ISSN: 1815-6630

اسس اداء القضاء الدستوري لفكرة الدستور الحي

هدى محمد علاوي
الجامعة العراقية / كلية القانون والعلوم السياسية

أ.م. د. لؤي كريم عبد
الجامعة العراقية / كلية القانون والعلوم السياسية

مستخلص البحث:

يعد الدستور الاطار القانوني العام الذي يشكل شخصنة الدولة وتطلعاتها عبر التاريخ، في سبيل اداء وظيفته الاساسية في المحافظة على الاستقرار القانوني، وحماية الحقوق والحريات الاساسية للإفراد. اذ تصاغ نصوصه بالصورة التي تجعله في مواجهة السلوك البشري ولمدة طويلة، بوصفها وثيقة قابلة للحياة كلما تطلب تفسيرها، ليتسع معنى النص الدستوري شاملا التطور والتغيير في ظروف المجتمع، لان العبرة في وضع الدستور ليس في تدوينه بل في كيفية تطبيقه على مسائل الواقع.

وان سعي القضاء الى تحقيق العدالة الدستورية يتطلب ان يكون دور القاضي بمثابة الجسر بين تفسير الدستور وواقع المجتمع المعاصر، لسد فجوة التفاوت بينهما. وقد يتطلب منه ذلك الخروج عن حرفية نصوص الدستور او مقاصد واضعيه، ومن خلال سلطته التقديرية التي تكون محكومة بمجموعة من الاسس القضائية لضمان المحافظة على شرعية الدستور والاستقرار القانوني في المجتمع. فلا يقوم القاضي بإجراء التطوير والتغيير الدستوري لسد فجوة التفاوت بين الواقع والقانون، لأن ارادته وحدها تستطيع ان تقوم بذلك او ان القانون لا يتوافق مع رايه الخاص بل يجب ان يكون ضمن الحياد الموضوعي واجراءات السلطة القضائية المشروعة وحدودها في سبيل المحافظة على ثقة الجمهور.

الكلمات المفتاحية: القضاء الدستوري، العدالة، الاصولية، النصية، التغيير الاجتماعي، العدالة.

The basis for the implementation of the idea of a living constitution in the provisions of the constitutional judiciary

Huda Mohammad Allawi **Luay Kareem Abd**

Abstract:

The constitution is the general legal framework that constitutes the personalization of the state and its aspirations throughout history, in order to perform its primary function in maintaining legal stability and protecting the basic rights and freedoms of individuals. Its texts are formulated in a way that makes it confront human behavior for a long time, as a viable document whenever its interpretation is required, so that the meaning of the constitutional text expands, including development and change in the conditions of society, because the lesson in drafting the constitution is not in its codification, but in how it is applied to issues of reality. And that the judiciary's pursuit of constitutional justice requires that the role of the judge be a bridge between the interpretation of the constitution and the reality of contemporary society, to bridge the gap of disparity between them. This may require him to depart from the literalism of the provisions of the constitution or the intentions of its authors, and through his discretionary authority, which is governed by a set of

judicial bases, to ensure the preservation of the legitimacy of the constitution and legal stability in society. The judge does not make the constitutional change to bridge the gap between reality and the law, because his will alone can do that, or the law does not agree with his own opinion. Rather, it must be within objective impartiality, and the procedures and limits of the legitimate judicial authority in order to maintain public confidence.

Keywords: (constitutional judiciary, justice, fundamentalism, textuality, social change, justice)

المقدمة:introduction

لقد واجه القضاء الدستوري في النظم القانونية المختلفة العديد من المسائل الدقيقة لحماية النظام القانوني وحقوق الافراد، نتيجة التوجه نحو دسترة السياسة الديمقراطية لحل الاشكالات الاجتماعية الملحة، نتيجة حدوث تغير في واقع تطبيق النص الدستوري، الذي يكون وضع في ظل ظروف مغايرة لاحتياجات الحياة الاجتماعية او الاقتصادية او السياسية المعاصرة، فعند ذلك قد يكون القضاء عاجزاً عن بلوغ العدالة الدستورية.مما يتطلب من القاضي الدستوري فض هذه الخلافات وفق منطق ان لكل مشكلة قانونية إجابة واحدة تكون هي الافضل دون سواها، وان تطوير القواعد الدستورية وجعلها مواكبة لواقع المجتمع أوجبت ان يكون التفسير مبنياً على حماية الشرعية الدستورية، والتي تعد معيار لتبرير شرعية الرقابة على دستورية القوانين. ومن خلال الاستناد على مجموعة من الاسس تحكم دور القاضي في التفسير وفق فكرة الدستور الحي، فهي لا تعد فكرة مطلقة كما قد يتصور منتقدوها بل يحكمها اطار عام يتوجب على القاضي ان لا يتجاوزه، والا عدّ ذلك انتهاكا لمهمته الاساسية بتحقيق العدل وحماية الدستور في الوقت نفسه. إذ يسعى القاضي ومن خلال سلطته التقديرية وما تمتاز به طبيعة صياغة الدساتير من كتابتها بعبارات مقتضبة الى استنباط المبادئ والقواعد الدستورية، على ان يكون ضمن حدود الحياد الموضوعي للقاضي والذي يحكمه معيارين اساسين. اولا، ضمان الاستقلال القضائي ليكون غاية التفسير تحقيق العدل والانصاف دون السماح للضغوط الخارجية من التأثير في راي القاضي سواء أكانت سياسية ام شخصية. ثانيا ان يكون الحكم بما يجعل تفسير النص الدستوري ضمن التوافق الاجتماعي، ليتسنى للجهة المعنية بتنفيذه على الواقع العملي. ونظرا لما تمتاز به طبيعة العلاقات البشرية من التعقيد وعدم امكانية مناهج التفسير التقليدية من تحقيق التوافق بين واقع المجتمع المتغير والنص الدستوري الثابت، الى ضرورة اجراء توازن بين المسائل المتعارضة من قيم او مصالح وفق ما يحقق متطلبات المجتمع وقت وضع التفسير، دون تحيز لأي معيار سوى تحقيق وظيفة الدستور في المحافظة على استقرار النظام القانوني وحماية الحقوق والحريات الاساسية، الامر الذي يتطلب من القاضي ان يمارس سلطته التقديرية وفق ما يتضح له افضل فهم موضوعي للمسألة الخلافية في التعبير عمّا يعده المجتمع امرا اخلاقيا وعادلا حتى لو كان ذلك خلافا لوجهة نظره الخاصة. ومن اجل توضيح الاسس التي يعتمدها القاضي الدستوري عند اداء دوره في التفسير وفق فكرة الدستور الحي، فإننا سنقسم الدراسة الى ثلاثة مباحث. نتناول في المبحث الاول: ماهية فكرة الدستور الحي. وفي المبحث الثاني: الحياد الموضوعي. اما المبحث الثالث: الحكم ضمن التوافق الاجتماعي.

المبحث الاول
ماهية فكرة الدستور الحي
Essence of the idea of a living constitution

يرى جانب من فقهاء القانون الدستوري ان حرفية نصوص الدستور او مقاصد واضعيه قد لا تكفي للتوصل الى فهم النظام الدستوري في المجتمع، لذا ظهر ما يعرف بالدستور الحي لتكيف نصوص الدستور مع ظروف الواقع المعاصر. ولتوضيح ماهية الدستور الحي سنقسم المطلب الى مطلبين. في المطلب الاول: مفهوم فكرة الدستور الحي. اما المطلب الثاني: موقف النظريات التقليدية من فكرة الدستور الحي.

المطلب الاول
مفهوم فكرة الدستور الحي
The concept of the idea of a living constitution

ظهرت فكرة الدستور الحي كنهج قضائي فلسفي في بداية القرن العشرين عند الفقه الانكلوامريكي، نتيجة تأثرهم بـ(فكرة الاختيار الطبيعي) للمدرسة الدارونية الاجتماعية(Social Darwini) (لنظرية Charles (Darwin) عن اصل بقاء الاصناف الحية في علم الاحياء وصولا الى فهم واقع المجتمع، والذي بدوره دفع الى ضرورة تطوير الوثيقة الدستورية لجعلها تتكيف مع احتياجات المجتمع المتجددة[1]. ويستخدم العديد من فقهاء وقضاة القانون الدستوري مصطلح (الدستور الحي) الا انهم لم يضعوا تعريفاً شاملاً ومحدداً له، ومرد ذلك قد يكون الى الغموض الذي يكتنف المصطلح، إذ كان المغزى من استخدام التشبيه بين تطور الدستور والبشرة الحية هو اتصاف الدستور بصفات وخصائص البشرة الحية القابلة للتمدد باطراد، فمن خلال تفسير كلمات نصوص الدستور وجعلها قابلة للتكيف مع واقع تطبيقها، يجعل من الدستور وثيقة حية من خلال استنباط العديد من القواعد الدستورية المختبئة وراء كلمات النص عند مراعاة المدلول الدقيق للكلمات الثابتة في النص الدستوري والغموض الذي يكتنفه عند تفسيره، لتطبيقه على واقع المجتمع المعاصر[2]. لقيت فكرة الدستور الحي التأييد من الجانب السياسي، لإيمانهم ان تقدم الدول يتحقق من خلال تطبيق القاضي فلسفة اجتماعية واقتصادية تتوافق مع الظروف الواقعية في المجتمع دون التقيد بفلسفة الاجيال السابقة. فهناك من اشترط في انتخاب قضاة المحاكم الدستورية ممن يؤمنون بان التفسير لا يتقيد بحرفية صياغة الدستور ومقاصد الآباء المؤسسون[3]. وكان اول من أشار الى الفكرة النائب (Hugh Legaré) عام 1837 مبينا ان الدستور ليس مجرد وثيقة مكتوبة بعبارات جامدة، لان تفسيره يمثل عملية متطورة للسوابق القضائية والتقاليد المستندة لإحكام العدل والانصاف[4].

وفي عام 1927 نشر البروفيسور (Howard Lee McBain) كتابًا بعنوان (The Living Constitution) موضحا فيه فكرة الدستور الحي وفق مقولة القاضي(Oliver W. Holmes) في الحكم بقضية (Missouri v. Holland) عام 1920 الى (ان التعامل مع كلمات دستور الولايات المتحدة الامريكية، ندرك ان في مضمونه كائنًا حيا لم يكن من المتوقع تطوره من قبل واضعيه لمواكبة متطلبات

(1) See: Scott Dodson, A Darwinist View of the Living Constitution, Vanderbilt Law Review, Vol. 61, 2008 , No. 5, 2008, P: 1321- 1347
(2) See: William J. Brennan Jr., The Constitution of the United States: Contemporary Ratification, Text and Teaching Symposium Washington, D.C. Georgetown University, 1985, P: 230-241
(3) See: Mark A. Graber, A New Introduction to American Constitutionalism, Oxford University Press, New York, 2013, P: 67
(4) See: Lawrence B. Solum, Originalism Versus Living Constitution: The Conceptual Structure of the Great Debate, Vol. 113, No. 6, 2019, P: 1246-1256

المجتمع المتجددة)[1]. كما عبر الفيلسوف (Charles Beard) عام 1936 في مقالة كتبها تأييده للفكرة في ان تفسير نصوص الدستور التي يكتنفها الغموض والالتباس يجب ان يكون بصورة عملية ولإمكانية قراءتها في اي لحظة، واكتشاف ما اراد واضعي الدستور قوله في الماضي على المسائل الواقعية وتلبية احتياجات المجتمع المعاصر وجعل الدستور وثيقة قادرة على التطور وبمرور الوقت، لمواكبة التغيير الاجتماعي الذي لم يكن في مخيلتهم حدوثه[2]. وميز القاضي(William H. Rehnquist) عام 1976 بين معنيين لمصطلح الدستور الحي، الاول انه عند تفسير نصوص الدستور ندرك انها تنبض بالحياة، لأنها كتبت بلغة عامة ومتطورة لاستدامة تطبيقها على واقع المجتمع. اما المعنى الاخر- والذي كان محل تأييد الفقه- ان التفسير يعد الممارسة العملية للقضاء الدستوري للدفاع عن حقوق وحريات الافراد في الوقت الذي تتخلى فيه الهيئات الدستورية عن دورها في تكيف الدستور مع متطلبات المجتمع[3].

إذ يمثل القضاء الدستوري ضمير المجتمع والاداة لبلوغ العلو الانساني عند ظروف المجتمع المتغيرة ومن خلال قدرته على تطور الدستور، لأنه يمثل وثيقة قانونية لا تنتهي صلاحيتها خلال مدة محددة، فقد استطاع القضاء الدستوري تطوره بما ينسجم مع التغيير الاجتماعي عند استنباط المبادئ والقواعد الدستورية في اثناء ممارسة اختصاصه بالرقابة الدستورية. فعند وضوح النص يجري الاخذ بالإرادة الحقيقية لواضع النص، اما في حال كانت صياغة النص بشكل مرن يقوم القاضي باستخلاص غاية النص من خلال الظروف الواقعية المعاصرة، وجعل النص القانوني ينسجم مع احتياجات الافراد في المجتمع[4]. وعندما يقوم القضاء بتطور القواعد الدستورية من خلال التغيير الاجتماعي لا يقصد بذلك تشريع دستور جديد، لان القاضي يجب ان يقوم بالتفسير الدستوري ضمن قيود دستورية ولبقاء المعنى الاساسي للدستور والذي يتغير المعنى الغامض للنص، عند عدم استطاعة عملية التعديل المعقدة والصعبة الاستجابة لمتطلبات المجتمع المتجددة، لان التعديل الدستوري يمثل اداة استثنائية لإصلاح واقع المجتمع[5]. لذا يجد مؤيدو فكرة الدستور الحي انه لابد من تغير معنى النص الدستوري، والا يجري تجاهله او يكون عائقا امام تطور المجتمع. وفق منطق ان التفسير هو العملية الفكرية داخل حدود النص لتحقيق التعايش مع الواقع، لان القاضي لا يردد ما جاء في منطوق النص فقط وانما يبحث في اعماق النص ليتمكن من تطبيقه، ولا يتمكن من ذلك الا بعد تفسير النص الذي ينصب على الواقعة المعروضة امام القضاء[6]. مما أوجب على القاضي ان يقوم بالتوازن وفق الأساس المنطقي للتفكير القانوني، وصولا وصولا الى التفسير الافضل الذي يحقق مصلحة المجتمع وقت تطبيق النص اذا كان النص غير واضح، لان طبيعة النصوص الدستورية المجردة وضعت بالصورة التي تسمح بتنظيم مسائل المجتمع المستقبلية، فاذا كان واضحاً فلا يجوز تغير معناه بحجة تحقيق المصلحة العامة. في حين يرى مؤيدي مناهج التفسير التقليدية ان سمو الدستور يفرض ان يكون التفسير ذا اساس قوي وثابت، وتغير معنى الدستور وفق الآراء الشخصية والتي على الاغلب تكون متغيرة يجعل من الدستور مجموعة من الافكار العائمة والقابلة

(1) See: William H. Rehnquist, The Notion Of a The Living Constitution, Harvard Journal of Law & Public Policy , Vol. 29, 1976, P: 402

(2) See: Aileen Kavanagh, The Idea of a Living Constitution, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 16, No. 1, 2003, P:54

(3) See: William H. Rehnquist, The Notion of a Living Constitution, Op. cit., P: 402-403

(4) ينظر: د. حسين جبر حسين الشويلي، قرينة دستورية التشريع، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، 2018، ص: 288 -291

(5) See: Aileen Kavanagh, The Idea of a Living Constitution, Op. cit., P:77

(6) ينظر: د. محمد باهي ابو يونس، الاختصاص الاصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية في النظام الدستوري الكويتي، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص: 7

للتغير من القضاة الذين يصادف وجودهم عند وضع التفسير لفرض افكارهم الخاصة[1]. يرد على هذا الانتقاد ان المعنى الثابت للنص الدستوري لا يتطلب ان تكون العقيدة الدستورية ثابتة، فقد يؤدي المعنى الثابت للنص الدستوري الى مذاهب دستورية جديدة عندما تظهر حقائق او مستجدات جديدة. اما السبب الاخر فعادة ما تستخدم مصطلحات عامة او غامضة عند صياغة الدساتير. هذه الميزة تسمح للقاضي بالتفسير الديناميكي واستنباط القواعد الدستورية التي تتسق مع النص الثابت. ويعود ذلك من وجهة نظر بعض الفقهاء الى التمييز بين عملية التفسير الدستوري والبناء الدستوري. فالتفسير يمثل النشاط الذي يحدد المعنى اللغوي للنص الدستوري، اما البناء الدستوري فهو النشاط الذي يحدد محتوى العقيدة الدستورية والاثر القانوني المترتب على النص الدستوري[2].

المطلب الثاني

موقف نظريات التفسير التقليدية من فكرة الدستور الحي

The position of traditional interpretation theories on the idea of a living constitution

ترتبط مناهج التفسير التقليدية بالنص الدستوري سواء كان بصورة مباشرة كالنظرية النصية او غير مباشرة كالنظرية الأصولية. فالنصية (Textualism) تستند على المعنى الحرفي للنص الذي يتحدد من خلال القاط النص والسياق الذي تبدو عليه هذه الالفاظ وقت التصديق على الدستور دون الالتجاء الى مصادر اخرى خارجية كالأعمال التحضيرية في حسم المسألة المعروضة امام القاضي وهذا ما يفرض الالتزام بمعنى واحد لكلمات النص، حتى لو ترتب على التفسير نتائج غير متسقة مع واقع تطبيقه[3]. لذا فهناك من فقهاء وقضاة القانون الدستوري من يسميه بالتفسير الحرفي، لان القاضي يأخذ بالمعنى الحرفي لكلمات النص وفق ما تضمنتها معاجم اللغة والقواميس لانهم يؤمنون ان الدستور يكون ثابتاً في معناه، لان الالتزام بالفهم النصي دون التأثر بالتغير الاجتماعي او الآراء الشخصية للمفسر والتقيد بنص الدستور والمصادق عليه من قبل الشعب يدعم تحقيق الشفافية في التفسير الدستوري[4]. ما يعزز استقرار استقرار الدستور من خلال الارتكاز على معيار ثابت ذي طبيعة داخلية في النص محققا بذلك اليقين القانوني والتوقع، ولا يكون لآراء القاضي وتوجهاته وخاصة السياسية اثر في معنى النص من اجل تحقيق الحياد القانوني في التفسير[5]. فقد نجد بعض نصوص الدستور صيغت بأسلوب واضح فمثل هذه النصوص الدستورية لا تولد الكثير من الجدل حيال تطبيقها، في حين ان هناك نصوصاً دستورية اخرى على الرغم من كتابتها بلغة واضحة، الا انها لا تقدم لنا مثل هذه التوجيهات المحددة[6]، والتفسير دون مراعاة قيم المجتمع المعاصرة لا يلبي غاية الدستور في حماية الحقوق والحريات، والبحث عن معان الكلمات اللغوية او الاصطلاحية دون مراعاة المعنى الموضوعي لها يؤدي الى حدوث تفاوت بين الواقع ونصوص الدستور، لان المعنى الحرفي لبعض النصوص غير كاف لبيان محتوى القاعدة القانونية[7].

---

(1) See: Aharon Barak, Purposive Interpretation in Law, Princeton University Press, New Jersey, 2005, P:128

(2) See: Lawrence B. Solum, The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning, Notre dame law review Volume 91, Issue 1, Article 1, 2015, P: 10-13

(3) See: William N. Eskridge, The New Textualism, 37 UCLA L. Rev. 1989, P: 622-625

(4) See: Frank B. Cross, The theory and practice of statutory interpretation in the supreme supreme court, Press legal series, 2004, P: 15.

(5) See: Antonin Scalia, A matter of Interpretation, Federal Courts and the Law, Federal Courts and the Law, Princeton University Press, New Jersey 1997, P: 23–38.

(6) See: Brandon J. Murrill, Modes of Constitutional Interpretation, Congressional Research Service, 2018, P: 8- 9

(7) See: William H. Rehnquist, The Notion of a Living Constitution, Op. cit., P: 693 -695

اما الاصولية(Originalism) فقد برز كمصطلح في منتصف ثمانينيات القرن العشرين من قبل الفقيه Paul Brest للتعبير عن التفسير الدستوري وفق المعنى الاصلي للنص، بعد الانتقادات التي وجهت الى النظرية النصية فقام مؤيدوه بالبحث عن معيار اخر يستدلون من خلاله على معنى الوثيقة الدستورية. فتوصلوا الى وجوب ان يفسر القاضي الدستور استنادا الى مقاصد واضعيه والتي تتضح من خلال لغة صياغة النص والاطار العام له والظروف التاريخية لوقت تشريع الدستور والمصادقة عليه[1]، لان القاضي يجب ان يعبر عن القانون لا عن آرائه الشخصية والرجوع الى المصادر الخارجية التي توضح ما اراد واضعو الدستور تحقيقه، والتي تتبين في الاعمال التحضيرية او ملابسات المؤتمر او الجمعية الخاصة بوضع الدستور[2]. وفق منطق ان معنى النص الاصلي ليس فقط في كلماته، انما في النطاق الداخلي الذي صنعه فحروف النص هي مادته ومقاصد واضعيه تمثل روح النص واصفا الدستور كالثمرة التي لها قشرة خارجية تتمثل بالكلمات والالفاظ ونواتها الداخلية هي المقاصد والغاية المرجوة من الثمرة تتضح من خلال نواتها[3]. ويعد الخلاف بين المناهج التقليدية ومؤيدي مناهج الدستور الحي من اكثر الخلافات المثيرة للجدل في الوسط الاكاديمي الدستوري ومنذ قرون عدة في مدى الالتزام القاضي بالفهم الاصلي او مقاصد المؤسسين في التفسير دون مراعاة الظروف العملية، لانهم يرون ان القواعد الدستورية تشبه الحقائق العلمية غير القابلة للتغير. في حين ان هذا يجعل من الدستور وثيقة راكدة في معناها وقاصرة عن التناغم مع متطلبات المجتمع المعاصرة، وان صعوبة تحديد من يكون صاحب القصد الملتجئ اليه في التفسير يثير تساؤلات عدة عن اليات الوصول الى الاعمال التحضيرية ومدى كفايتها في تبرير قصد واضعي النص، لا سيما وان اغلب الدساتير وضعت منذ مدة طويلة، كالدستور الامريكي فقد وضع منذ عام(1787)، اي قبل ما يقارب (235) عاما[4]. فلماذا يتوجب على الامة التي تستند في شرعية دستورها على موافقة المحكومين، ان تشكل المسائل السياسية وفق الالتزامات واضعي الدستور؟ ومن ثم التحكم بمصير الاجيال القادمة من خلال التزام رمزي او روحي. في حين ان هناك الكثير من البنود التي تشكل جوهر الدستور، ولا يمكن الاخذ بالنهج الاصولي في تفسيرها، نتيجة الصعوبات العديدة التي تواجهها، إذ يفرض مؤيدو الاصولية ضرورة الوصول الى فهم الاشخاص الذين شاركوا في صياغة الدستور او تعديلاته في ذلك الوقت[5]. وهنا يتطلب ان يصبح القاضي مؤرخ، وامهر من المختصين بالتاريخ في هذا الجانب، لان المؤرخ عندما يجد مسالة ما لا يفهمها على نحو دقيق يقوم بترك هذه الحقبة بحثا عن اخرى. وهذا غير جائز فيما يخص القاضي فعندما تعرض عليه مسالة ما يتوجب عليه الرجوع الى ما نص عليه الدستور والبحث في تلك الحقبة التاريخية التي صيغ فيها النص، وصولا الى الفهم الصحيح لما يتضمنه النص من مبدأ او قاعدة دستورية[6].ويتطلب الاعتماد على مقاصد واضعي الدستور الدستور ضبط وسيلة الاستدلال او الاستكشاف. فعلى سبيل المثال تعد السجلات من ضمن الاعمال التحضيرية لتشريع الدستور فلا يمكن الاستناد عليها فقط في تفسير نصوص الدستور، لأنها تمتاز عادة بعدم الدقة في الصياغة او عدم مطابقتها لحقيقة الواقع، في حين يتوجب تسجيل التفاصيل المتعلقة بإعداد

(1) See: Frank B. Cross, The theory and practice of statutory interpretation in the supreme court, Op. cit., P: 4

(2) See: Jack M. Balkin, Living Originalism, Harvard University Press, London, 2011, P: 265

(3) See: Robert G. Natelson, The Founders Hemenent: The real Original Understanding of of Original Intent, Ohio state law Journal, Vol. 39, 2007, P:1258

(4) See: Randy E. Barnett, An Originalism for Nonoriginalists, Op. cit., P: 614

(5) ينظر: محاضرات ألقاها الدكتور حسين جبر حسين الشويلي على طلبة الدكتوراه في الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسية، 2020(غير منشورة).

(6) See: David Strauss, The Living Constitution, Op. cit., P: 19

وثيقة الدستور. فالسجلات التي وثقت فيها اعمال مؤتمر فيلادلفيا او الحوارات المتعلقة بالتصديق على الدستور الامريكي قاصرة عن ابراز المقاصد العامة لمعاني نصوص الدستور. ولا تكمن صعوبة الاستناد الى هذه السجلات قلتها بل كذلك كثرتها حيث يتطلب الرجوع الى سجلات التقييم والدراسة في كل ولاية صادقت على الدستور. مما يضطر القاضي الخوض في الظروف السياسية السائدة في تلك الفترة، في حين يفضل ايكال هذه المهمة الى المؤرخ، لان مهمة القاضي ادق من المؤرخ، فلا يطلب منه وصف فترة تاريخية بل ايجاد حل للمسالة الخلافية المطروحة امامه[1]. وبذلك تصبح صعوبة الفهم الواقعي للتاريخ اكثر تعقيدا، لان الخطر ليس في احتمال حدوث خطأ في قصد واضعي النص، وانما قد يكون الخطأ جسيما نتيجة الغموض الذي يكتنف هذه المسائل وعدم الفهم العام لواقع واضعيه. وهذا سيشجع القاضي وكل من اراد تغير النص الدستوري، الادعاء ان الفهم الصحيح للنص حسب رايه الخاص، وبذلك ستفقد الاصولية حجتها تجاه فكرة الدستور الحي في السماح للقاضي بالتلاعب بمعاني نصوص الدستور حسب رايه الخاص، وبحسب ما يعترضون عليها بهذا الشأن[2]. واذا ما افترضنا انه جرى التوصل الى فهم قصد واضعي النص، فقد تكون هناك صعوبة توافق الفهم التاريخي مع الواقع المعاصر قد تبدو هذه الحجة معقدة، الا انها في الحقيقة واضحة ومهمة لان السؤال المتعلق بالإجراء الذي يجب اتخاذه في حال تغير ظروف واقع التطبيق، يطرح في كل وقت وعلى كل شخص يتوجب عليه اتباع توجيهات شخص اخر لم يعد بينهما اتصال. فعندما يقوم القاضي بالتفسير وفق فكرة الدستور الحي ليس انه قادر فقط على اقرار التغير وفق معيار اخلاقي او عملي وقبوله، بل لابد من اتساق تفسيره مع واقع المجتمع، وان ما تتمتع به نصوص الدستور من جمود وعمومية ساعدت القاضي في ايجاد الحل لهذه الصعوبات، من خلال اتباع منهج التفسير والذي يتكيف مع ظروف المجتمع[3]. فالتعديل الثاني للدستور الامريكي يقر بحق المواطن بالاحتفاظ بسلاح في بيته للدفاع عن نفسه، وفق قصد واضعي الدستور الامريكي في ان يتمتع كل مواطن بهذا الحق في مجتمع يعد صغيراً ومتجانساً نسبياً مقارنة بالواقع الحالي[4]. فالأسلحة في ذلك الوقت تعد بدائية وكان هناك صعوبة التنقل معها، فهل اراد واضعو التعديل منح هذا الحق للمواطن في واقع المجتمع الحالي؟ كما ومنح الدستور الكونغرس سلطة تنظيم التجارة بين العديد من الدول. وفي الوقت الحالي توسع نطاق هذه السلطة من خلال تنظيم التجارة بين الولايات وفق البند ذاته، واستنادا الى نظرية السلوك بين الدول له صلة بالولايات الاخرى والاثر ذاته فيما يخص السلع التجارية المتداولة بين الولايات. فلم يكن في نية واضعي الدستور منح كل هذه الصلاحيات للكونغرس فعندما وضعوه كانوا يعبرون عن كيفية التجارة في مجتمعهم في ذلك الوقت، فماذا سيكون فهم واضعي الدستور والمجتمع الذي صوت عليه عام (1787) عن سلطة الكونغرس في بند التجارة مع التطور الحاصل في المجتمع الامريكي، من ناحية النقل والاتصالات والتكنولوجيا والمؤسسات التجارية والمالية[5].

وتعد مواجهة حجة جيفرسون غاية في الصعوبة بالنسبة للأصوليين في التزام جيل بما اقره جيل اخر مشكلة رئيسية. فقد اكد (Thomas Jefferson) ومعه الكثيرون في الايام الاولى لتأسيس الولايات المتحدة الامريكية، فالجيل الذي عاش في القرن السابع عشر يختلف عن الجيل الحاضر وفي كافة كل

(1) See: Antonin Scalia, Originalism: the lesser Evil in philosophical problems in the law, University of Cincinnati, 1989, P: 163

(2) See: David Strauss, The Living Constitution, Op. cit., P: 21-22

(3) See: Jack M. Balkin, How Social Movement Change (or fail to change) the Constitution: the case of the departure suffock, Rev: 1, Vol. 39, 2005, P: 27

(4) ينظر: محاضرات ألقاها الدكتور حسين جبر حسين الشويلي على طلبة الدكتوراه في الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسية، 2020(غير منشورة).

(5) See: David Strauss, The Living Constitution, Op. Cit., P:23.

نواحي الحياة، ومن مجتمع الى اخر[1]. في حين ان الدستور وثيقة تداولية يتم صياغتها معا لغايات مشتركة، ليوفر لأفراد المجتمع في ظل نظام ديمقراطي فرصة لهم في صياغة مستقبل مشترك، يكون على مستوى عالٍ من الشرعية فيما لو كان قد صيغ من فرد واحد، وليمثل التفسير الدستوري أداة للبناء الدستوري من خلال تحقيق الانسجام بين متطلبات الحياة الاجتماعية والنظام القانوني، ويعكس سياسة الفلسفة الانتقائية والتي تأخذ في اعتبارها عند اجراء التوازن احتياجات المجتمع الحالية والمستقبلية[2].

المبحث الثاني

الحياد الموضوعي

objective impartiality

تتجلى شرعية الرقابة على دستورية القوانين في استناد القاضي عند التفسير الدستوري على الحياد الموضوعي والذي يتمثل في الاستقلال القضائي، وان يكون حكمه ضمن التوافق الاجتماعي. ومن اجل توضيح ذلك سنقسم المبحث الى مطلبين. في المطلب الاول سنتناول الاستقلال القضائي. وفي المطلب الثاني الحكم ضمن التوافق الاجتماعي.

المطلب الاول

الاستقلال القضائي

Judicial independence

يشير مصطلح استقلال القضاء (Judicial Independence) بشكل عام الى قدرة القضاء على الفصل في المنازعات وبغير الخضوع في مضمون الحكم الا للقانون، لان الاستقلالية تتطلب ان يكون القاضي على حياد وتجرد من اية غايات في تفسيره. لذا عرف انه تحرر القاضي وفي اثناء مباشرته بمهامه من تأثير الاشخاص والمؤسسات فيما يصدره من حكم قانوني[3]. وان سلطة القاضي التقديرية لا تنتهك مبدأ الحياد عند ممارسة دوره القضائي، لان مبدأ الحياد لا يسهم بأي صورة كانت بالتحري وجمع الادلة بنفسه بل يستخدم سلطته الايجابية بتقديم الدليل ومن ثم تقديره لتلك الادلة[4]. لذا يتناول مصطلح استقلال القضاء مسألتين متداخلتين هما، الاستقلال المؤسسي لسلطة القضاء الدستوري، ويكون ذا طبيعة خارجية تتعلق بكل ما تملكه سلطات الدولة -المتمثلة بالسلطتين التنفيذية والتشريعية- بالتأثير على سلطة القضاء في اداء مهمتها، في حماية حقوق وحريات الافراد ضمن اطار سيادة القانون، ومن حيث الجوانب الادارية والمالية والتأديبية المتعلقة بعمل القضاة. ومن جانب اخر يشير المصطلح الى الاستقلال الذاتي للقاضي، ويكون ذا طبيعة داخلية، ويتمثل بمدى قبول القاضي بالخضوع بذاته، لغير سيادة القانون في التفسير[5]، وان لا يكون مرتبطا بأطراف النزاع او خاضعا لتأثيرهم، وان تكون معاملتهم وفق مبدأ المساواة وعدم وجود مصلحة شخصية له في حكمه، وصولا الى احقاق الحق وفق مبدأ العدل، والذي يشكل احدى القيم الاساسية للنظام القانوني في مجتمع ديمقراطي ومعيار لتقييمه، وفق منطق ان كل شخص يملك حقا دستوريا بان يعامل على اساس مبدأ المساواة ولا يمكن للدولة ان تتجاوزه في سبيل

---

(1) كتب Thomas Jefferson الى James Madison عام 1789 " ان الارض تعود لمن يعيش عليها نحن لا نكون قد خالفنا قانون الطبيعة اذا قلنا ان اي جيل يعد بمثابة أمة مستقلة عن الامة الاخرى". ينظر:

David Strauss, Common Law Common Ground and Jefferson's Principle, 112 Yale Law Journal 1717, 2003, P: 1721.

(2) See: Beau Breslin, From Words to Worlds, Op. Cit., P: 19

(3) See: Stephen J. Shapiro, The Judiciary in the United States: A Search for, Fairness, Independence and Competence, Georgetown Journal of legal ethics, Vol. 14, 2001, P: 668

(4) ينظر: د. جعفر صادق هاشم، سلطة القاضي التقديرية في استنباط القرينة القضائية، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية السياسية، العدد الرابع عشر، السنة العاشرة، 2018، ص: 208

(5) ينظر: د. محمد المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان- واهم النظم الدستورية والسياسية في العالم، العالم، بيروت، 2002، ص: 371-372

تطور المجتمع، مما يتوجب على القاضي ان يتخذ الحكم تحقيقا للعدالة في حسم القضايا الخلافية المعقدة[1]. فقد اتفق فقهاء القانون على ان معيار الحكم الرشيد العادل (Just Good Governance) يعد الاساس في تقييم مستوى الاداء القضائي وتحديد مدى انتشار الفساد الاداري والمالي ونسبة المشاركة السياسية في صنع الحكم القضائي، والذي يستند بدوره على مدى استقلال القضاء تحقيقا لسيادة القانون. ومن هنا جاءت فكرة الفيلسوف اليوناني ارسطو بوصف مبدأ استقلال القضاء بصورة امرأة معصوبة العينين مؤكدا على ان اقتران مبدأ استقلال القضاء بمبدأ العدل مسالة حتمية وبصورة تجعلهما متلازمين. وبرزت اهمية استقلال القضاء الدستوري في انه يشكل ضمانا للحفاظ على الحقوق والحريات الاساسية للإفراد، لان اثر الحكم الدستوري يتجاوز قاعدة نسبية الخصومة القضائية بسريان اثر القاعدة الدستورية ليس تجاه المحكمة فقط او اطراف الخصومة بل على افراد المجتمع كافة والمعنين بموضوع التفسير[2]. لذا تحرص الدساتير وبمختلف النظم القانونية على كفالة ضمانات استقلال القضاء الدستوري بصفة عامة، من اجل تعزيز قوة القضاء بوصفه بناءً مؤسسياً في مواجهة سلطات الدولة الاخرى او لتحديد العلاقة بينهما، ليؤكد النص الدستوري على ان يتقن القاضي عمله بحيدة واستقلالية عند الفصل في المسائل المعروضة عليه وعلى اساس الوقائع والقانون لا الغايات الذاتية، لان بلوغ العدالة تتطلب ايجاد الحل القانوني بعيدا عن تدخل السلطات الاخرى دون اية قيود او تأثيرات غير سليمة او اية اغراءات او تهديدات او تدخلات مباشرة او غير مباشرة ولأي سبب كان[3]. فقد اكدت دساتير مصر المتعاقبة للأعوام (1971 و 2012 و 2014) على استقلال المحكمة الدستورية العليا عن سلطات الدولة الاخرى (التشريعية والتنفيذية)[4]. وكذلك دستور العراق لعام 2005 فقد اكدت في المادة (91/ اولا) على استقلال المحكمة الاتحادية العليا ماليا واداريا[5]. الا ان الاستقلال القضائي لا تتوقف كفالته فقط على النصوص التنظيمية لعمل محاكم القضاء الدستوري، بل مرهون كذلك بالممارسة العملية، لأنه يمثل نتاج علاقة القوى الفاعلة في المجتمع وفق مبدأ الفصل بين السلطات، ليعبر لا عن قضية قانونية وانما يتجاوز مسالة تنظيمه ولتداخل سلطة القضاء الدستوري مع سائر ظروف واقع المجتمع ولاسيما السياسية منها[6]. إذ تشكل الية تعيين قضاة محاكم القضاء الدستوري احد المسائل الدقيقة، والتي تؤثر في كفاءة القضاء واستقلاليته في ضمان عدالة المتقاضين لارتباطها بالنظام السياسي والقيم السائدة في المجتمع، فقد تكون ايديولوجية القاضي ومعتقداته اساس الترشيح قبل البحث عن مدى جدارة وكفاءة المرشح للعمل في محاكم القضاء الدستوري، ولضمان ان تكون المناقشات داخل المحكمة وفق التوجهات السياسية التي يؤيدونها[7]. ففي القضاء الدستوري الامريكي فان عملية اختيار قضاة المحكمة العليا تتسم بالطابع السياسي، لأنها تتوقف على اغلبية سلطة الرئيس الامريكي في مجلس الشيوخ لتولي المنصب، والتي قد تسمح له بتمرير الترشيح داخل مجلس الشيوخ[8]. فاللجنة القضائية في مجلس الشيوخ ومنذ عام 1868 وحتى الان تقوم وقبل عملية التصويت لاختيار قضاة المحكمة العليا بجمع معلومات عن المرشح وتوجهاته في بعض المسائل المعروضة على المحكمة من اجل التوصل الى مناهج التفسير الدستوري

(1) See: John Rawls, A Theory of Justice, Belknap Press,1971, P:180
(2) See: Aharon Barak, The judge in a democracy, Princeton University Press, United Kingdom, 2006, P: 102
(3) See: John Rawls, A Theory of Justice, Op. Cit., P: 450- 456
(4) ينظر: المادة (174) من دستور مصر 1971 الملغي، والمادة 175 من دستور 2012 الملغي، والمادة (191) من دستور 2014 المعدل.
(5) ينظر المادة (91/ اولا) من دستور العراق لعام 2005
(6) ينظر: د. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الانظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص: 269
(7) ينظر: د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، دراسة مقارنة، مكتبة رجال القضاء، 1999، ص: 41
(8) ينظر: البند الثاني من الفقرة الثانية من المادة الثانية من الدستور الامريكي لعام 1787.

المرجحة لديه، وقد يصل في بعض الاحيان الاستبيان وبشكل مباشر عن رايه بشان منهج الاصولية والدستور الحي. ويعد موقف الرئيس الامريكي(Roosevelt) ومحاولته التدخل في سياسة المحكمة لتمرير سياسته الاصلاحية بعد فترة الكساد الكبير مثالا على تدخل السلطات الاخرى في سياسة القضاء الدستوري[1]. ولم يحدد دستور مصر عام 1971 الية تعيين قضاة المحكمة الدستورية العليا، وانما ترك تنظيم ذلك الى قانون المحكمة رقم 48 لسنة 1979 (المعدل)، والذي بدوره ميز بين الية اختيار رئيس المحكمة من قبل رئيس الجمهورية دون مشاركته في ذلك اي سلطة اخرى وبين اختيار اعضاء المحكمة، والتي جعلها كذلك برئيس الجمهورية وبعد الاستئناس براي المجلس الاعلى للهيئات القضائية. وبذلك يتضح هيمنة السلطة التنفيذية على تعيين قضاة المحاكم الدستورية[2]. اما دستور عام 2014 النافذ فقد عدلت المادة (193/ ثالثا) في عام 2019 لتحدد الية تعيين رئيس المحكمة الدستورية العليا ونائبيه تاركا تنظيم ذلك الى قانون تشكيل المحكمة[3]. وكذلك الامر فيما يخص دستور العراق عام 2005 فلم يحدد الية الية تعيين قضاة المحكمة الاتحادية، وانما ترك ذلك الى قانون تشكيل المحكمة والذي يسن بموافقة اغلبية مجلس النواب ونُظم ذلك بقانون رقم (30 لسنة 2005) والمعدل بقانون رقم (25 لسنة 2021). كما انه اشار الى ان المحكمة الاتحادية هي احدى الهيئات القضائية التي يكون مجلس القضاء الاعلى الجهة المختصة بالإدارة والأشراف وتنظيم الميزانية السنوية لهيئات السلطة القضائية الاتحادية[4].

والضمانة الاخرى التي تحرص الدساتير على كفالتها في سبيل ضمان استقلال القاضي الدستوري، وعدم تركها للمشرع لتنظيمها تتمثل بعدم عزل القاضي من منصبه، ولكفالة عدم مساومته بين بقاءه في منصبه وبين مواقفه واتجاهاته القضائية[5]. الا ان هذا لا يعني مانعا من عدم انهاء خدماته لأسباب قانونية او تأديبية او صحية او بلوغه سن التقاعد وانما لتأكيد استقلال القضاء من مثالب السلطتين الآخرتين، وفي الوقت نفسه لها طابع ذاتي في عدم بث الخوف والرعب في نفس القاضي. فواضعو الدستور الامريكي ادرجوا على اتباع تقاليد يرجع تاريخها الى عام 1688، في ضمان بقاء القضاة بمناصبهم طول بقائهم على قيد الحياة، الا انهم وكأي مسؤول في السلطة الاتحادية تكون وسيلة عزلهم عن طريق الاتهام الجنائي، ومن خلال ممارسة الكونغرس سلطات قضائية عند تقديم اتهام من احد اعضاء المجلسين او اللجنة المختصة بالمجلسين، وبعده يحال الطلب الى مجلس الشيوخ والذي لا يصدر قراره بالعزل، الا بعد موافقة ثلثي اعضاء مجلس الشيوخ. وتجدر الاشارة الى انه لم يُعزل اي قاضي من قضاة المحكمة العليا، نتيجة عدم توافق رايه مع التوجهات السياسيين[6].وقد كفل المشرع الدستوري المصري هذه الضمانة ومن خلال النص صراحة على عدم عزل قضاة المحكمة الدستورية العليا[7]. الا انه ترك تنظيم حالات مساءلتهم الى قانون تشكيل المحكمة. والذي بدوره عمد الى توضيح ذلك، وكان بصورة ضيقة في النص على عدم جواز نقل القاضي الدستوري الى وظيفة اخرى الا بناء على موافقته، والا شكل ذلك انهاء لوظيفته القضائية في المحكمة[8]. اما دستور العراق لعام 2005 فقد أكد في المادة (97) منه على عدم عزل قضاة المحكمة الاتحادية، ليؤكد ان تحديد مدة عضوية القاضي الدستوري او امكانية عزله وسيلتين لغاية واحدة هي عدم انتهاك استقلال القضاء وحيادتيه. ليشكل معيار استقلال القاضي الاساس لاستقلال

(1) See: William H. Rehnquist, The Notion Of a The Living Constitution, Op. Cit., P: 401
(2) ينظر: المادة (5) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 المعدل، المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد بالعدد 36 في 6 /9/ 1979.
(3) ينظر الى التعديل الدستوري في عام 2019، المنشور بالجريدة الرسمية العدد (15) مكرر (ج) في 17 ابريل 2019.
(4) ينظر الى المواد 89 و 90 و91 اولا وثالثا والمادة 92/ ثانيا من دستور العراق 2005
(5) ينظر: المادة الثالثة الفقرة الاولى من الدستور الامريكي 1787
(6) ينظر: د. محمد كامل عبيد، مصدر سابق، ص: 191-192
(7) ينظر: المادة 177 من دستور 1971 الملغى، والمادة 186 والمادة 194 من دستور 2014.
(8) ينظر: المادة 11 من قانون تشكيل المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1978

القضاء الدستوري، لان طبيعة النص والمسائل المراد تطبيقه عليها تمنح القاضي الدستوري مهمة ادق واخطر عن غيره من المسؤولين[1]. اذ واجه مدى تأثر الاحكام القضائية بأيديولوجية القاضي خلاف في الفقه الانكلوامريكي، إذ قسم القضاة بحسب توجهاتهم الى محافظين والذين ينادون بتقيد النشاط القضائي من خلال الالتزام بحرفية النص وما قصده واضعو الدستور. اما الاتجاه الثاني وهم المتحررين الذين يجيزون التفسير القضائي دون التقيد بحرفية النص او قصد واضعيه، لأنه لابد من مراعاة قيم المجتمع المعاصرة. وهناك اتجاه ثالث يقف باتجاه معتدل بين توجهات المحافظين والمتحررون، وهم المعتدلين. ولقد بلغ الخلاف ذروته عند نشأة الرقابة على دستورية القوانين، ففي عام (1887) كان الاتجاه المحافظ هو المسيطر على توجه المحكمة العليا في التفسير وحتى عام (1937) اصبحت المحكمة متوازنة في توجهاتها فقد تشكلت من ثلاثة محافظين وثلاثة ليبراليين وثلاثة معتدلون[2]. اما الفقه اللاتيني والمتبع في قضاء مصر والعراق فان الاحكام القضائية تصدر من محاكم القضاء الدستوري باعتبارها وحدة متكاملة غير قابلة للتجزئة وفق اراء القضاة، وعلى خلاف الفقه الانكلوامريكي الذي يسمح للقاضي ان يكتب رايه بمعزل عن قرار الحكم على الرغم من مشاركته مع هيئة المحكمة، ومن ثم يعكس استقلال القاضي وفق أيديولوجيته الخاصة. فهناك من يجد في اسلوب الفقه اللاتيني مزية تتمثل بأن القاضي يعطي رأيه في القضية بحياد دون محاولة التأثير فيه، لان الحكم يصدر باسم المحكمة دون السماح للخصوم او المسؤولين في الدولة من معرفة راي كل قاضي على انفراد، كونه قد يشكل تهديدا على حياة القضاة وقدرتهم على حماية الدستور وفق آرائهم والتي قد تكون معارضة لراي جهات اخرى[3].

يتضح من ذلك ان الممارسة العملية لمبدأ استقلال القضاء يعد اساس نسبي التطبيق، لان القاضي محكوم بالفلسفة السياسية التي يستند اليها النظام القانوني في المجتمع، فالمشرع عندما يقوم بسن قانون تنظيمي لعمل محاكم القضاء الدستوري، فانه يكون وفق أطار النظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي في الدولة. ولقد أكدت الممارسة العملية للتفسير في ان ضمان الاستقرار التنظيمي للقضاء الدستوري تستوجب عدم اهدار استقلال القاضي، ما دعا الفقه الدستوري الى اعطاء اهمية لتوجهات القاضي الاجتماعية والسياسية والثقافية، لأنها ستؤثر في السياسة القضائية التي يتبعها القضاء الدستوري في حسم مسائل الواقع[4]. ومن اجل تحقيق الحياد الموضوعي، فانه يقع على القاضي عبء ان يأخذ تقييما اخلاقيا لنفسه في التمييز بين غاياته الشخصية وبين ما يتقبله المجتمع بصورة عامة. ومن خلال الفصل وبشكل واضح بين معتقداته كونه فرداً ومعتقداته بوصفه قاضياً والتمييز بين عقيدته الخاصة وبين عقيدة المجتمع، وتقبل الانتقاد الموجه اليه عندما تكون اراءه الخاصة غير مقبولة اجتماعيا وبشكل عام[5].

إذ تمثل وظيفة القاضي في ضوء التغيير الاجتماعي المحافظة على استقرار النظام القانوني ومن خلال التعبير عن القيم الاساسية في المجتمع، والتي تتوافق مع المسالة الخلافية من وجهة نظره، لان التفسير القضائي نتاج التوازن الدقيق للعلاقة بين الفرد والمجتمع من جهة، والفرد والدولة من جهة اخرى، وهذا يعد الغاية الاساسية من وضع الدستور. لذا قد يواجه القاضي في تنظيم التعارض الدستوري الى ضغط كبير، لذا فانه يظهر فلسفته نتيجة معتقداته عن ضبط النفس القضائية، وبذلك يكون الراي الشخصي

(1) ينظر: المادة 97 من دستور العراق لعام 2005

(2) See: Frank B. Cross, The Theory and Practice of Statutory Interpretation in the Supreme Court, Op. cit., P: 51

(3) ينظر: د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين وملامحها الرئيسية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1960، ص: 10

(4) See: Stephen J. Shapiro, The Judiciary in the United States: A Search for, Fairness, Independence and Competence, Op. cit., P: 667

(5) See: Frank B. Cross, The Theory and Practice of Statutory Interpretation in the Supreme Court, Op. cit., P: 10-14

حاضرا دائما[1]. لأن القاضي الدستوري لا يعمل في فراغ بل هو جزء من النظام القانوني في المجتمع الذي يعيش فيه ومن المؤكد انه يتأثر بالحركات الفكرية والقانونية. ولا يعني مراعاة التغيير الاجتماعي يؤدي دائما الى حل استثنائي وعدم اللجوء الى القيم الفردية، وانما يتخذ الحكم وفق أفضل تفسير للنص، وضمن نطاق النظام القانوني المعاصر والسوابق القضائية، ليمثل نتاج ما يملكه القاضي من خبرة ومقدرة علمية لإداء دوره القضائي[2]. وفي الوقت نفسه يجب ان يكون تفسيره في حدود اليقين والتجربة لتحقيق الاتساق بين الاستقرار والتغيير وبين المنطق والعاطفة، لان غاية مبدأ استقلال القضاء ليس تأمين الحرية الكاملة للقاضي في ممارسة اختصاصه، وانما ضمانة للأفراد في ان القاضي سيصدر احكام من وحي عقله دون تدخلات من جهات اخرى، لتحريف العدالة التشريعية عن مسارها. لان وجود نظام عادل ومنصف يسعى لإقامة العدل وحماية حقوق الانسان مرهونا بالاستقلال القضائي للحفاظ على نزاهة القاضي وحياده في الحكم الدستوري[3].

المطلب الثاني

الحكم ضمن التوافق الاجتماعي

Judgment within social consensus

يرتبط اتباع القاضي لنهج الدستور الحي بحدوث تغير في واقع المجتمع عند تطبيق النص الدستوري، لأنه يكون وعلى الاغلب قد وضع في ظل ظروف مغايرة لاحتياجات الحياة الاجتماعية او الاقتصادية او السياسية المعاصرة، ولم يكن بمقدور واضعي الدستور توقع حدوثها عند صياغته[4]. فقد ساعدت الاثار المترتبة على التطور الصناعي والاجتماعي بعد الحرب العالمية الاولى، الى ضرورة اتباع تفسيرا يتوافق مع ظروف الواقع مع ثبات النص الدستوري، لأنه التفسير يعد وسيلة الواقع للتحول الدستوري، نتيجة التغيير الاجتماعي، وبخلافه يكون القضاء عاجزاً عن بلوغ العدالة الدستورية، لان غاية الدستور تنظيم العلاقة بين الافراد ومؤسسات الدولة، او بين الافراد انفسهم. مما يوجب ان يكون الدستور قادراً على التكيف مع متطلبات الافراد وضمن التوافق الاجتماعي، وديمومة نصوصه، وتكييف معناها مع ظروف واقع تطبيقها[5]. ونظرا لعدم قدرة مناهج التفسير التقليدية على مواجهة التحديات الناشئة عن التغيير الاجتماعي، والذي يتسبب بحدوث فجوة بين ايديولوجية الافراد والدستور، لان التغيير الاجتماعي يدل على ما اراده الافراد في المجتمع وقت حدوثه، وان الدستور يعد بمثابة قانون وضعي يعبر عن القيم والافكار الايديولوجية في التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي في المجتمع، قبل ان يكون تنظيما لسلطة الدولة[6]. لذا فان مواجهة التباين بين التغيير الاجتماعي وثبات نصوص الدستور، يكون اما بطريقة مباشرة بأجراء تعديل دستوري او بطريقة غير مباشرة بتكيف النص مع ظروف المجتمع ومن خلال اتباع اسلوب التفسير المتطور[7]. هنا يرد في اذهاننا تساؤل مفاده، ماذا لو طبقنا المنهج التقليدي في تفسير النصوص المجردة على واقع المجتمع الحالي؟

---

(1) See: Brennan, William J. Jr., Construing the Constitution, U.C. Davis Law Review, Vol. 19, Issue 1, 1985, P: 2-14

(2) See: William H. Rehnquist, The Notion of a Living Constitution, Op. Cit., P: 696- 697

(3) See: Aharon Barak, The judge in a democracy, Op. Cit., P: 110

(4) ينظر: د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين وملامحها الرئيسية، مصدر سابق، ص:8

(5) See: William J. Brennan Jr., The Bill of Rights and the States: The Revival of State Constitutions as Guardians of Individual Rights, New York University Law Review, Vol. 61, Issue 4 (October 1986), P: 535-553

(6) See: David Strauss, The Living Constitution , Op. cit., P: 10

(7)See: William H. Rehnquist, The Notion of a Living Constitution, Op. cit., P: 693-694

للإجابة عن هذا التساؤل، سنتصور فيما لو قامت المحكمة العليا الامريكية بتفسير الدستور وفق المعنى الاصلي له فستكون، اولا، سياسة التمييز العنصري في المدارس العامة عملا دستوريا الى وقتنا الحالي. في حين ان المحكمة العليا قامت بإلغاء سياسة التمييز العنصري في المدارس، وعلى اساس العرق ومن خلال حكمها في قضية (Brown v. Board of Education) وفق مبدأ الحماية المتساوية الوارد في التعديل الرابع عشر. إذ يدعي الاصوليون ان اصل المساواة العرقية مقصودة في التعديل الرابع عشر[1]. في حين ان الواقع يشير الى انه وعند اجراء التصويت على التعديل كان هناك تمييز في التعامل العنصري يحصل في قاعات مجلس الشيوخ. وكذلك الامر في الولايات الشمالية والتي كانت ذات التعصب الاقل، اذ كان لا يسمح للمواطنين السود الالتحاق بالمدارس العامة، وان أجازت ذلك وفي حالات قليلة، فيكون هنالك تمييز في التعامل على اساس العرق[2]. وفي قضية (Brown) كانت المحكمة العليا متأكدة ان قرارها سيلاقي اعتراضاً، لأنها لم تأخذ بمقاصد واضعي التعديل، الا انها اتخذته نتيجة الظروف التي شهدها الواقع الامريكي، في ذلك الوقت. لذا بررت المحكمة قرارها في انها لا تستطيع ارجاع عقارب الساعة الى سنة اقرار التعديل، أي عام (1868)[3]، واشارت في حكمها الى انها لم تتمكن تتمكن من الوصول الى الادلة التي تثبت ان الكونغرس وعند تقديم مشروع التعديل كان يقصد منه الغاء التمييز العنصري في المدارس العامة[4]. ثانيا، الابقاء على حرية التمييز ضد المرأة من قبل الحكومة. فمنذ فترة السبعينيات والمحكمة العليا تستند على مبدأ الحماية المتساوية لمنع التمييز ضد المرأة، فلم يمكن هناك تصور وعند التصديق على التعديل الرابع عشر في ان المقصود منه الحد من التمييز على اساس الجنس، لأنه كان يقر في الواقع التمييز بين الرجل والمرأة ليكون الناخبون من الرجال فقط. حتى ان مجموعة من الناشطات النسويات أقمن حملة كبيرة ضد التعديل الرابع عشر، لأنه يعد بمثابة اقرار دستوري بالتمييز ضد المرأة من وجهة نظرهن[5]. وما يؤكد الراي، ان الكونغرس قدم في فترة اقرار التعديل كمشروع قانون، يسعى الى حماية المرأة من التمييز، الا انه رفض ولعدم التصويت عليه من عدد كافٍ من الولايات. في حين ان المحكمة العليا اتجهت في احكامها، ومنذ فترة السبعينات وحتى وقتنا الحاضر الى إلغاء التمييز ضد المرأة، مستندة في ذلك الى مبدأ الحماية المتساوية[6]. ثالثا، يصبح من حق حق الحكومة الاتحادية الاستمرار بالفصل ضد الاقليات او اي شخص اخر، متى ما ارادت ذلك. في حين ان حرفية التعديل الرابع عشر تشير الى انه وضع قيداً، على سلطة الولايات لا على الحكومة الاتحادية. لأنه وضع بعد الحرب الاهلية، والتي حدثت بسبب سياسة الحكومة في التمييز العنصري، وحسمت الحرب لصالح الحكومة الاتحادية، والتي بدورها ارادت استثمار الانتصار بوضع التعديل الرابع عشر، الا ان المحكمة العليا استخدمته لتقييد سلطة الاتحاد. وبالتالي لا يمكن قبول حجة النهج الاصولي، في ان المقصود بمصطلح (سلطة الولايات) في وقت صياغة نص التعديل، في انه يدل على سلطة الولايات والسلطة الاتحادية. وفي اليوم الذي اصدرت المحكمة العليا قرارها في قضية (Brown) عام 1954، اصدرت قرارا اخر موجها الى الحكومة الاتحادية، بمنع اتباع سياسة الفصل العنصري في المدارس، واستنادا الى مبدأ الحماية المتساوية. ومنذ ذلك الوقت والمحكمة العليا تطبق بنود التعديل الرابع عشر، كبند للحماية المتساوية، والاجراءات القانونية الواجبة ضد حكومة الولايات والحكومة الاتحادية على حد سواء دون اي اعتراض دستوري على ذلك[7]. ويدعي بعض الاصوليين ان المحكمة العليا عندما تأخذ

(1) See: Antonin Scalia, A matter of Interpretation, Op. cit., P:68-69
(2) See: David Strauss, The Living Constitution, Op. cit., P:12
(3)See: Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483, 1954.
(4) ينظر: د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: 417-418.
(5) See: Jack M. Balkin, Living Originalism, Op. cit., P:45
(6) See: David Strauss, The Living Constitution, Op. cit., P:13
(7) Ibid, P:15

بمبدأ الحماية المتساوية، تستند الى التعديل الخامس. هذا الافتراض يعد غير منطقي مطلقا، لان التعديل الدستوري وضع عام 1791 والغاء التمييز العنصري في ذلك الوقت لم يكن جائزا والتمييز في المعاملة كانت قائمة على اساس العرق والجنس[1]. رابعا، وثيقة الحقوق لن تطبق على سلطة حكومة الولايات. فلو تفحصنا الدستور الامريكي فلا نجد قيد على سلطة الولايات بشأن حرية الاعتقاد الديني او حرية الراي، ولا نجد قيد بخصوص منع التفتيش او القبض غير الاصولي او اي حق ورد في الوثيقة، لأنها قيدت سلطة الحكومة الاتحادية وليس سلطة الولايات. في حين ان اغلب قرارات المحكمة العليا قد اتجهت نحو تطبيق وثيقة الحقوق على حكومة الولايات، وبعد محاولات لإقناعها بذلك. ففي عام 1833 رفضت المحكمة في قضية (Barron v. Baltimore) الاخذ بالتفسير الواسع لنصوص الوثيقة مستندة في ذلك الى حرفية نص الوثيقة (لن يسن الكونغرس أي قانون ...)، وعدم وجود ما يدل على ان واضعي الوثيقة قد قصدوا تطبيقها على حكومة الولايات[2]، وبعد المصادقة على التعديل الرابع عشر عام 1868 قررت المحكمة بحكمها في قضية مذبحة لويزيانا عام (1873)، رفض امتداد تطبيق شرط الامتيازات والحصانات المدرجة في التعديل الاول على حكومة الولايات[3]. وبعد عام 1925 وسعت المحكمة ومن خلال حكمها في قضية (Gitlow v. New York) تفسير حرية التعبير وحرية الصحافة بموجب التعديل الاول، لتطبق على سلطة الولايات كذلك واستنادا الى التعديل الرابع عشر[4]. وفي قضية (Abington School District v. Schemp) عام 1963 حاول القاضي (Brennan) الاستناد في حكمه على مقاصد واضعي التعديل الاول في تبرير الفصل بين الدولة والدين على حكومة الولايات وفق التعديل الرابع عشر، الا انه وبعد ما يقارب (37) صفحة قدمها لتوضيح ذلك انتهى بحثه الى غموض الممارسات التاريخية في توضيح مقاصد واضعي التعديل الاول بشان حرية الدين والتفسير الدستوري يجب ان يكون متسقا مع قيم ومتطلبات المجتمع المتجددة[5]. اما المحكمة الدستورية العليا في مصر فقد اقرت بعدم دستورية المادة الثانية من قانون رقم (32) لسنة 1963 بما تضمنته من سريان العقوبات الانضباطية باثر رجعي، مستندة في حكمها الى ان تفسير نصوص الدستور يجب ان يكون وفق متطلبات المجتمع المتجددة. لان الدستور يعد وثيقة متطورة لا تتعلق بالفترة الماضية على تشريعها، وانما تحمل في مضمونها ما يجعلها تتكيف مع متطلبات المجتمع وبمجالات التطور كافة في البيئة الاجتماعية[6].

ولقد اوضحت المحكمة الاتحادية العليا في احكامها انها تبحث عن معنى النص من خلال احكام نصوص الدستور بالكامل وصولا الى المعنى الذي يتوافق مع مجموعة احكامه، وبما لا يتعارض مع مجال تطبيقها وفق متطلبات المجتمع. فقد اقرت عند تفسير المادة (49/ رابعا) من دستور 2005 ان نسبة تمثيل النساء في مجالس المحافظات بما لا يقل عن الربع، مستندة في ذلك الى نسبة تمثيل النساء في مجلس النواب، وبما يحقق وحدة القصد من اشراك النساء في المجال التشريعي[7]. وفي حكم اخر قضت المحكمة الى جواز ان يكون هناك اكثر من امرأة في القائمة الانتخابية الواحدة، حتى وان خلت من الرجال، تأكيدا منها على مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين الرجل والمرأة في المراكز القانونية للحقوق

(1) ينظر: التعديل الخامس للدستور الامريكي

(2) See: Saulk Padova, The Living U.S Constitution Story Text leading Supreme Court Decisions, Second Revised Edition BY Jacob W. Landynski, New York, 1982, P: 335

(3) ينظر: د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين وملامحها الرئيسية، مصدر سابق، ص:348-351

(4)See: Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925)

(5) See: Abington School District v. Schemp 374 U.S.203.1963.

(6)ينظر: قرار المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 22 لسنة 8 قضائية دستورية في 1991/1/4، متوفر على موقع المحكمة المذكور مسبقا.

(7) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 13/اتحادية/2007 في 2007/7/31، متوفر على موقع المحكمة المذكور مسبقا.

والواجبات، واستنادا الى المادة (14) من الدستور. حفاظا منها على عدد المقاعد وفق نظام التوزيع المقاعد رقم (12) لسنة 2018، وبالتالي فان المرأة التي تحصل على مقعد بأصواتها دون الحاجة الى تامين حصة النساء الى جانبها(الكوتا)، لا تستثنى من عدد النساء لتضاف امرأة اخرى، بدلا عنها الى عدد مقاعد الدائرة الانتخابية[1]. مما يستدل على ان واضعو الدستور عمدوا الى صياغته بصورة مجردة ليعبر عن قيم المجتمع، واعطاء معنى جديد من اجل سد فجوة التفاوت بينه وبين واقع المجتمع، دون الحاجة الى اجراء تعديل رسمي عليه، مستندا في ذلك على الممارسة العملية والمنطق، واللذان يعمد القاضي الدستوري الى تكيفهما مع متطلبات المجتمع المتغيرة، وبالصورة التي تجعله دستورا حيا في معناه[2]. وكأساس عام يقوم القاضي بدوره في اطار التوافق الاجتماعي الى الحد الذي يوضح فيه القيم والمبادئ الموجودة في اطار نظام المجتمع الذي يعيش فيه. ومع ذلك فهناك مسائل خلافية – عادة تكون قليلة بطبيعة الحال- يؤدي فيها القاضي دوره وبصورة صحيحة من خلال تجاهل الاجماع الاجتماعي السائد، والاتجاه الى انشاء قيم جديدة. مما يتوجب على القاضي ان يعمل ضمن الاجماع على القيم الاساسية للنظام القانوني لا ما يشكل اجماع اجتماعي عابرا ومؤقت، فعندما لا يكون المجتمع صادقا مع نفسه فلا يطلب من القضاء التعبير عن الاتجاهات العابرة، مما يتطلب البقاء على تواصل مع متطلبات الاجماع الاجتماعي وبضبط النفس القضائي[3].

المبحث الثالث

الحفاظ على ثقة الجمهور

Maintaining public confidence

ان الحفاظ على ثقة الجمهور في قضاء عادل ونزيه وشفاف، يعد احدى المرتكزات الاساسية لحماية النظام القانوني، في ظل الرقابة على دستورية القوانين. ومن اجل توضيح دور ثقة الجمهور في احكام القضاء الدستوري، سنقسم المبحث الى مطلبين. في المطلب الاول، سنتناول جوهر الحفاظ على ثقة الجمهور. والمطلب الثاني، معايير الحفاظ ثقة الجمهور.

المطلب الاول

جوهر الحفاظ على ثقة الجمهور

The essence of Maintaining public confidence

يستخدم مصطلح ثقة الجمهور (Public Confidence) في المسائل القضائية عادة، حيث يشكل احد المفاهيم التي يتصور الجميع انه يفهمه، الا انه لا يوجد اتفاق على جوهر مضمونه[4]. ففي عام 1906 أثار الفيلسوف (Roscoe Pound) الانتباه الى المصطلح ومن خلال خطابه عن اسباب عدم الرضا الشعبي في ادارة العدالة. وضرورة اصلاح المحاكم، لان ثقة الجمهور بعدالة القضاء، له اهمية قصوى في استقرار النظم القانونية، ولاسيما انه في بعض الظروف قد تصدر الحكومة تشريعات باطلة، مما تقلل من ثقة الجمهور في نزاهة القضاء، كمؤسسة تسعى الى حماية حقوقهم وحرياتهم، في حال لم تقضِ بعدم دستوريتها[5]. نتساءل هنا فمن المقصودين بفئة الجمهور في المجتمع؟ ولماذا يحافظ القاضي على ثقتهم؟

---

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 8/ اتحادية/ 2019، في 2019/8/26، متوفر على موقع المحكمة المذكور مسبقا.

(2) See: Aharon Barak, The Judge in a Democracy, Op. Cit., P: 3-8

(3) Ibid, P: 107

(4)See: Arthur Selwyn Miller, Public Confidence in The Judiciary: Some Notes and Reflections, Law and Contemporary Problems, Vol. 35, No. 1, 1970, P: 69-70

(5) See: Roscoe Pound: The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice Presented at the annual convention of the American Bar Association in 1906, Available at the link: https://law.unl.edu/

ان تحديد المقصود بـ(الجمهور) يتطلب الرجوع الى المهمة الاساسية للقاضي الدستوري باتخاذ القرارات الملزمة في النزاعات المعروضة أمامه، في انه المسؤول عن حماية القانون، والحرص على تطبيقه لتحقيق مصلحة عامة في المجتمع. مما يتوجب ان لا يعبر القاضي عن آرائه الشخصية بل عن القيم السائدة في المجتمع، لان القاضي ليس طرفاً في الخلاف القانوني ولا يحارب من اجل مناصبه بل من اجل مصلحة كل فرد من افراد المجتمع. وبذلك فان المقصود بـ(الجمهور) والذين يسعى القاضي للحفاظ على ثقتهم في حكمه الدستوري، هم افراد المجتمع بأسره. الا انه قد لا يمثل في بعض الاحيان راي الاغلبية، او ما تعبر عنه وسائل الاعلام، وانما تعتمد على الصورة التي ينظر فيها المجتمع الى القضاء، بمدى قدرته على النجاح في اداء مهمته في حماية الحقوق والحريات الاساسية[1]. إذ يتمثل الاساس الفلسفي لثقة الجمهور بإداء القاضي في التعبير عن قيم المجتمع لا الآراء العابرة، وفي ذات الوقت الالتزام العام بتجنب اقصى درجات المعاناة، التي قد يتعرض لها افراد المجتمع عند حدوث الحروب او الثورات او اي اجراءات تكون عواقبها غير متوقعة، لان التيقن بالأثار السلبية لهذه الاحداث، تؤدي الى معاناة فئة معينة من افراد المجتمع دون غيرها، وكان بإمكان القاضي تجنبها في قراره[2]. وان كفالة الحفاظ على ثقة الجمهور تكون من خلال الاعتراف بان التفسير يعد وسيلة القاضي، للبحث عن الحياد الموضوعي في الحكم، ومن خلال سيادة القانون والانصاف في تحقيق العدالة لا السعي وراء غايات مادية او الشهرة، والاصرار على ترسيخ المبادئ الاساسية واحترامها[3]. وان يكون التطور والتغيير الدستوري على اساس القيم الاساسية الراسخة في النص الدستوري والمجتمع، ليكون الحكم بمثابة حل للمشاكل الاجتماعية لجعله متوافقا مع واقع المجتمع، وافتراض توافقه مع الدستور وفق الغاية الموضوعية من وضعه[4]. وفي بعض الاحيان، قد يقوم القاضي ومن خلال سلطته التقديرية، بالحياد عن الاجماع للمبادئ السائدة في المجتمع، لأنها قد تضر بمصلحة الاقلية من الافراد، فليس من الضرورة ان تكون المبادئ المقبولة من قبل الاغلبية، تحقق المبادئ والاهداف والمعايير الاساسية للمجتمع. اذ يقع على القاضي الدستوري تجاهل الافكار العابرة، والتعبير عن القيم الراسخة في المجتمع، والمتطورة عبر التاريخ[5]. وهناك اتجاه من الفقه يرى ان على القاضي وفي أي نظام قانوني اتباع سياسة الدولة، كونها تعبر عن رغبات افراد المجتمع. الا ان في ذلك انتهاكاً لاستقلالية القضاء، لان النظام سيسعى الى فرض اوامره على القاضي، ولاسيما عندما تكون سياسة الدولة، تسعى الى تقييد التمتع بالحقوق والحريات، بقيود غير دستورية. في حين ان وظيفة القاضي باعتباره جزءاً من مؤسسة معنية بحسم الخلافات وحماية الحقوق والحريات، تنصب في تعزيز سيادة القانون، في ضوء اتساق نصوص الدستور الجامدة مع واقع التغيير الاجتماعي. مما يمنح القضاء سلطة تقديرية واسعة لإيجاد الحلول لهذه المسائل تحقيقا للمصلحة العامة، لان هذه الحقوق تكون على الاغلب ذات طابع اجتماعي او سياسي[6]. إذ يحتاج القاضي الى تعزيز ثقة الجمهور لا الى قوة الدولة، للحفاظ على استقرار النظام القانوني، وعدم زعزعة هذه الثقة بمسائل تعدّ شرعية من الناحية الشكلية، لمجرد صدورها من الجهة المخولة بذلك قانونا، ولان موضوعية

(1) See: Susan Kenny, Maintaining Public Confidence in the Judiciary: A Precarious Equilibrium, 1999, Available at the link, http://www5.austlii.edu.au/au/

(2) See: Aharon Barak, The judge in a democracy, Op. Cit., P: 110

(3) See: Elizabeth Handsley, Public Confidence in the Judiciary: A Red Herring for the Separation of Judicial Power, Sydney Law Review, Vol. 20, 1998, P: 189- 214

(4) ينظر: رسول جمعة محمد، مصدر سابق، ص: 130 -131

(5) See: Alexander M. Bickel and Harry H. Wellington, The Least Dangerous Branch, Vail-Ballou Press Inc. Binghamton, New York, 1986, P: 185

(6) See: Kenneth M. Ehrenberg, The Functions of Law, First Edition, Oxford University Press, New York, 2016, P: 56-58

ثقة الجمهور، قد تجعلهم يعترفون بشرعية الاحكام القضائية حتى وان كان هناك خلاف على محتواها، وبخلافه يشكل ذلك زعزعة لثقة الجمهور بعدالة القضاء ويعد بداية لنهاية المجتمع وفقدان هذه الثقة يهدم النظام القانوني[1]. فقد كتب الكسندر هاملتون ان السلطة القضائية ليس لها سلطة السيف على المجتمع، ولا يمكن اتخاذ أي قرار وفق ذلك، وانما يعتمد سمو احكامها على مدى قبول المجتمع لسلطة القضاء، والتي تعتمد بدورها على ثقة المجتمع، وفق تصور العام -لا الاتجاهات الشعبية- في ان المحاكم تقوم بمهمتها بأفضل صورة. الا انه لا يعني سمو سلطة الجمهور على الدستور، لان هناك فرقاً بين سلطة الدستور وسلطة الجمهور، فالدستور يكون مقيداً بوصفه اعلى وثيقة قانونية في الدولة بتحقيق العدالة، اما سلطة الجمهور فغير محدودة، لان بمقدرة الشعب المطالبة بتغير الدستور. وبذلك يكون الحكم على الآراء بشأن التشريعات من القضاء والمجتمع ككل، في تحديد المسموح والممنوع قانونا، لأنه يمثل الاساس الجوهري لتحقيق العدالة في المسائل الدستورية بين القانون والمجتمع، وإعادة صياغة العلاقة بين الدستور والمجتمع بمصطلحات متجددة تسهم في تحقيق العدالة الدستورية[2].

المطلب الثاني

معايير الحفاظ على ثقة الجمهور

Standards for maintaining public confidence

ان مهمة الحفاظ على ثقة الجمهور ليست بالمهمة السهلة التي يجب على القاضي الالتزام بها عند القيام بدوره في مجتمع ديمقراطي. فمن اجل ان تكون هنالك ثقة عامة في الحكم القضائي يتطلب من القاضي ان يعامل كل طرف في القضية وفق مبدأ الانصاف بالتعامل في العلاقات القانونية دون أي تحيز لمصلحة ما على الاخرى، كونها تمثل احدى مبادى العدالة[3]. إذ تبرز اهمية مبدا الانصاف الاجرائي في الجانب العملي للدستور بمجتمع ديمقراطي في انه يمثل عنصرا اساسيا في تحقيق المساواة بما هو عادل ومعقول، وسمة اساسية في تغيير وتطور القواعد الدستورية، عن طريق استنباط القيم الاخلاقية من خلال التفسير الدستوري. وان الانصاف لا يعني بالضرورة المساواة، فعلى الرغم من الترابط الوثيق بينهما الا ان المساواة تمثل افضل تعبير من الانصاف، حيث يرى المحكمون ان الانصاف لا ينتج مساواة مطلقة، لان المساواة في القانون تمنع التمييز في المعاملة، في حين انها تتطلب في الواقع معاملة تفاضلية من اجل اقامة توازن بين المواقف المختلفة، لان التطبيق الديناميكي للمساواة بتجاهل العوامل الملموسة من شأنه ان يخلق الظلم بين افراد المجتمع[4]. ولقد اظهرت قرارات المحاكم الدستورية معياراً اخر للحفاظ على ثقة الجمهور يتمثل بأن تكون الاجراءات القضائية المتخذة ومنذ اقامة الدعوى وحتى نهايتها علنية، لتكون عرضة للتدقيق العام والنقاد القانوني البناء وبخلافه قد يزداد انتهاك الدستور دون اكتشاف ذلك[5]. إذ يعد مبدأ العلانية احدى السمات الاساسية لعدالة القضاء، لأنه يرتبط بشكل وثيق بمبدأ (العدالة الواضحة) في ان يكشف القاضي الاسباب التي يستند اليها في حكمه وسبب قبول او رفض العرائض المقدمة اليه من المدعين، من اجل ان يكون الفرد واثقا، انه قد اخذ بكافة الاعتبارات التي طرحت من قبله في القضية[6]. كما وتوفر العلانية حماية قوية ضد أي نزعة للاستبداد القضائي او أي اشتباه خاطئ في المخالفات

(1) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Clarendon Press Oxford, Second Edition, 1994, P: 96.
(2) See: Aharon Barak, The judge in a democracy, Op. cit., P: 109
(3) See: Joseph Raz, Principles of Equality, Oxford University Press, Vol. 87, No. 347, 1978, pp. 321-334
(4) See: John Rawls, A Theory of Justice , Op. cit., P: 238
(5) See: Sara C. Benesh, Understanding Public Confidence in American Courts, The Journal of Politics, Vol. 68, No. 3, 2006, P: 698- 699
(6) See: Aharon Barak, The judge in a democracy, Op. Cit., P: 186-187

القضائية. وفي الوقت نفسه محفز فعال للإداء القضائي في ان يكون على مستوى عالٍ من النزاهة والحياد والتقيد بحدود السلطة التقديرية، وعدم اساءة استخدامها لتحقيق غايات غير قانونية. اذ تظهر علانية الاساس المنطقي للحكم الدستوري للجمهور من خلال تسبيب الحكم، والذي يجب ان يكون تسبيبا دقيقاً ووافياً في ايراد الحجج القانونية والواقعية التي ارتكز عليها القاضي في حكمه فلا تكون ناقضة او متناقضة او غامضة، كونها تمثل دليلاً على حياد القاضي وعدم ترجيحه غاياته الشخصية على عدالة القانون. ويساعد التسبيب اطراف النزاع والسلطة التشريعية على فهم الحكم ليتمكنوا من تنفيذه واتخاذه سابقة قضائية في القضايا المماثلة من قبل المحكمة نفسها والمحاكم الادنى. فمن خلال التسبيب يعمد القاضي الى اظهار الاعتبارات القانونية والواقعية التي يستند عليها في حكمه، وبذلك يكون المكون الرئيسي من مكونات الحكم القضائي[1]. وحيث يشكل الحكم المسبب الوسيلة للتحقق من دور القاضي في سيادة القانون وحماية الحقوق والحريات، وليكون صوت القاضي في التعبير عن دوره في مجتمع ديمقراطي. الا ان صياغة الحكم تعدُّ مسالة معقدة بما تتضمن من ايجاز للوقائع والاستنتاج القانوني، لتوضيح الحجج التي يستند اليها القاضي في حكمه وفق مبدأ الاساسي بوجوب صياغته بأسلوب مبسط، الا ان هناك استثناء على ذلك إذ قد يختلف نهج التجريد باختلاف الظروف العملية ومن قضية الى اخرى ومن نظام قانوني الى اخر. الا انه وفي اغلب الاحوال يجب ان يكون دقيقا جدا في كيفية صياغة الحكم وعلى أي مستوى من التجريد وباختلاف المسائل القضائية. وفي الوقت نفسه يجب على القاضي ان يكون امينا بحكمه في سرد الحقائق لتزداد ثقة الجمهور بالقضاء، لأنه يُشكل حقاً من حقوقهم وكما هو الحق بالحرية[2]. ويؤخذ على احكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق ضعف في التسبيب او التناقض في بعض احكامها. قد يعود السبب في ذلك الى حداثة نشأتها مقارنة بالمحكمة العليا الامريكية والمحكمة الدستورية المصرية، الا انه لا يمكن ان يكون تبريراً لذلك لان التسبيب يعد شرطا اساسيا في صياغة الاحكام كافة، فكيف الحال بأعلى جهة قضائية في الدولة والتي يجب ان تكون احكامها على مستوى عالٍ من الثقل القانوني والتسبيب المنطقي والوافي للمسالة الخلافية[3]. فقد جاء في حكم لها يتعلق بمقترح تقسيم محافظات كركوك والموصل وديالى وصلاح الدين الى عدة مناطق انتخابية، وفق المادتين (49/اولا) و (7/ اولا) من دستور 2005 في ان المقترحات المتقدم ذكرها، اذا كان الهدف منها اعتماد العنصرية كأساس في التقسيم فان ذلك يعدّ مخالفاً للدستور. اذ يتضح من الحكم ان المحكمة سببت حكمها بصورة غير منطقية، ومن خلال الاستناد على شرط(الاساس العنصري) تاركا الى مقدم الطلب تحديد قائمة بالطلبات المقدمة على اساس عنصري. كما وصفت اختلاف الديانات والمذاهب في المحافظات بالعنصرية[4]. وقد تقوض امكانية التقاضي من عدمها ثقة الجمهور بدور القضاء في احقاق الحق، كونها تعد احدى الادوات المهمة التي يستخدمها القاضي في مجتمع ديمقراطي، لضمان ان يكون دوره ضمن حدود العدالة، ومن خلال تحديد المسائل التي تقع خارج اختصاصه القضائي، تاركا اتخاذ القرار بشأنها لهيئات الدولة الاخرى، ولان الثقة لا تتعلق فقط بمحتوى الحكم القضائي، وانما بدوافعه ايضا، ومن الخطأ الامتناع عن اتخاذ قرار في مسالة ما، يوجد هناك تخوف من عدم قبول الحكم القضائي بشأنها، من

(1) ينظر: د. ضياء شيت الخطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984، ص: 99

(2) See: Aharon Barak, The judge in a democracy, Op. Cit., P: 110- 112

(3) ينظر: د. حيدر عبد الرضا عبد علي و د. مثنى عباس عبد الكاظم، اليات المراجعة والاصلاح لدور المحكمة الاتحادية العليا في العراق على المستوى القانوني والدستوري، مجلة كلية القانون/ جامعة النهرين، مجلد رقم 23، العدد 1، 2021، ص: 275

(4) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 45/ اتحادية /2009 في 2009/7/20، متوفر على موقع المحكمة المذكور مسبقا.

الافراد عامة[1]. مما يتوجب التعامل مع المعيار بحذر شديد من حيث تقييده او توسيعه، وبحسب الفرص المتاحة امام القاضي، لسد فجوة التفاوت بين القانون والواقع. فهناك من يرى ان على القاضي قدر الامكان عدم استخدام عقيدة التقاضي في رفض البت في النزاع والنظر في رفض الدعوى بناء على اسس موضوعية، بأن لا يتخلى القاضي عن دوره لمجرد ان هناك تخوف من عدم قبول تقييمه للمسالة الخلافية، بل التركيز يكون على شرعية الفعل، والبحث عن سبب قانوني اخر، ليزيد من ثقة الجمهور بالدولة، ويسمح للمحكمة من اداء دورها في تعزيز الديمقراطية[2]. وان الاختلاف في تقييد القاضي في رفض التقاضي من عدمه، يكون وفق صورتي التقاضي. فالتقاضي المعياري يقصد به الاجابة عما اذا كان هناك معايير قانونية في نزاع ما، ليتمكن القضاء من البت فيه. ومن اكثر المسائل التي يثير الخلاف بشأنها هي عقيدة المسائل السياسية، فهناك من وجد ان البت في هذه المسائل يعد انتهاكا لمبدأ الفصل بين السلطات، كمحاولة لحماية الحق السياسي عن طريق التفسير الدستور[3]. فقد اوضح القاضي (William Brennan) ومن خلال الحكم في قضية (Baker v. Carr) عام 1962 ان النزاع يكون غير قابل للتقاضي، اذا كان يثير سؤالا سياسيا او اذا كان هناك نقص في المعايير القانونية التي يحتاجها القاضي، لحسم المسالة الخلافية قضائيا[4]. الا ان هنالك من يعارض هذا الراي، بحجة ان لكل مشكلة حلا قانونيا، فلا يوجد مجال لا يتضمن معايير قانونية، حتى الاعمال السياسية يمكن فحص مدى دستوريتها بمعايير قانونية. فمن المؤكد ان الطبيعة السياسية لنشاط ما قد تُنشئ في بعض الاحيان معيارا قانوني يمنح سلطة تقديرية للهيئات السياسية، للتصرف ضمن القانون. وفق افتراض (ان الانسان حر في فعل كل شيء باستثناء ما يحظره القانون عليه)، الا ان العلاقات الانسانية تمتد الى ما وراء القانون، ليؤكد ان القانون اداة لتنظيم العلاقات بين الافراد، الا انه ليس الاداة الوحيدة، فعلى الرغم من ان كل شيء ليس قانونا، الا ان هناك قانونا في كل شيء[5]. فمن البديهي ان يأخذ كل فرع من فروع الدولة بالاعتبارات التي تتعلق بمهمته. فالفرع السياسي يأخذ بالاعتبارات السياسية ويوجب على القاضي فحص شرعية هذه الاعتبارات، فلا يوجد في مبدأ الفصل بين السلطات ما يبرر رفض الرقابة الدستورية لأفعال الحكومة، ومهما كانت طبيعتها ومضمونها، لان القاضي لا ينتقد النطاق الداخلي لهذه الاعتبارات، بل ينظر في مدى شرعيتها، فلا يوجد ما يبرر لأي جهة التصرف خلاف القانون، حتى ان كانوا يمثلون راي الاغلبية. فاكثر القرارات السياسية تكون مستندة الى القانون، لان السياسة بالمقابل تكون خاضعة للقانون[6].

اما الشكل الثاني فيتمثل بالتقاضي المؤسسي الذي يستند فيما اذا كان القضاء الدستوري، هو الجهة المناسبة للبت في المسالة الخلافية، فهناك من ذهب الى انه يعتمد فيما اذا كان هناك نص دستوري يشير الى ان معالجة الخلاف يكون من القضاء الدستوري او جهة سياسية، والا شكل ذلك انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات. في حين ان تحديد شرعية اختصاص ما يعهد بأدائه الى هيئة من هيئات الدولة، لا يعني انه غير قابل للتقاضي امام القضاء، لان الاصل انه لم يعهد بهذا الاختصاص الا بموجب نص دستوري[7]. وان منح القضاء الدستوري سلطة التفسير لتحديد نطاق تطبيق تشريع ما، وبيان فيما اذا كانت ممارسته

(1) See: Jeffrey Rosen, Political Questions and the Hazards of Pragmatism in Bush v. Gore, Yale University Press, New Haven, P: 145.
(2) See: Louis Henki, "Political Question" Doctrine?, The Yale Law Journal, Vol. 85, No. 5, 1976, P: 621–622
(3) See: John R. Vile, Essential Court Decisions, Rowman & Littlefield Publishers, Fifteenth Edition, 2010, P:122
(4) See: Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 217 (1962).
(5) See: Aharon Barak, The judge in a democracy, Op. Cit., P: 189
(6) See: W. J. Waluchow, A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree, Cambridge University Press, New York, 2007, P: 107-108
(7) See: Aharon Barak, The judge in a democracy, Op. Cit., P: 183

بشكل قانوني من عدمه، وبشكل نهائي وحاسم، كونها تمثل اعلى سلطة قضائية، لا يشكل تجاوزاً على اختصاص سلطة اخرى، بل هو يعبر عن قيام القاضي بأداء دوره بالتفسير. ومن خلال توضيح رايه في المسالة من حيث التأييد او الاختلاف مع السلطة الاخرى، وبيان محل الاختلاف في ذلك، والتفسير الافضل من وجهة نظره[1]. كما وان مبدا الفصل بين السلطات هو ما يبرر شرعية الرقابة على اعمال الحكومة، حتى لو كانت ذات طبيعة سياسية او تشريعية او تنفيذية، لضمان ان تكون اعمال الحكومة قانونية، وفي اطار النطاق المحدد له، سعيا لحماية حقوق الافراد وحرياتهم[2].

ومن الادوات التي يسعى من خلالها القاضي المحافظة على ثقة الجمهور، في وجوب ان يدرك القاضي الاخفاقات، او الاخطاء التي قد ترد في حكمه ومعالجتها، لأنه مثل كل البشر قد يخطئ، وان وجوب اتصافه بالنزاهة، تتطلب منه الاقرار بالخطأ في الحكم، ووجوب العدول عنه، في سبيل تحقيق العدالة. وقد يعزى ضرورة عدول القاضي عن حكمه السابق، لتحقيق التوافق بين تفسير النص الدستوري واحتياجات المجتمع، كاستثناء من مبدأ (The Doctrine of Stare Decicis)، والذي يقضي ان يلتزم القاضي بالسابقة كأساس قضائي لقراراته اللاحقة[3]، وفق منطق ان القانون بمثابة كائن حي في بيئة النظام الذي يعيش فيه، وان حدود البيئة لا تقتصر على السياق السياسي او الاجتماعي المباشر الذي سيطبق فيه، بل يمتد كذلك الى النظام القانوني التقليدي في المجتمع، كوسيلة لإنفاذ القانون[4]. وقد يواجه القاضي صعوبة في المفاضلة بين اتباع سابقة قضائية ام يعدل عنها. هنا يجب عليه استخدام سلطته التقديرية، وضمن حدود المعقولية، ومن خلال النظر في الاعتبارات التي تشير الى ضرورة العدول عن السابقة، وفق منطق ان العدول عن السابقة القديمة يكون افضل، في حال كانت السابقة الجديدة تسهم في سد فجوة التفاوت بين القانون وواقع التغيير الاجتماعي، اكثر من الاهداف المتحققة من تطبيق السابقة القديمة، من اجل حماية الدستور من انتهاكه او تجاهله[5]. الا ان العدول المتكرر عن السوابق القضائية قد قد يؤدي الى الاضرار بثقة الجمهور بالقضاء فلا يلزم ان تكون السابقة بمثابة بطاقة صالحة فقط ليوم اصدارها، لأنه سيثقل كاهل المحاكم التي يتوجب عليها اتباع سوابق المحاكم الاعلى منها درجة[6]. ومن ثم يشكل العدول مسالة غاية في الخطورة والحساسية، مما يتوجب على القاضي ان يكون اكثر صراحة وشفافية، ومن خلال البحث عن اجابة لاستفسارات عدة منها، هل مزايا العدول تفوق الضرر الذي قد تتسبب به السابقة الجديدة؟ وهل ان الاعتبارات المؤيدة للحكم الجديد، أهم من الاعتبارات المؤيدة للحكم القديم؟ وما مدى الضرر الناجم من التغيير نفسه؟

إن وصول القاضي الى اجابة عن هذه التساؤلات تتطلب منه التفكير في تقدير الضرر الناجم عن العدول مقارنة بالفائدة المرجوة منه، ومن خلال مراعاة مجموعة من الاعتبارات، منها ما تتعلق بذاتية الحكم القضائي، كعدم معقولية الحجج التي ساقتها المحكمة في حكمها، او عدم وضوح المبادئ التي وضعتها السابقة لحسم الخلاف في المسالة الخلافية. واعتبارات اخرى موضوعية تتعلق بالظروف المصاحبة لواقع تطبيق السابقة، والتي قد تتمثل بمدى الاعتماد على السابقة القديمة من قبل الافراد، او مؤسسات

---

(1) Ibid: P: 185

(2) See: Bruce Ackerman, We the People - The Civil Rights Revolution, Harvard University Press, London, 2014, P: 37-40

(3) ينظر: د. حسين جبر حسين الشويلي، العوامل المؤثرة في عدول المحكمة العليا الامريكية عن سوابقها الدستورية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون- جامعة بغداد، العدد الثاني، 2020، ص: 169

(4) See: Felix Frankfurter, A Symposium on Statutory Construction: Foreword, Vanderbilt Law Review, Vol. 3 , No. 3, 1950, P: 365- 367

(5) See: Aharon Barak, The judge in a democracy, Op. Cit., P: 159- 161

(6) See: Lon L. Fuller, Reason and Fiat in Case Law, Harvard Law Review, Vol. 59, No. 3 3 , 1946, P: 376-381

الدولة في تلبية احتياجات المجتمع المعاصر، فكلما مضت فترة زمنية على صدور السابقة، كلما زاد مقدار الضرر الناتج من العدول عنها، لأنها بمرور الزمن تزداد قوتها[1]. وفي بعض الاحيان، تصبح السابقة لا تتلاءم مع زمان ومكان اصدارها، مما يتطلب من القاضي التأكد بداية من امكانية مواكبة التغيير الاجتماعي، دون حاجة الى العدول عن السابقة، وبخلافه يكون من المناسب العدول عندما تبرر اعتبارات التغيير الاجتماعي بعدم الاعتماد عليها. وان ضمان اتساق الحكم مع الحالات المماثلة، لا يمنع العدول عن السابقة القضائية، اذا كان هناك سبب يؤكد ان الخروج عن السابقة يساعد على جعل التغيير ينصب لمصلحة تطبيق الدستور مستقبلا، لأنه يعكس التفكير في معقولية الاسباب المناسبة للسياسة القانونية[2].ولقد شهد المجتمع الامريكي خلال فترة (1933 – 1936) - والتي تسمى بعصر الصفقة الجديدة - تحولا ليس فقط في الظروف الاقتصادية، بل كذلك في عدول المحكمة العليا عن بعض قراراتها، نتيجة ما شهدته هذه الفترة من اصدار تشريعات استراتيجيات اقتصادية، لأنعاش الجانب الاقتصادي بعد نتائج الحرب الاهلية خلال الفترة (1861 – 1865)[3]. إذ يرى المؤرخون ان هذه البرامج سعت الى تحول المجتمع الامريكي من مجتمع زراعي الى مجتمع صناعي، ومن خلال تقديم المعونة للفقراء، واحياء الجانب الاقتصادي، وتقويم النظام المالي، نتيجة حدوث فجوة كبيرة بين نصوص الدستور وواقع تطبيقه. مما يتطلب من قضاة المحكمة العليا مجاراة التغيير الاجتماعي، من خلال التفسير الدستوري المتطور او العدول عن تفسيرها السابق، لان استمرارها الاخذ بالتفسير الضيق، والغاءها العديد من برامج الصفقة الجديدة، قد احدث ازمة في المجتمع سميت بفترة الركود الاقتصادي. مما دعا المحكمة الاستجابة للنداءات الموجه اليها، باتباع نهج تفسيري يحقق مطالب الشعب بمسايرة التغيير الاجتماعي خلال فترة الصفقة الجديدة[4]. كل ذلك دفع المحكمة العليا وبحكمها في قضية (West Coast Hotel Co. v. Parrish) عام 1937الاقرار صراحة بعدولها عن حكمها السابق في قضية (Adkins v. Children's Hospital) عام 1923. فقد اتجهت المحكمة للإجابة، هل ان قانون ولاية واشنطن والذي يحدد الحد الادنى لأجور العمال من النساء والاطفال يشكل انتهاكاً لمبدأ الاجراءات القانونية الاصولية في التعديل الرابع عشر[5]، في البحث عن ماهية حرية التعاقد وفق القيود الدستورية، فوجدت ان مبدأ حرية التعاقد مقيد بمتطلبات الحياة الاجتماعية وفق بند الإجراءات القانونية الاصولية، والتنظيم المعقول فيما يتعلق بموضوع التعاقد، تحقيقا لمصلحة المجتمع. ولقد عُدّ الحكم نموذجا لعدول المحكمة عن سوابقها القضائية خلال حقبة(Lochner)، نتيجة التغيير في واقع المجتمع واستنباط قواعد عامة تتوافق مع نص الدستور وواقع تطبيقه[6]. وفي مصر فأن المحكمة الدستورية العليا كانت قد عدلت عدلت عن النهج الذي اتبعته سابقتها (المحكمة العليا) في البت بالمسائل المتعلقة بالتقاضي، استجابةً للتغييرات التي شهدها واقع المجتمع المصري بعد احداث ثورة 23 تموز/ يوليو 1952، وصدور العديد من التشريعات التي تخدم العقيدة الثورية[7]. إذ سبق وان قضت المحكمة العليا بتحصين القرارات الادارية بهذا الشأن من الرقابة القضائية، ومن خلال اقرارها بدستورية المادة (25) من قانون رقم (75)

(1) ينظر: د. حسين جبر حسين الشويلي، العوامل المؤثرة في عدول المحكمة العليا الامريكية عن سوابقها الدستورية، مصدر سابق، ص: 171- 178

(2) See: Aharon Barak, The judge in a democracy, Op. Cit., P: 168

(3) See: Lon L. Fuller, Reason and Fiat in Case Law, Op. Cit., P: 394-395

(4) ينظر: د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: 316- 339

(5) See: West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)

(6) See: Jack M. Balkin, Living Originalism, Op. Cit. P:41-42

(7) ينظر: د. يسرى محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص: 59

لسنة 1963 المتعلقة بمنح الاختصاص القضائي الى لجنة التأديب والتظلمات بهيئة قضايا الدولة[1]، فلم تجد في ذلك انتقاصاً بحق الفرد في التقاضي، وانما سعت الى استقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة، او نتيجة ظروف خاصة لا يمكن قياسها بالمقياس العادي للأمور، مما اضطرها لاتخاذ تدابير استثنائية[2]. الا ان المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم تحصين القرارات الادارية، لان من حق المواطن اللجوء الى القضاء. فقضت بعدم دستورية المادة (2/ خامسا) من قانون رقم (2) لسنة 1963 بشأن نزع ملكية العقارات لتنفيذ مشروعات تحويل اراضي الحياض الى نظام الراي الدائم؛ فيما نص عليه من تحصين لقرارات اللجنة المشكلة بموجب القانون للفصل في المعارضات الناشئة من تطبيق القانون[3]. وفي حكم اخر، قضت المحكمة ان قرارات لجان الفصل تعد قرارات ادارية، نظرا لطابع تشكيلها الاداري، طالما انها لم تتبع اجراءات لها سمات التقاضي وضماناته، ولا يغني عن ذلك وجود قاضي من ضمن تشكيل اللجان، ومن ثم مخالفتها لإحكام المادة (68) من دستور 1971[4]، وبدورها تسعى الى ان تكون الترضية القضائية حلا لكل خصومة شرط ان تكون الترضية وفق احكام الدستور، لتكون قيدا على سلطة المشرع التقديرية في مجال تنظيم الحقوق[5]. وان يكون الافراد متساوين في الحقوق والواجبات العامة، وان حرمان مجموعة من هذا الحق وفق ما جاء بالبند خامسا السالف الذكر، يمثل اهداراً لمبدأ المساواة بين المواطنين في المادة (40) من الدستور[6]. اما المحكمة الاتحادية العليا في العراق، فقد عدلت عن العديد من احكامها، ومنها تفسيرها لمصطلح (الاغلبية المطلقة) الوارد في المادة (59) من دستور2005[7]. ففي البدء فسرته تبعا لأهمية الموضوع المطروح لتصويت اعضاء مجلس النواب، مستندة في حكمها الى ان كلمة (اعضاء)، وضعت أساسا للتميز بين معنين مختلفين للمصطلح. ففي المادة (61/ثامنا/ب/3) يقصد بها الحصول على اصوات الاغلبية المطلقة لأعضاء مجلس النواب، عند سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء. وفي الفقرة (أ) من المادة نفسها بشأن سحب الثقة من احد الوزراء، والمادة (76/ رابعا) يقصد منها عدد الحاضرين في الجلسة بعد تحقق النصاب القانوني للانعقاد المحدد بالمادة (59/ اولا) من الدستور، لأنها جاءت دون اقترانها بكلمة (اعضاء) [8]. فعدلت المحكمة الاتحادية العليا عن تفسيرها وبشكل واضح وصريح، ومن خلال تفسير نصوص الدستور باعتباره وحدة متكاملة، تفسر نصوصه وتكمل بعضها بعض، ففسرت مصطلح (الاغلبية المطلقة) في انها تمثل نصف العدد الكلي لأعضاء مجلس النواب، واينما ورد المصطلح في الدستور دون تقيدها بعبارة عدد الاعضاء. اما المقصود بـ(الأغلبية البسيطة) فانه يقصد منها اكثر من نصف العدد الفعلي لأعضاء مجلس النواب الحاضرين بعد التأكد من تحقق النصاب الفعلي للأعضاء[9].

(1) ينظر: قضية رقم 1 لسنة 6 قضائية، المحكمة العليا، دستورية، اتخذ في الجلسة المنعقدة بتاريخ 1976/3/6، متوفر في موقع المحكمة وعلى الرابط الالكتروني http://www.sccourt.gov.eg/ تاريخ الزيارة في 2021/7/25
(2) ينظر: قضية رقم 2 لسنة 2 قضائية، المحكمة العليا، دستورية، اتخذ في الجلسة المنعقدة بتاريخ 1975/3/1، متوفر في موقع المحكمة وعلى الرابط الالكتروني http://www.sccourt.gov.eg/ تاريخ الزيارة في 2021/7/25
(3) ينظر: البند خامسا من المادة الثانية من القرار بقانون رقم 2 لسنة 1963
(4) ينظر: المادة 68 من دستور مصر 1971 الملغي
(5) ينظر: قضية رقم 162 لسنة 19 قضائية، المحكمة الدستورية العليا، دستورية، اتخذ في الجلسة المنعقدة بتاريخ 1998/3/7، متوفر في موقع المحكمة المذكور مسبقا.
(6) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 18 لسنة 5 قضائية، دستورية، في الجلسة المنعقدة في 6/ 1987/6. متوفر في موقع المحكمة الذكور مسبقا.
(7) ينظر: المادة 59 من دستور العراق 2005
(8) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 23/ اتحادية /2007 في 2007/10/21، متوفر على موقع المحكمة المذكور مسبقا.
(9) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا 90 / اتحادية/ 2019 في 2021/4/28، متوفر على موقع المحكمة المذكور مسبقا. مسبقا.

الخاتمة:

النتائج :

1- ان نصوص الدستور المقتضبة تشير دائما الى ابعد من الفهم العادي لها، من اجل التغلب على الصياغة المجردة والغامضة التي تمتاز بها اغلب الدساتير، وما قد يكتنفها من فجوات دستورية. فعلى الرغم من المزايا التي يمتاز بها المنهج النصي، من حيث كفالة ثبات المعنى الدستوري والاستقرار القانوني، الا ان بساطة المنهج يترتب عليه عدم كفاية للتفسير الدستوري، نتيجة الاعتبارات العملية التي يتوجب مراعاتها عند اجراء عملية التفسير الدستوري. وان النظرية الاصولية تعد اكثر اتساعا من النظرية النصية، من خلال عدم تقيدها بحرفية كلمات النص الدستوري في التفسير، الا انها تبقى محكومة بالنص بصورة غير مباشرة من خلال التقيد بمقاصد واضعي الدستور، وبذلك قد يشكل منهجاً احتياطياً في الاستدلال على معنى النص ومن خلال نواته الداخلية، الا انه يؤخذ عليها عدم امكانية تكيف الدستور مع احتياجات واقع المجتمع المتجددة. وهذا قد يتطلب من القاضي الدستوري تجاوز حرفية النص، او مقاصد واضعيه، الا ان ذلك لا يعني ان يكون التفسير بما يخالف لغة النص الدقيقة والواضحة، فبعض المصطلحات تكون ذات نطاق ضيق في المعنى، وان مخالفتها يعد انتهاكا للدستور. وانما يتوجب ان يكون التفسير ضمن اطار لغة النص، والتاريخ التشريعي للدستور، والجانب العملي لتطبيقه، وصولا الى الغاية الاساسية من وضع الدستور.

2- ان واقع التغيير الاجتماعي عند تطبيق النص والمغاير عن واقع وضع الدستور، دفع الى ضرورة ان يكون التفسير الدستوري متسقا مع متطلبات المجتمع المعاصرة، نتيجة لعدم مقدرة مناهج التفسير التقليدية في تلبية احتياجات الاجيال القادمة، لان الدستور يتمخض عن القيم والافكار الايديولوجية في التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي في المجتمع، وهذا ما عكس الطبيعة المزدوجة للدستور، في انه ذو طابع اجتماعي وسياسي من جانب وقانوني وتشريعي من جانب أخر، وان الارتكاز على الجانب الظاهري للنص دون مراعاة الجانب العملي فيها، يجعل التفسير وسيلة مجردة وعمياء عن واقع تطبيق الحكم والنتائج المترتبة عليه.

3- ان عدالة النظام القانوني وحماية الحقوق والحريات الاساسية للجيل الحالي والمعاصر، تتوقف على مدى استقلال السلطة القضائية ونزاهتها في عدالة الحكم الدستوري، فقد اكدت المعطيات على قدرة القاضي المستقل في حكمه على اتخاذ قرارات جريئة تحقيقا لعدالة الاطراف المتنازعة وحماية المصلحة العامة لأفراد المجتمع، من خلال مراقبة مدى شرعية الاجراءات المتخذة من الجهات الاخرى. ولا يجوز للقاضي الغاء تشريع لأنه لا يوافق عليه او يرى تشريعا افضل لو ارتيحت له الفرصة في وضع التشريع، لأنه لا يجوز له ووفق مبدأ الفصل بين السلطات التدخل في السلطة المشرع التقديرية، محاولة منه لفرض سلطته عليها بل يجب ان يكون القاضي محايدا في حكمه وخالياً من اي علاقة قد تؤثر بشكل غير صحيح في حسم الخلاف. لان الحفاظ على ثقة الجمهور بقضاء عادل ونزيه وشفاف، يعد احدى المرتكزات الاساسية لعدالة القضاء الدستوري في ظل الرقابة على دستورية القوانين وشرعية التغيير والتطور الدستوري، في سبيل حماية النظام القانوني وتلبية متطلبات المجتمع المتجددة.

التوصيات:

1-نوصي المحكمة الاتحادية العليا بضرورة عدم التقيد بالمناهج التقليدية في تفسير دستور 2005، لأنه وضع في ظل ظروف مغايرة لواقع المجتمع الحالي، وان الدستور يعد وثيقة تقدمية لا ينحصر مضمونها بغايات واقع صياغتها، وانما تحمل ما يجعلها تتكيف مع متطلبات البيئة الاجتماعية، والنهوض بالدور الدستوري في معالجة عيوب الصياغة الدستورية من غموض او نقص او تعارض والتي طغت على

اغلب نصوص الدستور، من خلال استلهام روح النص والاعتبارات العملية للمسائل الخلافية، لان التفسير القضائي يمثل اداة لاتساق الدستور المكتوب مع واقع المجتمع المتغير.

2-نوصي القاضي الدستوري بضرورة الاخذ بمعيار التوافق الاجتماعي للقيم الراسخة في المجتمع والمتطورة عبر التاريخ، عند قيامه بتفسير نصوص الدستور لضمان ان يكون الحكم الدستوري قادر على تلبية احتياجات الافراد في مجتمع ديمقراطي مع ثبات النص الدستوري.

3-نوصي القاضي الدستوري بضرورة مراعاة معايير الحفاظ على ثقة الجمهور في التفسير الدستوري، لان افراد المجتمع كافة يشتركون مع القضاء الدستوري في البت بمدى دستورية التشريعات. ليكون الحكم الدستوري بمثابة جسراً من التوافق وعبر مصطلحات قانونية واجتماعية بين القانون والدستور من جهة وظروف واقع المجتمع من جهة اخرى، وبما يضمن تحقيق سيادة القانون وانصاف وعدالة المتقاضين، في سبيل تحقيق العدالة الدستورية

المصادر

المصادر العربية

1-د. جعفر صادق هاشم، سلطة القاضي التقديرية في استنباط القرينة القضائية، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية السياسية، العدد الرابع عشر، السنة العاشرة، 2018

2-د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين وملامحها الرئيسية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة،

3-د. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الانظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969

4-د. حسين جبر حسين الشويلي، العوامل المؤثرة في عدول المحكمة العليا الامريكية عن سوابقها الدستورية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون- جامعة بغداد، العدد الثاني، 2020

5-د. حسين جبر حسين الشويلي، قرينة دستورية التشريع، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، 2018.

6- د. حيدر عبد الرضا عبد علي و د. مثنى عباس عبد الكاظم، اليات المراجعة والاصلاح لدور المحكمة الاتحادية العليا في العراق على المستوى القانوني والدستوري، مجلة كلية القانون/ جامعة النهرين، مجلد رقم 23، العدد 1، 2021

7-د. ضياء شيت الخطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984،

8-د. محمد المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان- واهم النظم الدستورية والسياسية في العالم، بيروت، 2002،

9-د. محمد باهي ابو يونس، الاختصاص الاصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية في النظام الدستوري الكويتي، دار الجامعة الجديدة، 2008

10- د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، دراسة مقارنة، مكتبة رجال القضاء، 1999،

11- د. يسرى محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

12- رسول جمعة خلف، التفسير الغائي للنصوص الدستورية، رسالة ماجستير، الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسة، بغداد، 2019.

13- محاضرات ألقاها الدكتور حسين جبر حسين الشويلي على طلبة الدكتوراه في الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسية، 2020(غير منشورة).

أ- الدساتير والقوانين

1-دستور الولايات المتحدة الامريكية لعام 1787 وتعديلاته.
2-دستور مصر للأعوام 1971 و 2014 والتعديلات الدستورية.
3-دستور العراق لعام 2005
4-قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 المعدل
5-قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم بقانون (30 لسنة 2005) والمعدل بقانون رقم (25 لسنة 2021).

ب- المواقع الالكترونية

1-موقع المحكمة الاتحادية العليا في العراق على الرابط الالكتروني: http://www.iraqfsc.iq
2-موقع المحكمة الدستورية العليا في مصر على الرابط الالكتروني: http://www.sccourt.gov

المصادر الانكليزية:

1- Aharon Barak, Purposive Interpretation in Law, Princeton University Press, New Jersey, 2005.
1. Aharon Barak, The judge in a democracy, Princeton University Press, United Kingdom, 2006,
2. Aileen Kavanagh, The Idea of a Living Constitution, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 16, No. 1, 2003,
3. Alexander M. Bickel and Harry H. Wellington, The Least Dangerous Branch, Vail-Ballou Press Inc. Binghamton, New York, 1986,
4. Antonin Scalia, A matter of Interpretation: Federal Courts and the Law, Federal Courts and the Law, Princeton University Press, New Jersey 1997
5. Antonin Scalia, Originalism: the lesser Evil in philosophical problems in the law, University of Cincinnati, 1989,
6. Arthur Selwyn Miller, Public Confidence in The Judiciary: Some Notes and Reflections, Law and Contemporary Problems, Vol. 35, No. 1, 1970,
7. Beau Breslin, From Words to Worlds, The Johns Hopkins University Press, 2009.
8. Brandon J. Murrill, Modes of Constitutional Interpretation, Congressional Research Service, 2018,
9. Brennan, William J. Jr., Construing the Constitution, U.C. Davis Law Review, Vol. 19, Issue 1, 1985,
10. Bruce Ackerman, We the People - The Civil Rights Revolution, Harvard University Press, London, 2014,
11. David Strauss, Common Law Common Ground and Jefferson's Principle, 112 Yale Law Journal 1717, 2003,
12. David Strauss, The Living Constitution, Oxford University Press, New York, 2010
13. Elizabeth Handsley, Public Confidence in the Judiciary: A Red Herring for the Separation of Judicial Power, Sydney Law Review, Vol. 20, 1998,

14. Felix Frankfurter, A Symposium on Statutory Construction: Foreword, Vanderbilt Law Review, Vol. 3 , No. 3, 1950,
15. Frank B. Cross, The Theory and Practice of Statutory Interpretation in the Supreme Court, Press legal series, 2004
16. H. L. A. Hart, The Concept of Law, Clarendon Press Oxford, Second Edition, 1994,
17. Jack M. Balkin, How Social Movement Change (or fail to change) the Constitution: the case of the departure suffock, Rev: 1, Vol. 39, 2005,
18. Jack M. Balkin, Living Originalism, Harvard University Press, London, 2011,
19. Jeffrey Rosen, Political Questions and the Hazards of Pragmatism in Bush v. Gore, Yale University Press, New Haven,
20. John R. Vile, Essential Court Decisions, Rowman & Littlefield Publishers, Fifteenth Edition, 2010
21. John Rawls, A Theory of Justice, Belknap Press,1971.
22. Joseph Raz, Principles of Equality, Oxford University Press, Vol. 87, No. 347, 1978, pp. 321-34
23. Kenneth M. Ehrenberg, The Functions of Law, First Edition, Oxford University Press, New York, 2016,
24. Lawrence B. Solum, Originalism Versus Living Constitution: The Conceptual Structure of the Great Debate, Vol. 113, No. 6, 2019,
25. Lawrence B. Solum, The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning, Notre dame law review Volume 91, Issue 1, Article 1, 2015,
26. Lon L. Fuller, Reason and Fiat in Case Law, Harvard Law Review, Vol. 59, No. 3 , 1946.
27. Louis Henki, Political Question Doctrine?, The Yale Law Journal, Vol. 85, No. 5, 1976,
28. Mark A. Graber, A New Introduction to American Constitutionalism, Oxford University Press, New York, 2013,
29. Randy E. Barnett, Restoring the Lost Constitution, Princeton University Press, 2004.
30. Robert G. Natelson, The Founders Hemenent: The real Original Understanding of Original Intent, Ohio state law Journal, Vol. 39, 2007
31. Roscoe Pound: The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice Presented at the annual convention of the American Bar Association in 1906, Available at the link: https://law.unl.edu/
32. Sara C. Benesh, Understanding Public Confidence in American Courts, The Journal of Politics, Vol. 68, No. 3, 2006,

33. Saulk Padova, The Living U.S Constitution Story Text leading Supreme Court Decisions, Second Revised Edition BY Jacob W. Landynski, New York, 1982.
34. Scott Dodson, A Darwinist View of the Living Constitution, Vanderbilt Law Review, Vol. 61, 2008 , No. 5, 2008,
35. Stephen J. Shapiro, The Judiciary in the United States, Georgetown Journal of legal ethics, Vol. 14, 2001,
36. Susan Kenny, Maintaining Public Confidence in the Judiciary: A Precarious Equilibrium, 1999, Available at the link, http://www5.austlii.edu.au/au/
37. W. J. Waluchow, A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree, Cambridge University Press, New York, 2007.
38. William H. Rehnquist, The Notion Of a The Living Constitution, Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 29, 1976,
39. William J. Brennan Jr., The Bill of Rights and the States, New York University Law Review, Vol. 61, Issue 4 (October 1986),
40. William J. Brennan Jr., The Constitution of the United States: Contemporary Ratification, D.C. Georgetown University, 1985,
41. William N. Eskridge, The New Textualism, 37 UCLA L. Rev. 1989,