گۆڤارا ئەکادیمی یا زانکویا نەوروز (المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز)، پ.١٢ ژ.٣، ٢٠٢٣
حقوق الطبع والنشر ©2017. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة
المشاع الايداعي النسبي – CC BY-NC-ND 4. 0. ،e-ISSN: 2520-789X
https://doi.org/10.25007/ajnu.v12n3a511

أسس التحول القضائي الدستوري

شرين أحمد سعدالله، قسم القانون والعلوم السياسية، جامعة دهوك، دهوك، اقليم كوردستان العراق
د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، قسم القانون والعلوم السياسية، جامعة دهوك، دهوك، اقليم كوردستان العراق

الملخص

التحول في أحكام القضاء الدستوري يعد وسيلة فنية وقائية وإصلاحية للدستور بدلاً من الإلتجاء إلى التعديل الدستوري. وتمثل فلسفته في حماية الدستوروتحقيق 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 الأعتراف للقاضي الدستوري بالحق في التحول. ولا يعد التحول غاية في ذاتها، بل وسيلة لأداءالقاضي 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 إستخدامه بحيث يهدد إستقرار المراكز القانونية. المحكمة الإتحادية العليا العراقية تحولت عن أحكامها من خلال قيامها بتفسير نصوص الدستور ويتوقع أن تتوسع في تحولها لطبيعة ومضمون دستور 2005النافذ، إلا إنه لابد أن يكون التحول مبرراً لتأكيد المشروعية الدستورية وضمان أكبر للحقوق. ونقترح عليها، في حال عرض دعاوي عليها إن تتأمل المبادئ المستقرة عالمياً في المحاكم الدستوية وأهمها المحكمة العليا في أمريكا، بإعتبارها قد إكتسبت خبرة قديمة في هذا المجال.

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

المقدمة

التحول القضائي الدستوري يعني تحرر القاضي الدستوري بإرادته من تفسير قديم لنص الدستور وتبنيه لتفسير اخر 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 تفسيرالنص 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 بالاعتماد - في مواكبة الدستور لطبيعة الحياة التي تتطور بصفة دائمة - على التحول في أحكام القضاء الدستوري بإعتباره 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 إستخدامه. فإن نجاح التحول القضائي الدستوري في تحقيق أهدافه يرجع في حقيقة الأمر إلى أن يكون محدداً في وسائله والمقصود منه، وجلياً في أساسه ومناهجه.

اولاً: 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 حداثة الموضوع وضآلة رصيده الفقهي، كل ذلك زادت من أهمية الموضوع والحاجة إلى دراسته.

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 تحكمية أو تعسفية، وإنما هي سلطة دستورية لا تخوله سوى حق الاختيار بين البدائل التفسيرية المتزاحمة لنص دستوري معين سواء بناء على طلب أصلي أم بمناسبة الرقابة على دستورية القوانين.

ومن هذ ا المنطلق فثمة أسئلة تثار حول مجموعة من الامور المهمة والتي من أهمها:

1ـ 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.

2ـ ما الغاية من منح القضاء الدستوري صلاحية التحول عن الأحكام التي أصدرها سابقاً وهو بصدد أداء مهامه وخصوصاً تفسير النص الدستوري.

ثالثاً: فرضية البحث

من البديهي أن الوظيفة الأساسية للقاضي الدستوري، هي حماية الدستور والعمل على منع الخروج عن احكامه فيعد التحول من بين الوسائل التي تمكنه من أداء هذه الوظيفة ويلجأ اليها القاضي استجابةً للوقائع الجديدة، إلا انه يتعين عليه أن يراعي أسس معينة، بإعتباره يقوم بعمله في نطاق نظام سياسي واجتماعي واقتصادي دون ان يتسبب بإنهيار هذه الاسس ودون ان 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

سعياً 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 و تحليل المفاهيم التي تنطوي عليها الدراسة و الاجتهادات القضائية ذات الصلة بالموضوع ، فضلاً عن عرض أراء الفقهاء؛ والإشارة إلى القرارات القضائية وذلك لإثراء الموضوع قيد البحث.

سادساً: خطة البحث

سوف نسير في هذا البحث وفق خطة مقسمة على ثلاثة مباحث،وننهي 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 يعتبرالوسيلة التي يلجأ اليها القاضي الدستوري لكي يستجيب للمتغيرات التي تظهر بعد وضع التشريع. ويعد من الموضوعات المعروفة في الفقه والقضاء الدستوري وكذلك في الفقه والقضاء الإداري، إلا ان المسألة تأخذ بعداًمهماً 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 وإصطلاحاً وفي المطلب الثاني، نتناول تعريفه في الفقه.أما المطلب الثالث، فسوف نخصصه لتناول صور هذا التحول.

المطلب الأول

التعريف اللغوي والإصطلاحي للتحول القضائي

التحول لغةً: معناه تحول بوجهته إلى موضوع اخر (غير وجهته). ويقال تحول الرجل وإحتال 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 لحل كان مقبولاً أمامها حتى ذلك الحين، وتبني حل آخر مناقض لما كانت تأخذ به، وهو تحول او 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 التغيير المفاجئ والكامل في الآراء والتصرفات[iii].

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

والشائع في أحكام القضاء الدستوري إستعمال لفظ العدول للدلالة على التحول في الأحكام. والعدول لغةً: هو الرجوع أو تغييرالرأي. ويقال عدَلَ عنه، يعدِل عدُولاً إذامال كأنه يميل من الواحد إلى الآخر، ويقال عدلت الشئ بالشئ، أعدِلُه عدولاً إذا ساوَيْتَه به[vi]. وفي نطاق القضاء يعبر عن تغيير رأي القاضي في حكم مسألة معينة.

والعدول إصطلاحاً هو: ابداء إرادة معاكسة،أوإبداء 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 الاول[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 تعد نتاجاً لسياسة قضائية اوعملية أوناتجة عن اتجاهات حكومية أوفقهية)[x]، وتعرض هذا التعريف للإنتقاد بإعتباره يوسع من مفهوم التحول إلى مدى أبعد من التحول الذي يحدث كنتيجة لتناقض الأحكام القضائية وفضلاًعن إن القاعدة المعدول اليها كذلك قد تكون نتيجة سياسة قضائية أو حكومية. وكذلك يعرف التحول في الأحكام القضائية بأنه: عدول عن مبدأ قررته المحكمة الدستورية العليا في بعض أحكامها السابقة[xi].

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

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

ومن خلال ماسبق، يمكن أن نعرف التحول القضائي بأنه: عدول القاضي عن مبدأقانوني أقره في أحكامه السابقة لصالح مبدأ جديد،دون ان يستند القاضي في عدوله هذا ألى 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.

وبالمفهوم السابق يختلف التحول القضائي عن تناقض الأحكام القضائية والذي يمثل نزاعاً تختص به جهة معينة تعمل على توحيد تطبيق القانون بإستبعاد تفسير قضائي والإعتداد بتفسير متوافق مع النصوص الواجبة التطبيق دون أن تهدف إلى إحداث تحول قضائي. ومن الجدير بالذكرأنه إذا كان هدف القضاء من حسم التناقض بين الجهات القضائية هو تأكيد الإستقرارالقانوني، فإن هدف التحول القضائي هو إيجاد حلول قضائية جديدة لم تثير تناقضاً،بل يعدل عن إتجاه قضائي أستقرعليه التطبيق إلى إتجاه آخر،الأمر الذي يثير مساساً بالإستقرار القانوني في أغلب الحالات، وبالنتيجة فلابد 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 تغييرالنص 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 ويلجأ 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 لايثير جدلاً فقهياً 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 دستورالجمهورية الخامسة حيث كان تحوله ضمنياً وبعد أن لاقى قبولاً لم يتردد القاضي الدستوري عنه صراحةً. ومن حيث الآثار ينقسم ألى تحول إيجابي يفعل من حماية الدستورللحقوق 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

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 بإضافة 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.

ويتمثل 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 ضمنياً.

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 الدستوروضمان 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 لاتوجد نصوص دستورية صريحة ـ على حد علمنا ـ تنظم مسألة التحول في أحكام القضاءالدستوري، وهذا ما يصدق على دساتيركل 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 الدول 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 بقرارت مغايرة بشرط وجود مبررات جدية لذلك[xvii]. فالقانون المدني الفرنسي- والذي تأثر به القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري- لا يسمح للمحاكم 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 1979على 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 لايستطيع إعادة تقييم الأدلة التي تم فحصهاسابقاً من قبل محكمة أولى درجة ،ثم عدلت عن موقفها بإعطاء هذه السلطة للقاضي وذلك في قرارها رقم 2002/178[xxi].

وفي قرار اخّر أيدت المحكمة قرار رفض تسجيل أحد المرشحين للإنتخابات في عام 1996لتقديم 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 هذ الإستبعاد مخالف للمادة 2/23 من الدستور[xxii]، فضلاً عن إن قانون الإنتخابات لم يجعل اللغة الخاصة بتقديم الطلبات سبباً لإستبعادالمرشح، وبذلك فإن المحكمة تتقيد بالتفسير الواسع للقانون لصالح المرشحين.[xxiii] بالإضافة إلى إن المحكمة تتبع أسلوب التفسير المتطور لنصوص الدستورمن خلال ربط النص الدستوري بالظروف المحيطة وقواعد القانون الطبيعي والمواثيق الدولية[xxiv].

بالأضافة إلى أن القانون البلجيكي إعترف للقاضي الدستوري بالتحول عن أحكامه السابقة، فقد أجازالقانون الأساسي للمحكمة الدستورية في بلجيكا الصادر في 6يناير(كانون الثاني) عام 1989 في المواد من 69. 73 بأن المحكمة لو إختصت بنظردعوى 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(آذار)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 27نوفمبر(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 تضفي 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 ألى تغيير المبادئ التي أقرتها في أحكامها السابقة أثناء الفصل في الدعاوي الدستورية سواء بالرفض أو عدم الدستورية للإستجابة للتغييرات 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 أفكاروقيم جديدة للمجتمع وردت في الدستوربشكل ضمني حيث إنه بموجب دستورنمسا الفدرالي

للمحكمة سلطة تفسير نصوصه بالإستناد إلى الأفكار التي تتجدد[xxviii]. أما في ألمانيا فقد إستقرقضاء 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 الأيطالية لها أن تغير إتجاهها في ظل التطورات المتتالية في المبادئ القانونية الأساسية وهي بصدد الفصل في المسائل الدستورية[xxix]. كما يلاحظ على الدستوري في فرنسا أنه يجوز له أن يقررعدم ألزامية 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 تراكمات 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 المتمثلة في المواثيق والإتفاقيات 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 إعتزاز الشعب بمعتقد ديني كجعل قواعد الدين مصدر من مصادر التشريع أو تأكيد إضافي على رغبة الشعب لسيادة القانون وبناء دولة قانونية،كالنص على إحترام مبادئ الديمقراطية أويكون 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 بمايأتي :-

1ـ 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 يتجزء من الدستور ويشكل وحدة دستورية في قراره بشأن حرية التجمع في عام 1971، فالدستورالفرنسي نص في مقدمته على أن الشعب الفرنسي يعلن تمسكه بصفة رسمية بحقوق الإنسان المبنية في إعلان حقوق الأنسان والمواطن لعام 1789 الذي صدر في أعقاب الثورة الفرنسية والذي يعتبر بأنه وثيقة أكثر شمولية ووضوح بالنسبة لحماية حقوق الإنسان وإتسع 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 الإقتصادية والإجتماعية التي تضمنتها مقدمة دستور1946، فالأخير نص في ديباجته على تمسك الشعب بحق المساوة والتأكيد بشكل رسمي على الحقوق و الحريات الواردة في إعلان الحقوق والتأكيد على الحقوق الأساسية للمواطن(السياسة والإقتصادية والإجتماعية)،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 والإمتيازات. بالإضافة إلى أن مقدمة دستور 1958 تضمنت الإشارة إلى الميثاق الأوربي للبيئة لسنة 2004، الذي نص في ديباجته على إن البيئة هي التراث المشترك للبشرية مع ضرورة الحرص على حمايتها وقد تضمن عشرة مواد تختص جميعها بحماية البيئة والحفاظ على تنميتها المستدامة وذلك بتعزيز السياسات العامة لتحقيق هذه الغاية[xxxv].

2ـ مبادئ الشريعة

نص دستوري مصر والعراق على إحتواء القواعد الدينية ضمن النظام القانوني،بالإشارة إلى الشريعة الإسلامية[xxxvi]. والقاضي الدستوري يبحث في مدى إلتزام 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 عينها على أنه لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام،والمحكمة الإتحادية 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

1799والذي 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 إن تبني أية عبارات دينية في الدستوريعيق حرية العقيدة في مستقبل الإتحاد.

3ـ مبادئ الديمقراطية

من المبادئ التي تعد شروطاً موضوعية لقيام الديمقراطية (مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ سيادة القانون ومبدأ تكافؤ الفرص ...وغيرها)،وأن معظم دساتيرالدول تنص على هذه المابدئ،بإعتبار إن النص عليها كتابةً في الدستورلاتحتاج إلى وقت لإستقرارها ثم إكتشافها من قبل القضاء وعدم التراجع عنها إلا من خلال التعديل الدستوري،وبالتالي الإطمئان الى التمسك الحازم بها[xxxix]. كما هو الحال في الدستور العراقي حيث إنه لم يجيز 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 وإتساعاً بإختلاف التفسير الذي يذهب إليه القاضي لهذه المبادئ إلا إنه عليه أن يختار التفسير الذي يجعل التشريع موافقاً للدستور إذا إحتمل النص أكثر من تفسير واحد[xli].وقامت المحكمة الإتحادية 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 عماليةأومهنية بقضائها بضرورة التقييد بمبادئ الديمقراطية بموجب المادة (56) من الدستورالمصري لعام 1971[xliii].

4ـ 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 1215ولائحة الحقوق (Bill of rights) لعام 1688في بريطانيا وإعلان الحقوق والمواطن الفرنسي لعام 1789...الخ. ورغم الخلاف الفقهي حول القيمة القانونية لهذه الإعلانات ـ فبعض الفقه وعلى رأسهم الفقيه (ديجي) يعتبرها قواعد قانونية أعلى مرتبة من القوانين العادية والدستورية. والبعض منهم، وعلى رأسهم الفقيه (كارل دي مالبرج) يعتبرها قواعد توجيهية يمكن الإستعانة بها في المستقبل، دون أن يكون لها قوة قانونية[xliv] ـ 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.

وتكون الدولة أكثر قانونية وأكثر إحتراماً لحقوق الإنسان بجعل دساتيرها مطابقة مع المعاييرالدولية للديمقراطية وخصوصاً بعد تنظيم المجتمعات الدولية وتدويل 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 نظامها وفقاً للشرعية الدولية[xlv]. تأسيساً على ذلك أكدت المحاكم الدستورية إلتزام 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 1992والذي قضت فيه خضوع الدولة للقانون يعني عدم إخلال تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولياً 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 ـ كما ذكرنا سابقاً ـ 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 اخرى، فقد جعلت بعض الدساتير مرتبة الصكوك الدولية وخصوصاًالتي تخلق الحقوق والحريات،من مرتبة الدستورومملزمة على كافة سلطات الدولة وبالأخص جهة القضاء الدستوري التي تعتمد بالأساس على النظام الدستوري في ممارسة إختصاصاتها. وسار على هذا الإتجاه المشرع الدستوري الألماني[xlvii]. وكذلك دستورالولايات المتحدة الأمريكية[xlviii]. وبالتالي فإن مضامين جديدة سوف تدخل إلى القواعد الدستورية، والمحكمة الدستورية سوف تراقب مدى تقييد المشرع بما تفرضه تلك المعاهدة.

إضافةً إلى ذلك، فإن عمل القاضي والإ لتزام المترتب على عاتقه هو إلتزام بتحقيق نتيجة لا يحده قيد، وعليه أن يبتدع الحلول المناسبة للمسألة المعروضة أمامه ويبتدع الوسائل الكفيلة بإعطاء النصوص تفسير يتماشى مع آفاق التغيير التي يمر بها المجتمع على الصعيد الداخلي والخارجي بشكل يكفل حماية المبادئ الثابتة في الدستور، فقد لا يجد في النصوص الدستورية مايبحث عنه، فيلجأ الى الإستدلال من المواثيق الدولية لإيجاد الحل المناسب للمسألة المطروحة أمامه[xlix]. وبهذا فالمبادئ الخاصة بجوهر حقوق 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 الأنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789، فقدأفتى المجلس

الدستوري في قراره عام 1982" بأن المبادئ عينها الواردة في أعلان حقوق الأنسان والمواطن لها قيمة دستورية كاملة ". وتأسيساً على ذلك إستقر قضاء المجلس الدستوري على الحكم بعدم دستورية القانون المخالف لمقدمة دستور1958. وأعترف المجلس الدستوري بالإتفاقية الأوربية لحقوق الأنسان وعدها جزءاً من الكتلة الدستورية[l].

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

و المحكمة الدستورية العليا في مصررجعت ألى بنود الأعلان العالمي لحقوق الأنسان الصادر من الأمم المتحدة عام 1948 لأستخلاص مبادئ مهمة ومنها مبدأ إفتراض البراءة وكفالة حق الدفاع فهذه المبادئ منبثقة من هذاالأعلان الذي يقرر في المادة العاشرة منه إن لكل شخص حقاً مكتملاً ومتكافئاً مع غيره في محاكمة علنية ومنصفة تقوم عليها محكمة مستقلة.والمادة الحادية عشرمنه تقرر ان كل متهم برئ حتى تثبت إدانته بمحاكمة عادلة، كما إنها رجعت ألى المادة السادسة من الإتفاقية الأوربية لحقوق الأنسان وحماية الحريات الأساسية سنة 1950 لتدعيم مبدأ إفتراض البراءة الذي كفله دستور1971 في المادة 67 منه[lii]. وتم التأكيد على المبدأ المذكورفي دستور 2012 في المادة 77 منه و دستور 2014 في المادة 96 منه .

بالنسبة للمحكمة الاتحادية العليا في العراق فأن إمكانية إستخدام الصكوك الدولية لتفسير نصوص الدستور النافذ على سبيل الأستئناس، أمر جائزبشرط أن لاتخالف نتيجة التفسير مبادئ الدستور وثوابت أركان الإسلام، وذلك لعدم وجود نص صريح في الدستور يمنع القاضي من الإسترشاد بقواعد الإتفاقيات الدولية وخاصةً أنها لا تصبح ملزمة ضمن الإطار الوطني إلا بعد المصادقة عليها من السلطة التشريعية[liii]. والأهم من ذلك، أن الدستور العراقي قد أشار بصورة ضمنية ألى ماتضمنته القواعد الدولية من حقوق الإنسان، حينما بين الضابط الذي يحكم عمل جهاز المخابرات العراقي بنصه "بموجب مبادئ حقوق الإنسان المعترف بها "[liv]. كذلك وردت في نصوص الدستورالإشارة 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 ـ المبادئ ذات القيمة الدستورية

من منطلق أن الدستور يظل عملاً إنسانياً لايتصف 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 محاكم أخرى، فيتحول الحكم الفردي إلى قاعدة صادرة من القضاء.بإعتبار أن القاضي لا يقف مكتوف الأيدي أمام المسائل التي لم يرد بشأنها نصوص تشريعية، إنما يبتكر حلولاً بالإمكان أن تصبح قواعد تشريعية فيما بعد إذا قام المشرع بتبنيها في تشريعاته[lv]. وهذه القواعد التي يقرها القاضي تسمى بالمبادئ العامة للقانون وتختلف قيمتها القانونية بإختلاف المصدر الذي إستند إليه القاضي في إنشائها ؛حيث إن القاضي لايقوم بإستخلاصها من الفراغ ،إنما قد يقوم بإستنباطها إمامن تقريب نصوص القوانين العادية فتكون لها مرتبة قانونية لا تصل إلى قوة قواعد الدستور[lvi]، أو يستخلصها من روح الدستور وتقريب نصوصه وبالتالي تكون لها قيمة دستورية تعلو على القوانين العادية. أو يقوم القاضي بإستخلاصها من القيم العليا في المجتمع والتي تعلو على نصوص الدستوروهذا 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، مبدأالموازنة بين السلطات (Check and Balance) ومبدأحيادية القضاء (Integrity of Judging)[lvii]. وكذلك القضاء الدستوري في مصر قام بإستنباط المبادئ التي تشكل قيداًعلى سلطة المشرع وتجعل التشريعات الغير متفقة معها غير دستورية،كمبدأ (عدم جواز معاقبة الشخص عن الفعل الواحد مرتين) ومبدأرجعية القانون الأصلح للمتهم[lviii].

أما المحكمة الإتحادية العليا في العراق فقد أستندت إلى مبدأ (الغنم بالغرم) في إحدى قراراتها ،فقد ذهبت ألى دستورية أمرمجلس 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 الالتزامات 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 ـ كما ذكرنا سابقاً ـ أن القاضي الدستوري يعدل عن مبدأ قانوني قديم سبق له وأن طبقه في أحكامه السابقة،سواء بمناسبة الرقابة الدستورية،أومن خلال القيام بإختصاصه الأصلي بتفسيرنصوص الدستور في الدول التي تقر صراحةً 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 تفسيرالنص القانوني وتفسير الأحكام الدستورية ثم يقوم بالنظر في مدى توافق نصوص القانون مع نصوص الدستورعلى 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، الأمرالذي يستوجب تقريب النصوص الثابتة مع الواقع المتطور، وإن النص الدستوري يعبر عن الحقائق الحية وليس كقالب جامد يفتقر الى إمكانية التطبيق المستمر، الأمرالذي 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 الدستورالمصري لعام1971 في المادة (175)على إختصاصها بتفسير النصوص التشريعية وبذلك يخرج الدستور من إختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، وبعد صدور قانون المحكمة رقم 1979نص في المادة (26) على إختصاص المحكمة بتفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارت بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية. وبصدور دستورعام 2012 أشار إلى المحكمة الدستورية العليا في المواد من (175 ـ 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 والقرارت بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور ..."[lxii]. إلا أنه لايمكن إنكار حق المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص الدستورية بمناسبة الرقابة على دستورية القوانين،حيث لايمكن القيام ببحث دستورية أي قانون دون فهم محتوى ومضمون النص الدستوري الواجب التطبيق، ولم ينكر الفقه الدستوري هذا الحق أيضاً، بالإضافة ألى أن الأصل في الأشياء الإباحة مالم تحظر صراحةً، وأن الدساتير في مصر لم تمنع قيام المحكمة الدستورية العليا بالتفسير الدستوري بالطلب الأصلي ، صراحةً.

وإتجاه 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 أوتعديله إلا بعد فترة زمنية طويلة نسبياً ، فهذا بدوره يؤدي إلى صعوبة ثبات الإتجاه القضائي بصدد تفسير النصوص الدستورية، وخصوصاً إذا كانت منطوية على خطأ فهنا لابد من العدول عن هذا التفسير وأيراد تفسير جديد يتفق مع نصوص الدستور من ناحية ومع المتغيرات التي تحدث بالمجتمع من ناحية أخرى[lxiii]، وفي هذا المجال يقول الدكتور عوض المر وهو رئيس المحكمة الدستورية العليا :"تفسير حمة الرقابة على الدستورية ،لنصوص الدستورتفسيراً ديناميكياً،يمنحها معاني جديدة غير التي كانت عليها صورتها إبتداءً،..."[lxiv].

إذاً الفقه الدستوري والقضاء الدستوري في مصرمتفقان 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 يبرر الإعتراف 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):"...ان آرائها في تفسير الدستورتظل دائماً مفتوحة للبحث لإعادة النظرفيها إذا تبين انها اقيمت على أساس خاطئ..."[lxv]. وخصوصاً أن القاضي الدستوري قد يخطئ في تحقيقه الهدف الأساسي من التفسير،وبذلك لايجوز أن يغلق عليه باب العودة والرجوع عن تفسيره الخاطئ،إلا أنه لاشك أن الأمر كله مرهون بأن لا يؤدي تفسيرالدستور الى تعديله بغير الإجراءات الدستورية المطلوبة لتعديل الدستور[lxvi]. وإستطاع المجلس الدستوري في فرنسا أن يوسع من مجال القانون ويضيف القيمة الدستورية على مقدمة دستور1958من 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].

أما بالنسبة للمحكمة الإتحادية العليا في العراق فتتمتع بصلاحية تفسيرالدستوربموجب الدستور العراقي لسنة 2005، وقد لعبت المحكمة دوراًمهماً في هذا النطاق، إلا إنها لاتمارس إختصاصها التفسيري من تلقاء نفسها إنما تقوم بذلك بناءً على طلب،وهذا الشرط يمكن إستخلاصه من نص المادة (20) من النظام الداخلي لها[lxviii]،والمحكمة لا تختص بتفسير القوانين والأنظمة إستقلالاً،وقد بينت ذلك في قرارها رقم 18/إتحادية/2007في 2007/9/11[lxix]، مع هذا إن المحكمة تصدت لتفسير نصوص القوانين،كما في طلب تفسير الفقرة (6)من المادة الأولى من قانون التقاعد الموحد رقم(27)لسنة2007، 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 آخربحجة عدم إختصاصها بتفسير نصوص القوانين وإختصاصها بتفسير نصوص الدستورفقط[lxx].إلا إنها عدلت عن إتجاهها وإمتنعت عن التصدي لتفسير نصوص القوانين العادية[lxxi]على إعتبارأن ذلك الأمر يدخل ضمن إختصاصات مجلس شورى الدولة في حالة الطلب، أماغير ذلك فقد يبادر المشرع إلى التفسير التشريعي[lxxii]، ولاشك أنه المحكمة الإتحادية لها أن تمارس تفسيرالقوانين العادية بمناسبة الرقابة على دستورية القوانين كما هو الحال في تفسيرها للمواد (37،38) من قانون الإستملاك 1981،في قرارها رقم25/اتحادية/2007في 2008/1/8[lxxiii].

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 أكثرمن منهج تفسيري إزاء النصوص الدستورية المتكافئة ،على سبيل المثال هناك من يرى انه 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)[lxxiv]، بمناسبة تدقيقها للطعون التميزية على قرارت محكمة القضاء الإداري،فتأخذ بمذهب التفسير الحرفي.إلا إنها تأخذ بالتفسير الحر والتحري عن إرادة المشرع الدستوري من خلال الرجوع إلى غاية التشريع العادي بمناسبة نظرها الدعوى الدستورية في تفسير النص الدستوري المتضمن (حق العمل للعراقيين كافة)[lxxv]، وتصل إلى تقييد إطلاق النص بحق العراقي المتقاعد الذي ينوي العمل في دوائر الدولة بتخييره بين الراتب التقاعدي أو الراتب الذي سيحصل عليه بالعقد[lxxvi]، فيلاحظ أنه في كلا الدعويين كان تفسيرها مستنداً الى نوع الدعوى أو القناة التفسيرية وليس إلى منهج علمي ثابت إلا إنها لجأت إلى ذلك لتجنب تقريرعدم الدستورية. مع ذلك فإنها في قراريها قدمت تفسيراً ملزماً، ويقيناً ان المحكمة في جميع قراراتها تكون متقيدة بالدستور[lxxvii].

المبحث الثالث

الأساس الفلسفي للتحول القضائي الدستوري

لايعد التحول القضائي غاية في ذاتها،إنما وسيلة لتحقيق المهمة المسندة ألى القاضي الدستوري، والتي تتمثل بأيجاد الحل للمسألة المعروضة أمامه وبالتالي تحقيق غرض أسمى غير معلن صراحة وهو ضمان تطوير النصوص مفهوماً ومعناً دون الحاجة لإستبدال النص بغيره، فالأخيرليس بالمتناول دائماً، وبتعبيراخر، إيراد تفسير قادرعلى أيجادالحلول دون تدخل تشريعي،إذ أن المنطق القانوني والفلسفي يقتضيان منح القضاء الدستوري صلاحية التحول في أحكامه السابقة وفقاً لضوابط معينة؛حمايةً 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 والإجتماعية والإقتصادية السائدة في مجتمع معين فضلاً عن تضمنها 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 الدستورأو قد تكون إرادة المشرع الدستوري غيرواضحة. فضلاً عن ظهور مشكلات ترتبط بظهور حوادث أو مستجدات تحتاج ألى حلول دستورية .

لذا سنكون أمام حلول تتميز فيما بينها من حيث شرعيتها وسهولة إجرائها،والتي من أبرزها إجراء التعديل الدستوري،أواللجوء إلى تفسيرالدستور أوتعطيل 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 لموائمة الدستور مع الواقع، وبذلك يعد تفسير الدستور الوسيلة السريعة والشرعية لتطويره،إذا تم وفق منهج علمي مدروس يتم تحديثه بمرور الوقت ليلائم التطور، فيبقى النص قائماً والتغيير يطرأ على مفهومه ونطاقه وأبعاده فقط، فالوثيقة الدستورية تعبر عن فكر وآيديولوجية 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 تجاوزعمره القرنين، مع هذا لاتزال الفلسفة ذاتها تحكم نصوصه ، ولتجاوز التطور المستمر إستطاعت المحكمة العليا ملء الفجوة بين الوثيقة والتطور من خلال التفسير وإعتماد روح ومحتوى النص. وبناءً على ذلك فإن القاضي الدستوري في العراق والنظم المقارنة إستخدم تفسير نصوص الدستورتفسيراً معاصراً في التحول القضائي الدستوري وذلك بظهور مستجدات تستلزم فهماً جديداً للنص الدستوري الذي سبق وأن تم تفسيره، سواء بتوسيع أوتضييق نطاق هذا النص أو تغيير دلالته أو توسيع إطار حكمته وهدفه،كل ذلك للحيلولة دون تعديل نصوص الدستور[lxxix].

أي أن نصوص الدستور تظل صامتة وجامدة ألا أن يتدخل القاضي ويقرر المعاني المقصودة منها، من خلال تفسيرهذه النصوص ثم تطويرالتفسيروتغييره بإستخدام وسيلة التحول القضائي التي تعد من الوسائل

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 يتمثل ببعض 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 ـ بإعتبارهم يشاركون الحياة الإجتماعية ـ فلكل منهم توجهات فكرية معينة نحو قضايا مجتمعهم وتظهر هذه التوجهات في الأحكام القضائية التي تصدر منهم وهم بصدد معالجة المسائل الدستورية، وغالباً ما تتغيرالظروف المحيطة بالمجتمع دون تدخل المشرع الدستوري بما يتلائم مع التغيرات وذلك في ظل جمود نصوص الدستور وعندئذ يكون على القاضي الدستوري واجب موائمة نصوص الدستور مع تطور المجتمع من خلال أخذ المستجدات بعين الإعتبار عند تفسير النصوص الدستورية.حيث أنه أمام عدم قيام السلطة بتعديل الدستور فإن المنطق القانوني يلزم القاضي الدستوري بأن يطبق الدستور إلى ان يعدل[lxxxi]، وإذا قام بتغليب الواقع على القانون فذلك يكون هدراً للنصوص الدستورية وهذا مالايجوز فعليه أن يؤدي وظيفته في المجتمع ضمن النطاق المشروع له[lxxxii]، بشكل يترجم فيه مبدأ (لاينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان) على صعيد الواقع.والقاضي الدستوري عليه أن يتقيد بالوظيفة التفسيرية ويمتنع عن التعقيب على عمل المشرع بالنقد أوالإقتراح 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 فعالاًفي نطاق التفسير الدستوري ، حيث يعد القضاء صاحب الإختصاص الأصيل والطبيعي لتفسير الدستورسواء أعطي هذا الحق بموجب نص دستوري أم لا،فالقضاء يقوم بالتفسير عند النظر في دستورية القوانين[lxxxv].

ونظرية التفسير المتطورللدستور لاقت إهتماماً بين الفقه والقضاء الدستوري،بسبب التطورات التي تحدث بعد وضع الدساتير،خاصةً الإتفاقيات التي تتعلق بتنظيم موضوعات نصت عليها الدساتيركالحقوق 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 ـ هذا الحق لم ينص عليه الدستور العراقي ـ 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،بإن 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 يذكرالفقه الفرنسي إن القاضي الدستوري يفسرالدستورتفسيراً واسعاً، فقد ذكرالفقيه الأستاذ (Dominique Rousseau)،أن الدستور بإعتباره يوضع 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 تعنى في البداية المساواة بين الرجال،ثم أخذت تعني المساواة بين الرجال والنساء ،ثم اخذت 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 الدستوروأطلق عليها المبادئ الضرورية للعصركالحق 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 الإتحادية العليا بتوسيع تفسيرها لهذا الشرط وجعلت منها وسيلة لحماية مصالح الأفراد بالوقوف ضد تدخلات الحكومة من الناحيةالإجتماعية والإقتصادية، وأصبحت المحكمة الإتحادية العليا تغير حدود هذا الشرط من قضية إلى أخرى حسب وجهة نظر القضاة تجاه القوانين التي تعرض عليهم،الأمرالذي دفع المحكمة من تغييراتجاهها نحو بعض المسائل والتحول عن الكثير من قراراتها، فهي تأخذ بالتفسير الواسع لنصوص الدستورمن خلال إستخدام 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 حقبة جاوزها الزمن،بل يتعين أن يكون نسيجها قابلاً للتطور كافلاً مايفترض 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 الغالبة في المجتمع، فلاشك إن أستقرار الإجتهاد القضائي في موضوع معين على مبدأقضائي يكون مؤدياً ألى أستقرارالأحكام وأن تغييرالأحكام ليست مسألة إعتباطية، إنما يكون التغيير نتيجة أسباب جدية متعلقة بالمصلحة العليا للأفراد في حالة عدم وجود النص القاطع أمام قصورهذه المصالح، فالقاضي يعدل عن أحكامه السابقة وبذلك يتغيرالمبدأالذي لولا إجتهاد

القاضي لما حصل التغير وأستمر الناس في مشقة من أستمرارية 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]. فالأعتبارات العملية تؤثرعلى تفسيرات القاضي الدستوري، وفي هذا الإطار يذكر الأستاذ الدكتور(يسري العصار) بأن القاضي الدستوري يصدر أحكامه بعد أن يدرس الآثار السياسية والأقتصادية والإجتماعية التي تترتب على هذه الأحكام ويفسر نصوص الدستور بشكل مرن لتحقيق هدفين:يتمثل الأول،بإرساء دعائم المشروعية الدستورية. والثاني،يتمثل بحماية الأنظمة السياسية والأقتصادية والإجتماعية في المجتمع وخاصة في أوقات الأزمات،فالقاضي الدستوري يصدر أحكامه التفسيرية في إطار نظام متكامل في المجتمع له دعائم يجب أن لا يتسسبب في إنهيارها ويرى بأن مراعاة القضاء الدستوري للأعتبارات العملية هي حقيقة يتميزبها هذا القضاء[xcvi]. رغم أنه لايمكن وضع معيار محدد لهذه الإعتبارات فهي تتصل بسياسة القاضي في ظل الظروف السياسية والإجتماعية والإقتصادية. ونتيجةً للتطور المستمر في هذه الظروف، فالإعتبارات بدورها لابد أن تتطور. وقد أخذت هذه الأعتبارات دوراً كبيراً في إتجاهات القضاء الدستوري، ففي القضاء الدستوري الفرنسي، أكد المجلس الدستوري بأن إستمرار المرفق العام يكون مبدأً له قيمة دستورية، وبالتالي يجوز للمشرع أن يضع قيود وضوابط لحق الإضراب تتكفل بضمان إستمرارعمل المرفق العام، بحيث يمكن أن يمنع الأضراب للعاملين الذين يقومون بتقديم الخدمات للمواطنين بشكل مباشر، فتوقفهم عن العمل يؤدي إلى الإخلال بحاجات الأفراد الأساسية[xcvii].

كذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر أخذت بالإعتبارات 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، مالم يتقرر إلغائها من الجهة المختصة، على الرغم من أن مابنى على باطل فهوباطل، حتى أنه أعتبر الفقه قرار المحكمة هذا، مثال رائع لحسن السياسة القضائية للمحكمة، لأن إعتبارات الإستقرارإقتضت أن يكون عدم دستورية القانون لا يمس القوانين المعمول بها قبل نشر الحكم[xcviii].

وكذلك العدول والتطور في أحكام المحكمة الإتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بسبب ما طرأ على الحياة الإقتصادية 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 الإقتصادية، 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 السليمة فتوسعت في تفسيرهذا الشرط بالشكل الذي يحمي مصالح الرأسماليين[xcix]، فعندما قام (روزفلت) بتقديم مجموعة من القوانين المعروفة بأسم (New Deal) والتي كانت تختص بتنظيم الأسعار والأجور، بهدف مواجهة الأزمة الأقتصادية سنة 1930 ومجلس الشيوخ الأمريكي أقرهذه القوانين، وعندما تم عرضها على المحكمة العليا قضت بعدم دستوريتها، بإعتبار أنها تخالف الحرية الأقتصادية والأجتماعية، وعلى أثر فوز المدعو (روزفلت) في الأنتخابات الرئاسية، أدركت المحكمة تأييد الجماهير لسياسة الرئيس روزفلت وهذا ما جعلها تتحول عن إتجاهها المعارض لقوانين الأقتصاد المقدمة من الرئيس وأقرت بدستوريتها[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 ـ بإعتباره ترجمة حقيقية للفكر السائد في المجتمع والظروف التي يمر بها ـ 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 يبرر الأعتراف للقاضي الدستوري بالحق في التحول عن حكمه السابق أوالعدول 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 الدستورمن 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 لاإرادياً يرجع إلى إرادة سلطة تعديل نص القانون.

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

6. إبتعدت المحكمة الإتحادية العليا في العراق عن دورها في تطوير نصوص الدستوروجعلها تستجيب للأوضاع المستجدة، حتى إنها إقتربت من عدم إحقاق الحق؛ وذلك يرجع لتمسكها 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 متباينة 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 فيهاأحياناً أخرى.

ثانياً:المقترحات

1. نقترح على المشرع العراقي إضافة مادة إلى قانون المحكمة الاتحادية على أقل تقدير تبين الأساس القانوني للتحول القضائي الدستوري، كي تستند عليه المحكمة الاتحادية العليا في تحولها عن أحكامها القضائية السابقة عند الضرورة. ونقترح أن تكون صياغة النص كالأتي "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 نقترح 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 موازين دقيقة في ظل هذه الظروف. فالقاضي بتحوله لايصدر أحكامه من الفراغ أو بطريقة نظرية بحتة إنما يقوم باللجوء إلى التحول في إطار نظام سياسي وإ جتماعي وإقتصادي متكامل له أسس معينة، يتعين على القاضي أن يقوم بحمايتها ، ويراعي إعتبارات التطور في نظام المجتمع.
5. المحكمة الإتحادية العليا العراقية تحولت عن أحكامها من خلال ذلك قيامها بتفسير نصوص الدستور ويتوقع أن تتوسع في تحولها لطبيعة ومضمون دستور 2005النافذ 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 الإتحادية 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. ونقترح عليها، في حال عرض دعاوي عليها إن تتأمل المبادئ المستقرة عالمياً في المحاكم الدستوية في الدول المختلفة وأهمها المحكمة العليا في أمريكا، بإعتبارها قد إكتسبت خبرة قديمة في هذا المجال، مقارنةً بمحكمتنا 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 يفرط القاضي في إستخدامه بحيث يهدد إستقرار 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 لجوءالقاضي 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 جمال الدين محمد بن مكرم إبن منظورالأفريقي والمصري، لسان العرب ،طبعة جديدة ،المجلد الرابع، دار حامد للطباعة والنشر،لبنان ،2005.
2. جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، بيروت مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ط[2]، 2009.
3. حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني انكليزي ــعربي، بيروت، مكتبة لبنان ، ط2008،[5].
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 المفرجي 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، ط[2]، 2000.

4. د. أحمد فتحي 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 وقرارت القضاء الدستوري،ط[1]،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،ط2018،[1].
10. د.رجب محمود طاجن، ملامح عدم الرجعية في القضائين الدستوري والإداري، ط[1]، دار النهضة العربية، القاهرة،2011.
11. د.رفعت عيد السيد،الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة،2009.
12. د.رمزي الشاعر،النظام الدستوري المصري،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2000.
13. د.رمزي الشاعر،رقابة دستورية القوانين، مطابع التيسير،القاهرة، 2004.
14. د.سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار الجامعة للنشر،القاهرة، 2013
15. د.شاكر راضي شاكر، إختصاص القاضي الدستوري بالتفسيرالملزم، دار النهضة العربية ،القاهرة ،2005.
16. د.عادل الطبطبائي،الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية،منشورات جامعة الكويت ،2000.
17. د.عبد الحفيظ الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري،دار النهضة العربية ، القاهرة،2008.
18. د.عبد العزيزمحمد سالمان ، رقابة دستورية القانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2014 .
19. ود.رمزي الشاعر،رقابة دستورية القوانين، مطابع التيسير،القاهرة، 2004.
20. د.عبد المجيد عباس ،أصول القانون،بغداد ،طبعة المعارف،ط1947،[1].
21. د.عزيزة الشريف،دراسة في الرقابة على دستورية التشريع،مطبوعات جامعة الكويت ،1995.
22. د.عصمت عبدالله الشيخ، مدى إستقلال القضاءالدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات بالتركيز على النظامين المصري والكويتي، دار النهضة العربية، مصر،2009.
23. د.علي هادي عطية الهلالي،النظرية العامة في تفسير الدستور،مكتبة السنهوري، بغداد،2011 .
24. د.علي هادي عطية الهلالي، المستنير من تفسير أحكام الدساتير، منشورات زين الحقوقية، بيروت ،2016.
25. د.عوض المر،الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملا محها الرئيسية، 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 الإتحادية العليا،التفسير للنشر والإعلان، أربيل، 2013 .
28. القاضي نبيل عبدالرحمن حياوي، ضمانات الدستور،ط[2]،المكتبة القانونية ، بغداد،2007.
29. د.مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري،مكتبة الجلاء الجديد،المنصورة،2003.
30. د.محمد عبد اللطيف، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي،الكويت،1999.
31. د.محمد عبدالحميد أبو زيد، سلطة الحاكم في تغير التشريع شرعاً وقانوناً، دار النهضة العربية، القاهرة،1984.
32. د.محمود جمال 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 الدستوري ،دار النهضة العربية ،القاهرة،1999 .
36. د.يوسف حاشي، في النظرية الدستورية ،أبن النديم للنشر والتوزيع، بيروت،2009.

ثالثاً: البحوث القانونية

1. ميثم حنظل شريف وصبيح وحوح حسن الصباح،أثر تفسير نصوص الدستورعلى أحكام القضاء الدستوري، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ،المجلد 25،العدد13، 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 الدستوري في العراق، أطروحة دكتوراه مقدمة ألى كلية الحقوق، جامعة النهرين ،2015.

خامساً: الدساتير والقوانين

أ- الدساتير

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

ب ـ القوانين

1. قانون إنشاء المحكمة الإتحادية العليا العراقية رقم (30) لسنة 2005.
2. قانون عقد المعاهدات العراقي رقم (38) الصادر في عام 2015.
3. قانون وزارة التربية رقم (34) لسنة 1998.
4. النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية 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 والقرارت :

1. قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق رقم 3/إتحادية /2003 في 2003/5/6.
2. قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق بالعدد 8/أتحادية/2007في 2007/7/16.
3. قرارالمحكمة الإتحادية العليا في العراق بالعدد13/اتحادية/2006/في 2007/7/16.
4. قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق رقم 35/اتحادية /2008في 2009/1/12.
5. قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق رقم 35/اتحادية /2008في 2009/1/12.
6. قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق رقم 45/إتحادية/2012في 2012/9/19.
7. حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 1 لسنة 1قضائية، جلسة أول مارس 1980.
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 13سنة 12، بتاريخ 1992/2/2.
11. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 22لسنة 8 دستورية في 4/ 1992/1.
12. حكم المحكمة الدستورية العليا ،القضية رقم 14لسنة 16قضائية دستورية في 1996/6/15.

المواقع الألكترونية

1. الموقع الألكتروني للمحكمة الإتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية
https://supreme.justia.com
2. البوابة القانونية لمحكمة النقض في فرنسا، https://www.cc.gov.eg>Legal_Dictionar
3. الموقع الألكتروني، https://www.constituteproject.org.
4. الموقع الالكتروني لجامعة منيسوتا، https://www.hrlibrary.umn.edu.
5. د.محمد حسناوي شويع، الطبيعة القانونية للتفسير الصادر من المحكمة الأتحادية،بحث منشور على الموقع الألكتروني 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 الألكتروني للمحكمة الإتحادية العليا في العراق https://www.iraqfsc.iq
8. بوبشيرمحند امقران، تغيرالإجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، منشورعلى الموقع الألكتروني https://Manifest.univ-ouargla.d

الهوامش

(i) الإمام العلامة إبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم إبن منظورالأفريقي والمصري ،لسان العرب ،طبعة جديدة ،المجلد الرابع ،دار حامد للطباعة والنشر ،لبنان ،2005،ص 275 .

(ii)جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، بيروت مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ط2، 2009، ص504.

(iii) نقلاً عن د.عبد الحفيظ الشيمي،التحول في أحكام القضاء الدستوري، القاهرة،دار لنهضة العربية، 2008، ص16و24.

(iv) فادي أسعد فرحات وميشال إبراهيم ساسين،المعجم القانوني /إنكليزي /عربي/فرنسي (The Juridical dictionary) دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن،ص439.

(v) حارث سليمان الفاروقي،المعجم القانوني انكليزي ـعربي،بيروت ،مكتبة لبنان ،ط2008،5،ص504.

(vi) فادي أسعد فرحات وميشال إبراهيم ساسين،المصدر السابق،المجلد العاشر،ص62،63.

(vii) جيرار كورنو، المصدر السابق ،ص827.

(viii) البوابة القانونية لمحكمة النقض في فرنسا، https://www.cc.gov.eg>Legal_Dictionaryتاريخ 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،ولاحتى في القوانين المتعلقة بالقضاء الدستوري العراقي والقضاء الدستوري المقارن، كما إن القضاء ايضاً لم يعرف التحول، رغم ان فكرة التحول تعد عملاً قضائياً،بل ان القضاء يعد متردداً في الأعلان عن التحول في أحكامه بشكل صريح ويمكن ملاحظة ذلك من قرارت المجلس الدستوري الفرنسي،حيث ان تعبير التحول لم يرد صراحةً وإنما يمكن إستخلاصه بصورة ضمنية من قراراته. وبغياب التعريف التشريعي للتحول القضائي،حاول الفقه أن يضع تعريفاً له.لمزيد من التفاصيل راجع د.عبد الحفيظ الشيمي،التحول في أحكام القضاء الدستوري، المصدر السابق، ص13

(x)C .Mouly :Le revirement pour1'avenir,J.C.P,1994,n3776,p.328.

مشار إليه في، ميثم حنظل شريف وصبيح وحوح حسن الصباح،أثر تفسير نصوص الدستورعلى أحكام القضاء الدستوري،بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ،المجلد 25،العدد13،لسنة 2017،ص1192.

(xi) أحمد كمال أبو المجد،الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، القاهرة، دار النهضة العربية،1960، ص14.

(xii) S.Cursoux, lerevirement dejurisprudence du coseil constitutional en contentieux de la constitutionnalite ANRT,2004,P.319ets

نقلاً عن د.عبد الحفيظ الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري ،المصدر السابق،ص25.

(xiii) مشار إليه في، د.عبد الحفيظ الشيمي،المصدرنفسه،ص22.

(xiv) د.رجب محمود طاجن،ملامح عدم الرجعية في القضائين الدستوري والإداري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،2011، ص342و343.

(xv) لمزيد من التفاصيل راجع د.عبد الحفيظ الشيمي ،التحول في أحكام القضاء الدستوري،المصدر السابق،ص159 - 199.

(xvi) أنظر في نفس المعنى ، د.رجب محمود طاجن،المصدر السابق،ص364و365.

(xvii) د. بوبشيرمحند امقران، تغيرالإجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، منشورعلى الموقع الألكتروني https: //mainfest.univouargla.dz تاريخ الزيارة 2019/7/26.

(xviii) المادة الخامسة من القانون المدني الفرنسي لعام 1804(code civil 1804) الذي وضعه نابليون ولحد الآن نافذ المفعول وجرت 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 Ies 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 1978على "لجميع الأشخاص أيضاً الحق في قاضٍ يعينه القانون مسبقاً،والحق في 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 الشيمي،التحول في أحكام القضاء ،المصدر السابق،ص69.

(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 الشيمي ،التحول في أحكام القضاء الدستوري،المصدرنفسه،ص70- 71 .

(xxiv) د.أحمد فتحي سرور،الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ط2، 2000،ص315.

(xxv) ينظر المادة (1/6) من الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان 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 الالكتروني لجامعة منيسوتا، https://www.hrlibrary.umn.edu تاريخ الزيارة 27 /2019/6.

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

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

مأخوذ من الموقع الألكتروني https://www.constituteproject.org ..2019/7/26

(xxvii) لمزيد من التفاصيل حول موقف المحكمة،راجع د.عبد الحفيظ الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، المصدر السابق،ص72.78.

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

ولمزيد من التفاصيل راجع د.أحمد فتحي سرور،الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المصدرالسابق،ص262.

(xxix) ميثم حنظل شريف وآخرون،المصدر السابق، ص1189.

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

(xxxi) مشار إليه في د.مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري، ،مكتبة الجلاء الجديد،المنصورة،2003، ص79.

(xxxii) د.يوسف حاشي، في النظرية الدستورية ،أبن النديم للنشر والتوزيع، بيروت،2009،ص319 و320.

(xxxiii) د.إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2016، ص42 و43 .

(xxxiv) د. حسين جبر حسين الشولي ،قرينة دستورية التشريع ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت،ط2018،1، ص151.

(xxxv) لمزيد من التفاصيل راجع ، ديباجة دستور فرنسا لعام 1946وإعلان 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 أولا من الدستور العراقي .

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

(xxxix) د.حسين جبر الشويلي ،قرينة دستورية التشريع،المصدر السابق،ص161 - 164.

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

(xli) د.عبد العزيزمحمد سالمان،رقابة دستورية القانون، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،2014،ص10. ود. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مطابع التيسير،القاهرة، 2004، ص720.

(xlii) أنظر قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق بالعدد8/إتحادية/2006 في 2006/5/29،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 1983/3/11.

(xliv) د.إبراهيم محمد صالح الشرفاني،رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، المصدر السابق، ص46.

(xlv) 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،ص117وما بعدها.

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

(xlvii) Article (25), Basic Law for the federal republic of Germany 23May1949.

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

(xlix) الفقه إتجه إلى أتجاهين حول مدى صلاحية القاضي الدستوري باللجوء ألى الإستدلال من الصكوك الدولية لتقرير دستورية القوانين: إتجاه أجازذلك، بينما الإتجاه الآخر رفض لجوء القاضي إلى هذه الوسيلة .يرجع في تفصيل ذلك، د.أبراهيم محمد صالح الشرفاني،رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع،المصدر السابق ،ص120.

(l) د.يوسف حاشي،في النظرية الدستورية،المصدر السابق ، ص312و313.

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

(lii) حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 1992/2/2،الدعوى رقم 13سنة 12.

(liii) ينظر المادة (17) من قانون عقد المعاهدات العراقي رقم (38) الصادر في عام 2015، والتي تنص على إنه " يخضع إلتزام 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) د.سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار الجامعة للنشر، القاهرة،2013 ،ص96.

(lvi) كالمبادئ التي إبتدعها مجلس الدولة الفرنسي للحفاظ على حقوق وحريات الأفراد تجاه السلطات الإدارية في حالة غياب النصوص المكفولة بحمايتهم، وقد لجأ مجلس الدولة الفرنسي إلى نظرية المبادئ العامة للقانون وهو بصدد تحديد الإختصاصات بين القانون واللائحة وكانت المرة الأولى عام 1969،حيث إعتبر سكوت الإدارة الذي هوقرار إداري بالرفض من المبادئ العامة للقانون، وفي عام 1972ضم مبدأ آخروهوالحق في الدفاع وبعد ذلك مبدأ عدم الرجعية في المجال الضريبي.وقد أعتبر الفقه الدستوري قرارت المجلس هذه بأنها توسع مجال القانون وتوفرحماية أكبرلحقوق الأفراد وحرياتهم. راجع د.عبد الحفيظ الشيمي،القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي ،دار النهضة العربية ،القاهرة،2001،ص 522 و523.

(lvii) نقلاً عن د.حسين جبر حسين الشويلي، قرينة دستورية التشريع،المصدر السابق ،ص226.

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

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

(lx) .راجع د. أحمد فتحي سرور،الحماية الدستورية للحقوق والحريات ،ط1، المصدر السابق،ص65.

(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 أوأهميتها 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 أعتبار إن النص جاء عاماً ويسري 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،ص321وما بعدها.

(lxii) حكم المحكمة الدستورية العليا، رقم 1 لسنة 1قضائية، جلسة أول مارس 1980، مجموعة أحكام المحكمة،الجزء الأول،ص209.

(lxiii) د. رمزي طه الشاعر،النظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة النشر ، ص376.

(lxiv) د.عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، بدون دار وسنة المشر، ص81.82

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

منشور على الموقع الألكتورني https://supreme.justia.com تاريخ الزيارة 2019/5/24. ولمزيد من التفصيل،راجع د.أحمد كمال أبو المجد،المصدر السابق،ص[232].

(lxvi) د.عادل الطبطبائي،الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية،منشورات جامعة الكويت ،2000،ص[357ومابعدها] .

(lxvii) مصطفى محمد عفيفي،رقابة الدستورية في مصر والدول الاجنبية ،مكتبة سعيد رأفت جامعة عين شمس،بدون سنة النشر،ص[40].

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

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

(lxx) د. فرمان درويش محمد، إختصاصات المحكمة الإتحادية العليا،التفسير للنشروالإعلان، أربيل،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 شويع ،الطبيعة القانونية للتفسير الصادر من المحكمة الأتحادية، بحث منشورعلى الموقع الألكتروني www.staff.uokufa.edu.iq تاريخ الزيارة تاريخ الزيارة 2019/5/13.

(lxxiii) منشور على الموقع الألكتروني للمحكمة.

(lxxiv) لاحظ المادة (18/ف[2]) من الدستور العراقي النافذ.

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

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

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

(lxxviii) على سبيل المثال إجراء الإستفتاء الدستوري،كما في المادتان (126و142) من الدستور العراقي النافذ.

(lxxix) في العراق لا يوجد نص صريح يمنع لجوء القاضي الدستوري ألى وسيلة التحول،وخصوصاً إن دستور العراق النافذ يتضمن العديد من النصوص المتعارضة والتي يشوبها الغموض، وهذا يفسح المجال للمحكمة الإتحادية العليا تفسير 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) فلابد أن يتضمن الدستور بين نصوصه حق الأجيال القادمة بتنقيح الدستور لكي يتوافق مع تطلعاتها ،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 لإجرائه ضمن إسلوب سلمي وديمقراطي.

د.القاضي نبيل عبدالرحمن حياوي،ضمانات الدستور،ط[2]،المكتبة القانونية ،بغداد،2007،ص[75].

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

(lxxxiii) هناك من أنتقد موقف المحكمة الأتحادية العليا في العراق بأنها ذهبت إلى عكس ذلك في قرارها بالعدد 278/ ت/2006في 2006/12/6،الذي قضت فيه بإمكانية مجلس النواب أن يخول هيئة رئاسة المجلس بتمديد حالة الطوارئ، رغم أن الدستور لم ينص على تخويل هذه الصلاحية من قبل المجلس الى 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 المباشرلألفاظ 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.على هادي عطية الهلالي ، النظرية العامة في تفسير الدستور ،المصدر نفسه،ص[66-68].

(lxxxvi) في إسبانيا ،المحكمة الدستورية تتبع إسلوب التفسير الواسع من خلال ربط النص الدستوري محل التفسير بالظروف المحيطة بالمجتمع،خصوصاً النصوص التي تتعلق بالحقوق والحريات،فتفسرها بالإستنادإلى 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 د.مجدي مدحت النهري،المصدر السابق،ص[62].

(xc) قرارالمجلس.ets C.C.,25Juillet1979,Rec.p.33 مشار إليه في د.مجدي مدحت النهري،المصدر نفسه،ص[60].

(xci) فكرة الوسائل القانونية السليمة (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 بتقيد 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 أنتقلت الفكرة إلى القانون الأمريكي من خلال المستعمرات البريطانية وظلت قاصرة على النواحي الإجرائية ولم تمتد الالناحية الموضوعية لعمل السلطات إلا في القرن التاسع عشر. لمزيد من التفاصيل ،راجع د.حسن شلبي يوسف ،المصدر السابق ،ص[202و203].

(xcii) د.مصطفى عفيفي ،رقابة الدستورية ،المصدر السابق،ص40.وفي نفس المعنى د.رمزي الشاعر،المصدر السابق، ص497. د.أحمد فتحي سرور،الرقابة على دستورية القوانين،المصدر السابق،ص8وما 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 الألكتروني www.startimes.com تاريخ الزيارة2019/1/29.

(xcv) محمد عبدالحميد أبو زيد، سلطة الحاكم في تغير التشريع شرعاً وقانوناً، دار النهضة العربية، القاعرة،1984، ص87.

(xcvi) د.يسري محمد العصار، دور الإعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص5 – 6 مشار أليه في، د.فايز محمد حسين، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه ، دار المطبوعات الجامعية، مصر، بدون سنة النشر، ص230.

(xcvii) لمزيد من التفاصيل راجع، د.مجدي مدحت النهري، المصدر السابق،ص92.

(xcviii) د.هشام محمد فوزي ،المصدر السابق ،ص174وما بعدها.

(xcix) د.أحمد كمال أبو المجد ،المصدر السابق ،ص238.

(c) د.أحمد كمال أبو المجد ،المصدر نفسه ،ص521