تفسير الدستور وفق نظرية الدستور الحيّ

أ.د. رافع خضر صالح شبّر

الباحثة: دعاء حسن محمد

جامعة بابل / كلية القانون

douaahhassan92@gmail.com

الملخص:

تعد نظرية الدستور الحي منهجاً تفسيرياً يسعى إلى تطوير معنى النصوص الدستورية من قبل القاضي الدستوري، فالدستور الحيّ يبدوا كترجمة للنصوص الدستورية كما هي مطبقة فعلاً، ويعود السبب في ظهور هذه النظرية الى عوامل متعددة، فهي طريقة لتفسير الدستور يمكن من خلالها التوفيق بين ثبات النص الدستوري وتطور الظروف الواقعية ومنها تطور المؤسسات الدستورية التي ينظمها، بالتالي هي طريقة تتزامن مع فكرة النشاط الابداعي والتطويري للقاضي الدستوري، لأنها تعتمد على قناعة القاضي بوجود التقدم الاجتماعي الذي يبرر قيامه بتطوير مفهوم النص الدستوري. وبموجب هذه النظرية يتمتع القاضي الدستوري بسلطة تقديرية كبيرة عند تفسير النص الدستوري، ويستند في ذلك إلى ارادة المشرع وقت تطبيق النص وليس وقت وضعهُ، فقد يرى القضاة ان تغيير الاوقات قد يتطلب قواعد جديدة فالدستور وثيقة حية، وهذا يعني استخلاص معنى جديد للنص الدستوري يتلاءم مع الظروف الواقعية المراد تطبيق النص فيها، لان بقاء النص بمعنى واحد وجامد مع تطور الظروف قد يؤدي إلى خلق فجوة بين النص وبين الواقع، وهذا يعني استحالة تطبيق النص، لذلك يقع على القاضي الدستوري دور مهم في تطوير معنى النص الدستوري وجعلهُ قابل للتطبيق.

الكلمات المفتاحية: (التفسير الدستوري، الدستور الحي، القاضي الدستوري، تطور الدستور، مناهج التفسير، التفسير المتطور).

Interpretation of the constitution according to the living constitution theory

Prof. Dr. Rafea Khudhir Shubbar

Douaa Hassan Mhammad

University of Babylon / College of Law

Abstracts:

The theory of the living constitution is an interpretive approach that seeks to develop the meaning of the constitutional texts by the constitutional judge. The

living constitution appears as a translation of the constitutional texts as they are actually applied. The development of realistic conditions, including the development of the constitutional institutions that he organizes, is therefore a method that coincides with the idea of the creative and developmental activity of the constitutional judge, because it depends on the judge's conviction of the existence of social progress that justifies his development of the concept of the constitutional text. According to this theory, the constitutional judge enjoys great discretion when interpreting the constitutional text, and he relies in that on the will of the legislator at the time of applying the text and not at the time of its development. The realistic conditions in which the text is intended to be applied, because the survival of the text in a single and rigid sense with the development of circumstances may lead to creating a gap between the text and the reality, and this means the impossibility of applying the text, so the constitutional judge has an important role to play in developing the meaning of the constitutional text and making it applicable.

Keywords: (Constitutional interpretation, Live constitution, Constitutional judge, development of the constitution, Methods of Interpretation, Evolving interpretation).

المقدمة:

يظهر التطور الدستوري عندما يمارس القاضي الدستوري دوره في تفسير نص الدستور بطريقة ابداعية تمهيداً لإصدار حكم في القضية المعروضة امامهُ، والتفسير بشكل عام ليس عملية سهلة فهي تؤثر على حياة المواطنين، إذ يتخذ القضاة الدستوريين قراراتهم بناءً على طريقتهم الخاصة في تفسير الدستور والقانون، والقاضي عند تفسيرهُ للنص يكون امام عدد من الاختيارات بين طرق التفسير المتعددة، بعض هذه الطرق تعتمد على النص الوضعي بشكل كامل عند التفسير، وبعضها يعتمد على النص الوضعي مع ضرورة ملائمتهُ للقانون الطبيعي، وبعض طرق التفسير الدستوري تتطلب سياق تاريخي خارج مضمون النص لإمكانية تفسيرهُ، وجميعها طرق مقبولة للتفسير ومتاحة للنقد الفقهي.

ومن بين هذه الطرق من يعتمد على النص بشكل حرفي من خلال المعنى المفهوم لدى الخبير، وقسم يعتمد على القصد التشريعي وما يسمى (بالتشريع القضائي) فقهياً، الذي يتوصل الى فهم النص من خلال التمييز بين ماهية القانون وما يجب ان يكون وقت التطبيق، وهذا يعني ليس كل طرق التفسير

الدستوري تؤدي إلى تطوير الدستور، وانما فقط الطرق التي لا تتقيد بحدود عبارات النص وتسعى إلى جعلها ملاءمة للواقع والتي يمكن وصفها بانها مناهج لتطوير النص الدستوري.

نستنتج من ذلك وجود عدة مناهج تفسيرية تعطي سلطة تقديرية كبيرة للقضاة في حرية التصرف في تفسيراتهم تنطلق من فكرة النية المحتملة للمشرع، فقد يرى القضاة ان تغيير الاوقات قد يتطلب قواعد جديدة كنظرية الدستور الحي، فالبحث عن القصد المتحمل للمشرع يعطي سلطة تقديرية اوسع للقاضي من حيث أنه يبتعد عن نص القانون ويقرأ فيه أشياء غير موجودة بشكل واضح، ولبيان موضوع تفسير الدستور وفق نظرية الدستور الحيّ نقسم المبحث إلى مطلبين، نبين في المطلب الاول منه مفهوم نظرية الدستور الحيّ، ويتناول المطلب الثاني تقدير نظرية الدستور الحيّ.

المطلب الاول: مفهوم نظرية الدستور الحيّ

في الفقه العربي تعني نظرية الدستور الحيّ أن مفاهيم النصوص الدستورية تتطور عبر الزمن[١]، وذلك لكي يتوافق النص الدستوري مع الاحتياجات والقيم المتطورة من دون حاجة إلى تعديلهُ رسمياً، فيتحول الدستور من وثيقة لا تتغير معانيها عبر الزمن إلى وثيقة قابلة للحياة في كل مرة تستدعي تطبيق النص الدستور فيها، وهذه الفكرة قد تحمل في طياتها مصدراً للتوتر لأنها تحاول دائماً التوفيق بين أمرين متعارضين، وهما: (ثبات النص الدستوري، وتطورهُ)، وتعني فكرة الدستور الحيّ "وجود دستور أخر إلى جانب الدستور المكتوب يتميز بشكل خاص بكونه متغيراً، ويتكون من مجموع الممارسات الدستورية في الدولة"[٢]، وهذا يعني تحميل القاضي الدستوري واجباً اخر يتمثل في الموازنة بين التطبيق الفعلي للنص من قبل المؤسسات العامة وبين المعنى الرسمي لهُ.

ونظرية الدستور الحيّ لدى بعض الكتاب[٣] تعتبر منهج او طريقة لتفسير الدستور يطلق عليه ايضاً بـ(التفسير الديناميكي او التقدمي او المتطور)، يقوم على اساس اعتماد القاضي الدستوري على النص الدستوري كمنطلق لعملية التفسير ولكنهُ يقرأ معناهُ في ضوء التطورات الحالية، إذ يعزل النص عن الماضي إلى حد كبير ويهتم بالحاضر، بينما يختلف عن (التفسير الغرضي أو الغائي) الذي يوازن بين الماضي والحاضر والمستقبل.

ويشير بعض الكتاب[٤] إلى التفسير الحيّ بالقول "أن الدستور وثيقة حية ومتطورة وان معناه يجب أن يفسر بطريقة تجعلهُ يتعدل ويتكيف في ضوء القيم المعاصرة والمتطورة، وتتحدد تلك القيم في بعض الاحيان وليس دائماً في ضوء القانون الدولي او كانعكاس للممارسة الشائعة او ترتبط بالمواقف القضائية حول العالم المتطور، لكنها غالباً ما تحدد في ضوء موقف واتجاهات المجتمع المعاصر"، وهذا يعني ان

منهج الدستور الحيّ يهتم في النص الدستوري اولاً ولكنهُ يبحث عن معناه في الوقت الحاضر، في ضوء معايير وقيم محددة يتقيد بها القاضي الدستوري عندما يفسر نص الدستور ويطبقهُ.

فالدستور الحيّ هو "التجربة اليومية للمحاكم الدستورية"[٥]، وكقاعدة عامة يؤدي الدستور الحيّ الى توسيع الحقوق بعكس ما يتحقق بالدستور الاصلي، الذي يعمل في الاتجاه المعاكس، وتسمح لغة الدستور ذات المعنى المرن للدستور ان يحيى ويبقى لفترة طويلة من الزمن ليحكم عالماً مختلفاً عن الذي نشأة فيه[٦]، وبهذا يذهب ايضاً بعض الكتاب[٧] إلى القول بأن "الدستور ليس عملاً منغلقاً وإنما هو عمل منفتح دائم التكوين، وهو عمل حي لا يتوقف نبضهُ، فهو دائم الحركة يعيش في الحاضر ويتفاعل مع المستقبل"، إذ يستطيع القاضي الدستوري عن طريق اختصاصهُ في تفسير الدستور أن يجعل نصوص الدستور حيوية أكثر وقابلة لتجاوب مع مجتمع متطور.

ويستند اصحاب هذا الاتجاه[٨] إلى فكرة جديدة تعد "النص الدستوري عقداً مفتوحاً للخلق والتشكيل المستمر"، وبموجبها فأن الدستور قابل للحياة من خلال تغير معناه مع كل تطبيق، وتعد عبارة (الدستور الميت) نقيض لهذه الفكرة، ويعني به عدم قابلية الدستور للتطور عبر الزمن، أما الدستور الحيّ فهو الدستور "الذي يتطور ويتغير مع الوقت ويتكيف مع الظروف المستجدة، دون تعديلهُ رسمياً، فالعالم يتغير... والوضع الدولي يتطور ايضاً، وكل هذه التطورات تلقي بظلالها على الوثيقة الدستورية، وليس من الحكمة توقع التعديل المستمر للدستور من أجل مواكبة كل هذه التطورات"[٩].

إذ يمكن للقاضي الدستوري وعن طريق سلطتهُ في تفسير النصوص الدستورية ان لا يحدد دورهُ فقط في الكشف عن معاني القواعد وحسب، وانما يتعدى ذلك وصولاً إلى خلق معاني دستورية جديدة، او تغيير معاني النصوص في سبيل تكييفها مع التغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في المجتمع، فالدستور وثيقة حية ومتطورة بتطور الزمن[١٠].

في الفقه الغربي يعرف بعض الكتاب الدستور الحيّ بانه "الدستور الذي يتطور بمرور الوقت وفقاً لمعناه الداخلي نتيجة لتفاعله المتبادل مع بيئته، والتي تشمل على المفاهيم الدستورية المتغيرة باستمرار مع تغير الاحداث الاجتماعية والسياسية الكبرى"[١١]، وبذلك هو لا يختلف عن فكرة الدستور الحيّ لدى الفقه العربي، وانما نجدها فكرة موسعه اكثر، فنجد في بعض الكتابات[١٢] في المانيا توضيح لنظرية الدستور الحيّ باعتبارها منهج يتم اتباعه للمحافظة على الدستور وبقاءهُ اطول فترة ممكنة، إذ يهتم الفقه الالماني بمسألة بقاء الدستور وحيويتهُ، وتؤكد المحكمة الدستورية الاتحادية على أن فهم الدستور في العقود الاخيرة تطور بشكل كبير وتغير في بعض الحالات وخصوصاً في مجال حقوق الانسان والعلاقة بين السلطات[١٣]، ويرى بعض الكتاب[١٤] أنه "يجب تفسير نصوص الدستور بوعي وفهم مسبق"، وبما أن الدستور وضع للتعامل مع مواقف متعددة ومشكلات متغيرة تاريخياً، فهذا يعني قبل كل شيء ان يتم فهم

هذه المشكلات بشكل معياري، وأن يكون الدستور بالضرورة حي ومتقبلاً لأحداث المستقبل، ولا يمكن فهم الدستور بطريقة حيوية الا من خلال المحكمة الدستورية.

وبناءً عليه يختلف القانون الحيّ عن القانون الوضعي، فالقانون الحيّ ليس ثابتاً وانما في حركة تغيير مستمرة، وبالتالي يجب على القاضي الدستوري أن يلائم بينه وبين النص الدستوري، فمثلاً تؤثر المبادئ الاخلاقية السائدة في المجتمع على القانون الحيّ، لذلك يجب ان يكون القاضي الدستوري على اطلاع دائم على هذه الاخلاق وغيرها من الامور التي تخضع للتطور المستمر وتؤثر على المجتمع، وهنا نجد ان المحكمة الدستورية الاتحادية الالمانية قد استقرت على قاعدة مهمة وهي أمكانية الطعن في قانون قد سبق وان فصلت بمدى دستوريتهُ، إذا وجد تغيراً قد حدث في الظروف يؤثر على التفسير الذي استندت عليه المحكمة الدستورية الاتحادية لإصدار قراراها السابق(١٥).

ظهرت لفكرة الدستور الحيّ معنى اخر في الفقه الغربي، إذ لا ينظر لها على انها طريقة لتفسير النصوص الدستورية فقط وانما يطلق مصطلح (الدستور الحيّ) لتعبير عن وجود دستور اخر مطبق فعلاً إلى جانب الدستور المكتوب، فوفقاً لهذا التوجه فأن تحديد نظام سياسي لدولة ما لا يتم من خلال النظر إلى النصوص الدستورية فقط، وانما تحددها القواعد التي تعرفها الحياة السياسية(١٦)، وبرأيهم "دائماً توجد ثغرة بين الهيكل الرسمي للنظام السياسي كما ترسمه النصوص الدستورية وبين الممارسات المتبعة من جانب الحكام، وهذه الثغرة تحظى باهتمام خاص في الديمقراطيات الكبرى في أوربا، لأنه من الضروري التركيز على التغيرات الكبرى للحركة الدستورية المعاصرة"(١٧).

ويرى هذا الاتجاه الفقهي "ان دراسة الدستور نفسه تعطي مؤشرات غير كافية حول طبيعة النظام السياسي في دولة ما، وبالتالي يجب تجاوز الواجهة الدستورية والاهتمام بالحقائق الملموسة للحياة السياسية، وحقيقة السلطة، والعلاقة بين السلطات، والعلاقة بين الحكام والمحكومين"(١٨)، بالتالي ينظر الى ما يجب ان يكون عليه النص وقت التطبيق وليس ما هو عليه النص(١٩)، مما يفسح المجال الى القانون الطبيعي واتخاذ القرارات بناء على فكرة الصواب والخطأ، ولكن دون مخالفة النص الدستوري، قد نجد لهذه الفكرة تطبيق في بعض الدولة نتيجة ملائمتها للنظام الدستوري الخاص بها، ولكن هذا لا يعني امكانية القياس عليها في باقي النظم، خصوصاً عندما نكون في مواجهة نصوص دستورية مقتضبة وعامة تم المحافظة عليها واستمرار بقاءها نتيجة لهذه التفسيرات الواسعة، كنصوص دستور الولايات المتحدة الامريكية.

ان تفسيرات الدستور الحيّ تتزامن مع فكرة النشاط القضائي الابداعي والتطويري، وتعطي طريقة التفسير هذه سلطة تقديرية كبيرة للقاضي لأنها تعتمد على قناعة القاضي نفسه في وجود التقدم الاجتماعي الذي يبرر قيامه بتطوير النص القانوني، ويؤدي هذا الى قيام القضاة بقراءة الدستور على نطاق واسع لتبرير

قراراتهم، وبالتالي هذا يجعل مهمة القاضي اصعب اذا عليه ان يصل إلى الادلة الكافية لتعزيز قرارهُ الابداعي، وينتقد بعض الكتاب هذا المنهج لأنه يؤدي إلى سن مبادئ دستورية لم تكن موجودة من قبل[٢٠].

وبالرغم من التبيان في مفهوم نظرية الدستور الحيّ، الا ان جميع الاتجاهات السابقة تؤكد على الدور الذي يقع على القاضي الدستوري في التوفيق بين اعتبارات الدستور الحيّ وبين النص الدستوري عند الحكم في واقعية معينة، وكما ذكرنا سابقاً فأن التطوير يعني خروج القاضي الدستوري عند تطبيق نص الدستور عن حدود العبارات المستعملة في هذا النص، وبهذا هو يختلف عن التفسير الذي يتقيد فيه القاضي بعبارات النص الدستوري، ولكن في جميع الاحوال لا يملك صلاحية لمخالفة الدستور.

هناك عوامل مهمة تدفع القاضي الدستوري إلى اتباع هذا النهج لتطوير النص الدستوري[٢١] وهي:

١. جمود الدستور المكتوب: يتصف الدستور المكتوب بتحديد وثبات المبادئ التي ينص عليها، وتتصف اغلب قواعده بانها قواعد مجردة وعامة وغير محددة في الغالب، فالدستور ينظم المبادئ الاساسية للدولة في مجال الحقوق والسلطات العامة وهذه المبادئ تحتاج إلى ان يكملها القاضي الدستوري لتطبيقها، وبالتالي يظهر الدستور الحيّ كامتداد للدستور المكتوب فيأتي لتكملة هذا الدستور ولتلافي عيوب صياغتهُ[٢٢]، وبعبارة اخرى فأن "الدستور هو عمل حي ، ولكي يبقى على تواصل ومواكبة للمجتمع فإنه يحتاج إلى نقاش دائم حوله"[٢٣].

٢. طبيعة عملية التفسير الدستوري: إذ قد تستخدم السلطات العامة عدت تفسيرات للدستور وتطبقها بصورة مستمرة، وهذا ما يؤدي إلى ظهور معاني مختلفة وذلك باختلاف القائمين بالتفسير، وبالتالي تظهر العديد من التفسيرات لنص دستوري معين، وتستعمل السلطة السياسية غالباً نص دستوري من أجل تبرير ممارساتها دستورياً، وعملية التفسير الدستوري تمتاز بطبيعة خاصة، لأنها تتأثر بالتغيرات السياسية والاجتماعية والثقافية، وهنا تظهر فكرة الدستور الحيّ[٢٤]، الذي يسمح بإجراء تلاءم بين الدستور المكتوب واحتياجات عصرهُ، وهي تنقل القضاء الدستوري في دوره من مجرد باحث في النص والفاظه إلى دور اكبر يتمثل في فحص النص في لحظة حياته وممارستهُ الفعلية[٢٥].

نستنتج مما تقدم أن تكوين الدستور الحيّ أمر لا يمكن تجنبه، لان ممارسة المؤسسات تعطي للنص المكتوب الحياة، ومن دون التطبيق يبقى النص الاساسي مجرد نشرة، وبالمقابل فان هذه الممارسات تسعى الى تكملة نص الدستور سواء تم ذلك من قبل المشرع عن طريق تعديل الدستور او من قبل القاضي الدستوري عن طريق اعطاء النص معنى متطور يجعلهُ أكثر فاعلية، ويضمن له في ذات الوقت الاستمرار.

ومن الاسباب التي تؤدي الى تكوين الدستور الحيّ:

١. مسألة التعايش بين الدستور المكتوب والدستور الحيّ[٢٦]: أن مسألة تطبيق الدستور المكتوب على الواقع من قبل السلطات العامة يؤدي إلى نشوء الدستور الحيّ، وذلك عن طريق الممارسات الدستورية لهذه السلطات، وهذا لا يعني بالضرورة وجود دستور يهدد الدستور المكتوب او يمثل خروجاً عليه، وانما يمثل دستور اخر من عمل السلطة السياسية، سواء كان مطابق للدستور المكتوب ام موافقاً له، ولكن قد تصل بعض الممارسات إلى الخروج عن الدستور المكتوب، وهذه الاعمال الاخيرة يستبعدها الفقه من دائرة الدستور الحيّ لأنها اعمال غير مشروعة، لان الدستور المكتوب يمثل اعلى وثيقة في النظام القانوني وله قيمة مرجعية[٢٧].

ويلاءم هذا التوجه الفقهي رأي المحكمة الدستورية الاتحادية الالمانية في قولها "... لا تعود سلطة تحديد القانون الدستوري الاتحادي إلى المحكمة الدستورية الاتحادية فحسب، وانما تعود أيضًا إلى الهيئات الدستورية الاتحادية الأخرى، وعند قيامها بتطبيق القانون الاساسي عليها أن تراعي القيم والقرارات الأساسية والمبادئ والقواعد الدستورية التي تم وضعها بالفعل..."، وايضاً تؤكد على أن الدستور يتجسد كقانون اساسي من خلال عمل الهيئات الدستورية العليا، ولا غنى عن الممارسات طويلة الامد لتوضيح معاني وتجسيد تلك النصوص[٢٨].

٢. تأثير البعد السياسي على الدستور الحيّ: أي مسألة تطوير الدستور الحيّ والتي تقع على عاتق السلطات العامة نتيجة لتطور اعمالها الدستورية، فيبرر بعض الكتاب[٢٩] هذه الطريقة بالقول : "عندما تمرر إحدى المؤسسات التشريعية قانوناً فإنها تفعل ذلك دون معرفة كاملة بالظروف التي سيتم فيها الاحتجاج بالقاعدة مستقبلاً، وهذا ما يستدعي تفسيراً يتطور بمرور الوقت".

نستنتج من الآراء السابقة أن تطوير الدستور هو واجب يمارس من قبل المحاكم الدستورية بشكل مستمر، إذ ليس كل تغير في الوضع الواقعي والقانوني يتطلب تدخل من قبل الهيئة التشريعية، وهناك اتفاق حول أن الصيغة اللغوية للنص هي التي تحدد مجال ونطاق التفسير، إذ تمكن القاضي من أن يتكيف مع الظروف بشرط مراعاة عدم تعارض حكمهُ مع النص الدستوري.

المطلب الثاني: تقدير نظرية الدستور الحيّ

يمكن تقسم الاتجاهات الفقهية التي وضعت بشان اعتبار نظرية الدستور الحيّ وسيلة لتفسير الدستور تفسيراً تطويرياً إلى اتجاهين، وهما:

اولاً: الاتجاه المعارض: نجد اراء بعض الكتاب[٣٠] ترفض فكرة الدستور الحيّ عندما تستعمل كمنهج لتفسير الدستور، وهو ذات الاتجاه الذي يرفض الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري من خلال

طلبات التفسير المباشرة، وذلك بحجة أن اسناد هكذا اختصاص للقاضي الدستوري سوف يؤدي إلى انجرار هذا القاضي بعيداً عن اختصاصهُ الاصيل المتمثل في الرقابة على دستورية القوانين، وممارستهُ لاختصاص تأسيسي يتمثل في قيامهُ بتعديل الدستور عن طريق التفسير الدستوري[٣١].

وهذا ما دفع القضاء الدستوري في بعض الدول –رغم النص على اختصاصهُ الاصيل في التفسير في متن الدستور– الى وضع محددات لهذا الاختصاص، ومنها على سبيل المثال: قرار المحكمة الدستورية الكويتية الذي جاء فيه "... أن دورها في اطار ما عقد لها من اختصاص في هذا المضمار يقتصر في المقام الاول على تفسير نصوص الدستور وفق ضوابط محددة مردها إلى عبارات هذه النصوص ودلالاتها والاغراض المقصودة منها بمراعاة موضوعها من سياق باقي النصوص التي تتكامل معها، محددة معناها ومرماها كاشفة عن حقيقتها، ملتزمة بجوهرها، دون إقحام عناصر جديدة عليها، أو تغيير محتواها، أو النيل من مضمونها، أو الخروج عن أهدافها، بما لا يعد تفسير المحكمة لهذه النصوص تنقيحاً للدستور"[٣٢]. ولكن في حكم أخر لها قررت فيه أن الحكم الصادر منها غير ملزم لها، إذ تستطيع أن ترجع عنه اذا وجدت أن السند الذي استندت عليه كان غير صحيح، أو أن الحكم أصبح غير ملاءم نتيجة تغير الظروف التي صدر في ظلها[٣٣]، وبالتالي تراعي المحكمة الدستورية مدى ملائمة الحكم لتطور الظروف[٣٤].

ومن ضمن الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية[٣٥]، أنها تمنح القاضي الدستوري سلطة تقديرية واسعة بداعي الملائمة في التفسير دون الاعتماد على معايير موضوعية واضحة، مما يخل بمبدأ الفصل بين السلطات، لما فيه من امكانية اعتداء القاضي الدستوري على الاختصاص التشريعي للسلطة التشريعية، وايضاً تنتقد بانها لا تعد نظرية متكاملة وواضحة كنظرية لتفسير الدستور، وتؤدي بالنتيجة إلى قيام القاضي الدستور بتبني معتقداته الخاصة عند التفسير، لعدم وجود ضوابط دقيقة وقواعد محددة يسري عليها[٣٦].

ثانياً: الاتجاه المؤيد: يعد بعض الكتاب[٣٧] ان فكرة الدستور الحيّ ضرورية وذلك لان تطبيق الدستور المكتوب تطبيقاً حرفياً كما اردهُ واضعوا قد يؤدي إلى عدم قدرة وكفاءة المؤسسات العامة في معالجة المشكلات التي تظهر اثناء التطبيق، وقد يؤدي هذا إلى مشكلة سياسية خطيرة، وبالتالي يجب اجراء تكييف وملاءمة بين النص المكتوب والاحداث الواقعية دون اجراء تعديل دستوري، أن فهمنا لما هو قاعدة قانونية اصلية هو في حد ذاته ظاهرة متغيرة، فليس فقط النظريات الدستورية تتطور بمرور الزمن وانما ايضاً يؤثر التاريخ المفاهيمي هذا في تفسير الدستور وعمل القضاء الدستوري[٣٨]. فهذا النوع من التفسير الدستوري يسمو بالنص حتى يتلاءم مع التغيرات الواقعية، فهو يمثل قراءة للواقع واستلهام

لأولويات المجتمع وتطويع للنصوص الدستورية لكي تتناسب مع ذلك، وعن طريق هذا التفسير الحيّ يتم تطوير الدستور[٣٩].

يطرح هنا سؤال حول: كيف من الممكن وضع دستور يتكيّف مع الظروف ويتغير في آن واحد، وفي نفس الوقت يكون مستقراً وغير قابل للتلاعب فيه من قبل الافراد؟

يجيب بعض الكتاب[٤٠] بالقول: أنه يمكن للدستور أن يتطور ومع ذلك فإنه يبقى محافظ على المبادئ الاساسية التي ينبغي أن يضمنها الدستور، ودون أن يصبح لعبة بيد القضاة، وهذا ما يلاحظ على القانون الاساسي الالماني فهو دستور حي ولكنه لا يزال قادر على حماية المبادئ الاساسية ضد الرأي العام العابر، وهو ليس الدستور الذي يستطيع القضاة او اي شخص ببساطة التلاعب به لكي يتلاءم مع افكارهم الخاصة.

إذ يرى بعض الكتاب[٤١] أنه لا يعد القضاة المحور الرئيسي للتفسير الدستوري الحيّ، بالرغم من أن القضاة يمثلون عنصر مهم في تطوير الدستور، ولكنهم مجرد عنصر واحد من عناصر متعددة، والواقع أن اهم دوافع تطوير الدستور هو البناء الدستوري وبناء الدولة بواسطة الفروع السياسية، فبالتالي ينطوي التطوير الدستوري على مجموعة متنوعة من الاطراف والمؤسسات التي تناضل باستمرار على نحو معقول لبناء الثقافة الدستورية، فالقضاة الدستوريين ليسوا طغاة متهورين غير مقيدين في قراراتهم، وانما هم جهات فاعلة وراسخة مؤسسياً يعملون في اطار الدولة الديمقراطية كجزء من سلطة سياسية منظمة دستورياً، فالقيود القضائية موجودة بالفعل وتحكم القاضي الدستوري في عملهُ، ولكنها تعتمد على وعي القضاة في انهم يتبعون طريقة صحيحة في التفسير الدستوري[٤٢].

ايضاً أن التطورات الدستورية لا تحدث فجأ وانما بين فترات زمنية منقطعة، وهناك جوانب كثيرة من المبادئ الدستورية العالمية تطورت –كالعلاقة بين السلطات– من خلال التراكم البطيء للممارسات الدستورية، ولكن قد يحدث أن بعض التطورات الدستورية تحدث نتيجة احداث مفاجئة، إذ قد تستجيب المحاكم لتحولات كبيرة في السياسة، وخاصة عند حدوث حقبة سياسية جديدة، إذ من المرجح أن تعقب التغيرات السياسية السريعة والمستدامة تغيرات سريعة في الفقه الدستوري[٤٣]، فتصاحب الثورات السياسية ثورات دستورية، لان التحولات السياسية الكبرى تخلق مشاكل شرعية جديدة يتعين على المحاكم حلها[٤٤].

يطرح هنا سؤال حول: ما الذي يجعل الدستور حي ومستمر؟، الاجابة الاولى التي تتبادر إلى الذهن فوراً هي (الدستور العادل)، إذ لا يمكن افتراض وجود نظام قانوني غير عادل ويتمتع بالاستقرار بشكل دائم، لأنه بالتأكيد على المدى البعيد سوف يسقط هذا النظام، بسبب النتائج المخيبة للآمال، الامر كذلك بالنسبة لبعض نصوص الدستور إذ يجب على القاضي الدستوري ان يضمن عدلتها، والا سوف يفقد

الافراد ثقتهم به كوثيقة اساسية، ولكن ماذا لو تعارضت العدالة مع اليقين القانوني، وذلك عند وجود نص غير عادل – برأي بعض الكتاب[٤٥]– عندها تكون الاولوية للنص الدستوري ولو كان مجحفاً، الا اذا كان هذا التناقض قد وصل لدرجة الظلم، عندها يجب على القاضي الدستوري الحكم وفقاً للعدالة وان خالف بذلك النص الدستوري.

أن الدستور العادل هو بالتأكيد شرط ضروري ولكنه ليس كافي لإبقاء الدستور ناجح وحيوي وحي، إذاً ما الذي يجعل النصوص الدستورية تمتاز بهذه الصفة؟، أن هذا الامر مرتبط بأهمية الواقع الدستوري، إذ يجب أن لا تعامل النصوص الدستورية على انها نصوص ثابته ومنفصلة عن الواقع، بل يجب قياسها دائماً مقابل ما يسمى بالواقع الدستوري، لأنه وحتى افضل الدساتير من ناحية الصياغة لا يمكن له الاستمرار والبقاء حي ما لم يدعمه المجتمع ويرغب ببقائهُ مطبق، وهذا يعني بالضرورة ملاءمة هذا الدستور لإرادة الجماعة العامة[٤٦].

ولذلك يعد بعض الكتاب[٤٧] ان منهج الدستور الحيّ في التفسير كان له الفضل في بقاء الدستور الالماني لعام ١٩٤٩ نافذا دون الغاء، وذلك لان هذا الدستور قد تم وضعهُ في عام ١٩٤٩ ليحكم الجزء الغربي من المانيا، مما يوحي بأنه لا ينبغي بأي حال من الأحوال أن يكون دستور صالح ليحكم المانيا بالكامل، بعد أن تم تقسيمها إلى المانيا الغربية والمانيا الشرقية، إذ كان من شأن ذلك أن يخلق انطباعًا خاطئًا عن وجود مؤسسة دائمة في الدولة الغربية، ينظمها فقط القانون الاساسي الالماني، ومع ذلك استمر هذا النظام الدستوري بالنفاذ بعد توحد المانيا عام ١٩٩٠ ليحكم المانيا بالكامل، فقد اكتسب القانون الأساسي اعترافًا عامًا به في جميع الولايات الالمانية.

هذا يجعل من المحكمة الدستورية الاتحادية الالمانية مصدر حيوي للدستور، أضافة إلى المؤسسات العامة التي يقع عليها واجب الحفاظ على حيوية الدستور، فالمحكمة الدستورية الاتحادية في النهاية هي الضامن لدستور قوي وعامل استقرار للدولة، وذلك عن طريق قراراتها القيمة التي تلاءم فيها باستمرار بين الدستور وبين الاوضاع السياسية، إذ تمكنت المحكمة الدستورية الاتحادية الالمانية من تشكيل مبادئ اساسية جديدة في مواجهة التطورات الجديدة رغم أن النص الدستوري قد تضمن مبادئ مهمة ايضاً، ومنها قراراها الصادر في عام ٢٠٠٨ إذ اوجدت حق اساسي جديد بضمان سرية وسلامة المعلومات الشخصية التكنولوجية تحت اسم (الحق الاساسي في سرية المعلومات)[٤٨]، واكدت بعد ذلك في قراراتها بحق الحكومة في رفض الاجابة عن الاسئلة البرلمانية بحجة سرية المعلومات، ولكن بعد ان تقدم حجج مقنعة ومفصلة عن الاضرار التي قد تحدث لها نتيجة الكشف عن هذه المعلومات[٤٩].

فدور المحكمة الدستورية الاتحادية الالمانية كان دوراً حاسماً جداً في حل العديد من النزاعات التي كان من الممكن ان تؤدي الى فقدان الثقة الشعبية في الدستور الالماني، ومنها الصراعات والاطماع الحزبية

التي حدثت في سبعينيات القرن الماضي، والتي كانت جميعها تتعلق بتفسير القانون الاساسي كقضية (المشاركة في الشركات والجامعات) وقضية (السياسة الشرقية) وغيرها، والتي كانت جميعها تشير الى القانون الاساسي، الا ان تفسيرات المحكمة الدستورية الاتحادية انهت هذه النزاعات، واعتبرت وسيلة للتطور الدستوري، فقد كانت التفسيرات موجهة نحو حماية التماسك الاجتماعية واشاعة ثقافة الديمقراطية التمثيلية، وبرز دور هذه المحكمة ايضاً بعد عام ١٩٩٠ عند حدوث الثورة السلمية واعادة توحيد المانيا، والتي كان يتوقع بعدها ان يتم وضع دستور جديد يحكم المانيا في الكامل، ولكن الامور سارت بشكل مختلف، إذ استمر القانون الاساسي الالماني في النفاذ وامتدت صلاحيته للولايات الاتحادية الجديدة، وهنا ظهر دور المحكمة الدستورية الاتحادية في ضمان حقوق ومصالح الالمان الشرقين كقضايا (الحق في التصويت) و(تنمية الاصلاح الزراعي)[٥٠].

أن وجود دستور (حيّ) يعني وجود دستور يتغير بمرور الزمن بطرق أخرى غير التعديل الدستوري، ما يعني ثبات النص الدستوري المكتوب وتغير فهمنا للدستور، وبالتالي فان تغير الدستور وتطويره لا يمكن تبريره الا بان هذه التغيرات جاءت نتيجة اكتشاف معنى جديد للنص الدستوري ذي الصلة بالتغيير، وان المعاني الحقيقية للدستور لم تتغير، ولكن كنا مخطئين بشأن ماهيتها، وعندها يجب تصحيح الخطأ بالكشف عن المعنى الاصلي للنص المعني بالتغيير[٥١].

الخاتمة:

بعد الانتهاء من البحث في موضوع (تفسير الدستور وفق نظرية الدستور الحيّ) نتوصل إلى عرض اهم النتائج التي نراها مناسبه، والتوصيات التي توصلنا اليها.

اولاً: النتائج:

١. تعد نظرية الدستور الحيّ من المناهج التفسيرية الحديثة التي تتبع في تفسير النص الدستوري، بموجبها لا يتقيد القاضي الدستوري بحرفية العبارات التي ترد في النص الدستوري، وانما يفسر النص بمرونة وبما يتوافق مع تطور المجتمع والمؤسسات العامة.

٢. تتعدد المفاهيم التي وضعها الفقه لتعريف نظرية الدستور الحيّ، ويقصد بها وفق ابرز مفاهيمها؛ تطوير مفهوم النص الدستوري عن طريق التفسير بتطور الزمن، لكي يتوافق معنى النص الدستوري مع الاحتياجات والقيم المتطورة ودون اللجوء الى التعديل الدستوري ان امكن ذلك.

٣. يحقق التفسير الدستوري وفق نظرية الدستور الحيّ اتصال معنى الدستور مع الواقع، بالتالي منع ظهور ثغرة دستورية تؤدي إلى عدم امكانية تطبيق النص، لانقطاع المعنى عن الوقائع المراد تطبيقهُ

عليها، وانما على العكس من ذلك، فهي نظرية تسعى إلى ملائمة النص الدستوري مع الظروف الواقعية عند القيام بتطبيقهُ.

٤. يؤدي التفسير الحيّ إلى تطوير النص الدستوري والذي يتحقق عندما يخرج القاضي الدستوري عند تطبيق نص الدستور عن حدود العبارات المستعملة في النص، وبهذا هو يختلف عن التفسير الذي يتقيد فيه القاضي بعبارات النص الدستوري، ولكن في جميع المناهج الدستورية لا يمكن له مخالفة الدستور.

٥. تساعد طبيعة الدستور على اتباع هذا المنهج في تفسيرهُ، فجمود الدستور المكتوب واتصاف اغلب قواعدهُ بالعمومية والتجريد وعدم التحديد، يؤدي ذلك إلى ظهور العديد من التفسيرات الدستورية لهذه النصوص عند تطبيقها من قبل المؤسسات العامة، وتتأثر هذه التفسيرات بالتطورات السياسية والاجتماعية والثقافية.

٦. تسمح فكرة الدستور الحيّ إلى اجراء ملائمة بين الدستور المكتوب واحتياجات المجتمع، وهي تنقل القضاء الدستوري في دورهُ من مجرد باحث في النص والفاظهُ إلى دور اكبر يتمثل في فحص النص في لحظة حياته وممارستهُ الفعلية.

ثانياً: التوصيات:

١. أن تكوين الدستور الحيّ أمر لا يمكن تجنبه، لان ممارسة المؤسسات تعطي للنص المكتوب الحياة، ومن دون التطبيق يبقى النص الاساسي مجرد نشرة، وبالمقابل فان هذه الممارسات تسعى إلى تكملة نص الدستور سواء تم ذلك من قبل المشرع عن طريق تعديل الدستور او من قبل القاضي الدستوري عن طريق اعطاء النص معنى متطور يجعلهُ أكثر فاعلية، ويضمن له في ذات الوقت الاستمرار.

٢. نوصي القاضي الدستوري عند القيام بتفسير النص الدستوري إلى النظر إلى واقع تطبيق هذا النص من قبل بقية المؤسسات العامة، لكي يعطي له معنى يلاءم ذلك التطبيق، وعند قيام القاضي الدستوري بتفسير النص وفق مفهوم جديد عليه ان يبرر ذلك المفهوم في شرح قرارتهُ الدستورية.

٣. على القاضي الدستوري ان يلتزم بالنصوص الدستورية الواضحة في المعنى والتي لا تقبل التأويل الدستوري، لان مثل هكذا نصوص تقيد القاضي الدستوري عند التفسير، وعند امكانية تفسير النص الدستوري وفق نظرية الدستور الحيّ لا يجيز ذلك للقاضي الدستوري مخالفة الدستور.

٤. على القاضي الدستوري عند تفسير النص الدستوري ان لا يجعل من نظرية الدستور الحيّ وسيلة لتسيس العمل القضائي، واعطاء النص معنى يلاءم التوجهات السياسية المسيطرة على الحكم، وانما عليه

ان يتجرد من هذه الاعتبارات الشخصية، وان يجعل هدفهُ الاساسي تحقيق العدالة، والا سوف تفقد الثقة الشعبية في عدالة القضاء الدستوري، ويجعلهُ ذلك محط انتقاد من قبل الرأي العام.

٥. يقع على المشرع الدستوري –عندما يروم الى تعديل النص الدستور– واجب يتمثل في: متابعة قرارات المحكمة الدستورية في تفسير النص الدستوري محل التعديل، وعندها يحقق غايات التعديل الدستوري والمتمثلة في تطوير النص الدستوري، تطويراً يتلاءم مع نمو المجتمع المطبق فيه الدستور، فالمحاكم الدستورية هي الاقرب لتؤدي دور في ملائمة النص مع الواقع، بالتالي هي تقوم في اغلب القرارات بتعديل مفهوم النص الدستوري.

٦. يعد تطوير الدستور عملية مهمة جداً، سواء تمت عن طريق تعديل الدستور، باعتبارهُ الوسيلة الامثل لتطوير النص الدستوري، او تمت عن طريق تفسير النص الدستوري تفسيراً متقدماً، بما يجعلهُ ملاءم للظروف الواقعية المحيطة بالمجتمع، وعندها يجب على القاضي الدستوري ان يصوب عمل المؤسسات العامة، ويجعلها ملائمة لإرادة المشرع الدستوري، وليس العكس؛ بان يجعل مفهوم النص يلاءم عمل هذه المؤسسات عندما تخالف به الدستور، فهذا ليس المقصد من الدستور الحيّ، انما القاضي يلاءم بين النص الدستوري وبين التطبيق الفعلي لهذا النص من قبل المؤسسات العامة، ذلك التطبيق الذي لم يخالف المعنى الظاهر للنص الدستوري.

الهوامش:

(١) رافد علي لفته، فكرة تطوير القواعد الدستورية في ظل احكام القضاء الدستوري، مجلة جامعة تكريت للحقوق، جامعة تكريت، السنة ٥، المجلد ٥، العدد ٣، الجزء ٢، ٢٠٢١، ص٣٦٧.

(٢) د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون الحيّ ورقابة الدستورية، ط١، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٩، ص١٢.

(٣) أنفال عنبر سيد رجب الرفاعي، الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية الكويتية، اطروحة دكتوراه، غير منشورة، كلية الحقوق-جامعة عين الشمس، ٢٠٢١، ص٨٣ وما بعدها.

(٤) د. عصام سعيد العبيدي، تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي، مجلة الشريعة والقانون، العدد٨١، ٢٠٢٠، ص١٩٥.

(٥) د. ميثم حنظل شريف وصبيح وحوح حسين الصباح، دور القاضي الدستوري في التفسير المنشئ، مجلة جامعة بابل-العلوم الانسانية، المجلد ٢٥، العدد ٢، ٢٠١٧، ص٥٣٧.

(٦) د. سرهنك حميد البرزنجي، تفسير الدستور في ضوء احكام الدستور العراقي النافذ وتطبيقات المحكمة الاتحادية العليا، مجلة جامعة دهوك للعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد ١٤، العدد٢، ٢٠١١، ص٢٢.

(٧) منير حمود دخيل، الواقع السياسي وتأثيره على فعالية القضاء الدستوري، مجلة الفنون والأدب وعلوم الانسانيات والاجتماع، العدد٥٤، ٢٠٢٠، ص١١٧.

(٨) د. محمد محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص١١-١٤.

(٩) ينظر: ميسون طه حسين، فكرة الدستور الحيّ في الفقه والقضاء الدستوري، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد ٢٧، العدد١، ٢٠١٩، ص٤٤٢-٤٤٤.

(١٠) د. عصام سعيد عبد العبيدي، الدور التأسيسي للقاضي الدستوري، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، العدد٣٥، ٢٠١٧، ص٤٢.

(11) Andrew Coan, Living constitutional theory, Duke Law Journal,Volume66, 2017,p.100-102.

(12) Christian Kolle, Das deutsche Grundgesetz – Ein Provisorium wird 60 Jahre alt, GESIS – Leibniz-Institut für Sozialwissenschaften, Germany, 2009, p.41.

(13) BVerfG, Beschluss der 3.Kammer des Ersten Senats vom 29.Juli 2004, website; http://www.bverfg.de/e/rk20040729_1bvr073700.html (6/١١/2022)

(14) Wolfram Höfling, Die liechtensteinische Grundrechtsordnung, Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft, Vaduz, 1994, p.39-42.

(١٥) في الفقه الالماني هناك نظريتين اساسيتين للتفسير القانوني، وهما: (النظرية الذاتية) و(النظرية الموضوعية)، يقصد بالنظرية الذاتية او نظرية ارادة المشرع: أنه يجب تفسير النص القانوني وفقاً لإرادة المشرع الحقيقة في وقت وضعهُ، فالقاضي يجب أن يبحث عن هذه الارادة ويثبتها للوصول إلى معنى النص القانوني، اما النظرية الاخرى: فهي الموضوعية والتي تسمى أيضاً بالتفسير الجوهري للقانون، تفترض هذه النظرية أن القوانين وضعت لتنظيم ظروف معينة متنوعة ومتغيرة وتحكم علاقات مستقبلية، فيجب تفسير النص وفق ما يلاءم زمن تطبيقهُ. أن الحجج التي تستند اليها النظرية الذاتية تتمثل في الحفاظ على مبدأ الفصل بين السلطات وسيادة القانون، ولكنها تتجاهل حقيقة أن معنى القاعدة

القانونية يمكن فصله عن ارادة المشرع الاصلي نتيجة التغير في الظروف الفعلية، أما مبررات النظرية الموضوعية فتتمثل في فكرة ان التفسير يجب أن ينصف الظروف المتغيرة. للمزيد، ينظر :

Anton Friedrich Justus Thibaut, Die Historische Rechtsschule: Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen, Rechts für Deutschland, Heidelberg, München, 1973, p.69.

(16) Volker Rieble, Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG, NJW, No.12, 2011, p.819-822.

(17) Jack M. Balkin, Framework Originalism and the Living Constitution, Northwestern University Law Review, Vol. 103, 2009, p.549.

(١٨) في الفقه الامريكي تعد هذه النظرية (الدستور الحيّ) شكل من أشكال التفسير الدستوري الذي يتعامل فيه المفسر مع الدستور كما لو كان مستنداً حياً يتنفس ويتطور بمرور الوقت لإعطاء أفضل تفسير لما يدعوا اليه القانون، فيرى الفقيه (Strauss) ان "الدستور الحقيقي في الولايات المتحدة ليس النص المكتوب، بل هو شيء متنامي يتجاوز النص الذي تطور، وأن سماتهُ الرئيسية والعديد من الانجازات التي يفتخر فيها التاريخ الامريكي هي قرارات قضائية"، أشار اليه :

Jack M. Balkin, The Roots of the Living Constitution, Boston University Law Review, Vol.92, p.1129.

(19) Bruce Ackerman, The Holmes Lectures: The Living Constitution, Harvard Law Review, Volume 120, Number 7, 2007, p.1738-1750.

(20) Jack M. Balkin, Framework Originalism and the Living Constitution, op.cit, p.550.

(٢١) رافد علي لفته، مصدر سابق، ص٣٦٧-٣٦٩.

(٢٢) د. محمد محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص١٣-١٤.

(٢٣) ميسون طه حسين، مصدر سابق، ص٤٤١.

(٢٤) د. محمد محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص١٤.

(٢٥) د. رشيد المدور، تسهيل الولوج إلى العدالة الدستورية: تطور في النص ومنهاج عمل القضاء الدستوري المغربي، مجلة معهد القضاء، العدد ٢١، السنة الثانية عشر، ٢٠١٩، ص١٠٨.

(٢٦) يؤكد احد مفسري دستور الولايات المتحدة الامريكية الامريكي وهو القاضي (مارشال) القاضي السابق للمحكمة العليا الاتحادية الامريكية في قضية (Brown v. Board) في قولهُ "لم يكن الدستور ثابتاً الى الابد، كما لا توجد حكمة وبصيرة لدى واضعي الدستور بالعدالة، وانما استغرق العديد من التعديلات وحروباً اهلية وحركات اجتماعية للوصول الى ما نحن عليه اليوم"، كذلك ينسب مارشال الفضل الى "اولئك الذين رفضوا الاذعان لمفاهيم عفا عنها الزمن عن الحرية والعدالة والمساواة والذين جاهدوا لتحسينها، ينظر :

Charles A. Reich, Mr. Justice Black and the Living Constitution, Harvard Law Review, Vol.76, No.4, 1963, p.673.

(٢٧) د. محمد محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص٢٠.

(28) BVerfGE 62, 1 - 116, Urteil des Zweiten Senats vom 16. Februar 1983, ٢ -BvE 1/83, Rn. 1-365, website; http://www.bverfg.de/e/es19830216_2bve000183.html (10/7/2022)

(29) David M. O'Brien, Judges on Judging. CQ Press, 2013, p.224.

(٣٠) ينظر: د. عثمان عبد الملك، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٦، ص١٠٠.

(٣١) أشار اليه: ميسون طه حسين، مصدر سابق، ص٤٤٩.

(٣٢) ينظر: د. عثمان عبد الملك، مصدر سابق، ص١٠٠.

(٣٣) أشار اليه: د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، مؤسسة دار العلوم للطباعة والنشر، الكويت، ١٩٨٥، ص٣٦٣.

(٣٤) تعلن المحكمة الدستورية الكويتية عن اختصاصها في مراقبة دستورية القوانين على ضوء نصوص الدستور المكتوبة وحدها، ولكنها لا تفسر النصوص الدستورية تفسيراً حرفياً تلتزم فيه بالمعنى اللغوي لألفاظ النص فقط، وإنما توسع من مفهوم الألفاظ وتستنبط منها مبادئ عامة، تجدها ذات قيمة دستورية مساوية لقيمة النصوص المكتوبة. للمزيد، ينظر: د. يسري محمد العصار، سلطة القضاء الدستوري في تفسير القوانين، مجلة معهد القضاء، العدد٢١، السنة الثانية عشر، ٢٠١٩، ص٢٣.

(35) William H.Rehnquist, The Notion of a Living Constitution, TEX. L. REV, Vol.54, 1976, p.693-698.

(٣٦) للمزيد، ينظر: د. إسلام إبراهيم شيحا، التفسير الدستوري للحقوق والحريات الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية- كلية الحقوق، العدد١، ٢٠١٦، ص١٧٦.

(٣٧) د. محمد محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص١١-١٤.

(٣٨) على سبيل المثال: في ايطاليا ظهرت مجموعة من الممارسات الدستورية والتي تمثل فكرة الدستور الحيّ ومنها الازمات غير البرلمانية التي تؤدي إلى استقالة الحكومة طوعاً نتيجة أزمة سياسية في داخل أغلبيتها، وإمكانية عزل أحد اعضاء الحكومة دون ان يؤدي ذلك إلى سقوط الحكومة، ينظر:

Andrew Coan, op.cit, p.101.

(٣٩) محمد حسين جاسم، مصدر سابق، ص٨٦.

(40) Jack M. Balkin, The Roots of the Living Constitution, op.cit, p.1130.

(41) Jack M. Balkin, Framework Originalism and the Living Constitution, op.cit, p.545-550.

(42) Jack M. Balkin, The Constitution in the National Surveillance State, MINN. L. REV, No.1, 2008, p.93.

(43) Jack M. Balkin, The Roots of the Living Constitution, op.cit, p.1150.

(٤٤)على سبيل المثال: لو تم النظر إلى التاريخ الدستوري الامريكي نجد أنه شهد العديد من التغييرات الدستورية التي حدثت عن طريق القرارات القضائية، والتي كانت تمس مواضع جوهرية، كنطاق السلطة الاتحادية، ومعاملة الاقليات والنساء، وتكوين حكومات الولايات، وغير ذلك من القضايا المهمة التي تطورت بفعل قضاء المحكمة العليا الاتحادية، والملاحظة الثانية ان هذه التغيرات لم تكن نتيجة تعديلات رسمية ادخلت على الدستور، بل بالعكس رفضت مثل هكذا تعديلات من ان ينظمها الكونغرس الامريكي، إذ تم رفض تعديل دستوري كان سيسمح للكونغرس بحظر عمل الاطفال،

ورفض تعديل دستوري بشأن الغاء التمييز على أساس الجنس، بينما جاءت قرارات المحكمة العليا لتفرض ذلك، فقد قامت بإلغاء الفصل المدرسي على أساس اللون واستندت في ذلك إلى التعديلين الخامس والرابع عشر لدستور الولايات المتحدة الامريكية، وهما نصيين قد صدرا خلال فترة من الحكم لم يكن فيها الفصل العنصري يشكل مشكلة او رفض بالرغم من وجودهما.

Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497, 1954, website:

https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/497/ (9/11/2022)

(45) Timo Marcel Albrecht, Verfassungen sind stets mehr als die Summe ihrer Artikel, Göttinger Rechtszeitschrift, Band 2, 2019, p.95-101.

(46) Jochen Roose, Das lebendige Grundgesetz, Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlin, 2019, p.4.

(47) Donald P. Kommers, The Federal Constitutional Court in the German Political System, Comparative Political Studies, Vol.26, No.4, 1994, p.470.

(٤٨) قررت المحكمة الدستورية الاتحادية الالمانية في عام ٢٠٠٨ قرارها الشهير في الحق في سرية تكنولوجيا المعلمات الاساسية، بالقول "لا يسمح دستورياً بالتجسس السري لنظام تكنولوجيا المعلومات الذي يمكن بواسطته مراقبة النظام وقراءة وسائط التخزين الخاصة بالأفراد، الا اذا كانت هناك ادلة قوية على وجود خطر ملموس يصيب مصلحة قانونية ذات اهمية قصوى ... مثل هذه الاشياء الخاصة بالناس، يؤثر تهديدها على أسس وجود الدولة او اساس الوجود الانساني ..."، للمزيد، ينظر:

BVerfGE 120, 274 - Online-Durchsuchungen, website;

https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120274.html (1/١١/2022)

(49) BVerfGE 137, 185 – Rüstungsexport, des Zweiten Senats vom 21. Oktober 2014, website; https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv137185.html (15/١١/2022)

(50) Jochen Roose, Das lebendige Grundgesetz, Konrad Adenauer Stiftung, Berlin, 2019, p.4.

(51) David A. Strauss, Do We Have a Living Constitution?, Drake Law Review, Vol.59, 2011, p.973-976.

المصادر:

١. إسلام إبراهيم شيحا، التفسير الدستوري للحقوق والحريات الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية– كلية الحقوق، العدد١، ٢٠١٦.

٢. أنفال عنبر سيد رجب الرفاعي، الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية الكويتية، اطروحة دكتوراه، غير منشورة، كلية الحقوق–جامعة عين الشمس، ٢٠٢١.

٣. رافد علي لفته، فكرة تطوير القواعد الدستورية في ظل احكام القضاء الدستوري، مجلة جامعة تكريت للحقوق، جامعة تكريت، السنة ٥، المجلد ٥، العدد ٣، الجزء ٢، ٢٠٢١.

٤. رشيد المدور، تسهيل الولوج إلى العدالة الدستورية: تطور في النص ومنهاج عمل القضاء الدستوري المغربي، مجلة معهد القضاء، العدد ٢١، السنة الثانية عشر، ٢٠١٩.

٥. سرهنك حميد البرزنجي، تفسير الدستور في ضوء احكام الدستور العراقي النافذ وتطبيقات المحكمة الاتحادية العليا، مجلة جامعة دهوك للعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد ١٤، العدد٢، ٢٠١١.

٦. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، مؤسسة دار العلوم للطباعة والنشر، الكويت، ١٩٨٥.

٧. عثمان عبد الملك، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٦.

٨. عصام سعيد العبيدي، تعديل الدستور بواسطة التفسير القضائي، مجلة الشريعة والقانون، العدد٨١، ٢٠٢٠.

٩. عصام سعيد عبد العبيدي، الدور التأسيسي للقاضي الدستوري، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، العدد٣٥، ٢٠١٧.

١٠. محمد محمد عبد اللطيف، القانون الحيّ ورقابة الدستورية، ط١، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٩، ص١٢.

١١. منير حمود دخيل، الواقع السياسي وتأثيره على فعالية القضاء الدستوري، مجلة الفنون والأدب وعلوم الانسانيات والاجتماع، العدد٥٤، ٢٠٢٠.

١٢. ميثم حنظل شريف وصبيح وحوح حسين الصباح، دور القاضي الدستوري في التفسير المنشئ، مجلة جامعة بابل–العلوم الانسانية، المجلد ٢٥، العدد ٢، ٢٠١٧.

١٣. ميسون طه حسين، فكرة الدستور الحيّ في الفقه والقضاء الدستوري، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد ٢٧، العدد١، ٢٠١٩.