مناهج التفسير ودورها في تطوير القواعد الدستورية

أ.د. فراس عبد الرزاق حمزة م. فرح جهاد عبد السلام
كلية الحقوق-جامعة النهرين

الملخص

تتسم القواعد الدستورية بالاعلوية والثبات، الا ان ذلك الثبات يقابله تطور المجتمع والذي لا يلبث أن يؤثر على مدى قدرة تلك القواعد على الصمود في مواجهتها ومن ثم يتطلب من الجهة التي تقوم بتفسير تلك القواعد القدرة على جعلها قادرة على مواكبة تلك التغيرات مما يكفل لها الاستقرار والاستمرار، ويتطلب تطوير مضامين القواعد الدستورية أن تكون مناهج التفسير التي يتبعها القاضي الدستوري وهو في معرض تفسيره للنصوص الدستورية مناهج تتسم بالمرونة والتي تمكن القاضي من جعل النص قابل للنمو ضمن اطار كلماته الثابتة وهو ما يجعل للقضاء الدستوري الدور البارز في تفعيل تلك القواعد وتقليص الفجوة بين الواقع والنص.

Abstract

Constitutional rules are rules characterized by superiority and stability, but stability is offset by the development of society, which soon affects the ability of those rules to withstand in the face of them, and then requires the party that interprets these rules to be able to make it able to keep pace with these changes, which ensures them Stability and continuity, and the development of the contents of the constitutional rules requires that the curricula followed by the constitutional judge when he interprets the constitutional texts are flexible curricula that enable the judge to make the text viable within the framework of his fixed words, which makes the constitutional judiciary a prominent role in activating these rules and reducing the gap between reality and text.

المقدمة

تعددت مناهج التفسير في المجال القانوني واختلفت فيما بينها، وأساس الخلاف هو في كيفية التعامل مع النص الثابت ومدى محدودية أو سِعة معانيه الواردة بألفاظه وعباراته وقدرتها على التفاعل مع تَغيُر وقائع الزمان والمكان وتنوع الحالات، والتي تستوجب أن تكون هنالك مناهج لتفسير النصوص قادرة على استيعاب تلك التغيرات بكافة وجوهها ومراعاة متطلباتها الى جانب المناهج التقليدية المعروفة في التفسير ، فلقد

ادت التطورات للواقع المعاصر لتطبيق النصوص الدستورية الى عجز عملي للمناهج التقليدية في بعض الاحيان والتي تجعل قوالب النصوص جامدة وعاجزة عن استيعابها ومن ثم انفصال النص عن الواقع الذي يعاصره، مما ينهض معه الحاجة الى نظرة اكثر تقدما عبر انتهاج مناهج اخرى تستوعب التطور ومن ثم جعل النصوص مرنه قادرة على مواكبتها.

أولاً: أهمية البحث

أن للقاعدة الدستورية خصوصية في التفسير الذي يتبعه القاضي الدستوري عند تفسيره لمضامينها عند استخلاصه لمعنى النَّص نابعة من طبيعتها مما يستتبع ذلك أن النص الدستوري يحتاج لمناهج غير تقليدية خلافاً للتي تستخدم في تفسير النص غير الدستوري، وذلك بسبب عجز المناهج التقليدية في اغلب الاحيان عن اشباع الحاجات المتجددة في الواقع العملي الذي يطبق فيه النص الدستوري على اعتبار أن القواعد الدستورية تستهدف اعتبارات سياسية اجتماعية واقتصادية في اطار المصلحة العليا للدولة .

ثانياً: مشكلة البحث

تُثار مشكلة البحث في بيان مدى قدرة القضاء الدستوري على انتهاج المناهج الحديثة ومن ثم هل من الممكن ان تكون هنالك امكانية لابتعاد القاضي عن روح الدستور وتجاوزه لحدود سلطاته بافتعاله لمعانٍ جديدة، أم ان تلك المناهج تعمل ضمن حدود ما قصده المشرع الدستوري وما تقتضيه مواكبة متطلبات الحفاظ على أعلوية النصوص الدستورية.

ثالثاً: فرضية البحث

توجد علاقة وثيقة بين انتهاج القضاء الدستوري للمناهج المتطورة في التفسير الدستوري للقواعد الدستورية تؤدي إلى قدرته على تطوير تلك القواعد عبر اكسابها معانٍ متطورة وموسعة، ومن ثم يكون القضاء الدستوري أحد أبرز أركان الاصلاح الدستوري وتحقيق العدالة الدستورية.

رابعاً: منهجية البحث

تنهض الدراسة على اساس اتباع المنهج الاستقرائي من خلال استعراض ابرز المناهج التفسيرية سواء التقليدية أو الحديثة وبيان ابرز الآراء الفقهية للفقه الدستورية سواء المؤيدة ام المعارضة لتلك المناهج، ومن ثم بيان هل انتهجت المحاكم الدستورية في دول القضاء الدستوري لأي من المناهج واثرها في تطوير القواعد الدستورية ومقارنتها مع منهج المحكمة الاتحادية العليا في العراق ومن ثم بينا رأي الباحث واستخلاص النتائج والتوصيات عن تلك الدراسة.

خامساً: خطة البحث

سوف نتناول بيان المناهج التقليدية ودورها في تطوير القواعد الدستورية ضمن مطلبين نبين في المطلب الاول المناهج التقليدية ودورها في تطوير القواعد

الدستورية والذي يتفرع الى فرعين الفرع الاول تناول بيان المنهج الحرفي ودوره في تطوير القواعد الدستورية، وأما الفرع الثاني فتطرقنا فيه لبيان المنهج القصدي ودوره في تطوير القواعد الدستورية ، وفي المطلب الثاني تطرقنا فيه لبيان المناهج الحديثة ودورها في تطوير القواعد الدستورية والذي تفرع الى فرعين، بينا في الفرع الاول المنهج البراغماتي(النفعي) ودوره في تطوير القواعد الدستورية، واما الفرع الثاني فتطرقنا فيه لبيان منهج الدستور الحي ودوره في تطوير القواعد الدستورية ومن ثم ختمنا البحث بخاتمة تتضمن ابرز الاستنتاجات والتوصيات التي توصل اليها الباحث، وكما يأتي:-

المطلب الاول: المناهج التقليدية ودورها في تطوير القواعد الدستورية

تختلف معاملة القضاء الدستوري للنصوص الدستورية وفقاً للمناهج التقليدية من حالة إلى أُخرى، فتارةً يقف المنهج عند البنية الذاتية للنص بمعنى المدلول الحرفي للنصوص الدستورية وهو ما يعرف بمنهج الحرفية أو النصية، وتارة اخرى يتحرى إرادة واضعي النص بمعنى ما قصد واضعه وهو ما يعرف بمنهج القصدية،[١] وسنبين كلاً من المنهجين ودورهما في تطوير القواعد الدستورية ضمن الفرعين التاليتين نبين في الفرع الاول منهج التفسير الحرفي ودوره في تطوير القواعد الدستورية، وفي الفرع الثاني نبين المنهج القصدي ودوره في تطوير القواعد الدستورية وكما يأتي:-

الفرع الاول: منهج التفسير الحرفي ودوره في تطوير القواعد الدستورية

إن المنهج الحرفي هو المنهج التفسيري الذي يتخذ من كلمات النص وسيلة لتفسيره، وذلك من خلال الوقوف على المعاني التي تضمنتها المعاجم والقواميس لهذه الكلمات، دون استخدام وسائل اخرى لتحديد المعنى خلافاً لذلك.[٢] فهو بهذا المعنى يعتمد على الالفاظ والمعاني الواردة في النص دون اللجوء إلى مصادر اخرى، ويقوم هذا المنهج على شرح التشريع مادة مادة وكل عبارة وردت فيه على حده ويبرز ما فيها من دقة وغموض ويربط المفسر بينها وبين المواد السابقة وما تليها ليتضح مدى اختلافها او تشابهها، وهكذا حتى يتضح معنى النص بأكمله والكشف عن نية المشرع.[٣] ولبعض

---

(١) ويطلق على هذان المنهجان في الولايات المتحدة الامريكية المنهج الاصولي أو الاصلانية ، والاصولية مصطلح يستخدم لتفسير كلمات الدستور بهدف معرفة معاني الكلمات تاريخياً وقت كتابتها وصورها هي أما البحث عن مقصد واضعي الدستور أي ما كان في ذهن الرجال المؤسسين للدستور وما كانوا يقصدونه ، أو البحث عما كان يعتقده واضعوا الدستور من معنى الكلمات. ستيفن روس وهيلين ارفينق، هينز كلوق ، ترجمة عبد الرحمن مشعل، مناهج تفسير الدستور –دراسة موجزة، ص٢.

(٢)د. وليد محمد عبد الصبور، التفسير الدستوري – دراسة مقارنة ، المصرية للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، ٢٠١٨، ص.٩٤

(٣) د. شاكر راضي شاكر، اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير الملزم. دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٤٠.

انصار هذا المنهج عبارة شهيرة وهي "النصوص أولا وقبل كل شيء". [١] وقد قُسم هذا المنهج على ثلاثة أنواع: النوع الاول و يسمى التقيد بعبارة النص، أما النوع الثاني فقد اطلق عليه البنيوية النصية- التكاملي- والذي يحدد من خلاله معنى العبارة من خلال علاقتها بباقي المواد وفي السياق العام للوثيقة الدستورية[٢]، فيما أُطلق على الثالث النصية الغائية.[٣] والتي تقترن بالنوعين السابقين إلا أنها تأخذ بنظر الاعتبار مقاصد وأهداف النص، ويرى البعض[٤] أن هذا المنهج يكفل الثبات والاستقرار القانوني وهو الاقرب لحياد القاضي الدستوري ومحققاً لليقين القانوني وهو أقرب لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات علاوة على بساطة هذا المنهج وسهولته، فمن خلال هذا المنهج تصان الوثيقة الدستورية من التلاعب والتطاول فهو يحافظ على أعلويتها وسموها ومهابتها ، إذ لا مناص من اعتماد الفاظها وعباراتها فهي المدخل الوحيد لفهم ارادة السلطة التأسيسية.

في حين ذهب جانب آخر في نقد هذا المنهج التفسيري إلى اعتبار أن هذا المنهج يعد كافياً بالنسبة لبعض النصوص الدستورية وليس الكل ويبين فساد نظرتها للتشريع، فهي تنظر إلى التشريع نظرة تقديس على اعتبار أنه شامل جامع كامل[٥] وهو أمر لا يستقيم، فليس متصور في ظل هذه النظرية وجود نقص أو قصور في النصوص الدستورية، وكذلك أُنتقد هذا المنهج من جانب اللغة- أي لغة النص- فتجلت أبرز السلبيات في أن اللغة ليست لها معانٍ موضوعية محتمة فالنَّص لن يعكس مطلقاً تفسيراً بذاته.[٦]

وفي مجال تطوير القواعد الدستورية، فإن هذا المنهج يؤدي إلى عرقلة تطور الدستور وحصره في إرادة المشرع الحقيقة أو المفترضة وقت وضعه للنصوص مهما

---

(١) د. جورجي شفيق، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير ، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٥ ، ص ٣٧، ومن انصار هذا المنهج قاضي المحكمة العليا الامريكية (انتونين سكاليا) حول اراءه يراجع المرجع:. **- Scalia, *matter of interpretation*, Princeton University, 1997.**

(٢) يقصد بالتفسير التكاملي التنسيق والتكامل بين النصوص القانونية للوصول الى المعنى الصحيح للنص محل التفسير، وتفصيل ذلك ان الجهة القائمة على التفسير تلجأ الى دلالة الالفاظ للنص المراد تفسيره لاستنباط معنى القاعدة القانونية ، ولكن دلالة الألفاظ قد لا تكون كافية في ذاتها لبيان وتحديد معنى القاعدة القانونية التي يحتويها النص ، لذا تتجه الى التفسير التكاملي الذي يسند على التنسيق بين النصوص القانونية للوصول إلى المعنى الصحيح للنص محل التفسير، د. جابر محمد حجي، تفسير النصوص في القضاء الدستوري (دراسة في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية) مجلة القانونية، العدد الثالث، يناير ٢٠١٥ ، ص١٦٩.

(٣) للمزيد حول التفسير الغائي ، رسول جمعة خلف ، التفسير الغائي للنصوص الدستورية ، رسالة ماجستير، الجامعة العراقية، ٢٠١٩، ص٢٢ وما بعدها.

(٤) أشار له: د. علي يوسف الشكري، الوسيط في فلسفة الدستور، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ط١، ٢٠١٧ ، ص٢٨٠.

(٥) د .جورجي شفيق، المرجع السابق، ص. ٤٦.

(٦) نقلاً عن: د. وليد محمد عبد الصبور، مرجع سابق، ص١٦٢، للمزيد يراجع نص رسالة توماس جيفرسون إلى جيمس ماديسون، نص الرسالة متاح على الموقع الالكتروني:
https://translate.google.com/translate?hl=ar&sl=en&u=https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-12-02-0248&prev=search&pto=aue يوم الزيارة ٢٠٢١/٦/١٦ الساعة ٤:٠٠ مساءً

طال الزمن ومهما تغيرت الجماعة[١] وكذلك أن هذا المنهج يهمل الجوهر والمباني باعتماده على الالفاظ والمعاني، وفي ذلك مجانبة للأسس المعتمدة في فهم النص، فالنص المجرد عن الظروف –جسد بلا روح- وبالقطع أن العبرة بالجوهر لا بالنصوص المجردة، والقول بغير ذلك يعني وقوف حركة التطور التشريعي وانكفائها على نفسها وفي ذلك مجانبة لطبيعة القانون، فالقانون قابل للتطور باستمرار ولا يمكن ان تقف حركته عند نقطة معينة.[٢]

وهنالك العديد من التطبيقات التي سارت عليها المحكمة العليا الامريكية باتباع منهج التفسير الحرفي ومنها حكمها في قضية (سميث ضد. الولايات المتحدة) في العام ١٩٩٣، إذ قد وجه الاتهام إلى المدعو (سميث) بتهمة مبادلة سلاح مقابل كمية من مخدر (الكوكايين) مع أحد أفراد الشرطة السرية استناداً إلى قانون فيدرالي يشدد العقوبة لجرائم الاتجار بالمخدرات للسجن مدة تصل إلى (٣٠) عاماً، لمن يستخدم سلاحاً نارياً أثناء أو بمناسبة اتجاره بها، وقد قضت محكمة الاستئناف بالعقوبة المشددة على المتهم، وعند عرض القضية على المحكمة العليا ، كان وجه الطعن أن تشديد العقوبة يكون في حالة استخدام السلاح في عملية الاتجار، وليس وسيلة للتبادل، وانتهت المحكمة في حكمها اعلاه إلى تأييد ذلك الحكم.[٣]

وفي مصر انتهجت المحكمة الدستورية العليا أيضاً منهج التفسير الحرفي في عدة أحكام، فقضت أن النص الذي يكون مطلقاً يسري على اطلاقه ما لم يقيده نص، وحكمت بعدم دستورية القانون الذي قصر مسألة اخراج المسرحيات على المخرج المسرحي دون المخرج السينمائي، ورأت المحكمة أن النص الدستوري لم يحدد شرط ولم يسند هذا الحق الدستوري في تنظيمه لقانون آخر وإن المادة المطعون بعدم دستوريتها قد أخلت بالحريات الشخصية وبحرية التعبير عن الرأي والابداع. [٤]

وفي العراق نجد أن المحكمة الاتحادية العليا قد التزمت بالمنهج الحرفي في العديد من احكامها، ومن الممكن أن نوعز ذلك إلى حداثة الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، ونذكر من ذلك حكم للمحكمة الاتحادية العليا فسرت فيه لفظ "مشروعات القوانين" التي تقدمها السلطة التنفيذية بأنها المقدمة حصراً من السلطة التنفيذية وتصلح لوحدها أن تكون محلاً للتصويت عليها من قبل السلطة التشريعية، ومن جانب آخر فسرت لفظ "مقترحات القوانين" التي يتقدم بها عشرة نواب أو احدى لجان مجلس النواب بأنها

---

(١) د. جورجي شفيق، المرجع سابق، ص٤٩.
(٢) د. علي يوسف الشكري، الوسيط في فلسفة الدستور، مرجع سابق،ص٢٨١.
(٣) (smith v. United state.1996: حكم للمحكمة الاتحادية العليا الامريكية
https://law.justia.com/cases/district-of-columbia/court-of-appeals/1996/94-cf-569-6.html
(٤) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٣) لسنة (١٨) قضائية بتاريخ ١٩٩٧/٤/١،المجموعة الالكترونية الكاملة للأحكام المصرية، اصدار شركة ايجبت للبرمجيات ، ٢٠١٨ .

مقترحات ترفع للسلطة التنفيذية بغية تحويلها إلى مشاريع قوانين ، وهي بذلك لا تصلح ان تكون محلاً للتصويت عليها وتحويلها إلى قوانين.[1]

مما يؤكد انتهاجها في هذين الحكمين لمنهج التفسير الحرفي للنصوص، غلا انها عادت في حكم أخر ذي العدد ٢١/ اتحادية/ اعلام/ ٢٠١٥ ، وموحدتها ٢٩/ اتحادية / اعلام / ٢٠١٥ في ٢٠١٥/٤/١٤ والذي طورت فيه من تفسيرها و افتت فيه المحكمة بأحقية مجلس النواب بالمبادرة التشريعية من خلال تقديم مقترحات القوانين إلا ما يتعلق بالمقترحات التي تضيف اعباء مالية اضافية في حكمها اعلاه، ومما جاء في حيثياته" تجد المحكمة الاتحادية ان دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ قد كرس في المادة (٤٧) منه المبدأ الذي عرفته غالبية دساتير العالم وهو (مبدأ الفصل بين السلطات) ، وقد عدد هذه السلطات في المادة ذاتها وحسب ورودها فيه وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، ورسم لكل منها اختصاصها بشكل دقيق، ولكي نكون أمام التطبيق السليم لأحكام هذه المادة والمبدأ الذي تأسست عليه يلزم ان تتولى كل سلطة من هذه السلطات القيام بمهامها وممارسة صلاحياتها كاملة وفق ما رسمه لها الدستور، فالسلة التشريعية تمارس مهامها واختصاصاتها المنصوص عليها في المواد (٦٠,٦١، ٦٢، ٦٤/اولا) من الدستور، وفي مقدمة هذه الاختصاصات تشريع القوانين الاتحادية التي تقتضيها المصلحة العامة ووفقاً للسياقات الدستورية وممارسة هذا الاختصاص والصلاحية يلزم ان يكون مراعياً لمبدأ الفصل بين السلطات التي مرت الاشارة اليه ، وان لا يكون من بين القوانين التي يشرعها مجلس النواب مباشرة ما يمس هذا المبدأ ومن تلك القوانين التي تمس هذا المبدأ هي القوانين التي ترتب التزامات مالية على السلطة التنفيذية لم تكن مدرجة في خططها او في موازنتها....". نجد أن كانت المحكمة الاتحادية العليا في القرارين السابقين على القرار اعلاه قد سلبت حق المبادرة التشريعية من مجلس النواب لان الاقتراح لم يمر عبر بوابة الحكومة.[2] ذلك أن الاصل إن البرلمان هو مالك الاختصاص الاصيل بالتشريع بمراحله كافة وتخويل البعض من تلك الصلاحيات للسلطة التنفيذية يعد باباً من ابواب التعاون بينهما ولا يعني ابداً حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية.

نستنتج مما تقدم، وبالرغم من أن هذا المنهج لازال من المناهج المتبعة في تفسير النصوص الدستورية، إلا أن هذا المنهج لا يتلاءم بالمحصلة إلا مع النصوص المكتوبة كونها مرجعتيه الوحيدة مما يجعله قاصراً عن تفسير القاعدة الدستورية غير المكتوبة، وهو بذلك يقف حائلاً أمام فاعلية وتطور القواعد الدستورية لمواكبة ما يطرأ من متغيرات، في ظل جمود الوثيقة الدستورية، وهذه المتغيرات ليست في معاني النصوص فقط وإنما في الافكار والمبادئ التي تضمنتها الوثيقة الدستورية ومعززاً بذلك

---

(١) حكم المحكمة الاتحادية العليا العدد٤٣/اتحادية /٢٠١٠ في ٢٠١٠/٧/١٢ ، وحكمها الاخر رقم ٤٤/ اتحادية/ في ٢٠١٠/٧/١٢ يتضمن نفس النتيجة التفسيرية للدستور.

(٢) حكمي المحكمة الاتحادية العليا المرقمين: ٤٣ و٤٤/ اتحادية/ ٢٠١٠ السابق اشارة اليهما.

للثغرة بين الواقع والنصوص جاعلاً من القضاء الدستوري محض آلة صماء، ومن ثم فإنه لا يؤدي إلى ابراز دوره التطويري للقواعد الدستورية .

الفرع الثاني: المنهج القصدي ودوره في تطوير القواعد الدستورية

وهو المنهج الذي يفسر النَّص الدستوري من خلال مقاصد واضعيه وتصوراتهم لمعانيه وقت اقراره، وهو لا يراعي الظروف المحيطة ومتغيراتها، ويستخدم هذا المنهج بعض الاساليب التي تمثل عوامل خارجية محيطة بالنص أثناء وضعه واقراه، ومن ذلك مناقشات البرلمان أو اللجنة التأسيسية واللجان الفرعية والنوعية المتخصصة. ويرد فحواه إلى منطق التفكير التخيلي والذي مؤداه الرجوع بالمخيلة إلى الظروف التي صدر بها التشريع، وما الذي دار في ذهن المشرعين عند وضع النص ويتطلب هذا المنهج التعرف على مقاصد المشرع والتاريخ التشريعي للنص ويطلق عليه الفقه الامريكي منهج الفهم الاصلي[١]. ويؤيد هذا المنهج عدد من القضاة الدستوريين في الولايات المتحدة ففي قضية (الولايات المتحدة ضد فيرجينيا) في العام ١٩٩٦ [٢] ، قضت المحكمة العليا الامريكية بعدم دستورية قانون ولاية فرجينيا الذي حصر القبول في المعهد العسكري الخاص بها بالذكور دوناً عن الاناث، باعتباره يعد انتهاكاً لشرط الحماية المتساوية في التعديل الرابع عشر ويعارض مبدأ المساواة بين الجنسين، وقد انتقد هذا القرار من قبل البعض من القضاة المؤيدين لمنهج القصدية الذين قالوا أن مهمة المحكمة هي "الحفاظ على قيم مجتمعنا وليس مراجعتها، واصروا على أن المحكمة "لا تحل محل التقاليد" بل هي "تعكس" تلك التقاليد الوطنية الثابتة وغير المنقطعة التي تجسد فهم الناس للنصوص الدستورية الغامضة "، وكما اكد القاضي الامريكي (جوزيف ستوري) في شرحه حول الدستور الامريكي، فإن هذا التقليد موجود قبل٢٠٠ عام والتي اعتبرها الشعب المصادق على الدستور أنها دستورية، وعليه ينبغي على القاضي عدم وضع معتقداته محل المعتقدات التقليدية للمجتمع.[٣] وفي قضية (أولمستيد ضد الولايات المتحدة) اعلن فيها رئيس القضاة (تافت) أن الحماية الدستورية المفروضة بالتعديل الرابع ضد القبض والتفتيش غير المبررين لا تنطبق على التسجيلات التليفونية لان هذا النشاط لا يدخل في معنى التعديل الرابع ، لان مجرد التنصت على المكالمات الهاتفية لا يشكل عملية بحث ومصادرة بالمعنى المقصود في التعديل الرابع عشر، وعليه فهو نشاط غير محرم،[٤] ففي هذا الحكم نجد ان المحكمة راعت المقاصد الاصلية الا انه لم تراع التطور الذي حدث في المجتمع والنتائج المترتبة عليه.

---

(١) د. السيد علي محمد الغماري، الدور الانشائي للقاضي الدستوري، الدور الانشائي للقاضي الدستوري- دراسة مقارنة-، اطروحة دكتوراه، جامعة المنوفية، ٢٠١٩ ، ص١٤٦

(2) United State v. Virginia,518 U.S.515 (1996)

-يوم الدخول ٢٠٢٠/١٢/١٤الساعة ٦:٣٧ https://supreme.justia.com/cases/federal/us/518/515/

(٣) أشار له: رسول جمعة، مرجع سابق، ص٣١.

(4) Olmstead v. United States : https://www.oyez.org/cases/1900-1940/277us438 يوم الزيارة الساعة ٢٠٢١/٣/١٤:٢٥

وفي مصر فإن منهج القصدية من المناهج التي اتبعتها المحكمة الدستورية العليا في العديد من احكامها ، ومثالها ما قررت في حكم لها"...الاصل في النصوص القانونية الا تحمل على غير مقاصدها، وألا تفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها ويفصلها عن سياقها أو يحرفها عما اتجهت إليه إرادة مشرعها..."[١]

ونرى أن هنالك صعوبات تنهض عند اتباع المنهج القصدي في تفسير النصوص الدستورية إذ لا يمكن أن يتفق القضاة على المعنى الاصلي، ولربما حتى اعضاء السلطة التأسيسية لم يتفقوا على معنى محدد ومعين، مما ينتج عنه ان القضاة سيختارون معنى لا وجود له في الواقع، و نستنتج بذلك أن المناهج التقليدية قد لا تفي ببيان مضامين النصوص الدستورية ، فتبدو تلك المناهج مقصرة في تفسير القواعد الدستورية وكشف مكنوناتها، و لا بد من اتباع مناهج التفسير التقدمية، ذلك ان إعمال المنهجين السابقين يؤدي وفي أغلب الاحيان إلى عدم تلاءم الدستور مع المتغيرات المستمرة في نطاق تطبيق النص الدستوري.

المطلب الثاني: المناهج الحديثة ودورها في تطوير القواعد الدستورية

إن تطورات الحياة في المجتمع لا بد أن تلقي بضلالها وترتب آثارها على تفسير النصوص الدستورية، ومثل هذا الاثر أُدركت أهميته التي تتجلى في تطوير الدستور ويكون ذلك من خلال تطوير المناهج المتبعة في تفسير النصوص الدستورية، فالمناهج التقليدية تصل في بعض الاحيان إلى العجز عن إحداث التوافق بين الواقع القانوني الذي تجسده النصوص الدستورية وبين الواقع العملي الذي تطبق فيه، وعلى ما تقدم برزت مناهج تحاول وتسعى للتوفيق بين النص والواقع، نوردها ضمن الفرعين التاليين نتناول في الفرع الاول المنهج البراغماتي ودوره في تطوير القواعد الدستورية، وفي الفرع الثاني نبين منهج الدستور الحي ودوره في تطوير القواعد الدستورية وكما يأتي:-

الفرع الاول: المنهج البراغماتي(النفعي) ودوره في تطوير القواعد الدستورية[٢]

يستند المنهج البراغماتي وبشكل أساسي على وزن المصالح الاجتماعية المتنافسة، إذ يتطلب مراعاة الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية في اتخاذ القرارات

([١]) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٦٥ لسنة ١٨ ق .د. بجلسة ٢٠٠١/١/٦ اشار له د. السيد الغماري، مرجع سابق، ص ١٤٨.

([٢]) البراغماتية هي احدى مدارس الفلسفة التي نشأت في الولايات المتحدة الامريكية نهاية القرن التاسع عشر ، ويرجع الفضل الى الفيلسوف الامريكي Charles S.Peirce في وضع مبادئها وهو اول من استخدم هذا المصطلح وتتلخص مبادئها في ان الحقيقة تقاس بمدى تطابقها بنتائجها العملية وليس النظرية. الموقع الالكتروني:

https://sotor.com/%D9%85%D8%A7-%D9%87%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%B1%D8%A7%D8%BA%D9%85%D8%A7%D8%AA%D9%8A%D8%A9/#.D8.B1.D9.88.D8.A7.D8.AF_.D8.A7.D9.84.D9.81.D9.84.D8.B3.D9.81.D8.A9_.D8.A7.D9.84.D8.A8.D8.B1.D8.A7.D8.BA.D9.85.D8.A7.D8.AA.D9.8A.D8.A9 ، ويراجع في هذا الشأن د. حيرس سمية، الفلسفة الامريكية بين الليبرالية والبراغماتية – شارل بيرس انموذجاً-، اطروحة دكتوراه، الجزائر، جامعة وهران،٢٠١٢، ص٧٧ وما بعدها..

والأحكام القضائية وعدم التقيد بالشكليات الدستورية، فهنالك قضايا صعبة تكون فيهما حاجتان اجتماعيان متعارضتان، وعندما لا يتم حل التعارض بوضوح من خلال القواعد القانونية فعلى القضاة ممارسة حريتهم المطلقة في الاختيار بين الخيارات المتاحة امامهم، و أن يستجيب للحقائق الاجتماعية وصولاً إلى نتيجة مبنية على اعتقاده بالعدل والمنطق، ما لم تكن تلك القرارات مقيدة بأسباب قانونية أو نص دستوري، فيجب بذلك أن يكون عمل القضاة في تقريرهم للقضايا مرتبط بصورة وثيقة بالاعتبارات اقتصادياً واجتماعيا وسياسياً[١]، وفي نطاق التطوير القضائي للدستور، فإن هذا المنهج يولي أهمية للنتائج أو الاثار القانونية المحتملة لعملية التفسير فمنهجه يقوم على نوع من استشراف المستقبل، ولكون نشأة هذا المنهج في الولايات المتحدة الامريكية فقد أحدث صدى بين المناهج التي تنتهجها المحكمة العليا في التفسير لتنقله من مجرد مذهب فلسفي لمنهج تفسير دستوري، فالبراغماتية ترى في القضاء شريكاً في السلطة له قناعاته واختياراته المستقلة بما يُمَكّنه من معالجة الانحرافات التي يقع فيها المشرع، فالنظرية البراغماتية لا تعتمد في مجال التفسير الدستوري على الاستدلال المنطقي وإنما تقدر الاحتياجات الاجتماعية، كما تحترم السوابق القضائية ما دامت لا تناقض تلك الاحتياجات.[٢]

وفي مجال تطوير القواعد الدستورية فإنه وعلى النقيض من النظريات التقليدية والتي تركز بشكل كبير على فهم نصوص الدستور، تختلف البراغماتية بأنها ترتكز على النتائج العملية المحتملة للقرارات التفسيرية الدستورية، وتسير على موازنة النتائج العملية المحتملة لتفسير واحد تجاه تفسيرات اخرى أي بمعنى استنباط عدة تفسيرات للنص واختيار أحدهم.[٣] ويؤكد هذا المنهج أن تفسير الدستور وفقاً لمعناه الاصلي أو نية نية واضعيه هو في بعض الاحيان غير مقبول وبالتالي فإن التفسير المتطور أمر ضروري.[٤]

ومن حيث اعتبار التطوير ثمرة للتفسير الدستوري ونتيجة له فإن البراغماتية تعتبر أقل عناية بتقنية التفسير واكثر اهتماماً بالنتائج ، كما هو الحال عند القضاة، إذ يبدأ البراغماتيون بالنصوص الدستورية لكنهم يمضون قدماً بتجاوز هذا الأمر لقياس التوظيف المختلف للكلمات تجاه الظروف الخاصة المحيطة بالقضية المطروحة[٥]، وكل

([١]) رسول جمعة خلف، مرجع سابق ،ص٣٦.

([٢])د. وليد محمد عبد الصبور، مرجع سابق، ص٢٩٦.

([3]) E.W .Thomas, *The judicial process Realism, Pragmatism ,Practical Reasoning and PRINCIPLES*, Cambridge university press,2005,P303.

([4])R Pound, "*Liberty of Contract*" (1909) 18 Yale Law Journal, p 454

([٥]) وقد وضح (رامزي كلارك) المدعي العام الامريكي السابق في تأييده للمنهج البراغماتي في البعض من مواقف المحكمة العليا بقوله" إن ما يثير الدستور ويقويه ويجعله أكثر حيوية هو التعقيب على نصوصه وعلى روحه والعمل على ربطها بالعصر الحاضر، وفهم التاريخ وفهم دور القانون في أي مجتمع، أما الخوف من التغيير فلن يؤدي إلا إلى إضعاف الدستور وبقاؤه وثيقة قديمة لا تغني ولا تنفع..إن المحكمة العليا للولايات المتحدة الامريكية مؤسسة محافظة ولعلها أكثر المؤسسات المحافظة في نظامنا ولكنها تحاول أن تتكيف مع

ذلك في ضوء العوامل الاجتماعية المحيطة وغايات العدالة، وهم يدركون أن القضاة يمارسون سلطتهم التقديرية للاختيار بين ما هو متاح من الاستنتاجات الدستورية ويؤكدون على أن الاختيار يجب أن يوجه من مجموع النص والمنطق السليم والبحث عن النتائج العادلة والاهتمام بالغايات، وهم يرفضون افكار المناهج الاخرى القائلة بإمكانية تفسير الدستور عن طريق مبدأ عام وشامل وهذا الرفض تجسد في عام ١٩٥٠ في كلام قاضي المحكمة العليا الامريكية (هولمز) بقوله أن "الافتراضات العامة لا تقرر قضايا محددة".[١]

ومن تطبيقات هذا المنهج في الولايات المتحدة الامريكية قضية (الولايات المتحدة ضد ليون) في العام ١٩٨٤، إذ عدت المحكمة العليا في الولايات المتحدة أن التعديل الرابع لا يتطلب بالضرورة أن تستبعد المحكمة الادلة التي تم الحصول عليها من دون إذن قضائي، نتيجة لاعتماد القانون بحسن نية بناءً على أمر تفتيش صادر بشكل غير صحيح، وقضت المحكمة أن غرض حكم الاستبعاد لا يخدم الأوضاع الاجتماعية، وإن تبني استبعاد الادلة المتحصلة من الجريمة سيؤدي إلى مخاطر اجتماعية كبيرة من خلال تقويض قدرة نظام العدالة الجنائية في إدانة المتهمين وهذه الاهمية حسب قرار المحكمة تفوق مصلحة الفرد البسيطة .[٢]

وفي مصر قضت المحكمة الدستورية في أحد احكامها بعد عدة طعون قدمت لها على اثر تعديل الدستور، إذ عُدلت المادة الثانية من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ في ٢٢ مايو ١٩٨٠ وكان التعديل يتضمن أن الشريعة الاسلامية هي المصدر الاساسي للتشريع، وعلى إثر ذلك التعديل قدمت طعون على عدة قوانين كانت تخالف مبادئ الشريعة الاسلامية سنت قبل اقرار التعديل، فقضت المحكمة أن سلطة تشريع القوانين أضحت مقيدة بمراعاة تشريعاتها للشريعة الاسلامية بما تشرعه من قوانين مستحدثة أو تعديلاً لقوانين سابقه ، وأن تكون الشريعة المصدر الرئيسي لها اعتماداً من تاريخ نفاذ التعديل، وإن الزام السلطة التشريعية باتخاذ الشريعة الاسلامية مصدراً لها ينطوي فقط على التشريعات اللاحقة وليس على التشريعات التي شرعت قبل تاريخ ذلك التعديل، فالقضاء كان يرغب في اعطاء السلطة التشريعية فترة زمنية تمكنها من تعديل

الحاضر والمستقبل بأكثر مما تفعله أية مؤسسة أخرى، وخلال العشرين سنة الاخيرة أمكنها التعرف على احتياجات زماننا الملحة، وذلك في القضايا التي وجدت طريقها إليها واذكر منها قضية بيكر ضد كار في ١٩٦٢، وفي هذه القضية حررت المحكمة الحكومة من قيود القرن التاسع عشر... وفي قضايا أخرى عالجت المحكمة العليا مشكلة أكبر وهي مشكلة العنصرية وجعلتنا نشعر بضرورة العمل بشكل يجعلنا نحترم انفسنا ونحس بالعدالة وكانت روح الدستور واضحة المعالم في هذا الموضوع.." روبرت ديكليريكو و الان هاموك، آراء في الحكومة والسياسة الامريكية، ترجمة تماضر توفيق، =دار المعارف، القاهرة، بدون سنة .، ص٤١٧-٤١٨، أشار له: د. فلاح مصطفى صديق، الاختصاص التفسيري للقضاء الدستوري- دراسة مقارنة ، ط١، مكتبة القانون المقارن، ٢٠١٩ ص٩٢-٩٣.

(١) أشار له: ستيفن روس، مرجع سابق، ص٤.

(٢)United State v. Leon https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/ تاريخ الدخول ١٥/١٢/٢٠٢٠ الساعة ١٠:٤٠ مساءً

تشريعاتها السابقة على التعديل الدستوري، ولم يرغب في أن يقضي بعدم دستورية تلك القوانين مما يؤدي إلى اخلال كبير في النظام الاجتماعي ويؤثر في الظروف الاقتصادية للبلاد[1]

وفي العراق ، نجد أن المحكمة الاتحادية العليا قد انتهجت هذا المنهج في البعض من قراراتها ومنها قراراها الذي بينت فيه".. أما بالنسبة للصلاحيات الممنوحة إلى ضباط المرور بموجب المادة (٢/٢٠) من قانون المرور رقم (٨٦) لسنة ٢٠٠٤ صلاحيات محصورة ومحددة بالعقوبات الواردة في المادة (٢٧) من الملحق (١) من القانون المذكور وهي تتعلق بالمخالفات لسير المركبات وقيادتها وهي من صميم اعمال ضباط المرور فضلاً عن ذلك.." فقررت فيه أن صلاحية رجال المرور في فرض الغرامات على المخالفين هو في صميم مهام عمل ضباط المرور، إذ أن هذ العمل لا يتداخل مع عمل السلطة القضائية ، وإن المادة المطعون[2] بها لا تعارض نصوص الدستور.[3] ويتبين لنا من القرار اعلاه أن المحكمة قد راعت الاعتبارات الاجتماعية والتنظيمية والحفاظ على سلامة المواطنين.

الفرع الثاني: منهج الدستور الحي ودوره في تطوير القواعد الدستورية

يعد هذا المنهج من أحدث مناهج تفسير الدساتير، انتهجته المحكمة العليا الامريكية في العديد من أحكامها، و لقد وجدنا ندرة في الكتابات العربية والتطبيقات القضائية التي تناولت هذا المنهج، ويمكن أن نعزو ذلك الى أن القضاء الدستوري سواء في مصر أم في العراق أو حتى في فرنسا لا يمنح القضاة القدرة على التعبير عن آراءهم في الحكم بصورة منفردة ، فإننا بذلك لا يمكننا أن نعرف المنهج الذي يتبعه القاضي الدستوري في تلك الدول بصورة منفردة ، وعلى العكس من ذلك نجد أن قضاة المحكمة العليا الامريكية يدلون بدلوهم ويبينون المنهج الذي يتبعونه في التفسير، مما له عظيم الاثر في تطوير التفسير القضائي للقواعد الدستورية من خلال الآراء المؤيدة أو المخالفة التي يبينها قضاة المحكمة العليا الامريكية والتي تساهم في عملية التطوير بصورة مباشرة أو غير مباشرة، و تعد الكتابات الامريكية في هذا المجال ما بين النقد والمدح لهذا المنهج زاخرة تناولها الفقه والقضاء الامريكي على مدى سنين طوال، وقد لاقى هذا المنهج تأييدا واسعاً من الفقه والقضاء الامريكيين يضاف اليهم رجال السياسة، وبين أحد الكتاب الامريكيين أن الدستور يجب أن يتغير بمرور الوقت مع التغيرات

---

(١) د. مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري – دراسة مقارنة-، مكتبة الجلاء، القاهرة، ٢٠٠٣ ، ص٩٤ .

(٢) المادة (٢/٢٠) لضابط المرور سلطة قاضي الجنح في فرض الغرامات .

(٣) قرار المحكمة الاتحادية العليا التفسيري رقم ١٢ / اتحادية/ اعلام/ ٢٠١٦ بتاريخ ٢٠١٦/٣/١٤ ، حكم منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا :
يوم الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٢ الساعة ٩:٣٣ مساء/https://www.iraqfsc.iq/t.2016/page_3

التكنلوجية والديموغرافيا والاقتصاد والسياسة.[١] ولابد من الاشارة إلى أن منهج الدستور الحي لم يصبح منهجاً مقنعاً إلا مع عصر الاتفاق الجديد.[٢]

ويعرف هذا المنهج كذلك بمنهج (التفسير التطوري) أو تفسير (الشجرة الحية)[٣]وهو يتعامل مع الدستور باعتباره وثيقة ذات تطور مستمر ومتواصل، بحيث يجب تكييف المعنى وتعديله بناءً على القيم الحديثة المتطورة.[٤] ويعرفه جانب من الفقه بأنه أي منهج من مناهج التفسير من شأنه أن يحرر المفسر من التقيد بالنص الدستوري، ويمكنه من استلهام روح القانون.[٥] ونجد ممن التعريف اعلاه أنه يوسع من مفهوم هذا المنهج إذ يجعل من المنهج شاملاً لمناهج تتبع المدارس التفسيرية الاخرى كالمدرسة التاريخية أو الاجتماعية التي يتزعم اراءها الفقي الالماني (سافيني)[٦]، أو مدرسة البحث العلمي الحر التي يتزعمها الـــفقيه (جـــيز) ذلك أنه لا يقـــيد التفسير بالنص الوارد في الوثيقة الدستورية .[٧]

---

(١)D. Strauss, *The Living Constitution* ,Oxford University Press,2010.

(٢) وفي هذا السياق يقول هيرمان بيلز "استندت سياسة الاتفاق الجديد في الولايات المتحدة الامريكية الى نظرية الدستور الحي، وشهدت حقبة الستينيات ازدهارها في القضاء الدستوري للمحكمة العليا" للمزيد: د. وليد محمد عبد الصبور، مرجع سابق، ص٣٣٨-٣٣٩.

(٣) ففي كندا يستخدم مصطلح الشجرة الحية للدلالة على منهج الدستور الحي ، وكان اول تطبيقاته الحكم الصادر عن المحكمة العليا الكندية في قضية **Edwards V .Canada Attorney General 1930** ، والذي طور بموجبه مفهوم الاشخاص بعد أن كان يقتصر على الرجال دون النساء. واكد فيه ان " زرع قانون امريكا الشمالية البريطانية في كندا شجرة حية قابلة للنمو والتوسع في ظل حدودها الطبيعية والهدف من هذا القانون هو منح دستور كندا، وكبقية الدساتير المكتوبة هو يخضع ايضا لعملية من التطوير سواء من خلال تطبيقاته او من خلال عقد الاتفاقيات" الموقع الالكتروني:

https://www.britannica.com/event/Persons-Case يوم الدخول ٢٠٢٠/١٢/١٦ الساعة ٧:١٩ مساءً.

(٤) ستيفن روس، مرجع سابق، ص٣.

(5)M. j. Sundahl , *The Living Constitution of Ancient Athens, A Comparative Perspective on the Originalism Debta*, Cleveland Marshall College of law. Research Paper9-162.January2009,p-3. https://www.ssrn.com/abstract=1332030 اليوم ٢٠٢٠/١٢/١٦ الساعة ٥:٥٥.

(٦) يستند اصحاب هذا المنهج في التفسير الى فكرة ضرورة ان تواكب النصوص القانونية كل المستجدات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي قد تحصل في مرحلة لاحقة لنفاذ الوثيقة الدستورية، بمعنى اختلاف مناسبة تطبيق القانون عن مناسبة تشريعه مما يوجب تطويع القانون مع المتغيرات، فلا تقديس لإرادة واضعي النص المفترضة كون الارادة تبقى في حالة تطور مستمر لمواكبة التطورات الحاصلة في المجتمع. فالمصلحة الاجتماعية المتغيرة توجب أن يواكبها التشريع ليحقق أهدافه باستمرار ويقول انصار هذا المنهج "ان النصوص الدستورية يجب ألا تتخلف عن الواقع السياسي للجماعة ما يخلق فجوة بين النص والواقع، فالدستور يضع قواعد أخلاقية شاملة أي بصيغ عامة مجردة مسقاة من اللحظة التاريخية التي يسن فيها، مما يحتم على مطبقي الدستور أن يركنوا الى القضاء لكي يحدد معاني تلك القواعد في الحالات والتفاصيل المختلفة، لذا على المفسر أن يتبع الادلة الاخلاقية في تفسير الدستور، وبالنتيجة ستشهد الحقوق والحريات المكفولة في الدستور مثلاً توسعاً في نطاقها وتطوراً في معانيها" ، محمد علي شحادة، تفسير الدستور بين المشرع والقضاء الدستوري، منشورات زين الحقوقية، ط١ ،٢٠٢٠،ص٣٣.

(٧) ترتكز المدرسة العلمية في تفسيرها على انه يتعين عند النظر الى القانون ان ننظر اليه كجوهر يتألف من حقائق اربع هي الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية والمثالية ، وسلطة القاضي في هذا الصدد ليست مطلقة بل مقيدة بأصول فنية وعلمية، ويرى اصحابها ان التشريع لا يتضمن= =كل الحلول القانونية للمسائل التي تعرض على القاضي بل ان بعض المشكلات تجد لها حلاً في مصادر القانون الوضعي الاخرى واعتبروا ان

وفي نطاق القضاء الأمريكي يرى القاضي (ثورغود مارشال) أن الدستور يجب أن يفسر في ضوء الاخلاق والسياسة والمناخ الثقافي وقت عملية التفسير، كما أن القاضي (ريتشارد بوسنر) أفصح عن تفضيله للمنهج فيما يتعلق بمسائل الامن القومي والارهاب ومعاملة الخارجين عن القانون من الاجانب وفيما يتصل كذلك بسلطات الحكومة حيال ذلك.[١]

وعبارة الدستور الحي تقابلها عبارة الدستور الميت، والدستور الميت هو الدستور الذي لا تتغير معاني نصوصه عبر الزمن، ذلك أن الغاية من وجود الدستور هي فرض قواعد صارمة لا يمكن أن تتغير إلا عبر سلسلة من الاجراءات الرسمية التي تعرف بتعديل الدستور، أما الدستور الحي فهو الدستور الذي يتغير ويتطور مع تغير الوقت ويتكيف مع الظروف المستجدة بدون أن يعدل بصورة رسمية، وتبرير ذلك أن العالم يتغير والسكان تزداد اعدادهم والتكنلوجيا تتطور والاقتصاد يتطور وكذلك الوضع الدولي مما يلقي بضلاله على الوثيقة الدستورية وليس من الحكمة توقع التعديل لمواكبة تلك المتغيرات.[٢] ويشبه البعض هذا المنهج المبادئ الدستورية بالزئبق، بحيث يتسع مداها ليشمل كل زمان مهما تغيرت الاجيال والعقول، وهذا الامر يعود لخاصية تميز القواعد والمبادئ الدستورية عن غيرها من القواعد الاخرى وهي أنها تصاغ في شكل مبادئ تستغرق الكل وتنفي البعض في الوقت نفسه.[٣]

وبالنظر للحداثة النسبية لهذا المنهج كمنهج لتفسير الدستور عارض جانب من الفقه والقضاة الدستوريين المنهج الحي في تفسير الدستور ويسمى اصحاب هذا الاتجاه بالأصوليين وهو اصحاب المنهج الحرفي ومنهج القصدية، وجل انتقاداتهم تتمثل برؤيتهم أن الدستور يفسر بصورة سليمة بالعودة لما كان عليه السلف عند وضع الدستور والعودة إلى المعنى الذي قصدوه في ذلك الوقت تحديداً.

ففي نطاق القضاء كان القاضي الامريكي (سكاليا) (رئيس المحكمة العليا الامريكية في عهد الرئيس الامريكي ريغان) والذي يعتبر رائد الحركة الاصولية في التفسير من أبرز معارضي منهج الدستور الحي، إذ يرى ضرورة تمسك القضاة بالمعنى العام لكلمات الدستور سواء اكانت موجودة في متنه أم في تعديلاته، وكما فهمها الناس في وقت الاتفاق على الدستور وقد حارب في اراءه وكتاباته الدستور الحي وصرح

العرف في مقدمة تلك المصادر، وسميت بالبحث العلمي لان المدرسة تقوم على اسس موضوعية يمده بها العلم وسمي الحر كون ان القاضي لا يخضع فيه الى سلطة وضعية يجب ان يستمد منها القاعدة التي يطبقها، د. شاكر راضي شاكر، مرجع سابق، ص٥٩-٦٠.

([1]) G. Harlan Reynold, *Suicide and the Living Constitution Baker Center* ,Journal of Applied Policy ,Vol No.1,2007,P.23 WF,V- 325.

([2])D. Strauss, "*The Living Constitution*" Op,p-1.

([٣]) الزهراء كيلالي ، الدور الانشائي للقاضي الدستوري، اطروحة دكتوراه، الجزائر، جامعة بلقايد –تلسمان، ٢٠١٩،.ص ١٧٣.

بتأييده للدستور الميت.[١] وهو إذ يقول في أحد كتاباته أن التطور الذي يدعو اليه منهج الدستور الحي ببساطة ليس فلسفة دستورية تطبيقية، ويبين تساؤله حول ما الذي يجب على القاضي أن يراعي لتحديد متى وفي اي اتجاه يحدث التطور هل من خلال وسائل الاعلام أم الحلقات النقاشية ام هل هو امر يعكسه فكر فلسفي محدد، وفي ذات الاطار يشبه رئيس المحكمة العليا الامريكية (ريهانكويس) الدستور الحي برداء له أكثر من لون.[٢] وكذلك يأخذ عليه البعض سهولة تبني القضاة لمعتقداتهم الخاصة فهو يوسع من السلطة التقديرية للقضاة الدستوريين بما يسهل من ان يصبغ القضاة تفسيراتهم بما يوافق أيديولوجيتهم الخاصة.[٣] ومن تطبيقات هذا المنهج في الولايات المتحدة الامريكية[٤]، الحكم الصادر من المحكمة العليا الامريكية في قضية (West Coast Hotel V. parrish) في العام ١٩٣٧، أقرت فيه دستورية قانون صادر عن ولاية واشنطن يتضمن وضع الحد الادنى لأجور النساء والاطفال، وانتهت فيه إلى أن حرية التعاقد ليست إلا مظهراً من مظاهر الحرية التي يحميها التعديل الرابع عشر للدستور الفيدرالي، وهذه الحرية مقيدة بضرورات الحياة الاجتماعية المنظمة، وضرورة هذا التنظيم تخضع لها سائر الحريات.[٥] فنجد في هذا الحكم أن المحكمة قد استحدثت حقوقاً لم تكن موجودة من قبل مستغلة عبارات الدستور الفضفاضة.

وفي فرنسا فإن أول من كشف عن وجود هذا المنهج في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي هو العميد (فافورو) [٦]، وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي (اميل دوركهايم) أن القاعدة الحقوقية لم تعد تبدو كشيء ثابت وشبه مقدس إذ انها متغيرة ومتحركة المجتمعات البشرية التي تعبر هذه القواعد عن تطلعاتها تعبيراً كاملاً.[٧] و أن نصوص الدستور ليست نصوصاً صماء ، لكنها عمل حي ويجب ان يبقى على تواصل

---

(١) د. ميسون طه حسين، فكرة الدستور الحي في الفقه والقضاء الدستوري، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد ٢٧، العدد١، السنة ٢٠١٩ ، ص٤٥٠.

(2)Scalia, *matter of interpretation*,op,P-45

(3) J. M. Balkin, *A live and kicking ; why no one truly believes in dead constitution.*

أشار له د. وليد محمد عبد الصبور مرجع سابق، ص٤٠٧ .

(٤) ان اول احكام المحكمة العليا الامريكية التي اوردت مصطلح الدستور الحي صراحة ، هو الحكم الصادر في قضية (Rummel v. Estelle.) في العام ١٩٨٠، وذلك عندما تضمنته آراء أربعة من قضاة المحكمة الليبراليين في معارضتهم للحكم، مع الاشارة الى ان المحكمة استخدمت المنهج دون الاشارة اليه في عام ١٩٢٠ في الحكم الصادر في قضية (Missouri V.Holland) وذلك من خلال الحكم المعبر عن رأي الاغلبية الذي كتبه القاضي هولمز باعتباره اول اشارة من المحكمة العليا للمنهج الحي، يراجع الحكمين على الموقعين الالكترونيين: اليوم ٢٠٢٠/١٢/١٧ الساعة ١٢:٥٨ ظهراً

- **https://supreme.justia.com/cases/federal/us/445/263/**
- **https://supreme.justia.com/cases/federal/us/252/416/**

(٥) يراجع الموقع الالكتروني : https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/ يوم الدخول ٢٠٢٠/١٢/٢٢ الساعة ٢:٠٩ ظهراً

(٦) د. السيد الغماري تركي، مرجع سابق، ص١٥٩.

(7)Ph. R.Schatz, *Bury the Dead Constitution*, and Heller Too " T e federal lawyer ,July2016,P-4

ومواكبة لتطور المجتمع.[١] ولكن لا يعني ذلك أن المعنى الذي يستخلصه القاضي الدستوري ينفصل تماماً عن النص الذي يقوم بتفسيره ، لأنه يكون دائماً اساس التفسير وجوهره.

و لا بد من الاشارة الى الدور الذي لعبه المجلس الدستوري في تطوير مبدأ حرية التعليم بعد الاخذ بمنهج الدستور الحي، فمقدمة دستور ١٩٤٦ نصت على مجانية التعليم الا اننها لم تنص على صراحة على منع التعليم الاهلي الخاص فقرر في قرار له " أن مساعدة الدولة مادياً لمؤسسات التعليم الخاص شرط ضروري لقيام حرية التعليم، وان تقليص هذه المساعدة يمثل مساساً بها"[٢]، ومن المبدأ الدستوري استخلص ايضا حرية اختيار نوع التعليم بقوله" أن حرية التعليم يترتب عليها حرية اختيار أية مؤسسة تعليمية خارج اطار التعليم الرسمي وإذا كان هذا هو الاختيار الاهل فإن احترام خصوصية هذه المؤسسات يعد شرطاً اساسياً لهذا الاختيار".[٣]

وفي مصر يعرف البعض من الكتّاب منهج الدستور الحي بأنه المنهج الذي يرتقي بالنصوص الدستورية من خلال عملية التفسير حتى تتوافق مع المتغيرات الحاصلة في واقع تطبيقها، وأنه يعبر عن محاولة قراءة الواقع واستلهام أولوياته وروحه وتطويع النصوص الدستورية بما لا يتعارض مع ذلك.[٤]

ويؤيد البعض ضرورة تطوير مناهج تفسير الدستور على نحو يوافقها مع التغيرات الاجتماعية، ويتجهون في هذا المعنى الى القول بأن "حقيقة الامر أن الحياة الاجتماعية تتغير وتتطور باستمرار تحت تأثير عوامل عدة، كالشعور الاخلاقي والتكوين السياسي والاقتصادي والوعي القانوني بصفة عامة، ولذلك يجب أن تؤخذ هذه العوامل في الاعتبار عند تفسير النصوص، إذ إنها فوق دلالتها على الاتجاهات والميول، فإنها تدل على تغير الافكار، مما يوجب أن يحمل المفسر معنى النص على النحو الذي يكون أكثر استجابة للحاجات الجديدة والاتجاهات التي تغيرت في الجماعة....". [٥]فإذا كان الاصل في الدستور أن يكون ملتزماً ارادة الجماهير، فكذلك كان من الضروري أن تعامل الوثيقة الدستورية بوصفها تعبيراً عن آمال متجددة ينبض واقعها بالحياة، لتعمل من أجل تطوير مظاهرها في بيئة بذاتها متخذة من الخضوع للقانون اطاراً لها، فلا يجوز بالتالي ان تكون النصوص الدستورية جامدة في قوالبها لتفرض على المحكمة الدستورية العليا مفاهيم بذاتها لا ترميم عنها، بل يكون تطويعها

([1]) D. Rousseau , La Justice Constitutionnelle en Europe, montchrestien ,2 ed..1996.P.107 .

([٢]) ميشيل هاي، قرارات المجلس الدستوري الفرنسي الطبعة الاولى ترجمة هشام، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع، الطبعة الاولى، بيروت، ١٩٩٥،ص ٢٦٩-٢٧٠

([٣]) المرجع نفسه ، ص ٣١٩

([٤]) د. وليد محمد عبد الصبور، مرجع سابق، ص٣١٥.

([٥]) د. رمزي طه الشاعر، النظام الدستوري المصري(تطور الأنظمة الدستورية وتحليل النظام الدستوري في ظل دستور ١٩٧١)، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠، ص٣٧٦ .

بما يكفل مرونتها وحيويتها واستيعابها لحقائق العصر، أمراً محتوماً كي تظل بذلك تلك الوثيقة صامدة عبر اجيال عديدة.[١]

وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن " أن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلا نهائياً ودائماً لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقائقها ، فلا يكون تبنيها والاصرار عليها ، ثم فرضها بآلية عمياء إلا حرثاً في البحر ، بل يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسياً واقتصادياً" وقالت" ان قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها، يعارض تطويعها لآفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها ، فلا يكون الدستور كافلاً لها ، بل حائلاً دون ضمانها" وفي اشارة جلية لمنهجها التفسيري صرحت " أن الدستور وثيقة تقدمية لا تصد عن التطور آفاقه الرحبة ، فلا يكون نسيجها إلا تناغماً مع روح العصر ، وما يكون كافلاً للتقدم من مرحلة بذاتها ، يكون حرياً بالاتباع بما لا يناقض احكاماً تضمنها الدستور"[٢] وفي هذا الحكم نجد ان منهج المحكمة الدستورية العليا المصرية واضح في الدلالة على انتهاجها نهجاً تطورياً يسمح بتطويع النصوص لتلائم افاق المستقبل.

و في العراق، يرى البعض أن الوسيلة الشرعية لتطوير الدساتير تتمثل في تفسير الدستور بما يجعله مواكباً للمستجدات، بشرط أن يكون هنالك منهج علمي مدروس يتم تحديثه بمرور الوقت ليواكب التغيرات السياسية، والاقتصادية والاجتماعية.[٣] كما أن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير نصوص الدستور يتضمن غاية مهمة، هي ضمان استمرارية مواكبة النصوص الدستورية للتطورات المستجدة ، فإن على المحكمة الاتحادية العليا ان تسلك السبل التي توصلها إلى تلك الغاية، ولا تكون غايتها التشبث بأهداب الالفاظ المستخدمة بالنصوص الدستورية ، أيا كانت نتيجة ذلك، لتقف متمسكة بالنصوص وتنسى دورها في تطوير الدستور.[٤]

ففي مجال تطوير القواعد الدستورية فإن منهج الدستور الحي يتجسد باعتبار الدستور يكتب على شكل وثيقة متحركة حية مرنة تتنفس مع وقائع الحياة وتنمو لمواكبة المستجدات أي انها ليست وثيقة صماء بل كائن عضوي، بل إن بعض انصار هذا المنهج يطلق عليهم اسم العضويين في اشارة لانتهاجهم منهج الدستور الحي.[٥]

---

(١) د. محمد ماهر ابو العينين، الدفوع في نطاق القانون العام ،الكتاب الرابع، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٥١٢-٥١٣.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧ سنة ١٦ قضائية، دستورية ، جلسة ١٩٩٧/٢/١ ، منشور على موقع المكتبة العربية لحقوق الانسان : http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-23-Y16.html يوم الدخول ٢٠٢٠/١٢/٢٢ الساعة ٩:١٨ مساء

(٣) د. علي هادي الهلالي، المستنير من تفسير احكام الدساتير، دراسة دستورية فقهية قضائية مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٦، ص٢٢٣.

(٤) د. ميثم حنظل شريف الغزي واخرون، حجية قرارات المحكمة الاتحادية العليا على المحكمة نفسها في ضوء احكام الدستور والقضاء والفقه،مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية،العدد السابع، في ٢٠١٣، ص٦.

(5)Ackerman, Bruce, "*The Holmes Lectures: The Living Constitution*" (2007).Faculty Scholarship Series. Paper 116 .

ومفترضات عمل هذا المنهج هو ابراز الواقع المحيط بتفسير النص، ومن فلا يكفي عرض الابعاد الذاتية له، وذلك للدلالة على وجود أو قيام حالة تقتضي تطبيق هذا المنهج، وبذلك يضحي عرض النص دون الاشارة لواقعه وقدر التفاوت بين ذلك الواقع والواقع الصادر فيه النص عرضاً لا يعكس مفترضات عمل المنهج، مما يجعل ضرورة الاسهاب في عرض اسباب الحكم الدستوري وعدم اقتضابها، لدواعي الكشف عن عجز المناهج الاخرى التقليدية في التفسير عن تفسير ذلك النص في ظل الاوضاع القائمة.[١]

وبذلك نستنتج مما تقدم أن اتباع المناهج التقدمية في تفسير النصوص الدستورية من شأنه أن يساهم في توسيع مدى تلك النصوص جاعلاً منها نصوصاً مرنة وقادرة على مواكبة المتغيرات التي تعاصرها.ونجد وبالرغم من الانتقادات الموجه من قبل الفقه والقضاء لمنهج الدستور الحي أو المنهج البراغماتي، إلا إننا نرى أن هذه المناهج تساعد على اقرار العديد من المبادئ والقواعد الدستورية وخاصة تلك القواعد غير المنصوص عليها صراحة في الدساتير كونه استطاع أن يستنبطها من الروح المسيطرة على الدستورية من جهة ومن المعاني والالفاظ من جهة اخرى وهو يراعي التكامل بين النصوص، وكل ذلك من شأنه ان ينشئ حقوقاً جديدة لم تنص عليها الوثيقة الدستورية، فهو يقف في مواجهة القصور في منهجي التفسير الحرفي والقصدي وفي تعميق الحماية الدستورية جاعلاً للنص القدرة على النمو والتطور تبعاً للظروف والقيم المجتمعية المتغيرة، فمن ناحية حجته المعارضين بضرورة العودة إلى المعنى الاصلي وقت سن الوثيقة فهو أمر غير واقعي لاختلاف مظاهر الحياة بجوانبها المختلفة عما كان سائداً فترة سن الدساتير خصوصاً تلك التي مر عليها قرون من الزمان كالدستور الامريكي، وفي مجال عدم قبول جانب من الفقه لفكرة اختصاص المحاكم الدستورية بتفسير النصوص الدستورية فنجد أن هذا الامر بالمحصلة يعد مفروغاً منه، كون القاضي عند اعماله لسلطاته الرقابية فهو يقوم بتفسير مزدوج للنص الطعين وللدستور بتكامل نصوصه من جهة اخرى.

أما فيما يتعلق بميول ومعتقدات القضاة فإن بالإمكان الرد على هذا النقد بالقول أن استقراء القاضي للنصوص الدستورية والقانونية هو بالتأكيد وبلا شك أمر شخصي يختلف من قاضي إلى آخر فمثلا قد تستقر محكمة على مبدأ معين وبعد فترة توسع من مضمونه فهنا نجد أن المحكمة الدستورية لم تتغير لكن القضاة هم من تغيروا.[٢]

---

(١) د. وليد محمد عبد الصبور، مرجع سابق، ص٣٢٧.

(٢) وليس ادل على ذلك مما كان سائداً في قضاء المحكمة الدستورية العليا من ان رقابة المحكمة الدستورية العليا تقتصر على رقابة المشروعية دون رقابة الملائمة، وهو ما ذهبت اليه في احكام عديدة منها حكمها بجلسة ١٦ فبراير ١٩٨٠ بقولها " إن ملائمة التشريع والبواعث على إصداره من إطلاقات السلطة التشريعية ما لم يقيدها الدستور بحدود وضوابط معينة" ولقد اطرد قضاءها على ترديد ذلك المعنى، الى حين ان اضحت المحكمة تسير بخطوات ثابتة نحو التحقق من سلامة التقديرات التي يجريها المشرع لملائمة التشريع= =وذلك من خلال تطبيقها لفكرة الغلو التي نشأت واستقرت في قضاء الادارية العليا ومنها الى قضاء المحكمة الدستورية العليا، ولقد اعلنت المحكمة الدستورية العليا لأول مرة اعتناقها لقضاء الغلو بمقتضى حكمها الصادر في ٣ فبراير ١٩٩٦ وذلك بقولها" إن الاصل في الجزاء جنائياً كان أم مدنياً أم مالياً أن يكون متناسباً مع

وأن التقييد الذاتي الذي يمارسه القضاة الذين يباشرون الرقابة والذي لا بد أن يلزمون أنفسهم من خلاله بالحدود المنطقية التي تدل على تحوطهم فلا يندفعون بصورة مباشرة في ولا يتهم بما يتجاوز حدود الاعتدال ، وانما يقيدون انفسهم تقييداً ذاتياً وكثيراً ما يثبتون في احكامهم ما يعتبر تراثاً حضارياً لأمتهم، مرقيا بمكانتها[1] علاوة على ضرورة ضمان تحقق استقلال القضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية لضمان عدم اساءة استخدامه لتلك السلطة هو ضمانة حقيقة في مواجهة توسع السلطة التقديرية للقضاة الدستوريين، ولا بد من جانب اخر أن يتبصر القضاة لخطورة المنهج إذا ما تم استخدامه بطريقة غير صحيحة فحسن ادراك القضاة لمهامهم وخطورة ما ينجم عن تفسيراتهم وضرورة عدم اقحام معتقداتهم في عملية التفسير تعد ضمانة ليكون القضاء الدستوري مؤهلاً لاستخدام هذا المنهج.

الخاتمة

وفي ختام بحثنا عن دور مناهج التفسير في تطوير القواعد الدستورية نورد ما توصلنا اليه من استنتاجات وما نوصي اليه وفقاً للاتي :

الاستنتاجات:

١-أن المناهج التقليدية قد لا تفي ببيان مضامين النصوص الدستورية ، فتبدو تلك المناهج مقصرة في تفسير القواعد الدستورية وكشف مكنوناتها.

٢- أن منهج التفسير الحرفي لازال من المناهج المتبعة في تفسير النصوص الدستورية، إلا أن هذا المنهج لا يتلاءم إلا مع النصوص المكتوبة كونها مرجعتيه الوحيدة ، وهو بذلك يقف حائلاً أمام فاعلية تطوير القواعد الدستورية من قبل القضاء الدستوري لمواكبة ما يطرأ من متغيرات.

٣- هنالك صعوبات تنهض عند اتباع المنهج القصدي في تفسير النصوص الدستورية إذ لا يمكن أن يتفق القضاة على المعنى الاصلي، ولربما حتى اعضاء السلطة التأسيسية لم يتفقوا على معنى محدد ومعين، مما ينتج عنه ان القضاة سيختارون معنى لا وجود له في الواقع.

٤- لا بد من اخذ القاضي الدستوري بمناهج التفسير التقدمية، ذلك ان إعمال المنهجين السابقين يؤدي وفي أغلب الاحيان إلى عدم تلاءم الدستور مع المتغيرات المستمرة في نطاق تطبيق النص الدستوري، و من شأن الاخذ بالمناهج الحديثة توسيع مدى تلك النصوص جاعلاً منها نصوصاً مرنة وقادرة على مواكبة المتغيرات التي تعاصرها.

الافعال التي نهى عنها المشرع ومتدرجاً تباعاً لجسامتها فلا يجوز أن يكون غلواً او افراطا – وتطبيقاً لذلك خلصت المحكمة في حكمها الى عدم دستورية القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٨٤ بفرض رسم تنمية الموارد ،للمزيد : د. اكرامي بسيوني، القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، ط١، ٢٠١١، ص١٠٦-١٠٧.

([1]) د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه- جان دبوي للقانون والتنمية ،السنة ٢٠٠٣ ، ص٨١.

٥- إن المناهج الحديثة في التفسير ومنها المنهج البراغماتي ومنهج الدستور الحي تساعد على اقرار العديد من المبادئ والقواعد الدستورية وخاصة تلك القواعد غير المنصوص عليها صراحة في الدساتير كونه استطاع أن يستنبطها من الروح المسيطرة على الدستورية من جهة ومن المعاني والالفاظ من جهة اخرى وهو يراعي التكامل بين النصوص.

٦- من شأن الاخذ بمنهج الدستور الحي أن يكون للقاضي الدستوري القدرة على ان ينشئ حقوقاً جديدة لم تنص عليها الوثيقة الدستورية، فهو يقف في مواجهة القصور في منهجي التفسير الحرفي والقصدي وفي تعميق الحماية الدستورية جاعلاً للنص القدرة على النمو والتطور تبعاً للظروف والقيم المجتمعية المتغيرة.

التوصيات:

١- نوصي القضاء الدستوري باتباع التقييد الذاتي والذي لا بد من خلاله أن يلزموا أنفسهم بالحدود المنطقية التي تدل على تحوطهم فلا يندفعون بصورة مباشرة في ولا يتهم بما يتجاوز حدود الاعتدال ، وانما يقيدون انفسهم تقييداً ذاتياً وكثيراً ما يثبتون في احكامهم ما يعتبر تراثاً حضارياً لأمتهم، مرقيا بمكانته

٢- نوصي بضرورة ضمان تحقق استقلال القضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية لضمان عدم اساءة استخدام المحاكم الدستورية لتلك السلطة وبما يمثل ضمانة حقيقة في مواجهة توسع السلطة التقديرية للقضاة الدستوريين

٣- ضرورة أن يتبصر القضاة لخطورة المناهج الحديثة إذا ما تم استخدامه بطريقة غير صحيحة فحسن ادراك القضاة لمهامهم وخطورة ما ينجم عن تفسيراتهم وضرورة عدم اقحام معتقداتهم في عملية التفسير تعد ضمانة ليكون القضاء الدستوري مؤهلاً لاستخدام هذا المنهج.

٤- ندعو قضاة المحكمة الاتحادية العليا الى اتباع المناهج الحديثة في تفسير النصوص الدستورية لما له من اثر في تطوير الوثيقة الدستورية وجعلها أكثر قدرة على استيعاب الحقائق المعاصرة وبما يضمن للدستور ثباته الواقعي في مواجهة جمود نصوصه.