



The Living Constitution as a Methodology for Constitutional Interpretation: A Comparative Study

Prof. Dr. Munir Hammoud Dakhil
College of Law, University of Dhi Qar

Abstract:

The constitutionality review does not always reflect the values prevailing in the community at the time of the constitution's issuance. If it were possible to interpret the constitution years after its application in light of the values that it witnessed, the constitution would no longer reflect concepts and values that the community no longer has a stake in. It is true to say that parliament does not express the general will except to the extent that it respects the constitution, and that the flow of opinions and ideas and their diversity is the essence of democracy, and that these new concepts crystallize a framework for a nascent democracy whose features and framework are determined by the constitutionality review body. The uniqueness of constitutions lies in their

adaptability to fundamental principles in response to contemporary needs, rather than in static interpretations rooted in the past, reflecting the living constitution approach to the evolving interpretation of rights and freedoms.

Keywords: Constitution, Judiciary, Oversight, Law, Interpretation



<https://doi.org/10.66734/4kgsky15>

1: Email lawp1e23@utq.edu.iq

2: Email:

Submitted: 10-2-2026

Accepted: 25-2-2026

Published: 2-6-2026

Authors: 2026, College of Law - Sumer University. This is an open- access article under the CC BY 4.0 (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.ar>)



الدستور الحي كمنهج للتفسير الدستوري - دراسة مقارنة

أ.م. د منير حمود دخيل

قسم القانون العام، كلية القانون، جامعة ذي قار

الملخص :

أن الرقابة على دستورية القوانين لا تقف دائماً عند حدود القيم التي سادت الجماعة السياسية إبان وضع الدستور، ذلك أن تجميد التفسير الدستوري عند لحظة تاريخية بعينها من شأنه أن يُفرغ الدستور من وظيفته الحيوية ويجعله أسيراً لمفاهيم لم تُعد تعبر عن وجدان الجماعة ولا عن تطلعاتها الراهنة. فلو جاز تفسير الدستور بعد عقود من نفاذه، على ضوء القيم التي عاصرها نشأته، لانتقل من وثيقة حاكمة للحاضر إلى سجلٍ تاريخي للماضي، ولأضحى بعيداً عن واقع لم يعد يمت إليه بصلة. وإذا كان صحيحاً أن البرلمان لا يُجسد الإرادة العامة إلا في حدود احترامه لأحكام الدستور، فإن الصحيح أيضاً أن تعدد الآراء وتدفق الأفكار واختلاف التصورات، إنما تمثل الجوهر الحي للديمقراطية لا قشرتها الظاهرة. وفي هذا السياق تتبلور مفاهيم جديدة تُؤسس لديمقراطية وليدة تتولى جهة الرقابة على الدستورية رسم ملامحها وتحديد إطارها من خلال تفسير خلاق للنصوص لا يقف عند ظاهر الألفاظ ولا ينكفي إلى معاني جامدة. ومن ثم فإن عبقرية الدساتير وتفردها لا يكمنان في معانيها الساكنة التي ترتد إلى عالم بائد وإنما في قدرتها على التكيف مع مبادئها السامية بحيث تستوعب التحولات الاجتماعية وتستجيب للمشكلات المعاصرة وتلبي الاحتياجات القائمة دون أن تفقد روحها أو تهدر مقاصدها. وذلك هو جوهر منهج الدستور الحي (Constitution Living)، الذي يرى في الدستور كائناً نامياً، يتجدد بتجدد المجتمع ويبقى حاكماً للحاضر دون أن ينقطع عن أصوله.

الكلمات المفتاحية: الدستور، القضاء، الرقابة، القانون، التفسير

المقدمة

أولاً/ التعريف بموضوع الدراسة:

كثيراً ما تتجاوز حقائق الزمن وتطورات المجتمع في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية جمود النصوص الدستورية، لتخلق فجوة شاسعة بين ما هو كائن على أرض الواقع وما يجب ان يكون طبقاً لنصوص الدستور، فيتخلف النص الدستوري عن متابعة عوامل التغيير ومواكبة التطورات الهامة في مفهوم الحقوق والحريات، وبالتالي تظهر تلك الفجوة بين النص وبين الواقع، وبين النص وبين ما تتطلبه الجماعة في تطورها الحديث، وبين النص وبين الحقوق والحريات في إطارها وجوهرها المتطور باضطراد، ومن ثم يكون لهذه الفجوة أثر خطير على الدستور ذاته، فتكون حاجة المجتمع حينئذ أشد ما تكون إلى تفسيره بدلاً من تغييره بمضمون ينهض لسد هذه الفجوة من خلال جهة أختصها الدستور دون غيرها بتلك المهمة. فنصوص الدستور تتميز بالطبيعة الأمرة وعلوها على ما دونها من القواعد القانونية، وضبطها للقيم التي ينبغي أن تقوم عليها الجماعة، لذلك فمعظم الدساتير المقارنة ومنها دستور جمهورية العراق لسنة 2005م، تتسم بسمات وخصائص معينة، أهمها: سموها على غيرها من القواعد القانونية **Supremacy**، وعموميتها وتجردها **Generality and Abstraction**، فضلاً عن جمودها **Rigidity** وعدم إمكانية تغييرها أو تعديلها سوى بإجراءات معقدة، لذلك فالحاجة ملحة لوجود الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية تنحصر مهمتها الأساسية في فهم الدستور وتفسير أحكامه والعمل على تطويرها دوماً، لا عن طريق إجهاد نصوص الدستور وافتعال معانٍ لها لا يتصور ربطها بها، وإنما من خلال النظر إلى مضامين هذه النصوص، وقراءتها بصورة أكثر تقدماً على ضوء نظرة واقعية لا تُحيلها إلى جمود يسلبها حقائق الحياة، بل يمد إليها شرايين جديدة تُعينها على الصمود. لذلك اتجه القضاء الدستوري المقارن إلى توسيع وتطوير مفهوم الحقوق والحريات، مستعيناً بوسيلة هامة هي تفسير النصوص الدستورية، ونتج عن ذلك مدارس ومناهج لكل منها طريقتها ووسائلها في تفسير النص الدستوري، وأثر هذا التفسير في المفاهيم المعطاة للحقوق والحريات فساهم في حمايتها وتوسيع مدلولاتها وتطوير مفاهيمها، فجهة الرقابة على الدستورية لا تتردد دوماً القيم السائدة في الجماعة وقت صدور الدستور، إذ لو جاز أن يُفسر الدستور بعد سنين من تطبيقه، على ضوء القيم التي عاصرها لصار الدستور معبراً عن مفاهيم وقيم لم يعد للجماعة شأن بها. وان صح القول بأن البرلمان لا يُعبر عن الإرادة العامة إلا بقدر احترامه للدستور، وأن تدفق الآراء والأفكار وتعددتها هو جوهر الديمقراطية، وأن هذه المفاهيم الجديدة تبلور إطاراً لديمقراطية وليدة تُحدد جهة الرقابة على الدستورية ملامحها وإطارها. إذ أن عبقرية الدساتير وتفردتها تكمن في تكيفها مع مبادئها السامية، على نحو تتوافق فيه مع المشكلات المعاصرة للاحتياجات القائمة، وليس في معانيها الساكنة التي تترد لعالم بئد ميت، وهذا هو منهج الدستور الحي (**LIVING CONSTITUTION**) بالتفسير للحقوق

والحريات الذي يتطور ويتغير في تفسيراته بتطور مفهوم الحقوق والحريات نفسها، والذي ظهر كحل عملي غير تقليدي يهدف لتطوير القاعدة القانونية في نطاق القانون الدستوري. فالدستور في واقع الأمر هو ترجمة حقيقية للفكر السائد وللظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدولية التي يمر بها المجتمع في مرحلة زمنية معينة، وغالباً ما تتغير هذه الظروف دون تدخل من جانب المشرع الدستوري لتعديل نصوص الدستور بما يتلائم مع هذه المتغيرات، وهذا أمر طبيعي يتفق والجمود النسبي للنصوص الدستورية، ومن ثم يكون على القاضي الدستوري واجب مؤامة النصوص الدستورية مع التطورات الجديدة عن طريق أخذ هذه المتغيرات في الحسبان عند تفسير نصوص الدستور. فلا ينقيد المفسر بحرفية النص الدستوري، ويقف مكتوف الأيدي والفكر، ولكنه يشهد بعث روح جديدة في النص تواكب روح الدستور ومبادئه الأخلاقية الرفيعة. فالدستور كما تصفه المحكمة الدستورية العليا المصرية: "وثيقة تقدمية يمكنها رغم الجمود ملاحقة تطورات المجتمع وبخاصة ما يتعلق بالحقوق والحريات وتحقيق طموحات أبنائه فلا يكون نسيجها إلا تتاغماً مع روح العصر"، دون الوقوف حينئذ عند التحديد الدستوري المباشر للحقوق والحريات ومن ثم حصرها بما تم النص عليه دستورياً حرفياً وتقديمه على حساب الاعتبارات الأخرى. لذلك سوف نعرض لهذا المنهج من خلال توطئة للحاجة التي أفرزها الواقع العملي لوجود تفسير دستوري معاصر لا ينغلق على النص، وما تبع ذلك من قيام نظريات تفسيرية في نطاق القانون الدستوري تسعى لهذا الهدف، والذي يُعد منهج الدستور الحي أهمها سواء من الناحية العملية أو النظرية من خلال تطبيقات القضاء الدستوري المقارن له.

ثانياً/ أهمية الدراسة:-

ترتكز على إبراز دور القضاء الدستوري المقارن في ظل مجتمع المتغيرات الحالي في النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ومدى تأثير عنصر الواقع ومقدار مساهمته فيما تنتهي إليه جهة القضاء الدستوري في التفسير، لان التفسير يُمثل جوهر ولايته القضائية على النصوص الدستورية، فمن خلاله يضطلع بدوره صوتاً للدستور على ما دونه، بخلق مفاهيم جديدة للحقوق والحريات تثبت الحياة من جديد في الوثيقة الدستورية. فهذا المنهج يتطور ويتغير في تفسيراته بتطور مفهوم الحقوق والحريات نفسها، ومن ثم يكون من واجب القضاء الدستوري المقارن مؤامة النصوص الدستورية مع التطورات والمفاهيم الجديدة للحقوق والحريات باعتبارها قيمة عليا لا تنفصل المفاهيم الديمقراطية السائدة عنها، ومن ثم يبتكر -القضاء الدستوري- الحل الذي يوافق بين ضرورة احترام المشروعية الدستورية وضرورة حماية مصالح المجتمع واستقرار أنظمتها، حتى ولو كان الحل يُخالف ما يقضي به ظاهر النصوص الدستورية. ومن ثم محاولة بيان الصدى الواسع لهذا المنهج التفسيري الذي لاقاه لدى الفقه والقضاء الدستوري المقارن، بعد عديد التطورات في مختلف المجالات.

ثالثاً/ مشكلة الدراسة:-

تتعلق مشكلة الدراسة بالتطورات الكثيرة والمضطردة في المجال السياسي والاقتصادي والاجتماعي، التي تعاقبت على صدور دستورنا في العام ٢٠٠٥م، دون أن تُبادر السلطة المختصة بالتعديل إلى تعديله ليُلاحق هذه التطورات، مما كان له بالغ الأثر في الفقه الدستوري بين مؤيد ومعارض، وفي أعمال الشرعية الدستورية من خلال أحكام المحكمة الاتحادية العليا، التي نعتقد أنها تحاول على الرغم من الانتقاد المتواصل لها، الذي يكون غير مبرر في أحيان كثيرة من قبل البعض، الذين يجهلون أو يتجاهلون بأنها المحكمة تتعامل مع نصوص الدستور على أساس أن نصوصه تعبير عن آمال متجددة ينبض واقعها بالحياة ويمكن تطويعها بما يكفل حيويتها ومرونتها.

رابعاً/ منهجية الدراسة: -

انتهجنا في هذه الدراسة- المنهج الوصفي التحليلي، من خلال عرض مبسط لمفهوم النص الدستوري والقانوني، ومن ثم نتناول الأحكام الدستورية بالدراسة والفحص والتطبيق، وعرض موقف الفقه الدستوري بشأنها، ورؤيتنا من خلال الشرح والتحليل لفكرة الدستور الحي، وتطوير النصوص الدستورية، ومن ثم تطوير النظم التشريعية لتلاحق وتواكب التطور المضطرد في جميع مجالات الحياة، اعتماداً على التحليل للأحكام والقرارات القضائية التي تبناها قضاء الدستورية في الدول المقارنة. وتفصيلاً لما أجملت، وهداياً إلى ما سوف استقبل في هذه الدراسة، ونتيجة للطبيعة العملية والتطبيقية لموضوع الدراسة،

خامساً/ هيكلية الدراسة: -

سنقسم الموضوع إلى مبحثين: نتناول في الأول: مفهوم منهج الدستور الحي، ونتناول في الثاني التطبيقات القضائية وتطوير الدستور وفق منهج الدستور الحي.

المبحث الأول

مفهوم منهج الدستور الحي

لا جدال في أن التصور التقليدي للدستور ينصرف إلى تضمينه حقوق الفرد وحرياته، غير أن القيمة الحقيقية للدستور لا تستنفدها مجرد إيراد هذه الحقوق، سواء أوردتها في صلب نصوصه أو أفرد لها إعلاناً قائماً بذاته، وإنما تتجلى دلالاته العميقة حين تنهض جهة الرقابة الدستورية بتشكيل مضامين متجددة لتلك الحقوق، وتستخلص منها مبادئ أكثر اتساعاً وأشد فاعلية في كفالتها. وفي هذا الإطار يبرز منهج الدستور الحي بوصفه أحد مناهج التفسير الدستوري، وحلاً قضائياً عملياً أفرزه القضاء الدستوري المقارن لمواجهة جمود النص الدستوري أمام ديناميكية الواقع وتحول بيئات تطبيقه. ومن أجل بيان هذا المبحث سوف نتناوله من خلال مطلبين: الأول-

التعريف بمنهج الدستور الحي كمنهج للتفسير الدستوري، في حين سيكون المطلب الثاني - بيان طبيعة القضاء الدستوري والأحكام الدستورية.

المطلب الأول

التعريف بمنهج الدستور الحي كمنهج للتفسير الدستوري ومؤيديه

أن منهج الدستور الحي هو منهج يخرج بالتفسير عن نطاق المرجعية الذاتية للنص، والممثلة في حرفيته ومقاصد واضعيه، فالمرجعية التفسيرية لهذا المنهج هي قراءة الواقع الذي يُطبق فيه ذلك النص، وإيلاءه اهتماماً بما يمثله الدستور من وثيقة ذات معانٍ سياسية واجتماعية واقتصادية لها أهدافها التي لا يمكن حصرها في البعد القانوني لهذه الوثيقة فقط. ولبيان هذا المطلب سوف نتناوله بفرعين: -

الفرع الأول

تعريف منهج الدستور الحي

تتصدر مهمة القاضي الدستوري وهو يباشر رقابته على دستورية القوانين بين أمرين لا ثالث لهما: فإما أن يقضي بدستورية النص المطعون فيه إذا استبان له توافقه مع أحكام الدستور، وإما أن يقضي بعدم دستوريته متى ثبت تعارضه مع نصوصه، دون أن تمتد سلطته في الحالتين إلى تصحيح التشريع أو تعديله ليتلاءم مع الدستور. غير أن هذه المهمة لا تُؤدى على نحو آلي أو حرفي فalcضاء الدستوري ليس قضاء تطبيق جامد، وإنما هو قضاء موازنة وتقدير، يُعنى بالتوفيق بين إعلاء الشرعية الدستورية وصون استقرار الدولة، وابتكار من الحلول والتأويلات ما يحقق الاعتبارين معاً، ولو جاوز ظاهر النص إلى مقاصده ومعانيه الأعمق. وفي هذا الإطار يضطلع القضاء الدستوري بدور إنشائي خلاق، استمد مشروعياته من عمومية النصوص الدستورية وسعة خطابها ومرونة تفسيرها، وهي تفسيرات لا تفصل، بالضرورة، عن رؤية القاضي الدستوري للقضايا السياسية والاقتصادية والاجتماعية المعروضة عليه.

فالرقابة القضائية على القوانين في جوهرها، رقابة قانونية يمارسها قاضٍ مستقل، غايتها التحقق من مدى التزام المشرع بالحدود التي رسمها له الدستور وعدم مجاوزته لنطاقها. ومن ثم أُنيطت هذه المهمة بجهة قضائية مختصة تباشرها في إطار خصومة قضائية مستندة إلى حيادها واستقلالها لتكون ضماناً حقيقية لاحترام الدستور. وتبدأ هذه الرقابة بالضرورة من تفسير النصوص الدستورية المدعى مخالفتها، والكشف عن معناها الحقيقي في ضوء الواقع واستشراف المستقبل وعلى هدي هذا التفسير يُحسم القول في قيام المخالفة الدستورية من عدمها⁽¹⁾. ومنهج الدستور الحي شأنه شأن مناهج التفسير الدستوري المعاصرة أو غير التقليدية يولي اهتماماً بما يمثله الدستور من وثيقة ذات معانٍ سياسية واجتماعية لها آفاق بعيدة في مداها، حين تصوغ جهة

الرقابة على الدستورية متعاني جديدة للحقوق والحريات التي كفلها الدستور، وتبلور مبادئ أكثر رحابة وأفضل في ضمانها، ومن ثم تمتد حقوق الفرد عرضاً وعمقاً، فلا تنحصر في القائمة المغلقة التي بينها الدستور من خلال إحصائها وعدّها، إذ يقول القاضي **Holmes**: "الكلمة هي جلد الفكرة **A word is the skin of an idea**"، فعندما يتم تطبيق هذا القول على مفهوم الدستور الحي نراه مطابق إلى حد كبير للمنهج، لأن الجلد الحي مرن وقابل للتمدد ويتجدد باستمرار، ودستور الولايات المتحدة يشتمل على حوالي ستة آلاف كلمة فقط، لكن ملايين الكلمات كتبها المحاكم لتوضيح الأفكار التي تحتويها هذه الكلمات القليلة⁽²⁾. لذلك عُرف هذا المنهج بأنه: "ذلك المنهج من مناهج التفسير الدستوري الذي ينظر إلى الدستور على أنه ينمو ويتطور على مر الزمن تبعاً للظروف والحاجات والقيم المجتمعية المتغيرة"⁽³⁾، في حين عرفه جانب آخر من الفقه بأنه المنهج الذي يُحرر المفسر من التقيد بالنص الدستوري، ويُمكنه من استلهام روح القانون، وثمة من يُعبر عن رؤيته للمنهج بقوله: "إنه في ظل مجتمع دائم التغيير (ديناميكي) على الدستور أن يُسائر ذلك التغيير، أو يتخلى عن مفاهيمه التقليدية، ذلك أن نصوص الدستور لا ترتبط بمعانٍ ثابتة، وإذا ما بقيت مثل هذه النصوص على حالها والمجتمع في تغير مستمر، فإن تلك النصوص سوف تضمر، فلا يمكن لرؤية دستورية أن تحافظ على نزاهتها وقدراتها على الصمود إلا من خلال التحرك بنفس الاتجاه وبنفس ايقاع بقية المجتمع"⁽⁴⁾. ومن التعريفات المبسطة للمنهج ما عبر عنه المحامي **Adam Winkler**⁽⁵⁾: من أن التفسير الدستوري في إطار هذا المنهج يُلخص للمبادئ الأساسية التي جاء بها الدستور، غير أن نطاق تطبيقها يتعين أن يتطور وفقاً للمتغيرات الحاصلة في المجتمع. وهو ذاته ما ذهب إليه القاضي **William H. Rehnquist** عندما قال: "لقد تحدث واضعو الدستور بحكمة بلغة عامة وتركوا للأجيال القادمة مهمة تطبيق تلك اللغة على البيئة المتغيرة باستمرار التي سيعيشون فيها"⁽⁶⁾. وبالتالي نرى مما تقدم أن النصوص التشريعية لا تُصاغ في الفراغ، ولا يجوز انتزاعها من واقعها محدداً بمراعاة المصلحة المقصودة منها، وهي بعد مصلحة اجتماعية يتعين أن تدور هذه النصوص في فلكها، ومنهج الدستور الحي هو المنهج الذي يرتقي بالنصوص الدستورية من خلال عملية التفسير حتى تتوافق مع المتغيرات الحاصلة في واقع تطبيقها، فهو يُعبر عن محاولة لقراءة الواقع واستلهام أولوياته وروحه وتطويع النصوص الدستورية بما لا يتعارض مع ذلك، وهو منهج هدفه بث الحياة في نصوص أفقدها الزمن بفعل ما يُلازمه من متغيرات القدرة على التواصل مع واقعها، من خلال تبني روح العصر وبما يُعبر عن إرادة أبناء الحقبة المعاصرة دون وصاية إرادة الأجيال السابقة التي وضعت النص الدستوري⁽⁷⁾.

الفرع الثاني

أهمية منهج الدستور الحي في التفسير

يلقى منهج الدستور الحي كمنهج للتفسير الدستوري تأييداً من جانب كبير سواء من الفقه او القضاء المقارن، ومن ذلك ما جاء بخطاب الرئيس الأمريكي Roosevelt في الكونغرس 1938م من: "أن الأمة يمكن أن تحقق تقدماً كبيراً خلال القرن العشرين إذا نجح القضاء بتطبيق فلسفة اقتصادية واجتماعية مناسبة لظروف العصر ولم يكونوا عبيداً لفلسفة عفا عليها الزمان"⁽⁸⁾، وفي ذات السياق يرى الرئيس الأمريكي Barack Obama، أن الدستور وثيقة حية وليست جامدة، يتعين قراءتها في سياق المتغيرات العالمية، وان أي شخص يبحث عن حل المنازعات الدستورية الحديثة من خلال التفسير الجامد سيصطدم بعائق يتمثل في أن واضعي الدستور والمصادقين عليه تنازعوا إلى أبعد حد حول معانيه، حتى قبل ان يجف المداد الذي صيغت به نصوصه. ويُعد القاضي William J. Brennan الأكثر تأييداً لهذا المنهج التفسيري في القرن المنصرم، إذ عبر عن رأيه في قضية Abington School District v. Schempp في العام 1963م، بقوله: "يجب ان يُفسر القضاء الدستور بما يتفق مع المثل الإنسانية، على ضوء قيم واحتياجات المجتمع المتغيرة، دون التقيد بحرفية ما كان يقصده واضعوه"⁽⁹⁾، وفي ذات السياق يرى الدكتور أحمد فتحي سرور: "بأن حياة الدستور وبقائه تكمن في التطور الكامن في استمراره والإدارة الطبيعية لهذا التطور هي القضاء الدستوري، في حين أن التعديل الدستوري هو الأداة الاستثنائية للإصلاح". وبالتالي أن الإقرار بالحقوق الطبيعية للفرد لا يستتبع بالضرورة القول بأن النصوص الدستورية المنظمة لها تحمل بذاتها مقومات النفاذ الكامل لمضمونها، إذ إن المعنى العملي لهذه الحقوق وحدود ممارستها إنما يتحدد من خلال جهة الرقابة على الدستورية، بوصفها الجهة المختصة بإسباغ الدلالة الملزمة على أحكام الدستور. ولا تحول الطبيعة التمثيلية للسلطة التشريعية دون إخضاعها لرقابة هذه الجهة غير المنتخبة، باعتبار أن وظيفتها القضائية لا تتطوي على مباشرة عمل سياسي، وإنما تهدف إلى صون علوية الدستور. والحقيقة أن تطور المفاهيم الديمقراطية يفرض بالضرورة إلى تطور أدواتها وصيغ التعبير عنها، وهو ما تجلّى تاريخياً في التحول من مفهوم الرعية إلى المواطن، ومن نظرية الحق الإلهي إلى مبدأ السيادة الوطنية، ومن حكم الملكية إلى فكرة العقد الاجتماعي، ثم في مرحلة لاحقة بإعادة تشكيل الجماعة السياسية عبر إقرار الاقتراع العام ونشأة الأحزاب السياسية، وصولاً إلى ترسيخ المفاهيم المستقرة التي تقوم عليها الدول الديمقراطية الحديثة⁽¹⁰⁾. وبالإمكان إبراز أهمية منهج الدستور الحي في التفسير من خلال الاتي: -

أولاً:- تطوير الرقابة على الدستورية- التفسير بشكل عام هو الوسيلة العملية التي تُمكن القضاء الدستوري من تحقيق سيادة الدستور وسموه وإلزام جميع سلطات الدولة بالنزول عند أحكامه والتقيّد بها لحماية الحقوق والحريات التي تضمنتها الوثيقة الدستورية، وبهذا المعنى رددت المحكمة الدستورية العليا المصرية ما نصه: "

إن النصوص التي ينظمها الدستور، تتوخى أن تُحدد الأشكال من العلائق الاجتماعية والاقتصادية جانباً من مقوماتها، ولأنماط من التطور روافدها وملاحمها، ولحقوق المواطنين وحرياتهم تلك الدائرة التي لا يجوز اقتحامها ولا يتصور أن تكون نصوص الدستور وتلك غايتها مجرد تصور لقيم مثالية ترنو الأجيال إليها، ولا تعبيراً في الفراغ عن آمال ترجوها وتدعو إليها، بل تتمخض عن قواعد قانونية تتسم بانتقاء شخصيتها، ولا يجوز بالتالي تجريدها من آثارها، ولا إيهانها من خلال تحوير مقاصدها⁽¹¹⁾. وبذلك يغدو التفسير الصادر عن الجهة التي أناط بها الدستور هذا الاختصاص، دون سواها، أداة جوهرية في تطوير الرقابة على الدستورية، إذ يتيح للنص القانوني الجامد أن يواكب واقعاً دائم التحول، ولا سيما في نطاق القانون الدستوري الذي يبلغ فيه جمود النصوص مداه. ويأتي منهج -الدستور الحي- بوصفه مسلكاً تفسيرياً يُمكن جهة الرقابة من تحقيق هذه الغاية، عبر إضفاء الحيوية على النصوص المعروضة عليها، فتغدو متجددة نابضة قادرة على المواءمة بين نص نشأ في زمن مضى وواقع يتغير باستمرار، بما يعزز من صلاحية النصوص الدستورية ومقبوليتها للاستمرار أطول أمد ممكن⁽¹²⁾.

ثانياً: وسيلة بديلة عن التعديلات الدستورية- أن جمود القاعدة الدستورية هو الذي يحول دون اللجوء إلى إدخال تعديلات على الدستور كوسيلة لمعالجة الاختلاف بين ما يفرضه النص الدستوري من أحكام وما يقتضي الواقع المتغير، وهو اختلاف قد يصل إلى حد نشوء أيديولوجيا واقعية تتناقض في أسسها ومظاهرها الأيديولوجيا الدستورية التي يتشعب بها الدستور، وباستخدام القضاء الدستوري لمنهج الدستور الحي في التفسير يمكنه من المؤاممة بين النص والواقع. فالدستور أحكامه مهياً بالضرورة لأن يمتد تطبيقها إلى أجيال متتابعة، وعبر أزمنة مختلفة، تتغير خلالها الأحداث والأوضاع التي تُعاصرها، فإذا لم تعرها التفاتاً جهة الرقابة على الدستورية، كان قضاءها خطوة متعثرة في طرق وعرة، لا يصل منتهاها إلى الأفاق الجديدة التي تعاشها الجماعة، والتي يتعين توفيق نصوص الدستور معها، فالرقابة الدستورية وأن تقيدت بعناصر النزاع التي تنظرها إلا أن عليها أن تُحيط بالنصوص المطعون عليها من منظور يسعها في كثير من تطبيقاتها. وبالتالي بوجود هذا المنهج التفسيري، لا تكون هناك حاجة ملحة لإدخال تعديلات على الدستور، لأنه-القضاء الدستوري- وبحكم قربه من بواطن النزاعات وإدراكه لدرجة التفاوت بين النص والواقع، فإنه أجدر على الاضطلاع بدور في إحداث المؤاممة بين النص والواقع، لاسيما في ضوء ما تخضع له عملية التعديل الدستوري من صراعات ومواءمات سياسية. وفي هذا الإطار لا يخشى من إساءة استخدام القضاء الدستوري لهذا المنهج أو هذه الوسيلة التفسيرية، لأن الأصل في قضاة جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، هو ميلهم إلى الحق وإيمانهم بأن تطبيق حكم القانون على ضوء نظرة متطورة ليس تشهياً من جانبهم، بل عليهم أن يوجهوا السلطة التشريعية إلى أخطائها، وإلى ما ينبغي عليها أن تتخذه من التدابير لتوفيق تشريعاتها مع الأوضاع التي تُعاصرها، ووفق القيم المتطورة للدستور، وبمراعاة أن

مفاهيم الحق والعدل مع تموجها، لا يزال تطبيقها لازماً وفق معايير بيئتها تصحيحاً لأوضاع خاطئة لا يجوز تجاهلها⁽¹³⁾. كما انه لا يُحاج في ذات الإطار بتجاوز القضاء الدستوري لاختصاصه وتفسيره للنصوص الدستورية بما ينطوي على تعديله لها واغتصابه لدور السلطة التأسيسية أو المشرع الدستوري في ذلك، فإن ذلك مردود، إذ أن المشرع الدستوري هو من تقاعس عن الاضطلاع بمسئوليته بعدم التدخل واحداث المواءمة المطلوبة بين النص والواقع، فأحداث فراغاً في القاعدة القانونية التي شغلها عندئذ القضاء الدستوري. وهذا ما تبنته المحكمة الدستورية العليا المصرية وهو بصدد تفسير مصطلح (المكاسب الاشتراكية) الوارد ذكرها بنص المادة (٥٩) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١م، حيث رددت المحكمة: "بأن الدستور، وإن كفل بنص المادة ٥٩ ما أسماه " بالمكاسب الاشتراكية" واعتبر دعمها والحفاظ عليها واجباً وطنياً، إلا أنه خلا من كل تحديد لها يكون معرفاً بمضمونها ونطاقها، بل جهل تماماً بها، ولم يُحل حتى إلى قانون بيان مكوناتها، ولا يتصور بالتالي أن يكون الدستور كافلاً للعمال غير تلك الحقوق والمزايا التي نص عليها في شأنهم"⁽¹⁴⁾.

ثالثاً: تحقيق التوافق بين الوثيقة الدستورية وقيم المجتمع - لا يصدر أي دستور في فراغ، بل يتشكل في إطار أيديولوجي وفلسفي معين، يطبع نصوصه ويوجه مقاصده، ويغدو مرجعاً لازماً في تفسير أحكامه، وقد يبلغ أثر هذه الأيديولوجية حداً يستحيل معه فصل النص الدستوري عن مرتكزاته الفكرية. غير أن الإشكال الحقيقي يثور عندما تتباعد الأيديولوجية التي قامت عليها الوثيقة الدستورية عن منظومة القيم السائدة في المجتمع، أو تتخلف عنها في ظل غياب حراك فعال من السلطة التي أناط بها الدستور اختصاص التعديل، بما يحول دون تحقيق التوافق المنشود بين نص جامد نشأ في زمن مضى، وقيم متطورة تتجدد في وجدان المجتمع وممارسات سلطات الدولة⁽¹⁵⁾. وهنا ينهض القضاء الدستوري، بوصفه الجهة المعهودة بتفسير الوثيقة الدستورية، بعبء التوفيق بين أحكام النص من ناحية، وقيم المجتمع وتقاليد من ناحية أخرى. ومن ثمّ يتجه القضاء الدستوري المقارن، عبر تبني منهج «الدستور الحي»، إلى مواءمة النصوص الدستورية مع القيم الاجتماعية السائدة، لتستجيب لمختلف التحولات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فلا يتخلف النص عن واقع متجدد، ولا يغدو الدستور عائقاً جامداً يقف حجر عثرة في مسار تطور الشعوب نحو غاياتها المنشودة، وتحقيق تطلعاتها وآمالها⁽¹⁶⁾. وفي هذا السياق رددت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها هذا التوجه، إذ قالت: "... فقد غدا أن تعامل الوثيقة الدستورية بوصفها تعبيراً عن آمال متجددة ينبض واقعها بالحياة، لتعمل من أجل تطوير مظاهرها في بيئة بذاتها، متخذة من الخضوع للقانون إطارها، ولا مناص من الرجوع إليها تغليباً لأحكامها، ولأن الشرعية الدستورية في نطاقها هي التي تكفل ارتكاز السلطة على الإرادة العامة، وتقوم اعوجاجها بما يُعزو الأسس التي تنهض بها الجماعة ويمهد الطريق لتقدمها"⁽¹⁷⁾.

وهنا لابد من القول بأن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تنتزع القيم التي تُرجحها عند الفصل في المسائل الدستورية، ولكنها تبصرها وترجحها لأن مجتمعها يقتضيها، ولو استتبطتها أحياناً من التنظيم المقارن، إذا كان شيوعها بين الأمم المتحضرة دالاً على حيويتها وإنسانيتها، ودورها المتعاطم في بناء الشخصية المتكاملة، وصون الحرية المنظمة. فضلاً عن ذلك فإن معايير هذه القيم لا تهض دليلاً على جمودها، بقدر ما تكشف عن مرونتها وقابليتها للتكيف، بما يتيح إنفاذها على نحو يحقق قدرًا دقيقاً من الموازنة بين مقتضيات استقرار النظم التي تراها الجماعة لازمة لصون كيانها، وبين متطلبات الاستجابة لتطلعاتها المشروعة والعمل على تنميتها وإثرائها، وذلك كله في إطار واقع متحول لا يعرف الثبات ولا يقبل الجمود.

المطلب الثاني

طبيعة القضاء الدستوري والأحكام الدستورية

تتسم الدعوى الدستورية بأنها ذات طبيعة عينية، فالخصومة فيها موجهة لنص تشريعي، وعلى القاضي الدستوري حتمية اتباع منهج تحليلي وتفسيري يتفق مع متطلبات هذه الطبيعية، ورغم السمة الغالبة والعامة للأحكام القضائية بكونها كاشفة عن الحقوق وليست منشئة لها، إلا أن ذلك لا يمنع القاضي الدستوري من الإبداع والابتكار والخلق الدستوري والقانوني في ذات الوقت، ويؤكد ذلك ما أستقر عليه قضاء الدستورية من أن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلاً نهائياً ودائماً لأوضاع اقتصادية جاوز الزمان حقائقتها، فلا يكون تبنيتها والإصرار عليها، ثم فرضها بألية عمياء إلا حرثاً في البحر، بل يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى، غايتها تحرير الوطن والمواطن. وعليه سوف نتناول هذا المطلب من خلال فرعين:

الفرع الأول

طبيعة القضاء الدستوري في الدول المقارنة

متى ما استقر لجهة الرقابة على الدستورية اختصاص الفصل في دستورية القوانين، فإن فاعلية دورها لا تقوم على تقرير هذا الاختصاص فحسب، وإنما على ديناميكية ممارسته، وما يحيط بها من استقلال في الكيان واتساع في الولاية وتحرر من القيود. فلا رقابة دستورية فاعلة مع تبعية، ولا قضاء دستوري منتج مع توجيه. كما يتعين أن يسود بين قضاتها تعاون لا تتاحر، وحوار لا خصومة، يتنافسون فيه على بلوغ الحقيقة ويختلفون حولها لا عليها، في جدل مهني رصين لا شخصي ولا متحيز، ولا يُتقص من هيبة القضاء إعلان الرأي المخالف، بل يزيده ثراءً، متى كان انتصاراً للحقيقة وتجسيدا لاستقلالها⁽¹⁸⁾. ووفقاً لهذا الدور والطبيعة المقررة للقضاء الدستوري، فهي تفرض عدة أمور أساسية: الأول- على القاضي الدستوري أن يزن بدقة الآثار التي من شأنها أن تترتب على أحكامه وقراراته، وإذا قُدر أن الحكم أو القرار الذي يتفق من الناحية النظرية المجردة

مع نصوص الدستور، سوف تنتج عنه أزمة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، فإنه يُعيد التفكير في هذا الحكم أو القرار وبينكر الحل الذي يوفق بين ضرورة احترام المشروعية الدستورية وضرورة حماية مصالح المجتمع واستقرار أنظمتها، حتى وأن كان هذا الحل يُخالف ما يقضي به ظاهر النص الدستوري⁽¹⁹⁾. في حين يفرض من جهة ثانية على كافة المتخصصين في مجال القانون، دراسة وتحليل القضاء الدستوري في ضوء هذه الاعتبارات المختلفة، وعدم التسرع في إطلاق الأحكام المجردة عليه، وإنما يجب التعامل معها بنفس القدر من التحليل في ضوء الاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، مع تقدير الجوانب القانونية الدستورية ووضعها موضع الاعتبار، وذلك لعدم الجور عليه ونقد أحكامه وقراراته من غير أسس موضوعية⁽²⁰⁾.

ولا شك أن ما تُصدره المحكمة الدستورية العليا في مصر من قول فصل في الدعوى التي تنظرها ما هو سوى أحكام تحسم من خلالها خلافاً قانونياً، يقطع ذلك ما تضمنه الفصل الرابع من الدستور المصري لسنة 2014م، في المواد (191-195) والذي يصف المحكمة الدستورية بكونها هيئة قضائية مستقلة، وكذلك ما تضمنه قانون المحكمة رقم 48 لسنة 1979 المعدل، إذ تُعبر المادة (46) منه عما تصدره المحكمة بأنها أحكام وقرارات، ثم جاءت المادتان (48، 49) فنصتا بوضوح تام، على أن ما تصدره المحكمة هي أحكام وقرارات نهائية، ثم زادت المادة (49) الأمر وضوحاً حين خصت أحكامها في الدعوى الدستورية وقراراتها بالتفسير بكونها ملزمة لجميع سلطات الدولة، وبذلك أعطت تلك النصوص ما تصدره المحكمة في الدعوى وصف الأحكام، وخلعت على ما تصدره المحكمة من تفسير بالقرار، وتأكيداً لطبيعة الأحكام الدستورية التي تصدرها المحكمة، قررت بأن: "مؤدى المادة (48) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979م، أن أحكام وقرارات المحكمة الدستورية -بصفة عامة- لا تقبل الطعن عليها بأي طريق من طرق الطعن، وقضاءها في الدعوى الدستورية له حجة مطلقة في مواجهة الكافة، وبالنسبة للدولة بسلطاتها كافة، باعتباره قولاً فصلاً في المسألة المقضي بها"⁽²¹⁾. في حين وصف الدستور الأمريكي المحكمة العليا في المادة (2/3) منه، بالسلطة القضائية، وجاء القانون تنظيم السلطة القضائية سنة 1789م، كأول قانون يُقدم مشروعه إلى مجلس الشيوخ، حيث قسم الولايات المتحدة إلى (13) دائرة قضائية، وتعتبر المحكمة العليا الاتحادية هي أعلى الهيئات القضائية في الاتحاد. والنظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية يأخذ بالرقابة اللامركزية، إذ تتولى جميع المحاكم الرقابة على الدستورية، غير أن القول الفصل النهائي يكون للمحكمة العليا، والتي تصدر أحكاماً أو قرارات تأخذ طبيعة الأحكام القضائية وصفاتها، إذ تتمتع أحكام القضاء الأمريكي بالحجية النسبية، فلا تُقيد بالحكم إلا المحكمة التي أصدرته وفي ذات المنازعة التي صدر فيها، وقد حرص القضاء الدستوري الأمريكي منذ انتزاعه حقه بالرقابة على الدستورية، على تأكيد موقفه السلبي من القوانين غير الدستورية، فأكدت المحكمة أنها لا تملك إلغاء القوانين التي ترى تعارضها مع الدستور، وإن المحاكم لا تمتلك أي جزء توقعه على هذه القوانين، وكل ما تفعله إنها تتمتع عن تطبيق هذه القوانين على النزاع المعروض عليها

وتقضي متجاهلة تماماً هذه القوانين، ومؤثرة طاعة الدستور على القوانين التي تخالفه^(٢٢). حيث عبرت المحكمة العليا أيضاً: "إنه يجب ألا يساء فهم مهمة المحكمة في الرقابة على الدستورية، إذ كثيراً ما يقال إن المحكمة تبطل القوانين المخالفة للدستور، وهو قول غير صحيح، إذ كل ما تفعله المحكمة أنها تضع النص الدستوري إلى جوار النص القانوني المطعون فيه لتحديد حقيقة ما بينهما من توافق أو تعارض، فإذا فصلت في هذه المشكلة ورتبت عليها نتيجتها في خصوص الدعوى المعروضة أمامها فقد انتهت مهمتها بالنسبة للقانون غير الدستوري"^(٢٣). والدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥م، قد راعى في المادة (٩٢) أن يجعل من هذه المحكمة هيئة قضائية مستقلة، وقد خصها في المادة (٩٣/ثانياً) باختصاصات عديدة، وأحكامها باتة وملزمة للسلطات كافة وفق المادة (٩٤) من الدستور، وحينئذ فإن الدستور قد أسبغ على قرارات المحكمة الحجية المطلقة على أطراف الدعوى الدستورية أو مقدم الطلب التفسيري وغيرهم، ومما لا ريب فيه أن معنى السلطات كافة مثلما يشمل سائر سلطات الدولة ومؤسساتها، فإنه يشمل من باب أولى المحكمة الاتحادية ذاتها^(٢٤)، والمحكمة الاتحادية العليا بحكمها رقم ٧٨/اتحادية/٢٠١٩م، عبرت: "ان جميع ما يصدر عن المحكمة الاتحادية العليا من أحكام وقرارات باتة وملزمة للسلطات كافة استناداً لأحكام المادة (٩٤) من الدستور"⁽²⁵⁾.

الفرع الثاني

تقدير منهج الدستور الحي

إن الدستور لا يستمد مكانته من علو مرتبته الشكلية فحسب، بل من حضوره الفعلي في وعي الجماعة ووجدانها، إذ يُقاس مدى تعلق الأفراد به بقدر ما يعكس من تطلعاتهم ويُجسد من آمالهم في مرحلة تاريخية بعينها، وبمقدار ما يُعبر عن الفكرة القانونية السائدة بينهم. فحيث تتلاقى الأيديولوجية التي تشكلت في ظلها النصوص الدستورية مع منظومة القيم الحية في المجتمع، تتجلى ديمقراطية الدستور وتترسخ مكانته في الضمير الجمعي. وليس هذا التعلق سوى أحد أعمدة الأمن الاجتماعي الذي يقوم عليه الاستقرار السياسي، وتتهض به الدولة في مسعاها نحو التنمية والتقدم⁽²⁶⁾. ومن خلال ما تقدم يمكننا القول إن النص الدستوري ليس فقط تعبيراً عن فكر الماضي، بل أيضاً تعبير عن فكر الحاضر ويتفاعل مع المستقبل، باعتباره-الدستور- كائناً يتطور بقوته الذاتية مع تطور الحياة، لذلك يتعين على القاضي الدستوري أن يستخلص من النص المعنى الذي يكون أكثر ملائمة للظروف والاتجاهات التي طرأت على حياة الجماعة. وبالنظر للحدثة النسبية لمنهج الدستور الحي كمنهج للتفسير الدستوري، كان من الطبيعي أن يثور الخلاف حوله، لا سيما وأن معالمه لم تكتمل بالصورة الكافية، وهو خلاف غير مقصور على الفقه، وإنما دخل القضاء الدستوري المقارن فيه. ولهذا المنهج عدداً من المزايا من شأنها ان تجعل منه منهجاً براقاً يجذب الانتباه، كحال أي حديث عن التطور ومواكبة روح العصر والحدثة، لا سيما في ظل حياة متغيرة تكاد لا تقف على شيء، فأضحت معه سنن التغيير طابعاً ملازماً

وناموساً قائماً، وبالتالي الأخرى بالقانون الذي يحكم المجتمع وما يموج به من ظواهر أن يكون هو الآخر خاضعاً لتلك السنن والنواميس⁽²⁷⁾. إن القضاء الدستوري وفق هذا المنهج، لا يظل أسير حرفية النص ولا يقف عنده جامداً، بل يبعث فيه روحاً جديدة تتواءم مع روح المشرع الدستوري في زمن التفسير. ذلك أن التفسير الدستوري يهدف بالأساس إلى مواكبة التطورات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية السائدة في الدولة، ومن ثم وجب عليه أن يتطور مع تغير ظروف المجتمع، دون التمسك بتقديس النص أو تجميده، وإلا فإن النص سيتخلف عن رصد عوامل التغيير، وسيعجز عن مجاراة التطورات الجوهرية في المجتمع، فينشأ بذلك فراغ بين النص والواقع، وبين النص وما تتطلبه الجماعة في مسار تطورها الحديث⁽²⁸⁾، إذ عبرت المحكمة الدستورية العليا عن هذه الاتجاه بقولها: "عند تفسير النصوص الدستورية لا يجوز النظر إليها بما يبتعد عن غايتها النهائية، ولا بوصفها هائمة في الفراغ وباعتبارها قيماً مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي، وإنما يتعين دوماً أن تحمل مقاصدها بمراعاة أن الدستور وثيقة تقدمية، لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية⁽²⁹⁾، والمحكمة العليا الأمريكية في حكمها بما ما يُعرف بقضية (The Passenger cases)، قد سلكت ذات المسلك، إذ رددت: "أنه يجب أن يكون معلوماً أن القاعدة التي تجري عليها المحكمة هي أن آراءها في تفسير الدستور دائماً مفتوحة للبحث، لإعادة النظر فيها إذا تبين أنها أُقيمت على أساس خاطئ"⁽³⁰⁾. وبالتالي فإن هذا المنهج يعتبر بديلاً ناجعاً عن التعديلات الدستورية، لأن قضاء الدستورية باتباع هذا المنهج يمكنه التوفيق ما بين النص والواقع، فلا تكون هناك أي حاجة لتلاحق إدخال التعديلات على الدستور، لاسيما في ضوء ما تخضع له عملية التعديل الدستوري من صراعات ومواءمات سياسية، ومن ذلك ما نهجته المحكمة الدستورية العليا في مصر وهي بصدد تفسير عبارتي (المكاسب الاشتراكية والعدالة الاجتماعية)⁽³¹⁾، لدى فصلها في مدى دستورية سياسة الخصخصة، وفي سعيها لتحديد مفهوم العدالة في المجال الضريبي. بالإضافة إلى ذلك ومن خلال استقراء الدساتير المقارنة، نجد عدم وجود مانع قانوني يحول دون لجوء القضاء الدستوري لهذا المنهج، فالدساتير المقارنة لم تُحدد المنهج التفسيري الذي يتعين على قضاء الدستورية اتباعه، ومع غياب مثل هذا المنع يجوز للقضاء الدستوري اتباع واستخدام ما يشاء من المناهج التفسيرية، ومنها المناهج الحديثة في التفسير التي توفق ما بين النص والواقع. هذا بالإضافة إلى أن هذا المنهج يتفق مع مبدأ المشروعية، فدور القضاء الدستوري وفقاً لهذا المنهج يكمن في استلهاً متغيرات الواقع، ومن ثم تفسير النص من خلالها، وإذا كانت التغيرات التي يمر بها المجتمع وتطرح واقعاً مختلفاً عن النص، هي أفرزات لإرادة الشعب في التجديد والتطور، فإن في كشف القضاء الدستوري عن تلك الإرادة الشعبية وصبغة النص الدستوري بها ما يتفق مع مبدأ المشروعية، وكون الأمة مصدر السلطات، لاسيما في ظل تقاعس المشرع الدستوري عن الاضطلاع بمسؤولياته وتعديل الدستور بما يوائم التغيرات التي ألمت بالمجتمع المتحرك⁽³²⁾.

المبحث الثاني

التطبيقات القضائية وتطوير الدستور وفق منهج الدستور الحي

لا مراء في أن للرقابة القضائية على الدستورية محاذيرها وحدودها، الأمر الذي يوجب على الجهة التي تباشرها أن تلتزم بالضوابط التي رسمها الدستور لها، وفي مقدمتها أن تتخذ من نصوصه مرجعاً أعلى، تُعليها على القانون وتحتكم إليها عند الفصل في مدى دستوريته. بيد أن هذه النصوص، في بعض النظم الدستورية، لا تُعد المرجع الوحيد لتلك الرقابة، إذ لا تنتزع جهة الرقابة القيم التي تُرجّحها عند نظر المنازعات الدستورية من فراغ، وإنما تُبصرها في وجدان مجتمعها وتستخلصها من مقتضياته، ولو استأنست في ذلك بالتجارب الدستورية المقارنة، دون أن تتفصل عن روح الدستور أو تُجاوزه. ولبيان هذا المبحث سوق نتناوله من خلال مطلبين: الأول- الرقابة القضائية على الدستورية، مرجعيتها وفق منهج الدستور الحي، في حين سيكون المطلب الثاني- تطبيقات قضاء الدستورية لمنهج الدستور الحي.

المطلب الأول

الرقابة القضائية على الدستورية، مرجعيتها وفق منهج الدستور الحي

التفسير هو عملية عقلية للكشف بطريقة منطقية عن المصلحة التي تحميها الإرادة التشريعية، ومدى انطباقها على الحالات الواقعية، أو هو توضيح ما أُبهم من ألفاظ التشريع، وتكملة ما أُقتضب من نصوصه، وتخرّيج ما نقض من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة. وبالتالي لا بد من وجود ضوابط عامة أو معايير تقترن بالفهم الصحيح لفكرة الرقابة، بل تُعد تلك المحددات تفسيراً لفكرة الرقابة السليمة، وقد يختلف الالتزام بها من تجريه لأخرى باختلاف مدى تفهم القضاء لمعنى الرقابة في كل تجربة. ومن أجل بيان هذه الجزئية من الدراسة وإغنائها، سوف نقسمها إلى فرعين:

الفرع الأول

التزام القاضي الدستوري بالرقابة داخل إطار الكتلة الدستورية

كل دستور يصدر متشعباً بأيديولوجية وفلسفة معينة تُوجه نصوصه وتحدد مقاصده، وتكون المرجع الضروري في تفسيرها، وقد تبلغ هذه الأيديولوجية حداً يجعل أي جهة تفسيرية عاجزة عن فهم النص بمعزل عنها. والمشكلة الجوهرية تنشأ حين تختلف الأيديولوجية المسيطرة على الوثيقة الدستورية عن منظومة القيم والأفكار السائدة في المجتمع، في ظل غياب حراك من السلطة المختصة بالتعديل الدستوري لتحقيق التوافق بين نصوص الدستور الجامدة ومتطلبات المجتمع الواقعية، وبالتالي ينتج عن ذلك فجوة واضحة بين النص الدستوري كإطار نظري

ثابت، وبين الواقع الاجتماعي والسياسي المتحرك، بما يُهدد قدرة النص على الاستجابة لاحتياجات الجماعة، ومن ثم يستوجب من جهة الرقابة الدستورية تفسيراً حياً يُعيد للنص دوره الحيوي في توجيه الدولة ومواكبة تطورات المجتمع^(٣٣). لذلك أتجه الفقه إلى استخدام مصطلح جديد فقهيّاً هو (الكتلة الدستورية Bloc de Constitutionnalite) الذي يُعد ابتكاراً فقهيّاً محضاً، وأول من أطلق هذا المصطلح هو الفقيه الفرنسي Claude Emery، ومن بعده الفقيه Louis Favoreau. وهكذا تبني الفقيه Favoreau مفهوم الكتلة الدستورية بشكل أكبر بعدما أصدر المجلس الدستوري الفرنسي ثلاث قرارات اكدت بأن المبادئ والقواعد الدستورية لا توجد فقط في الدستور الوطني، وهو الأمر الذي أدى إلى أن يُطور هذا المفهوم ليتحول إلى نظرية لها أبعاد وآثار في مجال القانون الدستوري. والفقه اتجه إلى وجود مفهومين لمصطلح الكتلة الدستورية: مفهوم ضيق يقصرها على نصوص الدستور، ومفهوم واسع يشمل إلى جانب نصوص الدستور مجموعة من القواعد والمبادئ التي تُعد مرجعاً للقاضي الدستوري، وتُشكل مجموعها هرمياً دستورياً مكوناً من القواعد ذات الطبيعة الدستورية^(٣٤). وهنا يُثار التساؤل عن مكونات الكتلة الدستورية، وهذا ما سنوضحه من خلال الآتي: -

أولاً: الدستور كمرجعية أولى للقاضي الدستوري - لا ريب أن الدستور يُشكل المرجعية الأولى والأساسية للقاضي الدستوري، فهو الذي يمدّه بالمناط الذي يتخذه معياراً في رقابته على دستورية القوانين. ومن الطبيعي أن تتحد الرقابة على احترام الشرعية الدستورية بالنظر إلى قواعد الدستور، بحكم مرتبتها العليا بين القواعد القانونية كافة. هذا العلو أو السمو لا يعكس مجرد ترتيب هرمي، بل هو تجسيد لإرادة الشعب الذي صدر عنها الدستور، وحفظت من خلالها طموحات الجماعة ومصالحها، وتُرسخ قيمها وتدعم دعائم وحدتها. فالدستور في جوهره ليس مجرد نص جامد، بل هو التعبير الأكثر صدقاً عن روح المجتمع وقيمه المشتركة، وعن إرادة جماعية عقدت العزم على حمايته وصونه من أي انتهاك لأحكامه، ليظل قاعدته المادية والمعنوية في بناء الدولة وصون استقرارها^(٣٥). والقضاء الدستوري يمارس رقابته على الدستورية من خلال النظر إلى الدستور بوصفه كياناً متكاملاً في نظام قانوني واحد، سواء بالنظر إلى ما يُحدده من حقوق وحرّيات، وغيرها من القواعد التي تُحدد سلطات الدولة واختصاصاتها وعلاقتها فيما بينها، وغير ذلك من المبادئ والقيم الدستورية التي يحددها ويحميها. والدستور بوصفه وحدة متكاملة ليس إلا نظاماً لقيم يُرسيها ويُعليها، تتبع من مبدأ سيادة القانون ومبدأ الديمقراطية، ومن هنا فإن الحقوق والحرّيات لا يجوز النظر إليها بوصفها مجرد حقوق لحماية الفرد في مواجهة الدولة، وإنما يجب النظر إليها أيضاً بوصفها مبادئ موضوعية لإقامة كيان الدولة القانونية والمحافظة عليها. وبناءً على ما تقدم فإن التحقق من كون النشاط التشريعي مطابقاً للدستور هو الأساس المنطقي لاختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على دستورية التشريعات^(٣٦). وفي ذلك رددت المحكمة الدستورية العليا في مصر: " أن الدستور هو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسي القواعد والأصول التي يقوم

عليها نظام الحكم ويُحدد السلطات العامة ويرسم لها وظائفها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها ويقرر الحريات والحقوق العامة ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها، ومن ثم تميز الدستور بطبيعة خاصة تضي عليه صفة السيادة والسمو بحسبانه كفيل الحريات وموئله وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها، وحق لقواعده أن تستوي على القمة من البنين القانوني للدولة، وتتبوأ مقام الصادرة بين قواعد النظام العام باعتبارها أسمى القواعد الامرة التي يتعين على الدولة التزامها في تشريعاتها وفي قضائها⁽³⁷⁾، وكذلك تؤكد المحكمة الاتحادية العليا في حكمها ١٤٢/اتحادية/٢٠٢١ على ذات المفهوم، إذ تقول: "استناداً لمبدأ سمو القاعدة الدستورية وعلويتها، يجب ان تكون التشريعات كافة منسجمة مع احكامه تطبيقاً لأحكام المادة (١٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥م". وعليه أصبح الدستور أولوية بين نصوص الكتلة الدستورية واعتبر المرجعية الأولى للقاضي الدستوري لما له من سمو وعلو على سائر القواعد القانونية في حماية الحقوق والحريات، إذ يُشكل الدستور بديابجته وجميع نصوصه نسيجاً مترابطاً وكلاً لا يتجزأ، وتتكامل أحكامه في وحدة عضوية متماسكة⁽³⁸⁾.

ثانياً: **المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية** - المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية هي من ابتداع واجتهاد واستخلاص قضاء الدستورية، الذي أعطى لبعض قيمة دستورية تُعادل أو تساوي قيمة النصوص الدستورية نفسها وهو بهذا -القضاء الدستوري- يكون قد أهدى بخطى القاضي الإداري الذي اعتمد ما يعرف بالمبادئ العامة للقانون⁽³⁹⁾. ذلك أن كثيراً من المسائل الدستورية تقوم على عناصر مركبة، وأن نصوص الدستور وإن جاءت في مجملها موجزة فإنها قد تغمض في بعض دلالاتها وتقصر في تفصيلاتها، وهو قصور لا يُعبر عن خلل نظري، بل عن حقيقة علمية تفرض حلولاً تتلاءم معها. ومن ثم كان ضيق المعايير التقليدية التي تباشر بها جهة الرقابة ولايتها باعثاً، في بعض النظم، على ابتكار معايير أوسع وأشد تنوعاً، تُستخلص من مجموعها ضوابط متكاملة للشرعية الدستورية، لا تقف عند حدود نصوص الدستور وديابجته، بل تمتد إلى مبادئ ووثائق تتكامل معها، فتُنشئ كلاً دستورياً متسانداً غير قابل للتجزئة⁽⁴⁰⁾. وبالتالي فالمبادئ ذات القيمة الدستورية وجدت لكي يحمي القاضي الدستوري من خلالها ما يُعرف بالحقوق الأساسية للإنسان، هذه الحقوق التي لا يوجد تعريف محدد لها منبثق عن النص الدستوري بحد ذاته، وهذه المبادئ تتميز عن المبادئ الدستورية الصريحة التي تستخلص مباشرة من خلال النصوص الدستورية، في حين أن المبادئ ذات القيمة الدستورية تُستخلص عن طريق التفسير واجتهادات القضاء الدستوري، وهي موجودة خاصة في مقدمات الدساتير وما ترتبط بها من إعلانات ومواثيق هادفة لصون حقوق الإنسان وحرياته⁽⁴¹⁾. إذ كثيراً يلجأ القاضي الدستوري في الدول المقارنة عند إقراره لحق من الحقوق لم ينص عليه صراحة في الدستور، للإشارة بأن هذا الحق غير منظم في دولة معينة، ورغم ذلك فقد أقره قضاء الدستورية في تلك الدولة، ولا شك أن هذا يُعد اتجاهاً محموداً من

القاضي الدستوري، فمن خلال هذا النهج والمسلك يستطيع-القاضي الدستوري- الاطلاع على رِكّاب التطور التشريعي والقضائي لما يدور بالعالم من حولنا من تطور مستمر. وهنا لابد من القول بأن الرقابة على الدستورية تكفلت بالتدقيق في تطوير مفهوم الحقوق والحريات التي يجب أن تحظى بالقيمة الدستورية بشكل عام، فلا يمكن ان تعلق سيادة القانون إلا بتوطيد قيم الحقوق والحريات في النظام القانوني الديمقراطي، سواء كان النص عليها بشكل واضح وصريح في الوثيقة الدستورية أو من خلال استخلاصها واستنباطها من خلال قضاء الدستورية، لما لها من أثر حاسم على مسيرة الديمقراطية وممارسات سلطات الدولة. وفي ذلك تقول المحكمة العليا الأمريكية: " أنه لابد أن يتم إدراك حقيقة أن ما نفسره هو دستوراً، الذي هو في الأصل وثيقة قانونية صعب تعديلها في كثير من الأحيان، غير أنه لابد وأن يتم النظر إلى الدستور على أساس أنه يتكيف مع مختلف الأزمات الإنسانية والمجتمعية التي قد تنشأ في المستقبل وكان لا يمكن التنبؤ بها وقت كتابته"⁽⁴²⁾. والمحكمة الدستورية العليا في مصر قد استعانت بما استقرت عليه المحكمة العليا الأمريكية وما حواه الدستور الأمريكي من عدم تنظيمه للحق في الخصوصية فقررت: " ولئن كانت بعض الوثائق الدستورية لا تقرر هذا الحق بنص صريح فيها، إلا ان البعض يعتبره من أشمل الحقوق ووسعها، وهو كذلك اعكفها اتصالاً بالقيم التي تدعو إليها الأمم المتحضرة، ولم يكن غريباً في إطار هذا الفهم، وعلى ضوء تلك الأهمية، أن يستخلص القضاء في بعض الدول ذلك الحق من بعض النصوص الدستورية التي ترشح مضمونها لوجوده، فالدستور الأمريكي لا يتناول الحق في الخصوصية بنص صريح، لكن القضاء فسر بعض النصوص التي ينظمها هذا الدستور بأن لها ضللاً (Penumbers) لا تُخطئ العين، وتتبع منها مناطق من الحياة الخاصة تُعد من فيضها،... وكذلك ما نص عليه الدستور الأمريكي من أن التعداد الوارد فيه لحقوق بذاتها، لا يجوز أن يُفسر بمعنى استبعاد أو تقليص غيرها من الحقوق التي احتجزها المواطنين لأنفسهم"⁽⁴³⁾. ورددت المحكمة الاتحادية العليا ذات الاتجاه في حكمها المرقم ٢٣/اتحادية ٢٠٢٠م: "تجد المحكمة الاتحادية العليا اغلب الدساتير المقارنة المختلفة ومنها دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ كفلت الحق في حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل والحق في حرية الاجتماع والتظاهر السلمي، إلا أن ممارسة ذلك الحق او تلك الحرية يجب أن يتم في الحدود التي ينظمها القانون على ألا يمس جوهر الحق او الحرية".

ثالثاً: الوضع الدستوري المتميز لبعض الحقوق والحريات الأساسية (المبادئ فوق الدستورية) - لا بد من القول إن ثمة اتجاهاً متزايداً لدى الفقه والقضاء الدستوري في مختلف دول العالم نحو توسيع نطاق الرقابة على الدستورية، عبر توسيع محلها ومصادرها بشكل متدرج. فبعد أن كان الدستور بمعناه الشكلي المحصور في الوثيقة وحدها، هو المرجع الأوح لرقابة الدستورية، ظهر ميل متنامٍ للاعتماد على المعيار الموضوعي لتحديد القواعد والمبادئ الدستورية التي يجب على القضاء الدستوري كفالتها وتطبيقها، وضمان سيادتها على مختلف

Bloc de Constitutionnalité، التي تُشكل المرجعية الشاملة للقاضي الدستوري في أداء رقابته، وتضم إلى جانب الوثيقة الدستورية نفسها القوانين الأساسية، والأعراف الدستورية، والمبادئ فوق الدستورية (Supra Constitutionnelles) المتمثلة في القيم العليا للمجتمع وقواعد القانون الطبيعي، فضلاً عن مجموعة المواثيق والمعاهدات الدولية ذات الصبغة الدستورية، أو القواعد الدستورية فوق الوطنية (Nationaux Supra)، كالإعلانات العالمية لحقوق الإنسان بأجيالها المختلفة، واتفاقيات منع التمييز العنصري، وميثاق الأمم المتحدة، ومبادئ القانون الدولي الإنساني المتمثلة باتفاقيات جنيف الأربعة. وتشمل الشرعية الدستورية أيضاً طائفتين من الحقوق والحريات: الأولى حقوق الإنسان الأصلية، التي تُكفل لمجرد كونه إنساناً دون التفات لأي اعتبار آخر، والثانية الحقوق والحريات التي استقرت الدول الديمقراطية على منحها لمواطنيها، إلى جانب المبادئ الديمقراطية المواكبة لروح العصر، والتي رسخها القضاء الدستوري المقارن، فتتجلى بذلك مرجعية متكاملة، حية ومرنة، تمكن النص الدستوري من أداء رسالته في حماية الدولة والمجتمع، ومواكبة التحولات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية دون تجمد أو انغلاق على ذاته. وفي هذا السياق قررت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية الصادر عام ١٩٩٥، أن التعليم حق يتجه إلى التطوير الكامل للشخصية الإنسانية، ويعزز احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ويكفل الإسهام الفعال في بناء المجتمعات الحرة، ويُعمق الفهم والتسامح بين الأمم. كما كرّست اتفاقية مناهضة التمييز في مجال التعليم لعام ١٩٦٠ التزام المجتمع الدولي بحظر صور التمييز كافة، وإرساء مبدأ تكافؤ الفرص والمساواة في المعاملة، صوتاً لحق التعليم بوصفه حقاً أصيلاً لكل إنسان، درءاً لما ينطوي عليه التمييز، على اختلاف صورته، من آثار بعيدة المدى⁽⁴⁴⁾. في حين تُرتب على موقف المحكمة العليا الأمريكية من المبادئ فوق الدستورية، ان معظم القوانين التي قضت بعدم دستورتها منذ اتجاه المحكمة نحو التفسير الواسع للتعديل الرابع عشر، لا لمخالفتها أو مطابقتها لنص صريح بالدستور، وإنما لمخالفتها وعدم مطابقتها لمبادئ أعلى تسود على الدستور ذاته، إذ رددت المحكمة: "أن الدستور ما هو إلا تعبير عن تلك المبادئ العليا"⁽⁴⁵⁾. ونرى أن قضاء الدستورية في الدول المقارنة قد أستقر على إقرار أو منح بعض الحقوق والحريات وضعاً متميزاً عن سائر الحقوق والحريات الأخرى، ومن ثمرات هذه المكانة المتميزة قيام قرينة عكسية موداها عدم دستورية كل تشريع يتعرض لها أو ينال منها. فقد عبرت المحكمة العليا الأمريكية عن هذا المنهج بقولها: "مما يوازن ويتساوى مع قرينة الدستورية المعتادة ما يمنحه التعديل الأول للحريات الأساسية المذكورة والتي من بينها حرية التعبير من مركز دستوري متميز"⁽⁴⁶⁾، وذات النهج رددته المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها: "وأن جاز القول إن لبعض الحقوق كتلك التي تتعلق بالشخصية القانونية لكل إنسان، وإلا تفرض عليه عقوبة يكون تطبيقها رجعيّاً أو مهيناً أو كاشفاً عن قسوتها، ولا يكون مسخراً لغيره أو مسترقاً خصائص تكفل ضمانتها في كل الظروف، فلا يجوز تجريد احد من

محتواها، أو إرهابها بقيود تنال منها، وأن بصفتها هذه تعتبر مفترضاً أولاً لقيام غيرها من الحقوق، بل وممارستها في إطار ملائم، إلا أن حقوق الإنسان لا يجوز فصلها عن بعض، ولو كان لبعضها دور أكبر لصلتها الوثقى بوجود الإنسان وادميته⁽⁴⁷⁾.

الفرع الثاني

رقابة مشروعية وليست رقابة ملائمة

الأصل في الرقابة الدستورية أنها رقابة مشروعية، وليست رقابة ملائمة، إلا ان الواقع العملي يعكس غير ذلك. فالمتابع لقضاء المحكمة الدستورية العليا يجد أن قضاءها قد تطور بشكل ملحوظ، فالرقابة على الدستورية لم تعد متجردة من الواقع المحكوم بهذه النصوص الدستورية والتشريعية، فالنص الدستوري لا يحكم فراغاً أو عالماً افتراضياً، ولكنه يُجسد انعكاسات سياسية واقتصادية واجتماعية، فالدستور ومن بعده التشريع إنما وُضعا لينظما شؤون المجتمع بكل مكوناته، ولا يمكن الفصل بين التشريع وواقعه⁽⁴⁸⁾. فعندما يُقرر المشرع التدخل لتنظيم موضوع معين، فإنه يتمتع بسلطة تقديرية في اختيار الحل الذي يراه ملائماً للمجتمع. إذ يمثل جوهر السلطة التقديرية في المفاضلة التي يُجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يُقدر أنه انسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملائمة، للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم⁽⁴⁹⁾. ويختلف مقدار هذه السلطة من موضوع لآخر حسب أهميته، ووضعه، وأسلوب صياغته في الوثيقة الدستورية، وكما يلي: -
أولاً- فقد يرد في الوثيقة الدستورية نصوص صريحة بشأن بعض الحقوق والحريات بحيث تكاد تتعدم معها كل سلطة تقديرية للمشرع في تنظيم هذه الحقوق والحريات.

ثانياً- قد يرد في الدستور ذكر بعض الحقوق والحريات مع النص على أن يكون تنظيمها بقانون أو بناءً على قانون، وفي هذه الحالة لا يجوز تنظيم هذه الحقوق بأي أداة تشريعية أقل مرتبة من القانون ذاته، وحتى في حالة تدخل المشرع لتنظيم هذه الحقوق أو الحريات بقانون فإن سلطته التقديرية تنتهي عند حد التنظيم، فلا يجوز له إلغائها أو الانتقاص منها، أو تقييدها بقيود غير ضرورية تحد من قدرة الأفراد على التمتع بها.

ثالثاً- وقد يحد الدستور من السلطة التقديرية للمشرع عن طريق إلزامه بأن يختار بين حلين أو أكثر لتنظيم موضوع معين، وفي هذه الحالة تكون سلطته التقديرية مقيدة بوجود الاختيار بين الحلول التي طرحها الدستور، ولا يجوز له الخروج عليها أو ابتداء حلول أخرى من عنده وإلا اعتبر اختياره غير دستوري.

رابعاً- تبلغ السلطة التقديرية ذروتها في حالة سكوت الدستور عن ذكر موضوع معين أو ترك تنظيمه كلياً للمشرع كي يختار الحلول الملائمة لظروف المجتمع⁽⁵⁰⁾.

وللترابط بين النص وواقعه يحتاج من القضاء الدستوري بعض المرونة والموازنة والتوفيق بين كل هذه الاعتبارات، من خلال رقابة ملاءمة النص التشريعي للدستور، تلك الرقابة التي شهدت تطوراً متامياً في قضاء الدستورية. لذلك سوف نتناول هذا التطور في الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريعات، ونُبين مدى امتداد رقابة الملاءمة على التشريع واتفاق وسائله مع أهدافه، سواء كان التشريع نصاً دستورياً أو قانوناً أو تعليمات، الأمر الذي من شأنه تعميق الرقابة، وترسيخ مبادئ جديدة للارتقاء بممارسة الحقوق والحريات.

المرحلة الأولى- وفقاً للتصور السائد لهذه المرحلة فإن إطلاق اصطلاح الرقابة القضائية على الملائمة اصطلاح يتناقض مع نفسه، إذ كيف تُوصف هذه الرقابة بأنها قضائية في الوقت الذي تمتد فيه إلى اعتبارات أخرى غير قانونية، وكيف يمكن للقاضي الدستوري أن يزوج بنفسه في مسائل الملائمة ليحل بذلك بنفسه محل المشرع، فيما حرص الدستور على أن يتركه لمطلق سلطته التقديرية⁽⁵¹⁾. فالأصل أن يُحدد الدستور اختصاصات كل سلطة من السلطات الثلاثة كي تباشها في حدود الدستور، ويمتنع عن كل سلطة-طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات- ان تمارس اختصاصات سلطة أخرى، وحين تسن السلطة التشريعية تشريعاً فإنه ينبغي أن لا يتعارض مع الدستور، طبقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية، التي يأتي الدستور في قمته، إلا انه مع التزام السلطة التشريعية بعدم التعارض مع الدستور، فإنها تملك الحرية في ممارسة سلطتها في سن التشريعات في حدود الدستور، سواء كانت تلك السلطة محددة أحياناً بنصوص دستورية مباشرة تلزمها بشيء أو الامتناع عن شيء⁽⁵²⁾. وقد أكدت المحكمة العليا الأمريكية في العديد من احكامها على امتناعها عن رقابة الملائمة، إذ عبرت عن ذلك بقولها: "أنه للحصول على الحماية ضد تعسف المشرعين فإنه يجب على الشعب ان يلجأ لصناديق الاقتراع وليس للمحاكم-وانه- ليس من شأنها أن تبحث في مدى صلاحية التشريعات أو مدى ملائمتها لظروف المجتمع"⁽⁵³⁾. والمحكمة الدستورية العليا المصرية قد اكدت بدورها هذا الاتجاه، حيث قضت: "أن مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها القضائية على دستورية القوانين، إنما تكون بوصفها ملاذاً وليس باعتبارها إجراءً احتياطياً، وعلى ضوء فهمها لأحكام الدستور، وبما يحول دون الانزلاق برقابتها إلى حد اقتحام لحدود تمارس السلطة التشريعية اختصاصاتها الدستورية في دائرتها، والتنظيم المقارن على الشرعية الدستورية لا يخول المحكمة ان تزن بنفسها وبمعاييرها، ما إذا كان التنظيم التشريعي لازماً زماً إذا كان إقراره في مناسبة بعينها ملائماً، وليس لديها غير ان ترد النصوص المطعون فيها إلى أحكام الدستور، لا ان تخوض في بواعثها أو تناقش دوافعها"⁽⁵⁴⁾، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا حيث قضت: "ولا معقب على المشرع في ذلك إلا مراعاة المصلحة العامة في حدود اختصاصاته الدستورية"⁽⁵⁵⁾. ومما تقدم نرى بان تلك المرحلة تؤكد على ان رقابة القاضي الدستوري هي رقابة مشروعية فحسب وليست رقابة ملائمة، وعليه فإن القاضي الدستوري لا يتعرض لبحث ملائمة التشريع

أو الخوض في ماهية البواعث التي أدت إلى سن التشريع، أو ضرورته، فتلك مسائل تدخل في إطار الاختصاص التشريعي وليس للمحكمة أن تبحثها.

المرحلة الثانية- الواقع أن هناك أحوال أخرى لا يقتصر فيها دور القاضي الدستوري على مجرد ترديد كلام المشرع الدستوري، وإنما يتعداه إلى أعمال تقديره الشخصي وإدراكه للمعنى الذي استهدفه المشرع الدستوري، ونعني بذلك الحالات التي تكون فيها القاعدة الدستورية مرنة وغير محددة، **فالفرض في هذه الحالة** أن النص الدستوري موجود، غير أن صياغته تمت على نحو غامض أو مبهم عندئذ يثور التساؤل حول طبيعة الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري في مثل هذه الأحوال، وما إذا كانت تُعد رقابة مشروعية أم إنها رقابة ملائمة؟ فالدستور حينما لا يفرض قيوداً معينة على المشرع عند ممارسة سلطة التشريع ويؤثر أن يترك له سلطة تقديرية، فإنه لم يقصد من وراء ذلك منح المشرع سلطة تقديرية مطلقة تخول له الحق في إصدار أية قاعدة قانونية في ظل أي ظروف ومن أجل تحقيق أي أهداف، حتى وإن كان هذا التشريع غير ملائم أو لا يحقق اعتبارات المصلحة العامة⁽⁵⁶⁾. فالمحكمة العليا الأمريكية ظلت معتبرة شرط الوسائل القانونية السليمة (Due Process of Law) المنصوص عليه في التعديل الدستوري الرابع والخامس عشر شرطاً إجرائياً لتوفير بعض الضمانات أثناء المحاكمات الجنائية، ورفضت عديد المحاولات من المحاكم الفيدرالية لتوسيع نطاق رقابتها استناداً لهذا الشرط باعتباره قيداً موضوعياً على سلطة المشرع. ولكنها مارست رقابة الملائمة خلال الفترة من 1890-1937م، بصورة واضحة استناداً لهذا الشرط، وقد ساعدها في هذا مطالبة الرأي العام بتوسيع نطاق رقابتها خلال تلك الفترة خوفاً من التشريعات الثورية التي توقع الجميع صدورها بكثرة بعد انتهاء الحرب الأهلية التي كانت تعصف بالاتحاد، ولذلك خرجت المحكمة العليا عن تحفظها وقبلت لأول مرة في حكمها الصادر سنة 1890م، في قضية (Milwaukee and St. Paul Railway Company v. Minnesota)، ممارسة رقابتها على ملائمة التشريعات، إذ قررت أن شرط الوسائل القانونية السليمة لا يعني فقط الالتزام بالإجراءات القانونية، بل إنه قيد على سلطة التشريع لحماية الحقوق التي يجب على القانون أن يهدف لحمايتها، لذلك يجب على القاضي أن يقف على مضمون القانون وأهدافه للتأكد من عدم المساس بالحقوق الطبيعية⁽⁵⁷⁾. **ومن خلال تتبع احكام المحكمة الدستورية العليا المصرية نرى** انها باشرت رقابتها على ملائمة التشريع من خلال فكرة **الغلو**⁽⁵⁸⁾، التي نشأت واستقرت في قضاء المحكمة الإدارية العليا، ومنها انتقلت إلى قضاء المحكمة الدستورية العليا، فالمحكمة الدستورية أفصحت لأول مرة عن اعتناقها لقضاء الغلو بمقتضى حكمها الصادر في 3 شباط 1996م، وذلك بقولها: "إن الأصل في الجزاء جنائياً كان أم مدنياً أم تأديبياً أم مالياً- هو أن يكون متناسباً مع الأفعال التي نهى عنها الشارع ومتدرجاً تبعاً لجسامتها فلا يجوز أن يكون غلوّاً أو أفرطاً"، **وهنا نرى** أن المحكمة الدستورية قد جعلت من ملائمة الجزاء أيّاً كان نوعه شرطاً من شروط دستوريته واستطاعت بذلك أن

تباشر رقابة حقيقية على ذات تقدير المشرع⁽⁵⁹⁾. كذلك مارست المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقابة الملائمة على التشريعات، بشكل واضح وصريح، وذلك بحكمها المرقم (159/اتحادية/2021) في 27/12/2021م، إذ جاء في الفقرة (13) من حكمها دعوة مجلس النواب العراقي (بوجوب) حصول تدخل تشريعي من قبله لتعديل قانون انتخابات مجلس النواب رقم (9) لسنة 2020م، واعتماد نظام العد والفرز اليدوي بدل النظام الإلكتروني.

ونعتقد أن السلطة التقديرية للمشرع العادي لا تعدو في جميع الأحوال أن تكون سوى مكنه وحرية لمواجهة ظروف العمل وتبدو-السلطة التقديرية- واضحة للعيان في أن يقرر مباشرة هذا الاختصاص من عدمه، وعندما يقرر مباشرة هذا الاختصاص فإنه يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في اختيار الوقت المناسب والأسلوب المناسب لذلك، ما لم يلزمه الدستور بالتدخل في وقت معين، ونادراً ما يفعل الدستور ذلك. فإذا تبين أن التشريع يدخل في دائرة اختصاص البرلمان، فإن تقدير الحاجة إليه ووزن ضرورته وتعيين أدواته يظل شأناً تشريعياً خالصاً، إذ يُعد من صميم السياسة التشريعية التي تتأى المحاكم عن اقتحامها، وجوهر هذه السلطة يتمثل في المفاضلة بين بدائل متعددة، يختار المشرع من بينها ما يراه أوفى بمصلحة الجماعة وأقدر على الاستجابة لمتطلباتها دون أن يعني ذلك إخضاع هذا التقدير لسلطان القضاء. فوظيفة القضاء، وبوجه عام القضاء الدستوري ذات طبيعة قانونية محضة لا تمتد إلى بحث الحكمة من التشريع ولا إلى تقويم أهدافه أو آثاره الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية، إذ إن الولوج إلى هذه الدوائر يُفضي إلى خرق مبدأ الفصل بين السلطات. ومن ثم يتعين على القاضي الدستوري أن يقف عند حدود الرقابة على الشرعية دون أن يتجاوزها إلى مسائل الملاءمة، إذ لا تقتضي الرقابة الدستورية بحث ما إذا كان التشريع لازماً أو غير لازم، ولا استجلاء بواعثه أو تقويم وسائله أو تقدير السياسة التي يعبر عنها، فكل ذلك من الملائمات التي تستقل بها السلطة التشريعية في إطار الدستور وحدوده. ومما تقدم نستخلص الآتي:

- إن مباشرة القضاء الدستوري لرقابة الملاءمة من شأنها أن تُحل إرادته محل إرادة المشرع، بما ينطوي عليه ذلك من اغتصاب لاختصاص التشريع ومساس بمبدأ الفصل بين السلطات.
- إن تقدير ملاءمة القانون وآثاره السياسية والاجتماعية والاقتصادية يظل لصيقاً بالسياسة أكثر من القانون، ومن ثم يتعين أن يبقى في نطاق السلطة التشريعية.
- إن فتح باب رقابة الملاءمة يُخرج القضاء من ولايته القضائية، ويزج به في معترك السياسة التشريعية للدولة.
- إن فكرة الخطأ الظاهر في التقدير، المستمدة من القضاء الإداري، لا تصلح للنقل أو التطبيق أمام القضاء الدستوري لاختلاف الأسس والوظائف بين النظامين.

- ومع ذلك، يبقى للقضاء الدستوري أن يفرض رقابته على التناسب والمعقولية وعدالة العقوبة الجنائية، نظراً لصرامة المعايير التي تُقاس بها القوانين الجنائية، ولسمو الحقوق والحريات الفردية التي تمسها مباشرة، وهي حقوق تعلق، في هذا النطاق، حتى على اعتبارات الفصل بين السلطات.⁽⁶⁰⁾

المطلب الثاني

تطبيقات قضاء الدستورية لمنهج الدستور الحي

لا يجوز وفقاً لما تقدم ذكره، أن يُنظر إلى النصوص الدستورية باعتبارها من خلق إرادة جازمة احدثتها، في الصورة التي هي عليها، إذ هي في واقعها نتاج آراء متفرقة، جمعها التوافق في بعض اجزائها، أو فارقها التعارض في بعض جوانبها، فلا تبلور هذه الآراء غير المفاهيم التي آمن بها أصحابها في لحظة زمنية معينة كان لها متطلباتها، ولا يجوز بالتالي اعتبارها موقفاً ثابتاً، لذلك يسعى قضاء الدستورية لتبني منهجاً متطوراً يكون قادراً على تحقيق طموحات أبنائه، من خلال الواقع المتغير الذي يُطبق فيه النص القانوني. لذلك تبني القضاء الدستوري المقارن منهج الدستور الحي بالتفسير. ولبيان هذا المطلب سوف نتناوله بالاستشهاد بالأحكام القضائية الدستورية التي تبناها قضاء الدستورية المقارن من خلال: -

الفرع الأول

دور المنهج في الإصلاح الاقتصادي

يدور محور الإصلاح الاقتصادي في أي دولة حول الاستخدام الأمثل للموارد الطبيعية والبشرية لتحقيق أكبر قدر ممكن من الرفاهية للمواطنين من خلال التحسين المستمر في مستوى المعيشة والتنمية المتواصلة لتلك الموارد في الدولة. فالإصلاح الاقتصادي والتطور الإيجابي للتنمية، لا يتحقق في أي دولة بمجرد توافر الموارد الطبيعية بمختلف عناصرها، بل يتعين أن تقترن وفرتها للاستثمار الأفضل لعناصرها، من خلال جهد بشري وعقلي منظم يهدف للحفاظ عليها لتظل مصدراً متجدداً يُتيح مستوى أفضل للأجيال المتعاقبة في الحاضر والمس تقبل. ومن ثم ينبغي على كل دولة العمل على تحقيق التنمية الاقتصادية وضمان الحق فيها لجميع مواطنيها بأجيالهم المتعاقبة، من خلال التوزيع الأمثل للموارد الاقتصادية دون أخلال بالعدالة الاجتماعية والتضامن الاجتماعي بين المواطنين بمختلف طبقاتهم وفئاتهم وتوجهاتهم ومعتقداتهم السياسية وغير السياسية، مع التقيد بمختلف التوجهات الاقتصادية والاجتماعية للوثيقة الدستورية التي لا يجوز تهميشها أو مخالفتها⁽⁶¹⁾، وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا المصرية بقولها: "أن النصوص التي ينتظمها الدستور، تتوخى أن تُحدد لأشكال من العلاقات الاجتماعية والاقتصادية جانباً من مقوماتها، ولأنماط من التطور روافدها وملاحمها، ولحقوق المواطنين وحرياتهم تلك الدائرة التي لا يجوز اقتحامها، ولا يتصور أن تكون نصوص الدستور وتلك غايتها، مجرد تصور لقيم مثالية ترنو الأجيال إليها، ولا تعبيراً في الفراغ عن آمال ترجوها وتدعو إليها، بل تتمحض

عن قواعد قانونية تتسم بانتقاء شخصيتها، ولا يجوز بالتالي تريدها من آثارها، ولا إيهانها من خلال تحويل مقاصدها، بعد أن أقام الدستور من النصوص التي تضمنها، بنياناً مجتمعياً متكامللاً لا تنفصل أجزاءه عن بعضها البعض⁽⁶²⁾. فالمحكمة العليا الأمريكية قد اشارت لمنهج الدستور الحي بشكل واضح وصريح في قضية (Missouri v. Holland 1920)، والتي تتمثل وقائدها في أن حكومة الولايات المتحدة الأمريكية، أبرمت معاهدة مع بريطانيا عام ١٩١٦م، لحماية بعض أنواع الطيور المهاجرة مع كندا، والتي كانت حينها خاضعة للهيمنة البريطانية. واعمالاً لهذه المعاهدة أصدر الكونغرس في العام ١٩١٨م، قانوناً (Migratory Bird Treaty Act)، والذي نظم عملية صيد تلك الطيور، مقررأ عقوبات جنائية عند مخالفة أحكامه، فرأت ولاية Missouri مناسبة للطعن في أحكامه، تأسيساً لتناوله بالتنظيم مسألة محجوزة بموجب الدستور للولايات وليس الكونغرس طبقاً للتعديل العاشر الصادر في العام ١٧٩١م⁽⁶³⁾. وبأغلبية سبعة قضاة، قضت المحكمة العليا بدستورية القانون المطعون عليه على سند من ان ثمة مصلحة قومية في حماية الحياة البرية، وهي مسألة لا تدخل في نطاق سلطات الولايات، وإنما تتصل بمسألة من اختصاص الحكومة الفيدرالية. حيث كتب القاضي Oliver Wendell Holmes، والذي عبر عن رأي الأغلبية في المحكمة، إذ قال: " أنه عندما نتعامل مع بعض الالفاظ التي هي في الأساس قانوناً تأسيسياً مثل دستور الولايات المتحدة الأمريكية، يجب علينا أن ندرك أن تلك الالفاظ قد تجلب كائناً جديداً إلى الحياة غير ذلك الذي جلبته من قبل واضعوها الأوائل، لقد استغرق الأمر قرناً وتكلف خليفتهم الكثير من العرق والدم حتى وصلوا لمرحلة كتابة الدستور، الذي ولد كائناً اسمه الامة، هذا الكائن قد طرأ عليه الكثير من المتغيرات وهو بطبيعته عرضة للتطور والتغيير، وبالتالي فالقضايا التي تعرض على هذه المحكمة لابد وأن يتم النظر فيها وفقاً لخبرات القضاة المتراكمة وفي ضوء تجربتهم برمتها، وليس فقط في ضوء ما تقدم قوله وتقريره قبل مئات الأعوام"⁽⁶⁴⁾. والقضاء الدستوري الأمريكي لعب دوراً بارزاً في تدعيم التحول الاقتصادي من الرأسمالية المتطرفة قائم على نظريات السوق الحرة، في ظل دولة حارسة يقتصر دورها على القيام بالوظائف التقليدية في الدفاع والأمن والقضاء، إلى الرأسمالية المعتدلة. من خلال التأكيد على حق السلطات الاتحادية في توجيه الاقتصاد القومي وتنظيم التجارة بين الولايات، وتطوير سلطة الضبط الإداري ودعم الخطط القومية للبناء والأعمار. ونستطيع القول بأن المحكمة العليا اتخذت أولى الخطوات الإصلاحية في هذا المجال، وذلك من خلال تفسيرها لنص الفقرة الثامنة من المادة الأولى للدستور الاتحادي التي نصت على أن: " تكون للكونغرس سلطة تنظيم التجارة مع الدول الأجنبية، وبين مختلف الولايات ومع قبائل الهنود، ... وسلطة سن جميع القوانين التي تكون ضرورية وملائمة لكي توضع موضع التنفيذ"، حيث أثار عبارة ضروري وملائم Necessary and Proper، التي وردت في النص جدلاً فقهيّاً واسعاً، حول طبيعة السلطات الضمنية Implied Powers التي منحها الدستور للحكومة الاتحادية، إذ ذهب Thomas Jefferson إلى ضرورة التمسك بالتفسير الضيق لكلمة Necessary الواردة في النص، من اجل

تقليص وتحديد السلطات الضمنية الاتحادية إلى أقصى حد ممكن، في حين ذهب Alexander Hamilton إلى ضرورة الأخذ بالتفسير الموسع لكلمة Necessary لمنح الحكومة الاتحادية أقصى قدر ممكن من السلطات الضمنية، لتمكينها من تحقيق السيادة الاتحادية على الولايات. وقد أخذت المحكمة العليا بالتفسير الموسع لهاملتون في العبارتين وهو ما حقق السيادة الاتحادية على جميع الولايات عن طريق منح الحكومة الاتحادية السلطة اللازمة لإصدار ما تشاء من تشريعات اتحادية تنظيمية تحت ستار السلطات الضمنية. وكذلك حكمها في قضية West Coast Hotel V. Parrish في العام ١٩٣٧م، والذي أقرت فيه المحكمة دستورية قانون صادر من ولاية واشنطن في العام ١٩١٣م، يتضمن وضع حد أدنى لأجور النساء العاملات وتحديد ساعات العمل، وانتهت المحكمة من مناقشة المشكلة الدستورية في الدعوى إلى أن حرية التعاقد ليس إلا مظهراً من مظاهر الحرية التي يحميها التعديل الرابع عشر، وهي حرية مقيدة بضرورات الحياة الجماعية المنظمة، وضرورة هذا التنظيم تخضع لها حرية التعاقد كما تخضع سائر الحريات، وبالتالي لا يجوز القول بأن العمال ما داموا بالغين راشدين فلا معنى بتدخل الدولة في عقودهم بدعوى حمايتهم، لا بل ان للدولة كما تقول المحكمة مصلحة أكيدة في حماية صحة العامل ومستواه المعاشي، حتى إذا تهاون هو في ذلك أو فرط فيه⁽⁶⁵⁾. ونرى هنا أن المحكمة في مناقشتها حاجة العمال-وخصوصاً النساء منهم- إلى تدخل الدولة وحمايتها، وتنتهي إلى نقض سابقة قضية Adkins V. Childern's Hospital 1913 صراحة مقررّة أنها انطوت على تطبيق خاطئ للمبادئ القانونية التي تحكم تنظيم الدولة لعلاقة العمال بأرباب العمل⁽⁶⁶⁾. وفي مصر أكد الدستور المصري لسنة ١٩٧١م، على الطابع الاشتراكي للاقتصاد المصري في عدة مواد دستورية بنصوص صريحة، كنص المادة (١٢، ٢٤، ٣٠، ٣٣، ٥٩)، لكن السلطات التنفيذية والتشريعية اكتشفت مع سائر مؤسسات الدولة الفشل الذريع والانهيار سبه الكلي الذي أصاب الاقتصاد المصري في شتى المجالات، جراء التطبيق المتطرف للنموذج الاشتراكي والنظام الشمولي، حيث سعت السلطات للاعتدال بالنظام الاقتصادي تدريجياً، فبدأت خطة شاملة للإصلاح الاقتصادي. فما كان من المحكمة الدستورية العليا المصرية وإدراكاً منها للدمار الذي أصاب الاقتصاد المصري في ظل التطبيق الجامد للاشتراكية، قررت اعتماد منهد الدستور الحي في التفسير، حيث قضت المحكمة بدستورية خطة الإصلاح الحكومية للتحوّل من الاشتراكية المتطرفة إلى الرأسمالية المعتدلة، حيث تقول المحكمة: "أن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلاً نهائياً ودائماً لأوضاع اقتصادية جاوزت الزمان حقانها، فلا يكون تبنّيها والإصرار عليها ثم فرضها بألية عمياء إلا حثّاً في البحر، بل يتعين فهمها، على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن"، ثم تقول في الحكم ذاته: "أن الاستثمار بمختلف صورته-العام منها والخاص- ليس إلا أموالاً تتدفق، سواءً عبأتها الدولة أو كونها القطاع الخاص، فإنها تتكامل في ما بينها، ويُعتبر جميعها لازماً لضمان قاعدة إنتاجية أعمق وأعمق لا يكون التقييد بها إلا ترفاً، ونكولاً عن قيم يدعو إليها التطور ويتطلبها،... وأن الدستور، وأن كفل بنص المادة ٥٩ ما أسماه بالمكاسب الاشتراكية

واعتبر دعمها والحفاظ عليها واجباً وطنياً، إلا أنه خلا من كل تحديد لها يكون معرفاً بمضمونها ونطاقها، بل جهل تماماً بها، ولم يحل حتى إلى قانون لبيان مكوناتها، ولا يتصور بالتالي أن يكون الدستور كافلاً للعمال غير تلك الحقوق والمزايا التي نص عليها في شأنهم⁽⁶⁷⁾. ومن الواضح أن القضاء الدستوري المصري قد سعى بقوة من خلال حكمه هذا لمنح سلطات الدولة سنداً دستورياً قوياً وعطاءً كثيفاً من المشروعية لتنفيذ خطط الإصلاح الاقتصادي. وعبرت المحكمة الدستورية العليا في حكم آخر لها، هو امتداداً لهذا المنهج بقولها: "أن الاختلاف بين الأحكام التشريعية المتعاقبة التي تنظم موضوعاً واحداً، تعبيراً عن تغير الواقع عبر المراحل الزمنية المختلفة، لا يُعد إخلالاً بمبدأ المساواة، الذي يستقي أحد أهم مقوماته من وحدة المرحلة الزمنية التي يُطبق خلالها النص القانوني الخاضع لضوابط المبدأ، فإذا تباينت النصوص التشريعية في معالجتها لموضوع واحد، وكان كل منها قد طبق في مرحلة زمنية مختلفة، فإن ذلك لا يُعد إخلالاً بمبدأ المساواة، وإلا تحول هذا المبدأ من ضابط لتحقيق العدالة، إلى سد حائل دون التطور التشريعي"⁽⁶⁸⁾. ونرى بأن المحكمة الدستورية العليا قد أيقنت على أنه يتعين على القاضي الدستوري ألا يبحث عن الحكمة التشريعية التي أدت إلى وضع النص الدستوري، بل عليه أن يبحث عنها في الوقت الذي يُفسر فيه النص، حيث قضت المحكمة: "عند تفسير النصوص الدستورية لا يجوز النظر إليها بما يبتعد عن غاياتها النهائية ولا بوصفها هائمة في الفراغ وباعتبارها قيماً منفصلة عن محيطها الاجتماعي، وإنما يتعين دوماً أن تحمل مقاصدها بمراعاة أن الدستور وثيقة تقديمية لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية"⁽⁶⁹⁾. وفي صدد العدالة الاجتماعية في النظام الضريبي، حيث حددت المحكمة معنى العدالة الاجتماعية في النظام الضريبي من منظور اجتماعي، باعتبار أن العدل يتغيا عن القيم الاجتماعية التي لا تتفصل عن الجماعة في حركتها عنها، والتي تتبلور مقاييسها في شأن ما يعتبر حقاً لديها، غلا يكون العدل مفهوماً مطلقاً ثابتاً باطراد، بل مرناً ومتغيراً وفقاً لمعايير الضمير الاجتماعي ومستوياتها⁽⁷⁰⁾. وهنا نلاحظ أن تلك الأحكام الدستورية تمثل تغيراً واضحاً في مسلك المحكمة الدستورية العليا بشأن الفلسفة التي يعتنقها الدستور وقيم على أساسها نظام الحكم، حيث كانت قبل تلك الفترة تؤكد دائماً على أن النظام الاشتراكي هو الفكرة القانونية السائدة في الدستور⁽⁷¹⁾.

الفرع الثاني

دور المنهج في الإصلاح الاجتماعي

تنقسم الحقوق الاجتماعية المتفق عليها بين مختلف النظم السياسية والدستورية، باعتبارها من الحقوق والحريات الطبيعية التي استقرت في يقين البشرية لحقوق وحريات اجتماعية ذات آثار اقتصادية كحق التعليم والعمل والراتب التقاعدي، وحقوق وحريات خاصة كحق الزواج وما يترتب عليه من حقوق وحريات عائلية وأسرية

للزوجين والأبناء، لذلك أكد قضاء الدستورية المقارن على أهمية تلك الحقوق والحريات من خلال حمايتها وتدعيمها بشكل يتفق مع الواقع ويتفاعل مع المستقبل. لذلك نرى أن المحكمة العليا الأمريكية قد اكدت في العديد من احكامها على دعمها لحق التعليم بشكل يتفق مع الواقع الاجتماعي المتغير والنص الثابت، حيث عبرت المحكمة عندما سنحت الفرصة أمامها لإعادة النظر في قاعدة (جواز الفصل عند المساواة)، التي اقرتها سابقاً في قضية **1896 Plessy v. Ferguson** بقولها: "نحن نقر انه مجال التعليم العام، ليس هناك مكان لمبدأ مدارس منفصلة، ولكن متساوية، لان المرافق التعليمية المنفصلة هي بطبيعتها غير متساوية، ويجب ان ننظر إلى التعليم العام على ضوء مكانته الحالية في الحياة الأمريكية،... لأن سياسية الفصل بين الأعراق تُفسر عادة على انها تدل على دونية المجموعات الزنجرية، ويؤثر الإحساس بالدونية على حافز الطفل للتعليم، وانها لا تستطيع وهي تتناول مشكلة التمييز العنصري بصورتها وملابساتها الجديدة أن تعود بعقارب الساعة إلى الوراء، إلى العام 1868م الذي وضع فيه التعديل الرابع عشر، أو حتى إلى العام 1896م الذي صدر فيه حكمها في قضية **Plessy V. Ferguson** (72)، حيث انتهت المحكمة العليا بحكمها هذا ما يسمى بالفصل العنصري بين طلاب المدارس في الولايات المتحدة الأمريكية، فعلى أن نحكم على موضوع التعليم في ضوء تطوره ومكانته في الحياة الأمريكية المعاصرة. وقد أصدرت المحكمة العليا العديد من الأحكام التي تُوفر نوع كثيف من المشروعية الدستورية لسياسة دولة الرفاهية Welfare State التي أتبعها الحكومة الأمريكية لتدعيم وحماية حقوق العمال والتقاعد والرعاية الصحية بعدما عدلت عن آراءها السابقة في قضايا مشابهة (73)، وهو ما أكدته المحكمة العليا بتأييدها لقوانين تعويض العمال التي أصدرتها الولايات بين عامي 1917-1919م، وأيدت التشريعات التي تُحدد ساعات العمل أو تضع حد أدنى للأجور، وهو ما عبرت عنه المحكمة بنظرتها الجديدة لتلك التشريعات بقولها: "لا يجوز منع الحكومة من تأمين مستقبل العامل المصاب، خصوصاً إذا كان هذا العامل لا يملك أي وسيلة لحماية نفسه، بينما يحصل رب العمل على أجمالي الإيرادات، ويمتلك سلطة مطلقة تمكنه من تخفيض الأجور وزيادة ساعات العمل وسعر البيع، وأن الحرية التي كفلها الدستور هي حرية المجتمع في أن يحمي افراده من كافة الأضرار التي تُهدد الصحة أو الأمن أو الاخلاق أو رفاهية الشعب، وأن التنظيم التشريعي الذي يهدف لتحقيق المصلحة العامة يُعتبر إجراء مشروع في ذاته، وأنه يجوز للمجتمع ان يرفع من يصبحون من أفراد عديمي النفع سواء كان ذلك راجعاً للحوادث أو الشيخوخة أو أي سبب آخر، وانه إذا اختار الكونغرس فرض ضريبة للإنفاق منها على أنظمة الضمان الاجتماعي ضد الشيخوخة أو البطالة فإن ذلك بلا شك في نطاق سلطته التقديرية" (74)، ومن الجدير بالذكر بأن تفسيرات المحكمة العليا الخاصة بمسألة استمرار العبودية في بعض الولايات الأمريكية من احد الأسباب المهمة التي على أثرها اندلعت الحرب الأهلية بين الجنوب والشمال الأمريكي التي كانت تتجسد بقضية **Dred Scott V. Sanford** في العام 1857م، وكذلك تفسيراتها الخاصة بأحقية المرأة في الإجهاض بقضية **Roe V. Wade** العام 1973م، كان لها أثر

كبير في المجتمع الأمريكي، إذ عبر القاضي Antonin Scalia قائلاً: " أن التفسير عالم مستقل، وإنه يُدرس في عدد من معاهد القانون المتخصصة، وأن حياة القانون في تطبيقه، ولا يُطبق إلا بالتفسير، وهو ما يعزي الاهتمام المتزايد به، وأن أساس عمل القاضي هو التفسير". وقد أخذت بهذا المنهج المحكمة الدستورية العليا والتي ترى أنه يتعين على القاضي ألا يبحث عن الحكمة التشريعية التي أدت إلى وضع النص الدستوري، بل عليه أن يبحث في الوقت الذي يُفسر فيه النص، حيث قضت: " بأنه يتعين أن ينظم القانون أداة الوظيفة الاجتماعية للملكية مهتدياً بوجه خاص بالقيم التي تنحاز إليها الجماعة في مرحلة معينة من مراحل تطورها"⁽⁷⁵⁾، وتقول أيضاً: " أن قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها يُعارض تطويعها لآفاق جديدة تُريد الجماعة بلوغها، فلا يكون الدستور كافلاً لها، بل حائلاً دون ضمانها"⁽⁷⁶⁾، وفي عبارة صريحة تُشير المحكمة إلى تغير في الواقع الاجتماعي عن وقت وضع بعض التشريعات يقود لضرورة إعادة النظر فيها، حيث قضت: " أنه ولئن صح القول بأن مواجهة أزمة الإسكان والحد من غلوها اقتضى أن تكون التشريعات الاستثنائية الصادرة دعماً لها مترامية في تطبيقها، إلا أنه يتعين النظر إليها دوماً بأنها تشريعات طابعتها التأقيت مهما استطلت أمدها، وانها لا تمثل حلاً دائماً ونهائياً للمشكلات المترتبة على الأزمة، بل يتعين دوماً مراجعتها من أجل تحقيق التكافؤ بين مصالح اطراف العلاقة الإجارية فلا يميل ميزانها في اتجاه مناقض لطبيعتها، إلا بقدر الظروف التي أملت وجودها"⁽⁷⁷⁾.

وخلاصة الأمر أن منهج القضاء الدستوري المقارن في تفسير النصوص الدستورية يقوم على قراءة مرنة، تُجاري الواقع المتجدد وتساير روح العصر، فلا تحصر الحقوق والحريات في حدود ما ورد صراحة في الوثيقة الدستورية، بل تستنبطها من جوهر المبادئ الديمقراطية التي تقوم عليها الدولة الدستورية. فالدستور، في نظر هذا القضاء، ليس نصاً جامداً يضيق بالتطور، وإنما إطار حيّ يتسع للتحويل، يوازن بين ثبات القاعدة ومرونة التطبيق، ويكفل استمرار الدستور مرجعاً أعلى قادراً على مواكبة مسار التطور.

الخاتمة

نعرض لأهم النتائج والتوصيات التي نعتقد أم من شأن مراعاتها تحقيق الفائدة وتطوير الرقابة على الدستورية، مما يعود بالنفع والخير على المجتمع حكماً ومحكومين، نجلها هنا بالآتي - :

أولاً- النتائج

١- يتبين أن جهة الرقابة على الدستورية لا تقف عند ترديد القيم السائدة زمن وضع الدستور، بل تمارس دوراً كاشفاً لقيم تتجدد بقدر تجدد المجتمع.

- ٢- إن فُرادة الدساتير وعبقريتها لا تُستمد من جمود ألفاظها، بل من قابليتها للتكيف مع مقاصدها العليا، بما يواكب الحاجات المعاصرة ويجسد منهج (الدستور الحي) في تفسير الحقوق والحريات تفسيراً متطوراً بتطور مضمونها.
- ٣- يُعدّ التفسير الدستوري عملية ذهنية منضبطة، غايتها استجلاء المصلحة التي قصدتها الإرادة التشريعية، ووزن مدى انطباقها على الوقائع المتغيرة في ضوء منطق القانون وروحه.
- ٤- أن جهة الرقابة على الدستورية لا تنتزع القيم التي تُرجحها عند الفصل في المنازعات الدستورية، وإنما تستبصرها وتستخلصها مما يفرضه وجدان الجماعة، وقد تستأنس بالتجارب المقارنة متى دلّ شيوعها على إنسانيتها وحيويتها ودورها في صون الحرية المنظمة وبناء الشخصية المتوازنة.
- ٥- لا ينهض القضاء الدستوري بوظيفة آلية تقتصر على التطبيق المجرد لنصوص الدستور، بل يضطلع بمهمة توفيقية توازن بين الشرعية الدستورية وعلوية أحكام الدستور، تحقيقاً للانسجام بين النص والواقع.
- ٦- أن أحكام الدستور مهياة بطبيعتها للامتداد عبر أزمنة متعاقبة وأجيال متتابعة، فإن إغفال تطور الوقائع والأوضاع عند تفسيرها يُفضي إلى قضاء متعثر، يعجز عن بلوغ الآفاق الجديدة التي تعيشها الجماعة، ويتعين مواءمة النصوص الدستورية معها دون إخلال بجوهرها.

ثانياً: التوصيات

- ١- نقترح تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا بما يسمح بالأخذ بالسلوب الأنجلو-أمريكي، حتى يتسنى لأعضاء المحكمة كتابة آراءهم المتوافقة مع الحكم او المعارضة له.
- ٢- نقترح تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا لمنحها سلطة فرض رقابتها على الأحكام القضائية النهائية، الصادرة من محكمة التمييز بنص واضح وصريح، إذا ما انطوت هذه الأحكام على أي مخالفة لنصوص الوثيقة الدستورية أو التفسيرات الملزمة الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا.
- ٣- إن إشكالية ثبات النص الدستوري أمام تغير البيئات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية تفرض على محكمتنا الدستورية المؤقره ألا تقف عند حدود المعنى الحرفي للنصوص، وإنما أن تبسط ولايتها التفسيرية بروح تتفق مع الواقع وتستجيب لمتطلبات المستقبل، بما يضمن معالجة الإشكاليات المستجدة ويحافظ في الوقت ذاته على هيبة القانون وسمو الدولة.
- ٤- بإمكان محكمتنا المؤقره فرض رقابتها على التناسب ومعقولية وعدالة العقوبة الجنائية، وذلك لأن القوانين الجنائية تُقاس بمقاييس أكثر صرامة من غيرها، كما نعتقد أن الحقوق والحريات الفردية التي يمسهها القانون الجنائي بصورة مباشرة تعلق حتى على مبدأ الفصل بين السلطات.

الهوامش

- (1) عبد العزيز محمد سالمان، المصدر نفسه، ص ٦٠.
- (2) Lawrence B. Solum, ORIGINALISM VERSUS LIVING CONSTITUTIONALISM: THE CONCEPTUAL STRUCTURE OF THE GREAT DEBATE, Georgetown University, 2019.P.1256.
- (3) David A. Strauss, University of Chicago, The law school, The Living Constitution, 2010: "Living constitutionalism is the view that the legal content of constitutional doctrine does and should change in response to changing circumstances and values".
- (4) "A constitutional provision can maintain its integrity only by moving in the same direction and at the same rate as the rest of society". See: Charles A. Reich, Mr. Justice Black and the Living Constitution, 76 HARV. L. REV. 673 (1963).
- (5) Adam Winkler, University of California, Los Angeles (UCLA) - School of Law, A Revolution Too Soon: Woman Suffragists and the 'Living Constitution', 2004. P.16-30.
- (6) William H. Rehnquist, the Notion of a Living Constitution, 54 TEX. L. REV. 693, 699 (1976).
- (7) وليد محمد عبد الصبور، التفسير الدستوري-دراسة مقارنة، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩م، ص ٣٠٥-٣١٢.
- (8) يسري محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٩م، ص ٥١.
- (9) وليد محمد عبد الصبور، مصدر سابق، ص ٣١٦.
- (10) عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينية، مصر، ٢٠٠٣م، ص ١٠٤.
- (11) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق د بجلسة ١٩٨٢/٨/٢م.
- (12) وليد محمد عبد الصبور، مصدر سابق، ص ٣٨٨.
- (13) عوض المر، مصدر سابق، ص ٧٩.
- (14) حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٧ لسنة ١٦ دستورية قضائية لسنة ١٩٩٧م، جلسة ١٩٩٧/٢/١م.
- (15) عصمت عبد الله الشيخ، دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، المؤتمر العلمي الأول، جامعة حلوان، كلية الحقوق، مصر، ١٩٩٨م.
- (16) عاطف سالم عبد الرحمن، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي، مكتبة النيل والفرات، مصر، ٢٠١١م، ص ٣٢٠.
- (17) حكم المحكمة الدستورية المصرية في القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ د ق بجلسة ١٩٩٥/١/١٤م.
- (18) في بعض النظم كالعراق، لا يعرف أحد من الذي دون الحكم، وما هي حقيقة الاعتراضات التي أبدأها بعض قضاة المحكمة الاتحادية العليا، إذ يظل هذا كله مكتوماً على العامة.
- (19) سري العصار، مرجع سابق، ص ٧.
- (20) مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري، مكتبة الجلاء الجديد، مصر، ٢٠٠٣م، ص ٩.
- (21) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١ لسنة ٢٥ ق.د بجلسة ٢٠١٦/١/٢م.
- (22) والنتيجة الحتمية لهذا التصور هي القول بالأثر الرجعي المطلق للحكم بعدم الدستورية، فيعتبر القانون منعدم القيمة، لا من وقت صدور الحكم وإنما من تاريخ صدوره.
- (23) أنظر أحمد كمال أبو المجد، مصدر سابق، ص ٢٣١ وما بعدها، وكذلك حكم المحكمة العليا الأمريكية في القضية United States v. Buller 1936.
- (24) علي هادي، النظرية العامة في تفسير الدستور، منشورات زين الحقوقية، مكتبة السنهوري، بغداد العراق، ٢٠١١م، ص ٢٥٢.
- (25) حكم المحكمة الاتحادية العليا العراقية، منشور على موقعها الإلكتروني <https://www.iraqfsc.iq/>، تاريخ الاقتباس ٢٠٢٤/٦/١٠م.

- (26) عصمت عبد الله الشيخ، الدستور بين مقتضيات الثبات وموجبات التغيير في ضوء الفكرة القانونية السائدة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٢م، ص ١٣.
- (27) وليد محمد عبد الصبور، مصدر سابق، ص ٣٦٧.
- (28) عبد الله حجازي، المدخل لدراسة القانون، القاهرة، مصر، ١٩٦٦م، ص ٥٢٢.
- (29) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ ق.د، بجلسة ٤ شباط ١٩٩٢م.
- ³⁰(Case of: Smith v. Towner , 48 U.S. 283 (1849).
- (31) أنظر المادة (٥٩، ١٧٩) وكذلك المادة (٣٨) من دستور مصر لسنة ١٩٧١م.
- (32) أحمد كمال أبو المجد، نحو مناقشة جدية للتعديلات الدستورية، مقال منشور بجريدة الاهرام بتاريخ ١/٦/٢٠٠٧م.
- (٣٤) عاطف سالم عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٣٢٠. ⁽³³⁾
- (٣٤) اخلاص عزولة، مفهوم الكتلة الدستورية لدى الفقه الدستوري المقارن، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ٢٠٢٠م، بحث منشور على الموقع الإلكتروني (<https://academia-arabia.com/en/reader/2/233964>) ، تأريخ الاقتباس ١٥/٦/٢٠٢٤م.
- (35) باسل عبد الله محمد باوزير، دور القضاء الدستوري في تطوير مفهوم الحقوق والحريات الأساسية، الأردن، عمان، جامعة آل البيت، ٢٠٠٨م، ص ٦٥.
- (36) احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصر، دار الشروق، ١٩٩٩م، ص ٢٥٠ وما بعدها.
- (37) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية، ١٩/٥/١٩٩٠م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، المجلد الرابع، قاعدة ٣٣، ص ٢٧٩.
- (38) المادة (٢٢٧) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م.
- (39) المبادئ العامة للقانون هي مجموعة قواعد غير مكتوبة تعود في مجملها إلى التقاليد التي ساققتها الثورة الفرنسية
- (40) للمزيد أنظر: باسل عبد الله محمد باوزير، مصدر سابق، ص ٦٨ وما بعدها.
- (41) محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، مصر، ١٩٧١م، ص ٥٩٧.
- (42) McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).
- (43) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ ق.د، بجلسة ١٩/٣/١٩٩٥م.
- (44) منير حمود دخيل، دراسات في القانون الدستوري-ج ١، العراق، بغداد، مكتبة القانون المقارن، ٢٠٢٣م، ص ٥٨ وما بعدها. كذلك أنظر: عاطف سالم عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٣٤٣ وما بعدها.
- (45) يستعرض الفقيه Jacque Lambert هذه الجزئية بالقول: " وما يفعله القاضي في الحقيقة هو ان يحمل المشرع على احترام ما وراء تلك الإجراءات المقررة بالدستور، وهي المبادئ العليا التي تهدف النصوص الدستورية إلى إقامتها وتنفيذها".
- Jacques Lambert, Constitutional History of the American Union, Dalloz Library, 2023, P. 376.
- ⁴⁶(Case of: Thomas V. Collins: 323 U.S.516, 1945.
- For more details see:** William M.Wiecek.The History of the Supreme Court of US, Cambridge University Press, 2006, P: 136.
- (47) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية في ١٩٩٥م.
- (48) يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨م، ص ٢٧.
- (49) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٨ لسنة ٨ قضائية بجلسة ٧/٣/١٩٩٢م.
- (50) عاطف سالم عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ١١٩.
- (51) ثروت عبد العال أحمد، حدود رقابة المشروعية والملائمة في قضاء الدستورية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، ١٩٩٩م، ص ٢٦.
- (52) علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ١٩٧٨م، ص ٦٠٦.
- رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق: 2895 لسنة 2025م

(53) أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، مصر، 1960م، ص 109-114.

(54) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 14 لسنة 17 قضائية دستورية بجلسة 9/2/1995.

(55) حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم 26/اتحادية/2020.

(56) ثروت عبد العال أحمد، مصدر سابق، ص 34 وما بعدها.

(57) 1895. –Bar and Bench, 1887Paul, Arnold M. Conservative Crisis and the Rule of Law: Attitudes of Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1960.

(58) الغلو كما درجت المحكمة الإدارية العليا المصرية على تعريفه: "هو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الجريمة التأديبية التي ارتكبتها العامل وبين مقدار الجزاء الذي وقعته الإدارة عليه.

(59) للمزيد أنظر - حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 48 لسنة 18 ق. د في جلسة 9/19/1997م.

(60) منير حمود دخيل، المحكمة الاتحادية العليا ورقابة الملائمة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني

https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=766369، تاريخ الاقتباس 20/6/2024.

(61) عاطف سالم عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 764-765.

(62) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 116 لسنة 18 ق.د، بجلسة 8/2/1997م.

(63) Reznikoff, Charles, ed. 1957. Louis Marshall: Champion of Liberty. Selected Papers and Addresses. 2 vols. p. 1177 Philadelphia: 1985.

(64) Oliver Wendell Holmes in case: Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920).

(65) أحمد كمال أبو المجد، مصدر سابق، ص 342.

(66) يلاحظ في إطار التحول الاقتصادي للرأسمالية المعتدلة في الولايات المتحدة حيث قضت المحكمة العليا بدستوريتها. وحكمها في قضية Allegheny Pittsburgh Coal v. Webster، وقضية United States V. Richardson 1974، وقضية Allen V. wright 1984، وقضية Allegheny Pittsburgh Coal v. Webster County 1989.

(67) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 17 لسنة 16 ق.د بجلسة 2/1/1997م.

(68) للمزيد أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 7 لسنة 16 ق. د لسنة 1997، والقضية رقم 9 لسنة 18 ق. د لسنة 1997، والقضية رقم 17 لسنة 18 ق. د لسنة 1997، والقضية رقم 73 لسنة 19 ق. د لسنة 1998.

(69) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 22 لسنة 8 ق. د بجلسة 2/1/1992م. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 63 لسنة 13 ق. د بجلسة 3/20/1993م.

(70) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 65 لسنة 7 ق. د بجلسة 7/13/1997م.

(71) راجع حكم المحكمة العليا المصرية في 1/7/1973م، مجموعة المحكمة، ج 1، ص 108. وحكمها الصادر في 1/3/1972م، المجموعة الأولى، ج 1، ص 240.

(72) Case of: Brown v. Board of Education 1954.

(73) وهذا ما أكتنه المحكمة بوضوح بحكمها الصادر في العام 1877م في قضية Munn V. Illinois Corporation 1937. Case of: National Labor Relations Board V. Jones & Laughlin Steel

(74) للمزيد أنظر: أحمد كمال أبو المجد، مصدر سابق، ص 230 وما بعدها.

(75) حكم المحكمة الدستورية العليا بالقضية رقم 63 لسنة 13 ق. د لسنة 1993.

(76) حكم المحكمة الدستورية العليا بالقضية رقم 7 لسنة 13 ق. د لسنة 1997.

(77) حكم المحكمة الدستورية العليا بالقضية رقم 15 لسنة 11 ق. د لسنة 1995.