

علي عدناسي

القانون الدستوري والسياسات العمومية
الحالة المغربية على ضوء التجربة الكولومبية



Democratic Arab Center
Berlin - Germany

Constitutional judge
And public policies

Moroccan case in the light of Colombian experience

Ali ADNASSY



DEMOCRATIC ARABIC CENTER
Germany: Berlin 10315 Gensinger- Str: 112

<http://democraticac.de>

TEL: 0049-CODE

030-89005468/030-898999419/030-57348845

MOBILTELEFON: 0049174274278717

النشرة:

المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية
ألمانيا / برلين

Democratic Arab Center
For Strategic, Political & Economic Studies
Berlin / Germany

لا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو أي جزء منه أو تخزينه
في نطاق استعادة المعلومات أو نقله بأي شكل من الأشكال ، دون إذن مسبق خطي من الناشر.
جميع حقوق الطبع محفوظة

All rights reserved

No part of this book may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in
any form or by any means, without the prior written permission of the publisher.

المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية ألمانيا/برلين

Tel: 0049-code Germany

030-54884375

030-91499898

030-86450098

البريد الإلكتروني

book@democraticac.de





المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية
Democratic Arab Center
for Strategic, Political & Economic Studies

الكتاب : القاضي الدستوري والسياسات العمومية
الحالة المغربية على ضوء التجربة الكولومبية

تأليف : علي عدناسي

رئيس المركز الديمقراطي العربي: أ. عمار شرعان

مدير النشر: د. أحمد بوهكو

رقم تسجيل الكتاب: VR . 3383 – 6634. B

الطبعة الأولى

ايار/ مايو 2022 م

الآراء الواردة أدناه تعبر عن رأي الكاتب ولا تعكس بالضرورة وجهة نظر المركز الديمقراطي العربي



القاضي الدستوري والسياسات العمومية
الحالة المغربية على ضوء التجربة الكولومبية

Constitutional judge and public policies
Moroccan case in the light of Colombian experience

إنجاز: علي عدناسي

Ali ADNASSY

إهداء

إلى ذكرى من عشقناهم للزمان وعشقونا للقلوب
إلى أم العيون التي هوة السهر في انتظارنا
إلى من عاش فارسا يحارب الزمان من أجلنا
إلى روائع الدهر وملاذ النسيان
إلى ذكرى روح أبي وأمي الطاهرتين
إلى كل أفراد العائلة إخوة وأخوات وأصهار
إلى زوجتي تقدير سنوات الموازرة و المساندة
إلى قرّة العين يحيى و عشوشة
أعتذر إن تخلفت عن موعد
إلى كل الأصدقاء عرفانا مني لفضلهم
إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة هذا العمل.

شكر خاص

ما كان لهذا العمل المتواضع أن يرى النور لولا وجود ثلثة من الأساتذة الأجلاء الذين أمدوني بالعون والتوجيه والتأطير العلمي. وأخص بالذكر الدكتور حسن طارق الذي أتوجه له بالشكر الجزيل لإشرافه على هذا العمل. كما أتوجه بشكر خاص إلى الدكتور طارق أتلاتي على إرشاداته وتوجيهاته السديدة. الشكر أيضا موصول إلى الدكتور محمد طروس على دعمه المعنوي المتواصل.

أشكر أيضا الأساتذة الإجلاء أعضاء اللجنة على قبولهم مناقشة بحثي المتواضع، وكل من ساهم في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد.

يحتل القضاء الدستوري أعلى الهرم القضائي للبلدان التي تعتمد نظام مراقبة دستورية القوانين، إذ عليه أن يراقب مدى احترام البلدان للمقتضيات التي يحتويها الدستور باعتباره هرم القاعدة القانونية. ويزداد القضاء الدستوري أهمية قصوى في ظل التنامي المتزايد للمطالبين باحترام الحقوق والحريات، انسجاماً مع الدستور ومع المبادئ الكونية الخاصة (الإعلانات والمواثيق الدولية).

واعتباراً لكون المغرب من الأنظمة الدستورية، ولكونه يتبنى منظومة الحقوق والحريات في بعدها الكوني، فإن هذا يقتضي بالضرورة وجود جهاز للتأكد من مدى احترام الممارسات والسياسات لمقتضيات الدستور والمواثيق الدولية. من هنا تنبثق الإشكالية الموجهة لهذه الدراسة وتتحدد أهدافها. لنفرض جدلاً أن هذا الجهاز موجود، فإنه يتعين علينا مساءلته. ما طبيعته؟ هيكلته؟ مامدى حضوره؟ ما مدى نجاعته وفعاليته وقدرة على القيام بدوره؟ إن الإجابة عن هذه التساؤلات الإشكالية من شأنها أن تمكننا من تقييم القضاء الدستوري المغربي ورصد مدى حمايته للحقوق والحريات الدستورية، بالموازاة مع التطور الذي شهده هذا القضاء وأيضاً بالموازاة مع التغيرات الدستورية وتطور الحقوق والحريات، وبالتالي بناء تصور حول التجربة المغربية في هذا المجال، وتطورها وآفاقها.

وحتى تكون المقاربة أكثر وضوحاً، سأعمل على مقارنة الحالة المغربية على ضوء التجربة الكولومبية. ويأتي اختياري للتجربة الكولومبية لعدة اعتبارات، أهمها أنها تجربة رائدة في أمريكا الجنوبية، إذ عرفت كولومبيا استقراراً دستورياً استثنائياً لما يزيد على قرن من الزمن، رغم الصورة السلبية النمطية التي يسوقها الإعلام، باعتبارها مصدراً للعنف والمخدرات وحرب العصابات. وثاني الأسباب يرجع إلى التجربة المتقدمة في مجال القضاء الدستوري الفعال والمتفاعل مع محيطه الدستوري والحقوقى، وقدرته على التطور بانفتاحه على تجربة الولايات المتحدة الأمريكية، وشدة تقاربه مع التجربة الدستورية الفرنسية. وثالث الأسباب، وهو الحاسم في نظري، ويتعلق بالتشابه الحاصل بين البنيتين الاجتماعيتين والاقتصاديتين، وهشاشة الجوانب الحقوقية والمؤسسية، والتي تسمح بارتكاب تجاوزات وخروقات تستدعي تدخل القاضي الدستوري. وقد حصل هذا الأمر في حالات متعددة في كولومبيا، في مجال الحقوق الأساسية، كما سيأتي لاحقاً، وكان دور القاضي الدستوري حاسماً في الانتصار للدستور، في حين تعرف بلادنا حالات مماثلة تستدعي نفس التدخل وبنفس الحسم. مما يدعو إلى التساؤل عن كيفية تعامل القاضي الدستوري المغربي مع هذه الحالات،

في تحقيقاته المختلفة: من الغرفة الدستورية إلى المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية التي نصت عليها الوثيقة الدستورية 2011. من هنا تقدم التجربة الكولومبية آليات لقياس الحالة المغربية، وهنا تكتسي المقارنة أهمية منهجية، وقدرة على الكشف والتحليل.

وسأكتفي في عرض التجربة الكولومبية بالاعتماد على دراسة قيمة حول " القاضي الدستوري: فاعل في السياسات العمومية¹ " للباحث والقاضي الدستوري الكولومبي جان كارلوس هاناو بيريز،² لعمق مفاهيمها، ودقة تحليلها، وتنوع حالاتها. ونظرا لتمييز هذه الدراسة وشموليتها، سأكتفي بتقديم الترجمة الكاملة لها في الفصل الأول، مع بعض التقديمات والعناوين التي أقترحها كترجم لهذه الدراسة، بينما سأركز في الفصل الثاني على وصف الحالة المغربية، وهو عمل يتطلب الكثير من الحذر لغياب الاهتمام الأكاديمي بالموضوع، وندرة تدخل القاضي الدستوري، والآثار الوثائقية، كما سيتضح لاحقا.

وإجمالا، فقد قمت باختيار منهجية تفصيلية لموضوعي، باعتماد تصميم ثنائي على الصورة التالية. تناولت في الفصل الأول القاضي الدستوري والسياسات العمومية في التجربة الكولومبية، حيث تناولت في المبحث الأول القاضي الدستوري كمدير للسياسات العمومية، وقسمته إلى مطلبين. أما المبحث الثاني فيتناول حدود تدخل القاضي الدستوري في السياسات العمومية في مطلبين.

في المقابل تناولت في الفصل الثاني تأملات في الحالة المغربية، من خلال مبحثين. تطرقت في المبحث الأول إلى تطور القضاء الدستوري المغربي، وتطرقت في المبحث الثاني إلى القاضي الدستوري المغربي والسياسات العمومية.

وانتهيت في دراستي إلى وضع اليد على مجموعة من القيود التي تحد من تدخل القاضي الدستوري المغربي، وتجعله قاصرا وغير فعال في تحديد أو توجيه السياسات العمومية.

¹ أعير عن امتثاني لجافير فرانسيسكو فيرو لتعاونه القيم أثناء إعداد هذه المداخلة وإلى كاترين فايفر لترجمتها إلى الفرنسية، تمكنا من نشرها بعد مشاركتي في الندوة المتعلقة بدور المحاكم العليا في المجال الاقتصادي، بتاريخ 25 يناير 2010 بباريس برعاية مجلة التنظيم القانوني ومشورات ليكتونسو، والمسؤولية العلمية لـ ماري-آن فريسون - روش

² قاض في المحكمة الدستورية بكولومبيا، أستاذ بجامعة اكسترنادو بكولومبيا بجامعة باريس 2 بانتيون - أصاص.

الفصل الأول

القاضي الدستوري والسياسات العمومية في التجربة الكولومبية

مدخل

سأعتمد في تقديم الفصل الأول، كما أشرت سابقاً، إلى تقديم القاضي الدستوري والسياسات العمومية في التجربة الكولومبية على ترجمة دراسة جان كارلوس هاناو بيريز. والتي انطلق فيها من مدخل يركز على ضرورة مساءلة النماذج مسايرة للتحويلات المعيشية والواقعية لإنضاج المعرفة والتعامل مع خصوصية كل مجتمع دون إهمال للاجتهاد القضائي والنظريات الأجنبية، كما أشار إلى الميل الكولومبي إلى الفصل بين السلط وتدخل السلطة القضائية وبالتالي تنامي دور المحكمة الدستورية، ثم يخصص النقطة الثالثة تحديد منطلقات دراسته. وهذا هو المدخل مترجماً:

" يفرض الواقع المادي على العلوم مساءلة النماذج وإعادة تأسيسها. إذ تفرض الشروط الجوهرية المعيشة في كل بلد تحولات في المعرفة نظراً لأهميتها الواقعية. وبالتالي، ليست قراءة الكتب الرتيبة أو النظريات، المستوردة عادة من أجزاء أخرى من العالم، والمطبقة بدون مواجهة، - بما فيها التعليم الجامعي حين يفقد وظيفته النقدية - هي ما يعطي للمعرفة نضجها، ما دامت هذه الأخيرة تتولد عن المواجهة، وعن الاقتراح في التعاطي مع المشاكل الخاصة بكل مجتمع³. هذا لا يعني أنه لا ينبغي استعمال الكتب، والاجتهاد القضائي، والنظريات القادمة من أجزاء أخرى من العالم. بل بالعكس، هذا الاستعمال في غاية الإغناء كما نلاحظ في حالة لورانس ضد تكساس⁴، والتي تم فحصها مؤخراً من طرف المحكمة العليا الفيدرالية في أمريكا الشمالية، وتبين بعد اللجوء إلى الاجتهاد القضائي الوطني أنها تتأسس على قرار 'دون جوان' ضد المملكة المتحدة، الصادر عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. هكذا يتبين أن المقارنة بين مصادر المعرفة في غاية الإثراء، غير أن استخدامها، بالرغم من كونها أجنبية، لا ينبغي أن يقصي الخصوصيات الخالصة للبلد الذي ستطبق فيه."

" عرفت كولومبيا ظاهرة الميل إلى مناقشة الأسس ذاتها لدولة الحق، وتحديد الفصل الكلاسيكي بين السلط. يتعلق الأمر بإعادة تقييم تعاونها المتناغم، حيث بدأت السياسات العمومية، التي كانت في السابق حكراً على السلطتين التشريعية والتنفيذية، تعرف تدخل السلطة القضائية، ومن المحاكم العليا على وجه التحديد. وعلى أساس هذه الحقيقة التي لا تقبل الجدل تقوم التطورات الحالية، بالتأكيد طبعاً، على دور المحكمة الدستورية."

" لمعالجة هذه الموضوع، ننطلق، أولاً، من تحديد ما نعنيه بالسياسات العمومية، حتى يتسنى لنا التمييز بين أعمال القضاة وبين أعمال الآخرين. ثم نعرض، في مستوى ثانٍ الأسباب

³ فالسب وردا اورلانديو: "العلوم الخاصة والاستعمار الثقافي" كولومبيا، أوفيغا نيغرا، منشورات ثقافة الشعب، الطبعة الثانية، 1971، ص. 89

⁴ المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية، قضية لورانس، س/تكساس من 1235 - 2472 (2003)

التي جعلت القاضي الدستوري الكولومبي يتدخل في إطار السياسات العمومية باعتباره فاعلا، وما يمنحه شرعية التدخل. يثير هذا الجانب بعض الانتقادات المصوغة ضد هذا التحول في فصل السلط، منها، مثلا، ما يتعلق بالحدود التي لا ينبغي للسلطة القضائية تجاوزها، حتى لا يكون هناك شطط في صلاحياتها. وسنقدم، أخيرا، حالات ملموسة تدخل المحكمة الدستورية الكولومبية في بعض السياسات العمومية."

المبحث الأول: دور القاضي الدستوري في للسياسات العمومية

المطلب الأول: تحديدات أولية

نستمر في عرضنا للتجربة الكولومبية، ونقف عند دور القاضي الدستوري كمدير للسياسات العمومية، وسنقسمها إلى مطلب أول يتناول بالتحديد مجموعة من التحديدات الأولية، كالتمييز بين مفهوم الدولة وبين مفهوم السياسة العمومية. وهذه هي التحديدات كما وردت في النص المترجم:

"من الأهمية التمييز بين مفهوم الدولة ومفهوم السياسة العمومية، إذ يدل الأول على نمط خاص من التنظيم، في حين يمثل الثاني نشاطا ملموسا، مهام الدولة. وإذن، وبالرغم من وجود ارتباط وثيق بينهما، فليس لهما نفس الهوية، لذا لا يمكن فهمهما دون الأخذ بعين الاعتبار ما يجمعهما. نتيجة لهذا، تكون الأفكار الكلاسيكية حول الاحتكار الرمزي والمشروع للقوة في بلد معين، غير قابلة للاستيعاب، قليلا، ما لم نأخذ بعين الاعتبار الفاعلين الذين يشكلون ضمنها جزءا مكونا لمفهوم السياسة العمومية، كأشكال محددة للتدخل.

ننتقل من مفهوم الدولة، باعتبارها مؤسسة تحدد قواعد اللعب في مجال تهدف إلى تنظيمه، اعتمادا على معايير قانونية وأعمال إدارية. أكثر من هذا، يتم تحديد القواعد بواسطة شبكة من التفاعلات والتعاونات بين التنظيمات التي تكون⁵ الدولة، وبين ما يتحقق من خلال تدفق المعلومات. يتعلق الأمر، إذن، بسلطة غير مشخصة، ناتجة عن تقوية السلطة المركزية، حيث يتصرف السكان وفق أنماط مختلفة، كالبيروقراطية مثلا. هكذا، وبالرغم من كونه يشمل المقولات التقليدية، التراب، السلطة والسكان،⁶ فإنه يتجاوزها، لكونه يحتم إضافة التنظيمات التي تكونه، والتفاعلات الموجودة بينها لتنظيم المجال المسؤولة عنه.

ما تقدم لا يعني أن العناصر الكلاسيكية للاحتكار المشروع للعنف الجسدي والرمزي، كاحتكار المراقبة الترابية، لا ينبغي أن تؤخذ بعين الاعتبار، ولكن من الجوهرى إدراك وجود دولة تفرض قواعد اللعب⁷ داخلها، وهذا أمر لا يتحقق إلا بالتفاعلات والتعاونات المشار إليها سابقا، والتي تخضع إلى تدفق المعلومات.

ومع ذلك، يواجه الدولة، في كل أجزاء العالم، مشاكل بسط هيمنتها على مجموع ترابها، وهذا ما يمكن تسميته بالعجز في التنفيذ والعمل – يتجسد في عدم الكفاءة والفساد والمحسوبية

⁵ روث دوبييل اندريه – نويل " صياغة السياسات العمومية، وتنفيذها وتقييمها، وكيفية تطويرها. من يقرر؟ وكيف؟ ومن الراجح ومن الخاسر؟" كولومبيا، منشورات أورا، الطبعة الأولى 2003 والنسخة الأولى 2002، ص.19

⁶ المرجع نفسه. ص.20.

⁷ المرجع نفسه. ص.23.

والاتجار في الأسلحة، إلخ - ويرتبط بموضوع سنعالجه لاحقاً: أزمة الحكامة. تتوقف نسبة من هذا العجز وخطورته على تدخل القاضي، المسؤول على ضمان فعالية حقوق الإنسان.

قبل تحديد مفهوم ما نقصده بالسياسة العمومية، تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد اختلاف في مدلول مصطلح السياسة في اللغة الإسبانية خلافاً للغة الإنجليزية. في اللغة الإسبانية، يستعمل نفس المصطلح للتعبير عن ثلاثة أنشطة، في حين تخصص الإنجليزية ثلاثة مصطلحات مختلفة. يطلق الأول "بوليتي polity" على إطار الحكومة؛ ويدل الثاني "بوليتكس spolitic" على النشاط المرتبط بالتنظيم والصراع من أجل السلطة؛ أما الثالث "بوليسي policy" فيخص نوايا وبرامج السلطات العمومية⁸. وبالرغم من العلاقة التي تجمع بين الثلاثة، فإن عرضنا سينبني على المصطلح الأخير.

نقصد بالسياسة العمومية برنامج العمل وتجسيد القرارات المتخذة من طرف الدولة الفاعل. إنها إذن الوسائل المستعملة من طرف هذا الفاعل بغية تعديل سلوكات معينة من خلال تغيير القواعد الجارية. غير أنه ليس من الضروري اعتبار كل عمل صادر عن مؤسسة للدولة سياسياً.

يقدم أندريه نويل روث أربعة عناصر تسمح بالتدليل على وجود هذه السياسة (i) انخراط مؤسسة عمومية (ii) إدراك وجود وضعية إشكالية أو ذات أهمية اجتماعياً (iii) تحديد أهداف ملموسة لحل أو تسهيل التدبير؛ وأخيراً، (iv) عمليات للتنفيذ والتي ستنجز في كل المراحل السابقة. وحسب تعبير الكاتب⁹ " (...) (. .) من الممكن إثبات وجود سياسة عمومية، حين تتحمل مؤسسات الدولة كياناً أو زبناً مهمة تحقيق أهداف تعتبر مرغوبة أو ضرورية، واسطة ملياً تهدف إلى تعديل وضعية تعتبر إشكالية¹⁰". إذ تمثل السياسة الاجتماعية، في منظوره " (...) (...) موعة شغمة هدف أعدة أهداف جاعية تعتبر ضرورية أو مرغوبة ومن سائل وعمال تتد لها، زبناً على لأقل، ووسة أو تديمات دومية بهدف وجيه سلوك الفالين، أرا أو مجمعا، أو هدف م أجل تعديل وضعية إشكالية غير م¹¹. تترتب عن هذا نتائج - استجابات - بحيث تثير كل سياسة عمومية وضعيات جديدة، قد تعتبر إشكاليات. من هنا، يعتبر تقييم السياسات العمومية وتدقيق المعلومات بين مختلف التنظيمات المكونة للدولة أمراً في غاية الأهمية. أخيراً، من الجوهرى التأكيد على أن المتدخلين - الفاعلين - في المؤسسات أشخاص، وأن المتلقين للسياسات أشخاص أيضاً، بشكل

⁸ المرجع نفسه. ص. 25-26

⁹ المرجع نفسه. ص. 19

¹⁰ المرجع نفسه. ص. 27

¹¹ المرجع نفسه.

مباشر أو غير مباشر. يتعلق الأمر أيضا بأعمال تخدم مصالح مجموعات محددة، قد تستفيد أو تنحاز إلى هذه المجموعة أو تلك.

مع ذلك، وفي ما يتعلق بالسياسة العمومية، لا يجب أن يغرب عن البال ضرورة تحديد مجال للتدخل، يسمح بتحققها الملموس. يمكن أن نمثل لذلك بالمجال الاجتماعي، أو المجال الاقتصادي، أو المجال البيئي. وهذا يضعنا أمام سياسة عمومية اجتماعية، أو سياسة عمومية اقتصادية، أو في مجال البيئة، تحدد أهدافا مختلفة – لا تتناقض بالضرورة – في مواجهة إشكاليات ملموسة أو وضعيات اجتماعية خاصة .

ينبغي أن نعترف بصعوبة تمييز مجال التدخل الخالص للدولة، في العديد من الحالات. من أين تبدأ السياسة البيئية والسياسة الفلاحية؟ أيضا، يمكن أن تنعكس آثار سياسة عمومية على مجالات أخرى وتثير وضعيات جديدة، تنتج عنها إشكاليات. لنذكر، على سبيل المثال، انعكاسات السياسة الاقتصادية لفائدة السكن اللائق، المنتهجة في كولومبيا خلال الأزمة الاقتصادية سنة 1998، حين تم الرفع من نسب الفائدة من طرف البنك الجمهوري، وما ترتب عنه من فقدان متوال للمباني من طرف العديد من المدينين للقروض الرهنية¹²؛ أو سياسة التحرير الاقتصادي في مجال التشغيل؛ أو البيئة الصحية، مع سياسة التعدين، والتي سمحت للشركات متعددة الجنسية ك' أنجلو كولد أشانتي' باستغلال رواسب الذهب في الاحتياطات الغابوية أو الموارد المائية في مقاطعة 'تولياما'¹³.

نتقاسم مع روث قوله بإمكانية تعدد المقاربات في تحليل السياسات العمومية. وفقا لواحدة من هذه المقاربات " التحالفات الدفاعية advocacy coalitions " يتكون المجتمع السياسي من فاعلين يتقاسمون قيما محددة، ويتفاعلون مع آخرين، ويدخلون في منافسة لتحديد أعمال الدولة، من أجل حلّ أو تدبير وضعية معطاة ذات أهمية بالنسبة لهذه المجموعات¹⁴. نتيجة لهذا، نعتمد على رؤية أفقية، مع توضيح التباين بين الدولة والمجتمع، فضلا عن شبكة من العلاقات بين الفاعلين العموميين والفاعلين الخواص، تاركين جانبا الرؤية أحادية الوجهة

¹² بيريز سالازار مورسيو " الاقتصاد والأحكام الدستورية، التجربة الكولومبية في ظل دستور لسنة 1991" في كيبيدا اسبينوزا وآخرون، النظرية الدستورية والسياسات العمومية، الأسس النقدية والمناقشة، بورغوطا، جامعة أكسترنادو بكولومبيا، 2007، ص. 834-837.

¹³ "مناجم الذهب الحالي بكولوسا كاققتصاد ديناميكي" في الاسبكتاتور 2 دجنبر 2009

<http://www.elespectador.com/articulo158666-presentan-mina-de-oro-colosa-dinamizadora-de-economia>

¹⁴ روث دوبيل اندريه – نويل، "السياسات العمومية" المرجع السابق ذكره، ص.36

والعمودية بين الدولة/ المجتمع¹⁵. إنها ذات أهمية جوهرية، لكونها ستسمح، كما سنرى لاحقاً، بفهم لماذا تتم دعاوي عدم الدستورية من طرف فاعلين مختلفين – كدعاوي الوصاية *tutela* - وتسمح للقاضي الدستوري بالتدخل في السياسات العمومية، وللمطالبين بالتدخل على مستوى الموضوعات السياسية عن طريق مشاركتهم القضائية.

المطلب الثاني: دور القاضي الدستوري في السياسات العمومية

يتناول المطلب الثاني القاضي باعتباره مدبراً للسياسات العمومية، ويحاول إظهار العوامل التي جعلته يفرض نفسه كفاعل سياسي، منها أزمة الحكامة والحد من الأولويات وغياب إرادة التغيير، وقصور الدولة عن ضمان الحقوق الأساسية للأفراد.. لنتتبع هذه العوامل في النص المترجم:

أولاً: القاضي كمدبر للسياسات العمومية

إذا كانت الشروط الاجتماعية قد ساهمت في جعل القاضي الدستوري الكولومبي يفرض نفسه كفاعل سياسي، فكيف أمكنه تحقيق ذلك بكيفية عملية؟. لقد دخلت الحكامة - المتمثلة في امتلاك الشروط المالية والإدارية لتجسيد القرارات المتخذة من طرف الدولة على أرض الواقع - أزمة¹⁶. ليس بسبب غياب الوسائل بالضرورة، ولكن بسبب الحد من الأولويات. تفاقمت هذه الوضعية في العديد من الحالات، بسبب افتقار بعض الفاعلين إلى إرادة تغيير وضعيات اجتماعية محددة بدقة. بعبارة أخرى، وطبقاً لما سبق، هناك عجز في تنفيذ أعمال الدولة على ترابها. ظاهرة متفاقمة في حالة كولومبيا.

يدل هذا على أنه لا تكفي الحكامة، باعتبارها سنداً سياسياً ضرورياً للحكم¹⁷ لتحقيق تحول وضعية إشكالية أو خاصة اجتماعياً، أو جعلها قابلة للتحمل. وإذن، فالدولة ليست فعالة كفاية، لا إدارياً ولا قانونياً، ولا حتى مالياً، لضمان الحقوق الأساسية للأشخاص، مما يجعلها مقصرة في القيام بواجباتها، كغاية في حد ذاتها، كما تحددها المادة 1 من الدستور، في العبارة التالية: الأهداف الرئيسية للدولة: خدمة المجتمع، تشجيع الرفاه العام، ضمان فعالية المبادئ، الحقوق والواجبات المنصوص عليها في الدستور (...).

توضح ما سبق الوضعية الحالية اللادستورية، بسبب التنقل القسري للسكان، والتي لم يوجد لها حل. تعتبر هذه الوضعية في كولومبيا، ستفسر لاحقاً، وضعية معقدة وثقيلة لخرق الحقوق

¹⁵ المرجع نفسه. ص. 313

¹⁶ سييرا غرينفيلد سلسلة يسوع، "القاضي الدستوري: فاعل منظم للسياسات العمومية، حالة اللامركزية في كولومبيا. بوغوتا، المدرسة العليا لجامعة نيوسطرا سنيورا بوزاريو، كلية القانون، مجموعة نصوص قانونية، سلسلة مايسنيريا 2009، ص. 11.

¹⁷ المرجع نفسه

الأساسية، تعبر بجلاء عن التجاهل الموسع من طرف السلطات العمومية المدعوة إلى تجاوز هذه الحالة.

عنصر آخر بارز من أزمة الحكامة هذه، ينضاف إلى شرط إهمال الحقوق الأساسية، هو التركيز اللافعال للسلطة في جهاز الدولة، ويتجسد في فشل تطوير الميثاق، الذي يشمل بنودا

واسعة للبرمجة تعالج الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والبيئية أيضا، والذي ظل حبرا على ورق لسنوات عديدة. ورثت هذه الوضعية عن الحكومات السابقة، ولم يتم تجاوزها بعد.

وإذن، لم يتم الاحترام الكلي للأهداف المسطرة في الدستور من طرف القوانين الصادرة عن الكونغريس، أو من طرف المراسيم التطبيقية. كما تم تجاهل مدد الولايات الانتدابية المقررة في الدستور منذ سنة 1991، والتي تعكس إرادة المؤسس الأصلي. في الواقع، وفي الكثير من الحالات، تتعارض القواعد الموضوعة من طرف المشرع مع مبادئ الدستور، حتى تلك التي تسعى إلى إصلاح الدستور¹⁸.

في علاقة مع المشكل السابق، ويتدخل المحكمة أمام غياب تطبيق المعايير الإلزامية في المستوى الدستوري، صرح مانويل خوسي كيبيدا – قاض سابق في المحكمة، أن المحكمة تكونت كجهاز مسؤول على الحفاظ على النظام الدستوري و (...) (...) - ا. حفاظا بلإجم ع حول القيم ال ركزيه التي تجسد لحظة إحداث الدستور لجديد،¹⁹ لأن القوى السياسية التي شهدت ولادة الدستور لم تعد ممثلة في الكونغرس. وهذا ما يترجم، عمليا، بوجود فراغ في السلطة لتطوير بعض السياسات العمومية في توافق مع الميثاق.

مع ذلك، وبارتباط مع ما سبق، فإنخفاقات عمليات صنع القرار والمشاكل الناجمة عنها، لن تمكن من إعطاء الشرعية نتيجة لانتهاك الأنظمة الأساسية، بل جعلت من المحكمة منتدى لاتخاذ القرارات في مجال السياسات العمومية. هكذا " (...) (...) و (...) غم من الأول إن ا محكمة الد ت رية لا ستطيع ال سامة في إعداد ال ياسات ال مومية (...) إنه لا فر من أن تشارك ا محكمة الدستورية بحكم طبيعة وظئها، باع بارها²⁰. وبالمثل، فإن تدخل القضاة

¹⁸ في سنة 2008، تمت المصادقة على القانون 01 لسنة 2008، لمراجعة الدستور التي يهدف إلى إدماج المسار المهني – بكيفية استثنائية ودون حاجة إلى مباراة عمومية – للأعوان العموميين الذين تم تعيينهم في الوظائف المعنية مع المصادقة على القانون 909 لسنة 2004. كما نص على إلغاء كل الشكليات المتعلقة بالمباراة العمومية التي ينبغي أن تجرى للحصول على المراكز التي يشغلها أعوان غير مرسمين. أعلنت المحكمة الدستورية في قرارها 588-C لسنة 2009 أن مجموع الأعمال التشريعية غير دستورية لعدم الاختصاص، وبحلولها محل الدستور والذهاب عكس المبادئ والقيم المنصوص عليها في هذا الميثاق، الذي يحتم الاستحقاق والمباراة في تطوير المسار المهني والترقي داخل الإدارة. وكما يمكن أن نلاحظ بالملمس أن المشرع، العضو الأساس طوال الإجراءات التشريعية، قد حاول الحل محل الدستور قبل وضع المقترحات، معبرا بذلك عن حقيقة لا مفر منها وهي العجز في التنفيذ.

¹⁹ سيببدا السبينوزا مانويل خوسي، " موقع المحكمة الدستورية في النظام السياسي " في الدستور والمحكمة الدستورية في كولومبيا 1992-2000 الواقع والأفاق، مدرسة رودريغو لارا بونبلا القضائية و مؤسسة أديناور كونارد، 2001. ص. 526 .

في السياسة، وبكيفية أدق، دورهم في النظام السياسي،²¹الموصوف ب"العدالة السياسية"، لا يأتي من تسييس القضاة، وإنما من المواضيع التي عليهم معرفتها .

وبالتالي، فإن أهمية السياسة الحالية للمتدخلين القضائيين تنبع بالأحرى من الانخراط المتنامي للقضاء في الصراعات الاجتماعية، وفي القضايا الاجتماعية التي لم تحل في المستوى السياسي الملائم²².

في هذا الاتجاه، تكون تأكيدات ماريا مرسيديس كويار، رئيس جمعية المؤسسات المالية للبنك الكولومبي الخاص، هامة ومثيرة للجدل على الخصوص، حين يؤكد أن "(...) (...) (تدبير سياسة الاقتصادية، ليو، لس على عاتق البنك الجهوي، ولا الكوة، ولا الكنغر). إن مهمة المحكمة الدستورية، وخاصة²³ يماثل هذا التأكيد، بالطبع، مقاربة التحالفات الدفاعية المشار إليها آنفا."

"يتحقق هذا في كولومبيا عن طريق مراقبة الدسترة أو دعاوي الوصاية. تبعا لذلك، يشكل هذا حدا لتدخل السلطات القضائية في السياسات العمومية، ما دامت لا تجري إلا تبعا لقرارات هيئات قضائية أخرى تم الاستئناف المناسب ضدها. أيضا، ينبغي الإشارة إلى مساهمة المواطنين من خلال الشكاوي القضائية، لأنه، عند الاقتضاء، يصعب الدفاع عن مصالح العديد من الأفراد في غياب التمثيلية السياسية في الكونغرس. لنأخذ على سبيل التوضيح حالة المجموعات الشاذة (السحاقيات، المثليين، ثنائيي الجنس، والمتحولين جنسيا) الذين هضمت حقوقهم بسبب تقاعس المشرع الكولومبي، بالرغم من التزامه بالتصرف بموجب مبدأ المساواة

²¹ المقصود بالنسق السياسي العلاقات الموجودة بين المجموعات الاجتماعية، وبين هذه المجموعات ومختلف التنظيمات المكونة للدولة. وإن فالنسق السياسي مفهوم مختلف، ما دام يشمل النظام السياسي الذي يحيل حصريا على العلاقات بين مؤسسات الدولة .

²² بيكيير غوستافو "دور القضاء الدستوري في النسق السياسي، حالة الباراغواي" في القضاء الدستوري والمحكمة الدستورية 1999-2000، الواقع والأفاق. مدرسة رودريغو لارا بونيلا القضائية و مؤسسة أديناور كونارد، 2001. ص. 499-515.

²³ ماريا مرسيديس كويار " العودة إلى الماضي، مناظرة عاجلة"، مجلة الاقتصاد الكولومبي. بوغورطا، أكتوبر 2000. ص. 101. وردت في بيريز سالازار مورسيو " الاقتصاد والأحكام الدستورية، التجربة الكولومبية في ظل دستور لسنة 1991" المرجع السابق ذكره.

في الميثاق السياسي الوطني²⁴. يتعلق الأمر إذن بمساهمة سياسية للمجموعات التي تفرض احترام الاتفاقات المحددة في الدستور، والتي لم يتم تحقيقها نتيجة للعجز في التطبيق." "وعلى العموم، وكما أشار فالديميرو نارانجو ميسا، قاض سابق في المحكمة الدستورية، من الضروري التأكيد على أن (...) (...) لارات المحكمة الدستورية بحكم طبعها،

سياسيا كبيرا ولا محيد عنه"²⁵. وأن السكان، نظرا للعجز المذكور، يلجأون إلى القاضي لتجاوز هذا العجز أو جعله قابلا للتحمل. يرتبط هذا بالرؤية الأفقية وللتمايز بين الدولة والمجتمع المحال إليها سابقا. ولكن هل يوجد ما هو أكثر شرعية من هذا داخل نموذج ديموقراطي؟"

ثانيا: شرعية القاضي الدستوري في مقابل السياسيين

" لدينا عدة أسباب تسمح بتبرير شرعية السلطة القضائية الدستورية للتدخل في إطار السياسات العمومية في مواجهة العجز في التدخل. أولا، من واجب القاضي الدستوري السهر على تطبيق الدستور، والذي يمثل ليس باعتباره مرجعا قانونيا إلزاميا، بل وسياسيا أيضا. وحسب عبارات الميثاق السياسي: "تسند إلى المحكمة الدستورية حراسة سلامة وسيادة الدستور (...)".²⁶ وتبعاً لهذا، تلعب المحكمة الدستورية دورا داخل النظام القضائي- السياسي: إنه مسؤول عن تطبيق الدستور، ومراقبة هذا التطبيق في كل عمل من أعمال الدولة. يتعلق الأمر بـ (...) (...) (...) السر ل أن تكون ال ياسات ال نمية في تنقض مع مبادئ اساسية لحقوق انسان، كاله ونية، وال تجزؤ، والراب، عدم الميز، من مبادئ يرها وعلى تطوير أعمال إجابيه تهف إل ضما حقوق لسكان (...) عبارة أخرى، يتعل الأمر بالتكد ن كون ال ياسات ال مومية تتشكل كأداة تطبي حقوق لإنسان فائدة لأفراد الذين تد هذه ال

²⁴ لتوضيح ما سبق يمكن ان نذكر الأخذ بعين الاعتبار الآثار القانونية على الحياة المشتركة للأزواج المنتمين على نفس الجنس، والذي جعل المواطنين يتقدمون إلى المحكمة الدستورية للاعتراف بحقوقهم الأساسية، وخاصة المساواة. وقد أدى هذا إلى العديد من تدخلات المحكمة الدستورية، كما حدث مع القرار C-029 لسنة 2009 الذي أعلن في جزئه القراري، أن عبارة "الزوج" الواردة في المادة 411 من المدونة الشخصية دستورية، باعتبارها تحيل إلى الزوج المكون من نفس الجنس بالرجوع إلى القانون 54 لسنة 1990. بالمثل، اعتبر هذا القرار عبارة "الرفيق المستمر أو الرفيقة المستمرة" دستورية، إذا استمر الاتحاد سنتين على الأقل الواردة في المادة 4 من القانون 70 لسنة 1931، المعدل بالقانون 495 لسنة 1999، وفي المادة 12 من القانون 258 لسنة 1996. لكل العبارات السابقة، كغيرها، آثار هامة على المستوى التراثي، كما هو الشأن بالنسبة للحماية الاجتماعية.

²⁵ نارانجوميسا فالديميرو "دور المحاكم الدستورية في النظام السياسي" في القضاء الدستوري والمحكمة الدستورية 1992-2000، الواقع والأفاق. بوغوتا، مدرسة رودريغو لارا بونيللا القضائية ومؤسسة أديناور كونارد، 2001. ص. 489-497.

²⁶ نارانجو ميسا فالديميرو "دور المحاكم الدستورية في النظام السياسي" في القضاء الدستوري والمحكمة الدستورية 1992-2000، الواقع والأفاق. بوغوتا، مدرسة رودريغو لارا بونيللا القضائية ومؤسسة أديناور كونارد، 2001. ص. 489-497.

ياسات وتفد من جلمه ولك تكون قابلة لإعداد و²⁷. لقد سمي تدخل السلطة القضائية في تطوير الدستور في كولومبيا بالدستورانية الجديدة²⁸.

"للتمكن من ملاحظة طبيعتها الإجرائية عمليا وبكيفية ملموسة، علينا أن نتذكر أن فعالية قانون تتوقف على إلزاميته. في جانبه الموجب يوافق القانون الوضعية التي يتمتع به صاحب الحق ويتملكه، أما في جانبه السلبي، فيفهم كإمكانية للمطالبة بالإصلاح في حالة مخالفة غير مشروعة، أو تنازل المدين من أجل الإرضاء. تفسر هذه الوضعية انطلاقا من قواعد المسؤولية المدنية."

" باستعادة عبارات الأستاذ فيرناندو هينيستروزا، يمكن التأكيد على أنه "(...) (. .) ف حالة لإلزام هناك دائما اعلان موجب سالب، متا بان في ما بينهما؛ أشخص أيا انوا،

محددون دائما، على الأقل في اللحظة التي يجب فيها تحقيق الإلزام؛ وهناك موضوع، الخدمة، محدد أيضا؛ ومحتوى، مرتبط بالعلاقة مع الإلزام على العموم، بحسب طبيعة الخدمة، وخاص، مستمد من المنبع الذي وأده، يجسد ويميز الرابط بين الأجزاء. هذه هي العناصر الثابتة وغير المتغيرة في علاقة الدين"²⁹.

" وكننتيجة، يمكن التأكيد على أن السياسات العمومية تشكل إحدى أشكال تحقيق واجبات الدولة المحددة تجاه المجتمع في مجموعته، وخاصة الحقوق الأساسية، وأيضا الحقوق السوسيو- اجتماعية والثقافية. يتعلق الأمر بألية متنامية للتمتع الفعلي بحقوق الإنسان، الشيء الذي يقتضي آليات للفرض تمكن كل مواطن من التدخل الشرعي في مواجهة أعمال الدولة أو إغفال من طرفها. أخيرا " إنها تجسد ما تعتبره الدولة أو المجتمع حاملا لمصلحة عمومية أو مصلحة عامة. إنها الرابط بين الدولة والمجتمع والمواطن"³⁰.

"داخل هذا السياق، وفي مواجهة العجز على التنفيذ المشار إليه سابقا، والذي يؤثر على فعالية الحقوق، على القاضي الأمر إعادة إنشائها، في المقام الأول. وكما أشار فيرناندو، نستنتج من العنصر القسري التي يتضمنه الإلزام القانوني ضمنا أنه: "(...) (. .) ذا لم يف لمدين بالالتزام يكون لدا ن غر راض انتهاك حقوقه مم عليه رعايتها، وبالتالي يتحمل الم

²⁷ المادة 241 من دستور 1991

²⁸ بيريز مورسيا لويس إدواردو " التنمية، الواجب الاجتماعي والسياسات العمومية" في الحقوق الاجتماعية: نحو حوار بين الحقوق والسياسات العمومية، معهد دجستيسيا، منشورات أنتروبوس، بوغوتا، 2007، ص. 79-80.

²⁹ سبييرا غرينفيت سلسلة يسوع، "القاضي الدستوري (...) المرجع السابق، ص.15.

³⁰ روث دوبيل اندريه - نويل " النقاش الجاد: السياسة العمومية لحقوق الإنسان في كولومبيا. منشورات أورورا، بوغوتا، 2006، ص.64.

وولية (...). عبار تحدد م وولية ادا ن، ف حاة رفض لملمزم لأدء، في الم البة، و كيفية سرية، بلخدمة ا معينة ا مددة في الرسم³¹.

" ما هي الأمكانيات التي يتوفر عليها القاضي في إطار إعادة الإنشاء. ماذا يمكنه أن يفعل؟. هذا ما سنعالجه لاحقاً".

" وفقاً لما سبق، لا ينظر إلى الديمقراطية المعاصرة باعتبارها تنحصر في ولاية الأغلبية الانتخابية، وإنما كقيد للسلطة، التي تقدم نفسها كضرورة وامتثال للمتطلبات المحددة من طرف السلطة التأسيسية. وقد نص الدستور باعتباره المؤسس الأصلي – السيد الوحيد – على المبادئ والقيم التي يجب أن تعزز دولة الحق الاجتماعية، وعلى المحكمة، في إطار صلاحياتها، أن تضمن هذه الالتزامات الملحة".

"من ناحية ثانية، هناك ضرورة يفرضها النظام العالمي، تحتم على كل الدول تبني وتنمية الموارد الحقيقية من أجل احترام الحقوق. تعتبر المادة 2 من الميثاق الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية واجبا قانونيا مايلي: "تلتزم كل الدول الأعضاء (...). خاصة

على المستويات الاقتصادية والتقنية، بتوفير أقصى الموارد المتاحة، بغاية الضمان المتدرج للممارسة الكاملة للحقوق المعترف بها في هذا الميثاق وبكل الوسائل الملائمة، ومن ضمنها على الخصوص اتخاذ التدابير التشريعية (...). "قياسا على هذا، يكون القاضي ملزما بفرض التزامات لتجاوز الإخفاق، إذا فشلت دولة في الوفاء بالتزاماتها".

"من جانب آخر، تجدر الإشارة إلى أن المحاكم، كسلطة مكونة، تستمد شرعيتها من الدستور. يتضمن هذا أن القاضي ملزم في ممارسة وظائفه بضمان التمتع الكامل بالحقوق. يفرض الدستور هذا ويشرعنه لتحقيق هذه الغاية، كما هو الشأن بالنسبة لمعايير متعددة في النظام القانوني. وحين تقوم السلطة القضائية بهذا الأمر، فإنها لا تقوم إلا بواجبها. لقد نطق مجلس الدولة، بمناسبة تحرك شعبي،³² بهذه العبارات:

" إن إمكانية مراجعة مخططات التنمية، التي لا تدخل في صلاحيات السلطة القضائية، استجابة لتحرك شعبي تثير مخاوف صاحب الدعوى. ترى القاعة أن المخاوف لا أساس لها، لما سيأتي.

³¹ هينيسستروزا فيرناندو "ميثاق الالتزامات، المرجع السابق، ص. 72 و 78.

³² توجد في القانون الكولومبي منذ القرن التاسع عشر دعوى قضائية، غير مشهورة في القانون المقارن: الدعوى العمومية، التي تمنح أي شخص إمكانية المطالبة أمام القاضي بحماية الحقوق الجماعية كالبيئة السليمة، والموروث العمومي، والولوج إلى الخدمات العمومية... تسمح هذه العملية التي ارتقت إلى المستوى الدستوري بواسطة المادة 88 من الدستور وطورت بالقانون 472 لسنة 1998، للقاضي بالأمر بتوقيف انتهاك الحق، بواسطة تدابير نشيطة أو خاملة، و بتعويض نقدي عند الاقتضاء.

"من المهم، خاصة حين يتعلق الأمر بضمان الحقوق الاجتماعية،³³ وأثناء ممارسة الصلاحيات كذلك المعترف بها للقاضي من طرف دستور 1991 والقانون 472 لسنة 1998، التأكيد على أن المحكمة ملزمة بضمان التمتع الكامل بالحقوق لنوابها. ولكن عليه أيضا تحديد الانتهاكات، بالرغم من أنه من المؤكد والمعلوم لدى الجميع "أن السلطة القضائية لا يمكن أن تحل محل السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في إعداد السياسات الاجتماعية(و) بدرجة أقل حين يتعلق الأمر بسياسات على نطاق واسع أو بعيدة المدى"³⁴. ص 18 أيضا أن التصريح يحد من آثار قانونية عمومية "قد تذهب لى رضا إرادة الخدعة، بين تون مددة قديا من رف القاذن، بالانتقال من إظهار الأجرة المتقاعة، وولا لى تقويم لب بسط، في وع من الدار الدستوري الملام، للو لى زع الشريعة عن الجود وإثارة التدخل لى اقل³⁵

لا يتعلق الأمر إذن بما يتحمله القاضي الشعبي من وظائف خاصة بفروع أخرى من السلطة، ولكن يتعلق، وفي إطار مهمته الأساسية كضامن للحقوق، بأن يضمن لنوابها دفع مؤسسات الدولة المسؤولة عن الخدمة أو الحماية أو الإنعاش إلى الوفاء بالتزاماتها (...)

"لهذا، وبتخاذ مثل هذا النوع من القرارات لمواجهة عجز تدخل الدولة، تكتسب الشرعية الاجتماعية، التي لا تتمظهر على مستوى صناديق الاقتراع فحسب، وإنما في الطريقة التي حاولت بها إنجاز الإصلاحات ضد سلطات المحاكم، والتي لم تتبلور على مستوى السلطة التشريعية. يتعلق السؤال الذي يطرح نفسه بحدود عمل القاضي في أداء مهمته. بعبارة أخرى، ما هي حدود سلطته القضائية؟ النقطة التي سنعالجها الآن.

المبحث الثاني: حدود تدخل القاضي الدستوري في السياسات العمومية.

المطلب الأول: تدخل القاضي الدستوري في السياسات العمومية: الحدود والانتقادات.

إذا كانت للقاضي شرعية تمنحه الحق في التدخل في توجيه السياسات العمومية، فإن هذا التدخل تواجهه حدود وانتقادات موضوع المطلب الثاني يتحدد في لإظهار المواقف الراضية ومجمل الانتقادات .

حدود التدخل القضائي في السياسات العمومية

³³ مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، 7 نوتبر 2002، المقرر: هيرنانديز انريكيز، الملتمس: هيرناندو لي كيفينتس. ملف AP-700 .

³⁴ فيرا جوليلويجي، مقدمة ابراموفيتش فيكتور وكورتيس كريستيان " الحقوق الاجتماعية كحقوق ملزمة. تروتا، مدريد، 2002، ص.13.

³⁵ المرجع سابق.

"يتوقف الدور الذي تلعبه المحكمة الدستورية في النظام السياسي" (...). (بدرية أ ل على لموقع لرسم الذي حد لها، بدرج أكر على محتوى ا جوهري مجموع النص الدتوري وعلى إرادة أضاها ف تحمل المسد وولية اشرفية وامجحف قول لال سلط ، حي يفرض لداع عن امبا"36. في هذا الاتجاه، نأخذ في الحسبان نظريات القانون، والحدود الضرورية للإرادة الذاتية للقاضي، إذ أنه من الأكد أن تؤثر قناعات القاضي السياسية والأخلاقية - بشكل أو بأخر - على القرارات القضائية التي يتخذها. بمعنى آخر، يتوقف تدخل المحكمة العليا أو عدمه في السياسات العمومية على موقف القاضي من مهمته أكثر من القواعد الشكلية"37.

" لا يجب أن نغفل، كما ستبين الأمثلة الآتية، أن القاضي الكولومبي واجه بعضاً من قصور السلطة، تمثلت في غياب تحقيق المحتوى الإلزامي للحقوق. تطرح هذه الحالة حين تمتنع سلطات الدولة - المفروض فيها مواجهة مثل هذه الوضعية - عن المواجهة، أو تفعل ذلك بكيفية ناقصة وغير فعالة. يتمثل واجب المحكمة إذن في مواجهة أزمة الحكامة، والعجز في التنفيذ. ولهذا انعكاسات هامة، وخاصة تلك المتعلقة بالحدود التي على السلطة القضائية الدستورية احترامها. إذ عليها، وهي تتدخل في السياسات العمومية أن تتصرف كقاض. يجب أن تتخذ قراراتها بموجب القانون، أي بتطبيق قواعد النظام القانوني الجاري بها العمل،38 وباستحضار معارف المجالات المعرفية الأخرى - كالاقتصاد وعلم البيئة، والعلوم السياسية".

36 سيببدا السببوزا مانويل خوصي، " موقع المحكمة الدستورية في النظام السياسي" المرجع السابق ذكره، ص. 521-522.

37 بخصوص هذه النقطة، من المهم مقارنة اختلاف الإيديولوجيتين الموجودتين بين هذين الكاتبين المذكورين آنفاً، وهما معاً قاضيان سابقان في المحكمة الدستورية. يدافع مانويل خوصي سبببدا عن الدور النشط للقاضي اعتباراً لما يمكن ضمانه بواسطة نظام دستوري متعدد، كضامن للحريات والحقوق الأساسية: "... كيفية أخرى للتعاطي مع قضية دور القاضي الدستوري في ديموقراطية دستورية، تتمثل في ملاحظة المواد بنجز داخلها التدخل القضائي وظيفه محمودة داخل النظام الدستوري المتعدد (...). " من بينها " الحماية المفرطة للحرية التشاركية التي تركز عليها اللعبة الديموقراطية (...). " سبببدا السببوزا مانويل خوصي، " موقع المحكمة الدستورية في النظام السياسي" المرجع السابق ذكره، ص. 492. في المقابل ينظر فالديميرونارنجو نظرة سلبية لتدخل المحاكم في القرارات السياسية: " هل تملك المحاكم الدستورية، أو يتعين عليها امتلاك إمكانية التدخل في القرارات السياسية داخل تنظيم الدولة؟ أو من الأفضل، هل يتعين على المحاكم الدستورية أن تلعب دور المحرك النظام السياسي للدولة؟ بالنسبة لي، فإن الجواب عن السؤالين السابقين هو أنه لا يمكنها وليس من واجبها إمكانية التدخل في مجال الصلاحية الخالصة لمكون آخر من مكونات الدولة (...). " نارنجومي سبببدا فالديميرو " دور المحاكم الدستورية (...). المرجع السابق ذكره، ص. 492.

38 في التأويل القضائي، المادة المرتبطة بلا جدال بدور القاضي في المجتمع، توجد مدرستان وسيطتان؛ وبحسبهما، حتى ولو لم يكن بإمكاننا حذف إرادة القاضي أصل القرار، فمن الأكد أنه يتعين عليه أن يطبق "قواعد محددة، لكي تستمر الصيغة القانونية لقراره. وحتى نفتصر على ذكر كاتبين، هارت و كلسن، يعتبران إرادة القاضي عنصراً لا ينفصل عن وظيفته القضائية، أكثر من التقيد بالنظام القانوني. يرى أنه توجد منطقة غامضة في الحالات الصعبة، حيث لا ترتبط بكيفية صارمة بالقاعدة التي يجب تطبيقها مبدئياً. من جانبه، يرى كلسن أنه من المستحيل استخراج معيار قرار بواسطة إجراء استنباطي، مادام معيار القرار لا يتم إلا عبر وساطة الإرادة البشرية. هذا لا يعني أن الكاتبين كليهما يدافعان عن الاعتباطية القضائية. بل على العكس، وفي منظور النظام القضائي، يشير إلى أن تكون مقيدة أثناء وضع القرار بمعايير الصحة؛ أي أن القرار يجب أن يماثل معيار التراتبية العليا التي تمنحها الشرعية. ويتضح ذلك من خلال المعيار الذي يمنح الصلاحية للقاضي للنطق حول موضوع محدد. بعبارة أخرى، بالقدر الذي تكون فيه إرادة القاضي بالغة الأهمية أثناء اتخاذ القرار، يكون عليه، كموظف عمومي، الخضوع للنظام القضائي الذي يمنح الصدق لقراراته. ينظر إبيريميويبيسرودريغو، ورودرغيز فيلابونا أندريس، " التأويل القضائي: مصوغة التكوين الذاتي" (الطبعة الثانية)، بوغوطا، الجامعة الوطنية الكولومبية، المجلس الأعلى للقضاء،

" من حدود القاضي كفاءته الذاتية. في نظامنا القانوني، يمكن للسلطة القضائية التدخل فقط حين يطلب منها الفصل في وضعية قانونية محددة أو بصفتها عضوا استشاريا. بعبارة أخرى، إنها عدالة لا يمكن أن تمتلك حق المبادرة. يقترب هذا من التحالفات الدفاعية".
في الحالة الأولى، تتصرف بعد ممارسة أعمال موجودة، سواء لمصلحة خاصة - طلب ذاتي - أو لمصلحة جماعية - طلب جماعي-. لهذا الاختيار أثر على وجهة الامتلاك الفردي للإصلاحات. هذا ما يميز كل فعل، فضلا عن الأوامر القضائية المقتضاة التي يمكن النطق بها لإصلاح الضرر³⁹.

"يمكن للحقوق السوسيو- ثقافية، المرتبطة تنميتها بالسياسات العمومية، أن توضح هذه الوضعية. من خصوصيات هذه الحقوق إمكانية الدفاع عنها سواء من خلال مبادرة شخصية أو مبادرة جماعية. في الحالتين، على القاضي أن يحدد ما إذا كانت الدولة أو الخواص قد وفوا أو لم يفوا بالالتزامات القانونية الناجمة عن أعمال التدبير. في ما يتعلق بالعمل الجماعي، يقتضي

الدفاع عن الحقوق تعويضا،⁴⁰ ليس في مقدور الملكية الشخصية، والدعوى العمومية بعدم الدستورية مثال على ذلك. بالفعل، إذا تم التصريح بعدم دستورية معيار، كما هو الحال بالنسبة لوحدة القدرة الشرائية الثابتة المحددة لقواعد تمويل المساكن،⁴¹ يعطي احترام الدستور الأفضلية لمجموع الأفراد الذين يعيشون في كولومبيا. في المقابل، تقدم دعوى الوصاية مثالا دالا على الدعاوي الذاتية، التي يمكن أن تؤدي، رغم كل شيء، إلى إرضاء الجماعية إذا كان التعويض فرديا."

" أمام مختلف الخيارات الموصوفة، يتوفر القاضي على العديد من الإمكانيات لفرض احترام مختلف الحقوق، الشيء الذي يحيل إلى الجدل المتعلق بتدخله في السياسات العمومية، واحترام مبدأ الفصل بين السلطات.

"يجب التذكير أن القاضي يتصرف، حصريا، على أساس المعايير المعتمدة من طرف السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، والتي يستثمرها كصلاحيات تمكنه، داخل الفرضيات المذكورة

³⁹ ينظر في هذا الجانب: هاناو بيريز خوان كارلوس " نفس الحق، نفس التدخل" في يوميات الحقوق الدستورية والإدارية. إجراءات المحاكم الدستورية والنقاضي الإداري. بوغوتا. منشورات جامعة إكسترنادو في كولومبيا، 2005، ص. 485-541.

⁴⁰ من الملائم أن نتصور، في هذا التدخل، تعويضات بالمعنى الواسع، أي أنه لا ينبغي الاقتصار على أنها لن تكون إلا نقدية. بل على العكس، يمكن أن تتخذ أشكالا متنوعة، رمزية مثلا. وكيفما كان الحال ينبغي دائما احترام مبدأ حظر التعويض المزدوج.

⁴¹ انظر القرارين C-700 (1999) و C-383 (1999)

سلفا، من أمر فروع السلطة الأخرى بالوفاء بالتزامات تحديدها، في حالة محددة، واستبدالها أثناء التنفيذ⁴²."

بعض الانتقادات الموجهة لتدخل القاضي في السياسات العمومية

"كما هو الشأن في المجال الاقتصادي، نجد بعض الانتقادات الأساسية المثارة ما يتعلق لقدرة السلطة القضائية على الفصل في بعض المجالات. هذا أمر وارد بالفعل، فلا يمكن للسلطات القضائية المتخصصة في مجالات معينة، أن تعرف كل شيء. لكن هذه الصعوبة قابلة للتجاوز، لأن هناك خبراء ينورون القاضي، ويمكنونه من حل وضعية معطاة."

"يكمن الانتقاد الثاني في كون المحكمة لا تملك شرعية ديموقراطية لسن واتخاذ القرارات، وهي الخصائص التي تملكها السلطان التشريعية والتنفيذية. ومع ذلك، وكما بينا سابقا، فإن الدستور نفسه، فضلا عن معايير أخرى في النظام القضائي، هو الذي يخول

للمحكمة الدستورية هذه السلطة، و عليها إذن أن تتدخل، أمام تلك السلطات العمومية في التقيد بفعالية حقوق الإنسان".

"يقوم الانتقاد الثالث على فكرة أن التدخل لا يشجع مواطني الدولة عن المشاركة السياسية. وكما بينا سلفا، فإن إدخال دعاوي الوصاية، كما هو الأمر بالنسبة لدعاوي عدم الدستورية، يمكن المجموعات الاجتماعية، التي لا تتوفر على تمثيلية سياسية داخل السلطة التشريعية أو التنفيذية، من الحصول على حقوقها الدستورية، التي لم يتم تنفيذها من طرف الوحدات المعنية بالأمر. ومع ذلك، لا ينبغي لاستعمال الحق كألية للضغط من أجل إنجاز السياسات العمومية وتجسيد مضمونها، أن يزيح إمكانيات أخرى للمشاركة السياسية، كالتظاهرات العمومية، أو الإضرابات، أو الانتخابات."

"أخيرا، يؤكد الانتقاد الرابع على أن القرارات القضائية ليست بالضرورة لصالح الشعب ما دام القاضي معرضا للوقوع في الخطأ. يولد هذا الانتقاد الأخير جدلا هاما، إذ ينبغي، في المقام الأول، تحديد ما نعنيه بصالح الشعب، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار أنه على كل سلطة قضائية النطق باسم القانون. هناك مثال يمكن أن يوضح ما سبق، ويتعلق بالحقوق

⁴² يستخرج المثال الأول من المادة 27 من مرسوم القانون 2651 (1991)، الذي ينظم دعوى الوصاية، والذي ينص على أنه في حالة إذا لم تتخذ السلطة المسؤولة عن الضرر ما يأمر به القرار في أجل 48 ساعة من النطق به " على القاضي أن يتوجه إلى المسؤول الأعلى وبالملمتس من أجل إجباره على الوفاء بالإلزام"، لكن إذا استمر الرفض، " يتخذ بشكل مباشر التدابير الضرورية للتنفيذ الجيد". يتجسد المثال الثاني في المادة 25 من القانون 393 (1997)، الذي ينص على اللجوء إلى "التحقيق". يقتضي هذا المعيار أن "القرار الذي يأمر بتنفيذ الإلزام المنتهك، يجب على السلطة التي أصدرته التنفيذ العاجل. وإذا لم يتم ذلك في الأجل المحددة في القرار، يتوجه القاضي إلى المسؤول الأعلى والملمتس من أجل إرغامه على الوفاء بالإلزام (...). وفي حالة تجاوز 5 أيام، يأمر بفتح المسطرة ضد المسؤول الأعلى الذي لم يستجب جيدا طبقا للأمر، يتخذ مباشرة التدابير الضرورية للتنفيذ الجيد للقرار (...)" وكما لاحظنا، لا يتعلق الأمر بتدخل غير مبرر من طرف السلطة القضائية على مستوى مجال سلطات عمومية أخرى. بل على العكس، لا يتدخل القاضي إلا حين يكون الآخرون مرغمين على الاستمرار في رفض تنفيذ الإلزام المفروض عليهم من طرف الدستور.

السوسيواقتصادية والثقافية، في قضية لونسبر س/ نيويورك في بداية القرن الماضي في الولايات المتحدة الأمريكية. في هذه النازلة تم إلغاء القوانين التي تحدد الأجور الدنيا، والمدد اليومية الأقصى للعمل، اعتمادا على مبدأ حرية التعاقد. من زاوية معينة، يمكن اعتبار اتخاذ هذا القرار تفضيلا لنموذج اقتصادي محدد، في بلد يملك أكبر قوة اقتصادية عالميا؛ ويمكن أن نستنتج، من زاوية أخرى، يمكن أن نستنتج تأثير الدعاوى في جودة العيش للعديد من العاملين والعاملات، كما أنه لن يتم استئثارهم بأرباح مشغلهم."

" صحيح أن السلطات القضائية قد جانبت الصواب، غير أنها ليست بالضرورة قرارات سيئة، إذ تصب في صالح بعض المجموعات الاجتماعية، ومن ضمنها المشغلون. لهذا تعطى الأهمية للفحص العمومي للقرارات، وللتناظر المؤسسات الجامعية أيضا. ما ليس مقبولا، هو أن يتحول واقع ما، لا مفر منه في أي نشاط بشري، إلى عائق يمنع فاعلا حاسما في تعزيز حقوق الإنسان من مزاوله مهامه. وحتى إذا كان الخطأ ممكنا، فإنه لا يمكن أن يشكل عذرا لتجنب إصدار السلطة لأحكامها. ثم أليس من الممكن أن يقع المشرع والمنفذ في الخطأ؟. ومع ذلك، فهذا يدفعنا إلى التذكير أنه على القاضي أن يكون أول من يضع الحدود لنفسه، بكيفية مسؤولة؛ وعليه بالتالي أن يحترم حدود اختصاصه الصرف بناء على تحليل نقدي؛ وأن يمثل لمعايير النظام القانوني؛ وأن يستحضر دائما أن غايته هي تحقيق فعالية الحقوق."

المطلب الثاني: أمثلة لتدخل المحكمة الدستورية في السياسات العمومية

نصل مع الدراسة إلى نهايتها، ونتبع الأمثلة التي تقدمها في السياسات العمومية التي أوصت بها المحكمة، والتي تمثل نموذجا لتدخل السلطة القضائية في إعداد السياسات العمومية. هذا هو موضوع المطلب الثاني. تستمر الدراسة.

" كما أشرنا سلفا، فإن القاضي الدستوري مدعو إلى التدخل لمواجهة انتهاك الحقوق الأساسية للأفراد، نتيجة للقصور في إعداد السياسات العمومية، أو العجز أو التأخر في تنفيذها. في كولومبيا، تم التدخل أساسا بواسطة دعاوى الوصاية⁴³ أو الدعوة العمومية بعدم الدستورية⁴⁴."

⁴³ تم التنصيص على دعوى الوصاية في دستور 1991، في المادة 86 من النظام الأساس. تهدف إلى فتح المجال أمام أي شخص للمثول أمام أي قاض في الجمهورية، حين تهدد حقوقه الأساسية أو تنتهك نتيجة لبعض الأفعال أو إهمال من طرف السلطات العمومية أو من خواص يوجد أمامهم في وضعية تبعية أو في غياب وسائل الدفاع؛ يتعلق الأمر بخصائصها الأساسية، فهي دعوى خالية من الشكلية، تفضيلية وسريعة، بحيث لا يمكن أن تستغرق المحاكمة الأولية أكثر من عشرة أيام بين الطلب وحل المشكل المتعلق بحق أساس.

⁴⁴ انظر الإحالة أدناه في الصفحة 59.

" سيتم تقديم بعض الأمثلة التوضيحية لمشاركة السلطة القضائية في إعداد هذا النوع من السياسات. ومن أجل فهم هذا الجزء، نرى من المفيد القيام بعرض سريع للعناصر الأساسية للنظام الدستوري الكولومبي المتعلق باختصاص المحكمة الدستورية.

" تأسيسا على التزام المحكمة الدستورية بالحفاظ على سلامة وسمو القانون الأساسي، يضع الدستور على عاتقها واجبين: أولا، البث في دستورية المعايير القانونية كالقوانين، والمراسيم التي لها قوة القانون؛ ثانيا، توحيد الاجتهاد في القرارات القضائية ذات الصلة بدعوى الوصاية المتعلقة بالحقوق الدستورية."

" بالنسبة لدستورية القوانين، يجب أن نعلم أن هناك ثلاثة أصناف من الرقابة تمارس في كولومبيا."

" **المراقبة الأولية**، وتتدخل قبل المصادقة على المعيار القانوني. يتعلق الأمر هنا بألية لإدخال المعاهدات الدولية حيز التنفيذ، أو معالجة حالات عدم الاتفاق بين الكونغرس والسلطة التنفيذية حول دستورية مشروع قانون، أو في حالة القوانين التي تتطلب استفتاء، أو تجاه القوانين التنظيمية⁴⁵. في هذه الحالة يرسل مشروع القانون إلى المحكمة قبل دخوله حيز التطبيق كي تقول كلمتها."

" لتوضيح حالة عدم الاتفاق بين الكونغرس والسلطة التنفيذية، نذكر القرار C-662 لسنة 2009، تبعا للاعتراضات الرئاسية بصدد القانون 312 لسنة 2008 الصادر عن مجلس الشيوخ، ومشروع القانون 90 لسنة 2007 الصادر عن مجلس النواب، وهي نصوص تنص على أعمال للاتباع الشامل للسرطان في كولومبيا. لكي تدعم الحكومة موقفها، ترى أن مشروع القانون الذي يعالج حقا أساسيا، يجب أن يخضع، كإجراء تطبيقي، إلى قانون تنظيمي من جهة. و تقدر، من جهة أخرى، أن هذا المشروع يمس النظام الصحي في رتمه، ما دام ينظم مادة خاصة خارج المعايير الموجودة (القانون 100 لسنة 1993 والقانون 1122 لسنة 2007)، وكأنه يتعلق بموضوع استثنائي، في حين يرتبط محتواه بهذا الحق. بالمثل، تعتبر أن القانون، كما صودق عليه، يولد تكاليف مالية تؤثر على النظام العام للحماية الاجتماعية الصحية، لكونه يدمج خدمات مكلّفة في المجال الصحي المقصى من النظام الإجباري⁴⁶.

" في هذه النازلة، اعتبرت المحكمة مشروع القانون دستوريا، وعليه فإن الاعتراضات الرئاسية لا مبرر لها. للوصول إلى هذه النتيجة، رأت في المقام الأول، أنه بالرغم من كون

⁴⁵ تتطلب هذا الملتمس إجراء خاصا يفرض مصادقة الأغلبية المطلقة لأعضاء الكونغرس، ويجب أن يتم هذا الإجراء في ولاية تشريعية واحدة، حيث تجتمع السلطة التشريعية بموجب المادة 138 من الدستور. يجب أن تنظم القوانين التنظيمية لمواد محددة ذات أهمية خاصة في النظام القانوني الكولومبي، نجد من بينها الواجبات والحقوق الأساسية، إدارة العدل، نظام الأحزاب السياسية، آليات المشاركة المواطنة، حالات الاستثناء، المساواة الانتخابية بين المترشحين لرئاسة الجمهورية.

⁴⁶ سيتم تعميق النظام الإجباري للصحة في النص (الفقرة رقم 40)

مشروع القانون يتعلق بالصحة - وهي حق أساسي - فليس من الحتمي أن تكون كل المعايير المرتبطة به قوانين تنظيمية. وبالتالي، تبقى المواد المرتبطة بالجوانب الأساسية وحدها هي التي تخضع لهذه المسطرة، كحالة التقييد أو الحظر. وبما أن مشروع القانون يطور بالخصوص استراتيجيات للوصول إلى علاج فعال وشامل للسرطان، فإنه لا يمس العناصر المركزية للحق الأساسي، ولا ينبغي أن يخضع للمسطرة الموافقة للقوانين التنظيمية."

"ثانياً، أشارت المحكمة أنه لا يوجد أي مس بسلامة النظام، ما دام يتعلق بالتنمية البعدية اعتماداً على معيار جديد يدخل في اختصاص الكونغرس لتحديد معالم النظام العام للحماية الاجتماعية الصحية. وبالتالي، فلا وجود لحكم خارج المعايير السابقة، وإنما هناك تنميم لهذه الأخيرة حسب متطلبات تطوير النظام."

"ثالثاً، هناك جانب جوهري يتعلق بالتقديم المرتبط بالمؤسسات العمومية، حيث تعترف المحكمة أن مشروع القانون يؤثر بالفعل على النفقات العمومية، وأن الكونغرس، على علمه بالأمر، ينص على نموذج للتمويل مخصص لمواجهة التأثير الضريبي."

"يعني هذا أنه من البديهي أن تكون للمصادقة على معاهدة دولية آثار على مستوى إعداد السياسات العمومية، وعن تطويرها، فضلاً عن الاختلاف الحاصل بينهما."

"تقدم المصادقة على القانون 1196 لسنة 2008 مثلاً نموذجياً، إذ يصادق على "اتفاقية ستوكهولم المتعلقة بالملوثات العضوية الدائمة" الموقع في ستوكهولم بتاريخ 22 ماي 2001، وتعديل المادة 1 من النص الأصلي بالإسبانية بتاريخ 21 فبراير 2003، والملحق ج لاتفاقية ستوكهولم بتاريخ 6 ماي 2005."

"تجسد التحليل الأولي للدستورية من خلال القرار C-944 لسنة 2008، وتبين من خلال هذه المراقبة أن الآليات الدولية والقانون المصادق يوافقان الميثاق الأساسي.

هذه معايير ذات أهمية بالنسبة للسياسات العمومية الخاصة بالبيئة، ما دامت تطور مبادئ المبادرة الشاملة المتضمنة في الدستور، الساعية إلى اتخاذ الحيطة في المجال البيئي، ومنه إلى الحفاظ على الصحة البشرية والبيئة السليمة في مواجهة المخاطر التي قد تسببها الملوثات العضوية الدائمة، وهي مواد ذات خصائص سامة غير قابلة للتحلل، تتراكم في البيئة، ويمكن أن تنتقل بواسطة الهواء والماء، وأيضاً بواسطة الأنواع المهاجرة⁴⁷. من بين التدابير التي اتخذتها مكونات الدولة، التي تشكل جزءاً من السياسات العمومية، نجد منع إنتاج هذه المواد، واستيرادها وتصديرها واستعمالها، ما عدا الاستثناءات المنصوص عليها في الاتفاقية."

"أما في ما يتعلق بالقوانين التنظيمية، أو تلك التي تستدعي استفتاء، وإذا كان من الممكن، قبلها، إقصاء تأثيرها الممكن على السياسات العمومية، فمن الأكيد أن هذا الجانب ليس واضحاً في كولومبيا، ولا نملك موضوعات أو أمثلة في هذا الشأن."

⁴⁷ مثال على هذه المواد الأندوسوفلان الذي يستعمل بشكل واسع كمبيد للحشرات الفلاحية.

" **المراقبة التفائية** ، التي تأتي بعد المصادقة على المراسيم التشريعية، وهي نتيجة لحالات الاستثناء. تحدث هذه الأخيرة في حالة وجود وضعية من الخطورة بحيث تستدعي استعمال السلطة التنفيذية الوطنية سلطات خاصة. هكذا يصرح رئيس الجمهورية، مع توقيع كل الوزراء أن الوضعية كارثية/ أزمة، في حالة وجود حرب خارجية، أو تهديد خطير للنظام العام، أو ضرر يمس النظام الاقتصادي والاجتماعي والبيئي للبلد. يمكن توضيح هذه الوضعية بالقرار C-135 لسنة 2009، الذي اتخذته المحكمة الدستورية لمراقبة دستورية المرسوم 4333 لسنة 2008 الذي أعلن عن حالة الطوارئ الاجتماعية بسبب الأموال الهائلة غير المرخصة التي تم ضبطها وتقديمها هذه السنة، والتي وصفت بالأهرامات⁴⁸."

" في هذه المناسبة اعتبرت المحكمة الدستورية أن المعيار المحلل يتوافق مع النظام الأساس، لأنه يهدف إلى تفادي الأزمة الناجمة عن الضبط الهائل للأموال، مقابل الوعد بمصلحة هامة. لاحظت المحكمة أن اتخاذ التدابير كان ضروريا لمواجهة التكاثر العشوائي للدخارات الهائلة للأموال بدون ترخيص من الدولة، والتي همت جزءا كبيرا من التراب الوطني. بينت أيضا أن من شأن هذا أن يساعد على تحمل خطر من طرف مستخدمي هذه

المقاولات بالنسبة للأرباح اللاواقعية التي وعدوا بها، والتي ولدت انتظارات وهمية، وتوقعات خاطئة."

"لمواجهة هذه الوضعية، تم اعتماد إجراءات بسيطة، وآليات مختصرة، وتدابير أخرى تهدف إلى استرداد واستعادة الأموال الموضوعة، والتي أثرت خسارتها على الوضعية الاقتصادية للعديد من الأسر. ونظرا للتصريح بدستورية حالة الاستثناء، استطاع الجهاز التنفيذي الاعتماد على إمكانية التدخل على مستوى المقاولات الأسرة بكيفية سريعة، واتخاذ التدابير من أجل استرداد الأموال المودعة إلى آلاف العائلات. وكما يمكن أن نلاحظ، يتعلق الأمر ببداية لسياسة عمومية، بعد أن تم تشخيص وضعية اجتماعية، واتخاذ تدابير وإدخالها حيز التنفيذ لمعالجة الوضعية."

" يأتي **الصف الثالث للمراقبة** نتيجة لمزاولة عمل سياسي غير دستوري. إذ أصبح، منذ بداية القرن التاسع عشر، لكل مواطن الحق السياسي في المطالبة بمراقبة دستورية قانون مصادق عليه من طرف الكونغرس، وتم دخوله حيز التنفيذ.

⁴⁸ سيتم تعميق هذا المفهوم في النص (الفقرة رقم 32)

في مثل هذه الحالة، لا يوجد أي قيد مادي، ما دام بالإمكان القيام بالمطالبة ضد أي قانون مهما كان، دون استبعاد المجال. وكمثال على هذا نأخذ حالة UPAC وتتعلق بشكل لتمويل السكن بواسطة قروض رهنية، والتي سيتم تطويرها لاحقا. هذا الصنف من المراقبة هو الأكثر أهمية، تقريبا، والأكثر استعمالا."

" يوجد مع ذلك في النظام القانوني الكولومبي أيضا استثناء عدم الدستورية، لكنه يفقد قوته بسبب وجود المطالبة العمومية بإظهار عدم الدستورية. يوجد أساسها المعياري في الدستور نفسه، حيث ينص في المادة 4 على أن " الدستور هو معيار المعايير. وفي حالة عدم التلاؤم بين الدستور مع قانون أو معيار قانوني، تطبق الاقتضاءات الدستورية"

" وبالرغم من عدم مناقشة أهميته، فإن آثاره، مقارنة مع الدعوى العمومية بعدم الدستورية، تظل ضعيفة، لأنه لا يؤثر إلا باتفاق الأطراف."

" في ما يتعلق بتوحيد الاجتهاد القضائي الناجم عن دعوى الوصاية، فإنه ينبغي الأخذ بعين الاعتبار أن هذه الدعوى، الابتكار الحقيقي والمشهور لدستور 1991، تقتضي وضع أكثر من 30000 طلب في الشهر، في مجالات كالصحة العمومية، والحقوق المتعلقة بتعويضات الشيوخ والحريات العمومية. إنها مطالبة متغيرة، لأنها تمارس ضد أي سلطة، وضد الخواص الذين يقومون بمهام عمومية، أو الذين يوجدون في وضعية سامية، بدون أية وجهة. يمكنها، أيضا، أن تتم ضد قرارات قضائية، بما فيها تلك المتخذة من المحكمة العليا

للعديل ومجلس الدولة. وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية هي التي ترأس النظام القانوني في هذا الجانب⁴⁹.

" بالرغم من كون دعوى الوصاية، مبدئيا، تقام للدفاع عن حقوق الأفراد، المرتبطة إذن بالمطالبات في حد ذاتها، والتي تختلف عن المطالبات الجماعية المتعلقة بالمصادقة على التعويضات، فإن حماية الحقوق، في حالة وضعية انعدام الدستورية، تتعلق بوضعية معممة

⁴⁹ توجد داخل النظام القضائي عملية أخرى هامة، يمكن للقضاة من خلالها المساهمة في إعداد السياسات العمومية: تتعلق بالمطالبة الشعبية، المنصوص عليها في دستور 1991، وتم تطويرها في القانون 472 (1998). تهدف هذه العملية، الدستورية أيضا، إلى حماية الحقوق الجماعية، من بينها البيئة السليمة، الصحة العمومية والموروث الجماعي. حول هذه العملية ينبغي الرجوع إلى هاناو بيريز خوان كارلوس " نفس الحق، نفس التدخل" في يوميات الحقوق الدستورية والإدارية. إجراءات المحاكم الدستورية والتقاضى الإداري. بوغوتا. منشورات جامعة إكسترنادو في كولومبيا، 2005، ص. 485-541.

لانتهاك الحقوق، تتجاوز كثيرا التعويض الفردي لتصبح تعويضا جماعيا أو لفائدة مجموعة معينة على الأقل⁵⁰ "

" حول مفهوم وضعية الأشياء غير الدستورية، من المهم التأكيد على أنه تم النطق بتصريح المحكمة في علاقة مع وضعيات يتم فيها المس المنهجي بسمو الدستور والحقوق الأساسية للأفراد، بالكيفية التي تحتم اتخاذ تدابير لمواجهة آثار الأطراف المشتركة، لأن الجماعة وخطورة وقائع الانتهاك، تتطلب عمليات ذات فعالية جيدة. وإذن، فالأحكام الصادرة المتعلقة بعدد محدد من الأشخاص، في نفس وضعية محركي دعوى الوصاية، تفرض على الوحدات ذات الأهلية تصحيح الوضعية المعطاة. يسمى هذا أثرا جماعيا مشتركا."

" تشير المحكمة الدستورية، في قرارها SU-913 لسنة 2009، إلى أن القرار القضائي يسعى إلى تجاوز وضعية غير عادلة، فضلا عن تطبيق المبادئ الدستورية. كما تشير في نفس الاتجاه إلى الأمر يتعلق بميل نحو الدفاع الموضوعي عن الحقوق الأساسية، التي لا تنفلت من مجال السياسات العمومية، وليس للقاضي منها موقف محايد أو سلبي. لقد تمت صياغة العوامل المقومة من طرف المحكمة الدستورية لتحديد وجود حالة انعدام الدستورية على الصورة التالية: " (...)(i) الانتهاك القوي والمعمم لعدد من الحقوق الدستورية المؤثر على عدد كبير من الأشخاص؛ (ii) تمادي السلطات في عدم الوفاء بالالتزامات لضمان الحقوق؛

(iii) تبني الممارسات الدستورية كإدماج دعوى الوصاية كمرحلة إجرائية لضمان الحق المنتهك (iv) غياب تبني التدابير التشريعية والإدارية والميزانانية الضرورية لتفادي انتهاك الحقوق (v) وجود مشكل اجتماعي يتطلب حله تدخل عدد من الوحدات، التي تتطلب تبني مجموعة مركبة ومنتظمة من العمليات، وتفرض مستوى من الموارد تتطلب جهدا ميزانانيا مهما؛ و (vi) إذا انضم كل الأشخاص المتضررين من المشكل إلى دعوى الوصاية للحصول على حقوقهم، سينتج أكبر استجابة قضائية".

" لتوضيح الطريقة التي صرحت بها المحكمة الدستورية بحالة لا دستورية الأشياء، وتأثير ذلك على إعداد السياسات العمومية، هذه بعض الأمثلة الدالة:

أ - حالة السجون

⁵⁰ حول مفهوم ' الحالة اللادستورية للأشياء، يمكن الرجوع إلى القرارات SU-559 (1997)، T-069 (1998)، T - 025 (2004)

" في سنة 1980 عرفت المحكمة الدستورية حالتين من دعوى الوصاية تقدم بها أشخاص محرومون من الحرية. في الحالتين معا، يؤكد المطالبون بالحماية أنهم يعيشون في ظروف من الاختلاط تعيقهم حتى إيجاد زنازن أو حجرات للنوم. وتؤدي، أيضا، إلى استفحال الرشاوي في توزيع مواد نادرة - مساحات للسكن - على السجناء. أكثر من هذا، لا يمكنهم استقبال زيارة الأزواج والمحامين، ما دامت ممرات المؤسسة السجنية ممثلة بأشخاص لم يدانوا بعد. أخيرا، يفضح المطالبون غياب الخدمات العمومية الأساسية - كالماء الشروب والمجاري - والعمل في المشاتل من أجل الرفع أكثر من كثافة الأشخاص في الزنازن."

" شرعت المحكمة في تشخيص للوضع، تم خلاله القيام بتحريات قانونية بالليل والنهار، فتبين أن شروط العيش في السجن مزرية بالفعل. كما تأكدت باللموس أن وضعية الاكتظاظ تشجع الرشاوي ما دام السجناء ينامون في مداخل الزنازن، بل حتى في الممرات وأماكن الصرف الصحي. كما تمت ملاحظة أن التجديدات لم تؤد إلى تحسين شروط عيش السجناء اللإنسانية، الذين تمكنوا من بناء أنفاق وزنازن لقضاء الليل، ولم تزدد الوضعية إلا تفاقما. في هذا الاتجاه، جاء القرار T-153 لسنة 1998 كالتالي: "تمكنت اللجنة القضائية بفضل التحريات من استنتاج أن ظروف الاعتقال في السجنين المذكورين لا إنسانية فيها، وغير لائقة بكائن بشري، كيفما كان ظرفه الخاص. إن شروط سكن السجناء تشكل عارا بالنسبة لدولة تدعي احترام حقوق الأفراد، والاصطفاف إلى جانب المهمشين (...). لكن، لو انحصر الأمر في هذين المؤسستين، لكان من الممكن التفكير في حلول تتأسس على أوامر تنقل السجناء. للأسف، ما هذان السجنان إلا توضيح لوضعية معمة (...)"

إن ما تقدم يعمق الفتاعة بغياب السلطة، وبانعدام تدخل سلطات الدولة المكلفة بالمؤسسات السجنية. ليس فقط في السجون التي يوجد فيها المطالبون، ولكن في كل المؤسسات السجنية في البلد. أمام هذا الغياب، وهذا العجز عن التنفيذ، كان على المحكمة الدستورية أن

تعترف بالحالة وأن تدبر السياسة العمومية، لأنها وجدت نفسها في مواجهة " (...) (..) شلل السلطات الذي يعني انتهاكا نهجيا لحقوق الجن، خلال عقود. فال غم من الانتقادات العديدة التي وجهت إلى النظام السجني، لا نلاحظ وجود أي سياسة رسمية تهدف إلى التعديل الجذري لخطورة الوضعية السجنية في البلد (...). تماثل هذه الوضعية تماما تعريف حالة الوضعية اللادستورية. إذ يستنتج منها خرق فاضح لمجموعة من الحقوق الأساسية للسجناء في المراكز السجنية الكولومبية، منها الكرامة، الحياة والسلامة الشخصية، الحقوق الأسرية، الصحة، الشغل وقرينة البراءة، إلخ. على مدى سنوات عديدة وقف المجتمع والدولة مكتوفي الأيدي أمام هذه الوضعية، ينظران بلامبالاة إلى التراخي اليومي للسجون،

بالرغم من أنها تمثل يوماً بعد يوم انتهاكا للدستور وللقوانين. تفرض ظروف العيش في السجون حلاً سريعاً." "

" يتأسس التقييم الذي قدمته المحكمة من أجل صياغة وتنفيذ مخطط للعمل على تحليل تاريخي للظرف العام والسجني في كولومبيا. فضلاً عن دراسة السياسة الجنائية، السجنية أساساً، المتبعة في الجمهورية." "

" لمواجهة هذه الوضعية، ابرزت المحكمة الطبيعة اللادستورية للوضعية من جراء انتهاك حقوق الساكنة السجينة، وعدم الوفاء بالالتزامات القانونية الدولية: " من جانب آخر، تستجيب قناعة المحكمة المتعلقة بحقوق السجناء للالتزامات الدولية التي على كولومبيا أن تفي بها نتيجة للمصادقة على المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، المعاهدات التي تشكل، كما هو معلوم: جزءاً من الكتلة الدستورية وتقدم بالتالي معايير فحص دستورية القوانين والأعمال الإدارية. وبالفعل، تؤكد الاتفاقية الأمريكية المتعلقة بحقوق الإنسان – والمعروفة أيضاً بميثاق سان خوسي، والمصادق عليها من الكونغرس بواسطة القانون 16 لسنة 1972- فضلاً عن الميثاق الدولي للحقوق المدنية والسياسة، المصادق عليه بواسطة القانون 74 لسنة 1968، على أن للسجناء الحق في المعاملة الكريمة، وفقاً للقيمة التي تمنحها إياه صفته الفردية، ولكون الهدف من السجن هو إعادة الاندماج في المجتمع (...)" "

أمام هذه الوضعية، وضعت المحكمة استراتيجية لحل الاكتظاظ في السجون، أو لجعله مقبولاً على الأقل. وقد اتخذت بالفعل عدة قرارات. وحتى تتمكن من إيجاد حل للمشكل، جاء القرار الأول بمثابة أمر موجه إلى السلطات الإدارية الوطنية، والمقاطعات والبلديات، ومكتب النائب العام، والمجلس الأعلى للقضاء، والغرفة الجنائية للمحكمة العليا للعدل من جهة، ومن جهة أخرى إلى السلطة التشريعية، بخصوص الوضعية اللادستورية. قرار يؤكد ما سبق قوله حول تدفق المعلومات بين الكونغرس والدولة، أثناء تشخيص الوضعيات الواردة اجتماعياً في إعداد السياسات الاجتماعية".

" يؤكد القرار الثاني الموجه إلى المؤسسة الوطنية للسجون والمعتقلات، ووزارة العدل والحقوق، والمديرية الوطنية لإعداد التراب، على إعداد برنامج لبناء وإعادة تأهيل السجون، من أجل تحسين ظروف العيش داخل السجون، ويتكلف بتتبع البرنامج محامي الشعب (مماثل للوسيط وحامي المواطن في الجمهورية الفرنسية) ومكتب النائب العام. وينبغي أن ينجز هذا البرنامج في أجل أقصاه أربع سنوات من تاريخ تنفيذ القرار."

" يتوجه القرار الثالث إلى المعهد الوطني للسجون ووزارة العدل، ويأمر بالإيقاف الفوري للأشغال المنجزة في السجن الوطني "موديلو". لأنها لا تؤدي إلى تحسين وضعية اكتظاظ السجناء. كما أمر بتنقل السجناء والفصل بين المحكومين وغير المحكومين، في أجل

أربع سنوات من تاريخ الشروع في التنفيذ. أخيراً، ومواجهة لعجز القضاة المكلفين بتنفيذ الأحكام، اتخذت تدابير أمنية تقضي بأنه بربط الموافقة على الحرية المشروطة بضرورة زيارة المؤسسات السجنية. تم إصدار الأمر إلى الغرفة القضائية التأديبية للمجلس الأعلى للسلطات القضائية للقيام بتقصيِّ وأبحاث مماثلة."

يقدم القرار T-847 لسنة 2000 مثالا آخر عن السياسات العمومية المأمور بها من طرف المحاكم، بارتباط وثيق مع ما طورناه سابقا. في هذه الحالة، تم أيضا تحليل التكدس الهائل للأشخاص المحرومين من الحرية، ليس في المؤسسات السجنية، وإنما في مراكز الاعتقال، حيث يتم حبس الأشخاص مؤقتا، 36 ساعة حاليا. الحاصل أن الظروف الموجودة في هذه المراكز أكثر سوءا مما هي عليه في السجون المشار إليها سابقا، لأنها تجمع السجناء المحكومين وغير المحكومين والمعتقلين في انتظار العرض على المحكمة. وبالتالي، لا تتوفر البنيات المستعملة على الشروط الضرورية التي تمكن الأشخاص، المقيمين مدة 36 ساعة، من القيام بالتمارين، والنوم ليلا، وتلقي العلاجات الطبية، بل ولا حتى الخروج لاستنشاق الهواء. وإذا كانت ظروف العيش في السجون تنتهك الكرامة الانسانية للسجناء، فإنها في هذه الحالة: "(...) (..-). - توجد ساحة يمكن لخروج إليها لزاولة الاما بين أ تلقي لقليل ن ضوء لشدس، و يوجد أ مكات ملائم لا تقبل زيارة ا زواج، الأسرة و ا صداء أو لحدث إلى ا ا حاي، و تو د أي حجرة لتلقي ا لاجا ، ما أن ا بنيات ا تحتية ا مخصصة ل نظافة و ا كل م تعد ا الشكل لكافي لإيواء لمقام طويل، وليس هذك أية إكانية لل مل أو ال راسة، نتيجة لك هذاء، يطالب ا سجناء الم كومو وغير المدومين، الم ج وون في ا قاعات ا ختلفة بال جناء، و ا واعد ن أ هذاء و ا وضعية الهشة مهددة بالا هيار، تحسين لظروف اللإسانية و ا مهينة ل سجناء ا تما ا على و ساء ، ض 35) (س جيا ا ر مشاركن في ا الإجر". من جديد نجد أنفسنا أمام عجز أكيد للسلطة، وأزمة للحكومة، وغياب للتنفيذ، في كل المجالات، للحصول على احترام حقوق الإنسان".

" أمام هذه الوضعية، لاحظت المحكمة أن عددا من مؤسسات الدولة تتحمل فشل الخدمة. لأنه من بين مهام المؤسسة الوطنية للمؤسسات السجنية والحبسية، وإدارة السجون والمؤسسات الإصلاحية، التي يتم بموجبها نقل الأفراد المحكومين وغير المحكومين إلى مراكز الاعتقال، علما أن هذه الأخيرة لا يمكنها أن تستقبل سوى الأفراد المحرومين من الحرية بصفة مؤقتة، مقصرة بذلك في أداء واجبها. نفس الشيء يلاحظ لدى أجهزة الأمن الوطني (CTI - DIJIN - DAS) الذي يسمح بإيواء الأشخاص المحكومين وغير المحكومين، في أمكنة غير ملائمة لوضعيتهم. فضلا عن هذا، تخالف الوضعية المذكورة الفصل 121 من الدستور، الذي ينص على مبدأ سيادة القانون، حيث يخضع مجال تدخل السلط المكونة والمحددة إلى صلاحيات محددة بواسطة القوانين أو الدستور."

" بعد تحديد الوضعية الإشكالية الواجب حلها بواسطة سياسة عمومية، أمرت المحكمة – في المقام الأول – وزارة العدل والحريات والمؤسسة الوطنية للسجون والمعتقلات بتنقيح الأشخاص المحكومين وغير المحكومين الموجودين في مراكز الشرطة بـ 'بوغوتا' والأجهزة الأمنية الأخرى، في أجل لا يتعدى ستة أيام. وقررت أيضا – في المقام الثاني – منع كل هذه الأجهزة من ارتكاب هذه السلوكات من جديد، والتي كانت موضوعا لدعاوي الوصاية. ثم أبلغت، أخيرا، مكتب النائب العام بإجراء التحريات الضرورية."

" ومع ذلك، تدعو هذه الحالة إلى انتقاد التقييم الذي أنجزته المحكمة، سواء على مستوى عواقب السياسة العمومية المتخذة بالقرار T-153 لسنة 1998، أو على مستوى القرار الأخير. من الواضح أن القرار الأول أنتج مشكلا جديدا – شيء عادٍ في السياسات العمومية – ينبغي حله. لقد أدى تكديس المؤسسات السجنية، والحل المقترح إلى تنقيح المحكومين وغير المحكومين من مراكز الاعتقال. وبالرغم من أن إشارة المحكمة إلى هذا الأمر، فإنها لم تصدر حكما في الموضوع "لم يغيب عن المحكمة الصلة الموجودة بين حالة الاكتظاظ في المؤسسات السجنية في البلد، وبين قيام الوسيط/ محامي الشعب بإبلاغ مراكز الشرطة والأجهزة الأمنية الأخرى التي تملك قاعات للسجناء في مقاطعة العاصمة؛ غير أن الصلة التي يمكن أن توجد بين الحالتين لا تعفي قاضي الوصاية من واجب معالجة الوقائع المشار إليها من طرف الوسيط/ محامي الشعب في مطالبته بحماية الحقوق، لأن وضعية الأشخاص الذين تمت المطالبة باسمهم هي التي ينبغي أن تكون أساسا للقرار في العمق" تبعا لهذا، فقد اقتصر أمر المحكمة على ما تمت الإشارة إليه سابقا، ولم تقم بأي ربط بين هذه الوقائع، وبين ما يفرضه القرار T-153 لسنة 1998. وبالتالي، فقد تجاهلت العناصر الهامة للسياسة العمومية والمتمثلة في التقييم وتبادل المعلومات."

" معنى هذا أنه لم يتم، دائما، تجاوز وضعية الاكتظاظ في السجون الكولومبية. غير أن الأمر كان أكثر وضوحا، حين كان على المحكمة أن تبت في المسألة وتدبر السياسة العمومية. إذ تم خلال السنوات التالية القيام بجهود على مستوى الميزانية من أجل تحسين وبناء مؤسسات سجنية جديدة. وعلى سبيل التوضيح يشير تقرير التدبير للمؤسسة الوطنية للسجون والمعتقلات لسنة 2007 أنه تم تخصيص مبلغ 17.453.110.000 بيزوس لأعمال الصيانة والتحسين والمحافظة على البنيات".

"مبلغ مهم، خاصة إذا اعتبرنا أن في هذه السنة وحدها تم تخصيص مبلغ 21.071.400.000 بيزوس للاستثمار. أي ما يعادل تقريبا 10.535.700 دولار أمريكي، خصص منها مبلغ 8.726.555 دولار للبنيات التحتية⁵¹."

⁵¹ نعتبر أن الدولار الواحد يساوي تقريبا ألفين بيزوس كولومبي

" بالمثل، يشير تقرير التدبير لسنة 2008 لنفس المؤسسة،⁵² أنه تم تخصيص مبلغ 12.000.000.000 بيزوس لأعمال الصيانة والتحسين والمحافظة على البنايات، على مجموع 15.929.200.000 بيزوس للاستثمار. ما يعادل تقريبا 6.000.000 دولار أمريكي، في مقابل 7.964.600 دولار للبنايات التحتية⁵³."

أ - حالة المرشحين بالقوة

" يقدم القرار T-025 لسنة 2004 مثالا ثانيا لتدخل المحكمة الدستورية الكولومبية في مجال السياسات العمومية. في هذه الحالة كان رد فعل المطالبين ضد عدد من وحدات الدولة - من بينها شبكة التضامن الاجتماعي (تسمى حاليا العمل الاجتماعي)، ورئاسة الجمهورية، ووزارة الحماية الاجتماعية، ووزارة الفلاحة- على اعتبار أن هذه المؤسسات لم تف بالالتزاماتها في مجالات السكن، والولوج إلى المشاريع المنتجة، والصحة والتربية والمساعدة الإنسانية تجاه المرشحين قسرا."

" لاحظت المحكمة أنه تم تناول وتشخيص الموضوع في عدة قرارات، دون أن يجد طريقه إلى الحل، ويرجع هذا بالخصوص إلى غياب رصد احتياطي الميزانية الوطنية لتجاوز الوضعية. كما أنه من الواضح، وبالرغم من كون السياسة العمومية المتعلقة بالسكان المرحلة تقوم على أساس معياري بفضل القانون 187 لسنة 1997، فإن نتائجها لم تسمح بمواجهة وضعية انتهاك الحقوق الأساسية للغالبية العظمى من السكان المتضررة من هذه الوضعية. أمام هذا العجز في التنفيذ، ذي السمة التعميمية، أعلنت حالة عدم الدستورية."

" بالنسبة للمحكمة، فإن الحل الواجب اتخاذه يتمثل في تخصيص الميزانية الضرورية للإصلاح الشامل ومزاولة الحقوق المنتهكة. من أجل هذا نص الدستور خصيصا في المادة 350 على أولوية الإنفاق الاجتماعي العمومي. هكذا دعا القاضي الدستوري إلى عدة تدابير

تهدف إلى تجاوز قلة الوسائل، والأخطاء على مستوى القدرة المؤسساتية، لإيجاد جواب لوضعية الترحيل الإشكالية. ومع ذلك، ونظرا لكون اختصاصاتها لا تسمح بإمكانية وضع الميزانية الوطنية، يجب أن يحترم الحل مبدأ الفصل بين السلط، وحث السلطات المختصة على القيام بمهمتها."

⁵² المؤسسة الوطنية للسجون والمعتقلات، تقرير التسيير 2007، يظهر في الرابط التالي
[PDF.http://www.inpec.gov.co/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=1252103](http://www.inpec.gov.co/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=1252103)

⁵³ المؤسسة الوطنية للسجون والمعتقلات، تقرير التسيير 2007، يظهر في الرابط التالي

" تأسيسا على ما سبق، اعتبرت المحكمة أنه على المجلس الوطني المعني بالسكان المرحلة بالقوة أن يحدد بدقة وضعية هذه الساكنة، والقيام بجهد كبير لتوفير الأموال الضرورية لتطبيق السياسة العمومية، وتحديد نسب مختلف الوحدات الترابية، فضلا عن الأمة. في مرحلة تالية، أمرت عددا من المؤسسات - منها وزارة المالية والدين العمومي، والداخلية والعدل، والإدارة الوطنية للبرمجة، والمجلس المكلف بالسكان المرحلة المذكور سابقا - ببذل الجهود الضرورية لضمان إنجاز أهداف الميزانية. وفي حالة الاستحالة هذا الأمر، تدعو إلى وجوب تحديد الأولويات."

" ونظرا لكون الحالة اللادستورية لم يتم تجاوزها، قامت المحكمة بتتبع تطور السياسة العمومية المتعلقة بالسكان المرحلة. خلال هذا الوقت، أصدرت المحكمة الدستورية مجموعة من القرارات المؤقتة لمراجعة إنجاز وتطور هذه السياسة. في سنة 2008، تم، مثلا، توجيه القرار المؤقت 251، المنظم العمل الاجتماعي إلى وزارة الداخلية، والمعهد الكولومبي لجودة العيش الأسرية - من بين مؤسسات أخرى - بخلق وتنفيذ 12 مخططا تجريبيا لفائدة الأطفال والمراهقين في وضعية ترحيل بالقوة، والتي ينبغي أن تشمل، كحد أدنى، ثلاثة عناصر متعلقة بالتغذية والصحة والحماية⁵⁴. بنفس الكيفية، يتعين على المؤسسات إعداد آليات الوقاية من تشغيل القاصرين في مقاطعة "بيتيمايو"، ومشروع تجربي للوقاية من آثار الألبان والذخيرة التي لم تنفجر بعد. مثال آخر، القرار 05 لسنة 2009، الذي يأمر العمل الاجتماعي بإعداد استراتيجية لضمان إمداد الساكنة الأفرو- كولومبية بالمساعدات الإنسانية الاستعجالية. بالمثل، يتوقع هذا القرار تسطير مخطط كامل لوقاية وحماية وعلاج هذه المجموعات مع إشراكها."

" من بين العناصر التي يتبغى الإشارة إليها، وتتجسد على مستوى توقعات السنة المالية المعتمدة منذ فاتح يناير إلى 31 دجنبر 2009، بموجب القانون 1260 لسنة 2008. حيث تم في إطار الميزانية العامة - التي تبلغ أكثر من 140 بليون بيزوس كنفقات للتسيير، والاستثمار ومصلحة الدين العمومي⁵⁵ - رصد مبلغ 2.026.218.882.086 بيزوس للاستثمار في العمل الاجتماعي."

المبلغ الذي يعادل ما يقرب من 1.013.109.441 دولار أمريكي، على مجموع 70.000.000.000 دولار، أي ما يعادل تقريبا %1,42 من الميزانية الوطنية. وعلى المحكمة، في المستقبل القريب، أن تحلل مدى كفاية هذه الوسائل مقارنة مع عدد الأشخاص المتضررين من هذه المأساة، والذين يتجاوزون حسب المصادر الرسمية 2 064 000

⁵⁴ تم تطوير المخططات في قرطخنة، أروسيا، سينسيلحو، كويبدو، تيمكو، بيونافيترا، بيكارمانكا، بوغوطا، مودلين، بوليكايرا، فلورانسيا، وسان خوصي دل غوافير

⁵⁵ المبلغ المتوقع في الميزانية العامة هو 140 494 646 516 466 بيزوس،

شخص، في حين يشير مكتب حقوق الإنسان والهجرة أنهم يتجاوزون أربعة ملايين شخص.⁵⁶ ، في بلد يقدر عدد سكانه بـ 45 مليون نسمة⁵⁷. من هنا، وإذا افترضنا أن رقم 4 ملايين صحيح، فإن ما يقرب من 10 % سيكونون من ضحايا الجريمة المذكورة."

أ - حالة وحدة القوة الشرائية الثابتة UPAC

" خلال فترة حكومة ميسايل باسترانا بيريرو (1970-1974)، وبهدف تشجيع الولوج إلى السكن باعتباره قطاعا للبناء (لكون هذا الأخير يساهم في النمو الاقتصادي) تم إحداث وحدة القوة الشرائية الثابتة بموجب المرسومين 677 و 1229 لسنة 1992؛ من أجل السماح برسمة المكون التضخمي لنسب الفائدة للتعديل النقدي⁵⁸."

" تعتبر تعاونية الادخار والسكن أهم الحاصلين على الودائع بالنسبة للقروض طويلة المدى، لتمويل السكن. ولإعطائها الاستدامة تم إحداث صندوق الادخار والسكن. وهذا تسهيل يمكن البنك الجمهوري، من حماية التعاونية من تقلبات السوق بالسماح لها بالحصول على السيولة الناتجة عن هذه الوحدات، وتدعيم فائض الحصول بتلقي تعويضات معادلة للتعديل النقدي⁵⁹."

" يبقى الاقتراض طويل المدى من أجل الحصول على سكن عن طريق وحدة القدرة الشرائية الثابتة نظاما جيدا، مادام ثمن الممتلكات العقارية في ارتفاع وما دامت الديون ثابتة نسبيا. ومع ذلك، وبالمصادقة على الدستور الجديد، والذي خصص لمنع الاحتكار، وخاصة احتكار الدولة (المادة 336 من الدستور) ولدمقرطة الديون (المادة 335 من الدستور)، فضلا عن إزالة أغلبية الحواجز أمام الرأسمال بفضل الانفتاح الاقتصادي، تغيرت الأشياء. بعد القانون 31 لسنة 1992، سمح للبنك الجمهوري بتنوع شكل تصفية وحدات القوة الشرائية الثابتة، استنادا على نسبة فائدة قصيرة المدى وبمجازفة عالية. وإذن، وبعد تجاوزها للأزمة

الاقتصادية لسنة 1998، غادرت البلاد رؤوس الأموال قصيرة المدى، وتم رفع نسب الفائدة – في جزء منه للدفاع عن البيزو الكولومبي- كما ارتفعت اثمان العقار⁶⁰. وهكذا تضرر أكثر

⁵⁶ "يصل عدد السكان المرشحين 4,3 مليون شخص" في إل سبكتادور، توجد في الرابط التالي <http://www.elespectador.com/articulo138808-poblacion-desplazada-colombia-alcanza-los-43-millones-de-personas>

⁵⁷ الإدارة الوطنية لإحصاء السكن والسكنى، في الرابط <http://www.dane.gov.co/reloj/relojanimado.php>

⁵⁸ الإدارة الوطنية لإحصاء السكن والسكنى، في الرابط <http://www.dane.gov.co/reloj/relojanimado.php>

⁵⁹ بيريز سالازار مورسيو " الاقتصاد والأحكام الدستورية، التجربة الكولومبية في ظل دستور لسنة 1991" المرجع المذكور سابقا. ص. 834.

⁶⁰ المرجع نفسه ص. 837.

من 840 000 أسرة من المقيددين بديون رهنية، من بينهم 30 000 من المستفيدين من السكن الاجتماعي".

" تجاوزت المحكمة الدستورية مع هذا الموضوع بإصدار القرار C-383 لسنة 1999، والذي قضى بموجبه بالادستورية الجزئية للمادة 16 من القانون 31 لسنة 1992. من بين الحجج المقدمة اختلال التوازن التعاقدى بين المدينين والنظام البنكي⁶¹. هذا، لأن الـ (ف) الذي يسمح بتحيين قيمة الدين اعتمادا على عامل تغير نسب الفائدة في الاقتصاد، لم يتم فقط الاحتفاظ على القدرة الشرائية النقدية، بل تم توليد فائض بين ما هو واجب في البداية، وما تم أدائه فعليا. إضافة إلى اعتبار التقويم المرحلي لدخول العمال لا يتم طبقا لتعير نسب الفائدة في الاقتصاد، وإنما وفق معايير أخرى".

"بفضل هذا القرار تتم تصفية وحدة القدرة الشرائية الثابتة بأثر رجعي، فضلا عن التصريح بمجموع المبالغ المدفوعة. بعد ذلك، جاء القرار C-700 لسنة 1999 ليصرح بالادستورية الكلية للمادة 663 لسنة 1993 (القانون العضوي للنظام المالي) الذي يهيكل نظام وحدة القدرة الشرائية الثابتة. أمام المشاكل الاقتصادية الممكنة التي يؤدي إليها القرار، تم تأجيل الآثار في 20 يونيو 2000، دون المساس بالتطبيق الفوري للقرار C-383 لسنة 1999. من جراء هذه القرارات تم إصدار القانون 546 لسنة 1999، الذي أثرت حوله المطالب بعدم دستوريته، والتي أدت إلى القرار C-955 لسنة 2000. تم في هذا القرار تقديم تدقيقات هامة تعلق بالقرض العقاري، والتي تم اتخاذها كمحددات لتنظيم السوق، من بين أشياء أخرى؛ حيث تم التنصيص على أن نسبة الفائدة الربحية لا تشمل قيمة التضخم، وعلى أنها ستكون دائما أقل من النسبة الحقيقية التي ستطبق على عمليات قروض النشاط المالي. بنفس الطريقة، تم التنصيص على أن تكون هناك سقف للنسبة، ينبغي أن تحدد من طرف مديرية البنك الجمهوري، وأن يطبق على القروض الجديدة وسابقة الوجود. كما تم منع المصادقة على مخططات الاستهلاك في مجال التمويل العقاري، والتي لا تماثل فيها الدفعات الشهرية إلا الفوائد، مع وجوب استهلاك الرأسمال للتقليص من الدين".

ت - حالة الصحة العمومية

⁶¹ ANUPAC أسئلة حول التغيير في نظام التعديل النقدي. في الرابط <http://anupac.org/preguntas.htm>

"على مدى عدة سنوات ابتداء من المصادقة على دستور 1991، تم تقديم عدد من دعاوي الوصاية ضد خرق الحق الأساس في الصحة من طرف مؤسسات الخدمات الصحية، سواء في النظام العام أو في النظام المدعوم⁶²".

"تجاوبت المحكمة الدستورية مع هذا الموضوع في العديد من القرارات. في سنة 2008، ومواجهة لتزايد الحالات المدروسة، أصدرت القرار T-760 حيث لاحظت غياب القرارات، وقصور التنفيذ عن اتخاذ التدابير الكفيلة بتجاوز أزمة الصحة من طرف السلطات العمومية المعنية. هكذا، وفي ما يتعلق بأنظمة المنخرطين المستفيدين وذوي الحقوق، والذين لا يتجاوز عددهم في كولومبيا اثنين - النظام الإجباري للصحة، والنظام الإجباري المدعوم للصحة - لاحظت أنه لا توجد مساواة في الخدمات المقدمة من كليهما، فضلا عما يترتب عن ذلك من انتهاك للحق في المساواة. أيضا، يتلقى الأشخاص المساهمون في نظام الصحة، المستفيدون من النظام الإجباري للصحة، اهتماما أفضل من المنخرطين في النظام المدعوم - المستفيدين من النظام الإجباري المدعوم للصحة. بمثل الطريقة بينت المحكمة بوضوح وجود مشاكل وشكوك حول معرفة أي خدمات يشملها بالفعل النظام الإجباري للصحة. أمام هذه الوضعية، واعتمادا على قرار برمجي - لأنه ينبغي ان ينجز بكيفية تدريجية - أمرت المحكمة بوجود تدقيق محتوى الأنظمة، بإعادة تحيينها وتقليص الشكوك حول محتوياتها، مشيرة إلى أنها ستتحرى عن الاختلالات في تقديم مختلف الخدمات، وعن الطريقة التي ينتهك بواسطتها نظام الصحة المدعوم، الحق في الصحة للكثير من الأشخاص. أصبح هذا القرار الهام (الذي يؤكد على الطبيعة البرمجية للقرار) في المتناول، وانطلاقا منه تم إعداد برنامج وجدولة زمنية لتوحيد النظام الإجباري للصحة، سواء تعلق الأمر بالأشخاص القاصرين - وهذه أولوية - أو بباقي الساكنة الكولومبية".

" في ما يتعلق بتدفق الموارد لتمويل النظام، وبسبب النزاعات الموجودة بين نظام الصحة المدعوم وبين الدولة بشأن استرداد الخدمات المقصاة من النظام الإجباري المدعوم للصحة، أشارت المحكمة إلى وجوب إعداد برنامج استعجالي لإلغاء المستحقات المتأخرة،

⁶² يحدد القانون 100 في مادته 157 الصيغ التي يشارك الكولومبيون وفقا لها في النظام العام للحماية الاجتماعية للصحة. يتكون الأول من الأجراء ذوي القدرة على السداد، ويتكون الثاني من الأشخاص العاجزين عن ضمان المبلغ الكامل للمساهمة. بالنسبة للمادة 177 من القانون المذكور، تتحمل أنظمة الحماية المدعومة هي الوحدات المسؤولة عن الانخراط وتسجيل المنخرطين، وعلى تحصيل الاشتراكات. وإن عليها تنظيم وضمان خدمات النظام الصحي .

وخلق نظام يسمح بفعالية النظام. بنفس الكيفية، نصت على وجوب ضمان تدفق الموارد بالنسبة للنظام العام للحماية الاجتماعية بالنسبة للمستقبل".

" وللتمكن من تتبع السياسة المسطرة في موضوع النظام الإلزامي للصحة، أمرت بإرسال المخططات المتبناة، الواجب التواصل بشأنها مع مختلف أنظمة الحماية الإلزامية في البلد، وذلك قبل فاتح فبراير 2009. يجب أن يتضمن كل مخطط جدولة زمنية، وأهدافا مرقمة، آليات تتبع التطور، وتبريرا للتراجعات أو التوقيفات الممكنة في سيرورة السياسة. أما في ما يتعلق بتمويل النظام، فأشارت إلى أنه ينبغي تقديم مخطط قبل 15 نونبر 2008، يتضمن بدوره أهدافا محددة، وجدولة زمنية لهذه الأخيرة، وللأعمال الممتبعة لإنجازها الدقيق. لم يتم بعد التحقق من آثار هذا القرار بكيفية تامة، وقد أعلنت الحكومة في الأيام الأخيرة، بالفعل، عن نظام حالة الاستثناء، من أجل النجاح، حسب منظورها، في جمع الأموال الموجهة إلى سداد المستحقات الاقتصادية من الدولة تجاه نظام الصحة المدعوم، وضمان استدامة النظام⁶³. "

ج - حالات أخرى

" خارج هذه الأمثلة، من الملائم أيضا إدراج أمثلة أخرى، ناتجة عن قرارات المحكمة الدستورية الصادرة قبل المطالبات العمومية ضد الحالات اللادستورية، والتي تحدث أثارا مهمة إن على المستوى الاقتصادي أو على المستوى الاجتماعي⁶⁴. "

" يتمثل واحد من هذه الأمثلة في قرار المحكمة C-1433 لسنة 2000، والذي أعلن عن لا دستورية جزء من الميزانية الوطنية، لأنه لم يتوقع ما يكفي من المداخل للرفع من كل أجور الموظفين، على الأقل بنسبة معادلة لنسبة تضخم السنة السابقة. الشيء الذي تم تحقيقه بفضل تدخل القاضي الدستوري في سياسة الأجور. "

" ومع ذلك، لا يقتصر تدخل المحكمة على التصريح بلا دستورية قانون فقط، بل إقد يحدث العكس ويؤثر على السياسات العمومية. ولنأخذ كمثال على هذه الوضعية سياسة تشجيع المساواة بين الجنسين. في هذه الحالة أصدرت المحكمة الدستورية الكولومبية القرار C-371

⁶³الخدمات الاجتماعية المستعجلة والمستدامة" في إل سبكتادور، توجد في الرابط التالي

<http://www.elspectador.com/articulo182770-emergencia-social-busca-sostenibilidad-del-servicio-de-salud>

⁶⁴ تعتبر المطالبة العمومية بتجاوز وضعية لا دستورية، المنصوص عليها في المادة 40 من دستور 1991 من بين آليات المشاركة بواسطتها يمكن لأي مواطن أن يمارس الرقابة على السلطات العمومية. ويخول إلى المحكمة الدستورية، طبقا للمادة 241 من الدستور، الحكم في هذه العمليات. يتعلق الأمر بالمعايير القانونية التي تملك قوة قانونية ومراجعة الدستور، يمكن أن تعتبر أن الأمر يتعلق بالمراقبة المجردة للنظام القانوني، ومن خلالها يتم البحث عن التناسق والانسجام مع الدستور.

والذي يعتبر القانون، القاضي بضرورة مشاركة المرأة بنسبة 30% - على الأقل- في قرارات السلطة التنفيذية، قانونا دستوريا.

يصل الباحث في نهاية دراسته إلى مجموعة من الاستنتاجات، سنعرضها ونتخذها أساسا لمحاورة الحالة المغربية .

إستنتاجات

" لا مجال للجدال في كون المحكمة الدستورية فاعلا سياسيا عموميا، يسلط الضوء بشكل مباشر - استنادا على الاجتهاد القضائي - على الوضعيات الواردة اجتماعيا، ويصوغ حولا ممكنة، ويأمر بتنفيذها، ويقوم بتقييم العملية برمتها. وهذا ما تم التأكيد عليه في عدة مجالات. إذ قامت المحكمة، مثلا، بتدخلات في مجال السياسة السجنية، والترحيل بالقوة، والسكن والصحة، وتشجيع المساواة بين الجنسين، وتنظيم الأجور".

"وقد ساهمت، على المستوى الأول، في إغناء النقاش حول وضعية حقوق الإنسان التي تعانيها الساكنة السجينة، وتجسد ذلك في المخصصات المالية، والإلزام بالإنفاق لتحسين البنيات التحتية للسجون والمعتقلات في البلد. في وضعية الترحيل بالقوة، أثرت قرارات على الأموال المرصودة في الميزانية العامة للأمة لتجاوز الحالة اللادستورية للأشياء، وإعداد مخططات للوقاية كتعويض الضحايا. أما بالنسبة للسكن، فقد أدت السياسة العمومية الناجمة عن تدخل المحكمة، إلى التنظيم الأكيد للسوق في المجال بعد الأزمة الاقتصادية لسنة 1998 التي عرفت انهيارا في أثمان العقار، إذ ألزمت بالحد من نسبة الفوائد، وحددت التزام البنك الجمهوري بتحديد مناطق عازلة، وأقصت العروض في مجال مخططات استهلاك الديون التي لا تتوخى السداد بناء على رأس المال، ورخصت بتصفية القروض التي أثرت في التوازن التعاقدى بين المدينين الراهنين والنظام البنكي".

" في ما يخص النظام الصحي، أمرت المحكمة بمقارنة/ تسوية الأنظمة المقترحة من طرف النظام المدعوم، ومن النظام العام، وقررت مراقبة نظام الصحة المدعوم، وفرضت آليات لضمان الجدوى المالية للنظام. في مجال الأجور، توقعت أن يتم قياس أجور الموظفين على أساس التضخم، بالشكل الذي لا يؤثر على قدرتهم الشرائية. وأخيرا، استهدفت سياسات تشجيع المساواة بين الجنسين تنمية الأعمال الإيجابية لفائدة النساء الراغبات في العمل في مصالح الدولة".

" واجهت المحكمة الدستورية الكولومبية في الحالات المدروسة، باستثناء الأخيرة، بعض الفراغ في السلطة، والعجز في التنفيذ وفي حكمة السلطات المفروض فيها التدخل في المقام الأول. وفي جميع الحالات هناك انتهاك صارخ لحقوق الأفراد، أدى إلى تجاهل منهجي للدستور. لذا، وقبل أن تكون تدخلا من طرف المحكمة الدستورية في مجالات تخص صلاحيات سلطات أخرى، فإنها تتعلق بردة فعل من مؤسسة استجابة لدعاوي مواطنين

مختلفين، عانوا من انتهاك حقوقهم، ولم يحصلوا على حل من المؤسسات الملزمة بالتدخل قانونيا. أخيرا، توجد فقط حالة دستورية حيث تم فيها تطبيق القواعد المحددة في الميثاق الأساس.

" وبالرغم من كل شيء، من الملائم التأكيد على أن تدخل المحكمة في السياسات العمومية يجب أن يكون خاضعا للمعايير. وبالتالي، فإن القاضي الدستوري هو أول شخص عليه أن يحترم صلاحياته، بالامتثال إلى مبدأ فصل السلط – باعتباره تعاونا متناغما – وألا

يتجاوز حدوده. من هنا، وفي حالة توقعات الميزانية، تم احترام هذا المبدأ في القرارات المعالجة كأمثلة. في ما يخص تنظيم سوق العقار، لا ينبغي أن ننسى أنه تم خلال أزمة مالية تضرر منها آلاف الأسر المدينة على أساس الرهون العقارية، والذين وجدوا أنفسهم بدون حماية، نتيجة لتغيرات النسب المرخصة والمسموح بها من طرف البنك الجمهوري والكونغرس بموجب القانون 31 لسنة 1992. وبالتالي وجب التساؤل عن وجود الشطط".

" في نفس الاتجاه، على القاضي الالتزام بالنطق بالقانون، آخذا بعين الاعتبار هذا المبدأ في تدخله في السياسات العمومية، وموضحا إدماجه داخل التنظيم القانوني. في كل الحالات المدروسة، تم احترام هذا المبدأ".

نأتي إلى نهاية الفصل الأول ونخرج بخلاصة مركزة مفادها أن القاضي الدستوري أو المحكمة الدستورية فاعل سياسي يتدخل بشكل مباشر في الوضعيات الواردة اجتماعيا، ويساهم في وضع السياسات العمومية، بصياغة الحلول والأمر بتنفيذها وتقييم عملية التنفيذ. أي أنه يتجاوز مسألة مطابقة النصوص للدستور إلى النظر في القرارات والبرامج السياسية في علاقتها بالحقوق الأساسية للأفراد. وتقدم الدراسة أمثلة متعددة عن الدور الكبير الذي لعبه القضاء الدستوري الكولومبي في تغيير السياسات العمومية التي تجاوزت الحقوق الأساسية للأفراد. وإذا كان هذا ما يحدث في كولومبيا فماذا عن المغرب؟ وبصورة مباشرة، كيف هو حال القضاء الدستوري المغربي؟ ذلك ما سنراه في الفصل الثاني.

الفصل الثاني
الحالة المغربية على ضوء التجربة الكولومبية
ودستور 2011

المبحث الأول: تطور القضاء الدستوري المغربي

يكاد الباحثون في القانون الدستوري يجمعون على أن انطلاقة القضاء الدستوري المغربي كانت مع دستور سنة 1962، ثم أخذ في التطور إلى حدود دستور 2011. وقد مس هذا التطور جميع مستويات بنية هذا القضاء: التركيبة- الهيكلية – طريقة تعيين الأعضاء – مسميات جهاز الرقابة (الغرفة الدستورية، المجلس الدستوري، المحكمة الدستورية). وإذا كان اهتمام الدارسين ينصب في الغالب على دور القضاء الدستوري المغربي على مستوى مراقبة دستورية القوانين، وتتبع نتائجه على هذا المستوى، فإنني سأركز بالأساس على دور القاضي في المراقبة أو المساهمة في بناء السياسات العمومية، مقارنة مع ما ورد في الفصل الأول. من هنا سيقترص مجال البحث على التدخلات ذات الارتباط المباشر بحقوق وحرريات المواطنين بالمغرب، وكيفية اعتبار جهاز الرقابة أيضا آلية تنضاف لمجموع الأجهزة المكلفة بالسهر على الحقوق و الحريات. خاصة وأن وثيقة دستور 2011 أضافت بعدا جديدا يتمثل في الرقابة البعدية ذات المضمون الحقوقي، يدفع بالقضاء الدستوري إلى تعزيز حقوق الإنسان.

يهدف هذا الفصل إذن إلى مساءلة القضاء الدستوري في علاقته بأدواره الجديدة، وفي مدى حضوره في السياسات العمومية، وذلك من خلال مبحثين: مبحث يتتبع مسار القضاء الدستوري عبر سيرورته التاريخية ويرصد تطوره (المبحث الأول)، ومبحث يقوم أداء القضاء الدستوري المغربي في علاقته بكتلة الحقوق والحريات ومدى حضوره وتأثيره في السياسات العمومية (المبحث الثاني). وسينتهي إلى خلاصات مركزة للدفع بالتفكير وإغناء النقاش حول مستقبل القضاء الدستوري في بلادنا، ودوره في مواجهة الرهانات الاجتماعية وحماية حقوق الأفراد والجماعات.

المطلب الأول: الغرفة الدستورية والمجلس الدستوري

نتناول في هذا المطلب مرحلتين أساسيتين من تطور القضاء الدستوري المغربي، ويتعلق الأمر بالغرفة الدستورية (الفقرة الأولى) والمجلس الدستوري (الفقرة الثانية) وسنقوم بفحص الجهازين، ورصد نقط القوة ومكامن القصور في كل منهما، مع الوقوف على المنطق الذي يتحكم في الانتقال من مرحلة إلى أخرى .

الفقرة الأولى: الغرفة الدستورية

نص أول دستور للمغرب سنة 1962 على أولى الأجهزة الدستورية المكلفة بمراقبة دستورية القوانين، مجسدا في الغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى كما جاء بالفصل 110 من هذا الدستور. وقد اعتبر البعض هذا التنصيب محاولة من المشرع الدستوري المغربي في استلهاهم بعض التجارب المقارنة في مجال الرقابة على دستورية القوانين المعتمدة ركيزة أساسية

في العديد من الدساتير المقارنة،⁶⁵ نظرا للظرفية التاريخية الخاصة التي تزامن معها صدور هذا الدستور سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية في ظل حداثة العهد بالإستقلال وعدم استقرار الأوضاع الإجتماعية. وهناك من يذهب إلى أن هذا التنصيص كانت محاولة لضبط التوازنات السياسية المشرع خلال هاته المرحلة التي تميزت بفتوة الأجهزة السياسية الكبرى بالبلاد هو محاولة ضبط التوازنات السياسية،⁶⁶ وعقلنة البرلمان.

وقد تباينت آراء مختلف الباحثين حول الغاية من هذه الغرفة. منهم من يرى " أن مجال الحقوق والحريات لم يكن ضمن أولويات المشرع الدستوري حينما نص على الغرفة الدستورية و أن النموذج المغربي مستوحى من المجلس الدستوري الفرنسي و الذي اقتصرته أهدافه بدوره على تحقيق توازن السلطات الدستورية و عقلنة البرلمان الفرنسي"⁶⁷.

في حين يرى عبد اللطيف المنوني أن " لحظة ميلاد الغرفة الدستورية جاءت لتدبير تناقضين أساسيين في جوهر توجه الدولة المغربية : التعددية السياسية و مراقبة سلطات البرلمان"⁶⁸. البعض الآخر يرى أن " الأهداف ذات المضمون الحقوقي للغرفة الدستورية لم تتحقق نظير الصلاحيات البسيطة الممنوحة لها، والتي لم تتسع لتشمل مراقبة القوانين العادية ذات الإرتباط الوثيق بالحقوق و الحريات، إضافة الى تشكيلتها ذات الطابع السياسي"⁶⁹.

بالتركيز على الغاية من بحثنا والمحددة في دراسة القضاء الدستوري المغربي في علاقته بكتلة الحقوق والحريات، وباستعادة تركيب مواقف الباحثين نسجل أن الغرفة الدستورية لم تكن تستهدف الحقوق والحريات بالدرجة الأولى، لسببين رئيسيين:

- عدم استقلالية الغرفة على صعيد البناء المؤسساتي، إذ يتم إدراجها ضمن غرف المجلس الأعلى و يرأسها رئيس هذا المجلس⁷⁰.

- ضعف الاختصاصات بالاقتران على مراقبة النظام الداخلي للبرلمان والقوانين التنظيمية دون مراقبة دستورية القوانين العادية، وهو ما انعكس سلبا على أداء الغرفة في مجال حماية الحقوق والحريات⁷¹.

⁶⁵ محمد الرضواني: "مفاهيم أساسية في القانون العام". ص 109

⁶⁶ سارة العروبي " القضاء الدستوري وحماية حقوق الإنسان" ص 43

⁶⁷ عبد الرحيم منار اسليمي " مناهج عمل القاضي الدستوري بالمغرب، ص 113

⁶⁸ المرجع السابق، ص 113

⁶⁹ سارة العروبي، مرجع سابق، ص 46

⁷⁰ عبد الحق بلفقيه " تجربة القضاء الدستوري بالمغرب، ص 103

⁷¹ المرجع السابق، ص 104

وبالرغم من التعديل البسيط الذي مس تركيبة الغرفة مع دستور 1970، فقد ظلت الغرفة الدستورية من حيث التنظيم والاختصاص ومجال الإحالة مرتبطة بالمجال السياسي وليس القضائي أو الحقوقي. أي أنها ظلت محصورة في تدبير الخلاف بين الحكومة والبرلمان⁷².

ويمكن على العموم اعتبار الغرفة الدستورية بنية جامدة بالرغم من معاصرتها لثلاثة دساتير، وهذه أهم ملامح الغرفة الدستورية:

- عدم تغير البنية والاختصاصات.
 - عدم النظر في القوانين العادية المعنية أكثر بكتلة الحقوق والحريات.
 - عدم تغير جهات الإحالة وتغييب البرلمان في هذا المجال.
 - عدم مسايرة التطورات الاجتماعية والانفراج السياسي.
- وكنتيجة لهذا الجمود، وعوائقها البنيوية، لم تحقق الحصيلة الإنتاجية للغرفة الدستورية تراكما هاما في مجال الحقوق والحريات. هل يفسر هذا الأمر تخلي المشرع عنها؟ ألم يكن من الممكن تطويرها؟ المهم أن دستور 1992 جاء بآلية جديدة.

الفقرة الثانية: المجلس الدستوري

جاء دستور 1992 ببعض الإضافات الهامة والمتمثلة أساسا في إحداث المحاكم الإدارية والمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان. وقد شكل هذا الأمر منعطفا في الثقافة الحقوقية ببلادنا، وكان من الطبيعي أن تنخرط المراقبة الدستورية في هذا المسار. من هنا جاء تأسيس المجلس الدستوري جاء لتجاوز النقص الحاصل في تجربة الغرفة الدستورية، بالاتجاه نحو مجال الحقوق والحريات. وقد حمل دستور 1992 بالأساس تغييرات شملت الجوانب الهيكلية والتنظيمية والوظيفية، استجابة للمتغيرات التي مست المناخ السياسي، كما شكل خطوة حاسمة في البناء المؤسساتي والقانوني للدولة، وهو ما تجلّى من خلال إعلان المشرع الدستوري في ديباجة دستور 1992 عن تمسك المملكة بالالتزام بحقوق الإنسان⁷³. وإذا كان المنحى الحقوقي حاضرا في صياغة دستور 92، فما الدور الذي لعبه المجلس الدستوري المحدث في ترسيخ هذا الاتجاه؟

بالعودة إلى دستور 1992 نجده قد خصص الفصل 77 من بابه السادس للحديث عن المجلس الدستوري، إذ أصبح عدد أعضائه تسعة، يعين الملك أربعة الى جانب الرئيس، ويعين رئيس مجلس النواب الأربعة الآخرين بعد استشارة الفرق البرلمانية⁷⁴. هذا فيما يتعلق بتركيبة

⁷² المرجع السابق، ص 104

⁷³ ديباجة دستور 1992

⁷⁴ الفصل 79 من دستور 1996

المجلس، أما بالنسبة للاختصاصات فقد عرفت توسيعا مهما مقارنة بالغرفة الدستورية ويتجلى بالأساس في مراقبة القوانين العادية. كما تم تحديد الأطراف التي تملك الحق في الإحالة إلى

المجلس للتحقق من مطابقة القوانين للدستور في: الملك – الوزير الأول – رئيس البرلمان - ربع أعضاء البرلمان⁷⁵.

وقد وجهت بعض الملاحظات الانتقادية إلى طريقة تعيين أعضاء المجلس في جانبين: طغيان الطابع السياسي، والتبعية للسلطة التنفيذية، على اعتبار أن نصف الأعضاء يعين من الأغلبية في الغالب، وأن باقي الأعضاء يعينون من طرف الملك⁷⁶.

تطورت هيكلية المجلس لتصل إلى صورتها النهائية بعد دستور 1996، مع التغيير الذي طرأ على القانون التنظيمي للمجلس الدستوري، والذي غير تركيبة المجلس بحيث أصبح عدد أعضائه اثني عشر، يعيّن الملك ستة منهم، ويعين رئيسا مجلسي النواب والمستشارين ستة أعضاء بالتساوي بعد عودة الثنائية البرلمانية⁷⁷. وإضافة إلى المهام التي أسندت إلى المجلس أثناء تأسيسه، أصبح المجلس يمارس اختصاصات جديدة:

- مراقبة دستورية النظام الداخلي لمجلس المستشارين.
- إعطاء الحق لربع مجلس المستشارين للطعن في دستورية القوانين.
- تحصين القرارات الصادرة عن المجلس من جميع طرق الطعن وإلزاميتها تجاه كافة السلطات⁷⁸.

ومهما كانت قيمة القرارات التي اتخذها المجلس الدستوري بخصوص حماية كتلة الحقوق والحريات، سواء من حيث الإيجاب أو السلب، أي بتحقيق الحماية أو تعطيلها، فإن الباحثين يأخذون على المجلس الدستوري بعض المؤاخذات :

- عدم تحقيق تراكم قوي وواضح مؤسس لحماية حقوق الإنسان بالمغرب
- عدم توفير رصيد من المبادئ المؤسسة لحماية المجلس لمنظومة الحقوق والحريات بالمغرب.

يمكن إرجاع هذا القصور إلى جملة من المعوقات القانونية والمؤسسية والتوجه العام الذي يطبع القضاء الدستوري بالمغرب. لكن. هل كان هذا القصور عاملا حاسما في التخلي عن المجلس الدستوري والارتقاء به نحو محكمة دستورية. لندقق الأمر في المطلب الثاني.

⁷⁵ المرجع السابق ص. 107

⁷⁶ عبد الحق بلفقيه. مرجع سابق. ص 107

⁷⁷ المرجع السابق. ص. 107

⁷⁸ المرجع السابق. ص. 107

المطلب الثاني: المحكمة الدستورية

من أهم ملامح التجديد في الوثيقة الدستورية 2011 الاهتمام الواضح بتطوير القضاء الدستوري على مختلف الأصعدة. هكذا تم الارتقاء بالمجلس الدستوري إلى محكمة دستورية .

ولعل الملاحظ المتتبع للتسميات سينتبه إلى أن التحول من غرفة إلى مجلس إلى محكمة، سيقف عند عبارة "محكمة"، والتي تعني بالواضح أن مراقبة دستورية القوانين قد أصبحت جهازا قضائيا بامتياز. وسنقف عند هيكله واختصاصات هذه المحكمة، دون أن نقف بالضرورة عند أدائها لأنها لاتزال غير موجودة بالفعل على أرض الواقع .

الفقرة الأولى: الهيكلية

أصدرت الحكومة بتاريخ 13 غشت 2014 القانون التنظيمي رقم 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية⁷⁹. وتتألف طبقا لإحكام الفصل 130 من دستور 2011، من اثني عشر عضوا يعينون من الشخصيات المتوفرة علي تكوين عال في مجال القانون ، وعلى كفاءة قضائية أو فقهية أو إدارية، والذين مارسوا مهنتهم لمدة تفوق خمس عشرة سنة، والمشهوده لهم بالتجرد و النزاهة وذلك لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد، وفق الشكل الآتي :

- ستة أعضاء يعينهم الملك بموجب ظهير شريف، من بينهم عضو يقترحه الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى.

- ستة أعضاء ينتخب نصفهم من قبل مجلس البرلمان، و ينتخب النصف الآخر من قبل مجلس المستشارين من بين المترشحين الذين يقدمهم مكتب كل مجلس، وذلك بعد التصويت بالإقتراع السري و بأغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم كل مجلس، علما أنه يتم كل ثلاث سنوات تجديد ثلث كل فئة من أعضاء المحكمة⁸⁰.

يقوم الملك بتعيين رئيس المحكمة الدستورية بموجب ظهير شريف من بين كل الأعضاء الذين تتألف منهم، دون الاقتصار على الستة المعينين من طرف الملك ، عكس ما كان معمول به في ظل المجلس الدستوري.

وحسب المادة 5 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية فإنه لا يجوز الجمع بين عضوية المحكمة الدستورية وعضوية الحكومة أو مجلس النواب أو مجلس المستشارين أو المجلس

⁷⁹ الجريدة الرسمية عدد 6288 بتاريخ 8 ذو القعدة 1435 (4 شتنبر 2014)

⁸⁰ المادة 3 من القانون التنظيمي رقم 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية

الأعلى للسلطة القضائية أو المجلسين الإقتصادي والإجتماعي و البيئي أو كل هيئة ومؤسسة من المؤسسات و الهيئات المنصوص عليها في الباب الثاني عشر من الدستور⁸¹. كما أنه لا يجوز الجمع بين عضوية المحكمة الدستورية و بين ممارسي أي وظيفة عامة أخرى أو مهمة عامة انتخابية أو شغل منصب مهما كان مقابل أجر في شركة تجارية أو مزاوله مهام يؤدي عنها من قبل دولة أجنبية أو منظمة دولية أو منظمة دولية غير حكومية. فضلا عن هذا لا يجوز أيضا حسب المادة السادسة الجمع بين عضوية المحكمة الدستورية وممارسة أي مهنة حرة.

الفقرة الثانية: الاختصاصات

إلى جانب المهام الأولية للمحكمة الدستورية والمتمثلة في البث في دستورية القوانين التنظيمية والأنظمة الداخلية لكل من مجلس النواب و مجلس المستشارين و مطابقة القوانين لمقتضيات الدستور ومراقبة الإستشارات الشعبية،⁸² تتكلف المحكمة أيضا بمراقبة الأنظمة الداخلية لكل الهيئات المنظمة بموجب قوانين تنظيمية كمراقبة قبلية؛ والنظر في كل دفع بعدم دستورية قانون أثير أثناء النظر في قضية معروضة أمام المحاكم كمراقبة بعدية؛ فضلا عن البث في دستورية الإلتزامات الدولية للمغرب و مراقبة صحة المراجعات الدستورية التي تتم عن طريق البرلمان. أما في المجال الرقابي فتتمتع المحكمة الدستورية بمجموعة من الاختصاصات، نجملها في ما يلي:

- مراقبة الأنظمة الداخلية للمجالس المنظمة بموجب قوانين تنظيمية، كما نصت على ذلك

الفقرة الأخيرة⁸³

- مراقبة الإلتزامات الدولية حسب ما يسمح به الفصل 55 من الدستور بإعطاء من يتوفر فيهم حق الإحالة إمكانية إحالة هذه الإلتزامات الى المحكمة الدستورية قصد البت في مطابقتها للدستور⁸⁴.

- النظر في الدفوعات المرتبطة بالنزاعات المعروضة على المحاكم، إذ أصبح بالإمكان النظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون أثير أثناء النظر في قضية وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق

وبالحريات التي يضمنها الدستور. على أن تطبيق حق الدفع رهين بإصدار قانون تنظيمي مستقل و منفصل عن القانون التنظيمي للمحكمة، ينظم كيفية إثارة الدفع بعدم دستورية قانون⁸⁵.

⁸¹ المادة 5 من القانون التنظيمي رقم 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية

⁸² المادة 26 من القانون التنظيمي رقم 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية

⁸³ المادة 22 من القانون التنظيمي رقم 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية

⁸⁴ المادة 24 من القانون التنظيمي رقم 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية

⁸⁵ المادة 28 من القانون التنظيمي رقم 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية

على أنه " تحدد بقانون تنظيمي لاحق، شروط و إجراءات ممارسة المحكمة الدستورية لاختصاصاتها في مجال النظر في كل دفع بعدم دستورية قانون، طبقاً لأحكام الفصل 133 من الدستور".

- مراقبة صحة إجراءات المراجعة الدستورية التي تتم عن طريق البرلمان، إذ ينص الفصل 174 في فقرته الثانية من الدستور على أن " للملك، بعد استشارة رئيس المحكمة الدستورية، ان يعرض بظهير، على البرلمان، مشروع مراجعة بعض مقتضيات الدستور، حيث يصادق البرلمان، المنعقد، بدعوة من الملك، في اجتماع

- مشترك لمجلسيه، على مشروع هذه المراجعة، بأغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم⁸⁶.

يتمتع بحق إحالة القوانين التنظيمية الداخلية على المحكمة من أجل النظر في مدى مطابقتها الملك ورئيس الحكومة ورئيس مجلس النواب ونجد رئيس مجلس المستشارين، و خمس أعضاء مجلس النواب بالنسبة للقوانين، ونسبة لا تقل عن السدس بخصوص الالتزامات الدولية، وأربعين عضواً من المجلس المستشارين بالنسبة للقوانين، وربع الأعضاء بشأن الالتزامات الدولية⁸⁷. هكذا:

- يحيل رئيس الحكومة على المحكمة الدستورية القوانين التنظيمية التي أقرها البرلمان بصفة نهائية، إلى المحكمة الدستورية، قبل إصدار الأمر بتنفيذها، قصد البت في مطابقتها للدستور⁸⁸.

- يحيل رئيساً مجلس النواب و مجلس المستشارين على المحكمة الدستورية، النظام الداخلي لمجلس النواب والنظام الداخلي لمجلس المستشارين والتعديلات المدخلة عليها بعد إقرارها من قبل كل من المجلسين المذكورين قبل الشروع في تطبيقهما، قصد البت في مطابقتها للدستور⁸⁹.

- تحال الأنظمة الداخلية للمجالس المنظمة بموجب قوانين تنظيمية من طرف رئيس كل مجلس، إلى المحكمة الدستورية للبت في مطابقتها للدستور²⁷.

أما بالنسبة للقوانين العادية فالإحالة تكون إلى المحكمة الدستورية من أجل البت في مطابقتها للدستور طبقاً لأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 132 من الدستور، برسالة من الملك أو رئيس الحكومة أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين أو برسالة أو عدة رسائل

⁸⁶ المادة 42 من القانون التنظيمي رقم 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية

⁸⁷ المادة 23 من القانون التنظيمي رقم 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية

⁸⁸ المادة 21 من القانون التنظيمي رقم 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية

⁸⁹ المادة 22 من القانون التنظيمي رقم 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية

تتضمن في مجموعها إعضاءات عدد من أعضاء مجلس النواب لا يقل عن خمس الأعضاء الذين يتألف منهم، أو أربعين عضوا من أعضاء مجلس المستشارين²⁸.
نفس الشيء بالنسبة لإحالة الإلتزامات الدولية التي نص عليها الفصل 55 من الدستور حيث يتم اتباع نفس الإجراءات مع اختلاف في عدد النواب أو المستشارين الذين يحق لهم حق الإحالة، ففي الإلتزامات الدولية لا يقل عدد أعضاء مجلس النواب عن سدس الأعضاء الذين يتألف منهم، أما بالنسبة لمجلس المستشارين فيحدد العدد في ربع أعضاء مجلس المستشارين⁹⁰.

من خلال عرضنا للمحكمة الدستورية من حيث الهيكلية والاختصاصات والصلاحيات المرتبطة بالإحالة، نلاحظ أن هناك تقدما مهما مقارنة مع التجريبتين السابقتين من حيث توسيع مجال التدخل، وتوسيع دائرة المتمتعين بحق الإحالة، وخاصة على مستوى الرقابة البعدية، بإفصاح المجال أمام المواطنين في حق الدفع بعدم دستورية القوانين ، مما يوسع مجال المراقبة الدستورية ويعمق الممارسة الديمقراطية في بلادنا. بمعنى أنه أصبح بإمكان القاضي الدستوري النظر في كل القوانين والقرارات والبرامج السياسية التي لها انعكاسات على الحقوق الأساسية للأفراد. أي أنه أصبح فاعلا سياسيا بإمكانه التأثير في السياسات العمومية. من الناحية النظرية الأمر ممكن، لكن علينا أن ننتظر تكوين هذه المحكمة الدستورية لتقييم أدائها.

المبحث الثاني: القاضي الدستوري المغربي والسياسات العمومية

بعد أن نظرنا إلى جهاز المراقبة الدستورية بالمغرب وتطوره وحدوده وآفاقه، سنحاول رصد هذا الجهاز في علاقته بالسياسات العمومية، وسنركز في المقام الأول على كتلة الحقوق والحريات التي تدرج داخلها السياسات العمومية سواء في بعدها الاجتماعي أو بعدها الاقتصادي (صحة - سكن- تشغيل..). " تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية على تعبئة كل الوسائل المتاحة لتيسير أسباب استفادة المواطنين والمواطنات على قدم المساواة من الحق في العلاج والعناية الصحية، والحماية الاجتماعية والتغطية الصحية..."⁹¹. ماذا يحدث إن لم تعمل الجهات المذكورة على توفير آليات وسائل توفير العيش الكريم؟ أي دور تقوم به أجهزة المراقبة الدستورية في حالة الإخلال بهذه المسؤولية؟ وما الذي يؤهل القاضي الدستوري المغربي للقيام بدور الرقابة والحماية للحقوق الدستورية للمواطنين؟ وما هي الوضعية الحالية لعلاقة القاضي الدستوري المغربي بكتلة الحقوق والحريات في جميع

⁹⁰ المادة 24 من القانون التنظيمي رقم 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية

⁹¹ المادة 31 من دستور 2011

تحققاتها ومجالاتها (المطلب الأول) وأي مساهمة في تصحيح أو توجيه السياسات العمومية (المطلب الثاني)؟

المطلب الأول: كتلة الحقوق والحريات في القضاء الدستوري المغربي.

سنتعامل في هذا المطلب مع الحقوق ككتلة تشمل الحقوق السياسية والمدنية والاقتصادية والاجتماعية والبيئية، على أساس أنها كل لا يتجزأ حسب المواثيق الدولية. وسنقف عند مجموعة القرارات المتخذة في هذا الشأن:

- قرار الغرفة الدستورية عدد 26، حيث قررت الغرفة⁹² أن "... الاتحاد الوطني لطلبة المغرب جمعية ذات مصلحة عمومية ولا تدخل ضمن مقتضيات الفصل 48 من دستور 1962، وبالأخص لا تمس حرية تأسيس الجمعيات المنصوص عليها في الفصل التاسع من الدستور المذكور، فهي إذن خارجة عن نطاق القانون المبين أعلاه..". أي أن الغرفة لم تعر اهتماما للفصول التي تنص على حرية تأسيس الجمعيات وممارستها الحرة لأنشطتها التي لا تقيد إلا بمقتضى القانون، وأعطت تأويلا غريبا للفصلين 48 و 9 من دستور 1962 محكوما بالسياق السياسي المتوتر آنذاك وبعدم استقلالية الغرفة.
- قرار الغرفة الدستورية المتعلق بالقانون التنظيمي لمجلس النواب لسنة 1965 والقاضي بأن "... الفصل الثالث من القانون التنظيمي المذكور عندما قرر أن تقديم الاستقالة يحول دون الحكم بالتجريد من صفة نائب، بدون تمييز بين الأشخاص الذين وقعوا بعد الانتخاب في حالة عدم القابلية وبين الأشخاص الذين كانوا في تلك الحالة وقت الانتخاب وقبله، ويكون قد أخل بمبدأ حرية التصويت الذي هو من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الدستور⁹³". وينبني على احترام الحقوق السياسية للأفراد.
- قرار المجلس الدستوري رقم 36.94 المتعلق بفرض الضريبة على هوائيات التقاط القنوات الفضائية، والذي يقضي بعدم دستورية القانون المذكور لعدم احترام الحكومة للمسطرة الخاصة بتقديم هذا القانون أمام البرلمان⁹⁴. أي أن التعليل كان تعليلا شكليا ومسطريا ولم يبن على الدفاع على حرية الأفراد في استعمال الهوائيات.

⁹² قرار الغرفة الدستورية رقم 26 . أنور عشية، "دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات"، ص70

⁹³ المرجع السابق

⁹⁴ المرجع السابق

- قرار المجلس الدستوري رقم 586 /04 القاضي بعدم دستورية القانون 17.01 المتعلق بالحصانة البرلمانية، لكونه لم يحترم الحق في الصمت واحترام قرينة البراءة، مخالفاً بذلك أحد الحقوق الأساسية التي يضمنها الدستور. وقد ورد تبرير القرار بناءً على الحثيات التالية:

"حيث إن المادتين الثانية والثالثة من القانون رقم 17.01 المعروض على نظر المجلس الدستوري، تنصان على أنه، كلما تعلق الأمر بجناية أو جنحة يمكن أن تنتسب لعضو من أعضاء البرلمان أو إذا تبين أثناء جريان مسطرة قضائية في أية مرحلة كانت وكذا في حالة الاستدعاء المباشر، وجود أفعال من شأنها أن تثير المسؤولية الجنائية لأحد البرلمانيين، فإن الوكيل العام للملك يقوم، قبل أن يجرى أو يأمر بإجراء البحث التمهيدي أو أي إجراء آخر للتأكد من الطابع الجرمي للأفعال المنسوبة للبرلماني

المذكور، بإشعار المعني بالأمر شفويًا بموضوع الشكاية قبل أن يتلقى تصريحه الذي لا يمكنه رفض الإدلاء به...⁹⁵"

"وحيث إن الأحكام السابقة لا تخالف الدستور، باستثناء ما ورد في الفقرة الأولى من المادة الثانية من إلزامها البرلماني الذي يتم إشعاره شفويًا من طرف الوكيل العام للملك المختص، بموضوع الشكاية الموجهة ضده، بالإدلاء بالتصريح المشار إليه أعلاه⁹⁶؛
لهذه الأسباب يقضي القرار بأن القانون رقم 17-01 المتعلق برفع الحصانة البرلمانية مطابق للدستور، ماعداً عبارة "الذي لا يمكنه رفض الإدلاء به" الواردة في الفقرة الأولى من المادة الثانية منه.

- قرار المجلس الدستوري 2000 – 382 المتعلق بالقانون بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية، والقاضي بعدم دستورية المادة 142 من المدونة لكونها تحدث نوعاً من التنافي بين وضعية الشخص الذي لم يؤد ديوناً عمومية وبين مزاولته مهمة رسمية أو تمثيلية. ويستند المجلس للقضاء بعدم دستورية المادة 142 على المقارنة بين الفصلين 12 و 46 من الدستور واعتبار أن القاعدة هي الحق أو الحرية وأن التقييد هو الاستثناء كما هو الشأن عند إحداث حالة من التنافي بين وضعية معينة وتقلد الوظائف والمناصب العمومية هو من اختصاص المشرع شريطة أن يتسم تدخله بالطابع الاستثنائي. وقد جاء تبرير القرار كالتالي:
"حيث إن الفصل 12 من الباب الأول من الدستور ينص على "أنه يمكن لجميع المواطنين أن يتقلدوا الوظائف والمناصب العمومية وهم سواء فيما يرجع للشروط المطلوبة لنيلها" وأن

⁹⁵ الموقع الرسمي للمجلس الدستوري

⁹⁶ الموقع السابق

الفصل 46 من نفس الدستور ينص في المقطع الأول من فقرته الأولى على أن القانون يختص بالتشريع في مجال "الحقوق الفردية والجماعية المنصوص عليها في الباب الأول" ؛ و"حيث إنه يستخلص من هذه النصوص أن الإمكانية المخولة لجميع المواطنين في تقلد الوظائف والمناصب العمومية تعد من الحريات العامة التي يكرسها الدستور و"حيث إن أحكام المادة 142 السالفة الذكر تكون بورودها في قانون عادي مخالفة للدستور"⁹⁷. لهذه الأسباب يقضي القرار بأن أحكام المادة 142 من القانون رقم 97-15 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية غير مطابقة للدستور.

- قرار المجلس الدستوري رقم 2002-475 المتعلق بالقانون التنظيمي 31.97 المتعلق بمجلس النواب. ينص القرار على أن "... كل عضو في مجلس النواب يرغب في الترشح

لعضوية مجلس المستشارين، يتعين عليه تقديم استقالته مسبقاً من المجلس الذي ينتمي إليه"⁹⁸. ، على اعتبار أن المزج بين مفهومي التنافي وانعدام الأهلية غير مطابق للدستور، وأضاف المجلس في نفس القرار أن اشتراط الانتماء السياسي للترشح يتعارض مع مقتضيات الدستورية التي تضمن للمواطنين حرية الانخراط في أي منظمة نقابية أو سياسية. وقد استند المجلس في دفاعه على الحق في الترشح استناداً على مقتضيات الفصلين 9 و 12 من الدستور. كما اعتمد على للفصل 37 من الدستور لتوضيح خلط القانون التنظيمي لمجلس النواب المذكور وذلك بتحويل حالة التنافي إلى مانع للترشح. وجاء تبرير القرار بناء على المعطيات التالية:

"حيث إنه يتضح من تحليل أحكام المادة 10 المذكورة الواردة في الباب الثالث الخاص بحالات التنافي وجود تناقض بين ما تضمنته أحكام فقرتها الأولى من تنصيب على التنافي بين العضوية في مجلس النواب والعضوية في مجلس المستشارين وبين ما نصت عليه مقتضيات فقرتها الثانية من إجراءات تطبيقية تم اعتمادها لتفادي جمع العضوية في كل من مجلسي البرلمان ،ذلك أن الإقرار بالتنافي بين انتداب نيابي ومهمة انتخابية أخرى ،لا يترتب عنه منع الشخص الحاصل على الانتداب من الترشح للانتخاب الجديد ، بل إن هذا الإقرار لا يشكل سوى مانع قانوني يحول، في حالة فوز المعني بالأمر في الانتخاب ،دون الاحتفاظ بالانتداب النيابي إضافة إلى المهمة الانتخابية الجديدة المتنافية مع هذا الانتداب"⁹⁹؛

⁹⁷ الموقع السابق
⁹⁸ نفس الموقع

⁹⁹ الموقع السابق

" وحيث، إن المزج الخاطئ بين مفهومي التنافسي وانعدام الأهلية للترشح ،فضلا عن أنه يتناقض مع ما ورد في باقي مواد الباب الثالث من القانون التنظيمي رقم 97-31 المشار إليه أعلاه من تصور قانوني مضبوط للإجراءات الواجب اتخاذها في حالة التنافسي ،فإنه غير مطابق لما تنص عليه أحكام الفصل 37 من الدستور من أن قانونا تنظيميا يبين أحوال التنافسي وشروط القابلية للانتخاب¹⁰⁰" لهذه الأسباب يصرح بأن أحكام المواد 10 من القانون التنظيمي رقم 02-06 المعروض على نظر المجلس الدستوري غير مطابقة للدستور.

- قرار المجلس الدستوري رقم 2007 – 630 والمرتبط بالجدل الذي أثير حول عتبة 3 بالمائة بقبول الترشيحات المنصوص عليها بالمادة 20 من القانون التنظيمي لمجلس النواب ،

والتي تستهدف تقييد حق الأحزاب والمرشحين المنتمين إليها من الترشح للانتخابات وذلك بوضع عدة شروط اعتبرت مساسا خطيرا بحقوق الأفراد يتعارض مع الفصل الخامس من الدستور وأيضا مساسا بالحق في الترشح للانتخابات باعتباره أحد أبرز الحقوق السياسية وحق المواطن في التأطير يمس بالفصلين الثالث والثامن من الدستور، كما يعتبر مساسا بحقوق الأحزاب سواء في المشاركة الانتخابية وتمثيل المواطنين، أو الحق في التنافس الحر بين الأحزاب، وإشاعة روح التعددية. هكذا تم التصريح بمخالفة المادة المذكورة للإطار الدستوري المحدد لعمل التنظيمات الحزبية وأيضا لمبدأ المساواة بين الأحزاب ومخالفة المبادئ ذات القيمة الدستورية. وقد بني هذا التصريح كالاتي:

"حيث إن الفصل 3 من الدستور ينص في فقرته الأولى على أن الأحزاب السياسية تساهم في تنظيم المواطنين وتمثيلهم، وفي فقرته الثانية على أن نظام الحزب الوحيد غير مشروع"، و"حيث إن المجلس الدستوري، تبعا لما سلف، وبعد تمحيص ما تتضمنه المادة 20 من القانون التنظيمي المعروض عليه، من إجراءات جديدة لقبول الترشيح يلاحظ أن الاعتماد، لتطبيق الإجراءات الجديدة لقبول الترشيح، على نسبة الأصوات المحصل عليها وحدها ضمن الدائرة الانتخابية الوطنية دون الدوائر الأخرى لا يتناسب مع الإطار الدستوري المحدد لعمل الأحزاب السياسية¹⁰¹"

لذا يقضي بأن أحكام الفقرات الخامسة إلى الثامنة من المادة 20 والمقطع الأخير من الفقرة الثانية من المادة 84 المكررة : "انصرام الأجل المحدد لتطبيق أحكام المادة 84

¹⁰⁰ الموقع السابق

¹⁰¹ الموقع السابق

أعلاه"، من القانون التنظيمي رقم 22-06 المعروض على نظر المجلس الدستوري، غير مطابقة للدستور.

- القرار 728 /08 المرتبط بقانون المالية لسنة 2009، المتعلق بالمادة الثامنة التي تنص على أنه يمكن التثبيت من مخالفات السير والجولان عبر أجهزة الرادار، الأمر الذي اعتبرته المعارضة مخالفاً للمادة الثالثة من القانون التنظيمي لقانون المالية، لكونه يتضمن وسائل تحصيل جديدة يلزم أن تخضع لمقتضيات تشريعية مستقلة عن القانون المذكور. وقد علل المجلس الدستوري قراره بعدم عدم دستورية المادة المذكورة لمخالفتها للمادة 3 من القانون التنظيمي لقانون المالية، وفي ذلك تبين للحيثية المضمنة في رسالة الإحالة من فرق المعارضة. فضلاً عن كون الأمر مرتبطاً بالغرامات التي سيؤديها المواطن والمرتبطة بمحاضر تحرر بالاستناد إلى الرادار وهذا ما سيدفع المجلس إلى تعليل قراره بـ "وحيث إنه، إذا كانت الغرامات التصالحية والجزافية، التي تهدف أساساً إلى زجر المخالفات، تعد من ضمن موارد الدولة طبقاً للمادة 11 من القانون التنظيمي لقانون المالية، فإن المقتضيات المتعلقة بها بالبند سالف الذكر، إذا كانت ترمي إلى إحداث مسطرة خاصة لتحصيل هذه الغرامات، فإنها تنشئ أيضاً وسيلة إثبات جديدة للمخالفات المرتكبة في مجال مراقبة السير والجولان بواسطة جهاز يعمل بطريقة آلية يقدم أدلة مادية يوثق بالمحضر المرتكز عليها، حسب مقتضيات الفقرة الرابعة من البند المذكور، وحيث إن هذه المقتضيات لا يمكن إدراجها، بحكم طبيعتها، ضمن الأحكام التي تهدف إلى تحسين الشروط المتعلقة بتحصيل المداخل المنصوص عليها في المادة 3 من القانون التنظيمي لقانون المالية، مما يجعلها خارجة عن نطاق اختصاص قانون المالية...¹⁰²" وقد بني التعليل بالأساس على ما اعتبره المجلس روح العدالة ومبادئ القانون وأيضاً للمسطرة التي يلزم اتباعها في سن مثل هاته المقتضيات التشريعية.

- قرار المجلس الدستوري 817-2011 والمتعلق بالقانون التنظيمي لمجلس النواب، حيث استند المجلس في النظر إلى المادة الأولى والمواد 5 و 23 و 85 من القانون التنظيمي المذكور على الفصل 33 من الدستور الجديد والذي ينص على توسيع وتعميم مشاركة الشباب في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية للبلاد¹⁰³. أي أن الدستور التجأ إلى أحد فصول الدستور المتعلقة بالحقوق المشار إليها صراحة في هذا الفصل، وهذا تغير ملحوظ في تبريرات القضاء الدستوري بالموازاة مع تطور منظومة الحقوق في دستور 2011. ويتمثل هذا التطور في عدم الاكتفاء بالجوانب المسطرية.

¹⁰² الموقع الرسمي للمجلس الدستوري

¹⁰³ نفس الموقع السابق

كما يؤسس القرار لمجموعة من المبادئ والقواعد المهمة التي تحكم العمل السياسي استنادا على قواعد وأهداف دستور 2011. وتتعلق هذه القواعد بالتأسيس للمشاركة السياسية والتعددية، بمعنى أن المجلس بنى قراره انطلاقا من المرتكزات الأساسية التي أراد الدستور وضعها، أي أنه انتقل بتعليقه هذا من الاستناد على قواعد الدستور إلى الاستناد على المبادئ الكبرى والأهداف المرجوة وهي تحقيق التعددية وضمان كل سبل المشاركة السياسية. في نفس السياق، يؤكد المجلس أن المادة 23 من القانون التنظيمي 27.11 تسعى إلى تطبيق أحكام الدستور خاصة الفصول 6، 19، 30 و 33، لتحقيق المساواة وتكافؤ الفرص وحرية الانتخاب والترشح¹⁰⁴.

من جانب آخر، وارتباطا بالقواعد التي اعتمدها القرار المذكور أعلاه، تم اعتبار مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة من بين أهم المبادئ التي نص عليها الدستور الجديد. يتجسد هذا في فحص المجلس للمادة السادسة من القانون التنظيمي المتعلقة بعدم الأهلية للترشح، وذلك بالنسبة لمن صدر في حقهم قرار عزل مسؤولية انتدابية كاملة، على اعتبار أنه تحقيق لمبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة.

- قرار المجلس الدستوري 818-2011 الناظر في القانون التنظيمي 29.11 المتعلق بالأحزاب السياسية، والذي يقضي بعدم دستورية الفقرة الرابعة من المادة 31 بعلّة أن "... النص على إمكانية استفادة الأحزاب السياسية، التي لا تعتبر أجهزة عمومية، من خدمات موظفين عموميين في إطار الوضع رهن الإشارة لا يندرج في مفهوم الدعم المالي المنصوص عليه في الدستور، ولا ينسجم مع مبادئ الحكامة الجيدة المقررة دستوريا، حيث أن الموظف عندما يكون موضوعا رهن إشارة إدارة عمومية أخرى يزاوّل بها مهامه، فإنه يظل تابعا لإطاره بإدارته الأصلية ويتقاضى راتبه¹⁰⁵...". نسجل هنا أن المجلس استند على مفهوم الحكامة الجيدة كمبدأ دستوري ذي أبعاد اجتماعية.

- قرار المجلس الدستوري رقم 921 / 13 وما أثاره من جدل أثناء مناقشة القانون رقم 01.129 القاضي بتغيير المادة 139 من قانون المشطرة الجنائية والذي ينص على منح "... الحق لقاضي التحقيق بالمنع التلقائي أو بناء على ملتزمات النيابة العامة بعدم تسليم نسخ من المحاضر أو من باقي وثائق الملف كليا أو جزئيا إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك متى تعلق الأمر بالجرائم المنصوص عليها في المادة 108 من هذا القانون (أي قانون المشطرة الجنائية)

¹⁰⁴ الموقع السابق

¹⁰⁵ الموقع السابق

أو بجرائم الرشوة أو استغلال النفوذ أو الاختلاس أو التبيد أو الغدر أو غسل الأموال..⁴⁵". وقد بنى المجلس الدستوري قضاءه بعدم دستورية القانون المذكور على الحق في الدفاع المضمون بموجب الفصل 120 من الدستور باعتباره حقا أساسيا على أساسه تمارس باقي الحقوق المتصلة بالمحكمة العادلة. أي أن المجلس لم يستند فقط على المبدأ الدستوري المشتمل على الحق في الدفاع وإنما أيضا على مختلف الحقوق المنبثقة عنه كالحق في الاطلاع على الملف، والمساواة بين الأطراف.

يتضح من خلال النماذج المقدمة للقرارات المتخذة سواء من طرف الغرفة الدستورية أو من طرف المجلس الدستوري أن القاضي الدستوري محكوم في قرارته، في أغلب الأحيان، بالجوانب الشكلية والمسطرية ومدى مطابقتها للنص الدستوري. وبالرغم من كون بعض القرارات تستحضر البعد الحقوقي في اتخاذها، فإنها تظل أسيرة لمبدأ المطابقة المسطرية للدستور، مهما كانت قيمة هذا الدستور. لكن ماذا عن الأثر الممكن إحداثه على مستوى البنيات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية؟ ألا يمكن للقاضي الدستوري أن يستحضر السياقات التي أنتجت القرار والدستور نفسه في تكييف قراراته، على اعتبار أن الحكم والمرجع نصين ناتجين عن سياق اجتماعي وسياسي واقتصادي لا يمكن إغفاله في اتخاذ القرارات. هذه الأسئلة تدفعنا إلى إعادة مساءلة القاضي الدستوري المغربي في علاقته بالسياسات العمومية ودوره في توجيه وإنتاج السياسات العمومية. ذلك هو موضوع المطلب الثاني.

المطلب الثاني: تدخل القاضي الدستوري في السياسات العمومية

مقارنة مع ما تعرفنا عليه من خلال النص المترجم حول القاضي الدستوري في التجربة الكولومبية، والتي تبين كيف استطاع القاضي الدستوري الكولمبي أن يفرض ذاته كفاعل سياسي، يتدخل في قرارات السياسات العمومية، ولا يكتفي بالنظر في مدى ملاءمتها أو مطابقتها للدستور، أو القضاء بعدم دستوريتها، بل يقوم بإجراء التشخيصات والتحريات اللازمة لرصد انعكاسات القرارات السياسية المتخذة على الأفراد والمجتمع، ويتخذ القرارات المناسبة لتجاوز الوضعية المسجلة، ويأمر بتنفيذها، فيتحول من مجرد قاض تقني، يقارن بين النصوص إلى قاض سياسي، يتدخل في السياسات العمومية ويغير مسارها خدمة للمجتمع. وقد تطرقت الدراسة المترجمة إلى مجموعة من الحالات التي كان للقاضي الدستوري فيها دور سياسي حاسم. لقد تبين من خلال تقديمنا للدراسة المترجمة الدور الأساسي للمحكمة الدستورية داخل النظام القضائي السياسي، باعتبارها ليس فقط مسؤولة عن تطبيق الدستور، بل عن مراقبة هذا التطبيق في كل عمل من أعمال الدولة، والسهر على ألا تكون السياسات التنموية في تناقض مع المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان؛ وبالتأكيد من كون السياسات العمومية تتشكل

كأداة لتطبيق حقوق الأفراد الذين تعد هذه السياسات وتنفذ من أجلهم، ولكي تكون قابلة للإعداد والتنفيذ. لقد تبين أن القاضي الكولومبي قد واجه مظاهر القصور في سلوك السلطة والمتمثل في غياب تحقيق المحتوى الإلزامي للحقوق. تبين أن القاضي الكولومبي يتدخل حين تمتنع السلطة عن التدخل لمواجهة الوضعيات الاجتماعية الصعبة، أو حين تتدخل بكيفية ناقصة أو غير فعالة. يتدخل القاضي الدستوري الكولومبي لمواجهة أزمة الحكامة، أو العجز عن التنفيذ.

وكخلاصة لقراءتنا للتجربة الكولومبية يمكن الاقتناع بأن المحكمة الدستورية فاعل سياسي عمومي، يحلل الوضعيات الواردة اجتماعيا، ويصوغ حولا ممكنة، ويأمر بتنفيذها، ويقوم بتقييم العملية برمتها. وعلينا أن نتذكر تدخلات المحكمة الدستورية الكولومبية في مجال السياسة السجنية، والترحيل بالقوة، والسكن والصحة، وتشجيع المساواة بين الجنسين، وتنظيم الأجور.

في المقابل، نجد أن القاضي الدستوري المغربي في التجريبتين المدروستين (الغرفة الدستورية - المجلس الدستوري) لم يرق إلى هذا المستوى من الفعالية، بل ظل في أحسن أحواله مجرد قاض تقني، يقيس نصوص القوانين مع الوثائق الدستورية، وأقصى ما يصل إليه الحكم بعدم دستورتيتها، وهنا ينتهي دوره كقاض دستوري. ولتوضيح الأمر أكثر نلخص نتائج ما وصلنا إليه من نتائج دراستنا للغرفة الدستورية والمجلس الدستوري.

لقد سجلنا كنتيجة لدراستنا للغرفة الدستورية أنها لا تنظر في القوانين العادية المخصصة لحياة المجتمع وكتلة الحقوق والحريات، وأنها كانت عاجزة عن مسايرة التطورات الاجتماعية والانفراج السياسي، وأنها لم تحقق ما يكفي من التراكم في مجال الحقوق والحريات أي أنها غير معنية بالسياسات العمومية.

أما بالنسبة للمجلس الدستوري، فقد كان أكثر قربا من كتلة الحقوق والحريات، غير أنه لم يصل إلى درجة التأثير في السياسة العمومية، ولم يحقق ما يكفي من الحماية للحقوق والحريات. لقد اتخذ المجلس عدة قرارات ترتبط بالحريات، غير أنها ظل مقيدا بالجوانب الشكلية والمسطرية، ولم يتجاوز الحدود المرسومة لممارسة الرقابة القبلية على القوانين، ولم يهتم بتاتا بالنتائج والانعكاسات الاجتماعية والاقتصادية والنفسية للقوانين موضوع المسائلة والمراقبة. أما المحكمة الدستورية فهي لا تزال مجرد مشروع لم ير النور بعد. والخلاصة أن القاضي الدستوري ما يزال بعيدا عن الاهتمام بالقضايا المرتبطة بالسياسات العمومية.

يمكننا النظر إلى القاضي الدستوري المغربي من زاوية استشرافية في إطار الإمكانيات الهائلة التي يتيحها دستور 2011 باعتباره دستورا للسياسات العمومية، إذ يمنح الدستور الجديد الإطار المرجعي الذي يرجع إليه القاضي الدستوري أثناء النظر في القرارات وبرامج

السياسات العمومية، سواء على مستوى مطابقتها للدستور أو على مستوى تأثيرها في حياة المواطنين. في هذا الصدد يتساءل الدكتور حسن طارق: "هل يمكن للوثيقة الدستورية خارج الهندسة الشكالية للصلاحيات والاختصاصات، وتحديد أدوار ووظائف السلط والمؤسسات في ما يتعلق بالسياسات العمومية أن تقدم لنا إجابات عن مرجعيات ومضامين هذه السياسات؟"¹⁰⁶.

يفتح التساؤل إمكانية جديدة أمام القاضي الدستوري لمساءلة السياسات العمومية في مدى احترامها للمرجعيات التي يحددها الدستور. " ذلك أن الدستور يحدد مجموعة من المبادئ المرجعية التي تحكم السياسات وتمنحها اختيارات قيمة لها قوة السمو الدستوري"¹⁰⁷. هذه المكانة المتميزة التي يمنحها الدستور للمرجعيات تتيح أمام القاضي إمكانية أكبر للاجتهاد القضائي باعتبارها مقياسا عمليا وميدانيا لمدى دستورية البرامج والسياسات العمومية، ومدى التزامها بالبعد الاجتماعي. " يطرح تصدير الدستور مسألة إرساء دعائم مجتمع متضامن كأحدى الغايات الكبرى للدولة المغربية؛ مجتمع يتمتع في الجميع بالأمن والحرية والكرامة، والمساواة وتكافؤ الفرص، والعدالة الاجتماعية، ومقومات العيش الكريم"¹⁰⁸. يحيل الأستاذ حسن طارق على هذا البعد الاجتماعي في الدستور على الفصل 31 الذي ينص على أن تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية على تعبئة كل الوسائل المتاحة، لتيسير استفادة المواطنين والمواطنات، على قدم المساواة من الحق في الصحة وفي الحماية الاجتماعية، والتعليم والتشغيل، والتنمية المستدامة¹⁰⁹. كما يشير إلى الفصل 35 الذي ينص على أن الدولة تعمل على تحقيق تنمية بشرية مستدامة، من شأنها تعزيز العدالة الاجتماعية، وأنها تسهر على ضمان تكافؤ الفرص للجميع والرعاية الخاصة للفئات الاجتماعية الأقل حظا.¹¹⁰

ينبغي إذن أن تكون السياسات العمومية وسيلة لتحقيق الرفاه الاجتماعي، وكل سياسة تسير في غير هذا الاتجاه تعتبر مخالفة لأحكام الدستور، وعلى القاضي أن يحاربها، وأن يتخذ قرارات بمنع تنفيذها .

نتفق إذن، واستنادا على المقارنه مع التجربة الكولومبية، أن القاضي الدستوري المغربي أبعد ما يكون عن الفعل في السياسات العمومية، وأن التجربة المغربية ينتظرها الكثير للارتقاء بالقضاء الدستوري إلى مصاف التجارب المتقدمة، وأنها تحتاج إلى الكثير من الإرادة والآليات

106 حسن طارق. "الربيع العربي والدستورانية، قراءة في تجارب: المغرب تونس ومصر" ص 48

107 المرجع السابق، ص 48

108 المرجع السابق ص 51

109 المرجع السابق ص 51

110 المرجع السابق ص 52

لتحرير القضاء الدستوري من التبعية الإدارية، والتقيد بحرفية النص الدستوري، وامتلاك شجاعة الاجتهاد القضائي، حتى يكون فاعلا سياسيا قادرا على التأثير في السياسات العمومية. لكن، واستنادا إلى الإمكانيات التي يتيحها دستور 2011 من حرص على الحقوق والحريات، وربط السياسات العمومية برفاهية وحماية المواطنين، ونظرا للتصور الذي يقدمه القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية، يتضح أن للقاضي الدستوري دورا أساسيا وحاسما في بناء السياسات العمومية بعد التنزيل الكامل لدستور 2011 وتعيين قضاة المحكمة الدستورية، وتوفير الإرادة السياسية اللازمة.

نستنتج أن القضاء الدستوري المغرب قد عرف نوعا من التقدم في اتجاه تحسين منظومة الحقوق والحريات من ناحية الشكل والتكوين والهيكلية، وعرف نوعا من التطور بعد التعديلات التي طالته من مختلف الجوانب. لكن يجب تسجيل ضعف الاهتمام بالقوانين العادية التي لا تزال مسألة إحالتها اختيارية، بل ظلت مغيبة عن الإحالة على القضاء الدستوري، مما جعل القضاء الدستوري عديم الفاعلية في ضبط وتديير السياسات العمومية.

واستعادة لوصف تطور الرقابة الدستورية وعلاقتها بكتلة الحقوق والحريات، نسجل أن الغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى كأول أجهزة الرقابة، ظلت منحصرة في ضبط التوازن بين البرلمان والحكومة، والبت في المنازعات الانتخابية. أما مع تجربة المجلس الدستوري كجهاز مستقل، فقد أصبح بالإمكان البت في القوانين العادية المرتبطة أساسا بحقوق الإنسان. غير أن هذه الخطوة لم تكن بالفاعلية المطلوبة لكون إحالة هذا النوع من القوانين ظل اختياريا، وخضع لضرورة توفر نصاب مرتفع سواء بالنسبة لأعضاء مجلس النواب أو أعضاء الغرفة الثانية، وأيضا ارتباطا بالممارسة السياسية والتشريعية داخل نظام العمل البرلماني المغربي.

غير أنه، ونظرا لما بيناه في دراستنا لأداء الغرفة الدستورية والمجلس الدستوري، لم يتمكن القاضي الدستوري من تجاوز دور التقني الذي ينحصر عمله في مدى مطابقة القوانين لمقتضيات الدستور، ولم يتمكن من التجاوب مع الإمكانيات الهائلة التي أتاحتها دستور سنة 2011 والذي يمكن اعتباره دستورا فرديا يهتم بحياة الأفراد أكثر مما يهتم بالجوانب المؤسسية. أي أنه دستور المواطن. وفي هذا الصدد، على القاضي الدستوري أن يستجيب بشكل إيجابي مع حق المواطنين في الدفع بعدم دستورية القوانين. هنا، وهنا فقط، يصبح القاضي الدستوري فاعلا سياسيا فعالا وإيجابيا، وحاميا حقيقيا لحقوق الأفراد والجماعات. من هنا أيضا، يصبح المواطن فاعلا أساسيا في بناء الصرح الديمقراطي، لأنه أصبح يملك حق الاعتراض والإحالة قضائيا. ومن هنا أيضا، أصبحت مهمة القاضي الدستوري حراسة الديمقراطية وبناء المجتمعات .

وحتى يتمكن القاضي الدستوري من القيام بدوره كفاعل سياسي عمومي، ينبغي الرفع من مستوى أدائه في حماية الحقوق والحريات، وهذا يقتضي تجاوز مجموع الإشكالات والتجاوزات المتمثلة في عدم اهتمامه بالمجال الحقوقي، وفي عدم اهتمام الفاعلين والمعنيين. وفي هذا الصدد يتعين الإسراع بتنزيل القانون التنظيمي الخاص بالدفع بعدم الدستورية، والذي

سيمكن المواطنين من تفعيل دورهم في حماية وتحصين حقوقهم وحياتهم أمام أية تجاوزات قانونية. كما يتعين العناية القصوى بتفعيل المؤسسات الدستورية وعلى رأسها المحكمة الدستورية، من خلال اللجوء إليها بشكل مستمر من أجل فرض الرقابة على مدى دستورية قواعد القانون، خاصة منها ما يهم الحقوق والحريات، لتحقيق التراكم على مستوى اجتهادات المحكمة، وتطوير كتلة الحقوق الدستورية. الغاية من كل هذا أن يكون القاضي الدستوري فاعلا سياسيا حاسما في حماية الحقوق والحريات، وفي مراجعة وتوجيه وبناء السياسات العمومية.

ملحق: النص المترجم

le juge constitutionnel :Un acteur des
politique publique

Le juge constitutionnel : un acteur des politiques publiques¹

Par Juan Carlos Henao Pérez²

Introduction

1. C'est la réalité matérielle qui oblige les sciences à débattre et à refonder leurs paradigmes. Ce sont alors les conditions substantielles vécues dans chaque pays qui impulsent les transformations de la connaissance, en raison de leur réelle importance. Ainsi, ce n'est pas de la lecture routinière de livres ou de théories, habituellement importées d'autres parties du monde et appliquées sans confrontations - en incluant l'enseignement universitaire quand il devient *acritique* -, que naît la plénitude du savoir, puisque cette dernière émanera seulement de la confrontation et de la proposition face aux problèmes spécifiques de chaque communauté³. Cela ne signifie pas que nous ne devons pas utiliser les livres, la jurisprudence et les théories d'autres parties du globe. Au contraire, cette utilisation est extrêmement enrichissante comme l'on peut le constater dans le cas *Lawrence contre Texas*⁴, examiné récemment par la Cour Suprême Fédérale nord-américaine, laquelle après un rappel de la jurisprudence nationale, s'est fondée sur la décision *Dungeon contre Royaume-Uni* rendue par la Cour Européenne des Droits de l'Homme. C'est ainsi que la comparaison entre les sources de la connaissance est extrêmement enrichissante, mais il s'agit de les manipuler, bien qu'elles soient étrangères, sans omettre les particularités propres au pays où elles trouveront à s'appliquer.

2. En Colombie, s'est réalisé un phénomène qui tend à débattre des bases mêmes de l'Etat de droit, et plus précisément de la séparation classique des pouvoirs. Il s'agit d'une revalorisation de leur coopération harmonieuse, dans laquelle les politiques publiques, qui étaient auparavant le monopole exclusif du Législatif et de l'Exécutif, ont commencé à être impulsées par le pouvoir juridictionnel. Plus précisément par les hautes Cours. C'est sur cette réalité indiscutable, que reposent les présents développements, en soulignant, bien sûr, le rôle de la Cour constitutionnelle.

3. Pour développer ce thème, il s'agira, en premier lieu, d'expliquer ce que l'on entend par le concept de politique publique, afin de pouvoir différencier les actions des juges qui en relèvent des autres. En second lieu, seront exposées les raisons pour lesquelles le juge constitutionnel colombien a été amené à intervenir dans le cadre des politiques publiques en tant qu'acteur et

¹ Je souhaite exprimer toute ma gratitude à Javier Francisco Arenas Ferro pour sa précieuse collaboration au cours de l'élaboration de cette intervention et à Catherine Faivre pour sa traduction en français. Ils ont permis sa diffusion à la suite de ma participation au colloque relatif au *Rôle des Cours Suprêmes en matière économique*, qui s'est déroulé le 25 janvier 2010 à Paris, sous les auspices de *Regulatory Law Review et Lextenso éditions* et sous la responsabilité scientifique de Marie-Anne Frison-Roche.

² Magistrat à la Cour Constitutionnelle de Colombie. Professeur titulaire de l'Université Externado de Colombia. Docteur en droit de l'Université Paris 2 Panthéon - Assas.

³ Fals Borda Orlando, *Ciencia Propia y Colonialismo Intelectual*, Colombia, Oveja Negra, colección La Cultura al Pueblo, segunda edición, 1971, p. 89.

⁴ Cour Suprême Fédérale des Etats-Unis, affaire *Lawrence c/ Texas*, 1235.ct.2472 (2003).

ce qui le légitime pour agir. Sur cet aspect, s'ébaucheront quelques critiques formulées à l'encontre de cette transformation de la séparation des pouvoirs, comme par exemple s'agissant des limites que doit respecter l'autorité juridictionnelle afin de ne pas abuser de ses prérogatives. Finalement, et en troisième lieu, seront présentées des hypothèses concrètes où l'on peut voir quelques unes des politiques publiques adoptées par la Cour Constitutionnelle colombienne.

Première partie:

Concepts généraux

4. Il est important de distinguer le concept d'Etat et celui de politique publique : le premier est un mode d'organisation spécifique, alors que le second correspond à une activité concrète, la tâche de l'Etat. Ainsi, malgré le fait d'être étroitement liés, ils ne sont pas dans un rapport d'identité, mais ils ne peuvent pas être compris sans prendre en considération ce qui les rattache. Par conséquent, les idées classiques du *monopole symbolique et légitime de la force* sur un territoire ne peuvent pas *a priori* être comprises sans tenir compte des acteurs qui y prennent part, comme des formes spécifiques d'action, composant ainsi le concept de politique publique.

5. Nous partons du concept d'Etat envisagé en tant qu'institution qui détermine les règles du jeu dans des domaines qu'il prétend réguler, à travers des normes juridiques ou des actes administratifs. De plus, l'établissement de ces règles s'opère au moyen de réseaux d'interactions et de coopérations entre des organisations qui composent⁵ l'Etat, et qui se réalisent à travers des flux d'informations. Par conséquent, il s'agit d'un pouvoir non individualisé, fruit d'un renforcement du pouvoir central, où la population agit selon des modalités différentes, comme par exemple, la bureaucratie. Ainsi, et malgré le fait qu'il les inclut, il est plus que les notions traditionnelles d'un territoire, d'autorité et de population⁶, puisqu'il faut prendre en compte les organisations qui le constituent, ainsi que les interactions entre celles-ci pour réguler le domaine dont il a la charge.

Ce qui précède ne signifie pas que les éléments classiques du monopole légitime de la violence physique et symbolique, comme le monopole du contrôle territorial ne doivent pas être pris en considération, mais il est fondamental de comprendre qu'il existe un Etat où les règles du jeu parviennent à s'imposer⁷, ce qui s'obtient seulement au moyen des interactions et des coopérations antérieurement mentionnées, et qui dépendent des flux d'informations.

⁵ Roth Deubel André-Noël, *Políticas Públicas, Formulación, implementación y evaluación, Cómo elaborar las políticas públicas, Quién decide, Cómo realizarlas, Quién gana o Pierde*, Colombia, Ediciones Aurora, primera reimpression 2003, primera edición, 2002, p. 19.

⁶ Ibid. p. 20.

⁷ Ibid. p. 23.

Malgré tout, le déploiement de l'Etat sur son territoire affronte des problèmes en toutes parties du monde, c'est ce que nous pouvons appeler un déficit de mise en œuvre et d'action de ce dernier - et qui se traduit, par exemple, par l'inefficacité, la corruption, le clientélisme, le trafic d'armes, etc. - et qui se rattache à un sujet que nous traiterons plus loin : la crise de *gouvernance*. Du degré de ce déficit et de sa gravité dépend l'intervention du juge, qui est appelé à garantir l'effectivité des Droits de l'homme.

6. Avant de conceptualiser ce que l'on entend par politique publique, il convient de préciser qu'en espagnol il n'existe pas de différence sémantique concernant le terme *politique*, comme c'est le cas en anglais. Dans la langue espagnole, le même terme est employé pour évoquer trois activités alors que la langue anglaise utilise des vocables différents. Le premier terme, *Polity*, désigne le cadre du gouvernement ; le second, *Politics*, l'activité liée à l'organisation et à la lutte pour le pouvoir ; et le troisième, *Policy*, concerne les intentions et les programmes des autorités publiques⁸. Malgré le fait que les trois soient en relation, c'est sur ce dernier terme que reposera notre présentation.

7. Par politique publique, nous envisageons le programme d'actions et la concrétisation de décisions adoptés par l'acteur Etat. Ce sont donc les moyens utilisés par cet acteur en vue de modifier des comportements spécifiques au moyen d'un changement des règles en vigueur jusqu'alors⁹. Cependant toute action d'une organisation étatique n'est pas nécessairement une *Policy*.

Selon André-Noël Roth, il y a quatre éléments qui permettent de dégager l'existence d'une telle politique : (i) l'implication d'une institution publique, (ii) la perception d'une situation problématique ou socialement importante, (iii) la définition d'objectifs concrets pour la solutionner ou en faciliter la gestion et, finalement, (iv) un processus de mise en œuvre et une évaluation qui sera réalisée à toutes les étapes précédentes. Ainsi selon les termes de cet auteur, "(...) *Il est possible d'affirmer qu'une politique publique existe, lorsque les institutions étatiques assument totalement ou partiellement la tâche de réaliser des objectifs considérés comme souhaitables ou nécessaires par le biais d'un processus visant à modifier une situation perçue comme problématique (...)*"¹⁰. Pour ce professeur, une politique publique est donc

"(...) *un ensemble formé par un ou plusieurs objectifs collectifs considérés comme nécessaires ou souhaitables, et par des moyens et actions qui sont prises en charge, au moins partiellement, par une institution ou une organisation gouvernementale avec pour finalité d'orienter le comportement des acteurs individuels ou collectifs afin de modifier une situation perçue comme insatisfaisante ou problématique*"¹¹. Cela implique des conséquences - des réactions -, de sorte que toute politique publique provoque de nouvelles situations, qui peuvent être considérées comme problématiques. Pour cette raison, l'évaluation des politiques publiques et le flux d'informations entre les

⁸ Ibid, p. 25-26.

⁹ Ibid. p. 19.

¹⁰ Ibid. p. 27.

¹¹ Ibid.

différentes organisations qui composent l'Etat sont donc extrêmement importants. Il est fondamental d'insister, finalement, sur le fait qu'au sein des institutions interviennent des personnes - des acteurs - et que les destinataires de ces politiques sont également directement ou indirectement des personnes. Par conséquent, il s'agit aussi d'actions motivées par des intérêts de groupes spécifiques qui peuvent bénéficier ou porter préjudice à ce groupe ou à d'autres.

8. Toutefois, il convient de garder à l'esprit qu'il faut définir un domaine d'action en matière de politiques publiques, puisque leur existence concrète en dépend. Un exemple de cette situation pourrait être le domaine social, le domaine économique et l'environnement. Ainsi, il existerait une politique publique sociale, une politique publique économique et une, en matière environnementale, qui définiraient différents objectifs - pas nécessairement contradictoires - face à des problématiques concrètes ou des situations sociales particulières.

Il convient de reconnaître que dans de nombreux cas il est difficile de distinguer le champ d'action spécifique de l'Etat. Où commencent la politique environnementale et la politique agricole ? De même, les conséquences du développement d'une politique publique peuvent affecter d'autres domaines et provoquer de nouvelles situations, pouvant se révéler problématiques. Par exemple, citons, les conséquences de la politique économique en faveur d'un logement digne, engagée en Colombie lors de la crise économique de 1998 lorsque les taux d'intérêt ont été relevés par la Banque de la République avec la perte consécutive de bâtiments par de nombreux débiteurs de crédits hypothécaires¹², ou la politique de libéralisation économique en matière d'emploi ou d'un environnement sain, avec la politique minière, qui a permis à des multinationales comme Anglo Gold Ashanti d'exploiter des gisements d'or dans les réserves forestières et les ressources en eau dans le département du Tolima¹³.

9. Nous partageons la vision de Roth, qui considère que les Politiques Publiques peuvent être analysées selon plusieurs approches. Selon l'une d'elles, le *Advocacy Coalitions*, la communauté politique, composée d'acteurs qui partagent des valeurs déterminées, interagit avec d'autres et entre en concurrence pour définir les actions de l'Etat, en vue de résoudre ou de gérer une situation donnée qui est importante pour ces groupes¹⁴. En conséquence, nous nous fondons sur une vision horizontale, avec des nuances entre l'Etat et la Société, ainsi que sur un réseau de relations entre les acteurs publics et privés, en laissant de côté la vision unidirectionnelle et verticale entre

Etat/Société¹⁵. C'est d'une importance fondamentale, car cela permet de

¹² Pérez Salazar Mauricio, "Economía y fallos constitucionales, La experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991", in Cepeda Espinoza, et al, *Teoría Constitucional y Políticas Públicas, Bases críticas para un discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 834-837.

¹³ "Presentan a la mina de oro La Colosa como dinamizadora de la economía", in *El Espectador*, <http://www.elespectador.com/articulo158666-presentan-mina-de-oro-colosa-dinamizadora-de-economia>, (2 décembre 2009).

¹⁴ Roth Deubel André-Noël, *Políticas Públicas (...)*, op. cit, p. 36.

¹⁵ Ibid. p. 31-32.

comprendre, comme nous le verrons ultérieurement, pourquoi les demandes d'inconstitutionnalité comme les actions de *tutela* exercées par différents acteurs, permettent au juge constitutionnel d'intervenir dans les politiques publiques et aux demandeurs d'intervenir au niveau de sujets politiques au moyen de leur participation juridictionnelle.

Deuxième partie

Les faits inéluctables: le juge comme gestionnaire des politiques publiques

10. Les conditions sociales ont contribué à ce que le juge constitutionnel colombien se pose comme un acteur des politiques publiques, mais concrètement, pour quelles raisons est-il parvenu à cela ? La *gouvernance*, qui est la possession des conditions financières et administratives pour transformer en réalité les décisions qui sont adoptées au sein de l'Etat, est entrée en crise¹⁶. Pas nécessairement par absence de moyens, mais en raison des délimitations de priorités. Cette situation est aggravée dans de nombreux cas, par le manque de volonté de certains acteurs pour changer des situations sociales précises. En d'autres termes, et conformément à ce qui précède, il y a un déficit de mise en œuvre des actions de l'Etat sur son territoire.

Phénomène, qui dans le cas de la Colombie, a une ampleur significative.

Cela indique que la gouvernance, définie comme le soutien politique nécessaire pour gouverner¹⁷, ne suffit pas pour parvenir à transformer une situation problématique ou socialement particulière, ou à la rendre plus supportable. Ainsi, l'Etat n'est pas suffisamment efficace, ni administrativement, ni juridiquement et moins encore financièrement, pour garantir les droits fondamentaux des personnes, manquant ainsi à ses obligations établies à l'article 2 de la Constitution, qui les a consacrées comme une fin en soi, dans les termes suivants: « *Sont des objectifs essentiels de l'Etat: servir la communauté, promouvoir la prospérité générale et garantir l'effectivité des principes, droits et devoirs consacrés dans la Constitution (...)* ».

11. L'actuel « Estado de cosas inconstitucional » (*Etat de choses inconstitutionnel*), en raison du déplacement forcé de populations, et qui n'a pas été résolu, illustre ce qui précède. Cette situation, qui sera expliquée ultérieurement, est entendue en Colombie comme une situation généralisée et massive de transgressions des droits fondamentaux, où est mise en évidence une omission prolongée de la part des autorités publiques appelées à dépasser cet état.

12. Un autre élément de cette crise de *gouvernance*, qui s'ajoute à la condition d'insatisfaction des droits fondamentaux et à la concentration inefficace du

¹⁶Sierra Cadena Grenfieth de Jesús, *El Juez Constitucional : Un actor Regulador de las Políticas Públicas, El Caso de la Descentralización en Colombia*, Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Colección Textos de Jurisprudencia, Serie maestría, 2009, p. 11.

¹⁷Ibid.

pouvoir au sein d'un organe de l'Etat, est d'actualité : l'échec du développement de la Charte, qui compte de vastes clauses de programmatiques qui sont restées lettre morte pendant de nombreuses années et qui traitent des droits économiques, sociaux et culturels, mais également environnementaux. Cette situation provient des gouvernements antérieurs, mais actuellement elle n'a toujours pas été surmontée.

Ainsi, les objectifs prévus par la Constitution n'ont pas été entièrement respectés par les lois qui émanent du Congrès ou par les actes et décrets de l'exécutif. De même, ont été ignorés les mandats de la Constitution décidés depuis 1991 ; lesquels reflètent la volonté du constituant originaire. En fait, dans bien des cas, les règles édictées par le législateur ont été contraires aux principes constitutionnels, même celles qui ont cherché à réformer la Constitution¹⁸.

Par rapport au problème précédent, et à l'intervention de la Cour devant cette absence d'application des normes obligatoires au niveau constitutionnel, Manuel José Cepeda, ex - magistrat de la Cour, a déclaré que la Cour a été constituée comme un organe chargé de préserver l'ordre constituant et « (...) *maintenir un consensus autour des valeurs centrales qui caractérisent le moment de création de la nouvelle constitution (...)* »¹⁹, car les forces politiques qui ont vu naître la Constitution n'ont pas continué d'être représentées au Congrès. Ce qui s'est traduit, en pratique, par un certain vide du pouvoir dans le développement de certaines politiques publiques en accord avec la Charte.

13. Toutefois, et en lien avec ce qui précède, les défaillances dans le processus décisionnel ou les problèmes qui en découlent, ne parviennent pas à générer une légitimité en raison de la violation des statuts fondamentaux, et ont amené la Cour à devenir un forum de prise de décisions en matière de politiques publiques. Ainsi, « (...), [bien qu'] *il soit dit que la Cour Constitutionnelle ne peut pas participer à l'élaboration des politiques publiques (...). Il est inévitable que la Cour constitutionnelle, de par la nature de ses fonctions, y participe, mais en tant que juge* »²⁰. De même, l'intervention des juges en politique et, plus précisément, leur rôle dans le système politique²¹, qui est

¹⁸En 2008, a été promulguée la loi 01 de 2008 ; elle révisé la Constitution qui prévoyait l'intégration dans une carrière administrative - de manière extraordinaire et sans nécessité de concours public-, des agents publics qui à la date de promulgation de la loi 909 de 2004 étaient affectés aux emplois concernés. De même, il était prévu que seraient suspendues toutes les formalités relatives aux concours publics qui devaient se dérouler pour pourvoir les postes occupés par des agents non titulaires. Par la décision C-588 de 2009, la Cour Constitutionnelle a déclaré inconstitutionnelle la totalité de cet acte législatif pour vices de compétence ; étant donné qu'il se substituait à la Constitution, en allant à l'encontre de principes et de valeurs consacrées par cette charte, comme la carrière administrative, le mérite et le concours pour intégrer ou évoluer au sein de l'administration. Comme on peut le constater de manière manifeste, le législateur, organe fondamental durant la procédure législative, a essayé de substituer la Constitution avant d'en développer les dispositions ; en offrant ainsi un exemple de l'inéluctable fait déficit de mise en œuvre.

¹⁹ Cepeda Espinosa Manuel José, "La Ubicación de la Corte Constitucional en el sistema político", en

Jurisdicción Constitucional de Colombia, la Corte Constitucional 1992-2000, Realidades y Perspectivas, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Konrad Adenauer Stiftung, 2001, p. 526.

²⁰Ibid. p. 527-528.

²¹Par système politique, il faut envisager les relations existantes entre les groupes sociaux, ainsi qu'entre ces groupes et les différentes organisations qui composent l'Etat. Par conséquent, le système politique est un

qualifiée de « justice politique », ne relève de la politisation des juges mais des sujets dont ils ont à connaître. « (...) Ainsi, l'importance politique actuelle des interventions judiciaires découle plutôt de l'implication croissante de la juridiction dans les conflits sociaux et dans les questions sociales non résolues au niveau politique adéquat »²². Dans ce sens les affirmations de María Mercedes Cuellar, présidente de l'association des établissements financiers de la banque privée colombienne, sont particulièrement intéressantes et polémiques, lorsqu'elle affirme que, « (...) Aujourd'hui, la gestion de la politique économique n'est plus à la charge de la Banque de la République, ni du Gouvernement, ni du Congrès. C'est une tâche de la Cour Constitutionnelle, et plus spécialement de ses assesseurs »²³. Evidemment, cette affirmation correspond à l'approche de *Advocacy Coalitions* que nous avons mentionné antérieurement.

En Colombie, cela se réalise au moyen des contrôles de constitutionnalité ou de *tutela*. En conséquence, c'est une limite à l'intervention des autorités juridictionnelles dans les politiques publiques, puisqu'elles n'agissent qu'en raison des décisions des autres instances juridictionnelles contre lesquelles des recours appropriés ont été engagés. De même, se doit d'être soulignée la participation citoyenne réalisée à travers les recours juridictionnels, car le cas échéant, les intérêts de la plupart des personnes ne pourraient pas être défendu en raison d'un manque de représentation politique au Congrès. A titre d'illustration, citons, le cas des communautés de LGBT (Lesbiennes, Gays, Bisexuels et Transsexuels), qui ont vu leurs droits bafoués suite à l'omission du législateur colombien malgré l'obligation qu'il avait d'agir en vertu du principe d'égalité prévu dans la Charte politique nationale²⁴. Il s'agit alors d'une participation politique des communautés qui exige le respect des accords fixés dans la Constitution et qui n'ont pas été atteints du fait d'un déficit de mise en œuvre.

14. En somme, comme l'a indiqué Vladimiro Naranjo Mesa, aujourd'hui ex-magistrat de la Cour Constitutionnelle, il est nécessaire d'insister sur le fait que « (...) les décisions d'un tribunal constitutionnel ont, par leur propre

concept différent, bien qu'il inclut le régime politique qui renvoie exclusivement aux relations entre les institutions étatiques.

²² Becker Gustavo, "El papel de la Justicia constitucional en el sistema político, El Caso Paraguay", in *Jurisprudencia Constitucional de Colombia, la Corte Constitucional 1992-2000, Realidades y Perspectivas*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Konrad Adenauer Stiftung, 2001, p. 499-515.

²³ María Mercedes Cuéllar, "¿Volvemos al pasado? Un debate inaplazable", *Revista Economía Colombiana*, Bogotá, octobre de 2000, p 101. Cité par Pérez Salazar, Mauricio, "Economía y fallos constitucionales, La experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991", op. cit.

²⁴ Pour illustrer ce qui précède nous pouvons citer l'absence de prise en compte des effets juridiques de la vie commune des couples formés par des personnes du même sexe, qui a amené des citoyens à aller jusque devant la Cour Constitutionnelle afin que la transgression de leurs droits fondamentaux, notamment l'égalité, soit reconnue. C'est ce qui a été à l'origine de plusieurs interventions de la Cour Constitutionnelle comme avec la décision C-029 de 2009 qui, dans sa partie décisionnelle, a déclaré constitutionnelle l'expression "conjoint" contenue au 1° de l'article 411 du Code civil, entendue comme se rapportant aux couples composés de personnes du même sexe ayant eu recours à la loi 54 de 1990. De même, cette décision a considéré constitutionnelle les expressions "compagnon ou compagne permanente" et "compagnons permanents dont l'union a duré pendant au moins deux ans" contenues à l'article 4° de la loi 70 de 1931, modifiée par la loi 495 de 1999, et dans l'article 12 de la loi 258 de 1996. Toutes les expressions antérieures ont, entre autres, des effets importants au niveau patrimonial, comme en matière de la sécurité sociale.

nature, une considérable et inévitable incidence politique »²⁵ et que, en raison du déficit mentionné, la population vient devant le juge pour que ce déficit soit surpassé ou au moins plus supportable. Cela se rattache à la vision horizontale et ses nuances entre l'Etat et la société à laquelle nous avons fait référence antérieurement. Mais qu'est-ce qui est si légitime que cela à l'intérieur du modèle démocratique ?

La légitimité du juge constitutionnel face aux politiques

15. Plusieurs raisons peuvent justifier la légitimité de l'autorité juridictionnelle constitutionnelle pour intervenir dans le cadre des politiques publiques face à ce déficit d'intervention. En premier lieu, le juge constitutionnel a l'obligation de veiller à la mise en œuvre de la Constitution, qui est non seulement un référent juridique impératif, mais également politique. Ainsi selon les termes de la Charte politique, « à la Cour Constitutionnelle est confiée la garde de l'intégrité et de la suprématie de la Constitution (...) »²⁶. Par conséquent, le tribunal constitutionnel joue un rôle au sein du système juridico-politique : il est responsable de l'application de la Constitution et du contrôle de cette application à chacune des actions de l'Etat. Il s'agit aussi de « (...) veiller à ce que les politiques de développement ne soient pas en contradiction avec les principes fondamentaux des droits de l'homme, comme l'universalité, l'indivisibilité, l'interdépendance et, entre autres, la non-discrimination, et de développer des actions positives tendant à garantir les droits de la population (...). Autrement dit, il s'agit d'assurer que les politiques publiques se constituent comme un instrument pour la réalisation des droits de l'homme des individus pour lesquels ces politiques ont été élaborées et mises en œuvre, pour qu'elles puissent s'élaborer et être mises en œuvre »²⁷. L'ingérence de l'autorité juridictionnelle dans le développement de la Constitution a été dénommée en Colombie néo-constitutionnalisme²⁸.

16. Pour pouvoir observer son caractère opérationnel pratiquement et concrètement, l'on doit se souvenir que l'efficacité d'un droit dépend de son exigibilité. Dans son aspect actif, un droit correspond à la situation où un titulaire en jouit et en dispose ; alors que dans son aspect passif, il se comprend comme la possibilité de réclamer une réparation en cas d'une quelconque atteinte illégitime ou de renonciation du débiteur de ce droit à sa satisfaction. Cette situation s'explique à partir des règles de la responsabilité civile.

17. En reprenant les termes du maître Fernando Hinestrosa, l'on peut affirmer que « (...) dans l'obligation il y a toujours deux sujets, l'actif et le passif, liés entre eux ; des personnes quelconques, mais toujours déterminées, au plus

²⁵ Naranjo Mesa Vladimiro, "El papel de los tribunales constitucionales en el sistema político", en *Jurisdicción Constitucional de Colombia, la Corte Constitucional 1992-2000, Realidades y Perspectivas*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Konrad Adenauer Stiftung, 2001, p. 489-497.

²⁶ Article 241 de la Constitution de 1991.

²⁷ Pérez Murcia Luis Eduardo, "Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas" en *Los derechos sociales en serio : Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*", DeJusticia, IDEP, Ediciones Antropos, Bogotá, 2007, p. 79-80.

²⁸ Sierra Cadena Grenfieth de Jesús, *El Juez Constitucional (...)*, op cit, p. 15.

tard au moment où il faut réaliser l'obligation; un objet, la prestation, également déterminé; et un contenu, le propre de la relation de l'obligation en général, selon la nature de la prestation, et le spécifique, provenant de la source qui lui a donné naissance, qui concrétise et singularise le lien entre les parties. Ce sont les éléments constants et invariables de la relation de créance»²⁹.

En conséquence, l'on peut affirmer que les politiques publiques sont une des formes de satisfaction d'obligations déterminées de l'Etat envers la société dans son ensemble; spécialement les droits fondamentaux, mais également les droits socio-économiques et culturels. Par conséquent, il s'agit d'un mécanisme progressif de jouissance effective des droits de l'homme, ce qui suppose des instruments d'exigibilité permettant à chaque citoyen d'intervenir légitimement face aux actions ou omissions étatiques. Finalement *«elles concrétisent ce qu'un Etat ou une société considère comme relevant d'un intérêt public ou de l'intérêt général. Elles sont le lien entre l'Etat, la société et le citoyen*»³⁰.

Dans cet ordre d'idées, en premier lieu, face à ce déficit de mise en œuvre que nous avons déjà mentionné et qui affecte l'effectivité des droits, le juge doit ordonner leur rétablissement. Comme le mentionne Fernando Hinestrosa, l'élément coercitif que l'obligation juridique contient implicitement induit que *« (...) si le débiteur n'accomplit pas l'obligation, le créancier est insatisfait, son droit a été violé par celui devait en prendre soin et, donc, il encourt une responsabilité (...), terme qui désigne la possibilité que le créancier a, une fois établi le refus de l'obligé au paiement, d'exiger de manière coercitive la prestation spécifique déterminée dans le titre (...) »*³¹. Quelles sont les possibilités du juge dans le cadre de ce rétablissement ? Que peut-il faire ? C'est ce que nous aborderons ultérieurement.

18. Conformément à ce qui précède, la démocratie contemporaine ne s'envisage pas exclusivement comme le mandat des majorités électorales, mais comme une limite au pouvoir; qui se présente comme l'exigence et l'obéissance aux impératifs définis par le pouvoir constituant. Comme le constituant originaire - souverain unique - a consacré dans la Constitution les principes et valeurs qui doivent consolider l'Etat social de droit, c'est la Cour qui est appelée à agir, dans le cadre de ses compétences, pour assurer ces obligations impérieuses.

19. En second lieu, il existe un impératif d'ordre international qui réside dans l'obligation pour tous les Etats d'adopter et de déployer des recours effectifs pour faire respecter les droits. L'article 2 du Pacte International des Droits Economiques, Sociaux et Culturels (PIDESC) prévoit comme obligation juridique que *« chacun des Etats parties (...) s'engage à agir (...) notamment*

²⁹ Hinestrosa Fernando, *Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 58.

³⁰ Roth Deubel André-Noël, "Discurso sin compromiso : La política pública de derechos humanos en Colombia", Ediciones Aurora, Bogotá, 2006, p. 64.

³¹ Hinestrosa Fernando, *Tratado de las obligaciones*, op. cit, p. 72 et 78.

sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives (...)). De la même façon, si un Etat faillit à ses obligations, le juge est obligé d'imposer des obligations pour surmonter l'omission.

20. En troisième lieu, il est nécessaire d'indiquer qu'en tant que pouvoir constitué les Cours possèdent une légitimité issue de la Constitution. Ce qui implique que le juge a l'obligation dans l'exercice de ses fonctions d'assurer la garantie d'une pleine jouissance des droits ; la Constitution le lui impose et le légitime pour agir à cette fin, comme d'ailleurs de multiples normes de l'ordonnancement juridique. Quand l'autorité juridictionnelle le fait, elle ne réalise que sa mission. Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur ce point - à l'occasion d'une action populaire³² - en ces termes³³:

« Le fait qu'au moyen d'une action populaire les plans de développement, dont la compétence n'est pas du pouvoir juridictionnel, puissent être révisés préoccupe l'appelant. La Salle trouve la crainte de l'appelant sans fondement pour les raisons qui suivent.

Il est important de mettre en exergue, surtout lorsqu'il s'agit de garantir les droits sociaux, et dans l'exercice de compétences comme celles reconnues au juge par le constituant de 1991 et par la loi 472 de 1998, que l'obligation de la Juridiction est d'assurer aux titulaires de tels droits leur pleine jouissance, mais, de plus, elle consiste à déterminer les violations, puisque, bien qu'il soit certain et su par tous que "le Pouvoir Judiciaire ne peut pas se substituer au Pouvoir législatif et à l'Exécutif dans l'élaboration de politiques sociales (et), d'autant moins s'il s'agit de politiques à grande échelle ou à longue portée temporelle"³⁴, il est également vrai que cette déclaration produit des effets juridiques importants, "qui peuvent aller de l'imposition de l'obligation de prestation, lorsque celle-ci est prédéterminée par la loi, en passant par la mise en demeure des organes défaillants, jusqu'à la simple réquisition, dans une sorte de dialogue institutionnel adéquat afin tout du moins de délégitimer l'inertie et stimuler l'intervention"³⁵.

"Il ne s'agit pas, alors, de ce que le juge populaire assume des fonctions propres à d'autres branches du pouvoir, mais de ce que, dans l., accomplissement de son obligation de garantie des droits, il assure à leurs titulaires que les institutions étatiques qui leur doivent cette prestation, protection ou promotion, ont été averties pour qu'elles remplissent leurs obligations (...)." (souligné par nos soins)

³²En droit colombien il existe depuis le 19^{ème} siècle une action juridictionnelle, peu connue du droit comparé : l'action populaire, laquelle ouvre à n'importe quelle personne la possibilité de solliciter devant le juge la protection des droits collectifs comme l'environnement sain, la patrimoine public, l'accès aux services publics... Cette action, élevée au niveau constitutionnel par l'article 88 de la Constitution et développée par la loi 472 de 1998, permet au juge d'ordonner la cessation de la violation d'un droit, au moyen de mesures actives ou passives, ainsi que d'une indemnisation pécuniaire lorsqu'elle s'impose.

³³ Conseil d'Etat. Troisième Chambre, 7 novembre 2002, rapporteur: Hernández Enríquez, requérant: Hernando Lee Cifuentes, Dossier AP-700.

³⁴Ferrajoli Luigi. Préface de Abramovich Víctor et Courtis Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Editorial Trotta S.A. Madrid, 2002, p. 13.

³⁵Ferrajoli Luigi. Préface de Abramovich Víctor et Courtis Christian. Op. cit.

21. De ce fait, en ayant adopté ce type de décisions face au déficit d'intervention de l'Etat, il atteint une légitimité sociale qui ne se manifeste pas seulement au niveau des urnes, mais dans la manière dont les réformes ont été tentées contre le pouvoir des Cours et qui n'ont pas prospéré au niveau du pouvoir législatif. La question se pose de savoir jusqu'où peut agir le juge dans sa mission, autrement dit: quelle est la frontière de son pouvoir d'*injonction* ? C'est le thème que nous allons maintenant aborder.

Limites à l'intervention juridictionnelle dans les politiques publiques

22. Le rôle qu'accomplit la Cour constitutionnelle dans le système politique « (...) *dépend moins du lieu formel qui lui a été assigné et plus du contenu substantiel de l'ensemble du texte constitutionnel et de la volonté de ses membres d'assumer l'honorable mais ingrate responsabilité de dire non au pouvoir, lorsque la défense de ces principes l'exige* »³⁶. Dans ce sens, en prenant en compte les théories du droit, ainsi que les nécessaires limites à la volonté subjective du juge, il est certain que les convictions politiques et éthiques de ce dernier influent - d'une manière ou d'une autre - la décision et les injonctions qu'il adoptera. Dans d'autres termes, l'ingérence ou non des hautes Cours dans le domaine des Politiques Publiques, dépend plus de l'attitude du juge à l'égard de sa mission que des règles formelles³⁷.

23. Nous ne pouvons pas omettre, comme nous le montrerons dans les exemples qui suivent, que le juge constitutionnel colombien a agi face à certaines carences du pouvoir, qui ont rejailli sur le manque de satisfaction du contenu obligatoire des droits; hypothèse qui s'est présentée lorsque les autorités étatiques - premières à être confrontées à une telle situation - se sont abstenues de le faire ou l'ont fait mais de manière incomplète et inefficace. C'est confronté à cette crise de gouvernance et à ce déficit de mise en œuvre que la Cour a été appelée à intervenir. Cela a des répercussions importantes, notamment, concernant les limites que l'autorité juridictionnelle constitutionnelle doit respecter. Ainsi, lorsqu'elle s'ingère dans les politiques publiques, elle doit le faire en tant que juge. Et, sans ignorer les autres disciplines de la connaissance - comme l'économie, l'écologie, ou la science politique;

³⁶Cepeda Espinosa Manuel José, "La Ubicación de la Corte Constitucional en el sistema político", op. cit. p. 521-522.

³⁷Sur ce point, il est intéressant de comparer les différences idéologiques qui existent en deux de ces auteurs précédemment cités, tous les deux anciens magistrats de la Cour Constitutionnelle. Manuel José Cepeda plaide pour un rôle actif du juge, en considérant que ce peut être une garantie d'un régime constitutionnel pluraliste, un garant des libertés et des droits fondamentaux : « (...) *une autre manière d'aborder le problème du rôle du juge constitutionnel dans une démocratie constitutionnelle, consiste à observer les matières dans lesquelles l'intervention juridictionnelle accomplit une fonction louable à l'intérieur du système politique*

(...)»; l'une d'elles est « (...) *la protection à outrance de la liberté participative sur laquelle le jeu démocratique s'appuie* (...) ». (Cepeda Espinosa Manuel José, "La Ubicación de la Corte Constitucional en el sistema político", op. cit, p. 530-531).

En revanche, Vladimiro Naranjo Mesa envisage négativement l'ingérence des tribunaux dans les décisions politiques : « *les tribunaux constitutionnels ont-ils ou doivent-ils avoir la possibilité de s'ingérer dans les décisions politiques au sein de l'organisation étatique ? Ou mieux : les tribunaux constitutionnels doivent-ils jouer un rôle de protagoniste dans le système politique de l'Etat ? Pour moi, la réponse aux formulations antérieures est qu'il ne peut pas et ne doit pas y avoir une incursion dans l'orbite de la compétence propre d'autres*

avec lesquelles doit se réaliser un dialogue - ses décisions doivent être adoptées en vertu du Droit, c'est-à-dire en appliquant les règles de l'ordonnancement juridique en vigueur³⁸.

24. Une des limites du juge est sa propre compétence. Dans notre système juridique, l'autorité juridictionnelle peut seulement intervenir une fois qu'elle a été appelée à se prononcer sur une situation juridique spécifique, pour la résoudre ou comme organe de consultation. En d'autres termes, il s'agit d'une justice qui ne peut pas s'autosaisir. Ce qui correspond à l'approche de *Advocacy Coalitions*. Dans le premier cas, elle agit après l'exercice des actions existantes, soit dans un intérêt particulier - *une demande pour soi* - soit dans un intérêt collectif - *une demande collective* -. Ce choix a une répercussion sur la destination et l'appropriation individuelle des réparations. C'est ce qui distingue chaque action, ainsi que les éventuelles injonctions que l'autorité juridictionnelle peut prononcer pour réparer le dommage³⁹.

Les droits socio-économiques et culturels dont le développement est lié aux politiques publiques peuvent illustrer cette situation. Une des particularités de ces droits est qu'ils peuvent être défendus tant par le truchement d'une action personnelle que d'une action collective. Dans les deux hypothèses, lorsque le juge est saisi, il s'agit d'identifier si l'Etat ou les particuliers ont ou non accompli leurs obligations juridiques nées des actes de gestion. S'agissant des actions collectives, la défense des droits implique une indemnisation⁴⁰ qui n'est pas susceptible d'une appropriation individuelle. L'action publique d'inconstitutionnalité en est un exemple. En effet, si l'inconstitutionnalité d'une norme est déclarée, comme dans le cas des UPAC qui fixaient les règles de financement des logements⁴¹, le respect de la Constitution favorise la totalité des personnes qui vivent sur le territoire colombien. En revanche, l'action de *tutela* est un exemple significatif des actions pour soi, qui malgré

³⁸Dans l'interprétation juridictionnelle, matière qui en inéluctablement en relation avec le rôle du juge dans une société, il existe des écoles intermédiaires ; selon lesquelles, même si l'on ne peut pas éliminer l'acte de volonté du juge qui donne son origine à la décision, ce qui est certain, c'est que celui-ci doit aussi appliquer des « règles déterminées » pour que sa décision continue d'être juridique. Ainsi pour citer seulement deux auteurs, Hart et Kelsen estiment que la volonté est un élément indissociable de la fonction juridictionnelle, plus limitée par l'ordonnancement juridique. Le premier avance qu'il existe une *zone de pénombre* dans les cas difficiles où l'autorité juridictionnelle n'est pas liée de façon rigide à la règle qui doit en principe trouver à s'appliquer. Pour sa part, Kelsen considère qu'il est impossible par un procédé déductif de faire découler d'une norme une décision, puisque cette dernière est rendue uniquement au moyen de la médiation de la volonté humaine. Cela ne signifie pas que les deux auteurs défendent l'arbitraire juridictionnel. Au contraire, dans une perspective d'ordonnancement juridique, ils signalent que l'autorité juridictionnelle est limitée au moment de décider par les critères de validité; c'est-à-dire que la décision doit correspondre à une norme hiérarchiquement supérieure qui la légitime. Une illustration serait la norme qui octroie au juge la compétence pour se prononcer sur un sujet déterminé. En d'autres termes, pour autant qu'elle existe la volonté du juge est extrêmement importante au moment de décider; le juge, comme tout serviteur public, est soumis à un ordonnancement juridique dont dépend la validité de sa décision. A ce sujet voir : Uprimmy Yepes Rodrigo et Rodríguez Villabona Andrés, *Interpretación judicial: módulo de autoformación*, (2^a edición), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

³⁹Sur cet aspect voir : Henao Pérez Juan Carlos, "De tal Derecho, tal acción", in *V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Los procesos ante las jurisdicciones constitucionales y de lo contencioso administrativo*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 485-541.

⁴⁰ Dans la présente intervention, il convient d'envisager les indemnisations dans un sens large, c'est-à-dire, qu'il ne faut pas se limiter à considérer qu'elles ne peuvent être que pécuniaires. Au contraire, elles peuvent revêtir de nombreuses formes, par exemple symboliques. Mais quoi qu'il en soit, elles doivent toujours respecter le principe de la prohibition de la double indemnisation.

⁴¹ Voir les décisions C-700 de 1999 et C-383 de 1999.

tout, peuvent aboutir à satisfaire un collectif même si l'indemnisation est individuelle.

25. Devant les différentes options décrites le juge dispose de multiples possibilités pour ordonner le respect des différents droits, ce qui renvoie à la polémique relative à son ingérence dans les politiques publiques et le respect du principe de la séparation des pouvoirs. Il faut rappeler que le juge agit exclusivement sur la base de normes adoptées par le législatif ou par l'exécutif et il se trouve alors investi de compétences pour que, dans les hypothèses précitées, il puisse ordonner aux autres branches du pouvoir d'honorer les obligations de faire déterminées et dans un tel cas, de les substituer dans leur exécution⁴².

Quelques critiques à l'ingérence du juge dans les politiques publiques

26. Comme en matière économique, une des principales critiques qui a été soulevée, concerne l'aptitude de l'autorité judiciaire pour se prononcer dans certains domaines. Sans doute, cet écueil est-il exact, les autorités judiciaires - spécialisées en certaines matières - ne peuvent pas tout savoir. Toutefois, il s'agit d'une difficulté surmontable, puisqu'il existe des experts qui éclairent le juge et lui permette de résoudre une situation donnée.

27. Une seconde critique réside dans le fait que la Cour est dépourvue de légitimité démocratique pour édicter et adopter ces décisions, caractéristique que possèdent le pouvoir législatif et exécutif. Cependant, comme nous l'avons démontré antérieurement, c'est la même Constitution, ainsi que d'autres normes du système juridique, qui donne un tel pouvoir à la Cour constitutionnelle, et donc devant la réticence des autres autorités publiques pour se conformer à l'effectivité des droits de l'homme, elle est appelée à intervenir.

28. Une troisième critique repose sur l'idée qu'elle décourage la participation politique des citoyens de l'Etat. Comme mentionné précédemment, l'introduction d'actions de *tutela*, comme des actions en inconstitutionnalité a permis que des groupes sociaux, qui ne disposent pas d'une représentation politique au sein du pouvoir législatif ou exécutif, obtiennent le respect de leurs droits, prévus par la Constitution, et qui n'avaient pas reçu de mise en

⁴² Un premier exemple de ce qui précède se dégage de l'article 27 du décret loi 2651 de 1991, qui régit l'action de *tutela* ; il prévoit que si l'autorité responsable de l'atteinte n'exécute pas ce qui est ordonné dans la décision juridictionnelle dans un délai de 48 heures à compter de son prononcé, « le juge se dirigera vers le supérieur responsable et le requerra afin qu'il l'oblige à s'acquitter [de l'obligation] », mais si le refus persiste, « il adoptera directement toutes les mesures nécessaires à sa parfaite exécution ». Le second exemple est l'article 25 de la loi 393 de 1997, qui envisage le recours de « *cumplimiento* ». Cette norme dispose que : « la décision qui ordonne l'exécution de l'obligation violée, l'autorité qui a renoncé devra l'exécuter sans retard. Si elle ne le faisait dans le délai prévu dans la décision, le juge se dirigera vers le supérieur du responsable et le requerra afin qu'il l'oblige à s'acquitter [de l'obligation] (...). Passé ce délai de 5 jours, il ordonnera d'ouvrir une procédure contre le supérieur qui n'aura pas agi conformément à ce qui était ordonné et il adoptera directement toutes mesures nécessaires à une parfaite exécution [de la décision]

(...) ». Comme nous pouvons l'observer, il ne s'agit pas d'une omission injustifiée de l'autorité juridictionnelle au niveau de la sphère d'autres pouvoirs publics. Au contraire, celle-ci intervient seulement quand les premiers obligés se maintiennent dans le refus d'exécuter l'obligation qui leur est imposée par la Constitution.

œuvre par les premières entités appelées à le faire. Toutefois, l'usage du droit comme mécanisme de pression pour la réalisation des politiques publiques et pour la concrétisation de leur contenu ne doit pas nous faire écarter les autres possibilités de participation politique, comme, par exemple, les manifestations publiques, les grèves, ou les élections.

29. Finalement, une quatrième critique souligne que les décisions judiciaires ne sont pas nécessairement favorables au peuple puisque le juge peut aussi se tromper. Cette dernière critique génère d'importantes polémiques, puisqu'il faudra déterminer - en premier lieu - ce que nous entendons par favorable, d'autant plus si l'on prend en considération l'obligation de toute autorité judiciaire de se prononcer en droit. Un exemple qui permet d'illustrer ce qui précède, s'agissant des droits socio-économiques et culturels, est l'affaire

Lochner c/ New-York, au début du siècle passé aux Etats-Unis. A cette occasion ont été annulées les lois qui établissaient les salaires minimums ou les durées journalières maximales de travail, en invoquant le principe de la liberté contractuelle. D'un certain point de vue, on pourrait considérer que la décision est appropriée pour favoriser un modèle économique particulier d'un des pays avec la plus grande force au niveau mondial en la matière ; selon un autre point de vue, on pourrait en déduire que les prétentions ont été affectées et par voie de conséquence la qualité de vie de nombreux travailleurs et travailleuses, qui - finalement - ne se verront pas favorisés par les bénéfices de leur patron.

Il est vrai que les autorités judiciaires ont tort, mais ne sont pas nécessairement mauvaises les décisions qui se prononcent en faveur de certains groupes sociaux, dont les employeurs. Pour cette raison, l'examen public des décisions est important, comme également la confrontation avec la communauté universitaire. Ce qui est inacceptable, c'est que par un fait inévitable de toute activité de l'homme, on empêche qu'un acteur qui joue un rôle majeur dans la consolidation des droits de l'homme soit démis de sa fonction. Ainsi, si l'erreur est possible, elle ne peut pas constituer une excuse pour éviter que l'autorité se prononce. A la rigueur le législateur et l'exécutif n'ont-ils pas la même possibilité de commettre des erreurs? Toutefois, cela sert à rappeler que le juge doit être le premier à se limiter, de façon responsable. Par conséquent, il doit respecter les barrières de sa propre compétence selon une analyse critique, obéir aux normes de l'ordre juridique et décider toujours en ayant pour objectif l'effectivité des droits.

Troisième partie: exemples de politiques publiques ordonnées par la Cour Constitutionnelle

30. Comme nous l'avons déjà signalé, le juge constitutionnel a été appelé à intervenir face à la transgression des droits fondamentaux des personnes en raison de carence dans l'élaboration des politiques publiques, leur déficience ou leur mise en œuvre tardive. En Colombie, il est intervenu principalement

par le biais de l'action de *tutela*⁴³ et de l'action publique d'inconstitutionnalité⁴⁴.

Quelques exemples permettant d'illustrer la participation de l'autorité juridictionnelle dans l'élaboration de ce type de politiques vont être présentés. Cependant, pour mieux comprendre cette partie, il semble pertinent d'exposer rapidement les éléments principaux du système constitutionnel colombien relatif à la compétence de la Cour Constitutionnelle.

Au regard de son obligation de préserver l'intégrité et la suprématie du statut fondamental, la Cour Constitutionnelle se voit imposer deux devoirs par la Constitution : en premier lieu, elle doit juger la constitutionnalité des normes juridiques comme les lois ou les décrets ayant force de loi, et, en second lieu, elle doit unifier la jurisprudence des décisions juridictionnelles se rapportant à une action de *tutela* concernant les droits constitutionnels.

En ce qui concerne la constitutionnalité des lois il faut prendre en compte qu'en Colombie il existe trois types de contrôles.

30.1 Le premier est le contrôle préalable, qui intervient avant la promulgation de la norme juridique. Il s'agit d'un mécanisme conçu pour l'entrée en vigueur des traités internationaux, pour les cas dans lesquels le Congrès et le Pouvoir exécutif sont en désaccord sur la constitutionnalité d'un projet de loi, pour les cas des lois qui convoquent un référendum et pour les lois « estatutarias »⁴⁵. Dans ces hypothèses le projet de loi est envoyé à la Cour avant son entrée en vigueur afin qu'elle se prononce sur ce texte.

Pour illustrer le cas de désaccord entre le Congrès et l'exécutif, citons la décision C-662 de 2009, conséquence des objections présidentielles au projet de loi 312 de 2008 du Sénat et 90 de 2007 de la Chambre des députés, textes qui prévoyaient des actions pour le suivi intégral du cancer en Colombie. Pour soutenir sa position, le Gouvernement a, d'une part, considéré que le projet de loi, traitant d'un droit fondamental, aurait du suivre la procédure applicable à une loi « estatutaria ». D'autre part, il a estimé que ce projet affectait l'intégralité du système de santé, puisqu'il régulaient une matière spécifique en dehors des normes existantes (loi 100 de 1993 et loi 1122 de 2007) comme s'il s'agissait d'un thème exceptionnel, lorsque son contenu se

⁴³L'action de *tutela* a été consacrée par le constituant de 1991 à l'article 86 du statut fondamental. Elle a pour objet d'offrir à toute personne la possibilité d'agir devant n'importe quel juge de la République lorsque ses droits fondamentaux se voient menacés ou enfreints par des actions ou des omissions de la part tant d'autorités publiques que de particuliers envers lesquels elle se trouve dans une situation de subordination ou d'absence de moyen de défense ; s'agissant de ses caractéristiques principales, c'est une action dépourvue de formalisme, préférentielle et rapide, en ce qu'en première instance ne peuvent pas s'écouler plus de dix jours entre la demande et la résolution du problème relatif à un droit *iusfundamental*.

⁴⁴Voir la note de bas de page 59.

⁴⁵ Ces lois requièrent une procédure particulière qui nécessite l'approbation de la majorité absolue des membres du Congrès et cette procédure doit se réaliser au niveau d'une seule législature, qui est le temps durant lequel se réunit le pouvoir législatif en vertu de l'article 138 de la Constitution. Les lois « estatutarias » doivent régir des matières spécifiques d'une particulière importance dans l'ordonnement juridique colombien, parmi lesquelles se trouvent les droits et les devoirs fondamentaux, l'administration de la justice, le régime des partis politiques, les mécanismes de participation citoyenne, les états d'exception et l'égalité électorale entre les candidats à la présidence de la République.

rapporte à ce droit. De même, il a considéré que la loi, en étant approuvée, engendrerait une dépense budgétaire qui affecterait la pérennité financière du Système Général de Sécurité Social de Santé (SGSSS), puisqu'elle intégrait des prestations onéreuses en matière de santé exclues du Plan Obligatoire⁴⁶.

A cette occasion, la Cour a jugé que le projet de loi était constitutionnel et, par là même, que les objections présidentielles étaient infondées. Pour parvenir à cette conclusion, elle a allégué, en premier lieu, que même si le projet porte sur le droit à la santé - qui est un droit fondamental -, toutes les normes qui s'y rapportent ne doivent pas être des lois « estatutarias ». Ainsi, seules quelques matières qui envisagent les aspects fondamentaux du droit, comme ce seraient le cas des restrictions ou des prohibitions, doivent suivre la dite procédure. Comme le projet de loi développait exclusivement des stratégies pour atteindre un traitement efficace et intégral du cancer, il ne se prononçait pas sur les éléments centraux du droit fondamental et ne devait pas suivre la procédure correspondante aux lois « estatutarias ».

En second lieu, la Cour a signalé qu'il n'existait pas d'atteinte à l'intégralité du système, puisqu'il s'agissait d'un développement postérieur au moyen d'une nouvelle norme qui relevait de la compétence du Congrès afin de fixer les paramètres du SGSSS. Ainsi, il n'était pas question d'une disposition en dehors des normes antérieures, mais d'un complément de ces dernières selon les nécessités du développement du système.

En troisième lieu et un aspect essentiel s'agissant de cette présentation relative aux politiques publiques, la Cour a considéré qu'effectivement le projet de loi affectait les dépenses publiques, mais que le Congrès, conscient de cela, a stipulé un modèle de financement destiné à faire face à cet impact fiscal.

Cela dit, évidemment l'approbation d'un traité international peut avoir des incidences au niveau de l'élaboration des politiques publiques, comme au niveau de leur développement, ainsi que sur la variation de celles-ci.

Un exemple paradigmatique a été l'approbation de la Loi 1196 de 2008, approuvant la « Convention de Stockholm relative aux polluants organiques persistants » signée à Stockholm le 22 mai 2001, la « rectification de l'article 1^o du texte original en espagnol » du 21 février 2003, et l'« Annexe G de la Convention de Stockholm » du 6 mai 2005.

L'analyse préalable de constitutionnalité s'est concrétisée par le truchement de la décision C-944 de 2008 et par ce contrôle il a été déterminé que tant les instruments internationaux que la loi approbative se conformaient à la Charte fondamentale.

Ces normes sont significatives pour les politiques publiques de l'environnement, puisqu'elles développent des préceptes d'initiative globale contenus dans la Constitution et qu'elles tendent au principe de précaution en

⁴⁶Le concept de Plan Obligatoire de Santé est développé ci-après dans le texte (cf. paragraphe n° 40).

matière environnementale, et, par conséquent à la préservation de la santé humaine et d'un environnement sain face aux dangers que peuvent occasionner les polluants organiques persistants, que sont les substances avec des propriétés toxiques, résistantes à la dégradation, qui se bio accumulent dans l'environnement et qui peuvent être transportés par l'air, l'eau et également par des espèces migratoires⁴⁷. Parmi les mesures que les Etats parties ont à adopter et qui font partie des politiques publiques, se trouve l'interdiction de production de ces produits, leur importation ou exportation, ainsi que leur utilisation, sauf exceptions prévues dans ces conventions.

En ce qui concerne les lois « estatutarias » ou celles qui convoquent un référendum, si l'on ne peut pas exclure *a priori* une possible influence en matière de politiques publiques, ce qui est certain c'est que jusqu'à maintenant cet aspect n'a pas été évident en Colombie. Dès lors, dans cette présentation les thèmes ou exemples à ce sujet ne sont pas développés.

30.2 Le second contrôle est le contrôle automatique, qui intervient après la promulgation des décrets législatifs, fruits des Etats d'exception. Ces derniers surviennent lorsque se présente une situation d'une telle gravité qu'elle requiert d'investir le pouvoir exécutif national de pouvoirs spéciaux. Ainsi le Président de la République, avec la signature de tous ses ministres, déclare cette situation de calamité/de crise, lorsqu'il y a une guerre extérieure, un trouble grave à l'ordre public qui menace la stabilité institutionnelle ou une atteinte à l'ordre économique, social et écologique du pays. Cette situation peut être illustrée avec la décision C-135 de 2009, par laquelle la Cour Constitutionnelle a contrôlé la constitutionnalité du décret 4333 de 2008, qui a déclaré l'état d'urgence social(e) en raison des captations massives de fonds non autorisées qui se sont présentées cette année là et qui ont été qualifiées de « pyramides ».

A cette occasion, la Cour Constitutionnelle a estimé que la norme analysée se conformait au Statut Fondamental, puisqu'elle avait pour objet de conjurer la crise causée par la captation massive de fonds réalisée en échange de la promesse d'un bénéfice important. La Cour a constaté que l'adoption de mesures était nécessaire face à la prolifération démesurée de ces épargnes massives de fonds du public sans autorisation de l'Etat, qui ont eu lieu sur une grande partie du territoire national. De même, elle a mis en évidence que cela aidait à supporter un risque pour les usagers de ces entreprises pour les bénéfices irréalistes qui leur étaient promis et qui généraient de fausses attentes, des fausses attentes étant engendrées. Face à cette situation, l'adoption de procédés simples, de mécanismes abrégés et d'autres mesures tendant à récupérer et à restituer les fonds déposés, dont la perte a compromis la situation économique de nombreuses familles. En raison de la déclaration de constitutionnalité de l'état d'exception, le pouvoir exécutif a pu compter sur la possibilité d'intervenir au niveau des entreprises captatrices de manière rapide et initier des procédures afin de restituer à des milliers de familles leurs fonds déposés. Comme on peut l'observer, il s'agissait alors du début d'une

⁴⁷Un exemple de ces substances est le endosulfân qui est largement utilisé comme insecticide agricole.

politique publique, puisqu'une situation socialement relevant a été diagnostiquée et que des mesures ont été ébauchées et mises en œuvre pour y remédier.

30.3 Le troisième contrôle est le fruit de l'exercice de l'action publique d'inconstitutionnalité. En Colombie, depuis le début du 19^{ème} siècle, tout citoyen possède le droit politique de demander le contrôle de constitutionnalité d'une loi promulguée par le Congrès et en vigueur.

En pareille situation, il n'existe aucune limite matérielle, puisque l'action peut être exercée contre n'importe quelle loi sans exclusion de matière. Un exemple de cette hypothèse est le cas des UPAC, forme de financement de logement au moyen de crédits hypothécaires, qui sera développé ultérieurement. Ce type de contrôle est peut-être le plus important et en tout le plus utilisé.

30.4 Néanmoins, au sein de l'ordonnement juridique colombien existe également l'exception d'inconstitutionnalité, mais elle perd de sa force en raison de l'existence de l'action publique d'inconstitutionnalité. Son fondement normatif se trouve dans la Constitution elle-même, qui prévoit - en son article 4^o -, que « *la Constitution est la norme des normes. En cas d'incompatibilité entre la Constitution et la Loi ou une autre norme juridique, les dispositions constitutionnelles s'appliqueront* ».

Même si son importance n'est pas discutée, ses effets, comparés à l'action publique d'inconstitutionnalité, sont moindres, puisqu'elle a seulement des effets *inter partes*⁴⁸.

Concernant l'unification nationale de la jurisprudence issue de l'action de *tutela*, il faut prendre en compte que cette action, véritable innovation et vedette de la Constitution de 1991, suppose le dépôt de plus de 30 000 demandes par mois, dans des domaines comme la santé publique, les droits relatifs aux pensions de vieillesse, et les libertés publiques. C'est une action versatile, car elle s'exerce contre n'importe quelle autorité publique et contre les particuliers qui remplissent des missions publiques ou sont dans une situation de nette supériorité, sans aucune distinction. De même, elle peut être engagée contre des décisions juridictionnelles, en incluant celles proférées par la Cour Suprême de Justice et el Conseil d'Etat. Il convient de préciser que la Cour Constitutionnelle est la corporation qui sur cet aspect chapeaute le système juridique⁴⁹.

⁴⁸Ce concept est développé ci-après dans le texte (cf. paragraphe 32).

⁴⁹Dans l'ordonnement juridique il existe une autre action importante à travers laquelle les juges peuvent participer à l'élaboration des politiques publiques : il s'agit de l'action populaire, qui a été consacrée dans la

Constitution de 1991 à son article 88 et développée par la loi 472 de 1998. Cette action, également constitutionnelle, a pour objet la protection des droits collectifs, parmi lesquels l'environnement sain, la moralité publique, la salubrité publique et le patrimoine collectif. Sur cette action, nous pouvons nous reporter

à l'étude suivante : Henao Pérez, Juan Carlos, "De tal Derecho, tal acción", in *V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Los procesos ante las jurisdicciones constitucionales y de lo contencioso administrativo*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 485-541.

31. Bien qu'en principe, l'action de *tutela* est instituée pour la défense des droits individuels, donc liée à des demandes pour soi-même, qui sont différentes des demandes pour le collectif en ce qui concerne l'appropriation de l'indemnisation, le fait est, que dans le cas de l'*Etat de choses inconstitutionnel*, la protection des droits s'agissant d'une situation généralisée de transgression des droits dépasse largement l'appropriation de l'indemnisation individuelle et devient une compensation collective ou au moins d'un groupe spécifique⁵⁰.

32. Sur le concept d'*Etat de choses inconstitutionnel*, il est important de préciser que la déclaration de la Cour a été prononcée au regard de situations où il y a des atteintes systématiques à la suprématie de la Constitution et des droits fondamentaux des individus, de telle manière qu'il est nécessaire de prendre des mesures pour faire face aux effets *inter partes*, en raison de l'entité et de l'importance des faits de transgression qui requièrent des actions possédant un meilleur spectre. Par conséquent, les injonctions émises concernent un nombre indéterminé de personnes qui sont dans la même situation que celles qui ont introduit l'action de *tutela*, obligeant les personnes ou entités qui détiennent en leurs mains la compétence, de corriger la situation donnée. Cet effet est appelé effet *inter comunis*.

33. Dans sa décision SU-913 de 2009, la Cour Constitutionnelle colombienne a indiqué que la décision juridictionnelle cherche à surmonter un *statu quo* injuste, et aussi à garantir l'application des principes constitutionnels. Dans le même sens, elle a souligné qu'il s'agit d'une tendance dans la défense objective des droits fondamentaux, qui n'échappe pas au domaine des politiques publiques et où le juge constitutionnel n'est pas neutre ou passif. Les facteurs évalués par la Cour pour déterminer la présence d'un *Etat de choses inconstitutionnel*, ont été systématisés de la manière suivante, dans la décision T-025 de 2004 : « (...) (i) la violation massive et généralisée de plusieurs droits constitutionnels qui affecte un nombre significatif de personnes ; (ii) l'omission prolongée de la part des autorités au niveau de l'accomplissement de leurs obligations pour garantir les droits ; (iii) l'adoption de pratiques inconstitutionnelles, comme l'incorporation de l'action de *tutela* comme une étape de la procédure visant à garantir le droit violé ; (iv) l'absence d'adoption de mesures législatives, administratives ou budgétaires nécessaires pour éviter la violation des droits ; (v) l'existence d'un problème social dont la solution implique l'intervention de plusieurs entités, et qui requiert l'adoption d'un ensemble complexe et coordonné d'actions et exige un niveau de ressources qui demande un effort budgétaire supplémentaire important ; [et] (vi) si toutes les personnes affectées par le même problème rejoignent l'action de *tutela* pour obtenir la protection de leurs droits, se produirait un plus grand encombrement juridictionnel ».

34. Pour illustrer la manière avec laquelle la Cour Constitutionnelle a déclaré l'Etat de choses inconstitutionnel et ainsi influencer dans l'élaboration des politiques publiques, vont être présentés quelques exemples représentatifs.

⁵⁰ Sur le concept de « estado de cosas inconstitucional », nous pouvons consulter les décisions SU-559 de 1997, T-069 de 1998, T- 153 de 1998 et T - 025 de 2004.

a. Le cas des prisons

35. En 1998, la Cour Constitutionnelle a eu à connaître de deux actions de *tutela* introduites par des personnes privées de liberté. Dans les deux cas, les demandeurs de la protection indiquaient qu'ils vivaient dans des conditions de promiscuité qui les empêchaient même de disposer de cellules et de cabines pour dormir. De même, des dynamiques de corruption ont été engendrées pour la distribution des biens peu abondants - des espaces pour habiter - entre les personnes privées de la liberté. De plus, ils ne pouvaient pas compter sur la possibilité de recevoir des visites conjugales ou de leurs avocats, puisque même les couloirs des établissements carcéraux se trouvaient remplis des personnes, dont beaucoup d'entre elles étaient non condamnées. Finalement, les demandeurs dénonçaient l'absence de prestation de services publics basiques - comme l'eau potable et les égouts - et les travaux dans les pépinières afin d'augmenter encore plus la densité de personnes par cellule.

La Cour a commencé un diagnostic de la situation, au cours duquel elle a effectué des inspections judiciaires de jour comme de nuit, et a pu constater qu'effectivement les conditions de salubrité dans les prisons étaient déplorables. De même, elle a considéré qu'il était évident que les conditions de promiscuité encourageaient les phénomènes de corruption quant à l'accès aux cellules et que même les sanitaires et les couloirs étaient utilisés par les détenus pour y dormir. Elle a également observé que les rénovations ne parvenaient pas à solutionner les conditions de vie déplorables des détenus, lesquels sont parvenus à construire des tunnels et des cellules pour pouvoir passer la nuit, et qu'au contraire elles les aggravaient. Dans ce sens, la décision T-153 de 1998 précise : *« les inspections ont permis à la commission judiciaire d'aboutir à la conclusion que les conditions de détention dans les deux prisons citées sont absolument inhumaines, indignes d'une personne humaine, quelque soit leur condition personnelle. Les conditions d'hébergement des prisonniers sont un motif de honte pour un Etat qui proclame son respect des droits de la personne et son engagement à l'égard des marginaux. (...) Mais si le problème se réduisait à ces deux établissements, il serait possible de réfléchir à des solutions basées sur des ordres de transfert de prisonniers. Malheureusement, ces deux prisons sont simplement l'illustration d'une situation généralisée (...) »*.

Ce qui précède permet d'être certain de l'absence de pouvoir et du manque d'action des autorités étatiques chargées des établissements pénitentiaires. Non seulement dans les prisons où se trouvent les demandeurs, mais dans tous les établissements carcéraux du pays. Devant cette absence, ce déficit de mise en œuvre, la Cour Constitutionnelle a été amenée à connaître du cas et à gérer une politique publique, puisqu'elle se trouvait face *« (...) à l'inaction des autorités [ce qui] signifiait la violation systématique des droits des prisonniers, durant des décennies, et malgré de nombreuses demandes et critiques émises à l'égard du système pénitentiaire, on ne perçoit aucune politique officielle visant à modifier à la racine la gravissime situation carcérale du pays (...)*. Cette situation correspond pleinement à la définition

de l'Etat de choses inconstitutionnel. Et s'en déduit une violation flagrante d'un éventail de droits fondamentaux des détenus dans les centres pénitentiaires colombiens, comme la dignité, la vie et l'intégrité personnelle, les droits à la famille, à la santé, au travail et à la présomption d'innocence, etc. Durant de nombreuses années, la société et l'Etat se sont croisés les bras devant cette situation, observant avec indifférence la tragédie quotidienne des prisons, alors même qu'elle représentait au jour le jour la transgression de la Constitution et des lois. Les circonstances dans lesquelles s'écoule la vie dans les prisons exigent une solution rapide ».

L'évaluation que la Cour a présentée pour formuler et mettre en œuvre un plan d'action se basait sur une analyse historique de la condition carcérale et pénitentiaire de Colombie. De même, elle a étudié la politique criminelle, éminemment pénitentiaire, existante dans la République.

Confrontée à cette situation, la Cour a mis en évidence *l'Etat de choses inconstitutionnel* en raison de la transgression des droits de la population détenue et de l'inaccomplissement d'obligations juridiques internationales :

« d'un autre côté, la doctrine de la Cour, s'agissant des droits des détenus, répond aux obligations internationales que la Colombie doit assumer du fait de la ratification de traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, traités qui, comme on le sait, font partie du bloc de constitutionnalité et, en conséquence, servent également de paramètre pour examiner la constitutionnalité des lois et des actes administratifs. En effet, la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme - connue également comme le Pacte de San José, et approuvée par le Congrès par la loi 16 de 1972 – comme le Pacte International des Droits Civils et Politiques, approuvé par la loi 74 de 1968, établissent que les détenus ont droit à être traités dignement, conformément à la valeur que leur confère leur qualité de personne, et que l'objet de la peine est la resocialisation (...) ».

Devant cette situation, la Cour a formulé une stratégie pour solutionner la surpopulation carcérale ou, tout au moins, pour la rendre plus acceptable. En effet, elle a adopté plusieurs décisions. En vertu de la première décision et injonction, elle a fait appel à des autorités administratives nationales, départementales et municipales, ainsi que la « Fiscalía General de la Nación », le Conseil Supérieur de la Magistrature, la chambre criminelle de la Cour Suprême de Justice, et d'autre part au pouvoir législatif en ce qui concerne *l'Etat de choses inconstitutionnel*, afin de pouvoir résoudre le problème. Une décision qui confirme ce qui a été dit précédemment sur le flux d'informations entre les organes de l'Etat au moment de diagnostiquer les situations socialement pertinentes pour élaborer les politiques publiques.

La deuxième injonction, visant spécifiquement l'Institut National Pénitentiaire et Carcéral (INPEC), le Ministère de la Justice et du Droit, et le Département National d'Aménagement (DNP), a consisté à l'élaboration d'un programme de construction et de réhabilitation carcérale afin d'améliorer les conditions de vie dans les prisons, dont le suivi sera assuré par le Défenseur du Peuple, (équivalent du Médiateur de la République en France et protecteur du citoyen)

et par la « Procuraduria ». Ce programme devait se réaliser dans un délai maximum de quatre ans après l'exécution de la décision.

La troisième injonction, à l'adresse de l'INPEC et du Ministère de la Justice, a exigé l'arrêt immédiat des travaux réalisés dans la prison nationale Modelo, puisque ceux-ci n'amélioreraient pas la situation de surpopulation des détenus. Elle a également ordonné de transférer et de séparer les personnes non condamnées et les condamnés, également dans un délai de quatre ans à compter de l'exécution. Enfin, face à la carence des juges chargés de l'exécution des peines et des mesures de sécurité, lesquels, sans jamais se rendre dans les établissements pénitentiaires, n'accordaient jamais la liberté conditionnelle, l'ordre a été donné à la Chambre Juridictionnelle Disciplinaire du Conseil supérieur du pouvoir judiciaire, d'engager une enquête et les recherches correspondantes.

36. La décision T-847 de 2000 est un autre exemple des politiques publiques ordonnées par la Cour, étroitement liée aux développements précédents. Dans ce cas, a également été analysée la surpopulation intéressant les personnes privées de liberté, non pas dans des établissements pénitentiaires mais dans des centres de détention, où les personnes ne peuvent résider que temporairement, actuellement, jusqu'à 36 heures.

Il arrivait que dans ces centres, les conditions étaient encore pires que celles des prisons mentionnées précédemment, puisque se mélangeaient des personnes non condamnées, des condamnés et des détenus préventifs. Par conséquent, les bâtiments étaient utilisés sans les conditions nécessaires pour que les personnes, qui y séjournaient pour plus de 36 heures, puissent faire de l'exercice, passer la nuit, recevoir des soins médicaux et même sortir prendre l'air. Si dans les prisons les conditions de vie violaient la dignité humaine des détenus, dans le cas présent « (...) *on ajoute qu'il n'y a pas de cour où sortir faire de l'exercice et recevoir un peu de la lumière du soleil, qu'il n'y a aucun lieu approprié pour recevoir la visite du conjoint, de la famille et des amis, ou pour s'entretenir avec l'avocat, qu'il n'existe aucune pièce pour recevoir des soins, et l'infrastructure liée à la toilette et aux repas n'est pas organisée pour faire face à un long séjour, il n'existe aucune possibilité de travailler ou d'étudier, et en conséquence, les personnes non condamnées et condamnées qui se trouvent dans les salles surpeuplées de détenus, sont conscients que cette situation précaire peut se détériorer, et ils revendiquent une amélioration des conditions inhumaines et dégradantes des prisons, par l'intermédiaire du Médiateur, tout comme trente-cinq (35) autres détenus impliqués dans cette procédure* ». Nous sommes de nouveau face à une carence certaine du pouvoir, à une crise de gouvernance et à un manque de mise en œuvre pour pouvoir obtenir, en tous domaines, le respect des droits de l'homme.

Face à cette situation, la Cour a constaté que plusieurs organes de l'Etat étaient responsables de la défaillance du service. D'une part, l'INPEC assure parmi ses fonctions l'administration des prisons et des établissements pénitentiaires, en vertu de laquelle celui-ci a transféré des personnes non

condamnées et des condamnés dans des centres de détention, alors que ces derniers ne peuvent accueillir que des personnes privées temporairement de liberté, manquant ainsi à ses devoirs. De même, la Police nationale, le CTI, la DIJIN et le DAS, permettaient que les personnes non condamnées et les condamnés demeurent dans des lieux non appropriés à leur situation. Pareille situation était en plus contraire à l'article 121 de la Constitution, qui contient le principe de tout Etat de droit, dans lequel le domaine d'intervention des pouvoirs constitués est déterminé par certaines compétences fixées par les lois ou la Constitution.

Après avoir déterminé la situation problématique à résoudre par une politique publique, la Cour a ordonné - en premier lieu - au Ministère de la Justice et du Droit, ainsi qu'à l'INPEC, de transférer les personnes non condamnées et les condamnés qui se trouvaient dans les commissariats de police de Bogotá, au DAS, à la DIJIN, à la SINJIN et au CTI, dans un délai maximum de dix jours. En second lieu, elle a décidé, également, de prévenir tous ces organismes afin que ceux-ci ne commettent pas de nouveau les mêmes actes, à l'origine de l'action de *tutela*. Enfin, elle a informé la Procuraduría afin qu'elle engage les enquêtes nécessaires.

Néanmoins, ce cas oblige à être critique à l'égard de l'évaluation réalisée par la Cour, tant au niveau des conséquences de la politique publique engagée avec la décision T-153 de 1998, qu'à celui des résultats de cette dernière décision. La première décision a évidemment généré un nouveau problème - chose normale dans les politiques publiques - qui devait être résolu. La surpopulation dans les établissements carcéraux et pénitentiaires et la prétendue solution, ont provoqué le transfert des personnes non condamnées et des condamnés dans les centres de détention. Même si la Cour le signale, elle ne se prononce pas sur la question: « *Il n'aura pas échappé à la Chambre qu'il peut exister un lien entre la surpopulation que présentent les établissements pénitentiaires du pays, et le fait que le Médiateur/Défenseur du Peuple en a informé les commissariats de police et d'autres organismes qui disposent de salles de détenus dans le District de la capitale ; mais le lien qui peut exister entre ces deux situations ne dispense pas le juge de tutela de son obligation de traiter les faits signalés par le Médiateur/Défenseur du Peuple dans sa demande de protection des droits, puisque c'est précisément la situation des personnes au nom desquelles a été intentée cette action, qui doit servir de base à une décision sur le fond* ». Par la suite, elle s'est limitée à ordonner ce qui a été antérieurement mentionné, mais elle n'a établi aucun lien entre ces faits et ce qui a été exigé dans la décision T- 153 de 1998. Par conséquent, elle a ignoré des éléments importants des politiques publiques comme l'évaluation et l'échange d'informations.

37. Cela dit, la situation de surpopulation dans les prisons colombiennes n'a toujours pas été solutionnée. Mais, lorsque la Cour a eu à se prononcer à ce sujet et à gérer une politique publique, cette situation a été plus visible. Ainsi, pendant les années suivantes, des efforts budgétaires ont été effectués pour améliorer et construire de nouveaux établissements pénitentiaires et carcéraux. A titre d'illustration, le rapport de gestion de 2007 de l'INPEC indique que

dix-sept mille quatre cent cinquante-trois millions cent dix mille pesos (\$ 17.453.110.000) ont été destinés à l'entretien, l'amélioration et la conservation des bâtiments. Montant important, si l'on considère que pendant cette année ont été investis vingt-et-un mille soixante-et-onze millions quatre cent mille pesos pour des investissements (\$ 21.071.400.000). Cela équivaut, approximativement, à 10.535.700 dollars américains dont 8.726.555 dollars ont été destinés à l'infrastructure^{51 52}.

De même, le rapport de gestion pour 2008 de la même entité signale que douze mille millions de pesos (\$12.000.000.000) ont été engagés pour l'entretien, la conservation et l'amélioration des bâtiments, sur un total de quinze mille neuf cent vingt-neuf millions deux cent mille pesos (\$ 15.929.200.000) d'investissements. Ce qui équivaut, approximativement à 6.000.000 de dollars américains par rapport à 7.964.600 dollars pour les infrastructures⁵³.

b. Le cas des déplacés par la violence

38. La décision T-025 de 2004 est un second exemple d'intervention de la Cour Constitutionnelle colombienne en matière de politiques publiques. Dans cette hypothèse, les demandeurs ont agi contre plusieurs entités étatiques - parmi elles, le Réseau de Solidarité Sociale (aujourd'hui Action Sociale), la Présidence de la République, le Ministère de la Protection Sociale et le ministère de l'Agriculture -, considérant que ces institutions n'avaient pas rempli leur obligation en matière de logement, d'accès à des projets productifs, de santé, d'éducation et d'aide humanitaire à la population victime du déplacement forcé.

La Cour a constaté que dans plusieurs décisions le sujet avait été abordé et diagnostiqué, sans être solutionné, en raison notamment, de l'absence d'engagement de fonds du budget national afin de surmonter la situation. De même, elle a mis en évidence que malgré le fait que la politique publique relative à la population déplacée trouvait une base normative avec la loi 387 de 1997, ses résultats n'ont pas permis de contrecarrer la situation de violation des droits fondamentaux de la majeure partie de la population victime de cette détresse. Devant ce déficit de mise en œuvre, de caractère généralisé, elle a déclaré *l'Etat de choses inconstitutionnel*.

Pour la Cour, une solution qui devait être adoptée était d'affecter le budget nécessaire pour une réparation totale et pour l'exercice des droits transgressés. C'est notamment pourquoi, la Constitution prévoit en son article 350 la priorité de la dépense publique sociale. Ainsi, le juge constitutionnel a ordonné plusieurs mesures visant à surmonter l'insuffisance des moyens, comme les erreurs au niveau de la capacité institutionnelle pour offrir une

⁵¹Nous considérons qu'un dollar équivaut approximativement à deux mille pesos colombiens.

⁵² Instituto Nacional Penitenciario INPEC, *Informe de Gestión 2007*, visible en http://www.inpec.gov.co/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=1252103.PDF (15/01/2010)

⁵³ Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, *Informe de Gestión 2008*, visible en http://www.inpec.gov.co/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=1350171.PDF (15/01/2010)

réponse à la situation problématique du déplacement. Cependant, étant donné qu'est exclu de sa compétence la possibilité d'établir le budget de la Nation, la solution devait respecter le principe de séparation des pouvoirs et enjoindre aux organes compétents de s'acquitter de leur tâche.

Conformément à ce qui précède, elle a considéré que le *Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia* devait préciser la situation de cette population et établir l'ampleur de l'effort budgétaire nécessaire pour appliquer la politique publique, en définissant le pourcentage pour les différentes entités territoriales, comme la Nation. Elle a, dans un deuxième temps, ordonné à plusieurs institutions - parmi elles, les Ministères des Finances et du Crédit Public, de l'Intérieur et de la Justice, le Département National de Programmation et le Conseil en charge des populations déplacées, précédemment mentionné -, la réalisation des efforts nécessaires pour assurer la réalisation de l'objectif budgétaire. Au cas où cela ne serait pas possible, elle a indiqué que les priorités devront être redéfinies.

Dès lors, et comme l'*Etat de choses inconstitutionnel* n'a toujours pas été surpassé, la Cour a effectué un suivi du développement de la politique publique relative à la population déplacée. Pendant ce temps, des décisions provisoires révisant l'accomplissement et le développement de cette politique ont été prononcées par la Cour Constitutionnelle. En 2008, a été adopté - par exemple - la décision provisoire 251, qui ordonne à l'Action Sociale, au Ministère de l'Intérieur, à l'Institut Colombien du Bien-être Familial - parmi d'autres institutions - la création et la mise en œuvre de 12 plans pilotes à destination des enfants et adolescents en situation de déplacement forcé, lesquels devaient inclure comme minimum trois éléments relatifs à l'alimentation, la santé et la protection⁵⁴. De la même manière, ils devaient élaborer des mécanismes de prévention du recrutement de mineurs dans le département de Putumayo et un projet pilote de prévention des effets des mines anti-personnelles et des munitions qui n'ont pas encore explosées. Un autre exemple est la décision provisoire 05 de 2009, qui ordonne à l'Action Sociale l'élaboration d'une stratégie pour garantir à la population afro-colombienne la remise des aides humanitaires d'urgence. De même, cette décision a prévu que serait tracé un plan complet de prévention, protection et de soins au bénéfice de ces communautés et avec leur participation.

Parmi les éléments qu'il convient de mettre en exergue, figure le niveau des prévues par l'année budgétaire en vigueur du 1^{er} janvier au 31 décembre 2009, par la loi 1260 de 2008. Parmi les plus de cent quarante billions de pesos (\$ 140.000.000.000.000) engagés pour des frais de fonctionnement, d'investissement et de service de la dette publique⁵⁵, a été octroyé à l'Action Sociale, au titre de l'investissement, un total de 2.026.218.882.086 pesos⁵⁶. Somme qui correspond en dollars américains à peu près mille treize millions

⁵⁴ Plans qui ont été développés à Cartagena, Arauca, Sincelejo, Quibdo, Tumaco, Buenaventura, Bucaramanga, Bogotá, Medellín, Policarpa, Florencia et San José del Guaviare.

⁵⁵ Le montant exact prévu par le Budget Général de la Nation a été de cent quarante milliards quatre cent quatre-vingt-quatorze mille six cent quarante-six million cinq cent seize mille quatre cent soixante-six pesos (\$ 140 494 646 516 466).

⁵⁶ Section 0210 de la loi 1260 de 2008.

(US\$ 1.013.109.441), sur un total de soixante dix mille millions de dollars (US\$70.000.000.000). Ce qui équivaut, approximativement, à 1,42% du budget national. Dans un avenir proche, la Cour doit analyser si ces moyens sont suffisants, au regard du nombre de personnes victimes de ce drame, qui selon les sources du Gouvernement, dépasse les 2 064 000 personnes, alors que l'office pour les Droits Humains et le Déplacement (COHDES) indique qu'il dépasse les 4 millions de personnes⁵⁷; et ce, dans un pays avec une population de 45 millions d'habitants⁵⁸. Dès lors, en supposant que le chiffre de 4 millions soit correct, à peu près 10 % des personnes en Colombie seraient victimes du délit mentionné.

c. Le cas de l'UPAC

39. Durant le gouvernement de Misael Pastrana Borrero (1970-1974), pour stimuler l'accès au logement comme le secteur de la construction – en considérant que ce dernier contribuait à la croissance de l'économie-, a été créée l'UPAC (Unité de Pouvoir d'achat Constant) par les décrets 677 et 1229 de 1972; dont la raison d'être consistait à permettre la capitalisation du composant inflationniste des taux d'intérêt au moyen de la correction monétaire⁵⁹.

Les principaux capteurs de dépôts pour les crédits à long terme, pour financer le logement, seraient les CAV (Corporation d'Épargne et de Logement). Pour les rendre viables, ont été créés les FAVI (Fonds d'Épargne et de Logement), une facilité par laquelle la Banque de la République, pour protéger les CAV des fluctuations du marché, leur permettait d'avoir accès aux liquidités engendrées par cette entité, comme de consigner ses excédents de captation en recevant une rémunération équivalente à la correction monétaire⁶⁰.

Durant de nombreuses années s'endetter pour acquérir un logement au moyen des UPAC a été un bon système, puisque les prix des biens immobiliers augmentaient alors que les débits restaient relativement stables. Cependant, après l'adoption de la nouvelle Constitution, qui a consacré la prohibition des monopoles, à l'exception des monopoles de l'Etat (article 336 de la Constitution) et la démocratisation du crédit (article 335 de la Constitution); ainsi que l'élimination de la majorité des barrières aux flux de capital par l'ouverture économique, les choses ont changé. Après la loi 31 de 1992, il a été permis à la Banque de la République de faire varier la forme de liquidation de l'UPAC avec comme base la DTF, un taux d'intérêt à court terme et à haut risque. Alors, survivant à la crise économique de 1998, les capitaux à court terme sont sortis du pays, les taux d'intérêt ont été relevés - en partie pour défendre le peso colombien -, et les prix de l'immobilier ont augmentés⁶¹. Plus

⁵⁷ “Población desplazada en Colombia alcanza los 4,3 millones de personas”, en *El Espectador*, visible sur <http://www.elespectador.com/articulo138808-poblacion-desplazada-colombia-alcanza-los-43-millones-de-personas> (15/01/2010)

⁵⁸ Departamento Administrativo Nacional de Encuesta DANE, *Población Colombiana Ahora*, visible sur http://www.dane.gov.co/reloj/reloj_animado.php (15/01/2010)

⁵⁹ Pérez Salazar Mauricio, *Economía y fallos constitucionales. La experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991*, op. cit. p. 834.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid. p. 837.

de 840 000 familles de débiteurs hypothécaires ont été affectées, parmi lesquelles 30 000 étaient bénéficiaires de logements sociaux⁶².

La Cour Constitutionnelle s'est prononcée sur ce thème dans la décision C-383 de 1999, par laquelle elle a déclaré partiellement inconstitutionnel le "f" de l'article 16 de la loi 31 de 1992. Un des arguments a été la rupture de l'équilibre contractuel existant entre les débiteurs hypothécaires et le système bancaire. Cela, parce que le « f » en permettant l'actualisation des valeurs de la dette au moyen du facteur de variation du taux d'intérêt dans l'économie, non seulement le pouvoir d'achat de la monnaie se conservait, mais un excédent était engendré entre ce qui était dû initialement et ce qui se payait effectivement. En prenant en compte, de plus, que le réajustement périodique des revenus des travailleurs ne se réalisait pas conformément à la variation du taux d'intérêt dans l'économie, mais selon d'autres critères. Grâce à cette décision, la liquidation des crédits UPAC de forme rétrospective a été ordonnée et a été permis aussi de réclamer les sommes versées en plus. Par la suite, est intervenue la sentence C-700 de 1999 qui a déclaré inconstitutionnels dans leur totalité les articles du décret 663 de 1993 (Statut Organique du Système Financier) qui structuraient le système UPAC. Devant les possibles problèmes économiques que la décision susciterait, elle a différé ses effets au 20 juin 2000, sans préjudice de l'application immédiate de la décision C-383 de 1999. En raison de ces décisions, la loi 546 de 1999 a été promulguée, loi contre laquelle des actions d'inconstitutionnalité se sont élevées ce qui a donné lieu à la décision C-955 de 2000. Dans cette décision des précisions importantes ont été effectuées s'agissant des crédits immobiliers qui ont été adoptés comme des paramètres de régulation du marché, entre autres, il a été établi que le taux d'intérêt rémunérateur n'inclurait pas la valeur de l'inflation et qu'il serait toujours inférieur au taux réel qui serait appliqué dans d'autres opérations de crédit de l'activité financière. De la même façon, il a été établi qu'il devait y avoir une valeur maximale du taux, qui devait être déterminée par la direction de la Banque de la République et qui devait s'appliquer aux nouveaux crédits comme à ceux déjà existants. A également été interdite l'approbation de plans d'amortissement en matière de financement immobilier en vertu de laquelle les mensualités correspondaient seulement aux intérêts, en devant toujours amortir le capital pour diminuer le solde de la dette.

d. Cas de Santé publique

40. Pendant plusieurs années à partir de la promulgation de la Constitution de 1991, plusieurs actions de *tutela* ont été introduites alléguant la transgression du droit fondamental à la Santé par les entreprises prestataires de santé tant s'agissant du régime général que du régime subventionné (EPS)⁶³. La Cour

⁶² ANUPAC, *Preguntas sobre el cambio en el sistema de corrección monetaria*, visible en <http://anupac.org/preguntas.htm> (15/01/10).

⁶³ La loi 100 de 1993 établit à son article 157 les modalités selon lesquelles les colombiens participent au Système général de sécurité sociale de santé. Le premier se constitue par les salariés ayant une capacité de paiement, alors que le second concerne les personnes qui sont dans l'incapacité d'assumer le montant total de la cotisation. Selon l'article 177 de la loi précitée, les EPS sont les entités responsables de l'affiliation et du registre des affiliés, ainsi que du recouvrement des cotisations. En conséquence, ils doivent organiser et garantir la prestation des plans de santé.

Constitutionnelle s'est prononcée à ce sujet dans une pluralité de décisions, ce qui lui a permis d'effectuer un suivi de la politique publique relative à ce thème. En 2008, face à l'augmentation des cas en étude, elle a prononcé la décision T-760, par laquelle elle a constaté l'absence de décisions et le défaut consécutif d'adoption de plusieurs mesures visant à surmonter la crise de la santé de la part des autorités publiques chargées de le faire. Ainsi, en ce qui concerne les plans de bénéficiaires affiliés et leurs ayants-droit, qui en Colombie étaient au nombre de deux - le Plan Obligatoire de Santé (POS) et le Plan Obligatoire de Santé Subventionné (POSS) – elle a observé qu'il n'y avait pas d'égalité au niveau des services offerts par chacun, avec la violation consécutive du droit à l'égalité. De même, les personnes qui contribuaient au système de santé, bénéficiaires du POS, recevaient une meilleure attention que ceux affiliés au régime subventionné – bénéficiaires du POSS-. De la même manière, elle a mis en évidence l'existence de problèmes et de doutes relatifs au fait de savoir quels services étaient effectivement inclus dans le POS. Devant ces situations, la Cour, au moyen d'une décision programmatique - puisqu'elle devait s'accomplir dans des délais progressifs - a ordonné que soit précisé le contenu des plans, qui s'actualiseraient et réduiraient les doutes sur ce qu'ils incluaient, a indiqué qu'elle s'informerait sur les déficiences dans la fourniture de différents services, ainsi que sur la manière dont les EPS avaient violé le droit à la santé de nombreuses personnes. Une décision importante (qui souligne le caractère de programme de la décision) a été la disposition à partir de laquelle un programme et un chronogramme ont été élaborés pour unifier le POS, tant pour s'agissant des personnes mineures – et cela de manière prioritaire – que du reste de la population colombienne.

En ce qui concerne le flux de ressources pour financer le système, en raison des querelles existantes entre les EPS et l'Etat en ce qui concerne les recouvrements des services exclus du POS, la Cour a indiqué qu'un plan de contingence devait être élaboré pour annuler les recouvrements en retard et créer un système qui permettrait l'efficacité du système. De la même façon, elle a établi l'obligation d'assurer le flux des ressources pour le Système Général de Sécurité Social pour le futur.

Pour effectuer le suivi de la politique formulée au sujet du POS, elle a ordonné l'envoi, avant le 1^{er} février 2009, des plans adoptés, qui devaient être communiqués aux différents EPS du pays. Chacun de ces plans devait comprendre des chronogrammes, des objectifs quantifiables, des mécanismes de suivi de la progression et la justification des possibles régressions ou stagnations dans le développement de la politique. En ce qui concerne le financement du système, elle a indiqué qu'un plan devrait être présenté avant le 15 novembre 2008, plan qui prévoirait, à son tour, des objectifs spécifiques, des chronogrammes de ces derniers, et les actions réalisées pour sa réalisation exacte.

Les effets de cette décision n'ont pas encore été pleinement démontrés, en fait, dans les derniers jours le Gouvernement a déclaré le régime de l'Etat d'exception pour - selon lui – réussir à rassembler les fonds destinés au

paiement des obligations économiques de l'Etat à l'égard des EPS et à assurer la viabilité du système⁶⁴.

e. Autres exemples

41. En dehors de ces exemples, il est pertinent également d'en inclure d'autres, qui sont issus des décisions que la Cour Constitutionnelle a prononcé avant l'introduction des actions publiques en inconstitutionnalité et qui ont produit des effets importants, non seulement économiques mais également sociaux⁶⁵.

Ainsi, pour en mentionner un, la Cour, par la décision C-1433 de 2000, a déclaré inconstitutionnelle une partie du budget national, pour ne pas avoir prévu suffisamment de recettes afin d'augmenter tous les salaires des fonctionnaires, au moins dans un pourcentage équivalent au taux d'inflation de l'année précédente. Ce qui s'est réalisé grâce à l'intervention du juge constitutionnel au niveau de la politique salariale.

Toutefois, l'intervention de la Cour ne se produit pas uniquement lorsqu'elle déclare une loi inconstitutionnelle, puisque le contraire peut arriver et influencer les politiques publiques. Un exemple de cette situation est la politique de promotion d'égalité des sexes. Dans ce sens, en 2000, la Cour constitutionnelle colombienne, a prononcé la décision C-371, où elle a considéré conforme à la Constitution la loi qui établissait la participation obligatoire de la femme à - au moins - 30% des décisions du pouvoir exécutif.

Conclusions

42. Il est incontestable que la Cour Constitutionnelle est un acteur des politiques publiques, immédiatement - après l'exercice d'actions juridictionnelles - elle met en évidence des situations socialement pertinentes, formule de possibles solutions, ordonne leur mise en œuvre et effectue des évaluations de tout le processus. C'est ce qui a été souligné dans de plusieurs domaines. Par exemple, elle a fait des incursions en matière de politique carcérale, de déplacement forcé, de logement, de santé, de promotion d'égalité des sexes, et de régulation salariale

Dans la première, sa participation, en plus d'enrichir le débat relatif à la situation des droits de l'homme subie par la population emprisonnée, s'est traduite par des dotations budgétaires ainsi que par l'engagement de dépenses pour améliorer l'infrastructure pénitentiaire et carcérale du pays. Dans le cas du déplacement forcé, ses décisions ont affecté le montant des fonds à prélever

⁶⁴ "Emergencia Social busca sostenibilidad del servicio de salud" en *El Espectador.com*, visible en <http://www.elespectador.com/articulo182770-emergencia-social-busca-sostenibilidad-del-servicio-de-salud> (19/01/2010).

⁶⁵ L'action publique d'inconstitutionnalité, consacrée à l'article 40 de la Constitution de 1991, est des mécanismes de participation au moyen duquel n'importe quel citoyen peut exercer un contrôle des pouvoirs publics. Il revient à la Cour Constitutionnelle, conformément à l'article 241 de la Constitution, de juger ces actions. S'agissant de ces normes juridiques celles qui ont force de loi ou qui ont révisé la Constitution -, nous pouvons considérer qu'il s'agit d'un contrôle abstrait sur l'ordonnement juridique, par lequel est recherché la sauvegarde d'une concordance et d'une cohérence avec la Constitution.

dans le budget général de la Nation pour surmonter *l'Etat de choses inconstitutionnel*, ainsi que l'élaboration de plans de prévention comme de réparation aux victimes. Quant au logement, la politique publique générée par la Cour, qui a abouti à une régulation évidente du marché en la matière après la crise économique de 1998 qui a conduit à un effondrement des prix de l'immobilier, a impliqué une limitation des taux d'intérêts, a déterminé l'obligation de la Banque de la République de fixer des zones tampons, a exclu des offres en matière de plans d'amortissement des dettes qui ne prévoiraient pas un paiement en capital et a permis la nouvelle liquidation des crédits pour l'affectation à l'équilibre contractuel entre les débiteurs hypothécaires et le système bancaire.

En ce qui concerne la santé, elle a ordonné la comparaison/égalisation des plans proposés par le régime subventionné comme par le régime général, elle a décidé une surveillance des EPS et a exigé l'élaboration de mécanismes pour assurer la viabilité financière du système. En matière salariale, elle a prévu que la rémunération des fonctionnaires sera indexée sur l'inflation, de sorte qu'ils ne perdront pas de pouvoir d'achat. Et finalement, les politiques de promotion d'égalité des sexes visant à développer les actions positives en faveur des femmes qui désireraient travailler au service de l'Etat seront soutenues.

Dans les hypothèses analysées, à l'exception de la dernière, la Cour Constitutionnelle colombienne a agi face à la présence d'un certain vide de pouvoir, un déficit de mise en œuvre et de gouvernance des autorités appelées en premier lieu à intervenir. De même, dans tous les cas, il s'agissait d'une transgression massive des droits des personnes qui aboutissaient à une méconnaissance systématique de la Constitution. Dès lors, avant d'être une ingérence induite de la Cour dans des domaines de compétences d'autres pouvoirs, il s'agissait d'une réaction d'une institution suite à des actions de différents citoyens, confrontés à la violation de leurs droits et qui n'avaient pas obtenu une solution de la part des institutions ayant l'obligation juridique d'agir. Finalement, il existe seulement un Etat Constitutionnel où sont accomplies les règles fixées dans la Charte Fondamentale.

Malgré tout, il est pertinent de réitérer que l'intervention de la Cour dans les politiques publiques doit être mesurée. Ainsi, le premier à respecter ses compétences est le juge constitutionnel, en obéissant au principe de séparation des pouvoirs - entendu comme une collaboration harmonieuse - et en ne dépassant pas les limites. De fait, dans les cas de prévisions budgétaires, ce principe a été respecté dans les décisions traitées comme exemple. Concernant la régulation du marché immobilier, il ne faut pas oublier qu'elle s'est produite lors d'une crise financière qui a affectée des milliers de familles de débiteurs hypothécaires, qui se sont trouvées dépourvues de protection suite aux variations autorisées permises par la Banque de la République et le Congrès, en vertu de la Loi 31 de 1992. Ainsi, il faut s'interroger sur le point de savoir s'il y a eu un abus.

Dans le même sens, le juge a l'obligation de se prononcer en droit, ensuite son intervention dans les politiques publiques doit toujours prendre en compte ce principe et rendre évident leur insertion à l'intérieur de l'ordonnement juridique. Dans tous les cas analysés, elle a respecté ce principe.

Bibliographie

- Becker Gustavo, “El papel de la Justicia constitucional en el sistema político, El Caso Paraguay”, en *Jurisdicción Constitucional de Colombia, la Corte Constitucional 1992 - 2000, Realidades y Perspectivas*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Konrad Adenauer Stiftung, 2001.
- Cepeda Espinosa Manuel José, “La Ubicación de la Corte Constitucional en el sistema político”, en *Jurisdicción Constitucional de Colombia, la Corte Constitucional 1992 – 2000, Realidades y Perspectivas*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Konrad Adenauer Stiftung, 2001.
- Fals Borda Orlando, *Ciencia Propia y Colonialismo Intelectual*, Colombia, Oveja Negra, colección La Cultura al Pueblo, segunda edición, 1971.
- Ferrajoli Luigi, Prólogo de Abramovich Victor y Courtis Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Editorial Trotta S.A. Madrid, 2002.
- Henoa Pérez Juan Carlos, “De tal Derecho, tal acción”, en *V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Los procesos ante las jurisdicciones constitucionales y de lo contencioso administrativo*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Hinestrosa Fernando, *Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Naranjo Mesa Vladimiro, “El papel de los tribunales constitucionales en el sistema político”, en *Jurisdicción Constitucional de Colombia, la Corte Constitucional 1992-2000, Realidades y Perspectivas*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Konrad Adenauer Stiftung, 2001.
- Pérez Murcia Luis Eduardo, “Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas” en *Los derechos sociales en serio : Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, DeJusticia, IDEP, Ediciones Antropos, Bogotá, 2007.
- Pérez Salazar, Mauricio, “Economía y fallos constitucionales, La experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991”, en Cepeda Espinoza, et al, *Teoría Constitucional y Políticas Públicas, Bases*

- críticas para un discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Roth Deubel André-Noël, *Políticas Públicas, Formulación, implementación y evaluación, Cómo elaborar las políticas públicas, Quién decide, Cómo realizarlas, Quién gana o Pierde*, Colombia, Ediciones Aurora, primera reimpresión 2003, primera edición 2002.
- Roth Deubel André-Noël, “Discurso sin compromiso : La política pública de derechos humanos en Colombia”, Ediciones Aurora, Bogotá, 2006.
- Sierra Cadena Grenfieth de Jesús, *El Juez Constitucional : Un actor Regulador de las Políticas Públicas, El Caso de la Descentralización en Colombia*, Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Colección Textos de Jurisprudencia, Serie maestría, 2009.
- Uprimmy Yepes Rodrigo y Rodríguez Villabona Andrés, *Interpretación judicial : módulo de autoformación, (2ª edición)*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, 2006. en prensa.
- Fuentes de Internet*
- ANUPAC, *Preguntas sobre el cambio en el sistema de corrección monetaria*, visible en <http://anupac.org/preguntas.htm> (15/01/10).
- Departamento Administrativo Nacional de Encuesta DANE, *Población Colombiana Ahora*, visible en http://www.dane.gov.co/reloj/reloj_animado.php (15/01/2010).
- Instituto Nacional Penitenciario INPEC, *Informe de Gestión 2007*, visible en http://www.inpec.gov.co/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show ? _docname=1252103.PDF (15/01/2010).
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, *Informe de Gestión 2008*, visible en http://www.inpec.gov.co/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show ? _docname=1350171.PDF (15/01/2010).
- “Población desplazada en Colombia alcanza los 4,3 millones de personas”, en *El espectador*, visible en <http://www.elespectador.com/articulo138808-poblacion-desplazada-colombia-alcanza-los-43-millones-de-personas> (15/01/2010).
- “Presentan a la mina de oro La Colosa como dinamizadora de la economía”, en *El Espectador*, <http://www.elespectador.com/articulo158666-presentan-mina-de-oro-colosa-dinamizadora-de-economia>, (2/12/2009).

Sentencias Consultadas

- Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-153 de 1998, magistrado ponente : Eduardo Cifuentes Muñoz ; actores : Manuel José Duque Arcila, Jhon Jairo Hernández y otros.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C-383 de 1999, magistrado ponente : Alfredo Beltrán Sierra ; actor : Andrés Quintero Rubiano.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C- 700 de 1999, magistrado ponente : José Gregorio Hernández Galindo ; actor : Humberto de Jesús Longas Londoño.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C-955 de 2000, magistrado ponente : José Gregorio Hernández Galindo ; actores : Alejandro Baquero Nariño y Humberto de Jesús Longas Londoño.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-025 de 2004 ; actores : Abel Antonio Jaramillo y otros.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, 7 de noviembre de 2002, ponente: Hernández Enríquez, actor : Hernando Lee Cifuentes, exp. AP-700.
- Cour Suprême des Etats-Unis, Affaire *Lawrence c/ Texas*, 1235.ct.2472 (2003).

لائحة المراجع

المراجع باللغة العربية

الكتب

- أمينة المسعودي، "القانون الدستوري" الطبعة الثانية منقحة ومحيطة السنة الجامعية 2012-2013

- صلاح بشري، "القانون الدستوري والمؤسسات السياسية النظرية" مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2014

- ترجمة محمد وطفة، المجلس الدستوري هنريروسيون : المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع الطبعة الأولى 2001

- بوشعيب أو عبي، "النظرية العامة - القانون الدستوري"، طبعة ثانية 2012

- محمد الرضواني، "مفاهيم أساسية في القانون العام"، الطبعة الرابعة، مطبعة المعارف الجديدة الرباط أكتوبر 2013.

الرسائل الجامعية :

- أنوار عشيبية : "دور القضاء الدستوري المغربي في حماية الحقوق والحريات" رسالة لنيل شهادة الماستر في العدالة الجنائية والعلوم الجنائية - جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية فاس - الموسم الجامعي 2013-2014.

- سارة العروبي : "القضاء الدستوري وحماية حقوق الإنسان - دراسة مقارنة" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام المعمق - جامعة عبد المالك السعدي - كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية طنجة، الموسم الجامعي 2007-2008.

المقالات :

- عبد الحق بلقفيه: "تجربة القضاء الدستوري بالمغرب" دراسة تحليلية نقدية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 116 ماي - يونيو 2014

- أحمدغزال: "قراءة حول اختصاصات المحكمة الدستورية" وفقا للقانون التنظيمي رقم 066-13. المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية: يوليو - أكتوبر 2014، عدد 117-118.

عثمان الزياني: "المواطن والعدالة الدستورية" حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل الفصل 133 من دستور 2011. سلسلة المعارف القانونية والقضائية " المحكمة الدستورية بالمغرب نحو رؤية استشرافية" الإصدار الواحد والعشرون - دار نشر المعرفة - الطبعة الأولى 2014

- عبد الرحيم منار اسليمي "القاضي الدستوري المغربي ومناهج التأويل في المراقبة الدستورية"، سلسلة إصلاح القانون والتنمية السوسيواقتصادية دراسات مهداة للأستاذ محمد جلال السعيد - الجزء الأول - الطبعة الثانية 2010.

- نجيب جيري: "تطبيقات القضاء الدستوري المقارن وضمانات احترام مبدأ سمو الدستور" أي نموذج مغربي على ضوء التجارب المقارنة (نحو رؤية استشرافية).

- أنطوان مسرة: "المواطن والعدالة الدستورية" - المجالس الدستورية: المجلس الدستوري اللبناني - الكتاب السنوي 2012، المجلد 6. النص مقتطف وهو تعريب لمداخلة باللغة الفرنسية في المؤتمر السادس لجمعية المحاكم والمجالس الدستورية التي تتشارك في استعمال الفرنسية مراكش 4-6/7/2012.

- عادلة الوردية: "الحماية القانونية والقضائية لحرية تأسيس الجمعيات بالمغرب على ضوء المقترضات الدستورية الجديدة"، المجلة المغربية للسياسات العمومية - سلسلة دفاتر حقوق الإنسان -1- دستور حقوق الإنسان (قراءات وأبحاث).

- صالح النشاط: "الحق في التنمية، والحق في محاربة الفساد من خلال دستور 2011" المجلة المغربية للسياسات العمومية - سلسلة دفاتر حقوق الإنسان -1- دستور حقوق الإنسان (قراءات وأبحاث).

- حسن طارق: "المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية"، يوليو - أكتوبر، عدد 117-118، 2014

- حسن طارق: المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية (سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية) "السياسات العمومية في الدستور المغربي الجديد" "عدد 2012/92"

- حسن طارق: المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية (سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية) عدد الربيع العربي والدستورانية قراءة في تجارب: المغرب، تونس ومصر "2014/105"

- عبدالرحيم المنار اسليمي: المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية (سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية) "مناهج عمل القاضي الدستوري بالمغرب" دراسة سوسيو قضائية عدد 2006، 65

مصادر أخرى

- الجريدة الرسمية عدد 6288 بتاريخ 8 ذوالقعدة 1435 (4 شتنبر 2014)
- دساتير المملكة المغربية لسنوات: 1962-1970-1972-1992-1996-2011
- المعجم المفهرس لألفاظ الدستور-المجلس الدستوري مطبعة الأمنية الرباط 2013

الويبوغرافيا

موقع المجلس الدستوري
<http://www.conseil-constitutionnel.ma/> -

موقع الدبلوماسية الفرنسية
<http://www.diplomatie.gouv.fr/> -

موقع الأمانة العامة للحكومة

<http://www.sgg.gov.ma/>

المراجع باللغة الفرنسية

-Juan Carlos Henao Pérez « le juge constitutionnel :Un acteur des politique publique » REGULATORY LAW REVIEW (RLR) en.

partenariat avec les éditions LEXTENSO

Catherine FAIVRE chargée d'enseignements à l'université de Savoie
LA COLOMBIE, UN REGIME PRESIDENTIEL EN TROMPE- L'ŒIL
– DE LA TENTATION DU REGIME PARLEMENTAIRE

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARE 3-2006

-Une approche comparative entre le conseil d'état Colombien et le
conseil d'état français . Cette article est la version remaniée en français
d'une presentation lors du séminaire international « Instituciones
Judiciales y Democracia »

- Discours de M. Laurent Fabius, ministre des Affaires étrangères à
l'université de l'Externado (Bogole)

-Juan Carlos Henao Pérez La cour constitutionnelle colombienne, son
système de contrôle de Constitutionnalité et les évolutions
jurisprudentielles récentes

Dalloz / les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2012/1 – N°34
Pages 205 à 2012 ISSN

-Jérémy Mercier Sur la standardisation constitutionnelle

IXe Congrès Mondial de l'AIDC , LES DEFIS CONSTITUTIONNELS /
GLOBEAUX ET LOCAUX 16-20 Juin 2014, OSLO

-Mohamed HAMMOUMI Le rôle de la cour constitutionnelle en matière
de contrôle de la qualité de la norme : Quelle évolution ?

-Anas KIHILI Le juge constitutionnel marocain entre attributions
statutaires et pouvoir normatif . Collection « les connaissances juridique
et judiciaires »

LA COUR CONSTITUTIONNELLE AU MAROC VERS UNE VISION
PROSPECTIVE

-JACQUES MEUNIER LES DECISION DU CONSEIL
CONSTITUTIONNEL ET LE JEU POLITIQUE

REVUE POUVOIRS – 105, 2003

الفهرس

1.....	مقدمة:
3.....	الفصل الأول: القاضي الدستوري والسياسات العمومية في التجربة الكولومبية
7.....	مدخل
9.....	المبحث الأول: دور القاضي الدستوري في للسياسات العمومية
9.....	المطلب الأول: تحديدات أولية
12.....	المطلب الثاني: دور القاضي الدستوري في السياسات العمومية
12.....	القاضي كمدير للسياسات العمومية
15.....	شرعية القاضي الدستوري في مقابل السياسيين
18.....	المبحث الثاني: حدود تدخل القاضي الدستوري في السياسات العمومية
18.....	المطلب الأول: تدخل القاضي الدستوري في السياسات العمومية
18.....	حدود التدخل القضائي في السياسات العمومية
21.....	بعض الانتقادات الموجهة لتدخل القاضي في السياسات العمومية
22.....	المطلب الثاني: أمثلة لتدخل المحكمة الدستورية في السياسات العمومية
40.....	الفصل الثاني: الحالة المغربية على ضوء التجربة الكولومبية ودستور 2011
41.....	المبحث الأول: تطور القضاء الدستوري المغربي
41.....	المطلب الأول: الغرفة الدستورية والمجلس الدستوري
41.....	الفقرة الأولى: الغرفة الدستورية
43.....	الفقرة الثانية: المجلس الدستوري
45.....	المطلب الثاني: المحكمة الدستورية
45.....	الفقرة الأولى: الهيكلية
46.....	الفقرة الثانية: الاختصاصات
48.....	المبحث الثاني: القاضي الدستوري المغربي والسياسات العمومية
49.....	المطلب الأول: كتلة الحقوق والحريات في القضاء الدستوري المغربي
55.....	المطلب الثاني: تدخل القاضي الدستوري في السياسات العمومية
59.....	خاتمة
61.....	ملحق: النص المترجم
92.....	لائحة المراجع



