

دور القواعد فوق الدستورية في تقييد السلطة المؤسّسة الأصلية: دراسة تحليلية

عصام سعيد عبد العبيدي

أستاذ القانون العام المشارك

كلية القانون، جامعة الشارقة

(قدم للنشر في ١٤/٢/١٤٤١هـ، وقبل للنشر في ١/٧/١٤٤١هـ)

ملخص البحث. تعود السلطة المؤسّسة الأصلية في النظام الديمقراطي للشعب سواء مارسها بشكل مباشر من خلال الاستفتاء أو بشكل غير مباشر من خلال الجمعيات التأسيسية أو التشريعية، وتقوم هذه السلطة بوظيفة إلغاء الدستور ووضع وثيقة دستورية جديدة للبلاد، وهذا ما يثير مشكلة رئيسية تتعلق بمخاوف انحراف هذه السلطة أو إساءة استعمال سلطتها التأسيسية ولاسيما إذا علمنا أن معظم الفقه الدستوري التقليدي يذهب إلى أن السلطة المؤسّسة الأصلية تقع خارج النظام الدستوري أو القانوني فهي إذن غير مقيدة بقواعد قانونية مسبقة مما يعني أنها تتمتع بسلطة تقديرية مطلقة أي بحرية كاملة عند وضعها للوثيقة الدستورية، على العكس من السلطة المؤسّسة المشتقة التي تعد مقيدة بالقيود الدستورية الموضوعية أو الإجرائية اللازمة لتعديل الدستور. وتهدف هذه الدراسة إلى إعادة النظر بالمفهوم التقليدي لطبيعة السلطة المؤسّسة الأصلية بحيث يمكن تقييدها بالقواعد فوق الدستورية التي تتمثل بقواعد القانون الدولي العام والمبادئ الأساسية للدستورية والقيود الملازمة لمفهوم هذه السلطة والأيدولوجية السائدة في المجتمع، وأمام صعوبة الاتفاق على سمو هذه القواعد على الوثيقة الدستورية إلا أن الدول الإسلامية يمكنها أن تخرج من هذا المأزق من خلال تقييدها للسلطة المؤسّسة الأصلية بأحكام الشريعة الإسلامية الكاملة والسامية طالما أن هذه الأحكام ثابتة بالكتاب والسنة على عكس القانون الطبيعي الذي يتسم بالنقص والغموض وعدم التحديد، ولهذا السبب توصلت الدراسة إلى ضرورة تفعيل الرقابة على هذه السلطة، فالرقابة الشعبية على أهميتها لم تعد كافية لضمان عدم الانحراف بل لا بد من إيجاد رقابة قضائية وطنية أو دولية لتحقيق الهدف المنشود.

الكلمات المفتاحية: القواعد فوق الدستورية، السلطة المؤسّسة الأصلية، الدستور الإلهي، القانون الطبيعي، فقرة الحظر، القانون الدستوري الدولي، المحكمة الدستورية الدولية، الأيدولوجية.

THE ROLE OF SUPRA-CONSTITUTIONAL RULES IN RESTRICTING THE ORIGINAL CONSTITUENT POWER: AN ANALYTICAL STUDY

Isam Saeed Abed Ealobeidi

*Associate Professor of Public Law
College of Law, University of Sharjah*

(Received 14/02/1441 H., Accepted for Publication 01/07/1441 H.)

Abstract. The original constituent power of the democratic system belongs to the people, whether exercised directly through the referendum or indirectly through the constituent or legislative assemblies, and this authority has the function of abrogating the constitution and drafting a new constitutional document for the country. This raises a major problem related to concerns about the deviation of this power or the misuse of its constituent power, especially if we know that most of the traditional constitutional jurisprudence goes to the fact that the original constituent power falls outside the constitutional or legal system, then it is not restricted by prior legal rules which means that it has absolute discretionary power, that is, fully free when drafting the constitutional document, in contrast to the derivative constituent power that is bound by substantive or procedural constitutional restrictions necessary to amend the constitution. This study aims to reconsider the traditional concept of the nature of the original constituent power so that it can be restricted by the supra-constitutional rules which are represented by the rules of public international law and basic principles of constitutionalism and the inherent limitations to the concept of this authority and the prevailing ideology in society. In the face of the difficulty of agreeing on the supremacy of these rules on the constitutional document. However, the Islamic countries can get out of this impasse by restricting the original constituent power to the provisions of full and supreme Islamic Sharia as long as these provisions are fixed in the book and the Sunnah in contrast to the natural law that is characterized by lack, ambiguity and lack of determination, For this reason, the study reached the necessity of activating the supervision of this authority, as popular control over its importance is no longer sufficient to ensure non-deviation, but rather national or international judicial oversight is required to achieve the desired goal.

Keywords: Supra-constitutional rules, Original constituent power, Divine constitution, Natural law, Prohibition clause, International Constitutional Law, International Constitutional Court, Ideology.

المقدمة

يحتل موضوع السلطة المؤسسة الأصلية أهمية كبيرة في النظرية الدستورية لما تقوم به هذه السلطة من دور كبير في سن الوثيقة الدستورية ولاسيما عندما تنشأ دولة جديدة أو عند انهيار النظام السياسي بالكامل على أثر ثورة أو انقلاب وتبرز هذه الأهمية بشكل خاص باختلاف الفقه الدستوري حول طبيعة هذه السلطة، حيث يذهب معظم الفقهاء إلى أن هذه السلطة تقع خارج النظام الدستوري وبالنتيجة فإنها غير مقيدة بقواعد دستورية أو قانونية مسبقة مما يجعلها سلطة مطلقة بعكس السلطة المؤسسة المشتقة (أي سلطة التعديل) التي تعد سلطة مقيدة، لكن مع ذلك طرح جانب من الفقه الدستوري مخاوف انحراف السلطة المؤسسة الأصلية عند استبدال الدستور مما يستدعي ضرورة تقييدها بالقواعد فوق الدستورية كالقانون الإلهي والقانون الطبيعي والقانون الدولي العام وغيرها من القيود، ولضمان تطبيق هذه القيود في مواجهة استبداد هذه السلطة لا بد من وجود رقابة فاعلة تضمن عدم انحرافها عند تأسيسها للدستور الجديد.

ولهذا تهدف هذه الدراسة إلى إعادة النظر بالمفهوم التقليدي لطبيعة السلطة المؤسسة الأصلية كسلطة فعلية أو سياسية مطلقة، بحيث ننتقل إلى مفهوم جديد يؤدي إلى اعتبار هذه السلطة ذات طبيعة قانونية مقيدة بالقواعد فوق الدستورية التي تسعى هذه الدراسة إلى تحديدها لتكون الإطار القانوني الذي يحكم عمل السلطة المؤسسة الأصلية وذلك في ظل رقابة فاعلة تضمن احترامها لتلك القواعد أو القيود.

وتتركز مشكلة الدراسة بمخاوف الانحراف في استعمال السلطة المؤسسة الأصلية عند استبدالها للدستور ووضع دستور جديد للبلاد طالما أنها، وفقاً للنظرة التقليدية، تتمتع بحرية كاملة عند وضعها للوثيقة الدستورية، ولهذا تقوم هذه الدراسة على عدة تساؤلات رئيسية مفادها: هل يمكن تقييد السلطة المؤسسة الأصلية في ضوء القواعد فوق الدستورية؟

وكيف؟ وهل يمكن تقييدها من قبل الدستور القائم؟ وهل يمكن مراقبة عملها من قبل القضاء الدستوري، ولاسيما إذا علمنا أن هذا القضاء ينشأ بموجب الدستور فهو سلطة مؤسسة حامية للدستور وليست رقية عليه؟ وهل يمكن أن توجد رقابة بديلة وفاعلة على عمل السلطة المؤسسة الأصلية؟ وتقوم الدراسة على فرضية مفادها أنه حيث توجد السلطة توجد المسؤولية ولهذا السبب فإن تقييد السلطة المؤسسة الأصلية يساعد بلا شك على إرساء دعائم دولة القانون الديمقراطية.

ولقد عاجلنا البحث من خلال خطة بحث رئيسية تتضمن بالإضافة إلى المقدمة والخاتمة مبحثين رئيسيين: يتعلق المبحث الأول بماهية السلطة المؤسسة الأصلية ويتضمن مطلبين: المطلب الأول الجذور النظرية لمفهوم السلطة المؤسسة الأصلية (السلطة المطلقة)، والمطلب الثاني إعادة النظر بالسلطة المؤسسة الأصلية في ضوء الإطار غير الوضعي للقواعد فوق الدستورية. أما المبحث الثاني فيتعلق بالنطاق الوضعي المقيد للسلطة المؤسسة الأصلية ويتضمن ثلاثة مطالب: يتعلق المطلب الأول بالمبادئ الدستورية والسلطة المؤسسة الأصلية ويتضمن فرعين: الفرع الأول فقرة الخطر، والفرع الثاني المبادئ الدستورية المتفق عليها مسبقاً، والمطلب الثاني القانون الدولي (القانون فوق الوطني) ومحاوله إنشاء محكمة دستورية دولية، والمطلب الثالث المبادئ الأساسية للدستورية والقيود الملازمة لمفهوم السلطة المؤسسة الأصلية والأيدولوجية السائدة في المجتمع.

المبحث الأول:

ماهية السلطة المؤسسة الأصلية

لقد اتجه الفقه الدستوري التقليدي إلى اعتبار السلطة المؤسسة الأصلية ذات طبيعة واقعية أو سياسية بمعنى أنها سلطة مطلقة وغير مقيدة بقيود قانونية مسبقة، ولهذا السبب

متحررة من القيود الدستورية، فليس فقط أن الأمة لا تخضع للدستور، بل كما أصر الفقيه سيس بأن هذا الخضوع "لا يمكن أن يكون ولا يجب أن يكون"، وطبقاً لهذه الفكرة للسلطة المؤسسة، يقع الشعب السيادي خارج مؤسساته، وهكذا تبقى الأمة فوق دستورها، وأن الدستور لا يقيد الأمة بل يقيد فقط السلطات المؤسسة التي خلقت بواسطة الدستور ذاته (الشاوي، ٢٠١٢م) (Rios, 2010).

كما يؤكد الفقيه سيس بأن "الشعب هو السيادة، الذي لا يستطيع ممارسة سيادته"، وهذا يعني من وجهة نظره أن الشعب لا يستطيع عملياً أن يمارس مباشرة سلطته المؤسسة، إذ من المتعذر تجمعه لهذه الغاية، ولذلك فإن ممثلين عنه سيمارسون هذه السلطة المؤسسة، وهذا ما يؤكد سيس في كتابه "الطبقة الثالثة" (الباب الخامس) حين يقول: "بما أن أمة كبيرة لا تستطيع أن تجتمع، في الحقيقة، كل مرة تقتضيها الظروف غير الاعتيادية، لذلك فعليها أن تعهد إلى ممثلين غير اعتياديين السلطات الضرورية في هذه المناسبات ... وهيئة الممثلين غير الاعتياديين تغني عن تجمع الأمة: وهذه الهيئة بحاجة إلى سلطة خاصة، إلا أنها تحل محل الأمة في استقلالها عن كل الإجراءات الدستورية ... وهؤلاء الممثلون يحلون محل الأمة نفسها في إعداد الدستور. وهم في عملهم هذا مستقلون كالأمة. ويكفي أن يريدوا كما يريد الأفراد في حالة الطبيعة: شريطة ألا ننسى أنهم يتصرفون وفق تفويض غير اعتيادي من قبل الشعب، فإن إرادتهم العامة ستكون كإرادة الأمة نفسها" (الشاوي، ٢٠١٢م).

وطور الفقيه الألماني كارل شميت Carl Schmitt نظرية السلطة المؤسسة، حيث بين بأن الدستور يعد صحيحاً طالما أنه مشتق من أهلية صنع الدستور فضلاً عن أنه منشأ من قبل إرادة سلطة صنع الدستور، كما أن سلطة صنع الدستور هي الإرادة السياسية (أي إرادة الشعب) التي تملك السلطة أو القوة بحيث تكون قادرة على صنع القرارات الراسخة

قمنا بإعادة النظر في طبيعة هذه السلطة لغرض تقييدها بالقواعد فوق الدستورية كالشريعة الإسلامية والقانون الطبيعي والحقوق الطبيعية، وهذا ما دفعنا إلى تقسيم البحث إلى مطلبين يتعلق المطلب الأول بالجدور النظرية لمفهوم السلطة المؤسسة الأصلية (السلطة المطلقة) ويتعلق المطلب الثاني بإعادة النظر بالسلطة المؤسسة الأصلية في ضوء الإطار غير الوضعي للقواعد فوق الدستورية.

المطلب الأول: الجدور النظرية لمفهوم السلطة المؤسسة الأصلية (السلطة المطلقة)

لغرض معالجة نطاق السلطة التي تضع الدستور يجب الرجوع إلى الجدور النظرية التقليدية للسلطة المؤسسة، فمن المفكرين الذين تناولوا هذا المفهوم بالشرح والتحليل هو المفكر السياسي الفرنسي سيس Abbe Emmanuel Joseph Sieyes في كتابه "ما الطبقة الثالثة؟" حيث بين بأنه: "في كل أجزاءه، الدستور ليس من عمل السلطة المؤسسة بل من عمل السلطة المؤسسة"، وبذلك ميز الفقيه سيس بين السلطة المؤسسة والسلطة المؤسسة، فالسلطة المؤسسة هي سلطة استثنائية لتأسيس الدستور، وهي تعبير مباشر عن إرادة الأمة، فضلاً عن أنها مستقلة عن أية قيود أو أشكال دستورية، وبشكل مخالف للسلطة المؤسسة، هي منشأة بواسطة الدستور، فهي سلطة عادية ومقيدة، تمارس وظيفتها طبقاً للأشكال والأنماط التي تمنحها لها الأمة في القانون الوضعي. وهكذا طبقاً لهذه الطريقة التقليدية، توجد السلطتين بمستويات مختلفة، حيث تقع السلطة المؤسسة خارج النظام الدستوري الموجود، بينما لا تنفصل السلطة المؤسسة عن النظام الدستوري المقام مسبقاً، وبشكل مخالف للسلطات المؤسسة، تكون السلطة المؤسسة حرة ومستقلة عن أية قيود في القانون الوضعي، فالأمة كما كتب الفقيه الفرنسي سيس "توجد بشكل مسبق على كل شيء، فهي أصل كل شيء. إرادتها دائماً قانونية، بل هي القانون ذاته"، وهكذا وفقاً لنظريته أن السلطة المؤسسة غير مقيدة، فالأمة

عام ٢٠٠٦م بينت المحكمة بأن بعض النصوص الدستورية الأصلية التي تمنح الامتيازات لثلاثة شعوب مؤسسة (البوسنيين، الصرب، الكروات) قد تم الطعن بها أمام المحكمة الدستورية بحجة تعارضها مع مبدأ المساواة، لكن أغلبية المحكمة الدستورية قد قررت بأنها تفتقر للاختصاص في تقرير دستورية الدستور ذاته لأنها إذا قررت عدم دستورية أقسام معينة من الدستور الأصلي فإنها في هذه الحالة ستفشل في أداء واجبها الدستوري في حماية الدستور^(١).

وهكذا فإن النظرة التقليدية تجعل السلطة المؤسسة الأصلية ذات طبيعة فعلية أو سياسية بمعنى أنها سلطة مطلقة لا تخضع لأي قيود قانونية، ومع ذلك فإن هذه النظرة لا تمنع من خضوع هذه السلطة للرقابة السياسية من قبل الشعب طالما أن الهيئات والجمعيات المنتخبة التي تضع الدستور تكون ممثلة للشعب بحيث ينبغي أن تعمل باسم ولصالح الشعب، وبذلك فإن مظاهر الرقابة الشعبية تتجلى بشكل رئيسي من خلال الرأي العام وحق الشعب في مقاومة الطغيان، فرقابة الرأي العام تشكل كل ما يعبر عن وجهات نظر الشعب في الاشتراك مع السلطات في اتخاذ القرارات الأساسية والمصيرية كوضع الدستور مثلاً، بحيث يكون اتخاذ هذه القرارات نتاج مشاور حر من خلال مناقشات جماهيرية وحوار بين الحكام والمحكومين، وتتجسد فاعلية رقابة الرأي العام عندما تتطلب عملية وضع الدستور ضرورة موافقة الشعب عليه في الاستفتاء بأغلبية خاصة لأن الشعب يملك في هذه الحالة حق الاعتراض على الوثيقة الدستورية التي لا يمكن أن تصدر إلا بموافقتهم، وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بأن كل سلطة، ومن ضمنها السلطة المؤسسة، ينبغي أن تؤدي وظيفتها الأساسية المتمثلة بالابتعاد عن المصالح السياسية الضيقة والاهتمام

والشاملة المتعلقة بنوع وشكل وجودها السياسي، فوفقاً لرأي الفقيه شमित يتم خلق الدستور من قبل تصرف الإرادة السياسية، وهو - أي الدستور - يتألف من القرارات السياسية الأساسية المتعلقة بشكل الحكومة، بنية الدولة، والقيم والمبادئ العليا للمجتمع (Stacey, 2011; Rios, 2010).

ولقد قبل الفقيه شमित فكرة الفقيه سيس بالتمييز بين السلطة المؤسسة والسلطة المؤسسة، بحيث عدّ السلطة المؤسسة بأنها سلطة غير محددة أو مقيدة بواسطة القواعد والأشكال الدستورية الوضعية، فالسلطة المؤسسة هي خارج (بل فوق) الدستور، فهي كإرادة مباشرة لا يمكن أن تنظم أو تقيّد بواسطة العملية أو الإجراءات القانونية (Stacey, 2011).

ووضح الفقيه الإيطالي Antonio Negri بأن أي طريقة قانونية للسلطة المؤسسة سوف تفشل طالما أن هذه السلطة أتت من الفراغ وأست كل شيء، وهكذا فإن هذه السلطة تكون قادرة على تعطيل القيود المؤسسة (Negri, 1999).

كما بين الفقيه الفرنسي Olivier Beaud بأن السلطة المؤسسة هي سلطة سيادية، فضلاً عن ذلك أوضح كل من الفقهاء الفرنسيين Georges Burdeau و Raymond Carre de Malberg و Roger Bonnard و Georges Vedel بأن السلطة المؤسسة تقع خارج أي سلطة دستورية، بحيث تمارس المظاهر التأسيسية، خارج القوانين (الأشكال، والإجراءات، والقيود) المنشأة بواسطة الدستور، فهي ليست سلطة قانونية بل واقعة خالصة (Roznai, 2014).

ولقد أكدت اتجاهات القضاء الدستوري في العديد من الدول بأن السلطة المؤسسة الأصلية تعد سلطة مطلقة ولا تخضع لرقابة السلطة القضائية، وهذا ما بينته المحكمة العليا في كولومبيا في عام ١٩٩٠م بأن السلطة المؤسسة الأصلية يمكن أن تخضع فقط للقيود المفروضة ذاتياً وأن تصرفاتها لا يمكن أن تراقب من قبل السلطات المؤسسة (Rios, 2012). فضلاً عن ذلك في قضيتين أمام المحكمة الدستورية للبوستنه والمهرسك في

(1) BIH - 2006 - 1- 003 - U - 5/04 - 31. 03. 2006: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/fu/ll/eur/bih/eng/bih-2006-1-003> - BIH - 2006 - 2 - 005 - U - 13/05 - 26. 06. 2006 : <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/fu/ll/eur/bih/eng/bih-2006-2-005> (last visited: 3/3/2019).

ما يدفعنا إلى القول بأن انحراف السلطة المؤسسة الأصلية يذكرنا بالمتطلبات الأساسية الضرورية لصنع الدستور: ضمان المداولة الديمقراطية العميقة والتسوية اللازمة للنظام الدستوري الناجح.

٤- كما أن النظرة التقليدية المتعلقة بالسلطة المؤسسة الأصلية غير المقيدة تجعلنا نواجه أزمة: فمن جهة في النظام الديمقراطي، ينظر إلى الدستور الجديد بأنه نتاج السلطة المؤسسة للشعب السيادي، القوة التي تمتلك بحسب مفهوم جون لوك "الحق في الثورة" (دلة، ٢٠١٤م)، هذا الحق الذي لا يجد له قيوداً في الدستور القائم. ومن جهة أخرى ليس فقط أن السلطة المؤسسة الأصلية مفتوحة للانحراف بل وأيضاً أنها تمنح ظاهرياً تفويضاً مطلقاً لإقامة النظام السلطوي أو غير الديمقراطي. وهذا يعني أن النظرة التقليدية التي تمنح السلطة المؤسسة الأصلية حرية مطلقة في اختيار شكل الحكومة الملائم لها يجعلها أمام اتجاهين: الأول إيجابي وهو قيام السلطة المؤسسة الأصلية بالانتقال من النظام السلطوي إلى النظام الديمقراطي، والثاني سلبي وهو قيام السلطة المؤسسة الأصلية بالانتقال من النظام الديمقراطي إلى النظام السلطوي أو الشمولي وهو ما لا يمكن قبوله، لذلك يمكن القول بأن النظرة التقليدية للسلطة المؤسسة الأصلية المطلقة وغير المقيدة تجعل منها سلطة "دوغمائية" أي غير قابلة للنقاش والاعتراض إلا من قبل الشعب، وهذا ما يدفعنا إلى إعادة النظر بمفهوم السلطة المؤسسة الأصلية ودورها في تأسيس الدستور الجديد في ضوء القواعد فوق الدستورية.

المطلب الثاني: إعادة النظر بالسلطة المؤسسة الأصلية في ضوء الإطار غير الوضعي للقواعد فوق الدستورية
إن النظرة التقليدية للسلطة المؤسسة الأصلية تنكر وجود قواعد فوق الدستور الوضعي، إذ إنها تشبث بقدسية مبدأ

بمصالح الشعب وتوقعاته الأساسية، فما دامت تصرفات السلطة في إصدار الدستور أو التشريع في إطار ما يقره الرأي العام فإنها ستنجو من النقد والاعتراض، أما إذا كان الأمر عكسياً كأن تدافع السلطة عن دستور أو تشريع متعارض مع اتجاهات الرأي العام فإن ذلك سيعرض السلطة للنقد والاعتراض لا بل إن ذلك قد يقود الشعب إلى استخدام حقه في مقاومة الطغيان وذلك بإبراز السخط والغضب من الطبقة السياسية الحاكمة (كشاكش، ١٩٨٧م).

وبذلك يمكن أن نستنتج، من خلال استعراض النظرة التقليدية للسلطة المؤسسة، النقاط التالية:

- ١- أن السلطة المؤسسة الأصلية وفقاً للنظرة التقليدية تعد سلطة واقعية أو سياسية وليست سلطة قانونية فهي تقع في عالم ما هو كائن (أي عالم الواقع) وليس في عالم ما يجب أن يكون (أي عالم القانون). وهذا يعني أنها تقع خارج النظام القانوني بحيث لا تخضع لأية قيود دستورية أو قانونية إلا تلك التي تضعها بنفسها، كما أنها لا تخضع للرقابة القضائية لكنها تخضع للرقابة السياسية الشعبية.
- ٢- وهذا يعني أن السلطة المؤسسة الأصلية تملك سلطة تقديرية مطلقة أو شبه مطلقة في تأسيس النظام القانوني أو الدستوري الجديد.
- ٣- ولذلك نحن لا نتفق مع هذه النظرة التقليدية الخاطئة للسلطة المؤسسة الأصلية، ففكرة السلطة المؤسسة الأصلية غير المقيدة التي يمكنها أن تكسر القيود الدستورية في أي وقت، هي فكرة خطيرة لأنها تفتح المجال للانحراف، فالتاريخ يقدم لنا فكرة مفادها أن الدكتاتور الذي يقبض على السلطة الحكومية في أعقاب الثورة أو الانقلاب يدعي بأنه صاحباً للسلطة المؤسسة، لا بل يعتمد بعض الحكام السلطويين على استئناف السلطة المؤسسة الشعبية لكي يستغلوا الرأي الشعبي ويشكلوا الإطار المؤسسي للدكتاتورية الدستورية، وهذا

الإسلامية وكمالها، ثبات الشريعة الإسلامية واستمرارها ودوامها واستقرارها ومرونتها، لا تقبل التجزئة، اليسر ورفع الحرج، العدل، حفظ مصالح العباد، التوسط والاعتدال، الموازنة بين مصالح الفرد والمجتمع، التأكيد على العقيدة والأخلاق، نسخ الشرائع السابقة، اقتراها بالجزاء الدنيوي والأخروي (حسني، ١٩٩٤م).

ونظراً لهذه السمات التي تتمتع بها الشريعة الإسلامية، فإنه يجب على المسلمين من حكام ومحكومين أن يجعلوا شريعتهم المقياس الأعلى التي تقاس بها الأعمال وتوزن به الأقوال، وبذلك تبين لهم الصالح والطالح والصحيح والفاقد من الأقوال والأعمال. فتحكيم الشريعة الإسلامية الثابتة بالكتاب والسنة يعد دلالة على الإيمان بالله عز وجل وبرسالة محمد صلى الله عليه وسلم، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥٩﴾﴾ (النساء، الآية ٥٩) حيث يتبين من هذه الآية بأن الله أمر بطاعته واطاعة رسوله وذلك بامثال أمرهما واجتناب نهيهما، وأمر بطاعة أولي الأمر في غير معصية حيث لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، ثم أمر برد كل ما تنازع الناس فيه إلى الله وإلى رسوله أي إلى كتاب الله وسنة رسوله، فإن فيها الفصل في جميع المسائل الخلافية لأن كتاب الله وسنة رسوله عليهما بناء الدين، ولا يستقيم الإيمان إلا بهما، فالرد إليهما شرط في الإيمان، وأن من لم يرد إليهما مسائل النزاع فليس بمؤمن حقيقة، بل مؤمن بالطاغوت لقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَلْبِسُوا إِيمَانَهُمْ بِظُلْمٍ أُولَئِكَ لَهُمُ الْحَقُّ وَأُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ ﴿٦٠﴾﴾، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُخَرِّجُواكَ فِي مَآءٍ سَاحِلٍ لِّمَآءٍ آخَرَ لَا يَكْفُرُونَ بِهِ ۗ لِمِ الْكُفْرَانِ وَلَئِن لَّمْ يَفْعَلُوا لَإِنَّكَ لَأَنْتَ الْحَكِيمُ ﴿٦١﴾﴾ (النساء، الآية ٦٠).

سمو الدستور، فهذه النظرة تعتبر القواعد القانونية التي تعلق على السلطة المؤسسة لا وجود لها ولا يمكن أن توجد، فالسلطة المؤسسة هي سلطة فعلية تستمد مكانتها وقوتها في إقامة الدستور من نفسها أو ذاتها أي من قوتها السياسية (كأن تكون السلطة المهيمنة في المجتمع) وليس من قاعدة أو مجموعة قواعد قانونية تعلق عليها، إذ لا يوجد ما يعلو على الدستور سوى إرادة الأمة، وهذه النظرة تنكر الطبيعة القانونية للسلطة المؤسسة والدستور الذي تضعه، بمعنى أنها تجعل السلطة المؤسسة ذات طبيعة سياسية أو فعلية، وهذا ما يؤدي منطقياً إلى أن الدستور يعد أيضاً وثيقة سياسية طالما أنه لا يركز على قاعدة قانونية تعلق عليه، ومع ذلك هنالك من يذهب إلى أن الدستور يستمد قوته القانونية الملزمة من إرادة الحكام أو من إرادة الشعب بحسب طبيعة النظام السياسي (غير ديمقراطي أم ديمقراطي). وفي الحقيقة إن هذه النظرة تعرضت للانتقاد الشديد لأنها أنكرت الشرائع السماوية (وعلى رأسها الشريعة الإسلامية) والقوانين الطبيعية التي تعلق على أي دستور أو قانون وضعي وهذا ما سنوضحه في الفقرتين الآتيتين.

الفرع الأول: سمو أحكام الشريعة الإسلامية على الدستور الوضعي

يراد بالشريعة الإسلامية في اصطلاح العلماء كل ما سنه الله عز وجل لعباده من الأحكام الاعتقادية والأخلاقية والعملية. فالشريعة مصدرها من الله تعالى أي أن الله هو الذي ابتدأها وسنها، لذلك فإنها شريعة ظاهرة واضحة بينة، ليس فيها شوب من باطل، ولا تتناقض أحكامها، ولا تتضارب أقوالها، ولا تضيق عن الحياة والأحياء فهي كالطريق المستقيم، الظاهر البين، ذلك أنها توصل إلى النجاة أي إلى رضوان الله ورحمته وجنته، ولا يقوم غيرها مقامها فهي صلاح للفرد والمجتمع لما تتميز به من سمات منها: أنها شريعة إلهية ربانية، شريعة معصومة، شريعة مقدسة، شريعة عالمية، سعة الشريعة

الدستورية الأصلية في إطار خضوعها لأحكام الشريعة الإسلامية السامية؟

إن الإجابة المثالية على هذا السؤال نجدها متحققة في المملكة العربية السعودية، فالنظام السعودي لم يطلق تسمية الدستور على الوثيقة الدستورية الوضعية، إنما اطلق عليها تسمية "النظام الأساسي للحكم لسنة ١٩٩٢م" وحسناً فعل ذلك لأن مصطلح الدستور يدل على القانون الأعلى في الدولة بوصفه أساساً لكل القواعد القانونية وهذا ما لا يمكن أن يكون إلا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعلق ولا يعلى عليها، فقد نص النظام الأساسي للملكة في المادة الأولى على أن "المملكة العربية السعودية، دولة إسلامية، ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم..."، وينص في المادة السابعة على أن "يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله. وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة"، وهذا يعني أن الدستور الإلهي (الكتاب والسنة) يعلو على الدستور الوضعي (النظام الأساسي وجميع الأنظمة الأخرى كنظام مجلس الوزراء ونظام مجلس الشورى)، كما تنص المادة السادسة والأربعون على أن "القضاء سلطة مستقلة، ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية"، وتنص المادة الثامنة والأربعون على أن "تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة"، وهذا يعني أنه في حالة ما إذا جاء حكماً في الدستور الوضعي (النظام الأساسي وغيره من الأنظمة) مخالفاً للدستور الإلهي (الكتاب والسنة) فإنه يجب على المحاكم أن تمتنع عن تطبيق هذا الحكم بحيث تعطل تطبيقه في الواقع العملي. لكن القضاء السعودي ليس هو المسؤول الوحيد عن التحقق من توافق الأنظمة والأعمال القانونية

(٦٥)، فالتحكيم في مقام الإسلام، وانتفاء الحرج في مقام الإيمان، والتسليم في مقام الإحسان، فمن استكمل هذه المراتب وكملها، فقد استكمل مراتب الدين كلها. وبذلك فإنه لا حكم أحسن من حكم الله لقوله تعالى: ﴿أَحْسَرَ الْجِبَالُ بَيْعُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ (المائدة، الآية ٥٠) (السعدي، ٢٠٠٣م).

فهذه الآيات الكريمة تدل على أن شريعة الله هي العليا، إذ يجب على الإنسان أن يستمد شرعه من الله، فلا يضل ولا يشقى، فتنسأوى إرادات البشر لتعلو فوقها إرادة الله تعالى، لكن النظم الديمقراطية والعلمانية استبعدت سيادة الشرائع السأوية، لتجعل السيادة بيد الشعب بعد أن كانت بيد الحكام، حيث تمخضت الديمقراطية عن حكم أقلية من الناس تمثل الشعب وتشرع لهم القوانين، وانتقل الاستبداد من الفرد إلى البرلمان، وتحول الحق الإلهي للملوك إلى الحق الإلهي للبرلمانات، وبقي التساؤل الأساسي: كيف للبعض أن يقيد الكل، وكيف لبعض الإرادات أن تعلو على الآخرين؟ والسؤال الأهم هو كيف للبشر أن ينكر سيادة الدستور الإلهي (الكتاب والسنة) من خلال منح السمو والعلو للدساتير الوضعية؟ ويمكن القول إن هذه النظم تحمي الدستور الوضعي بوصفه القانون الأسمى في الدولة من خلال اعترافها بالرقابة على دستورية القوانين، فالجهة الرقابية المختصة تراقب مسألة دستورية القانون أي مدى توافقه مع أحكام الدستور، فنطاق الرقابة في هذه النظم يشمل رقابة دستورية قوانين تعديل الدستور، والقوانين الأساسية، والقوانين العادية، واللوائح الإدارية، دون الرقابة على النصوص الدستورية الأصلية لأن القاضي الدستوري يعد سلطة دستورية مؤسّسة بحيث يارس الرقابة في إطار الدستور، فهو يحمي الدستور دون أن يكون رقيباً عليه. لكن السؤال الذي ينبغي طرحه هو هل يمكن أن يمنح الدستور الوضعي للقاضي الدستوري أو لأية جهة رقابية أخرى صلاحية الرقابة على النصوص

سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على التماس مقدم من مواطن باكستاني أو من الحكومة الاتحادية أو من حكومة إقليمية، أن تنظر في أي قانون أو أي من أحكام أي قانون، وتصدر قرارها إن كان ذلك القانون أو تلك الأحكام تخالف تعاليم الإسلام التي جاء بها القرآن الكريم وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، إلا أن الدستور حصر وظيفة المحكمة بالرقابة على القوانين العادية دون الدستورية، فالمادة ٢٠٣ (ب) أخرجت الدستور من نطاق اختصاص المحكمة، ومما يدل على ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٢٣٩ (٥) من الدستور بأن "لا يمكن الطعن على أي تعديل دستوري أمام أي محكمة لأي سبب أياً كان" وكذلك الفقرة (٦) من المادة ذاتها التي تنص على أن "لقطع الشك باليقين، يعلن بموجب هذا البند أنه لا توجد أي قيود أياً كانت على صلاحية مجلس الشورى - البرلمان - في تعديل أي من أحكام هذا الدستور" فهذه النصوص لا تسمح بالطعن في أي تعديل دستوري أمام القضاء حتى لو كان التعديل مخالفاً لتعاليم الإسلام فضلاً عن أنها تحرر سلطة التعديل من كل القيود بحيث يكون من صلاحيتها تعديل أي حكم في الدستور حتى إن كان التعديل يمس النصوص المتعلقة بتعاليم الإسلام، وهذا بحد ذاته مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية التي تتمتع بالسمو والعلو على أي قانون وضعي.

كما أشارت دساتير العديد من الدول الإسلامية الأخرى إلى أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع أو مصدرهاً رئيسياً للتشريع^(٢)، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من

(٢) لقد اختلف الفقه الدستوري حول العبارتين أي: (الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي أو أساسي للتشريع) و(الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي أو الأساسي للتشريع) إلى رأيين رئيسيين: الأول يرى بأنه لا يوجد فرق بين العبارتين لأن وصف الدستور لأحد مصادر التشريع دون غيره بأنه مصدر رئيسي إنما يدل على أنه يعتبر المصدر الرئيسي الوحيد للتشريع وما عداه من مصادر تعد ثانوية وتابعة له. عوض محمد عوض، دراسات في الفقه الجنائي =

الأخرى مع الدستور الإلهي (الكتاب والسنة)، فقد أنشأت المادة الخامسة والأربعون من النظام الأساسي ما يعرف بهيئة كبار العلماء وهيئة الإفتاء لتتولى هذه المهمة أيضاً وفقاً لكتاب الله وسنة رسوله محمد صلى الله عليه وسلم.

كما نص الدستور الباكستاني لعام ١٩٧٣م في الديباجة على أن "لما كانت السيادة على العالمين لله تبارك وتعالى وحده، ولما كانت السلطة التي منحها لشعب باكستان ليمارسها في حدود ما شرعه أمانة مقدسة، ولما كانت إرادة الشعب الباكستاني هي أن يقيم نظاماً، تمارس فيه الدولة صلاحياتها وسلطتها من خلال ممثلين يختارهم الشعب، وتسود فيه مبادئ الديمقراطية والحرية والمساواة والتسامح والعدالة كما أقرها الإسلام، وينظم فيه المسلمون حياتهم، فرادى وجماعات، وفقاً لتعاليم الإسلام وأحكامه المنصوص عليها في القرآن الكريم والسنة النبوية"، وتنص المادة ١ من الدستور الباكستاني بأن باكستان جمهورية فيدرالية تحمل اسم جمهورية باكستان الإسلامية. وكذلك المادة ٢٢٧ الفقرة (١) من الدستور التي تنص على أنه: "يلزم توفيق جميع القوانين القائمة مع تعاليم الإسلام التي جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية ... ولا يجوز سن قانون يخالف تلك التعاليم"، فمن خلال التصريح الدستوري بالسيادة الإلهية وعبارة "جميع القوانين القائمة" فإن ذلك يعد إقراراً بسمو الشريعة الإسلامية على كافة القوانين الوضعية ومن ضمنها الدستور، لكن في الحقيقة لم يمنح الدستور الجهات الرقابية أية وسيلة فاعلة للتحقق من توافق النصوص الدستورية مع تعاليم الإسلام، فوفقاً للمادة ٢٣٠ (١-ج) من الدستور يختص المجلس الإسلامي (أو مجلس الفكر الإسلامي) بتقديم توصيات بشأن تدابير توفيق القوانين القائمة مع تعاليم الإسلام، ومراحل دخول هذه التدابير حيز النفاذ، فقد يكون من بين هذه التدابير التوصية بتعديل النصوص الدستورية المخالفة لتعاليم الإسلام. وعلى الرغم من أن المادة ٢٠٣ (د-١) أجازت لمحكمة الشريعة الاتحادية

الرسمي للاتحاد، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه..."، وينص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥م في المادة الثانية الفقرة (أولاً) على أن "الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع: (أ) لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام. (ب) لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية. (ج) لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور".

والسؤال الذي يمكن طرحه هنا ما هو النطاق الموضوعي للنصوص السابقة؟ ففي حالة نص الدستور على أن الشريعة الإسلامية تعد المصدر الرئيسي للتشريع، فهل هذا يعني أنها تحتل مرتبة أعلى من نصوص الدستور؟ وهل يمكن للقاضي الدستوري أن يراقب النصوص الدستورية، وليس القوانين العادية فقط، المخالفة للشريعة الإسلامية؟

وللإجابة على هذه الأسئلة يوجد ثلاثة آراء رئيسية تم طرحها بشأن المادة الثانية من الدستور المصري التي تتشابه إلى حد ما مع النصوص الأخرى المقارنة.

الرأي الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية تسمو على النصوص الدستورية

ويذهب هذا الرأي إلى أن الشريعة الإسلامية تتمتع بقيمة قانونية تعلو القواعد الدستورية ذاتها ذلك لأنها تعبر عن المشروعية العليا للمجتمع الإسلامي وموروثه الاجتماعي، وأن المشرع الدستوري نفسه يتعين عليه أن يلتزم بها ولا يخالفها لأن السلطة المؤسسة ليست مجردة من أي ضوابط بل تلتزم بالضوابط التي تعبر عن قيم الجماعة وتقاليدها فلا تتخذ موقفاً مخالفاً للضمير الاجتماعي أو متصادماً مع مفاهيم وثقافة المجتمع (النادي، بدون سنة نشر).

كما يضيف هذا الرأي بأن صياغة المادة الثانية من الدستور أوردت اصطلاح (التشريع) بصيغة مطلقة غير مقترنة بوصف العادي ومن ثم فهو يشمل التشريع العادي والتشريع

الدستور الكويتي لعام ١٩٦٢م على أن "دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع"، وكذلك ما نصت عليه المادة الثانية من الدستور المصري لعام ١٩٧١م (الملغى) التي عدلت في عام ١٩٨٠م على أن "الإسلام دين الدولة... ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع" والتي أدرجت بشكل مشابه تماماً في المادة الثانية من دستور عام ٢٠١٤م، ومثال ذلك أيضاً نص المادة السابعة من الدستور الإماراتي لعام ١٩٧١م على أن "الإسلام هو الدين

= الإسلامي، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة نشر، ص ٧؛ عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسي للتشريع، الإسكندرية: منشأة المعارف، (١٩٩٠م)، ص ١٦. أما الرأي الثاني فيرى هنالك فرق بين العبارتين، فعبارة (الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع) تعني بأن الشريعة الإسلامية هي أحد المصادر الرئيسية للتشريع، وأنها أوجدت تدرجاً بين مصادر التشريع فأصبح هناك مصادر رئيسية ومصادر فرعية إلا أنها لم تحدد أو لم تشر إلى أية مصادر موضوعية أخرى سواء رئيسية أو فرعية، لا بل هنالك من يذهب إلى أن هذه العبارة تميز للمشرع الوضعي أن يلجأ إلى مصادر رئيسية أخرى حتى وإن كانت متعارضة مع الشريعة الإسلامية مما يشكل مخالفة كبيرة لشرع الله تعالى، ولهذا السبب يذهب هذا الرأي إلى التسليم لعبارة (الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع) التي تفيد بأن الشريعة الإسلامية تعد المصدر الذي يعلو على سائر المصادر الأخرى، فطالما وصفت وحدها بأنها المصدر الرئيسي يكون ما سواها من مصادر لها صفة ثانوية، فضلاً عن أنها تعني بأن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع الذي يجب الاستناد إليه من قبل المشرع الوضعي عند سنه للتشريعات، ولكن بالمقابل يمكن اللجوء إلى أي مصادر أخرى فرعية بشرط عدم مخالفتها للشريعة الإسلامية باعتبار أن المصدر الرئيسي أو الأساسي هو الذي يحدد المصادر الفرعية أو الثانوية. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، الإسكندرية: منشأة المعارف، (١٩٨٦م)، ص ١٣٧؛ باسم صبحي بشناق، ومحمد رفيق الشويكي، دلالة النص على مبادئ الشريعة الإسلامية في مشروع الدستور الفلسطيني وأثره في تنظيم وعمل السلطة القضائية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، ع (١)، (٢٠١٦م)، ص ص ٢٢٧-٢٢٨.

يتجانس مع مبادئ الدستور وأحكامه الأخرى، وذلك في نطاق ما تسعه مبادئ الشريعة الإسلامية من وجهات نظر (بشناق، ٢٠١٦م).

الرأي الثالث: مبادئ الشريعة الإسلامية في مرتبة وسطى بين النصوص الدستورية والنصوص التشريعية

حيث يذهب إلى أن نص الدستور على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع يعني أنها تحتل مرتبة قانونية أعلى من مرتبة التشريعات العادية التي تصدر عن السلطة التشريعية ولكنها لا تصل إلى مرتبة نصوص الدستور التي تعلو هذه المبادئ وتعتبر قيماً عليها، وهو ما يعني أن مبادئ الشريعة الإسلامية صارت في منزلة وسطى بين النصوص الدستورية التي تعلوها وتقيدها من جانب والنصوص التشريعية التي يتعين ألا تخالف هذه المبادئ من جانب آخر، وأنه في هذا الإطار الذي تتقيد فيه مبادئ الشريعة الإسلامية بالمبادئ المقررة في الدستور يتعين ألا تخرج النصوص التشريعية عن مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا خالفتها كانت موصومة بعيب عدم الدستورية وأساس ذلك مخالفتها نص المادة الثانية من الدستور وفي هذه الحدود فحسب تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مرجعاً للرقابة على دستورية التشريعات (جمال الدين، ١٩٩٢م)، وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة الدستورية العليا المصرية ففي عام ١٩٨٥م قررت المحكمة بأن "سلطة التشريع اعتباراً من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور في ٢٢ مايو ١٩٨٠م - أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية وبحيث لا تخرج - في الوقت ذاته - عن الضوابط والقيود التي تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع في صدد الممارسة التشريعية، فهي التي يتحدد بها - مع

الدستوري على حد سواء، ذلك أن المبدأ هو ترك المطلق على إطلاقه إذ لا تخصيص بلا مخصص، لذلك وجب على المشرع الدستوري والمشرع العادي عدم مخالفة الشريعة الإسلامية فيما يسنه من أحكام، والقول بأن اصطلاح التشريع (أو القانون) ينصرف إلى المشرع العادي ولا يخاطب المشرع التأسيسي يعني أن الدستور يلزم السلطة التشريعية باحترام الشريعة الإسلامية بينما لا يلتزم هو بها، وهو ما من شأنه احتمال مخالفة القواعد التي ترسم فلسفة المجتمع، في كافة المجالات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وللشريعة الإسلامية، وقد يؤدي ذلك إلى فقدان الفلسفة التشريعية للدولة للانسجام بين الكليات والجزئيات (فكري، ١٩٩٤م).

والنتيجة المترتبة على تحرر المشرع الدستوري من الالتزام بمبادئ الشريعة مع إلزام المشرع العادي بها هي أن التشريع سيكون مخالفاً لأحدهما (الم، ٢٠٠٣م).

الرأي الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية مساوية للدستور الوضعي

حيث يذهب هذا الرأي في الأصل أن جميع القواعد الدستورية تكون بنفس المكانة والمرتبة القانونية بغض النظر عن مصدرها، ولا تسمو قاعدة دستورية على الأخرى، بمعنى أن مكانة القاعدة الدستورية المتعلقة بقاعدة الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع توازي في قيمتها القانونية بقية القواعد الدستورية المدونة في صلب الوثيقة الدستورية، ولا تسمو عليها، وذلك لأن جميع مواد الدستور لها نفس القوة.

ويضيف هذا الرأي بأن وجود نص المادة الثانية من الدستور المصري بين نصوص هذا الدستور وبين الأحكام الأخرى المتعلقة بالمساواة بين المواطنين، وإن اختلفت أديانهم أو مذاهبهم، إنما يجعل حكم الدستور دائراً في تفسير كل نص ما يفضي به النص الآخر، ومن ثم يكون ملزماً - من وجهة النظر الدستورية في تفسير مصدرية الشريعة الإسلامية للقوانين - أن يكون ما هو دستوري من هذه المصدرية ما

وَتَكْفُرُونَ يَبْعَضُ فَمَا جَزَاءُ مَنْ يَفْعَلُ ذَلِكَ مِنْكُمْ إِلَّا خِزْيٌ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيَوْمَ الْقِيَامَةِ يُرَدُّونَ إِلَىٰ أَشَدِّ الْعَذَابِ وَمَا اللَّهُ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ ﴿٨٥﴾ (البقرة، الآية ٨٥)، فضلاً عن أن علو الشريعة الإسلامية يأتي من خصائصها بوصفها شريعة إلهية معصومة ومقدسة، وهذا ما تؤكد النصوص الصريحة أيضاً لقوله تعالى: ﴿وَكَلِمَةُ اللَّهِ هِيَ الْعُلْيَا﴾ (التوبة، الآية ٤٠) ولذلك يجب أن تكون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي أو الرئيسي الوحيد لجميع القوانين في الدولة ومن ضمنها الدستور بحيث تستمد هذه القوانين قوتها ووجودها من ابتنائها على شرع الله فلا تكون استقلالاً عنه ولا تعارضاً معه، وهذا يستتبع أيضاً أن تقوم جميع السلطات في الدولة، ومن ضمنها السلطة المؤسسة، بإلغاء وتعديل النصوص الدستورية والقانونية المخالفة لشرع الله تعالى، فضلاً عن وجوب قيام القاضي الدستوري بدوره الأساسي في الحكم ببطالان هذه النصوص المخالفة للشريعة الإسلامية لأنه لا سلطان على القاضي لغير أحكام الشرع. ولكي تقوم هذه السلطات بواجبها الشرعي في تطبيق شرع الله تعالى فإن عليها الاستعانة بأهل العلم أي العلماء بالكتاب والسنة بفهم سلف الأمة، وذلك امتثالاً لقوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوحِيَ إِلَيْهِمْ فَسَئَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْمَلُونَ ﴿٣١﴾﴾ (النحل، الآية ٤٣).

وبذلك يتضح أن تطبيق الشريعة الإسلامية هو الرجوع إلى الكتاب والسنة، لأن ذلك هو الدين باتفاق الأئمة، وهو العصمة من الانحراف والوقوع في الضلال، وإذا كان الرسول صلى الله عليه وسلم جعل العلاج في رفع الذل المخيم علينا إنما هو بالرجوع إلى الدين، فيجب علينا إذن أن نفهم الدين بواسطة أهل العلم فهماً صحيحاً موافقاً للكتاب والسنة، وأن نربي النشء الصالح الطيب على ذلك، وهذا هو الطريق لمعالجة المشكلة التي يشكو منها كل مسلم.

ذلك القيد المستحدث - النطاق الذي تباشر من خلاله المحكمة الدستورية العليا رقابتها القضائية على دستورية التشريعات^(٣).

وفي هذا الصدد يلاحظ أن الدستور العراقي قيد أيضاً ثوابت أحكام الإسلام بمبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان الواردة في الدستور، فلكي يكون التشريع دستورياً يجب أن يكون متوافقاً مع ثوابت أحكام الإسلام ومبادئ الديمقراطية والحقوق الدستورية في الوقت ذاته، وهذا ما لا يمكن قبوله بتاتاً لأن ذلك سيجعل مرتبة الشريعة الإسلامية أدنى من الدستور فضلاً عن أن ذلك سيمنح القاضي الدستوري صلاحية الحكم بعدم دستورية التشريع المتوافق مع الشريعة الإسلامية والمخالف لمبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات الدستورية، ولا يمكن حل هذه المشكلة إلا بتقرير سمو الشريعة الإسلامية على الدستور نفسه بما يحتويه من مبادئ وقواعد.

ونحن نؤمن بصواب الرأي الأول بعلو وسمو الشريعة الإسلامية على كافة القواعد القانونية في الدولة ومن ضمنها الدستور الوضعي، فلا شريعة معها ولا شريعة فوقها، والقول بغير ذلك يعني السماح لسلطة الدولة بتشريع الدساتير والقوانين المخالفة لشرع الله عز وجل، وهو ما لا يمكن قبوله بتاتاً لأنه يشكل اعتداءً على حق الله تعالى في التشريع والحكم، فضلاً عن أن القول بأن الشريعة الإسلامية تعلق على القوانين العادية دون الدساتير الوضعية أو أن هذه الأخيرة مساوية أو أعلى من حكم الله فإن ذلك سيجعل مع الله أو فوقه سلطة أخرى، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً، كما أن شريعة الله لا تقبل التجزئة لأنها شريعة شاملة لكل جوانب الحياة عقيدة وخلقاً وشعائر ومعاملات وجنایات ونظام حكم، فلا يجوز تحكيم الشريعة في جانب واحد من جوانب الحياة دون الجوانب الأخرى لقوله تعالى: ﴿أَفَتَوْمُنُونَ بِبَعْضِ الْكِتَابِ

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٠ لسنة ١ ق

وجهة نظر الفقيه سيبس في طبيعة السلطة المؤسسة الأصلية هي أنها سلطة مقيد بالقانون الطبيعي والحقوق الطبيعية.

والجدور الفكرية الواضحة للقانون الطبيعي ترجع في الحقيقة إلى القرون الوسطى والحديثة، التي تذهب إلى وجود قانون أعلى أبدي وثابت الذي يعلو حتى على السلطة السيادية، وهذا يعني أن على السلطة المؤسسة الأصلية أن تتقيد بالقانون الطبيعي. ولإعطاء صورة أكثر وضوحاً على القانون الطبيعي ينبغي الرجوع إلى آراء المفكرين وعلى رأسهم القديس توما الأكويني Thomas Aquinas الذي ميز بين ثلاثة أنواع من القوانين المتدرجة بالشكل التالي: القانون الأزلي وهو الذي يحكم العالم ولا يستطيع أحد أن يعرفه بكامله. وبعده يأتي القانون الطبيعي الذي هو ما يستطيع البشر معرفته بواسطة العقل من القانون الأزلي. وأخيراً يأتي القانون البشري الذي هو صنعة الإنسان (القانون الوضعي) باعتباره بلورة للقانون الطبيعي. ويذهب القديس توما الأكويني إلى أنه في حالة تعارض القانون البشري مع القانون الطبيعي يجب طاعة القانون البشري، لأن من الأفضل تجنب الفضيحة والاضطراب الذي يصطحب عدم الطاعة، إلا أنه لا يجوز طاعة القانون البشري في حالة تناقضه مع القانون الأزلي لأن في ذلك تهجماً مباشراً على الإيمان (الشاوي، ٢٠١٧م). كما يذهب الفقيه Jean Bodin بأن سلطة الأمير السيادية لم تكن غير مقيدة، لكنها مقيدة بقوانين الله وقوانين الطبيعة وكذلك القوانين البشرية المختلفة التي هي عمومية لكل الشعوب^(٥).

ويذهب الفقيه هيكو كروسيوس Hugo Grotius إلى "علمنة القانون الطبيعي"، فمفهوم كروسيوس للقانون الطبيعي يختلف عن مفهوم القديس توما الأكويني، فبالرغم من أن كليهما ينطلق من العقل، إلا أنه عقل في خدمة الإيمان الديني عند القديس توما، في حين أنه عقل في خدمة الإنسان وغريزته الاجتماعية عند كروسيوس، وهذا يعني أن

الفرع الثاني: سمو القانون الطبيعي على الدستور الوضعي

يذهب أنصار القانون الطبيعي إلى أن السلطة المؤسسة الأصلية أي سلطة الشعب في إقامة نظامه الدستوري تعد نوعاً من أنواع الحق الطبيعي، فقد نص إعلان الاستقلال الأمريكي لسنة ١٧٧٦م على: "ونحن نؤمن بهذه الحقائق البديهية: أن جميع البشر قد خلقوا متساوين، وأن خالقهم قد منحهم حقوقاً معينة ثابتة لا يمكن انتزاعها منهم، ومن بينها: حق الحياة والحرية والسعي من أجل السعادة. وأنه من أجل ضمان هذه الحقوق تقام الحكومات بين البشر مستمدة سلطاتها العادلة من موافقة المحكومين. وأنه عندما يؤدي أي شكل من أشكال الحكومات إلى هدم هذه الغايات فإن من حق الشعب أن يغير أو يلغي هذه الحكومة ويؤسس حكومة جديدة مقيماً قواعدها على مبادئ، ومنظماً سلطاتها بصورة تجعلها تبدو الحكومة الأكثر ملاءمة لتحقيق أمنه وسعادته"^(٤). وهذا يعني أن للشعب إرادة عليا وأصلية في تنظيم الحكومة إلا أن هذه الإرادة ليست مطلقة بل مقيدة بمبادئ القانون الطبيعي والحقوق الطبيعية، فالقول بأن السلطة المؤسسة الأصلية هي غير مقيدة يعود في الحقيقة إلى سوء الفهم من قبل الفقهاء لطبيعة هذه السلطة، فحتى الطريقة الثورية للسلطة المؤسسة تعتبرها سلطة مقيدة.

فبالرجوع إلى آراء الفقيه الفرنسي سيبس وعبارته المشهورة التي تستعمل لوصف الطبيعة غير المقيدة للسلطة المؤسسة الأصلية "توجد الأمة بشكل مسبق على كل شيء، فهي أصل كل شيء، إرادتها دائماً قانونية، بل هي القانون ذاته"، وعلى أية حال، فالأكثر أهمية هي الكلمات الأخيرة من هذه الجملة التي تحذف غالباً "وبشكل مسبق على الأمة، وفوق الأمة، يوجد فقط القانون الطبيعي" (Loughlin, 2013)، وهذا يعني أن

(٤) إعلان الاستقلال الأمريكي في ٤ يوليو ١٧٧٦م:

<https://www.cato.org/pubs/USConstitution-Declaration-Arabic.pdf>

(5) Internet Encyclopedia of Philosophy: <http://www.iep.utm.edu/bodin/> (last visited: 11/3/2019).

وهذا ما أكد عليه الفقيه هوريو Hauriou بالتسليم بوجود مبادئ أعلى من الدستور تتجسد بمبادئ الحقوق الطبيعية التي لا يمكن العبث بها حتى من قبل السلطة المؤسّسة، فضلاً عن ذلك ذهب الفقيه دييجي Dugut دائماً في آرائه الدستورية بأن الأصول الدستورية لا تقف عند ما هو مكتوب في صلب الدستور بل هي تتعداه إلى الأصول الأخرى غير المكتوبة التي لا تقل في قوتها عن أصول الدستور المكتوب بل تزيد عنه بحيث لا يجوز لواضعي القواعد الدستورية أن يهملوها عند وضعهم وتعديلهم للدستور، ويطلق على هذه الأصول العليا بالقانون الأعلى Droit Supérieur الذي ينشأ من طبيعة الروابط الاجتماعية الواقعية المتطورة ذاتها التي تقوم على أساس التضامن الاجتماعي (بك، ١٩٥٠م). وهذا ما دفع كلا الفقيهين، أي هوريو ودييجي، إلى القول بأن لإعلانات الحقوق قيمة قانونية تسمو على النصوص الدستورية، بوصفها تتضمن الأسس والتوجيهات المعبرة عن الإرادة العليا للأمة أو المستقرة في الضمير الإنساني العالمي ولهذا فهي ملزمة للسلطة المؤسّسة الأصلية التي تقوم بوضع الدستور، ومن باب أولى فهي ملزمة أيضاً للسلطات المؤسّسة التشريعية والتنفيذية والقضائية (بطيخ، ١٩٩٥م).

فضلاً عن ذلك ذهب الفقيه هانز كلسن Hans Kelsen بأن القاعدة الأساسية أو الطاعة للدستور الأول تاريخياً هي مسألة تصورية ومفترضة في الفكر القانوني، فالدستور يستمد قانونيته من قاعدة أو على حد تعبيره من سنة أخرى تعلق عليه، فكما تستمد القواعد الأخرى قانونيتها من الدستور، فإن هذا الأخير يستمد قانونيته من قاعدة تعلق عليه أسسها كلسن "السنة الأساسية" (ألكسي، ٢٠٠٦م). كما افترض الفقيه كي أيرو Guy Heraud وجود "قاعدة تأهيل ضمنية" تعلق على السلطة المؤسّسة العليا، فهذه القاعدة هي التي تؤهل السلطة المؤسّسة لكي تتمتع هذه السلطة وما تضعه من قواعد بالصفة القانونية، فقاعدة التأهيل العليا تملك صفة خاصة وهي أن كل

كروسيوس قد قطع الصلة بين القانون الطبيعي واللاهوت وبين القانون الطبيعي والأخلاق، إذ يذهب كروسيوس بأن القانون الطبيعي يفرضه العقل القويم بحيث نحكم على الأفعال البشرية بقدر تمشيها مع "الطبيعة العاقلة" وأن الله هو الذي خلق هذه الطبيعة، فهو الذي يميز هذا العمل أو يحرم ذلك. إلا أن كروسيوس، في الواقع، لا يعتبر القانون الطبيعي ذا مصدر إلهي. فالقانون الطبيعي، بالنسبة له، ليس كذلك لأن الله أراده، بل لأنه بالذات القانون الطبيعي. كما ذهب الفقيه كروسيوس إلى أن القانون الطبيعي يعلو على القانون الوضعي، بل إن هذا الأخير يستمد صحته من الأول (الشاوي، ٢٠١٧م).

وما دام القانون الطبيعي يتمتع بالسمو، لذلك لا يمكن انتهاكه من قبل القوانين الوضعية بشكل عام والقوانين الدستورية بشكل خاص. مع وجوب ملاحظة أن القانون الإلهي يعلو على القانون الطبيعي ومن باب أولى يعلو على القانون الوضعي، مما يترتب عليه أن كل قاعدة طبيعية أو وضعية مخالفة للقانون الإلهي تعد باطلة ولا يعتد بها.

وتذهب الأفكار الحديثة للقانون الطبيعي التي تستند على العلاقة بين القانون والأخلاق، إلى أن القانون وسيلة لتحقيق قيم أخلاقية مطلقة ومحددة التي يمكن أن تكتشف بواسطة العقل، كما تم اشتقاق نظرية الحقوق الطبيعية من القانون الطبيعي، فإذا كان القانون الطبيعي وليد الطبيعة والعقل فهو يسبق في وجوده وجود المجتمع. إلا أن كل قانون يقيم حقوقاً وواجبات، فالقانون الطبيعي سيقم حقوقاً طبيعية للإنسان تسبق في وجودها وجود المجتمع. وهذه الحقوق الطبيعية كان يملكها الإنسان حين كان يعيش في حالة الطبيعة فهي ملازمة إذن لشخصه أي يملكها لأنه إنسان، ولما كانت القوانين الوضعية تخضع للقانون الطبيعي، فعليها إذن أن تضمن هذه الحقوق الطبيعية للإنسان (الشاوي، ٢٠١٧م).

قائمة مختلفة للمبادئ الأعلى من الدستور، وهي: يجب أن يكون الدستور مكتوباً، والأمة هي الحائز الوحيد للسلطة العليا ومن ثم للسلطة المؤسسة، ومبدأ فصل السلطات، وعلو الحقوق الأساسية على إرادة السلطة المؤسسة (Gozler, 2008).

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، ذهب الفقيه Walter Murphy إلى أنه توجد أوجه من الخطر يفرضها القانون الطبيعي على السلطة المؤسسة، ووفقاً لرأيه فإن مؤدى نظرية القانون الطبيعي التقليدية أن التشريع غير العادل، أي كان نوعه، لا يعد قانوناً على الإطلاق، ولكنه مجرد عمل من أعمال الإرادة التعسفية، ومثل هذا التشريع غير قادر على فرض أي التزام، كما يذهب الفقيه Jeff Rosen أيضاً، إلى أنه توجد قيود مستمدة من الحقوق الطبيعية على السلطة المؤسسة (Gozler, 2008).

ولقد قبلت بعض المحاكم الدستورية نظرية ما فوق الدستورية، حيث أكدت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في قرارها الصادر في ٢٣ أكتوبر ١٩٥١م في قضية *Southwest*، إلى أنها تتفق مع قضاء المحكمة الدستورية البافارية الذي يقرر: "إن إمكان أن يكون النص الدستوري، في ذاته، باطلاً وكأن شيئاً لم يكن، ليس مستحيلًا من الناحية المفاهيمية، فقط لمجرد أن هذا النص يشكل جزءاً من الدستور. ذلك أنه توجد طائفة من المبادئ الدستورية التي تعد أساسية، وتعكس تعبيراً عن قانون أعلى حتى من الدستور، إلى درجة تجعل هذه الطائفة من المبادئ ملزمة حتى لواضعي الدستور. وتوجد طائفة ثانية من النصوص الدستورية - التي لا ترقى إلى مرتبة المبادئ الطائفة الأولى - يمكن اعتبارها باطلة وكأن لم تكن لمخالفتها للمبادئ الدستورية الأولى" (Gozler, 2008).

كما أكدت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في القضية التي يطلق عليها قضية المادة ١١٧ لعام ١٩٥٣م، وجود مبدأ للعدالة ينتمي إلى القانون الأعلى وأنه: "في حالة تجاوز أحد نصوص القانون الأساسي الألماني الحدود الخارجية لمبدأ القانون الأعلى للعدالة، فإن واجب المحكمة يقتضي إلغاء هذا النص"،

سلطة تقبض على قوة مادية لا تقاوم بحيث تتسلم صفتها القانونية من هذه الواقعة (الشاوي، ٢٠١٢م). بالإضافة إلى أن الفقيه هارت H.L.A. Hart قد وضع أساس صحة الدستور والنظام القانوني المتدرج الذي يتمثل لديه في قاعدة الاعتراف *Rule of Recognition* إذ إن وجودها هو حقيقة أو واقعة اجتماعية (Hughes, 1971) بوصفها أساس سريان الدستور والقواعد الأخرى في النظام القانوني (ألكسي، ٢٠٠٦م)، فهي المعيار الأعلى للصحة القانونية لكن ليست هي الصحة ذاتها، فهي ليست قاعدة قانونية ولا قاعدة مفترضة إنما هي قاعدة اجتماعية (أي عرفية) توجد بسبب قبولها المشترك وممارستها الواقعية من قبل الموظفين، فالموظفون يستعملونها كمعيار لإرشاد وتقييم تصرفاتهم، بحيث يشمل هذا الاستعمال اللجوء إلى الأشكال المختلفة من الضغط الاجتماعي لدعم القاعدة وتجهيز التطبيق للبنود القاعدية كالواجب أو الالتزام. وهكذا فإن قاعدة الاعتراف تؤدي وظيفتين أساسيتين الأولى تحديد مضمون ومراتب مصادر القانون والثانية أنها تشكل المصدر النهائي لقاعدية القانون بوساطة فرض الواجب على الموظفين لتطبيق كل القواعد التي تلتقي مع معايير الصحة المحددة من قبلها (Spaak, 2010).

كما ذهب أنصار نظرية المبادئ فوق الدستورية إلى نتيجة مؤداها أنه إذا خالف النص الدستوري هذه المبادئ فإنه يكون باطلاً وكأن شيئاً لم يكن، ومن ثم يجب على القضاء الدستوري إبطال مثل هذا النص، ولذلك فإن المبادئ فوق الدستورية تشكل قيوداً موضوعية ضمنية على السلطة المؤسسة سواء كانت أصلية أو مشتقة. ولكن عندما يتعلق الأمر بتحديد قائمة المبادئ الأعلى من الدستور، يختلفون، حيث يشكل كل منهم قائمة مختلفة خاصة به. ففي فرنسا يؤكد الفقيه Serge Arne أن المبادئ التالية يجب إدراجها في قائمة المبادئ الأعلى من الدستور، وتمثل هذه المبادئ في: احترام الكرامة الإنسانية والتضامن والتعددية وعدم التمييز، ولكن الفقيه Stephane Rials يقدم

دستورية دولية، ويتعلق المطلب الثالث بالمبادئ الأساسية للدستورية والقيود الملازمة لمفهوم السلطة المؤسسة الأصلية والأبيولوجية السائدة في المجتمع.

المطلب الأول: المبادئ الدستورية والسلطة المؤسسة الأصلية
ويتضمن فرعين: يتعلق الفرع الأول بفقرة الحظر ويتعلق الفرع الثاني بالمبادئ الدستورية المتفق عليها مسبقاً.

الفرع الأول: فقرة الحظر

إن الفقرة (٣) من المادة ٧٩ من القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩م تنص على حظر التعديلات الدستورية التي تمس تقسيم الفيدرالية إلى ولايات، أو مشاركة هذه الولايات في العملية التشريعية، أو المبادئ المدرجة في المادتين ١ و ٢٠ من القانون الأساسي. وتجدر الإشارة إلى أن المادة ١ من القانون الأساسي الألماني تكرر مبدأ حرمة الكرامة الإنسانية والتزام السلطات بالحقوق الأساسية. فضلاً عن أن المادة ٢٠ ترسي المبادئ المتعلقة بالبنين السياسي والاجتماعي للجمهورية الألمانية مثل: الدولة الديمقراطية، والدولة الفيدرالية والاجتماعية، والشعب مصدر السلطات، والقوة الملزمة للدستور والقوانين، والدفاع عن النظام الدستوري.

وهكذا فإن هذه القواعد والمبادئ لا يمكن أن تكون محلاً للتعديل، ولذلك وصف بعض الفقهاء الفقرة (٣) من المادة ٧٩ من القانون الأساسي الألماني - التي تحظر تعديل القواعد والمبادئ السابق الإشارة إليها - بأنها بند الخلود أو الديمومة Eternity Clause (فرومون، ٢٠٠٧م).

كما حاول القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩م دسترة السلطة المؤسسة الأصلية من خلال ما نصت عليه المادة ١٤٦: "إن القانون الأساسي الحالي الذي يعد صالحاً بالنسبة للشعب الألماني كله، بعد أن أصبحت وحدة وحرية ألمانيا مكمّلتين، يصبح لاغياً في اليوم الذي يدخل فيه حيز التنفيذ دستور يقره الشعب الألماني

ولذلك يرى بعض الفقهاء أن القرار الصادر، في قضية المادة ١١٧، يكشف وجود طائفة من المبادئ فوق الوضعية التي يشار إليها بعبارات متنوعة مثل "القانون الطبيعي" أو "العدالة". وعلى الرغم من ذلك لم تقم المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية بإبطال أي نص دستوري على هذا الأساس، لا بل إنها، بعد عام ١٩٥٣م، تراجعت عن الإشارة إلى المبادئ فوق الوضعية باعتبارها قيوداً ضمنية على السلطة المؤسسة، بحيث اكتفت بالتمسك بالقيود الدستورية الصريحة على سلطة التعديل الواردة في المادة ٧٩ (الفقرة ٣) من القانون الأساسي (Gozler, 2008).

وبذلك يتضح مما سبق، أن بعض فقهاء القانون يؤمنون بأنه من دون قبول نظرية القانون الطبيعي والحقوق الطبيعية، يغدو مستحيلًا الاعتراف بالمشروعية القانونية للمبادئ الأعلى من الدستور، لكننا نعترض على ذلك من زاويتين: الأولى: أنه حتى لو تم الاعتراف بوجود هذه المبادئ فإنه من الصعوبة جداً استخدامها كمعيار للرقابة القضائية على السلطة المؤسسة (الأصلية والمشتقة)، لأن مبادئ القانون الطبيعي غامضة وغير قابلة للتحديد بصورة موضوعية لعدم وجود مصادر نصية لهذه المبادئ مما سيؤدي بكل فقيه أو قاضي إلى تحديد هذه المبادئ وفقاً لتفضيلاته، وفي هذه الحالة، فإن الرقابة القضائية على النصوص الدستورية في ضوء المبادئ الطبيعية الأعلى من الدستور سيكون اغتصاباً للسلطة المؤسسة من جانب المحكمة الدستورية. والزاوية الثانية: نحن نعتقد بشكل جازم بعلو القانون الإلهي على القانون الطبيعي ومن ثم القانون الوضعي، مما يعني علو القانون الإلهي حتى على الدستور ذاته.

المبحث الثاني:

النطاق الوضعي للمقيد للسلطة المؤسسة الأصلية

ويتضمن ثلاث مطالب: يتعلق المطلب الأول بالمبادئ الدستورية والسلطة المؤسسة الأصلية، ويتعلق المطلب الثاني بالقانون الدولي (القانون فوق الوطني) ومحاولة إنشاء محكمة

وبالتيجة، على الرغم من دسترة السلطة المؤسسة الأصلية بموجب القانون الأساسي الألماني، فإن المادة ٧٩ الفقرة (٣) من القانون الأساسي الألماني غير قادرة على إلزام الأجيال اللاحقة عند ممارستها للسلطة المؤسسة.

وبذلك يمكن القول إن حظر التعديل لا يعد تخصيصاً مطلقاً، فحظر التعديل يقيد سلطة التعديل، لكنه لا يستطيع أن يعيق أو يحد من قدرة السلطة المؤسسة الأصلية في تغيير حتى المبادئ الأساسية للنظام الدستوري، وهذا ما تم التأكيد عليه صراحة من قبل المحكمة العليا الفيدرالية في البرازيل في عام ١٩٩٦م بأنه للمحافظة على هوية واستمرارية النص الدستوري ككل، فإن واضعي الدستور يخلقون نصوصاً ثابتة - نصوص حظر التعديل - التي تفرض القيود على السلطة المؤسسة المشتقة (أي سلطة التعديل)، لكنها لا يمكن أن تقيد السلطة المؤسسة الأصلية ذاتها (Roznai, 2014). وبنفس الطريقة أكدت محكمة العدل العليا في فنزويلا في عامي ١٩٩٩م و ٢٠٠٩م بأن حظر التعديل الدستوري لا يمكن أن يقيد الشعب بوصفه صاحباً للسلطة المؤسسة الأصلية (Rios, 2012). ولهذا السبب أطلق بعض الفقهاء على هذه النصوص التي تحظر التعديل تسمية (الاحتفاظ بالسيادة) بمعنى أن السلطة المؤسسة الأصلية تحتفظ لنفسها حصراً، في هذا الميدان، بحق التدخل لتعديل القواعد التي تحتويها هذه النصوص (فونسي، ٢٠٠٧م).

ومع ذلك قامت المحكمة العليا في بنغلاديش بتطبيق حظر التعديل الضمني على النصوص الدستورية الأصلية بطريقة مراوغة وغير مباشرة، ففي قضية حديثة (Asaduzzaman Siddiqui and Others v. Bangladesh, 2016) أصدرت المحكمة العليا في بنغلاديش حكماً مثيراً للجدل بعدم دستورية التعديل الدستوري السادس عشر لعام ٢٠١٤م الذي جعل عزل قضاة المحكمة العليا بأمر من رئيس الدولة بناء على قرار صادر بأغلبية ثلثي أعضاء البرلمان وذلك في حالة سوء السلوك وانعدام الأهلية، حيث بررت المحكمة بأن هذا التعديل يفتح المجال للبرلمان لممارسة

بكامل حريته في اتخاذ القرار". فهذا النص قد لا يعجل بهدم القانون الأساسي فحسب، بل وأيضاً يعكس لنا الوضعية القانونية للسلطة المؤسسة الأصلية. وعلى الرغم من ذلك فإن افتقار النص للشروط والإجراءات لممارسة السلطة المؤسسة الأصلية يؤكد السمة غير القانونية للسلطة المؤسسة الأصلية. فضلاً عن أنه ينبغي إثارة التساؤل الذي مفاده: هل أن ظهور السلطة المؤسسة الأصلية من جديد، كما هو مبين في المادة ١٤٦ من القانون الأساسي الألماني، يجعلها مقيدة بالمبادئ المحظور تعديلها وفقاً للمادة ٧٩ الفقرة (٣)؟

لقد انقسم الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل إلى ثلاثة آراء: يذهب الرأي الأول إلى أن المبادئ المحظور تعديلها تطبق أيضاً على السلطة المؤسسة الأصلية، بحيث ترشد وتوجه عملية صنع الدستور في المستقبل. ويذهب الرأي الثاني إلى أن المادة ١٤٦ من القانون الأساسي الألماني ما هي إلا أسلوب قانوني يتم من خلاله التغلب على فقرة الديمومة أو الخلود (أي فقرة حظر التعديل). بينما يذهب الرأي الثالث إلى أن هذه المسألة يجب أن يتم حلها بواسطة المحكمة الدستورية الفيدرالية (فرومون، ٢٠٠٧م). وفي الحقيقة في قضية Lisbon Case في ٣٠ يونيو ٢٠٠٩م، تركت المحكمة الدستورية الفيدرالية المسألة مفتوحة فيما إذا السلطة المؤسسة للشعب الألماني يمكن تقييدها بواسطة المادة ٧٩ الفقرة (٣) من القانون الأساسي^(٦).

ونحن نتفق مع الفقيه ميشال فرومون بأن المادة ٧٩ الفقرة (٣) من القانون الأساسي تخاطب فقط سلطة التعديل، وتتعامل مع تعديلات البرلمان على القانون الأساسي، بينما تتعامل المادة ١٤٦ مع الدستور الجديد الذي يتم إقراره بواسطة السلطة المؤسسة الأصلية التي من خلال طبيعتها لا يمكن إلزامها بواسطة قواعد الدستور المسبق، ومع ذلك يمكن أن يأخذ واضعو الدستور الجديد المادة ٧٩ الفقرة (٣) في حسابهم، لكن ذلك يعتمد على إرادتهم بدلاً من طبيعة فقرة الحظر كإلزام قانوني (فرومون، ٢٠٠٧م).

(6) <http://en.euabc.com/word/2164> (last visited: 11/3/2019).

يوجد رأيين رئيسيين: يذهب الرأي الأول وهو السائد إلى عدم تقييد السلطة المؤسسة المشتقة عندما تمارس من خلال الاستفتاء، لأن التعديل في هذه الحالة يعد تعبيراً مباشراً عن سيادة الأمة ومن ثم لا يخضع لرقابة الدستورية كما هو الحال في فرنسا وإيرلندا ورومانيا. أما الرأي الثاني فيذهب إلى أن السلطة المؤسسة المشتقة تعد سلطة قانونية مفوضة للعمل وفقاً للدستور وبالتالي فإنها مقيدة بالقيود الدستورية وتخضع للرقابة الدستورية حتى لو تم ممارستها من خلال الاستفتاء (Roznai, 2014).

وهكذا يملك الشعب الحرية في تشكيل وإعادة تشكيل المجتمع، فالسلطة المؤسسة الأصلية لا يمكن أن تستنفذ بعد إنشاء الدستور، بحيث يملك الشعب دائماً السلطة في ممارسة المظاهر التأسيسية، فإذا كان الدستور يعلو على السلطة التشريعية، فإن الشعب يعلو على الدستور بحيث يمكن للشعب أن يغير الدساتير متى ما وكيفية يرغب بذلك، ولا يمكن لأية مؤسسة وضعية أن تحرمه من ممارسة هذا الحق. وهذا يعني أن السلطة المؤسسة الأصلية (أي الشعب) غير ملزمة بالقيود الدستورية القائمة بما فيها فقرات حظر التعديل. إذ تبقى السلطة المؤسسة الأصلية في الخلفية الدستورية ويمكن أن تظهر من جديد لتمارس دورها بوصفها صاحبة السيادة التي يمكنها أن تغير البنيان الأساسي للدستور وفقرات حظر التعديل. فدستور الولايات المتحدة الأمريكية قد تم تنبيهه بشكل مخالف لمواد الكونفدرالية التي لا يمكن تعديلها واقعياً منذ أن تطلبت الإجماع أي الاتفاق في الكونغرس ومصادقة المشرعين في كل ولاية في الاتحاد، إذ تم إقرار الدستور بشكل مخالف لقاعدة الإجماع (Tushnet, 2015). وبذلك فإن الدستور لا يمكن أن يقيد السلطة المؤسسة الأصلية التي تقف خارجه بحيث يمكن أن تمارس سلطتها من جديد.

الضغط على القضاة مما يخل بمبدأ استقلال القضاء الذي يعد من الخصائص الأساسية للدستور التي تشكل مذهب البنيان الأساسي. والمشكلة التي أثارها بعض الفقهاء على هذا القرار هو أن المحكمة راقبت في الحقيقة النص الدستوري الأصلي وليس التعديل الدستوري، لأن التعديل السادس عشر ليس إلا استرجاعاً للنص الدستوري الأصلي، حيث إن الدستور الأصلي لبنغلاديش لعام ١٩٧٢م كان ينص في المادة ٩٦ الفقرة (٢) على إمكانية عزل قضاة المحكمة العليا بأمر من رئيس الدولة بناءً على قرار برلماني صادر بأغلبية الثلثين وذلك في حالة انعدام الأهلية وسوء السلوك، إلا أن هذا النص عُدل بموجب التعديل الدستوري الخامس لعام ١٩٧٩م الذي جعل عزل قضاة المحكمة العليا بأمر من الرئيس بناءً على توصية مجلس القضاء الأعلى واستمر هذا التعديل في النفاذ إلى أن صدر التعديل السادس عشر لعام ٢٠١٤م الذي أعاد النص الدستوري الأصلي الذي يصرح بالعزل البرلماني لقضاة المحكمة العليا، إذ صرح هؤلاء الفقهاء بأن هذه القضية تعد تطبيقاً سيئاً لمذهب البنيان الأساسي طالما أن المحكمة العليا لم تميز بين سلطة التعديل التي تخضع للرقابة والسلطة التأسيسية الأصلية التي تعود للشعب السيادي وبالتالي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا ولاسيما أن الاتجاه القضائي السائد في العالم لا يؤيد فكرة الرقابة القضائية على النصوص الدستورية الأصلية فحتى لو حصلت نادراً في بعض الدول فإن ذلك كان منتقداً إلى حد كبير (Chowdhury, 2017; Huque, n.d.).

ومن الجدير بالملاحظة تظهر المشكلة عندما تتشابه السلطة المؤسسة المشتقة مع السلطة المؤسسة الأصلية وذلك عندما يتم ممارستها بنفس الطريقة من خلال الجمعيات التأسيسية أو الاستفتاء، فهل يمكن تقييد السلطة المؤسسة المشتقة في هذه الحالة؟

للمؤسسات الديمقراطية وحماية حقوق الإنسان إلا أنه فشل في طاعة المبادئ المحددة المتفق عليها، ولهذا السبب قررت المحكمة بأنه - أي مشروع الدستور - غير دستوري، وهذا ما أدى إلى تعديل مشروع الدستور بما ينسجم مع المبادئ المتفق عليها، وعلى أثر ذلك أعلنت المحكمة بأنه دستوري (Ebrahim, 2016).

فضلاً عن ذلك يذهب البعض بأن الميثاق الوطني الجزائري لعام ١٩٧٦م يسمو على دستور ١٩٧٦ من الناحيتين الشكلية والموضوعية، إذ نصت الفقرة الثانية من دياحة دستور ١٩٧٦ بأنه: "ويمثل الدستور أحد الأهداف الكبرى المسطرة في الميثاق الوطني..."، ونصت الفقرة الثالثة من المادة ٦ من الدستور على أن: "الميثاق الوطني مرجع أساسي أيضاً لأي تأويل لأحكام الدستور"، وما دام أن الميثاق الوطني يمثل إطاراً مرجعياً بالنسبة للدستور، فهذا يعني بأن هذه الوثيقة تسمو على الدستور طبقاً للنظرية المعيارية، وهذا يدل كذلك بأنها تحمل طبيعة فوق الدستورية، إذ يحدد الميثاق الاتجاهات المذهبية والمناهج السياسية التي يتعين على الدستور المحافظة عليها وتأطيرها بالشكل اللازم لحمايتها باعتباره القانون الأساسي للدولة، وهكذا فإن الميثاق الوطني قد شكل مصدراً من مصادر القانون الدستوري بشكل عام، أي مصدراً إنشائياً لأنه مثل المادة الأولية في صياغة الدستور، وهو كذلك مصدراً تفسيرياً بالنسبة له لأنه قد شكل الإطار المرجعي لأي تفسير دستوري، فالعلاقة بين الميثاق والدستور أشبه بعلاقة الجذع بالفرع، رغم أن هذه النتيجة العملية غير مؤسسة من الناحية النظرية بسبب رفض الاعتراف من قبل معظم الفقه الدستوري لأي معيار بالسمو على القاعدة الدستورية (أحسن، د.ت.).

وبذلك يمكن فرض القيود على سلطات صنع الدستور من خلال المبادئ المحددة مسبقاً، فضلاً عن ذلك قد قبلت السلطة المؤسسة الأصلية هذه القيود بإرادتها بدلاً من إلزامها بها.

الفرع الثاني: المبادئ الدستورية المتفق عليها مسبقاً

وهنا يتم توجيه عملية صنع الدستور بواسطة مبادئ محددة أو مفروضة أو متفق عليها مسبقاً أي بشكل سابق على إنشاء الدستور، ومثال على ذلك التوجيهات المقتضبة للحكام العسكريون في ألمانيا للمجلس البرلماني في عام ١٩٤٨م، التي وفرت المقاييس التي سهلت بشكل عاجل وضع القانون الأساسي (Heun, 2011).

وكذلك الحال من خلال التطور الدولي في ناميبيا، ففي عام ١٩٧٧م، بادرت مجموعة الاتصال الغربية (التي تضم الولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة، وكندا، وفرنسا، وألمانيا) بجهود دبلوماسية لحل مشكلة جنوب غرب أفريقيا. وفي عام ١٩٨٢م وبعد استشارة كل الأحزاب ذات العلاقة، قامت المجموعة بوضع قائمة من المبادئ لغرض وضع الدستور لناميبيا المستقلة، بحيث تكون هذه المبادئ موجهة أو مرشدة لعملية صنع الدستور ومنها: علو الدستور الجامد والقابل للتقاضي، وفصل السلطات، والانتخابات الديمقراطية النظامية والمتعددة الأحزاب، ووثيقة الحقوق، وعدم رجعية القوانين والمجالس المنتخبة للإدارات الإقليمية والمحلية. ولقد حصلت هذه المبادئ على الشرعية الدولية من خلال قبولها من قبل مجلس الأمن في الأمم المتحدة، بحيث إن الجمعية التأسيسية ملزمة بعملها هذه المبادئ (Horn, n.d.).

كما حدث ذلك أيضاً في اتحاد جنوب أفريقيا، عندما أشار دستورها المؤقت لسنة ١٩٩٤م على أن عملية وضع الدستور الدائم يجب أن تتم من خلال إطار ٣٤ مبدأً متفقاً عليه، حيث ضمنت هذه المبادئ للأحزاب السياسية بأن تلتزم فيما بينها برؤية واضحة لتوضيح اتجاه عملية وضع الدستور، ونظراً لذلك تم تحويل المحكمة الدستورية بمراجعة امثال مشروع الدستور لهذه المبادئ، ووفقاً لذلك لا يمكن إصدار الدستور دون تصديق المحكمة، وعند قيامها بمراجعة المشروع أعلنت المحكمة الدستورية بأنه على الرغم من إنشاء الدستور

المطلب الثاني: القانون الدولي (القانون فوق الوطني) ومحاوله إنشاء محكمة دستورية دولية

الفرع الأول: القانون الدولي (القانون فوق الوطني)

إذا كانت العديد من الدساتير تنص على علوية القانون الدولي العام على التشريعات العادية، فإنه من النادر جداً أن تنص الدساتير على علوية القانون الدولي على الدستور الوطني، فحتى إن وجدت بعض الأمثلة على ذلك فإنها غير واضحة بما فيه الكفاية، ففي بلجيكا على الرغم من عدم وجود نص صريح في الدستور البلجيكي، إلا أن المحكمة العليا البلجيكية قد قررت في ٢٧ مايو ١٩٧١ م بأنه: "عند حدوث تنازع بين قاعدة في القانون المحلي وقاعدة في القانون الدولي تملك الأثر المباشر في النظام القانوني المحلي، فإن القاعدة المنشأة بواسطة المعاهدة يجب أن تكون هي السائدة، وسموها ينبع من الطبيعة الحقيقية لقانون المعاهدة الدولية"، كما أكدت المحكمة العليا البلجيكية بشكل صريح في قرارها الصادر في ٩ نوفمبر ٢٠٠٤ م على علوية الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على الدستور البلجيكي (Peters, 2009).

ونصت المادة ٥٤ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ م على أن: "إذا صرح المجلس الدستوري، بناءً على إخطار من رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس أحد المجلسين أو ٦٠ نائباً أو ٦٠ عضواً في مجلس الشيوخ، أن تعهداً دولياً ما يتضمن بنداً مخالفاً للدستور فإنه لا يؤذن بالتصديق على هذا التعهد الدولي أو الموافقة عليه إلا بعد تعديل الدستور". فوفقاً لهذا النص إذا تم تعديل الدستور بما يتفق مع أحكام التعهد الدولي فإن ذلك يعني علوية المعاهدة على الدستور، أما إذا لم يتم تعديل الدستور فإن العلوية تكون لهذا الأخير، مما يعني أن علوية التعهد الدولي تكون مرهونة هنا بزيادة السلطة المؤسسة المشتقة أي سلطة التعديل.

كما تنص بعض الدساتير على علوية المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان على القوانين المحلية ومن ضمنها الدستور، ومثال على ذلك نص المادة ٢٠ من دستور رومانيا لعام

١٩٩١ م بأن: "(١) الأحكام الدستورية المتعلقة بحقوق وحرية المواطنين يجب أن تفسر وتطبق بما يتوافق مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواثيق والمعاهدات الأخرى التي تعد رومانيا طرفاً فيها. (٢) في حال التعارض بين القانون المحلي والالتزامات الدولية الناتجة عن المعاهدات والاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان الأساسية التي تكون رومانيا طرفاً فيها، فإن الأولوية تكون للالتزامات الدولية ما لم يتضمن الدستور والقوانين المحلية نصوصاً أكثر إيجابية". ويفهم من هذا النص أنه في حال التعارض بين الدستور والمعاهدات الدولية لحقوق الإنسان فإن الأولوية تكون للمعاهدة الدولية، مع ضرورة ملاحظة أن هذا النص يضع القاضي الدستوري أمام مسألتين عند حدوث التعارض: الأولى على القاضي الدستوري أن يفسر الدستور بما يتفق مع المعاهدة الدولية لحقوق الإنسان، والثانية إذا تعذر عليه هذا التفسير فإن عليه أن يطبق المعاهدة ويستبعد تطبيق الدستور ما لم يتضمن هذا الأخير نصوصاً أكثر إيجابية لحقوق الإنسان فإنه في هذه الحالة للقاضي أن يطبق الدستور ويستبعد تطبيق المعاهدة.

وينص الدستور التركي لعام ١٩٨٢ م في الفقرة الخامسة من المادة ٩٠ على: "وللاتفاقيات الدولية التي أنفذت على نحو سليم قوة القانون، ولا يجوز الطعن عليها أمام المحكمة الدستورية بدعوى عدم الدستورية. وفي حال التعارض بين الاتفاقيات الدولية التي أنفذت على نحو سليم والقوانين فيما يتعلق بالحقوق والحرية الأساسية... تكون الغلبة لأحكام الاتفاقيات الدولية". فمصطلح "القوانين" يمكن تفسيره بأنه يشمل الدستور أيضاً.

ويصرح الدستور السويسري لعام ١٩٩٩ م بشكل قاطع على أنه لا ينبغي للمراجعة الشاملة أو الجزئية للدستور أن تنتهك النصوص الملزمة في القانون الدولي^(٧).

(٧) ينظر المادتين ١٩٣ و ١٩٤ من الدستور السويسري لعام ١٩٩٩ م:

https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014.pdf?lang=ar

وعلى الرغم من ندرة النصوص المتعلقة بعلوية القانون الدولي على الدستور الوطني، فإن القواعد الدولية أو فوق الوطنية، التي تشكل مبدأً فوق الدستورية الخارجية، تؤثر في فهمنا حول السلطة المؤسسة الأصلية كسلطة مقيدة.

فقد ذهب البعض بأن السلطة المؤسسة مقيدة موضوعياً بواسطة القانون الدولي، كما ذهب البعض الآخر بأن القانون الدولي لحقوق الإنسان والقواعد الأمرة التي تسمى Jus Cogens^(٨) تجهز قيوداً جديدة على السلطة المؤسسة. فضلاً عن ظهور قواعد قانونية دولية تخاطب قضايا معينة مثل التحولات الدستورية، بالإضافة إلى التطور الدولي لمبادئ الحكم الدستوري الصالح (Alam, 2014) Good Constitutional Governance.

ولقد لخص الفقيه Larry Backer فكرة علوية القانون الدولي بقوله: "يفرض المذهب الدستوري فوق الوطني قيوداً على صنع الدستور الوطني على أساس تطور مجموعة من القواعد العالمية الأساسية المشتقة من مفاهيم الحقوق الأساسية التي تم الاتفاق عليها بين الأمم، بحيث لا يمكن لأي دولة أن تتسحب من جانب واحد من هذا النظام مهما كانت نظرتها على العلاقة بين نظامها الدستوري الداخلي والنظام القانوني العالمي" (Backer, 2007).

وهذا يعني وجود قيود فوق الدستورية (أي القانون الدولي العام) على السلطة المؤسسة سواء كانت هذه السلطة أصلية أو مشتقة، بحيث يجب على الدولة أن تطيع التزاماتها

وفي ٢٢ أبريل ٢٠١٥م قامت الغرفة الدستورية في المحكمة العليا لهندوراس بتطبيق علوية القانون الدولي على الدستور الوطني بطريقة منحرفة، حيث أصدرت الغرفة الدستورية قراراً يقضي بعدم دستورية نصوص معينة من الدستور المتعلقة بعدم جواز إعادة انتخاب الرئيس لأكثر من ولاية واحدة مع حظر تعديلها مقررته بأنه لا يمكن تطبيقها، إذ قررت بأن تلك النصوص تقيّد وتنتهك حرية التعبير والحقوق السياسية للناخبين والمرشحين الموجودة في المعايير الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان، ويمكن القول أن الغرفة الدستورية للمحكمة العليا قد انحرفت في هذا المجال لأسباب عديدة أبرزها بأن قيد المدة الرئاسية بولاية واحدة مع حظر تعديله لا يشكلان تهديداً أو انتهاكاً للمبادئ الديمقراطية لأن تقييد الرئيس بولاية واحدة أو بوليتين كحد أقصى يساعد على تعزيز مبادئ الديمقراطية ولاسيما مبدأ تداول السلطة فضلاً عن ذلك أن المحكمة العليا لم تثبت بشكل صحيح علوية القانون الدولي على دستور هندوراس لأن الدستور لا يحتوي على نصوص صريحة أو قاطعة لهذه العلوية فضلاً عن أنه لا يخول المحكمة العليا بالامتناع عن تطبيق نصوص الدستور في حالة تعارضها مع القانون الدولي، فكل ذلك يثبت بأن قرار الغرفة الدستورية للمحكمة العليا لهندوراس ساعد على تقويض الديمقراطية لخلق الفرصة لتأييد الرئيس في المنصب مما يشكل مذهباً دستورياً منحرفاً من خلال القضاء (Landau, 2015).

وبنفس الطريقة المنحرفة قامت المحكمة الدستورية في بوليفيا في ٢٨ نوفمبر ٢٠١٧م بإصدار قرار بالإجماع بأن القواعد الدستورية والقانونية التي تقيّد إعادة انتخاب الرئيس والسلطات المنتخبة الأخرى تنتهك الحقوق السياسية الدستورية، مستندة في ذلك على علوية الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان (Verdugo, 2017).

(٨) إن القواعد الأمرة التي تسمى باللاتينية Jus Cogens – Lus Cogens هي مبادئ أساسية من مبادئ القانون الدولي التي قبلها المجتمع الدولي لتأسيس قاعدة أو أرضية لا يمكن للدول خرقها، حيث أقر المجتمع الدولي عدداً من المبادئ على أساس أنها شاملة، ويتعلق الأمر هنا بالمعايير الإجبارية للقواعد الأمرة التي تمنع خاصة أفعال الاعتداء، وتمنع العبودية وتجارة الرقيق وتحظر الإبادة الجماعية والفرصنة والفصل العنصري والتعذيب وكذلك إعلانات الدخول في الحروب أو المعاهدات التي تهدف إلى المس بالحريات الأساسية للأشخاص:

الوطنية، وهذا يعني أيضاً أن الدولة العضو في الاتحاد يمكن أن تتمسك بالهوية الدستورية الوطنية في مواجهة تطبيق علوية قانون الاتحاد الأوروبي، ولهذا السبب أكدت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي في العديد من القضايا بأن حكمها ملزم للمحاكم الوطنية فيما يتعلق بتفسير ومشروعية أعمال مؤسسات الاتحاد الأوروبي (Halmai, n.d.).

وبشكل مشابه، على المستوى فوق الوطني، أقامت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في بعض القضايا سلطتها في مراقبة النصوص الدستورية وليس التشريعات العادية فحسب، لتقييم توافقها مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ففي قضية *Alajos Kiss v. Hungary* لعام ٢٠١٠م انتقدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان نص المادة ٧٠ الفقرة (٥) من الدستور الهنغاري لحرمانها بشكل تمييزي الأشخاص الواقعين تحت الوصاية الكلية أو الجزئية من الحق في التصويت^(١٠). فضلاً عن ذلك قررت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* لعام ٢٠٠٩م بأن النص الدستوري الذي يقيد الحق في الترشيح في الانتخابات البرلمانية والرئاسية بالشعب الذي يعود إلى البوسنيين والصرب والكرواتيين فقط هو تمييزي، فاستبعاده للمرشحين من أصل يهودي أو روماني يشكل انتهاكاً للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(١١).

والمثال الآخر هو قرار مجلس الأمن في الأمم المتحدة رقم (٥٥٤) لعام ١٩٨٤م المتعلق بدستور جنوب أفريقيا لعام ١٩٨٣م الذي ينص على التمييز العنصري، حيث أعلن مجلس الأمن الدولي بأن هذا الدستور باطل وملغي لتعارضه مع مبادئ ميثاق الأمم المتحدة وبشكل رئيسي المساواة العنصرية^(١٢). ويمكن اعتبار هذا القرار بمثابة تغيير لأدوار الدساتير الوطنية طالما لا يمكن أن نعتبرها أدوات محلية

الدولية بغض النظر عن قوانينها المحلية المتعارضة معها، وهذا ما بينته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩م^(١٣) حيث نصت المادة ٢٧ على أنه: "لا يجوز لطرف في معاهدة أن يحتج بنصوص قانونه الداخلي كمبرر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة"، فعبارة "القانون الداخلي" تشمل جميع القوانين ومن ضمنها الدستور، وهذا ما أكدته قرارات المحاكم الدولية، ففي عام ١٨٧٥م في قضية *Montijo* أعلن المحكم الدولي بأن: "المعاهدة تعلق على الدستور... وأن تشريع الجمهورية يجب تكيفه مع المعاهدة، وليس المعاهدة مع التشريع"، كما بينت محكمة العدل الدولية الدائمة في قرارها الصادر ١٩٣٢م بأنه لا يمكن للدولة أن تحتج بدستورها ضد أية دولة أخرى لغرض التهرب من التزاماتها وفقاً للقانون الدولي أو المعاهدات الدولية، فضلاً عن ذلك أكدت محكمة العدل الأوروبية في عام ١٩٧٠م علوية قانون المجموعة الأوروبية على دساتير الدول الأعضاء (Peters, 2009). كما بينت محكمة العدل الأوروبية بأنه في حالة تعارض القواعد الدستورية الوطنية مع التشريع الأوروبي فإنها يجب أن تكون غير قابلة للتطبيق، وهذا يعني أن قانون الاتحاد الأوروبي تكون له الأولوية دائماً على القانون الدستوري الوطني، لكن قانون الاتحاد الأوروبي يجب أن يحترم الهويات الوطنية للدول الأعضاء وفقاً للمادة ٤ الفقرة (٢) من معاهدة الاتحاد الأوروبي، ولهذا اتجهت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي إلى أن قوانين الاتحاد الأوروبي يجب أن تفسر بشكل ضيق لكي تكون قابلة للتطبيق فقط عندما تنطوي القضية على تهديد حقيقي وخطير بما فيه الكفاية على المصلحة الأساسية للمجتمع، فضلاً عن ذلك سمحت المحاكم الدستورية الوطنية في أوروبا بشكل عام بعلوية قانون الاتحاد الأوروبي على القوانين الوطنية وعلى رأسها الدستور بشرط أن لا يمس بجوهر الدستور الوطني أي المسائل المتعلقة بالهوية الدستورية

(10) <https://www.google.ae/#q=alajos+kiss+v+hungary>

(11) https://en.wikipedia.org/wiki/Sejdić_and_Finci_v._Bosnia_and_Herzegovina

(12) <http://www.refworld.org/docid/3b00f16430.html>

(9) <https://elearn.univ-ouargla.dz/2013-2014/courses/11/document/5ConventiondeViennesurldroitdestraites1969.pdf?cidReq=11>

تمنح اختصاصاً بنظر الطعون المقدمة من قبل المنظمات الدولية والمحلية والحركات والأحزاب السياسية التي تتصدى للدساتير والقوانين التي تتعارض مع القانون الدولي، فعلى الرغم من اعتراف الدول بميثاق الأمم المتحدة والاتفاقيات والمعاهدات الدولية إلا أن المرزوقي أكد بأن آلية تنفيذها ناقصة مما يؤثر على فعالية هذه المواثيق، والمحاولة الأخيرة للمرزوقي قبل انتهاء فترة ولايته كانت تتمثل بعقد مؤتمر دولي بعنوان "المحكمة الدستورية الدولية ومتطلبات الاستمرارية" حيث طلب كل المشاركون دعماً عالمياً لمقترح المحكمة الدستورية الدولية والمصادقة على الاستحداث الرسمي للمشروع في نهاية المؤتمر. ويمكن القول إن هذا المشروع يقوم على فكرة مركزية تتمثل بوجود مبدأ ديمقراطي يتمحور حوله القانون الدستوري الدولي، مقتضاه أن الوصول إلى السلطة ينبغي أن يكون بطريقة سلمية تحترم إرادة الشعب، أي عبر انتخابات حرة ونزيهة وشفافة ودورية وعادلة، بحيث تكون إرادة الشعب وحدها مصدر السلطة، وأن ممارسة السلطة ينبغي أن تتم بشكل يحترم حقوق الإنسان ومبدأ التداول السلمي على السلطة، فضلاً عن إمكانية تحويل المحكمة صلاحية كبح انحرافات السلطة بشكل عام والسلطة التأسيسية (أي المؤسسة) بشكل خاص، من خلال إبطال دساتير معينة أو مواثيق غير مشروعة لتعارضها مع القانون الدستوري الدولي (الورفلي، ٢٠١٥م) (Nasrawin, 2016)^(١٤).

(١٤) ومن الجدير بالملاحظة أن مسودة القانون الأساسي لمقترح المحكمة الدستورية الدولية تنص على أن عدد قضاة المحكمة ٢١ قاضياً، حيث إن كل دولة عضو في الأمم المتحدة تسمي مرشحاً واحداً، وبعد ذلك تقوم اللجنة، التي تتكون من قضاة محكمة العدل الدولية وقضاة المحكمة الجنائية الدولية وأعضاء لجنة القانون الدولي، باختيار ٤٢ اسماً من قائمة المرشحين على أساس النزاهة والتخصص والخبرة، وفي النهاية تقوم الجمعية العامة للأمم المتحدة بانتخاب ٢١ قاضياً من قائمة المرشحين ليعملوا كقضاة في المحكمة الدستورية الدولية: أحمد الورفلي، مشروع المحكمة =

خالصة للحكومة والشعب الذي يمارس الحق في تقرير المصير الوطني دون الأخذ بنظر الاعتبار لمحيطها العالمي أو الإقليمي. لذلك من الممكن أن نشق قيوداً معينة على السلطة المؤسسة الأصلية من القواعد الدولية أو فوق الوطنية، وأن هذه القيود يمكن أن تزيد من عمليات صنع الدستور بحيث تصبح عملية دولية شاملة للفاعلين الدوليين.

ومع ذلك نلاحظ أنه توجد مشكلة رئيسية متعلقة بهذه القيود وهي قابليتها للتنفيذ، فعلى الرغم من إعلان مجلس الأمن بأن دستور جنوب أفريقيا لعام ١٩٨٣م باطل وملغي، إلا أن هذا الدستور استمر في النفاذ لمدة ١٠ سنوات إلى أن تم استبداله بالدستور المؤقت لعام ١٩٩٤م^(١٥).

الفرع الثاني: محاولة انشاء محكمة دستورية دولية

وأمام صعوبة تنفيذ القيود الدولية على دول العالم اتجهت الأنظار إلى ضرورة إنشاء محكمة دستورية دولية، وكانت البذرة الأولى لهذه الفكرة عام ١٩٩٩م عندما كتب المعارض التونسي محمد المنصف المرزوقي في جريدة فرنسية قائلاً بأن العالم الحديث يحتاج إلى محكمة دستورية دولية تستأصل شأفة السلطوية والشمولية بأن تحكم بعدم مشروعية انتخابات مزورة وتتصدى لكل الأساليب غير المشروعة للوصول إلى السلطة وخاصة منها الانقلابات، كما كرر المرزوقي فكرة إنشاء المحكمة الدستورية الدولية عندما انتخب رئيساً مؤقتاً لتونس مؤكداً على ضرورة إنشاء هذه المحكمة بوصفها هيئة قضائية دولية مستقلة تقوم بدور رئيسي في حماية مبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان، فضلاً عن ذلك في عام ٢٠١١م شكل المرزوقي لجنة من الخبراء الدستوريين لغرض تطوير المفهوم العام للمحكمة وصياغة قانونها الأساسي، وكرر المرزوقي فكرة إنشاء هذه المحكمة في حديثه أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة في سبتمبر ٢٠١٢م مبيناً بأنها ينبغي أن

والأحزاب السياسية، والجمعيات الوطنية، واتحادات التجارة، فأى طرف من هذه الأطراف قادر على تقديم أي نص (نهائي أو مسودة) يتعلق بالديمقراطية وحقوق الإنسان أمام المحكمة لتبين رأيها فيما إذا كان النص يتطابق مع قواعد ومبادئ القانون الدستوري الدولي المتعلقة بالديمقراطية وحقوق الإنسان، كما يمكن للأفراد والمنظمات الدولية العالمية والإقليمية والمنظمات غير الحكومية أن يطالبوا المحكمة بإبداء الرأي حول الانتهاكات الخطيرة للمبادئ والشروط الديمقراطية للانتخابات، فضلاً عن ذلك يمكن للمحكمة أن تبدي التوصيات حول الطبيعة القانونية لاحترام مبادئ الحكم الصالح في النظم السياسية المختلفة، بالإضافة إلى ذلك يمكن للمحكمة أن تبدي آرائها الاستشارية على مسودات القوانين المتعلقة بالديمقراطية وحقوق الإنسان بناءً على طلب من الحكومات أو الهيئات العامة للمنظمات غير الحكومية، أو الأحزاب السياسية، أو الجمعيات الوطنية والمنظمات المهنية، بحيث تبين المحكمة ما مدى توافق النص القانوني أو مسودة القانون مع قواعد الديمقراطية وحقوق الإنسان، فالمحكمة تملك السلطة باقتراح تعديل النص القانوني أو المسودة القانونية أو الاعتراض عليها (Nasrawin, 2016).

أما فيما يتعلق بالوظيفة القضائية للمحكمة الدستورية الدولية، فإنها يمكن أن تضع القرارات حول الادعاءات الخطيرة ذات الصلة بمبادئ الديمقراطية وسلوك الانتخابات الحرة والعادلة وذلك بعد استنفاد كافة المعالجات الداخلية، كالنظر بقضايا الانتخابات والاستفتاءات المزورة، لذلك فإن كل الأفراد، والأحزاب السياسية، والجمعيات المهنية، والمنظمات غير الحكومية تملك الحق بتقديم الطعون والدعاوى أمام المحكمة بعدم مشروعية أية انتخابات وطنية، أو بعدم مشروعية أي قرار حكومي صادر، بحيث تملك المحكمة الاختصاص بالحكم إلى أي مدى تلك الأعمال والوقائع تمثل لقواعد ومبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان، وقرار المحكمة يعد نهائياً وملزماً

وبذلك يتضح بأن دور المحكمة الدستورية الدولية يتمثل، حسب ما يتضح من الوثائق الأساسية المقترحة، في مراقبة مدى تقييد الدول بالقانون الدستوري الدولي، إلا أن مفهوم هذا القانون هو مفهوم جديد ومستحدث يندرج في سياق تطور المعايير والمرجعيات عبر الوطنية أو فوق الوطنية في مختلف مواد القانون، وأن مفهوم هذا القانون ينطلق من ثلاثة معطيات رئيسية: أولاً: وجود جملة من المبادئ التي تتكرر وتتطابق في جميع دساتير العالم تقريباً، وثانياً: وجود جملة من النصوص الدولية كالاتفاقيات الدولية والعهود والمواثيق، وثالثاً: إن بناء القانون الدستوري الدولي غير مكتمل ولا يوجد نص واحد يمكن اعتباره النص المرجعي في هذا المجال، فينبغي أن توجد سلطة أخرى منشئة للقواعد الملزمة، تتولى استكمال بناء هذا الصرح القانوني الضروري، ألا وهي المحكمة الدستورية الدولية التي تعد ضرورية لضمان فاعلية القانون الدستوري الدولي بسد ثغراته وتحويل عمومياته إلى آليات وقواعد دقيقة يمكن عبرها تحقيق حماية فعالية لمبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان (الورفلي، ٢٠١٥م).

وتقوم المحكمة الدستورية الدولية، وفقاً لقانونها المقترح، بوظيفة مزدوجة استشارية وقضائية، وذلك بتطبيق قواعد ومبادئ القانون الدستوري الدولي المتعلقة بالديمقراطية وحقوق الإنسان، ففياً يتعلق بالوظيفة الاستشارية للمحكمة فإنه يمكن الاتصال بها من قبل الأطراف المعنية بشأن تطور وضع يتعارض مع المبادئ الديمقراطية، وهذه الأطراف هي الحكومات، والمنظمات الدولية، والمنظمات غير الحكومية،

= الدستورية الدولية كآلية بديلة لتعزيز حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، منشور ضمن الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري، تونس، (٢٠١٥-٢٠١٦م)، ص ٩٨.

Laith K. Nasrawin, Towards the Establishment of an International Constitutional Court, *ICL Journal*, Vol. 10, (4/2016), pp. 386-388.
https://www.researchgate.net/publication/303812874_Towards_the_Establishment_of_an_International_Constitutional_Court (last visited: 14/3/2019).

الحال على هذا النحو في الوقت الحاضر بحيث أصبحت مبادئ الحقوق والحريات موجهة لجميع الدول في تأسيس دساتيرها. كما ينبغي ملاحظة بأنه يوجد فرق بين الدستور Constitution والدستورية Constitutionalism، إذ يرتبط الدستور حتمياً بوجود الدولة، فلكل دولة دستور بغض النظر عن طبيعة نظام الحكم فيها والفلسفة التي تعتنقها، حيث لا يمكن تصور وجود دولة دون أن يكون فيها دستور ينظم المسائل الأساسية المتعلقة بالسلطة السياسية وحقوق الإنسان، إلا أن ذلك لا يعني بوجود ترابط حتمي بين دستور الدولة والدولة الدستورية، وبعبارة أخرى ليس كل دولة لديها دستور تعد دولة دستورية (المظفر، ١٩٩٢م).

ووفقاً لرأي الفقيه جورج بوردو G. Burdeau بأنه إذا كان لكل دولة دستور مهما كان نظام الحكم فيها أي حتى إذا كان النظام مطلقاً أو دكتاتورياً، فإن الدولة الدستورية هي التي تقيّد السلطة لمصلحة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، فالدولة الدستورية هي التي تربط حمايتها بالديمقراطية الدستورية إذ تسود السلطة المقيدة لا السلطة المطلقة، وبعبارة أخرى الدولة التي يسود فيها النظام الدستوري الذي يقيد الحكام ويضمن حقوق المحكومين (خليل، ١٩٨٧م).

فالدستور ينبغي أن يكون وسيلة لتحقيق غاية معينة وهي الدستورية من خلال تحديد سلطات الحكام وضمان حقوق المحكومين، فالمسألة الرئيسية التي ينبغي أن تتجسد من خلال الدستور هي تأليف حكومة دستورية وإيجاد وسيلة أو طريقة حقيقية لتقييد سلطات الدولة وجعلها خاضعة للقانون في ظل آليات تكفل تنفيذ ذلك (بكري، ١٩٥٤م).

أما إذا كان دستور الدولة لا يعكس لنا مذهباً دستورياً أو دولة مقيدة بمبادئ النظام الدستوري الديمقراطي، فإن هذا الدستور سيكون بلا شك مجرد تنظيم لفرضه على المجتمع بالصورة أو الأسلوب الذي تراه السلطة محققاً للنظام والأهداف التي تقرها الدولة بنفسها (جمال الدين، ٢٠٠٥م).

للدول ذات العلاقة، فضلاً عن ذلك تم اقتراح أن يكون للمحكمة اختصاصاً في مراقبة الدساتير والقوانين التي يطلب الشعب مراقبتها، بالإضافة إلى اختصاصها الاستثنائي للحكم بعدم مشروعية الانتخابات فإن لها أن تعلن بأن النظام الحاكم الناتج عن مثل هذه الانتخابات هو غير شرعي أمام الأمم المتحدة (Nasrawin, 2016).

وهناك من يرى بأنه عندما تتدخل المحكمة الدستورية الدولية بوصفها هيئة استشارية فإنه يمكن أن تكون لآرائها فاعلية تتجاوز حتى فاعلية أحكامها القضائية، باعتبار أنه من الناحيتين الموضوعية والمنطقية لا يمكن تصور أن الدولة التي تلجأ إلى هذه المحكمة لاستصدار رأي استشاري عنها ستقوم بمخالفتها، فقيام المحكمة بدور استشاري من شأنه أن يكسبها مهابة كبيرة في نظر الدول، بل إن مجرد الرجوع إليها لطلب رأيها الاستشاري، في حد ذاته، دليل على ما ستتمتع به من المكانة والخطوة في العالم. كما أن المحكمة الدستورية الدولية ليست مجرد محكمة لحقوق الإنسان فحسب وذلك لأن مناهج نظرها يتجاوز حقوق الإنسان ليشمل ما يتصل بكيفية الوصول إلى السلطة من ناحية أولى، ومن ناحية ثانية فهي لا تنظر في الانتهاكات الفردية لحقوق الإنسان، بل تعالج هذه الانتهاكات من حيث مدى تأثيرها على مشروعية النظام السياسي (الورفي، ٢٠١٥م).

المطلب الثالث: المبادئ الأساسية للدستورية والقيود اللازمة لمفهوم السلطة المؤسسة الأصلية والأيدولوجية السائدة في المجتمع
الفرع الأول: المبادئ الأساسية للدستورية

في القرن الثامن عشر كان الهدف السياسي المهم خلف صنع الدستور هو الحرية، فالدستورية كحركة كانت موجهة ضد الملكيات المطلقة وقيودها الظالمة على الحريات الفردية، كما أن الدكتاتورية الشمولية جعلت عملية إنشاء الدساتير بعد الحرب العالمية الثانية تضع الحرية كهدف رئيسي لها، واستمر

المؤسسة يجب أن تتسم بالتداول والشمول والمشاركة والمحافظة على الحقوق والحريات.

فإذا ما قام الشعب بممارسة السلطة المؤسسة الأصلية أو المشتقة فهل هذا يعني أنه يمتلك الحرية المطلقة في تحطيم النظام الديمقراطي أو مبادئه الأساسية؟

لقد أكد الفقيه Walter Murphy بأنه توجد قيوداً معينة على السلطة المؤسسة للشعب ككل، مؤسساً حجته على اعتراض الفقيه جون ستوارت ميل John Stewart Mill على حق الشخص في أن يبيع نفسه كرقيق، وهكذا حتى لو اتفق الشعب بشكل كامل على تحطيم النظام الديمقراطي واستبداله بنظام جديد ينكر القيم الأساسية للديمقراطية، فإن ذلك محظور لغرض حماية أنفسهم والأجيال المستقبلية (Murphy, 2007). وبذلك يمكن القول إن هذا الاتجاه يذهب إلى أن الديمقراطية وحقوق وحريات الإنسان أصبحت في الوقت الحاضر من القيم العالمية بحيث تستحق أن تكون من المبادئ الخالدة، وهذا يعني أنه لكي تكون ممارسة السلطة المؤسسة الأصلية شرعية فإنها يجب أن تحافظ على أساس وجودها باحترام وحماية مبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان، فممارسة السلطة المؤسسة يجب أن تتفق مع الفكرة التي مفادها أن الشعب يمنح الدستور لنفسه.

الفرع الثالث: الأيديولوجية السائدة في المجتمع

يذهب جانب من الفقه الدستوري إلى التسليم بأن الفكرة القانونية السائدة في المجتمع (أي الأيديولوجية السائدة فيه) تعلق على الدستور، فالدساتير التي استهدفت منها أساساً تجسيد أيديولوجية معينة في مجتمع سياسي فيه تمييز بين السلطة المؤسسة والسلطة المؤسسة إنما تستمد علوها من مضمونها الأيديولوجي، وينتج عن ذلك أن الدستور حين يجسد هذه الأيديولوجية (أي عندما يكون معبراً عن تعبيراً حقيقياً عن الإرادة العامة للشعب) فإنه لا يمكن أن يعلو على هذه الأيديولوجية بل يكون معلوماً بها بالقدر الذي يعبر فيه عنها.

وبذلك يمكن القول إن الدستورية تركز على العديد من المبادئ مثل الاعتراف بالشعب كمصدر للسلطة الحكومية، وعلو الدستور والرقابة القضائية على دستورية القوانين، والتقييد الدستوري لسلطات الحكومة، والخضوع لحكم القانون، وتداول السلطة، ومبدأ الفصل بين السلطات، واحترام الحقوق والحريات الأساسية، بحيث يمكن القول إن هذه المبادئ أصبحت معايير عالمية التي يكون لها الأثر القوي على شرعية الدستور، وهذا ما أكدته إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩م بأن: "كل مجتمع لا تكون فيه الحقوق مضمونة، ولا الفصل بين السلطات قائماً فيه هو مجتمع لا دستور له قط"^(١٥). وهكذا لكي تكون ممارسة السلطة المؤسسة شرعية يجب أن تضمن هذه المبادئ الأساسية التي تشكل قيوداً تفرض على السلطة المؤسسة الأصلية من غرضها الحقيقي، إلا أن المشكلة الأساسية المتعلقة بذلك هي صعوبة وجود توافق عالمي على معنى الدستورية ومبادئها وطبيعتها وأغراضها مما يشكل لنا أزمة عظمى في فرض القيود المحددة على سلطة صنع الدستور.

الفرع الثاني: القيود الملازمة لمفهوم السلطة المؤسسة الأصلية

ويمكن القول إن أساس نظرية السلطة المؤسسة يكمن في الصوت الجماعي للشعب، فالسلطة المؤسسة الأصلية هي سلطة الشعب لإنشاء أو إعادة إنشاء النظام الدستوري، فمفهوم السلطة المؤسسة الديمقراطية يعني أنها يجب أن تلتزم بالسيادة الشعبية. كما تمارس السلطة المؤسسة بأشكال متعددة كالجمعية الدستورية الخاصة والاستفتاء الدستوري، وبشرط أن تنفصل السلطة المؤسسة عن الوظائف العامة الأخرى، وتمارس وظيفتها من خلال استبدال الثورة بالوسائل السلمية التي تتضمن المداولة وحرية الاختيار بواسطة أعضاء المجتمع، وهذا يعني أن ممارسة السلطة

(١٥) المادة ١٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩م.

بحجة تطورها واقعيًا يعني التسليم بالفكرة التي مفادها أن القوانين العادية يمكن أن تعدل القوانين الدستورية الجامدة والسامية إذا ما تخلفت أو أبطأت هذه الأخيرة عن مواكبة التطور الأيديولوجي الحاصل في المجتمع، مما لا يمكن التسليم به مطلقاً في ظل الدولة الدستورية التي يعلو الدستور الجامد فيها على القوانين العادية من الناحيتين الشكلية والموضوعية، فضلاً عن ذلك لا يمكن للقاضي الدستوري أن يراقب هذه القوانين لأن ذلك يزعج به في إطار رقابة الملاءمة التي تخرج عن نطاق اختصاصه، وهذا ما يؤدي بنا إلى حلقة مفرغة ومعقدة، فكيف يمكن مراقبة علاقة القانون بالدستور في ضوء الأيديولوجية السائدة في المجتمع السياسي؟ أو ما هي الآلية التي يناط بها للحكم على الدستور الجامد الذي قد يعجز عن مواكبة تطور الأيديولوجية أو الفكرة السائدة في المجتمع؟ وما هي قيمة القانون الذي يدعي أنه يجسد أيديولوجية أو فكرة جديدة تبلورت لدى أفراد المجتمع وفي الوقت ذاته يخالف أيديولوجية أو فكرة قديمة لا تزال عالقة بنصوص الدستور ولم تعدل بعد من قبل سلطة التعديل؟

ومع ذلك يمكن وضع آلية للتغلب على هذه المشكلة إذا ما أخذت الدولة بنظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين أي قبل إصدارها، فبحكم الفهم النسبي لعلو الدستور فإن الأيديولوجية التي يتضمنها مشروع القانون غير المطابق للدستور هي التي يجب أن تأخذ طريقها إلى الدستور إذا كانت معبرة عن الأيديولوجية السائدة في المجتمع ليكون الدستور بدوره أكثر تجسيدا لهذه الأيديولوجية وليكون له بالنتيجة قدر أكبر من العلو فتصبح مهمة الرقابة على دستورية القوانين ليست مجرد إخضاع القانون للدستور إخضاعاً جامداً بل تحقيق المطابقة بينهما في ظل الأيديولوجية السائدة في المجتمع حتى لو أدى الأمر إلى تعديل الدستور من قبل سلطة التعديل، إذ تقوم الهيئة الرقابية بتحليل المطابقة بين الدستور والقانون المزمع إصداره في ضوء الأيديولوجية السائدة في المجتمع، فإذا وجدت أن النص القانوني

بحيث إنه يفقد علوه أو بمعنى أدق لا يكون له أي علو إذا ما جسد أيديولوجية لا تعبر عن الإرادة العامة أو إذا ما كانت الأيديولوجية السائدة في المجتمع غير محددة فيه، فضلاً عن ذلك فإن الدستور يتصف بقدر من الجمود مقابل مرونة الأيديولوجية وديناميكيته مما يؤدي غالباً إلى أن يصبح هذا الدستور متخلفاً في بعض مضامينه عن التطور الأيديولوجي فيفقد بالتالي قدراً من علوه وصفته الأمرة ويكون قابلاً للخرق حتى يتم تعديله بما يتفق والتطور الأيديولوجي الحاصل في المجتمع (أسعد، ١٩٨٠م؛ المرجمي، ١٩٩٠م).

ومع ذلك يذهب البعض الآخر إلى أن التسليم بهذه العلوية يؤدي إلى نتيجة غريبة أو غير مقبولة مفادها أنه عندما يكون احتمال مخالفة القانون للدستور كاحتمال مخالفة الدستور للأيديولوجية السائدة في المجتمع فعليه يجب تحديد علاقة القانون بالدستور على أساس الأيديولوجية السائدة في المجتمع السياسي وهذا يعني أن هيئة الرقابة يجب أن تستند على هذه الأيديولوجية فتراقب القوانين في موافقتها للأيديولوجية التي يتضمنها الدستور، وتراقب الدستور في مواكبته لتغيرات الأيديولوجية السائدة، فيكون دور الرقابة هنا مضاعفاً، وهذا ما يؤدي إلى وجوب موافقة القوانين دستورية كانت أم عادية للأيديولوجية السائدة، وهذا ما يخرج عن اختصاص هيئة الرقابة التي تراقب دستورية القوانين فقط دون ملاءمة القوانين أو الدساتير للأيديولوجية السائدة في المجتمع السياسي (مرزة، ٢٠٠٤م).

لكن إذا تم التسليم بعلوية الأيديولوجية على الدستور، فهل هذا يعني أن على القاضي الدستوري أن يتمتع عن التدخل في مراقبة القوانين العادية التي تخرق الأيديولوجية التي يتضمنها الدستور (في حالة عدم تعديله) بحجة أنها معبرة عن التطور الأيديولوجي الحاصل في المجتمع أكثر من الدستور؟ يمكن القول إن إطلاق يد السلطة التشريعية بخرق الأيديولوجية أو الفكرة القانونية التي يتضمنها الدستور

أكثر اقتراباً من هذه الأيديولوجية بالرغم من عدم تطابقه مع الدستور فإن ما ينبغي فعله ليس منع إصدار القانون بل تعديل الدستور ليطبق الأيديولوجية التي يتضمنها القانون على شرط أن يجري هذا التعديل قبل إصدار القانون منعاً للتعارض بينها الذي يسيء إلى وحدة النظام القانوني في الدولة، مع ضرورة ملاحظة أن الدور الذي تقوم به هيئة الرقابة في هذه الحالة لا يكون دوراً حاسماً أو إلزامياً للحكام بل يكون دوراً استشارياً بإبداء التوصية فيما إذا كان يستحسن منع إصدار القانون عندما لا تجد فيه ما يعكس تطوراً أيديولوجياً معيناً، أو فيما إذا يستحسن إصدار القانون عندما تجد فيه أيديولوجية أو فكرة متجددة ومتطورة ومتبلورة في المجتمع وذلك بعد تعديل الدستور من قبل سلطة التعديل، فهذا الفهم يعطي للرقابة دوراً إيجابياً وواقعياً في آن واحد دون أن تكون الرقابة سبباً للمواجهة بين الدستور والقانون وسبباً في إقامة نزاع غير متكافئ بين الهيئة الرقابية والسلطات السياسية الذي قد يؤدي إلى إسقاط دورها الحقيقي في النظام الدستوري (أسعد، ١٩٨٠م).

الخاتمة

أولاً: النتائج

- ١- إن المفهوم التقليدي للسلطة المؤسسة الأصلية المطلقة هو مفهوم خاطئ، فعلى الرغم من أن هذه السلطة تقع خارج النظام القانوني إلا أننا لا يمكن أن نعتبرها غير مقيدة، فالقاعدة السائدة هي أنه حيث توجد السلطة توجد المسؤولية، وما دامت هذه السلطة تقوم بوظيفة وضع الدستور لذا لا بد من اعتبارها سلطة مقيدة، لا بل حتى المفهوم التقليدي لهذه السلطة يجعلها خاضعة لرقابة الشعب إما من خلال الاستفتاء الدستوري أو من خلال الرأي العام.
- ٢- يذهب بعض الفقه الدستوري الغربي بأن السلطة المؤسسة الأصلية مقيدة بقواعد القانون الدولي ومبادئ

- ٣- الدستورية والقيود الملازمة لطبيعتها والأيديولوجية السائدة في المجتمع، فعلى الرغم من التوصل بأنه يمكن تقييد السلطة المؤسسة الأصلية، إلا أن المشكلة تقع في كيفية تنفيذ هذه القيود في الممارسة العملية. فحتى لو تم التسليم في العديد من الدول بوجود رقابة قضائية على التعديلات الدستورية، إلا أنه من الصعب أن تقبل الدول بوجود رقابة قضائية على النص الدستوري الأصلي لأنها تشكل في هذه الحالة مظهراً قوياً من مظاهر حكومة القضاة طالما أنها تسمح بأن يحل القاضي الدستوري الوطني إرادته محل إرادة السلطة المؤسسة الأصلية. فحتى لو حصلت هذه الرقابة في حالات نادرة، فإنها تمثل مظهراً سلبياً ومنحرفاً لتدخل القضاء كما هو الحال في هندوراس وبوليفيا، أو مظهراً إيجابياً لتدخل كما هو الحال في الرقابة السابقة على مشروع الدستور من قبل المحكمة الدستورية في جنوب أفريقيا.
- ٤- على الرغم من طرح فكرة علو القانون الدولي العام على الدساتير الوطنية، إلا أنه لا يوجد دستور يصرح بشكل قاطع بهذه العلوية، فحتى لو قبلت بعض الدول كدول الاتحاد الأوروبي بعلو قانون الاتحاد على دساتير الدول فإن ذلك يعد مشروطاً بعدم المساس بالهوية الدستورية للدول الأعضاء أي الخصائص الأساسية التي يرتكز عليها النظام الدستوري لكل دولة، فشرط الهوية الدستورية يعد استثناءً على علو قانون الاتحاد الأوروبي الذي يطبق تحت رقابة محكمة العدل للاتحاد الأوروبي والمحاكم الدستورية والعلوية للدول الأعضاء.
- ٤- لا يمكن القبول بفكرة القانون الطبيعي والحقوق الطبيعية كمبادئ فوق الدستورية، لأن القانون الطبيعي غامض وغير محدد ويرتكز في تحديد نطاقه ومحتواه على العقل البشري، وهذا يعني إمكانية تحكم القاضي في تطبيقه بدون ضوابط مما قد يشكل اغتصاباً للسلطة المؤسسة.

على وجوب عرض مشروع الدستور الجديد على المحكمة الدستورية للتحقق من مطابقته للمبادئ التي احتوتها القائمة بحيث لا يمكن إصدار ونفاذ الدستور الجديد إلا بعد مصادقة المحكمة الدستورية. والثالثة: لتحقيق التطابق بين الدستور والمعاهدة فقترح أن يكون هنالك رقابة إلزامية سابقة على التعهد الدولي من قبل المحكمة الدستورية، بأن يتم تمرير كل تعهد دولي قبل التصديق عليه إلى المحكمة الدستورية، فإذا أعلنت المحكمة بوجود نص في التعهد مخالفًا للدستور فإنه لا يمكن التصديق على التعهد إلا بعد تعديل الدستور. فضلاً عن ذلك نقترح أن ينص الدستور على منح المحكمة الدستورية صلاحية الرقابة السابقة على كل تعديل للدستور للتحقق من مطابقته للقيود الدستورية الموضوعية والإجرائية التي ينبغي النص عليها في الدستور بشكل صريح وواضح.

٢- ضرورة وجود آليات رقابية خارجية على عمل السلطة المؤسسة كوجود هيئات استشارية على المستوى الدولي أو الإقليمي تكون مهمتها تقديم الاستشارات عند وضع دستور جديد في البلاد أو عند مراجعة أو تعديل الدستور بحيث يمكن عرض مشروع الدستور الجديد أو مشروع المراجعة أو التعديل على هذه الهيئات لإبداء رأيها فيه بما يتلاءم مع القانون الدولي العام، فضلاً عن ضرورة وجود محكمة دستورية دولية يكون لها العديد من الوظائف أبرزها التحقق من مطابقة النصوص الدستورية الوطنية للقانون الدستوري الدولي المتعلق بمبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان، بحيث يتم إحالة مشكلة عدم مشروعية النص الدستوري إلى المحكمة الدستورية الدولية من قبل جهات عديدة كالمحكمة الدستورية الوطنية، والأحزاب السياسية، والأفراد، والمنظمات غير الحكومية، والجمعيات المهنية، وعلى أن يكون قرار المحكمة الدستورية الدولية ملزماً وقابلاً

٥- إن الشريعة الإسلامية هي التي تعد بحق فوق الدستور لأنها شريعة إلهية معصومة ومقدسة، فقد حفظها الله عز وجل من التعديل والتغيير والتبديل، وهي ثابتة في الكتاب والسنة.

ثانياً: التوصيات

١- لتسهيل الرقابة القضائية الداخلية على عمل السلطة المؤسسة الأصلية في وضع الدستور ولاسيما في الدول غير الإسلامية، نقترح الطرق التالية: الأولى: أن تتم عملية وضع الدستور على مرحلتين الأولى اتفاق الكتل السياسية في الجمعية التأسيسية على المبادئ الأساسية للنظام الدستوري الديمقراطي بحيث يتم تضمينها في دستور مؤقت ليكون أساساً ملزماً لوضع الدستور الدائم على شرط أن يوجب الدستور المؤقت قيام الجمعية بعرض مشروع الدستور الدائم على محكمة دستورية للتحقق من مطابقته لتلك المبادئ على أن يكون قرار المحكمة الدستورية ملزماً للجمعية التأسيسية. والثانية: نقترح أن يميز الدستور بين سلطة المراجعة الكلية (أي سلطة استبدال الدستور) وسلطة تعديل الدستور، بشرط أن ينص الدستور على إجراءات استبدال الدستور بحيث تكون أصعب من إجراءات التعديل وأن ينص على شروط وضوابط الاستبدال فضلاً عن تحديد القواعد الأساسية لانتخاب الجمعية التأسيسية التي تضع الدستور الجديد مع تحديد الأغلبية الخاصة لإقرار هذا الدستور، بالإضافة إلى ضرورة تقييد سلطة المراجعة الكلية بقائمة من المسائل الأساسية التي تشكل جوهر الديمقراطية والتي لا يجوز استبدالها أو إلغاؤها أو تعديلها مطلقاً بحيث ينبغي على السلطة التأسيسية الأصلية أن تلتزم بها عند وضع الدستور الجديد، ولتحقق من أن محتويات القائمة قد تم مراعاتها في الدستور الجديد فمن الضروري أن ينص الدستور القديم

ألكسي، روبرت (٢٠٠٦م). *فلسفة القانون (مفهوم القانون ومفهوم سريان القانون*. تعريب: كامل فريد السالك، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية.

بشناق، باسم صبحي، والشوبكي، محمد رفيق (٢٠١٦م). دلالة النص على مبادئ الشريعة الإسلامية في مشروع الدستور الفلسطيني وأثره في تنظيم وعمل السلطة القضائية. *مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية*، ع (١).

بطيخ، رمضان محمد (١٩٩٥-١٩٩٦م). *النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر*. ط ١، القاهرة: دار النهضة العربية.

بك، عبدالسلام ذهني (١٩٥٠م). *مجلس الدولة ودستورية القوانين*. مجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، مطبعة جامعة فؤاد الأول.

بكري، عطا (١٩٥٤م). *الدستور وحقوق الإنسان (في فلسفة التشريع والأيدولوجية الديمقراطية*. ج ١، بغداد: مطبعة الرابطة.

جمال الدين، سامي (١٩٨٦م). *تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية*. الإسكندرية: منشأة المعارف.

جمال الدين، سامي (١٩٩٢م). *الشريعة الإسلامية وتدرج قواعد القانون*. الإسكندرية: منشأة المعارف.

جمال الدين، سامي (٢٠٠٥م). *القانون الدستوري والشرعية الدستورية*. ط ٢، الإسكندرية: منشأة المعارف.

حسني، عباس حسني محمد (١٩٩٤م). *خصائص التشريع الإسلامي: دراسة مقارنة بالقانون الوضعي*. مجلة *الشريعة والدراسات الإسلامية*، مج (٩)، ع (٢٤)، جامعة الكويت.

خليل، محسن (١٩٨٧م). *القانون الدستوري والنظم السياسية*. دون ناشر.

للتنفيذ. مع ضرورة تقييد رقابة المحكمة الدستورية الدولية على دساتير الدول الإسلامية بحيث لا يمكن مراقبتها إلا بإحالة من قبل المحكمة الدستورية الوطنية.

٣- ضرورة اقتداء الدول الإسلامية بتجربة المملكة العربية السعودية في تطبيقها للشريعة الإسلامية بأن يتم تسمية الوثيقة الدستورية الوضعية بالنظام الأساسي للحكم بدلاً من مصطلح "الدستور"، وأن ينص النظام الأساسي على هوية الدولة الإسلامية وأن دستور الدولة كتاب الله وسنة رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، فضلاً عن ضرورة النص على أن: "يستمد الحكم في الدولة سلطته من كتاب الله وسنة رسوله، وهما الحاكمان على النظام الأساسي وجميع قوانين الدولة". وهذا ما يستتبع وجود الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي تمارس إما من خلال رقابة الامتناع التي لا تحتاج إلى نص دستوري صريح بحيث يحق لجميع المحاكم أن تمتنع عن تطبيق أي نص قانوني حتى وإن كان في الدستور الوضعي لمخالفته للدستور الإلهي (الكتاب والسنة)، أو تمارس من خلال رقابة الإلغاء بتأسيس محكمة دستورية أو عليا لتقوم بهذه المهمة.

٤- ضرورة إنشاء محكمة دستورية عليا فوق الوطنية على مستوى الأمة الإسلامية لتتولى توحيد تطبيق الدستور الإلهي (الكتاب والسنة) على كافة الدول الإسلامية، وبذلك تستطيع الأمة الإسلامية أن تستعيد عصرها الذهبي.

المصادر

أولاً: المصادر العربية

أحسن، رابحي (د.ت.). *الوسيط في القانون الدستوري*. الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع.

أسعد، فائز عزيز (١٩٨٠م). *مبدأ علو الدستور*. رسالة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد.

مرزة، إسماعيل (٢٠٠٤م). *مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي*. ط٣، بغداد: دار الملاك للفنون والأدب والنشر.

المظفر، زهير (١٩٩٢م). *القانون الدستوري والمؤسسات السياسية (النظرية العامة للقانون الدستوري)*. ج١، تونس: مركز البحوث والدراسات الإدارية.

المفرجي، إحسان حميد، ونعمة، كطران زغير، والجددة، رعد (١٩٩٠م). *النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق*. بغداد: مطبعة دار الحكمة.

النادي، فؤاد (د.ت.). *موجز القانون الدستوري المصري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر*.

الورفلي، أحمد (٢٠١٥م). *مشروع المحكمة الدستورية الدولية كآلية بديلة لتعزيز حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية*. منشور ضمن الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري، تونس.

ثانياً: المصادر الأجنبية

Alam, Md. Ashraful, & Hasina, Nusrat (2014). Constitutional voice for good governance in Bangladesh. *Global Disclosure of Economics and Business*, 3(3), http://publicationslist.org/data/gdeb/ref-17/GDEB_7.5.pdf (last visited: 14/3/2019).

Backer, L. C. (2008). God(s) over constitutions: International and religious transnational constitutionalism in the 21st century. *Mississippi Law Review*, 27.

Chowdhury, M. Jashim Ali, & Saha, Nirmal Kumar (2017). Advocate Asaduzzaman Siddiqui v. Bangladesh: Bangladesh dilemma with judges' impeachment. *CALQ*, 3.3, <http://docs.manupatra.in/newline/articles/Upload/76182C04-3861-493F-9BDF-9E1D8EB6B77B.pdf> (last visited: 12/3/2019).

Ebrahim, Hassen, & Miller, Laurel E. (2016). Creating the birth certificate of a new South Africa: Constitution making after apartheid. In Sujit Choudhry and Tom Ginsburg (Eds.). *Constitution Making*. UK, USA: Edward Elgar Publishing.

Gozler, Kemal (2008). *Judicial review of constitutional amendments: A comparative study*. Bursa, Turkey: Ekin Press, <http://www.anayasa.gen.tr/jrca.pdf> (last visited: 11/3/2019).

دلة، سام سليمان (٢٠١٤م). *مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية: دراسة النظام الدستوري في دولة الإمارات العربية المتحدة*. ط١، جامعة الشارقة.

السعدي، عبدالرحمن بن ناصر (٢٠٠٣م). *تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان*. ط١، بيروت: دار ابن حزم.

الشاوي، منذر (٢٠١٢م). *فلسفة الدولة*. ط١، دار ورد الأردنية للنشر والتوزيع.

الشاوي، منذر (٢٠١٧م). *فلسفة القانون*. ط٣، عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

عوض، عوض محمد (د.ت.). *دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي*. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

فرومون، ميشال (٢٠٠٧م). *تعديل الدستور والقواعد الدستورية غير القابلة للمس في القانون الألماني*. مجلة *القانون العام وعلم السياسة*، ترجمة: محمد عرب صاصيلا، بيروت: مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.

فكري، فتحي (١٩٩٤م). *تعليق على اقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي*. مجلة *الحقوق*، جامعة الكويت، السنة ١٨، ع (٤).

فونسي، موا (٢٠٠٧م). *البرلمان التأسيسي ليس سيدياً*. مجلة *القانون العام وعلم السياسة*، ترجمة: محمد عرب صاصيلا، بيروت: مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.

كشاكش، كريم يوسف أحمد (١٩٨٧م). *الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة*. الإسكندرية: منشأة المعارف.

متولي، عبدالحاميد (١٩٩٠م). *الشرعية الإسلامية كمصدر رئيسي للتشريع*. الإسكندرية: منشأة المعارف.

المر، عوض (٢٠٠٣م). *الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح*. مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية.

- Peters, Anne (2009). Supremacy lost: International law meets domestic constitutional law. *ICL Journal*, 3, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1559002 (last visited: 12/3/2019).
- Rios, Joel Colon (2010). The legitimacy of the juridical: Constituent power, democracy, and the limits of constitutional reform. *Osgoode Hall Law Journal*, 48(2), <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1107&context=ohlj> (last visited: 2/3/2019).
- Rios, Joel Colon (2012). Carl Schmitt and constituent power in Latin American courts: The cases of Venezuela and Colombia. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, 2(6), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1621930 (last visited: 11/3/2019).
- Roznai, Yaniv (2014). *Unconstitutional constitutional amendments: A study of the nature and limits of constitutional amendment power*. London, http://etheses.lse.ac.uk/915/1/Roznai_Unconstitutional-constitutional-amendments.pdf (last visited: 7/3/2019).
- Spaak, Torben (2010). Kelsen and Hart on the normativity of law. *Stockholm Institute for Scandinavian Law*, <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-24.pdf> (last visited: 11/3/2019).
- Stacey, Richard (2011). Constituent power and Carl Schmitt's theory of constitution in Kenya's constitution-making process. *I*CON*, 9(3-4), <https://academic.oup.com/icon/article/9/3-4/587/657635/Constituent-power-and-Carl-Schmitt-s-theory-of> (last visited: 3/3/2019).
- Tushnet, Mark (2015). *The constitution of the United States of America: A contextual analysis* (2nd ed.). Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Verdugo, Sergio (2017). How the Bolivian constitutional court helped the Morales regime to break the political insurance of the Bolivian constitution. https://www.researchgate.net/profile/Sergio_Verdugo/publication/321805414_How_the_Bolivian_Constitutional_Court_Helped_the_Morales_Regime_to_Break_the_Political_Insurance_of_the_Bolivian_Constitution/links/5a32a32baca2727144a66260/How-the-Bolivian-Constitutional-Court-Helped-the-Morales-Regime-to-Break-the-Political-Insurance-of-the-Bolivian-Constitution.pdf (last visited: 13/3/2019).
- Halmai, Gabor. Absolute primacy of EU law vs pluralism: The role of courts: Concluding remarks. https://me.eui.eu/wp-content/uploads/sites/385/2018/05/IJPL_Special_Issue_Concluding_remarks_Halmai_final.pdf
- Heun, Werner (2011). *The constitution of Germany: A contextual analysis*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Horn, Nico. The forerunners of the Namibian constitution. http://www.kas.de/upload/auslandshomepages/namibia/constitution_2010/horn.pdf (last visited: 12/3/2019).
- Hoque, Ridwanul. Can the court invalidate an original provision of the constitution? *University of Asia Pacific Journal of Law & Policy*, <http://uap-bd.edu/lhr/wp-content/uploads/2017/05/2.pdf> (last visited: 12/3/2019).
- Hughes, Graham (1971). Validity and the basic norm. *California Law Review*, 59(3), <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2679&context=californialawreview> (last visited: 11/3/2019).
- Landau, David, & Sheppard, Brian (2015). The Honduran constitutional chamber decision erasing presidential term limits: Abusive constitutionalism by judiciary? *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, <http://www.iconnectblog.com/2015/05/the-honduran-constitutional-chambers-decision-erasing-presidential-term-limits-abusive-constitutionalism-by-judiciary/> (last visited: 13/3/2019).
- Loughlin, Martin (2013). *The concept of constituent power*. University of Toronto, https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/users/mdubber/CAL/12-13/Loughlin-Paper-Constituent%20Power.pdf (last visited: 11/3/2019).
- Murphy, Walter F. (2007). *Constitutional democracy: Creating and maintaining a just political order*. The John Hopkins University Press.
- Nasrawin, Laith K. (2016). Towards the establishment of an international constitutional court. *ICL Journal*, 10(4), https://www.researchgate.net/publication/303812874_Towards_the_Establishment_of_an_International_Constitutional_Court (last visited: 14/3/2019).
- Negre, Antonio (1999). *Insurgencias: Constituent power and the modern state*. The University of Minnesota, https://antonionegriinenglish.files.wordpress.com/2010/09/insurgencias_constituent_power_and.pdf (last visited: 5/3/2019).