View metadata, citation and similar papers at core.ac.uk
brought to you by CORE
provided by Journals of University of Babylon

Journal of University of Babylon for Humanities, Vol.(27), No.(1): 2019.

The Idea of a Living Constitution in Jurisprudence and Constitutional Judiciary

Maysoon Taha Hussien
Law department /Emam Kadhum faculty/Babil /Iraq
maiszuh@yahoo.com

Submission date: 25/9/2018 **Acceptance date**: 13/11/2018 **Publication date**: 5/3 /2019

Abstract

The idea of a living constitution is under the shadow of the constitutional supremacy, This principle, which was originally set to protect the document that establishes the state's entity and spirit and to protect the will of the people that has been translated into the constitution, but the principle of constitutional supremacy cannot transform the constitution into a dead rigid document, no matter how high the Constitution is, the latter is a law in its essence, the latter is a law in essence and the law derives its life and effectiveness from society. Society is a moving, innovative and evolving phenomenon. Therefore, this law must keep abreast of developments and try to assimilate them and organize them in an optimal manner, so that the constitution becomes viable so that it can perform the function that it has found for it, namely, organizing life in a society characterized as a state.

Based on the above, the research explores the idea of a living constitution by addressing it in the light of jurisprudence and the rulings and decisions of the constitutional judiciary.

Keywords: Living Constitution, constitutional supremacy, fundamentalism, the textualization, the transformation of the constitutional judiciary, the interpretation of the Constitution.

فكرة الدستور الحي في الفقه والقضاء الدستوري

ميسون طه حسين

قسم القانون /كلية الامام الكاظم –ع–/ للعلوم الإسلامية الجامعة/ بابل، العراق

الخلاصة

تطل فكرة الدستور الحي برأسها تحت ظلال مبدأ أعلوية الدستور، هذا المبدأ الذي أريد به منذ البدء اسباغ الحماية على الوثيقة التي تؤسس لكيان الدولة وروحها، وتحصينها ضد تجاوزات السلطات الحاكمة، وحماية إرادة الشعب التي ترجمت في نصوص الدستور واتخذت من مباني ومعاني كلمات الدستور، مستقراً لها، غير ان هذا المبدأ لايمكن ان يقف عائقا امام حركة التطور الدستورية، فمهما بلغت اعلوية الدستور مقاماً مصوناً ضمن النظام القانوني في الدولة فإنها لا يمكن ان تؤدي باي حال من الاحوال الى جعل الوثيقة الدستورية وثيقة جامدة بالمطلق لان الدستور هو قانون في الاصل والقانون يستمد حياته من المجتمع، والمجتمع حركة متغيرة، بالتالي لابد لهذا القانون من المواكبة مع المستجدات ومحاولة استيعابها وتنظيمها بالشكل الأمثل، بحيث يصبح الدستور نابضا بالحياة لكي يتمكن من أداء الوظيفة التي وجد لأجلها الا وهي تنظيم الحياة في مجتمع ما تميز بشكل دولة.

وتأسيساً على ما سبق بيانه، يتعرض البحث لفكرة الدستور الحي من خلال تناولها في ضوء اجتهادات الفقه واحكام وقرارات القضاء الدستوري.

الكلمات الدالة: الدستور الحي، علو الدستور، الاصولية، النصوصية، تحول القضاء الدستوري، تفسير الدستور.

by University of Babylon is licensed under a Journal of University of Babylon for Humanities (JUBH)
Creative Commons Attribution 4.0 International License

١- المقدمة

"أن القوانين والمؤسسات يجب أن تسير جنباً إلى جنب مع تقدم العقل البشري، حيث يصبح العقل البشري أكثر تطوراً، وأكثر استنارة، مع كل اكتشافات جديدة، وحقائق جديدة يتم الكشف عنها، والاحوال والآراء تتغير مع تغيير الظروف، لذلك يجب على المؤسسات ان تتغير وتتقدم ايضا، لأجل مواكبة العصر، نحن لايمكننا ان نطلب من رجل ان يبقى يرتدي ذات المعطف الذي كان يرتديه صغيرا ... كذلك المجتمع المتحضر يجب ان لا يرغم على البقاء في أي وقت تحت نظام وقوانين أسلافهم ". بهذه العبارات افصح توماس جيفرسون احد الاباء المؤسسين للدستور الامريكي والاتحاد الامريكي، عن فكرته في حياة الدساتير والمؤسسات الدستورية.

يقابل افكار توماس جيفرسون المذكورة اعلاه، ترجمة بعض الفقه الفرنسي للدستور، بقولهم "ان الدستور هو عمل حي، ولكي يبقى على تواصل ومواكبة للمجتمع فإنه يحتاج الى نقاش دائم حوله" لهذا فإن النقاش حول مفهوم الدستور وابعاده الهادفة لصون حقوق الانسان وحرياته، يجب ان يخرق غلاف النصوص القانونية القديمة التي وضعت قبل سنين طويلة، والتي اصبحت بفعل مرور الوقت حروفاً ميتة، ليجعل منها قواعد متحركة تستطيع ان تحمي الانسان قياساً على هذا التطور الهائل[1,pp.239].

ولكن في المقابل، هناك الافكار والمقولات التي تعارض تطويع معاني نصوص الدستور لمواكبة مستجدات الاوضاع داخل الدولة، وتتمسك بحرفية النصوص ونوايا واضعيها وقت تدوينها، وتبرر تمسكها هذا بالعديد من المبررات التي تنطلق من ضرورة احترام ماتم الاتفاق عليه وقت وضع الدساتير.

لفهم هذه الافكار لابد اولا من فهم مضمون نظرية او فكرة الدستور الحي واصولها الفلسفية والتاريخية، ثم عرض الحجج المؤيدة والمعارضة للفكرة لعرض التوصل الى النتائج التي يمكن ان تخدم المختصين والمهتمين في المجال الدستوري، وتحديد المسافة التي يقف فيها كل منهم في مواجهة هذه الفكرة.

٢- الاطار المنهجي: تمهيداً لموضوع البحث، نعرض في هذا المبحث فقرات الاطار المنهجي للبحث، والتي تتضمن مشكلة البحث، أهمية البحث، وهدف البحث، ومن ثم تحديد مصطلحات البحث وذلك في الفقرات الاتية:

٢-١ مشكلة البحث: تتجسد مشكلة البحث في الاجابة عن التساؤل الاتي: مامدى وضوح فكرة الدستور الحي فقهاً وقضاءاً؟ وهذا التساؤل بدوره يفرض عدة تساؤلات وهي:

- ماهو مضمون فكرة الدستور الحي؟
- ماهو الاصل الفلسفي لهذه الفكرة؟
- كيف تعامل الفقه القانوني بشكل عام والفقه الدستوري بشكل خاص مع فكرة الدستور الحي؟
- هل هناك تعارض بين مفهوم الدستور الحي ومبدأ اعلوية الدستور؟
- ماهو موقف القضاء الدستوري من هذه الفكرة؟ هل اخذ بها أم تصدى لانتشارها؟
- ماهو موقف القضاء العراقي الدستوري من فكرة الدستور الحي؟ هل وجدت الفكرة تطبيقاً في احكام المحكمة الاتحادية العليا؟

٢-٢ اهمية البحث: تتمثل اهمية البحث في الاعتبارات الآتية:

- ان موضوع الدراسة لم ينل نصيبه في الكتابات البحثية العربية، ولم يتعدى الأمر مستوى الاشارات الى الفكرة في بعض الكتب، دون توضيح مضمونها ومعالمها وابعادها، ولا توضيح موقف الفقه او موقف القضاء

الدستوري من هذه الفكرة، في حين نجد ان الفقه الغربي قد تناول عرض فكرة الدستور الحي منذ عشرينيات القرن الماضي بمؤلفات علمية تركت اثاراً عظيمة في مجال الدراسات القانونية الدستورية، وهنا تتضح اهمية عرض ماكتب في هذه الفكرة وترجمة الاراء الفقهية والقرارات القضائية المتعلقة بها.

–ان ابراز الفكرة بطريقة توضح معالمها بشكل متكامل، وتعزيز جوانبها الايجابية على مستوى مناهج تفسير الدستور، عن طريق ايراد احكام وقرارات محاكم القضاء الدستوري، ذات الارث الدستوري الغني كالمحكمة العليا الامريكية والمحكمة الدستورية العليا المصرية، يجد اهميته في الاستناد الى هذه الفكرة التي تبلورت بشكل منهج فقهي وقضائي في التعامل مع نصوص الدستور، من قبل كل السلطات العامة التي تحتكم الى الدستور في عملها بشكل عام، ومن قبل القضاء الدستوري في ممارسة اختصاصاته المتعلقة بالبت في المنازعات الدستورية بشكل خاص.

٢–٣ أهداف البحث: تتجسد اهداف البحث فيما يأتي:

–التأصيل لنشأة وتطور فكرة الدستور الحي في الفقه.

– عرض المضمون الفلسفي والقانوني لفكرة الدستور الحي.

– توضيح موقف القضاء الدستوري من الفكرة.

– بيان مدى اهمية الفكرة، ومدى التأثير الذي يمكن ان تحدثه على مستوى الدراسات البحثية والكتابات الفقهية في مجال القانون الدستوري.

٢–٤ تحديد المصطلحات

– الدستور: هو القانوني الأساسي في الدولة، وهو مصدر مشروعية كل الاعمال والاجراءات القانونية في الدولة، وهو القانون المؤسس لسلطات الدولة والمنظم لاختصاصاتها العامة.

– الدستور الحي: الدستور المتطور في معاني نصوصه مع تطور الاوضاع الدولية والوطنية في كل دولة، ويتكيف مع الظروف المستجدة، بدون تعديله رسمياً.

– القضاء الدستوري: وهو القضاء المتخصص بالمنازعات الدستورية، والذي قد يكون هيئة او مجلس باختصاصات قضائية، او محكمة متخصصة، او المحكمة العليا في الدولة.

– مبدأ أعلوية الدستور: مبدأ دستوري يقصد به تمتع النصوص الدستورية بقيمة قانونية أعلى من بقية النصوص القانونية الاخرى في النظام القانوني في الدولة.

٣– مضمون فكرة الدستور الحي وموقف الفقه والقضاء الدستوري منها.

نعرض في هذه الفقرة لمضمون فكرة الدستور الحي، وعرض اصولها الفلسفية، وتوضيح مفهوم الدستور الحي، ثم نعرض بعد ذلك لموقف الفقه والقضاء الدستوري من هذه الفكرة وكما يأتي:

٣–١ مضمون فكرة الدستور الحي

مع تطور الانظمة الدستورية، وتحول مفهوم الدستور من كونه بنية فوقية شكلية تقدم لتبرير السلطة الحاكمة، الى كونه المحرك والمنظم للحياة السياسية والاجتماعية للدولة، برزت فكرة جديدة تعد النص الدستوري عقدا مفتوحا للخلق والتشكيل المستمر، الأمر الذي يجعل الدستور الحي هو الذي يعرف ليس من خلال فصوله ولكن انطلاقا من فهمه وإعماله وتطبيقه. فالعبرة من النصوص الدستورية ليس في تدوينها بل في كيفية تطبيقها[2,pp.34] .

هذه الفكرة تجعل النص الدستوري قابل للحياة في كل مرة يستدعي فيها الأمر تطبيقه بحيث يتسع معناه ليشمل التغير والتطور المستمر في المجتمع، وهذا مصداق للتوصيف الذي تتميز به القاعدة القانونية بعدها قاعدة اجتماعية، وبما ان المجتمع في حركة مستمرة ، فكل ما يرتبط به من عناصر في حركة مستمرة أيضا. انطلاقا من النقطة اعلاه، نوضح في هذا المبحث، الأصول الفلسفية لفكرة الدستور الحي، ثم نتوصل بعد ذلك لوضع مفهوم معرِف لهذه الفكرة وذلك في مطلبين وكما يأتي:

٣-١-١ الأصول الفلسفية لفكرة الدستور الحي

بعد العام ١٨٥٩، وبعد ان نشر دارون كتابه في اصل الانواع والانتخاب الطبيعي[3,pp.15]، تسللت هذه النظرية البايلوجية التطورية بما تحويه الى علم الاجتماع، وقد تبنى اصولها وطورها الفيلسوف الاجتماعي البريطاني هيربرت سبنسر واليه تنسب نظرية الداروينية الاجتماعية وكان سبنسر، وليس داروين، هو الذي اوجد مصطلح "البقاء للأصلح " رغم أن القول ينسب عادة لداروين. وقد ساهم سبنسر في ترسيخ مفهوم الارتقاء، واعطى له ابعادا اجتماعيا، فيما عرف لاحقا بالدارونية الاجتماعية[4,pp.111].

ومن دارون متجسدا بفكره في سبنسر، انتقلت نظرية التطور الى بلاغة العقيدة الدستورية[*] لتؤثر في الباحثين والكتاب الاكاديميين أمثال روسكو باوند (عميد سابق لكلية قانون هارفارد)، والذي تبنى منهج التركيز على النتائج في المنطق القضائي، معتقدا ان القانون يجب ان يقيم أو ينظر من قبل القضاء من خلال النتائج التي يحققها[5,pp.27]، بمعنى اخر ان القانون الذي يصلح للبقاء هو الذي يحقق اصلح النتائج في المجتمع، وعلى هذا الأساس يتطور النص الدستوري ليعطي ذات المعنى الاصلح، فلا يختلف التطور الدستوري والاجتماعي عن التطور البايولوجي، وبذلك يكون الدستور كالكائن الحي، وعلى القضاة تفسيره وفقا للاحتياجات الاجتماعية الملحة[6,pp.234]. وفي تطور لاحق وانعكاسا من الرعب الذي عاشه الغرب من خراب ووحشية في اعقاب الحربين العالميتين الأولى والثانية، بدأت فلسفة تشكيكية تؤثر على النخبة في الغرب، هذه الفلسفة يمكن تعريفها بتجرد على انها سلسلة من التحديات النظرية لموضوعية الحقيقة والمعرفة، تدور حول التناقضات الصارخة لمذاهب الفلسفة التي تدعي امكانية التوصل لحقائق موضوعية حول طبيعة الانسان وحول الطبيعة ذاتها وامكانية عولمة هذه الحقائق، وكان لها دور فعال في تطور الحركة الدستورية في الغرب، وهي تركز على الفردية وعلاقة الفرد بكل شيء، فالحقائق والمعارف لا تكون موضوعية بقدر كونها فردية، بالتالي فان كل مجتمع له سماته المعرفية الخاصة، وكذلك القانون إذ من خلال استقراء هذا المذهب فإن القانون لابد من بنائه بطريقة مجتمعية مادام هذا القانون يعتمد على الظروف الاجتماعية والسياسية في كل دولة، لذلك ففي كل النزاعات القانونية سواء كانت دستورية او غير ذلك فإنه لا يجري فضها باعتماد معايير موضوعية بقدر اعتماد المعايير المجتمعية الخاصة بكل مجتمع على حده [7,pp.254-258].

استنادا لهذا الاعتقاد، عرض الفيلسوف الفرنسي جاكويس دريدا (Jacques Derrida) فرضية جديدة في التفسير عرفت باسم النظرية التفكيكية (deconstructionism)، تقوم على أساس انه لا وجود لحقائق موضوعية عالمية، ومنطقيا لا وجود لمعاني عالمية للجمل والكلمات، فمعاني الكلمات تختلف باختلاف الثقافات والمجتمعات، طبقا لذلك فإن النصوص المكتوبة لها معاني تتوسع طبقا لأدراك ومعرفة الشخص الذي

---

[*] هكذا وردت في النص الإنكليزي "The rhetoric of constitutional doctrine"

يفسرها[8,pp257]. اذاً طبقا لفلسفة دريدا، فإن معنى القانون، ومعنى الكلمات التي تؤلف نصوص الدستور يكون في حالة مستمرة من التغير، وهو يختلف في كل مرة يقرأ فيها طبقا للميول المختلفة للشخص المكلف بالتفسير.

في ذات السياق نجد ان القاضي هولمز احد قضاة المحكمة العليا الامريكية يقول في مضمون قرار المحكمة الفاصل في احدى القضايا[*]"عندما نتعامل مع الكلمات التي تكون النصوص القانونية كدستور الولايات المتحدة الامريكية لابد ان نوقن بأننا نستدعيها للحياة التي تطورت بشكل لم يكن يتوقعه من وهبها حياتها الاولى، وكان اولئك الاباء الاوائل يعتقدون كفاية او يأملون بأنهم أنشأوا كائناً حياً، قد استغرقهم قرنا، وكلفهم الكثير من الدماء ليكون بذلك دليلا على انهم قد خلقوا أمة"[9,pp.693].

أما عن الوجود الحقيقي للفكرة في الفقه الدستوري، فيمكن ان نؤشر بداياتها منذ تصاعد الجدل حول الكتاب الذي نشره البروفيسور هاورد لي مكبين (Howard Lee McBain)، استاذ القانون في جامعة كولومبيا الامريكية، تحت عنوان " الدستور الحي "وهو مؤلف من ٢٨٤ صفحة، سنة ١٩٢٧، ويعد أول مؤلف يخصص لمناقشة الفكرة بشكل متكامل وعرضها على طاولة النقاش الفقهي الدستوري[10,pp.13]. وعلى أثر ظهور هذا المؤلف، توالت المؤلفات التي تناولت من ناحية، المؤلف ذاته والابعاد التي يعرضها لفكرة الدستور الحي، ومن ناحية اخرى البحث في الفكرة ذاتها[11,pp.10].

2.1.3. مفهوم الدستور الحي

ان عبارة الدستور الحي "Living Constitution" ، تقابلها على النقيض عبارة الدستور الميت " Dead Constitution"، والدستور الميت هو الدستور الذي لا تتغير معاني نصوصه عبر الزمن، ذلك ان الغاية من وجود الدستور هي لفرض قواعد صارمة لا يمكن ان تتغير الا عبر سلسلة من الاجراءات الرسمية التي تعرف بعملية تعديل الدستور[12]. أما الدستور الحي فيعرف على أنه الدستور الذي يتطور ويتغير مع الوقت، ويتكيف مع الظروف المستجدة، بدون تعديله رسمياً، فالعالم يتغير، السكان تزداد اعدادهم، التكنلوجيا تتطور، الاقتصاد يتطور، الوضع الدولي أيضا يتطور، وكل هذه التطورات تلقي بظلالها على الوثيقة الدستورية، وليس من الحكمة توقع التعديل المستمر للدستور من اجل ان يواكب كل هذه التطورات[13,pp.1].

والادعاء بان الدستور – حي– هو الادعاء بأن الدستور له معنى ديناميكي أو أنه يمتلك خصائص متحركة بمعنى أنه يتغير. وهي فكرة ترتبط مع وجهات النظر التي توجب أخذ تغيرات المجتمع المعاصر بعين الاعتبار، عند تفسير العبارات الدستورية الرئيسة[14,pp.50].

إن الوهم القديم بأن الدستور ينبثق من أدمغة واضعيه من خلال نوع من الإلهام، تم تفنيده منذ زمن بعيد بحقيقة أن "الدساتير لا تصنع، بل تنمو بطريقة تشبه نمو النباتات التي يتم نقلها بحيث يتخذ النبات القديم بشكل طبيعي العديد من الأشكال الجديدة نتيجة لبيئته الجديدة، وهكذا الدساتير عند نقلها من الافق الضيق الى مساحة لا حدود لها من الناحية العملية، وبهذه الطريقة أعطت التجربة الدستورية للولايات المتحدة؛ العالم مبادئ جديدة لها أهمية حيوية لمستقبل الحكومات، منها مبدأ التقييدات الدستورية على السلطة التشريعية، بحيث تصبح الحقوق "مكتسبة" لا يمكن نقضها في لحظة من خلال الهيئات التمثيلية العادية(البرلمانات)، وتمثل المراجعة القضائية، هي الالية المناسبة لضمان احترام هذه التقييدات، وماكان ذلك الا نتيجة التطور في فهم

[*]قضية هولاند ضد ولاية ميسوري ((U.S.416(1920)

النصوص الدستورية وعدها نصوصاً حية قابلة للنمو[15,pp.479-491].

غير انه لم يتم التوصل الى مبرر محدد للقبول بفكرة الدستور الحي، وفي ظل هذا الاختلاف في الآراء، فإنه يمكن تقسيمها إلى فئتين بشكل عام، الاتجاه الأول هو وجهة النظر البراغماتية والتي تؤكد أن تفسير الدستور وفقا لمعناه الأصلي أو نية واضعيه هو في بعض الأحيان غير مقبول وبالتالي فإن التفسير المتطور أمر ضروري. والاتجاه الثاني هو الاراء التي تستند الى النوايا المفترضة لواضعي الدستور، حيث يؤكدون ان واضعي الدستور كتبوه بمصطلحات واسعة ومرنة لوضع مثل هذه الوثيقة الديناميكية "الحية"[16,pp.34].

نخلص من كل ذلك الى ان مضمون فكرة الدستور الحي تتجسد بكون الدستور يكتب على شكل وثيقة متحركة، حية، تتنفس، مرنة وقابلة لمواكبة المستجدات، وبدلا من الحفاظ على معنى واحد وثابت، فان القضاة والمشرّعين يؤلون نصوص الدستور لكي تناسب الاحتياجات المعاصرة، أي ان الدستور ليس وثيقة صماء بل هو كائن عضوي، حتى ان بعض مؤيدي طريقة التفسير الحية، مثل الأساتذة مايكل كامين وبروس أيكرمان يشيرون إلى أنفسهم بالعضويين (اي الحيويين استنادا لمناصرتهم فكرة الدستور الحي) [17,pp.116].

2.3. فكرة الدستور الحي في الفقه الدستوري

لم تكن المواقف الفقهية متسالمة حول تبني فكرة الدستور الحي والتسليم بها كبديل واقعي عن فكرة التعديل المستمر للدستور كي يكون الوثيقة الدستورية أكثر استجابة للتطور السياسي والاجتماعي في الدولة، اذ منذ بواكير ظهور المتحدثين عن هذه الفكرة، برزت في الجهة المقابلة الاصوات الرافضة تماما لفكرة الدستور الحي.

1.2.3 الاتجاه الفقهي المعارض لفكرة الدستور الحي

- التيار الأصولي او السلفي

ويسمى هذا الاتجاه من الفقه بالمدارس الاصولية (السلفية- Originalism) يتبنى هذا الاتجاه وهو الاسبق في الظهور، فكرة تفسير النصوص على وفق المعاني التي وضعها تحديدا واضعوا النص انفسهم، وهذا ما نتوسمه بوضوح في اراء جيمس ويلسون James Welson، وهو احد الموقعين على اعلان الاستقلال ووثيقة الدستور الامريكي، واستاذ القانون في جامعة بنسلفانيا بأن " القاعدة الاولى والحاكمة في تفسير القانون تتمثل بالعودة لنية واضعي ذلك القانون"[18,pp26].

ان المدرسة الدستورية السلفية، مدرسة ترى أن التفسير السليم للدستور يكون بالعودة لما كان عليه السلف عند وضع الدستور، والعودة للمعنى الذي قصدوه في ذلك الوقت تحديدا، فعلى سبيل المثال ينص التعديل الثامن للدستور الامريكي في فقرته الاخيرة على انه " لايجوز انزال عقوبات قاسية او غير مألوفة" ووفقا للرأي العام السائد في وقت المصادقة على هذا التعديل في العام ١٧٩١، لم تكن عقوبة الاعدام قاسية او غير مألوفة، وعلى هذا الأساس فلايمكن عدها قاسية او غير مألوفة في الوقت الحاضر، كذلك الحال بالنسبة للتعديل الثاني الذي يحظر المساس بحق الشعب في حيازة السلاح، فالتفسير المتعارف عليه في سنة ١٧٩١، كان يفيد بأن عبارة " الشعب – people " تعني الافراد العاديين، بالتالي فإن اي قانون ممكن ان يقيد او يحد من هذا الحق يعد غير دستوري[13,pp.5].

على ذلك فأن المعارضين لفكرة الدستور الحي، يروون ان الدستور يجب ان يعدل فقط من خلال عملية التعديل الرسمية وأن السماح للقضاة بتغيير المعنى من الدستور يقوض الديمقراطية. وهذا التيار هو المقابل الاساس لفكرة الدستور الحي، ويوصف في معظم الأحيان بالتيار الاصولي (originalism).

وسجل التيار الاصولي الرافض لفكرة الدستور الحي، حضورا في الفقه العربي، إذ يرى جانب من الفقه العربي بانه "لايخالجنا الشك في إن تطويع الدستور للمتغيرات اللاحقة للعمل به يتصادم مع إرادة السلطة التأسيسية، فالمفروض أن نبحث عن إرادة المشرع لحظة إصداره للقاعدة، لا إرادته لو كان قد وضع النص لحظة الحاجة إلى تفسيره ، وإلا نسبنا الى المشرع مالم يدر بخلده"[19,pp.45].

- التيار النصوصي (Textualism)

ومن المعارضين لفكرة الدستور الحي، هم انصار النصوصية Textualism، وهي تسمى في بعض الأحيان بالأصولية الدلالية، وهي قد تمتزج وتتشابك مع التيار الاصولي السلفي، ولكن هناك اختلافات متميزة بينهما، إذ يحاجج النصوصيون بأن نصوص الدستور –كلمات الدستور– هي التي تفسر فقط، ولا يعني التفسير البحث عن معتقدات او افكار او غايات واضعيه، فالمحاكم يجب ان لاتبحث عما وراء النصوص، بل يكفي ان تتعامل مع النصوص والكلمات على انها تعبير عما اراده المؤسسون من كتابة النص الدستوري بغض النظر عنما كان يدور في اذهانهم ولايجب البحث في الظروف التاريخية ولا غيرها، بل التقيد التام بمعنى النصوص[20,pp.29–39].

وهذا التيار يقابل مدرسة الالتزام بالنص، او الشرح على المتون، فهي ايضا تقتصر على شرح النص وبيان المعاني التي تنطوي عليه الفاظه واظهار مدلولات عباراته وكلماته للتعرف على ارادة المشرع الحقيقية دون إضافة او حذف أو تعديل، وفقا لهذه المدرسة شراح القانون يقتصرون على تفسير القانون نصا بنص، بحسب ورودها في التشريع الذي عده الجميع في مدة معينة المصدر الوحيد للقانون، ولبعض أنصار هذه المدرسة عبارة شهيرة وهي "النصوص أولا وقبل كل شيء"[21,pp37]، [22,pp.38]، [23,pp.29].

ان انصار الأصولية والنصوصية وبقية المعارضين لفكرة الدستور الحي، وفقا للتوضيح السابق، يفترضون بقاء الدستور جامدا في معناه رغم مرور الوقت، وكلمات الدستور تعني ماكانت تعنيه عند وضعه. ورغم قدم هذا التيار فلا زالت الاصولية تحظى بشعبية بين بعض السياسيين من التيار المحافظ في الولايات المتحدة، وترتبط بشكل بارز بعدد من القضاة والفقهاء ساهموا في بقاء هذه النظرية أيضًا. والأصولية هي مصطلح شامل للعديد من طرق التفسير التي تمسكت بـــ "أطروحة التثبيت" وهي الفكرة القائلة بأن المحتوى الدلالي للكلمة ثابت في وقت النطق به. ويسعى الأصوليون إلى أحدى النظريتين التاليتين للحصول على المعنى:

أولا : نظرية النية الأصلية، التي تنص على أن تفسير أي دستور مكتوب لابد ان يتفق مع ما كان يقصده أولئك الذين صاغوا نصوصه وصادقوا عليه. هذا هو حاليا رأي الأقلية بين الاصوليين. و هؤلاء هم الـــ "Intentionalists" .

ثانيا : نظرية المعنى الأصلي، التي ترتبط ارتباطًا وثيقًا بالنص، هي وجهة النظر القائلة بأن تفسير دستور أو قانون مكتوب يجب أن يستند إلى ما يمكن للشخص العاقل المعاصر لوضع النص، ان يفهمه من معنى في ذلك الوقت وهذه اطروحة الغالبية من الأصوليين، مثل Scalia، وهؤلاء هم ال "Textualists ".

تشترك هذه النظريات في انبثاقها عن أصل واحد وهو الاصولية او السلفية، وفي الرأي القائل بأن هناك نية أصلية محددة أو معنى أصلي، معاصرة للتصديق على دستور أو قانون، والذي ينبغي أن يحكم

تفسيره اللاحق. وتتعلق الانقسامات بين النظريات بماهية الهدف الأصلي المحدد أو المعنى الأصلي بالضبط: سواء كان نوايا المؤلفين أم الدول المصدقة، أم المعنى الأصلي للنص، أم الجمع بين الاثنين، ولكنه في كل الاحوال ليس التطبيق المتوقع. [24,pp.24]

في الواقع، إن منتقدي فكرة الدستور الحي ضغطوا على حججهم بقوة لدرجة أنه، من بين الأشخاص الذين يكتبون عن القانون الدستوري، فإن مصطلح "الدستور الحي" نادراً ما يتم استخدامه، إلا بشكل ساذج. لأنهم يعتقدون بأن من المفترض أن يكون الدستور أساسًا راسخًا، يجسد أهم المبادئ الأساسية – هذه هي الفكرة الكاملة لوجود دستور بحسب وجهة نظرهم. قد لا تلقى هذه الفكرة تعاطف معظم الرأي العام ولكن المبادئ الأساسية – المبادئ الدستورية – يجب أن تظل ثابتة. خلاف ذلك، لماذا يكون الدستور دستوراً على الإطلاق، مالم يكن أساساً ثابتاً؟ ويضيفون أن الأسوأ من ذلك هو أن الدستور الحي هو بالتأكيد دستور قابل للتلاعب، فإذا لم يكن الدستور ثابتًا – إذا تغير من وقت لآخر – فعندئذ يقوم "شخص ما" بتغييره ، ويفعل ذلك وفقًا لأفكاره الخاصة حول الشكل الذي يجب أن يكون عليه الدستور وهم يقصدون ب "شخص ما" هو مجموعة من القضاة. إذاً لا يصبح الدستور الحي، دستوراً على الإطلاق، ولاحتى يمكن عده قانوناً، إذ سيغدو مجرد أفكار شجاعة تروق للقضاة الذين يكونون في السلطة في وقت معين ويفرضونها على بقيتنا[13,pp.8].

لعل احد اسباب امتعاض هذه الاتجاهات الفقهية من فكرة الدستور الحي، واعطاء المحاكم رخصة تحديد المعاني الجديدة للنص الدستوري، هو الإرث الفقهي نفسه الرافض لفكرة منح القضاء اختصاص تفسير الدستور، والذي سجل العديد من المحاذير في حال تم منح اختصاص التفسير للقضاء منها على سبيل المثال انه قد تجعل المحكمة الدستورية من نفسها سلطة تأسيسية عن طريق اختصاصها بتفسير النصوص الدستورية، وذلك من خلال إنشاء وإيجاد القواعد الدستورية أو تعديلها تحت ستار تفسير النصوص الدستورية، وتحل بذلك إرادتها محل إرادة السلطة التأسيسية ؛ الأمر الذي يجعلنا أمام حكومة القضاة كما يسميها الفقه الدستوري، أو انه سيدخلها طرفا في الصراعات السياسية بين السلطتين التشريعية والتنفيذية[25,pp.121]،[26,pp.310]، [27,pp.165]، [28,pp.57].

2.2.3 الاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الدستور الحي

يقول اميل دوركهايم[*]" ان القاعدة الحقوقية لم تعد تبدو كشيء ثابت وشبه مقدس إذ إنها متغيرة ومتحركة كالمجتمعات البشرية التي تعبر هذه القواعد عن تطلعاتها تعبيراً كاملاً"[29,pp.13]، لذلك فلاشك بأنه أمام الاتجاه السلفي الرافض لفكرة الدستور الحي، هناك اتجاهات مختلفة مثل الاتجاه الأشهر (الدستور الحي) الذي ينظر الى معاني الدستور، بناءً على المبادئ المتوافق والمتعارف عليها بين الناس في لحظة تاريخية معينة مثل اللحظة المعاصرة، وهم ينطلقون في موقفهم المؤيد هذا من الانتقادات التي وجهت لانصار السلفية أو الأصولية وما يؤيدونه من كون الوثيقة الدستورية عبارة عن دستور ميت، نذكر في هذا الخصوص تعليق لاحد الباحثين الامريكيين في المجال الدستوري حول فكرة الدستور الميت بقوله " الدستور الميت هو

---

[*]اميل دوركهايم (١٥ ابريل ١٨٥٨ – ١٥ نوفمبر١٩١٧) فيلسوف وعالم اجتماع فرنسي. أحد مؤسسي علم الاجتماع الحديث، ومن اشهر العلماء الذين اهتموا بدراسة علم الاجتماع القانوني، وقد قام بتصنيف القانون إلى أقسام مختلفة لدراسة العلاقة الجدلية بين قانون معين ومجتمع معين.

دستور للاموات فقط وانه يجب ان يدفن معهم " في اشارة الى تهكمه وامتعاضه من فكرة الدستور الميت التي ينادي بها بعض القضاة المحافظين، امثال القاضي سكاليا ومن حذا حذوه[30,pp.4]. كذلك كتب توماس جيفرسون الى جيمس ماديسون وهم من الاباء المؤسسين الذين كتبوا دستور الولايات المتحدة الامريكية، بأنه " لايجب ان يكون هناك سلطة للاموات على الأحياء " وذلك تلخيصا لرؤيته في كتابة مسودة الدستور بلغة عامة دون النزول الى التفاصيل لان هذا الأمر سيقيد الاجيال القادمة، كذلك كان رأي العالم اللغوي المشارك بعملية كتابة الدستور الامريكي نوح ويبستر "بأن الاجيال القادمة في المستقبل يجب ان لاتقع في عبودية الاباء المؤسسين"[31,pp.671].

وهذه الآراء السابقة لواضعي الدستور، تطابق الآراء الحديثة التي يلخص مضمونها العبارة الاتية: " إننا نريد من القضاة أن يطبقوا قيم ومعايير دستورية تكون لنا نحن الشعب اليوم مفيدة ومثيرة للأعجاب"[32,pp.438].

بل أكثر من ذلك فهناك من يعرف الدستور على انه كائن عضوي حيوي، يعكس في وقت ما، القيم السياسية

والاخلاقية للمجتمع الذي يحكمه وطبقا لذلك، فإن القانون الدستوري لابد ان يكون مرتبطا بالوسط الاجتماعي– السياسي الذي ينظمه [33,pp.3].

ومن الانتقادات التي وجهت للمدرسة السلفية في تقصي معاني الدستور، هو انها عملية تنتهي في بحثها عن معاني الدستور الى نصوص الدستور، في حين ان التحليل المنطقي يجب أن يبدأ بنصوص الدستور وليس العكس، والا فإننا سنصل لنتائج غير مرضية، لأن اللغة، أي لغة يكتب بها الدستور ليست كاملة او منتهية التطور، بحيث تعني ماكانت تعنيه وقت وضع الدستور[34,pp.43]. وايضاً أن الاصولية في تفسير الدستور، تكاد تكون جدار صد ضد عملية التطور، وهي الوسيلة المثلى لتخليد الامتيازات السابقة للسياسيين الاوائل ومنع أي محاولة لتصحيح الأخطاء في مسار العملية الدستورية[35,pp.454].

فأنصار ما يسمى غالباً " فكرة الدستور الحي"، يتبنون الاعتقاد بأن الدستور تفسيرا وتطبيقا يجب أن يتغيّر وأن يتكيّف مع الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية المتطورة في البلاد. ومع أن التفسير لا يزال يبدأ بالكلمات الواردة في نص الدستور، إلاّ أن التشديد بات أقل على المعنى الحرفي لتلك الكلمات مما هو على الروح التي تنعشها. ويرون ان القاضي الدستوري عليه أن يأخذ في الاعتبار، أثناء التفسير، كافة ما استجد على المجتمع حتى تصبح النصوص الدستورية، مع عدم فاعلية الآلية المتمثلة في سلطة التعديل المتكرر، لها القدرة على مواجهة تطورات واحتياجات المجتمع[36,pp.555]. وهو يجتهد ليوائم بين القانون والواقع، ويراعي الاعتبارات العملية في أحكامه حينما يقوم بالتفسير وفقاً لمقتضيات التطور الفكري والسياسي والاقتصادي والاجتماعي، ذلك أنه قد تطرأ ظروف وأحداث جديدة لم تكن تخطر بذهن المشرع وقت وضع النصوص، مما يوجب على القاضي إعمال نشاطه التقديري لتطوير تفسير النصوص لكي تتواءم مع الأوضاع الجديدة في ضوء الغاية من هذه النصوص[37,pp.16].

وفي الفقه المصري يؤيد الاستاذ الدكتور أحمد كمال ابو المجد عدول القضاء الدستوري عن قرارته السابقة في تفسير الدستور او بمناسبة ممارسة اختصاصه في الرقابة على دستورية القوانين، نتيجة لما يطرأ على الاوضاع الاجتماعية والسياسية في المجتمع المصري من تغيرات، ويستند في تأييده لهذا الامر الى انه "على الرغم من التسليم بأن نصوص الدستور المصري تعلو على موجبات التغيير المتكرر السريع، فلا يزال صحيحا إن الاطار الواقعي والموضوعي الذي تجري في ظله تنزيل حكم النصوص على وقائع الدعاوى

والمنازعات، هو اطار متغير ومتجدد في بعض عناصره على الاقل " وهو يرى ان هذا العدول لابد ان يتم في إطار حراسة الشرعية الدستورية[38,pp.10-16].

وذات الرأي نجده لدى الدكتور عوض المر وكان سابقا يشغل منصب رئيس المحكمة الدستورية العليا، فهو يبرر التحول في احكام القضاء الدستوري ويرى "ان القضاة في كل بلد يفصلون فيما يعرض عليهم على ضوء فهمهم لحكم القانون القائم .. وعليهم –ما استطاعوا الى ذلك سبيلا– تقويم ما اعوج من احكامهم... لاسيما في نطاق المفاهيم الدستورية التي يتعين نموها .." [39,pp.178].

ويرجع اختلاف الموقفين في الفقه، الى اختلاف كل منهما في اعتناق فلسفة محددة للدستور، إذ يرى الفريق الأول ان واضعي الدستور تقاسموا الفلسفة الشائعة بشكل متزايد حول أن الدستور موجود ليس فقط لوصف نظام الحكم، ولكن لديه وظيفته الأساسية المتمثلة في فرض قيود فعالة على ممارسة السلطة السياسية، وان الفكرة السليمة للدستور تكون بإنشاء نظام من المبادئ الراسخة لغرض ضمان عدم تجاوز السلطات السياسية على حقوق وامتيازات المواطنين، اي انه يميل الكفة نحو عد الدستور وثيقة لتقييد السلطات السياسية وجعلها تتحمل المسؤولية السياسية الكاملة امام مواطنيها، لذلك هم يفضلون الاكتفاء بما هو محدد بالدستور في وقت وضعه، على السماح للحكومة او القضاء تبني تفسيرات واقعية جديدة ولو كان فيها امكانية الاعتراف بحقوق جديدة للمواطنين. في حين يعتنق الاتجاه الثاني فلسفة كون الدستور هو وثيقة للحقوق والحريات بالدرجة الأساس، اي ان الجانب الغالب فيها والغرض الاساس منها هو تأمين اكبر قدر لازم من الحقوق والامتيازات والحريات لمواطني الدولة[40,pp.30] .

3.3. موقف القضاء من فكرة الدستور الحي

كما هو شأن فقهاء وفلاسفة القانون واختلافهم حول فكرة الدستور الحي، نجد ذات الأمر بالنسبة لقضاة الدساتير، إذ بين مؤيد ومعارض للفكرة، تراوحت احكامهم وتباينت آراؤهم في البدء حول مشروعية هذه الفكرة بالنظر لفلسفة وضع الدستور، وحول امكانية تطبيقها وانسجام ذلك مع اللغة العامة للنصوص الدستورية.

1.3.3. الاتجاه القضائي الرافض لفكرة الدستور الحي

ليس مستغرباً رفض جانب من القضاء الدستوري لتبني فكرة الدستور الحي في تفسير الدستور، إذ لم يكن الأمر هيناً بادئ الأمر، بإقرار اختصاصه أصلا بتفسير نصوص الدستور، وقد ثار الجدل سابقاً في الفقه الدستوري حول عدم صحة اختصاص المحاكم الدستورية في تفسير الدستور من خلال طلبات التفسير المباشرة، وقد استند هذا الاتجاه المعارض للتفسير القضائي للدستور، على عدة مبررات تتمثل في منع القاضي الدستوري من الانجرار بعيدا عن مجال اختصاصه الأصيل المتمثل في رقابة دستورية القوانين، وحتى لايكون التفسير مدخلا لمحاولة تعديل الدستور بشكل مخالف لإجراءات التعديل الرسمية مع احتمالية مخالفة القصد من النص عند وضعه.

وبعد ان تم تجاوز جدار الصد السابق ذكره، وتم منح القضاء الدستوري اختصاص تفسير الدستور، بادر القضاء الدستوري ذاته بوضع محددات لاختصاصه التفسيري هذا، كتعبير عن خطواته الخجولة الاولى نحو تفسير الدستور وفي هذا الاطار بينت المحكمة الدستورية الكويتية حدود اختصاصها بتفسير النصوص الدستورية بالقول ان" دورها في اطار ما عقد لها من اختصاص في هذا المضمار يقتصر في المقام الاول على تفسير نصوص الدستور وفق ضوابط محددة مردها الى عبارات هذه النصوص ودلالاتها والاغراض المقصودة منها بمراعاة موضعها 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 تنقيحا للدستور"[41,pp.21].

في الولايات المتحدة الامريكية كان القاضي سكاليا (رئيس قضاة المحكمة العليا الامريكية في وقت الرئيس الامريكي ريغان) يعتبر رائد الحركة الأصولية في التفسير او ماتسمى بالاتجاه السلفي في تفسير الدستور(originalism او textualism)، وهو يرى ضرورة تمسك القضاة بالمعنى العام لكلمات الدستور سواء أكانت الموجودة في متنه ام متن تعديلاته، وكما فهمها الناس في وقت الاتفاق على الدستور، كما انه لم يتوانى عن نشر افكاره على زملائه من القضاة واساتذة القانون حول ضرورة محاربة فكرة الدستور الحي أو الدستور المواكب، وكان يصرح أن الدستور الأفضل هو الدستور الميت (the good constitution is the dead constitution) ، ويلخص المشكلة في فكرة الدستور الحي، بأن "تقرير حقوق جديدة وفقا لتفسيرات جديدة هو مسؤولية هائلة لايمكن ان توضع على عاتق تسعة محامين ولا حتى ثلاثين، في ظل النظام الديمقراطي " وكان يعتقد اعتقادا شديداً بأن الدستور ثابت المعنى وغير قابل للتغيير الا بطريق التعديل الدستوري، وعلى هذا الأساس اتسمت الاحكام الصادرة عن المحكمة العليا الامريكية في زمن تولي سكاليا رئاسة المحكمة، بأنها اعتمدت منهج التفسير السلفي الأصولي حتى اضحت الاصولية مبدأً قضائياً في حينه[42,pp.17].

نذكر في هذا الخصوص قرار المحكمة في القضية التي اثارت جدلاً كبيراً حول التعديل الثاني للدستور الامريكي فيما يتعلق بقضية "مقاطعة كولومبيا ضد هيلر[*] (District of Columbia v. Heller) في عام ٢٠٠٨، إذ ينص التعديل الثاني على ان" الميليشيات حسنة التنظيم، ضرورية لأمن الدولة الحرة، وحق الناس في اقتناء السلاح وحمله، يجب ألا يصادر"، وقد صدر اول قرار للمحكمة الامريكية العليا حول قضية تنظيم اقتناء الاسلحة الشخصية وفقا لهذا التعديل في العام١٩٣٩ في قضية ,United States v. Miller[**] ، وفيها قررت المحكمة حق السلطة المركزية في تنظيم عملية اقتناء الاسلحة وحملها من قبل القوات النظامية اللازمة لحماية الولاية، واستمر هذا التفسير نافذا بهذه الصيغة حتى قضية مقاطعة كولومبيا ضد هيلر، حيث تبنت المحكمة تفسيرا اخراً بالعودة الى الترجمة النصوصية لمعاني كلمات التعديل، وانتصر فيها الأب الروحي للنصوصيين الـــ "Textualists " القاضي سكاليا بأكثرية خمسة اصوات مقابل اربعة رفضت هذا التفسير فقد اسقطت المحكمة العليا قانون تنظيم اقتناء الاسلحة (Firearms Control Regulations Act of 1975) بعدم الدستورية وأكدت حق الفرد أو المواطن العادي في حمل السلاح واقتنائه، وأكدت أن هذا المعنى هو ما يفهم من نصوص الدستور[42,pp.19].

في حين يرى مجموعة اخرى من القضاة وهم من رواد فلسفة الاصولية، لتبرير تمسكهم الحرفي بنصوص الدستور وارادة المؤسسين أمثال القاضي وليام رينكوست (رئيس المحكمة العليا ١٩٨٦-٢٠٠٥) والقاضي روبرت بورك(قاضي محكمة النقض الامريكية ١٩٨٢-١٩٨٨)؛ ان تدخل القضاء بإصدار قرارات قضائية لا تستند الى نصوص الدستور الواضحة كما وضعها المؤسسون، يعد خرقاً لمبدأ حكم الاغلبية، لكون الدستور هو اختيار الاغلبية الشعبية، بالتالي فإن اقرار اي مبادئ جديدة او قواعد لاتجد لها مكاناً بين كلمات

---

[*] (U.S.570(2008)).

[**] (U.S.174,179(1939)) *.

الدستور الواضحة يعد تغليباً لرأي الاقلية غير المنتخبة المتمثلة بالقضاة، في حين يتحتم على القضاة غير المنتخبين احترام قرارات وقوانين السلطات المنتخبة مالم تتضمن خرقا واضحا لاحد نصوص الدستور او انتهاكا صارخا لاحد الحقوق التي كفلها الدستور بالحماية[43,pp.1].

2.3.3.الاتجاه القضائي المؤيد لفكرة الدستور الحي

لم يتردد القضاء الدستوري في اعتناق مفهوم الدستور الحي ولعله سبق الفقه في تبني الفكرة بل وفي انزالها على ارض الواقع من خلال التطبيق العملي الذي يظهر في احكام وقرارات محاكم ومجالس القضاء الدستوري أدى تطور القضاء الدستوري في مجال التفسير والرقابة على دستورية القوانين ، إلى مراجعة الكثير من القيم الدستورية المنصوص عليها في الدستور نفسه، والتوسع في تحديد المبادئ والقواعد الدستورية بما يتجاوز الكلمات الواردة في نصوص الدستور[44,pp.165]. ويمكن تحديد ملامح التأييد القضائي لفكرة الدستور الحي وفكرة نمو المفاهيم الدستورية من خلال آليتين عمد القضاء الدستوري على اتباعهما في اثناء ممارسة عمله الاساس في تفسير الدستور او مراقبة دستورية القوانين في اطار ضمان حماية المشروعية الدستورية ، وكما يأتي:-

- تبني التفسير التطوري للنصوص الدستورية

تضم الكتلة الدستورية مجموعة من القواعد القانونية الصريحة التي يحتويها متن الدستور، وبجانبها يضم الدستور قواعد اخرى ضمنية يحملها في ثنايا النوع الاول من القواعد، ويستخلص القضاء الدستوري هذه القواعد الضمنية من خلال تفسير القواعد الصريحة، وذلك على ضوء المتغيرات السياسية والاجتماعية او الاقتصادية وكل المتغيرات التي تطرأ لاحقا، وهذا النوع من التفسير يطلق عليه، التفسير التطوري أو المنشئ للنصوص الدستورية. وقد ذهبت بعض الدساتير الى الترخيص صراحة بذلك في الدستور، مثال ذلك الدستور الاسباني المعدل الصادر سنة ١٩٧٨، إذ نصت المادة (١٠) /ثانيا : على ان يتم تفسير النصوص المتعلقة بالحقوق الأساسية والحريات التي يعترف بها الدستور طبقاً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمعاهدات والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها إسبانيا بهذا الخصوص[*].

وعلى ذلك فقد اعطى هذا النص، المحكمة الدستورية في اسبانيا، اختصاص التفسير التطوري للنصوص المتعلقة بالحقوق والحريات، واجاز لها تقرير حقوق وحريات جديدة تستنبطها من نصوص الاعلان العالمي لحقوق الانسان وكذلك كل الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تدخل اسبانيا طرفا فيها، وهذا يعني اضفاء الحيوية على النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات وجعلها قابلة للتطور بتطور الاعتراف الدولي والحماية الدولية لهذه الحقوق والحريات. وهذا النص يعد نصا تقدميا على الرغم من ان الدستور الاسباني يعود لحقبة السبعينات.

وكذلك فعل الدستور البرتغالي المعدل الصادر سنة ١٩٧٦ الذي نص في المادة ١٦ المتعلقة بنطاق الحقوق الأساسية وتفسيرها على ان " ١.لا تستبعد الحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور الحقوق الأخرى التي يمكن أن يقرها القانون، أو القواعد ذات الصلة في القانون الدولي. ٢. تُفسَّر أحكام هذا الدستور والقوانين المتعلقة بالحقوق الأساسية وفق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان". إذ حذا هذا الدستور حذو الدستور الاسباني بجعل الكتلة الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات قابلة للنمو واستيعاب الحقوق الجديدة التي يمكن

---

[*]للاطلاع على النسخة الانكليزية للدستور الاسباني المنشور على موقع الكونغرس الاسباني
www.congreso.es/portal/page/.../const_espa_texto_ingles_0.pdf

ان توجدها المعاهدات والاتفاقيات والقوانين الدولية، واطلاق يد المفسر الدستوري، ليفسر النصوص على ضوء هذه المستجدات وكذلك الاعلان العالمي لحقوق الانسان[*].

وفي هذا الخصوص أيضا، لايمكن اغفال الدور المنشىء الذي اداه المجلس الدستوري الفرنسي في توسيع الكتلة الدستورية وجعلها تتضمن بالاضافة الى القواعد والمبادئ المكتوبة في نصوص الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨، المبادئ التي اشارت اليها مقدمة دستور ١٩٤٦، وهي: المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية و المبادئ المسايرة لروح العصر، فمثل قراره باضفاء القيمة القانونية على مقدمة الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، الصادر بتاريخ ١٩٧١،/٧/١٦ والمتعلق بحرية تكوين الجمعيات[45,pp.49]، بمثابة فتح الباب أمام ادخال مفاهيم ومبادئ جديدة قابلة للتطور وفقاً لروح العصر، وهذا يمنح المجلس الدستوري مرونة واسعةعند تفسير النص الدستوري بحيث يخرج عن المعنى التقليدي لكلمات النص ليطوع لها معنىً جديد يواكب روح العصر.

أما حكم المجلس الدستوري في ١/٢٥/ ١٩٨٥، فإنه يعد المثال الأبرز في الدور المنشئ لقضاء مجلس المجلس الدستوري الفرنسي، إذ على الرغم من ان نصوص الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨، أقرت للمجلس باختصاص الرقابة السابقة على القوانين وفقا للمادة (٥٦) منه وما بعدها، إلا ان المجلس وبالتفاتة ذكية أسس لاختصاصه بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، حيث أجاز المجلس الدستوري بحث دستورية القوانين بعد اصدارها، وذلك بمناسبة بحث احكام تشريعية تعدله، أو تكمله أو تؤثر في نطاقه[46,pp.127] واستمرت قرارات المجلس بهذا الخصوص حتى صدور التعديل الدستوري سنة ٢٠٠٨ ليقنن دستوريا هذا الاختصاص، وما كان قرار المجلس هذا الا لأنه بعث الحياة الى النصوص الدستورية التي قررت الرقابة الدستورية على القوانين، فأضاف لها بعداً جديداً شكل نواة التعديل الدستوري.

وكذلك المحكمة العليا الامريكية، أدت ذات الدور الذي اداه المجلس الدستوري، لاسيما وان الدستور الامريكي يوصف بانه دستور شديد الايجاز والاقتضاب، إضافة الى صعوبة إقرار التعديلات الدستورية، الامر الذي المحكمة العليا، تضع التفاصيل الدقيقة للنصوص الدستورية المتعلقة باختصاصات السلطات الاتحادية، وكذلك الحقوق الفردية، من خلال سلسلة من القرارات التأريخية التي حظيت بالقبول من جانب فروع الحكومة الامريكية والشعب الامريكي على السواء[47,pp.56]. إذ يزخر الارث القضائي لهذه المحكمة بالكثير من القرارات التي كانت مؤثرة في حياة الناس وفي التكوين الاجتماعي والسياسي للدولة.

كذلك نجد معالم فكرة الدستور الحي واضحة في الإرث القضائي للمحكمة الدستورية العليا في مصر إذ توضح في أحد قراراتها(.... إن الدستور وثيقة تقدمية، لا ترتد مفاهيمها الى حقبة ماضية وإنما تمثل القواعد التي يقوم عليها والتي صاغتها الإرادة الشعبية، انطلاقة الى تغيير لا يصد عنه التطور آفاقه الرحبة.....)[**].

ويبدو أثر التفسير التطوري المنشئ للقضاء الدستوري من خلال اعطاء النصوص تفسيراً يتفق مع آفاق التغيير الذي يمر به المجتمع، فتحيى معاني هذه النصوص في ضوء المعطيات السياسية والاقتصادية والاجتماعية لحظة تطبيقها، فتكفل بذلك حياة مستمرة للدستور ولاتحصره في حقبة الماضي[44,pp.166].

---

[*]ينظر نسخة الدستور البرتغالي ،ترجمة المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات؛ تحديث مشروع الدساتير المقارنة، org.constituteproject

[**]حكمها في٤ /١٩٩٢/١، القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ ق دستورية، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس، ص٨٩ .

- التحول في أحكام القضاء الدستوري

يعد مفهوم التحول في احكام القضاء الدستوري، من المفاهيم الحديثة في الفقه الدستوري، وهو مفهوم قضائي المنشأ ويراد به: عدول القضاء الدستوري عن مبدأ قرره في احكام سابقة، وبطبيعة الحال فإن لهذا العدول مبررات وحدود أيضا[48,pp.24]. والحقيقة هذا التحول ما هو الا تطور بعبارة اكثر دقة، وهو انعكاس للتطور الاجتماعي والسياسي الذي أدى الى نتيجة حتمية في الحياة القانونية، فالقضاء يتأثر بذلك التراث المتراكم تاريخيا للتنظيم القضائي، اي بمجموعة القيم والتقاليد المتوارثة جيلا بعد جيل والتي تحدد عمل هذه المؤسسة القضائية وآلياتها وعلاقاتها بالحكام والمحكومين على السواء، فأي تغيرات اجتماعية سياسية لها انعكاساتها على القانون وعلى القضاء واذا كان من المتعارف عليه ان القاضي لا يخضع في تقدير حيثيات الوقائع التي تعرض أمامه إلا لسلطان الضمير والعقل، غير أنه ملتزم بالاطار الاجتماعي والسياسي، أي من خلال التزامه بالقانون في نصوصه وفي روحه، على ان الاختلاف في الاحكام الذي يظهر في مدد زمنية متباعدة او متقاربة يمثل تعبيرا عن اختلاف الرؤية[37,pp.20].

من الامثلة البارزة للتحول في القضاء الدستوري، نذكر موقف المحكمة العليا الامريكية من قضية المبدأ الشهير" متساوون ولكن منفصلون"، كان مؤدى هذا المبدأ الخبيث الذي تقرر في حكم المحكمة العليا الامريكية في قضية (Plessy V. Ferguson)، أن يتم الفصل بين البيض والسود في المدارس ووسائل المواصلات والمطاعم ...الخ، الا انه منذ سنة ١٩٥٤وبعد حكم المحكمة في قضية براون(Brown V. Board of Education of Topeke) بشأن مناهضة التمييز العنصري، بدأ ينظر الى الفصل بين البيض والسود كونه في ذاته مساسا بمبدأ المساواة، المبدأ الأساس الذي تستند اليه اكثر الحقوق والحريات[49,pp.12] أو بعبارة أدق مساسا بشرط المساواة في الحماية أمام القانون[50,pp.503] وهو الشرط الذي ورد في التعديل الرابع عشر[*] للدستور سنة ١٨٦٨، وهكذا تحولت المحكمة العليا في قضائها فيما يتعلق بالتمييز والفصل العنصري وأدانت كل اشكال التمييز العنصري الخاص والعام[37,pp.22]، اذ قوضت المحكمة في حكمها في هذه القضية المبدأ الذي سبق لها وان اعلنته في احكامها وما ذلك الى نتيجة لتغير تفسيرها لشرط المساواة الوارد في الدستور وتغير سياساتها القضائية مع تغير النظرة الاجتماعية والانسانية لمسألة التمييز العنصري، فقضاة المحكمة العليا كما يقول هوريو، قد عدلوا الدستور الاجتماعي الامريكي الى حد ما[51,pp510].

كذلك عندما نظرت المحكمة العليا الامريكية لأول مرة، في العشرينات من القرن الماضي، في قضية تتعلق بالتنصّت على المكالمات التلفونية، وافقت أكثرية القضاة على أنه ما دام ذلك قد حصل خارج البناء يعني أنه لم يحصل "تفتيش" بمعنى الكلمة كما هو مستخدم في التعديل الرابع، فلا حاجة بالتالي، إلى إصدار مذكرة تفتيش، غير ان المحكمة العليا عدلت فيما بعد عن هذا التفسير وتحولت الى تفسير اخر في قضية (berger)[**] وعدت التنصت على المكالمات التلفونية انتهاك للحرية والخصوصية، ورفضت المحكمة اجازة

---

[*] ينص التعديل على ان "جميع الاشخاص الذين يولدون في الولايات المتحدة يصبحون من مواطنيها ويخضعون لسلطاتها، وهم مواطنون للولايات المتحدة وللولاية التي يعيشون فيها، ولا يحل لولاية أن تضع قانونا من شأنه ان ينقص من المزايا والحصانات التي يتمتع بها مواطنو الولايات المتحدة، ولا يحل لأية ولاية أن تحرم شخصاً من الحياة والحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون تطبيقا كاملا، ولا يحق لها ان تحرم احدا خاضعا لسلطانها من المساواة في الحماية أمام القانون".

[**] Berger v. New York, 388 U.S. 41 (1967).

دستورية قانون ولاية نيويورك الذي يسمح بذلك، واعترفت بأن التكنولوجيا الجديدة جعلت من الممكن التعدّي على خصوصية منزل ما دون الدخول اليه، وهكذا تراجعت المحكمة عن موقفها وقررت أن التنصّت على المكالمات التلفونية يشكل تفتيشاً ويحتاج إلى إصدار مذكرة. وفي ملاحظة له مشهورة، شرح القاضي وليام أ. دوغلاس "أن واضعي الدستور لم يكن بوسعهم أبداً أن يتصوروا تنصتاً على المكالمات لأنه لم تكن لديهم أي فكرة عن الهاتف لكن الدستور الحي يأخذ هذه التطورات في الحسبان، وعندما يجد أن التنصت على الاتصالات التلفونية كان في الواقع تفتيشاً، يمكنه التوسع في تفسير نية واضعي الدستور في الحفاظ على خصوصية منزل الفرد". هذا المنطق بالذات دفع الأكثرية في المحكمة في الستينات من القرن الماضي، إلى الموافقة على أن الخصوصية الفردية كانت أحد الحقوق التي كان الجيل المؤسس يقصد حمايتها[52,pp.123].

والحقيقة ان عملية تفسير الدستور التي تقوم بها المحكمة العليا، عملية متطورة، إذ تتغلب فكرة الدستور الحي على مبدأ السوابق القضائية، حتى سكاليا، الذي يعد الزعيم الروحي للاتجاه الاصولي في التفسير نجده يصرح "إن القاضي قد يجد نفسه مكرهاً على تطبيق السابقة إلا إنه لا يفعل ذلك لما يكتشف حقيقة الأمر وهو أنه أقسم على مساندة الدستور والدفاع عنه"[53,pp.562]. أي إن قضاة المحكمة العليا، يتركون السابقة القضائية جانباً، متى ما توصلوا الى تفسير جديد للنص الدستوري، وهذا إقرار من قبل المحكمة ذاتها بإمكانية التحول في قراراتها متى ماكان ذلك اقرب في حماية الدستور او تطبيقه على الوجه الامثل. بل ان المحكمة العليا كانت تعلن تخليها عن السابقة القضائية صراحة في احكامها، ذلك ان اعتماد النظام القانوني الانجلو امريكي على نظام السابقة القضائية، ليس صارماً بل هو يتميز بطابع عملي مرن يتفق مع مقتضيات الحياة وظروفها المتغيرة[54,pp.32]

ونذكر في هذا الصدد موقف المحكمة العليا المصرية في تحولها عن موقفها الثابت قبل صدور تعديل دستور سنة ١٩٧١ في عام ١٩٨٠، اذ كانت تنتهج منهجا رافضا لاختصاصها بتفسير النصوص الدستورية مستندة الى التفسير الضيق لنصوص قانونها[**]، غير انها بقرار التفسير رقم ٣ لسنة ٨ قضائية بتاريخ ١٥ مارس لسنة ١٩٧٧[55,pp.155]، قبلت طلب تفسير المادتين ٩٤،٩٦ من الدستور وأصدرت قرارا تفسيريا لهما، إذ انها في هذه القضية عدلت عن موقفها السابق المتمثل في الامتناع عن تفسير الدستور، وتصدت لهذا الاختصاص بالاستناد الى ذات النصوص الدستورية ، وبعد اعطاء معنى واسع لمصطلح التشريعات، بل انها لم تتوقف عند هذا الحد، انما نجدها في هذا القرار أعطت أثراً للمادة ٩٦ ورتبت عليها حكما غير وارد في نصها، وما كان سبيلها في ذلك إلا استنادها الى فلسفة الدستور الحي التي اقتضتها العدول عن موقفها السابق[56,pp.57-62].

4.اجراءات البحث: تضمنت اجراءات البحث اختيار عينة البحث التي تتناسب مع موضوع البحث، كون البحث قانوني متخصص في فلسفة القانون الدستوري، وهذا ايضا حتم اختيار منهج البحث بما يفي بالغرض المطلوب منه وكالآتي:

1.4 عينة البحث: بما ان البحث يعرض لأفكار فلسفية في اطار القانون الدستوري، فقد نتج عن ذلك ان تكون عينة البحث عمدية (قصدية) اشتملت على جمع آراء مجموعة من الفقه العربي والغربي، ومجموعة

[**] قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

احكام وقرارات واراء شخصية لمجموعة من قضاة المحاكم الدستورية على اختلاف مناهجها، وقد راعى الباحث ان تشتمل العينة على نماذج متعارضة في اراءها حول موضوع البحث، واتخاذ اسلوب المقارنة بين الآراء.

2.4 منهج البحث: تم اجراء البحث بشكل اساسي وفقاً للمنهج التحليلي عن طريق تحليل العوامل والاسباب التي أدت الى ظهور فكرة الدستور الحي ومدى تأثيرها في نطاق القانون بشكل عام، وفي نطاق القانون الدستوري بشكل خاص. والمنهج الفلسفي، باستخدام التحليل التأملي والعقلي للتوصل الى مدى فاعلية هذه الفكرة في نطاق تطبيق وتفسير النصوص القانونية، لاسيما نصوص الدساتير. والمنهج المقارن والذي هو من أهم ادوات البحوث القانونية، حيث تمت المقارنة بين الاراء الفقهية التي عارضت مفهوم الدستور الحي واتجاهاتها، والاراء الفقهية التي تبنت المفهوم، أو دافعت عنه، والمقارنة بين مواقف القضاء الدستوري من المفهوم، القضاء المؤيد والقضاء المعارض لتطبيق المفهوم في نطاق تطبيق القوانين الدستورية، وتم اختيار هذه المناهج لانها تغطي فكرة الدستور الحي من كافة جوانبها، وتستوعب معظم ابعادها.

5. الخاتمة

ختاما للأفكار والآراء التي ذكرت في هذه الدراسة فإن الباحث لايفوته أن يعبر عن وجهة نظره، إضافة الى تسجيل ما تبادر الى الذهن من توصيات مهمة:

1.5 النتائج

توصل الباحث من خلال اتمام عرضه لفكرة الدستور الحي وموقف الفقه والقضاء الدستوري منها الى عدة نتائج تتمثل بالآتي:

– ان فكرة الدستور الحي، فكرة فلسفية وجدت طريقها تحت ظلال المناهج النفعية(البراغماتية) في تطبيق نصوص القانون، عن طريق استقراء نتائج التطبيق لتحديد كيفية التطبيق الانفع للمجتمع، اعتماداً على المنهج المتبع في تفسير نصوص القانون.

– ان هذه الفكرة حظيت باهتمام الفقه الغربي لاسيما الانكلوامريكي، ونالت نصيبها من كتاباتهم وتحليلهم ونقدهم وتقويمهم، الا انها لم تحظ بذات الاهتمام على مستوى الفقه العربي بمختلف مناهجه.

– ان الاصول الفلسفية لفكرة الدستور الحي، تستمد وجودها من الدراسات الاجتماعية التي ركزت على تطور المجتمعات واثره في القانون وبالعكس، لاسيما دراسات علم الاجتماع الجنائي.

– اختلف الفقه في موقفه من هذه الفكرة، البعض اعتبرها فكرة تتناقض مع قدسية واعلوية نصوص الدستور بكلماته والفاظه، بينما دافع البعض عنها واعتبرها منهجاً للتعامل مع النصوص القانونية بشكل عام، وليس مجرد فكرة طرأت على العلوم القانونية.

– اختلف موقف القضاء الدستوري من الاخذ بهذه الفكرة او المنهج من عدمه، البعض منهم تمسك بشكل متزمت بالمناهج النصية في تفسير القوانين ومن ثم تطبيقها بحسب الدلالات اللفظية لكلماتها، والبعض الآخر يفتح الأفق امام القاضي الدستوري ليراعي تطورات المجتمع، ويجتهد في ايجاد تفسير عصري لايخل بالمعنى العام للنص القانوني، وفي ذات الوقت يتناسب مع ما طرأ من تغيرات وتطورات مجتمعية سياسية او اقتصادية او قانونية او غير ذلك.

– لم نجد في بحثنا ما يؤيد وجود هذه الفكرة في قرارات وتفسيرات المحكمة الاتحادية العليا في العراق، ربما حداثة تجربة القضاء الدستوري، وربما تردد قضاة المحكمة الدستورية من انتهاج طرق جريئة في التفسير، حالت دون تقرير وجود هذه الفكرة.

2.5 الاستنتاجات

ان كل فكرة تستجد في الفقه القانوني، تحمل بين ثناياها جوانباً ايجابية وجوانباً سلبية، يكون المنهج الصحيح في التعامل مع هذه الافكار او النظريات كما تسمى احيانا من قبل من يتعرض لها بالتحليل والنقاش، يكون بطريق التبني مع التشذيب، ان كانت الجوانب الايجابية لهذه الفكرة جديرة بالنظر وتفوق في ثقلها ما للجوانب السلبية من آثار، فكرة الدستور الحي فكرة تتضمن جوانبا ايجابية تفتح الافاق أمام تفسيرات وممارسات دستورية تواكب مستجدات المجتمع، ولكن علينا ان لا نفتح الباب على مصراعيه ويكون تأييدنا مطلق لهذه الفكرة، إذ لابد لنا من تشذيبها بحيث تلتقي مع قدسية الدستور واعلويته عند نقطة حماية الدستور للحقوق والحريات، و ضبط ايقاع الحياة السياسية وعمل السلطات، وتثبيت مبدأ المشروعية، اذ لابد لفكرة الدستور الحي ان تتوقف عند عدم التعرض للنص الدستوري بالتعديل السافر بطريق التفسير بحجة مواكبته الواقع المستجد، ولابد لمبدأ اعلوية الدستور ان يتوقف عند حد قدسية الدستور كونه القانون الاعلى لا قدسية المعاني الحرفية التي جاءت بها نصوصه.

في الحقيقة، لا يؤثر موقف قضاة الدستورية من هذه الفلسفة بقدر التأثير الذي تلعبه نصوص الدستور وكيفية صياغتها، إذ ان الصياغة التفصيلية المقيدة لنصوص الدستور لا تفسح المجال أمام اي محاولة لبعث روح جديدة لهذه النصوص بإعطائها معنى جديد يستوعب الحاضر، يستوعب الحاجة المتجددة للتفسير، وبالعكس كلما كانت نصوص وعبارات الدستور مفتوحة الافق وغير مقيدة ومحدودة، كانت الفرصة اكبر بتطويع هذه النصوص لاستيعاب مستجدات التطور القانوني والسياسي والاجتماعي.. الخ، ويكون ذلك عن طريق تبني منهج التفسير الحي للدستور.

3.5 التوصيات

١- في إطار تعديل الدستور، نوصي الجهة التي تبادر الى تقديم مسودة لتعديل الدستور، الى تبني منهج علمي في الصياغة الفنية لنصوص التعديل، وان تضع بحسبانها انفتاح النص الدستوري لاستيعاب الحالات المستجدة، وامكانية بقاء النص الدستوري حياً قابلاً للتطويع مع الصمود ضمن النهج العام للدستور، نصاً أو روحاً، وعدم الخروج على الخصائص والمعالم الرئيسة لسياسة المشرع الدستوري.

٢- نوصي القضاء الدستوري سواء في العراق ام في غيره من الدول بالانفتاح في تفسير الدستور على أهم المتغيرات القانونية الدولية، والمستجدات الاجتماعية والدولية لاسيما في مجال حقوق الانسان وحرياته وكرامته وحياته، وتجنب التقيد الحرفي بمعاني النصوص ومحاولة تطويعها وفقاً للمتغيرات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وطنياً ودولياً وان يكون ذلك ضمن اطار عمله الخاص بحماية المشروعية الدستورية وتطبيق سيادة القانون.

٣- ندعو الباحثين الى التوجه نحو الانتاج العلمي المتعلق بالتفسيرات المتطورة للدساتير، والاستعانة في ذلك بنماذج عن القرارات القضائية لمختلف هيئات ومحاكم القضاء الدستوري، ووضع قرارات التفسير القضائية والتشريعية، في ميزان الحداثة والتطور، وكشف مواطن الضعف او التطرف النصوصي فيها، للخروج بنظريات متطورة في التفسير.

6. المصادر

١.أمين عاطف صليبا"، *دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون"*، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٢، ص ٢٣٩.

٢.ميثم غانم جبر" *الوسائل الدستورية لحماية حقوق الإنسان في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ (دراسة تحليلية)*"، JUBH، م ٢٦، عدد ٣، ص ٣١ – ٤٣، ٢٠١٧، ص ٣٤.

3. Darwin, C., "*On the Origin of Species by Means of Natural Selection"* (Project Gutenberg), 6th ed, 2009,p15.
4. J M. Kelly, "*A Short History of Western Legal Theory*" (Oxford University Press, 1992) 332 cited in Augusto Zimmermann, "*Western Legal Theory: History, Concepts and Perspectives*" (LexisNexis Butterworths Australia, 2013) p111.
5. Pound, R., "*Mechanical Jurisprudence*" (1908) 8 Columbia Law Review 614.
6. Bruce Linkermann "*A 'LIVING CONSTITUTION': ROLLING DICE AND THE DEATH OF THE RIGHT TO LIFE"* The Western Australian Jurist Vol 6 p 234 .
7. Augusto Zimmermann" *Western Legal Theory: History, Concepts and Perspectives*" (LexisNexis Butterworths Australia), 2013 p254-258.
8. Christopher Norris "*Deconstruction, Theory and Practic*",3rd edition,Taylor & Francis Library, 2004,p 257.
9. William H. Rehnquist, "*The Notion of a living constitution*",54 TEX. L, REV.1979 p 693.
10. Howard Lee McBain ,"*The Living Constitution. A Consideration of the Realities and Legends of Our Fundamental Law"* The MacMillan Company, New York. 1927.
11. Stone, Ivan M. "*The Living Constitution*," Indiana Law Journal: (1928) Vol. 3: Iss. 6, Article 5. Available at: http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol3/iss6/5
12. Scalia Vigorously *"Defends a 'Dead' Constitution INTERVIEWS*" April 28, 2008 http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=90011526.
13. David Strauss, "*The Living Constitution*" Oxford University Press,2010,p1.
14. Winkler, Adam*." A Revolution Too Soon: Woman Suffragists and The "Living Constitution*". 76 NYULR 1456, 1463.
15. Taylor, H., "*The, S., American, N., The Outlook for Parliamentary Government*" Apr, 2018. 479–491.
16. Ralston, Shane J., "*Can Pragmatists be Constitutionalists? Dewey, Jefferson and the Experimental Constitution*" (January 3, 2009).
17. Ackerman, Bruce, "*The Holmes Lectures: The Living Constitution"* (2007). Faculty Scholarship Series. Paper 116.
18. James Wilson, "on the Study of Law in the United States", Circa, 1790.

١٩.د. فتحي فكري ، "*اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير"*، القاهرة، دار النهـضة العربية، ٢٠١١، ص ٤٥.

20. Stephen Ross, Helen Irving, Heinz Klug, "*Comparative Constitutional Law: A Contextual Approach, Approaches Constitutional Interpretations*" A Brief Survey, LexisNexis School Publishing 2014, pp: 29, 39.

٢١.د. جورجي شفيق ساري، *"اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير"*، ط٣، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص٣٧.

٢٢.د. مؤيد زيدان، *"علم الاجتماع القانوني"* ، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٨، ص٣٨.

٢٣.د. عبد الرزاق السنهوري ود. احمد حشمت ابو ستيت، *"اصول القانون"* القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٥٢، ص ٢٩.

24. L. Solum, "*Semantic Originalism*", Illinois Public Law Research Paper No. 07-24.

٢٥.د. شاكر راضي شاكر، " اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير الملزم"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٢١، د. رمزي طه الشاعر" *النظرية العامة للقانون الدستوري*" القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ص ٣١٠.

٢٦.د. محمد حسنين عبد العال، " *القانون الدستوري*" ١٩٩٢، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١٦٥.

٢٧.د. محمد الفيلي، "*اختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية في الكويت ماله وما عليه*"، مجلة الحقوق مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت السنة، ٢٣ العدد الثالث سبتمبر ١٩٩٩، ص٥٥ – ٥٧.

٢٨.هنري ليفي برول، " *سوسيولوجيا الحقوق*"، ترجمة عيسى عصفور، منشورات عويدات، بيروت، ط٤ ١٩٨٩، ص١٣.

29. Philip R. Bury the Dead Constitution, and Heller Too " The federal lawyer ,July 2016 p4.
30. Giles Hickory *"Noah Webster, American Magazine (New YorkDecember 1787, 1 Debate on the Constitution"* (Library of America) 1993. 671.
31. William N. Eskridge Jr. & John Ferejohn*," A Republic of Statutes:The New American Constitution*" at 438 (Yale Univ. Press 2010).
32. Hilaire Barnett *,"CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW*" Fourth Edition Queen Mary, University of London, Cavendish Publishing Limited CP,London • Sydney 2002,p3.
33. Robert A. Katzmann, "*Judging Statutes*" at 43 (Oxford Univ. Press 2014).
34. R Pound, *"Liberty of Contract"* (1909) 18 Yale Law Journal 454.

٣٥.د. عصمت عبد الله الشيخ، "*الرقابة الدستورية والفكرة القانونية السائدة في المجتمع*"، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق، جامعة حلوان، ١٩٩٨، ص ٥٥٥.

٣٦.د. محمد صلاح عبد البديع، *"الدور السياسي للقاضي الدستوري"*، القاهرة دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ١٦.

٣٧.د.احمد كمال ابو المجد، " *السلطة التقديرية للمشرع هل تخضع للرقابة الدستورية؟ متى تعدل المحكمة الدستورية العليا عن قضاء سابق*؟"، مقال منشور في مجلة الدستورية، العدد الثاني، السنة الاولى، ابريل ٢٠٠٣، ص ١٠–١٦.

٣٨.د.عوض المر"*الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسة*" مركز رينيه –جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣، ص ١٧٨.

39. Smith, Duane; *"An Introduction to the Political Philosophy of the Constitution"* Department of Political Science, University of California Los Angeles, 1987.

٤٠. د. تركي سطام المطيري، " *قواعد التفسير ومدى التزام المحكمة الدستورية الكويتية بها في ممارسة اختصاصها بتفسير النصوص الدستورية*، " الكويت،٢٠١٢، ص ٢١.

41. Bruce Allen Murphy, "*Justice Antonin Scalia and the 'Dead' Constitution*" The New York Times,Feb. 14, 2016.
42. Erwin Chemerinsky, "*interpreting the constitution*" library of the congress, preager publishers,1987,p1.

٤٣.د. احمد فتحي سرور، " *منهج الإصلاح الدستوري*"، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص١٦٥.

٤٤.محمد فوزي نويجي، "*التفسير المنشئ للقاضي الدستوري(دراسة مقارنة)*"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى ٤٩ ص، ٢٠٠٩.

٤٥.د. عبد المنصف عبد الفتاح، " *رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري*"، ط١، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ١٢٧.

٤٦.كارول مولايد، *"النظام القضائي في الولايات المتحدة"*، ترجمة محمد لبيب شنيب، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٠، ص ٥٦.

٤٧.د. عبد الحفيظ علي الشيمي، *"التحول في احكام القضاء الدستوري"*، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٢٤ وما بعدها.

٤٨.فاطمة الزهراء البتول عبد الواحد السامرائي، " *موقف الدساتير العراقية من الحقوق المدينة والسياسية*"، JUBH، م ٢٦، عدد ٤، ص١ – ٣٩، ٢٠١٨. ص ١٢.

٤٩.د. محمد عبد العال السناري، *"الاحزاب السياسية والانظمة الدستورية والقضاء الدستوري"*، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٥٠٣.

٥٠.اندريه هوريو، *" القانون الدستوري والنظم السياسية "*،١٩٧٥، ص ٥١٠.

51. Kenneth I. Solomon, "*The Short Happy Life of Berger v. New York*" 45 Chi.-Kent L. Rev. 123 (1968).

٥٢.د.هشام محمد فوزي، *"رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر"*، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص٥٦٢.

٥٣.د. سعيد الصادق، *"المنهج القانوني في الولايات المتحدة الامريكية وجمهورية مصر العربية"*، القاهرة، دار النهضة العربية،١٩٧٧، ص ٣٢.

٥٤.د. جورجي شفيق ساري، *"اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير"*، ط٣، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٥٥.

٥٥.د.فتحي فكري، *"القاضي الدستوري: ثلاثة تحولات في خمس سنوات"*، مجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الاولى، يوليو ٢٠٠٣، ص ٥٧–٦٢.