العمق الفلسفي للرقابة على التعديلات غير الدستورية

The philosophical depth of censorship of unconstitutional amendments

أ.د. عدنان عاجل عبيد

جامعة القادسية– كلية القانون

adnan.ajiel@qu.edu.iq

الباحثة

منار سلمان كاظم

Mnarslman695@gmail.com

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/٢/٧

تاريخ قبول النشر ٢٠٢٣/٦/١٧

المستخلص

يتناول هذا البحث الأسس الفلسفية التي شرع من خلالها القضاء الدستوري، لمد رقابتهُ على التعديلات الدستورية، وعلاقة هذه الأسس بتوجه المحاكم الدستورية في ممارسة رقابتها على التعديلات، ويبحث مدى نجاعة تلك الأسس الفلسفية ومن ثم أحقية القضاء الدستوري في تبنيها ليفرض رقابته على التعديلات التي تخرج عن روح الدستور وفلسفته، من خلال عرض التطبيقات القضائية للمحاكم الدستورية، وكيف استطاعت هذه المحاكم أن تلعب دوراً فعالاً وهاماً في ممارسة هذا النوع من الرقابة في ظل غياب النص الدستوري الصريح، بتطويرها لأدواتها الرقابية وخاصة اختصاصها في تفسير النصوص الدستورية، أو من خلال بيانها وإظهارها لما تبلوره تلك النصوص من فلسفة خاصة تعبر بها عن الفكرة القانونية السائدة، وبالتالي نجاح القاضي الدستوري في توظيفه لهذه الأسس في مجال الرقابة على التعديلات الدستورية.

الكلمات المفتاحية: التعديلات الدستورية، المطابقة الدستورية المشروطة، الفكرة القانونية السائدة، الرقابة، التحفظات التفسيرية.

Abstract

This research deals with the philosophical foundations through which the constitutional judiciary legislated, to extend its control over the constitutional amendments, and the relationship of these foundations to the direction of the constitutional courts in exercising their control over the amendments, and examines the effectiveness of those philosophical foundations and then the right of the constitutional judiciary to adopt them to impose its control over the amendments that are outside the spirit of the constitution and its philosophy, by presenting the judicial applications of the constitutional courts, and how these courts were able to play an effective and important role In exercising this type of control in the absence of an explicit constitutional text, by developing its oversight tool, especially its competence in interpreting constitutional texts, or through its statement and showing the crystallization of these texts of a special philosophy that expresses the prevailing legal idea, and thus the success of the constitutional judge in employing these foundations in the field of oversight of constitutional amendments.

Keywords: Constitutional amendments, Conditional constitutional conformity, Prevailing legal idea, Constitutional judiciary, Interpretative reservations.

المقدمة

يرتبط موضوع (الأساس الفلسفي للرقابة على التعديلات غير الدستورية)، بغياب النصوص الدستورية التي تُشير صراحة إلى هذا النوع من الرقابة واتجاه القضاء الدستوري إلى الأخذ ببعض الأسس الفلسفية التي طور من خلالها رقابته، ومن أهم ما طور في رقابته هذه هو ما يعرف بالمطابقة الدستورية المشروطة وذلك من خلال تطوير المهارات التفسيرية التي يستطيع من خلالها القاضي الدستوري أن يسلك طريقاً وسطاً يتجنب فيها النطق بعدم الدستورية، وما يسمى بالفكرة القانونية السائدة والمعبرة عن روح الدستور والفلسفة الخاصة به والتي ضمنتها السلطة المؤسِسة في النصوص الدستورية.

وتنطلق أهمية موضوع (الأساس الفلسفي للرقابة على التعديلات الدستورية)، في ضرورة أعمال الرقابة على التعديلات حتى في حالة غياب النص الدستوري المجيز، ووضع هذه الأسس موضع التقييم، ومعرفة الجزاء المترتب في حال إذا ما حادت التعديلات الدستورية عن الفلسفة العامة للدستور، حمايةً للحقوق والحريات وحفاظاً على المبادئ الأساسية للدستور، لتظهر رؤية دستورية ناتجة عن الرقابة بموجب تلك الأسس الفلسفية.

ويتجلى هدف البحث، في تحديد تلك الأسس، وإيجاد أساس يدعم قبول رقابة المحاكم الدستورية على التعديلات غير الدستورية وأسناده بالتطبيقات القضائية التي تسعفنا بتقبل تلك الرقابة، سيما وأن افتقادها للنص الصريح يثير الكثير من الصعوبات القانونية، وإبراز الجوانب الإيجابية لهذا الأساس الفلسفي والتي تسوغ تلك الرقابة وتوطدها.

وتكمن فرضية البحث في مسألة مفادها، أن تلك الأسس الفلسفية تُمثل ضمانة هامة وفعالة في حماية نصوص الدستور والتزام السلطة القائمة بالتعديل بحدودها الدستورية، وكما لا يوجد نص صريح يمنح المحاكم الدستورية هذه الرقابة، ولا يوجد نص صريح يمنع المحاكم من تلك الرقابة.

وتتجلى مشكلة البحث في أن غياب السند الدستوري لهذه الرقابة أثار مشكلات قانونية جمة، فإن بقاء السلطة المختصة بالتعديل دون رقابة بعد خروجها على مقتضيات الدستور أمراً غير منطقي، وبالتالي هل تستطيع المحاكم الدستورية أن تبسط ولايتها على تلك التعديلات بالاستناد على أسس فلسفية تستمدها من اختصاصاتها الصريحة بصلب الدستور وأعمال التقنيات التي ابتدعها القضاء الدستوري وطور فيها رقابته لإرساء المبادئ والأحكام الدستورية؟

واعتمدنا على المنهج التحليلي لتحليل التطبيقات القضائية الباحثة في دستورية التعديلات بغية الوصول إلى التوجهات القضائية الداعمة للأساس الفلسفي لرقابة التعديلات الدستورية، وما انتهت إليه من مبادئ حاكمة لهذه الرقابة، ومنهج المقارنة حيث سنشرع في الدول التي أعملت رقابتها استناداً على الأسس ومنها المانيا والهند، والاستفادة من الخبرة الدستورية للدول المتقدمة دون التقيد بدول معينة.

وتجسدت خطة البحث في مطلبين، انفرد المطلب الأول في أعمال المطابقة الدستورية المشروطة واستقل المطلب الثاني التقييد بالفكرة القانونية السائدة.

المطلب الأول

أعمال المطابقة الدستورية المشروطة

يلعب القضاء الدستوري دوراً فعالاً وهاماً في أطار ممارسته لدوره في حماية الدستور وصيانته وتأكيداً لسموه من كل خروج على أحكامه، وهو في معرض ممارسته للرقابة الدستورية، إذ إن مطابقة الأعمال التي تأتي بها السلطات العامة للدستور هي الغاية المتوخاة من هذه الرقابة، وفي سبيل ممارسة هذا الدور طوّر القضاء الدستوري هذه الرقابة، فلم تعد تقتصر على الدستورية أو عدم الدستورية وإنما أوجد طريقاً وسط بينهما متمثلاً بما يسمى بالمطابقة الدستورية المشروطة أو التحفظات التفسيرية.

لغرض الوقوف أكثر على مضمون المطابقة الدستورية المشروطة، سنتولى دراسة هذا المطلب في فرعين، ينفرد الفرع الأول بمضمون المطابقة الدستورية، ليستقل الثاني بتأسيس الرقابة على المطابقة الدستورية.

الفرع الأول

مضمون المطابقة الدستورية المشروط

تنطلق فكرة المطابقة الدستورية المشروطة من حقيقة كونها وسيلة فنية تُتيح للجهة التي تتولى الرقابة التغلب على حدود الثنائية الجامدة والتقليدية للرقابة، والتي تأخذ نمطاً مُعيناً إما عدم دستورية النص أو الإقرار بدستوريته، على الرغم من إمكانية تجاوز النطق الصريح بعدم دستوريته في الحالة الأولى، أو على الرغم من توفر مآخذ على النص ذات تأثير في نطاق اتساقه مع فلسفة الدستور وتوافقه بشكل عام دون الوصول إلى حد التعارض القطعي الظاهر مع نصوصه في الحالة الثانية، وذلك بشرط تدخل المشرع على وجه معين لأعمال مقتضى قرار جهة الرقابة [١].

وهذا يعني أن "يصادف القاضي الدستوري حكماً مشوباً بعيب من عيوب الدستورية أو يحتمل تأويلاً أو تفسيراً مخالفاً للدستور، ما يجعله أمام خيارين إعلان هذا الحكم مطابقاً للدستور أو غير مطابق له، غير أنه حرصاً منه على إنقاذ النص المعيب وتفادي النطق بعدم دستوريته يسلك القاضي الدستوري مسلكاً ثالثاً وسطاً بين الخيارين، بحيث يقوم بالإبقاء على النص المشوب غير أنه يقوم بتصحيحه عن طريق توجيه معناه بإعطائه تفسيراً معيناً يتلاءم وأحكام الدستور أو إفراغه من التأويلات المخالفة، ثم يشترط بعد ذلك احترام التفسير الوحيد الذي ارتاه لهذا الحكم، وتحت هذا التحفظ فقط المتمثل في وجوب احترام هذا التفسير الذي أعطاه القاضي الدستوري، يكون النص مطابقاً للدستور" [٢].

وأن الفقه الفرنسي يرى بأن المطابقة الدستورية المشروطة أو قرارات المطابقة الخاضعة للتحفظ بأنها قرارات الرفض المشفوعة بالتحفظات التي تراعي شروط الدستورية، وبموجب هذه القرارات يقبل المجلس الدستوري الفرنسي مطابقة النص أو القانون المقدم إليه ولكن في ظل ظروف معينة، إذ إن النص قيد الاستعراض متأثراً بعيب دستوري وأن بدلاً من إلغائه، يُحافظ عليه وذلك بتصحيحه بإسناد تفسير مُحدد إليه ورهناً بالامتثال لهذا التفسير الذي قدمه المجلس وحده سيعتبر النص مطابقاً للدستور [٣].

ويتضح بذلك أن هذه التحفظات التفسيرية هي إجراء يستطيع القاضي الدستوري من خلاله تسوية التوترات المحتملة والتوفيق بين المواقف المتناقضة مع الحفاظ على سيادة الدستور، وبالتالي فإنها تقنية ابتكرها القاضي الدستوري لتجنب الطابع الوحشي للحكم بالإبطال وعدم الدستورية، ومن ثم تجنب

الإلغاء الذي يعتبر بدوره جزاءً عنيفاً للنص المخالف للدستور، كما يمكن من خلالها تفادي إدانة المشرع المتكررة درءاً للنزاعات معه عند ممارسته لوظيفته التشريعية [٤].

نصل إلى أن المطابقة الدستورية المشروطة (التحفظات التفسيرية) تقع في منطقة وسطية بين عدم الدستورية والدستورية، فهي آلية تُمكن القاضي الدستوري من الانتصار لأصل الدستورية، بما تتضمنه من مرونة في ظل الشروط والتفسيرات التي يجب الامتثال لها، وبواسطة هذه الآلية المرنة يعين القاضي الطبيعة الموضوعية للنص محل الرقابة وغايته كما يضع الشروط اللازمة لتطبيقه، حتى يصبح مُتفقاً مع المقتضيات الدستورية وغير مُتعارض ومخالف للدستور، دون اللجوء إلى قرارات حدية تُثير حفيظة السلطة التشريعية، مما توفر_ هذه السياسة القضائية_ اجتهاداً دستورياً تتخطى به الرقابة التقليدية وتضع خياراً وسطياً نكون فيه أمام ما يُمكن أن يسمى "الطريق الثالث للقرار، ذي الخاصية الموجهة أو التوجيهية، والذي يُقيد به القاضي الدستوري سلطته من النطق بعدم الدستورية بجمودها إلى مجرد إمكانية أو قدرة المنع التي تقترب في الحقيقة إلى منح الضوء الأخضر للنص المشروط بمراعاة التحفظات التفسيرية المرتبطة أو المصاحبة للنص كي يكون مطابقاً للدستور" [٥].

وهكذا نخلص إلى أن هذه الآلية تنتج نوعاً من الأحكام الوسطية، وهذه الأحكام التي تصدرها المحكمة الدستورية في الحالات التي تزيد فيها، أن تتجنب الحكم بعدم الدستورية وفقاً للأسباب التي تراها من منظورها وتقدرها، منها المحافظة على الأمن القانوني، وهذه الأحكام تعدُ بمثابة سياسة قضائية خلاقة وفي غاية الخصوبة والثراء يخرج القضاء الدستوري بواسطتها عن الإطار التقليدي لرقابة الدستورية، والتي تنحصر إما في الحكم بدستورية النص الخاضع للرقابة أو عدم دستوريته إلى فضاء أوسع وخلق مستويات متدرجة لعدم الدستورية، الأمر الذي يُتيح للقضاء من خلال تلك الأحكام إلزام المشرع بإعادة فحص القانون وتصحيحهُ بما يتفق مع أحكام الدستور، من دون الحاجة لإعلان عدم الدستورية [٦].

أما عن الطبيعة القانونية لهذه الأحكام المطابقة بشرط فإن جانباً من الفقه الفرنسي ذهب إلى تحديد طبيعتها بأنها وبحسب أصلها قرارات بعدم الدستورية، لكن اقترانها ببعض التحفظات والاشتراطات التي يعد التقييد بها أساساً وشرطاً لدستوريتها، يجعل منها في حساب القرارات الدستورية أي في مطاف الأحكام المطابقة للدستور، إذ إن المجلس الدستوري يفضل الحكم بدستورية تلك النصوص محل الرقابة ومطابقتها لأحكام الدستور مشروطة ببعض التفسيرات التوجيهية أو المبطلة المفعول أو المنشئة، عوضاً عن الحكم بعدم مطابقتها للدستور، وهذه قرارات المطابقة بشرط تتنوع في ثلاث صور، إما أن تكون قرارات المطابقة بشرط التفسير الموجه، أو قرارات المطابقة بشرط التفسير المبطل، أو قرارات المطابقة بشرط التفسير المنشئ [٧]، وسنتناول هذه القرارات تباعاً وكما يلي:

أولاً: قرارات المطابقة بشرط التفسير الموجه

هذا النوع على العكس من التفسيرات التي تُصدرها المحكمة الدستورية مشتملة على أحكام موجهة بصورة أساسية إلى السلطة المختصة بتطبيق القوانين، وتحتوي هذه الأحكام على توجيهات تُبين من خلالها الكيفية التي يُطبق بها النص، بالطريقة التي تجعل درجة اتفاقه مع الدستور مُكتملة في ظل التوجيهات التي قضى بها القاضي الدستوري، وتتصف بنوع من

الدقة لارتباطها بشيء محدد بالذات وهو كيف يُطبق النص، وهذا يعني أن "يفترض الحكم التفسيري التوجيهي قيام القاضي الدستوري بفحص النص موضوع الرقابة منتهياً إلى إقرار تطابقه مع الدستور، ومعلقاً في ذات الوقت دوام دستوريته على ضرورة التزام السلطة المكلفة بتطبيقه بمجموعة من الضوابط يحددها القاضي ويمثل الالتزام بها وإعمال مقتضياتها شرطاً لدوام بقاء النص في حالة تطابق مع الدستور" [٨] .

وهذا التفسير الموجه الذي يسمح للمحاكم الدستورية بأن يعين طريقة محددة لتطبيق النصوص، إذ إنه يوجه ويرشد إلى صيغ لتطبيق النصوص القانونية المفسرة حتى لا تكون غير دستورية، أي أنه يجعل من كيفية التطبيق شرطاً لتجنب عدم الدستورية [٩].

وقيل عن التفسير الموجه "يؤدي اتجاه الدستور الدور الذي تؤديه البوصلة تجاه القطب فهي تشير إليه ولكن لا ترسم خط سير تفصيلي للوصول إليه، فإذا لم يمكن تطبيق التشريع وفقاً للدستور بطريقة محددة تحديداً دقيقاً فإنه على الأقل نطاقاً دستورياً للسلطات المكلفة بتطبيقه" [١٠].

وهذا التفسير إما أن يكون تفسيراً توجيهياً مُبسطاً، إذ تنتهي المحكمة إلى تفسير يتضمن خطاب يحمل السلطات المختصة بتطبيق القانون للالتزام بمبدأ دستوري مُتصفاً بالعمومية، وأن القاضي الدستوري هنا في هذا التفسير يترك هامشاً على قدر كبير من الحرية، وذلك نتيجة لعمومية المبدأ الدستوري الذي يجب عليها احترام مُقتضياته، أو يكون تفسيراً توجيهياً مُدعماً، وهنا القاضي الدستوري يوجه بخطاب يقضي بضرورة الالتزام بقاعدة دستورية محددة تحديداً دقيقاً مما يؤدي إلى تضييق حرية السلطة المختصة بالتطبيق [١١].

ثانياً: قرارات المطابقة بشرط التفسير المُبطل

من خلال هذا التفسير تستطيع المحكمة الدستورية تحديد المدى والنطاق اللازمين للنص الخاضع للرقابة، وذلك إما باستبعاد تفسير أو عدة تفسيرات ناتجة من هذا النص بتضمينها له تجعلهُ غير مُطابق للدستور من جانب، أو عن طريق التضييق من النطاق الخاص بتطبيق تلك التفسيرات فيجعلها مطابقة للدستور من ناحية أخرى، ومن شأن هذا التفسير المبطل من الجوانب العملية، إزالة الأثر السلبي للنص محل الرقابة والذي يتأكد للمحكمة الدستورية أنه يرتبط بمضمون مخالف للدستور يتولد من هذا النص عند تطبيقه أو يحتوي تفسيراً ليس له الأثر القانوني [١٢] .

وهكذا فإن هذا النوع من التفسير، يُمكن القاضي الدستوري من تنقية النص من أي شائبة أو معاني سطحية، بالشكل الذي يُفيد القاضي عند تحديد معنى القاعدة القانونية المستوحاة من هذا النص، وبالتالي ينقي القاضي النص لاستخلاص صلاحيته وهذا يتم على درجات مُختلفة وذلك إما عن طريق إفراغ النص محل الرقابة من أي معنى، أو بتحديد ذلك المعنى بطريق محايد مُتجنباً بذلك الإفراط في استخلاصه [١٣].

ثالثاً: قرارات المطابقة بشرط التفسير المُنشئ

أما هذا النوع من التفسير، فهو قائم على إثراء نص القانون بمضمون قاعدي عن طريق التوسيع في مداه ومن ثم يجنبه الحكم بعدم الدستورية، ومن خلال هذه الآلية يتمكن القاضي الدستوري من سد النقص الذي يعتري النص وذلك إما أن يُضمنه بعض من الأحكام، أو عن طريق استبداله ببعض القواعد القانونية بالشكل الذي يجعله دستورياً [١٤].

وقد عرف العميد فاڤور (Favoreu)، التفسير المُنشئ بأنه "المنهج الذي يُضفي على النص لوناً يجعلهُ مُطابقاً للدستور" ولهذا فقد سُميت الأحكام التي تنشأ عن هذا النوع من التفسير بالأحكام المُضيفة، كما أنه قد يترتب على هذا النوع من التفسير استخراج قاعدة قانونية من النص تختلف عن تلك التي أوحى إليها ظاهرهُ، وبذلك سُميت الأحكام الناتجة عن هذا التفسير بالأحكام الاستبدالية [١٥]، وهذه الأحكام هي تقترب من كونها تُكمل النصوص القانونية وذلك بالتفسير الذي تقره المحكمة الدستورية، ويؤدي بالتالي إلى تلبية مُتطلبات الدستورية[١٦].

كما أخذت بعض المحاكم الدستورية، إلى اعتبار أن التفسير الذي يركن القاضي الدستوري إليه في سبيل إنقاذ النص القانوني من السقوط في حمأة اللادستورية يُعد شرطاً لدستورية ذلك النص، واصطلحت الجهات القضاء الدستوري تلك بتسميتهُ بالأحكام التفسيرية المشروطة [١٧].

وأن تقنية تحفظات التفسير أو المطابقة الدستورية المشروطة، تقنية لبناء القانون، وهي في ذلك ترتكز على أساس منطقي جداً قائم على افتراض أن المُشرع لم تكن في نيتهُ تجاهل الدستور، وأن ظهور الشك حول هذه المسألة، يستلزم أن نُعطي للقانون المضمون الذي لا يجعله في تناقض مع الدستور [١٨].

ونخلص إلى القول بأن المطابقة الدستورية المشروطة وسيلة فعالة جداً يمكن أن يلجأ إليها القضاء الدستوري لتطوير اختصاصه في الرقابة على دستورية القوانين، خارجاً بذلك عن الصورة النمطية في ممارسة ذلك الاختصاص، فهو يضع تفسيراً يحقق فيه التوازن بين الدستورية واللادستورية، مُبتكراً بذلك طريقاً سليماً في ممارسة دوره في صيانة الدستور وحماية الحقوق والحريات.

الفرع الثاني

تأسيس الرقابة على المطابقة الدستورية المشروطة

إن قرارات المطابقة بشرط التفسير ظهرت لأول مرة في حكم المحكمة الدستورية الألمانية الصادر في ٧ مايو عام ١٩٥٥، وجاء في حيثيات هذا الحكم: "إن التشريع الخاضع للرقابة لا يعد غير دستوري إذا كان تفسيره بصورة تتفق مع القانون الأساسي (الدستور)، وظل التشريع مُحتفظاً بمعناه، بالرغم من تفسيره على هذا النحو" وفيه تبنت المحكمة الدستورية الألمانية رأيها هذا في إصدار الأحكام الصادرة بشرط التفسير المطابق للدستور على ركيزتين مختلفتين تتمثل الأولى بمبدأ وحدة النظام القانوني داخل الدولة، ويعني طبقاً لفقه العالم النمساوي "هانس كلسن Hans Kelsen – إن دور القاعدة القانونية الأعلى الدستور لا ينحسر في إعطاء المحتوى القاعدي للقواعد القانونية، بقدر ما يتجسد في تحديد إجراءات إنشاء القانون عن طريق تحديد السلطات المختصة بذلك والإجراءات الواجب إتباعها لهذا الغرض، ولما كان القانون على اختلاف درجاته هو قانون الدولة، فلمَ لا تلجأ المحكمة الدستورية كلما دعت الحاجة إلى تفسير الدستور والنص محل الرقابة، بالشكل الذي يؤدي إلى التوفيق بينها، بدلاً من اللجوء إلى تفسيرهما بطريقة تعمل على تعميق الهوة بينهما، أما الأخرى فإنها عبارة عن قرينة "تطابق" القوانين مع الدستور. ومن نتائجها أنه "في حالة الشك في المعنى الواجب إعطاؤه للنص الخاضع للرقابة، يجب الأخذ بالتفسير المطابق للدستور"[١٩].

أما المحكمة الدستورية الإيطالية ومنذ حكمها الثالث في عام ١٩٥٦، عرفت هذا النوع من قرارات المطابقة بشرط التفسير، إذ استطاعت بواسطة هذه الآلية "المطابقة الدستورية المشروطة"، تفرض تفسيرات

دستورية محددة تربط بها دستورية النصوص محل الرقابة مُتجاوزة بذلك الوظيفة المعتادة للتفسير، وأيضاً تجاوزت حتى فكرة القرارات الاعتيادية (مطابقة – عدم مطابقة)، ولجأت إلى سياسة قضائية مرنة ومطاطية، تعطي لها حرية اختيار ما يطابق الدستور من تفسيرات واستبعاد تلك التفسيرات المخالفة له، الأمر الذي ترتب عليه من الناحية العملية ظهور شكل جديد لتأويل النصوص موضوع الرقابة، يمكن أن يطلق عليه التفسير "الإيجابي" والذي هو طريقة لقراءة معيارية عميقة للنص، تتخطى به المحكمة الدستورية ظاهر حرفية النص إلى تعديل معناه أو مقتضى حكمه بالشكل الذي يجعله أكثر انسجاماً وتوافقاً مع الدستور، وتتجلى الغاية الأساسية للمحكمة الدستورية من وراء الأخذ بهذا النوع من التفسيرات في تجنب اللجوء إلى خيار حدي للحكم بعدم دستورية النص محل الرقابة وظهر في قضائها من الجانب العملي نماذج متعددة، تتمثل في الأحكام التفسيرية بالرفض وأخرى بالقبول أحكام مضيفة وأخيراً أحكام مُبدلة [٢٠].

أما عن المجلس الدستوري الفرنسي فأنه وعلى غرار المحكمة الدستورية الإيطالية والمحكمة الدستورية الألمانية، أخذ بتقنية القرارات المطابقة بشرط التفسير، إذ بدلاً من الحكم بعدم دستورية النصوص محل الرقابة، فإنه أخذ بمبدأ الحكم بمطابقة النصوص موضوع الرقابة لأحكام الدستور مقرونة ببعض التفسيرات – التفسير التوجيهي والتفسير المقيد والتفسير المُنشئ، وظهور تلك الأحكام التفسيرية في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي، أثارت التساؤل حول الأساس القانوني لهذا النموذج من الأحكام، والواقع أنه لا يوجد نص يُبيح للمجلس الدستوري الفرنسي ذلك، إذا لم تحتوِ نصوص دستور سنة ١٩٥٨، كذلك أمر ٧ نوفمبر ١٩٥٨، القانون الأساسي للمجلس الدستوري على هذه التقنية من التفسيرات، وإنما يتيحان له إما الحكم بدستورية النص موضوع الرقابة أو الحكم بعدم دستوريته، بيد أنه يمكن تلمس هذا الأساس بالنظر لمهمة القاضي التفسيرية، واستعارته أيضاً لهذا النظام من بعض النظم المقارنة كإيطاليا وألمانيا، التي تستعمل تلك الآلية التفسيرية لتجنب الحكم بعدم دستورية القانون كلما أمكن تفسيره بالشكل الذي يجعله منسجماً مع أحكام الدستور حفاظاً على وحدة النظام القانوني [٢١].

وهكذا أصدر المجلس الدستوري العديد من الأحكام التفسيرية بأنواعها الثلاث، ففي مجال التفسير المعطل والمقيد "يحول المجلس الدستوري الفرنسي أحكام القانون الذي أعلن عدم دستوريته إلى أحكام غير مؤثرة ويُبطل مفعولها يعيد المجلس الدستوري الفرنسي، تقليم القانون وذلك عبر تشذيبه للأجزاء المثيرة للخلاف. هكذا أكد في قراره الصادر بتاريخ ٢٧/٧/١٩٨٢ والمتعلق بالتخطيط (على أن هذه الأحكام مجردة من أية فعالية قانونية..)، وفي مجال التفسير البناء بالمعنى الحصري يكمل المجلس القانون من أجل إنقاذه من المراقبة هكذا في مادة مراقبة الهوية تتحول الإمكانية البسيطة المعطاة للشخص الذي اقتيد إلى مكان الشرطة بأن يطلب إعلام المدعي العام إلى حي بمراجعة المدعي العام [٢٢].

كما أنه في مجال التفسير الموجه، فإن المجلس الدستوري الفرنسي يحدد ويعين الطريقة التي يكون عليها التطبيق حتى يكون دستوري ويخرج من نطاق اللادستورية، ومن جملة هذه القرارات، قرار المجلس الدستوري رقم ٢٠٧ – ٨٦ الصادر في ٢٥، ٢٦ يونيه ١٩٨٦ والذي جاء فيه "وحيث إنه إذا كانت المادة ٣٤

من الدستور المحددة لمجالات القانون تجعل من بينها القواعد المتعلقة بتأميم المشروعات، وتحويل ملكية مشروعات القطاع العام إلى القطاع الخاص، وإذا كانت تلك المادة تترك للمشرع تقدير ملاءمة تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص وتحديد المشروعات التي تنصب عليها تلك التحويلات، فإن هذه المادة لا تعفى المشرع – حال ممارسة اختصاصاته التشريعية – من احترام ومراعاة المبادئ والقواعد ذات القيمة الدستورية التي تلزم كل سلطات الدولة، والتي من بينها عدم بيع: المشروعات بأقل من قيمتها الحقيقية بكثير وكفالة الاستقلال الوطني" (٢٣).

وأن المجلس الدستوري في قراراته المتعلقة بالمطابقة الدستورية كان متصلباً فيها ودقيقاً، إذ كان ينص بدقة على ما يلي: "بما أن أي تفسير آخر ... هو مخالف للدستور"، أو "تنص المادة ٢ من الفقرة الحكمية بشكل دقيق مع التحفظات الحصرية في التفسير والمعلن عنها أعلاه فإن المواد الأخرى من القانون ليست متناقضة مع الدستور" (٢٤).

كما نجد أيضاً المحكمة العليا المصرية، أصدرت العديد من الأحكام التفسيرية، ومنها القضية المرقمة، فعند تفسيرها للمادة ٧٦ من الدستور المعدلة، والتي نصت على الرقابة الدستورية السابقة على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية، فأشارت المحكمة العليا المصرية "إلى أن هذه الرقابة لا تمنع أو تحول دون ممارسة الرقابة الدستورية اللاحقة، وفقاً لنص المادة ١٧٥ من الدستور ونص المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، وقد أكد هذا الحكم قيمة دستورية أزالت لبساً حول ما إذا كانت الرقابة السابقة التي استحدثتها المادة ٧٦ من الدستور قد أضاعت ضمان الرقابة اللاحقة، إذ أكدت المحكمة الدستورية العليا تمسكها بضمان الرقابة القضائية اللاحقة رغم الأخذ بالرقابة السابقة، وذلك إذا ما تبين أن مجلس الشعب لم يلتزم بقرار المحكمة الدستورية العليا بملاحظاتها حول مشروع القانون عند ممارستها للرقابة السابقة (٢٥).

وعلى هذا النحو السابق، فإنه ودون حاجة إلى إجراء أي تعديل دستوري استطاعت المحكمة العليا المصرية من أن تُحقق إصلاح دستوري قضائي مُنسجماً ومتسقاً مع المتغيرات الاقتصادية وينسجم ذلك مع ما أعلنت عنه المحكمة الدستورية العليا من أن "الدستور ليس عملاً منغلقاً وإنما هو عمل حي لا يتوقف نبضه، فهو دائم الحركة يعيش في الحاضر ويتفاعل مع المستقبل" (٢٦)، وقالت: "إن الدستور وثيقة تقدمية لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية، وإنما تمثل القواعد التي يقوم عليها والتي صاغتها الإرادة الشعبية انطلاقاً إلى تغيير لا يصد عن التطور آفاقه الواسعة" (٢٧) .

أما في قضاء المحكمة الاتحادية العليا، فنجد أن المحكمة قد تبنت التفسير المنشئ، ففي حكمها التفسيري المرقم (٣٧ / اتحادية / ٢٠١٧ في ١٨/ ٤ /٢٠١٧)، والصادر بناءً على طلب من مجلس النواب لتفسير المادة (٦١ / ثامنا/ هـ) والمادة (٦١ / سابعا / ج) من الدستور، الذي طلب السؤال فيه عن مدى إمكانية مناقشة استجواب الوزير في حال تخلفه عن الحضور ودون إبداء معذرة مشروعة، ولعدم وجود نص في الدستور أو النظام الداخلي ينظم ويجيب على ذلك التساؤل، اجتهدت المحكمة واستحدثت في حكمها قاعدة دستورية مفادها بأن "..... ٤_ يجوز إجراء استجواب الوزير وفقاً لأحكام الدستور والنظام الداخلي لمجلس النواب في حالة عدم حضوره جلسة الاستجواب في مجلس النواب بعد تبلغة ودون تقديمه معذرة مشروعة، حيث يعد ذلك من باب

الإقرار بما نسب إليه في أسئلة الاستجواب وتنازلا عن حق الرد ....." [٢٨].

وقد أكدت المحكمة الاتحادية العليا هذا نوع من الأحكام التفسيرية، ووصفته بأنه توجهاً لديها في حكمها ٥١ / اتحادية / ٢٠١٧ في ٢٧ / ٧ / ٢٠١٧ الذي طعن فيه وكيل المدعي بقرار مجلس النواب بإعفاء موكله (رئيس هيئة الإعلام والاتصالات) من منصبه بعد إجراء الاستجواب غياباً ودون غطاء من الدستور، حيث قضت بـ "أن توجه مجلس النواب باستجواب مسؤولي الهيئات المستقلة وكالة وبغيابهم يتفق مع توجه القضاء الدستوري في العراق ... " [٢٩].

ويرى جانباً من الفقه، أن ما اتجهت إليه المحكمة الاتحادية العليا في قرارها التفسير بأحقية مجلس النواب أجراء الاستجواب غيابياً بغياب النصوص المُنظمة لذلك، ما هو إلا تبني المحكمة الاتحادية العليا لسياسة إنشاء القواعد الدستورية، وهو بذلك توجه إيجابي ومحمود منها لتسد ما يعتري ويصاحب نصوص الدستور من نقص وتكمله بالتفسير الإنشائي، فأنشائها لقاعدة دستورية جديدة تُجيز استجواب المسؤول غيابياً عند تعمد عدم الحضور ودون معذرة مشروعة قد أرست حداً لظاهرة تخلفهم عن جلسات الاستجواب وما قد يترتب عليه من سحب الثقة عنهم، مما يبث الروح والفاعلية ويزيد من جدوى رقابة مجلس النواب على الحكومة [٣٠].

وهكذا بعد أن أخذت غالبية المحاكم الدستورية بتقنية التحفظات التفسيرية في مجال رقابة دستورية القوانين، فإن لهذه الآلية صداها في مجال رقابة التعديلات الدستورية وذلك عن طريق تفسير التعديل الدستوري قيد التدقيق فإن إلغاء المحاكم لتعديل دستوري يجب أن يكون الملاذ الأخير ولذلك، قبل إلغاء التعديل الدستوري، يجب النظر في سبل انتصاف قضائية أخرى، مثل تقنية المطابقة الدستورية المشروطة، بوضع التعديل الدستوري تحت افتراض حماية الهيكل الأساسي للدستور وحقوق الإنسان المحمية دستوريا ويجب أن يعمل الاقتراض العام للدستورية، الذي ينطبق في حالة القوانين العادية، بقوة أكبر على التعديلات الدستورية ولذلك، يجب بذل كل جهد تفسيري للتوفيق بين التعديلات والحقوق المحمية والمبادئ الدستورية الأساسية وهذه هي الطريقة الألمانية "التفسير بما يتوافق مع الدستور" (Ferassmg.kontorme Lastegar). وباستخدام هذه الطريقة التفسيرية، يجوز للمحاكم اختيار التفسير الأكثر توافقا مع الدستور دون إلغاء التعديل بأكمله [٣١].

ومن التطبيقات القضائية التي استخدم فيها القضاء الدستوري التحفظات التفسيرية، قرار المحكمة الدستورية الألمانية في الصادر في ١٥ كانون الأول ١٩٧٠، والمتعلق بسرية المراسلات درست المحكمة الدستورية مسألة مطابقة القانون السابع عشر المعدل للدستور للمادة ٧٩ الفقرة ٣ من القانون الأساسي. وكانت المادة ١٠ القديمة من القانون الأساسي محررة على الوجه التالي: سرية المراسلات وسرية البريد والاتصالات لا يمكن انتهاكهما ولا يمكن فرض قيود عليهما إلا بموجب قانون"، وبعد التعديل أصبحت "١-لا تُنتهك سرية الرسائل والبريد والاتصالات. ٢_لا يجوز تقييدها إلا بأمر يستند إلى القانون. وإذا كانت هذه التقييدات تخدم حماية النظام الأساسي الديموقراطي الحر، أو حماية كيان أو أمن الاتحاد، أو إحدى الولايات، فيجوز أن ينص القانون على عدم إبلاغ الشخص المعني بهذا التقييد، والاستعاضة عن اللجوء إلى المحاكم بنظر الدعوى بواسطة هيئات وأجهزة مساعدة تحددها السلطة التشريعية" [٣٢].

وللتوصل إلى إعلان المطابقة، "قامت المحكمة بشكل متتال بتفسير ضيق للمادة ١٠ الجديدة والمادة ٧٩ الفقرة ٣. وبعد أن ذكرت بأن المادة ١٠ القديمة تجيز للمشرع اتخاذ إجراءات تسيء إلى سرية المراسلات، فصلت الفكرة القائلة بأنه "يجب أن يؤخذ بالاعتبار سياق الدستور، ولا سيما الخيارات الأساسية للقانون الأساسي والمبادئ العامة، عندما يجري تفسير المادة ١٠ الفقرة ٢ الجملة ٢. وفي حالتنا هذه، تم التمسك بثلاثة مبادئ المبدأ القائل: (بأن الدستور يجب أن يحمى من أعدائه وهو مبدأ الديمقراطية المقاتلة التي تسمح بالخصوص بحظر بعض الأحزاب السياسية، وحرمان بعض الأشخاص من حقوقهم الأساسية لكونهم أساؤوا استعمالها)؛ والمبدأ القائل: (بأن الحقوق الأساسية الممنوحة للأفراد محدودة دائماً بضرورات المصلحة العامة)؛ وأخيراً المبدأ القائل: (بأن التعديات على الحريات يجب دائماً أن تقتصر على ما هو ضروري جداً) وهذا المبدأ الأخير، الذي لا يختلف عن مبدأ النسبية، هو بالخصوص الذي سمح للمحكمة بإعطاء تفسير مقيد للأحكام الجديدة للمادة العاشرة. وبحسب نص الحكم، فإن المعني بالأمر يجب أن يُبلغ لاحقاً بإجراءات الرقابة في كل مرة لا يكون هذا الأمر مضراً بالأمن الداخلي أو الخارجي للدولة؛ ويجب على الرقابة أن تمارس فقط في الحالات التي تبرر المؤشرات الملموسة فيها الشكوك"، وحيث لا تكون أية وسيلة أخرى ممكنة، وفقط ضد أشخاص مشبوهين، وأشخاص لهؤلاء علاقة بهم؛ وينبغي للمعلومات ألا تُستعمل لهدف آخر غير حماية النظام، ويجب ألا تبلغ إلى سلطات أخرى؛ وأخيراً، فإن الرقابة التي تمارسها الأجهزة التي يعينها البرلمان يجب أن يكون لها نفس قيمة الرقابة القضائية" [٣٣].

وذهبت إلى تفسير الفقرة الثالثة من المادة ٧٩ تفسيراً مقيداً، وأكدت "على أن أي تعديل لأحكام هذه الفقرة لا يمكن أن يؤدي إلى المساس بالمبادئ التي تعلن عنها بغرض الاعتداء عليها أو الحد من فائدتها، بمعنى أنه يمكن الشروع في تعديل هذه الفقرة والمعنى في إجراءات تعديلها إذا لم يكن الهدف من ذلك إفراغها من محتواها أو التقليل من فاعليتها، وفي ذلك تقول المادة ٧٩ من القانون المحكمة أن الفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من القانون الأساسي (الدستور)، باعتبارها قيداً على سلطة تعديل الدستور، تعني استبعاد محاولات القدار جواهر وأسس النظام الدستوري القائم، عن طريق قوانين التعديل المشروعة من الناحية الشكلية، وبالتالي تقديم غطاء شرعي مستقبلي النظام سلطوي" [٣٤].

وفي قرارها الصادر في ٣ آذار ٢٠٠٤، والخاص بحرمة المسكن، إذ أعلنت المحكمة الدستورية الاتحادية موقفها من دستورية الفقرات من ٣ إلى ٦ من المادة ١٣ التي أدرجت في القانون الأساسي، بالقانون الخامس والأربعين المُعدل للدستور، والذي صدر في ٢٦ آذار ١٩٩٨، ونظمت هذه المواد الجديدة تفصيلاً الشروط الواجب اتخاذها في إجراءات مراقبة سمعية للمساكن وفيه أعطت المحكمة الدستورية، تفسيراً مقيداً للمادة ١٣ الجديدة ، الأمر الذي سمح لها بالقبول بمطابقتها للمبادئ الدستورية، التي أعلنت المادة ٧٩ الفقرة ٣ أنها غير قابلة للمسن، وهكذا، "فإن المادة ١٣ الجديدة لا تجيز برأي المحكمة، القيام بكل أنواع المراقبة السمعية بسبب مبدأ احترام الشخص الإنساني نفسه، كما أنها لا تجيز بشكل خاص التنصت للمحادثات الشخصية جداً كتلك التي تجري بين الأقارب والأصدقاء الحميمين

والأشخاص الملزمين بواجب الحفاظ على سرية صارمة (الكهان الأطباء، المحامون في القضايا الجزائية). كذلك فإن المادة ١٣ وبالنظر إلى مبدأ دولة القانون لا تعفي المشرع من وضع طرق تؤمن الاحترام الفعلي لسرية المحادثات الحميمية "واستنادا إلى التفسير المقيد لهذه المادة ١٣ الجديدة، أعلنت المحكمة عدم دستورية مواد مختلفة من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وذلك بواسطة استخدام هذا النص الدستوري الجديد، وتفسير نصوص أخرى بطريقة تجعلها مطابقة للمادة ١٣ الجديدة [٣٥].

ونخلص مما تقدم أن القضاء الدستوري قد ابتكر آلية فعالة في ممارسته للرقابة على الدستورية من خلال إعماله لتقنية التحفظات التفسيرية أو ما يسمى بالمطابقة الدستورية المشروطة، وهي تقنيات رقابية تستخدمها المحاكم الدستورية لغرض إيجاد طريق وسطي يخفف من وطأة عدم الدستورية، وانطلاقاً من فكرة "أن التحفظات التفسيرية الذي تتولاه المحكمة الدستورية من خلال الدعوى الدستورية يستمدُ شرعيته من كونه ضرورياً لتمكين هذه المحكمة من مُباشرة سلطتها في الرقابة الدستورية المنبثقة من أسسها الفلسفية التي تتجلى في حماية النظام الديمقراطي وسيادة الدستور واحترام الحقوق والحريات وإشباع الحاجات المتطورة للمجتمع، وتحقيق الاستقرار السياسي والقانوني" [٣٦].

واستناداً إلى الرأي المتقدم يستطيع القضاء الدستوري ووفقاً لهذه التقنية لأعمال رقابته بالاعتماد على تلك الجذور الفلسفية سابقة الذكر، محققاً بذلك توازناً بين الحماية الدستورية للحقوق والحريات من أن يمس بها التعديل الدستوري، وبين السلطة المختصة بالتعديل في مراجعة نفسها، عن طريق إعطاء معنى للتعديل يجنبه التناقض مع الدستور، وبالتالي تحجيم ظاهرة اللادستورية، كما أنه إذا ما استندنا على كون أحد مُبررات رقابة التعديلات هو جوهر الواجب القضائي، في أعمال الرقابة صوناً للدستور وحماية الأطر العامة، فإن الأخذ بهذه الآلية أمر ممكن، إذ يستطيع القضاء الدستوري تحاشي النطق بعدم الدستورية واللجوء إلى تفسير هذا التعديل بالشكل الذي يجعله مطابقاً للدستور، دون الدخول في صدام مع السلطة المختصة بالتعديل، وبالتالي تطوير المحكمة لاختصاصاتها واتساعها لتشمل الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية.

المطلب الثاني

التقييد بالفكرة القانونية السائدة

تَعدُ الفكرة القانونية السائدة من المواضيع الهامة، فهي الفكرة الكاملة لوجود الدستور، الذي يُعبر عنها في نصوصهِ، وهذه الفكرة القانونية المُهيمنة على دستور دولة ما وفقاً لتطلعات الشعب الذي وضعهُ تتطلب أن تأتي كُل الأعمال التي تقوم بها السُلطات التي أنشأها الدستور داخل تلك الدولة مُتفقة مع تلك الفكرة القانونية، وإلا كانت تلك الأعمال مُخالفة للفكرة القانونية ولروح الدستور، وبالتالي موسومة بعدم المشروعية، وهذا يتطلب من السلطة التي تضطلع بمهمة التعديل أن تتقيد بتلك الفكرة القانونية السائدة أيضاً.

وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين، ينفرد الفرع الأول بمضمون الفكرة القانونية السائدة، بينما يستقل الثاني بتأسيس الرقابة على الفكرة القانونية السائدة.

الفرع الأول

مضمون الفكرة القانونية السائدة

عُرفت الفكرة القانونية السائدة على أنها "مجموعةٌ من الطموحات والرغبات السائدة في وقت مُعين لدى أفراد المُجتمع السياسي، والتي يتمُ تحديد

الإطار الفكري والمبادئ الأساسية على هُديها، والتي يرتكزُ عليها النظام القانوني الأساسي للدولة، وهذه الفكرة لها الغلبة بين الشعب، فيما يتعلق بطبيعة نظام الحكم وحقوق الأفراد وحرياتهم وشكل الدولة والأمور التي تُنظم اختصاصات السلطات"، وهكذا فإنها تُعبر عن الأساس الفلسفي والإطار القانوني لنظام الحكم في الدولة، والحاكمة لكافة الأنشطة التي تضطلع بها السلطة العامة في الدولة، كما يُعبر عنها" بالفكرة القانونية الحاكمة"، أو "الفكرة القانونية المقبولة شرعاً" (٣٧).

كما عرفها آخرون بأنها "هي الغاية التي يجب أن يكون تحقيقها هدف جميع النشاطات والأنظمة في الدولة؛ لأنه ليس التنظيم السياسي في دولة غاية في حد ذاته وإنما وسيلة لتحقيق هدف معين وهذا الهدف هو الفكرة القانونية" (٣٨).

والبعض عبر عن الفكرة القانونية السائدة ووصفها "أنها هدف من أجله أُنشئت المجتمعات السياسية ويُترجم إلى الواقع ويسعى إلى تحقيقه من خلال قنوات مختلفة بعد تنظيمهُ في إطار الدستور "(٣٩) .

والبعض أعطى للفكرة القانونية بُعداً اقتصادياً، وحصر انعكاس فكرة القانون على الأوضاع الاقتصادية فقط، إذ يرى أن الفكرة القانونية "الأساس الذي بنيت عليه فكرة القانون –بأوسع مفاهيمه_ هو المحافظة على وضع قائم، أما عناصر هذه المحافظة ثلاثة:

١. الانعكاسية _ لأنها تعكس الأوضاع الاقتصادية في مرحلة معينة وما تظهر به من صور اجتماعية أو سياسية.
٢. التثبيتية – لأنها تكسب هذه الأوضاع صفتي المشروعية والإلزامية.
٣. ج – الجمود – لأنها تعزل مختلف التطورات الجديدة النامية عن الدخول في ماكنة التشريع بصورة تلقائية" (٤٠).

وهناك من يرى أن الفكرة القانونية السائدة "بأنها الفكرة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي يعيشها المجتمع والتي تهيمن على الدستور الذي يلزم العمل بها ما خلا بعض الفترات التي تعطل فيها هذه الفكرة (وهي حالات الضرورة والظروف الطارئة)، وهذه الفكرة لا تعني وجود انقطاع قانوني بين القانون السابق والذي يلحقه، حيث إن هناك جذوراً قانونية سابقة على الأخير تغلغلت في ضمائر الأفراد قبل إقراره رسمياً" (٤١).

إذن الخلاصة أن أصل القانون هو اعتقادٌ أو فكرة راسخة في الضمير المجتمع الجماعة، وهذه الفكرة مصدرها الظروف العملية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي فرضت على ضمير المجتمع الجماعي أن يضع هذه الفكرة في مقدمة الأفكار الأخرى، وأن يُزيل كافة الأفكار الأخرى حتى تلك التي تتسم بسمة قانونية، وذلك عن طريق التعبير بنصوص قانونية عنها، فهذه الفكرة أملت سيطرتها على العقل القانوني للمجتمع وتحقق الهدف المرجو من وضع القانون في المجتمع (٤٢).

ولو أمعنا النظر في الفكرة القانونية السائدة التي عُبر عنها بوصفها انعكاس لواقع سياسي واقتصادي واجتماعي لدولة ما لتجلت لنا أهمية علمية كبيرة قبالها لا يمكن في أي حال من الأحوال إنكارها أو التخلف عنها، فهذه الفكرة هي التي تُسيطر على الدستور وتُسييرهُ في تنظيم شؤون الدولة، فإذا ما كانت هذه الفكرة جلية عند بيانها دستورياً كان تنظيم الدستور ومن ثم الدولة واضحاً لا غموض أو لبس فيه لوجود

أسس واضحة يقوم عليها دستور تلك الدولة، وعلى العكس من ذلك إذا كانت الفكرة يعتريها الغموض واللبس فأن دستور تلك الدولة يصبح غامض، فالدولة هي لخدمة فكرة، والدستور هو الأساس القانوني للدولة ولا يمكن أن يستعاض بأحدهما عن الآخر(٤٣).

وهكذا تحتوي الدساتير قواعد تحدد بها الفكرة القانونية السائدة، أي فكرة القانون الرسمية في الدولة التي تشتمل على أحكام تبين بواسطتها المذهب الاجتماعي والسياسي والاقتصادي فيها، وهذه الفكرة قد تكون واضحة، وقد تكون غامضة غير واضحة فتستخلص عندئذ من مجمل تضاعيف الوثيقة الدستورية، فالفصل الخاص مثلاً من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ الذي يحمل عنوان (القضاء) دون أن يردف بتعبير "السلطة القضائية" يترك اعتقاداً بأن القضاء يُعد نوعاً من المرافق العامة التي تكون خاضعة لنفوذ السلطة التنفيذية وسُلطانها، ولكن لما كان القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون، فإنه بالإمكان استخلاص أن الفكرة السائدة من ثنايا نصوص الدستور والتي يتضح من خلالها أن القضاء هو في واقعه وحقيقته سلطة أو هو جهاز سلطة الشعب وإلا سلطان عليه لغير القانون، وإلا كيف تكون لأحكامه الحجية على الكافة وأن لها قوة الشيء المقضي به وعنوان الحقيقة القانونية (٤٤).

كما أن أهمية الفكرة السائدة دفعت جانباً من الفقه إلى القول بأن نطاق الدستور وما يشتمل عليه من موضوع، يُمثل الفكرة وبالتالي لم يقتصر الدستور فقط على تنظيم السلطات العامة، كما أنه وحتى في عملية تنظيمه للسلطات، فأنه ينظمها على أساس بنية تحتية اجتماعية، وأن الدستور في تنظيمه للسلطات العامة وآلية تعيين الحكام ووضعهم فأنه يحدد زيادة على ذلك المعنى الذي يجب أن يرسوه ويتبنوه في أنشطتهم، فالدستور لا يتمتع بمعنى شكلي بحت فقط بل له بعد سياسي وفي هذا المنظور يضع ويثبت الدستور هدفاً للحكام الذين يعينهم (٤٥) .

وبالتالي أن صدور الدستور متسقاً وموافقاً مع الفكرة القانونية السائدة لدى أفراد الشعب يُعد أساساً لنظام دستوري ديمقراطي وعلى العكس من ذلك، فإذا كان في صدوره غير موافقٍ للدستور وغير مراعٍ لتلك الفكرة القانونية المهيمنة والحاكمة وبعيداً عنها، عُد نظاماً دستورياً غير ديمقراطي، وبمعنى آخر أن الدستور يكون مشروعاً إذا كانت نصوصه مطابقة ومتفقة الفكرة القانونية السائدة في المجتمع السياسي، وبالتالي فإن نصوصه ما هي إلا تعبيراً صادقاً لإرادة ومصلحة الشعب، وإلا عُد دستوراً غير مشروع والقول هنا بفكرة مشروعية أو عدم مشروعية الدستور، سواء في مجمل مواده أو في أحد مواده أو بعضها، وبالتالي فإذا كانت السلطة المشروعة هي التي تجد قبولاً من المحكومين إيماناً منهم بالمبدأ الذي تنشأ عليه هذه السلطة، إذن من الممكن القول بفكرة الدستور أو النص الدستوري المشروع، وذلك عندما يجسد ويعبر عن إرادة ورغبات الأمة، بالاستناد إلى كون ذلك قرينة على قبول الشعب لهذا الدستور أو لهذا المادة الدستورية (٤٦).

هذا وقد أكد المشرع الدستوري في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، على الملامح الرئيسية لشكل الدولة العراقية ونظام الحكم والبناء الذي تقوم عليه الدولة العراقية الجديدة، وبذلك أرسى الأفكار القانونية المنظمة للدولة الجديدة في مادته الأولى ومادته الثانية من الباب الأول من الدستور، حيث نصت المادة الأولى "جمهورية العراق دولة اتحادية

واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة نظام الحكم فيها جمهوري نيابي برلماني ديمقراطي وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق" ونصت المادة الثانية الإسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر أساسي للتشريع، وبديباجته، إذ عادة ما يحمل الدستور في طياته وخاصة في ديباجته أُطراً عامة للفلسفة التي يقوم عليها الدستور، هذا ما نجده في ديباجة دستور العراق لعام ٢٠٠٥م، إذ أشار إلى الفلسفة التي يؤمن بها المجتمع ومن ثم فقد أشار للفكرة القانونية المهيمنة التي يقوم عليها الدستور(٤٧)، وقد اكدت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المرقم (٢١/اتحادية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٥/١٥) على أهمية الديباجة وما حوته من فلسفة التوازن الدستوري " فأن النص المذكور لا يتعارض وأحكام الدستور إذ جاء في ديباجة دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ ما نصه..... لذلك فأن النص المطعون فيه المذكور آنفاً هو ترجمة للديباجة المذكورة والتوازن الدستوري ينطوي عن مفهوم وحدة الشعب العراقي باعتبار أن الدستور ضامن لوحدة العراق.... " (٤٨)، وبهذه ديباجتهُ وبنص المادة الأولى والثانية قد حدد دستور جمهورية العراق الأفكار القانونية للدولة العراقية الجديدة.

وفي النهاية، لا بد من الإشارة إلى أن تحقق الفكرة القانونية التي تجسدت بنصوص الدستور وتماهت بروحه لا تعتمد بالدرجة الأولى على تلك النصوص الدستورية نفسها، وإنما على الروح التي تطبق على هُداها الأحكام التي تضمنها الدستور، وبصفة خاصة على حالة الشعب النفسية واستعداده لقبول تلك الفكرة القانونية، فهذان العاملان يحددان النتائج (٤٩).

واخير يظهر لنا جليا اهمية الفكرة القانونية السائدة في بلورة نصوص الدستور واضفاء طابع قانوني مُعبر عن رؤى مجتمع معين، محددتا بذلك نطاق الدستور وموضوعه وما لهذه الفكرة من اثر في احكام القضاء الدستوري في ممارسة رقابة الدستورية.

الفرع الثاني

تأسيس الرقابة على الفكرة لقانونية السائدة

وبيان أن السلطة القائمة بالتعديل "المؤسَسة" تخضع في تنظيمها إلى قواعد دستورية سابقة لوجودها، وهذه القواعد هي قواعد تنظيمية موجودة في صلب النصوص الدستورية وداخلها، إذ تتولى السلطة القائمة بوضع الدستور "المؤسِسة" صياغتها وتحديدها وفقاً للفكرة القانونية السائدة، وهذا يفرض على السلطة المشتقة التي تضطلع بتعديل الدستور أن تقوم بمهامها وفقاً لتلك الفكرة (٥٠).

وهكذا تظهر أهمية الفكرة القانونية السائدة في مجال تعديل الدستور، فهذه الفكرة التي صدر في ظلها دستور دولة معينة، لا بد أن تكون متطورة تطوراً بتطور الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية وانسجاماً معها، الأمر الذي يجعل الدستور في التطبيق، إذا لم يعدل، وكأنه غشاء مطاطي تضغط على جوانبه تيارات مختلفة فتقعره تارة وتحدبه أخرى حسب القوى التي تحملها هذه التيارات (٥١).

وعندئذ يتوجب على المشرع الدستوري أن يواكب هذه التطورات ويلاحقها بالتعديل الدستوري المقتضي، وهنا تثار المشكلة المتعلقة بسلطة التعديل ليجري التعديل على خلاف مقتضى الفكرة القانونية السائدة، وذلك في توجيه التعديل نحو إحلال فكرة قانونية جديدة محل الفكرة التي شرع في ظلها الدستور، وبمعنى آخر، أن أهم ما تواجههُ الفكرة القانونية السائدة من مخاطر هو خطر مكنه التعديل الدستوري، عندما تنحرف السلطة المختصة بالتعديل

عن الفكرة القانونية السائدة وتأتي بتعديل دستور مُختلف في موضوعه ومداه عن تلك الفكرة التي تبناها واضعوا الدستور وضمنوها في نصوصه [٥٢].

ولما كانت السلطة القائمة بالتعديل هي المنوط بها أن السلطة الحكم على النصوص الدستورية من حيث توافقها وانسجامها أو اختلافها عن الفكرة القانونية السائدة، ومن ثم لها أن حق تعديل تلك النصوص التي لم تعد موافقة للواقع لتجعلها منسجمة والإرادة الحالية للأمة، وهذه السلطة قد تناط بالمجالس التشريعية بوصفها ممثلة للأمة، إلا أن هذا الأسلوب قد لا يأت بنتائج مُرضية في ظل وجود الأحزاب السياسية، وظهور مبدأ التزاوج بين "الحكومة والأغلبية البرلمانية"، أو قد تعطى إلى الشعب نفسه عن طريق الاقتراع الشعبي أو الاستفتاء الشعبي بوصفه هو الأكثر معرفة وفهماً بفكرته القانونية وتوافق النصوص معها أو تخلفها عنها، وإن كان هذا الأسلوب أكثر الأساليب ديمقراطية، إلا أنه لا نتوقع منه أيضاً أن يأتي بنتائج مرضية، ذلك لأن نجاحهُ يحتاج إلى عامل آخر متمثلاً بالنضج السياسي وبدرجة عالية وهذا لا يتوافر دائماً لدى أبناء شعوب الدول النامية [٥٣] .

وهكذا يرى البعض، بضرورة أن يُراقب الدستور في سيره في ضوء التغيرات الحاصلة في الفكرة القانونية، ودور هذه الرقابة في هذه الحالة يكون مضاعفاً والنتيجة تنتهي إلى وجوب مطابقة وموافقة القوانين العادية والقوانين التأسيسية للفكرة القانونية السائدة عند الشعب [٥٤].

وفي مجال الرقابة على الدستورية نجد للفكرة القانونية تطبيقاتها في أحكام القضاء الدستوري، إذ يبرز دور القاضي الدستوري، وذلك عند قيامه بتفسير النصوص الدستورية أن يأخذ بالفكرة القانونية السائدة في المجتمع السياسي كأساس لرقابته، لأن البحث هنا ليس عن إرادة المشرع وقت وضع الدستور، وإنما عن الإرادة الحالية للشعب وقت التفسير، معنى ذلك أن على القاضي الدستوري أن يدخل في اعتباره أثناء التفسير كافة ما استجد على المجتمع حتى تصبح النصوص الدستورية، لها القدرة على مواكبة تطورات وحاجات المجتمع [٥٥].

وذهبت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المرقم (٢٣٠/اتحادية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٣/١/١٨)، إلى التأكيد على أحد أهم الأفكار القانونية السائدة التي أرست عليها دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ " لذا وحيث إن دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ وضع قيداً جوهرياً على اختصاص السلطة التشريعية عند ممارستها لاختصاصها بتشريع القوانين وهو عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام بعد أن قرر أن الإسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر أساس للتشريع استناداً إلى أحكام المادة (٢ / أولاً) من الدستور، وبناءً على ما ذكر آنفاً نجد أن الدستور أقر ثلاثة مبادئ وهي اعتبار الإسلام دين الدولة الرسمي واعتبار الإسلام مصدراً أساسياً للتشريع وعدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام واستناداً إلى أحكام (١٣/ ثانياً) من الدستور والتي أوجبت عدم جواز سن قانون يتعارض مع الدستور.... ولما تقدم قررت المحكمة الاتحادية العليا ما يلي: الحكم بعدم دستورية المادة الثامنة عشر من قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ – قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٠٩ المعدل في إقليم كوردستان العراق – الصادر عن المجلس الوطني لكوردستان – العراق (البرلمان (حالياً)" [٥٦].

وفي مجال الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية استناداً للفكرة القانونية السائدة، نجد أن

هناك بعض المحاكم الدستورية استندت إلى بعض الأفكار القانونية السائدة لتقييد اختصاص السلطة القائمة بالتعديل من انتهاك الدستور استناداً لتلك الأفكار، وتأتي المحكمة العليا الهندية في طليعة هذه المحاكم والتي استندت إلى "مبدأ الهيكل الأساسي" وعلى الرغم من أن الدستور الهندي لا يتضمن أي قيود موضوعية على سلطة التعديل، إلا أنه بموجب هذا المبدأ سلطة التعديل ليست غير محدودة أو غير مقيدة وإنما بدلاً من ذلك فأنها لا تمتلك سلطة إلغاء أو تغيير هوية الدستور أو سماته الأساسية، واستندت المحكمة العليا الهندية هذا المبدأ لرقابة التعديلات الدستورية، والسمات غير القابلة للتعديل والتي تشكل الهيكل الأساسي للدستور "سيادة الدستور، الشكل الديمقراطي للحكومة، والسمات العامة للديمقراطية، والفصل بين السلطات وسيادة القانون، ووحدة الأمة، الانتخابات الحرة النزيهة، حرية الفرد وكرامته"، وهكذا يحاول مبدأ البنية الأساسية أو الهيكل الأساسي للدستور، تحديد الفلسفة التي يقوم عليها الدستور [٥٧].

وظهر هذا المبدأ لأول مرة في قضية كيسافاناندا الهندية، وتُعد أول قضية في العالم تشهد على إبطال تعديل دستوري على أساس أنه ينتهك فكرة قانونية سائدة، إذ اعترفت المحكمة العليا الهندية بمبدأ الهيكل الأساسي وأنها تمثل الفلسفة التي يقوم عليها الدستور، وتُعبر عن الفكرة القانونية الكامنة في ضمير الامة، وفي عام ١٩٧٣، نظر ١٣ قاضياً من قضاة المحكمة العليا، في قضية كيسافاناندا بهاراتي ضد ولاية كيرالا، في صحة التعديلات ٢٤ و ٢٥ و ٢٩ وقضت المحكمة، بأغلبية ٧ أصوات مقابل ٦ أصوات بأن "سلطة التعديل لا تشمل سلطة تغيير الهيكل الأساسي للدستور أو إطاره من أجل تغيير هويته"، وأكدت المحكمة العليا في الهند "مبدأ الهيكل الأساسي" في قضية أنديرا تهرو غاندي ضد راج نارين (١٩٧٥) وفي هذه القضية أبطلت المحكمة العليا التعديل ٣٩ (١٩٧٥) للدستور على أساس أنه ينتهك الهيكل الأساسي للدستور [٥٨].

وذهبت المحكمة العليا في الهند في قضية مينيرفا ميلز ضد اتحاد الهند عام ١٩٨٠، وفق رأي خمسة قضاة في المحكمة العليا، بالإجماع، بما أن المادة ٥٥ من التعديل قد وضعت جميع القيود المفروضة عن سلطة التعديل في البرلمان، ومنحته سلطة تدمير السمات الأساسية للدستور أو هيكله الأساسي، فإنه تجاوز من سلطة التعديل في البرلمان، وبالتالي فهو باطل. وبذلك، أنشأت المحكمة سلطة التعديل المحدودة، إذ أشارت إلى "وبما أن الدستور قد منح البرلمان سلطة تعديل محدودة، فلا يمكن للبرلمان في ظل ممارسة تلك السلطة المحدودة توسيع تلك السلطة ذاتها إلى سلطة مطلقة. ولا يمكن للبرلمان، بموجب المادة ٣٦٨، أن يوسع سلطته التعديلية لكي يكتسب لنفسه الحق في إلغاء الدستور أو تدمير سماته الأساسية والضرورية. ولا يمكن لصاحب سلطة محدودة أن يحول بممارسة تلك السلطة المحدودة إلى سلطة غير محدودة" وكما أوضحت المحكمة العليا ما يلي "وإذا منح البرلمان بموجب تعديل دستوري سلطة غير محدودة للتعديل، فإنه سيتوقف عن كونه سلطة بموجب الدستور، ولكنه سيصبح أعلى عليه، لأنه يتمتع بسلطة تغيير الدستور برمته بما في ذلك هيكله الأساسي، بل وحتى وضع حد له بتغيير هويته بالكامل" [٥٩].

وهكذا ننتهي إلى أن الهيكل الأساسي للدستور أو البنية الأساسية، والتي يندرج تحت مفهومها جملة من الأفكار القانونية، المتمثلة بالسيادة والصفة

الديمقراطية والعلمانية وحكم القانون واستقلال القضاء والحقوق الأساسية للمواطنين، قامت المحكمة العليا الهندية من خلالها بدور نشط للغاية في تعزيز وتحصين وحماية الحقوق الأساسية للمواطنين، ووضعت من خلاله حداً لانتهاكات البرلمان وإساءة استخدام سلطته في التعديل والذي بموجبه أبدت المحكمة درجة عالية من الإيجابية مصححة به الوضع السياسي، الذي كان غير مُتزن ولكن استطاعت المحكمة العليا الهندية أن تكون حامياً للحقوق ومنعت تقويضها من قبل السلطة القائمة بالتعديل [٦٠].

وبعد أن تبنت الهند مبدأ الهيكل الأساسي، هاجرت إلى البلدان المجاورة لها، وعلى الأخص إلى بنغلاديش شعبة الاستئناف في المحكمة العليا واعتمدت بنغلاديش الهيكل الأساسي الهندي في قضيتها لعام ١٩٨٩، أنور حسين شودري صد بنغلاديش، الذي يشير صراحة إلى قضية كيسافاناندا الهندية. وفي تلك القضية، أعلن أن قانون الدستور التعديل (الثامن) لعام ١٩٨٨، الذي أثر على اختصاص المراجعة الفضائية للمحكمة العليا من خلال تطبيق اللامركزية في شعبة المحكمة العليا التابعة لها، غير دستوري وباطل وأيدت الأغلبية في شعبة الاستئناف مبدأ الهيكل الأساسي، وقضت بأنه على الرغم من أن سلطة التعديل ليست سلطة تشريعية عادية، بل هي سلطة تأسيسية، إلا أنها مجرد سلطة يمنحها الدستور للبرلمان، وبالتالي فهي محدودة وأشارت المحكمة إلى هذا المبدأ، إذ قالت: "تسميها بأي اسم – "ميزة أساسية" أو أيا كان، ولكن هذا هو نسيج الدستور الذي لا يمكن تفكيكه من قبل سلطة أنشأها الدستور نفسه – أي البرلمان، ولأن سلطة التعديل ليست سوى سلطة يمنحها الدستور للبرلمان، فهي سلطة أعلى من أي سلطة أخرى يمنحها الدستور للبرلمان، ولكنها مع ذلك سلطة داخل الدستور وليس خارجه" وأضافت "بأن السلطة التأسيسية – باعتبارها سلطة وضع دستور – ملك للشعب وحده السلطة الدستورية المخولة للبرلمان هي سلطة مشتقة"، وبالتالي فهي محدودة "كما أشارت إلى عددٍ من الأفكار والمبادئ القانونية مثل سيادة الشعب، وسيادة الكيان القومي، والديمقراطية، والدولة الموحدة، والفصل بين السلطات والحقوق الأساسية، واستقلال القضاء، التي يدعي أنها الركائز الهيكلية للدستور، وبالتالي فهي تتجاوز سلطة التعديل [٦١].

كما وصل "مبدأ الهيكل الأساسي" إلى باكستان، حيث تم تناوله في المحاكم تحت عنوان: "السمات البارزة للدستور" في ١٩٧٠، قضت المحكمة العليا في عدة مناسبات أن لديها سلطة محدودة فيما يتعلق بالأحكام الدستورية، وفي قضية أربي ضد اتحاد باكستان، أشارت محكمة لاهور هايغي "بأنه ليس للبرلمان السيادة لتعديل الدستور وفقاً لأمثاله وما يكرهه أقل بكثير من تغيير الهيكل الأساسي للدستور" [٦٢].

ونخلص مما تقدم، أن الفكرة القانونية السائدة تصلح لأن تكون أساساً لبسط الرقابة على التعديلات الدستورية، إذ نجد أن عدداً من المحاكم الدستورية قد أخذت من ما يشكل أفكاراً قانونية سائدة لدى الشعب أساساً لبسط رقابتها، فإذا ما فرضنا أن السلطة المنوط بها إجراء التعديل قد توسع من سلطتها بحجة الحداثة والتطور ومواكبة التطورات وما يترتب على ذلك الانحراف عن ما هو محدد ومخصص لها من أهداف، وبالتالي الخروج عن المجالات المحددة لها، وهذا الانحراف يلقي بظلال مخاطره على الحقوق والحريات، فلا بد من إيجاد ضمانات وهنا يظهر دور القضاء الدستوري وأهمية الرقابة الدستورية على تلك التعديلات.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من البحث في موضوع (العمق الفلسفي للرقابة على التعديلات غير الدستورية)، توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات.

أولاً: الاستنتاجات

١. إن غياب الأساس الدستوري لم يمنع القضاء الدستوري من الأخذ بالرقابة على التعديلات غير الدستورية، ووجد في الأساس الفلسفي سنده غير المعلن عنه بنص صريح لفرض تلك الرقابة.

٢. في مقدمة الأسس الفلسفية التي ركن القضاء الدستوري هو المطابقة الدستورية المشروطة وما تخلقه هذه الآلية من أساس عبقري في تجنب الصدام مع السلطة المختصة بالتعديل، فالحذر من القول بعدم الدستورية أو بدستورية التعديل قد يؤدي إلى خلافات عديدة، ولكن إعطاء تفسير دقيق للتعديل ينأى به عن عدم الدستورية وبالاستناد إلى الأسس التي تعبر عن فلسفة النص وإرادة واضعيه سيجعل من هذه الرقابة أمراً معقولاً ومقبولاً.

٣. للفكرة القانونية السائدة وما يقوم عليه الدستور من فلسفة تعبر عن أفكار المجتمع وتطلعاته وثوابته التي أسس لها في دستوره وصبها في نصوص دستورية، أساساً لأعمال مثل هذه الرقابة، إذ إن السلطة القائمة بالتعديل، سلطة مختارة من قبله ولا يجوز أن يتعدى على تلك الفكرة القانونية السائدة وألا تعرض عمله للبطلان ومن ثم الإلغاء نتيجة تعارضه معها.

ثانياً: التوصيات

١. نوصي بتعديل نص المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وإضافة فقرة إلى اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، تقضي برقابتها للتعديلات الدستورية بشكل صريح والبت في صحتها، وتكون بتسلسل رابعاً، ليصبح النص الدستوري على النحو الآتي "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: رابعاً_ البت في صحة التعديلات الدستورية .... ".

٢. نتوسم بالمحكمة الاتحادية العليا، الأخذ بتجارب القضاء الدستوري المقارن في رقابة التعديلات الدستورية وإسهامها الفعال في هذا المجال، وما لها من دور في إرساء بعض الأسس والنظريات الدستورية، فابتداع القضاء الدستوري الهندي نظرية البنية الأساسية أو الهيكل الأساسي، كان له الأثر الأكبر في الحفاظ على الحقوق والحريات من سطوة السلطة المختصة بالتعديل.

٣. ندعو المحكمة الاتحادية العليا إلى سلك سبيل القضاء الدستوري المقارن، فيما يخص المجال التفسيري، وتفعيل الدور التفسيري واستخدام التقنيات الحديثة الخاصة به، إذ وظفت المحكمة الدستورية الألمانية هذا الدور وسعت إلى إيجاد سُبل انتصاف قضائية وبذل جهدٍ تفسيري للتوفيق بين التعديلات والحقوق والحريات والمبادئ، من خلال تفسيرها بشكل ينأى عن الحكم القاطع بعد دستوريتها عن طريق أعمال المطابقة الدستورية المشروطة "التحفظات التفسيرية".

الهوامش

(١) د. رجب محمود طاجن، المطابقة الدستورية المشروطة " دراسة مقارنة"، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص١١.

(٢) رداوي مراد، التحفظات التفسيرية وتطبيقاتها في الاجتهاد الدستوري الجزائري، بحث منشور في مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد ٧، العدد٢، ٢٠٢٢، ص ٩٠٥.

(٣) راي العميد الفرنسي لوي فارفو، نقلا عن بشير يلس شاوش، تقنية التحفظات في فقه المجلس الدستوري الجزائري، بحث منشور في مجلة المحكمة الدستورية، المجلد١، العدد١، ٢٠١٣، ص٨.

(4) Abdou Aziz Daba KEBE, La réception des réserves d'interprétation dans la jurisprudence constitutionnelle des Etats d'Afrique noire francophone, p. 2, Available on the website http://conseilconstitutionnel.sn/wp-content/uploads/2017/05/publication-abdou-aziz-daba-KEBE.pdf , The date of the last visit 25/2/2023.

(٥) د. رجب محمود طاجن، المطابقة الدستورية المشروطة، مصدر سابق، ص ١١ وما بعدها.

(٦) د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة)، ط١، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩، ص١٠٠.

(٧) د. شعبان احمد رمضان، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٤٤١.

(٨) د. عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع (دراسة مقارنة)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٣٣٧و ٣٣٩.

(٩) د. عدنان عاجل عبيد، د. ميسون طه حسين، الاختصاص التفسيري للقضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، ٢٠١٦، ص ٤٢٧.

(١٠) د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢٨٥.

(١١) د. عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص٣٤٩،٣٤٢.

(١٢) د. رجب محمود طاجن، المطابقة الدستورية المشروطة، مصدر سابق، ص ٦٦.

(١٣) د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص ٢٦٧.

(١٤) د. محمد فوزي نويجي، د. عبد الحفيظ علي الشيمي، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ٢، ٢٠١٧، ص٤٣.

(١٥) د. احمد فتحي سرور، منهج الاصلاح الدستوري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٧٠،١٦٩.

(١٦) د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص١٠٥.

(١٧) د. احمد فتحي سرور، منهج الاصلاح الدستوري، مصدر سابق، ص١٧١.

(١٨) د. عدنان عاجل عبيد، د. ميسون طه حسين، الاختصاص التفسيري للقضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص٤٢٧.

(١٩) د. عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مصدر سابق، ص٣٣١،٣٣٠.

(٢٠) د. رجب محمود طاجن، المطابقة الدستورية المشروطة، مصدر سابق، ص٤١ وما بعدها.

(٢١) د. شعبان احمد رمضان، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص ٤٤٢،٤٤١.

(٢٢) هنري روسيون، المجلس الدستوري، ترجمة محمد وطفة، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، ٢٠٠١، ص ٩٤.

(٢٣) د. شعبان احمد رمضان، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص٤٤٦.

(٢٤) هنري روسيون، المجلس الدستوري، مصدر سابق، ص ٩٣.

(٢٥) القضية المرقمة ١٨٨ لسنة ٢٧ قضائية " دستورية " في ١٥ يناير سنة ٢٠٠٦، متاح على الموقع الالكتروني للمحكمة العليا المصرية: http://sccourt.gov.eg/ تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٣/٣/١٠

(٢٦) د. احمد فتحي سرور، منهج الاصلاح الدستوري، مصدر سابق، ص١٧٦.

(٢٧) القضية رقم ٨/٢٢ قضائية " دستورية "، في ٤ يناير لسنة ١٩٩٢، متاح على الموقع الالكتروني للمحكمة العليا المصرية: http://sccourt.gov.eg/ تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٣/٣/١٠.

(٢٨) يُنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد (٣٧/اتحادية/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٤/١٨)، منشور على الموقع الالكتروني: https://www.iraqfsc.iq/krarid/37_fed_2017.pdf تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٣/٣/١٠.

(٢٩) يُنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا، ذي العدد (٥١/اتحادية/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٧/٢٧)، منشور على الموقع الالكتروني: https://www.iraqfsc.iq/krarid/51_fed_2017.pdf تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٣/٣/١٠.

(٣٠) د. عدنان عاجل عبيد، جودة احكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق، مصدر سابق، ص١٢٧.

(31) Yaniv Roznai, Unconstitutional constitutional Amendments, Op, cit, p. 202.

(٣٢) المادة ١٠ من القانون الاساسي الالماني عام ١٩٤٩، متاح على الموقع الالكتروني:
https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2012
تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٣/٤/١.

(٣٣) ميشال فرومون، تعديل الدستور والقواعد الدستورية غير القابلة للمس في القانون الألماني، بحث منشور في مجلة القانون العام وعلم السياسة، ترجمة محمد عرب صاصيلا، العدد الاول، ٢٠٠٧، ص ١٠٩.

(٣٤) د. عيد احمد الغفلول، النظام العام الدستوري، مصدر سابق، ص١٥٧.

(٣٥) ميشال فرومون، تعديل الدستور والقواعد الدستورية غير القابلة للمس في القانون الألماني، مصدر سابق، ص١١٠.

(٣٦) د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص٢٦٤.

(٣٧) د. عصمت عبد الله الشيخ، الدستور بين مقتضيات الثبات وموجبات التغيير في ضوء الفكرة القانونية السائدة لدى افراد المجتمع السياسي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٥.

(٣٨) د. اسماعيل مرزه، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، ط٣، دار الملاك، ٢٠٠٤، ص ٥.

(٣٩) د. بيخال محمد مصطفى، دراسة حول فكرة القانون في الدستور، بدون طبعة، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت، ٢٠١٣، ص ١٧.

(٤٠) د. طلعت الشيباني، القوى المؤثرة في الدساتير وتفسير الدستور العراقي، بدون طبعة، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٤، ص٥.

(٤١) د. مهند ضياء عبد القادر، الفكرة القانونية السائدة في الدساتير العراقية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٠، ص٣٠.

(٤٢) د. سمير داود سلمان، الانحراف بالفكرة القانونية السائدة وتطبيقاتها في دستور العراق لعام ٢٠٠٥، بحث منشور مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الخامس العدد الثاني/٢٠١٦، ص١٥.

(٤٣) د. مهند ضياء عبد القادر، الفكرة القانونية السائدة في الدساتير العراقية، مصدر سابق، ص ٢١.

(٤٤) د. سعد عبد الجبار العلوش، نظرات في موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق ومستقبلها في حماية الحقوق والحريات العام، بحث منشور في مجلة الحقوق _جامعة النهرين، المجلد الثامن، العدد الرابع عشر، ٢٠٠٥، ص١٨.

(٤٥) د. ثروت بدوي، النظم السياسية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣، ص٣٠٥.

(٤٦) د. عصمت عبد الله الشيخ، الرقابة الدستورية والفكرة القانونية السائدة في المجتمع السياسي، بحث منشور في المؤتمر العلمي الاول: دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، جامعة حلوان كلية الحقوق، ١٩٩٨، ص ٥٥٢.

(٤٧) ضرغام رزاق جابر، الفكرة القانونية السائدة في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الكوفة_ كلية القانون، ٢٠١٦، ص١٩.

(٤٨) يُنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا، ذي العدد (٢١/اتحادية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٥/١٥)، منشور على الموقع الالكتروني: https://www.iraqfsc.iq/krarid/21_fed_2022.pdf تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٣/٣/١١.

(٤٩) د. اسماعيل مرزه، مبادئ القانون الدستوري، ط٣، دار الملاك، ٢٠٠٤، ص٥.

(٥٠) بيخال محمد مصطفى، دراسة حول فكرة القانون في الدستور، مصدر سابق، ص ١٨٥.

(٥١) د. طلعت الشيباني، القوى المؤثرة في الدساتير وتفسير الدستور العراقي، مصدر سابق، ص١٤.

(٥٢) د. سمير داوود سلمان، الانحراف بالفكرة القانونية السائدة وتطبيقاتها في دستور العراق لعام ٢٠٠٥، مصدر سابق، ص١٣.

(٥٣) د. عصمت عبد الله الشيخ، الرقابة الدستورية والفكرة القانونية السائدة في المجتمع السياسي، مصدر سابق، ص٥٥٣.

(٥٤) بيخال محمد مصطفى، دراسة حول فكرة القانون في الدستور، مصدر سابق، ص٢٣٥.

(٥٥) د. عصمت عبد الله الشيخ، الرقابة الدستورية والفكرة القانونية السائدة في المجتمع السياسي، مصدر سابق، ص٥٥٥.

(٥٦) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا، ذي العدد (٢٣٠/اتحادية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٣/١/١٨)، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا الالكتروني: https://www.iraqfsc.iq/krarid/230_fed_2022.pdf تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٣/٣/١١.

(57) Yaniv Roznai, Unconstitutional constitutional Amendments, Op, cit, p58, 62.

(58) Kemal gozler, Judicial Review of Constitutional Amendments," A Comparative study ", Ekin Basım Press, Bursa 'Turkey, 2008. p.92.

(59) Yaniv Roznai, Unconstitutional constitutional Amendment, Op, cit, p63.

(٦٠) د. محمد ولید الشناوي، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، ص 32 وما بعدها.

(61) Yaniv Roznai, Unconstitutional constitutional Amendments, Op, cit, p. 63.

(62) Yaniv Roznai, Unconstitutional constitutional Amendments, Op, cit, p. 66.

المصادر

اولا: الكتب العربية

١) د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠.

٢) د. احمد فتحي سرور، منهج الاصلاح الدستوري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٣) د. اسماعيل مرزه، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، ط٣، دار الملاك، ٢٠٠٤.

٤) د. بيخال محمد مصطفى، دراسة حول فكرة القانون في الدستور، بدون طبعة، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت، ٢٠١٣.

٥) د. ثروت بدوي، النظم السياسية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣،

٦) د. رجب محمود طاجن، المطابقة الدستورية المشروطة " دراسة مقارنة"، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤

٧) د. شعبان احمد رمضان، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٨) د. طلعت الشيباني، القوى المؤثرة في الدساتير وتفسير الدستور العراقي، بدون طبعة، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٤.

٩) د. عدنان عاجل عبيد، جودة احكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق، ط١، منشورات مكتبة دار السلام، النجف الاشرف، ٢٠٢١

١٠) د. عصمت عبد الله الشيخ، الدستور بين مقتضيات الثبات وموجبات التغيير في ضوء الفكرة القانونية السائدة لدى افراد المجتمع السياسي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

١١) د. عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع (دراسة مقارنة)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

١٢) د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة)، ط١، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩.

١٣) د. وليد محمد الشناوي، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، "دراسة مقارنة" ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠١٦.

ثانيا: الكتب المعربة

١) ميشال فرومون، تعديل الدستور والقواعد الدستورية غير القابلة للمس في القانون الألماني، بحث منشور في مجلة القانون العام وعلم السياسة، ترجمة محمد عرب صاصيلا، العدد الاول، ٢٠٠٧.

٢) هنري روسيون، المجلس الدستوري، ترجمة محمد وطفة، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، ٢٠٠١.

ثالثا: الرسائل

١) ضرغام رزاق جابر، الفكرة القانونية السائدة في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الكوفة_ كلية القانون، ٢٠١٦.

٢) مهند ضياء عبد القادر، الفكرة القانونية السائدة في الدساتير العراقية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٠.

رابعا: البحوث والمقالات

١) د. بشير يلس شاوش، تقنية التحفظات في فقه المجلس الدستوري الجزائري، بحث منشور في مجلة المحكمة الدستورية، المجلد١، العدد١.

٢) د. رداوي مراد، التحفظات التفسيرية وتطبيقاتها في الاجتهاد الدستوري الجزائري، بحث منشور في مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد ٧، العدد٢، ٢٠٢٢

٣) د. سعد عبد الجبار العلوش، نظرات في موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق ومستقبلها في حماية الحقوق والحريات العام، بحث منشور في مجلة الحقوق _جامعة النهرين، المجلد الثامن، العدد الرابع عشر، ٢٠٠٥.

٤) د. سمير داود سلمان، الانحراف بالفكرة القانونية السائدة وتطبيقاتها في دستور العراق لعام ٢٠٠٥، بحث منشور مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الخامس العدد الثاني/٢٠١٦

٥) د. عدنان عاجل عبيد، د. ميسون طه حسين، الاختصاص التفسيري للقضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، ٢٠١٦.

٦) د. عصمت عبد الله الشيخ، الرقابة الدستورية والفكرة القانونية السائدة في المجتمع السياسي، بحث منشور في المؤتمر العلمي الاول: دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، جامعة حلوان كلية الحقوق، ١٩٩٨.

٧) د. محمد فوزي نويجي، د. عبد الحفيظ علي الشيمي، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ٢، ٢٠١٧.

خامسا: الدساتير

١) الدساتير الأجنبية.

٢) دستور المانيا لعام ١٩٤٩.

٣) دستور الهند لعام ١٩٤٩.

٤) الدساتير العراقية.

٥) دستور ١٦ تموز ١٩٧٠.

٦) دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

سادسا: الأحكام القضائية

أ – القرارات المنشورة على موقع المحكمة الدستورية لعليا في مصر: http://sccourt.gov.eg

١) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية " دستورية ".

٢) القضية رقم ١٨٨ لسنة ٢٧ قضائية " دستورية ".

ب _ القرارات المنشورة على موقع المحكمة الاتحادية العليا الالكتروني:

https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php

١) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٧/ اتحادية /٢٠١٧).

٢) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٥١/اتحادية/٢٠١٧).

٣) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٢٨/اتحادية/٢٠١٩).

٤) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٢٣٠/اتحادية/٢٠٢٢).

٥) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٢١/اتحادية/٢٠٢٢).

سابعاً- المصادر الأجنبية

1) Yaniv Roznai, Unconstitutional constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of constitutional Amendment Powers, A thesis submitted to Department of Law of the London, 2014.
2) Kemal Gözler, Judicial Review of Constitutional Amendments " A Comparative study ", Ekin Basım Press, Bursa 'Turkey, 2008.