سلطة القضاء الدستوري في حماية المدد الواردة في الدستور باستخدام منهج الدستور الحي "دراسة مقارنة"

The authority of the constitutional judiciary to protect the durations mentioned in the constitution using the living constitution approach "A comparative study".

بحث مشترك مقدم من قبل
الأستاذ الدكتور ياسر عطيوي عبود الزبيدي
المدرس المساعد حيدر علي ضايف Haiderali@utq.edu.iq
جامعة كربلاء / كلية القانون

الخلاصة.
يغلب على النصوص الدستورية مبدأ الثبات ومع ذلك فالقضاء الدستوري يسعى إلى جعلها قابلة للتعامل مع الأمور المستجدة في المجتمع بشكل يضمن لها الاستمرار، ويضفي عليها حياة ، ما يستلزم تفسيرها، والقضاء الدستوري في سبيل الموصول إلى المعنى الصحيح للنص الدستوري وإرادة المشرع الدستوري قد يستخدم مناهج تفسيرية مختلفة، وأبرز هذه المناهج التي توازن بين ثبات النصوص الدستورية والتغير المستمر في المجتمع هو منهج الدستور الحي، و نلاحظه أن القضاء الدستوري في سبيل حمايته للمدد الواردة في الدستوري قد يلجأ إلى منهج الدستور الحي في تفسير المدد الدستورية أو النصوص أو المبادئ التي تتضمن هذه المدد.
الكلمات المفتاحية: القضاء، الدستوري، حماية، المدد، مناهج، التفسير، الدستور، الحي.

Abstract.
Constitutional texts are dominated by the principle of consistency. However, the constitutional judiciary seeks to make it amenable to dealing with emerging matters in society in a way that guarantees its continuity and gives it life, which requires its interpretation, and the constitutional judiciary in order to reach the correct meaning of the constitutional text and the will of the constitutional legislator may use interpretive methods The most prominent of these approaches that balance the stability of constitutional texts and the continuous change in society is the approach of the living constitution, and we note that the constitutional judiciary, in order to protect the terms mentioned in the constitutional, may resort to the approach of the living constitution in interpreting the constitutional terms or the texts or principles that include these terms .
Keywords: judiciary, constitutional, protection, durations, methods, interpretation, constitution, neighborhood.

المقدمة.

أولا/ موضوع البحث:

يسلك القضاء الدستوري عدة اتجاهات للتفسير الدستوري فهناك من يذهب تجاه وجوب التقييد بالألفاظ المستخدمة في النص (المذهب النصي)، فيما يذهب اتجاه آخر بالتفسير المفهومي للنص ويسمى أنصاره بالأصوليين المعتمدين على المفهوم أو النية.[1] لما كانت مناهج التفسير التقليدية تشتمل على منهج التفسير الحرفي (منهج النصية)، ومنهج التفسير القصدي (منهج الأصولية)، ويستخدم منهج التفسير الحرفي القائم على النص الدستوري وسائل التفسير الداخلي ، فيما يستخدم المنهج الأصولي (منهج القصدية) وسائل التفسير الخارجية، إذ يركز هذا المنهج على قصد المشرع من النص وأن وظيفة المفسر حسب هذا المنهج هي استخلاص هذا القصد من النص و لأن مناهج التفسير التقليدية ليست موضوع البحث، لذا يجب أن نصب الاهتمام هنا لبحث مدى تحقيق مناهج التفسير الحديثة لحماية المدد الدستورية من حيث رجوع القاضي الدستوري إليها أثناء نظر دعوى تتعلق بالمدد الدستورية. والدستورية الحية تأخذ بالاعتبار إن الرقابة الدستورية لا تقتصر على النص بالشكل الذي اقره المشرع، وإنما النص كما تطبقه المحاكم وكان محلاً للتفسير، فالنص يكون حي من خلال تطبيق المحاكم الدستورية وليس هو النص الدستوري المجرد، إنما هو الدستور الحي.[2] وفي سبيل إيجاد حلول واقعية للمشاكل التي تعترض طريق تطبيق النصوص الدستورية قد يلجأ القضاء الدستوري إلى وسائل مستحدثة في عملية التفسير الدستوري ؛ لأن القضاء الدستوري غير ملزم بسلوك طريق واحد أو منهج محدد في تفسير الوثيقة الدستورية فمناهج التفسير ما هي إلا وسائل يستعين بها القضاء الدستوري في سبيل الكشف عن قصد المشرع الدستوري، و الوصول للتطبيق الصحيح للنصوص الدستورية. إذ أن تطورات الحياة في المجتمع لا بد أن تلقي بظلالها وترتب آثارها على تفسير النصوص الدستورية، ومثل هذا الأثر تتجلى أهميته في تطوير الدستور ويكون ذلك من خلال تطوير المناهج المتبعة في تفسير النصوص الدستورية، فالمناهج التقليدية قد تصل في بعض الأحيان إلى العجز عن إحداث التوافق بين الواقع القانوني الذي تجسده النصوص الدستورية وبين الواقع العملي الذي تطبق فيه تلك النصوص، ولهذا تبرز مناهج حديثة تحاول التوفيق بين النص والواقع.[3]

ثانياً / أهمية البحث.

ليس هناك شك أن التغير الاجتماعي يعكس أثره على التفسير الدستوري، وهذا الأثر أدرك الفقه أهميته في تطوير الدستور من خلال تطوير مناهج التفسير الدستوري طالما كانت القاعدة الدستورية وما تتسم به من جمود ؛ يقف حائلاً دون هذا التطوير. و ذلك برزت عدة نظريات هدفها السعي للتوفيق بين النص وواقعه الذي يطبق فيه تهدف في ذلك إلى معالجة الفجوة بين ثبات النص والواقع المتغير.[4] وفي مجال حماية المدد الواردة في الدستور قد يجد القضاء الدستوري نفسه أمام عدم كفاية النظريات التقليدية في تفسير هذه المدد أو عدم جدواها، فيلجأ إلى وسائل حديثة في التفسير قد يكتشفها القضاء الدستوري بنفسه أو يطورها، يهدف من خلالها إلى ضمان العمل بالمدد الواردة في الدستور أو تطبيقها بالشكل الذي يعتقد انه يتناسب مع إرادة المشرع الدستوري من النص عليها في صلب الوثيقة الدستورية. ومن هنا نجد ضرورة بحث هذه المساعي الهادفة لحماية المدد الدستورية بشكل يخرج عما هو معتاد في التفسير القانوني.

ثالثاً / إشكالية البحث.

تتمثل إشكالية البحث في عدم وضوح بعض المدد الواردة في الدساتير وعدم انسجامها مع التغيير الحاصل في المجتمع، حيث أنها كثيراً ما تتأثر باعتبارات سياسية واقتصادية واجتماعية قد تكون سريعة التغير مما يجعل أحكام القضاء الدستوري المستندة إليها عرضة للتبدل والتغيير حسب الوضع القائم بما يؤدي ذلك إلى عدم ثبات الأحكام واستقرارها، أو عدم وضوح النصوص الدستورية التي تحتوي المدد أو أن التفسير التقليدي قد يؤدي يفوت الغاية من المدد التي أوردها المشرع الدستوري، بما يجعل منها نصوص ميتة لا تنسجم مع الواقع ما يضطر القضاء الدستوري إلى اللجوء إلى النظرية الحية في التفسير الدستوري في سبيل ضمان استمرار حكم الدستور جعله قابل للتكييف مع كافة الظروف والمستجدات ، وهنا يبرز التساؤل ما الجدوى من اللجوء إلى التفسير الحي ، وهل يحق للقاضي الرجوع إليه عند كل تفسير؟ وهل

هناك نصوص دستورية محددة تستلزم الرجوع إليه وما مدى إمكانية تطبيقه إلى جانب نظريات أو مناهج التفسير التقليدية؟

رابعاً / منهج البحث.

اعتمدنا في هذا البحث للتوصل إلى أن للقضاء الدستوري سلطة في حماية المدد الواردة في الدستور والتي استخدم فيها المنهج الحي كمنهج للتفسير على منهج البحث المقارن للاستفادة من تجارب الدول الأخرى في هذا المجال ، مع ملاحظات نقاط الالتقاء والاختلاف في نظم الحكم، كما اعتمدنا على منهج الاستنباط .

خامساً / خطة البحث.

يقتضي البحث في سلطة القضاء الدستوري باستخدام هذا المنهج في مجال حماية المدد الواردة في الدستور باعتباره أحد وسائل أو مناهج التفسير الدستوري غير التقليدية أن نبين أولاً مفهوم هذا المنهج، ثم ننتقل بعد ذلك إلى استخدام القضاء الدستوري لهذا المنهج في التفسير عند إصدار أحكام خاصة بحماية المدد الواردة في الدستور. ويمكن بحثها في المطلبين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم منهج الدستور الحي.

المبحث الثاني : استخدام القضاء الدستوري منهج الدستور الحي في حماية المدد الواردة في الدستور.

المبحث الأول / مفهوم منهج الدستور الحي.

يمكن أن ندرس مفهوم الدستور الحي وفق المعنى العام لمفهوم الدستور الحي وفق آراء فقهاء القانون الدستوري والقضاة الدستوريين، كما أن جزءاً من المعنى يمكن أن يتضح من خلال بيان الجل الفقهي بشأن مفهوم الدستور الحي ، ووفقاً لما يأتي:

المطلب الأول/ المعنى العام لمفهوم الدستور الحي.

يعد منهج الدستور الحي كمنهج تفسيري من أحدث مناهج التفسير الدستوري، ويمثل أحد الحلول العملية التي ابتدعها القضاء الدستوري لمعالجة إشكالية ثبات النص في مواجهة تغيير بيئات تطبيقه، كما أنه يمثل ذروة ما وصل إليه هذا القضاء في مناهجه التي يمكنه من خلالها أن يفسر النص الدستوري أو النصوص القانونية حال تصديه للفصل في المنازعات الدستورية، وعلى هذا النحو فإن منهج الدستور الحي، شأنه شأن مناهج التفسير الدستوري المعاصرة أو غير التقليدية تولي اهتماماً بما يمثله الدستور من وثيقة ذات معان سياسية واجتماعية لها أهدافها، ولا تحصر نفسها في البعد القانوني.[5] وتم استخدام عبارة (الدستورية الحية) لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية من قبل عضو مجلس النواب (Legaré) عام 1837 بقوله (أن الدستور هو مجموعة من معتقدات وآراء الشعب وليس مجرد وثيقة مكتوبة، وأن الدستور عندما وضع كان حياً مسلحاً بجميع نقاط القوة التي تمكنه من الدفاع عن الحرية، فالدستور حياً وليس ميتاً) . واستخدمت بعد ذلك عبارة الدستور الحي عام1927 كعنوان لكتاب من تأليف (Howard Lee Mc Bain)، إلا أنه لم يؤسس لنظرية متكاملة في التفسير الدستوري تقوم على أساس الدستور الحي. واستخدم (Charles Beard) عبارة الدستور الحي مرة أخرى عام 1936 إذ يقول بشان الدستور الحي (نظراً لأن معظم الكلمات والعبارات التي تتناول حدود سلطات الحكومة غامضة يجب أن يتم تفسيرها عملياً، فهي تقوم على أساس أن الدستور كممارسة شيء حي يمكن قراءته في أي لحظة، ويمكن اكتشاف ما قاله الحكام والمفسرون الآخرون في الماضي في آلاف الصفحات المطبوعة من سجلات التاريخ ويمكننا الحصول على فكرة عن الممارسات السابقة تحت الأداة التفسيرية. لكن ما هو الدستور كممارسة اليوم هو ما يفعله المواطنون والقضاة والإداريون والمشرعون والمهتمون بتنفيذ القوانين لإحداث تغييرات في العلاقات بين الأشخاص والممتلكات في الولايات المتحدة ، أو في الحفاظ على العلاقات القائمة. . . . إنها الكلمة الحية وعمل الأشخاص الأحياء ، وتخضع لتفسيرهم حيث تكون مفتوحة لقراءات مختلفة) .[6] ويقول القاضي (Black) (أعتقد أنني لا أظلم أيًا من هؤلاء العلماء عندما أقول إن أيًا من أعمالهم لم تتضمن أي تعريف شامل لعبارة "الدستور الحي") . العبارة هي تعبير مختزل حساس لمعنيين مختلفين على الأقل. تم التعبير عن المعنى الأول منذ أكثر من نصف قرن من قبل السيد (Holmes) في قضية (Missouri v. Holland) عندما قال(عندما نتعامل مع الكلمات التي هي

أساس الدستور، مثل دستور الولايات المتحدة ، يجب أن ندرك أنها استدعت إلى الحياة كائنًا لم يكن من الممكن توقع تطوره بالكامل من قبل أكثر الموهوبين. كان يكفيهم أن يدركوا أو يأملوا أنهم قد خلقوا كائنًا حيًا ، لقد استغرق الأمر قرنًا وكلف خلفائهم الكثير من العرق والدم لإثبات أنهم أنشؤا أمة. وقد تحدث واضعو الدستور بحكمة و بلغة عامة وتركوا للأجيال القادمة مهمة تطبيق تلك اللغة على البيئة المتغيرة باستمرار التي سيعيشون فيها. عندما استخدم واضعو الدستور لغة عامة ، فقد منحوا حرية الحركة لأولئك الذين سيفسرون النص لاحقًا لجعل تلك اللغة قابلة للتطبيق على الحالات التي قد لا يتوقعها واضعو الدستور).[7] أما المعنى الثاني للدستورية الحية ويضيفه القاضي (Rehnquist) بالقول أن الدستورية الحية غير مرتبطة بالقيم الدستورية المستمدة من النص الدستوري ومعتقدات صانعي الدستور، بل أنها تمثل القيم والمواقف المعاصرة الناتجة عن الفهم القضائي للدستور.[8]

وقد وصف الفقيه (G. Edward White) الدستورية الحية بأنها المنهج القائل بأن الدستور وثيقة تكيفت لتستجيب للظروف الاجتماعية والاقتصادية المتغيرة من خلال التفسيرات القضائية المتغيرة للأحكام النصية.[9] ويدافع أصحاب هذا المنهج عن وجهة نظرهم بأن الدستور يجب أن يكون قادراً على التكيف مع الاحتياجات والمواقف الحالية التي تغيرت عن الصياغة الأصلية. بعبارة أخرى، ليس للدستور معنى ثابت ولكنه وثيقة حية يمكن أن يتغير معناها بمرور الزمن.[10]

المطلب الثاني/ الجدل الفقهي بشأن مفهوم الدستور الحي.

قد ثار الجدل بين الأصلانية والدستور الحي، فقد ذهب بعض مؤيدي الاصلانية بأنه قد تمت صياغة الدساتير لتوفر نقطة مرجعية ثابتة في العمليات الدستورية المستقبلية، فيما يرد مؤيدو الدستور الحي بالتساؤل فيما إذا كانت "العموميات المهيبة" للدستور توفر إجابة حاسمة للمشكلات القانونية. ويرد الاصلانيون على هذه التهمة بأن الدستور الحي يمنح القضاة قدرًا كبيرًا من السلطة التقديرية بالشكل الذي يمكن القول معه إن لدينا ، إلى جانب نص دستورنا ، دستور قانون عام غير مقيد يستنتجه القضاة من خلال القرارات. على الرغم من أن الأصلانيين يؤسسون منهجهم على طبيعة الدستور المكتوب ، إلا أن أحد الجوانب الغريبة في دستور الولايات المتحدة الأمريكية - وكذلك الدساتير حول العالم - هو أنه لا يحتوي على لغة تُعلم الأجيال القادمة كيف ينبغي تفسير الدستور. و عدم وجود توجه واضح من النص الدستوري. كما أن فهم مشكلة التفسير الدستوري متداخلة مع مشكلة طول العمر الدستوري، وأنه بشكل عام يعتمد القانون في الولايات المتحدة على مصدرين رئيسين يتجسدان في المبادئ المتجسدة في الدستور والقانون العام، بالتالي فأن الاصلانية تؤكد على المبادئ الثابتة، إلا أن القانون العام يمكن أن يكون مصدراً مهماً لتفسير المبادئ التي يتم تحديدها بالرجوع إلى المعنى الجوهري لكلمات الدستور أو من خلال العملية القضائية المعتادة لتفسير كل حالة على حدة. باختصار هناك فجوة التفسيرية حديثة بين أولئك الذين يرون الدستور كوثيقة ثابتة وبين الذين يرونه ككائن حي .[11] وحتى أصحاب النظرية الأصولية اتجهوا نحو تطوير نظريتهم بشكل يتماشى مع منهج الدستور الحي كنهج جديد في التفسير عبر ما أطلقوا عليه (عصر الأصل الجديد) (THE ERA OF NEW ORIGINALISM) بحلول عام 1998 وعلى أثر الانتقادات التي وجهت إلى الاصلانية بحيث أن الكثير من الفقهاء كانوا يعلنون بثقة أن الاصلانية (ماتت) بشكلها القديم، ويركز الأصل الجديد على المعنى العام الموضوعي للدستور بدلاً من نوايا وتوقعات واضعي الصياغة الدستورية والمصدقين عليها، وأطلقوا مثالاً لذلك هو أن التعديل الرابع عشر لدستور الولايات المتحدة الأمريكية، معرفاً بمستوى عالٍ من التجريد، فيمكن التركيز على المعنى العام الأصلي للتعديل لإضفاء الحماية على الحقوق والحريات من خلال التفسير الدستوري. وفي ظل هذا التوجه سعى كل من (Randy Barnett, Clark Neily, and others) إلى تعزيز المشاركة القضائية من خلال التفسير الدستوري كنشاط مهم في إنفاذ المعنى الأصلي للدستور.[12] ومؤدى فكرة الدستور الحي أن الدستور يتطور في خلال الزمن، وتوافق مع الاحتياجات والقيم المنظورة للنص دون حاجة إلى تعديله رسمياً. وهذه الفكرة تحمل في طياتها مصدراً للتوتر حيث تحاول دائماً التوفيق بين أمرين متعارضين دائمية النص الدستوري، وتطوره. والدستور الحي وفقاً لبعض الكتاب يتكون من الدستور المكتوب والدستور القضائي الذي يتكون من السوابق القضائية والتقاليد والمبادئ العامة التي تكونت

خارج المحاكم. وينشأ الدستور الحي من الصفة المكتوبة والجامدة التي يتميز بها الدستور المكتوب، والصفة المفتوحة لنصوصه، فالدستور الحي في إطار هذا التحليل، مجرد امتداد للدستور المكتوب الذي يتميز بطبيعة غير محدودة، وصياغة عامة؛ فيأتي لتكملة هذا الدستور المكتوب، ولتلافي عيوب الصياغة. فيستمد الدستور الحي وجوده من الممارسات الدستورية التي تقع إلى جانب الدستور المكتوب، لذا فأن تكوين الدستور الحي إلى جانب الدستور المكتوب يعد ظاهرة حتمية في الديمقراطيات المعاصرة، غير أن وجود الدستور الحي لا يعني أن الدستور المكتوب لم يعد قابلاً للتطبيق. فالدستور الذي ينشأ من الممارسات الدستورية ، إلا أن هذه الممارسات ليست بالضرورة كلها موافقة للدستور، فبعضها موافق للدستور والبعض الآخر مخالف له وهذه الطائفة الأخيرة من الممارسات يجب استبعادها من دائرة الدستور الحي؛ لأن الدستور الحي إنما يقوم على أساس الدستور المكتوب الذي لا يزال يحتفظ بعلوه في النظام القانوني.[13] من ذلك كله يمكن أن نعرف منهج الدستور الحي كمنهج تفسري هو فهم القضاء الدستوري للنصوص الدستورية بما يتناسب مع القيم المعاصرة للمجتمع التي تتبدل وتتغير بمرور الزمن بما يحتم معه تطوير تفسير النصوص الدستورية . فهو منهج يوفق بين تطور القيم المجتمعية وثبات النصوص الدستورية فينتزع المعنى من النصوص الدستورية القائمة دون الحاجة لتعديلها مستنداً في ذلك إلى اللغة العامة المجردة للدستور. و يفسر النص الدستوري في ضوء ممارسات المؤسسات الدستورية للدولة التي ينتهي إلى توافقها مع الدستور. ويمكن أن يستخدم القضاء الدستوري منهج الدستورية الحية في حماية المدد الواردة في الدستور على الرغم من ثبات المدد ذاتها، إلا أن اختلاف ظروف تطبيق النص الدستوري الذي يحتوي المدد قد يثير خلاف يطرح أمام القضاء الدستوري، كما أن القضاء الدستوري قد يطور تفسيره للنصوص التي تحمل مدد دستورية بشكل يتبع فيه منهج الدستور الحي. بذلك يمكن أن يدخل هذا المنهج من مناهج التفسير الحديثة في حماية المدد الدستورية أو في الكشف عن توجه القضاء الدستوري بشأن هذه المدد في فترات زمنية مختلفة.

المبحث الثاني/ استخدام القضاء الدستوري منهج الدستور الحي في حماية المدد الواردة في الدستور.

في شأن استخدام منهج الدستور الحي من قبل القضاء الدستوري كمنهج تفسيري غير تقليدي يذهب القاضي (Richard Posner) إلى منهج الدستور الحي قد استقر كقاعدة عامة في التفسير، بحيث يجب اعتبار الذين يطعنون به خارج التيار الرئيسي وغير مناسبين لتولي المناصب العامة، إذ يجب اعتبار منهج الدستور الحي كمنهج مفتوح للتفسير الدستوري، وبذلك فأن القاضي (Richard Posner) يعتمد على المرونة والعملية كسمات مميزة لمنهج الدستور الحي، وبشأن عصر الآراء الجديدة الصادرة عن المحكمة العليا يقول (Richard Posner): (أن المنهج الذي أدافع عنه لتحديد نطاق الحقوق الدستورية في ظروف الطوارئ يسلط الضوء على الطابع الحي للقانون الدستوري. ويقوم على حقيقة أن نطاق الحقوق الدستورية يتغير مع تغير الأوزان النسبية للأمن والحرية... وقد يتم الاعتراض على عملية اتخاذ القرار القائم على موازنة المخاطر والأضرار... لكن لا يمكن تجنب إصدار مثل هذه الأحكام ولا يجود بديل جيد لإصدارها بشكل عملي).[14] ويستخدم منهج الدستوري الحي في مجال حماية المدد الواردة في الدستوري في أحكام القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية ، وأحكام القضاء الدستوري في العراق والدول العربية المقارنة ، لذا يمكن أن نقسم هذا المطلب إلى المطالب التالية:

المطلب الأول/ استخدام منهج الدستور الحي في حماية المدد الواردة في الدستور وفقاً لقضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية.

استخدمت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية منهج الدستور الحي في مجال تفسير المدد التي يعتقد أنها غير دستوري في وقت مبكر وذلك في قضية (Lochner v. New York) عام 1905 عندما حكمت بعدم دستورية قانون صادر عن ولاية (New York) يحدد أقصى حد لساعات العمل في المخابز بعشرة ساعات، على أساس أنه يحرم صاحب المخبز من حرية التعاقد دون إتباع الإجراءات القانونية الواجبة وقالت بشأن تسبيب حكمها هذا (أن القانون الأساسي لطبيعة القيد – القيد الزمني- والذي يحد من الساعات التي يعمل فيها الرجال البالغون لكسب معيشتهم، هو مجرد تدخلات في حقوق الأفراد، وأن التعديل الرابع عشر لم يحد من حرية إبرام العقود بشرط أن يعتقد المرء أنها الأفضل). وبالتالي فأن

القضاة الذين شكلوا أغلبية في هذه القضية اتفقوا بشكل لا شعوري على تبني منهج الدستور الحي في تفسير التعديل الرابع عشر، باعتقادهم أن الفلسفة التي قوم عليها النص الدستوري قد تضمنت ما يكفي لاستبعاد مثل هذا القيد الزمني من العقود، إذ لا يقصد الدستور تجسيد نظرية اقتصادية معينة سواء تعلق ذلك في العلاقة بين المواطنين أنفسهم أو في علاقتهم مع الدولة.[15] ونرى أن المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في حكمها السابق قد استخدمت منهج الدستور الحي في تفسيرها وأن كانت لا تقصد استخدامه بشكل صريح وإنما تم ذلك لا شعورياً فهي إلى جانب اعتمادها على ألفاظ وعبارات التعديل الرابع عشر بأنها لم تتضمن مثل هذا القيد (المنهج الحرفي)، إضافة إلى استخدامها المنهج القصدي (أن الدستور لا يقصد تجسيد نظرية اقتصادية معينة ...). وقد تبنت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الواقع العملي بشكل يجعل من النص الدستوري أداة مرنة (حي) بيد المفسر الدستوري من خلال قولها (وأن التعديل الرابع عشر لم يحد من حرية إبرام العقود بشرط أن يعتقد المرء أنها الأفضل)

ونرى أن هذا الاعتقاد- اعتقاد الأفضلية- إنما يكون موضع وزن من قبل المحكمة العليا، إذ ينبغي أن يبنى على أسس معقولة تتناسب مع الظرف الاقتصادي القائم و حقوق الإنسان وحرياته بشكل يجعل النص الدستوري يتناسب مع التقدم الزمني، وذلك بوزن المنافع والمخاطر الناتجة عن اعتقاد أفضلية العقد. بما يجعل النص مفتوحاً للمحكمة العليا لتفسيرات متعددة بما يتناسب مع الظرف الزمني أو اللحظة الزمنية للحكم الدستوري . وإن المحكمة العليا وإن كان بإمكانها الحكم بعدم الدستورية بالاستناد إلى منهج التفسير الحرفي أو تستند في ذلك على منتهج التفسير القصدي، إضافة مرونة على حكمها تسمح لها بالاستناد على أسباب أخرى للحكم بالدستورية من عدمها، مستنداً في ذلك لا على ألفاظ النص وعباراته ولا قصد واضعيه، وإنما لفلسفة النص القائم على أساس صلاحيته للتطبيق في كل الأزمنة، وإن استبعاد القيد الزمني وعده قيد زمني غير دستوري، كما ورد في حكمها إنما تم ليس فقط على أساس ألفاظ التعديل الرابع عشر أو قصد المشرع الدستوري منه، وإنما على أساس أن فلسفة النص تتضمن كذلك اعتقاد الأفضلية(المنافع) في مجال الحقوق والحريات و ينبغي أن يكون هذا الاعتقاد موضع تقدير من قبل المشرعين، هذا ما يضفي الحياة على النص الدستوري لأن المنافع والأضرار إنما هي متغيرة بمرور الزمن. يقوم منهج الدستور الحي على أساس اللغة العامة للدستور، الذي تمنح المفسر الدستوري حرية كبيرة في تفسيرها وفق الحالات التي تستجد في المستقبل أثناء التطبيق وفق المواقف والقيم السائدة في المجتمع، قائمة على أساس استخلاص معنى النص الدستوري من خلال مفهم المشرع العادي للنص الدستوري، وفهم السلطات العامة للدستور من خلال التطبيق الصحيح للنص الدستوري (والقضاء الدستوري هو من يحكم بصحة التطبيق) . فالدستور الحي يقوم على أساس الصفة المفتوحة للنص الدستوري، وسبق القول أن القضاء الدستوري قد يطبق منهج الدستور الحي في تفسير نصوص الدستور للوصول إلى الأحكام الصحيحة دون أن يشير إلى ذلك صراحةً، فيستخلص الحكم الصحيح للنص الدستوري وفق المنهج التفسيري الذي يراه مناسباً للكشف عن معنى النص الدستوري وحكمه، وفي سبيل ذلك قد يستخدم أكثر من منهج تفسيري، فالمنهج التفسيري ما هو إلا وسيلة للوصول إلى الحكم الصحيح للنص الدستوري والتطبيق السليم له. ولا يوجد ما يمنع من استخدام أكثر من منهج للوصول إلى هذه الغاية ، على أن لا يقع تعارض بينها، يخل بصحة الوصول إلى الحكم. وقد استخدمت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية منهج الدستور الحي عام 2015 في مجال حماية المدد الواردة في الدستور عند تفسيرها لحق المحاكمة السريعة (العاجلة)، وكان ذلك بمناسبة الحكم في قضية (BETTERMAN *v.* MONTA) [16] ، من خلال الإجابة عن التساؤل الذي افترضته المحكمة بالقول : هل يمتد ضمان المحاكمة السريعة المنصوص عليه في التعديل السادس إلى مرحلة إصدار الأحكام في المحاكمة الجنائية؟ إذ ينص التعديل السادس من دستور الولايات المتحدة الأمريكية على أن (في جميع المحاكمات الجنائية، للمتهم الحق في أن يحاكم محاكمة سريعة وعلنية من قبل هيئة محلفين محايدة...). وكان ذلك بمناسبة الطعن الذي قدمه (BETTERMAN) تجاه الحكم الصادر بحقه من المحكمة الابتدائية في ولاية (MONTA) أمام المحكمة العليا في الولاية. فبموجب الحكم أمر بالمثول أمام المحكمة بتهمة الاعتداء، لكنه لم يحضر ووجهت إليه تهمة الهروب بكفالة. وبعد اعترافه بالذنب بالهروب بكفالة، تم سجنه لأكثر

من (14) أربعة عشر شهراً في انتظار الحكم عن تلك الإدانة، ويعزى جزء كبير من التأخر في المحاكمة إلى التأخر المؤسساتي حيث استغرق تقديم تقرير إلى المحكمة الابتدائية قرابة خمسة أشهر، واستغرقت المحكمة الابتدائية عدة أشهر لرفض طلبات مقدمة إليها، وكانت المحكمة بطيئة في تحديد جلسة النطق بالحكم، إلا أنه حكم بالنهاية على (BETTERMAN) بالسجن لمدة سبع سنوات، مع تعليق أربع سنوات من مدة المحكومية. طعن (BETTERMAN) بحكم المحكمة الابتدائية بحجة أن الفجوة البالغة (14) أربعة عشر شهراً تنتهك حق المحاكمة السريعة، وقدم استئناف أمام المحكمة العليا في ولاية (MONTA) ، إلا أن المحكمة العليا في الولاية أيدت الإدانة والعقوبة، وحكمت بأن بند المحاكمة السريعة في التعديل السادس لا ينطبق على تأخر ما بعد الإدانة ، وسببت حكمها بالقول (نرى أن الضمان يحمي المتهم من الاعتقال إلى لائحة الاتهام من خلال المحاكمة، لكنه لا ينطبق على المدعى عليه في حال وجد المتهم مذنباً في المحاكمة أو أقر بالذنب في تهمة جنائية). ثم قبلت إحالة الدعوى إلى المحكمة العليا للولايات المتحدة. قبلت المحكمة العليا للولايات المتحدة إحالة الدعوى وسببت قبول الإحالة بقولها (لقد قبلنا تحويل الدعوى، لحل الانقسام بين المحاكم حول ما إذا كان شرط المحاكمة السريعة ينطبق على هذا التأخر أم لا). ومع ذلك فأن المحكمة العليا للولايات المتحدة أكدت حكم المحكمة العليا للولاية. وأوردت المحكمة العليا للولايات المتحدة وهي بصدد تسبيب حكمها (تتكشف الإجراءات الجنائية بشكل عام في ثلاث مراحل منفصلة. المرحلة الأولى تتحقق فيها الدولة فيما إذا كان يتم القبض على المتهم وتوجيه التهمة إليه أم لا. المرحلة الثانية مرحلة توجيه الاتهام، ولكن المتهم في هذه المرحلة يعتبر بريئاً حتى إدانته عند المحاكمة أو إقراره بالذنب. والمرحلة الأخيرة بعد الإدانة وتتمثل بفرض العقوبة، وكل مرحلة تخضع لفحوصات ضد التأخر كل منها موجهة إلى مرحلته الخاصة. وينطبق بند المحاكمة السريعة في التعديل السادس على المرحلة الثانية من الاعتقال أو توجيه التهمة حتى الإدانة، فلا يثبت الحق الدستوري حتى تبدأ هذه المرحلة، أي عندما يتم القبض على المتهم أو توجيه التهمة إليه رسمياً).

(Criminal proceedings generally unfold in three discrete phases. First, the State investigates to determine whether to arrest and charge a suspect. Once charged, the suspect stands accused but is presumed innocent until conviction upon trial or guilty plea. After conviction, the court imposes sentence. There are checks against delay throughout this progression, each geared to its particular phase The Sixth Amendment's Speedy Trial Clause homes in on the second period: from arrest or indictment through conviction. The constitutional right, our precedent holds ,does not attach until this phase begins, that is, when a defendant is arrested or formally accused.)

وترى المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية (أن حق المحاكمة السريعة كحق دستوري زمنياً يتعلق بالمرحلة الثانية ولا تبدأ هذه المرحلة إلا من تاريخ الاعتقال أو توجيه اتهام رسمي. أما قبل الإدانة يكون المتهم محمياً بافتراض البراءة، ويترتب على هذا الافتراض مبدأ بديهي وهو منع السجن غير المبرر والقمعي قبل المحاكمة، والحد من احتمال أن يؤدي التأخر الطويل إلى إضعاف قدرة المتهم في الدفاع عن نفسه، وكأجراء لحماية من يفترض أنه برئ، فإن حق المحاكمة السريع – مثل التدابير الأخرى ذات الأهداف المماثلة- يفقد قوته عند الإدانة. وإن الكفالة متاحة افتراضياً للمتهمين الذين ينتظرون المحاكمة وغير متاحة لمن ينتظرون العقوبة). ويتضح تبني المحكمة العليا للولايات المتحدة لمنهج الدستور الحي في مجال حماية المدد الواردة في الدستور بقولها (تتطابق الطريقة التي نفذت بها الهيئة التشريعية ضمان المحاكمة السريعة مع تفسيرنا للبند. حيث أقر الكونجرس قانون المحاكمة السريعة عام 1974 ويوجب البند " 3162§" في " أ" من القانون يجب أن (لا يمر أكثر من (30) ثلاثين يوماً بين الاعتقال وإصدار لائحة الاتهام) ، فيما يوجب البند " 3161§" في " ب" أن (لا يمر أكثر من (70) سبعين يوماً بين لائحة الاتهام والمحاكمة) ، ومع ذلك لا يذكر القانون شيئاً عن المدة الفاصلة بين الإدانة وإصدار الأحكام. مما يشير إلى أن الكونجرس لم يعتبر تلك المدة تندرج ضمن مدد التعديل السادس. وتفترض نظائر الحالة

العديدة بالمثل حدوداً زمنية دقيقة لتوجيه الاتهام والمحاكمة، إلا أن المشرعين لم يحددوا مدة زمنية لإصدار الحكم بعد الإدانة). وتستمر المحكمة العليا للولايات المتحدة بالاستناد على المنهج الحي في تفسيرها ، فهي بعد أن استندت في تفسيرها للمدد الخاصة بالمحاكمة السريعة على ما أخذ به المشرع الدستوري في تحديد تلك المدد بحدود زمنية معينة لتحديد حق المحاكمة السريعة ، حيث ورد هذا الحق بشكل مطلق عام شديد التجريد من الناحية الزمنية، رغم أن الزمن هو مقتضى أعمال النص، فهي فسرت عموم النص الدستوري وفق ما جرى عليه فهم المشرع العادي للحدود الزمنية لحق المحاكمة السريعة، حيث إنَّ المحكمة في قضائها فسرت المدد اللازمة للحصول على هذا الحق وفق ما أخذ به المشرع العادي في مرحلتي الاعتقال والاتهام، واستثنت مرحلة إصدار الحكم بعد الإدانة من تحديد مدة زمنية معينة ، وهي في ذلك أيضاً جرت على ما جرى عليه المشرع العادي في قانون المحاكمة السريعة . بالتالي فأن حق المحاكمة السريعة الذي ورد بلغة عامة مجردة في الدستور، توصلت المحكمة على أنه حق ذات قيود زمنية معينة ينبغي أن تكون ذات حدود معلومة من حيث المدة. وتوصلت إلى هذا التفسير باستخدام المنهج الحي إذ هي استخلصت معنى النص من خلال تطبيق المشرع العادي له الذي افترضت المحكمة أنه موافق للدستور. فبعض الحقوق الحقوق الدستورية – كحق المحاكمة السريعة أو العاجلة- تمنح حقوق فضفاضة قد تستوعب أكثر مما يبوح به الحق ظاهرياً ، الأمر الذي يفتح مزيداً من اتجاهات وآليات التفسير أمام القضاة لتفسير مثل هذه الحقوق، فقد يجد القاضي نفسه مجبراً للجوء إلى مستوى عالٍ من التفسير الذي تتضمنه نظريا التفسير غير التقليدية (كالتفسير الحي للدستور).[17]

وتشير عبارات القرار أعلاه إلى اعتناق المحكمة العليا للولايات المتحدة منهج الدستور الحي كمنهج تفسيري في مجال حماية المدد الدستورية الخاصة بحق المحاكمة السريعة- ذلك الحق الذي سماه المشرع زمنياً، ولم يحدد مدة صريحة تضمن الحصول عليه- من تلك العبارات (العدالة الجنائية اليوم هي في معظمها نظام من الدعاوى ، وليس نظاماً للمحاكمات) و (حلت جلسة النطق بالحكم إلى حد كبير محل المحاكمة كوسيلة لتسوية المنازعات) و (إن المخاوف الداعمة للحق في المحاكمة السريعة توصي الآن بإصدار حكم سريع ومع ذلك فإن الواقع الحديث لا يؤثر على حماية افتراض البراءة في صميم بند المحاكمة السريعة. والنزاعات الواقعية إن وجدت عند إصدار الأحكام ، لا تتناول مسألة الجرم) (كما أوضحنا، في المرحلة الثانية من عمليات (مراحل) العدالة الجنائية ، أي بين الإدانة وإصدار الأحكام، لم يتم تفعيل افتراض البراءة الوقائي في المحاكمة السريعة). أي أن المحكمة خلصت من خلال الواقع المطبق في مجال العدالة الجنائية أن حق المحاكمة السريعة لا يشمل المرحلة الزمنية الواقعة بين الإدانة وإصدار الحكم. واستنبطت المحكمة العليا في الولايات المتحدة حكمها هذا من خلال تفسيرها لمفهوم المحاكمة السريعة الوارد في الدستور ، واستندت في المقادير الزمنية التي تجسد هذا الحق على مفهوم المشرع العادي لهذه المدد الزمنية التي قدر أنها لازمة للحصول على هذا الحق الدستوري، وممارسة المحاكم الجنائية في هذا المجال، وفسرت حق المحاكمة السريعة من خلال تلك التطبيقات. وتستمر المحكمة في تفسيرها هذا بالقول (توجه القوانين الفدرالية بهذا الشأن إلى فرض العقوبة دون تأخر لا داعي له، ولدى العديد من الولايات أحكام بهذا المعنى، وبعض الولايات تحدد حدوداً زمنية عددية، كما هو الحال في مرحلة ما قبل التوقيف، فأن الإجراءات القانونية الواجبة هي بمثابة ضمانة ضد التأخر المفرط في إصدار الحكم بعد الإدانة). من كل ذلك نجد أن المحكمة العليا في الولايات المتحدة، إنما فسرت حق المحاكمة السريعة كضمانة دستورية ذات حدود زمنية دستورية، و توصلت إلى ذلك بما جرى عليه العمل من قبل المشرع العادي، والمحاكم الجنائية، فهي جرت على ما جرى عليه المشرع العادي إنما يتعلق حق المحاكمة السريعة بمرحلتين زمنيتين هما مرحلتي الاعتقال و الاتهام . أما مرحلة ما بعد الإدانة وقبل إصدار الحكم فلا تدخل ضمن مفهوم حق المحاكمة السريعة، مع ذلك نبهت إلى أن من الضمانات القانونية وجوب فرض العقوبة دون تأخير غير مبرر، وأشارت في ذلك إلى ما فرضته قوانين بعض الولايات التي حددت مدد زمنية عددية لإصدار الأحكام بعد الإدانة، إذ أن مثل هذا التحديد تجده المحكمة يشكل ضمانة قانونية، وإن كان عدم تحديدها لا يعني انتهاك حق الحصول على المحاكمة السريعة ما دام قد حصل عليه المتهم في مرحلة افتراض البراءة ، وهي المراحل السابقة على الإدانة(مرحلتي الاعتقال

والاتهام). وتظهر حاجة القضاء الدستوري لمنهج الدستور الحي حال تبين عجز مناهج التفسير الدستورية التقليدية عن الاضطلاع بتحقيق الشرعية الدستورية والكشف عن مضامين النصوص القانونية، وكذلك بظهور انفصال بين النصوص الدستورية والواقع الدستوري ، بما يصدق معه وصف تلك النصوص بأنها " ميتة" لا حياة فيها، وهو ما يسوغ الحاجة لبث الروح فيها من خلال منهج الدستور الحي؛ لذا فأن دواعي اللجوء إلى منهج الدستور الحي بوصفه منهج تفسيري دستوري متطور، تقوم عند تحول نصوص الدستور أو بعضها لنصوص " ميتة" عاجزة بذاتها عن ضبط الوقائع التي تحكمها، ومن ثم تدعو الحاجة لوسيلة ، من شأنها أن تبث فيها روح العصر.[18] ومن هذا يتضح أن الحاجة إلى منهج الدستور الحي تقوم لدى القضاء الدستوري عند حصول فجوة بين النصوص الدستورية والوقائع الدستورية، وتحدث هذه الفجوة أما بفعل عنصر الزمن متمثلاً بطول المدة الزمنية بين وضع النصوص الدستورية والحاجة إلى تطبيقها في الوقت الحالي، أو بفعل تغيرات جذرية تقع في المجتمع ولن تكون النصوص الدستورية قادرة على حكم وقائعها من خلال اللجوء إلى وسائل التفسير التقليدية لوحدها.

بحيث يمكن القول إن الدستور إذا كان حديث العهد، قد لا تبرز حاجة فعلية لاستخدام هذا المنهج في ضوء كفاية المناهج التقليدية في الوصول إلى المعنى الصحيح لنص الدستور.

المطلب الثاني/ استخدام منهج الدستور الحي في حماية المدد الواردة في الدستور وفقاً لقضاء المحاكم الدستورية في مصر والكويت.

لما كانت الدساتير العربية المقارنة (دساتير مصر للأعوام 1971- 2011- 2012- 2014، دستور الكويت لعام 1962) حديثة نسبياً مقارنة بدستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1787، قد يتردد القضاء الدستوري في تلك الدول في الاعتماد على هذا المنهج التفسيري بشكل عام، وبالأحكام الخاصة بالمدد الواردة في الدستور بشكل خاص؛ لما يراد للمدد من ثبات وانتظام من جهة، ولوضوحها في أغلب الأحيان من جهة أخرى. كما أنها قد لا تكون عرضة للتأثر بعامل الزمن أو التغيرات التي تطرأ على المجتمع. فقد ترددت المحكمة الدستورية العليا في مصر في قبول أو رفض منهج الدستور الحي، فعمدت إلى رفض هذا المنهج في بعض أحكامها، والى قبوله في أحكام أخرى.[19] هنالك من الأحكام ما يستدل منها على رفض المحكمة الدستورية العليا في مصر إعمال مبادئ هذا المنهج من ذلك ما ذهبت إليه في حكمٍ لها (أن تطبيق النصوص القانونية، أو تفسيرها على نحو معين لا يوقعها في حمأة المخالفة الدستورية، إذا كانت صحيحة في ذاتها، وأنه من المقرر في قضاء المحكمة أن الفصل في دستورية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور لا يتصل بكيفية تطبيقها عملاً، ولا بالصورة التي يفهمها القائمون على تنفيذها، وإنما مرد اتفاقها مع الدستور أو خروجها عليه إلى الضوابط التي فرضها الدستور على الأعمال التشريعية جميعاً).[20] و رددت ذات العبارات وذات التوجه في حكم آخر لها.[21]

وترى المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها السابق أن رقابتها للدستورية رقابة مجردة بمعنى أنها تقوم فقط بإجراء مقابلة بين النص التشريعي المطعون فيه بعدم الدستورية والنص الدستوري، فهي ترى أن التطبيق أو التفسير للنصوص القانونية على نحو معين لا يوقعها في مخالفة دستورية ما دامت صحيحة في ذاتها.[22] ولم تستمر المحكمة على هذا المنوال من الرفض لإعمال أحكام منهج الدستور الحي في تفسيرها لنصوص الدستور، إذ دلت أحكام أخرى على تبني المحكمة الدستورية العليا في مصر لمنهج الدستور الحي من ذلك قولها في احد أحكامها (إن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلاً نهائياً ودائماً، فلا يكون تبنيها والإصرار عليها، ثم فرضها بآلية عمياء إلا حرثاً في البحر، بل يتعين فهمها في ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسياً واقتصادياً، وإن قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها يعارض تطويعها لآفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها، فلا يكون الدستور كافلاً لها، بل حائلاً دون ضمانها، إن الدستور وثيقة تقدمية لا تصد عن التطور آفاقه الرحبة، فلا يكون نسيجها إلا تناغماً مع روح العصر، و ما يكون كافلاً للتقدم في مرحلة بذاتها، يكون حرياً بالإتباع بما لا يناقض أحكاماً تضمنها الدستور).[23]

فمنهج المحكمة التفسيري في هذه المنازعة واضح، من حيث تفسيرها للنصوص الدستورية تفسيراً يلاءم ما تقتضيه الظروف المستجدة ويتفق مع روح العصر ونظرها للوثيقة الدستورية أنها وثيقة تقدمية، فلم

تقف المحكمة عند الايدولوجيا الدستورية التي نطق بها الدستور وتجاوزتها لتبني تفسيراً ينطبق مع الايدولوجيا القائمة التي يجسدها الواقع.[24] ونعتقد أن المحكمة الدستورية العليا في مصر استخدمت المنهج الحي في التفسير فيما قضت به من عدم دستورية تعديل الفقرة الأولى من المادة (20) من قانون رقم 174 لسنة 2005 الخاص بتنظيم الانتخابات الرئاسية حيث جاء عندما قررت[25] (وحيث أن المادة الأولى من مشروع القانون تنص على أن " يبدأ الحملة الانتخابية للمرشحين اعتباراً من تاريخ فتح باب الترشيح لرئاسة الجمهورية وحتى بدء اليوم المحدد للاقتراع..." ويتبين من هذا النص أنه ادخل تعديلاً على مدة الحملة الانتخابية حيث تبدأ اعتباراً من تاريخ فتح باب الترشيح وحتى اليوم المحدد للاقتراع... كما ألغى فترة الصمت الانتخابي، التي تحظر فيها الدعاية الانتخابية بأي وسيلة من الوسائل، وقصرها على أيام الاقتراع فقط. وحيث أن المادة (1) من الإعلان الدستوري الصادر في الثلاثين من مارس سنة 2011 تنص على أن جمهورية مصر العربية دولة نظامها ديمقراطي يقوم على أساس المواطنة، وأن المواد من (26) إلى (28) والمواد من (23) إلى (41) من الإعلان حرصت على كفالة الحقوق السياسية، ومن ثم فأن ممارسة المواطنين لحقوقهم السياسية هي احد مظاهر تطبيق الديمقراطية، وهذان الحقان مترابطان ومتكاملان ويتبادلان التأثير فيما بينهما، وأن المشرع القانوني لا يجوز له التذرع بتنظيم العملية الانتخابية بالنسبة لزمانها ومكانها، للإخلال بهذه الحقوق بما يعطل جوهرها أو ينتقص منها، ومن ثم فأن تقرير النص الحق في بدء الحملة الانتخابية اعتباراً من فتح باب الترشيح وقبل إعلان القائمة النهائية للمرشحين، يخرج الحق في الترشيح عن إطاره الدستوري، ويعد إخلالاً بالضمانات السياسية الواجب توافرها لهيئة الناخبين، ما يؤثر سلباً في الحق في الانتخاب ويتضمن مساساً به، وأن فترة الصمت الانتخابي، تعد في الواقع واجباً على المرشح، وحقاً للناخب يستهدف ضبط العملية الانتخابية، تمنكن الناخبين من تكوين قناعتهم والمفاضلة بين المرشحين بعيداً عن الضغوط والمؤثرات، وبالتالي فأن إلغاء فترة الصمت الانتخابي يعتبر انتقاصاً من حقوق هيئة الناخبين، وإخلالاً بالتوازن بين حقوق المرشحين والناخبين، باعتباره التزاماً على عاتق المشرع). من كل ذلك نخلص إلى أن المحكمة الدستورية العليا قد توصلت في قرارها أعلاه إلى أن نظام الحكم الديمقراطي والحقوق السياسية، يجب أن تفسر كأداة حية بيد القاضي الدستوري ولا يجب النظر إليها كنصوص صماء خالية من الحياة، وان الحقوق السياسية في مجال إعمال النظام الديمقراطي (كونهما مترابطان ومتكاملان) لها حدود زمنية ، ولذلك توصلت إلى أن تاريخ بدء الدعاية الانتخابية يجب أن يبدأ من تاريخ الإعلان عن القائمة النهائية للترشيح وليس من تاريخ الترشح، كما أن التوازن بين حقوق الناخبين والمرشحين يقتضي وجود مدة فاصلة بين الدعاية الانتخابية وتاريخ بدء الانتخابات (الصمت الانتخابي) ، ولا يجوز أن تستمر الدعائية الانتخابية حتى تاريخ بدء الانتخابات، لان ذلك يخل بحقوق الناخبين في تكوين قناعاتهم بعيداً عن ضغط الدعاية الانتخابية. فقد توصلت إلى أن مبدأ النظام الديمقراطي للحكم والحقوق السياسية لها حدود زمنية رغم خلو النصوص الدستورية من الإشارة إلى أي مدة زمنية، وكان ذلك بالاستناد إلى أن النص الدستوري أداة حية بيد المفسر (القاضي) الدستوري يجب أن ينسجم مع الظروف المستجدة. ويذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا المنهج في التفسير الذي تتبعه المحكمة الدستورية العليا في مجال التفسير يتفق مع القواعد السليمة في التفسير، من حيث انه يسمح بتطوير النصوص الدستورية بما يتوافق مع التطورات والمستجدات التي يمر بها المجتمع.[26] فيجب على القاضي الدستوري عنده تفسيره للنصوص القانونية أن يوائم بين مضمونها وبما طرأ على المجتمع من تغييرات ، أي ملائمة النص القانوني وظروف المجتمع الجديد، فالقانون كائن حي ينمو ويتطور في البيئة التي نشأه فيها وهو أكثر مرونة من أن يعيش في نصوص جامدة ما دامت الحياة في تطور مستمر.[27] إذ أن تفسير النصوص الدستورية يتطلب أن تحمل مقاصدها على أن الدستور وثيقة تقدمية لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة الماضي.[28]، وقد وجدنا في أحكام المحكمة الدستورية الكويتية ما يشير إلى تبني منهج الدستور الحي في أحكامها الخاصة بحماية المدد الواردة في الدستور، حيث جاء في أحد أحكامها (أن هذه المحكمة قد سبق لها أن قضت بتاريخ 2012/6/20 بإبطال عملية الانتخاب برمتها التي أجريت بتاريخ 2/2/ 2012، مع ما ترتب على ذلك من آثار، أخصها أن يستعيد المجلس المنحل " المنتخب في عام 2009" – بقوة الدستور- سلطته الدستورية كأن الحل لم يكن ليكمل المدة المتبقية له

أصلاً . ما لم يطرأ من الأمور خلال تلك المدة ما يقتضي معها إعمال الأمير لصلاحياته المقررة في هذا الشأن). حيث أجرت الانتخابات في 2/2/ 2012 على أثر حل مجلس الأمة، إلا أن المحكمة الدستورية قضت ببطلانها، بما يعني استناداً لأحكام المادة (107) من الدستور أن يسترد المجلس المنحل سلطته لإكمال المدة الدستورية المتبقية له، إلا أن المجلس المنحل والذي استعادة سلطته كاملة بموجب قرار المحكمة امتنع عن حضور الجلسات وأصر أعضائه على عدم إكمال المدة الدستورية المتبقية لعمر المجلس بامتناعهم عن الحضور اللازم لإكمال النصاب، وبناءً على ذلك أصدر أمير البلاد المرسوم رقم (241) لسنة 2012 بحل مجلس الأمة بتاريخ 2012/10/7. وقد طعن بعدم دستورية هذا الحل استناداً لأحكام المادة (107) من الدستور والتي تنص على أن (للأمير أن يحل مجلس الأمة بمرسوم تبين فيه أسباب الحل، على أنه لا يجوز حل المجلس لذات الأسباب مرة أخرى، وإذا حل المجلس وجب إجراء الانتخابات للمجلس الجديد في ميعاد لا يتجاوز شهرين من تاريخ الحل. فأن لم تجر الانتخابات خلال تلك المدة استرد المجلس المنحل كامل سلطته الدستورية ويجتمع فوراً كأن الحل لم يكن. ويستمر في أعماله إلى أن ينتخب المجلس الجديد). وذكرت المحكمة الدستورية الكويتية في مجال تسبيب حكمها (أن إجراء حل هذا المجلس لم يكن أثر خلاف بين الحكومة (الوزارة) وبين مجلس الأمة، أو مستنداً إلى أسباب سابقة انقضى أمرها بفوات أو إنهاء وذهاب محلها، وإنما جاء – حسبما هو ظاهر- لضرورة تقتضيه نظراً لتعذر انعقاد جلساته لعدم إكمال النصاب القانوني... وبالتالي فلا وجه للاعتراض على تصرف السلطة التنفيذية في استنادها إلى نص المادة (107) من الدستور في حل هذا المجلس بناءً على ذلك ، إذ ليس من بين الدول الديمقراطية دولة تستطيع أن تظل أداتها التشريعية ومجلسها النيابي معطلاً لا لسبب، إلا لإصرار أعضاء هذا المجلس على عدم حضور جلساته والعزوف عن القيام بمهامهم الدستورية ... بما من شأنه أن يغل يد السلطة التنفيذية عن الحق المقرر لها في الدستور بإجراء الحل ليس إلا للتثبت بظاهر النصوص دون النظر إلى جوهرها ومبناها...).[29] أجازت المحكمة الدستورية الكويتية في قرارها هذا الحل مرتين ، استناداً لحكم المادة (107) من الدستور، وعدم إكمال المدة المتبقية للسلطة التشريعية؛ بهدف إضفاء الحياة على النص الدستوري، ولتوائم بين نصوص الدستور والواقع الدستوري، وهذا ما دل عليه قولها (لضرورة تقتضيه)، وهي إنما ذهبت لهذا التفسير بناءً على تطبيق السلطة التنفيذية وفهمها للنص الدستوري الذي رجحت المحكمة الدستورية أنه تطبيق سليم بل استندت عليه كأساس لتفسيرها لنص المادة (107) من الدستور، وأن دل هذا إنما يدل بوضوح على تبنيها لمنهج الدستور الحي، وأدل من هذا قولها (أن تفسير النصوص الدستورية لا ينبغي أن يكون من خلال التثبت بظاهر النصوص الدستورية دون النظر إلى جوهرها). فالواقع الدستوري حسبما ذهبت المحكمة الدستورية الكويتية يدل على (أنه ليس من بين الدول الديمقراطية دولة تستطيع أن تظل أداتها التشريعية ومجلسها النيابي معطل). ومن ثم فالمحكمة أضفت الحياة على النص الدستوري بشرعية إجراء الحل الثاني ، لكي لا تتعطل الحياة الدستورية في البلاد من خلال التمسك بظاهر النصوص الدستورية دون تكييفها مع الوقائع الدستورية، إذ تقتضي الحياة العصرية للدول الديمقراطية وجود سلطة تشريعية، وهو ما رجحت المحكمة الدستورية أنه ينسجم مع جوهر المادة (107) من الدستور. والذي ذهبت المحكمة الدستورية إلى أنه هو المطلوب من النص. وفي نهاية الأمر نجد أن المحكمة أسقطت المدة المتبقية من عمر المجلس النيابي بناءً على إقرارها بدستورية حل مجلس الأمة، الذي توصلت إليه لا من التمسك بظاهر النص وإنما من جوهره الذي كشف عنه منهج الدستور الحي ، من خلال عكس الوقائع الجديدة على النصوص الدستورية القائمة ، ثم كشف مدى انسجامها مع جوهر النص الذي يبتغيه المشرع. فلا يعقل أن المشرع الدستوري أراد تعطيل الحياة النيابية لأن ظاهر النص يمنع الحل مرتين. أو لأن المجلس الذي استرد سلطته لم يكمل المدة المتبقية من عمر المجلس. والمحكمة الدستورية منعت بذلك من أن تصبح المدد الواردة في الدستور من أداة ضامنة للمشروعية الدستورية إلى أداة تعطل الحياة الدستورية، وتخالف مبادئ الديمقراطية. ويبدو أثر التفسير الحي للقضاء الدستوري - في هذا الحكم- من خلال إعطاء النصوص الدستورية تفسير يتفق مع آفاق التغيير الذي يمر به المجتمع، فيحي معاني النصوص الدستورية في ضوء المعطيات المستجدة لحظة تطبيق النص الدستور، فيكفل بذلك حياة مستمرة للدستور.[30]

المطلب الثالث/ استخدام منهج الدستور الحي في حماية المدد الواردة في الدستور وفقاً لقضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق.

في ظل القضاء الدستوري في العراق فإن التطبيقات القضائية لمنهج الدستوري الحي في أحكام المحكمة الاتحادية العليا – على حد بحثنا- ليس على درجة عالية من الوضوح لا أقل في مجال أحكام المحكمة الاتحادية العليا الخاصة بحماية المدد الواردة في الدستور؛ ونعتقد أن سبب ذلك هو حداثة الدستور العراقي مقارنة بدستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1787. الأمر الذي يمنع حدوث فجوة بين النصوص الدستوري والواقع الدستوري. ومع ذلك فقد وجدنا إشارة في أحد أحكام المحكمة الاتحادية العليا يمكن أن تكون أساس لتطبيق المنهج في المستقبل في تفسير أحكام الدستور. حيث أوردت المحكمة الاتحادية العليا في احد أحكامها (.. أن وجود الدولة ضرورة اجتماعية وسياسية يحتمها السلام الاجتماعي للمواطنين وهذا يعني أن للدولة أهداف وواجبات ينبغي انجازها، إلا أن هذه الأهداف والواجبات لا يمكن أن تكون ساكنة إذ لا بد من مواكبة حركة المجتمع وتطوره والظروف التي يمر بها البلد سواء كانت محلية أو إقليمية أو دولية، وإن تلك المواكبة لا تخص سلطة واحدة من سلطات الدولة بل تمتد إليها جميعاً).[31] يظهر القضاء الدستوري فاعليته في إلحاق النصوص الدستورية بالظروف المتغيرة والمتجددة من خلال ما يبثه فيها من روح مواكبة التطور، وذلك بتفسير النصوص الدستورية.[32] كما فعلت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها أعلاه. ونعتقد التوجه في الحكم أعلاه مهد الطريق للمحكمة الاتحادية العليا لإصدار أحكام استخدمت فيها تفسيرات المنهج الحي بشكل أكثر وضوح. وقد سبق القول أنه يتم اللجوء إلى المناهج الحديثة للتفسير الدستوري متى ما كانت المناهج التقليدية لا تمكن المفسر (القاضي الدستوري) من الوصول إلى المعنى الحقيقي الصحيح للنص الدستوري بشكل ينسجم مع القيم المعاصرة للمجتمع ، حيث يعتمد القاضي الدستوري منهج الدستور الحي في التفسير الدستوري متى ما كانت النتائج التي توصل إليها مناهج التفسير التقليدية غير منطقية ولا تتلاءم مع الوقائع والأمور المستجدة والتي يراد من القضاء الدستوري وضع حلول مناسبة لها. فقد جاء نهج الدستور الحي ليلائم بين ثبات النصوص الدستورية وتغير ظروف تطبيقها، وإن لغة الدستور العامة هي من تمنح المفسر الدستوري حرية التطبيق الملائم ، ويمثل هذا التفسير الحي فهم القاضي الدستوري للنص في ظل الأمور المستجدة، وأحد أشكال الدستورية الحية هي فهم القضاة الدستوريين للنصوص الدستوري في ظل الممارسات الدستورية للمؤسسات الدستورية متى ما أعتقد القاضي الدستوري أنها تنسجم مع الدستور وتمثل تفسير متطور لتطبيق النص في الواقع. وفي حكمين حديثين للمحكمة الاتحادية العليا يمكن استنباط اعتمادها على التفسير الحي للنصوص الدستورية في مجال حمايتها للمدد الواردة في الدستور.

تعلق القرار الأول للمحكمة الاتحادية العليا بطلب قدم إلى المحكمة الاتحادية العليا للحكم بعدم دستورية الجلسة الأولى، حيث جاء بالإدعاء – حسب ما ورد في قرار المحكمة – ما نصه (ولحدوث أمر طارئ تم نقل رئيس السن إلى المستشفى، بقرار ارتجالي منفرد من ثالث أكبر الأعضاء سناً الذي تولى رئاسة الجلسة وفقاً للإجراءات المتخذة لتعيين رئيس السن قبل افتتاح الجلسة ، وهذا الإجراء لا سند له من الدستور ولا من النظام الداخلي لمجلس النواب، ويعد مخالفاً للمادة (59/ ثانياً) لأن كل القرارات التي يصدرها المجلس بعد تأدية أعضائه اليمين الدستورية يجب أن تصدر وفقاً لأحكامها بالأغلبية البسيطة في الحد الأدنى، ولا يجوز لأحد أعضاء المجلس أو لغيرهم أن يتخذ قراراً باستبدال رئيس السن وتعيين بديل عنه وفقاً للإجراءات التي تتخذ قبل تشكيل المجلس واكتسابه كامل صلاحياته... لذا طلب المدعي من المحكمة الاتحادية العليا الحكم بعدم دستورية الجلسة الأولى وإلغاء كافة الإجراءات والقرارات التي صدرت فيها وكافة النتائج التي فضت إليها بداعي مخالفتها للمادتين (45) و(59/ ثانياً) من الدستور والمادة (5) من النظام الداخلي لمجلس النواب).[33] ، وجاء قرار المحكمة الاتحادية العليا أعلاه بخصوص حمايتها للمدد الدستورية (رابعاً - بعد مصادقة المحكمة الاتحادية العليا على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب وفقاً لما جاء في الماد ة(93/ سابعاً) من الدستور يدعو رئيس الجمهورية مجلس النواب للانعقاد بمرسوم جمهورية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ المصادقة على

نتائج الانتخابات العامة وتعقد الجلسة برئاسة أكبر الأعضاء سناً لانتخاب رئيس المجلس ونائبيه ولا يجوز التمديد لأكثر من المدة المذكورة آنفاً استناداً لأحكام المادة (54) من الدستور ، وجاء في المادة (5) من النظام الداخلي لمجلس النواب (يرأس الجلسة الأولى لاجتماعات مجلس النواب أكبر الأعضاء سناً من الحاضرين، وتنحصر مهمته في إدارة الجلسة الأولى وإجراء انتخاب رئيس المجلس ونائبيه) ووفقاً لما جاء في المادة (55) من الدستور ينتخب مجلس النواب في أول جلسة له رئيساً، ثم نائباً أول ، ونائباً ثانياً بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس بالانتخاب السري المباشر، حيث يؤدي قبل ذلك أعضاء المجلس اليمين الدستورية أمام المجلس قبل أن يباشروا بعملهم وفقاً للصيغة المحددة في المادة (50) من الدستور). ونعتقد أن المحكمة الاتحادية العليا قد توصلت إلى دستورية الجلسة الأولى وموعدها المحدد باستخدام مفهوم الدستور الحي ، إذ توصلت إلى أن الموعد المحدد للجلسة الأولى في يوم الأحد الموافق (1/9/ 2022) هو موعد مطابق للدستور، وأن كتاب المفوضية العليا للانتخابات بالعدد (5360 في 2021/12/29) الذي حدد اكبر الأعضاء سناً ثم حدد احتياط أول واحتياط ثاني لغرض إدارة الجلسة الأولى، إذ أن المحكمة الاتحادية العليا استنتجت أن ما قامت به المفوضية العليا المستقلة للانتخابات من تحديد احتياط أول واحتياط ثاني إنما يشكل ممارسة دستورية صحيحة رغم خلو الدستور من نص دستوري يحدد احتياط (أول وثاني) لرئيس السن، إذ اقتصرت المادة (54) على القول (... وتعقد الجلسة برئاسة أكبر الأعضاء سناً انتخاب رئيس المجلس ونائبيه...)، إلا أن المحكمة كانت قد توصلت إلى أن ممارسة المفوضية العليا المستقلة للانتخابات بصفتها مؤسسة دستورية هي ممارسة دستورية صحيحة ومطابقة للدستور؛ بناءً على ضرورة ملائمة النص للواقع السياسي الذي يقتضي وجود احتياط من جهة ، ومن جهة ثانية عدم تعارض وجود الاحتياط مع النص الدستوري للمادة (54) من الدستور، ولذلك كان قرار المحكمة الاتحادية العليا مستنداً على هذه الممارسة الدستورية في حماية عقد الجلسة الأولى في موعدها المحدد. وترتيباً على ما ذكرنا أعلاه نجد أن رد المحكمة الاتحادية العليا للطعن يمكن أن يوصف على أنه استخدام للدستورية الحية ويساندنا في ذلك قول المحكمة الاتحادية العليا في قرارها ذاته (استناداً للمرسوم الجمهوري رقم (66) لسنة 2021 فقد تم دعوة مجلس النواب للمنتخب بدورته الخامسة للانعقاد يوم الأحد الموافق 1/9/ 2022 على أن يترأس الجلسة أكبر الأعضاء سناً، وحيث تضمن كتاب المفوضية العليا المستقلة للانتخابات/ الإدارة الانتخابية بالعدد (5360 في 29/ 12/ 2021) أن اكبر الأعضاء سناً من المرشحين الفائزين في انتخابات مجلس النواب للدورة الخامسة هم (م. د. س الأكبر سناً) و(ع. ح. ج. ع. الاحتياط الأول) و (خ. ح. ص. ح. الاحتياط الثاني) وتم عقد الجلسة في الموعد المحدد في المرسوم الجمهورية...).

ونرى أن المحكمة الاتحادية العليا أحسنت التفسير في حماية المدد الدستورية المتعلقة بالجلسة الأولى، باستخدام المنهج الحي للدستور، عندما قضت بدستورية الجلسة الأولى المنعقدة في موعدها المحدد، وأن إدارتها برئيس السن الاحتياط لحصول أمر طارئ يحول دون استمرار رئيس السن الأصل أمر لا يتعارض مع الدستور، حيث نجد أنها لائمة بين النص الدستوري للمادة (45) وواقعه، فجعلت النص الدستوري الذي هو في الأصل نص ثابت قابل للتكييف مع الواقع والظرف السياسي، والأمور المستجدة، إذ لا يعقل أن يسمح المشرع الدستوري بفوات المدة المحددة لانتخاب رئيس مجلس النواب ونائبيه بناءً على غياب رئيس السن الذي قد يتعذر وجوده وإدارته للجلسة لظرف طارئ ، ولا مكن أن يفسر سكوت المشرع الدستوري عن تحديد احتياط لرئيس السن على أنه رفض من المشرع الدستوري لوجود احتياط، لان ذلك قد يعيق استمرارية الجلسة ومن ثم استكمال تشكيل السلطة التشريعية، وتبعاً لذلك استكمال تشكيل السلطة التنفيذية. كما لا يصح القول بأن ما ذهبت إليه المفوضية العليا المستقلة للانتخابات من ممارسة دستورية بهذا الشأن (تحديد رئيس السن والاحتياط الأول والثاني) بأنها ممارسة غير دستورية، لأنها ضرورة من ضرورات تطبيق النص الدستوري (المادة 54) وجعله يتلاءم مع الواقع وقابل للتطبيق مع تغيير الظروف ويستجيب للمستجدات، وهو الأمر الذي دفع المحكمة الاتحادية إلى تقبل هذا التحديد من جهة ، وتقبل استكمال الجلسة من قبل رئيس السن الاحتياط، لغرض ملائمة النص الدستوري للواقع ومن ثم القضاء بدستورية الجلسة الأولى، لكي لا يفوت الغرض من المدد المحددة فيها، وهو ما نوافق المحكمة

الاتحادية العليا بشأنه. في قرارا آخر للمحكمة الاتحادية العليا ، يمكن أن نجد تطبيقات لاستخدام المنهج الحي في التفسير الدستوري لغرض حماية المدد الواردة في الدستور بشأن الجلسة الأولى، حيث تم الطعن بشرعية الجلسة الأولى بناءً على الطعن بعدم دستورية استمرار الجلسة الأولى برئاسة رئيس السن الاحتياط دون وجود موافقة أو تنازل أو إعفاء من قبل رئيس السن الشرعي - حسب ما جاء بالادعاء- ، وتعباً لذلك طلب الحكم بإلغاء وبطلان وعدم دستورية الجلسة الأولى.[34] وجاء في قرار المحكمة الاتحادية العليا أعلاه (وجد أن المدعين في الدعاوى الموحدة تضمنت دعواهم الحكم بقانونية وصحة إجراءات تسليم قائمة التواقيع المقدمة من قبل الإطار ألتنسيقي باعتباره الكتلة النيابية الأكثر عدد والحكم ببطلان وإلغاء جلسة مجلس النواب المنعقدة بتاريخ 2022/1/9 وإلغاء الأثر القانوني المترتب عليها ودعوة رئيس الجمهورية لتحديد موعد جديد وبحسب السياقات القانونية والدستورية لانعقاد جلسة مجلس النواب). وبالشأن أعلاه قررت المحكمة الاتحادية العليا رد الدعوى لسبق الفصل فيها، بحسب ما جاء في قرارها والذي تضمن (وتجد هذه المحكمة فيما يخص طلب المدعين إبطال جلسة مجلس النواب المنعقدة بتاريخ 9/1/ 2022 فأن هذه المحكمة سبق لها وأن أصدرت قرارها بالعدد (5 وموحدتها 6/ اتحادية/ 2022) في 25/ 1/ 2011 والمتضمن الحكم برد دعوى المدعين حيث تضمنت دعواهم طلب الحكم بعدم دستورية الجلسة الأولى).وفضلاً عن استناد المحكمة الاتحادية العليا على ذات الأسباب في قرارها الأول المشار إليه في هذا القرار الأخير، كسبب لرد الدعوى وكنا قد توصلنا إلى أن أسباب الرد في القرار الأول كانت قائمة على أساس حماية المدد الدستورية المتعلقة بالجلسة الأولى، وأن المحكمة توصلت إلى حمايتها عبر استخدام المنهج الحي للدستور، فأنها ضمن قرارها هذا الأخير ما يستنتج منه أيضاً اتجاهها نحو منهج الدستور الحي في سبيل حماية المدد المتعلقة بالجلسة الأولى واستكمال تشكيل مجلس النواب، إذ قام تفسيرها هنا على أساس مساير النصوص الدستورية للتغير الحاصل في المجتمع متى ما كانت هذه التغيرات بحسب اعتقاد المحكمة لا تتعارض مع صريح النصوص الدستورية. وما يدل على صحة قولنا أعلاه ما جاء بقرار المحكمة الاتحادية العليا (... ومن أهم الاختصاصات التي يختص بها رئيس الجمهورية ما نصت عليه المادة (76/ أولاً) من الدستور وهي تكليف مرشح الكتلة النيابية الأكثر عدداً بتشكيل مجلس الوزراء خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتخاب رئيس الجمهورية أي أن الشق الثاني من السلطة التنفيذية ممثلاً (بمجلس الوزراء) تتم ولادته دستورياً بعد ولاية الشق الأول ممثلاً برئيس الجمهورية وحيث أن تسمية المرشح المكلف بتشكيل الشق الثاني (مجلس الوزراء) هو من الكتلة الأكثر عدداً فأن القائمة التي تتضمن هذه الكتلة تقدم إلى رئاسة مجلس النواب لتدقيقها والتأكد من كونها فعلاً تضم العدد الأكثر من النواب ثم ترسل إلى رئيس الجمهورية ليمارس دوره بموجب المادة (76) من الدستور وهذا لا يمنع من أن تقدم القائمة الكتلة الأكثر عدداً في أية جلسة لمجلس النواب حتى وإن كانت بعد جلسة انتخاب رئيس الجمهورية لأن قائمة الكتلة النيابية الأكثر عدداً عرضة للتغيير بحسب التحالفات بين الأحزاب والقوائم لحين الإعلان عن هذه الكتلة الأكثر عدداً من قبل مجلس النواب وثم رفعها إلى رئيس الجمهورية ...). ومن هذا نستنتج أن المحكمة الاتحادية العليا قررت أنه من حيث الترتيب الزمني أن طلب الكتلة الأكثر عدداً من الممكن أن يقدم في الجلسة الأولى أو أي جلسة لمجلس النواب لحين الإعلان عن هذه الكتلة من قبل رئاسة مجلس النواب حتى و أن يتم هذا الإعلان بعد جلسة انتخاب رئيس الجمهورية. فتفسير القاضي الدستوري لا بد ان يكون متفقاً مع إرادة المشرع الدستوري، دون ان يتضمن تعديل لها او مساس بها عند تحديد مضمون القاعدة القانونية، وذلك من خلال استخدامه لعدة مناهج وضوابط للوصول إلى معايير واقعية تحقق الهدف الرئيس من التفسير، فضلاً عن أن مهمة القاضي الدستوري تكون بالغة الخطورة والأهمية عند إتباع مبدأ تكامل النصوص الدستورية في التفسير.[35]

ونجد أن هذا التفسير قائم على أساس أن الدستور وثيقة حية تستجب لكل المستجدات التي تحدث في الواقع، وهذا الواقع قد يحتم على مجلس النواب قبول طلب الكتلة الأكثر عدداً في الجلسة الأولى أو أي جلسة تليها طالما أن ولاية السلطة التنفيذية إنما يتم من حيث التسلسل الزمني بعد ولادة السلطة التشريعية واستكمال تشكيلها، وأن الجلسة الأولى هي في الأصل مخصصة لانتخاب رئيس مجلس النواب ونائبيه، فإذا حصل ما يحول دون تقديم طلب تحديد الكتلة الأكثر عدداً في الجلسة الأولى، فأن ذلك لا منع من

تقديمها في الجلسات اللاحقة، طالما لم يتم انتخاب رئيس الجمهورية الذي يمثل الشق الأول من السلطة التنفيذية وهو الذي يتولى تكليف مرشح الكتلة الأكثر عدداً بتشكيل مجلس الوزراء. ومن جانبنا نؤيد توجه المحكمة الاتحادية العليا في تفسيرها هذا بشأن التسلسل الزمني لاستكمال تشكيل مجلس النواب ، ثم ولادة السلطة التنفيذية بشقها الأول (رئيس الجمهورية)، ثم ولادة الشق الثاني رئاسة الوزراء) وكون أن رئاسة الوزراء لا يتم تسميتها زمنياً إلا بعد انتخاب رئيس الجمهورية، فأن الباب بقى مفتوحاً لتقديم طلبات الكتلة الأكثر عدداً من أول انعقاد الجلسة الأولى و حتى اختيار رئيس الجمهورية.

الخاتمة.

في نهاية بحثنا هذا توصلنا إلى مجموعة من النتائج يمكن أن نلخصها بشكل استنتاجات وتوصيات وكما يأتي:

أولاً / الاستنتاجات.

1- يمثل منهج الدستور الحي كمنهج للتفسير الدستوري الفهم القضائي للدستور في ضوء المستجدات والمتغيرات التي تطرأ في حياة المجتمع بشكل يجعل النص الدستوري قابل للتطبيق في كل الأوقات، ولذلك قد يلجأ القضاء الدستوري في سبيل ذلك إلى الممارسات الدستورية لإضفاء الحياة على النص الدستوري.

2- المستوى العالي من العمومية والتجرد في النصوص الدستورية هو ما يفتح الباب واسعاً أمام القضاء الدستوري لسلوك منهج الدستور الحي في التفسير في سبيل حماية المدد الواردة في الدستور، عن طريق حماية النصوص التي تحتويها أو حماية المبادئ الدستورية أو الحقوق والحريات الدستورية.

3- أبطلت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بعض التشريعات – كما لا حظنا في متن البحث- التي تحد من الحقوق والحريات بحدود زمنية تعتقد المحكمة العليا أنها تخالف ما تطلبه الدستور من حماية لهذه الحقوق والحريات، وذلك عندما وجدت المحكمة أن هذا التحديد الزمني لا ينسجم مع هذه الحقوق والحريات في ظل تطور القيم المجتمعية.

4- قررت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية أن الحق في المحاكمة السريعة يجب أن يحدد بحدود زمنية معلومة، ليتسنى للقضاء إعماله ويحصل عليه المواطنون كاملاً، وحددت ثلاث مراحل زمنية لهذا الحق تتمثل المرحلة الأولى بمرحلة التحقيق، أما المرحلة الثانية في مرحلة الاعتقال وتوجيه الاتهام، وهذين المرحلتين قررت المحكمة يجب أن توصف بمدد زمنية معلومة من قبل المشرع العادي لضمان الحصول على حق المحاكمة السريعة أما المرحلة الثالثة فهي مرحلة فرض العقوبة ووجدت المحكمة أنها تقع خارج حق المحاكمة السريعة ومع ذلك حثت إلى عدم البطء في ذلك، فمدد الاعتقال وتوجيه الاتهام يجب أن تكون معلومة وإلا كان التشريع مخالفاً للدستور، فقد استخلصت المحكمة العليا أن ممارسة المشرع العادي بتحديد مدد زمنية للحصول على حق المحاكمة العاجلة إنما ينسجم مع ما يتطلبه هذا المبدأ.

5- توصلت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى أن نظام الحكم الديمقراطي والحقوق السياسية يستلزم أن يكون تاريخ بدء الدعاية الانتخابية من تاريخ الإعلان عن القائمة النهائية للترشيحات ، وليس من تاريخ الترشيح، وأن الصمت الانتخابي يستلزم وجود مدة فاصلة بين انتهاء الدعاية الانتخابية وبدء الاقتراع، وعدت ذلك من مستلزمات الحكم الديمقراطي والحقوق السياسية، وبذلك جعلت من النص الدستوري أداة حية بيد القاضي الدستوري، وأن المدد هي ناطق استعمالها، فلها حدود زمنية يجب أن يلتزم بها المشرع القانوني وإلا عده مخالفاً للدستور.

6- أباحت المحكمة الدستورية في الكويت حل المجلس النيابي مرتين لذات الأسباب، وقضت بعدم إكمال المجلس النيابي مدة الدستورية مراعاةً لنظام الحكم الديمقراطي الذي فسرت أنه يستلزم وجود مجلس نيابي، وأن امتناع المجلس عن الاجتماع يعطل الحياة النيابية، بما يؤدي إلى إسقاط مدته النيابية المتبقية حماية للحياة الدستورية، وهي استندت في ذلك إلى أن الدستور أداة حية في يد المفسر تضمن استمرار العمل بالدستور.

7- توصلت المحكمة الاتحادية العليا إلى أن إدارة الجلسة الأولى من قبل رئيس السن الاحتياط هو أمر مطابق للدستور حماية للمدد الدستورية التي تترتب على انعقاد الجلسة الأولى حيث راعت بذلك ضرورة استمرار الحياة الدستورية بشكل يفضي الحياة إلى النصوص الدستورية، ولائمة بين النص الدستوري والواقع، ومتطلبات تطبيقه.

8- أن المحكمة الاتحادية العليا استنتجت أن ما قامت به المفوضية العليا المستقلة للانتخابات من تحديد احتياط أول واحتياط ثاني إنما يشكل ممارسة دستورية صحيحة رغم خلو الدستور من نص دستوري يحدد احتياط (أول وثاني) لرئيس السن، إذ اقتصرت المادة (54) على القول (... وتعقد الجلسة برئاسة أكبر الأعضاء سناً انتخاب رئيس المجلس ونائبيه...)، إلا أن المحكمة كانت قد توصلت إلى أن ممارسة المفوضية العليا المستقلة للانتخابات بصفتها مؤسسة دستورية هي ممارسة دستورية صحيحة ومطابقة للدستور؛ بناءً على ضرورة ملائمة النص للواقع السياسي الذي يقتضي وجود احتياط من جهة ، ومن جهة ثانية عدم تعارض وجود الاحتياط مع النص الدستوري للمادة (54) من الدستور، ولذلك كان قرار المحكمة الاتحادية العليا مستنداً على هذه الممارسة الدستورية في حماية عقد الجلسة الأولى في موعدها المحدد.

ثانياً / التوصيات.

1- نوصي المشرع القانوني والقضاء الدستوري (المحكمة الاتحادية العليا) بضرورة مراعاة المبادئ الدستورية المختلفة الواردة في الدستور والتي تستلزم أما تحديد زمني للحصول عليها كحق المحاكمة السريعة (العاجلة)، أو ضمان الحصول عليها بحدود زمنية معينة، كمبدأ نظام الحكم الديمقراطي والحقوق السياسية، فلا يسمح بفرض قيود زمنية تنتقص منها أو تؤدي إلى إهدارها. فالزمن قد يشكل حد فاصل بين الحصول على بعض الحقوق والحريات من عدمه.

2- ندعو المشرع الدستوري إلى حصر موعد تقديم طلبات الكتلة الأكثر عدداً والبت فيها من قبل مجلس النواب وإرسالها لرئيس الجمهورية خلال مدة معلومة حتى لا يتخذ عدم التحديد حجة وذريعة للتسويف والمماطلة في تشكيل السلطة التنفيذية أو ضياع المدد الدستورية الخاصة باستكمال تشكيل السلطة التنفيذية، كأن يضمن المشرع الدستوري الدستور النص على أن (تقدم طلبات تحديد الكتلة النيابية الأكثر عدداً إلى رئاسة مجلس النواب ويبت فيها المجلس خلال ثلاثين يوماً من تاريخ أول انعقاد للمجلس). وفي اقتراحنا هذا نكون قد أيدنا ما توصلت إليه المحكمة الاتحادية العليا من أن المجال الزمني لتقديم الطلبات يبقى مفتوح حتى تاريخ اختيار رئيس الجمهورية، ومن جهة أخرى بتحديدنا اجل زمني ثابت لتقديم الطلبات والبت فيها وذلك وهي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ أول انعقاد للمجلس ، لكي لا تكون المدة فضفاضة عرضة للاجتهادات المختلفة ، وتنسجم مع المدة المحددة في المادة (72/ ب) من الدستور التي تطلبت انتخاب رئيس الجمهورية خلال ثلاثين يوم من تاريخ أول انعقاد لمجلس النواب، وبذلك تكون المدة المحدد للبت في الكتلة الأكثر عدداً متناغمة مع المدة المحددة لانتخاب رئيس الجمهورية فهي تمنح وقت كافي لمجلس النواب وللكتل لتقيد الطلبات والبت فيها ، و تكون غير متجاوزة مدة انتخاب رئيس الجمهورية، فبدءً من تاريخ انتخاب رئيس الجمهورية تكون الحاجة الفعلية قائمة لمعرفة الكتلة النيابية الأكثر عددا، والغاية من جعل هذه المدة تنتهي بانتخاب رئيس الجمهورية حتى لا تتداخل مع المهلة المحددة لرئيس الجمهورية في المادة (76/ أولاً) والخاصة بتكليف مرشح الكتلة النيابية الأكثر عدداً خلال خمسة عشر يوماً من انتخاب رئيس الجمهورية، إذ إننا إذا مددنا المدة المخصصة لتقديم طلبات والبت في الكتلة الأكثر عدداً خارج مدة الثلاثين يوماً من تاريخ أول انعقاد لمجلس النواب نكون قد تجاوزنا على المهلة المحددة في المادة (76/ ،أولاً)، وقلصنا المدة الزمنية رئيس الجمهورية والكتلة النيابية الأكثر عددا بتقديم وتكليف مرشح الكتلة النيابية الأكثر عدداً.

3- نرى ضرورة أن يضيف المشرع الدستوري لدستور جمهورية العراق لعام 2005 إلى نص المادة (54) ما هو لازماً فيه وهو وجود رئيس سن احتياط، وان ينص صراحة على عقد الجلسة الأولى برئاسة رئيس السن الاحتياط في حال تعذر إدارتها من قبل رئيس السن الأصل لأي سبب من الأسباب حمايةً للمدد الدستورية التي تبدأ اعتباراً من تاريخ انعقاد الجلسة الأولى.

الهوامش.

([1]) د. فلاح مصطفى صديق، الاختصاص التفسيري للقضاء الدستوري، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2019، ص86-87.
([2]) د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون الحي ورقابة الدستورية، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2019، ص4.
([3]) د. فراس عبد الرزاق حمزة و فرح جهاد عبد السلام، مناهج التفسير ودورها في تطوير القواعد الدستورية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 1، العدد 23، 2021، ص8.
([4]) وليد محمد عبد الصبور، التفسير الدستوري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2013. ، ص 245.
([5]) وليد محمد عبد الصبور، المصدر السابق، ص262-263.
([6]) Lawrence B. Solum, Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate, Northwestern University Law Review, Vol. 113, Issue 6, April 2019, 1243, p 1256.
([7]) WILLIAM H. REHNQUIST, THE NOTION OF A LIVING CONSTITUTION, Harvard Journal of Law & Public Policy ,Vol. 29,p 401-402.
([8]) Lawrence B. Solum, op.cit.p 1256.
([9]) Lawrence B. Solum,ibid,1259.
([10]) Lawrence B. Solum, ibid,1260.
([11]) Miguel Schor, CONTEXTUALIZING THE DEBATE BETWEEN ORIGINALISM AND THE LIVING CONSTITUTION, Drake Law Review Vol. 59, p963-965.
([12]) ANDREW COAN, LIVING CONSTITUTIONAL THEORY, Duke Law Journal, VOL, 66 JUNE, 2017,p106-108.
([13]) د. محمد محمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص12-19.
([14]) Glenn Harlan Reynold, Book Review, Suicide and the Living Constitution Baker Center, Journal of Applied Policy, Vol No. 1, 2007, P 23- 24.
([15]) WILLIAM H. REHNQUIST, op.cit. p 411.
([16]) BETTERMAN v. MONTA , Cite as: 578 U. S. , No. 14–1457 , May 19, 2016.
https://www.supremecourt.gov/search_center.aspx2022/1/7 آخر زيارة في=
([17]) د. محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، ط1، دار الجامعة الجديد، ،الإسكندرية، 2017، ص81.
([18]) وليد محمد عبد الصبور، المصدر السابق، ص 302-304.
([19]) أنظر د.محمد محمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص56-71. وكذلك وليد محمدعبد الصبور، المصدر السابق، ص 303-320
([20]) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر قضية رقم 143 لسنة 26 قضائية " دستورية" في 3 مايو 2009، منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا : http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/آخر زيارة في 14/ 2/ 2022.
([21]) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر قضية رقم 295 لسنة 29 قضائية " دستورية" في 11 ابريل 2015، منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا : http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/ آخر زيارة في 2022/2/14
([22]) د. محمد محمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص 55.
([23]) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر قضية رقم 7 لسنة 16 قضائية " دستورية" في 1 فبراير 1997 ، منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا: http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/ آخر زيارة في 2022/2/14.
([24]) وليد محمد عبد الصبور، المصدر السابق، ص321.
([25]) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر قضية (بدون رقم) في السادس عشر من مايو سنة 2012، منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا : http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/ آخر زيارة في 2022/2/14
([26]) د. مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري،ط1،مكتبة الجلاءالجديدة، المنصورة2003، ص59.
([27]) د. محمد فريد عبد اللطيف، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية العليا بين النظرية والتطبيق، ط1، مركز الدراسات العربية، الجيزة، 2018، ص491.
([28]) د. رمزي طه الشاعر، النظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، 2000، ص409.
([29]) حكم المحكمة الدستورية في الكويت طعن رقم 15 لسنة 2012 ، طعون خاصة بانتخابات مجلس الأمة في 16 يونية 2013، منشور على موقع المحكمة الدستورية: https://www.cck.moj.gov.kw/ar/Pages/section5.aspx?sectionid=5 آخر زيارة في 14/ 2/2022.
([30]) ميسون طه حسين، فكرة الدستور الحي في الفقه والقضاء الدستوري،مجلة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 27، العدد1، 2019،ص452.
([31]) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 155/ اتحادية و موحداتها في 6/2/ 2021، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php آخر زيارة في 2022/2/15.
([32]) د. عدنان عاجل عبيد، المنير في شرح الأحكام العامة للدساتير، ط1، المركز العربي، القاهرة،2021، ص172.
([33]) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 5 وموحدتها 6/ اتحادية / 2022 في 2022/1/25، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php آخر زيارة في 2022/2/15. آخر زيارة في 2022/4/8.
([34]) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 7و موحدتيها 9 و10/ اتحادية/ 2022 في2022/1/3، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php آخر زيارة في 2022/2/15. آخر زيارة في 2022/4/8.
([35]) بتول مجيد جاسم، حجية القرارات والآراء التفسيرية الصادرة من المحاكم الدستورية، دار السنهوري، بيروت، 2019، ص78.

المصادر.
أولاً/ الكتب.
1- بتول مجيد جاسم، حجية القرارات والآراء التفسيرية الصادرة من المحاكم الدستورية، دار السنهوري، بيروت، 2019.
2- د. رمزي طه الشاعر، النظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، 2000.
3- د. عدنان عاجل عبيد، المنير في شرح الأحكام العامة للدساتير، ط1، المركز العربي، القاهرة،2021.
4- د. فلاح مصطفى صديق، الاختصاص التفسيري للقضاء الدستوري، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2019.
5- د. مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري،ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 2003.
6- د. محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، ط1، دار الجامعة الجديد، ،الإسكندرية، 2017.
7- د. محمد فريد عبد اللطيف، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية العليا بين النظرية والتطبيق، ط1، مركز الدراسات العربية، الجيزة، 2018.
8- د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون الحي ورقابة الدستورية، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2019.
ثانياً / الأطاريح:
1- وليد محمد عبد الصبور، التفسير الدستوري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2013.
ثالثاً/ البحوث:
1- د. فراس عبد الرزاق حمزة و فرح جهاد عبد السلام، مناهج التفسير ودورها في تطوير القواعد الدستورية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 1، العدد 23، 2021.
2- ميسون طه حسين، فكرة الدستور الحي في الفقه والقضاء الدستوري،مجلة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 27، العدد1، 2019.
رابعاً/ قرارات القضاء الدستوري في الدول العربية:
1- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 7و موحدتيها 9 و10/ اتحادية/ 2022 في2022/1/3، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php آخر زيارة في 2022/2/15. آخر زيارة في 2022/4/8.
2- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 5 وموحدتها 6/ اتحادية / 2022 في 2022/1/25، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php آخر زيارة في 2022/2/15. آخر زيارة في 2022/4/8.
3- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 155/ اتحادية و موحداتها في 6/2/ 2021، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php آخر زيارة في 2022/2/15.
4- حكم المحكمة الدستورية في الكويت طعن رقم 15 لسنة 2012 ، طعون خاصة بانتخابات مجلس الأمة في 16 يونية 2013، منشور على موقع المحكمة الدستورية: https://www.cck.moj.gov.kw/ar/Pages/section5.aspx?sectionid=5 آخر زيارة في 14/ 2/2022.
5- حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر قضية (بدون رقم) في السادس عشر من مايو سنة 2012، منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا : http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/ آخر زيارة في 2022/2/14
6- حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر قضية رقم 7 لسنة 16 قضائية " دستورية" في 1 فبراير 1997 ، منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا: http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/ آخر زيارة في 2022/2/14.
7- حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر قضية رقم 295 لسنة 29 قضائية " دستورية" في 11 ابريل 2015، منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا : http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/ آخر زيارة في 2022/2/14
8- حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر قضية رقم 143 لسنة 26 قضائية " دستورية" في 3 مايو 2009، منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا : http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/آخر زيارة في 14/ 2/ 2022.
خامساً/ مصادر باللغة الانكليزية:
A- Books and research:
1- ANDREW COAN, LIVING CONSTITUTIONAL THEORY, Duke Law Journal, VOL, 66 JUNE, 2017.
2- Glenn Harlan Reynold, Book Review, Suicide and the Living Constitution Baker Center, Journal of Applied Policy, Vol No. 1, 2007.
3- Lawrence B. Solum, Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate, Northwestern University Law Review, Vol. 113, Issue 6, April 2019.
4- Miguel Schor, CONTEXTUALIZING THE DEBATE BETWEEN ORIGINALISM AND THE LIVING CONSTITUTION, Drake Law Review Vol. 59.
5- WILLIAM H. REHNQUIST, THE NOTION OF A LIVING CONSTITUTION, Harvard Journal of Law & Public Policy ,Vol. 29.
B- Supreme Court decisions of the United States of America:
1- BETTERMAN v. MONTA , Cite as: 578 U. S. , No. 14–1457 , May 19, 2016. **https://www.supremecourt.gov/search_center.aspx2022/1/7 أخر زيارة في**.