

انحراف سلطة التعديل الدستوري في الانظمة الاتحادية (دراسة مقارنة)
الباحث: مهند فلاح حسن

أ.د. رافع خضر صالح شبر

muhanadmuha22@gmail.com

مستخلص البحث:

تؤدي قواعد التعديل الدستوري دوراً مهماً في تحصين مبدأ سيادة الدستور الاتحادي، لأنها بطبيعتها ليست مجرد نصوص دستورية، إنما تمثل رؤية الهيئة التأسيسية لتحديد الثابت والمتغير في البنية الدستورية، فما تثبته هذه القواعد من موضوعات عن طريق تشديد اجراءات تعديلها، يمثل انعكاس لرغبة المشرع الدستوري في تحصينه، من ثم يكون اقراراً دستورياً بضرورته، وحين نتحدث عن انحراف سلطة التعديل الدستوري، فإننا نبحثها من زاوية تعلقها بالنظام الاتحادي، أي من حيث اثر النظام الاتحادي في صياغة هذه القواعد، والية توظيفها لحمايته اساسه الدستوري، ان سيادة الدستور الاتحادي كما تعارفت عليها الانظمة الاتحادية، يعني سيادة النظام الاتحادي، فما الاخير سوى قاعدة دستورية، من ثم فانه يستعير ما للدستور الاتحادي من سمات، وخصها سيادته التي تمنحه مكانة عليا في الهرمية القانونية داخل الدولة الاتحادية، توجب تحصينه من القواعد التي تتعارض مع اصوله الدستورية، لذا يبنى على تقييد سلطة تعديل الدستور الاتحادي التزامها بعدم المساس بالثبات الدستوري للنظام الاتحادي الذي استلزم هذا التقييد، فلا يكفي التزام هذه السلطة باستيفاء المقتضيات الدستورية الحاكمة لمحتوى التعديل الدستوري، إنما يتعين عليها كذلك اتباع الاجراءات التي نص عليها الدستور.

الكلمات المفتاحية: انحراف، تعديل دستوري، دستور اتحادي، تعارض دستوري.

المقدمة:

1- **موضوع البحث:** يقسم الدستور الاتحادي السلطة بين مستويين حكوميين، لكل منهما صلاحياته الخاصة، لكنه لا يقتصر على هذا – الانفصال الجزئي –، بل ينطوي من ناحية اخرى على – اشتراك جزئي – محكوم بمعايير للشراكة في اتخاذ القرارات الجماعية ذات المساس بالشؤون المحلية. ان الغاية من تقسيم السلطة بين مستويين مختلفين، هي لتمكين الوحدات دون الاتحادية ومنحها استقلال ذاتي جوهري للسيطرة على بعض الشؤون المحلية، مع كفالة مشاركتها في ممارسة السلطة في نواح اخرى – اتحادية – وفقاً لقواعد محددة، لذا فان النظام الاتحادي ينطوي على نوعين من الحكم، حكم ذاتي جزئي وحكم مشترك كلي.

2- **أهمية البحث:** ترجع أهمية موضوع البحث الى اثر التعديلات في البنية الدستورية للدولة الاتحادية، على اعتبار ان الدساتير الاتحادية لا تخلو من طابع تعاهدي قائم على تسوية دستورية مسبقة بين اطراف متعددة يعبرون عن مصالح مختلفة، من زاوية تجسيدها للقيم التي يؤمن بها المشرع الدستوري ويراها جديرة بالحماية والحفظ، اذ تستلزم طبيعة النظام الاتحادي القائمة على فكرتي المشاركة والاستقلال تطبيق معايير دستورية تحفظ هذه الافكار وتعزز في الوقت ذاته ضمان ديمومة النظام الاتحادي واستقراره لا من ناحية دستورية وحسب، بل من ناحية واقعية كذلك، من خلال تثبيت دعائم التوافق التأسيسي المسبق بين اطراف النظام الاتحادي، والذي يستلزم تطبيق مفاهيم المشاركة في تعديل المخرجات الدستورية لهذا التوافق، بحيث تتعقد ارادة المشرع الدستوري على تحصين نصوص الدستور الاتحادي ضد تعديلها او تغييرها خارج اطار الدستور ذاته، او خلافاً لظاهرة تعددية مستويات الحكم في الدولة الاتحادية، إنما يتطلب الامر ايجاد قيود موضوعية واجرائية تحكم السلطة المختصة بتعديل

الدستور الاتحادي، ويجب ان تنطلق فكرة هذه القيود من قاعدة عدم انفراد اي مستوى من مستويات الحكم في اجراء عملية التعديل الدستوري.

3- **مشكلة البحث:** تكمن مشكلة البحث في طبيعة النظام الاتحادي من جهة، ودور سلطة التعديل الدستوري في الانظمة الاتحادية، فاذ يقوم النظام الاتحادي على اساس التشارك بين مكونات قد تكون مختلفة ومتغايرة، وينطوي على تعدد في المؤسسات الدستورية، فتستلزم حمايته تثبيت الاسس والمبادئ التي يقوم عليها من خلال التشديد في اجراءات التعديل وتقييد سلطة اجراءه بمراعاة حدود دستورية تمثل معايير تصلح للحكم على دستورية التعديلات الدستورية.

4- **منهج البحث:** تتطلب طبيعة موضوع البحث تبني المنهج التحليلي المقارن، من خلال عقد مقارنة علمية بين الأنظمة الدستورية المختلفة، لكي نقف على التنظيم الدستوري لفكرة انحراف سلطة التعديل والاثار المترتب على التعارض بين التعديل الدستوري والدستور في ذاته، ومدى تطور المواقف الدستورية إزاء تطبيق فكرة (دستورية التعديلات الدستورية). ووقع الاختيار على اربعة دساتير اتحادية، مع مراعاة اختلاف النظام السياسي الذي تبنته هذه الدساتير. وتشمل دستورين من دساتير الدول الاتحادية ذات النظام البرلماني، ودستورين من دساتير الدول الاتحادية ذات النظام الرئاسي، وشملت الدساتير الاتحادي البرلمانية كل من الدستور العراقي لسنة 2005 والدستور الهندي لسنة 1949 المعدل، اما الدساتير الاتحادية الرئاسية فإنها شملت دستور الولايات المتحدة الامريكية لسنة 1787 المعدل والدستور البرازيلي لسنة 1988 المعدل.

5- **هيكلية البحث:** اقننا هذا البحث على ثلاثة مطالب، تناولنا في المطلب الاول توصيف سلطة التعديل الدستوري من حيث تحديد طبيعتها ومدى تفردا وتمييزها عن السلطة التأسيسية الاصلية، وخصصنا المطلب الثاني لبحث مظاهر انحراف سلطة التعديل الدستوري، وبينما خصصنا المطلب الثالث لبحث الاثر المترتب على انحراف سلطة التعديل الدستوري والمتمثل بتطبيق فكرة التعارض بين التعديل الدستوري والدستور، ومدى امكانية ابطال التعديل المتعارض مع القيود الدستورية المفروضة على سلطة التعديل.

المطلب الاول

توصيف سلطة تعديل الدستور الاتحادي

ان التوصيف الدقيق لسلطة التعديل الدستوري امر ضروري، لان النجاح في هذا التوصيف سيساعد في تحديد امكانية تقييد هذه السلطة، والقول بهذه الإمكانية ستثير مشكلة تحقيق هذه التقييد، اي ضمان التزام سلطة التعديل الدستوري بحظر المساس بالثبات الدستوري للنظام الاتحادي، فيجعلنا نفكر في فكرة (دستورية التعديلات الدستورية). لا يعني انحلال السلطة التأسيسية بعد انتهاء عملها، عدم قابلية الدستور للتعديل، بل على الاغلب ينظم الدستور ذاته عملية تعديله، بصرف النظر عن طريقة تنظيم هذه العملية والتي تختلف من دولة لأخرى بحسب ظروفها السياسية وتجربتها الدستورية وقيمتها. لكن من يعدل الدستور؟ ان الاجابة عن هذا التساؤل تتطلب استعراض اتجاهات توصيف سلطة التعديل الدستوري.

الفرع الاول

الطبيعة التأسيسية لسلطة التعديل الدستورية

حاول هذا الاتجاه توصيف سلطة التعديل على انها سلطة تأسيسية، لان من يعدل الدستور لا يكون الا سلطة تأسيسية، فما يترتب على مبدأ السمو الدستوري هو حصانة القاعدة الدستورية من المساس بها، لا بل انه يقر بالطابع التأسيسي للسلطات المؤسسة عند اسهامها في عملية التعديل الدستوري، على اساس اختلاف اشتراكها في التعديل عن ادوارها التقليدية المحددة لها بموجب الدستور، فاشتراك السلطة التشريعية او التنفيذية في عملية التعديل محكوم بمستويات معينة والية محددة تجعل وظيفتها في - حدود



اشتراكها في التعديل- متميزة عن وظيفتها العادية، وما ان تفرغ من عملية التعديل حتى تعود لتمارس اختصاصاتها العادية بعد زوال سبب تميز وظيفتها الاستثنائية – التعديل-⁽¹⁾.

وهذا الرأي محل نظر، لان خلع الوصف التأسيسي على سلطة التعديل يضعنا امام تشويش لا مبرر له، فاذا كانت سلطة التعديل سلطة تأسيسية فما الفرق بينها وبين السلطة التأسيسية واضعة الدستور، ان فهم هذا الفارق يقتضي منا الرجوع الى صاحب فكرة السلطة التأسيسية وهو العلامة (إيمانويل جوزيف سيبس) الذي ميّز بين السلطة التأسيسية والسلطة المؤسسة. فالدستور في كل جزء منه من عمل سلطة خلافة، اي تأسيسية لا سلطة مؤسسة (منشأة)، وهي سلطة غير عادية تمثل الامة، وتعبر عن ارادتها مباشرة، وهي مستقلة وغير مقيدة بأية قيود دستورية مسبقة. اما السلطة المؤسسة فهي السلطة التي أنشأها الدستور، وهي سلطة عادية ومقيدة، تعمل وفقاً للقيود التي وضعتها الامة في الدستور، وأشار (جورج بوردو) الى أن هاتين السلطتين موجودتان في مراكز مختلفة، فالسلطة المؤسسة لا تتفصل عن النظام الدستوري القائم مسبقاً، في حين تقع السلطة التأسيسية خارجه وتوجد من دونه، وإن اختزال مفهوم السلطة التأسيسية في تعبيرها عن السيادة الشعبية ينطوي على قصور في فهم حقيقة هذه السلطة، فهي ليست مجرد سلطة، فغايتها إنشاء نظام دستوري قانوني، وهذا بحد ذاته ممارسة قانونية، وحيث ان التفاعل حتمي بين السلطة والقانون، فان السلطة التأسيسية هي كيان قانوني وسياسي، لأنها تحقيق لفكرة القانون السائدة في الجماعة. وتستلزم ممارستها بالوقت ذاته شكلاً تمثيلاً معيناً، لأن وضع الدستور يتطلب إطاراً مؤسسياً يمكن للشعب من خلاله التعبير عن إرادته، فثمة فرق بين بدء السلطة التأسيسية وتنفيذ وصياغة قراراتها والتي تتطلب بلا شك إجراءات وتنظيم معين. كما ان وصف سلطة التعديل بأنها سلطة تأسيسية يتعارض مع امكانية تقييدها، لان فكرة السلطة التأسيسية تعني انها سلطة غير محدودة، من حيث أنها غير ملزمة بقواعد دستورية سابقة. لكن اذا وصفناها بانها سلطة مؤسسة، فإنها تخضع للدستور، من ثم فإن السلطات العادية التي اوجدها الدستور يجب أن تخضع للسلطة التأسيسية العليا. فبينما لا يجوز للهيئة التشريعية العادية مثلاً تغيير الدستور، فان السلطة التأسيسية تمتلك ذلك⁽²⁾.

صحيح ان السلطتان – التأسيسية الاصلية وسلطة التعديل الدستوري- سلطتان كامنتان، حيث تضع السلطة التأسيسية الدستور، الذي ينظم بدوره السلطات المؤسسة بما فيها سلطة التعديل الدستوري، وتصبح كامنة لمجرد انجازها مهمتها التأسيسية، اما سلطة التعديل الدستوري فهي سلطة كامنة بطبيعتها، لا تبرز للوجود الدستوري- الا وفق الاليات التي حددتها السلطة التأسيسية، فهي سلطة استثنائية، لان الاصل ان الدستور لا يحتاج للتعديل، والاستثناء توافر ظرف يستدعي مثل هذا التعديل، بمعنى ان عملية التعديل الدستوري عملية استثنائية تستلزم توافر اسبابها الموجبة وهي اسباب ذات طبيعة ظرفية، فانهما مختلفتان في وظيفتهما، حيث تؤسس الاولى الاطار الدستوري الكلي للدولة، بينما يقتصر دور الثانية على تعديل جزئي لهذا الاطار وفق القيود التي وضعتها السلطة الاولى⁽³⁾.

الفرع الثاني

الطبيعة المختلطة لسلطة التعديل الدستوري

سلطة التعديل الدستوري هي سلطة ذات طبيعة مختلطة، فهي سلطة تأسيسية ومؤسسة في الوقت ذاته، اذ انها تُعبر عن السلطة التأسيسية الاصلية، او السلطة المهيمنة، لان قواعد التعديل تشير الى المركز النهائي للسيادة السياسية، وإذا كان الشعب يسيطر على السلطات المؤسسة من خلال الدستور، فإن سلطة التعديل تمثل ارادة الشعب ذاته، لأنها تمثل أعلى سلطة في حياته السياسية، وهي تجسيد لفكرة تقاسم سلطة واضع الدستور – السلطة التأسيسية- مع الأجيال القادمة، بحيث يحتفظ كل جيل بجزء من هذه السلطة التأسيسية. وإذا كان مسموحاً للشعب بإعادة صياغة دستوره، فإن تعديل الدستور، لا يختلف من



حيث الأساس عن وضع الدستور، فيكون من ثم جزء من السلطة التأسيسية، إذ يجوز للشعب - عن طريق سلطة التعديل - تغيير السلطات المؤسسة العادية، لأنها سلطات مقيدة بطبيعتها، لذلك تختلف سلطة التعديل عن السلطات المؤسسة العادية وتتفوق عليها. لذلك يجب أن تكون ذات طبيعة تأسيسية. أما الحجة الثانية التي يستند عليها هذا الاتجاه فهي حجة وظيفية، إذ تنص معظم الدساتير على إجراءات لتعديل الدستور تختلف عن الإجراءات الحاكمة للتشريعات، ويؤكد هذا التمييز على الطابع الاستثنائي للتعديل الدستوري، فغالباً ما تمارس سلطة التعديل من قبل هيئات منفصلة عن السلطة التشريعية العادية أو تكملها من خلال طلب استفتاء للتصديق على التعديلات، ان الاختلاف العضوي والوظيفي لسلطة التعديل الدستوري يعزز القول بأنها ليست سلطة مؤسسة عادية، وإذا كانت السلطة التأسيسية هي مصدر إنتاج القواعد الدستورية، فإن سلطة التعديل تسهم أيضاً في إنتاج هذه القواعد، وإذا كانت السلطة التأسيسية تنتج قواعد دستورية تحكم السلطات المؤسسة، فإن تعديل تلك القواعد (أو إنتاج قواعد جديدة) هو ممارسة للسلطة التأسيسية استناداً إلى التبعات القانونية لممارسة سلطة التعديل⁽⁴⁾.

وعلى الرغم من قوة الحجج التي استند عليها هذا الاتجاه، لكن يمكن الرد عليه انطلاقاً من حججه ذاتها، فتبريره للجانب التأسيسي لسلطة التعديل الدستوري بان هذه السلطة متميزة بذاتها، أي عضوية وظيفية ينطوي على مغالطة وتناقض بين، فإذا كان معيار تمييز السلطة التأسيسية من غيرها من السلطات المؤسسة هو الخضوع أو عدم الخضوع للدستور، فإن الادعاء بتمييز سلطة التعديل قول مردود، لأنها تستقي مصدر تمييزها من النص الدستوري الذي نظم عملية التعديل الدستوري، الا يعني ذلك بان سلطة التعديل عضوية وظيفية قد انشأها الدستور، الا يعني ذلك انها سلطة مؤسسة لا تأسيسية؟.

ثم ان القول بان سلطة التعديل تسهم في إنتاج القواعد الدستورية اسوة بالسلطة التأسيسية، هو قول صحيح في ظاهره لكنه تجاهل حقيقة الدور الذي تؤديه كل سلطة، صحيح إن تعديل الدستور ذو طبيعة تأسيسية، على اساس ان التعديل يؤدي إلى إنشاء المنتج القانوني نفسه، بمعنى انه ممارسة لسلطة مماثلة لتلك التي أوجدت الدستور في المقام الأول - السلطة التأسيسية. لكن هذا الاتجاه قد تجاهل ان قيام السلطة التأسيسية بإنتاج قواعد دستورية يتصف بطابع خلاق، أي إنتاج اصيل ومتفرد للقاعدة الدستورية، بخلاف إنتاج القواعد الدستورية عبر التعديل، فانه انتاج مشتق لأنه محكوم بما وضعه الدستور من قيود، أي بما وضعته السلطة التأسيسية، أي انها لا تزال تمارس اختصاصاً قانونياً محدداً في الدستور وتخضع لقيود دستورية، لان السلطة التأسيسية هي المختصة بتحديد اختصاص سلطة التعديل، أي ان سلطة التعديل في حقيقتها اختصاص قانوني مقرر بالدستور. وحيث ان جميع السلطات مستمدة من الدستور، وجب أن تكون سلطة التعديل سلطة مؤسسة كبقية السلطان. ولا يمكن أن تكون بحكم الأمر الواقع سلطة تأسيسية حقيقية.

الفرع الثالث

الطبيعة المتفردة لسلطة التعديل الدستوري

ذهب العلامة (دايسي) الى أن تنظيم عملية التعديل الدستوري قد تشير الى السلطة صاحبة السيادة، من دون ان يعني ذلك بشكل مؤكد أن السيادة منوطة بسلطة التعديل. وإذا كانت هذه السلطة مكافئة تقريباً للسلطة التأسيسية، لكنها سلطة أنشأتها السلطة التأسيسية الاصلية فهي اذن سلطة خاصة ومتفردة، فهي أقل سيادة من السلطة التأسيسية، لكنها اسمى من السلطات المؤسسة الاخرى. وقد اقرت المحكمة العليا الامريكية في قضية (دودج ضد وولسي) سنة 1855 الطابع المحدود والمقيد لسلطة التعديل حين اشارت الى ((أن سلطة التعديل هي سلطة مفوضة لأنها تمارس من قبل الوكلاء، ومن ثم فهي محدودة))⁽⁵⁾.

وفي الحقيقة فإننا نميل الى هذا الاتجاه، ذلك لان سلطة التعديل الدستوري تمتلك طبيعة متفردة اذا نظرنا اليها من زاوية عضوية ووظيفية، فمن حيث تكوينها فإنها تمتلك تكويناً مستقلاً ومختلفاً يميزها عن السلطة التأسيسية الاصلية وبقية السلطات المؤسسة الاخرى، ولا يقدح في ذلك اشتراك السلطة التأسيسية او السلطات المؤسسة الاخرى في عملية التعديل الدستوري، لأنها حين تقوم بذلك لا تعبر عن قيمة تأسيسية، بقدر ما تُعبر عن متطلبات دستورية تحكم عملية التعديل، اذن لسلطة التعديل وجود متميز عن بقية السلطات، واذا نظرنا الى وظيفة هذه السلطة فإنها لا تخلو من طابع تأسيسية، لأنها تتناول اسمى قاعدة قانونية في الدولة، لكن تناولها لهذه القاعدة ليس مطلقاً كما هو حال السلطة التأسيسية، انما مقيد بتنظيم دستوري مسبق، لذا فهي سلطة اقل سيادة – بحكم هذا التقييد- من السلطة التأسيسية، لكنها اعلى من السلطة التشريعية العادية، لأن موضوع وظيفتها مراجعة النص الدستوري، بخلاف السلطة التشريعية التي لا تستطيع المساس بهذه النصوص لأنها سلطة مؤسسة بالدستور ومحددة بالتشريع العادي. وصحيح ان سلطة التعديل الدستوري تمتلك هوية متميزة وقدرة التعبير عن الارادة الشعبية، لكن تكوينها يبقى متناقض من حيث انها خليط من السلطات المؤسسة والسلطة التأسيسية، وهذا بدوره قد يعرض عملية التعديل الدستوري لتسلسل الدوافع السياسية العادية المتناقضة مع العملية التأسيسية في حد ذاتها⁽⁶⁾، ولا سبيل لصد هذه الدوافع السياسية الا بتقييد سلطة التعديل الدستوري، وجعل الشعب شريك فيها، كنوع من الرقابة على دوافع التعديل الدستوري.

المطلب الثاني

مظاهر انحراف سلطة تعديل الدستور الاتحادي

لا يتخذ انحراف سلطة تعديل الدستور الاتحادي مظهراً واحداً يحكم جميع اشكال عدم التزام سلطة التعديل بحظر المساس بالثبات الدستوري للنظام الاتحادي، انما تتعدد هذه المظاهر بحسب الاساس الذي يستند عليه كل مظهر، فيتخذ هذا الانحراف مظهرين اذا نظرنا اليه من زاوية النظرية التقليدية في التعديل الدستوري، كما يتخذ مظهرين آخرين من منظور النظرية القائلة بإمكانية عدم دستورية التعديلات الدستورية. ولكل من هاتين النظريتين اسسه وحججه الخاصة.

الفرع الاول

الانحراف في عملية التعديل الدستوري وفق النظرية التقليدية

ويوجد اتجاهان تقليديان حددا مظاهر انحراف سلطة تعديل الدستور الاتحادي، اتجاه يرتكز على الالتزام النصي واتجاه يقوم على فكرة التغيير المناهض للدستورية :

اولاً/ اتجاه الالتزام النصي بعملية التعديل الدستوري: يرى هذا الاتجاه ان التعديل الدستوري لا يكون دستورياً الا وفق النظرية التقليدية في التعديل الدستوري، او ما يطلق عليها –النظرية النصية- حيث لا يكون التعديل مقبولا الا اذا جاء وفق حرفية النصوص الدستورية الحاكمة لعملية التعديل، او التعديل الدستوري الذي ينبثق عن تفسيرات هيئة التفسير الدستوري، حيث يلتزم بالقيود النصية لإجراءات التعديل، والمبدأ الأساسي لهذه النظرية هو أن النص الدستوري يكرس الشروط الضرورية والكافية لتعديله، فإذا تم التعديل وفقاً للإجراءات الدستورية للتعديل الدستور، فإنه يصبح جزءاً من الدستور، من ثم لا مبرر للرقابة عليه اذ كيف نراقب دستورية الدستور، من ثم نكون امام انحراف في عملية التعديل الدستوري كلما خرجت سلطة التعديل عن النصوص الدستورية الحاكمة لعملية التعديل⁽⁷⁾.

ثانياً/ اتجاه التعديل المناهض للدستورية: فرّق هذا الاتجاه بين امرين، اجراءات التعديل غير الدستورية واجراءات التغيير المناهض للدستورية، فالغرض من الثاني هو تفويض النظام الدستوري، وهو يختلف



عن اجراء التعديل غير الدستوري من ناحيتين. أولاً، يتعارض الفعل المناهض للدستور مع الدولة، في حين أن الإجراء غير الدستوري لا يتطلب بالضرورة موقفاً عدائياً تجاه الدولة، وثانياً، غالباً ما تستلزم مناهضة الدستورية شكلاً من أشكال السلوك العنيف في السعي إلى إعادة ترتيب التنظيم الدستوري، في حين لا ترقى عدم دستورية التعديل إلى هذا المستوى لأن من يقوم بإجراءات تعديل غير دستورية لا يفكر في الخروج من النظام الدستوري القائم. انما يفضل إحداث قدر من التغيير داخل الهيكل الدستوري القائم⁽⁸⁾.

الفرع الثاني

الانحراف وفق نظرية التعديل غير الدستوري

لا يسعى التعديل غير الدستوري -وفق هذه النظرية- إلى تقويض النظام الدستوري القائم، كما هو الحال في وضع المناهضة للدستورية، انما يبقى ضمن اطار النظام الدستوري لكنه ينحرف في تعديل الدستور، وتتضمن هذه النظرية اتجاهين:

أولاً/ الاتجاه السياسي في تعديل الدستور (التعديل الخارجي للدستور): نظر بعض الفقه لشرعية تعديل الدستور دون اتباع الاجراءات الخاصة بالتعديل، وربما كان الدافع لمثل هذا التنظير هو تلافي الصعوبة الشديدة في اجراءات التعديل الدستوري، يعتمد التعديل الخارجي للدستور على اليات تستمد شرعيتها من مصادر خارج الدستور، لذلك اطلق على هذه النظرية (النموذج السياسي للتعديل الدستوري)، ويرفض هذا النموذج القيود النصية التي تُقيد التعديلات الدستورية، لان تفاعلات الفاعلين السياسيين قد تؤدي بحد ذاتها إلى تعديلات دستورية، حتى لو لم تلتزم تلك التعديلات بالاجراءات الدستورية، حيث تقوم الجهات الفاعلة بربط التعديل بفكرة تقع خارج الدستور واعلى منه، كفكرة السيادة الشعبية، حيث ذهب بعض الفقه الدستوري الامريكي الى امكانية تعديل الدستور دون اتباع اجراءات التعديل الواردة في المادة (5) من الدستور، فقد اشار الفقيه الدستوري (Ackerman Bruce) في محاضراته عام 1993 الى امكانية خضوع الدستور لما يسميه (تعديلات هيكلية) خارج الحدود الإجرائية للمادة (5). وتحدث مثل هذه التعديلات خلال ظروف غير عادية اطلق عليها (لحظات دستورية)، حيث تسمح سلسلة من الانتصارات الحاسمة لممثلي الشعب، لإعلان قانونهم الأعلى الجديد، اما الفقيه (Akhil Reed Amar)، فإنه يرى بان حق الشعب الأول الذي لا يمكن إنكاره وغير القابل للتصرف والأهم، هو حق غالبية الناخبين في تعديل الدستور - حتى في الطرق غير المنصوص عليها صراحة في المادة (5) - اذ يرى بأن المادة (5) من الدستور الامريكي لا توفر مسلك كامل لتنفيذ التعديل الدستوري، من ثم يحق للأغلبية الشعبية تعديل الدستور بشكل قانوني على الرغم من أن الدستور لا يعطي مثل هذا التفويض الصريح، فجوهر نظريته يقوم على فكرة قبول التعديل الدستوري دون استلزام توافقه مع اجراءات التعديل التي يأمر بها الدستور. ولا قيمة عملية لهذا الجدل الفقهي، لان المحكمة العليا سبق وان قررت في قضية Ullman v. United States سنة 1956 بان الاجراءات الواردة في المادة الخامسة من الدستور تمثل الطريقة الوحيدة لتعديله⁽⁹⁾. لكن تبرير الانحراف في التعديل الدستوري بفكرة -خارجية- لا يضيف عليه الدستورية، اذ يبقى تعديلاً غير دستورياً لسببين: أولاً، تعتمد الجهات الفاعلة على سلطة من خارج الدستور، وثانياً تلجأ إلى مصدر تفترض فيه علوية لم تثبت وهو مفهوم السيادة الشعبية، اذ كيف تناقض السيادة الشعبية نفسها، مرة حين وضعت الية لتعديل الدستور، ومرة ثانية تتجاهل هذه الالية فتقوم بعكس ما ارادت، وطرح الفقه الدستوري مثالا تاريخيا لإثبات هذه النظرية مستنبط من حقبة تأسيس الاتحاد الأمريكي، حيث ان الاتفاقية الدستورية لعام 1787 لم تتطلب سوى تصويت الأغلبية العظمى للولايات لتبني الدستور الجديد على

الرغم من أن الوثيقة التأسيسية الحاكمة المسماة (مواد الاتحاد) أصرت على اجماع الولايات. وتعارض معيار الأغلبية الجديد بشكل مباشر مع النص الدستوري الحاكم وقتها. فكان معيار تصديق الأغلبية العظمى غير دستوري. أي مستنبت من خارج الوثيقة الدستورية وقتها⁽¹⁰⁾.

ثانياً/ الاتجاه الموضوعي في تعديل الدستور (انتهاك روح الدستور): يرفض الاتجاه الموضوعي أسس النظريتين التقليدية والسياسية، فاختر بدلاً من ذلك رفع مستوى المضمون الدستوري على العملية السياسية، وبذلك يكون مقبولا بإبطال التعديلات الدستورية إذا انحرفت عن روح النص الدستوري، ولو كانت التعديلات قد استوفت المتطلبات الدستورية الإجرائية للتعديل، اذن يؤمن هذا الاتجاه بضرورة اتباع الإجراءات الخاصة بالتعديل الدستوري، لكن اتباع مثل هذه الإجراءات لا يحسم دستورية التعديل، فدولا مثل (الولايات المتحدة والمانيا والهند والبرازيل) استقرت أنظمتها القضائية على إمكانية إبطال التعديلات الدستورية التي تنتهك روح الدستور، ومن حق السلطات القضائية في هذه الدول إعلان عدم دستورية التعديل الدستوري، ولو تم التعديل وفقا للإجراءات التي يفرضها النص الدستوري⁽¹¹⁾. وإذا كانت الاتجاه التقليدي لدستورية التعديل لا يتطلب أكثر من استيفاء المتطلبات الإجرائية المنصوص عليها في الدستور، فإن الاتجاه الموضوعي زيادة على ذلك يفرض عقبة إضافية تتمثل في أن التعديل الدستوري الناجح هو الذي يتوافق مع روح الدستور، حيث يسمح أساس الاتجاه الموضوعي لهيئة معينة من هيئات الدولة - عادة السلطة القضائية - بإبطال التعديل الدستوري المتعارض مع روح الدستور، ولا تجيز دساتير هذه الدول في صراحة لمحاكمها بإلغاء التعديلات الدستورية، لكن القضاء في هذه الدول اتخذ خطوات جريئة لتأكيد وجوده ودوره ضمن النظام الدستوري، إذ استندت المحاكم في كل من هذه الأنظمة إلى بنية أو روح الدستور لإبطال التعديلات الدستورية، لأن هذه الروح قانون أعلى يتفوق على الأحكام الدستورية ذاتها⁽¹²⁾.

المطلب الثالث

اثر انحراف سلطة تعديل الدستور الاتحادي

لم يستند القضاء الدستوري لنص لتقرير اختصاصه في تقدير دستورية التعديل، إنما تبنت كل محكمة عقيدتها الخاصة لتبرير تقديرها على دستورية التعديل، لذلك فإن هذه المبررات لا تكون الا قضائية مستنبطة من احكام القضاء الدستوري في هذه البلدان. لذا نبحت في اثر الانحراف في عملية التعديل الدستوري وفق الاسس التي تبناها القضاء الدستوري في الولايات المتحدة والهند والبرازيل، على اساس ان القضاء الدستوري العراقي لم يتبنى بعد فكرة الانحراف في التعديل الدستوري، واقتضت ضرورة البحث اضافة القضاء الدستوري الالمانى.

الفرع الاول

إبطال التعديل الدستوري وفق المبدأ العام في الرقابة على الدستورية في الولايات المتحدة

تتمتع المحكمة العليا في الولايات المتحدة باختصاص الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية تأسيساً على المبدأ العام في اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، ويثبت اختصاص المحكمة في الرقابة على التعديلات الدستورية بمناسبة نظرها لقضية معروضة عليها وأثناء ذلك يبدي أحد أطرافها طعن في دستورية أحد التعديلات الدستورية على أساس إن هذا التعديل الدستوري جاء مخالفاً للقيود الموضوعية أو الإجرائية التي حددها الدستور، وبهذا تقوم المحكمة العليا بالنظر بهذا الطعن من خلال مراجعة التعديل الدستوري المطعون بدستوريته ومدى مراعاة القيود الموضوعية والشكلية في إجراءاته من قبل السلطة المختصة بالتعديل، وثبت اختصاص المحكمة العليا في الرقابة على دستورية التعديلات



الدستورية بمناسبة نظرها في قضية Hollingsworth v. Virginia سنة 1798 حيث دفع أحد الخصوم بعدم دستورية التعديل الدستوري الحادي عشر على أساس مخالفة شكلية تمثلت في عدم إرسال قرار المصادقة على التعديل إلى الرئيس للمصادقة عليه أو ابداء اعتراضه وفقاً للفقرة (7) من المادة (1) من الدستور، لكن المحكمة رفضت الطعن لا استناداً لعدم اختصاصها في تقدير دستورية التعديل الدستوري إنما وفقاً لتفسيرها لنص هذه الفقرة، على أساس أنها تحكم مشروعات القوانين العادية ولا علاقة لها بإجراءات التعديل الدستوري. إلا أن جانب من الفقه الدستوري الأمريكي أشار إلى أن التعديل الحادي عشر لم يتم اقتراحه بالشكل المنصوص عليه في الدستور، من ثم فهو باطل، لأنه لم يقدم إلى الرئيس للحصول على موافقته، ثم أن نص الفقرة التي فسرتها المحكمة العليا هو نص غامض وغير محدد، ويحكم العمل التشريعي في كليته ولا يقتصر على مشروعات القوانين، فكل عمل يجريه الكونجرس ويكون له آثار تشريعية تتجاوز حدود التنظيم الداخلي للكونجرس يخضع لقيد تقديمه لرئيس الدولة، وبما أن الامتثال لأحكام الدستور إلزامي، فإن التعديل كان معيباً⁽¹³⁾. ومارست المحكمة العليا رقابتها على التعديل الدستوري الثامن عشر عند نظرها في قضية (State of Rhode Island v. Palmer) سنة 1920، حيث ادعى بأن هذا التعديل قد انطوى على عيب إجرائي تمثل بأن التصويت عليه كان ثلثي الحاضرين بينما الأغلبية المطلوبة هي ثلثي العدد الإجمالي لأعضاء مجلسي الكونجرس، لكن المحكمة العليا رفضت هذا الادعاء وقررت بأن أغلبية الثلثين في كلا مجلسي الكونجرس المتطلب تحقيقه لتعديل الدستور هو تصويت ثلثي الحاضرين لا ثلثي العدد الإجمالي، وكررت المحكمة العليا رقابتها على التعديلات الدستورية بمناسبة نظرها في قضية (Coleman v. Miller) سنة 1939، حيث طعن بالتعديل الدستوري على أساس مخالفة المجلس التشريعي لولاية (كنساس) لإجراءات تعديل الدستور من حيث ضوابط مصادقة الولايات على مشروع التعديل⁽¹⁴⁾. إن قبول المحكمة العليا النظر في مطاعن دستورية التعديلات الدستورية، بصرف النظر عن نتيجة القرارات التي أصدرتها تكشف عن حقيقة أن التعديلات الدستورية قابلة للتقاضي وغير محصنة من رقابة المحكمة، أما رفضها إبطال هذه التعديلات فلا يرجع لحصانة عملية التعديل الدستوري بقدر ما هو رفض قائم على الأسس الموضوعية والشكلية لكل قضية. لذلك لا نؤيد ما ذهب إليه البعض من أن المحكمة العليا رفضت مراقبة دستورية التعديل الدستوري⁽¹⁵⁾، بل على العكس من ذلك تماماً، فنظرها في هذه القضايا يقطع بعقيدة المحكمة في اختصاصها في ممارسة هذا النوع من الرقابة، أما حصيلة الأحكام التي أصدرتها وقررت فيها دستورية التعديل الدستوري محل الطعن فإنه يرجع لاعتبارات موضوعية وشكلية انبنت على تقرير دستورية التعديل، فهذا الرأي لم يفرق بين امتناع المحكمة عن نظر الطعن لعدم اختصاصها وبين قرارها القاضي بدستورية التعديل الدستوري.

الفرع الثاني

إبطال التعديل الدستوري وفق مذهب البنية الأساسية للدستور في الهند

انكر القضاء الدستوري الهندي تمثلاً بالمحكمة العليا صلاحية التعديل الدستوري الذي يتم إقراره إذا ثبت أن التعديل لا يتماشى مع روح الدستور، ولم تكن هذه السلطة الاستثنائية نتاجاً لتفويض دستوري صريح، بل حصيلة سنوات من المطاعن الدستورية ضد العمل البرلماني، طوّر خلالها القضاء عقيدة البنية الأساسية للدستور الهندي (Basic Features Doctrine)، فالدستور يمتلك اتساقاً داخلياً مستمداً من بعض القيم والمبادئ غير القابلة للتعديل، وتفرض هذه العقيدة قيوداً على سلطة التعديل، ولم تتردد المحكمة العليا في إبطال تعديل الدستور إذا رأت أن التعديلات لا تتوافق مع القيم والمبادئ الدستورية



التي يقوم عليها الدستور الهندي، ولم يمنعها نص الفقرة (4) من المادة (368) من الدستور، والتي نصت صراحة على تحصين التعديل الدستوري من المراجعة القضائية⁽¹⁶⁾. ولكي نفهم حقيقة منهج المحكمة العليا في تقرير رقابتها على دستورية التعديلات الدستورية، يجب الوقوف على احكامها التي قررت فيها عدم دستورية التعديلات، ففي قضية (كيسافاناندا) سنة 1973، ذهب رأي الاغلبية في المحكمة الى عدم دستورية التعديل الدستوري اذا تناول موضوعا حدده معظم القضاة على أنه من البنية الأساسية للدستور، لكن لم تتفق المحكمة على مكونات هذه البنية، فدافع رئيس المحكمة عن الاقتراح القائل بأن الدستور الهندي يمتلك بنية أساسية تجمعها ستة مبادئ: سيادة الدستور والنظام الجمهوري والنظام الديمقراطي والعلمانية والفصل بين السلطات والنظام الاتحادي، مع ذلك فان هذا التحديد ليس نهائياً، اذ لا تزال ملامح عقيدة البنية الأساسية للدستور غير مستقرة، لأن المحاكم لم تصدر بعد بياناً نهائياً حول ما يقع ضمنها، لكن الثابت من خلال السوابق القضائية للمحكمة العليا ان البنية الأساسية للدستور بغض النظر عن محتواها، ثابتة ومحصنة ضد عملية التعديل ولا يُسمح الا بالتعديلات التي لا تؤثر في هذه البنية. واذا كان حكم المحكمة في قضية (كيسافاناندا) لم يوضح ماهية مبدأ البنية الأساسية للدستور، فان حكمها في (مينيرفا ميلز) سنة 1980 يعتبر نقطة ارتكاز لمفهوم هذا المبدأ، حيث أبطلت المحكمة العليا التعديل (42) للدستور، وأصدرت حكماً واضحاً بان مبدأ البنية الأساسية لا يتسامح مع وجود سلطة تعديل غير محدودة، وانصب هذا التعديل على عدم جواز الطعن في أي تعديل دستوري لأي سبب من الأسباب، حيث أعلن رئيس المحكمة القاضي (شاندر شود) ((أن هذه التعديلات تتعارض مع الدستور نفسه، فأساس الدستور الهندي يفرض قيوداً على سلطة تعديله، وهذا من السمات الأساسية لدستورنا، من ثم لا يمكن ازالة القيود المفروضة على تلك السلطة، ان منح الحق في ازالة هوية الدستور عن طريق منع المحاكم من سلطة الفصل في صحة التعديل تجاوزاً صارخاً للقيود المفروضة على سلطة التعديل)). اذ تحمي عقيدة البنية الأساسية مفهوماً معيناً لقيم الأمة الهندية وتحافظ عليها، وتحمي العناصر المتكاملة للديمقراطية الهندية، وكانت إحدى تلك السمات التأسيسية للديمقراطية الهندية هي سلطة تعديل برلمانية محدودة. وتعرض مذهب المحكمة لانتقاد الفقه الدستوري على اساس انها مارست اختصاص لا تملكه، من ثم فإنها تكون قد اغتصبت سلطة تعديل الدستور، زيادة على ان المشرع الدستوري قد اطلق سلطة البرلمان في تعديل الدستور بموجب الفقرة (5) من المادة (368)، وحيث انه اطلقها من كل قيد فلا محل لرقابة القضاء على دستورية التعديل الدستوري، كما ان الفقرة (4) من المادة ذاتها قد منعت المحاكم من النظر في التعديلات الدستورية تحت اية ذريعة⁽¹⁷⁾.

الفرع الثالث

إبطال التعديل الدستوري وفق مذهب السيادة الدستورية في البرازيل

على الرغم من ان الدستور لم يمنح المحكمة الاتحادية العليا في البرازيل سلطة تقدير دستورية التعديلات الدستورية، الا انها مارست هذا التقدير، وبررته بمذهب السيادة الدستورية، والتي تعني ابطال كل تعديل يتعارض مع حكم غير قابل للتعديل، وظهر هذا التوجه في حكم المحكمة الاتحادية العليا في القضية (ADIMC 466/91)، حيث ذهب رأي الأغلبية الى ان ((التعديلات الدستورية ليست قواعد دستورية أصلية، ولا يتم استبعادها من نطاق رقابة الدستورية، فالكونغرس الوطني ملزم -عند ممارسة سلطاته التأسيسية المشتقة- قانوناً بالسلطة التأسيسية الأصلية، التي وضعت احكاماً غير قابل للتغيير، محصنة من المراجعة البرلمانية...، فالقيود المادية الصريحة، المحددة في الفقرة (4) من المادة (60) من الدستور تقيد سلطة التعديل الممنوحة للسلطة التشريعية. ولا يمكن بقاء هذه السلطة من دون رقيب))،

وفي حكمها في قضية (ADIMC 981/93 PR)، ذهبت الى ان ((المراجعات والتعديلات كإجراءات لإدخال تغييرات دستورية، هي تعبيرات عن سلطة تأسيسية راسخة، من ثم فهي محدودة بطبيعتها، فالمراجعة الدستورية،... تخضع للحدود التي وضعها الدستور، من ثم تخضع التعديلات الدستورية للرقابة القضائية والتدقيق))⁽¹⁸⁾.

الفرع الرابع

إبطال التعديل الدستوري وفق مذهب الاتساق الدستوري الداخلي

انطلقت المحكمة الدستورية الألمانية في مذهبها من نصوص القانون الأساسي الذي حصّن بعض الأحكام الدستورية من التعديل، ونصّبت المحكمة الدستورية نفسها لتنفيذ هذه المحظورات الدستورية، معترفة بأن بعض تعديلات القانون الأساسي قد تكون غير دستورية⁽¹⁹⁾، ولم تكف المحكمة بقائمة القيود التي يفرضها القانون الأساسي على سلطة التعديل، بل وسعت من نطاق هذه القيود، وحولت الحظر على التعديلات الدستورية من قائمة منفصلة للأحكام الدستورية غير القابلة للتعديل إلى نظرية أوسع لعدم دستورية التعديلات، فاستمد القضاء الألماني سلطته لمراجعة دستورية التعديلات الدستورية واطلق على مذهبه (مذهب الاتساق الدستوري الداخلي)، فالاتساق الداخلي للقانون الأساسي يستلزم قراءة الدستور قراءة منسقة، ويجب تفسير كل حكم مع مراعاة الأحكام الأخرى لضمان التوافق مع المبادئ الأساسية الأكبر التي يقوم عليها الدستور، وصاغت المحكمة الدستورية مبادئ هامين رسخا البناء القضائي الدستوري الألماني، أولهما مبدأ -الاتساق الدستوري-، والذي يعني أن الحفاظ على القانون الأساسي يكون بترجيح قيم أعلى منه، وتمنح الوثيقة الدستورية في الوقت نفسه وحدة داخلية تربط جميع الأحكام ببعضها البعض⁽²⁰⁾. أما المبدأ الثاني فهو مبدأ -السيادة الدستورية- الذي يعني أن الدستور يجب أن يحكم محتوى جميع القوانين، سواء كانت تشريعية أم دستورية، وأن المبادئ الدستورية التأسيسية تمنع تعديل بعض أحكام الدستور، لذا يجب أن يكون هناك تفسيراً لما يجعل القانون الأساسي متماسكاً داخلياً، واستناداً لذلك، قررت المحكمة الدستورية في قضية (Bodenreform136) سنة 1991 ((يمكن أن يكون التعديل غير دستوري في الواقع إذا قوّض مبدأ السيادة الدستورية وتعارض مع التماسك الداخلي للقانون الأساسي))⁽²¹⁾.

الفرع الخامس

إمكانية إبطال التعديل الدستوري في العراق

ثمة عائقان يواجهان تحديد إمكانية الرقابة على التعديلات الدستورية في العراق، العائق الأول نظري يتمثل بعدم وجود نص دستوري صريح يخول المحكمة الاتحادية العليا الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية من ضمن اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، والعائق الثاني عملي يتمثل بعدم إجراء أي تعديل للدستور منذ وضعه سنة 2005 مما يصعب عملية التوقع في دستورية أو عدم دستورية التعديل. لكن ذلك لا يمنع من محاولة استشراف مكنة الرقابة على دستورية التعديل الدستوري، استناداً لنصوص الدستور العراقي والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها. لذا نعتقد بضرورة الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية في العراق مستقبلاً للأسباب الآتية:

1- ضرورة الاقرار بالرقابة على دستورية التعديلات الدستورية: تبني الدستور العراقي النظام الديمقراطي الاتحادي في المادة (1) منه ((جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة، نظام الحكم فيها جمهوري نيابي (برلماني) ديمقراطي . وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق)) وكلاهما يستلزمان اقرار الرقابة على التعديلات الدستورية، فالنظام الديمقراطي يستلزم سيادة حكم



القانون، وما الدستور سوى وجه القانون المتسيد على بقية القواعد القانونية، من ثم فان سيادته تستلزم حتما ضبط عملية تعديله لئلا تنحرف عن نطاق هذه السيادة، اما النظام الاتحادي فهو الاخر يفترض ضبط عملية التعديل الدستوري وقرار الية للتحقق من مسارها، لان الدستور الاتحادي ما هو الا انعكاس للتسوية الدستورية الفدرالية السابقة عليه، لا بل ان تشديد اجراءات تعديل الدستور الاتحادي مبررة بخصوصية النظام الاتحادي، لذلك فان ضمان حقوق مكونات الاتحاد واستقلالها الذاتي ومشاركتها تستلزم هذه الرقابة، كما فعلتها الدول محل المقارنة. من جانب اخر وحيث ان الدستور العراقي قد قيد سلطة التعديل الدستوري بقيود موضوعية واجرائية صحيح ان النظرة الاولى للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية تبدو كأنها تنتهك مبدأ الفصل بين السلطات، على اساس ان الحكم بعدم صحة التعديلات الدستورية هو عمل تأسيسي في معناه الوظيفي، فهو يشابه وضع الدستور الذي من المفترض القيام به من قبل السلطة التأسيسية الاصلية او المشتقة وليس من قبل السلطة القضائية المؤسسة، ومع ذلك فان السلطة التأسيسية الاصلية تتمتع باختصاص سياسي مطلق أي غير مقيد، أما سلطة التعديل الدستوري فهي سلطة مشتقة تتمتع باختصاص قانوني مقيد في ممارسة مهمتها في تعديل الدستور، وهذا يعني أن سلطة التعديل تعد من حيث نطاقها سلطة مقيدة، وذلك يعود في الحقيقة الى سيادة احكام الدستور. ومادامت هذه السلطة مقيدة بوصفها سلطة مفوضة للعمل وفقا بقيود دستورية صريحة وضمنية، فإن الرقابة القضائية تعد في هذه الحالة آلية لتنفيذ تلك القيود في مواجهة سلطة التعديل، فالرقابة القضائية تطبق الفصل العمودي بين السلطة التأسيسية الاصلية وبين سلطة التعديل⁽²²⁾.

2- امكانية المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية التعديلات الدستورية: نعتقد ان بإمكان المحكمة الاتحادية العليا ممارسة الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية استنادا لبعض النصوص والاسس التي يقوم عليها الدستور العراقي:

أ- **سلطة التفسير الدستوري:** بإمكان المحكمة الاتحادية العليا في العراق مراقبة دستورية التعديلات الدستورية تقديرأ لاحقاً وغير مباشر عن طريق ولايتها في التفسير الدستوري، فتستطيع اذا ما شاب التعديل الدستوري عيبا دستوريا ان تفسر هذا التعديل بما يجعله متوافقا مع الدستور، واذا كان الثابت ان التعديل الدستوري وسيلة لتغيير محتوى ومعنى بعض نصوص الدستور، فان التفسير الدستوري يمتلك الوسائل اللازمة لتحديد معنى ما تم تعديله، وكلما زادت صعوبة اجراءات التعديل الدستوري، كلما زادت احتمالية اجراء التعديلات من خلال التفسير القضائي.

ب- **مبدأ سمو الدستور الاتحادي:** اعتبرت ديباجة الدستور العراقي بانّ الالتزام بهذا الدستور يحفظ للعراق اتحاده الحر شعباً وأرضاً وسيادةً، ونصت المادة (1) من الدستور على ((...، وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق)) ونصت المادة (13) من الدستور على ((اولاً يُعد هذا الدستور القانون الاسمي والاعلى في العراق، ويكون ملزماً في انحائه كافة وبدون استثناء. ثانياً لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم أو اي نص قانوني آخر يتعارض معه)). وهذه النصوص تعني في حقيقتها خضوع جميع مظاهر النشاط القانوني للدستور فالرقابة القضائية على التعديلات الدستورية تعد في هذه الحالة آلية قوية لحماية حكم الدستور من الناحيتين الموضوعية والاجرائية. فمن الناحية الموضوعية تهدف الرقابة القضائية إلى حماية العناصر أو المبادئ الاساسية التي يقوم عليها الدستور للحفاظ على وحدة القواعد الدستورية وتكاملها ومنها النظام الاتحادي والديمقراطي. ومن الناحية الاجرائية تعد الرقابة القضائية مهمة للحفاظ على القيود الشكلية والاجرائية المفروضة على سلطة التعديل. فسلطة التعديل كأية سلطة أخرى مقيدة ومحددة بموجب الدستور وجوهر الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية هو مبدأ سمو الدستور الاتحادي وسيادة احكامه، وهذا يستلزم

ممارسة التعديل طبقاً لأحكام الدستور، أي أن تقدير دستورية التعديلات الدستورية تطبيق لمبدأ سمو الدستوري، فالسمو ليس للمشرع أو القضاء أو سلطة التعديل إنما للدستور، فسمو الدستور اذن، يلزم جميع السلطات المشتقة سواء ادت وظائف ذات طابع تأسيسي كسلطة التعديل أم بقية السلطات التقليدية⁽²³⁾.

ت- **الواجب الدستوري بحماية النظام الاتحادي:** نصت المادة (109) من الدستور ((تحافظ السلطات الاتحادية على وحدة العراق وسلامته واستقلاله وسيادته ونظامه الديمقراطي الاتحادي))، وحيث أن المحكمة الاتحادية العليا سلطة اتحادية بوصفها جزء من السلطة القضائية الاتحادية فإنها معنية بهذا الواجب، إذ يجب عليها المحافظة على النظام الديمقراطي الاتحادي، وأهم وسائل هذه المحافظة هي حماية الدستور الاتحادي من خلال الرقابة على مدى التزام سلطة التعديل الدستوري بالقيود الموضوعية والاجرائية التي فرضها الدستور. عليه ولكل ما تقدم بإمكان المحكمة الاتحادية العليا أن تمد رقابتها على دستورية التعديلات الدستورية بوصفها جهة التحكيم الدستوري وحامية الدستور الاتحادي، فلها أن تراقب مدى التزام سلطة التعديل الدستوري بالقيود الموضوعية والاجرائية التي قررها المشرع الدستوري، ولن يتسنى لنا اختبار هذه الامكانية الا بعد تعديل الدستور العراقي مستقبلاً.

الخاتمة:

نتوصل من خلال هذا البحث الى مجموعة من النتائج والمقترحات:

أولاً/ النتائج:

1- ان تحقيق الاساس الدستوري للنظام الاتحادي تتوقف على مدى الثبات الدستوري الذي اعتمده واضع الدستور الاتحادي، لأن تبني المشرع الدستوري درجة -معقولة- من الجمود الدستوري سيكون ضروريا لتحقيق حماية النظام الاتحادي او قل ان شئت حماية اساسه الدستوري، من خلال التشديد في اجراءات تعديل الدستور الاتحادي على نحو يحول دون انفراد احد اطراف النظام الاتحادي في تعديله، وحيث ان الجمود النسبي يؤسس اطار دستوري مستقر، ويسهم في حماية الحقوق والقيم الدستورية، ويحفظ الاستقلال الذاتي للوحدات، وجب ان يكون هذا الجمود نسبياً، يتوافق مع الحيوية التي يتصف بها النظام الاتحادي.

2- يستهدف تقييد سلطة التعديل الدستوري حماية الثبات للنظام الاتحادي، من خلال تحصين السيادة الشكلية لقواعد الدستور الاتحادي، وتوفير ضمانات تقييد سلطة تعديل الدستور الاتحادي تقييداً موضوعياً يحصن المبادئ الأساسية للدستور، وتقييداً اجرائياً يضبط عملية تعديل الدستور.

3- يفترض التزام سلطة التعديل الدستوري بالحفاظ على السيادة الدستورية للنظام الاتحادي لزوم اجراء تعديل للدستور الاتحادي عند تحقق اسبابه الموجبة واجراءه وفق الحدود الموضوعية والاجرائية التي نص عليها المشرع الدستوري، سواء من حيث عدم النيل من المبادئ التي حصنها الدستور ام من حيث الاجراءات الحاكمة لعملية التعديل.

4- يستلزم الالتزام بحظر المساس بالثبات الدستوري للنظام الاتحادي تطبيق فكرة انحراف سلطة التعديل الدستوري، فمن المتصور عدم التزام هذه السلطة بالقيود الموضوعية والاجرائية التي فرضها المشرع الدستوري مما يحرف عملية التعديل عن مسارها ويعجزها عن تحقيق الغايات التي صيغت هذه القيود لأجل تحقيقها.

5- يقتضي تبني فكرة انحراف سلطة تعديل الدستور الاتحادي قبول ما يترتب عليها من اثار تحمي الثبات الدستوري للنظام الاتحادي واخصها تنظيم رقابة على دستورية التعديلات الدستورية. وقد تفاوتت المواقف الدستورية في اقرارها او انكارها لهذا النوع من الرقابة كما اختلفت في مدى هذه الرقابة. وكان

للقضاء الدستوري دور مهم في تطبيق هذه النظرية وفق منطلقات تختلف بحسب عقيدة هيئة القضاء الدستوري والقيم التي يؤمن بها المشرع الدستوري.

ثانياً/ المقترحات:

- 1- تعديل دستور جمهورية العراق بإضافة نص يمنح المحكمة الاتحادية العليا الرقابة على دستورية تعديل الدستورين الاتحادي والاقليمي.
 - 2- نقترح ان تكون رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية التعديل الدستوري رقابة وجوبية وسابقة، من خلال الزام سلطة التعديل الدستوري بإحالة مشروع التعديل الى المحكمة الاتحادية العليا لفحص دستورية التعديل المقترح ومدى مراعاته للقيود الموضوعية والاجرائية التي نص عليها الدستور.
 - 3- نقترح منح المحكمة الاتحادية العليا الرقابة على تعديل دساتير الاقاليم على ان تبحث المحكمة دستورية تعديل دستور الاقليم من زاوية توافق هذا التعديل مع الدستور الاتحادي. اما بحث توافقه مع دستور الاقليم فيجب ان يترك للقضاء الدستوري في الاقليم المعني.
 - 4- تعديل دستور جمهورية العراق من خلال اضافة نص يتضمن حظراً موضوعياً دائماً بعدم تعديل الدستور على نحو يمس الشكل الاتحادي للدولة، مع جواز تعديل التفصيلات الداخلية للنظام الاتحادي، اي اقتصار الحظر على عدم نقل الدولة من الشكل الاتحادي الى الشكل الموحد وقبول التعديل في ما دون ذلك وبما لا يتعارض مع الهوية الاتحادية للدولة.
 - 5- اضافة نص للدستور يمنع الاقاليم من رفض تعديل الدستور الاتحادي او رفض تنفيذ هذا التعديل من خلال الزامها بتعديل دساتيرها وقوانينها بما ينسجم مع التعديل الجديد للدستور الاتحادي.
 - 6- تعديل دستور جمهورية العراق على نحو تضمنه نص يكفل للأقاليم اقتراح تعديل الدستور الاتحادي تطبيقاً لمبدأ المشاركة في ممارسة السلطة، وتحديد الجهة التي تملك تقديم هذا الاقتراح.
- الهوامش:

¹ ينظر د. ابراهيم ابو خزام: الوسيط في القانون الدستوري، ط2، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت، 2002، ص 43.

² See: Yaniv Roznai: Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers, A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy, London, February 2014, P 82-91.

³ See: Yaniv Roznai: ibid, P 91. & Andrea Pozas-Loyo & Julio Ríos-Figueroa: The Politics of Amendment Processes: Supreme Court Influence in the Design of Judicial Councils, Texas Law Review, Vol. 89:1807, 2011, p 1811.

⁴ See: Yaniv Roznai: ibid, P 92-93.

⁵ See: Yaniv Roznai: ibid, p 95. & U.S SUPREME COURT, Dodge v. Woolsey, DECEMBER TERM, 1855.

⁶ د. محمد ناصر بوغزالة: دوافع التعديل الدستوري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 14، 2016، ص 12.

See: Andrea Pozas-Loyo & Julio Ríos-Figueroa: op. cit, p 1812.

⁷ See: Richard Albert: Nonconstitutional Amendments, BOSTON COLLEGE LAW SCHOOL LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES, RESEARCH PAPER 187 February 05, 2010, P 8-11. & Yaniv Roznai : op. cit. P 13-16.

⁸ See: Richard Albert: Nonconstitutional Amendments, op. cit, P 10.

⁹ ينظر في ذلك: المادة الخامسة من دستور الولايات المتحدة الامريكية لسنة 1778 المعدل. وينظر ايضا : د. عبد الفتاح محمد ياغي : الحكومة والادارة العامة في الولايات المتحدة ، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2011. ص

77. وشامل حافظ شنان الموسوي: تعديل الدستور واثره على نظام الحكم في الدولة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص 121.

See: Akhil Reed Amar: Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V, The University of Chicago Law Review, VOLUME 55 NUMBER 4 FALL 1988, P 1043-1063. & Bruce A. Ackerman: op. cit, P 1051. & DOUGLAS G. SMITH: op. cit, P 330-333. & Matt Gehringw: United States Constitutional Amendment Process Legal Principles for State Legislators, Research Department Minnesota House of Representatives, April 2016, P 2-3. & Edward S. Corwin and Mary Louise Ramsey: Constitutional Law of Constitutional Amendment, Notre Dame Law Review, Volume 26, Issue, 2 Article 1, 1951, P 207.

¹⁰ See: Richard Albert: op. cit, P 8-11.

¹¹ See: Richard Albert: ibid, P 6-13.

¹² See: Richard Albert: ibid, P 21-22.

¹³ ينظر في ذلك: د. ليلي حنتوش ناجي: رقابة القضاء الدستوري على تعديل الدستور، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد 26، العدد 8، 2018، ص 532. د. وليد محمد الشناوي: الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية (دراسة مقارنة)، بحث مقدم الى المؤتمر الدولي الرابع عشر لكلية الحقوق / جامعة المنصورة (مستقبل النظام الدستوري للبلاد)، ص 34. ود. شورش حسن عمر و ابراهيم صالح قادر البرزنجي: التعديلات الدستورية ومدى خضوعها لرقابة القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 43، 2022، ص 178-177

See: Seth Barrett Tillman: A Textualist Defense of Article I, Section 7, Clause 3: Why Hollingsworth v. Virginia Was Rightly Decided, and Why INS v. Chadha Was Wrongly Reasoned, Texas Law Review, Vol 83, Nu 5, April 2005, P 1273-1274.

¹⁴ See: W. F. DODD: AMENDING THE FEDERAL CONSTITUTION, YALE LAW JOURNAL, Vol. XXX, No 4, 1921, P 337. & JOHN C. EASTMAN, ANTHONY T. CASO: BRIEF OF AMICUS CURIAE THE CLAREMONT INSTITUTE'S CENTER FOR CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE IN SUPPORT OF PETITIONERS, No. 21-1271, Counsel for Amicus Curiae 404, 2022, P 13. & Walter Dellinger: The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process, Harvard Law Review, Vol 97, 1983, P 390-391.

¹⁵ ينظر في ذلك: د. محمد عطية فودة: تعديل الدساتير في الانظمة الديمقراطية المعاصرة والرقابة عليها (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ص 150-149.

See: Seth Barrett Tillman: ibid, P 1274-1275.

¹⁶ نصت هذه الفقرة (لا يجوز وضع أي تعديل لهذا الدستور) بما في ذلك أحكام الباب الثالث) أجري أو يفهم أنه أجري بموجب هذه المادة، سواء قبل أو بعد بدء العمل بالقسم 55 من القانون المعدل للدستور (التعديل الثاني والأربعون) عام 1976 موضع تساؤل أمام أي محكمة بأي ذريعة كانت)). وللمزيد ينظر: د. وليد محمد الشناوي: الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص 10.

¹⁷ د. وليد محمد الشناوي : الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، المنصورة، من دون سنة نشر، ص 67-68. ود. وليد محمد الشناوي : مصدر سابق، ص 79.

See: Richard Albert: op. cit, P 24.

¹⁸ See: Yaniv Roznai: op. cit, P 187. & VALENTINA RITA SCOTTII: Constitutional amendments and constitutional core values: the Brazilian case in a comparative perspective, Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 3, August 2018. P 66.

¹⁹ نصت الفقرة (3) من المادة (79) من القانون الاساسي الالماني على ((لا تُقبل أي تعديلات على هذا القانون الأساسي تؤثر على تقسيم الاتحاد إلى ولايات، أو على المشاركة المبدئية في عملية التشريع، أو على المبادئ الواردة في المادة 1 والمادة 20)).

²⁰ See: Yaniv Roznai: op. cit, P 186. Kemal Gözler: Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study, Ekin Press, Bursa, 2008. P 8.

²¹ See: Richard Albert: op. cit, P 24-31. & Donald P. Kommers: German Constitutionalism: A Prolegomenon, EMORY LAW JOURNAL, Vol. 40, 1991, P 837-852.

²² ينظر في ذلك: د. عصام سعيد عبد العبيدي: مدى سلطة القضاء الدستوري في الرقابة على التعديلات الدستورية (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة العاشرة، العدد 10، 2021، ص 398.

²³ ينظر في ذلك: د. عصام سعيد عبد العبيدي: المصدر السابق، ص 400. وينظر لعروسي احمد وبن شهرة العربي: لعروسي احمد وبن شهرة العربي: الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 6، العدد 2، 2019، ص 119-120.

المصادر

اولا/ المصادر العربية:

1- د. ابراهيم ابو خزام: الوسيط في القانون الدستوري، ط2، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت، 2002

2- د. شورش حسن عمر و ابراهيم صالح قادر البرزنجي: التعديلات الدستورية ومدى خضوعها لرقابة القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 43، 2022، ص 177-178

3- د. عبد الفتاح محمد ياغي : الحكومة والادارة العامة في الولايات المتحدة ، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2011

4- د. عصام سعيد عبد العبيدي: مدى سلطة القضاء الدستوري في الرقابة على التعديلات الدستورية (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة العاشرة، العدد 10، 2021

5- د. ليلي حنتوش ناجي: رقابة القضاء الدستوري على تعديل الدستور، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد 26، العدد 8، 2018.

6- د. محمد عطية فودة: تعديل الدساتير في الانظمة الديمقراطية المعاصرة والرقابة عليها (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة

- 7- د. محمد ناصر بوغزالة: دوافع التعديل الدستوري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 14، 2016.
- 8- د. وليد محمد الشناوي : الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، المنصورة، من دون سنة نشر
- 9- د. وليد محمد الشناوي: الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية (دراسة مقارنة)، بحث مقدم الى المؤتمر الدولي الرابع عشر لكلية الحقوق/ جامعة المنصورة (مستقبل النظام الدستوري للبلاد)
- 10- شامل حافظ شنان الموسوي: تعديل الدستور واثره على نظام الحكم في الدولة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018
- 11- لعروسي احمد وبن شهرة العربي: الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 6، العدد 2، 2019

ثانيا / الدساتير:

- 1- دستور الولايات المتحدة لسنة 1787 المعدل.
- 2- دستور الهند لسنة 1949 المعدل.
- 3- القانون الاساسي الالمانى لسنة 1949 المعدل.
- 4- الدستور البرازيلي لسنة 1988 المعدل.
- 5- الدستور العراقي لسنة 2005.

ثالثا/ المصادر الاجنبية:

- 1- .S SUPREME COURT, Dodge v. Woolsey, DECEMBER TERM, 1855.
- 2- Akhil Reed Amar: Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V, The University of Chicago Law Review, VOLUME 55 NUMBER 4 FALL 1988.
- 3- Andrea Pozas-Loyo & Julio Ríos-Figueroa: The Politics of Amendment Processes: Supreme Court Influence in the Design of Judicial Councils, Texas Law Review, Vol. 89:1807, 2011.
- 4- -Bruce A. Ackerman: The Storrs Lectures: Discovering the Constitution, The Yale Law Journal, Vol. 93, No. 6, 1984.
- 5- Constitutional amendments and constitutional core values: the Brazilian case in a comparative perspective, Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 3, August 2018

- 6- Donald P. Kommers: German Constitutionalism: A Prolegomenon, EMORY LAW JOURNAL, Vol. 40, 1991.
- 7- DOUGLAS G. SMITH: An Analysis of Two Federal Structures, The Articles of Confederation and the Constitution, SAN DIEGO LAW REVIEW, VOL.34:249, 1997.
- 8- Edward S. Corwin and Mary Louise Ramsey: Constitutional Law of Constitutional Amendment, Notre Dame Law Review, Volume 26, Issue, 2 Article 1, 1951
- 9- JOHN C. EASTMAN, ANTHONY T. CASO: BRIEF OF AMICUS CURIAE THE CLAREMONT INSTITUTE'S CENTER FOR CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE IN SUPPORT OF PETITIONERS, No. 21-1271, Counsel for Amicus Curiae408, 2022
- 10- Kemal Gözler: Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study, Ekin Press, Bursa, 2008.
- 11- -Matt Gehringw: United States Constitutional Amendment Process Legal Principles for State Legislators, Research Department Minnesota House of Representatives, April 2016.
- 12- Richard Albert: Nonconstitutional Amendments, BOSTON COLLEGE LAW SCHOOL LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES, RESEARCH PAPER 187 February 05, 2010.
- 13- Seth Barrett Tillman: A Textualist Defense of Article I, Section 7, Clause 3: Why Hollingsworth v. Virginia Was Rightly Decided, and Why INS v. Chadha Was Wrongly Reasoned, Texas Law Review, Vol 83, Nu 5, April 2005
- 14- -W. F. DODD: AMENDING THE FEDERAL CONSTITUTION, YALE LAW JOURNAL, Vol. XXX, No 4, 1921
- 15- Walter Dellinger: The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process, Harvard Law Review, Vol 97, 1983
- 16- Yaniv Roznai: Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers, A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy, London, February 2014.

*Deviation of Constitutional Amendment Power in the Federal systems
(A Comparative Study)*

Muhannad Falah Hassan

Prof. Dr. Rafea Khudhir Shubbar

muhanadmuha22@gmail.com

Abstract:

The rules of constitutional amendment play an important role in fortifying the principle of the supremacy of the federal constitution, because they are not just constitutional texts, but rather represent the vision of the constituent authority to determine the constant and variable in the constitutional structure, The consolidation of certain issues by complicating the procedures for amending them is a reflection of the desire of the drafter of the constitution to fortify it. Then it is a constitutional recognition of its necessity, and when we talk about the deviation of the constitutional amendment authority, we discuss it as far as it relates to the federal system, i.e. in terms of the impact of the federal system on the formulation of these rules, And the mechanism employed to protect it is its constitutional basis, that the supremacy of the federal constitution means the supremacy of the federal system, so the latter is only a constitutional rule, then it takes the features of the federal constitution, especially its sovereignty that gives it a higher position in the legal hierarchy within the federal state, which requires immunizing it from rules that contradict With its constitutional principles, therefore, the restriction of the power to amend the federal constitution is based on its commitment to preserving the constitutional stability of the federal system, which necessitated this restriction. It is not enough for this authority to comply with the constitutional requirements governing the content of the constitutional amendment, but it must also follow the procedures stipulated in the constitution. Hence, the Iraqi legislator had to take a number of legislative measures targeting ISIS funds in Iraq, as the Iraqi legislator formed a committee to freeze terrorist funds, whose main task is to freeze the financial assets of terrorists and other assets of persons identified by the United Nations Sanctions Committee or who have been classified At the national level, based on local lists, or at the request of one of the countries, in response to international cooperation in imposing targeted financial sanctions.

Keywords: Deviation, Constitutional Amendment, Federal Constitution, Constitutional incompatibility.