مجلة جامعة بابل/ العلوم الإنسانية /المجلد ٢٥/ العدد٢ :٢٠١٧

دور القاضي الدستوري في التفسير المنشئ (دراسة مقارنة)

ميثم حنظل شريف صبيح وحوح حسين الصباح
جامعة بابل / كلية القانون
Law.sabih.whowh@uobabybn.edu.iq Mauthamhandhel@yahoo.com

الخلاصة

يرى بعض الفُقَّه [١]،أن التفسير ما هو إلا كشف عن إرادة المشرع ، ولذلك لا يمكن أن يكون للمفسر أي دور في تعديل التشريع ، غير أننا نرى أن المفسر هو الذي يعطي للنص معناه ، ولذلك فأن حكم النص يتأثر بموقف المفسر حيث غالى البعض إلى درجة أن جعل النص هو ما يقول به المفسر .

وتفسير نصوص الدستور بطلب أصلي معروض على القاضي الدستوري حيث يتوجب عليه إنزال الحكم العادل في النزاع فلا بدَّ أن يتأثر القاضي حين يفسر الدستور بالظروف المحيطة والحاجات العملية وما يمكن أن يترتب على تطبيق الرأي الذي يجنح إليه من نتائج في واقع الحياة ، على أن يكون هذا التفسير متفق مع سير العدالة ومنسجم مع حكمة التشريع ، وأن لا يغفل التطور الحاصل في حركة الحياة وتحقيق الملاءمة و المواءمة بين النص التشريعي والتطور الحاصل في الظروف الأجتماعية والأقتصادية والسياسية .

فكثيراً ما تتجاوز حقائق الزمن وتطورات المجتمع جمود النصوص الدستورية لتخلق فجوة شاسعة بين ما هو كائن على أرض الواقع وما يجب أن يكون طبقاً لنصوص الدستور ، لذلك يسعى القضاء الدستوري من خلال أسلوب التفسير المنشئ إلى تبني مذهب التفسير المتطور أو المعاصر للنصوص الدستورية بما يؤكد أن الدستور وثيقة تقدمية يمكنها – رغم الجمود – ملاحقة تطورات المجتمع ، وتحقيق طموحات أبنائه .

والقضاء الدستوري من خلال تفسيره للدستور قد يستجلي مبادئ وقواعد ضمنية من داخل الدستور نفسه ، وقد أدى تطوره وممارسة الرقابة الدستورية إلى مراجعة الكثير من القيم الدستورية المنصوص عليها في الدستور نفسه بما يتجاوز الكلمات الواردة في نصوصهِ ، والقاضي الدستوري في تفيسره المرن للنصوص الدستورية يتوخى إرادة السلطة التأسيسية الأصلية التي وضعتها من خلال سلطته التقديرية بأعطاء هذه النصوص تفسيراً يتفق مع آفاق التغيير الذي يمر به المجتمع.

وأستعرضنا في دراسة هذا البحث مدى الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية والمانيا ومصر والعراق ، حيث ركزنا في بداية البحث من خلال المطلب الأول على الآراء الفقهية في أهمية التفسير المنشئ للقاضي الدستوري وعرجنا في المطلب الثاني على نوعين من التفسير المنشئ هما التفسير المضيف أو البنّاء ، والنوع الثاني هو التفسير الأستبدالي للقاضي الدستوري من خلال المنهجية المقارنة لقضاء المحكمة العليا الأمريكية والمحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية والمحكمة الدستورية في مصر والمحكمة الاتحادية العليا في العراق .

الكلمات المفتاحية: تفسير، دستور،المحكمة العليا الأمريكية، التفسير المضيف أو البنّاء، التفسير الأستبدالي.

Abstract

According to some Fiqh that explanation is only revealed the will of the legislature, and therefore can not be the interpreter of a role in amending the legislation, but we believe that the interpreter is the one who gives the text its meaning, so the text rule is influenced by the position of the interpreter where Ghali some to a degree that would make the text is what he says his interpreter.

And the interpretation of provisions of the Constitution apply pray before the constitutional judge, where he must take down a fair verdict in the dispute must be that the judge is affected when the Constitution ambient conditions and the needs of the process and what it could entail the application of opinion, which tends findings in real life explains, to have this interpretation agreed with the course of justice and inconsistent with the wisdom of the legislation, and that does not overlook the evolution in the movement of life and achieve relevance and harmonization of legislative text and development taking place in the social, economic and political conditions.

Often exceed the realities of time and the developments of society rigidity of constitutional provisions to create a vast gap between what is an object on the ground and must be in accordance with the provisions of the Constitution, so the constitutional judiciary is seeking through the method of interpretation of the originator to the adoption of the doctrine of evolving interpretation or contemporary constitutional provisions confirming that the Constitution document progressive position - despite the deadlock - the prosecution of developments in society and achieve the aspirations of its people.

Constitutional and judiciary through its interpretation of the Constitution may then marched principles implicit rules from within the Constitution itself, has led its development and practice of constitutional oversight to review a lot of constitutional values enshrined in the Constitution itself beyond the words contained in texts, constitutional judge in Tweserh flexible constitutional provisions envisages the will power Originally developed by the foundation through his discretion Give these texts explanation consistent with the prospects of change that is going through the community.

We reviewed in the study of this research the extent of the structural role of the constitutional judge in the United States, Germany, Egypt and Iraq, where we have focused in the beginning of the search through the first demand on the doctrinal views on the importance of interpretation originator constitutional judge and Arzina in the second requirement for two types of interpretation originator two interpretation host or construction and the second type is the substitution of constitutional interpretation to the judge through a systematic comparison to spend US Supreme Court and the constitutional Court and the German Federal constitutional Court of Egypt and the Federal Supreme Court in Iraq.

Keywords: Interpretation ,constitution ,super court, interpretation constructive, interpreetation substitutives.

المقدمة

إذا كان التفسير الضيق لا يبتكر المضمون القاعدي لنص القانون ولا يتيح الحصول على قاعدة مطابقة للدستور بذاتها التي كانت متضمنة في نص القانون ، فإن آلية التفسير المنشئ تتيح توسيع المدى الخاص لنص القانون بما يرتفع به عن الخضوع لرقابة الدستورية ، ومن ثم تقرير دستوريته .

فمع اختلاف حاجات الناس،واتصال أوجه نشاطهم بعضها بعضاً ، وتشعب مما يدل على أنه يستحيل على المشرع أن يتنبأ بكل شيء،ثم أنه كيف نعطل فعل الزمن أو نقف في طريق سير الحوادث ، وكيف نستطيع أن نقدّر سلفاً ما تستطيع التجربة أطلاعنا عليه ؟ وهل يستطيع الإنسان بأشياء لا يمكن للفكر أن يصل إليها وحده ؟

ان أي تشريع سواء أكان دستورياً أم عادياً مهما بدأ كاملاً ، ما يكاد واضعوه أن يفرغوا منه ، حتى تثور بصدده أمام المفسر العديد من الصعوبات سواء أكان بخصوص المسائل والقوانين ، أم كانت بخصوص

الأفراد الذين لا يبقون على حالهم بل يعملون في حركة دائبة ، مما يترتب عليها آثار تتغير بتغير الظروف ، وكل يوم يأتي بجديد من الحالات ويقع على عاتق المفسر مهمة سد ما ينتج عن ذلك من فراغ ، فكثيرٌ ما تتجاوز حقائق الزمن وتطورات المجتمع في المجالات السياسية والأقتصادية والأجتماعية جمود النصوص الدستورية،لتخلق فجوز شاسعة بين ما هو كائن على أرض الواقع وما يجب أن يكون طبقاً لنصوص الدستور، لذلك يسعى القضاء الدستوري لممارسة دوره الإنشائي ونبني مذهب التفسير المتطور أو المعاصر للنصوص الدستورية بما يؤكد أن الدستور وثيقة تقدمية يملكها – رغم الجمود – ملاحقة تطورات المجتمع وتحقيق طموحات أبنائه .

بناء عليه فأن أحكام القضاء الدستوري قد تخلف أو تنشئ مبادئ أو قواعد دستورية ، وذلك لأن القضاء الدستوري وهو بصدد تفسير نصوص الدستور يمارس دوراً أنشائياً يتجاوز مرحلة التفسير الحرفي إلى مهلة الخلق والإبداع .

وبذلك فأن الدور الذي يقوم به القضاء الدستوري في تكوين القانون الدستوري يماثل دور القضاء الاداري في تكوين القانون الإداري،ومما يساعد على اضطلاع القضاء الدستوري لهذا الدور ، إن الكثير من النصوص الدستورية تتميز بالإيجاز والعموم،بل والغموض أحياناً ،مما يفتح الباب واسعاً أمامه للأجتهاد والأبتكار،وربما كان ذلك ما قصدهُ أحد رؤساء المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بقوله أننا يعيش في ظل الدستور، غير أننا نحن الذين نحدد ماهية هذا الدستور .....

وتأتي أهمية البحث لبيان الدور التفسيري الإنشائي للقاضي الدستوري وتطور دوره في الرقابة على دستورية القوانين وتعميقها وابتكار العديد من التقنيات أو الوسائل التي تمكنه من كفالة وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم،يضاف إلى ذلك فأنه من خلال التفسير الاستبدالي يستأصل القاعدة التي عبر عنها النص أو جزءاً منها مما يخلق التفسير في ذاته فراغاً في النص سرعان ما يملؤه التفسير الاستبدالي من خلال ملء هذا الفراغ بقاعدة أخرى.

وفرضية البحث تكون من خلال أعطاء السلطة الإنشائية للقضاء الدستوري ليتم التوسع في تحديد المبادئ والقواعد الدستورية حيث تتوخى المحكمة الأتحادية العليا في ذلك إرادة السلطة التأسيسية الأصلية التي وضعت نصوص الدستور وأعطاء هذه النصوص تفسيراً يتفق مع آفاق التغيير الذي يمر به المجتمع فتحيي معاني هذه النصوص في ضوء المعطيات السياسية والأقتصادية والأجتماعية لحظة تطبيقها ، فتكفل حياة مستمرة للدستور ولا تحصره في حقبة الماضي .

وسنقوم بدراسة هذا المبحث من في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم التفسير المنشئ .

المطلب الثاني: انواع التفسير المنشئ للقضاء الدستوري.

المطلب الأول/مفهوم التفسير المنشئ

تصدر التشريعات من حيث موادها مخالفة للدستور حيناً ، وتجيء غامضة حيناً آخر ، وبين هذه المخالفة والغموض يتردد أختصاص القاضي الدستوري ، وتتباين سبل الألتجاء إليه ، من أختصاص بتقدير الدستورية ، تتولى الشروح العامة بيانه ، إلى أختصاص بالتفسير تجمل وسائله في طلبهِ ، ولأن كان للأول أهمية لا تنكر ، فأن للآخر قيمة لا تجحد ، إذ لا يخفى ما يستهدفه الأول من رد المشرع إلى رحاب الدستور ، والحيلولة دون أن ينفلت ما شرعه عن نسقهِ بأعتباره قانوناً أعلى ، لا بدَّ من وفق سنن التدرج ، أنتظام جميع التشريعات وفق أحكامه ، أما الآخر فأن من الأهمية ما تتعدد أمثالها ، غير أنه لا يمكن الحديث عن أهميتهِ ، بغير تحديد معناه ، فالتفسير في أبسط معانيه عملية فنية تتغيأ ، إيضاح ما أبهم ، وضبط ما أشكل وتحديد ما ألتبس ، هو إذن يستهدف وكما يقول البعض [٢] ، أمرين : إزالة الغموض ، ورفع الخلاف في حكم القاعدة القانونية من ناحية، وسد الفراغ بالإجتهاد في القواعد القانونية لموجهة ما يكشف عنه الواقع من ناحية أخرى [٣] .

وستكون دراستنا لهذا المطلب من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : التعريف بالتفسير المنشئ .

الفرع الثاني : الآراء الفقهية حول التفسير المنشئ للقاضي الدستوري .

الفرع الأول/التعريف بالتفسير المنشئ

يمثل القانون الدستوري[٤]،في الواقع، اهمية بالغة باعتباره الأطار القانوني العام لنظام الحكم في المجتمع وكيفية ممارسة السلطة.

ولما كان الدستور في العصر الحديث يعد أساسَ دولةِ القانون، وأساس التدرج القانوني في النظام القانوني، فهو يعلو كلَّ نشاط قانوني تباشرهُ الدولة [٥] ، إذ منه نستمد تلك الأوجه سند مشروعيتها، فهو القاعدة الأساسية التي يرتكز عليها ذلك النظام[٦] ، ويجب النظر اليه بانه لم يعد مجرد نص سياسي ناتج عن توافق قوى المجتمع، ولكنه اصبح وثيقةً قانونيةً تفرض قواعدها على جميع السلطات في الدولة [٧] ، وهو ليس نصوصاً صماءٍ، ولكنه عمل حي ويجب ان يبقى على تواصل ومواكبة لتطور المجتمع[٨] ، والدولة الحديثة تعد دولة دستورية حيث تجعل من الدستور القانون الأعلى الواجب الأتباع في مواجهة الحكام والمحكومين، ومنه تستمد السلطات العامة سندها الشرعي في الحكم، وعلى ضوئه تتحدد النظرية العامة للقانون التي تسود علائق المحكومين بكل صورها[٩]. فالصرح القانوني يشّيد على مبدأ التدرج الهرمي للقواعد القانونية، فكل قاعدة تستمد سند مشروعيتها من القاعدة التي تعلوها حتى يصل الأمر الى الدستور الذي يحتل مكان الزعامة من قمة هذا الهرم [١٠].

ويمثل تفسير نصوص الدستور احدى الموضوعات المهمة في نفاذ القانون الدستوري، ولذلك يعد تحديد الجهة التي يلجأ اليها في حالة الخلاف حول تفسير نص وارد في الوثيقة الدستورية من المسائل الهامة التي يجب ان توليها السلطة التأسيسية الاصلية عنايتها عند وضع الدستور[١١].

والأصل في النص الدستوري أَن يكون واضح الدلالة على المراد منه ولا يحتمل الدلالة على غيره، لأن المشرع وضحّ ما قصدهُ وعَّين ما أراده، ولكن قد ترد على خلاف هذا الأصل نصوص فيها نوعاً من خفاءٍ أو غموضٍ أو يوجد فيها احتمال للدلالة على اكثر من معنى ومن ثمَّ يجب على القاضي إزالة هذا الخفاء وذلك الغموض، او ترجيح احد المعاني وتعيين المراد[١٢].

ويرى بعض الفقه أنَّ كلمة التفسيرInterpretation، يجب ان ينظر اليها كمصطلح قانوني بحيث يكون المفسر غير مقيد بالتفسير الحرفي للنص، لأنه في مثل هذه الحالة يكون مترجماً للنص الدستوري وليس مفسراً له، فالتفسير الحقيقي هو الذي يفصح عن نية المشرع الحقيقية من انشاء النص الدستوري دون التقيد بحرفيته(١٣).

ولبيان التعريف بالتفسير المنشئ يتوجب علينا البحث عن مدلول التفسير لغة، وبعد ذلك سنبحث عن المدلول الأصطلاحي للتفسير المنشئ للقاضي الدستوري، وبذلك سنقسم هذا المطلب على الفرعين الآتيين:

أولاً: المدلول اللغوي للتفسير .

ثانياً : المدلول الأصطلاحي للتفسير المنشئ للقاضي الدستوري .

أولاً : المدلول اللغوي للتفسير :ورد التفسير في اللغة بمعان عديدة كلها تدور على معنى الكشف والبيان أو الأيضاح والتبيين(١٤) ، ومن ذلك قوله سبحانه: (ولا يأتونك بمثلٍ الإ جئناك بالحق وأحسن تفسيرا) (١٥).

وفي الفقه الأسلامي، فأن تعريف التفسير يقتضي البحث عن معنى البيان، لأنه وثيق الصلة به، حيث يعد الفقهاء ان البيان اعم واشمل من التفسير، فالتفسير لا يعدو ان يكون احد صور البيان(١٦).

والبيان في اللغة: هو الأظهار والظهور، فهو اسم لكل ما يكشف عن معنى الكلام ويظهره، وهو من الفهم وذكاء القلب، واصله الكشف والظهور(١٧).

وبان الأمر يبين فهو بيّن، وجاء بائن على الأصل، وأبان أبانَهُ، وبيّن وتبين واستبان، كلها بمعنى الوضوح والأنكشاف(١٨) ، من ذلك قوله سبحانه: (هذا بيان للناس وهدى وموعظة للمتقين) (١٩) ، ومنه ايضاً قوله تعالى: (ثم ان علينا بيانه) (٢٠) ، فان معناه إظهار معاني القرآن الكريم وايضاح احكامه وشرائعه.

وفي السيرة النبوية الشريفة جاء البيان بمعنى الأظهار ومنه قوله (ﷺ): (إنَّ من البيان لسحراً وأن من الشعر لحكمة) (٢١).

وفي الفقه الفرنسي يذهب رأي، الى ان المقصود بالتفسير، هو التأويل، إذ انهما لا يختلفان في المعنى(٢٢) ، فكلمة التفسيرinterprétation، في اللغة الفرنسية التي هي ذات اصل لاتيني، حيث انها مشتقة من الفعلinterprétari،والمصطلحinterpraes، يتألف من المقطعinter والذي يعني لارتباط، والمقطعPraes الذي يعني الوسيط أو السمسار أو القائم بالأعمال، وان شمل هذا اللفظ بعد ذلك العديد من المعاني الأخرى(٢٣) ،أما المعني الأشتقاقي لهذا اللفظ فهو النشاط الوسيط، والوسيط هو الذي يقدم الفكرة، فالمفسر اذن هو الذي يسهر على تحقيق الأتصال(٢٤).

والتفسير بهذا المعنى يشغل موضوعاً بين اثنين، لأنه الصلة المعقودة بين العديد من العناصر، بمعنى ان التفسير هو الذي يربط بينها ومن ثمَّ فان التفسير يدخل في كافة مجالات الحياة الأجتماعية(٢٥) ، ولذلك لا يقتصر التفسير على النصوص الدستورية وحدها، وانما يمتد الى سائر القواعد القانونية، والتركيز على تفسير النصوص الدستورية يهدف الى تحقيق أمرين: أولهما إزالة الغموض والخلاف في حكم القواعد الدستورية المستفادة من مصادرها الرسمية، وثانيهما: الاجتهاد في سد الفراغ في القواعد الدستورية لمواجهة ما تكشف عنه من فروض ووقائع(٢٦).

ثانياً : المدلول الأصطلاحي للتفسير المنشئ للقاضي الدستوري :عرف البعض تفسير التشريع بانه " توضيح مما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من احكامه والتوفيق بين إجزاءه المتناقضة"(٢٧).

ويتبين من هذا التعريف ما يأتي:

أولاً – إنه يقصر التفسير على توضيح النصوص المبهمة بازالة غموضها وينفي أن يكون للتفسير دور في ميادين النصوص الواضحة، أي إنه اخذ بالمعنى الضيق للتفسير وتبنى ما يسمى بمذهب النص غير الواضح، ومما يؤكد ذلك ان المرحوم السنهوري الذي أخذ بهذا التعريف بيّن عند ذكره حالات التفسير، أنه لا محل لتفسير النص الواضح[٢٨] ، وقد أنتقد هذا الرأي لسببين:

أ– انه غير منطقي ويعني المصادرة على المطلوبP'étition de Principe [٢٩]، وذلك لأنه في حالة الجدل على معنى نص معين، إنما يدور السؤال على معرفة ما اذا كان هذا النص واضحاً أم لا، والتفسير وحده هو الذي يوضح هذه المسألة[٣٠].

ب– قيل ان معرفة ما اذا كان النص غامضاً أو واضحاً مسألة نسبية وتقويم شخصي، وهي تتوقف قبل كل شيء على فطنة المفسر، فقد يرى المفسر الماهر النص واضحاً، بينما يراه غيره شديد الغموض[٣١].

وهكذا يتبين ان معنى التفسير الضيق ينحصر في اجلاء معاني النصوص في حين ان معنى التفسير الواسع يستغرق حالات ايضاح الغموض ورفع التعارض واكمال النقص التشريعي، وحينئذٍ تتسع وظيفة التفسير وتزداد اهميته خصوصاً ازاء مساوئ الصياغة التشريعية وطول العهد بالتشريع[٣٢].

ثانياً – انه يوسع مدلول التفسير بحيث يشمل الحالات التي لا يوجد لحكمها نص صريح، وفي الحقيقة ان تلك الحالات لا تدخل ضمن مدلول تفسير النص بالمعنى الدقيق لعدم وجود نصوص تقتضي التفسير عندئذٍ[٣٣].

أما المعنى الأصطلاحي لتفسير نصوص الدستور، فيرى البعض[٣٤] إنه ينحصر في القواعد الدستورية محدداً معانيها، ونطاق تطبيقها، بكشف الغموض الذي يعتريها، أو إزالة التعارض الذي قد يتخللها أو أستكمال النقص الذي شابها.

وقد عرفت المحكمة الأتحادية العليا (الدائرة الدستورية) بدولة الأمارات العربية المتحدة، وهي بصدد تحديد اختصاصها بتفسير نصوص الدستور[٣٥] ، الى المقصود بالتفسير بقولها: "الأصل ان اختصاص المحكمة الأتحادية العليا بتفسير احكام الدستور إنما ينحصر في تجلية ما يكون قد ران على النص المطلوب استيضاحه من غموض أو لبس بغية رفع هذا اللبس وايضاح ذلك الغموض توصلاً الى تحديد مراد الدستور ضماناً لوحدة التطبيق الدستوري واستقراره" [٣٦].

ويشبه البعض دور المفسر بالنسبة للنصوص القانونية بالنوته الموسيقية ومن يقوم بتنفيذها ، فهي لا يمكن الإحساس بها دون تفسير والأخرى لا يمكن الإحساس بها دون تنفيذ [٣٧] ، وبناء عليه فإن التفسير يحدد المعنى الموضوعي للنص في لحظة تطبيقه ، ويعني من جهة أخرى استبعاد التفسيرات المنافسة ، والمفسر بناء على ذلك يلعب دوراً إنشائياً للنصوص الصمَّاء ، ولكن ذلك لا يعني أن المعنى الذي يستخلصه ينفصل تماماً عن النص الذي يقوم بتفسيره ، لأنه يكون دائماً أساس التفسير وجوهره ، وذكر Maruo Cappelletti في ذلك :

" Les mots comme en musique les notes , ne sont que des sy,bots conventionels , car il n'est pas de texte musical ou poétique , ni de texte legislative qui ne se préte à des variations et des nuances , et ne laisse à I,intepréte un certain pouvoir createur …."[٣٨]

الفرع الثاني / الآراء الفقهية حول التفسير المنشئ للقاضي الدستوري

من الحقائق الثابتة في العصور الحديثة في الأقل أن القانون يعد أقوى وسيلة للضبط الأجتماعي ومن ثمَّ يجب أنسجامه وأتساقه مع الحياة الأقتصادية ، ولما كانت هذه الحياة ماضية في تعقدها المستمر وتطورها الدائب ، فأن القانون يصاب تبعاً لذلك بهزات عنيفة تهدد كثيراً من مبادئه وقواعده القديمة بالأنهيار [٣٩].

بناءاً عليه ، فأن طرق التفسير تتباين تبعاً لأختلاف مدارسه ، وهذه تختلف طبقاً لأختلاف النظر في بيان أصل القانون وأساسه ، ولما كان الأمر كذلك ، فإنه لا بدَّ من عرض النظريات المختلفة للتفسير،فقد تبلور ابان سيادة القانون المكتوب في القرن التاسع عشر إتجاهان هما المنهج التقليدي الذي يرى أن القانون المكتوب يغطي كل العلاقات القانونية بالأستعانة بالمنطق والمنهج التاريخي الذي حل محل الأسلوب المنطقي الذي قد لا يراعي مبادئ العدل والمصلحة العامة ، وبرز إتجاه ثالث يحترم إرادة المشرع الحقيقية والواضحة، وعرف هذا الأتجاه بمدرسة البحث العلمي الحر ، وما يهمنا في هذه الدراسة هو موقف المدرسة التقليدية والحديثة من دور القاضي الدستوري في التفسير المنشئ وذلك على فقرتين :

أولاً : موقف المدرسة التقليدية من التفسير المنشئ للقاضي الدستوري .

ثانيا: موقف المدرسة الحديثة من التفسير المنشئ للقاضي الدستوري .

أولاً : موقف المدرسة التقليدية من التفسير المنشئ : تزعم هذا الإتجاه أنصار مدرسة الشرح على المتون وهي مدرسة تقليدية تعكس الإتجاه الشكلي الذي ظهر في فرنسا على أثر وضع التقنينات الفرنسية وتقوم هذه المدرسة على تقديس النصوص[٤٠] ، وإذا كان الأساس لهذه المدرسة هو تقديس النصوص والأساس الثاني ، هو تغليب قصد المشرع أو تقديس إرادته ، فأنه منطقي أن يؤدي ذلك إلى الأساس الثالث الذي قامت عليه هذه المرسة وهو أن المشرع يحتكر القانون أو بمعنى آخر إن القانون يتوقف على إرادة المشرع ، وقد وصل أعتناق شراح المدرسة لهذه الحقيقة إلى إن القاضي يرفض الحكم في الدعوى إذا لم تسعفه الوسائل لكي يصل إلى قصد المشرع [٤١].

إلا إن هذا الأتجاه بالغ في الوسائل التي يستعملها للتعرف على هذه الأرادة وفي الأعتماد على المنطق،والتحليل والتركيب والتصويرات المصطنعة، حتى صار التفسير تمرينات عقلية وتبحراً في العلم ولم يحرص هذا المذهب على الأهتداء إلى حل المشاكل الأجتماعية وإشباع الحاجات القائمة بقدر ما كان يعنيه أن يرد الحل إلى لفظ التشريع و إلى روحه [٤٢].

وعلى أثر صدور مجموعة نابليون، ظهرت في المانيا حركة تناصر التقنين، حيث جمع القانون النمساوي سنة١٨١١، وكان صدى هذه الحركة قوياً، حيث دعا Thibaut الى التقنين في المانيا، فنشر مقالاً سنة ١٨١٤ دعا فيه الى ضرورة تقنين القانون الألماني[٤٣] ، ولكن سافيني تصدى لهذه الدعوى بكتيبه الشهير(في دعوة زمننا الى التشريع وعلم القانون)،

Vom Beruf unserer 2eit fur Gesdzgebung und Rechtswissenshafty.

ليحارب فكرة التقنين، مبيناً أَنَّ العبرة في القانون هي بالقواعد السائدة التي تسجلها المشاهدة وتعززها التجربة في مجتمع معين، وان التشريع لا يترجم بحق وامانة عن ضمير الشعب[٤٤].

وترى هذه المدرسة أَنَّ كل لفظٍ واردٍ في النص له ضرورته ولا يجوز اعتبارها من نافلة القول، والعبرة في معنى النص بالفاظه، والمبدأ العام كما يقول الأستاذ سالموند هو ان يكون التفسير حرفياً ما لم يوجد سبب كافٍ للعكس، وهو ما يسمى في الفقه الانكلو أمريكي بقاعدة التفسير الحرفي (The Letteral

rule) [٤٥] ، وقد انتقد البعض التفسير الحرفي لأن فكرة التفسير تتضمن بالضرورة ملاحظة أمور خارجة عن الكلمات وليست هناك جملة من الألفاظ يمكن ان تحدد المعنى دون ملاحظة البيئة والسياق، فالموضوع ليس الا مظهراً خادعاً وأن الخروج على حرفية النصوص أمر لا مناص منه[٤٦].

بناء عليه، يبدو ان هناك اتجاهين فيما يخص تفسير نصوص الدستور، اتجاه مرتبط بالجذور المشار اليه سابقاً، وهو يريد ان يكون التفسير في اطار الافكار الواردة في نصوص الدستور، وضمن المفاهيم التي كانت سائدة عند صياغة النص الدستوري، واتجاه آخر تطوري يريد ان يفسر المبادئ الدستورية في ضوء المفاهيم الجديدة[٤٧] ، فالاجتهادات المنغلقة على نفسها جرى الدفاع عنها بحجج تقوم على شرعية القضاء الدستوري وفصل السلطات، وطبيعة تفسير الدستور، وركزت على اخطار الأجتهاد الخلاّق الذي يسمح به التفسير المتطور، فالأنفصال عن الأصول – كما يدّعون – يعني زيادة في السلطة التقديرية الذي يعادل التقدير السياسي، ويرون ان التقدير السياسي يتناقض مع الطابع القضائي للقضاء الدستوري[٤٨].

ويرى بعض الفقهاء، ان القاضي عندما يفسر القانون لا يعطي رأيه الشخصي، ولكنه يبحث عن المعنى الحقيقي للقانون، وعن قيمته الموضوعية كما أرادها المشرع، هذا الى ان منهج التفسير الحرفي أو الضيق يجد تبريره الوحيد في العصر الذي نشأ فيه، بظهور المدرسة الكلاسيكية بزعامة بيكاريا كرد فعل ضد تحكم النظام القديم والسلطة التحكمية للقضاة، ولكن المبدأ في حد ذاته تنقصه الموضوعية، ذلك أن التفسير الحرفي أو الضيّق يفترض الدقة من جانب المشرع في التعبير عن إرادته، وهو أمر غير موجود سواء من حيث الشكل أم الموضوع[٤٩].

واذا كان تعديل الدستور عملية تجري من خارج الدستور على مواده الحالية، فان القضاء الدستوري من خلال تفسيره لنصوص الدستور، قد يستجلي مبادئ وقواعد ضمنية من داخل الدستور نفسه، وقد ادى تطور القضاء الدستوري وممارسة الرقابة الدستورية الى مراجعة كثير من القيم الدستورية، والتوسع في تحديد المبادئ والقواعد الدستورية بما يتجاوز الكلمات الواردة في نصوص الدستور[٥٠].

ويرى الباحث،أنهُ في ظل هذه المدرسة يصبح من غير الممكن الحديث عن التفسير المنشئ للقاضي الدستوري ، فهذه المدرسة متمسكة بالتفسير الحرفي أو الضيق للقانون.

ثانياً : موقف المدرسة الحديثة من التفسير المنشئ للقاضي الدستوري:إن الفكرة الأساس في فقه هذه المدرسة التي انشأها في المانيا سافيني وفيختا،هي أن المصدر الوحيد للقانون هو ضمير الشعب أو روح الأمة، أما التشريع فلا يعدو أن يكون تعبيراً عن هذه الروح وليس عملاً أرادياً صادراً عن المشرع ، تتحدد قيمته بالقدر الذي يعبر فيه عن الشعور العام ، ومن ثمَّ فأنَّ تفسير التشريع لا ينبغي أن يكون تفسيراً لإرادة المشرع ويعيش حياته المستقلة في الجماعة ذاتها ويخضع في تفسيره لكل التطورات التي تحدث داخل الجماعة[٥١].

ويلاحظ أن هذه النظرية ذاتها هي التي تتبعها المحاكم في كثير من الأحيان ، عندما تنشئ قواعد قانونية جديدة تحت ستار تفسيرها ، أستجابة للظروف المتغيرة في الحياة [٥٢].

وتتجه نظرية التفسير المتطور لنصوص الدستور الى إنه بمجرد اصدار الدستور ينفصل عن إرادة المشرع الدستوري ويكتسب كياناً مستقلاً ثم يحيى حياته المستقلة في الأزمنة المتعاقبة لكي يتماشى مع التطور الاجتماعي والاقتصادي والأخلاقي، وعلى هذا الأعتبار يجب ان يكون تفسير نصوص الدستور بحسب احتياجات كل عصر، وبحسب متطلبات كل مجتمع[٥٣].

بناءً عليه، فان آلية التفسير المنشئ تتيح للقاضي الدستوري بتضمين النص بعض الأحكام، أو استبدال بعض قواعده بقاعدة او مجموعة من القواعد بهدف سد النقص الذي جاء به النص، وهدف القاضي الدستوري من ذلك هو تفادي الحكم بعدم الدستورية[٥٤]،وأول من كشف عن هذه الآلية في القرارات التفسيرية لقضاء مجلس الدولة الفرنسي هو العميد فارفوري Favorea، والذي ذهب الى ان التفسير المنشئ يهدف وبحسب موضوعه الى ان يضيف الى نص القانون ما ينقصه حتى يكون هذا النص دستورياً وذلك بمناسبة تفسيره[٥٥].

وفي بيان لأهمية التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، يشبه بعضهم دور المفسر للنصوص الدستورية، بالنوته الموسيقية ومن يقوم بتنفيذها، فهي لا يمكن الاحساس بها دون تفسير، والأخرى لا يمكن الأحساس بما دون تنفيذ[٥٦] ، وحيث يقوم القضاء بدوره في تفسير القانون، انما يمارس دوراً خلاقاً مبدعاً، وما الفارق بين دوره ودور المشرع الا ناشئاً عن طبيعة القواعد التي يضعها القضاء بعدم اتسامها بالعمومية والتجريد، مما يجعل دوره محدود الآثر بالنسبة لدور القواعد القانونية، أي ان المشكلة هي ما يفعله القضاة فعلاً، لا ما يقولونه[٥٧].

فالتفسير يحدد المعنى الموضوعي للنص في لحظة تطبيقه، ويعني من جهة اخرى استبعاد التفسيرات المنافسة، والمفسر بناءً على ذلك، يلعب دوراً انشائياً للنصوص الصماء، ولكن ذلك لا يعني ان المعنى الذي يستخلصه ينفصل تماماً عن النص الذي يقوم بتفسيره، لأنه يكون دائماً اساس التفسير وجوهرة [٥٨].

ومن الجدير بالذكر ان التفسير الذي يتم الأدلاء به بالنسبة للدستور متنوع ومتطور وفقاً لأختلاف المرحلة الزمنية الصادر خلالها، وما ذلك في حقيقة الأمر الا إستجابة من القضاء وتلبية لمقتضيات التغيير الأجتماعي والظروف المتصلة ببناء المجتمع وبكيانه، وتختلف طريقة تفسير الدستور عن طرق الفقه المعتادة في البحث بعد عبارة النص عن النوايا، والجري وراء البواعث، ومحتوى الأعمال التحضيرية مثلاً، بل ينبغي ان تستهدف اعتبارات سياسية واخرى اجتماعية واقتصادية في ظل المصلحة العليا للجماعة، لأن الدستور وثيقة لتنظيم كل هذا، لأنه يتناول الجماعة السياسية من اساسها كمجتمع سياسي له أحكامه وسلطاته، وفيه أفراده ورعاياه، وله مدراجه ومعارجه مالاً واقتصاداً وتعاوناً أو إنعزالاً وهكذا[٥٩].

وقد انكر جانباً من الفُقَّه الدور الانشائي المتطور الذي يقوم به القضاء الدستوري في تفسير نصوص الدستور وآمن بانغلاق الدستور على نصوصه دون تفسير يمد معناها الى رحاب المستقبل، ونادى بان الأستجابة لمتطلبات التفسير يكون من خلال التعديل الدستوري، وقد استطرد هذا الإتجاه قائلاً بان الدستور الذي يحيا في ظل متغيرات متلاحقة الى تشريع عادي، وتختلط فيه المسألة الدستورية بالصراع السياسي مستدلاً على قوله بان الثورة الفرنسية طالبت بالا يكون من حق جيل معين ان يجعل الأجيال المستقبلية تخضع لتشريعاته، وأنه يجب تمكين كل جيل من ان يعد دستوره بنفسه[٦٠] ويبرز الدور الأنشائي للمحكمة العليا الأمريكية حين النظر في الدفع بعدم دستورية القوانين، من خلال تفسيرها لما يطلق عليه بشرط الوسائل القانونية السليمة Due Prociss of law، بهدف تحقيق سيادة القانون والديمقراطية وتوسيع مفهوم الحقوق الدستورية، وهي لا تتردد في التأكيد على كون القانون الذي يخالف هذا الشرط بانه غير دستوري، مما يدلل على اتجاه القضاء الأمريكي لتبني نظرية التفسير المتطور للدستور الأمريكي' ولقد كان لمدارس الواقعية القانونية الأمريكية فضل الكشف عن العديد من الجوانب التي لا تظهر في الحكم الصادر عن المحاكم، والتي تعكس اراء القضاة واتجاهاتهم... وقد كان مبدؤهم القانون هو ما ينطق به القضاة، أما التشريع والسوابق

القضائية وآراء الفقهاء والعرف وقواعد الأخلاق، فهي جميعاً مصادر للقانون ويتحدد معناها بسبب التفسير الذي يعطيه لها القضاة[٦١].

وفي المانيا، فقد ميزّ الفقيه ارليغ Ehrlich، بين القانون الحي[٦٢] والقانون الوضعي، ويرى ان القانون الحي ليس ساكناً، بل هو في عملية تغيير مستمرة بحيث يتوجب على القانون الوضعي ان يتكيف معه باستمرار، وهذا ممكن كنتيجة لدراسة تجريبية للنظام الداخلي للقانون الحي فقط كما هو في لحظة معينة، يضاف الى ذلك أنَّ المبادئ الأخلاقية السائدة في المجتمع ستنعكس في القانون الحي، وبقدر ما يحتاج القانون الى التوفيق بينه وبين الأخلاق السائدة، فيجب على اولئك المسؤولين عن تطوير النظام القانوني ان يكونوا على اتصال وثيق بجوهر النظام الداخلي للمجتمع[٦٣] ، وقد استقر اجتهاد المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، على امكانية اعادة الطعن بعدم الدستورية في قانون سبق وان فصلت في مدى دستوريته، اذا وجد تغيراً في الظروف، ومن شأن هذا التغير أن يؤدي الى تغيير التفسير والتأويل الذي تم الاستناد اليه في الحكم السابق، وان المحكمة الدستورية الألمانية تقوم بدور خلاق في تفسير نصوص الدستوري الفيدرالي[٦٤].

وفي مصر، فقد عبرت المحكمة الدستورية العليا عن دورها الإنشائي بقولها " ان النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها كونها حلا نهائياً ودائماً لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقائقها، فلا يكون تبنيها والإصرار عليها ثم فرضها بآلية عمياء الا حرثاً في البحر، بل يتعين فهمها على ضوء قيم عليها غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسياً واقتصادياً...وان قهر النصوص الدستورية لأخضاعها لفلسفة بذاتها، يعارض تطويعها لآفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها... فالدستور وثيقة تقدمية لا تعد عن التطور آفاقه الرحبه، فلا يكون نيسجها الا تناغماً مع روح العصر"[٦٥].

ويرى بعضضُ الفُقّه العراقي، ان اختصاص المحكمة الأتحادية العليا بتفسير نصوص الدستور يتضمن غاية مهمة، هي ضمان استمرارية مواكبة النصوص الدستورية للتطورات المستجدة، لذا فالمحكمة الأتحادية العليا يجب ان تسلك السبل التي توصلها الى تلك الغاية، ولا تكون غايتها التشبث باهداب الألفاظ المستخدمة بالنصوص الدستورية ايٍّ كانت نتيجة ذلك، لتقف متمسكة بالنصوص وتنسى دورها في تطوير الدستور[٦٦].

ونرى ان المشرع العراقي كان سباقاً في التأكيد على الدور الإنشائي المتطور للقاضي العراقي، وهو بصدد النظر في النزاع المعروض عليه، وقد أكد على هذا المبدأ قانون الأثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ في المادة (٣) منه، التي قضت " بالزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه"، ونرى ان هذا النص صريح بان المشرع العراقي اعطى المجال مفتوحاً للقاضي في ان يمارس دوراً انشائياً خلاقاً لأكمال النقص في القانون، أو لتلافي عيوب الصياغة التشريعية أو غموضها.

وهناك من يرى بان على القاضي ان يراعي الحكمة من التشريع التي تظهر عند تطبيق القانون لا تلك الحكمة التي تصورها المشرع عند وضعه النص القانوني[٦٧].

ويتساءل بعضهم من انه على الرغم من قيام المحكمة الأتحادية العليا باصدار العديد من القرارات المتعلقة بتفسير نصوص الدستور، الا اننا لم نجد دراسةً معمقةً من قبل الفقهاء والباحثين تتناول تحديدَ دورِ المحكمةِ بهذا الصدد، فهل كان دور المحكمة بمثابة قضاءٍ انشائي متميز، ويصلح لخلق قواعد دستورية جديدة عند ممارسة اختصاصها التفسيري، أم أَنَّ دورَها لا يعدو عن كونه يعطي المفسر لنصوص الدستوردوراً بالأستعانة بوسائل التفسير المتعارف عليها؟[٦٨].

ويرى الباحث، ان المحكمة الأتحادية العليا قد مارست دوراً انشائياً بفسيرها لنصوص الدستور في العديد من قراراتها منها قرارها المرقم ٩٣/اتحادية/٢٠١٠ في ١٩/كانون الأول/٢٠١٠، التي اجازت فيه تأخير تسمية بعض الوزراء في المدة المنصوص عليها في المادة (٧٦/ثانياً)من الدستور، وفي القرار نفسه أعطت فيه الحق لمجلس النواب الموافقة على الوزراء والمنهاج الوزاري خارج المدة المنصوص عليه، حيث يتضح هذا الدور الأنشائي من خلال تكميل نصوص الدستور.

المطلب الثاني/أنواع التفسير المنشئ للقضاء الدستوري

إذا كان منهج التفسير المقيد بعمل على استخلاص المضمون القاعدي من النص التشريعي، سواء بالوصول الى خلو النص من اي قاعدة قانونية، أو بالوصول الى تحديد محايد لمضمون القاعدة القانونية التي يعبر عنها النص، فانَّ منهج التفسير الأنشائي الذي تبناه بعض القضاء الدستوري يهدف الى إثراء المضمون القاعدي للنص بتوسيع نطاقه، وبعبارة اخرى أَنَّ منهج التفسير الأنشائي يسمح بادخال عنصر جديد على النص التشريعي لكي يسمح بانقاذه من حماة عدم الدستورية على نحو يجعله مطابقاً للدستور(٦٩).

ويرى الفقيه جني،أَنه اذا لم يكن ثمة نص يحكم النزاع المعروض على القاضي، ولم تسعفه المصادر الرسمية، فانه يلجأ الى البحث العلمي الحر، وهذا البحث يكون حراً لانه لا يخضع لنشاط اي سلطة وضعية، وانه يكون علمياً لانه يستند الى عوامل موضوعية مصدرها العلم، والقاضي حيث يلجأ الى البحث العلمي الحر، فانه يرجع الى المصادر المادية والموضوعية للقانون والتي تتمثل في الحقائق الطبيعية والتأريخية والمثالية، فهو يعمل عقلهُ للتوصل عن طريق هذه الوسائل الى الحلول المناسبة للمسألة المثارة(٧٠).

والأحكام التي تبنى على التفسير المنشئ، أما ان تكون احكام مضيفة "Additives"، وقد يترتب على هذا المنهج الإنشائي استخلاص قاعدة قانونية من النص غير التي يعبر عنها ظاهره، ولهذا سميت الأحكام التي تبنى على هذا النوع من التفسير بالأحكام الأستبدالية"substitutives"(٧١).

وسنتعرض لانواع التفسير المنشئ للقضاء الدستوري في الفقرتين الآتيتين:

الفرع الأول: المنهج التفسيري المضيف للقضاء الدستوري.

الفرع الثاني: المنهج التفسيري الأستبدالي للقضاء الدستوري.

الفرع الأول /المنهج التفسيري المضيف للقضاء الدستوري

التفسير المضيف، أو كما يسميه بعض الفُقّه بالتفسير البَّناء"interprétation constructive" (٧٢)، وجاء هذا النوع من التفسير أنطلاقاً من فكرة قصور المشرع لكي تصدر التشريعات متفقة مع احكام الدستور، ومما لا شك فيه ان القضاء الدستوري يلجأ الى هذا النوع من التفسير لهدف اساس ومباشر يتمثل في احترام ارادة المشرع(٧٣) ، بحيث أنَّ القانون بعد اعادة تفسيره يكون ممكنا اعلان مَطابقته للدستور(٧٤).

والقرارات التفسيرية التي يلجأ اليها المجلس الدستوري، والتي يوازن فيها بين احترام إرادة المشرع بعدم الغاء تشريعاته هذا من ناحية، وحمله على احترام نصوص الدستور وكفالة الحقوق والحريات العامة من ناحية اخرى(٧٥).

وبوجاهة بارعة يقرر الأستاذ لوشير ان القاضي الدستوري بذلك يوفق بين مؤيدي القانون وهم اعضاء البرلمان الذين قاموا باعداده، وذلك بعدم الغائه، وبين معارضيه من خلال التفسيرات التي تعد – كما اشرنا – شرطاً لدستوريته، وهذا الأمر يصعب على البرلمان الأتفاق بشأنه، بينما ينجح المجلس الدستوري بذلك في ذكاء وفطنه(٧٦).

وترجع فكرة قصور المشرع الى نشاط الفُقّه الأيطالي في بحث وسائل الطعن القضائي لعلاج قصور المشرع الأيطالي وظهوره منذ البداية بنوع من الجمود، وقد سار الفقه الأيطالي على هدى الفُقّه الألماني الذي كان له فضلَ السبق في بحث هذه المشكلة على اسس علمية، ولا سيمَّا مع كتابات Wesel، وقد استشرت الفكرة في الفُقّه الأيطالي الذي تحدث منذ وقت مبكر على الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية الأيطالية بعدم الدستورية للقصور(٧٧).

ويذكرDi manno، ان الفقه الألماني قد ميز بين نوعين من القصور، وهو القصور المطلق يتعلق بالفروض التي يمتنع فيها المشرع عن اتخاذ كل تدبير خاص باعمال النصوص الدستورية، أما القصور النسبي، فانه يتحقق في الفروض التي يتقيد فيها المشرع بالتطبيق الجزئي للدستور، وان القصور المطلق هو وحده الذي لا يمكن ان يكون موضوعاً للرقابة القضائية، والسبب في ذلك ان القاعدة التي يمكن الطعن ضدها غير موجودةٍ (٧٨).

والمحكمة الدستورية الأيطالية من خلال الأحكام المضيفةarrést addititifs، تخرج عن كل اطار تقليدي للرقابة القضائية على دستورية القوانين، فتقضي أولاً بعدم دستورية النص، ثم نشّيد بعد ذلك أو تضيف قاعدة قانونية جديدة غير واردة باحكام النص(٣٦) (٧٩)، لتعالج وتتجاوز بها آثار عدم الدستورية الثابتة به، وبما يؤدي من الناحية العملية الى اثراء المحكمة للمضمون المعياري لهذا النص، وهو الأمر الذي جعل جانباً من الفقه يطلق على هذا النوع من الأحكام اصطلاح التفسير الأيجابي أو المعالجي manipulatrice، والذي تعالج به اشكالية الفراغ (المعياري) للنص المترتب على ثبوت مخالفته للدستور(٨٠).

وتكمن الغاية التي تهدف المحكمة الدستورية الأيطالية الى تحقيقها بالاحكام بالمضيفة في معالجة الأغفال التشريعي أو عدم الأختصاص السلبي للمشرع في الجزئية التي لا يصرح بها او يتضمنها النص وكان يجب ان يصرح بها أو يتضمنها، الأمر الذي يؤدي مباشرة الى خلق أو استحداث المحكمة للحكم المعياري الذي تراه لازماً للحكم بدستورية هذا النص، وبما يعني كذلك من الناحية العملية، توسيعاً لمجال تطبيق النصوص الدستورية، وتجديداً لنطاق التكامل المعياري الذاتي للدستور ليواكب على الدوام حركة المجتمع(٨١).

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، يمكن القول من الناحية النظرية المجردة بعدم وجود عقبة قانونية تحول بين القضاء الأمريكي في عمومه، والمحكمة العليا الأمريكية على وجه الخصوص، وبين اعمال تحفظات التفسير بشكل عام، والتفسير البناء او المضيف بصفه خاصة عند فحصها لدستورية قانون من القوانين، فلدى المحكمة في الحقيقة خياران من بين ثلاثة خيارات، فهي اما ان تطبق القانون على القضية المنظورة لأنه مطابق للدستور،واما ان تستبعده من التطبيق لأنه غير مطابق للدستور، واما ان تفسره اخيراً بما يجعله مطابقاً للدستور(٨٢).

الا ان هذا التصور لآلية اعمال الرقابة على دستورية القوانين في النظام القانوني الأمريكي، وخاصة فيما يتعلق بالخيار الثالث المشار اليه لا يعدو ان يكون تصوراً نظرياً يجاوز حقيقة وطبيعة الأختصاص القضائي الأمريكي(٨٣).

وهذا الوصف ينطبق الى حد ما على النظام الدستوري العراقي، لأن الاصل في رقابة المحكمة الأتحادية العليا أنها تقوم بأعلان دستورية القانون محل الطعن أو عدم دستوريته، الأمر الذي يؤدي الى الغاء ذلك القانون ان كان مخالفاً لاحكام الدستور، ومن ثمَّ فأن من الناحية العملية لا يوجد محل للمطابقة الدستورية في النظام الدستوري العراقي، الا انه من الناحية النظرية يبقى الاحتمال قائماً.

ويرى البعض ان نظام الرقابة على دستورية القوانين في النظام القانوني الامريكي لا يعطي في الواقع اي فرصة لقرار صريح بشأن دستورية أو عدم دستورية القانون محل التطبيق على القضية المنظورة المثار بشأنها مسألة عدم الدستورية، فلا يعدو الأمر ان يتعلق باعمال تدرج القواعد القانونية بما يستتبعه من وجود احترام الأدنى منها للأعلى، وتعيين القانون الواجب التطبيق على المنازعة عند التعارض، والأمتناع من ثمَّ عن تطبيق القاعدة الأدنى حال تعارضها مع القاعدة الأعلى[٨٤] ، فاذا ما كان هذا التعارض واقعاً بين القانون والدستور، امتنع القاضي عن تطبيق القانون مقدماً عليه الدستور وذلك بحسبانه الأسمى مرتبة[٨٥].

وعلى الرغم من الوضع المؤسسي المشار اليه، الذي تباشر في ظله رقابة دستورية القوانين في النظام القانوني الأمريكي، فان بعضهم يشير مع ذلك الى وجود نظام التفسير المنشئ في قضاء المحكمة العليا الأمريكية منطلقاً من فكرة الخيارات التي قد يلجأ القضاء للفصل في مسألة الدستورية[٨٦].

ومع ذلك أثبت الواقع العملي التجاء المحكمة العليا في العديد من القضايا الحديثة الى الأخذ بالتفسير البنّاء أو المضيف للتشريع الذي مفادهُ قيام المحكمة باستنباط قاعدة تشريعية ضمنية، بما يتفق مع قصد المشرع غرضه من اصدار التشريع لتجنب الحكم بعد دستوريته وهذا ما حدث في قضية untied states V. witkovich لعام ١٩٥٧ [٨٧]، وكذلك في قضية Duy Dac Ho, V. Creene [٨٨] لعام ٢٠٠٠، التي أكدت فيها المحكمة العليا بانه ينبغي عند الأقتضاء تفسير التشريعات بطريقة بَنّاءة (constuction) ما لم يكن هذا التفسير ضد النية الواضحة للكونجرس[٨٩].

وفي المانيا فان المحكمة الدستورية الفيدرالية وهي بصدد ممارستها لأختصاصها، استناداً الى الفقرة الثالثة من المادة (٢٠) من القانون الأساس الألماني من خلال عبارة " القانون والحق " فهي تجيز الحكم بما يخالف منطوق النص، او ما يسمى بتكميل القانون، أو سد ثغرات القانونRechts forbidung، ففي قرار صادر سنة ١٩٧٣، يدور حول مشروعية الحكم المخالف للقانون، تطبيقاً للمادة (٢٥٣) من القانون المدني الألماني[٩٠] ، لا يجوز الحكم بالتعويض النقدي عن الأضرار غير المادية (الأضرار المعنوية)، الا في حالات ضيقة محددة قانوناً، على ان المحكمة الأتحادية لم تتقيد بهذه القاعدة القانونية، فمنذ عام١٩٥٨ حكمت بحالات كثيرة بالتعويض النقدي عن المساس الخطير بالحق[٩١] ، وهذا دليل واضح على ان التفسير المنشئ للمحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية المستند الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة يستند الى الفقرة الثالثة من المادة (٢٠) من القانون الأساسي الألماني[٩٢].

وفي مصر، فان المحكمة الدستورية العليا وعلى خلاف كل من المجلس الدستور الفرنسي والمحكمة الدستورية الأيطالية والمحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، فقد ذهبت الى عدم امكانية ادخال هذا النوع من التفسير عند نظرها الدعوى الدستورية او عند طلب تقديم التفسير اليها[٩٣].

وارست المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن مبدأً مهماً جاء في حكمها في القضية رقم (٣٤) لسنة١٣ قضائية "دستورية"، عندما وضعت المحكمة مبدأ التعويل على عبارة النص الذي وضعه المشرع وعدم العدول عنه، وذلك عندما طعن امامها بعدم دستورية القانون رقم (١) لسنة ١٩٩١ بتعديل المادة الأولى من القانون رقم (١٠٧) لسنة ١٩٨٧ قانون التأمين الأجتماعي الصادر بالقانون رقم (٧٩) لسنة ١٩٧٥ [٩٤].

والمحكمة الدستورية المصرية لم تراقب اغفال المشرع لمعالجة وضع معين طبقاً للدستور في حد ذاته، وانما انصبت رقابتها على النص التشريعي في ضوء الأغفال التشريعي[٩٥] مثال ذلك ما قضت به في أول اكتوبر سنة ١٩٩٤ من عدم دستورية المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٤٥٠) لسنة ١٩٨٦ بانشاء محميات طبيعية بمنطقة جبل علبة بالبحر الأحمر، وذلك فيما تضمنته من عدم تعيين الحدود

التي تبين النطاق المكاني لتلك المحميات. ويلاحظ ان إغفال القرار اللائحي المذكور لحدود النطاق المكاني للمحميات الطبيعية المشار اليها في هذا القرار جاء مخالفاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليه في المادة (٦٦) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ المُلغى المقابلة للمادة (٩٥) [٩٦] من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٢ المعدل في سنة ٢٠١٤، لأنه يؤدي الى عدم ذكر الأفعال التي جرمها القانون[٩٧] ، الا ان المحكمة الدستورية العليا اشارت في اسباب حكمها الى ما مؤداه ان نشر الخريطة يعد من الأعمال المكونة للتشريع[٩٨] ، وهو محل نظر، ومن ناحية اخرى، قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٦) من قانون تنظيم هيأة قضايا الدولة الصادر بالقانون رقم (٧٥) لسنة ١٩٦٣ لخلوه مما يحتم سماع اقوال العضو المحال الى التحقيق، تأسيساً على ان هذا الخلو يجعل مضمونه دائراً في الفراغ، ولا يجوز ان ينبني عليه اتهام[٩٩].

وفي العراق يبرز الدور الإنشائي للمحكمة الأتحادية العليا في مجال تفسير نصوص الدستور، وأخذت بالتفسير المضيف أو البناء، حيث اصدرت المحكمة الأتحادية العليا العديد من الأحكام المضيفة، راعت فيها تطبيق نظرية الأغفال التشريعي[١٠٠] ، ومنها قرار المحكمة الأتحادية العليا، الذي حدد فيه نسبة الكوتا النسائية[١٠١] في مجالس المحافظات [١٠٢].

ويرى الباحث ان المحكمة الأتحادية العليا حينما لم تجد نصوصاً تشريعية لتنظيم مسألة معينة أو أنها موجودة لكن يعتريها النقص أو الغموض، فان قضاء هذه المحكمة يقوم بالتصدي لهذه المسائل وايجاد الحلول المناسبة لها مستوحياً روح وغاية النصوص الدستورية فتصدر قراراً له آثاره وانعكاساته السياسية، يعد بمثابة تشريع مكمل للقوانين النافذة، ويلاحظ الدور الإنشائي للمحكمة الأتحادية العليا في العديد من القرارات الأخرى منها قرارها الذي تضمن حكماً ينظم عمل رئاسة مجلس النواب عند خلو منصب الرئيس في اثناء دورة الأنعقاد، حيث لم يرد في نصوص الدستور نصٌ يتصدى لهذه الحالة[١٠٣] ، وقرارها الذي عرَّف مفهوم الأغلبية البرلمانية المطلوبة للتصويت على قرار رفع الحصانة عندما لم يجد احدٌ نصاً يعالج تلك الحالة[١٠٤].

وفي قرار آخر للمحكمة الأتحادية العليا اكثر وضوحاً تتضح فيه نظرية تدارك الاغفال التشريعية، هو قرارها الذي الغى الجلسة المفتوحة لمجلس النواب عندما لم يحصل التوافق لعدم وجود نص في التشريعات النافذة[١٠٥] ، فكان القرار بمثابة انشاء نص تشريعي سعياً من المحكمة الأتحادية لتدارك النقص بما يتفق والهدف الذي توخاه المشرع الدستوري عندما جعل التشريع في مجلس النواب بوصفه سلطة تشريعية.

الفرع الثاني المنهج التفسيري الأستبدالي للقضاء الدستوري

اذا كان منهج التفسير المضيف يعمل –كما رأينا– على سد النقص الذي يحمله النص الخاضع لرقابة القاضي الدستوري بهدف تلافي الحكم بعدم دستوريته، فانه من خلال منهج التفسير الإستبدالي[١٠٦] ، نجد اننا نصل الى اقصى نقطة في التفسير، اذ من خلاله يستخدم القاضي الدستوري هذا النوع من التفسير بغرض الوقوف على المضمون القاعدي لنص القانون[١٠٧].

ويتميز منهج التفسير الإستبدالي باستيفاء متطلبات مبدأ الدستورية، فيتصف بهدف مزدوج، اذ يهدف الى سحب قاعدة مخالفة للدستور أو جزءً منها، من النص التشريعي المطعون عليه من ناحية، وادخال قاعدة اخرى تتفق مع المتطلبات الدستورية من ناحية اخرى[١٠٨].

وفي إيطاليا فأن هذا النوع من التفسير، لا يقتصر فيه حكم المحكمة الدستورية الإيطالية على اقرار عدم دستورية النص التشريعي بل يتخطى ذلك الى الأشارة، بان قاعدة اخرى يجب ان تدرج في النص بدلاً من تلك التي يحتويها وكانت مثاراً للشك في دستوريته[١٠٩].

وقد لجأت المحكمة الدستورية الإيطالية الى هذا المنهج التفسيري من خلال الحكم بالبطلان الجزئي للنصوص للوصول الى نوع من احلال القواعد القانونية[١١٠] ، وقيل في شرح ذلك الى ان الذي يعتنق منهج التفسير الإستبدالي يستأصل القاعدة التي عبر عنها النص أو جزء منها، مما يخلق في ذاته فراغاً في النص، سرعان ما يملؤه التفسير من خلال ملء هذا الفراغ بقاعدة اخرى[١١١] ، مثال ذلك، ما قضت به المحكمة الدستورية الإيطالية من عدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة (٢١٣) من قانون العقوبات في حدود ما ما نصت على تخويل وزير العدل سلطة رفع الدعوى عن جرائم اهانة المحكمة الدستورية، تأسيساً على انها وحدها بحكم مسؤوليتها في ضمان فاعلية مبدأ الشرعية واخضاع اعمال السلطات العامة للدستور تملك ممارسة رفع الدعاوى الجنائية عن جرائم الأهانة الموجهة اليها، مما يقتضي الحكم بعدم دستورية الفقرة المذكورة آنفاً فيما نصت عليه من تخويل هذه السلطة لوزير العدل[١١٢] ، وواضح من هذا الحكم ان المحكمة بعد ان ابطلت النص ابطالاً جزئياً (في خصوصية سلطة وزير العدل في رفع الدعوى)، أقامت قاعدة قانونية تعطيها الحق في رفع هذه الدعوى.

فالمحكمة الدستورية الإيطالية تقوم بالقضاء بعدم دستورية نص القانون في الجزء الذي ينص أو يتناول قاعدةً معينةً لا تتفق مع الدستور، واحلال معنى اخر محلها يتفق معه، فهدف القاضي، هو الوصول الى جوهر النص، دون ان يؤدي في احيان كثيرة الى المساس بالفاظ النص ذاتها[١١٣].

وهذا الدور الهرمي – ان جاز التعبير – للحكم الإستبدالي، يجيز تمييزه –كما اشرنا– عن الأحكام التفسيرية المكملة بالأضافة، التي لا تحدث حالة فراغ قاعدي، لأن هذه الحالة قائمة بشكل مسبق نتيجة القصور التشريعي الذي يسعى الحكم المكمل بالأضافة الى معالجته[١١٤].

وفي المانيا فان المحكمة الدستورية الفيدرالية تختص بالفصل في تفسير القانون الأساسي في حالة وجود خلافات في الحقوق والواجبات الخاصة باحدى ارفع الهيئات الأتحادية، أو الخاصة بجهات معينة اخرى كانت قد انيطت بها هذه الحقوق تبعاً للقانون، او بناء على لائحة داخلية لارفع الهيئات الأتحادية، لدى اختلاف الآراء أو الشك في التوافق الشكلي والموضوعي للتشريع الأتحادي أو تشريع الولايات مع القانون الأساس [١١٥] ، وعلى ذلك فان الأمر يستتبع منطقياً التدخل المباشر من المحكمة الدستورية الفيدرالية بما يعد من قبيل الأسهام في التشريع الدستوري، او مشاركة السلطة التأسيسية في مهمتها المنشئة لاحكام الدستور في رأي جانب من الفقه ويتحدد دور المحكمة الدستورية الفيدرالية الإنشائي في العديد من الأحكام ولاسيمَّا النص القانوني الجائر[١١٦] ، حيث تصدر احكاماً استبدالية في هذا الشأن، فعلى سبيل المثال قرارها الشهير في موضوع الجنسية سنة ١٩٦٨ [١١٧].

وفي مصر فقد استخدمت المحكمة الدستورية العليا المصرية في احد احكامها اسلوب التفسير الإستبدالي لتفادي الحكم بعدم دستورية النص، ففي حكمها الصادر في القضية رقم (٦) لسنة ١٧ قضائية " دستورية "، والذي تفادت فيه المحكمة بعد استخدام سلطتها في التفسير الى تفادي الحكم بعدم دستورية القرار بقانون رقم (٤٢) لسنة ١٩٦٧ في شأن التفويض في بعض الأختصاصات، وعليه حكمت بعدم بطلان قرار وزير المالية رقم (٣٨١) لسنة ١٩٨٢، الذي يخول مدير عام الجمارك ان يطلب من النيابة العامة رفع الدعوى الجنائية بعد ان أنابه وزير المالية عنه في ذلك استناداً الى المادة (١٢٤) مكرراً من قانون الجمارك الصادر بالقرار بقانون رقم (٦٦) لسنة ١٩٦٣ والتي تنص على انه "مع عدم الأخلال باية عقوبة اشد يقضي بها قانون آخر، يعاقب على تهريب البضائع الأجنبية بقصد الأتجار مع العلم بانها مهربة، بالحبس مدة لا تقل عن سنتين تتجاوز خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن الف جنيه تتجاوز خمسين الف جنيه..." [١١٨].

وفي العراق، يرى بعض الفقه[١١٩] بان قرار المحكمة الأتحادية العليا السابق الأشارة اليه [١٢٠] ، يعد تفسيراً استبدالياً، وذلك لأنها استبدلت المعنى الدستوري لنص المادة (٧٦) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ، فالقاضي الدستوري اعلن في تفسيره للمادة اعلاه من الدستور بان الكتلة النيابية الأكثر عدداً و التي لها حق تشكيل الحكومة، هي الكتلة التي تكونت بعد الأنتخابات، لأن الأعراف الدستورية المستقرة في الأنظمة البرلمانية بان الكتلة النيابية الأكثر عدداً هي التي تشكلت قبل الأنتخابات وقرار المحكمة الأتحادية العليا، خلق فراغاً قاعدياً في النص الدستوري، بادخاله قاعدة اخرى من خلال التفسير الأستبدالي[١٢١] ، على ان هذا الرأي محل نظر حيث ان تشكيل الحكومة قد يكون من الكتلة التي تشكلت بعد الانتخابات كما في بعض الانظمة البرلمانية كايطاليا.

وفي ختام هذا المبحث، فان الباحث يرى ان وضع الوثيقة الدستورية بما يتفق مع الفلسفة السائدة المهيمنة في المجتمع، فاذا تغير بعدها الواقع الأجتماعي بما لا ينسجم ونصوص الدستور، فينبغي حينئذ ان يقوم القضاء الدستوري بدور انشائي في تفسير نصوص الدستور ليساير التطور الاجتماعي، لحين الغاء تلك النصوص أو تعديلها.

الخاتمة :

عرضنا لموضوع دور القاضي الدستوري في التفسير المنشئ ونستخلص من دراستنا بعض النتائج المهمة التي يجدر أن نسجلها في هذه الخاتمة وبعض التوصيات :

أولاً: النتائج :

١. وضحت الدراسة أن دور القاضي الدستوري في التفسير المنشئ يتم من خلال إثراء المضمون القاعدي للنص الدستوري عن طريق توسيع مداه ولاسيمَّا وأن النصوص الدستورية تاتي غالباً مجردة وموجزة مما يوجب على القاضي الدستوري بتضمين النص بعض الأحكام ، أو استبدال بعض قواعده ، بقاعدة أو مجموعة قواعد يهدف سد النقص فيه .

٢. أن توسيع القواعد والمبادئ الدستورية المشار إليها يكون مع توخي إرادة السلطة التأسيسية الأصلية التي وضعت النصوص عن طريق إعطاء النصوص تفسيراً يتماشى مع آفاق التفسير التي يمر بها المجتمع من خلال الصياغة الواسعة للنصوص .

٣. اوضحت الدراسة أن هناك تياراً فقهياً يذهب إلى أن عمل المفسر يعدُّ بمثابة عمل وصفي أو كاشف ، حيث يقتصر دور القاضي على المغزى الحقيقي الموجود قبل تفسير القاضي الحقيقي الموجود قبل تفسير القاضي ، ويكمن هذا النشاط في تحديد معنى النص وذلك بتطبيق مناهج التفسير ، فأن هناك أتجاهاً آخر يذهب إلى أنَّ القاضي الدستوري يقوم بدور استثنائي عرف من خلال آلية التفسير حيث يستطيع أن يمد مجال تطبيق قاعدة محددة من حيث موضوعها إلى حالات متعددة .

٤. أن الأساس القانوني لألزام القاضي في التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه هو نص المادة(٣) من قانون الأثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل .

٥. أن المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ فرضت التزاماً قانونياً على القاضي في الفصل النزاع المعروض أمامه في حالة غموض النص أو فقدانه أو نقصه ، وإلا عُدَّ القاضي ممتنعاً عن أحقاق الحق. فاحتمال النقص في التشريع يجب أن يؤدي إلى الأعتراف للقاضي الدستوري بالحق في تكملة هذا النقص من خلال آلية التفسير المنشئ ، ولو أدى ذلك إلى إنشاء أو خلق قواعد قانونية جديدة عن طريق القضاء الدستوري .

ثانياً : التوصيات :

١. يجب عدم الخلط بين النص الدستوري والقاعدة الدستورية ، إذ إنَّ النص يسبق التفسير ، في حين إن القاعدة الدستورية تلي عملية التفسير فالنص هو البيان أو المضمون الخاضع للتفسير ، ومن ثمَّ فأن عملية التفسير ينتج عنها استخلاص القواعد من النصوص التي تحتويها ، فالتفسير هو نشاط يهدف إلى إسناد معنى للنص كونه عملية توليد للأفكار ، إذ يلعب التفسير دوراً في إنشاء القواعد القانونية ، بناء عليه فالقاعدة هي أذن النص المفسر وإذا لم يكن هناك سبيل لمعرفة القاعدة إلا من بالتفسير ، فهي نتيجة إذن للتفسير ، وعلى ذلك فعندما نطبق القانون فإننا لا نطبق النصوص إنما نطبق القواعد .

٢. يجب على المحكمة الأتحادية العليا ، وهو تمارس دورها في التفسير المنشئ لنصوص الدستور ، أن نعتمد القياس الذي حددته المادة (٤٦) من الدستور عند تفسير نصوصه ، إذ نصت تلك المادة على أن لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه على أن لا يمس ذلك التحديد أو التقييد جوهر الحق أو الحرية ، بمعنى أننا ندعوا المحكمة أن تحرص وهي بصدد ممارسة أختصاصها التفسيري أن لا تمس جوهر النظام الديمقراطي أو الحقوق والحريات أو مبادئ الدين الإسلامي التي تمثل ثوابت مجمع عليها.

٣. يجب احترام نص المادة ٩٤ من الدستور التي أوصيت أحترام الحجة المطلقة لقرارات المحكمة الأتحادية العليا التفسيرية ، سواء أكان ذلك بالنسبة للسلطة القضائية في الدولة ، ام للسلطات الأخرى في الدولة .

الهوامش :

1.Elizabeth zoller : Droit Constitutionnel universitairesh , paris , 2e édition , P.u.f , 1998 , p 124.

٢.أ.د. رمضان أبو السعود : الوسيط في مقدمة القانون المدني ، المدخل إلى القانون ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص٢٩٤.

٣. س . ف . كاناريز : سد الفراغ في القانون وموقف القانون الألماني منه ، بحث مقدم إلى المركز القومي لبحوث المنطقة ، بروكسل ، ترجمة د. عبد الرسول الجصاني ، مجلة القضاء ، نقابة المحامين العراقية ، ع١ ، كانون الثاني – شباط ، آذار ، س٢٨، ١٩٧٣ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص٨٧ وما بعدها .

٤. حول تعريف القانون الدستوري ينظر:

أولاً في الفقه الفرنسي:

B. Jeaneau; Droit constitutionnel et institutions Politiques: 4e éd., Paris, 1975, P.98 ets.

- L.Duquit; Traite de Droit constitutionnel, T.3, Paris, 5 Vol., 1923-1927, Rimp, Paris, 1972, P.202 ets.

- M. Duverger; institutions politiques et Droit constitutionnel, 2 Vol, 14e éd., Paris, 1976-1978, P.42 ets.

- Prélot (m.); institutions Poltiques et droit constitutionnel, Dalloz, Paris, 1987, P.116 ets.

- Esmein (A.); élément di Droit constitutionnel Français et comparé, T.1, 8 éme, Éd., Sirey, Paris, 1927, P.11 ets.

وفي الفقه العربي:

د. عثمان خليل عثمان: القانون الدستوري، الكتاب الأول، المبادئ الدستوري العامة، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٦، ص١٩ وما بعدها.

– د. عبد الفتاح ساير داير: مبادئ القانون الدستوري، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٥٩، ص٦٣٦ وما بعدها.

– د. محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٨، ص٢٩ وما بعدها.

– أ. د. ساجد محمد الزاملي: مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، نيبور للطباعة والنشر والتوزيع، ديوانية، ط١، ٢٠١٤. ص ١٤٩ وما بعدها.

– أ. د. علي يوسف الشكري: مبادئ القانون الدستوري، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط، ٢٠١١، ص٢٥٣ وما بعدها.

– د. عدنان عاجل عبيد: القانون الدستوري، النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر، النجف، ط٢، ٢٠١٢، ص ٦٤ وما بعدها.

– د. رمضان محمد بطيخ: النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٩٥–١٩٩٦، ص١٧ وما بعدها.

5. Jean Giquel; Droit constitutionnel et institiution Politiques Éd., Montchrestien, 14e éd., 1995, P.170 ets.

6. Burdeau (G.); Droit constituionnel et institutions Politiques, 17 éme éd., L.G.D.J, Paris, 1976, P.77.

7.Dominique Rosseau; Droit du contentieux constitutionnelle, montchrestien, 4' éd., 1995, P.332.

8. Dominique Rousseau; La Justice Constitutionnelle en Europe, montchrestien, 2' éd., 1996, P.107.

٩.د. وجدي ثابت غربال: سلطات رئيس الدولة طبقاً للمادة (٧٤) من الدستور المصري، والرقابة عليها، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٧، ص٢٠٨.

10.Cadart; Institution Politiques, et droit constitution, T.1, 2 emé, Éd., L.G.D.J, Paris, 1979, P.146 ets.

١١. د. رمزي طه الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص٤١٤.

١٢. الشيخ عبد الوهاب خلاف: تفسير النصوص القانونية وتأويلها، مجلة القانون والأقتصاد، السنة ١٨، ع٢، مطبعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٤٨، ص١٧٨–١٧٩.

١٣. د. حسن الخطيب: المسائل المتعلقة بالتفسير القضائي، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقية، السنة ٣٦، الأعداد (١،٢،٣،٤)، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨١، ص٤٠٨.

١٤. ينظر في تعريف التفسير لغة المراجع الآتية:

– ابن منظور، محمد بن مَكَرَّم بن علي بن احمد الانصاري: لسان العرب، ج١٠، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط١، ١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م. مادة فسر، ص٦٠، التفسير: مصدر فسّر (بتشديد السين)، وهو مأخوذ من الفسر بمعنى البيان، فقولنا فسر بمعنى بيّن ووضح، وكلام مفسر أي واضح، فكل شيء يعرف به يسمى تفسيراً له، ولهذا سمي السفر سفراً لأنه بسفر عن اخلاق الرجال. ينظر كذلك:

– الواسطي، الامام محمد الدين ابي فيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي: تاج العروس من جواهر القاموس، مجلد٧، باب الراء، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٤٢٥–

١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م، ص٣٤٩. فسر، الابانة وكشف المغطى، كما قال ابن الاعرابي، أو كشف المعنى المَعْقُول كما في البصائر، ويَفْسُره وَفَسَّرَهُ: أَبَانهُ، قال ابن القَطَّاع: والتَّشْديد أعَمُّ.

– الرازي، محمد بن ابي بكر بن عبد القادر: مختار الصحاح، المطبعة الأميرية، القاهرة، ط٣، ١٩٨٣، ص٥٠٣.

جاء فيه: ف. س. ر، الفسر، البيان، وبابه ضرب، والتفسير مثله، واستفسرهُ، كذا: سأله أن يفسره. ينظر أيضاً:

– عصام حداد – د. حسان جعفر: المنبع الموسع، مراجعة نواف كريم – منير حموده، دار صبح، بيروت، ط١، ١٤٣٢هـ – ٢٠١١م، ص١٠٨٦. فَسرَّه يُفَسرُ فسراً: الامر، بينه ووضحهُ: فسر الاستاذ لطلابهِ موضوع البحث.

– جبران ابن مسعود: الرائد، دار العلم للملايين، بيروت، بلا تأريخ نشر، ص١١١٩.

والتفسير يكون بمعنى الأيضاح، وفسر الشيء أي وضحه، وفسر آيات القرآن الكريم أي شرحها، ووضح ما تنطوي عليه من معانٍ، وكما يعبر بالتفسير في اللغة عن الكشف عن المعاني المعقولة، فانه يعبر به عن الكشف عن المحسوسات، كأن تقول اسفر الصبح اذا اضاء. المعجم الوجيز: مجمع اللغة العربية، مطابع شركة الاعلانات الشرقية، دار التحرير، القاهرة، ١٩٨٩، ص٤٧١.

– السيوطي، جلال الدين: الأتقان في علوم القرآن، ج١، دار الندوة الجديدة، بيروت، ١٣٧٠هـ–١٩٥١م، ص٨٠.

١٥. سورة الفرقان: الآية/٣٣.

١٦. د. كاظم عبد الله حسين الشمري: تفسير النصوص الجزائية، دراسة مقارنة بالفقه الأسلامي، اطروحة دكتوراة، كلية القانون، جامعة، بغداد، ٢٠٠١، ص٤٨.

١٧. ابن منظور، محمد بن مكرم: مصدر سابق، ص٦٩.

١٨. يقول ابن خلدون: ان علم البيان، هو من العلوم اللسانية لانه متولف بالألفاظ وما تفيده، ويقصد بها الدلالة على المعاني... فعلم البيان الكلام اللفظي وملزومة. العلامة عبد الرحمن بن محمد بن خلدون: المقدمة،دار صادر،بيروت، ط٦،٢٠٠٢ ، ص٤٨٨.

١٩. سورة آل عمران: الآية/١٣٨.

٢٠. سورة القيامة: الآية/١٩.

٢١. د. بدران ابو العينين: تفسير النصوص التشريعية، طرقه وانواعه، مؤسسة شباب الجامعة، الأسكندرية، ١٩٨٢، ص٢٤.

22. Francois terré; Introduction Générale au droit, Paris, 1991, p.379.

٢٣. د. توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الأسكندرية، ١٩٨١، ص١٥٣.

24. stark (B.); introduction au droit, Paris, 3 éd., 1993, P.115.

25. Thierry Di manno; Le Juje constitutionnel et la technique des décisions interprécatives en France et italie, Economica, 1997, p.28.

٢٦. د. شمس الدين الوكيل: الموجز في المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٨، ص١٤٨.

٢٧. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري – د. احمد حشمت ابو ستيت: أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٣٨، ص٥٠٠.

٢٨. د. محمد شريف أحمد: نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والاسلامي، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، ١٩٨٢، ص١١ وما بعدها.

٢٩. المصادرة على المطلوب: تعني ان يصادر المرء على ما هو مطلوب اثباته فيجعله في استدلاله ثابتاً، وينطلق من هذه المقدمة المنطقية ليستخلص حكماً معيناً، والمصادرة على المطلوب على هذا النحو من العيوب التي يستنكرها علم المنطق. أ. د. عباس الصراف – د. جورج حزبون: مدخل الى علم القانون، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان–الاردن، ٢٠٠٥، ص٥٩، هامش ١.

٣٠. د. عبد المنعم البدراوي: المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢، ص٢٠٩.

٣١. د. مالك دوهان الحسن: المدخل لدراسة القانون، ج١، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢، ص٤٦٧.

٣٢. د. علي هادي عطية الهلالي: المستنير من تفسير احكام الدساتير، مصدر سابق، ص٥٠.

٣٣. د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص٥١١.

٣٤. د. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة....، مصدر سابق، ص١٧.

٣٥. المستشار عليوة مصطفى فتح الباب: الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، ٢٠١٢، ص٣٢٤.

٣٦. قرارها في الطلب رقم (١) لسنة (٧) قضائية " دستورية "، جلسة ١٩٩٠/١٢/١٩ ذات المجموعة، ص١٢٩.

37. Mauro cappelletti : le pouvoir des Juges , Ed, Economic , 1990 , p.30.

38.Mauro cappelletti : op.cit .,p.30.

٣٩. د. محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون الخاص، دراسة مقارنة في الفقه الأسلامي، كلية الحقوق– جامعة القاهرة، ١٩٧٧ ، ص١١٣ .

٤٠. أ. د. رمزي طه الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣ ، ص٤٨٠.

٤١. ويقول Demolombe أمير فقاء فرنسا وهذه المدرسة في ذلك:" أن القاضي المدني أن تطبيق قانون نابليون في خشوع ، دون أن يكمله بقواعد القانون الطبيعي ما دامت لا يقرها التشريع صراحة أو ضمناً ، فإذا لم يجد نصاً ، وجب أن يحذوا حذو القاضي الجنائي ، ويقضي برفض الدعوى المدنية لأفتقارها إلى الأساس القانوني أنظر :

Demolombe : Caur de La code Napoléon , t.I.3e . paris , 1865 , No 113., p.136.

٤٢. د. عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج١، القانون، مطبوعات كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ١٩٧٢ ، ص٥٦٤.

٤٣. د. ثروت انيس الأسيوطي: مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، بند ١٩، ص١٧.

٤٤. وان القانون يتغير تبعاً للزمان والمكان، فليس القانون ثمرة جيل معين من اجيال الأمة، بل هو ثمرة التطور التأريخي لها وامتداد لماضيها... لذا فان القانون يتطور تبعاً لتطور المجتمع وظروف الشعوب. د. جميل الشرقاوي: دروس في اصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص٢٠٠.

- د. عبد المنعم البدراوي: المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢ ، ص٢١٢.
- د. سليمان مرقص: موجز العلوم القانونية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٣ ، ص٤٠٠.
- د. حسن كيرة: المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الأسكندرية، ط٥، ١٩٧٤ ، ص١٥١.

45. john salmondi; Jurisprudence, 7 Edition, London, 1924, P.183.

٤٦. ويمثل الن لذلك بتمسك بورشيا بالتفسير الحرفي لأحباط شايلوك الوارد في مسرحية شكسبير المعروفة بتاجر البندقية.

ينظر في ذلك:

Allen; Low in the making, Op.Cit., P.482.

وقد توهم البعض بان القاضي الجنائي يلتزم باتباع منهج معين في التفسير يطلق عليه التفسير الحرفي أو الضيق ولكن هذا المبدأ تقتضيه الموضوعية ذلك أنَّ التفسير الضيق أو الحرفي يفترض الدقة من جانب المشرع في التعبير عن إرادته وهو غير موجود سواء من حيث الشكل أو الموضوع، فالقانون قد ينطوي على عدم الدقة في الصياغة وكثيراً ما تشوبه بعض المتناقضات، الظاهرية. د. احمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٩٩-١٠٠.

٤٧. تفسير الدستور واثره على المنظومة الدستورية، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني، المجلد ٦، ٢٠١ ، ص٣٠-٣١.

٤٨. غوستافو زاغرو بلسكي: خمسون عاماً من نشاط المحكمة الدستورية الأيطالية، محاضرة القاها الرئيس السابق للمحكمة الدستورية الأيطالية بمناسبة الذكرى السنوية الخمسين للمحكمة الدستورية الأيطالية، مجلة القانون العام وعلم السياسة، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، مراجعة د. وسيم منصوري، ع١، ٢٠٠٧، ص١٤٢.

ويستطرد هذا الفقيه فيقول، هل بامكاننا محاربة المبالغات السالفة بتجميد تفسير نصوص الدستور في الزمان؟ اننا لا نستطيع ذلك فالتقدير الاستنسابي عنصر لا يمكن الألتفاف عليه، والدليل على ذلك مشاريع الأصلاح الدستوري، كالمشروع الذي نوقش في السنوات الأخيرة في ايطاليا لم يتم أقرارهِ مما يؤكد الحاجة إلى تفسير نصوص الدستور من قبل القاضي الدستوري. غوستافو زاغرو بلسكي: المصدر السابق، ص١٤٣.

٤٩. فالقانون قد ينطوي على عدم دقة في الصياغة وكثيراً ما تشوبه بعض المتناقضات الظاهرية، ولا يمكن ان نطالب القاضي بأن يكون بوقاً يردد هذه الأخطاء، فعليه ان يبحث عن ارادة واضع القانون من خلال كافة العبارات والصيغ المستعملة في نصوصه المتكاملة للتعبير عن هذه الأرادة... ومن ناحية اخرى، فان إرادة المشرع التي ضمنها النص ليست مبدأ جامداً محكوماً بالوقائع الأجتماعية المتوافرة وقت وضع النص، بل هي ارادة متطورة بتطور هذه الوقائع الأجتماعية طالما انها تراعي المصلحة الأجتماعية المحمية بالنص. د. احمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، مصدر سابق،ص٩٩-١٠٠.

٥٠. د. احمد فتحي سرور: منهج الأصلاح الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٦٥.

٥١. د. ثروت أنيس الأسيوطي : التيارات المعاصرة في فلسفة القانون في مصر ، ترجمة ، د. محمد ظاهر معروف ، مجلة القضاء العراقية ، س٢٥ ، ع٣ ، ص١٣٦.

٥٢. د. سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الأسكندرية، ٢٠١٠ ، ص٧٥٥ .

٥٣.د. محمد عبد العال السناري: ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٧٣.

٥٤. د. محمد فوزي نويجي: التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

55. Favoreu (L.); La décision de constitutionnalité, R.I.D.C, Paris, 1986, P.622.

56. Mauro Cappelletti; le pouvior des juges , Éd., Economica , 1990, P.30.

٥٧.وهذه المشكلة بحثتها المدارس الواقعية القانونية الأمريكية، فقد استطاع الفقه الوقوف على الدور الخلاق للمحكمةٍ العليا الأمريكية، وحتى مدى قريب... وان القضاء كسلطة عامة له كيانه المستقل عن المشرع، ويمارس ولاية قائمة بذاتها، لا يكون مجرد منفذ للقانون وانما هي ولاية التطبيق والتحليل الدقيق للقانون، يستطيع تطبيق القواعد القانونية المجردة على الحالات الفردية، وهو ان لم يقم عند التطبيق بدور انشائي، فانه على الأقل له دور بارز في توجيه النظام القانوني. د.محمد عصفور: مذاهب المحكمة الأدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٧٤، ص٣٣٠..

58.Pirre Avril; Les Conventions de la Constitiution , R.D.P ., 1993., P.89 ets.

٥٩.فلا يكفي القاضي الأخذ بالمعايير والضوابط المعتادة في تفسير النصوص الأخرى، بل يجب عليه استيحاء أفكار وضوابط مختلفة كثيراً، وأن يستصحبها دائماً وأياه بما لا يجعل الدستور أداة جامدة معطلة الوثوب مع قفزات الجماعة، أو يجعله آلة صمّاء لا تجاري أوضاع الحكام وافكار الجماعة السياسية واهدافها، وعلى القاضي في هذا الحال ألا يستوحين أهداف نفسه أو آمال قلبه واحلام ضميره حتى لا ينقل سلطات الحكم وزمامه من يد غيره الى يدهِ مستتراً وراء هذا القناع الخلاب بما يؤدي اليه مثل ذلك من اعتراك في ميادين السلطات واضطراب في موازين التعامل، وخلل في تحريك الأداة، وبعد إدراك عن الهدف. د. نبيلة عبد الحليم كامل: الرقابة القضائية على دستورية القوانين، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص١٨٩.

٦٠. وواقع الأمر ان الدستور لا يمكن تفسيره بسهولة، شأنه في ذلك شأن اي تشريع، اذ لا ينتهي مفعوله في زمن محدد لانتهاء الصلاحية، بل ان حياة التطور الكامن في استمراره، والأداة الطبيعية لهذا التطور هو القضاء الدستوري، والتعديل الدستوري، هو الأداة الأستثنائية للأصلاح. كلمة الأستاذ Annibale marini رئيس المحكمة الدستورية الأيطالية بمناسبة مرور خمسون عاماً على انشاء هذه المحكمة. غوستافو زاغرو بلسكي: مصدر سابق، ص١٤٤.

٦١. المستشار د. محمد ماهر ابو العينين: الأنحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مصدر سابق، ص٤١٧.

٦٢.يوجد في نظر الفقيه ديجيه، قانون يسبق الدولة في القدم، (annérieur a L'âtat)، ويعلو عليها (supérieur â L'etat)، وهو الأصل الذي ترد اليه جميع التشريعات، ويكون التشريع صحيحاً أو باطلاً، لا لموافقته أو مخالفته لنصوص الدستور فحسب، بل ايضاً لموافقته أو مخالفته لهذا القانون الأعلى (Droit Superieur)، ونصوص الدستور ذاتها لا تكون صحيحه إلا بقدر ما تتفق مع هذا القانون، بل ان كثيراً من هذه النصوص ليست الا تقنيناً له...، والقانون الأعلى، يجب ان تجتمع له ظاهرتان، شعور جمهور الناس بأن هذا المبدأ قد اصبح قيامه ضرورياً للأحتفاظ بالتضامن الأجتماعي(solidarite social)، ثم شعور جمهور الناس بان هذا المبدأ حق وعدل(sentiment de lajustice)، وينكر ديجيه ان تكون القاعدة القانونية (القانون الحي) على النحو الذي يقول به، هي رجوع الى فكرة القانون الطبيعي، فالقانون الطبيعي يستند الى ارادة عليا فوق المجتمع، واحكامه مثالية مطلقة، لا تتغير في جوهرها وان تغيرت في مظاهرها، ويسعى المجتمع ان يكشف عنها ليقترب منها ما استطاع. د. عبد الرزاق احمد السنهوري: مخالفة التشريع للدستور والأنحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، يناير، ١٩٥٢، ص٩٤-٩٦.

وضمن هذا السياق يرى الاستاذ د. غوستافو زاغرو بلسكي بان الدستور الحي هو التجربة اليومية للمحاكم، وكقاعدة عامة فان الدستور الحي يعمل على توسيع الحقوق بعكس ما يتحقق للدستور الاصلي الذي يعمل في الاتجاه المعاكس ولكن المراحل يمكن ان تتغير. غوستافو زاغرو بلسكي: مصدر سابق، ص١٤٣.

٦٣. ان جَسْ نبض المجتمع أمر مطلوب من المشرعِ الذي يصدر تشريعات جديدة واصطلاحات قانونية، وهو مطلوب ايضاً من القاضي الدستوري الذي تشكل قراراته سوابق قضائيةٍ لقضايا اخرى. المحامي اللورد دينيس لويد: فكرة القانون، تعريب المحامي سليم الصوص، مراجعة سليم بسيسو، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ١٩٨١، ص٢٤٩-٢٥٠.

64.Donald P.Kommers; constitutional Jurisprudence of the federal republic of germany, op. cit., pp.43-44.

٦٥.المحكمة الدستورية العليا، حكمها في اول فبراير سنة ١٩٩٧، في القضية رقم (٧) لسنة ١٦ قضائية " دستورية " من الجريدة الرسمية، ع ٧، تابع في ١٩٩٧/٢/١٣.

٦٦.أستاذنا د. ميثم حنظل شريف وآخرون: حجية قرارات المحكمة الأتحادية العليا على المحكمة نفسها في ضوء احكام الدستور، والقضاء،والفقه – مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السابع، في ٢٠١٣/١/١٥، ص٦ ويرى "اظن ان النصوص الدستورية مهما بلغت صياغتها من القدرة على استيعاب التطورات في ميادين الحياة كافة ستكون بعد مدة طالت أم قصرت عاجزة عن تلبية المستجدات، وازاء هذا الفرض ستكون بمواجهة احتمالات ثلاثة هي: إما التعديل الدستوري، أو التعطيل الدستوري، أو التفسير الدستوري، حتى يمكن ان تواكب النصوص الدستورية تلك المستجدات". المصدر نفسه ، ص٤.

٦٧. د. عباس الصراف: نظرة على قانون الأبتات الجديد، الوقائع العدلية، ع٥، السنة الأولى، ص١٤٤.

– محمد علي الصوري: التعليق على مواد قانون الأثبات، ج١، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٣، ص٣٠.

٦٨.وما هي المزايا والعيوب التي اكتنفت القرارات الصادرة من المحكمة الأتحادية العليا عند تفسير الدستور ؟ وهل راعت المحكمة المعايير الفاصلة بين اختصاصها بتفسير نصوص الدستور واختصاص مجلس شورى الدولة بتفسير القوانين ؟ وما هي الطرق المثلى لقيام المحكمة الأتحادية العليا بدورها في حماية نصوص الدستور في مواجهة السلطات العامة والأفراد على حد سواء من خلال قيامها بتفسير نصوص الدستور. د. مصدق عادل: القضاء الدستوري في العراق، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥ ، ص٧٥.

٦٩. د. احمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ط١، ١٩٩٩، ص٢٥١.

70. Gény (F.); Méthodes d'interprédation de droit privé positif et ses sources, T. 11, Paris, 1974, No 156, pp.77-78.

٧١. د. احمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص٢٥١.

٧٢. د. امين عاطف صليبيا: دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس – لبنان، ٢٠٠٢، ص٢٧٧.

٧٣. كما هو حاصل في العراق حيث تذهب مشاريع القوانين الى مجلس شورى الدولة لابداء النظر فيها أو اعادة صياغتها.

74. Dominique Rousseau : Droit du Contentieux constitutionnel , Éd , Moatcherstien 4^{e} , 1995, p.332

٧٥. د. محمد فوزي نويجي: مصدر سابق، ص١٢.

76. Luchair; Le conseil constitutionnel et Le gouvernement des juges, R.S.A. 1987, P.32.

77. Thierry Di manno; Le Juje constitutionnel et la technique des décisions interprécatives en France et italie, Economica, 1997, p.28

٧٨. أما القصور النسبي للمشرع يمكن ان يخضع لرقابة القاضي.الدستوري تحت مسمى انتهاك مبدأ المساواة، وهذا التمييز في القصور من حيث الرقابة على قصور المشرع قد آثار العديد من الانتقادات من جانب الفقهاء الأيطاليين.

Thierry Di manno; op.Cit., PP.233-234.

٧٩. لا سيما عندما يكون القانون غير متضمن تفسيرات كافية لتجعل من التطبيق متوافقاً مع الضمانات الدستورية، عند ذلك يفترض بالقاضي الدستوري " ان يعمل من خلال تفسيره للدستور على اضافة هذه النواقص لكي يعتبر القانون مطابقاً للدستور ".

Dominque Rousseau; Droit du contertieux…., Op.Cit., P.129.

80. S. francesco; La Jurisprudence constitutionnelle, instrument de démocratie Part Le droit, 11 foro Italiano, Parte 7, 1990, P.201.

٨١.وبعبارة اخرى، وتحت ستار التفسير وبالأستناد اليه، تضيف المحكمة الدستورية للنص الخاضع للرقابة ما ينقصه وكان بسببه مثاراً للشك في دستوريته، وذلك من اجل ان يصبح مطابقاً للدستور، وتأخذ الأحكام المضيفة للمحكمة الدستورية في العمل في احد نمطين: أولهما يتعلق باضافة الحكم أو الضمانة décision additive de prestation et – ou de grantie، حيث تكون هذه الأضافة لازمة لدستوريته، ومستنتجة من ثمَّ ضمناً مع النص، حيث يستوجب تمام مضمونهِ والقطع بدستوريته ضرورة احداثها، فتتدخل المحكمة الدستورية فقط وآلياً mécaniquement لملأ الثغرة المعيارية الفنية الناشئة عن الأغفال التشريعي l'inattention législative. ويظهر هذا النمط في قضاء المحكمة الدستورية الأيطالية، ويمكن الوقوف عليه من الناحية الشكلية، عندما تقرر المحكمة ان عدم الدستورية يرجع الى ان القانون أو النص محل الرقابة لا يتضمن حكماً ضرورياً ما واجباً ادراجه به، ثم تدرج هي بعد ذلك الأضافة التي قدرت ان غيابها عن هذا القانون أو النص مما يؤدي الى عدم دستوريته.

Favoreu (L.); la Justice constitutionnelle entranco les cahiers de droit, Vol-26, n°2, 1985, P.229.

أما النمط الثاني للأحكام المضيفة للمحكمة الدستورية فيتعلق باضافة مبدأ décision additive de principle، حيث يستلزم ملء الثغرة أو الفراغ التشريعي وبالضرورة في هذا الفرض مجرد اعمال من قبلها لخيارات معيارية متعددة ذات طابع سياسي، فلا تلجأ هنا الى فرض حل قطعي بعينه، يمكن ان يحتمل بصورة او باخرى تدخلاً منها هو في حقيقته ذي طابع تشريعي محظور عليها القيام به... وفي رحاب هذا النمط الثاني من قرارات المحكمة الدستورية المضيفة، والذي نلجأ اليه منذ بداية التسعينيات من القرن الماضي، يلحاظ انها لا تهدف من خلال اقرار المبدأ الى السماح لقاضي الموضوع ان يقوم بمجرد الأضافة الى النص التشريعي من اجل اعمال المبدأ الدستوري الذي قررته، بقدر سعيها الى تنبيه المشرع من اجل تدخل ايجابي من قبله لملأ الفراغ التشريعي الذي كان سبباً في اعلان المبدأ. د. رجب محمود طاجن: المطابقة الدستورية المشروطة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص٤٧-٤٨.

وقريب من هذا المعنى ينظر:

Sebastiano dandi; l'interprétation "Créatrice" dela loi selon l'expéience de la cour constitutionnelle italienne, stals Research paper, n° 18, 2008, P.3.

http://stals.sssup.it/Files/stals_Dondipdf.
82. A. Viala; A; Les réserves Lesréserves d'interpretation, Éd , Moatcherstien , paris , 1987. P.37.
٨٣.د. يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، ط١، ١٩٩٢، ص٢٧ وما بعدها.
٨٤. د. احمد فتحي سرور: الرقابة القضائية على دستورية القوانين، لاحقة أم سابقة، مجلة الدستورية، ع ٨، السنة الثالثة، اكتوبر– ٢٠٠٥، ص٣–٤.
٨٥. د. عادل عمر شريف: قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٨، ص٣٥.
٨٦. د. رجب محمد طاجن: مصدر سابق، ص٨١.
87. Untied States V. Witkovich; 353 U.S. 194 (1957). https://supreme.justia.com.
88. Duy Dac Ho V. Creene; 204 F. 3d 1045 (2000). https://casetxt.com.
89. Melissa A. Flynn; Separation of powers, permissive judicial review invasion of congressional power, 2002, pp.991-996.
٩٠. تنص الفقرة (١) من المادة (٢٥٣) من القانون المدني الألماني رقم (١١) لسنة ١٩٤٢ على ما يأتي" بالنسبة للأضرار غير المادية يمكن ان يحكم بالتعويض النقدي فقط في الحالات المنصوص عليها في القانون.
٩١- ١. مجموعة قرارات المحكمة الدستورية الأتحادية Bverfge، ج٣، ص٢٨٦ وما بعدها. https://ar.m.wikipedia.org .
٩٢. تنص الفقرة (الثالثة) من المادة (٢٠) من القانون الأساسي الألماني على ان "...٣– ترتبط السلطة القضائية طبقاً للدستور والسلطة التشريعية التنفيذية بالقانون والحق...".
٩٣.د. محمد فوزي نويجي: مصدر سابق، ص١٢٨.
٩٤. وكذلك المادة (الأولى) من القانون رقم (١٠٧) لسنة ١٩٨٧ الصادر في ٢٧ يوليو ١٩٨٧ بتعديل بعض احكام قانون التأمين الأجتماعي رقم (٧٩) لسنة ١٩٧٥. د. محمد فوزي نويجي: مصدر سابق، ص١٢٨.
٩٥. د. احمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص٢٠٦.
٩٦. وهذه المادة مطابقة تماماً لحكم المادة (٦٦) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ الملغى التي تنص على ان " العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة الا بناءً على قانون، ولا توقع عقوبة الا بحكم قضائي، ولا عقاب على ان الافعال اللاحقة لتأريخ نفاذ القانون ".
٩٧. ينظر الحكم المذكور في مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، ج٦، ص٣٥٨. ويلاحظ ان اغفال النطاق المكاني للمحميات في قرار رئيس مجلس الوزراء كان راجعاً الى عدم نشر الخريطة التي احال اليها القرار.
٩٨. دستورية عليا، في ١٩ مارس، سنة ١٩٩٨، القضية رقم ١٦٢، لسنة ١٩، قضائية " دستورية "، الجريدة الرسمية، ع١٢، في ١٩ مارس، سنة ١٩٩٨.
٩٩. د. احمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات: مصدر سابق، ص٢٠٧.
١٠٠. د. مصدق عادل: القضاء الدستوري في العراق، مصدر سابق، ص١٤٠–١٤١.
١٠١. قرار المحكمة الأتحادية العليا: المرقم (١٣)/اتحادية/٢٠٠٧، في ٢٠٠٧/٧/٣١.
١٠٢. جاء في قرار المحكمة الأتحادية العليا: رقم (١٣)/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٣١ "ان القواعد التي تتبع في تفسير اي مادة من تشريع ما، وجود دراسة مواد ذلك التشريع للوصول الى فلسفة وهدف التشريع

الذي اراده المشرع ومن ذلك الدستور وبالرجوع الى المادة (٤٩/رابعاً) من دستور جمهورية العراق، وجد انها تنشد وتستهدف تحقيق نسبة تمثيل النساء لا تقل عن الربع من عدد اعضاء مجلس النواب، والمحكمة الأتحادية العليا ان ذلك ما يجب العمل به في مجلس المحافظة المنتخب نظراً لوحدة الهدف ولوحدة الأختصاصات في المجال التشريعي، وان هذا لا يتقاطع مع المبدأ المنصوص عليه في المادة (١٤) من الدستور، بل يأتي منسجماً معه في المرحلة الحاضرة".

١٠٣. قرار المحكمة الأتحادية العليا: المرقم (٩)/اتحادية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/٥.

١٠٤. قرار المحكمة الأتحادية العليا: المرقم (٢٧)/اتحادية في ٢٠٠٩/٨/١١.

١٠٥. قرار المحكمة الأتحادية العليا: المرقم (٥٦)/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠١٠/١٠/٢٤.

١٠٦.د. عيد أحمد الغفلول: فكرة عدم الأختصاص السلبي للمشرع، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠١، ص٣١٤.

107. Thierry Dimanno; Le Juje constitutionnel et la technique op.Cit., P.259.

- favoreu (L.); La decision de constitutionnalité, op. cit., P.622 ets.

١٠٨. ويتميز المنهج الأستبدالي عن المنهج المضيف، في ان المنهج الأخير يهدف الى وضع جزاء على امتناع المشرع من خلال استخلاص قاعدة سلبية تجعل النص غير متفق مع الدستور، اما المنهج الأستبدالي، فانه يعمل على سحب القاعدة الأيجابية المخالفة لنصوص الدستور من النص المطعون عليه، وادخال قاعدة اخرى تتفق مع الدستور، فوفقاً للمنهج المضيف، نستخلص عدم دستورية التشريع من النص، لأنه لم يذكر شيئاً معيناً، اما وفقاً للمنهج الأستبدالي، فانه يرى اضفاء الدستورية على النص بسبب ذكره شيءً معين، ثم يستبدل بهذا الشيء (قاعدة قانونية)، قاعدة اخرى من شأنها ان تنقذ النص من عيب عدم الدستورية، فهذا المنهج يصلح نقصاً تشريعياً، باستبعاد القاعدة المشوبة بعدم الدستورية في مجال تفسير النص. د. احمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص٢٥٣.

109. A. pizzorussoi; cour constitutionnelle italienne, Revue internationale de droit comparé, Vol. 33, n^{o} 2, 1981, P.413.

١١٠. على الرغم مما ينادي به البعض من ان سلطتها في ذلك مقيدة، وأنه يتعين عليها ان تلتزم حدود ما ورد في صحيفة الطعن أو قرار الأحالة، وهو ما يخالفه اغلب الشراح إذ يؤيدون اتجاه المحكمة ويرون ان لها الحق في تفسير النصوص القانونية، وألا تقف عند حرفيتها حتى ولو تعارض تفسيرها مع التفسير الذي يرد في صحيفة الطعن أو قرار الأحالة، ويبرر هؤلاء رأيهم بان القرارات الصادرة من محاكم الجهات القضائية باحالة مسألة الدستورية الى المحكمة في حالة الطعن الفرعي، وهو الطريق الأصيل الذي به يطرح اغلب ما تنظره المحكمة من حالات الدستورية، كما تصدر من محاكم القضاء العالي، تصدر كذلك من قضاة المحاكم الأدنى، فكان لزاماً ان تراقب المحكمة على ما يعطيه هؤلاء الآخرين من تفسير للنصوص القانونية التي يرون عدم دستوريتها، وتقرر هي التفسير الصحيح، هذا فضلاً عن انه كثيراً ما تتأثر الجهة الطاعنة في الطعن الذي يرفع بطريق الدعوى الأصلية بوجهة نظر معينة تمليها عليها مصلحتها أو طبيعة الأمور، مما يتعين ان يكون للمحكمة وحدها وفي جميع الأحوال الحق في تفسير النصوص والقواعد القانونية عن طريق استقرائها ومقارنتها والاستنباط منها. المستشار محمد السيد زهران: الرقابة على دستورية القوانين في ايطاليا، مجلة ادارة قضايا الحكومة، ع١، سنة ١٤، يناير– مارس ١٩٧٠، ص١٤٤–١٤٥.

١١١. د. احمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص٢٥٣–٢٥٤.

١١٢. حكم المحكمة الدستورية الأيطالية رقم ١٥ لسنة ١٩٦٩ مشار اليه في مؤلف:

Thierry Di manno; op.Cit., P.262.

١١٣. د. عيد احمد الغفلول: مصدر سابق، ص٣١٨.

١١٤. د. محمد فوزي نويجي: مصدر سابق، ص١٤١.

١١٥. د. احسان عبد الهادي سلمان النائب: مصدر سابق، ص٦٦-٦٧.

١١٦. د. مصطفى محمود عفيفي: رقابة دستورية القوانين في مصر والدول الأجنبية، مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، ط١، ١٩٩٠، ص١٤٨-١٤٩.

١١٧. قرارات المحكمة الفيدرالية العليا، ج٣، ص١١٦، ج٦، ص١٩٨.

١١٨. واستثناءً من احكام المادة (١٢٤) من هذا القانون، لا يجوز رفع الدعوى العمومية عن الجرائم المنصوص عليها في الفقرة السابقة الا بناءً على طلب من وزير المالية أو من ينيبه... ولما كان الطعن على القرار بقانون رقم (٤٢) لسنة ١٩٦٧ يعد غير دستوري، فان قرار وزير المالية كذلك يعد غير دستوري لافتقاده اساس سنده... وتفادياً لعدم دستورية، قامت المحكمة الدستورية باستخدام سلطتها في التفسير. د. محمد فوزي نويجي: مصدر سابق، ص١٤٩-١٥٠.

- د. احمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص٢٥٤.

١١٩. أ. د. علي يوسف الشكري: المحكمة الاتحادية العليا في العراق بين عهدين، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ط١، ٢٠١٦، ص٢٦٧.

١٢٠. قرار المحكمة الاتحادية العليا: رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٠

١٢١. قرار المحكمة الأتحادية العليا: السالف الأشارة اليه المرقم ٢٥/اتحادية/٢٠١٠ الصادر في ٢٠١٠/٣/٢٥.

المصادر

أولا : المصادر العربية :

أ. د. احمد كمال ابو المجد: رقابة دستورية القوانين في الولايات المتحدة والأقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠.

أ. د. عصام سليمان: الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٠.

أ. د. علي عبد العال سيد أحمد: فكرة القوانين الأساسية، دار الثقافة الجامعية، الأسكندرية، ١٩٩٠.

أ. د. فتحي فكري: القاضي الدستوري، ثلاث تحولات في خمس سنوات، مجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الاولى، يوليو ٢٠٠٣.

أ.د.رمضان أبو السعود : الوسيط في مقدمة القانون المدني،المدخل إلى القانون،دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية ، ٢٠٠٣.

تفسير الدستور واثره على المنظومة الدستورية، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني، المجلد ٦، ٢٠١٢.

د. العوضي العوضي عثمان: الأختلاف في تطبيق القانون كشرط لأختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق – جامعة حلوان، بعنوان دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، ١٩٩٨.

د. ثروت انيس الأسيوطي: مبادئ القانون، القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، بند ١٩.

د. جميل الشرقاوي: دروس في اصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.

د. جورجي شفيق ساري:اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، النطاق– الشروط – الأثر، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ٢٠٠٥.

د. حسن كيرة: المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الأسكندرية، ط٥، ١٩٧٤.

د.رمضان محمد بطيخ: النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٩٥-١٩٩٦.

د. سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الأسكندرية، ٢٠١٠.

د. شاكر راضي شاكر: اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير الملزم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

د. عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج١، القانون، مطبوعات كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ١٩٧٢.

د. عبد المنعم البدراوي: المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢.

د. عدنان عاجل عبيد: القانون الدستوري، النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر، النجف، ط٢، ٢٠١٢.

د. علي هادي عطية الهلالي: المستنير من تفسير احكام الدساتير، دلالة فقهية قضائية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٦.

د. عيد أحمد الغفلول:فكرة عدم الأختصاص السلبي للمشرع، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠١.

د. محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون الخاص، دراسة مقارنة في الفقه الأسلامي، كلية الحقوق– جامعة القاهرة، ١٩٧٧.

س.ف. كاناريز:سد الفراغ في القانون وموقف القانون الألماني منه ، بحث مقدم إلى المركز القومي لبحوث المنطقة ، بروكسل،ترجمة د. عبد الرسول الجصاني ، مجلة القضاء ، نقابة المحامين العراقية ، ع١ ، كانون الثاني – شباط ، آذار ، س٢٨، ١٩٧٣ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٣ .

المستشار د.عبد العزيز محمد سالمان: رقابة دستورية القوانين،كلية الحقوق– جامعة عين شمس، ١٩٩٤.

المستشار د. عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه جان ديبوي للقانون والتنمية، القاهرة، ٢٠٠٣.

النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الأتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١١.

ثانياً : المصادر الأجنبية :

Elizabeth 20ller : Droit Constitutionnel , P.u.f , 1998

10.Gény (F.); Méthodes d'interprédation de droit privé positif et ses sources, T. 11, Paris, 1974.

Georges Vedel; Le C.C. gardien du droit Postif ou défenseur de la transcendance des droit de L'homme, In Pou voirs, no 45, 1988.

Charles L.Black, Jr; Structure and relationship in constitutional Law, Baton Rauge, louisana unsiersty, Press, 1969.

Dicey (A.V.); Introduction of the Study of the law to the constitution, printed by halliday lithograph, Inc, west honover massachusitts, 1982.

Donald P.Kommer; The constitutional Juris Prudence of the Federal Republic of Germany, duke university Press, Durban & London, 2 edition, 1997.

L.Duquit; Traite de Droit constitutionnel, T.3, Paris, 5 Vol., 1923-1927, Rimp, Paris, 1972, P.202 ets.

M. Duverger; institutions politiques et Droit constitutionnel, 2 Vol, 14e éd., Paris, 1976-1978, P.42 ets.

Prélot (m.); institutions Poltiques et droit constitutionnel, Dalloz, Paris, 1987, P.116 ets.

Esmein (A.); élément di Droit constitutionnel Français et comparé, T.1, 8 éme, Éd., Sirey, Paris, 1927, P.11 ets.

Charles Debbasch , Jean – Marie Poniter , Jacques Bourdon , et Jean – Claude Ricci , Droit Constitutionn et institutions politiques , 4e ed ., Economict , 2001 .

Thierry Di manno; Le Juje constitutionnel et la technique des décisions interprécatives en France et italie, Economica, 1997.

Favoreu (L.); La décision de constitutionnalité, R.I.D.C, Paris, 1986. la Justice constitutionnelle entranco les cahiers de droit, Dalloz, Paris, Vol-26, no2, 1985.

A. pizzorussoi; cour constitutionnelle italienne, Revue internationale de droit comparé, Vol. 33, no 2, 1981.

Melissa A. Flynn; Separation of powers, permissive judicial review invasion of congressional power, 2002.

7.S. francesco; La Jurisprudence constitutionnelle, instrument de démocratie Part Le droit, 11 foro Italiano, Parte 7, 1990, P.201.

Luchair; Le conseil constitutionnel et Le gouvernement des juges, R.S.A. 1987.

Gauguier (jule.); de l'interprétation des actes juridiques, Paris, Rousseau, 1898.

Jeaneau; Droit constitutionnel et institutions Politiques: 4e éd., Paris, 1975, P.98 ets.

ثالثاً :الدساتير :

١-دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٧.

٢-دستور ايطاليا لسنة ١٩٤٧.

٣-دستور المانيا الأتحادية لسنة ١٩٤٩.

٤-دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨. المعدل سنة ٢٠٠٨.

٥-دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١.

٦-قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤.

٧-دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

٨-دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٢ المعدل سنة ٢٠١٤.

رابعاً : المواقع الألكترونية :

٢-موقع المحكمة العليا الأمريكية https://www.supremecourt.gov .

٣-موقع المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانيةhttps://ar.m.wikipedia.org .

٤-موقع المحكمة الدستورية العليا المصريةhttps://www.hccourt.gov.eg.

٥-موقع المحكمة الأتحادية العليا العراقية https://www.iraqFSC .

خامساً :البحوث المنشورة على شبكة المعلومات العالمية الانترنت:

1- constitution, Acomparis on of argumentation in fanland Norway, 2002, www.EJCL.org/63/abab3-10htm-6k.

2- Kansas V. Colorado; 206 U.S 46 (1907). http://supreme.gustia,com.

3- License cases V. New Hampshire, 5 How. (46 U.S.) 504 (1847). https;//en.m.wikipedia.org.

4- Sebastiano dandi; l'interprétation "Créatrice" dela loi selon l'expéience de la cour constitutionnelle italienne, stals Research paper, n° 18, 2008, P.3. http://stals.sssup.it/Files/stals_Dondipdf.

٥-ضياء السعدي: المحكمة الأتحادية العليا بين التشيكل الدستوري والحق في ممارسة الأختصاصات القانونية، مقال منشور في الموقع الرسمي للسلطة القضائية العراقية www.iraqija.iq/viw.1518/.

٦-منذر الفضل: المحكمة الأتحادية العليا وتفسير النصوص، مقال منشور في الموقع الرسمي لشبكة الأعلام العراقيhttp://www.imn.iq/artictes/print,186/

٧-يحيى الجمل: أنظمة الرقابة الدستورية، منشور على شبكة المعلومات العالمية، الأنترنت على الموقع الألكتروني: Droit,30loum.org