المبادئ غير القابلة للتعديل لم تمس نتيجة تبني بند عدم إعادة الأراضي [الفقرة (٣) من المادة (١٤٣)].

٣- قرار ١٨ أبريل ١٩٩٦^(٢): "Land Reform II"

يتعلق هذا القرار بذات موضوع القرار السابق. ففي هذه القضية، على الرغم من أن المدعين تمسكوا بأن الفقرة (٣) من المادة (١٤٣) من القانون الأساس تشكل انتهاكاً لمبدأ المساواة، لأن استرداد الملكية المنزوعة في الفترة ما بين عامي ١٩٤٥، ١٩٤٩ مستبعداً، فقد أيدت المحكمة قرارها السابق. حيث قررت المحكمة قضاءها بأن التعديل الدستوري يمكن أن يعد غير دستوري فقد

(1) Charles E. Stewart, "Land Reform" Decision, op. cit., at 696.

(2) BVerfGE 94, 12 (1990) (BvR 1452/90, 1459/90 and 2031/94). An English précis of this decision is available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int> (AUT-1996-1-009) (last visited Mar. 18, 2007).

إذا كان يمس أحد المبادئ غير القابلة للتعديل المشار إليها في الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساس. ووفقاً للمحكمة، فإن "مبدأ المساواة- الذي تكفل حمايته المادة (٣)- لا يندرج في عداد المبادئ المشار إليها آنفاً"^(١). وتبعاً لذلك، خلصت المحكمة الدستورية إلى رفض الحجج التي تمسك بها المدعون، وقضت بأن الفقرة (٣) من المادة (١٤٣) من القانون الأساس دستورية.

٤- قضايا اللجوء (قرار ١٤ مايو ١٩٩٦)^(٢)

تجدر الإشارة إلى أن المادة (16a) قد أدرجت في القانون الأساس بموجب التعديل التاسع والثلاثين في ٢٨ يونيو ١٩٩٣. وتتص الفقرة الثانية من هذه المادة على أن الحق في اللجوء "the right to asylum" لا يجوز إثارته من

(1) Id.

(2) 2 BvR 1938/93; 2 BvR 2315/93. An English précis of this decision is available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int> (GER-1996-2-014) (last visited Mar. 15, 2007). See also "New Political Asylum Law Found Constitutional Press Release 27/96 from 14 May 1996" available at <http://www.jura.uni-sb.de/Entscheidungen/abstracts/asyl.html> (last visited Mar. 14, 2007). For comments on this decision, see Bardo Fassbinder, German Federal Constitutional Court, May 14, 1996: Three Decisions Concerning German Law of Political Asylum. 91 AM. J. INT'L L. 355 (1997); Reinhard Marx & Katharina Lumpp, The German Constitutional Court's Decision of 14 May 1996 on the Concept of 'Safe Third Countries' - A Basis for Burden-Sharing in Europe? 8 INT. J. REFUGEE LAW 419 (1996); Vicki Traulsen, The German Federal Constitutional Court's Decision on Asylum Law, 39 German Yearbook of International Law 544 (1996).

جانب أي شخص يدخل البلاد من إحدى الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، أو من دول ثالثة يكون فيها (تطبيقه) الاتفاقية المتعلقة بوضع اللاجئين واتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية مطبقتين". وقد احتج بأن هذا النص يتعارض مع المادة الأولى من القانون الأساس - المتعلقة بالكرامة الإنسانية - والتي تعد مبدأ غير قابل للتعديل وفقاً للفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي.

بيد أن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية رفضت هذه الحجة، وقضت بأن الحق في اللجوء the right to asylum لا يندرج تحت مبدأ الكرامة الإنسانية (المادة (١) من القانون الأساسي)، ومن ثم، فإن المادة [١٦ (أ)] لا تشكل انتهاكاً للفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني.

وفي ذات تاريخ صدور الحكم السابق، أصدرت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية قرارين آخرين يتعلقان بالمادة [١٦ (أ)]. ففي قراراتها BvR 1507/93، 2 BvR 1508/93، قضت المحكمة بأن الفقرة الثالثة من المادة [١٦ (أ)] - التي تنص على إمكان رفض طلب اللجوء المقدم من أشخاص يأتون من دولة آمنة a secure State of origin^(١) - لا تخالف الفقرة (٣) من

(1) Under Article 16a(3), a "secure state" is a state "where the legal situation, the application of the law and the general political circumstances justify the assumption that neither political persecution nor inhumane or degrading punishment or treatment takes place there." These states will be determined by legislation requiring the consent

المادة (٧٩) من القانون الأساسي^(١). كما قضت المحكمة، في قرارها (2 BvR 1516/93)، بأن الفقرة الرابعة- التي تقيد إمكان البقاء في الجمهورية الفيدرالية الألمانية أثناء سير إجراءات نظر قضية اللجوء، إذا كان الطلب معيياً في تأسيسه بصورة ظاهرة- دستورية^(٢).

of the *Bundesrat* (GG [CONSTITUTION] art. 16a(2) (F.R.G.).

- (1) Decision of May 14, 1996, 2 BvR 1507/93, 2 BvR 1508/93. English précis of these decisions are available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int> (GER-1996-2-015) (last visited Mar. 12, 2007).
- (2) Decision of May 14, 1996, 2 BvR 1516/93. An English précis of this decision is available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int> (GER-1996-2-016) (last visited Mar. 12, 2007).

٥- المراقبة الصوتية للمنازل Acoustic Surveillance of Homes

(قرار ٣ مارس ٢٠٠٤)^(١):

خضعت الفقرة (٣) من المادة (١٣) من القانون الأساسي الألماني للتعديل، بموجب التعديل الخامس والأربعين، في ٢٦ مارس ١٩٩٨. وتتيح النسخة الجديدة من الفقرة (٣) من المادة (١٣)^(٢) من القانون الأساسي استخدام - بناءً

(1) 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99. An English précis of these decisions are available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int> (GER-2004-1-002) (last visited Mar. 12, 2007). An English translation by Andrea Müller of this decision can be found at <http://www.jura.unisb.de/lawweb/pressreleases/lauschangriff.html> (Press Release No. 22/2004, Mar. 3, 2004) (last visited Mar. 10, 2007). For comments on this decision, see Jutta Stender-Vorwachs, The Decision of the Bundesverfassungsgericht of March 3, 2004 Concerning Acoustic Surveillance of Housing Space, 5 Ger Man Law Journal 1337 (2004); Nicolas Nohlen, Germany: The Electronic Eavesdropping Case, 3 INT'L J. CONST. L. (I.CON) 680 (2005); Kim Lane Scheppele, Other People's Patriot Acts: Europe's Response to September 11, 50 LOY. L. REV. 89 (2004), available at <http://lsr.nellco.org/upenn/wps/papers/57/> (last visited Mar. 5, 2007).

(2) Article 13(3) stipulates as follows: "If certain facts justify the suspicion that someone who committed a serious crime, as specified by law, it is permissible for the prosecution of the deed to employ, on the basis of a judicial order, technical means for the acoustical surveillance of residencies, in which the accused presumably dwells, if the determination of the factual situation would be disproportionately more difficult or hopeless. A time limit is to be established. The decision shall be ordered by a judicial panel composed of three judges. In case of danger by delay, such a decision can also be made by a single judge" (GG [Constitution] art. 16a(2) (F.R.G.). See supra

على أمر قضائي - الوسائل الفنية لمراقبة المنازل acoustic surveillance لأغراض الملاحقة الجنائية. وقد احتج المدعون بأن هذا النص يشكل انتهاكاً لحرمة الكرامة الإنسانية^(١) التي تكلفها المادة الأولى من القانون الأساسي، وأن مبدأ الكرامة الإنسانية يعد أحد المبادئ غير القابلة للتعديل وفقاً للفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي. غير أن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية لم تقبل هذه الحجة، وقضت بأن المراقبة الصوتية للمنازل لا تشكل مساساً بحرمة الكرامة الإنسانية. ولذلك، خلصت المحكمة إلى أن التعديل المطعون عليه أمامها يتطابق مع الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني^(٢).

المطلب الثاني

المحكمة الدستورية التركية

تنص المادة (٩) من الدستور التركي لعام ١٩٦١ على أن "لا يجوز تعديل نص الدستور الذي يحدد شكل الدولة كجمهورية، ولا يجوز تقديم اقتراح

note 6).

(1) Stender-Vorwachs, supra note 35, at 1344.

(2) See the English précis of the decision of March 3, 2004, available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int> (GER- 2004-1-002) (last visited Mar. 12, 2007).

بذلك^(١). وهكذا، يمكن القول إن الدستور التركي لعام ١٩٦١ لا يضع سوى قيد موضوعي واحد على سلطة التعديل: عدم جواز المساس بالشكل الجمهوري للدولة. وكما تقدم القول، فإن الدستور التركي لعام ١٩٦١ - قبل تعديل ١٩٧١ - لم يكن يتضمن نصًا خاصًا يتعلق بمسألة ما إذا كانت التعديلات الدستورية يمكن إخضاعها للرقابة القضائية. ومع ذلك، فقد أقدمت المحكمة الدستورية التركية، في قرارها رقم (١٩٧٠/٣١)، الصادر في ١٦ يونيو ١٩٧٠^(٢)، على رقابة السلامة الإجرائية للتعديل الدستوري، المتبني في ٦ نوفمبر ١٩٦٩، وانتهت المحكمة إلى إلغاء هذا التعديل بسبب عدم سلامته الإجرائية. وفي هذا القرار، أعلنت المحكمة الدستورية التركية أنها مختصة برقابة موضوع التعديل الدستوري، ولكن نظرًا لأن هذا التعديل قد قُضى بإلغائه بسبب عدم سلامته الإجرائية. فلم تجد المحكمة أنه من الضروري النظر في سلامته الموضوعية^(٣).

- قرار ٣ أبريل ١٩٧١ (القرار رقم ١٩٧١/٣٧)^(٤):

تضمن التعديل الدستوري، الذي تم في ١٧ أبريل ١٩٧٠^(٥)، تأجيل

(1) "the provision of the Constitution establishing the form of the state as a republic shall not be amended nor shall any motion therefore be made", ANAYASA [Constitution] art. 9 (1982). See supra note 5.

(2) 8 AMKD 313 (1970).

(3) Id. at 323, 332.

(4) 9 AMKD 416 (1971).

(5) Resmi Gazete [Official Gazette], Apr. 22, 1970, No. 13578.

انتخابات مجلس الشيوخ لمدة عام وأربعة أشهر. وعلى إثر هذا التعديل، قدم حزب العمال التركي طلباً، لإلغاء هذا التعديل الدستوري، إلى المحكمة الدستورية التركية. وقد استند حزب العمال، في دعواه لإبطال التعديل الدستوري، إلى أن هذا الأخير مخالف، في شكله وموضوعه، للدستور. بيد أن المحكمة الدستورية التركية رفضت هذا الادعاء. وقد بدأت المحكمة الدستورية نظر هذا الطلب بفحص السلامة الإجرائية للتعديل الدستوري محل الطعن، ولم تجد المحكمة أي عيب يلحق السلامة الشكلية أو الإجرائية لهذا التعديل الدستوري^(١). وبعد ذلك، انخرطت المحكمة في مناقشة مسألة ما إذا كانت تتمتع باختصاص رقابة دستورية التعديلات الدستورية من ناحية موضوعها. وقد خلصت المحكمة من هذه المناقشة إلى إعلان أنها مختصة برقابة مدى تطابق التعديل الدستوري مع الشكل الجمهوري للدولة الذي تكرسه المادة (٩) من الدستور. وفوق ذلك، فسرت المحكمة الدستورية التركية مفهوم "الشكل الجمهوري للدولة" تفسيراً، وذلك بالقول إن هذا الشكل الجمهوري يشمل، أيضاً، كل خصائص الجمهورية التركية، مثل: حكم القانون، والعلمانية، والدولة الاجتماعية، والديمقراطية. وفي هذه القضية، فحصت المحكمة الدستورية مدى تطابق التعديل الدستوري، الصادر في ١٧ أبريل ١٩٧٠، مع الشكل الجمهوري للدولة التركية. وقد خلصت المحكمة من هذا الفحص إلى أن التعديل الدستوري المطعون عليه - تأجيل انتخابات مجلس الشيوخ لمدة عام وأربعة أشهر - لا

(1) 9 AMKD 416, at 426 (1971).

يمس مبدأ الشكل الجمهوري للدولة، ولا المبادئ الأساسية للدستور^(١).

المبحث الثاني

عدم إمكان الرقابة القضائية على موضوع التعديلات الدستورية

في حالة عدم تضمن الدستور قيوداً موضوعية

إذا لم يكن الدستور قد تضمن قيوداً موضوعية، فإن المحاكم الدستورية لا يكون بمقدورها رقابة موضوع التعديلات الدستورية، لأنه لا يكون لديها، في هذه الحالة، معيار يمكن استخدامه لتقييم السلامة الموضوعية للتعديلات الدستورية. وبعبارة أخرى، إن الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية تفترض وجود قيود موضوعية مفروضة، سلفاً، على سلطة التعديل. وفي ظل نظام دستوري يخلو من قيود موضوعية على التعديلات الدستورية، فإن القضاء لا يتمتع بسلطة رقابة موضوع التعديلات الدستورية.

وإذا كان بعض الكتاب يرون أن الإجابة على سؤال ما إذا كانت المحاكم الدستورية يمكنها رقابة موضوع التعديلات الدستورية، تتسم بالبساطة والوضوح على النحو المشار إليه في الفقرة السابقة، فإنه يُلاحظ أنه عندما يتعلق الأمر بالقيود الموضوعية الواردة على سلطة تعديل الدستور، فإن فريقاً آخر من الكتاب لا يفتتح بتعداد القيود الموضوعية المكتوبة في الوثيقة

(1) Id. at 429-30.

الدستورية، ولكنه يذهب مدى أبعد في محاولته إيجاد قيود موضوعية على التعديلات الدستورية. ومن ثم، يحاج هؤلاء الكتاب بأنه توجد طائفة من القيود الموضوعية غير المعبر عنها، صراحة، في نصوص الدستور. ومع ذلك، فإن هذه الطائفة الأخيرة من القيود تفرض نفسها- وفقاً لرأي هؤلاء الكتاب، على سلطة تعديل الدستور. وهذا النوع الأخير من القيود يُطلق عليه "القيود الموضوعية الضمنية" [implicit, implied] أو "القيود الموضوعية الطبيعية" intrinsic substantive limits^(١)، وذلك في مقابل "القيود الموضوعية الصريحة" explicit substantive limits^{(٢)(٣)}.

(1) For the examples of these designations, see George D. Skinner, Intrinsic Limitations on the Power of Constitutional Amendment, 18 MICH. L. REV. 213 (1920); Gary Jeffrey Jacobsohn, An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective, 4 INT'L J. CONST. L. (ICON) 460, at 461, 463, 470, 471, 474, 478, 480 (2006); Virgilio Afonso da Silva, A Fossilied Constitution, 17 RATIO JURIS 454, at 458-459 (2004).

(2) Adjective implied is defined by Oxford English Dictionary as "contained or stated by implication; involved in what is expressed; necessarily intended though not expressed"; implicit as "implied though not plainly expressed"; intrinsic as "belonging to the thing in itself, or by its very nature" (<http://www.oed.com>,).

(٣) والحقيقة أنه يجب ملاحظة أن استخدام هذه الصفات "ضمنية implied أو طبيعية" intrinsic قد يكون مضللاً، لأن هذه الصفات يمكن أن تعطي الانطباع بأن هذه القيود متضمنة، (افتراضاً)، في الدستور ذاته. ولكن، هذا الانطباع غير صحيح. لأن هذه القيود ليس فقط لم يتم صياغتها في نصوص الدستور، ولكن أيضاً، لا يمكن استنباطها من أحد نصوص الدستور، سواء بطريقة مباشرة أم غير مباشرة. وبعبارة أخرى، فإن هذه القيود الموضوعية المدعاة لا تجد مصدرها في نص الدستور.

ومعنى ذلك، أن هذه القيود الموضوعية "الضمنية المدعاة ليست مكتوبة، على الإطلاق، في نصوص الدستور، ولكنها من ابتكار أو اكتشاف بعض فقهاء القانون الدستوري. ولذلك، يُطلق الفقيه Marie-Françoise Rigaux على هذا النوع من القيود "القيود الموضوعية المستنبطة من التفسير الفقهي" substantive limits inferred from a doctrinal interpretation.^(١)

وعلى ذلك، تقسم الدراسة، في هذا المبحث، إلى المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: الحجج المؤيدة لوجود القيود الموضوعية الضمنية.

المطلب الثاني: أحكام المحاكم الدستورية الراضية لوجود القيود الموضوعية الضمنية.

المطلب الثالث: أحكام المحاكم الدستورية المؤيدة لوجود القيود الموضوعية الضمنية.

وتأكيداً لما تقدم، يعرف قاموس Oxford للغة الإنجليزية صفة "ضمني" بأنه "(المعنى) المتضمن أو المعبر عنه ضمناً؛ المتضمن في المعبر عنه، المقصود بالضرورة، وإن لم يتم التعبير عنه"، "ضمني على الرغم من عدم التعبير عنه صراحة؛ "طبيعي" أي المتعلق بالشيء أو الذي ينتمي إلى الشيء في ذاته، أي بحسب طبيعته"

(1) Marie-Françoise Rigaux, La Theorie Des Limites Materielles A L'exercice De La Fonction Constituante, op. cit., p. 95.

المطلب الأول

الحجج المؤيدة لوجود القيود الموضوعية الضمنية

يستند القائلون بوجود ما يُطلق عليه القيود الموضوعية الضمنية على التعديلات الدستورية إلى حجج متعددة. ويمكن تصنيف هذه الحجج إلى الطوائف الثلاثة التالية:

١- الحجج المستندة على تفسير كلمة "يعدل":

Arguments Based on the Interpretation of the Word "Amend"

يذهب الأستاذ Walter F. Murphy إلى أن "كلمة يعدل- التي ترجع إلى الفعل اللاتيني emendare- تعني يصحح أو يحسن؛ أي أن كلمة يعدل لا تعني إلغاء ما هو كائن أو إعادة تكوين"^(١). وأكد الأستاذ William L. Marbury، في عام ١٩١٩، "أن سلطة تعديل الدستور لم يُقصد بها أن تتضمن سلطة تحطيمه"^(٢). وبعيداً عن المعنى الدقيق لكلمة "يعدل"، فقد أكد بعض الفقهاء^(٣)-

(1) Walter F. Murphy, Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity, in Responding To Imperfection: The Theory And Practice Of Constitutional Amendment 117 (Sanford Levinson ed., Princeton University Press 1995), available also at <http://site.ebrary.com/lib/kocuniv/Doc?id=10035811&ppg=178>.

(2) "the power to 'amend' the Constitution was not intended to include the power to destroy it.", William L. Marbury, The Limitations upon the Amending Power, 33 HARV. L. REV. 232, 225 (1919). Empha-

بل، أيضًا، إحدى المحاكم العليا^(٢) - أن سلطة تعديل الدستور لا يمكن أن تُحل نظامًا دستوريًا محل آخر، ولا أن تبدل البنيان الأساسي أو الملامح الأساسية للدستور. وذهب كتاب آخرون إلى أن للدستور "وحدة داخلية" inner unity، أو "هوية" identity، أو "روح" spirit، وأن سلطة تعديل الدستور لا يجوز لها أن تدمر هذه "الوحدة الداخلية"، أو "الهوية"، أو "الروح" التي يتمتع بها الدستور^(٣). وأخيرًا، قبل بأنه لا يجوز تعديل الدستور بصورة كاملة.

sis in original. Marbury's assertion is affirmed by the Indian Supreme Court, in *Minerva Mills*: "The power to destroy is not a power to amend" (*Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, 1981 S.C.R. (1) 206, 207, available also at <<http://judis.nic.in/supreme-court/qrydisp.asp?tfnm=4488>>

- (1) Walter F. Murphy, *Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity*, op. cit., p. 180.
- (2) As it will be study later, the Supreme Court of India, in *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, held that "the power to amend does not include the power to alter the basic structure, or framework of the Constitution so as to change its identity" (*Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (1973) 4 SCC 225; AIR 1973 SC 1461. Excerpts from this judgment are available in *Comparative Constitutionalism: Cases And Materials* 1175-1180 (Norman Dorsen et al., eds., Thomson West 2003).
- (3) See, e.g., Walter F. Murphy, *Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity*, op. cit., at 180. For an analysis and criticism of the concept of the spirit of constitution, see Kemal Gözler, *Sur la validité des limites à la révision constitutionnelle déduites de l'esprit de la constitution* [On the Validity of Limitations on Constitutional Amendment Inferred from the Spirit of Constitution], 31 *Annales De La Faculte De Droit D' Istanbul* 109

- أوجه النقد الموجهة إلى الحجج السابقة:

يذهب عدد من الكتاب إلى أن الحجج السابقة ليس مسلمًا بها، وذلك لما يلي:

أولاً: إذا كان الدستور لا يحظر مراجعته أو تنقيحه بصورة كاملة، فإن سلطة التعديل يكون بمقدورها تعديل الدستور تعديلاً كلياً. بل إن بعض الدساتير تنص، صراحة، على إمكان التعديل الشامل أو الكلي. من ذلك، على سبيل المثال، الدستور النمساوي (المادة ٤٤)، والدستور الأسباني (المادة ١٦٨)، والدستور السويسري (المادة ١٣٩)^(١).

ثانياً: إن مفاهيم "الوحدة الداخلية"، و"الهوية"، و"الروح" تتسم بالغموض، ولا يمكن تحديد معناها تحديداً موضوعياً. كما أن الدساتير لا تتضمن تحديداً أو تعريفاً لهذه المفاهيم. وبالإضافة إلى ذلك، لا تتضمن الدساتير إشارة إلى أن "وحدتها الداخلية" أو "هويتها" أو "روحها" غير قابلة للتعديل^(٢). وهكذا، يبدو واضحاً أن هذه المفاهيم خالية من المشروعية

(1997), available at <http://www.anayasa.gen.tr/esprit.htm> (last visited Mar. 22, 2007).

(١) وتجدر الإشارة إلى أن بعض الدساتير تميز بين الإجراءات اللازمة إتباعها في حالة التعديل الجزئي، وتلك الواجبة الاتباع في حالة التعديل الكلي.

(2) Except for the 1814 Norwegian Constitution and the 1990 Nepalese Constitution. Article 112 of the Norwegian Constitution of 1814 stipulates that constitutional amendments "must never, however, contradict the principles embodied in this Constitution, but solely re-

القانونية الوضعية positive legal validity.

أخيراً: من الصعب ترتيب نتيجة قانونية على مجرد التفسير اللغوي لكلمة "تعديل"، لأنه إذا كان الدستور لا يحظر مراجعته الكاملة أو يستبعد نصاً دستورياً معيناً من التعديل، فإن إجراء التعديل يمكن استخدامه لتعديل نص واحد أو اثنين أو ثلاثة أو كل مواد الدستور؛ أي سلطة التعديل بمقدورها أن تحل دستوراً محل آخر. وفوق ذلك، من الطبيعي أن يكون هذا التفسير اللغوي لكلمة تعديل صحيحاً في اللغة الإنجليزية، ولكنه ليس صحيحاً في اللغات الأخرى. من ذلك، على سبيل المثال، أنه بدلاً من كلمة تعديل amendment، يستخدم الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ كلمة revision^(١)

late to modifications of particular provisions which do not alter the *spirit* of the Constitution" (An English translation of the Constitution of Norway is available at <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/no00000.html> (last visited Mar. 22, 2007) (Emphasis added). Article 116(1) of the 1990 Nepalese Constitution states as follows: "A bill to amend or repeal any Article of this Constitution, without prejudicing the spirit of the Preamble of this Constitution, may be introduced in either House of Parliament" (an English translation of the Constitution of Nepal is available at <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/np00000.html> (last visited Mar. 23, 2007) (Emphasis added).

- (1) 1958 CONST. art. 89 (France). The original French text is available at http://www.elysee.fr/elysee/francais/les_institutions/les_textes_fondateurs/la_constitution_de_1958/la_constitution_de_1958_21061.html, last visited Mar. 24, 2007).

(أي مراجعة أو تنقيح)، والدستور الإيطالي لعام ١٩٤٧ كلمة *revisione*،^(١) والدستور البرتغالي لعام ١٩٧٦ كلمة *revisão*،^(٢) والدستور الأسباني لعام ١٩٧٨ كلمة *reforma*،^(٣) والدستور الألماني لعام ١٩٤٩ كلمة *Änderung*،^(٤) والدستور التركي لعام ١٩٨٢ كلمة *degisiklik*،^(٥) ويلاحظ أن معنى هذه المصطلحات ليس هو ذات معنى كلمة "تعديل". من ذلك، على سبيل المثال أن كلمة *degisiklik* التركيبية تعني "تغيير" *change* أكثر من كونها تعني تعديل *amendment*.

-
- (1) Costituzione Della Repubblica Italiana [Cost.] arts. 138-139 (Italy). The original Italian text available at <http://www.quirinale.it/costituzione/costituzione.htm> (last visited Mar. 24, 2007).
 - (2) Constituição Da Republica Portuguesa [Cosr.] arts. 284-289 (Portugal). The original Portuguese text is available at http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/index.html, (last visited Mar. 15, 2007).
 - (3) Constitucion Española [C.E.] arts. 166-169 (Spain). The original Spanish text available at <http://www.senado.es/constitu/index.html> (last visited Mar. 22, 2007).
 - (4) Grundgesetz [GG] [Constitution] art. 79 (1949) (F.R.G.). The Original German text is available at <http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/grundgesetz/>, (last visited Mar. 26, 2007).
 - (5) Anayasa [Constitution] art. 175 (1982) (Turkey). The original Turkish text is available at <http://www.anayasa.gen.tr/1982ay.htm>, (last visited Mar. 24, 2007).

٢- الحجج المستندة على نظرية فوق الدستورية^(١):

Arguments Based on the Theory of Supra- Constitutionality:

يذهب بعض الفقهاء^(٢) إلى أنه توجد طائفة من المبادئ فوق دستورية أو ذات قيمة أعلى من الدستور superior to the constitution. ويُرتب هؤلاء الفقهاء على رأيهم هذا نتيجة مؤداها أنه إذا خالف التعديل الدستوري هذه المبادئ، فإنه يكون باطلاً وكأن لم يكن null and void. ومن ثم، يجب على المحكمة الدستورية إبطال مثل هذا التعديل. ولذلك، فإن المبادئ الأعلى من الدستور تشكل قيوداً موضوعية على سلطة تعديل الدستور.

ولكن عندما يتعلق الأمر بتحديد قائمة المبادئ الأعلى من الدستور، يُلاحظ أن مؤيدي هذه النظرية- نظرية المبادئ الأعلى من الدستور- يختلفون؛ حيث يُشكل كل منهم قائمة مختلفة خاصة به.

ففي فرنسا، يؤكد الأستاذ Serge Arné أن المبادئ التالية يجب إدراجها في قائمة المبادئ الأعلى من الدستور وتتمثل هذه المبادئ في: "احترام الكرامة

(1) For an analysis and criticism of the concept of "supraconstitutionality", Kemal Gözler, *Le Pouvoir De Revision Constitutionnelle*, op. cit., at 287-310.

(2) For example see Serge Arné, *Existe-t-il des normes supra- constitutionnelles?* [Are There Supra-Constitutional Norms], *Revue du Droit Public* 459-512 (1993); Stéphane Rials, *Supraconstitutionnalité et systématicité du droit* [Supra-Constitutionality and System of Law], *Archives De Philosophie Du Droit* 57 (1986).

الإنسانية"، و"عدم التمييز والتضامن"، و"التعددية"^(١). ولكن الأستاذ Stéphane Rials - وهو مؤيد آخر لنظرية المبادئ الأعلى من الدستور - يقدم قائمة مختلفة. وي طرح الكاتب الأخير المبادئ التالية باعتبارها مبادئ أعلى من الدستور: " يجب أن يكون الدستور مكتوباً"، و"الأمة هي الحائز الوحيد للسلطة العليا، ومن ثم للسلطة التأسيسية"، "مبدأ الفصل بين السلطات" و"علو الحقوق الأساسية على إرادة السلطة التأسيسية"^(٢).

وفي أيرلندا، دافع الأستاذ Roderick O'Hanlon عن علو أو سمو القانون الطبيعي على الدستور. ووفقاً لهذا الأستاذ، فإنه "يوجد قانون أعلى من كل القوانين الوضعية، وهذا القانون غير قابل للتغيير بواسطة التشريع أو حتى بمجرد تعديل الدستور ذاته"^(٣). ويرى الأستاذ O'Hanlon أن التعديل الدستوري الذي يشكل انتهاكاً لإحدى قيم القانون الطبيعي - مثل حق من لم يولد

(1) For example see Serge Arné, Existe-t-il des normes supra- constitutionnelles? [Are There Supra-Constitutional Norms], *Revue du Droit Public* 459-512 (1993); Stéphane Rials, Supraconstitutionnalité et systématique du droit [Supra-Constitutionality and System of Law], *Archives de Philosophie Du Droit* 57 (1986).

(2) Stéphane Rials, *Supraconstitutionnalité et systématique du droit*, op. cit., at 64.

(3) "there is a law superior to all positive law, which is not capable of being altered by legislation, or even by a simple amendment of the Constitution itself.", Roderick O'Hanlon, *Natural Rights and the Irish Constitution*, 11 *Irish Law Times* 8, at 10 (1993), quoted in Cathryn Costello, *Ireland's Nice Referenda*, 1 *European Constitutional Law Review* 357, at 376, note 71 (2005).

بعد في الحياة- لا يمكن أن تكون له "صفة القانون"^(١).

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، يذهب الأستاذ Walter Murphy إلى أنه توجد "أوجه من الحظر يفرضها القانون الطبيعي" على سلطة التعديل prohibitions imposed by natural law^(٢). ووفقاً للأستاذ Murphy، فإن مؤدى "نظرية القانون الطبيعي التقليدية أن التشريع غير العادل، أيًا كان نوعه، لا يعد قانوناً على الإطلاق، ولكنه مجرد عمل من أعمال الإرادة التعسفية، (ومثل هذا التشريع) غير قادر على فرض (أي) التزام"^(٣). ويذهب الأستاذ Jeff Rosen، أيضاً، إلى أنه توجد "قيود مستمدة من الحقوق الطبيعية على سلطة التعديل"^(٤).

- أوجه النقد الموجهة إلى الحجج السابقة:

الحقيقة أن نظرية المبادئ الأعلى من الدستور أو المبادئ فوق الدستورية تثير كثيراً من الإشكاليات، ولذلك فهي محل جدل كبير بين فقهاء القانون

(1) Id.

(2) Walter F. Murphy, *Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity*, op. cit., at 180.

(3) "the classic natural-law theory that an unjust enactment, of whatever sort, is not law at all but a mere act of arbitrary will, incapable of imposing obligation" may be deployed in order to limit the amending power.", Id. at 181.

(4) "natural rights limitations on the amendment power.", Jeff Rosen, *Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?*, 100 YALE L. J. 1073, at 1080 (1991).

الدستوري. ومن الواضح أنه بدون قبول نظرية القانون الطبيعي، يغدو مستحيلًا الاعتراف بالمشروعية القانونية للمبادئ الأعلى من الدستور، لعدم وجود أساس نصي لهذه المبادئ. وأيًا ما كانت القيمة (العقلية/الفكرية) للقانون الطبيعي، فلا يمكن الاعتراف بنظرية القانون الطبيعي، في سياق هذا البحث، لأنه من غير الممكن تشييد نظرية للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية استنادًا إلى القانون الطبيعي.

وبالإضافة إلى ما سبق، فإنه حتى إذا ما اعترف بوجود المبادئ الأعلى من الدستور، فإنه سيكون مستحيلًا تحديد هذه المبادئ بصورة موضوعية، لأن كل فقيه سيميل إلى تحديد هذه المبادئ وفقًا لتفضيلاته الفقهية، مستفيدًا من عدم وجود مصادر نصية لهذه المبادئ. وقد سبق، بالفعل، ملاحظة، أن مؤيدي نظرية المبادئ الأعلى من الدستور لم يتفقوا على قائمة واحدة لهذه المبادئ. وهذا يؤكد، من وجهة نظر منتقدي هذه النظرية، أنه حتى إذا تم الاعتراف بوجود هذه المبادئ، فإنه لا يمكن استخدامها كمعيار للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، لأن هذه المبادئ غير قابلة للتحديد indeterminate. وفي هذه الحالة، فإن الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية في ضوء المبادئ الأعلى من الدستور سيكون اغتصابًا لسلطة التعديل من جانب المحكمة الدستورية.

الحجج المستندة على نظرية التدرج بين نصوص الدستور^(١):

Arguments Based on the Theory of Hierarchy between Provisions of the Constitution

يذهب جانب من الفقهاء^(٢) إلى القول إن القواعد التي يتضمنها الدستور ليس لها قيمة قانونية واحدة. ومؤدى هذا الرأي أن هناك تدرجاً بين النصوص المختلفة للدستور الواحد: أي أن بعض نصوص الدستور يمكن أن تكون أعلى من النصوص الأخرى لذات الدستور. ويخلص هذا الاتجاه إلى أن سلطة تعديل الدستور ليس بمقدورها أن تعدل النصوص الأعلى في تدرج قواعد الدستور the hierarchically superior provisions. ويجمع ذلك إلى أن هذه النصوص الأعلى، في سلم تدرج قواعد الدستور، تشكل قيوداً موضوعية على التعديلات الدستورية. وبعبارة أخرى، فإن بعض التعديلات الأساسية للدستور

(1) For an analysis and criticism of the concept of the hierarchy between constitutional norms, see Kemal Gözler, La question de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles [Question of Hierarchy Between Constitutional Norms], 32 Annales de la Faculté de Droit D' Istanbul 65 (1998), available at <http://www.anayasa.gen.tr/hierarchy.htm> (last visited Mar. 23, 2007). See generally, Hierarchy of Constitutional Norms and its Function in The Protection of Fundamental Rights (VIIIth Conference of European Constitutional Courts, Ankara May 7-10, 1990) (Publications of the Constitutional Court of Turkey 1990) (5 Volumes).

(2) For example, Marcel Bridel & Pierre Moor, Observations sur la hiérarchie des règles constitutionnelles [Observations on the Hierarchy of Constitutional Rules], 87 Revue Du Droit Suisse (= ZEITSCHRIFT FÜR SCHWEIZERISCHES RECHT) 405 (1968).

تعد أساسية و"مقدسة" إلى درجة أن تعديلها يجاوز اختصاص سلطة تعديل الدستور. وبصفة عامة، يؤكد أنصار هذا الاتجاه أن النصوص الدستورية المتعلقة بالكرامة الإنسانية^(١)، وبعض أو كل الحقوق الأساسية، والمبادئ الأساسية للدولة، مثل الدولة الديمقراطية، وحكم القانون، والدولة الاجتماعية، والدولة الفيدرالية أو الموحدة، والسيادة الشعبية - تعد أعلى من النصوص الأخرى التي يتضمنها الدستور. من ذلك، على سبيل المثال، ما أكدده السيد Robert Badinter - الرئيس السابق للمجلس الدستوري الفرنسي - في إطار مداخلة شفوية في أحد المؤتمرات، من أنه "يوجد، في أنظمتنا الدستورية، حريات مصونة (لا يمكن المساس بها) لا تستطيع السلطة التأسيسية إلزتها"^(٢). ويذهب الأستاذ Dominique Turpin إلى أن حقوق الإنسان، مثل الحرية، والملكية، والأمن الشخصي، ومقاومة الظلم، تعد أعلى من الحقوق الدستورية الأخرى. ولذلك ليس بمقدور سلطة تعديل الدستور إلغاء هذه الحقوق^(٣). ويؤكد الأستاذ Maryse Baudrez أن "كل النصوص الدستورية المتعلقة بحقوق الإنسان لا يمكن مراجعتها أو تنقيحها"^(٤). ويرى الأستاذ Olivier Beaud أن

(1) Walter F. Murphy, *Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity*, op. cit., at 176.

(2) Oral intervention of Robert Badinter at the Colloquium of May 25-26, 1989 in the French Constitutional Council, in *La Declaration des Droits de L'homme et du Citoyen et La Jurisprudence* 33 (P.U.F. 1989).

(3) Dominique Turpin, *Contentieux Constitutionnel* [Constitutional Jurisdiction] 86-87 (P.U.F. 1986).

(4) Maryse Baudrez & Jean-Claude Escarras, *La révision de la Constitu-*

نصوص الدستور المتعلقة بالسيادة الشعبية أعلى من النصوص الأخرى للدستور، ولذلك ليس بمقدور السلطة التأسيسية تعديل هذه النصوص^(١).

- أوجه النقد الموجهة للاتجاه السابق:

يمكن أن يوجد، بلا شك، نوع من التدرج بين نصوص الدستور من وجهة النظر السياسية أو الأخلاقية البحتة. من ذلك، على سبيل المثال، أنه يمكن تأكيد أن المادة (٧) من الدستور السويسري لعام ١٩٩٩ التي تنص على أن "يجب احترام وحماية الكرامة الإنسانية" أكثر أهمية مقارنة بالمادة (٨٨) من ذات الدستور التي تنص على أن "يرسّى الاتحاد الفيدرالي المبادئ الخاصة بمسارات المشى والإبحار". ولكن، من وجهة النظر القانونية، لا يوجد تدرج بين هاتين المادتين من مواد الدستور السويسري. ذلك، أن كلا من المادة (٧)، والمادة (٨٨) نصابان تضمهما ذات الوثيقة الدستورية، وأرستهما ذات السلطة التأسيسية. ولذلك، فإن هذين النصين يتمتعان بذات القيمة القانونية.

tion italienne: doctrine et complexité des faits [Amendment of the Italian Constitution], in LA Revision de La Constitution [Constitutional Amendment] 139, at 141 (Symposium, Mar. 20 and Dec. 16, 1992) (Economica & Presses universitaires d'Aix-Marseille 1993).

- (1) Olivier Beaud, La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht: remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle [Sovereignty of State, Constituent Power and The Maastricht Treaty: Remarks on the Unawareness of the Limitations upon Constitutional Amendment], Revue Française de Droit Administratif 1045, at 1054, 1059-1063 (1993).

والحقيقة، أنه لا يوجد، على الإطلاق، في الدساتير، محل الدراسة في هذا البحث، أي نص يشير إلى أن أحد أجزاء الدستور أو أحد نصوصه أعلى من الأجزاء الأخرى أو النصوص الأخرى لهذا الدستور. ولذلك، يذهب بعض الكتاب إلى القول إن نظرية وجود تدرج بين قواعد الدستور لا تجد أساساً لها.

وتبعاً لذلك، فإن هذه النظرية - مثل نظرية المبادئ الأعلى من الدستور - تخلو من كل قيمة قانونية وضعية positive legal value. ولذلك، فإن هذه النظرية - تدرج القواعد الدستورية - لا يمكن الدفاع عنها دون قبول وجود القانون الطبيعي.

وتتمتع السلطة التأسيسية A constituent power بمكنه استبعاد بعض نصوص الدستور من دائرة النصوص الممكن تعديلها. ومن الأمثلة على ذلك، المادتان (١)، (٢٠) من القانون الأساسي الألماني، والمواد من (١) إلى (٣) من الدستور التركي لعام ١٩٨٢. فإذا كانت السلطة التأسيسية لم تستخدم هذه المكنة، ولم تستبعد إمكان تعديل بعض نصوص الدستور، فإن هذا يعني أنها خولت سلطة تعديل الدستور the amending power مكنة تعديل كل نصوصه. وبالمثل، إذا كانت السلطة التأسيسية قد حظرت تعديل بعض نصوص الدستور، فإن هذا يعني أنها سمحت لسلطة التعديل أن تعدل كل نصوص الدستور، فيما عدا تلك النصوص التي حظرت تعديلها. ولذلك، لا يمكن القول إنه ليس فقط النصوص المستبعد تعديلها، ولكن أيضاً تلك المرتبطة بإحدى القيم الأساسية - مثل حقوق الإنسان، أو حكم القانون، أو الدولة

الاجتماعية، أو السيادة الشعبية- تجاوز اختصاص سلطة التعديل. وباختصار، يمكن القول، إذا حظر الدستور تعديل مادة أو أكثر، فإن سلطة التعديل يكون بمقدورها تعديل باقي المواد التي لم يُحظر تعديلها.

ومن ثم، يبدو مستحيلاً، من وجهة النظر القانونية، إقامة تدرج بين نصوص الدستور الواحد. ذلك، أنه بين نصوص الدستور الواحد، لا يمكن أن تكون هناك علاقة تدرج، ولكن علاقة أولوية بالنظر إلى تاريخ دخولها حيز النفاذ، أو علاقة عموم وخصوص بالنظر إلى مدى هذه النصوص. فإذا ما كان هناك تناقض بين نصين من نصوص الدستور الواحد، فإن هذا التناقض يمكن إزالته من خلال قاعدة النص اللاحق يسود على النص السابق أو النص الخاص يسود (يقيد) النص العام *lex posterior derogat legi priori* and *lex specialis derogat legi generali* .

وإذا لم يكن في دستور ما نصوص غير قابلة للتعديل- أي قيود موضوعية صريحة- فإن كل نصوص هذا الدستور تكون قابلة للتعديل بواسطة سلطة التعديل. ولذلك، فإن المحاكم الدستورية لا يكون بمقدورها- في الدولة التي لا يوجد فيها قيود موضوعية مكتوبة في الدستور- رقابة موضوع التعديلات الدستورية. وهكذا، فإن التعديل الدستوري الذي يتم تبنيه على نحو يتطابق مع الدستور الساري، تكون له ذات القوة القانونية التي يتمتع بها هذا الدستور ذاته. وبعبارة أخرى، فإن النص المعدل أو المغير، بطريق التعديل الدستوري، يصبح جزءاً من الدستور. وهذا النص المعدل أو المغير يشغل، في

سلم تدرج القواعد القانونية، ذات المرتبة التي تشغلها باقي نصوص الدستور. وتبعاً لذلك، يغدو مستحيلاً، من الناحية المنطقية، تصور رقابة على دستورية التعديلات الدستورية، لأنه لا يوجد معيار لإجراء هذه الرقابة في ضوءه.

المطلب الثاني

قضاء المحاكم الدستورية الرافض لوجود قيود موضوعية ضمنية

ترفض المحكمة العليا الأمريكية، والمحكمة العليا الأيرلندية، والمحكمة الدستورية الألمانية (بعد عام ١٩٧٠) وجود قيود موضوعية ضمنية على التعديلات الدستورية. ووفقاً لهذه المحاكم، لا توجد قيود موضوعية مفروضة على سلطة تعديل الدستور، ما عدا تلك المنصوص عليها، صراحة، في وثيقة الدستور.

١- المحكمة العليا الأمريكية:

سبق القول إن المحكمة العليا الأمريكية قامت في القضايا التالية:
National Prohibition Cases, ^(١)Hollingsworth v. Virginia
^(٢)Dillon v. Gloss, ^(٣)United States v. Sprague, ^(٤)، برقابة السلامة

(1) 3 U.S. 378 (Dall.) (1798).

(2) 253 U.S. 350 (1920).

(3) 256 U.S. 368 (1921).

(4) 282 U.S. 716 (1931).

الشكلية والإجرائية للتعديلات الدستورية. ومع ذلك، يُلاحظ أن المحكمة العليا الأمريكية لم تقم، قط، برقابة موضوع التعديلات الدستورية. وبالفعل، لا يوجد، في الدستور الأمريكي، إلا قيد موضوعي واحد صريح يتمثل في: "لا يجوز حرمان إحدى الولايات - دون موافقتها - من حقها في الاقتراع المتساوي في مجلس الشيوخ"^(١). ولذلك، يمكن القول إنه فيما عدا هذا القيد الموضوعي، فإن الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية تعد مستحيلة من الناحية المنطقية، استنادًا إلى عدم وجود قيود موضوعية في الدستور الأمريكي. ومع ذلك، فقد ثار جدل، في الولايات المتحدة الأمريكية، في العشرينيات من القرن الماضي، بمناسبة التعديل الثامن عشر للدستور الأمريكي، بشأن مدى وجود قيود موضوعية ضمنية على سلطة تعديل الدستور. حيث ذهب فريق أول من الفقهاء الأمريكيين^(٢) إلى أنه توجد بعض القيود الموضوعية "الضمنية" implied أو "الطبيعية" intrinsic المفروضة على سلطة التعديل، غير القيد الموضوعي المنصوص عليه صراحة (حق الولايات في الاقتراع المتساوي في مجلس الشيوخ) (المادة V). بينما أنكر فريق ثان من الفقهاء^(٣) هذه الفكرة. ومن

(1) "No state, without its consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate.", U.S. Constitution, Art. V.

(2) For example see William L. Marbury, The Limitations upon the Amending Power, op. cit.; Skinner, George D. Skinner, Intrinsic Limitations on the Power of Constitutional Amendment, op. cit.

(3) For example see Lester B. Orfield, The Scope of the Federal Amending Power, 28 MICH. L. REV. 550 (1930); D. O. McGovney, Is the Eighteenth Amendment Void because of Its Contents?, 20 COLUM. L. REV. 499 (1920).

جانبها، مالت المحكمة العليا الأمريكية، في قضايا الحظر الوطني National Prohibition Cases، إلى رفض فكرة وجود قيود موضوعية ضمنية على سلطة التعديل.

ففي قضايا الحظر الوطني State of Rhode Island v. Palmer^(١)، احتج بأنه ليس فقط الإجراء الذي تم من خلاله تبني التعديل الثامن عشر، ولكن أيضاً موضوعه - يشكل انتهاكاً للدستور، وذلك لأن هذا التعديل، كما ادعى، يحرم "الولايات من مباشرة سلطاتها الضبطية التي يكفلها التعديل العاشر، ومن ثم فإن (هذا التعديل) يشكل تغييراً جذرياً، بحيث لا يمكن اعتباره تعديلاً، ولكنه بالأحرى، خطوة أولى نحو تدمير الدستور"^(٢). وفي المقابل، قيل بأن هذا التعديل لا يعدو أن يكون مجرد "إضافة"، وليس "تعديلاً"، لأنه لا يرتبط بأي شيء في الدستور الأصلي"^(٣). بيد أن المحكمة العليا رفضت هذه الحجة بصورة واضحة. ويظهر ذلك من النتائج التالية التي توصلت لها المحكمة:

"(٤) إن حظر تصنيع، وبيع، ونقل، واستيراد، وتصدير المشروبات المسكرة لأغراض الشراب - كما هو متضمن في التعديل الثامن عشر - يعد داخلاً في سلطة التعديل المحجوزة بموجب المادة (٥) من الدستور -

(1) 253 U.S. 350 (1920).

(2) Quoted in Thomas Reed Powell, The Supreme Court and the Constitution: 1919-1920, 35 POL. SCI. Q. 411, at 413 (1920).

(3) Id. These arguments were originally developed by William L. Marbury. See William L. Marbury, The Limitations upon the Amending Power, op. cit., at 225.

إن هذا التعديل، بالنظر إلى قانونية اقتراحه والتصديق عليه، قد أصبح جزءاً لا يتجزأ من الدستور. ومن ثم، يجب احترامه وإنفاذه مثل باقي نصوص الدستور»^(١).

ويلاحظ أن الجدل بشأن مدى وجود قيود ضمنية على سلطة تعديل الدستور لم يتوقف منذ قضايا الحظر الوطني (١٩٢٠) وحتى الوقت الحاضر. ففي مناسبات مختلفة، كما هو الحال بالنسبة لقضية حرق العلم، أبدى بعض الكتاب^(٢) اقتناعهم بأن ثمة قيوداً ضمنية تفرض نفسها على سلطة التعديل. بينما رفض آخرون هذه الفكرة^(٣). ولكن، حتى الوقت الحاضر، لم تتم إثارة فكرة

-
- (1) " [...] (4) The prohibition of the manufacture, sale, transportation, importation and exportation of intoxicating liquors for beverage purposes, as embodied in the Eighteenth Amendment, is within the power to amend reserved by article 5 of the Constitution." - " (5) That amendment, by lawful proposal and ratification, has become a part of the Constitution, and must be respected and given effect the same as other provisions of that instrument.", 253 U.S. 350, at 386.
- (2) For example, William L. Marbury, *The Limitations upon the Amending Power*, op. cit., at 163-190; Jeff Rosen, *Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?*, op. cit., at 1073-1092; Raymond Ku, *Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional Change*, 64 *FORDHAM L. REV.* 535 (1995); Jason Mazzone, *Unamendments*, 90 *IOWA L. REV.* 1747 (2005) available at SSRN, <http://ssrn.com/abstract=803864> (last visited Mar. 24, 2007); Gary Jeffrey Jacobsohn, *An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective*, op. cit., at 461, 463, 470, 471, 474, 478, 480.
- (3) For example Laurence H. Tribe, *A Constitution We Are Amending: In A Defense of a Restrained Judicial Role*, 97 *Harv. L. Rev.* 433 (1983); John R. Vile, *The Case against Implicit Limits on Constitutional Amending Process*, in *Responding to Imperfection: The Theo-*

وجود قيود ضمنية في قضية أمام المحكمة العليا. ولذلك، لم تتح للمحكمة العليا الأمريكية أن تفصل في هذه المسألة.

٢- المحكمة العليا الإيرلندية:

أتاحت الفرصة للمحكمة العليا الإيرلندية لكي تراقب دستورية التعديلات الدستورية في قضيتي: *Abortion Information , State (Ryan)*.

ففي قضية *State (Ryan) v. Lennon*^(١)، تمسك المدعي بأن المادة (١٢)- التي أدخلت في دستور دولة إيرلندا الحرة لعام ١٩٢٢، بموجب التعديل الصادر في ١٧ أكتوبر ١٩٣١- غير دستورية^(٢). بيد أن المحكمة العليا الإيرلندية رفضت هذا الادعاء، وقضت بأن دستور ١٩٢٢ منح البرلمان سلطة تعديل الدستور، ولم يتضمن هذا الدستور أي قيود موضوعية تُفرض على سلطة التعديل. ويمكن أن يُستفاد، من ذلك، أن التعديل دستوري، وأن موضوعه

ry And Practice of Constitutional Amendment 191 (Sanford Levinson ed., Princeton University Press, 1995).

(1) *State (Ryan) v. Lennon* [1935] 170 I.R. 198 (Ir.). For comments, see Rory O'Connell, *Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms*, 4 J. Civil Liberties 48, 56-61 (1999); Gary Jeffrey Jacobsohn, *An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective*, op. cit., at 465-468.

(2) Quoted in Rory O'Connell, *Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms*, op. cit., at 58.

لا يخضع للرقابة القضائية على دستوريته^(١).

وفي إيرلندا، أثارت مسألة دستورية التعديلات، مرة أخرى، في أعقاب التعديلين الدستوريين: الثالث عشر والرابع عشر -الذين تم تبنيها بموجب الاستفتاء الذي تم في نوفمبر ١٩٩٢- اللذين كفلا الحق في الحصول على معلومات بشأن خدمات الإجهاض المتاحة في الخارج، وحرية السفر لهذا الغرض. وفيما يتعلق بهذه التعديلات، ذهب الأستاذ Roderick O'Hanlon إلى أن حق الطفل الذي لم يُولد بعد في الحياة- باعتباره أحد قيم القانون الطبيعي- يعد أعلى من أي قانوني وضعي، ولذلك فإن التعديلين الثالث عشر والرابع عشر الذين انتهاكا هذه الحق يجب اعتبارهما غير مشروعين (غير دستوريين)^(٢). وفي قضية Abortion Information Case^(٣)، أبدى "مستشار الطفل الذي لم يُولد بعد" حجة مشابهة لتلك التي أثارها الأستاذ

(1) Id.

(2) Roderick O'Hanlon, Natural Rights and the Irish Constitution, op. cit., at 10. See also Roderick O'Hanlon, The Judiciary and the Moral Law, 11 Irish Law Times 129, at 130 (1993) quoted in Ian Walsh, Between Scylla and Charybdis: The Supreme Court and the Regulation of Information Bill (1995), 7 Cork Online Law Review note 10 (2003), <http://www.ucc.ie/colr/2003vii.html> (last visited Mar. 25, 2007).

(3) Abortion Information Case (Article 26 and the Regulation of Information (Services outside the State for the Termination of Pregnancies) Bill 1995, In Re [1995] IESC 9 (Date of Judgment: 12/05/1995), available at <http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/1995/9.html> (last visited Mar. 27, 2007).

O'Hanlon. حيث ذهب هذا المستشار إلى أن:

"القانون الطبيعي يشكل الأساس الذي بُني عليه الدستور، ويعد هذا القانون، بالتالي، أسمى من الدستور. ولذلك، لا يجوز أن يخالف أي نص في الدستور القانون الطبيعي، وإذا حدث ذلك، فلا يجوز إنفاذ هذا النص"^(١).

ومن الواضح أن الحجة السابقة تستند على المنطق التالي: إذا كان التعديل الدستوري المتعلق بالحصول على المعلومات بشأن الإجهاض ينتهك القانون الطبيعي، فإنه يعد غير مشروع^(٢). بيد أن المحكمة العليا الإيرلندية رفضت هذه التحليل، مقررّة بوضوح، "أنها لا تقبل هذه الحجة"^(٣). ولذلك، خلصت المحكمة العليا الإيرلندية - كما يلاحظ ذلك الأستاذ - إلى أنها:

"لا تتمتع بسلطة لرقابة موضوع التعديل الدستوري، مادام أن هذا التعديل قد تم إجراؤه بطريقة إجرائية صحيحة"^(٤).

وكما تقدم القول^(٥)، قضت المحكمة العليا الإيرلندية، في عام ١٩٩٩، في قضية Riordan v. An Taoiseach، بأنها غير مختصة برقابة دستورية التعديلات الدستورية^(٦).

(1) Id. at 38.

(2) Id.

(3) Id.

(4) Rory O'Connell, Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms, op. cit., at 65.

(5) See supra pp. 17-19.

(6) Riordan v. An Taoiseach [1999] IESC 1 (May 20, 1999, Appeal No.

٢- المحكمة الدستورية الألمانية:

سبق القول، إنه توجد، في ألمانيا، قيود موضوعية على التعديلات الدستورية تقررها الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩. ومن ثم، فإن المحكمة الدستورية الألمانية تراقب مدى تطابق التعديلات الدستورية مع هذه القيود الموضوعية. ومع ذلك، يُلاحظ أن المحكمة الدستورية الألمانية - كما سيُوضح ذلك لاحقاً - أكدت، في الخمسينيات من القرن الماضي، في قضيتي Southwest Case^(١)، Article 117 Case^(٢)، وقضية المادة (١١٧) في عام ١٩٥٣^(٣)، ولكن فقط بطريقة الملاحظة العرضية obiter dictum، أنه توجد، أيضاً، بعض القيود الموضوعية المفروضة على سلطة التعديل غير تلك المنصوص عليها، صراحة، في الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني. ولكن بعد عام ١٩٧٠، لم تعد المحكمة الدستورية الألمانية تشير، في سياق رفضها لمبدأ وجود قيود موضوعية ضمنية، إلا للقيود الموضوعية المقررة، صراحة، في الفقرة (٣) من المادة (٧٩)، وذلك في القضايا التي راقبت فيها المحكمة دستورية التعديلات

202/98) (Ir.), available at <http://www.bailii.org/ic/cases/IESC/1999/1.html> (last visited Mar. 6, 2007).

(1) BverfGE 1, 14 (1951).

(2) BverfGE 3, 225 (1953).

(3) BverfGE 3, 225 (1953).

الدستورية^(١).

المطلب الثالث

قضاء المحاكم الدستورية القابل لوجود قيود موضوعية ضمنية

مالت بعض المحاكم الدستورية- مثل المحكمة الدستورية الألمانية (في خمسينيات القرن الماضي، ولكن فقط بطريقة غير مباشرة)، والمحكمة العليا الهندية، والمحكمة الدستورية التركية (في ظل دستور ١٩٦١)- إلى القضاء بأن سلطة التعديل مقيدة، ليس فقط بالقيود الموضوعية المنصوص عليها، صراحة، في الدستور، ولكن أيضاً ببعض القيود الأخرى غير المنصوص عليها في الدستور. وهكذا، فإن هذه المحاكم ترى، في ظل هذا القضاء، أنه بمقدورها أن تراقب مدى تطابق التعديلات الدستورية مع هذه القيود الموضوعية غير المنصوص عليها، صراحة، في الدستور. وهكذا، سنحاول، فيما يلي، تحليل قضاء هذه المحاكم في هذا الخصوص.

(1) In the *Klass Case*, the doctrine of the implicit substantive limitations is accepted only in the dissenting opinions. According to the dissenting judges, "certain fundamental decisions of the Basic Law maker are inviolable" (Decision of December 15, 1970, BVerfGE 30, 1. An English translation of the dissenting opinions by Renate Chestnut can be found in *Comparative Constitutional Law: Cases and Commentaries*, (Walter F. Murphy & Joseph Tanenhaus, op. cit., at 663-665).

١ - المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في خمسينيات القرن الماضي:

يمكن القول إن نظرية وجود قيود موضوعية ضمنية مفروضة على التعديلات الدستورية ترجع جذورها إلى قضاء المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في خمسينيات القرن الماضي، لاسيما إلى اثنين من قراراتها في تلك الفترة. ونشير إلى هذين القرارين فيما يلي:

أ- قرار ٢٣ أكتوبر ١٩٥١: Southwest Case

قضت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، في هذه القضية، بأن:

"يعكس الدستور بعض المبادئ الشاملة والقرارات الأساسية التي (يجب أن تكون القرارات الفردية) تابعة لها. ومن ثم، فإن أي نص دستوري يجب أن يُفسر بطريقة تجعله متطابقاً مع هذه المبادئ الجوهرية، وكذلك مع القرارات الأساسية لواضعي الدستور"^(١).

-
- (1) "a constitution reflects certain overarching principles and fundamental decisions to which individual provisions are subordinate... [A]ny constitutional provision must be interpreted in such a way that it is compatible with those elementary principles and with the basic decisions of the framers of the Constitution.", BverfGE 1, 14 (1951). An English translation of the important parts of this judgment by Renate Chestnut can be found in Comparative Constitutional Law: Cases and Commentaries, Walter F. Murphy & Joseph Tanenhaus, op. cit., at 208-212, the funquotation is at 209. For comments on this judgment, see Gerhard Leibholz, The Federal Constitutional Court in Germany and the "Southwest Case", 46 AM. POL. SCI. REV. 723 (1952); Gottfried Dietze, Unconstitutional Constitutional Norms?

وفوق ذلك، فقد ألمحت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية إلى أنها تتفق مع قضاء المحكمة الدستورية البافارية الذي يقرر:

"إن إمكان أن يكون النص الدستوري، في ذاته، باطلاً وكان لم يكن، ليس مستحيلاً من الناحية المفاهيمية، فقط لمجرد أن هذا النص يشكل جزءاً من الدستور. ذلك، أنه توجد طائفة من المبادئ الدستورية التي تعد أساسية، وتعكس تعبيراً عن قانون أعلى حتى من الدستور، إلى درجة تجعل هذه الطائفة من المبادئ ملزمة حتى لو اضعي الدستور. وتوجد طائفة ثانية من النصوص الدستورية- التي لا ترقى إلى مرتبة الطائفة الأولى- يمكن اعتبارها باطلة وكان لم تكن لمخالفتها للمبادئ الدستورية الأولى"^(١).

Constitutional Development in Postwar Germany, 42 VA. L. REV. 1, at 2-17 (1956); Peter Jambrek & Klemen Jaklic, Contribution to the Opinion of the Venice Commission on the Constitutional Amendments Concerning Legislative Elections in Slovenia, [http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)013-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)013-e.asp) (last visited Mar. 24, 2007); Rory O'Connell, Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms, at 53-56.

- (1) "That a constitutional provision itself may be null and void is not conceptually impossible just because it is a part of the Constitution. There are constitutional principles that are so fundamental and so much an expression of a law that has precedence even over the Constitution that they also bind the framers of the Constitution, and other constitutional provisions that do not rank so high may be null and void because they contravene these principles. ", BverfGE, 1, 14 (1951) (in Comparative Constitutional Law: Cases And Commenta-

وكما يبين من هذه العبارات الواضحة، فقد أكدت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية علو المبادئ الشاملة overarching والمبادئ الأساسية للدستور على النصوص الدستورية الأخرى. ولذلك، خلصت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية إلى الإقرار بوجود قيود موضوعية ضمنية غير تلك المنصوص عليها، صراحة، في الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩، وأنه بمقدورها رقابة مدى تطابق التعديلات الدستورية مع هذه القيود الموضوعية الضمنية^(١).

ries, Walter F. Murphy & Joseph Tanenhaus, op. cit., at 209). The quoted Bavarian Constitutional Court's decision is that of April 24, 1950, Entscheidungen Des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes [Bayern Constitutional Court Reports] 6, 47 (1950). See Donald d. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of The Federal Republic of Germany 542, note 90 (2nd Ed., Duke University Press 1997). Kommers' translation of this extract from the Bavarian Constitutional Court is a little different: "It is not conceptually impossible to regard a constitutional provision as void even though it is part of the Constitution. Some constitutional principles are so basic and so much the expression of a legal principle which antedates the Constitution that they bind the constitutional framer himself. Other constitutional provisions which are not of equal rank may be void if they contravene them" (Id.).

- (1) In Germany, the doctrine that constitutional amendment may be unconstitutional if it is in conflict with the core values or spirit of the constitution as whole is examined under the concept of "unconstitutional constitutional norms" (Verfassungswidrige Verfassungsnormen). For an analysis of this concept, see Donald D. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Of Germany,

ومع ذلك، يُشار إلى أن فريقاً من الفقهاء يؤكد استحالة إقامة تدرج بين نصوص الدستور الواحد. وعلى أي حال، يُلاحظ أن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية أكدت وجود تدرج بين القواعد الدستورية فقط بطريق الملاحظة العارضة *obiter dictum*^(١). ولم تقم المحكمة بإبطال أي من التعديلات الدستورية استناداً إلى مخالفة هذه التعديلات لهذه المبادئ الأساسية الشاملة *overarching principles*.

ب- قرار ١٨ ديسمبر ١٩٥٣ (قضية المادة ١١٧):

أكدت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، بعد مرور عامين من قرارها السابق، في القضية التي يُطلق عليها قضية المادة (١١٧) (١٩٥٣)^(٢)، ولكن

op. cit., at. 48; Dietze, supra note 109 at 1-22. This concept is an oxymoron and should be avoided. But this concept is started to be used by some Anglo-Saxon scholars too, such as, Rory O'Connell, Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms, op. cit., at 72-73; Jason Mazzone, Unamendments, op. cit.; Gary Jeffrey Jacobsohn, An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective, op. cit.

(1) Donald D. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, op. cit., at 542, note 90

(2) BverfGE 3, 225 (1953). For comments on this judgment, see Dietze, supra note 239, at 17-20; David P. Curie, The Constitution of The Federal Republic of Germany 219, note 201 (The University of Chicago Press 1994); Donald D. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, op. cit., at 48; Peter Jambrek & Klemen Jaklic, Contribution to the Opinion of the Ven-

أيضاً بطريق الملاحظة العارضة obiter dictum، وجود مبدأ للعدالة ينتمي للقانون الأعلى higher-law principle of justice ، وأنه:

"في حالة تجاوز أحد نصوص القانون الأساسي الألماني الحدود الخارجية لمبدأ القانون الأعلى للعدالة ، فإن واجب المحكمة يقتضي إلغاء هذا النص"^(١).

ولذلك، يرى بعض الكتاب أن القرار الصادر، في قضية المادة (١١٧)، يكشف عن وجود "طائفة من "القواعد الوضعية" الأعلى التي يُشار إليها بعبارات متنوعة مثل "القانون الطبيعي" أو "العدالة"^(٢).

ice Commission on the Constitutional Amendments Concerning Legislative Elections in Slovenia, [http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)013-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)013-e.asp) (last visited Mar. 24, 2007); Rory O'Connell, Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms, op. cit., at 54.

- (1) "that a provision of the Basic Law exceeded the outer limits of the higher-law ('übergesetzliche') principle of justice ('die äußersten Grenzen der Gerechtigkeit'), it would be the Court's duty to strike it down.", BverfGE 3, 225, at 234 (1953), quoted in David P. Curie, The Constitution of The Federal Republic of Germany, op. cit., at 219, note 201. See also Donald D. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, op. cit., at 48.
- (2) Rory O'Connell, Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms, op. cit., at 54. As Taylor Cole observed, words and phrases such as "supra-positive basic norms", "natural justice", "fundamental postulates of justice", "norms of objective ethics", etc., have been used in this case (Taylor Cole, Three Constitutional Courts: A Comparison, 3 AM. POL. SCI. REV. 963, at 973 (1959)).

ومن الواضح أن النظرية التي يؤكد هذا الحكم تجاوز مجرد التدرج بين القواعد الدستورية، إذ الأمر يتعلق بنظرية فوق الدستورية -supra constitutionality. وكما تقدم القول، فإنه دون قبول نظرية القانون الطبيعي، يغدو مستحيلاً الاعتراف بأن أحد مبادئ القانون الطبيعي يقيد سلطة تعديل الدستور. وكما هو الحال في قضية Southwest، فقد أكدت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية ذلك بطريقة الملاحظة العرضية، ولم تقم بإبطال أحد التعديلات الدستورية استناداً إلى هذا الأساس. ولذلك يمكن القول إن نظرية إمكان تقييد سلطة التعديل بموجب مبدأ القانون الأعلى للعدالة، الذي يعكسه قضاء المحكمة الدستورية الألمانية، ليس له إلا قيمة فقهية.

ولكن بعد عام ١٩٥٣، تراجعت المحكمة الدستورية الألمانية عن الإشارة إلى المبادئ الوضعية الأعلى أو الأسمى باعتبارها قيوداً ضمنية على التعديلات الدستورية. ويذهب بعض الكتاب إلى أن التوجه الذي أبدته المحكمة في قضية Southwest Case (١٩٥١)، وقضية المادة (١١٧) (١٩٥٣)، يمكن تفسيره بأن "رد فعل في مواجهة التبريرات الوضعية السابقة للنظام النازي"^(١).

(1) Taylor Cole, Three Constitutional Courts: A Comparison, op. cit., at 974. See also Paul G. Kauper, The Constitutions of West Germany and the United States: A Comparative Study, 58 MICH. L. REV. 1091, at 1179 (1960).

٢ - المحكمة العليا الهندية:

قضت المحكمة العليا الهندية، في قضايا Kesavananda، Golaknath، Minerva Mills and Waman Rao، Indira Nehru Gandhi بأنه توجد بعض القيود الضمنية المفروضة على سلطة التعديل، وأن التعديلات الدستورية التي تنتهك هذه القيود تعد غير مشروعة.

ففي قضية Golaknath v. State of Punjab^(١)، طعن على دستورية التعديل السابع عشر (١٩٦٤). وفي هذه القضية، قضت المحكمة العليا الهندية - بأغلبية ٦ : ٥ - بأن:

"المبادئ الأساسية لا يمكن تقويضها أو إزاحتها بواسطة إجراء التعديل المنصوص عليه في المادة (٣٦٨)^(٢) من الدستور. ذلك، أن تعديل

(1) Golaknath v. State of Punjab (Date of Judgment: February 27, 1967), AIR 1967 SC 1643, available at <http://judis.nic.in/supreme-court/qrydisp.asp?tfnm=2449> (last visited Mar. 25, 2007). For comments on this judgment, see K. Subba Rao, The Two Judgments: Golaknath and Kesavananda Bharati, 2 Supreme Court Cases (JOURNAL) 1 (1973), available at <http://www.ebcindia.com/lawyer/articles/73v2a1.htm> (last visited Mar. 27, 2007); David Gwynn Morgan, The Indian "Essential Features" Case, 30 INT'L & COMP. L. Q. 307 (1981); O'Connell, supra note 93, at 53-56; Anuranjan Sethi, Basic Structure Doctrine: Some Reflections, <http://ssrn.com/abstract=835165>, p. 6-8, 26-27 (last visited Mar. 4, 2007); S. P. Sathe, Judicial Activism in India 65- 70 (Oxford University Press 2002).

(2) Art. 386 of the Indian Constitution states as follows: "368. Power of Parliament to amend the Constitution and procedure therefore. - (1)

الدستور يعد "قانوناً" في مفهوم الفقرة (٢) من المادة (١٣) ^(١)، ومن ثم يخضع للقسم III ^(٢) من الدستور ^(٣).

ومع ذلك، فقد أعلنت المحكمة العليا الهندية أن التعديل الدستوري يعد نافذاً ^(٤)، في هذه الحالة، من خلال تطبيق مبدأ "الإلغاء المستقبلي" prospective overruling الذي طورته المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية ^(٥).

Notwithstanding anything in this Constitution, Parliament may in exercise of its constituent power amend by way of addition, variation or repeal any provision of this Constitution in accordance with the procedure laid down in this article.

- (1) Art. 13(2) reads: "The State shall not make any *law* which takes away or abridges the rights conferred by this Part and any law made in contravention of this clause shall, to the extent of the contravention, be void" (India Const. art. 13 § 2. Emphasis added).
- (2) Part III of the 1950 Indian Constitution (Arts. 12 to 36) regulates the fundamental rights, such as right to equality, right to freedom, right against exploitation, right to freedom of religion, cultural and educational rights, right to constitutional remedies ((India Const. arts. 12-36).
- (3) Golaknath v. State of Punjab, 1967 S.C.R. (2) 762, available at <http://judis.nic.in/supremecourt/qrydisp.asp?tfnm=2449> (last visited Mar. 26, 2007).
- (4) Id. at 766.
- (5) Rory O'Connell, Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms, op. cit., at 68; Anuranjan Sethi, Basic Structure Doctrine: Some Reflections, op. cit., at 86.

ويبدو هذا الحكم مثيراً للجدل، لأنه يفترض، مسبقاً، علو القسم (III) (الذي يشمل المواد من ١٢ - ٣٦) من الدستور على باقي أقسام ذات الدستور. وقد تقدم القول إن فريقاً من الفقهاء يستبعد إمكان إقامة تدرج بين نصوص أو أقسام ذات الدستور^(١). وفي حالة الدستور الهندي، لا يوجد، على الإطلاق، نص يقرر أن القسم الثالث من الدستور أعلى أو أسمى من الأقسام الأخرى، أو أن نصوص هذا القسم مستبعدة من التعديل.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن تفسير المحكمة العليا الهندية لكلمة "قانون" تبدو مثيرة للجدل لسببين:

أولاً: إن كلمة "قانون"، المستخدمة في النصوص الدستورية الهندية، تشير إلى التشريع العادي، وليس إلى التعديلات الدستورية، وذلك لأن النصوص الدستورية - فيما عدا تلك التي تنظم إجراء التعديل الدستوري موجهة للسلطة التشريعية العادية، وليس إلى سلطة التعديل الدستوري.

ثانياً: إذا ما قبل التفسير الذي تبنته المحكمة، فإن هذا يعني أنه لم يعد هناك اختلاف بين سلطة تعديل الدستور والسلطة التشريعية العادية. ولكن، من المسلم به في إطار الدستور الهندي، أن السلطة التشريعية العادية وسلطة التعديل ليستا سلطة واحدة، لأن السلطة الأولى تنظمها المواد من (١٠٧): (١١١)، والثانية تنظمها المادة (٣٦٨). ولذلك، فإن السلطة التشريعية

(1) See supra pp. 75-78.

العادية، وليس سلطة تعديل الدستور، هي التي يجب أن تتمثل لنصوص الدستور، وفي الدستور الهندي، لا توجد قيود موضوعية على سلطة التعديل، ولذلك فإن سلطة التعديل تتمتع باختصاص لتعديل أي من نصوص الدستور، بما في ذلك القسم (III) من الدستور.

غير أنه يلاحظ أن المحكمة العليا الهندية تبنت قضاءً مختلفاً، بعد ست سنوات من الحكم السابق الصادر في قضية Golaknath، ذلك ويظهر هذا الاتجاه الجديد واضحاً في قضية Kesavananda Bharati v. State of Kerala^(١)، حيث أعلنت المحكمة أن:

"قرار الأغلبية، في قضية Golaknath، الذي يذهب إلى أن كلمة "قانون"، الواردة في الفقرة (٢) من المادة (١٣)، تشمل التعديلات الواردة على الدستور، وأن هذه المادة تشكل قيداً على سلطة تعديل الدستور المشار إليها في المادة (٣٦٨) - هذا القرار خاطئ وملغى"^(٢).

(1) Kesavananda Bharati v. State of Kerala (Date of Judgment: April 24, 1973) A.I.R. 1973 S.C. 1461. Extracts from this judgment were reproduced in Comparative Constitutionalism: Cases And Materials, Norman Dorsen et al., op. cit., at 1175-1180.

(2) "the decision of the majority in *Golaknath* that the word "law" in article 13(2) included amendments to the Constitution and the article operated as a limitation upon the power to amend the Constitution in Article 368 is erroneous and is overruled.", Id. (in Comparative Constitutionalism: Cases and Materials, Norman Dorsen et al., op. cit., at 1176).

وفوق ذلك، رفضت المحكمة العليا الهندية، في قضية Kesavananda، فكرة عدم إمكان المساس بالحقوق الأساسية أو حصانة هذه الحقوق intangibility of fundamental rights (القسم الثالث من الدستور الهندي)، التي تأكدت في قضية Golakhnoth، حيث قضت المحكمة بأن:

"سلطة التعديل تشمل، في ذاتها، سلطة الإضافة إلى، أو تغيير، أو إلغاء المواد المختلفة للدستور، بما في ذلك تلك المتعلقة بالحقوق الأساسية"^(١).

ومعنى ذلك، أن المحكمة العليا الهندية إذا كانت قد ألغت، في قضية Kesavananda، مبدأ علو القسم الثالث من الدستور (الخاص بالحقوق الأساسية) على باقي أقسام الدستور، فإن المحكمة طورت مبدأ آخر هو مبدأ البنيان الأساسي للدستور، الذي لا يجد، هو الآخر، سندًا من نصوص الدستور الهندي.

ففي عام ١٩٧٣، فحص ثلاثة عشر قاضيًا من قضاة المحكمة العليا الهندية، في قضية Kesavananda Bharati v. State of Kerala^(٢)،

(1) "the power of amendment ... includes within itself the power to add, alter or repeal the various articles of the Constitution including those relating to fundamental rights." , Id.

(2) Id. For comments on this judgment, see David Gwynn Morgan, The Indian "Essential Features", op. cit; K. Subba Rao, The Two Judgments: Golakhnath and Kesavananda Bharati, op. cit., ; Joseph Minatur, The Ratio in the Kesavananda Bharati Case, 1 Supreme Court Cases (Journal) 73 (1974), available at <http://www.ebc-india.com/lawyer/articles/74v1a5.htm> (last visited Mar. 27, 2007);

مشروعية التعديلات الدستورية (الرابع والعشرون، والخامس والعشرون والتاسع والعشرون). وقد خلصت المحكمة في هذه القضية- بأغلبية ٧: ٦ من أصوات أعضائها- إلى أن:

"سلطة التعديل لا تشمل سلطة تغيير البنيان الأساسي أو الإطار الدستوري، على نحو يغير هوية الدستور"^(١).

وقد عادت المحكمة العليا الهندية لتؤكد "مبدأ البنيان الأساسي" في قضية Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain^(٢). ففي هذه القضية، قضت المحكمة العليا الهندية بعدم مشروعية التعديل التاسع والثلاثين للدستور الهندي،

Sethi, supra note 119, at 4-13; Rory O'Connell, Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms, op. cit., at 66-73; Jacobsohn, supra note 47, at 470-486; Anuranjan Sethi, Basic Structure Doctrine: Some Reflections, op. cit., at 69-71.

- (1) "the power to amend does not include the power to alter the basic structure, or framework of the Constitution so as to change its identity.", Kesavananda Bharati v. State of Kerala (1973) 4 S.C.C. 225; A.I.R. 1973 S.C. 1461. See excerpt from this judgment in Comparative Constitutionalism: Cases and Materials, op. cit., at 1176.
- (2) Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain (Date of Judgment: Juni 24, 1975), A.I.R. 1975 S.C. 1590; 1975 S.C.C. (2) 159, available at <http://judis.nic.in/supremecourt/qrydisp.asp?tfnm=5960> (last visited Mar. 27, 2007). For comments on this judgment, see David Gwynn Morgan, The Indian "Essential Features", op. cit., at 326-331; Rory O'Connell, Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms, op. cit., 70-72; Sathe, supra note 119, at 73-77.

استنادًا إلى أن هذا التعديل يشكل انتهاكًا للهيكل الأساسي للدستور^(١).

غير أنه بعد القرارات السابقة، قرر البرلمان الهندي، في عام ١٩٧٦، اجتثاث مبدأ "البنيان الأساسي" للدستور^(٢)، وذلك من خلال تبنيه للتعديل الثاني والأربعين للدستور الهندي^(٣). الذي أضاف البندين الرابع والخامس للمادة (٣٨٦) من الدستور الهندي.

وقد كان البند الرابع المضاف يستبعد، صراحة، الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية، وكان البند الخامس ينص على أن سلطة التعديل لا تخضع لأي قيود. غير أن المحكمة العليا الهندية قررت، في قضية Minerva Mills Ltd. v. Union of India (١٩٨٠)، عدم مشروعية التعديل الثاني والأربعين للدستور الهندي. وقد أسست المحكمة قضاءها على أن "سلطة التعديل المقيدة يعد أحد الملامح الأساسية للدستور الهندي، ولذلك لا يمكن إزالة القيود التي ترد على هذه السلطة"^(٤).

(1) Id.

(2) David Gwynn Morgan, The Indian "Essential Features", op. cit., at 331.

(3) Rory O'Connell, Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms, op. cit., at 71.

(4) Minerva Mills Ltd. v. Union of India (Date of Judgment: July 31, 1980), A.I.R 1980 S.C. 1789, 1981 SCR (1) 206, at 207, available at <http://judis.nic.in/supremecourt/qrydisp.asp?tfnm=4488> (last visited Mar. 28, 2007). For comments on this judgment, see Anuranjan Sethi, Basic Structure Doctrine: Some Reflections, op. cit., at 11-13; Rory O'Connell, Guardians of the Constitution: Unconstitutional

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا الهندية باشرت رقابتها، في قضية Waman Rao v. Union of India (١٩٨١)، على موضوع التعديلين الأول والرابع اللذين تم إصدارهما في عامي ١٩٥١، ١٩٥٥ على التوالي^(١). وفي هذه القضية أيضاً. أكدت المحكمة العليا الهندية قضاءها الخاص بمبدأ البنيان الأساس للدستور. بيد أن المحكمة أبدت، في هذه المرة، مشروعية التعديلات الدستورية المطعون عليها، وذلك استناداً إلى أن هذه التعديلات لا تتضمن "تقويضاً للهيكل الأساسي للدستور"، ولا لأي من ملامحه الأساسية، وأن هذه التعديلات تعد مشروعة ودستورية، لأنها تدخل في نطاق اختصاص السلطة التأسيسية للبرلمان^(٢).

- أوجه النقد الموجهة لقضاء المحكمة العليا الهندية:

يثير مبدأ "البنيان الأساسي للدستور" كثيراً من الجدل^(٣)^(١). ويرجع ذلك،

Constitutional Norms, op. cit., at 72-73. Anuranjan Sethi, Basic Structure Doctrine: Some Reflections, op. cit., at 87.

(1) Waman Rao & Ors. etc. etc. v. Union of India and Ors., (Date of Judgment: May 9, 1980) A.I.R. 1981 S.C.R. 1, 1980 S.C.C. 587, available at <http://judis.nic.in/supremecourt/qrydisp.asp?tfnm=4504> (last visited Apr. 6, 2006).

(2) Id.

(3) The doctrine of "basic structure" is introduced into India by a German scholar, Dietrich Conrad. See Dietrich Conrad, Limitation of Amendment Procedures and the Constituent Power, 15-16 Indian Yearbook of International Affairs 375 (1970). For the D. Conrad's

في المقام الأول، إلى أنه لا يوجد أساس نصي لهذا المبدأ. حيث لا يوجد، في الدستور الهندي، نص يقرر أن لهذا الدستور "هيكلًا أساسيًا"، وأن هذا البنيان يجاوز اختصاص سلطة التعديل. ولذلك، يؤكد نقاد مبدأ "البنيان الأساسي للدستور" أن هذا المبدأ لا يستند إلى مشروعية قانونية وضعية positive legal validity.

- بالإضافة إلى أن مبدأ "البنيان الأساسي للدستور" لا يجد له أساسًا نصيًا في الدستور الهندي، فإن هذا المبدأ أو المفهوم لا يمكن تعريفه. فما الذي يشكل "هيكلًا أساسيًا للدستور"؟ وما هي المبادئ التي يشملها- أو لا يشملها- مفهوم "البنيان الأساسي للدستور". الحقيقة أنه لا توجد إجابة موضوعية ومجمع عليها يمكن إعطاؤها لهذه الأسئلة. ومما يؤكد ذلك، أن أغلبية القضاة- الذين اعترفوا، في قضية Kesavananda Bharati، بوجود مبدأ "البنيان الأساسي للدستور"، لم يتفقوا على قائمة المبادئ التي يشملها هذا المبدأ. حيث يستتبط كل قاضي قائمة مختلفة من المبادئ يرى أنها تشكل

influence on the Indian Supreme Court, see A. G. Noorani, "Behind the Basic Structure Doctrine: On India's Debt to a German Jurist, Professor Dietrich Conrad", 18 Frontline (April 28 - May 11, 2001), available at <http://www.hinduonnet.com/fline/fl1809/18090950.htm> (last visited Feb. 12, 2007).

(١) تجدر الإشارة إلى أن بعض الكتاب ينسب الفضل في تقديم مبدأ "البنيان الأساسي للدستور" إلى الفكر القانوني الهندي إلى العالم الألماني Dietrich Conrad.

"البنیان الأساس للدستور"^{(١)(٢)}. فإذا ما كان كل قاض قادراً على تعريف

(1) Rory O'Connell, Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms, op. cit., at 70; Anuranjan Sethi, Basic Structure Doctrine: Some Reflections, op. cit., at 10; Comparative Constitutionalism: Cases and Materials, op. cit., at 1177.

(٢) من ذلك، على سبيل المثال، أن رئيس المحكمة Sikri أكد أن "البنیان الأساسی للدستور" يتكون من الملامح التالية:

١- علو أو سمو الدستور: Supremacy of the Constitution

٢- الشكل الجمهوري والديمقراطي للحكومة: Republican and Democratic form of Government

٣- الطابع العلماني للدستور: Secular Character of the Constitution.

٤- الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية: Separation of Powers between the Legislature, the Executive and the Judiciary

٥- الطابع الفيدرالي للدستور: Federal Character of the Constitution (Comparative Constitutionalism: Cases And Materials, op. cit., at 1177)

وقد أضافا القاضيان Shelat، Grover إلى القائمة السابقة الملمحين التاليين:

١- الالتزام ببناء دولة الرفاهية المتضمنة في المبادئ التوجيهية لسياسة الدولة:

The mandate to build a welfare state contained in the Directive Principles of State Policy

٢- وحدة وتكامل الدولة: Unity and integrity of the Nation

بينما استخلصا القاضيان Mukherjea، Hegde قائمة مختلفة: وتتمثل هذه القائمة

فيما يلي:

١- سيادة الهند: The Sovereignty of India

٢- الطابع الديمقراطي: The democratic character of the polity

٣- وحدة الدولة: The unity of the country

٤- الملامح الأساسية للحريات الفردية: Essential features of individual freedoms

=

مفهوم "البنيان الأساسى للدستور"، من وجهة نظره، فإن معنى ذلك، أن التعديل الدستوري يمكن أن يكون مشروعاً أو غير مشروع تبعاً للتفضيلات الشخصية للقضاة. وهكذا، يكتسب القضاء سلطة تعديل الدستور، المعطاة للبرلمان بموجب المادة (٣٦٨) من الدستور. ولهذا السبب، يرى الأستاذ Anuranjan Sethi أن مبدأ "البنيان الأساسى للدستور" يمكن النظر إليه باعتباره "تعبيراً عن اغتصاب السلطة الدستورية من جانب المحكمة الدستورية الهندية"^(١).

٥- الالتزام ببناء دولة الرفاهية: The mandate to build a welfare state

بينما أعطى القاضي Reddy القائمة التالية:

١- جمهورية ديمقراطية ذات السيادة.

٢- ديمقراطية برلمانية.

٣- السلطات الثلاثة للدولة.

- (1) Anuranjan Sethi, Basic Structure Doctrine: Some Reflections, op. cit., at 12. Similarly, S. P. Sathe concluded that "the Court has clearly transcended the limits of the judicial function and has undertaken functions which really belong to... the legislature" (S. P. Sathe, Judicial Activism: The Indian Experience, 6 WASH. U. J. L. & POL'Y 29-108, at 88 (2001), available at http://law.wustl.edu/journal/6/p_29_Sathe.pdf (last visited Mar. 12, 2007). Likewise, T. R. Andhyarujina said that the "exercice of such power by the judiciary is not only anti-majoritarian but inconsistent with constitutional democracy" (T. R. Andhyarujina, Judicial Activism and Constitutional Democracy in India 10 (1992), quoted in Sathe, Anuranjan Sethi, Basic Structure Doctrine: Some Reflections, op. cit., at 70.

وهكذا، يبدو واضحاً، من قضاء المحكمة العليا الهندية، أنه عندما لا يكون هناك قيد موضوعي صريح على سلطة التعديل، فإن محاولة المحكمة العليا رقابة موضوع التعديلات الدستورية يشكل خطراً على النظام الديمقراطي، الذي يجب أن تُمنح سلطة التعديل في ظلّه للشعب وممثليه، وليس للقضاة.

٣- المحكمة الدستورية التركية:

سبق القول. إنه لم يكن هناك، في الدستور التركي لعام ١٩٦١، سوى قيد موضوعي واحد: عدم قابلية الشكل الجمهوري للدولة للتعديل. ولكن وفقاً للمحكمة الدستورية التركية، في ظل دستور ١٩٦١، فإن سلطة التعديل مقيدة فقط بهذا القيد الموضوعي الصريح، في الدستور. ومن أمثلة هذه القيود: روح الدستور، والحقوق والحريات الأساسية، ومبدأ حكم القانون، ومتطلبات الحضارة المعاصرة، وتناسق وتناغم الدستور.

وقد أكدت المحكمة الدستورية التركية في ٢٦ سبتمبر ١٩٦٥ (القرار رقم ١٩٦٥/٤٠)^(١)، بطريق الملاحظة العرضية obiter dicta أن سلطة التعديل ليس بمقدورها إلغاء الدستور، ولا تفويض حكم القانون.

ومن ثم، قضت المحكمة:

"من الواضح أن الجمعية التأسيسية تبنت المادة (١٥٥) (إجراء التعديل)، فقط، من أجل تبني التعديلات التي تتسق مع روح الدستور. ومن ثم، فإن التعديلات الدستورية

(1) 4 AMKD 290 (1965).

التي تهدر الحقوق والحريات الأساسية، ومبدأ حكم القانون، وتمثل - بكلمة واحدة - تدميراً لجوهر دستور ١٩٦١، هذه التعديلات لا يمكن تبنيها تطبيقاً للمادة (١٥٥) من الدستور^(١).

وفي قرارها ٣ أبريل ١٩٧١ (القرار رقم ١٩٧١/٣٧) قضت المحكمة الدستورية التركية بأنها مختصة برقابة تطابق التعديلات الدستورية مع، مبدأ الشكل الجمهوري للدولة غير القابل للمساس به المنصوص عليه في المادة (٩) من الدستور، ولكن أيضاً، مع المبادئ الأخرى غير المنصوص عليها، صراحة، في الدستور^(٢). وأكدت المحكمة أن التعديلات الدستورية يجب أن تتطابق مع "متطلبات الحضارة المعاصرة"، وأنها لا يجوز أن تدمر "تناسق ونظام الدستور"^(٣).

وتشير هذه القرارات خلافات شديدة بين الفقهاء. ذلك أن مبادئ أو مفاهيم روح الدستور، ومتطلبات الحضارة المعاصرة، وتناسق الدستور، التي أشارت إليها المحكمة الدستورية فتتخذ لأي أساس نص لها. أمال المبادئ الأخرى، مثل حكم القانون، والحقوق والحريات الأساسية فتجد لها أساساً في الدستور، ولكن الدستور لا ينص على أن هذه المبادئ غير قابلة للتعديل. ولذلك فإن صحة هذا الاتجاه القضائي لا يمكن التسليم بها دون الاعتراف بنظرية القانون الطبيعي.

(1) Id. at 329.

(2) 9 AMKD 416, at 428 (1971).

(3) Id. at 428-429.

ومن ناحية أخرى، مالت المحكمة التركية، في ظل دستور ١٩٦١، إلى تفسير القيد الموضوعي الصريح - عدم قابلية الشكل الجمهوري للدولة للتعديل الذي يكرسه الدستور - تفسير موسعاً جداً. ذلك، أن المحكمة أضافت إلى هذا القيد الصريح قيوداً أو مبادئ أخرى. ومن أمثلة هذه المبادئ التي أضافتها المحكمة: حكم القانون، والدولة الديمقراطية، والدولة الاجتماعية، والعلمانية. حيث اعتبرت المحكمة أن هذه المبادئ تعد، أيضاً، غير قابلة للتعديل، وذلك رغم عدم نص الدستور على ذلك صراحة، وهكذا، أضحت هذه المبادئ تشكل قيوداً ضمنية على سلطة التعديل. غير أن بعض الكتاب يميل إلى نقد هذا الاتجاه القضائي، لأنه يخالف قاعدة "وجوب تفسير الاستثناء - المبادئ غير القابلة للتعديل - تفسيراً ضيقاً"^(١).

(1) Exceptions must be interpreted in the strictest manner.

خاتمة

يمكن إجابة السؤال الخاص بما إذا كانت المحاكم الدستورية بمقدورها رقابة التعديلات الدستورية بما يلي:

إذا كان دستور الدولة يتضمن نصًا يتعلق بهذه المسألة- ما إذا كانت الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية ممكنة أم غير ممكنة- فإن هذا النص يكون هو الحاكم لهذه المسألة. فإذا كان الدستور ينص على أن المحكمة الدستورية بمقدورها رقابة التعديلات الدستورية، فإن مثل هذه الرقابة تكون ممكنة. ويجد هذا الفرض تطبيقاً له في دساتير تركيا، وشيلي، ورومانيا، ولكن إذا كان الدستور يحظر، صراحة، الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية، فإن مثل هذه الرقابة تكون غير ممكنة، ويبدو هذا الفرض واضحاً في الدستور الهندي لعام ١٩٥٠ (على نحو ما عدل به في عام ١٩٧٦).

فإذا كان الدستور قد التزم الصمت- مثل دساتير النمسا، وفرنسا وألمانيا، والمجر، وأيرلندا، وسلوفينيا، والولايات المتحدة الأمريكية، ومصر- إزاء مسألة الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية، فإن مثل هذه الرقابة تكون ممكنة في ظل النموذج الأمريكي للرقابة القضائية، لأنه في ظل هذا النظام، يكون بمقدور الأطراف، في إطار قضية مطروحة على المحاكم، الطعن في دستورية أحد التعديلات الدستورية من خلال الادعاء بأن الإجراءات التي اتبعت في تبني هذا التعديل كانت مخالفة للدستور أو أن موضوع هذا التعديل ينتهك القيود

الموضوعية المفروضة على التعديلات الدستورية. ولاشك أن قبول هذا الادعاء أو رفضه ينطوي على مباشرة للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية. ويبدو هذا الفرض واضحاً في قضاء المحكمة العليا الأمريكية والمحكمة العليا الهندية.

أما في ظل النموذج الأوروبي للرقابة القضائية، فإن الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية غير ممكنة، ما لم يكن هناك نص دستوري صريح يخول المحكمة الدستورية سلطة رقابة التعديلات الدستورية، لأنه في ظل هذا النظام، ينبع اختصاص المحكمة الدستورية، فقط، من الدستور.

ويبدو هذا الفرض واضحاً في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية في المجر وسلوفينيا. ومع ذلك، فقد قضت بعض المحاكم الدستورية، في ظل النموذج الأوروبي للرقابة القضائية، مثل المحاكم الدستورية الألمانية والنمساوية والتركية، بأنها مختصة برقابة دستورية التعديلات الدستورية.

ووفقاً لهذه المحاكم، فإن التعديلات الدستورية يمكن اعتبارها "قوانين". وتبعاً لذلك، يمكن لهذه المحاكم أن تخضع هذه التعديلات لرقابتها، دون حاجة لتلقي أي اختصاص إضافي، لأنها تتمتع، بالفعل، باختصاص، رقابة دستورية "القوانين".

وفي الدول التي تكون فيها الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية ممكنة،

فيجب أن يكون مدى هذه الرقابة محدداً. ومن ثم، يثار السؤال التالي: هل بمقدور المحاكم الدستورية أن تراقب دستورية التعديلات الدستورية بالنظر إلى شكلها وموضوعها على حد سواء؟

والحقيقة أنه مادامت المحاكم الدستورية قد أعلنت اختصاصها برقابة دستورية التعديلات الدستورية، فإنه يكون بمقدورها رقابة السلامة الشكلية والإجرائية لهذه التعديلات. وتفسير ذلك أن الرقابة القضائية على السلامة الشكلية والإجرائية للتعديلات الدستورية تعد أمراً مسلماً به، لأن الدستور ينص على الشروط الدقيقة للشكل والإجراءات الواجب اتباعها لإصدار التعديلات الدستورية.

ومن ثم، فإن التعديل الدستوري لا يكون مشروعاً (دستورياً) إلا إذا تم تبنيه وفقاً للقواعد التي تحدد شكله وإجراءاته المنصوص عليها في الدستور. وتطبيقاً لذلك، راقبت المحكمة العليا الأمريكية - فيما عدا قضية Coleman v. Miller - والمحكمة الدستورية الفيدرالية، النمساوية، والمحكمة الدستورية التركية السلامة الشكلية للتعديلات الدستورية.

أما فيما يتعلق بالرقابة القضائية على موضوع التعديلات الدستورية، فإنها تكون ممكنة إذا كان الدستور يتضمن قيوداً موضوعية مفروضة على سلطة التعديل، أما إذا لم تكن مثل هذه القيود موجودة، فإن هذه الرقابة تكون غير ممكنة، لأن هذه الرقابة تتمثل في التحقق مما إذا كانت التعديلات الدستورية

تتطابق مع هذه القيود. وهكذا، إذا لم يكن الدستور يتضمن قيودًا موضوعية، فإن الرقابة القضائية على موضوع التعديلات الدستورية تكون مستحيلة من الناحية المنطقية.

ويتضمن الدستوران الألماني والتركي قيودًا موضوعية مفروضة على سلطة التعديل، وذلك من تضمن هذين الدستورين بعض المبادئ غير القابلة للتعديل. ولذلك، فإن الرقابة القضائية على موضوع التعديلات الدستورية ممكنة في كل من ألمانيا وتركيا. وفي الواقع، لقد قامت المحكمة الدستورية الألمانية برقابة مدى تطابق التعديلات الدستورية مع المبادئ غير القابلة للتعديل الواردة في المادة (١)، (٢٠) من القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩. وبالمثل، راقبت المحكمة الدستورية الألمانية، في ظل دستور ١٩٦١، تطابق التعديلات الدستورية مع مبدأ الشكل الجمهوري للدولة الذي يعد مبدأ غير قابل للتعديل أو غير قابل للمساس به.

وعندما يتعلق الأمر بالقيود الموضوعية على سلطة تعديل الدستور، فإن بعض الفقهاء يبدون عدم قناعتهم بتعداد القيود الموضوعية المدرجة، صراحة، في الدستور، ويذهبون إلى أنه توجد ثمة قيود موضوعية أخرى لم يرد النص عليها، صراحة، في الدستور. وهذه القيود الأخيرة يُطلق عليها "القيود الموضوعية الضمنية، وذلك في مقابل "القيود الموضوعية الصريحة". والحقيقة أن نظرية وجود قيود موضوعية ضمنية تثير كثيرًا من الإشكاليات والجدل. ذلك، أنه بدون الاعتراف بنظرية "القانون الطبيعي" يغدو مستحيلًا التسليم

بالمشروعية القانونية للقيود الموضوعية الضمنية المدعاة، لأن هذه القيود الأخيرة لا تجد لها أي أساس نصي.

وتجدر الإشارة إلى أن كلاً من المحكمة العليا الأمريكية، والمحكمة الدستورية الألمانية (بعد ١٩٧٠)، والمحكمة العليا الأيرلندية، قد رفضت فكرة وجود قيود موضوعية ضمنية على سلطة تعديل الدستور. وفي المقابل، اعترفت المحكمة العليا الهندية بفكرة وجود قيود موضوعية ضمنية على سلطة تعديل الدستور، حيث أكدت المحكمة، في قضية *Golaknath v. State of Punjab*، أنه ليس بمقدور سلطة تعديل الدستور تغيير القسم الثالث (المتعلق بالحقوق الأساسية) من الدستور. وقضت ذات المحكمة - في قضايا *Indira Nehru Gandhi*، *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*، *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*، *v. Raj Narfain*، *Waman Rao v. Union of India*، أنه ليس بمقدور سلطة التعديل أن تعدل "البنيان الأساسي" للدستور. ولذلك، أبطلت المحكمة التعديلات الدستورية التي لا تتفق مع هذا "البنيان الأساسي". كما أكدت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، في قضية *Southwest*، وقضية *Article 117* بطريق الملاحظة العرضية *obiter dicta* وجود بعض القيود الموضوعية الضمنية على سلطة تعديل الدستور. ولكن، يلاحظ أن المحكمة الدستورية الألمانية لم تقر، أبداً، بإبطال تعديل دستوري استناداً إلى مخالفته للقيود الموضوعية الضمنية.

التوصيات:

١- ضرورة توسيع اختصاصات المحكمة الدستورية العليا لتشمل الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، بحيث تتم الرقابة الموضوعية في ضوء مبادئ الدستور غير القابلة للتعديل، وتتم الرقابة الإجرائية في ضوء مدى احترام التعديلات الدستورية للقواعد الإجرائية التي يحددها الدستور لتعديله. وفي هذا الصدد، نقترح النص الدستوري التالي: "المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة تتولى الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى".

٢- يمكن للمحكمة الدستورية العليا- حتى في حالة عدم توسيع اختصاصاتها لتشمل الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية- أن تباشر رقابتها القضائية على هذه التعديلات، من خلال التوسع في تفسير كلمة "القانون" لتشمل، ليس فقط "القوانين واللوائح"، ولكن أيضاً القواعد الدستورية المتضمنة في التعديلات الدستورية.

٣- ضرورة تضمين الدستور المصري المقترح نصاً يحظر تعديل المبادئ الأكثر أساسية والتي تعد من ثوابت الأمة المصرية وفقاً للنص المقترح التالي: "يحظر تعديل أو اقتراح تعديل المواد التالية...". وتتم الإشارة إلى المواد التي تتضمن تكريساً للمبادئ الأكثر أساسية وأهمية مثل احترام مبدأ

الكرامة الإنسانية الذي يجب اعتباره القيمة الأسمى في الدستور، ومبدأ حكم القانون.

٤- قد يكون الأكثر ملاءمة- في حالة توسيع اختصاصات المحكمة الدستورية العليا- لتشمل الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية أن تكون هذه الرقابة سابقة، أسوة بالرقابة السابقة على قانون الانتخابات الرئاسية، وذلك لتفادي الآثار الوخيمة التي يمكن أن تترتب على الحكم بعدم دستورية بعض التعديلات الدستورية بعد صدورها ووضعها موضع التطبيق.

٥- ضرورة التمييز بين طائفتين من المبادئ فوق الدستورية:

- المبادئ فوق الدستورية التي لا يجوز الخروج عليها إلا من جانب السلطة التأسيسية الأصلية في حالة وضع دستور جديد، ومن ثم لا يجوز الخروج عليها من جانب سلطة تعديل الدستور.

- المبادئ فوق الدستورية التي لا يجوز تعديلها مطلقاً سواء من جانب السلطة التأسيسية الأصلية أو سلطة تعديل الدستور مثل احترام مبدأ الكرامة الإنسانية، أو مبدأ عدم جواز التمييز على أساس الدين أو العرق أو اللون.

- قائمة المختصرات:

I. ABBREVIATIONS OF REPORTERS AND CASE CITATION

FORMATS

A.I.R.: ALL INDIA REPORTER.

Case citation format: A.I.R. 1980 S.C., 1789. "A.I.R." is the All India Reporter, "1980" is the year of judgment, "S.C." is the Supreme Court of India, and "1789" is the page number. Other abbreviations: S.C.: Supreme Court (India). S.C.C.: Supreme Court Cases (India). S.C.R.: Supreme Court Reports (India)

- **AMKD:** ANAYASA MAHKEMES_ KARARLAR DERG_S_ [Reports of The Decisions of The Constitutional Court (of Turkey)]. Case citation format: 9 AMKD 416, at 449 (1971). "AMKD" is the abbreviation of the reporter, "9" is the volume number of the reporter, "416" is the page number where the decision begins; "449" is the exact page number where the citation occurs; 1971 is the year in which the Court rendered its decision.

- **BverfGE:** SAMMLUNG DER ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [Federal Constitutional Court Reports] (Germany).

Case citation format: BVerfGE 94, 12 (1990). "BVerfGE" is the abbreviation of the reporter, "94" the volume number of the reporter, "12" is the page number and 1990 is the year of the CC: Conseil Constitutionnel (Constitutional Council) (France). -

Case citation format: CC decision no. 2003-469 DC, Mar. 26,

2003, Rec. 293 (2003). "CC" is the Conseil Constitutionnel; "no. 2003-469" is the case number; "DC" is the abbreviation of "Déclaration de conformité", "Rec" is the abbreviation of Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel [Constitutional Council Reports]. "293" is the page number and 2003 is the year of the reporter.

-I.R.: IRISH REPORTS.

Case citation format: [1935] 170 I.R. 198 (Ir.). "1935" is the year of decision; "170" is the volume number of the reporter, 198 is the page number. Neutral citation format: [1995] IESC 9. "IESC" is the abbreviation for the Supreme Court of Ireland, and "9" is the case number in the neutral citation system which is used for the cases often available on BAILLI web database (<http://www.bailii.org/>).

VfSlg: SAMMLUNG DER ERKENNTNISSE UND BESCHLÜSSE DES VERFASSUNGSGERICHTSHOFES, [Reports Of The Decisions of The Federal Constitutional Court (Of Austria)].

Case citation format: VfSlg, No. 2455. "VfSlg" is the abbreviation of the reporter and "2455" is the case number.

-U.S.: UNITED STATES REPORTS.

Case citation format: 253 U.S. 350, at 386 (1920). "253" is the volume number of the reporter. "U.S." is the abbreviation

of the reporter, "350" is the is the first page of the opinion, and "386" is the exact page number where the citation is found and "1920" indicates the year in which the case was decided.

II. ABBREVIATIONS OF PERIODICALS

Titles of the periodicals are abbreviated according to the Bluebook rules. The periodicals in languages other than English are given in full, not abbreviated.

AM. J. INT'L L.: American Journal of International Law

AM. POL. SCI. REV.: American Political Science Review

CAL. L. REV. : California Law Review

COLUM. L. REV.: Columbia Law Review

FORDHAM L. REV.: Fordham Law Review

HARV. L. REV.: Harvard Law Review

INT'L J. REFUGEE L.: International Journal of Refugee Law

INT'L & COMP. L. Q.: International and Comparative Law Quarterly

INT'L J. CONST. L (I.CON): International Journal of Constitutional Law IOWA L. REV.: Iowa Law Review

J. CIVIL LIBERTIES: Journal of Civil Liberties

MICH. J. INT'L L.: Michigan Law Review

POL. SCI. Q.: Political Science Quarterly

VA. L. REV.: Virginia Law Review.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

د. أحمد جمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٦٠.

دراسات في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩١.

د. أحمد فتحي سرور: ركائز تعديل المادة ٧٦ من الدستور، مجلة الدستورية، العدد السابع، السنة الثالثة، أبريل ٢٠٠٥. - الرقابة القضائية على دستورية القوانين، لاحقة أم سابقة؟، مجلة الدستورية، العدد الثامن، أكتوبر ٢٠٠٥.

د. السيد صبري: مبادئ القانون الدستوري، الطبعة الرابعة، مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٤٩.

د. أنور أحمد رسلان: الحقوق والحريات العامة في عالم متغير، دار النهضة

العربية، ١٩٩٥.

د. ثروت بدوي: القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، ١٩٧١.

خواطر وتأملات حول المادة ٧٦ من الدستور، مجلة الدستورية، العدد السابع- السنة الثالثة، إبريل ٢٠٠٥. ص ١٩-٢٢.

د. جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

الاستفتاء الشعبي، رسالة، حقوق القاهرة، ١٩٩٢.

د. جعفر عبد السلام: مبادئ القانون الدولي العام، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

د. حافظ علوان حمادي الديلمي: النظم السياسية في أوروبا الغربية والولايات المتحدة الأمريكية، دار وائل للنشر، الأردن، ٢٠٠١.

د. حامد سلطان: القانون الدولي العام في وقت السلم، إلقاء، ١٩٦٢.

د. حسن الحسن: القانون الدستوري والدستور في لبنان، ط٢، مكتبة الحياة، بيروت.

- د. رفعت عيد سيد: النظرية العامة للقانون الدستوري، الكتاب الأول، ٢٠٠٥.
- د. رقية المصدق: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، دار توبقال للنشر، ١٩٨٦.
- د. رمزي الشاعر: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، ٢٠٠٥.
- د. رمزي طه الشاعر: الأيديولوجيات وأثرها في الانظمة السياسية المعاصرة، القسم الأول، الأيديولوجية التحررية، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٨.
- د. سعاد الشرقاوي ود. عبد الله ناصف: أسس القانون الدستوري وشرح النظم السياسية المصري، دار النهضة العربية، ١٩٨٤.
- د. سعد عصفور: النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف الأسكندرية، ١٩٨٠.
- د. سليمان الطماوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ١٩٨٨.
- د. شمس مرعني خيرى: القانون الدستوري، ١٩٧٧.
- د. صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٨٤.

د. صلاح الدين فوزى محمد: المحيط في النظم السياسية والقانون

الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٩-٢٠٠٠.

د. طعيمة الجرف: القضاء الدستوري، دراسة مقارنة في رقابة الدستورية،

الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الثالثة، دار

النهضة العربية، ٢٠٠١.

د. طلعت الغنيمي: الأحكام العامة في قانون الأمم، قانون السلام، منشأة

المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٠.

د. عبد الحفيظ علي الشيمي: القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في

القانونين المصري والفرنسي، رسالة مقدمة لحقوق

القاهرة، ٢٠٠١.

نحو رقابة التعديلات الدستورية دراسة في بعض جوانبها

النظرية والعملية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

د. عبد الحميد متولي: الوسيط في القانون الدستوري، الطبعة الأولى، ١٩٥٦.

مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في

الدستور، مجلة الحقوق، السنة الثامنة، ١٩٥٨-١٩٥٩،

العددان الثالث والرابع ١٩٦٠. ص ١ - ٨١.

- د. عبد الرزاق السنهوري: مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، ١٩٥٢، ص ١ وما بعدها.
- د. عبد الغني بسيوني: النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧.
- د. عثمان خليل: القانون الدستوري، الكتاب الأول، المبادئ الدستورية العامة، ١٩٥٦.
- د. علي إبراهيم: النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي، صراع أم تكامل، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- د. على السيد الباز: الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، دار الجامعات المصرية، ١٩٧٨.
- د. عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه-جان دبوي، للقانون والتنمية، ٢٠٠٣.
- د. فؤاد العطار: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٧٤.
- د. فتحي فكري: القانون الدستوري، الكتاب الأول، المبادئ الدستورية العامة

وتطبيقاتها في مصر، طبعة ٢٠٠٤.

وجيز القانون البرلماني في مصر، دراسة نقدية تحليلية،
٢٠٠٣-٢٠٠٤.

الرقابة السابقة "سياسة متصلة- تساؤلات مثارة- إشكالية
محتملة"، مجلة الدستورية، العدد الثامن، السنة الثالثة،
أكتوبر ٢٠٠٥، ص ٣٤-٤٠.

د. فكري أحمد مغاوري: الإصلاح السياسي بين تعديل الدستور المصري
أو تغييره، مجلة الدستورية، العدد السابع، السنة الثالثة،
أبريل ٢٠٠٥، ص ٤٤-٦٢.

د. ماجد راغب الحلو: الاستفتاء الشعبي والشرعية الإسلامية، دار المطبوعات
الجامعية، ١٩٨٣.

د. محسن خليل: النظام الدستوري في مصر والجمهورية العربية المتحدة،
الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٥٩.

د. محمد أنس قاسم جعفر: الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية،
١٩٨٨.

د. محمد بدران ، د. جابر جاد نصار: الوجيز في القانون الدستوري، دار
النهضة العربية، ٢٠٠٤.

- د. محمد حسنين عبد العال: القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
- محمد رفعت عبد الوهاب: القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة - دراسة النظام الدستوري المصري، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠.
- مدخل إلى الإصلاح الدستوري، ملاحظات على تعديل المادة ٧٦، الرقابة السابقة على قانون الانتخابات الرئاسية، مجلة الدستورية، العدد الثامن، السنة الثالثة، أكتوبر ٢٠٠٥، ص ١٨-٢٤.
- د. محمد سليم العوا: تعديل المادة ٧٦ من الدستور هل هو الحل؟ مجلة الدستورية، العدد السابع، السنة الثالثة، أبريل ٢٠٠٥، ص ٣١-٤٣.
- د. محمد كامل عبيد: نظم الحكم ودستور الإمارات، الطبعة الثانية، ١٩٩٧.
- د. محمد كامل ليلة: القانون الدستوري، دار الفكر العربي، ١٩٧١.
- د. محمد محمد عبد اللطيف: القانون الدستوري المصري والمقارن، مكتبة دار القلم، المنصورة، ٢٠٠١.
- د. محمود عاطف البنا: مادة واحدة من الدستور، مجلسة الدستورية، العدد السابع، السنة الثالثة، أبريل ٢٠٠٥، ص ٢٧-٣٠.

د. مصطفى أبو زيد فهمي: الدستور المصري فقها وقضاء، الطبعة التاسعة، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٦. - النظرية العامة للدولة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٧.

قضية دستورية كبرى. نظرات في انتخاب الرئيس، مجلة الدستورية، العدد السابع - عدد خاص بالتعديل - الصادر في أبريل ٢٠٠٥، ص ١٥ - ١٨.

د. مصطفى محمود عفيفي: الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الكتاب الأول، طبعة ثانية، المبادئ الدستورية العامة.

د. وجدي ثابت غبريال: السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقا للمادة ٧٤ من الدستور والرقابة القضائية عليها، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٨.

د. وليد محمد الشناوى: الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الرابع عشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة تحت عنوان "مستقبل النظام الدستورى للبلاد" المنعقد - فى كلية الحقوق/ جامعة المنصورة - فى الفترة من ١٧-١٨ أبريل

٢٠١٢

د. يحيى الجمل: نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها

المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

القانون الدستوري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة،

١٩٩٥. - الإصلاح الدستوري، مجلة الدستورية، العدد

السابع، السنة الثالثة، أبريل ٢٠٠٥، ص ٢٣ - ٢٦.

د. يسري العصار: تعديل المادة ٧٦ من الدستور بداية مهمة للإصلاح

الدستوري، مجلة الدستورية، العدد السابع، السنة الثالثة،

أبريل ٢٠٠٥، ص ٦٣ - ٦٦.

م. ياقوت العشماوي: قضايا دستورية لفريد وز فرندلي، مارتاج هز اليوت،

قضايا دستورية، ترجمة، دار المعارف، ١٩٨٨.

ثانياً: المراجع الإنجليزية:

- Alexy, Robert, A Theory of Constitutional Rights (Oxford University Press) (2002).
- Cappelletti, Mauro, Judicial Review in Comparative Perspective, 58 CAL. L. REV. 1017 (1970).
- Cole, Taylor, Three Constitutional Courts: A Comparison, 3 AM. POL. SCI. REV. 963 (1959).
- Conrad, Dietrich, Limitation of Amendment Procedures

and the Constituent Power, 15-16 Indian Year Book Of International Affairs 375 (1970).

- **Constitutionalism And Rights:** The Influence Of The United States Constitution Abroad (Louis Henkin and Albert J. Rosenthal eds., Columbia University Press 1990).
- **Costello, Cathryn,** Irland's Nice Referanda, 1 European Constitutional Law Review 357 (2005).
- **Curie, David P.,** The Constitution Of The Federal Republic Of Germany (The University of Chicago Press 1994).
- **Da Silva, Virgilio Afonso,** A Fossilied Constitution, 17 RATIO JURIS 454 (2004).
- **Dellinger, Walter,** The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process, 97 HARV. L. REV. 386 (1983).
- **Dietze, Gottfried,** Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Post-war Germany, 42 VA. L. REV. 1 (1956).
- **Doyle, Jonathan J.,** A Bitter Inheritance: East German Real Property and the Supreme Constitutional Court's "Land Reform" Decision of April 23, 1991, 13 MICH. J. INT'L L. 832 (1992).

- **Fassbinder, Bardo**, German Federal Constitutional Court, May 14, 1996: Three Decisions Concerning German Law of Political Asylum. 91 AM. J. INT'L L. 355 (1997).
- **Favoreu, Louis**, Constitutional Review in Europe, in Constitutionalism And Rights: The Influence Of The United States Constitution Abroad 38 (Louis Henkin and Albert J. Rosenthal eds., Columbia University Press 1990).
- **Foster, Nigel & Sule, Foster**, German Legal System And Laws 198 (3rd Ed., Oxford Univ. Press 2003).
- **Hierarchy Of Constitutional Norms And Its Function In The Protection Of Fundamental Rights** (VIIIth Conference of European Constitutional Courts, Ankara, May 7-10, 1990) (Publications of the Constitutional Court of Turkey 1990) (5 Volumes).
- **Jacobsohn, Gary Jeffrey**, An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective, 4 INT'L J. CONST. L. (I.CON) 460 (2006).
- **Jambrek, Peter & Jaklic, Klemen**, Contribution to the Opinion of the Venice Commission on the Constitutional Amendments Concerning Legislative Elections in Slovenia, [http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)013-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)013-e.asp) (last visited Mar. 24, 2007).

- **Kauper, Paul G.**, The Constitutions of West Germany and the United States: A Comparative Study, 58 MICH. L. REV. 1091 (1960).
- **Kommers, Donald D.**, The Constitutional Jurisprudence Of The Federal Republic Of Germany (2nd Ed., Duke University Press 1997).
- **Ku, Raymond**, Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional Change, 64 FORDHAM L. REV. 535 (1995).
- **Leibholz, Gerhard**, The Federal Constitutional Court in Germany and the "Southwest Case", 46 AM. POL. SCI. REV. 723 (1952);
- **Marbury, William L.**, The Limitations upon the Amending Power, 33 HARV. L. REV. 232 (1919).
- **Marx, Reinhard & Lumpp, Katharina**, The German Constitutional Court's Decision of 14 May 1996 on the Concept of 'Safe Third Countrie' – A Basis for Burden-Sharing in Europe? 8 INT'L J. Refugee Law 419 (1996).
- **Mazzone, Jason**, Unamendments, 90 IOWA L. REV. 1747 (2005) available at SSRN, <http://ssrn.com/abstract=803864> (last visited Mar. 24, 2007).
- **McGovney, D. O.**, Is the Eighteenth Amendment Void be-

cause of Its Contents?, 20 COLUM. L. REV. 499 (1920).

- **Minattur, Joseph**, The Ratio in the Kesavananda Bharati Case, 1 SUPREME COURT CASES (JOURNAL) 73 (1974), available at <http://www.ebc-india.com/lawyer/articles/74v1a5.htm> (last visited Mar. 27, 2007).
- **Morgan, David Gwynn**, The Indian "Essential Features" Case, 30 INT'L & COMP. L. Q. 307 (1981).
- **Morscher, Siegbert**, La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux [The Hierarchy of Constitutional Norms and its Function in the Protection of fundamental Rights], (Ulrike Steinhorst trans.), 6 Annuaire International De Justice Constitutionnelle 25 (1990).
- **Murphy, Walter F., Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity, in Responding To Imperfection: The Theory And Practice Of Constitutional Amendment** 117 (Sanford Levinson ed., Princeton University Press 1995), available at <http://site.ebrary.com/lib/kocuniv/Doc?id=10035811&ppg=178> (last visited Mar. 16, 2007).
- **Nohlen, Nicolas**, Germany: The Electronic Eavesdropping Case, 3 INT'L. J. CONST. L (ICON) 680 (2005).

- **Noorani, A. G.**, "Behind the Basic Structure Doctrine: On India's Debt to a German Jurist, Professor Dietrich Conrad", 18 FRONTLINE (April 28 - May 11, 2001), available at <http://www.hinduonnet.com/fline/fl1809/18090950.htm> (last visited Feb. 12, 2007).
- **Norman Dorsen et al.**, eds., Comparative Constitutionalism: Cases And Materials (Thomson West 2003).
- **O'Connell, Rory**, Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms, 4 J. Civil Liberties 48 (1999).
- **Orfield, Lester B.**, The Scope of the Federal Amending Power, 28 MICH. L. REV. 550 (1930).
- **Peter Jambrek & Klemen Jaklic**, Contribution to the Opinion of the Venice Commission on the Constitutional Amendments Concerning Legislative Elections in Slovenia, [http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)013-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)013-e.asp) (last visited Mar. 24, 2007).
- **Philippe, Xavier**, France: The Amendment of the French Constitution "on the Decentralized Organization of the Republic," 2 INT'L J. CONST. L. (I.CON) 691 (2004).
- **Popa, Nicalae**, The Constitutional Court of Romania, Twelve Years of Activity: 1992-2004 – Evolutions over the Last Three Years, 7 The Constitutional Court's Bulletin

- (May 2004), available at <http://www.ccr.ro/default.aspx?page=publications/buletin/7/popa> (last visited Mar. 6, 2007).
- **Powell, Thomas Reed**, The Supreme Court and the Constitution: 1919-1920, 35 POL. SCI. Q. 411, at 413 (1920).
 - **Rao, K. Subba**, The Two Judgments: Golaknath and Kesavananda Bharati, 2 Supreme Court Cases (JOURNAL) 1 (1973), available at <http://www.ebc-india.Com/lawyer/articles/73v2a1.htm> (last visited Mar. 27, 2007).
 - **Responding To Imperfection: The Theory And Practice Of Constitutional Amendment** (Sanford Levinson ed., Princeton University Press, 1995).
 - **Rosen, Jeff**, Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?, 100 YALE L. J. 1073 (1991).
 - **Sathe, S. P.**, Judicial Activism In India 87 (Oxford University Press 2002).
 - **Sathe, S. P.**, Judicial Activism: The Indian Experience, 6 WASH. U. J. L. & POL'Y 29 (2001), available at http://law.wustl.edu/journal/6/_29_athe.pdf (last visited Mar. 12, 2007).
 - **Scheppele, Kim Lane**, Other People's Patriot Acts: Europe's Response to September 11, 50 LOY. L. REV. 89

- (2004), available at <http://lsr.nellco.org/upenn/wps/papers/57/> (last visited Mar. 5, 2007).
- **Sethi, Anuranjan**, Basic Structure Doctrine: Some Reflections, <http://srn.com/astract=835165> (last visited Mar. 4, 2007).
 - **Skinner, George D.**, Intrinsic Limitations on the Power of Constitutional Amendment, 18 MICH. L. REV. 213 (1920).
 - **Somek, Alexander**, Constitutional Theory as a Problem of Constitutional Law: On the constitutional Court's Total Revision of Austrian Constitutional Law, Vienna Working Papers In Legal Theory, Political Philosophy, And Applied Ethics, No. 7, Vienna 1998, available at http://www.juridicum.at/component/option,com_docman/task,docdownload/gid,21/Itemid,91/ (last visited July 26, 2006).
 - **Stender-Vorwachs, Jutta**, The Decision of the Bundesverfassungsgericht of March 3, 2004 Concerning Acoustic Surveillance of Housing Space, 5 GERMAN LAW JOURNAL 1337 (2004).
 - **Stewart, Charles E.**, "Land Reform" Decision, 85 AM. J. INT'L L. 690 (1991).
 - **Traulsen, Vicki**, The German Federal Constitutional Court's Decision on Asylum Law, 39 German Yearbook of International Law, 544 (1996).

- **Tribe, Laurence H.**, A Constitution We Are Amending: In a Defense of a Restrained Judicial Role, 97 HARV. L. REV. 433 (1983).
- **Turpin, Dominique**, Contentieux Constitutionnel [Constitutional Jurisdiction] (P.U.F. 1986).
- **Vile, John R.**, The Case against Implicit Limits on Constitutional Amending Process, in Responding To Imperfection: The Theory And Practice Of Constitutional Amendment 191 (Sanford Levinson ed., Princeton University Press, 1995).
- **Walsh, Ian**, Between Scylla and Charybdis: The Supreme Court and the Regulation of Information Bill (1995), 7 Cork Online Law Review 10 (2003), <http://www.ucc.ie/colr/2003vii.html> (last visited Mar. 25, 2007).
- **Walter F. Murphy & Joseph Tanenhaus**: Comparative Constitutional Law: Cases And Commentaries trans. & eds., St. Martin's Press 1977).

ثالثاً: المراجع الفرنسية:

- **Aguila (Y.)**: Le conseil constitutionnel et la philosophie du droit, L.G.D.J., 1993.
- **Ardant (P.H.)** : Manuel institutions politiques droit constitutionnel, 6^e édition, L.G.D.J., 1994.

- **Arné (S.) :** Existe-il-il des normes supra-constitutionnelles ? contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité, R.D.P., 1993.
- **Arné, (S.) :** Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ?, Revue du Droit Public 459 (1993).
- **Badinter (R.) :** Le conseil constitutionnel et le pouvoir constituant, Mélanges Robert (J.), Montchrestien, 1998.
- **Barthélemy et Duez :** Traité de droit constitutionnel, Dalloz, 1993.
- **Baudrez, (M.) & Escarras, (J.-C.):** La révision de la Constitution Italienne: Doctrine et Complexité des Faits [Amendment of the Italian constitution], in La Revision de la Constitution [Constitutional Amendment] 139 (Symposium, Mar. 20 and Dec. 16, 1992) (Economica & Presses universitaires d'Aix-Marseille 1993).
- **Beaud (O.) :** La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht, R.F.D.A., 1993.
- **Beaud, (O.):** La Souveraineté de L'état, le Pouvoir Constituant et le Traite de Maastricht: Remarques Sur la Méconnaissance de La Limitation de La Revision Constitutionnelle [Sovereignty of State, Constituent Power and the Maastricht Treaty : Remarks on the Unawareness of the Limitations upon Constitutional Amendment], Revue

Française de Droit Administratif 1045 (1993).

- **Berlia (G.)** : Le mode d'élection du président de la République et la procédure de l'article 11, R.D.P., 1962.
- **Blachèr (PH.)** : contrôle de constitutionnalité et volonté générale, P.U.F., 2001.
- **Branchent (B.)** : La révision de la constitution sous la Ve République, L.G.D.J., 1994.
- **Bridel, (M.) & Moor, (P.)**: Observations sur la hiérarchie des règles constitutionnelles [Observations on the Hierarchy of Constitutional Rules], 87 Revue Du Droit Suisse (= ZEITSCHRIFT FÜR SCHWEIZERISCHES RECHT) 405 (1968).
- **Burdeau (G.)** : Traité de science politique, T.IV. Droit constitutionnel et institutions politiques, 1972.
- **Cadoux (CH.)** : Droit constitutionnel et institutions politiques, théorie générale des institutions politiques, 3^e édition, Cujas.
- **Campy (J.P.)** : Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe, R.D.P., 2003.
- **Carré de Malberg** : Contribution à la théorie générale de l'Etat, Sirey, 1922, réimpression par CNRS, 1962, T.2.
- **Chantebout (B.)**: Droit constitutionnel et science poli-

tique, 10^e édition, Armand colin.

- **Cohendent (M-A.):** Manuel de droit constitutionnel, Paris, 1^{er} éd., 2002.
- **DE laubadère et Delvolve :** Droit public économique, 5eme éd., Dalloz, Paris, 1986, no. 64.
- **Deiprée (F.):** La révision de la constitutions et le codification, l'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz.
- **Desgrées Du Lou (D.) :** Le pouvoir constituant dérivé reste souverain, R.D.P., 2003.
- **Dominique (R.) :** Droit du contentieux constitutionnel, 5^e édition, Montchrestien, 1999.
- **Dominique (T.) :** Contentieux constitutionnel, 2^e édition, P.U.F., 1994.
- **Drbellay (J.) :** L'initiative populaire et les limites de la révision constitutionnelle, R.D.P., 1963.
- **Duguit (L.) :** Traité de droit constitutionnel, 3^e édition, E. de Boccard, 1929.
- **Ergéc (R.) :** Un Etat fédéral en gestation : les réformes institutionnelles de 1988- 1989, R.D.P., 1991.
- **Fatin- Rouge Stefanini (M.) :** Le référendum et la protec-

tion de droits fondamentaux, R.F.D.C., 2003.

- **Favoreu (L.)** : Le conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics, R.D.P., 1967.
- **Favoreu et autres** : Droit constitutionnel, 2^e éd., Dalloz, 1999.
- **Ferrtti (F.)** : La révision de la constitution : les paradoxes d'une évolution, R.A.J.F., 2001, H:/Raif_org la révision de la constitution les paradoxes d'une évolution.htm.
- **Ferstenbert (J.)** : Le contrôle par le conseil constitutionnel de la régularité constitutionnelle des lois promulguées, R.D.P., 1991.
- **Flauss (J.F.)**: Le contrôle de la validité internationale des initiatives populaires en suisse, R.F.D.C., 1995.
- **Flauss (J.R.)**: les droits sociaux dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, Droit social, 1982.
- **Fromont, (M.) & Jouanjan, (O.)**: République fédérale d'Allemagne [Federal Republic of Germany], 7 Annuaire International De Justice Constitutionnelle 362 (1991).
- **Genevois (B.)** : Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant n°14 RFDA, 909 (1998).

- **Genevois (B.):** La jurisprudence du conseil constitutionnel, Principes directeurs, Les Editions S.T.H., 1988.
- **Gicquel (J.):** Droit constitutionnel et institutions politiques, 14^e édition Montchrestien.
- **Gözler, (K.) :** La question de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles [Question of Hierarchy Between Constitutional Norms], 32 Annales De La Faculte De Droit D'istanbul 65 (1998), available at <http://www.anayasa.gen.tr/hierarchie.htm> (last visited Mar. 23, 2007).
- **Gözler, (K.) :** Le Pouvoir De Revision Constitutionnelle [Power Of Constitutional Amendment] (Presses universitaires du Septentrion 1997).
- **Gözler, (K.) :** Sur la validité des limites à la révision constitutionnelle déduites de l'esprit de la constitution [On the Validity of Limitations on Constitutional Amendment Inferred from the Spirit of Constitution], 31 Annales De La Faculte De Droit D'istanbul 109 (1997), available at <http://www.anayasa.gen.tr/esprit.htm> (last visited Mar. 22, 2007).
- **Hauriou (M.):** Précis élémentaire de Droit constitutionnel, Recueil Sirey Lean Tenin, Directeur, 1925.
- **Iancu, (G.), et al, :** Rapport de la Cour constitutionnelle de

- Roumanie [Report of the Constitution a Court of Romania], 2ème Congrès de l'ACCPUF [Proceedings of the 2nd Symposium of ACCPUF], Libreville, September 14-15, 2000), http://www.accpuf.org/congres2/II-RAPPO/rapport_rom.pdf (last visited Mar. 6, 2007).
- **Jan (P.):** L'immunité juridictionnelle des lois de révision constitutionnelle, Petites Affiches, 31 octobre 2003, no. 218.
 - **Kamel Gozler:** Le pouvoir de révision constitutionnelle, thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 1995.
 - **Kelsen (H.):** La garantie juridictionnelle de la constitution « la justice constitutionnel », R.D.P., 1928.
 - **L'hote (V.):** La forme républicaine du gouvernement à l'épreuve de la révision constitutionnelle de mars 2003, R.D.P., p. 111-138.
 - **Laferrier (J.):** Manuel de droit constitutionnel, Edition Domat Montchrestien, 2^e édition, 1947.
 - **Lalin (A.), Anrijs (M.) et Dubrulle (L.):** Pourvoir constituant, pouvoir de révision et supra-constitutionnalité. Existe-t-il des limites au pouvoir de révision constitutionnelle ? <File:///H:/Existe-t-il>.
 - **Lamarque (J.):** Théorie de la nécessité et article 16 de la constitution, R.D.P., 1961.

- **Lavroff (D.G.)** : La constitution et le temps, Mélanges Philippe Ardant. Le droit constitutionnel de la V^e République, Dalloz, 1999.
- **Liet-Veaux (G.)**: La "fraude à la constitution" Essai d'une analyse juridique des révolutions commentaire récentes : Italie, Allemagne, France, F.D.P., 1943, p. 116 et s.
- **Luchaire (F.)**: Le conseil constitutionnel et la protection de droits et libertés du citoyen, Mélanges Waline, L.G.D.J., 1974.
- **Magnon (X.)** : Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. En Hommage au doyen Lois Favreau, R.F.D.C., no. 59, 2004.
- **Mampué (P.)**: Me problème de constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962, R.D.P., 1962.
- **Mathieu (B.)**: La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités, Petites Affiches, 8 mars 1995, no. 29.
- **Meindl (T.)**: Le conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent, R.D.P., 2003.
- **Mutelet (V.)**: Hiérarchie et normes constitutionnalité, thèse, Université deLille II, 1998.

- **Nguyen VAN TUONG:** Une loi référendaire peut-elle être soumise au contrôle de constitutionnalité ?, Dalloz, 1996, Chron.
- **Ofuji (N.):** Tradition constitutionnelle et supra-constitutionnalité : il y a-t-il une limite à la révision constitutionnelle ? L'exemple de la constitution Japonaise, R.F.D.C., 2004.
- **Pactet (J.):** Institutions politiques-Droit constitutionnel, 18^e édition, Armand colin, 1999.
- **Peyrou-Pistouley, (s.) :** La Cour Constitutionnelle Et Le Contrôle De La Constitutionnalité Des Lois En Autriche [The Constitutional Court And The Control Of The Constitutionality Of Laws In Austria] (Economica 1993).
- **Pfersmann, (O.):** La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale: théorie, pratique, limites [Constitutional amendment in Austria and Federal Germany: Theory, Practice, Limits], in La Révision De La Constitution [Amendment Of The Constitution] 7 (Economica & Presses universitaires d'Aix-Marseille 1993).
- **Philip (L.):** La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon la jurisprudence du conseil constitutionnel, Mélanges Kayser, T.2, 1979.

- **Philippe (X.):** La cour constitutionnellesud-africaine, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/chiers/ccc9/ccsa.htm>.
- **Pini (J.):** La cour constitutionnelle autrichienne et les rapports entre juge constitutionnel et pouvoirs Constituant, Coopération internationale et Juridictions Constitutionnelles étrangères, C.C.C no. 7, constitutionnel.fr/cahiers/ccc7somm.htm.
- **Poullain (B.):** La pratique française de la justice constitutionnelle, Economica, 1990.
- **Rabault (H.):** La clause d'éternité : la recevabilité des recours contre les lois de révision constitutionnelle, les petites affiches, 30 aout 2004 (173), pp. 3-9.
- **Rials (S.):** Les incertitudes de la notion de constitution sous la Veme République, R.D.P., 1984.
- **Rials, (R.) :** Supraconstitutionnalité et systématicité du droit [Supra-Constitutionality and System of Law], Archives De Philosophie Du Droit 57 (1986).
- **Rigaux, (M.-F.):** La Theorie Des Limites Materielles A L'exercice De La Fonction Constituante [Theory Of Substantial Limits On The Exercice Of The Constituent Power] (Larcier 1985).
- **Robert (J.):** La forme républicaine du Gouvernement,

R.F.D.C., 2003.

- **Sabete (W.):** De la primauté du droit européen et de l'effet direct des droits de l'homme définis direct des droits de l'homme définis internationalement, File://E: melange.
- **Saint James (V.):** La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public française, Thèse, Limoges, 1995.
- **Stéphane (P.C.):** Les révisions de la constitution de la cinquième République : temps, conflits et stratégies, R.D.P., no. 2- 1998.
- **Terneyre (Ph.):** Point de vue français sur la hiérarchie des droits fondamentaux, Etudes de droit constitutionnel Franc- Portugaise, Economica, 1993, p. 38-39.
- **Treppoz (A.):** Les sujets du droit international public dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, R.D.P., 2000.
- **Troper (M.):** L'interprétation de la Déclaration des droits; l'exemple de l'article 16, in Pour une Théorie Juridique de l'Etat (1994).
- **Vedel (G.):** La de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" in la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, colloque des 25 et 26 Mai 1989 au conseil constitutionnel, P.U.F., 198.

- **Virginie (S.J.):** La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français, Thèse, 1995.
- **Waline (J.):** Les révisions de la constitution de 1958, Mélanges Philippe Ardant L.G.D.J., 1999.

رابعاً: الدساتير :

- **Australia:** Constitution (1900) (Australia), available at <http://www.aph.gov.au/senate/general/constitution/chapter8.htm> (last reviewed May 21, 2003).
- **Austria:** BUNDES-VERFASSUNGSGESETZ [B-VG] [Constitution] (Austria). An English translation of the 1920 Austrian Federal Constitution (Bundes-Verfassungsgesetz) is available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int>; select Constitutions> English> Europe> Austria (last visited Mar. 20, 2007).
- **Chile:** Constitución [CONST.] [Constitution] (1980) (Chile). An English translation of Chilean Constitution of 1982 is available at <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Chile.pdf> (last updated Apr. 19, 2005).
- **France:** 1958 Constitution (France), The original French text is available at http://www.elysee.fr/elysee/francais/les_institutions/les_textes_fondateurs/la_constitution_de_1958/la_constitution_de_1958.21061.html, last visited Mar. 24, 2007). An English translation available at

<http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp>> (last visited Mar. 21, 2007).

- **Germany:** Grundgesetz [GG] [Constitution] (1949) (F.R.G). The Original German text is available at <http://www.jura.unisb.de/BIJUS/grundgesetz/>, (last visited Mar. 26, 2007). An English translation of the 1949 German Basic Law [Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland] is available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int/>; select Constitutions > English > Europe > Germany (last visited Mar. 20, 2007).
- **Hungary:** Constitution Of The Republic Of Hungary (Act XX of 1949 as revised and restated by Act XXXI of 1989), Art. 32/A. An English translation of Hungarian Constitution is available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int/>; select Constitutions > English > Europe > Hungary (last visited Mar. 4 2007).
- **India:** Constitution (India) (1949), available at <http://lawmin.nic.in/coi.htm> (last visited Mar. 18, 2007).
- **Ireland:** Irish Constitution (Bunreacht Na Héireann) [Ir. CONST.,] (1937), available at <http://www.taoiseach.gov.ie/index.asp?docID=262> (last visited Mar. 6, 2007).
- **Italy:** Costituzione [COST.] (1947) (Italy), The original Italian text available at <http://www.quirinale.it/costituizi->

[one/costituzione.htm](http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/it00000.html) (last visited Mar. 24, 2007). An English translation available at <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/it00000.html> (last visited Mar. 21, 2007).

- **Nepal:** Nepalese Constitution of 1990 (An English translation of the Constitution of Nepal is available at <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/np00000.html> (last visited Mar. 23, 2007).
- **Norway:** Norwegian Constitution of 1814 (An English translation of the Constitution of Norway is available at <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/no00000.html> (last visited Mar. 22, 2007).
- **Portugal:** Constituição Da Republica Portuguesa [COST.] (1975) (Portugal). The original Portuguese text is available at http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/index.html, (last visited Mar. 15, 2007). An English translation is available at http://www.parlamento.pt/ingles/cons%5Fleg/crp_ing/index.html (last visited Mar. 15, 2007).
- **Romania:** Constitution of Romania of 1991. An English translation is available in CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int>; select Constitutions > English > Europe > Romania (last visited Mar. 23, 2007).
- **Spain:** Constitucion Española [C.E.] (1978) (Spain). The

original Spanish text available at <http://www.senado.es/constitu/index.html> (last visited Mar. 22, 2007). An English translation is available at http://www.senado.es/constitu_i/index.html.

- **Turkey (1961):** ANAYASA [Constitution] (1961) (Turkey). The original Turkish text is available at <http://www.anayasa.gen.tr/1961ay.htm> (last visited Mar. 24, 2007). For an the English translation of the 1961 Turkish Constitution, before amendment of 1971, see Constitution Of The Turkish Republic (Sadık Balkan, Ahmet E. Uysal and Kemal H. Karpat trans., 1961), available at <http://www.anayasa.gen.tr/1961constitution-text.pdf> (last visited Mar. 20, 2007); (Mustafa Gerçeker, Erhan Yasar and Orhan Tung trans., Directorate General of Press and Information 1978), available at <http://www.anayasa.gen.tr/1961constitutionamended.pdf> (last visited Apr. 3, 2006).
- **Turkey (1982):** ANAYASA [Constitution] (1982) (Turkey). The original Turkish text is available at <http://www.anayasa.gen.tr/1982ay.htm>, (last visited Mar. 24, 2007). An English translation of the 1982 Turkish Constitution is available at <http://www.byegm.gov.tr/mevzuat/anayasa/anayasa-ing.htm> (last visited Mar. 5, 2007).

