مجلة جامعة بابل/ العلوم الإنسانية /المجلد ٢٥/ العدد٣ :٢٠١٧

أثر تفسير نصوص الدستور على تحول أحكام القضاء الدستوري

(دراسة مقارنة)

ميثم حنظل شريف صبيح وحوح حسين الصباح

جامعة بابل/كلية القانون

Law.sabih.whowh@uobabybn.edu.iq Mauthamhandhel@yahoo.com

الخلاصة

تعد وسيلة التحول القضائي الدستوري من بين الوسائل الفنية التي تساعد القاضي الدستوري في تأكيد مبدأ المشروعية الدستورية ، فما وجدت الرقابة على دستورية القوانين وتفسير نصوص الدستور إلا لحماية الدستور لما له من سمو وعلو على القواعد القانونية كافة، ومن هنا فإن وظيفة القاضي الدستورية الأساسية هي حماية الدستور من الخروج عليه أو مخالفة أحكامه سواء كان ذلك بطريق مباشر أم بطريق غير مباشر .

وعلى ذلك فإن القاضي الدستوري في النظم المقارنة والعراق أستخدم وسائل فنية في مجال تفسير نصوص الدستور والرقابة الدستورية عموماً للدفاع عن الدستور ، فعلى سبيل المثال فأن المجلس الدستوري الفرنسي وبعض المحاكم الدستورية الأوربية لجأت لفكرة دستورية القانون مع التحفظ ورقابة الملاءمة واللجوء إلى فكرة الخطأ الظاهر في التقدير ورقابة الأغفال التشريعي وغير ذلك من الوسائل الفنية في الرقابة على دستورية القوانين، ومن بين هذه الوسائل استخدام تفسير نصوص الدستور في التحول في أحكام القضاء الدستوري ، حيث تنص النظم القانونية كافة على أن أحكام المحاكم الدستورية نهائية ولا يجوز الطعن فيها ، وأنها ملزمة للسلطات العامة كافة ، ولكن المنطق القانوني يقضي بأن هذه الأحكام لا تعد ملزمة للمحكمة التي أصدرتها ، وبالتالي يجوز لها بأن تقضي بما يخالفها ولا سيما إذا كنا لا نأخذ بنظام السوابق القضائية .

وحقيقةً كونَّ الأحكام الدستورية غير قابلة للطعن يجعلنا نتمسك بالتحول القضائي في المسائل الدستورية ، بل ونطالب به في قانون محكمتنا الأتحادية العليا ، والسبب الذي يساعدنا على ذلك يتمثل في أن القضاء الدستوري كغيره من نظم القضاء قابل لأن يقضي في مسألة دستورية بطريقة غير صحيحة ، أليسوا بشراً قابلين للوقوع في الخطأ ، فماذا لو حدث ذلك ويمنع القانون الطعن على أحكام القاضي الدستوري كما هو الواقع الآن ؟ .

فمما لا شك فيه أن التحول عن المبادئ القانونية الخاطئة التي تضمنتها الأحكام السابقة يعد الوسيلة القانونية الكفيلة لتصحيح هذه الأخطاء ، وهذا التصور نظرياً بحتاً ، فهناك الكثير من الأحكام الدستورية التي يجب العدول عنها .

وقد قيل بإنه يعد من بين المعوقات التي تحول دون التحول القضائي الدستوري ، إن هذه الفكرة تتعارض مع الدستور على أساس أن الدساتير تخلو من النص عليها ، وقد أنتهت الدراسة إلى إن عدول القاضي عن تفسير خاطئ لا يخالف الدستور إنما يؤكدهُ لتمكين القاضي الدستوري من تطوير قضائهِ بما يتفق مع أحكام الدستور ولتفادي إنكار العدالة ، وأتخاذه كوسيلة لتحقيق التقارب بين أتجاهات القضاء العادي والإداري وبين أتجاهات القضاء الدستوري .

على أن تطبيق فكرة التحول القضائي الدستوري يجب أن تكون بصورة محدودة وأستثنائية حتى لا تهدد فكرة الأمن القانوني ، وإعمالها على المستقبل وليس على الماضي حتى لا تهدد حجية الأحكام السابقة .

وقد تناول بحث موضوع أثر تفسير نصوص الدستور على تحول أحكام القضاء الدستوري ثلاثة مطالب،فالمطلب الأول أوردت الدراسة التعريف اللغوي والأصطلاحي للتحول القضائي الدستوري ، وفي المطلب الثاني أثر تفسير نصوص الدستور في التحول في أحكام القضاء الدستوري في الولايات المتحدة والمانيا،وفي المطلب الثالث أثر تفسير نصوص الدستور في التحول أحكام القضاء الدستوري في كل من مصر والعراق .

الكلمات المفتاحية:تحول، تفسير،دستور ،المحكمة العليا الامريكية،مجلس،تكييف.

Abstarct

The way the judicial transformation Constitutional among the technical means by which the constitutional judge to assert the principle of constitutional legitimacy, what if any control over the constitutionality of laws and the interpretation of provisions of the Constitution except for the Protection of the Constitution because of its Highness and altitude on all the legal rules, here it is the function of basic constitutional judge is to protect Constitution out of it or violate its provisions be it either directly or indirectly.

The constitutional judge in comparison, Iraq systems using technical means in interpreting the text of the Constitution and constitutional control in general for the Defense of the Constitution, for example, the French Constitutional Council and some constitutional courts of European resorted to the idea of constitutional law with the custody and control of convenience and resorting to the idea of the apparent miscalculation and control of the legislative Billets and other technical means of control over the constitutionality of laws, and among these methods use the interpretation of provisions of the Constitution in the transformation of the provisions of the constitutional court, where all legal systems provide that the provisions of the final constitutional courts and may not be challenged, and they are binding on public authorities all , but the legal logic requires that these provisions are not binding on the Court issued, and thus may have to spend as opposers especially if we do not take the jurisprudence system.

The fact that the constitutional provisions can not be challenged us to stick to shift the judiciary in constitutional issues, but we are calling on our Supreme Court the federal law, and the reason which helps us to this is the fact that the constitutional judiciary, like other Negotiable justice systems because eliminates the constitutionality incorrectly matter, are not they human beings susceptible to falling into error, what if this happened and the law prohibits appeal to the provisions of the constitutional judges as is the reality now? .

There is no doubt that the shift away from the erroneous legal principles contained in the foregoing provisions is to ensure legal means to correct these errors, and this perception purely theoretically, there is a lot of constitutional provisions that must be reversible.

That he is one of the obstacles to judicial shift Constitutional It has been said, that this idea is in conflict with the Constitution on the grounds that constitutions devoid of text on them, the study concluded that the reverse Judge wrong interpretation does not violate the Constitution, but confirmed to enable the constitutional judge from development spending in accordance with the provisions of the Constitution and to avoid the denial of justice, and taken as a means to achieve rapprochement between the normal trends and administrative justice and the trends of the constitutional court.

That the application of the idea of judicial constitutional transition should be limited and exceptional so as not to threaten the idea of legal security, and the realization of the future and not the past so as not to threaten Authentic previous provisions.

Discuss the issue of the impact of the interpretation of provisions of the Constitution has addressed the transformation of the provisions of the Constitutional Jurisdiction three demands, first Valmtalb reported study linguistic definition and terminological shift constitutional justice, and in the second requirement impact of interpreting the text of the Constitution in the transformation of the provisions of the constitutional judiciary in the United States, Germany, and in the third demand impact of interpretation provisions of the Constitution in the transition provisions of the constitutional judiciary in both Egypt and Iraq.

Keywords: Revirement ,Interpretation , Constitution ,Supreme Court ,Conseil ,Adaptaion

المقدمة

الأصل في حجية الحكم، تعني أن الحكم أصبح حقيقة قانونية أمام الجميع لا تقبل المجادلة من خلال طعن آخر عليه،أو إثارة الموضوع الذي فصل فيه الحكم بدعوى جديدة،ومع ذلك فقد جرى القضاء الدستوري المقارن على القول بإمكانية عدوله عن أحكامه السابقة، فقد أتجهت بعض المحاكم الدستورية في أوربا إلى العدول عن مبادئها القانونية السابقة والتي اعتنقتها بمناسبة الفصل في موضوع الدعاوى الدستورية، سواء بعدم الدستورية أو بالرفض وكان الحافز نحو ذلك هو استجابة القضاء الدستوري للمتغيرات التي تطرأ على المجتمع بعد صدور التشريع .

والملاحظ على قضاء المجلس الدستوري الفرنسي نجد أنه يقرر أن التفسير الذي يقوم به للفصل في مسألة رقابة الدستورية لا يكون لا زماً وبالتالي يمكن العدول عنه في قضاء لاحق [١].

وتأسيساً على ما تقدم قرر المجلس الدستوري الفرنسي أنَّ مبدأ عدم الرجعية المنصوص عليه في الفقرة (٨) من أعلان حقوق الأنسان والمواطن لا ينبطق فقط على العقوبات التي يحكم بها القاضي الجنائي إنما يشمل بالضرورة كل (جزاء له وصف العقاب) ، حتى ولو عهد المشرع توقيعه إلى جهة غير قضائية ، وهذا يبين أن مبدأ عدم رجعية العقوبات يطبق أيضاً على العقوبات الإدارية والضريبية[٢]، وبذلك عدل المجلس الدستوري الفرنسي عن قضائه السابق الذي قرر فيه أن مبدا رجعية القرارات المنصوص عليه في المادة (٨) من أعلان حقوق الإنسان والمواطن في سنة ١٧٨٩ هو مبدأ دستوري ، ولكن لا ينطبق إلا على العقوبات الجنائية ومن ثمَّ لا يكون مخالفاً للدستور أن يسري التشريع بأثر رجعي في غير المواد الجنائية [٣].

وذهبت المحكمة الدستورية النمساوية إلى إعطاء إجابة مختلفة عن المسألة الدستورية تخالف ما أرتأته من قبل استناداً إلى أنَّ من سلطتها اعتناق أفكار جديدة وقيم جديدة للمجتمع عبر عنها الدستور ضمناً ، ومن قبيل ذلك شرح المساواة وما يمكن أن يعكس تفسيرها من تأويلات مختلفة في ضوء الظروف ، و قضت المحكمة الدستورية الإيطالية ، أنَّهُ يمكن أن تغير اتجاهها في المسألة الدستورية في ضوء التطورات اللاحقة في المبادئ الأساسية للنظام القانوني ويمكن أن تؤدي إليه هذه التطورات من حلول مختلفة .

ويعد تحول القاضي في أحكامه من الموضوعات التي عرفها الفقه والقضاء الإداري في المنازعات الإدارية ، وكذلك الفقه والقضاء الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين، ومع ذلك فإن نظرية التحول في أحكام القضاء الدستوري تأخذ بعداً أكثر اهمية من التحول في أحكام القضاء الإداري ، لما تتميز به أحكام القضاء الدستوري من اهمية في النظم القانونية التي تأخذ بالرقابة على دستورية القوانين بسبب أتصاف هذه الأخيرة بالرقابة العينية .

ومن الجدير بالذكر أن درجة التزام القاضي الدستوري بإحكامهِ السابقة ومن ثمَّ مدى جواز التحول عنها تختلف بأختلاف ما إذا كان النظام القانوني للدولة يأخذ بفكرة السوابق القضائية أم لا ، ومن هذه الزاوية تقسم النظم القانونية إلى نوعين هما:نظم القانون العام أو الأنجلو سكسوني، ونظم القانون الخاص أو اللاتيني .

ففي نظام القانون العام Common law كالقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة ، يكون لمبدأ السوابق القضائية قيمة قانونية ملزمة للمحكمة الدنيا وللمحكمة التي أصدرت الحكم ، وينظر إلى التحول في هذه النظم على أنه أمراً شاذاً وغير عادي Anomalie لوجود مبدأ السوابق القضائية .

وفي الولايات المتحدة الأمريكية يعرف مبدأ السوابق القضائية تحت التعبير اللاتيني المعروف بالقرار الشهير star decisis ، ولكن السؤال المطروح في هذا السياق هو ، هل المحكمة العليا أو القضاء الدستوري في نظم القانون العام لا يعرف بالفعل التحول في الأحكام ؟ أم أن الواقع العملي يختلف عن التنظير على النحو الذي يدفع محاكم القانون العام إلى تغيير وجهة نظرها وتأخذ عملياً بالتحول القضائي .

أما في نظم القانون الخاص Civil law أوالنظم اللاتينية كالقانون الفرنسي والنظم التي تأثرت به كالنظام الدستوري في العراق، فأن التحول في أحكام القضاء الدستوري يكون مقبولاً حيث لا يجري العمل القضائي على مبدأ السوابق القضائية ، كما لا يوجد نص قانون صريح يحول دون تحول القضاء الدستوري عن الأحكام الدستورية القديمة .

ويقسم الفقه أثر تفسير نصوص الدستور على التحول في أحكام القضاء الدستوري إلى عدة صور وأشكال يأخذها التحول القضائي الدستوري ، فمن حيث الدافع للتحول القضائي الدستوري يأخذ التحول القضائي الدستوري التحول الإداري أو الواقعي والتحول المفروض أو القانوني : فالأول يرجع لإرادة القاضي والثاني مردة إرادة سلطة تعديل الدستور ، والتحول غير الإرادي الذي يرجع لإرادة المشرع الدستوري الأصل فيه أن يدعم من المشروعية الدستورية ، ولا يتخذ للإلتفاف على قرارات وأحكام القاضي الدستوري ، ومن حيث الزمن إلى تحول مفاجئ أو تحول تدريجي : والتحول المفاجئ إما أن يكون مباغتاً دون أستخلاصه أو توقعه من قضاء سابق وإما لكونه تالياً وتحولاً عن مبدأ سابق لم يمر عليه زمن كبير ، أما التحول التدريجي فهو التحول الذي ينبئ عنه قضاء سابق أو لأنه متوقع من تطور قضاء القاضي الدستوري ،و من حيث اسلوب التعبير عنه إلا أن يكون تحولاً صريحاً أو ضمنياً : والتحول الصريح هو الذي تدل عباراته على عدول القاضي الدستوري صراحة عن المبدأ السابق ، أما التحول الضمني فإنه لا يعبر عنه القاضي الدستوري صراحة ، وإنما يستخلص من سكوت القاضي عن ترديد المبدأ القديم أو من خلال التعبير الإيجاز للمبدأ الجديد ، والتحول الضمني يلجأ إليه القاضي الدستوري في بعض الحالات كتمهيد للتحول الصريح ، أو لوضعه محل أختبار من حيث قبوله أو رفضه من جانب الفقه الدستوري ، فإذا ما لاقى قبولاً فلا يتردد من التعبير عليه صراحة،ومن حيث آثاره إلى تحول إيجابي وتحول سلبي : والتحول القضائي الدستوري الإيجابي هو الذي يفعل من الحماية الدستورية للحقوق والحريات ومن الشرعية الدستوية ، أما التحول السلبي فهو على العكس يقلل من الحماية الدستورية للحقوق والحريات ولا يعلي الشرعية الدستورية ، وإنتهت الدراسة إلى أن جميع التحولات الإرادية تفعل من الحماية الدستورية للحقوق والحريات بخلاف التحولات غير الإرادية .

وأهمية دراسة موضوع أثر تفسير نصوص الدستور في التحول في احكام القضاء الدستوري تكمن في أن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥م أثار كثيراً من الجدل لغموض مواده وتعارضها مما يتيح للمحكمة الأتحادية العليا – التي هي بدورها حديثة النشاة – تفسير النصوص الدستورية بما يواكب التطورات السياسية والقانونية والأقتصادية والأجتماعية ، ولو أدى ذلك التفسير إلى التحول عن أحكامها السابقة فضلاً عن تصحيح الأحكام الدستورية السابقة لما يتمتع به القضاء الدستوري من مرونة في تفسير النصوص الدستورية.

ويرى بعض الفقه،إنَّ فكرة التحول القضائي الدستوري، مسألة ترتبط بأمرين: **الأول**، تفسير النص الدستوري سواء كان تفسيراً ملزماً بتقديم طلب اصلي، أو بالتفسير القضائي لنصوص الدستور بمناسبة الرقابة على دستورية القوانين، **والثاني**، تغير الظروف من حيث الواقع، فعملية تفسير نصوص الدستور تعد مسألة

جوهرية ولا يمكن الأستغناء عنها عندما يباشر القاضي الدستوري مهمته الأساسية، وهي الرقابة على دستورية القوانين[٤] ، فالفصل في دستورية النص التشريعي لا يتم الا بالرجوع الى النص الدستوري الذي يُرد اليه هذا القانون، وهذه المسألة لا يمكن ان تتم بدون فهم النص الدستوري، أي تفسيره للوقوف على حقيقة النص الدستوري والنص التشريعي[٥] ، فالتفسير هنا يكون له طابع ثنائي لكل من القاعدة الدستورية والقاعدة التشريعية[٦].

وقد التزمنا في هذا البحث بالمنهجية المقارنة لبعض النظم الدستورية التي استخدمت وسيلة تفسير نصوص الدستور في التحول في أحكام القضاء الدستوري مثل النظام الدستوري الفرنسي والنظام الدستوري الأمريكي والنظام الدستوري الألماني والنظام الدستوري العراقي .

وستكون دراستنا لهذا البحث من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول:التعريف بفكرة التحول في احكام القضاء الدستوري.

المطلب الثاني:أثر تفسير نصوص الدستور في التحول في أحكام القضاء الدستوري في الولايات المتحدة والمانيا .

المطلب الثالث: أثر تفسير نصوص الدستور في التحول في أحكام القضاء الدستوري في مصر والعراق.

المطلب الأول /التعريف بفكرة التحول في أحكام القضاء الدستوري

ينظر إلى فكرة التحول في الأحكام بغض النظر عن طبيعتها على أنها فكرة ترتكز على الواقع [٧]، وأنه لا وجود لتعريف محدد لها سواء في الدستور أو في التشريع العادي أو في التشريع اللائحي ولا حتى في القضاء ، فلم نجد نصاً في الدستور ، وكذلك في القوانين الأساسية المتعلقة بالقضاء الدستوري العراقي والمقارن بخصوص التحول القضائي باستثناء القانون الأساسي الأسباني الخاص بالمحكمة الدستورية الأسبانية لسنة ١٩٧٩م ، والقانون البلجيكي الخاص بالمحكمة الدستورية لسنة ١٩٨٩م ، فكلاهما ينص على أن القرارات التي تنطوي على تحول قضائي يجب أن تعطى من خلال جلسة تضم جميع أعضاء المحكمة [٨].

وسيكون بحثنا لهذا المطلب على فرعين :

الفرع الأول : المعنى اللغوي للتحول .

الفرع الثاني : المعنى الأصطلاحي للتحول في أحكام القضاء الدستوري .

الفرع الأول/المعنى اللغوي للتحول

حول:الحاء والواو واللام أصلٌ واحدة وهو تحرُّكٌ في دَوْرٍ ، ويقال : حالتِ الدّارُ وَاحالَتْ وَ أحْولتْ: اتى عليها الحول ، وَأخولْتُ أنا بالمكان وَأحَلْتُ ، أي أقمتُ به حَوْلاً [٩].

وقد يقالُ : حَوَالَيْك و حَوْلَيْك و إنَّما يُريدُون الإحاطَةَ من كلِّ وَجْهٍ ويقسَّمُون الجَهات التي تُحيطُ إلى جِهتَين، كما يقالُ:أَحَاطُوا به مَن جانَبيْه ولا يُرادُ أنَّ جانباً مِن جَوانِبه خَلا ، وشاهِدُ الأَحْوالِ قَوْل امرِئُ القيْسِ:

فَقَالَتْ:سَبَاكَ اللهُ إنّك فاضِحِي ألَسْتَ تَرى السُّمَّارَ والناس أَحْوالي

قالَ أبنُ سِيْدَه : جَعَلَ كلّ جزءٍ من الجرْم المُحِيط بها **حَوْلاً** ، ذهب إلى المُبالغةِ بذلكَ أي أَنَّهُ لا مَكانَ حَوْلَها إلاَّ وهو مَشْغولٌ بالسُّمَّار ، فذلكَ أَذْهبُ في تَعذُّرها عليه.

وَاحال عليه : أسْتَضعَفهُ ، وأَحال عليه بالسوط يضربه أي أقبل وأَحَلْتُ عليه بالكلام : أقبلتُ عليه [١٠] ، قال الفرزدقُ يخاطبُ هَبْيرةَ بن ضَمْضَمٍ :

فكان كذئب السُّوءِ لمَّا رَأى دَماً بصاحبهِ يوماً أَحالَ على الدَّمِ

أي أقبل عليه وفي المَثَلِ : تجنَّب رَوْضة وأَحال يَعْدُو،أي تَرَك الخَصْبَ وأخْتارَ عليه الشَّقاء [١١].
تحوَّلَ يتحوَّلُ تَحوّلاً : ١-الرجلُ : تنقل من موضع إلى موضع أو من حال إلى حال (باع داره وتحوّل إلى دار أخرى) ،٢- الشيءُ : تغيّر (تحوّلت الصحافة إلى صناعة واستغلْت كمصدر للربح)، ٣- عنهُ : أنصرف عنهُ إلى غيره ، ٤- تحولَّ بوجهتهِ : غيَّرها (تحول بوجهتهِ إلى موضوع آخر) [١٢]. وَحَوَّلَ هُوَ تحويلاً يُستعملُ لازماً ومُتعدياً [١٣] .

جاء تعبير التحول revirement في بعض القواميس العامة بصورة موجزة وغامضة، ففي قاموس " الاروس" التغيير المفاجئ والتصرفات brus et complet dans les opininions, Les comportments وفي قاموس " روبير "، يقصد به تغيير في المعاني والمفاهيم للتطور Changement en chanement sens contraire dans une évolution.، أما معنى التحول في القاموس القانوني المنشور تحت اشراف الأستاذ cornu، فقد حدد 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 أو ميل في طريقة الحكم[١٤].

وفي اللغة الإنكليزية ، فإن المصطلح القانوني الذي يعبر عن التحول (overrule) ، يعني نسخ أو إبطال مفعول شيء أو قوته ، إذ إنه يلغي القرار إذا تلاهُ قرار مناقض صادر من المحكمة نفسها أو من محكمة أعلى منها في الموضوع نفسه[١٥].

بناءاً عليه فأن التحول يعني الرجوع أي أبداء إرادة معاكسة ينوي فيها فاعلٍ عملاً أو إبداء أحادي الجانب لإرادة الرجوع عن إرادته وسحبها ، فالتحول لغةً : هو الرجوع أو الميل أو تغيير الجهة أو الرأي [١٦].

والشائع في أحكام القضاء الدستوري أستعمال لفظ العدول للدلالة على التحول في أحكام القضاء الدستوري ، ونرى أن الثاني أشمل من الأول . ولفظ العدول في اللغة العربية من عدل : العين والدال واللام أصلان صحيحان ، لكنهما متقابلان كالمتضادّين : أحدُهما يدلُّ على أستواءٍ ، والآخر يدلُّ على أعوجاج :
فالأول : العَدْل من النَّاس : المرضيّ المستوي الطريقة ، يقال هذا عَدْلٌ ، وهما عَدْلٌ ، قال ابن بري ومنه قولٌ كثير :

وبايَعْتُ ليلى في الخلاء ، ولم يَكُنْ شهودٌ على ليلْى عُدُولٌ مَقَانِعُ

وقال مُهَلْهِل :

على أَنَّ ليسَ عَدْلاً من كُليبٍ إذا بَرزَتْ مُخبأَةُ الخُدُورِ

والثاني : فيقال في الأعوجاج عَدَل ، وأنعدلَّ ، أي أنعرجَ ، وقال ذو الرُّمَّة :

وأني لأُنحِي الطّرف من نحوِ حياءً ولو طاوعتُه لم يُعادِلِ[١٧] غيرها

ويرادف لفظ عُدول في اللغة الإنجليزية :

Removal , dismissal of an offieial , reseinding.

وفي اللغة الفرنسية فأن لفظ عُدول مرادف للفظ :

Révocation [١٨].

الفرع الثاني/المعنى الأصطلاحي للتحول في أحكام القضاء الدستوري

قبل توضيح رؤية الفقه الدستوري بصدد تعريفه للتحول القضائي ، نوضح في البداية المرادفات أو التعبيرات القربية من تعبير التحول القضائي ، ولعل أول من أطلق تعبير revirement jurisprudence هو مفوض الحكومة Frydman عندما طالب مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٩٥ بأن يتحول عن قضائه السابق والذي يرفض من خلاله الرقابة على الجزاءات التي توقعها إدارة السجن المسجونين بأعتبارها من الإجراءات الداخلية [١٩].

والبعض الآخر استعمل تعبير retoumements de jurisprudence عند تعليقه على قرار المجلس الدستوري الصادر في ٢٨ ديسمبر ١٩٧٣ والخاص برقابته للإجراءات المانعة من ممارسة الحرية كما علق Luchaire على قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٩٨٥ عندما قبل رقابة القوانين السابقة مستخدماً تعبير le Conseil a inversé sa jurisprudence [٢٠].

وقد عرف بعض الفقه التحول القضائي الدستوري بأنه كل حكم يفرض قاعدة مختلفة عن تلك المتبعة في القضية السابقة ، وأن القاعدة التي كان معمولاً بها في القضية أو القضاية السابقة قد تعد نتاجاً لسياسة قضائية أو عملية عامة أو ناتجة عن اتجاهات حكومية أو فقهية [٢١].

وقد أنتقد هذا التعريف لأنه يأخذ مفهوم التحول إلى مدى أبعد من التحول الذي يحدث كنتيجة لتناقض الأحكام القضائية، ولذلك ذهب رأي آخر إلى البحث عن مفهوم ضيق للتحول ، ووفقاً لهذا الرأي يقصد بالتحول أنه : قاعدة قضائية تتسم بأنها واضحة وإرادية بقصد أحلالها لتفسير قضائي سابق عن طريق التناقض في الأسباب ، وذكر في هذا الشأن :

" Nome Jurisprudentielle qui de facon claire et volontaire a pour objet dopérer le remplacement de I'interprétation Jurisprudentielle acquise par une interversion des motifs "[٢٢] .

وذهب رأي آخر إلى أن التحول هو عدول عن مبدأ قررته المحكمة الدستورية العيا في بعض أحكامها السابقة [٢٣].

وهنالك من يرى بأن التحول القضائي يمثل هجر إرادي بواسطة القاضي ليتحرر من تفسير قديم لنص الدستور ، وتبنيه لتفسير آخر لنفس النص ومتعارض مع ذلك الذي كان يأُخذ به حتى ذلك الحين [٢٤].

وذهب رأي ثالث بأن التحول هو أنه ما كان ممكناً بالأمس أصبح غير ممكن اليوم ، أو القول بصفة عامة بأن ما كان مقبولاً من قبل سيكون في المستقبل مستحيلاً ، وذلك كله بدون أن يكون هناك أي عامل خارجي فرض على العضو القضائي الي قرر هذا التحول [٢٥].

ومما ينبغي ذكره أن هذا الإتجاه وضع ثلاثة معايير أو ضوابط في التحول القضائي الدستوري وهي :

أولاً – وضوح التحول القضائي وتأكيده : إذا كان المبدأ القضائي المستقر عليه والمتحول عنه واضحاً فأنه يجب أيضاً أن يكون المبدأ القضائي الجديد واضحاً ومؤكداً وثابتا Clair et certaine .

ثانياً – أن يكون التحول القضائي إرادياً وغير مفروض :حتى نكون أمام تحول في أحكام القضاء الدستوري ، يجب أن يكون التحول غير مفروض ، ومن ثمَّ لانكون بصدد تحول قضائي إذا كان مفروضاً أو غير إرادي أو بمعنى آخر ، لا بدَّ أن يكون القاضي الدستوري حراً عندما يتحول عن قضائه السابق ، وهذا المعيار يجعلنا [٢٦]، نميز بين فرضين وهما التحول الناتج عن ثبات النص الدستوري مع تغير الحلول ، وهنا نكون بصدد تحول قضائي غير مفروض ، والتحول الناتج عن تغير النص الدستوري (تعديل الدستور) وهنا لا نكون بصدد تحول دستوري إرادي وإنما هو مجرد إعمال لإرادة المشرع الدستوري حيث تغير مرجع الرقابة

على دستورية القانون بسبب تغير في الظروف من حيث القانون وهذا يعني أن التحول القضائي يعني تغير في اسلوب التفسير القضائي للنص الدستوري الذي يعد مرجعاً للرقابة على دستورية القوانين [٢٧].

ثالثاً – أن يكون التحول القضائي كلياً أو كاملاً : وهذا المعيار يتسم باهمية كبيرة ، لأنه يؤدي إلى نفي صفة التحول عن بعض القرارات والأحكام القضائية .

وبناء على هذه المعايير الثلاثة عرفت الدكتورة Cursoux التحول القضائي بأنه طريقة أو أسلوب إرادي من جانب المجلس الدستوري بالتحول عن حكم قضائي قديم ومؤكد بحكم قضائي جديد ومؤكد بخصوص مسألة واحدة في الحالتين ويتعلقان بتفسير النص الدستوري، وبعبارة أخرى فأن الدكتور Cursoux ترى بأن أفضل تعريف يلائم فكرة التحول القضائي الدستوري Revirement يرجع إلى الفعل Virer والذي يفترض وجود حلين قضائيين مختلفين : أحدهما يمثل الحل القديم ، والآخر يمثل الحل الجديد الذي يعني تحولاً عن الحل السابق ، وذلك بعكس التعبيرات الأخرى التي تحمل معنى قد يكون مغايراً عن مفهوم التحول القضائي ، فضلاً عن أي تعبير Revirement هو الأكثر استخداماً من جانب الأعضاء السابقين في المجلس الدستوري الفرنسي ، وأساتذة القانون في الجامعات.

واذا لم يكن مستغرباً عدم وجود تعريف للتحول في القانون، فانه من الغريب ان لا نجد تعريفاً له في القضاء، كون ان فكرة التحول ترجع اليه، فاذا لاحظنا الى قرارات المجلس الدستوري الفرنسي، فانه لم يتسخدم على الإطلاق تعبير التحول، وإنما يستخلص هذا التعبير بصورة ضمنية من قراراته، ومن ثم فان القضاء يعد بدوره متحفظاً ومتردداً réticentes في الإعلان الصريح عن التحول في احكامه ، وترى الدكتور cursoux إلى إنه يوجد رأي يرفض تعبير التحول دون أي تبرير لهذا الرفض ، ورأي ثالث يلجأ إلى استعمال تغييرات قريبة ليتجنب تعبير التحول القضائي ، بينما الرأي الأخير الذي يمثل جمهور الفقه فإنه يؤيد تعبير التحول القضائي ، لما يتفق مع وجود نية التغيير في قضاء القاضي الدستوري[٢٨] ، ففي الحالات القليلة التي يستخدم فيها القضاء سواء العادي أو الأداري أو الدستوري تعبير التحول، فانه لم يضع تعريفاً له. بل إنَّ مفوضي الحكومة أمام مجلس الدولة الفرنسي عندما طالبوا المجلس بالتحول في بعض احكامه عن مبادئه السابقة، فانهم لم يضعوا بدورهم تعريفاً له في أحكامهم[٢٩].

على انه من المناسب ايضاح اذا كان تعبير التحول القضائي يجد قبولاً بين فقهاء القانون الدستوري أم لا، حيث ظهر تعبير التحول في كتابات الفقه الدستوري في عام ١٩٩٨، وان اختلفت كتابات الفقه بوصفه، وكان الظهور الأول لهذا التعبير في فرنسا بمناسبة تعديل الدستور، وهنا استخدم Cuy caracassonne تعبير revirement trés opportune [٣٠].

وذهب رأيٌ الى ان تفسير الدستور يجب ان يكون متطوراً ومتنوعاً بحيث لا يكون النص الدستوري بمثابة قالب جامد أصم يفتقد الصلاحية والقابلية المستمرة للتطبيق، وإنما على العكس يعبر عن الحقائق الخالدة أو الحية، ولا شك في ان ذلك كلهُ يلزم القاضي احياناً بالعدول عما سبق وأن أصدره من احكام قضائية وأرساه من مبادئ عامة للقانون[٣١] ، واخيراً يسأل بعض الفقه، عما اذا كان للمحكمة الدستورية في الكويت ان تعدل عن قضائها السابق نظراً لتغير الظروف، أو احتمال الخطأ فيه.

ويجيب هذا الفقه، ان الإعمام في مثل هذه المسألة لا بد ان يؤدي الى خطأ وانه يجب ان نُفّرق في هذا الصدد بين ثلاثة فروض[٣٢]:

الفرض الأول: هو ان تعدل المحكمة الاتحادية العليا عن قضائها بعدم دستورية قانون معين فتعاملة على إنه دستوري بعد ان حكمت بعدم دستوريته، ذلك ان اذا كان مثل هذا العدول يصادف محله في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث لا يؤخذ برقابة الألغاء، فيبقى القانون الذي حكم بعدم دستوريته قائماً، فان هذا العدول لا يصادف محله في العراق حيث يكون جزاء عدم الدستورية هو الغاء التشريع المخالف للدستور منذ ولادته وكأنه لم يكن.

الفرض الثاني:هو ان تعدل المحكمة الاتحادية عن حكمها بدستورية قانون معين فتقضي بعدم دستوريته، ويمكن ان يحدث ذلك عند تغيير اعضاء المحكمة باعضاء جدد، وما يترتب عن ذلك من احتمال اختلاف آراء هؤلاء عن آراء القضاة السابقين حول دستورية قانون أو عدم دستوريته.

الفرض الثالث:هو ان تعدل المحكمة الاتحادية العليا عن قرار سابق بتفسير نص من نصوص الدستور، وهنا نكون على عكس الفرض السابق أمام تعذر تصحيح الخطأ عن طريق تشريع جديد ، إذ يحتاج تصحيح التفسير السابق- الذي أقيم أو أصبح فاسداً لتغير الظروف على نحو يحمل على العدول عنه - الى إدخال تعديل جديد على نصوص الدستور نفسها، لأن تفسير المحكمة يلحق بها ويأخذ حكمها من حيث علو المرتبة، وهو أمر بالغ الصعوبة والتعقيد، ومن ثم لا يكون أمام المحكمة الا ان تقوم بنفسها بتصحيح خطئها عن طريق العدول عن قرارها التفسيري السابق الذي أقيم على اساس خاطئ، أو اصبح فاسداً لتغير الظروف وتطورها على نحو يحملها على العدول عنه(٣٣).

المطلب الثاني/أثر تفسير نصوص الدستور في تحول أحكام القضاء الدستوري في الولايات المتحدة والمانيا

من المقرر أن حجية الحكم تعني أن الحكم اصبح حقيقة قانونية أمام الكافة لا تقبل المجادلة من خلال طعن اخر عليه، أو إثارة الموضوع الذي فصل فيه الحكم بدعوى جديدة، ومع ذلك فقد اتجهت بعض المحاكم الدستورية في أوربا الى العدول عن مبادئها القانونية السابقة والتي اعتنقتها بمناسبة الفصل في موضوع الدعاوي الدستورية، سواء بعدم الدستورية أو بالرفض، وقد كان الحافز نحو ذلك هو اتجاه القضاء الدستوري نحو الإستجابة للمتغيرات التي تطرأ على المجتمع بعد صدور التشريع أو التجاوب مع التطور لهذا المجتمع(٣٤).

وسنقوم بدراسة هذا الفرع من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : أثر تفسير نصوص الدستور في تحول احكام المحكمة العليا الأمريكية.

الفرع الثاني : أثر تفسير نصوص الدستور في احكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية.

الفرع الأول/ أثر تفسير نصوص الدستور في تحول احكام المحكمة العليا الأمريكية

المعروف إن القضاء الأمريكي يسير على خطى النظام القانوني الإنجليزي الذي يأخذ بمبدأ السوابق القضائية، ففي نظام القانون العام Common law كالقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة يكون لمبدأ السوابق القضائية قيمة قانونية ملزمة للمحكمة الدنيا وللمحكمة التي أصدرت الحكم ، وينظر إلى التحول في هذه النظم على أَنَّه أمر شاذاً وغير عادي Anomalie لوجود مبدأ السوابق القضائية ، يرى بعض الفقه أَنَّهُ إذا كانت المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية قبلت التحول عن بعض مبادئها الدستورية التي سبق وان قررتها في أحكامها، إلا أنها لم تطلق من العدول عن الأحكام ، ومن ثمَّ فإنها وضعت بعض الشروط لإعمال إمكانية العدول عن الأحكام السابقة (٣٥)، والأصل ان المحكمة العليا دائماً ما تعمل فكرة السوابق القضائية بصدد القرارات الكبرى أو الشهيرة ويعد الحكم الأكثر دلالة على هذا الإتجاه هو حكم

المحكمة العليا الصادر في سنة ١٨٢١م في قضية Cohens v. Virginia [٣٦] ، في هذه القضية اشار رئيس المحكمة John Marshal إلى أن التفسيرات الخاصة بالقانون في قضية عرضت أمام المحكمة يجب أن تكون بحسب الأصل حاكمة للقضاء في القضية اللاحقة ولا سيما عندما يكون الأمر متعلقاً بالسؤال القانوني نفسه الذي كان معروضاً سابقاً ،ولكن بعد عدة سنوات لطف رئيس المحكمة Taney من الرأي السابق ، وذلك بمناسبة إبدائه الرأي المخالف لرأي الأعضاء في قضية the passenger cases في عام ١٨٤٩ [٣٧].

ويرى رئيس المحكمة أنَّ التفسير الذي تعطيه المحكمة لنص الدستور هو بمثابة قاعدة أو مبدأ قانوني ولكنني لا أعترض على تعديله ، فأي رأي صدر بخصوص نص دستوري هو دائماً رأي يقبل المناقشة لأنه ربما يكون رأياً خاطئاً [٣٨].

واستمر هذا التطور في قضاء المحكمة العليا ، وتؤكد التطبيقات بان المحكمة ليست ملزمةً بما سبق وان اصدرته من احكام[٣٩] ، وانها هي صاحبة الكلمة الأخيرة في التزام قضائها السابق، أو العدول عنه لأحتمال الخطأ فيه وعدهُ من السوابق الفاسدة، أو لتغير نظرتها الى الموضوع الذي سبق وان حكمت فيه برأي معين، نظراً لتغير الظروف على نحو يحملها على العدول عن قضائها السابق، وتعامل قانوناً على انه دستوري بعد ان حكمت بعدم دستوريته[٤٠].

ويشير بعض الشراح الى ان سرعة التطورات الاجتماعية والاقتصادية في الولايات المتحدة وضرورة تطور القانون ليوائم التطورات المتجددة، كان هو السبب الرئيس الذي دفع المحكمة العليا لان تراجع موقفها من السوابق القضائية ونقضها لتلك السوابق ومن بينها الفجوة التي قامت زمناً بين فلسفة المحكمة والمنهج الذي سارت عليه في تفسير نصوص الدستور[٤١].

ففي عام ١٩١٧ في قضية بانتنج ضد أوريجون قررت المحكمة العليا دستورية قانون صادر في ولاية أوريجون متضمناً تحديد حد أقصى لساعات العمل في المصانع ناقضة بذلك حكماً شهيراً يرجع الى عام ١٩٠٥ صادراً في قضية لوتشيز Lochner V. New York ضد نيويورك، والذي قضت فيه بعدم دستورية تشريع صادر في نيويورك يضع حداً اقصى لساعات العمل في المخابز[٤٢].

وعادت المحكمة عام ١٩٤٤ فأكدت القاعدة نفسها بمزيد من التأكيد والوضوح في قضية سمث ضد أولرايت[٤٣].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا قضت بهِ ، بأن صفة دافع الضرائب لا تخول صاحبها في الحق بالطعن بدستورية التشريعات التي تتضمن أوجه الإنفاق الحكومي [٤٤] ، والذي تحولت عنه لاحقاً لتقرر أن صفة دافع الضرائب كافية للطعن بدستورية تشريع إذا نظمَ هذا التشريع إنفاقاً حكومياً يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات [٤٥].

وقد أستخدم التحول القضائي الدستوري لدعم حقوق وحريات الأفراد الأساسية ففي قرار للمحكمة العليا الأمريكية في قضية (Locher V.new york) [٤٦]، قضت به المحكمة بعدم دستورية قانون صدر ضد ولاية نيويورك لكونه خرق حرية التعاقد ، وقد تحولت عن هذا الإتجاه في حكمها في قضية (Company V.parrishwest coast hotel) [٤٧]، الذي اشارت في حيثيات هذا الحكم إلى أن الحقوق الأقتصادية ومن بينها حق التعاقد هي حقوق مشروطة وليست مطلقة .

وقبل هذا الحكم، فقد تقدم الرئيس الأمريكي روزفلت بمجموعة قوانين تعرف بقوانين "New Deal" في مجال تنظيم المنافسة والأسعار والأجور، وذلك لمواجهة آثار الأزمة الأقتصادية والأجتماعية في

عام١٩٣٠، وأقرها مجلس الشيوخ الأمريكي، وعند عرضها على المحكمة العليا قضت بعدم دستوريتها على اساس انها تخالف الحرية الأقتصادية والأجتماعية(٤٨).

وعلى أثر الأنتخابات الرئاسية في عام١٩٣٦، والفوز الكبير للرئيس روزفلت والحزب الديمقراطي، اتضح للمحكمة أنَّ الرأي العام يؤيد في اغلبيته السياسة التي يسعى الرئيس روزفلت، وتقدم الرئيس بمشروع لتعديل نظام المحكمة العليا(٤٩)،ووجه بياناً الى الشعب عبر الراديو هاجم فيه سياسة المحكمة واسرافها في ممارسة الرقابة الدستورية(٥٠).

وفي ظل هذا المناخ السياسي تراجعت المحكمة العليا عن موقفها المعارض للقوانين الأصلاحية التي سبق وان تقدم بها الرئيس، وبدأت تتبنى سياسة قضائية جديدة لا تقوم على فرض اتجاهاتها السياسية والأقتصادية على المجتمع، وبدأت تقرر دستورية هذه القوانين ابتداءً من عام ١٩٣٧، وذلك استناداً الى النصوص الدستورية نفسها والتي سبق واستندت اليها في رفضها(٥١) ، والمحكمة العليا تميز بين السوابق التشريعية والسوابق الدستورية، والمبدأ الدستوري المأخوذ به في نظم "Common Law"، هو ان القاضي في هذه النظم ليس مفوضاً ليقرر قانوناً جديداً، ولكنه يلتزم بتطبيق وتبسيط وتطوير القانون القديم:

Les Jujes De common Law n'not pas recu délégation pour énoncer un droit nouveau, mais pour maintenir et développer Le droit ancien(٥٢) .

ومن ثم فإن المبدأ القائم في النظام الأنجلو سكسوني والذي يتمثل في النظام الأنجليزي والنظام الأمريكي، هو ان تكون تلك الأحكام الجديدة متممة ومؤكدة للأحكام السابقة " نظام السوابق القضائية "، ففي الولايات المتحدة تعرف قاعدة " السابقة القضائية " تحت التعبير اللاتيني، القرار النجم، أو القرار الشهير" star decisis"(٥٣).

وقد عبر رئيس المحكمة العليا القاضي (Rehnguist) عن ذلك في قضيته oklahoma City V. Tuttle عام ١٩٨٥(٥٤) قائلاً : ان مبدأ السوابق القضائية يشير إلى هذه القضايا ويدعمها ومن ثم تمكين هذه البلديات في ترتيب شؤونها المالية(٥٥).

ومن الناحية النظرية، فان فكرة السوابق القضائية تستبعد ثمة اي تحول قضائي من جانب المحاكم العليا في هذه النظم، ومع ذلك فانه من الناحية العملية، فان السابقة القضائية أو"القرار الشهير"، لا تعد كما لو كانت تمثالاً رخامياً لا يشعر بما يحدث حوله وأنّ المحكمة أيضاً لها الحق في ان تتخلى عنه أمام احتياجات القانون الجديد، فهي تميز بين نوعين من السوابق القضائية التي يمكن العدول عنها، وهي السوابق التشريعية récédents Législatifs، والسوابق الدستورية précédents constitutionnels، فهي ترفض بشكل مطلق التحول في السوابق التشريعية التي تقر من خلال مؤتمر يجمع أعضاء مجلسي البرلمان âprops d'une loi du congrés(٥٦).

والمحكمة تضع نصب عينها الصالح العام(٥٧) ، ومن ذلك انها كانت قد قضت بأن حرق العلم الأمريكي لا يشكل جريمةً جنائيةً، وأطلقت هذا المبدأ حتى أن العلم الأمريكي أهين في مرات كثيرة جداً، الا انها عدلت عن هذا المبدأ مقررةً ان حرق العلم الأمريكي ليس جريمة لحامل الجنسية الأمريكية، إذ انه في اهانته للعلم الأمريكي، أهانه له هو نفسه تشفع له من الجزاء الجنائي، أما غير الأمريكي فالامر مختلف، فحرقه للعلم الأمريكي جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي الأمريكي، ويرى البعض، بانه لا شك ان المحكمة في ذلك محقة، اذ من المناط في توقيع العقاب الجنائي من عدمه هو الأهانة التي تلحق بالشعور القومي، اذ لا

يعقل ان يفلت فعل كهذا من العقاب، ولا سيما اذا حدث من اجانب على الأرض الأمريكية، والمحكمة العليا سارت على منهج معتدل في المدة الأخيرة مركز على حماية الصالح الأمريكي(٥٨).

وقد اختلف الشراح الأمريكيين في تقدير هذه الظاهرة :

١. رأى بعضهم في عدول المحكمة الصريح عن بعض السوابق القضائية أمراً يبعث على الثقة ويكشف عن مدى حرصها على تصحيح أخطائها بنفسها .

٢. ورأى جانب آخر من الفقه في هذه الظاهرة أمراً شديد الخطورة يهدد الأستقرار في المعاملات ويجعل ذوي الشأن في حيرة من حقيقة مراكزهم القانونية ، فلا يكاد أحد منهم يتنبئ من موقف المحكمة منه حتى في ضوء أحدث السوابق القضائية (٥٩).

وقد عبر القاضي سكاليا (Scalia)، في معرض دفاعه عن التحول الصريح للمحكمة العليا بانه " في ظروف معينة نادرة نسبياً اذ يتم نقض سابقة قضائية معمول بها، ومن ثم فانه يسمح للمحكمة ان تلتزم بسابقة قضائية ماضية في عدد محدود من الحالات"(٦٠).

وكما يحدث التغيير في وجهة نظر المحكمة أو اغلبيتها تجاه موضوع معين... فقد يحدث التغيير في آراء القاضي نفسه بمضي الزمن، ومثال ذلك القاضي"هاري بلاكمان"، والذي عينه الرئيس نيكسون سنة ١٩٧٠ (٦١)،حيث تحالف هذا القاضي في البداية مع القضاة المحافظين، وكان صديقاً لرئيس القضاة "بيرجر"، نظراً لنشأتها المشتركة بمينسوتا، ولكن تدريجياً تحرك تجاه وسط المحكمة واصبح يتفق مع القاضي المتحرر برنين اكثر مما يتفق مع بيرجر، ولما سئل عن ذلك اشار الى انه قد اصبح هناك هدف شخصي له، وهو ان يمنع المحكمة من الأنغراس السريع تجاه اليمين المتحفظ، وانه من الطبيعي ان يحدث التغيير في المواقف، اذ ان الأنسان ينضج بمضي السنين، ومعنى ذلك وبحسب استنتاج احد المراقبين أنه يرفض القاعدة التي تقرر استقرار الموقف الأيدلوجي للقاضي (٦٢).

وعلى سبيل المثال انه بمجرد زوال الظروف البيئية المحيطة تؤدي الى عودة القضاة الى سابق عهدهم، ويظهر ذلك جلياً في قضية Gobitis (٦٣)، والتي تتلخص وقائعها ان المذكور كان يهودي الديانه وربى ولديه على ركيزة الرفض لفكرة تقديس الأصنام، ومن ثم رأى ان تعليمات مجلس مدرسة طفليه بتحية العلم مخالفة لديانتهم، ولما امتنع الطفلان عن تحية العلم تنفيذاً لأمر ابيهم فصلتهما المدرسة، وقد رفع الأب دعوى ضد مجلس المدرسة متهماً بان تعليماته تنتهك التعديل الأول والذي تحمي حرية الدين (٦٤).

الفرع الثاني/أثر تفسير نصوص الدستور في تحول أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية

حرصاً من المحكمة الدستورية الفيدرالية على صيانة الحقوق الأساسية فقد قبلت في ان تنظر سنة ١٩٧٤ في مدى مطابقة أنظمة الأتحاد الأوربي للقانون الأساسي الألماني، بحجة ان مؤسسات هذا الأتحاد لا تقدم حماية كافية للحقوق والحريات لكن اجتهادها حيال هذا الأمر – على رأي بعض الفقه (٦٥) – متقلباً بعض الشيء، فقد حدث في العام ١٩٨٦ ان تعود وتتخلى عن هذا الإجتهاد، ثم نراها تعود من خلال قرارين في١١ نيسان ١٩٨٩،والثاني في١٢ ايار١٩٩٠،الى اجتهادها عام ١٩٧٤،وفي قرار مهم صدر عنها في٢٢ اذار١٩٩٥، قررت هذه المحكمة، أنه اذا كان من المسموح للحكومة الفيدرالية ان تمثل مجموع الأتحاد على

الصعيد الأوربي، وهذا ما يؤهلها التوقيع على المخطط التوجيهي للتلفزيون بدون حدود، فان هذا التوقيع غير دستوري، لأن الحكومة الفيدرالية لم تحترم المبدأ الدستوري الذي يحفظ سيادة دول الأتحاد [٦٦].

وبالرغم من أن العدول لا يصادف محله في المانيا، حيث يكون جزاء عدم الدستورية هو الغاء التشريع المخالف للدستور منذ ولادته وعدهُ كأنه لم يكن، ولو كان قضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية قضاء الغاء، لأستحال عليها العودة الى قانون منعدم القيمة منذ صدوره، ولما كان من سبيل الى اعادة العمل باحكام ذلك القانون، الا عن طريق سن قانون يحل محله من قبل السلطة التشريعية [٦٧].

بناءً عليه، فان المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية ذهبت بحذر[٦٨] شديد للتحول عن قضائها السابق اذا ما طرأت ظروف تتطلب تقديراً جديداً من المحكمة الدستورية، ففي١ تموز٢٠٠٥ لم يتمكن المستشار [٦٩]، الذي كان يواجه ازمة سياسية نتيجة سياسته الأصلاحية، من الحصول على موافقة البندستاغ Bundstage على طلب منحه الثقة، المقدم على اساس المادة (٦٨) من القانون الأساسي [٧٠]، الأمر الذي سمح له بتقديم التماس الى الرئيس يطلب فيه انهاء وكالة النواب قبل الأوان، وقد زعم ايضاً أنه متأكد من انه لم يعد يحظى بدعم كافٍ من اغلبيته ليحكم في المستقبل، بسبب ازمة ظرفية بين الكتل البرلمانية، وكان المستشار قد واجه، على اثر هزيمة انتخابية اقليمية قوية تهديدات من بعض اعضاء حزبهُ بعدم الأستمرار في دعم عمل باهض التكاليف بالنسبة لحزبهم [٧١].

وكانت من نتيجة الطعن على قرار رئيس الجمهورية بحل البندستاغ ان قرر سبعة قضاة من قضاة المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية كون قرار الرئيس دستورياً، في حين عارض القرار احد القضاة (ونشر قاضيان، منهما واحد دعا الى استبدال بسيط في الأسباب، والثاني كتب آراء مخالفة) [٧٢]، ومما يؤكد عدول المحكمة عن سابقة ١٩٨٣، هو رأي القضاة المخالفين، حيث قال القاضي جينتش (Jentsch)، كان على المحكمة ان تعلن لا دستورية قرار الرئيس، ويقدم تعليلة أستناداً الى ثلاث حجج رئيسه:

الأولى، انه لم يكن هناك، خلاف للوضع في عام ١٩٨٣، مؤشر موضوعي يمكن ان يتيح المجال لأفتراض ان المستشار سيفقد قدرته على العمل، ولهذا فان المحكمة تبتعد من دون ان تشير الى ذلك، عن المعايير الملائمة لأجتهادها السابق.

الثانية، تشير الى مدى صلاحية المستشار في التقدير التي تعتمد عليه المحكمة لكي لا تضع موضع الأتهام حول مسألة الثقة، الى تناقض مع اجتهادها السابق ١٩٨٣.

والثالثة، فان استعمال مسألة الثقة كاداة، كما جرى في هذه الحالة، يقود الى اضعاف موقع البندستاغ [٧٣].

يضاف إلى ذلك إنه توجد في المانيا قيود موضوعية على التعديلات الدستورية تقررها الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩ ، ومن ثم فإن المحكمة الدستورية الألمانية تراقب مدى تطابق التعديلات الدستورية مع هذه القيود الموضوعية ، ومع ذلك ، يلاحظ أن المحكمة الدستورية الألمانية ، في الخمسينات من القرن الماضي ، في قضيتي Southwest case [٧٤]، Article case117 ، وقضية المادة (١١٧) في عام ١٩٥٣ [٧٥]، ولكن فقط بطريقة الملاحظة العرضية obiter dictum أنه توجد أيضاً بعض القيود الموضوعية المفروضة على سلطة التعديل غير تلك المنصوص عليها صراحة في الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من القانون الأساس الألماني ولكن بعد عام ١٩٧٠ ، يلاحظ أن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية قد تحولت عن قضائها السابق فلم تعد تشير في سياق رفضها لمبدأ وجود قيود موضوعية

ضمنية ، إلا للقيود الموضوعية المقررة ، صراحة في الفقرة (٣) من المادة (٧٩) ، وذلك في القضايا التي راقبت فيها المحكمة دستورية للتعديلات الدستورية [٧٦].

المطلب الثالث/أثر تفسير نصوص الدستور في تحول احكام القضاء الدستوري في مصر والعراق

أصدرت المحكمة الدستورية العليا المصرية العديد من التفسيرات بمناسبة رقابة دستورية القوانين، التي يمكن ان تعد في الحقيقة مقدمة اساسية لتحول قضائي من جانب المحكمة الدستورية العليا، لأنها تعد في جوهرها تطويراً لأحكام الدستور [٧٧].

ففي عام ١٩٩٧، قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها كونها حلاً نهائياً ودائماً لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقائقها، فلا يكون تبنيها والأصرار عليها، ثم فرضها بآلية عمياء الا حرثاً في البحر، فلا يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسياً واقتصادياً. وان قهر النصوص الدستورية لأخضاعها لفلسفة بذاتها، يعارض تطويعها لأفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها فلا يكون الدستور كافلاً لها، بل حائلاً دون ضمانها" [٧٨].

وسنبحث هذا الفرع في الفرعين الآتيتن:

الفرع الأول : اثر تفسير نصوص الدستور في تحول أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر .

الفرع الثاني : أثر تفسير نصوص الدستور في تحول احكام المحكمة الأتحادية العليا في العراق .

الفرع الأول/أثر تفسير نصوص الدستور في تحول احكام المحكمة الدستورية العليا في مصر

ذهب رأي في الفقه أنه " اذا كان جوهر العمل القضائي يتمثل في انزال حكم القانون على الوقائع المتنازع حولها، وكانت تلك الوقائع متجددة متطورة، ومع التسليم بان نصوص الدستور المصري تعلو – بحكم الجمود النسبي المقرر لها – على موجبات التغيير المتكرر السريع ، فلا يزال صحيحاً ان الإطار الواقعي والموضوعي التي تجري في ظله مهمة، تنزيل حكم النصوص على وقائع الدعاوى والمنازعات، هذا الإطار متغير ومتجدد في بعض عناصره على الأقل على نحو قد ترى معه المحكمة ان الأمر يدعو الى مراجعة بعض احكامها السابقة، ولاسيما تلك التي مضى على صدورها أمد بعيد، أو تلك التي كشفت الممارسة العملية عن اضرار ومظالم سببتها لأطراف النزاع، أو لغيرهم ممن لم يكونوا طرفاً في الخصومات الفضائية..."[٧٩].

وانتهى هذا الرأي الى ان معنى ذلك كله ان " الباب كان وما يزال مفتوحاً أمام المحكمة لمراجعة بعض ما قررته من قبل في احكامها القديمة.. ولكن هذه المراجعة تظل مع ذلك جزءاً من السياسة القضائية للمحكمة اعتبارات اساسية في مقدمتها امران:

أولهما: ان يكون العدول تعبيراً صادقاً عن الرغبة في ان تعبر احكام المحكمة عما يطرأ على الأوضاع الأجتماعية والسياسية في المجتمع المصري من تغيرات، وان تظل المحكمة – وهي تستجيب بقضائها لهذه التغيرات– على وعي كامل بأهمية تحقيق الأستقرار الأجتماعي والقانوني عن طريق متابعة الأحكام القديمة، ما لم تنطوِ هذه المتابعة على اخلال واضح بالمصالح الأجتماعية الكبرى، أو كانت التجربة العملية قد كشفت عما ادى اليه تطبيق السابقة القضائية القديمة من اضرار محققة بالجماعة أو ببعض افرادها، أو وقوعها في خلل منطقي لا يتصور العمل على استدامته وفرضه على المجتمع [٨٠].

غير أن هناك من يرى[٨١] أنه يتعين على المحكمة الدستورية العليا ذاتها الالتزام بالتفسيرات التي أصدرتها أو حتى التي أصدرته المحكمة العليا قبل أن تحل محلها ، فعليها الأخذ بهذه التفسيرات وهي بصدد

ممارسة أختصاصها المختلفة سواء في الرقابة الدستورية أو في تنازع الأختصاص وتعارض الأحكام أو حتى في التفسير ذاته ، بمعنى إنه إذا قدم إليها طلب تفسير لحل سبق وأن أصدرت فيه هي أو المحكمة العليا من قبلها قرار تفسير فعليها أن تقرر عدم قبول الطلب ، وإذا عرض أمامها طلب تفسير خاص بنص وكان هذا النص مرتبطاً بنص آخر سبق صدور تفسير فيه فعليها الأخذ بالتفسير السابق وهي بصدد النص المطلوب تفسيره ، بمعنى أنه يتعين عليها الأعتماد على التفسير السابق للنص الآخر[٨٢] ، وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا في أحد قراراتها التفسيرية " لما كان ذلك وكانت المحكمة العليا قد أصدرت في تاريخ ١١ يونيو قرارها التفسيري رقم ٤ لسنة ٨ ق بأن عمال المرافق الذين يلتزمون في استمرار في تأدية أعمالهم تطبيقاً للبند ثانياً من المادة الثانية من القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٦٠ المشار إليه لا يعدون في حكم الأفراد المكلفين بخدمة القوات المسلحة في تطبيق احكام المادة ٧٣ من القرار بقانون ١١٦ لسنة ١٩٦٤ ، ولا يفيدون من أحكامه ، فأن هذا التفسير الملزم يكون قد حسم الخلاف في هذا الشأن أياً كان الجهة التي خولها القانون أصدار قرار التزام عمال المرافق العامة بالأستمرار في العمل[٨٣].

وضمن هذا الإتجاه يرى جانب من الفقه أنَّه بمجرد قبول المحكمة الدستورية العليا لطلب تفسير سبق لها تفسيرهُ يعني إمكانية التحول أو العدول عن التفسير الأول وهو ما لا يتفق مع صفة الإلزام التي أضفاها المشرع على القرارات التفسيرية للمحكمة الدستورية العليا[٨٤].

ومن استقراء قضاء المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن، نجد تحول المحكمة وهي بصدد رقابتها لدستورية القوانين فعلى سبيل المثال فان رقابتها لشرط الضرورة في القرارات بقوانين الصادرة تطبيقاً للمادة (١٤٧) من الدستور[٨٥] ، فكثير ما يلجأ رئيس الجمهورية الى استعمال هذا الأختصاص الدستوري، ولاسيما بعد انتهاء دور الأنعقاد التشريعي بمدد وجيزة الأمر الذي يثير تساؤلاً حول مدى توفر شرط الضرورة في هذه الأوقات لأصدار القرارات بقوانين، وقد عرضت مسألة مدى توفر الضرورة لمباشرة هذا الأختصاص الدستوري على المحكمة العليا ومن بعدها على المحكمة الدستورية العليا، وانتهت المحكمة العليا في اولى احكامها الى ان اقرار البرلمان للقرارات بقوانين صادرة عن رئيس الجمهورية يغلق الباب نحو اعادة البحث في وجود ضابط الضرورة المؤدية لاتخاذ هذه القرارات [٨٦].

وبحلول المحكمة الدستورية العليا محل المحكمة العليا فانها لم تأخذ باتجاه المحكمة العليا، وهو ما يعد في حقيقة الأمر تحولاً في احكام القضاء الدستوري، ففي حكمها الصادر في ١٩٨٥ قضت بعدم دستورية القرار بقانون رقم (٤٤) لسنة ١٩٧٩ المعدل لقانون الأحوال الشخصية، فعلى الرغم من عرض هذا القرار بقانون على مجلس الشعب واقراره وفقاً لنص المادة (١٤٧) من الدستور، تعرضت المحكمة من خلال رقابتها لتقدير كلٍّ من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الشعب، وانتهت الى عدم توفر شرط الضرورة اللازم لإصدار القرار بقانون المشار اليه وقضت بعدم دستوريته [٨٧].

واكدت المحكمة قضاءها السابق بعد مرور اربعة عشر عاماً بمناسبة فحصها لدستورية القرار بقانون رقم (١٥٤) لسنة ١٩٨٠ المعدل بالقانون رقم (٩٥) لسنة ١٩٨٠ باضافة بند جديد للمادة (٣٤) من القانون المذكور والخاص بحماية القيم من العيب والذي نص على انه يكون لمحكمة القيم الأختصاص بالفصل في التظلمات التي يقدمها ذوو الشأن ضد الأجراءات التي تتخذ وفقاً للمادة (٧٤) من الدستور التي يخول لرئيس الجمهورية سلطات استثنائية في أوقات الأزمات [٨٨].

وفي قرار آخر ، فإن قرار رئيس الجمهورية المصري رقم (١٦٨) لسنة ١٩٩٨ والذي عدل المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ ، إذ جعل أحكامها الصادرة بعدم دستورية النصوص الضريبية تسري بأثر مباشر ولا تسري على الماضي ، وهذا التعديل جاء مخالفاً لأحكام المحكمة الدستورية العليا الذي قضى بأن سريان أحكامها يكون بأثر رجعي ، إذ إن التعديل القانوني كان سبب عدول المحكمة الدستورية عن أحكامها (عدول قانوني) وذلك في حكمها في القضية رقم (٩) لسنة ١٧ قضاء دستوري الذي ألغت فيه الضريبة على رؤوس الأموال [٨٩].

الفرع الثاني/أثر تفسير نصوص الدستور في تحول احكام المحكمة الأتحادية العليا في العراق

لقد اختلفت آراء الشراح في تقدير ظاهرة التحول في قرارات القضاء الدستوري، فمنهم مَن يرى بوجوب عدم الخلط بين التحول القضائي الدستوري وبين فكرة تصحيح الاحكام، فالتحول القضائي يعني العدول عن مبدأ قانوني سابق، اما مسألة تصحيح الاحكام فانها تقتصر على تصحيح الاخطاء المادية الواردة بالحكم دون العدول عن مبدأ قانوني سابق [٩٠].

وحين النظر إلى دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥م نجد أنه نص على أن " قرارات المحكمة الأتحادية باته وملزمة للسلطات كافة " [٩١]، فأنَّه يدل دلالة قاطعة على حجية قرارات المحكمة الأتحادية العليا على السلطات في الدولة كافة ، مما يجعل حجيتها على المحكمة الأتحادية مستنبطة بوسيلة القياس من باب أولى [٩٢]، بل أن هذه الحجية هي التي تجعل من هذه القرارات متميزة من سواها من القرارات القضائية الأخرى ، وتجعلها متصفة بالعمومية والتجريد ، بما يتشابه مع النصوص القانونية.

وبخلاف ما تقدم نجد أن المحكمة الأتحادية تتجه تلقاء النكوص عن حجية قراراتها التي أصدرتها سلفاً في الدعاوى ، والطلبات اللاحقة بالرغم من إتحاد الموضوع مثلما فسرت – خطأ – نصوص الدستور؟ [٩٣]، بأنها تعني : عدم صلاحية مجالس المحافظات بإصدار التشريعات المحلية إذ قضت : " تبين أن مجلس المحافظة لا يتمتع بصفة تشريعية لسن القوانين المحلية ولكن يمارس صلاحياته الإدارية والمالية استناداً لحكم الفقرة الثالثة من المادة (١٢٢) من الدستور بما يمكن المحافظة من إدارة شؤونها على وفق مبدأ اللامركزية الإدارية " [٩٤]، ولكنها بعد مدة توجهت تلقاء إمكانية تلك المجالس بإصدار تلك التشريعات ، حين قضت : " لذا يكون لمجالس المحافظات غير المنتظمة بإقليم حق سن القوانين الخاصة بفرض وجباية وإنفاق الضرائب المحلية وسن القوانين الخاصة بفرض وجباية وإنفاق الرسوم والغرامات والضميمة بما يمكنها من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية التي تمنحها المادة (١١٥) من الدستور حق الأولوية في التطبيق [٩٥]..

ويمكن أن يقال : أنَّ المحكمة الأتحادية قد طورت تفسيرها المتقدم ولم تخالفه لأنها أن كانت ملتزمة بحجية قراراتها طبقاً للدستور ، فهي ملتزمة أيضاً بتمكين النصوص الدستورية من مواجهة التطورات المستجدة من خلال تفسيرها ومن ثم تتضح أهمية التحول عن قرارتها السابقة كونها قضت بعدم جواز إصدار قوانين محلية في القرار الأول ، في حين جنحت للجواز في القرار الثاني ، ومن ثم فالمحكمة قد خالفت مضمون قرارها ، أو فقرته الحكمية ، ولم توسع من فروضه ، أو حالاته ، أو نطاقه لذا هي عارضت قرارها التفسيري ، ولم تطوره .

وفي قرار للمحكمة الإتحادية العليا عدلت فيه عن أحكامها السابقة نذكر منه القرار المرقم (١٦/اتحادية / ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٩/١١ [٩٦] جاء فيه " ... وجدت المحكمة من أستقراء الأختصاصات المناطة بالسلطة الإتحادية الواردة في الباب الرابع من الدستور عدم وجود ما يشير إلى إناطة صلاحية التعيين

والإقالة للأجهزة الأمنية بالسلطة الأتحادية ، وإذ إن المادة (١١٥) من الدستور نصت " بأن كل ما لم ينص عليه في الإختصاصات الحصرية للسلطات الإتحادية يكون من صلاحية الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في أقليم " ،وإذا فأن التعيين والإقالة للأجهزة الأمنية تكون من صلاحية الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بأقليم ...) .

وتم التحول عنه بالقرار رقم ٧٤/ اتحادية / ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١٢/٣ [٩٧] ، إذ وردها إستيضاح من قبل محافظ ذي قار عن مدى صلاحية المحافظ بالإقالة والتنسيب والنقل بين دوائر الوزارات في المحافظة الواحدة لأصحاب المناصب العليا .

وجاء قرار المحكمة كالآتي : " ... وجد أن النظر في الطلب الوارد آنفاً يخرج عن أختصاص المحكمة الإتحادية العليا .." . من ذلك يتضح إن القرارات السالفة الذكر تم التحول فيها بإرادة القاضي الدستوري وليس بسبب تعديل القاعدة القانونية المتبعة أو المطبقة[٩٨].

وفي قرار حديث للمحكمة الاتحادية العليا الذي أشّر بوضوح مدى تحول المحكمة عن اتجاهها السابق، فقد افتت المحكمة باحقية مجلس النواب بالمبادرة التشريعية من خلال تقديم مقترحات القوانين الا ما يتعلق بالمقترحات التي تضيف اعباء مالية اضافية[٩٩] ، ومما جاء في حيثيات هذا القرار " تجد المحكمة الاتحادية العليا ان دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ قد كرس في المادة (٤٧) منه المبدأ الذي عرفته غالبية دساتير العالم وهو (مبدأ الفصل بين السلطات)، وقد عدد هذه السلطات في المادة ذاتها وبحسب ورودها فيه وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، ورسم لكل منها اختصاصها بشكل دقيق، ولكي نكون امام التطبيق السليم لاحكام هذه المادة والمبدأ الذي تأسست عليه يلزم ان تتولى كل سلطة من هذه السلطات القيام بمهامها وممارسة صلاحياتها كاملةً وفق ما رسمهُ لها الدستور، فالسلطة التشريعية تمارس مهامها واختصاصها المنصوص عليها في المواد (٦٠ ،٦١ ،٦٢ ،٦٤/اولاً) من الدستور، وفي مقدمة هذه الاختصاصات تشريع القوانين الاتحادية التي تقتضيها المصلحة العامة ووفقاً للسياقات الدستورية وممارسة هذا الاختصاص والصلاحية يلزم ان يكون مراعياً لمبدأ الفصل بين السلطات التي مرت الاشارة اليه، وان لا يكون من بين القوانين التي يشرعها مجلس النواب مباشرة ما يمس هذا المبدأ ومن تلك القوانين التي تمس هذا المبدأ هي القوانين التي ترتب التزامات مالية على السلطة التنفيذية لم تكن مدرجة في خططها او في موازنتها المالية.....، وتجد المحكمة الاتحادية العليا ان القانون موضوع الطعن وهو (قانون استبدال اعضاء مجلس النواب رقم (٦) لسنة ٢٠٠٦) ليس من القوانين التي تمس بين مبدأ الفصل بين السلطات لانه لم يرتب اثار مالية مضافة على السلطة التنفيذية..." [١٠٠].

وتحولت المحكمة الاتحادية العليا عن قضائها السابق الذي سلب حق المبادرة التشريعية من مجلس النواب لان الاقتراح لم يمر عبر بوابة الحكومة [١٠١].

ومما جاء في حيثيات قرار المحكمة الاتحادية العليا السابق في سنة ٢٠١٠ "... ولم يكن مشروع القانون تقدمت به السلطة التنفيذية واستنفذ مراحله قبل تقديمه، وحيث تم اقرار هذا القانون من مجلس النواب ومجلس الرئاسة ونشر في الجريدة الرسمية دون ان تبدي السلطة التنفيذية الرأي في ضمن التزاماتها السياسية الداخلية منها والدولية، وهذا مخالف للطريق المرسوم لاصدار القوانين من الناحية الدستورية، حيث ان رئيس مجلس الوزراء هو المسؤول التنفيذ المباشر عن السياسة العامة للدولة وفقاً لنص المادة (٧٨) من الدستور..." [١٠٢].

الخاتمة :وفي ختام البحث يمكن عرض أهم النتائج المستخلصة – والتوصيات التي يراها الباحث :

أولاً : النتائج :

١. استعرضت الدراسة التعريف للفكرة التحول في احكام القضاء الدستوري وتبين أن هذه الفكرة ترتبط بأمرين الأول ، أن تفسير النص الدستوري سواء أكان تفسيراً ملزماً بتقديم طلب أصلي ، أم من بالتفسير القضائي لنصوص الدستور بمناسبة الرقابة على الدستورية . والثاني ، بتغير الظروف من حيث الواقع ، فعملية تفسير نصوص الدستور تعد عملية جوهرية ولا يمكن الأستغناء عنها عندما يباشر القاضي الدستوري مهمة الأساسية وهي الرقابة على دستورية القوانين ، وإن أفضل تعريف يلائم التحول القضائي الدستوري هو تعريف الدكتورة Cursoux التي ترى أن تعبير Revirement يرجع إلى الفعل Virer والذي يفترض وجود حلين قضائيين مختلفين أحدهما يمثل الحل القديم ، والآخر يمثل الحل الجديد الذي يعني تحولاً عن الحل السابق .

٢. أنتهت الدراسة إلى أن التحول القضائي الدستوري يأخذ صوراً كثيرة بالنظر إلى أساس التقسيم ، فمن حيث الدافع للتحول القضائي الدستوري يأخذ التحول القضائي الدستوري التحول الإرادي أو الواقعي والتحول المفروض أو القانوني : فالأول يرجع لإرادة القاضي والثاني مردة إرادة سلطة تعديل الدستور ، والتحول غير الإرادي الذي يرجع لإرادة المشرع الدستوري الأصل فيه أن يدعم من المشروعية الدستورية ، ولا يتخذ للألتفاف على قرارات وأحكام القاضي الدستوري .

٣. وأوضحنا في الدراسة أن التحول القضائي الدستوري من حيث الزمن يقسم إلى تحول مفاجئ أو تحول تدريجي : والتحول المفاجئ إما أن يكون مباغتاً دون أستخلاصه أو توقعه من قضاء سابق وإما لكونه تالياً وتحولاً عن مبدأ سابق لم يمر عليه زمن كبير ، أما التحول التدريجي فهو التحول الذي ينبئ عنه قضاء سابق أو لأنه متوقع من تطور قضاء القاضي الدستوري .

٤. وتعرضت الدراسة أن التحول القضائي الدستوري يقسم من حيث اسلوب التعبير عنه إلا تحول صريح أو ضمني : والتحول الصريح هو الذي تدل عباراته على عدول القاضي الدستوري صراحة عن المبدأ السابق ، أما التحول الضمني فإنه لا يعبر عنه القاضي الدستوري صراحة ، وإنما يستخلص من سكوت القاضي عن ترديد المبدأ القديم أو من خلال التعبير الإيجاز للمبدأ الجديد ، والتحول الضمني يلجأ إليه القاضي الدستوري في بعض الحالات كتمهيد للتحول الصريح ، أو لوضعه محل أختيار من حيث قبوله أو رفضه من جانب الفقه الدستوري ، فإذا ما لاقى قبولاً فلا يتردد من التعبير عليه صراحة .

٥. وبينت الدراسة إلى إنه التحول القضائي الدستوري ينقسم من حيث آثاره إلى تحول إيجابي وتحول سلبي : والتحول القضائي الدستوري الإيجابي هو الذي يفعل من الحماية الدستورية للحقوق والحريات ومن الشرعية الدستوية ، أما التحول السلبي فهو على العكس يقلل من الحماية الدستورية للحقوق والحريات ولا يعلي الشرعية الدستورية ، وأنتهت الدراسة إلى أن جميع التحولات الإرادية تفعل من الحماية الدستورية للحقوق والحريات بخلاف التحولات غير الإرادية .

ثانياً : التوصيات :

١. ضرورة أن لا تقف أحكام القضاء الدستوري السابقة حائلاً أمام فكرة التحول القضائي الدستوري ولا يجب التخوف منها، لاسيما إذا كان تفسير نصوص الدستور يسعى إلى تأكيد حماية حقوق وحريات الأفراد الأساسية لأنها ترتبط كل الأرتباط بالدولة القانونية والديمقراطية وحقوق الأنسان .

٢. ضرورة أن يكون تفسير نصوص الدستور بتفعيل مبدأ المساواة أمام القانون ومن ثم فأنه يمكن القاضي الدستوري من تصحيح أحكام دستورية سابقةٍ قامت على تفسيرات خاطئة للنص الدستوري ، ولاسيما أن تصحيح الحكم بالطعن عليه سيكون مُغلقاً ، وكذلك تصحيحهِ تشريعياً سيكون أمراً مستحيلاً ، فهو لا يتعارض مع تفسير النصوص الدستورية بل أنه يتوافق معها ، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه يدل دلالة قاطعةً على أن قضاء المحكمة الأتحادية العليا والقضاء الدستوري المقارن لا يتسم بالجمود بل ساير التطور الدائم بالأفكار وبما يتفق ونصوص الدستور ومصححاً لقضائهِ عند الضرورة .

٣. ندعو المشرع العراقي إلى ضرورة إيراد نص قانوني يوضح فيه مدى سريان قرارات المحكمة الأتحادية العليا هل هي تسري بأثر رجعي أم مباشر وذلك لعدم وجود نص يوضح الأثر القانوني لسريان قراراتها ، لا في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ولا في قانون المحكمة ولا في نظامها الداخلي .

٤. ضرورة أن يتضمن تعديل قانون المحكمة الأتحادية العليا بما يساعدها على تبني سياسة قضائية جديدة تقوم بمسايرة التطور الأقتصادي والأجتماعي والسياسي والمجتمع من خلال تفسير نصوص الدستور تفسيراً متطوراً حتى ولو أدى ذلك التفسير إلى تصحيح أحكامها السابقة أو العدول عنها.

الهوامش

١. وقد ذكر الأستاذ Francois Luchire في هذا الشأن أن القاعدة الدستورية تكون ملزمة ومفروضة على الكافة ومن بينهم السلطة التشريعية وعلى القاضي على الرغم من أنَّ هذا الأخير لا يرتبط بقضائه لأنه يملك الحرية دائماً في تغييره والرجوع عنه .

F. Luchaire : Le Pratection on Constitutionnelle des droits et libertés , éd , E Conmica , 1987 , p.40

2. C.c., 30 Décember , 1982, Rec . p.88 ets.

وقريب من هذا المعنى ينظر : د. محمد عبد اللطيف : الضمانات الدستورية في المجال الضريبي ، الكويت ، ١٩٩٩ ، ص٢٢٣ وما بعدها.

3. C.c., 24 October , 1969 Rec . p.32 ets.

٤. د. محمد عبد اللطيف: القانون الدستوري، مصدر سابق، ص١٣٥.

٥. د. عبد الحفيظ علي الشيمي: التحول في احكام القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٥-٦.

٦. د. احمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص٢١١ وما بعدها.

7. Di. Manno; op. cit., P. 205.

٨. نصت المادة (١٣) من القانون الأساسي الخاص بالمحكمة الدستورية الأسبانية لسنة ١٩٧٩م على أنه " عندما ترى غرفة من غرف المحكمة أنهُ من الضروري التحول عن قرار قضائي دستوري سابق للمحكمة الدستورية ، فيجب أن يكون ذلك من خلال جلسة تجمع جميع غرف المحكمة "

والمواد من ٦٩ إلى ٧٣ من قانون محكمة التحكيم البلجيكية (المحكمة الدستورية) التي أجازت للمحكمة الدستورية بأنها غير ملزمة بالمبدا القانوني السابق الذي أقرته في أحكامها السابقة .

٩.أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريّا : معجم مقاييس اللغة ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، ط١ ، ٢٠٠١ ، ص٢٧١.

١٠. الإمام مُحب الدِّين فَيض السيد محمد مُرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي : تاج العروس من جواهر القاموس ، المجلد الرابع عشر ، دارسة وتحقيق علي سيري ، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص١٨٢.

١١. المصدر نفسه : ص١٨٧.

١٢. جماعة من كبار اللغوين العرب : المعجم العربي الأساسي المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، لاروس ، ص٣٦٦.

١٣. العلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي : المصباح المنير ، مكتبة الإيمان ، المنصورة ، بلا سنة نشر ، ص ١٠٣.

–الخليل بن أحمد الفراهيدي : كتاب العين ، ترتيب وتحقيق د. عبد الحميد هنداوي ، الجزء الأول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة نشر ، ص٣٧٥.

١٤. د. عبد الحفيظ الشيمي: مصدر سابق، ص١٤.

١٥. حارث سليمان الفاروقي : المعجم القانوني ، أنكليزي – عربي ، مكتبة لبنان ، بيروت ، ط٥ ،٢٠٠٨ ، ص٥٠٤.

١٦. د. هديل محمد حسن المياحي : العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠١٥ ، ص٦٢.

١٧. الإمام العلامة جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الأفريقي المصري : لسان العرب ، نسقه وعلق عليه ووضع فهارسه علي شيري ، المجلد التاسع ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، ط١ ، ١٩٨٨ ، ص٨٣.

١٨. المحامي موريس نخلة – د.روحي البعلبكي – المحامي صلاح مطر : القاموس القانوني الثلاثي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط١ ، ٢٠٠٢ ، ص١١٥٤.

19. C.E . 17 Févier 1995 , Hardouin et Marie , Rec , p.82.

20. J. de soto : La décision du conseil constitutionnel en date du 28 novembre 1973 , R.D.P., 1974, p.319 et s .

21. C. Mouly : Le revirement pour l'avenir , J.C.P , 1994 , n^0 377 , p.328.

22. A.Bolze La norme Jurisprudentelle et Son revirement en droit praive , R,R,J , 1997, p.867.

٢٣. د. أحمد كمال أبو المجد : السلطة التقديرية للمشرع هل تخضع للرقابة الدستورية ؟ متى تعدل المحكمة الدستورية العليا عن قضاء سابق ؟ وكيف ، مجلة الدستورية ، ع ٢ ، س ١ ، ابريل ٢٠٠٣ ، ص١٤.

24. Th Di Manno : op, cit ., p.2

25.Mouzet (p): sur les revirements du consitutionnel , R.D.P., 2002 , p.1643.

٢٦. د. عبد الحفيظ الشيمي : مصدر سابق ، ص٢٨– ٢٩.

27.Mouzet : op.cit., p.1649.

٢٨. فالرأي الأول ، يرفض تفسير التحول القضائي دون تبرير لهذا الرفض ، أو دون وجود أساس قانوني لهذا الرفض ، وقيل بهذا الأتجاه بمناسبة قرار المجلس الدستوري الصادر في سنة ١٩٨٥م الخاص بالرقابة على القوانين السابقة عند تعديلها أو تكملتها أو تحديدها فهذا الرأي رفض اللجوء لتعبير التحول reuirment ومن هذا الرأي معلقاً على قرار ١٩٨٥ بتساؤل ، وهو هل معنى هذا القرار أن المجلس الدستوري تحول عن قراره السابق ؟ ثم أجاب بالنفي وذهب إلى أنَّ هذا القرار لا يعبر إلا عن تطور في قضاء المجلس الدستوري (IL parait Plus exacted parler d'une évolution).

ينظر :

M.de villiers : Jurisprudence Constitutionnelle , La décision du 25 Janvier 1985 , R.A., 1985 , p.357.

أو أنَّهُ لا يمكن تحليل هذا القرار على أنه تحول قضائي ، وإنما هو نتيجة لتطور قضاء المجلس الدستوري

(IL résultat d'une évolution)

ينظر :

J.Ferstenbert : Le Conrôle , par le Conseil Constitutionnel , de la régularite constitutionnelle des lois promulguées , R.D.P., 1991 , p.358.

أو أنَّهُ بمثابة بمثابة تعديل خفيف في أتجاه المجلس الدستوري

(Commcun infléchissement Jurisorudentiel)

ينظر :

R. Etien : Jurisprudence Constitionnelle , Traité de mastricht Sur L'union euroéenne , R.A.,1992 , p.127.

أما الرأي الثاني فقد رفض تعبير التحول القضائي مع وجود تبرير جزئي لهذا الرفض ، ومن هذا الرأي : ould Boubouttm والذي ذهب تعليقه على قرار ١٩٨٥ الخاص بالرقابة على القوانين السابقة ، بأنَّ المجلس الدستوري لم يرد أن يتحول عن قضائه السابق، وإنما أراد أن يحدد مضمون فضائه السابق وذكر في هذا الشأن :/

(IL nous parait que le conseil avoulu , non pas opérer un revirement de Jurisprudence , mais revirement de Jurisprudence , mais preciser la protée de sa Jurisprudence antériere) .

Ould Boubouttm : L, apport du conseiL Constitutionnel au droit administmtif , P.U.A.M., E conomica , 198 f, p.182.

وفي هذا الأتجاه ايضاً الأستاذ فارفووري حيث يرى سيادته في معرض تعليقه على نفس القرار إلى أن قضاء المجلس الدستوري في هذه الحالة يعد فضاءً جديداً ، وأنتهى إلى أن قرار ٢٥ يناير ١٩٨٥ بعد أذن قرارا من قرارات المبادئ فيما يخص حسمه لقضاء كان محل تردد ، ولكن لا يمكن تحليله على أنَّهُ تحول في القضاء بالمقارنة للقرارات السابقة وذكر في هذا الشأن :

(La décision du 25 Janvier 1985 est donc unc décision de prudence Jusqu'elle fixeune Jurisprudence Jusque – Lâhéstitant , mais ellene peut s'analyser en un revirement de Juris prudence compte tenu des décision antérieures qui pouvaitlatas Laisser presagerll.

L.favoreu : Le deoit constitutionnel Jurisprudentiel R.D.P., 1986 , p.411.

والرأي الثالث ، وان كان لا يرفض التحول القضائي الدستوري ، إلا إنَّهُ لا يستخدم تعبير التحول Revirment وإنما يستخدم تعبيرات قريبة ليتجنب هذا التعبير ، ومن هذا الرأي الأستاذ Luchaire ، الذي تساءل بمناسبة تعليقه على قرار ١٩٨٥ ، بأن هذا يعد تحولاً قضائياً ؟ ويجيب على تساؤله بأنه لا يمكن أن يكون كذلك وإنما هو عبارة عن تطور Une évolution في قضاء المجلس الدستوري .

ينظر :

F.Luchaire , L'union européenne et La constitution , R.D.P., P.607.

وبصفة رأي آخر بأنه عبارة عن تغير طفيف في قضاء المجلس الدستوري ، ولا يمكن وصفه بأنه تحول قضائي :

Infléchissement surisprudentiel .

ينظر :

R. Etien : article cité , p.128.

cursoux (s.); Le revirément de Jurisprudence du conseil constitutionnalité, ANRT, 2004, P. 83, ets.

٢٩. ينظر حكم مجلس الدولة الفرنسي:

C.E.ASS., 17 février 1995, Rec. Lebon, P. 82 et 85.

30.Cuy caracassonne:La constitution, ed du seuil, 1999, P. 284.

بينما وصف Bernard maligner، التحول بانه تعديل ملحوظ في القانون القضائي. د. عبد الحفيظ الشيمي: مصدر سابق، ص١٤.

٣١. د. مصطفى محمود عفيفي: مصدر سابق، ص ٤٠.

وفي ذات المعنى:

أ. د. احمد كمال ابو المجد: السلطة التقديرية للمشرع هل تخضع للرقابة الدستورية ؟ متى تعدل المحكمة الدستورية العليا عن قضاء سابق وكيف ؟، مصدر سابق، ص١٠-١٦.

– أ. د. فتحي فكري: القاضي الدستوري، ثلاث تحولات في خمس سنوات، مجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الاولى، يوليو ٢٠٠٣، ص٥٧ – ٦٢.

– د. مجدي مدحت النهري: مصدر سابق، ص٧٩-٩١.

٣٢. د. عثمان عبد الملك الصالح: الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت، ط١، ١٩٨٦، ص٩٧-٩٨.

٣٣. د. عثمان عبد الملك الصالح: الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت، مصدر سابق، ص٩٩ وما بعدها.

٣٤. وذهبت المحكمة الدستورية النمساوية الى اعطاء اجابة مختلفة عن المسألة الدستورية تخالف ما ارتأته من قبل استناداً الى ان من سلطتها اعتناق افكار جديدة وقيم جديدة للمجتمع عبر الدستور فيها ضمناً، ومن قبل ذلك شرط المساواة وما يمكن ان يعكس تفسيره من تأويلات مختلفة في ضوء تطور الظروف، كما قضت المحكمة الدستورية الأيطالية انه يمكن لها ان تعبر اتجاهها في المسألة الدستورية في ضوء التطورات اللاحقة في المبادئ الأساسية للنظام القانوني لما يمكن ان تؤدي اليه هذه التطورات من حلول مختلفة. د. احمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص٢٨٨-٢٨٩.

وقريب من هذا المعنى: المستشار محمد السيد زهران: مصدر سابق، ص١٥٠-١٥١.

٣٥. د. عبد الحفيظ الشيمي : مصدر سابق ، ص٥٢ وما بعدها .

36. Cohens V. Virginia : 19 u.s.264 , (1821) . https : //en.m.wikipedia.org.

37. Smith V. Turner: Norris V. Boston : 48 .U.S.283 (1849) https :// supreme . Justia .com.

٣٨. وقد ذكر في هذا الشأن :

((Je regarde la question comme réglée , dans la mesure où une question d'interprétation de la constitution peut étreregardée comme telle . cependant , je n'objecte pas â sa révision et suis tout â fait partisan que l'on considér comme régle suivi par la cour qu'une opinion exprimée sur une question d'interprétation de la constitution reste toujours sujette â discussion quand on pensc qu'elle peut éter erronée)). E. Zoller : Splendeurs et miséres du Constitutionnalisme , les enseigne,ents de L'expérience américaine . R.D.P ., 1994. p.29.

٣٩. د. عثمان عبد الملك الصالح: مصدر سابق، ص٩٧.

٤٠. ويبرر رئيس المحكمة العليا تأني عدولها عن السوابق الفاسدة بقوله: " انه يجب ان يكون معلوماً ان القاعدة التي تجري عليها هذه المحكمة، هي ان آراءها في تفسير الدستور تظل دائماً مفتوحة للبحث لإعادة النظر فيها، اذا تبين انها اقيمت على اساس خاطئ، وحجية= =هذه الآراء يجب الا تعتمد الا على قوة ما تستند اليه من منطق وتدليل ". د. احمد كمال ابو المجد: الرقابة على دستورية...، مصدر سابق، ص٢٣٢.

أما براندیز: فيبرر العدول عن السوابق القضائية بقوله وهو بصدد مناقشة مبدأ السوابق وقيمته في النطاق الدستوري: " ان المحكمة تقضي في معظم الأحوال بالتزام هذا المبدأ، إذ المهم في الغالب هو استقرار الأوضاع القانونية ولو على اساس غير دقيق من الناحية النظرية.

أما حيث يتصل الأمر بتفسير الدستور الأتحادي، ويتعذر تصحيح الأخطاء القضائية باصدار تشريعات جديدة، فقد جرت هذه المحكمة على تصحيح اخطائها بنفسها عن طريق نقض احكامها السابقة، نازلة بذلك عند حكم التجربة وما يتضح انه الأصلح والأسلم من المبادئ القانونية، ومؤمنة في ذلك بأن قاعدة " التجربة والخطأ " قاعدة سليمة في مجال العلوم الطبيعية ". مصدر سابق، ص٢٣٣. هذا الرأي المخالف الذي كتبه براندیز في ١١ ابريل عام ١٩٣٢ في قضية بيرنت ضد شركة كورونادو للزيت:

Burnet V. Coronado Oil & Gas U.S. 393 (1932).https://supreme.justia.com

41. Charles Torcia & Donald King; The mirage fo Retroactivity and Changing Constitutional concepts 66 Dick L. Rev., 1962, P. 270.

٤٢. د. احمد كمال ابو المجد: دور المحكمة الدستورية في النظامين السياسي والقانوني في مصر، ج٢، مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، ع٢، السنة الأولى، ابريل، ٢٠٠٣، ص١٥.

43. Smith V. Allwright, 321 U.S. 649 (1944).https://en.m.wikipedia.org

وفي هذا الحكم نقضت المحكمة قضائها السابق في قضية:

Grorey V. Townsend, 295 U.S. 45 (1945).https://supreme.justia.com

44.Frothigham V.mellon 262 U.S. 447 , (1923) . https ://en.m.wikipedia.org.

45.Flast v. cohen ,392 U.S. 83 (1968).https://supreme .justia.com .

46. Lochner V. new York , 198 U.S.45 (1905) https:// supreme.justia.com.
47.Company Coast Hotel v. parrish : 300 u.s.379 (1937) . https ://en.m.wikiipedia.org.

٤٨.جيمس ادوارد بوند: اساس اصدار الأحكام، مصدر سابق، ص١٥ وما بعدها.

وينظر ايضاً:

A.A. Levasseur; droit des Etats – unis, Dalloz, 1990, n. 79, 81.

- Louis Frank; Roosevelt Face â La cour suprême, Le monde Diplomatique, Juin 1982, P.2.

وبناء على ذلك قامت المحكمة العليا في خلال عامي ١٩٣٥-١٩٣٦ باصدار مجموعة من الأحكام في شأن عدم دستورية معظم القوانين الصادرة باسم "New deal"، وقد انتقد بعض الكتاب سياسة المحكمة العليا في هذا الشأن، وشبه هذه السياسة القضائية للمحكمة، بأن المحكمة في هذا الشأن تشبه " نيرون " الذي حرق روما، واخذ يغني ويعزف على آلة موسيقية وهي تحترق، وقالوا ان القضاة المحافظين هم " نيرون قضائي "، يكتفي بالعيش في نصوص الدستور بينما تحترق البلاد. ينظر في ذلك: أ. جيمس ادوارد بوند: مصدر سابق، ص١٥.

٤٩. الا ان الكونجرس رفض مشروع تعديل نظام المحكمة العليا، ولم يحصل المشروع على الأغلبية اللازمة في البرلمان.

٥٠. خطاب الرئيس روزفلت، السالف الأشارة اليه.

51. Andrè tunce, et Suzanne Tunc; Le système constitutionel des Etats – unis d'Amerique, 2 T., 1954, P. 374 ets.
52. W. Blackstone; commentaries on the Law of England, university of chicage Press, 1979, P.69.
53. E. Zoller; Le Judiciaire américaine, L'interprétation et Le temps, Deux Points de vue, Droits, 2000, n^{o} 30, pp. 97-114.
54. Oklahoma City V. Tuttle; 471 U.S. 808 (1985). https://supreme.justia.com
55. Maureen Harpison & Steve Gilbert; Great Decision of the U.S. supreme court, Harvarard university press, 2003, P.131.

٥٦. فالمحكمة اذا ما فسرت قانوناً صدر عن طريق هذا المؤتمر، فانها تعطي لهذا التفسير قيمة أو حجية مطلقة، ومن ثم فانها لا تعترف تجاه هذا القانون بالعدول عن التفسير الذي اعطته له، حتى ولو كان هذا التفسير لا يتلاءم مع تغير الظروف، لأن المحكمة تعترف بالسيادة المطلقة للمؤتمر في مجال التشريع.

في حين ان موقف المحكمة العليا مغاير تماماً، حيث انها تعطي لبعض النصوص الدستورية تفسيراً ولكنها لا تعطيها حجيةً مطلقةً، مثل تلك التي تعطيها للسوابق التشريعية بحيث تملك العدول عنها عند الضرورة، ومع ذلك فان العمل قد يؤدي الى وجود علاقة بين السوابق التشريعية والسوابق الدستورية من حيث الحجية المطلقة وخاصة بمناسبة قيام مجلس الشيوخ بالتأكيد على احكام المحكمة العليا، فالمبدأ الذي كان قائماً في قضاء المحكمة العليا، هو ان هذه المحكمة تملك العدول عن احكامها السابقة وخاصة بعد اعلان القاضي Brandies – المشار اليه – في عام ١٩٣٢، فالتصحيح التشريعي لحكم المحكمة يعد امراً مستحيلاً. د. عبد الحفيظ الشيمي: مصدر سابق، ص٤٩ وما بعدها.

57. Roe V. Wade, 410, U.S. (1973).https://en.m.wikipedia.org

٥٨. د. ابراهيم محمد حسنين: مصدر سابق، ص١٠٢.

٥٩. د. مها بهجت يونس الصالحي : الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص١٤٢- ١٤٣.

60. American Trucking Ass'ns V. Smith, 496 U.S. (1990).http://www.supreme.Justia.com/.

٦١. د. هشام محمد فوزي: مصدر سابق، ص٥٧٢.

ينظر حكم المحكمة العليا في قضية:

Republican Party of Minnesota V. White; 536, U.S. 765, 785 (2002). http://www.supreme.Justia.Justia.com/.

62. Tohn A. Jenkins; A candid Talk with justice Blackman, New York, 1983, P. 20.
63. minersville School District V. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940). https://en.m.wikipedia.org

٦٤. د. هشام محمد فوزي: مصدر سابق، ص٥٧٣-٥٧٤.

65. Dominique Rousseau; La Justice constitutionnelle, op. Cit., P. 91.

٦٦. د. أمين عاطف صليبيا: مصدر سابق، ص٢١١.

٦٧. د. عثمان عبد الملك الصالح: الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت، مصدر سابق، ص٩٨.

وقريب من هذا المعنى: د. سعد عصفور: مصدر سابق، ص١٤٨.

٦٨. د. أحمد فتحي سرور : الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، ط١ ، ١٩٩٩ ، ص٢٨٩.

٦٩. المستشار الألماني السابق غيرهارد شرودر للفترة من ١٩٩٨-٢٠٠٥.

٧٠. تنص المادة (٦٨) من القانون الأساسي الألماني على ان "١- اذا قدم المستشار طلباً بالثقة ولم يحوز هذا الطلب على موافقة اغلبية اعضاء المجلس النيابي الأتحادي، يستطيع رئيس الجمهورية عندئذٍ، وبناء على اقتراح المستشار ان يحل مجلس النواب الأتحادي خلال مدة زمنية قدرها احدى وعشرين يوماً. بينما يصبح حق حل المجلس النيابي لاغياً بمجرد ان ينتخب المجلس النيابي الأتحادي مستشاراً جديداً باغلبية اعضائه. ٢- يجب مرور مدة ثمانية واربعين ساعةً على الطلب وعملية التصويت".

٧١. سيلين فينتزل: حلّ البندستاغ الخامس عشر، والمادة (٦٨) من القانون الأساسي، مجلة القانون العام وعلم السياسة، مصدر سابق، ص١٠١٧.

٧٢. سيلين فينتزل: مصدر سابق، ص١٠٣٤.

٧٣. أما السيدة القاضية (Lübbe-wolf)، فاعترضت من جهتها على التفسير الذي اعطته المحكمة الدستورية الفيدرالية للمادة (٦٨) من القانون الأساسي، التي يعود للمحكمة بموجبها ان تقوم برقابة هي من قبيل الواجهة البحته، وكان على رايها، ان يشكل موضوعاً لانتباه خاص، نظراً لما يسلطة من ضوء على قلب المشكلة القانونية، التي ولَّدها المعيار المادي غير المكتوب. سيلين فينتزل: مصدر سابق، ص١٠٣٤.

وقريب من هذا المعنى ينظر:

J.C. Beguin; Le contrôle de La constitionnalité des lois en Republic fédérale d'Allemange, Economica, 1982, P. 184.

74. BverfGE 1 , 14 (1951).
75. BVerfGE 3 , 225 (1953).
76. In the Klass Case , the doctrine of the implicit substantive limita dissenting opinions .According to the dissenting judges , " certain fundamental decisions of the Basic law maker are inviolable " (Decision of December 15 , 1970 , BV erfGe 30 , 1.An English translation of he dissenting opinions by Renate chestnut can be found in comparative Constitutional Law : cases and Commentaries , (Walter F . Murphy & Joseph Tanenhaus , op. cit , at 663- 665).

٧٧. د. عبد الحفيظ الشيمي: مصدر سابق، ص١٩٠.

٧٨. المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم ٧، لسنة ١٦ قضائية " دستورية "، جلسة أول فبراير ١٩٩٧.

٧٩. د. احمد كمال ابو المجد: دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر، مصدر سابق، ص١٤.

٨٠. **ثانيهما:** ان يظل هذا العدول في الحالات التي يتم فيها، محافظاً على الخط الأساسي الذي تبنته المحكمة منذ نشأتها والذي نتمنى الا تعدل عنه أبداً في غد قريب أو بعد غد بعيد، وهو خط حراسة الشرعية الدستورية، واعلاء كلمة القانون، وصيانة الحقوق والحريات، ذلك انه اذا غابت الحرية وغابت معها سيادة القانون، أمكن ان يغيب عن الأمة كل خير وكل استقرار واذا حضرا... حضر في صحبتهما كل صلاح ورشد وامن وخير. د. احمد كمال ابو المجد: دور المحكمة الدستورية العليا...، مصدر سابق، ص١٦.

٨١. د. محمد صبري السعدي : تفسير النصوص في القانون الخاص، دراسة مقارنة في الفقه الأسلامي، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ١٩٧٧.

- رفاعي سيد سعد:تفسير النصوص الجزائية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص١٢٠.

٨٢. د. شاكر راضي شاكر:اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير الملزم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥ ، ص٦٠٠ وما بعدها .

٨٣. د. فتحي فكري ، أختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي للتفسير ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص٢٤٧ .وفي نفس المعنى قرارها التفسيري:الطلب رقم ١ لسنة ٨ ق، ٤ يونيو ١٩٨٨ ، المجموعة ، ج٤ ، ص٣١٢

٨٤.المحكمة الدستورية العليا: قرارها التفسيري رقم ٢ لسنة ١ ق ، في ٥ ابريل ١٩٨٠ ،مجموعة الأحكام والقرارات ، الجزء الرابع ، ص٢١١.وفي نفس المعنى قرارها التفسيري :الطلب رقم ١ لسنة ٨ ق ، ٤ يونيو ١٩٨٨ ، المجموعة ، ج٤ ، ص٣١٢

٨٥. تنص المادة (١٤٧) من دستور مصر لسنة ١٩٧١ الملغى على انه " اذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الأسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس، الجمهورية ان يصدر في شأنها قرارات تكون بها قوة القانون".

٨٦. قضت المحكمة العليا في مصر بانه: " ولما كان تقدير حالة الضرورة الملجئة باصدار القرارات بقوانين عملاً بنص (المادة ١١٩ من دستور سنة ١٩٦٤ والمقابلة للمادة ١٤٧ من دستور سنة – ١٩٧١) مرده الى السلطة التنفيذية تقدره تحت رقابة السلطة التشريعية بحسب الظروف والملابسات القائمة في كل حالة فاذا ما عرض القرار بقانون على السلطة التشريعية واقرته فلا معقب عليها فيما تراه بشأن قيام حالة الضرورة التي الجأت السلطة التنفيذية الى اصداره في غيبة السلطة التشريعية "، مشار اليه لدى. د. فتحي فكري: القاضي الدستوري، ثلاثة تحولات في خمس سنوات، مصدر سابق، ص٥٨.

٨٧. المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٢٨، لسنة ٢ قضائية " دستورية "، جلسة ٤ مايو ١٩٨٥، ج٣، ص٢٠٦.

٨٨. القضية رقم ١٥ لسنة ١٨ قضائية " دستورية "، جلسة ٢، يناير – ١٩٩٩، ص١٤٦.

- ينظر ايضاً: المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٧٦ لسنة ٢٢ قضائية " دستورية "، جلسة ٧ يونيو ٢٠٠٢.

- ينظر كذلك: القضية رقم (٣٨) لسنة (١١) قضائية " دستورية "، الجريدة الرسمية، في ١٦ اغسطس سنة ١٩٩٠، العدد (٣٣).

٨٩. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٩ لسنة ١٧قضاء دستوري ، جلسة ٧ سبتمبر ١٩٩٦، المجموعة ، ج ٨ ، ص٨٧.

٩٠. د. صلاح الدين فوزي: الدعوة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص٣١٠-٣١١.

٩١. المادة ٩٤ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥م.

٩٢. د. علي هادي الهلالي : المستنير من تفسير أحكام الدساتير ، دراسة فقهية قضائية مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ط١ ، ٢٠٠٦ ، ص٢٣٣.

٩٣. أنظر : المادتين / ١١٥ و ١٢٢ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ .

٩٤. أنظر : قرارها بالعدد ١٣ / اتحادية / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٧/٧/١٦.

٩٥. أنظر : قرارها بالعدد ١٦/ اتحادية /٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٤/٢١.

٩٦. قرار المحكمة الإتحادية العليا المنشور في أحكام وقرارات المحكمة الأتحادية العليا للأعوام (٢٠٠٥ ،٢٠٠٦ ، ٢٠٠٧) ، ص٥٥.

٩٧.قرار المكمة الإتحادية العليا المنشور في أحكام وقرارات المحكمة الأتحادية العليا للعام ٢٠٠٨/٢٠٠٩ ، المجلد الثاني ، نيسان ، ٢٠١١، ص٢٣١.

٩٨. ويذكر أن الدعوتين السالفتين ، جاءت الأولى بطلب تفسير من مجلس النواب ، أما الدعوة الثانية فقد طلب محافظ ذي قار بيان صلاحياته وهذا من أختصاص مجلس شورى الدولة وهذا ليس من أختصاص المحكمة الأتحادية العليا . د. هديل محمد حسن المياحي ، المصدر السابق ، ص٩٣.

٩٩. قرار المحكمة الأتحادية العليا: العدد ٢١/اتحادية/اعلام/٢٠١٥، وموحدتها ٢٩/اتحادية/اعلام/٢٠١٥، في ٢٠١٥/٤/١٤.

١٠٠. قرار المحكمة الاتحادية العليا: المرقم٢١/اتحادية/اعلام/٢٠١٥، وموحدتها ٢٩/اتحادية/اعلام ٢٠١٥، في ٢٠١٥/٤/١٤. /www.iraqia.iq/view.2798 .

١٠١.أ. د. علي يوسف الشكري: المحكمة الاتحادية في العراق بين عهدين، مصدر سابق، ص٢٧٨.

١٠٢. ينظر قراري المحكمة الاتحادية العليا: المرقمين٤٣ و٤٤/اتحادية/٢٠١٠، في ٢٠١٠/٧/٢١.

المصادر

المصادر العربية :

الإمام مُحب الدِّين فَيض السيد محمد مُرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي : تاج العروس من جواهر القاموس،المجلد الرابع عشر، دارسة وتحقيق علي سيري،دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٥.

العلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي : المصباح المنير ، مكتبة الإيمان ، المنصورة ، بلا سنة نشر.

حارث سليمان الفاروقي : المعجم القانوني ، أنكليزي – عربي ، مكتبة لبنان ، بيروت ، ط٥ ،٢٠٠٨ ، .

د. هديل محمد حسن المياحي: العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠١٥ .

الإمام العلامة جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الأفريقي المصري : لسان العرب ، نسقه وعلق عليه ووضع فهارسه علي شيري،المجلد التاسع،دار أحياء التراث العربي،بيروت،ط١ ، ١٩٨٨ .

المحامي موريس نخلة – د.روحي البعلبكي – المحامي صلاح مطر : القاموس القانوني الثلاثي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط١ ، ٢٠٠٢ .

أ. د. احمد كمال ابو المجد: السلطة التقديرية للمشرع هل تخضع للرقابة الدستورية ؟ متى تعدل المحكمة الدستورية العليا عن قضاء سابق وكيف ؟.

أ. د. فتحي فكري: القاضي الدستوري، ثلاث تحولات في خمس سنوات، مجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الاولى، يوليو ٢٠٠٣.

أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريّا:معجم مقاييس اللغة،دار أحياء التراث العربي،بيروت ، ط١ ، ٢٠٠١.

احسان عبد الهادي سلمان النائب: النظام السياسي الألماني، اكاديمية التوعية وتأهيل الكوادر، السليمانية– العراق، ٢٠١٤.

–الخليل بن أحمد الفراهيدي:كتاب العين ، ترتيب وتحقيق د. عبد الحميد هنداوي،الجزء الأول،دار الكتب العلمية، بيروت ، بلا سنة نشر .

جماعة من كبار اللغوين العرب:المعجم العربي الأساسي المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، لاروس .

د. احمد جاد منصور: الحماية القضائية لحقوق الأنسان، دار ابو المجد للطباعة، القاهرة، ١٩٩٧.

د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، ط١ ، ١٩٩٩ .

د. احمد كمال ابو المجد: دور المحكمة الدستورية في النظامين السياسي والقانوني في مصر، ج٢، مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، ع٢، السنة الأولى، ابريل، ٢٠٠٣.

د.أدمُون ربّاط:الوسيط في القانون الدستوري العام،ج١،الدول وانظمتها،دار العلم للملايين،بيروت،ط٣، ١٩٨٣.

د.اسماعيل الغزال:القانون الدستوري والمؤسسات السياسية،مؤسسة عز الدين للطباعةوالنشر،بيروت، ١٩٩٦.

د. اسماعيل مرزه:القانون الدستوري، دراسة مقارنة لدساتير الدول العربية، دار ورد للنشر والتوزيع،عمان– الاردن، ط٢، ٢٠١٥. يوجد خطأ في عنوان الكتاب

د. رفاعي سيد سعد:تفسير النصوص الجزائية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٠.

د. شاكر راضي شاكر:اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير الملزم،دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥ .

د. عبد الحفيظ علي الشيمي: التحول في احكام القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

د. فتحي فكري،أختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي للتفسير،دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٨.

د. محمد صبري السعدي:تفسير النصوص في القانون الخاص، دراسة مقارنة في الفقه الأسلامي،كلية الحقوق– جامعة القاهرة، ١٩٧٧.

د. مها بهجت يونس الصالحي : الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٩ .

المصادر الأجنبية

Maureen Harpison & Steve Gilbert; Great Decision of the U.S. supreme court, Harvarard university press, 2003.

J. de soto : La décision du conseil constitutionnel en date du 28 novembre 1973 , R.D.P., 1974.

C. Mouly : Le revirement pour l'avenir , J.C.P , 1994 , n^0 377 , p.328.

A.Bolze La norme Jurisprudentelle et Son revirement en droit praive , R,R,J , 1997.

Andrè tunce, et Suzanne Tunc; Le système constitutionel des Etats – unis d'Amerique, 2 T., 1954.

cursoux (s.); Le revirément de Jurisprudence du conseil constitutionnalité, ANRT, 2004.

E. Zoller; Le Judiciaire américaine, L'interprétation et Le temps, Deux Points de vue, Droits, 2000.

F. Luchaire : Le Pratection on Constitutionnelle des droits et libertés , éd , E Conmica , 1987 .

J.C. Beguin; Le contrôle de La constitionnalité des lois en Republic fédérale d'Allemange, Economica, 1982 .

J.Ferstenbert : Le Conrôle , par le Conseil Constitutionnel , de la régularite constitutionnelle des lois promulguées , R.D.P., 1991.

L.favoreu : Le deoit constitutionnel Jurisprudentiel R.D.P., 1986 .

M.de villiers : Jurisprudence Constitutionnelle , La décision du 25 Janvier 1985 , R.A., 1985 ,.

Ould Bouboutm : L, apport du conseiL Constitutionnel au droit administmtif , P.U.A.M., E conomica , 1987 .

R. Etien : Jurisprudence Constitionnelle , Traité de mastricht Sur L'union euroéenne , R.A.,1992.

Tohn A. Jenkins; A candid Talk with justice Blackman, New York, 1983.

W. Blackstone; commentaries on the Law of England, university of chicage Press, 1979.

ثالثاً :الدساتير :

دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٧.

الدستور الفرنسي لسنة ١٩٤٦.
دستور ايطاليا لسنة ١٩٤٧.
دستور المانيا الأتحادية لسنة ١٩٤٩.
دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٥٦.
دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨. المعدل سنة ٢٠٠٨.
دستور مصر لسنة ١٩٦٤.
دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١.
قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤.
دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٢ المعدل سنة ٢٠١٤.

رابعاً : المواقع الألكترونية :

موقع المحكمة العليا الأمريكية https://www.supremecourt.gov .
موقع المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانيةhttps://ar.m.wikipedia.org .
موقع المحكمة الدستورية العليا المصريةhttps://www.hccourt.gov.eg.
موقع المحكمة الأتحادية العليا العراقية https://www.iraqFSC .