UAEU Law Journal

Volume 2024
Number 99 *Year 39 Issue No. 99 September 2024*

Article 2

January 2024

تكييف دور القضاء الدستوري في النظام الديمقراطي دراسة تحليلية مقارنة

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law

Part of the Jurisprudence Commons

Recommended Citation

(2024) "تكييف دور القضاء الدستوري في النظام الديمقراطي دراسة تحليلية مقارنة," *UAEU Law Journal*: Vol. 2024: No. 99, Article 2.
Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2024/iss99/2

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in UAEU Law Journal by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

Adapting the Role of Constitutional Judiciary in a Democratic System: A Comparative Analytical Study

Dr. Essam Saeed Abdul-obeidi

Associate Professor of Public Law - College of Law - University of Sharjah - United Arab Emirates
ealobeidi@sharjah.ac.ae

Abstract

The importance of the research emerges when the constitutional judiciary exercises its constitutional powers, including constitutional oversight. It performs many roles that highlight the reality of its status in the democratic system. These roles can be classified into three main categories. The first is the anti-majority role when it judges the unconstitutionality of the actions of elected bodies. The second role is the representative role when the constitutional judge responds to social demands that have not been met through the political process, and the third role is the enlightening role when the constitutional judiciary strengthens or encourages social progress regardless of the conditions of the political majority. Justification in the comparative democratic system. Therefore, the problem of the study relates to adapting the role of the constitutional judiciary and how to justify it in the comparative democratic system.

The main purpose of this research is to study and examine these main roles of the constitutional judge in contemporary democracies. The difficulty of demarcating the boundaries between law and politics in today's complex and pluralistic societies.

*** Received on 02/03/2022, and approved for publication on 31/05/2022**

Published by Scholarworks@UAEU, 2024

It should also be noted that the conclusions of the study can be generalized, given that the roles of constitutional courts from the perspective of global constitutionalism have become a common practice in the civilized democracies of the world. Therefore, the study reached many results, most notably that the decisions of the constitutional judiciary do not depend exclusively on legal standards, but may also be affected by political considerations, in addition to the difficulty of democratic justification for the anti-majority judicial role, the ease of democratic justification for the representative judicial role, And the grave danger of the enlightening role of the constitutional judge because it leads to the dominance of the judiciary and opposition to religion and morals.

Key words: political role, Constitutional Judiciary, judicial activism, democracy, the majority.

تكييف دور القضاء الدستوري في النظام الديمقراطي دراسة تحليلية مقارنة

د. عصام سعيد عبد العبيدي
أستاذ القانون العام المشارك - كلية القانون-جامعة الشارقة – الإمارات العربية المتحدة
ealobeidi@sharjah.ac.ae

ملخص البحث

تبرز أهمية البحث حين يقوم القضاء الدستوري بممارسة اختصاصاته الدستورية، ومن ضمنها رقابة الدستورية ، فإنه يؤدي العديد من الأدوار التي تبرز حقيقة وضعه في النظام الديمقراطي ، ويمكن تصنيف هذه الأدوار إلى ثلاثة أصناف رئيسية : أولها الدور المناهض للأغلبية عندما يحكم بعدم دستورية أعمال الهيئات المنتخبة ، أما الدور الثاني فهو الدور التمثيلي عندما يستجيب القاضي الدستوري للمطالب الاجتماعية التي لم تُلبَّى من خلال العملية السياسية ، أما الدور الثالث فهو الدور التنويري عندما يعزز القضاء الدستوري أو يشجع التقدم الاجتماعي بغض النظر عن ظروف الأغلبية السياسية ، ولهذا فإن إشكالية الدراسة تتعلق بتكييف دور القضاء الدستوري وكيفية تبريره في النظام الديمقراطي المقارن ، كما أن الغرض الرئيسي لهذا البحث هو دراسة وفحص هذه الأدوار الرئيسية للقاضي الدستوري في الديمقراطيات المعاصرة ، ولتعزيز حجج البحث ستقوم الدراسة بتحليل الدور السياسي للقاضي الدستوري عندما يتم إضفاء السمة القضائية على السياسات فضلاً عن إبراز نشاطه القضائي عندما تزداد فاعلية دوره في النظام الديمقراطي، وكذلك تحليل قضية صعوبة ترسيم الحدود بين القانون والسياسة في المجتمعات المعقدة والتعددية في الوقت الحاضر .

و ينبغي ملاحظة أن استنتاجات الدراسة قابلة للتعميم بالنظر إلى أن أدوار المحاكم الدستورية من منظور الدستورية العالمية أصبحت فئاتها ممارسة شائعة في ديمقراطيات العالم المتحضرة ؛ لذلك توصلت الدراسة إلى العديد من النتائج أبرزها إن قرارات القضاء الدستوري لا تعتمد حصرياً على المعايير القانونية ، بل قد تتأثر

*** استُلم بتاريخ 2022/03/02، و أجيز للنشر بتاريخ 2022/05/31.**

Published by Scholarworks@UAEU, 2024

أيضاً بالاعتبارات السياسية فضلاً عن صعوبة التبرير الديمقراطي للدور القضائي المناهض للأغلبية ، وسهولة التبرير الديمقراطي للدور القضائي التمثيلي ، و الخطورة الجسيمة للدور التنويري للقاضي الدستوري؛ لأنه يؤدي إلى هيمنة القضاء ومناهضة الدين والأخلاق.

الكلمات المفتاحية : الدور السياسي ، القضاء الدستوري ، النشاط القضائي ، الديمقراطية ، الأغلبية .

المقدمة

أولاً : موضوع البحث :

يتناول هذا البحث ثلاثة مواضيع متميزة، ولكنها ذات علاقة وثيقة ، الأول هو الصعود السياسي والمؤسسي للقضاء الدستوري في العالم المعاصر الذي يتميز بظواهر مثل إضفاء السمة القضائية على السياسات والنشاط القضائي وجهود التبرير الديمقراطي للقضاء الدستوري ، والثاني : السؤال العاصف للعلاقة بين القانون والسياسة، وهنا يمتد التحليل من الفصل التقليدي بين الاثنين إلى الاعتراف بأن التداخل بين القانون والسياسة أمر لا مفر منه ، إذ لا تستند قرارات المحكمة على المواد القانونية فحسب ، بل تتأثر - إلى حد ما - بعوامل ذاتية وموضوعية خارج نطاق القضاء. والقضية الثالثة والرئيسية من هذه الدراسة هي إثبات أن المحاكم الدستورية في العالم الديمقراطي تؤدي ثلاثة أدوار مختلفة: مناهضة الأغلبية عندما تبطل أعمال الفروع الأخرى للحكومة ، ودور تمثيلي عندما تلبي المطالب الاجتماعية التي لا تفي بها الفروع المنتخبة ، والدور التنويري : عندما تعزز بعض التقدم الاجتماعي الذي لم يحظ بعد بقبول الأغلبية، ولكنه من متطلبات الحضارة المدنية .

في سياق تطوير الدراسة تمت الإشارة إلى التجربة الدستورية الأمريكية، ولكنني فعلت ذلك من منظور المراقب الخارجي بحيث أضع هذه التجربة في السياق الأوسع للدستورية المعاصرة ، إذ يشهد عالم القانون الدستوري لحظة من التفاعل التي تشمل التداخل المكثف بين الأكاديميين والقضاة من مختلف البلدان ، واستخدام المذهب الأجنبي وقرارات المحاكم الأجنبية كسوابق أو كقوة مقنعة في المحاكم المحلية ، وظهور المحاكم الدولية إضافة إلى عالمية خطاب حقوق الإنسان ، فهذه المسائل تمثل

بعض جوانب ظاهرة اللحظة الدستورية الحالية التي تسمى "الدستورانية العالمية" [1] ، حيث إننا نمر بوقت هجرة الأفكار الدستورية والمواقف العالمية والخطابات عبر الوطنية ، إذ يتم التعبير عن التراث المشترك للدول الديمقراطية من خلال قواعد اللغة ودلالاتها التي تتماشى معها من حيث القيم والأغراض، وبذلك تحلل هذه الدراسة بعض السيناريوهات النموذجية في الممارسة الحالية للقانون الدستوري من منظور ليس محليًا ولا خاصًا ، ولكنه يسعى إلى دمج مجموعة المفاهيم التي جعلت من الدستورية مشروعًا عالميًا .

يمكن القول إنه يوجد اثنان من أقدم الدساتير المكتوبة في العالم - الدستور الأمريكي لعام 1787 والدستور الفرنسي لعام 1791 [2] - أدى إلى نموذجين دستوريين مختلفين للغاية ، في النموذج الفرنسي ، كان للدستور بُعد سياسي بطبيعته، ولا يستتبع تطبيقًا مباشرًا وفوريًا من قبل القضاء [3]، ومن ناحية أخرى تميزت الدستورية الأمريكية بالاعتراف بالبعد القانوني للدستور مع إمكانية تنفيذه المباشر والفوري من قبل جميع المحاكم فضلاً عن ذلك قبل منتصف القرن الماضي كانت المحاكم التي تتمتع بسلطة إنفاذ الدستور مباشرة وإبطال القوانين المخالفة له نادرة الوجود ، لكن بعد الحرب العالمية الثانية ساد النموذج الأمريكي في معظم العالم الديمقراطي ، واليوم تخصص معظم دساتير العالم للمحاكم العليا أو الدستورية سلطة إبطال التشريعات التي تتعارض مع الدستور، وفي الواقع هذه هي الحالة الراهنة للقانون الدستوري في معظم البلدان

(1) تعد ندوة الدستورية العالمية (Global Constitutionalism) برنامجًا دوليًا مميزًا لكلية الحقوق بجامعة ييل ، ويعود تاريخه إلى عام 1996. وفي عام 2011 أصبح جزءًا من برنامج غروبر للعدالة العالمية وحقوق المرأة.: https://law.yale.edu/centers-workshops/gruber-program-global-justice-and-womens-rights/global-constitutionalism-seminar (Last Visited : 27/7/2021)

(2) ينبغي ملاحظة أن الدستور الفرنسي لعام 1791 لا يعد أول دستور وطني مكتوب في العصر الحديث في أوروبا ، فدستور الكومنولث البولندي الليتواني في 3 مايو 1791 يعد أول دستور وطني مكتوب في أوروبا وثاني أقدم دستور في العالم بعد دستور الولايات المتحدة الأمريكية : https://www.cs.mcgill.ca/~rwest/wikispeedia/wpcd/wp/c/Constitution_of_May_3%252C_1791.htm(Last Visited : 27/7/2021)

(3) نظر الثوار الفرنسيون في عام 1789 إلى السلطة القضائية بشك معتبرين أنها تتعارض مع الإصلاحات الاجتماعية ومرتبطة بالنظام القديم ، ولهذا السبب حظر دستور 1791 الرقابة القضائية على القوانين والأعمال الإدارية : د. إبراهيم الحمود ، توسيع اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي في الرقابة على دستورية القوانين ، مجلة الحقوق ، السنة الثامنة عشر ، العدد الأول ، جامعة الكويت ، مارس 1994 ، ص196 – 197 – السيد علي السيد بك ، رقابة القضاء لدستورية القوانين ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الأولى ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، يناير 1950 ، ص68 – د. عبد الحفيظ الشيمي ، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص12

Published by Scholarworks@UAEU, 2024

الديمقراطية [4] ، فالدساتير المكتوبة تتمتع بالسمو ، وتؤسس الفصل بين السلطات ، وتحدد الحقوق الأساسية ، وتنص على رقابة قضائية من قبل محكمة عليا أو دستورية، ومع ذلك فإن هذا التجانس النسبي لا يخفي فقدانًا معينًا لنفوذ الدستور الأمريكي ، أو الفروق الإيديولوجية بين الدساتير المعاصرة ، أو التناقضات في تفسير الأحكام النصية المتماثلة من قبل المحاكم المختلفة .

ثانياً : أهمية البحث :

مع تعريف القرار القضائي بأنه عملية قانونية إلا أن القرار السياسي قد يكون سرياً ومغلفاً بغطاء قانوني ، فالقرارات القضائية قد تكون مشفرة أو مقنعة ، أي أنها تخفي ورائها أو في باطنها اعتبارات سياسية قد يصعب على القضاء التصريح بها ؛ لذلك يمكن القول إن قرارات القضاء الدستوري لا تعتمد حصرياً على المعايير القانونية ، بل قد تتأثر أيضاً بالاعتبارات السياسية .

وإذا كانت أهمية الدراسة ترتبط بتحليل وظيفة القضاء المزدوجة القانونية والسياسية ، إلا أنه لا يجوز للقاضي الدستوري أن يستخدم الاعتبارات السياسية كبديل للاعتبارات القانونية عند إصدار الأحكام القضائية ، وإلا عُدَّ خارجاً عن القانون ومبدأ المشروعية ، فقطع الصلة بين القاضي وعالم القانون يعني الدخول في مرحلة استبداد القضاء .

ويمارس القضاء الدستوري العديد من الأدوار في النظام الديمقراطي التي قد تكون منفصلة أو متداخلة ، وهي ثلاثة أدوار رئيسية : الأول الدور المناهض للأغلبية ، والثاني الدور التمثيلي، والثالث الدور التنويري ، والتي يتوقف وزنها الديمقراطي بحسب انسجامها أو تعارضها مع فكرة الديمقراطية أو حكم الأغلبية في المجتمع السياسي .

ثالثاً : إشكالية البحث :

تتركز إشكالية الدراسة حول السؤال الذي مفاده : كيف يمكن تكييف دور القضاء الدستوري في النظام الديمقراطي؟ ويتفرع عن هذا السؤال عدة أسئلة فرعية على النحو الآتي :

1- هل يمارس القضاء الدستوري دوراً قانونياً فقط أم يمارس أيضاً دوراً سياسياً؟
2- هل الدور السياسي للقضاء الدستوري يعد دوراً مشروعاً؟
3- هل أدوار القضاء الدستوري المناهضة للأغلبية أو التمثيلية أو التنويرية تتوافق مع النظام الديمقراطي أم تتعارض معه ؟

[4] مع أن صيغة المحاكم الدستورية المعتمدة في أوروبا تحتفظ بهياكل وإجراءات مختلفة عند مقارنتها بالنموذج الأمريكي ، لكن المفهوم الأساسي يعد متشابهاً ، إذ يتمتع الدستور بالسمو ، وتصرفات الفروع الأخرى التي تتعارض معه يحكم عليها بالبطلان من قبل المحكمة .

رابعاً : فرضيات البحث :

تحاول الدراسة إثبات الفرضيات الآتية :

1- إن قرارات القضاء الدستوري لا تعتمد حصرياً على المعايير القانونية ، بل قد تتأثر أيضاً بالاعتبارات السياسية .
2- إن القضاء الدستوري يمارس العديد من الأدوار : المناهضة للأغلبية التمثيلية ، والتنويرية ، التي قد تتفق أو تتعارض مع النظام الديمقراطي؟
3- الخطورة العظمى للدور التنويري؛ لأنه يؤدي إلى هيمنة القضاء ويتعارض بشكل صارخ مع الدين والأخلاق

خامساً : أهداف البحث :

1- توضيح وتحليل تكييف دور القضاء الدستوري في النظام الديمقراطي
2- تصنيف دور القضاء الدستوري في النظام الديمقراطي
3- بيان الأبعاد السياسية والقانونية لدور القضاء الدستوري في النظام الديمقراطي
4- إبراز الأبعاد الإيجابية والسلبية لدور القضاء الدستوري في النظام الديمقراطي

سادساً : منهج البحث :

يعتمد البحث على المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن ، وذلك بوصف وتحليل النصوص الدستورية والاتجاهات الفقهية والقضائية المتعلقة بتكييف دور القضاء الدستوري في النظام الديمقراطي وانعكاساته الفلسفية والقانونية والعملية .

سابعاً : خطة البحث :

قمنا لتحديد تكييف دور القضاء الدستوري في النظام الديمقراطي بتقسيم البحث إلى مبحثين : يتعلق المبحث الأول بتكييف دور القضاء الدستوري في ضوء الاتجاهات الفقهية والفلسفية ، وينقسم إلى مطلبين : المطلب الأول مرتكزات الدور السياسي للقضاء الدستوري ، والمطلب الثاني ترسيم الحدود بين القانون والسياسة ، أما المبحث الثاني فيتضمن تكييف دور القضاء الدستوري في ضوء الاتجاهات القضائية ، وينقسم إلى ثلاثة مطالب : المطلب الأول الدور القضائي المناهض للأغلبية ، والمطلب الثاني الدور القضائي التمثيلي ، والمطلب الثالث الدور القضائي التنويري.

المبحث الأول
تكييف دور القضاء الدستوري في ضوء الاتجاهات الفقهية والفلسفية

Published by Scholarworks@UAEU, 2024

يقوم القضاء الدستوري بالعديد من الوظائف في النظام الديمقراطي ، ولعل أبرز هذه الوظائف الرقابة على دستورية القوانين ، فعندما يمارس القاضي الدستوري مهمته في الرقابة الدستورية فإنه يقوم بوظيفة قانونية؛ وهي التحقق من دستورية القانون ، لكن في الحقيقة هذه الرقابة لها أبعاد سياسية من حيث آثارها ونتائجها على النظام السياسي ، ولذلك يمكن القول إن توسع السلطة التقديرية للقاضي الدستوري قد تؤثر سلباً في زعزعة الاستقرار السياسي والاجتماعي والاقتصادي في الدولة
، لهذا السبب على القاضي الدستوري أن يسعى لتحقيق التوازن بين متطلبات المشروعية الدستورية ومتطلبات المصلحة العامة للبلاد ، وقد قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين : المطلب الأول مرتكزات الدور السياسي للقضاء الدستوري ، والمطلب الثاني ترسيم الحدود بين القانون والسياسة على النحو الآتي :

المطلب الأول
مرتكزات الدور السياسي للقضاء الدستوري

وينقسم إلى ثلاثة فروع : الفرع الأول إضفاء السمة القضائية على السياسات ، والفرع الثاني النشاط القضائي ، أما الفرع الثالث فيتعلق بانتقادات توسع سلطة القضاء الدستوري في النظام الديمقراطي .

الفرع الأول
إضفاء السمة القضائية على السياسات

بالتزامن مع التوسع في اختصاصات القضاء الدستوري على الصعيد العالمي ، كان هناك أيضًا صعود سياسي ومؤسسي مفرط للسلطة القضائية ، وهناك أسباب متعددة لهذه الظاهرة ، كان إحداها الاعتراف - بعد الحرب العالمية الثانية - بأهمية وجود سلطة قضائية قوية ومستقلة كعنصر أساسي في الديمقراطيات الحديثة من أجل حماية الحقوق الأساسية وسيادة القانون، ويمكن للمرء أن يضيف إلى هذا العامل عاملين آخرين: خيبة أمل معينة من سياسات الأغلبية ، وصعوبة الهيئات التشريعية في التوصل إلى توافق في الآراء عند التعامل مع المسائل الخلافية السياسية أو الأخلاقية ، كما سعى علماء سياسيون مؤثرون إلى تفسيرات أخرى لمصلحة النخب السياسية في تمكين المحاكم الدستورية في بعض المراحل الدستورية، وبحسب رأي توم جينسبورغ (Tom Ginsburg) فإن تعزيز المحاكم يتم كشكل من أشكال "التأمين السياسي"

(5) وبالتالي سيقدم حلاً لمشكلة عدم اليقين السياسي بشأن التأثير التوزيعي المستقبلي للمؤسسات والحقوق الجديدة فضلاً عن ذلك يقدم ران هيرشل (Ran Hirschl) تفسيراً آخر ؛ وهو أن تعزيز دور المحاكم يعد طريقاً للنخب للحفاظ على هيمنتها في المستقبل غير المؤكد (6) .

في الوقت الحالي فإن الخلاصة الرئيسية هي أن المكانة البارزة التي اتخذها القضاة والمحاكم قد أفسحت المجال لظاهرة قضائية السياسات أي إضفاء السمة القضائية على السياسات (judicialization) التي تعني بأن القضايا السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الأخلاقية ذات الصلة يتم البت فيها في نهاية المطاف من قبل السلطة القضائية ، كما أن نقل السلطة إلى المؤسسات القضائية على حساب الهيئات السياسية التقليدية : السلطتان التشريعية والتنفيذية ، يؤدي إلى توسع السلطة القضائية التي بدأت تمثل ظاهرة عالمية (7)

وتوضح أمثلة عديدة لا لبس فيها لقضائية السياسات انسياب الحدود بين السياسة والقانون في العالم المعاصر ، ففي الولايات المتحدة إضفاء السمة القضائية على المسائل السياسية له تاريخ طويل ، إذ تشمل قضايا مثل الفصل العنصري ، ورسم الدوائر الانتخابية ، وفصل السلطات ، وحقوق المدعى عليهم في القضايا الجنائية ، وحرية التعبير ، وتمويل الحملات ، والعمل الإيجابي ، وحماية حقوق المرأة ، ، والإجهاض ، وإصلاح السجون من بين أمور أخرى. وفي كل هذه الحالات تداخل الخطاب القانوني مع اللغة السياسية ، وعملت المحاكم كبديل للعملية السياسية التقليدية (8)

ومن وجهة نظرنا فإن القضاء يعد حقيقة لا مفر منها ، وهو ظرف ناشئ عن التصميم المؤسسي المعتمد في معظم الدول الديمقراطية، وكذلك من ديناميكيات السياسة، ويشمل هذا الترتيب الوصول إلى العدالة ، والتعريف الدستوري للحقوق الأساسية ، ووجود المحاكم الدستورية التي يتمثل دورها في إنفاذها. وغني عن القول إن قضائية

(5) TOM GINSBURG, JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES: CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIAN CASES , Cambridge University Press , 2003, P.25

(6) RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM , Harvard University Press , 2004 , P.214

(7) ALEC STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES: CONSTITUTIONAL POLICIES IN EUROPE , Oxford University Press , 2000 , P. 35–36, 130

(8) GORDON SILVERSTEIN, LAW'S ALLURE: HOW LAW FORMS, CONSTRAINS, SAVES, AND KILLS POLITICS , Journal of Legal Education , 2009 , P. 2

Published by Scholarworks@UAEU, 2024

السياسات يتم تعزيزها في البلدان التي لديها دساتير قابلة للإنفاذ القضائي ، ولاسيما تلك التي تكرس الإنفاذ القضائي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية مثل جنوب إفريقيا وكولومبيا والبرازيل .

الفرع الثاني
النشاط القضائي

إن إضفاء السمة القضائية على السياسات والنشاط القضائي ليسا متشابهين مع وجود علاقة بينهما، وأنهما ينحدران من العائلة نفسها ، لكن لهما أصول وأسباب مختلفة ، فالنشاط القضائي (Judicial Activism) هو تعبير ترتبط أصوله بالولايات المتحدة الأمريكية [9] كما تم استخدامه لبيان أداء المحكمة العليا بين عامي 1954 و 1969 في ظل رئيس القضاة إيرل وارن ، فطوال هذه الفترة أدى القضاء التقدمي بشأن الحقوق الأساسية إلى ثورة عميقة وصامتة في العديد من الممارسات السياسية [10] ، فقد نُفذِّت جميع هذه التحولات دون أي تشريع من الكونغرس أو مرسوم رئاسي ، وبعد رد فعل محافظ مكثف افترض مصطلح "النشاط القضائي" في الولايات

[9] استخدم مصطلح " النشاط القضائي " لأول مرة في مقال مؤرخ عن المحكمة العليا الأمريكية خلال فترة الصفقة الجديدة أو العهد الجديد (New Deal) في عهد الرئيس فرانكلين روزفلت .

[10] ومثال على ذلك عد الفصل العنصري في المدارس غير مشروع : Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) ، الحق في الاستشارة Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963) ، والحق في عدم تجريم الذات مضمون للمتهمين في الإجراءات الجنائية Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) ، والحق في الخصوصية حيث تم منع الحكومة من اقتحام غرفة نوم الزوجين لغرض فرض الحظر على استخدام موانع الحمل Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965) ، وحرية الصحافة New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964) ، والحقوق السياسية Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962) ، وفي عام 1973 تحت رئاسة القاضي وارن برغر حظرت المحكمة العليا الأمريكية التمييز على أساس الجنس فيما يتعلق بالمزايا العسكرية Richardson v. Frontiero, 411 U.S. 677 (1973) ، وكذلك الحقوق الإنجابية للمرأة ، ومنع تجريم الإجهاض خلال الثلاثة أشهر الأولى من الحمل Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) . كما ينبغي ملاحظة بأنه تم استخدام مصطلح النشاط القضائي على نطاق واسع لوصم القضاء التقدمي لمحكمة وارن ، ومع ذلك كان النشاط القضائي يسبق إنشاء المصطلح ، وكان في أصوله محافظاً بشكل أساسي . في الواقع كان في الإجراءات الاستباقية للمحكمة العليا أنها دعمت الفصل العنصري Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857) ، وإبطال القوانين الاجتماعية بشكل عام (عصر لوكنر 1905 – 1937) ، وبلغت ذروتها في المواجهة بين المحكمة والرئيس روزفلت التي أدت إلى تغيير التوجه القضائي المعارض لتدخل الدولة West Coast v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937) ، وانعكس الوضع في الفترة من منتصف الخمسينيات إلى منتصف السبعينيات ، ومع ذلك بعد التحول المحافظ للمحكمة العليا الأمريكية ، ولاسيما خلال رئاسة ويليام رينكويست (1986-2005) تم انتقاد النشاط القضائي للمحكمة بشدة : Frank B. Cross & Stephanie A. Lindquist, The Scientific Study of Judicial Activism, 91 MINN. L. REV. , 2007 , P.1757

المتحدة اليوم دلالة سلبية ومزدرية تعادل الممارسة غير المناسبة للسلطة القضائية (11)

وترتبط فكرة النشاط القضائي بمشاركة أوسع وأكثر عمقاً للسلطة القضائية في تحقيق القيم والأغراض الدستورية مع تدخل أكبر في مجال اختصاص الفرعين الآخرين ، وفي العديد من المواقف لا توجد مواجهة ، ولكن مجرد احتلال المساحات الفارغة ، فالنشاط لا يتطلب دلالة أيديولوجية أو حزبية ، وللإشارة إلى مثال واضح للغاية فإن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية أكثر نشاطًا من المحكمة العليا الأمريكية ولكنها أقل تسييسًا إلى حدٍ كبير ، ومما يؤكد ذلك صدور بعض القرارات المسيسة من قبل المحكمة العليا الأمريكية مثل قضية (Bush v. Gore 2000) التي أعلنت المحكمة فيها بأن قرار المحكمة العليا في ولاية فلوريدا بإعادة الفرز اليدوي للأصوات مخالف للدستور والقانون الفيدرالي ، فبهذا القرار حصل المرشح الجمهوري جورج بوش الابن على أصوات المجمع الانتخابي البالغة 271 ، وهي الأغلبية اللازمة للفوز بالانتخابات الرئاسية (12)

إن إضفاء السمة القضائية على الحياة السياسية هي إحدى مظاهر التصميم المؤسسي في الديمقراطيات المعاصرة ، ومع ذلك فإن النشاط هو موقف أو توجه أي خيار لتفسير الدستور بطريقة ملموسة واستباقية ، وتوسيع معناه ونطاقه بشكل عام ، كما يوجد في حالات التراجع التشريعي انفصال معين بين الطبقة السياسية والمجتمع المدني ، مما يحول دون تلبية بعض المطالب الاجتماعية بشكل مناسب، أو أن النشاط القضائي يعالج الحاجة إلى بعض التطورات الاجتماعية التي لا يمكن تحقيقها من خلال سياسات الأغلبية ، وعكس النشاط القضائي هو التقييد الذاتي القضائي الذي يسعى القضاة من خلاله إلى ضبط النفس بواسطة الحد من تدخلهم في تصرفات الفروع الأخرى (13) ، والاختلاف المنهجي الرئيسي بين الموقفين هو أنه من حيث المبدأ يسعى النشاط القضائي الذي يمارس بشكل مشروع ، إلى استخراج أقصى إمكانات النص الدستوري والذي يتضمن تأويل وبناء قواعد معينة للسلوك من العبارات الدستورية المبهمة والغامضة ، وعلى العكس من ذلكيتميز التقييد الذاتي القضائي على وجه التحديد من

(11) Ibid , P.1752-1754
(12) 531 U.S. 98 (2000) : https://en.wikipedia.org/wiki/Bush_v._Gore
(Last Visited : 28/7/2021)
(13) وطبقاً لهذا المنظور يجب على المحاكم أن 1- تتجنب التطبيق المباشر للدستور على الحالات والمواقف التي لا تقع ضمن النصوص الدستورية الصريحة وذلك بانتظار مبادرة المشرع لمعالجة مثل هذه الحالات ، 2- استخدام معايير صارمة ومحافظة للإعلان عن عدم دستورية القوانين والمعايير الأخرى ، 3- الامتناع عن التدخل في تعريف ومفهوم السياسة العامة .

Published by Scholarworks@UAEU, 2024

خلال إتاحة مساحة أكبر للفروع السياسية الأخرى للعمل مع المراعاة أو الإذعان القضائي الكبير لأفعالها وإغفالاتها [14]

ومن الناحية النظرية يمكن أن يُترجم النشاط القضائي إلى سلوك شرعي أو غير شرعي، ولهذا السبب يؤيد معظم رجال القانون والمجتمع عمومًا توسيع سلطة القضاء عندما يتعلق الأمر بحماية الحقوق الأساسية للمجموعات الضعيفة تاريخياً مثل النساء أو الأطفال أو المعاقين أو المنحدرين من أصل أفريقي ، ومع ذلك - نظرًا للمشاكل القائمة مع مصطلح "النشاط" - حان الوقت لإيجاد كلمة جديدة لتحديد الإجراءات القضائية الفاضلة والإنسانية - على العكس من ذلك - عندما يتجاهل القضاء أو يتحايل بشكل مصطنع على القانون لتعزيز قيمه أو معتقداته أو تفضيلاته السياسية ، فإنه يمارس سلطته في هذه الحالة بشكل غير صحيح ، فمن وجهة النظر السياسية الراسخة لا يتجسد دور القضاء بإنشاء القانون ، بل تطبيق القانون الموجود بالفعل [15]

ومع ذلك - فإن الأمور أقل بساطة مما قد يفترضه المرء للوهلة الأولى ، ومن أجل تحديد ما إذا كان القاضي يقوم بإنشاء القانون أو تطبيقه من الضروري معرفة : 1- ما هو القانون من الناحية الفلسفية ؛ أي ضرورة إجراء تحقيق فلسفي ، و (2) ما هو القانون من الناحية العملية ؛ أي ما هو القانون المعمول به ومعناه ، وتتطلب مناقشة ما هو القانون منعطفاً طويلاً من خلال مسار متعرج من الخفايا النظرية التي لا يمكن تتبعها هنا ، من بينها الآتي: ما إذا كان القانون هو (أ) نص القاعدة ، (ب) القصد الأصلي لمن أنشأه ، أو (ج) الغرض الذي تم إنشاؤه من أجله؟ فضلاً عن ذلك ، فإن القانون هو التطبيق الصريح والمباشر للتشريع أو السعي لتحقيق العدالة في كل حالة على حدة ، أو ربما يكون تطبيق القانون مزيجًا معقدًا من القيم أو المبادئ الأساسية مثل العدالة واليقين القانوني والشرعية والمساواة والحكمة حتى مع وضع هذه التعقيدات جانبًا وافتراض وجود قاعدة صريحة أو سابقة محددة حول الموضوع الذي سيتم البت فيه ، لا يزال من غير الموضوعي دائمًا التحقق من المعنى الفعلي للقانون المعمول به ، وفي العديد من المواقف فإن غموض اللغة أو إبهامها ، أو تضارب المعايير أو القيم التي تقوم عليها إضافة إلى الخلافات الأخلاقية المعقولة تكتنف الذاتية مهمة تحديد ماهية القانون ، كما اعتقد الفقيه هانز كلسن أن القاضي الدستوري سوف

[14] Richard A.Posner , The Rise and Fall Of Judicial Self-Restraint , California Law Review , Vol.100, No.3, 2012 , P.520-521
[15] Ibid , P.520-525

يعمل "كمشرّع سلبي" عندما يحكم بإلغاء أو إبطال القانون المخالف للدستور [16]، ومن وجهة نظرنا إن القاضي الدستوري المعاصر ليس فقط في دول القانون العام، ولكن أيضًا في دول القانون المدني غالبًا ما يكون مشاركًا في عملية إنشاء القانون إنه ليس خيارًا فلسفيًا أو منهجيًا ، بل هو أمر مفروض من واقع الحياة .

الفرع الثالث
انتقادات توسع سلطة القضاء الدستوري

وهذه الانتقادات لها مظاهر عديدة : إحداها "نقد أيديولوجي" إذ ينظر إلى القضاء على أنه هيئة محافظة تقليدية ، تشرف على توزيع السلطة والثروة في المجتمع ، ومن هذا المنظور ، سيعمل إضفاء السمة القضائية على السياسات كرد فعل للنخب التقليدية ضد التحول الديمقراطي ، والترياق لمشاركة شعبية واسعة النطاق ولسياسات الأغلبية ، ويتعلق النقد الثاني "بالقدرات المؤسسية" للمحاكم - التي قد لا تكون أفضل مكان لاتخاذ القرارات التي تنطوي على جوانب تقنية أو علمية معقدة للغاية – مع خطر الآثار النظامية غير المتوقعة وغير المرغوب فيها التي تنبع من مثل هذه القرارات ، وتستدعي كلتا الحالتين الحذر والمراعاة ، وأخيرًا ، يتعلق النقد الثالث بحقيقة أن إضفاء السمة القضائية على السياسات مع آثاره الرسمية وتكاليفه المرتفعة ، يقصر المشاركة في النقاش على أولئك القلائل الذين يمكنهم الوصول إلى العالم القانوني ، بينما يخاطرون أيضًا بتسييس غير مبرر العدالة ، أي أنه يمكن أن يسبب اللامبالاة في المجتمع المدني والحركات الاجتماعية ، أو يقود المشاعر إلى المجال الذي يجب أن يرأسه العقل [17] .

ومما تجدر ملاحظته أنه مع أن القضاء الدستوري قد لا يكون مكونًا لا غنى عنه في المذهب الدستوري الديمقراطي ، إلا أنه قد يخدم القضية بشكل عام ، إنه مجال من الشرعية الاستطرادية أو الجدلية للقرارات السياسية التي تتعايش مع شرعية الأغلبية ، وهنا يتجسد دوران رئيسيان: (1) للتعبير عن القرارات السياسية الأساسية التي يقوم

[16] Alec Stone Sweet, Why Europe Rejected American Judicial Review, 101 MICH. L. REV. , 2003 , P.2765

[17] Adrian Vermeule, Foreword: System Effects and the Constitution, HARV. L. REV. 4 , 2009 , P.123 - Mark Tushnet, Taking The Constitution Away From The Courts ,1999, P.177

Published by Scholarworks@UAEU, 2024

عليها مجتمع معين بما في ذلك - على وجه الخصوص - ما يتعلق بالحقوق الأساسية ، و (2) ضمان العملية الديمقراطية ، وتسهيل حكومة الأغلبية وتناوب السلطة [18] . ومن وجهة نظرنا عندما تكون الحقوق الأساسية أو الإجراءات الديمقراطية ليست على المحك يجب على المحاكم أن تتقيد بالخيارات المشروعة التي تتخذها الفروع الأخرى للحكومة ، والامتناع عن فرض التقييم السياسي الخاص بها إضافة على ذلك يجب على المحاكم ألا تقمع أو تضطهد أصوات الشعب ، والحركات الاجتماعية وقنوات التعبير عن المجتمع ، وأخيرًا إن انتقاد المحاكم كونها المتحدث الرسمي باسم النخبة لا يعد مستدامًا - أو على الأقل لن يكون قابلاً للتعميم ، ففي كثير من الحالات قامت المحاكم بحماية حقوق المستضعفين في المجتمع بما في ذلك حقوقهم الاجتماعية والاقتصادية ، وفي بعض البلدان ، لأسباب عديدة ، يكون الجهاز القضائي أكثر تطوراً وتقدماً من الهيئة التشريعية .

المطلب الثاني
ترسيم الحدود بين القانون والسياسة

وينقسم إلى ثلاثة فروع : يتعلق الفرع الأول بالمفهوم التقليدي الشكلي ، ويتضمن الفرع الثاني المفهوم الحديث الواقعي ، أما الفرع الثالث فيتضمن ظاهرة تسييس القضاء الدستوري وعلى النحو الآتي :

الفرع الأول
المفهوم التقليدي (الشكلي)

يعد الفصل بين القانون والسياسة أمراً أساسياً في الديمقراطيات الدستورية ، فعلى مستوى خلقه لا توجد طريقة يمكن من خلالها فصل القانون عن السياسة بقدر ما هو نتاج إرادة الأغلبية ، فالقانون في الواقع هو أحد النتاجات الرئيسية للسياسة ، فالقانون يعد سياسة مرسومة ، ومع ذلك في مجال تطبيق القانون يُنظر إلى فصله عن السياسة على أنه ممكن وصحيح ، ويتم تعزيز الفصل بين القانون والسياسة من خلال النظرة

[18] Jeremy Waldron, The Core of the Case Against Judicial Review, 115 YALE L.J., 2006, P. 1346, 1359

التقليدية والشكلية للظاهرة القانونية [19] التي تغذي مفاهيم مثل حياد القانون واكتماله ، بالإضافة إلى الاعتقاد بأن التفسير القضائي هو عملية ميكانيكية إلى حد ما تستند فقط إلى الاعتبارات الفنية ، وقد تعرض هذا المنظور لانتقادات شديدة في القرن الماضي ، وتم انتقاده لمعالجة القضايا السياسية ، ولإخفاء الاختيارات بين الاحتمالات التفسيرية المختلفة وراء خطاب الحل الممكن والوحيد [20]

ليس هناك شك في أن الخيارات السياسية يجب أن تتخذ - كقاعدة عامة - من قبل الهيئات المنتخبة ، أي من قبل السلطتين التشريعية والتنفيذية ، ومع ذلك تؤدي المحاكم دورًا مهمًا في الحياة الديمقراطية ، ولكن ليس الدور المركزي ، فالمؤسسات القضائية لا تفرض إرادتها الخاصة ، ولكنها تجسد الإرادة السياسية للأغلبية التي تتجلى في الدائرة الانتخابية والسلطة التشريعية ، أو تلك التي تتحقق من خلال العادات والسوابق ،كما يحكم نشاط تفسير وتطبيق القواعد القانونية مجموعة من المبادئ والقواعد والاتفاقيات والمفاهيم والممارسات التي تعطي خصوصية لعالم القانون والنظرية القانونية، هذا هو الخطاب المعياري: القضاة مستقلون عن السياسة ويقتصرون على تطبيق القانون القائم وفقًا للمعايير المقبولة من قبل المجتمع القانوني، والقانون يختلف بالتأكيد عن السياسة ، ومع ذلك يجب على المرء ألا يتجاهل أن الخط الفاصل بينهما الذي يوجد بلا شك ليس واضحًا أو ثابتًا دائمًا [21]

الفرع الثاني
المفهوم الحديث (الواقعي)

ويرتبط هذا المفهوم بفكرة أن التفسير هو عمل إرادي مما يؤدي إلى الإقرار بسلطة واسعة جداً للقاضي، ولكل مفسر ، وبالفعل إذا اعتبرنا أن التفسير هو تحديد معنى

---

[19] ترى أن كل مسائل السياسة يجب أن توضع من قبل المشرع (LEGAL FORMALISM) فالشكلية القانونية وحده ، وهكذا يسعى هذا المذهب إلى تنفيذ أو تطبيق ما يقوله القانون في الحقيقة بدلاً مما يمكن أو يجب أن يقوله ، حيث يعد القانون مجموعة من القواعد والمبادئ المستقلة عن المؤسسات السياسية والاجتماعية الأخرى وبذلك يكون دور القاضي مجرد عمل وصفي أو كاشف ، وهذه المدرسة تركز على الفصل بين السلطتين القضائية والتشريعية :
LEGAL FORMALISM VS. LEGAL REALISM : THE LAW AND THE HUMAN CONDITION : http://sftlawyers.com/legal-formalism-vs-legal-realism-the-law-and-the-human-condition/(Last Visited : 29/7/2021)

[20] Keith E. Whittington, R. Daniel Keleman & Gregory A. Caldeira, The Study of Law and Politics, in THE OXFORD HANDBOOK OF LAW AND POLITICS, 2008 , P. 3

[21] Ibid , P.3 -4

Published by Scholarworks@UAEU, 2024

النص ، وإذا كان هذا التفسير ليس إلا القاعدة المعبر عنها بالنص فإن المفسر هو الذي يحدد القاعدة وليس كاتب النص ؛ لذلك يستخلص من النظرية الواقعية الكلاسيكية أن المشرع الحقيقي ليس البرلمان بل مفسر القانون المحكمة مثلاً ، وإذا أكملنا هذا التحليل يمكن القول إن صاحب النص الدستوري الحقيقي ليس كاتب الدستور بل المحكمة الدستورية [22]

إذ يرى مذهب الواقعية القانونية (LEGAL REALISM) أن القانون مجموعة مرنة ومطاطة من المبادئ التوجيهية التي يجب أن تطبق بشكل خلاق ومتحرر لكي يخدم القانون المصالح الاجتماعية والسياسة العامة الجيدة ، كما يرى هذا المذهب العالم القانوني كوسائل لتعزيز العدالة وحماية حقوق الإنسان ، فضلاً عن أنه يؤمن بأنه على القضاة أن يقوموا بتطوير وتحديث القانون بشكل متزايد؛ لأنهم الفرع الأقرب في التواصل مع الوقائع الاجتماعية والاقتصادية والتكنولوجية ، إذ يجب أو يمكن أن يكيفوا القانون بما يتلاءم مع هذه الاحتياجات ، وعليه يجب أن يمتلك القضاة سلطة تقديرية واسعة تمكنهم من تكييف القانون مع الوقائع المتطورة، ولاسيما أن عمل المشرع يتسم بالبطء بحيث لا يستجيب إلا بصعوبة لهذه التطورات [23]

ليس هناك شك في أن المحاكم الدستورية و العليا ، في جميع أنحاء العالم ، تنتهي في النهاية بالتدخل ، بطريقة ذات صلة ، في عالم السياسة وصياغة السياسات العامة ، لذلك ، فإن التداخل بين القانون والسياسة أمر لا مفر منه ، مع التظاهر القوي بالاستقلالية التي يجب أن يتمتع بها القانون عن السياسة ،ويرجع ذلك أحيانًا إلى الآثار المباشرة للقرارات القضائية ، فإذا أعلنت المحكمة أن قرار هيئة تنفيذية أو تحصيل ضرائب أو القانون الذي ينظم تمويل الحملة غير دستوري أو مخالف للدستور ، فهناك في هذه الحلات فائزون وخاسرون في الساحة السياسية ، وفي حالات أخرى تؤدي شخصية المفسر دورًا حاسمًا ، كما هو الحال في إسناد المعنى إلى المصطلحات الغامضة أو المبهمة(مثل العقوبة غير المعتادة أو القاسية ، والكرامة الإنسانية) ، والنظر في المعايير المتضاربة على ما يبدو (على سبيل المثال ، حرية التعبير مقابل الحق في الخصوصية ، حماية الملكية الفكرية مقابل مصلحة المستهلك) ، أو في حل القضايا التي تنطوي على خلافات أخلاقية معقولة (على سبيل المثال ، المساعدة على الانتحار ، أبحاث الخلايا الجذعية الجنينية). مع أنه لا ينبغي للقاضي أن يتنبأ بقيمه

[22] ميشيل ترويير ، فلسفة القانون ، ترجمة : جورج سعد ، ط1 ، دار الأنوار للطباعة والنشر ، 2004 ، ص110

[23] LEGAL FORMALISM VS. LEGAL REALISM : THE LAW AND THE HUMAN CONDITION , OP.CIT .

الشخصية عند الفصل في القضية إلا أن هناك بعدًا أدنى لا بد منه في هذا الأمر: وهو تقييمه لما هو صحيح وعادل وشرعي .

هناك سبب آخر يزيل بشكل كبير الموضوعية الكاملة للقانون: قدرته على توفير حلول مسبقة لمشاكل الحياة ، فضلاً عن أن المجتمع المعاصر يحمل معه علامة التعقيد ، إذ تسعى الترتيبات المؤسسية والأنظمة القضائية في النظم الديمقراطية إلى خلق تعايش متناغم بين الأشخاص ذوي وجهات النظر المختلفة ، وتحفيز التسامح والقواعد التي تسمح لكل واحد أن يعيش قناعاته بطريقة غير حصرية، ومع ذلك فمن المرجح أن تولد العديد من القضايا صراعات بين وجهات النظر العالمية المتعارضة ، وفي العديد من البلدان تشمل الخلافات حول الإجهاض والتعليم الديني في المدارس العامة وغيرها من المسائل ، بحيث تتحول الحياة إلى "عرض واقعي" ، فمن غير المستغرب أن تتشابك العلاقات المؤسسية والاجتماعية والشخصية في ثغرات هذا المجتمع المعقد والتعددي إضافة إلى ذلك - في عالم يتم فيه إضفاء السمة القضائية على كل شيء في نهاية المطاف - تتعامل المحاكم العليا والدستورية مع الأسئلة التي لا توجد لها إجابات سهلة أو بسيطة أخلاقياً على سبيل المثال هل يجوز تلقيح المرأة بشكل مصطنع عن طريق الحيوانات المنوية لزوجها الراحل المحفوظ في بنك الحيوانات المنوية؟ هل يجوز للزوجين الصم البكم ، من خلال الهندسة الوراثية ، اختيار توليد طفل أصم ، بحيث يعيش الطفل في نفس الكون الوجودي الذي يعيشاه؟ وغيرها من المسائل الشائكةوالصعبة والمعقدة التي تعرض على المحاكم ، والسمة المعيارية هي عدم وجود حل مباشر يمكن استخلاصه من التشريعات أو السوابق، فتنشأ الصعوبات من عدة عوامل مختلفة بما في ذلك (1) غموض اللغة،و (2) التضارب بين المعايير أو بين القيم الواردة فيها ، و (3) الخلافات الأخلاقية المعقولة ، ففي العديد من المواقف ، يرى المستنيرون العالم من وجهات نظر مختلفة تمامًا ، وهكذا تنشأ الحالات الصعبة (أي تلك الحالات التي ليس لها حل قانوني جاهز) وعليه يجب أن يبنى الحل منطقيًا من قبل القاضي الذي يصبح مشاركًا في عملية إنشاء القانون، ومن ثم يتم نقل شرعية القرار بسبب عدم وجود سابقة أو قاعدة إلى التحليل القانوني ، وهذا يعتمد على قدرة القاضي المفسر على إثبات العقلانية والإنصاف والملاءمة الدستورية للحل الذي سيتم إنشاؤه [24]

ومن وجهة نظرنا تعتمد شرعية القرار القضائي على قدرة القاضي المفسر على إقناع الجمهور بأن الحل الذي تم تبنيه صحيح وعادل .

---

[24] Aharon Barak, A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy, 116 HARV. L. REV., 2002 , P. 19

Published by Scholarworks@UAEU, 2024

الفرع الثالث
ظاهرة تسييس القضاء الدستوري

يمكن تعريف مصطلح التسييس بأنه اكتساب الجماعات أو المؤسسات أو النشاطات صفات سياسية ، وأيضاً تصويب الفرد أو الجماعة أو المؤسسة اهتمامها نحو مصالح أو نشاطات سياسية ، أو إنه إضفاء طابع سياسي لشيء ما ، فمثلاً إذا ساد نقاش حول مسألة غير سياسية وأصبحت المساهمة فيه حسب الانتماء السياسي أصبح النقاش مسيساً [25]

ومن وجهة نظرنا لإعطاء صورة واضحة عن مصطلح تسييس المحاكم الدستورية فإنه ينبغي النظر إلى المدخلات والمخرجات ، إذ يستخدم مصطلح التسييس غالباً بالإشارة إلى المدخلات؛ أي التأثير السياسي على المحاكم من حيث القضاة والمحاكمات وصنع الحكم القضائي ، لكن في بعض الأحيان يستخدم مصطلح تسييس المحاكم من حيث المخرجات أي الآثار السياسية للأحكام القضائية ، ونادراً ما يتم استخدام الدمج بين أبعاد المدخلات والمخرجات في الوقت ذاته .

ويذهب الفقه الدستوري إلى أن هناك العديد من العوامل التي تؤثر في الأحكام القضائية التي يمكن تصنيفها إلى ثلاثة نماذج : الأول هو "النموذج القانوني" الذي يحدد التأثير الحاسم للنصوص القانونية على قرارات المحكمة ، فبموجب هذا النموذج فإن الدستور والقوانين والسوابق والمذاهب المطبقة والمبادئ الصحيحة والمفاهيم الأساسية لها دور بارز لا يمكن التقليل منه. وثانيًا : يحدد المؤلفون "النموذج السلوكي" الذي يرى أن القضاة يتأثرون حتمًا بنظرتهم للعالم ، وقناعاتهم الشخصية ، وملاحظاتهم الفردية. وأخيرًا هناك ما يسمى بـ "النموذج المؤسسي" الذي يجمع بين العوامل الخارجة عن القضية ، والقانون ، وشخصية القاضي ، وتشمل هذه العلاقات بين فروع الحكومة ، والتأثيرات المجتمعية ، ووسائل الإعلام والرأي العام ، وجدوى تطبيق القرار ، من بين أمور أخرى [26] .

ليس من الصعب الاستدلال على أن أياً من النماذج الثلاثة لا تسود في شكلها الخالص: فالحياة الحقيقية مصنوعة من مزيج من العوامل الثلاثة، لكن ما هو واضح أنه بغض

---

[25] د. وضاح زيتون ، المعجم السياسي ، دار أسامة للنشر والتوزيع ، ط1، الأردن – عمان ، 2010 ، ص95

[26] Briana Finley & Kimi King & Gloria Cox , Factors Influencing Judicial Decision Making , 2001 , P.1-7 : https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc146480/m2/1/high_res_d/2001-21_Finley.pdf (Last Visited : 29/7/2021)

النظر عن التأثيرات الموقفية أو المؤسسية أو حتى الاستراتيجية ، فإن القانون سيحتفظ دائمًا بدرجة مناسبة من الاستقلالية ، وتعميق فهم هذه العوامل والنماذج يشكل حدودًا رائعة في التقاطع بين القانون الدستوري والعلوم السياسية والاجتماعية .

لكن المشكلة التي تثار هنا تتمثل بالسؤال الذي مفاده إلى أي مدى يكون القضاء الدستوري مسيساً ؟

يمكن تحليل ذلك بالاستناد إلى جميع المعطيات المذكورة سابقاً ، فإذا رجعنا إلى النظرية القانونية الشكلية التي تركز على أن القضاء الدستوري يقوم بعملية قانونية خالصة بحيث يقتصر دوره على تفسير الدستور والكشف عن المعاني الدستورية الكامنة دون خلقها ، فضلاً عن دوره في رقابة الدستورية الذي يقتصر على رقابة مطابقة القانون مع القواعد الدستورية بحيث يحكم بدستوريته أو عدم دستوريته وفقاً لمعايير قانونية ثابتة في الوثيقة الدستورية ، دون أن يتضمن حكمه القضائي أي عناصر سياسية ، وهذا يعني أن القاضي الدستوري لا يشارك في التكوين الإبداعي للحياة السياسية ، بحيث يمكن القول إنه يعمل تحت منطقة سياسية مظلمة ، ولهذا السبب فإن هذه النظرية ضعيفة ولايمكن التسليم بها .

أما إذا رجعنا إلى النظرية الواقعية التي تركز على أن القضاء الدستوري يعد عملية سياسية يقوم من خلالها بالبحث عن التبريرات القانونية لقراراته ذات الدوافع والبواعث السياسية ، حيث يطبق القاضي الدستوري نظرية الاختيار العقلاني بوصفها تعظيماً للمصالح الاستراتيجية والسياسية كما هو الحال تماماً لدى الفروع السياسية التشريعية والتنفيذية ؛ لأن السلوك العقلاني جزء لا يتجزأ من العادات والقواعد الاجتماعية ، وبذلك يظهر القضاء الدستوري كمشرع سلبي عندما يقوم بإبطال القوانين المخالفة للدستور ، وكذلك كمشرع إيجابي عندما يقوم بتعديل القوانين تحت ستار التفسير أو التأويل ؛ أي عند ملء االفراغات أو الفجوات التشريعية أو إزالة الغموض التشريعي ، لكننا لا يمكن أن نسلم بصحة هذه النظرية طالما أنها تؤدي إلى نزع الطابع القانوني والقضائي للمحاكم الدستورية بحيث يتبين من ظاهرها أن المحكمة الدستورية هي في الحقيقة والواقع عبارة غرفة تشريعية إضافية ، فمهما كانت درجة تسييس المحكمة فإنها لا بد أن تسعى إلى تغطية الجانب السياسي بعباءة قانونية .

ولهذا السبب نرى أن القضاء الدستوري هو عملية مزدوجة قانونية وسياسية ، فالقضاء الدستوري يقوم بعملية قانونية تخضع للتأثيرات السياسية ولها تداعيات سياسية ، إذ إن تفويض القاضي الدستوري ضمن حدود معينة للموازنة بين المصالح المتعارضة والبت لمصلحة طرف معين ، فإنه يقوم في هذه الحالة بوظيفة سياسية مقاربة لوظيفة الهيئة التشريعية من الناحية النوعية ، فعندما يتخذ القاضي الدستوري القرارات القانونية فإنه

Published by Scholarworks@UAEU, 2024

يقوم بصياغة السياسات ، فسلطة صنع القرار هي ذات طبيعة سياسية ، وهذا يعني إنه حتى لو كانت الفرصة السياسية متاحة للمحاكم الدستورية ، فإن ذلك لا ينفي عنها الطابع القضائي أو القانوني ، فعندما يقوم القاضي بإصدار توجيهات بعيدة المدى كالمطابقة الدستورية المشروطة أو التحفظات التفسيرية أي تفسير التشريع بطريقة متوافقة مع الدستور ، أو التأجيل الزمني لآثار الحكم القضائي بإبطال التشريع مع توجيه المشرع وما شابه ذلك من الحالات) فهو لا يزال يقوم بعمل قضائي طالما يستند صراحة أو ضمناً على الأسس الدستورية بوصفها مصدراً لشرعية المحكمة وبناء الثقة بأحكامها وقراراتها .

وهكذا فإن تسييس المحاكم الدستورية له وجهان متفاعلان : الأول المدى المتغير للتأثيرات السياسية في المحكمة الدستورية ، والثاني نطاق المحكمة لاتخاذ القرار السياسي الذي تيسره النصوص الدستورية ذات العلاقة. فالتسييس هو في الحقيقة هو مفهوم وظيفي وليس مؤسسياً ، أي أن التسييس يشير إلى القضاء الدستوري كعملية ، وليس كمنظمة أو مؤسسة .

ويمكن النظر إلى القانون والسياسة على أنهما مجالان يعملان بشكل مستقل ، وكل منهما يؤدي وظيفة محددة في المجتمع الحديث ، في حين ينبغي ملاحظة أن وظيفة السياسة هي توفير القدرة على اتخاذ القرارات الملزمة بشكل جماعي ، أما وظيفة القانون فهي وضع وتثبيت التوقعات المعيارية أو القاعدية ، ومن هذا المنطلق فإن المحاكم الدستورية هي منظمات أو مؤسسات يلتقي في ساحاتها بشكل نظامي كلٌّ من السياسة والقانون ؛ لأن المحكمة الدستورية تتخذ قرارات نهائية وملزمة جماعياً أي ملزمة للجميع ، ولا سيما عندما تمارس مهامها في مجال رقابة الدستورية ، وعليه فإنها تمارس وظيفة سياسية حقيقية ، وبعبارة أخرى تمارس المحاكم الدستورية سلطة سياسية نهائية؛ لأنها تختص بمراقبة دستورية التشريعات الملزمة للمجتمع من خلال أحكامها القضائية الملزمة للجميع .

لذلك فإن المحاكم الدستورية تنتمي تأسيسياً إلى المنظمات أو المؤسسات متعددة المراجع التي لاتنسب بشكل قاطع إلى أي نظام وظيفي قائم ، ولكنها تعمل بمراجع متعددة ، فالمحكمة الدستورية تعمل كوسيط بين الفروع المختلفة ، فصحيح أن القاضي الدستوري يسعى إلى دعم قرارته بالنصوص القانونية الدستورية ، لكنه قد يخضع في الوقت ذاته لتأثيرات سياسية أبرزها الولاءات والتفضيلات السياسية التي يمكن أن تعكس أيضاً الروابط الدينية والأخلاقية أو الخلفيات الاجتماعية والثقافية للقضاة ، فالانفتاح على هذه التأثيرات السياسية غالباً ما يكون كنتيجة حتمية للنطاق الواسع نسبياً لصنع القرار ضمن اطار الدستور .

وهذا يعني إن القضاء الدستوري ما يزال يستند في قراراته على الأسس القانونية بوصفه وسيطاً للنظام القانوني وليس وسيطاً للسلطة السياسية ، إذ يكون للاعتبارات السياسية لديه أهمية ثانوية . ومع طبيعة وظيفته المزدوجة القانونية والسياسية ، إلا أنه لا يجوز للقاضي الدستوري أن يستخدم الاعتبارات السياسية كبديل للاعتبارات القانونية عند إصدار الأحكام القضائية ، وإلا عُدَّ خارجاً عن القانون ومبدأ المشروعية ، فقطع الصلة بين القاضي وعالم القانون يعني الدخول في مرحلة استبداد القضاء .
ومع تعريف القرار القضائي بأنه عملية قانونية إلا أن القرار السياسي قد يكون سرياً ومغلفاً بغطاء قانوني ، فالقرارات القضائية قد تكون مشفرة أو مقنعة ، بمعنى أنها تخفي ورائها أو في باطنها اعتبارات سياسية قد يصعب على القضاء التصريح بها ؛ لذلك يمكن القول إن قرارات القضاء الدستوري لا تعتمد حصرياً على المعايير القانونية ، بل قد تتأثر أيضاً بالاعتبارات السياسية .

المبحث الثاني
تكييف دور القضاء الدستوري في ضوء الاتجاهات القضائية

نتيجة لظهور المحاكم الدستورية والعليا واحتلالها لبعض المجالات التي كانت محجوزة بشكل صارم للهيئات الانتخابية ، بدأت هذه المحاكم تلعب الآن بعض الأدوار الجديدة التي لم يتم التطرق إليها بشكل عميق في النظرية الدستورية المعاصرة .
و تتمثل الوظيفة المؤسسية للمحاكم العليا والدستورية في تطبيق الدستور في مواجهة التهديدات من قبل مختلف فروع الحكومة ، وفي الحياة اليومية تنشأ الحالة الأكثر شيوعًا عندما يتم الطعن في قانون معين صادر من السلطة التشريعية على أنه يتعارض مع النص الدستوري ، ففي الغالبية العظمى من الحالات - عند إجراء الرقابة القضائية -تحتفظ المحاكم الدستورية بالتشريع المطعون فيه ، وترفض الادعاء على أنه لا أساس له ، ويرجع ذلك إلى العلوية التي يمنحها الدستور للمجلس التشريعي وللقرارات السياسية مع ضرورة احترام المحاكم لقرارات الفروع الحكومية الأخرى باسم الفصل بين السلطات، ونتيجة لذلك تم الإعلان من قبل المحاكم على عدد قليل من القوانين بأنها مخالفة للدستور .
من المناسب أن نلاحظ أنه في الولايات المتحدة الأمريكية تحدد الرقابة القضائية إمكانية أن تعلن المحاكم وعلى رأسها المحكمة العليا عدم دستورية الأفعال الصادرة عن الفروع الأخرى للحكومة - إما قانونًا وإما عملاً تنفيذياً – إضافة إلى الرقابة ، عند الاستئناف ، أي مراجعة تفسير الدستور الذي تم تبنيه من قبل المحاكم الدنيا ، أما في

Published by Scholarworks@UAEU, 2024

البلدان الأخرى مثل البرازيل وألمانيا وإيطاليا والبرتغال وإسبانيا فإن مصطلح "القضاء الدستوري" هو المصطلح الأكثر استخدامًا ، ويشتمل على مفهوم أكثر شمولاً بما في ذلك أدوار أخرى للمحاكم بغض النظر عن الإبطال التام للقوانين والأعمال الإدارية ، قد تشمل هذه الإجراءات البديلة الأخرى (1) التطبيق المباشر للدستور في حالات معينة ، مع إسناد المعنى إلى فقرة دستورية معينة ؛ (2) تفسير المطابقة وفقاً للدستور ، وهو أسلوب المطابقة الدستورية المشروطة الذي يؤدي إلى استبعاد معنى محتمل لقاعدة قانونية معينة ؛ لأنه يتعارض مع الدستور ، وتأكيد تفسير بديل بما يتماشى أو يتفق مع النص الدستوري ، و (3) وضع معايير مؤقتة لمعالجة الانتهاكات الدستورية المعروفة باسم "عدم دستورية الإغفال التشريعي " التي تحدث عندما يعتمد المعيار الدستوري على تطبيق التنظيم من خلال القانون العادي ، لكن الفرع التشريعي يبقى خاملاً ، ويخفق في سنه .

تتولى المحاكم العليا والمحاكم الدستورية ثلاثة أدوار عندما تتدخل في الأعمال التي تقوم بها السلطة التشريعية، الأول هو دور "مناهضة الأغلبية " ، وهو واحد من أكثر المواضيع التي تمت دراستها في النظرية الدستورية لمختلف البلدان. وثانيًا : تؤدي المحاكم الدستورية أحيانًا دورًا "تمثيليًا" ، وهو دور يتجاهله إلى حد كبير فقهاء القانون الدستوري الذين لا يبدو أنهم أدركوا وجوده. وثالثًا وأخيرًا يمكن للمحاكم العليا والمحاكم الدستورية أن تمارس دورًا "مستنيرًا" أو " تنويرياً " في سياقات محددة ومحدودة. ففي الولايات المتحدة ، حيث يُنظر دائمًا إلى القضاء الدستوري من حيث الرقابة القضائية (الرقابة القضائية على دستورية القوانين) ، فإن قبول الادعاء يعني إبطال القانون المطعون فيه ، وبالتالي ، وفقًا للمصطلحات المعتادة ، تنطوي على قرار مضاد للأغلبية ،كما قد يتم دمج هذا الدور المناهض للأغلبية أو لا يمكن دمجه مع بُعد تمثيلي أو تنويري على النحو الآتي :

المطلب الأول
الدور القضائي المناهض للأغلبية

تتمتع المحاكم الدستورية في معظم الدول الديمقراطية بسلطة الرقابة على دستورية القوانين والأعمال التنفيذية وقد تبطل المعايير التي يقرها البرلمان، ومع أهمية الرقابة القضائية في إرساء الدولة الدستورية إلا أنها تؤدي إلى صعوبة مناهضة الأغلبية التي تخلق في الوقت ذاته صعوبة تبرير هذه الرقابة من الناحية الديمقراطية طالما أن المحاكم ينظر إليها لدى بعضهم بأنها ليست ديمقراطية ، فالقضاة ليسوا منتخبين من قبل الشعب بينما المشرعون منتخبون ، وبعبارة أخرى القضاة لا يمثلون دوائر انتخابية

وهم نظرياً مسؤولون أمام القانون ، وهذا يعني أن القضاة غير مسؤولين أمام عامة الشعب ، وبإمكانهم صنع أحكام غير شعبية؛ أي تُكره من قبل العامة والمسؤولين السياسيين ، كما أن القضاة يكونوا بمثابة مشرعين عند قيامهم بإلغاء العمل التشريعي أو تعطيل تطبيقه أو منع إصداره ، وهذا ما يجعل المحاكم غير ديمقراطية؛ لكونها تحدد فعالية ونشاط الهيئة التشريعية المنتخبة ديمقراطياً لقدرتها على إلغاء حكم الأغلبية أو تعطيله [27]

ومع بعض الانتقادات والاعتراضات النظرية الموجهة للرقابة القضائية تحت ذريعة القانون تعبير عن الإرادة العامة للأمة التي أدت إلى تحول السيادة من الأمة إلى البرلمان أصبح هذا الدور القضائي المعادي للأغلبية مقبولًا عالميًا تقريبًا ، حيث ترتكز الشرعية الديمقراطية للولاية القضائية الدستورية على مبدأين رئيسيين: (أ) حماية الحقوق الأساسية التي لا يمكن تجاوزها عن طريق المداولات السياسية بالأغلبية . (ب) حماية القواعد الأساسية للعبة الديمقراطية وقنوات المشاركة السياسية في المجتمع ، حيث تمنح معظم دول العالم للسلطة القضائية ، ولاسيما المحكمة العليا أو المحكمة الدستورية ، وضع الحارس ضد خطر استبداد الأغلبية [28]، وهذا ما يمنع تشويه العملية الديمقراطية وقمع الأقليات مما يحقق العدالة الدستورية في المجتمع السياسي ، و هناك إجماع معقول في الوقت الحاضر على أن مفهوم الديمقراطية يتجاوز فكرة حكم الأغلبية ويتطلب دمج القيم الأساسية الأخرى

إحدى هذه القيم الأساسية هي الحق في الاعتبار والاحترام المتساويين لكل شخص ، أي أن يعامل بكرامة متساوية بما في ذلك أخذ مصالحه وآرائه في الاعتبار ، وعليه فإن الديمقراطية - فيما وراء البعد الإجرائي؛ لكونها حكم الأغلبية - لها أيضًا بُعد جوهري أو موضوعي يشمل المساواة والحرية والعدالة ، هذا ما يحولها حقاً إلى مشروع تعاوني للحكم الذاتي ، حيث لا يترك أي شخص عن عمد ، وبذلك فإن الديمقراطية ، أكثر من الحق في المشاركة المتساوية ، إذ تعني أن الخاسرين في العملية السياسية ، وكذلك الأقليات بشكل عام ، ليسوا عاجزين أو منعزلين أو مهمشين في المجتمع ، بل على العكس يحتفظون بوضعهم كأعضاء في المجتمع السياسي بحيث يكون لديهم نفس الحقوق التي يتمتع بها أي شخص آخر ، وفي كل مكان تقريبًا في العالم ، فإن الحامي والحارس على هذه الوعود هو القضاء الدستوري المستقل ،

[27] Jeffrey Hsu & Schleiter , Does Judicial Review Compromise Democracy ? , Weeks , P1-2 , http://www.princeton.edu/~jhsu/writing/judicial_review.doc (Last Visited : 15/8/2021)

[28] د.محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1971 ، ص156-157

Published by Scholarworks@UAEU, 2024

لقدرته على أن يكون صرحاً لحماية القيم والمبادئ الدستورية ، والعقل العام أي الحجج التي يمكن أن يقبلها جميع المشاركين في النقاش بحيث يجب أن توفر القرارات القضائية الحجج المعيارية والعقلانية لدعمها [29]

عادة ما يتم تنفيذ هذا الدور المناهض للأغلبية من قبل القاضي الدستوري بشكل محدود جداً وذلك في الحالات التي لا تكون فيها الحقوق الأساسية ومبادئ الديمقراطية على المحك ، بحيث يجب أن تحترم المحكمة حرية الصياغة التشريعية والسلطة التقديرية المعقولة للإدارة ، ففي الولايات المتحدة - على سبيل المثال - وفقًا لبيانات عام 2012 في ما يزيد قليلاً عن 220 عامًا ، لم يكن هناك سوى 167 قرارًا يبطل تشريعًا أقره الكونجرس كونه غير دستوري أو مخالف للدستور ، وهذا يعني إن إبطال القوانين هو الاستثناء وليس القاعدة [30]

المطلب الثاني
الدور القضائي التمثيلي

تتكون الديمقراطية المعاصرة من الأصوات والحقوق والأسباب التي تعطيها ثلاثة أبعاد: تمثيلية، ودستورية، وتداولية. إن الديمقراطية التمثيلية يكمن عنصرها الأساسي في التصويت الشعبي ، وفي الأعضاء المنتخبين في السلطتين التشريعية والتنفيذية ، أما الديمقراطية الدستورية فعنصرها الأساسي يكمن في احترام الحقوق الأساسية التي يجب ضمانها حتى ضد الإرادة النهائية للأغلبية السياسية ، حيث يقوم القاضي الدستوري بإصدار الحكم النهائي للحد من التوترات التي تحدث بين إرادة الأغلبية والحقوق الأساسية [31]، وأخيرًا فإن الديمقراطية التداولية لها مكونها الأساسي في عرض الأسباب ، ومناقشة الأفكار ، وتبادل الحجج ، إذ لم تعد الديمقراطية مقتصرة على لحظة التصويت الدوري ، لكنها تتكون من مناقشة عامة مستمرة يجب أن تستمر في اتخاذ القرارات السياسية ذات الصلة ، إن بطل الديمقراطية التداولية هو المجتمع

[29] Concepts And Principles of Democratic Governance And Accountability : A Guide For Peer Educators , Konrad-Adenauer-Stiftung , 2011, P.4-9 : https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=56a283ae-50ff-0c9b-7179-954d05e0aa19&groupId=252038 (Last Visited : 30/8/2021)

[30] KENNETH JOST, THE SUPREME COURT FROM A TO Z, 2012 , P. 267

[31] Richard Bellamy , Constitutional Democracy , European University Institute , 2013 , P.2-9 : https://www.researchgate.net/publication/255698552_Constitutional_Democracy (Last Visited : 2/9/2021)

المدني بكل أبعاده المختلفة ، بما في ذلك الصحافة والجامعات والنقابات العمالية والجمعيات والمواطنين، ومع أن عرض الأسباب قد يكون مرتبطًا أيضًا بالسلطات التشريعية والتنفيذية ، فهي - في الأساس - موضع الإرادة للقرار السياسي ، وتستحق أجهزة القضاء اهتماماً خاصاً كآلية لعرض الأسباب والدوافع والحجج التي هي المادة الخام لإجراءات القضاء ، وهي العوامل التي تجعل القرارات القضائية مشروعة ، وليس من المستغرب أن المحكمة العليا مع أنها ليست قاعدة عامة تعمل كمترجم للتوجهات الاجتماعية ، وباختصار إن التصويت مع أنه لا غنى عنه ، لكنه ليس المصدر الحصري للديمقراطية ، وفي بعض الحالات ، قد لا يكون كافياً لتحقيقها [32]

.

لأسباب عديدة لا يعبر الفرع التشريعي دائمًا عن مشاعر الأغلبية ،و في الواقع - على مدى عقود عديدة في جميع أنحاء العالم الديمقراطي كان هناك خطاب متكرر حول أزمة البرلمانات وصعوبات التمثيل السياسي ، فمن الدول الاسكندنافية إلى الأمريكتين يشير مزيج من الشك وعدم المبالاة وعدم الرضا إلى العلاقة بين المجتمع المدني والطبقة السياسية ، ففي البلدان التي ليس لها تصويت إلزامي تكشف معدلات الامتناع عن النقص في الاهتمام العام ، وفي البلدان ذات التصويت الإلزامي يمكن أن تستحضر نسبة منخفضة جدًا من الناخبين لمن صوتوا في الانتخابات البرلمانية الأخيرة ، وهناك مشاكل تعزى إلى (1) إخفاقات النظام الانتخابي والحزبي ، (2) الأقليات الحزبية التي تعمل كجهات نقض التي تعرقل الإرادة السائدة للأغلبية البرلمانية ، و (3) الوقوع في نهاية المطاف في شبكة المصالح الخاصة ، وبدأ علماء الدساتير وعلماء السياسة الذين كانوا مهتمين بشكل جوهري بصعوبة مناهضة الأغلبية في المحاكم العليا والدستورية في تحويل انتباههم إلى العجز الديمقراطي في التمثيل السياسي [33].
ولدت أزمة شرعية البرلمانات وتمثيلها ووظيفتها في أجزاء مختلفة من العالم لتقوية للسلطة التنفيذية ، ومع ذلك في السنوات الأخيرة في العديد من البلدان ، كان هناك توسع في السلطة القضائية ، ولاسيما في المحاكم العليا ، كما هو الحال في الولايات

[32] Christian F. Rostboll , On Deliberative Democracy , University Of Copenhagen , 2001 , P.168-181 : https://www.researchgate.net/publication/312243114_On_Deliberative_Democracy (Last Visited : 2/9/2021)

[33] Luis Felipe Miguel , Accountability impasses: dilemmas and alternatives of political representation , Rev. Sociol. Polit. vol.2 no.se Curitiba 2006 , P.2-8 : http://socialsciences.scielo.org/pdf/s_rsocp/v2nse/scs_a03.pdf (Last Visited : 2/10/2021)

Published by Scholarworks@UAEU, 2024

المتحدة ، فقد حدثت هذه العملية بشكل أوضح خلال حقبة محكمة وارن ، لكن الحقيقة هي لم تتلاشَ تمامًا ، إذ لم يكن هناك سوى إعادة تشكيل التوازن بين الليبراليين والمحافظين ، وفي سياقات معينة ، يبدو التناقض واضحاً ، حيث تعد المحاكم أكثر تمثيلاً للرغبات والمطالب الاجتماعية من السلطات السياسية التقليدية ، وبعض الأسباب تساهم في ذلك : الأول هي الطريقة التي يتم بها تعيين القضاة في العديد من الدول ، حيث يتم الاختيار بالتركيز على المؤهلات الفنية دون تأثير سياسي، ومع ذلك - حتى في الولايات المتحدة - ينطوي اختيار القضاة على بُعد سياسي واضح ، هناك حد أدنى من المؤهلات المهنية التي تعمل كقيود على الطبيعة السياسية للتعيين الرئاسي بمصادقة مجلس الشيوخ [34] .

والسبب الآخر هو البقاء في المنصب القضائي مدى الحياة كما هو الحال في الولايات المتحدة ، وهذا يعني أن القضاة لا يخضعون لتقلبات السياسة الانتخابية على المدى القصير ، كما أنهم لا يتصرفون بمبادرة منهم: فهم يعتمدون على المرافعات المحددة لأطراف الدعوى ، ولا يمكنهم اتخاذ قرار يتجاوز ما يطلبه الخصوم ، وأخيرًا يجب توضيح قرارات المحكمة ، وهذا يعني أنه حتى يكون القرار صحيحًا ، لا يمكن أبدًا أن يكون بإرادة تقديرية بحتة ، فالنظام القضائي يفرض على القاضي واجب تقديم الأسس والحجج المنطقية والقانونية للقرار القضائي [35]، ويجب استكشاف هذه النقطة الأخيرة بشكل أكبر. ومن وجهة النظر التقليدية والأغلبية البحتة للديمقراطية ، فإنها تتلخص في الشرعية الانتخابية للسلطة. من خلال هذا المعيار ، يمكن النظر إلى الفاشية في إيطاليا أو النازية في ألمانيا على أنها ديمقراطية ، على الأقل بحلول الوقت الذي استقروا فيه في السلطة وحصلوا على دعم غالبية السكان ، ومع ذلك ، فإن الشرعية لا تقاس في وقت التنصيب فحسب ، بل من خلال الوسائل المستخدمة في ممارسة السلطة والأغراض التي تهدف إليها

ويجدر إعادة النظر في فكرة الديمقراطية التداولية. حيث يعتمد هذا النوع من الديمقراطية على وجه التحديد على شرعية خطابية ، حيث يتم إنتاج القرارات السياسية

---

(34) لورانس بوم ، المحكمة العليا ، ترجمة : د. مصطفى رياض ، ط1 ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة ، 1998 ، ص51-56 ، ص80-83 – روبرت أ.كارب ورونالد ستيدهام ، الإجراءات القضائية في أمريكا ، ترجمة : د. علا أبو زيد ، ط1 ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة ، 1997 ، ص279-280 ، ص291-292

Susan Welch and Others , Understanding American Government , Third Edition , West Publishing Company , United States Of America , 1995 , P.394-396

(35) لاري الويتز ، نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية ، ترجمة : جابر سعيد عوض ، ط1 ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة ، 1996 ، ص 224

بشكل مثالي بعد نقاش عام مفتوح وحر وشامل ، وفي النهاية يتم إعطاء أسباب القرارات بحيث يجب على الديمقراطيات التداولية أن تشتمل على أصوات وحجج، ويقدم الفيلسوف القانوني الألماني روبرت أليكسي رؤية مهمة في هذا المجال الذي يجادل بأن المحكمة الدستورية هي "ممثل جدلي أو حجاجي للمجتمع". ووفقاً له فإن الطريقة الوحيدة للتوفيق بين القضاء الدستوري والديمقراطية هي تصورها على أنها تمثيل شعبي ، إذ يمكن للأشخاص العقلانيين قبول الحجج القوية والصحيحة كما أن للدستورية الديمقراطية شرعية خطابية ، إذ تتطلب من المؤسسة تقديم حججها بطريقة صلبة وصحيحة [36]

ومن وجهة نظرنا هناك ملاحظتان إضافيتان جديرتان بالاهتمام في هذا المجال : الأولى ذات طبيعة اصطلاحية ، إذا قبل المرء أن الهيئات التمثيلية قد لا تعكس إرادة الأغلبية ، فقد لا يكون القرار القضائي الذي يتعارض مع قانون البرلمان معادياً للأغلبية ، ما سيكون عليه دائمًا هو التشريع المناهض أو الهيئة التشريعية المناهضة للأغلبية ، والملاحظة الثانية هي أن عدم الخضوع لبعض التقلبات التي تؤثر في الفرعين السياسيين للحكومة لا يضمن خضوع المحاكم العليا لمواقف الأغلبية في المجتمع ، لكن الحقيقة هي أن المراقبة الدقيقة للواقع تكشف أن هذا هو ما يحدث بالضبط ، ففي الولايات المتحدة أثبتت عقود من الدراسات التجريبية هذه النقطة ، حيث تميل المحاكم في معظم التاريخ الأمريكي إلى عكس الآراء الدستورية للأغلبية ، وقد نقترب أكثر من الحقيقة إذا قلنا إن القضاة قد اتفقوا في كثير من الأحيان مع التيار الرئيسي للتوجهات العامة؛ لأنهم كانوا جزءًا من هذا التيار ، وليس لأنهم خافوا من الاختلاف معه .

فيما يتعلق بهذه القضية يذهب الفقه الأمريكي إلى أن بعض القرارات الرمزية للمحكمة العليا الأمريكية كان لها بعد تمثيلي واضح يضفي الشرعية عليها ، أحدهما قرار (Griswold v. Connecticut) ، الذي تقرر في عام 1965 ، والذي أقر بأن قانون كونيكتيكت غير دستوري؛ لأنه يحظر استخدام موانع الحمل ، فقد اعترفت المحكمة بالحق في الخصوصية الذي لم يتم تحديده صراحة في الدستور ، ولكن يمكن استخراجه من ظلال ومكامن الحقوق الدستورية الأخرى ، ويبدو أن المحكمة قد اتخذت قرارًا أعرب عن رأي الأغلبية في ذلك الوقت، وهكذا في حين أن المصطلحات التقليدية تصف هذا القرار بأنه مضاد للأغلبية - إلى الحد الذي يبطل فيه قانون ولاية (قانون ولاية كونيتيكت كومستوك لعام 1879) - فإنه - بكل تأكيد - قانون مضاد

[36] Robert Alexy , Balancing , Constitutional Review, and Representation , **International Journal of Constitutional Law**, Volume 3, Issue 4, October 2005, , P.577-581

Published by Scholarworks@UAEU, 2024

للأغلبية مع عدم وجود بيانات أو استطلاعات رأي موثوقة بما فيه الكفاية في هذه الفترة ، فقد استنتج جانب من الفقه أن القانون لم يعبر عن شعور الأغلبية في منتصف الستينيات - عصر الحركة النسوية ، لذلك كان القرار في قضية Griswold من وجهة نظرهم تمثيليًا [37]

وفي البرازيل أصدرت المحكمة العليا سلسلة من القرارات بدعم من أغلبية السكان لم تقبلها سياسات الأغلبية البرلمانية ، فعلى سبيل المثال الحكم الذي أيد دستورية حظر المحاباة ، أو توظيف الزوج ، أو الأقارب لممارسة مناصب عامة في السلطات القضائية والتشريعية والتنفيذية ، وبالمثلأعلنت المحكمة أن تمويل الحملات الانتخابية من قبل الشركات الخاصة غير دستوري؛ لأنه وجد أن هذا التمويل ، كما هو منظم ، يشوه النظام التمثيلي ويعزز تأثير القوة الاقتصادية على نتائج الانتخابات. وفي قضية مهمة أخرى ، أكدت المحكمة إمكانية احتجاز المدعى عليه بعد أن أيدت محكمة الدرجة الثانية الإدانة حتى عندما تكون الاستئنافات العادية والاستثنائية أمام المحاكم الأعلى لا تزال متاحة ، وتلقت جميع الحالات الثلاث دعماً شعبياً واسعاً ومثلت التغييرات التي كان يمكن تعزيزها في ظل سياسات الأغلبية البرلمانية ، ولكنها لم تكن كذلك [38] لعبت المحاكم الدستورية الأخرى في جميع أنحاء العالم هذا الدور التمثيلي بطريقة مرئية، فعلى سبيل المثال اعترفت المحكمة الدستورية الكولومبية بالحق في الماء كحق أساسي لجميع المواطنين الكولومبيين. وعزت إلى الدولة واجب ضمان توريده بكميات ونوعية كافية، كما حددت أن المواطنين الضعفاء يحق لهم حد أدنى من خمسين لترًا من الماء يوميًا حتى لو لم يكونوا قادرين على تحمله [39]. وفي كينيا حكمت المحكمة العليا في عام 2017 في قضية Okuta بعدم دستورية مادة في القانون الجنائي تجرّم التشهير بالحبس لمدة عامين ، وعد القرار بمثابة حماية لحرية التعبير للكينيين ، فقد استخدم السياسيون والسلطات العامة الحكم الجنائي لإسكات انتقادات الصحفيين

[37] Griswold v. Connecticut — The Impact of Legal Birth Control and the Challenges that Remain , 2015 : https://www.plannedparenthood.org/uploads/filer_public/b6/7c/b67c1da4-c40a-4d0f-90af-952fdbf11fbf/factsheet_griswold_may2015_r2.pdf (Last Visited : 5/10/2021)

[38] Flavio Jaime de Moraes Jardim , Inclusive Legal Positivism and Legality in Brazil , Fordham Law School , 2018 , P.107-112

[39] Samuel Issachroff , Judicial Review in Troubled Times: Stabilizing Democracy in a Second-Best World , North Carolina Law Review , Vol.98, Num.1 , 2019 , P.45-48

والمواطنين العاديين حول مزاعم الفساد [40]. وفي عام 1988 ، اعترفت المحكمة العليا الكندية بالحق الأساسي في الإجهاض ، وأبطلت أحكام القانون الجنائي التي تجرم الإجهاض ، إذ يذهب الفقه الكندي إلى أن هذا القرار يتضح طابعه التمثيلي من خلال استطلاعات الرأي التي حددت أنه في وقت مبكر من عام 1982 (أي قبل ست سنوات من القرار) عدَّ أكثر من 75 ٪ من السكان الكنديين الإجهاض خيارًا شخصيًا للمرأة [41]

المطلب الثالث
الدور القضائي التنويري

إضافة إلى الدور التمثيلي الموصوف أعلاه تلعب المحاكم العليا أحيانًا دورًا مستنيرًا، وهذه سلطة خطيرة ، بحيث ذهب الفقه الدستوري إلى أنها يجب أن لا تمارس إلا بشكل محدود جداً وبحذر شديد ، بسبب المخاطرة الديمقراطية التي تمثلها حتى لا تصبح المحاكم الدستورية هيئات مهيمنة، وعلى مر التاريخ كان لا بد من إحراز بعض التقدم الأساسي باسم العقل وضد قوانين المنطق السليم المعمول بها وإرادة الأغلبية في المجتمع ، فعلى سبيل المثال إلغاء الرق وحماية النساء والأقليات الدينية والعرقية والإثنية لم يتم تحقيقها بشكل ملائم دائمًا من خلال الآليات التقليدية لتوجيه المطالبات الاجتماعية؛ ولهذا السبب ذهب بعضهم إلى أنه من الضروري تقديم تبرير موجز لاستخدام مصطلح "التنوير" في هذا السياق.

---

[40] Hanibal Goitom , Kenya : High Court Declares Penal Code Provision On Criminal Defamation Unconstitutional , 2017 : https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/kenya-high-court-declares-penal-code-provision-on-criminal-defamation-unconstitutional/ (Last Visited : 6/10/2021)

[41] R. v. Morgentaler, [1993] 3 S.C.R. 463 : https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1053/index.do (Last Visited : 6/10/2021) - Michael T. Kaufman , CANADIAN DOCTOR CAMPAIGNS FOR NATIONAL ABORTION CLINICS , Special To the New York Times , 1982 : https://www.nytimes.com/1982/12/13/world/canadian-doctor-campaigns-for-national-abortion-clinics.html (Last Visited : 6/10/2021)

Published by Scholarworks@UAEU, 2024

ومن الناحية التاريخية فإن التنوير الغربي عبارة عن مجموعة من الأفكار المرتبطة بالعقل الإنساني ، والحقوق الطبيعية غير القابلة للتصرف ، والتعددية والتسامح ، والمعرفة العلمية ، والفصل بين الكنيسة والدولة ، وتقدم التاريخ نحو التحرر الفكري والاجتماعي والأخلاقي للناس عامة ، وهذا يعني أن التنوير الغربي هو تنوير عقلاني معادٍ للدين والأخلاق حيث لا سلطان على العقل فيه إلا لسلطان العقل [42]

ففلسفة التنوير الغربية تقوم على مظهرين : الأول إقرار سلطان العقل ، والثانية التزام العقل بتغيير الواقع لصالح الجماهير ، ويرى التنويريون أنه ليس بالإمكان تحقيق ذلك إلا بالمرور بعصرين : عصر الإصلاح الديني الذي حرر العقل من السلطة الدينية ، وعصر التنوير الذي حرر العقل من كل سلطان ما عدا سلطان العقل ، فمهمة التنوير الأساسية لم تكن معرفة طبيعة الإنسان ، وإنما تغيير المجتمع من أجل تغيير سلوك الإنسان على أسس عقلانية ومادية [43]

وبذلك وفقاً لمفهوم التنوير الغربي والعلماني فإن التدخلات الإنسانية التي يسمح بها الدور المستنير للمحاكم ليست بفرض القيم الدينية والأخلاقية للمجتمع ، بل لضمان أن يتمكن كل شخص من العيش بمفرده والاعتراف بقناعاته التي لا تقتصر إلا على احترام قناعات الآخرين.

وفي سيناريو الحد من السلطة وإضفاء الطابع الديمقراطي على الدولة والمجتمع ذهب جانب من الفقه الدستوري إلى أنه كان من المفترض وضع إرادة الأغلبية وسبب التنوير (أي التعددية والتسامح الديني) في نفس الوثيقة أي الدستور ، إذ تنبع السلطة السيادية كقاعدة عامة من إرادة الأغلبية ومن المؤسسات التي تظهر من خلالها إرادة الأغلبية ، وهي السلطتان التشريعية والتنفيذية. ومع ذلك - في بعض الأحيان - من وجهة نظرهم من الضروري تشغيل الأضواء في الظلام ؛ لإخضاع الإرادة للعقل ، وفي هذه اللحظات النادرة ولكن الحاسمة قد تحتاج المحاكم الدستورية إلى أن تساهم في تكوين عوامل التغيير في التاريخ ، إنها ليست مهمة سهلة ولا مهمة قوبلت بالضرورة بالنجاح ، كما تظهر بعض الأمثلة من التجربة الأمريكية والبلدان الأخرى .

ففي قرار براون ضد مجلس التعليم (Brown v. Board of Education)الذي قررته المحكمة العليا للولايات المتحدة في عام 1954 ، وهو المثال النموذجي لقرار

---

(42) د.عبد اللطيف الشيخ توفيق الصباغ ، مصطلح التنوير : مفاهيمه واتجاهاته في العالم الإسلامي الحديث نظرة تقويمية ، مجمع الفقه الإسلامي ، جدة ، 2005 ، ص3-7

(43) سليمان بن صالح الخراشي ، ثقافة التلبيس (مصطلح التنوير) ، صيد الفوائد : https://www.saaid.net/Warathah/Alkharashy/m/150.htm (Last Visited : 6/10/2021)

مستنير ، بسبب مواجهته العلنية للعنصرية التي كانت راسخة في ذلك الحين في الكونجرس والمجتمع ، فالقرار اتخذ بالإجماع صاغه رئيس القضاة إيرل وارن الذي عينه الرئيس أيزنهاور ، حيث رأت المحكمة أن "المرافق التعليمية المنفصلة غير متكافئة بطبيعتها" في انتهاك للتعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي الذي يضمن المساواة أمام القانون. وشدد القرار على أهمية التعليم في المجتمعات الحديثة ، وذكر أن الفصل يولد في الأطفال الأمريكيين من أصل أفريقي "شعور بالنقص فيما يتعلق بوضعهم في المجتمع". بالإضافة إلى ذلك - واستناداً إلى الدراسات العلمية - خلص القرار إلى أن الفصل أزعج الأطفال الأمريكيين من أصل أفريقي مع عيوب نفسية واجتماعية كبيرة: كانت شخصية المحاكمة المنيرة واضحة في التغلب على الحس السليم الذي أخفى التحيز العنصري وراء عقيدة "منفصلة لكن متكافئة " ، وفي التحول النموذجي في الأمور العرقية، وبهذه الطريقة عمل براون كمحفز لحركة الحقوق المدنية الحديثة. وجاءت ردود فعل الوضع الراهن في أشكال مختلفة: مقاومة الامتثال للقرار من خلال انتقاد سياسي يصر على أن المحكمة "تولت دور مجلس تشريعي ثالث" والنقد العقائدي: لم يلاحظ قرار براون "مبادئ محايدة" للتفسير الدستوري [44].
يمكن عد القرارات الأخرى للمحكمة العليا الأمريكية مستنيرة بالمعنى المستخدم هنا في قرارها الإجماعي لعام 1967 ، المحبة ضد فرجينيا (Loving v. Virginia) ، قررت المحكمة العليا أن القانون الذي يحظر الزواج بين الأعراق مخالفاً لفقرات الحماية المتساوية والوسائل القانونية السليمة في التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي ، وعكس هذا القرار سابقة بيس ضد ألاباما Pace v. Alabama لعام 1883. فمنذ الحقبة الاستعمارية كان لدى العديد من الولايات قوانين لمكافحة تمازج الأجناس التي يطلق عليها (Antimiscegenation laws) وعندما صدر القرار في Loving ، كانت جميع الولايات الجنوبية الستة عشر لا تزال لديها قوانين تحظر الزواج بين الأعراق. من الممكن ، على الرغم من أنه ليس من المؤكد تمامًا ، أن أغلبية السكان الأمريكيين كانوا سيعارضون مثل هذه القوانين (التي ستجعل القرار ممثلاً في المرحلة الوطنية) ، ولكن تم تنويره للولايات الجنوبية ، كما فرض ، بطريقة مغايرة ، مفهوم المساواة بشكل يختلف عما لاحظوه من قبل. وتجدر الإشارة مرة أخرى إلى أن مصطلح التنوير يستخدم هنا لتحديد قرار لا يتوافق مع إرادة الكونجرس ولا

[44] Gerardo R. López & Rebeca Burciaga , The Troublesome Legacy of Brown v. Board of Education , Educational Administration Quarterly , Vol.50 (5) , 2014 ,P.797-802

مشاعر الأغلبية في المجتمع ، ولكنه لا يزال يُنظر إليه من وجهة نظر بعضهم على أنه صحيح وعادل وشرعي [45]

وهناك قراران نهائيان تم وضع علامة عليهما من بعض الفقهاء بأنهما مستنيران ويوضحان الموضوعات المعقدة المرتبطة بالمعتقدات الدينية ، بحيث تقترب كلمة "التنوير" من أصولها التاريخية، ففي قضية رو ضد ويد Roe v. Wade التي قررت في عام 1973 أكدت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية بأغلبية سبعة أصوات مقابل صوتين ، حق المرأة في الإجهاض خلال الأشهر الثلاثة الأولى من الحمل ، مع الاستقلال الكامل ، على أساس الحق في الخصوصية. بعد ذلك ، في قضية (Planned Parenthood v. Casey 1992) ، تم استبدال معيار الثلث الأول بمعيار صلاحية الجنين [46] ، مع الحفاظ على جوهر Roe . ويحتفل العديد من الناس في المجتمعات الغربية العلمانية بالقرار كتأكيد على سلسلة من الحقوق الأساسية للمرأة ، بما في ذلك استقلاليتها ، وحقوقها الإنجابية ، والمساواة بين الجنسين. ومع هذا فإن المجتمع الأمريكي - إلى حد كبير نتيجة الدافع الديني - لا يزال منقسماً بشكل حاد بين الجماعات المؤيدة للاختيار والمجموعات المؤيدة للحياة. ويجادل بعض المؤلفين بأن قرار المحكمة العليا قاطع الجدل والميل الناشئ نحو الاعتراف بحق الإجهاض ، مما أثار رد فعل عنيف من العديد من القطاعات في المجتمع [47]

لكن مع ذلك حدثت بالفعل قرارات تنويرية من قبل المحاكم لكنها لم تسود في الواقع وهُزمت بالإدانات المتأصلة في المشاعر الاجتماعية. ومثال على ذلك في القضايا المتعلقة بعقوبة الإعدام ، ففي قضية فورمان ضد جورجيا Furman v. Georgia في عام 1972 قررت المحكمة العليا أن عقوبة الإعدام غير دستورية؛ لأنها عقوبة تعسفية وقاسية ومهينة وفقاً للتعديل الثامن للدستور الأمريكي على النحو المطبق في تسع وثلاثين ولاية في الاتحاد، ولكن بحلول عام 1976 كانت معظم الولايات قد أقرت قوانين جديدة لعقوبة الإعدام متحايلة على حكم المحكمة العليا. ففي قضية جريج

---

[45] Ashok Bhusal , The Rhetoric of Racism and Anti-Miscegenation Laws in the United States , IAFOR Journal of Arts & Humanities , Vol.4 , Issu.2 , 2017 , P.84-88

[46] حيث اعترفت المحكمة في هذه القضية باهتمام الولاية التفضيلي بالحياة المحتملة للجنين ، طالما أنها لا تشكل عبئاً غير ضروري على المرأة .

[47] Elizabeth MAIER , Hidden Meanings of the Culture War over Abortion in the United States , FRONTERA NORTE , Vol.30 , Num.59 , 2018 , P.58-67

ضد جورجيا Gregg v. Georgia أقرت المحكمة العليا بصحة النسخة الجديدة من التشريع الجنائي لتلك الولاية [48]

وقد تفشل المحاكم العليا أو الدستورية في تحقيق أهدافها الليبرالية التنويرية ، ففي التاريخ الأمريكي هناك قراران مظلمان ، الأول كان دريد سكوت ضد ساندفورد Dred Scott v. Sandford ، في عام 1857 ، حيث رأت المحكمة العليا أن الأمريكيين من أصل أفريقي ليسوا مواطنين أمريكيين [49] ، وقرار آخر يستحق مكانًا في الجانب المظلم من التاريخ الأمريكي صدر في قضية كوريماتسو ضد الولايات المتحدة Korematsu v. United States ، الذي تقرر في عام 1944 ، والتي أقرت فيه المحكمة العليا صحة العمل التنفيذي الذي حصر الناس من أصل ياباني ، بما في ذلك المواطنون الأمريكان ، في السجون و معسكرات الاعتقال ، وقد تم انتقاد الحكم الذي أثر على 120 ألف شخص على نطاق واسع، وتمت الإشارة إليه على أنه "وصمة في السوابق القضائية الأمريكية " [50] .

وفي البرازيل أصدرت المحكمة الاتحادية العليا العديد من القرارات التنويرية ، فقد قررت في عام 2016 عدم دستورية قاعدة قانونية تنظم لعبة vaquejada ، وهي من الآثار الثقافية في شمال شرق البرازيل حيث يحاول زوج من رعاة البقر ، مثبتين على الخيول ، ملاحقة الثور ومحاصرته ليقوداه إلى منطقة محددة من أجل إسقاطه ارضاً ، فعلى الرغم من شعبية هذه الممارسة ، رأت المحكمة أنها تنطوي على معاملة قاسية للحيوانات التي يحظرها الدستور [51] ، وفي الآونة الأخيرة وجدت المحكمة أن تجريم الإجهاض خلال الأشهر الثلاثة الأولى من الحمل غير دستوري أو مخالف للدستور البرازيلي بحجة الحقوق الإنجابية للمرأة ، وحقها في الاستقلالية والسلامة

---

[48] A History of The Death Penalty In America , Constitutional Rights Foundation , 2012 , P.2-4 : https://www.crf-usa.org/images/pdf/HistoryoftheDeathPenaltyinAmerica.pdf (Last Visited : 7/11/2021)

[49] Stuart Streichler , The Worst Decision Ever? Dred Scott lost in the Supreme Court, but he blazed a legal path that others would follow , Legal Times , Vol.XXX , No.11 , 2007 , P.1-2

[50] Dean M. Hashimoto , The Legacy of Korematsu v. United States: A Dangerous Narrative Retold , UCLA Asian Pacific American Law Journal , Vol .4 , 1996 , P.73-79

[51] Lisa Kemmerer & Franze Matos , Vaquejada Part 1: Contention, Compassion, and the Brazilian Constitution , 2017 , P.6 : https://www.researchgate.net/publication/312495550_Vaquejada_Part_1_Contention_Compassion_and_the_Brazilian_Constitution (Last Visited : 7/11/2021)

البدنية والعقلية والمساواة. وتشير هذه القضايا إلى أن المحكمة حكمت في خلاف مع وجهة النظر المحافظة السائدة بشكل ملحوظ لكل من السكان والفرع التشريعي .
ويتجلى الدور التنويري أيضًا في العديد من القضايا النموذجية التي تقررها المحاكم الأجنبية، ففي قضية لوث الشهيرة Lüth case لعام 1958 اعترفت المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية بإمكانية إعادة تفسير القواعد غير الدستورية للقانون الخاص في ضوء القيم التي تعبر عنها الحقوق الأساسية ، إذ عد القرار نقطة البداية لعملية دسترة القانون وصنع ثورة حقيقية في القانون المدني الألماني ، ومع ذلك ، كان من المحتمل أن تكون أهميته صعبة الوصول في ذلك الوقت من قبل السكان عمومًا [52]. وفي عام 1995في قضية case of State v Makwanyane and Mchunu ، ألغت المحكمة العليا لجنوب أفريقيا المنشأة حديثًا عقوبة الإعدام ، ووضعت حد لعقود من إعدام المجرمين المدانين بارتكاب جرائم خطيرة ، الذين معظمهم من المواطنين السود ، لكن هذا القرار لم يحظى بشعبية لدى غالبية كبيرة من السكان ، وحتى اليوم ، تدعو الأحزاب والجماعات المنظمة التي شكلها البيض والسود إلى إعادة عقوبة الإعدام [53]. وفي عام 2014 في قضية National Legal Services Authority v Union of India and Others اعترفت المحكمة العليا في الهند بحق الأشخاص المتحولين جنسياً في التعرف على أنفسهم كذكور أو إناث أو "جنس ثالث". و رأت أن على الحكومة اتخاذ خطوات لتعزيز الوعي العام والسياسات؛ لتسهيل وصول المتحولين إلى الوظائف والمؤسسات التعليمية [54] .
وقبل الختام هناك تفكير أخير ذو صلة في حين أن المحاكم الدستورية قد تؤدي ثلاثة أدوار : المناهض للأغلبية و، التمثيلي، والتنويري - هذا لا يعني أن قراراتها دائمًا صحيحة وشرعية. إذا كانت المحكمة الدستورية معادية للأغلبية في حين لا يجب أن تكون كذلك ، فإن خط سلوكها لا يمكن الدفاع عنه، وإذا كانت تدعي أنها تمثيلية عندما لا يكون هناك إغفال من قبل البرلمان لتلبية طلب اجتماعي معين ، فإن تدخلها غير

---

[52] Peter E. Quint , A Return To Luth , Roger Williams University Law Review , Vol.16 , 2011 , P.73-74
[53] Capital punishment in south africa: Was abolition the right decision? , IRR , 2016 , P.2-3 : https://irr.org.za/reports/occasional-reports/files/draft-2-irr-capital-punishment-in-sa-211116.pdf (Last Visited : 8/11/2021)
[54] National Legal Services Authority v Union of India and Others (2014) : https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/NLSA%20v%20Union%20of%20India.pdf (Last Visited : 8/11/2021) - Aniruddha Dutta , Contradictory Tendencies: The Supreme Court's NALSA Judgment on Transgender Recognition and Rights , JOURNAL OF INDIAN LAW AND SOCIETY , Vol.5 , 2017 , P.225-236

صحيح. أو علاوة على ذلك إذا كانت المحكمة الدستورية تعتزم أن تلعب دورًا مستنيرًا يتجاوز المواقف الاستثنائية عندما يتعين عليها أن تلتزم بكونها عامل تغيير في التاريخ ، فلا توجد طريقة لاكتساب سلوكها، وفي الواقع قد يعاني كل دور من رذائل كونه غير متناسب أو مفرط، ويمكن أن يتحول دور الأغلبية المضادة إلى فائض من التدخل في مجال السياسة ، وهذا يؤدي إلى دكتاتورية غير مرغوب فيها للقضاء ، ويمكن للدور التمثيلي أن يرسم مسارًا غير حكيم تجاه الشعبوية القضائية ، وهو أمر سيء مثل أي شخص آخر ، والوظيفة التنويرية لها دورها المضاد في الأداء النهائي لدور غامض من جهة أو مناهض للدين أو الأخلاق من جهة أخرى؛ لأن هذا الدور يجعل المحكمة العليا أو الدستورية تؤخر المجتمع بدلاً من أن تدفعه إلى الأمام .

الخاتمة

تجدر الإشارة إلى أن الدستورية العالمية لا تتوافق مع إنشاء نظام قانوني واحد مع هيئات فوق الوطنية مصممة لتطبيقه. وهذا طموح لا يزال بعيد المنال، وبشكل أكثر واقعية تترجم الدستورية العالمية إلى تعميق تراث مشترك للقيم والمفاهيم والمؤسسات التي تقرب الدول الديمقراطية من بعضها بعضاً ، مما يخلق قواعد قياسية ودلالات ومجموعة من الأغراض للديمقراطيات الدستورية. وفي الختام توصلت الدراسة إلى النتائج والتوصيات الآتية :

أولاً : النتائج :

1- يوجد اختلاف بين إضفاء الطابع القضائي على السياسات والنشاط القضائي ، فالأول هو العملية التي بموجبها تكشف بعض القضايا السياسية والأخلاقية والاجتماعية الكبرى في عصرنا عن بعض فصولها الحاسمة أمام المحاكم، ويرجع ذلك إلى الترتيب المؤسسي للديمقراطيات المعاصرة التي توفر وتعزز الوصول إلى العدالة من خلال آليات مختلفة، وعلى النقيض من ذلك فإن النشاط القضائي هو موقف يسعى إلى توسيع دور القضاء ، وهذا يؤدي إلى احتلال الأراضي المؤسسية التي يُنظر إليها تقليديًا على أنها تنتمي إلى الفرعين التشريعي والتنفيذيمع الدلالة السلبية التي اكتسبها هذا المصطلح بمرور الوقت فإن هذا التدخل النشط الأكثر شمولية للمحاكم ليس بالضرورة خاطئًا أو سيئًا، وعلى العكس من ذلك نتجت بعض اللحظات الأكثر أهمية للدستورية العالمية عن موقف أكثر نشاطًا من جانب المحاكم الدستورية

2- في الأصل يجب فصل القانون عن السياسة ، لكن لا يمكن تحقيق هذا الفصل دائماً ولاسيما إذا علمنا أن القانون هو مظهر من مظاهر إرادة الأغلبية ، فالقانون كما يرى بعضهم هو سياسة مرسومة . ففي المجتمعات المعقدة المعاصرة لا يستطيع القانون القضاء على درجة كبيرة من الذاتية في أداء المحاكم. وسيكون هناك دائمًا غموض ومعايير تحمي القيم المتعارضة والخلافات الأيديولوجية والسياسية والاجتماعية . ومن ثم على الأقل في الحالات الصعبة ، سيكون هناك بُعد إبداعي - ومن ثم سياسي لا محالة - لقرارات المحكمة .

3- إن تسييس القضاء الدستوري يعني إن قرارات المحكمة الدستورية لا تعتمد دائماً على معايير قانونية ، ولكن يتم تحديدها أيضاً من خلال التأثيرات السياسية ، ولاسيما الولاءات والتفضيلات السياسية للقضاة ، ونتيجة لذلك يشير التسييس إلى الحالة التي يكون فيها القضاء للبحث عن الحل القانوني الأكثر إقناعاً في القضية الدستورية القائمة من خلال تفضيلاتهم أو اعتباراتهم السياسية المتعلقة بالملائمة السياسية ، أو حتى البت في القضية على أساس الاعتبارات السياسية ومن ثم إعداد الاستدلال القانوني لدعم ذلك ، وهذا يعني في الوقت نفسه أن قرارات القضاء الدستوري قد تكون مقنعة أو مشفرة بحيث يكون ظاهرها قانونياً وباطنها سياسي .

4- تتكون الديمقراطيات المعاصرة من أصوات وحقوق وأسباب حيث لا تعتمد المحاكم ، كقاعدة عامة ، على الأصوات. بل تعتمد على الحقوق والأسباب، وفي هذا الوسط تؤدي المحاكم العليا والمحاكم الدستورية ثلاثة أدوار مركزية: (1) الدور المناهض للأغلبية ، عندما تحكم ببطلان تشريعات الفروع المنتخبة ، وهنا يصعب تبريرها بشكل موافق للديمقراطية ؛ (2) دور تمثيلي عندما يستجيب القضاء للمطالب الاجتماعية التي لم يتم تلبيتها من خلال العملية السياسية ، وهنا يسهل تبريرها الديمقراطي؛ لأنها تظهر كممثل تعويضي عن فشل الممثلين السياسيين المنتخبين ، و (3) الدور التنويري ، عندما تعزز المحكمة الدستورية أو العليا التقدم الاجتماعي بغض النظر عن الأغلبيات السياسية الظرفية .

5- في حين أن المحاكم الدستورية قد تؤدي ثلاثة أدوار – المناهض للأغلبية، والتمثيلي والتنويري - وهذا لا يعني أن قراراتها دائمًا صحيحة وشرعية. إذا كانت المحكمة الدستورية معادية للأغلبية في حين لا يجب أن تكون كذلك ، فإن خط سلوكها لا يمكن الدفاع عنه. وإذا كانت تدعي أنها تمثيلية عندما لا

يكون هناك إغفال من قبل البرلمان لتلبية طلب اجتماعي معين ، فإن تدخلها غير صحيح. أو ، علاوة على ذلك ، إذا كانت المحكمة الدستورية تعتزم أن تلعب دورًا مستنيرًا يتجاوز المواقف الاستثنائية عندما يتعين عليها أن تلتزم بكونها عامل تغيير في التاريخ ، فلا توجد طريقة لاكتساب سلوكها. وفي الواقع قد يعاني كل دور من رذائل كونه غير متناسب أو مفرط: يمكن أن يتحول دور الأغلبية المضادة إلى فائض من التدخل في مجال السياسة مما يؤدي إلى دكتاتورية غير مرغوب فيها للقضاء ، ويمكن للدور التمثيلي أن يرسم مسارًا غير حكيم تجاه الشعبوية القضائية ، والوظيفة التنويرية لها دورها المضاد في الأداء النهائي لدور غامض من جهة أو مناهض للدين أو الأخلاق من جهة أخرى؛ لأن هذا الدور يجعل المحكمة العليا أو الدستورية تؤخر المجتمع بدلاً من أن تدفعه إلى الأمام .

ثانياً : التوصيات :

1- نقترح أنه حان الوقت لإيجاد مصطلح بديل يمكن أن يميز بين الممارسة غير السليمة للسلطة القضائية والممارسة الشرعية لها من خلال تفسير الدستور ورقابة الدستورية وحماية الحقوق الأساسية .
2- نقترح على القاضي الدستوري أن يكون دوره قانونياً بحيث لا يأخذ بالاعتبارات السياسية إلا في حالة وجود أساس قانوني سليم تستند عليه هذه الاعتبارات من جهة ، ويكون لها آثار إيجابية في النظام السياسي والاجتماعي من جهة أخرى .
3- يقترح الباحث على القضاء الدستوري أن يبتعد عن ممارسة الدور التنويري؛ لأنه خطير جداً وهو الذي يمكن أن نطلق عليه الدور المظلم؛ لأنه يؤدي إلى هيمنة القضاء و الإقرار بأفعال منافية للدين والأخلاق أكثر من غيره من الأدوار .
4- أما الأدوار الأخرى المناهضة للأغلبية والتمثيلية فنقترح على القضاء الدستوري أن يمارسها بحذر ؛ لأن الديمقراطية الغربية تدعو القضاء الدستوري إلى أن يكون كموقع لحوار أوسع بين المشرعين والمجتمع بكل مكوناته ، فالسيادة ومصدر السلطة في النظام الديمقراطي تكون للشعب ، وهذا ما يجعل السلطات العامة ومن ضمنها القضاء تابعين لرغبات الأغلبية من أفراد المجتمع ، وهذا ما لا يمكن التسليم به على إطلاقه؛ لأنه قد يجعل السلطات بشكل عام والقضاء بشكل خاص يقر أفعالاً منافية ومعادية للدين

والأخلاق طالما لقيت قبولاً من جانب الأغلبية الشعبية .

المراجع :

اولاً : المراجع العربية :

1- د. إبراهيم الحمود ، توسيع اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي في الرقابة على دستورية القوانين ، مجلة الحقوق ، السنة الثامنة عشر ، العدد الأول ، جامعة الكويت ، مارس 1994
2- روبرت أ.كارب ورونالد ستيدهام ، الإجراءات القضائية في أمريكا ، ترجمة : د. علا أبو زيد ، ط1 ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة ، 1997
3- السيد علي السيد بك ، رقابة القضاء لدستورية القوانين ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الأولى ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، يناير 1950
4- د. عبد الحفيظ الشيمي ، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001
5- د.عبد اللطيف الشيخ توفيق الصباغ ، مصطلح التنوير : مفاهيمه واتجاهاته في العالم الإسلامي الحديث نظرة تقويمية ، مجمع الفقه الإسلامي ، جدة ، 2005
6- لاري الويتز ، نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية ، ترجمة : جابر سعيد عوض ، ط1 ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة ، 1996
7- لورانس بوم ، المحكمة العليا ، ترجمة : د. مصطفى رياض ، ط1 ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة ، 1998
8- د.محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1971
9- ميشيل تروبير ، فلسفة القانون ، ترجمة : جورج سعد ، ط1 ، دار الأنوار للطباعة والنشر ، 2004
10- د. وضاح زيتون ، المعجم السياسي ، دار أسامة للنشر والتوزيع ، ط1، الأردن – عمان ، 2010
11-

الترجمة الصوتية للمراجع العربية :

1- Dr.Ibrahim Al-Hamoud, Taiwsei Ihtisasat Almajlis Aldostory Al faranci Fi Alraqaaba Ala Dostoriyat Al

qawanen , Majalat Ahukuk , Alsana althamina ashar , Aladad Al Awal , Gamiaa Al Kuwait , Mars , 1994

2- Robert A. Karp , Ronald Stidham , Al Ijra aat Alqadaaiyah Fi U.S.A , Tarjumat : Dr. Ola Abu Zeid , T1 , Aljamiya Almisrya Li Nashr Al Marifa Wal Thakafa Al Alamiya , Cairo , 1997

3- Mr. Ali Mr. Bey , Raqabaat Alqadaa LDostoriyat Alqawanen , Majalat Majlis Al dawla , Alsana Al Ulaa , Matbaat Jamiaat Fouad I , 1950

4- Dr. Abdul Hafeez Al-Shimy , Alqadaa Aldostory Wa Himaayat Al Huriyat Al Asasiya Fi Al Qaanoun Almasri wal Faranci , Dar alnahdah Alarabiya , Cairo , 2001

5- Dr. Abdul Latif Sheikh Tawfiq Al-Sabbagh , Mustalah Al Tanweer : Mafahimuh Wa itjahatuh Fi Al alam Al Islami Al Hadeeth nadrah Taqweemiya , Majmaa Al fiqih Al Islami , Jeddah , 2005

6- Larry Elwitz , Nidam Al Huqum Fi U.S.A , Tarjumat : Jaber Said Awad , t1 , Aljamiya Almisrya Li Nashr Al Marifa Wal Thakafa Al Alamiya , Cairo , 1996

7- Lawrence Baum , Al mahkama Al Ulyaa , Tarjamat : Dr. Mustafa Riad , T1 , Aljamiya Almisrya Li Nashr Al Marifa Wal Thakafa Al Alamiya , Cairo ,1998

8- Dr. Mohamed Kamel Laila , Al Qaanoun Al Dostory , Dar Al Fiqir Al Arabi , Cairo , 1971

9- Michael Trooper , Falsafat Al Qaanoun , tarjumat : George Saad , t1 , Dar Al Anwar li Altibaa Wa Al nasher , 2004

10- Dr. Waddah Zaytoun , Al Mujaam Al Siyasi , Dar Ossama li ALnasher wa Al tawzee , t1 , Jordan – Amman , 2010

ثانياً : المراجع الأجنبية :

1- ALEC STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES: CONSTITUTIONAL POLICIES IN EUROPE , Oxford University Press , 2000
2- Alec Stone Sweet, Why Europe Rejected American Judicial Review, 101 MICH. L. REV. , 2003
3- Adrian Vermeule, Foreword: System Effects and the Constitution, HARV. L. REV. 4 , 2009
4- Aharon Barak, A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy, 116 HARV. L. REV., 2002
5- Ashok Bhusal , The Rhetoric of Racism and Anti-Miscegenation Laws in the United States , IAFOR Journal of Arts & Humanities , Vol.4 , Issu.2 , 2017
6- Christian F. Rostboll , On Deliberative Democracy , University Of Copenhagen , 2001
7- Dean M. Hashimoto , The Legacy of Korematsu v. United States: A Dangerous Narrative Retold , UCLA Asian Pacific American Law Journal , Vol .4 , 1996
8- Elizabeth MAIER , Hidden Meanings of the Culture War over Abortion in the United States , FRONTERA NORTE , Vol.30 , Num.59 , 2018
9- Flavio Jaime de Moraes Jardim , Inclusive Legal Positivism and Legality in Brazil , Fordham Law School , 2018
10- Frank B. Cross & Stephanie A. Lindquist, The Scientific Study of Judicial Activism, 91 MINN. L. REV. , 2007
11- GORDON SILVERSTEIN, LAW'S ALLURE: HOW LAW FORMS, CONSTRAINS, SAVES, AND

KILLS POLITICS , Journal of Legal Education , 2009
12- Gerardo R. López & Rebeca Burciaga , The Troublesome Legacy of Brown v. Board of Education , Educational Administration Quarterly , Vol.50 (5) , 2014
13- Jeremy Waldron, The Core of the Case Against Judicial Review, 115 YALE L.J., 2006
14- Luis Felipe Miguel , Accountability impasses: dilemmas and alternatives of political representation , Rev. Sociol. Polit. vol.2 no.se Curitiba 2006
15- Peter E. Quint , A Return To Luth , Roger Williams University Law Review , Vol.16 , 2011
16- RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM , Harvard University Press , 2004
17- Richard A.Posner , The Rise and Fall Of Judicial Self-Restraint , California Law Review , Vol.100, No.3, 2012
18- Richard Bellamy , Constitutional Democracy , European University Institute , 2013
19- Robert Alexy , Balancing , Constitutional Review, and Representation , **International Journal of Constitutional Law**, Volume 3, Issue 4, October 2005
20- Samuel Issachroff , Judicial Review in Troubled Times: Stabilizing Democracy in a Second-Best World , North Carolina Law Review , Vol.98, Num.1 , 2019
21- Stuart Streichler , The Worst Decision Ever? Dred Scott lost in the Supreme Court, but he blazed a legal path that others would follow , Legal Times ,

Vol.XXX , No.11 , 2007

22- Susan Welch and Others , Understanding American Government , Third Edition , West Publishing Company , United States Of America , 1995

23- TOM GINSBURG, JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES: CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIAN CASES , Cambridge university press , 2003