

أسس التحول القضائي الدستوري

شرين أحمد سعد الله، قسم القانون والعلوم السياسية، جامعة دهوك، دهوك، اقليم كردستان العراق
د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، قسم القانون والعلوم السياسية، جامعة دهوك، دهوك، اقليم كردستان العراق

الملخص

التحول في أحكام القضاء الدستوري يعد وسيلة فنية وقائية وإصلاحية للدستور بدلاً من الإلتجاء إلى التعديل الدستوري. وتمثل فلسفته في حماية الدستور وتحقيق مفهوم الدولة القانونية؛ ذلك في جعل الدستور يواكب التطور الدائم في الحياة، فالواقع في تطور مستمر وقد تبقى نصوص القانون عاجزة أمام هذا التطور وبذلك يعد التحول الوسيلة التي يلجأ اليها القاضي للعدول عن المبادئ التي تضمنتها الاحكام السابقة والتي اصبحت لاتلائم الواقع الجديد، كما إن القضاء الدستوري المقارن و القضاء الدستوري العراقي بشكل خاص، يتجه حالياً نحو التوسع من دائرة التحول في أحكامه، فحقيقة كون الاحكام الدستورية غير قابلة للطعن تجعل من عملية التحول القضائي الدستوري ذات اهمية بارزة، وخصوصاً ان القضاء الدستوري قد يقضي في مسألة دستورية بطريقة غير صحيحة، الأمر الذي يتطلب بيان الأساس القانوني لهذا التحول. فهدف البحث يكمن في محاولته لوضع أسس واضحة المعالم لهذا العمل القانوني في إطار القضاء الدستوري.

ويلجأ القاضي إلى التحول بإرادته، وهذا هو الأصل وقد يحدث التحول بسبب تغيير نص القانون. إلا أن التحول القضائي الدستوري يحقق النتائج المرجوة منه إذا كان إرادياً يرجع إلى حدوث تغيير في الواقع. فالتفسير المعاصر للدستور هو الذي يبرر الاعتراف للقاضي الدستوري بالحق في التحول. ولا يعد التحول غاية في ذاتها، بل وسيلة لأداء القاضي للمهمة المسندة إليه بإيراد تفسير قادر على إيجاد الحل للمسألة المعروضة عليه. إن التحول يجب أن لا ينطوي على هدر لأصل الدستور ويستخلص كنتيجة طبيعية لتطور رؤية القاضي لموضوع معين وبالتالي يرتب آثاراً إيجابية تدعم الحقوق والحريات ولا يفرط القاضي في استخدامه بحيث يهدد استقرار المراكز القانونية. المحكمة الاتحادية العليا العراقية تحولت عن أحكامها من خلال قيامها بتفسير نصوص الدستور ويتوقع أن تتوسع في تحولها لطبيعة ومضمون دستور 2005 النافذ، إلا إنه لا بد أن يكون التحول مبرراً لتأكيد المشروعية الدستورية وضمان أكبر للحقوق. وتقترح عليها، في حال عرض دعاوي عليها إن تتأمل المبادئ المستقرة عالمياً في المحاكم الدستورية وأهمها المحكمة العليا في أمريكا، باعتبارها قد اكتسبت خبرة قديمة في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية: التحول القضائي الدستوري، القاضي، تفسير الدستور، الحقوق والحريات، الحكم السابق.

أولاً: أهمية الموضوع ودوافع اختياره

تتمثل أهمية الموضوع في إن قضية التحول القضائي الدستوري كانت ولا تزال محوراً جدلياً فلسفياً محتدماً، إذ تصارعت الآراء بين المفكرين والمتخصصين حول مدى صلاحية القضاء الدستوري في التحول في أحكامه السابقة؛ لأنه يؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على موضوعات مهمة جداً ومنها: تدعيم مسألة الدستورية والأمن القانوني.

هذا و إن اغلب النظم القانونية تجعل أحكام المحاكم الدستورية نهائية ولا تقبل الطعن وتكون ملزمة لكافة سلطات الدولة، فحقيقة كون الاحكام الدستورية غير قابلة للطعن تجعل من عملية التحول القضائي الدستوري ذات اهمية بارزة، وخصوصاً ان القضاء الدستوري قد يقضي في مسألة دستورية بطريقة غير صحيحة كغيره من نظم القضاء، كما إن الواقع في تطور مستمر وقد تبقى نصوص القانون عاجزة أمام هذا التطور وبذلك يعد التحول الوسيلة التي يلجأ اليها القاضي للعدول عن المبادئ التي تضمنتها الاحكام السابقة والتي اصبحت لاتلائم الواقع الجديد، بالإضافة إلى أن القضاء الدستوري المقارن و القضاء الدستوري العراقي بشكل خاص، يتجه حالياً نحو التوسع من دائرة التحول في أحكامه، الأمر الذي يتطلب بيان الأساس القانوني لهذا التحول. فأهمية هذا البحث تكمن في محاولته لوضع أسس واضحة المعالم لهذا العمل القانوني في إطار القضاء الدستوري. بالإضافة إلى حداثه الموضوع وضالة رصيده الفقهي، كل ذلك زادت من أهمية الموضوع والحاجة إلى دراسته.

المقدمة

التحول القضائي الدستوري يعني تحرر القاضي الدستوري بإرادته من تفسير قديم لنص الدستور وتبنيه لتفسير آخر لنفس النص ومتعارض مع ذلك الذي كان يأخذ به حتى ذلك الحين. وترتبط فكرة التحول القضائي الدستوري بأمرين أساسيين: الأول، يتمثل في طبيعة الصياغة للنص الدستوري وتفسيره القضائي سواء بناء على طلب أصلي أم بمناسبة الرقابة على دستورية القوانين. والثاني، يتجسد في تغير الظروف من حيث الواقع. فالفقه والقضاء الدستوري متفق على وجوب تفسير النص الدستوري ضمن البيئة المحيطة به مع مراعاة التطور الذي يلحق بالمجتمع.

وتمثل فلسفة التحول القضائي الدستوري في حماية الدستور بذاته من ناحية ومن ناحية أخرى تحقيق مفهوم الدولة القانونية التي بينه وبين مبدأ المشروعية الدستورية تلازم عضوي؛ ذلك بالاعتداد - في مواكبة الدستور لطبيعة الحياة التي تتطور بصفة دائمة - على التحول في أحكام القضاء الدستوري باعتباره وسيلة فنية وقائية وإصلاحية للدستور بدلاً من الإلتجاء إلى التعديل الدستوري.

غير أن ذلك لا يعني الإندفاع بالتحول القضائي الدستوري إلى آفاق تتجاوز مقتضياته والإفراط في استخدامه. فإن نجاح التحول القضائي الدستوري في تحقيق أهدافه يرجع في حقيقة الأمر إلى أن يكون محدداً في وسائله والمقصود منه، وجلياً في أساسه ومناهجه.

ثانياً: مشكلة البحث

إن مشكلة الدراسة تكمن في بيان فلسفة التحول القضائي الدستوري تمهيداً للوصول إلى بيان أهم الأسس التي يستند إليها القاضي الدستوري بها، وهو بصدد العدول عن مبدأ قانوني قديم سبق له وأن طبقه في أحكامه السابقة على الرغم من عدم تعديل النص الدستوري وعلى الرغم من تماثل المسألة الدستورية محل الدعوى الدستورية، إذ أن سلطة القاضي الدستوري في هذا الشأن ليست سلطة تحكيمية أو تعسفية، وإنما هي سلطة دستورية لا تخوله سوى حق الاختيار بين البدائل التفسيرية المتزامنة لنص دستوري معين سواء بناء على طلب أصلي أم بمناسبة الرقابة على دستورية القوانين. ومن هذا المنطلق فتمت أسئلة تثار حول مجموعة من الأمور المهمة والتي من أهمها:

- 1- ما الأساس القانوني الذي يستند عليه القاضي الدستوري في مسألة التحول ولا سيما عند غياب النصوص التي تتضمن تنظيم موضوع التحول في الأحكام الدستورية كما هو الحال في دساتير كل من جمهورية الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية فرنسا وجمهورية مصر العربية وجمهورية العراق.
- 2- ما الغاية من منح القضاء الدستوري صلاحية التحول عن الأحكام التي أصدرها سابقاً وهو بصدد أداء مهمه وخصوصاً تفسير النص الدستوري.

ثالثاً: فرضية البحث

من البديهي أن الوظيفة الأساسية للقاضي الدستوري، هي حماية الدستور والعمل على منع الخروج عن أحكامه فيعد التحول من بين الوسائل التي تمكنه من أداء هذه الوظيفة ويلجأ إليها القاضي استجابةً للوقائع الجديدة، إلا أنه يتعين عليه أن يراعي أسس معينة، بإعتباره يقوم بعمله في نطاق نظام سياسي واجتماعي واقتصادي دون أن يتسبب بإنبهار هذه الأسس ودون أن يهدر اصل الدستور، فيقوم بتحقيق العدالة من خلال العدول عن مبادئ وردت في الاحكام السابقة في سبيل اشباع حاجة المجتمع من التطور. وبذلك فإن تطبيق فكرة التحول من قبل القاضي الدستوري لابد ان تكون بشكل إستثنائي ومحدود ونحو المستقبل حتى لا تهدد حجية الاحكام السابقة .

رابعاً: نطاق البحث

تتناول هذه الدراسة البحث في موضوع أسس التحول القضائي الدستوري، وبيان مفهومه في ضوء أهم تطبيقات مؤسسات القضاء الدستوري المقارن وأحكامها في قضاء كل من المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية والمجلس الدستوري في جمهورية فرنسا والمحكمة الدستورية العليا بمصر وأخيراً المحكمة الاتحادية العليا العراقية. وإننا وجدنا ضرورة الإشارة إلى قوانين خاصة بالمحاكم الدستورية لبعض الدول وتطبيقاتها القضائية حسب الإقتضاء.

خامساً: منهجية البحث

سعيًا منا للوصول إلى الحل المناسب للمشكلة التي يتعرض لها البحث، ولتسهيل عرض الأفكار التي يدور حولها، فقد اتبعنا فيه المنهج الوصفي التحليلي، من خلال تحديد وتحليل المفاهيم التي تنطوي عليها الدراسة

والاجتهادات القضائية ذات الصلة بالموضوع ، فضلاً عن عرض آراء الفقهاء؛ والإشارة إلى القرارات القضائية وذلك لإثراء الموضوع قيد البحث.

سادساً: خطة البحث

سوف نسير في هذا البحث وفق خطة مقسمة على ثلاثة مباحث، ونبيي البحث بخاتمة متضمنة أهم الإستنتاجات والمقترحات .

المبحث الأول: مفهوم التحول القضائي الدستوري

المبحث الثاني: الأساس القانوني للتحول القضائي الدستوري

المبحث الثالث: الأساس الفلسفي للتحول القضائي الدستوري

المبحث الأول

مفهوم التحول القضائي الدستوري

التحول في الأحكام يعتبر الوسيلة التي يلجأ إليها القاضي الدستوري لكي يستجيب للمتغيرات التي تظهر بعد وضع التشريع. ويعد من الموضوعات المعروفة في الفقه والقضاء الدستوري وكذلك في الفقه والقضاء الإداري، إلا أن المسألة تأخذ بعداً أعم في نطاق القضاء الدستوري، فمن خلال وسيلة التحول يمكن للقاضي الدستوري تطوير قضائه بما يتفق مع أحكام الدستور.

وسوف نتناول هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب : نتطرق في المطلب الأول، لتعريف التحول القضائي الدستوري لغةً واصطلاحاً وفي المطلب الثاني، نتناول تعريفه في الفقه. أما المطلب الثالث، فسوف نخصه لتناول صور هذا التحول.

المطلب الأول

التعريف اللغوي والإصطلاحي للتحول القضائي

التحول لغةً: معناه تحول بوجهته إلى موضوع آخر (غير وجهته). ويقال تحول الرجل واحتال إذا طلب الحيلة، من كان ذاحيلة تحول، ويقال أحول من أبي براقش، وهو طائر يتلون ألواناً⁽ⁱ⁾. أما إصطلاحاً: فقد حددت ثلاث حالات متغايرة تعبر عن المقصود بالتحول: وهي هجر بواسطة المحاكم ذاتها حل كان مقبولاً أمامها حتى ذلك الحين، وتبني حل آخر مناقض لما كانت تأخذ به، وهو تحول أو ميل في طريقة الحكم⁽ⁱⁱ⁾.

ولعل أول من أطلق تعبير (revirement jurisprudence) في فرنسا عام 1995 كان المدعو (Frydman) الذي كان مفوضاً في الحكومة، حيث قام بالطلب من مجلس الدولة الفرنسي بالتحول عن حكمه السابق في مسألة الرقابة على العقوبات الموقعة من قبل إدارة السجن على الأشخاص المسجونين ورفضه لها، على إعتبار إن توقيع هذه العقوبات الإدارية تعد من الإجراءات الداخلية. وجاء تعبير (revirement) في قاموس (لاسروس) بمعنى التغير المفاجئ والكامل في الآراء والتصرفات⁽ⁱⁱⁱ⁾.

والمصطلح القانوني الذي يعبر عن التحول في اللغة الانكليزية (overrule) يعني يحكم ضد أو يبطل أمراً^(iv)، وقوته يلغي القرار اذا تلاه قرار مناقض صادر من المحكمة نفسها او من محكمة اعلى منها في الموضوع نفسه^(v).

وبالمفهوم السابق يختلف التحول القضائي عن تناقض الأحكام القضائية والذي يمثل نزاعاً تختص به جهة معينة تعمل على توحيد تطبيق القانون باستبعاد تفسير قضائي والإعتداد بتفسير متوافق مع النصوص الواجبة التطبيق دون أن تهدف إلى إحداث تحول قضائي. ومن الجدير بالذكر أنه إذا كان هدف القضاء من حسم التناقض بين الجهات القضائية هو تأكيد الإستقرار القانوني، فإن هدف التحول القضائي هو إيجاد حلول قضائية جديدة لم تثير تناقضاً، بل يعدل عن إتجاه قضائي أستقر عليه التطبيق إلى إتجاه آخر، الأمر الذي يثير مساساً بالإستقرار القانوني في أغلب الحالات، وبالنتيجة فلا بد أن يحدث هذا التحول وفق ضوابط معينة^(xiv).

المطلب الثالث

صور التحول القضائي الدستوري

يأخذ التحول القضائي الدستوري صوراً كثيرة نظراً إلى أساس التقسيم؛ فبالنسبة للدافع للتحول القضائي الدستوري يأخذ التحول صورة التحول الإرادي والتحول الواقعي أو القانوني. فالتحول الإرادي يكون بإرادة القاضي الدستوري، ويكون نتيجة التغيير الذي يلحق بالمجتمع من جميع النواحي. أما التحول الغير إرادي فيرجع إلى تغيير النص الدستوري من قبل المشرع الدستوري والأصل فيه أن يدعم من المشروعية الدستورية ولا يكون للإلتفاف على قرارات القاضي الدستوري. أما بالنسبة لأسلوب التعبير عنه فينقسم إلى تحول صريح حيث يقوم القاضي الدستوري بالعدول عن المبدأ القضائي السابق بشكل صريح وتحول ضمني لا يشير إليه القاضي الدستوري صراحةً في حكمه إنما يتم إستخلاصه من سكوت القاضي عن ترديد المبدأ القديم وبلجاً إليه القاضي في حالات معينة تمهيداً للتحول الصريح، أو لوضعه محل إختبار من حيث قبول أو رفض الفقه له بحيث إذا لاقى قبولاً لا يتردد القاضي الدستوري في التعبير عنه صراحةً. ومن حيث الزمن يتخذ التحول صورتين: الأولى، التحول المفاجئ حيث يكون مباغتاً ولا يمكن توقعه من أحكام القاضي الدستوري، أو يكون تحولاً عن مبدأ لن تمر عليه فترة زمنية طويلة. والثاني التحول التدريجي والذي يكون نتيجة تطور نظرة القاضي لموضوع معين ويمكن توقعه من قضائه. وينقسم أيضاً من حيث تحديد مضمونه إلى تحول محدد وغير محدد؛ فالأول يكون قريباً من التحول الصريح والثاني يكون قريباً من التحول الضمني. فالتحول المحدد لا يثير جدلاً فقهيّاً حول وجوده حيث يأتي القاضي بعبارات واضحة تدل على العدول عن المبدأ السابق. أما الغير محدد فيثير لبساً وشكاً حول وجوده، كما حدث عندما رجع المجلس الدستوري إلى مقدمة دستور الجمهورية الخامسة حيث كان تحوله ضمناً وبعد أن لاقى قبولاً لم يتردد القاضي الدستوري عنه صراحةً. ومن حيث الآثار ينقسم إلى تحول إيجابي يفعل من حماية الدستور للحقوق والحريات العامة ويفعل من الشرعية الدستورية، وتحول سلبي يقلل من حماية الدستور للحقوق فغالباً تكون التحولات اللاإرادية تحولات سلبية^(xv).

وجدير بالذكر أنه الأمور التي تعيق التحول القضائي الدستوري ما يترتب عليه من نتائج قد تهدد الأمن القانوني، كما إنه يمس حجية الأحكام القضائية، إلا أنه يمكن تفادي ذلك من خلال العمل على التوفيق بين التحول

والشائع في أحكام القضاء الدستوري إستعمال لفظ العدول للدلالة على التحول في الأحكام. والعدول لغةً: هو الرجوع أو تغيير الرأي. ويقال عدل عنه، يعدل عدولاً إذا مال كأنه يميل من الواحد إلى الآخر، ويقال عدلت الشيء بالشئ، أعدله عدولاً إذا ساوَيْته به^(vi). وفي نطاق القضاء يعبر عن تغيير رأي القاضي في حكم مسألة معينة.

والعدول اصطلاحاً هو: ابداء إرادة معاكسة، أو ابداء احادي الجانب لإرادة الرجوع عن الإرادة وسحبها كما لو أنها لم تحصل من أجل حرمانها لمفعولها. ويقال بالمعنى ذاته بالنسبة الى عمل القاضي في القرار اللاحق الذي يلغي بموجبه قراره الأول^(vii).

ويرادف لفظ العدول في اللغة الإنكليزية: Removal, dismissal of an official وفي اللغة الفرنسية: Révocation^(viii).

المطلب الثاني

التعريف الفقهي للتحول القضائي^(ix)

ظهر تعبير التحول في كتابات الفقه الدستوري في عام 1998 بأوصاف مختلفة، وكان الظهور الأول له في فرنسا، فهناك من عرفه بأنه (كل حكم يفرض قاعدة مختلفة عن تلك المتبعة في القضية السابقة، وأن القاعدة التي كان معمولاً بها في القضية السابقة قد تعدت نتائجاً لسياسة قضائية او عملية أو ناتجة عن اتجاهات حكومية أو فقهية)^(x)، وتعرض هذا التعريف للإنتقاد باعتباره يوسع من مفهوم التحول إلى مدى أبعد من التحول الذي يحدث كنتيجة لتناقض الأحكام القضائية وفضلاً عن إن القاعدة المعدول إليها كذلك قد تكون نتيجة سياسة قضائية أو حكومية. وكذلك يعرف التحول في الأحكام القضائية بأنه: عدول عن مبدأ قرره المحكمة الدستورية العليا في بعض أحكامها السابقة^(xi).

وترى الدكتور (Sandrine Coursoux) التي قامت بتحليل موقف الفقه الفرنسي من تعبير التحول، أن أفضل تعريف للتحول القضائي الدستوري هو بتعبير (Revirement) على إفتراض وجود حلين قضائيين يختلف أحدهما عن الآخر وأحدهما يمثل الحل القديم، والآخر يتضمن حلاً جديداً للتحول عن الحل القديم، وإن هذا التعبير هو الأكثر إستخداماً من قبل أعضاء المجلس الدستوري في فرنسا والأساتذة القانونيين في الجامعات^(xii).

وحاول (Mouzet) أن يضع تعريفاً أكثر دقة وأكثر تحديداً بقوله: " أنه تحول في الحلول القضائية بشكل واضح وكلي وغير مفروض على القاضي"^(xiii). وبهذا فقد وضع هذا التعريف ضوابط التحول القضائي الدستوري.

ومن خلال ماسبق، يمكن أن نعرف التحول القضائي بأنه: عدول القاضي عن مبدأ قانوني أقره في أحكامه السابقة لصالح مبدأ جديد، دون أن يستند القاضي في عدوله هذا إلى تعديل النص الدستوري الخاص بالموضوع. ويهدف التحول القضائي إلى تبني تفسير جديد لنص معين ومخالف للتفسير الذي أستقر القضاء على تطبيقه، والإيراد بفهم جديد لهذا النص ينسجم مع الواقع.

القضائي وهذه المعوقات وذلك من خلال تطبيق التحول القضائي الدستوري في حالات محددة وبصورة إستثنائية بحيث لا تهدد المراكز القانونية المستقرة للأفراد وكذلك إعماله بالنسبة للمستقبل وليس للماضي حتى لا يهدد حجية الأحكام السابقة، هذا بالإضافة إلى العمل على التوفيق بين إعتبارات العدالة وإعتبارات المصلحة العامة^(xvi).

المبحث الثاني

الأساس القانوني للتحول القضائي الدستوري

من أجل التوصل إلى فهم دور القضاء الدستوري في إيجاد الحلول للقضايا المستجدة من خلال وسيلة التحول، لابد من البحث في الأسس التي يلتزم بها.

ويمثل الأساس القانوني للتحول القضائي الدستوري بمجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي يستند إليها القاضي الدستوري وهو بصدد التحول في أحكامه. و الأساس القانوني قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً.

المطلب الأول

الأساس القانوني الصريح

أصبحت لمؤسسات الرقابة القضائية فضلاً عن وثيقة الدستور، مراجع أخرى يطلق الفقه والقضاء الدستوري عليها (الكتلة الدستورية). فالقاضي الدستوري يستعين بهذه المراجع وهو بصدد أداء مهامه والتي من إهمها حماية نصوص الدستور وضمان إستمرار تطبيقها وذلك من خلال وسيلة التحول.

الفرع الأول: الدستور

يعد النص الدستوري أساس كل عمل قانوني يصدر من سلطات الدولة، فهو الأساس لكل مكونات البناء القانوني بداخل الدولة القانونية وليس في ذلك منازع. ورغم أنه لا توجد نصوص دستورية صريحة - على حد علمنا - تنظم مسألة التحول في أحكام القضاء الدستوري، وهذا ما يصدق على دساتير كل من الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية فرنسا ومصر والعراق، كما إن القوانين الخاصة بإنشاء المحاكم الدستورية والأنظمة الداخلية لعمل هذه المحاكم في هذه الدول قد خلت من النصوص المنظمة لفكرة التحول، إلا أنه لا يوجد نص في دساتيرها، وفي القوانين المنشئة للقضاء الدستوري فيها، يحول دون التحول سواء بطريق مباشر أو غير مباشر. بالإضافة إلى أن قرارات المحاكم في البول التي لاتأخذ بمبدأ السوابق القضائية، لا ترقى إلى مستوى القانون الذي يتضمن قواعد عامة مجردة وملزمة، وهذا ما يمنحها الحرية في التقييد بقراراتها أو العدول عنها والإتيان بقرارات مغايرة بشرط وجود مبررات جدية لذلك^(xvii). فالقانون المدني الفرنسي - والذي تأثر به القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري - لا يسمح للمحكمة بخلق القانون الذي هو مهمة المشرع^(xviii).

بالإضافة إلى أنه وردت الإشارة إلى التحول القضائي الدستوري في بعض التشريعات بنصوص صريحة، الأمر الذي يؤكد إمكانية لجوء القاضي الدستوري إلى وسيلة التحول التي من خلالها يعدل عن أحكام قد يحتمل أنه أصدرها بدون حذر، أو إنها أصبحت لا تلائم الواقع الجديد. فقد نص القانون الخاص بالمحكمة الدستورية في إسبانيا لسنة 1979 على أنه: (عندما ترى غرفة

من غرف المحكمة أنه من الضروري العدول عن قرار قضائي سابق للمحكمة الدستورية، فيجب أن يكون ذلك من خلال جلسة تجمع جميع غرف المحكمة^(xix). وهناك تطبيقات قضائية للمحكمة يلاحظ من خلالها تحول القاضي عن أحكامه. ففي مجال حق التقاضي عملت المحكمة على تيسير إستعمال هذا الحق المنصوص عليه في الدستور الإسباني^(xx)، ففي قرارها رقم 1999/120 قضت بأن قاضي الإستئناف لا يستطيع إعادة تقييم الأدلة التي تم فحصها سابقاً من قبل محكمة أولى درجة، ثم عدلت عن موقفها بإعطاء هذه السلطة للقاضي وذلك في قرارها رقم 2002/178^(xxi).

وفي قرار آخر أيدت المحكمة قرار رفض تسجيل أحد المرشحين للإنتخابات في عام 1996 لتقديم أوراقه بلغة الأقلية التي ينتمي إليها وليس باللغة الإسبانية الرسمية وذلك في قرارها رقم 1996/2، ثم تحولت عن قضائها بالقرار رقم 2000/48 في قضية مماثلة، وقضت بأن هذا الإستبعاد مخالف للمادة 2/23 من الدستور^(xxii)، فضلاً عن إن قانون الإنتخابات لم يجعل اللغة الخاصة بتقديم الطلبات سبباً لإستبعاد المرشح، وبذلك فإن المحكمة تتقيد بالتفسير الواسع للقانون لصالح المرشحين^(xxiii) بالإضافة إلى إن المحكمة تتبع أسلوب التشير المتطور لنصوص الدستور من خلال ربط النص الدستوري بالظروف المحيطة وقواعد القانون الطبيعي والمواثيق الدولية^(xxiv).

بالأضافة إلى أن القانون البلجيكي إعتترف للقاضي الدستوري بالتحول عن أحكامه السابقة، فقد أجاز القانون الأساسي للمحكمة الدستورية في بلجيكا الصادر في 6 يناير (كانون الثاني) عام 1989 في المواد من 69-73 بأن المحكمة لو إختصت بنظر دعوى مماثلة لدعوى سابقة، فإنها تكون في حل من المبدأ القانوني السابق الذي أقرته في حكمها القديم، كل ما هنالك هو أن الحكم الجديد يصدر من جميع دوائر المحكمة. وبناءً على هذا النص فقد صدرت من المحكمة أحكاماً تدل على العدول عن المبادئ القضائية السابقة، وأولى هذه التطبيقات، حكمها في عشرة مايو (أذار) عام 1994 في القضية 1994/35، التي قضت بأنه يجب تفسير قانون محكمة التحكيم في ضوء توجيهات وقرارات المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان وخصوصاً التي تتعلق بأحكام المادة السادسة الفقرة الأولى من الإتفاقية^(xxv)، في حين أنها كانت ترفض الأخذ بهذا النص في أحكامها السابقة، كما في حكمها في القضية رقم 1987/32. وأيضاً حكمها في 27 نوفمبر (تشرين الثاني) 2002 في القضية رقم 2002/169 بفرضها على المشرع أن لا يمس النظام القانوني للضمان الصحي بعد دخول المادة (23) من الدستور نطاق التطبيق^(xxvi)، بإعتباره من مظاهر الذات الإنسانية، فقبل هذا الحكم صدرت منها أحكام لم تضي أية قيمة دستورية على هذا الحق كما في حكمها رقم 1994/51، وبذلك كان للمشرع سلطة تنظيم هذا الحق^(xxvii).

كما إن بعض المحاكم الدستورية إتجهت إلى تغيير المبادئ التي أقرتها في أحكامها السابقة أثناء الفصل في الدعاوي الدستورية سواء بالرفض أو عدم الدستورية للإستجابة للتغيرات التي تحدث في المجتمع بعد وضع التشريع، فذهبت المحكمة الدستورية النمساوية إلى مخالفة ما قضت به سابقاً في المسائل الدستورية بالإستناد إلى أن لها سلطة إعتناق أفكار وقيم جديدة للمجتمع وردت في الدستور بشكل ضمني حيث إنه بموجب دستور النمسا الفدرالي

كجعل قواعد الدين مصدر من مصادر التشريع أو تأييد إضافي على رغبة الشعب لسيادة القانون وبناء دولة قانونية، كالنص على إحترام مبادئ الديمقراطية أو يكون الدافع من وراء ذلك نتيجة إعتماد الشعب لضرورة التعايش والتعاون مع المجتمع الدولي كالنص على إحترام المعاهدات الدولية^(xxxiv). وتأسيساً على ذلك، فإن مضمون الكتلة الدستورية ينطوي على عناصر أساسية تتمثل بما يأتي :-

1- مقدمة الدستور

إن ديباجة الدستور تعد مدخلاً له وتنطوي على مبادئ تشد المجتمع إلى تاريخه، فموضوعها عبارة عن مبادئ وأحكام تحكم الأمة ومراجع الثقافة والحضارة التي تشكل أسس لبناء الأمة. وقد جعل المجلس الدستوري الفرنسي مقدمة دستور فرنسا لعام 1958 جزءاً لا يتجزأ من الدستور ويشكل وحدة دستورية في قراره بشأن حرية التجمع في عام 1971، فالدستور الفرنسي نص في مقدمته على أن الشعب الفرنسي يعلن تمسكه بصفة رسمية بحقوق الإنسان المبنية في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 الذي صدر في أعقاب الثورة الفرنسية والذي يثير بأنه وثيقة أكثر شمولية ووضوح بالنسبة لحماية حقوق الإنسان واتسع نطاقها لتشمل جميع الناس وليس فقط المواطن الفرنسي، والتي ركزت في ديباجتها على ضرورة تعريف الإنسان بحقوقه، وجاءت بسبعة عشر مادة تختص بالحرية والمساواة والملكية والأمن ومنع الظلم. وكذلك نصت مقدمة الدستور على المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية (وخاصةً تلك التي قررتها الجمهورية الثالثة) والمبادئ ذات الطبيعة الاقتصادية والاجتماعية التي تضمنتها مقدمة دستور 1946، فالأخير نص في ديباجته على تمسك الشعب بحق المساواة والتأكيد بشكل رسمي على الحقوق والحريات الواردة في إعلان الحقوق والتأكيد على الحقوق الأساسية للمواطن) السياسة والاقتصادية والاجتماعية)، والتي من ضمنها حقوق المرأة والطفل، حيث جاء بصريح العبارة إنه تضمن فرنسا للجميع ممارسة تلك الحقوق والحريات وتضمن لشعوب أقاليم ما وراء البحار المساواة في الحقوق والامتيازات. بالإضافة إلى أن مقدمة دستور 1958 تضمنت الإشارة إلى الميثاق الأوروبي للبيئة لسنة 2004، الذي نص في ديباجته على إن البيئة هي التراث المشترك للبشرية مع ضرورة الحرص على حمايتها وقد تضمن عشرة مواد تخص جميعها بحماية البيئة والحفاظ على تميزها المستدامة وذلك بتعزيز السياسات العامة لتحقيق هذه الغاية^(xxxv).

2- مبادئ الشريعة

نص دستوري مصر والعراق على إحتواء القواعد الدينية ضمن النظام القانوني، بالإشارة إلى الشريعة الإسلامية^(xxxvi). والقاضي الدستوري يبحث في مدى إلزام المشرع بمبادئ الشريعة الإسلامية، فالدستور العراقي النافذ نص على إن الإسلام دين الدولة الرسمي، فهو مصدر أساسي للتشريع^(xxxvii)، ونص في الفقرة (أ) من المادة عينا على أنه لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام، والمحكمة الاتحادية العليا عند نظرها في دستورية القوانين تقوم بالإستناد إلى ما يعد من ثوابت أحكام الإسلام، حيث قضت في إحدى قراراتها بأن قرار مجلس قيادة الثورة رقم 127 في سنة

للمحكمة سلطة تفسير نصوصه بالإستناد إلى الأفكار التي تتجدد^(xxxviii). أما في ألمانيا فقد إستقر قضاء المحكمة الدستورية على إنه إذا وجدت ظروف متغيرة، فلها تغير حكمها التفسيري الذي سبق وأن أصدرته بمناسبة الفصل في دستورية القوانين، وذلك بالإستناد إلى نظرية التفسير المتطور للدستور. وكذلك المحكمة الإيطالية لها أن تغير إتجاهها في ظل التطورات المتتالية في المبادئ القانونية الأساسية وهي بصدد الفصل في المسائل الدستورية^(xxxix). كما يلاحظ على الدستوري في فرنسا أنه يجوز له أن يقر عدم إلزامية التفسير الصادر منه في المسائل الدستورية ويجوز العدول عنه، فقد جرى قضاء المجلس الدستوري على القول بإمكانية العدول عن أحكامه السابقة من خلال تقرير إن الأحكام التفسيرية الصادرة منه بمناسبة الفصل في المسائل الدستورية لا تعد ملزمة له وبالتالي يمكن أن يتحول عنها في قضاء لاحق له، فقد ذكر الأستاذ (Luchair)^(xxx) في هذا الشأن "إن القاعدة الدستورية ملزمة ومفروضة على الكافة، ومن بينهم السلطة التشريعية وعلى القاضي، وذلك على الرغم من إن هذا الأخير لا يرتبط بقضائه لأنه يملك الحرية دائماً في تغييره والرجوع عنه"^(xxxi).

الفرع الثاني: الكتلة الدستورية

يعد مصطلح الكتلة الدستورية من المصطلحات الحديثة في القاموس الدستوري، وهي نتاج الفقه الدستوري الفرنسي ومن تراكبات حضارية وفكرية معينة.

أولاً: تعريف الكتلة الدستورية

لم يستقر مفهوم الكتلة الدستورية ولم تحدد معالمه بشكل دقيق وذلك لأن القاضي الدستوري إعتاد على إيراد تسميات مختلفة له؛ إذ في أغلب الأحيان يسميه (القواعد المرجعية)، وأحياناً يسميه (المبادئ) التي تكون أو لا تكون لها القيمة الدستورية، وأحياناً أخرى يسميه (المقتضيات ذات الطابع الدستوري). كما لم يستقر مفهومها عملياً، حيث إن المجلس الدستوري الفرنسي لم يقوم بوضع منهج عمل يلتزم به، بل عمل على إستبعاد بعض القواعد والمبادئ من الكتلة الدستورية أحياناً وإعترف أحياناً أخرى بمبادئ وقواعد وأضافها إليها بعد أن كان له موقف مغاير منها^(xxxii).

وتعرف الكتلة الدستورية بأنها مجموعة الصكوك المحتملة في المواثيق والإنفاقيات والإعلانات الوطنية والدولية والتي تتضمن قواعد تنطوي على عناصر تتعلق بالحقوق ذات القيمة الدستورية، بالإضافة إلى المبادئ التي استخلصها المحكمة الدستورية سواء من نص الدستور نفسه أم من نصوص هذه الصكوك بإعتبارها تعد الحدود الدنيا للحقوق والحريات الأساسية التي إعترفت بها الدول الديمقراطية، والتي يتعين على سلطات الدولة وخصوصاً السلطة التشريعية إحترامها^(xxxiii).

ثانياً: مضمون الكتلة الدستورية

أحياناً يشير الدستور إلى مصادر للقواعد الدستورية دون ذكر تلك القواعد، وبذلك تصبح هذه المصادر جزء من الوثيقة الدستورية بإعتبار إن تصويت الشعب عليها ضمن الدستور تعبير عن إرادته في إختيارها والغرض من الإشارة إلى مثل هذه القواعد هو إما بيان إعتراز الشعب بمعتقد ديني

وتكون الدولة أكثر قانونية وأكثر إحتراماً لحقوق الإنسان بجعل دساتيرها مطابقة مع المعايير الدولية للديمقراطية وخصوصاً بعد تنظيم المجتمعات الدولية وتداول حقوق الإنسان بإصدار ميثاق الأمم المتحدة وظهور العديد من الإعلانات والعهود على مستوى الدول والأقاليم التي تنادي بحماية الحقوق والحريات الأساسية للإنسان. فإن مسألة عولمة حقوق الإنسان تجاوزت إحترام و ضمان هذه الحقوق إلى ضرورة بناء الدولة نظائماً وفقاً للشرعية الدولية^(xlv). تأسيساً على ذلك أكدت المحاكم الدستورية إلزام سلطات الدولة وخصوصاً السلطة التشريعية بمبدأ الحدود الدنيا للحقوق والحريات الأساسية والمعترف بها في الدول الديمقراطية. ومن ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر الذي أصدرته عام 1992 والذي قضت فيه خضوع الدولة للقانون يعني عدم إخلال تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولاً لقيام الدولة القانونية وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة^(xlvi).

ونحن من جانبنا نرى، أن القاضي الدستوري يمكن أن يستند إلى نصوص المواثيق الدولية وهو بصدد التحول في أحكامه. فمن ناحية، أن من الأهداف التي ينوي القاضي الدستوري تحقيقه من وراء التحول - كما ذكرنا سابقاً - هو تثبيت دعائم الدولة القانونية، وذلك بالقدرة على تحقيق فلسفة الدولة وفقاً للشرعية الدولية وخصوصاً فيما يتعلق بإحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية له، ومن هذا المنطلق فقد أبدى القضاء الدستوري المقارن دوراً مهماً في تطوير معنى ونطاق الحقوق والحريات الأساسية التي يجب على الدولة أن تتكفل بحمايتها.

ومن ناحية أخرى، فقد جعلت بعض الدساتير مرتبة الصكوك الدولية وخصوصاً التي تخلق الحقوق والحريات، من مرتبة الدستور وملزمة على كافة سلطات الدولة وبالأخص جهة القضاء الدستوري التي تعتمد بالأساس على النظام الدستوري في ممارسة اختصاصاتها. وسار على هذا الاتجاه المشرع الدستوري الألماني^(xlvii). وكذلك دستور الولايات المتحدة الأمريكية^(xlviii). وبالتالي فإن مضامين جديدة سوف تدخل إلى القواعد الدستورية، والمحكمة الدستورية سوف تراقب مدى تقييد المشرع بما تقرضه تلك المعاهدة.

إضافة إلى ذلك، فإن عمل القاضي والإلزام المترتب على عاتقه هو إلزام بتحقيق نتيجة لا يحده قيد، وعليه أن يبتدع الحلول المناسبة للمسألة المعروضة أمامه وابتدع الوسائل الكفيلة بإعطاء النصوص تفسير يتماشى مع أفاق التغيير التي يمر بها المجتمع على الصعيد الداخلي والخارجي بشكل يكفل حماية المبادئ الثابتة في الدستور، فقد لا يجد في النصوص الدستورية ما يبحث عنه، فيلجأ إلى الإستدلال من المواثيق الدولية لإيجاد الحل المناسب للمسألة المطروحة أمامه^(xlix). وبهذا فالمبادئ الخاصة بحقوق الإنسان، سواء وجدت في نصوص الدستور أو في مقدمته أو في الإتفاقيات والإعلانات المرتبطة به، يلجأ إليها القاضي الدستوري بهدف الإستعانة بها لتأكيد النص الدستوري أو لتفسيره وذلك لتدعيم حماية الحريات والأساسية.

والدستور الفرنسي وتبعاً له المجلس الدستوري إعترف بالقيمة القانونية لإعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789، فقد أقر المجلس

1799 والذي يقضي بأن تستوفي المرأة مهرها المؤجل عند الطلاق مقوماً بالذهب بتاريخ عقد الزواج، لا يتعارض مع ثوابت الإسلام^(xxxviii). بينما خلا الدستور الأمريكي من أية إشارة إلى القواعد الدينية وذلك إعتقاداً من مؤسسي الدستور على أن تبني أية عبارات دينية في الدستور يعيق حرية العقيدة في مستقبل الإتحاد.

3- مبادئ الديمقراطية

من المبادئ التي تعد شروطاً موضوعية لقيام الديمقراطية (مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ سيادة القانون ومبدأ تكافؤ الفرص... وغيرها)، وأن معظم دساتير الدول تنص على هذه المبادئ، بإعتبار أن النص عليها كتابةً في الدستور لا يحتاج إلى وقت لإستقرارها ثم إكتشافها من قبل القضاء وعدم التراجع عنها إلا من خلال التعديل الدستوري، وبالتالي الإطمان إلى التمسك الحازم بها^(xxxix). كما هو الحال في الدستور العراقي حيث إنه لم يحجز سن أي قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية^(xl)، فتعد هذه المبادئ إحدى المصادر التي يلجأ إليها القاضي عند البحث في دستورية القوانين وإن رقابته يختلف نطاقها ضيقاً واتساعاً باختلاف التفسير الذي يذهب إليه القاضي لهذه المبادئ إلا إنه عليه أن يختار التفسير الذي يجعل التشريع موافقاً للدستور إذا إحتل النص أكثر من تفسير واحد^(xli). وقامت المحكمة الاتحادية العليا في العراق بمد رقابتها إلى مدى تعارض التشريعات مع هذه المبادئ، حيث قضت في إحدى قراراتها إن الفقرة (أ) من البند ثانياً من المادة (20) من قانون التقاعد رقم (27) لسنة 2006 الخاص بإستثناء لجنة ذات طابع إداري للنظر في قضايا التقاعد، لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ إستقلال القضاء^(xlii). والمحكمة الدستورية العليا في مصر عملت على التقييد بمبادئ الديمقراطية من خلال رقابتها على التشريعات التي تنشئ نقابات عمالية أو مهنية بقضائها بضرورة التقييد بمبادئ الديمقراطية بموجب المادة (56) من الدستور المصري لعام 1971^(xliii).

4- إعلانات الحقوق ونصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وخصوصاً التي تحمي الحقوق والحريات

أصدرت إعلانات الحقوق بعد نضال طويل من الشعوب ضد الظلم والإستبداد، كالعهد الأعظم (magna carta) لعام 1215 ولأئحة الحقوق (Bill of rights) لعام 1688 في بريطانيا وإعلان الحقوق والمواطن الفرنسي لعام 1789... إلخ. ورغم الخلاف الفقهي حول القيمة القانونية لهذه الإعلانات - فبعض الفقه وعلى رأسهم الفقيه (ديجي) يعتبرها قواعد قانونية أعلى مرتبة من القوانين العادية والدستورية. والبعض منهم، وعلى رأسهم الفقيه (كارل دي مالبجر) يعتبرها قواعد توجيهية يمكن الإستعانة بها في المستقبل، دون أن يكون لها قوة قانونية^(xliiv) - أي إن الفقه إختلف في تحديد موقع هذه الصكوك من الكتلة الدستورية، تبعاً لإختلاف الدساتير في منحها القيمة الدستورية. وعليه تأخذ هذه الصكوك الدولية إما مرتبة أعلى من مرتبة القوانين العادية كما هو الحال في فرنسا، أو تأخذ نفس مرتبة القوانين العادية كما هو الحال في الدستور المصري والعراقي.

الدستوري في قراره عام 1982" بأن المبادئ عينها الواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لها قيمة دستورية كاملة". وتأسيساً على ذلك إستقر قضاء المجلس الدستوري على الحكم بعدم دستورية القانون المخالف لمقدمة دستور 1958. وأعترف المجلس الدستوري بالإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وعدها جزءاً من الكتلة الدستورية⁽ⁱ⁾.

إما في الولايات المتحدة الأمريكية، نص الدستور في المادة السادسة منه على أن "الدستور وقوانين الولايات المتحدة التي تصدر طبقاً له والمعاهدات المبرمة أو التي سترتب تحت سلطة الولايات، ستكون القانون الأعلى للبلاد". والمحكمة تقضي بعدم دستورية أي قانون يصدر من الولايات ويكون متعارضاً مع هذه المعاهدات، علماً إن تأثير المعاهدات على النظام القانوني للدولة يتوقف على طبيعة المعاهدة فيما إذا كانت من المعاهدات القانونية أو الغير قانونية و لها قيمة سياسية وأخلاقية⁽ⁱⁱ⁾.

و المحكمة الدستورية العليا في مصر رجعت إلى بنود الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر من الأمم المتحدة عام 1948 لاستخلاص مبادئ مهمة ومنها مبدأ افتراض البراءة وكفالة حق الدفاع فهذه المبادئ منبثقة من هذا الإعلان الذي يقرر في المادة العاشرة منه إن لكل شخص حقاً مكتملاً ومتكافئاً مع غيره في محاكمة علنية ومنصفة تقوم عليها محكمة مستقلة. والمادة الحادية عشر منه تقرر أن كل متهم برئ حتى تثبت إدانته بمحاكمة عادلة، كما إنها رجعت إلى المادة السادسة من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحماية الحريات الأساسية سنة 1950 لتدعيم مبدأ افتراض البراءة الذي كفله دستور 1971 في المادة 67 منه⁽ⁱⁱⁱ⁾. وتم التأكيد على المبدأ المذكور في دستور 2012 في المادة 77 منه و دستور 2014 في المادة 96 منه .

بالنسبة للمحكمة الاتحادية العليا في العراق فإن إمكانية إستخدام الصكوك الدولية لتفسير نصوص الدستور النافذ على سبيل الاستثناس، أمر جائز بشرط أن لا تخالف نتيجة التفسير مبادئ الدستور وثوابت أركان الإسلام، وذلك لعدم وجود نص صريح في الدستور يمنع القاضي من الإسترشاد بقواعد الإتفاقيات الدولية وخاصة أنها لا تصبح ملزمة ضمن الإطار الوطني إلا بعد المصادقة عليها من السلطة التشريعية⁽ⁱⁱⁱ⁾. والأهم من ذلك، أن الدستور العراقي قد أشار بصورة ضمنية إلى متضمنته القواعد الدولية من حقوق الإنسان، حينما بين الضابط الذي يحكم عمل جهاز المخابرات العراقي بنصه "بوجوب مبادئ حقوق الإنسان المعترف بها"^(iv). كذلك وردت في نصوص الدستور الإشارة إلى ضرورة إحترام مبادئ القانون الدولي كالإلتزام بمحاربة الإرهاب في المادة (7/ثانياً) منه ومراعاة مبادئ حسن الجوار والإلتزامات الدولية في المادة (8) منه.

5 - المبادئ ذات القيمة الدستورية

من منطلق أن الدستور يظل عملاً إنسانياً لا يتصف بالكمال بحيث يغطي كل النزاعات المتصورة وقد يشوبه النقص، فلا يكون أمام القاضي إلا أن يخلق حلاً عادلاً للنزاع المعروض أمامه عند وجود نقص في التشريع. ورغم إن هذا الحل يقتصر على ذات النزاع فقط، خصوصاً في الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني، إلا أنه قد يساهم في خلق قاعدة قانونية إذا أخذت بهذا الحل

محكم أخرى، فيتحول الحكم الفردي إلى قاعدة صادرة من القضاء. باعتبار أن القاضي لا يقف مكتوف الأيدي أمام المسائل التي لم يرد بشأنها نصوص تشريعية، إنما يتبكر حلولاً بالإمكان أن تصبح قواعد تشريعية فيما بعد إذا قام المشرع بتبنيها في تشريعاته^(iv). وهذه القواعد التي يقرها القاضي تسمى بالمبادئ العامة للقانون وتختلف قيمتها القانونية باختلاف المصدر الذي إستند إليه القاضي في إنشائها؛ حيث إن القاضي لا يقوم باستخلاصها من الفراغ، إنما قد يقوم باستنباطها إمامن تقرب نصوص القوانين العادية فتكون لها مرتبة قانونية لا تصل إلى قوة قواعد الدستور^(vi)، أو يستخلصها من روح الدستور وتقريب نصوصه وبالتالي تكون لها قيمة دستورية تعلو على القوانين العادية. أو يقوم القاضي باستخلاصها من القيم العليا في المجتمع والتي تعلو على نصوص الدستور وهذا النوع الأخير يسمى بالمبادئ فوق الدستورية. إلا إن القضاء والفقه يتعامل بشكل حذر مع هذه المبادئ في نطاق القضاء الدستوري، وذلك لخطورة دور القاضي الدستوري في خلق القاعدة الدستورية فإنه بذلك قد يحل محل إرادة السلطة التي وضعت الدستور.

والقضاء الدستوري المقارن إستنبط العديد من المبادئ من خلال تفسير نصوص الدستور، ففي الولايات المتحدة الأمريكية، إستخلصت المحكمة العليا العديد من المبادئ ذات القيمة الدستورية، رغم إن الدستور لم ينص عليها وقضت بعدم دستورية التشريعات التي تخالفها، ومن هذه المبادئ، مبدأ الموازنة بين السلطات (Check and Balance) ومبدأ حيادية القضاء (Integrity of Judging)^(vii). وكذلك القضاء الدستوري في مصر قام باستنباط المبادئ التي تشكل قيداً أعلى سلطة المشرع وتجعل التشريعات الغير متفقة معها غير دستورية، كمبدأ (عدم جواز معاقبة الشخص عن الفعل الواحد مرتين) ومبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم^(viii).

أما المحكمة الاتحادية العليا في العراق فقد أستندت إلى مبدأ (الغنم بالغرم) في إحدى قراراتها، فقد ذهبت إلى دستورية أمر مجلس الوزراء الذي إتخذ بتاريخ 2007/3/11، والذي حمل وزارة المالية إلتزامات الكيانات الحكومية المنحلة، حيث إن القانون لم يحدد الجهة التي عليها تحمل هذه الإلتزامات، وقضت بأن "مبدأ (الغنم بالغرم) يقضي وبعد ما آلت أموال الكيانات المنحلة إلى وزارة المالية أن تكون هي المسؤولة عن إيفاء الإلتزامات المترتبة على تلك الأموال..."^(lix).

وإعتمد المجلس الدستوري في فرنسا على مبدأ (الحرية الشخصية) بالإستناد إلى المادة (66) من الدستور وإستنبط منها العديد من الحقوق الدستورية كالحق في الحياة الخاصة ومسكن ملائم، وكذلك إستند إلى مقدمة دستور 1949 وأضفى القيمة الدستورية على مبدأ حماية الكرامة الإنسانية بمناسبة النظر في دستورية قانونين يتعلقان بحماية جسم الإنسان في مواجهة التبرع وإستخدام أعضائه في العلاج سنة 1994، وقانون عام 1995 الخاص بالحق في السكنى^(lx).

المطلب الثاني

الأساس القانوني الضمني

بما ان المقصود بالتحول في أحكام القضاء الدستوري - كما ذكرنا سابقاً - أن القاضي الدستوري يعدل عن مبدأ قانوني قديم سبق له وأن طبقه في أحكامه السابقة، سواء بمناسبة الرقابة الدستورية، أو من خلال القيام باختصاصه الأصلي بتفسير نصوص الدستور في الدول التي تقر صراحة بذلك، فعلى أساس عملية التفسير التي يقوم بها القاضي الدستوري للنصوص التشريعية في مجال ممارسة إختصاصاته، والتي تقتضي بالضرورة أن يحدد القاضي مضمون هذه النصوص بما يلائم ضرورات التطور، يقوم بالتحول في أحكامه .

فالرقابة الدستورية من حيث ممارستها في إطار الدستور تكون أمراً سهلاً وسلساً إذا كانت القاعدة الدستورية واضحة ومحددة، إلا أنه توجد حالات تكون فيها القاعدة الدستورية مرنة وغامضة، فهذه الحالات تثير إشكالات تؤثر على عمل القاضي الدستوري، وحيث إن القاضي ملزم لإيجاد الحل للنزاع المعروض عليه وإلا عد منكراً للعدالة فيقوم بتفسير نصوص الدستور قبل أن يفصل بدستورية النص القانوني محل النزاع، وإن من أهم مميزات التفسير الدستوري هو الطابع القضائي له بإعتبار أن القاضي الدستوري في كل حالة يقوم فيها بالبحث في دستورية قانون ما وجب عليه تفسير النص القانوني وتفسير الأحكام الدستورية ثم يقوم بالنظر في مدى توافق نصوص القانون مع نصوص الدستور على ضوء نتائج تفسيره، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن المشرع الدستوري مهما كان دقيقاً في صياغته لنصوص الدستور فقد تحصل فجوة بين هذه النصوص والواقع المتطور، حيث أن التجربة أثبتت عدم كفاية التشريع للإحاطة بكافة التطورات المستجدة مهما كان دقيقاً، الأمر الذي يستوجب تقريب النصوص الثابتة مع الواقع المتطور، وإن النص الدستوري يعبر عن الحقائق الحية وليس كقالب جامد يفتقر إلى إمكانية التطبيق المستمر، الأمر الذي يقتضي بالضرورة منح القاضي الدستوري المجال بتطوير أحكامه التفسيرية، بل والتحول عن بعضها لضمان تفعيل النص الدستوري.

بالنسبة للقضاء الدستوري في مصر، إن المحكمة العليا انشئت بقانون وليس بنص الدستور، وقد نصت المادة الرابعة /الفقرة الثانية من هذا القانون على إختصاصها بالتفسير^(lxi). أما بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا، فقد نص الدستور المصري لعام 1971 في المادة (175) على إختصاصها بتفسير النصوص التشريعية وبذلك يخرج الدستور من إختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، وبعد صدور قانون المحكمة رقم 1979 نص في المادة (26) على إختصاص المحكمة بتفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية. وبصدور دستور عام 2012 أشار إلى المحكمة الدستورية العليا في المواد من (175 - 178) ولم ينص بشكل صريح على إختصاصها بتفسير القوانين، أما دستور عام 2014 فقد نص في المادة (192) منه على إختصاص المحكمة بتفسير النصوص التشريعية، أي أنه أمام صراحة هذه النصوص ليس للمحكمة الأختصاص الأصلي بتفسير

الدستور تفسيراً ملزماً، وقد أكدت المحكمة عدم إمتدادها لتفسير نصوص الدستور بقضائها أنه "المادة (26) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم (48) المعمول به إعتباراً من (21) سنة 1979 نصت على أنه "تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير النصوص التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور ..."^(lxii). إلا أنه لا يمكن إنكار حق المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص الدستورية بمناسبة الرقابة على دستورية القوانين، حيث لا يمكن القيام ببحث دستورية أي قانون دون فهم محتواه ومضمون النص الدستوري الواجب التطبيق، ولم ينكر الفقه الدستوري هذا الحق أيضاً، بالإضافة إلى أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم تحظر صراحة، وأن الدساتير في مصر لم تمنع قيام المحكمة الدستورية العليا بالتفسير الدستوري بالطلب الأصلي، صراحةً.

واتجاه المحكمة هذا أيده الفقه المصري بإعتبار أن النصوص الدستورية على خلاف النصوص التشريعية تتسم بصفة العمومية والجمود النسبي وهذا معناه ان المشرع الدستوري بوضعه الدستور ينوي عدم تغييره أو تعديله إلا بعد فترة زمنية طويلة نسبياً، فهذا بدوره يؤدي إلى صعوبة ثبات الإتجاه القضائي بصدد تفسير النصوص الدستورية، وخصوصاً إذا كانت منطوية على خطأ فهذا لابد من العدول عن هذا التفسير وأيراد تفسير جديد يتفق مع نصوص الدستور من ناحية ومع المتغيرات التي تحدث بالاجتماع من ناحية أخرى^(lxiii)، وفي هذا المجال يقول الدكتور عوض المر وهو رئيس المحكمة الدستورية العليا: "تفسير حجة الرقابة على الدستورية، لنصوص الدستور تفسيراً ديناميكياً، يمنحها معاني جديدة غير التي كانت عليها صورتها ابتداءً...."^(lxiv).

إذاً الفقه الدستوري والقضاء الدستوري في مصر متفقان على أنه يجب أن يحمل القاضي الدستوري معنى النص على النحو الذي يكون أكثر إستجابةً للحاجات المتطورة والإتجاهات المتغيرة في المجتمع. وهذا هو الأمر الذي يرر الإعترا ف للقاضي الدستوري للحق في التحول عن قراراته التفسيرية السابقة. وفي نفس إتجاه المحكمة الدستورية العليا في مصر، سارت المحكمة الإتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث كان ذلك واضحاً في القضية الشهيرة (The passenger case) حيث يقول رئيسها (Taney): "...إن آرائنا في تفسير الدستور تظل دائماً مفتوحة للبحث لإعادة النظر فيها إذا تبين أنها اقيمت على أساس خاطئ..."^(lxv). وخصوصاً أن القاضي الدستوري قد يخطئ في تحقيقه الهدف الأساسي من التفسير، وبذلك لا يجوز أن يغلق عليه باب العودة والرجوع عن تفسيره الخاطئ، إلا أنه لاشك أن الأمر كله مرهون بأن لا يؤدي تفسير الدستور إلى تعديله بغير الإجراءات الدستورية المطلوبة لتعديل الدستور^(lxvi). وإستطاع المجلس الدستوري في فرنسا أن يوسع من مجال القانون ويضيف القيمة الدستورية على مقدمة دستور 1958 من خلال أحكامه التفسيرية أثناء قيامه بالرقابة على دستورية القوانين، وما جرى عليه العمل في قضاء المجلس إن التفسير الصادر بمناسبة البحث في دستورية القوانين لا يكون ملزماً ويمكن العدول عنه في قضاء لاحق^(lxvii).

النصوص مفهومًا ومعنًا دون الحاجة لإستبدال النص بغيره، فالأخير ليس بالمتناول دائماً، وبتعبير آخر، إيراد تفسير قادر على إيجاد الحلول دون تدخل تشريعي، إذ أن المنطق القانوني والفلسفي يقتضيان منح القضاء الدستوري صلاحية التحول في أحكامه السابقة وفقاً لضوابط معينة؛ حايةً للدستور من التعديل من ناحية، وجعل هذا الدستور يواكب التطور الدائم في الحياة، من ناحية أخرى.

وبذلك تتمثل الأسس الفلسفية التي تكمن وراء التحول القضائي الدستوري بما يرد في المطلبين الآتيين: -

المطلب الأول

حماية الدستور من التعديل

الدستور وثيقة تتضمن بين نصوصها مجموعة من الرؤى السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في مجتمع معين فضلاً عن تضمينها للحقوق والحريات الأساسية للأفراد. ورغم كونها على قمة البناء القانوني في الدولة، فإن بعض نصوص الدستور قد تثير إشكالات في التطبيق، وخصوصاً إنها تنفذ لفترات طويلة غالباً، فقد تكون بعض النصوص يشوبها عدم الدقة في الصياغة أو تكون متعارضة مع بعضها سواء كان التعارض معاصراً أو لاحقاً لصدور الدستور أو قد تكون إرادة المشرع الدستوري غير واضحة. فضلاً عن ظهور مشكلات ترتبط بظهور حوادث أو مستجدات تحتاج إلى حلول دستورية.

لذا سنكون أمام حلول تتميز فيما بينها من حيث شرعيتها وسهولة إجرائها، والتي من أبرزها إجراء التعديل الدستوري، واللجوء إلى تفسير الدستور أو تعطيل نصوص الدستور إما بشكل رسمي أو فعلي. فالتعديل غالباً ما يتعسر بفعل الآليات الواجب إتباعها^(lxxviii)، والتعطيل يتصف بصفة العدوان على الدستور ولا يكون وسيلة محمودة لمواءمة الدستور مع الواقع، وبذلك يعد تفسير الدستور الوسيلة السريعة والشرعية لتطويرة، إذا تم وفق منهج علمي مدروس يتم تحديثه بمرور الوقت ليلام التطور، فيبقى النص قائماً والتغيير يطرأ على مفهومه ونطاقه وأبعاده فقط، فالوثيقة الدستورية تعبر عن فكر وأيديولوجية وفلسفة وهي ثوابت نادراً ما يطرأ عليها تغيير، وإذا طرأ عليها يكون تغييراً نسبياً وهذا التغيير النسبي يستوجب إنعكاسه على نصوص الدستور. على سبيل المثال، الدستور الأمريكي تجاوز عمره القرنين، مع هذا لانزال الفلسفة ذاتها تحكم نصوصه، ولتجاوز التطور المستمر إستطاعت المحكمة العليا ملء الفجوة بين الوثيقة والتطور من خلال التفسير وإعتاد روح وحوى النص. وبناءً على ذلك فإن القاضي الدستوري في العراق والنظم المقارنة إستخدم تفسير نصوص الدستور تفسيراً معاصراً في التحول القضائي الدستوري وذلك بظهور مستجدات تستلزم فهماً جديداً للنص الدستوري الذي سبق وأن تم تفسيره، سواء بتوسيع أو تضيق نطاق هذا النص أو تغيير دلالة أو توسيع إطار حكمته وهدفه، كل ذلك للحيلولة دون تعديل نصوص الدستور^(lxxix).

أي أن نصوص الدستور تظل صامدة وجامدة ألا أن يتدخل القاضي ويقرر المعاني المقصودة منها، من خلال تفسير هذه النصوص ثم تطوير التفسير وتغييره بإستخدام وسيلة التحول القضائي التي تعد من الوسائل

أما بالنسبة للمحكمة الاتحادية العليا في العراق فتتمتع بصلاحيات تفسير الدستور بموجب الدستور العراقي لسنة 2005، وقد لعبت المحكمة دوراً مهماً في هذا النطاق، إلا إنها لا تمارس إختصاصها التفسيري من تلقاء نفسها إنما تقوم بذلك بناءً على طلب، وهذا الشرط يمكن إستخلاصه من نص المادة (20) من النظام الداخلي لها^(lxxviii)، والمحكمة لا تختص بتفسير القوانين والأنظمة إستقلالاً، وقد بينت ذلك في قرارها رقم 18/اتحادية/2007 في 2007/9/11^(lxxix)، مع هذا إن المحكمة تصدت لتفسير نصوص القوانين، كما في طلب تفسير الفقرة (6) من المادة الأولى من قانون التقاعد الموحد رقم (27) لسنة 2007، وبناءً على ذلك، هناك من يرى أنه مامن أساس قانوني إستندت عليه المحكمة، ولا يقبل منها تذبذبها الواضح في قبول نص قانوني معين حيناً وعدم قبولها نصاً آخر في حين آخر بحجة عدم إختصاصها بتفسير نصوص القوانين وإختصاصها بتفسير نصوص الدستور فقط^(lxxx)، إلا إنها عدلت عن إتجاهها وامتنعت عن التصدي لتفسير نصوص القوانين العادية^(lxxxi) على إعتبار أن ذلك الأمر يدخل ضمن إختصاصات مجلس شورى الدولة في حالة الطلب، أما غير ذلك فقد يبادر المشرع إلى التفسير التشريعي^(lxxxii)، ولاشك أنه المحكمة الاتحادية لها أن تمارس تفسير القوانين العادية بمنااسبة الرقابة على دستورية القوانين كما هو الحال في تفسيرها للمواد (37، 38) من قانون الإستملاك 1981، في قرارها رقم 25/اتحادية/2007 في 2008/1/8^(lxxxiii).

ومن الجدير بالذكر أن تعدد قنوات التفسير الدستوري للمحكمة وتقديمها تفسيرات عبر هذه القنوات يؤدي إلى تقديم تفسيرات متلاحقة للنص الدستوري المراد تفسيره وتردد المحكمة بين أكثر من منهج تفسيري إزاء النصوص الدستورية المتكاثرة، على سبيل المثال هناك من يرى أنه ليس هناك سند واضح في إختلاف منهج المحكمة التفسيري تجاه نصين متصفين بالوضوح وقطعية الدلالة، فعند تفسيرها للنص الدستوري المتضمن (حق الجنسية لمن ولد لأم عراقية)^(lxxxiv)، بمنااسبة تدقيقها للطعون التمييزية على قرارات محكمة القضاء الإداري، فتأخذ بمذهب التفسير الحرفي، إلا إنها تأخذ بالتفسير الحر والتحري عن إرادة المشرع الدستوري من خلال الرجوع إلى غاية التشريع العادي بمنااسبة نظرها الدعوى الدستورية في تفسير النص الدستوري المتضمن (حق العمل للعراقيين كافة)^(lxxxv)، وتصل إلى تنقيح إطلاق النص بحق العراقي المتقاعد الذي ينوي العمل في دوائر الدولة بتخييره بين الراتب التقاعدي أو الراتب الذي سيحصل عليه بالعقد^(lxxxvi)، فيلاحظ أنه في كلا الدعويين كان تفسيرها مستنداً إلى نوع الدعوى أو القناة التفسيرية وليس إلى منهج علمي ثابت إلا إنها لجأت إلى ذلك لتجنب تقرير عدم الدستورية. مع ذلك فإنها في قراراتها قدمت تفسيراً ملزماً، وبقيناً أن المحكمة في جميع قراراتها تكون متقيدة بالدستور^(lxxxvii).

المبحث الثالث

الأساس الفلسفي للتحول القضائي الدستوري

لا يعد التحول القضائي غاية في ذاتها، إنما وسيلة لتحقيق المهمة المسندة إلى القاضي الدستوري، والتي تتمثل بإيجاد الحل للمسألة المعروضة أمامه وبالتالي تحقيق غرض أسمي غير معلن صراحة وهو ضمان تطوير

الفنية القضائية حين ينهض بها قضاة متخصصون و قادرون على كفالة حماية الدستور، وهي وسيلة إبداعية أبعد بكثير من المهام القضائية التقليدية التي يغلب عليها عنصر التفسير والتطبيق وخدمة المواطنين، فلم يعد دور القاضي يتحدد بالمهام التقليدية، إنما يمثل بعض المهام الإبداعية أثناء تفسير نصوص الدستور، حيث إن بعض النصوص تكون غير محددة وتحتاج إلى التأويل^(lxxx). وجدير بالملاحظة أن أهمية التحول القضائي الدستوري تظهر في المجتمعات الحالية والمتغيرة من كافة النواحي، والقضاة - باعتبارهم يشاركون الحياة الإجتماعية - فكل منهم توجهات فكرية معينة نحو قضايا مجتمعاتهم وتظهر هذه التوجهات في الأحكام القضائية التي تصدر منهم وهم بصدد معالجة المسائل الدستورية، وغالباً ما تتغير الظروف المحيطة بالمجتمع دون تدخل المشرع الدستوري بما يتلائم مع التغيرات وذلك في ظل جمود نصوص الدستور وعندئذ يكون على القاضي الدستوري واجب موافاة نصوص الدستور مع تطور المجتمع من خلال أخذ المستجدات بعين الاعتبار عند تفسير النصوص الدستورية. حيث أنه أمام عدم قيام السلطة بتعديل الدستور فإن المنطق القانوني يلزم القاضي الدستوري بأن يطبق الدستور إلى أن يعدل^(lxxxi)، وإذا قام بتغليب الواقع على القانون فذلك يكون هدرًا للنصوص الدستورية وهذا مالا يجوز فعله أن يؤدي وظيفته في المجتمع ضمن النطاق المشروع له^(lxxxii)، بشكل يترجم فيه مبدأ (لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان) على صعيد الواقع. والقاضي الدستوري عليه أن يتقيد بالوظيفة التفسيرية ويمتنع عن التعقيب على عمل المشرع بالنقد أو الاقتراح بحيث يستخدم التفسير حجة لتصويب أخطاء المشرع^(lxxxiii). فالتفسير بمعناه الفني الحقيقي لا يعني سوى إزالة الغموض عن النص الدستوري المراد تفسيره دون إضافة أي حكم جديد إليه أو حتى تعديله^(lxxxiv).

وفي معظم دول العالم مارس القضاء الدستوري دوراً فعالاً في نطاق التفسير الدستوري، حيث يعد القضاء صاحب الاختصاص الأصيل والطبيعي لتفسير الدستور سواء أعطي هذا الحق بموجب نص دستوري أم لا، فالقضاء يقوم بالتفسير عند النظر في دستورية القوانين^(lxxxv).

ونظرية التفسير المتطور للدستور لاقت إهتماماً بين الفقه والقضاء الدستوري، بسبب التطورات التي تحدث بعد وضع الدساتير، خاصةً التفافيات التي تتعلق بتنظيم موضوعات نصت عليها الدساتير كالحقوق والحريات^(lxxxvi)، فإذا قام القاضي الدستوري بأي توسعة في أسباب الحكم أو ظروفه هو تطوير للتفسير، أما تبديل فقرة الحكم في القرار التفسيري السابق يكون بمثابة تغيير للتفسير^(lxxxvii)، والذي يلجأ إليه القاضي من خلال وسيلة التحول. على سبيل المثال، إعطاء تفسير لحرية التعبير عن الرأي بالوسائل التي كفلها الدستور^(lxxxviii) بوسيلة التفسير اللفظي، ثم ظهرت تساؤلات بأن حرية التعبير تشمل الحق في الإضراب - هذا الحق لم ينص عليه الدستور العراقي - فلا شك إن هذا الحق من الحقوق المتفرعة أو اللازمة للتمتع بحرية التعبير، فالأمر يستوجب أن تقضي المحكمة بعد تفسيرها الأول لحرية التعبير عن الرأي، بأن هذه الحقوق تنطوي تحت حرية التعبير، فتقوم بإلحاق فروض جديدة بالتفسير وتقوم بتغييره ليواكب النص الدستوري التطور. فيتم الإعتماد على

التفسير الواسع من أجل تلافي تعديل الدستور كما هو الحال في فرنسا، وفي هذا الشأن يذكر الفقه الفرنسي إن القاضي الدستوري يفسر الدستور تفسيراً واسعاً، فقد ذكر الفقيه الأستاذ (Dominique Rousseau)، أن الدستور باعتباره موضع بواسطة رجال فيبقى مجرد وثيقة والقاضي الدستوري يلتزم بلحظة معينة بتحديد مضمون النص الدستوري، إلا إن الثبات على نفس المعنى لا يظل دائماً، فكلمة المساواة مثلاً، كانت تعني في البداية المساواة بين الرجال، ثم أخذت تعني المساواة بين الرجال والنساء، ثم أخذت معنى المساواة بين المواطنين والأجانب، فالكلمة لم تتغير إلا أن معناها تطور مع تطور طرق التفكير^(lxxxix). وفي هذا قرر المجلس الدستوري الفرنسي مبادئ معينة في ضوء التفسير المعاصر لنصوص الدستور وأطلق عليها المبادئ الضرورية للعصر كالحق في الإضراب^(xc). بالنسبة للقضاء الدستوري الأمريكي، بما إن شرط الوسائل القانونية السليمة^(xci) يعد من أهم الضمانات الدستورية التي وردت في التعديل الخامس على الدستور الأمريكي لسنة 1789 في نهاية القرن التاسع عشر، قامت المحكمة الاتحادية العليا بتوسيع تفسيرها لهذا الشرط وجعلت منها وسيلة لحماية مصالح الأفراد بالوقوف ضد تدخلات الحكومة من الناحية الإجتماعية والإقتصادية، وأصبحت المحكمة الاتحادية العليا تغير حدود هذا الشرط من قضية إلى أخرى حسب وجهة نظر القضاة تجاه القوانين التي تعرض عليهم، الأمر الذي دفع المحكمة من تغيير اتجاهها نحو بعض المسائل والتحول عن الكثير من قراراتها، فهي تأخذ بالتفسير الواسع لنصوص الدستور من خلال استخدام شرط الوسائل القانونية.

أما بالنسبة للفقه المصري فيرى أن تفسير الدستور متنوع ومتطور إستجابةً من القضاء لتغيير الظروف لكي لا يكون النص الدستوري بمثابة قالب جامد، إنما يعبر عن الحقائق الخالدة^(xcii). في هذا السياق قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر "إن النصوص الدستورية لا يجوز فهمها على حقة جاوزها الزمن، بل يتعين أن يكون نسيجها قابلاً للتطور كفاً لا يفترض فيه من إتساق مع حقائق العصر ..."^(xciii).

المطلب الثاني

رعاية المصالح العامة والحاجات المتطورة في المجتمع

أن مهمة القضاء الدستوري تتمثل بمواجهة الأحداث المستجدة والحاجات المتجددة للمجتمع والبحث عن الحلول المناسبة لها، فنصوص الدستور تحتاج إلى أن تكون عملاً حياً ومواكباً لما يصيب المجتمع من تطور في جميع النواحي، وبذلك فوسيلة التحول تتيح للقضاء الدستوري فرصة التجاوب مع إحتياجات المجتمع المتطورة لكي تكون نصوص الدستور عملاً حياً لا يتوقف نبضه.

والأحكام التي يصدرها القاضي الدستوري من خلال التحول تأخذ مضمونها من المصلحة العامة في المجتمع، فلا شك إن استقرار الإجتياز القضائي في موضوع معين على مبدأ قضائي يكون مؤدياً إلى استقرار الأحكام وأن تغيير الأحكام ليست مسألة إعتباطية، إنما يكون التغيير نتيجة أسباب جدية متعلقة بالمصلحة العليا للأفراد في حالة عدم وجود النص القاطع أمام قصور هذه المصالح، فالقاضي يعدل عن أحكامه السابقة وبذلك يتغير المبدأ الذي لولا إجتياز

القاضي لما حصل التغيير وأستمر الناس في مشقة من استمرارية ذلك المبدأ المعدول عنه، هذا كله على أن يقوم القاضي بالموازنة بين الأحكام الأصلية وما يؤول إليه تطبيق الواقع^(xciv). حيث يحق للقاضي أن ينظر في مدى تجاوب الأحكام مع الظروف من أجل تحقيق المصلحة العامة، لكي يدفع الضرر عن المجتمع، ومن هنا جاز له أن يتدخل في الحكم ويراعي حاجات الأفراد^(xcv). فالاعتبارات العملية تؤثر على تفسيرات القاضي الدستوري، وفي هذا الإطار يذكر الأستاذ الدكتور (يسري العصار) بأن القاضي الدستوري يصدر أحكامه بعد أن يدرس الآثار السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تترتب على هذه الأحكام ويفسر نصوص الدستور بشكل مرن لتحقيق هدفين: يمثل الأول، بإرساء دعائم المشروعية الدستورية. والثاني، يمثل بحماية الأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية في المجتمع وخاصة في أوقات الأزمات، فالقاضي الدستوري يصدر أحكامه التفسيرية في إطار نظام متكامل في المجتمع له دعائم يجب أن لا يتسبب في إهيارها ويرى بأن مراعاة القضاء الدستوري للاعتبارات العملية هي حقيقة يميزها هذا القضاء^(xcvi). رغم أنه لا يمكن وضع معيار محدد لهذه الاعتبارات فهي تتصل بسياسة القاضي في ظل الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية. ونتيجة للتطور المستمر في هذه الظروف، فالاعتبارات بدورها لابد أن تتطور. وقد أخذت هذه الاعتبارات دوراً كبيراً في اتجاهات القضاء الدستوري، ففي القضاء الدستوري الفرنسي، أكد المجلس الدستوري بأن إستقرار المرفق العام يكون مبدأ له قيمة دستورية، وبالتالي يجوز للمشرع أن يضع قيود وضوابط لحق الإضراب تتكفل بضمان إستقرار عمل المرفق العام، بحيث يمكن أن يمنع الإضراب للعاملين الذين يقومون بتقديم الخدمات للمواطنين بشكل مباشر، فتوقعهم عن العمل يؤدي إلى الإخلال بحاجات الأفراد الأساسية^(xcvii).

كذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر أخذت بالاعتبارات العملية حين قضت بأن إنتخابات مجلس الشعب التي إجريت على نص تشريعي مقضي بعدم دستوريته يؤدي إلى بطلان تكوينه، مع هذا قضت بأن ما أصدره هذا المجلس من قوانين وقرارات سابقة لنشر حكم المحكمة في الجريدة الرسمية تبقى نافذة، ما لم يقرر إلغائها من الجهة المختصة، على الرغم من أن مابنى على باطل فهو باطل، حتى أنه اعتبر الفقه قرار المحكمة هذا، مثال رائع لحسن السياسة القضائية للمحكمة، لأن إعتبارات الإستقرار قضت أن يكون عدم دستورية القانون لا يمس القوانين المعمول بها قبل نشر الحكم^(xcviii).

وكذلك العدول والتطور في أحكام المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بسبب ما طرأ على الحياة الاقتصادية فيها من تغيير، وعلى أثر تولي الحزب الجمهوري مجلس الرئاسة الذي يمثل طبقة الرأسماليين، لجأت الحكومة المركزية في نهاية القرن التاسع عشر إلى التدخل في بعض مظاهر الحياة الاقتصادية، وقد بلغ ذلك حداً كبيراً في عهد الرئيس روزفلت، وهذا ما دفع بالمحكمة إلى أن تتحول عن إتجاهها وأعطت الحماية الدستورية للطبقة الرأسمالية عن طريق تفسيرها الجديد لشرط الوسائل القانونية السلمية فتوسعت في تفسير هذا الشرط بالشكل الذي يحمي مصالح الرأسماليين^(xcix)، فعندما قام (روزفلت) بتقديم مجموعة من القوانين المعروفة

باسم (New Deal) والتي كانت تختص بتنظيم الأسعار والأجور، بهدف مواجهة الأزمة الاقتصادية سنة 1930 ومجلس الشيوخ الأمريكي أقر هذه القوانين، وعندما تم عرضها على المحكمة العليا قضت بعدم دستورها، بإعتبار أنها تخالف الحرية الاقتصادية والاجتماعية، وعلى أثر فوز المدعو (روزفلت) في الإنتخابات الرئاسية، أدركت المحكمة تأييد الجماهير لسياسة الرئيس روزفلت وهذا ما جعلها تتحول عن إتجاهها المعارض لقوانين الاقتصاد المقدمة من الرئيس وأقرت بدستورها^(c).

الخاتمة

وفي ختام بحثنا الموسوم باسم (أسس التحول القضائي الدستوري)، سوف نعرض أهم الإستنتاجات والمقترحات:

أولاً: الإستنتاجات

1- يعد التحول القضائي الدستوري وسيلة من الوسائل الفنية التي تمكن القاضي الدستوري من تصحيح قضائه عند الضرورة، والحرص على تفعيل الدستور- بإعتباره ترجمة حقيقية للفكر السائد في المجتمع والظروف التي يمر بها - و جعله قابلاً للتطبيق المستمر. ويعد مسألة قضائية ترجع إلى القاضي نفسه، إلا أنه يوجد إعتراف تشريعي له في بعض النظم القانونية وذلك وفق شروط معينة.

2- التفسير المعاصر للدستور هو الذي يرر الاعتراف للقاضي الدستوري بالحق في التحول عن حكمه السابق أو العدول عن مبدأ قانوني قرره في قضائه سابقاً.

3- لا يعد التحول غاية في ذاتها، بل وسيلة يلجأ إليها القاضي الدستوري لأداء المهمة المسندة إليه بإيراد تفسير قادر على إيجاد الحل للمسألة المعروضة عليه دون الحاجة إلى إستبدال نص الدستور من ناحية ومن ناحية أخرى جعله يواكب التطور الدائم في الحياة.

4- أن التحول القضائي يكون بسبب تغيير الظروف أمام جمود النص القانوني أو بسبب الخطأ الوارد في الحكم القضائي؛ فيلجأ القاضي إلى التحول بإرادته، وهذا هو الأصل وقد يحدث التحول بسبب تغيير نص القانون. إلا أن التحول القضائي الدستوري يحقق النتائج المرجوة منه إذا كان إرادياً يرجع إلى حدوث تغيير في الواقع وليس تحولاً لإرادياً يرجع إلى إرادة سلطة تعديل نص القانون.

5 - إن تطبيقات القضاء الدستوري المقارن حول التحول تؤكد أن مبدأ السوابق القضائية لم يقف حائلاً أمام فكرة التحول القضائي الدستوري.

6- إبتعدت المحكمة الاتحادية العليا في العراق عن دورها في تطوير نصوص الدستور وجعلها تستجيب للأوضاع المستجدة، حتى إنها إقتربت من عدم إحقاق الحق؛ وذلك يرجع لمسكها بحرفية الألفاظ التي وردت في نصوص الدستور، دون أن تدرك لزوم تفسير النص الدستوري على النحو الذي تنتهي به المنازعة، حيث إن إفتقاد عملها التفسيري لمنهج علمي سليم جعل منها أن تلجأ إلى إصدار قرارات متباعدة في الحالات التفسيرية المتشابهة وبالتالي تحولت عن قراراتها دون الإستناد إلى أساس قانوني سليم وقضت بعدم إختصاصها بموضوع الدعوى في طلبات تفسيرية أحياناً ونظرت في دعاوى تنطوي على ذات الموضوع وأصدرت الحكم فيها أحياناً أخرى.

ثانياً: المقترحات

إكسبست خبرة قديمة في هذا المجال، مقارنةً بمحكمة الدستورية التي هي حديثة النشأة.

6. أن يكون تحول المحكمة عن أحكامها السابقة بشكل صريح وليس ضمني لتأكيد الثقة في أحكام المحكمة فالتحول الصريح عن السوابق يكون بمثابة دليل على تطور المبادئ الدستورية بما يتلائم مع تطور المجتمع. ولا يفرض القاضي في استخدامه بحيث يهدد استقرار المراكز القانونية للأفراد.

7. نرى إن ضرورة العمل القضائي تقتضي ألا تمنع المحاكم من تطوير إجتهادها والتحول عن أحكامها السابقة بحجة إحترام الأمن القانوني، إلا إننا نؤكد أن يكون تحول المحكمة بالحد الذي لا يغيب معه إحترام الحقوق والمراكز المكتسبة للأفراد، فهي من دعائم دولة القانون، دون أن تكون عائقاً أمام أداء القاضي لمهامه المفروضة عليه بطبيعة وظيفته. وبناءً على ذلك يجب أن يكون لجوء القاضي إلى التحول أمراً محدوداً وفي حالات إستثنائية وقليلة الوقوع، كما إن التحول القضائي لأجل المستقبل ينطوي على إحترام لمبدأ الامن القانوني بإعتبار إن الحل الجديد لا يطبق إلا بالنسبة للمستقبل وخصوصاً إذا كان يمس المراكز القانونية التي إستقرت قديماً.

قائمة المصادر

أولاً: المعاجم والقواميس

1. الإمام العلامة إبي الفضل جال الدين محمد بن مكرم إبن منظور الأفرقي والمصري، لسان العرب، طبعة جديدة، المجلد الرابع، دار حامد للطباعة والنشر، لبنان، 2005.
2. جبرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، بيروت مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ط²، 2009.
3. حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني انكليزي _عربي، بيروت، مكتبة لبنان، ط²، 2008.
4. فادي أسعد فرحات وميشال إبراهيم ساسين، المعجم القانوني /إنكليزي /عربي/فرنسي (The Juridical dictionary) دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.

ثانياً: الكتب

1. د.إحسان المرفجي وآخرون، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد /كلية القانون، 1989.
2. د.إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016.
3. د.أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ط²، 2000.

1. نقتراح على المشرع العراقي إضافة مادة إلى قانون المحكمة الاتحادية على أقل تقدير تبين الأساس القانوني للتحويل القضائي الدستوري، كي تستند عليه المحكمة الاتحادية العليا في تحولها عن أحكامها القضائية السابقة عند الضرورة. ونقتراح أن تكون صياغة النص كالآتي "للمحكمة التحول عن أحكامها السابقة، إذا كانت منطوية على خطأ أو لإزالة الجمود والإستجابة للتطورات الراهنة في المجتمع؛ ذلك على النحو الذي يتفق مع نصوص الدستور".

2. التحول يجب أن لا ينطوي على هدر لأصل الدستور والمبادئ الثابتة فيه وأن تكون الغاية المرجوة منه تيسير حصول الأفراد على الحقوق والحريات الممنوحة لهم في ظل الدستور، ويستخلص كنتيجة طبيعية لتطور رؤية القاضي لموضوع معين وبشكل تدريجي وبالتالي يرتب آثاراً إيجابية تدعم الحقوق والحريات .

3. أن يكون تحول المحكمة عن أحكامها السابقة بشكل صريح وليس ضمني لتأكيد الثقة في أحكام المحكمة فالتحول الصريح عن السوابق يكون بمثابة دليل على تطور المبادئ الدستورية بما يتلائم مع تطور المجتمع.

4. إن تأثير النظام السياسي يمتد إلى عمل المحكمة سواء سلباً أو إيجاباً، لذا نقتراح على المحكمة أن تقوم بعملها بالموازنة بين الإعتبارات القانونية والسياسية وهي بصدد إصدار أحكامها فإذا غلبت الإعتبارات السياسية وأهدرت القانونية فهي تفقد إستقلالها وإذا عملت بالإعتبارات القانونية دون أن تأخذ بعين الإعتبار النظام السياسي فقد يحد ذلك من فعالية دورها، وتأسيساً على ذلك عليها أن تؤدي وظيفتها من خلال موازن دقيقة في ظل هذه الظروف. فالقاضي بتحوله لا يصدر أحكامه من الفراغ أو بطريقة نظرية مجتة إنما يقوم بالجوء إلى التحول في إطار نظام سياسي واجتماعي واقتصادي متكامل له أسس معينة، يتعين على القاضي أن يقوم بحمايتها ، ويراعي إعتبارات التطور في نظام المجتمع.

5. المحكمة الاتحادية العليا العراقية تحولت عن أحكامها من خلال ذلك قيامها بتفسير نصوص الدستور ويتوقع أن تتوسع في تحولها لطبيعة ومضمون دستور 2005 النافذ الذي يحتوي على قصور في نصوصه وذلك لكتابته في فترة قصيرة وعلى وجه الإستعجال، إلا إنه لابد أن يكون التحول مبرراً لتأكيد المشروعية الدستورية وضمان أكبر للحقوق. وأن تجعل المحكمة الاتحادية العليا في العراق نشاطها التفسيري لتطوير نصوص الدستور وجعله يلائم الأحداث المستجدة في ضوء الأهداف التي أرادها المشرع الدستوري ولا تقف طويلاً أمام التفسير الحرفي لها. ونقتراح عليها، في حال عرض دعاوي عليها إن تتأمل المبادئ المستقرة عالمياً في المحاكم الدستورية في الدول المختلفة وأهمها المحكمة العليا في أمريكا، بإعتبارها قد

23. د.علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور، مكتبة السهنوري، بغداد، 2011.
 24. د.علي هادي عطية الهلالي، المستنير من تفسير أحكام الدساتير، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016.
 25. دعوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملا محمدا الرئيسة، بدون دار وسنة النشر.
 26. د.فايز محمد حسين، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه، دار المطبوعات الجامعية، مصر، بدون سنة النشر.
 27. د.فرمان درويش، إختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، التفسير للنشر والإعلان، أبريل، 2013.
 28. القاضي نبيل عبدالرحمن حياوي، ضمانات الدستور، ط²، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
 29. د.مجدي مدحت النهرى، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستورى، مكتبة الجلاء الجديد، المنصورة، 2003.
 30. د.محمد عبد اللطيف، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، الكويت، 1999.
 31. د.محمد عبدالمحميد أبو زيد، سلطة الحاكم في تغيير التشريع شرعاً وقانوناً، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
 32. د.محمود جلال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، القاهرة، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، 1969.
 33. د.مصطفى محمد عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الاجنبية، مكتبة سعيد رأفت جامعة عين شمس، بدون سنة النشر.
 34. د.هشام محمد فوزي عبد الفتاح، رقابة دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
 35. د.يسري العصار، التصدي في القضاء الدستورى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
 36. د.يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، أين النديم للنشر والتوزيع، بيروت، 2009.
- ثالثاً: البحوث القانونية**
1. ميثم حنظل شريف وصبيح وحوح حسن الصباح، أثر تفسير نصوص الدستور على أحكام القضاء الدستورى، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 25، العدد 13، لسنة 2017.
- رابعاً: الرسائل والأطاريح**
1. د.إبراهيم محمد صالح الشرفاني، تدويل مظاهر السيادة و دورها في حفظ السلم والأمن الدوليين، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسية /جامعة دهوك، 2008.
 2. هديل محمد حسن المياحي، العدول في أحكام القضاء الدستورى في العراق، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2015.
 4. د. أحمد فتحى سرور، الشرعية الدستورية، وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
 5. د.أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1960.
 6. د.آلاء محمدي مطر، حجية أحكام وقرارات القضاء الدستورى، ط¹، مكتبة زين الحقوقية، 2019.
 7. د.حسن شلبي يوسف، الضمانات الدستورية للحريات الشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
 8. د.حسن محمد أبو السعود، مذكرات في أصول القانون، مطبعة الفيض الأهلية، بغداد، 1941.
 9. د.حسين جبرحسين الشويلي، قرينة دستورية التشريع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط¹، 2018.
 10. د.رجب محمود طاجن، ملامح عدم الرجعية في القضاء الدستورى والإدارى، ط¹، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
 11. د.رفعت عيد السيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
 12. د.رمزي الشاعر، النظام الدستورى المصرى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
 13. د.رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مطابع التيسير، القاهرة، 2004.
 14. د.سامي جلال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار الجامعة للنشر، القاهرة، 2013.
 15. د.شاكر راضي شاكر، إختصاص القاضي الدستورى بالتفسير الملزم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
 16. د.عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، منشورات جامعة الكويت، 2000.
 17. د.عبد الحفيظ الشبي، التحول في أحكام القضاء الدستورى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
 18. د.عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
 19. د.رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مطابع التيسير، القاهرة، 2004.
 20. د.عبد المجيد عباس، أصول القانون، بغداد، طبعة المعارف، ط¹، 1947.
 21. د.عزيزة الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، مطبوعات جامعة الكويت، 1995.
 22. د.عصمت عبدالله الشيخ، مدى إستقلال القضاء الدستورى في شأن الرقابة على دستورية التشريعات بالتركيز على النظامين المصرى والكويتى، دار النهضة العربية، مصر، 2009.

خامساً: الدساتير والقوانين

أ- الدساتير

8. حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 47 سنة 3 دستورية قضائية في 1983/3/11.
9. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 47 سنة 3 دستورية قضائية في 1983/3/11
10. حكم المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم 13 سنة 12، بتاريخ 1992/2/2.
11. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 22 لسنة 8 دستورية في 1992/1/4.
12. حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 14 لسنة 16 قضائية دستورية في 1996/6/15.

المواقع الإلكترونية

1. الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية
2. البوابة القانونية لمحكمة النقض في فرنسا، <https://supreme.justia.com>
3. الموقع الإلكتروني، https://www.cc.gov.eg>Legal_Dictionar
4. الموقع الإلكتروني لجامعة مينيسوتا، <https://www.hrlibrary.umn.edu>.
5. د. محمد حسناوي شويح، الطبعة القانونية للتفسير الصادر من المحكمة الاتحادية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.staff.uokufa.edu.iq
6. د. عبد اللطيف القرني، المبادئ القضائية بين التغير والتعديل، مقال أكاديمي من أرشيف الشؤون القانونية منشور على الموقع www.startimes.com.
7. الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا في العراق <https://www.iraqfsc.iq>
8. بوبشير محمد امقران، تغير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، منشور على الموقع الإلكتروني <https://Manifest.univ-ouargla.d>

الهوامش

- (i) الإمام العلامة إبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم إبن منظور الأفرقيي والمصري، لسان العرب، طبعة جديدة، المجلد الرابع، دار حامد للطباعة والنشر، لبنان، 2005، ص 275.
- (ii) جبرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، بيروت مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ط 2، 2009، ص 504.
- (iii) نقلاً عن د. عبد الحفيظ الشبيبي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، القاهرة، دار لهضة العربية، 2008، ص 16 و 24.

1. دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
2. دستور جمهورية العراق لسنة 2004
3. القانون الأساسي العراقي عام 1925.
4. الدستور البلجيكي (The Belgium Constitution) لعام 1831.
5. دستور ألمانيا الاتحادية لعام 1949
6. دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1789.
7. دستور إسبانيا لسنة 1978

ب - القوانين

1. قانون إنشاء المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (30) لسنة 2005.
2. قانون عقد المعاهدات العراقي رقم (38) الصادر في عام 2015.
3. قانون وزارة التزينة رقم (34) لسنة 1998.
4. النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق، رقم (1) لسنة 2005.
5. قانون إنشاء المحكمة العليا المصرية رقم (81) لعام 1969.
6. قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979.
7. القانون المدني الفرنسي لعام 1804 (code civil 1804).
8. القانون الخاص بالمحكمة الدستورية الإسبانية رقم 2/1979 الصادر في (3) أكتوبر 1979.

الأحكام والقرارات :

1. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 3/اتحادية /2003 في 2003/5/6.
2. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق بالعدد 8/اتحادية/2007 في 2007/7/16.
3. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق بالعدد 13/اتحادية/2006 في 2007/7/16.
4. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 35/اتحادية /2008 في 2009/1/12.
5. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 35/اتحادية /2008 في 2009/1/12.
6. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 45/اتحادية/2012 في 2012/9/19.
7. حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 1 لسنة 1 قضائية، جلسة أول مارس 1980.

(xviii) المادة الخامسة من القانون المدني الفرنسي لعام 1804 (code civil 1804) الذي وضعه نابليون ولحد الآن نافذ المفعول ووجرت عليه بعض التعديلات ليواكب التطور. و التي تنص على: "يمنع على القضاة أن يفصلوا بصيغة الأحكام العامة والتنظيمية في القضايا المقدمة إليهم".
Disposition générale et réglementaire sur les causes qui (Ieur Sont Soum ises).

(xix) ينظر المادة (13) من القانون الخاص بالمحكمة الدستورية الإسبانية رقم 2/1979 الصادر في (3) أكتوبر 1979.

(xx) تنص المادة (2/24) من دستور إسبانيا لسنة 1978 على "لجميع الأشخاص أيضاً الحق في قاض يعينه القانون مسبقاً، والحق في الدفاع ومؤاورة المحامي، ومن حقهم كذلك أن يتم إبالغهم بالتهمة الموجهة لهم، وأن تعقد لهم محاكمة علنية دون أي تأخير غير قانوني ومع كافة الضمانات،...".

(xxi) لمزيد من التفاصيل راجع د. عبد الحفيظ الشبي، التحول في أحكام القضاء، المصدر السابق، ص 69.

(xxii) ينظر المادة (2/23) من دستور إسبانيا لسنة 1978، والتي تنص على "يحق للمواطنين أيضاً أن يتقلدوا المناصب والوظائف العمومية على قدم المساواة وحسب الشروط التي تنص عليها القانون".

(xxiii) راجع د. عبد الحفيظ الشبي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، المصدر نفسه، ص 70-71.

(xxiv) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ط 2، 2000، ص 315.

(xxv) ينظر المادة (1/6) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950، والتي تشير إلى حق كل إنسان في محاكمة عادلة وتبين الإجراءات التي تضمن نزاهة المحاكمة كالحق في الدفاع أمام محكمة مستقلة وصدور الحكم علناً مع جواز منع الصحافة من حضور الجلسات وغيرها. منشور على الموقع الإلكتروني لجامعة منيسوتا، <https://www.hrlibrary.umn.edu> تاريخ الزيارة 2019/6/27.

(xxvi) المادة (23) من الدستور البلجيكي (The Belgium Constitution) لعام 1831 والتي تنص على

"the right to social security, to health care and to social medical and legal aid"

مأخوذ من الموقع الإلكتروني <https://www.constituteproject.org> 2019/7/26.

(xxvii) لمزيد من التفاصيل حول موقف المحكمة، راجع د. عبد الحفيظ الشبي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، المصدر السابق، ص 78-72.

(xxviii) Article (138) of the Federal Constitution Law of Austria (1920).

ولمزيد من التفاصيل راجع د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المصدر السابق، ص 262.

(xxix) ميثم حنظل شريف وآخرون، المصدر السابق، ص 1189.

(xxx) الذي عمل كعضو في المجلس الدستوري لتسع سنوات مابين الفترة (1965 - 1974).

(iv) فادي أسعد فرحات وميشال إبراهيم ساسين، المعجم القانوني /إنكليزي /عربي/فرنسي (The Juridical dictionary) دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص 439.

(v) حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني إنكليزي -عربي، بيروت، مكتبة لبنان، ط 5، 2008، ص 504.

(vi) فادي أسعد فرحات وميشال إبراهيم ساسين، المصدر السابق، المجلد العاشر، ص 62، 63.

(vii) جبرار كورنو، المصدر السابق، ص 827.

(viii) البوابة القانونية لمحكمة النقض في فرنسا، https://www.cc.gov.eg>Legal_Dictionary تاريخ الزيارة 2019/5/7.

(ix) لم يرد لفكرة التحول في أحكام القضاء تعريف قانوني محدد، فلا نجد في الدستور ولا في التشريع العادي أو اللائحي نصاً يتضمن تعريفاً لها، ولا حتى في القوانين المتعلقة بالقضاء الدستوري العراقي والقضاء الدستوري المقارن، كما إن القضاء أيضاً لم يعرف التحول، رغم أن فكرة التحول تعد عملاً قضائياً، بل إن القضاء يعد متردداً في الإعلان عن التحول في أحكامه بشكل صريح ويمكن ملاحظة ذلك من قرارات المجلس الدستوري الفرنسي، حيث إن تعبير التحول لم يرد صراحة وإنما يمكن إستخلاصه بصورة ضمنية من قراراته. وبغياص التعريف التشريعي للتحول القضائي، حاول الفقه أن يضع تعريفاً له. لمزيد من التفاصيل راجع د. عبد الحفيظ الشبي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، المصدر السابق، ص 13.

Le revirement pour l'avenir, J.C.P, 1994, n3776, p.328. Mouly C(x).

مشار إليه في، ميثم حنظل شريف وصبيح وحوح حسن الصباح، أثر تفسير نصوص الدستور على أحكام القضاء الدستوري، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 25، العدد 13، لسنة 2017، ص 1192.

(xi) أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1960، ص 14.

(xii) S. Coursoux, le revirement de jurisprudence du conseil constitutionnel en contentieux de la constitutionnalite ANRT, 2004, P.319ets

نقلاً عن د. عبد الحفيظ الشبي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، المصدر السابق، ص 25.

(xiii) مشار إليه في، د. عبد الحفيظ الشبي، المصدر نفسه، ص 22.

(xiv) د. رجب محمود طاجن، ملامح عدم الرجعية في القضايا الدستورية والإداري، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 342 و 343.

(xv) لمزيد من التفاصيل راجع د. عبد الحفيظ الشبي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، المصدر السابق، ص 159 - 199.

(xvi) أنظر في نفس المعنى، د. رجب محمود طاجن، المصدر السابق، ص 364 و 365.

(xvii) د. بوشير محمد امقران، تغير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، منشور على الموقع الإلكتروني

<https://manifest.univouargla.dz> تاريخ الزيارة 2019/7/26.

(lii) حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 1992/2/2، الدعوى رقم 13 سنة 12.
(liii) ينظر المادة (17) من قانون عقد المعاهدات العراقي رقم (38) الصادر في عام 2015، والتي تنص على إنه " يخضع لإلتزام جمهورية العراق بالمعاهدات المعقودة وفقاً لأحكام هذا القانون إلى موافقة مجلس النواب على قانون التصديق على المعاهدة أو قانون الإنضمام عليها بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس،...".

(liv) ينظر المادة 9/أولاً/د من دستور 2005.
(lv) دسامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار الجامعة للنشر، القاهرة، 2013، ص 96.

(lvi) كالمبادئ التي إبتدعها مجلس الدولة الفرنسي للحفاظ على حقوق وحريات الأفراد تجاه السلطات الإدارية في حالة غياب النصوص المكفولة بجماعتهم، وقد لجأ مجلس الدولة الفرنسي إلى نظرية المبادئ العامة للقانون وهو بصدد تحديد الاختصاصات بين القانون واللائحة وكانت المرة الأولى عام 1969، حيث إعتبر سكوت الإدارة الذي هو قرار إداري بالرفض من المبادئ العامة للقانون، وفي عام 1972 ضم مبدأ آخر وهو الحق في الدفاع بعد ذلك مبدأ عدم الرجعية في المجال الضريبي. وقد أعتبر الفقه الدستوري قرارات المجلس هذه بأنها توسع مجال القانون وتوفر حماية أكبر لحقوق الأفراد وحرياتهم. راجع د. عبد الحفيظ الشبي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 522 و 523.

(lvii) نقلاً عن د. حسين جبر حسين الشويلي، قرينة دستورية التشريع، المصدر السابق، ص 226.

(lviii) حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 14 لسنة 16 قضائية دستورية في 15/6/1996.

(lix) قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 35/اتحادية 2008/ في 12/1/2009.

(lx) راجع د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط 1، المصدر السابق، ص 65.

(lxi) فقد نصت م(4) ف² من قانون إنشاء المحكمة العليا رقم (81) لعام 1969 على أنه " تختص المحكمة العليا بتفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها وأهميتها ضماناً لوحدة التطبيق القضائي " وقد فسر الفقه هذا النص بأحقية المحكمة العليا بتفسير القانون بمعناه الواسع بما في ذلك الدستور، عن طريق الطلب الرسمي، على إعتبار إن النص جاء عاماً وبسري على نصوص القانون بصفة عامة بغض النظر عن مصدرها سواء كانت تشريعية أم دستورية. يرجع في ذلك، د. رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري، المصدر السابق، ص 321 وما بعدها.

(lxii) حكم المحكمة الدستورية العليا، رقم 1 لسنة 1 قضائية، جلسة أول مارس 1980، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء الأول، ص 209.

(lxiii) د. رمزي طه الشاعر، النظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة النشر، ص 376.

(lxiv) د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، بدون دار وسنة النشر، ص 821 و 822.

(lxv) The Passenger Cases, 48 U.S.283(1849)

(xxxii) مشار إليه في د. مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري، مكتبة الجلاء الجديد، المنصورة، 2003، ص 79.
(xxxiii) د. يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، أب نديم للنشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص 319 و 320.

(xxxiii) د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص 42 و 43.
(xxxiv) د. حسين جبر حسين الشويلي، قرينة دستورية التشريع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 2018، ص 151.

(xxxv) لمزيد من التفاصيل راجع، د. بياحة دستور فرنسا لعام 1946 وإعلان الحقوق والمواطن الفرنسي لعام 1789 و الميثاق الأوربي للبيئة لعام 2004.
(xxxvi) المادة الثانية من دستور مصر لعام 1971. ولقد نقل دستور 2012 النص حرفياً وضمنه في المادة الثانية منه.

(xxxvii) المادة الثانية البند أولاً من الدستور العراقي.

(xxxviii) قرار المحكمة رقم 45/اتحادية 2012 في 19/9/2012، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة www.iraqfsc.iq.

(xxxix) د. حسين جبر الشويلي، قرينة دستورية التشريع، المصدر السابق، ص 161 - 164.

(xl) البند أولاً من الفقرة (ب) من المادة الثانية من دستور العراق النافذ.

(xli) د. عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 10. ود. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مطابع التيسير، القاهرة، 2004، ص 720.

(xlii) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق بالعدد 8/اتحادية 2006 في 29/5/2006، حيث ورد ضمن أسباب القرار، إن تعيين المرجع للطعن من قبل قانون التقاعد يحول دون تقرير تعارضه مع مبدأ إستقلال القضاء.

(xliii) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 47 سنة 3 دستورية قضائية في 11/3/1983.

(xliv) د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، المصدر السابق، ص 46.

(xliv) د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، تدويل مظاهر السيادة و دورها في حفظ السلم والأمن الدوليين، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسية /جامعة دهوك، 2008، ص 117 وما بعدها.

(xlvi) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 22 لسنة 8 دستورية في 4/1/1992.

(xlvii) Article (25), Basic Law for the federal republic of Germany 23 May 1949.

(xlviii) ينظر المادة (6) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1789.

(xlix) الفقه إتجه إلى اتجاهين حول مدى صلاحية القاضي الدستوري باللجوء إلى الإستدلال من الصكوك الدولية لتقرير دستورية القوانين: إتجاه أجاز ذلك، بينما الإتجاه الآخر رفض لجوء القاضي إلى هذه الوسيلة. يرجع في تفصيل ذلك، د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، المصدر السابق، ص 120.

(l) د. يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، المصدر السابق، ص 312 و 313.

(li) د. حسين جبر حسين الشويلي، قرينة دستورية التشريع، المصدر السابق، ص 175 - 177.

د. القاضي نبيل عبدالرحمن حياوي، ضمانات الدستور، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص 75.

(lxxxi) د. محمد صلاح عبد البديع، قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 96.

(lxxxiii) هناك من أنتقد موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق بأنها ذهبت إلى عكس ذلك في قرارها بالعدد 278 / ت / 2006 في 2006/12/6، الذي قضت فيه بإمكانية مجلس النواب أن يخول هيئة رئاسة المجلس بتحديد حالة الطوارئ، رغم أن الدستور لم ينص على تحويل هذه الصلاحية من قبل المجلس إلى هيئة الرئاسة. لمزيد من التفاصيل راجع د. علي هادي عطية الهلالي، المصدر السابق، ص 24.

(lxxxiv) يقصد بتفسير النص الدستوري تحديد معنى القاعدة الدستورية عن طريق إزالة الغموض عنها وبيان مداها عن طريق إستكمال نقائصها وذلك بعدم الوقوف على المعنى الظاهر المباشر لألفاظ النص الدستوري. د. إحسان المفرجي وآخرون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد / كلية القانون، 1989. النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، ص 242.

(lxxxv) د. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور، المصدر نفسه، ص 66، 68.

(lxxxvi) في إسبانيا، المحكمة الدستورية تتبع أسلوب التفسير الواسع من خلال ربط النص الدستوري محل التفسير بالظروف المحيطة بالجمعية، خصوصاً النصوص التي تتعلق بالحقوق والحريات، فتفسرها بالإستناد إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمعاهدات المصادق عليها من قبل الدولة، نقلاً عن أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المصدر السابق، ص 252.

(lxxxvii) د. علي هادي عطية الهلالي، المستنير من تفسير أحكام الدساتير، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016، ص 223.

(lxxxviii) لاحظ المادة (38/أولاً) من الدستور العراقي النافذ، والمادة (65) من الدستور المصري لسنة 1971.

(lxxxix) انظر مقالة Dominique Rousseau: مشار إليه في دمجدي مدحت النهري، المصدر السابق، ص 62.

(xc) قرار المجلس C.C., 25 Juillet 1979, Rec. p. 33. مشار إليه في دمجدي مدحت النهري، المصدر نفسه، ص 60.

(xci) فكرة الوسائل القانونية السلمية (due process of law) هي مرادفة لعبارة قانون البلاد (Law of the Land)، التي وردت في العهد الأعظم والتي تعني وجوب تحقق النزاهة والعدالة في الإجراءات التي يتم من خلالها تطبيق القانون في المسائل المدنية والجنائية والإدارية. وبعبارة أخرى إن الفكرة ليست قيد على قيام السلطات بتقييد حريات الأفراد والمساس بممتلكاتهم، إنما يكون قيداً على الوسائل التي يتبعها السلطات للقيام بذلك بشكل يدفع الحكومة إلى التعرض للأفراد ضمن الحدود الموضوعية الجائزة. وقد انتقلت الفكرة إلى القانون الأمريكي من خلال المستعمرات البريطانية وظلت قاصرة على النواحي الإجرائية ولم تمتد إلى الناحية الموضوعية لعمل السلطات إلا في القرن التاسع عشر. لمزيد من التفاصيل، راجع د. حسن شليبي يوسف، المصدر السابق، ص 202 و 203.

منشور على الموقع الإلكتروني <https://supreme.justia.com> تاريخ الزيارة 2019/5/24. ولمزيد من التفاصيل، راجع د. أحمد كمال أبو المجد، المصدر السابق، ص 232.

(lxxvi) د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية، منشورات جامعة الكويت، 2000، ص 357 وما بعدها.

(lxxvii) مصطفى محمد عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، مكتبة سعيد رأفت جامعة عين شمس، بدون سنة النشر، ص 40.

(lxxviii) تنص المادة (20) من النظام الداخلي للمحكمة على إنه "تقدم الدعاوي والطلبات إلى المحكمة الاتحادية العليا..."

(lxxix) الذي جاء فيه "أن المادة (93) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 والمادة (4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا قد حددتا اختصاصات المحكمة الاتحادية، وليس من بينها تفسير النظام الداخلي للمجلس الوطني المؤقت، حيث أن المادة (93) من الدستور قد حددت اختصاص المحكمة في مجال التفسير، بتفسير نصوص الدستور حصراً، لذا يكون طلب مجلس النواب بتفسير المادة (22) من النظام الداخلي للمجلس الوطني المؤقت خارج اختصاص المحكمة الاتحادية العليا"

(lxx) د. فرمان درويش محمد، اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، التفسير للنشر والإعلان، أبريل، 2013، ص 386. ود. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011، ص 211.

(lxxi) د. أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص 203.

(lxxii) محمد حسناوي شويح، الطبيعة القانونية للتفسير الصادر من المحكمة الاتحادية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.staff.uokufa.edu.iq تاريخ الزيارة تاريخ 2019/5/13.

(lxxiii) منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة.

(lxxiv) لاحظ المادة (18/ف2) من الدستور العراقي النافذ.

(lxxv) لاحظ المادة (22) من الدستور العراقي النافذ.

(lxxvi) قرارها بالعدد 8/اتحادية/2007 في 2007/7/16، منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة.

(lxxvii) انظر في تفصيل ذلك علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور، المصدر السابق، ص 234 و 239.

(lxxviii) على سبيل المثال إجراء الإستفتاء الدستوري، كما في المادتين (126 و 142) من الدستور العراقي النافذ.

(lxxix) في العراق لا يوجد نص صريح يمنع لجوء القاضي الدستوري إلى وسيلة التحول، وخصوصاً إن دستور العراق النافذ يتضمن العديد من النصوص المتعارضة والتي يشوبها الغموض، وهذا يفسح المجال للمحكمة الاتحادية العليا لتفسير نصوصه بشكل يواكب التطور الحاصل في المجتمع من جميع النواحي، لما يتمتع به القضاء الدستوري من المرونة في تفسير الدستور.

(lxxx) د. فتحي أحمد سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 158.

(lxxxi) فلا بد أن يتضمن الدستور بين نصوصه حق الأجيال القادمة بتنقيح الدستور لكي يتوافق مع تطوراتها، ويمكن تحديد ذلك كأن ينص الدستور على إمكانية إعادة النظر فيه بعد مرور فترة (30) أو (50) سنة مع بيان كيفية عمل ذلك وتحديد الأسس المبدئية لإجراءاته ضمن أسلوب سلمي وديمقراطي.

- (xcii) د.مصطفى عفيفي، رقابة الدستورية، المصدر السابق، ص 40. وفي نفس المعنى د.رمزي الشاعر، المصدر السابق، ص 497. د.أحمد فتحي سرور، الرقابة على دستورية القوانين، المصدر السابق، ص 8 وما بعدها.
- (xciii) القضية رقم (23) سنة 16 قضائية دستورية في 18 مارس (آذار) 1995.
- (xciv) عبد اللطيف القرني، المبادئ القضائية بين التغير والتعديل، مقال أكاديمي من أرشيف الشؤون القانونية منشور على الموقع الإلكتروني www.startimes.com تاريخ الزيارة 2019/1/29.
- (xcv) محمد عبدالحمد أبو زيد، سلطة الحاكم في تغير التشريع شرعاً وقانوناً، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 87.
- (xcvi) د.يسري محمد العصار، دور الإعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 5-6 مشار إليه في، د.فايز محمد حسين، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه، دار المطبوعات الجامعية، مصر، بدون سنة النشر، ص 230.
- (xcvii) لمزيد من التفاصيل راجع، د.مجدي مدحت النهري، المصدر السابق، ص 92.
- (xcviii) د.هشام محمد فوزي، المصدر السابق، ص 174 وما بعدها.
- (xcix) د.أحمد كمال أبو المجد، المصدر السابق، ص 238.
- (c) د.أحمد كمال أبو المجد، المصدر نفسه، ص 521.