

"ملاحح الدستور الحى وتطبيقاته"
دراسة تحليلية مقارنة

دكتور ه

علياء زكريا

أستاذ مساعد - قسم القانون العام

كلية الحقوق - جامعة طنطا

معار بكلية القانون - جامعة العين

المخلص

واهمّ من يظن أن الدستور الحي غير موجود، وغير مطبق، والدليل على أهميته ووجوديته ما صاغه توماس جيفرسون، وهو أحد المؤسسين للولايات المتحدة الأمريكية، وثالث رئيس لها، حين قال: (إن العالم ملك للأحياء. لماذا يجب علينا أن نتبع القرارات التي اتخذها منذ مئات السنين أشخاص لم يعودوا على قيد الحياة؟). من هنا بدأت المحكمة الاتحادية العليا بالولايات المتحدة الأمريكية في ابتكار ما يسمى بالدستور الحي، وتلتها المؤسسات السياسية، والأحزاب بإيطاليا من بعد، وقامت بتطبيقه، فقد كانت محاولة منهم؛ لتفسير التشويه، والانتهاك الواقع على الدستور المكتوب.

ولقد تعددت المدارس الراضية لتطبيق الدستور الحي، والمدارس المؤيدة لتطبيق الأصالة، والمحافظة على ما أسموه بالإرث المستلم من الآباء المؤسسين، وبينهما صراع ممتد.

وفي هذا البحث سيتم تناول علاقة قدسية النص المكتوب بالدستور الحي، ومدى وجود اجتهاد خلاق وتفسير تطوري للنص الدستوري، وذلك من خلال عرض لنماذج من التطبيقات القضائية "بالولايات المتحدة الأمريكية"، والتي أفرزت الدستور الحي، وكذلك تناول التطورات التشريعية "بايطاليا"، وسيتم عرض كيفية تعايش الدستور الحي حتى يومنا هذا جنباً إلى جنب مع الدستور المكتوب من خلال تجنب الوثنية الدستورية، وتطبيق عالمية الدستور الوطني، والابتعاد عن الانعزالية.

كلمات مفتاحية: الدستور الحي- الوثنية الدستورية- مبدأ الأرضية المشتركة- السوابق القضائية- الاجتهاد التطوري- التآرجح بين عالمية النص الدستوري وانعزاليته.

Abstract

It is a common misjudgment to think that the concept of Living Constitution does not actually exist or apply to reality. In contrast, the significant importance and vivid existence of Living Constitution have always been demonstrated over and over again. For instance, **Thomas Jefferson**, one of the Founding Fathers who served as the third president of the United States of America, has famously said:

"The earth belongs to the living; and one generation has no more right to bind another to its laws and judgments, than one independent nation has the right to command another".

On this basis, the Supreme Court of the United States (SCOTUS) introduced the concept of "Living Constitution"; a step which has then been followed by several political institutions and parties in Italy. In other words, it was an attempt to address and interpret any

aspects of distortion or misrepresentation in the Written Constitution (i.e. Codified Constitution). Consequently, a state of controversy has always surrounded this issue; as several opponent political schools have rejected the implementation of Living Constitution, in favor of supporting authenticity and preserving what they have called the "Inherited Legacy" of the Founding Fathers.

In light of the above, this current paper will address the relationship between the Sanctity of Written Word and the Living Constitution, i.e. the actual limits of creative efforts and evolutionary interpretation for constitutional texts. That is to say, this paper will display some examples for judicial applications in the United States of America, as well as some legislative developments in Italy, all of which have jointly contributed to the formation of Living Constitution. In addition, this paper will also discuss the contemporary coexistence of Living Constitution with the Written Constitution; and that is by avoiding Constitutional Idolatry, and by adopting the principle of the National Constitution's Globalism rather than Isolationism.

Keywords

Living Constitution - Constitutional Idolatry - Principle of Common Ground - Judicial Precedents - Evolutionary Diligence - Constitutional Text's Globalism and Isolationism

المقدمة

بادئ ذي بدء، كان لزاماً علي أن أبدأ بتمهيد لهذا البحث يتضمن عرضاً للنظام القانوني في العالم على وجه العموم، وفي الولايات المتحدة الأمريكية على وجه الخصوص، وذلك لما هو متعارف عليه من ندرة الكتابات القانونية المقارنة بالنظام القانوني الأنجلوسكسوني، و النظام القانوني بالولايات المتحدة الأمريكية على وجه التحديد؛ وذلك بغية إيضاح فكرة البحث لذهن المتلقي، خاصة أن أغلب أفكار هذا البحث تعرض للفقهاء الأمريكي، مع بيان لبعض الحوادث التاريخية بالولايات المتحدة الأمريكية، والقضايا الشهيرة واللتن كانتا لهما الأثر الكبير لبزوغ، وولادة هذا البحث.

لا غرو أن هناك بالعالم دولاً تنتمي لنظام القانون العام Common Law، وهناك دول تنتمي للنظام القانوني المدني Civil Law، ومن الدول ذات النظام القانوني العام "الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وكندا وأستراليا"، والتي تعتبر الأحكام والسوابق القضائية هي المصدر الرئيس للقواعد القانونية فيها¹.

فالقاعدة القانونية يمكن استنباطها من السابقة القانونية إلى جانب المصدر الرئيس للقواعد القانونية، وهو البرلمان بينما - وعلى النقيض - تعتبر التشريعات التي يسنها البرلمان أو المجلس التشريعي هي المصدر الرئيس في دول النظام المدني Civil law والمستمد هذا النظام من قانون نابليون الذي سُن عام 1800.

ووضع قانون نابليون من خلال لجنة مكونة من أربعة قضاة متمرسين في جمع كافة القوانين المدنية الفرنسية ضمن مجموعة واحدة تشكل القانون المدني الموحد²، ومن الدول ذات النظام القانوني المدني Civil law "فرنسا وألمانيا وإيطاليا".

وبالنسبة للمحاكم، يمكن القول أن هناك نوعين من المحاكم، محاكم القانون العام Common law court والتي تستند إلى قواعد القانون العام لحل النزاع المعروض عليها، ويقابلها محاكم العدالة Courts of equity والتي تستند إلى قواعد العدالة والإنصاف Justice and equity.

وتعود نشأة قواعد القانون العام لعام 1066، عندما تولى الملك " وليم الفاتح"³ مقاليد الحكم بإنجلترا وبدأ بإعداد نظام قانوني موحد يلتزم به من قبل الجميع، وأرسل الملك ممثله لكافة الأقاليم؛ لجمع القواعد، والعادات المتعارف عليها؛ لتوثيقها، واستبعاد الغريب منها، وبعد مرور مائتي عام أو ما يزيد، ترسخ مبدأ " دع القرار هو الذي

¹المزيد من التفصيل، أنظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.juriglobe.ca/ara/index.php/>

² لمزيد من التفصيل راجع: الأصول التاريخية للدستور الأمريكي: د. أحمد كمال أبو المجد، التاريخ الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 4، السنة 31، مطبعة جامعة القاهرة، 1961، ص. 581 وما بعدها؛ سهم صادق عبد الحق، النظام القانوني الانجليزي، دار النهضة العلمية، الإمارات، 2024، ص. 25 وما بعدها.

³ "WILLIAM the Conqueror".

يحكم "stare decisis" أو ما يسمى اليوم مبدأ "السوابق القضائية"، والذي يعني أن القضايا المتشابهة يجب أن يتم الحكم فيها بقرار مماثل تطبيقاً للعدالة. فالأصل أن يتم التعامل مع نفس الوقائع المتشابهة بنفس الطريقة مهما تغير الزمان والمكان، وبالتالي الوصول لذات الحكم¹.

ومفهوم مبدأ "السوابق القضائية"² precedent ينطوي في بيانه على مجموعة من الأحكام القضائية التي أصدرتها المحكمة العليا، وأصبحت ملزمة للمحاكم الأقل منها مرتبة. ولمبدأ السوابق القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية قيمة قانونية ملزمة للمحاكم الدنيا، وللمحكمة التي أصدرت الحكم، وتوصف المحاكم في دول القانون العام بأنها ليست مفوضة لإقرار قانون جديد، ولكنها مفوضة بالحفاظ على القانون القديم³. ويمكن القول أن النظام القانوني الأمريكي قد تأثر في بداياته بالنظام القانوني الإنجليزي، والسبب في ذلك؛ أن أمريكا في البداية كانت مستعمرة من مستعمرات التاج البريطاني، واستمرت تبعية النظام القانوني الأمريكي إلى النظام القانوني الإنجليزي، حتى تم استقلال الولايات المتحدة الأمريكية، واستقلال نظامها القانوني عن النظام الإنجليزي، وإن لم يكن بالضرورة هذا النظام منفصل عن تطورات القانون الإنجليزي⁴.

وفي هذا البحث سنتناول بعضاً من مواد الدستور الأمريكي، وبيان السبب الذي جعله منذ العام الذي دخل فيه حيز التنفيذ وهو عام 1789⁵ لم يتم تعديله إلا 27 مرة فقط، كذلك علاقة الدستور الأمريكي بالدستور الحي. فبالنسبة لنشأة الدستور الأمريكي⁶ فالبدائية كانت عند جيمس ماديسون (James MADISON) والذي يعتبر أبو الدستور الأمريكي، فينسب إليه كتابة مسودة الدستور الأولى المسماة "خطة فيرجينيا"¹.

¹ Catherin EASTON, Course Notes- The English legal system, First edition 2012, Hodder education, p. 4; Catherine ELLIOT & Frances Quinn, English legal system, Pearson, 2021.

² بالفرنسية: (Précédents jurisprudentiels)

³ عبد الحفيظ الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2008، ص. 7

⁴ د. أدهم حشيش، القانون الأمريكي- مدخل-، دار النهضة العربية، ط1، 2017، ص. 24.

⁵ كتبت الوثيقة الدستورية الأمريكية عام 1787 في اجتماع فيلادلفيا، ثم تم التصديق عليه في سلسلة من المؤتمرات بين عامين 1787 و1788، ثم دخل حيز التنفيذ عام 1789.

⁶ Woody HOLTON, Unruly Americans and the Origins of the Constitution, Hill and Wang, 2008.

وودي هولتون، الأمريكيين الجوامح- أصول الدستور الأمريكي 1787، ترجمة الأستاذ أبو يعرب المرزوقي، ط1، 2010، هيئة أبو ظبي للثقافة والتراث (كلمة)، ص. 10؛ ألكسيس دي توكوفيل، الديمقراطية في أمريكا، ترجمة وتعليق أمين مرسي قنديل، تصدير محسن مهدي، عالم الكتب.

فقد بدأت الإرهافات الأولى لكتابة الدستور الأمريكي، عندما قام مزارعون في ولاية ماساتشوستس في صيف 1786، بتمرد كبير أسموه (تمرد الشاي) وكان سبب هذا التمرد هو انتفاء العدل في نظام جباية الضرائب بمناطق واسعة هناك، مما حدا بالمزارعين أن يشعلوا تمردًا كبيرًا امتد لمناطق واسعة من الولايات بعد ذلك، لذا حرص كبار الحكماء من بعد ذلك على سن مجموعة من القواعد التشريعية التي تؤسس للعدل والإنصاف، وكانت هي النواة الحقيقية لسن الدستور الأمريكي من بعد ذلك.

ولعل من المناسب الإشارة في هذا البحث إلى أنه قد تم سن الدستور الأمريكي عام 1789، وكانت اللجنة التي اضطلعت بتلك المهمة مكونة من عدد صغير من الأعضاء يمثلون الولايات المتحدة، وكان على رأسهم "جورج واشنطن، جيمس ماديسون، وألكسندر هاملتون، وبنيامين فرانكلين"، وكان اجتماعهم بمدينة فيلادلفيا في مايو عام 1787²، وانصب اهتمام واضعي الدستور في "مؤتمر فيلادلفيا" على سبع جوانب أو بنود أساسية تمثل هندسة العلاقات الحكومية في الدولة.

وفي ديباجة الدستور الأمريكي كان الهدف الأول المعلن عنه هو "تحقيق العدل"، فواضعي الدستور يعتقدون أن تشريعات الولايات ظلمت بأحكامها الدائنين ومالكي السندات، فكان أحد أهم أهداف أولئك وقت كتابة مسودة الدستور هو تحقيق العدل لهاتين المجموعتين³.

وقد أكد جورج واشنطن (George WASHINGTON⁴) - وهو أحد الآباء المؤسسين للولايات المتحدة في ذلك الوقت- أن: "أصل الشرور التي نشعر بها الآن هو نقص الاستعداد لتحقيق العدل"⁵.

وعندما وضع الدستور وأرسلوه للولايات للمصادقة عليه، لاحظت العديد من الولايات أنه لم يتضمن حقوقًا للمواطن الأمريكي، فقد تضمن مشروع الدستور سبع مواد ليس من بينها أية حقوق للمواطن الأمريكي، فقامت أغلب الولايات بالمصادقة على هذا المشروع بشرط أن يتضمن فيما بعد وثيقة الحقوق، والتي بها تعديلات كثيرة عددها عشرة تعديلات.

وهنا يأتي دور وثيقة الحقوق أو BILL OF RIGHTS.

¹ Drew.R. MCCOY, The Last of Fathers: James MADISON and the Republican Legacy Cambridge, UK., 1989, p. 73.

² ألكسيس دي توكوفيل، الديمقراطية في أمريكا، ترجمة وتعليق أمين مرسي قنديل، تصدير محسن مهدي، عالم الكتب، ص. 40 وما بعدها.

³ وودي هولتون، الأمريكيون الجوامح وأصول الدستور الأمريكي، مرجع سابق، ص. 40. Woody HOLTON, Unruly Americans and the Origins of the constitution.

⁴ هو أول رئيس للولايات المتحدة الأمريكية ويعتبر أحد الآباء المؤسسين لها.

⁵ رسالة وجهها "جورج واشنطن" إلى "جون جاي" بتاريخ 18 مايو 1787، ورسالة وجهها "جورج واشنطن" إلى "هنري نوكس" بتاريخ 26 ديسمبر 1786.

WASHINGTON to Jon JAY, 18 May 1786, WASHINGTON to Henry KNOX, 26 Dec 1786, in Abbot and Twohig, eds., Papers of George WASHINGTON, 4:56, p: 481.

لم يكن الدستور في بدايته يحتوي على وثيقة الحقوق، بالرغم من أن غالبية الدساتير المحلية الولايات التي أتمدت خلال الثورة الأمريكية كانت تتضمن إعلانات واضحة بشأن حقوق جميع أفراد الشعب، وكان معظم الأمريكيين يعتقدون أنه لا يمكن اعتبار أي دستور كامل دون شموله على إعلان للحقوق، حتى أن جورج ماسون (George MASON) مؤلف "إعلان فيرجينيا للحقوق" قد رفض التوقيع على الدستور؛ لأنه لم يكن يشتمل على " وثيقة حقوق " تضمن الحريات الأساسية للمواطنين.

وتزعم جيمس ماديسون¹ (James MADISON) حملة في الكونجرس باقتراح تعديلات على الدستور، وبسبب الانتقادات الكثيرة التي طالت هذا الدستور، ولتهدئة تلك الانتقادات وعدّ المدافعون عن الدستور بالقيام بوضع وثيقة الحقوق؛ بغية الحصول على تصديق على الدستور، وذلك بإضافة مجموعة من الحقوق للمواطنين في مواجهة التعديلات الحكومية غير المبررة، وغير الشرعية على الأفراد.

Against undue and illegal governmental encroachments upon the individual

وهكذا تم تقديم هذه الأفكار في أول انعقاد للكونجرس، واحتوت وثيقة الحقوق تلك على ضمانات للأفراد دائمة في مواجهة الحكومات المتعددة، وقد دخل ميثاق الحقوق حيز التنفيذ بحلول نوفمبر 1791 وأصبح جزءًا لا يتجزأ من الدستور. ويتفق الفقهاء الأمريكيون أنه: يمكن اعتبار وثيقة الحقوق واحدة من أنبل الشرائع، وأضخم إنجازات الديمقراطية الأمريكية².

ويجدر الإشارة إلى أن للمحكمة العليا الأمريكية Supreme Court of the United States واختصارًا تسمى (SCOTUS) وتطور دورها، له الأثر الهام في التاريخ التشريعي للولايات المتحدة الأمريكية، وبدأت إرهابات ذلك التطور في عام 1803 حين صدر حكم المحكمة العليا الأمريكية في القضية الأشهر ماربوري ضد ماديسون³، وفي هذا الحكم قررت المحكمة العليا الأمريكية الحق لنفسها في رقابة دستورية القوانين الصادرة من الكونجرس الاتحادي، وبعبارة أخرى، نجد أن الدستور الاتحادي للولايات المتحدة كان ينص على أن القوانين المحلية تحترم الدستور الاتحادي والقوانين الاتحادية، وفي هذا الحكم أصبح للمحكمة العليا الحق في رقابة احترام القوانين الاتحادية للدستور الاتحادي⁴.

¹ هو رابع رئيس للولايات المتحدة الأمريكية وعرف بأبي الدستور، وقد لعب دورًا كبيرًا في سن الدستور الأمريكي عام 1787.

² ورد هذا التعبير في مؤلف:

Saul K. PADOVER, The Living U.S. Constitution, a Mentor Book, New American Library, 1995, p. 25 : (The Bill of Rights may be considered as one of the noblest and most massive achievements of the American democracy.).

³ Marbury v. Madison, U.S. Supreme Court, Decided 24 February (1803).

⁴ د. أدهم حشيش، مرجع سابق، ص. 95.

أهمية البحث: غني عن البيان أن الدستور هو الكلمة العليا، والمفرد الأهم في الحياة القانونية لكل دولة، وأهمية وجود الدستور وتطبيقه التطبيق الأمثل لا تقدر بثمن، ودراسة الدساتير المقارنة وتحديدًا نشأتها وتطورها، هو أمر بالغ الأهمية؛ لفهم أهم الأسباب التي جعلت تلك الدول تقدمت، وهل هذا كان بفعل استقرار حياتها الدستورية من عدمه.

ذلك الحال أيضًا عند دراسة الدستور الحي؛ ذلك الدستور الذي نشأت فكرته "بالولايات المتحدة الأمريكية"، ويقصد به الدستور المتطور في معاني نصوصه مع تطور الأوضاع الدولية والوطنية في كل دولة، ويتكيف مع الظروف المستجدة، بدون تعديله رسمياً، ودراسة الدستور الحي نكون قد اقتنينا أثر دول عظيمة في الديمقراطية، حافظت على تراثها الدستوري وأثرته بتفسيرات جديدة؛ لمواكبة المتغيرات التي طرأت عليها.

وفكرة الدستور الحي تلتفتها "الجمهورية الإيطالية" ومارستها طويلاً بالآونة الأخيرة خاصة بعد مرورها بما يسمى "بالأزمة الدستورية الكبرى" عقب انهيار الفاشية، وسن أول دستور "للجمهورية الإيطالية" عام 1948، وفي خلال فترة الجمهورية الأولى التي امتدت حتى عام 1994 وفي الجمهورية الثانية حتى وقتنا الراهن؛ حدث أن تم إجراء 16 تعديل على الدستور أهمهم عام 2016 وعام 2020، كذلك حدثت تفسيرات متعددة من جانب المؤسسات السياسية لنصوص في الدستور. وسيتم تناول بدايات الأزمة الدستورية بإيطاليا، وأسباب تطبيقها للدستور الحي، وأصداء هذا التطبيق بين طيات هذا البحث.

وفي الواقع فإن تطبيق الدستور الحي لا يقتصر على دولة ذات نظام قانوني معين، "فالجمهورية الإيطالية" تعتبر من أهم دول النظام القانوني المدني Civil Law، والتي لا تعتمد إطلاقاً على نظام السوابق القضائية - والذي هو مطبق بالولايات المتحدة الأمريكية- إلا أنها وبالرغم من ذلك، قامت بتطبيق الدستور الحي، لأنها رأت فيه الحل الأمثل للخروج من أزماتها الدستورية الكبرى، كذلك تم تطبيق تلك النظرية أيضاً لدى دول حديثة العهد بالنظام الدستوري، كدولة "جمهورية جنوب أفريقيا"، وهي من دول Common Law، والتي صدر دستورها عام 1996، وتم تعديله عام 2012.

هدف البحث: يهدف البحث إلى بيان أهم المفاهيم الحديثة؛ لتطور الدستور المكتوب، وبيان العلاقات المتشابهة بينه وبين الدستور الحي والدستور المفتوح والدستور الميت، كذلك محاولة لفهم دلائل تدخل السلطات السياسية في خلق وإنشاء دستور جديد يتوازى مع الدستور المكتوب و يتعايش معه، إضافة لبيان تطور النزعة العالمية للدساتير الوطنية، وتطبيقها في دول متعددة، ومدى اختلاف تلك النزعة العالمية عن النزعة الانعزالية لبعض الدساتير المكتوبة، كل هذا من خلال عرض ودراسة مجموعة من الآراء الفقهية المؤيدة والمعارضة للدستور الحي وعرض لبعض التطبيقات القضائية في " الولايات المتحدة الأمريكية" التي أكدت على اتخاذها للدستور الحي تطبيقاً ومنهجاً.

تحديد البحث: سيتم تناول نظرية الدستور الحي في دراسة كاملة لنشأتها وتطورها لدى أهم الدول التي تتخذ نظام القانون العام Common Law منهاجًا وهي "الولايات المتحدة الأمريكية" مهد هذه النظرية، كذلك توازي تطبيق تلك النظرية مع تطبيق الدستور المكتوب لديها والصادر عام 1789.

كما سيتم تناول تطور مفهوم نظرية الدستور الحي في "الجمهورية الإيطالية" وهي أحد دول نظام القانون المدني Civil Law، مع عرض الفارق في التطبيق بين تلك الدولتين.

إشكالية البحث: سنتناول مجموعة من الإشكاليات البحثية عن نظرية الدستور الحي، وعلاقة هذا الدستور بالدستور المكتوب، وبيان أهمية لجوء القضاة والمؤسسات السياسية في "الولايات المتحدة الأمريكية" و"الجمهورية الإيطالية" لهذا النوع وتطبيقه بدلًا من وضع تعديلات دستورية على النصوص الدستورية المكتوبة لتلك الدولتين.

ويتفرع عن هذه الإشكاليات المتعددة مجموعة من الأسئلة وهي:

- ما هو مفهوم الدستور الحي وأسباب نشأته؛
- ما هي أسباب تطبيقه بالرغم من وجود دستور مكتوب بالدول محل البحث؛
- ما المغزى من اللجوء لتطبيق الدستور الحي وعدم تعديل الدستور المكتوب؛
- ما مدى إمكانية أن يعيش الدستور الحي جنبًا إلى جنب مع الدستور المكتوب؛
- ماهية الاختلاف في تعايش وتطبيق الدستور الحي بين الدول متباينة الأنظمة القانونية.

خطة البحث: اخترت أن تكون خطة البحث ثلاثية وتنقسم الخطة إلى:

الفصل الأول: أساس نظرية الدستور الحي.

الفصل الثاني: أثر التعارض بين منهجي الأصالة والدستور الحي.

الفصل الثالث: قيود نظرية الدستور الحي والتعايش معها.

الخاتمة

المراجع

الفصل الأول

أساس نظرية الدستور الحي

بادئ ذي بدء تجدر الإشارة إلى أن أساس نظرية الدستور الحي هو تفسير السلطات بالدولة للدستور تفسيراً مختلفاً عن النصوص المكتوبة، مما يؤدي لظهور دستور جديد يتواءم، ويتلاءم مع المتغيرات الحادثة بالمجتمع، كالمتغيرات السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، هذا التفسير قد يكون تفسيراً تشريعياً أو تفسيراً قضائياً¹، والفكرة هنا أن التفسير الذي نحن بصدد، والنتائج عنه ظهور ما يسمى بالدستور الحي، يظهر كواحد من مناهج تفسير الدستور المتعددة على مستوى العالم.

وعدد هذه المناهج أربعة وهي الأصولية، النصوصية، البرجماتية (النفعية)، التفسير الحي، وتلك المناهج منتشرة على نطاق واسع في العديد من دول الـ Common Law وهم الولايات المتحدة الأمريكية، وكندا، وجنوب أفريقيا، وأستراليا، وهم على النحو التالي:

أ - الأصولية: Originalism

وهي طريقة يقصد بها تفسير كلمات الدستور وقت كتابتها، أي البحث عن مقصد واضعي الدستور²، ويكون هناك التزام على القاضي أن يفسر النص الدستوري وفق

¹ لم يتم ذكر التفسير الفقهي هنا، لأن البحث يتكلم عن تفسير السلطات العامة بالدولة للدستور فقط، وليس أنواع التفسير الدستوري الثلاثة.

ولمزيد من التفصيل عن التفسير التشريعي والقضائي والفقهي راجع:

د. أحمد فتحي سرور، نظرات حول التفسير الدستوري في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدستورية، عدد خاص بمناسبة مرور 40 عام على إنشاء القضاء الدستوري، مارس 2007، ص. 3-4؛ د. فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، دار النهضة العربية، 2011؛ د. محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام، الجزء الأول، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1995؛ د. جورج شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، ط3، دار النهضة العربية، 2005؛ د. محمد باهي أبو يونس، الاختصاص الأصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية في النظام الدستوري الكويتي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008؛ د. وليد الشناوي، المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، إبريل 2017، د. ميادة عبد القادر، اختصاص المحكمة الدستورية بالطلب الأصلي بالتفسير، دار الجامعة الجديدة، 2020.² لمزيد من التفصيل راجع:

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.

مناهج تفسير الدستور: ترجمة عبد الرحمن مشعل، مجلة حكمة، 2017، عدد الكتروني

R. GINSBERG, Looking beyond Our Borders: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication, Remarks for the American Constitution Society, 2 Aug 2003.

ظاهر ألفاظه، ولا يجوز الحيدة عنه، وهناك صورة جديدة منبثقة عن هذه الطريقة، يسمونها: الأصولية الجديدة، وهي التي تبحث عن المعنى العام؛ لتفسير كلمات الدستور، والمقصود بها ما كان سيفهمه الناس وقت قراءتهم للنصوص الدستورية وقت كتابتها، ووقت التصديق عليها.

وحجة المؤيدين لهذا المنهج، أنه المنهج الوحيد الذي سيحافظ على مقاصد، وقيم واضعي الدستور، وكذلك الذين صدقوا عليه، ويؤكد مؤيدو هذا المنهج أنه لا يجب على الإطلاق إغفال المعنى التاريخي للدستور المكتوب، وعدم إعطاء القضاة الحرية في وضع تفسيرهم، وإضفاء قيمهم الخاصة على الدستور.

و يؤمن أنصار تلك الطريقة أن المصدر الوحيد الذي يجب التعويل عليه هو النص الأصلي، وهناك ملحوظة أن عند سن الدستور الأمريكي كان واضعي الدستور مختلفين فيما بينهم حول النصوص الدستورية ومعانيها، و يظهر من تفاصيل طريقة وضع الدستور، عدم تمثيل قطاعات كثيرة من الشعب، وفي مؤتمر فيلادلفيا قد خلف سجالاتاً غير واضح، ولا يصلح الاعتماد عليه، وقد أكد جيمس ماديسون أنه : (لا يجب التركيز على قصد هؤلاء الذين اجتمعوا في مؤتمر فيلادلفيا واقتروا الدستور ولكن يجب أن تضع كل الاهتمام على هؤلاء الذين قبلوا وصدقوا عليه)¹.

(We must look for it, not in the general convention which proposed, but in the State Convention, which accepted and ratified the Constitution.).

حتى أن القاضي (SACALIA) - وهو أحد أبرز قضاة المحكمة العليا الأمريكية، وأحد رواد تلك النظرية- له مقولة بالغة الأهمية هي: (أن المعنى الأصلي والحقيقي للدستور، هو المعنى الذي فهمت به ألفاظه وقت إصداره، وإن الدستور الذي يتم تفسيره، وتطبيقه ليس حياً، بل ميتاً، ولا يجب تفسيره مطلقاً وفق ما هو سائد حالياً بالمجتمع، بل وفقاً لما كان مقصوداً منه وقت إصداره²). وينتهي الأصوليون إلى أن معنى الدستور وقت كتابته هو المعنى الصحيح؛ لمعرفة ما يجب أن يعنيه في الوقت الحاضر.

ب - النصوصية Textualism

يرتكز أنصار هذا المبدأ على أن (النص) فقط هو الذي يفسر، وليس المعتقدات، والأفكار التي وضعها كاتبوا النص الدستوري، وبهذا تختلف النصوصية عن الأصولية، ويؤكد أنصار هذا المبدأ أن المحاكم عند تفسيرها لنص من النصوص، فإنها

¹ أنظر في تفصيل ذلك: د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، ط 2، 1999، ص. 252.

² A. SACALIA, Pew FORUM, University of Chicago Divinity School, Session Three: Religion, Politics, and the Death Penalty, 2002.

د. محمد عبدالعال إبراهيم، القانون الأجنبي كمصدر من مصادر التفسير الدستوري - دراسة مقارنة في استعانة المحاكم الدستورية بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، المجلد 2022، العدد 1، ص. 41 وما بعدها

يجب ألا تبحث عما وراء النص، بل تلتزم بالنص المكتوب فقط دون الاعتداد بما دار في ذهن المشرعين وقتئذ، ويمكن الرجوع للمصادر الأصلية التاريخية القديمة الموجودة والتي استخدمت وقت وضع الدستور. وينتهي أنصار هذا المنهج إلى أنه إذا تم الابتعاد عن (المعنى الدقيق الضيق) للنص، فهو دعوة غير مقيدة للتفسير القضائي، ونشاطه الذي سيصبح غير مقيد، ومنطلق في تفسيره.

وهذه الطريقة تتشابه مع نظرية الشرح على المتون، والتي عرفها الفقه الفرنسي في أعقاب صدور قوانين نابليون سنة 1804، خلال القرن التاسع عشر، وأوائل القرن العشرين¹.

ومن أقوى المؤيدين لهذا المبدأ القاضي الأمريكي (R. BORK) وقد رشح للمحكمة العليا إلا أن هذا الترشيح لم يكتمل، ويرى القاضي أن المحكمة تظل مرتبطة بالنص الدستوري وتاريخه وتطبيقاته العادلة له وألا تؤسس حقوق جديدة، وكذلك القاضي (BLACK) الذي أكد على التمسك بالمعنى الصريح للنص الدستوري فإن كان غامضاً فيجب الرجوع للمعنى الأصلي.

ج - البرجماتية (النفعية):

تعتبر البرجماتية أقل عناية بتقنية التفسير، وأكثر اهتماماً بالنتائج، فهم يقيسون الكلمات الواردة بالدستور بطرق مختلفة تجاه الظروف الخاصة المحيطة بالقضية المطروحة، في ضوء العوامل المحيطة، وغايات العدالة، ويرى أنصار هذا المبدأ أن القضاة يجب أن يكون لهم سلطتهم التقديرية في الاختيار بين ما هو متاح من الاستنتاجات الدستورية، كما أن الاختيار لأفضل معنى للنصوص الدستورية المكتوبة، يجب أن يكون من جماع عدة عناصر هي: النص، إضافة إلى المنطق السليم، والبحث عن النتائج العادلة، والاهتمام بالغايات.

ويرى القاضي البراجماتي أن لألفاظ الدستور معاني حية، وديناميكية تتغير بمرور الزمن، كما أن على القاضي أن يولي اهتماماً بتداعيات، وعواقب التفسير المعطى للنص الدستوري، وكذا الحكم الصادر وأثر التفسير على المجتمع².

د - التفسير الحي Living Interpretation

ويسمى أيضاً التفسير التطوري، أو تفسير الشجرة الحية. وهو يتعامل مع الدستور باعتباره وثيقة ذات تطور مستمر ومتواصل، والمقصود هو تكييف المعنى الدستوري، وتعديله بناء على القيم الحديثة المتطورة، وأنصار هذا المنهج يتناولون النص الدستوري، ويتساءلون عما تعنيه تلك الكلمات في الوقت الحاضر، بدلاً من الماضي، كما يُغلب أنصار هذا المنهج سلطة الشعب في الوقت المعاصر للتفسير على سلطة

¹ د. محمد حسام لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، ط 6، 2008، ص. 327، د. اسلام شبيحة، التفسير الدستوري للحقوق والحريات الأساسية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 1، 2016، ص. 154.

² في ذات المعنى: د. رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري، تطور الأنظمة المصرية، وتحليل النظام الدستوري، في ظل دستور 1971، 1999، ص. 376.

المشرعين الدستوريين الذين وضعوا الدستور في وقت سابق، كما لو أن الأسبقية تكون لسلطة الشعب الأنية، ومتفوقة على سلطة المشرعين الدستوريين. وينتقد أصحاب هذا المنهج أولئك الذين يدعمون منهج الأصولية والنصوصية، بقولهم أن الأشخاص الأحياء الذي يُطبق عليهم الدستور مقيدون برغبات الأموات (ويقصد هنا المشرعون الدستوريون واضعو النصوص الدستورية السابقون)، كما يرون أن المعاني الواردة في الدستور المكتوب، هي معانٍ أصبحت قديمة وخارج التاريخ، ومهينة للقيم السائدة حاليًا¹.

ومن جماع ما تقدم، يظهر لنا أن تلك الأنواع المختلفة من التفسير، وفي تعددها، يندر أن يتمسك القضاة بشكل صارم بمنهج واحد في التفسير، فيميلون إلى دمج المناهج المختلفة، و- خاصة- في الدول التي تعتمد على مبدأ السوابق القضائية، فالقضاة سينظرون إلى النتائج، و الأسباب في الوقائع المتشابهة، وفي القضايا المماثلة التي سبق الفصل فيها، ويعتبرون تلك السوابق دليلاً لهم، وفي "الولايات المتحدة الأمريكية" يعتبر التفسير الدستوري موضوعاً هاماً، ويشغل الاهتمام الأكبر بالأوساط الفقهية والقانونية، حتى أن العديد من الفقهاء ينتقدون منهج المحكمة العليا الأمريكية التي تعتمد على المنهج الأصولي في التفسير، وهذا ما سيتم استعراضه لاحقاً.

ويختلف الأمر كلياً بدولة مثل "كندا" التي تعتمد، وتفضل استخدام منهج التفسير الحي (الدستور الحي)، وجميع المحاكم في "استراليا، وكندا، وجنوب أفريقيا" منفتحة على التعرف على تجارب الدول الأخرى في مناهج التفسير، وكذلك التعرف على أحكام محاكم الدول الأخرى، ومضاهاتها بأحكامهم الأصلية عندما تتشابه القضايا المعروضة بينهما، - خاصة - في القضايا التي تتضمن مسائل دستورية مشابهة للمسائل التي عرضت على محاكمها من قبل².

ونأخذ مثلاً على ما سبق وهو أن دستور "جمهورية جنوب أفريقيا" ينص صراحة على صلاحية محاكمها؛ للاطلاع على أحكام محاكم الدول الأجنبية الأخرى، كما ينص الدستور صراحة على الأخذ بالقانون الدولي في تفسير الدستور فتنص المادة 233 من دستور جنوب أفريقيا لعام 1996 المعدل عام 2012، على أن: (عند تفسير أي تشريع تعطي المحكمة الأفضلية للتفسير المعقول الذي يتسق مع القانون الدولي، على أي تفسير آخر لا يتسق معه)³.

¹ Stephen Ross, Helen Irving, Heinz Klug, Comparative Constitutional Law, *op.cit.* p. 30.

² Stephen Ross, *op. cit.*, p. 13.

³ Article 233: (When interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law.).

وهذا لا يعني أن هذه المحاكم بدولة "جنوب أفريقيا" ملزمة بالأخذ بأحكام المحاكم الأخرى، بل يعني وجود أفكار متعددة مقدمة للمحكمة عن طرق التفسير المختلفة التي اتخذتها محاكم أخرى بدول أخرى.

ومن نتاج ما سبق؛ يظهر لنا أن أساس الدستور الحي هو تفسير السلطات العامة للدستور المكتوب، فيمكن القول هنا أنه عندما تفسر السلطات العامة الدستور، فإن نتاج هذا التفسير يُظهر، ويؤدّد الدستور الحي.

إذن الدستور الحي لا ينشأ، ولا يصبح موجوداً إلا وقت أن تفسر السلطات العامة الدستور الموجود، والمطبق في ذات الوقت¹. كما أن ثمة علاقة تنشأ بين النص الدستوري المكتوب، والدستور الحي.

والسؤال المطروح هو هل علوية الدستور المكتوب، وقديسية أحكامه، تطبق في كل الأحوال رغم وجود دستور حي أم لا؟

وعليه، فسيتم الإجابة على تلك التساؤلات من خلال الفصل الأول المقسم لمبشرين كما يلي:

المبحث الأول: ماهية نظرية الدستور الحي.

المبحث الثاني: علاقة قديسية النص الدستوري المكتوب بالدستور الحي.

¹العرض تلك النتائج أنظر باللغة الفرنسية:

Une réponse possible à cette interrogation dans : J. BALKIN, Le constitutionnalisme américain. Au-delà de la constitution des origines et de la constitution vivante, Paris, Dalloz, 2016, p.478.

Voir aussi : J. BALKIN, Constitutional Interpretation and Change in the United States : The Official and the Unofficial, Jus politicum 19- Janvier 2018, N° 4, *Constitutionnalisme global*

<https://juspoliticum.com/article/Constitutional-Interpretation-and-Change-in-the-United-States-The-Official-and-the-Unofficial-1088.html>

المبحث الأول

ماهية نظرية الدستور الحي

البداية ظهرت إبان التصريحات الشهيرة للرئيس الأمريكي الأسبق (Thomas Jefferson) توماس جيفرسون¹ حول الدستور والتي يبين فيها أن العالم في تطور، فقال "إن الأرض ملك للأحياء، وليس للأموات".

"The earth belongs to the living, and not to the dead".

وقد أرسل (Jefferson) خطابًا إلى (James MADISON) من باريس عام 1789 كتب فيه: "يبدو أننا لم ندرك أنه بموجب قانون الطبيعة، يكون جيل ما بالنسبة إلى جيل آخر كما هو الحال بالنسبة لأمة مستقلة بالنسبة إلى أخرى".

"We seem not to have perceived that, by the law of nature, one generation is to another as one independent nation is to another."

ولهذه العبارة مفهوم آخر هو: كيف يمكن لأي دستور أن يدعي السيطرة، والسلطة على الأجيال اللاحقة؟ إن التساؤل الذي طرحه (Jefferson) مقصده ومعناه هو: ما المبرر المحتمل للسماح للأفكار القديمة التابعة للماضي أن تطبق، ويستمر تطبيقها للآن؟

ويتضمن الدستور الحي بالولايات المتحدة الأمريكية، سوابق، وتقاليد تطورت مع مرور الوقت، ومن المستحيل أن يفهم القانون الدستوري الأمريكي دون الاعتراف بذلك. ولكن من المستحيل أيضاً أن يفهم القانون الدستوري الأمريكي دون الاعتراف بالدور الذي تلعبه الوثيقة المكتوبة نفسها في النظام القانوني الأمريكي.

والسؤال هو كيف يمكن التوفيق بين هذين الجزئين من النظام الدستوري بالولايات المتحدة الأمريكية: الأول: دستور القانون العام الحي، والثاني: نص مكتوب لا يتغير، ولكنه مهم.

إن الفكرة الكاملة للدستور الحي هي أنه يتكيف ويتغير، بحيث لا يكون الناس ملزمين بشكل لا رجعة فيه بالمواد الدستورية التي سُنّت قديماً. لكن في حقيقة الأمر أن الولايات المتحدة الأمريكية تعتمد على مبدأ Common Law " القانون العام"، كذلك مبدأ

السوابق القضائية " Judicial Precedents

وهذه هي الإشكالية: كيف يمكن أن تطبق دستور حي في دولة تعتمد اعتماداً كلياً على السوابق القضائية؟

ولكن وفق رؤية البعض² إن تلك المبررات السابق عرضها – القانون العام، والسوابق القضائية – ليست مبرراً ودافعاً لأن يتحكم الماضي في الحياة الدستورية للولايات المتحدة الأمريكية. خاصة أننا سنرى فيما بعد، أن هناك أحكاماً قضائية حدثت في "الولايات المتحدة الأمريكية" قد غيرت من السوابق القضائية المتعارف عليها،

¹ Thomas Jefferson هو أحد الآباء المؤسسين للولايات المتحدة الأمريكية وهو من كتب إعلان الاستقلال الأمريكي ويعتبر الرئيس الثالث للولايات المتحدة الأمريكية (1801-1809).

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AA%D9%88%D9%85%D8%A7%D8%B3_%D8%AC%D9%81%D8%B1%D8%B3%D9%88%D9%86

² D.STRAUSS, The Living Constitution, Oxford, New York, 2010, p. 98.

والمتجذرة بالماضي، كما سنرى لاحقاً في (قضية *BROWN*) وقضية حظر الإجهاض بالولايات المتحدة الأمريكية (قضية *ROE*).
ولفهم ماهية الدستور الحي، يجب أن نعرض لتعريفه، وبدايات ظهوره، وأهم ما يفرقه عن المصطلحات المتشابهة معه، كذلك عوامل نشأته، وذلك في مطلبين على النحو التالي:
المطلب الأول: تعريف الدستور الحي والتمييز بينه وبين المصطلحات المشابهة له.
المطلب الثاني: نشأة نظرية الدستور الحي.

المطلب الأول

تعريف الدستور الحي والتمييز بينه وبين المصطلحات المشابهة له

ظهر الدستور الحي في "الولايات المتحدة الأمريكية" ثم ظهر في "الجمهورية الإيطالية"، وسنوالي عرض تعريف كلتا الدولتين للدستور الحي؛ ففي "الولايات المتحدة الأمريكية" أقر الفقه والقضاء أن الدستور الحي هو الذي يتطور ليواكب التغيرات المجتمعية المحيطة به، دون اللجوء إلى تعديله التعديل الشكلي وهي الفكرة التي تواكب تطور المجتمع ومواكبة التغيرات من حوله وعند تفسير الدستور يجب أن يؤخذ بالحسبان تلك التطورات المجتمعية من حوله¹.

ويفهم من هذا أن الدستور الحي هو كائن عضوي يحي ويكبر ويتنفس، ويتطور، وأن القضاة عليهم أن يؤولوا ويفسروا الدستور بما يتلاءم مع تطورات المجتمع.

بينما الفقه الإيطالي قام بتعريف الدستور الحي أنه دستور آخر يوجد بجوار الدستور المكتوب وهو دستور متغير بشكل خاص، ومكون من العديد من الممارسات الدستورية بالدولة، وهو يتوافق مع الدستور كما تطبقه السلطة السياسية في الدولة، ويجب أن نضع في الاعتبار أنه لا يحتوي على تطبيق واحد فقط، كما يجب أن الفقهاء الإيطاليين يعترفون أن النظام الدستوري المؤسسي يستطيع أن يبتعد عن النظام الدستوري الأصلي المكتوب الذي سنته السلطة التأسيسية².

¹ A WINKLER, " A Revolution Too Soon: Woman Suffragists and the "Living Constitution", New York University Law Review, Volume 76, n° 5, November 2001, p. 50.

² راجع التعريف في مقال نشر باللغة الفرنسية:

M. POLIDORI, La Notion de constitution vivante sous l'angle du constitutionalisme italien contemporain, Civitas Europa, 2014,1, n° 32.p. 214. (La notion de Constitution vivante peut se définir comme l'existence, à côté de la Constitution écrite, d'une autre Constitution, particulièrement muable et formée de la somme des différentes pratiques constitutionnelles dans l'Etat. Elle correspond alors à la Constitution telle qu'elle est appliquée par le pouvoir politique. Il faut, dès lors, bien garder à l'esprit qu'elle ne revêt pas qu'une seule application. Pour ce faire, il faut admettre que le système institutionnel peut s'éloigner du modèle originaire prévu par le pouvoir constituant) .

ويفهم من هذا التعريف أن المقصود هو أن التطبيقات، والممارسات في النظام المؤسسي للدولة، يمكن أن تخلق دستور حي جديد، يبتعد، ويختلف تمامًا عن الدستور الذي وضعته السلطة التأسيسية.

والسؤال الذي يطرح نفسه الآن: لماذا تتجه السلطات في الدولة لإنشاء دستور حي يكون موازيًا للدستور المكتوب؟

أعتقد أن لمعرفة هذه الإجابة يجب علينا أولاً أن نفهم الخلفية التاريخية لأولئك الذين أنشأوا الدستور الحي، وهم شعب الولايات المتحدة الأمريكية. فعند دراسة أحد المقولات المشهورة لتوماس جيفرسون أحد الآباء المؤسسين للولايات المتحدة الأمريكية والرئيس الثالث لها الذي قال:

« The earth belongs to the living».

ويقصد بها أن الأرض تنتمي للتغير، أي كل ما على الأرض يجب أن يتعدل، ويتطور، وكما أكدت الثورة الفرنسية أن: (أي جيل ليس له الحق في إخضاع الأجيال المقبلة لقوانينه، وأن لكل وراثه في الوظائف الدستورية أمر غير معقول وطغياني).

« Une génération n'a pas le droit d'assujettir à ses lois les générations futures, et toute hérédité dans les fonctions constitutionnelles est absurde et tyrannique ».

فالأصل أن واضعي الدساتير كانوا يريدون أن تكون الدساتير حياتها قصيرة؛ بغية السماح لكل جيل بسن دستور جديد، وعلى الجيل الجديد أن يُحسن من الإرث الذي استلمه من الآباء المؤسسين.

فالمحافظة على الإرث المستلم هو الطريقة الصحيحة لبقائه، وبهذا فلا يمكن تبذيره¹. أي أن الإرث الدستوري يجب ألا يضيع، ومن المفيد أن يُحسن، ويطور، و ألا يفقد ما صنعه الآباء من مجد كبير، وعلى الأبناء أن يحافظوا على القيم المعنوية التي توارثوها مثل: مبدأ الحفاظ على الأرضية المشتركة Common Ground ومبدأ التفاهات الأصلية Original Understandings ومبدأ السوابق القضائية Judicial Precedents وغيرها من التي سنوالي عرضها بين طيات البحث لاحقاً.

فأولئك يرون أن التطور في الحياة الدستورية مع الاستمرارية في تطبيق ذات الدستور هو قانون الحياة الجيدة للدساتير، والأداة الطبيعية، لتحقيق هذا هو الاجتهاد. أي وضع أفكار جديدة تعيش بجوار الدستور المكتوب.

أما تعديل الدستور، أو سن دستور جديد، وإلغاء الدستور القديم فيعتبرونه استثناء عن الأصل.

PH. ARDENT, Institutions politiques et droit constitutionnel, LGDJ, 2003, p. 66.

¹ (V. Federalist, nn.14 et 49 ; E. Eieyes Opinion sur le jurie Constitutionnaire, Paris, 1795)

أولئك يرون هناك فرق كبير بين الاجتهاد في سن دستور جديد، والتعديل الدستوري، والفرق يكمن في الغاية التي يسعى إليها الاجتهاد، والغاية التي يسعى إليها التعديل الجديد وتفسير المواد الدستورية يمكن أن يخل بوظيفة التعديل¹.
ويختلف الدستور الحي عن عدة مصطلحات قد تتشابه للوهلة الأولى معه، وسيتم عرضها فيما يلي:

أولاً: اختلاف الدستور الحي عن الدستور الميت والدستور الخفي:

وللتمييز بين الدستور الحي، والدستور الميت أوجه متعددة؛ فلفظ الدستور الميت

Dead Constitution

قد ورد على لسان القاضي (SACALIA) بالمحكمة العليا الاتحادية و الذي أراد التعبير عن الدستور الذي لا يتغير رغم مرور الأزمنة عليه، و تغير الظروف السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية عليه، إلا بإجراءات صارمة ومعقدة، ويعتبر القاضي (SACALIA) من القضاة المتشددون الذي يفسرون الدستور وفق ما كتب به في زمن كتابته، وما فهمه الناس آنذاك، وهو يعترف فقط بالدستور المكتوب، ويرفض بشده وجود دستور حي إلى جواره، ومن أقواله الهامة التي تعبر عن أفكاره :
"أن الدستور الأفضل هو الدستور الميت".

أما الدستور الخفي²؛ فيؤكد (L. TRIBE) وهو أحد أساتذة القانون الدستوري بهارفارد، في مؤلفه الدستور الخفي: أن هناك آراء متعددة، ترى أن الدستور العادي هو دستور مادي مرئي، يحمل من المعاني الكثير، بل ربما أكثر من نصوصه، و (TRIBE) يضيف على ذلك، أن هناك دستور خفي غير مرئي، وغير محسوس. و توصل الفقهاء والقضاة إلى العديد من المبادئ الدستورية غير المكتوبة في الدستور، والمبعثرة هنا وهناك، تلك المبادئ الدستورية تحمل في طياتها حقوقاً دستورية، كما أن الفقيه (TRIBE) يرى أن المحكمة العليا الأمريكية قد أصدرت العديد من الأحكام القضائية المطبقة، والنافذة، والمختلفة تمامًا عن العديد من النصوص الدستورية المكتوبة، والتي لا مجال لتطبيقها.

كذلك يتطرق الفقيه إلى كيفية عمل الدستور الخفي، وتطوره، وهيكله الخفي، ووجوده، والدافع والمحرك له من خلال القوى السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية بالولايات المتحدة الأمريكية. ويظهر لي أن مصطلح الدستور الحي يتشابه مع مصطلح الدستور الخفي.

¹ M. Rosenfeld, Constitutional Adjudication in Europe and The United States: Paradoxes and contrasts, Oxford University press and New York University school of law, 2004, Volume 2, number 4, pp.652 ss.

² راجع باللغة الإنجليزية:

Laurence H. TRIBE, The Invisible Constitution, Oxford University, Press 2008,

ثانيًا: اختلاف الدستور الحي عن الدستور المرن والعرف الدستوري:

ويختلف الدستور الحي عن الدستور المرن؛ فالدستور المرن: هو نوع من أنواع الدساتير، يمكن تعديله بإجراءات مبسطة تماثل في شكلها إجراءات تعديل القانون العادي، أما الدستور الحي فهو يستمد وجوده من الممارسات الدستورية التي تقع إلى جوار الدستور المكتوب:

والدستور الحي هنا، هو الذي يتكون من الدستور المكتوب والدستور القضائي ويتشكل من جموع السوابق القضائية، والتقاليد، والمبادئ العامة التي تكونت خارج المحاكم.

أما العرف الدستوري¹، فيقصد به تواتر سلطات الدولة على إتباع مسلك معين في موضوع من موضوعات تتصل بنظام الحكم ويتولد شعور بوجود احترام هذا المسلك، بحيث يستقر بالذهن أنه ملزم. ومن أنواعه العرف الدستوري المفسر، وهو لا ينشأ قاعدة دستورية جديدة وإنما يقتصر دوره على بيان كيفية تطبيق النص الدستوري الذي يحتوي على تفسيرات متعددة والعرف الدستوري المكمل ومضمونه إكمال النقص الذي قد يشوب أحد النصوص الدستورية المكتوبة، وهو ينشأ حكمًا جديدًا ويرى بعض الفقهاء أن العرف المكمل لا يخرج عن كونه نوعًا من العرف التفسيري، إذ يقتصر على تفسير سكوت المشرع الدستوري على بيان الأحكام التي تشأ العرف لتفسيرها².

والعرف الدستوري المعدل ينطوي على تعديل لبعض الأحكام التي تتضمنها الوثيقة الدستورية وهو إحدى صورتين إما إيجابية بإضافة حكم جديد لا تتضمنه نصوصه، وإما سلبية بحذف حكم من الأحكام الواردة.

والفارق بين الدستور الحي والعرف الدستوري (بأنواعه)، أن العرف الدستوري هو عرف غير مكتوب، تداولت السلطات السياسية في الدولة على اتباعه، أما الدستور الحي فهو - كما سنرى لاحقًا - يكون مدونًا، ويكون الأصل هو تطبيق الدستور المكتوب، والاستثناء تطبيق الدستور الحي.

ثالثًا: الاختلاف بين القانون الحي والدستور الحي:

والتمييز بين القانون الحي، والدستور الحي، له من الأهمية بمكان، وله أوجه متعددة؛ فالدستور الحي يعني الممارسات الدستورية المختلفة، بمناسبة تطبيق النصوص الدستورية، وهو نوع من الدساتير التي توجد على هامش الدساتير المكتوبة، وهو نتيجة الممارسات الدستورية من السلطات السياسية وأحيانًا الأحزاب، وهو ترجمة للدستور الواقعي.

أما القانون الحي هو التطبيق القضائي المتكرر، والثابت للنصوص التشريعية، فالقانون الحي هو الذي يحيا في ساحات القضاء من خلال تطبيقه بواسطة المحاكم.

¹ د. رمزي الشاعر، الوجيز في القانون الدستوري، النظرية العامة والنظام الدستوري المصري، مطبعة جامعة عين شمس، 1998، ص. 77؛

² د. محمد حسنين عبدالعال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1992، ص. 92؛ د. رمضان محمد بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، دار النهضة العربية، ط 1، 1996، ص. 112.

فالمحكمة الدستورية تراقب تشريع حي لا تشريع جامد لم ينطق بعد بالحياة، وانعكاسات القانون على المجتمع وانعكاسات المجتمع على القانون، وبعبارة أخرى في ضوء تفسيره المستقر

(interprétation consolidée)

والقانون الحي من صنع المشرع، والسلطة السياسية، والتنفيذية، والجماعات الاجتماعية والأفراد¹، والمهم معرفة آثار التشريع على المجتمع لفهم نطاقه وتحديد مقاصده بطريقة حية نابضة، وذهبت المحكمة الدستورية العليا في العديد من الأحكام وخاصة الأخذ في الاعتبار بالتفسير الدقيق الذي يعطي للقاعدة التشريعية قيمتها الحقيقية في الحياة القانونية طالما أن القاعدة القانونية لا تظهر حقيقتها في النص التشريعي، بل التي تظهر من خلال التطبيق القضائي اليومي الذي يعمل دائما على جعلها أكثر دقة وفعالية²، وقد قيل بأن قضاء النقض الإيطالي و خاصة في هيئتها العامة يمثل مصدراً متميزاً للقانون الحي³.

بشرط أن يكون القضاء مستقراً وحاكماً وموحداً في عدد مقبول من السنوات أو مقبول بوجه عام.

ولقد أنشئت نظرية القانون الحي بواسطة "المحكمة الدستورية الإيطالية" وخصوصاً وقت الرقابة على الدستورية، ويقصد بتلك النظرية: التوجه القضائي الثابت consolidé بشأن تفسير قانون ويشكل هذا القاعدة الأساسية في رقابة الدستورية وهنا، تقوم المحكمة الدستورية الإيطالية باستخدام هذا القانون الحي ومطابقته للدستور⁴. فالقانون الحي هو التفسير الثابت للقانون وفق ما أقره الفقه الإيطالي، أما المناهج التي يتبعها القاضي العادي في تفسير النص التشريعي، فهي متعددة.

ويرى الفقيه (R. POUND)⁵ أن القانون الذي يصلح للبقاء، هو الذي يقدم أفضل النتائج لصالح المجتمع، وعليه فلا بد من تواجد دستور يصبح كالكائن الحي ويسمى

¹ G. ZAGREBELSKY, La doctrine du « droit vivant » Annuaire International de la justice constitutionnelle, 1986, p. 55-76.

² د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ط1، 1999، ص. 249.

³ G. ZAGREBELSKY, La doctrine du « droit vivant », Annuaire international de justice constitutionnelle, Année 1988, 2-1986, pp. 55-77, notamment : p. 56.

⁴ راجع: د. محمد عبد اللطيف، القانون الحي ورقابة الدستورية، دار الفكر والقانون، ط1، 2019، ص. 17.

⁵ R. POUND, Mechanical Jurisprudence, Columbia Law Review, vol. 8, N. 8, 1908, p. 614.

الدستور الحي، وعلى القضاة تفسيره، وفقاً للاحتياجات الاجتماعية الملحة، وقد أيدَ الفقيه في آرائه تلك العديد من القانونيين في الولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا¹. ويؤكد عدد كبير من الفقهاء، ومنهم الفقيه (STRAUSS) أن الدستور الحي: هو الذي يتطور، ويتغير مع مرور الوقت، ويتكيف مع الظروف الجديدة، دون تعديله بشكل رسمي².

نخلص من هذا أن الدستور الحي، هي فكرة نشأت في "الولايات المتحدة الأمريكية"؛ نتيجة لوجود دستور مكتوب قديم لم يتطور، ولم يواكب المتغيرات المجتمعية، والقانونية، والاقتصادية، ثم تُلقت الفكرة "إيطاليا"، ومارستها من خلال تطبيق المؤسسات السياسية، والأحزاب للدستور المكتوب. وكما عرضنا أن الدستور الحي يختلف جذرياً عن الدستور الميت والدستور المرن، ويختلف أيضاً عن القانون الحي، فإن له ظروفًا مختلفة عند نشأته في "الولايات المتحدة الأمريكية" وتختلف عن نشأته في "إيطاليا"، وسيتم عرض ذلك بالمطلب الثاني.

المطلب الثاني

نشأة نظرية الدستور الحي

إن بدايات سطوع نظرية الدستور الحي ظهرت في كتابات الفقيه (McBAIN)³ في عام 1927، ثم تُلقت تلك الفكرة العديد من الفقهاء وتناولوها التناول الأمثل بالتحليل والنقد حتى يومنا هذا⁴.

وقد تم وضع فكرة الدستور الحي، في الولايات المتحدة الأمريكية: كلا من (H.MORGHAM and H.WELLINGTON) وقد عالج القضاة الأمريكيان فكرة مؤداها أن الدستور هو أداة خصبة ووثيقة حية ويجب قراءتها وفهمها وفق قيم متطورة صاغها الشعب الأمريكي⁵.

¹ B. LINKERMANN, A living constitution: Rolling Dice and The Death of The Right to Life, The Western Australian Jurist, Vol 6, p 234; William H. REHNQUIST, "The Notion of a living constitution", TEX. L, REV.1979

² D. STRAUSS, *op.cit*, p. 1

³ أنظر باللغة الإنجليزية:

H -L. McBAIN, "The Living Constitution. A Consideration of the Realities and Legends of Our Fundamental Law" The MacMillan Company, New York. 1927.

⁴ Ivan M. STONE, "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>

⁵ أنظر باللغة الفرنسية:

A. VLACHOGIANNIS, Les juges de la cour suprême des Etats-Unis et la notion de la constitution vivante, Thèse, Paris II, 2011; J. BALKIN, Le constitutionnalisme américain : Au delà de la constitution des origines et de la constitution vivante, Dalloz, 2016.

ومن الفقه العربي أنظر: د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص. 13.

وقد صدر دستور الولايات المتحدة عام 1789 ومنذ ذلك التاريخ لم يعدل الدستور الأمريكي إلا (27) مرة، ويمكن القول أنه عقب نفاذ الدستور، تغير العالم بطرق لا حصر لها، فلقد توسعت مساحة الولايات المتحدة، وتضاعف عدد سكانها عدة مرات. وتغيرت التكنولوجيا، وتغير الوضع الدولي، وتغير الاقتصاد، وتغيرت الأعراف الاجتماعية - كل ذلك بطرق لم يكن من الممكن أن يتوقعها أحد عندما تمت صياغة الدستور.

ويرى الفقيه (STRAUSS¹) أنه: (من المحتم أن يتغير الدستور أيضًا. وهذا أمر جيد؛ لأن الدستور الذي لا يتغير سوف يناسب مجتمعنا بشكل سيئ للغاية. فإما أن يتم تجاهله، أو ما هو أسوأ من ذلك، أن يصبح عائقًا، أو بقايا من شأنها أن تمنعنا من إحراز التقدم، وتمنع مجتمعنا من العمل بالطريقة التي ينبغي لها أن تعمل بها).
وفقا للحادث في "الولايات المتحدة الامريكية"- كان مصطلح الدستور الحي محاولة لتفسير التشويه الحاصل بين النص الدستوري، والواقع الدستوري.

فكثير من المفسرين قاموا بتشويه النص الدستوري بتفسيراتهم المتعددة، كذلك فإن الواقع الدستوري الحادث "بالولايات المتحدة الأمريكية" كان مختلفًا اختلافا جذريًا في كثير من الحالات عن النص الدستوري الأصلي الأمريكي².

كذلك، وفي رأي جدير بالعرض، فالدستور الحي هو الذي ينسق طرق التفسير الصادرة من المحكمة العليا الأمريكية³، فبجانب النص الدستوري، قد يسمح الدستور الحي بإعادة دمج دستور آخر معه، كما يذهب البعض⁴ الى أبعد من ذلك، ويقدمون

¹ D. STRAUSS, *op.cit.*, p. 2. (So, it seems inevitable that the Constitution will change, too. This is a good thing, because an unchanging constitution would fit our society very badly. Either it would be ignored or, worse, it would be a hindrance, a relic that would keep us from making progress and prevent our society from working in the way it should.).

² J. BALKIN, *Le Constitutionnalisme américain. Au-delà de la Constitution des origines et de la Constitution vivante*,

هذه الترجمة الفرنسية صدرت عام 2016 لكتاب صدر في أمريكا عام 2011 والكتاب بعنوان:

(Living Originalisme)

والمؤلف لأستاذ في جامعه كامبردج وهارفارد ومتخصص في الشأن الدستوري والخلافات الدستورية عبر الاطلنطي والاساس الذي بنى عليه كتابه هذا هو:

L'opposition entre originalisme et constitution vivante.

³أنظر باللغة الفرنسية:

A. VLACHOIANIS, *La living Constitution : les juges de la Cour suprême des États-Unis et la constitution*, préface O. BEAUD, Paris, classiques Garnier, 2014, p.643, et la recension de cette thèse par D. MOURGOUIN, *in Jus politicum*, n° 12.

⁴ Par ex. M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, Th., Paris, LGDJ, 2013, 627 p. ; J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 25^e éd.,

الدستور على أنه فعل حي متطور، وفق تطورات رسمية (تعديلات ومراجعات)، وتطورات غير رسمية، كالأحكام الصادرة من القضاء، واختلاف العادات والتقاليد، وتطورها عبر الزمن.

والحقيقة أن الدستور في "الولايات المتحدة الأمريكية" من الممكن تعديله، لكن عملية التعديل صعبة للغاية، فبالنظر لنص المادة الخامسة من الدستور الأمريكي، نجدها تشرح كيفية التعديل فتتص على أن: (يقترح الكونجرس، إذا رأى ثلثا أعضاء المجلسين ضرورة لذلك، تعديلات لهذا الدستور، أو يدعو، بناء على طلب السلطات التشريعية لثلاثي مختلف الولايات، إلى عقد مؤتمر لاقتراح تعديلات، تصبح في كلتا الحالتين، صالحة من حيث جميع المقاصد والغايات، كجزء من هذا الدستور، عندما تصادق عليها السلطات التشريعية لثلاثة أرباع مختلف الولايات، أو مؤتمرات تعقد في ثلاثة أرباع الولايات، أيًا كانت وسيلة المصادقة التي يقترحها الكونجرس من بين هاتين، شرط أن لا يؤثر أي تعديل يتم ويقر قبل سنة ألف وثمانمائة وثمانية في أية صورة كانت على العبارتين الأولى والرابعة من الفقرة التاسعة من المادة الأولى، و ألا تحرم أية ولاية، دون موافقتها، من حق الاقتراع في مجلس الشيوخ).¹

وبتحليل نص المادة الخامسة، نجد أن التعديل الدستوري لدستور "الولايات المتحدة الأمريكية"، يشتمل على ثلاث مراحل، وبتحليل تلك المراحل ودراستها بعمق نجد أنها ذات إجراءات متعددة ومتشعبة، إلا أنه كما قال أحد الفقهاء²: إن طريقة تعديل الدستور هي التي تكشف عن قيمته القانونية.

وإجراءات التعديل تنقسم إلى: **أولاً: اقتراح التعديل:** ويكون بطريقتين: الأولى: أن يتقدم ثلثا أعضاء كلا من المجلسين باقتراح التعديل. الطريقة الثانية: أن تقترح التعديل جمعية تأسيسية يدعوها الكونجرس استجابة للطلبات المقدمة إليه من المجالس التشريعية في ثلاثي الولايات.

2011, p. 189 ; D. ROUSSEAU, art. « Constitution », dans O. DUHAMEL et Y. MENY, Dictionnaire constitutionnel, Paris, PUF, 1992, p. 210.

¹ Article 5: (The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.).

² H. FINER, Theory and Practice of Modern Government, 1954, p. 128.

ثانياً: الموافقة على التعديل: وهي تتم بأحد طريقتين:

الأولى: موافقة الهيئات التشريعية في ثلاث أرباع الولايات.
الثانية: موافقة جمعيات تأسيسية تتعقد لهذا الغرض في ثلاث أرباع الولايات، والكونجرس هو الذي يعين للولايات أي الطريقتين تسلك في الموافقة على التعديل، وإذا أغفل الكونجرس تحديد الطريقة التي يرى اتباعها فإن الولايات تختار بين الطريقتين. ويلاحظ أن الدور الحاسم في الموافقة على التعديل يتم داخل الولايات ولا ينفرد به الكونجرس، كذلك الولايات حين توافق على التعديل سواء عن طريق مجالسها التشريعية أو عن طريق جمعيات دستورية فهي تمارس وظيفة اتحادية حددها الدستور لها بدقة.

كما يلاحظ أن رئيس الولايات المتحدة الأمريكية لا يملك الاعتراض على قرار الكونجرس باقتراح التعديلات أو بدعوة مؤتمر، وذلك لأن التعديل الدستوري يستثنى من سلطة الاعتراض التي يملكها الرئيس بنص الدستور¹.

وأخيراً الأغلبية المشترطة لاقتراح التعديل هي ثلثا أعضاء كل من المجلسين، وأغلبية الموافقة لا بد أن تكون ثلاث أرباع المجلس ومن الملاحظ أن تلك الأغليات هي أغلبية موصوفة تختلف عن الأغلبية التي تحدد للموافقة على القوانين العادية.

وملاحظة أيضاً أنه في نص المادة الخامسة قيد موضوعي هام هو: " لا يمكن حرمان أي ولاية دون رضاها من حقها في التمثيل المتساوي في مجلس الشيوخ".

وقد نظرت المحكمة العليا قضيتين منفصلتين طالبا فيها المدعون بعدم دستورية التعديل الثامن عشر والتعديل التاسع عشر، بحجة أن تلك الموضوعات لا يجوز التشريع فيها بطريق التعديل الدستوري.

وبالنظر للتعديل الدستوري الثامن عشر فقد كان يحرم بيع الخمر وتداولها وتصديرها، والتعديل التاسع عشر منح النساء حق التصويت في الانتخابات

وقد عرض الأمر على المحكمة العليا التي قضت في قضية *Rhode Island v. Palmer*² عام 1920 أن كل ما نص عليه التعديل الثامن عشر يدخل في نطاق سلطة التعديل.

ذات الأمر وذات النتيجة توصلت إليها المحكمة العليا في قضية *Lesser v. Granett*³ عام 1922.

ونتيجة لهذا، فيمكن القول أن إجراءات التعديل الدستوري متشعبة، كذلك فإن الفقه الأمريكي يرى أن أهم التعديلات الدستورية قد أضيفت إلى الدستور، وتمت إضافتها منذ قرن ونصف تقريباً، في أعقاب الحرب الأهلية، وتناولت الكثير من التعديلات

¹د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين- في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية، 1960، ص. 57-58.

²*Rhode Island v. Palmer*, 253 U.S. 350 (1920).

³*Lesser v. Granett*, 258 U.S. 130 (1922).

أمورا بسيطة نسبياً، وآخر تعديل للدستور الأمريكي هو التعديل السابع والعشرين، و كان عام 1992.

وبالنسبة للوضع "بايطاليا"، فمنذ عدة سنوات قبل عام 2014، ظهرت أزمة كبرى في إيطاليا. سميت بالأزمة الدستور المعقدة بإيطاليا _ Crise complexe de la Constitution

وفي ظل تلك الأزمة، ظهر ما يسمى بالدستور الحي، حتى أن الفقيه الإيطالي (S. GALEOTTI كتب: (الدستور المطبق في الدول الديمقراطية- الوثيقة الدستورية، والنصوص المعيارية هي نصوص تعبر بشكل عام عن الشكل الحقيقي الذي يطبق فعلاً، أو الذي سيطبق، وبصفة متواصلة؛ للوصول للهدف الأساسي للدستور وبصفة عامة فإن نظام الدولة يجب أن يرشد، ويحافظ على مبدأ العيش السلمي معاً للشعب في نطاق الضمان، والتطور للقيم الأساسية للدولة).

وحتى نصل للحقيقة، فيمكن وصف الدستور بأنه آلية معقدة، أو آلية تحيل إلى الحياة، أو إلى شيء حي مثل الحقيقة القانونية المعدلة عن أشخاص، وموجهة لأشخاص آخرين)¹

فالمسألة المطروحة الآن – وفقاً للفقه الإيطالي هي أن ميلاد الدستور الحي كان وقت اللقاء بين السلطة السياسية والدستور، فالدستور الحي بإيطاليا تمت ولادته بعد ظهور الطبيعة المكتوبة، والثابتة للدستور المكتوب، وهنا يظهر التعارض والاختلاف بين

¹ S. GALEOTTI, Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione. La concezione garantistica del capo dello Stato negli scritti dell'autore dal 1949 ad oggi, Giuffrè, Milano, 1992, p. 208.

المقال باللغة الإيطالية وتم ترجمته للغة الفرنسية في مؤلف:

M. POLIDORI, La Notion de constitution vivante sous l'angle du constitutionalisme italien contemporain, Civitas Europa, 2014,1, n° 32.p. 216.

(La constitution, en particulier celle d'un Etat démocratique, la Charte, les textes normatifs au sein desquelles elle est contenue, tracent en arrêtent le dessin d'une réalité essentiellement dynamique, qui constamment se fait et devient, en se déroulant de manière incessante pour atteindre le but essentiel de la Constitution et, plus généralement, de l'ordre étatique : guider et garantir le vivre ensemble pacifique d'un peuple, dans la garantie et dans la promotion de ses valeurs fondamentales, constitutionnelles justement. On est donc plus proche du vrai en décrivant la Constitution comme le modèle d'un mécanisme complexe ou, mieux encore, organisme, en se référant à quelque chose de vivant, comme c'est le cas d'une réalité juridique, modifiée par les hommes, faites pour les hommes).

الطبيعة الأصلية للدستور المكتوب، والتي تعد صارمة، وبين الطابع المنفتح لأحكام الدستور¹.

فبنظرة تاريخية للوضع في "إيطاليا"، اتفق الفقهاء أن في فترة سن الدستور الإيطالي عام 1947 وما قبلها، كان هناك حالة من الاستعجال، كما مرت الدولة أيضًا بظروف غاية في الخصوصية.

فلقد تم سن الدستور بعد مرور 20 عام من انهيار الفاشية إضافة لكثرة الحروب الأهلية وقتئذ، ولقد سن الدستور وسط مجتمع هش للغاية، لذا، فكان الهدف الأساسي سن دستور بطريقة سريعة؛ وذلك بغية وضع الدولة في مصاف الدول الديمقراطية، هذا ما جعل نشأة الدستور بإيطاليا تشوبه العديد من النواقص، مما حدا بهم - بعد ذلك - إلى اللجوء للدستور الحي؛ لتكملة تلك الثغرات ومعالجتها².

ومن الملاحظ أن الدستور الإيطالي قد وضع بعض الأحكام الخاصة به مختصرة للغاية، مثل المواد من 92-2 إلى المادة 94، حتى أن البعض من الفقهاء الإيطاليين قد كتبوا في السنوات الأولى من عمر الجمهورية الإيطالية أن: الدستور الإيطالي ولد مرئًا ومن المتوقع من المشرع الأصلي بعض المعايير الأساسية، حتى يصبح صلبًا)

« La Constitution italienne naquit donc, de fait, comme une Constitution flexible, qui attendait du législateur ordinaire (et attend encore) les moyens nécessaires pour la faire devenir complètement rigide ! »³.

ومن هنا ظهر مبدأ الدستور المفتوح، فوفقًا للفقهاء POLIDORIE و BARTOLE أن الدستور المفتوح هو الذي يكون مستعدًا أو على استعداد لاستكمالته بعناصر أخرى رسمية، أو مادية، مما يشير لوجود معان جديدة غير متوقعة، ولا يمكن التنبؤ بها، في مواجهة النص الدستوري المكتوب.

S. Bartole précise cette notion de « Constitution ouverte ». Selon l'auteur, la Constitution serait ouverte, « parce que prédisposée (ou considérée comme prédisposée) à être complétée par d'autres sources, que celles-ci soient formelles ou matérielles, apportant

¹ M. POLIDORI, op.cit., 216-217 : (La Constitution vivante naît du caractère écrit, figé, de la Constitution écrite. Elle apparaît suite à l'opposition entre la nature formellement rigide de la Constitution écrite et le caractère ouvert de ses dispositions.)

² Ibid.

³ P. CALAMANDREI, « La Costituzione inattuata », L'Attualità, n° 9, maggio 1956, p. 17.

des significations nouvelles, imprévues, voire même imprévisibles, au regard du seul texte constitutionnel¹)

إذن نخلص هنا أن نشأة الدستور الحي بالولايات المتحدة الأمريكية كان بسبب وجود دستور منذ عام 1798 ولم يتم تعديله إلا 27 مرة فقط، إضافة إلى أن طرق التعديل تمر بإجراءات صعبة للغاية.

فأثرت الأوساط القانونية "بالولايات المتحدة الأمريكية" أن تُنشئ الدستور الحي؛ ليكون متطوراً ويواكب التغيرات السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية الحادثة داخل الدولة.

أما "بايطاليا" فباعتراف الفقهاء أنفسهم أن الدستور الإيطالي ولد هشاً للغاية وسط ظروف بالغة الصعوبة بعد خروج الدولة من وضع فاشي سيطر عليها، وأفرز مجتمعاً غاية في الهشاشة القانونية، وعانى كثيراً من حروب أهلية أنهكته، فما كان من سبيل إلا اللجوء للدستور الحي، وتطبيقه.

المبحث الثاني

علاقة قدسية النص الدستوري المكتوب بالدستور الحي

التساؤل المطروح في هذا المبحث هو ما العلاقة بين النص الدستوري المكتوب والدستور الحي؟ وأيها يستغرق الآخر؟ وأيها أولى بالتطبيق، وأسمى؟ - خاصة - وأن النصوص الدستورية المكتوبة هي نصوص غاية في الأهمية، وتعلو في شرعيتها وقدسيتها.

يرى الفقهاء الأمريكيون ويتزعمهم الفقيه (STRAUSS²) أن بعض أحكام الدستور الأمريكي أصبحت قديمة إلى حد كبير، لكن لا يمكن أن يتم تجاهل النص الدستوري على إطلاقه، كما لا يمكن القول أن نص الدستور المكتوب غير مهم. كذلك لا يمكن لأي فرد كان، أن ينقض، أو يعارض أي مبدأ من مبادئ الدستور، أو يتجاوزه، وفقاً

لمبدأ قدسية النص The sanctity of the text

وفي العديد من القضايا المهمة، يتم تطبيق النص الدستوري كاملاً، فلا يمكن لأحد أن يطبق نصاً مخالفاً للنص دستوري، ومثال على ذلك النص الذي يحدد عمر رئيس الدولة، أو عمر أعضاء الكونجرس مثلاً، ولا يمكن أيضاً أن يعدل النص الدستوري بالمادة الثانية من الدستور، القسم 1³ التي تنص على أن ينبغي الآن تفسير عبارة

¹ S. BARTOLE, Interpretazioni e trasformazioni delle Costituzione repubblicana, Il Mulino, Bologna, 2004, P. 409-410 ; M. POLIDORI, op.cit., p. 216.

² D.STRAUSS, op.cit., p. 101.

³ تنص المادة الثانية القسم 1 من الدستور الأمريكي على أن: (تتاط السلطة التنفيذية برئيس للولايات المتحدة الأمريكية. ويشغل الرئيس منصبه مدة أربع سنوات، ويتم انتخابه مع نائب الرئيس، الذي يختار لنفس المدة، على النحو التالي: [...]).

Article 2- Section1- Executive Branch: (1- The executive Power shall be vested in a President of the United States of America. He shall hold his Office during the Term of four Years, [...])

"يتولى الرئيس منصبه خلال فترة أربع سنوات" على أنها تسمح بفترة ولاية مدتها ست سنوات، فهذا لا يمكن أن يحدث على الإطلاق.

كما ينص الدستور الأمريكي في المادة الأولى الفقرة الثالثة منه أيضاً على أن مجلس الشيوخ "يجب أن يتكون من عضوين من كل ولاية"¹،

"Shall be composed of two Senators from each state," وبالقطع لن يجادل أحد بأن هذا الشرط يجب الآن تفسيره ووضع أعداد مختلفة أو اشتراطات لهؤلاء، فلا يمكن أن يفسر النص بأن يكون لدى الولايات أعداد مختلفة من أعضاء مجلس الشيوخ.

The criminal justice النظام العدالة الجنائية system المنصوص عليه بالدستور والذي به بعض السمات الأساسية (كتشكيل هيئة المحلفين وعددهم، والشهود الذين يستدعيهم القاضي) ، والمحاكمات التي لا تعقد سراً، أو في مكان بعيد عن الجريمة. كل تلك الأمور لا يمكن تخطيها وتجاوزها ولا يمكن تعديلها إطلاقاً.

نخلص من ذلك أن قدسية النص الدستور أمر ثابت، لا يمكن انكاره، أو تحريفه، إلا أن تلك القدسية للنص الدستوري المكتوب كان يعارضها بزوغ بعض الاختلافات بين الفقهاء حول حتمية وجود دستور حي يوازي الدستور المكتوب من عدمه، تلك الاختلافات سيتم عرضها فيما يلي، وذلك بعد توضيح ماهية العوامل التي أدت إلى ظهور الدستور الحي وتطوره، وعليه فسينقسم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول: عوامل ظهور الدستور الحي إلى جانب الدستور المكتوب. المطلب الثاني: التعارض بين الفقهاء حول وجود الدستور الحي من عدمه.

¹تنص المادة الأولى الفقرة الثالثة من الدستور الأمريكي على أن: (يتألف مجلس الشيوخ من شيخين عن كل ولاية، تختارهما السلطة التشريعية في تلك الولاية لمدة ست سنوات؛ ويكون لكل شيخ صوت واحد.

فور اجتماع أعضاء مجلس الشيوخ مباشرة عقب أول انتخاب، يتم تقسيمهم إلى ثلاث فئات متساوية قدر المستطاع. وتشغر مقاعد شيوخ الفئة الأولى عند انتهاء السنة الثانية، ومقاعد شيوخ الفئة الثانية عند انتهاء السنة الرابعة، ومقاعد شيوخ الفئة الثالثة عند انتهاء السنة السادسة، بحيث يمكن اختيار الثلث مرة كل سنتين؛ وإذا شغر مقعد أو أكثر بسبب الاستقالة أو سواها، خلال عطلة السلطة التشريعية لولاية ما، جاز للسلطة التنفيذية في تلك الولاية القيام بتعيينات مؤقتة ريثما يعقد الاجتماع التالي للمجلس التشريعي الذي يقوم عندئذ بملء المقاعد الشاغرة.

لا يجوز لأي شخص أن يصبح عضو مجلس شيوخ ما لم يكن قد بلغ الثلاثين من العمر، وما لم يكن قد مضى تسع سنوات على كونه من مواطني الولايات المتحدة، وما لم يكن لدى انتخابه من سكان الولاية التي يتم اختياره ممثلاً عنها [...].

المطلب الأول

عوامل ظهور الدستور الحي إلى جانب الدستور المكتوب

تتقسم العوامل التي أدت لظهور الدستور الحي إلى عاملين أساسيين، هما: طبيعة الدستور المكتوب بصفته دستور جامد، كذلك طبيعة، وماهية الظروف التي تواكب تفسير الدستور.

وأولى العناصر، والعوامل التي أدت إلى ظهور الدستور الحي هو طبيعة الدستور المكتوب، فالطبيعة الشكلية للدستور المكتوب تطغى عليه، فأغلب قواعده مجردة، وغير محددة، إضافة أن الدستور المكتوب (والجامد منه) يضع المبادئ الأساسية للدولة في مجالات عدة كالحقوق، والحريات، ومبادئ السلطات العامة، والعلاقة فيما بينها، ويتضمن نصوص هذا الدستور المكتوب العديد من الإحالات للسلطة التشريعية، والتي عليها أن تدلوا بدلوها، فتكمل ما طُلب منها، وتوضع أحكامه موضع التطبيق.

ويرى الفقيه الفرنسي (ARDANT) أن الدستور الحي هو مجرد امتداد للدستور المكتوب، يأتي لتكملة، وتلافي عيوب صياغته، واستخدام الدستور الحي هنا، حيث يأتي دوره معبراً عن إجراء عملية توافق *ajustement* مع الزمن دون أي تدخل بتعديل دستوري.¹ أي أنه عملية تلاؤم وتوافق تحدث دون أن يصاحبها تدخل بتعديل دستوري لازم.

أما عن الظروف التي تواكب تفسير الدستور، فلقد تم شرحها في الولايات المتحدة الأمريكية، ولذلك فسبحل إليها منعاً للإطالة، وبالنسبة " للجمهورية الإيطالية" فقد ظهرت جلياً عندما أحال الدستور المكتوب للسلطات، والمؤسسات في الدولة بعض المهام وتباطأت السلطات في مهماتها الموكولة إليها.

فقد تم سن الدستور الإيطالي عام 1947، أي وقت حالة الاستعجال، ووفق شروط غاية في الخصوصية، فكما تم العرض سابقاً أن الدستور وضع بعد مرور 20 عاماً من انتهاء الفاشية التي كانت تزرع تحتها إيطاليا، وانتشار الحروب الأهلية ووجود مجتمع إيطالي وصف بأنه هش للغاية؛ لذا فقد كان الهدف الأساس هو سن دستور في وقت سريع؛ لوضع الدولة الإيطالية في مصاف الدول الديمقراطية.

ووقت سن الدستور، حدث أن أحالت السلطة التأسيسية الأصلية إلى السلطة السياسية مهمة تنفيذ الأحكام الدستورية الواردة بالنصوص الدستورية، وتبنت السلطات السياسية المعايير اللازمة لإنشاء سلطات معينة، ورد النص عليها بالدستور، مثال على ذلك: إنشاء المحكمة الدستورية، وإنشاء المقاطعات (البلديات)، وضع الأحكام الخاصة بالاستفتاء.

ويرى الفقيه الإيطالي (POLIDORI) أن المشكلة ظهرت هنا، فالسلطة السياسية بإيطاليا آنذاك لم تحترم المدد المحددة بالدستور، فقد كلف الدستور السلطة السياسية؛ لإنشاء بعض الهيئات في وقت محدد كما أسلفنا القول.²

¹ PH. ARDANT, Institutions politiques et droit constitutionnel, LGDJ, 2003, p. 66.

² أنظر باللغة الفرنسية:

ويفترض أن الدستور الإيطالي لعام 1947 نص على ترتيب الأولويات المفوضة إلى البرلمان، ولذلك كان عليه - على الفور- تبني الإجراءات المتعلقة بتشغيل المؤسسات الدستورية، مثل المحكمة الدستورية الإيطالية، والمجلس الأعلى للقضاء، وتبني سن قوانين للمقاطعات الإيطالية، وسن قانون إنشاء المجلس الوطني للاقتصاد والعمل، ثم بعد ذلك ترتيب الأحكام المتعلقة بالاستفتاء *référéndum*، ثم حل المشكلات المتحصلة، والنتيجة عن القوانين الفاشية القديمة، ثم بعد ذلك، طلب الدستور من البرلمان وضع القوانين المتعلقة بحقوق وحرريات المواطنين¹.

ومن الملاحظ، أن القانون الخاص بالمحكمة الدستورية الإيطالية، لم يصدر حتى عام 1953 وهو (القانون رقم 1 لسنة 1953)، ولم تمارس المحكمة عملها إلا عام 1956، وبالنسبة للقوانين المقاطعات فلم تصدر إلا في عام 1948 من خلال القوانين رقم 2 و 3 و 4 و 5 لعام 1948، وهي القوانين الخاصة بالمقاطعات التالية:

La Sicile, de la Sardaigne, de la Vallée d'Aoste et du Trentin-Haut-Adige

أما المقاطعات الأخرى ذات الأوضاع العادية، فلم يتم تفعيل الأحكام الدستورية الخاصة بها إلا بعد مرور 20 عامًا بعد أن أصبح الدستور المكتوب نافذًا.

وذلك عند إصدار القانون الانتخابي للمقاطعات رقم 108 لسنة 1968، والقوانين المالية رقم 281 لسنة 1970، ولم تستفد الأقاليم من سلطاتها التشريعية وتنفيذ مهامها الإدارية إلا في عام 1972. وأخيرًا فإن تطبيق قانون الاستفتاء رقم 352 لعام 1970 والذي كان في 15 مايو عام 1970 أي بعد مدة طويلة من نفاذ الدستور الإيطالي. ومن الملاحظ، أن الدستور الإيطالي قد وضع بعض الأحكام الخاصة به مختصرة للغاية مثل المواد من 92-2 إلى المادة 94، ويرى الفقيه (POLIDORI) أن هذه

M. POLIDORI, *op.cit.*, 216: (Pour répondre à cette urgence, le pouvoir constituant originaire italien a souvent renvoyé au pouvoir politique le soin de mettre en œuvre les dispositions constitutionnelles. Le pouvoir politique devait alors adopter les normes nécessaires à la mise en place de certaines institutions. Citons, par exemple, la Cour constitutionnelle, les régions ou encore le référendum. Le problème est que le pouvoir politique n'a respecté aucun des délais prévus par la Constitution écrite.).

¹ M. POLIDORI, *op.cit.*, 217: (Remarquons d'ailleurs que la Constitution de 1947 prévoyait même un ordre de priorité dans le travail qu'elle délguait au Parlement. Il aurait ainsi dû immédiatement adopter les mesures relatives au fonctionnement des organes constitutionnels : Cour constitutionnelle, Conseil supérieur de la Magistrature, régions, Conseil national de l'Economie et du Travail. Il aurait ensuite dû fixer les règles relatives au référendum, puis légiférer pour résoudre le problème lié à la persistance des anciennes lois fascistes. Enfin, il aurait dû activer les dispositions constitutionnelles concernant les droits et libertés des citoyens.).

الاختصاصات كانت تحتاج لقواعد جديدة، وبالرغم من هذا فهي لم تحدث إلا بعد مرور 40 عامًا، وذلك بعد صدور القانون رقم 400 لسنة 1988. وكما تم القول فإن المواد من 92 فقرة 2 الى المادة 94 من الدستور الإيطالي لم تكن دقيقة وكانت موجزة، ولذلك تم معالجتها بصدور القانون رقم 400 لسنة 1988 أي بعد مرور 40 عامًا على صدور الدستور الإيطالي.

ويرى الفقه الإيطالي أن الدستور الحي ما هو إلا اجتهاد مبتكر *Jurisprudence creative* وتفسير تطوري به هامش من المرونة *Une marge d'élasticité*، كذلك فإن حتمية التطور القانوني لا بد أن تكون موجودة ولا يمكن الالتفاف عليها، والدليل على وجود الدستور الحي التعديلات، والإصلاحات التي نوقشت الفترة الأخيرة بإيطاليا؛ لإعادة تعريف المحكمة العليا، و دورها "إيطاليا"¹. وبهذا، يكون قد ناقشنا العوامل الرئيسية التي من خلالها ظهر الدستور الحي مواكبًا للدستور المكتوب في كلا من "الولايات المتحدة الأمريكية"، و "إيطاليا"، بيد أن بالرغم من نشأة الدستور الحي واستمرار وجوده بجوار الدستور المكتوب، إلا أن الكثير من الفقهاء قد عارض وجود الدستور الحي ورفض تمامًا الاعتراف به، وهذا ما سيتم تبيانه في المطلب التالي.

المطلب الثاني

التعارض بين الفقهاء حول وجود الدستور الحي من عدمه

لقد طُرح السؤال وبقوة في الولايات المتحدة الأمريكية: هل يوجد دستور حي يتغير بمرور الوقت؟ كان هناك آراء فقهية متعددة ترفض تلك الفكرة تمامًا، حتى أن هناك رأي فقهي² يرفض تمامًا وجود نظرية الدستور الحي "بالولايات المتحدة الأمريكية" كما أن العديد منهم يتناولون وجود الدستور الحي في كتاباتهم الدستورية بشكل ساخر *derisively* ووجهة نظر الرافضين للدستور الحي³، أنه من المفترض أن يكون لدستور الولايات المتحدة أساسًا متينًا، وأن يجسد المبادئ الأساسية. هذه هي الفكرة الكاملة لوجود دستور، ومن حججهم أنه من الممكن أن يتوجه الرأي العام في هذا الاتجاه أو ذاك، لكن المبادئ الدستورية يجب أن تظل ثابتة، لا تعديل ولا تغيير فيها.

¹ Gustavo ZAGREBELSKY, *op.cit.*, p. 143.

² تم عرض جميع الآراء في المؤلف باللغة الانجليزية:

D. STRAUSS, *op.cit.*, p. 2. (In fact, the critics of the idea of a living constitution have pressed their arguments so forcefully that, among people who write about constitutional law, the term "living constitution" is hardly ever used, except derisively.)

³ J.W. NOWLIN, Supreme Arrogation, The Constitution is too Important to leave to judges, 17 May 2010.

وترى المجموعة الفقهاء الرافضة لفكرة وجود الدستور الحي¹ أن الدستور الحي هو دستور يمكن التلاعب به. *a manipulable constitution* ، إذا لم يكن الدستور ثابتاً – إذا كان يتغير من وقت لآخر – فهذا يعني أن هناك من يغيره، وأن هناك من يغيره وفقاً لأفكاره الخاصة مثل ماهية الشكل الذي يجب أن يبدو عليه الدستور، كما أن التوسع في الأخذ بهذا المنهج يؤدي إلى الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات *Separation of Power*؛ لأنه يدفع القضاة إلى اغتصاب سلطة التشريع المعهودة إلى الكونجرس الأمريكي بموجب الدستور الأمريكي².

والحقيقة أن من يعدل الدستور بالولايات المتحدة الأمريكية هم القضاة أنفسهم، وأكد الرأي الرافض لفكرة الدستور الحي أن هذا الدستور الحي لن يكون هو الدستور الأصلي على الإطلاق؛ كذلك لا يمكن أن يسمى قانوناً، وهذا الرأي الفقهي يرى أنها مجرد مجموعة من الأفكار الفضفاضة التي تروق للقضاة الذين يصادف وجودهم في السلطة في وقت معين، ويفرضونها على الشعب الأمريكي³.

أما المؤيدون لنظرية الدستور الحي⁴، فيطرحون وجهة نظر مفادها: حتمية وجود الأرضية المشتركة *COMMON GROUND*.

فالمؤيدون للفكرة يتساءلون: لماذا يقبل الشعب الأمريكي للنصوص الدستورية التي كتبتها الأجيال السابقة، ولماذا هي ملزمة؟ الجواب هو أن الأمريكيين يقبلون هذه الكلمات، ليس لأنهم يعترفون بسلطة الأجيال السابقة، وأهمية وجود أفكار الأجيال السابقة. بل لأنهم يعترفون بما يسمى بالأرضية المشتركة بين الأجيال السابقة، والحالية. كذلك فإن اختلاف الناس، واختلاف أهوائهم بين الولايات الكثيرة المتعددة، هذا يؤدي إلى أنهم يختلفون حول مسائل مختلفة، كبيرة وصغيرة، تتعلق بالكيفية التي ينبغي بها تنظيم الحكومة، وعملها، والهدف هو التنسيق بينهم لإيجاد أرضية مشتركة *COMMON GROUND* فيما بينهم.

فمن أسباب تطور الدستور الحي بالولايات المتحدة الأمريكية هو تطبيق لمبدأ الأرضية المشتركة بين مختلف الأطياف في الولايات المتحدة الأمريكية، والتي كان لها الأثر الكبير في كيفية تفسير الفقهاء الأمريكيون لنص الدستور، وقد عمد الفقهاء إلى تفسير النص بأفضل طريقة محسوبة؛ لتوفير أرضية مشتركة، يمكن أن يتفق عليها الجميع.

¹ D. STRAUSS, *op.cit.*, p. 4: (A living constitution is, surely, a manipulable constitution. If the Constitution is not constant if it changes from time to time, then someone is changing it. And that someone is changing it according to his or her own ideas about what the Constitution should look like.).

² J.W. NOWLIN, *Supreme Arrogation, op.cit.*

³ D. STRAUSS, *op.cit.*, p. 4: (So a living constitution would not be the Constitution at all; in fact, it is not even law anymore. It is just a collection of gauzy ideas that appeal to the judges who happen to be in power at a particular time and that they impose on the rest of us).

⁴ R. BRONAUGH, Peter BARTON, *The Idea of Living Constitution*, 16 *can, J.I&JURIS*, 2003, p. 70.

والمقصود بمبدأ " أرضية مشتركة" هو أن الفقهاء الأمريكيين اليوم عندما يتم تفسير كلمات الدستور الغامضة، والتي تحتاج لتفسير، فإنه يجب أن تُعطى معنى وتفسيرًا وفق المعنى والتفسير الخاص بها اليوم، وليس وفق المعنى الذي أراده واضعي الدستور في الوقت السابق.

وحجتهم في ذلك هو إيجاد أرضية مشتركة يمكن أن يتفق عليها الجميع اليوم. وهذا ينتج عنه؛ أن المعنى الحالي للكلمات الغامضة بالدستور هو معنى واضحًا ونقطة اتفاق طبيعية، ولكن لو تم الأخذ بالمعنى القديم الذي قصده واضعي الدستور آنذاك فسيؤدي هذا إلى أن يكون المعنى الأصلي غامضًا ومثيرًا للجدل¹.

ومن أهم الأمثلة لتطبيق مبدأ الأرضية المشتركة Common Law، بين الأجيال القديمة و الأجيال الحالية: هو المثال الخاص بتفسير الحق في الاستعانة بمحام، الوارد في التعديل السادس في الدستور الأمريكي the Sixth Amendment والذي يمنح للمتهم الجنائي الحق في "الحصول على مساعدة محام للدفاع عنه".

حيث ينص التعديل السادس من الدستور الأمريكي أنه: (في جميع المحاكمات الجنائية، للمتهم الحق بأن يحاكم محاكمة سريعة وعلنية بواسطة هيئة محلفين غير متحيزة تابعة للولاية أو المقاطعة التي تكون الجريمة قد ارتكبت فيها) [...] والاستعانة بمحام للدفاع عنه².

والتفسير الخاص لهذا التعديل – قديمًا ووفق المصادر التاريخية- هو: أنه لا يجوز للحكومة أن تمنع المتهم من الحصول على مساعدة محام يستعين به. ولم يكن بالحسبان وقت وضع هذا التعديل ووقت التفاهات الأصلية للدستور، أن تضطر الحكومة إلى تعيين محام للمتهم الذي لا يستطيع تحمل تكاليفه. وعليه، فهناك تطور قد حدث أدى لتطور التفسير الدستوري لهذا النص.

فمع تطور الأوضاع وأثناء نظر أحد القضايا الشهيرة عام 1963 (Gideon v. Wainwright)³، قررت المحكمة العليا الأمريكية، أنه في الدعاوى الجنائية الخطيرة in serious criminal prosecutions ، يتعين على الحكومة توفير المحامين للمتهمين المحتاجين. indigent defendants .

¹ D. STRAUSS, *op.cit.*, 105: (The words of the Constitution should be given their ordinary, current meaning—even in preference to the meaning the framers understood. The idea is to find common ground on which people can agree today. The current meaning of words will be obvious and a natural point of agreement. The original meaning might be obscure and controversial.).

² 6th Amendment: (Right to fair Trial) (In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed [...]and to have the Assistance of Counsel for his defence).

³ Gideon v. Wainwright, 372 US 335, decided 13 Mars 1963.

وهنا، قامت المحكمة العليا بتفسير الدستور تفسيرًا جديدًا مخالفًا لما سبق، وهدفها هنا هو إيجاد أرضية مشتركة بين الفهم السابق، والفهم الحالي للنص الدستوري. ويرى العديد من الفقهاء¹ أنه إذا كان الهدف هو إنشاء أرضية مشتركة، فالمحكمة تستطيع أن توفق بين تفسيرها للغموض الوارد بالدستور - كما فسرت التعديل السادس - وبين الألفاظ، والمعاني المكتوبة في النص الدستوري.

فغالبًا ما يكون من الصعب الفهم الكامل لمضمون النص الدستوري المكتوب، لكن لا بد من احترامه، ويمكن للنص المكتوب في الدستور أن يستمر في خدمة الوظيفة الأرضية المشتركة، وعلى المحكمة العليا أن تعمل على تضييق الخلاف الذي قد يحدث عندما يُفهم النص بأكثر من معنى.

ولكن تكمن المشكلة عندما يفسر القاضي نصًا غامضًا بطرق مجحفة لا تتفق مع الفهم الأكثر وضوحًا للنص، فإن قدرة النص على خدمة الوظيفة الأرضية المشتركة تضعف. ولهذا السبب؛ فإنه من المنطقي الالتزام بتفسير النص حتى مع تجاهل نيات واضعي الدستور وقت سن الدستور، أي الالتزام بتفسير النص المكتوب - حاليًا - حتى يحقق المصلحة المشتركة، ولو اختلف هذا التفسير عن نية واضعي الدستور آنذاك.

وفي "إيطاليا" حدث أن العديد من المؤسسات السياسية، والأحزاب السياسية لجأت إلى تفسير الدستور المكتوب؛ حتى يتم تطبيقه، واضطر الجميع إلى الانصياع لفكرة وجود الدستور الحي، والاعتراف به.

والتفسير لأحكام الدستور الإيطالي هو إسناد المعاني إلى الأحكام الدستورية²، وكانت سببًا لإنشاء الدستور الحي هناك. كما أن اختلاف المعاني في التفسير يختلف تبعًا لكل مفسر على حدة، حتى إن تفسيرًا واحدًا من الأحكام الدستورية يمكن أن يعطي العديد من التفسيرات المختلفة.

Il faut, dès lors, admettre que ces significations vont varier en fonction des auteurs de l'interprétation, Cela signifie qu'une seule disposition constitutionnelle peut donner lieu à différentes interprétations

وقد حدث هذا في "إيطاليا" وقت سن التشريع الخاص بالانتخابات، حيث حدثت مناقشات عدة بين الأوساط القانونية الإيطالية وكان مرجعهم الدستور الإيطالي، إلا أن العديد من الفقهاء و السياسيين هناك فسروا أحكام الدستور بتفسيرات مختلفة، وذلك مثلما وضح الفقيه (Pitruzzella) الذي قال:

¹ D. STRAUSS, *op.cit.*, 106.

² M. POLIDORI, *op.cit.*, 217-218 : (L'interprétation des dispositions constitutionnelles peut se définir comme l'attribution de significations à ces dernières)

(من ناحية من أراد الحفاظ على النظام النسبي، والنظام البرلماني المصحوب بمبدأ أولوية البرلمان، والديمقراطية الوسيطة، لم يلجأوا إلى نموذج معين من الأنظمة الديمقراطية، بل لجأوا إلى الدستور مباشرة. ومن ناحية أخرى، الذين أثاروا الاختلافات حول النظام السياسي والاختلال الوظيفي للمؤسسات، وعدم ملاءمة نوع معين من الديمقراطية فيما يتعلق بالتحويلات الهامة للمجتمع الإيطالي، والانتقال الذي فقد الأغلبية الديمقراطية، وكل هذا كان معول على الدستور أيضاً)¹.

« D'un côté, ceux qui désiraient maintenir le système proportionnel, le parlementarisme accompagné de la primauté du Parlement, la démocratie médiate, invoquaient non pas tellement le choix en faveur d'un certain modèle de démocratie, mais la Constitution directement. D'un autre côté, ceux qui soulevaient les difficultés entourant le système politique, les dysfonctionnements des institutions, le caractère inadapté d'un certain type de démocratie par rapport aux transformations importantes de la société italienne, le passage manqué à la démocratie majoritaire, reliaient tout cela à la Constitution.

نخلص من ذلك أن الدستور الحي نشأ "بالولايات المتحدة الأمريكية" و "إيطاليا" بالرغم من المعارضة التي صاحبت ظهوره في كلتا الدولتين، ولكن بمرور الزمن ظهر، وترعرع، وأصبح رافداً أساسياً في النظام الدستوري لكلتا الدولتين ويعوّل عليه كثيراً. ومن أهم الحجج التي سبقت للأخذ بفكرة ظهور واستمرار الدستور الحي، هي حجة وجود أرضية مشتركة بين الأجيال القديمة التي كانت موجودة وقت سن الدستور القديم، وبين الأجيال الحالية التي يطبق عليها ذات الدستور، مع الاختلاف في فهم معاني الدستور وذلك لتحقيق مصلحة الجيل الحالي. وخير مثال على هذا ما تم عرضه سابقاً من مثال ضرورة الاستعانة بمحام، والوارد بالتعديل السادس من الدستور الأمريكي.

¹ G. Pitruzzella, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Laterza, 5e ed., Roma-Bari, 1998, p. 153-154.

وردت تلك الآراء في مؤلف باللغة الفرنسية:

M. POLIDORI, *op.cit.*, 218.

الفصل الثاني

أثر التعارض بين منهجي الأصالة والدستور الحي

بعد ظهور نظرية الدستور الحي، نشأ خلاف حاد بين أصحاب، ومؤيدي نظرية الأصالة، ومضمونها الذي يهدف للحفاظ على النص الدستوري المكتوب من جهة وبين أصحاب ومؤيدي نظرية الدستور الحي من جهة أخرى، ونشأ عن هذا التعارض حجج، واتخذ كل مؤيد لاتجاه أدلته، وبراهينه التي تؤيد وجهة نظره.

فالأصالة هي نظرية موجودة في الفقه العربي، وتمسكوا بها أيضًا بالولايات المتحدة الأمريكية، فالتيار الرفض لفكرة الدستور الحي، والتمسك بالأصولية يرى أن الأساس هو إرادة السلطة التأسيسية التي سنت الدستور، فلا يمكن التجديد والتطوير بهذا الخصوص.

والأصل أن الأصوليين أكدوا أن الفكرة الأساسية لمنهجهم هي استخدام الأصالة، ويقصد بالأصالة هنا أنه عندما نعطي معنى للكلمات في الدستور، يجب أن تستخدم المعنى الذي تبناه واضعي نصوص الدستور أنفسهم.

حتى أن العديد من القضاة بالولايات المتحدة الأمريكية مقتنعين تمامًا بالأصولية، وأبرزهم القاضي الأشهر بالمحكمة العليا الاتحادية (SACALIA) الذي اتخذت آراءه مبدأً ثابتاً ودفاعاً مستميتاً عن الأصولية، واستمدوا هذا المبدأ من النية الأصلية لواضعي الدستور، ولا يمكن أن ينظر إلى أي مفهوم آخر مختلف عما حدده المشرع وقت وضع أحكام الدستور.

أما على النقيض من هذا التيار، نجد التيار المؤيد للدستور الحي الذي يرى أنه يجب أن يكون هناك تطور للممارسات الدستورية.

ومن الفقه العربي المؤيد لتطور الدستور، نجد أن هناك رأي فقهي معتبر يؤيد عدول القضاء الدستوري عن قراراته السابقة في تفسير الدستور؛ نتيجة لما يطرأ على الأوضاع الاجتماعية، والسياسية في المجتمع المصري من تغيرات، ويرى سيادته أن العدول يجب أن يكون في إطار الشرعية الدستورية¹.

وكما عرض رأي فقهي آخر لفكرة أن التفسير المنشئ للقاضي الدستوري يكون من خلال إعطاء القاضي للنصوص تفسيراً يتفق مع آفاق التغيير الذي يمر به المجتمع، فتحيا معاني هذه النصوص في ضوء المعطيات السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية لحظة تطبيقها، فتكفل بذلك حياة مستمرة للدستور، ولا تحصره في حقبة الماضي².

ونؤيد أن هناك ما يسمى بالتفسير المعاصر للمحكمة الدستورية العليا المصرية، والذي ينسلخ من ألفاظ النص الدستوري؛ ليكون التفسير وفق الظروف الواقعية، فينأى التفسير

¹ د. أحمد كمال أبو المجد، " السلطة التقديرية للمشرع هل تخضع للرقابة الدستورية؟ متى تعدل المحكمة الدستورية العليا عن قضاء سابق؟"، مجلة الدستورية العدد الثاني، السنة الأولى، ابريل 2003، ص. 10.

² د. محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط 1 2009، ص. 166.

عن ظاهر ألفاظ النص ليضفي عليه معنى حي يتوافق مع المقترضات المعاصرة¹، ويرى أن: (الدستور ليس بقالب جامد أصم يفتقد الصلاحية والقابلية المستمرة للتطبيق، وإنما على العكس هو تعبيراً عن الحقائق الخالدة والحية).

وجدير بالعرض حكم للمحكمة الدستورية العليا المصرية الذي أكد على أن الدستور يجب أن يكون وثيقة تقدمية صاغتها الإرادة الشعبية، فحكمت أن: (الدستور وثيقة تقدمية، لا تترد مفاهيمها إلى حقبة ماضية، إنما تمثل القواعد التي تقوم عليها والتي صاغتها الإرادة الشعبية، انطلاقاً إلى تغيير لا يصد عنه التطور آفاقه الرحبة)².

كما أن التعارض بين الرأيين ومؤيديهما وتفضيل منهج دون الآخر بدون أدلة قوية تدعمه، قد يؤدي لأثر عظيم هو النعول في تفسير الدستور، والشطط فيه؛ لتحقيق مآرب شخصية مما ينتج عنه انتهاك وتشويه للدستور المكتوب، وهذا ما سيتم تناوله في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: الاختلاف بين منهجي الأصالة والدستور الحي.

المبحث الثاني: مدى احتمالية انتهاك الدستور المكتوب.

المبحث الأول

الاختلاف بين منهجي الأصالة والدستور الحي

تعددت الآراء الفقهية في العالم أجمع التي تؤيد مفهوم الأصالة والعودة للنصوص الدستورية المكتوبة، حتى أن الفقه العربي قد انتهج الأصالة كمبدأ لا يحيد عنه، فالفقه العربي يرى أن إرادة السلطة التأسيسية هي الأصل التي ينبغي العودة إليه ويعرض مؤيدو الأصالة وجهة نظرهم بالقول إنه: " لا يخالجننا شك في أن تطويع الدستور للمتغيرات اللاحقة للعمل به، يتصادم مع إرادة السلطة التأسيسية، فالمفروض أن نبحت عن إرادة المشرع لحظة إصداره للقاعدة، لا إرادته لو كان قد وضع النص لحظة الحاجة إلى تفسيره، وإلا نسبنا للمشرع ما لم يدر بخلده"³، كذلك هناك من الفقهاء من يؤيد فكرة الالتزام بالنص وشرحه دون إضافة أو حذف أو تعديل⁴.

أما المؤيدون للدستور الحي، فيقولون في نظريتهم على العوامل السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية عند تفسير النصوص الدستورية، فلا يجوز اقتصار التفسير على فلسفة بذاتها، أو فلسفة محددة، بل تتبدل، وتتغير، من جيل لجيل، ومن أمة لأمة وفق التغيرات الحياتية، والظروف السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، حتى أن كثيراً من الفقهاء الأمريكيين رأوا أن التعديلات الواردة في الدستور الأمريكي، والتي تحمل صياغة واسعة، وفضفاضة (مثل التعديل الثامن بالدستور الأمريكي الذي يتحدث عن العقوبات الوحشية، وغير الإنسانية، والتعديل الرابع عشر الخاص بالحماية المتساوية

¹ د. مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، دراسة تحليلية مقارنة،

لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة، 1990، ص. 40.

² حكم المحكمة الدستورية العليا، في 1992/1/4، القضية رقم 22 لسنة 8 ق دستورية، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، ج 5، ص. 89.

³ فتحي فكري، مرجع سابق، ص. 45.

⁴ د. جورج شفيق ساري، مرجع سابق، ص. 37.

أمام القانون) و الذي هو في الأصل كتب وهو محمل بالعديد من الأفكار؛ حتى يتسنى لكل مفسر من الأجيال المتعاقبة أن يفسرها وفق الظروف الحياتية التي تحيط به، ويرى القاضي الأمريكي (REHINQUIST) أن تلك التعديلات قد صيغت بحرفية شديدة، والغرض تمكين الأجيال القادمة من تفسيرها التفسير الذي يتلاءم مع التطورات المعاصرة¹.

وفيما يلي سيتم طرح الآراء المؤيدة للأصالة، وتطبيقاتها خاصة بالولايات المتحدة الأمريكية مهد الفكرة، وطرح الآراء المؤيدة للدستور الحي، وتطبيقاته، وذلك بالمطلبين التاليين:

المطلب الأول: حجج المؤيدين لمنهج الأصالة وتطبيقاته.

المطلب الثاني: حجج المؤيدين للدستور الحي وتطبيقاته.

المطلب الأول

حجج المؤيدين لمنهج الأصالة وتطبيقاته

الأصوليون أصحاب مبدأ الأصالة، هم الباحثين عن نية المشرع الأصلية وقت سن الدستور يرون أن هناك نصوصاً في دستور الولايات المتحدة الأمريكية - تعد ثابتة- لا يمكن تعديلها، أو تغييرها- ولا تخضع لفكرة الدستور الحي مطلقاً. ومثال على ذلك: العديد من أحكام دستور الولايات المتحدة الأمريكية، والتي تعد نصوصاً دقيقة للغاية ومكتوبة بحرفية، ولا تترك مجالاً للخلاف، أو الأسئلة الخيالية حول تفسيرها من عدمه.

ومن أمثلة ذلك نص المادة الثانية - الفقرة الأولى البند خامساً: والتي تنص على أن يجب أن يكون عمر الرئيس خمسة وثلاثين عاماً، فتنص الفقرة على أن: ([...] لا يكون أي شخص سوى المواطن بالولادة أو من يكون من مواطني الولايات المتحدة وقت إقرار هذا الدستور، مؤهلاً لمنصب الرئيس، كما لا يكون مؤهلاً لذلك المنصب أي شخص لم يبلغ سن الخامسة والثلاثين، ولم يكن مقيماً في الولايات المتحدة مدة أربعة عشر عاماً)².

كذلك من أحكام الدستور الأمريكي المنصوص عليها والدقيقة للغاية: أنه يجب أن يكون لكل ولاية عضوان في مجلس الشيوخ. وتنص المادة الأولى في الفقرة الثالثة: (يتألف

¹ W. REHINQUEST, The Notion of a Living Constitution, 54 TEX.L.REV.1976, p. 693.

²Article 2- Section 1- (Executive Branch): (No Person except a natural born Citizen, or a Citizen of the United States, at the time of the Adoption of this Constitution, shall be eligible to the Office of President; neither shall any Person be eligible to that Office who shall not have attained to the Age of thirty five Years, and been fourteen Years a Resident within the United States.)

مجلس الشيوخ من شيوخين عن كل ولاية، تختارهما السلطة التشريعية في تلك الولاية لمدة ست سنوات؛ ويكون لكل شيخ صوت واحد).¹

كذلك المدد الزمنية الموجودة بالدستور وتعديلاته، مثلما تنص الفقرة الأولى من التعديل العشرون من الدستور على أن: (تنتهي مدة ولاية كل من الرئيس ونائب الرئيس ظهر يوم 20 من يناير، وتنتهي مدة ولاية أعضاء مجلس الشيوخ والنواب ظهر يوم 3 من يناير من السنوات التي كانت ستنتهي فيها هذه الولايات لو لم تقرر هذه المادة. وتبدأ عندئذ مدة ولاية خلفائهم).²

وتجدر الإشارة إلى أن صانعي التعديل الرابع عشر خاصة الفقرة الأولى بدستور الولايات المتحدة الأمريكية، والمتعلق بشرط الحماية المتساوية³، the Equal

¹ Article 1- Section 3- (The Senate): (The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, chosen by the Legislature thereof, for six Years; and each Senator shall have one Vote.)

² 20th Amendment, Section 1 (Presidential Term and Succession, Assembly of Congress), Section 1: (The terms of the President and the Vice President shall end at noon on the 20th day of January, and the terms of Senators and Representatives at noon on the 3d day of January, of the years in which such terms would have ended if this article had not been ratified; and the terms of their successors shall then begin.)

³ تنص الفقرة الأولى من التعديل الرابع عشر لدستور الولايات المتحدة الأمريكية على أن: (يعتبر جميع الأشخاص المولودين في الولايات المتحدة أو الحاملين لجنسيتها والخاصين لسلطانها من مواطني الولايات المتحدة ومواطني الولاية التي يقيمون فيها. ولا يجوز لأية ولاية أن تضع أو تطبق أي قانون ينتقص من امتيازات أو حصانات مواطني الولايات المتحدة. كما لا يجوز لأية ولاية أن تحرم أي شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون مراعاة الإجراءات القانونية الأصولية؛ ولا أن تحرم أي شخص خاضع لسلطانها من المساواة في حماية القوانين).

14th Amendment (Citizenship Rights, Equal Protection) Section 1: (All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws .)

والدستور الأمريكي، والذي يعد من أقدم الدساتير المكتوبة في العالم، الذي وضع في عام 1787 وتم إقراره والمصادقة عليه وأصبح نافذاً في عام 1789، فإنه جاء خلواً من أي نصوص تحمي الحق في المساواة، رغم أن إعلان الاستقلال الأمريكي الصادر في عام 1776 جاء به:

"We hold these truths to be self-evident that all men are created Equal, that they endowed by their creator with certain unalienable rights, that among these are life liberty and the pursuit of happiness".

Protection Clause هم أصحاب الأصولية أنفسهم، أي هم المؤسسون منذ البداية لهذا المبدأ، وفي رأيهم أن نصوص الدستور يجب أن تُفهم كما هي وإذا حدث غير ذلك فهو يعتبر نوعاً من الغش، لأن بهذا يكون قد اتخذ رأي مخالف لما انتهجه وأراده المشرع وقت سن الدستور أو تعديلاته.

كما أن العديد من القضاة بالولايات المتحدة الأمريكية تبنوا فكرة الأصالة، ودافعوا عنها، فالقاضي الأمريكي (Antonin SCALIA) بالمحكمة العليا الأمريكية، يقول عن نفسه أنه شخص يدافع عن مبدأ الأصولية جداً، إلا أنه يعاود القول أنه هناك شروط لتطبيق مبدأه هذا، فهو – كما يقول – "أصلي متردد"، لأنه على استعداد للتخلي عن الأصالة عندما تؤدي إلى نتائج غير قابلة للتصديق، ومن أقواله الشهيرة: "أنا أصلي، ولست أحمقاً"¹.

وغني عن البيان، أن فكرة الأصالة يدافع عنها أساتذة القانون والقضاة، ومضمونها أن التفسير يجب أن يؤخذ صراحة، وضمناً من النص الدستوري، حتى أن الأصوليين يرون أن الدستور إذا احتاج إلى التعديل، أو التغيير، فلا يكون هذا إلا عن طريق التعديلات الشكلية² Formal Amendments.

"إننا نؤمن بهذه الحقائق لأن من البديهي أن كل الناس قد خلقوا سواسية، وأن خالقهم قد حباهم بحقوق معينة، لا يمكن التنازل عنها، وأن من بينها الحياة والحرية والسعي وراء السعادة".
والمقصود بالحماية القانونية المتساوية: هو ما قرره المحكمة العليا الأمريكية منذ عهد ميكر أن المقصود بالمساواة في الحماية القانونية هو الخضوع لقوانين واحدة أو متماثلة، وتم ذكر هذا المبدأ في قضية:

Yick Wo v. Hopkins. 118 US. 356.(1886).

وحقيقة فإن التعديل الرابع عشر يمنع بذلك كل تمييز عنصري أو تفضيل بين الأفراد، ولكنه لا يعني إلزام الدولة بتقديم حماية أو معاملة موحدة لجميع الأفراد، والدولة في استعمال سلطاتها فإنه يكون من قبيل تقدير الظروف والملابسات المختلفة التي تحيط بالأفراد: راجع:

Barret v. Indiana. 229. US. 26.(1923).

وبعبارة أخرى ليس في شرط الحماية القانونية ما يلزم الولاية بأن يكون عاماً في نطاق سريانه، راجع قضية:

West coast Hotel v. Parrish. 300 US. 379. (1937).

لمزيد من التفصيل عن الحماية القانونية المتساوية أنظر:
د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص. 80 وما بعدها؛ م. د. حسام فرحات أبو يوسف، الحماية الدستورية للحق في المساواة- دراسة مقارنة بين النظامين الدستوريين المصري والأمريكي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2004، وعرض ملخص لرسالة الدكتوراة في مجلة المحكمة الدستورية العليا، العدد 29، عدد الكتروني.

¹ D. STRAUSS, *op.cit*, p 17. (Justice Antonin Scalia, who is probably the most prominent defender of originalism today, likes to say that he is a "fainthearted originalist," because he is willing to abandon originalism when it leads to implausible results like the ones I described. "I'm an originalist—I'm not a nut,"

² أنظر في تناول تلك الآراء بالشرح والتحليل:

J.W. NOWLIN, *op.cit*; D. STRAUSS, *op.cit.*, p. 2.

على هذا النحو فإن الأصوليين دافعوا في البداية عن فكرة النية الأصلية لواضعي النص الدستوري أو الذين يتبنون النص الأصلي، هذه النظرية ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية من أعوام 1960 إلى 1970 وانتشرت على نطاق واسع في الثمانينات، وذلك بين القضاة المحافظين *Conservative Judges*، من أجل الحدّ من التفسيرات القضائية، والمبتكرة لعدد من القضاة في الولايات المتحدة الأمريكية¹. لهذا السبب، فالأصوليون استخدموا الموضوعية عند الرقابة، والبحث في المعنى الأصلي لنص الدستور².

C'est pourquoi les originalistes ont opéré une objectivisation du contrôle en recherchant la signification originelle (*original meaning*) de la Constitution.

من أجل هذا، اعتمد الفقهاء التقدميين فكرة العودة للأصالة³ وهذا الفكر كان له تأثير كبير على مجمل الفكر الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية.

De la sorte, l'originalisme a eu une influence primordiale sur l'intégralité de la pensée constitutionnelle aux Etats-Unis.

وطرح مؤيدو الأصالة "بايطاليا" أفكارهم أيضاً⁴، كما كان هناك صراع بين المؤيدين والرافضين للأصالة، ولكنه كان أخف وطأة وحدة، فكان رأي المؤيدين للأصالة أن الانفصال عن الأصول يعني زيادة هامش التقدير في المحاكم، وهذا يتناقض مع الطابع القضائي للقضاء الدستوري، ويشكل تعدياً على مبدأ الفصل بين السلطات، ويتغول على حساب السلطة التشريعية، وهذا ينتج عنه نفس، وهدم للقضاء الدستوري.

¹ R. BERGER, V. Congress, The Supreme Court, Cambridge, Harvard University Press, 1969. Pour une étude générale; J. O'NEILL, Originalism in American Law and Politics. A constitutional history, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2005.

² انظر باللغة الفرنسية:

I. FASSASSI, La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis. Etude critique de l'argument contre majoritaire, Paris : Dalloz, 2017, p. 213 sqq.

³ M. TUSHNET, « L'état actuel des études juridiques critiques aux Etats-Unis », APD, n° 44, 2000, p. 419. Qu'il nous soit également permis de renvoyer : Th. CARRERE, La démocratie constitutionnelle à l'épreuve du républicanisme. Sur la dualité philosophique du constitutionnalisme moderne, Thèse de droit public, Université de Montpellier, 2017, p. 363 sqq ; R. POST et R. SIEGEL, « Originalism as a Political Practice : The Right's Living Constitution », Fordham Law Review, 2006, vol. 75, n° 2, 2006, p. 545-574.

⁴ تم عرض لكل الآراء المؤيدة لمبدأ الأصالة في:

Gustavo ZAGREBELSKY, *op.cit.*, p. 139.

ورأي المؤيدين للأصالة بالنهاية، أن البعد عن الاجتهاد الخلاق La jurisprudence créative هو التعبير الأدق لحماية القضاء الدستوري وحماية الشرعية نفسها.

المطلب الثاني

حجج المؤيدين للدستور الحي وتطبيقاته

الحقيقة أن فكرة الدستور الحي قد اتخذت صداها رويداً رويداً داخل الأوساط القانونية بالولايات المتحدة الأمريكية، والذي رفع لواء التعديل، والتغيير هم القضاة أنفسهم، فالحقيقة أن المشرع قد وضع العديد من التعديلات للدستور الأمريكي الصادر عام 1789، إلا أن هناك تعديلات في الدستور الأمريكي قد أضفت مزايا كثيرة للشعب الأمريكي، مما حدا بالكثيرين من الفقهاء إلى تبني نظرية الدستور الحي وتأييدها.

وذلك مثلما جاء في التعديل الأول المتعلق بالحريات المتعددة مثل حرية التعبير the freedom of speech. والذي ينص على أن: (لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته، أو يحد من حرية التعبير، أو الصحافة، أو من حق الناس في الاجتماع سلمياً، وفي مطالبة الحكومة بإنصافهم من الإجحاف).¹ وقد قام القضاة وفق هذا التعديل بإعطاء المزيد من الحقوق المدنية؛ ذلك أن القضاة قاموا بتفسير هذا التعديل بصورة أكثر توسعاً حتى أن المحكمة العليا الأمريكية لم تكتف بذكر الحريات الواردة في التعديل فحسب، بل أضافت العديد من الحقوق المدنية والحريات المدنية للأمريكان بموجب هذا التعديل.

والعديد من الأمثلة الأخرى التي توضح أن القضاة يمكنهم قراءة النصوص الدستورية والأحكام بصورة أكثر توسعاً، وتطبيق نظرية الدستور الحي؛ لإضفاء المزيد من الضمانات، والحريات للشعب، هذه التعديلات هي أمثلة تطبيقية حية للدستور الحي، وسنبرزها فيما يلي:

أولاً: وسعت المحكمة العليا الأمريكية من طائفة الحقوق المدنية والحريات المدنية للأمريكيين:

وكان هذا هو الموقف الذي اتخذته القاضي (Hugo BLAK) بشكل خاص، وهو أحد قضاة المحكمة العليا خلال خمسينيات وستينيات القرن العشرين، فعندما وسعت المحكمة - إلى حد كبير - الحقوق المدنية والحريات المدنية للأمريكيين، حينها سئل القاضي هذا القاضي سؤالاً مضمونه: هل هذا التوسع بالحقوق والحريات المدنية هو ما يتطلبه التعديل الأول للدستور؟، وكان رد القاضي بالإيجاب، مضيفاً أنه مؤيداً لذلك التوسع وبشدة.

ويرى أحد الفقهاء² أن عند التعديل الأول للدستور الأمريكي والخاص بحرية التعبير - هناك أسئلة شائكة كثيرة في هذا النطاق، منها: هل يعد منع بعض المراسلات الصحفية

¹ First Amendment: (Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.)

² D. STRAUSS, op.cit., p.8.

منعاً لحرية التعبير؟ هل عدم إعطاء تصريح لبث مسرحية سيئة هو منع لحرية التعبير؟ وماذا لو كانت تلك المسرحية تنتقد الرئيس؟ نفس الأسئلة، إذا منعت أحد الولايات الأمريكية المثليين والمثليات من العمل في حضانات الأطفال كمعلمين، فهل هي بذلك تنتهك (الحماية المتساوية بموجب القانون) وتنتهك التعديل الرابع عشر للدستور؟

جموع الفقه يرون أن النص الدستوري يجب أن يكون واضحاً ودقيقاً، فهذه أسئلة كثيرة تتردد في المحاكم، وفي المجتمع، ولا يمكن الإجابة عليها بمجرد قراءة مواد الدستور فقط التي تكون غير واضح مضمونها، فالأصل أنه يجب أن تكون نصوص الدستور واضحة وذلك بمجرد قراءة نصوص الدستور.

ومثال وتطبيق على ما سبق: أنه يجب على وجه التحديد، النص في المواد الدستورية المكتوبة، بطريقة محددة وواضحة على بعض القواعد الرئيسية، مثل وقت انتهاء ولاية الرئيس، ومغادرة منصبه، وما هي الإجراءات التي تكفل تطبيق ذلك؟ وتكفل أيضاً ترتيب الإجراءات التي تلي مغادرة الرئيس لمنصبه؟ وهكذا.

ثانياً: النص على التعديل الثامن للدستور الأمريكي عام 1791:

تم النص في التعديل الثامن للدستور الأمريكي على أن: (لا يجوز فرض عقوبات قاسية وغير عادية على الناس).

(Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted) .

وإذا تم الأخذ بمعنى كلمة قاسية وغير عادية (nor cruel and unusual punishments inflicted) الواردة في نص التعديل؛ في هذا التوقيت – فهو يُعد معنى غير واضح، خاصة أن في هذا الوقت تحديداً الذي سن فيه هذا التعديل عام 1791، لم تثر فكرة عدم دستورية عقوبة الإعدام unconstitutional.

ويرى الفقهاء¹ أنه إذا تم الأخذ برأي الأصوليين فإنه بالتالي ووفقاً لمنهجهم، فإن عقوبة الإعدام ليست قاسية وليست غير عادلة وفقاً للتعديل الدستوري الثامن – لا في اليوم، ولا في المستقبل.

ووفقاً لمنهج الأصوليين فإن فهم النص الدستوري إذا سمح بمبدأ ما، أو حظره وذلك وقت ما سن، فإنه يفهم اليوم بنفس الفكر، والنمط الذي كتب به وقتها.

ثالثاً: حق الشعب في الاحتفاظ بالأسلحة وحملها:

ينص التعديل الثاني لدستور الولايات المتحدة الأمريكية على أنه "لا يجوز انتهاك حق الناس في الاحتفاظ بالأسلحة وحملها":

¹ D. STRAUSS, *op.cit.*, p.11. (According to originalists of the kind I'm discussing, it follows that the death penalty cannot ever be "cruel and unusual." If capital punishment was not understood to violate the Eighth Amendment in 1791, it cannot violate the Eighth Amendment today or at any time in the future).

“The right of the people to keep and bear arms shall not be infringed”.

إذا كانت هذه العبارة، في سياق التعديل، فُهمت في عام 1791 على أنها تعني أن المواطنين العاديين لهم الحق في امتلاك أسلحة. فإن اليوم - وفقاً للأصوليين (ووفقاً لحكم المحكمة العليا الصادر بالأغلبية، في حكم صدر عام 2008) - يضمن للمواطنين العاديين الحق في امتلاك الأسلحة حتى اليوم. حتى أنه وفقاً لحكم حديث صدر من المحكمة العليا الأمريكية بتاريخ 23 يونيو 2022 بإلغاء قانون بولاية نيويورك يقيد حمل السلاح، بأغلبية ستة أعضاء.

¹(*New York State Rifle & Pistol Association Inc. v. Bruen.*)
كما يرى بعض الفقهاء المؤيدين للدستور الحي، أنه إذا تم الأخذ بمبدأ الأصالة، وتم تطبيقه، فلا بد أن تتغير أشياء كثيرة جداً في الولايات المتحدة الأمريكية توصف بأنها خاطئة – بالرغم من كونها موجودة ومتأصلة مثل الفصل العنصري، وصوت واحد لكل شخص وهذا ما سيتم توضيحه فيما يلي:

1- مبدأ الفصل العنصري:

في القضية الشهيرة قضية براون ضد لجنة التعليم² (*Brown v. Board of Education*)

وتتلخص وقائع تلك القضية براون ضد مجلس التعليم في منطقة توبيكا، في أنه تم دمج عدة قضايا مختلفة من ولاية كانساس، ولاية كارولينا الجنوبية، وفرجينيا، وديلاوير فقد طلب العديد من الأطفال السود (من خلال ممثلهم القانونيين) قبولهم في المدارس الحكومية بتلك الولايات، غير أن مجلس التعليم سمح بالفصل بين التلاميذ على أساس العرق.

تم رفع القضية، وطالب المدعون بعدم دستورية الفصل؛ لأنه قائم على العنصرية. وذلك تطبيقاً لفقرة شرط "الحماية المتساوية" في التعديل الرابع عشر من الدستور الأمريكي.

وقرر المدعون أن المدارس المنفصلة لا يمكنها تحقيق المساواة، وأنها حرمت بالتالي الأطفال من المساواة في حماية القوانين.

تداولت القضية بين درجات المحاكم إلى أن عرضت على المحكمة العليا الأمريكية، والتي فسرت مبدأ قضائي سابق مضمونه: (منفصل لكن متساو)، فقد جرى تفسير هذا المبدأ على نحو يستوجب الحق في الاختلاط بين الناس على اختلاف ألوانهم بحسب الفصل على أساس العنصر يخل بالحق في المساواة، استناداً إلى أن الأماكن التعليمية المنفصلة تخل بالحق في المساواة؛ لكونها تسمح بالتمييز العنصري في المدارس الذي ينتهك الحق في المساواة. وقالت المحكمة في تفصيل ذلك:

¹ *New York State Rifle & Pistol Association Inc. v. Bruen.* 597 US, (2022), Decided 23 Jun 2022.

² *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, (1954). Decided 17 May 1954. Supreme Court.

إن "الفصل القائم على العرق بين الأطفال في المدارس العامة تحت شعار "منفصل لكن متساو" ينتهك فقرة الحماية المتساوية في التعديل الرابع عشر، وغير دستوري. ذلك أن الفصل بين الأطفال في المدارس العامة فقط على أساس العرق تنتفي معه الحماية المتساوية للأطفال السود أمام القوانين التي يكفلها التعديل الرابع عشر، على الرغم من أن المرافق المادية، وغيرها قد تكون متساوية. ذلك أن التعليم في المدارس العامة، هو الحق الذي يجب أن يتاح للجميع على قدم المساواة".

ذلك أن "فصل الأطفال السود عن الآخرين فقط بسبب عرقهم يولد شعورا بالنقص ويغض من وضعهم في المجتمع الذي قد يؤثر على قلوبهم وعقولهم بطريقة غير المرجح على الإطلاق إغفال تأثيرها. ذلك أن تأثير العزل أكبر عندما يكون صادرا عن تفويض من القانون، وهو يولد الشعور بالنقص، ويؤثر على دافع الطفل للتعلم".

وأضافت المحكمة أن الفصل العنصري يعتبر عقوبة، يوقعها القانون تؤدي إلى عرقلة التنمية التعليمية، واهتزاز النفسية للأطفال السود، ويحرمهم من بعض الفوائد التي سيحصلون عليها في النظام المدرسي المتكامل.

و حكمت المحكمة العليا: أن الفصل العنصري Racial Segregation الذي تفرضه الدولة في المدارس هو غير دستوري وذلك بموجب مخالفته " شرط الحماية المتساوية" الوارد في التعديل الرابع عشر The Equal Protection Clause of the

Fourteenth Amendment

بالرغم من أن التعديل الرابع عشر لدستور الولايات المتحدة الأمريكية كان منصوصاً عليه ودخل حيز النفاذ، إلا أن الفصل العنصري في الولايات المتحدة الأمريكية كان مطبقاً بصورة كبيرة في كل المجالات: كالعامل، والسكن، والتعليم إلخ¹.

وجدير بالذكر أن حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية (Brown) كان قراراً بالإجماع، ويؤكد على حظر الفصل العنصري تماماً².

In a unanimous decision, it outlawed segregation altogether
وفي قضية سابقة وأقدم في الناحية الزمنية من قضية (BROWN)، وهي قضية: ³
Plessy v. Ferguson والتي كان الحكم فيها صادر من المحكمة العليا الأمريكية عام 1896، والذي أعلنت المحكمة العليا الأمريكية عن مبدأ قضائي صار الأشهر بعد ذلك

¹ أنظر في عرض تلك القضية والتعليق عليها:
د. محمد عماد النجار، الاختصاص بتفسير أحكام الدستور، مجلة الدستورية الصادرة من المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 29، عدد الكتروني.
² من مقتطفات حكم المحكمة:

(In the field of public education the doctrine of (separate but equal) has no place. Separate education facilities are inherently unequal. Such segregation is a denial pf the equal protection of the laws).

³ Supreme Court, *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537, (1896), Decided 18 May 1896.

وهو: (منفصلون لكن متساوون)، "Separate but Equal" ويرى العديد من الفقهاء أن هذا المبدأ قد أتاح وقُدِّم مبدأ الفصل العنصري على مبدأ المساواة¹. ففي قضية (Plessy v. Ferguson) سنة 1896 تقرر تفسير الحق في الحماية المتكافئة استناداً لمبدأ "منفصل لكن متساو" وتقرر أن الفصل القائم على العرق دستوري متى توفر مستوى واحد من الخدمات المقدمة لكل عرق.

وتدور أحداث هذه القضية، في أنه جرى النظام الأساسي لشركات السكك الحديدية في لويزيانا، المقرر بموجب قانون صدر عام 1890، في شأن نقل الركاب في رحلاتهم في تلك الولاية على توفير زوج من عربات الركاب أو أكثر لكل قطار، أو عن قسمة العربة الواحدة إلى قسمين؛ وذلك لتأمين أماكن منفصلة للركاب بحسب ألوان بشرتهم فتخصص عربة، أو قسم للمسافرين من البيض، وعربة، أو قسم آخر لغيرهم من الملونين على اختلاف ألوانهم، وقد راعى هذا النظام تحقيق المساواة من خلال ضمان نفس مستوى الخدمات لكل قسم من هذين القسمين. وقد نص القانون كذلك، على ألا يسمح لشخص بشغل مقاعد في عربات أخرى غير تلك المخصصة له، كما وأسند إلى ضابط القطر أمر تصنيف الركاب وفقاً للعنصر، وتعيين المكان المقرر لكل راكب في القسم، أو المقصورة المخصصة المعدة لعنصره، وله صلاحية فرض الغرامات، أو سجن الركاب حال الإصرار على الدخول في المقصورة أو القسم غير المخصص له.

وقد منح القانون ضباط القطر السلطة في رفض السماح للراكب بالاستمرار في الرحلة إذا لم ينصاع إلى تعليمات العزل العنصري في القطر، وأعفى من المسؤولية شركة السكك الحديدية لذلك الرفض، وقد قضت المحكمة العليا الأمريكية، بأن هذا العزل العنصري في خدمة القطارات لا يتعارض مع أحكام أي من التعديلات الثالث عشر، أو في التعديل الرابع عشر لدستور الولايات المتحدة. مستندة في ذلك إلى أن تفسير مبدأ الحماية المتساوية يتطلب أن تكون الأماكن في السكك الحديدية متساوية في المواصفات، ولكن منفصلة بين البيض والسود. الذي كان يجري تفسيره في إطار تساوي المقومات الموضوعية للوحدات المخصصة مع البيض والملونين في مقاعد القطارات، دون أن يتضمن ذلك الحق في الاختلاط بينهم داخل مقصورة واحدة، بل وتوقيع العقاب على من يصر على الجلوس في مقصورة غير مخصصة للون الذي ينتمي إليه².

وحقيقة أن فكرة أو مفهوم الفصل العنصري بين أفراد الشعب، هو أمر مخالف للدستور، وقد قامت المحكمة العليا بالتدرج بإلغاء العديد من الأحكام الصادرة من الولايات، والتي لا تحقق المساواة³.

¹ Saul K. PADOVER, The Living U.S. Constitution, a Mentor Book, New American Library, 1995, p. 255: (The famous judicial doctrine of "separate but equal," announced in Plessy v. Ferguson (1896), actually provided more separation than equality.).

² في عرض هذا الحكم باللغة العربية أنظر: د. محمد عماد النجار، مرجع سابق.

³ Saul K. PADOVER, *op.cit.*, p. 254.

وبالرجوع لقضية (*Brown v. Board of Education*) كانت المحكمة لديها كل الحجج، والأدلة حتى تتمسك بموقفها، وكانت تعلم أنها يمكن أن تهاجم في حكمها الصادر، خاصة أن حكم (*Brown*)، كان بعد حكم (*Plessy*) وتعد الأخيرة سابقة قضائية، أي حكم ملزم لكل الوقائع القانونية المتشابهة التي تأتي عقب هذا الحكم، إلا أن المدعون في قضية (*Brown*) قد طالبوا صراحة عدول المحكمة عن سابقة (*Plessy*).

والمحكمة في حيثيات حكمها، أكدت أنه لا يمكن أن نرجع بعقارب الزمن للوراء لعام 1868- وقت عمل التعديل الرابع عشر.

“We cannot turn the clock back to 1868 when the [Fourteenth] Amendment was adopted.”

إذن يفهم من حيثيات المحكمة، أنها رفضت رفضاً قاطعاً للفكر الذي أتى به الأصوليون. وهذا كان دور المحكمة العليا في الأخذ بالدستور الحي.

والسؤال الذي يطرح بقوة هنا: عقب صدور حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية (*Brown*) والذي يؤكد على عدم الفصل العنصري بين الطلاب في المدارس العامة على أساس اللون، تساءل البعض هل هذا الحظر ينطبق على حكومة الولايات جميعها فقط، أم ينطبق على الحكومة الفيدرالية بجانب حكومة الولايات؟

بالقطع؛ فإن في نفس اليوم من عام 1954 الذي أصدرت فيه المحكمة العليا حكمها في قضية (*Brown*) ضد لجنة التعليم، حكمت أيضاً المحكمة العليا بأن الحكومة الفيدرالية لا يمكنها - أيضاً - الفصل بين الطلاب على أساس اللون في المدارس العامة في مقاطعة كولومبيا.

ويفهم من هذا أنه قد قضت المحكمة منذ ذلك الحين، دون أي صعوبة واضحة، بأن نفس المبادئ التي تحظر على الولايات التمييز على أساس العرق، أو الجنس تنطبق، بنفس القوة، وبنفس الطريقة، على الحكومة الفيدرالية.

وجدير بالذكر، أنه كانت هناك قضايا شبيهة ومعاصرة لقضية (*Brown*) مثل:

Missouri ex rel. Gaines v. Canada [1938]¹،

Sweatt v. Painter [1950]²،

Mclaurin v. Oklahoma State Regents [1950].

في قضية (*Mclaurin v. Oklahoma State Regents*) عام 1950، رفع أمام المحكمة قضية من شخص ملون يرغب أن يقبل من المدرسة مثل الآخرين، وكان اتجاه المحكمة العليا نفس الاتجاه السابق.

وهنا نلاحظ أن المحكمة العليا الأمريكية، قد غايرت من اتجاهها السابق، وطبقت الدستور الحي بالفهم الجديد للدستور و تعديلاته.

2- مبدأ صوت واحد لشخص واحد:

¹ *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 305 US 337, 1938.

² *Sweatt v. Painter*, 339 US 629 195.

إذا تم الأخذ بأفكار الأصوليين، والذين يؤيدون الرجوع إلى أصل النص المكتوب دون تعديل أو تغيير فيه؛ فهذا الأخذ يعتبر فكرة خاطئة، والدليل على ذلك ما جاء بأحكام المحكمة العليا الأمريكية؛ فقد اعتمدت المحكمة العليا على بند في التعديل الخامس للدستور الأمريكي¹، وهو البند الذي يحظر على الحكومة الفيدرالية حرمان أي شخص من "الحياة أو الحرية أو الملكية" دون اتخاذ "الإجراءات القانونية الواجبة".

The Fifth Amendment, one that forbids the federal government from denying any person "life, liberty, or property" without "due process of law."

إن التوافق اللفظي بين هذا البند، ومبدأ يحظر التمييز أمر غريب بما فيه الكفاية بالنسبة للأصوليين الذين يرفضون وبشدة أي تعديل أو تغيير في النص، أو أي تحميل لأفكار جديدة في النص قد تكون مختلفة عما أتى به النص (ظاهرياً). ويُفهم من هذا أن تعديلات الدستور اختلفت عن فكر الأصوليين وذهب في الاتجاه المؤيد للدستور الحي. وتطبيقاً لهذا في تلك القضية، ما حدث "بالولايات المتحدة الأمريكية" فقد كانت الولايات المتحدة تسمح بالتصويت وقت الانتخابات غير المتعادل، بمعنى أن الشخص كان يملك أكثر من صوت انتخابي حتى عام 1964 حين أصدرت المحكمة العليا حكماً بأن كل ناخب لديه صوت واحد (صوت واحد لكل شخص).

فقبل الحكم القضائي الصادر عام 1964 – كانت الولايات المتحدة تعطي للفرد أكثر من صوت، وكان من الشائع أن يكون عدد الناخبين في بعض المناطق أكبر بمئات، أو حتى آلاف المرات من عدد الناخبين في المناطق الأخرى، على الرغم من أن كل منطقة لديها نفس عدد الممثلين، نتج عن هذا أن مبدأ "شخص واحد، صوت واحد" يمثل كل ممثل في المجلس التشريعي للولاية نفس العدد تقريباً من الأشخاص.

وقد اعتمدت المحكمة العليا الأمريكية في حكمها الصادر عام 1964 على مبدأ (شرط الحماية المتساوية) الوارد في التعديل الرابع عشر، وهذا التعديل عند قراءته بعمق، فإن استخدامه لا يؤدي إلى فكرة التصويت أوقات الانتخابات على هذا النحو. والسبب، أن هذا التعديل الرابع عشر (شرط الحماية المتساوية) كان قد كتب أصلاً؛ لحماية العبيد حديثي التحرر من أي شكل من أشكال التمييز². وكان التعديل الرابع عشر غير مفهوم منه أنه موجه لحق التصويت الخاص بالعبيد المحررين.

¹ ينص التعديل الخامس على أن: ([...] كما لا يجوز إكراه أي شخص في أية دعوى جنائية على أن يكون شاهداً ضد نفسه، ولا أن يحرم من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون اتباع الإجراءات القانونية الأصولية كما لا يجوز نزع أية ملكية خاصة لاستخدامها في سبيل المنفعة العامة بدون تعويض عادل).

The 15th Amendment: (The Right to Vote Not Denied by Race): (Nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.)

² D. STRAUSS, *op.cit.*, p.12.

ولذلك ظهر التعديل الخامس عشر¹ لاحقاً الذي يؤكد على حق التصويت بشكل متساوي للجميع بدون النظر لعرقهم ولونهم، أو الحالة السابقة من العبودية. فقد نص التعديل الخامس عشر على أن: (لا يجوز للولايات المتحدة ولا لأية ولاية منها حرمان مواطني الولايات المتحدة من حقهم في التصويت، أو الانتقاص لهم من هذا الحق بسبب العرق أو اللون أو حالة رق سابقة).

هذا المبدأ شخص واحد – صوت واحد الذي كان مثيراً للجدل في 1964 ولم يعد كذلك الآن، بناء على التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي، الذي فهمت منه المحكمة أن توسع نطاق الحماية المتساوية لتضفيه على الناخبين، حتى قبل أن يصدر تعديل جديد (الخامس عشر) منصوص عليه صراحة بذلك. وصفوة القول هنا أن نظرية الأصالة تعارض نظرية الدستور الحي².

A cette théorie originaliste s'oppose la théorie de la constitution vivante

فهما على طرفي نقيض، فالمدافعين عن نظرية الدستور الحي يدافعون عن فكرتهم التي تضع للقاضي حرية أكبر وتفسير أوسع (واسع وخلاق) extensive et créatrice وبالنظر إلى الأمثلة السابقة، وقراءتها بعمق، نجد أنه لا شك هناك أوقاتاً تكون فيها الأصالة هي الطريقة الصحيحة للتعامل مع قضية دستورية محددة ومعروفة، ولكن عندما يتعلق الأمر بالقضايا الدستورية الصعبة والمثيرة للجدل - مثل ما إذا كان الدستور يحظر التمييز ضد الأقليات والنساء، أو على سبيل المثال، ما إذا كانت الحكومة المحلية تتمتع بسلطة حظر الأسلحة النارية - فإن اتباع منهج الأصالة وفق رأي المؤيدين للدستور الحي - يعد نهج غير مناسب على الإطلاق، والأولى والأفضل هو اتباع منهج الدستور الحي³.

عن "شرط الحماية المتساوية" أنظر: جيروم.أ. بارون، وتوماس دينيس، الوجيز في القانون الدستوري - المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي - ترجمة محمد مصطفى غنيم، ط2، 2002، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، ص. 185.

¹ 15th Amendment Section 1: (The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude.)

² Pour une étude centrée sur les Etats-Unis, voir: A. VLACHOGIANNIS, *La Living Constitution*. Les juges de la Cour suprême des Etats-Unis et la Constitution, Paris, Garnier, 2014. Pour une étude de droit italien, voir C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Paris, Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 2003.

³ D. STRAUSS, *op.cit* p. 3: (And there are undoubtedly times when originalism is the right way to approach a constitutional issue. But when it comes to difficult, controversial constitutional issues—such as whether the

المبحث الثاني

مدى احتمالية انتهاك الدستور المكتوب

بشكل أكثر وضوحًا- وإزاء كل ما تقدم؛ فإنه يجب ألا تغفل العين القانونية، والضمير القانوني عن التفسيرات ذات الشطط التي تؤدي لانتهاك الدستور المكتوب.

La violation de la constitution.¹

كما أن القضاة الذين في الأصل معينين غير منتخبيين لا يمكنهم التعلُّل على السلطة التأسيسية المنتخبة التي قامت بسن الدستور، والقاضي لا يجوز له أن يخلق تفسيرات جديدة، أو حقوقًا دستورية جديدة، أو أن يلغي القائم منها، لأنه بهذا ينتهك السلطة التأسيسية، وينتهك الشعب مصدر السلطات.²

أن غياب كل القيود على عملية التفسير تجعل من الدستور نص سهل شفاف يمكن أن يُمس، كذلك ترك كل الحرية للمفسرين أن يفعلوا ما يشاؤون في النص الأساسي ويفسرونه طبقًا لأهوائهم. ويؤدي لما يسمى بانتهاك الدستور.

وهنا، كان علينا أن نتساءل: أين قيمة هذا الدستور المطبق؟ أين الاعتقاد فيه؟ أين الدفاع عنه واحترامه؟ كلها تساؤلات شرعية؛ لذا فالفقهاء يقعون بين بين شقي الرحي، تارة بين احتمالية انتهاك الدستور، وتارة بين الحق في الدفاع عنه، كذلك على المفسر فهم ماهية التفاهات الأصلية التي تساعد على تفسير الدستور التفسير الصحيح فلا يكن عرضة لأن ينتهك منهم أنفسهم، أو من غيرهم.

وعليه، فإننا سنقسم المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: طرق حماية الدستور المكتوب من احتمالية انتهاكه.

المطلب الثاني: دور التفاهات الأصلية لمنع انتهاك الدستور.

Constitution forbids discrimination against minorities and women or, to give a recent example, whether a local government has the power to ban handguns—originalism is a totally inadequate approach).

¹ أنظر باللغة الفرنسية:

Cf L. FONTAINE, « La violation de la constitution: autopsie d'un crime qui n'a jamais été commis », Revue du droit public, 2014, p. 1617 et s.

² R. BORK, The Tempting of America, 1990, 145-147;

د. محمد عبد العال، مرجع سابق، ص. 44.

المطلب الأول

طرق حماية الدستور المكتوب من احتمالية انتهاكه

قد ترد فكرة انتهاك الدستور في مخيلة الباحث، والفقهاء الدستوريين، ولكن سرعان ما يطردها من ذهنه فوراً، ذلك أن تفسير الدستور بطرائقه المتعددة قد تؤدي إلى فكرة الانتهاك، ولكن احتمالية وجودها واستمرارها ضعيف للغاية، إن تفسير الدستور وفق الطرق التي تم سردها سابقاً قد تدفع إلى تغول السلطة المخولة بالتفسير، فتغير من إرادة السلطة التشريعية، فتخرج عن المكتوب وتبعد عن المطلوب.

وغني عن البيان أن النصوص الدستورية في أغلب دول العالم إلا قليلاً، عادة ما تكون وجيزة، ومقتضبة وهي تتضمن المبادئ، والأحكام العامة دون أن تعالج أدق التفاصيل¹، وتلك الأحكام، والمبادئ عادة ما تكون غير محددة ومبهمه، ولا يستقيم فهمها إلا بعد تدخل من حوّل لهم الدستور بالتفسير مثل القاضي الدستوري؛ ليقوم بتفسيرها، واستجلاء الغموض عنها.

فالنصوص الدستورية هي من أكثر النصوص التي توصف بأنها ذات طبيعة مجردة، خاصة أنها تتمتع بطبيعة عامة وشاملة تستوجب التفسير؛ لفهم محتواها وفحواها ومضمونها².

وعلى القاضي الدستوري المفسر أن يلتزم، ويوفق بين معيارين:

الأول هو إعلاء المبادئ الدستورية، وصيانة الشرعية.

وثانيهما الحفاظ على استقرار النظام القانوني، والسياسي³.

فالقاضي الدستوري يستطيع أن يطوّر الوثيقة الدستورية، ويجعلها ملائمة، ومتوافقة مع التطور العصري الذي يشهده المجتمع، وأن ينأى بها عن صفة الجمود، والسقوط، وذلك بأن يبحث عن تفسيرات جديدة تلائم الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية المتطورة⁴.

وهذا ما يبعد الانتهاك لنصوص الدستور.

فالحفاظ على الشرعية، وصيانتها، والحفاظ على استقرار النظام القانوني، والسياسي هما السبيل للحفاظ على قيمة الدستور المكتوب وعلويته، والبعد عن الانتهاك لنصوصه، وأحكامه.

¹ د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 2000، ص. 10؛ د. عصام سليمان، دراسات في القضاء الدستوري- التفسير الدستوري، الكتاب السنوي المجلد 4، 2009-2010، ص. 368؛ د. اسلام شيحة، مرجع سابق، ص. 114.

² د. وليد الشناوي، دور مقدمات الدساتير في التفسير الدستوري- دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 53، 2013، ص. 548.

³ د. عبد العزيز سالمان، ضوابط وقيود الرقابة على الدستورية، منهج المحكمة الدستورية العليا في رقابيتها لدستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط1، 2011، ص. 85.

⁴ د. محمد فوزي نويجي، مرجع سابق، ص. 42 وما بعدها؛ د. اسلام شيحة، مرجع سابق، ص. 117.

وصفوة القول هنا، أن العديد من الفقهاء الأمريكيين¹ قد انبروا إلى حماية فكرة الدستور الحي، حتى أنهم وصفوه أنه من قالب التقاليد الدستورية، كذلك، هو نهج مستمد من النظام الأنجلوسكسونية، وهو نظام القانون العام *the Common Law* وعليه؛ فلا يوجد انتهاك للدستور بالمرّة، ذلك أنه طالما وصف الفقهاء الدستور الحي بأنه مأخوذ من قوالب التقاليد الدستورية فهذا يعني أنه شرعي، - خاصة - أنه - أي الدستور الحي - يستند إلى السوابق القضائية، والتقاليد الأمريكية القديمة.

based on precedent and tradition.

أما "بايطاليا"، فالموضوع متفرع، ويستحق الدراسة، فعندما قامت السلطة السياسية "بايطاليا" بتفسير الدستور الايطالي، نتج عن ذلك أنها- أي السلطة السياسية- انتهكت النص الدستوري أو قلصت من نطاقه، حتى إن الفقه، والقضاء ميّز بين المعايير الإلزامية، والمعايير غير الإلزامية، والتي تتطلب زمن معين لإنجازها، وأسموها المعايير البرنامجية.

« Normes prescriptives » et les « Normes programmatiques »

وذلك في السنوات الأولى من عمر الجمهورية الإيطالية، حتى أن التفسير، والتطوير "بايطاليا" قُسم لثلاثة معايير: المعايير الإلزامية للتطبيق الفوري، والمعايير الإلزامية للتطبيق المؤجل، والمعايير الخاصة ببرنامج وزمن معين².

فالمعايير الأولى تتكون من الأحكام الدستورية التي تطبق فورًا على المواطنين، والتي تكون كافية للتعديل، أو إلغاء للقوانين التي تتعارض معها. والثانية التي لا تنطبق على المواطنين، لكن تتطلب اعتماد تلك القوانين. والثالثة لا ترتبط لا بالمشرع، ولا بالمواطنين.

وقد ميّز الفقه بين المواد الدستورية التي تتطلب تنفيذ مباشر، والتي تتطلب تنفيذ مؤجل³، فالفقهاء الايطاليين¹ ميزوا بين المعايير المطبقة مباشرة، والمعايير الدستورية

¹ D. STRAUSS, *op.cit* p. 4.

²M. POLIDORI, *op., cit.*, p. 218 : (Cela amène l'idée que le pouvoir politique peut enfreindre le texte fondamental ou réduire sa portée. La distinction, mise en place par la jurisprudence et la doctrine dans les premières années de la République entre les « normes prescriptives » et les « normes programmatiques » le démontre parfaitement. Elle a d'ailleurs évolué avec la distinction de trois sortes de normes : les normes prescriptives d'application immédiate, les normes prescriptives d'application différée et les normes purement programmatique.)

³ M. POLIDORI, *op., cit.*, p. 218 (Les premières étaient considérées comme les dispositions constitutionnelles qui s'appliquaient directement aux citoyens et qui suffisaient à modifier ou à abroger les lois qui leur étaient contraires. Les deuxièmes correspondaient à celles qui ne s'appliquaient pas directement aux citoyens, mais nécessitaient l'adoption de lois. Les dernières ne liaient ni le législateur ni les citoyens. Les premières étaient considérées comme les

ذات النفاذ المؤجل، هذه المعايير ذات النفاذ المؤجل، أقر الفقه، أنه لا بد أن تستكمل بأحكام تشريعية مفسرة، وهذا ما يتطلب وجود مجال أكبر للجوء للتفسير عند التطبيقات الدستورية.

Par ailleurs, la doctrine italienne a effectué une distinction entre les normes d'application directe et les « normes constitutionnelles à efficacité différée » Ces dernières devaient alors être complétées par des dispositions législatives. Or, ces normes laissaient davantage de place à l'interprétation et donc à la formation de pratiques constitutionnelles.

كذلك غني عن البيان التفرقة والتمييز بين تطور التفسير، والتشويه التفسيري، والفكرة أن النشاط التفسيري للسلطة السياسية قابل للتغير بطبيعته، فتفسير النص الدستوري يتطور بصفة مستمرة، خاصة بسبب التغييرات السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، ودور الأحزاب السياسية داخل المؤسسات الدستورية. والدستور الحي هو نتيجة لهذا التفسير، وهذا يسمح بتكيف الدستور المكتوب مع احتياجات العصر الذي يتبعه.

وتكمن المشكلة هنا عند تشويه الدستور، la distorsion de l'interprétation ، وذلك عندما تقوم السلطة السياسية بتفسير أوسع يخرج عن نطاق ما حددته السلطة التأسيسية، حتى إن الفقهاء الإيطاليين² سماوا عملية تشويه الدستور تلك بـ " تحول الدستور " transformation de la Constitution والسؤال هنا: هل تلك التفسيرات الدستورية المختلفة أدت إلى إضعاف الدولة الإيطالية، وإضعاف مبدأ الأمن القانوني؟

بالطبع نعم؛ ذلك أن التفسير الدستوري يخلق معايير جديدة مختلفة عن النصوص الدستورية المكتوبة، واختلاف الممارسات الدستورية أدى إلى إضعاف النظام القانوني للدولة l'ordonnancement étatique وضعف الأمن القانوني بها la sécurité juridique

dispositions constitutionnelles qui s'appliquaient directement aux citoyens et qui suffisaient à modifier ou à abroger les lois qui leur étaient contraires. Les deuxièmes correspondaient à celles qui ne s'appliquaient pas directement aux citoyens.).

¹ V., V. Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 195 ; M. POLIDORI, *op.cit.*, p. 217.

² S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni delle Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004 ; M. POLIDORI, *op.cit.*, p. 219.

وهذا ما حدث في دستور "إيطاليا" لعام 1947 والذي وصفه بعض الفقهاء الإيطاليين أنه: " دستور غير قادر على التعبير عن دلالات (ومعان) موحدة ودائمة، وغير قادر على تعزيزها على مر الزمن" ¹.

المطلب الثاني

دور التفاهات الأصلية لمنع انتهاك الدستور

يقصد بالتفاهات الأصلية: Original Understandings كل ما كان يدور بأذهان من سن الدستور الأصلي، أي ما الذي اعتقده واضعي الدستور وقتما تبينوا مختلف أحكام الدستور. فهو منهج في تفسير نصوص الدستور، ويعتمد على نية واضعيه، وانتشر هذا المبدأ في الولايات المتحدة الأمريكية على وجه الخصوص، وذلك وقت أن سن الدستور الأمريكي عام 1789، والسنوات التي سبقتها. وعلى المستوى العملي، وإذا ما حاول الفقه المفسر أن يشرح ماهية التفاهات الأصلية، فغالباً ما يكون من المستحيل الكشف عن ماهيتها، أو سبر الأغوار عنها كاملة، وفهم تلك التفاهات الفهم الصحيح.

والسؤال المهم جداً والذي يطرح نفسه في هذا الخصوص والمنتشر بالولايات المتحدة الأمريكية هو: مدى فاعلية فكرة الرجوع إلى التفاهات الأصلية؛ أي فكرة الرجوع للحقبة الزمنية التي سن فيها الدستور.

هل يمكن هنا أن نصل لمضمون التفاهات الأصلية للذين قاموا بسن الدستور؟ حقيقة، إن مهمة الفهم الكامل للدوافع، والأسباب التي كانت موجودة وقت سن الدستور صعبة، وذلك لعدة أسباب:

أولاً: هذه مهمة صعبة، فالقضاة - على وجه الخصوص - والدارسين لن يكونوا على دراية جيدة؛ لفهم الثقافة السياسية في الوقت الذي تم فيه سن الدستور، كما في الدستور الأمريكي الذي سن عام 1789.

ثانياً: وهو أمر بالغ الأهمية، حيث أن النصوص القانونية القديمة قد تكون غامضة إلى حد بعيد؛ مما يغري المفسر أو القاضي إلى تفسيرها على النحو الذي يريده في هذا الوقت.

وعليه، فإن البحث عن نيات واضعي الدستور هي مهمة صعبة جداً، لا يستطيع سبر أغوارها إلا فئة المؤرخين، أما المشتغلين بالقانون، والذين يؤيدون فكرة الأصالة، والرجوع للماضي، والأخذ بنية واضعي الدستور، فمهمتهم من الصعوبة بمكان، - خاصة عندما يتعاملون مع قضايا قانونية مثيرة للجدل.

إضافة، إلى أن حتى لو تمكنا من الكشف عن التفاهات الأصلية، وسبر أغوار نية واضعي الدستور، فسوف نواجه مهمة ترجمة تلك التفاهات، ومواءمتها مع الصعوبات الموجودة اليوم.

¹ S. BARTOLE, *op.cit.*, p. 409 : (Une constitution incapable d'exprimer et de consolider dans le temps des significations univoques et durables).

فالغموض، والتشوش الكبير الذي قد يحدث للقاضي عند نظر قضية حديثة ويكون النص القانوني الذي يرجع إليه القاضي للاستعانة به في القضية هو نصٌ قديمٌ وغامضٌ، هذا هو ما حدث في قضية مقاطعة كولومبيا ضد هيلر¹ *Columbia v. Heller* وهو الحكم الخاص بالحق في الاحتفاظ بالأسلحة وحملها. فحكم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية الصادر عام 2008 بشأن الحق في الاحتفاظ بالأسلحة وحملها، قد أظهر انقسام القضاة بشكل كبير حول الفهم الأصلي للتعديل الثاني للدستور. واختلفوا أيضًا في فهم التفاهات الأصلية في هذا الخصوص. فالتعديل الثاني للدستور الأمريكي نص على أن: (حيث أن وجود تنظيمات شعبية جيدة التنظيم ضروري لأمن أية ولاية حرة، لا يجوز انتهاك حق الناس في اقتناء أسلحة وحملها).

([...] A well-regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.

فقد انقسم القضاة الذين يعتقدون، ويؤيدون ادعاءات أصحاب الأسلحة، ورأوا أن التفاهات الأصلية - للتعديل الثاني للدستور - تؤكد صحة موقفهم. - خاصة - أن الأفراد في ذلك التوقيت كانوا يريدون حمل السلاح، ويعتقدون أن هذا حق من حقوقهم. وعلى النقيض، اعتقد القضاة في الجهة المقابلة الذين تعاطفوا مع ادعاءات المدن والولايات التي تريد تنظيم حمل الأسلحة، أن التفاهات الأصلية - للتعديل الثاني للدستور - تدعمهم.

ونتيجة للتأرجح بين الأحكام القضائية المتباينة، فإنه يجب حتى يفسر الدستور التفسير السليم؛ أن تكون النصوص الدستورية الأصلية منذ البداية، وعند الكتابة واضحة غير غامضة، فهذا سيسهل الكثير على مفسري الدستور أو مؤيدي الأصالة أو على نحو آخر مؤيدي الدستور الحي. كذلك الاستخدام الكامل لكل الأحكام القضائية السابقة أو ما يسمى "بالسوابق القضائية"، والتي تسمح للمفسر بالتمييز والتفرقة بين تفسير الدستور وانتهاك الدستور².

وهناك رأي فقهي³ معتبر رأى أنه يمكن للدستور أن يتطور، ويصبح هناك دستور حي بشرط الاستمرار في توفير المبادئ الراسخة التي يجب أن يوفرها أي دستور - وألا

¹ Columbia v. Heller, 554 US. 570,(2008).

² انظر باللغة الفرنسية:

J. BALKIN, *op. cit.*, p. 42 et aussi voir : p.118.

(L'usage de toute la tradition d'opinions et de précédents, qui ont cherché a défendre et à mettre en œuvre la constitution voir (p. 42) — qui permet à l'auteur de distinguer la construction de la violation de la Constitution) (p. 118).

³ D. STRAUSS, *op.cit.*, p. 4.

يصبح التعديل والتغيير الذي يقوم به القضاة من خلال الأحكام التي يصدرونها، حتى لا يقال إن الدستور أصبح العوبة في أيدي القضاة¹.
وخاصة القول أنه إذا تم الاعتماد على التفاهات الأصلية؛ لمنع انتهاك الدستور، فيجب أن تكون تلك التفاهات الأصلية وقت كتابة الدستور واضحة غير غامضة، ولا تشوبها شائبة، حتى لا تفسر تفسيرًا غير صحيح، مثلما حدث في قضية *Columbia v. Heller*.

الفصل الثالث

قيود نظرية الدستور الحي والتعايش معها

في هذا الفصل، نطرح العديد والعديد من التساؤلات، هل الدستور المكتوب قد عفا عليه الزمن؟، هل نية السلطة التأسيسية التي سنت الدستور بألفاظ ومحددات معينة بوقت ما، هي ذاتها النية الموجودة الآن بهذا الوقت، وهل مرور الزمن غير من فهم المصطلحات والأدوات المستخدمة للتعبير عن تلك النية في النص الدستوري المكتوب؟
ما من شك أن أي مجتمع يتكلم لغة واحدة مضمونها واحد، هذا المضمون ينبع من تاريخ واحد، وثقافة واحدة، وهنا، تظهر مفردات تلك اللغة الواحدة والمضمون الواحد في النص الدستوري المكتوب، والذي قد لا يختلف في أحيان كثيرة مع الدستور الحي، ولأن الدستوريين في مجملهما ليسا مختلفين – كما سنرى – فإنه يلزم على مطبقي الدستور الحي إيجاد قيود موضوعية، تحد من الشطط والمغالاة وقت التفسير، كقيود الأمانة الدستورية، ودراسة التاريخ، وتطبيق الشرعية الدستورية.
إضافة إلى أن فكرة التعايش بين الدستور المكتوب والدستور الحي هي فكرة موجودة ولن تستمر إلا بتجنب الوثنية الدستورية، والانفتاح على العالمية، وتدويل الدساتير الوطنية المكتوبة، وسيتم عرض ذلك من خلال المبحثين التاليين:
المبحث الأول: القيود الواردة على نظرية الدستور الحي.
المبحث الثاني: تجنب الوثنية الدستورية كسبب للتعايش مع الدستور الحي.

المبحث الأول

القيود الواردة على نظرية الدستور الحي

إن القيود المطوقة عنق المفسر متعددة. مثل قيود الأمانة الدستورية، والإخلاص لمبادئ الدستور. كذلك، الفهم السليم للغة، والتاريخ والوقت الذي سن فيه الدستور، ومن الأولويات التي يجب أن يتقيد بها المفسر، هو مبدأ الشرعية الدستورية، وذلك بأن لا يحيد المفسر عن مبدأ الشرعية، وتطبيق الديمقراطية.
وفيما يلي عرض لتلك الأفكار في المطلبين التاليين:
المطلب الأول: قيود الأمانة الدستورية في التفسير ودراسة التاريخ.
المطلب الثاني: قيود الشرعية الدستورية.

¹ *Ibid*: (That approach addresses the issues that have been raised by the critics of the living constitution. It shows how the Constitution can evolve and yet still provide the solid principles that a constitution should provide and not become the plaything of judges.).

المطلب الأول

قيود الأمانة الدستورية في التفسير ودراسة التاريخ

لا غرو في أن النص الدستوري المكتوب بعناية ووضوح يحدّ - كثيرًا - من التوسع في التفسير الدستوري.

وهناك قيود موضوعية كثيرة مفروضة على المفسر، الذي يفسر النص الدستوري الغامض، وأول تلك القيود هو قيد الأمانة الدستورية.

فالنص الدستوري الذي يريد المفسر تفسيره يشكل قيدًا داخليًا، هذا القيد يكون على المفسر نفسه، والمفسر يجب أن يلتزم بالنص الدستوري، وبمعنى أوضح يجب أن يكون أمينًا، ومخلصًا للنص الدستوري، فمبدأ (الأمانة الدستورية) يكون عبر التطبيق الصحيح للنص الدستوري وفق الظروف الراهنة.

هذه "الأمانة الدستورية" أو "الإخلاص الدستوري" -¹ وفق الترجمة الحرفية للنص- تستخلص من نصوص الدستور المكتوب نفسه.

Cette fidélité au texte constitutionnel est déduite du caractère écrit de la Constitution.

وهناك قيود أخرى مفروضة على المفسر غير قيد الأمانة الدستورية. فبالإضافة إلى تلك القيود، هناك قيود أخرى توضع، وهي القيود الصادرة من السلطات التأسيسية التي تفرض على مفسر الدستور.

وبالنسبة لقيد دراسة التاريخ، فيمكن القول إن التاريخ يعاد تفسيره في ضوء الحاضر. فيجب دراسة التاريخ؛ لمعرفة الفائدة الأصلية للدستور المكتوب في زمن مضى، وهذه الدلالات، والمعاني الموجودة بالنص، تتطور وتتعدّل باستمرار دون انقطاع؛ لأن التاريخ ليس هو نفسه دائمًا.²

وصفوة القول أن للتاريخ أهمية وقت التفسير؛ خلافا لما يعتقده المؤيدون لنظرية الدستور الحي، ودراسة التاريخ مفيدة دومًا، فبدراسة التاريخ توضح المفردات والمفاهيم المكتوبة وتوضح سبب كتابتها والغاية المرجوة، ونؤيد ما جاء به الفقيه (Balkin)، الذي قال إن التاريخ ليس إلا أداة للاستفادة من الوقت الحاضر.

إن المفسر عندما يرجع إلى النص الدستوري القديم ليس بالأمر الهين، فهذا دليل قوي على أن المجتمع يتكلم لغة واحدة تظهر في النص الدستوري رغم اختلاف الأزمنة.³

¹ « La fidélité à la constitution ».

² أنظر باللغة الفرنسية:

Th. CARRE, Sur le néo-républicanisme et la science de l'histoire constitutionnelle, Jus Politicum, juin 2015, n° 14, disponible en ligne à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Sur-le-neo-republicanisme-et-la-science-de-l-histoire-constitutionnelle-1005.html>

³ (L'histoire ne peut qu'être instrumentalisée au profit du temps présent, mais ce n'est pas problématique : ce type d'interprétation témoigne de notre fidélité à un projet constitutionnel qui se déploie sur plusieurs générations... La référence au texte de la Constitution n'est pas anodine, celui-ci est

إذن فرغم الفترة الطويلة، بين وقت كتابة الدستور وبين وقت تفسيره، والتي قد تطول أحياناً – كما في حالة الدستور الأمريكي والذي سن عام 1789 ومازال يطبق للآن- هذه الفترة تُظهر أن أفكار المجتمع، وأهدافه ثابتة، وواحدة رغم كل هذه المراحل الزمنية.

و تعول نظرية الدستور الحي عند تفسير النصوص الدستورية على عدم الاقتصار على قيد واحد وثابت، بل تتبدل وتتغير من جيل لجيل ومن زمن لزمان ويرى القاضي (REHINQUIST) أن الدستور الأمريكي، والتعديلات الواردة عليه قد صيغت بحرفية شديدة. والغرض، وتمكين الأجيال القادمة من تفسيرها التفسير الذي يتلاءم مع التطورات المعاصرة¹.

ليس هذا فحسب، بل العديد من الفقهاء العالميين نشروا أفكاراً متعددة حول فكرة التفسير الدستوري، ومبدأ إمكانية أن يكون القضاة مشرعين من عدمه، خاصة القضاة الدستوريين.

والسؤال المطروح: هل القضاة الدستوريون يعتبرون مشرعين؟ تداولت الآراء المؤيدة، والمعارضة لفكرة أن القضاة ليسوا مفسرين فقط، بل مشرعين أيضاً². فالرأي الأول هو رأي معارض يرفض أن يتولى القضاة مهمة التشريع والتفسير، انتصاراً لمبدأ الفصل بين السلطات، والأصل أن القضاة يجب أن يعترفوا بالدور الأساسي للمشرعين؛ لأن المشرع هو المعبر الشرعي عن المفاهيم الأخلاقية، والسياسية للجماعة.

وهذا الرأي المعارض يلح على فكرة التقييد الذاتي للمحاكم Self Restraint أي أن الأولوية تكون للمشرع، والمحاكم تكون مقيدة بالتطبيق.

بينما يناهض الرأي الآخر المؤيد لوظيفة القضاة الدستوريين تلك الحجج بحجج أقوى؛ فمن الصعب أن يشعر القضاة اليوم، أن هناك اتهام مسلط عليهم، وذلك عندما يتصدون لأي تفسير للدستور، ومن الأفضل أن تظل المحاكم، ويظل القضاة رافعين شعارات الديمقراطية، وترسيخ مبدأ العلم، والعقل وسط فوضى الآراء الكثيرة من حولهم والحل أن يتمتع القضاة بالعقل وسط فوضى القواعد القانونية المنتشرة حولهم - فلا ينساقوا وراء التفسيرات التي لا معنى لها، وأن يتخيروا التفسيرات المهمة فقط³.

un instrument qui nous lie, nous garantit que nous parlons le même langage, et que nous sommes, malgré nos désaccords interprétatifs, au sein d'une seule communauté politique qui se reconnaît dans le texte constitutionnel.)

¹ W. REHINQUEST, *op.cit.*, p. 693.

² لمزيد من التفصيل: أنظر: د. وليد الشناوي، المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي، ص. 306 وما بعدها؛

³ في عرض هذا الجدل الفقهي انظر:

G. ZAGREBELSKY, cinquante ans d'activité de la cour constitutionnelle italienne, RDP, n °1, 2007, p.145 ;

وقد أكد (M-G EDUARDO)¹ على الوظيفة النبيلة والسامية التي يمارسها القضاء الدستوريون وقت تفسيرهم الدستور، بصفتهم حراساً، وأمناء للدساتير الديمقراطية في عصرنا.

والسؤال الذي يطرحه الفقه² حالياً هو: هل العلم الدستوري يُختصر في تاريخ لنوايا واضعي الدستور، أو يختصر في دراسة فقهية وتاريخية للنصوص الدستورية؟ والإجابة هي أن نية السلطة التأسيسية التي قامت بسن الدستور هي نية واحدة لا يمكن أن تتعدل أو تتغير، وإن أراد الشعب أن يعدل ويبدل من النصوص الدستورية أو من الاتجاهات والمقومات التي يقوم عليها الدستور، فيمكن أن يقوم بذلك بواسطة الطريق الديمقراطي الوحيد وهو سن دستور جديد.

والسؤال الآخر – بافتراض أن الدولة أصرت على استخدام وتطبيق ذات الدستور، وذات النصوص الدستورية المكتوبة منذ زمن طويل- فهل تلك الكلمات التي تستعمل كجمل في النصوص الدستورية هي واحدة على مر الزمن؟ وهل المعنى المقصود والذي نستعمله في الزمن المعاصر هو ذات المعنى الذي استعمله أجدادنا؟ حقيقة، هذا لن يؤدي إلى استقرار الحقوق وتأكيداتها لأن المعنى سيرجع إلى نية واضعي الدستور في الزمن الماضي، وليس الزمن الحالي.

ويستكمل الفقيه¹ رأيه بأن الأصل أن المبادئ القانونية الواردة في الدستور هي قواعد قانونية مرنة قابلة لتطورات المستقبل، وخير مثال على ذلك الدستور الإيطالي في

F.Modugno, L'invalidita della legge, Vol 1., Milan, Giuffre, 1970 , p.XI;
H.M.Hart , Jr., The supreme Court , 1958 Term – Foreword; The Time Chart of the Justices, dans Harward Law Review, vol. 73, 1959-1960, pp.84 ss

¹ EDUARDO M-G, Nota introductoria à AA. VV, Interpretation constitutional, Editorial Porrúa- Uni. National Autónoma de México, 2005. Il a dit que : (La fonction noble et transcendante qu'ils exercent, en tant que gardiens fidèles, des constitutions démocratiques de notre époque) ;

ورد هذا التعبير في مقال بالفرنسية:

G. ZAGREBELSKY, *op.cit.*, p. 131.

² *Ibid* p.135 : (Comment la science constitutionnelle, science normative des sociétés peut-elle se réduire à une historiographie des intentions ou à une philologie historique des textes constitutionnels ? Tout d'abord, il y a et il y a toujours une et une seule intention. Et si elle existait, comment pourrait-on la reconstruire ? Les mots que nous utilisons, ou que nos prédécesseurs ont utilisés, ont-ils un sens et un seul ? L'idée de remonter dans le temps pour établir des significations certaines, des intentions des hommes et de leurs paroles, n'aurait d'autre effet que de faire reculer dans le temps nos doutes et nos divergences actuelles, en ne les attribuant pas à nous mais à nos prédécesseurs. Ce qui ne favoriserait pas du tout la stabilité et la certitude du droit.

المادة 3/27، والتي تحظر العقوبات المناهضة لمعنى الإنسانية كالإعدام، وأيضاً دستور الولايات المتحدة الأمريكية (في التعديل الثامن) الذي يحظر العقوبات غير المعتادة والقاسية كالجلد والتعذيب. فتلك المادتين كتبنا وقت كان تطبيق تلك العقوبات لا يضر مطلقاً بالمعاني الإنسانية.

فنية واضعي تلك المواد هو أن تعيش تلك المبادئ المؤيدة لمعاني الإنسانية وعدم التعذيب في المستقبل، فالأصل أن المبادئ التي تحتوي على معاني مجردة كالإنسانية، والكرامة، والمساواة، والحرية، تعيش عبر الزمن دون أن تتغير.

نخلص من ذلك، أن النيات تظل معانيها واضحة، وعلى القضاة المخولون بتفسيرها أن يلتزموا القيود حتى لا يخرج التفسير عن النطاق الذي وضع من أجله.

المطلب الثاني

قيود الشرعية الدستورية

إن القاعدة الرئيسية هي أن الدستور هو القاعدة، والأساس الذي يقودنا لمبدأ الشرعية، وكلما كان هناك اهتمامات بمسألة الشرعية، كلما كان هناك قيود على التفسير الدستوري. وفي الفصلين السابقين تم عرض أكثر من نظرية للتفسير الدستوري، وأياً منهم، يجب عند تطبيقها أن توضع الشرعية في المقام الأول. فالأساس الذي يقوم عليه فكر بعض الفقهاء² بين مختلف النظريات؛ لتفسير الدستور هو قيود الشرعية الدستورية.

فالفقيه (BALKIN) يشرح الدور الذي يلعبه الدستور في الدول الديمقراطية، وكذلك الدور الديمقراطي، أو قيود الشرعية الدستورية، ودورها في تطور الدستور³. ويعول الفقهاء على مبدأ الشرعية الذي يجب أن يكون هو الأساس إذا تم اتخاذ أي من النظريات في التفسير،

¹ G. ZAGREBELSKY, *op.cit.*, p.135 : (D'autre part, un caractère non accidentel des Constitutions est sa nature de principe. Les principes sont des normes, par nature, ouvertes aux développements du futur. Si la Constitution italienne (art. 27, al. 3) interdit les peines contraires au « sens d'humanité » ; si la Constitution des États-Unis (VIII amendement) interdit les peines « inhabituelles et cruelles », et que la fustigation, la torture, le pilori, etc., n'ont pas été analytiquement interdites, c'est parce que les constituants voulaient que ces formules vivent encore dans le futur. Les principes contiennent des « concepts » (humanité, dignité, égalité, liberté, etc.) c'est-à-dire l'ouverture à l'évolution de la culture juridique, est, précisément, ce qui fait partie de l'intention des pères constituants lorsqu'ils s'expriment par l'intermédiaire de normes de principe.).

² R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1997; R. DWORKIN., *Justice pour les hérissons. La vérité des valeurs*, Paris, Labor et Fides, 2015 ; BALKIN, *op.cit.*, 101.

³ J. BALKIN, *op.cit.*, p. 101 et aussi p. 465.

فالأصل، أن يطبق مبدأ الشرعية *La question de la légitimité* والحفاظ على الهوية التفسيرية الشرعية للدستور.

كما أن دولة القانون تفترض الخضوع للقانون، والدستور هو القانون الأسمى الذي يجب أن تنزل عند أحكامه وتعمل مقتضاه سائر سلطات الدولة، والسلطة التأسيسية المنشأة ويجب- في إطار دولة القانون - أن تحترم هذا الدستور¹

وفي نطاق هذا البحث، فقد وُجد الفقهاء بين تطبيقهم للشرعية الدستورية داخل النظريتين المعروضتين بين دفات هذا البحث، نظرية الأصالة، ونظرية الدستور الحي، واتفق الفقهاء على أن الشرعية الدستورية لا بد أن تكون موجودة في تلك النظريتين، وفي هذا المعنى، فإن الفقهاء يرون أن نظرية الأصالة هي التي تحد، وتقلل من سلطة الابتكار لدى القاضي، حتى يبقى محافظاً على النص الدستوري، والسبب في هذا يرجع إلى أن الدستور هو نتاج لسيادة الشعب والشرعية الديمقراطية موجودة في أول تشريع مكتوب (الدستور) وإن الشرعية الديمقراطية مكانها وأساسها في (التشريع الدستوري). كذلك إذا تم الأخذ بنظرية الدستور الحي فهي تدافع عن فكرة الشرعية في النظام الدستوري، والتي

لا تقتصر على احترام المعنى الأصلي، لكن تمتد مع تطور المعنى في الدستور مع مرور الوقت، ويبقى ويظل نتيجة لعملية ديمقراطية مشروعة. وخلاصة القول، أن التعديلات والتغييرات في تفسير الدستور لا مفر منها، على عكس ما يريده الأصليون، وحمية أن يتميز ذلك التفسير بالشرعية الديمقراطية.

المبحث الثاني

تجنب الوثنية الدستورية كسبب للتعایش مع الدستور الحي

السؤال المطروح في هذا المبحث هو: هل يمكن أن يتعايش الدستور الحي مع وثيقة دستورية مكتوبة، وقديمة لا تتغير؟

الإجابة هي نعم، فكثير من الشعب الأمريكي يقدس دستور الولايات المتحدة بالرغم من مضي سنوات طوال على نفاذه، والكثير منهم يعتبرون أنفسهم مرتبطين، بالأجيال السابقة التي كتبت، وصدقت على الدستور الحالي، - خاصة - إذا أدركنا أن الولايات المتحدة الأمريكية تهتم بالسوابق والتقاليد القضائية القديمة.

ومن آثار التعایش هو الابتعاد عن الوثنية الدستورية. *L'idolâtrie*

Constitutionnelle

ولكن ما هي الوثنية الدستورية، إن المقصود بالوثنية الدستورية هو التقديس الكامل للدستور المكتوب القديم، وعدم الانصياع إلا لتلك الأحكام المكتوبة، والابتعاد عن التطوير.

وحتى يتم تجنب تلك المخاطر، فلا بد أن يكون هناك ما يسمى باليقين بوجود نقاط ضعف بالدستور المكتوب، أي أن هناك أحكام ومبادئ دستورية قديمة، ومع مرور

¹ رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور - دراسة في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، ط 2، 2008، ص. 274.

الزمن، فإنها تستحق الآن التعديل والتغيير، أو تطبيق ما يسمى بالدستور الحي والتعايش معه¹.

وقال (BALKIN)، لو أن القاضي يملك سلطة التفسير للدستور إلا أنه لا يحتكرها، ويمكن القول إن المواطنين أولاً ثم المؤسسات السياسية هم المسؤولون الحقيقيون لتطور معنى الدستور².

وفيما يلي، سنبرز لأهم التطبيقات القضائية التي ابتعدت عن الدستور المكتوب التقليدي، أو ما يسمى بالوثنية الدستورية، فالتطبيقات القضائية - التي سيتم عرض بعضها منها- تعايشت مع الدستور الحي، كذلك سيتم عرض وفهم لماهية دور القضاء الوطني في الابتعاد عن الانعزالية والاقتراب من النزعة العالمية للدساتير، وذلك من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول: التطبيقات القضائية المتجددة كرمز للتعايش مع الدستور الحي.
المطلب الثاني: إشكالية التآرجح بين عالمية القضاء الداخلي وانعزاليته.

المطلب الأول

التطبيقات القضائية المتجددة كرمز للتعايش مع الدستور الحي

بداية يمكن القول إن بدراسة العديد من التطبيقات القضائية التي سيتم عرضها تباعاً، فإنه لوحظ أنه قد يظهر التعايش بين الدستور المكتوب، والدستور الحي. الحقيقة، أن الدستور المكتوب هو الذي يضع الأساس للسلطة السياسية، ويضع حدودها، وبالقطع فإن السلطة السياسية يجب عليها أن تطبق الدستور المكتوب، وتطبق تفسيره أيضاً، والحقيقة، أنه في الولايات المتحدة الأمريكية، عندما تطبق السلطة السياسية الدستور المكتوب، ينشأ تبعاً لهذا التطبيق، الدستور الحي. ويرى بعض الفقهاء³ أن ظهور مبدأ الدستور الحي لا يشكك أبداً في وجود، وفعالية الدستور المكتوب، فكلاهما - في الحقيقة- يتعيشان معاً.

Les deux coexistent

حتى أن العديد من الفقهاء "بايطاليا"⁴ مقتنعين تماماً أن الدستور الإيطالي الصادر عام 1947 قد تركزت بعض أحكامه (كالصفحات البيضاء) عن عمد- من قبل الجمعية التأسيسية - التي وضعت الدستور - وأن انضباط تلك الأحكام سيُرحل، ويُرسَل للمستقبل؛ لتتولاها عناصر لاحقة بعد كتابة الدستور. هؤلاء كان عليهم تسوية الأحكام،

¹ J. BALKIN, *op.cit.*, 102.

² J. BALKIN, *op.cit.*, Voir notamment : (p. 38-42 ; p. 67-69 ; p. 417-421).

³ M. POLIDORI, *op.cit.*, p. 221.

⁴ S. BARTOLE, *op.cit.*, p. 206 ; M. POLIDORI, *op.cit.*, p. 221. (Les acteurs constitutionnels « sont convaincus que de nombreuses pages de la Constitution ont été volontairement laissées blanches par l'Assemblée constituante en ce que la discipline de la matière serait complètement renvoyée à des normes ultérieures. Ces dernières devant régler des alternatives non clairement ou pas du tout résolues par la Constitution).

والمواد غير الواضحة بالدستور، والتي لم يتم وضع حل لها على الاطلاق بموجب الدستور.
والدولة الإيطالية تعلم تمامًا أن لديها دستورين إثنين نافذين يعملان جنبًا إلى جنب،
أولهما هو الدستور المكتوب - والذي لا يمكن القول أنه عفا عليه الزمن ne signifie pas que la Constitution écrite est obsolète وثانيهما هو الدستور الحي.

وكما سبق القول أن الدستور الحي هو نتاج مجموعة من الممارسات الدستورية، وهذه الممارسات لا يمكن أن تكون مخالفة للقاعدة الأسمى بالدولة - و هي الدستور - و يقسم الفقهاء الإيطاليين¹ تلك الممارسات الدستورية إلى ثلاثة أنواع:
الأولى تطبيقات منصوص عليها بالدستور، الثانية تطبيقات متناغمة مع الدستور والثالثة متعارضة معها، وهذه التقسيمات تطرح عدة ملحوظات.
أولها: أن الدستور المكتوب هو المعيار الأساسي للدولة، والذي يحافظ على النظام القانوني للدولة، وهو المعيار المرجعي، وبالتالي فلن يتمتع الدستور الحي بنفس الشرعية، والمكانة التي يتمتع بها الدستور المكتوب.

La Constitution vivante ne bénéficiera donc pas de la même légitimité que la Constitution écrite, expression du titulaire de la souveraineté.

ومن الطبيعي أن الممارسات والتطبيقات المختلفة عن الدستور المكتوب تصبح غير دستورية، ويتعين استبعادها.
ثانيًا: هناك العديد من الممارسات الدستورية التي ظهر فيها الدستور الحي مثل أزمة تشكيل حكومة في "إيطاليا" عام 2013- والأزمات التي حدثت خارج البرلمان الإيطالي les crises extraparlamentaires مثل الاستقالات الإرادية للحكومة عقب أزمة سياسية طالقت الأغلبية داخل الحكومة.

Elles se définissent comme celles entraînant la démission volontaire du Gouvernement suite à une crise politique au sein même de sa majorité

كذلك العديد من الأزمات التي وجدت داخل "إيطاليا" وقت تطبيق الدستور المكتوب، مثل: الأزمات التي أدت إلى الإطاحة بالحكومة وكان من الممكن أن يفصل عضو من الحكومة دون حل الحكومة كلها.

Peuvent également être mentionnés la possibilité de destituer un seul membre du Gouvernement, sans que cela n'entraîne le renversement l'organe collégial

أما "بالولايات المتحدة الأمريكية"، فسيتم عرض أكثر من تطبيق قضائي لقضايا كانت رمزًا ومثالًا حيًا للتعايش مع التطور وقبول تطبيق الدستور الحي:

¹ M. POLIDORI, *op.cit.*, p. 221.

أولاً: قضية (BROWN)

هناك قضية أحدثت جدلاً كبيراً وقت الحكم فيها وهي قضية¹ (*Brown v. Board of Education*)

ولقد تم تناول تلك القضية فيما سبق، وسنتناولها الآن من منظور مختلف، حيث أن هذه القضية أحدثت مزيجاً من الابتكار والتأسيس لفكرة الدستور الحي.

فبعد صدور التعديل الدستوري الأمريكي، صدرت عدة أحكام قضائية كانت مثيرة للجدل، لكن أكثرهم جدلاً على الاطلاق كان قضية براون (*BROWN*) ضد مجلس التعليم، فالحكم الصادر عام 1954 كان قد حظر الفصل العنصري في المدارس العامة بين الأشخاص الملونين للبشرة، والأشخاص ذوي البشرة البيضاء.

والحقيقة، أن هناك الكثير من المعارضين لهذا الحكم، والمؤيدين لفكرة الفصل العنصري بسبب اختلاف لون البشرة، فقد انتقد الحكم الأشخاص المدافعون عن الفصل العنصري *Defenders Of Segregation*، حتى أن العديد من أعضاء الكونجرس المقيمين بالولايات الجنوبية قد وقعوا على "البيان الجنوبي"، الذي أدان الحكم في قضية (*BROWN*) واصفين إياه بأنه غير شرعي *Illegitimate* وأكد البيان أن الولايات لها الحق في معارضة هذا الحكم. كما تعهدت المناطق التعليمية في أجزاء كثيرة من الجنوب "بمقاومة هائلة" لهذا الحكم "Massive Resistance"².

ويرى الفقهاء³ تعليقاً على هذا الحكم الذي يعتبر الآن أيقونة *It is an icon*، فإن وقت إصدار الحكم، كان بعض الأشخاص الذين كانوا يحتقرون الفصل العنصري، اعتقدوا أن حكم قضية (*Brown*) هو حكم غير قانوني *lawless decision*. حتى أن قضاة المحكمة في ذات الوقت، على الرغم من معارضتهم للفصل العنصري، كانوا منزعجين بشأن ما إذا كان بإمكان المحكمة أن تعلن بشكل قانوني أن الفصل العنصري هو فصل غير دستوري. *Segregation to be Unconstitutional*.

وبالنظر إلى الخلاف حول التأثيرات العملية لحكم (*Brown*): فقد حدث قدر ضئيل من إلغاء الفصل العنصري في المدارس فعلياً لمدة عقد من الزمان بعد صدور الحكم في تلك القضية.

¹ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, (1954).

² D. STRAUSS, *op.cit.p.* 76: (It was reviled by defenders of segregation. Many southern members of Congress signed the "Southern Manifesto," which denounced *Brown* as illegitimate and asserted that states had the right to defy it. School districts in many parts of the South vowed "massive resistance" to the decision.).

³ *Ibid.,p.* 76: (More interesting, even some people who despised segregation thought that *Brown* was a lawless decision. We know from private papers that several justices who were part of the unanimous Court in *Brown* were initially unsure what to do because, while they opposed segregation, they were troubled about whether the Court could lawfully declare segregation to be unconstitutional); S. PADOVER, *op.cit.*, p. 254.

كل هذه الاختلافات حدثت في الأوساط القانونية بالولايات المتحدة الأمريكية، إلى أن صدر قانون الحقوق المدنية لعام 1964¹ والذي مكن السلطة التنفيذية، وأعطاه سلطة قطع الأموال الفيدرالية عن المناطق التعليمية التي رفضت إلغاء الفصل العنصري، ورفضت تنفيذ الحكم.

وحقيقة، فإن قضية (*Brown*) قد جاءت مخالفة لسابقة قضائية هي قضية *Plessy v. Ferguson*, 1896²

والتي صدر حكم المحكمة العليا الأمريكية فيها عام 1869، بتأييد المحكمة قانون لويزيانا الذي يلزم مرفق السكك الحديدية بتوفير "أماكن إقامة متساوية، ولكن منفصلة للأجناس البيضاء والملونة.

كانت المبدأ الداعم خلف قضية (*Plessy*) هو نص التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي، والذي ينص على أن: (يعتبر جميع الأشخاص المولودين في الولايات المتحدة أو الحاملين لجنسيتها والخاضعين لسلطانها من مواطني الولايات المتحدة ومواطني الولاية التي يقيمون فيها. ولا يجوز لأية ولاية أن تضع أو تطبق أي قانون ينتقص من امتيازات أو حصانات مواطني الولايات المتحدة. كما لا يجوز لأية ولاية أن تحرم أي شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون مراعاة الإجراءات القانونية الأصولية؛ ولا أن تحرم أي شخص خاضع لسلطانها من المساواة في حماية القوانين)³. فنلاحظ هنا أن التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي يتطلب المساواة فقط، وعليه، من الممكن أن تظل المرافق (السكك الحديدية) المنفصلة متساوية.

والرأي الفقهي الراجح هنا أن هذه الفكرة: Segregated facilities could still be equal

والتي تعني: (المرافق المنفصلة يمكن أن تكون متساوية) والتي تدعمها قضية (*Plessy*) – كانت مقبولة أيضًا في وقت التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي⁴. والحقيقة، أنه كان القلق الصادر من القضاة بشأن قضية (*Brown*) هو: هل هناك أي أساس قانوني يؤدي لإلغاء مبدأ "منفصل ولكن متساوي"، الذي كرسته قضية (*Plessy*) كما قدسته التفاهات الأصلية؟

بمعنى هل يمكن للقضاة أن يصدروا حكمًا جديدًا مخالفًا لحكم ذي سابقة قضائية؟، وما هو الأساس القانوني الذي يجب أن يستندوا عليه؟

¹ The Civil Rights Act of 1964.

² *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537, (1896).

³ 14th Amendment- Section 1: (All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.)

⁴ S. PADOVER, *op.cit.*, p. 249.

إن القانون العام The Common Law، لا يتعامل مع السوابق القضائية على أنها لا يمكن المساس بها - في بعض الأحيان - يمكن مخالفة، ونقض السوابق القضائية precedents can be overruled.

إن تحديد الوقت الذي يمكن فيه نقضها هو أمر شديد الصعوبة، ولكنه يمكن أن يحدث مثلما حدث في قضية (Brown). وتلك القضية هي خير دليل على أن الدستور الأمريكي دستور حي وليس مجرد نصوص ثابتة راسخة لا تتغير، وليس مجرد تقاهمات أصلية متعارف عليها، ولا تقبل التغيير.

قضية أخرى ذات الصلة هي قضية (McCabe v. Atchison, Topeka & Santa Fe Railway,) decided in 1914.

في هذه القضية تعاملت المحكمة مع قانون أو كلاهوما Oklahoma law الذي كان ينص على مرافق سكك حديدية منفصلة، ولكن متساوية

Oklahoma law requiring separate-but-equal railroad facilities.

ومع ذلك، ينص هذا القانون على أن السكك الحديدية يمكن أن تحتوي على عربات للنوم وتناول الطعام والكراسي للشخص أبيض البشرة، حتى لو لم يكن لديها هذا النوع من العربات للشخص أسود البشرة. دافعت الدولة عن القانون بحجة أنه لم يكن هناك أي دعوى قضائية، أو مطالبة من السود بخصوص تلك المرافق، إلا أن المحكمة العليا الأمريكية رفضت حجة الدولة وأبطلت قانون أو كلاهوما.

وكانت حجة الدولة المقدمة أمام المحكمة - في الواقع - هي أنها طبقت بأمانة مبدأ (منفصل، ولكن متساوي). بدليل أنها زودت كل مجموعة، من السود والبيض، بالتسهيلات التي طلبتها تلك المجموعة، (تسهيلات مثل عربات للنوم وتأثيث فاخر إلخ..)، ولكن تغاضت عن تسهيلات كثيرة في مرفق السكك الحديدية كان الطلب عليها قليلاً.

لكن المحكمة العليا الأمريكية، رفضت هذه الحجة، وقضت بأن: (هذا القانون لا يعامل الأميركيين من أصول أفريقية على قدم المساواة: وحكمت المحكمة بأن: الفرد هو الذي يحق له الحصول على حماية متساوية بموجب القوانين، وإذا تم حرمانه، فمن حقه أن يتمتع بحماية متساوية، وأن أي تسهيلات أو وسائل راحة لم تقدم له أثناء رحلته ويتم توفيرها لمسافر آخر في ظل نفس الظروف إلى حد كبير، فإنه يجوز لهذا الشخص أن يتقدم بشكوى للمحكمة من انتهاك امتيازاته الدستورية).¹

¹ورد الحكم وشرحه بالتفصيل:

D. STRAUSS, *op.cit.*p. 85.

(The Supreme Court rejected that argument, though, and ruled that the law did not treat African Americans equally: "It is the individual who is entitled to the equal protection of the laws, and if he is denied.... a facility or convenience in the course of his journey which under substantially the same circumstances is furnished to another traveller, he may properly complain that his constitutional privilege has been invaded."

وفي الحقيقة، فإن الحجة التي قدمتها الدولة أمام المحكمة هي حجة بها من المعقولة النظرية، فقد رفضت المحكمة العليا اعتماد هذا التفسير، والذي يعتبر هو الأكثر تأييداً للفصل العنصري: والقائل (الفصل منفصل لكن متساو). ويمكن القول إن المحكمة قلصت من هذا المنطق.

وبعد ثلاث سنوات، في قضية¹ (*Buchanan v. Warley*)، فعلت المحكمة العليا الشيء نفسه. فقد ألغت المحكمة قانوناً في منطقة بوكانان *Buchanan* يحظر على البيض العيش في مبنى يسكنه السود، والعكس صحيح. وشددت المحكمة في حكمها على حق البائع في التصرف في ممتلكاته بالشكل الذي يراه مناسباً. عقب هذه القضية بعشرين عاماً، أثمرت الجهود التي قامت بها مؤسسة تدعى ² NAACP (الجمعية الوطنية لتطور الأشخاص الملونين)، وبدأت في المطالبة بتعديل قوانين *Jim Crow laws* بعد الأحكام القضائية السابقة مثل قضيتي (*McCabe and Buchanan*)

ثانياً قضية³ McCabe

قامت كلية الحقوق جامعة ميسوري برفض قبول أوراق قبول طالب أمريكي من أصل أفريقي، والمعروف أن تلك الجامعة تقبل أوراق الأشخاص البيض البشرة. وكانت ولاية ميسوري تدير جامعة حكومية لسود البشرة، وهي جامعة لينكولن، التي لم يكن بها كلية حقوق. وبدلاً من ذلك، سمح قانون ولاية ميسوري لمسؤولي الولاية باتخاذ الترتيبات اللازمة؛ لالتحاق السود بكليات الحقوق في الولايات المجاورة، ودفع الرسوم الدراسية الخاصة بهم.

وقضت المحكمة بأن هذا النظام لا يفي بالفصل، ولكنه متساوي، أصرت ولاية ميسوري على أن الفرص المتاحة للطالب خارج الولاية كانت على الأقل جيدة مثل تلك الموجودة في ولاية ميسوري، ولم تقرر المحكمة خلاف ذلك. لقد رفضت المحكمة ببساطة النظر في الحجة القائلة بأن كلية الحقوق خارج الولاية ستكون متساوية. حكمت المحكمة بأن: (الاعتبار الأساسي ليس هو نوع الفرص التي توفرها الولايات الأخرى، أو ما إذا كانت جيدة مثل تلك الموجودة في ولاية ميسوري، ولكن ما هي الفرص التي توفرها ولاية ميسوري نفسها للطلاب البيض وتحرمها من السود فقط على أساس اللون)⁴.

وخلصت المحكمة إلى: (لأنه يتعين على الطالب الأسود البشرة، وليس الطالب الأبيض، مغادرة الولاية من أجل الحصول على تعليم قانوني، فإن بهذا يكون هناك حرمان من الحماية المتساوية).

¹ *Buchanan v. Warley*, 245 US 60, (1917).

² (National Association for the Advancement of Colored People).

³ *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 305 U.S. 337 (1938).

⁴ (the Court said :“is not as to what sort of opportunities other States provide, or whether they are as good as those in Missouri, but as to what opportunities Missouri itself furnishes to white students and denies to [blacks] solely upon the ground of color.”

ورفضت المحكمة الحجة التي قدمتها ولاية ميسوري القائلة: بأن عدد قليل من الأمريكيين من أصل أفريقي في ولاية ميسوري رغبوا وسعوا للحصول على تعليم قانوني، وبالتالي فإن الولاية غير مسؤولة عن هذا العدد القليل وغير ملزمة بأن هذا العدد القليل يدرس داخل الولاية.

هنا نجد أن المحكمة قد طورت من نفسها والولايات المتحدة الأمريكية قد طورت من فكرة Common Law إن الحكم في قضية (Brown) من الممكن أن يعتمد على القضايا السابقة لكي يُظهر في الواقع أن التخلي الرسمي عن الأحكام القضائية التي كانت تعد سابقة لم تكن ثورة، بل هي خطوة في تطوير القانون العام Common Law

فالقضايا السابقة، التي حاولت تطبيق مبدأ منفصل، ولكن متساو، استمرت في التوصل إلى نتيجة مفادها أن المرافق المنفصلة المحددة المعروضة عليها ليست متساوية. عندما خلصت إلى أن الانفصال لا يمكن أن يكون متساويًا أبدًا.

ثالثًا: قضية (Roe v. Wade)

ومن القضايا الشهيرة جدا التي دعمت فكرة الدستور الحي، وطورته هي قضية (Roe v. Wade)¹

فقد احتفل الرئيس الأمريكي (باراك أوباما) في يناير 2011 بمرور 38 عام على صدور حكم (Roe v. Wade) الذي صدر من المحكمة العليا الأمريكية، ومضمون هذا الحكم أنه حدّ وقلص من دور الحكومة في التدخل في القرارات الشخصية الخاصة بالإنجاب.

وتعود وقائع هذه القضية إلى عام 1969 في ولاية تكساس الأمريكية التي تحظر قوانينها الإجهاض إلا في حالتها الإغتصاب وسفاح المحارم، وتعيش في تلك الولاية (سيدة أم ، اسمها بالقضية Roe، وهو اسم مستعار لتلك السيدة التي أرادت إنهاء حملها عن طريق الإجهاض) فتقدمت بطلب إلى محكمة ولاية تكساس التي رفضت هذا الطلب، فطعننت السيدة على الحكم أمام المحكمة العليا، والتي أصدرت حكمًا لصالحها في 22 يناير 1973، بسبعة أصوات للقضاة مقابل اثنين، ومضمون الحكم الصادر من المحكمة العليا الأمريكية هو: أن المحكمة رفضت إصدار قوانين خاصة بالإجهاض تمس الصالح العام، ولكن تمثل المصلحة الشخصية أيضًا².

وانتهت المحكمة إلى أن قرار المرأة في إنهاء حملها هو حق شخصي يكفل حمايته الدستور الأمريكي، وعلى حكومة الولاية أن تؤيده، كما ألزمت المحكمة الحكومة بوجه عام أن تقدم الحماية لصحة الأم، وللحياة الأبوية، وأيضًا تقدم الحماية لحقوق الجنين.

¹ Roe v. Wade, 410 US 113, (1973) , decided 22 Jan 1973.

² جيروم أ. بارون، وتوماس دينيس، الوجيز في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص. 77. وباللغة الإنجليزية:

S. PADOVER, *op.cit.*, p. 234.

قبل تناول هذه القضية بالشرح والتحليل. يجب القول أن المحكمة التي أصدرت حكم (Roe) أخذت سابقة قضائية من حكم (Griswold v. Connecticut) الصادر عام 1965¹.

أي أن قضية (Roe) هي امتداد جري لقضية (Griswold) ففي قضية (Griswold v. Connecticut)، حكمت المحكمة أنه لا يجوز للدولة أن تمنع المتزوجين من استخدام حبوب منع الحمل؛ لأن الحظر الصادر من الدولة ينتهك الحق في الخصوصية². وفي قضية (Roe) حكمت المحكمة بعدم دستورية القوانين التي تقيد الإجهاض، وذلك احتراماً للحق في الخصوصية، بالرغم من أن حق الخصوصية لم يرد ذكره بشكل صريح ومباشر في نصوص الدستور الأمريكي، إلا أن المحكمة في هذا الحكم قد أكدت أن " الخصوصية" قد وردت في أكثر من موضع في وثيقة الحقوق،

The Court held that "zones of privacy" were created by various guarantees in the Bill of Rights.

وفي الحقيقة يرى الفقيه PADOVER أن واحداً من أهم قرارات المحكمة في تاريخها هو عدم دستورية القوانين التي تحظر الإجهاض، وذلك على أساس تطبيق مبدأ الخصوصية، كما أيد الفقيه إلغاء المحكمة لجميع قوانين الولايات (القوانين المحلية) التي تؤيد الإجهاض بما فيهم قوانين مقاطعة كولومبيا³ فقوانين تكساس تجعل الإجهاض جريمة إلا في حالة الحفاظ على حياة الأم.

وفي هذه الموضوعات الشائكة التي تختلط الحقوق الشخصية مع الواجبات العامة، يبرز دور المحكمة العليا الأمريكية التي عليها دور دقيق، وهام في عمل التوازن بين الحقوق الشخصية، والمصالح العامة على حد سواء.

فقد صدر حكم من المحكمة العليا، بالحق في الإجهاض Abortion، وبالرغم من شهرة هذا الحكم، إلا أن العديد من الفقهاء رفضوا هذا الحكم إذ يقولون إنه كان ينبغي تشريع الإجهاض من خلال التشريع، وليس عن طريق أي حكم قضائي.

عندما حكمت المحكمة العليا هذا الحكم في قضية (Roe)، فقد استمدت الحق في الإجهاض من بند "الإجراءات القانونية الواجبة" في التعديل الرابع عشر للدستور. وينص هذا البند على أنه: " لا يجوز لأي دولة حرمان أي شخص من الحياة أو الحرية أو الملكية، دون اتباع الإجراءات القانونية الواجبة".

¹ Griswold v. Connecticut, 381 US 479, (1965).

² (The Court ruled that a state may not prohibit married couples from using contraceptives because the prohibition violated the right of marital privacy.).

³ Saul K. PADOVER, The Living U.S. Constitution, a Mentor Book, New American Library, 1995, p. 235: (Roe v. Wade marked a bold extension of the Griswold doctrine. In one of the most far-reaching decisions in its history, the Court, on grounds of right of privacy, held to be unconstitutional laws restricting abortion and in effect overturned the abortion statutes of nearly all the states as well as the District of Columbia.) .

That clause says that no state may “deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law.”.

هناك مشكلة واضحة: يبدو أن نص بند "الإجراءات القانونية" الواجبة يتطلب من الحكومة توفير إجراءات معينة ("الإجراءات القانونية الواجبة"). والرافضون للحكم أفتوا أنه لا يبدو أن هذا البند يمنح حقاً موضوعياً للإجهاض، أو أي شيء آخر.

وقد أكدت الهجمات الأولية على قضية *(Roe v. Wade)* على هذه النقطة، فمنتقدو قضية *(Roe)* أكدوا أن الدستور لا يمنح الحق في الاختيار في الإنجاب.

لقد أصدرت المحكمة العليا للتو هذا الحق، وفرضته على البلاد، فقد تم تفسير بند "الإجراءات القانونية الواجبة"، لسنوات عديدة، على أنه يمنح حقوقاً معينة للأفراد - على وجه الخصوص -، معظم الحقوق الواردة في ميثاق الحقوق The Bill of Rights.

والعديد من الانتقادات على حكم *(Roe)* - كان بشكل أساسي يتمثل في: أن كلمة "الإجهاض" لا تظهر في الدستور إذن، فإن استخدامها في الحكم الآن تنبئ بأن الدستور قد تطور، ولم نعد بحاجة إلى المدرسة الأصولية التي تلزم وجود تلك الكلمة (الإجهاض).

في الواقع، بعد صدور حكم *(Roe)*، كان هناك هجوم كبير على هذا الحكم، فقد كانت هناك إشكاليتان مختلفتان من الناحية التحليلية في القضية، كما هو الحال غالباً في الحالة التي يؤكد فيها الشخص على حقه الدستوري.

إحدى تلك الإشكاليات هي ما إذا كان هذا الحق موجوداً؟ (الحق في الإجهاض)؛ والإشكالية الأخرى هي ما إذا كانت الدولة لديها مبرر كافٍ لتجاوز هذا الحق في الإجهاض من عدمه.

One issue is whether the right exists; the other is whether the state has a

sufficient justification for overriding the right.

فكان لابد من الانتباه لتلك القضيتين:

المسألة الأولى: ما إذا كان الدستور يمنح المرأة حقاً في التحكم في قدرتها على الإنجاب. لكن القضية الأكثر صعوبة في قضية *(Roe)*، هي المسألة الثانية: ما إذا كانت مصلحة الولاية في حماية حياة الجنين قوية بما يكفي لتجاوز هذا الحق¹.

إن حق المرأة في الحرية الإنجابية، يحدث إشكالية كبيرة ويتقاطع مع حقين آخرين راسخين؛ الأول: هو حق الإنسان في السلامة الجسدية، The right to bodily integrity والثاني: هو حق الفرد في التحكم في تكوين أسرة.

¹ D. STRAUSS, *op.cit.* p. 92: (The simple attack on *Roe* focused attention on the first issue: whether the Constitution confers a right on women to control whether they will bear a child. But the more difficult issue in *Roe* is the second one: whether the state's interest in protecting fetal life is strong enough to override that right.)

‘The other tradition is the right to control the composition of one’s family.

وفي قضية (Roe) فقد رفضت المحكمة العليا الأمريكية الحجة القائلة بأن مصلحة الدولة في حياة الجنين - ، كما يقول البعض - تتجاوز حق المرأة في السلامة الجسدية والاستقلال الأسري. وأكدت على حق المرأة في الإنجاب. إلا أن في 24 يونيو عام 2022 أصدرت المحكمة العليا حكمًا تاريخيًا آخر مخالفًا تمامًا للحكم السابق الذي عُد كسابقة قضائية.

فقد نظرت المحكمة العليا في قضية تم الطعن على قانون صدر من ولاية ميسيسيبي يحظر الإجهاض بعد 15 أسبوعًا من الحمل، وأصدرت المحكمة العليا حكمها بحظر الإجهاض، وذلك لصالح الدولة، وبهذا تكون قد أصدرت حكمًا مخالفًا لسابقة قضائية موجودة منذ 50 عامًا في سابقة هي الأولى من نوعها.

وقد أصدرت المحكمة الحكم بواقع ستة أصوات مقابل ثلاثة أصوات، ونص الحكم على: " نعتقد أن الدستور لا يمنح الحق في الإجهاض. ويجب إعادة سلطة تنظيم الإجهاض إلى الشعب وممثليه المنتخبين".

وعليه، فقد تم عرض العديد من الأحكام القضائية التي أظهرت تعايش الدستور الحي جنبًا إلى جنب مع الدستور المكتوب، خاصة وأن الفهم المختلف للدستور من جانب القضاة ظهر و بزغ مع تطور الحياة وتطور الظروف خاصة الاجتماعية، كما في قضية (Brown)، (Roe) .

المطلب الثاني

إشكالية التآرجح بين عالمية القضاء الداخلي وانعزاليته

هناك مقولة هامة لأحد الفقهاء¹: (إن القانون المقارن يفيدني كمرآة عاكسة، فهو يسمح لي بأن أراقب نفسي وبأن أفهم نفسي بشكل أفضل).

(Le droit comparé me sert du miroir : il me permet de m’observer et de mieux me comprendre).

من البديهي أن النظام الدستوري في كل دول العالم ليس واحداً، أي أنه لا يتطابق في كل العالم، كذلك، فإن الدستور نفسه لا يتطابق في كل دول العالم، ومبدأ سمو الدستور لا يعد قاعدة واحدة في كل دول العالم، ولا يطبق في كل دول العالم بالمقدار نفسه.

والدليل أن التجارب الدستورية مختلفة من دولة لأخرى هو أن المحاكم الدستورية في أغلب دول العالم قد استشهدت بالعديد من قواعد قانونية خارجية أي من دول أخرى، أي أن المحاكم استعملت قواعد قانونية، ومواد اجتهادية من دول أخرى، واستشهدت بها، وهذا ما أحدث لغطاً كبيراً خلال السنوات الأخيرة ما بين مؤيد ومعارض لفكرة التبادل في التجارب بين تلك الدول ومثيلاتها.

¹ Aharon BARAK, Comparative Law, originalism and the role of a Judge in a Democracy: A Reply to Justice Scalia, Fulbright Convention du 29 Janvier 2006.

والدليل على ذلك المادة (39) من لائحة الحقوق Bill of Rights من دستور "جمهورية جنوب أفريقيا" لعام 1996 ، والتي تنص على أن المحاكم ، لكي تفسر لائحة الحقوق ، يجب أن تأخذ بعين الاعتبار القانون الدولي ، ويمكنها أن تأخذ بعين الاعتبار القانون الأجنبي، فتنص المادة (39) أن : (تفسير وثيقة الحقوق

1- عند تفسير وثيقة الحقوق، على المحكمة العادية أو الخاصة أو غير الرسمية أ- أن تعزز القيم التي تمثل أساس مجتمع مفتوح وديمقراطي يقوم على الكرامة الإنسانية، والمساواة، والحرية؛

ب- أن تنظر في القانون الدولي؛ و

ج - يجوز لها أن تنظر في القانون الأجنبي.

2- عند تفسير أي تشريع، وعند وضع مبادئ القانون العام أو القانون العرفي، تعزز كل محكمة عادية أو خاصة أو غير رسمية، روح وثيقة الحقوق وغرضها وأهدافها.

2- لا تنكر وثيقة الحقوق وجود أي حقوق أخرى للحريات يعترف بها ويخولها نظام القانون العام أو القانون العرفي أو التشريعات، بقدر ما تتوافق تلك الحقوق مع الوثيقة).¹

ولكن السؤال الذي يطرح وبقوة في هذا النطاق: هل يمكن للقضاء الوطني الاستعانة بالتجارب القضائية الأجنبية الأخرى؟

حقيقة، فإن أحد أهم الآراء الصادرة بهذا الخصوص جاءت على لسان G. ZAGREBELSKY الرئيس الشرفي للمحكمة الدستورية الإيطالية، والذي تناول الآراء المتعددة لمدى الموافقة على الأخذ بالذاتير، والأحكام الأجنبية من عدمه.² فهناك رفض جذري للاتجاه القائل بالنظر إلى الذاتير الأجنبية، والأخذ منها، وذلك باسم الدفاع عن الخصائص الأصلية للدستور، ضد "التقاطعات الهجينة" مع تجارب غير محلية (أجنبية).

¹ (39. Interpretation of Bill of Rights

1. When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum-
 - must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;
 - must consider international law; and
 - may consider foreign law.
2. When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.
3. The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill.)

² G. ZAGREBELSKY, *op.cit*, p. 131.

Contre les croisements bâtards avec des expérience non indigènes. وهناك رأي مؤيد للأخذ بالدساتير، و الأحكام الأجنبية، وذلك عقب الدور الكبير الذي حدث "بالولايات المتحدة الأمريكية"، عندما استشهد أحد قضاة المحكمة العليا (Juge Breyer) في قضية¹ (knight v. Florida).

بزيمبابوي، وكان مرجع واستشهاد هذا القاضي لم يكن للمجلس الخاص "بالولايات المتحدة الأمريكية" (Privy Council)، ولا للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ولكنه رجع إلى قرار المحكمة العليا في "دولة زيمبابوي" التي أكدت على أن الإعدام هو شكل من أشكال التعذيب، فقد أكدت المحكمة العليا بزيمبابوي، بعد أن رجعت هي بدورها إلى العديد من الأحكام الأجنبية – أن تنفيذ عقوبة الإعدام بعد مدة طويلة من صدور الحكم بها يجب أن يعتبر شكلا من أشكال التعذيب، أو من المعاملة اللاإنسانية والمهينة.

Comme une forme de torture ou de traitement inhumain et dégradant

غير أن هذا الرأي الراجع للقاضي (Breyer) والذي يعد من المواقف ذات النزعة العالمية² Universaliste قد عارضه الكثير ومنهم القاضي (Tomas) الذي ترأس النزعة الانعزالية Isolationniste

فقد كتب القاضي (Tomas) أن مجرد الاستشهاد بالاجتهاد القضائي الأجنبي دليل على غياب أسس مهمة في القانون الدستوري الوطني³،

La citation même de la jurisprudence étrangère est la preuve de l'absence de fondement en droit constitutionnel national.

وفي عام 2004، قُدم اقتراح بقانون للكونجرس "بالولايات المتحدة الأمريكية"، هدفه استعادة الدستور وتصحيحه، سمي بمشروع (قانون استعادة الدستور) Constitution Restoration Act والذي يحظر على القضاة تفسير الدستور من خلال الوثائق الأجنبية، والتي تختلف عن الوثائق الوطنية، ومضمون هذا أن الحظر ينصب فقط على

¹ knight v. Florida, 526 US 559, (1999).

² هي نزعة تميل إلى العالمية في أخذ القرارات والأحكام القضائية من قرارات محاكم أجنبية، وهذه النزعة الجديدة تخالف تماما النزعة التقليدية القضائية التي تهتم بالهوية الوطنية ولا تحيد عنها. عارض العديد من القضاة بالولايات المتحدة الأمريكية نشأة تلك النزعة وذلك بعد أن ظهر في الأفق بداية من عام 2003 بعض القرارات الأساسية للمحكمة العليا بأمريكا، التي تميل لتلك النزعة الكوزموبوليتية.

³ أنظر في عرض تلك الآراء وتباينها:

تفسير الدستور الوطني من خلال الاعتماد على الدساتير، والمواثيق الأجنبية التي تختلف عن الوثائق الوطنية الأمريكية¹. وهذا السجال والاختلافات في الرأي أدت في النهاية إلى رفض المقارنات الدستورية بين الدستور الأمريكي، الوطني والدساتير الأجنبية الأخرى، والاعتماد فقط على الدساتير الوطنية الأمريكية تأكيداً على الهوية الوطنية الأمريكية². إلا أننا نؤيد وجهة النظر المعاكسة خاصة أن رفض المقارنات الدستورية بين الدستور الأمريكي وغيره من التشريعات الأجنبية هو مخالف تماماً لوجهة النظر الأوروبية التي تعتمد على عدة طرق للتفسير الدستوري، منها طريق المقارنات الدستورية، وطرق الفقيه الألماني Savigny³ المتعددة والمتطورة. حتى أن الفقه الأوروبي، اعتبر أن التفسير الدستوري من خلال المقاربات والمقارنات الدستورية الأجنبية بالدساتير الوطنية، هي أحد أهم الطرق للتفسير الدستوري⁴. من الدول التي أخذت بالتفسير، والأحكام القضائية المقارنة دولة مثل كندا⁵، كما أن الدستور الإسباني يؤكد على أن القضاء وقت تفسير نصوص الدستور، فإنه يجب أن يأخذ بالتشريعات العالمية، فالدستور الإسباني الصادر سنة 1978 والمعدل عام 2011، نصت المادة (10) /ثانياً منه على أن: (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). وتستند فكرة القضاء العالمي أو الكوزموبوليتي⁶ (وفقاً للترجمة الحرفية): (أن القضاء الدستوري الوطني يمكن أن يستعين بالقواعد القانونية الأجنبية ويدخلها في أحكامه القضائية، حتى لو مخالفة للهوية الوطنية).

¹ (Constitution Restoration Act, qui interdit aux juges d'interpréter la Constitution en prenant en considération des documents juridiques différents des documents nationaux.)

² D.M. AMANN, " Raise the flag and Let it Talk ", One The Use of External Norms in the Constitutional Decision Making, dans I – Con, 2004, pp.597 ss.
³ يرى Friedrich Carl von Savigny وهو أحد أكبر الفقهاء الألمان أن القانون في تطور مستمر، لأنه ثمرة الظروف الاجتماعية والتطور، وليس ثمرة للعقل والتفكير.
⁴ راجع الآراء الواردة في:

G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 133

⁵ E. PATTARO, « Interprétation, systématisation et science juridique », in *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 103.

⁶ يقصد بالكوزموبوليتية أو بالانجليزية : cosmopolitanism "الكونية أو اللاقومية"، وفي قاموس الترجمان هي : مصطلح اللاقومية ، كون أن الأمر لا ينتمي إلى بلد أو جنسية معينة، ويقصد به أن البشر جميعاً يحتكموا إلى قانون واحد عالمي أو دستور عالمي. والشخصية الكوزموبوليتية هي التي تعتقد أنها تعتمد على جميع شعوب العالم وإلى جميع العرقيات والقوميات وتعتقد أن العالم وطن مشترك للجميع.

أما فكرة وجود قضاء دستوري عالمي يقصد بها أنه لا بد من وجود قانون طبيعي عالمي *d'un droit naturel universel*، يؤسس لمجموعة من المبادئ القانونية الهامة، والتي يجب أن تندمج، وتؤثر على القوانين الوضعية، وبما أن تلك الفكرة هي فكرة عالمية، إذن يجب أن تكون منصوص عليه داخل كل القوانين الوضعية في كل دول العالم، وسيطور هذا الفكر القانوني بتطور المجتمعات حتى نصل في النهاية إلى توحيد القوانين في كل المجتمعات باسم حقوق الإنسان¹.

وجدير بالذكر، فإنني أؤيد فكرة الاستعانة بالتشريعات الأجنبية - خاصة - في مجال القضاء الدستوري، فعند الاستعانة بالتجارب القضائية المقارنة، والمختلفة مع القضاء الوطني. فهذا يعبر عن الهوية الوطنية التي يجب أن تتسم بالتواضع تجاه تجارب الأفكار الأجنبية الأخرى، وألا تتعصب لفكرة محلية وحيدة بعينها.

إضافة، إلى أنه لا يوجد في هذه النظرية - نظرية الاستعانة بالأراء الفقهية الأجنبية - أي فرضية لوجود امتداد، أو بُعد مهيمن لقانون فوق دستوري، يجبر القوانين الدستورية في البلاد على الأخذ به، وإنما هو أداة لفهم التشريعات الوطنية بطريقة أفضل، وليس الفكرة هي إجبار المواطنين والفقهاء القانونيين على الخضوع، والميل للاجتهادات الأجنبية، بل بالعكس، إن الهدف الأساسي هنا هو عند اللجوء إلى اجتهادات أجنبية يؤدي إلى تسليط الضوء على وجهات نظر ربما تكون مجهولة².

وجدير بالذكر عرض وجهة النظر القضائية "بايطاليا"، التي أكدت على هذا المعنى من خلال العبارة القادمة: إن تبادل الاجتهادات القضائية لا يمكن أن يفسد من عمل، وهوية الاجتهاد القضائي الوطني، فمن الطبيعي أن يوجد حد أدنى من التجانس، وهذا لا يتضمن مطلقاً التقليل من شأن سيادة المحاكم الوطنية³.

أما الانغلاق على الذات، فلا يعني إلا شيئاً واحداً هو الاقتصار على سياسات دستورية، ومصالح وطنية، داخلية واحدة ثابتة لا تتغير.

والحقيقة، أن هناك جانب فقهي، وقانوني كبير يرفض تماماً الاعتماد على التشريعات الأجنبية، ويتخذون حججاً متعددة مثل: شرعية القضاء الدستوري *la legitime de la justice constitutionnelles* والفصل بين السلطات *la séparation des pouvoirs* وطبيعة تفسير الدستور *la nature de l'interprétation de la Constitution*

وتركزت الحجج الخاصة بهم على أخطار التفسير الخلاق الذي يسمح بالتفسير التطوري، ففي الصفحات السابقة من البحث كان النقاش حول مفهوم الأصالة *l'originalisme*، وهل يمكن أن تطبق على المدى البعيد، كذلك مذهب تفسير

¹ في هذا النطاق راجع بالتفصيل:

Richard A. POSNER, *The Supreme Court, 2004, Term, A Political Court*, Harvard Law Review, Vol. 119, 2005, p. 99.

² G. ZAGREBELSKY, *op.cit.*, 134.

³ *Ibid*, p. 137.

الدستور المرتبط بمعنى النص وقت سنه textualisme ، أو التفسير بحسب نية
المشرع، وما يقصده intentionnlisme ولكن رأي الباحث هو ضرورة انفتاح الاجتهادات القضائية على أحكام أجنبية مختلفة،
وتقاطعات متقابلة، ويقصد بها التطور والاجتهاد لاستخدام أفكار قانونية جديدة، مع
ملاحظة أنه قد تكون تلك الأفكار الجديدة هي أفكار، ومبادئ تعسفية بالنسبة للدساتير
الوطنية المختلفة.

وهي ضرورة مفترضة في الوضع الحالي للدستور، وهو الأساس الحالي لعولمة
القانون وظاهرة مميزة للواقع الذي نعيشه¹.
والسؤال هو هل المحاكم الدستورية تستطيع الاستشهاد باجتهادات محاكم أخرى في
دول أخرى؟

تم عرض من قبل مثال هام جداً وهو حكم المحكمة الدستورية بدولة "جنوب أفريقيا"،
التي حكمت بعدم دستورية عقوبة الإعدام عام 1995²؛ لأنها تتعارض مع الحق في
الحياة، والحق في الكرامة الإنسانية، وفي تسبب الحكم ذكرت المحكمة أنها يمكن أن
تلجأ، وتستهدي بالقوانين الأجنبية، والسوابق القضائية الأجنبية دون أن تلتزم بها.
وقد استعانت المحكمة بالتاريخ التشريعي للنصوص الدستورية، والتقارير الصادرة عن
وزارة العدل، وقواعد ومبادئ القانون الدولي والأجنبي، وذلك عند تفسير الدستور
الوطني الداخلي لديها.

وبالنسبة للمحاكم الفرنسية فقد استعانت بالقوانين الأجنبية، وغالبًا ما تظهر الإشارات
الدالة على الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية في تقارير مفوض الدولة في
الدعوى المنظورة أمام مجلس الدولة الفرنسي، يذكر القاضي (R. ERRERA) أن
هناك استئناس بالقوانين، والأحكام القضائية الأجنبية، خاصة في قضايا تسليم المجرمين
والحقوق والحريات المدنية³.

ومن القضايا الفرنسي التي استعانت بأحكام قضائية أجنبية، قضية (أم) أرغمتها
المستشفى الحكومي على عدم إجهاض الأم لجنين مريض، ووُلد بعد ذلك مصاب
بمتلازمة داون، وانتهى حكم مجلس الدولة الفرنسي إلى ثبوت ركن الخطأ من جانب
المستشفى الحكومي، وتعويض الأم، وقد استند تقرير مفوض الدولة بعدة سوابق
قضائية أمريكية، وبريطانية تتعلق بالحق في الحياة والإجهاض⁴.

¹ S.CASSESE, Universalita del diritto , Un Suor orsola Benincasa ,
Editoriale Scientifica, Naples, 2005.

² S v. Makwanyane and another, (CCT 94/3)1995.

د. محمد عبد العال، مرجع سابق، ص. 102.

³ R. ERRERA, The Use of Comparative Law Before the French
Administrative Courts, in Guy GANIVET ET AL., Comparative Law before
the courts, 2004, p. 156.

⁴ C.E., Section du 14 février 1997, n° 133238, publié au Recueil Lebon ; Voir
aussi : C.E, Assemble, du 21 Décembre 1990, n° 111417, publié au Recueil
Lebon.

وقد استعانت المحكمة الدستورية الإيطالية بالقوانين الأجنبية على سبيل الاستئناس، وليس على سبيل الإلزام، فقد استشهدت المحكمة الدستورية الإيطالية بالعديد من أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وأحكام محكمة العدل الدولية، بالرغم من أن المادة 118 من قانون الإجراءات المدنية والأحكام الانتقالية الإيطالي قد حظرت الاستشهاد بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية¹. وصفوة القول، أن استعانة المحاكم الدستورية والعليا الوطنية بالأحكام الصادرة عن نظيراتها الأجنبية، يؤكد أن تلك الاستعانة لم تعد أداة من شأنها المساعدة في الوصول لأحكام قضائية متسقة مع المنطق القانوني السليم، ومبادئ الديمقراطية، والأعراف الدولية فحسب، بل من شأنه خلق ما يسمى بالمنظومة الدستورية العالمية²، و في رأي فقهي آخر، أن المسائل الدستورية لم تعد امتيازًا حصريًا خاضعًا للنظام الداخلي للدولة، بل أصبحت مفهومًا ومعياريًا عالميًا³. وخلاصة القول أن التعددية، والانفتاح هو الحل بشرط الاعتدال، والاعتراف، والاحترام، والحوار المتبادل، وضمان وجود تلك المبادئ هو الواجب الأساسي للمحاكم الدستورية في أي جزء من هذا العالم.

¹ في شرح وتفصيل ذلك: د. محمد عبد العال، مرجع سابق، ص. 149؛

G.F. FERRARI, The Italian Constitutional Court and comparative law: A premise law, 1 Com L. REV, 2010.

² G. HALAMI, The Use of Foreign law in Constitutional Interpretation, The Oxford Handbook of Comparative constitutional law, 2012, p. 1329.

نقلًا عن: د. محمد عبدالعال إبراهيم، مرجع سابق، ص. 24 وما بعدها.

³ A-M. SLAUGHTER, A new world order, 2004, p. 65-103.

لمزيد من التفصيل: راجع: د. محمد عبد العال، مرجع سابق، ص. 25.

الخاتمة

الدستور الحي هو محاولة لتفسير التشويه الحاصل بين النص الدستوري، والواقع الدستوري. فهو مجرد امتداد للدستور المكتوب، يأتي لتكملته، وتلافي عيوب صياغته، واستخدام الدستور الحي هنا يأتي دوره معبراً عن إجراء عملية توافق مع الزمن دون أي تدخل بتعديل دستوري، فهو فعل حي متطور، وفق تطورات رسمية (تعديلات ومراجعات)، وتطورات غير رسمية، كالأحكام الصادرة من القضاء، واختلاف العادات والتقاليد، وتطورها عبر الزمن.

وهناك رافضون لتطبيق الدستور الحي، كالأصوليون الذين استخدموا الموضوعية عند الرقابة، والبحث في المعنى الأصلي لنص الدستور بقولهم أن غياب كل القيود على عملية التفسير تجعل من الدستور نص سهل شفاف يمكن أن يُمس، كذلك ترك كل الحرية للمفسرين أن يفعلوا ما يشاؤون في النص الأساسي ويفسرونه طبقاً لأهوائهم. ويؤدي لما يسمى بانتهاك الدستور أما المؤيدون لنظرية الدستور الحي، فيطرحون وجهة نظر مفادها: حتمية وجود الأرضية المشتركة Common Ground بين الأجيال السابقة والجيل الحالي، كما يجب أن يكون هناك تطور لمعنى الدستور مع تطور المتغيرات الاجتماعية، والاقتصادية والسياسية. وخلصوا في النهاية لوجود الدستور الحي وحتمية التعايش معه.

وبهذا، ومن خلال فصول ثلاث، انتهينا من عرض ملامح عن نظرية الدستور الحي وتطوره "بالولايات المتحدة الأمريكية" و"إيطاليا" مع طرح ومناقشة العديد من القضايا التطبيقية التي عرضت على المحاكم العليا واتخذت في شأنها تطبيق الدستور الحي والتعايش معه.

النتائج:

- 1- لا تؤمن "الولايات المتحدة الأمريكية" بتعديل الدستور المكتوب وفق الإجراءات المعتادة، رغم النص عليها بالدستور الأمريكي، وتؤمن بتطبيق الدستور الحي.
- 2- قامت "الولايات المتحدة الأمريكية" بالتوفيق بين الدستور المكتوب والدستور الحي مع علوية الدستور المكتوب. على العكس من "إيطاليا" التي طبقت الدستور الحي وقلصت من النص الدستوري المكتوب وأدى ذلك إلى إضعاف النظام القانوني بالدولة وإضعاف الأمن القانوني بها.
- 3- أهمية تجنب الوثنية الدستورية وتطبيق مبدأ الأمانة الدستورية والشرعية حتى يعيش الدستور الحي ويتطور.
- 4- أهمية أن يكون القضاء الوطني عالمياً وليس انعزالياً لتحقيق أقصى درجات العدالة والديمقراطية.

التوصيات: يوصي الباحث:

- 1- نظرية الدستور الحي جديرة بالتمعن فيها؛ لأنها تفتح أسلوباً جديداً من تطبيق الممارسات السياسية والسلطات القضائية والأحزاب، للدستور المكتوب.

- 2- النظر بعين الاهتمام والتطبيق لنظرية الدستور الحي خاصة أمام القضاء المصري.
- 3- تدويل الدساتير الوطنية وعالميتها.

المراجع

أولاً: المراجع الأجنبية:

- 1- A WINKLER, " A Revolution Too Soon: Woman Suffragists and The "Living Constitution", New York University Law Review, Volume 76, n 5, November, 2001.
- 2- A. SACALIA, Pew FORUM, University of Chicago Divinity School, Session Three: Religion, Politics, and the Death Penalty, 2002.
- 3- A. VLACHOIANNIS, La living Constitution : les juges de la Cour suprême des États-Unis et la constitution, préface O. BEAUD, Paris, classiques Garnier, 2014.
- 4- Aharon BARAK, Comparative Law, originalism and the role of a Judge in a Democracy: A Reply to Justice Scalia, Fulbright Convention du 29 Janvier 2006. Approaches Constitutional Interpretations: A Brief Survey, LexisNexis School Publishing 2014, pp: 29, 39
- 5- B. LINKERMANN, A living constitution: Rolling Dice and The Death Of The Right To Life", The Western Australian Jurist, Vol 6.
- 6- C. SEVERINO, La doctrine du droit vivant, Paris, Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 2003.
- 7- Catherin EASTON, Course Notes- The English legal system, First edition 2012, Hodder education.
- 8- Catherine ELLIOT & Frances Quinn, English legal system, Pearson, 2021.
- 9- D. ROUSSEAU, art. « Constitution », dans O. DUHAMEL et Y. MENY, Dictionnaire constitutionnel, Paris, PUF, 1992.
- 10- D.M. AMANN, " Raise the flag and Let it Talk ", One The Use of External Norms in the Constitutional Decision Making, dans I – Con, 2004.
- 11- E. PATTARO, « Interprétation, systématisation et science juridique », in Interprétation et droit, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- 12- H. FINER, Theory and Practice of Modern Government, 1954.

13- H -L, McBAIN,"The Living Constitution. A Consideration of the Realities and Legends of Our Fundamental Law" The MacMillan Company, New York. 1927.

<https://juspoliticum.com/article/Constitutional-Interpretation-and-Change-in-the-United-States-The-Official-and-the-Unofficial-1088.html>

14- I. FASSASSI, La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis. Etude critique de l'argument contre majoritaire, Paris : Dalloz, 2017.

15- Ivan M. STONE, "The Living Constitution," Indiana Law Journal: 1928, Vol. 3: Iss. 6, Article 5.

16- J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Montchrestien, 25^e éd., 2011.

17- J. SCHONLAU, La normalité de la politique constitutionnelle. Analyse de la rédaction de la Charte européenne des droits fondamentaux, *ARP*, n° 49, 2005.

18- J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

19- J.W. NOWLIN, Supreme Arrogation, The Constitution is too Important to leave to judges, 17 May 2010.

20- Jack M. BALKIN, Le constitutionnalisme américain. Au-delà de la constitution des origines et de la constitution vivante, Paris, Dalloz, 2016.

21- Jack.M. BALKIN, Constitutional Interpretation and Change in the United States: The Official and the Unofficial, *Jus politicum* 19- Janvier 2018, N4 °, Constitutionnalisme global.

22- K.E. WHITTINGTON, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, University Press of Kansas, 1999.

23- L. Fontaine, « La violation de la constitution : autopsie d'un crime qui n'a jamais été commis », *Revue du droit public*, 2014.

- 24- M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, Th., Paris, LGDJ, 2013.
- 25- M. POLIDORI, *La Notion de constitution vivante sous l'angle du constitutionalisme italien contemporain*, *Civitas Europa*, 2014,1, n° 32PH. ARDANT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 2003.
- 26- M. ROSENFEID, *Constitutional Adjudication in Europe and The United States: Paradoxes and contrasts*, Oxford University press and New York University school of law, 2004, Volume 2, number 4.
- 27- M. TUSHNET, « L'état actuel des études juridiques critiques aux Etats-Unis », *APD*, n° 44, 2000.
- 28- O. DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992.
- 29- O'NEILL, *Originalism in American Law and Politics. A constitutional history*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2005.
- 30- P. CALAMANDREI, « *La Costituzione inattuata* », *L'Attualità*, n° 9, maggio 1956
- 31- PH. ARDANT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 2003.
- 32- R. BELLAMY, *Political Constitutionalism.' A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- 33- R. BERGER, *V. Congress, The Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1969.
- 34- R. BORK, *The Tempting of America*, 1990.
- 35- R. BRONAUGH, Peter BARTON, *The Idea of Living Constitution*, 16 can, *J.I&JURIS*, 2003.
- 36- R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.
- 37- R. DWORKIN., *Justice pour les hérissons. La vérité des valeurs*, Paris, Labor et Fides, 2015.
- 38- R. GINSBERG, *Looking eyound Our Borders: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional*

Adjudication, Remarks for the American Constitution Society, 2 Aug 2003.

39- R. POST et R. SIEGEL, « Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution », *Fordham Law Review*, 2006, vol. 75, n° 2, 2006.

40- R. POUND, "Mechanical Jurisprudence, *Columbia Law Review*, vol. 8, N. 8, 1908.

41- Richard A. POSNER, *The Supreme Court, 2004, Term, A Political Court*, *Harvard Law Review*, Vol. 119, 2005.

42- S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni delle Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004.

43- S. GALEOTTI, *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione. La concezione garantistica del capo dello Stato negli scritti dell'autore dal 1949 ad oggi*, Giuffrè, Milano, 1992.

44- S.CASSESE, *Universalita del diritto*, Un Suor orsola Benincasa, Editoriale Scientifica, Naples, 2005.

45- Saul K. PADOVER, *The Living U.S. Constitution*, a Mentor Book, New American Library, 1995

46- Stephen ROSS, Helen IRVING, Heinz KLUG, *Comparative Constitutional Law: A Contextual Approach, Approaches Constitutional Interpretations: A Brief Survey*, LexisNexis School Publishing, 2014.

47- Th. CARRE, « Sur le néo-républicanisme et la science de l'histoire constitutionnelle », *Jus Politicum*, juin 2015, n° 14, disponible en ligne à l'adresse : <http://juspolicum.com/article/Sur-le-neo-republicanisme-et-la-science-de-l-histoire-constitutionnelle-1005.html>

48- Th. CARRERE, *La démocratie constitutionnelle à l'épreuve du républicanisme. Sur la dualité philosophique du constitutionnalisme moderne*, Thèse de droit public, Université de Montpellier, 2017.

ثانياً: المراجع العربية:

1- المراجع العامة:

- 1- رمضان محمد بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، دار النهضة العربية، ط 1، 1996.
- 2- رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري، تطور الأنظمة المصرية، وتحليل النظام الدستوري، في ظل دستور 1971، 1999.
- 3- محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام، الجزء الأول، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1995.
- 4- محمد حسام لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، ط 6، 2008.
- 5- محمد حسنين عبدالعال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1992.

2 - المراجع المتخصصة:

أولاً: الكتب:

- 1- أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين- في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية، 1960.
- 2- جورج شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، ط3، دار النهضة العربية، 2005.
- 3- رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور- دراسة في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، ط 2، 2008.
- 4- سهم صادق عبد الحق، النظام القانوني الانجليزي، دار النهضة العلمية، الإمارات، 2024.
- 5- عبد الحفيظ الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2008.
- 6- عصام سليمان، دراسات في القضاء الدستوري- التفسير الدستوري، الكتاب السنوي المجلد 4، 2009-2010.
- 7- فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، دار النهضة العربية، 2011.
- 8- محمد باهي أبو يونس، الاختصاص الأصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية في النظام الدستوري الكويتي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008.
- 9- محمد عبد اللطيف، القانون الحي ورقابة الدستورية، دار الفكر والقانون، ط1، 2019.
- 10- محمد فوزي نوبجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط1، 2009.
- 11- ميادة عبد القادر، اختصاص المحكمة الدستورية بالطلب الأصلي بالتفسير، دار الجامعة الجديدة، 2020.

12- هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، ط 2، 1999.

ثانياً: الدوريات المتخصصة:

1- أحمد فتحي سرور، نظرات حول التفسير الدستوري في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدستورية، عدد خاص بمناسبة مرور 40 عام على إنشاء القضاء الدستوري، مارس 2007.

2- أحمد كمال أبو المجد، التاريخ الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 4، السنة 31، مطبعة جامعة القاهرة، 1961.

3- أحمد كمال أبو المجد، " السلطة التقديرية للمشرع هل تخضع للرقابة الدستورية؟ متى تعدل المحكمة الدستورية العليا عن قضاء سابق؟ "، مجلة الدستورية العدد الثاني، السنة الأولى، ابريل 2003.

4- اسلام شيحة، التفسير الدستوري للحقوق والحريات الأساسية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 1، 2016.

5- محمد عبدالعال إبراهيم، القانون الأجنبي كمصدر من مصادر التفسير الدستوري – دراسة مقارنة في استعانة المحاكم الدستورية بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، المجلد 2022، العدد 1.

6- محمد عماد النجار، الاختصاص بتفسير أحكام الدستور، مجلة الدستورية الصادرة من المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 29، عدد الكتروني.

7- وليد الشناوي، المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، إبريل 2017.

8- وليد الشناوي، دور مقدمات الدساتير في التفسير الدستوري- دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 53، 2013.

ثالثاً: رسائل الدكتوراة:

1- حسام فرحات أبو يوسف، الحماية الدستورية للحق في المساواة- دراسة مقارنة بين النظامين الدستوريين المصري والأمريكي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2004.