الاحكام المنشئة في قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق (دراسة مقارنة)

بشائر محمد كلمراد
الدكتور ماجد نجم عيدان
استاذ القانون الدستوري
كلية القانون والعلوم السياسية /جامعة كركوك

The founding rulings in the judiciary of the Federal Supreme Court in Iraq (a comparative study)

Bashaer Mohammed Gulmurad
Dr. Majid Najim Edan
professor of constitutional law

المستخلص:: إن القضاء الدستوري وهو بصدد ممارسة اختصاصه في الرقابة على دستورية القوانين وتفسير ما يشوبها من غموض او قصور او نقص يقوم بإصدار احكام يعالج به ما اصاب هذه النصوص من خلل وتعمل من خلال هذه الاحكام على معالجتها وذلك لتلافي الحكم بعدم دستوريتها ، وهذه الاحكام تحمل طابعا انشائيا وتتضمن قواعد قانونية تضيفها للنص القانوني المشوب بالخلل او تستبدل بها قواعد موجودة في النص القانوني لكي تعالج الخلل وتعود بهذا النص الى اطار الملائمة مع النصوص الدستورية وتبعدها عن الالغاء ، وهذه الاحكام المنشئة التي يصدرها القاضي الدستوري تتراوح بين احكام مضيفة واخرى استبداليه إذ سنحاول في هذا البحث توضيح ماهية هذه الاحكام واهم تطبيقاتها القضائية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق وفي القضاء الدستوري في كل من مصر وامريكا .

الكلمات المفتاحية : المحكمة ، الاتحادية ، القضاء ، الدستوري ، المنشئة

Abstract: The constitutional judiciary, while exercising its jurisdiction to monitor the constitutionality of laws and interpret any ambiguity, deficiency or deficiency in them, issues rulings that address any defects in these texts and works through these rulings to address them in order to avoid a ruling of their unconstitutionality. These rulings have a constructive nature and include legal rules that it adds to the legal text that is defective or replaces existing rules in the legal text in order to address the defect and return this text to the framework of compatibility with the constitutional texts and keep it away from cancellation and it keeps it away from cancellation, and these establishing rulings issued by the constitutional judge range between adding rulings and substitutionary

ones, as we will try in this research to clarify the nature of these rulings and their most important judicial applications in the judiciary of the Federal Supreme Court in Iraq and in the constitutional judiciary in both Egypt and America.

Keywords: Court, Federal, Judiciary, Constitutional, Establishment

المقدمة

من الواضح ان دولة القانون هي تلك الدولة التي تُباشر فيها السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية مهامها واختصاصاتها وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات وبالشكل الذي تبقى المراكز القانونية داخل الدولة محتفظة باستقرارها القانوني الذي يوفره تناغم وتكامل العمل بين هذه السلطات الثلاث ، لكن الامر لا يخلو في بعض المرات من خلل قد تصيب هذه المنظومة نتيجة لقصور احدى هذه السلطات فب اداء مهامها واختصاصاتها ، ومن ابرزها ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين يشوبها النقص والغموض والقصور والاغفال والمخالفة للمبادئ الدستورية الامر الذي قد يعرض الاستقرار القانوني الى تهديد حقيقي فيبرز هنا دور القضاء الدستوري الذي يتدخل بحكم دوره الرقابي على دستورية القوانين المطعون بها ، اذ كثيرا ما نجد ان تدخل القاضي الدستوري يصب تارة في جانب الحكم بعدم دستورية القانون ومن ثم الغائه ، ونجده تارة اخرى القاضي الدستوري يصدر احكاما يعالج من خلالها ما يشوب هذه النصوص من خلل ويجنبها الحكم عليها بعدم الدستورية ، اذ يقوم القاضي الدستوري اثناء قيامه بتفسير النصوص الطعينة احيانا بإصدار احكام منشئة تضيف الى النص القانوني قواعد قانونية جديدة تعود من خلالها بالنص الى جادة الدستورية ، او يقوم باستبدال القواعد الموجودة بأخرى يتضمنها حكمه المنشئ بالشكل الذي ينسجم فيه النص القانوني مع النصوص الدستورية ومبادئها العامة في اطار عمل رقابي ايجابي لا يتضمن اي تجاوز على سلطات المشرع بل يعتبر استكمالا لهذا الدور ، ولجوء القاضي الدستوري لإصدار هذا النوع من الاحكام يهدف للمحافظة على الاستقرار القانوني وكذلك حماية الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور ، وهذا الامر يتجلى بشكل واضح من خلال البعض من الاحكام التي اصدرتها المحكمة الاتحادية العليا في العراق وكذلك القضاء الدستوري في كل من مصر وامريكا وهذا ما سنتناوله في هذا البحث من خلال التعرف على مفهوم الاحكام المنشئة وانواعها واهم تطبيقات القضاء الدستوري لهذا النوع من الاحكام في العراق والدول محل المقارنة ,

أهمية البحث :

يجد هذا البحث اهميته في تسليط الضوء على ضرورة تعزيز الدور والعمل التكاملي بين السلطات الثلاث داخل الدولة وبيان ان الغايات الاساسية في ادارة الدولة من قبلها تتمثل في اهمية الحفاظ على الاستقرار المجتمعي النابع من توفر الاستقرار القانوني والتي تمثل جوهر عمل هذه السلطات ، وبذلك يمكن لإحدى هذه السلطات القيام والاضطلاع ببعض المهام والاختصاصات التي قد تبدو لوهلة انها ليست من اختصاصاتها لكن الحفاظ على المبادئ اعلاه يسوغ لها ذلك ، ونضرب لهذ مثلا في بحثنا من خلال ممارسة القاضي الدستوري لدور تشريعي عبر اصداره لأحكام منشئة لقواعد قانونية تتسم بالتلائم مع نصوص الدستور وما يتضمنه من مبادئ عامة .

مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث الاساسية في ابراز حقيقة أن للقضاء الدستوري دورا تشريعيا لا يمكن بأي حال من الاحوال ان يعتبر خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات ، ولا ان يجسد سلبا لاختصاصات السلطة التشريعية ، كما وتتمثل مشكلة البحث ايضا في اظهار ان احكام القاضي الدستوري لا تنحصر في البعد الرقابي فقط بل ان هنالك من احكامه ما تتضمن بعدا اخر يتجسد بخلق و انشاء قواعد قانونية جديدة

منهجية البحث :

سنتبع في هذا البحث المنهجية المقارنة التحليلية ، اذ سنقوم بالمقارنة بين قوانين وتطبيقات قضائية لكل من الولايات المتحدة الامريكية متمثلة بالمحكمة العليا ومصر عبر قضاء المحكمة الدستورية العليا والمحكمة الاتحادية العليا في العراق سواء تعلق بتحليل ومقارنة النصوص القانونية والآراء الفقهية والتطبيقات المتمثلة بأحكام القضاء الدستوري ذات الصفة المنشئة .

خطة البحث :

يتكون البحث من مبحث واحد بعنوان احكام القضاء الدستوري المنشئة الذي سنقسمه الى مطلبين اثنين ، اذ سنبين في المطلب الاول منه مفهوم وتعريف الاحكام المنشئة واهم الآراء الفقهية التي تناولتها بالدراسة ، اما المطلب الثاني سنلقي فيه الضوء على اهم تطبيقات القضاء الدستوري والتي ستضم مجموعة من الاحكام المنشئة التي اصدرتها المحاكم الدستورية في كل من الولايات المتحدة ومصر اضافة الى احكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق

المبحث الاول

احكام القضاء الدستوري المنشئة

في البداية لا بد من التطرق الى أن وظيفة القاضي الدستوري وهو بصدد فحص دستورية القوانين يتركز بشكل بديهي على القانون والذي يبدو له موضوعاً لهذا الفحص، ومن ثم فالمحكمة الدستورية ستباشر رقابتها على القانون محل الطعن ، ولكن السؤال الذي يطرح بهذا الشأن سيكون مؤداه هل إن التفسير يتناول نص القانون أم القاعدة باعتباره النتيجة التي يتوخاها لتفسيره [1] .

والجواب على هذا السؤال يكون بأنه عندما يلعب النص دوره في تحديد القاعدة التشريعية بصورة واسعة، وعندما يكون هنالك تطابق بين النص والقاعدة بلا أي غموض فإن القاضي الدستوري لا ينظر حينها الا في النصوص ، وفي مقابل ذلك عندما يكون النص واسعاً وحينما ينعدم التطابق بين النص والقاعدة فالقاضي حينئذ إما أن ينظر الى النص أو للقاعدة ، وعليه فكلا الحلين واردين وفقاً لما سبق ، وبما أن تفسير النصوص هي المدخل الحقيقي للدور التشريعي للقاضي الدستوري ، ومن ثم فالتفسير الضيق يسمح للقاضي الدستوري الوقوف على المضمون القاعدي لنص القانون وهذا الامر هو خلاف الحال بالآلية الخاصة بالتفسير المنشئ للقاضي الدستوري حيث أنه ومن خلاله سيتم إغناء المضمون القاعدي للقانون وذلك عن طريق توسيع مداه ، والقاضي الدستوري من خلال هذه الطريقة إما ان يقوم بتضمين النص بعض الاحكام أو أنه سيقوم باستبدال النص ببعض مما تتضمنه من القواعد بقاعدة او بمجموعة اخرى من القواعد نفسها بهدف سد النقص الذي جاء به النص ، وذلك فإن الحكم المنشئ يكون بإحدى طريقتين فإما يكون مضيفاً أو استبدالياً ومن ثم فهذا المبحث سيتناول التعريف بالحكم الانشائي ومفهومه وانواعه وبعد ذلك سنحاول التعرف على اهم تطبيقات الاحكام القضائية المنشئة التي اصدرها القضاء الدستوري في الدول محل المقارنة وفي قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق وذلك في مطلبين اثنين وكالاتي :

[1] فالنص هو المضمون او الصيغة اللغوية أو أنه الاداة او الغلاف او المحتوى للقاعدة فالنص هو المحتوى الذي يكون موضوع التفسير فهو الشيء الذي يمكنه التعرض للملاحظة ، أما القاعدة فهو مغزى النص وهي غير محسوسة ومن ثم فلا يمكن ان تختلط مع النص و نستطيع القول أن النص يسبق التغيير اما عن القاعدة فأنها تلي عملية التفسير ، وعليه فالنص هي الكلمات والعبارات التي يحتويها القانون اما القاعدة فهي الاهداف التي يبتغي المشرع تحقيقها من القانون، ومن ثم نستطيع القول أن النص يسبق التفسير أما عن القاعدة فأنها تلي عملية التفسير وبعبارة اخرى فالنص هو البيان او المضمون الخاضع للتغيير، أما بالنسبة للقاعدة فهي البيان السابق تفسيره ، ومن ثم فإن عملية التفسير تتيح استخلاص القواعد من النصوص التي تحتويها فالقاعدة هي النص المفسر وعليه فعندما نطبق القانون فإننا لا نطبق نصوص بل نطبق قواعد : ينظر : د. محمد فوزي نويجي ، مصدر سابق ، ص36

المطلب الأول

التعريف بأحكام القضاء الدستوري المنشئة

من البديهي أن القضاء الدستوري عبر فاعليته في الرقابة على دستورية القوانين والتشريعات يهدف الى الاصلاح التشريعي عبر تجنب الحكم بعدم دستورية القانون المطعون أمامه بدستوريته ، وذلك من خلال الموازنة بين النص القانوني والهدف من وراء وضعه عبر سد النقص الموجود في محتوى النص بإضافة ما يكمله ، او عبر القيام باستبدال الجزء المخالف للدستور وذلك من خلال عملية التفسير التي تنتج احكاما إنشائية من دون الابتعاد عن الهدف والغاية النهائية من هذه النصوص القانونية التي يتعامل معها القاضي الدستوري ، بل يجب ان تحمل هذه الاحكام المقاصد الدستورية من وراء اصدار هذه القوانين ، ومن ثم فلا بد لنا من معرفة مفهوم الحكم الانشائي الذي يصدره القاضي الدستوري وذلك عن طريق تعريفه والآراء الفقهية التي تناولته إضافة الى انواعه وذلك في فرعين اثنين:

الفرع الاول

مفهوم احكام القضاء الدستوري المنشئة

يقصد بالأحكام الانشائية للقاضي الدستوري " مجموعة من القواعد غير المقننة والتي يقوم القاضي الدستوري باستنباطها من وحي ضمير الجماعة ومبادئ العدالة وروح التشريع وذلك في حالة غياب النص الذي يحكم المنازعات المعروضة عليه [1] .

كما ويعرفه البعض على أنه "عبارة عن قيام القاضي الدستوري بخلق وانشاء مبدأ او قاعدة قانونية جديدة وذلك لكي يتسنى له من خلالها تطوير رقابته بالشكل الذي يمكنه من ايجاد الحلول المناسبة للمنازعات المعروضة امامه بما يؤدي لاستحداث قاعدة قانونية جديدة ينتج عنه تعديل في الاوضاع القانونية بالشكل الذي يصون ويضمن الحقوق والحريات) [2]، وعموماً فالحكم الانشائي الذي يصدره القاضي الدستوري هو الحكم الذي ينتج عن الرقابة وتفسير النصوص القانونية المطعون بدستوريتها ويتلافى فيها القاضي الدستوري الحكم عليها بعدم الدستورية فيلجا الى اكمال النقص الموجود فيه أو استبدال القصور الموجود فيه بقواعد قانونية جديدة في إطار الغاية الدستورية منه ومن دون ان يؤدي اصدار هذا الحكم الى الاعتداء على بقية السلطات في الدولة ، فالدور الانشائي للقاضي الدستوري يتطلب منه فهما عميقاً للوثيقة الدستورية قائماً على

---

[1] د – عبد المنصف عبد الفتاح ، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري ،(دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٦ ، ص399 .

[2] د. ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية , 2002 , ص627 .

أساس عدم التقيد بمؤثر واحد بل يستلزم منه الاخذ بكل المؤثرات الزمانية والمكانية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية ، مبتغيا من وراء ذلك كله الحفاظ على الاطار الدستوري للحقوق والربيات داخل المجتمع[1] .

وبالرجوع الى القضاء الدستوري في الدول محل المقارنة وفي العراق فلا بد ان نبين الى أي مدى تسمح قوانين هذه البلدان للقضاء الدستوري بممارسة دور انشائي اثناء ممارسة اختصاصها في الرقابة والتفسير وهو ما سنبينه فيما يأتي :

أولاً : اختصاص القضاء الدستوري في اصدار الاحكام الانشائية :

من الامور التي لا شك فيها ان نصوص الدستور مهما بلغت من السمو والعلو فهي تثير الجدل حول مضمونها لما قد يلفها من الغموض احيانا [2] سنحاول في هذه الفقرة ار على مواقف القوانين في الدول محل المقارنة من قيام القضاء الدستوري فيها بإصدار احكام انشائية من خلال اختصاصها في الرقابة وتفسير القوانين، ففيما يخص الولايا ت المتحدة الامريكية نجد أن المحكمة العليا هي من ضمن عدة جهات تمتلك اختصاص تحديد معنى النصوص الدستورية ، وهو سبب يرجع الى سكوت الدستور الأمريكي عن تحديد الجهة التي تختص بالتفسير الامر الذي يسوغ للقاضي الدستوري القيام بتفسير الدستور بغية البحث عن المعنى الحقيقي والصحيح للنص القانوني [3] ، إذ انعقد اختصاص تفسير النصوص القانونية للمحكمة العليا نتيجة عوامل واقعية من بينها مكانة المحكمة العليا في المجتمع الامريكي ودعم رؤساء الولايات المتحدة لتفسيرات

---

[1] د. عيد احمد الغفلول ، فكرة النظام الدستوري واثرها على تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية ، القاهرة , 2004 , ص65.

[2] د. فوزي حسين سلمان ، الاختصاص التفسيري للمحكمة الاتحادية العليا في العراق واشكالاته (دراسة مقارنه) ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، المجلد 4 ،العدد 15 ،صفحة 254 ، 2015 .

[3] احمد عبد السلام عبد الدائم ، حدود اختصاص القضاء الدستوري (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والعلوم السياسية, الجامعة العراقية، ٢٠١٨ ، ص ١٤٨.

المحكمة العليا يضاف اليها صعوبة فهم قصد واضعي الدستور في اغلب المسائل المعاصرة ، ومن ثم فكل هذه الاسباب قد أدت بالقاضي الدستوري للقيام للتفسير [1] .

وعلى إثر ما سبق فقد قامت المحكمة العليا بأنشاء وصياغة قواعد دستورية عند ممارستها لاختصاصها في التفسير والرقابة على دستورية القوانين عندما احل القاضي الدستوري ارادته على النصوص القانونية الأمر الذي ادى الى ان تصبح المحكمة العليا مشرعا من خلال اسباغ الصفة الملزمة على القوانين التي تقوم بممارسة اختصاصها التفسيري عليها ورغم أن هذا النهج قد خفت وطأته تدريجياً بعد منتصف الثلاثينيات من القرن العشرين ، إلا أن المحكمة الدستورية ما زالت مستمرة وان كانت بوتيرة اخف في التفسير وخلق القواعد القانونية عبر قراراتها واحكامها الانشائية[2] .

أما في مصر فإن التنظيم الدستوري والقانوني يسمح للقاضي الدستوري بالقيام بدور ابداعي انشائي، وذلك من خلال نص المادة (١٩٥) من دستور مصر النافذ لعام ٢٠١٤ الذي يحدد اختصاص المحكمة الدستورية العليا في تفسير النصوص القانونية وهو الأمر الذي بينه الاعلان الدستوري الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ في المادة (٤٩) منه ، كما ويتأكد هذا الاختصاص في المادة (٢٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ والتي نصت على ان المحكمة الدستورية العليا هي صاحبة اختصاص تفسير نصوص القانون وفقاً لأحكام الدستور[3] ، الامر الذي يسمح بقيام القاضي الدستوري بدور تشريعي يظهر بشكل واضح من خلال التطبيقات القضائية التي سنوضحها لاحقاً .

وفي العراق فإن دستور سنة ٢٠٠٥ وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣0) لسنة ٢٠٠٥ المعدل فقد تم تحديد اختصاصات هذه المحكمة في الرقابة على دستورية القوانين و تفسير الدستور الأمر الذي مكن بدوره من قيام القاضي الدستوري بدور انشائي بدت بوادره بالظهور منذ قيام هذه المحكمة بممارسة مهامها.

---

[1] د. عدنان عاجل عبيد و ميسون طه حسين ، الاختصاص التفسيري للقضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل ، المجلد الثامن، العدد الرابع، السنة الثانية ، ٢٠١٦ ، ص 424.

[2] د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري، الجزء الثاني ، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧ ، ص 71 .

[3] د. محمود احمد زكي ، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية – آثاره و حجيته و تنفيذها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٦٥ .

ويبرز لنا هذا الدور التشريعي بشكل واضح عبر القرارات والاحكام التي تصدرها هذه المحكمة وتحمل طابعاً انشائياً قام عبرها القاضي الدستوري بمعالجة العديد من حالات القصور وسد الفراغ والاغفال التشريعي .

ثانياً: المواقف الفقهية من الاحكام الانشائية

من الواضح ان الاختصاص التفسيري اضافة الى اختصاص الرقابة التي تختص بهما السلطة القضائية تمثلان المدخل الحقيقي لإصدار القاضي الدستوري الاحكام المنشئة عبر التفسيرات ذات المدلول الانشائي، ولما كانت طرق التفسير تتباين وتختلف مع اختلاف المدارس الخاصة بها ، لا بل إن هذه المدارس هي الأخرى تختلف تبعاً لاختلاف نظرتها لمسائل معينة ، فكان من الضروري التعرف على النظريات التي عالجت التفسير بشكل عام والتفسير المنشئ بشكل خاص ، ومن الجدير بالذكر إن المدارس تعددت ، لكن ظهرت مدرستان فقهيتان مهمتان تتناولان موضوع التفسير المنشئ وهما كالآتي:

1 – المدرسة التقليدية وموقفها من التفسير المنشئ:

لقد قاد هذا الاتجاه مجموعة من أنصار مدرسة الشرح على المتون والتي تعتبر مدرسة ذات اتجاه تقليدي تعكس بحد ذاتها الاتجاه الشكلي الذي ظهر في فرنسا على أثر وضع التقنين اذ تقوم هذه المدرسة على اساس تقديس النص[1] 0

إذا فأساس هذه المدرسة يقوم على تقديس النصوص اضافة إلى تغليب او تقديس ارادة المشرع فمن الطبيعي ان هذه المعطيات ستؤدي إلى انتاج الاساس الثالث الذي قامت عليه هذه المدرسة والمتمثل بأن المشرع يحتكر القانون او بشكل ومعنى اخر إن القانون متوقف على ارادة المشرع ، وقد وصل اعتناق وايمان شراح هذه المدرسة لهذه الحقيقة الى الحد الذي يمكن فيه للقاضي ان يرفض الحكم في الدعوى اذا لم تسعفه وتساعده الوسائل للوصول الى قصد المشرع[2] .

---

[1] د. رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٣، ص480 .

[2] ويقول امير فقهاء هذه المدرسة (Demolombe) بشأن هذا الامر : إن على القاضي المدني ان يطبق قانون نابليون في خشوع دون أن يكمله بقواعد القانون الطبيعي ما دامت لا يقرها التشريع صراحة أو ضمناً فاذا لم يجد نصاً وجب ان يحذو حذو القاضي الجنائي ويقضي برفض الدعوى المدنية لافتقارها للأساس القانوني. ينظر : ميثم حنظل شريف ،

لكن هذا الاتجاه قد بالغ في الوسائل المستعملة من قبله للتعرف على هذه الارادة وكذلك في الاعتماد على المنطق والتركيب والتحليل والتصوير المصطنع ، حتى بلغ الأمر حداً صارت فيه التفسيرات عبارة عن تمرينات عقلية بالشكل الذي لم يعد لدى هذا المذهب الحرص للاهتداء لحل المشاكل الاجتماعية بالقدر الذي كان معنايً فيه برد الحل لأغلب المشاكل الى روح التشريع ولفظه [1]

وبعد صدور مجموعة نابليون ، ابتدأت في المانيا حركة بالظهور تناصر التقنين ، ان تم جمع القانون النمساوي في سنة ١٨١١ ، اذ كان لهذا الامر صدى واسعاً اذ دعا الفقيه (Thibaut) إلى ضرورة التقنين في المانيا كذلك حيث نشر مقالاً سنة ١٨١٤ نادى فيه الى اهمية تقنين القانون الالماني [2] .

ولكننا نجد بأن الفقيه (سافيني) قد تصدى لهذه الدعوة في كتابه الشهير (الدعوة للتشريع وعلم القانون) الذي يحارب فيه فكرة التقنين موضحاً أن العبرة في القانون هي بالقواعد الشائعة التي يقوم بتسجيلها المشاهدة وتفرزها التجربة [3] .

وترى هذه المدرسة أيضاً أن لكل لفظ في النص ضرورته ولا يجوز ولا يمكن ان نعتبرها من نافلة القول ، كما أن العبرة في معنى النص بألفاظه والمبدأ العام كما يرى الفقيه (سالموند) هو في ان يكون التغيير حرفياً ما لم يوجد هنالك سبب كافي للعكس وهو الامر الذي يسمى في الفقه الانكلوسكسوني بـ (التفسير الحرفي) او(The letteral rule) [4] .

وقد أنتقد البعض منهج التفسير الحرفي وذلك لان الاصل في فكرة التفسير تتمثل في أنها تتضمن ملاحظة مسائل خارجة عن الكلمات ولا يمكن ان توجد جملة من الالفاظ يمكن ان تحدد من خلالها المعنى من دون ملاحظة البيئة والسياق ، إذ إن الموضوع ليس سوى مظهراً خادعاً والخروج على حرفية النصوص هو أمر لا مناص منه [5] .

صبيح وحوح حسين ، دور القاضي الدستوري في التفسير المنشئ (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، المجلد 25 ، العدد ، سنة ٢٠١٧، ص521 .

[1] د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج 1، نظرية القانون ، مطبوعات كلية الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت 1972 ' ص565 .

[2] د ثروت الاسيوطى ، مبادئ القانون، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974 ص 17

[3] د. جميل الشرقاوي ، دروس في أصول القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص200 .

[4] د. حسن كبيرة ، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ط5 ، ١٩٧٤ ، ص151، وكذلك : د. سليمان مرقص، موجز العلوم القانونية ، المطبعة العالمية، القاهرة ، ١٩٥٣ ، ص400 .

[5] د. أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص100 .

ومن ثم ووفقاً لما سبق فهنالك اتجاهين فيما يتعلق بتفسير النصوص، **احدهما** مرتبط بالمشار اليها فيما سبق، والذي يبتغي ان يتم التفسير في نطاق الافكار والرؤى الواردة في الدستور وفي اطار المفاهيم التي كانت سائدة لدى صياغة النص الدستوري ، **اما الاتجاه الآخر** فهو متطور يذهب الى ضرورة أن تفسر المبادئ الدستورية وفقاً للمفاهيم الجديدة ، لان الاجتهادات المنغلقة على نفسها تم الدفاع عنها بناء على حجج تقوم على شرعية القضاء الدستوري وعلى فصل السلطات وطبيعة تفسير الدستور، كما انها ركزت على أخطار الاجتهاد المنشئ والخلاف الذي يسمح به التفسير المتطور فالانفصال والانقطاع عن الاصول سيعني بطبيعة الحال زيادة السلطة التقديرية الذي يعادل في نظرهم سلطة التقدير السياسي ويذهبون الى أن التقدير السياسي يتناقض مع الطابع القضائي للقضاء الدستوري[1] .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن القاضي عندما يقوم بتفسير القانون فانه لا يعطي رأيه الشخصي بل انه يبحث عن المعنى الحقيقي للقانون وهو يبحث ايضا عن قيمته القانونية التي ابتغاها المشرع ، فمنهج التفسير الحرفي او الضيق تنقصه الموضوعية كون التفسير الضيق أو الحرفي يفترض فيه الدقة من طرف المشرع في التعبير عن ارادته وهو امر غير موجود لا من حيث الشكل او من حيث الموضوع[2] .

وان كان تعديل الدستور هي عملة يتم اجراءها من خارج الدستور على مواده الحالية، فإن القاضي الدستوري وعبر تفسيره للنصوص الدستورية قد يستجلي بعض المبادئ والقواعد الضمنية من داخل الدستور نفسه ، وبالفعل فقد ادى تطور القضاء الدستوري والرقابة الدستورية إلى مراجعة الكثير من القيم والمبادئ الدستورية. [3] وعموماً فإننا نجد بانه وفي ظل اتجاه هذه المدرسة من غير الممكن اللجوء إلى التفسير المنشئ للقاضي الدستوري كونها متمسكة بالتفسير الحرفي الضيق الامر الذي يضيق عل القاضي الدستوري في استعمال ادواته ووسائله في التفسير واكمال النقص في النصوص القانونية.

2 – المدرسة الحديثة وموقفها من التفسير المنشئ للقاضي الدستوري:

---

[1] ميثم حنظل شريف ، صبيح وحوح حسين، مصدر سابق، ص522.

[2] د. احمد فتحى سرور ، مصدر سابق، ص100 .

[3] د. احمد فتحي سرور , منهج الاصلاح الدستوري، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص165.

إن الفكر الاساسي لفقه هذه المدرسة والتي اسسها في المانيا الفقيه (سافيني) يتمثل في أن المصدر الوحيد للقانون هو ضمير الشعب ، أما التشريع فليس سوى تعبير عن هذه الروح وليس عبارة عن عمل ارادي يصدر عن المشرع و تتحدد قيمته بالمقدار الذي يعبر فيه عن الشعور العام ، ولذلك فتفسير التشريع لا يجب ان يكون تفسيراً لإرادة المشرع[1] .

وهذه النظرية هي ذاتها التي تتبعها المحاكم في كثير من الاحيان عند قيامها بإنشاء قواعد قانونية جديدة تحت ستار تفسيرها وذلك استجابة لمتغيرات الحياة[2] ، ويذهب انصار هذا التفسير المتطور إلى أن الدستور وبمجرد صدوره سينفصل عن ارادة المشرع ومن ثم سيكتسب كياناً مستقلاً ويحيى حياته المستقلة في الحقبات الزمنية المتعاقبة من اجل التلائم مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والاخلاقية، ووفقاً لما سبق فينبغي أن يكون منهج تفسير النصوص الدستورية جارياً بموجب احتياجات كل عصر ووفقاً لمتطلبات ومستلزمات كل مجتمع [3].

ومن ثم فإن منهجية التفسير المنشئ ستسمح للقاضي الدستوري ان يُضَمِنَ النص بعض من الاحكام او استبدال البعض من قواعده بقاعدة او مجموعة اخرى من القواعد وذلك بغية سد النقص الذي جاء به النص مَحَل التفسير، وبالتأكيد وكما سبق وان تم ذكره.

فإن القاضي الدستوري يستهدف من هذا الامر تجنب الحكم بعدم دستورية النص [4] ، ويعتبر الفقيه الفرنسي العميد (فار فيوري) اول من لاحظ واشار الى هذه الآلية حيث ذهب الى أن التفسير المنشئ يستهدف ووفقاً لموضوعه أن يضيف الى النص القانوني ما ينقصه لكي يكون هذا النص دستورياً بمناسبة تفسيره ، وفي اشارة الى ضرورة التفسير المنشئ الذي يقوم به القاضي الدستوري فإنهم يذهبون الى أن القضاء عندما يقوم بدوره في التفسير فهو يمارس دوراً خلاقاً ومبدعاً ، ويضيفون بان الفارق بينهُ وبين دور المشرع ينشأ عن طبيعة القواعد التي يَضعها القضاء التي لا تتسم بالتجريد والعمومية الامر الذي يجعل دوره محدود الاثر بالنسبة لدور القواعد القانونية ، أي إن الاشكالية تكمن في ما يفعله القضاة فعلاً لا فيما يقولونه[5] .

---

[1] د. ثروت انيس الاسيوطي، التيارات المعاصرة في فلسفة القانون في مصر، ترجمة ، د. محمد ظاهر معروف ، مجلة القضاء العراقية ، العدد ٣، بدون سنة نشر ' ص136.

[2] د. سمير عبد السيد تناغو, النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٠ ، ص 755 .

[3] محمد عبد العال السناري ، ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ١٧٣ .

[4] د. محمد فوزي نويجي ، مصدر سابق، ص 324.

[5] د. محمد عصفور، مذاهب المحكمة الادارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع , المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص320 .

إن التفسير يحدد المعنى الموضوعي للنص عند تطبيقه ، كما انه يعني من جهة اخرى استبعاد جميع التفسيرات المنافسة ، ومن ثم فإن المفسر يؤدي دوراً انشائيا للنصوص الصماء ، ولكن هذا الأمر لا يعني أن المعنى الذي يستخلصه المفسر لحكمه الانشائي هو منفصل عن النص الذي يقوم بتفسيره لان النص وغاية المشرع فيه يكون اساس التفسير وجوهره الحقيقي [1] .

ومن الجدير بالإشارة أن التفسير الذي تفسر به النصوص الدستورية متطور ومتنوع وذلك بحسب اختلاف المرحلة الزمنية التي يصدر خلالها ، وهذا الأمر يعتبر استجابة من القضاء الدستوري وتلبية لمتطلبات التغير والتطور الاجتماعي داخل المنظومة الاجتماعية ، ومن المهم معرفة أن طريقة تفسير النصوص الدستورية هي مختلفة عن طرق ووسائل الفقه المعتادة في البحث في النص عن النوايا والجري خلف البواعث او محتوى الاعمال التحضيرية مثلاً ، بل يجب أن تستهدف الاعتبارات السياسية والاجتماعية والاقتصادية في ظل المصلحة العليا للمجتمع وذلك لان الدستور وثيقة تنظم كل ما سبق ولأنه يتناول الجماعة السياسية من الاساس كمجتمع سياسي له احكامه وسلطاته [2].

ولقد ذهب جانب من الفقه إلى انكار الدور التشريعي المتطور الذي يؤديه القاضي الدستوري عند تفسيره للنصوص ، وآمن بانغلاق الدستور على نصوصه من دون اي تفسير يمد معناه الى افاق مستقبلية حيث ذهب هذا الفريق الى أن الاستجابة لمتطلبات التغيير إنما يتم من خلال اللجوء إلى التعديل الدستوري، ويستطرد هذا الاتجاه قائلاً إن الدستور الذي يستمر وسط متغيرات متلاحقة وتغييرات متعددة سيتحول الى قانون عادي وسوف تختلط فيه المسائل الدستورية مع المسائل المتعلقة بالصراعات السياسية مستدلاً على هذا بأن الثورة الفرنسية دعت أن لا يكون من حق جيل معين ان يجعل الاجيال القادمة تخضع لتشريعاته وانه يجب تمكن كل جيل من ان يعد دستوره بنفسه [3].

الفرع الثاني

انواع الأحكام المنشئة للقضاء الدستوري

---

[1] د. محمد عصفور ، المصدر السابق نفسه ، ص 321.

[2] د. نبيلة عبد الحليم كامل ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ١٨٩.

[3] د. محمد ماهر ابو العينين ، الاشراف التشريعي والرقابة على دستوريته، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ،٢٠١٣ ، ص 417.

كما ذكرنا آنفاً فإن التفسير ذي البعد الضيق يسمح للقاضي الدستوري الوقوف على المضمون القاعدي للنص القانوني مع تقليص المدى الخاص بالقانون، وهذا الأمر هو على عكس الحال تماماً مع ما هو حاصل في الآلية الخاصة بالتفسير المنشئ للقاضي الدستوري الذي يتم عبره إثراء المحتوى القاعدي لنص القانون وذلك من خلال توسيع مداه ، فإذا كانت طريقة التغير الضيق لا تبتكر المضمون القاعدي لنص القانون كما لا يسمح بالحصول على قاعدة مطابقة للدستور بذاتها والتي كانت متضمنة في نص القانون ، فإن طريقة التفسير المنشئ تسمح بتوسيع المدى الخاص بنص القانون بالشكل الذي يبعده عن تقرير دستورية هذا النص من عدمه، والقاضي الدستوري في هذه الآلية والطريقة إما أن يقوم بتضمين النص القانوني لبعض الاحكام ، أو أنه يقوم باستبداله بقاعدة او مجموعة من القواعد ويكون هدف القضاء الدستوري من هذه العملية برمتها سد النقص او الاغفال في هذا النص القانوني ومعالجته من اجل تفادي وتلافي الحكم على النص بعدم الدستورية وبالتالي فالأحكام المنشئة التي يصدرها القضاء الدستوري تكون أما احكام مضيفة او استبداليه وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع.

اولاً : الاحكام المضيفة :

ان القضاء الدستوري يعد العامل الرئيسي الاهم في قيام الدولة كونها القائمة على تطبيق القانون[1] اذ يصدر القاضي الدستوري الاحكام المضيفة وهو بصدد تفسير ورقابة احدى النصوص القانونية ويقصد بها تلك الأحكام التي تضيف للنص التشريعي ما ينقصه حتى يصبح مطابقاً لأحكام الدستور[2] ، أي إن القضاء الدستوري يتدخل في هذه الحالة من اجل إضافة حكم معياري للنص التشريعي كان المشرع قد اهمل ادراجه في هذا النص عند سنه لهذا القانون بالنظر الى أن تدخل المشرع بالقاعدة التشريعية كان ناقصاً وغير مكتملاً على غير رغبته عادةً ، وبالتالي فإن القاضي الدستوري سيقوم بتفسير النص محل الرقابة مع اضافة ما اغفله او سكتَ عنه المشرع بالشكل الذي يضمن معه مطابقتهِ وموائمته للأحكام الدستورية ، أي ان حكم القاضي

---

[2] د. عكاب احمد محمد ،الرقابة على اختصاصات رئيس الجمهورية في العراق (دراسة مقارنة) ،بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ،جامعة كركوك ،المجلة13 ،العدد 50 ، صفحة 213 ، 2023

[2] لاقى هذا النوع من الاحكام كوسيلة لمعالجة الاغفال التشريعي غير الدستوري رواجاً هائلاً في الفقه والقضاء الدستوري الايطالي والالماني وقسم البعض من الفقه هذه الاحكام والقرارات الى اقسام مختلفة ويضمها جميعاً هدف واحد =وهو العمل على ضبط الاطار المعياري للنص المطعون عليه بما يجنبه القضاء بعدم الدستورية ينظر : د. شعبان احمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهمة ، ٢٠٠٠ ، ص 440 .

الدستوري سيضيف الى النص ما يكفل اضفاء الصفة الدستورية عليه ومن ثم يبرؤه من الحكم بعدم الدستورية [1] .

وعليه فإن الاحكام المضيفة او (المعدلة) تعتبر تدخلاً مباشراً من القاضي الدستوري من اجل سد النقص الذي يعتري النص القانوني الذي يخضع للرقابة الدستورية وذلك عن طريق تضمينه قاعدة معينة او عدة قواعد ذات طبيعة قضائية وذلك من أجل تلافي الحكم بعدم الدستورية[2] .

ومن ثم فإن فلسفة الحكم المضيف او المكمل قائمة على سلطة القضاء في الحكم بعدم دستورية النص لكون المشرع اغفل ادراج معيار او قاعدة قانونية معينة ، فيقوم عندئذ القاضي الدستوري باستعمال هنده الاحكام من أجل معالجة الاغفال أو النقص وذلك عن طريق استبعاد قاعدة من مضمون النص محل الرقابة او تضمينه قاعدة او عدة قواعد اضافية بالشكل الذي يمكنه من معالجة المسألة التشريعية على الوجه الامثل [3]

وعلى هذا ينبغي أن يكون الحكم المعياري المضاف لازماً وذلك لضمان مطابقة النص التشريعي للأحكام الدستورية كما يجب ان تتم صياغته على نفس السياق الذي تمت صياغة النص الدستوري على ضوئهِ وبشكل واضح ودقيق [4] .

كما يجب أن يكون ألحكم المضاف او المعياري نتيجة منطقية وحتمية الشرعية النص الدستوري وليس نابعا من تقدير السلطة القضائية وذلك بالشكل الذي يكون فيه هذا المعيار او الحكم تمديداً مهما يستفاد ضمنا من تفسير السياق المعياري لهذا النص وذلك بالمقارنة مع احكام الدستور، اي ان يظهر قصور النص القانوني في ضوء ما يتطلبه الدستور والتي تستلزم بدورها العمل على اصلاح هذا القصور عبر بطلان النص في الجزء الذي يحتوي على القصور، ومن ثم فإذا كانت المتطلبات الدستورية تطرح العديد من الخيارات المعيارية بالشكل الذي لا يمكن

---

[1] وائل محمد يوسف ، نطاق تطبيق المحكمة الدستورية العليا للمادة الثانية الدستور، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص 63 .

[2] ليلى حنتوش ناجي، دور القاضي الدستوري في الاصلاح التشريعي ، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ٣٦ ، الجزء 2 ، 2018 , ص256.

[3] د .محمد عبد العال ابراهيم، الاتجاه الحديث في رقابة الدستورية للمحكمة الدستورية الايطالية ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية، المجلد الثالث ، العدد الثاني ، ٢٠١٧ ، ص ١٨٢٣ .

[4] د.عيد احمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مصدر سابق ، ص ٣١٤ .

معها تحديد اي فها يضمن موافقة النص الخاضع للرقابة لأحكام الدستور فهنا لا يجوز للقاضي ان يختار اي معيار من بينها وذلك لان المسألة ستصبح من المسائل السياسية التي يخضع امر توليها للسلطة التشريعية وذلك بما تمتلكه من سلطة التقدير والاختيار من بين البدائل التشريعية المختلفة [1].

وبذلك فعند اكتشاف المحاكم الدستورية لافتقار النص المطعون فيه لقاعدة تشريعية لازمة لضمان موافقته لا قدام الدستور فعندئذ تقرر الحكم على اعتبار أن هذه القاعدة متضمنة في النص او موجودة في النص كما لو لم تكن مفقودة من قبل ، الامر الذي يمثل بحد ذاته تمديدا او قصراً لإرادة المشرع من اجل تفادي انتهاك احكام الدستور عند تطبيق النص القانوني المطعون فيه ، وبمعنى آخر فإن الاحكام المضيفة تضيف إلى النطاق المعياري للنص القانوني المطعون فيه اما بتقليص المدى القاعدي الخاص لهذا النص او بتوسيع هذا المدى وذلك بإغناء المضمون القاعدي للنص ليشمل حالات مماثلة للحالات المنصوص عليها به وذلك لتفادي الحكم بعدم دستوريته [2].

ومن ثم فإن منهج الاحكام المضيفة أو المكملة للنص التشريعي يتمركز حول معالجة النقص الذي يشوب النطاق القاعدي للنص لما ينبغي أن يكون عليه حتى يتفق مع احكام الدستور ، لان القاضي الدستوري يقوم بتفسير النص القانوني من أجل أن يصدر حكمه على دستوريته ويفسر النص الدستوري من اجل تطبيقه [3].

وبذلك فإن محصلة الاحكام المضيفة أو المكملة تتمثل في إضافة محتوى معياري إلى النص التشريعي او تعديل هذا المحتوى حتى يكتمل الوفاء بالالتزام الناشئ عن القاعدة الدستورية فالقاضي الدستوري عبر اشباع هذه الآلية سَيكشِف وبصورة غير مباشرة عن القاعدة المنتقصة من النص التشريعي ويُضيف قاعدة قانونية جديدة لهذا النص [4] ، وذلك قياساً على الاحكام التشريعية الواردة بالنص ذاته أو القواعد والمبادئ الأخرى الموجودة في النظام القانوني بهدف معالجة القصور أو الاغفال او النقص الواقع بالقانون الخاضع للرقابة ، وبذلك فإن دور القاضي الدستوري لا يقتصر على الكشف عن الأغفال التشريعي او الايعاز للمشرع او السلطات

---

[1] ينظر : د محمد فوزي النويجي ، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري ، مصدر سابق، ص ١١٠ .

[2] د. رمضان وسوقي شعبان حافظ, مصدر سابق، ص ٤٧٥ .

[3] د. رمضان وسوقي شعبان حافظ ، المصدر السابق نفسه ، ص 476 .

[4] د. ليلى حنتوش ناجي ، مصدر سابق، ص558.

المختصة بتطبيق القانون ببيان كيفية معالجته بل يتدخل من اجل معالجة هذا الاغفال او القصور بنفسه من خلال الحكم المضيف أو المكمل [1] .

ولكي يتمكن القاضي الدستوري من التوصل الى استعمال الية اصدار الاحكام المضيفة او المكملة في معالجة القصور والاغفال التشريعي فانه يمر بثلاث مراحل: تتمثل **المرحلة الأولى** في اقرار عدم صمود النص التشريعي أمام الطعن الدستوري مع الحاجة لوجود هذا النص ، **والمرحلة الثانية** تتمثل في تحديد مناط المخالفة الدستورية التي وردت بالنص المطعون به وتصور الحل الامثل لتقرير دستوريته، أما **المرحلة الثالثة** فتتجسد في اعتماد القاعدة الضرورية لضمان دستورية النص الدستوري محل الطعن مع الاشارة بدقة الى ما كان ينبغي ان يتضمنه النص القانوني الخاضع للرقابة من احكام قانونية[2] .

وعلى الرغم من أن الحكم المضيف او المكمل يحدث تحولاً في مغزى النص المطعون في دستوريته، لكنها لا تمس صياغة النص القانوني لأنها تقرر عدم دستورية نص القانون بشكل جزئي اما عن طريق تقييد المدى القاعدي للنص القانوني او عبر التوسع في هذا المدى وذلك في الحالات التي يكون فيها المدى القاعدي للنص القانوني اضيق او أوسع مما كان يجب ان يكون عليه وفقا لأحكام الدستور[3] .

ومن ثم فالقاعدة الجديدة التي سيتم ادخالها في النص القانوني يكون متضمنا النص في ذاته، ولكن صياغة النص هي التي تمكن القاضي الدستوري من بيان اهم الشروط اللازمة لدستوريته ، ولذلك لا يمكن اعتبار قيام القاضي الدستوري بإضافة قاعدة جديدة للنص القانوني عند معالجته للإغفال او القصور التشريعي انشاء خالصاً لقاعدة قانونية منفصلة عن النص ، بل إن الأمر برمته هو عبارة عن ادخال قاعدة موجودة في النص ضمناً وذلك إعمالاً لأحكام الدستور[4] ، ما معناه أن ما يضيفه القاضي الدستوري للنص انما هو تعبير عن إرادة الدستور ومبادئه والتي اخفق المشرع في صياغتها على الوجه الامثل.

وبقي ان نشير إلى أن هدف القاضي الدستوري من اصدار الاحكام المضيفة قائم على احترام إرادة المشرع وذلك عن طريق عدم الغاء تشريعاته وذلك من خلال اصداره لحكم يجعل

---

[1] د. رمضان دسوقي شعبان حافظ ، مصدر سابق ، ص476 .

[2] د. رمضان دسوقى شعبان، المصدر السابق نفسه ، ص 477 .

[3] د. محمد فوزي النويجي ، مصدر سابق، ص 105 .

[4] د. محمد فوزي النويجي ، المصدر نفسه اعلاه، ص ١٠٧ .

النص موافقاً لأحكام الدستور بدلاً من الغائه بشكل كامل وكذلك فان القاضي الدستوري يبتغي كذلك من اصدار احكامه المضيفة صيانة الحقوق والحريات التي نادى بها الدستور.

ثانياً : الاحكام الانشائية الاستبدالية:

اذ كانت الاحكام الانشائية المضيفة التي يصدرها القاضي الدستوري تستهدف القيام بسد النقص الذي يشوب النص القانوني من اجل تلافي اللجوء الى الحكم بعدم دستوريته ، فإن القاضي الدستوري ومن خلال الحكم الاستبدالي يصل إلى ذروة دوره التشريعي لان القاضي عبر هذا النوع من الاحكام يقف على المضمون القاعدي لنص القانون [1].

فالحكم الاستبدالي يتعامل مع محتوى النص عن استبدال بعض القواعد التي يتضمنها النص وذلك عبر إدخال قواعد اخرى ذات طبيعة قضائية يعتقد القاضي الدستوري انها ستكون قادرة على جعل التنظيم التشريعي لموضوع دستوري اكثر توافقا مع الدستور، وكذلك اكثر قدرة على تحقيق الاهداف التي ينشدها هذا التنظيم الدستوري ، ومن ثم يتم استخلاص قاعدة قانونية من النص غير تلك التي يعبر عنها [2].

ويتمثل الحكم الاستبدالي بالقيام بسحب القاعدة القانونية المخالفة للنص الدستوري ومن ثم ادخال قاعدة أخرى ليصبع معها مطابقة له ، لذا فإن البعض يجد ان اصدار هذه الاحكام يجسد اقصى درجات استخدام القاضي الدستوري لسلطته في الرقابة الدستورية [3].

فالحكم الاستبدالي لا يصدر بخصوص نقص او اغفال تشريعي فيعالجه ، بل هو من يسد النقص وذلك بسحب قاعدة ايجابية غير دستورية من النص القانوني المطعون به ، ومن ثم يعالج النقص الناتج عن ذلك عبر استبدال القاعدة المسحوبة بأخرى تحل محلها ، اذ نجد ان نشاط القاضي الدستوري ينصب على قاعدة ايجابية يحتوي النص عليها بالفعل فيقصيها محدثا النقص ثم يستبدل قاعدة اخرى بها تجعله متوافقاً مع الدستور، فالنقص الذي اصاب النص جاء نتيجة خطأ المشرع في تنظيم الموضوع الدستوري الامر الذي جعلها مخالفاً للدستور وليس نتيجة سكوتهِ اي موقفه السلبي من اختصاصه [4].

---

[1] ميثم حنظل شريف وصبيح وحوح حسين، مصدر سابق ، ص 528 .

[2] د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة وضمانات الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٤ ، ص ٢٩٥ .

[3] د. عيد أحمد الغفلول ، فكرة الاختصاص السلبي المشرع ، مصدر سابق، ص316 .

[4] د. محمد فريد المشايخ ، مصدر سابق، ص ٣٠٦ .

وتختلف المناهج التي يلجأ اليها القاضي الدستوري في تطبيق الاحكام الاستبدالية وذلك باختلاف رؤيته لدوره داخل المنظومة السياسية والدستورية داخل الدولة ، فتارة يكون بالحكم بعدم الدستورية لقاعدة من قواعد النص الخاضع للرقابة الدستورية في حين يضمنه قاعدة معينة مطابقة للدستور، ولان عدم الدستورية هنا لا تصيب النص في مجمله بل في جزء منه فقط فإن الحكم بعدم الدستورية ينطوي على نوع من الالغاء الجزئي ، لان هذا الالغاء لا يشمل كافة القواعد القانونية التي يتضمنها النص القانوني ولا يمس غالباً بألفاظ النص وبنائه فالإلغاء قد يتعلق بالمعاني والدلالات في النص، فغالباً ما يستبعد القاضي معناً معيناً لا يتفق مع الدستور وإحلال غيره مكانه يتفق معه ، فهذا الحكم يتميز بخاصيتين، خاصية استئصالية وذلك من خلال الغاء الجزء غير الدستوري من النص القانوني، هذا الى جانب خاصيته الانشائية [1] .

وقد تأسس الحكم الاستبدالي على عدد من العناصر الاساسية والتي يمكن أن نوجزها بأن الحكم الاستبدالي يعتبر علاجا للنقص التشريعي الجزئي وتمتاز هذه الاحكام بخاصية الاستئصال وذلك من خلال استبعاد القاعدة المخالفة للدستور ، كما أن لديها خاصية انشائية من خلال اضافة القاعدة التي يحتاجها النص لكي تصبح دستورية وكل هذا في ضوء مبدأ وحدة النظام القانوني وقرينة الدستورية.

المطلب الثاني

تطبيقات الاحكام الانشائية للقضاء الدستوري

بعد دراستنا في المطلب الأول للتعريف بالأحكام الانشائية وانواعها واهم الآراء الفقهية التي تناولتها بات من الضروري التطرق في هذا المطلب الى اهم الاحكام التي اصدرها القضاء الدستوري في الدول محل المقارنة وكذلك قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق وحملت بين طياتها طابعة انشائياً دالاً و بشكل واضح على الدور التشريعي المباشر للقضاء الدستوري وبناء على ما سبق سنحاول التعرف على هذا الدور من خلال فرعين اثنين ستخصص الفرح الاول

[1] كما يمكن تحقيق اهداف الحكم الاستبدالي في اطار الاحكام برفض الطعن والحكم بدستورية النص الخاضع للرقابة وهذا النوع من الاحكام بدأتها المحكمة الدستورية الالمانية سنة 1955 عن طريق تفسير النص الخاضع للرقابة بصورة تجعله متفقاً مع احكام الدستور بالشكل الذي تجنبه الالغاء الا ان هذا لا ينفي ان النص يحتمل تغييراً آخر اعرضت عنه المحكمة كان سيفضي إلى الحكم بعدم دستورية ففي حيثيات احدى حكامها قررت المحكمة الدستورية الالمانية (أن التشريع الخاضع للرقابة لا يعد غير دستوري اذا امكن تفسيره بصورة تتفق مع القانون الاساسي وظل التشريع محتفظا بمعناه بالرغم من تفسيره على نحو معين) . ينظر : د.محمد فوزي النويجي ، مصدر سابق , ص 201 .

البيان التطبيقات القضائية في الدول محل المقارنة اما الفرع الثاني سيكون مخصصاً لعرض اهم الحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا ذات الطابع المنشئ وكالاتي :

الفرع الاول

التطبيقات الاحكام المنشئة في الدول محل المقارنة

سنركز في عرض تطبيقات الاحكام المنشئة في الدول محل المقارنة على تطبيقات القضاء الدستوري للمحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية و كذلك تطبيقات المحكمة الدستورية العليا في مصر وذلك في فقرتين:

أولاً: الاحكام المُنشِئة في قضاء المحكمة العليا الامريكية :

ذهبت المحكمة العليا في الولايات المتحدة في قضية ماربري ضد ماديسون(Marbury) (Madison)والتي تتلخص حيثياتها انه و في العام ١٨٠٠ أتت نتائج الانتخابات الرئاسية وفي جولة الإعادة لصالح (توماس جيفرسون) مرشح الجمهوريين على حساب (جون ادمز) الرئيس الاتحادي، إذ عمد (آدمز) وقبل ان يترك منصبه في سنة ١٨٠١ وبمساعدة من الكونغرس الفيدرالي بإيجاد و خلق بعض المناصب القضائية الجديدة على المستوى الفيدرالي ، اذ قام بترشيح بعض الشخصيات المقربة له لإشغال هذه المناصب وما كان من الكونغرس الا المصادقة على هذه التعيينات والتي كان من بينهم وزير الخارجية آنذاك (جون مارشال) والذي اصبح رئيس قضاة المحكمة العليا الجديدة ، وكان من ضمن مهام (جون مارشال) توزيع التكليفات الجديدة على القضاة حديثي التعين ، ولكن مع مرور الوقت وفي غمرة هذه الاحداث لم يتم تنفيذ سبع عشرة تكليفاً حتى وقت تنصيب (توماس جيفرسون) الذي قام بدوره بإصدار امر الى وزير الخارجية الجديد (جيمس ماديسون) بعدم توزيع التكليفات المتبقية .

وآنذاك كان (وليام ماربري) واحداً من المرشحين غير المستلمين تكليفهم وعلى أثر ذلك قام هو وثلاثة من زملائه الذين تم ترشيحهم ولم يستلموا تكليفاتهم كقضاة ، رفعوا دعوى وطالبو المحكمة العليا ان تقوم بإجبار ماديسون تسليمهم قرارات تعيينهم كقضاة مستندين في مطالبتهم على المادة (١٣) من قانون النظام القضائي الصادر عام ١٧٨٩ والتي اعطت الصلاحية للمحكمة العليا للولايات المتحدة بإصدار امر قضائي بموجبه توجه المحكمة تكليفاً رسمياً باستلام مناصبهم ، وهذا الاختصاص يشكل اختصاص اصيل للمحكمة العليا دون سواها من المحاكم الادنى درجة .

وقد وضعت هذه القضية وتداعياتها (جون مارشال) الذي تولى منصب رئيس المحكمة العليا في موقف صعب، ففي ظل استعداد الجمهوريين للحكم المرتقب الصدور ، وفي ضوء موازنات سياسية دقيقة وحرجة كان على (مارشال) ان يأخذها بنظر الاعتبار حتى لا تبدو المحكمة بمنظر الخائف في اول اختبار حقيقي لإثبات مصداقيتها ، وكذلك حتى لا تظهر المحكمة متعدية بتدخلها في اعمال واختصاصات السلطات الاخرى، فقد رأى (مارشال) أن لدى (ماربري) حق مكتسب في وظيفته وفي تسلم ما كلف به، ثم اعلن بعد ذلك أن المادة (١٣) من قانون النظام القضائي الذي صدر عام ١٧٨٩ والتي اقرت للمحكمة العليا الاختصاص بإصدار الأوامر السابقة الذكر بصفة اصلية مخالفة للمادة الثالثة من الدستور والتي تحدد الاختصاصين الابتدائي والاستئنافي للمحكمة العليا ، اذ تقرر الفقرة الثانية فها بعد تعدادها للأمور التي تختص بها المحكمة العليا اختصاصا ابتدائياً ، أنه في مجمل الامور المذكورة في صدر هذه الفقرة يكون للمحكمة اختصاص استئنافي فيما يتعلق بالواقع والقانون إلا ما يستثنيه الكونغرس من ذلك وفقاً لقيامه بتنظيم هذا الاستثناء .

ومؤدى ما سبق كما ذهب الى ذلك (مارشال) أن المحكمة العليا تختص بالأمور المذكورة في صدر المادة اختصاصاً استئنافياً ، اما ما يخص حق الكونغرس في الاستثناء فمؤداه ان تحرم المحكمة العليا من بعض صور الاستثناء وليس مؤداه ان له بحسب ما ورد في المادة (١٣) من قانون النظام القضائي لعام ١٧٨٩ السابقة الذكر بيان توسيع اختصاصها ابتدائياً في البعض من المسائل، ومن ثم فالمادة السابقة الذكر تتضمن محاولة غير جائزة لتوزيع الاختصاص الابتدائي للمحكمة العليا خلافاً للنص الدستوري .

وبهذا فقد أوضحت المحكمة في حكمها أعلاه أن القانون الذي صدر من البرلمان خلافاً لأحكام الدستور يعتبر باطلاً ولا اثر له وينبغي الامتناع عن تنفيذه وتطبيقه، وعندما يكون هنالك نزاع حول التطبيق بين كل من القانون العادي والدستور، فان من حق المحكمة العليا لابل من واجبها أن تقرر ايهما الذي سيحكم الدعوى ويسري عليها ، وبما أن الدستور أقوى وأسمى من أي قانون عادي فينبغي أن يكون هو الواجب التطبيق في هذا النزاع ، ونلاحظ مما تقدم أن المحكمة العليا وبناء على الحكم الذي صدر منها قد قامت بإرساء مبدأ أساسي ومهم متمثل في أن القضاء الفيدرالي بات هو السلطة العليا في تغيير الدستور وذلك عبر اختصاص الرقابة على دستورية القوانين على الرغم من سكوت الدستور الامريكي عن ايراد أي نص يتيح للمحكمة العليا الرقابة،

والمحكمة العليا من جانب آخر اظهرت دوراً تشريعياً من خلال بيانها الجهة [1] الواجبة التطبيق في حالة حصول نزاع حول قانون النظام القضائي الأمريكي .

ومن التطبيقات القضائية الأخرى التي تبين الدور التشريعي للمحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية قضاء هذه المحكمة في عام ١٩٥٨ في قضية (Trop v. Dulles) ، وتتلخص حيثيات هذه القضية في أن المدعو (Trop) وهو أحد مواطني الولايات المتحدة الأمريكية ويتمتع بالجنسية الامريكية بحكم الميلاد، وكان قد التحق بأداء الخدمة العسكرية لكنه هرب منها ومن ثم عاد وسلم نفسه طواعية ، وبعدئذ احيل الى المحاكمة العسكرية وحكم عليه بالسجن لمدة ثلاث سنوات مع عقوبة مالية واعتبار تسريحه من الخدمة هو بسبب مخزي ، بعد ذلك وبثمان سنوات من صدور الحكم قدم (Trop) طلباً لإصدار جوار سفر الا أن طلبه قوبل بالرفض واستندت السلطات في قرار رفضها الى قانون الجنسية الصادر سنة ١٩٤٠ ، والذي نص على فرض عقوبة خاصة على افراد القوات المسلمة الذين سرحوا منه لأسباب تأديبية تتضمن فقدانهم للجنسية الامريكية ، فقام (Trope) بالطعن بدستورية هذا القانون أمام المحكمة العليا ، وعند نظر الدعوى وجدت المحكمة أن ما نص عليه قانون الجنسية مخالفة للتعديل الثامن للدستور الأمريكي والذي تضمن الامتناع عن فرض العقوبات القاسية وغير العادية ، اذ أن هذا التعديل كفل كرامة المواطن الأمريكي، وأضافت المحكمة أن تطبيق المنع والذي تضمنه تعديل الدستور يجب ان يكون متماشياً مع وعلى ضوء الظروف الحالية وليس على وفق المرحلة التي تم وضع التعديل الدستوري فيه .

أي أن المحكمة العليا قد بادرت ولعبت دوراً تشريعياً واضحاً من خلال سد النقص الذي شاب قانون الجنسية وذلك من خلال الاشارة الى المبادئ العامة في الدستور والذي ينبغي ان يكون حاضراً عند قيام المشرع بسن القوانين [2] .

وفي قضية أخرى تسمى بقضة (بجاي) ضد الولايات المتحدة الامريكية .Begay v) (United Statesقامت المحكمة العليا الامريكية في هذه القضية بتفسير المقصود من عبارة (جريمة تتسم بالعنف) والذي ورد في قانون الاعمال المسلحة الذي يقرر عقوبة السجن لمدة (10) خمسة عشر سنة للشخص الذي يدان بحيازة سلاح ناري من دون ترخيص وذلك عند ثبات سبق

---

[1] ينظر : د. محمود احمد علي مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية ، دراسة مقارنة، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٦، ص 48 .

[2] ينظر: د. وليد محمد عبد الصبور، التفسير الدستوري (دراسة مقارنة)، المصرية للنشر والتوزيع ،القاهرة ، ١٩٩٩،ص ٣٥٠ .

ارتكاب المتهم ثلاث او اكثر من الجرائم التي تتسم بالعنف ومنها جريمة السطو المسلح والحرق العمدي والاغتصاب والجرائم التي تحتوي على استعمال متفجرات والتي تنطوي كلها على قدر كبير من العنف والخطورة وقد صدر حكم المحكمة وتلخصت في أن العقوبة الوجوبية التي نص عليها القانون لا تنطبق على الحالة المعروضة امامها ،لان جريمة القيادة أثناء السكر لا يمكن ان تشكل جريمة متسمة بالعنف وقد اعتمدت المحكمة في قرارها على النماذج او الامثلة التي قام النص بتعدادها للجرائم المتسمة بالعنف وإنها تختلف اختلافاً كبيراً عن جريمة السكر أثناء القيادة كما انها لم تكن ضمن الجرائم المعدودة في القانون ولا شك بأن التفسير أعلاه هو تفسير ضيق يتسم بالاتفاق مع طبيعة رقابة النصوص العقابية وبالتالي فإن المحكمة العليا الاتحادية قررت المبادئ التي من شأنها حماية الامن المجتمعي في الولايات المتحدة الامريكية بالشكل الذي يتفق مع الحماية الدستورية للحقوق والحريات، كما يعد في الوقت نفسه إشارة[1] واضحة للدور التشريعي للقاضي الدستوري عبر احكامه الانشائية البناءة .

ثانياً: الاحكام الانشائية في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية :

ذهبت المحكمة الدستورية العليا في احد قراراتها في القضية رقم (1) لسنة ١٧ قضائية دستورية الذي قامت فيه المحكمة باستعمال سلطتها في التفسير وذلك لتجنب الطعن بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٢ لسنة (٤٢) لسنة ١٩٦٧ بخصوص منح التفويض في بعض الاختصاصات ، وبناء على ذلك حكمت هذه المحكمة بعدم بطلان قرار وزير المالية رقم ٣٨١ لسنة ١٩٨٤ والذي يتضمن تحويل مدير عام الجمارك الطلب من النيابة العامة رفع الدعوى الجنائية بعد أن أنابه وزير المالية عنه في ذلك استناداً إلى المادة ١٢٤ مكرر من قانون الجمارك الصادر بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ والتي تنص على مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضي بها قانون آخر ، يعاقب على تهريب البضائع الاجنبية بقصد الاتجار مع العلم أنها مهربة بالجبس – – – --) واستثناء من احكام المادة ١٢٤ من هذا القانون فلا يجوز رفع الدعوى

[1] وقائع هذه القضية تدور في أن النيابة العامة قدمت السيد (لاري بجاي) الى المحكمة عن تهمة الحيازة غير المشروعة لسلاح ناري ، وقد ادانته المحكمة بالسجن بموجب القانون المشار إليه أعلاه وذلك استناداً على سبق ادانته اكثر من ثلاث مرات عن جريمة القيادة أثناء السكر فأستأنف هذا الحكم على سند عدم جواز اعتبار جريمة القيادة أثناء السكر جريمة تتسم بالعنف بموجب احكام هذا القانون وجرت هذه الأحداث سنة ٢٠٠٥.ينظر:السيد علي محمد العماري ، مصدر سابق ، ص 247.

العمومية في الجرائم التي تنص عليها الفقرة السابقة الا بناء على طلب مقدم من وزير المالية او نائبه.

وبذلك يجوز لوزير المالية أو نائبه حتى قبل صدور حكم في الدعوى العمومية اللجوء الى الصلح وذلك في مقابل اداء مبلغ التعويض كاملاً ، بحيث لا يترتب على الصلح رد البضائع التي ضبطت في الجرائم المشار اليها ولكن يجوز رد وسائل النقل والمواد المستعملة في التهريب ، ولأن الطعن على القرار بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٧ يعتبر غير دستوري فإن قرار وزير المالية يعتبر غير دستوري كذلك نظراً لافتقاده أساس سنده وهو الاستبداد على الاختصاص الاصيل والمقرر للنيابة العامة في رفع الدعوى وعدم توقفها على طلب مدير عام مصلحة الجمارك وعليه يعتبر مخالفة للدستور .

ومن ثم وتجنباً للحكم بعدم الدستورية قامت المحكمة الدستورية العليا باللجوء الى التفسير ان ذهبت الى أنه " ومن حيث أن المصلحة الشخصية المباشرة والتي تعتبر شرط لقبول الدعوى الدستورية اساسها وجود علاقة بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية وذلك بأن يكون الحكم الصادر في المسائل الدستورية ضرورياً للفصل في النزاع الموضوعي، وكان من المفترض أن الرقابة على الدستورية التي تباشرها هذه المحكمة لا تعد اجراء احتياطياً بل حلا نهائياً ومن ثم عليها ان لا تفصل فيهما يثيره الطعن على النصوص القانونية من المسائل الدستورية كلما كان بإمكانها أن تتلافاها عبر أسناد المخالفة المدعى بها إلى أساس آخر يتفق معها عقلاً ويقوم بتصحيحها وكان قرار وزير المالية رقم ٣٨١ لسنة ١٩٨٢ وحتى واذا افترضنا صحة القول ببطلانه لصدوره بناء على تنظيم الاختصاصات لكن قرار وزير المالية يبقى معمولاً على نص الفقرة (٢) من المادة (١٢٤) مكرر من القانون الجمركي التي احال فعلاً اليها والتي لا يجوز بمقتضاها رفع الدعوى الجنائية بخصوص الجرائم المنصوص عليها في فقرتها الأولى الابناء على طلب وزير المالية او من ينيبه متى كان ذلك ومن ثم فإن التعمق والخوض في بطلان القرار بقانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٧ وهو ما نادى به المدعى سندا للقرار رقم ٣٨١ بسنة ١٩٨٢ الذي صدر عن وزير المالية لا يكون منتجاً. [1]

ومن الجدير بالذكر أن الحكم اعلاه الذي اصدرته المحكمة الدستورية العليا هي من الاحكام الاستبدالية وذلك لان هذه المحكمة قد اكدت ومن خلال العديد من احكامها على عدم

[1] المحكمة الدستورية العليا جلسة ٤/٥/١٩٩٦ في القضية رقم (٦)لسنة ١٧ ق.د دستورية المجموعة الرسمية ٧،٩٠٠ ، ص ٥٧٤ نقلا عن : د. محمد فوزي النوبجي ، مصدر سابق ، ص ١٥١

امكانية الركون للأحكام المضيفة عند نظرها دعوى فحص دستورية نص او عند تقديم طلب تفسير احدى النصوص القانونية اليها ، إذ رفضت هذه المحكمة كل تفسير من شأنه ان يتعارض مع الغاية التي يستهدفها المشرع واقتصار التفسير على بيان المقاصد الحقيقية التي ارتأتها السلطة التشريعية وأن اي تفسير للنص يؤدي الى اضافة شروط او جزاءات قاعدية جديدة او تعديل الموجود فيها فإن ذلك يتنافى شكل بين مع طبيعة التفسير [1] .

ومن الاحكام التي بينت دور القاضي الدستوري في مصر بالتشريع احدى قراراتها التي تعلقت بتقييد حرية ممارسة الشعائر الدينية وربطها بالالتزام بالنظام العام والآداب العامة المرعية داخل المجتمع ، فقد وردت الصياغة التشريعية لدستور سنة ١٩٧١ فيما يخص ممارسة الشعائر الدينية على شكل حكم عام بالشكل الذي يمكن أن تستغرق ممارسة هذه الشعائر لأي ديانة وهو الأمر الذي يمثل خطورة كبيرة لتعلقه بالنظام العام في المجتمع خصوصاً عند عدم تقبل جموع المواطنين لديانة معينة الامر الذي سيترتب عليه المساس بأمن واستقرار المجتمع ، وفي الحالة المعروضة أمام المحكمة قام المدعون بممارسة نشاط قائم على العمل من اجل نشر الديانة البهائية وذلك من خلال ممارسة طقوس هذه الديانة وفتح مراكز لها والتبشير من اجل اعتناق الآخرين لها ومن ثم طلبت النيابة العامة المصرية معاقبتهم وفقاً للقرار بقانون رقم (٢٦٣) لسنة ١٩٦٠ الخاص بحل وتفكيك المحافل البهائية وتجريم ممارستها ، وتم الحكم على (١٧) سبع عشرة شخصاً بهذه التهمة من قبل المحكمة في جلسة ٢٧/٢/١٩٦٨ بأحكام تتراوح بين الحبس والغرامة، ومن بعدها استأنف المحكوم عليهم الحكم وقد تم قيد استئنافهم برقم ١٠٦٣ لسنة ١٩٦٩ وبجلسة ٢٢/١٩ ١٩٧ دفع المدعي التاسع منهم بعدم دستورية القرار بقانون ٢٦٣ لسنة ١٩٦٠ على اعتبار أن الدساتير المصرية قد ضمنت للجميع ممارسة شعائرهم الدينية.

وهو مالم يقبله القاضي الدستوري فقررت هذه المحكمة أن المشرع وفي كل الدساتير المصرية قد كفل مبدأ حرية المعتقد وحرية إقامة الشعائر الدينية واعتبار هذا الامر من المبادئ الدستورية الثابتة في كل بلد متحضر ، لكن حرية إقامة هذه الشعائر وممارستها مقيدة بقيد واضح افصحت عنه الدساتير المصرية السابقة واغفله الدستور الحالي والمتمثل بقيد (عدم الإخلال بالنظام العام والآداب العامة) ومن البديهي أن اغفال هذا القيد لا يعني بأي حال إسقاطه عمداً واباحة إقامة الشعائر الدينية وان كانت مخلة بالنظام والآداب العامة ، حيث ذهب المشرع أن هذا

[1] سرى حارث عبد الكريم الشاوي، مصدر سابق، ص ٢٦٤ .

القيد ليس بحاجة للأثبات باعتبار انه من الامور البديهية والاصول الدستورية التي لابد من إعمالها حتى وان اغفل عنه المشرع ولم يضمنها في النص ، وان الاديان التي اباح الدستور ممارسة شعائرها هي الاديان السماوية فقط واستدلت المحكمة الدستورية على هذا الامر من خلال استبيان الاعمال التحضيرية لدستور سنة ١٩٢٣ للمادتين 12،13 منه وهما الاصل الدستوري لجميع النصوص القانونية المتعاقبة ومنها دستور سنة ١٩٧1 مدار البحث في نص المادة (٤٦) منه والتي تبيح حرية القيام بالشعائر، انما المقصود منها هي الأديان السماوية المعترف بها ، ومن ثم ولما لم تكن الديانة البهائية من الاديان السماوية المعترف بها فالدستور لا يكفل اقامة شعائرها وعليه حكمت المحكمة برفض هذه الدعوى [1] .

وبملاحظة الحكم اعلاه نجد أن القاضي الدستوري يعالج حالة من حالات الاغفال التشريعي الواضحة في دستور سنة ١٩٧1 المصري ، فالقاضي الدستوري لم يلتزم بحرفية النص الدستوري بل استلهم حكمه من فحوى نص دستوري سابق وذلك من اجل الحفاظ على الامن والسلم المجتمعي فقام بابتداع هذا الحل النهائي كمخرج قضائي الامر الذي يمثل بحد ذاته حكماً انشائياً يبرز الدور التشريعي للقاضي الدستوري.

الفرع الثاني

الاحكام المُنشِئة في قضاء المحكمة الاتحادية العليا العراقية

من الواضح أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق قد باشرت اختصاص تفسير القوانين وكما وضحنا ذلك سابقاً بشكل عرضي وذلك بسبب مباشرتها لاختصاصها الأصيل في الرقابة على دستورية القوانين لان عملية المطابقة بين النص التشريعي والنصوص الدستورية تتطلب القيام بتفسير النص الدستوري كاختصاص اصيل للمحكمة وكذلك تفسير النص أو التشريع الذي طعن بعدم دستوريته سواء كان هذا الطعن قد قدم بصورة مباشرة عبر دعوى أصلية أم عن طريق الاحالة من إحدى المحاكم ، وبشكل واقعي فإن التطبيقات القضائية للمحكمة الاتحادية العليا تشير وبشكل واضح الى ممارسة المحكمة لاختصاص تفسير القوانين العادية والذي اصدرت عبره الاحكام الانشائية التي اظهرت دور القاضي الدستوري التشريعي .

ومن القرارات التي اصدرتها المحكمة الاتحادية العليا ذات الطابع الانشائي والذي عالج الفراغ التشريعي الذي نجم عن إغفال المشرع تنظيم مسألة كيفية انهاء جلسة مجلس النواب العراقي المفتوح وذلك عند عدم وجود توافق بين الكتل السياسية ، فقررت إلغاء قرار مجلس النواب

[1] ينظر: السيد علي محمد العماري ، مصدر سابق، ص ٥١٣ .

في جلسته الاولى لسنة ٢٠١٠ الذي جعل هذه الجلسة مفتوحة خلاف الدستور وذلك لعدم تمكن مجلس النواب من انتخاب رئيس له ونائبين وكذلك فشل المجلس من انتخاب رئيس الجمهورية لأنه هو الذي يقوم بتكليف مرشح الكتلة النيابية الاكثر عدداً من أجل تشكيل مجلس الوزراء ، وقد جاء في نص هذا القرار " وتجد المحكمة الاتحادية العليا أن غياب ما سبق ذكره عن التطبيق والمدد المحددة دستورياً وبسبب القرار المتخذ يجعل الجلسة الأولى لمجلس النواب (مفتوحة) الى زمن غير معين ومن دون سند من الدستور يشكل خرقاً لأحكامه ... وبناء عليه ونظراً لعدم دستورية القرار المتخذ يجعل الجلسة الأولى لمجلس النواب في دورته الأولى لسنة ٢٠١٠ مفتوحة .. فقد قررت المحكمة الغاء هذه الجلسة – – –) [1] ، اذ يتضح في القرار اعلاه التدخل التفسيري للمحكمة الاتحادية من اجل معالجة حالة اغفال تشريعي لتصدر حكمها المنشئ الذي استندت فيه على المادة (55) منه ونظمت مسألة غفل المشرع عن تنظيمها ، ومن القرارات المهمة التي اصدرتها المحكمة الاتحادية العليا وبينت دورها التشريعي القرار الخاص برد الطعن بعدم دستورية دورها التشريعي ، القرار الخاص برد الطعن بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون استبدال اعضاء مجلس النواب رقم (1) لسنة ٢٠٠٦ وذلك لمخالفتها احكام المادة (٤٩ / خامسا) من الدستور العراقي ولتعارضها ايضاً مع قانون انتخابات مجلس النواب رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣ ، لوجود قصور في عملية تنظيم توزيع المقاعد على المرشحين الفائزين في الانتخابات البرلمانية ، الأمر الذي تسبب في المساس بحقوق الناخبين والمرشحين لاسيما بالحقوق التي تخص الطاعنين بدستورية هذه القوانين ، إذ قامت المحكمة الاتحادية العليا بتفسير هذين القانونين بصورة محايدة وذلك للحيلولة دون اعلان عدم دستورية أحد هذين القانونين وتحديداً في الفقرة (٢) من المادة (الثانية) من قانون استبدال أعضاء مجلس النواب عبر الاسترشاد بخصوص احكام قانون انتخابات اعضاء مجلس النواب لدى تطبيق احكام قانون استبدال الاعضاء في حال خلو هذا القانون من معالجة حالة من الحالات وبذلك فإن المحكمة الاتحادية العليا قد قامت بمعالجة حالة اغفال المشرع في قانون استبدال اعضاء مجلس النواب رقم (6) لسنة ٢٠٠٦ وذلك عبر الاسترشاد بأحكام قانون انتخاب اعضاء مجلس النواب رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣ من دون اللجوء

[1] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٥٦ / اتحادية / ٢٠١٠) في ٢٤/١/٢٠١٠ موجود على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا : https://www.iraqfsc.iqاخر زيارة : 2024/7/27 الساعة :٧ مساء.

لاستبعاد الفقرة التي تم الطعن بعدم دستوريتها نتيجة القصور في تنظيم موضوع توزيع المقاعد البرلمانية على الفائزين من المرشحين [1].

إذ نلاحظ في الحكم اعلاه الدور التشريعي للقاضي الدستوري والذي فسر المسألة عبر حكم منشئ يرسم من خلاله الحل والتنظيم القانوني في عملية توزيع مقاعد المرشحين الفائزين في الانتخابات البرلمانية والذي تلافى به اعلان عدم دستورية احدى القوانين وهو ما يمكن ان نسميه بالدور التشريعي الايجابي للقاضي الدستوري .

ومن قرارات المحكمة الاتحادية العليا التي اصدرت فيها حكماً منشئاً وبينت دوره التشريعي وذلك على أثر الطلب المقدم من مجلس النواب العراقي لبيان رأي المحكمة الاتحادية العليا بخصوص تحديد تاريخ الفصل التشريعي وبيان المدة القانونية من الجلسة الاولى في ١٤/٦/٢٠١٠ أو من الجلسة المكملة للجلسة الأولى والتي انعقدت بتاريخ (١١/١١/ ٢٠١٠) اذ ترى المحكمة أن تاريخ انعقاد الجلسة الاولى لمجلس النواب في تاريخ ١٤/٦/٢٠١٠ هو تاريخ بدأ الفصل التشريعي الأول لمجلس النواب العراقي ولا يمكن الاعتداد بالتواريخ اللاحقة لانعقاد المجلس وفي هذا استندت المحكمة الاتحادية العليا على عدد من الاسس منها نص المادة(56 / اولاً) من الدستور والتي حددت مدة الدورة الانتخابية بأربع سنوات تقويمية تبتدأ بأول جلسة وتنتهي بنهاية السنة.

وبهذا الخصوص يذهب جانب من الفقه[2] إلى أن الحكم المنشئ الذي اصدرته المحكمة الاتحادية العليا اقرت عدداً من المبادي من أهمها تحديد هذه المحكمة لمدة الدورة الانتخابية الثانية بتاريخ ١٤/٦/٢٠١٠ ، ولكنا لا نؤيد هذا الرأي ، اذ كان اول اجتماع للمجلس في ١٦ / ٣ / ٢٠٠٦ ووفقاً للدستور فينبغي أن يتم الشروع في الانتخابات قبل (٤٥) يوماً من اول اجتماع للدورة السابقة وهو الامر الذي لم يتم ، ومن ثم فإن المحكمة الاتحادية عملت بمبدأ المحافظة

---

[1] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقمة (٧) / اتحادية / اعلام / ٢٠١٥ في ١٢/٤/٢٠١٥ الموجود على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا : او زيارة ٢٨/٧/٢٠٢٤ https://www.iraqi fsc.iq. الساعة 10: مساء : التي جاء فيها وتجد المحكمة الاتحادية العليا امكانية الاسترشاد بأحكام قانون انتخابات اعضاء مجلس النواب عند تطبيق احكام قانون استبدال الاعضاء اذا كان هذا القانون خال من معالجة حالة من الحالات، وبناء عليه فإن الفقرة (1) من المادة الثانية من قانون استبدال اعضاء مجلس النواب رقم (6) لسنة ٢٠٠٦ لا تخالف احكام الدستور، لذا قررت المحكمة رد الدعوى)

[2] د. مصدق عادل طالب ، القضاء الدستوري في العراق ، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص112 .

على استقرار الأوضاع والظروف السياسية بدلاً من التمسك بالمدد الدستورية ، ومن ثم قامت بالمصادقة على نتائج انتخابات مجلس النواب لعام ٢٠١٠ ولم تقم بالتطرق الى تحديد المُدد الدستورية ، ولم تقل المحكمة الاتحادية كلمتها النهائية في المنازعة المتعلقة بتاريخ الابتداء او بالمدد الدستورية سوى في قرارها المرقم (٥٥)والذي قررت فيه عدم دستورية قرار مجلس النواب بالدورة ٢٠١٠ على اعتبار الجلسة المفتوحة والزام رئيس السن بالقيام بدعوة المجلس للانعقاد واستمرار أعمال الجلسة والمنصوص عليها في المادة (55) من الدستور، و يتبين مما تقدم أن المحكمة الاتحادية العليا لم تقم بمراعاة المدد الدستورية والالتزام بها وفقاً لما هو وارد في الدستور ونجد أن النهج نفسه قد تكرر لدى حدوث انتخابات رئيس واعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب بتاريخ 2014/7/15[1]

ونجد أن سلوك المحكمة الاتحادية العليا بصدد خرق المدد الدستورية والخاص بعدم التزام على النواب بالمدد الدستورية قد جاء لضمان استقرار الأوضاع وضمان قيام السلطات القيام بأداء واجباتها وكذلك تجنباً لحدوث اي فراغ ، وبغض النظر عن السلوك الذي انتهجته المحكمة الاتحادية العليا لكن يظل دورها التشريعي واضحاً عبر تحديدها للمدد وللمواعيد التشريعية.

الخاتمة

لقد توصلنا في هذا البحث الى عدد من الاستنتاجات والمقترحات التي يمكن ان نلخصها بالاتي :

اولا : الاستنتاجات :

1. ان للقضاء الدستوري دوراً تشريعياً وذلك عبر الاحكام المضيفة والاستبداليه التي يصدرها القاضي الدستوري وهو بصدد الرقابة على دستورية القوانين وتفسيرها ، وهذا الامر يتضح وبشكل جلي عبر الاحكام القضائية المنشئة التي يصدرها القضاء الدستوري ممثلة بالمحكمة الاتحادية العليا في العراق .
2. يستهدف القاضي الدستوري من وراء اصداره للأحكام المنشئة سواءً المضيفة ام الاستبدالية تجنب وتلافي الحكم على النصوص الدستورية بالإلغاء ومعالجة الخلل الذي يشوب هذه النصوص للحفاظ على الاستقرار القانوني من جانب ، ومن جانب اخر توجيه المشرع الى توخي الحذر عند

[1] قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية (55/ اتحادية / ٢٠١٠) في ٢٤/٧/٢٠١٤ والموجود على الموقع الالكتروني الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية : اخر زيارة 2024/8/25 الساعة : 5 مساء : https://www.iraqfsc.iqi .

سنه واصداره للقوانين بالشكل الذي يتلائم مع النصوص الدستورية وما تتضمنه هذه النصوص من مبادئ عامة.

ثانياً: المقترحات:

1. نقترح على السلطة التشريعية الاسراع بسن واصدار قانون المحكمة الاتحادية العليا الجديد الذي نص عليه دستور سنة 2005 لجمهورية العراق لما في هذ الامر من دعم لإرساء مبادئ الاستقرار في عمل المحكمة الاتحادية العليا في العراق .
2. النص في القانون الجديد على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في العراق في تفسير النصوص القانونية اضافة لاختصاصها الحالي في تفسير النصوص الدستورية .
3. النص على نشر القرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا في صلب الجريدة الرسمية وعدم الاكتفاء بالنص عليها فقط في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا لما لهذا الامر من اهمية في مدى حجية قرارات هذه المحكمة بالنسبة للكافة .

قائمة المصادر

اولا : الكتب القانونية

1. د احمد فتحي سرور، منهج الاصلاح الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 .
2. ..... ، القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق ، القاهرة ، 2005 .
3. د . ثروت الاسيوطي ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974 .
4. د . جميل الشرقاوي ، دروس في اصول القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1984 .
5. د . حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ط5 ، 1974 .
6. د . رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1983 .
7. د . سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة وضمانات الرقابة القضائية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،1984 .
8. د . سرى حارث عبدالكريم الشاوي ، آثار الاغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا ، دراسة مقارنة ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2020 .
9. د . سليمان مرقص ، موجز العلوم القانونية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1953 .
10. د . سمير عبدالسيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،2010 .

11.د . شعبان احمد رمضان ، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .

12.د . عبد الحي حجازي ، مدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج 1 ، نظرية القانون ، مطبوعات كلية الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، 1972 .

13.د . عبد المنصف عبدالفتاح ، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة) ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2016 .

14.د . عيد احمد الغفلول ، فكرة النظام الدستوري واثرها على تحديد نطاق الدعوى الدستورية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 .

15.د . ماجد راغب الحلو ، القانون الاداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2002 .

16.د . محمد عبدالعال السناري ، ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 .

17.د . محمد عصفور ، مذاهب المحكمة الادارية العليا في الرقابة والتفسير والابداع ،المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1974 .

18.د . محمد فوزي النويجي ، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006

19.د . محمد ماهر ابو العينين ،الاشراف التشريعي والرقابة على دستوريته ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ، 2013 .

20.د . محمود احمد زكي ، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية – آثاره و حجيته وتنفيذه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 .

21.د . محمود احمد علي مدني ، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية ، دراسة مقارنة ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2016 .

22.د . منذر الشاوي ، القانون الدستوري ،الجزء الثاني ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007 .

23.د . نبيلة عبدالحليم كامل ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 .

24.د . وائل محمد يوسف ، نطاق تطبيق المحكمة الدستورية العليا للمادة الثانية للدستور ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009 .

25. د . وليد محمد عبدالصبور ، التفسير الدستوري (دراسة مقارنة) ، المصرية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 1999 .

ثانيا : الرسائل والاطاريح

1. احمد عبدالسلام عبد الدائم ، حدود اختصاص القضاء الدستوري (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير ، كلية القانون والعلوم السياسية ، الجامعة العراقية ، 2018 .
2. السيد علي محمد الغماري ، الدور الانشائي للقاضي الدستوري (دراسة مقارنة) اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، 2019 .

ثالثا: البحوث القانونية

1. د . عكاب احمد محمد ، الرقابة على اختصاصات رئيس الجمهورية في العراق (دراسة مقارنة) ، بحث منسور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 13 ، العدد 50 ، الجزء الاول ، 2023 .
2. د . فوزي حسين سلمان ، الاختصاص التفسيري للمحكمة الاتحادية العليا في العراق واشكالاته (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 4 ،العدد 15 ، الجزء الاول ، 2015 .
3. د . ليلى حنتوش ناجي ، دور القاضي الدستوري في الاصلاح التشريعي ، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون ، جامعة الكوفة ، العدد 36 ، الجزء 2 ، 2018
4. د . محمد عبد العال ابراهيم ، الاتجاه الحديث في الرقابة الدستورية للمحكمة الدستورية الايطالية ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، المجلد الثالث ، العدد الثاني ، 2017 .

رابعا : الدساتير

3. دستور الولايات المتحدة الامريكية لسنة 1789
4. دستور جمهورية مصر لسنة 1971 الملغي
5. دستور جمهورية مصر لسنة 2014 المعدل
6. دستور جمهورية العراق لسنة 2005

خامسا :القوانين والانظمة

أ – القوانين

قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل

قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل

قانون استبدال اعضاء مجلس النواب رقم (٦) لسنة ٢٠٠٦ المعدل
قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) سنة ١٩٧٩ المعدل
قانون العفو رقم العام رقم(٢٧) لسنة ٢٠١٦المعدل
قانون انتخابات مجالس المحافظات رقم(٢٦) لسنة ٢٠٠٨ المعدل
قانون الاستملاك رقم (12) سنة ١٩٨١ المعدل
قانون ادارة البلديات رقم(١٦٥)لسنة ١٩٩٤ المعدل
قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ١٣٣ لسنة ٢٠٠٥

ب الانظمة

1- النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم 1 لسنة ٢٠٥ الملغي
2- النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم 1 لسنة ٢٠٢٢

سادسا : المواقع الإلكترونية

1. الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا في مصر www.Sccourt.gov.eg
2. الموقع الرسمي للمحكمة العليا الاتحادية في الولايات المتحدة الامريكية www.Supremecourt.gov
3. الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا في العراقwww.iraqfsc.iq