

دراسات محكمة

القضاء الدستوري وسجال خطابات الشرعية  
والشرعنة وإزاحة الشرعية: تأملات وتساؤلات

قدمت هذه المداخلة في اليوم الدراسي المقام يوم 3 يونيو 2021، المنظم من قبل "مختبر الأبحاث القانونية وتحليل السياسات"، و"مستر القانون العام الداخلي وتنظيم الجماعات الترابية"، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-القاضي عياض بمرآش.

محمد أتركين

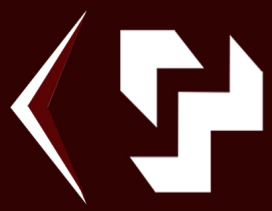
أستاذ القانون والقضاء الدستوريين  
جامعة محمد الخامس، الرباط-أكداال

03 يونيو 2021

All rights  
reserved



جميع الحقوق  
محفوظة



## تأملات وتساؤلات

في تقديم هذا الموضوع، أود أن أعرض عليكم الملاحظات الخمس الآتية:

الأولى- إن القضاء الدستوري، يكاد يكون المؤسسة الوحيدة ضمن النسق المؤسساتي، التي لازمها سجال لخطاب الشرعية بخاناته الثلاث، وإذا كان ميلاد المؤسسات، في العادة، يسبق تأسيس مثل هذا الخطاب، فإن القضاء الدستوري، وعلى العكس من ذلك، رأى النور، في فضاء نظري مُعاد له، إذ وُوجه بمعارضته للديمقراطية التمثيلية، ولمبدأ فصل السلط، وأنه ضد الأغلبية وتوجهاتها، وأنه يُرسي اختيارات دستورية منطلقة من تفضيلات ذاتية للقضاة، وفي النهاية يؤسس لحكم سلطة معينة على أنقاض سلطة الانتخاب وشرعية التمثيل؛

الثانية- إن خطابات الشرعية، الشرعنة وإزاحة الشرعية ليست خطابات بمواضيع قارة، ولم تعرفها السياقات الدستورية التجريبية بالحدة نفسها، ولم تكن البتة انشغالا فقهيا صرفا... إن اهتمامات هذا السجال دُشنت بالبحث في مدى مواءمة فكرة القضاء مؤسسة ووظيفة، للدستورانية وللديمقراطية في فهمهما اللبرالي، وانتقلت بعد ذلك للانشغال بسؤال التأويل القضائي للدستور، ومدى وفائه لحرفية النص وقصدية الآباء المؤسسين، إلى بيان أثر فعل الرقابة الدستورية على فهم الدستور، والتوازن داخل المؤسسات، وأنموذج الديمقراطية المُرسى الذي يسمح للقاضي بلعب أدوار أخرى غير النطق بالأحكام... هذه السجلات تظهر، أكيد، في فهميات الدستور، وفي محددات "نظرية القضاء الدستوري"، لكنها تؤثت ردود الفاعلين السياسيين، لا سيما، في لحظات التوتر الدستوري، وتُستحضر، أيضا، أثناء رسم الاختيارات المنهجية التأويلية للقضاة الدستوريين، ومعالم سياساتهم الاجتهادية...

الثالثة- إن خطابات الشرعية والشرعنة، ليس ظرفية ولا زمنية، إن ارتباطها بعملية للبناء، للوجود، للتبرير، وللدفاع... يضيفي ديمومة على حضورها، فالقضاء الدستوري والفقهاء الداعم له، في حاجة دائمة لأسس ومقومات جديدة لإضعاف خطاب إزاحة الشرعية، وأن مناهج تأويل القاضي الدستوري لا بد لها من مسوغات نظرية، لا



## تأملات وتساؤلات

سيما حين تُظهر "نشاطا قضائيا متميزا" (L'activisme judiciaire)<sup>(1)</sup>، وأن لحظات صراع الاختيارات السياسية والقضائية وتباينها يتطلب خطاطات تبريرية للوظيفة، للاختيارات المنجزة، للتأويلات المصاغة، وللنتائج المتوصل بها... في مقابل ذلك، يظهر خطاب "إزاحة الشرعية"، كخطاب للأزمة، صحيح أن أصوله سابقة على تأسيس القضاء الدستوري نفسه، لكن حضوره، كما الاستدلال به، يظهر بكثافة في سياقات للصراع بين القضاء الدستوري والسلطة التشريعية (النموذج الأمريكي)، أو بين القضاء الدستوري ومحاكم عليا (النموذج الإيطالي)، أو بين القضاء الدستوري والفقهاء الدستوري (النموذج الفرنسي)، والغريب أن هذا الخطاب يمكن أن يكون جزءا من التداول القضائي أو سندا لصياغة الآراء المخالفة أو المنفصلة...

الرابعة- إن عمومية هذا الخطاب، يجب ألا تحجب عنا، تباين موضوعاته، ومستويات حضورها كما تأثيرها، ففي الولايات المتحدة الأمريكية يحتدم الصراع بين محافظي وليبرالي المحكمة العليا، حول منحج التأويل المحترم لفلسفة وروح دستور 1787، هل هو "الأصولية التأويلية أم التأويل المنطلق من نظرية الدستور الحي"، وفي كندا حول المسوغات التبريرية لشرعية مراقبة دستورية القوانين المخولة للمحكمة العليا، وهل تكمن في مجازية "الشجرة الحية" (L'arbre vivante)<sup>(2)</sup>، أم في أطروحة "الحوار المؤسساتي"<sup>(3)</sup>؟ وفي فرنسا، يستمر النقاش في "استثنائية" مسطرة التعيين المعتمدة للانتساب إلى المجلس الدستوري، وفي مدى شرعية تعيين رؤساء الجمهورية السابقين أعضاء مدى الحياة به<sup>(4)</sup>، وفي إسبانيا، حول نتائج دعوى "الأمبارو" (Amparo) التي جعلت

<sup>1</sup> Antoni Abat i Ninet: L'activisme judiciaire, le prix de la transaction démocratique en Espagne, Constitutional Forum / Forum constitutionnel / 23(3)-January 2014.

<sup>2</sup> Eugénie Brouillet et Alain-G. Gagnon: La constitution canadienne et la métaphore de l'arbre vivant, IN «Constitutionnalisme, droits et diversité: mélanges en l'honneur de José Woehrling», Sous la direction de Alain-G. Gagnon et Pierre Noreau, Éditions Thémis 2017.

<sup>3</sup> Jean Leclair: Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien, Revue du Barreau du Québec 2003.

<sup>4</sup> Pierre Esplugas: Présidents de la République, QPC et justice constitutionnelle, IN «Questions sur la question (QSQ) 3: De nouveaux équilibres institutionnels?», Actes du colloque organisée le 14 juin 2013, à l'Université de Toulouse 1 Capitole - 3ème journée toulousaine sur la QPC Esplugas-Labatut, Pierre, Magnon, Xavier, Mastor, Wanda et Mouton, Stéphane (ED) LGDJ. Séries «Grands colloques».



## تأملات وتساؤلات

المحكمة الدستورية تتحول إلى "سوبر محكمة"، ممتد عملها إلى اجتهاد المحكمة العليا<sup>(5)</sup>، وفي إيطاليا، عن "أزمة" الشرعية المجتمعية للمحكمة الدستورية الإيطالية، كما تُظهر ذلك استطلاعات الرأي<sup>(6)</sup>...

الخامسة- إن ديمومة هذا الخطاب، وتضخمه، يجعلنا نتساءل عن الأسباب التي قادت إلى ذلك، هل تعود إلى طبيعة النص الذي يبت القضاة وفق مرجعيته (أي الدستور)، المصاغ بانفتاح وبغموض بنيوي في المعتاد، وبعبارات مقتضبة حمالة لأوجه تأويلات عدة؟ أم لأن القضاء الدستوري يعد مجالاً لرهانات وصراعات سياسية ومجتمعية كبرى، على الخصوص، وهو يبت في مواضيع تتعلق "بالمسائل المجتمعية"؟ وإذا كانت الشرعية تقوم على القبول والرضى، وعلى التعددية في التمثيل والتداول في صنع القرار... فهل هذه المحددات التي كانت صالحة للبحث في شرعية كما لا شرعية مؤسسات دستورية أخرى، قادرة، هي ذاتها، على تشكيل مداخل بحث شرعية القضاء الدستوري، شرعية القائمين عليه، وشرعية مُنتجه القضائي... وهل تضخم خطاب الشرعية في مقارنة القضاء الدستوري، ألا يجد تفسيراً إضافياً له، في الإشكالات غير المسبوقة التي أصبح مطالباً بتقديم وصفات لحلها، فالقاضي الدستوري أصبح مدعواً للحد من النزوعات الانفصالية للجهات والأقاليم (كندا وإسبانيا<sup>(7)</sup> والعراق<sup>(8)</sup>)، وتخليق الحياة العامة (سلطة إقالة المنتخبين في جنوب إفريقيا<sup>(9)</sup>)، ومراقباً لمدى احترام سلطة مراجعة الدستور لمواضيع "الهوية الدستورية"<sup>(10)</sup>، وأيضاً للبت في نتائج للانتخابات بتقاطبات حادة (المحكمة العليا الأمريكية في انتخابات رئاسيات مرشحي بوش- آل غور<sup>(11)</sup>).

-----

<sup>5</sup> Itziar Gómez Fernández: La juridiction constitutionnelle en Espagne: un système intégral de justice constitutionnelle?, IN «Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC?», Sous la direction de Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Caterina Severino, Editeur: UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE) 2017.

<sup>6</sup> Anna-Maria Lecis Cocco Ortu : La cour constitutionnelle Italienne et le public : à la recherche d'une confiance renouvelée entre œuvre pédagogique et légitimation, Annuaire international de justice constitutionnelle- Année 2019.

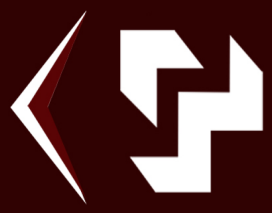
<sup>7</sup> Marthe Fatin-Rouge Stefanini: Les juridictions constitutionnelles face aux souhaits sécessionnistes: de l'expérience québécoise à la situation catalane, IN «Sécession et processus sécessionniste en droit international, européen et constitutionnel», 2017.

<sup>8</sup> قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعراق (89 و 91 و 92 و 93/اتحادية/2017) بتاريخ 20 نونبر 2017.

<sup>9</sup> Eugénie Mériau: Le juge constitutionnel face à l'exigence de moralisation de la vie politique: le pouvoir de destitution des élus pour corruption dans les démocraties émergentes, Annuaire international de justice constitutionnelle- Année 2018.

<sup>10</sup> Xavier Magnon: Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle: limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence, Revue française de droit constitutionnel (n°59)- 2004/3.

<sup>11</sup> Vincent Michelot: La Cour suprême dans Bush c. Gore: du conflit entre droit et politique, Revue française d'études américaines, n°90-2001/4.



لكن، ما المقصود بخطاب الشرعية، الشرعنة وإزاحة الشرعية؟ كيف يُصاغ مثل هذا الخطاب، وأين يُقرأ ويُعابن؟... إذا كان خطاب الشرعية، يعتني بالمبررات المقدمة لتأسيس جهاز يسمى القضاء الدستوري، لممارسة وظيفة تهم أساسا مراقبة دستورية القوانين، فإن خطاب الشرعنة يرمي إلى "الحصول على اعتراف بحق، بوضعية أو فقط لتبرير اختيار أو موقف"<sup>(12)</sup>، وإلى "توليد الاعتقاد في القيم المعيارية للمؤسسة"<sup>(13)</sup>، بمعنى ضمان "شرعية وجودية" لمؤسسة القضاء الدستوري، ومقبولية لعمله... أما خطاب "إزاحة الشرعية"، فيضع محددات الشرعية موضع مساءلة إن لم نقل "أزمة"<sup>(14)</sup>، عبر تفكيك منطقتها التعليلي، ومحاولة بيان تهافته... وهو ما يولد "سجالاً"<sup>(15)</sup> بين الخطابين الموجودين على طرفي النقيض، الشرعية والشرعنة، من جهة، وإزاحة الشرعية من جهة أخرى، فكل خطاب من الخطابين يتغذى من الآخر، ويعيد بناء استدلالاته من مقابله، وتحيين سجلات حجاجه من معارضته... فكل فكرة أو مفهوم من الخطاب المشرعن أو الشرعي، له ما يقابله في خطاب إزاحة الشرعية، وفق ثنائيات أقدم توضيحا لها، أمثلة عنها:

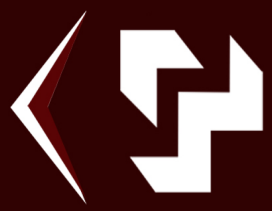
■ يقوم خطاب إزاحة الشرعية على التشكيك في حاجة الأنساق الدستورية إلى ضابط مشكل خارج منطلق فصل السلط، وإلى كون فعل مراقبة دستورية القوانين، يبدو مناقضا للديمقراطية التمثيلية التي تُعلي من شأن سلطة الانتخاب، ومن مركز البرلمان ومن سمو عمله القانوني، وإلى أن الحكم القائم على سلطة الأغلبية المختارة، ينهار حين تصبح الأغلبية، المسنودة مجتمعيًا، تحت رحمة اختيارات القضاة وتأويلاتهم، والتي لا يقدمون حسابا بخصوصها. وأن الدستور، المنظور إليه باعتباره نصا قانونيا، دون جوهر وأفق سياسيين، يقود إلى تقييره، وإلى جعله، عمليا، مجرد قاعدة قانونية لا تمايز بينها وبين باقي القواعد إلا في امتلاكه لخاصية السمو والصلابة. كل ذلك، ضدا على فكرة ميثاقية

<sup>12</sup> Jürgen Siess : La construction discursive de la légitimation : le Cahier des doléances et réclamations de Madame B... B... 1789, Argumentation et Analyse du Discours Varia 21 | 2018.

<sup>13</sup> André Berten: Légitimité, légitimation, normativité, Vol. 25: Légitimation et communication

<sup>14</sup> Steffen G. Schneider: La légitimité des systèmes politiques, l'espace public et les médias - Une étude comparée des discours de légitimation en Allemagne, aux États-Unis, en Grande-Bretagne et en Suisse-, Politique et Sociétés Volume 27, Numéro 2-2008.

<sup>15</sup> Sacha Sydoryk, La controverse doctrinale en droit constitutionnel, mémoire de recherche pour l'obtention du Master 2 recherche sous la direction du Professeur Xavier Magnon, Toulouse, 2014.



## تأملات وتساؤلات

وتعاقدية الدستور. كما أن الاعتراف لقرارات القضاء الدستوري بالحجية المطلقة، يعني استبدالاً

"للمناقش السياسي" بـ"النقاش القضائي"، وتحويلاً للسياسة من المجال العام إلى "مداولات

المحاكم"<sup>(16)</sup>، وإلى التأسيس، في النهاية، "لقضائية السياسة"<sup>(17)</sup>، و"لحكومة القضاة"...

■ في مقابل ذلك، يُنبري خطابا الشرعية والشرعنة، بالتذكير أن القضاء الدستوري، بوظائفه، إنما هو

نتاج اختيار للمشرع التأسيسي، وهو الاختيار الذي حظي بالقبول لحظة تبني الدستور، وأن فصل

السلط لا يقوم فقط على تمايز الوظائف الدستورية واستقلاليتها، وإنما أيضا على فكرة "أن السلطة

توقف السلطة"، وأن سمو الدستور، يترتب عنه واجب احترام أحكامه بغض النظر عن مصدر

السلطة وطبيعة عملها، كما أن معطى "قضائية السياسة"، يجب أن يوضع في سياقه الصحيح

السليم، باعتباره نتاج الثقة في مجرد القاضي الدستوري وحياديته، وعلى التعويل المتزايد على قراءته

للدستور، وأن تأويلات القضاة الدستوريين ومناهج عملهم، استحضارا منها للطابع السياسي

والقانوني للدستور، تأخذ بمحاذير عدة، حتى يصادف اجتهادها صحيح معنى الدستور. وفي المحصلة،

فإن القضاة لا يمتلكون الكلمة النهائية، الفصل في الموضوع، فيمكن، في أي لحظة، للسلطة المشتقة

أن تراجع الدستور، وتضع حداً لحجية التأويل القضائي وإلزاميته.

إن الصراع بين الخطابين، يظهر في دعوات وسياقات متباينة:

1- فقد يكون مصدره هو "النظرية الدستورية"، من ذلك، المقالة المؤسّسة للعميد فافورو بعنوان "شرعية

القاضي الدستوري"، المنشورة في المجلة الدولية للقانون المقارن سنة 1994، وفيها فصل العميد مقومات شرعية

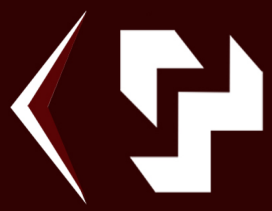
القضاء الدستوري وقاضيه محددًا إياها في "طبيعة النسق السياسي والدستوري، وفي الوظائف المؤداة، وفي

التقنية القضائية الموظفة، وأيضا هي مشروطة بتركيبه المحاكم الدستورية"<sup>(18)</sup>.

<sup>16</sup> Idris Fassassi: Justice constitutionnelle et contre-démocratie, Annuaire international de justice constitutionnelle 33-2017 Année 2018.

<sup>17</sup> Alupa Clarke: Théories constitutionnelles de la judiciarisation du politique au Canada, Mémoire (Maîtrise en science politique) Québec, Canada 2016.

<sup>18</sup> Louis Favoreu: La légitimité du juge constitutionnel, Revue international de droit comparé 2-1994.



## تأملات وتساؤلات

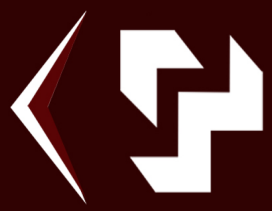
2- وقد يصاغ هذا الخطاب من داخل هيئة الحكم نفسها، من ذلك ما عبر عنه، عضو المحكمة العليا الأمريكية، القاضي Antonin Scalia، في إحدى آرائه المخالفة، منتقدا ما أسماه بالدور التضخمي للمحكمة قياسا بسلطة الكونغرس المنتخبة "إن هذا القرار... يقوى سلطة المحكمة على سلطة الشعب في أن يحكم بنفسه... وأن المحكمة لا يمكنها التصريح بعدم دستورية هذا القانون المتبنى بشكل ديمقراطي... وأن مصدر خطأ القضاة يكمن في مفهوم تضخمي لدور المحكمة... إن رأي الأغلبية بالمحكمة يبعث على الدهول، يتعلق الأمر بتأكيد لسمو السلطة القضائية على ممثل الشعب في الكونغرس، وعلى السلطة التنفيذية، إنه رأي يتخيل المحكمة العليا تجلس على عرش في قمة الدولة... إن الذين حرروا وصادقوا على وثيقتنا الوطنية لم يعترفوا بهذه الصورة للمحكمة... كان بإمكاننا أن نغطي اليوم أنفسنا بشرف واعد، بتمكين أطراف النقاش مما يعود لهم للحسم فيه، وأن نحترم قرارهم، نترك الشعب يقرر بنفسه، لكن الأغلبية (أي أغلبية المحكمة) قررت شيئا آخر"<sup>19</sup>.

3- ويمكن، أيضا، أن يكون "خطاب الشرعنة" صادرا عن المحاكم الدستورية نفسها، نتاج "استراتيجيات ذاتية" للفعل، فهذه المحاكم تتوفر، في الغالب، على سياسات تواصلية للتعريف بفقهها القضائي، وللدفاع عن اختياراتها الاجتهادية، بحوامل المجلات، المواقع الإلكترونية، والبلاغات الصحفية<sup>(20)</sup>... بلغة للتحرير تتغى تبسيط المعرفة التقنية القانونية والقضائية، وتقديمها بنقَس بيداغوجي لعموم المواطنين، بل إن بعض المحاكم تنخرط في "مسلسلات للشرعنة الاجتماعية" من ذلك المشروع الكبير التي دشنته المحكمة الدستورية الإيطالية، المسى "الخروج من القصر"، والذي يظهر منه مشروع "السفر إلى المدارس" المدشن سنة 2018، والذي يهيم اللقاء بالتلاميذ والطلبة، ومشروع "السفر إلى السجون" الذي أطلق في السنة نفسها<sup>(21)</sup>.

<sup>19</sup> Idris Fassasi : La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis: étude critique de l'argument contre-majoritaire, Dalloz, 2017.

<sup>20</sup> La communication des juridictions constitutionnelles, Annuaire international de justice constitutionnelle, 33-2017.

<sup>21</sup> Anna-Maria Lecis Cocco Ortu : La cour constitutionnelle Italienne et le public : à la recherche d'une confiance renouvelée entre œuvre pédagogique et légitimation, Annuaire international de justice constitutionnelle- Année 2019.



## تأملات وتساؤلات

إن هذا السجال الفقهي-القضائي، في الموضوع، لا يجب الوقوف كثيرا عند ملامح تصارعيته وتجاذبيته، فقط، ولا المشاريع التاوية التي يخدمها ويناصرهما، ولا البحث في مدى صوابية ما يقدمه من عدمه... إن قوة السجال تكمن في أنه طور مباحث "نظرية القضاء الدستوري"، وجدد مناهج التأويل المتبعة، وقدم قراءة بديلة للدستور مبنية على إنشائية عمل القاضي، بل وتم إعادة البحث في مفهوم الديمقراطية نفسه، لفائدة اقتراح تصورات نظرية أخرى له، قادرة على إدماج القاضي الدستوري كفاعل جديد مُتساكن مع مؤسسات فصل السلط.

ولتفصيل ما تقدم، يمكن التوقف عند الأسئلة-المثال الآتية:

### ■ السؤال الأول- هل يمكن أن نؤسس لفهم آخر للديمقراطية، قابل ودامج لمؤسسة القضاء الدستوري؟

إذا كان خطاب "إزاحة الشرعية" ينكر هذه الإمكانية، فإن "الخطاب المشرعن"، قدم لأنموذجات جديدة للديمقراطية تقبل بل وتتأسس على القاضي الدستوري ومحورية عمله، من ذلك، ما دعى له John H. Ely في إطار نظريته المسماة بـ (La théorie processualiste) من ديمقراطية، نتاج مسلسل إجرائي، يُخول فيها للمراقبة القضائية دور ملء الثغرات الإجرائية للمسلسلات السياسية والتشريعية الكلاسيكية، عبر السماح لوجهات نظر الأقلية بالتعبير أمام المحاكم؛ وبهذا المعنى، فإن المراقبة القضائية لا تتعارض مع مبدأ الديمقراطية، ولكن تشكل، على العكس من ذلك، شرطا لتحقيقه.

وأیضا ما أسماه Dominique Rousseau بـ "الديمقراطية المستمرة"، التي تعني "...جعل المجال العمومي للمواطنين حاملا لإرادة معبر عنها خصوصا في الدستور الإجتماعي، تجعل نسق السلطة يعاد تنظيمه لفتح إمكانات مسطرية للمناقشة المستمرة في احترام لهذه الإرادة، كما تؤدي إلى بروز القاضي كوجه مركزي للنسق السياسي، على اعتبار أنه، ومن خلال وظيفته في المراقبة، يتمكن من فرض قراراته على السلطة السياسية، وبالتالي ينقل إلى الحقل المؤسسي أسئلة المجال العمومي"<sup>(22)</sup>؛

<sup>22</sup> Dominique Rousseau: La démocratie continue, Actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCOP avec le parrainage de l'Association française de Science politique, 2-4 avril 1992, Paris, Bruylant 1995.



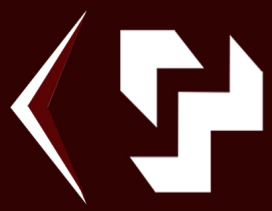


## تأملات وتساؤلات

■ السؤال الثاني- ما هو منهج التأويل الأكثر وفاء للنص الدستوري؟ وهنا سأحيلكم على النقاش الدائر في قاعات المحكمة العليا الأمريكية، والمنقسمة بين رأيين، الأول، مصاغ من قبل أنصار ما يسمى "بالأصولية" (Originalisme)، ويرمي إلى ربط القضاة بالتاريخ، وذلك لشرعنة ممارسة سلطة المراقبة الدستورية، فعبّر تقييدهم بالعودة إلى المعنى الأصلي للدستور، فإن القضاة لا يقومون سوى بنقل، للمجتمع المعاصر، وبشكل وافي أمين، الاختيارات القيمة التي قام بها الآباء المؤسسون، والمنقوشة في الدستور، وبالتالي، لا يمكن أن نعيب على القضاة مضمون الحكم، فمن خلالهم، فإن المشرع الدستوري هو الذي يعبر؛ فالقضاة ليسوا سوى ناقلين لرسائل، محايدتين، والذين يستعيدونها في الحاضر لمعرفة المعنى الأصلي للدستور، وبالنظر إلى أنهم ليسوا سوى حاملي رسائل، فإن كل نقد يوجه إليهم، فإنه في الحقيقة يوجه إلى الدستور...الرأي الثاني، لا يعتبر الدستور حاملا لمعنى قار أبدي، وأن أحكامه لا يمكن أن يكون لها جواب واحد يسمو على الزمن، وعلى تطويرية المجتمع، حاجاته، طلباته...لذا، فإن التأويل الأنسب إلى الدستور، لا يمكن الوصول إليه، كما دعت إلى ذلك الأصولية الدستورية، عبر السفر إلى الماضي، واستحضار قصد الآباء المؤسسين، أو المعنى الذي استقر عليه فهمهم، بل، عبر وضع النص الدستوري في دينامياته الجديدة، سياقات أعماله، الفهم الجديد لأحكامه...وهنا سيستعيد الدستور حيويته وتطوريته، وسيلصق به عنوان "الدستور الحي" (la constitution vivante)، القادر على إحداث التوفيق بين صلاية أحكام الدستور وانفتاح مضامينه على الإنشاء وعلى الخلق<sup>(23)</sup>؛

■ السؤال الثالث- بتدخل القاضي في تأويل الوثيقة الدستورية، هل لازلنا أمام "القانون الدستوري المدون"، أم أمام قانون دستوري جديد، هو "القانون الدستوري للاجتهاد القضائي"؟ إن هذا التحول لا ينفيه كلا الخطابين، ويقر الخطاب المشرعن لعمل القاضي الدستوري بحدوثه، فها

<sup>23</sup> Marion Polidori: La notion de Constitution vivante sous l'angle du constitutionnalisme italien contemporain, Civitas Europa (n° 32) 2014/1.



## تأملات وتساؤلات

هو Dominique Rousseau يُقر بأن "الدستور قد أصبح، أكثر فأكثر، اجتهادا قضائيا"، لي طرح بعد ذلك أسئلة "ماذا يعني هذا التغيير، أو الانقلاب؟ هل الوقت قد حان للقول بوفاة مفهوم الدستور؟ هل القانون الدستوري للاجتهاد القضائي يوقع على وفاة مفهوم الدستور؟"، ليجيب "إن الأمر لا يتعلق بأفول ولا بموت، ولكن بتأسيس القضاء الدستوري لفكرة جديدة للدستور تستند على ثلاثة أسس: ضمان حقوق المحكومين، ترسيم فكرة القانون، وخلق مجال مفتوح للاعتراف اللامتناهي بالحقوق والحريات"<sup>(24)</sup>.

-----

هذا النقاش النظري، يأخذ بعدا آخر، حين يُلامس العمل القضائي، فإذا كانت صياغة الأفكار تنطلق من محددات الصرامة العلمية والمنهجية، وتُخط بمنطق "البرود" العلمي، ويتحرر فيها مقدمها من كل الضغوطات، استحضارا لمقولة "الحرية العلمية"، فإن البت في النوازل المعروضة، يضع هذه الأفكار في سياق آخر مغاير، فالقاضي الدستوري، يبت في "خصومة"، ومطالب بالإجابة عن كل المناعي والمطاعن المعروضة أمامه، وإلا كان منكرا للعدالة، وأن يستحضر عناوين السياق الذي يبت فيه، وما يدلي به الأطراف من بينة، يقدر محلها وجاقتها وصدقيتها، وأن يكتب قراراته بكثير من التردد والحذر، لأن لا معقب لحكمه... لذلك، فإن سجلات الشرعية وإزاحة الشرعية، وتوتراتها، تأخذ أبعادا أخرى، لإيضاحها، نقدم مثالين عنها:

■ المثال الأول، إذا كانت مبدئية فِعل مراقبة الدستورية لم تعد تثير الجدل ذاته، كما كان عليه الأمر في

الماضي، فإن مناقشة مراقبة الدستورية تقتحم زوايا عديدة، منها:

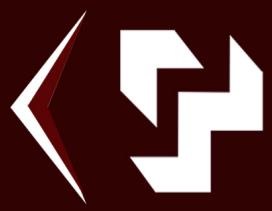
1- كيف يتم فعل المراقبة؟ هل بمقابلة نص بنص؟ أم بمقابلة نص بتأويل مقدم لنص؟ أم بمرجعية تتجاوز النص

الدستوري نفسه، والتي قد تتخذ مسميات "الكتلة الدستورية"<sup>(25)</sup>، أو "المبادئ ذات القيمة الدستورية"<sup>(26)</sup>، أو

"الأهداف ذات القيمة الدستورية"<sup>(27)</sup>؟

<sup>24</sup> Dominique Rousseau: Une résurrection: La notion de constitution, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger 1990.

<sup>25</sup> Denis Baranger: Comprendre le «bloc de constitutionnalité», Jus politicum n°21-juillet 2018.



## تأملات وتساؤلات

2- ما هو موضوع المراقبة؟ هل هو القانون كما هو معروض نصه للفحص؟ أم التطبيقات المحتملة له؟ هل

الاختيار الذي عبر عنه؟ أم النتائج الممكن أن تترتب عنه؟

3- أثر فعل المراقبة، وهل يُحد في التصريح بالمطابقة من عدمه؟ أم يُضاف إليه إدراج "تأويلات تحفظية" تنقذ

النص من خيار "ثنائية أرتودوكسية"، قد لا تسعف لتقديم الحل في كل ما هو معروض على القاضي

الدستوري<sup>(28)</sup>؟ وهل نظرية "المشروع السلبي"، كما نظر لها هانس كلسن، لا زال بإمكانها الاستمرار أمام تنامي

وظيفة "المشروع الإيجابي" للقاضي الدستوري<sup>(29)</sup>، الذي أصبح يمتلك "القلم" وليس فقط "المُحاة"، كما قال

العميد جورج فيديل ذات يوم<sup>(30)</sup>؟

4- ماذا بقي للبرلمان من "سلطة تقديرية"، أمام اتساع دائرة مراقبة الملائمة، تحت عناوين التناسب<sup>(31)</sup>

والإغفال<sup>(32)</sup> والغلو والخطأ البين<sup>(33)</sup>؟ ومن سيادة على "الأجندة التشريعية"، بلجوء المحاكم الدستورية إلى سياسة

"تنويع الأثر الزمني"<sup>(34)</sup>؟ ومن مقولة "الحوار المؤسساتي" بفعل حجية الشيء المقضي به، وحجية الشيء

المؤول<sup>(35)</sup>؟

■ المثل الثاني، إذا كان التأويل جزءا من عمل القضاء عموما، بما يتضمنه من إمكانيات للخلق وللإنشاء

القضائي المبدع، فإن التأويل القضائي للوثيقة الدستورية، تعترضه أسئلة من قبيل:

Véronique Champeil-Desplats: Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés?, CRDF, n° 9-2011.<sup>26</sup>

27 Thomas Dubut: Le juge constitutionnel et les concepts -Réflexions à propos des «exigences constitutionnelles»-, Revue française de droit constitutionnel (n° 80)-2009/4 .

28 Les réserves d'interprétation du conseil constitutionnel, 14 décembre 2002, IN [www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/.../Conseil/reserves](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/.../Conseil/reserves)

29 Bertrand Mathieu: Le conseil constitutionnel « Législateur positif » ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative, R.I.D.C. 2-2010.

30 Corinne Luquiens: L'aménagement des effets des décisions d'inconstitutionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en France, IN [https://cdn.accf-francophonie.org/2020/01/C8\\_intervention-France.pdf](https://cdn.accf-francophonie.org/2020/01/C8_intervention-France.pdf)

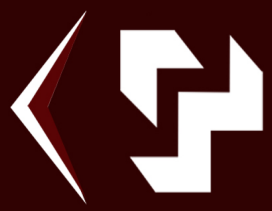
31 Valérie Goesel-Le bihan: Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, Cahiers du conseil constitutionnel n° 22 - Juin 2007.

32 Denise Teixeira de Oliveira: Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil: voie de démocratie continue, instrument inachevé de contre-pouvoir?, IXe Congrès Français de Droit Constitutionnel – AFDC - Lyon 2014.

33 Pierre Mazeaud : L'erreur en droit constitutionnel, Colloque à l'Institut de France : « L'erreur » les mercredi 25 et jeudi 26 octobre 2006, IN [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/erreur.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/erreur.pdf)

juridique et modulation dans le temps des effets des décisions de justice, Titre VII, n° 5 «La sécurité juridique», octobre Olga Mamoudy: Insécurité<sup>34</sup> 2020.

35 Mathieu Disant: L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel - Permanence et actualité(s)-, Cahiers du conseil constitutionnel n° 28 - Juillet 2010.



## تأملات وتساؤلات

1- إذا كان التأويل، متطلب في حال غموض النص، أو إيهام أحكامه، أو وجود ثغرة به، أو فراغ يكتنفه... فإن تقدير هذه الحالات، مما ينفرد القاضي بتحديدده، مع ما يعنيه ذلك، من أن القاضي لا يكتفي بتقديم الحل القضائي، ولكن أيضا بتقدير الحاجة إلى التأويل من عدمه، مما يفتح المجال واسعا لتتمة أحكام دستورية دون حاجة للمرور من مسطرة المراجعة الدستورية؟ وفي الحالة، هل لا زلنا في منطق مراقبة دستورية القوانين، أم في خيار "تتمة" كتابة الوثيقة الدستورية؟

2- إذا كانت الدساتير تسكنها رغبة تأسيسية في أن تدوم طويلا، فإن صلابة مسطرة مراجعتها، قد يجعل عملية تحيينها مستحيلة دون تدخل القاضي الدستوري. لكن، من أين يستمد القاضي شرعية ممارسة هذه الوظيفة، وهل هي من مشمولات مَهمة مراقبة دستورية القوانين؟ أم أنها مَهمة منفصلة، وقد تكون سابقة عنها؟ إذ القاضي يعطي مضمونا جديدا للدستور، بعنوان "التطويرية الدستورية"<sup>(36)</sup> قبل أن يُعمله؟ وبالتالي، هل من مقومات "الأمن القانوني"، أن يحاكم عمل المشرع بتأويل بعدي، لم يكن مصاغا لحظة تبنيه للقانون المعني؟

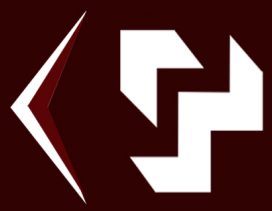
3- وإذا سلمنا بأن الدستور "عقدا مفتوحا" كما أرادت ذلك، مدرسة مونبلييه<sup>(37)</sup>، فهل يعني ذلك خلقا لا متناهيا للنص الدستوري، مع ما يترتب عن ذلك، من الانتقال من "الدستور الوثيقة"، إلى دستور يتطور، يُعدل، يُراجع وفق تقديرات قضائية، تتوقف عند الواقع، وتقدر ملابساته، في غياب كلي للسلطة التأسيسية المشتقة؟

4- وإذا كان التأويل، قوته ورجحاته، تتوقف على محدد التعليل، غناه، صياغته وحبكته، وأن مقوماته قد تتشكل من عناصر قانونية أو واقعية ومن تقدير لوسائل الإثبات المقدمة، أو من مرجعيات تقدم للبحث عن إرادة المشرع "كالأعمال التحضيرية"، فإن تضمين التعليل، واستناد بناء منطوق الأحكام القضائية على عناصر خلافية كنتائج "استطلاعات الرأي"، لاستخلاص "الحقيقة الاجتماعية"، أو "الرأي المجتمعي الأغلب"<sup>(38)</sup>، ألا يؤدي إلى إضعاف الحل القضائي المقترح، والتععيد القانوني له؟

36 Maxime Tourbe: L'utilisation de la métaphore darwinienne par Woodrow Wilson. L'argument de l'évolutionnisme au service du réformisme constitutionnel, IN « Le constitutionnel et les sciences de la nature, De Bacon À Kelsen », Sous la direction de Tristan Pouthier, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions 2019.

37 Dominique Rousseau: Les constitutionnalistes, les politistes et le renouveau de l'idée de Constitution, IN CURAPP, Droit et politique, PUF, 1993.

38 Idris Fassassi: L'exigence continue de légitimité sociale de la Cour suprême, Cahiers du conseil constitutionnel n° 26 - aout 2009.



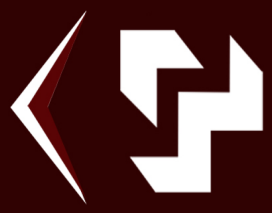
## تأملات وتساؤلات

مضمون الأجوبة عن هذه الأسئلة هي منَاط خطابي الشرعية وإزاحة الشرعية؛ فالخطاب الأول، يُطلق يد القاضي التأويلية، ولا يتساءل عن حدود لمداها، ويجعل مراقبة الدستورية مستحضرة لكل العمليات الاجتهادية التي يمكن أن تتوقف عليها، دون كثير اعتناء بفكرة الحدود بين السلط، فالقاضي الدستوري تحقيقاً منه لسمو الدستور، يمكنه أن يناقش اختيارات المشرع من منطلقات اجتهادية، غير واضحة في الدستور، وأن يقيد تقديره، وأن يحد من مدى ملائمة اختياراته، بل وأن يقترح عليه إطاراً للتشريع، وزمناً لإخراجه. وحينما لا تسعف ألفاظ الدستور وعباراته، النظر في الوقائع المعروضة، أو أن هذه الأخيرة تتجاوز سقف المكتوب دستورياً، فإن ذلك يتطلب من القاضي استنباط فهم جديد لأحكام الدستور، وتغييراً لمعناها لا مبناها. في مقابل ذلك، يشدد الخطاب الثاني، على مقولة "التقييد الذاتي"<sup>(39)</sup>، وأن يبتعد القاضي عن حماسة النشاط القضائي المتزايد، لفائدة القيام بعمل يتوقف عند حدود المراقبة فلا يتعداها، وأن يعيد النصوص إلى المشرع، لأنه مالك أصيل لسلطة التشريع غير القابلة للتفويض، تحت أي ذريعة بما في ذلك ذريعة مراقبة الدستورية، كما أن القاضي الدستوري، والمؤسسة التي ينتسب إليها، هي سلطة دستورية، وبالتالي، يمتنع عليها أن تصبح سلطة مشتقة حين ترغب في تحيين معاني الدستور، أو سلطة منشأة حين تتوق إلى خلق أحكام جديدة له.

وفي الختم، يمكن أن نتوقف عند الخلاصات الثلاث الآتية:

- إن سجال خطاب الشرعية، الشرعنة، وإزاحة الشرعية يخترق كل مواضيع "نظرية القضاء الدستوري"، ويظهر كإكراه للسياسات الدستورية التأسيسية، وللسياسات الاجتهادية القضائية؛
- إن هذا الخطاب لا يصل، في خلاصاته الراهنة، إلى حد التشكيك في جدوى "العدالة الدستورية"، وإنما يطرّح، في خاتمه المتعلقة بإزاحة الشرعية، حدوداً يؤمن بقدرتها على تسييج القاضي الدستوري في

<sup>39</sup> Michel Ameller : Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel, Exposé présenté à l'occasion d'une rencontre organisée à Istanbul en mai 1998 par l'OCDE , IN <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/2102/pdf>



## تأملات وتساولات

دوره، وعلى ضبط اجتهاده التأويلي، وعلى جعل مؤسسة القضاء الدستوري تشتغل ضمن الفهم

الدستوري القائم لأن تشكل بديلا له؛

- إن قوة هذا الخطاب، تكمن في كونه يتغذى من مقتربات مختلفة، ومن مجالات بحثية عدة، إنه يضع موقع القضاء الدستوري، منحدرات نخبه القضائية، مناهج عمله، ومفاعيل قراراته، في قلب أسئلة مؤسساتية، وسياسات عمومية، ليبحث في النهاية عن مدى إسهام القضاء الدستوري، في بناء الدولة الدستورية، وتطوير الفكر الدستوري، وتحقيق العدالة المستندة على احترام مبدأ سمو الدستور.