الحقوق والحريات الدستورية الضمنية ووسائل اثباتها (الدستور العراقي (نموذجاً)

Implicit constitutional rights and liberties and means to prove it (Iraqi constitution is a model)

م.م. شميم مزهر راضي
الجامعة التقنية الوسطى ـ معهد أعداد المدربين التقنيين
.assistant teacher. Shamim Mezher Radhi
Middle Technical University / Institute for the preparation of technical trainers

المستخلص

تنطوي الدساتير على الحقوق والحريات وفقا لما سنه المشرع الدستوري في نصوص صريحة، إلا أن هنالك حقوقا وحريات لم يرد النص عليها صراحة ضمن الوثيقة الدستورية لترد بصورة ضمنية –غير صريحة– اذ توارت وراء حجاب النصوص الدستورية، لذا يقوم القضاء الدستوري بالكشف عن هذه الحقوق والحريات المتفرعة عن الحقوق المكرسة بالوثيقة الدستورية من خلال وسائل (قضائية) لأثبات وجود هذه الحقوق والحريات لغرض تمكين الافراد من الحصول على جميع الحقوق التي تستحق لهم، تناولنا في هذا البحث الحقوق والحريات الضمنية ووسائل اثبات وجودها .

Abstract

Constitutions involved rights and liberties according to what the constitutional legislator enacted in explicit reference, but there are rights and liberties did not respond expressly with in constitutional document.to reply implicitly - not explicit - as they are hideaway behind the veil of constitutional reference , Therefore, the constitutional judiciary reveals ensuring branching rights and liberties constructional .by document through (judicial) means to prove the existence of these rights and liberties for the purpose of intending to enable individuals to getting all the rights that deserve them , we dealt with this research implicit rights and liberties and the means to proof the existence.

المقدمة

تحتل حقوق الإنسان وحرياته الأساسية مكانتها ضمن النصوص الدستورية، والتي كرست بنصوص صريحة لتشكل الوثيقة الدستورية بمجموعها مع بقية النصوص التي تتعلق بنظام الحكم وصلاحيات سلطات الدولة يصوغها المشرع الدستوري بصورة عامة ومجردة تنئ بها عن الإسهاب والتفصيل، وهذا ينعكس بدوره على حقوق الانسان وحرياته الواردة في الدستور، حيث يكفل المشرع الدستوري هذه الحقوق والحريات على سبيل المثال لا الحصر ، ذلك أن حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في حالة ديناميكية، فهي متطورة ومتجددة، عبر الزمان والمكان، تحكمها حاجة الانسان الى حقوق مستحدثة بسبب المستجدات التي طرأت على حياة الانسان من عدة نواحي قد تكون اجتماعية وثقافية واقتصادية والسياسية وايضا بيئية قد تحصل في مرحلة لاحقة لنفاذ الوثيقة الدستورية[1] لذا فأن حقوق الانسان وحرياته التي وردت في الدستور بصورة صريحة ليست هي فقط من يحق للإفراد ممارستها أو التمتع بها انما تستند تلك الحقوق والحريات إلى إرادة المشرع الدستوري، وهذه الإرادة تارة تكون صريحة جلية، واخرى ضمنية، وفي كلتي الحالتين تكون تعبيرا عن الإرادة العامة للشعب أو الأمة .

اولا: أهمية البحث

أن موضوع حقوق الانسان وحرياته الدستورية الضمنية ووسائل اثباتها له أهمية بالغة من الناحيتين النظرية والعملية، فمن حيث الوجهة النظرية فأن أهمية هذا الموضوع تكمن في كيفية إثبات وجود حقوق وحريات تكفلها الدستور ضمنًا دون أن ينص عليها صراحة ووسائل اثباتها، أما بالنسبة للناحية العملية فتبرز أهمية البحث في كيفية تمتع الأفراد بهذه الحقوق والحريات التي لم ترد بصورة غير صريحة في الدستور، وماهي وسائل اثباتها، وقيمتها القانونية بالنسبة للحقوق التي وردت بصورة صريحة.

(١) نجد أن حقوق وحرياته الانسان في حالة متجددة ومتطورة نتيجة عوامل عدة فرضت نفسها بسبب التغيرات المستمرة التي طرأت على الاوضاع الاجتماعية والثقافية والسياسية التي القت بضلالها على الواقع الانساني محدثة احتياجات جديدة للأفراد مولدة حقوقا وحريات فرضت وجودها بين الحقوق والحريات التي المكرسة ...كما نجد كذلك تأثير على الحقوق كذلك نتيجة التغيرات التي طرأت على البيئة نتيجة التلوث البيئي العابر للقارات؛ لذا أضافت الامم المتحدة العديد من حقوق الانسان من خلال الاعلانات الدولية الصادرة من الامم المتحدة وقرارات الجمعية العامة لم تكن موجودة مسبقا وقت توثيق تلكم الحقوق والحريات في الاتفاقيات والاعلانات الدولية المقرة من قبل الامم المتحدة؛ وهذا ما نلاحظه عند النظر الى الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر عام ١٩٤٨ والاعلانات واتفاقات الدولية تخص حقوق الانسان (العهدين الدوليين لحقوق الانسان لعام ١٩٦٦ ، اتفاقية حقوق الطفل ، ...) على مدى السنوات القادمة اذ تناولت حقوق لم ترد بداية في الاعلان العالمي لكن بمقتضى التطور الانساني والاجتماعي ومسايرة الحاجات الانسانية تم تناول حقوق الانسان وحرياته مسايرة المجتمعات الانسانية للتطور الانساني والاجتماعي على مستوى إقرار حقوق لفئات معينة همشت حقوقها أو وردت بعض حقوقهم ضمنا خلال تناول الحقوق والحريات، ولغرض حفظ حقوق هذه الفئات من المجتمع أقرت لها الاتفاقيات الدولية ومن امثلة تلك الحقوق اقرار اتفاقيات حقوق الاشخاص ذوي الاعاقة حيث لم يرد في الاعلان العالمي الاشارة الصريحة لحقوق الاشخاص ذوي الاعاقة .

ثانيا: مشكلة البحث :

تتمثل إشكالية البحث في التساؤلات الآتية:

هل توجد حقوق وحريات دستورية لم ينص عليها المشرع صراحة ضمن الدستور، ويستطيع الأفراد ممارستها أو التمتع بها؟

ماهي وسائل اثبات وجود الحقوق والحريات الضمنية ؟

ثالثا: فرضية البحث:

ينطلق البحث من فرضية مفادها أن الحقوق والحريات الواردة في الدساتير ليست على وجه الحصر، بل هي على سبيل المثال، علاوة على أن هناك حقوقا وحريات أخرى لم تنص عليها الدساتير بصورة صريحة؛ وهي قد تستند على أسس دستورية ويكشف عنها القضاء الدستوري، وإن هذه الحقوق والحريات ما هي الا تعبير عن الإرادة الضمنية للمشرع الدستوري.

رابعا : منهجية البحث:

تم اتباع المنهج التحليلي في عرضنا لموضوع البحث حيث نعرض احكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق واحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر لبيان دور القاضي الدستور في اثبات وجود الحقوق والحريات الدستورية من خلال الاحكام القضائية.

المبحث الأول
مفهوم الحقوق والحريات الدستورية الضمنية

تنظم الدساتير عادة الحقوق والحريات العامة صراحة بموجب نصوص دستورية تمتاز بالاقتضاب والايجاز[٢]، تتم صياغة النصوص الدستورية من قبل المشرع الدستوري؛ أن الصياغة الدستورية عن سائر الصياغات التشريعية الأخرى لتكون نصوصها عامة تعالج موضوع معين دون الخوض في تفرعاته؛ لذلك فأن المشرع الدستوري يحرص أن يتضمن الدستور قدرا كبيرا من المعاني بعدد قليل من المباني دون الخوض في المضامين[٣]، ومن ضمن النصوص الدستورية التي تكون في صلب الوثيقة الدستورية الحقوق والحريات وفي كثير من الأحيان يصرح المشرع الدستوري في النصوص الدستورية بأن الحقوق والحريات الواردة فيه هي مثالا وليست حصرا وتقييدا، أو قد ترد الإشارة إليها عند صياغته لها في الدستور ويطلق على تلك الحقوق والحريات التي لم ترد في النصوص المكرسة ب» الحقوق والحريات الضمنية» أي الحقوق المتفرعة من الحقوق والحريات المنظمة من قبل المشرع بنصوص مكرسة في الوثيقة الدستورية، ولغرض الكشف عن هذه الحقوق والحريات قد تتباين موقف القضاء الدستوري بين النصوص ذات الصياغة الجامدة والمرنة [٤] لذا فأن هنالك مبررات للكشف عن الحقوق والحريات الضمنية التي لم ترد صراحة في الوثيقة الدستورية وعليه فإننا سوف نتناول الموضوع بالمطلبين الآتيين في المطلب الاول نبين الحقوق والحريات الضمنية وفي المطلب الثاني مبررات الكشف عن الحقوق والحريات الضمنية الدستورية .

المطلب الأول: تعريف الحقوق والحريات الضمنية

أن الحقوق والحريات الضمنية هي الحقوق التي لم يكرسها المشرع الدستوري صراحة في الدستور بنصوص مكتوبة في الوثيقة الدستورية، ومن اجل ذلك فأن هذه الحقوق والحريات تستقى من الارادة الضمنية للمشرع، ولغرض ايضاح معنى الحقوق والحريات الدستورية الضمنية لابد من تعريفها لغة واصطلاحا لذا سوف نتناول في هذا المطلب تعريف الحقوق والحريات الضمنية في الفرع الاول، وفي الفرع الثاني التعريف الاصطلاحي للحقوق والحريات الضمنية.

الفرع الأول : التعريف اللغوي للحقوق والحريات الضمنية

يتطلب تعريف الحقوق و الحريات الضمنية بيان معنى «الحق» و»الحرية» لغة واصطلاحا نتناولها بالاتي:

اولا: الحق لغة: « وورد في لسان العرب لابن منظور «حقوق» مفردها حق وهو نقيض الباطل[٥]، الحق» لغة على أنه الوجوب والأمر الثبات الذي لا يمكن إنكاره،

(٢) حسن مصطفى البحري ، القانوني الدستوري والنظم السياسية ، مطابع جامعة الشام، الجمهورية العربية السورية، ط١، ٢٠٢٠، ص ١ .

(٣) مصدق عادل طالب ، الصياغة الدستورية ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٧، ص ٢٦.

(٤) حسن مصطفى البحري ، المصدر السابق ، ص ١٢٠-١٢١.

(٥) «الحق» كما ورد أن الحق نقيض الباطل، فتقول حق الشيء يحق حقا، معناه : وجب يجب وجوبا، وتقول: يحق عليك=

والعدل ونقيض الباطل ويجمع «حقاق» أو « حقوق»، والحق أسم من أسماء الله تعالى وقيل من صفاته [٦]،ويأتي الحق بمعنى اليقين، وكلمة الحق عند الفقهاء تطلق على العديد من الامور؛ منها الحقوق العامة والحقوق المالية.... ، ورد الحق في القران الكريم في سورة يونس { فذلكم الله ربكم الحق فماذا بعد الحق الا الضلال فأنا تعرفون} [٧] , كذلك ورد الحق في سورة الانفال { ليحق الحق ويبطل الباطل ولو كره المجرمون}[٨]، أما الحق اصطلاحا [٩] الحق ما يقره القانون للأشخاص سواء أكان حكم بموجب القانون بتكليف مالي أو غير مالي، أو سلطة يمنحها القانون لشخص يمتع بالإرادة عرف الحق بأنه « رابطة قانونية يخول بمقتضاها القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستئثار التسلط على شيء، أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر» [١٠] .

ثانيا: الحرية لغة واصطلاحا: الحريات مفردها «حرية « الحرية لغة هي من المصدر «حر» والجمع منه حرائر والاسم حرية وحرره أعتقه والحر نقيض العبد والحر الفعل الحسن وتدور معاني الحرية في اللغة حول معنى التحرر من القيود والعبودية[١١] وتأتي بمعنى الترخيص أو الرخصة كحرية الراي؛ فهي متاحة لكافة أفراد المجتمع ويحميها الدستور، ورد مصطلح الحرية في اعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر ١٧٨٩ على أنه « الحرية هي أن يمارس الفرد كل ما يحلو له شريطة ألا يكون في ذلك ضُرر للآخرين « [١٢]، كما تم تعريف الحرية قانونا « قدرة الأفراد على ممارسة الأنشطة التي يريدونها دون أن يخضعوا للقوانين التي تنظم المجتمع» [١٣] .

أما مفهوم الحرية اصطلاحا الحرية اصطلاحا فقد تعددت تعاريفه واختلفت منها الحرية في معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية « القدرة على الاختيار بين عدة أشياء أي حرية التصرف والعيش والسلوك توجيه الإرادة العاقلة دون الإضرار بالغير أو دون الخضوع لأي ضغط إلا ما فرضته القوانين العادلة الضرورية وواجبات الحياة

=أن تفعل كذا وكذا، وانت حقيق عليك كذا وكذا ، وحقيق علي أن أفعله مما سبق يتبين لنا أن الحق في اللغة هو الأمر الثابت على نحو الوجوب والذي لا سبيل لإنكاره ينظر : أبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، تهذيب اللغة، الجزء الثالث –باب الحاء، الطبعة الاولى ، بيروت، دار الكتب العلمية،٢٠٠٤ ، ص٥ .

(٦) محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ، مصر ، ص٢٢٨ . كذلك ينظر د. علي يوسف الشكري ، حقوق الإنسان بين النص والتطبيق، ط١ ، عمان ، دار صفاء للنشر، ٢٠١١ ، ص١٧.

(٧) سورة يونس – الآية (٣٢) .

(٨) سورة الانفال– الآية (٧) .

(٩) لقد تعددت وتباينت الاتجاهات الفقهية في وضعها تعريفا جامعا ومانعا للحق حيث يبدو من الصعوبة بمكان وضع تعريف جامع مانع للحق ، إلا أن ذلك لم يمنع الفقهاء من محاولة إيجاد تعريف للحق، فقد عرفه البعض بأنه (الاستئثار الذي يقره القانون لشخص من الأشخاص ، ويكون له بمقتضاه أما التسلط على شيء معين، أو اقتضاء أداء من شخص معين) ينظر . حسن كيره ،المدخل الى القانون ،الاسكندرية : منشاة المعارف، ص ٤٤١.

(١٠) حسن كيره ،المصدر السابق،ص٤٤١ .

(١١) ينظر لسان العرب ، مادة حرر، للأمام العلامة أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ، دار صادر ، بيروت ، ط١، حرف ح.

(١٢) المادة (٤) من اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩.

(13) Andres Bragyova , « Freedom and Permission ; The Constitutional Concepts of the Individual», jester , Retrieved 2022-2-4 , Edited .

الاجتماعية«[١٤].

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للحقوق والحريات الضمنية

يقصد بالحقوق الضمنية هي الحقوق المتفرغة من الحقوق المنصوص عليها صراحة بالدستور ومن خلال بحثنا في مجال الحقوق الضمنية لم نجد تعريف للحقوق الحريات الضمنية الا اننا يمكن أن نعرف الحقوق والحريات الضمنية « بانها تلك الحقوق والحريات التي لم ينص عليها صراحة في الوثائق الدولية ولم يتم تكريسها في الوثائق الدستورية يستخلصها القضاء الدستوري من الحقوق والحريات المكرسة في الدستور ،ليكشف ما تتضمنه من حقوق وحريات ضمنية من خلال الاحكام القضائية « ، وعليه أن الحقوق و الحريات الضمنية هي الحقوق المتفرعة من الحقوق المكرسة بالنصوص الدستورية ولم ترد صراحة بالاتفاقيات الدولية والنصوص الدستورية ويتم استخلصها من الحقوق والحريات المكرسة بالوثيقة الدستورية من قبل القضاء أن يتولى القضاء الدستوري تحديد مضامين هذه الحقوق والحريات من خلال الكشف عن ارادة المشرع الدستوري ، لأثبات وجود هذه الحقوق لغرض تمكين الافراد من الحصول على جميع الحقوق التي تستحق لهم.

المطلب الثاني: وسائل الكشف عن الحقوق والحريات الضمنية الدستورية

قد يتبارد للذهن ماهي المبررات التي يستند إليها القضاء الدستوري في الكشف عن الحقوق والحريات غير الصريحة في الدستور ومن خلال النظر في النصوص الدستورية نجد أن الصياغة الدستورية والتي قد تكون لا تواكب التطور المضطرد للحقوق والحريات تكون مبرر للقاضي الدستوري لاستنباط تلك الحقوق والحريات؛ ان النص الدستوري قد يعجز عن مواكبة التطورات المستمرة في الواقع والحياة الانسانية وبذلك لا يحقق الغاية من وراء سنه ولغرض تعديل تلك النصوص او الاضافة لها قد تقف اجراءات تعديل الدستور التي تتسم بالصعوبة وخاصة الدساتير الجامدة[١٥] أمام تكريس الحقوق والحريات التي لم ترد من ضمن النصوص الدستورية؛ وبذلك يلجا القضاء الدستوري لاستنباط تلك الحقوق والحريات من النصوص المكرسة في الدستور مما يجعل للقضاء الدستوري الدور البارز في الكشف عن الحقوق والحريات الضمنية نتناول في هذا المطلب الصياغة الدستورية في الفرع الاول ، وفي الفرع الثاني مسايرة التطور المطرد للحقوق والحريات .

الفرع الأول: الصياغة الدستورية

يقصد بالصياغة تهيئة القواعد القانونية وبناؤها على هيئة مخصوصة وفقا لقواعد

(١٤) معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية ، د. زكي أحمد بدوي ، مكتبة لبنان ، ١٩٨٦، ص ١٦٨.

(١٥) أن الدستور يوصف بالجمود أذا كانت إجراءات تعديله مغايرة للإجراءات التي يتم عن طريقها تعديل القوانين العادية وذلك لحماية النصوص الدستورية من التغييرات المستمرة ولضمان قدر من الثبات والاستقرار له ولتعزيز المكاسب السياسية التي حققتها الدولة للحصول على الاستقرار في النظام السياسي ينظر –نعمان احمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ،١٩٩٣، ص ١٢٩.

مضبوطة وذلك تلبية لحاجة تستدعي التنظيم من خلال تحويل القيم والمبادئ والمثل العليا في نصوص قانونية تمتاز بالدقة والوضوح عامة ومجردة تحقق مصالح عامة وخاصة للأفراد، أما الصياغة الدستورية مرحلة من المراحل التي يمر بها كتابة الدستور؛ ويتم خلالها نقل الافكار والمبادئ لوضعها في نصوص تعبر عن ارادة المشرع من خلال وضعها بالألفاظ المعبرة التي تكون بمجموعها النص الدستوري، ومما لاريب فيه أن الصياغة الدستورية تختلف عن صياغة التشريعات الأخرى، فهي تتسم بالعمومية والتجريد[١٦] بصورة أكبر عنها في هذه التشريعات، وهذا بدوره ينعكس على المواضيع التي ينظمها الدستور، ومنها الحقوق والحريات العامة تبعا لذلك، إضافة إلى ذلك فأن الصياغة الدستورية تتباين فيما بينها حسب طبيعة الموضوع الذي تتناوله بالتنظيم، فهي تعبر عن قيم وحقائق مختلفة ومتباينة، مما يعني صياغتها بأسلوب ولغة مناسبة تنسجم مع هذه المتغيرات، كما أنها يجب أن تكون النصوص الدستورية مكرسة لمصلحة محددة يرى المشرع الدستوري ضرورة حمايتها[١٧]، أن الصياغة للقاعدة الدستورية لا تثير مشاكل أن كانت شاملة للموضوعات التي يجب أن ينظمها من ناحية دقة اختيار الالفاظ والكلمات وبنائها في الجمل والعبارات، لتكون نصوصا عامة محددة موجزة دون اسهاب دون الخوض في التفاصيل، لكن قد تستجد تطورات على الواقع المعاصر تستوجب استيعابها بنصوص تنظمها وهنا يكون للقضاء الدستوري الدور البارز في تطوير الحقوق الدستورية[١٨].

الصياغة عموما سواء أكانت تشريعية أم دستورية تقسم إلى صياغة جامدة وصياغة مرنة، ويقصد بالصياغة الجامدة التعبير عن حكم القانون بألفاظ وعبارات لا تحتمل التقدير بحيث لا تترك للقائم على تطبيقها التأويل والتقدير[١٩] أما الصياغة المرنة لا تمتاز بصفة الثبات والتحديد، انما تعطيها مرونة ومجال للتقدير.

اولا: الصياغة الجامدة للنصوص الدستورية : قد يستخدم المشرع الدستوري أسلوب الصياغة الدستورية الجامدة عندما يتطلب الأمر وضع حدود وقيود صارمة لحماية حق من الحقوق، أو تأكيد فرض من الفروض، فقد يستخدم المشرع الدستوري أسلوب الكم بدل الكيف، أو يحدد مدد زمنية غير قابلة للتغيير أو التعديل قاصدا بذلك حماية الحق أو المصلحة محل التنظيم، ومن الامثلة على الصياغة الجامدة التي وردت في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥[٢٠] وحددت الحقوق بالنص نذكر منها على سبيل المثال:

(١٦) عواد حسين ياسين ، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص ، بدون طبعة ، المركز العربي ، القاهرة مصر ، ٢٠١٨، ٦٩.

(١٧) ادهم عبد الهادي ، الصياغات الدستورية للنصوص المحرمة للتعذيب ، مجلة الحقوق الجامعة المستنصرية ،(العدد الرابع), ٢٠١٢, ص ١٤٩.

(١٨) جعفر عبد السادة بهير الدراجي ، تعطيل الدستور (دراسة مقارنة) ، دار الحامد ، عمان ، ٢٠٠٨، ص ١٤٨ و ما بعدها . كذلك ينظر علي يوسف شكري ، التعديل القضائي للدستور ، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية ، العدد (٣) السنة (٤) ٢٠١٥، ص ١٨-١٩.

(١٩) عليوة مصطفى فتح الباب ، أصول سن وصياغة وتفسير التشريعات ، دراسة فقهية عملية مقارنة ، الجزء الاول ، مكتبة كوميت ، الكويت ، ٢٠٠٧، ٩٣٧.

(٢٠) وردت الصياغة الجامعة في النصوص التالية : المادة (٧٢/أولا) « تحدد ولاية رئيس الجمهورية بأربع سنوات ويجوز أعادة انتخابه ثانية فحسب ...» ؛ حيث جاء النص محدد وغير قابل للفرضيات حيث ورد تحديد مدة الولاية لرئاسة=

ما ورد في نص المادة (١٩/ ١٣) من الدستور بان يوجب عرض أوراق المتهم على قاضي التحقيق خلال مدة أربع وعشرين ساعة غير قابلة للتجديد إلا لمرة واحدة[٢١] .

كذلك ما ورد في نص المادة (١٥) من الدستور « لكل فردٍ الحق في الحياة والأمن والحرية، و لا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون، وبناءَ على قرار صادر من جهة قضائية مختصة « ويلاحظ غلى النص أن المشرع جاء بصياغة جامدة من خلال تحديد الجهة التي يجوز لها تقييد الحقوق بما لا يقبل التأويل كما ورد في « ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقا للقانون، وبناءً على قرار صادر من جهة قضائية مختصة « .

ثانيا: الصياغة المرنة للنصوص الدستورية : الصياغة الدستورية المرنة[٢٢] تستوعب صورا متعددة حسب الظروف التي تستجد وتترك هنا المجال للقاضي للاجتهاد وحرية التصرف لاستنباط الحقوق الضمنية من النص الاصلي بحسب الوقائع والظروف دون المساس بجوهر الحق وهنا أن مرونة النص الدستوري تفسح للقضاء بموجب السلطة التقديرية للقاضي من تفريع الحقوق من الحق الاصلي[٢٣]، أن المشرع الدستوري ينظم عادة الحقوق والحريات العامة بنصوص صريحة تعكس توجه سياسية الدولة نحو تنظيم حقوق وحريات الافراد، ولكن قد تطول قائمة تعداد وتفرعات هذه الحقوق والحريات، ألا أن أغلب الدساتير تنص على هذه الحقوق بصورة وجيزة ومختصرة، وفي كثير من الأحيان يصرح المشرع الدستوري بذلك بأن الحقوق والحريات الواردة فيه هي مثالا وليست حصرا وتقييدا، أو قد ترد الإشارة إليها عند صياغته لها في الدستور، وربما يكون القضاء الدستوري هو الآخر كاشفا عن هذه الحقوق عند ممارسته لاختصاصاته الدستورية ونظره في القضايا المعروضة عليه، نظرا لما تنماز به أحكامه من البتات و الإلزام لجميع السلطات، وقد يستخدم المشرع الدستوري أسلوبا مغايرا عند تنظيمه للمواضيع الدستورية قاصدا إضفاء المرونة على الدستور لحمايته من التعديلات أو مواكبة المستجدات والمتغيرات التي قد تطرأ مستقبلا، فيميل إلى استخدام أسلوب الصياغة المرنة بدل الجامدة [٢٤]، وهذا ما

=الجمهورية كما تم تحديد كيفية أعادة الانتخاب ،كذلك المادة (١٢٦/ أولا) « لرئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين أو لخمس (١/٥) أعضاء مجلس النواب، اقتراح تعديل الدستور ...» ، (١٢٦ / رابعا) لا يجوز إجراء أي تعديل على مواد الدستور، من شأنه أن ينتقص من صلاحيات الأقاليم التي لا تكون داخلة ضمن الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية إلا بموافقة السلطة التشريعية في الاقليم المعني وموافقة اغلبية سكانه باستفتاء عام « من خلال النظر في النص نرى أنه جاء بصياغة جامدة حيث حدد المشرع الدستوري صلاحية اقتراح تعديل الدستور وحصرها ب « رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين، أو خمس (١/٥) أعضاء مجلس النواب» ، كما منع النص اجراء أي تعديل على مواد الدستور المتعلقة بصلاحيات الاقاليم الا اذا تحقق شرطين هما «موافقة السلطة التشريعية في الاقليم المعني، وموافقة أغلبية سكانه باستفتاء عام»

(٢١) نصت المادة (١٩/ ١٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على:» تعرض اوراق التحقيق الابتدائي على القاضي المختص خلال مدة لا تتجاوز اربعا وعشرين ساعة من حين القبض على المتهم ولا يجوز تمديدها الا مرة واحدة وللمدة ذاتها».

(٢٢) أن الصياغة تكون مرنة اذا كان كل من الفرض والحكم في القاعدة (سواء اكانت قانونية ام دستورية) غير محدد بدقة في النص – ينظر فايز محمد حسين ، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه (دراسة في فلسفة القانون) ، دار المطبوعات الجامعية . الاسكندرية مصر، ٢٠١١، ص ٢٢٣.

(٢٣) راقية عبد الجبار علي ، دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية ، المجلة العربية للفقه والقضاء ، العدد ٤٦، ص ٦٦.

(٢٤) عبد القادر محمد ، الاحكام الدستورية المنظمة لاقتراح القوانين ، ط١، المركز العربي للإصدارات القانونية ، ٢٠١٦، ص – –١٦٢ – ١٦٣.

نلمسه عند تنظيمه للحقوق والحريات العامة فهو لا يوردها على سبيل الحصر والتحديد، بل يكتفي بوضع المعايير فقط دون الخوض في التفاصيل، وهو ما تتطلبه الصياغة الدستورية فعلا، فهي قد تلمح لها تلميحا أو تشير إليها إشارة من خلال صياغتها للأحكام التي تنظم هذه الحقوق، فقد يستخدم المشرع الدستوري أسلوب الصياغة العامة دون الخاصة، أو يصوغها بصياغة خاصة دون تقييد أو تحديد، مما قد يستدل منها على أن هناك حقوقا وحريات أخرى لم ترد صريحة، وبالتالي يجوز للأفراد التمتع بها حتى وإن لم ينص عليها الدستور جهرا، ومن الأمثلة على هذا النوع من الصياغة نجدها في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ نذكر منها الاتي :

– ما نص عليه المشرع الدستوري في ضمان حق العراقيين بالمشاركة في الشؤون العامة والتمتع بالحقوق السياسية بما فيها حق التصويت والترشيح والاستفتاء[٢٥]، ومن الواضح أن المشرع لم يحدد الحقوق السياسية تحديدا صارما أو جازما، بل أوردها على سبيل المثال، مما يعني أن هناك حقوقا سياسية أخرى يستطيع الأفراد ممارستها وإن لم يتم النص عليها، مثل الحق في مخاطبة السلطات العامة، وحق انتقاد الشخصيات العامة، باعتبارهما من صنو حق المشاركة في الشؤون العامة.

– ما ورد في نص المادة (٤/اولا) « اللغة العربية واللغة الكردية هما اللغتان الرسميتان للعراق، ويضمن حق العراقيين بتعليم أبنائهم باللغة كالتركمانية والسريانية والأرمنية، أو بأية لغة أخرى في المؤسسات التعليمية...» يلاحظ على النص عبارة «أو بأية لغة أخرى» فهي صياغة مرنة يمكن أن يندرج تحته لغات غير وردت في النص .

– كذلك كفالة المشرع الدستوري لحرية الاتصالات البريدية والبرقية والإلكترونية وغيرها التي وردت في نص المادة (٤٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على: «حرية الاتصالات والمراسلات البريدية، والبرقية والهاتفية والالكترونية وغيرها مكفولة، ولا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها، أو الكشف عنها، الا لضرورةٍ قانونيةٍ ،وأمنية، وبقرارٍ قضائي»، مما يعني أن هنالك وسائل لحرية الاتصالات قد تستحدث لاحقا أو مستقبلاً، فهي تحظى بنفس الحماية لحرية الاتصالات التي نص عليها الدستور صراحة.

– ومن الأمثلة كذلك ما نص عليه المشرع الدستوري من ضمان حرية التعبير عن الرأي بالوسائل كافة في نص المادة (٣٨/ اولا) من الدستور [٢٦]، فهو لم يقصر حرية التعبير عن الرأي بوسيلة محددة أو معينة، مراعاة منه لما قد يطرأ من تطور على وسائل التعبير عن الرأي مستقبلا، إضافة إلى ما تستلزمه متطلبات الصياغة الدستورية من عمومية وتجريد تنأى بها عن الإسهاب المفصل [٢٧].

– ما ورد في نص المادة (١٧/اولا) لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الاخرين، والآداب العامة؛ نجد أن العبارات في نهاية النص

(٢٥) تنظر المادة (٢٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٢٦) نصت المادة (٣٨/ أولا) على أن « تكفل الدولة وبما لا يخل بالنظام العام والآداب: اولًا: حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل».

(٢٧) علي هادي عطية، المستنير من تفسير الدساتير، منشورات دار زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠١٦، ص١٠٨.

« حقوق الاخرين والآداب العامة» حيث أن العبارة يمكن أن تشمل مستقبلا العديد من الحقوق التي لم ترد حاليا في الدستور كذلك أن الآداب العامة عبارة مرنة متغيرة حسب الافكار السائدة لفترة زمنية حيث تندرج تحت العبارة أمور اخلاقية واجتماعية وعادات وتقاليد فما نجده من الآداب العامة مسبقا قد تغيير بسبب اختلاف الانفتاح في المجتمع وتطور الانسانية .

نستنتج مما تقدم بالرغم من أن النص الجامد نص يمتاز بالثبات والوضوح حيث تم تحديد صياغة النص (الفرض والحكم)[٢٨] ولا يترك مجال للقضاء للتفسير وبذلك يقف النص الجامد حائلا أمام الكشف عن الحقوق والحريات الضمنية، أما النص المرن يمنح القضاء مواكبة النصوص الدستورية للتطورات المستجدة بما يطرأ من متغيرات في الافكار والمبادئ بما يجعله مواكبا للمستجدات التي تطرأ بسبب التغييرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في ظل جمود الوثيقة الدستورية وكل ذلك من شأنه أن ينشى حقوقا وحريات جديدة لم تنص عليها الوثيقة الدستورية لمواجهة القصور فالنص المرن له القدرة على النمو والتطور تبعا للظروف والقيم المجتمعية المتغيرة.

الفرع الثاني: مسايرة التطور المطرد للحقوق والحريات

ولدت فكرة حقوق الانسان معه وتطورت هذه الأفكار عبر التطور الذي عرفه الانسان منذ القدم عبر كل الفترات الزمنية حتى وصلت الى ما وصلت اليه اليوم بتكريس حقوق الانسان وحرياته في المواثيق الدولية والدستورية؛ أن حقوق الانسان وحرياته الحالية نشأة وتطورت بعد أن مرت عبر العصور السابقة ومرت بمراحل عديدة حتى تم اعتمادها بالشكل الحالي حيث تطورت حقوق الانسان وحرياته منذ ان انبثقت المواثيق الاولى لحقوق الانسان ولغاية اقرار الحقوق والحريات في الاتفاقات الدولية سواء على المستوى الوطني والدولي شهدت العديد من التطور والاضافات وهنا ما دعا بعض الباحثين لتقسيم حقوق الانسان على عدة اجيال [٢٩] التي تم تصنيفها حسب ظهورها زمنيا؛ فالناظر في الاعلانات والمواثيق الدولية يرى تطور حقوق الانسان وحرياته منذ اقرار الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨ ولحد الان نجد أن من الحقوق لم تكن موجودة مسبقا لتقر الامم المتحدة مؤخرا حقوقا حديثة لتساير الاوضاع الاجتماعية والبيئية والدولية بإضافة منها حق الانسان في العيش في بيئة نظيفة وسليمة وحرية الدين وحقوق التضامن، وحقوق الاشخاص ذوي الاعاقة[٣٠] .

(٢٨) عليوة مصطفى فتح الباب ، مصدر سابق، ٩٣.

(٢٩) تم تصنيف حقوق الانسان وحرياته حسب التطور التاريخي فالحقوق التي جسدها اعلان الحقوق والمواطن الفرنسي كالحق في الحياة والمساواة والامان والخصوصية بحقوق الجيل الاول ، اما الحقوق الاقتصادية والاجتماعية بحقوق الجيل الثاني ، أما الحقوق التي تناولت التضامن والتنمية المستدامة والحقوق البيئية سميت بحقوق الجيل الثالث ينظر محمد سعيد مجذوب ، النظرية العامة لحقوق الانسان ، المؤسسة الحديثة للكتاب ،٢٠١٤، ص ٩- ٢٢.

(٣٠) ترجع نشأة حقوق الانسان الى الحضارات القديمة التي شكلت الاساس لانبثاق حقوق الانسان كانت اقدم وثيقة تخص حقوق الانسان في العراق في الحضارة البابلية وضعت من حمورابي اشهر ملوك بابل، كما تناولت حقوق الانسان الاديان السماوية فقد كان الدين الاسلامي أول من قرر حقوق الانسان حيث وضعت الشريعة الاسلامية العديد من حقوق الانسان بموجب المواثيق الالهية القران والسنة النبوية كما انبثقت المواثيق الأولى لحقوق الإنسان في بعض الدول ومنها وثيقة العهد الأعظم ١٢١٥ ولائحة الحقوق ١٦٨٨، واعلان الاستقلال الامريكي ١٧٧٦، الاعلان الفرنسي لحقوق الإنسان=

ومن هنا نرى ان النصوص الدستورية من حيث الصياغة العامة للحقوق يجب أن تساير التطور المطرد للحقوق والحريات وهذا ما يدعم فرضية الحقوق والحريات الضمنية حيث يمكن ان يستنبط القضاء الدستوري حقوقا وحريات لم ترد صراحة في الدستور لمسايرة التطور المطرد للحقوق والحريات لتواكب التطورات الاجتماعية والدولية.

=والمواطن ١٧٨٩، كما مر تطور حقوق الانسان في الفترة ما بين الحربين العالميتين لتوثق حقوق الانسان في الاتفاقيات الدولية تباعا من اول اعلان عالمي لحقوق الانسان عام ١٩٤٨ ولغاية يومنا هذا وثقت الامم المتحدة حقوق الانسان وحسب تطور الحاجات الانسانية والتطورات في مسيرة الانسان ما نلاحظه عند النظر الى الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر عام ١٩٤٨ ... والاعلانات واتفاقات الدولية تخص حقوق الانسان على مدى السنوات القادمة تناولت حقوق لم ترد بداية في الاعلان العالمي لكن بمقتضى حاجات الانسان لتلك الحقوق تم تناول حقوق الانسان وحريات بموجب المواثيق الدولية ومن امثلة تلك الحقوق اقرار اتفاقيات حقوق الاشخاص ذوي الاعاقة حيث لم يرد في الاعلان العالمي الاشارة الصريحة لحقوق الاشخاص ذوي الاعاقة ، للاطلاع على نشأة حقوق الانسان خلال التطور التاريخي والمراحل التي مر بها ينظر هاني سليمان الطعيمات ، حقوق الانسان وحرياته الاساسية ، دار الشروق ، ٢٠٠١، ص ٣٦ وما بعدها .

المبحث الثاني
وسائل اثبات الحقوق والحريات الدستورية الضمنية

بعد أن بينا مفهوم الحقوق والحريات الدستورية الضمنية في المبحث الاول لابد لنا من البحث عن الوسائل التي اتبعت لغرض اثبات وجود الحقوق والحريات الضمنية نتناولها في مطلبين نتناول في المطلب الاول الوحدة العضوية للدستور أساس لأثبات الحقوق والحريات الضمنية وفي المطلب الثاني الإرادة الضمنية للمشرع الدستوري أساس لأثبات الحقوق والحريات الضمنية.

المطلب الأول: الوحدة العضوية للدستور أساس لأثبات الحقوق والحريات الضمنية

تمتاز الوثيقة الدستورية بخصوصية تميزها عن سائر التشريعات القانونية الأخرى – خلا العمومية والتجريد– بأنها الوثيقة الأعلى أو الأسمى في الدولة القانونية[٣١] ، كونها تعالج مواضيع شتى، قد لا تتحد من حيث الموضوع؛ بمعنى أنه ينظم مواضيع متباينة ومختلفة عن بعضها الآخر، لكنها تتسق أو تنسجم في وثيقة واحدة، وهو ما يعرف بالوحدة العضوية لنصوص الدستور، كما ويسعى القضاء الدستوري جاهداً للحفاظ على الوحدة العضوية للوثيقة الدستورية من خلال الأخذ بمذهب التفسير التكاملي للنصوص الدستورية الذي يراعي التكامل بين النصوص وهو بذلك من شأنه أن ينشى حقوقا وحريات جديدة لم تنص عليها الوثيقة الدستورية وقت نفذها، وقد استقر هذا القضاء على ان الأصل في تفسير النصوص الدستورية هو ان تكون هذه النصوص متجانسة وليست متنافرةً أو متناقضة[٣٢] .

في هذا المطلب سنحاول بيان موقف الفقه والقضاء من الوحدة العضوية لنصوص الدستور ومدى حجيتها أو قيمتها القانونية كأساس يمكن الارتكاز عليه لبيان حجية الحقوق والحريات غير الواردة بصورة صريحة في الدستور.

الفرع الأول: موقف الفقه من حجية الوحدة العضوية لنصوص الدستور

يكاد يستقر الفقه على أن الوثيقة الدستورية كتلة واحدة متكاملة، بالرغم من ظهور خلاف فقهي حول القيمة القانونية لبعض مكوناته كالديباجة، إلا أن الفقه لا يختلف على أن نصوص الوثيقة الدستورية والقواعد ذات المضمون الدستوري تكون وحدة عضوية متكاملة، وأن تقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد من بعضها البعض يمكن أن تعطي المعنى الذي قصده المشرع الدستوري[٣٣] ؛ بمعنى أن كل نص دستوري هو وثيق الصلة بالنصوص الأخرى، وإن كان يتناول مواضيع مختلفة، كون هذه الصلة أو العلاقة يمكن أن تسهم في توضيح النصوص الدستورية الغامضة أو تفسيرها والوصول إلى إرادة

(٣١) عبد الكريم علوان ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٦، ص ٣٠٦.
(٣٢) أحمد ماجد الزاملي، المُشرّع الدستوري وضمان الحقوق والحريات وسلامة كيان الدولة، مقال منشور في مجلة الحوار المتمدن، العدد (٦٥٧١) في ٢٠٢٠/٥/٢٢.
(٣٣) رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري.، مطابع دار السياسة، الكويت، ١٩٧٢، ص٣٢٥.

المشرع الدستوري[٣٤] كما أن الدستور قد ينص في بعض الأحيان على الوحدة العضوية لجميع نصوصه ابتداء من الديباجة إلى الخاتمة[٣٥]، وهذا يعني أن كل نص لم يوضع عبثا أو لغوا أو جزافا، أو باعتباره هائما في فراغ ، أو مثاليا ترنو إليه الأجيال[٣٦], إلا أننا لم نجد نصا دستوريا صريحا في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ يلزم المفسر الدستوري بالتقييد بالوحدة العضوية لنصوص الدستور عند تفسيره لنصوصه أو الفصل في المنازعات الدستورية.

كما ويستفاد من ذلك بأن المفسر الدستوري ملزم بإتباع وسيلة تقريب أو تنسيق النصوص الدستورية للوصول إلى إرادة المشرع الدستوري، سواء أكانت صريحة أم ضمنية، كما إن إلزامية إتباع هذه الوسيلة لا تعني بالضرورة إلزامية النتائج التفسيرية ، بل عنى من ذلك توحيد النتائج المتفرعة من تقريب تلك النصوص[٣٧] وفي اعتقادنا أن إلزامية اللجوء إلى وسيلة تفسيرية معينة تعني إلزامية النتائج التفسيرية، نظرا لما يتمتع به التفسير الدستوري من حجية مطلقة وملزمة، وأن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى عدم استقرار الأوضاع القانونية وتعدد التفسيرات والتأويلات لنصوص الدستور.

مما سبق يتضح لنا أن نصوص الدستور تعمل في إطار وحدة موضوعية متكاملة بما ينفي عنها شبة التناقض أو التعارض في أحكامها، وهي تعمل إطار متكامل وتناسق رغم تناولها موضع شتى و متباينة، إلا أنها تعبير عن ذات الإرادة، إلا وهي إرادة المشرع الدستوري، صريحة كانت، أم ضمنية ومن شأن ذلك أن ينشى حقوقا جديدة وردت ضمنا لم ينص عليها في الوثيقة الدستورية.

الفرع الثاني: موقف القضاء الدستوري من حجية الوحدة العضوية لنصوص الدستور

يرى القضاء الدستوري أن نصوص الدستور تعمل في إطار موضوعي واحد، أو وحدة موضوعية واحدة؛ وأن نصوص الدستور يكمل بعضها بعضا ويعاضد بعضها البعض، بحيث تزول عنها شبه التعارض أو التناقض، وهذا ما أشارت إليه المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكم لها « ...وحيث إن الأصل في النصوص الدستورية أنها تعمل في إطار وحدة عضوية، تجعل من أحكامها نسيجا متآلفا متماسكا، بما مؤداه أن يكون لكل نص منها مضمون محدد يستقل به عن غيره من النصوص استقلالا ،لا يعزلها عن بعضها البعض، وإنما يقيم منها في مجموعها ذلك البنيان الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم مصالحها في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ولا يجوز بالتالي أن تفسر النصوص الدستورية بما يبتعد بها عن الغاية النهائية المقصودة

(٣٤) محمد علي عرفه، مبادئ العلوم القانونية(المدخل لدراسة القانون) ، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، مصر ، ١٩٤٢، ص١٧٢.

(٣٥) نصت المادة (٢٢٧) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ على:» يشكل الدستور بديباجته وجميع نصوصه نسيجاً مترابطاً، وكلاً لا يتجزأ، وتتكامل أحكامه في وحدة عضوية متماسكة» .

(٣٦) حكم المحكمة الدستورية العليا في(مصر)، القضية رقم(١١) لسنة ١٣ قضائية ،١٩٩٢م، والمنشور في موقع المحكمة الدستورية العليا على شبكة الأنترنت WWW.hccourt.gov.eg ، اخر زيارة للموقع الالكتروني ٢٠٢٢/٣/١ .

(٣٧) علي هادي عطية، المستنير من تفسير الدساتير، مصدر سابق، ص ١٠٦.

منها، ولا أن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ ،أو باعتبارها قيما مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي)[٣٨]. لذلك فأن المستفيد من حكم المحكمة أن الدستور بالرغم من تنظيمه لمواضيع متضادة ومختلفة بحيث يستقل كل نص عن سواه، إلا أن هذا الاستقلال لا يعزله عن غيره من النصوص، كونه يعالج مواضيع تختص به من سواه من نصوص الدستور، وهذه نتيجة طبيعية لتعدد المواضيع الدستورية، إلا أن هذا التعدد في المواضيع لا يبرر النظر إلى الوثيقة الدستورية بصفتها غير متناسقة أو متجانسة، بل أن جميع نصوص الدستور تشكل نسيجا مترابطا وإن تعددت ألوان خيوطه ، فهو كتلة واحدة.

كما وقضت المحكمة :» حيث إن الأصل في النصوص الدستورية، أنها تفسر بافتراض تكاملها باعتبار أن كلا منها لا ينعزل عن غيره، وإنما تجمعها تلك الوحدة العضوية التي تستخلص منها مراميها، ويتعين بالتالي التوفيق بينها، بما يزيل شبهة تعارضها ويكفل اتصال معانيها وتضاممها، وترابط توجهاتها وتساندها، ليكون ادعاء تماحيها لغوا، والقول بتآكلها بهتانا» [٣٩]، وفي العراق، فقد سعت المحكمة الاتحادية العليا جاهدة للحفاظ على الوحدة العضوية لنصوص الوثيقة الدستورية من خلال الأخذ بمذهب التفسير التكاملي للنصوص الدستورية [٤٠]، لذلك فأن الوحدة العضوية لنصوص الدستور هي مصدر أو أساس إلزامية الحقوق الضمنية ، بحيث تعد جميع هذه النصوص ملزمة ويجب العمل بموجبها وعدم مخالفتها، كما أن نصوص الدستور توضح بعضها البعض وتساند بعضها الآخر مما ينفي عنها شبهة تساقطها أو تهادمها أو تعارضها مع بعضها الآخر، وفي ذلك دلالة صريحة على أن ربط النصوص الدستورية مع بعضها _ باعتبارها تعمل في إطار وحدة عضوية – يؤدي إلى اشتقاق حقوق وحريات أخرى غير منصوص عليها صراحة، لكنها مثبتة في الوثيقة الدستورية بصورة ضمنية، إلا أن عدم ذكرها صراحة لا ينال من ثبوتها.

المطلب الثاني: الإرادة الضمنية للمشرع الدستوري أساس لأثبات الحقوق والحريات الضمنية

لا خلاف في القول أن إرادة المشرع الدستوري يمكن أن تكون واضحة جلية، وتسمى

(٣٨) حكم المحكمة الدستورية العليا في (مصر)، القضية رقم(٧٦) لسنة (٢٩) ق ،سنة ٢٠٠٧ ، والمنشور على شبكة الانترنيت ، الموقع الإلكتروني للمحكمة WWW.hccourt.gov.eg. تاريخ آخر زيارة للموقع الالكتروني ١٧ /١/٢٠٢٢م.

(٣٩) حكم المحكمة الدستورية العليا(مصر) الصادر في القضية رقم (٢) لسنة(١٦) ق،١٩٩٦م، والمنشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة WWW.hccourt.gov.eg. تاريخ آخر زيارة للموقع الالكتروني في ٢٨/١٠/٢٠٢١م.

(٤٠) وفي هذا السياق تقول المحكمة: «عرف دستور جمهورية العراق الصادر عام٢٠٠٥ تعابير متعددة للأغلبية المطلوبة من أصوات أعضاء مجلس النواب عند أداء مهامه وذلك تبعاً لدرجة أهمية الموضوع المطروح للتصويت في المجلس فقد تطلب في المادة (٦١/ثامناً/ب/٣) منه الحصول على اصوات الأغلبية المطلقة لعدد اعضاء مجلس النواب عند سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء، إما في حالة سحب الثقة من أحد الوزراء فلم تتطلب المادة (٦١/ثامناً/أ) منه إلا ّ الحصول على الأغلبية المطلقة ،وهي غير الأغلبية المطلقة لعدد اعضائه الوارد ذكرها عند سحب الثقة من رئيس الوزراء، لأن النص قد ذكرها مجردة من عدد الأعضاء، وهي تعني اغلبية عدد الحاضرين في الجلسة بعد تحقق النصاب القانوني للانعقاد المنصوص عليه في المادة (٥٩/أولاً) من الدستور، ولو أراد واضع الدستور الأغلبية المطلقة لعدد الأعضاء لأوردها صراحة كما فعل في المواد (٥٥) والمادة (٥٩/أولاً) و المادة (٦١/سادساً/أ) ، (٦١/سادساً/ب) ، (٦١/ثامناً/ب/٣) و (٦٤/اولاً) من الدستور» ... ينظر . أحمد ماجد الزاملي، المُشرّع الدستوري وضمان الحقوق والحريات وسلامة كيان الدولة، المصدر السابق .

بالإرادة الصريحة، وهذا يعني بالمقابل أن هناك إرادة تشريعية ضمنية، وإلا لاكتفينا بالقول بإرادة المشرع الدستوري دون الخوض في تفاصيلها ، وكما نود أن ننوه أن تعبير إرادة المشرع الدستوري معناها الإرادة العامة وليست إرادة واضع النصوص الدستورية، سواء كانت جمعية تأسيسية، أم لجنة صياغة الدستور، ذلك أن الطرق الديمقراطية في وضع الدساتير تستند إلى الإرادة الشعبية من خلال ما يعرف بالاستفتاء الدستوري، الذي يعود فيه واضعوا الدستور إلى الشعب لأخذ موافقتهم _ ولو بصورة إجمالية– على الدستور لكي يكتسب الشرعية . وبما أن الدستور هو تعبير عن الإرادة العامة للشعب، فأن هذه الإرادة يمثلها من ينوب عنه بصورة مباشرة أو غير مباشرة، سواء كانت بصورة صريحة عند صياغة النصوص الدستورية.، أو بصورة ضمنية من خلال دلالاتها أو مراميها.

إلا أنه يوجد خلاف فقهي حول هذه الإرادة وضرورة التقيد بها، بينما يتجه القضاء الدستوري في الكثير من أحكامه إلى إعطاء ذات القيمة للإرادتين معا عند تفسيره للنصوص الدستورية والوقوف على إرادة المشرع ، لذلك فإننا سنتناول البحث في موقف الفقه من الإرادة الضمنية للمشرع، سواء أكان المشرع العادي أم الدستوري، في الفرع الأول، بينما سنتناول موقف القضاء الدستوري من الإرادة الضمنية عند نظره في القضايا المعروضة عليه، في الفرع الثاني موقف القضاء الدستوري من الإرادة الضمنية للمشرع الدستوري.

الفرع الأول: موقف الفقه من الإرادة الضمنية للمشرع الدستوري

أختلف الفقهاء حول القيمة القانونية لإرادة المشرع الضمنية أسوة بإرادته الصريحة، فالبعض يرى ضرورة الاعتداد بالإرادة الصريحة، وينكر وجود إرادة ضمنية، بينما يرى البعض تساوي الإرادتين معا، فقد برزت اتجاهات فقهية ثلاث بهذا الصدد نتناولها كالاتي:

اولا : الاتجاه الفقهي الأول: ظهر اتجاه فقهي يعرف بمدرسة البحث العلمي الحر يتزعمه الفقيه الفرنسي (جيني)[٤١] ويرى جيني أن القانون يعبر عن حقائق واقعية وعلمية وتاريخية، وأن النص القانوني يعبر عن إرادة واعية وبصيرة، لذلك لا يمكن تجزئة هذه الإرادة ، أو افتراضها، فأنه يجب أن يقتصر التفسير على محاولة التعرف فقط على هذه الإرادة، وليس إصلاحها أو تعديلها أو إخضاعها لأية ظروف اجتماعية، أو أفكار مسبقة، ويرى (جيني) أن المفسر يتوجب عليه أن يبحث عن إرادة المشرع الحقيقية بجميع الوسائل اللغوية والمنطقية، وعندما يدرك أن المشرع لم يحدد الحل المطلوب، فإنه يتعين عليه أن يستوحي الحلول التي تمثل جوهر القاعدة القانونية، فالمفسر لا يفتعل نية أو قصد المشرع، وإنما يهتدي إليها من خلال حقائق موضوعية ثابتة[٤٢] ؛ يبدو أن هذا الاتجاه الفقهي لا ينكر الإرادة الضمنية للمشرع ، إلا أنه يحيل إليها عند عدم الوقوف على الإرادة الحقيقة للمشرع؛ كون أن التشريع يعبر عن قيم وحقائق مثالية و تاريخية واجتماعية وعقلية، وهذه القيم لا دخل لإرادة المشرع بها، وإنما هي قيم آمنت بها الجماعة، لذلك فان دور المشرع يقتصر في التعبير عن هذه القيم أو الحقائق، وفي اعتقادنا أن هذه القيم

(٤١) حيدر ادهم ، مصدر سابق ، ص ١٤٩.

(٤٢) محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف، بغداد، د.ت، ص٢٠٥.

والحقائق هي تعبير عن الإرادة العامة، لذلك يتعين اللجوء إليها والأخذ بها.

ثانيا: الاتجاه الفقهي الثاني: ظهر في ألمانيا مدرسة متأثرة تأثرا واضحا وكبيرا بتعاليم المذهب التاريخي في تصور القانون باعتباره خلقا ذاتيا ينبعث من الجماعة [٤٣] ، ويمثل هذا الاتجاه أنصار المدرسة التاريخية أو الاجتماعية، وهي مدرسة تعكس الاتجاه الواقعي في القانون، وهي ترى أن القانون هو مجرد واقعة أو حدث اجتماعي، وأن التشريع ليس إلا مجرد تسجيل لهذا الحدث ، وأن تفسير النصوص القانونية يجب أن يكون وفقا لنية المشرع المفترضة وقت تطبيق التشريع وليس وقت وضع القاعدة القانونية ، كما يرون أن هذه النصوص قد انفصلت عن نية المشرع بمجرد وضعها، لأنها قد انفصلت عن هذه الإرادة بمجرد وضعها ، وأصبح لها كيان مستقل وثيق الصلة بالظروف الاجتماعية المتطورة [٤٤].

رغم أن هذه المدرسة تساعد على ملاحقة تطور الجماعة الحثيث، وتبقى على النصوص القانونية دون تغيير، إلا أنها تخرج بتفسير النصوص القانونية عن وظيفته وتجعل منه خلقا جديدا لقواعد قانونية، فضلا عن أنها تقضي على ما ينبغي أن تكون عليه قواعد القانون من ثبات واستقرار [٤٥].

ثالثا: الاتجاه الفقهي الثالث: ظهر هذا الاتجاه الفقهي في فرنسا في اعقاب التقنينات الفرنسية التي صدرت في مطلع القرن التاسع عشر مدرسة التزام النص أو مدرسة الشرح على المتون ، معتمدة على المذهب الشكلي في رد القانون إلى إرادة الدولة ومشيئة المشرع [٤٦]، تعتمد هذه المدرسة على التفسير اللفظي للنصوص القانونية إذا كان النص واضحا، أما في حالة غموض النص فأن على المفسر أن يبحث عن نية المشرع وقصده وقت وضع النص، مستعينا بوسائل متعددة كتقريب نصوص التشريع بعضها من بعض أو البحث في الأعمال التحضيرية أو الرجوع إلى السوابق القضائية، وفي حال تعذر عليه الوصول إلى نية أو قصد المشرع ، فأنه يلجأ إلى الإرادة المفترضة أو الضمنية للمشرع باعتبار أن المشرع قد قصد ذلك، أو اتجهت نيته إليه [٤٧] يبدو أن هذه الاتجاه يبالغ في الاعتماد على الشكلية في تفسير النصوص التشريعية، علاوة على مبالغته في الاعتماد على نية المشرع او إرادته عند وضع التشريع، لا وقت تطبيقه، كما يبالغ في استعمال الوسائل التفسيرية التي يعتمدها في التعرف على هذه الإرادة، علاوة على مبالغته في الاعتماد على النية المفترضة أو الإرادة الضمنية للمشرع وقت وضع التشريع، مما يقف بالتشريع عند مراحله الأولى، ويمنع ويعوق تطوره في ملاحقة المتغيرات والمستجدات الاجتماعية.

(٤٣) حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص٤٠٩.
(٤٤) رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المصدر السابق، ص٣١٢.
(٤٥) ينظر كل من. حسن كيره المصدر السابق، ص٤١٠ وما بعدها ، عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص٥٦٦ و ما بعدها، كما ينظر كذلك رمضان أبو السعود، المدخل إلى القانون، الدار الجامعية، بيروت،١٩٨٦،ص١٩٨.
(٤٦) حسن كيره المصدر السابق، ص٤٠٢.
(٤٧) عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية،ج١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢،ص٥٦٣.

الفرع الثاني: موقف القضاء الدستوري من الإرادة الضمنية للمشرع الدستوري

يبدو أن القضاء الدستوري غير منقسم أو متباين في مواقفه حول الإرادة التشريعية الضمنية للمشرع الدستوري، باعتبارها مصدرا لنصوص الدستور، لذلك ظهر اتجاه لدى المحكمة الدستورية العليا في مصر(٤٨)، باشتقاق حقوق دستورية متفرعة من الحق الأصلي استنادا إلى إرادة المشرع الضمنية، باعتبارها عين ارادة الصريحة، إلا أن متطلبات الصياغة الدستورية وعمومية وتجريد النصوص الدستورية قد استدعت ذلك، ففي حكم لها(٤٩) تقول المحكمة « أن الشروط التي يفرضها المشرع لقيام حق من الحقوق، تعتبر من عناصره، بها ينهض سويا على قدميه، ولا يتصور وجوده بدونها، ولا أن يكتمل كيانه في غيبتها. ومن ثم لا تنعزل هذه الشروط عن الحق الذي تولد عنها، لأنها من مقوماته. ولا يتم وجوده إلا مرتبطا بها، بما مؤداه امتناع التعديل فيها بعد نشوء الحق مستجمعا لها، وإلا كان ذلك نقضا للحق بعد تقريره. وهو ما ينحل إلى مصادرته على خلاف أحكام الدستور التي تبسط حمايتها على الحقوق الشخصية جميعها باعتبار أن لها قيمة مالية لا يجوز الانتقاص منها، ولا كذلك الشروط التي تكون الإرادة صريحة كانت أم ضمنية مصدرا لها، إذ يجوز أن تعدلها الإرادة التي أنشأتها. وهي كذلك أمر عارض يدخل على الحق بعد تمام وجوده وتكامل عناصره، ليغدو بعدئذ حقا موصوفا. ومن ثم تكون هذه الشروط مضافة إلى الحق بعد تكوينه « .

نستدل من حكم المحكمة أن الإرادة الضمنية للمشرع الدستوري تتساوى في قيمتها مع إرادته الصريحة فيما يتعلق بالحقوق الدستورية ، فثلما توجد حقوق صريحة استنادا إلى الإرادة الصريحة ، فأن هناك حقوقا أخرى تكون الإرادة الضمنية مصدرا لها .

وفي حكم آخر للمحكمة الدستورية العليا في مصر قضت فيه «...ولئن نص الدستور في المادة(٤٠) منه، على حظر التمييز بين المواطنين في أحوال بعينها، هي تلك التي يقوم التمييز فيها عليه أساس من الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة، إلا أن إيراد الدستور لصور بذاتها يكون التمييز محظوراً فيها، مرده أنها الأكثر شيوعا في الحياة العملية، ولا يدل البتة عليه انحصاره فيها. إذ لو صح ذلك لكان التمييز بين المواطنين فيما عداها جائزاً دستورياً، وهو ما يناقض المساواة التي كفلها الدستور، ويحول دون إرساء أسسها، وبلوغ غايتها»(٥٠). نستشف من توجه المحكمة أن المشرع الدستوري أورد صور التمييز بين المواطنين على سبيل المثال لا الحصر، مما يعني أن هناك صورا أخرى للتمييز لم ينص عليها صراحة، وهي دون أدنى شك تعبير عن إرادة ضمنية للمشرع الدستوري، مثلما عبرات إرادته عن صور التمييز التي أورده بصورة

(٤٨) استحدثت المحكمة الدستورية العليا في .. مصر بموجب المواد (١٧٤ – ١٧٨) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١م(الملغى) وقد نظم القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩م اختصاصات هذه المحكمة، وما زال ساري المفعول حتى بعد إلغاء دستور ١٩٧١ م ، كما أن دستور ٢٠١٤م النافذ نظم اختصاصات هذه المحكمة في المواد (١٩١– ١٩٥) ولم يُضفْ لها أية اختصاصات جديدة.

(٤٩) حكم المحكمة الدستورية العليا(مصر)، الذي أصدرته في القضية رقم(٣٤)، لسنة(١٣) ق ، والمنشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة WWW.hccourt.gov.eg٠، تاريخ اخر زيارة ١٥/١/ ٢٠٢٢ م.

(٥٠) حكم المحكمة الدستورية العليا(مصر) الصادر في القضية رقم(٣٧) لسنة (٩) ق،١٩٨٩م، والمنشور في موقع المحكمة الإلكتروني على شبكة الأنترنت WWW.hccourt.gov.eg. تاريخ آخر زيارة للموقع الالكتروني بتاريخ ٢٠٢٢/١/٣٠م.

صريحة، بما معناه أن إرادته اتجهت إلى تضمين صورا أخرى للتمييز بين المواطنين، لم ترد بصورة صريحة بسبب مقتضيات الصياغة الدستورية وهي تتمتع بذات الإلزامية لصور الحضر الواردة صراحة.

الخاتمة

بعد فراغنا من البحث في الحقوق والحريات الدستورية الضمنية أو غير الصريحة والتي تتفرع من الحقوق والحريات التي وردت صراحة في الدستور، وهي بلا شك لا تقل شأناً عن الحقوق والحريات الصريحة، بل توازيها في القيمة القانونية، وقد أسندنا ذلك إلى أسس دستورية وقضائية، وفي ختام البحث توصلنا إلى أهم الاستنتاجات التي نراها جديرة بالذكر وهي:

١. تمتاز الصياغة الدستورية بالعمومية والتجريد، وهذا يترك أثره على الحقوق والحريات الدستورية والتي ترد على سبيل المثال، دون الحصر، لأن تعداد الحقوق والحريات الدستورية بصورة مفصلة يخل بالصياغة الدستورية، مما يعني أن هناك حقوقا وحريات أخرى لا حصر لها ولا تحديد.
٢. تنص بعض الدساتير على أن الحقوق والحريات الواردة فيها هي على سبيل المثال وليس على وجه الحصر والتحديد.
٣. وجود إرادة ضمنية للمشرع الدستوري يمكن الاستدلال عليها من خلال تقريب النصوص الدستورية؛ أو الوحدة العضوية لنصوص الدستور.
٤. إرادة المشرع الدستوري سواء أكانت صريحة أم ضمنية هي تعبير عن الإرادة العامة للشعب، وأن المشرع الدستوري هو مجرد مجسد لهذه الإرادة.
٥. الإرادة الصريحة للمشرع الدستوري مصدرا للحقوق والحريات الدستورية التي وردت صراحة في الدستور، بينما تكون الإرادة الضمنية مصدرا للحقوق والحريات الضمنية أو المتفرعة من الحقوق والحريات الصريحة.
٦. تتمتع الإرادة الضمنية للمشرع الدستوري بذات الحجية لإرادته الصريحة.
٧. توجد ضوابط دستورية وقضائية لتفريع الحقوق والحريات الدستورية، منها وجود نص دستوري صريح، وأن يكون الحق المتفرع شرطا للتمتع بالحق الصريح، أو من لوازمه ومفترضاته وتوابعه.
٨. القضاء الدستوري دورا بارزا وكبيرا في تفريع الحقوق والحريات الدستورية واشتقاق حقوق وحريات أخرى من الحق والحرية الصريح.
٩. تحظى الحقوق والحريات الدستورية المتفرعة من الحق والحرية الصريح بذات القيمة القانونية، مما يعني عدم دستورية أي نص تشريعي يتعارض معها أو يقيدها في غير الحدود التي رسمها الدستور.
١٠. يمكن للأفراد التمتع بالحقوق والحريات الدستورية الضمنية أسوة بالحقوق والحريات التي كرست صراحة في الدستور.
١١. هنالك تأثير واضح للصياغة الدستورية على احكام المحكمة فالصياغة المرنة تعطي للقاضي سلطة تقديرية وبالتالي يتمكن من الكشف عن الحقوق والحريات التي وردت في الدستور .

التوصيات

١. نوصي المشرع الدستوري بتكريس الحقوق والحريات الضمنية المستخلصة من احكام القضاء الدستوري ضمن النصوص الدستورية الواردة في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
٢. نقترح على المشرع الدستوري العراقي أن يضمن الدستور نصنا يتضمن أن المواطن العراقي له الحق في الحقوق والحريات الواردة في الدستور وفي الحقوق والحريات التي وردت ضمنا وذلك لضمان تمتع جميع المواطنين بالحقوق والحريات الواردة فيه على نحو يكفل تحقيق الغاية منها ،كذلك لكي يواكب الدستور التطورات التي تواكب الحقوق والحريات التي قد تغني المشرع الدستوري عن اجراء أي تعديل النصوص الدستورية .