مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL

Volume 2020 | Issue 81 Article 4

Amending the Constitution through Judicial Interpretation: A comparative study

Essam Saeed Obeidi Dr.
Associate Professor of Public Law, College of Law, University of Sharjah, ealobeidi@sharjah.ac.ae

Follow this and additional works at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law

Part of the Constitutional Law Commons

Recommended Citation

Obeidi, Essam Saeed Dr. () "Amending the Constitution through Judicial Interpretation: A comparative study," *مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL*: Vol. 2020: Iss. 81, Article 4.
Available at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law/vol2020/iss81/4

This Article is brought to you for free and open access by Arab Journals Platform. It has been accepted for inclusion in مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL by an authorized editor. The journal is hosted on Digital Commons, an Elsevier platform. For more information, please contact rakan@aaru.edu.jo, marah@aaru.edu.jo, u.murad@aaru.edu.jo.

Amending the Constitution through Judicial Interpretation: A comparative study

Cover Page Footnote

Dr. Essam Saeed Obeidi Associate Professor of Public Law, College of Law, University of Sharjah

This article is available in مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law/vol2020/iss81/4

تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي دراسة مقارنة*

الدكتور

عصام سعيد عبد العبيدي *

الملخص

يعدل الدستور بطريقتين الأولى رسمية باتباع الإجراءات المنصوص عليها في الدستور، والثانية غير رسمية يعدل الدستور فيها من دون اتباع الإجراءات الرسمية المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية، ومن بين الطرائق غير الرسمية لتعديل الدستور التفسير القضائي حيث يستغل القاضي الدستوري عمومية النصوص الدستورية وغموضها وقصورها لكي يقوم بتعديل معناها مع بقاء شكل الكلمة دون تغيير وذلك من خلال إضافة معاني جديدة أو استبدال المعنى القائم بمعنى جديد، ويقوم القاضي الدستوري بهذه المهمة مستعيناً بالطرق التفسيرية الاستنباطية أو الخلاقة كالتفسير التكاملي أو التفسير المتطور أو التفسير الواسع أو التفسير الغائي للنصوص الدستورية وذلك لتحديد مدلول النص الدستوري وتعيين مضمونه ونطاقه في ضوء التغيرات الحاصلة في المجتمع. وبذلك توصلنا إلى أن القضاء الدستوري يعد شريكاً فاعلاً في السلطة المؤسِسة مما أدى إلى تطور واتساع مفهوم هذه السلطة.

* أجيز للنشر بتاريخ ٢٠١٩/٥/٦.

* أستاذ القانون العام المشارك- كلية القانون – جامعة الشارقة – الإمارات العربية المتحدة.

Published by Arab Journals Platform,

المقدمة

أولاً: أهمية البحث:

يحتل الدستور موقع القمة في الهرم القانوني للدولة، وترجع حقيقة هذه المرتبة السامية لاعتبارين موضوعي وشكلي، فالاعتبار الموضوعي يتعلق بكون الدستور ينظم بشكل رئيسي السلطات العامة في الدولة ويكفل الحقوق والحريات، أما الاعتبار الشكلي فيتعلق بأن إجراءات تعديل الدستور الجامد تكون أصعب من إجراءت تعديل القوانين العادية، وبذلك يمكن القول أن ثبات الدستور واستمراريته في الحياة تتوقف في الحقيقة على العديد من الاعتبارات من ضمنها مدى صعوبة إجراءات التعديل الرسمية فكلما كانت الصعوبة معتدلة ساعد ذلك على إمكانية تعديله بما يتلاءم مع التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية الحاصلة في المجتمع، لكن المشكلة تكمن عندما تكون إجراءات التعديل الرسمية فائقة في الصعوبة بحيث يصعب تعديلها بشكل رسمي، وهنا تأتي خصوصية التفسير القضائي للدستور إذ إن النصوص الدستورية عادة ما تكون وجيزة ومقتضبة حيث تتضمن المبادئ والأحكام العامة دون معالجة التفصيلات الدقيقة، فضلاً عن أن هذه المبادئ أو الأحكام قد تكون غامضة أو مبهمة أو غير محددة تحديداً نهائياً مما يجعلها بحاجة إلى تفسير حيث يقوم القاضي الدستوري تحت ستار التفسير بتعديل معناها بالإضافة أو الاستبدال، وعندما يقوم القاضي الدستوري بهذه المهمة فإنه في الحقيقة يوفق بين علوية الدستور واستمرارية النظام القانوني والسياسي، لذا على القاضي الدستوري أن يبحث على طرق تفسيرية استنباطية أو خلاقة لتفسير النصوص الدستورية وتطوير مفاهيمها على نحو يجعل من الوثيقة الدستورية مواكبة ومتكيفة مع التطورات العصرية في مختلف المجالات والقول بغير ذلك سوف يصيب الدستور بالجمود ويؤدي إلى سقوطه.

ثانياً: هدف البحث:

للبحث هدفان عام وخاص، فأما الهدف العام فيتمثل بدراسة وتوضيح تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي من حيث مفهومه وحالاته في المجال المؤسَسي ومجال الحقوق الأساسية، أما الهدف الخاص فيتمثل في بيان الدور التأسيسي للقاضي الدستوري عند قيامه بتعديل وتغيير معاني القواعد الدستورية مما يعني أنه أصبح شريكاً فاعلاً في الحكم.

ثالثاً: مشكلة البحث:

١- كيف يمكن للقاضي الدستوري أن يعدل الدستور من خلال التفسير القضائي ؟
٢- هل يعد القاضي الدستوري شريكاً فاعلاً في السلطة المؤسِسة ؟ ولماذا ؟
٣- ما هي المجالات التي يمكن من خلالها للقاضي الدستوري أن يعدل الدستور بواسطة التفسير القضائي؟ وما هي المناهج التفسيرية التي يتبعها بشأن ذلك ؟

رابعاً: فرضية البحث:

إن قيام القاضي الدستوري بتعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي يجعله شريكاً فاعلاً في السلطة المؤسِسة، كما أنه يساعد على استمرارية النظام الدستوري والقانوني لأنه يخفف من جمود الدستور ويجعله قبلاً للتطور مع مستجدات الحياة مما يحفظه من السقوط.

خامساً: منهجية البحث:

لقد اعتمدنا في كتابة هذا البحث على المنهج التحليلي والمقارن وذلك بتحليل النصوص الدستورية والآراء الفقهية والأحكام القضائية واستنباط الأحكام والمبادئ منها.

سادساً: خطة البحث:

لقد قسمنا هذا البحث بالإضافة إلى المقدمة والخاتمة إلى مبحثين رئيسين: يتعلق المبحث الأول بماهية تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي وينقسم إلى مطلبين: المطلب الأول: مفهوم تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي، والمطلب الثاني: مناهج تعديل الدستور

بواسطة التفسير القضائي، أما المبحث الثاني فيتضمن مجالات تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي وينقسم إلى مطلبين: المطلب الأول: تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي في المجال المؤسَسي، والمطلب الثاني: تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي في مجال المبادئ والحقوق الدستورية.

المبحث الأول

ماهية تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي

ويتضمن مطلبين يتعلق المطلب الأول بمفهوم تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي ويتعلق المطلب الثاني بمناهج تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي:

المطلب الأول:

مفهوم تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي

نظراً لأن التعديل القضائي للدستور يعد صورة من صور تعديل الدستور من دون إجراءات لذا ينبغي التطرق إلى تعريف هذا الأخير قبل التعرض لتعريف التعديل القضائي،

إذ يعرف تعديل الدستور من دون إجراءات بأنه "تعديل يتم من خلال طرائق عديدة من دون اتباع الإجراءات التي نص عليها الدستور لهذا الغرض"[١].

كما يعرفه البعض بأنه "طريقة غير رسمية لتعديل الدستور الجامد يتم من خلالها تغيير معاني النصوص الدستورية دون المساس بألفاظها وكلماتها"[٢] .

ويفهم من من ذلك أن تعديل الدستور من دون إجراءات يتميز بالخصائص الأساسية الآتية :

(١) د. منذر الشاوي، فلسفة الدولة، ط١، دار ورد الأردنية للنشر والتوزيع، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٢، ص٤١٦-٤١٧.

(2) CARL Johnson, Informal Amendment, p.2 :
http://www.jenksps.org/pages/uploaded_files/Informal%20Amendment.pdf

١- إنه تعديل دستوري غير رسمي للدستور لأنه يتم من دون اتباع قواعد وإجراءات التعديل المنصوص عليها في الدستور على العكس من التعديل الرسمي الذي لا يتم إلا بواسطة القواعد والإجراءات المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية.

٢- أنه يتم من خلال طرائق عديدة كالتفسير القضائي والعرف والتي لم يخولها الدستور للقيام بوظيفة التعديل الدستوري[٣] .

٣- أنه تغيير لمعاني النصوص الدستورية دون تغيير في كلماتها وألفاظها بمعنى أنه يجري على المعاني دون الألفاظ والمباني على العكس من التعديل الرسمي الذي يجري على مباني النصوص ليغير من معانيها.

ولتعريف التفسير القضائي ينبغي أن نبين أولاً تعريف التفسير وما يشتبه به من مصطلحات، حيث تدور مادة فَسَرَ في لغة العرب على معنى البيان والكشف والوضوح، ومما ورد في ذلك فسرت الذراع: إذا كشفتها، وفسرت الحديث: إذا بينته، أما التأويل فيقصد به رد الشئ إلى الغاية المرادة منه قولاً كان أو فعلاً، أو هو حمل الظاهر على المحتمل المرجوح فإن حمل لدليل فصحيح أو لما يظن دليلاً ففاسد، فالتأويل صرف الآية عن معناها الظاهر إلى معنى تحتمله إذا كان المحتمل الذي يراه موافقاً للكتاب والسنة كقوله تعالى " يخرج الحي من الميت"[٤] إن أراد به إخراج الطير من البيضة كان تفسيراً، أو إخراج المؤمن من الكافر أو العالم من الجاهل كان تأويلاً[٥].

لذلك ذهب البعض إلى أن التفسير إخراج الشئ من معلوم الخفاء إلى مقام التجلي، والتأويل نقل الكلام عن موضعه إلى ما يحتاج في إثباته إلى دليل لولاه ما ترك اللفظ الظاهر،كما قال بعضهم: التفسير كشف المراد عن اللفظ المشكل، والتأويل رد أحد المحتملين إلى ما يطابق الظاهر[٦]

(3) CARL Johnson, op.cit, P.3.

(٤) الروم : ١٩.

(٥) عبد الرءوف بن المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: عبد الحميد صالح حمدان، ط١، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٩٠، ص٨٩-٩٠.

(٦) المصدر نفسه، ص١٠٤.

Published by Arab Journals Platform,

كما يذهب جانب من الفقه الغربي إلى أنه على الرغم من الاستعمال المتبادل لمصطلحي التفسير والتأويل إلا أنه يوجد حد فاصل بينهما، فمن حيث المعنى ينطوي التفسير (INTERPRETATION) على تحديد المعنى الحقيقي لنصوص القانون أما التأويل (CONSTRUCTION) فيميل إلى الاستنباط أو الاستنتاج من حيث علاقته بالقضية والذي يقع ما بعد التعبير الصريح أو المباشر للنص القانوني، فضلاً عن ذلك أن التفسير يتعلق بالمعنى اللغوي للنص القانوني أما التأويل فيحدد الأثر القانوني لكلمات القانون، ويستعمل التفسير عندما تمتثل المحكمة للمعنى المبسط للنص القانوني بينما يستعمل التأويل عندما يسمح النص القانوني بغموض المعنى بحيث يجب أن تقرر المحكمة فيما إذا الكلمات المستعملة في النص القانوني تغطي القضية أم لا [٧]

أما الاجتهاد لغة فيقصد به أخذ النفس ببذل الطاقة وتحمل المشقة، كإتعاب الفكر في إحكام الرأي، وعبر عنه ببذل المجهود في طلب المقصود، وعرفاً: استفراغ الفقيه وسعه لتحصيل ظن بحكم شرعي[٨].

أما الاستنباط في اللغة فهو الاستخراج، واصطلاحاً هو استخراج ما خفي من النص بطريق صحيح كالاستنباط بدلالة الإشارة[٩] أو دلالة النص[١٠] أو دلالة المفهوم[١١] أو دلالة

(7) LAWRENCE B. SOLUM, THE ITERPRETATION – CONSTRUCTION DISTINCTION, GEORGETOWN UNIVERSITY LAW CENTER, 2010, P.100-108:
https://pdfs.semanticscholar.org/f899/1dd8911460be359fc1ea30d8e6c0962f25c8.pdf

(٨) عبد الرؤوف بن المناوي، مصدر سابق، ص٣٨ .

(٩) تعرف دلالة الإشارة بأنها "دلالة اللفظ على حكم غير مقصود ولاسيق له النص ولكنه لازم للحكم الذي سيق لإفادته الكلام".

(١٠) تعرف دلالة النص أو كما تسمى بمفهوم الموافقة بأنها "ما ثبت بمعنى النص لغة لا اجتهاداً ولا قياساً" وينقسم إلى مفهوم أولي ومفهوم مساو، فالمفهوم الأولي وهو ما كان المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق، أما المفهوم المساوي وهو ما كان المسكوت عنه مساوياً للمنطوق في الحكم، وهو بذلك يختلف عن الاجتهاد بطريق القياس الذي يقصد به "إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص بحكمها، في الحكم الذي ورد به النص، لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم"، عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية، بلا تاريخ، ص٥٢.

(١١) تعرف دلالة المفهوم أو مفهوم المخالفة بأنها "إثبات نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه" ومعنى ذلك أن تعطي

الاقتران[١٢] ويذهب رأي بأنه لا شك أن صلة الاستنباط بالتفسير صلة قوية، بل لا يمكن أن يستنبط من القاعدة إلا بعد فهم معناها والمراد منها، ومع ذلك فإنهما مختلفان إذ يشترط في الاستنباط الخفاء فيما يستنبط بحيث لا يوجد ما يدل ظاهراً على ارتباط هذا المعنى بالحكم قبل استنباطه، بخلاف التفسير فلا يشترط فيه ذلك، وإذا وجد خفاء أو غموض في التفسير فهو من جهة اللفظة كأن يكون اللفظ مجملاً أو مشتركاً بين معنيين أو أكثر، والتفسير مختص بمعرفة المعاني، والاستنباط مختص باستخراج ما وراء المعاني من الفوائد والأحكام الخفية، كما أن الاستنباط يحتاج إلى جهد وقوة ذهن بخلاف التفسير الذي هو بيان المعنى فقد يحتاج لذلك كالبحث عن المعنى وتطلبه حالة عدم وضوحه وقد لا يحتاج، ولذا فإن الاستنباط يختلف باختلاف المستنبط وقوة الذهن وأما التفسير فمرده إلى معرفة اللغة وبيان المعاني[١٣]

وغاية القول أن التفسير القضائي للدستور هو توضيح المعنى أو الكشف عنه أو خلقه من قبل المحاكم بشكل عام أو القضاء الدستوري بشكل خاص عند البحث في مسألة دستورية القوانين أو عند تقديم طلب أصلي من قبل إحدى السلطات العامة بتفسير نص من النصوص الدستورية، وعندما يقوم القاضي الدستوري بالتفسير أو التأويل فإنه في الحقيقة لايقوم سوى بدور اجتهادي أي استنباطي باستخراج القواعد الدستورية من نصوص الوثيقة الدستورية، إذ يقوم القاضي في الحقيقة ببناء معاني النصوص بالإضافة أو الاستبدال لتكوين معنى جديد، وإذا كانت القاعدة السائدة في الاجتهاد هي أنه لا اجتهاد في مورد النص أي النص الصريح القطعي أو الواضح إلا أنه يمكن القول أنه نادراً ما نجد نصاً دستورياً يتميز بالتحديد الدقيق فغالباً ما تكون النصوص الدستورية ذات أحكام أو مبادئ عامة أو ذات نهايات مفتوحة أو أنها أحكام غامضة أوناقصة أو متعارضة بحيث تمكن القاضي الدستوري من تعديل معاني

للمسكوت عنه عكس ما أعطيته للمذكور ويسمى دليل الخطاب وتنبيه الخطاب لأن الخطاب هو الذي دل عليه بواسطة انتفاء القيد من الوصفية أو الشرطية أو غيرها.

(١٢) تعرف دلالة الاقتران بأنها " الاستدلال بالجمع بين شيئين أو أكثر في سياق واحد على اتحاد حكمهما".

(١٣) للمزيد من التفصيل راجع : فهد بن مبارك بن عبد الله الوهبي، منهج الاستنباط من القرآن الكريم، ط١، مركز الدراسات والمعلومات القرآنية بمعهد الإمام الشاطبي، جدة، ٢٠٠٧، ص٣٠-٤٤، ص٥٨-٥٩، ص٢٩٧-٣٢٧ .

الدستور تحت ستار الاجتهاد أو التفسير أو التأويل.

كما أنه إذا لم يجد القاضي الدستوري نصاً دستورياً قابلاً للتطبيق في الحالة المعروضة عليه فإن عليه أن يطبق مبدأً دستورياً غير مكتوب ينبغي عليه خلقه، بالإضافة إلى وجود إذن ضمني من المشرع الدستوري، فإذا لم يعمد المشرع الدستوري من خلال تعديل الدستور إلى إلغاء أو تغيير القاعدة التي خلقها القاضي فهذا يعني أنه موافق على وجودها، ولكن القواعد التي يصوغها القضاة لا تصلح مبدئياً إلا كأساس لحكم خاص لذا كيف يمكن أن يكون لها مفعول عام؟ بالطبع في بلدان الأنظمة الأنكلوسكسونية ثم قاعدة تلزم القضاة بتطبيق الاجتهادات السابقة في حالات مشابهة، وقيام قاعدة الاجتهاد الأسبق يعني الإقرار بأن القضاة يخلقون القانون في هذه البلدان، ولكن هذا الإقرار من الصعب التسليم به في بلدان القانون المدني لأنها لا تأخذ بالسوابق القضائية. لكن تعميم مفعول القواعد التي يخلقها القضاة هو أمر سهل بفضل التنظيم التراتبي للمحاكم، فعندما تصوغ محكمة عليا قاعدة معينة فإن المحاكم الدنيا لا تستطيع إجتناب تطبيقها تحت طائلة إلغاء قراراتها في الاستئناف، لهذا يعرف القانونيون أن القاعدة القابلة للتطبيق هي تلك التي تنبثق من اجتهاد المحاكم العليا(١٤).

ولتوضيح أن سلطة القاضي في التفسير والاجتهاد هي سلطة كاشفة أم منشئة ينبغي التطرق إلى طبيعة التفسير من حيث كونه عملاً معرفياً أم إرادياً، فمن حيث كون التفسير وظيفة معرفية يعد التفسير عملاً كاشفاً عن المعنى المخفي، وهذا مرتبط بصورة وثيقة بفكرة أن القاضي لا يمارس ولا يجب أن يمارس أي سلطة، حيث يقتصر عمله على إعلان قاعدة قياسية مقدمتها المنطقية الكبرى القانون، والصغرى الواقعة، فعندما يكون النص واضحاً لا حاجة للتفسير وعندما لا يكون واضحاً دور التفسير هو كشف معنى مخفي بواسطة مناهج أكيدة، ولكنه أي التفسير حاضر في النص، وهذه النظرية تعكس احترام مبدأ الفصل بين

(14) VINCY FON & FRANCESCO PARISI, JUDICIAL PRECEDENTS IN CIVIL LAW SYSTEMS, INTERNATIONAL REVIEW OF LAW AND ECONOMICS, 2006, P. 519-521: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33111-41760-1-PB.pdf

السلطات بشكل عام والفصل بين السلطتين القضائية والتشريعية بشكل خاص(١٥) كما أن هذه النظرة تتشابه مع أفكار مذهب الشكلية القانونية (LEGAL FORMALISM) التي ترى أن كل مسائل السياسة يجب أن توضع من قبل المشرع وحده، وبالتالي يسعى هذا المذهب إلى تنفيذ أو تطبيق ما يقوله القانون في الحقيقة بدلاً مما يمكن أو يجب أن يقوله، حيث يعد القانون مجموعة من القواعد والمبادئ المستقلة عن المؤسسات السياسية والاجتماعية الأخرى وبذلك يكون دور القاضي مجرد عمل وصفي أو كاشف(١٦).

وعلى العكس، فإن فكرة أن التفسير هو عمل إرادي تؤدي إلى الإقرار بسلطة واسعة جداً للقاضي ولكل مفسر، وبالفعل إذا اعتبرنا أن التفسير هو تحديد معنى النص، وإذا كان هذا التفسير ليس إلا القاعدة المعبر عنها بالنص فإن المفسر هو الذي يحدد القاعدة وليس كاتب النص، لذلك يستخلص من النظرية الواقعية الكلاسيكية أن المشرع الحقيقي ليس البرلمان بل مفسر القانون، المحكمة مثلاً، وإذا أكملنا هذا التحليل يمكن القول إن صاحب النص الدستوري الحقيقي ليس كاتب الدستور بل المحكمة الدستورية(١٧) إذ يرى مذهب الواقعية القانونية (LEGAL REALISM) بأن القانون مجموعة مرنة ومطاطة من المبادئ التوجيهية التي يجب أن تطبق بشكل خلاق ومتحرر لكي يخدم القانون المصالح الاجتماعية والسياسة العامة الجيدة، كما يرى هذا المذهب العالم القانوني كوسائل لتعزيز العدالة وحماية حقوق الإنسان، فضلاً عن أنه يؤمن بأن على القضاة أن يقوموا بتطوير وتحديث القانون بشكل متزايد لأنهم الفرع الأقرب في التواصل مع الوقائع الاجتماعية والاقتصادية والتكنولوجية، بحيث يجب أو يمكن أن يكيفوا القانون بما يتلاءم مع هذه الاحتياجات، وبالتالي يجب أن يمتلك القضاة سلطة تقديرية واسعة تمكنهم من تكييف القانون مع الوقائع المتطورة ولاسيما أن عمل المشرع يتسم بالبطء بحيث لايستجيب إلا بصعوبة لهذه التطورات(١٨).

(١٥) ميشيل تروبير، فلسفة القانون، ترجمة : جورج سعد، ط١، دار الأنوار للطباعة والنشر، ٢٠٠٤، ص١٠٩-١١٠.

(16) LEGAL FORMALISM VS. LEGAL REALISM : THE LAW AND THE HUMAN CONDITION : http://sftlawyers.com/legal-formalism-vs-legal-realism-the-law-and-the-human-condition/

(١٧) ميشيل تروبير، مصدر سابق، ص١١٠.

(18) LEGAL FORMALISM VS. LEGAL REALISM: THE LAW AND THE HUMAN CONDITION,

Published by Arab Journals Platform,

ومما تجدر ملاحظته أن التفسير الدستوري يدخل في صميم عمل القاضي الدستوري عند البحث في مسألة دستورية القانون، فمن واجب القاضي أن يطبق الدستور على الحالة المعروضة أمامه وإلا عد منكراً للعدالة فإذا ما صادفه بشأن ذلك أية عوائق كغموض أو نقص أو تعارض فإنه ينبغي عليه إزالتها والتخلص منها لغرض التطبيق السليم للدستور، وهو بذلك يقوم بدور اجتهادي استنباطي أو خلاق بحيث يقوم بتعديل وتطوير معاني الدستور تحت ستار الاجتهاد أو التفسير وأن قراره بهذا الشأن يكون حجة على الكافة، وهذا يعني في الوقت ذاته أن القاضي الدستوري يمارس دوراً تأسيسياً عند قيامه باستنباط أو خلق القواعد الدستورية من خلال التفسير مما يساعد على تطور مفهوم السلطة المؤسِسة لتشمل العديد من الفاعلين ومن ضمنهم القاضي الدستوري، ومما يدعم وجهة النظر هذه هو تطور دور القاضي الدستوري في القانون الدستوري المعاصر بحيث أصبح يراقب أعمال السلطة المؤسِسة بنوعيها الأصلية والمشتقة. ومثال على ذلك في اتحاد جنوب إفريقيا عندما أشار دستورها المؤقت لسنة ١٩٩٤ على أن عملية وضع الدستور الدائم يجب أن تتم من خلال إطار أربعة وثلاثين مبدأً متفقاً عليها، حيث ضمنت هذه المبادئ للأحزاب السياسية بأن تلتزم فيما بينها برؤية واضحة لتوضيح اتجاه عملية وضع الدستور، ونظراً لذلك تم تخويل المحكمة الدستورية بمراجعة امتثال مشروع الدستور لهذه المبادئ، ووفقاً لذلك لا يمكن إصدار الدستور الدائم دون تصديق المحكمة، وعند قيامها بمراجعة المشروع أعلنت المحكمة الدستورية بأنه على الرغم من إنشاء الدستور للمؤسسات الديمقراطية وحماية حقوق الإنسان إلا أنه فشل في إطاعة المبادئ المحددة المتفق عليها ، ولهذا السبب قررت المحكمة بأنه – أي مشروع الدستور – غير دستوري، وهذا ما أدى إلى تعديل مشروع الدستور بما ينسجم مع المبادئ المتفق عليها، وعلى إثر ذلك أعلنت المحكمة بأنه دستوري[١٩] كما خول دستور جنوب إفريقيا الدائم لسنة ١٩٩٦ المحكمة الدستورية صلاحية تقرير دستورية أي تعديل

OP.CIT.

(19) YANIV ROZNAI, WE THE LIMITED PEOPLE, NYU GLOBAL FELLOWS FORUM, 2015, P.11:
http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Roznai%20-%20March%2010th%20Forum%20draft.pdf

للدستور الاتحادي[٢٠] فضلاً عن أن الدستور التركي لعام ١٩٨٢ قد خول المحكمة الدستورية صلاحية الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية من الناحية الشكلية[٢١] ومثال ذلك أيضاً نص الدستور الروماني لعام ١٩٩١ على الرقابة السابقة على التعديلات الدستورية، حيث أشار إلى اختصاص المحكمة الدستورية في الفصل في مقترحات تعديل الدستور[٢٢].

المطلب الثاني:

مناهج تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي :

أولاً: منهج التفسير الأصلي (ORIGINALISM):

وينقسم إلى قسمين: الأول: منهج القصد أو النية الأصلية (القصد الشخصي)، والثاني: منهج المعنى الأصلي (القصد الموضوعي)، فمنهج النية الأصلية يتعلق بالبحث عن النية الشخصية لكاتب الدستور وقت كتابته، أما منهج المعنى الأصلي فيركز على معرفة المعنى الموضوعي للكلمات المستعملة، أو بعبارة أخرى كيف يفهم نص الدستور بواسطة الشخص المعقول (REASONABLE PERSON) في الفترة التاريخية التي تم من خلالها اقتراح الدستور أو التصديق عليه[٢٣] والذي يسمى أيضاً بالمنهج الأصلي الجديد (NEW ORIGINALISM) لأنه يبحث في المعنى العام لكلمات الدستور أي ماذا فهم الشعب بشكل عام من كلمات الدستور في وقت سنها، ولغرض التعرف على نية أو قصد المشرع الدستوري يتطلب منهج التفسير الأصلي من المحاكم الرجوع إلى المصادر أو الوثائق التاريخية التي عاصرت مرحلة صياغة الدستور أو التصديق عليه كالأعمال التحضيرية والقواميس القانونية[٢٤].

(20) ARTICLE 176 PARA (4-d) OF CONSTITUTION OF REPUBLIC OF SOUTH AFRICA OF 1996
(21) ARTICLE 148 OF CONSTITUTION OF TURKY OF 1982
(22) ARTICLE 146 PARA (A) OF CONSTITUTION OF ROMANIA OF 1991
(23) KENNETH R. THOMAS, SELECTED THEORIES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, 2011, P.6-8 : https://fas.org/sgp/crs/misc/R41637.pdf .
(24) STEPHEN ROSS & HELEN IRVING & HEINZ KLUG, COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW A CONTEXTUAL APPROACH, LEXISNEXIS, 2014, P.30

ثانياً: المنهج النصي (TEXTUALISM):

ويسمى في بعض الأحيان بالمنهج الأصلي الدلالي (SEMANTIC ORIGINALISM) ، الذي يهتم بمعرفة دلالات ألفاظ وكلمات الدستور دون الخوض في تفسير نية أو قصد واضعيه، فالمحكمة يجب ألا تنظر فيما وراء النص بل يجب أن تعامل الكلمات بوصفها تعبيراً عما يراد تحقيقه من قبل واضعي الدستور، وبذلك يقوم هذا المنهج كقاعدة عامة على فكرة تقديس النصوص الدستورية والتفسير الضيق لها بالتقيد بالمصطلحات والألفاظ الواردة فيها على نحو لايتعارض مع المعنى الظاهر للنص أي معناه الطبيعي أو الاعتيادي[٢٥].

ومع ذلك يذهب قاضي المحكمة العليا الأمريكية سكاليا (ANTONIN SCALIA) بأن كلاً من المنهجين الأصلي والنصي يجب أن يستعملا بشكل مترادف طالما أن كليهما يهدف إلى إقامة المعنى الأصلي للنص الدستوري، إلا أنه، من وجهة نظره، لا يوجد قصد أو نية شخصية للمشرعين بل فقط نية موضوعية يمكن للشخص المعقول أن يدركها أو يستنتجها من نص القانون، إذ يؤكد بأن المعنى الأصلي للنص يجب أن يفسر بشكل معقول وليس بشكل ضيق، ويمكن القول أن سبب تركيز القاضي سكاليا على النية الموضوعية وليس الشخصية هو أنه لا يمكن استخلاص قصد جماعي مؤكد لواضعي الدستور بشأن العديد من المسائل الخلافية التي تضمنتها النصوص فضلاً عن أن النص الدستوري النهائي هو نتاج تسوية بين العديد من الفاعلين الذين قد يكون لهم نوايا مختلفة [٢٦].

ثالثاً: المنهج التكاملي:

ويسمى بقانون النص المتكامل (WHOLE – TEXT CANON) أو منهج التفسير المنظومي أو المتناسق (SYSTEMATIC) ، أو منهج البنيان النصي (TEXTUAL STRUCTURE)، ولقد أوضح رئيس قضاة محكمة الملك في بريطانيا إدوارد كوك (EDWARD COKE) هذا المنهج

(25) IBID, P.30

(26) HERMAN PHILIPSE, ANTONIN SCALIA TEXTUALISM IN PHILOSOPHY, THEOLOGY, AND INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION, UTRECHT LAW REVIEW, IGITUR, P.173-174 :
https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.53/

في عام ١٦٢٨ بقوله: " هو توضيح طبيعي وأصيل للتشريع بتفسير جزء واحد من التشريع بواسطة جزء آخر من التشريع نفسه ... فإذا أي مقطع أو قسم من القانون معقد، غامض، أو مشكوك فيه، فإن الأسلوب المناسب لاكتشاف معناه الحقيقي هو بواسطة مقارنته بالأقسام الأخرى، واكتشاف معنى الفقرة الواحدة بواسطة الكلمات أو القصد الواضح في الفقرات الأخرى" (٢٧).

كما يوضح الفقيه الأمريكي (AKHIL AMAR) هذا المنهج بقوله أن المعنى الكامل لنص الدستور غالباً ما يتم التهرب منه من قبل أنصار المنهج النصي. ومن خلال وجهة النظر بأن فقرات الوثيقة منفصلة بشكل باهر عن بعضها البعض، أو بواسطة تحويل النص المنفرد إلى مزيج من الفقرات غير المترابطة، فإن المفسرين بالنتيجة قد يفشلون في فهم النماذج الواسعة لمعنى الكلمة أو العبارة، ولهذا السبب توصل الفقيه (AKHIL AMAR) إلى أن المعالجة الناجعة لهذه المشكلة هي صورة مهمة من منهج التفسير التكاملي الذي أطلق عليه تسمية (INTRATEXTUALISM) أي منهج العلاقة الداخلية بين النصوص في الوثيقة الدستورية، والذي من خلاله يقوم المفسر بتفسير كلمة أو عبارة في فقرة معينة بواسطة مقارنتها أو معاكستها بصورة واعية بكلمات أو عبارات مشابهة أو مماثلة في مكان آخر من الوثيقة الدستورية(٢٨).

وهذا يعني أن تكرار الكلمات والعبارات في الوثيقة الدستورية تمنح المفسر تقنية جديدة في التفسير للبحث عن المعنى الدستوري، فهذه التقنية تأخذ النص الدستوري المنفرد أو مجموعة من النصوص ذات العلاقة وتعاملهم كنظام مغلق من السياقات الداخلية المترابطة، وهي لذلك تتطلب طرقاً غير تقليدية في التعامل مع النصوص .

ولقد بينت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية بأن " القانون الأساسي بنيان موحد من القيم والعلاقات "، كما أكدت المحكمة ذاتها في قضية (SOUTHWEST STATE CASE

(27) ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, READING LAW : THE INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS, THOMSON /WEST, U.S.A, 2012, P.167

(28) AKHIL REED AMAR, INTRATEXTUALISM, HARVARD LAW REVIEW, VOL.112, 1999, P.748 : http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1843&context=fss_papers

(1951 على الأهمية الكبرى لوحدة الدستور بقولها إنه " لا يمكن أن يسحب النص الدستوري المنفرد من سياقه ويفسر بنفسه ... وأن أي نص دستوري يجب أن يفسر دائماً بطريقة تجعله متفقاً مع المبادئ الأساسية للدستور ككل" (٢٩).

وصرح رئيس قضاة المحكمة العليا لجمهورية استونيا (RAIT MARUSTE) في عام ١٩٩٦ بأنه " يجب أن يفسر الدستور ككل لأن غرضه هو تأسيس نظام متكامل لحياة الشعب السياسية والاجتماعية " (٣٠).

كما بينت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن "الأصل في النصوص الدستورية أنها تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متآلفاً متماسكاً، بما مؤداه أن يكون لكل نص منها مضمون محدد يستقل به عن غيره من النصوص استقلالاً لا يعزلها عن بعضها البعض، وإنما يقيم منها في مجموعها ذلك البنيان الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم مصالحها في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ولا يجوز بالتالي أن تفسر النصوص الدستورية بما يبتعد عن الغاية النهائية المقصودة منها، ولا أن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ، أو باعتبارها قيماً مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي"(٣١).

والمثال الواضح على ذلك في الولايات المتحدة الأمريكية هو في قضية (MCCOLLOUGH V. MARYLAND 1819)، التي دعيت فيها المحكمة العليا أن تفصل فيما إذا كان الدستور الاتحادي لعام ١٧٨٧ يخول الكونجرس الأمريكي سلطة إنشاء بنك من عدمه، وعلى الرغم من أن نصوص الدستور تمنح الكونجرس سلطة تنظيم التجارة مع الدول الأجنبية فضلاً عن تنظيم التجارة بين الولايات وكذلك سلطة سك النقود دون التصريح بسلطة

(29) DONALD P. KOMMERS, GERMANY : BALANCING RIGHTS AND DUTIES, IN JEFFREY GOLDSWORTHY, INTERPRETING CONSTITUTIONS A COMPARATIVE STUDY, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2007, P.199

(30) JOACHIM SANDEN, METHODS OF INTERPRETING THE CONSTITUTION, P.136 : http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2003_1_128.pdf

(٣١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية ١١ لسنة ١٣ ق جلسة ٨-٧-٢٠٠٠ : نقلاً عن د. جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا دراسة مقارنة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٣١٨ .

الكونجرس في إنشاء بنك، اعترفت المحكمة العليا بوجود سلطة دستورية للكونجرس بإنشاء بنك استناداً إلى نص المادة ١ الفقرة ٨ (١٨) المسماة بفقرة الضروري والمناسب (THE NECESSARY AND PROPER CLAUSE) التي تخول الكونجرس سلطة إصدار القوانين التي يراها ضرورية ومناسبة للنهوض باختصاصاته الدستورية، فبعد أن رفضت المحكمة العليا دفوع ولاية ميريلاند القائمة على أساس تفسير كلمة ضروري في الفقرة المذكورة أعلاه بأنها تعني قصر سلطة الكونجرس في إصدار القوانين على حالات الضرورة المطلقة أو القصوى فقط والتي تقتضيها ممارسته لاختصاصاته الدستورية، ذهبت المحكمة إلى أن كلمة (ضروري) كما وردت في النص تعني الملاءمة أو كل ما تقتضيه الحاجة وأنها لا تشير إلى بديل واحد لا يمكن أن يتحقق الهدف بدونه وإنما تشير إلى عدة بدائل طالما كان الهدف منها جميعاً تحقيق الغاية التي يتوخاها الدستور، كما بينت المحكمة العليا أن معنى كلمة (ضروري) إذا جاءت منفردة كما أوردها النص محل النزاع يختلف عن كلمة (ضرورياً بصفة مطلقة) أو (ABSOLUTELY NECESSARY) الواردة في الفقرة ١٠ من المادة ١ من الدستور التي تحظر على الولايات المكونة للاتحاد دون موافقة الكونجرس فرض رسوم أو عوائد على الواردات أو الصادرات غير ما يكون ضرورياً بصفة مطلقة لتنفيذ قوانين التفتيش والجمارك الخاصة بها، إذ إن في هذه الحالة الأخيرة فقط يمكن أن يحمل النص على أنه يشمل فقط حالات الضرورة القصوى[٣٢].

كما قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بعدم دستورية المادة الخامسة مكرراً من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ فيما تضمنته من النص على أن يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية. حيث فندت المحكمة ما أثارته الحكومة من أن مباشرة الحقوق السياسية ومن بينها حق الترشيح أصبح غير جائز إلا من خلال الانتماء إلى الأحزاب السياسية بعد تعديل المادة

(32) AKHIL REED AMAR, OP.CIT, P.749-757

الخامسة من الدستور ونصها على أن النظام السياسي يقوم على أساس تعدد الأحزاب. حيث تناولت في هذا الحكم نصوص المواد ٥ بشأن تعدد الأحزاب والمادة ٨ بشأن تكافؤ الفرص لجميع المواطنين والمادة ٤٠ بشأن المساواة والمادة ٦٢ بشأن حق الترشح، وفسرتها على نحو مترابط ومتكامل، وخلصت إلى أن المادة ٥ من الدستور بعد تعديلها عام ١٩٨٠ إنما تستهدف أساساً العدول عن التنظيم الشعبي الوحيد ممثلاً في الاتحاد الاشتراكي العربي ليقوم النظام على التعددية الحزبية، والاتجاه نحو تعميق الديمقراطية وإرساء دعائمها في إطار حقي الانتخاب والترشيح وأنه لايوجد ثمة تعارض بين حق الفرد في الترشح لعضوية مجلسي الشعب والشورى المنصوص عليه بالمادة ٦٢ من الدستور دون التقيد بالانتماء لأحد الأحزاب وبين قيام النظام السياسي على التعددية الحزبية المنصوص عليها بالمادة الخامسة والتي لا يشترط لقيامها إجراء نظام الانتخاب بالقائمة[٣٣].

رابعاً :منهج البنيوية (STRUCTURALISM):

يعرف بأنه ذلك المنهج الذي يسمح باشتقاق المعنى من بنية الدستور ذاته والحكومة التي ينشئها مع الأغراض الواضحة للدستور والحكومة[٣٤] أو بعبارة أخرى ذلك المنهج الذي يسمح باشتقاق المعنى من شبكة العلاقات التي يقيمها الدستور كالعلاقة بين السلطات الفيدرالية والعلاقة بين الحكومة الفيدرالية وحكومة الولايات أو العلاقة بين الحكومة والشعب، ومثال على ذلك في قضية (IMMIGRATION AND NATURALIZATION SERVICE V. CHADHA 1983) ، حيث قررت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية بأنه لا يمكن لمجلس واحد في الكونغرس بواسطة قرار من جانب واحد أن يلغي أو يعترض على السلطة القانونية للهيئة التنفيذية التي تسمح للأجنبي القابل للترحيل بأن يبقى في الولايات المتحدة، فالمحكمة فحصت بنية الدستور ولاحظت بأنه بموجب الازدواج البرلماني

(٣٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية ٣٧ لسنة ٩ ق جلسة ١٩-٥-١٩٩٠: نقلاً عن د. جابر محمد حجي، مصدر سابق، ص٣١٩-٣٢٠.

(34) LACKLAND H. BLOOM, METHODS OF INTERPRETATION HOW THE SUPREME COURT READS THE CONSTITUTION, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2009, P.169

وفقرات العرض على رئيس الدولة (المادة ١ فقرة ٧ فقرة فرعية ٢-٣) فإن القوانين أو الموضوع الذي هو تشريعي من حيث طبيعته أو أثره يتطلب التمرير بواسطة الأغلبية في كلا المجلسين ومن ثم العرض على الرئيس لغرض التوقيع أو الاعتراض، وبذلك فإن ممارسة الاعتراض من قبل مجلس واحد هو ذو طبيعة تشريعية، ولهذا السبب استنتجت المحكمة بأن العلاقات البنيوية التي يقيمها الدستور بين الهيئتين التشريعية والتنفيذية تحظر الفيتو التشريعي من مجلس واحد [٣٥].

ويمكن القول أن منهج البنيوية ليس إلا جزءاً من التفسير التكاملي لأن تفسير الدستور في ضوء العلاقة بين السلطات من جهة والعلاقة بين السلطة والشعب من جهة أخرى ليس إلا انعكاساً للنصوص الدستورية التي تحكم هذه العلاقات المترابطة والمنسجمة.

خامساً: المنهج الغائي (TELEOLOGICAL) :

وهي طريقة حديثة في التفسير حيث يفسر النص الدستوري أو التشريعي من خلال غرضه ولهذا يطلق عليها بالمنهج الغرضي (PURPOSIVISM)، وتستعمل هذه الطريقة في التفسير عندما تلجأ المحاكم إلى استعمال الأدوات الخارجية أي السابقة على سن التشريع كسجل المناقشات البرلمانية وتقارير اللجان ونحو ذلك، ويذهب البعض بأن هذه الطريقة فشلت في الفصل بين المشرع والقضاء لأنها تمنح القضاة حرية واسعة في تطوير القانون واغتصاب سلطة المشرع، ومع ذلك يذهب البعض الآخر بأنها طريقة مرنة تسمح للقضاة بتطوير القانون في ضوء مقاصد المشرع[٣٦].

ولإعطاء صورة أكثر وضوحاً وتطوراً عن هذه الطريقة التفسيرية ينبغي التطرق إلى رأي القاضي هارون باراك (AHARON BARAK) في كتابه التفسير الغرضي في القانون (PURPOSIVE INTERPRETATION IN LAW) ، حيث يعرض بعض الأدوات التي

(35) BRANDON J. MURRILL, MODES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, 2018, P.18-19 : https://fas.org/sgp/crs/misc/R45129.pdf

(36) PURPOSIVE APPROACH : https://en.wikipedia.org/wiki/Purposive_approach

تساعد على اكتشاف المعنى، فوفقاً لوجهة نظره أن هدف كل تفسير دستوري يجب أن يكون لتحقيق الغرض الذي صمم النص الدستوري لإنجازه، وأن التفسير الغائي هو تفسير قانوني يربط بين الغرض الشخصي والغرض الموضوعي، فعلى الرغم من أن القاضي باراك لم يستخف بأهمية نية أو قصد المشرع الدستوري (الغرض الشخصي)، إلا أنه فضل الغرض الموضوعي في التفسير الدستوري، لأنه أخذ في حسابه بأن الدساتير لا تسن أو تعدل بسهولة وأنها بالضرورة تصاغ دائماً بعين المستقبل لتوفر الإطار المستمر لممارسة السلطة الحكومية وحماية حقوق الإنسان، ولهذا فإن الغرض الموضوعي يظهر من خلال مستويات التجريد المتنوعة والمتراصفة التي تشمل: النية أو القصد المفترض للمشرع الدستوري، غرض المؤلف المعقول، الغرض المشتق من نوع وطبيعة النص الدستوري، والغرض المشتق من المبادئ والقيم الأساسية للنظام القانوني(٣٧)

ولقد حث القاضي باراك على إيجاد علاقة توافقية مناسبة بين الغرض الشخصي والغرض الموضوعي لتحديد الغرض الدستوري النهائي، فطبقاً لوجهة نظره أن نية أو قصد واضعي الدستور (أي القصد الشخصي المجرد) أو الفهم العام الأصلي للنص يبقى مهماً لأن الرجوع إلى الماضي يساعد على فهم الحاضر والمستقبل، ومع ذلك فإن الماضي يجب ألا يستعبد الحاضر، لذلك فإن نية أوقصد واضعي الدستور أو الفهم الأصلي ليس حاسماً في تحديد معنى النص الدستوري وهذا يعني أنه لا ينبغي أن يحتل دوراً مركزياً في تحديد الغرض الدستوري النهائي ومن ثم المعنى الدستوري ، لأن الدور الحاسم في تحديد ذلك يكون للغرض الموضوعي(٣٨) وهذا الأخير يقصد به المصالح، القيم، الأهداف، المزايا، والوظائف والسياسات التي يحققها النص الدستوري في النظام الديمقراطي، فالغرض الموضوعي يجب ألا يحدد فقط من خلال قصد واضعي الدستور أو الفهم العام الأصلي للنص، بل يحدد بشكل رئيسي من خلال

(37) TANASIJE MARINKOVIC, BARAKS PURPOSIVE INTERPRETATION AS A PATTERN OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATIVE FIDELITY, BALTIC JOURNAL OF LAW & POLITICS, VOL.9, NU.2, 2016, P.99 :
https://www.degruyter.com/downloadpdf/j/bjlp.2016.9.issue-2/bjlp-2016-0013/bjlp-2016-0013.pdf
(38) IBID, P.98.

المعطيات الأساسية للنظام الديمقراطي كما هي مجسدة في الدستور، فهو يعكس نية أو قصد النظام (INTENT OF THE SYSTEM) في وقت التفسير(٣٩).

ولهذا فإن هذا المنهج يتشابه مع منهج التفسير الحي أو المتطور لأن كليهما يعرف الدستور باعتباره الكائن الحي الذي يتطور باستمرار في البيئة الدستورية المتغيرة، لكنهما يختلفان في كون التفسير الغرضي يوازن بين الماضي والحاضر والمستقبل. أما التفسير الحي فإنه ينعزل عن الماضي إلى حد كبير ويهتم بالحاضر وهذا ما سوف نوضحه لاحقاً.

ومثال التفسير الغائي في الولايات المتحدة الأمريكية في قضية (GIBBONS V. OGDEN 1824)، حيث بين رئيس القضاة جون مارشال بأن اللغة الدستورية يجب أن تفسر في ضوء غرضها، وطبق ذلك في تفسيره لكلمة التجارة (COMMERCE) الواردة في فقرة التجارة التي تمنح الكونجرس سلطة تنظيم التجارة مع الدول الأجنبية وبين الولايات، مستنتجاً بأن كلمة التجارة يجب أن تشمل الملاحة (NAVIGATION) لأن الملاحة هي إحدى الأهداف الرئيسية التي تبنى الشعب الأمريكي بسببها حكومته، فضلاً عن ذلك في قضية (MCCOLLOUGH V. MARYLAND 1819) قام رئيس القضاة جون مارشال بالرجوع إلى الغرض الدستوري لتفسير النص، حيث بين بأن كلمة ضروري (NECESSARY) في فقرة الضروري والمناسب تعطي أكثر من معنى واحد، لكن غرض الفقرة واضح في ظاهر النص وهو تيسير قدرة الكونجرس على تنفيذ اختصاصاته المعددة دستورياً لهذا السبب يذهب رئيس القضاة مارشال بتفسير الكلمة لتعني الملائم (CONVENIENT) بدلاً من الضروري (ESSENTIAL) لأن ذلك يتفق مع الغرض الدستوري الصريح في الفقرة (٤٠)

سادساً: منهج التفسير الواسع (GENEROUS):

وتعرف هذه الطريقة بأنها تعد حجر الزاوية في التفسير القانوني، وتنسجم مع المبدأ الحيوي في تفسير النصوص الدستورية والتشريعية عندما يكون النص منفتحاً لأكثر من

(39) AHARON BARAK, HUMAN DIGNITY, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2015, P.84
(40) LACKLAND H. BLOOM, OP.CIT, P.45-46

تفسير أو معنى واحد (٤١).

ويطلق عليها البعض بطريقة اشتقاق المبدأ أو المذهب (THE DERIVATION OF PRINCIPLE AND DOCTRIN) ، إذ عادة ما تكتب النصوص أو الأحكام الدستورية المهمة بطريقة مجردة، غامضة، عامة، وواسعة بحيث تحتمل تنوع التفسيرات المختلفة، وهنا يقع على عاتق المفسر واجب مهم وصعب في تحديد المبادئ والمذاهب الدستورية الصحيحة المجسدة في النص الدستوري(٤٢).

كما أن هذا المنهج يقوم أيضاً على إضفاء القيمة الدستورية على حقوق غير ثابتة صراحة بنصوص الدستور، وذلك عن طريق التفسير الواسع لأحد الحقوق المنصوص عليها صراحة بالدستور ليشمل أكثر من حرية دستورية. فتطوير الدستور يمكن أن يتعلق بمنطقة خلت نصوصه من تنظيمها صراحة، ويكون ذلك من خلال النظر في الأحوال التي تتخلى فيها نصوص الدستور عن تنظيم بعض المسائل الدستورية بطبيعتها، ومحاولة معالجة إغفال تنظيمها وملء الفراغ الذي يحيط بها وذلك باعتبارها من المسائل المسكوت عنها التي يقتضي إغفالها بيان حكمها، وأن هذه المسائل المسكوت عنها تأخذ صوراً ثلاثاً :

١- أن تكون المسائل المسكوت عنها فروعاً لبعض الأصول التي نظمها الدستور، فإذا ما كان الدستور قد أغفل حكم الفرع تعين الرجوع إلى الأصل الذي يحكمها بحسبانه الذي أنتجها، ومن ثم تحظى هذه الفروع بالحماية ذاتها التي يقررها الدستور لأصلها.

٢- أن تكون المسائل المسكوت عنها أصولاً لفروع تضمنها الدستور وهو ما يستلزم ربط الفروع بأصولها، إذ لا يجوز فهم الفروع بعيداً عن الأصول التي أنتجتها حتى ولو كان الدستور قد أغفل بيانها.

٣- أن تكون المسائل المسكوت عنها من فيض القواعد الصريحة بالدستور، بأن تكون

(41) SITHEMBISO OSBORNE DZINGWA, THE DESIRABILITY OF CONSISTENCY IN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, SUBMITTED IN ACCORDANCE WITH THE REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF DOCTOR OF LAWS, UNIVERSITY OF SOUTH AFRICA, 2011, P.28 :
http://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/5733/thesis_dzingwa_s.pdf?sequence=1&isAllowed=y
(42) LACKLAND H. BLOOM, OP.CIT, P. 258

القواعد الصريحة الواردة في الدستور واشية ومرشحة ومفضية إلى حقوق جديدة لم يقررها الدستور. مثال ذلك أن حظر الدستور لكل صور الاستغلال يرشح لحق الفرد في ألا يكون رقيقاً، والنص صراحة على حرمة الحياة الخاصة يفضي إلى حق الأفراد في الاجتماع بصورة سلمية وبغير تدخل من السلطة(٤٣).

ومن وجهة نظرنا أن التصميم الدستوري للحقوق والحريات ينقسم إلى صنفين رئيسين: الأول تصميم الحقوق الدستورية كمبادئ كالملكية والحياة والحرية والمساواة التي يمكن أن نطلق عليها بالحقوق الإطارية المتأصلة، أما الصنف الثاني فيتعلق بتصميم الحقوق الدستورية كقواعد كحق المواطن في التصويت أو حقه في الدخول إلى بلاده فهي حقوق محددة. ويرتكز الحق الإطاري على العمومية بمعنى أن له مجالاً واسعاً ومنفتحاً في التطبيق كما أنه لا يركز على نوع محدد من التصرفات ولا يحمي سلوكاً إنسانياً محدداً، فهو بمثابة الحق الأم الذي يولد منه العديد من الحقوق مما يمنح القاضي القدرة الواسعة على استنباط الحقوق الفرعية الضمنية، فمثلاً إذا نص الدستور على الحق في الحرية فإنه يعد حقاً إطارياً يمكن الاشتقاق منه العديد من الحقوق كالحق في الخصوصية والحق في حرية التعاقد، فضلاً عن أن الحق في الكرامة الإنسانية يعد حقاً إطارياً يمكن أن نشتق منه مثلاً الحق في السمعة والشرف والاعتبار، وكذلك الحق في حرية الكلام أو الحق في حرية التعبير الذي يمكن أن يشتق منه مثلاً الحق في حرية التعبير السياسي. وهذا يعني أن كل حق إطاري يشكل في الحقيقة عائلة من الحقوق التي تعد بمثابة تقنين جيني للحق الأم، وهذا التقنين يحدد خاصية وطبيعة كل حق فرعي مشتق من الحق الأم.

سابعاً: منهج التفسير الحي (LIVING INTERPRETATION):

ويسمى بالتفسير الديناميكي أو التقدمي أو المتطور، وخلاصته أن الدستور وثيقة حية ومتطورة وأن معناه يجب أن يفسر بطريقة تجعله يتعدل أو يتكيف في ضوء القيم المعاصرة والمتطورة. وتتحدد تلك القيم في بعض الأحيان وليس دائماً في ضوء القانون الدولي، أو

(٤٣) د. جابر محمد حجي، مصدر سابق، ص٣٢٩-٣٣١.

كانعكاس للممارسة الشائعة أو ترتبط بالمواقف القضائية حول العالم المتطور. لكنها غالباً ما تتحدد في ضوء مواقف واتجاهات المجتمع المعاصرة. وبشكل مشابه للمنهج الأصلي أو النصي فإن منهج التفسير الحي يبدأ من النص الدستوري لكنه يختلف عنهما في كونه يسأل عن معنى النصوص في الوقت الحاضر أي وقت التفسير وليس في الماضي أو في وقت وضع الدستور، كما أن أنصار منهج التفسير الحي يعاملون سلطة الشعب الذي يعيش اليوم بكونه يملك الأولوية أو الصدارة على سلطة أولئك الذين كتبوا الدستور في الماضي(٤٤).

ويرتبط منهج التفسير الديناميكي أو المتطور مجازاً بمصطلح الشجرة الحية (LIVING TREE) الذي أصبح نظرية دائمة في التفسير في النظام الكندي، والذي بموجبه تطبق لغة الدستور على الأفكار والأحوال أو الظروف المعاصرة من دون الاعتبار لمسألة توقع واضعي الدستور لهكذا تطبيق، فضلاً عن أنه طبقاً لهذا المنهج أن التأريخ التشريعي يشكل نقطة البداية في عملية التفسير، لكنه لا ينبغي أن يكون حاسماً في تفسير النصوص التي تعد حية ومتطورة بشكل أساسي، ومع ذلك فإن وزن أو قيمة التاريخ التشريعي تنتهي بمرور الوقت بحيث تصبح وجهات نظر المؤسسين أقل صلة بالظروف أو الأحوال المعاصرة (٤٥)

ومثالها في كندا قضية (EDWARDS V. CANADA 1929) المشهورة بقضية الأشخاص (PERSONS CASE)، حيث تتعلق هذه القضية بتفسير كلمة (الأشخاص) في المادة ٢٤ من القانون الدستوري الكندي لعام ١٨٦٧ التي تنص "يوجه الحاكم العام من وقت لآخر، باسم الملكة، استدعاءً ممهوراً بالختم الأعظم لكندا، لأشخاص مؤهلين لعضوية مجلس الشيوخ، وبموجب أحكام هذا القانون، فإن كل شخص يتم استدعاؤه يصبح عضواً في مجلس الشيوخ ويسمى عضو مجلس الشيوخ"، حيث قررت المحكمة العليا الكندية بأن النساء ليسوا أشخاصاً مؤهلين للجلوس في مجلس الشيوخ، إلا أن هذا القرار تم نقضه من قبل اللجنة القضائية للمجلس الخاص الامبراطوري، إذ قررت هذه اللجنة بأن النساء الكنديات يعدون أشخاصاً

(44) STEPHEN ROSS & HELEN IRVING & HEINZ KLUG, OP.CIT, P.31
(45) PETER W. HOGG, CANADA : FROM PRIVY COUNCIL TO SUPREME COURT, IN JEFFREY GOLDSWORTHY, OP.CIT, P.87

مؤهلين لعضوية مجلس الشيوخ لأن عبارة أشخاص مؤهلين تعد واسعة تشمل الذكر والأنثى وذلك على أساس أن الدستور قاعدة أساسية بحيث يجب أن يقرأ ويفسر بطريقة متحررة وواسعة لكي يتم تكييفه مع التغيرات المعاصرة في وقت التفسير حيث بين اللورد سانكي (SANKEY) بأن القانون الدستوري في كندا يعد بمثابة شجرة حية قادرة على النمو والتوسع من خلال حدودها الطبيعية، وأن هدف هذا القانون هو الخضوع للتطور من خلال العادة أو العرف[٤٦] كما قامت المحكمة العليا الكندية بتوسيع اختصاصات السلطة الفدرالية على المشاريع والتعهدات التي ترتبط بعلاقة الإقليم مع إقليم آخر أو مع الأقاليم الأخرى وفقاً للمادة ٩٢ فقرة ١٠ من القانون الدستوري لعام ١٨٦٧ لتشمل مسائل لم ينص عليها هذا القانون كنظام الهواتف بين المقاطعات، الراديو، التلفزيون، خط النقل بالشاحنات، خط الباصات، والطيران، على الرغم من أن هذه الوسائل للنقل والاتصال لم تكن معروفة في عام ١٨٦٧[٤٧].

وفي إيرلندا يتبع القضاة من حيث المبدأ الحقيقة التي مفادها أن معنى الدستور منفتح للتطور من خلال التفسير، ففي القضية المشهورة (MCGEE V. ATTORNEY GENERAL 1974) بين القاضي (WALSH J.) بأن على القضاة من خلال خبرتهم وتدريبهم أن يفسروا الحقوق الدستورية وفقاً لأفكارهم الحكيمة والعدل والإنصاف وذلك في ضوء الأفكار والقيم والمفاهيم السائدة في المجتمع، فضلاً عن ذلك في قضية (SINNOTT V. MINISTER OF EDUCATION 2001) بين القاضي (DENHAM J.) بأن الدستور وثيقة حية بحيث يجب أن يفسر وفقاً للمفاهيم والأفكار السائدة وقت التفسير وليس وقت سن الدستور في عام ١٩٣٧، وفي قضية (A V. GOVERNOR OF ARBOUR HILL PRISON 2006) بين رئيس قضاة المحكمة العليا (MURRAY) بأن الدستور يملك خاصية ديناميكية وأنه يجب أن يفسر وفقاً للمظاهر المعاصرة بما فيها الأفكار السائدة في المجتمع، ومثال التطبيق الواضح لهذا التفسير في ايرلندا في قضية (O DONOGHUE V. MINISTER OF HEALTH

(46) STEPHEN ROSS & HELEN IRVING & HEINZ KLUG, OP.CIT, P.32-37 - PETER W. HOGG, OP.CIT, P.85

(47) PETER W. HOGG, OP.CIT, P.86

1996) حيث وسعت المحكمة العليا تفسير مصطلح (التعليم الابتدائي) الوارد في المادة ٤٢ فقرة ٤ من الدستور الايرلندي لعام ١٩٣٧ ليشمل تعليم ذوي الإعاقات الخطيرة [٤٨].

وينبغي ملاحظة بأنه على الرغم من تبني المحكمة العليا الايرلندية لمنهج التفسير الحي إلا أنها رفضت صراحة تطبيقه في بعض القضايا متمسكة بمنهج التفسير الأصلي، بحيث تركت المسألة لتقدير البرلمان والشعب من خلال الاستفتاء وهو ما يتضح في قضية (MR V. TR 2006) التي تتعلق بأطفال الأنابيب، حيث ينص الدستور الايرلندي على حق الجنين في الحياة وفقاً للمادة ٤٠ فقرة ٣ (٣) التي أدرجت في الدستور في عام ١٩٨٣، إذ رفضت المحكمة العليا الايرلندية أن توسع الحماية الدستورية على الأجنة المجمدة في أنابيب المختبر مسببة رأيها بأن الغرض من التعديل الدستوري لعام ١٩٨٣ هو منع إجهاض الجنين وهو في رحم الأم، إذ إن مصطلح الجنين (UNBORN) الوارد في التعديل الدستوري يشمل الجنين في رحم الأم وليست الأجنة المجمدة في أنابيب المختبر، وهذا يعني أن حق الحياة يكون فقط للجنين في رحم الأم دون الجنين في الأنابيب، علماً أن البعض انتقد هذا الحكم بقوله أن تقنية أطفال الأنابيب على الرغم من أنها كانت مبتكرة في لحظة تعديل الدستور الإيرلندي في عام ١٩٨٣ إلا أنها لم تكن متوفرة في إيرلندا في ذلك الوقت، لكن بعد التطور الطبي والتكنولوجي في العالم وفي ايرلندا على وجه الخصوص أصبحت هذه التقنية متوفرة بحيث كان على المحكمة العليا الايرلندية أن تتخذ موقفاً حاسماً في هذه القضية بأن تشمل الأجنة المجمدة بالحماية من خلال الاعتراف لها بالحق في الحياة بدلاً من ترك الأمر لإرادة الأغلبية السياسية [٤٩]

وخلاصة القول في مناهج التفسير أن البحث عن القصد الحقيقي للمشرع الدستوري أو عدم الاكتراث لهذا الأمر هما موقفان يرتبطان بالآراء الإيديولوجية، ففي الولايات المتحدة الأمريكية الذين يريدون تفسير الدستور تبعاً لقصد كاتبيه الأصليين هم المحافظون، فإنه إذا أعطينا للكلمات المعنى الذي كانت تحمله في القرن الثامن عشر فإنه يجب اعتبار بعض القواعد والسياسات التي

(48) CONOR O MAHONY, SOCIETAL CHANGE AND CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, IRISH JOURNAL OF LEGAL STUDIES, VOL.1 (2), 2010, P.73-75: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1953414
(49) IBID, P.80-82.

يحاربها المحافظون غير جائزة دستورياً مثل التمييز الإيجابي، وحجتهم الرئيسية هي أن المحكمة العليا غير المنتخبة لا تمتلك أي مشروعية لتطبيق دستور مختلف عن الذي أراده مؤسسوه، أما خصومهم الليبراليون فيحاججون بأنه في النظام الديمقراطي لا يجب أن يخضع شعب اليوم لشعب البارحة وأنه يجب تفسير الدستور لا كقاعدة جامدة منذ قرنين بل كقاعدة حية ومتطورة (٥٠)

يفهم من هذا أن مناهج التفسير لا يمكن أن تؤدي إلى نتيجة واحدة وأكيدة، لسبب بسيط أن القصد أو المعنى الحقيقي من الصعب وجوده وأن المناهج تعطي نتائج مختلفة بحسب طريقة ترتيب الحجج، ولهذا فإن وجود هذه المناهج لا تطرح تساؤلات حول حرية المفسر بل على العكس تؤكد هذه الحرية، علماً أن المناهج التفسيرية التكاملية والغائية والحية والواسعة تمنح المفسر أكثر من غيرها الحرية الواسعة في خلق أو استنباط القواعد الدستورية تحت مظلة التفسير كونها تحرره من سلطة كاتب الدستور.

المبحث الثاني

مجالات تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي

وينقسم إلى مطلبين يتعلق المطلب الأول بتعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي في المجال المؤسَسي، ويتعلق المطلب الثاني بتعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي في مجال المبادئ والحقوق الدستورية وحسب التفصيل الآتي :

المطلب الأول:

تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي في المجال المؤسَساتي

أولاً: في النمسا:

فعندما تقوم المحكمة الدستورية بحل منازعات الاختصاصات بين الاتحاد والولايات في الدولة الفدرالية، فإنها تقوم بلا شك بتشريع القواعد الدستورية، فقد ذهب جانب من الفقه بأنه وفقاً للدستور النمساوي لسنة ١٩٢٠، ومنذ عام ١٩٢٥ مكنت المادة ١٣٨ فقرة ٢

(٥٠) ميشيل تروبر، مصدر سابق، ص١٠٦ .

المحكمة الدستورية لتتصرف كمشرع إيجابي (POSITIVE LEGISLATORE) من خلال منح المحكمة، في مجالات دقيقة، سلطات إيجابية بتوزيع الاختصاصات بين السلطات الاتحادية والولايات، حيث نصت هذه المادة على أن " تحدد المحكمة الدستورية، بناءً على طلب من الحكومة الاتحادية أو حكومة الولاية، ما إذا كان عمل تشريعي أو تنفيذي يقع ضمن اختصاص الاتحاد أو الولايات " وهذا يعني أن للمحكمة الدستورية الكلمة النهائية في مسألة فيما إذا السلطة النهائية تعود إلى الاتحاد أم الولايات. وبسبب المفهوم النمساوي للدولة الفدرالية، فإن الاختصاصات المشتركة بين المستوى الفدرالي للحكومة والولايات غير متوافرة، إذ يوجد فقط الاختصاصات الحصرية طبقاً للفصل بين السلطات، ومع ذلك فإن قرارات المحكمة الدستورية أعلنت من خلال سلطتها وفقاً للمادة ١٣٨ فقرة ٢ من الدستور، بأن هذه الاختصاصات (أي المشتركة) مفهومة جيداً وذلك لإيجاد تفسير حقيقي أو واقعي للدستور، مما يعني بأنه عندما تقرر المحكمة الدستورية حل المنازعات بين الكيانات فإنها تشرع القانون الدستوري(٥١).

ثانياً: في فنزويلا:

ووفقاً لدستور فنزويلا لسنة ١٩٩٩ فإن صيانة وإدارة واستغلال الطرق الوطنية السريعة والرئيسية، فضلاً عن الموانئ والمطارات المستخدمة لأغراض تجارية، يعود إلى الاختصاص الحصري للولاية وفقاً للمادة ١٦٤ فقرة عشرة من الدستور، علماً أنه قد جرت محاولة لتعديل قواعد توزيع الاختصاصات من خلال مقترح لإصلاح الدستور، الذي قصدت الهيئة التنفيذية من خلاله جعل هذا الاختصاص مركزياً أي بيد السلطة الاتحادية الوطنية بدلاً من الولايات، إلا أن الشعب اعترض على ذلك من خلال الاستفتاء، وما لم يتم تحقيقه بواسطة الشعب تم تحقيقه من قبل الغرفة الدستورية في المحكمة العليا من خلال قرارها المرقم ٥٦٥ لسنة ٢٠٠٨ الذي أصدرته بناءً على الطلب المستقل بتفسير الدستور المقدم من قبل النائب العام، إذ قامت المحكمة من خلال هذا القرار التفسيري باستبدال هذا الاختصاص الحصري

(51) CONRAD LACHMAYER, AUSTRIAN NATIONAL REPORT, P.1-2.

للولاية بالاختصاص المشترك بحيث يمكن للحكومة الوطنية الاتحادية أن تعاود هذا الاختصاص أو ترجعه إليها وفقاً لتفضيلها (٥٢) ويمكن القول أن هذا القرار صورة من صور التفسير القضائي المناقض للدستور لأنه عدل الدستور بطريقة مخالفة لنصوصه الصريحة مما يشكل اغتصاباً للسلطة المؤسِسة .

ثالثاً: في الولايات المتحدة الأمريكية:

أما في الولايات المتحدة الأمريكية، فإنه ينبغي ملاحظة أن المحكمة الاتحادية العليا اتجهت اتجاهاً كبيراً إلى توسيع اختصاصات السلطة التشريعية الفدرالية على حساب السلطة التشريعية للولايات، فعلى الرغم من أن اختصاصات الكونغرس محددة على سبيل الحصر في المادة الأولى الفقرة الثامنة والعاشرة من الدستور فضلاً عن التعديل العاشر لسنة ١٧٩١ للدستور الذي قد أشار إلى أنه فيما عدا هذه السلطات الممنوحة للاتحاد فإن السلطات الأخرى تمنح للولايات (٥٣) إلا أن المحكمة الاتحادية العليا استغلت مرونة القواعد الدستورية المتعلقة بتحديد الاختصاص لتوسيع نطاق السلطة التشريعية الفدرالية بحيث أضحى لها فضلاً عن الاختصاصات الصريحة اختصاصات ضمنية (IMPLIED POWERS) وهذا ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا في قضية (MCCULLOCH V.MARYLAND 1918) حيث سلمت المحكمة في هذه القضية بدستورية قانون الكونغرس لسنة ١٨١٦ الذي يتعلق بإنشاء بنك وطني على الرغم من أن هذا الاختصاص كان يدخل عادة ضمن اختصاص الولايات، فحتى وإن لم ينص الدستور صراحة على هذا الاختصاص للكونغرس إلا أن المحكمة استنبطته ضمنياً من خلال ما تنص عليه المادة الأولى (الفقرة الثامنة – فقرة فرعية ١٨) من الدستور التي تشير إلى أن للكونغرس أن يسن جميع القوانين التي تكون ضرورية ومناسبة لكي يضع موضع التنفيذ السلطات المذكورة آنفاً وجميع السلطات الأخرى التي ينيطها الدستور بحكومة الولايات المتحدة أو بأية إدارة أو موظف تابع لها، فاستناداً إلى هذا

(52) ALLAN R.BREWER CARIAS, CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS, INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW, WASHINGTON, 2010, P. 39.
(53) JOEL CORCORAN AND GARRETT EPPS, CONSTITUTIONAL LAW (1), 1997, P.32 http://comitia3.uoregon.edu/~outlines/outlines/conlawj.html.

Published by Arab Journals Platform,

النص أن إنشاء بنك وطني يعد وسيلة ضرورية ومناسبة في إدارة العمليات المالية للحكومة الوطنية، وهكذا فإن هذا النص فضلاً عن أنه ساعد على توسيع اختصاصات الكونغرس إلا أنه في الوقت ذاته جعل مسألة التحديد الدقيق لاختصاصات الولايات مسألة صعبة للغاية(٥٤).

كما طورت المحكمة الاتحادية العليا، في الولايات المتحدة الأمريكية، التفسير الدستوري الواسع لسلطات الكونغرس من خلال فقرة التجارة (المادة الأولى الفقرة الثامنة) من الدستور التي تنص على أن " تكون للكونغرس سلطة تنظيم التجارة مع الدول الأجنبية وبين مختلف الولايات ومع قبائل الهنود " فهذا النص قد تم تفسيره من قبل المحكمة في قضيـــة (GIBBON V. OGDEN 1824) بحيث تم تحديد معنى كلمة تجارة (COMMERCE) لتعني كل مظاهر العمل والتجارة ومن ضمنها الملاحة، ومعنى عبارة بين مختلف الولايات (AMONG THE SEVERAL STATES) لتعني الآثار بين الولايات حتى إذا حدثت التجارة داخل الولاية (٥٥)

وأصدرت المحكمة العليا قرارات أكثر أهمية فيما يتعلق بفقرة التجارة منها (NLRB V. JONES & LAUGHLIN STEEL CORP 1937) ، (UNITED STATES V. DARBY 1941) (WICKARD V. FILBURN 1942) ففي هذه القرارات ذهبت المحكمة إلى التمييز بين التجارة والمراحل الأخرى من العمل كالتعدين والصناعات التحويلية والإنتاج، لتسمح للكونغرس بممارسة الرقابة على كل مظاهر العمل، وكذلك التمييز بين الآثار المباشرة وغير المباشرة للتجارة بين الولايات، لتسمح للكونغرس بتنظيم أي نشاط يتخذ بشكل تراكمي وله أثر على التجارة بين الولايات، كما لم تعتبر التعديل العاشر قيداً على سلطة الكونغرس. ونتيجة لهذه الاختصاصات الواسعة للكونغرس، ذهب الفقيه (ERWIN

(54) RANDY E. BRANETT, THE ORIGINAL MEANING OF NECESSARY AND PROPER CLAUSE, JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW, UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW SCHOOL, VOL.6, NU.2, 2003, P.198-199:
http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1339&context=jcl
(55)ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES, ASPEN PUBLISHERS, NEW YORK, 2006, P.243.

(CHEMERINSKY إلى " أنه من الصعوبة أن نتصور أي شيء لا يستطيع الكونغرس أن ينظمه وفقاً لفقرة التجارة طالما لم ينتهك النصوص الدستورية الأخرى " (٥٦)

فضلاً عن أن المحكمة العليا قد استنبطت منذ قضية (COOLEY V. BOURD OF WARDENS 1851) مايسمى بفقرة التجارة الساكنة أو الكامنة (DORMANT COMMERCE CLAUSE)، فوفقاً لهذه الفقرة تعد سلطة تنظيم التجارة بين الولايات سلطة مشتركة بين المشرع الفيدرالي ومشرعي الولايات وليست سلطة حصرية بالمشرع الفيدارلي بشرط ألا يميز قانون الولاية أو لا يلقي عبئاً مفرطاً على التجارة بين الولايات وإلا أصبح مخالفاً لهذه الفقرة الكامنة مما يجعله باطلاً ومخالفاً للدستور، وهذا يعني أن المحكمة العليا أعادت صياغة الفقرة الثامنة من المادة الأولى التي تمنح الكونغرس فقط سلطة تنظيم التجارة بين الولايات لتشمل فضلاً عن ذلك سلطة الولاية في تنظيم التجارة بين الولايات في حالة غياب التشريع الفيدرالي ووفقاً للحدود التي رسمتها المحكمة العليا (٥٧)

كما ترتبط نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين ارتباطاً وثيقاً بالحكم الذي أصدره رئيس القضاة جون مارشال (JOUN MARSHALL) في القضية المشهورة (MARBURY V. MADISON 1803) حيث كان له الفضل الكبير في توطيد وترسيخ الرقابة القضائية على دستورية القوانين على الرغم من خلو الدستور من نص صريح يبين حق القضاء الفيدرالي في هذه السلط الرقابية(٥٨).

وكذلك الحال فيما يتعلق بالفقرة الخاصة بالمؤسسة الدينية الواردة في التعديل الأول من الدستور التي تنص على أن "لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص بتأسيس دين من الأديان"، إذ فسرت المحكمة الاتحادية العليا هذه الفقرة في قضية

(56) IBID, P.259-260.
(57) BRANNON P. DENNING, THE DORMANT COMMERCE CLAUSE DOCTRINE AND CONSTITUTIONAL STRUCTURE, P.1-32:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=260830
(58) EDWARD S. CORWIN & JACK W. PELTASON, UNDERSTANDING THE CONSTITUTION, LIBRARY OF CONGRESS, U.S.A, 1963, P.35

(ENGEL V. VITALE 1962) بأنها تعني أنه يجب أن يقام جدار فاصل بين الكنيسة والدولة (A WALL OF SEPARATION BETWEEN CHURCH AND STATE)، فهذا الجدار الفاصل لم يقصده المشرع الدستوري بل كان يقصد من ورائه تجريد الكونغرس من سلطة تأسيس كنيسة وطنية أو تقويض كنائس الولايات، وبصورة أكثر تحديداً لم يقصد المشرع الدستوري مثلاً منع الكونغرس من سن تشريع يمنح المعونة للمؤسسات الدينية بصورة متساوية بل يقصد منع الكونغرس من تفضيل ديانة بعينها على غيرها من الأديان(٥٩).

رابعاً: في استراليا:

وفي استراليا ولاسيما في القضية المشهورة ENGINEERS CASE 1920)) قامت المحكمة العليا بتوسيع السلطة الفيدرالية للكومنولث من خلال التفسير الواسع للمادة ٥١ فقرة ٣٥ من الدستور الاسترالي لعام ١٩٠١ التي تنص "بموجب هذا الدستور يتمتع البرلمان بصلاحية وضع القوانين المتعلقة بالسلم والنظام والحكم الرشيد في الكومنولث فيما يتعلق ب: ٣٥ – التوفيق والتحكيم لمنع وتسوية النزاعات الصناعية التي تتخطى حدود أي ولاية واحدة "، فهذه القضية تتعلق فيما إذا هذه القوانين يمكن أن تستخدم لإلزام حكومة الولاية أم لا، ولا سيما قبل هذه القضية اتبعت المحكمة العليا مذهبين يقيدان الكومنولث: مذهب الحصانات بين حكومتين أو أكثر، ومذهب السلطات المحجوزة للولايات، فبموجب هذين المذهبين قوانين الكومنولث لا يمكن أن تلزم الولايات وقوانين الولايات لا يمكن أن تلزم الكومنولث فضلاً عن أن مجال السلطات التي لا يمكن أن يقتحمها الكومنولث كانت محجوزة للولايات، إلا أن هذه القضية ألغت كلا المذهبين من خلال تقريرها بأن الولايات، عندما يكون الأطراف في نزاع صناعي في الواقع، خاضعة لتشريع الكومنولث الذي يمرر وفقاً لهذه المادة (٦٠) ونتيجة لتوسع سلطات الكومنولث منذ عام ١٩٢٠ قامت المحكمة العليا

(59) GEORGE MCKENNA, THE DRAMA OF DEMOCRACY, 3 ED, MCGRAWHILL COMPANIES, AMERICA UNITED STATES, 1998, P.347
(60) STEPHEN ROSS & HELEN IRVING & HEINZ KLUG, OP.CIT, P.111-112

الاسترالية باستنباط قيد ضمني على السلطة الفيدرالية للكومنولث الذي يسمى (MELBOURNE CORPORATION DOCTRINE) والذي بموجبه يحظر الدستور ضمنياً على الكومنولث صنع القوانين التي تميز ضد ولاية أو أكثر، أو التي تضعف بشكل أساسي وظائف حكومة الولاية [٦١].

خامساً: في ألمانيا:

كما قامت المحكمة الدستورية الألمانية في قضية (AWACS –URTEIL) في ١٢ تموز ١٩٩٤ بالاستنتاج بأن إرسال ونشر الجيش في الأقطار الأجنبية يحتاج إلى موافقة السلطة التشريعية على الرغم من أن القانون الأساسي الألماني لم يصرح بذلك، ففي هذه القضية لم تقم المحكمة الدستورية بتغيير الدستور فحسب إنما أصدرت تشريعاً استبدالياً مفصلاً في قرارها، يأمر السلطتين التشريعية والتنفيذية بأن تتصرف طبقاً له، حتى يتم تبني التشريع لكي يقيم طريقة أكثر تفصيلاً تتعلق بالمساهمة الرسمية للسلطة التشريعية في تبني القرارات ذات الصلة باستعمال الجيش الألماني في الإرسال العسكري[٦٢].

فضلاً عن ذلك تميل المحكمة الدستورية الفيدرالية في ألمانيا إلى رفض السلطات الفيدرالية الضمنية بموجب القانون الأساسي[٦٣] كما أن القرار الصادر في ٢٦ كانون الثاني ٢٠٠٥ جاء ليقدم مزيداً من الدعم لاجتهاد المحكمة المؤيد للمقاطعات، فبينما كانت المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية قد بدت منذ أمد بعيد مؤيدة لتوسيع اختصاصات الاتحاد على حساب المقاطعات، بدأت منذ عام ٢٠٠٢ تأخذ على محمل الجد مبدأ الاستطراد لصالح المقاطعات، وبعد صدور هذا القرار وجد الاتحاد نفسه ممنوعاً عملياً من إصدار أي تشريع قد يكون له تأثير قوي على السياسة الجامعية للمقاطعات، وهكذا عادت المقاطعات لتصبح من الآن

(61) IBID, P.112

(62) ALLAN R.BREWER CARIAS, OP.CIT, P.59

(63) DONALD P. KOMMERS, OP.CIT, P.187

فصاعداً سيدة التشريع الجامعي بشكل حصري تقريباً (٦٤).

سادساً: في الهند:

وجدت نظرية السلطات الضمنية مجالاً للتطبيق في قضاء المحكمة العليا الهندية، ففي قضية (STATE OF PUNJAB V. SALIL SABHLOK 2013) بينت المحكمة العليا بأن المادة ٣١٦ من الدستور الهندي التي تمنح حاكم الولاية سلطة تعيين رئيس وأعضاء لجنة الخدمة العامة للولاية، تمنحه أيضاً سلطة دستورية ضمنية في وضع الإجراءات اللازمة لمثل هكذا تعيينات. فضلاً عن ذلك في قضية (UNION OF INDIA V. GOPAL CHANDRA MISRA 1978) بينت المحكمة العليا الهندية بأن قاضي المحكمة العليا يملك سلطة ضمنية وفقاً للمادة ٢١٧ فقرة (١– أ) من الدستور بسحب استقالته حتى بعد استلام محتواها من قبل رئيس الدولة. وفي قضية (RAJA RAM PAL V. SPEAKER, LOK SABHA 2007) نظرت المحكمة العليا في امتيازات البرلمان وفقاً للمادة ١٠٥ من الدستور الهندي واستنتجت بأن البرلمان يملك سلطة ضمنية ومستقلة في فصل أو عزل (EXPEL) أحد أعضائه من البرلمان في حالات معينة. وفي قضية ((RUPA ASHOK HURRA V. ASHOK HURRA 2002 قررت المحكمة العليا بأنها تملك سلطة ضمنية تمكنها من مراجعة قراراتها – التي تعد نهائية من دون معالجة إضافية – وذلك بواسطة التماس علاجي وفقاً لمظاهر خاصة معينة كحالة إنكار العدالة الطبيعية (٦٥)

(٦٤) ميشال فرومون، الاجتهاد الدستوري في جمهورية ألمانيا الاتحادية، ترجمة: د. محمد عرب صاصيلا، مجلة القانون العام وعلم السياسة، العدد السادس، ٢٠٠٦، ص١٧٧٩ – ١٧٨٠.

(65) ARUN SAGAR, NOTES TOWARDS A THEORY OF IMPLIED POWERS IN INDIAN CONSTITUTIONAL LAW, 7 NUJS LAW REVIEW, 2014, P.253-255 : http://docs.manupatra.in/newsline/articles/Upload/D62D9420-D9F8-4C07-8D28-8A82D15246D3.pdf

المطلب الثاني:
تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي
في مجال المبادئ والحقوق الدستورية :

باعتبار حماية الحقوق الأساسية، فإن إجراء التغيير أو التعديل في الدستور يكون نتيجة لعملية اكتشاف أو استنباط من قبل المحاكم الدستورية للحقوق الأساسية التي لم يصرح بها الدستور، وذلك من خلال توسيع نطاق نصوصه .فالقاضي الدستوري يقع على عاتقه حماية قيم حكم القانون والديمقراطية والحقوق الأساسية التي تبرر الرقابة على دستورية القوانين.

ولذلك ينبغي أن نأخذ بعين الاعتبار لماذا، عند البحث في مشروعية المحاكم الدستورية، يجب أن تكيف هذه المحاكم الدستور وفقاً للقيم الحالية للمجتمع والنظام السياسي، وذلك لكي تحفظ بدقة بقاء الدستور على قيد الحياة، كما يجب على المحاكم الدستورية، بفضل النتيجة التي مفادها أن الدساتير لا يمكن النظر إليها كوثيقة ستاتيكية، أن تقوم بتطوير النشاط الخلاق لكي تسمح بالتطبيق المعاصر والمؤثر للدستور من خلال تكييفه مع تطور المؤسسات والاحتياجات الاجتماعية(٦٦).

وفي أكثر الدساتير الحديثة والمعاصرة، تتم كتابة حقوق الإنسان بطريقة مجملة وعامة وغامضة مما تحتاج لدور فاعل من قبل القاضي الدستوري لتوضيح معناها وهذا ما سنوضحه في الفقرات التالية:

أولاً: في الولايات المتحدة الأمريكية:

فقد بين الفقيه الأمريكي (GEOFFREY R. STONE) بخصوص نص دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٧ بأنه "حدد معظم حقوقنا الأساسية والحماية بمصطلحات ذات نهايات مفتوحة، مثل حرية الكلام، الحماية المتساوية أمام القانون، الوسائل القانونية السليمة، الممارسة الحرة للدين، والعقوبات الاستثنائية والمهينة، وغيرها، فهذه المصطلحات

(66) ALLAN R.BREWER CARIAS, OP.CIT, P.45-46

والعبارات غير معرفة ذاتياً، ولاتملك معنىً واضحاً حتى بالنسبة للشعب الذي قام بصياغتها، حيث تم الفهم من واضعي الدستور بأنهم تركوها للأجيال المستقبلية ليستعملوا عقولهم، وأحكامهم القضائية وتجربتهم لإعطاء المعنى الراسخ للقواعد الدستورية"[٦٧] هذا فضلاً عن أن الدستور الأمريكي لسنة ١٧٨٧ المعدل أشار إلى قاعدة تفسيرية واسعة تسمح للقضاة بأن يستنبطوا حقوقاً دستورية جديدة، وهذه القاعدة نص عليها التعديل التاسع للدستور الأمريكي بأن " لا يجوز أن يفسر تعداد الدستور لحقوق معينة على أنه إنكار لحقوق أخرى يتمتع بها الشعب، أو انتقاصاً منها " .

ومن القرارات القضائية المهمة التي أصدرتها المحكمة الاتحادية العليا التي تغير من أحكام الدستور في مسائل الحقوق الأساسية في قضية (BROWN V. BOURD OF EDUCATION OF TOPICA 1954) إذ لم ينص دستور ١٧٨٧ ولا تعديلات ١٧٩١ على مبدأ المساواة، باستثناء التعديل الرابع عشر لسنة ١٨٦٨ الذي أشار إلى فقرة الحماية المتساوية فقط والتي أصبح لها فيما بعد معنى مختلف. حيث قررت المحكمة الاتحادية العليا في هذه القضية بأن الفصل العنصري في المدارس العامة قد أنكر الحماية المتساوية أمام القانون وفقاً للتعديل الرابع عشر بأن " لا يجوز لأي ولاية أن تحرم أي شخص خاضع لسلطانها من المساواة في حماية القوانين "، كما وجدت المحكمة العليا نفسها أمام العديد من المسائل لغرض تقرير عدم دستورية الفصل العنصري من ضمنها بأن الأطفال الأمريكان من أصل إفريقي مصرح لهم فوراً في الدخول إلى المدارس باختيارهم، أو لتسمح بإجراء تسوية أو تنظيم تدريجي مؤثر في النظم الموحدة، وهذا ما دفع المحكمة الاتحادية العليا للحكم بعدم اتفاق الفصل العنصري مع التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي، وبذلك نقضت المحكمة العليا سابقة المساواة مع الفصل[٦٨] ولقد بين رئيس القضاة (WARREN) مذهب الدستور الحي[٦٩] في هذه

(67) GEOFFREY R. STONE, " OUR FILL- IN- THE BLANK CONSTITUTION ", (OP-ED), THE NEW YORK TIMES, 2010, P.A27:
https://www.nytimes.com/2010/04/14/opinion/14stone.html
(68) BROWN V. BOURD OF EDUCATION OF TOPICA, 347 U.S. 483 (1954):
https://en.wikipedia.org/wiki/Brown_v._Board_of_Education
(٦٩) يقصد بالدستور الحي هو ذلك الدستور الذي يتطور ويتغير عبر الوقت من دون أن يعدل رسمياً كدستور الولايات

القضية بقوله أن "في معالجة هذه المشكلة لا يمكن أن نرجع إلى عام ١٨٦٨ لكن بدلاً من ذلك يجب أن يعتبر التعليم العام وفقاً لتطوراته الكاملة وموقعه الحالي في الحياة الأمريكية"(٧٠).

وفي قضية (MEYER V. NEBRASCA 1923) واجهت المحكمة الاتحادية العليا الطعن في قانون ولاية (NEBRASCA) الذي يمنع التعليم بأية لغة أخرى غير الإنجليزية وبشكل مسبق على المدرسة العليا، فعلى الرغم من أن نص الدستور لم يحم بشكل صريح حق التعليم، وجدت المحكمة العليا بأن هذا الحق مضمون بواسطة الدستور، وقررت بأن تشريع الولاية ينتهك الحق الفردي في السعي واختيار الوسائل المفيدة والمعقولة في التعليم. وبالاعتراف بهذا الحق أدركت المحكمة العليا بأن تفسير التعديل الرابع عشر الذي ينص على أن " لا يجوز لأية ولاية أن تحرم أي شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون مراعاة الوسائل القانونية السليمة " يسلط الضوء على غموض كلمة "الحرية"، يجب أن يحمي نسبة واسعة من الحقوق ومن ضمنها حق التعليم، إذ بينت المحكمة بأن الشعب يملك دائماً التعليم واكتساب المعرفة في المسائل المهمة والعليا التي يجب أن تعزز بعناية، ولهذا استنتجت المحكمة بأن حق المعلمين في التدريس وحق الوالدين في الارتباط بهم لتوجيه أطفالهم هما ضمن مصطلح الحرية الوارد في التعديل الرابع عشر، وهكذا فإن قانون الولاية ينتهك الدستور لأنه حاول أن يتدخل باستدعاء معلمي اللغة الحديثة، وبفرص الطلاب في اكتساب المعرفة وسلطة والديهم في مراقبة التعليم الخاص بهم (٧١).

المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٧ :

DAVID A. STRAUSS, THE LIVING CONSTITUTION, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2010, P.4 : http://www.thedivineconspiracy.org/Z5250N.pdf

(70) REBECCA WILCINSON, INTERPRETING A LIVING CONSTITUTION, NORTH EAST LAW REVIEW, P.12 :

https://research.ncl.ac.uk/media/sites/researchwebsites/northeastlawreview/Rebecca%20Wilkinson%20-%20Living%20Constitution.pdf

(71) SAMUEL J. LEVINE, UNENUMERATED CONSTITUTIONAL RIGHTS AND UNENUMERATED BIBLICAL OBLICATIONS: A PRELIMINARY STUDY IN COMPARATIVE HERMENEUTICS, CONSTITUTIONAL COMMENTARY, VOL.15, 1995, P.512-513 :

https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/167776/15_03_Levine.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Published by Arab Journals Platform,

كما أنه في قضية (MOORE V. CITY OF EAST CLEVELAND 1977) قررت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية نظام السكن الذي يمنع المرأة من العيش في بيتها مع حفيديها، حيث لاحظ القاضي (POWELL) ، ضمن رأي الأغلبية، بأنه في عدد من القضايا كقضية MEYER وقضية PIERCE اعترفت المحكمة بالمجال الخاص للحياة العائلية الذي لا تستطيع الولاية دخوله. وكان ذلك في الحقيقة بالاعتماد على مفهوم الوسائل القانونية الموضوعية، كما لاحظ أيضاً بأن هذه المحكمة – أي المحكمة الاتحادية العليا – اعترفت طويلاً بحرية الاختيار الشخصي في مسائل الزواج والحياة العائلية كإحدى الحريات المحمية بموجب فقرة الوسائل القانونية السليمة في التعديل الرابع عشر، ولذلك استنتجت المحكمة في هذه القضية بحق الجدة في العيش مع أحفادها(٧٢)

وبالنسبة لحق الخصوصية الذي استنبطته المحكمة الاتحادية العليا من خلال فقرة الوسائل القانونية السليمة، فإنه في قضية (GRISWOLD V. STATE OF CONNECTICUT 1965) قررت المحكمة عدم دستورية القانون العقابي الذي يحظر الاستخدام أو المساعدة أو التحريض على استخدام موانع الحمل باعتبار أن ذلك ينتهك حق الخصوصية الزوجية (٧٣)

وكذلك في القضية الكبرى (ROE V. WADE 1973) مارست المحكمة الاتحادية العليا الرقابة الدقيقة أو ذات المستوى العالي، حيث استنبطت المحكمة بأن حق الخصوصية وفقاً لفقرة الوسائل القانونية السليمة، في التعديل الرابع عشر، يوسع قرار المرأة في أن تملك الحق في الإجهاض، ووفقاً لذلك أبطلت المحكمة قانوناً للولاية يمنع الإجهاض إلا لإنقاذ حياة الأم، فمع تسليم المحكمة بالطابع الأساسي للحق في الإجهاض، فإن قيود الولاية لا يمكن تبريرها إلا بمصلحة ملحة للولاية. إذ انتهت المحكمة في هذه القضية إلى توسيع نطاق الإجهاض إلا أنها لم تسلم بكونه حقاً مطلقاً، مقررة في ذلك بأن للولاية مصلحة ملحة في صحة الأم تسمح بتنظيم معقول لعمليات الإجهاض بعد الثلاثة أشهر الأولى من الحمل، لأنه قبل تلك المدة

(72) IBID, P.514-515

(٧٣) جيروم ا. بارون، توماس دينيس، الوجيز في القانون الدستوري (المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي)، ترجمة محمد مصطفى غنيم، ط٢، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ١٩٩٨، ص١٦٤-١٦٥.

تكون الوفيات التي تترتب على الإجهاض أقل عدداً من الوفيات التي تحدث أثناء الولادة الطبيعية، مما يعني أن للمرأة الحق في الإجهاض خلال فترة الثلاثة أشهر الأولى من الحمل دون أي قيد، كما أن للولاية خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة من الحمل أن تمنع حدوث عملية الإجهاض. وعلى الرغم من أن جانباً كبيراً من الفقه الدستوري الأمريكي انتقد هذا القرار لكونه يعد تدخلاً في العناصر التي تدخل ضمن السياسة التشريعية المطلقة، فإن بعض الفقه عده موازنة لحقوق الأم في المراحل المبكرة من الحمل وحقوق الجنين في المراحل المتأخرة منه، ومع ذلك فإن سهام النقد الكثيرة لهذا القرار أدت إلى إجراء العديد من المحاولات السياسية من جانب السلطات العامة لنقضه عن طريق تعديل الدستور إلا أن هذه المحاولات باءت بالفشل نظراً لوجود ضغط شعبي كبير مساند لهذا القرار (٧٤) كما بين القاضي وايت وهو أحد المعارضين لهذا الحكم بأن " عملت المحكمة على صياغة وإعلان حق دستوري جديد للأمهات الحوامل "، وبذلك فإن المحكمة الاتحادية العليا أنشأت أو خلقت العديد من المبادئ والقواعد بحجة وجود أساس دستوري ضمني لها من دون أن تتعرض قراراتها في الغالب للنقض السياسي من قبل السلطة المؤسِسة بسبب وجود مجموعات متنوعة في المجتمع الأمريكي يعتبرون أنفسهم مستفيدين من تلك القرارات، وعلى الرغم من ذلك تبقى هذه الفلسفة أو السياسة القضائية محل نظر من قبل المحكمة ذاتها أو من قبل السلطة المؤسِسة التي تعبر عن الإرادة العامة للشعب الأمريكي (٧٥) ويمكن القول بأن اتجاه المحكمة الاتحادية العليا في هذا التوسيع الدستوري ذي الطابع الخلاق ينسجم مع سياسة القضاة الذين يميلون إلى زيادة الفعالية القضائية في التفسير الدستوري، وهذا ما عبر عنه بعض القضاة منهم رئيس القضاة الأسبق جون مارشال (JOHN MARSHALL) بقوله " أن الدستور كتب ليتحمل الأجيال المستقبلية "، وكذلك العبارة المشهورة لرئيس القضاة الأسبق هيوز (HUGHES) بأنه " نحن

(74) SUSAN WELCH AND OTHERS, UNDERSTANDING AMERICAN GOVERNMENT, THIRD EDITION, WEST PUBLISHING COMPANY, 1995, P.455

ومع ذلك في قضية (PLANNED PARENTHOOD V. CASEY 1992) اعترضت المحكمة على فترة الثلاثة أشهر لكنها أكدت في الوقت ذاته على حق المرأة في الإجهاض إلى أن يصبح الجنين قابلاً للحياة:

https://en.wikipedia.org/wiki/Roe_v._Wade

(75) GEORGE MCKENNA, OP.CIT, P.347, 349, 358

Published by Arab Journals Platform,

نعمل في إطار الدستور، لكن الدستور هو ما تقوله المحكمة العليا " (٧٦)

ثانياً: في فرنسا:

أما في فرنسا فقد مارس المجلس الدستوري رقابته طبقاً لكتلة الدستورية (BLOC DE CONSTITUTIONNALITE) التي تتكون حصراً من دستور ١٩٥٨ ومقدمته، حيث اعترف المجلس الدستوري منذ صدور القرار المرقم ٤٤ – ٧١ في ١٦ تموز ١٩٧١، الذي استنبط المجلس من خلاله مبدأ حرية الجمعيات، بالقيمة الدستورية لهذه المقدمة بما تحيل إليه من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ ومقدمة دستور ١٩٤٦، علماً أن هذه المقدمة الأخيرة تتكون من مصدرين مهمين استند إليهما المجلس في العديد من قراراته، وهما المبادئ الأساسية التي أقرتها قوانين الجمهورية والمبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية الضرورية في وقتنا الحاضر، وهذه المبادئ الأخيرة قد حددتها المقدمة في فقرتها الثانية بمجموعة من المبادئ، إلا أن المجلس الدستوري لم يستند في رقابته على القواعد والمبادئ التي صرح الدستور بها فقط بل لجأ أيضاً إلى تفسير وتحليل مضامين هذه الكتلة بطريقة بنّاءة (D UN ANALYSE CONSTRUCTIVE) (٧٧)

ومن الجدير بالذكر أن المبادئ التي أقرتها قوانين الجمهورية المشار إليها في الفقرة الأولى من ديباجة دستور ١٩٤٦ يقصد بها المبادئ الأساسية المستخلصة من أي قانون من قوانين الجمهورية قبل نفاذ مقدمة دستور ١٩٤٦، كما أكد المجلس الدستوري في قراره الصادر في ٢٠ تموز ١٩٩٣ أن المبدأ المستخلص لا ينبغي أن يكون عرضياً أو طارئاً بل ينبغي أن يتسم بالعمومية بصورة كافية، فضلاً عن أن المجلس لم يستخلص سوى عدد محدود من هذه المبادئ لغرض الرقابة منها مبدأ حرية الجمعية في قراره الصادر في ١٦ تموز ١٩٧١ ومبدأ حق الدفاع في قراره الصادر في ٢ ديسمبر ١٩٧٦ ومبدأ استقلال القضاء الإداري في قراره الصادر في

(76) SUSAN WELCH AND OTHERS, OP.CIT, P.405

(77) DMITRI GEORGES LAVROFF, LE SYSTEME POLITIQUE FRANCAIS, DALLOZ, PARIS, 1991, P.130-136 – JACQUES CHEVALLIER, L ETAT DE DROIT, 3 EDITION, MONTCHRESTIEN, PARIS, 1999, P.90

٢٢ تموز ١٩٨٠ ومبدأ استقلال الأساتذة الجامعيين في قراره ٢٠ يناير ١٩٨٤، فعلى الرغم من قلة هذه المبادئ المستخلصة إلا أن المجلس الدستوري بإمكانه في المستقبل أن يستخلص العديد منها لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية [٧٨].

أما المبادئ الضرورية لوقتنا الحاضر التي صرحت بها الفقرة الثانية من مقدمة دستور ١٩٤٦ فإن المجلس لم يستند إليها في رقابته سوى في حالات نادرة منها حق الإضراب وذلك في القرار المرقم ٧٩ -١٠٥ في ١٩٧٩/٧/٢٥ والقرار المرقم ٨٧ – ٢٣٠ في ٢٨/ ٧/ ١٩٨٧ [٧٩].

وكما بينا لقد قام المجلس الدستوري بتفسير مضامين هذه الكتلة بطريقة بنّاءة ومثال على ذلك قام المجلس باستنباط مبدأ حماية شرف الإنسان وكرامته ضمن قراره الصادر في ٢٧ تموز ١٩٩٤ بعدم دستورية القانون الخاص بالأدبيات والتجارب الطبية حيث أسس المجلس قراره على الفقرة الأولى من ديباجة دستور ١٩٤٦ التي تنص على أن " غداة الانتصار الذي حققته الشعوب الحرة على الأنظمة التي حاولت استعباد وإذلال الكائن البشري يعلن الشعب الفرنسي ..." فمن هذا النص استنبط المجلس الدستوري مبدأ حماية شرف الإنسان وكرامته، كما استنبط المجلس عدداً قليلاً من المبادئ دون الاستناد إلى أساس قانوني في ذلك لغرض تقييد بعض الحقوق والحريات الأساسية ومثالها مبدأ استمرارية عمل المرفق العام حيث أشار المجلس في قراره الصادر في ٢٥ تموز ١٩٧٩ بأنه على الرغم من أن حق الإضراب له قيمة دستورية إلا أن ذلك لا يحول دون وضع قيد على هذا الحق في سبيل تأمين استمرارية المرفق العام الذي له قيمة دستورية أيضاً، وكذلك على نحو مماثل في قراره الصادر في ٢٢ تموز ١٩٨٠ حيث أضفى المجلس القيمة الدستورية على مبدأ حماية صحة وأمن الأفراد وأموالهم، فمثل هذه القرارات التي أظهرت ميلاً إلى الاستناد على المبادئ العامة غير المكتوبة أدت إلى توجيه الانتقاد إلى اتجاه المجلس الدستوري في إبراز قدرته على خلق هذه المبادئ مما أدى

(78) DOMINIQUE CHAGNOLLAUD, DROIT CONSTITUTIONNEL CONTEMPORAIN, SIREY, DALLOZ, PARIS, 1999, P.358
(79) DMITRI GEORGES LAVROFF, OP.CIT, P. 136-137.

بالمجلس إلى إبداء رغبته في منح هذا النوع من القرارات أساساً نصياً، وهذا ما أكده السكرتير العام الأسبق للمجلس الدستوري (BRUNO GENEVOIS) بقوله"أن المجلس الدستوري يميل أكثر فأكثر إلى ترجيح المصادر المكتوبة للمبادئ ذات القيمة الدستورية مقارنة بمصادرها غير المكتوبة " [٨٠] ففي قراره الصادر في ١٢ يناير ٢٠٠٢ استنبط المجلس الدستوري مبدأ وضوح القانون وهدف قابليته للفهم وسهولة الوصول إليه ذي القيمة الدستورية، فبمقتضى هذا القرار يعود للمشرع ممارسة الاختصاص الذي أسندته له المادة ٣٤ من الدستور بشكل تام، وأن عليه في ممارسته لهذا الاختصاص احترام المبادئ والقواعد ذات القيمة الدستورية، والسهر على قيام السلطات الإدارية والقضائية المكلفة بتطبيق القانون بتأمين هذا الاحترام، وأن مبدأ وضوح القانون الناجم عن المادة ٣٤ من الدستور، وهدف سهولة فهم القانون ذي القيمة الدستورية الناجم عن المواد ٤، ٥، ٦، ١٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩، يفرضان عليه، في هذا الصدد، تبني أحكام دقيقة بما فيه الكفاية، وصيغ غير غامضة، وذلك بغية حماية أشخاص القانون من أي تفسير مناقض للدستور، أو من خطر التعسف، وقد سبق أن قرر المجلس في قراره الصادر في ٧ ديسمبر ٢٠٠٠ فيما يتعلق بتنظيم التجهيزات التجارية في أقاليم ما وراء البحار بأن التحديدات التي وضعت على حرية التعهد لم يجر النص عليها بطريقة واضحة ودقيقة مما يشكل انتهاكاً لمبدأ وضوح القانون [٨١] كما قرر المجلس الدستوري عدم دستورية أحد النصوص الواردة في قانون الميزانية في قراره ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٥ بسبب ما تضمنه النص من تعقيد مفرط، وأن هذا التعقيد يبدو في عدة مظاهر: فالنص يتميز بإطالة زائدة، وأحكامه مرتبطة ببعضها، وغير مفهومة للممول، بل وغامضة حتى بالنسبة للمهني، وذلك بسبب كثرة الإحالات إلى نصوص أخرى تتميز بدورها بالارتباط، كما أن عدم اليقين فيها مصدر للإخلال بالأمن القانوني، ومن ثم فإن التعقيد يمكن أن يؤدي إلى عدم تمكين جزء من الممولين من القيام

(80) ARLETTE HEYMANN DOAT, LIBERTES PUBLIQUES ET DROITS DE L HOMME, 6 EDITION, L.G.D.J, 2000, P.133-134.

(٨١) د. رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص١٦٠-١٦٣.

بالعمليات المالية التي يطلب المشرع منهم إجراءها، كما يعتبر مخالفة لمبدأ قابلية القانون للفهم أو الإدراك أخطاء الصياغة التي تعوق فهم القانون، مالم يقم المشرع فيما بعد بتصحيح هذه الأخطاء (٨٢).

فضلاً عن ذلك أكد المجلس الدستوري الفرنسي بأنه على الرغم من أن المبادئ العامة للقانون التي استنبطها مجلس الدولة تعد ذات قيمة تشريعية فإنه يحق للمجلس الدستوري أن يعترف لها بقيمة دستورية بحيث يعزز مرتبتها بجعلها في مرتبة المبادئ الدستورية المكتوبة(٨٣) ومع ذلك اعتبر جانب من الفقه الدستوري الفرنسي بأن أي مبدأ قانوني عام أضفى عليه المجلس الدستوري القيمة الدستورية إنما يرجع في أساسه إلى نص دستوري سواء بصورة مباشرة أم غير مباشرة، كمبدأ استمرارية المرفق العام الذي يرجع في أساسه إلى المادة الخامسة من الدستور التي تشير إلى أن يحرص رئيس الجمهورية على احترام الدستور ويكفل بتحكيمه العمل المنتظم للسلطات العامة واستمرارية الدولة، وكذلك الحال فيما يتعلق بالمبدأ الخاص بحماية الصحة العامة وأمن الأفراد حيث يعود في أساسه إلى المادة ٢ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن والفقرة الحادية عشرة من مقدمة دستور ١٩٤٦، فضلاً عن ذلك اعتبر الفقه الدستوري الفرنسي نظرية المبادئ العامة في قضاء المجلس الدستوري ليست في الحقيقة إلا مجرد تضييق للقواعد الدستورية المكتوبة، كما أنه إذا ماتم التسليم للقاضي الدستوري بالقدرة على الأخذ بهذه النظرية فإن ذلك يعني التسليم بقدرته على خلق مبادئ دستورية غير مكتوبة إلى جوار المبادئ الدستورية المكتوبة، وهذا بدوره يخرج عن مهمته التي تنحصر في تطبيق الدستور دون إضافة قواعد أخرى في صورة مبادئ عامة غير مكتوبة، وهذا ما دفع الفقيه (LE MIRE) إلى القول "بأن المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية إذا كانت ستفرض على اللائحة المستقلة فإنها ستفرض عليها باعتبارها قواعد دستورية وليست مبادئ عامة دستورية"(٨٤).

(٨٢) د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون العام الاقتصادي دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، ٢٠١٢، ص٢٥٢.

(83) DOMINIQUE CHAGNOLLAUD, OP.CIT, P.385

(٨٤) د. عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة

ثالثاً: في ألمانيا:

وقامت المحكمة الدستورية الألمانية بإجراء العديد من التغييرات الدستورية أبرزها ما يتلاءم مع التطور التكنولوجي في المجتمع، ففي قرارها الصادر في ١٥ ديسمبر لعام ١٩٨٣ استحدثت المحكمة الدستورية مصطلحاً جديداً وطورت أو ابتكرت الحق في تقرير المصير المعلوماتي (RIGHT TO INFORMATIONAL SELF – DETERMINATION) وذلك على أساس المادة ٢ فقرة ١ المتعلقة بالحرية الشخصية العامة بالارتباط مع المادة ١ فقرة ١ من القانون الأساسي المتعلقة بالكرامة الإنسانية. فطبقاً لهذه الطريقة أقامت المحكمة الدليل على حماية خصوصية البيانات بحيث منحت الأفراد الحق في أن يقرروا بشأن استعمال بياناتهم الشخصية (٨٥)، كما قررت المحكمة الدستورية الألمانية في عام ٢٠٠٨ باعتبار ما يسمى البحث في شبكة الانترنت، حماية الحريات الشخصية العامة وفقاً للمادة ٢ فقرة ١، في علاقتها مع المادة ١ فقرة ١ من الدستور، وبشكل خاص التوتر بين الحرية والأمن الذي يؤثر على نقل المعلومات والمعطيات الشخصية، بحيث خلقت المحكمة حقاً دستورياً جديداً يتعلق بضمان الخصوصية والسلامة في نظم تكنولوجيا المعلومات الذي على أساسه قررت المحكمة عدم دستورية القانون (٨٦).

ومن المعلوم أن السلطة التأسيسية الألمانية في عام ١٩٤٩ لم ترغب في تأسيس أي حق يرتب ديناً مالياً في ذمة الدولة معتبرة أن دستورية مثل هذه الحقوق تؤدي إلى منح القاضي الدستوري سلطة تقرير نفقات على الدولة، وقد احترمت المحكمة الدستورية الاتحادية بالإجمال موقف السلطة التأسيسية هذا، ولم تقر بوجود حقوق ينبغي تقديمها إلا في سلسلتين من الحالات، الحق في حدٍ أدنى حيوي في فرضيات خاصة جداً، والحق في تكوين جامعي، ومع ذلك فإن النتائج كانت لفظية أكثر مما هي فعلية. حيث إن المحكمة الدستورية الاتحادية

العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٥٢٩-٥٣٠.

(85) RUDOLF STREINZ, THE ROLE OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT : LAW AND POLITICS, RITSUMEIKAN LAW REVIEW, NO.31, 2014, P.104 : http://r-cube.ritsumei.ac.jp/repo/repository/rcube/5637/lr31_streinz.pdf

(86) ALLAN R.BREWER CARIAS, OP.CIT, P.51

اتجهت نحو تأسيس الحق في الصحة، ففي ٦ كانون الأول أبطلت المحكمة الدستورية حكماً صادراً عن المحكمة الاجتماعية الاتحادية لكونها أكدت حكماً صادراً عن هيئة قضائية اجتماعية أدنى كان قد أعطى الحق لصندوق التأمينات الاجتماعية الذي رفض القيام بتسديد بعض النفقات الطبية. وكان صاحب الطعن الفردي شاباً مصاباً بمرض الدشين الذي يعد مرضاً نادراً ولاتوجد له أية معالجة معترفاً بها من قبل الأطباء (باستثناء ما يتعلق بتخفيف أعراضه)، وبما أن حالته كانت تزداد سوءاً وكان يخشى من نهايته الحتمية فقد التمس استرداد نفقات معالجة طبية كانت المفوضية الاتحادية للضمان الاجتماعي لا تعترف بها بعد(٨٧).

وقضت المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية بأن المحكمة الاجتماعية الاتحادية فسرت أحكام القانون الاجتماعي الخاصة بحقوق استرداد النفقات من الصناديق العامة للضمان الاجتماعي بطريقة تنتهك الدستور. وكانت النصوص الدستورية تتمثل من جهة أولى بالمادة ٢ فقرة ١ (الحرية العامة في التصرف) المقترنة بمبدأ الدولة الاجتماعية (المادتين ٢٠، ٢٨) ومن جهة أخرى بالمادة ٢ فقرة ٢ (الحق في الحياة)، واعتبرت المحكمة الدستورية بالاستناد إلى الأحكام الدستورية المذكورة في المقام الأول، أن من غير المقبول ألا يستطيع شخص أشرك إلزامياً في صندوق عام (وهو الزام موجود بالنسبة لكل من لديه دخل ضعيف أو متوسط) الاستفادة من إعانات الضمان الاجتماعي عندما يصاب بمرض قاتل لا توجد له معالجات اعترفت بها كليات الطب، وقرر اللجوء إلى معالجة طبية غير تقليدية، وذلك بعد أن أفاد الطبيب المعالج بأنها يمكن أن تحقق له تحسناً في حالته، فحماية الفرد في حالة المرض هي بالفعل مهمة أساسية للدولة الاجتماعية، كما أكدت المحكمة فيما بعد بأن من واجب الدولة حماية الحق في الحياة وفقاً للمادة ٢ فقرة ٢ من القانون الأساسي عندما يتعلق الأمر بمعالجة مريض مهدد بالموت، فصحيح أن قائمة الخدمات التي تقدمها صناديق الضمان الاجتماعي تخضع شرعياً لاعتبارات مالية وعلمية، إلا أن من واجب الدولة، في الحالة الاستثنائية التي لا توجد فيها أية معالجة معترف بها لمعالجة مريض مهدد بالموت، حماية حياة المضمون، من

(٨٧) ميشال فرومون، مصدر سابق، ص١٧٦٧-١٧٦٨ .

خلال تقديم دعم مالي له، إذا كانت المعالجة غير التقليدية تعطيه على الأقل أملاً ما بالتحسن، وعلى القاضي الاجتماعي التحقق مما إذا كانت المعالجة المرتقبة تفي بهذا الشرط (٨٨) ويمكن القول أن هذا القرار يعد تكريساً لحق حقيقي في الإعانة ويمثل اجتهاداً جديداً نحو تأسيس الحق في الصحة فضلاً عن أنه سيؤدي علاوة على ذلك لخلق مزيد من الصعوبات للوضع المالي للضمان الاجتماعي.

رابعاً: في بولندا:

وأيضاً في بولندا، طورت المحكمة الدستورية الفاعلية القضائية المهمة باعتبار توسيع حقوق الإنسان، وبشكل خاص بعد عام ١٩٨٩، أي من خلال السياق التأريخي المتصل بسقوط النظام الشمولي وضرورة تشييد بنية دولة القانون الديمقراطية، فوفقاً لهذه الأغراض اندفعت المحكمة الدستورية البولندية إلى فك شفرة معايير الحقوق والحريات غير المصرح بها مباشرة في الدستور، ووفقاً للنظام والقيم الديمقراطية الجديدة، قامت المحكمة بتكملة النصوص الدستورية الموجودة من خلال اشتقاقها لقواعد أساسية منها الحق في حماية حياة الإنسان قبل الولادة، حق المحاكمة، الحق في حماية الخصوصية، تحريم الأثر الرجعي، قاعدة حماية الحقوق المكتسبة، الأمن القانوني ومبدأ التناسب. وفي قضايا أخرى، في مسألة منح محتوى معين للفقرات البرنامجية في الدستور، ومن خلال تحول الدولة في بولندا من دولة شمولية اشتراكية إلى دولة القانون الديمقراطية، حيث توجد قائمة واسعة من الأحكام العامة في الدستور المتعلقة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وتعريف النظام الاقتصادي كنظام معزز لحكم " اقتصاد السوق الاجتماعي " وفقاً للمادة ٢٠ من الدستور، فطبقاً لهذه الأحكام بين القاضي (MAREK SAFJAN) بأنه "إذا لم تبق تلك الأحكام كإيديولوجيات خالصة وأدبيات دستورية ... فإن المحكمة الدستورية، بواسطة تحويل تلك الأحكام إلى قواعد أي ابتغاؤها لمحتوى قاعدي أدنى لتلك الأحكام البرنامجية، ستبذل الجهد في الوقت ذاته من خلال التأثير الأقوى المتزايد على توجهات سياسة الدولة في تلك الأبعاد"، كما قامت

(٨٨) المصدر نفسه، ص١٧٦٨-١٧٦٩

المحكمة بملء تلك المفاهيم، بتعيين حدودها، باستعمال القيم المتبعة بواسطة الدستور، وكما هو موضح من قبل القاضي (MAREK SAFJAN) بقوله " أن الخاصية التي تميز كل دستور هي استخدامه لعدد واسع من القواعد المفتوحة، التي تملك نطاقاً قاعدياً غامضاً وغير محدد، المعبرة عن القيم القانونية الأساسية، والخالقة لما يسمى بعلم قيم الدستور – AXIOLOGY OF THE CONSTITUTION – علماً أن البحث في المحتوى القاعدي للدستور مخبأ في التعبيرات الدستورية العامة وغير المحددة، الذي يعود استنباطه إلى طبيعة تفسير الدستور الذي يتصل بشكل مغلق بجوهر وظيفة كل محكمة دستورية " (٨٩).

خامساً: في النمسا:

كما استنبطت المحكمة الدستورية النمساوية العديد من المبادئ الدستورية المهمة، منها مبدأ حكم القانون، الذي اشتقت منه أيضاً مبادئ أخرى منها مبدأ القانونية،ومبدأ الوضوح القانوني الذي يلزم المشرع في أن يوفر نصوصاً مفصلة وواضحة، وكذلك مبدأ قابلية الأعمال التشريعية للفهم والإدراك، ومبدأ الحماية القانونية الفاعلة الذي يلزم البرلمان في أن يوفر للأفراد حماية قانونية ملائمة وكافية. فمن خلال هذه التفسيرات البنّاءة قامت المحكمة الدستورية النمساوية بخلق قيود دستورية جديدة على البرلمان الذي يجب أن يكيف تشريعاته طبقاً للمعايير الجديدة المستقرة بواسطة المحكمة (٩٠)

سادساً: في استراليا:

فضلاً عن ذلك استنبطت المحكمة العليا الاسترالية العديد من الحقوق الضمنية من أهمها حرية الاتصال السياسي (FREEDOM OF POLITICAL COMMUNICATION) ، فعلى الرغم من عدم وجود حق دستوري في حرية التعبير في استراليا إلا أن المحكمة العليا استنبطت في قضيتي (NATIONWIDE NEWS PTY LTD V. WILLS 1992) و (AUSTRALIAN CAPITAL TELEVISION PTY LTD V. COMMONWEALTH 1992)

(89) ALLAN R.BREWER CARIAS, OP.CIT, P. 52-53
(90) CONRAD LACHMAYER, AUSTRIAN NATIONAL REPORT, P.8

Published by Arab Journals Platform,

بأن الاستراليين يتمتعون بحرية ضمنية في الاتصال السياسي، بحيث ينبغي أن تشمل هذه الحرية على الأشكال غير الشفوية للاتصال، فالمحكمة العليا استنبطت هذه الحرية عند تفسيرها لنصوص المواد ٧، ٢٤، ٦٤ و ١٢٨ من دستور الكومنولث، فهذه النصوص تعد خلاصة للنظام الأسترالي في الحكومة التمثيلية، إذ حددت المحكمة بأنه لأجل تحقيق الوظيفة الفعالة للعملية الانتخابية فإنه ينبغي أن يتاح للمواطنين الفرصة للوصول إلى المعلومات الضرورية والأفكار التي تمكنهم من صنع حكم حقيقي عند التصويت، وبالنتيجة فإن هذه الحرية تحمي التعبير ككلام سياسي موجه لأعضاء السلطة كالوزراء أو الموظفين العامين [٩١] وفي قضية (ROUCH V. ELECTORAL COMMISSIONER 2007) استنبطت المحكمة العليا الاسترالية حق الاقتراع العام في الانتخابات الفدرالية أو المحلية، بحيث أبطلت تشريع الكومنولث الذي يمنع السجناء من التصويت، وبررت المحكمة ذلك من خلال التفسير الواسع والمتطور بأن تعديلات عام ٢٠٠٦ تتعارض مع نظام الديمقراطية التمثيلية وفقاً للمواد ٧ و ٢٤ من الدستور، فالتصويت أو الاقتراع في الانتخابات يقع في قلب نظام الحكومة التمثلية والذي أشتقته المحكمة من عبارة " يتألف مجلس النواب من أعضاء يتم اختيارهم مباشرة من قبل شعب الكومنولث " الواردة في المادة ٢٤ من الدستور، وأن حرمان مجموعة من المواطنين البالغين من الاقتراع بدون سبب جوهري يعد انتهاكاً للدستور [٩٢]

سابعاً: في الهند :

بالإضافة إلى ذلك لعبت المحكمة العليا الهندية دوراً فاعلاً وخلاقاً في مجال تفسير النصوص الدستورية ولاسيما في مجالين رئيسين: الأول يتعلق بمذهب البنيان الأساسي والثاني يتعلق بالمبادئ التوجيهية لسياسات الدولة:

١-: مذهب البنيان الأساسي: ففيما يتعلق بمذهب البنيان الأساسي حيث بينت المحكمة

(91) JAKE BUCKINGHAM, CURRENT TRENDS SURROUNDING THE CONSTITUTIONAL FREEDOM OF POLITICAL COMMUNICATION, BOND UNIVERSITY STUDENT LAW REVIEW, VOL. 4, ISSUE 1, 2016, P.1 :
https://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=buslr
(92) ANTHONY GRAY, THE GUARANTEED RIGHT TO VOTE IN AUSTRALIA, QUTLJJ, VOL. 7, No. 2, 2007, P. 179-182

العليا الهندية في قضية (KESAVANADA BHARATI V. STATE OF KERALA 1973) بأن " سلطة البرلمان في التعديل ليست مطلقة، ولا تشمل سلطة تغيير البنيان الأساسي أو الإطار الدستوري على نحو يغير من هويته " كما بينت المحكمة بأن مقدمة الدستور وبعض الفقرات الدستورية تتمتع ضمنياً بأهمية خاصة لاحتوائها على مبادئ معينة كعلو الدستور، الشكل الجمهوري والديمقراطي للحكم، دولة الرفاهية، الحرية الفردية، فصل السلطات، الفدرالية والعلمانية التي تشكل الخصائص الأساسية للبنيان الأساسي للدستور الهندي، كما عادت المحكمة العليا الهندية لتؤكد مبدأ البنيان الأساسي في قضية (INDIRA NEHRU GANDHI V. RAJ NARAIN 1975) حيث قضت بعدم مشروعية التعديل التاسع والثلاثين للدستور الهندي استناداً إلى أن هذا التعديل يشكل انتهاكاً للبناء الأساسي للدستور [٩٣].

غير أنه بعد هذه القرارات قرر البرلمان الهندي في عام ١٩٧٦ اجتثاث مبدأ البنيان الأساسي للدستور وذلك من خلال تبنيه للتعديل الثاني والأربعين للدستور الهندي الذي أضاف البندين الرابع والخامس للمادة ٣٦٨ من الدستور. فقد كان البند الرابع يستبعد صراحة الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية، وكان البند الخامس ينص على أن سلطة التعديل لا تخضع لأي قيود. غير أن المحكمة العليا الهندية قررت، في قضية (MINERVA MILLS LTD V. UNION OF INDIA 1980) عدم مشروعية التعديل الثاني والأربعين للدستور الهندي حيث صرحت المحكمة بأنه لا يمكن استعمال سلطة التعديل لتحطيم هوية الدستور القائم، ولذلك لا يمكن إلغاء القيود التي ترد على سلطة التعديل .لأن ذلك سوف يجعل سلطة التعديل (أي البرلمان) سلطة مطلقة ومتحكمة في القيم الأساسية التي يقوم عليها الدستور

(93) KEMAL GOZLER, JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT : A COMPARATIVE STUDY, EKIN PRESS, BURSA, 2008, P. 91-92 :
http://www.anayasa.gen.tr/jrca.pdf - - GABOR HALMAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS : CONSTITUTIONAL COURT AS GUARDIANS OF THE CONSTITUTION, P. 186-187 :
https://www.researchgate.net/publication/263556407_Unconstitutional_Constitutional_Amendments_Constitutional_Courts_as_Guardians_of_the_Constitution - IFTIKHAR HUSSIAN BHAT, DOCTRINE OF BASIC STRUCTURE AS ACONSTITUTIONAL SAFEGUARD IN INDIA: REFLECTION IN THE JURISPRUDENCE OF OTHER COUNTRIES, INTERNATIONAL JOURNAL OF RESEARCH IN HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES, VOL. 1, ISSUE 3, 2013, P. 29-31 :
http://raijmr.com/wp-content/uploads/2013/04/7_27-38-Iftikhar-Hussian-Bhat.pdf

الهندي، وبعبارة أخرى أن المحكمة بينت بأنها تملك الكلمة النهائية الحقيقية حول صحة القوانين العادية وقوانين تعديل الدستور، فبموجب مذهب البنيان الأساسي لا توجد عملية قانونية يمكن أن تستعمل لمنح البرلمان الحق في أن يتغلب على القرارات القضائية المتعلقة بعدم صحة قانون تعديل الدستور (٩٤).

وقدتأثرت المحكمة العليا لمملكة بيلز بقضاء المحكمة العليا الهندية المتعلق بالبنيان الأساسي للدستور، ففي قضية (BOWEN V. ATTORNEY GENERAL 2008) أعلنت المحكمة العليا لبيلز عدم صحة التعديل الدستوري السادس الذي يستبعد مصادر طبيعية معينة (تشمل البترول) من حماية حق الملكية، حيث صرحت المحكمة بأن التعديل، بواسطة إعاقة اللجوء إلى المحاكم في سياق الانتهاكات المزعومة لحقوق الملكية، ينتهك البنيان الأساسي لدستور بيلز باعتبار مبدأ فصل السلطات وحكم القانون وحماية الحقوق الأساسية وبشكل خاص تلك المتعلقة بالمالك وحماية الملكية من الحرمان التعسفي(٩٥).

فضلاً عن أنه على الرغم من أن المحكمة الدستورية لجنوب إفريقيا لم تقض في مسألة الدستورية الموضوعية لقوانين تعديل الدستور لعدم وجود قيود موضوعية صريحة على سلطة التعديل، إلا أنها فتحت المجال في المستقبل لهذا النوع من الرقابة، من خلال تفسيرها الواسع للدستور، ففي قضية (PREMIER OF KWAZULU – NATAL V. PRESIDENT OF REPUBLIC OF SOUTH AFRICA 1996) بينت المحكمة أنه عندما يصدر التعديل الدستوري وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور، فإنه يعد سليماً من الناحية الإجرائية. لكن بعد ذلك قد يكون محتوى هذا التعديل رجعياً ويعيد البناء الأساسي أو يعيد التنظيم الأساسي لبنية الدستور، وهذا ما لا يمكن وصفه كتعديل بتاتاً(٩٦). كما طبقت

(94) VENCATESH NAYAK, THE BASIC STRUCTURE OF THE INDIAN CONSTITUTION, P. 8-9 :
http://www.constitutionnet.org/files/the_basic_structure_of_the_indian_constitution.pdf - KEMAL GOZLER, OP.CIT, P. 92-93- IFTIKHAR HUSSIAN BHAT, OP.CIT, P.31

(95) YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS, LONDON, 2014, P.74-75 :
http://etheses.lse.ac.uk/915/1/Roznai_Unconstitutional-constitutional-amendments.pdf

(96) RICHARD ALBERT, NONCONSTITUTIONAL AMENDMENTS, THE CANADIAN JOURNAL

المحكمة الدستورية مذهب البناء الأساسي (BASIC STRUCTURE DOCTRINE) في قضية UNITED DEMOCRATIC MOVEMENT V. PRESIDENT REPUBLIC OF South) Africa 2002) لكنها وجدت أنه لا توجد خاصية أساسية تم انتهاكها من قبل التعديل الدستوري(٩٧).

٢-: المبادئ التوجيهية لسياسات الدولة: أما فيما يتعلق بالمجال الثاني الخاص بالمبادئ التوجيهية لسياسات الدولة، فإنه ينبغي ملاحظة أن العديد منها يتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وقد نص عليها الدستور الهندي لعام ١٩٤٩ في المواد من ٣٦ إلى ٥٠، كالحق في العمل والحق في الصحة وحق التعليم وغيرها، وتعلن المادة ٣٧ من الدستور الهندي أن المبادئ التوجيهية لسياسات الدولة " ليست مشمولة بالنفاذ أمام أي محكمة، ولكنها تعد جوهرية فيما يخص سياسات الدولة، ومن مسؤولية الدولة أن تعكس هذه المبادئ في صياغتها للقوانين "، وهي بذلك تختلف عن الحقوق الأساسية كالحق في الحياة والحق في المساواة المشمولة بالنفاذ أمام المحاكم بحيث يمكن أن يطالب الشخص أو المواطن بانفاذ الحقوق الأساسية وبالتعويض والإنصاف في حالة خرقها، وتعد أهلية القضاء لمراجعة التشريعات والإجراءات التنفيذية والأوامر القضائية وشبه القضائية جزءاً من البنيان الأساسي للدستور ولا يجوز سحبها ولا حتى بتعديل الدستور وفقاً لما قررته المحكمة في قضية (KESHAVANANDA BHARATI V. STATE OF KERALA 1973)، وللمحكمة العليا الهندية الكلمة الأخيرة في تفسير الدستور، وبما أن أحكامها تسري مسرى القانون فإنها تعد مشمولة بالنفاذ وملزمة لجميع السلطات في الدولة (٩٨).

OF LAW AND JURISPRUDENCE, VOL.XXII, NO. 1, 2009, P.26:
http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=richardalbert – JOEL COLON RIOS, BEYOND PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY AND JUDICIAL SUPREMACY : THE DOCTRINE OF IMPILICIT LIMITS TO CONSTITUTIONAL REFORM IN LATIN AMERICA, VUWLR, 44, 2013, P. 526 :
http://www.victoria.ac.nz/law/research/publications/vuwlr/prev-issues/volume-44,-issue-34/08-Colon-Rios.pdf,

(97) YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS, OP.CIT, P. 67

(٩٨) س . مور اليدهار، أهلية القضاء للنظر في القضايا المتعلقة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التجربة الهندية، ص٤٣٧ : http://hrlibrary.umn.edu/arab/justiciability.pdf

وعلى الرغم من أن المبادئ التوجيهية لسياسات الدولة غير مشمولة بالنفاذ أمام المحاكم، لكن القضاء الهندي تغلب على هذه العقبة بتفسير مبتكر، فعندما أثير الخلاف أمام المحكمة العليا الهندية حول الحقوق الأساسية والمبادئ التوجيهية لسياسات الدولة وأيهما أولى من الآخر قالت المحكمة بداية في قضية STATE OF MADRAS V. CHAMPAKAM) DORAIRAJAN 1951) " أن المبادئ التوجيهية يجب أن تتفق مع فصل الحقوق الأساسية وأن تكون منه بمنزلة فرعية " ، وفيما بعد خلص أغلبية قضاة المحكمة في دعوى رفعت بعد ذلك إلى أن ما هو أساسي لإدارة الحكم في الدولة لا يمكن أن يكون أقل قيمة مما هو مهم في حياة الفرد، بل اعتبر أحد هؤلاء القضاة " أن بناء نظام اجتماعي عادل قد يحتم أحياناً وضع الحقوق الأساسية في مرتبة أدنى من مرتبة المبادئ التوجيهية"، ومنذ ذلك الحين ساد الرأي القائل بأن الحقوق الأساسية تتكامل مع المبادئ التوجيهية لسياسات الدولة ولا يعلو أحدهما على الآخر، وفي نفس الوقت أخذ القضاء على عاتقه مهمة إدخال روح العدالة الاجتماعية إلى النصوص الدستورية، وهو ما فعله من خلال سلسلة من القضايا ومنها قضية مشهودة تعرف بقضية مانيكا غاندي ضد اتحاد الهند لعام ١٩٧٨ حيث تتعلق هذه القضية برفض الحكومة منح جواز سفر للملتمسة مما يعد تقييداً لحريتها في السفر، ورداً على التساؤل حول ما إذا كان هذا المنع يمكن أن يستمر دون عقد جلسة قضائية لتقرير استمراره، شرعت المحكمة في توضيح محتوى الحق في الحياة والحرية ومضمونه، وأكدت المحكمة أن عقيدة استيفاء السلامة الموضوعية في الإجراءات تمثل جزءاً لا يتجزأ من الفصل الخاص بالحقوق الأساسية، وأنها تنبع من الفهم العام للبنية الكامنة وراء المادة ١٤ من الدستور (الحق في المساواة) والمادة ١٩ (الحريات) والمادة ٢١ (الحق في الحياة)، وهكذا تم توسيع سلطة المحكمة لإبطال القوانين لتشمل الفحص الدقيق لعنصر استيفاء السلامة الموضوعية في اللوائح. وبمجرد أن تبنت المحكمة العليا رؤية موسعة لنطاق ومضمون الحق في الحياة والحرية، لم تعد هناك رجعة، فتم تفسير المادة ٢١ المتعلقة بالحق في الحياة على أنها تتضمن مجموعة من الحقوق الأخرى العارضة

التي لا تتجزأ، وكثير منها ذو طبيعة تشبه الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (٩٩)

كما أعلنت المحكمة العليا في قضية فرانسيس كورالي مالين لعام ١٩٨١ بأنه "يتضمن الحق في الحياة الحق في العيش في إطار من الكرامة الإنسانية وكل ما يتصل بها، أي الضروريات الأساسية للحياة مثل القدر الكافي من الغذاء والكساء والمأوى ومستلزمات القراءة والكتابة والتعبير عن النفس بمختلف الصور، وحرية التنقل والاختلاط والاندماج مع الآخرين، ويتوقف مدى هذا الحق ومكوناته على مدى التنمية الاقتصادية للدولة، ولكن يجب مهما كانت زاوية النظر أن يتضمن ضروريات الحياة الأساسية وكذلك الحق في مباشرة المهام والأنشطة التي تمثل الحد الأدنى من التعبير عن الذات الإنسانية. وهكذا بالجمع بين تأثير التفسير الموسع للحق في الحياة وفتح الباب للتقاضي من أجل الصالح العام كأداة لإضفاء الحماية القضائية استطاعت المحكمة العليا الهندية أن تلتفت إلى جوانب تتسم بالحاجة الملحة إلى تحقيق العدالة الاجتماعية، وبذلك فإن القضاء الهندي جعل المبادئ التوجيهية مشمولة بالنفاذ ليس لذاتها بل لارتباطها بمضمون الحقوق الأساسية بحيث لم يتقيد بالنص الدستوري الظاهري الذي يقضي بعدم شمول المبادئ التوجيهية بالنفاذ أمام المحاكم (١٠٠).

تاسعاً: في كندا:

وعلى الرغم من أن معظم المحاكم تستند في تفسيرها الواسع أو المتطور إلى النصوص الدستورية المكتوبة، إلا أن المحكمة العليا الكندية أضافت اتجاهاً حديثاً بأنه يوجد مبادئ دستورية غير مكتوبة يعود مصدرها إلى القانون الطبيعي والعدالة والعرف والتقاليد، وهذا يعني أن هذه المبادئ غير موجودة في النص الدستوري المكتوب ولا يمكن اشتقاقها من النص من خلال عملية التفسير الاعتيادية، مما يمنح المحكمة القدرة على ابتكار المعنى الدستوري، ومثال هذه المبادئ التي ابتكرتها المحكمة العليا الكندية مبدأ حكم القانون

(٩٩) المصدر نفسه، ص٤٣٨-٤٣٩ .

(١٠٠) المصدر نفسه، ص٤٣٩-٤٤٠.

والدستورية، الديمقراطية، الفدرالية، احترام حقوق الأقليات ومبدأ استقلال القضاء[١٠١]

ثامناً: في مصر:

فضلاً عن ذلك قامت المحكمة الدستورية العليا في مصر بتفسير دستور ١٩٧١ (الملغى) تفسيراً واسعاً في مجال المبادئ والحقوق الدستورية، فمثلاً تناولت المحكمة الدستورية العليا في كثير من أحكامها حماية الدستور لحرية التعبير باعتبارها أصلاً ينتج حقوقاً وحريات أخرى غير منصوص عليها. حيث قضت في عام ١٩٩٥ في أن الحق في الرقابة الشعبية فرع من حرية التعبير بقولها " ما الحق في الرقابة الشعبية النابعة من يقظة المواطنين المعنيين بالشؤون العامة، الحريصين على متابعة جوانبها، وتقرير موقفهم من سلبياتها، إلا فرعاً من حرية التعبير ونتاجاً لها "، كما اعتبرت المحكمة الدستورية في العديد من قراراتها بأن الحرية الشخصية أصل يتفرع عنه العديد من الحقوق كحرية التعاقد والحق في الزواج أو الحق في اختيار الزوج أو الزوجة ورجعية القانون الأصلح للمتهم، لا بل أن المحكمة الدستورية العليا خلصت إلى أن هناك العديد من الحقوق والحريات التي لم يتضمنها الدستور صراحة هي أصول لفروع منصوص عليها. ولعل أبرز مثال على ذلك يكمن في مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية حيث انتهت المحكمة إلى أن شخصية العقوبة المنصوص عليها في المادة ٦٦ من الدستور فرع من أصل هو شخصية المسؤولية الجنائية التي أغفل الدستور النص عليها صراحة، وأن الحق في المحاكمة المنصفة المنصوص عليه في المادة ٦٧ هو فرع من أصل هو قرينة البراءة [١٠٢].

وقد يجد القاضي الدستوري صعوبة في القول بأن مبدأ ما يعد فرعاً أو أصلاً لأحد المبادئ المنصوص عليها صراحة في الدستور، فينتهي إلى أن هناك نوعاً آخر من الحقوق غير منصوص عليها صراحة بالوثيقة الدستورية، ومع ذلك يضفي عليها القيمة الدستورية، مستنداً في ذلك إلى أن أبعاد العلاقة بين النصوص الدستورية وربطها ببعض، كثيراً ما ترشح لحقوق أخرى لا نص عليها، ولكن يشي بثبوتها ما يتصل بها من الحقوق التي كفلها الدستور، والتي تعد

(101) PETER W. HOGG, OP.CIT, P.90-93

(١٠٢) د. جابر محمد حجي، مصدر سابق، ص٣٣٥-٣٤٠ .

مدخلاً إليها بوصفها من توابعها أو مفترضاتها أو لوازمها، فهذه الحقوق التي تستنبط من فيض النصوص الصريحة تتفق مع مقاصد الدستور وروحه العامة التي تستهدف حماية حقوق وحريات الأفراد كما تعني بتحقيق الصالح العام، ومثالها في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن الحق في التعليم يشتمل على حق كل مواطن في أن يختار نوع التعليم الذي يراه أكثر اتفاقاً مع ميوله وملكاته، وأن يتلقى قدراً من التعليم يكون مناسباً لمواهبه وقدراته، وكذلك الحق في بناء أسرة وفق الأسس التي حددها دستور ١٩٧١ بنص المادة ٩ منه يعني أن يكون للآباء والأوصياء حق اختيار وسائل تنشئة أطفالهم أو من هم في رعايتهم، وألا يحملوا على اختيار نوع من التعليم يكون نمطياً أو دون مداركهم، فضلاً عن أنه على الرغم من أن الدستور المصري لم ينص صراحة على مبدأ الأمن القانوني، فهو لا يتمتع في ذاته بقيمة دستورية، إلا أن المحكمة الدستورية طبقت هذا المبدأ في العديد من أحكامها، حيث استنبطته من عدد من نصوص الدستور وأضفت القيمة الدستورية على بعض صوره، وكان من أهم صوره التي استخلصتها المحكمة عدم جواز مصادمة التوقع المشروع للأفراد [١٠٣] وقضت بناءً على ذلك بعدم دستورية بعض النصوص التشريعية [١٠٤] وتأكيداً على مبدأ الأمن القانوني

(١٠٣) يعتبر مبدأ الأمن القانوني أحد أهم الأسس التي يقوم عليها بناء دولة القانون، وتعني فكرة الأمن القانوني ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية، بحيث يتمكن الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدي من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بإعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار، فضلاً عن ذلك أن مبدأ الأمن ليس في حقيقته إلا عدة مبادئ وهي مبدأ وضوح القانون وقابليته للفهم أو الادراك، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة، مبدأ عدم الرجعية، ومبدأ الثقة المشروعة، ويقصد بمبدأ الثقة المشروعة هو أن يكون للفرد الحق قانوناً في الثقة في استقرار مركزه وفقاً للقواعد القانونية القائمة، أو يعني أن القواعد العامة المجردة التي تصدر من السلطة التشريعية في صورة قوانين أو تصدر عن السلطة الإدارية في صورة لوائح إدارية يجب ألا تصدر بطريقة فجائية مباغتة تصطدم مع التوقعات المشروعة للأفراد والمبنية على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القائمة على هدي من السياسات الرسمية المعلنة من جانب السلطات العامة والوعود والتأكيدات الصادرة عنها : د. أحمد عبد الظاهر، الأمن القانوني كقيمة دستورية، مقال منشور على شبكة الإنترنت: http://kenanaonline.com/users/law/posts/103659
د. محمد محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص٢٧١ .

(١٠٤) د. جابر محمد حجي، مصدر سابق، ص٣٤١-٣٤٥ .

Published by Arab Journals Platform,

استنبطت المحكمة الدستورية مبدأ وضوح القانون، فقد أكدت في عام ١٩٩٤ على ضرورة وضوح القانون بالنسبة إلى النصوص الجنائية، لأنه بالنظر إلى القيود التي تفرضها على الحرية الشخصية، فإن أحكامها يجب أن تصاغ " بما يقطع الجدل في شأن حقيقة محتواها ليبلغ اليقين بها حداً يعصمها من الجدل، ولازم ذلك ألا يكون النص العقابي مشوباً بالغموض أو متميعاً"، كما حظي مبدأ وضوح القانون، خارج المجال الجنائي، وتحديداً في المجال الضريبي، بقضاء مهم للمحكمة الدستورية العليا المصرية، فقد قضت بأن عبارة " خدمات التشغيل للغير " التي وردت بالجدول رقم ٢ المرافق لقانون الضريبة العامة على المبيعات رقم ١١ لسنة ١٩٩١ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧، قد وردت بصيغة عامة يشوبها الغموض وعدم التحديد، ولم تأت واضحة، مما أثار ظلالاً من الشك حول تحديد مضمونها، وخلافاً حول تطبيقها، وحال بين المكلفين بأدائها والإحاطة بالعناصر التي تقيم البناء القانوني لهذه الضريبة على نحو يقيني جلي، ومن ثم يكون النص التشريعي مخالفاً لأحكام المادة ١١٩ من الدستور(١٠٥).

الخاتمة

أولاً: يقوم القضاء الدستوري بدور تأسيسي من خلال التدخل في أعمال السلطة المؤسِسة أو

(١٠٥) د. محمد محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص٢٥١ .

المشرع الدستوري بعدة طرق وهي :

١- الدور التأسيسي السلبي: وذلك بمراقبة أعمال السلطة المؤسِسة الأصلية بحيث لا يمكن إصدار الدستور إلا بعد تصديق المحكمة، وكذلك مراقبة أعمال السلطة المؤسِسة المشتقة بحيث يقوم القاضي الدستوري بإلغاء التعديلات أو الامتناع عن تطبيقها لمخالفتها للقيود الدستورية، وأن هذا الدور الأخير يعزز بلا شك فكرة حكومة القضاة أو ارستقراطية القضاة طالما أنه لا يمكن نقض أو إلغاء قرار القاضي الدستوري من خلال تعديل الدستور.

٢- الدور التأسيسي الإيجابي: وذلك من خلال سلطته في تفسير النصوص الدستورية، فالتفسير الدستوري لا يقتصر على توضيح وكشف معاني القواعد الدستورية فحسب بل يتعداه إلى خلق معاني دستورية جديدة من خلال تكملة معاني القواعد الدستورية للتغلب على مشكلة عدم تحديدها وكذلك تغيير أو تعديل هذه المعاني المستقرة بتكييفها مع التغيرات السياسية والاجتماعية والاقتصادية والتكنولوجية في المجتمع وذلك بوصف الدستور كوثيقة حية ومتطورة عبر الزمان والمكان .

٣- الدور التأسيسي المزدوج (السلبي – الإيجابي): وذلك عندما يقوم القاضي الدستوري باستنباط أو خلق قيود دستورية ضمنية على سلطة التعديل بحيث يقوم بإلغاء التعديلات الدستورية أو الامتناع عن تطبيقها استناداً إلى هذه القيود الضمنية .

ثانياً: أنه من الصعوبة وضع معيار فاصل بين عمل القاضي الدستوري في استنباط القاعدة الدستورية وخلقها، فالتمييز بين الاثنين يساعد بلا شك على التفرقة بين العمل الكاشف والعمل المنشئ للقاضي الدستوري عندما يقوم بتفسير القواعد والنصوص الدستورية. ومع ذلك يمكن أن يدور عمل القاضي الدستوري بين الاثنين فأحياناً يكون كاشفاً عندما يقوم باستنباط القاعدة الدستورية أي استخراجها من مكامن النصوص الدستورية بالاستناد إلى أساس دستوري ضمني أو غير مباشر، وتارة أخرى يكون منشئاً عندما يقوم بخلق قاعدة دستورية جديدة بتكملة النقص في معنى القاعدة الدستورية أو تغيير معناها المستقر وذلك وفقاً لقواعد العدل والإنصاف والقانون الطبيعي والفكرة السائدة في المجتمع، وعلى الرغم من ذلك يصعب التمييز بين الدورين بشكل قاطع .

ثالثاً: ومتى ما سلمنا بأن القضاء الدستوري مصدر أصلي ومستقل للقانون الدستوري مثل التشريع الدستوري والعرف الدستوري وجب أن نستخلص من ذلك أنه إذا وقع تعارض بين قاعدتين ناشئتين عن مصدرين مختلفين من مصادر القانون فإن حل هذا التعارض يكون عن طريق القواعد الأصولية في التفسير وبصفة خاصة قاعدة أن اللاحق يعدل السابق، وإذا كان التشريع الدستوري والقضاء الدستوري يتساويان من حيث قدرة اللاحق منهما على إلغاء السابق، فإن ذلك لا يؤدي من ناحية أخرى إلى القول بوجود توازن بين قواعد التشريع الدستوري وقواعد القضاء الدستوري ، فالصحيح هو أن التشريع الدستوري يلعب، من الناحية الفعلية، دوراً أوسع نطاقاً وأكبر من ناحية الكم، من الدور الذي يلعبه القضاء في خلق القواعد القانونية، والسبب في ذلك بسيط وهو أن العمل الأساسي للتشريع هو خلق القانون بينما العمل الأساسي للقضاء هو تطبيق القانون لا خلقه، ولكن ذلك لا يمنع من أن يكون القضاء الدستوري مصدراً من مصادر القانون الدستوري ولاسيما إذا شاب التشريع الدستوري غموض أو نقص، ففي هذه الحالات يكون دور القاضي الدستوري في خلق القواعد الدستورية أمراً لا مفر منه لكي يقوم بتطبيق التشريع الدستوري بشكل سليم على المنازعات الدستورية وإلا عد القاضي الدستوري منكراً للعدالة، وهذا يعني بأنه بحكم الطبيعة الواقعية للقضاء الدستوري فإنه يجد نفسه مضطراً لصنع القانون، وهذا لا يعني أنه يسن القانون كالمشرعين من حيث الإجراءات، فالقاضي الدستوري يعدل معاني النصوص الدستورية من خلال التفسير دون تعديل أشكالها وألفاظها ودون أن يتبع إجراءات التعديل المنصوص عليها في الدستور.

رابعاً: أن ما يذهب إليه البعض بأنه يوجد تمييز واضح بين التفسير القانوني والفعالية القضائية على أساس أن الأول هو تعبير مشروع للوظيفة القضائية والثاني هو تعبير فاسد لأنه يؤدي إلى تدخل القضاء التعسفي في المجال السياسي بواسطة إعطائه الأولوية للقيم السياسية على القواعد القانونية، لكن من وجهة نظرنا أن هذا التمييز ليس في محلة لأنه يعتمد على مفهوم ناقص وقديم للوظيفة القضائية الذي بواسطته ينظر للقاضي بأنه مجرد رجل آلي ناطق بلسان القانون، وأن هذا المفهوم يؤكد على المنطق الاستنباطي الخالص حيث يتحقق القضاة من القانون من دون مسؤولية شخصية أو وسائل خلاقة، فعلينا إذن أن نفهم بأن الوظيفة القضائية بذاتها لا

تتضمن تفسير القانون فحسب بل خلقه أيضاً لذلك لا يوجد تمييز واضح بين التفسير القانوني من جهة وصنع القانون من قبل القضاة من جهة أخرى حيث إن صنع القانون يعد بذاته جزءاً من الوظيفة القضائية، وهذا يعني أنه بدلاً من أن نوضح بأن قرارات صنع القانون من قبل القاضي الدستوري تجعله ينتقل من المجال القانوني إلى المجال السياسي فإننا يمكن أن نوضح التبرير في النظام القانوني ذاته، فمن جهة أن مبدأ الفصل بين السلطات هو مرن ونسبي مما يساعد على التعاون والتوازن بين السلطات. وهذا يدفعنا إلى القول بأن صنع القانون من قبل القاضي الدستوري يعد تأكيداً لهذا النوع من الفصل فعمل القاضي بملء فراغات النص واستكمال النقص فيها فضلاً عن إزالة الغموض والتغلب على مشكلة العمومية وعدم التحديد في القواعد الدستورية ليس إلا صورة من صور التعاون بين السلطات، ومن جهة أخرى ضرورة التركيز على المدرسة التفسيرية الجديدة وهي المدرسة الواقعية أو الثورية كضد للمدرسة الشكلية، حيث تتميز المدرسة الواقعية بعنصرين مبتكرين يظهران الدور الخلاق للقاضي الدستوري. فالأول يتعلق بتنوع المناهج التفسيرية الخلاقة كالمناهج الحية والواسعة والغائية مع الانتباه للمنهج الجديد وهو منهج التفسير التكاملي الذي يساعد القاضي الدستوري على الاستنباط من خلال تحقيق الترابط والانسجام بين القواعد الدستورية التي تجمع بينها وحدة الموضوع أو الغرض، أما العنصر الثاني فهو الاختيار في العملية القضائية الذي يعني من وجهة نظرنا السلطة التقديرية، التقييم والتوازن فضلاً عن منح الاعتبار للنتائج العملية والأخلاقية للاختيار حيث لا يقتصر القاضي الدستوري فقط على حجج المنطق المجرد بل وأيضاً يمتد للحجج الأخرى الاجتماعية، الاقتصادية، السياسية، الثقافية، الأخلاقية والتكنولوجية، كما أن تطور دور الدولة في ظل مجتمعات الرفاهية الذي أصبح دوراً تدخلياً في المجالات التي كانت تترك سابقاً للقطاع الخاص وذلك لتأمين حماية فاعلة للمواطنين ساعد أيضاً على تطور الدور الخلاق للقاضي الدستوري بتفسير أو تكييف الدستور أو التشريع بما ينسجم مع هذه التحولات .

خامساً: وإذا احتج البعض بأن تكييف الدستور مع التطورات السياسية والاجتماعية يكون من خلال إجراءات التعديل التي ينص عليها الدستور فقط، وأن قيام القاضي الدستوري بتعديل الدستور يخالف محتوى وجوهر هذه الإجراءات الديمقراطية ، فإنه يمكن الرد على ذلك

بأنه عندما يقوم القاضي الدستوري بتعديل الدستور من خلال التفسير فإنه في الحقيقة يقوم بدور الشريك في السلطة المؤسِسة، فإذا كان القاضي الدستوري شريكاً في السلطة المؤسِسة الأصلية كما هو الحال في اتحاد جنوب أفريقيا، فإنه بلا أدنى شك يمكن أن يكون شريكاً في السلطة المؤسِسة المشتقة سواء عندما يقوم بالرقابة على التعديلات الدستورية أو عندما يقوم بتعديل الدستور تحت ستار التفسير، مما يعني أن الدستور يمكن أن يعدل بطريقتين الأولى: إجراءات التعديل المركزية التي ينص عليها الدستور، والثانية إجراءات التعديل غير المركزية من خلال التفسير القضائي أو العرف الدستوري. بحيث يمكن القول أن هنالك علاقة وثيقة بين الطريقتين لأن الطريقة الثانية تخفف من حدة وجمود الطريقة الأولى ولاسيما عندما تكون إجراءات التعديل المركزية صعبة أو بطيئة جداً بحيث لا يمكن أن تواكب كافة التطورات كما هو الحال في إجراءات تعديل الدستور الأمريكي لسنة ١٧٨٧ التي دفعت القضاء الأمريكي وعلى رأسه المحكمة الاتحادية العليا إلى خلق واستنباط قواعد دستورية ضمنية أو جديدة غير مكتوبة التي قد تصل إلى حد الدستور غير المكتوب إلى جانب الدستور المكتوب بحيث إن الدستور الأول يقوم بوظيفة مكملة ومعدلة للدستور الثاني، مما يساعد الدستور المكتوب والجامد على التكيف مع كافة التطورات الحادثة في المجتمع، وهذا ما يدفعنا أيضاً إلى القول بتغير أو تطور المفهوم التقليدي للسلطة المؤسِسة المتمثلة بالشعب أو ممثليه المنتخبين في الجمعيات التأسيسية والتشريعية إلى المفهوم الحديث للسلطة المؤسِسة الذي بموجبه يمكن أن يشترك فيها العديد من الفاعلين ومن ضمنهم القاضي الدستوري الذي أصبح بفضل هذا المفهوم الحديث شريكاً سياسياً في الحكم.

المصادر

أولاً: المصادر العربية :

١) د. أحمد عبد الظاهر، الأمن القانوني كقيمة دستورية، مقال منشور على شبكة الإنترنت: http://kenanaonline.com/users/law/posts/103659

٢) د. جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا دراسة مقارنة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.

٣) جيروم ا. بارون، توماس دينيس، الوجيز في القانون الدستوري (المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي)، ترجمة محمد مصطفى غنيم، ط٢، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ١٩٩٨.

٤) د. رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.

٥) س. مور اليدهار، أهلية القضاء للنظر في القضايا المتعلقة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التجربة الهندية:

6) http://hrlibrary.umn.edu/arab/justiciability.pdf

٧) عبد الرءوف بن المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: عبد الحميد صالح حمدان، ط١، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٩٠.

٨) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية، بلا تاريخ

٩) د. عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

١٠) فهد بن مبارك بن عبد الله الوهبي، منهج الاستنباط من القرآن الكريم، ط١، مركز الدراسات والمعلومات القرآنية بمعهد الإمام الشاطبي، جدة، ٢٠٠٧.

١١) د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون العام الاقتصادي دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، ٢٠١٢.

١٢) د. منذر الشاوي، فلسفة الدولة، ط١، دار ورد الأردنية للنشر والتوزيع، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٢

١٣) ميشال فرومون، الاجتهاد الدستوري في جمهورية ألمانيا الاتحادية، ترجمة: د. محمد عرب صاصيلا، مجلة القانون العام وعلم السياسة، العدد السادس، ٢٠٠٦

١٤) ميشيل تروبير، فلسفة القانون، ترجمة: جورج سعد، ط١، دار الأنوار للطباعة والنشر، ٢٠٠٤.

ثانياً: المصادر الأجنبية:

1) ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, READING LAW: THE INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS, THOMSON /WEST, U.S.A, 2012
2) AKHIL REED AMAR, INTRATEXTUALISM, HARVARD LAW REVIEW, VOL.112, 1999: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1843&context=fss_papers
3) AHARON BARAK, HUMAN DIGNITY, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2015
4) ALLAN R.BREWER CARIAS, CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS, INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW, WASHINGTON, 2010
5) ARLETTE HEYMANN DOAT, LIBERTES PUBLIQUES ET DROITS DE L HOMME, 6 EDITION, L.G.D.J,2000
6) ANTHONY GRAY, THE GUARANTEED RIGHT TO VOTE IN AUSTRALIA, QUTLJJ, VOL. 7, No. 2, 2007
7) ARUN SAGAR, NOTES TOWARDS A THEORY OF IMPLIED POWERS IN INDIAN CONSTITUTIONAL LAW, 7 NUJS LAW REVIEW, 2014 : http://docs.manupatra.in/newsline/articles/Upload/D62D9420-D9F8-4C07-8D28-8A82D15246D3.pdf
8) BRANDON J. MURRILL, MODES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, 2018 : https://fas.org/sgp/crs/misc/R45129.pdf
9) BRANNON P. DENNING, THE DORMANT COMMERCE CLAUSE DOCTRINE AND CONSTITUTIONAL STRUCTURE : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=260830
10) CARL Johnson, Informal Amendment : http://www.jenksps.org/pages/uploaded_files/Informal%20Amendment.pdf
11) CONOR O MAHONY, SOCIETAL CHANGE AND CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, IRISH JOURNAL OF LEGAL STUDIES, VOL.1 (2),

2010: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1953414

12) DONALD P. KOMMERS, GERMANY: BALANCING RIGHTS AND DUTIES, IN JEFFREY GOLDSWORTHY, INTERPRETING CONSTITUTIONS A COMPARATIVE STUDY, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2007
13) DAVID A. STRAUSS, THE LIVING CONSTITUTION, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2010: http://www.thedivineconspiracy.org/Z5250N.pdf
14) DMITRI GEORGES LAVROFF, LE SYSTEME POLITIQUE FRANCAIS, DALLOZ, PARIS, 1991
15) DOMINIQUE CHAGNOLLAUD, DROIT CONSTITUTIONNEL CONTEMPORAIN, SIREY, DALLOZ, PARIS, 1999
16) ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES, ASPEN PUBLISHERS, NEW YORK, 2006
17) EDWARD S. CORWIN & JACK W. PELTASON, UNDERSTANDING THE CONSTITUTION, LIBRARY OF CONGRESS, U.S.A, 1963
18) GEORGE MCKENNA, THE DRAMA OF DEMOCRACY, 3 ED, MCGRAWHILL COMPANIES, AMERICA UNITED STATES, 1998
19) GEOFFREY R. STONE, " OUR FILL- IN- THE BLANK CONSTITUTION ", (OP-ED), THE NEW YORK TIMES, 2010: https://www.nytimes.com/2010/04/14/opinion/14stone.html
20) GABOR HALMAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: CONSTITUTIONAL COURT AS GUARDIANS OF THE CONSTITUTION: https://www.researchgate.net/publication/263556407_Unconstitutional_Constitutional_Amendments_Constitutional_Courts_as_Guardians_of_the_Constitution
21) HERMAN PHILIPSE, ANTONIN SCALIA TEXTUALISM IN PHILOSOPHY, THEOLOGY, AND INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION, UTRECHT LAW REVIEW, IGITUR : https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.53/
22) HERMAN PHILIPSE, ANTONIN SCALIA TEXTUALISM IN PHILOSOPHY, THEOLOGY, AND INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION, UTRECHT LAW REVIEW, IGITUR : https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.53/
23) IFTIKHAR HUSSIAN BHAT, DOCTRINE OF BASIC STRUCTURE AS ACONSTITUTIONAL SAFEGUARD IN INDIA: REFLECTION IN THE JURISPRUDENCE OF OTHER COUNTRIES, INTERNATIONAL JOURNAL OF RESEARCH IN HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES, VOL. 1, ISSUE 3, 2013: http://raijmr.com/wp-content/uploads/2013/04/7_27-38-Iftikhar-Hussian-Bhat.pdf

24) JOACHIM SANDEN, METHODS OF INTERPRETING THE CONSTITUTION : http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2003_1_128.pdf
25) JOEL CORCORAN AND GARRETT EPPS, CONSTITUTIONAL LAW (1), 1997: http://comitia3.uoregon.edu/~outlines/outlines/conlawj.html
26) JACQUES CHEVALLIER, L ETAT DE DROIT, 3 EDITION, MONTCHRESTIEN, PARIS, 1999
27) JAKE BUCKINGHAM, CURRENT TRENDS SURROUNDING THE CONSTITUTIONAL FREEDOM OF POLITICAL COMMUNICATION, BOND UNIVERSITY STUDENT LAW REVIEW, VOL. 4, ISSUE 1, 2016: https://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=buslr
28) JOEL COLON RIOS, BEYOND PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY AND JUDICIAL SUPREMACY: THE DOCTRINE OF IMPILICIT LIMITS TO CONSTITUTIONAL REFORM IN LATIN AMERICA, VUWLR, 44, 2013, P. 526: http://www.victoria.ac.nz/law/research/publications/vuwlr/prev-issues/volume-44,-issue-34/08-Colon-Rios.pdf
29) KENNETH R. THOMAS, SELECTED THEORIES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, 2011: https://fas.org/sgp/crs/misc/R41637.pdf
30) KEMAL GOZLER, JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT: A COMPARATIVE STUDY, EKIN PRESS, BURSA, 2008: http://www.anayasa.gen.tr/jrca.pdf
31) LAWRENCE B. SOLUM, THE ITERPRETATION – CONSTRUCTION DISTINCTION, GEORGETOWN UNIVERSITY LAW CENTER, 2010: https://pdfs.semanticscholar.org/f899/1dd8911460be359fc1ea30d8e6c0962f25c8.pdf
32) LACKLAND H. BLOOM, METHODS OF INTERPRETATION HOW THE SUPREME COURT READS THE CONSTITUTION, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2009
33) PETER W. HOGG, CANADA: FROM PRIVY COUNCIL TO SUPREME COURT, IN JEFFREY GOLDSWORTHY, INTERPRETING CONSTITUTIONS A COMPARATIVE STUDY, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2007
34) RICHARD ALBERT, NONCONSTITUTIONAL AMENDMENTS, THE CANADIAN JOURNAL OF LAW AND JURISPRUDENCE, VOL.XXII, NO. 1, 2009: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=richardalbert
35) RANDY E. BRANETT, THE ORIGINAL MEANING OF NECESSARY AND PROPER CLAUSE, JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW,

UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW SCHOOL, VOL.6, NU.2, 2003: http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1339&context=jcl

36) REBECCA WILCINSON, INTERPRETING A LIVING CONSTITUTION, NORTH EAST LAW REVIEW : https://research.ncl.ac.uk/media/sites/researchwebsites/northeastlawreview/Rebecca%20Wilkinson%20-%20Living%20Constitution.pdf
37) RUDOLF STREINZ, THE ROLE OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT: LAW AND POLITICS, RITSUMEIKAN LAW REVIEW, NO.31, 2014: http://r-cube.ritsumei.ac.jp/repo/repository/rcube/5637/lr31_streinz.pdf
38) STEPHEN ROSS & HELEN IRVING & HEINZ KLUG, COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW A CONTEXTUAL APPROACH, LEXISNEXIS, 2014
39) SITHEMBISO OSBORNE DZINGWA, THE DESIRABILITY OF CONSISTENCY IN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, SUBMITTED IN ACCORDANCE WITH THE REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF DOCTOR OF LAWS, UNIVERSITY OF SOUTH AFRICA, 2011: http://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/5733/thesis_dzingwa_s.pdf?sequence=1&isAllowed=y
40) SAMUEL J. LEVINE, UNENUMERATED CONSTITUTIONAL RIGHTS AND UNENUMERATED BIBLICAL OBLICATIONS: A PRELIMINARY STUDY IN COMPARATIVE HERMENEUTICS, CONSTITUTIONAL COMMENTARY, VOL.15, 1995 : https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/167776/15_03_Levine.pdf?sequence=1&isAllowed=y
41) SUSAN WELCH AND OTHERS, UNDERSTANDING AMERICAN GOVERNMENT, THIRD EDITION, WEST PUBLISHING COMPANY, 1995
42) TANASIJE MARINKOVIC, BARAKS PURPOSIVE INTERPRETATION AS A PATTERN OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATIVE FIDELITY, BALTIC JOURNAL OF LAW & POLITICS, VOL.9, NU.2, 2016 : https://www.degruyter.com/downloadpdf/j/bjlp.2016.9.issue-2/bjlp-2016-0013/bjlp-2016-0013.pdf
43) VINCY FON & FRANCESCO PARISI, JUDICIAL PRECEDENTS IN CIVIL LAW SYSTEMS, INTERNATIONAL REVIEW OF LAW AND ECONOMICS, 2006: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33111-41760-1-PB.pdf
44) VENCATESH NAYAK, THE BASIC STRUCTURE OF THE INDIAN CONSTITUTION: http://www.constitutionnet.org/files/the_basic_structure_of_the_indian_consti

tution.pdf

45) YANIV ROZNAI, WE THE LIMITED PEOPLE, NYU GLOBAL FELLOWS FORUM, 2015: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Roznai%20-%20March%2010th%20Forum%20draft.pdf

46) YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS, LONDON, 2014 : http://etheses.lse.ac.uk/915/1/Roznai_Unconstitutional-constitutional-amendments.pdf.