

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية ادرار

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



دور القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ل م د في الحقوق

تخصص: القانون العام المعمق

إشراف

أ. د. محمد علي

من إعداد الطالبة:

بن يحي شهنياز

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيساً	أستاذ التعليم العالي جامعة أدرار	أ.د. غيتاوي عبد القادر
مشرفاً ومقرر	أستاذ التعليم العالي جامعة أدرار	أ.د. محمد علي
عضوا مناقشا	أستاذ التعليم العالي جامعة أدرار	أ.د. بحماوي الشريف
عضوا مناقشا	أستاذ محاضر (أ) جامعة أدرار	د. كنتاوي
عضوا مناقشا	المركز الجامعي تندوف	أ.د. حمودي محمد

السنة الجامعية : 2022 - 2023

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا
حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَنْصُرُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا
يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا"

صدق الله العظيم

الآية 58 من سورة النساء

الإهداء

إلى من أجلسني على مقعد الدراسة، فغرس في نفسي حب العلم، وأمدني بما أسعفني على تحصيله،
وشجعني على المثابرة طوال عمري

إلى والدي العزيز قدرني الله على طاعته.

إلى والدي الثاني الذي لطالما غمرني بدعوته الصادقة النابعة من قلبه البريء.

إلى التي كانت ولا زالت تتعب معي، إلى من غمرتني بدعائها وحنانها، كيف لا والجنة تحت أقدامها،
إلى نبع الحنان التي ضحت من أجل إيصالني إلى ما أنا عليه اليوم

والدتي العزيزة قدرني الله على طاعتها.

إلى والدتي الثانية التي ساعدتني بدعائها في أحنك وأصعب الظروف

إلى الذي تقاسم معي عناء إنجاز هذا العمل، فخصص لي جهده ووقته، إلى سندي في هذه الحياة
زوجي الغالي.

إلى أولادي قرة عيني أريج وأنيس.

إلى أختي دعاء وإخواني مراد، ندير و فاروق

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع.

تَشْكُرُ

أول شخص أتوجه له بالشكر بعد الحمد والشكر لله سبحانه وتعالى على توقيه لي في إتمام هذه الأطروحة، هو أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور علي محمد الذي رافقني طيلة انجاز هذه الرسالة بنصائحه وتوجيهاته القيمة.

كما أحب أن أشكر أساتذتي الأفاضل على قبولهم مناقشة هذه الرسالة:

الأستاذ الدكتور: غيتاوي عبد القادر رئيس لجنة المناقشة.

الأستاذ الدكتور: بحماوي شريف

الدكتور: كنتاوي محمد

الأستاذ الدكتور حمودي محمد

وفي الأخير أتوجه بالشكر لكل من ساعدني في إنجاز هذه الرسالة.

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

- ج.ر: الجريدة الرسمية
- ج : الجزء
- ص : صفحة.
- ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- و.م.أ : الولايات المتحدة الأمريكية
- ط : الطبعة

ثانياً: باللغة الفرنسية

- AJDA: L'Actualité Juridique Droit Administratif
- BOMJL: Bulletin officiel du ministère de la justice
- CE: .conseil d'état
- N° :Numéro
- Op Cit : Ouvrage précédemment cite
- P : Page
- RFDA: Revue française de droit administratif
- QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

مقدمة

تخضع القوانين في أي دولة لمبدأ تدرج القواعد القانونية، والذي يقوم على وجوب ترتيب هذه القواعد في شكل هرم يبدأ من أقوى قاعدة قانونية من حيث الإلزام القانوني إلى أقل القواعد القانونية قوة، وما ترتب على هذا المبدأ هو وجوب عدم مخالفة القواعد القانونية الأدنى للقواعد القانونية الأعلى منها، والتي نجد على رأسها القواعد الدستورية، ومن هنا ظهر مبدأ آخر وهو مبدأ سمو الدستور، الذي يقتضي وجوب عدم مخالفة القوانين والتنظيمات السارية في الدولة لأحكامه وقواعده.

وسمو الدستور على باقي القواعد القانونية مبرر بما يتضمنه من قواعد وأحكام، فهو من يحدد المبادئ الأساسية التي تحكم الدولة وكذا نظام الحكم فيها، وهو من يتولى تحديد اختصاصات السلطات الثلاث وكذا العلاقة فيما بينها، وهو من يحدد كذلك حقوق وواجبات الأفراد.

وبغية ضمان التكريس الفعلي لمبدأ سمو الدستور عمدت الدول إلى تقرير الرقابة على دستورية القوانين، التي تعتبر أهم الآليات المقررة لحماية الدستور وما جاء به من أحكام، خاصة تلك المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية، باعتبارها أهم الأسس التي يقوم عليها أي نظام ديمقراطي، فهي عمل قانوني مفاده فحص مدى مطابقة القوانين والتنظيمات للدستور.

ولضبط كيفية الرقابة على دستورية القوانين عمدت الأنظمة الدستورية في مختلف دول العالم على تنظيم هذه الرقابة وفق أسلوبين وهما، أسلوب الرقابة السياسية والذي يقتضي أن تقوم بالرقابة على دستورية القوانين جهات ذات طابع سياسي، وتتميز الرقابة هنا بأنها وقائية وذلك لأنها تكون سابقة على صدور التشريعات أو التنظيمات.

أما الأسلوب الثاني فهو أسلوب الرقابة القضائية الذي تسند فيه مهمة الرقابة على دستورية القوانين لجهة ذات طابع قضائي، وتكون الرقابة في هذا النوع بعد صدور القانون وهدفها مطابقة النصوص القانونية مع أحكام الدستور.

ومنه فالرقابة القضائية تقوم على أساس تدخل القاضي في رقابة مدى مطابقة القوانين للدستور. وهي وسيلة منطقية تفرض نفسها بحكم وظيفة القاضي فهو ملزم عند تعارض قانون عادي مع قانون دستوري، أن يستبعد القانون العادي وينزل أحكام الدستور¹ وعلى هذا الأساس هناك دول أخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين منذ البداية، مثل الولايات المتحدة الأمريكية التي تعتبر السبابة في الأخذ بهذا النظام، وذلك من خلال منح مواطنيها حق اللجوء إلى القضاء بواسطة الدعوى الأصلية أو عن طريق أسلوب الدفع الفرعي في النصوص القانونية التي تخالف الدستور، بينما يختلف الأمر في الجمهورية المصرية التي اعترفت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين إلا بعد دستور 1971².

إلا أن الأمر يختلف في الدول اللاتينية وعلى رأسها فرنسا التي اعتمدت في دستور الجمهورية الخامسة لعام 1958 على نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين، ومن ثم رفضت الاعتراف للقضاء بممارسة هذه الرقابة، بالإضافة إلى رفضها له حتى بالمساهمة في تحريكها، واستمر هذا الوضع إلى غاية 2008³، أين تم الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين بواسطة المسألة الأولية الدستورية (La question prioritaire de constitutionnalité)، وهي الآلية التي تمكن الأفراد من حق اللجوء إلى القضاء في مجال الرقابة على دستورية القوانين من خلال رفع دفع أمام القضاء يطالبون فيه بعدم دستورية

¹ عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار سعد سمك، مصر، 2014، ص، 15.

² الدستور المصري لسنة 1971 الصادر في 12 سبتمبر 1971، المنشور في ج. ر العدد رقم 36 مكرر(أ) (ملغى بموجب دستور 2012).

³ القانون رقم 724/2008 المؤرخ في 2008/07/23، المتضمن التعديل الدستوري الفرنسي، ج. ر، العدد رقم 0171، لسنة 2008.

الحكم التشريعي المراد تطبيقه في الدعوى الأصلية، ومن ثم يقوم القاضي المعروض أمامه النزاع بالتحقق من توافر الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة في مسألة الدستورية ذات الأولوية .

فمتى توافرت هذه الشروط يحيل القاضي هذا الدفع إلى الجهات الأعلى درجة المتمثلة في محكمة النقض ومجلس الدولة حسب الحالة، وبدورهما يحيلان الدفع إلى المجلس الدستوري، الذي يعود له الاختصاص الحصري في تحديد مدى مطابقة الحكم التشريعي للدستور.

وبعد هذا سارت العديد من الدول اللاتينية على هذا النهج، حيث أنه في عام 2011 قام المؤسس الدستوري المغربي بالنص على تمكين القضاء من تحريك الرقابة على دستورية القوانين¹، من خلال النص على حق الأفراد في الدفع بعدم دستورية النصوص القانونية، لكن مع تغيير جذري في نظام الرقابة على دستورية القوانين تخلى المؤسس الدستوري المغربي على نظام الرقابة السياسية وأصبح يعتمد على نظام الرقابة القضائية، وذلك من خلال إنشاء محكمة دستورية أسندت لها مهمة الرقابة على دستورية القوانين.

أما عن الوضع في الجزائر فإنه ابتداء من التعديل الدستوري لعام 2016² تم التنصيص على حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين، من خلال تمكين الأفراد من الدفع بعدم دستورية الأحكام التشريعية التي ستطبق في نزاعاتهم، ثم عدل الدستور مرة أخرى في عام 2020³ وهنا حدث تغيير جذري في نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، حيث تم تبني نظام الرقابة القضائية والتخلي عن نظام الرقابة

¹ الدستور المغربي لسنة 2011، الصادر بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.91، المؤرخ في 2011/07/29، ج.ر، العدد رقم 5964 مكرر.

² القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتعلق بالتعديل الدستوري الجزائري، ج.ر العدد رقم 14، المؤرخة في 07 مارس 2016، ص. 23.

³ المرسوم الرئاسي رقم 442-20 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، ج.ر العدد رقم 82، ص. 3.

السياسية، وذلك خلال النص على إنشاء محكمة دستورية تتولى مهمة الرقابة على دستورية القوانين.

وعليه فإن أهمية موضوع دور القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين لا تقتصر على إشراك القضاء في المساهمة في العملية الرقابية اللاحقة على مدى مطابقة النصوص القانونية للدستور، بل تتعداه إلى أنه يتعلق بتكريس العدالة الدستورية التي أصبحت أهم سمات دولة الحق والقانون، والتي تقتضي تمكين الأفراد من ممارسة حق التقاضي أمام الجهات التي تقوم بمهمة الرقابة على دستورية القوانين، حتى ولو تم ذلك بطريقة غير مباشرة.

ومما لا شك فيه فإن تكريس العدالة الدستورية بالمضمون السابق لا يضمن فقط سيادة أحكام الدستور، بل يضمن كذلك حماية حقوق وحرية الأفراد المقررة فيه، وهو ما من شأنه تعزيز الطابع الديمقراطي للدولة.

ويبدو من كل هذا أن موضوع دور القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين ما زال يعتبر من المواضيع القانونية الجديدة، نظرا لأنه قرر دستوريا في فرنسا والمغرب والجزائر كما سبق وأن ذكرنا في القرن الحالي فقط، ولهذا فإن بعض جوانب هذا الموضوع لم تحظى بالدراسة الكافية، وكان هذا هو أحد أسباب اختيارنا البحث في هذا الموضوع.

وما تنبغي الإشارة إليه أن بداية دراستنا لهذا الموضوع في النظام القانوني الجزائري، كانت وفق الأحكام التي جاء بها التعديل الدستوري لعام 2016، ولكن أثناء إنجاز الدراسة تم تعديل الدستور عام 2020 الذي نتج عنه تغيير أحكام موضوع الرقابة على دستورية القوانين، وهو ما دفعنا إلى إعادة الدراسة في كثير من عناصرها، نظرا لاختلاف الأحكام التي تضمنها هذا التعديل الدستوري عن التعديل الدستوري لعام 2016، والتي تمثلت أساسا في تغيير نظام الرقابة على دستورية القوانين، حيث انتقلت الجزائر من نظام الرقابة السياسية إلى نظام الرقابة القضائية، ومن ثم غيرت الهيئة المسند لها القيام بمهمة

الرقابة على دستورية القوانين، حيث تم النص على إنشاء محكمة دستورية تقوم بهذه المهمة مكان المجلس الدستوري.

كما أنه وعلى مشارف الإنهاء من إنجاز الأطروحة التي كانت وفقاً لأحكام القانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في 2018/09/02 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية¹، تم إلغاء هذا الأخير بموجب القانون العضوي رقم 19-22 المؤرخ في 2022/07/25 المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية²، وهو ما تطلب منا إعادة تكييف الدراسة مع الأحكام الجديدة التي جاء بها القانون العضوي الأخير.

ومما سبق يتضح أن أغلب الدول أصبحت تعترف في الوقت الحالي للقضاء بدور في تحريك الرقابة على دستورية القوانين، وذلك من خلال السماح للأفراد من الطعن أمامه في النصوص القانونية، ولكن هذا الاعتراف اختلف نطاقه من دولة إلى أخرى، ومن هنا تتبادر للطح الإشكالية التالية وهي: إلى أي مدى سيتمكن الاعتراف للقضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين في توفير الحماية الشاملة للدستور؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية أسئلة فرعية أهمها:

- ما هي أسباب التي دفعت الدول اللاتينية في سابق عهدها إلى عدم الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين؟

- ما هي الآليات القانونية التي يملكها القضاء لتحريك الرقابة على دستورية القوانين؟

أما بخصوص أدبيات الدراسة فقد صادفتنا بعض الإسهامات العلمية في مجال الدراسة والتي تناولت الموضوع من زوايا مختلفة

أنظر الجريدة الرسمية العدد 54 لعام 2018، ص 1.10

أنظر الجريدة الرسمية العدد 51 لعام 2022، ص 2.7

ومن بين أهم هذه الإسهامات التي اطلعنا عليها في هذا المجال نجد:

اطروحة الدكتوراه للباحث بن دراح علي ابراهيم والموسومة ب"تطور نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر" من كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة زيان عاشور، الجلسة 2019/2018 حيث اشار الباحث فيها الى نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر في الفترة الممتدة من دستور 1963 إلى غاية التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016

أما بخصوص المنهج المتبع للإجابة على الإشكالية وما ينبثق عنها من أسئلة فرعية، كان لابد من إعمال أكثر من منهج من مناهج البحث العلمي للإمام بموضوع دراستنا، فكان المنهج المقارن بارزا في دراستنا من خلال مقارنة ما أوجدته مختلف النظم القانونية من أحكام بخصوص موضوع دور القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين مع ما أوجده النظام القانوني الجزائري، بالإضافة إلى الاعتماد على المنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية المختلفة في مختلف النظم محل الدراسة، وكذا تحليل القرارات التي أصدرتها الهيئات المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين.

كما اعتمدنا أيضا على بعض المناهج الأخرى كالمنهج الوصفي والمنهج التاريخي في بعض عناصر الدراسة، وذلك قصد الإمام بالموضوع.

كما اقتضت الإجابة على الإشكالية الاعتماد على خطة تتضمن بايين، خصصنا الأول منهما لدراسة الأساس الدستوري لحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين، أما الباب الثاني فخصصناه لتحديد الآلية التي تمكن القضاء من تحريك الرقابة على دستورية القوانين.

الباب الأول

الأساس الدستوري لحق القضاء في تحريك

الرقابة على دستورية القوانين

تعتبر الرقابة على دستورية القوانين الوسيلة القانونية الكفيلة بضمان احترام الدستور وسموه، لأنها تضمن عدم تعارض باقي القوانين في الدولة مع نصوصه، بحيث يستمد خاصية سموه من خلال تعبيره عن إرادة الشعب التي تعتبر مصدر لجميع السلطات. وبهذه الصفة أصبح الدستور أساس دولة الحق والقانون من خلال تنظيم السلطات الثلاث في الدول والفصل بينهم تقريراً لمبدأ الفصل بين السلطات. ومن أجل ضبط زمام القوانين مع أحكام الدستور اعتمد دساتير الدول على رقابة على دستورية القوانين وفقاً لعدة أساليب. ولعل أهم هذه الأساليب أسلوب الرقابة السياسية وأسلوب الرقابة القضائية.

وايضاً يهدف جعل هذه الرقابة فعالة اتجهت الدول من خلال دساتيرها إلى عدم جعل تحريك هذه الرقابة مقتصر على سلطة واحدة بل يشمل على الأقل على سلطتين، ولعل السلطة التي يهمنها أمرها هنا هي السلطة القضائية.

وعليه سنحاول في هذا الباب البحث عن الأساس الدستوري لحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين، واقتضى منا هذا البحث التعرض أولاً لماهية الرقابة على دستورية القوانين (الفصل الأول)، وكذا تحديد مدى اعتراف دساتير الدول بحق القضاء في تحريك هذه الرقابة (الفصل الثاني).

الفصل الأول

ماهية الرقابة على دستورية القوانين

نظرا للأهمية الكبيرة التي أصبحت تكتسبها الرقابة على دستورية القوانين وذلك باعتبارها الوسيلة التي من خلالها نضمن احترام الدستور، أصبحت الدول منذ القرن التاسع عشر تقرها في دساتيرها، ولمعرفة مضمون هذه الوسيلة المهمة لا بد من تحديد مفهومها (المبحث الأول).

ونظرا لاختلاف الدول في تنظيم كيفية القيام بالرقابة على دستورية القوانين فإنه ظهرت نظم لهذه الرقابة وهو ما يقتضي إبرازها حتى تكتمل دراسة ماهيتها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم الرقابة على دستورية القوانين

تقتضي دراسة مفهوم الرقابة على دستورية القوانين إبراز تعريفها وتطورها (المطلب الأول)، وكذا تحديد الأهداف المرجوة من وراء تقريرها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف الرقابة على دستورية القوانين وتطورها

إن أول نقطة تبدأ منها دراسة مفهوم الرقابة على دستورية القوانين هو إبراز تعريفها من مختلف النواحي (الفرع الأول)، ونظرا لأن تقرير هذه الرقابة لم يكن وليد لحظة واحدة بل مر بعدة مراحل كان لابد من إبراز تطورها كنقطة ثانية تدخل في دراسة مفهوم هذه الرقابة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الرقابة على دستورية القوانين

يكتسي إبراز التعريف اللغوي لمصطلح الرقابة أهمية كبيرة في دراسة وفهم التعريف الاصطلاحي للرقابة على دستورية القوانين، ومن ثم فإننا سنبدأ أولاً بالتعريف اللغوي للرقابة ثم بعد ذلك نقوم بإبراز التعريف الاصطلاحي للرقابة على دستورية القوانين.

أولاً: التعريف اللغوي للرقابة.

رقابة [مفرد]: 1- مصدرها رَقَبَ، حَقَّ الرَقَابَة: حق القيام بالمراقبة والإشراف على عمل.
2- مهنة مَنْ يراقب ويطلع على المطبوعات قبل نشرها "تم فرض رقابة مشددة على المصنفات الفنية/ الأسعار".

الرّقابة الإداريّة: مراقبة الإدارة للتأكد من مطابقتها تصرفاتها للقانون، وذلك بناء على طلب الأفراد أو من تلقاء نفسها¹.

وَرَقَابَةٌ وَرُقُوبًا وَرَقْبَةً، بفتحِهنَّ: انتَظَرَهُ، كَتَرَقَّبَهُ وَاِزْتَقَبَهُ، وَالشَّيْءَ حَرَسَهُ، كَرَقَّبَهُ مُرَاقِبَةً وَرَقَابًا، وَقُلَانًا جَعَلَ الْحَبْلَ فِي رَقْبَتِهِ².

أما في اللغة الإنجليزية فإن كلمة الرقابة (control) تحمل أكثر من معنى يدور معظمها حول التفتيش و المراجعة و المراقبة، أما في اللغة الفرنسية فنجدها (control) كذلك تحمل أكثر من معنى يدور مجملها حول السلطة أو السيادة³.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للرقابة على دستورية القوانين

تعددت تعريفات الفقهاء للرقابة على دستورية القوانين، فنجد منهم من عرفها على أنها "عمل قانوني يتجسد من خلال فحص مدى تطابق التشريعات الصادرة عن البرلمان و التنظيمات الصادرة عن السلطة التنفيذية مع أحكام الدستور"⁴، أما البعض الآخر فعرفها على أنها "ضمانة لحماية مبدأ سمو (علو) الدستور من التعدي عليه باعتباره القانون الأعلى في الدولة والحارس الحقيقي للحقوق والحريات المكفولة للأفراد من محاولات المساس بها"⁵.

¹ أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الأول، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، 2008، ص.923.

² محي الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مرتب ترتيبا ألفبائيا من أوائل الحروف، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص.659.

³ أسود ياسين، ضمانة حماية الحقوق و الحريات العامة بين الرقابة الدستورية و الرقابة القضائية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص.101.

⁴ عصام سعيد عيد أحمد، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، ط.1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2013، ص.150.

⁵ عائشة لزرق، لعيواني سهام، الدفع بعدم الدستورية كآلية إخطار لتفعيل دور المجلس الدستوري في مجال حماية الحقوق والحريات، مجلة تنوير، جامعة الجلفة، العدد 4، ديسمبر 2017، ص.181.

وما يفهم من هذا التعريف أن الرقابة على دستورية للقوانين أنها ليست فقط ضامنة لعدم خرق ومخالفة أحكام الدستور وإنما هي أيضا آلية لحماية حقوق وحرية الأفراد من تعسف السلطتين التشريعية والتنفيذية، الذي يحدث من جراء وضعهما لنصوص قانونية مخالفة لأحكام الدستور.

كما رأى بعض الفقه أن هذه الرقابة يقصد بها "أن جميع الأعمال الصادرة عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية قابلة للرقابة والإبطال إذا ما تبين أنها تنطوي على خرق لأحكام الدستور"¹.

وعليه يبدو من هذا التعريف أن الرقابة على دستورية القوانين لا تقتصر على النصوص القانونية التي تصدرها السلطتين التشريعية والتنفيذية، بل يشمل كل الأعمال الصادرة عن السلطتين، ومن ثم فإن هذا التعريف يوسع من نطاق الرقابة على دستورية القوانين.

كما تم تعريف الرقابة على دستورية القوانين بأنها "ذلك التحري الذي تقوم به الهيئة المكلفة بعملية الرقابة قصد التأكد من احترام القوانين لأحكام الدستور، والتعرف عما إذا كانت السلطة التشريعية على الخصوص التزمت حدود اختصاصاتها المحددة"².

تخضع مراقبة النصوص القانونية من ناحية عدم مخالفتها لأحكام الدستور كما يمكن اعتبار الرقابة على دستورية القوانين مؤشرا حقيقيا لمدى احترام أي نظام دستوري لشروط إقامة دعائم دولة القانون، إضافة إلى أنها ضمانة فعلية لتكريس مفهوم المواطنة واحترام حقوق الإنسان وحرياته في ظل المبادئ التي يكفلها الدستور³.

¹ إلياس جوادي، رقابة دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.14، 15.

² عمار عباس، دور المجلس الدستوري في ضمان مبدأ سمو الدستور، مجلة المجلس الدستوري، العدد1، 2013، ص. 66.

³ بن دراج على إبراهيم، تطور نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018-2019، ص. 02.

وهناك من الفقه من اعتبر أن الرقابة على دستورية القوانين "هي سمة للدساتير الجامدة لأن فيها حماية لأحكامها في مواجهة النصوص الأخرى موضوع التطبيق الفعلي من أي خرق أو اعتداء، بينما الدساتير المرنة فلا تستدعي الحاجة للحديث عن الرقابة، وذلك لأن القانون المخالف يعتبر تعديلاً له"¹.

فما يمكن استنتاجه من هذه التعريفات أنه رغم اختلاف مضمونها إلا أنها تتفق على أن الرقابة على دستورية القوانين هي الوسيلة القانونية الوحيدة التي نضمن بها تطبيق ما جاء به الدستور من أحكام لتنظيم السلطات وكذا لحقوق وواجبات المواطنين، وذلك لأن وجودها يضمن القضاء على النصوص القانونية التي تخالف هذه الأحكام.

وعليه فإن الرقابة على دستورية القوانين كما يقول الأستاذ مسعود شهبوب ضرورة وواجبة لحماية الدستور من كل خرق محتمل من قبل السلطتين التشريعية والتنفيذية، بمعنى تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور، وتطابق العمل التشريعي مع أحكام الدستور يعني ضمان الحريات والحقوق المنصوص عليها بين دفتيه فحق التشريع وإن كان مقراً للهيئة التشريعية إلا أن ذلك لا يعني أن تتعدى على غيرها من السلطات المحددة في الدستور².

الفرع الثاني

تطور تقرير الرقابة على دستورية القوانين.

ترتبط نظرية الرقابة على دستورية القوانين بأصول تاريخية تعود إلى المذاهب والنظريات المثالية التي كانت تجعل من الشرائع السماوية المصدر الأساسي لكل قانون، ومن ثم كان الإعتقاد السائد أنه توجد شريعة عليا تسمو على كل قانون وضعي مكتوب، وتتسم هذه

¹ بوسطة شهرزاد، جميلة مدور، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 3، العدد 4، مارس 2008، ص. 345.

² مسعود شهبوب الرقابة على دستورية القوانين (النموذج الجزائري)، مجلة النائب، السنة الثالثة، العدد 6/5، ص.

الشرعية بالدوام والخلود، ولا تقبل التبدل والتغيير، وليس بوسع السلطات أن تمس بها أو أن تعدلها.

كما كانت المذاهب والنظريات المثالية ترى في القوانين أنها مجرد امتداد لمبادئ العدالة الإنسانية المجسدة في القانون الطبيعي.

غير أن حقيقة ظهور جذور الفكرة تعود إلى بريطانيا، حيث أنه منذ القرن السابع عشر توجه القضاء نحو اعتبار أن للأعراف قيما تسمو على القوانين الملكية التي كان يصدرها البرلمان.

وقد تأثر المستعمرون الإنجليز في أمريكا الشمالية بهذا الاتجاه القضائي، حيث قاموا بوضع نظام تسلسلي للتشريع يقوم على منح المستعمرات حق التشريع في الشؤون المحلية شريطة أن لا تكون متعارضة مع قوانين البرلمان البريطاني، ليمهد هذا النظام الطريق للأمريكيين الذين نالوا الاستقلال فيما بعد إلى إقامة الرقابة على دستورية القوانين في دولتهم الاتحادية الجديدة¹، وبهذا تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من بين الدول الرائدة التي أخذت بفكرة الرقابة على دستورية القوانين، حيث ظهرت هذه الفكرة عام 1803 بمناسبة القرار الذي أصدرته المحكمة العليا الفدرالية في قضية "ماديسون وماربوري" الشهيرة، حيث أعلنت هذه المحكمة عن حقها بل وحق كل المحاكم في كل مستوياتها، أن تمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور إذا دفع أمامها بعدم دستوريته وتبين للمحكمة أنه فعلا مخالف للدستور².

وبدأت وقائع هذه القضية عام 1801 بعد انتخابات الرئاسة التي فاز بها الرئيس "Thomas Jefferson" الذي كان يؤيد الاتجاه الآخر الداعي إلى اللامركزية وتدعيم سلطات الولايات أمام "John Adams" المعروف باتجاهه لتقوية السلطة المركزية الفدرالية أمام والذي حتى يضمن استمرار خطته السياسية حتى بعد رحيله عن المنصب، وقع قرارات

¹ إلياس جوادي، المرجع السابق، ص. 12-13.

² محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص. 5.

تعيين بعض القضاة المناصرين لهذا الفكر في آخر ليلة له في المنصب وكان من بينهم القاضي "Marbury William" وثلاثة من رفاقه، الذين طالبوا فيما بعد في دعوى رفعوها أن تصدر المحكمة الاتحادية العليا برئاسة أمرا قضائيا إلى الوزير "James Madison" لتسليمهم قرارات التعيين. ووجد القاضي "Marbury" نفسه في مأزق صعب حيث لم يكن يريد البدء بمعادة خطة الإدارة الجديدة التي قد لا تنصاع لأمره وكذلك لم يكن يريد لهيبة المحكمة العليا أن تخدش بأن يحكم بعدم الاختصاص.

وبناء على هذا فإنه أصدر حكما يحقق التوازن بين هذه الاعتبارات حيث أنه اعترف بحق "Marbury" وزملائه في التعيين ولكنه رفض طلبهم بأن تأمر المحكمة بتسليم قرارات التعيين وجاء هذا الرفض مبنيا على اعتبار عدم دستورية القانون الذي يخول للمحكمة الاتحادية العليا سلطة إصدار هذه الأوامر بصفة أصلية، حيث أن الدستور الأمريكي حدد اختصاصات المحكمة على سبيل الحصر ولم يكن من بينها إصدار هذه الأوامر بصفة أصلية، فإن جاء المشرع بعد ذلك وأسند للمحكمة هذا الاختصاص فلا بد من وقوع هذا الإسناد في دائرة عدم الدستورية بسبب الحصر الذي نص عليه الدستور لاختصاصاتها، أي أن القاضي "Marbury" استبعد النص التشريعي لصالح النص الدستوري عند حدوث التعارض¹.

وبهذا فقد أسس هذا الحكم لفكرة سلطة القاضي في الرقابة على دستورية القوانين والتشريعات ومن هنا انتشرت فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية وتسربت إلى باقي الدول، ونخص بالذكر فرنسا التي تعتبر هي الأخرى من بين الأوائل التي أخذت بفكرة الرقابة على دستورية القوانين، حيث حث الدستور الفرنسي الأول لسنة 1791 على ضرورة إيجاد وسائل كفيلة للتصدي لمخالفي الدستور.

¹ قرار منشور في موقع:

لكن نظام الرقابة على دستورية القوانين الذي تم إيجاده في فرنسا كان مغايرا لما هو معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية، والتي كما رأينا كانت تمنح للجهات القضائية سلطة رقابة مدى توافق القوانين مع الدستور، لكن في فرنسا تم رفض منح الجهات القضائية هذه السلطة، وذلك انطلاقا من فكرة أن إسناد الرقابة على دستورية القوانين إلى المحاكم يعتبر تدخلا في عمل المؤسسات السياسية، وهو ما يعتبر مساسا بمبدأ الفصل بين السلطات¹.

ويعتبر الفقيه الفرنسي "SIEYES" أول من فكر في ظل دستور ديسمبر 1799 في إنشاء هيئة تختص بالرقابة على دستورية القوانين، حيث اقترح إنشاء هيئة محلفين دستورية (Jurie constitutionnaire)، ورغم معارضة بعض الفقه لهذه الفكرة أمثال الفقيه "Burdeau Tiu" وذلك خشية أن تصبح سلطة الرقابة على جميع السلطات في الدولة، تم تبني فكرة الفقيه "SIEYES" وتم إنشاء هيئة سياسية سميت بالمجلس الحامي للدستور، بحيث كانت الغاية من إنشاء هذا المجلس هي المحافظة على دستور فرنسا وكذا التحقق من دستورية القوانين، وكذلك التحقق من عدم مخالفة القرارات والمراسيم الصادرة عن السلطة التنفيذية للدستور².

لكن لم يكتب لهذه التجربة النجاح حيث فشل المجلس الحامي للدستور أو كما أطلق عليه البعض المجلس الخادم لنابوليون في القيام بالدور المنوط به، وذلك لكثرة الممارسات والضغطات التي كانت تمارس عليه من طرف نابوليون، حيث أعيب على المجلس أنه كان خادما لنابوليون ولم يرقم بإلغاء أي قانون أو إجراء مخالف للدستور، رغم صدور عدة قوانين مخالفة للدستور، وذلك لأنه لم تكن له الاستقلالية الحقيقية التي تمنح له حق تقرير مدى دستورية القوانين³، ليس هذا فقط بل كانت اختصاصات المجلس الحامي للدستور مشلولة

¹ إلياس جوادي، المرجع السابق، ص. 13.

² إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص. 29.

³ Dominique Rousseau, Droit du Contentieux Constitutionnel, 7e édition, Montchrestien, Paris, 2006, P. 12.

وعاجزة ، فلم يكن له حق التصدي للقانون غير دستوري من تلقاء نفسه فكانت لا تُحال إليه القوانين إلا من قبل الحكومة أو من قبل الهيئة التي أنشئت من أجل هذا الغرض¹، ومن ثم فإنه لم توجد خلال هذه الفترة رقابة حقيقة على دستورية القوانين.

وفي عهد الجمهورية الثالثة أصرّ البرلمانيون الفرنسيون على رفض فكرة منح القضاء صلاحية الرقابة الدستورية إلا أن الفكرة لم تتجسد في نص دستوري في فرنسا إلا مع قيام الجمهورية الرابعة في عام 1946 حيث تم إنشاء لجنة دستورية في دستور 1946/10/27، التي كانت تتكون من رئيس الجمهورية الذي كان رئيسا لها وعضوية رئيس الجمعية الوطنية وسبعة أعضاء تختارهم الجمعية الوطنية من غير أعضائها وثلاثة أعضاء يختارهم مجلس الجمهورية من غير أعضاءه.

ولم يكتب لهذه اللجنة النجاح² وذلك انطلاقا من تشكيلتها التي كانت مجرد امتداد للجمعية الوطنية والأحزاب السياسية وهو ما أثر على استقلاليتها، ومن ثم لم تستطع ممارسة أي رقابة جادة على القوانين التي تسنها السلطة التشريعية، هذا بالإضافة إلى أنها لم تكن تستطيع أن تقوم بالرقابة من تلقاء ذاتها، إذ كان يلزمها أن يحال إليها طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية.

ونظرا لهذه النقائص المسجلة على اللجنة الدستورية تم استبدالها في دستور الجمهورية الخامسة الصادر عام 1958 بالمجلس الدستوري الذي أوجدت له تشكيلة تختلف عن تشكيلة اللجنة الدستورية، حيث كان يتشكل في بداية الأمر من رؤساء الجمهورية السابقين، وتسعة

¹ عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص. 39.

² تم إخطار اللجنة الدستورية مرة واحدة وذلك في 1948/06/16 الذي تعلق بمشكل في الإجراءات والذي ينبغي حله بإتفاق بين غرفتي البرلمان، لمزيد من التفاصيل أنظر،

أعضاء يعين رئيس الجمهورية منهم ثلاثة أعضاء، ويختار رئيس الجمعية الوطنية ثلاثة أعضاء ويختار رئيس مجلس الشيوخ ثلاثة آخرون.

أما بخصوص اختصاصات المجلس الدستوري فقد أسند له مهمة رقابة مدى دستورية القوانين الأساسية (العضوية) قبل إصدارها، وكذا مراقبة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية واللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية سواء قبل صدورها أو بعد ذلك، وهو ما يعني أن المجلس الدستوري يمارس الرقابة السابقة والقبلية لإصدار القوانين.

المطلب الثاني

أهداف الرقابة على دستورية القوانين.

إن تقرير دساتير الدول للرقابة على دستورية القوانين لم يكن من أجل تحقيق هدف واحد، بل كان من أجل تحقيق عدة أهداف، فهي تقررت من أجل حماية مبدأ علو الدستور (الفرع الأول) ولحماية مبدأ الفصل بين السلطات (الفرع الثاني) وكذا حماية الحقوق والحريات المكفولة دستورياً (الفرع الثالث).

الفرع الأول

حماية مبدأ سمو الدستور.

يعتبر مبدأ سمو الدستور أحد خصائص الدولة القانونية إذا أنه لا بد من وضع القواعد الدستورية التي تنظم اختصاصات للسلطات العامة في مكانة سامية تعلق على جميع هذه السلطات وتخضعها لأحكامها¹ ويقصد به "أن يكون للدستور مكانة الصدارة بالنسبة لسائر القوانين في الدولة، ويتعين على جميع السلطات الحاكمة احترام نصوصه و التزام حدوده، والتصرف في النطاق الذي يرسمه"².

¹ أسود ياسين، المرجع السابق، ص. 76.

² رائد صالح، أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، القاهرة، 2010، ص. 25.

كما يقصد به "سيادة أحكام الدستور على ما عداها من قواعد قانونية نافذة أخرى،
فقواعد وأحكام الدستور تعلو ولا يوجد من يعلوها"¹.

ويقصد به كذلك "علو القاعدة الدستورية على غيرها من القواعد القانونية الأخرى
المطبقة في الدولة"².

بمعنى أن كل ما يصدر عن الدولة من قواعد قانونية يجب أن لا يخالف الدستور لا من
ناحية وضعها (شكلا) أو من ناحية ما تتضمنه هذه القواعد (موضوعاً) بحيث يجب أن تطبق
وفق الإطار المحدد لها دستورياً.

وما يمكن استنتاجه من هذه التعاريف أن مبدأ سمو الدستور يقتضي أن تعلو أحكام
الدستور على كل القواعد القانونية الصادرة من السلطتين التشريعية والتنفيذية، وهو ما
يعني عدم جواز مخالفة هذه القواعد القانونية للأحكام الدستورية.

وعليه فإن سمو الدستور أو علوه يأخذ شكلين، سمو أو علو موضوعي (أولاً) وسمو أو علو
شكلي (ثانياً).

أولاً: السمو (العلو) الموضوعي للدستور

يقصد بالسمو الموضوعي للدستور تمتعه بمركز الصدارة، كونه يعد الأصل والمصدر لكل
نشاط قانوني في الدولة، وبالتالي يظهر العلو الموضوعي للدستور من خلال طبيعة القواعد
التي يضمها، حيث تتميز هذه القواعد بنوع من الصرامة في تطبيقها وهذا ما يميزها عن
القواعد القانونية الأخرى، وذلك لأنها ملزمة لكل السلطات في الدولة، ومن ثم عدم جواز
مخالفتها.

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 15.

² صالح دجال، حماية الحريات ودولة القانون، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2009-2010، ص. 19.

كما تتميز من حيث طبيعة الموضوعات التي تتضمنها، فهي تحدد شكل الدولة وتحدد اختصاصات السلطات الثلاث في الدولة وكذا طبيعة العلاقة بينها، كما أنها هي من تحدد حقوق وواجبات الأفراد تجاه الدولة.

فالدستور هو من يحدد شكل الدولة ويرسم قواعد ممارسة الحكم في المجتمع كما يتولى وضع الضمانات الضرورية لحقوق الأفراد، إضافة إلى تحديد وتنظيم سلطات الدولة¹، في حين أن القانون العادي يتناول موضوعات أقل أهمية وأقل خطورة تدور في معظمها حول تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم أو فيما بينهم وبين الدولة وبشكل أوضح فإن الموضوعات التي تعالجها القوانين الدستورية تختلف عن تلك التي تعالج بالقوانين العادية كونها تعتبر مصدر جميع ما في الدولة من نشاط قانوني.

ويتخذ السمو الموضوعي مظهرين، يتمثل المظهر الأول في تحديد الفكرة القانونية الواجبة التطبيق في الدولة، حيث يعود الفضل في تحديد فكرة القانون إلى الدستور والتي تعتبر الإطار العام لجميع أوجه النشاط القانوني الذي تسير عليه الدولة² سواء الحكومية منها أو الفردية، وعلى هذا الأساس لا بد من الالتزام بما جاء به في إطار القيام بالصلاحيات والاختصاصات. أما المظهر الثاني للسمو أو العلو الموضوعي للدستور، فهو أن يحدد هذا الأخير الأشخاص الذين يكون لهم الحق في ممارسة السلطة في الدولة، بمعنى أنه لا يحدد الأشخاص بذواتهم بل بشروط معينة، وأوصاف تنطبق عليهم³.

فالسُّلطات في الدولة وهي تمارس الاختصاصات المخولة لها دستورياً، فإنها لا تمارسها باعتبارها حقاً ذاتياً لها، بل تمارسها باعتبارها اختصاصات محددة ومبينة لها شروطها

(1) شباب برزوق، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، 2011-2012، ص. 124.

(2) أسود ياسين، المرجع السابق، ص. 77.

(3) شباب برزوق، نفس المرجع، ص. 121.

وحدودها ومداهها، فهي لا تملك تفويضها إلا إذا أجازها الدستور ووفقاً للشروط والحدود التي وضعها¹.

ويؤدي السمو الموضوعي للدستور إلى عدة نتائج منها:

1- تدعيم وتوسيع مبدأ المشروعية أو سيادة القانون، حيث يتصل مبدأ سمو الدستور بمبدأ المشروعية الذي يعني خضوع كافة الأشخاص في الدولة حكماً أو محكومين لقواعد القانون، بحيث لا يصدر أي قرار فردي إلا في حدود القانون، ليؤكد ويدعم ويقوي مبدأ المشروعية ويوسع من نطاقه، وبذلك يمثل الدستور بسموه وعلوه قمة المشروعية في الدولة وعلى الجميع الالتزام بأحكامه وإلا كانت تصرفاتهم باطلة².

2- تجريم التفويض في الاختصاصات التي منحها الدستور للسلطات والهيئات الحاكمة بمعنى أن هذه السلطات لا بد أن تمارس هذا الاختصاص المخول لها ولا يمكنها تفويضه، بل لا يمكنها التعديل في الشروط، إذا أجاز الدستور التفويض صراحة³.

وتعبير آخر نقول أنه يجب أن تمارس كل سلطة عامة أنشأها الدستور اختصاصاتها المحددة لها بنفسها، ذلك أن هذه الاختصاصات ليست امتيازاً شخصياً، وإنما هي وظيفة يحددها الدستور لكل سلطة مراعيّاً أهليتها وقدراتها بالنظر لطريقة تكوينها أو تشكيلها⁴، ومن ثم فإنه يمنع على جميع السلطات والهيئات الحاكمة أن تفوض في الاختصاصات التي منحها لها الدستور، لأن ذلك يعتبر خرقاً لأحكامه⁽⁵⁾.

¹ نصر الدين بن طيفور، السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، 2002-2003، ص. 62.

² شباب برزوق، المرجع السابق، ص. 122.

³ عبد العزيز محمد سلمان، إجراءات الدعوى الدستورية، موسوعة الإجراءات أمام القضاء الدستوري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار سعد سمك، مصر، 2015، ص. 38.

⁴ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 18.

⁵ شباب برزوق، المرجع السابق، ص. 122.

ثانياً: السمو (العلو) الشكلي للدستور

يعني المفهوم العام للسمو الشكلي "تحديد مرتبة القاعدة القانونية وقوتها، ليس على أساس موضوعها ومادتها وإنما على أساس الجهة التي تصدرها والإجراءات المتبعة في إصدارها وتعديلها"¹.

أما السمو الشكلي للدستور فيقصد به أن يحتل الدستور المرتبة الأولى والأعلى في سلم تدرج القواعد القانونية، وذلك نظراً لعلو السلطة التي تضعه.

كما أن السمو الشكلي للقواعد الدستورية على القواعد القانونية العادية يتحقق في ظل الدساتير الجامدة التي لا يمكن تعديلها أو تغيير بعض نصوصها بنفس الطريقة التي توضع وتعديل بها القوانين العادية²، فهذا الجمود هو الذي يجعل للقاعدة الدستورية مكانة أسمى من القواعد القانونية العادية، وعليه فإن السمو الشكلي لا يتحقق إلا في ظل الدساتير المكتوبة الجامدة، وذلك لأنه يرتبط بالشكل والإجراءات التي تتبع في إعداده، على عكس العلو الموضوعي الذي يتحقق بالنسبة لجميع الدساتير المكتوبة أو غير المكتوبة، الجامدة والمرنة على حد سواء.

وعليه فإن الدستور يعلو من الجانب الشكلي على القوانين العادية الصادرة عن البرلمان التي تليه في القيمة والمرتبة في نقطتين أساسيتين، تتمثل الأولى في كونه يصدر غالباً عن السلطة التأسيسية الأصلية وهي أعلى من البرلمان كسلطة منشأة³.

أما النقطة الثانية فتتمثل في أن الدستور لا يعدّ إلا وفقاً لإجراءات وأشكال تتسم بالتعقيد والصعوبة، وهي بالتالي تختلف عن الأشكال والإجراءات التي يتم إتباعها في تعديل القوانين

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 19.

² رائد صالح أحمد قنديل، المرجع السابق، ص. 30.

³ محمد رفعت عبد الوهاب، نفس المرجع، ص. 20.

العادية التي تتولى تعديلها السلطة التشريعية بنفسها وفقاً لإجراءات أسهل وأيسر من إجراءات تعديل الوثيقة الدستورية¹.

ويؤدي سمو الشكلي للدستور إلى النتائج التالية:

1-عدم جواز مخالفة القوانين العادية للدستور.

ينتج عن علو الشكلي للدستور عدم جواز مخالفة القوانين العادية للدستور كون أن هذا الأخيرة صدرت عن السلطة التشريعية التي تعتبر من صنع الدستور، ومن ثم فهي أقل مستوى من السلطة واضعة الدستور، وعلى هذا الأساس لا يمكن للقوانين العادية مخالفة القواعد الدستورية.

2-علو القواعد الدستورية على القوانين الأساسية أو العضوية.

لا يقتصر علو الشكلي للدستور على القوانين العادية فقط بل يمتد أيضاً للقوانين العضوية أو القوانين الأساسية، وهي الأخرى تتسم بصعوبة إجراءات سنّها مقارنة بإجراءات سن القوانين العادية، ولكن في كل الأحوال تبقى تلك الإجراءات أقل صعوبة من تلك الإجراءات التي يعدل بها الدستور².

وعليه فإن قواعد الدستور يكون لها دائماً علو مطلق ليس فقط على القوانين العادية بل أيضاً على القوانين العضوية.

3-عدم جواز إلغاء القواعد الدستورية إلا بقواعد من نفس الدرجة.

إن سمو الدستور وعلوه على باقي القواعد القانونية الأخرى يؤدي إلى نتيجة حتمية وهي عدم جواز إلغاء القواعد الدستورية بقواعد قانونية أقل قيمة منها من حيث تدرج القوانين، بحيث لا يجوز للقانون العادي الصادر عن البرلمان أن يلغي القواعد الدستورية السابقة له

¹ شباب برزوق، المرجع السابق، ص. 122.

² محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 21-25.

بإجراءات عادية، أو حتى في حالة مجرد تعديلها¹، وعليه لا تعدل أو تلغي القواعد الدستورية إلا بأخرى من نفس الدرجة.

وفي الأخير نقول أن السمو الموضوعي أو الشكلي للدستور يكون عديم القيمة إذا لم ينظم جزاءاً قانونياً، فلا بد لكي يتحقق هذا العلو للدستور أن يتم التنصيب على جزاء قانوني يطبق على خروج المشرع العادي أو الفرعي على أحكام الدستور وهو ما يعرف بالرقابة على دستورية القوانين، وعليه بدون هذه الرقابة تصبح أحكام الدستور معرضة للإنتهاك والمخالفة، وبالتالي تعتبر الرقابة على دستورية القوانين أهم ضمانة لنفاذ القاعدة الدستورية وهي نتيجة حتمية لمبدأ سمو الدستور²، وبالتالي فجزاء مخالفة القانون سواء كان عضوياً أو عادياً أو فرعياً (لائحة إدارية) للقاعدة الدستورية هو بطلانه.

الفرع الثاني

حماية مبدأ الفصل بين السلطات

لا تقتصر أهمية مبدأ الفصل بين السلطات على أنه أحد الأهداف التي ترمي الرقابة على دستورية القوانين إلى حمايتها، بل إنه يعتبر من أهم دعائم دولة القانون، ومن المبادئ التي باتت تقوم عليها جل النظم السياسية المعاصرة كونه يكفل الممارسة الديمقراطية في أي نظام حكم متى توافرت شروطه³، وعليه أمام هذه الأهمية وجبت دراسة هذا المبدأ بنوع من التفصيل وذلك من خلال إبراز تعريفه (أولاً)، وكذا تحديد أنواعه (ثانياً).

أولاً: تعريف مبدأ الفصل بين السلطات.

حاول الفقه إيجاد تعريفاً جامعاً لمبدأ الفصل بين السلطات، فعرفه البعض على أنه "توزيع وظائف الدولة أو الحكم إلى هيئات تتولى كل منها وظيفة من الوظائف الأساسية

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 30.

² عبد العزيز محمد سلمان، إجراءات الدعوى الدستورية، ج1، مرجع سابق، ص. 43.

³ محمد هاملي، آليات إرساء دولة القانون، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص. 08.

للدولة من تشريع وتنفيذ وقضاء، وكذا ضبط العلاقات فيما بين الهيئات المخولة للقيام بها¹. أما البعض الآخر فعرفه على أنه "توزيع وظائف الدولة وأعمالها المختلفة على هيئات متعددة مع وجود تعاون وتبادل بينهم بهدف ضمان حركية الدولة ومصالحها الأساسية وضمان حرية الأفراد ومنع تعسف واستبداد الحكم"².

إلا أن هناك جانب من الفقه من رأى أن مبدأ الفصل بين السلطات يتكون من مدلولين، الأول سياسي ويعني "عدم جمع السلطات أو تركيزها في يد واحدة، فلا يجوز لشخص أو هيئة أو كيان أن يجمع في يده كل السلطات الثلاث في الدولة أو الإثنين معا في يد شخص واحد"، أما المدلول الثاني فهو قانوني "يرتبط بطبيعة العلاقة بين السلطات المختلفة في النظم القانونية والتي تكون إما رئاسية أو برلمانية أو نيابية، فجوهره يقوم على أساس تقسيم وظائف الدولة إلى ثلاث وظائف رئيسية و عدم تجميع هذه الوظائف الثلاث في يد هيئة واحدة أو شخص واحد"³.

فما يبدو من هذه التعاريف أن مبدأ الفصل بين السلطات يقوم على ركيزتين أساسيتين وهما، تقسيم وظائف الدولة إلى ثلاث وظائف وعدم تجميع هذه الوظائف في يد واحدة، فتقتضي الحكمة السياسية أنه لكي تسير مصالح الدولة سيراً حسناً، وحتى تضمن الحريات الفردية ونضمن عدم وجود استبداد في الحكم، فإنه من اللازم ألا تتركز السلطات كلها في يد هيئة واحدة⁴.

¹ صالح دجال، المرجع السابق، ص. 102.

² ساسي محمد فيصل، مبدأ الفصل بين السلطات واستقلالية القضاء كضمانة لحماية الحريات العامة، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي، النعامة، العدد 2، جوان 2015، ص. 106.

³ أحمد شارة موسى، مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة أساسية لنفاذ القواعد الدستورية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسية بن بوعلي، الشلف، المجلد 6، العدد 1، 2020، ص. 92.

⁴ سلمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، ط. 6، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1996، ص. 451.

ويعد أفكار المفكر الإنجليزي "LOCHE" أول من تكلم عن مبدأ الفصل، في حين تعود فكرة تعدد السلطات وانفصالها عن بعضها البعض إلى المفكر الفرنسي "Montesquieu" الذي يعد أول من صاغ مضمونه في أفكار قابلة للتطبيق، من منطلق أن طبيعة الإنسان تميل دوماً إلى إساءة استعمال السلطة الممنوحة له بغرض تحقيق المصالح الشخصية على حساب المصلحة العامة، الأمر الذي لا يمكن تفاديه ما لم يتم تقسيم وتوزيع السلطات على هيئات متعددة، وعلى هذا الأساس فقد أجمع فقهاء القانون الدستوري على تقسيمها إلى ثلاث، سلطة تشريعية، سلطة تنفيذية وسلطة قضائية، مع الحرص أن تكون هذه السلطات مستقلة عن بعضها البعض استقلالاً عضوياً ووظيفياً، مع ضرورة أن يكون التوازن بين السلطات قائم على أساس التعاون والتبادل بينها، بمعنى أن تخصص كل سلطة لوظيفة محددة لا يعطيها الاستقلال المطلق عن باقي السلطات، بل ينصرف مضمون المبدأ إلى صلاحية كل سلطة في مراقبة الأخرى، وبذلك تضمن كل سلطة عدم تجاوز السلطة الأخرى لاختصاصاتها، وهو ما عبر عنه الفقيه "Montesquieu" بعبارة أن السلطة توقف السلطة¹.

وعليه فإن تقرير الدول لمبدأ الفصل بين السلطات أملتة المبررات التالية:

1- منع الاستبداد وصيانة الحريات.

إن تركيز السلطات وتجميعها في يد واحدة يؤدي إلى الاستبداد، الأمر الذي قد يؤدي إلى المساس أو النيل من حقوق الأفراد²، وفي ذلك يقول الفقيه "Montesquieu" في شرح هذا المبرر بقوله: إذا جمع شخص واحد أو هيئة واحدة السلطتين التشريعية والتنفيذية انعدمت الحرية، وكذلك الشأن إذا اجتمعت السلطات الثلاث في يد واحدة، ولو كانت يد الشعب

¹ صالح دجال، المرجع السابق، ص. 102-104.

² أسود ياسين، المرجع السابق، ص. 86.

ذاته، وعليه يجب توقف كل سلطة عند حدها بواسطة غيرها، بحيث لا تستطيع أية سلطة أن تسيء استعمالاً لسلطة أو تستبد بها¹.

2-تحقيق مبدأ الشرعية.

يقتضي مبدأ الشرعية أن تكون القواعد التشريعية عامة ومجردة، وذلك بأن تصدر التشريعات دون النظر إلى الحالات الفردية، ومن ثم يتم تطبيقها على كل فرد تتواجد فيه شروط تطبيقها، ولا يتحقق ذلك إلا إذا تم الفصل بين المشرع والمنفذ أما إذا لم يتم ذلك فإن المنفذ سوف يصدر التشريعات على ضوء ما لديه من اعتبارات عملية، فيفقد التشريع حياده ويصبح مجرد أداة في يد السلطة التنفيذية²، وفي هذا كذلك حماية للحريات العامة فالحريات العامة لا تحمي إلا في مناخ الدولة يسود فيها القانون.

ثانياً: أنواع مبدأ الفصل بين السلطات

اختلف فقهاء القانون بصفة عامة وفقهاء القانون الدستوري بصفة خاصة حول تفسير مضمون مبدأ الفصل المطلق بين السلطات، فمنهم من فسره على أنه فصل مطلق بين السلطات، ومنهم من فسره على أنه فصل مرن بين السلطات، ومن ثم فإن هذا المبدأ يتخذ نوعين:

1-الفصل المطلق(التام) بين السلطات الثلاث.

ويقصد به أن تكون كل سلطة مستقلة عن السلطات سواء من الناحية الوظيفية والعضوية، كما ينبغي أن لا تتدخل أية سلطة في شؤون السلطات الأخرى، على أن تتم ممارسة السلطة المحددة وفق القواعد الدستورية، وعليه فإن هذا النوع من الفصل يجعل السلطات متساوية من الناحية القانونية.

¹مقتبس من، سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 452.

² سلمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص. 453.

ويجد الفصل المطلق تطبيقه العملي في الأنظمة الرئاسية كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، وإن كان هذا الفصل في حقيقته ليس فصلا جامدا إلى الحد الذي يمنع وجود تعاون بين السلطات الثلاث، بل هو فقط يسمح بذلك في حالات أقل من الحالات التي يسمح بها الفصل المرن.

2-الفصل المرن بين السلطات.

ويقصد به أن تكون هنالك علاقة تعاون بين السلطات في الدولة في القيام بالاختصاصات المحددة دستوريا، كما يجب أن تكون بينها رقابة متبادلة.

ويجد الفصل المرن بين السلطات تطبيقه العملي في الأنظمة البرلمانية، القائمة على وجود نوع من المرونة وعدم الاستقلالية التامة لكل سلطة عن السلطات الأخرى، ووجود نوع من الاشتراك في الاختصاصات، ويظهر ذلك خصوصا بالنسبة للسلطة التنفيذية فقد أصبحت تتمتع ببعض اختصاصات السلطتين التشريعية والقضائية¹، وهو ما يعني وجود تعاون بين السلطات في الدولة، ويتجسد هذا التعاون من خلال إجازة بعض النظم الجمع بين عضوية البرلمان وشغل الوزارة، وكذا في حق الوزراء دخول البرلمان للدفاع عن سياستهم وشرحها².

وهذا الفصل هو الذي قصده الفقيه "Montesquieu"، فالفصل بين السلطات يجب أن يكون مشمولا بروح التعاون وليس كما فهمه الكثيرون فسروه على أساس أنه فصل مطلق وتام³، و من ثم فإن النظم التي حاولت أن تأخذ بالفصل التام بين السلطات قد واجهت صعوبات كثيرة أدت إلى انهيار هذه النظم، أو أنها اضطرت فيما بعد إلى العمل بنظام التعاون فيما بين السلطات كما كان عليه الحال في الولايات المتحدة الأمريكية⁴.

¹ صالح دجال، المرجع السابق، ص. 105.

² ميلود ذبيح، الفصل بين السلطات. في التجربة الدستورية الجزائرية، دار الهدى، الجزائر، 2001، ص. 92.

³ ياسين أسود، المرجع السابق، ص. 87.

⁴ سلمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 453.

أما عن الفصل بين السلطات الذي قرره النظام الدستوري الجزائري فنجد أنه قرر الفصل المرن بين السلطات، حيث نجد أنه نص على تعاون بين السلطات الثلاث وكذا على رقابة متبادلة بينها.

فمظاهر التعاون بين السلطات تتجسد خصوصاً بين السلطتين التشريعية و التنفيذية، وذلك من خلال اشتراكهما في أداء وظائف أو صلاحيات هي في حقيقة من اختصاصات إحدى السلطتين دون الأخرى، فيظهر ذلك جلياً من خلال مساهمة السلطة التنفيذية في الإجراءات الخاصة بتكوين السلطة التشريعية و مباشرتها لوظيفتها¹، وبشكل كبير في عملية التشريع من خلال إصدارها للأوامر²، في حين كما نعلم أن مهمة سن القوانين هي أصلاً من اختصاص السلطة التشريعية.

ولعل أبرز مثال على التعاون بين السلطات هو القانون المالية الذي هو ثمرة التعاون بين الحكومة والبرلمان، فالحكومة تعده، والبرلمان يناقشه ويعدله ويقره³، وفي مقابل ذلك نجد أن السلطة التشريعية تقوم ببعض المهام المخولة للسلطة التنفيذية عن طريق إصدار قرارات فردية تعد من قبل اختصاصات السلطة التنفيذية⁴، بالإضافة إلى مناقشة مخطط عمل الحكومة⁵، وكذا مناقشة بيان السياسة العامة⁶.

أما مظاهر الرقابة المتبادلة بين السلطات فتنتقل من فكرة منع كل سلطة للأخرى من تجاوز حدودها الدستورية من خلال فرض كل سلطة لرقابتها على السلطة الأخرى⁷ وذلك

¹ أنظر المادتين 143، 121، 151 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، ج.ر العدد رقم 82.

² أنظر المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

³ أنظر المادة 138 من نفس التعديل الدستوري.

⁴ أنظر المادة 9 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية عدد 46 لسنة 2000، ص. 10.

⁵ أنظر المادة 94 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

⁶ أنظر المادة 98 من نفس التعديل الدستوري

⁷ ميلود ذبيح، المرجع السابق، ص. 89.

يهدف تحقيق التوازن المنشود بين السلطتين في إطار حدود القواعد الدستورية و القوانين المنظمة لها، و عليه نجد أن السلطة التشريعية تمتلك مجموعة من آليات المراقبة و التي تمكنها من مراقبة عمل السلطة التنفيذية من خلال استجواب أعضاء الحكومة و مسائلتهم بخصوص مهامهم و اختصاصاتهم¹ و سحب الثقة من الحكومة²، حق السؤال³، وحق إنشاء لجان تحقيق⁴.

و العكس من ذلك نجد السلطة التنفيذية هي الأخرى لها آليات مراقبة السلطة التشريعية، و يظهر ذلك جليا من خلال تدخل السلطة التنفيذية في استعمال حق حل البرلمان⁵، و الذي يعتبر من بين أخطر آليات المراقبة الممنوحة للسلطة التنفيذية و هي سلطة ليس لها مقابل عند السلطة التشريعية، بالإضافة إلى دور الحكومة في التحكم في عمل البرلمان من خلال مشاركتها في إعداد جدول أعمال الدورة البرلمانية⁶، وكذا في حق رئيس الجمهورية في طلب إجراء مداولة ثانية لقانون ثم التصويت عليه و حاز على موافقة أغلبية أعضاء البرلمان⁷.

ومهما كان نوع الفصل بين السلطات الذي اتبعته الدولة فإن من يضمن احترام كل سلطة للاختصاصات الممنوحة لها سواء في إطار الفصل المطلق أو المرن هو الرقابة على دستورية القوانين، خاصة بخصوص العلاقة بين السلطتين التشريعية و التنفيذية في مجال صنع القانون، وذلك لأنه عن طريق هذه الرقابة نضمن عدم إصدار السلطة التنفيذية

¹ أنظر المادة 151 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

² أنظر المادة 153 من نفس التعديل الدستوري.

³ أنظر المادة 152 من التعديل الدستوري السابق.

⁴ أنظر المادة 180 من التعديل الدستوري السابق.

⁵ أنظر المادة 147 من التعديل الدستوري السابق.

⁶ أنظر المادة 135 من الدستور، و المادة 15 من القانون العضوي رقم 16-12 المؤرخ في 2016/08/25 المحدد لتنظيم عمل المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة، و عملهما، وكذا العلاقة الوظيفية بينهما و بين الحكومة، الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2016، ص. 55.

⁷ أنظر المادة 145 من التعديل الدستوري السابق.

لتنظيمات تناول موضوعا هو من اختصاص السلطة التشريعية، أو العكس ضمان عدم سن هذه الأخيرة لتشريعات تتضمن موضوعا هو من اختصاص السلطة التنفيذية.

الفرع الثالث

حماية الحقوق والحريات العامة.

إن موضوع الحقوق والحريات العامة يعتبر من أكثر المواضيع أهمية في القانون كونها تعتبر من أسس القيم التي يتمتع بها الإنسان، وقبل دراسة كيفية حماية الرقابة على دستورية للقوانين للحقوق والحريات العامة لابد تحديد مفهومها.

أولاً: مفهوم الحقوق والحريات العامة.

تقتضي دراسة مفهوم الحقوق والحريات العامة إبراز تعريفها وتحديد أنواعها.

1-تعريف الحقوق والحريات العامة

إن تحديد المقصود بالحقوق والحريات ليس بالمهمة السهلة، وذلك لاختلاف مضمونها باختلاف الزمان والمكان، وما زاد من صعوبة هذه المهمة أن بعض الفقهاء حاولوا فصل تعريف الحقوق عن تعريف الحريات، وذلك لاعتقادهم أنه يوجد فرق بينهما، فجوهر الحق هو قدرة صاحبه بالتصرف فيما اختص به ضمن الحدود التي رسمها له المشرع، مما يستلزم إباحة الأفعال الملائمة لذلك الاستعمال والتصرف المشروع، فالحق فيه ميزة الاستثنائية وبهذا يختلف عن الحرية، فمثلاً حق الملكية، أما حرية التملك فإباحة ومن أبيع له أن يملك لا يعد بمقتضى هذه الإباحة مالكا¹.

¹ علي أحمد عبد الزعي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، بحث منشور بموقع: <https://almerja.com>

تاريخ الاضطلاع: 2020 /12/16

وهناك من رأى أن الحرية أرحب وأوسع من مفهوم الحق في حين يذهب رأي آخر أن كلمة الحق أوسع من الحرية، كون أن حقوق الإنسان تتجاوز نطاق الحريات العامة ليمتد إلى ما تفرضه الطبيعة الإنسانية سواء يتم الاعتراف بها من قبل النظام القانوني أم لا، في حين ينصرف مضمون الحريات إلى جملة من الحقوق المحددة والمعرفة بدقة من قبل القانون الوضعي، و على ذلك يمكن القول أن الحريات العامة كلها تعد حقوق الإنسان ولا يمكن قول بعكس ذلك¹.

وبناء على الرأي تم تعريف الحرية بأنها " قدرة الإنسان لإتيان كل عمل لا يضر بالآخرين، وأن تكفل له هذه الحرية كل شيء"²، أما الفقيه " أحمد عبد الرزاق السنهوري" فعرفها بأنها "رخصة أو إباحة، يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة، ذلك أن الشخص في حدود القانون له حرية العمل والتنقل والتعاقد والتملك وغير ذلك من الحريات العامة".⁽³⁾

أما بخصوص الحق فقد اختلف في تحديد مفهومه العام بين النظرتين الكلاسيكية والحديثة له، فبخصوص النظرة الكلاسيكية للحق فقد كان أنصار المذهب الشخصي الذي كان يتزعمه الفقيه الألماني "Savigny" يعرفونه بأنه " سلطة إرادية يخولها القانون لشخص في نطاق معلوم ويتكفل بحمايتها".

وانطلاقاً من هذا التعريف يصبح الحق بمثابة إرادة لشخص معين، وهو ما نتج عنه تسمية هذا المذهب بنظرية الإرادة، لكن تم انتقاد هذا المذهب من باقي الفقهاء على أساس أن اشتراط الإرادة كعنصر من عناصر الحق يتناقض مع الواقع ومع القانون، لأن هناك

¹نادية خلفة، آليات حماية حقوق الإنسان في المنظومة القانونية الجزائرية، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010، ص. 17.

²عماد ملوخية، الحريات العامة، دارالجامعة الجديدة الإسكندرية، 2012، ص 06-13.

³ أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1997، ص. 9.

حالات يوجد فيها حق دون إرادة، كحالة عديبي الأهلية الذين لهم حقوقا رغم أنهم معدومي الإرادة، أو حالة المجنون الذي يتمتع بحقوق حتى وإن لم تكن لديه أهلية.

وفي مقابل المذهب الشخصي كان يوجد المذهب الموضوعي الذي كان يتزعمه الفقيه الألماني "Ihering" الذي عرف الحق على أنه "مصلحة يحميها القانون"، ومن ثم فإن "Ihering" يرى أن الحق يتكون من ركنين أساسيين، ركن شكلي يتمثل في الدعوى القضائية التي هي أداة لحماية الحق، والركن الموضوعي الذي يتجسد في المصلحة، والتي تجد حدودها في إطار العلاقة بين الحق الشخصي والقانون.

لكن رغم نجاح هذا المذهب إلى حد ما في تحديد مضمون الحق إلى أنه لم يسلم من النقد، وذلك على أساس أن المصلحة ليست هي المعيار الوحيد لتعريف الحق، وذلك لأنه إذا كان من المسلم به أن الحق مصلحة يحميها القانون فالعكس ليس صحيحا، فعلى سبيل المثال فعندما تفرض الدولة رسوما جمركية على السلع الأجنبية قصد حماية الاقتصاد الوطني، فإن هذا الأمر يحقق مصلحة للمنتجين المحليين لكن لا تعطيهم هذه المصلحة الحق في فرض تلك الرسوم بأنفسهم¹.

وبعد النقد الذي وجه للمذهب الموضوعي ظهر المذهب المختلط الذي حاول أنصاره الجمع ما بين بعض عناصر المذهبين الشخصي والموضوعي، حيث جمعوا بين الإرادة والمصلحة ومن ثم عرفوا الحق بأنه " سلطة إرادية وهو في الوقت ذاته مصلحة يحميها القانون".

لكن لم يلقى هذا المذهب تأييدا من طرف الفقهاء نظرا لاختلاف أنصاره على من له الأولوية هل عنصر الإرادة أم عنصر المصلحة.

هذا عن النظرة التقليدية للحق أما بخصوص النظرة الحديثة فنسجل وجود عدة محاولات فقهية لتعريف الحق لعل أبرزها محاولة الفقيهين "Dabin" و "Roubier"، فحسب

¹عجة الجبالي، مدخل للعلوم القانونية، ج. 2 (نظرية الحق)، برتي للنشر، الجزائر، (بدون سنة النشر)، 16-22.

رأي الفقيه "Dabin" فإن المقصود بالحق هو "مكنة يسندها القانون لشخص معين ويضفي عليها حمايته".

وتأسيسا على هذا التعريف فإن الحق يتكون من أربعة عناصر أساسية وهي: الاستثنائية، التسلط، احترام الغير للحق وعنصر الحماية القانونية.

لكن وجهة عدة انتقادات لما جاء به الفقيه "Dabin" من أبرزها أن هناك وقائع مادية لا تعد حقوقا كالحيازة، ولكن رغم ذلك أوجد لها المشرع حماية قانونية، وذلك حماية للمصلحة العامة للمجتمع ومقتضيات استقرار الأمور.

أما بخصوص محاولة الفقيه و "Roubier" فقد اعتبر أن الحق يتميز بأنه يتخذ صفة مراكز شخصية ذاتية، ومن ثم فهو عبارة "عن مزايا تهدف إلى تحقيق مصلحة شخصية لصاحب هذه المزية، وتنشأ هذه الأخيرة من مصدرين أساسيين هما، الإرادة والقانون، والعنصر الجوهرية في هذه المزية هي القدرة على التنازل عليها".

ولم تسلم محاولة الفقيه و "Roubier" من النقد وذلك على أساس أن فكرته لا تتطابق مع الواقع، هذا الأخير الذي تفرضه طبيعة الأشياء محل الحق.

ولكن ما يمكن قوله حول تعريف الحق أنه رغم اختلاف الفقهاء المعاصرين حوله إلا أنه يمكن القول أنهم يجمعون على أن الحق لا وجود له إلا عندما يكرسه القانون¹.

لكن في الوقت الحالي فإن جمهور الفقهاء يرى أن الحق والحرية أصبحتا تعبيرين متلازمين وذلك لأنهما ترتدان إلى طبيعة واحدة، وهي إمكانية ممارسة الشخص للنشاط الذي نص

¹عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 23-32.

عليه الدستور، فهو له الحق في ممارسته، وهو حر ألا يمارسه¹، ومن ثم عرف الفقيه "Montesquieu" الحرية بأنها "الحق في فعل أي شيء يسمح به القانون"². أما الفقيه "M.Hauriou" فقد عرفها بأنها "مجموعة الحقوق المعترف بها والتي تعتبر أساسية عند مستوى حضاري معين، بما يلقي على الدولة واجب حمايتها حماية قانونية خاصة، وضمان عدم التعرض لها وبيان وسائل حمايتها"³. وهناك من الفقهاء من عرف الحقوق والحريات العامة بأنها "تلك الحريات الفردية، المدنية والسياسية، وحريات التصرف المعترف بها للفرد في مواجهة الدولة، التي يتحدد دورها في الامتناع عن كل ما من شأنه عرقلتها"⁴.

2-أنواع الحقوق والحريات العامة.

رغم كثرة التقسيمات التي أوجدها الفقه إلى الحقوق والحريات العامة إلا أنه يمكن في ثلاثة أنواع رئيسة هي:

أ-الحقوق والحريات الشخصية: وهي التي تتصل بشخص الإنسان، وهي تعد من أهم الحقوق والحريات المدنية والسياسية التي يتمتع بها الفرد، حيث لا يمكن إقرار أي نوع من الحريات الأخرى ما لم تكن الحرية الشخصية مصانة ومعترف بها⁵.

وأهم الحقوق والحريات اتصالا بكيان الفرد هي حقه في الأمن، حرية التنقل، حرمة مسكنه وسرية المراسلات.

¹أسود ياسين، المرجع السابق، ص. 17.

²مقتبس من، أحمد الحسين، الحماية القانونية للحريات العامة، مجلة جامعة البعث، المجلد 39، العدد 12، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2017، ص. 69.

³أحمد حافظ نجم، حقوق الإنسان بين القرآن والسنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص 44.

⁴رقية المصدق، الحريات العامة وحقوق الإنسان، ط. 1، دارالنجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999، ص. 24.

⁵ماهر صالح علاوي الجبوري، ضمانات الحماية الفعلية لحقوق الإنسان، ط 1، ، الذاكرة لنشر والتوزيع، بغداد، 2018 ، ص. 36.

ب- الحقوق والحريات المتصلة بفكر الفرد: والتي تعرف بالحقوق والحريات الفكرية أو المعنوية، ويقصد بها أنه لا يجوز تقييد الفرد بأن يختار دين معين أو عقيدة معينة أو أن تفرض عليه أفكارا وأراء، وبالتالي فهو حر في اختيار ما يعتقد أنه صحيحا إضافة إلى تمكنه من تعلمها ومن التعبير عنها¹.

وتشمل هذه الحقوق والحريات على جملة من الحريات الفرعية وهي: حرية العقيدة و العبادة، حرية التعليم، حرية الصحافة والكتابة، وحرية التعبير وحرية الرأي وغير ذلك من الحريات التي يمكن أن تتدرج ضمن الحريات الفكرية.

ج- الحقوق والحريات الاقتصادية: وهي الحقوق المتعلقة بنشاط الفرد، والتي يقصد بها الحقوق والحريات التي تعترف بها الدولة للفرد من تأمين لحياته المادية المعيشية في المجتمع وتسعى إيجابيا إلى تحقيقه له، وبذلك يتمتع الفرد بحق ممارسة كل الأنشطة ذات الطابع الاقتصادي².

وتتضمن الحقوق والحريات الاقتصادية حرية التملك، الحق في العمل، حرية التجارة والصناعة والتي أصبحت تعرف بحرية الاستثمار، الحق في التعويض والحق في التأمينات و غيرها من الحقوق المتصلة بنشاط الفرد.

د- الحقوق والحريات السياسية: التي تتمثل في الحقوق والحريات التي تخول للأفراد حق المشاركة في تسيير شؤون الحكم في بلده وإدارته³، حيث تقوم هذه الحقوق والحريات على ضمان حق كل مواطن في الانتخاب، والإدلاء بصوته في الاستفتاء وكذا حقه في الترشح للمناصب الانتخابية، فضلا عن حقه في تولي الوظائف العامة في الهياكل الإدارية للدولة.

¹ أسود ياسين، المرجع السابق، ص. 26.

² فريدة مزياي، دور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة في الجزائر، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 3، 2006، ص. 13.

³ فريدة مزياي، نفس المرجع، نفس الصفحة.

ويتعدى مفهوم الحقوق والحريات السياسية الأنشطة السابقة، حيث يشمل كذلك الحق في الرقابة على أنشطة الحكومات وممارسة حق النقد و إبداء الرأي بمختلف وسائل التعبير الفردية و الجماعية¹.

ثانيا: كيفية مساهمة الرقابة على دستورية القوانين في حماية الحقوق والحريات العامة

لممارسة الحريات العامة فعليا وواقعيلا لا بد من حماية هذه الحريات من الاعتداء عليها سواء من قبل السلطة أو من قبل الأفراد، ومنه فإن هذه الحماية لا تتحقق إلا في وجود ضمانات أساسية لحقوق الإنسان كون أن النصوص لا تنشئ الحق ولا تحميه، فهي مقررة أو كاشفة لهذه الحقوق، وبالتالي لا معنى لها ما لم توجد وسيلة لحماية الحقوق المقررة فيها. ويعتبر القضاء الوسيلة التي أقرتها الدساتير والتشريعات لحماية الحقوق والحريات العامة، وفي هذا الشأن يرى الأستاذ فتحي سرور أن السلطة القضائية هي الحارس للحقوق والحريات العامة، وذلك استنادا لما كانت عليه المحاكم القضائية الفرنسية خلال القرن 19، حيث كانت مختصة بحماية الحقوق والحريات الأساسية للفرد و على رأسها الحرية الشخصية، و من ثم أصبح القضاء بمثابة الحارس للحقوق و الحريات الفردية، وعليه فإن القضاء يمارس حمايته على الحريات بكفالة الضمانات التي يقرها القانون في مواجهة خطر التعسف أو التحكم.

والحماية القانونية للحقوق والحريات العامة لا تكون بمجرد إصدار القوانين، و إنما بالتعرف على مبادئها و تطبيقها، و هو مالا يتحقق إلا بسلطة مستقلة كل الاستقلال عن غيرها من سلطات الدولة، وتكون أحكامها واجبة الاحترام من الجميع حكاما و محكومين على حد السواء، وهي السلطة القضائية².

¹ صالح الدجال، المرجع السابق، ص. 309.

² فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 2000، ص. 625.

ولا يكفي استقلال السلطة القضائية لوحده على توفير الحماية للحقوق الحريات العامة، باعتبار أن النصوص تبقى حبراً على ورق ما لم تجد سبيلاً للتطبيق، بل إن السلطة التشريعية قد تخالفها بسن قوانين من شأنها مخالفة الدستور، وهو ما يؤدي إلى ضرورة إيجاد آلية لإلغاء القانون المخالف للدستور وهو ما يتجسد من خلال إقرار الرقابة على دستورية القوانين.

وعليه فإن الرقابة الفعالة هي الرقابة على دستورية القوانين¹ التي يكمن دورها في مدى مطابقة النصوص القانونية خاصة تلك المتصلة بحقوق والحريات الأساسية مع نصوص و أحكام الدستور شكلاً ومضموناً، كما أنها تستهدف ضمان احترام الحقوق والحريات من خلال تقييد المشرع بأحكام الدستور²، وإلا كانت تحت طائلة البطلان.

ومن ثم فإن النص على حقوق الإنسان في الدستور يعد ضماناً من ضمانات حقوق الإنسان، إذا يشترط أن ينص الدستور كذلك على الوسائل الكفيلة التي من شأنها حماية هذه الحقوق وإرجاعها في حالة انتهاكها³، وعلى هذا الأساس فإن مهمة الرقابة على دستورية القوانين تكمن في حماية القواعد الدستورية بما فيها الحقوق والحريات العامة، و ضماناتها ورعايتها من العبث لتظل قواعد سامية واجبة النفاذ والاحترام.

وعلى العموم فإن الرقابة على دستورية القوانين تشكل حماية فعلية للحقوق والحريات العامة، وذلك للضمانات الكثيرة التي تتوافر فيها، كضمانة التقاضي وضمانة حياد واستقلال الهيئة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين، وهو ما يجعلها بعيدة عن أهواء السياسة ومن التدخلات الشخصية والسياسية⁴، بالإضافة إلى ما تم ذكره فإن الرقابة على دستورية

¹ ماهر صالح علاوي الجبوري، المرجع السابق، ص. 62.

² بلقاسم أحمد، محاضرات في الحريات العامة، أقيمت على طلبة السنة أولى ماستر، كلية الحقوق، جامعة دباغين سطيف، الموسم الجامعي 2015-2016، ص. 108.

³ شباب برزوق، المرجع السابق، ص. 10.

⁴ أحمد الأشقر، الاجتهادات القضائية والعربية في تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، (دراسة وصفية تحليلية)، تونس، لبنان، المغرب، العراق، الأردن، الجزائر، فلسطين، 2016، ص. 34-38.

القوانين تتيح للأفراد إمكانية الطعن في القوانين التي تخالف الدستور والتي تتضمن تعدي على حقوقهم وحياتهم.

وفي الأخير فإن ما يمكن استنتاجه هو أن الهدف من إقرار الرقابة على دستورية القوانين يكمن بالدرجة الأولى في صون و حفظ حقوق و حريات الأفراد، وذلك من خلال مراقبة مدى مطابقة النصوص القانونية خاصة المتصلة بحقوق و حريات الأفراد لأحكام الدستور، باعتباره القانون الأعلى في الدولة.

المبحث الثاني

نظم الرقابة على دستورية القوانين.

تتباين النظم الدستورية حول العالم بشأن الهيئة التي يسند لها مهمة الرقابة على دستورية القوانين، فمنها من أسندها إلى هيئة قضائية ومن ثم توصف الرقابة على دستورية القوانين بأنها ذات طبيعة قضائية (المطلب الأول)، وهناك من النظم من يسند مهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة سياسية، ومن ثم توصف هذه الرقابة على أنها ذات طبيعة سياسية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين

بغية ضمان احترام الدستور قررت بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية أن تسند مهمة الرقابة على مدى مطابقة القوانين للدستور لهيئة قضائية، ومن ثم أصبحت تكتسي هذه الرقابة الطبيعة القضائية.

ولمعرفة المقصود بهذا النوع من الرقابة على دستورية القوانين وكذا مدى مساهمتها في حماية الدستور، لابد من تعريفها (الفرع الأول)، وكذا تقدير مدى تحقيقها للحماية الكاملة للدستور (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين

لم تختلف محاولة الفقه في تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين على غيرها من محاولات تعريف مختلف المصطلحات القانونية من حيث البحث عن تعريف يضم كل عناصر هذا النوع من الرقابة، حيث أن الفقيه الفرنسي "Duverger Maurice" عرفها

بأنها "تولي جهازه صفة المحكمة الرقابة على دستورية القوانين"⁽¹⁾، وهناك بعض الفقه عرفها بأنها "إسناد مهمة الرقابة الدستورية إلى جهة قضائية، وقد تكون هذه الجهة جزءاً من النظام القضائي العادي مثل (المحكمة العليا) أو قد تكون جهة قضائية مستقلة تسمى غالباً (المحكمة الدستورية)".

وهناك من عرفها بأنها "تقوم على أساس تدخل القاضي وهي وسيلة منطقية تفرض بحكم وظيفة القاضي، لأنه عندما يقوم بتطبيق القانون على ما يعرض أمامه من منازعات يكون ملزماً في حالة اكتشافه لتعارض بين القانون الذي سيطبقه على النزاع و دستور أن يستبعد القانون وينزل حكم الدستور"⁽²⁾، و عرفت أيضاً بأنها "عملية ذات طبيعة قانونية خاصة، يقوم بها قاضي مهمته مهمة قانونية، هي التحقق من تطابق واتفاق القانون الصادر من السلطة التشريعية مع قواعد وأحكام الدستور، والتعرف على ما إذا كان البرلمان المنوط به التشريع قد التزم الحدود التي رسمها له الدستور أو تجاوزها و خرج عن نطاقها"⁽³⁾.

كما عُرِفَت كذلك "في كونها تقوم على مبدأ إسناد مهمة فحص دستورية القوانين إلى الهيئات القضائية في الدولة، إذ يكون لهذه الهيئات صلاحية النظر في دستورية أي قانون يعرض عليهم"⁽⁴⁾، وتعرف أيضاً "بأن يتولى القضاء فحص دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان للتحقق من مطابقتها أو مخالفتها لقواعد الدستور، وهي رقابة لاحقة على صدور القانون ونفاذه وتطبيقه"⁽⁵⁾.

وما يمكن استنتاجه من هذه التعاريف أنها أجمعت على أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تختص بها هيئة قضائية سواء كانت تابعة للقضاء العادي أو هيئة قضائية

¹ مقتبس من، أحمد الأشقر، المرجع السابق، ص. 36.

² عبد العزيز محمد سلمان، نظم الوقاية على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص. 117.

³ رائد صالح أحمد القنديل، المرجع السابق، ص. 42.

⁴ صالح الدجال، المرجع السابق، ص. 93.

⁵ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 260.

مستقلة معينة منصوص عليها دستوريا، كما أجمعت كذلك على أن الرقابة القضائية هي رقابة لاحقة لنفاذ القانون بمعنى أن هذه الرقابة لاحقة لصدور القانون، فهي تتم بعدما يتم إصدار ونشر القانون في شكله الأخير وبعدها يصبح ساري المفعول، على عكس الرقابة السياسية التي تكون قبل عملية إصدار ونشر القانون.

وتعد الولايات المتحدة الأمريكية هي السباقة في تبني فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، كضمانة لاحترام قواعد الدستور وتكريس مبدأ سموه على باقي التشريعات الأخرى في الدولة، حيث بدأت في الأخذ بها بعض محاكم الولايات ثم أخذت بها بعد ذلك المحكمة الاتحادية العليا عام 1803 كما رأينا سابقا، ثم توالى الأحكام التي تقضي بحق المحاكم بصفة عامة في تقرير دستورية القوانين متى دفع أمامها بعدم دستورتها¹.

وما يميزه نظام الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية أنها لم ينص عليها الدستور بل قررتها المحكمة الاتحادية العليا، كما أنها تقوم على عدم تركيز الرقابة في يد جهة قضائية، بل يجوز لكل الهيئات القضائية القيام بهذه الرقابة².

ليتم بعد ذلك تبني النموذج الأمريكي للرقابة القضائية على دستورية القوانين في العديد من دول العالم، حيث تعتبر النمسا من أوائل الدول التي اتبعت هذا النظام وذلك من خلال دستورها لعام 1920 الذي نص على إنشاء محكمة دستورية متخصصة في الرقابة على دستورية القوانين³.

وما تجب الإشارة إليه أن أشكال الرقابة القضائية على دستورية القوانين تختلف من دولة إلى أخرى، وهذا راجع إلى أنها لم تتفق على أسلوب معين، فهناك من اعتمد على أسلوب الدعوى الأصلية (أولا)، وهناك بعض الآخر من اعتمد على أسلوب الدفع الفرعي (ثانيا).

¹ محمد عبد الحميد أبو زيد، القضاء الدستوري (شرعا ووضعا)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 283.

² Dominique Rousseau, Op.cit, P. 14.

³ نوار بدير، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وحدة القانون الدستوري، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية، بيروت، لبنان، العدد 5، 2017، ص. 03.

أولاً: الرقابة القضائية عن طريق أسلوب الدعوى الأصلية (المباشرة).

تعد الدعوى الأصلية دعوى قضائية قائمة بذاتها منفصلة عن غيرها من النزاعات الموضوعية، و بموجبها يحق لصاحب الشأن الذي تضرر من التشريع المخالف للقواعد الدستورية و توافر فيه شرط المصلحة رفع دعوى أمام المحكمة المتخصصة بشكل مباشر للنظر فيها¹ وتعرف الدعوى الأصلية بأنها "أن يعطي الدستور للمواطن حق رفع دعوى أصلية مباشرة أمام المحكمة الدستورية أو المحكمة العليا، طالبا منها إلغاء قانون ما لمخالفته لنصوص الدستور، فإذا تحققت المحكمة من وجود هذه المخالفة الدستورية، قضت بإلغاء القانون المخالف للدستور بحكم نهائي لا يقبل الطعن وله حجية مطلقة أمام الكافة"².

ويتميز هذا الأسلوب من الرقابة القضائية على دستورية القوانين في كونه أسلوب هجومي، وذلك لأنها تعطي الحق للمخاطبين بالقانون غير الدستوري أن يبادروا إلى الطعن فيه و المطالبة بإلغائه دون انتظارهم لتطبيقه عليهم³.

وتنقسم الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية إلى نوعين رقابة سابقة ولاحقة، فالنوع الأول تمارس فيها الدعوى الأصلية قبل صدور القانون، أي ترفع أثناء تكوينه وهي الفترة الفاصلة بين إقراره من المشرع وإصداره من السلطة العامة، فقبل إصدار القانون تقوم السلطة العامة بعرض هذا القانون على الهيئة القضائية المختصة للنظر في الدستورية، فإن وجد أنه غير دستوري امتنعت السلطة العامة عن إصداره.

وبالتالي ما تقررره المحكمة في هذا الشأن يعد ملزماً لكل السلطات بما فيها السلطة العامة، و من ثم يلغي القانون و لا يتم إصداره، و أبرز مثال على هذا النوع من الرقابة القضائية السابقة ما أخذ به الدستور الإيرلندي لعام 1937، فمن حق رئيس الدولة طبقاً

¹ نوار بدير، المرجع السابق، ص. 10.

² محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 263.

³ رائد صالح أحمد القنديل، المرجع السابق، ص. 43.

لهذا دستور أن يحيل القانون الذي يشك في دستوريته إلى المحكمة العليا لفحصه، ولا يتم ذلك إلا بعد استشارة مجلس الدولة، حيث يجب على الرئيس أن يحيل القانون في ظرف 7 أيام على الأكثر من تاريخ تقديمه له لإصداره، ويجب على المحكمة العليا أن تصدر حكمها في مدة لا تتجاوز 60 يوماً من تاريخ إحالته إليها لفحص دستوريته و من ثم يتقرر مصير القانون على حكم المحكمة العليا.

وبالتالي فإن هذا النوع من الرقابة تمنح حق الطعن في دستورية القوانين للهيئات و السلطات العامة فقط دون الأفراد، وعليه فإن رئيس الدولة أو أي من سلطاته هو من يتولون تحريك الرقابة على دستورية القوانين قبل صدور القانون و هذا دون الأفراد¹، على أن بعض الدول أجازت ذلك للأفراد بطريقة غير مباشرة، و ذلك بأن يرفعوا طعوناً أمام بعض المحاكم و التي بدورها متى تحققت من جدية الطعن تحيله للجهات المختصة بالنظر في دعاوى الإلغاء المباشرة²، وهو ما أخذت بها النمسا حيث سمحت المحكمة الدستورية العليا للمحكمة القضائية العليا و المحكمة الإدارية بالطعن بالإلغاء أمامها، و لو أن الدستور لم يخولهما هذا الحق، و بالتالي كنتيجة حتمية فإن للأفراد حق الطعن بعدم دستورية القوانين أمام هاتين الجهتين كل في نطاق اختصاصه، وهو ما أخذ به الدستور المصري لعام 1971³.

أما النوع الثاني فهو الرقابة اللاحقة والتي يتم فيها رفع دعوى إلغاء القانون غير الدستوري بعد صدور القانون، و في حالة عدم الدستورية تصدر المحكمة المختصة بمراقبة مدى الدستورية حكماً يتضمن إلغاء القانون المذكور للكافة، وبذلك يقطع النزاع حول القانون غير الدستوري بصفة نهائية، وذلك لأنه يحوز حجية مطلقة بالنسبة للجميع، سواء كانوا أفراداً أو سلطات عامة، و من بين الدساتير التي قررت هذا النوع من الرقابة نجد

¹ عبد العزيز سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص. 133.

² صالح الدجال، المرجع السابق، ص. 98.

³ عبد العزيز محمد سلمان، نفس المرجع، ص. 139.

الدستور الإسباني لعام 1931 والدستور الليبي لعام 1951¹، ويعد الدستور الأمريكي أهم دستور قرر هذا النوع من الرقابة، وذلك لأنه لم يتخلى عنها إلى غاية يومنا الحالي.

ونظراً لخطورة النتائج المترتبة على هذه الدعوى، فإنه لا يترك نظرها للجميع المحاكم على اختلاف درجاتها وإنما يعهد بها إلى محكمة خاصة²، فليس من المصلحة أن تترك مثل هذه الدعوى إلى أي قاض في الدولة، إذا تتجه غالبية الدول الأخرى بهذا النظام إلى تخصيص محكمة واحدة تكفل الدستور بتحديدتها. أي تأخذ بما يسمى (مركزية الرقابة)³، وعلى هذا أساس نجد أن أغلب الدول تعهد رقابة الدستورية إلى محكمة قضائية واحدة لتوحيد قضاء الدستورية حيث تكون هذه المحكمة وحدها دون سائر المحاكم هي المختصة للفصل في دستورية القوانين⁴، وهذه المحكمة إما أن تكون محكمة دستورية ذات تشكيلة خاصة، أو قد تكون المحكمة العليا داخل القضاء العادي.

1- إسناد الفصل في الدعوى إلى محكمة دستورية متخصصة

يعهد بمهمة الرقابة على دستورية القوانين طبقاً لهذا الأسلوب إلى محكمة أنشئت خصيصاً لهذا الغرض، لذلك يقتصر اختصاصها على نظر دعوى دستورية للقوانين دون غيرها من الدعاوى، وقد أخذت العديد من الدول بهذا الأسلوب منها، الدستور الإيطالي 1948⁵ ومن الدساتير العربية دستور العراق لسنة 1925⁶ والدستور المصري لسنة 1971 وكذا دستور 2014 الذي نص في المادة 192 منه على ما يلي: "تتولى المحكمة الدستورية دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين و اللوائح وتفسير النصوص التشريعية..".

¹ عبد العزيز محمد سلمان، إجراءات الدعوى الدستورية، الجزء 01، مرجع سابق، ص. 133-134.

² محمد عبد الحميد أبو زيد، القضاء الدستوري (شراً ووضعا)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 305.

³ رائد صالح أحمد القنديل، المرجع السابق، ص. 44.

⁴ رائد صالح أحمد القنديل، نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁵ محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص. 306.

⁶ عبد العزيز محمد سلمان، إجراءات الدعوى الدستورية، الجزء 01، مرجع سابق، ص. 66.

وعليه فإننا نجد في هذه الدول أن المحكمة الدستورية" هي الجهة الوحيدة المختصة بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، في حين لا يجوز للمحاكم العادية والإدارية ممارسة الرقابة على دستورية للقوانين، ومن ثم ليس لها الحق في الفصل في الدعاوي التي يرفعها الأفراد والتي يطالبون فيها بإلغاء قانون مخالف للدستور.

2- إسناد الفصل في الدعوى إلى المحكمة القضائية العليا.

لا تتشكل في هذه الحالة محكمة خاصة للقيام بمهمة الرقابة على دستورية القوانين وإنما يعهد بهذه الرقابة إلى المحكمة القضائية العليا، حيث أنه بالإضافة إلى عملها الأصلي وهو مراقبة مدى تطبيق الجهات القضائية للقانون في النزاعات التي تعرض عليها فإنها تقوم كذلك من مراقبة مدى مطابقة القانون للدستور عن طريق دعوى مستقلة ترفع أمامها¹.

ويبرر إسناد الفصل في دعوى مدى دستورية القانون إلى المحكمة العليا في سلم القضاء العادي أنه الوضع الطبيعي للأمور، فالقضاء هو المختص أصلاً بالرقابة على الدستورية وقيام المحكمة العليا بها هو نوع من تنظيم القضاء العادي².

ومن أشهر الأمثلة على ذلك الدستور السويسري لعام 1874 حيث يستطيع أي فرد رفع دعوى أمام المحكمة العليا يطالب فيها بإلغاء أي قانون بحجة أنه غير دستوري، وكذا دستور الإمارات العربية المتحدة لعام 1971³.

ثانياً: الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الفرعية (الدفء الفرعي)

إن تحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدفء الفرعي يعتبر أكثر الأساليب شيوعاً لتحريك هذا النوع من الرقابة، وهي تتم بأن يدفع الفرد أمام قاضي الموضوع

¹ محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 306.

² عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية قوانين، مرجع سابق، ص. 125.

³ رائد صالح أحمد القنديل، المرجع السابق، ص. 45.

الذي يتولى الفصل في النزاع الذي يكون طرفا فيه بعدم دستورية قانون معين يمس حق من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور¹.

وتمتاز هذه الطريقة بأنها طريقة دفاعية وليس هجومية بإعتبار إثارته لا تكون إلا بمناسبة نزاع معروض أمام القضاء، فطريق الدفع الفرعي تتحقق متى كان هناك نزاع مطروح أمام المحكمة والقانون الواجب تطبيقه في هذا النزاع مشوب بعدم الدستورية، فهنا يحق لكل ذي مصلحة الدفع بعدم دستورية القانون، فإذا تم التأكد من مخالفة القانون الواجب تطبيقه على النزاع المعروض أمام المحكمة لأحكام الدستور يمتنع القاضي من تطبيقه دون إلغاءه، ومن ثم فإن طريقة الدفع الفرعي هي طريقة دفاعية تستهدف فقط استبعاد تطبيق القانون في قضية ما، ولا تستهدف إلغاءه وإعدامه من الوجود، بل يبقى قائما وقابل لأن تثار بشأنه عدم دستورية في دعاوى أخرى وأمام محاكم أخرى.

و يرجع الفضل في إظهار فكرة الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الفرعية إلى الولايات المتحدة الأمريكية رغم عدم النص عليها صراحة في دستورها، حيث اعتبرها مبدأ قضائي يستند على فكرة الدستور الجامد وهو طابع دستور الولايات المتحدة الأمريكية².

وما تجب الإشارة إليه أنه رغم أن أسلوب الدعوى الأصلية المباشرة وأسلوب الدفع الفرعي أسلوبين يعتبران أكثر الأساليب المستعملة في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين، إلا أن هذا لم يمنع من أن توجد أساليب أخرى لممارسة هذا النوع من الرقابة على دستورية القوانين وهي:

1- أسلوب أوامر المنع: التي تعرف على أنها أوامر قضائية تتخذ صيغة النهي الصريح، وتوجهها جهة قضائية إلى شخص ما لإنذاره بأنه إذا استمر في نشاط خاطئ معين، أو إذا باشر

¹سعاد حافظي، آلية الدفع بعدم الدستورية مضمونة لحماية الحقوق والحريات في النظامين الجزائري والفرنسي، مجلة الإجهاد والقضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 12، عدد خاص، أبريل 2020، ص. 45.

² محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 266-267.

القيام بنشاط خاطئ فإنه يتعرض للعقاب على أساس إهانة القضاء¹.

ويتخذ هذا الأسلوب شكلين حيث تستعمل أوامر المنع في المنازعات القضائية بصفة عامة كما تستعمل أوامر المنع كوسيلة للرقابة على دستورية القوانين، ففي هذه الحالة يفترض أن يدعي فرد معين بعدم دستورية قانون، وذلك بأن تطبيقه عليه سيؤدي إلى إلحاق الضرر به، حيث يطلب الفرد من المحكمة أن تصدر أمر بمنع تطبيق هذا القانون عليه، فهنا المحكمة تكون أمام وجوب التحقق من دستورية القانون أو عدم دستورية، فإذا ثبت عدم دستورية القانون تصدر المحكمة أمرا إلى الموظف المختص بتنفيذ القانون بأن يمتنع عن تنفيذه لكونه مخالف لأحكام الدستور².

2- أسلوب الحكم التقريري: وهو وسيلة جزئية للرقابة على الدستورية القوانين معروفة في الولايات المتحدة الأمريكية مند عام 1936، وهو يفترض أن قانونا لم يطبق بعد بحكم أن الفرد صاحب المصلحة قد توافرت في حقه شروط تطبيق القانون وهو يرى أن هذا القانون مخالف للدستور، فيرفع دعوى إلى المحكمة طالبا منها النظر بإصدار حكم تقريري بعدم دستورية القانون، وعلى أساس حكم المحكمة يقوم الموظف بتنفيذ القانون من عدمه.

الفرع الثاني

تقدير نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

إن فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي الأخرى تتسم بمزايا تميزها عن الرقابة المنوطة لهيئة سياسية، وتتمثل هذه المزايا في:

¹ عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 214.

² محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، 2013، ص 468.

-أنها تمارس من قبل هيئة قضائية بخلاف الرقابة السياسية وهذا ما يتفق مع مشكلة الرقابة على دستورية القوانين في كونها مشكلة قانونية وليس سياسية، وبالتالي فيعود الاختصاص فيها إلى القضاء¹.

كذلك ما يميز هذا النوع من الرقابة أن القضاء يتميز بالحيدة والاستقلال، مما يوفر ضمانات جدية للبحث في مدى دستورية القوانين، على أساس أن القضاء يتبع إجراءات قضائية عادلة للنظر في النزاعات التي تعرض عليه، وهو ما يبعث الثقة والإطمئنان لأحكامه، مثل علنية الجلسات وكفالة حق التقاضي أو الدفاع².

وما يميز الرقابة القضائية على الدستورية القوانين أيضا أنها غالبا تكون رقابة لاحقة على صدور القانون ونشره وتطبيقه، وبالتالي قد يؤدي هذا التطبيق إلى المساس بالحقوق والحريات المكفولة دستورياً³.

كما أنه من أهم مزايا الرقابة القضائية على دستورية القوانين أنها تفتح مجال الطعن الجهات القضائية التي تتولى مهمة القيام برقابة مدى دستورية القوانين أمام الأفراد، وبالتالي عدم حصر الطعن بعدم الدستورية على بعض السلطات كما هو الحال في الرقابة السياسية.

ولكن رغم هذه المزايا التي تتمتع بها الرقابة القضائية على الدستورية القوانين إلا أنها لم تسلم هي الأخرى من الانتقادات، جراء العيوب الناتجة عن تطبيقها، حيث ما يعاب على هذا نوع من الرقابة في كونها تخرق مبدأ الفصل بين السلطات إذا تسمح بتدخل السلطة القضائية في عمل السلطة التشريعية، حيث أن الأصل في وظيفة القاضي أنها تقتصر على

¹ بن بلقاسم أحمد، المرجع السابق، ص. 111.

² محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص. 121.

³ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 262.

تطبيق في المنازعات المعروضة أمامه، أما الرقابة على دستورية القوانين فتضيف له وظيفة تقييم القانون والحكم عليه، وبالتالي إدخال القاضي إلى حقل السياسة¹.

كما اعتبر العديد من معارضي فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين أنها عديمة الجدوى من الناحية العملية، سواء كنا أمام نظام ديكتاتوري المطلق الذي تتركز السلطات كلها في يد جهة واحدة، أو كنا أمام نظام ديمقراطي، وبالتالي لا جدوى ولا قيمة لهذا النوع من الرقابة على دستورية القوانين⁽²⁾.

ولعل أبرز انتقاد وجه للرقابة القضائية على دستورية القوانين هو أن هذه الفكرة تتعارض مع مبدأ سيادة الأمة ومع البرلمان بما له من سيادة تشريعية مطلقة، فالبرلمان من الناحية التشريعية وجميع سلطات الدولة غير برلمان تخضع لهذا التشريع البرلماني، ومن ثم لا يجوز للسلطة القضائية حسب هذا الرأي أن تمنع من تطبيق قانون صادر عن البرلمان بحجة عدم دستوريته، وبالتالي فإن هذه الفكرة مستحيلة التنفيذ على الوجه الصحيح وبالوسيلة المناسبة، لذلك فإنه من الأفضل ترك هذه الفكرة ووضع وسيلة جديدة للحد من تعسف السلطة التشريعية عند وضع القوانين³.

وفي ذات الشأن يذهب البعض إلى القول بأن الرقابة تعطل عمل الديمقراطية على أساس أنها تشغل الناخبين عن الاهتمام بالشؤون العامة وتجعلهم يعتمدون اعتماداً كلياً على تقدير المحاكم الدستورية⁴.

وفي الأخير ما يمكن تقديره في حق الرقابة القضائية على دستورية القوانين أنها أكثر جدوى وفاعلية في مجال حماية الحقوق والحريات العامة بناءً على ضمانات التي توفرها

¹ محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص. 121-122.

² عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص. 231.

³ رائد صالح أحمد القنديل، المرجع السابق، ص. 47.

⁴ عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص. 236-237.

من تقاضي وحياد والاستقلال وغيرها، وبالتالي فهي بعيدة كل البعد عن الأهواء والتجاذبات السياسية، وذلك على أساس أنها من يتولاها هم قضاة نزهاء وذوي خبرة في العمل¹.

المطلب الثاني

نظام الرقابة السياسية على دستورية للقوانين.

توكل بعض النظم الدستورية مهمة التأكد من مدى مطابقة القوانين إلى أحكام الدستور إلى هيئة ذات طابع سياسي، وبالتالي فهي الجهة الوحيدة المخولة دستوريا لمراقبة مدى دستورية القوانين، ومن ثم توصف هذه الرقابة هنا بأنها سياسية. ولمعرفة نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين لابد من إبراز تعريفها (الفرع الأول)، وكذا تقدير مدى الحماية التي توفرها للدستور (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الرقابة السياسية على دستورية القوانين.

لقد اختلف الفقه في إيجاد تعريفا للرقابة السياسية على دستورية القوانين وذلك حتى يتم تمييزها عن الرقابة القضائية، ومن هذا المنطلق هنالك من عرفها بأنها "رقابة وقائية تسبق صدور القانون ومن ثم تحول دون صدوره متى كان مخالفا للدستور"²، وهناك من عرفها بأنها "أن تتولى هيئة سياسية فحص القوانين للتحقق من مطابقة القانون للدستور وأحكامه"³.

وعرفها البعض الأخر من الفقه بأنها "إسناد مهمة الرقابة الدستورية بمقتضى نص دستوري إلى هيئة غير قضائية تسمى غالباً "المجلس الدستوري"، وتتولى هذه الهيئة مواجهة

¹ أحمد الأشقر، المرجع السابق، ص 38.

² عبد العزيز محمد سلمان، إجراءات الدعوى الدستورية، ج. 1، مرجع سابق، ص. 51.

³ محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية، مرجع سابق، ص. 95.

التشريعات قبل إقرارها النهائي من ناحية مدى اتفاتها مع الدستور وقبل صدورها لذلك فهي تسمى أيضا بالرقابة الوقائية¹.

وعلى العموم فإن الرقابة السياسية على دستورية القوانين تقوم على أساس كون أنها رقابة سابقة لصدور القانون، وبالتالي فهي رقابة وقائية تمنع حدوث تجاوزات على قواعد الدستور من خلال مراقبة القانون قبل صدوره، وذلك من خلال مراقبة مدى مطابقته لأحكام الدستور.

كما تتميز بأن الهيئة التي تتولى هذه المهمة هي ذات طابع سياسي و ليس طابع قضائي، وذلك لأن اختيار أعضائها يكون على عاتق السلطتين التشريعية والتنفيذية، وبالتالي فإن الهيئة تكون مستقلة عن باقي السلطات في حدود ما يمليه الدستور.

ويرجع الفضل في ظهور الرقابة السياسية على دستورية القوانين إلى النظام الدستوري الفرنسي، فهو يعد مهد هذا النوع من الرقابة على دستورية القوانين، حيث يعتبر دستور السنة الثامنة أول من نص على تأسيس مجلس خاص للقيام بهذه المهمة، والذي أصبح فيما بعد يعرف بالمجلس الدستوري، الذي أنشأ من أجل ضمان التزام البرلمان بالاختصاصات التي يمنحها له الدستور، ومن ثم فإن المجلس الدستوري هو الهيئة المختصة بالرقابة على التشريعات التي يسنها البرلمان وليس القضاء، فهذا المجلس يعتبر جهاز سياسي يمارس وظيفة قضائية².

وقد أخذت العديد من الدول بهذا النوع من الرقابة على دستورية القوانين منها الدستور الألماني لعام 1949، ونظيره البلغاري لعام 1947³، وفي الدول العربية نجد الدستور الجزائري لعام 1989 قد أخذ بهذا النوع من الرقابة ومن قبله الدستور المغربي لعام 1972.

¹ أحمد الأشقر، المرجع السابق، ص. 34.

² فتحي سرور، المرجع السابق، ص. 167.

³ محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية، مرجع سابق، ص. 97.

الفرع الثاني

تقدير الرقابة السياسية على دستورية القوانين.

لقد أحصى الفقه بعض مزايا الرقابة السياسية على دستورية القوانين، ولعل أهمها أنها رقابة وقائية، وذلك لأنها تمنع مخالفة القانون للدستور قبل وقوعها، وبذلك تكون أكثر فعالية من الرقابة اللاحقة لصدور القانون، فهي تمنع استفحال الخطر⁽¹⁾، وبالتالي فهي تحقق نوعاً من الاستقرار الدستوري في البلاد، فتكريساً لمقولة الوقاية خير من العلاج فإن من المنطقي أن تجرى الرقابة على الدستورية قبل صدورها لتدارك الخطأ قبل أن يقع².

ويرى بعض الفقه أن مزايا الرقابة السياسية على دستورية القوانين كذلك أنها تغلب عليها السمة السياسية، فهي قانونية في موضوعها سياسية من حيث آثارها، الأمر الذي يتناسب مع الطابع السياسي للهيئة التي يخول لها هذه المهمة³، هذه الهيئة التي تتميز بأنها أكثر مرونة وقابلية للتطور من الهيئات القضائية، مما يجعلها أكثر قابلية لمواكبة التطور و التقدم⁴.

وفي هذه المزايا للرقابة السياسية على دستورية القوانين نجد أن الفقه وجد فيها بعض العيوب التي حسب رأيهم تحد من فعاليتها، حيث ما يعاب عليها أن الهيئة المخولة بمهمة الرقابة أنها تتصف بالطابع السياسي وهذا ما يفتح باب التأويلات في كونها تخضع للنزوات السياسية أو إلى تغليب الاعتبارات السياسية على الاعتبارات القانونية⁵.

¹ محمد عبد الحميد أبو زيد، القضاء الدستوري (شرعاً ووضعا)، مرجع سابق، ص 281.

² شباب برزوق، المرجع السابق، ص 10.

³ بوسطلة شهرزاد، مدور جميلة، المرجع السابق، ص. 352.

⁴ محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص. 97.

⁵ محمد عبد الحميد أبو زيد، نفس المرجع، ص. 282.

كذلك ما أخذه بعض الفقه على الرقابة السياسية على دستورية القوانين أن القيام بها يتطلب الكفاءة والاختصاص، وهو ما لا يكون إلا لمن كانت له مؤهلات قانونية وهذا غير متوفر في الرقابة السياسية كون أعضائها هم غالبا رجال سياسية فقط¹.

كما أنه إذا كان الهدف من الرقابة على الدستورية القوانين هو وضع حد لاستبداد السلطة التشريعية أثناء قيامها بسن القوانين، فإن إسناد فحص دستورية القوانين إلى هيئة سياسية يعني العهد بهذه المهمة إلى سلطة أخرى هو استبداد بالسلطة².

كما يأخذ على هذا النوع من الرقابة أن الهيئة المخولة بمهمة الرقابة لا تستطيع أن تباشر هذه المهمة من تلقاء نفسها، فهي لا تستطيع مباشرة هذه الرقابة إلا إذا تم إخطارها من قبل الجهات التي حددها الدستور وهي إما رئيس الدولة أو رئيسي غرفتي البرلمان، أو عدد معين من أعضاء البرلمان، وهو ما يعني تحكم هذه الجهات في تحريك الرقابة على دستورية القوانين، وهذا ما من شأنه الحد من فعالية هذا النوع من الرقابة.

وما يعاب كذلك على الرقابة السياسية على دستورية القوانين أن بعض النظم الدستورية كالنظام الفرنسي ونظيره الجزائري قد جعل هذه الرقابة إلزامية بخصوص القوانين العضوية. وذلك من خلال إلزام رئيس الجمهورية بوجوب إخطار المجلس الدستوري بها قبل أن يصدرها، وهذا بخلاف القوانين العادية التي يبقى تحريك الرقابة فيها اختياريا خاضعا لإرادة الجهات التي تملك حق إخطار المجلس الدستوري، وهذا ما يعني بقاء هذه الفئة من القوانين قائمة رغم ما يشوبها من عيوب دستورية، كون أن إحالتها رهين بإرادة رجال السياسة³.

¹ بوسطلة شهرزاد، مدور جميلة، المرجع السابق، ص. 382.

² شباب برزوق، المرجع السابق، ص. 10.

⁽³⁾ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 254.

وبناء على هذا كله فإن الرقابة السياسية على دستورية القوانين تعتبر غير فعالة وقاصرة عن كفالة الغرض المقصود منها، وهو المحافظة على مبدأ سمو الدستور، بمعنى عجزها عن توفير حماية كاملة للدستور.

الفصل الثاني

مدى اعتراف دساتير الدول بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين

يتطلب البحث عن مدى اعتراف دساتير الدول بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين إلى دراسة مضمون دساتير الدول لمعرفة مدى تقريرها لهذا الحق، وهنا وجدنا أن هذه الدساتير في مرحلة أولى وهي التي تمتد خلال القرنين التاسع عشر والعشرين كانت تختلف في الاعتراف بهذا الحق (المبحث الأول)، لتتجه كل دساتير الدول خلال القرن الحالي بما فيها التي كانت ترفض الاعتراف للقضاء بحقه في تحريك الرقابة على دستورية القوانين (المبحث الثاني).

المبحث الأول

اختلاف دساتير الدول في الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية

القوانين (المرحلة الأولى)

اتجهت دساتير الدول منذ البداية إلى الاعتراف للقضاء بمهمة أساسية وهي ضمان تطبيق القانون على النزاعات التي تعرض عليه وكذا حماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، ولكن في مقابل ذلك نجدتها بخصوص حقه في تحريك الرقابة على دستورية القوانين لم تسلك نفس المسلك، حيث أنه في المرحلة الأولى وهي التي تمتد خلال القرنين التاسع عشر والعشرين كانت تختلف في الاعتراف له بذلك، حيث وجدنا أن الدول التي اعتمدت على نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين وهي الدول الإنجليزية والسويدية قد اعترفت للقضاء بهذا الحق (المطلب الأول)، لكن الدول التي اعتمدت على نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين قد رفضت الاعتراف للقضاء في تحريك هذه الرقابة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

اعتراف دساتير الدول الإنجليزية والسويدية بحق القضاء في تحريك الرقابة على

دستورية القوانين

اتجهت دساتير الدول الإنجليزية والسويدية منذ البداية إلى الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين وذلك لتوافق هذا الحق مع جوهر هذه الرقابة التي تعطي للسلطة القضائية القيام بها، ونظرا لتعدد الدول التابعة للنظام الإنجليزي والسويدي فإننا رأينا أن تقتصر دراستنا على دستور دوليتين فقط، هما دستور الولايات المتحدة الأمريكية كنموذج عن الدول الغربية (الفرع الأول)، ودستور مصر كنموذج عن الدول العربية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

اعتراف دستور الولايات المتحدة الأمريكية بحق القضاء في تحريك الرقابة على

دستورية القوانين

تقتضي دراسة اعتراف دستور الولايات المتحدة الأمريكية بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين البحث عن التطور الذي مر به هذا الاعتراف (أولاً)، وكذا أساليب تحريك القضاء لهذه الرقابة على دستورية القوانين (ثانياً).

أولاً: تطور إقرار حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين في دساتير الولايات المتحدة الأمريكية

إن رقابة دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، التي تُمارسها المحاكم الأمريكية على رأسها المحكمة العليا الإتحادية تُعتبر في نظر الفقه الدستوري هو النموذج الأول الفعّال في العالم للرقابة القضائية على دستورية القوانين، وحقيقة أن هذه الرقابة هي أساساً رقابة امتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، سواءً كانت هذه المخالفة على مستوى القوانين ودساتير الولايات بالنسبة لمحاكم هذه الولايات أو سواءً كانت هذه المخالفة على المستوى الإتحادي بالنسبة للقوانين الفيدرالية وكذلك دساتير الولايات بالمقارنة بالدستور الإتحادي¹.

ويعود أصل تسمية الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية باسم رقابة الامتناع من منطلق أن المحكمة المعروض أمامها النزاع تمتنع عن تطبيق القانون بموجب آلية الدفع بعدم الدستورية من أحد أطراف الدعوى، لكن بالرجوع إلى الدستور الأمريكي فنجد أنه لم يُنظم الرقابة على دستورية القوانين صراحةً في أي نص من نصوصه،

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 95.

وفي مقابل ذلك فإننا لا نجد فيه ما يمنع من ممارسة هذه الرقابة¹، وهذا الوضع كان موجودا في بعض الدول، حيث لم تكن دساتيرها تنص صراحة على حق القضاء في بحث مدى دستورية القوانين لكن قررته محاكمها لنفسها طالما لم يرد نص في الدستور يحرمها منه، و من أمثلة ذلك نجد دستور رومانيا لما قبل دستور 1923².

وعلى العموم فرغم عدم تنصيب الدستور الأمريكي على الرقابة على دستورية القوانين إلا أن التجارب المتلاحقة أثبتت فعالية هذه الرقابة، وذلك لأنه بفضل نظام السوابق القضائية الذي يلزم المحاكم الأدنى بقضاء المحاكم الأعلى استطاعت المحكمة العليا الاتحادية أن تفرض رقابة دستورية تؤدي إلى إلغاء وإعدام القانون المخالف للدستور³.

وتعد الرقابة القضائية على دستورية القوانين أقدم أنواع الرقابة المعروفة في هذا المجال، وذلك لأنها ظهرت في و.م.أ في القرن 19 وبالضبط عام 1803، وذلك بمناسبة فصل المحكمة الاتحادية العليا في قضية "Marburu" ضد "Madison" سنة 1803 حيث يعتبر القرار الصادر في هذه القضية أساس وجود الرقابة القضائية على دستورية القوانين⁴، وتتمثل وقائع هذه القضية أنه بعد خسارة الإتحاديين بزعامة "jone adams" في الإنتخابات الرئاسية التي نظمت عام 1800 لصالح الفيدراليين بزعامة "thomas jeverson" سارع الرئيس المنتهية ولايته "jone adams" بتعيين 42 قاضيا، وقد أقر مجلس الشيوخ الإتحادي هذه التعيينات ووقعت القرارات وختمت بخاتم الدولة مع العلم أنها لم تسلم لأصحابها.

و عندما تم تنصيب "Jefferson" رئيسا للجمهورية أمر "Madison" بإعتباره وزيراً للداخلية، بتسليم قرارات التعيين ل 25 شخص من بين 42 شخص ممن عينهم الرئيس

¹ حمد عبد الله علي عبد الله الساعدي، الدفع بعدم دستورية في الدولة الإمارات العربية المتحدة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، الإمارات العربية المتحدة، أبريل 2020، ص 17.

² محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص، 284.

³ أحمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 96.

⁴ حمد عبد الله علي عبد الله الساعدي، المرجع السابق، ص 17.

السابق، على أن يتم وقف تسليم القرارات بالنسبة لـ 17 قاضياً الذي كان من بينهم القاضي "marbury" الذي رفع مع ثلاثة من زملائه دعوى أمام المحكمة العليا يطالبون فيها بأن تصدر أمراً إلى الوزير "Madison" لتسليمهم قرارات تعيينهم بما لها من سلطة إصدار الأوامر بموجب قانون التنظيم القضائي لسنة 1789 الذي يتيح لها هذه السلطة.

وإزاء هذا الأمر وجدت المحكمة الاتحادية العليا ممثلة في رئيسها "Marshal" أمام مشكل معقد وهو أنها إذا أصدرت حكم لصالح "Marbry" فإنها هذا يعني معارضتها لسياسة الفيدراليين، ومن جانب الآخر فإن المحكمة إن رفضت طلبات المدعين فقد تضع نفسها في مظهر العاجز عن مراقبة تصرفات الحكومة.

وأمام هذا الوضع استطاع رئيس المحكمة الاتحادية العليا "Marshal" أن يخرج من هذا المشكل المعقد ببراعة حيث أقر حق المدعين بالتعيين ورد طلبهم المتعلق بإصدار أوامر بتسليمهم قرارات تعيينهم معللاً ذلك أن قانون التنظيم القضائي لسنة 1789 الذي خول للمحكمة سلطة إصدار أوامر هو قانون غير دستوري، وذلك لأن الكونغرس لا يملك أن يوسع اختصاصاتها المحددة في الدستور التي هي واردة على سبيل الحصر والتي لم يكن من بينها سلطة إصدار أوامر بصفة أصلية¹، وأضافت هيئة المحكمة الاتحادية العليا إلى أحقية القضاة في بحث مدى توافق القانون مع الدستور، وذكرت بأنه يجب على السلطة التشريعية أن تتقيد في وظيفتها بحدود الدستور، فإذا انحرفت عن تلك الحدود اعتبر التشريع الصادر منها باطلاً لمخالفته لأحكام الدستور.

وسارت سائر المحاكم الأمريكية على هذا النهج، وما ساعد على هذا التطور في الرقابة القضائية على دستورية القوانين في و.م.أ هو التطور في شتى مرافق الحياة منذ مطلع القرن 19، وصعوبة تعديل الدستور الاتحادي الذي يعتبر دستوراً جامداً، حيث إستند القضاء إلى

¹ عمر عبد الله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، المعهد العالي للعلوم السياسية مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، دمشق، 2001، ص 12.

ما انتابه من نقص وقصور وأحل تقديره في مضمون أحكامه محل السلطة التأسيسية ومن ثم أرغم السلطات الأخرى على تبني رأيه.

وقد أيد الفقه الأمريكي حق القضاء في مراقبة مدى دستورية القوانين، حيث رأى أن المحكمة إذا ما عرض عليها نزاع كان لها أن ترفض تطبيق القانون المراد تطبيقه من أحد الخصوم متى كان مخالفاً لأحكام الدستور، مدعين رأيهم بما جاء في المادة الثالثة (3) من الدستور الإتحادي التي نصت على أن السلطة القضائية الإتحادية تشمل كل خصومة يمكن أن تنشأ عند تطبيق هذا الدستور أو قوانين الولايات المتحدة، وكذا ما جاء في المادة السادسة (6) من الدستور التي نصت على "أن الدستور الإتحادي وقوانين الولايات المتحدة الصادرة وفقاً له وكل المعاهدات المعقودة أو التي ستعقد في ظل سلطة الولايات المتحدة، ستكون هي القانون الأساسي للبلاد، والقضاة في كل البلاد سيتقيدون بذلك بصرف النظر عن أي حكم مخالف في دستور الولايات أو قوانينها¹.

ثانياً: أساليب تحريك القضاء للرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية

اشتهرت الرقابة على دستورية القوانين في و.م.أ بممارستها عن طريق أسلوب الدفع، لكن هذا لا يعني عدم وجود أساليب أخرى لممارسة هذا النوع من الرقابة، حيث أثبتت التجارب القضائية أن القضاء الأمريكي يمارس رقابته على مدى دستورية القوانين وفقاً لثلاثة أساليب هي الدفع، الأمر القضائي (أوامر الدفع) والحكم التقريري².

¹ محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 285-288.

² لم تعتمد الولايات المتحدة الأمريكية على أحد الأساليب المعروفة لممارسة القضاء لحقه في تحريك الرقابة على دستورية

القوانين وهو أسلوب الدعوى الأصلية والذي يقصده به "قيام صاحب الشأن، الذي يتضرر من القانون برفع دعوى أمام محكمة مختصة يطلب منها الحكم بإبطال القانون المخالف لأحكام الدستور، فإذا ثبت للمحكمة عدم دستورية القانون أصدرت حكماً بإبطاله".

1- أسلوب الدفع

يعتبر أسلوب الدفع هو الأسلوب العادي والأكثر شيوعاً وأهمية في الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية ويقصد به "الطريقة التي يتم استخدامها من أخذ الخصوم بهدف منع المحكمة المطروح أمامها النزاع من تطبيق قانون محدد، وذلك لمخالفته لأحكام الدستور وقواعده شريطه أن يكون لديه مصلحة جدية يمكن الاتكاء عليها"¹.

كما يقصد به " أن ينتظر صاحب الشأن القانون غير الدستوري حتى يراد أن يطبق عليه في أية دعوى مدنية أو جنائية ، وعندئذ يدفع بأن هذا القانون غير متوافق مع الدستور، ولا ينبغي أن يطبق عليه"².

وعليه يفترض هذا الأسلوب دعوى ماثلة أمام المحكمة مهما كان نوعها، فيدفع المتهم أو المدعى عليه طلبات السلطة العامة أو المدعي بأنها تستند إلى قانون مخالف للدستور، وبناءً على هذا فإذا توصلت المحكمة من فحصها للقانون إلى أنه غير مخالف للدستور قامت بتطبيقه ومن ثم فإنها ستفصل في الدعوى المرفوعة أمامها وفقاً لأحكامه. أما إذا توصلت من خلال فحصها أن القانون مخالف للدستور فإنها لا تقضي بإلغائه وإنما تمتنع عن تطبيقه وتفصل في الدعوى تبعاً لذلك بما فيه صالح للمتهم أو المدعى عليه³.

وعلى العموم فإن أسلوب الدفع الفرعي في الرقابة القضائية على دستورية القوانين يقوم على أساس الامتناع عن تطبيق القانون المراد تطبيقه في قضية ما، دون تعميمه على

وعدم الاعتماد على هذا الأسلوب الهجومي في الولايات المتحدة الأمريكية جعل الرقابة القضائية على دستورية القوانين فيها توصف بأنها رقابة امتناع، لمزيد من التفاصيل أنظر: رائد صالح أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 43.

¹ حمد عبد الله علي الله الساعدي، المرجع السابق، ص 10.

² عبد العزيز محمد سلمان، إجراءات الدعوى الدستورية، ج. 1، مرجع سابق، ص 71.

³ محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق ص 294.

باقي القضايا المماثلة، وبالتالي يبقى القانون المخالف للدستور قائم ومن ثم يجوز لأي محكمة أخرى أن تعود وتطبقه في منازعات أخرى¹.

لكن بالرجوع إلى مبدأ السوابق القضائية الذي يعتنقه القضاء الأمريكي والذي يقوم على فكرة اعتناق المحاكم الدنيا للقرارات الصادرة عن المحاكم العليا والسير على منوالها في المنازعات التي تعرض عليها، فإن القرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا بعدم تطبيق قانون لكونه مخالف للدستور تكون ملزمة لكل محاكم الولايات، ومن ثم وجب عليها الإمتناع عن تطبيق ذلك القانون².

2- أسلوب الأمر القضائي

يقصد بأسلوب الأمر القضائي أنه "يسمح للفرد أن يهاجم القانون مدعيًا عدم دستوريته قبل أن يطبق عليه هذا القانون، على اعتبار أن تطبيقه وشيك ويلحق به ضرراً"³، أو هو "إجراء يسمح بأن يهاجم القانون قبل تطبيقه باعتباره غير دستوري، ويعني ذلك أن للفرد الذي قد يلحقه ضرر من قانون أن يلجأ إلى القضاء، طالبا إصدار أمر قضائي بوقف تنفيذه لعدم دستوريته"⁴.

و يتخلص أسلوب الأمر القضائي في أن الفرد يستطيع الالتجاء إلى القضاء المختص للحصول منه على أمر بإيقاف تنفيذ للقانون المطعون فيه بعدم الدستورية، وذلك متى كان تنفيذ هذا القانون يؤدي إلى إلحاق ضرر به، فإذا ثبت للمحكمة أن القانون غير دستوري أصدرت أمرا قضائيا إلى الموظف المختص يتضمن الإمتناع عن تنفيذ ذلك القانون إن لم يكن قد تم تنفيذه، ومن ثم وجب على الموظف تنفيذ هذا الأمر القضائي⁵، أما إذا كان القانون

¹ أحمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 268

² محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 294.

³ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 270.

⁴ محمد علي سويلم، المرجع السابق، 267.

⁵ عمر عبد الله، المرجع السابق، ص 15.

قد نفذ فهنا يصدر القاضي إلى الموظف المختص أمراً قضائياً بإتيان عمل معين لصالح الشخص الذي طالب إصدار الأمر القضائي، ومثال ذلك أن يأمر القاضي الموظف بأن يرد إلى الممول ما يكون قد دفعه من ضريبة دون وجه حق¹.

ولقد انتشر استعمال أسلوب الأمر القضائي أو أوامر المنع بصورة كبيرة في أواخر القرن 19، وما نتج عن ذلك تعطيل بعض التشريعات، وهو ما دفع الكونغرس عام 1910 إلى سن قانون ينص على جعل إصدار الأمر القضائي من اختصاص محكمة اتحادية خاصة تتشكل من ثلاثة قضاة، ويجوز الطعن في أحكامها أمام المحكمة الاتحادية العليا، وبهذا القانون تم منع القاضي الفرد من إصدار أوامر المنع في الرقابة على دستورية القوانين².

وقد استعمل أسلوب الأوامر القضائية أو أوامر المنع لأول مرة عام 1824 في قضية "Osborn" ضد بنك الولايات المتحدة والتي تتلخص وقائعها أنه بفعل الأزمة الاقتصادية لعام 1819 والتي تمثلت في انكماش الإقتصاد ونقص الأموال أصدرت ولاية أوهايو قانوناً يفرض ضريبة على بنك الولايات المتحدة على أساس النظرية القائلة بأن فرض ضرائب على البنك سيسمح لحكومة الولاية بتلقي وتوزيع الأموال النادرة، وفي 17 سبتمبر 1819، ومنح مدقق أوهايو "ralph osborn" الإذن بالاستيلاء على 100000 دولار من أحد فروع بنك الولايات المتحدة، ومع ذلك أخذ وكلائه عن طريق الخطأ 120 ألف دولار، وعلى الرغم من إعادة 20 ألف دولار الإضافية على الفور اختار البنك مقاضاة "osborn" لإعادة 100000 دولار إضافية، وقضت المحكمة الفيدرالية لأوهايو بأن "osborn" انتهك أمر المحكمة الذي يحظر فرض الضرائب على البنك، ومن ثم ألزمته بدفع المبلغ لبنك الولايات المتحدة، ونشأت مشكلة عندما تمكن "osborn" من سداد 98000 دولار فقط، حيث تم استخدام 2000 دولار أخرى

¹ محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص 468.

² عمر عبد الله، المرجع السابق، ص 15.

لدفع رواتب وكلاء الضرائب، لتصدر بعد المحكمة الإتحادية العليا قرارا في 10 مارس 1824 لصالح بنك الولايات المتحدة وأمرت بإعادة مبلغ 2000 دولار المتنازع عليه¹.

ويختلف أسلوب الأمر القضائي عن أسلوب الدفع الفرعي في كونه أسلوب هجومي يمكن الأفراد من مهاجمة القانون المخالف للدستور قبل أن يتم تطبيقه، كما أنه في نفس الوقت يعتبر أسلوب وقائي يمنع وقوع الضرر على الفرد الذي يدعي عدم دستورية القانون الذي سيطبق عليه، وهو بذلك عكس أسلوب الدفع الفرعي الذي يكون فيه القانون قد طبق فعلا ومن ثم فإن الضرر يكون قد لحق بالأفراد، ومن ثم فإن أسلوب الدفع الفرعي يتيح للأفراد التعويض فقط عن الأضرار التي لحقت بهم جراء تطبيق القانون المخالف لأحكام الدستور².

3- أسلوب الحكم التقريري

يعتبر أسلوب الحكم التقريري هو الأسلوب الثالث من أساليب الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي عرفتها الولايات المتحدة الأمريكية حيث تبنته محاكم الولايات منذ عام 1918 و مقتضي هذا الأسلوب هو " أنه عند تطبيق قانون على أحد الأفراد، واعتراض ذلك الفرد مدعيا أن القانون المراد تطبيقه عليه غير دستوري، فإن الموظف المختص يترتب في التنفيذ إلى أن يتقدم الفرد إلى المحكمة بطلب إصدار حكم يقرر ما إذا كان القانون دستوريا أو غير دستوري، وعلى أساس حكم المحكمة يقوم الموظف بتنفيذ القانون أو عدم تنفيذه"³.

¹ أنظر

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/22/738/>

تاريخ التصفح: 2021/11/28

² محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 272.

³ سعيد بو شعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 181.

أو هو "أن يتوجه الشخص إلى المحكمة يطالبها بأن تصدر حكماً يقرر مدى دستورية التشريع المزمع تطبيقه على النزاع الذي هو طرفاً فيه، فلا يشترط في هذه الحالة قيام نزاع جدي يستوجب طرح مسألة دستورية القانون من خلاله، ولا يشترط قيام مصلحة محققة أو مباشرة، بل يكفي في هذا المجال قيام مصلحة احتمالية، ويتميز الحكم الذي تصدره المحكمة بأن له أثراً نسبي، فلا يحتج به إلا من صدر لصالحه و في الحالة المعروضة على القضاء دون سواها"¹.

وعليه فإن ما يميز به أسلوب الحكم التقريري عن الأساليب الأخرى أنه لا يترتب عليه استبعاد تطبيق القانون من النزاع بحجة أنه غير دستوري مثل أسلوب الدفع الفرعي وأسلوب الأوامر القضائية، وإنما يقتصر حكم المحكمة في الإجابة عن استفسار أحد الأفراد هل أن القانون المزمع تطبيقه عليه من طرف الإدارة مطابق للدستور أم لا، ومن ثم فإذا وجدت المحكمة أن هذا القانون مخالف للدستور فإنها ستجيب المعني عن طريق الحكم بأن القانون غير دستوري فقط دون أن تقرر منع تطبيقه، ولكن رغم ذلك يستطيع الفرد الإحتجاج به أمام الإدارة بعدم تطبيق القانون عليه لكونه غير دستوري.

وكانت المحكمة الإتحادية العليا في بداية الأمر ترفض استعمال هذا الأسلوب بحجة أنها لا تختص إلا بالنظر في المنازعات، ولكنها تراجعت عن هذا الرفض بعدما سن الكونغرس قانوناً عام 1934 يمنحها سلطة إصدار حكم تقريري في المسائل المتعلقة بدستورية القوانين.

الفرع الثاني

اعتراف الدستور المصري بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين

إن موقف المؤسس الدستوري المصري من حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين لم يكن وليد لحظة واحدة، بل مرأ بمرحلتين أساسيتين، مرحلة ما قبل

¹ محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 296.

دستور 1971 والتي كان يميزها عدم وضوح موقفه ليس فقط من موضوع الاعتراف بهذا الحق بل حتى من موضوع الرقابة على دستورية القوانين ككل (أولاً)، أما المرحلة الثانية وهي التي تمتد ما بعد دستور 1971 والتي اتجه فيها المؤسس الدستوري المصري إلى الاعتراف الصريح للقضاء بهذا الحق (ثانياً).

أولاً: موقف المؤسس الدستوري المصري من حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين قبل 1971

عرفت مصر قبل دستور 1971 أربعة دساتير هي، دستور 1923، دستور 1930، دستور 1956 ودستور 1958، فما يمكن ملاحظته على هذه الدساتير بخصوص موضوع الرقابة على دستورية القوانين أنها لم تكن تعترف بالرقابة على دستورية القوانين، حيث جاء مضمون دستور 1923 ودستور 1930 خالي من أي نص يشير إلى تقرير الرقابة على دستورية القوانين سواء كانت سياسية أو قضائية.

واستمر هذا الوضع إلى غاية مشروع دستور 1953 المسى بمشروع لجنة الخمسين الذي تضمن إنشاء محكمة تتولى الفصل في دستورية القوانين والمراسيم التي لها قوة القانون والفصل في المنازعات بين سلطات الدولة المختلفة فيما يتعلق بتطبيق الدستور وتفسير النصوص سواء كانت دستورية أو تشريعية¹.

ومنه نقول أن مشروع الدستور سنة 1953 قد اعترف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين ما دام أنه نص على ضرورة إنشاء هيئة يناط لها مهمة الرقابة والتي سميت في صلب دستور المحكمة العليا الدستورية، غير أن هذا المشرع الدستوري لم يلبت كثيراً ولم يكتب له الاستمرار حيث تم رفضه لعدم تماشيه و مواكبته أهداف ثورة جويلية 1952.

محمد عبد الحميد أبوزيد، المرجع السابق، ص 1.337

و بتاريخ 16 يناير 1956 صدر دستور يتراجع عن الاعتراف للقضاء بممارسة الرقابة الدستورية على القوانين، كما عدل عن الكثير من الحقوق والضمانات التي كانت مقررة بما فيها رقابة دستورية القوانين، حيث تم استبعادها من خلال عدم النص عليها، ولكنه في المقابل لم ينص على منع ممارستها¹.

وبمناسبة قيام الجمهورية العربية وقيام الإتحاد بين مصر وسوريا تم إصدار دستور 1958 المؤقت الذي اعتبره الكثير أنه دستور طبق الأصل لدستور 1956، و عليه فإن موقفه إزاء مبدأ الرقابة على دستورية القوانين لم يتغير لا من حيث إقرارها ولا من حيث منعها، على الرغم من أن الدستور السوري المطبق قبل الوحدة كان ينظم تلك الرقابة ويجعلها من اختصاص المحكمة العليا عن طريق الدعوى الأصلية.

وأمام سكوت هذه الدساتير في مصر في النص صراحة على موضوع الرقابة على دستورية القوانين انقسم الفقه فيها إلى اتجاهين، اتجاه معارض لوجود هذه الرقابة، لكونهم اعتبروا أن السماح للقضاء برقابة مدى دستورية القوانين يتعارض مع فكرة أن الدستور الذي ينص على أن السيادة للأمة التي يمثلها البرلمان وتتعارض كذلك مع مبدأ الفصل بين السلطات، كما أنهم اعتبروا أن القضاة لا زالوا خاضعين للسلطة التنفيذية، وبالتالي فإنهم غير مخولين لممارسة الرقابة على دستورية القوانين².

وفي مقابل هذا الرأي كان هنالك جانب آخر من الفقه المصري يرى أنه رغم أن الدساتير السابقة لم تكن تنص صراحة على الرقابة على دستورية القوانين إلى أنهم رأوا أنه يمكن للقضاء ممارستها مادام لم يرد في هذه الدساتير نص صريح يمنعها، وحججهم في ذلك أن القضاء هو أحسن ضمان لسيادة الدستور وتطبيق أحكامه، والقياس على الوضع في فرنسا التي لم يكن دستورها يعترف بالرقابة على دستورية القوانين هو قياس غير مقبول في

¹ عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 123.

² محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 340.

مصر، إذ هناك نصوص دستورية فرنسية رأها القضاء والكثير من الفقهاء في فرنسا أنها تحول دون إمكان القضاء النظر في دستورية القوانين، وهو لم يوجد في الدساتير المصرية¹.

أما على مستوى القضاء فنجد أنه هو الآخر انقسم إلى اتجاهين بخصوص حقه في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين، فعلى مستوى القضاء العادي نجد أن أغلب محاكم القضاء العادي بما فيها محكمة النقض كانت رافضة لأن تمارس رقابتها على مدى دستورية القوانين، وهذا على خلاف القضاء الإداري الذي سلم لنفسه بممارسة هذه الرقابة، وذلك بمناسبة فصل محكمة القضاء الإداري في الطعن المرفوع أمامه بخصوص مدى دستورية المرسوم بقانون رقم 148 لعام 1944 الصادر في غيبة البرلمان، حيث تمسكت هيئة المحكمة بإختصاصها في تقدير مدى دستورية هذا المرسوم، حيث جاء في منطوق هذا الحكم الذي يعتبر نقطة تحول في موضوع الرقابة على دستورية القوانين ما يلي: "ومن حيث إنه ليس في القانون المصري ما يمنع المحاكم المصرية من التصدي لبحث دستورية القوانين بل المراسيم بقوانين سواء من حيث الشكل أو من ناحية الموضوع أما القول بأن في هذا التصدي إهدارا لمبدأ فصل السلطات بتدخل السلطة القضائية في عمل السلطة التشريعية بما يعطل تنفيذه، فإنه يقوم على حجة داحضة إذ على العكس من ذلك فإن في التصدي إعمالاً لهذا المبدأ ووضعاً للأمور في نصابها الصحيح بما يؤكد ويثبتته"².

ورغم أهمية هذا الحكم الذي تلتته عدة أحكام تضمنت حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الإمتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور فإنه لم يتم تقنين هذه الرقابة إلا عام 1969 حيث أصدر الرئيس الراحل جمال عبد الناصر في 31 أوت من هذا العام القرار بقانون رقم 71 المتعلق بالمحكمة العليا، والذي نص فيه على حق هذه

¹ عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 132.

² ذكر هذا الحكم، محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 112.

المحكمة دون غيرها في الفصل في مدى دستورية القوانين إذا ما أثير أمام إحدى المحاكم مسألة عدم الدستورية¹.

إلا أن هذه المحكمة لم يكن لها أساس دستوري يسمح لها بأن تصدر أحكاماً لها حجية مطلقة، وذلك لأن الأثر القانوني لهذه الحجية وهو عدم نفاذ النص المخالف للدستور فيه تعطيل لحكم الدستور فيما نص عليه من نفاذ التشريعات بعد نشرها، وعليه فإنه لا يجوز تكملة أو تقييد حكم في الدستور إلا بحكم في ذات الدستور².

ثانياً: موقف المؤسس الدستوري المصري من حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين بعد 1971

بتاريخ 11 سبتمبر 1971 صدر أول دستور مصري أقرت نصوصه على إنشاء محكمة دستورية كهيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها³، حيث خول لها على وجه الخصوص مهمة الرقابة على دستورية القوانين و اللوائح و تفسير النصوص التشريعية وفقاً للمواد من 174 إلى 4178.

ولكن بالرغم من نص دستور 1971 على إنشاء المحكمة العليا الدستورية إلا أنه بقيت المحكمة العليا تمارس عملها طبقاً لنص المادة 192 من الدستور وفقاً للقانون الصادر بإنشائها إلى أن يتم تشكيل المحكمة العليا الدستورية عام 1979، ومن ثم أصبحت للمحكمة العليا قيمة دستورية منذ صدور دستور 1971⁵.

¹ إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 48.

² فتحي سرور، المرجع السابق، ص 153.

³ أنظر الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية العدد 36 مكرر (أ) بتاريخ 1971/09/12.

⁴ ياسين أسود، المرجع السابق، ص 165.

⁵ فتحي سرور، المرجع السابق، ص 154.

أما عن تشكيل وعضوية المحكمة العليا الدستورية فقد أحال دستور 1971 من خلال المادتين 176 و 177 منه إلى القانون رقم 48 الخاص بالمحكمة العليا الدستورية، حيث جاء في المواد 3، 4 و 5 منه أن المحكمة تتشكل من رئيس واحد و عدد كاف من الأعضاء بشرط أن يتم تعيينهم وفق الشروط العامة و اللازمة لتولي القضاء طبقا لأحكام قانون السلطة القضائية، وأن لا يقل سنهم عن 45 سنة، على أن يكون اختياراتهم من بين الفئات المحددة في نص المادة 04 من ذات القانون¹.

أما عن كيفية تعيين أعضاء المحكمة فإن المادة 05 من القانون رقم 48 سالف الذكر نصت على أن يعين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية، أما باقي الأعضاء فيعينون كذلك بقرار من رئيس الجمهورية لكن بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية، وذلك من بين إثنين ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الآخر رئيس المحكمة، ويجب أن يكون ثلثا أعضاء المحكمة على الأقل من أعضاء الهيئات القضائية ويحدد قرار التعيين وظيفة العضو وأقدميته بها².

وبهذا يمكننا القول أن الدستور المصري لسنة 1971 يعتبر نقطة تغير في تاريخ الرقابة على دستورية القوانين في مصر، لأنه يعتبر أول دستور نص صراحة على هذه الرقابة ومن ورائه نص صراحة على حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، حيث أنه كما رأينا قد أسند مهمة مراقبة مدى مطابقة القوانين للمحكمة الدستورية العليا التي تعتبر هيئة قضائية، والتي نظرا للدور الذي لعبته في حماية الدستور فإن كل التعديلات الدستورية التي مست دستور 1971 وكذا كل الدساتير التالية له قد أبقت عليها، حيث نجد أن دستور

¹ إبراهيم محمد حسنين، المرجع السابق، ص 48.

² إبراهيم محمد حسنين، نفس المرجع، ص 54.

2012¹ نص في المادة 175 منه على أن المحكمة الدستورية العليا هي جهة قضائية مستقلة، تختص دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين و اللوائح.

أما فيما يتعلق باختصاصات المحكمة فنجد أن هذا التعديل قد وسع من نطاقها حيث منحها سلطة مراقبة مدى مطابقة مشروعات القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية والانتخابات قبل إصدارها، حيث يجب على رئيس الجمهورية قبل أن يصدر هذه القوانين أن يعرضها على رقابة المحكمة الدستورية العليا، هذه الأخيرة يجب عليها أن تقرر مدى دستورتها خلال 45 يوما من تاريخ عرض الأمر عليها، لأنه إذا انقضى هذا الميعاد دون أن تصدر المحكمة قرارها اعتبر إجازة ضمنية منها لهذه القوانين².

وما يفهم من هذا الاختصاص الجديد للمحكمة الدستورية العليا أن المؤسس الدستوري المصري قد اعترف لها بالرقابة السابقة، بعدما كان يعترف لها بالرقابة اللاحقة بخصوص القوانين واللوائح، ولكن هذه الرقابة السابقة تقتصر فقط على القوانين المتعلقة بمباشرة الحقوق السياسية والانتخابات، وهذا التحديد من قبل المؤسس الدستوري المصري راجع لأن هذه القوانين تتعلق بحقوق أساسية للأفراد نص عليها الدستور وهي الحقوق السياسية كالحق في تكوين الأحزاب السياسية والحق في الترشح والانتخاب، وعليه فوجب إخضاع هذه القوانين للرقابة قبل إصدارها حتى يتسنى للمحكمة الدستورية العليا ضمان عدم تعارض أحكامها مع جوهر هذه الحقوق، وبالتالي ضمان عدم تعارض أحكام هذه القوانين مع ما جاء به الدستور بخصوص الحقوق السياسية وكذا حق الانتخاب.

ولعل أهم ما يمكن ملاحظته على الأحكام الجديدة التي جاء بها دستور 2014 بخصوص اختصاصات المحكمة الدستورية، أن المؤسس الدستوري المصري قد ألغى الرقابة السابقة التي جاء بها دستور 2012 وأبقى فقط على الرقابة اللاحقة، ولكنه في مقابل ذلك

¹ أنظر الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية العدد 51 مكرر(ب) الصادرة في 2012/12/25.

² أنظر المادة 177 من نفس دستور.

منحها اختصاص جديد نصت عليه المادة 191 وهو ضرورة أخذ رأيها في مشروعات القوانين المتعلقة بشؤون المحكمة.

المطلب الثاني

رفض دساتير الدول اللاتينية القديمة الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين.

لم يقتصر اختلاف دساتير الدول اللاتينية عن نظيرتها الإنجليزية سكونية خلال القرنين التاسع عشر والعشرين على نظام الرقابة على دستورية القوانين، بل شمل حتى الاعتراف للقضاء بتحريك هذه الرقابة، حيث وجدنا أن دساتير الدول اللاتينية ترفض الاعتراف بهذا الحق، فالدستور الفرنسي الذي يعتبر رمز هذا النظام هو أول من انتهج هذا الموقف، لتتبعه دساتير باقي الدول التي تتبع نفس النظام، منها الدستور المغربي والجزائري اللذان كانا يرفضان كذلك الاعتراف للقضاء بحقه في تحريك الرقابة على دستورية القوانين.

وبناء على هذا سنحاول في هذا المطلب توضيح كيف كان الدستور الفرنسي والمغربي يرفضان الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين (الفرع الأول)، وكيف كان نظيرهما الجزائري يرفض كذلك الاعتراف بهذا الحق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

رفض الدستور الفرنسي والمغربي من حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية

القوانين

كان موقف المؤسس الدستوري المغربي عند بداية تقريره للرقابة على دستورية القوانين يختلف عن نظيره الفرنسي رغم أنهما ينتميان لنظام واحد هو النظام اللاتيني، حيث كان المؤسس الدستوري المغربي يتبع نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين عكس نظيره الفرنسي الذي كان يقرر الرقابة السياسية.

ولكن رغم هذا الاختلاف في نظام الرقابة على دستورية القوانين إلا أننا وجدنا أن المؤسس الدستوري المغربي سار على نفس النهج الذي كان يسير عليه نظيره الفرنسي بخصوص رفض الاعتراف للقضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين.

أولاً: رفض الدستور الفرنسي من حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية

القوانين

كان المؤسس الدستوري الفرنسي يرفض الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين سواء في ظل نظام اللجنة الدستورية التي جاء بها دستور الجمهورية الرابعة لعام 1946، أو في ظل نظام المجلس الدستوري الذي جاء به دستور الجمهورية الخامسة لعام 1958، وكان سبب ذلك تأثر المؤسس الدستوري الفرنسي بموقف الفقه والقضاء في تلك الفترة من مسألة الرقابة القضائية على دستورية القوانين ككل وليس فقط حق القضاء في تحريك هذه الرقابة.

حيث أن جانب كبير من الفقه الفرنسي كان يرفض الاعتراف بالرقابة القضائية على دستورية القوانين ومن ورائها حق القضاء في تحريك هذه الرقابة، حيث كان على رأسهم العميد "Carre de Malberg" الذي استند على حجج تاريخية وقانونية وسياسية لتدعيم رأيه.

فبالنسبة للحجج التاريخية فإن المحاكم الفرنسية فيما قبل الثورة الفرنسية كانت تتميز بالاستبداد والظلم وعدم الاستقلالية، حيث وصل بها الأمر في بعض الأحيان إلى إلغاء القانون، وهذا ما أدى إلى تدمير المواطنين من هذا الوضع، ومن ثم فإنه عقب قيام الثورة الفرنسية تم إصدار نصوص قانونية تحظر على المحاكم التدخل في أعمال السلطة التشريعية، ومن أبرزها المرسوم الصادر في 1790/08/16 الذي منع المحاكم صراحة من وقف تنفيذ القوانين التي تسنها السلطة التشريعية.

أما بخصوص الحجج القانونية فقد استند العميد "Carre de Malberg" على مبدأ الفصل بين السلطات، حيث أنه حسب رأيه أن رقابة القضاء لمدى دستورية القوانين ومن ورائها حقه في تحريكها فيه إهدار لمبدأ الفصل بين السلطات، وذلك لأن فيه تدخل في أعمال السلطة التشريعية من جانب السلطة القضائية التي يتعين عليها أن تحكم وفقا للقانون وليس على القانون.

أما بخصوص الحجج السياسية فيرى العميد "Carre de Malberg" أن رقابة القضاء على مدى دستورية القوانين فيه اعتداء على الاختصاص الدستوري لرئيس الدولة في إصدار القوانين، هذه الأخيرة التي يفترض فيها الصحة وأنها صدرت طبقا للإجراءات الدستورية¹. أما بخصوص موقف القضاء الفرنسي من هذا الموضوع فنجد أنه اتجه منذ البداية إلى رفض السماح لنفسه بمراقبة مدى مطابقة القوانين للدستور، حيث نجد أن القضاء العادي ممثلا في محكمة النقض ومنذ قرارها الصادر عام 1933 قد قضت أن القانون ما دام قد أقره البرلمان طبقا لما هو مقرر في الدستور فإنه يقع على القضاء وجوب تنفيذه، ومن ثم فليس من حق المحاكم قبول الطعن فيه بعدم الدستورية.

ولم يختلف موقف القضاء الإداري عن نظيره العادي حيث رفض هو الآخر مراقبة مدى دستورية القوانين، حيث أن مجلس الدولة كان يحكم بعدم الإختصاص سواء تم تقديم دفع أمامه بعدم دستورية قانون ما، أو تم رفع دعوى أصلية أمامه، ومن أهم أحكام

¹ عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 63-64.

القضاء الإداري في هذا الصدد قرار مجلس الدولة الصادر في 1936/11/06 المتعلق بقضية "ARRIGUI" والذي قرر فيه أن القانون العام الفرنسي بحالته التي هو عليها، يعتبر مسألة دستورية القوانين من المسائل التي لا ينبغي بحكم طبيعتها أن تكون محل مناقشة أمام المجلس بهيئة قضائية.

وكذا قراره الصادر في 1944/03/22، الذي قرر بأنه لا يجوز له النظر في الدفع الفرعي الخاص بعدم دستورية القانون والمدفوع به ضد القانون¹.

ومن أحدث القرارات القضائية التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال نجد قراره الصادر في 2005/01/05 المتعلق بقضية "Deprez et Baillard" الذي قضى فيه بأن تبني دستور 1958 للرقابة السابقة يعنى أن السلطة التأسيسية قصدت أن تمنع أية إمكانية للرقابة اللاحقة على القانون في فترة تطبيقه، حيث أستند في هذا القضاء على الأعمال التحضيرية لدستور 1958.

ورغم هذا الرفض الصريح للقضاء الفرنسي في مراقبة مدى دستورية القوانين، فإننا وجدنا أن المجلس الدستوري قد قطع الطريق أمام إمكانية الدفع أمامه بعدم دستورية قانون ما، حيث جاء في قراره رقم 96 الصادر في 1978/07/27 أنه لا يجوز إثارة مطابقة القوانين التي صدرت من قبل وفقا للدستور ولو عن طريق الدفع أمام المجلس الدستوري، بالنظر إلى أن اختصاصه محدود، وفقا للمادة 61 ببحث القوانين قبل إصدارها فقط².

والملاحظ أن المؤسس الدستوري الفرنسي ظل متمسكا بموقفه الراض الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين طيلة القرن الماضي، وذلك رغم التعديلات الكثيرة التي أجراها على دستور 1958 والتي بلغ عددها 23 تعديلا.

¹ عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، نفس المرجع، ص 67-68.

² محمد محمد عبد اللطيف، رقابة الدستورية اللاحقة في فرنسا، مجلة المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 16، أكتوبر 2009، ص 3.

ثانياً: رفض الدستور المغربي من حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين.

إن موقف المؤسس الدستوري المغربي من حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين خلال القرن الماضي لم يكن يختلف عن نظيره الفرنسي، حيث كان يرفض هو الآخر الاعتراف بهذا الحق، ولم يكن هذا بسبب وجود حجج قانونية اعتمد عليها الفقه والقضاء في تبرير هذا الرفض، وإنما كان مجرد تقليد لنظيره الفرنسي، الذي يعتبر ممثلاً للنظام اللاتيني الذي يتبعه المؤسس الدستوري المغربي.

فبالرجوع إلى الدساتير التي وجدت قبل دستور 1992 نجد أنه رغم إسنادها مهمة الرقابة على دستورية القوانين لهيئة قضائية هي الغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى للقضاء، إلا أنها لم تعترف بحق القضاء في تحريك هذه الرقابة، حيث نجد أن نصوصها نصت فقط على تأسيس هذه الغرفة وعلى اختصاصاتها دون أن تشير إلى إمكانية تحريك القضاء للرقابة على دستورية القوانين أمام هذه الغرفة.

فقد كان الفصل 100 من دستور 1962 ينص في الفقرة 1 منه على ما يلي: "تؤسس بالمجلس الأعلى غرفة دستورية"، ليتم الإبقاء على هذه الغرفة في دستور 1970 الذي نص في الفصل 93 منه على تأسيسها وهو ما تم كذلك في دستور 1972 بموجب الفصل 94 منه، والملاحظ أن كل هذه الدساتير قد اشتركت في إسناد رئاسة هذه الغرفة للرئيس الأول للمجلس الأعلى للقضاء الذي يعتبر مجرد عضواً فيه، وذلك لأن رئاسة المجلس تعود للملك².

¹ الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 2616 مكرر لعام 1962، ص 2993.

² أنظر الفصل 86 من دستور 1962 والفصل 79 من دستور 1970، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 3010 مكرر لعام 1970، ص 1773، والفصل 80 من دستور 1972، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 3098 لعام 1972، ص 626.

أما بخصوص اختصاصات الغرفة الدستورية المتعلقة بالرقابة على دستورية القوانين فنجد أن الفصل 43 من دستور 1962 أسند لها مهمة رقابة مدى دستورية القانون الداخلي لكل من مجلس النواب ومجلس المستشارين قبل الشروع في العمل به، كما كانت تختص طبقا للفصل 63 من نفس الدستور بمراقبة مدى دستورية القوانين التنظيمية قبل إصدار الأمر بتنفيذها، وقد أبقى كل من دستور 1970 ودستور 1972 على هذه الاختصاصات¹ مع اختلاف بسيط، وهو أن هذا الدستور الأخير أضاف إمكانية إسناد اختصاصات أخرى إلى الغرفة الدستورية بموجب قوانين تنظيمية، حيث نص الفصل 97 منه على ما يلي: "تمارس الغرفة الدستورية الاختصاصات المسندة إليها بفصول الدستور أو بمقتضيات قوانين تنظيمية..."².

وما يمكن قوله حول نظام الغرفة الدستورية في المغرب الذي قرره دساتير 1962، 1970 و1972 أنه رغم تمتعها بالطابع القضائي لكونها تعمل بإجراءات قضائية عند البت في مدى دستورية القوانين التي يعود لها حق مراقبة مدى مطابقتها للدستور، أن اختصاصات هذه الغرفة كانت محدودة جدا حيث أنه رأينا أنها كانت تختص فقط بمراقبة مدى دستورية القانون الداخلي لغرفتي البرلمان وكذا القوانين التنظيمية، ومن ثم فهي لم تكن تختص بمراقبة مدى دستورية القوانين العادية أو المعاهدات الدولية.

كما يلاحظ كذلك أن تحريك رقابة هذه الغرفة لا يكون بصورة تلقائية أو بناء على دعوى أو دفع قضائي يتقدم به أحد الأفراد، وإنما يكون عن طريق إحالة من الوزير الأول بخصوص القوانين التنظيمية أو رئيسي غرفتي البرلمان بخصوص القوانين الداخلية.

¹ أنظر الفصلين 42 و57 من دستور 1970 ودستور 1972.

² رشيد المدور، تطور الرقابة الدستورية في المغرب، مجلة دراسات دستورية، المحكمة الدستورية، البحرين، المجلد 3، العدد 6، 2016، ص 53.

فما نتج عن هذه النقائص هو ضعف مساهمة الغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى للقضاء في حماية الدستور، والذي ساهم فيه كذلك عدم توفر أعضائها على الاستقلالية العضوية التي تمكنهم من أداء مهامهم¹.

أما بخصوص دستور 1992² فنجد أنه قد غير الجهة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين، حيث أنه أسندها لهيئة سياسية وليس لهيئة قضائية هي المجلس الدستوري الذي اعترف له بأنه مؤسسة قائمة بذاتها، وهذا ما يتضح من خلال تخصيص باب له مستقل عن كل السلطات في الدولة هو الباب السادس الذي جاء تحت عنوان "المجلس الدستوري" والذي يضم أربعة فصول.

ولعل أهم ما يمكن ملاحظته على دستور 1992 أنه وسع من اختصاصات المجلس الدستوري، وذلك من خلال جعله مختصا بمراقبة مدى دستورية القوانين العادية قبل إصدار الأمر بتنفيذها، و ما يضيف أهمية خاصة على هذا الاختصاص الجديد هو أنه فتح حق إحالة القوانين على المجلس أمام ربع أعضاء مجلس النواب إلى جانب الملك والوزير الأول ورئيس مجلس النواب³.

ولتعزيز دور المجلس الدستوري بصورة أكبر نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 79 من دستور 1992 على أن قرارات المجلس الدستوري لا تقبل أي طريقة من طرق الطعن و تلزم كل السلطات العامة بجميع الجهات الإدارية والقضائية.

ورغم الأشياء الإيجابية التي جاء بها دستور 1992 في مجال الرقابة على دستورية القوانين إلا أنه سجلت فيه عدة ثغرات، وهذا ما دفع إلى تعديله عام 1996⁴ والذي لم يتم

¹ رشيد المدور، المرجع السابق، ص 54-56.

² الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 4172 لعام 1992، ص 1247.

³ عبد العزيز النويضي، المحكمة الدستورية ومسألة الدفع بعدم دستورية القوانين، ط 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2019، ص 38.

⁴ الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 4420 لعام 1996، ص 2281.

فيه إضافة أشياء جديدة بخصوص موضوع الرقابة على دستورية القوانين إلا فيما يتعلق بتوسعة سلطة إحالة القوانين على المجلس الدستوري، حيث أنه بموجب الفقرة الثالثة من الفصل 81 أصبح يتمتع بها كذلك ربع أعضاء مجلس المستشارين، بينما كان يتمتع بها فقط الملك، الوزير الأول، رئيسي غرفتي البرلمان وكذا ربع أعضاء مجلس النواب.

الفرع الثاني

رفض الدستور الجزائري من حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين

يمكن تقسيم موقف المؤسس الدستوري الجزائري الراض الاعتراف للقضاء بحقه في تحريك الرقابة على دستورية القوانين إلى ما قبل دستور 1989 (أولاً)، وما بعد هذا الدستور (ثانياً).

أولاً: رفض الدستور الجزائري من حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين ما قبل دستور 1989

لم يكن المؤسس الدستوري الجزائري يعترف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين في دساتير القرن الماضي، وذلك لأنه كان يقلد نظيره الفرنسي في تنظيم أسلوب الرقابة على دستورية القوانين في جميع جوانبها، حيث أنه كان يسند مهمة الرقابة على دستورية القوانين لهيئة سياسية مثل نظيره الفرنسي، هذا الأخير الذي كما رأينا كان يرفض الاعتراف للقضاء في تحريك هذه الرقابة لمجموعة من المبررات والتي نرى أنه ليس على أساسها رفض المؤسس الدستوري الجزائري منح القضاء الحق في تقرير الرقابة على دستورية القوانين وإنما لا يعدوا الأمر أن يكون مجرد تقليد لنظيره الفرنسي الذي يعتبر رمز النظام اللاتيني الذي ينتهي إليه.

فبالرجوع إلى أول دستور عرفته الجزائر بعد الاستقلال وهو دستور عام 1963 الذي يعتبر البادرة الأولى لتبني فكرة الرقابة على دستورية القوانين من خلال النص ولأول مرة في تاريخ الجزائر على إنشاء هيئة توكل لها مهمة الرقابة على دستورية القوانين¹ سميت في صلب المادة 63 بالمجلس الدستوري، والذي كان يتشكل من 7 أعضاء هم: رئيس الأول للمحكمة العليا، رئيسا الغرفتين المدنية والإدارية ممثلين عن السلطة القضائية وثلاث نواب يعينهم المجلس الوطني كممثلين للسلطة التشريعية، وعن السلطة التنفيذية، عضواً واحد يعينه رئيس الجمهورية على أن يتم انتخاب رئيس المجلس الدستوري من بين هؤلاء الأعضاء².

أما بخصوص اختصاصات المجلس الدستوري فقد حددتها المادة 64 والتي تتمحور في الفصل في دستورية القوانين الصادرة عن المجلس الوطني و كذا الأوامر التشريعية التي يصدرها رئيس الجمهورية، الأمر الذي لم يتحقق على أرض الواقع حيث لم ينشأ في الأصل المجلس الدستوري، وذلك لأنه تم تجميد العمل بالدستور، وبالتالي لم تطبق الرقابة على دستورية القوانين الواردة في دستور 1963.

واستمر هذا الوضع إلى غاية عام 1976 أين تم إصدار دستور جديد³ الذي لم يتضمن أي نص يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين، ويرجع هذا الغياب في كون الدولة آنذاك تبنت نظام الحزب الواحد بحيث اكتفى المؤسس الدستوري بإسناد مهمة المحافظة على الحقوق والحريات للقضاء.

¹ نص المادة 63 من دستور 1963.

² عبيد ريم، واقع الرقابة الدستورية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 في الجزائر، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2017 العدد 15، ص 235.

³ أنظر الأمر 97-76 المؤرخ في 1976/11/22 المتضمن إصدار الدستور، الجريدة الرسمية عدد 94 لسنة 1976، ص 1292.

ثانيا: رفض الدستور الجزائري من حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين
ما بعد دستور 1989

نظرا للأحداث التي عرفتها الجزائر في 5 أكتوبر 1988 تم تعديل دستور 1976 في نوفمبر من نفس السنة¹، ونظرا لأن هذا التعديل لم يلبي طموحات الطبقة السياسية في الجزائر في عام 1989 تم إصدار دستور جديد² فقد كان ميلاد لعهد جديد، حيث تبني نظام التعددية الحزبية والتوجه نحو إقرار مبدأ الفصل بين السلطات وتوسيع مجال الحقوق والحريات.

كما تم النص في المادة 153 على تأسيس المجلس الدستوري الذي أوكلت له مهمة السهر على احترام الدستور³، والذي كان يتشكل حسب المادة 154 من 7 أعضاء الذين يعينون لمدة 6 سنوات غير قابلة للتجديد وهم:

-ثلاثة أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية من بينهم رئيس المجلس.

-عضوين ينتخبهم المجلس الشعبي الوطني.

-عضوين تنتخبهم المحكمة العليا من بينهم أعضاءها.

أما بخصوص اختصاصات المجلس الدستوري المتعلقة بالرقابة على دستورية القوانين فهي تشمل حسب المادة 155 مراقبة مدى دستورية المعاهدات والقوانين و التنظيمات، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ أو بقرار بعد تنفيذها، علما أن هذه الرقابة لم تكن تتحرك إلا بعد أن يتم إخطار المجلس الدستوري من الجهات التي حولها المؤسس

¹ أنظر المرسوم رقم 223-88 المؤرخ في 1988/11/05 المتعلق بنشر نتائج التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 3 نوفمبر 1988، الجريدة الرسمية عدد 45 لعام 1988، ص 1522.

² أنظر المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 1989/02/28 المتعلق بنشر نتائج التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، الجريدة الرسمية عدد 9 لعام 1989، ص 234.

³ بواسطة شهرزاد، مدور جميلة، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 353.

الدستوري ذلك، والتي كانت مقتصرة على شخصيتان فقط حسب المادة 156 هما رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني.

ويرجع السبب في قصر إخطار المجلس الدستوري على شخصيتان آنذاك حسب رأي البعض إلى عدم إرهاب كاهل المجلس الدستوري بقضايا تفقده التوازن السياسي نظراً لحدثة التجربة الديمقراطية في الجزائر آنذاك¹.

ومن أجل تدارك النقائص التي تم تسجيلها في دستور 1989 تم تعديله عام 1996²، الذي تم فيه تثبيت وجود المجلس الدستوري، حيث نصت المادة 163 على ما يلي: "يؤسس مجلس دستوري يكلف بالسهرة على احترام الدستور"، وحسب المادة 164 فإن المجلس الدستوري أصبح يتشكل من 9 أعضاء هم:

- ثلاثة أعضاء من بينهم رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية.

- عضوين ينتخبهم المجلس الشعبي الوطني من بين أعضائه.

- عضوين ينتخبهم مجلس الأمة من بين أعضائه.

- عضو واحد تنتخبه المحكمة العليا من بين أعضائها.

عضو واحد ينتخبه مجلس الدولة من بين أعضائها.

¹ نصيرة بن تركية، الرقابة على دستورية القوانين في النظام الجزائري "من الاستقلال وإلى غاية الفترة المعاصرة" مداخلة في إطار اليوم الدراسي حول الرقابة على دستورية القوانين في ظل التعديل الدستوري، الأنظمة والآليات، 2016/12/15، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، ص 9. منشور على الموقع:

<http://e-biblio.univ-mosta.dz/handle/123456789/8169>

² أنظر المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07/12/1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد 76، ص 6.

وعليه فإنه يلاحظ أن التعديل الدستوري لعام 1996 قد رفع من عدد أعضاء المجلس الدستوري فأصبح عددهم 9 أعضاء بينما كان في السابق 7 أعضاء، ويرجع سبب ذلك إلى تبني المؤسس الدستوري في هذا التعديل لنظام الغرفتين على مستوى البرلمان وذلك من خلال استحداث مجلس الأمة¹ إلى جانب المجلس الشعبي الوطني، وهو ما اقتضى إيجاد تمثيل للغرفة الثانية وهي مجلس الأمة على مستوى المجلس الدستوري.

كما يرجع سبب رفع عدد أعضاء المجلس الدستوري كذلك إلى تبني المؤسس الدستوري لنظام الإزدواجية القضائية، وذلك من خلال استحداث مجلس الدولة² إلى جانب المحكمة العليا، حيث كان يعتبر جهة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، وعليه أصبح من الضروري إيجاد تمثيل لهذه الجهة القضائية الجديدة.

أما فيما يتعلق باختصاص المجلس الدستوري بالرقابة على دستورية القوانين فلم تعد تقتصر على المعاهدات والقوانين والتنظيمات بل أصبحت تشمل فئة جديدة من القوانين جاء بها تعديل 1996 هي فئة القوانين العضوية، كما أصبح المجلس يختص برقابة مدى مطابقة النظام الداخلي لغرفتي البرلمان للدستور، مع العلم أن هذه الرقابة الجديدة للمجلس الدستوري هي قبلية ووجوبية وليست اختيارية كالمعاهدات والقوانين والتنظيمات، حيث أنه بموجب الفقرة 2 من المادة 165 أُلزم المؤسس الدستوري رئيس الجمهورية بضرورة إخطار المجلس الدستوري بالقوانين العضوية ليراقب مدى دستورتيتها بمجرد أن يصادق عليها البرلمان، أي قبل أن يقوم بإصدارها، وهو ما يتم كذلك بخصوص النظام الداخلي لغرفتي البرلمان وهذا بموجب ما جاء في الفقرة 3 من المادة 165.

¹ كانت الفقرة 1 من المادة 98 من الدستور تنص على ما يلي: "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة".

² كانت الفقرة 2 من المادة 152 من الدستور تنص على ما يلي: "يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية".

ونظرا لما قلناه سابقا بخصوص رفع عدد أعضاء المجلس الدستوري من خلال إضافة عضوين عن مجلس الأمة فقد تم كذلك توسعة سلطة الإخطار، حيث أصبح يتمتع بها كذلك رئيس هذا المجلس¹.

ورغم أنه بعد التعديل الدستوري لعام 1996 تم إجراء تعديلين هما تعديل 2002² و2008³ فإنه تم الإبقاء على نفس أحكام الرقابة على دستورية القوانين، وذلك من خلال حرمان القضاء من أن يكون له دور في تحريك هذه الرقابة، وكذا جعل المجلس الدستوري غير قادر على تحريك هذه الرقابة من تلقاء ذاته بل يجب عليه أن يتم إخطاره من قبل رئيس الجمهورية أو رئيسي غرفتي البرلمان.

¹ كانت المادة 166 من الدستور تنص على ما يلي: " يخطر رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة، المجلس الدستوري".

² أنظر القانون رقم 03-02 المؤرخ في 10/04/2002 المتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد 25 لعام 2002، ص 13.

³ أنظر القانون رقم 19-08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد 63 لعام 2008، ص 8.

المبحث الثاني

اتفاق دساتير الدول على الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية

القوانين (المرحلة الثانية)

كانت دساتير الدول خلال القرنين التاسع عشر والعشرين قد اختلفت موقفها بخصوص الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين، حيث أنه وكما رأينا سابقا فإن دساتير الدول الإنجلوسكسونية قد اعترفت بهذا الحق، بينما دساتير الدول اللاتينية كانت ترفض الاعتراف به، لكن خلال القرن الحادي والعشرين الحالي قد اتفقت على الاعتراف بهذا الحق.

ونظرا لأن موقف دساتير الدول الإنجلوسكسونية منذ البداية وإلى غاية اليوم لم يتغير، حيث أنه وكما رأينا فإنها اعترفت بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين، سنقتصر على دراسة دساتير الدول اللاتينية لأنها هي من غيرت موقفها بخصوص هذا الحق، وعليه سنحاول في هذا المبحث إبراز مضمون الموقف الجديد لدساتير الدول اللاتينية (المطلب الأول)، وكذا المبررات التي كانت سببا في ظهور هذا الموقف الجديد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

اتجاه دساتير الدول اللاتينية إلى الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية

القوانين

اتجهت دساتير الدول اللاتينية خلال القرن الحادي والعشرين إلى الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين، بعدما كانت ترفض الاعتراف به خلال القرنين الماضيين.

ونظرا لتعدد الدول التي تتبع النظام اللاتيني ستقتصر الدراسة على دستور الدولة التي تعتبر رمزا لهذا النظام وهو الدستور الفرنسي (الفرع الأول)، وكذا دراسة نموذجين تابعين لهذا النظام وهما الدستور المغربي (الفرع الثاني)، والدستور الجزائري (الفرع الثالث).

الفرع الأول

اعتراف المؤسس الدستوري الفرنسي بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين في التعديل الدستوري لعام 2008

رغم استحداث الدستور الفرنسي لعام 1958 للمجلس الدستوري الذي أسندت له مهمة الرقابة على دستورية القوانين، إلا أن هذه الرقابة كانت نسبية لأنها كانت رقابة سابقة على إصدار القوانين هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه بناء على نص المادة 56 من هذا الدستور نجد أن هذه الرقابة قد تم فيها تهميش جهاز القضاء، حيث لم تثبت أي مساهمة للقضاء داخل المجلس الدستوري رغم كفاءة القضاء الفرنسي المعروفة، وذلك لتغليب الطابع السياسي للمجلس الدستوري حيث أن أعضائه كلهم ينتمون للسلطتين التنفيذية و التشريعية.

وأثار هذا الوضع استهجان الكثير من رجال القانون في فرنسا، حيث رأوا أن الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري هي رقابة مقررة لصالح السلطات العامة وليس لصالح الأفراد، وهو أمر يتناقض مع جوهر هذه الرقابة¹.

كما أنه ما يمكن ملاحظته أن المجلس الدستوري الفرنسي لا يستطيع تحريك الرقابة من تلقاء نفسه²، بل إن هذه الرقابة تتحرك بعدما يتم إخطاره من قبل السلطات التي حددتها المادة 61 وهي رئيس الجمهورية، رئيس مجلس الوزراء، رئيس الجمعية الوطنية و

¹ عمر عبد الله، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق ص 9.

² عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق ص 52.

رئيس مجلس الشيوخ، ليتم في التعديل الدستوري لعام 1974 توسيع الإخطار لنواب الشعب¹، حيث أصبح بإمكان ستين (60) نائبا من الجمعية الوطنية أو ستين (60) عضوا بمجلس الشيوخ إخطار المجلس الدستوري.

وعليه فإنه حتى هذا التعديل الدستوري قد استبعد هو الآخر القضاء من ممارسة سلطة إخطار المجلس الدستوري، وهو ما يعني حرمانه من المساهمة المباشرة في تحريك الرقابة على دستورية القوانين أمام المجلس الدستوري.

و على العموم فرغم الانتقادات الموجهة للمجلس الدستوري لا من حيث تشكيلة أعضائه، ولا من حيث طريقة تحريك رقابته على مدى دستورية القوانين، فقد أثبت هذا الجهاز نجاعته للتصدي لمسألة عدم الدستورية في عدة قرارات له والتي أثبتت تحوله من مدافع عن السلطات العامة إلى مدافع عن حريات وحقوق الأفراد².

و على ضوء هذه الانتقادات التي طالت المجلس الدستوري في كونه جهاز ذو طابع سياسي وليس ذو طابع قضائي طرح رئيس الجمهورية الفرنسية آنذاك "فرنسوا ميتران" في الدورة الثانية العادية (1989-1990) وبناءً على اقتراح للحكومة، بمشروع قانون دستوري يتضمن تعديلا للمواد 61-62-63 من الدستور الفرنسي لعام 1958، حيث كان مضمون هذا المشروع استحداث الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، لكن هذا المشروع لم يرى النور³.

¹ بومدين محمد، مبررات الاعتراف للقضاء الجزائري بدور في الرقابة على دستورية القوانين، وتحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تلمسان، المجلد 8، العدد 6، 2019، ص 15.

² عمر عبد الله، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق ص 9.

³ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 174.

واستمر هذا الوضع إلى غاية التعديل الدستوري الصادر في 23 جويلية 2008¹ الذي عدل ما يقارب 32 مادة من مواد الدستور، فبخصوص موضوع الرقابة على دستورية القوانين فرغم أن التعديل حافظ على الجهة المكلفة بهذه الرقابة وهي المجلس الدستوري فإنه استحدث نظام الرقابة اللاحقة على القوانين، وذلك من خلال آلية قانونية تسمى بالمسألة الأولوية الدستورية (la question prioritaire de la constitutionnalité)، وهذا ما نصت عليه المادة 61-1 والتي جاء فيها:

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé² ».

أي أنه إذا ثبت أثناء الفصل في دعوى مرفوعة أمام إحدى الجهات القضائية العادية أو الإدارية أن نصا تشريعيا يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، يمكن للمجلس الدستوري الفصل في ذلك بناء على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض خلال ميعاد محدد³.

وعليه من خلال استقراء المادة 61-1 أعلاه نجد أنه قد تم توسيع دائرة إخطار المجلس الدستوري الفرنسي رسمياً من خلال إشراك الأفراد بمناسبة الدعاوى التي يرفعونها أمام

¹ أنظر القانون الدستوري رقم 2008-724 المؤرخ في 2008/7/23 المتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد 0171 لسنة 2008، ص. 11890.

² المادة 61-1 من التعديل الدستوري الفرنسي لسنة 2008.

³ بركات أحمد، آثار تقرير آلية الدفع بعدم الدستورية على وظيفة المجلس الدستوري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي، المجلد 8، العدد 1، 2021، ص 33.

جهات القضاء العادي أو الإداري والتي يثيرون فيها عدم دستورية نص تشريعي ما، نظرا لأنه ينتهك حقوقهم وحريةهم الدستورية¹.

وعليه فإن التعديل الدستوري لعام 2008 في فرنسا يعتبر ثورة حقوقية حقيقية في تاريخ القضاء الدستوري الفرنسي، وذلك لأنه سمح لأول مرة للأفراد بالولوج إلى المجلس الدستوري، وذلك من خلال إعطائهم حق الطعن في التشريعات التي تمس بحقوقهم وحريةهم المقررة دستوريا أمام الجهات القضائية العادية أو الإدارية.

وبناء على هذا اعتبر الفقهاء أن الهدف من وراء منح المشرع الدستوري الفرنسي للأفراد حق الطعن بعدم الدستورية أو كما سمها بالمسألة الأولية الدستورية²، هو إضفاء الطابع القضائي على المجلس الدستوري، وذلك بعد الانتقادات التي طالته باعتباره هيئة سياسية بامتياز ورقابته رقابة سياسية تمارس رقابة قبلية فقط³.

وبهذا فما يمكن قوله أن المشرع الدستوري الفرنسي قد أعاد بمناسبة التعديل الدستوري لعام 2008 الاعتبار للسلطة القضائية في مجال الرقابة على دستورية القوانين بعدما طالها التهميش لفترة طويلة (1958-2008)، وذلك بإعطائها حق تحريك هذه الرقابة، وذلك من خلال إعطاء الجهات القضائية العادية أو الإدارية سلطة إحالة الطعون بعدم الدستورية (المسألة الأولية الدستورية) التي يقدمها الأفراد أمام المجلس الدستوري ويتحقق ذلك من خلال منح للمواطن الفرنسي حق الدعم دستورية نص قانوني أمام جهات القضاء متى كان فيه مساس بالحقوق والحرية المكفولة دستوريا.

¹ عمار بوضياف، دور القضاء الفرنسي في مجال الرقابة على دستورية القوانين، مجلة صوت القانون، المجلد السادس، العدد 02، نوفمبر 2019، ص 865.

² أصدر المشرع الفرنسي القانون العضوي رقم 1523-2009 بتاريخ 10 ديسمبر 2010 التي يحدد كيفية تطبيق نص المادة 61-1 المتعلقة بالمسألة الأولية الدستورية، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد 0287 لسنة 2009.

³ بومدين محمد، الدفع بعدم الدستورية طبقا للتعديل الدستوري الجزائري 2016 مجرد تقليد النموذج للفرنسي الشاذ، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد 01 لسنة 2019، ص 63.

الفرع الثاني

اعتراف الدستور المغربي بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين في

دستور 2011.

يتميز اعتراف المؤسس الدستوري المغربي بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين عن غيره من نظرائه التابعين للنظام اللاتيني، حيث أنه لم يكتفي بتقرير هذا الحق في دستور 2011 بل غير الجهة التي تنظر في مدى دستورية القوانين، حيث لم يعد من اختصاص المجلس الدستوري الذي كان يعتبر هيئة سياسية وإنما أصبح من اختصاص جهة قضائية هي المحكمة الدستورية.

أي أن المؤسس الدستوري المغربي أعاد في دستور 2011 تبني نظام الرقابة القضائية وذلك بعدما كان يتبنى في دستور 1992 نظام الرقابة السياسية، حيث ألغى المجلس الدستوري وأنشأ هيئة قضائية هي المحكمة الدستورية أسند لها مهمة مراقبة مدى دستورية القوانين، والتي خصص لها في دستور 2011 باباً كاملاً وهو الباب الثامن والذي يتكون من ستة مواد، حيث نجد أن الفصل¹ 129 نص على ما يلي: "تحدث محكمة دستورية".

أما الفصل 130 فنص على تركيبة المحكمة، حيث نص على أنها تتألف من 12 عضواً يعينون لمدة تسع (9) سنوات غير قابلة للتجديد، ستة أعضاء منهم يعينهم الملك من بينهم عضو يقترحه الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى، وثلاثة أعضاء ينتخبهم مجلس النواب وثلاثة ينتخبهم مجلس المستشارين.

واشترط المؤسس المغربي في أعضاء المحكمة الدستورية الذين يتم تعيينهم من قبل الملك أو انتخابهم من قبل البرلمان أن يكونوا من بين الشخصيات المتوفرة على تكوين عال في

¹ أنظر الجريدة الرسمية للملكة المغربية عدد 5964 لعام 2011.

مجال القانون، و على كفاءة قضائية أو فقهية أو إدارية، و الذين مارسوا مهنتهم لمدة تفوق 15 سنة و المشهود لهم بالتجرد و النزاهة.

وبخصوص اختصاصات المحكمة الدستورية المتعلقة بالرقابة على دستورية القوانين فإننا نجد أنها تمارس نوعين من الرقابة واحدة قبلية والأخرى بعدية، فبخصوص الرقابة القبلية فإنه بالرجوع إلى الفصل 132 نجد أن هذه الرقابة قد تكون وجوبية، وهي التي تتعلق بمراقبتها مدى مطابقة القوانين التنظيمية للدستور قبل إصدار الأمر بتنفيذها، وكذلك النظام الداخلي لكل من مجلس النواب ومجلس المستشارين، وذلك قبل الشروع في تطبيقها¹، وقد تكون اختيارية، وهي التي تتعلق بباقي القوانين والالتزامات الدولية (المعاهدات والاتفاقيات الدولية)، حيث يمكن لكل من الملك ولرئيس الحكومة، رئيس مجلس نواب، رئيس مجلس المستشارين أو خمس أعضاء مجلس النواب أو أربعين عضواً من أعضاء مجلس المستشارين إحالة قانون ما للمحكمة قبل إصدار الأمر بتنفيذه، وذلك لتتأكد من مدى مطابقته للدستور².

كما يمكن للملك ولرئيس الحكومة، رئيس مجلس النواب، رئيس مجلس المستشارين، سدس أعضاء مجلس النواب وربع أعضاء مجلس المستشارين إحالة إلزام دولي على المحكمة الدستورية لتراقب مدى مطابقته للدستور³.

أما النوع الثاني من الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية المغربية فهي الرقابة البعدية التي استحدثها دستور 2011، حيث أنه بالرجوع للفصل 133 نجد أن المؤسس الدستوري المغربي قد أجاز للأفراد الذين يكونون أطرافاً في الدعاوى القضائية تقديم دفع أمام المحكمة مضمونه عدم دستورية القانون الذي سيطبق في النزاع، لكونه يمس بالحقوق

¹ الفقرة 2 من الفصل 132 من الدستور المغربي.

² الفقرة 3 من الفصل 132 من الدستور المغربي.

³ الفقرة 4 من الفصل 55 من الدستور المغربي.

والحريات التي يضمنها الدستور، وبهذا يكون المؤسس الدستوري المغربي قد اعترف لأول مرة للقضاء بحقه في تحريك الرقابة على دستورية القوانين.

الفرع الثالث

اعتراف الجزائر بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين ابتداء من

التعديل الدستوري لعام 2016.

غير المؤسس الدستوري الجزائري موقفه الراض لحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين ابتداء من التعديل الدستوري لعام 2016، بحيث أصبح يعترف بهذا الحق (أولاً)، ليعيد تأكيده على هذا الاعتراف في التعديل الدستوري لعام 2020 (ثانياً).
أولاً: اعتراف المؤسس الدستوري الجزائري بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين في التعديل الدستوري لعام 2016.

رغبة من المؤسس الدستوري الجزائري في تكريس دولة الحق والقانون بادر إلى إصلاح النقائص التي كانت تعترى النصوص الدستورية المتعلقة بكيفية تحريك الرقابة على دستورية القوانين التي يقوم بها المجلس الدستوري وذلك بموجب التعديل الدستوري لعام 2016¹، حيث نظمت الأحكام المتعلقة بالرقابة على دستورية القوانين في الفصل الثالث من الباب الثالث وذلك في المواد من 181 إلى 192، حيث نصت المادة 182 منه على أن " المجلس الدستوري هيئة مستقلة تكلف بالسهر على احترام الدستور".

فما يفهم من هذه المادة أن المجلس الدستوري هو هيئة غير تابعة لسلطات الثلاث في البلاد، وتضيف الفقرة 2 من نفس المادة أن دور المجلس الدستوري لا يتوقف فقط عند

¹ القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد 14 لعام 2016.

احترام و حماية الدستور بل له اختصاصات أخرى كالسهر على صحة عمليات الإستفتاء و الانتخابات الرئاسية و التشريعية، كما أنه ينظر في الطعون التي يتلقاها حول النتائج المؤقتة لهذه الانتخابات و يعلن النتائج النهائية لها.

أما عن تشكيلة هذه الهيئة فقد تم بموجب المادة 183 من الدستور رفع عدد أعضاء المجلس الدستوري من 9 أعضاء إلى 12 عضواً وهم:

- أربعة أعضاء من بينهم رئيس المجلس و نائب رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية.

- عضوين ينتخبهم المجلس الشعبي الوطني.

- عضوين ينتخبهم مجلس الأمة.

-- عضوين تنتخبهما المحكمة العليا.

- عضوين ينتخبهم مجلس الدولة.

وما يمكن ملاحظته على هذه التشكيلة الجديدة للمجلس الدستوري أنها أعادت التوازن بين السلطات من حيث التمثيل بعدما كان مفقوداً في الدساتير السابقة، حيث نجد أن لكل سلطة نصيب في التعيين أو الانتخاب بقدر ما للسلطة الأخرى، ومن جهة أخرى ما يلاحظ على هذه التشكيلة و هو استحداث منصب نائب رئيس المجلس الدستوري الأمر الذي لم يكن موجوداً سابقاً.

وبخصوص مدة العضوية في المجلس الدستوري فقد نصت الفقرة 4 من المادة 183 هي 8 سنوات لفترة واحدة، على أن يتم تجديد نصفهم كل 4 سنوات، أي يتم تغيير 6 أعضاء من أصل 12 عضواً كل 4 سنوات، . كما يتمتع أعضاء المجلس الدستوري خلال فترة عضويتهم بالحصانة القضائية في المسائل الجزائية¹.

¹ أنظر المادة 185 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

وما يمكن ملاحظته بخصوص مدة العضوية هذه أنه تم رفعها مقارنة بالدساتير السابقة حيث كانت المدة هي 6 سنوات غير قابلة للتجديد و على رئيس المجلس الدستوري في هذه الفترة أن يثبت عدم تحيظه لأي جهة كانت¹.

كما يشترط في أعضاء المجلس الدستوري سواء كانوا معينين أو منتخبين بلوغ 40 سنة و التمتع بخبرة مهنية مدتها 15 سنة على الأقل في التعليم العالي في العلوم القانونية أو في القضاء أو في مهنة محام على مستوى المحكمة العليا أو لدى مجلس الدولة أو في وظيفة عليا لدى الدولة².

كذلك فإن أهم ما جاء به التعديل الدستوري لعام 2016 بخصوص اختصاص المجلس الدستوري بالرقابة على دستورية القوانين هو توسيع سلطة إخطاره و كذا استحداث آلية جديدة لتحريك رقابته و هي آلية الدفع بعدم الدستورية.

فبخصوص توسيع سلطة الإخطار فإنه بالرجوع إلى المادة 187 من الدستور نجد أن سلطة إخطار المجلس الدستوري بنص قانوني ليراقب مدى دستوريته لم تعد تقتصر على رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان، بل أصبح بإمكان الوزير الأول وخمسين نائبا على مستوى المجلس الشعبي الوطني و ثلاثين عضوا على مستوى مجلس الأمة إخطار المجلس الدستوري.

وبخصوص الآلية الجديدة التي يتم بها تحريك رقابة المجلس الدستوري على مدى دستورية القوانين و هي آلية الدفع بعدم الدستورية، فإننا نسجل اعتراف المؤسس الدستوري الجزائري لأول مرة بحق القضاء في تحريك هذه الرقابة، حيث أنه سمح بموجب المادة 188

¹ بن تريكة نصيرة، المرجع السابق، ص 13.

² أنظر المادة 184 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

من الدستور¹ للمحكمة العليا أو مجلس الدولة إحالة الدفوع بعدم الدستورية التي يقدمها الأفراد على المجلس الدستوري، حيث أنه متى وجد المتقاضين في نزاع ما أن النص التشريعي الذي سيطبق في النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، فإنه بإمكانهم أن يقدموا دفعا بذلك أمام الجهة القضائية التي تتولى الفصل في نزاعهم، لتتولى هذه الأخيرة إحالته على الجهة القضائية العليا التي تتبعها، فإذا كانت تابعة للقضاء العادي كان عليها أن تحيل الدفوع إلى المحكمة العليا التي تتولى إحالة الدفوع إلى المجلس الدستوري.

أما إذا كانت الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفوع بعدم الدستورية تابعة للقضاء الإداري كان عليها أن تحيل الدفوع بعدم الدستورية إلى مجلس الدولة ليتولى هذا الأخير إحالة هذا الدفوع على المجلس الدستوري حتى يفصل فيه.

وعليه بموجب التعديل الدستوري لعام 2016 أصبح للسلطة القضائية عن طريق آلية الدفوع بعدم الدستورية التي استحدثها هذا التعديل، الحق في تحريك الرقابة على دستورية القوانين بعدما كان هذا الحق مقتصر فقط على السلطتين التنفيذية والتشريعية واللتين كانتا تمارسهما عن طريق آلية الإخطار.

ثانيا: تأكيد المؤسس الدستوري الجزائري على حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين في التعديل الدستوري لعام 2020.

أوكل المؤسس الدستوري في ظل التعديل الدستوري لعام 2020² مهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة جديدة هي المحكمة الدستورية، حيث نصت المادة 185 من الدستور على ما يلي: " المحكمة الدستورية مؤسسة مستقلة مكلفة بضمان احترام الدستور. تضبط المحكمة الدستورية سير المؤسسات ونشاط السلطات العمومية.

¹ كانت تنص المادة 188 على ما يلي: " يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفوع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور".

² المرسوم الرئاسي رقم 442-20 المؤرخ في 2020/12/30 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، ج.ر عدد 82 لعام 2020، ص 3.

تحدد المحكمة الدستورية قواعد عملها"

وما يمكن ملاحظته من خلال مضمون المادة 185 أن المؤسس الدستوري أراد التمييز المجلس الدستوري سابقا و المحكمة الدستورية حاليا من خلال:

1- صياغة النص: حيث اعتبر المحكمة الدستورية مؤسسة مستقلة مكلفة بضمان احترام الدستور على عكس المجلس الدستوري الذي كان يعتبره هيئة مستقلة تكلف بالسهر على احترام الدستور.

2- اختصاصات جديدة: منح المؤسس الدستوري للمحكمة الدستورية اختصاصات لم يكن يعترف بها من قبل للمجلس الدستوري وهي:

- ضبط سير المؤسسات و نشاط السلطات العمومية (الفقرة 2 من المادة 185 من الدستور).

- الفصل في الخلافات التي يمكن أن تثار بين السلطات الدستورية (الفقرة 1 من المادة 192 من الدستور).

- تفسير حكم أو عدة أحكام دستورية وتبدي رأيها بشأنها (الفقرة 2 من المادة 192 من الدستور)

3- إتباع أسلوب جديد في الرقابة على دستورية القوانين: إن أهم ما يمكن أن يستنتج من خلال استحداث المؤسس الدستوري المحكمة الدستورية أنه أراد تغيير أسلوب الرقابة على دستورية القوانين، حيث انتقل من أسلوب الرقابة السياسية إلى أسلوب الرقابة القضائية، ويبدو ذلك من خلال التسمية فبمجرد ذكر تسمية المحكمة يتبادر للذهن أننا أمام جهة قضائية، و بالتالي فالأسلوب المتبع اليوم في الجزائر بخصوص الرقابة على دستورية القوانين هو أسلوب الرقابة القضائية.

وعموماً رغم هذا التمييز بين الهيئة المستبعدة و المؤسسة المستحدثة إلا أن هناك تشابه كبير بينهما يبرز من خلال الاحتفاظ بالعديد من مقومات الهيئة الرقابية المستبعدة خاصة ما تعلق منها بالجانب الشكلي أو بعض من الجانب الوظيفي¹.

فبخصوص تشكيلة المحكمة الدستورية تم الإبقاء على نفس عدد التشكيلة التي يتكون منها المجلس الدستوري، حيث نجد أن المادة 186 من الدستور قد نصت على أن المحكمة الدستورية تتشكل من 12 عضواً هم:

- أربعة أعضاء بعينهم رئيس الجمهورية من بينهم رئيس المحكمة.

- عضو واحد ينتخب من بين أعضاء المحكمة العليا.

- عضو واحد ينتخب من بين أعضاء المجلس الدولة.

- ستة أعضاء ينتخبون بالاقتراع من أساتذة القانون الدستوري.

فما يثير الانتباه في هذه التشكيلة هو غياب عضوية السلطة التشريعية داخل المحكمة الدستورية مقارنة بالسلطة التنفيذية و السلطة القضائية، كما أن ما يميز هذه التشكيلة أنها تضم كفاءات جامعية متخصصة وهو أمر مستحدث في تعديل 2020.

واشترط المؤسس الدستوري الجزائري أن تتوافر في أعضاء المحكمة الدستورية المعينين أو المنتخبين بعض الشروط التي حددتها المادة 187 وهي:

- بلوغ العضو 50 سنة كاملة يوم انتخابه أو تعيينه، أي أنه تم رفع شرط السن بعدما كان

التعديل الدستوري لعام 2016 يشترط في عضو المجلس الدستوري ضرورة بلوغ 40 سنة.

- رفع مدة التمتع بالخبرة في مجال القانون إلى 20 سنة بدلاً من 15 سنة التي كانت تشترط

أعضاء المجلس الدستوري، مع إضافة شرط آخر وهو ضرورة تلقي العضو تكوين في القانون

¹ سعاد عمير، النظام القانوني للمحكمة الدستورية في الجزائر، قراءة في أحكام التعديل الدستوري لسنة 2020، مجلة الدراسات القانونية المقارنة جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 07، العدد 01، جوان 2021، ص 1564.

الدستوري، وسيمكن هذا الشرط من دون شك في تقديم إضافة نوعية لقرارات المجلس الدستوري، حيث أن عضو المحكمة الدستورية سيتمكن من معالجة القضايا التي تعرض عليه من منطلق الخبرة التي اكتسبها طيلة 20 سنة في مادة القانون الدستوري، حيث أن اضطلاع على مبادئ القانون الدستوري والدراسات المقارنة ستسهل مهمته في الرقابة. كما أضاف المؤسس الدستوري شرطاً جديداً للعضوية في المحكمة الدستورية وهو عدم الانتماء الحزبي، وهذا بهدف الحفاظ على حياد أعضاء المحكمة. أما فيما بخصوص مدة العضوية على مستوى المحكمة الدستورية فقد حددتها المادة 188 من الدستور بـ 6 سنوات مرة واحدة غير قابلة للتجديد، ويجدد نصف الأعضاء كل 3 سنوات، وهو نفس الأمر الذي كان مقرراً في دستور 1989.

وبخصوص الأعضاء الستة (6) الذين ينتخبون بالاقتراع من أساتذة القانون الدستوري، فقد حدد المرسوم الرئاسي رقم 21-304¹ شروط وكميات انتخاب أساتذة القانون الدستوري أعضاء في المحكمة الدستورية، حيث نصت المادة 9 من هذا المرسوم على الشروط التي ينبغي أن تتوافر في الأساتذة الذين يرغبون في الترشح لعضوية المحكمة وتمثل هذه الشروط في:

- أن يكون بالغاً سن 50 سنة كاملة يوم الانتخاب.
- أن يكون برتبة أستاذ.
- أن يكون أستاذ في القانون الدستوري لمدة 5 سنوات على الأقل، وله مساهمات علمية في هذا المجال.
- أن يكون في حالة نشاط في مؤسسات التعليم العالي وقت الترشح.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 21-304 المؤرخ في 4 أوت 2021 المحدد لشروط وكميات انتخاب أساتذة القانون الدستوري، أعضاء في المحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية العدد 60 لعام 2021، ص 5.

- أن يكون متمتعاً بخبرة في القانون لا تقل عن 20 سنة في مؤسسة من مؤسسات التعليم العالي.
 - أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية.
 - أن لا يكون محكوم عليه نهائياً بعقوبة سالبة للحرية لارتكاب جناية أو جنحة ولم يرد اعتباره، باستثناء الجنح غير العمدية.
 - أن لا يكون منخرطاً في حزب سياسي على الأقل خلال 3 سنوات.
- أما فيما يتعلق باختصاص المحكمة الدستورية المتعلق بالرقابة على دستورية القوانين فهي تقوم بنوعين من الرقابة، رقابة سابقة والتي قد تكون وجوبية وذلك عندما يتعلق الأمر برقابة مدى مطابقة القوانين العضوية والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان، حيث ألزم المؤسس الدستوري رئيس الجمهورية إخطار المحكمة بهذه النصوص القانونية بعد مصادقة البرلمان عليها، وقبل أن يتم نشرها¹.
- و من جهة أخرى أسند المؤسس الدستوري بموجب المادة 142 للمحكمة للدستورية رقابة مدى دستورية الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية خلال شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال عطلة البرلمان، حيث ألزمه بضرورة إخطار المحكمة بها.
- أما بخصوص الرقابة السابقة الاختيارية فهي تتعلق برقابة مدى دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات، حيث يمكن للجهات التي تملك سلطة إخطار المحكمة الدستورية وهي رئيس الجمهورية، رئيسي غرفتي البرلمان، الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة، أربعين نائباً أو خمسة وعشرون عضواً في مجلس الأمة إخطارها بشأن المعاهدات للنظر في مدى دستورتها وذلك قبل التصديق عليها، أما القوانين فيتم إخطارها بها قبل إصدارها.

¹ أنظر الفقرتين 5-6 من المادة 190 من الدستور.

أما بخصوص الرقابة اللاحقة التي تمارسها المحكمة الدستورية وهي كذلك جوازية فإنها تتعلق بمراقبة مدى دستورية التنظيمات، حيث يمكن إخطارها من الجهات التي سبق ذكرها خلال شهر من تاريخ نشر التنظيم¹.

ولعل أهم ما يمكن ملاحظته على اختصاص المحكمة الدستورية بخصوص الرقابة على دستورية القوانين حسب التعديل الدستور لعام 2020 هو الإبقاء بل الأصح التأكيد على حق القضاء في تحريك هذه الرقابة، وذلك من خلال الإبقاء على آلية الدفع بعدم الدستورية والتي تم توسعة نطاقها، حيث أنه بموجب المادة 195 من الدستور لم تعد تقتصر على النصوص التشريعية بل أصبحت تشمل كذلك النصوص التنظيمية، وهو ما يعني توسعة نطاق حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين.

المطلب الثالث

ممرات اعتراف دساتير الدول اللاتينية بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية

القوانين.

يعتبر مبدأ الرقابة على دستورية القوانين إحدى المبادئ المؤسسة لدولة الحق والقانون، و من أجل تفعيل هذه الرقابة كان لابد من إشراك القضاء في هذه المهمة وذلك من خلال منحه حق تحريكها، وهو ما أخذت به كما رأينا كل من فرنسا في التعديل الدستوري لعام 2008 و المغرب في دستور 2011 والجزائر ابتداء من التعديل الدستوري لعام 2016، حيث تم منح القضاء حق تحريك الرقابة على دستورية القوانين عن طريق إستحداث آلية جديدة سميت بمسألة الأولوية الدستورية في فرنسا والدفع بعدم الدستورية في كل من المغرب والجزائر.

وبناء على هذا فإن اعتراف المؤسس الدستوري في كل من فرنسا، المغرب والجزائر بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين لم يكن وليد الصدفة وإنما يرجع إلى

¹ أنظر الفقرتين 2-3 من المادة 190 من الدستور.

مبررات قانونية هي ترجيح الجهات التي تملك سلطة الإخطار للاعتبارات السياسية (الفرع الأول)، ضرورة المساواة بين السلطات في مجال تحريك الرقابة على دستورية القوانين (الفرع الثاني) وكذا عجز القضاء الإداري عن حماية الحقوق والحريات (الفرع الثالث).

الفرع الأول

ترجيح الجهات التي تملك سلطة الإخطار للاعتبارات السياسية

إن أهم ما كان يميز الرقابة على مدى دستورية القوانين التي يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي ونظيره الجزائري والمغربي خلال القرن الماضي هو أن تحريك هذه الرقابة كان يتوقف بالدرجة الأولى على من يملك سلطة الإخطار، وهي كما سبق وأن قلنا كانت تقتصر على ممثلي السلطتين التنفيذية والتشريعية، ومن دون شك فإن هؤلاء الممثلين لديهم انتماءات حزبية، كان لها تأثير كبير على تحريكهم للرقابة على دستورية القوانين، لأن في كثير من المرات وجدنا أنهم كانت لها استقلالية نسبية وفي مرات أخرى لم تكن لها استقلالية إطلاقاً في تحريك هذه الرقابة.

ومن ثم وجدنا أنهم في كثير من الأحيان لم يقوموا بإخطار المجلس الدستوري، ولم يكن هذا من منطلق أن القوانين مطابقة للدستور، وإنما كان من منطلق تنفيذ توجيهات الحزب التي تقتضي عدم تحريك هذه الرقابة لأنها لا تتوافق مع برنامج الحزب ومن ثم فهي تمس بمصالحه، حتى ولو كان القانون مخالف للدستور كلياً أو جزئياً وذلك بأن يمس بالحقوق والحريات المقررة فيه.

أي أن تحريك الرقابة على دستورية القوانين كان يتوقف على تعليمات الحزب فإذا رخص هذا الأخير بذلك كان لأعضائه الذين يمثلونه على مستوى الجهة التي تملك سلطة الإخطار أن يحركوا هذه الرقابة، أما إذا لم يرخص بذلك فإنهم يمتنعون عن ذلك حتى ولو كان القانون المصوت عليه مخالفاً للدستور.

فأمام هذه النقائص التي تضعف من مصداقية وفعالية قصر تحريك الرقابة على دستورية القوانين على بعض أعضاء السلطتين التنفيذية والتشريعية، وجدنا أن المتضرر الأكبر من هذه النقائص هم الأفراد، نظراً لأنه تم في عدة مرات المساس بحقوقهم وحررياتهم بنصوص قانونية تتعارض بصورة كلية أو جزئية مع ما هو منصوص عليه في الدستور دون أن تتحرك الجهات التي تملك سلطة الإخطار لمواجهة ذلك.

ومن هنا كان لزاماً سد هذا النقص وذلك عن طريق إشراك سلطة تتمتع بالحياد والاستقلالية في تحريك الرقابة على دستورية القوانين، وهو ما يتوافر في السلطة القضائية، والآلية التي تسمح لها القيام بذلك هي السماح للأفراد أن يطعنوا في القوانين التي تمس حقوقهم وحررياتهم الدستورية، وذلك عن طريق تقديمهم لدفع أمام الجهات القضائية التي تفصل في نزاعاتهم، لتتولى هذه الأخيرة أو الجهات القضائية العليا في البلاد إحالتها للمجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية¹.

الفرع الثاني

المساواة بين السلطات في مجال تحريك الرقابة على دستورية القوانين

كانت سلطة إخطار المجلس الدستوري ليراقب مدى دستورية القوانين في كل من فرنسا، المغرب والجزائر في القرن الماضي حكراً على ممثلي السلطتين التنفيذية والتشريعية (ممثلي الطبقة السياسية)، وهو ما يعني استبعاد السلطة القضائية وعدم منحها هذا الحق وهو ما يعني عدم المساواة بين السلطات الثلاث في مسألة تحريك الرقابة على دستورية القوانين.

وكان سبب رفض منح السلطة القضائية هذا الحق يرجع على أساس أنه كان ينظر للقضاء على أنه غير مختص خاصة قاضي الموضوع، حيث أنه ليس له الدراية الكافية للنظر

¹ بركات أحمد، الدفع بعدم دستورية القوانين ضرورة لبناء دولة الحق والقانون (دراسة مقارنة)، الندوة الدولية حول إشكالية "بناء دولة الحق والقانون في الدول المغاربية ورهان الديمقراطية التداولية"، المغرب، 11-12 ماي 2018، ص

في مدى دستورية القوانين، ولكن بمرور الوقت تبين عدم صحة هذا المبرر وذلك لأنه على العكس من ذلك فقاضي الموضوع وإن كان غير مختص في التحقق من مدى دستورية القوانين فإنه بحكم تكوينه لديه المفاهيم والمبادئ الأساسية للقانون الدستوري، ومن ثم فهو الأقدر على تحريك هذه الرقابة مقارنة بممثلي السلطتين التشريعية والتنفيذية الذين يفتقر أغلبهم إلى هذا التكوين القانوني.

وعليه فإنه من باب أولى يجب الاعتراف لمن له دراية بمبادئ القانون الدستوري وهم القضاة بحق تحريك الرقابة على دستورية القوانين وعدم منحها لمن لا دراية له بهذه المبادئ وهو ممثلي السلطتين التشريعية والتنفيذية.

كما أنه من جانب آخر فإنه مادام القضاء يعتبر سلطة مثل السلطتين التشريعية والتنفيذية فإنه ينبغي الاعتراف له بحقه في تحريك الرقابة على دستورية القوانين، وذلك انطلاقاً من المساواة بينها في هذا المجال، بل الأكثر من ذلك نجد أن القضاء بحكم أنه مختص في تطبيق القانون فإنه هو الأكثر دراية بمضمون القوانين ومن ثم فإنه الأكثر معرفة من غيره بمدى مطابقتها للدستور¹، هذا بالإضافة إلى أنه عند اكتشافه لتعارض بين قاعدتين إحداهما أعلى من الأخرى، وجب عليه تغليب القاعدة الأعلى وهذا تجسيدا لمبدأ تدرج القوانين.

وأيضاً من المعلوم أن السلطة التشريعية هي التي تسن القوانين بالتعاون مع السلطة التنفيذية وللتأكد من عدم مخالفتها للدستور كان لا بد من وجود سلطة مستقلة عنها تراقب ما إذا كانت هذه القوانين مطابقة لأحكام الدستور، وينبغي لهذه السلطة أن تكون لها الدراية الكافية بمضمون الدستور وبمضمون هذه القوانين وهو ما يتوافر في السلطة القضائية²، وهذا ما يعتبر تجسيدا لمبدأ الفصل النسبي بين السلطات الذي يقتضي مراقبة سلطة لأخرى،

¹ بومدين محمد ، مبررات الاعتراف للقضاء الجزائري بدوره في الرقابة على دستورية القوانين و تحويل المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية، مرجع سابق، ص 18-19.

² محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص 65-66.

ومن ثم فإن تقرير حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات بل هو تجسيد له.

الفرع الثالث

عز القضاء الإداري عن تحقيق الحماية الكاملة للحقوق والحريات العامة

كان يعول القضاء الإداري منذ ظهوره في أواخر القرن 18 على حماية حقوق وحريات الأفراد وذلك نظرا للوسائل التي يملكها القاضي الإداري، وهي إما إلغاء القرارات غير المشروعة التي تمس بهذه الحقوق والحريات، أو الأمر بوقف تنفيذها بصفة مؤقتة، أو الحكم بالتعويض على الجهة التي قامت بالأعمال التي أضرت بها.

لكن هذه الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري تقتصر على رقابة الأعمال الإدارية للسلطة التنفيذية ولا تشمل التشريعات التي تسنها السلطة التشريعية والتي تمس بالحقوق والحريات المقررة دستوريا، بل الأكثر من ذلك فإن القاضي الإداري يكون ملزما بتطبيق هذه التشريعات في النزاعات التي تثار أمامه رغم كونها تمس بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا، وهذا ما يجعله يمس بطريقة غير مباشرة بها.

ويرجع سبب ذلك لكون أن القاضي الإداري لم يكن لديه سلطة مراقبة مدى دستورية القوانين التي سيطبقها على النزاعات المطروحة أمامه، وإنما كانت سلطته مقتصرة على مراقبة مدى مطابقة الأعمال التي قامت بها الإدارة التي تتبع السلطة التنفيذية مع قواعد النظام القانوني السائد في الدولة، فإذا لم يجدها تتطابق حكم بإلغائها أو بالتعويض عنها فقط.

فأمام هذا الوضع كان لابد من توسعة حق التقاضي الذي يتمتع به الأفراد، أو بالأحرى تكملته ليشمل حق الولوج غير المباشر أمام الهيئات المختصة بمراقبة مدى دستورية

القوانين، وذلك عن طريق إتاحة الفرصة لهم للدفع بعدم دستورية القوانين التي تمس بحقوقهم وحررياتهم المقررة دستوريا.

فأصبحت اليوم مدى ديمقراطية أي نظام دستوري ترتبط ارتباطا وثيقا بمدى كفالة جميع حقوق المواطنة وعلى رأسها الحق في التقاضي دفاعا عن حقوقهم وحررياتهم أمام مختلف جهات التقاضي العادية والإدارية والدستورية، فمن دون هذا الحق المحوري ضمن قائمة حقوق الإنسان تظل الحقوق الدستورية غير مضمونة وغير مشمولة بالحماية القضائية، و تكون عرضة للانتقاص ما بين سلطة تشريعية تقيد من حدود استعمالها، وسلطة إدارية تتعسف في منع ممارستها تحت غطاء المصلحة العامة¹.

أي أن آلية الدفع بعدم دستورية القوانين تعتبر ضرورة حتمية في حماية الحقوق والحرريات العامة، نظرا لكونها تسد النقص الذي يعتري الرقابة القضائية الإدارية، وذلك عن طريق إخضاع التشريعات التي تسنها السلطة التشريعية، وهي رقابة تتعلق بمدى دستورتها والتي يختص بها المجلس الدستوري في فرنسا، وتختص بها المحكمة الدستورية في كل من الجزائر والمغرب.

كما أن هذه الآلية تعتبر الوسيلة التي نضمن بها مصداقية الأحكام التي تصدرها الجهات القضائية الإدارية، وذلك لأنها ستمنح القاضي الإداري الفرصة بأن يطبق في النزاعات التي تثار بين الأفراد والإدارة إلا القوانين التي لا تمس بالحقوق والحرريات المكفولة دستوريا².

¹ رواب جمال، الدفع بعدم دستورية القوانين (قراءة في نص المادة 188 من الدستور)، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، المجلد 4، العدد 1، 2017، ص. 36.

² بركات أحمد، الدفع بعدم دستورية القوانين ضرورة لبناء دولة الحق والقانون، مرجع سابق، ص 7.

الباب الثاني

الآلية التي تمكن القضاء من تحريك الرقابة
على دستورية القوانين

شهدت الأنظمة الدستورية الحديثة خاصة منها في فرنسا، المغرب و الجزائر تطورا هاما في مجال الرقابة على دستورية للقوانين التي تعتبر الضامن الأساسي لحماية الحقوق و الحريات الفردية المقررة دستوريا، إذ أجمع فقهاء القانون الدستوري على ضرورة وجود آليات تمكن القضاء من بسط رقابته على القوانين المشوبة بعدم الدستورية¹، بالإضافة إلى منح الأفراد حق اللجوء إلى القضاء من أجل الدفاع عن حقوقهم و حرياتهم المكفولة دستوريا، وذلك عن طريق منحهم حق تقديم دفع بعدم دستورية أي نص قانوني يمس بهذه الحقوق والحريات.

وبناء على هذا سنقوم في هذا الباب بدراسة الدفع بعدم الدستورية كآلية للقضاء لتحريك الرقابة على دستورية القوانين(الفصل الأول)، وكذا النظام القانوني لهذه الآلية(الفصل الثاني).

¹عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 69.

الفصل الأول

الدفع بعدم الدستورية كآلية لتحريك القضاء للرقابة على دستورية القوانين

إذا كانت الرقابة على دستورية القوانين قد أعطت قيمة عملية لمبدأ سمو الدستور، فإن الرقابة القضائية كرسست الرقابة اللاحقة، وذلك من خلال السماح للأفراد باللجوء للقضاء لتحريك هذه الرقابة، وذلك عن طريق تقديمهم دفع بعدم الدستورية بمناسبة فصله في النزاعات التي يكونون طرفاً فيها، وهو ما ساهم في تحريك الرقابة على دستورية القوانين¹. وللتعرف أكثر على آلية الدفع بعدم الدستورية اقتضى الأمر تحديد ماهيتها (المبحث الأول)، وكذا تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن تكون محلاً للدفع بعدم الدستورية (المبحث الثاني).

¹ عبد القادر بوراس، لخضرتاج، الدفع بعدم الدستورية في الدستور الجزائري، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، العدد 6، جوان 2018، ص 46.

المبحث الأول

ماهية الدفع بعدم دستورية القوانين

يعتبر الدفع بعدم الدستورية شكل من أشكال الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ولهذا نجد أن أغلب الدول التي اتبعت هذا النظام من الرقابة على دستورية القوانين قد قررت في دساتيرها، وبفعل الفعالية التي أثبتتها هذا الدفع في حماية القواعد الدستورية أخذت به حتى بعض الدول التي تتبع نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين.

وما دام دراستنا للدفع بعدم الدستورية تنطلق من تحديد ماهيته كان لابد من معرفة مفهومه (المطلب الأول)، وكذا طبيعته القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الدفع بعدم دستورية القوانين

إذا كان أول عنصر يدخل في تحديد ماهية الدفع بعدم الدستورية هو معرفة مفهومه، فإن دراسة هذا الأخير تقتضي تعريف الدفع بعدم الدستورية (الفرع الأول)، وكذا تحديد خصائصه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الدفع بعدم دستورية القوانين

تعددت تعريفات آلية الدفع بعدم دستورية القوانين، وهذا بسبب أن تعريفها في الدول الإنجليزية (أولا) يختلف عن تعريفها في الدول اللاتينية (ثانيا).

أولاً: تعريف الدفع بعدم الدستورية في الدول الإنجلوسكسونية

يعتبر الدفع بعدم دستورية القوانين إحدى الآليات التي ابتدعها القضاء الأمريكي لبسط رقابته على دستورية القوانين، حيث لا يتم في هذه الحالة رفع دعوى أصلية مباشرة لإلغاء قانون ما لعدم دستوريته وإنما تثار دستورية القانون بطريقة فرعية أثناء النظر في قضية أصلية معروضة أمام إحدى المحاكم، فطريقة الدفع الفرعي "تفترض أن يكون هناك نزاع مطروح أمام إحدى المحاكم، وهناك قانون معين مطلوب التطبيق في هذا النزاع، حينئذ يقوم الخصم المخاطب بتطبيق القانون عليه بالدفع بعدم دستورية ذلك القانون وإذا حدث ذلك يبحث القاضي مدى جدية الدفع، فإذا ثبت أن الدفع جدي وأن القانون يخالف الدستور، فيمتنع القاضي على تطبيق القانون على موضوع النزاع المطروح دون الحاجة إلى إلغائه بحيث يبقى القانون قائماً و موجوداً، بل يمكن لمحكمة أخرى أن تطبق ذات القانون في قضية أخرى إذا لم يدفع بعدم دستوريته أو إذا وجدت المحكمة أن القانون مطابق للدستور"¹.

كما يقصد بالدفع أيضاً في النظام الأمريكي "أن يدفع أحد أطراف الخصومة المعروضة أمام القضاء بعدم دستورية النص القانوني المراد تطبيقه على موضوع النزاع، و يكون هذا الدفع فرعي لأنه يقتصر على مدى دستورية القانون ولا يمس بالموضوع الرئيسي للدعوى"².

وعليه فإن الدفع بعدم دستورية القوانين في و.م.أ هو طريقة دفاعية تستهدف فقط استبعاد تطبيق القانون في قضية ما ولا تستهدف إلغائه أو إعدامه من الوجود³.

¹ أعمرستي محمد أمين، مسراتي سليمة، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 4، العدد 14، جانفي، 2019، ص 233.

² شهرزاد بوسطلة، جميلة مدوار، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 349.

³ محمد رفعت عبد الوهاب، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 266.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تطبيق الدفع بعدم دستورية القوانين في و.م.أ يخضع لمبدأ اللامركزية الرقابة الدستورية، حيث نجد في هذه الدولة أنه يمكن لأي محكمة في الجهاز القضائي ممارسة عملية الرقابة الدستورية عكس ما هو موجود في الدول التي تتبع نظام مركزية الرقابة الدستورية، والتي يقصد بها أن تتركز مهمة مراقبة دستورية القوانين و اللوائح في يد محكمة واحدة داخل الدولة لا تنازعها فيه محاكم أخرى، وهو ما يعبر عنه بمبدأ الإنفراد، وهو الأمر الذي تأخذ به مصر حيث قصر المؤسس الدستوري فيها مهمة الرقابة الدستورية على قوانين في يد محكمة واحدة هي المحكمة الدستورية العليا¹.

كما يعرف الدفع بعدم دستورية القوانين في النظام المصري والذي يسمى بالدفع الفرعي بأنه " دفع يقدمه أحد الخصوم بعدم دستورية نص في القانون أو لائحة يكون مطلوب تطبيقه في دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، فإذا وجدت المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي أن الدفع جدي، فإنها تؤجل نظر الدعوى القائمة وتحدد للخصم الذي أثار الدفع بعدم الدستورية ميعادا لا يتجاوز 3 أشهر ليرفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا انقضى هذا الميعاد ولم يتم رفع الدعوى الدستورية يعتبر الدفع كأن لم يكن، وتستمر محكمة الموضوع في نظر الدعوى " ².

وهناك من يعرف الدفع الفرعي (الدفع بعدم الدستورية) من منطلق تمييزه عن الدعوى الأصلية فهذه الأخيرة تتضمن هجوما مباشرا على القانون محل الطعن، بينما طريقة الدفع الفرعي لا تعتبر هجوما مباشرا على القانون المدعى عدم دستوريته، وعلى هذا الأساس يقصد به " أنها تلك الطريقة التي يتم استخدامها من أحد الخصوم بهدف منع المحكمة المطروح أمامها النزاع من تطبيق قانون محدد، وذلك لمخالفته لأحكام الدستور وقواعده شريطة أن يكون لديه مصلحة جدية يمكن الاتكاء عليها، أما إذا كان عكس ذلك كأن يدفع بهدف إطالة

¹ عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 263.

² محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 289.

مدة التقاضي لعرقلة المحكمة من إصدار الحكم في الدعوى ضد خصمه كان لمحكمة الموضوع رفض الدفع واستئناف النظر في الدعوى الأصلية بعد التأكد من عدم جدية الدفع".¹

وبناء على هذا فإن الدفع لفرعي يعتبر الوسيلة الأكثر انتشاراً وشيوعاً واتصالاً بالدعوى الدستورية المعروضة أمام المحكمة، حيث يدفع أحد الخصوم في هذه الدعوى بعدم دستورية التشريع المطبق على النزاع بشرط أن تتوافر لصاحب الشأن مصلحة مشروعة في عدم تطبيقه.

وعليه فإن هذه الوسيلة تفترض وجود دعوى أمام القضاء سواء كانت مدنية أو تجارية أو جنائية، كما يجوز إثارة الدفع بعدم دستورية نص معين أمام كافة المحاكم منها العادية بكافة دوائرها أو الخاصة مثل المحاكم العسكرية، ومن ثم فإن الدفع الفرعي يوصف بأنه وسيلة دفاعية لا هجومية، لأن صاحب الشأن ينتظر أن يطبق عليه القانون بإحدى القضايا فينزع بعدم دستوريته عن طريق هذا الدفع²

.ويتضح مما سبق أن الدفع بعدم دستورية القوانين يتميز في الدول التي تأخذ بأسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين أنه أسلوب دفاعي لا هجومي يهدف إلى حماية الدستور، عن طريق امتناع المحكمة فقط عن تطبيق النص القانوني المخالف للدستور كما هو في الولايات المتحدة الأمريكية، أو اعتبار القانون كأن لم يكن من يوم التأكد من عدم دستوريته، بمعنى إلغاء القانون المطعون بعدم دستوريته كما هو الحال في مصر.

ثانياً : تعريف الدفع بعدم الدستورية في الدول اللاتينية

إن اعتراف الدول اللاتينية بالدفع بعدم الدستورية كان حديثاً فقط، حيث أنه قرره في دساتيرها في القرن الحادي والعشرين الحالي، وسبب ذلك هو نظام الرقابة السياسية على

¹ أحمد عبد الله علي عبد الله الساعدي، الدفع بعدم الدستورية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 10.

² نوار بدير، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 12.

دستورية القوانين الذي ما زالت تعتمد عليه بعض الدول كفرنسا أو التي كانت تعتمد عليه كالجائر والمغرب، وذلك لأن الفكرة التي كانت سائدة من قبل والتي منعت هذه الدول من الاعتراف به هي أن منح الأفراد فرصة تحريك الرقابة على دستورية القوانين غير ممكن تطبيقها في نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين، لكونها رقابة سابقة على إصدار القوانين.

لكن في عام 2008 أصبح بإمكان الأفراد ذلك، لأنه بمناسبة تعديل الدستور الفرنسي تم تبني الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، حيث سمح للأفراد بموجب المادة 61-1 تقديم دفع بعدم دستورية قانون ما، والذي سماه المؤسس الدستوري الفرنسي بالمسألة الأولية الدستورية (la question prioritaire de la constitutionnalité)¹، حيث جاء مضمون المادة كما يلي:

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

أي أنه إذا ثبت أثناء الفصل في دعوى مرفوعة أمام إحدى الجهات القضائية العادية أو الإدارية أن حكماً تشريعياً يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، يمكن للمجلس الدستوري الفصل في ذلك بناء على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض خلال ميعاد محدد².

لكن يلاحظ هذه المادة أنها لم تبين الآلية التي يستطيع من خلالها الأفراد الطعن بعدم دستورية التشريعات، وتركت ذلك حسب الفقرة 2 منها إلى قانون عضوي، وقبل أن يتم

¹ ابن دراح علي إبراهيم، تطور نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، مرجع سابق، ص 371.

² بركات أحمد، آثار تقرير آلية الدفع بعدم الدستورية على وظيفة المجلس الدستوري، مرجع سابق، ص 33.

إصدار هذا الأخير ذهب بعض الفقه الفرنسي أمثال "Bertrand Mathieu" إلى تسمية هذه الآلية بالدفع بعدم الدستورية¹، وهو ما لم يرقم به المشرع الفرنسي في القانون العضوي 1523-2009 المحدد لكيفية تطبيق المادة 61-1 من الدستور² الذي استحدثت بابا ثانيا في الأمر 1067-58 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالمجلس الدستوري خاصا بالآلية التي تمكن الأفراد من الطعن بعدم الدستورية والتي سماها بآلية المسألة الأولية الدستورية (Question Prioritaire de Constitutionnalité).

وحسب موقع المجلس الدستوري الفرنسي فإن هذه الآلية يقصد بها:

« La question prioritaire de constitutionnalité est le droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Si les conditions de recevabilité de la question sont réunies, il appartient au Conseil constitutionnel, saisi sur renvoi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, de se prononcer et, le cas échéant, d'abroger la disposition législative »³.

أي أن المسألة الأولية الدستورية هي حق معترف به لأي شخص طرف في دعوى قضائية بأن يتقدم بدفع ضد حكم تشريعي ينتهك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، وإذا تم استيفاء شروط قبول المسألة، لينظر فيه المجلس الدستوري بناءً على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض، والذي إذا لزم يستطيع أن يقرر إلغاء الحكم التشريعي.

كما يقصد بهذه الآلية أنه "بمناسبة دعوى تنظر فيها محكمة إدارية، مدنية أو جنائية، يجوز لأي طرف فيها أن يدفع بأن الحكم التشريعي الذي سيطبق في النزاع أو أساس الإجراءات أو أساس المتابعة، ينتهك الحقوق والحريات"⁴.

1 Bertrand Mathieu, Transformer la Ve République sans la trahir (Cohérences et perspectives d'une révision constitutionnelle), AJDA, 2008, P 1863.

2 الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية 0287، 2009.

3 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions/la-qpc#qpc>

تاريخ التصفح: 2022/04/08

4 Lexique Des Termes Juridique, 22^e édition (2014-2015), Dalloz, Paris, P.813 .

ويتبين من هذه التعريفات أن مضمون المسألة الأولية الدستورية لا يختلف عموماً عن مضمون الدفع بعدم الدستورية، حيث أنها في حقيقتها عبارة عن دفع يقدمه أحد الخصوم أمام جهة قضائية بمناسبة نظرها في دعوى أصلية، يطلب فيه الامتناع عن تطبيق القانون المزمع تطبيقه على النزاع المعروض أمامها، فإذا ثبت للجهة القضائية أن الدفع جدي ويمس بالحقوق والحريات المكفولة دستورياً، جاز إحالته على مجلس الدولة أو محكمة النقض اللذين يتوليان إحالته على المجلس الدستوري الذي له الحق الحصري للفصل في مدى مطابقة القانون المطعون فيه للدستور.

للإشارة فإنه رغم تبني المؤسس الدستوري الفرنسي للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في التعديل الدستوري لعام 2008 والتي تستوجب كأصل عام أن تشرف على هذه الرقابة هيئة أو مؤسسة ذات طابع قضائي، إلا أنه أثر الإبقاء على الهيئة السياسية وهي المجلس الدستوري الذي أوكل له هذا الاختصاص.

وعلى نفس منوال ما أحدثته المؤسس الدستوري الفرنسي في مجال الرقابة على الدستورية القوانين سار نظيره المغربي، حيث تبني هو الآخر نظام الرقابة اللاحقة إلى جانب الرقابة السابقة وذلك من خلال السماح للأفراد الطعن في القوانين التي تمس بحقوقهم وحرياتهم المكفولة دستورياً عن طريق آلية الدفع بعدم الدستورية، حيث نص الفصل 133 من الدستور المغربي لعام 2011 على ما يلي: "تختص المحكمة الدستورية بالنظر 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 والحريات التي يضمنها الدستور"¹.

ويبدو واضحاً من مضمون الفصل 133 أن المؤسس الدستوري المغربي لم يكتفي فقط بتكريس الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين من خلال استحداث آلية الدفع بعدم

1 الدستور المغربي لعام 2011 الصادر بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.91 المؤرخ في 29/7/2011 المنشور بالجريدة الرسمية رقم 5964 مكرر، ص. 3600.

دستورية القوانين، بل اسند مهمة الفصل في هذه الدفوع لهيئة قضائية وهي المحكمة الدستورية التي استحدثها بموجب الفصل 129، ومن ثم فإنه تميز عن نظيره الفرنسي الذي كما رأينا سابقا قد أبقى على مهمة الفصل في الدفوع بعدم الدستورية للمجلس الدستوري الذي يعتبر هيئة سياسية.

وبناء على تقرير المؤسس الدستوري المغربي لحق الأفراد بالدفوع بعدم دستورية القوانين عرفها الفقه بأنها: "أثناء سريان دعوى قضائية يستطيع أحد طرفيها الذي يقتنع بعدم دستورية نص قانوني من النصوص المراد تطبيقها في النازلة موضوع الدعوى الرأجة أمام محكمة الموضوع، أن يدفع بعدم دستورية هذا النص لمساسه بحق من الحقوق الدستورية"¹.

وعليه فإن الرقابة عن طريق آلية الدفع بعدم الدستورية ليست دعوى أصلية يحق للأفراد ممارستها أمام المحكمة الدستورية مباشرة، وإنما هي دفع يرتبط بوجود نزاع معروض على القضاء².

وعلى غرار ما قام به المؤسس الدستوري في فرنسا والمغرب من خلال تمكين الأفراد من الدفع بعدم دستورية القوانين فإن المؤسس الدستوري الجزائري تبنى هو الآخر هذا الاتجاه، حيث أنه بموجب التعديل الدستوري لعام 2016 استحدث آلية الدفع بعدم الدستورية، حيث كانت المادة 188 من الدستور تنص على ما يلي: "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفوع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة،

1 عبد الحق بلفقيه، دعوى الدفع بعدم دستورية نص تشريعي (ما بين رؤية المشرع المغربي وتدخل القاضي الدستوري-دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، مطبعة سبارطيل، طنجة، المغرب، 2019، ص 10.

تاريخ التصفح: 2022/04/17 <https://www.elkanounia.com>

عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور"¹.

وأعاد المؤسس الدستوري الجزائري في تعديل 2020 النص على هذه الآلية مع إسناد مهمة الفصل فيها لهيئة قضائية هي المحكمة الدستورية، كما وسع من نطاق تطبيقها، حيث لم تعد تقتصر على التشريعات التي تمس بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا بل أصبحت تشمل حتى التنظيمات، حيث نجد أن المادة 195 من الدستور تنص على ما يلي: "يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور".

وبناء على هذا التكريس الدستوري لآلية الدفع بعدم دستورية القوانين حاول الفقه في الجزائر تعريفها، حيث أنه هناك من عرفها بأنها " الوسيلة القانونية التي يثيرها أحد خصوم المنازعة في شأن نص أو مقتضى قانوني بمناسبة خصومة قائمة أمام أنظار محكمة الموضوع بعدم مطابقة أحكامه مع النص الدستوري إذا ما كان تطبيقه في موضوع الخصومة سيمس بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات المكفولة بضمانة الدستور"².

وخلاصة القول يمكن تعريف الدفع بعدم دستورية على أنه الوسيلة القانونية التي يملكها أحد أطراف النزاع المعروض على القضاء التي يواجه بها نص قانوني معيب بعدم الدستورية وذلك لانتهاكه الصريح للحقوق والحريات المكفولة دستوريا.

1 أنظر، التعديل الدستوري لسنة 2016 الصادر بموجب القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06/03/2016، الجريدة

الرسمية رقم 14 لسنة 2016، ص. 3.

2رواب جمال، الدفع بعدم دستورية القوانين (قراءة في نص المادة 188 من الدستور)، مرجع سابق، ص 36

الفرع الثاني

خصائص الدفع بعدم دستورية القوانين

بالرجوع إلى الفقه الدستوري المقارن نجد أن الدفع بعدم دستورية القوانين يحمل خصائص رئيسية تميزه عن غيره من الدفوع وهي:

1- يعتبر الدفع بعدم دستورية القوانين دفع منفصل عن باقي المكونات القانونية للدعوى الأصلية منذ لحظة إثارته إلى حين البث فيه من قبل الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين¹.

بتعبير آخر نستطيع القول أنه يعتبر دعوى فرعية مستقلة عن دعوى الموضوع منذ لحظة إحالة الدفع على الهيئة المكلفة بمراقبة دستورية القوانين، فمجرد اتصال الدفع بهذه الهيئة يصبح مصير الفصل فيه مستقل و منفصل عن الدعوى التي أثير فيها، ومن ثم فإنه لا يؤثر انقضاء الدعوى التي تمت بمناسبتها إثارة الدفع بعدم الدستورية لأي سبب كان على الفصل في الدفع بعدم الدستورية التي تم إخطار الهيئة المكلفة بمراقبة دستورية القوانين به²، وفي هذا الصدد جاء في قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في 1983/06/11 ما يلي: "ولئن كانت الدعوى الدستورية لا ترفع إلا بعد أن يثار أمام محكمة الموضوع أو بطريق الإحالة منها إلى المحكمة الدستورية العليا على ما سلف بيانه، إلا أنها متى رفعت إلى هذه المحكمة فإنها تستقل عن دعوى الموضوع، لأنها تعالج موضوعا مغايرا لموضوع الدعوى الأصلية"³.

1 محمد أتركين ، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، سلسلة الدراسات الدستورية ، ط.1 ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، المغرب ، 2013 ، ص 33.

2 تنص المادة 42 من القانون العضوي رقم 22-19 في هذا الصدد على ما يلي: "لا يؤثر انقضاء الدعوى التي تمت بمناسبتها إثارة الدفع بعدم الدستورية، أي سبب كان، على الفصل في الدفع بعدم الدستورية الذي تم إخطار المجلس الدستوري به".

3 ذكر هذا القرار، محمد المنجي، دعوى عدم الدستورية، ط.1، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ص 102.

2-لا يعتبر الدفع بعدم الدستورية من النظام العام بل هو حق للأطراف، وعليه لا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه¹، حيث نجد أن المشرع في أغلب الدول منع القاضي من ذلك صراحة، حيث نجد أن المشرع الفرنسي منع ذلك صراحة في الفقرة 1 من المادة رقم 1-23 من القانون العضوي رقم 1533-2009، والتي جاء فيها

« Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. **Il ne peut être relevé d'office** »

وأكد المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم 209-595 الصادر بتاريخ 3 ديسمبر 2009 على عدم إمكانية إثارة المسألة الأولية الدستورية من قبل المحكمة التي تبث في الملف².

ويرجع سبب ذلك في فرنسا حسب المناقشات التي تمت على مستوى البرلمان والمتعلقة بمشروع هذا القانون العضوي إلى منع حدوث اعتداء على اختصاص المجلس الدستوري،

باعتباره الجهة الوحيدة المخول لها دستوريا تقرير مدى دستورية القوانين³.

أما حسب رأي الفقه فإن منع القاضي من إثارة الدفع بعدم الدستورية يرجع إلى عدة أسباب هي:

1أرواب جمال، المرجع السابق، ص 40.

2<https://www.conseil-constitutionnel.fr>. 2022/04/23 تاريخ التصفح:

3<http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r1898.pdf>. 2022/04/16. تاريخ التصفح:

- أن هذا المنع يستجيب للغاية من منح المواطن حقا جديدا يملك الحرية الكاملة في ممارسته، وذلك لأنه هو من يقدر تقديم الدفع بعدم الدستورية من عدمه وفقا للمسار الذي يأخذه النزاع القضائي¹.

- كما أن هذا المنع منسجم مع روح المادة 1-61 من الدستور، التي لم تجعل المحاكم هي المختصة بتقدير مدى دستورية القوانين، والذي يبقى حقا حصريا للمجلس الدستوري². ورغم وجاهة هذا الرأي إلا أن بعض الفقه انتقده من منطلق أنه يتناقض مع إرادة المشرع بمنح هذه المسألة بعدا أوليا، وأنه سيجعل القاضي يطبق قانونا يعرف أنه غير مطابق لأحكام الدستور.

وفي المقابل نجد أن المبررات التي اعتمدها المشرع الفرنسي لإقناع الطبقة المنتقدة لفكرة عدم السماح للقاضي بإثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه كانت في مجملها تسعى إلى منح المواطن حقا جديدا للدفاع عن حقوقه وحياته التي كانت على وشك الانتهاك، وذلك بواسطة إثارته للمسألة الأولوية الدستورية³.

ولم يختلف موقف المشرع المغربي عن نظيره الفرنسي بخصوص عدم اعتبار الدفع بعدم الدستورية من النظام العام، حيث ما يفهم من مضمون الفصل 133 من الدستور المغربي أن إثارة الدفع هو من حق أطراف الدعوى فقط دون سواهم، وبالتالي فإن إثارة القاضي للدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه غير جائز⁴.

1 Marc Guillaume, la question prioritaire de constitutionnalité, https://www.conseil-constitutionnel.fr//QPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf

تاريخ التصفح: 2022/04/23

2 محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية، مرجع سابق، ص 39.

3 محمد أتركين، المرجع السابق، ص 39.

4 عبد العزيز النويضي، المرجع السابق، ص 171.

وقد تم النص صراحة على هذا المنع في المادة 3 من مشروع القانون التنظيمي رقم 86-15 المحدد لشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون والذي قضت المحكمة الدستورية بعدم مطابقتها للدستور بموجب قرارها الصادر في 2018/03/06. وعليه فإنه إذا كان الطعن متاحا للأطراف في قضية ما في المغرب فإن القاضي لا يمكنه إثارة الطعن من تلقاء نفسه، وعلى غرار من لهم مصلحة في إثارة الدفع يمكن لأطراف أخرى التدخل في الدعوى الدستورية شريطة أن يكون الدفع قد أثير من أحد أطراف الدعوى.

ولم يختلف موقف المشرع الجزائري عن موقف نظيره الفرنسي والمغربي حيث وجدنا هو الآخر قد منع صراحة القاضي من أن يثير الدفع بعدم الدستورية من تلقاء ذاته، والملاحظ أن المنع في ظل القانون العضوي رقم 18-16 الملغى كان مقتصرًا على قاضي الحكم حيث كانت المادة 4 تنص على ما يلي: " لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي"، ولكن في ظل القانون العضوي الجديد رقم 22-19 الذي ألغى القانون العضوي 18-16 سابق الذكر نجد أن المشرع وسع من نطاق المنع؛ فلم يعد يقتصر على قاضي الحكم بل شمل قضاة النيابة العامة ومحافظي الدولة، وهذا ما نصت عليه المادة 17 والتي جاء فيها " لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائيا، من طرف قاضي حكم وقاضي النيابة العامة أو محافظ الدولة".

وعليه يمكن القول أن منع القاضي في الجزائر من إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه في حالة لم يتمسك به أطراف الدعوى، هو دليل على انتهاج المشرع الجزائري لنهج نظيره الفرنسي، هذا الأخير الذي أكد أن المنع يشمل إضافة إلى قضاة المحاكم الإدارية أو التابعة للقضاء العادي يشمل كذلك قضاة مجلس الدولة ومحكمة للنقض².

¹ القانون العضوي رقم 22-19 المؤرخ في 25/07/2022، المحدد لإجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، ج.ر العدد 51 لعام 2022، الصفحة 7.

² بن دراح إبراهيم، تطور الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، مرجع سابق، ص 378.

لكن نجد أن القضاء الدستوري المصري كان له رأي مخالف لما هو موجود في الدول سابقة الذكر، حيث نجد أن المحكمة الدستورية العليا المصرية اعتبرته من النظام العام، ومن ثم يجب على القاضي أن يثيره تلقائياً ما لم يثره الخصوم، كما يجوز دائماً إثارته في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، وجاء هذا كله في حكمها الصادر في 12/02/1994 الذي جاء في منطوقه " ...جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا من أن الشرعية الدستورية التي تقوم بمراقبة التقيد بها، غايتها ضمان أن تكون النصوص التشريعية المطعون عليها أمامها مطابقة لأحكام الدستور. ذلك أن لهذه الشرعية في موقعها من البنين القانوني في الدولة مقام الصدارة، وإنفاذها وبلوغ مقاصدها فرع من فروع الدولة بكافة تنظيمها للقانون، والتزامها بمضمونه وفحواه. ولا يجوز بالتالي لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها إذا بدا لها مصادمته للدستور من وجهة مبدئية قوامها ظاهر في المطاعن الدستورية الموجهة إليه دون انزلاق إلى أغوارها،...بما مؤداه أنه لا يجوز لأي جهة تتولى الفصل في الخصومة القضائية المطروحة عليها أن تتجاهل مظنة الخروج على أحكام الدستور، ولا أن تنحيا جانبا، بل يتعين عليها أن تنزل القواعد الدستورية المنزلة العليا التي تتبؤها، وإلا آل أمر الإعراض عنها إلى أعمالها لنصوص تشريعية لازمة للفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها ولو داخلتها شبهة ترجح مخالفتها للدستور بخروجها على زواجره ونواهيه، وهو ما يناقض سيادة القانون"¹.

وهذا عكس ما كانت تقضي به محكمة النقض قبل تنصيب المحكمة الدستورية العليا، حيث ذهبت في حكمها الصادر في 13/05/1974 إلى أن الدفع بعدم الدستورية ليس من النظام العام، حيث جاء في منطوقه "...ومقتضى ذلك كله أن الدفع بعدم الدستورية ما زال غير متعلق بالنظام العام، ولا يجوز للمحكمة أن تعرض له من تلقاء نفسها، ومن ثم لا

1 حكم منشور في <https://www.sccourt.gov.eg> تاريخ التصفح: 2022/04/24.

تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض عند مباشرتها سلطتها في الفصل في الطعون على الأحكام"¹.

3- يعتبر الدفع بعدم دستورية القوانين دعوى عينية وليست دعوى شخصية حيث اللجوء إلى الجهة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين يبقى على مراقبة مجردة للنص، باقتصار فحصه لمدى مطابقة المقتضيات التشريعية للدستور دون حسم في النزاع القائم بين الأطراف²، وفي هذا الشأن قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بما يلي "وأما ما كان من الدعوى الدستورية غير شأن الدعوى العادية في هذا الصدد لأن الخصومة فيها عينية شهدت الطعن في النص القانوني للحصول على حكم بعدم دستوريته"³.

4- كما يعتبر الدفع بعدم الدستورية وسيلة دفاعية على عكس الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية التي هي هجومية، وبالتالي فإن هذا الدفع يسمح للخصوم المتضررين من القضية المعروضة أمام المحاكم بالدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه⁴.

ومن منطلق هذه الخصائص يتميز الدفع بعدم دستورية القوانين عن الدفوع الأخرى في كونه لا يخضع للقواعد العامة للدفوع، ذلك أن قاضي الموضوع لا يمكنه النظر في هذا الدفع من باب أن الدستور لم ينص على اختصاصه في مسألة الدستورية، ويرجع سبب ذلك في كونه يمس بمبدأ الفصل بين السلطات، بحيث ترك هذا الاختصاص لجهة مختصة دون سواها، في حين يقتصر اختصاص قاضي الموضوع في مسألة الدستورية في التحقق من

1مقتبس من، عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 312.

2محمد أتركين، المرجع السابق، ص 34

3محمد منجي، المرجع السابق، ص 101.

4كمال حمريط، الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016(دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الجلفة، المجلد03، العدد 01، 2018، ص 448.

مدى توافر الشروط اللازمة قانونا لإحالة الدفع بعدم الدستورية إلى الجهة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين¹.

5-يوقف الدفع بعدم الدستورية الفصل في الدعوى الأصلية، وهذا ما أخذ به المشرع في أغلب الدول، فقد نص المشرع الفرنسي على ذلك في الفقرة 4 من المادة 23.5 من القانون العضوي رقم 1523-2009، في حين نجد أن المشرع الجزائري نص على ذلك على أنه بمجرد قبول الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية إحالته على المحكمة العليا أو مجلس الدولة فإنه يجب عليها أن ترجئ الفصل في الدعوى، وهذا ما نصت عليه المادة 25 من القانون العضوي رقم 19-22 سالف الذكر والتي جاء فيها:"في حالة إرسال الدفع بعدم الدستورية، ترجئ الجهة القضائية الفصل في النزاع إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المحكمة الدستورية عند إحالة الدفع إليها".

كما أنه في حالة قبول المحكمة العليا أو مجلس الدولة إحالة الدفع بعدم الدستورية على المحكمة الدستورية فهنا كذلك يتم إرجاء الفصل في الدعوى إلى حين بت المحكمة الدستورية فيه، وهذا ما نصت عليه المادة 34² من القانون العضوي سالف الذكر والتي جاء فيها:" عند إحالة الدفع إلى المحكمة الدستورية، يتعين على المحكمة العليا أو مجلس الدولة، حسب الحالة، إرجاء الفصل إلى حين البت في الدفع بعدم الدستورية...".

¹عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المحكمة الدستورية(سابقا مجلة المجلس الدستوري)، الجزائر، المجلد 1، العدد 02، 2013، ص 68-69.

² كانت المادة 18 من القانون العضوي رقم 18-16 الملغى هي التي تنص على هذا الحكم، حيث جاء فيها "عند إحالة الدفع إلى المجلس الدستوري، يتعين على المحكمة العليا أو مجلس الدولة إرجاء الفصل في الدعوى إلى حين الفصل في الدفع بعدم الدستورية".

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للدفع بعدم دستورية القوانين

لا تكتمل دراسة ماهية الدفع بعدم الدستورية دون تحديد طبيعته القانونية، وهنا وجدنا أن الفقه أجمع على أن هذا الدفع يعد من الدفوع القانونية، وذلك انطلاقاً من كونه لا يحاكم وضعياً خاصة وإنما يثبت من خلاله في مدى مطابقة النص القانوني المعني بالرقابة مع الدستور¹.

ولكن هذا الإجماع الفقهي لم نجده بخصوص أي من الدفوع القانونية التي ينتمي إليها الدفع بعدم الدستورية، لأنه كما نعلم فإن هذه الدفوع تنقسم إلى ثلاثة أنواع، دفوع موضوعية، دفوع شكلية ودفوع بعدم القبول²، فأى من هذه الدفوع الثلاث ينتهي الدفع بعدم الدستورية؟

فإذا كان الفقه قد أجمع على أن الدفع بعدم الدستورية لا يمكن أن يكون دفعا شكلياً أو دفعا بعدم القبول، وذلك لاختلاف مضمونه وأحكامه عن مضمون وأحكام هاذين الدفوعين، فإنه في مقابل ذلك اختلف حول مدى اعتباره دفعا موضوعياً (الفرع الأول) أو دفعا ذو طبيعة خاصة (الفرع الثاني).

1 Pierre-Yves Gahdoun, Argumenter la question prioritaire de constitutionnalité,

2^e édition, Lextenso éditions, Gazette du Palais, 2012, P 86.

2 جاء في الباب الثالث من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09-08 أن الدفوع ثلاثة أنواع دفوع موضوعية منصوص عليها في القسم الأول، دفوع شكلية منصوص عليها في القسم الثاني ودفوع بعدم القبول منصوص عليها في القسم الثالث.

الفرع الأول

الدفع بعدم دستورية القوانين دفع ذو طبيعة موضوعية

يرى جانب من الفقه أن التكييف الأنسب للدفع بعدم الدستورية الذي نضمن من خلاله مساهمته في حماية الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور هو أن نعتبره دفعا موضوعيا، وذلك لأنه وسيلة دفاع مقررة لفائدة أطراف الدعوى، ويمكن إثارته في أي مرحلة من مراحل سير الدعوى و أمام أي جهة من جهات القضاء، وبالتالي لا يمكن اعتباره دفع شكلي من منطلق أنه لا يتعلق بالإجراءات ولا يشترط إثارته في بداية النزاع¹ مثل الدفوع الشكلية التي يشترط إبدائها في آن واحد وقبل إبداء أي دفع في الموضوع وإلا سقط الحق في إثارتها²، على اعتبار أن صاحب الحق فيها قد تنازل عنها.

وهذه القاعدة تتماشى مع المنطق السليم، إذ من الطبيعي ألا يسمح للمدعي في إبداء هذه الدفوع التي لا تمس أصل الحق بعد التكلم في الموضوع³.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في 1994/02/12 والذي جاء فيه "متى كان ذلك، وكان الدفع بعدم الدستورية نص تشريعي يطرح بالضرورة- ومن أجل الفصل في هذا الادعاء- ما بين القواعد القانونية من تدرج يفرض عند تعارضها إهدار القاعدة الأدنى تغليباً للقاعدة التي تعلوها، وكان من المقرر-وعلى سلف البيان-أن القواعد الدستورية تحتل من القواعد القانونية مكانة عليا لأنها تتوسد منها المقام الأسى كقواعد أمر لا تبديل فيها إلا بتعديل الدستور ذاته، فإن الدفع بعدم الدستورية لا يكون من قبيل الدفوع الشكلية أو الإجرائية، بل يتغي في مضمونه ومرماه مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحاً لها على عداها، وتوكيدا لصلتها الوثيقة

1 عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية و أثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مرجع سابق، ص 75.

2 تنص المادة 50 ق. إ.م. إ على ما يلي: "يجب إثارة الدفوع الشكلية في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول، وذلك تحت طائلة عدم القبول".

3 عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 310.

بالنظام العام، وهي أجدر قواعده وأولها بالأعمال، بما مؤداه جواز إثارة هذا الدفع في أي حالة تكون عليها الدعوى، وأمام أية محكمة أيا كان موقعها من التنظيم القضائي الذي يضمها"¹.

ويترتب على اعتبار الدفع بعدم الدستورية دفع موضوعي وليس شكلي النتائج التالية:

-تقضي الجهات القضائية كأصل عام في الدفوع الشكلية قبل البحث في الموضوع، لأن الفصل في الدفع الشكلي قد يغنينا عن التعرض للموضوع، إذ يترتب على قبوله انقضاء الخصومة أمامها. ومع ذلك يجوز للجهة القضائية أن تضم الدفع الشكلي للموضوع إذا رأت أن الفصل فيه يتطلب البحث في الموضوع.

-لا يمس الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي بأصل الحق، وبالتالي لا يترتب عليه إنهاء النزاع، وإنما يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة.

أما الحكم الصادر في الدفع الموضوعي فيترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المتنازع عليه، ومن ثم لا يجوز عرض النزاع من جديد أمام ذات المحكمة.

-يعد الحكم الصادر في الدفع الشكلي حكما فرعيا، لأنه صادر قبل الفصل في موضوع النزاع، بينما يعد الحكم الصادر في الدفع الموضوعي حكما موضوعيا، وذلك لأن بالفصل فيه تم الفصل في موضوع النزاع.²

الفرع الثاني

الدفع بعدم الدستورية ذو طبيعة خاصة

يعتبر جانب كبير من الفقه المصري أن الدفع بعدم دستورية القوانين لا يعد من قبيل الدفوع الشكلية أو الموضوعية وإنما هو ذو طبيعة خاصة، لكون الدعوى الدستورية هي

1 حكم منشور في <https://www.sccourt.gov.eg> تاريخ التصفح: 2022/04/24.

2 عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 310.

دعوى من طبيعة خاصة حيث يلزم فيها أن تأتي في أعقاب دفع بعدم الدستورية بمناسبة نزاع معين معروض على القضاء، وهذا الدفع هو المحرك لدعوى موضوعية ومن ثم فهو الأخر دفع من طبيعة خاصة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1993/06/19 والذي جاء فيه "...يؤيد ذلك أن الدفع بعدم الدستورية ليس من الدفع التي يخالطها واقع، ولا تعتبر المجادلة فيه مجادلة موضوعية مما تستقل بتقديرها محكمة الموضوع، وإنما ينحل إلى إدعاء لا يرتبط الفصل فيه بأية عناصر واقعية تكون محكمة الموضوع قد حققتها".¹

كما ذهب أغلب الفقه الفرنسي إلى اعتبار الدفع بعدم الدستورية من الدفع القانونية الخاصة، وذلك لأنه يختلف عن باقي الدفع التي قد تثار من طرفي الدعوى في كون يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة.

كما أنه لا يؤثر انقضاء الدعوى التي أثير بصدها أي أثر على فحصه والفصل فيه من قبل المجلس الدستوري، أي أن مسار الدفع بعدم الدستورية أو كما سماه المشرع الفرنسي بالمسألة الأولية الدستورية لا يرتبط بالدعوى الموضوعية، وهو بذلك يختلف عن باقي الدفع الموضوعية.²

إن التأثر الكبير للمشرع المغربي بنظيره الفرنسي في مجال الرقابة على دستورية القوانين يدفعنا إلى تكييف طبيعة الدفع بعدم الدستورية على أنه دفع موضوعي أثير بمناسبة دعوى أصلية قائمة، وهو ذو طبيعة خاصة على أساس مخصصته النص القانوني المخالف لأحكام الدستور.

1 حكم منشور في <https://www.sccourt.gov.eg> تاريخ التصفح: 2022/04/24.

2 مصطفى محمود إسماعيل، المسألة الأولية في التشريع الفرنسي، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، مصر، المجلد 2، العدد 1، 2021، ص 8.

وبخصوص الوضع في النظام القانوني الجزائري، حيث أنه بعد تقرير آلية الدفع بعدم الدستورية بموجب التعديل الدستوري لعام 2016، فإن المشرع سن القانون العضوي رقم 16-18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق هذا الدفع، والذي قد يبدوا من القراءة الأولى لمواده أنه اعتبره من الدفوع الموضوعية على أساس أنه يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، مثل باقي الدفوع الموضوعية المنصوص عليها في المادة 48 ق.إ.م.إ.¹.

لكن بالتمعن في قراءة مواد هذا القانون العضوي يتبين لنا أن الدفع بعدم الدستورية يختلف عن الدفوع الموضوعية من خلال أنه لا يعتبر وسيلة دفاعية في يد أحد الأطراف لمواجهة الطرف الثاني مهما كانت دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي، وإنما هو وسيلة تهدف إلى الطعن في دستورية النص القانوني المراد تطبيقه على النزاع²، مع العلم أن القاضي الذي يفصل في الدعوى الأصلية ليس نفسه الذي يفصل في الدفع، خلافا للدفوع الموضوعية المنصوص عليها في المادة 48 ق.إ.م.إ. التي يفصل فيها نفس قاضي الموضوع الذي أبدت أمامه هذه الدفوع.

ولم يختلف الوضع في ظل القانون العضوي رقم 22-19 الذي ألغى القانون العضوي رقم 16-18، حيث أبقى على إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، وهو ما يجعله من الدفوع الموضوعية، ولكنه ذو طبيعة خاصة لكون أن من يفصل فيه هو المحكمة الدستورية وليس الجهة القضائية التي أثير أمامها.

وبناء على هذا نخلص إلى أنه رغم أن الدفع بعدم دستورية إثارته في أي مرحلة من مراحل سير الدعوى، كما يمكن تقديمه أمام أي جهة من جهات القضاء، ورغم أنه يرتبط بدعوى موضوعية، حيث أنه لا يمكن إثارته ما لم تكن هناك دعوى موضوعية معروضة

1 القانون رقم 08-09 المؤرخ 2009/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 21 لعام 2008، ص. 2.

2 دغلاش عبد الكريم، الندوة الوطنية حول الدفع بعدم دستورية القوانين، معالجة عدم الدستورية من قبل قاضي الموضوع، مركز الجزائر الدولي للمؤتمرات، الجزائر، 10 و 11 ديسمبر 2018، ص 04.

أمام القضاء، فإن هذا الدفع هو ذو طبيعة خاصة، انطلاقاً من كونه قائم على مواجهة مدى دستورية نص قانوني، كما يعود الفصل فيه للجهة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين وليس لجهات القضاء الإداري أو العادي، وهو ما يكسبه طبيعة خاصة.

ولعل سبب إعطاء الدفع بعدم الدستورية طابعاً خاصاً يميزه عن باقي الدفعات القضائية هو من أجل تحقيق العدالة الدستورية، حيث أنه تم النص عليه استقلالاً في الدستور إلى جانب جعل بالقضاء الدستوري هو المختص للفصل فيه، وهذا كله من أجل تكريس مبدأ الرقابة على دستورية القوانين التي ترمي إلى القضاء على القوانين غير المطابقة للدستور¹.

1 أحمد عبد الله علي عبد الله الساعدي، المرجع السابق، ص 15.

المبحث الثاني

تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن تكون محلا للدفع بعدم الدستورية

تعتبر آلية الدفع بعدم الدستورية وسيلة قانونية بيد الأفراد من أجل الطعن في النصوص القانونية التي يرون أنها مخالفة للدستور، والملاحظ أن نطاق استعمال هذه الآلية يختلف من دولة إلى أخرى، وهذا انطلاقاً من اختلافها في تحديد المقصود بالنصوص القانونية التي تقبل أن يدفع بعدم دستورتها.

ولمعرفة كيف حددت كل دولة من الدول محل الدراسة للمقصود بالنصوص القانونية تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، خصصنا الأول منهما لتحديد النصوص القانونية التي يمكن أن يدفع بعدم دستورتها في الأنظمة المقارنة، أما الثاني فخصصناه للوضع في الدستور الجزائري.

المطلب الأول

تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن تكون محلا للدفع بعدم الدستورية في

الأنظمة المقارنة

سبق القول أن الدول اختلفت في تحديد المقصود بالنصوص القانونية التي تقبل أن تكون محلا للدفع بعدم الدستورية، حيث وجدنا أن النظام القانوني المصري كان له تحديد خاص (الفرع الأول) يختلف عن التحديد الذي ذهب إليه نظيره الفرنسي (الفرع الثاني) والمغربي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن يدفع بعدم دستورتها في النظام القانوني

المصري

تضمن دستور مصر الدائم لعام 1971¹ في الفصل الخامس منه أحكام خاصة بالمحكمة الدستورية العليا، وهو ما يعنى حرص المؤسس الدستوري على التأكيد على مبدأ الرقابة على الدستورية القوانين، وتحقق ذلك بصدور القانون رقم 48 لعام 1979 المتضمن إنشاء المحكمة الدستورية العليا²، وتم تأكيد دور المحكمة الدستورية العليا بالفصل في دستورية القوانين واللوائح من خلال دستور 2012، حيث جاء في المادة 175 منه على أن المحكمة الدستورية العليا جهة قضائية مستقلة تختص دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح³.

وتم التأكيد على هذا الاختصاص الحصري للمحكمة الدستورية العليا بموجب المادة 192 من دستور عام 2014 والتي جاء فيها: " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتفسير النصوص التشريعية...".

كما نصت المادة 25 من قانون المحكمة الدستورية رقم 48 لعام 1979 على ما يلي: "تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي:

الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ...".

وورد أيضا في المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا تأكيد أهمية الدور الذي أصبغه الدستور على المحكمة الدستورية العليا لتحقيق الرقابة القضائية على

1 أنظر الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية العدد 36 مكرر (أ) بتاريخ 12/09/1971.

2 أنظر القانون رقم 48 لعام 1979 المتضمن إنشاء المحكمة الدستورية العليا الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية رقم 36 الصادرة في 6/9/1979، المعدل بالمرسوم بقانون رقم 48 لسنة 2011 الجريدة الرسمية لعدد 24 مكرر بتاريخ 11/06/2011.

3 أنظر الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية العدد 51 مكرر(ب) الصادرة في 25/12/2012.

دستورية القوانين و اللوائح مع توحيد مفهوم نصوص الدستور بما يحقق استقرار الحقوق، حيث حرص المشرع على أن يكون لهذه المحكمة دون غيرها القول الفصل فما يثور من منازعات حول دستورية سواء كانت قوانين عادية صادرة عن السلطة التشريعية أو لوائح إدارية (تشريعات فرعية) صادرة عن السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري، وسواء أكانت هذه اللوائح عادية أو لوائح بها قوة القانون¹.

وإعمالاً لما سبق نجد أن حدود أعمال الرقابة على دستورية القوانين ينصب على القوانين واللوائح كافة مهما اختلفت أنواعها وتنوعت درجاتها، ولو كانت تشريعات فرعية صادرة من الحكومة في نطاق اختصاصها الدستوري، لأن احتمال مخالفتها للدستور تكون قائمة بالنسبة لها جميعاً، أي سواء كانت قوانين أو لوائح².

وعليه يقصد بالقوانين من منطلق المادة 192 من الدستور والمادة 25 من قانون المحكمة الدستورية رقم 48 لعام 1979 جميع التشريعات التي تصدر عن البرلمان، أي كان موضوعها أو أنواعها أو طرق أو إجراءات إقرارها أو إصدارها، وعلى ذلك فهي تشمل القوانين العادية كافة، كما تشمل أيضاً القوانين المكملة للدستور المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 90 من الدستور.

كما تمتد رقابة المحكمة الدستورية في مصر للقوانين البرلمانية كافة حتى ولو صدرت بعد استفتاء شعبي، حيث نجد أنها بموجب حكمها الصادر في 1978/06/21 قد راقبت مدى دستورية القانون المتعلق بحماية الجهة الداخلية والسلام الإجتماعي، على الرغم من أن هذا القانون صدر بعد إجراء استفتاء شعبي تطبيقاً للمادة 157 من الدستور أنداك التي كانت تخول لرئيس الجمهورية استفتاء الشعب في المسائل المهمة التي تتصل بمصالح البلاد العليا³.

1 إبراهيم محمد حسين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 77.

2 محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 368.

3 عبد الحق بلفقيه، دعوى الدفع بعدم دستورية نص تشريعي، مرجع سابق، ص 30-31.

كما تختص أيضا المحكمة الدستورية العليا بمراقبة اللوائح ذات الطبيعة الإدارية، أي تلك التي يتعلق نطاق سريانها بمنطقة القانون العام، كاللوائح الإدارية التي تصدر من أحد الوزراء من أجل تنظيم أمرا عاما يسري في مواجهة الكافة، فإن هذه اللائحة تخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا ومن ثم تقبل لأن تكون محلا للدفع بعدم الدستورية.

أما اللوائح التي يتصل مجال سريانها بنطاق القانون الخاص، كاللوائح التي تنظم العلاقات التعاقدية، كالعلاقة بين العاملين والشركات الخاصة التي يعملون بها فإن المحكمة الدستورية العليا ستقضي بعدم الاختصاص، وذلك لأنها لا تعتبر قانونا بالمعنى الموضوع¹، وهذا ما تضمنه حكم المحكمة الصادر في 1998/06/06 والذي صدر بمناسبة فصلها في دفع بمدى دستورية المادة 14 من لائحة النظام الأساسي لمكافحة نهاية الخدمة للعاملين بقطاع البترول التي أقرها مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للبترول بتاريخ 1993/07/22 المصادق عليها من وزير البترول مساهمة، حيث جاء في منطوق الحكم ما يلي: "وحيث أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن كل لائحة يتحدد تكييفها القانوني بمجال سريانها. فكلما كان هذا المجال متصلا مباشرة بمنطقة القانون الخاص، انحصرت الصفة الإدارية عنها، ولو كانت الجهة التي أصدرتها شخصا من أشخاص القانون العام، ولا تعتبر بالتالي تشريعا بالمعنى الموضوعي مما تمتد إليه الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة في شأن الشرعية الدستورية.

...وفي نطاق الدائرة التي تعمل بها اللائحة- التي اندرج تحتها نص المادة(14) المطعون عليها- يتحدد وصفها القانوني، وهي في مجال انطباقها على العاملين بالجمعية التعاونية للبترول، لا تعدو أن تكون تنظيما لشأن يتعلق بميزة مقررة لهم عند انتهاء خدمتهم، لا تشريعا بالمعنى الموضوعي، ومن ثم تنحصر عن الرقابة على دستورتها، ولاية هذه المحكمة"².

1 عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على الدستورية القوانين، مرجع سابق، ص 309.

2 حكم منشور بموقع المحكمة الدستورية العليا المصرية <https://www.sccourt.gov.eg>

تاريخ التصفح: 2022/04/03

كما أن القرارات الإدارية الفردية غير مشمولة برقابة المحكمة الدستورية العليا حتى ولو كانت مخالفة لأحكام الدستور، عكس اللوائح التنظيمية فهي تخضع لرقابة المحكمة. و بناء على ما تقدم فإن الرقابة القضائية على دستورية اللوائح جاء مطلقا دون تخصيص، و المطلق يؤخذ على إطلاقه ما لم يقيد أو يخصص وبالتالي فإن جميع اللوائح بما فيها اللوائح التي تستلزمها الوظيفة الإدارية يمكن أن تكون محلا للدفع ما دام أنها تخضع لرقابة مدى مطابقتها للدستور التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا، إذ لا اجتهاد مع النص¹.

وإلى جانب اللوائح السابق ذكرها هناك لوائح لها قوة القانون مثل اللوائح التفويضية والتي تصدر بناء على تفويض من البرلمان، وكذلك لوائح الضرورة، فهي كذلك تخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا، ومن ثم فهي تقبل إلى أن تكون محلا للدفع بعدم الدستورية. وما تجدر الإشارة إليه أن رقابة المحكمة الدستورية العليا على اللوائح تقتصر على مراقبة مدى مطابقتها للدستور فقط، ولا تمتد بأي حال من الأحوال إلى بحث مدى مطابقتها للقوانين حيث يختص بها القضاء الإداري².

ولعل الحكمة من شمول الرقابة الدستورية للوائح إلى جانب القوانين البرلمانية هي ضمان وحدة تفسير معاني قواعد الدستور و مبادئه حتى لا تختلف من محكمة لأخرى، فيكون لها مفهوم واحد تحدده المحكمة الدستورية العليا دون غيرها من خلال أحكامها التي تصدرها عند ممارستها لرقابة الدستورية³.

¹ إبراهيم محمد حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص 102 -105.

² تبينة حكيم، الرقابة القضائية على دستورية القوانين (المحكمة الدستورية العليا المصرية نموذجا)، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، المجلد 05، العدد 02 ، 2020 ، ص 163-164.

³ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 277.

الفرع الثاني

تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن يدفع بعدم دستورتها في النظام القانوني

الفرنسي

سبق القول أن قصور نظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين التي جاء به دستور 1958 هو الذي دفع المؤسس الدستوري الفرنسي إلى ضرورة التفكير في تفعيل الرقابة اللاحقة على مدى مطابقة القوانين للدستور، وبناء على هذا تم منح الأفراد حق اللجوء إلى المجلس الدستوري عن طريق آلية المسألة الأولوية الدستورية بموجب التعديل الدستوري لعام 2008، حيث نجد أن المادة 61-1 نصت على ما يلي

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

أي أنه إذا ثبت أثناء الفصل في دعوى مرفوعة أمام إحدى الجهات القضائية العادية أو الإدارية أن حكماً تشريعياً يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، يمكن للمجلس الدستوري الفصل في ذلك بناء على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض خلال ميعاد محدد¹.

وبخصوص تفسير عبارة الحكم التشريعي الواردة في المادة 61-1 من الدستور الفرنسي فإن أغلب الفقه الفرنسي يذهب إلى التفسير الواسع لهذه العبارة، حيث رأوا أن هذه العبارة تشمل أي نص تشريعي بغض النظر عن الجهة المصدرة له وإجراءات المصادقة عليه وتاريخ نشره وسريان مفعوله، أو إذا كان سابقاً أو لاحقاً على نشر التعديل الدستوري لعام 2008².

(1) بركات أحمد، آثار تقرير آلية الدفع بعدم الدستورية على وظيفة المجلس الدستوري، مرجع سابق، ص 33.

2 محمد أتركين، المرجع السابق، ص 41.

وبناء على هذا فإن الفقه جعل النصوص القانونية الآتية تقبل الطعن عن طريق آلية المسألة الأولى الدستورية:

- اللوائح التفويضية (الأوامر) التي تصدرها الحكومة بناء على تفويض من البرلمان بموجب المادة 38 من الدستور، ولكن بعد إقرار البرلمان لها.

التشريعات التي يمكن أن تصدرها الحكومة في الفترات التي قد لا توجد فيها السلطة التشريعية ويطلق عليها فترات اندماج السلطة¹.

ورفعا لأي لبس للمقصود بعبارة الحكم التشريعي أصدرت وزارة العدل الفرنسية في 2010/02/24 منشورا يحدد النصوص القانونية التي تقبل أن تكون محلا للطعن عن طريق المسألة الأولى الدستورية، وهي:

- القوانين السابقة على دستور الجمهورية الخامسة، ويقصد بها التشريعات العادية الصادرة قبل دستور 1958، أو بتعبير آخر جميع القوانين العادية الصادرة قبل إنشاء المجلس الدستوري.

- القوانين العادية الصادرة بعد دخول دستور الجمهورية الخامسة حيز التنفيذ والتي لم تخضع للرقابة المسبقة للمجلس الدستوري.

- القوانين الأساسية بشرط تغير الظروف.

- الأوامر ذات القيمة التشريعية التي أصدرتها الحكومة استنادا إلى نص المادة 92 من دستور 1958 في الفترة الانتقالية التالية لصدوره، وهي الفترة الممتدة من عام 1958 إلى عام 1959، وذلك من أجل إنشاء مؤسسات الجمهورية الخامسة، والتي أعطاها الدستور أنداك قوة القانون والتي يجب أن ينظر عليها حسب ما جاء في المنشور كأنها حكم تشريعي بالمعنى الوارد في المادة 61-1 من الدستور.

1 عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 72.

-الأوامر المتخذة طبقا لنص المادتين 38 و 74-1 من الدستور.

-القوانين المتعلقة بكاليدونيا الجديدة¹.

وبهذا يكون هذا المنشور قد حسم الاختلاف بين الفقه الذي كان موجودا بخصوص النصوص القانونية التي تقبل الطعن عن طريق آلية المسألة الأولية الدستورية، كما هو الحال في القوانين العضوية، حيث كان بعض الفقه يرى أن هذه القوانين لا يمكن الطعن فيها عن طريق هذه الآلية، وذلك لكونها تعرض وجوبا على المجلس الدستوري قبل إصدارها ونشرها في الجريدة الرسمية²، ومن جهة أخرى لكونها تشكل جزءا مندمجا من المبادئ المرجعية لمراقبة دستورية القوانين، بالإضافة إلى ذلك فإن هذه القوانين تتعلق بصفة عامة بالقوانين التي تنظم العلاقة بين السلطات العامة ولا تتعلق أساسا بالحقوق والحريات، و هو الأمر أكثر إقناعا لإقصائها من أن تكون محلا للمسألة الأولية الدستورية³.

غير أن المجلس الدستوري الفرنسي أتاحت له المناسبة لحسم هذا الموضوع معتبرا أن نصا من القانون العضوي يعتبر نص تشريعيا بالمعنى الوارد في نص المادة 61-1 وبالتالي يمكن أن يكون محلا للمسألة الدستورية ذات الأولوية، وكان ذلك في قراره و قد نظر المجلس الدستوري لأول مرة في القوانين العضوية في قراره تحت عدد 278-2012 الصادر بتاريخ 5 أكتوبر 2012 و يتعلق الأمر بالقانون العضوي المنظم لوضعية قضاة الموضوع طبقا للمادة 92 من الدستور والذي لم يسبق للمجلس الدستوري أن بث في مدى مطابقتها للدستور في إطار عمل المراقبة القبلية⁴.

1Voir, Circulaire conjointe DACS/DACG du 24 février 2010 relative à la présentation de la question prioritaire de constitutionnalité, BOMJL n° 2010-02 du 30 avril 2010.

2محمد طيب دهبي، حق الفرد في التمسك بعدم دستورية القوانين أمام الجهات القضائية-دراسة تطبيقية في التشريع الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمارثليجي، الأغواط، المجلد 3، العدد 2، 2017، 318.

3محمد أتركين، المرجع السابق، ص 43.

4عبد الحق بلفقيه، المرجع السابق، ص 27.

وبناء على هذا نقول أن المنشور الذي أصدرته وزارة العدل والحريات الفرنسية كان بناء على القرارات التي أصدرها المجلس الدستوري الفرنسي، وليس بناء على تفسير ذاتي من قبلها لمضمون المادة 61-1، وذلك لأنه المخول الوحيد لتفسير نصوص الدستور ولممارسة الرقابة على دستورية القوانين.

ويمكن أن يفهم أيضا من هذا المنشور أن النصوص القانونية التي لم يذكرها لا تقبل الطعن عن طريق آلية المسألة الأولية الدستورية، ونجد على رأسها هذه النصوص القانونية المعاهدات، فهي لا تخضع للرقابة الدستورية بطريقة المسألة الأولية الدستورية (الدفع بعدم الدستورية) نظرا لأنها لا تندرج تحت عبارة النصوص القانونية التي تأخذ مرتبة التشريع، حيث أنها تتمتع وفقا لنص المادة 55 من الدستور الفرنسي بقيمة قانونية أعلى من قيمة التشريع رغم أنها تخضع للرقابة القبلية التي يمارسها المجلس الدستوري¹.

أما بخصوص القوانين الإستفتاءية فقد ذهب بعض الفقه أمثال "Jérôme Roux" إلى عدم إمكانية إثارة المسألة الأولية الدستورية بصدها، مستندا في ذلك على ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي من أن القوانين التي تخضع لرقابته هي فقط القوانين المصادق عليها من قبل البرلمان، ولا تمتد للقوانين المتبناة من قبل الشعب عن طريق الإستفتاء الشعبي، وذلك لأن هذه الفئة الأخيرة من القوانين تشكل تعبيرا مباشرا عن السيادة الوطنية التي هي ملك للشعب².

أما بخصوص الأعمال التنظيمية (اللوائح الإدارية)؛ فالأصل فيها كما هو معروف أنها تخضع لرقابة القاضي الإداري وفي بعض الحالات لرقابة القاضي الجزائي طبقا لنص المادة 5-111 من قانون العقوبات الفرنسي، التي أجازت لهذا الأخير تفسير أو تقدير مدى مشروعية الأعمال الإدارية سواء التنظيمية أو الفردية عندما يكون ذلك لازما للفصل في المتابعة

1 عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 74-75.

2 محمد أتركين، المرجع السابق، ص 42.

الجزائية، وبناء على هذا رفض المجلس الدستوري مراقبة مدى دستورية هذه الأعمال التنظيمية في العديد من القرارات الصادرة عنه¹ والتي يطعن فيه أمامه عن طريق آلية المسألة الأولى الدستورية².

ولتفسير سبب عدم إمكانية أن تكون الأعمال التنظيمية محلاً للمسألة الأولى الدستورية ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 2014/11/05 إلى أن هذه الأعمال غير مشمولة بالمادة 61-1 من الدستور، ومن ثم كان يرفض إحالة المسائل الأولى الدستورية المتعلقة بها على المجلس الدستوري³.

ولكن في عام 2013 أورد المجلس الدستوري الفرنسي استثناء على هذا الأصل العام تضمنه قراره رقم 331-2013 الصادر في 2013/07/05 والذي جاء فيه إمكانية الطعن في الأعمال التنظيمية عن طريق آلية المسألة الأولى الدستورية متى كانت تعدل الأحكام التشريعية⁴، ويقصد بالأعمال التنظيمية هنا المراسيم التي تصدرها السلطة التنفيذية بموجب الفقرة 3 من المادة 37 من الدستور.

وبمرور الوقت وسع المجلس الدستوري الفرنسي من نطاق الأعمال التي تقبل الطعن عن طريق آلية المسألة الأولى الدستورية، حيث قبل مراقبة التفسيرات التي تعطيها محكمة النقض أو مجلس الدولة للأحكام التشريعية المتعلقة بالحقوق والحريات المكفولة دستورياً

1 Marie Haulbert, L'interprétation normative par les juges de QPC, thèse pour obtenir de le grade de docteur, l'université de Montpellier, 2018, P 163.

2 قراره رقم 190-2011 الصادر في 2011/10/21، وقراره رقم 223-2012 الصادر في 2012/03/30. وكذا قراره رقم

318-2013 الصادر في 2013/06/07. قرارات منشورة في: <https://www.conseil->

constitutionnel.fr

تاريخ التصفح: 2022/04/27.

3 Marie Haulbert, Op. cit, P 164.

4 Marie Haulbert, Op. cit, P 166.

عن طريق هذه الآلية، متى كانت هذه التفسيرات تناقض التفسيرات التي يكون المجلس الدستوري قد أعطاه لنفس الحكم التشريعي¹.

وسبب هذا التوسع الأخير في أعمال آلية المسألة الأولية في فرنسا سببه تغير موقف المجلس الدستوري الفرنسي من مسألة تفسير النصوص التشريعية، حيث كان مستقرا على أن هذه المسألة هي من اختصاص محكمة النقض ومجلس الدولة باعتبارهما من يطبقان القانون ومن ثم فهما المختصتان بتفسيره وليس المجلس الدستوري، ولكن في 1991 غير هذا الأخير من موقفه حيث أصبح يجيز لنفسه تفسير النصوص التشريعية متى كان ذلك لازما لتحديد مدى دستوريتها، وكان هذا بموجب قراره رقم 91-298 الصادر في 1991/07/24 المتعلق بمراقبة مدى دستورية القانون المتضمن الأحكام المتعلقة بالنظام الاقتصادي والمالي².

¹ من بين قرارات المجلس الدستوري الفرنسي التي تضمنت قبول أن تكون التفسيرات التي تعطيها محكمة النقض أو مجلس الدولة لنص تشريعي، من نجد قراره رقم 2010-39 الصادر في 2010/10/06، والمتعلق بالتفسير الذي أعطته محكمة النقض الفرنسية للمادة 365 من القانون المدني، حيث جاء في منطوق القرار:

« Considérant qu'aux termes de l'article 365 du code civil : « L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité. « Les droits d'autorité parentale sont exercés par le ou les adoptants dans les conditions prévues par le chapitre I^{er} du titre IX du présent livre. « Les règles de l'administration légale et de la tutelle des mineurs s'appliquent à l'adopté » ;

Considérant que l'article 61-1 de la Constitution reconnaît à tout justiciable le droit de voir examiner, à sa demande, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative méconnaît les droits et libertés que la Constitution garantit ; que les articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958

2 Marie Haulbert, Op.cit, P 249.

الفرع الثالث

تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن يدفع بعدم دستورتها في النظام القانوني

المغربي

ينص الفصل 133 من الدستور المغربي لعام 2011 ما يلي:¹ تختص المحكمة الدستورية بالنظر 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 والحريات التي يتضمنها الدستور.

يحدد القانون التنظيمي شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل

كما نصت المادة 28 من القانون التنظيمي رقم 13-066¹ المتعلق بالمحكمة الدستورية على أن يحدد قانون تنظيمي شروط وإجراءات ممارسة هذه المحكمة لاختصاصها في مجال النظر في كل دفع بعدم دستورية قانون طبقاً لأحكام الفصل 133.

وما يفهم من الفصل 133 من الدستور المغربي والمادة 28 من القانون التنظيمي رقم 13-066 أنه لا بد على المشرع المغربي أن يسن قانون تنظيمي يحدد كيفية ممارسة الأفراد لحقهم في الدفع بعدم دستورية القوانين، وبالتالي فهذا القانون التنظيمي هو الذي سيحدد نطاق أعمال هذا الحق.

وهنا وجدنا أن المشرع المغربي قد سن مشروع القانون التنظيمي رقم 15-286² المتعلق بالدفع بعدم دستورية القوانين، والذي نصت المادة 2 منه على ما يلي: "يراد بالعبارات التالية في مدلول هذا القانون التنظيمي ما يلي:

1 الظهير الشريف رقم 1.14.139 صادر في 13 أوت 2014 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية الجريدة الرسمية المغربية ، عدد 6288 الصادرة بتاريخ 4 سبتمبر 2014
2 قضت المحكمة الدستورية المغربية بمطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 للدستور بموجب قرارها رقم 70/18 الصادر بتاريخ 6 مارس 2018.

أ- القانون الذي يدفع أحد أطراف الدعوى أنه يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور: كل مقتضى ذو طابع تشريعي يراد تطبيقه في دعوى معروضة على المحكمة...".

فما يفهم من هذه المادة أن المشرع المغربي لم يوضح بصورة دقيقة القوانين التي تقبل أن تكون محلا للدفع بعدم الدستورية، حيث اكتفى بالقول أن كل مقتضى تشريعي يراد تطبيقه في دعوى معروضة على محكمة ما ويكون يمس بالحقوق والحريات المضمونة دستوريا، يقبل أن يكون محلا للدفع بعدم الدستورية.

وبناء على هذا كان لابد من تحديد المقصود بعبارة "المقتضى التشريعي" الواردة في مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 لمعرفة نطاق إعمال آلية الدفع بعدم الدستورية، وهنا وجدنا أن جانب كبير من الفقه في المغرب يرى أن هذه العبارة تشمل التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية والمراسيم الصادرة عن السلطة التنفيذية سواء كانت هذه المراسيم عادية أم لها قوة القانون.

كما تدل على الظهائر الملكية التي تتخذ شكل قوانين أو مراسيم أو نصوص تنظيمية، تميزا لها عن الظهائر الشريفة التي يصدرها الملك لتنفيذ القانون.

كما تدل عبارة "كل مقتضى ذو طابع تشريعي" على اللوائح بمختلف أنواعها سواء كانت تنفيذية أو تنظيمية أو لوائح ضبط، فهذه اللوائح تدخل ضمن نطاق التشريع الفرعي الذي لا يختلف عن التشريع العادي من الناحية الموضوعية¹.

ولا يقتصر مدلول عبارة "كل مقتضى ذو طابع تشريعي" على التشريعات العادية والفرعية، بل تشمل حتى القوانين التنظيمية، والتي رغم سبق تقرير مطابقتها للدستور فإنها يمكن أن تكون محلا للدفع بعدم الدستورية بشرط تغير ظروف القانون أو الواقع، وهذا ما

¹عبد الحق بلفقيه، المرجع السابق، ص 89.

أكدته المحكمة الدستورية المغربية في قرارها الصادر في 2018/03/06 عند مراقبتها لمدى مطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86.

المطلب الثاني

تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن تكون محلا للدفع بعدم الدستورية في

الدستور الجزائري

سبق القول أن الجزائر عرفت آلية الدفع بعدم الدستورية في نظامها القانوني بموجب التعديل الدستوري لعام 2016، هذا الأخير الذي وجدنا أنه ضيق من نطاق استعمال هذه الآلية (الفرع الأول) مقارنة بالتعديل الدستوري لعام 2020 الذي وسع من نطاق استعمالها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن يدفع بعدم دستورتها في التعديل الدستوري

لعام 2016

استحدثت المؤسسة الدستورية الجزائرية آلية الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري لعام 2016 بموجب المادة 188 و التي جاء فيها: "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور".

فما يتبين من مضمون المادة 188 أن المؤسسة الدستورية الجزائرية حدد نطاق أعمال آلية الدفع بعدم الدستورية بضرورة وجود حكم تشريعي ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وهو نفس النطاق الذي حدده نظيره الفرنسي لإعمال آلية المسألة الأولية الدستورية، حيث لما نرجع للصياغة الفرنسية للمادة 188 من الدستور نجد أن مصطلح

"الحكم التشريعي" قد ترجمت إلى (disposition législative) وهي نفس العبارة التي استعملها المؤسس الدستوري الفرنسي في المادة 61-1 من الدستور.

وقد أثار لفظ "حكم تشريعي" اختلاف الفقه حول مدلوله، حيث ذهب البعض إلى تضيق مدلوله ليشمل فقط القوانين العادية، الأوامر الرئاسية والقوانين الإستثنائية.

فبالنسبة لقبول أن تكون القوانين العادية محلا للدفع بعدم الدستورية فإن هذا الأمر لا يثير أي مشكل، وذلك لأنها تتوافق مع عبارة الحكم التشريعي سواء من حيث المعيار العضوي أو الموضوعي، أما بالنسبة للأوامر التي كان يصدرها رئيس الجمهورية بموجب المادة 142 من الدستور، التي تنص على أنه بعدما يتم إصدارها لابد من وجوب عرضها على البرلمان ليوافق عليها، فإذا حصل ذلك أصبحت تتمتع بالصيغة التشريعية التي تتمتع بها القوانين العادية، ومن ثم فإنها تقبل لأن تكون محلا للدفع بعدم الدستورية.

أما بخصوص القوانين الإستثنائية فهي تقبل لأن تكون محلا للدفع بعدم الدستورية حسب هذا الرأي باعتبارها منتجة لأحكام تشريعية ينظر فيها القضاء.

وبناء على هذا يرى أصحاب هذا الرأي أن النصوص القانونية التي لا يمكن أن تكون محلا للدفع بعدم الدستورية لكونها لا تتوافق مع عبارة "الحكم التشريعي" الواردة في المادة 188 من الدستور هي اللوائح الإدارية التي تصدر عن السلطة التنفيذية، وذلك لأنه حسب وجهة نظرهم تخضع لرقابة القضاء الإداري¹.

كما يضيف أصحاب هذا الرأي أن المشرع الجزائري استثنى القوانين العضوية من نطاق تطبيق الدفع بعدم الدستورية على أساس أنه حدد في المادة 21² من القانون العضوي رقم 19-22 شروط قبول هذا الدفع والتي من بينها شرط عدم سبق تقرير دستورية الحكم

¹أوكيل محمد الأمين، نظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية في القوانين المقارنة وأفق تطبيقه في الجزائر، مجلة صوت القانون، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، العدد 08 لسنة 2017، ص 27.
كانت المادة 8 في القانون العضوي رقم 16-18 الملغى².

التشريعي، وكما نعلم فإن القوانين العضوية لا يتوافق فيها هذا الشرط، وذلك لسبق خضوعها للرقابة السابقة الوجودية (رقابة المطابقة) التي كان يمارسها المجلس الدستوري أو التي تمارسها المحكمة الدستورية حالياً، باستثناء حالة تغير الظروف التي نصت عليها المادة 21 سابقة الذكر، كحالة تعديل دستوري يرفع من سقف الحقوق والحريات وقام بتوسيعها إلى مجالات أخرى، مما يجعل نصاً تشريعياً سبق التصريح بدستوريته في ظل النص القديم قابلاً لأن يكون محلاً للدفع بعدم الدستورية بناءً على النص الدستوري الجديد.

وهناك من رأى أن من بين النصوص القانونية التي لا يمكن أن تكون محلاً للدفع بعدم الدستورية هي القوانين الإستفتاءية، وذلك لدلالاتها المباشرة والصريحة السابقة عن إرادة الشعب¹.

وما تنبغي الإشارة إليه أنه مهما كان تفسير مدلول عبارة "الحكم التشريعي" الواردة في المادة 188 من الدستور، فإن مجال تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية جاء محصوراً في وجوب أن يكون هذا الحكم التشريعي ينتهك الحقوق والحريات المكفولة دستورياً.

وبهذا يكون المؤسس الدستوري الجزائري في ظل التعديل الدستوري لعام 2016 قد ضيق من مجال التشريعات التي تقبل إلى أن تكون محلاً للرقابة الدستورية عن طريق آلية الدفع بعدم دستورية، إذ جعلها مقيدة بالنصوص القانونية التي تنتهك حقوق وحريات الأفراد المكفولة دستورياً، وبمفهوم المخالفة فإن غير هذه الفئة من القوانين يستحيل أن تكون محلاً للدفع بعدم الدستورية².

1 أوكيل محمد الأمين، المرجع السابق، ص 27.

2 عائشة لزرق، لعيداني سهام، الدفع بعدم الدستورية كآلية لتفعيل دور المجلس الدستوري في مجال حماية الحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 189.

الفرع الثاني

تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن يدفع بعدم دستورتها في التعديل الدستوري

لعام 2020

قام المؤسس الدستوري الجزائري بموجب التعديل الدستوري لعام 2020 بإجراء إصلاح جذري في أحكام الرقابة على دستورية القوانين، حيث وكما رأينا سابقا فإنه غير من نظام الرقابة حيث انتقل من نظام الرقابة السياسية إلى نظام الرقابة القضائية وذلك من خلال استحداثه لمحكمة دستورية تتولى القيام بمهمة الرقابة على دستورية القوانين والتي منحها اختصاصات جديدة لم يكن يتمتع بها المجلس الدستوري¹.

ولم يقتصر هذا الإصلاح الجذري الذي جاء به التعديل الدستوري لعام 2020 على تغيير نظام الرقابة على دستورية القوانين، بل شمل حتى نطاق إعمال آلية الدفع بعدم الدستورية، حيث وجدنا أن المؤسس الدستوري لم يجعل توجيه هذا الدفع مقتصرًا على الحكم التشريعي الذي ينتهك الحقوق والحريات المكفولة دستوريا كما كان ينص على ذلك في التعديل الدستوري لعام 2016، بل سمح كذلك بتوجيه الدفع بعدم الدستورية ضد التنظيمات، حيث نجد أن المادة 195 من الدستور نصت على ما يلي: "يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد أطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو تنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحياته التي يضمنها الدستور".

¹ أسند المؤسس الدستوري للمحكمة الدستورية في التعديل الدستوري 2020 اختصاصات جديدة لم يكن يسندها من قبل للمجلس الدستوري، وهذه الاختصاصات هي:

- الأخذ برأبها بخصوص تعذر إجراء الانتخابات الرئاسية خلال 90 التي يتولى فيها رئيس مجلس الأمة مهام رئيس الدولة بسبب استمرار المانع الذي يحول قيام رئيس الجمهورية لمهامه لأكثر من 45 يوم (المادة 94 من الدستور).
- إبداء رأبها بخصوص القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية خلال الحالة الاستثنائية (المادة 98 من الدستور).
- إصدار قرار بخصوص رفع الحصانة من عدمها على النائب الذي يرفض التنازل عنها (المادة 130 من الدستور).

وهذا النص يكون المؤسس الدستوري الجزائري قد قضى على الإشكال الذي كان موجودا في التعديل الدستوري لعام 2016 بخصوص مدى إمكانية إعمال آلية الدفع بعدم الدستورية على التنظيمات التي تصدرها السلطة التنفيذية، حيث أنه لم يعد هنالك شك بعد التعديل الدستوري لعام 2020 لقبول أن تكون المراسيم الرئاسية التي يصدرها رئيس الجمهورية¹ أو المراسيم التنفيذية التي يصدرها الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة² محلا للدفع بعدم الدستورية، وسواء كانت هذه التنظيمات أتخذت في ظروف عادية أو في ظروف استثنائية (لوائح الضرورة).

وهذا تصبح التنظيمات نظريا أكثر النصوص القانونية التي يمكن أن يدفع بعدم دستورتها أمام المحكمة الدستورية، وذلك لكثرة عددها مقارنة بالقوانين العادية. أما في الواقع فيها أكثر مساسا بالحقوق ولحريات.

وعليه يكون المؤسس الدستوري الجزائري قد انتهج المسلك الذي يقضي بضرورة قبول إعمال آلية الدفع بعدم الدستورية على التنظيمات التي تصدرها السلطة التنفيذية، وذلك لاحتمال انتهاكها للحقوق والحريات المكفولة دستوريا شأنها في ذلك شأن القوانين العادية، وبذلك تكون التنظيمات خاضعة لنوعين من الرقابة، رقابة سابقة لمدى توافقها مع

¹ تنص المادة 91 من الدستور على ما يلي: "يضطلع رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، بالسلطات والصلاحيات الآتية:....
7- يوقع المراسيم الرئاسية".

كما جاء في الفقرة 1 من المادة 141 من الدستور ما يلي: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون".

² تنص المادة 112 من الدستور على ما يلي: "يمارس الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، زيادة على السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، الصلاحيات الآتية:....

الدستور تمارسها المحكمة الدستورية بموجب الفقرة 3 من المادة 190، ورقابة لاحقة عن طريق آلية الدفع بعدم الدستورية¹.

كما أن المؤسس الدستوري في التعديل الدستوري لعام 2020 قد حل الإشكال المتعلق بمدى قبول أن تكون الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية بموجب المادة 142 من الدستور² محلاً للدفع بعدم الدستورية، وذلك من خلال أنه ألزم رئيس الجمهورية بضرورة عرض هذه الأوامر قبل إصدارها على رقابة المحكمة الدستورية، وذلك لكي تتأكد من مدى مطابقتها للدستور.

وبالتالي نقول أنه ما دامت الأوامر الرئاسية الصادرة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية سبق للمحكمة الدستورية أن قررت مطابقتها للدستور بفعل الرقابة الوجودية التي تمارسها عليها، فإنها لا يمكن أن تكون محلاً للدفع بعدم الدستورية ما لم تتغير الظروف.

أما بخصوص الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية فإنه يتضح من مضمون المادة 142 من الدستور أن المؤسس الدستوري لم يشترط ضرورة علمها على رقابة المحكمة الدستورية، ومن ثم فإن إشكال مدى قبول أن تكون محلاً للدفع بعدم

¹ بومدين محمد، التعديل الدستوري الجزائري المرتقب في نوفمبر 2020 لمسألة إخضاع التنظيمات لرقابة المحكمة الدستورية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمارثليجي، الأغواط، المجلد 4، العدد 2، 2020، ص 289.

² تنص المادة 142 من الدستور على ما يلي: "لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة.

يخطر رئيس الجمهورية وجوبا المحكمة الدستورية بشأن دستورية هذه الأوامر، على أن تفصل فيها في أجل أقصاه عشرة (10) أيام.

يعرض رئيس الجمهورية الأوامر التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في بداية الدورة القادمة لتوافق عليها. تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان.

يمكن رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 98 من الدستور. تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء."

الدستورية ما زال قائماً، وإن كنا نرى أنها يجوز ذلك انطلاقاً من كونها تتضمن المواضيع التي يشرع فيها البرلمان بقانون، كما أنه لا يهيم مدى تمتعها بالصيغة التشريعية مادام أن المؤسس الدستوري نص صراحة في المادة 195 من الدستور على أن الأحكام التشريعية أو التنظيمية يمكن أن تكون محلاً للدفع بعدم الدستورية.

أما القوانين الإستفتائية فأشكال مدى قبول أن يطعن فيها عن طريق آلية الدفع بعدم الدستورية فهو الأكثر تعقيداً، وذلك لتمييزها عن باقي النصوص القانونية سواء من حيث المضمون، أو من حيث إجراءات إعدادها، خاصة مسألة أن الدستور لم يلزم رئيس الجمهورية بعرضها على الرقابة السابقة للمحكمة الدستورية¹، والحل الذي نراه لهذا الإشكال هو الرأي الذي ذهب إليه الشريحة الكبيرة من الفقه والذي سبق ذكره ومفاده أنه لا يمكن أن تكون القوانين الإستفتائية محلاً للدفع بعدم الدستورية لكونها تمثل تعبير عن إرادة الشعب صاحب السيادة.

1 تنص المادة 91 من الدستور في المطة 9 منها على ما يلي: "يضطلع رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، بالسلطات والصلاحيات الآتية:
9- يمكنه أن يستشير الشعب في كل قضية ذات أهمية وطنية عن طريق الإستفتاء."

الفصل الثاني

النظام القانوني لآلية الدفع بعدم دستورية القوانين

لما كان الدفع بعدم الدستورية هو الآلية التي تُمكن القضاء من المساهمة في تحريك الرقابة على دستورية القوانين، كان لا بد من تحديد نطاق هذه المساهمة، وهو ما تطلب بدوره أن يوضع نظام قانوني يضبط كيفية ممارسة آلية الدفع، وهو ما قامت به الأنظمة القانونية محل الدراسة، وذلك من خلال تحديد شروط قبول هذا الدفع (المبحث الأول)، وكذا ضبط كيفية ممارسة القضاء لسلطته في إحالة الدفع على الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين حتى تفصل فيه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

شروط قبول الدفع بعدم دستورية القوانين

بغية عدم جعل الدفع بعدم دستورية القوانين سببها لدعوى الأصلية، فإن الأنظمة القانونية خاصة اللاتينية منها اتجهت إلى تقييد حق ممارسته بضرورة توافر مجموعة من الشروط الشكلية (المطلب الأول) والشروط الموضوعية (المطلب الثاني)، بحيث إذا توافرت هذه الشروط كان القضاء ملما بقبوله.

المطلب الأول

الشروط الشكلية اللازمة لقبول الدفع بعدم دستورية القوانين

عندما يلجأ أي شخص للقضاء للمطالبة بالحصول على حق أو لتوفير الحماية له، فإنه يتعين عليه أن يتقيد في الدعوى التي يرفعها بالشروط الشكلية التي نص عليها القانون، الذي يكون غالبا القانون المحدد لإجراءات التقاضي والذي يسمى عندنا في الجزائر بقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومادام أن الدفع بعدم دستورية القوانين هو مجرد وسيلة قضائية للأفراد للمطالبة بتوفير الحماية لحقوقهم وحررياتهم المكفولة دستوريا، فهو في جوهره مجرد دفع قضائي ذو طبيعة خاصة كما رأينا¹، فإنه هو الآخر اشترط لقبوله ضرورة توافر بعض الشروط الشكلية مثله مثل دعاوى القضائية التي يرفعها الأشخاص، لكن هذه الشروط لا نجد أنه منصوص عليها في القانون المحدد لإجراءات التقاضي وإنما نص عليها القانون المحدد لكيفية ممارسة الدفع بعدم الدستورية، والذي اختلفت تسميته من دولة لأخرى.

¹ أنظر المطلب الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني.

وتتمثل الشروط الشكلية اللازمة لقبول الدفع بعدم الدستورية والتي اتفقت عليها أغلب النظم القانونية محل الدراسة في ضرورة تقديم الدفع في عريضة مكتوبة، منفصلة ومسببة (الفرع الأول)، وفي ضرورة تقديمه من أحد أطراف الدعوى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

وجوب تقديم الدفع بعدم دستورية القوانين في عريضة مكتوبة، منفصلة ومسببة

بُغية ضبط كيفية ممارسة الأفراد لحقهم في الدفع بعدم دستورية القوانين من الناحية الشكلية اتجه المشرع في الدول اللاتينية محل الدراسة إلى اشتراط ضرورة تقديم الدفع في عريضة مكتوبة، منفصلة ومسببة (أولاً).

ونظراً لأن الدول الإنجلوسكسونية كانت هي السبابة في تقرير آلية الدفع بعدم الدستورية كان لابد من دراسة موقف المشرع فيها من هذا الشرط (ثانياً).

أولاً: شرط تقديم الدفع بعدم دستورية القوانين في عريضة مكتوبة، منفصلة ومسببة في الدول اللاتينية

نظراً لأن فرنسا كانت هي الدولة اللاتينية الأولى التي دسترت الحق في الدفع بعدم دستورية القوانين كما رأينا، فإن المشرع فيها كان هو السباق في اشتراط وجوب تقديم الدفع في عريضة مكتوبة، منفصلة ومسببة تحت طائلة عدم القبول، وذلك ما نصت عليه المادة 1-23 من القانون العضوي رقم 1523-2009 والتي جاء فيها:

« Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, **présenté dans un écrit distinct et motivé.** Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office. »

وقد سائر المشرع الجزائري نظيره الفرنسي في وجوب تقديم الدفع بعدم الدستورية في مذكرة مكتوبة، منفصلة¹ ومسببة، حيث كانت المادة 6 من القانون العضوي رقم 16-18 الملغى تنص على ما يلي: " يقدم الدفع بعدم الدستورية، تحت طائلة عدم القبول، بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة".

وأبقى المشرع على هذا الشرط في المادة 19 من القانون العضوي رقم 19-22 مع اختلاف بسيط وهو استبدال كلمة "مسببة" بكلمة "معللة".

كما نجد أيضاً أن المشرع المغربي اشترط في المادة 5 من مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 لقبول الدفع بعدم الدستورية، أن يقدم في مذكرة مكتوبة معللة بصفة مستقلة عن الدعوى الأصلية، حيث جاء فيها " يجب، تحت طائلة عدم القبول من قبل المحكمة المعروض عليها النزاع، إثارة الدفع بعدم الدستورية بواسطة مذكرة كتابية تتوفر فيها الشروط التالية: - أن تكون مقدمة بصفة مستقلة.

- أن تتضمن بياناً لأوجه الخرق أو الانتهاك أو الحرمان من الحق أو الحرية المذكورة في البند أعلاه".

¹ استعمل المشرع الجزائري في المادة 7 والفقرة 2 من المادة 10 من مشروع القانون العضوي رقم 16-18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية الملغى بالقانون العضوي 19-22 مصطلح مذكرة مستقلة، وهو ما دفع بالمجلس الدستوري آنذاك عند مراقبته لمدى مطابقة هذا القانون العضوي للدستور إلى الإشارة لضرورة استبدال كلمة مستقلة بكلمة منفصلة، على أساس أن المؤسس الدستوري يستخدم كلمتي "مستقلة" و " استقلالية" باعتبارهما صفتين ملازمين للهيئات والسلطات التي أقر لها صفة الاستقلالية في عملها، أو الاستقلالية المالية والإدارية كما ورد ذلك في المواد 156 و176 و194 و198 و202 من الدستور.

وعليه فإن المشرع استعمل كلمة مستقلة في المادة 7 والفقرة 2 من المادة 10 بمعنى مغاير للمعنى السابق، حيث أنه يقصد به أن تكون مذكرة الدفع بعدم الدستورية مذكرة منفصلة عن مذكرة الدعوى الأصلية، لمزيد من التفاصيل أنظر قرار المجلس الدستوري رقم 03/ر.ق.ع/م.د/ 18 المؤرخ في 2018/08/02 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية رقم 54 لعام 2018، ص 4.

وبهذا تكون الأنظمة القانونية اللاتينية قد اتفقت على شرط ضرورة تقديم الدفع بعدم الدستورية في مذكرة مكتوبة، منفصلة ومعللة، وإلا تم رفض الدفع، الذي يستطيع القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك به خصم مقدم الدفع، وهو ما عبرت عنه هذه القوانين بعبارة "تحت طائلة عدم القبول".

وهذا الاتفاق بين الأنظمة القانونية اللاتينية على شرط ضرورة تقديم الدفع بعدم الدستورية في مذكرة مكتوبة، منفصلة ومعللة هو أمر منطقي فرضته طبيعة هذه الآلية القانونية.

فبالنسبة لعنصر الكتابة فلا يتصور أن يتم الاكتفاء بتقديم الدفع في مرافعة شفاهية وإنما يجب تقديم الدفع بمذكرة مكتوبة، وذلك لأنه وكما هو معلوم فإن الجهة القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية ليس لها اختصاص مراقبة مدى دستورية النص القانوني محل الدفع، وإنما هو اختصاص حصري للجهة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين، حيث أن دورها يقتصر على مجرد إحالة الدفع بعد التأكد من توافره على الشروط المحددة قانوناً، وهي لا تستطيع القيام بهذا الدور إذا كان الدفع قدم شفاهة، بل لابد من تقديمه مكتوباً حتى يتسنى لها إحالته على الجهة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين.

و بتعبير آخر نقول أن الغاية من اشتراط ضرورة تقديم الدفع في مذكرة مكتوبة هو حتى نسهل مهمة الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع في إحالته على الجهة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين، لأنها هي المخول لها دستورياً الفصل فيه.

أما بالنسبة لعنصر الانفصال، فيقصد به ضرورة تقديم الدفع بعدم الدستورية أمام الجهة القضائية بصورة منفصلة عن باقي إجراءات الدعوى القضائية الأصلية، بحيث لا يجوز تقديم الدفع مع العريضة الافتتاحية التي تتضمن الطلبات الأصلية، كما أنه لا يجوز تقديمه مع طلب آخر أو دفع آخر يختلف عنه في الطبيعة والمضمون¹.

¹ مصطفى محمود إسماعيل، المسألة الأولية الدستورية في التشريع الفرنسي، مرجع سابق، ص 11.

أما بخصوص عنصر التعليل، فيقصد به ضرورة توضيح صاحب الدفع مواطن عدم دستورية النص القانوني المراد تطبيقه على النزاع القضائي، وأن لا يكون واسعا مهما، وذلك حتى تسهل مهمة الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع من تقدير مدى جديته، ومن ثم ضمان عدم تأخر إحالته على الجهة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين.

وعليه يقتضي تحقق عنصر التعليل في العريضة المتضمنة الدفع بعدم الدستورية القيام بما يلي:

-أولا، لابد من تحديد النص القانوني المدعى عدم دستوريته، وذلك بتحديد المادة أو الفقرة أو البند المخالف للدستور.

-ثانيا، لابد من الإيضاح الكافي لأوجه خرق أو انتهاك أو حرمان من الحق أو الحرية المكفولة دستوريا، وذلك لأن التعليل المحرر طبقا لعبارات عامة، كاستعمال عبارة "عدم دستورية النص القانوني" أو "انتهاكه للحقوق والحرريات الدستورية" لا يستجيب لشرط التعليل¹.

وما تجب الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يبين مدى وجوب أن تكون المذكرة المتضمنة الدفع بعدم الدستورية موقعة بمحامي، إلا أنه بالرجوع إل نص المادة 18 من القانون العضوي رقم 22-19 التي أحال فيها المشرع على تطبيق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و قانون الإجراءات الجزائية أمام الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية، وبالتالي فإن القضايا التي يشترط فيها هاذين القانونين ضرورة توقيع عريضة الدعوى بمحامي، أي وجوب التمثيل به فيجب التقييد بهذا الشرط عند تقديم مذكرة الدفع

¹ عدو عبد القادر، مراد زوايد، شروط ممارسة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية (دراسة تحليلية مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي والمصري، مجلة معارف، جامعة البويرة، المجلد 16، العدد 2، ديسمبر 2021، ص 314.

بعدم الدستورية¹، كما هو الحال في النزاعات الإدارية حيث اشترط المشرع بموجب المادة 15 ق.إ.م.إ ضرورة رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام.

ثانياً: موقف الدول الإنجلوسكسونية من شرط تقديم الدفع بعدم دستورية القوانين في عريضة مكتوبة، منفصلة ومسببة

رغم أن الدول الإنجلوسكسونية كانت هي السباقة في تقرير آلية الدفع بعدم الدستورية، إلا أنها كانت أكثر مرونة بخصوص الشرط المتعلق بكيفية تقديم الدفع مقارنة بالدول اللاتينية، إذ نجد أنها نصت فقط على ضرورة تعليل الدفع دون اشتراط تقديمه في مذكرة منفصلة، حيث نجد أن النظام القانوني الأمريكي نص على أن الدفع بعدم الدستورية شأنه شأن سائر الدفوع لا يشترط في قبوله إلا الشروط التي تشرط فيها²، بمعنى ما يطبق على الدفوع الأخرى يسري على الدفع بعدم الدستورية، ومن ثم فإنه لا يلزم تقديمه في مذكرة منفصلة لأن كل الدفوع تقدم في نفس عريضة الدعوى الأصلية.

أما بالنسبة لمصر فإنه ما يستشف من المادتين 29 و30 من قانون المحكمة الدستورية العليا أن المشرع لم يتطلب لقبول الدفع بعدم الدستورية من الناحية الشكلية سوى بيان النص التشريعي المطعون في عدم دستوريته والنص الدستوري المدعي مخالفته وأوجه المخالفة فقط (تعليل الدفع) وضرورة تقديم الدفع أمامها خلال ثلاثة أشهر بعد قبوله من

¹ أفقير فضيلة، دعوى الدفع بعدم الدستورية في القضاء الدستوري من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس، المدينة، المجلد 8، العدد 1، جانفي 2022، ص 148.

² عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 212.

قبل محكمة الموضوع¹،

دون اشتراط تقديمه في عريضة منفصلة، وبناء على هذا جرى العمل في مصر أن الدفع بعدم الدستورية يمكن أن يقدم في عدة صور:

- قد يبدى في محضر الجلسة شفاهة بشرط إلزام كاتب الجلسة بتدوينه في المحضر الخاص بها.

- يمكن أن يقدم الدفع في مذكرة يقدمها المعني بالجلسة، وفي هذه الحالة يمكن أن يذكر الدفع مجملا في محضر الجلسة، ويحيل على التفصيلات الواردة في المذكرة.

- كما يمكن أن يقدم الدفع بعدم الدستورية في مصر في العريضة الافتتاحية للدعوى كطلب من الطلبات الواردة².

الفرع الثاني

وجوب تقديم الدفع بعدم الدستورية من قبل أحد أطراف الدعوى

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 15 من القانون العضوي رقم 19-22 سالف الذكر على أن إثارة الدفع بعدم الدستورية هو حق لأطراف الدعوى القضائية التي أثير بصدها هذا الدفع، حيث جاء فيها " يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية، من قبل أحد أطراف

¹ طبقا لنص الفقرة (ب) من المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 فإنه يجب على من أثار الدفع بعدم الدستورية رفع دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا خلال 3 أشهر من تاريخ حكم الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بذلك، فإذا لم ترفع الدعوى في غضون هذا الميعاد، فإن الدفع يعتبر كأن لم يكن ويسقط حق من أثاره في الوصول إلى باب المحكمة الدستورية العليا واستمرار النظر في الدعوى الأصلية موضوع النزاع ويطبق القانون المزمع عدم دستوريته، لمزيد من التفاصيل أنظر: عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 291.

² عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 291.

الدعوى، أمام الجهات القضائية التابعة للنظام القضائي العادي أو الجهات القضائية التابعة للنظام القضائي الإداري، طبقاً لأحكام المادة 195 (الفقرة الأولى) من الدستور".

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد نص صراحة على من له الحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية عكس نظيره الفرنسي الذي لم يشر إلى ذلك في المادة 1-23 من القانون العضوي رقم 1523-2009¹، بخلاف المشرع المغربي الذي ذكره الآخر صراحة في المادة 02 من مشروع القانون التنظيمي 86/15 أن تقديم الدفع بعدم الدستورية يكون من قبل أطراف الدعوى، وهو ما قام به كذلك المشرع المصري في الفقرة (ب) من المادة 29 من القانون رقم 48 لعام 1979 المتعلق بالمحكمة الدستورية العليا، حيث استعمل عبارة أحد الخصوم.

وعند تفسير المقصود بعبارة "أطراف الدعوى" وجدنا أنه يوجد من الفقه من فسرها تفسيرا ضيقا (أولاً)، وهناك من فسرها تفسيرا واسعا (ثانياً).

أولاً: التفسير الضيق لعبارة "أطراف الدعوى"

ذهب جانب من الفقه إلى أن معنى عبارة "أطراف الدعوى" ينصرف إلى المدعي والمدعى عليه في الدعوى القضائية التي أثير بصدها الدفع بعدم الدستورية لأنهم هم الطرفين الأساسيين فيها، ولا يهم من كان في هاذين المركزين، فقد يكون شخصا بالغاً أو قاصراً، مواطناً أو رعية أجنبية كما قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً² سواء كان عاملاً أم خاصاً.

¹ مصطفى محمود إسماعيل، المسألة الأولية الدستورية في التشريع الفرنسي، مرجع سابق، ص 9.

² شامي ياسين، لعروسي أحمد، آلية الدفع بعدم الدستورية (قراءة في نص القانون العضوي رقم 16-18 المحدد لشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية)، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانه، غليزان، المجلد 8، العدد 1، 2019، ص 12.

ولكن مع ضرورة أن يتوافر في مقدم الدفع شرط المصلحة الشخصية المباشرة، والتي يقصد بها هنا أن ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الفصل في الدفع بعدم الدستورية لازماً للفصل في النزاع.

وعليه لا تقبل الخصومة الدستورية (الدفع بعدم الدستورية) من غير الأشخاص الذي يمسهم الضرر من جراء سريان النص القانوني المطعون فيه عليهم، سواء كان هذا الضرر وشيكاً أم وقع فعلاً¹.

ومنه فإن الدفع بعدم الدستورية يثار في الدعوى المدنية من طرف المدعي أو المدعى عليه، سواء بصفة شخصية أو عن طريق التمثيل بوكيل خاص أو بمحامي كما جرى به العمل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبالنسبة للمدعي والمدعى عليه يثور التساؤل عما إذا كان يجوز لطرف في الدعوى أن يدفع بعدم الدستورية لمصلحة غيره من أطراف الدعوى؟

تطبيقاً لنص المادة 18 من القانون العضوي رقم 22-19 سالف الذكر التي أحالت على أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية، فإن هذه الأخيرة تقضي بأنه لا يجوز لطرف التمسك بدفع شكلي أو موضوعي مقرر لخصمه، ولذلك لا يجوز لمتهم في دعوى عمومية أو مدعى عليه في قضية مدنية أن يتمسك بدفع بعدم الدستورية لحكم تشريعي أو تنظيمي ينتهك الحقوق والحريات، التي يضمنها الدستور لفائدة الضحية أو الطرف المدني أو المدعي في الدعوى المدنية لأنه عديم المصلحة فيه، ومع ذلك يجوز للمسؤول المدني أو الضامن أن يثير دفعا بعدم الدستورية، حينما يكون ذلك لفائدة المتهم في الدعوى العمومية أو المؤمن له في الدعوى المدنية، إذا كان ذلك يهدف إلى إسقاط المتابعة أو المسؤولية عنه لإسقاط مطالبته بالضمان في التعويض .

¹ إبراهيم محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 174.

أما في المادة الجزائية فإن إثارة الدفع تخول للمتهم والطرف المدني والمسؤول المدني، إلا أنه قد تثار إشكالية قبول الدفع من قبل الضحية التي لم تعلن تأسيسها طرفاً مدنياً طبقاً للإجراءات المقررة لذلك في قانون الإجراءات الجزائية، والجواب عن ذلك، هو أن الضحية التي لم تتأسس طرفاً مدنياً أمام القاضي الجزائي لا تكون طرفاً في الدعوى المدنية التبعية للدعوى العمومية، لكنها طرف في الدعوى العمومية بصفتها ضحية وهي مخول لها إثارة الدفع في الدعوى التي هي ضحية فيها¹.

ثانياً: التفسير الواسع لعبارة " أطراف الدعوى "

ذهب جانب كبير من الفقه إلى تفسير عبارة " أطراف الدعوى " تفسيراً واسعاً وذلك لأن المشرع استعمل عبارة أطراف المحاكمة في المادة 195 من الدستور²، وكذا المادة 15 من القانون العضوي رقم 22-19 سالف الذكر، وهذه العبارة لها معنى واسع إذا ما قرن بلفظ أطراف الخصومة والذي يقتصر حسب رأيهم على المدعي والمدعى عليه فقط³، حيث أن عبارة " أطراف الدعوى " تشمل بالإضافة إلى هاذين الطرفين كل الأطراف المرتبطة بمسار النزاع أو الخصومة مهما كان مركزهم، مع منع قضاة الحكم وقضاة النيابة العامة أو محافظ الدولة من هذا الحق كم سبق توضيحه تكريساً لمبدأ الحياد حسب ما نصت عليه المادة 17 من القانون العضوي 22-19 السالف الذكر.

وينصرف هذا المعنى الواسع للمدخل في الخصام حيث يجوز له أن يقدم دفعا بعدم الدستورية لكونه أجبر على الدخول في النزاع، وهو ما يجعل صاحبه شبيهاً بمركز المتقاضين، أي بالإمكان مخاصمته كطرف أصلي في الخصومة، مما يسمح له بإثارة الدفع

¹ دغلاش عبد الكريم، معالجة الدفع بعدم الدستورية، مرجع سابق، ص 7.

² وهي نفس العبارة التي كان يستعملها في المادة 189 من التعديل الدستوري لعام 2016.

³ عائشة لزرق، لعيداني سهام، الدفع بعدم الدستورية كآلية إخطار لتفعيل دور المجلس الدستوري في مجال الحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 188.

بعدم الدستورية في حال ما اتضح إمكانية مساس الحكم المرتبط بجوهر النزاع بأحد حقوقه وحياته الأساسية التي يكفلها الدستور.

أما بالنسبة للمتدخل فبعد أن ذهب بعض الفقه للقول أنه لا يحق له إثارة الدفع بعدم الدستورية من منطلق أنه يدعم إدعاءات الخصوم و تأييد موقفها في الخصومة، وبالتالي اختلاف مركزه القانوني في النزاع وتأثيره عليه مقارنة بالمدخل¹، فإن المشرع الجزائري ذهب عكس هذا الرأي في القانون العضوي رقم 19-22 سالف الذكر، حيث سمح لكل شخص له مصلحة أن يتدخل في إجراء الدفع بعدم الدستورية؛ سواء أكان ذلك أمام الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع وذلك قبل إصدارها لقرار إرسال الدفع بعدم الدستورية²، أو أمام المحكمة الدستورية وذلك قبل وضع الدفع في المداولة³.

ولكن هل ينصرف التفسير الواسع لعبارة "أطراف الدعوى" للنيابة العامة؟ بتعبير آخر هل يجوز لهذه الأخيرة أن تقدم دفعا بعدم الدستورية؟

في النظام القانوني الجزائري وفي ظل القانون العضوي رقم 16-18 الملغى فإن المشرع الجزائري لم يبين صراحة مدى تمتع النيابة العامة بحق إثارة الدفع بعدم الدستورية، وهو ما دفع الفقه للقول بأن المشرع منعها ضمنا من هذا الحق، حينما قصر دورها على تقديم الرأي بخصوص الدفع وذلك بموجب المادة 15 من هذا القانون العضوي.

¹ باهي هشام، ماحي وسيلة، ضوابط الدفع بعدم الدستورية القوانين أمام القضاء وفقا لأحكام القانون العضوي رقم 16-18، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، المجلد 7، العدد 2، 2020، ص 224.

² تنص المادة 22 من القانون العضوي رقم 19-22 على ما يلي: " يمكن كل شخص أن يتدخل في إجراء الدفع بعدم الدستورية، أمام الجهة القضائية المعنية، بتقديم مذكرة مكتوبة منفصلة ومعللة وفقا لأحكام المادتين 19 و 21 من هذا القانون العضوي، قبل إصدار الجهة القضائية قرارها في إرسال الدفع بعدم الدستورية، وفي حالة قبول طلبه، يخضع الطرف المتدخل لنفس الإجراءات التي تخضع لها الأطراف".

³ تنص المادة 39 من القانون العضوي رقم 19-22 على ما يلي: " يمكن كل شخص أن يتدخل في إجراء الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية، بمذكرة مكتوبة ومعللة وفقا لأحكام المادة 21 من هذا القانون العضوي وذلك قبل وضع الدفع في المداولة".

وكان سبب هذا المنع هو أن دور النيابة العامة يقتصر على الدفاع على التطبيق الحسن للقانون، لذلك لا يتصور أن يكون من مصلحتها الدفع بعدم دستورية قانون ما¹. وحسب الفقه فإن هذا المنع لم يكن ينصرف للدعاوى التي تكون النيابة العامة طرفاً أصلياً فيها، وذلك كالدعاوى الجزائية والدعاوى المتعلقة بشؤون الأسرة، والدعاوى التي ينص القانون صراحة على رفع الدعوى المدنية من النيابة العامة أو ضدها كما هو الحال في قضايا الجنسية والحالة المدنية، ففي هذه الدعاوى يجوز لها أن تقدم دفعا بعدم الدستورية لكونها تعد طرف من أطراف الدعوى².

أما في ظل القانون العضوي رقم 19-22 الجديد فإن المشرع الجزائري قد بين موقفه صراحة من مسألة مدى تمتع النيابة العامة بحق إثارة الدفع بعدم الدستورية، حيث منعها صراحة من ممارسته مهما كانت صفتها في الدعوى، سواء كانت طرفاً أصلياً أو غير ذلك، وهذا راجع لأن المادة 17 الذي نصت على هذا المنع جاءت عباراتها عامة تشمل كل المراكز التي يمكن أن تكون النيابة العامة طرفاً فيها، حيث جاء مضمون المادة كما يلي: "لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية، تلقائياً، من طرف قاضي الحكم وقاضي النيابة العامة أو محافظ الدولة.

غير أنه، يمكن قضاة النيابة العامة أو محافظ الدولة، بناء على طلب المحكمة الدستورية، تقديم ملاحظات كتابية حول الدفع بعدم الدستورية".

ويرجع سبب هذا المنع إلى تقدير المشرع الجزائري إلى أن الدفع بعدم الدستورية هو آلية مقررة للأفراد لحماية حقوقهم وحررياتهم المضمونة دستورياً، ومن ثم فهو مرتبط بها

¹ أوكيل محمد الأمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء الثاني، جوان 2018، ص 105.

² دغلاش عبد الكريم، المرجع السابق، ص 7.

وجودا وعدما، وعليه فلا يتصور أن تتمتع به النيابة العامة لكونها لا تعتبر من الأفراد ومن ثم عدم تمتعها بحقوقهم وحررياتهم الأساسية المنصوص عليها في الدستور.

ولكن منع النيابة العامة من إثارة الدفع بعدم الدستورية لا يعني حرمانها من أي دور فيه، بل أتاح لها المشرع بموجب الفقرة 2 من المادة 17 سابقة الذكر تقديم ملاحظات كتابية عندما تطلب منها المحكمة الدستورية ذلك.

كما اشترط بموجب الفقرة الأولى من المادة 20 من نفس القانون العضوي وجوب استطلاع رأيها بخصوص إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، حيث جاء في هذه الفقرة ما يلي: " تفصل الجهة القضائية المثار أمامها الدفع، فورا، وبموجب قرار مسبب، في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، حسب الحالة، بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة".

أما في النظام القانوني الفرنسي نجد أن المشرع نص هو الآخر على أن دور النيابة العامة في المسألة الأولية الدستورية يقتصر على تقديم الرأي، حيث نصت الفقرة 2 من المادة 23-1 من القانون العضوي رقم 1523-2009 على ما يلي:

«Devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis »

وبناء على هذه الفقرة فإن النيابة العامة في فرنسا لا يمكنها أن تثير المسألة الأولية الدستورية من تلقاء نفسها، من منطلق أنها ليست طرفا رئيسيا في الدعوى، وإنما يقتصر دورها على التعريف برأيها حول تطبيق القانون¹، وبمفهوم المخالفة فإنه عندما تكون النيابة العامة طرفا رئيسيا في الدعوى فإنه يمكنها حينئذ أن تثير المسألة الأولية الدستورية، وهذا

¹ محمد أتركين، المرجع السابق، ص 40.

ما كشفته المناقشات البرلمانية للقانون العضوي المحدد لكيفية تطبيق المادة 61-1 من الدستور.

وما يدعم هذا الاستنتاج قرار المجلس الدستوري رقم 595-2009 المؤرخ في 2009/12/03 المتعلق بتفسير المادة 61-1 من الدستور، والذي ضيق من خلاله المجلس من نطاق الأطراف التي لها الحق في إثارة المسألة الأولية الدستورية، حيث قرر أن هذا الحق متاح لكل متقاضٍ (tout justiciable) حيث جاء في المادة 3 من هذا القرار ما يلي:

« considèrent, d'une part le constituant a ainsi reconnu à tout justiciable le droit de soutenir, à l'appui de sa demande, qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit»¹

وبهذا يكون المجلس الدستوري الفرنسي قد استبعد النيابة العامة من حق إثارة المسألة الأولية الدستورية حينما حصر حق إثارتها على المتقاضين أطراف الدعوى فقط.

وما تنبغي الإشارة إليه أن الرأي الذي تقدمه النيابة العامة في المسألة الأولية الدستورية في فرنسا هو رأي مؤثر غالبا، وهو ما أشار إليه النائب العام بمحكمة النقض الفرنسية Jean- Claude Marin الذي صرح بأن 85% من قرارات الإحالة التي رفعت من محكمة النقض للمجلس الدستوري كانت مبنية في الأساس على الرأي المقدم من النيابة العامة، وترتفع هذه النسبة إلى 95% في الدعاوى الجزائية².

أما بالنسبة للنظام القانوني المغربي وجدنا أن المشرع المغربي لم يكتفي بذكر أن تقديم الدفع بعدم الدستورية هو حق متاح لأطراف الدعوى، بل فصل في الفقرة 2 من المادة 02 من مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور المقصود بأطراف الدعوى، حيث أنه يشمل كل مدعي أو مدعى عليه في

¹ قرار منشور في: <http://www.conseil.constitution.fr>، تاريخ التصفح: 2022/05/30.

² عبد العزيز النويضي، المرجع السابق، ص 171.

قضية معروضة على المحكمة، وكل متهم أو مطالب بالحق المدني أو المسؤول المدني في الدعوى العمومية.

ومما سبق يتضح أن المشرع المغربي كان صريحا في تحديد الأشخاص الذين لهم حق إثارة الدفع بعدم الدستورية دون الإشارة إلى النيابة العامة، وفي هذا الشأن يقول الأستاذ عبد العزيز النويضي أن النيابة العامة مبدئيا تدافع عن القوانين الجاري بها العمل و نتيجة لذلك، لا نتصور إمكانية مبادرتها للدفع بعد دستورية قانون ولكنها يمكن أن تبدي رأيها في دفع معين إذا توافرت فيه الشروط الواجبة إما بتأييد أو بالمعارضة فإبداء الرأي في الدفع هو الدور الرئيسي للنيابة العامة¹.

إلا أن القاضي الدستوري المغربي من خلال قرار المحكمة الدستورية رقم 70-18 المؤرخ في 2018/03/06² قد قرر عدم دستورية الفقرة 2 من المادة 2 بحجة أنه يخالف الفقرة الأولى من الفصل 133 من الدستور التي جعلت هذا الحق مقرر لكل أطراف الدعوى دون تحديد، وبالتالي فإن هذه الفقرة تحرم النيابة العامة من مباشرة الدفع بعدم الدستورية في الدعاوى المدنية والجزائية التي تكون فيها طبقا لقانون المسطرة المدنية والجزائية طرفا رئيسيا أو منضما كطرف في الدعوى.

المطلب الثاني

الشروط الموضوعية اللازمة لقبول الدفع بعدم دستورية القوانين

لم تكتفي الأنظمة القانونية محل الدراسة خاصة اللاتينية منها بشرط أن يتوافر الدفع بعدم دستورية القوانين على الشروط الشكلية سابقة الذكر، بل اشترطت أن تتوافر

¹ عبد العزيز النويضي، نفس المرجع، ص 170.

² قرار منشور بموقع <https://www.cour-constitutionnelle.ma> تاريخ التصفح: 2022/05/30.

إلى جانبها مجموعة من الشروط الموضوعية، والتي إذا تخلفت كلها أو تخلف أحدها كان مصير الدفع هو عدم قبوله من طرف الجهة القضائية التي أثير أمامها.

وتتمثل الشروط الموضوعية التي اشترطتها الأنظمة القانونية محل الدراسة في ضرورة أن يكون النص القانوني المعترض عليه هو الذي يتوقف عليه النزاع ويكون ينتهك الحقوق والحريات المضمونة دستوريا (الفرع الأول)، وكذا شرط أن لا يكون النص القانوني المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور (الفرع الثاني)، وأخير ضرورة أن يتسم الدفع بعدم الدستورية بالجديّة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

أن يكون النص القانوني الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات

التي يضمنها الدستور

يعد شرط أن يكون النص القانوني المعترض عليه هو الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور أول شرط موضوعي وضعته الأنظمة القانونية اللاتينية لقبول الدفع بعدم الدستورية بخلاف نظيرتها الإنجلوسكسونية، حيث نجد أن المشرع الفرنسي نص على هذا الشرط في المادة 23-2 من القانون العضوي رقم 1523-2009 والتي جاء فيها:

« La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au conseil d'état ou a la cour de cassation .Il est procédé à cette transmission si les conditions suivant sont remplies : »

« 1 :la déposition contestée est applicable au litige ou à la procédures¹,ou constitue le fondement des poursuites »

¹ انفرد المشرع الفرنسي مقارنة بنظيره الجزائري والمغربي بهذا العنصر، حيث أنه وسع من نطاق إعمال الدفع بعدم الدستورية لتشمل حتى القوانين الإجرائية التي تشكل مساسا بالحقوق والحريات المضمونة دستوريا، لمزيد من

أما في النظام القانوني الجزائري فنجد أن المؤسس الدستوري نص عليه في المادة 195 من الدستور والتي جاء فيها " يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة ، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور".

كما نص المشرع على هذا الشرط في المادة 21 القانون العضوي رقم 22-19 المحدد لإجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية والتي جاء في المطة الأولى منها ما يلي: " يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، إذا تم استفاء الشروط الآتية:

- أن يتوقف على الحكم التشريعي أو التنظيمي المعارض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة".

وبدوره تبنى المؤسس الدستوري المغربي ذات الشرط، حيث ورد في الفصل 133 من الدستور ما يلي: "تختص المحكمة الدستورية بالنظر 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 والحرريات التي يضمنها الدستور".

وبناء على هذا نص المشرع المغربي في المطة الخامسة من المادة 5 من مشروع القانون التنظيمي رقم 86-15 على ما يلي: " يجب تحت طائلة عدم القبول من قبل المحكمة المعروض عليها النزاع، إثارة الدفع بعدم الدستورية بواسطة مذكرة كتابية تتوفر الشروط التالية:

التفاصيل أنظر: بركات أحمد، الدفع بعدم دستورية القوانين ضرورة لبناء دولة الحق والقانون، مرجع سابق، ص

- أن يكون القانون موضوع الدفع هو الذي تم تطبيقه أو يراد تطبيقه من لدن المحكمة في الدعوى أو المسطرة أو يشكل أساس المتابعة، حسب الحالة؛...".

فيبدو من كل هذه النصوص القانونية أن شرط أن يكون النص القانوني المعترض عليه هو الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمها الدستور ينقسم إلى جزئيين، الجزء الأول يتمثل في ضرورة أن النص القانوني المعترض يتوقف عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة (أولاً)، أما الجزء الثاني فيتمثل في ضرورة انتهاك النص القانوني المعترض عليه للحقوق والحريات التي يضمها الدستور (ثانياً).

أولاً: أن يكون النص القانوني المعترض عليه يتوقف عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة

يذهب كثير من الفقه إلى أن المقصود بشرط أن يكون النص القانوني المعترض عليه يتوقف عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة، هو القانون الواجب التطبيق على النزاع أو على الإجراءات التي تشكل أساس المتابعات في الدعاوى العمومية، فمن الضروري وجود علاقة مباشرة محددة بين الدفع المثار والدعوى الأصلية المرفوعة أمام الجهة القضائية¹، ومن ثم فإن الدفع بعدم الدستورية التي لا ترتبط بالنص القانوني الذي يتوقف عليه مآل النزاع أو التي تشكل أساس المتابعات يكون مصيرها عدم القبول.

لكن بالتعمق في مضمون هذا الشرط نجد أن معناه أعمق من المعنى السابق، وذلك لأنه ينصرف في الدعاوى المدنية إلى النص القانوني الذي يحتج به كل خصم في الدعوى في مواجهة خصمه سواء في الإدعاء الأصلي الذي يقدمه المدعي، أو في الرد على هذا الإدعاء من

¹ مسعود شيهوب، تأثير الدفع بعدم دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 8.

طرف المدعى عليه، كما قد ينصرف إلى النص القانوني الذي يحتج به المدخل في الخصومة لدعم موقفه في الدعوى.

وذلك لأننا لا نستطيع أن نصل إلى القول أن هذا النص القانوني هو الذي يتوقف عليه مآل النزاع بمعنى هو النص الحاسم إلى بعد أن تكون القضية جاهزة للفصل فيها، بعد استنفاد كل إجراءاتها من تبادل للمذكرات وإجراء التحقيق القضائي اللازم، في حين أن الدفع بعدم الدستورية قد يثار في مرحلة متقدمة من الدعوى ومن ثم لا تكون قد ترسخت بعد لدى القاضي قناعة بالنص القانوني الذي سيطبقه من أجل حل النزاع.

أما في دعاوى العمومية فإن شرط أن يكون النص القانوني المعارض عليه يشكل أساس المتابعة ينصرف معناه إلى النص القانوني الذي يشكل أساس المتابعة أي النص الجزائي الذي حركت على أساسه الدعوى العمومية، مهما كانت طريقة تحريكها، أي هو النص القانوني الذي أخطرت على أساسه جهة الحكم بالمتابعة، عن طريق أمر أو قرار إحالة أو استئناف أو استدعاء مباشر أو ممثل فوري، أما في مرحلة التحقيق فهو النص القانوني الوارد في الطلب الإفتتاحي أو قرار الإتهام¹.

ثانياً: أن يكون النص القانوني المعارض عليه ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور

لم تكتفي النظم القانونية اللاتينية لقبول الدفع بعدم الدستورية ضرورة أن يكون النص القانوني محل الدفع يتوقف عليه مآل النزاع، بل اشترطت كذلك ضرورة إثبات أن النص القانوني ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وبهذا تكون هذه النظم القانونية قد ضيققت من مجال النصوص القانونية التي يمكن تكون محلاً للدفع بعدم دستورتها إذ جعلتها مقيدة بالقواعد الدستورية التي تضمن حقوق وحرريات الأفراد دون

¹دعلاش عبد الكريم، المرجع السابق، ص 9-10.

بأبي النصوص الدستورية الأخرى، وهذا رغبة منها في التقليل من الدفع التي قد تهدد الإستقرار القانوني للدولة¹.

وعليه فإنه لا يمكن أن تكون محلاً للدفع بعدم الدستورية في الجزائر وفرنسا والمغرب النصوص القانونية التي تنتهك القواعد الدستورية التي توزع الاختصاص بين السلطات في الدولة، وكذا القواعد التي تحدد مجال كل من القانون والتنظيم وكذا القواعد المتعلقة بالهيئات الرقابية والإستشارية.

وعليه فإنه إذا استطاع مقدم الدفع بعدم الدستورية إثبات أن النص القانوني المعترض عليه والذي يتوقف عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة، ينتهك الحقوق والحريات المضمونة دستورياً يكون قد أثبت أمرين لازمين لقيام شرط المصلحة الشخصية اللازمة لقبول دعاوى القضاة المنصوص عليه في المادة 13 ق.إ.م.إ. وهما، إثبات أن ضرر قد لحقه أو يوشك أن يلحق به ولكنه مؤكد الوقوع، والأمر الثاني هو إثبات أن سبب الضرر الواقع أو محقق الوقوع في المستقبل ناتج عن النص القانوني المطعون فيه².

وقد انتقد الفقه هذا التضييق في إعمال آلية الدفع بعدم الدستورية في هذه الدول الثلاث، وذلك على أساس أن القواعد الدستورية التي لا يجوز الاستناد إليها في الدفع بعدم الدستورية كثيرة للغاية، ولا يمكن الاستهانة بها إذ أنها تمثل جوهر الدستور، وهو ما ذهبت إليه الدول الإنجلوسكسونية التي نجد أن نظمها القانونية قد فتحت المجال لتوجيه الدفع بعدم الدستورية ضد أي نص قانوني، فعلى سبيل المثال نجد أن النظام القانوني المصري أعطى لكل شخص حق الدفع بعدم دستورية أي قانون أو لائحة تضمن انتهاكاً لأي نص أو مبدأ دستوري بغض النظر عن مضمونه وفحواه؛ وذلك تطبيقاً لمبدأ عينية

¹ عائشة لزرق، لعيداني سهام، المرجع السابق، ص 189.

²-فتحي سرور، المرجع السابق، ص 203.

الدعوى الدستورية، وتغليباً للمصلحة العامة الأولى بالرعاية، تلك المصلحة التي تقتضي مواجهة ودفع أي اعتداء تشريعي على نصوص الدستور¹، وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر 2017/12/24 والذي جاء فيه "الخصومة في الدعوى الدستورية، وهي بطبيعتها من الدعاوى العينية قوامها مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور تحريماً لتطابقها معها إعلاءاً للشرعية الدستورية، ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الدعوى الدستورية أو هي بالأحرى محلها، وإهدارها بقدرتها ترها مع أحكام الدستور هي الغاية التي تبتغها هذه الخصومة"².

وما تجدر الإشارة إليه أن المقصود بالحقوق والحريات المضمونة دستورياً في الدول اللاتينية محل الدراسة، لا يقتصر فقط على الحقوق والحريات المنصوص عليها في القواعد الدستورية بالمعنى الشكلي الدقيق والتي ترد عادة في باب واحد³، وإنما يشمل حتى تلك المنصوص عليها في مواطن أخرى من الدستور، وكذا المنصوص عليها في ديباجة الدستور بإعتبارها جزء لا يتجزأ من الدستور⁴، بل أن الأمر في فرنسا يشمل حتى الحقوق والحريات المنصوص عليها في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 وديباجة دستور 1946⁵ وميثاق البيئة الصادر عام 2004 والذي تم دستورته في التعديل الدستوري لعام 2008، وكذا المبادئ والأحكام التي يستنتجها باستمرار، وهي المبادئ التي أضفى عليها المجلس الدستوري

¹ مصطفى محمود إسماعيل، المرجع السابق، ص 18.

³ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 53 لسنة 2017 منشور في موقع

<https://www.sccourt.gov.eg> تاريخ التصفح: 2022/06/01.

³ على سبيل نص المؤسس الدستوري على الحقوق والحريات في الفصل الأول من الباب الثاني من الدستور والذي يحمل عنوان "الحقوق الأساسية والحريات العامة والواجبات"، حيث يبدأ هذا الفصل من المادة 34 وينتهي عند المادة 77.

⁴ عبد العزيز النويضي، المرجع السابق، ص 127.

⁵ من بين الحقوق والحريات التي نصت عليها ديباجة دستور 1946 الحرية النقابية واستقلال الجامعات، لمزيد من التفاصيل أنظر: مصطفى محمود إسماعيل، المرجع السابق، ص 20.

القيمة الدستورية والتي تدخل تحت نطاق ما يسمى بالكتلة الدستورية (Bloc de constitutionnalité)¹.

الفرع الثاني

أن لا يكون النص القانوني المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور

يعتبر شرط أن لا يكون النص القانوني المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور ثاني شرط موضوعي لقبول الدفع بعدم الدستورية، وللتعرف على هذا الشرط لابد من تحديد مضمونه (أولاً)، وكذا التعرف على الاستثناء الوارد عليه والذي نصت عليه الأنظمة القانونية (ثانياً).

أولاً: مضمون شرط أن لا يكون النص القانوني المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور

يقصد بشرط أن لا يكون النص القانوني المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور أن النصوص القانونية التي سبق للهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين التصريح بمطابقتهما للدستور لا يجوز الاعتراض على تطبيقها عن طريق آلية الدفع فيها بعدم الدستورية.

ونظراً لأهمية هذا الشرط وجدنا أن الأنظمة القانونية للدول اللاتينية محل الدراسة قد نصت عليه صراحة بخلاف نظيرتها الإنجلوسكسونية، فكان المشرع الفرنسي² هو السباق في النص عليه بموجب المطة الثانية من المادة 23-2 من القانون العضوي رقم 1523-2009 والتي جاء فيها:

¹ سعيد بوالشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، مرجع سابق، 294.

² يعبر عن شرط أن لا يكون النص القانوني المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور في فرنسا كذلك بالطابع الجديد للمسألة الأولية الدستورية (la question est nouvelle).

«²⁰Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances;.. »

أي لا يكون قد سبق للمجلس الدستوري قد صرح بمطابقة الحكم التشريعي محل المسألة الأولى الدستورية بمطابقته للدستور، باستثناء تغير الظروف.

وهو نفس ما نص عليه المشرع الجزائري في المطة الثانية من المادة 21 من القانون العضوي 19-22 سالف الذكر والتي جاء فيها "ألا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية باستثناء حال تغير الظروف".

وسار المشرع المغربي على نفس المنوال، حيث ورد في المطة السابعة من المادة 5 من مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 ما يلي: "ألا يكون قد سبق البت بمطابقة القانون محل الدفع للدستور، ما لم تتغير الأسس التي تم بناء عليها البت المذكور".

ويجد هذا الشرط أساسه في كون قرارات الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين هي غير قابلة للطعن وهي ملزمة لكل السلطات العامة في الدولة وذلك لكونها لديها حجية مطلقة، حيث جاء في المادة 62 من الدستور الفرنسي ما يلي:

« Les décisions du conseil constitutionnel e sont susceptibles d'aucun recours.

Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

كما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 198 من الدستور الجزائري ما يلي: "تكون قرارات المحكمة الدستورية نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية".

وفي نفس الاتجاه نص الفصل 134 من الدستور المغربي : " لا تقبل قرار المحكمة الدستورية أي طريق من طرق الطعن ، وتلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية"

وتسهيلا لمهمة الجهات العمومية وخاصة للجهات القضائية التي تثار أمامها المسألة الأولية الدستورية، وضعت مصالح المجلس الدستوري الفرنسي ملف يتضمن كل المقتضيات القانونية التي تمت مراجعتها منذ عام 1959 والتي تم التصريح بمطابقتها أو مخالفتها للدستور¹، وهو ما لا نجده في الجزائر، ولكن رغم ذلك يمكن وضع قائمة عامة للنصوص القانونية التي لا يمكن أن تكون محلا للدفع بعدم الدستورية لكون أن المجلس الدستوري سابقا أو المحكمة الدستورية حاليا سبقا لهما التصريح بمطابقتها للدستور، وتضم هذه القائمة ما يلي:

-القوانين العضوية، لكونها تخضع لرقابة مدى دستورتها وجوبا قبل أن يتم إصدارها².

-النظام الداخلي لغرفتي البرلمان لكونها يخضع للرقابة الوجوبية لمدى مطابقتها للدستور³.

¹ محمد أتركين، المرجع السابق، ص 58.

² تنص الفقرة 5 من المادة 190 من الدستور على ما يلي: " يخطر رئيس الجمهورية المحكمة الدستورية وجوبا، حول مطابقة القوانين العضوية للدستور بعد أن يصادق عليها البرلمان...".

³ جاء في الفقرة 6 من المادة 190 من الدستور ما يلي: " تفصل المحكمة الدستورية في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور،...".

-القوانين العادية والتنظيمات التي سبق للمجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية أن قررا مطابقتها للدستور، بعدما تم إخطارهما من قبل السلطات التي تملك سلطة الإخطار الجوازي¹.

-الأحكام التشريعية والتنظيمية التي سبق للمجلس الدستوري سابقا أو المحكمة الدستورية حاليا تقرير مطابقتها للدستور، بعد فصلهما في الدفوع بعدم الدستورية التي رفعت ضد هذه الأحكام، وتعتبر هذه الطائفة أكثر الحالات التي رفضت على أساسها المحكمة الدستورية² العديد من الدفوع، حيث وجدنا أنها منذ تنصيبها أصدرت 28 قرار يقضي برفض الدفع بعدم الدستورية لسبق الفصل بدستورية النص القانوني محل الدفع، حيث يعد القرار رقم 03/ق.م د/د ع د/21 المؤرخ في 5 ديسمبر 2021³ أول قرار تصدره المحكمة في هذا الشأن، وهو يتعلق بمدى دستورية الفقرة الأولى من المادة 633 ق.إ.م.إ، والتي سبق للمحكمة الدستورية أن قررت مطابقتها للدستور بموجب قرارها رقم 02/ق.م د/د ع د/21 المؤرخ في 5 ديسمبر سنة 2021.

وفي عام 2022 أصدرت المحكمة الدستورية 27 قرار كلها قضت برفض الدفوع بعدم الدستورية بحجة سبق الفصل بمطابقة النصوص القانونية محل الدفع للدستور نتيجة الفصل في الدفوع بعدم الدستورية الموجهة ضدها، حيث نجد 25 قرار موضوعها واحد وهي

¹تنص المادة 190 من الدستور في الفقرتين 2 و3 على ما يلي: "يمكن إخطار المحكمة الدستورية بشأن دستورية المعاهدات قبل التصديق عليها، والقوانين قبل إصدارها.

يمكن إخطار المحكمة الدستورية بشأن دستورية التنظيمات خلال شهر من تاريخ نشرها".

وقد حددت المادة 193 من الدستور الجهات التي تملك سلطة إخطار المحكمة الدستورية، حيث جاء في مضمونها "تخطر المحكمة الدستورية من رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو من الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة.

يمكن إخطارها كذلك من أربعين (40) نائبا أو خمسة وعشرين (25) عضوا في مجلس الأمة".

² لم نجد أي قرار للمجلس الدستوري قضى برفض دفع من الدفوع بعدم الدستورية لسبق تقرير مطابقة النص القانوني محل الدفع للدستور نتيجة الفصل في الدفع بعدم الدستورية الموجه ضده.

³ أنظر الجريدة الرسمية العدد 4 لعام 2022، ص 7، والجريدة الرسمية العدد 54 لعام 2022، ص 14-3.

سبق تقرير مطابقة المادة 73-4 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، للدستور، وذلك بموجب القرار رقم 01/ق.م د/د ع د/ 22 المؤرخ في 26 جانفي 2022¹، بينما نجد أن القرار رقم 3/ق.م د/د ع د/ 22 المؤرخ في 26 جانفي 2022² موضوعه مختلف عن سابقه، والذي قضت بموجبه المحكمة الدستورية برفض الدفع بعدم الدستورية الموجه ضد الفقرة الأولى من المادة 633 ق.إ.م.إ، والتي رأينا سابقا أن المحكمة سبق وأن قضت بمطابقتها للدستور بموجب قرار الصادر في 5 ديسمبر سنة 2021.

كما نجد أن القرار رقم 28/ق.م د/د ع د/ 2022 المؤرخ في 23/03/2022³ موضوعه أيضا مختلف عن سابقه، وذلك لأن المحكمة الدستورية قضت فيه برفض الدفع بعدم الدستورية الموجه ضد 21 من القانون رقم 90-04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، وذلك لسبق تصريح المحكمة الدستورية بمطابقتها للدستور بموجب قراره الصادر في 23/03/2022.

ثانيا: الاستثناء الوارد على شرط أن لا يكون النص القانوني المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور

لقد اتفق المشرع في كل من الجزائر، فرنسا والمغرب على أن شرط أن لا يكون النص القانوني المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور ليس شرطا مطلقا، وإنما يرد عليه استثناء وهو أنه يجوز أن يوجه دفع بعدم الدستورية ضد نص قانوني بالرغم من سبق تقرير مطابقته للدستور متى تغيرت الظروف، والتي يقصد بها "ذلك الاستثناء من الوضعيات القانونية المكتسبة بشكل مشروع و تؤدي إلى إعادة النظر في دستورية نص قانوني سبق للهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين أن صرحت بمطابقته للدستور"⁴.

¹ أنظر الجريدة الرسمية العدد 34 لعام 2022، ص 8-50، والجريدة الرسمية العدد 54 لعام 2022، ص 3-14.

² أنظر نفس الجريدة الرسمية العدد 34 لعام 2022، ص 50.

³ أنظر نفس الجريدة الرسمية العدد 54 لعام 2022، ص 14.

⁴ محمد أتركين، المرجع السابق، ص 62.

ولتحديد المقصود بتغير الظروف عرفها المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم 2009-595 الصادر بتاريخ 2009/12/03 بأنها التغيرات الطارئة منذ القرار الأخير على المبادئ الدستورية المطبقة أو على ظروف القانون أو الواقع و التي تؤثر على مدى المقتضى التشريعي المنتقد¹.

وعليه يبدو من هذا القرار أن المجلس الدستوري الفرنسي لم يحصر نظرية تغير الظروف نتيجة تعديل الدستور أو تعديل القانون، وإنما تجاوزها حسب وصفه إلى الظروف الواقعية، الأمر الذي يضي على الدعوى الدستورية المتعلقة بالمسألة الأولية الدستورية حجية نسبية، عكس ما يتمتع به القرار الصادر بعدم الدستورية فله حجية مطلقة²، وهو ما ذهبت إليه كذلك المحكمة الدستورية المغربية في قرارها رقم إلى 18-70 سالف الذكر إلى أن القوانين التنظيمية المتعلقة بمجلسي البرلمان يمكن أن يدفع بعدم دستورتها رغم سبق البث في دستورتها متى تغيرت ظروف القانون أو الواقع³.

وبناء على هذا تم قبول المسألة الأولية الدستورية في فرنسا التي تقدمت بها " Marine Le Pen " زعيمة حزب الجبهة الوطنية ضد أحكام تشريعية سبق للمجلس الدستوري أن قرر مطابقتها سابقا للدستور، وذلك بسبب تغير الظروف المحيطة بها التي مست الحياة السياسية و التنظيم المؤسسي للدولة والتي جعلتها من جديد تقبل أن تكون محلا لمسألة أولية دستورية⁴.

وبناء على هذا ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن التمسك بحجية أحكام المجلس الدستوري الصادرة وفق نظام رقابة الدستورية السابقة يكون وفق ثلاث ضوابط

¹ محمد أتركين، نفس المرجع ، ص 62.

² محمد علي سويلم ، الرقابة على دستورية القوانين و تطور الأنظمة الدستورية ، مرجع سابق، ص 113.

³ عبد العزيز النويضي، المرجع السابق، ص 157.

⁴ محمد أعراب، منال بن شناف ، آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة ، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السادس عشر، مارس 2018، ص 16.

أساسية، أولها أن هذه الحجية تكون نافذة بالنسبة للنص التشريعي الذي كان محلاً للرقابة السابقة دون من باقي نصوص المقتضى التشريعي، أما الضابط الثاني فيتمثل في أن هذه الحجية لا تُطبق إلا بالنسبة للقاعدة الدستورية التي تم بحث النص التشريعي وفقاً لها.

أما الضابط الأخير فمفاده أن يتوقف على عدم تغير المجلس الدستوري تفسيره للقاعدة الدستورية بعد إصدار قراره، ومن ثم فإنه إذا تخلف أحد هذه الضوابط فيجوز إثارة المسألة الأولية الدستورية بخصوص نص تشريعي حتى ولو كان المجلس الدستوري سبق له التصريح بمطابقته للدستور¹.

أما في الجزائر وفي غياب قرار للمجلس الدستوري سابقاً أو المحكمة الدستورية حالياً يحدد المقصود بتغير الظروف، فيمكن القول أن المقصود بهذا الاستثناء هو صدور تعديل دستوري يرفع من سقف الحقوق والحريات ويقوم بتوسيعها إلى مجالات أخرى، مما يجعل حكماً تشريعياً أو تنظيمياً سبق التصريح بمطابقته للدستور غير ذلك على ضوء التعديل الدستوري الجديد، ومن ثم إمكانية توجيه دفع بعدم الدستورية ضده.

كما يتحقق هذا الاستثناء إذا كان الحكم التشريعي أو التنظيمي تم تعديله وأصبح في نصه الجديد ينتهك الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور، وبالتالي يمكن الدفع بعدم دستورية هذا النص في تعديله الجديد².

¹Paul Cassia, Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une « question » d'actualité, RFDA, Dalloz, Paris, septembre 2008, P 897.

²- دغلاش عبد الكريم ، المرجع السابق، ص 12.

الفرع الثالث

أن يتسم الدفع بعدم الدستورية بالجديّة

على خلاف الشرطين السابقين فإن الأنظمة القانونية سواء كانت لاتينية أو إنجلوسكسونية متفقة على أنه يلزم لقبول الدفع بعدم الدستورية أن يتسم هذا الأخير بالجديّة، فقد ذهبت المحكمة العليا في و.م.أ في حكم لها صدر عام 1936 إلى أنه لإثارة الدفع بعدم دستورية القوانين لابد أن يكون الدفع جدياً¹.

كما نص المشرع المصري على هذا الشرط في الفقرة (ب) من المادة 29 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية العليا والتي جاء فيها "إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى...".

أما في الأنظمة القانونية اللاتينية وجدنا أن المشرع الفرنسي نص على هذا الشرط في المطة الثالثة من المادة 23-2 من القانون العضوي رقم 1523-2009 سالف الذكر والتي جاء فيها :

«³⁰La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux ».

وبخصوص المشرع الجزائري فقد نص على شرط الجديّة في المطة الثالثة من المادة 21 من القانون العضوي رقم 19-22 سالف الذكر² والتي جاء مضمونها على النحو التالي: "أن يتسم الوجه المثار بالجديّة".

كما نص المشرع المغربي على نفس الشرط في الفقرة الأولى من المادة 11 من مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 والتي جاء فيها: "تتحقق الهيئة التي يعينها الرئيس الأول

¹ محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 293.

كانت المادة 8 من القانون العضوي رقم 16-18 الملغى هي التي تنص على هذا الشرط.²

لمحكمة النقض من استيفاء الدفع بعدم دستورية قانون للشروط المنصوص عليها في المادة 5 أعلاه، كما تتأكد من طابع الجدية فيه".

وتحديد المقصود بشرط أن يتسم الدفع بعدم الدستورية بالجدية ليس بالأمر السهل، وذلك لأنه أمر يرتبط بتقدير كل قاضي، ولكن رغم ذلك رأى بعض الفقه أن المقصود بهذا الشرط هو " وجود أسباب من شأنها إحداث شك جدي حول دستورية النص القانوني المطعون فيه"¹.

وعليه تبدو الغاية من هذا الشرط هو الحد من الدفع الكيدية التي يكون الهدف منها تعطيل الفصل في موضوع الدعوى، والسعي للإضرار بالخصم نتيجة هذا التعطيل²، وكذا التخفيف على القاضي الدستوري وعدم إغراقه بقضايا الدفع بعدم الدستورية، وذلك بحجز الدفع غير الجدية سواء على مستوى الهيئات القضائية الدنيا التي يتم الدفع أمامها أو على مستوى الهيئات القضائية العليا المحال عليها الدفع³.

ورغم عدم تحديد المشرع في الأنظمة القانونية المختلفة للمعايير التي على أساسها يتم تقدير جدية الدفع إلا أن فقه القانون الدستوري قد تكفل بتحديد ذلك من منطلق أن جدية الدفع بعدم الدستورية تكون على أساس التأكد من أن الفصل في المسألة الدستورية ضروري للفصل في الدعوى الموضوعية، أي يجب على القاضي أن يتأكد من أن النص المدفوع بعد دستوريته لازم للفصل في النزاع الموضوعي المطروح عليه أو على الأقل من شأنه أن يؤثر فيه بأي شكل من الأشكال.

¹ دغلاش عبد الكريم، المرجع السابق، ص 13.

² محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص 474.

³ مسعود شهبوب، الدفع بعدم الدستورية (آثاره القانونية، ودوره في حماية الحقوق والحريات)، مجلة مجلس الدولة، العدد 16، 2018، ص 291.

كما أنه لا بد أيضاً أن يتولد لدى القاضي شك في عدم مطابقة النصوص المعترض عليها لأحكام الدستور¹، بمعنى أن تكون فرضية انتهاكها للدستور ومخالفتها لأحكامه قائمة².

وعليه فإن مجرد الشك من طرف قاضي الموضوع في أن النص القانوني المطعون بعدم دستوريته مخالف للدستور، فإن الدفع في هذه الحالة يعتبر دفعاً جدياً من منطلق أن الشك يفسر لصالح عدم الدستورية حتى وإن وجدت قرينة دستورية تفسر توافق النص مع الدستور شكلاً ومضموناً، فهنا القاضي لا يعتد بهذه القرينة الدستورية مادام يوجد لديه شك بعدم دستورتها، وبالتالي ترجيح عدم دستورية النص³، أما إذا ثبت للقاضي على وجه اليقين أنه لا شبهة في دستورية النص القانوني المطعون فيه، فإن من حقه أن يرفض الدفع وأن يفصل في الموضوع⁴.

وما يجب التنويه إليه أن تحديد طابع الجدية هو العمل الأكثر صعوبة وخطورة الذي يقوم به القاضي المثار أمامه الدفع بعدم الدستورية، وذلك لأنه يجعله أقرب للقاضي الدستوري، و يمنحه سلطة تقديرية تتجاوز وضعيته كوسيط لإحالة الدفع⁵، وعليه فإنه يجب على القاضي عند تقديره لجدية الدفع أن يلتزم بحدود اختصاصاته، بمعنى أن فحصه للجدية يجب أن لا يكون معمقا حتى لا يتدخل في اختصاصات الهيئة المكلفة بمراقبة دستورية القوانين التي تملك الاختصاص الحصري في هذه الحالة، وهذا ما أشار إليه رأي المجلس الدستوري رقم 03 /ر.ق.ع.م.د/18 المؤرخ في 2 أوت سنة 2018 المتعلق بمراقبة

¹ رائد صالح أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 126.

² محمد أوكيل الأمين، نظام تصفية الدفوع بعد الدستورية في القوانين المقارنة وأوفق تطبيقه في الجزائر، مرجع سابق، ص 11.

³ عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 304.

⁴ محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص 474.

⁵ محمد أتركين، المرجع السابق، ص 60-59.

مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية¹ الملغى بموجب القانون العضوي رقم 22-19 سالف الذكر للدستور، حيث جاء في مضمونه: "واعتباراً أن ممارسة الاختصاص الذي يعود حصرياً، وبإرادة المؤسس الدستوري، إلى المجلس الدستوري تقتضي أن يتقيد القضاة، عند ممارسة صلاحياتهم، بالحدود التي تسمح فقط بتقدير مدى توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، دون أن يمتد ذلك إلى تقديرهم لدستورية الحكم التشريعي المعارض عليه من قبل أحد أطراف النزاع،..." .

أنظر الجريدة الرسمية، العدد 54 لعام 2018، ص، 1.4

المبحث الثاني

سلطة القضاء في إحالة الدفع بعدم الدستورية على الهيئة المكلفة بمراقبة مدى

دستورية القوانين للفصل فيه

عندما تتوافر في الدفع بعدم دستورية القوانين الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لقبوله فإنها تأتي بعد ذلك مرحلة الفصل فيه، هذه المرحلة التي تتطلب في الأنظمة القانونية اللاتينية القيام بإجراء أولي وهو إحالة الدفع من الجهات المحددة قانوناً (المطلب الأول). لتأتي فيما بعد مرحلة الفصل فيه، المرحلة التي اشتركت فيها كل الأنظمة القانونية محل الدراسة سواء أكانت إنجلوسكسونية أو لاتينية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تحديد الجهة القضائية التي تملك حق إحالة الدفع بعدم دستورية القوانين

إن أول ما نود أن نشير إليه في بداية هذا المطلب أن إحالة الدفع بعدم الدستورية على الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين هو إجراء خاص بالأنظمة القانونية اللاتينية دون نظيرتها الإنجلوسكسونية، وذلك لأن هذه الأخيرة تتيح للفرد تقديم دفعه مباشرة أمام القاضي الدستوري، ففي الولايات المتحدة الأمريكية ونظراً لأنها تأخذ بأسلوب الرقابة القضائية اللامركزية على دستورية القوانين فإنه يجوز لمحاكم الولايات فيها أن تراقب بأسلوب الدفع الفرعي مدى توافق قوانين الولاية مع دستورها أو مع الدستور الاتحادي، ونفس الأمر ينطبق على المحاكم الفيدرالية وعلى رأسها المحكمة الاتحادية العليا إذ يمكنها الحكم بعدم دستورية قانون فيدرالي لمخالفته للدستور¹، وبالتالي فإن جميع الجهات القضائية رغم اختلاف درجتها تختص بنظر الدفوع بعدم دستورية القوانين، ويرجع السبب في ذلك أن هذه الهيئات تعتبر الرقابة جزءاً من وظيفتها الأصلية في نظر خصومات الأفراد و

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 268.

منازعاتهم¹، ومن ثم فإنه لا مجال للحديث عن إحالة هذه الدفوع ما دام كل الجهات القضائية تختص للنظر فيها.

أما في النظام القانوني المصري فإنه بالرجوع إلى الفقرة (ب) من المادة 29 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية العليا يتبين بأن الشخص الذي قدم الدفع بعدم الدستورية هو من يتولى رفعه أمام المحكمة الدستورية العليا وليس الهيئة القضائية التي أثير أمامها لأول مرة، حيث ألزم المشرع المصري بموجب الفقرة السابقة من المادة 29 الشخص الذي يثير دفعا بعدم دستورية قانون أو لائحة أن يرفع دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا خلال ثلاثة أشهر التي تحددها له الهيئة القضائية التي أثير أمامها الدفع، فإذا لم يقم بذلك اعتبر أن الدفع كأن لم يكن.

وعليه فإنه لا يوجد نظام إحالة الدفوع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري ما دام أن مقدم الدفع هو من يتولى رفعه مباشرة في شكل دعوى دستورية أمام هذه المحكمة ولا يوجد أي دور للهيئة القضائية التي أثير أمامها الدفع لأول مرة سوى مراقبة جديته وتحديد ميعاد ثلاثة أشهر لمن أثاره بضرورة رفعه في شكل دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا.

وبناء على هذا يتبين أن إحالة الدفع بعدم الدستورية هو إجراء معروف في الأنظمة القانونية اللاتينية، ومن ثم لا بد من تحديد الجهة التي تتولى القيام بهذا الإجراء في هذه الأنظمة، والتي اقتصرنا على دراسة ثلاثة منها فقط وهي فرنسا والمغرب (الفرع الأول) والجزائر (الفرع الثاني).

¹ محمد إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 9.

الفرع الأول

تحديد الجهة القضائية التي تملك حق إحالة الدفع بعدم دستورية القوانين في

الأنظمة المقارنة

إن الجهة التي تملك حق إحالة المسألة الأولية في فرنسا (أولا) ليست نفس الجهة التي تملك حق إحالة الدفع بعدم دستورية القوانين في المغرب (ثانيا)، رغم أن الدولتين تابعتان لنظام قانوني واحد هو النظام اللاتيني.

أولا: تحديد الجهة القضائية التي تملك حق إحالة المسألة الأولية الدستورية (الدفع بعدم دستورية القوانين) في فرنسا

لقد حدد المشرع الفرنسي في القانون العضوي رقم 2009-1523 المحدد لكيفية تطبيق المادة 61-1 من الدستور الجهات التي تملك حق إحالة المسألة الأولية الدستورية (الدفع بعدم دستورية القوانين) على المجلس الدستوري ليفصل فيه، وتتمثل هذه الجهات في هيئتين قضائيتين فقط وهما محكمة النقض ومجلس الدولة، حيث نصت المادة 23-2 من القانون العضوي السابق على ما يلي:

«La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :... »

وبالرجوع إلى الأحكام التي أوجدها المشرع الفرنسي لكيفية إحالة محكمة النقض ومجلس الدولة للمسائل الأولية الدستورية التي يتقدم بها الأشخاص على المجلس الدستوري، نجد أن اتصال هاتين الهيئتين بهذه المسألة ومن ثم إحالتها على المجلس الدستوري لا يكون بصورة واحدة وإنما يتم وفق صورتين هما:

- عن طريق حكم بإرسال المسألة الأولوية الدستورية إليها من إحدى المحاكم الدنيا التابعة لهما، وهذا تطبيقاً لما جاء في الفقرة 5 من المادة 2-23 والمادة 4-23 من القانون العضوي رقم 1523-2009 سالف الذكر.

- أن تقدم المسألة الأولوية الدستورية أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة لأول مرة، سواء عن طريق الطعن بالنقض أو بمناسبة خصومة تنظر فيهما باعتبارهما قاضي أول وآخر درجة، وهذا ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 5-23 من القانون العضوي رقم 1523-2009 سالف الذكر.

وعليه يقتضي الأمر تفصيل كل صورة لوحدها.

1- الصورة الأولى

تنص الفقرة 5 من المادة 2-23 من القانون العضوي رقم 1523-2009 على ما يلي:

« La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours ».

كما تنص المادة 4-23 من نفس القانون على ما يلي:

« Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1o et 2o de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux »

وعليه يفهم من هاتين المادتين أن إحالة المسألة الأولوية الدستورية على المجلس الدستوري في هذه الصورة يكون على مرحلتين وهو ما يعرف بنظام التصفية الثنائية، و يتحقق ذلك في بادئ الأمر من طرف الجهات القضائية الدنيا التابعة لمحكمة النقض أو مجلس الدولة التي أثرت أمامها لأول مرة المسألة الأولوية الدستورية.

والملاحظ أن المشرع الفرنسي حصر إثارة المسألة الأولوية الدستورية في المحاكم التابعة لمجلس الدولة أو في المحاكم التابعة لمحكمة النقض، الأمر الذي يفهم منه استبعاد محكمة التنازع والمحكمة العليا للتحكيم.¹

كما استبعد المشرع الفرنسي بموجب المادة 23-1 من القانون العضوي رقم 2009-1523 محكمة الجنايات من نطاق إثارة هذه المسألة، وذلك بالنظر إلى تشكيبتها و ضرورة الفصل في المسائل الخاصة بالقانون والإجراءات قبل افتتاح الدعوى العمومية، بينما يجوز إثارة مسألة الأولوية في مرحلة التحقيق الجنائي أمام قاضي التحقيق.²

ويرجع سبب اشتراط المشرع الفرنسي إثارة المسألة الأولوية الدستورية أمام الجهات القضائية دون الهيئات ذات الاختصاص القضائي كما فعل نظيره المصري الذي ساوى بينهما في إثارة الدفع بعدم الدستورية، إلا أن الهيئات القضائية لا تحقق فيها الصفة البارزة في اختصاص الجهة القضائية من حيث ضمانات استقلاليتها وتركيبه أعضائها وفي القانون المطبق على إجراءاتها في الفصل في النزاع، بالرغم من اعتبارها إلى حد ما جهات للتقاضي وحسم للنزاع.³

وبعد أن تتأكد الجهات القضائية التابعة لمحكمة النقض أو مجلس الدولة من توافر المسألة الأولوية الدستورية على الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لقبولها⁴ فإنها تصدر قرارا بإحالتها على محكمة النقض أو مجلس الدولة حسب الحالة، ويجب أن يتم إرسال

¹ محمد أتركين، المرجع السابق، ص 50.

² عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 72 .

³ أوكيل محمد الأمين ، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، مرجع سابق، ص 108.

⁴ إذا أصدرت الجهة القضائية التي أثيرت أمامها المسألة الأولوية الدستورية قرارا بعدم إحالتها على محكمة النقض أو مجلس الدولة فإن هذا القرار يكون غير قابل لأي طعن، وإذا أراد من أثار المسألة إعادة إثارتها في مرحلة الاستئناف أو في مرحلة النقض فيجب عليه تقديمها في مذكرة مستقلة عن عريضة الطعن بالاستئناف أو الطعن بالنقض، وهذا ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 23-2 من القانون العضوي رقم 2009-1523.

هذا القرار في أجل 8 أيام ويجب أن يكون مرفقا بعرائض الأطراف و مذكراتهم ، ويكون هذا القرار غير قابل للطعن¹ وهذا طبقا للفقرة 6 لنص المادة 23-2 من القانون العضوي رقم 1523-2009.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي لم يحدد في المادة 23-2 أي أجل لقاضي الموضوع لكي يبت في المسألة الأولية الدستورية، حيث استعمل عبارة (Sans délais) والتي تعني دعوة للبت في أسرع الآجال الممكنة دون التقيد بأجل محدد لإحالة الدفع من عدمه، ويستنبط هذا التفسير لهذه العبارة من قرار مجلس الدولة رقم 2003-438 الصادر بتاريخ 20/11/2003 الذي أعطى من خلاله تفسيرا لعبارة (Sans délai) بأنه يقصد به داخل أقصر الآجال « dans le plus bref délai »².

ويترتب على قرار إرسال الجهة القضائية الدنيا للمسألة الأولية الدستورية على محكمة النقض أو مجلس الدولة حسب الحالة كأصل عام تأجيل الفصل في الدعوى التي أثرت بصدها المسألة وذلك إلى حين صدور قرار من محكمة النقض أو مجلس الدولة إما بقبولها أو برفضها في حالة عدم توافرها على شرط من الشروط المحددة قانونا لقبولها³.

ولكن هذا الأصل العام يرد عليه مجموعة من الاستثناءات التي ذكرها المشرع الفرنسي بصورة دقيقة في المادة 23-3 من القانون العضوي رقم 1523-2009 وهي:

-إذا كان الشخص محروما من الحرية بسبب الدعوى أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية⁴.

¹Maire aimirée Peyron, la question prioritaire de constitutionnalité, revue algérienne Droit et Justice, Numéro spécial L'exception d'inconstitutionnalité des lois, N° 1, 2018, P 8.

²محمد أتركين، المرجع السابق، ص 66.

³ أنظر الفقرة 1 من المادة 3-23 من القانون العضوي رقم 1523-2009 سالف الذكر.

⁴ أنظر الفقرة 2 من المادة 3-23 من القانون العضوي رقم 1523-2009 سالف الذكر.

-عندما يلزم القانون أو التنظيم البت في الدعوى في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال¹.

- إذا كان من شأن إرجاء الفصل في الدعوى إلحاق أضرار بحق من حقوق أطراف الدعوى بشكل مبالغ فيه².

-إذا تم تقديم طعن بالنقض وكان قضاة الموضوع قد فصلوا في القضية دون انتظار قرار مجلس الدولة أو محكمة النقض بشأن أو قرار المجلس الدستوري في حالة إحالة المسألة الدستورية ذات الأولوية عليه، فإنه يرجئ الفصل في الطعن بالنقض إلى حين الفصل في المسألة، ما لم يكن الشخص محروما من حرية بسبب إجراءات الدعوى أو القانون، فهنا يجب على مجلس الدولة أو محكمة النقض حسب الحالة الفصل في الطعن بالنقض خلال أجل محدد، أي بتعبير آخر فإنه لا يجوز لها تأجيل الفصل في الطعن بالنقض³.

وبعد تلقي محكمة النقض أو مجلس الدولة لقرار إرسال المسألة الأولية الدستورية إليهما تمارس هاتين الجهتين محطة التصفية الثانية لهذه المسألة، حيث يتأكدان من جديد على أن الحكم التشريعي المعترض عليه ينتهك الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، ومن أنه لم يسبق للمجلس الدستوري أن قرر مطابقة الحكم التشريعي للدستور، ويتأكدان أخيرا من أن هذه المسألة الجديدة، ويجب أن يتم هذا التأكد خلال أجل 3 أشهر من تاريخ استلامهما لقرار الإرسال الصادر عن الجهات القضائية الدنيا التابعة لهما، فإذا توافرت كل هذه الشروط كان لهما آنذاك إحالة الدفع على المجلس الدستوري، وهذا ما نصت عليه المادة 4-23 من القانون العضوي رقم 2009-1523..

¹أنظر الفقرة 3 من المادة 3-23 من نفس القانون العضوي.

²أنظر الفقرة 4 من المادة 3-23 من نفس القانون العضوي.

³أنظر الفقرة 5 من المادة 3-23 من نفس القانون العضوي.

وبهذا يكون لمحكمة النقض ومجلس الدولة في فرنسا الحق في غرلة أو تصفية المسائل الأولوية الدستورية قبل إحالتها على المجلس الدستوري، ومنه يعتبران بمثابة المصفاة أو الفلتر التي تقرر مصير هذه المسائل.

وعلى العموم تهدف هذه التصفية الثنائية (double filirage) إلى تجاوز المسألة الغربية والزائفة أو تلك المثارة من أجل عرقلة مسار الدعوى الأصلية، إذ يراقب فيها القاضي الطابع الجدي للمسألة فقط دون الخوض في أمر الدستورية¹، لأن ذلك يعني تدخل قاضي الإحالة في الاختصاص الحصري للمجلس الدستوري برقابة مدى دستورية القوانين²، وإن كان الكثير من الفقه الفرنسي انتقد نظام التصفية الثنائية على أساس أنه يحد من فعالية المسألة الأولوية الدستورية وهو ما دفع بألمانيا والنمسا إلى التخلي عن هذا النظام وتبني نظام التصفية من درجة واحدة الذي أخذت بها إيطاليا، الذي انعكس بالإيجاب على الحق في الدفع بعدم الدستورية، وذلك من خلال توفير الحماية للحقوق والحريات الأساسية المضمونة دستوريا، ومن ثم توفير الحماية للدستور.

فحسب رأي الفقه الفرنسي المعترض على نظام التصفية على درجتين، أن القول بأن دور محكمة النقض ومجلس الدولة يقتصر على مراقبة الطابع الجدي للمسألة فقط دون الخوض في أمر الدستورية، هو كلام نظري فقط، لأن ما أثبتته الواقع أنهما بموجب هذا الاختصاص يكونان منافسين للمجلس الدستوري، وذلك لأنهما يغصان في البحث في مضمون المسائل الأولوية الدستورية للمجلس الدستوري، ومن ثم فإنهما في كثير من الأحيان يمنعان وصول هذه المسائل للمجلس الدستوري وهو ما من شأنه الحد من فعالية هذه الآلية، وهذا ما يتعارض مع متطلبات تكريس الديمقراطية الدستورية.

¹ محمد أعراب ، منال بن شناف، آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة، مرجع سابق، ص 14.

² مسعود شيهوب ، تأثير عدم الدستورية على سير المحاكمة، مرجع سابق، ص 291.

ولكن هناك من القانونيين أمثال السيناتور "Jean Jaques Hyset" من رأى أنه يمكن إدخال تعديل على نظام التصفية على درجتين، وذلك بالسماح للأشخاص الطعن في القرار الصادر عن محكمة النقض أو مجلس الدولة القاضي برفض إحالة المسألة الأولية على المجلس الدستوري أمام نفس المجلس¹.

2- الصورة الثانية

تنص الفقرتين 1 و 2 من المادة 23-5 من القانون العضوي رقم 1523-2009 سالف

الذكر على ما يلي:

«Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Il ne peut être relevé d'office.

En tout état de cause, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ».

ويفهم من هاتين الفقرتين أن الصورة الثانية التي تحيل بها محكمة النقض أو مجلس الدولة المسألة الأولية الدستورية على المجلس الدستوري أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة لأول مرة، هي بمناسبة فصلهما في الطعون بالنقض التي ترفع أمامهما ضد الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية التابعة لهما، وبمناسبة كذلك النظر في المنازعات التي يفصلان فيها باعتبارهما قاضي أول وآخر درجة.

وعليه فإنه يجوز للأشخاص في فرنسا إثارة المسألة الأولية الدستورية لأول مرة في مرحلة الطعن بالنقض إما أمام محكمة النقض إذا كان الحكم المطعون فيه صادر عن

¹ مسعود شهبوب ، المرجع السابق، ص 292.

جهات القضاء العادي، أو أمام مجلس الدولة إذا كان الحكم المطعون فيه صادر عن جهات القضاء الإداري.

وإثارة المسألة الأولية الدستورية في مرحلة الطعن بالنقض يجب أن تكون بمذكرة معللة ومستقلة عن عريضة الطعن بالنقض، وهذا ما ذكره المشرع الفرنسي صراحة في الفقرة 1 من المادة 23-5 القانون العضوي رقم 1523-2009.

كما أنه يجوز للأشخاص في فرنسا إثارة المسألة الأولية الدستورية مباشرة أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة في القضايا التي يفصلان فيها باعتبارهما قاضي أول وآخر درجة، وتعطى في هذه الحالة الأولوية للمسألة الدستورية وهذا حسب الفقرة 2 من المادة 23-5.

ومهما كانت الطريقة التي أثرت بها المسألة الأولية الدستورية فإنه يجب على محكمة النقض ومجلس الدولة الفصل في هذه المسألة خلال أجل ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الطعن بالنقض، أو من تاريخ تسجيل الدعوى على مستواهما، وهذا تطبيقاً للفقرة 3 من المادة 23-5 من القانون العضوي رقم 1523-2009، حيث يقومان خلال هذا الأجل بمراقبة مدى توافر المسألة الأولية الدستورية على الشروط الموضوعية المنصوص عليها في الفقرتين 1 و2 من المادة 23-2 من نفس القانون، والتي سبق تفصيلها.

ويرسل قرار محكمة النقض أو مجلس الدولة المعلل والقاضي بإحالة المسألة الأولية الدستورية مرفقاً بمذكرات و عرائض الأطراف إلى المجلس الدستوري، كما يجب أن يبلغ للجهة القضائية الدنيا التي أثرت أمامها المسألة لأول مرة، كما يبلغ لأطراف الدعوى خلال 8 أيام من تاريخ النطق بالقرار¹، وهذا تطبيقاً لما جاء في المادة 23-7 من القانون العضوي رقم 1523-2009 سالف الذكر.

¹تطبق هذه الأحكام كذلك على القرار القاضي برفض إحالة المسألة الأولية الدستورية على المجلس الدستوري.

أما إذا انقضى أجل ثلاثة (3) أشهر ولم تفصل محكمة النقض أو مجلس الدولة في المسألة الأولية الدستورية فإنه حسب المادة 23-7 من نفس القانون العضوي السابق تحال تلقائيا على المجلس الدستوري، وهذا يعتبر حماية للأشخاص من تماطل الجهات القضائية العليا في الفصل في إحالة المسائل الأولية الدستورية على المجلس الدستوري.

ثانيا: تحديد الجهة القضائية التي تملك حق إحالة الدفع بعدم دستورية القوانين

في المغرب

بالتطرق إلى المشرع المغربي فنجد أنه قد سمح بتقديم الدفع بعدم الدستورية أمام كل محاكم المملكة وهذا ما يتبين من الفصل 133 من الدستور وكذا من المادة 03 من مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 التي نصت على أنه " يمكن أن يثار الدفع بعدم دستورية قانون أمام مختلف محاكم المملكة، وكذا أمام المحكمة الدستورية بمناسبة البت في الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان .

كما يمكن، عند الاقتضاء، إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو أمام محكمة النقض".

وعليه يبدو تميز من هذه المادة المشرع المغربي عن نظيره الفرنسي في أنه سمح للأفراد بإمكانية تقديم دفع بعدم الدستورية مباشرة أمام المحكمة الدستورية بخصوص الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان.

وبخصوص الأحكام التي أوجدها المشرع المغربي مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 للجهة التي تتولى إحالة الدفع بعدم الدستورية على المحكمة الدستورية، فإن وجدنا هذه الأخيرة قد قررت بموجب قرارها رقم 18-70 سالف الذكر عدم مطابقتها للدستور، حيث أن المشرع قد نص في هذا المشروع اعتماد نظام التصفية على درجتين الذي اعتمده نظيره الفرنسي، حيث خول محكمة النقض حق إحالة الدفع بعدم الدستورية على المحكمة الدستورية بعدما تتأكد من جديتها، وهو ما اعترضت عليه هذه الأخيرة بموجب قرارها

السابق، وذلك على أساس "أن تقرير الجدية الموكول للهيئة المحدثه بمحكمة النقض يحول الهيئة إلى مراقب سلمي للدستورية¹، بالنظر لصعوبة تحديد العناصر المشككة للجدية وارتباط تقديرها بالموضوع وليس بالشكل.

كما أن نظام التصفية كما تم بيانه في المشروع يؤدي إلى عدم مركزة المراقبة الدستورية، وانتقاص استئثار المحكمة الدستورية بصلاحيه المراقبة البعدية للدستور، وحرمانها من ممارسة اختصاصها كاملا عبر دفعها لمباشرة النظر في موضوع الدفوع المقبولة، دون رقابة شكلية عليها.

وحيث أن التوفيق بين الحق في إثارة الدفع بمناسبة قضية معروضة على محكمة ما، واختصاص المحكمة الدستورية بالبت شكلا وموضوعا في الدفوع بعدم الدستورية المحالة عليها، وبين متطلبات النجاعة القضائية وحسن سير العدالة وسرعة البت في الدفوع وإصدار قرارات بشأنها داخل أجل معقول، يقتضي من المشرع حصر نطاق الشروط التي يتحقق القاضي من استفتاءها بمناسبة إثارة الدفع في تلك التي لا تشكل عناصر تقدير أولي للدستورية، وفي إحداث آلية كفيلة بإرساء نظام للتصفية بالمحكمة الدستورية، يحدد قانون تنظيمي تركيبها وضوابط عملها، وذلك تحقيقا للمرونة المتطلبة الكفيلة بالوصول إلى الغايات التي سبق ذكرها".

وعليه يبدو من هذا القرار أن المحكمة الدستورية المغربية اعترضت على نظام التصفية على درجتين، أو بالأحرى نقول أنها رفضت أن تتولى محكمة النقض إحالة الدفوع بعدم الدستورية التي تكون قد أثرت أمام الجهات القضائية الدنيا وذلك للمبررات القانونية التي ساقتها المحكمة في منطوق القرار السابق، ومن ثم رأت المحكمة أنه ينبغي إعداد قانون

¹ يقصد بمراقبة السلبية على الدستورية أن عدم إحالة الدفع من محكمة النقض على المحكمة الدستورية سينظر إليه على أن القانون يتمتع بقرنية المطابقة للدستور وهو أمر لا يمكن أن تقرره إلا المحكمة الدستورية نفسها، لمزيد من التفاصيل أنظر، عبد العزيز النويضي، المرجع السابق، ص 175.

تنظيمي جديد يقضي بإنشاء هيئة على مستوى المحكمة الدستورية هي المخولة بتصفية الدفوع بعدم الدستورية، وذلك من خلال مراقبة مدى توافرها على الجدية.

وفيهم من هذا كله أن إحالة الدفوع بعدم الدستورية على المحكمة الدستورية هو حق لكل محاكم المملكة سواء كانت محاكم ابتدائية أو استئنافية أو محكمة نقض، ومن ثم فهو ليس حقا حصريا لهذه الأخيرة، وذلك لأن المحكمة الدستورية جعلت نفسها الجهة الوحيدة المخول لها دستوريا تقدير جدية الدفوع بعدم الدستورية، وذلك من خلال هيئة خاصة تنشأ على مستواها، ومن ثم فإن جميع الجهات القضائية بغض النظر عن درجتها متساوية في الاختصاص بخصوص الدفوع بعدم الدستورية، حيث يقتصر دورها على مراقبة مدى توافر هذه الدفوع على الشروط الشكلية فقط، فإذا وجدت متوافرة كان لها دون استثناء إحالتها مباشرة على المحكمة الدستورية.

الفرع الثاني

تحديد الجهة القضائية التي تملك حق إحالة الدفع بعدم دستورية القوانين في

الجزائر

لقد حدد المؤسس الدستوري الجزائري في المادة 195 من الدستور الجهة التي تملك حق إحالة الدفع بعدم الدستورية على المجلس الدستوري، حيث جاء في الفقرة 1 من هذه المادة ما يلي: « يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور ».

وعليه يفهم من هذه الفقرة أن حق إحالة الدفوع بعدم الدستورية القوانين التي يتقدم بها الأشخاص على المحكمة الدستورية تملكه حصريا وبقوة الدستور جهتان قضائيتان وهما المحكمة العليا ومجلس الدولة، ومن ثم فإن هذا الحق في الجزائر لا تملكه جهة قضائية

واحدة، وذلك لأن الجزائر تعتمد على نظام الإزدواجية القضائية، حيث نجد القضاء العادي المختص للفصل في النزاعات التي تثار بين الأفراد، والذي نجده يتكون من المحاكم الابتدائية والمجالس القضائية والمحاكم العسكرية حسب ما جاء في العرض الذي قدمه وزير العدل لمشروع القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية في عام 2018¹ الملغى بالقانون العضوي رقم 19-22، ثم المحكمة العليا كهيئة مقومة لأعمال الجهتين السابقتين².

وفي مقابل هذا القضاء نجد القضاء الإداري الذي يختص للنظر في النزاعات التي تكون الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها، والذي يتكون من المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية للاستئناف³ ثم مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الهيئتين القضائيتين السابقتين⁴، وتوجد بين القضاء العادي والقضاء الإداري محكمة التنازع المختصة للفصل في تنازع الاختصاص بين هيئتهما⁵.

وبناء على هذا فإن المحكمة العليا تكون مختصة بإحالة الدفوع بعدم الدستورية التي ترسلها إليها المحاكم الابتدائية والمجالس القضائية، بينما يختص مجلس الدولة بإحالة الدفوع التي ترد إليه من المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية للاستئناف.

وإذا كان المؤسس الدستوري هو من حدد الجهة التي تملك حق إحالة الدفع بعدم الدستورية فإن المشرع تولى وضع الشروط والإجراءات التي تتم بها الإحالة، وتم هذا من خلال القانون العضوي رقم 19-22 سالف الذكر، الذي يتبين من خلال مواده أن المشرع

¹الجريدة الرسمية الجزائرية لمناقشات المجلس الشعبي الوطني رقم 77 للسنة الثانية، مؤرخة في 03 يوليو عام 2018، ص 5.

² أنظر الفقرة 1 من المادة 179 من الدستور.

³ استحدثت المحاكم الإدارية للاستئناف بموجب التعديل الدستوري لعام 2020.

⁴ أنظر الفقرة 2 من المادة 179 من الدستور.

⁵ أنظر الفقرة 4 من المادة 179 من الدستور.

الجزائري أخذ بنفس الأحكام التي جاء بها نظيره الفرنسي بخصوص الشروط والإجراءات التي تتم بها إحالة الدفوع بعدم الدستورية على المحكمة الدستورية، حيث وجدنا كذلك أن الإحالة التي تقوم بها المحكمة العليا ومجلس الدولة تتخذ صورتين وهما:

- عن طريق إرسال الدفع بعدم الدستورية إليهما من إحدى المحاكم الدنيا التابعة لهما، وهذا تطبيقا لما جاء في الفقرة 1 من المادة 20 والمادة 30¹ من القانون العضوي رقم 19-22 سالف الذكر.

- تقديم الدفع بعدم الدستورية مباشرة ولأول مرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة، سواء عن طريق الطعن بالنقض أو بمناسبة خصومة تنظر فيهما باعتبارهما قاضي أول وآخر درجة، وهذا ما نصت عليه المادة 31 من نفس القانون العضوي².

أولاً: الصورة الأولى

تنص المادة 15 من القانون العضوي رقم 19-22 على ما يلي «يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية، من قبل أحد أطراف الدعوى، أمام الجهات القضائية التابعة للنظام القضائي العادي أو الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري، طبقاً لأحكام المادة 195 (الفقرة الأولى) من الدستور.

يمكن أن يثار هذا الدفع لأول مرة في الاستئناف أو الطعن بالنقض .

إذا تمت إثارة الدفع بعدم الدستورية، أثناء التحقيق القضائي، تنظر فيه غرفة الإتهام".

فما يفهم من مضمون هذه المادة أنه يمكن للأشخاص إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام أي جهة من الجهات القضائية التابعة للقضاء العادي أو للقضاء الإداري، بحيث يجوز إثارته في أي دعوى مدنية مهما كان نوعها تنظر فيها المحاكم الابتدائية أو المجالس القضائية.

تقابل هاتين المادتين؛ المادتين 7 و 13 من القانون العضوي رقم 16-18 الملغى.¹

² تقابل هذه المادة؛ المادة 14 من القانون العضوي رقم 16-18 الملغى.

كما يجوز إثارتها في أي دعوى عمومية أمام أي جهة قضائية جزائية كأصل عام، بل يجوز إثارتها حتى أمام غرفة الإتهام إذا كنا في مرحلة التحقيق الجزائي، الذي يقصد به حينما تكون الدعوى العمومية يجرى فيها التحقيق من قبل قاضي التحقيق أو أمام غرفة الاتهام وهي تنظر استئنافا في أمر من الأوامر القضائية التي يصدرها قاضي التحقيق، أو كدرجة ثانية للتحقيق الجزائي بعد أمر إرسال المستندات للنائب العام، ومن ثم فإنه لا يقصد به التحقيق الذي تأمر به جهات الحكم الجزائية في إطار التحقيقات التكميلية، بحيث إذا أثير الدفع بعدم الدستورية في هذا النوع من التحقيقات فإن جهة الحكم الآمرة به هي من تفصل فيه¹.

كما يجوز إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية للاستئناف، وفي أي من الدعاوى الإدارية سواء كانت دعوى إلغاء أو تفسير أو تقدير مدى مشروعية قرار إداري ما، أو دعوى من دعاوى القضاء الكامل.

وبالرجوع للمادة 03 من القانون العضوي رقم 18-16 الملغى نجد أن المشرع الجزائري كان يستثني محكمة الجنايات الابتدائية من الجهات القضائية العادية التي يمكن أن يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية²، حيث كانت الفقرة الأولى من هذه المادة تنص على ما يلي: "لا يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية".

¹دعلاش عبد الكريم، المرجع السابق، ص 5.

² حيث جاء في العرض الذي قدمه وزير العدل آنذاك لمشروع القانون العضوي المحدد لشروط وكيفية الدفع بعدم الدستورية لعام 2018 الذي سبق ذكره إفصاح عن أسباب استثناء هذه المحكمة من إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها وهي الضمانات التي يمنحها هذا المشروع للمتهمين فيها، حيث يمكنهم من إثارة هذا الدفع أمام جهة التحقيق، كما أن محكمة الجنايات لها خصوصيتها حيث أن الوصف الجنائي وكما معروف في قانون الإجراءات الجزائية لا بد أن يمر أمام قاضي التحقيق، وبالتالي يكون للفرد فرصة لإثارة الدفع أمام قاضي التحقيق.

إلا أنه في ظل القانون العضوي رقم 22-19 المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية ألغى المشرع هذا الاستثناء وسمح بإثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية، وهذا ما تضمنته المادة 16 والتي جاء فيها "يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية وأمام محكمة الجنايات الاستئنافية.

تنظر محكمة الجنايات في الدفع بعدم الدستورية قبل فتح باب المناقشة".

وبعد تلقي جهة من الجهات القضائية التي ذكرناها سابقا للدفع بعدم الدستورية فإنه يجب عليها أن تفصل في إرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة فورا وبقرار مسبب، وهذا تطبيقا لما جاء في المادة 20 من القانون العضوي 22-19 سالف الذكر، وعليه يبدو أن المشرع الجزائري لم يحدد أجل لقاضي الموضوع للفصل في الدفع المثار أمامه وإنما استعمل مصطلح "فوراً" الذي فسره المجلس الدستوري بموجب رأيه 03/ر.ق.ع.م.د/18 المؤرخ في 2 أوت سنة 2018 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي رقم 18-16 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية الملغى على أنها تفيد في الحين، وأضاف المجلس "واعتباراً أن المشرع باستعماله لهذه الكلمة يقصد أن الجهة القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية تفصل فيه بصفة أولوية ومستعجلة بعد التأكد من مدى توفر شروط قبوله المنصوص عليها في المادة 9 من القانون العضوي، موضوع الإخطار،

وعليه يفهم من رأي المجلس الدستوري أن كلمة فورا تفيد وجوب تعجيل الجهة القضائية الفصل في مسألة إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى الجهة القضائية العليا التي تتبعها والتي تملك حق إحالته على المحكمة الدستورية، وينبغي أن يكون هذا الفصل بصفة أولوية على الدعوى القضائية التي أثير بصدها الدفع، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد انتهج

نفس النهج الذي سار عليه نظيره الفرنسي بعدم تحديد ميعاد معين للفصل في مسألة إرسال الدفع على الجهة القضائية العليا التي تملك حق إحالته.

وفصل الجهة القضائية في مسألة إرسال الدفع تكون من خلال التأكد من استفاءه للشروط الشكلية والموضوعية التي سبق شرحها، ولا تصدر قرارها بإرسال الدفع إلا بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة حسب الحالة.

فبعد تلقي الجهة القضائية لرأي النيابة العامة أو محافظ الدولة وبعد تأكدها من توافر الدفع بعدم الدستورية على الشروط الشكلية والموضوعية، فإنه يجوز لها حينئذ أن تصدر قراراً مسبباً بإرسال الدفع¹ إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة²، ولا تنتهي مهمتها بمجرد النطق بهذا القرار بل يجب عليها أن توجهه مرفقاً بعرائض الأطراف و مذكراتهم إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة في غضون 10 أيام من تاريخ صدوره، كما يجب تبليغه لأطراف الدعوى، مع العلم أن هذا القرار لا يقبل أي طعن³.

كما يجب على الجهة القضائية أن تصدر حكماً أو قراراً بإرجاء الفصل في الدعوى المقترن بإرسال الدفع بعدم الدستورية إلى الجهات القضائية العليا⁴، الأمر الذي أكدته المادة 25 من القانون العضوي رقم 19-22 سابق الذكر، حيث نصت على أنه في حال إرسال

¹ في حالة عدم توافر الدفع لعدم الدستورية على الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لقبوله، فإن قاضي الموضوع المثار أمامه الدفع سيصدر قرار برفض إرساله إلى الجهات القضائية العليا، ويجب تبليغه لأطراف الدعوى، على أن لا يكون غير قابل للطعن إلا بمناسبة الطعن ضد القرار القضائي الفاصل في النزاع أو في جزء منه، على أنه يجوز لمن رفض دفعه بعدم الدستورية بعدما تم تبليغه من قبل أمانة الضبط الجهة القضائية التي أصدرت القرار في أجل 3 أيام من تاريخ صدوره أن يعيد إثارته من جديد في مرحلة الطعن بالاستئناف، ولكن يجب أن يكون ذلك بمذكرة مكتوبة، منفصلة عن عريضة الطعن بالاستئناف ويجب أن تكون معللة وهذا تطبيقاً لما جاء في المادة 24 من القانون العضوي رقم 19-22 سالف الذكر.

² أنظر المادة 20 من القانون العضوي رقم 19-22 سالف الذكر.

³ أنظر المادة 23 من نفس القانون العضوي.

⁴ دغلاش عبد الكريم، المرجع السابق، ص 15.

الدفع بعدم الدستورية ترجئ الجهة القضائية الفصل في النزاع إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المحكمة الدستورية عند إحالة الدفع إليها، مع العلم أن هذا الإجراء ليس له تأثير على سير التحقيق كسماع الشهود وإجراء الخبرات الضرورية، ولا يمنع كذلك الجهة القضائية من أن تأخذ التدابير المؤقتة أو التحفظية اللازمة¹، كأن يأمر القاضي في المواد المدنية بمنع حائز المال المتنازع بشأنه من التصرف فيه أو تعيين حارس قضائي له، أو يأمر في قضايا شؤون الأسرة بتدابير الحضانة المؤقتة للأولاد في حالة النزاع المرتبط بفك الرابطة الزوجية².

ولكن وجدنا أن المشرع الجزائري قد وضع استثناء على قاعدة وجوب إرجاء الفصل في الدعوى بعد إرسال الدفع بعدم الدستورية للمحكمة العليا ومجلس الدولة، حيث ضمن هذا الاستثناء في المادة 26 من نفس القانون العضوي والتي نصت على استثنائين لا يجوز فيها تأجيل الفصل في الدعوى بالرغم من إرسال الدفع بعدم الدستورية وهما:

-عندما يكون الشخص محروم من الحرية بسبب الدعوى أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية، كأن يتعلق الأمر بشخص محبوس أو مهدد بالحبس، ولكن هذا الاستثناء مقترن بشرط وهو عدم اعتراض المعني على استمرار الجهة القضائية الفصل في النزاع رغم تقديمه دفع بعدم الدستورية.

-عندما ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال، حيث نجد أن المشرع في كثير من الأحيان يحدد لبعض المنازعات أجل معين ينبغي على القاضي أن يفصل خلاله، وهذا التحديد ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

¹أنظر الفقرة 2 من المادة 25 من القانون العضوي رقم 19-22 سالف الذكر.

²دعلاش عبد الكريم، المرجع السابق، ص 16.

كوجوب الفصل في دعاوى الإشكال في التنفيذ أو طلب وقف التنفيذ خلال أجل 15 يوماً¹، أو الفصل في الاعتراض على قائمة شروط بيع العقار في أجل 8 أيام².

كما يرد هذا التحديد في نصوص خاصة، كما هو الحال في قضايا نزاع الملكية حيث نجد أن المشرع بموجب القانون رقم 91-11 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة المعدل والمتمم³، حدد في المادة 14 منه للمحكمة الإدارية أجل شهر للفصل في دعوى الإلغاء الموجهة ضد قرار التصريح بالمنفعة العمومية الصادر عن الوالي.

وإذا لم تتوافر حالة من الحالات الاستثنائية السابقة فإنه يجب على الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية أن ترجئ الفصل في دعوى الموضوع إلى غاية إعلامها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة، اللذين ألزهما المشرع بموجب المادة 30 من القانون العضوي رقم 22-19 بضرورة الفصل في مسألة إحالة الدفع على المحكمة الدستورية خلال أجل شهرين من تاريخ استلام قرار الإرسال⁴، هذا الأخير الذي يوجه إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة اللذين يجب عليهما أن يستطلعا فوراً رأي النائب العام أو محافظ الدولة، كما يقدم النائب العام لدى المحكمة العليا أو محافظ الدولة لدى المجلس، إلتماسته في أجل أقصاه خمسة (5) أيام، كما يجب عليهما تمكين الأطراف من تقديم ملاحظاتهم المكتوبة المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية⁵.

¹ أنظر 633 ق.إ.م.إ.

² أنظر 742 ق.إ.م.إ.

³ أنظر الجريدة الرسمية رقم عدد 21 لعام 1991، ص 693.

⁴ إذا لم تفصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في الدفع بعدم الدستورية خلال أجل شهرين فإنه طبقاً للمادة 36 من القانون العضوي رقم 22-19 سالف الذكر فإن الدفع يحال تلقائياً إلى المحكمة الدستورية، وتسري على الإحالة التلقائية نفس الأحكام المطبقة على الإحالة العادية المنصوص عليها في هذا القانون العضوي. مع العلم أن المجلس الدستوري بموجب قراره رقم 3 المؤرخ في 2 أوت سنة 2018 سابق الذكر وضح مسألة الإحالة التلقائية، حيث ذكر أن الجهة القضائية التي أرسل إليها الدفع هي التي تتولى إحالته على المحكمة الدستورية.

⁵ أنظر المادة 29 من القانون العضوي رقم 22-19 سالف الذكر.

وحتى تستطيع المحكمة العليا أو مجلس الدولة الفصل في مسألة الإحالة عليهما أن يتأكدا من جديد من الشروط الموضوعية اللازمة لقبول الدفع بعدم الدستورية وهذا تطبيقا لما جاء في الفقرة 2 من المادة 30 سابقة الذكر، وهذا ما يعني نظام تصفية الدفع على درجتين. أي بتعبير آخر نقول أن المشرع الجزائري سار على نهج نظيره الفرنسي بإقرار نظام التصفية على درجتين، الذي كما رأينا وإن كان مبررا بالقضاء على الدفع الكيدية ومنع إغراق المحكمة الدستورية بها بالحد الذي يؤثر على أداء عملها، فإنه في مقابل ذلك قد يشكل عقبة في تقريب القضاء الدستوري من الأشخاص، وذلك بجعل المحكمة العليا ومجلس الدولة هما المتحكمتين في مصير هذه الدفع، خاصة أن قراراتهما برفض إحالة الدفع بعدم الدستورية على المحكمة الدستورية غير قابلة لأي طعن، وحتى وإن كان المشرع ألزمهما بموجب المادة 37 من القانون العضوي رقم 19-22 سالف الذكر بإرسال نسخة من قرار الرفض إلى المحكمة الدستورية¹.

وبناء على هذا فإنه لضمان تقريب المحكمة الدستورية من الأشخاص ولضمان نجاعة آلية الدفع بعدم الدستورية في المساهمة في حماية الدستور، لا بد من إصلاح نظام تصفية هذا الدفع وذلك من خلال التخلي على نظام التصفية على درجتين وتبني نظام التصفية من درجة واحدة، وذلك من خلال منح الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع مراقبة مدى توافره على شروط قبوله، فإذا وجدتها كذلك كان لها أن تحيله مباشرة على المحكمة الدستورية، وحتى نضمن عدم إثقال كاهل هذه الأخيرة بالدفع الكيدية فإنه تنشأ هيئة خاصة على مستواها تتولى إعادة فحص مدى توافر الدفع بعدم الدستورية على شروط قبوله.

¹ لم يكن المشرع يشير في ظل القانون العضوي المحدد لشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية الملغى إلى مسألة إرسال قرارات رفض الدفع بعدم الدستورية التي تصدرها المحكمة العليا أو مجلس الدولة على المجلس الدستوري، وهو دفع بهذا الأخير عند رقابته مدى دستورية هذا القانون العضوي بموجب رأيه رقم 3 المؤرخ في 2 أوت سنة 2018 سابق الذكر إلى أن يلزم هاتين الجهتين القضائيتين بضرورة إحالة هذه القرارات عليه.

ومهما يكن من أمر فإنه إذا تأكدت المحكمة العليا أو مجلس الدولة من أن الدفع المحال إليهما تتوافر فيه الشروط الموضوعية اللازمة لقبوله فإنها تصدر آنذاك بتشكيلة يرأسها رئيس كل جهة قضائية¹ أقرار مسببا بإحالته على المحكمة الدستورية، ويجب عليهما حينئذ إعلام الجهة القضائية التي أرسلت الدفع بهذا القرار، هذه الأخيرة تتولى تبليغه للأطراف في أجل 10 أيام من تاريخ صدوره وهذا تطبيقا لما جاء في المادة 35 من القانون العضوي رقم 19-22 سالف الذكر.

ثانيا: الصورة الثانية

لقد أجاز المشرع الجزائري للأشخاص إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية مباشرة و لأول مرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة، سواء عن طريق الطعن بالنقض أو بمناسبة خصومة تنظر فيهما باعتبارهما قاضي أول وآخر درجة²، وهذا ما نصت عليه المادة 31 من القانون العضوي رقم 19-22 والتي ألزم بموجبها المشرع الجهة القضائية العليا في القضاء العادي ونظيرتها في القضاء الإداري بضرورة الفصل في مسألة إحالة الدفع على المحكمة الدستورية في أجل شهرين وعلى سبيل الأولوية عن دعوى الموضوع أو الطعن بالنقض.

ففي هذه الصورة الثانية نجد أن تصفية الدفوع يكون من درجة واحدة وذلك لأن المحكمة العليا أو مجلس الدولة هما الجهتان القضائيتان التي أثير أمامهما الدفع لأول مرة، وهما في نفس الوقت الجهتان التي تتولى البحث في مسألة إحالته على المحكمة

¹ أنظر المادة 32 من القانون العضوي رقم 19-22 سابق الذكر.

² من بين القضايا التي تفصل فيها المحكمة العليا كأول وآخر درجة للتقاضي دعوى التعويض عن الحبس المؤقت غير المبرر وذلك حسب نص المادة 137 مكررا من قانون الإجراءات الجزائية (ج.ر.48، 1966، ص. 622)، وكذا اختصاصها للنظر في الدعاوى الجزائية التي يتم تحريكها ضد أعضاء الحكومة أو أحد قضاة المحكمة العليا أو أحد الولاة أو أحد رؤساء المجالس القضائية أو النائب العام لدى المجلس القضائي وذلك حسب نص المادة 573 من نفس القانون. ومن بين القضايا التي يفصل فيها مجلس الدولة باعتباره أول وآخر درجة للتقاضي ما نصت عليه المادة 75 من القانون العضوي رقم 04-12 المتعلق بالأحزاب السياسية والتي جاء فيها: "يكون مجلس الدولة مختصا في الفصل في كل النزاعات الناجمة عن تطبيق أحكام هذا القانون العضوي".

الدستورية، وفي هذا الاختصاص الأخير ينبغي عليهما مراقبة مدى توافر الدفع بعدم الدستورية الشكلية والموضوعية معا، فإذا وجدت متوافرة كان لهما أن تصدرا قرارا بإحالة الدفع على المحكمة الدستورية، والذي يجب أن يكون مرفقا بمذكرات وعرائض أطراف النزاع¹، كما يجب تبليغه لهم في غضون 10 أيام من تاريخ صدوره.

ويترتب على إصدار المحكمة العليا أو مجلس الدولة لقرار إحالة الدفع بعدم الدستورية طبقا للمادة 34 من القانون العضوي سالف الذكر إرجاء الفصل في الدعوى أو الطعن بالنقض إلى حين صدور قرار من المحكمة الدستورية بشأن الدفع، ما لم يكن المعني محروما من الحرية بسبب الدعوى أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية وهذا ما لم يعترض المعني على ذلك، أو عندما يلزمهما القانون بوجود الفصل في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال، كما هو الحال في القانون العضوي رقم 04-12 المتعلق بالأحزاب السياسية²، الذي نصت المادة 76 منه على ضرورة فصل مجلس الدولة في القضايا المعروضة عليه خلال أجل شهرين من تاريخ إيداع العريضة الافتتاحية³.

المطلب الثاني

فصل الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين في الدفع بعدم الدستورية

إن فصل الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين في الدفع بعدم دستورية القوانين لا يتم بمجرد وصول الدفع إليها أو عرضه عليها، وإنما لابد أولا أن يتم إتباع مجموعة من إجراءات التقاضي (الفرع الأول)، فمتى تم إتباعها كان آنذاك لهذه الهيئة أن تفصل في الدفع وفقا للأحكام المحددة في قانون كل دولة (الفرع الثاني)، والذي يترتب على الفصل فيه مجموعة من الآثار القانونية.

¹ أنظر المادة 33 من القانون العضوي رقم 19-22 سابق الذكر.

² أنظر الجريدة الرسمية رقم عدد 2 لعام 2012، ص 9.

³ مسعود شهبوب، تأثير عدم الدستورية على سير المحاكمة، مرجع سابق، ص 295.

الفرع الأول

إجراءات التقاضي أمام الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين في الدفع

بعدم الدستورية

لكي تفصل الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين في الدفع بعدم دستورية القوانين فإن الأمر يتطلب إتباع مجموعة من إجراءات التقاضي، التي وجدنا أنها تختلف بين الأنظمة الإنجلوسكسونية (أولا) والأنظمة اللاتينية (ثانيا). .

أولا: في الأنظمة الإنجلوسكسونية

لا تختلف الإجراءات التمهيدية لفصل الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين في الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الإنجلوسكسونية عن إجراءات الفصل في الدعاوى القضائية العادية، وذلك لأنه كما قلنا سابقا أن هذه الدول تتبع أسلوب الرقابة القضائية، ففي الولايات المتحدة الأمريكية لقد قررت المحكمة الاتحادية العليا في حكمها الصادر في أبريل 1954 بأن الإجراءات التمهيدية أو بالأحرى إجراءات التقاضي أمامها وأمام المحاكم المرتبطة بالفصل بالدفع بعدم الدستورية التي تثار أمامها هي نفسها المتبعة في الدعاوى القضائية العادية، واشترطت شرطا واحدا بخصوص الدفع المرتبطة بقانون صادر عن الكونغرس ولم تكن الحكومة أو أحد موظفيها ممثلا في الدعوى، فيتعين إعلان كل الأوراق والطلبات وإجراءات المرافعات إلى مدير القضايا بوزارة العدل¹.

أما في مصر فإن إجراءات التقاضي أمام المحكمة الدستورية العليا في الدفع بعدم الدستورية هي نفسها المتبعة في القضايا العادية باستثناء ما تطلبه الفصل في هذه الدفع، حيث نجد هنا أن المشرع المصري نص في المادة 29 من القانون رقم 48 لسنة 1979 المتعلق بالمحكمة الدستورية العليا على وجوب أن ترفع الدعوى المرتبطة بالدفع بعدم الدستورية خلال ميعاد ثلاثة أشهر الذي تحدده الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع لأول مرة، كما

¹ عمر عبد الله، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، 14.

أنه طبقا للمادة 34 من نفس القانون يجب أن تكون الطلبات وصحف الدعوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا موقعا عليها من محامي مقبول للحضور أمامها أو عضو بإدارة قضايا الحكومة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال، وبعد ذلك يقيد قلم الكتاب التابع للمحكمة الدستورية العليا الدعاوى الواردة إليه في يوم تقديمها في شكل يخصص لذلك¹.

ويجب أن تتضمن صحيفة الدعوى كل البيانات العامة المتعلقة بالدعوى وأطرافها، كما لا بد من الإشارة إلى النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة² حسب ما نصت عليه المادة 30 من قانون المحكمة الدستورية العليا سالف الذكر، والتي جاء فيها: "يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها، وفقا لحكم المادة السابقة بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعى بمخالفته، وأوجه المخالفة".

وعليه فالواضح من هذا النص أن قانون المحكمة الدستورية العليا لم يتطلب من بيانات صحيفة الدعوى الدستورية المرتبطة بالدفع بعدم الدستورية سوى بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعى بمخالفته، وأوجه المخالفة دون الإشارة إلى البيانات الأخرى للوقوف على حقيقة الطلبات في الدعوى الدستورية، الأمر الذي لا بد أن يدعم البيانات العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات³ الذي نصت المادة 63 منه على ما يلي: "ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك".

وبعد إيداع صحيفة الدعوى المستوفية للبيانات اللازمة تنعقد الخصومة في الدعوى الدستورية بمجرد إتمام إجراءات هذا الإيداع، ولا يعتد في هذا الشأن بإعلان صحيفة

¹ المادة 35 من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر.

² حمد عبد الله علي عبد الله ساعدي، المرجع السابق، ص.48.

³ عبد العزيز محمد سلمان، إجراءات الدعوى الدستورية، ج2، مرجع سابق، ص.739.

الدعوى إلى الخصوم، إذ هذه المهمة ليست منوطة بالمدعي وإنما هي واجب ألقاه المشرع على قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا طبقاً لنص المادة 35 أعلاه¹.

وتنص المادة 37 من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه: "لكل من تلقى إعلاناً بقرار إحالة أو بدعوى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال 15 يوماً من تاريخ إعلانه مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالمستندات.

ولخصمه الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال 15 يوماً التالية لانتهاء الميعاد المبين بالفقرة السابقة.

فإذا استعمل الخصم حقه في الرد كان للأول التعقيب بمذكرة خلال 15 يوماً التالية".

أما في حالة انقضاء مدة 15 يوماً المحددة في نص المادة 37 السابقة ولم يقدم الخصوم أي أوراق لا يجوز لقلم الكتاب قبولها بعد ذلك، ومن ثم يجب عليه أن يحرر محضراً يثبت فيه تاريخ تقديم هذه الأوراق واسم مقدمها وصفته، وهذا تطبيقاً لما جاء في المادة 38 من ذات القانون.

ومن أجل ضمان تساوي مراكز الخصوم وكفالة حق الدفاع فقد أتاح القانون للمطعون ضده فرصة دفع الطعن وتقديم المستندات اللازمة لذلك، كما أتاح أيضاً للمطعون ضدهم إذا تعددوا وتعارضت مصالحهم أن يرد لكل منهم على ما يثيره الآخر في مذكرة دفاعه ما قد يكون ضاراً به أو غير متسق مع مركزه القانوني، ويعطي الطاعن فرصة الرد على دفاع خصومه ولهؤلاء فرصة التعقيب على هذا السرد².

¹ عبد العزيز محمد سلمان، إجراءات الدعوى الدستورية، ج، 2، نفس المرجع، ص.769.

² عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص.770.

وبعد انتهاء فترة تبادل الردود يبدأ دور المفوض في تحضير الدعوى¹، حيث نصت المادة 39 من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن يعرض قلم الكتاب ملف الدعوى على هيئة المفوضين في اليوم التالي لانقضاء المواعيد المحددة في المادة 37 سابقة الذكر، وتتولى الهيئة تحضير الموضوع ولها في سبيل ذلك الاتصال بالجهات ذات الشأن للحصول على ما يلزم من بيانات و أوراق، كما لها دعوة ذوي الشأن لاستيضاحهم على ما ترى من وقائع، وتكليفهم بتقديم مستندات ومذكرات تكميلية وغير وذلك من إجراءات التحقيق في الأجل الذي تحدده.

فمتى تم استكمال ملف الدعوى بتوفر كل الشروط لازمة لذلك تحرر هيئة المفوضين تقريراً تبين فيه المسائل الدستورية والقانونية المدفوع بعدم دستورتها، وتبين رأيها فيه مستندة في ذلك إلى أسباب إيداع هذا التقرير، مع العلم أنه يمكن لمن تتوفر فيه الصفة والمصلحة أن يطلعوا على تقرير الهيئة بقلم كتاب المحكمة وأن يطلبوا نسخة منه شرط أن تكون على نفقاتهم².

وبعد انقضاء مدة 7 أيام من إيداع تقرير هيئة المفوضين يحدد رئيس المحكمة الدستورية العليا تاريخ الجلسة التي تنظر فيها الدعوى، وفي كل الأحوال يخطر بتاريخ الجلسة كل من تتوفر فيه الصفة والمصلحة في الدعوى الدستورية، على أن يكون ميعاد الحضور خلال 15 يوماً على الأقل ما لم يطلب بتقصير هذه المدة مع العلم أن أقصى حد لتقصير المدة هو 3 أيام³.

وبهذا يتضح مما سبق بيانه أن المشرع المصري أعطى لهيئة المفوضين سلطة واسعة، وذلك بهدف تخفيف العبء على المحكمة الدستورية العليا، الأمر الذي يساعد القضاة في الفصل في الدعوى المعروضة أمامهم، بالإضافة إلى ذلك فقد رفع المسائل الإجرائية

¹ حمد عبد الله علي عبد الله ساعدي ، المرجع السابق، ص.50.

² المادة 40 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979.

³ المادة 41 من نفس القانون المحكمة الدستورية العليا.

المتعلقة بتحضير الدعوى عن القضاة وأسندا للمفوضين¹، وحتى لا تطول إجراءات هذه الهيئة مكن لأعضائها فرض عقوبات مالية على من تسبب في تكرار تأجيل الدعوى أثناء التحضير².

ويتضح من نص المادتين 21 و 42 من قانون المحكمة الدستورية العليا أن حضور جلسات المحكمة من طرف أحد أعضاء هيئة المفوضين إلزامي، حيث يجب على رئيس الهيئة أو أحد أعضائها الذي يجب أن يكون بدرجة مستشار على الأقل حضور جلسات المحكمة. وقد تولت المادة 43 من نفس القانون تحديد من يمثل أطراف الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا، حيث جاء فيها " يقبل للحضور أمام المحكمة المحامون المقبولون للمرافعة أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا.

ويكون الحاضر عن الحكومة من درجة مستشار على الأقل بإدارة قضايا الحكومة".

وبناء على ما سبق فإن جلسات المحكمة الدستورية العليا تستوجب حضور أحد أعضاء هيئة المفوضين بدرجة مستشار على الأقل أو رئيس هيئة على الأكثر، وفي حالة تعذر حضور هذا الأخير يحل محله الأقدم من الأعضاء، وبخصوص هيئة الدفاع فقد أجاز المشرع حضور المحامين الجلسات بشرط أن يكونوا معتمدين لدى محكمة النقض أو لدى المحكمة الإدارية العليا، بمفهوم المخالفة فإن غير هؤلاء المحامين لا يجوز لهم حضور جلسة المحكمة. وإذا رأت المحكمة الدستورية العليا ضرورة المرافعة الشفوية فلها سماع محامي الخصوم وممثل المفوضين، وفي هذه الحالة لا يؤذن للخصوم أن يحضروا أمام محكمة من غير محامي معهم.

¹ حمد عبد الله علي عبد الله ساعدي ، المرجع السابق، ص.50.

² جلول شيتور، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مخبر أثر الإجتهد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد الثالث، العدد الرابع، 2008، ص.81.

كما أنه ليس للخصوم الذين لم تودع بأسمائهم المذكرات وفقا لحكم المادة 37 الحق في أن ينيبوا عنهم محاميا في الجلسة، كما يجوز للمحكمة أن ترخص لمحامي الخصوم وهيئة المفوضين في إيداع مذكرات تكميلية في المواعيد التي تحددها¹.

وفي حالة غياب الخصوم تستمر المحكمة في عملها لأن حضور أو غياب الخصوم لا يؤثر على عملها، إلا في حالة وفاة أحد الخصوم أو فقد أهليته أو زوال صفة من كان يباشر الخصوم من النائبين²، حيث نصت المادة 45 من نفس القانون على أنه لا تسري على الدعاوى والطلبات المعروضة على المحكمة قواعد الحضور أو الغياب المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية³.

ثانيا: في الأنظمة اللاتينية

لقد تشابهت الأنظمة القانونية اللاتينية محل الدراسة إلى حد ما في إجراءات التقاضي التي يتعين إتباعها أمام الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين حتى يتسنى لها الفصل في الدفع بعدم دستورية القوانين، ولكن رغم ذلك فإننا سندرس النظام القانوني لكل دولة على حدى.

1- في النظام القانوني الفرنسي

رغم تبني المؤسس الدستوري الفرنسي لآلية المسألة الأولوية الدستورية في التعديل الدستوري لعام 2008 إلا أنه أسند مهمة الفصل فيما للمجلس الدستوري الذي يعتبر هيئة سياسية، ونظرا لأن الفصل في هذه المسألة يتطلب إتباع إجراءات قضائية، فإن المشرع الفرنسي كان مضطرا إلى تعديل قواعد عمل المجلس الدستوري، وذلك بإدخال إجراءات ذات طبيعة قضائية في عمله من أجل الفصل في المسألة الأولوية الدستورية، والتي تجد

¹ المادة 44 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979.

² جلول شيتور، المرجع السابق، ص. 82.

³ المادة 45 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979.

أساسها في قواعد المحاكمة العادلة، والتي اعترف لها المجلس الدستوري بموجب قراره رقم 510-2004 بالقيمة الدستورية، وذلك تأسيساً على المادة 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن¹:

فبعد وصول قرار مجلس الدولة أو محكمة النقض بإحالة مسألة الأولوية الدستورية على المجلس الدستوري يتم تسجيله لدى الأمانة العامة للمجلس، وهذا طبقاً للمادة الأولى من النظام الداخلي للمجلس والتي جاء فيها:

« la décision du conseil d'état ou de la cour de cassation qui saisit le conseil constitutionnalité est enregistrée au secrétariat général du conseil constitutionnel, Ce dernier en avise les parties à l'instance ou, le cas échéant, leurs représentants. »²

وفور تسجيل المسألة يتم إعلام كل من رئيس الجمهورية والوزير الأول، ورؤساء الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ من أجل تقديم ملاحظاتهم بخصوص المسألة الأولية الدستورية، وهذا تطبيقاً لما جاء في المادة 23-8 من القانون العضوي رقم 1523-2009.

وعندما يتعلق الأمر بمسألة أولوية دستورية مثارة ضد قانون صادر في كاليدونيا الجديدة فإنه يجب على المجلس الدستوري إشعار كل من رئيس حكومة كاليدونيا ورئيس الكونغرس ورؤساء مجالس الإقليم.

وبعد ذلك يتم إعلام كل من أطراف الدعوى أو عند الاقتضاء ممثلهم الذين يجب عليهم تقديم ملاحظاتهم المكتوبة ومختلف الوثائق التوعيمية خلال الأجل الذي يحدده المجلس الدستوري في الإعلام، كما يجب على الجهات الرسمية التي إعلامها تقديم ملاحظاتهم خلال نفس الأجل، فإذا لم يلتزم طرف من أطراف الدعوى أو جهة رسمية بهذا الأجل، وذلك

¹ محمد أتركين، المرجع السابق، ص. 83.

² La décision de le 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le conseil constitutionnel pour les questions prioritaire de constitutionnalité, modifié par les décisions du conseil constitutionnel des 24/06/2010 et 22/11/2013, source conseil constitutionnel, voir, www.conseil-constitutionnel.fr.

بتقديم ملاحظة مكتوبة بعد انقضاء الأجل الذي حدده المجلس في الإعلام، فلا يعتد بها ضمن إجراءات الفصل في المسألة الأولية الدستورية، وهذا تطبيقاً لما جاء في الفقرة 3 من المادة الأولى من النظام الداخلي سابق الذكر.

وإذا لم يحدد المجلس الدستوري بدقة الأجل الذي ينبغي خلاله على الأطراف والجهات الرسمية تقديم ملاحظاتهم المكتوبة المتعلقة بالمسألة، بحيث تركه يخضع للسلطة التقديرية لأعضائه، فإن المشرع قد حدد في المادة 23-10 من القانون العضوي رقم 1523-2009 أجلاً عاماً ينبغي على المجلس أن لا يتجاوزه خلال مرحلة تلقي الملاحظات الأطراف، وهو أجل ثلاثة أشهر يبدأ احتسابها من تاريخ إخطاره بقرار الإحالة الصادر عن مجلس الدولة ومحكمة النقض.

ولا يتم الاكتفاء خلال الأجل الذي يحدده المجلس الدستوري بتقديم الملاحظات المكتوبة والوثائق التوعيمية، بل يتم كذلك تمكين كل طرف من أطراف المسألة الأولية الدستورية من الملاحظات التي يقدمها الطرف الثاني، والذي يمكنه وفي نفس الشروط تقديم ملاحظاته، بحيث يكون موضوع ملاحظاته هو مجرد إجابة على الملاحظات الأولى وهي الأخرى تبلغ للطرف الأول والجهات المعنية.

وعليه يتبين خلال هذه المرحلة رغبة المشرع الفرنسي في تكريس مبدأ الوجاهية الذي يعتبر أحد مبادئ المحاكمة العادلة في الإجراءات السابقة على الفصل في المسألة الأولية الدستورية، وهذه الوجاهية الأصل فيها أنها كتابية، والتي تبرز من خلال اشتراط المشرع والنظام الداخلي للمجلس الدستوري إعلام الأطراف والسلطات بالأجل الذي ينبغي عليهم تقديم ملاحظاتهم المكتوبة، والتي يتم تبادلها بين الأطراف من أجل تمكينهم من الرد عليها وتقديم ملاحظات ثانية في أجل أقصر على أن تتعدى هذه الملاحظات سوى الإجابة على الملاحظات الأولى.

وقد تكون الواجهة شفوية، وذلك متى كان الأطراف والممثلين بمحاميتهم والسلطات أو ممثليهم مدعوون لتقديم ملاحظاتهم ومرافعاتهم شفاهة في الجلسة¹، هذه الأخيرة التي يجب أن تكون علنية، طبقاً لما جاء في المادة 23-10 سابقة الذكر²، وهذا ما يعتبر تكريسا لمبدأ آخر من مبادئ المحاكمة العادلة، وهو مبدأ علانية الجلسات.

ولكن مبدأ علنية الجلسات المتعلقة بالفصل في المسائل الأولية الدستورية أورد عليه المجلس الدستوري استثناءات نصت عليها الفقرة 3 من المادة 8 من نظامه الداخلي والتي جاء فيها:

« Le président peut, à la demande d'une partie ou d'office, restreindre la publicité de l'audience dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des personnes l'exigent. Il ne peut ordonner le huis clos des débats qu'à titre exceptionnel et pour ces seuls motifs ».

وعليه فإن الحالات التي يجوز فيها للمجلس الدستوري الفرنسي تقرير سرية جلسات الفصل في المسألة الأولية الدستورية هي،

- متى دعت المصلحة العامة لعدم علنية الجلسات.

- متى تطلبت مصالح القاصرين ذلك.

- حماية الحياة الخاصة للأفراد.

¹ضيف محمد، المحاكمة الدستورية، إجراءات الدفع أمام المجلس الدستوري، مداخلة مقدمة في إطار الندوة الوطنية حول الدفع بعدم دستورية القوانين (مركز الجزائر الدولي للمؤتمرات عبد اللطيف رحال)، يومي 10 و11 ديسمبر 2018، ص.8.

² رغبة في تعزيز علنية جلسات المجلس الدستوري المرتبطة بالفصل في المسائل الأولية الدستورية، فقد نصت الفقرة 2 من المادة 8 من نظامه الداخلي على أن تكون الجلسة منقولة سمعياً وبصرياً ومباشرة للجمهور في قاعة مخصصة لذلك على مستوى المجلس.

وما تنبغي الإشارة إليه أن المجلس الدستوري لا يقرر سرية الجلسة بمجرد توافر حالة من الحالات السابقة، بل يجب أن يكون قد تلقى طلبا من أحد الأطراف أو الجهات الرسمية¹. ونظرا لأن المنازعة المتعلقة بالمسألة الأولية الدستورية فإن المجلس الدستوري اشترط في المادة 10 من نظامه الداخلي ضرورة أن يتم تمثيل الأطراف بمحامي معتمد لدى مجلس الدولة أو لدى محكمة النقض، أو بأي محامي معتمد لدى إحدى هيئات المحامين، بينما الجهات العمومية معفية من وجوب التمثيل بمحامي، فيمثلها من تختاره لذلك.

واشترط المجلس الدستوري على الأطراف وجوب التمثيل بمحامي في القضايا المتعلقة بالمسائل الأولية الدستورية، يعتبر تكريسا لحق الدفاع الذي يعتبر أحد مبادئ المحاكمة العادلة، والذي يقتضي تمكين أطراف أي نزاع من الدفاع عن حقوقهم، ومن بين أهم آليات الدفاع الاستعانة بمحامي لتمثيلهم².

وبغية عدم حرمان أي فرد من حق الدفاع بسبب عدم قدرته على دفع نفقات محامي، فقد سمح بتطبيق نظام المساعدة القضائية، بحيث يمكن للفرد أن يستفيد من هذا النظام أمام المجلس الدستوري³.

ومادام أننا قلنا سابقا أن الفصل في المسألة الأولية الدستورية يتطلب إتباع إجراءات قضائية، كان لابد من البحث عن مدى جواز تطبيق قاعدة من قواعد الفصل في المنازعات القضائية، وهي قاعدة التنحي والرد.

فرغم أن القضاء الدستوري يختلف عن القضاء العادي والإداري من منطلق أن دعوى المسألة الأولية الدستورية هي دعوى موضوعية وليست دعوى شخصية، وذلك لأن

¹Marc GUILLAUME, Le Règlement intérieur sur La Procédure Suivie Devant Le Conseil Constitutionnel Pour Les Questions Prioritaires De Constitutionnalité, P 12, voir, www.conseil-constitutionnel.fr, consulté le 01/06/2022.

²محمد ضيف، المرجع السابق، ص.9.

³محمد أتركين، المرجع السابق، ص.91.

أساسها حماية الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، وتهدف أيضا إلى تصفية وغرلة المنظومة التشريعية من كل أحكام يشوبها عيب انتهاك الحقوق والحريات المضمنة دستوريا، فإنه سمح بإمكانية المطالبة برد أحد أعضاء المجلس الدستوري الفرنسي، كما أنه أجاز لهؤلاء إمكانية طلب التنحي عن الفصل في مسألة أولية دستورية، وهذا ما نصت عليه المادة 4 من النظام الداخلي والتي جاء فيها:

« Tout membre du Conseil constitutionnel qui estime devoir s'abstenir de siéger en informe le président. Une partie ou son représentant muni à cette fin d'un pouvoir spécial peut demander la récusation d'un membre du Conseil constitutionnel par un écrit spécialement motivé accompagné des pièces propres à la justifier. La demande n'est recevable que si elle est enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel avant la date fixée pour la réception des premières observations.

La demande est communiquée au membre du Conseil constitutionnel qui en fait l'objet. Ce dernier fait connaître s'il acquiesce à la récusation. Dans le cas contraire, la demande est examinée sans la participation de celui des membres dont la récusation est demandée.

Le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation. »

ويبدو من هذه المادة أن هنالك شروط للموافقة على طلب رد عضو من أعضاء المجلس الدستوري، حيث أنه يجب أن يكون هذا الطلب معللا ومرفقا بالوثائق التي تبرره، شريطة أن يتم تسجيله في الأمانة العامة للمجلس الدستوري قبل التاريخ المحدد لتقديم الملاحظات الأولى، ويبلغ الطلب إلى عضو المجلس المعني وفي حالة عدم قبوله التنحي، يتم البت في الطلب من طرف المجلس دون مشاركة العضو أو الأعضاء المعنيين بالتنحي.

أما بخصوص طلب التنحي فيجوز لكل عضو من أعضاء المجلس الدستوري تقديم طلب بذلك شرط تقديم هذا الطلب قبل التاريخ المحدد لتقديم الملاحظات الأولى، كما أن

مجرد مساهمة عضو من المجلس الدستوري في وضع حكم تشريعي الذي يشكل موضوع المسألة الأولية الدستورية لا يعد في حد ذاته سببا للتنجي¹.

2- في القانون المغربي

لم يصدر لحد الآن المشرع المغربي القانون التنظيمي المحدد لشروط وإجراءات ممارسة المحكمة الدستورية لاختصاصاتها في مجال النظر في الدفع بعدم الدستورية، إلا أنه بالرجوع إلى مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون²، يمكن استنتاج أن إجراءات التقاضي المرتبطة بالفصل في هذا الدفع والتي يتعين على المحكمة الدستورية التقيد بها.

فحسب نص المادة 16 من هذا المشروع فإنه بعد إحالة الدفع بعدم الدستورية عليها فإنها تقوم بتبليغه إلى رئيس الحكومة ورئيس كل مجلس من مجلسي البرلمان وإلى الأطراف. لا يسمح بعد ذلك لرئيس الحكومة ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس المستشارين، الإدلاء بمذكرات كتابية تتضمن ملاحظاتهم بخصوص موضوع الدفع، وذلك داخل أجل تحدده المحكمة الدستورية، لتقوم فيما بعد بتبليغ هذه المذكرات الجوابية المدلى بها للأطراف المعنية بالدفع مع تحديد أجل للتعقيب.

ولا تقبل المذكرات الجوابية أو الوثائق أو المستندات المدلى بها بعد انقضاء الآجال المحددة لتقديمها، غير أنه يجوز لرئيس المحكمة الدستورية، استثناء أو لأسباب معقولة تمديد هذه الآجال³.

¹ Marc GUILLAUME, Op. Cit, P 7.

² لقد قررت المحكمة الدستورية المغربية بموجب قرارها رقم 18-70 المتعلق بمدى مطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 بمطابقة مواده من رقم 15، إلى غاية رقم 23 والمحددة لإجراءات التقاضي أمام المحكمة الدستورية المتعلقة بقضايا الدفع بعدم الدستورية.

³ أنظر المادة 17 من مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 سابق الذكر.

وفي ذات السياق تنص المادة 18 من مشروع القانون التنظيمي سابق الذكر "أنه بعد انقضاء الأجل الذي تحدده المحكمة الدستورية لتقديم الملاحظات والمذكرات الجوابية، فإن رئيسها يحدد تاريخ الجلسة، ويشعر رئيس الحكومة ورئيسي مجلسي البرلمان والأطراف بذلك قبل انعقادها بعشرة (10) أيام على الأقل، هذه الجلسة الأصل فيها أنها علنية، ما لم تتوافر حالة من الحالات التي يحددها النظام الداخلي للمحكمة¹.

كما أعطى المشرع المغربي في هذا المشروع وبموجب المادة 19 منه للمحكمة الدستورية إمكانية أن تطلب من المحكمة المثار أمامها الدفع بعدم دستورية قانون، تمكينها نسخة من ملف الدعوى داخل أجل 10 أيام من تاريخ التوصل بالطلب.

3- في القانون الجزائري

بما أن المحكمة الدستورية في الجزائر هي حديثة الإنشاء فقد تم إصدار القانون العضوي رقم 22-19 الذي يحدد شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية، وفي ظل غياب النظام الداخلي المحدد لقواعد المحكمة الدستورية، فإنه لحد الساعة ما زالت تطبق الإجراءات التي جاء بها النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري².

فحسب نص المادة 11 من هذا النظام فإنه يتم تسجيل قرار إحالة الدفع بعدم الدستورية الصادر عن المحكمة العليا أو مجلس الدولة على المحكمة الدستورية لدى كتابة ضبط المحكمة، ويجب أن يرفق قرار الإحالة بمذكرات الأطراف، وعند الاقتضاء بالوثائق المدعمة.

¹ أنظر المادة 20 من نفس مشروع القانون التنظيمي.

² النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 42 لعام 2019، ص 3.

وأول إجراء من إجراءات التقاضي التي نص عليها القانون العضوي 22-19 هو ضرورة إعلام¹ رئيس الجمهورية بالدفع بعدم الدستورية فور تلقيها إياه وهذا تطبيقاً لما جاء في الفقرة 1 من المادة 38، كما يجب عليها طبقاً للفقرة 2 من نفس المادة إعلام كل من رئيسي غرفتي البرلمان والوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة، بقرار الإحالة مرفقاً بعرائض ومذكرات الأطراف، الذين يمكنهم إبداء ملاحظاتهم المكتوبة حول الدفع بعدم الدستورية المعروض عليها، كما أنه طبقاً للمادة 12 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري فإنه يعلم كذلك الأطراف بقرار الإحالة مرفقاً بمذكرات كل طرف.

وحتى يكون الإعلام منجزاً لكل آثاره القانونية فإنه يجب أن يحدد فيه الأجل المحدد للسلطات المعنية والأطراف لتقديم ملاحظاتهم المكتوبة والوثائق المدعمة²، وطبقاً للمادة 14 من نفس النظام فإنه لا يؤخذ بأي ملاحظة أو وثيقة واردة بعد انقضاء الأجل الذي تحدده المحكمة الدستورية.

وبعد تقديم السلطات المعنية والأطراف لملاحظاتهم المكتوبة، فإنه يتم تبليغها لكل طرف، ويتمنح لكل واحد منهم حق الرد عليها خلال الأجل الذي يحدده المقرر³.

وحسب نص المادة 41 من نفس القانون العضوي فإنه لا بد من تمكين الأطراف، الممثلين من قبل محاميهم، وممثل الحكومة من تقديم ملاحظاتهم وجاهايا، والتي استدعى تكريسها كذلك أن تكون جلسات المحكمة علنية⁴، إلا ما تعلق منها بالحالة

¹ استعمل المشرع في المادة 38 من القانون العضوي رقم 22-19 مصطلح إعلام، بينما نجد أن المجلس الدستوري استعمل في المواد 11 و12 من النظام المحدد لقواعد عمله مصطلح إشعار، وطبعاً فإن المصطلح المرجح هو الإعلام، وذلك لسمو مواد القانون العضوي على مواد النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

² أنظر المادة 13 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

³ أنظر المادة 13 من نفس النظام.

⁴ تنص المادة 40 من القانون العضوي رقم 22-19 سالف الذكر على ما يلي: "تكون جلسات المحكمة الدستورية علنية، إلا في الحالات الاستثنائية المحددة في النظام الذي يحدد قواعد عملها".

الاستثنائية التي ذكرتها المادة 21 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري وهي: إذا كانت العلنية من شأنها المساس بالنظام العام والأداب العامة.

وما يمكن ملاحظته على إجراءات التقاضي التي نص عليها القانون العضوي رقم 22-19 أو النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري أنه نص على العديد من مبادئ المحاكمة العادلة والتي تتمثل في:

أ- الواجهية: حيث تعد قاعدة الواجهية من أهم عناصر المحاكمة العادلة، وذلك من خلال السماح لأطراف أي دعوى قضائية من مواجهة الدفع والملاحظات والوثائق الثبوتية التي يبديها أو يقدمها كل طرف.

ونظرا لأن الدفع بعدم الدستورية هو في حقيقته إدعاء أحد أطراف دعوى قضائية عدم دستورية النص التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع أو الذي يشكل أساس المتابعة، كان من المنطقي إلزام المحكمة الدستورية حين فصلها في هذا الدفع أن يتقيد بالواجهية¹، وهو ما قام به المشرع الجزائري، حيث جاء في المادة 41 من القانون العضوي 22-19 سالف الذكر ما يلي: "يتم تمكين ممثل الحكومة والأطراف، الممثلين من قبل محامهم، من تقديم ملاحظاتهم وجاهيا، أمام المحكمة الدستورية".

ب- علنية الجلسات: وتعد العلنية هي الأخرى إحدى مبادئ المحاكمة العادلة الغرض منها هو تمكين المواطنين من غير أطراف الدفع بعدم الدستورية من حضور جلسات المجلس الدستوري سابقا المحكمة الدستورية حاليا، وذلك من أجل فتح هذه الهيئة على الجمهور، بغية معرفة طريقة عملها وفصلها في مدى مطابقة النصوص التشريعية للدستور.

¹ بركات أحمد، آثار تقرير آلية الدفع بعدم الدستورية على وظيفة المجلس الدستوري، مرجع سابق، ص 37.

وقد منح النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري سلطة ضبط الجلسة وإدارة النقاش فيها لرئيس المجلس، وفي حالة غيابه يفوض نائبه لرئاسة الجلسة وهذا طبقاً لما نصت عليه المادة 22 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري.

كما حدد هذا النظام كيفية سير الجلسة وتتمثل فيما يلي:

-يفتح رئيس المجلس الدستوري الجلسة، كما يدعو كاتب الضبط لينادي الأطراف وممثل الحكومة، ويتأكد رئيس المجلس من حضور محامي الأطراف، لأن تمثيلهم بمحاميين أمام المجلس الدستوري أمر وجوبي.

ثم فيما بعد يدعو رئيس المجلس العضو المقرر لتلاوة تقريره حول الدفع بعدم الدستورية، ليطلب فيما بعد من محامي الأطراف تقديم ملاحظاتهم الشفوية، ليمنح فيما بعد الكلمة لممثل الحكومة لتقديم ملاحظاته.

-وفي الأخير يقوم رئيس المجلس الدستوري بإدراج الدفع في المداولة، ويحدد تاريخ النطق بالقرار.

فكل هذه الإجراءات تكون على مرأى المواطنين وهو ما يجعل أعضاء المجلس الدستوري حريصين على احترامها لكونهم مراقبين من طرف المواطنين¹.

ج- الاستعانة بمحامي: تقتضي ممارسة حق الدفاع تمكين المتقاضى من الدفاع عن حقوقه باستخدام كل آليات الدفاع وأولها الاستعانة بمحامي، فهذه الأهمية جعلت المشرع ينص على حق أطراف الدفع بعدم الدستورية في التمثيل بمحامي أمام المحكمة الدستورية، وهذا ما جاء في المادة 41 من القانون العضوي رقم 19-22 سالف الذكر.

¹بركات أحمد، آثار تقرير آلية الدفع بعدم الدستورية على وظيفة المجلس الدستوري، مرجع سابق، ص 38.

وتدل الصياغة المستعملة في الفقرة 1 من المادة 23 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري أن تمثيل الأطراف بمحامي هو أمر إجباري وليس اختياري، وذلك لأن هذه المادة ألزمت رئيس المجلس قبل البدء في سير الجلسة العلنية التأكد من حضور محامي الأطراف. وبالرجوع لمضمون المادة 41 من القانون العضوي 19-22 السالف الذكر وكذا الفقرة 1 من المادة 23 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري نجد أنه لم يتم اشتراط شروط في المحامي الذي يلجأ إليه للتمثيل أمام المجلس الدستوري، فهل يجب أن يكون معتمدا لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة لكي يقبل، أم يكفي أن يكون معتمدا لدى المجالس القضائية؟ فانطلاقا من منطوق عدم تعقيد إجراءات التقاضي أمام المحكمة الدستورية نقول أنه يكفي أن يكون المحامي معتمدا لدى المجلس القضائي، ويتصور بطبيعة الحال عدم قدرة البعض على التمثيل بمحامي لعدم قدرتهم على دفع المبلغ الذي يطلبه مقابل الدفاع، وتقتضي هنا قواعد المحاكمة العادلة استفادة هؤلاء من المساعدة القضائية، ومن هنا لا بد من الآن التفكير في تعديل قانون المساعدة القضائية بغية تحديد كيفية تقديم طلب المساعدة أمام المحكمة الدستورية.

د- إمكانية تنحي ورد أعضاء المحكمة الدستورية: حيث أجاز النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري إمكانية تنحي ورد أعضاء المجلس وهو ما يسري على أعضاء المحكمة الدستورية، وهذا دليل آخر على أننا أمام منازعة قضائية رغم خصوصياتها في كون أن محل النزاع يتعلق بمدى دستورية نص تشريعي أو تنظيمي وليس اعتداء على حق أو حرية، ورغم ذلك يخضع فيها أعضاء المحكمة الدستورية، للتنحي والرد، من منطلق أن النص المطعون فيه إذا كان فعلا غير دستوري لكونه خالف الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، فهذا معناه أنه في الأخير قد مسى بحق أو حرية شخصية.

وبالرجوع للمادة 18 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري¹ نجد أن هذا الأخير حدد متى يقوم أعضاءه بطلب التنحي عن جلسات الدفع بعدم الدستورية، حيث يمكنهم ذلك إذا ما قدر العضو المعني أن مشاركته في الفصل في هذا الدفع من شأنها أن تمس بحياده. ويتم التنحي بطلب من العضو المعني إلى رئيس المحكمة الدستورية الذي يعرضه فيما بعد على أعضاء المحكمة للفصل في تثبيت التنحي، أو رفض الطلب في حالة عدم اقتناعهم بمبررات العضو المعني.

أما فيما يخص الرد فقد اشترطت المادة 19 من النظام سابق الذكر² ضرورة تقديم الطرف الذي يطلب رد أحد أعضاء المجلس طلب كتابي، ويستشف شرط الكتابة من خلال اشتراط المجلس الدستوري ضرورة تعليل الطلب، فالتعليل أي ذكر الأسباب التي بناء عليها يطالب المتقاضي برد عضو المجلس الدستوري لا يكون إلا في الطلبات المكتوبة، كما يشترط ضرورة تقديم الطرف الذي يطلب الرد لطلبه قبل إدراج الدفع في المداولة.

فإذا تقيّد المتقاضي بهذه الشروط يقوم رئيس المحكمة الدستورية بعرض الطلب فيما بعد على العضو المعني لإبداء رأيه فيما يخص الإدعاءات التي تقدم بها الطرف المقدم للطلب. وبعد تقديم عضو المحكمة الدستورية المطلوب رد رأيه، تفصل المحكمة في طلب الرد دون حضور المعني³.

¹ انظر المادة 18 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري.

² انظر المادة 19 من نفس النظام.

³ بركات أحمد، آثار تقرير آلية الدفع بعدم الدستورية على وظيفة المجلس الدستوري، مرجع سابق، ص، 39-40.

الفرع الثاني

أحكام فصل الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين في الدفع بعدم

الدستورية

بعد استنفاد إجراءات التقاضي في مجال الدفع بعدم الدستورية أمام الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية، يأتي دور هذه الأخيرة في الفصل فيه وفقا للإجراءات المحددة في قانون كل دولة.

أولاً: في قوانين الدول التابعة للنظام الإنجلوسكسوني

لقد شهدت أحكام فصل المحكمة الدستورية العليا في مصر تعديلاً في 2008 تضمنته المادة 44 مكرر من القانون رقم 184 لسنة 2008¹ المعدل لبعض أحكام قانونها رقم 48 لسنة 1979 السالف الذكر، حيث استحدث نظام الفحص المبدئي للدعاوى الدستورية والذي يقتضي أن تنعقد المحكمة في شكل غرفة مشورة من أجل الفصل في الدعاوى الدستورية التي ترفع إليها والتي من بينها الدعاوى المرتبطة بالدفع بعدم الدستورية، حيث جاء في مضمون المادة ما يلي: "استثناء من حكم المادة 41 من هذا القانون تنعقد المحكمة في غرفة مشورة لنظر الدعاوى التي تحال إليها من رئيس المحكمة والتي ترى هيئة المفوضين أنها تخرج عن اختصاص المحكمة أو أنها غير مقبولة شكلاً أو سبق للمحكمة أن أصدرت حكماً في المسألة الدستورية المثارة فيها.

فإذا توافرت إحدى الحالات المتقدمة أصدرت المحكمة قراراً بذلك يثبت في محضر الجلسة مع إشارة موجزة لسببه، وإلا أعادتها لهيئة المفوضين لإعداد تقرير في موضوعها".

ويقصد بنظام غرفة المشورة المنصوص عليه في المادة أعلاه أن هذا النظام يقوم على أساس ثمة دعاوى تخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا، كما ثمة دعاوى أخرى

¹ القانون رقم 184 المعدل لبعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979، ج ر، العدد 25 مكرر(أ)، المؤرخة في 2008/07/22، ص.8.

غير مقبولة شكلا ودعاوى سبق للمحكمة أن أصدرت فيها حكما في المسائل الدستورية التي أثرت فيها، سواء أكان الحكم بعدم الدستورية أو برفض الدعوى¹.

وقد كشفت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 184 لسنة 2008 عن مبررات هذا التعديل؛ حيث أنه مرتبط بتزايد عدد القضايا التي ترد إلى المحكمة الدستورية العليا وتدفق الطعون عليها، وأن كثيرا منها ينصب على نصوص سبق أن فصلت المحكمة الدستورية في المسألة الدستورية المثارة فيها، فضلا إلى أن عددا غير يسير، من هذه الطعون يخرج عن اختصاص المحكمة، مما لازمه من وجوب التدخل التشريعي لمجابهة تلك الأمور، واستحداث آلية جديدة تتيح للمحكمة سرعة الفصل في مثل هذه الدعاوى رفعا للعبء عن كاهل المحكمة الدستورية العليا، بحيث تتفرغ لمسئولياتها الجسام ولا تشغل بغيرها².

وعليه فإن المحكمة الدستورية العليا تصدر أحكاما في الدعوى الدستورية قبل الفصل فيها من خلال الرقابة على سلامة اتصال المحكمة الدستورية العليا وهو الأمر الذي سبق بيانه، إذ أن المحكمة الدستورية لا تلتزم بالرأي أو التكييف الذي تعطيه المحكمة العادية حين تحيل إليها الدعوى الدستورية أو ترخص برفعها، فهي المخول الوحيد بتحديد المسألة الدستورية ومدى ارتباطها بالنزاع المعروض على المحكمة العادية³، ومن فهي قد تصدر حكما بعدم الاختصاص في الدعوى الدستورية من منطلق أن النص المطعون فيه لا يعتبر تشريعا بالمفهوم الموضوعي، أو يخرج عن ولايتها⁴.

وبناء على هذا فإنه بعد الفحص المبدئي للدفع بعدم دستورية من قبل المحكمة الدستورية العليا تقوم فيما بعد بإصدار الحكم الفاصل في موضوع الدعوى الدستورية، فالحكم في الدعوى الدستورية هو حكم قضائي بصفة عامة وهو قرار صادر عن محكمة

¹ عبد العزيز محمد سلمان، إجراءات الدعوى الدستورية، ج 2، مرجع سابق، ص. 1216.

² محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية، مرجع سابق، ص. 549.

³ فتحي سرور، المرجع السابق، 290.

⁴ محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص. 587.

مشكلة تشكيلا صحيحا في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء كان صادرا في موضوع الدعوى أم في شق منها أم في مسألة فرعية.

فبعد إعداد القضية للفصل فيها وبعد تحديد تاريخ ومكان انعقاد الجلسة يتصدى القاضي للفصل في الدعوى الدستورية من خلال فحص شروط قبول الدعوى قبل أن يتعرض لموضوع المخالفة المدعاة، باعتبار أنه لا يمكنه بحث موضوع الدعاوى إلا بعد أن يتأكد له توافر هذه الشروط وإذا لم تتوفر وجب عليه الحكم بعدم قبولها دون التعرض للموضوع.

وما تنبغي الإشارة إليه أن المحكمة تنظر في المنازعة أو الطعن حتى ولو لم يحضر أمامها الخصوم، بعد أن تتحقق من صحة إعلانهم بتاريخ اجتماع المحكمة ومكانه، وأساس ذلك أن إجراءات التقاضي أمام المحكمة الدستورية العليا تقوم على مبدأ المرافعات التحريية المرتبطة بمواعيد محددة، يستطيع ذوي الشأن فيها أن يقدموا مذكراتهم كتابة مع مستنداتهم¹.

ومهما يكن من أمر فإنه إذا وجدت المحكمة الدستورية العليا أن الدعوى الدستورية المرتبطة بالدفع بعدم الدستورية أصبحت مهينة للفصل فيها فإنها تصدر أحد الحكمين التاليين:

-القضاء برفض الدعوى الدستورية؛ وذلك متى وجدت النص القانوني يتوافق مع النص الدستوري.

_القضاء بعدم دستورية النص القانوني عند تأكدها من عدم تطابقه مع الدستور.

¹محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص 557-559.

وما تنبغي الإشارة إليه أن المشرع قد خص الأحكام المتعلقة بالدعاوى الدستورية من خاصة تلك المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية بوجوب نشرها في الجريدة الرسمية، خلال 15 يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها¹.

ثانياً: في قوانين الدول التابعة للنظام اللاتيني

تميزت الدول التابعة للنظام اللاتيني بأنها حددت في قوانينها أحكاماً للفصل في الدفع بعدم الدستورية تختلف عن الأحكام التي قررتها نظيرتها الإنجلوسكسونية.

1- في القانون الفرنسي

تنص المادة 23-10 من القانون العضوي رقم 2009-1523 سالف الذكر على أن يفصل المجلس الدستوري في المسألة الدستورية ذات الأولوية خلال أجل ثلاث (3) أشهر من تاريخ إشعاره بها، وفصل المجلس ليس من منطلق أنه قاضي موضوع، فإنه لا يتحقق من شرط أن مقتضى التشريعي المطعون فيه يطبق على النزاع، ولا من الطابع الجدي للمسألة، وإنما يقتصر دوره في التحقق من أنه لم يسبق له أن أصدر قرار بشأن دستورية الحكم التشريعي موضوع المسألة، فإذا تبين له أن النص المطعون بعدم دستوريته سبق الفصل فيه يرفض الفصل فيه إلا في حالة تغيير الظروف أو الواقع².

فعندما ينتهي المجلس الدستوري من مرحلة تقديم الملاحظات المكتوبة وتبادلها، ومن الملاحظات الشفوية إن سمح بها ومن التحقيق فإنه سيدرج القضية في المداولة، وهنا وطبقاً للمادة 11 من النظام المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام المجلس الدستوري الفرنسي في المسألة الدستورية الأولية فإنه لا يشارك في المداولة إلا أعضاء المجلس الدستوري الذين حضروا للجلسة العلنية.

¹ أنظر الفقرة 2 من المادة 49 من نفس القانون.

² محمد أتركين، المرجع السابق، ص.96.

كما حدد النظام الداخلي المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام المجلس الدستوري الفرنسي في المسألة الدستورية الأولية، مجموعة من البيانات واجبة الذكر في قرارات المجلس الدستوري والمتعلقة بما يلي:

-أسماء الأطراف وممثلهم.

-مراجع النصوص المطبقة.

-الملاحظات المبدأة والدوافع التي ارتكزت عليها.

-الحكم.

-أسماء الأعضاء الذين شاركوا في المداولة.

-توقيع رئيس المجلس الدستوري والأمين العام والمقرر على هذه القرارات التي يتم إشهارها والإعلام بها ونشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية¹.

واشترط المشرع الفرنسي وجوب إصدار المجلس الدستوري لقراره خلال أجل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ إخطاره بالدفع²، كما اشترط بموجب المادة 23-11 من القانون العضوي رقم 2009-1523 سابق الذكر ضرورة تعليل قرارات المجلس الدستوري، سواء قضت بمطابقة الحكم التشريعي للدستور، أو قضت بعدم مطابقته له.

فالتعليل يمكن أن يكون قانونيا انطلاقا من مرجعية "الكتلة الدستورية"، كما قد يستند على نتائج التحقيق الذي يقوم به المجلس الدستوري، والتي يكون هدفها تقديم توضيحات بخصوص تطبيق الحكم التشريعي المطعون فيه³.

¹ Marc GUILLAUME, Op. Cit, P 17.

² أنظر المادة 23-10 من القانون العضوي رقم 2009-1523 سابق الذكر.

³ محمد أتركين، المرجع السابق، ص.94.

وعلى العموم بعد إصدار قرار المجلس الدستوري يتم حسب الفقرة 1 من المادة 23-11 من القانون العضوي سابق الذكر تبليغه إلى الطرفين وإرساله إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض على حسب الحالة، وإذا لزم الأمر يبلغ إلى المحكمة التي أثرت أمامها المسألة الدستورية ذات الأولوية.

وحسب الفقرة 2 من نفس المادة فإنه يرسل قرار المجلس الدستوري إلى رئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيسي الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، كما يتم إرسال أيضا نسخة منه إلى رئيس حكومة كاليدونيا الجديدة ورئيس الكونغرس فيها ورؤساء مجالس الإقليمية إذا كان موضوع المسألة الدستورية ذات الأولوية يتعلق بقوانين هذه المنطقة.

وفي الأخير لابد من نشر قرار المجلس الدستوري في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، وأيضا في الجريدة الرسمية لإقليم كاليدونيا الجديدة متى تعلق موضوع المسألة الدستورية ذات الأولوية بأحد قوانينها¹.

2- في القانون المغربي

من أجل الفصل في الدفع بعدم الدستورية فإن المحكمة الدستورية في المغرب تجتمع بدعوة من رئيسها، وفي حالة تغيبه أو عدم تمكنه من الحضور بسبب عائق ما يكون توجيه الدعوى للاجتماع من قبل أكبر الأعضاء سنا من بين أقدمهم عضوية بالمحكمة الدستورية ويكون هو متولي الرئاسة في هذه الحالة².

وفي ذات السياق تنص المادة 17 من القانون التنظيمي رقم 13-066 سابق الذكر على أنه: "تبث المحكمة الدستورية في القضايا المعروضة عليها بعد الإستماع لتقرير عضو من أعضائها يعينه الرئيس".

¹أنظر الفقرة 3 من المادة 11-23 من القانون العضوي رقم 1523-2009 سابق الذكر.

²المادة 16 من القانون التنظيمي رقم 13-066 سابق الذكر.

ويجب أن تتضمن قرارات المحكمة الدستورية بعض البيانات في ديباجتها حسب ما ورد في نص المادة 17 فقرة 7 من القانون التنظيمي رقم 13-066 السالف الذكر وهي:

- بيان النصوص التي تستند إليها المحكمة الدستورية أثناء إصدارها للقرار.

- أن تكون هذه القرارات معللة

- وجوب توقيعها من قبل الأعضاء الحاضرين بالجلسة التي صدرت خلالها.

ويبلغ قرار المحكمة الدستورية الصادر بشأن الدفع بعدم الدستورية إلى محكمة النقض والمحكمة المثارة أمامها الدفع وإلى الأطراف خلال أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ صدوره، كما يتم تبليغه فوراً إلى الملك وإلى رئيس الحكومة ورئيس كل مجلس من مجالس البرلمان¹.

وما تنبغي الإشارة إليه أن قرارات المحكمة الدستورية تصدر باسم الملك وطبقاً للقانون ويتم نشرها في الجريدة الرسمية داخل أجل 30 يوم من تاريخ صدورها².

3- في القانون الجزائري

لقد تولى النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري تفصيل إجراءات الفصل في الدفع بعدم الدستورية، وذلك لأن المشرع لم يبين في القانون العضوي رقم 22-19 سالف الذكر هذه الإجراءات، حيث خصص فقط مادة واحدة وهي المادة 43 التي نصت في الفقرة³ منها على وجوب تبليغ قرار المحكمة الدستورية الصادر بشأن الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة من أجل إعلام الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع.

¹أنظر المادة 24 من مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 سابق الذكر.

²أنظر الفقرتين 6 و8 من القانون التنظيمي رقم 13-066 سابق الذكر.

³تنص الفقرة 3 من المادة 43 من القانون العضوي رقم 22-19 على: "كما تبليغ قرار المحكمة الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة، إعلام الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع. بعدم الدستورية".

فبالرجوع إلى المادة 24 من النظام سابق الذكر نجد أنها نصت على وجوب إدراج رئيس المحكمة الدستورية للدفع بعدم الدستورية عند نهاية الجلسة المخصصة لتبادل الملاحظات الكتابية والشفوية بين الأطراف وممثل الحكومة إلى المداولة، ويحدد تاريخ النطق بالقرار.

وطبقا للمادة 26 من نفس النظام فإنه لا يشارك في المداولة إلا أعضاء المحكمة الذين حضروا جلسة الملاحظات الشفوية التي خصصت للدفع.

وبعد تداول المحكمة الدستورية فإنها ستصدر أحد القرارين، إما التصريح بعدم مطابقة الحكم التشريعي أو التنظيمي للدستور، وذلك في حالة تأكدها من وجود انتهاك للحقوق والحريات المضمونة دستوريا، أو أنها تصدر قرارا بمطابقة الحكم التشريعي أو التنظيمي للدستور.

وما تنبغي الإشارة إليه فإنه يجب على المحكمة الدستورية أن تصدر قرارها خلال أربعة أشهر من تاريخ إخطارها بالدفع بعدم الدستورية، ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة أشهر، وذلك بناء على قرار مسبب من المحكمة والذي يجب تبلغه إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة¹.

ومهما كان مضمون القرار الذي تصدره المحكمة الدستورية فإنه يجب أن يتضمن البيانات التي ذكرتها المادة 30 من النظام السابق وهي:

-أسماء الأطراف وممثلهم.

-تأشيرات النصوص التي استندت عليها المحكمة في قرارها.

-الملاحظات المقدمة إليها حول الحكم التشريعي أو التنظيمي موضوع الدفع.

¹ أنظر الفقرة 2 من المادة 195 من الدستور.

-تسبب القرار ومنطوقه.

-أسماء وألقاب أعضاء المحكمة المشاركين في المداولة.

وبعد الانتهاء من مرحلة إصدار القرار تأتي مرحلة النطق به التي ينبغي أن تكون في جلسة علنية بحضور أعضاء المحكمة الدستورية الذين تداولوا في الدفع بعدم الدستورية¹، ليتم فيما بعد إعلام الجهات الرسمية به؛ وهي رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان والوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة.

كما يبلغ قرار المحكمة الدستورية إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة حسب الحالة في غضون 8 أيام كحد أقصى²، وذلك من أجل أن يقوموا بإعلام الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع، لتأتي فيما بعد آخر مرحلة وهي نشر القرار في الجريدة الرسمية³، وهنا نجد أنه لا يتم ذكر أسماء وألقاب أطراف الدفع بعدم الدستورية كاملاً، بل يجب فقط ذكر الأحرف الأولى من أسمائهم وألقابهم، وهذا تطبيقاً لما جاء في 33 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

الفرع الثالث

الآثار المترتبة على الحكم الصادر بالدفع بعدم الدستورية

إن الآثار الناجمة عن فصل الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين في الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الإنجلوسكسونية (أولاً)، ليست هي نفسها الموجودة في نظيرتها اللاتينية (ثانياً)، وهو ما سيتم توضيحه في هذا الفرع.

¹ أنظر المادة 31 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

² أنظر المادة 32 من نفس النظام.

³ أنظر الفقرة 4 من المادة 43 من القانون العضوي رقم 19-22 سالف الذكر.

أولاً: في الأنظمة الإنجلوسكسونية

رغم أن الولايات المتحدة الأمريكية ومصر تابعتان للنظام الإنجلوسكسوني، إلا أنهما اختلفتا في تحديد الآثار المترتبة على فصل الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين في الدفع بعدم الدستورية، ومن ثم فإنه لا بد من دراسة كل دولة على حدى.

1- في الولايات المتحدة الأمريكية

انعكس تميز النظام القانوني للدفع بعدم الدستوري أو ما يعرف بالدفع الفرعي في و.م.أ على آثار حكم المحكمة الاتحادية العليا بخصوص هذا الدفع، حيث متى تأكدت المحكمة أن القانون مشوب بعيب عدم الدستورية، فإنها تمتنع عن تطبيقه على موضوع الدعوى القضائية.

أي أن حكم المحكمة العليا بعدم دستورية قانون لا يترتب عليه إلغاء القانون أو سقوطه بالنسبة للجميع، وإنما يقتصر أثره على استبعاد تطبيق القانون في القضية المعروضة على المحكمة، أي أن القانون يبقى ساري المفعول حتى تعدله أو تلغيه السلطة التشريعية، وهذا ما أشارت إليه المحكمة نفسها في حكمها الصادر عام 1936 في القضية المعروفة بـ " (United states v. Butler) " والذي أوضح فيه أنه يجب ألا يساء فهم مهمة المحكمة في الرقابة على دستورية القوانين، فكثيراً ما يقال أن المحكمة تبطل القوانين المخالفة للدستور وهو قول غير صحيح، إذ كل ما تفعله المحكمة أنها تضع النص الدستوري إلى جوار النص القانوني المطعون فيه لتحديد حقيقة توافقه أو مخالفته لأحكام الدستور، وإذا فصلت في هذه المهمة ترتب نتائجها في حدود الدعوى المعروضة أمامها دون المساس بالقانون¹.

¹ عبد الحق بلفقيه، المرجع السابق، ص 131.

وتطبيقاً لنظام السوابق القضائية المعمول به فإن أحكام المحكمة العليا ملزمة لجميع المحاكم الأدنى منها درجة في الموضوعات المشابهة، لكنها لا تلزم نفسها بهذه الأحكام، إذ تستطيع أن تعدل عن المبدأ السابق وتأخذ بمبدأ جديد في تفسير نصوص الدستور، كأن تقضي بأن القانون مطابق للدستور في حين أنها تكون قد قررت في دعوى سابقة أنه غير دستوري¹.

2- في مصر

لقد حدد المشرع المصري في المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 السالف الذكر الآثار المترتبة على حكم هذه الأخيرة القاضي بعدم دستورية النص القانوني الذي كان محل دفع، حيث نصت هذه المادة على أن الحكم القاضي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يترتب عليه عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، ما لم يحدد هذا الأخير تاريخاً آخر أسبق.

على أن الحكم القاضي بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون الإخلال باستفادة المدعي منه، بينما إذا تعلق الأمر بحكم قضى بعدم دستورية نص جنائي، فإن الأحكام الصادرة بالإدانة استناداً إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن، أي أن حكم المحكمة الدستورية العليا يسري في هذه الحالة بأثر رجعي.

وعليه يبدو من نص المادة 49 أن أثر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية القاضي بعدم دستورية نص قانوني أو لائحي يختلف عن أثر المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية رغماً أنهما تابعان لنظام واحد، حيث أن أثر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية لا يقتصر على الامتناع على تطبيق القانون كما هو الحال في و.م.أ، بل يتعداه إلى إلغاء قوة نفاذ ذلك القانون، ويسري هذا الإلغاء كأصل عام من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية، ما لم تحدد المحكمة تاريخ أسبق أو إذا تعلق الأمر بنص جنائي فهنا يسري الحكم بأثر رجعي.

¹ عمر عبد الله، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 14.

وبهذا نقول أن حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية القاضي بعدم دستورية نص قانوني أو لائحي يترتب عليه فقط إلغاء قوة نفاذ ذلك النص ولا يلغي النص القانوني، حيث يبقى هذا الأخير قائماً من الناحية النظرية المجردة حتى يلغيه المشرع، وإن كان سيفقد قيمته العملية من الناحية التطبيقية؛ لأن جميع المحاكم ستمتنع عن تطبيقه إعمالاً للحجية المطلقة للحكم الصادر بعدم الدستورية¹، وهذا تطبيقاً لما جاء في الفقرة 1 من المادة 49 سابقة الذكر، التي نصت على أن أحكام المحكمة الدستورية العليا وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة.

وبخصوص نوع الحجية التي تتمتع بها أحكام المحكمة الدستورية فإنه يوجد إجماع فقهي في مصر على أن الأحكام القاضية بعدم دستورية النص القانوني أو اللائحي تتمتع بحجية مطلقة، بمعنى أن أثر هذا النوع من الأحكام لا يقتصر على أطراف الدعوى، وإنما لها حجية تجاه جميع سلطات الدولة وكافة الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين.

أما بخصوص الأحكام القاضية بمطابقة النص القانوني أو اللائحي للدستور فقد اختلف الفقه في نوع حجيتها فهناك من رأي أن لها حجية مطلقة مثل الأحكام الأولى، وهناك من رأي العكس وقال بأن لها حجية نسبية، وذلك لأنه لا يوجد مانع من إعادة الدفع بعدم دستورية نفس النص القانوني أو اللائحي الذي قررت المحكمة الدستورية مطابقته للدستور، وذلك تأسيساً على أسباب أو طعون مغايرة لتلك التي أقيم عليها الدفع في المرة الأولى².

وبالرجوع إلى موقف المحكمة الدستورية من حجية أحكامها القاضية بمطابقة النص القانوني أو اللائحي للدستور، نجد أنها ذهبت مع الاتجاه الفقهي الأول الذي رأى أن هذه الأحكام تتمتع هي الأخرى بحجية مطلقة، وهذا ما يستخلص من حكمها الصادر في 2003/04/13 والذي تعلق بإعادة الطعن بعدم دستورية القانون رقم 6 لعام 1997 والذي

¹ محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص 604.

² محمد علي سويلم، نفس المرجع، ص 593.

سبق للمحكمة بموجب حكمها الصادر في 2002/04/14 أن قضت بمطابقتها للدستور، حيث ارتكزت المحكمة في حكمها القاضي برفض الطعن الجديد على ما يلي: "وحيث أنه تأسيساً على ما تقدم، وإذا كان مقتضى أحكام المادتين (48، 49) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة، باعتباره قولاً فاصلاً لا يقبل تعقيباً من أي جهة كانت، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو السعي إلى نقضه من خلال إعادة طرحه من جديد لمراجعته، ومن ثم فإن الدعوى الراهنة تكون غير مقبولة"¹.

ثانياً: في الأنظمة اللاتينية

ينتهي النظام القانوني الذي أوجدته الأنظمة القانونية اللاتينية لآلية الدفع بعدم دستورية القوانين بتحديد الآثار القانونية الناجمة عن الفصل فيه من قبل الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين، هذه الآثار التي وجدنا تشابه إلى حد ما في القانون الفرنسي والمغربي والجزائري.

1- في القانون الفرنسي

لقد حدد المؤسس الدستوري الفرنسي في الفقرة الثانية 2 من المادة 62 من الدستور الأثر القانوني المترتب على قرار المجلس الدستوري القاضي بعدم دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه عن طريق المسألة الأولية الدستورية، حيث جاء فيها:

« Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision »

¹ قرار منشور في: <https://www.sccourt.gov.eg>، تاريخ التصفح: 2022/06/29.

فيبدو من هذه الفقرة أن قرار المجلس الدستوري الفرنسي القاضي بعدم دستورية الحكم التشريعي يؤدي إلى إلغاءه (est abrogée)، والمقصود بالإلغاء هنا هو منع الحكم التشريعي من أن يرتبه آثاره القانونية بالنسبة للمستقبل كأصل عام، دون أن يتعدى ذلك إلى حد الحكم بزوال هذا الحكم، لأن هذا يعد من عمل المشرع، فهو الوحيد الذي يملك سلطة إلغاء الأحكام التشريعية سارية المفعول¹.

أي أن اختصاص المجلس الدستوري ينحصر في عزل آثار الحكم التشريعي وجعله غير مرتب لآثار قانونية وذلك بداية من التاريخ الذي يحدده في قراره.

أما بخصوص سريان قرار المجلس الدستوري من حيث الزمان فنجد أن المؤسس الدستوري قد وضع في الفقرة 2 من المادة 62 أصلا عاما وهو أن الحكم التشريعي يلغى أي يفقد آثاره القانونية من تاريخ نشر قرار المجلس في الجريدة الرسمية، ولا يسري بأثر رجعي، بحيث تبقى الآثار التي أنتجها الحكم التشريعي في الماضي سارية المفعول.

وترجع الغاية من هذا التقييد الزمني لقرار المجلس الدستوري إلى الحفاظ على ثبات العلاقات القانونية، واستقرار لمراكز القانونية المختلفة، وهذا ما يضمن الحفاظ على الأمن القانوني²، بخلاف لو طبق القرار بأثر رجعي، حيث أنه سيؤدي إلى هدم المراكز القانونية المستقرة ويمحي جميع الآثار التي خلفها القانون الملغى، مما يتسبب في زعزعة وانهيار النظام القانوني.

ولا تقتصر الاستفادة من قاعدة سريان قرار المجلس الدستوري من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية على آثار مسألة عدم دستورية الحكم التشريعي الذي سيطبق في النزاع، بل إن هذا القرار يطبق حتى في الدعاوى التي تستند على نفس الحكم التشريعي والتي لم

¹ Mathieu DISANT, Les effets dans le temps des décisions QPC, P 2, voir, <https://www.conseil-constitutionnel.fr>.2022/06/29 تاريخ التصفح:

²Mathieu DISANT, Op. Cit, P 1.

يفصل فيها بعد، وذلك تكريسا للحجية المطلقة لقرارات المجلس الدستوري، وهذا ما أشار إليه هذا الأخير في قراره رقم 110-2010 الصادر في 2011/03/25 والذي جاء فيه:

« si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel »

ولكن هذا الأصل العام يرد عليه استثناء وهو أنه يجوز للمجلس الدستوري أن يحدد تاريخا آخر لسريان قراره القاضي بعدم دستورية الحكم التشريعي، غير تاريخ صدور هذا القرار، وهو ما يعني أن المجلس يملك سلطة تقديرية واسعة في تحديد تاريخ سريان قراره، فهو يجوز له أن يقرر فقدان الحكم التشريعي لآثاره القانونية من تاريخ صدور القرار، أو من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، كما يسوغ له أن يؤجل الأثر القانوني لقرار التصريح بعدم الدستورية إلى أجل مسمى يحدده بكل حرية وفقا لطبيعة المسألة المعروضة أمامه، وذلك لأن التأجيل داخل الزمن مرتبط بالعلاقة ما بين إقصاء المقتضى غير الدستوري، والحاجة للمحافظة على استمرارية النظام المعياري، فالتأجيل آلية فعالة لتأمين النظام المعياري والتأكد على الإشتغال الجيد لدولة القانون.

ويمكن تلخيص مبررات استعمال المجلس الدستوري لسلطته التقديرية في تأجيل الإلغاء في مراعاة الأمن القانوني أو مراعاة الصالح العام أو مراعاة مصلحة المتقاضين، أو مراعاة التأثير على المالية العامة.

وقد تحفظ بعض الفقه على هذا الاحتمال الأخير، وذلك لأن التصريح بأن قانونا غير دستوري، مع تركه ينتج آثاره القانونية، يمكن أن يظهر بأنه غير لائق وصادم، خصوصا حين تتعلق عدم الدستورية بالحقوق والحريات الفردية، وكذلك سلطة التأجيل تتعارض مع مبادئ دولة القانون¹.

¹ محمد أتركين، المرجع السابق، ص 107.

ورغم هذه المعارضة الفقهية إلا أننا وجدنا أن المجلس الدستوري أجل سريان بعض قراراته القاضية بعدم دستورية حكم تشريعي، فمن بين هذه القرارات نجد قراره رقم 2010-22/14 الصادر في 2010/07/30 والقاضي بعدم دستورية الأحكام التشريعية للتوقيف تحت النظر، وذلك على أساس أن الإلغاء الفوري لهذا الحكم التشريعي يتجاهل أهداف منع الاعتداءات على النظام العام، والبحث عن مرتكبي المخالفات، وسيؤدي إلى نتائج وخيمة¹.

غير أنه ما تجب الإشارة إليه أن تأجيل سريان قرار المجلس الدستوري القاضي بعدم دستورية حكم تشريعي ما لا يطبق بخصوص إلغاء التشريع الجنائي في إطار الجانب الموضوعي المخالف للحقوق الدستورية، إذا لا يمكن تطبيق الحكم التشريعي الذي يقضي بإدانة بالسجن سواء في القضايا الجارية أو غيرها، وأما في ما يخص الإجراءات الجزائية فيمكن تأجيل إلغاء الأحكام التشريعية المخالفة للحقوق الدستورية².

ومهما كان الوقت الذي يسري فيه قرار المجلس الدستوري القاضي بعدم دستورية الحكم التشريعي، فإن هذا القرار يكون غير قابل لأي طعن، وتكون له حجية مطلقة ليس فقط تجاه أطراف النزاع الذي أثيرت بصده المسألة الأولية الدستورية، بل تجاه كل السلطات العمومية والإدارية والقضائية، وهذا بخلاف قراره القاضي بمطابقة الحكم التشريعي للدستور الذي تكون له حجية نسبية، وذلك لأنه كما رأينا فإنه إعادة الطعن في الحكم التشريعي إذا تغيرت الظروف³.

كما يترتب على قرارات المجلس الدستوري القاضية بعدم دستورية الأحكام التشريعية أثر قانوني غير مباشر، وهو إمكانية مساءلة الدولة مدنيا عن الأضرار الناجمة عن هذه الأحكام، حيث أن مجلس الدولة في فرنسا أصبحت اجتهاداته بخصوص المسؤولية المدنية للدولة عن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية، تقضي بإمكانية مساءلتها مدنيا عن

¹ voir, <https://www.conseil-constitutionnel.fr.2022/06/29> تاريخ التصفح:

² عبد العزيز النويضي، المرجع السابق، ص 213.

³ أنظر الفقرة 3 من المادة 62 من الدستور الفرنسي.

الأضرار الناجمة عن الأحكام التشريعية التي طعن فيها عن طريق المسألة الأولية الدستورية والتي قرر المجلس الدستوري فيما بعد عدم مطابقتها للدستور¹.

وهذا ما يتضح من خلال قراره الصادر في 2019/12/24 الذي تتمثل وقائعه في مطالبة شركة Hôtelière Paris Eiffel Suffren الدولة بتعويضها عن الأضرار التي سببتها لها أحكام الفقرة 1 من المادة 15 من أمر 1986/10/21 وذلك لأنه ألزمت بموجبها أن تدفع لعمال سابقين لها مبلغ 10 ملايين أورو عن الأرباح التي حققتها في الفترة ما بين 1989-2001.

ونظرا لأن المجلس الدستوري قرر في 2013/08/01² بمناسبة فصله في المسألة الأولية الدستورية المرفوعة إليه الذي تقدمت به الشركة، بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 15 من أمر 1986/10/21 رفعت هذه الأخيرة دعوى تعويض التي نظرا لرفضها من قبل كل من المحكمة الإدارية ومحكمة الاستئناف الإداري لباريس، رفعت طعنا بالنقض أمام مجلس الدولة والذي رغم أنه قرر عدم الحكم على الدولة بالتعويض لعدم وجود علاقة سببية بين الضرر الذي أصاب الشركة والفقرة الأولى من المادة 15 من الأمر السابق الذكر، إلا أنه يفهم منه أنه قبل بإمكانية مساءلة الدولة عن القوانين التي قضى المجلس الدستوري بعدم دستورتها بمناسبة فصله في مسألة أولية دستورية، أو حتى القوانين المخالفة للإتفاقيات والمعاهدات الدولية متى توافرت الشروط التي حددها، حيث جاء في منطوق قراره ما يلي "... وكنتيجة لأحكام المواد 61، 61-1 و 62 من الدستور فإن مسؤولية الدولة تقوم على حكم تشريعي قرر المجلس الدستوري أنه مخالف للدستور طبقا لأحكام المادة 61-1 أثناء فصله في مسألة أولية دستورية..."⁽³⁾.

كما حدد مجلس الدولة شروطا حتى يستطيع الأفراد مساءلة الدولة عن قانون قرر المجلس الدستوري عدم دستوريته طبقا للمادة 61-1، وهي أن لا يكون قرار المجلس

¹ Clément Malverti, Cyrille Beaufiles, la responsabilité de l'Etat du fait des lois inconstitutionnelles, AJDA, N°9, 9Mars 2020, Dalloz, Paris, p 511.

⁴voir www.conseil-constitutionnel.fr

⁽³⁾CE 24/12/2019, Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren, voir, www.conseil-etat.fr.

الدستوري قد استبعد التعويض صراحة، أو أنه قد أبقى على كل أو بعض الآثار المالية للنص محل دعوى التعويض¹.

2- في القانون المغربي

نص المؤسس الدستوري المغربي في الفصل 134 من الدستور على أن أي قانون قضت المحكمة الدستورية بعدم دستوريته بمناسبة فصلها في دفع بعدم الدستورية، فإن هذا القانون ينسخ من التاريخ الذي تحدده المحكمة في قرارها، حيث جاء في مضمون المادة ما يلي: "لا يمكن إصدار الأمر بتنفيذ مقتضى تم التصريح بعدم دستوريته على أساس الفصل 132 من هذا الدستور، ولا تطبيقه، وينسخ كل مقتضى تم التصريح بعدم دستوريته على أساس الفصل 133 من الدستور، ابتداء من التاريخ الذي حددته المحكمة الدستورية في قرارها".

ويفهم من كلمة النسخ التي استعملها المؤسس الدستوري المغربي والتي تقابلها في النسخة الفرنسية من الفصل 133 عبارة (est abrogée) أنها لا تعني أن تلغي المحكمة الدستورية القانون الذي حكمت بعدم دستوريته، وإنما فقط إزالة قوة نفاذه من التاريخ الذي تحدده المحكمة نفسها.

وعليه يبدو أن المؤسس الدستوري المغربي قد رتب على قرار المحكمة الدستورية القاضي بعدم دستورية المقتضى القانوني نفس الأثر الذي رتبته نظيره الفرنسي على قرار المجلس الدستوري القاضي بعدم دستورية الحكم التشريعي.

ولكن رغم ذلك وجدنا أن المؤسس الدستوري المغربي اختلف على نظيره الفرنسي بخصوص وقت سريان قرار المحكمة الدستورية، حيث أنه وضع وقت واحدا وهو أن قرارها يسري من اليوم الذي تحدده هي، بخلاف نظيره الفرنسي الذي رأينا أنه وضع وقتين، فإما أن

¹ بركات أحمد، الأسس التي تقوم عليها المسؤولية المدنية للدولة عن القوانين، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، لبنان، العدد 33-2021، ص 160.

يسري قرار المجلس الدستوري من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية أو من التاريخ الذي يحدده المجلس.

ويكون قرار المحكمة الدستورية القاضي بعدم دستورية القانون الذي كان محلا للدفع بعدم الدستورية غير قابلا لأي طعن، وهو ما يجعله يتمتع بحجية مطلقة اتجاه أطراف النزاع وغيرهم، وكذا اتجاه كافة السلطات العامة والجهات الإدارية والقضائية، وهذا ما نصت عليه الفقرة 2 من الفصل 134 والتي جاء فيها: "لا تقبل قرارات المحكمة الدستورية أي طريق من طرق الطعن، وتلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية".

3- في القانون الجزائري

. لم يترك المؤسس الدستوري الجزائري ضبط مسألة الآثار الناجمة على قرار المحكمة الدستورية القاضي بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي بمناسبة فصلها في دفع بعدم الدستورية للمشروع، بل نظمه هو بنفسه وذلك من خلال الفقرة 4 من المادة 198 من الدستور¹ والتي جاء فيها: "إذا قررت المحكمة الدستورية أن نصا تشريعيًا أو تنظيميًا غير دستوري على أساس المادة 195 أعلاه، يفقد أثره من اليوم الذي يحدده قرار المحكمة الدستورية".

فما يفهم من مضمون الفقرة السابقة أن المؤسس الدستوري الجزائري استعمل مصطلح فقدان الأثر ولم يستعمل مصطلح الإلغاء الذي استعمله نظيره الفرنسي، ويفيد هذا المصطلح إنهاء قوة نفاذ القاعدة القانونية بالنسبة للمستقبل، أي تجريد الأحكام

¹ قبل التعديل الدستوري لعام 2020 فإن الفقرة 2 من المادة 191 من الدستور هي من كانت تحدد الأثر الناجم عن قرار المجلس الدستوري المتضمن عدم دستورية نص تشريعي بمناسبة الفصل في دفع بعدم الدستورية، حيث كانت تنص على ما يلي: "إذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن هذا النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري".

التشريعية أو التنظيمية التي تم الحكم بمخالفتها للدستور من قوة نفاذها لتفقد خاصية الإلزام التي تتسم بها القواعد القانونية جميعا.

فاستعمل عبارة " فقدان الأثر القانوني " من طرف المؤسس الدستوري الجزائري كان لغاية مهمة وهي من أجل التعبير على فكرة جوهرية تجعله في منأى عن شبهة التدخل في صميم اختصاص المشرع التي تناط به حصريا سلطة إلغاء الأحكام التشريعية سارية المفعول. أي بتعبير آخر نقول أن اختصاص المحكمة الدستورية ينحصر في عزل آثار الحكم التشريعي أو التنظيمي وجعله غير مرتب لآثار قانونية وذلك بداية من التاريخ الذي يحدده في قراره¹.

أما بخصوص الوقت الذي يفقد فيه النص التشريعي أو التنظيمي قوة نفاذه فإنه يلاحظ من الفقرة 4 من المادة 198 من الدستور أن المؤسس الدستوري ترك للمحكمة الدستورية سلطة تقديرية واسعة في تحديد التاريخ الذي يبدأ فيه فقدان الأثر القانوني للنص التشريعي أو التنظيمي المقضي بعدم دستوريته، فهو لم يلزمها بتاريخ معين مثل ما فعل نظيره الفرنسي بخصوص القاعدة العامة الواردة في المادة 62 من الدستور، والتي رأينا أنها تنص على إلغاء الحكم التشريعي من يوم نشر قرارات المجلس الدستوري في الجريدة الرسمية.

وبهذا فإنه يجوز للمحكمة الدستورية أن تقرر أن الحكم التشريعي أو التنظيمي يفقد آثاره القانونية من تاريخ صدور القرار، أو من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، كما يجوز لها أن تؤجل فقدان الأثر القانوني إلى تاريخ لاحق لقرار التصريح بعدم الدستورية إذا قدرت أن طبيعة المسألة المعروضة عليها تقتضي ذلك.

¹ فائزة جروني، قيطوبي أسامة، أثر قرار المجلس الدستوري في مجال الدفع، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، العدد 2، 2019، ص 236.

وبالرجوع إلى قرارات المجلس الدستوري سابقا الذي قضى فيها بعدم دستورية بعض النصوص التشريعية بمناسبة فصله في الدفوع بعدم الدستورية المثارة ضدها، يتبين لنا أن المجلس الدستوري كان دائما يجعل هذه النصوص تفقد أثرها من اليوم الذي يصدر فيه قراراته القاضية بعدم الدستورية.

حيث وجدنا أن أول قرار أصدره المجلس الدستوري وقضى فيه بعدم دستورية نص تشريعي بمناسبة فصله في دفع بعدم الدستورية كان قراره رقم 01/2019 المؤرخ في 20 نوفمبر 2019¹، حيث كان بخصوص مخالفة المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية لأحكام المادة 160 من الدستور التي تقضي بأن الدستور يضمن التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ولهذا قرر المجلس الدستوري "ما يلي":

ثانيا: عدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في (الفقرة الأولى) من المادة 416 من القانون المذكور أعلاه، في شطرها المحرر كالاتي: "إذا قضت بعقوبة حبس أو غرامة تتجاوز 20.000 د.ج بالنسبة للشخص الطبيعي.

ثالثا: 1 - عدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في الفقرة الأولى من المادة 416 من القانون المذكور أعلاه، في شطرها المحرر كالاتي: "و100.000 د.ج بالنسبة للشخص المعنوي".

2-عدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في الفقرة الثانية من المادة 416 من القانون المذكور أعلاه، في شطرها المحرر كالاتي: "القاضية بعقوبة الحبس بما في ذلك تلك المشمولة بوقف التنفيذ".

رابعا: تفقد الأحكام التشريعية المقرر عدم دستوريتهما أعلاه أثرها فورا.

خامسا: يسري أثر القرار بعدم الدستورية المصريح به أعلاه، على كل الأحكام الجزائية التي لم تستنفذ آجال الاستئناف عند تطبيق أحكام المادة 416 من القانون المذكور أعلاه".

¹ الجريدة الرسمية عدد 77 لعام 2019، ص 10.

وثاني قرار صادر في هذا المجال هو قراره قرار رقم 01/ق.م د/د ع د/21 المؤرخ في 10 فبراير 2021¹ والذي يتعلق بمخالفة المادة 33 ق.إ.م.إ.م. لأحكام المادة 165 من الدستور التي تكفل حق التقاضي على درجتين، حيث جاء في مضمون القرار ما يلي: "أولا: تعد المادة 33) الفقرتان الأولى والثانية) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية غير دستورية.

ثانيا: يفقد الحكم التشريعي أثره فورا.

ثالثا: يسري أثر هذا القرار على الأحكام المدنية التي لم تستنفذ آجال الاستئناف عند تطبيق أحكام المادة 33) الفقرتين الأولى والثانية) من القانون المذكور أعلاه.

فما يبدو من هاذين القرارين أن المجلس الدستوري قرر أن النصوص التشريعية التي قضى بعدم دستورتها تفقد أثرها القانوني من تاريخ صدور هاذين القرارين، وهو ما يتضح من مصطلح "فورا" الذي استعمله المجلس.

وما يلاحظ كذلك من هاذين القرارين أن المجلس الدستوري لم يجعل إلزاميتهما مقتصرًا على النزاعات المتعلقة بها، بل مددها حتى للنزاعات التي لم تستنفذ بعد آجال الاستئناف، وهذا تطبيقًا للحجية المطلقة التي كانت تتمتع بها قراراته، والتي تتمتع بها اليوم قرارات المحكمة الدستورية، حيث أن قراراتها لا يقتصر إلزامها على أطراف النزاع الذي أثير بصده الدفع بعدم الدستورية، بل يمتد لغيرهما من الأشخاص الطبيعية والمعنوية، كما يمتد لكل السلطات العامة وكل السلطات الإدارية والقضائية، مع تحصين قراراتها من أي طعن وذلك لأنها نهائية فيما فصلت فيه².

¹ الجريدة الرسمية عدد 16 لعام 2021، ص 3.

² أنظر الفقرة 5 من المادة 195 من الدستور.

الخاتمة

في ختام البحث في موضوع دور القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين نقول أن الدول الإنجلوسكسونية كانت السبابة في التسليم بهذا الدور حيث أن و.م.أ اعترفت به منذ القرن 19، وذلك لاعتمادها على نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين، عكس الدول اللاتينية التي اعترفت حديثا، حيث كان هذا الاعتراف في القرن الحالي فقط، حيث أن هذه الدول الأخيرة وجدت نفسها مضطرة للاعتراف بهذا الدور، وذلك لأنها كانت تعتمد على الرقابة السياسية على القوانين، التي تعطي للسلطتين التشريعية والتنفيذية فقط حق تحريك الرقابة على دستورية القوانين، وهو ما أثر على فعالية هذه الرقابة، وذلك لتحكم الاعتبارات السياسية في عمل هاتين السلطتين.

وبناء على هذا كانت الدول اللاتينية أمام حتمية البحث عن سلطة أخرى تضمن تفعيل الرقابة على دستورية القوانين ومن ثم ضمان احترام الدستور، وهو ما وجدته في السلطة القضائية التي تتمتع بالاستقلالية والحياد.

بل وجدنا أن الجزائر والمغرب قد تخلينا عن نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين وأصبحت تعتمدان على نظام الرقابة القضائية، وذلك من خلال إنشاء الجزائر للمحكمة الدستورية في التعديل الدستوري لعام 2020، ومن قبلها المغرب في دستور 2011.

كما وقفنا من خلال الدراسة على أن أغلب الدول التي كانت محل الدراسة جعلت حق أو سلطة القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين لا يتم بصورة مباشرة أمام الهيئة المكلفة القيام بهذه الرقابة، بل لابد من إجراء أولي يقوم به الأفراد؛ وهو تقديم دفع أمام الجهات القضائية بعدم دستورية نص قانوني ما، فعند وصول هذا الدفع أمام هذه الجهات تستطيع هذه الأخيرة أن تحرك الرقابة على دستورية القوانين، وذلك عن طريق إحالتها لهذا الدفع على الهيئة المكلفة بالقيام بهذه الرقابة، وهي المحكمة الدستورية العليا في مصر والمجلس الدستوري في فرنسا والمحكمة الدستورية في كل من الجزائر والمغرب.

وما ينبغي الإشارة إليه أننا توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج نذكر أهمها:

- إن الدفوع بعدم الدستورية التي يقدمها الأفراد أصبحت هي الآلية التي يركز عليها القضاء في ممارسة حقه أو سلطته في تحريك الرقابة على دستورية القوانين.

- بموجب آلية الدفع بعدم الدستورية أصبح الأفراد يتمتعون بحق الولوج غير المباشر أمام القضاء الدستوري، وهو ما من شأنه تعزيز العدالة الدستورية.

- لم تضع الدول الإنجلوسكسونية قيودا كثيرة على تقديم الأفراد للدفوع بعدم الدستورية سوى شرط ضرورة تعليل الدفع، بخلاف الدول اللاتينية التي كانت أكثر تشددا، حيث وجدنا أنها تطلبت أن تتوافر في هذه الدفوع مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية التي إن تخلف أحدها كان للجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع رفض إحالته على الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين.

وكان مبرر الدول اللاتينية في تقييد الدفع بعدم الدستورية بهذه الشروط هو التقليل من الدفوع الكيدية التي يكون هدفها إطالة أمد النزاع الذي أثير بشأنه الدفع، وهو ما من شأنه كذلك ضمان عدم إثقال كاهل الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين بمثل هذا النوع من الدفوع.

- تقييد الدول اللاتينية لإعمال آلية الدفع بعدم الدستورية لم يقتصر على وضع شروط لقبوله، بل امتد إلى مراقبة مدى توافرها قبل إحالته على الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين، حيث وجدنا أن فرنسا والجزائر ما زالت تعتمد على نظام التصفية على درجتين؛ والذي يقوم على وجوب تحقق الجهة القضائية الابتدائية التي أثير أمامها الدفع لأول مرة من توافره على شروطه الشكلية والموضوعية اللازمة لقبوله، فإذا تأكدت من توافرها كان لها أن ترسلها إلى الجهة القضائية العليا التي تتبعها والتي قد تكون محكمة النقض أو مجلس الدولة في فرنسا، والمحكمة العليا ومجلس الدولة في الجزائر، ليكون هذه

الجهات القضائية العليا فيما بعد إعادة مراقبة مدى توافر هذه الشروط، فإذا تأكدت من ذلك كان لها أن تحيله على المجلس الدستوري في فرنسا أو على المحكمة الدستورية في الجزائر.

- يغلب على الإجراءات التي تتبعها الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين للفصل في الدفع بعدم الدستورية التي تحال عليها الطابع القضائي، حيث تقوم على قاعدة الوجاهية وضمان حق الدفاع وإمكانية رد القضاة وكذا تقديمهم لطلبات التنحي عن الفصل في هذه الدفع.

- بخصوص الآثار التي يترتبها قرار الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين وجدنا أ.و.م.أ لها وضع متميز، حيث وجدنا أن قرار المحكمة الاتحادية العليا يقضي فقط بالامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور دون أن يلغيه، بينما في مصر فإن قرار المحكمة الدستورية العليا القاضي بعدم دستورية نص قانوني يترتب عليه عدم جواز تطبيق هذا النص في كامل الجمهورية من اليوم التالي لنشر الحكم، ما لم يحدد هذا الأخير تاريخاً آخر. في حين أن ما يترتب على قرار المحكمة الدستورية في الجزائر والمغرب القاضي بعدم دستورية النص القانوني الذي كان محلاً للدفع بعدم الدستورية، هو أن يفقد هذا النص قوة الإلزامية من التاريخ الذي يحدده قرار المحكمة، أي أن النص يلغى من هذا التاريخ، بينما نجد في فرنسا أن قرار المجلس الدستوري القاضي بعدم دستورية النص القانوني يؤدي إلى فحانه لقوته الإلزامية أي يلغى النص القانوني من تاريخ نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية أو من التاريخ الذي يحدده المجلس نفسه.

وبناء على ما سبق التوصل إليه من نتائج يمكن تقديم التوصيات التالية:

- بالنسبة لفرنسا لا بد من العدول عن ممارسة الرقابة القضائية بواسطة هيئة سياسية وتحويلها إلى أخرى ذات طابع قضائي منفردة بموضوع الرقابة على دستورية القوانين.

-لضمان مزيد من التكريس للعدالة الدستورية لآبد من منح المواطن حق التقاضي المباشر أمام المحكمة الدستورية، وذلك عن طريق السماح للأفراد بتقديم دفع بعدم الدستورية مباشرة أمامها بخصوص المنازعات التي تفصل فيها كما هو الحال في منازعات الانتخابات الرئاسية والتشريعية.

-إعادة النظر في المدد المتعلقة بمراقبة مدى توافر الدفع بعدم الدستورية على الشروط الشكلية والموضوعية، ومحاولة تقليصها لتجنب تراكم الدفع.

وما يمكنه قوله في الأخير أن إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية يعد مكسبا هاما في مجال الرقابة على دستورية القوانين ووسيلة دفاع ممنوحة للأفراد من أجل الدفاع عن حقوقهم وحرّياتهم المكفولة دستوريا، وتجسيد حق التقاضي أمام القضاء الدستوري وهو الحق الذي بات مكرسا في مختلف الدساتير على غرار الدستور الفرنسي والدستور المغربي والدستور الجزائري.

قائمة المراجعأ- باللغة العربيةأولاً: المصادر

1. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الأول، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، 2008.
2. محي الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مرتب ترتيباً ألفبائياً من أوائل الحروف، دار الحديث، القاهرة، 2008.

ثانياً: المؤلفات العامة

1. أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، ج. 1، ط. 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1997.
2. أحمد حافظ نجم، حقوق الإنسان بين القرآن والسنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.
3. أحمد الأشقر، الإجهادات القضائية والعربية في تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، (دراسة وصفية تحليلية)، تونس، لبنان، المغرب، العراق، الأردن، الجزائر، فلسطين، بدون طبعة، 2016.
4. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
5. فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 2000.
6. عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، ج. 2 (نظرية الحق)، برتي للنشر، الجزائر، (بدون سنة النشر).
7. عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار سعد سمك، 2014.

8. عبد العزيز محمد سلمان، إجراءات الدعوى الدستورية، موسوعة الإجراءات أمام القضاء الدستوري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار سعد سمك، 2015.
9. عبد العزيز محمد سلمان، إجراءات الدعوى الدستورية، موسوعة الإجراءات أمام القضاء الدستوري، الكتاب الأول، الجزء الثاني، دار سعد سمك، 2015.
10. عصام سعيد عيد أحمد، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، ط.1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2013.
11. إلياس جوادي، رقابة دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
12. عماد ملوخية، الحريات العامة، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، الإسكندرية، 2012.
13. رقية المصدق، الحريات العامة وحقوق الإنسان، ط.1، دار النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999.
14. رائد صالح، أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، القاهرة، 2010.
15. سلمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، ط.6، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1996.
16. سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
17. ماهر صالح علاوي الجبوري، ضمانات الحماية الفعلية لحقوق الإنسان، ط.1، الذاكرة لنشر والتوزيع، بغداد، 2018.
18. محمد المنجي، دعوى عدم الدستورية، ط.1، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون سنة، مصر.
19. ميلود ذبيح، الفصل بين السلطات. في التجربة الدستورية الجزائرية، دار الهدى، الجزائر، 2001.
20. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

21. محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، 2013.

II- المؤلفات المتخصصة:

1. عبد الحق بلفقيه، دعوى الدفع بعدم دستورية نص تشريعي (ما بين رؤية المشرع المغربي وتدخل القاضي الدستوري-دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، مطبعة سبارطيل، طنجة، المغرب، 2019.

2. عبد العزيز النويضي، المحكمة الدستورية و مسألة الدفع بعدم دستورية القوانين، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2019.

3. محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، سلسلة الدراسات الدستورية ، ط.1 ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، المغرب ، 2013.

4. محمد عبد الحميد أبو زيد، القضاء الدستوري (شرعا ووضعا)، دار النهضة العربية، بدون سنة ، القاهرة.

رابعا: الأطروحات والمذكرات

أ- أطروحات الدكتوراه

1. أسود ياسين، ضمانات حماية الحقوق و الحريات العامة بين الرقابة الدستورية و الرقابة القضائية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017.

2. بن دراح علي إبراهيم، تطور نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018-2019.

3. صالح دجال، حماية الحريات ودولة القانون، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2009-2010.

4. نصرالدين بن طيفور، السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2002-2003.

5. نادية خلفة، آليات حماية حقوق الإنسان في المنظومة القانونية الجزائرية، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010.
6. محمد هاملي، آليات إرساء دولة القانون، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.

ب-مذكرات ورسائل الماجستير

1. حمد عبد الله علي عبد الله الساعدي ، الدفع بعدم دستورية في الدولة الإمارات العربية المتحدة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، أبريل 2020.
2. شباب برزوق، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، 2011-2012.

خامسا: المقالات

1. أحمد الحسين، الحماية القانونية للحريات العامة، مجلة جامعة البعث، المجلد 39، العدد 12، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2017.
2. أحمد شارة موسى، مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة أساسية لنفاذ القواعد الدستورية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسية بن بوعلي، الشلف، المجلد 6، العدد 1، 2020.
3. أعمرستي محمد أمين، مسراتي سليمة، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 4، العدد 14، جانفي، 2019.
4. أفقير فضيلة، دعوى الدفع بعدم الدستورية في القضاء الدستوري من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس، المدية، المجلد 8، العدد 1، جانفي 2022.
5. أوكيل محمد الأمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي، حوليات جامعة الجزائر1، العدد 32، الجزء الثاني، جوان 2018.

6. أوكيل محمد الأمين، نظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية في القوانين المقارنة وأفق تطبيقه في الجزائر، مجلة صوت القانون، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، العدد 08 لسنة 2017.
7. باهي هشام، ماحي وسيلة، ضوابط الدفع بعدم الدستورية القوانين أمام القضاء وفقا لأحكام القانون العضوي رقم 18-16، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، المجلد 7، العدد 2، 2020.
8. بركات أحمد، آثار تقرير آلية الدفع بعدم الدستورية على وظيفة المجلس الدستوري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي، المجلد 8، العدد 1، 2021.
9. بركات أحمد، الأسس التي تقوم عليها المسؤولية المدنية للدولة عن القوانين، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، لبنان، العدد 33 لسنة 2021.
10. بوسطلة شهرزاد، جميلة مدور، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 3، العدد 4، مارس 2008.
11. بومدين محمد، التعديل الدستوري الجزائري المرتقب في نوفمبر 2020 لمسألة إخضاع التنظيمات لرقابة المحكمة الدستورية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، المجلد 4، العدد 2، 2020.
12. بومدين محمد، الدفع بعدم الدستورية طبقا للتعديل الدستوري الجزائري 2016 مجرد تقليد النموذج للفرنسي الشاذ، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد 01 لسنة 2019.
13. بومدين محمد، مبررات الاعتراف للقضاء الجزائري بدور في الرقابة على دستورية القوانين، وتحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تمنراست، المجلد 8، العدد 6، 2019،
14. تبينة حكيم، الرقابة القضائية على دستورية القوانين (المحكمة الدستورية العليا المصرية نموذجاً)، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، المجلد 05، العدد 02، 2020.

15. جلول شيتور، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مخبر أثر الإجتهد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد الثالث، العدد الرابع، 2008.
16. رشيد المدور، تطور الرقابة الدستورية في المغرب، مجلة دراسات دستورية، المحكمة الدستورية، البحرين، المجلد 3، العدد 6، 2016.
17. رواب جمال، الدفع بعدم دستورية القوانين (قراءة في نص المادة 188 من الدستور)، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، المجلد 4، العدد 1، 2017.
18. سامي محمد فيصل، مبدأ الفصل بين السلطات واستقلالية القضاء كضمانة لحماية الحريات العامة، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي، النعامة، العدد 2، جوان 2015.
19. سعاد الحافظي، آلية الدفع بعدم الدستورية مضمونة لحماية الحقوق والحريات في النظامين الجزائري و الفرنسي، مجلة الإجتهد و القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 12، عدد خاص، أبريل 2020.
20. سعاد عمير، النظام القانوني للمحكمة الدستورية في الجزائر، قراءة في أحكام التعديل الدستوري لسنة 2020، مجلة الدراسات القانونية المقارنة جامعة حسيبة بن بوعلي، ولاية شلف، المجلد 07، العدد 01، جوان 2021.
21. شامي ياسين، لعروسي أحمد، آلية الدفع بعدم الدستورية (قراءة في نص القانون العضوي رقم 16-18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية)، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانه، غليزان، المجلد 8، العدد 1، 2019.
22. عائشة لزرق، لعيواني سهام، الدفع بعدم الدستورية كألية إخطار لتفعيل دور المجلس الدستوري في مجال حماية الحقوق والحريات، مجلة تنوير، جامعة الجلفة، العدد 4، ديسمبر 2017.
23. عبد القادر بوراس، لخضرتاج، الدفع بعدم الدستورية في الدستور الجزائري، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، العدد 6، جوان 2018.

24. عبید ریم، واقع الرقابة الدستورية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 في الجزائر، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2017 العدد 15.
25. عدو عبد القادر، مراد زوايد، شروط ممارسة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية(دراسة تحليلية مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي والمصري، مجلة معارف، جامعة البويرة، المجلد 16، العدد 2، ديسمبر 2021.
26. عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية و أثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، الجزائر، العدد 02، 2013.
27. عمار بوضياف، دور القضاء الفرنسي في مجال الرقابة على دستورية القوانين، مجلة صوت القانون، المجلد السادس، العدد 02، نوفمبر 2019.
28. عمار عباس، دور المجلس الدستوري في ضمان مبدأ سمو الدستور، مجلة المجلس الدستوري، العدد 1، 2013.
29. عمر عبد الله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، المعهد العالي للعلوم السياسية مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، دمشق، 2001.
30. فائزة جروني، قيطوبي أسامة، أثر قرار المجلس الدستوري في مجال الدفع، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، العدد 2، 2019.
31. فريدة مزياني، دور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة في الجزائر، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 3، 2006.
32. كمال حمريط، الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016(دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، جامعة الجلفة، المجلد 03، العدد 01، 2018.
33. أحمد أعراب، منال بن شناف، آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السادس عشر، مارس 2018.
34. محمد طيب دهسي، حق الفرد في التمسك بعدم دستورية القوانين أمام الجهات القضائية-دراسة تطبيقية في التشريع الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمارثليجي، الأغواط، المجلد 3، العدد 2، 2017.

35. محمد محمد عبد اللطيف، رقابة الدستورية اللاحقة في فرنسا، مجلة المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 16، أكتوبر 2009.
36. مسعود شهوب الرقابة على دستورية القوانين (النموذج الجزائري)، مجلة النائب، السنة الثالثة، العدد 6/5.
37. مسعود شهوب، الدفع بعدم الدستورية (آثاره القانونية، ودوره في حماية الحقوق والحريات)، مجلة مجلس الدولة، العدد 16، 2018.
38. مصطفى محمود إسماعيل، المسألة الأولية في التشريع الفرنسي، المجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع، مصر، المجلد 2، العدد 1، 2021.
39. نوار بدير، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وحدة القانون الدستوري، سلسلة أوراق عمل ببرزيت للدراسات القانونية، بيروت، لبنان، العدد 5، 2017.

سادسا: المداخلات

1. بركات أحمد، الدفع بعدم دستورية القوانين ضرورة لبناء دولة الحق والقانون (دراسة مقارنة)، الندوة الدولية حول إشكالية "بناء دولة الحق والقانون في الدول المغاربية ورهان الديمقراطية التداولية"، جامعة أكادير، المغرب، 11-12 ماي 2018.
2. دعلاش عبد الكريم، الندوة الوطنية حول الدفع بعدم دستورية القوانين، معالجة عدم الدستورية من قبل قاضي الموضوع، وزارة العدل، مركز الجزائر الدولي للمؤتمرات، الجزائر، 10 و 11 ديسمبر 2018.
3. مسعود شهوب، تأثير الدفع بعدم دستورية القوانين على سير المحاكمة، الندوة الوطنية حول الدفع بعدم الدستورية، وزارة العدل، مركز الجزائر للمؤتمرات، عبد اللطيف رحال، الجزائر، يومي 10-11 ديسمبر 2018.
4. ضيف محمد، المحاكمة الدستورية، إجراءات الدفع أمام المجلس الدستوري، مداخلة مقدمة في إطار الندوة الوطنية حول الدفع بعدم دستورية القوانين، وزارة العدل، مركز الجزائر الدولي للمؤتمرات عبد اللطيف رحال، يومي 10 و 11 ديسمبر 2018.

ثامنا: مواقع الإنترنت

- 1- <https://www.courtlistener.com/opinion/84759/marbury-v-madison>.
- 2- <https://almerja.com>
- 3- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/22/738/>
- 4- <https://ar.wikipedia.org/wiki/2014>
- 5- <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions/la-qpc#qpc>
- 6- <https://www.elkanounia.com>
- 7- <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r1898.pdf>
- 8- <https://www.sccourt.gov.eg>
- 9- <http://e-biblio.univ-mosta.dz/handle/123456789/8169>
- 10- <http://dspace.univ-setif2.dz>

تاسعا: النصوص القانونيةأولا: النصوص القانونية الجزائرية

1. الدستور الجزائري لسنة 1963.
2. الدستور الجزائري لسنة 1976 الصادر بموجب الأمر 76-97 المؤرخ في 1976/11/22 المتضمن إصدار الدستور، الجريدة الرسمية عدد 94 لعام 1976.
3. الدستور الجزائري لسنة 1989 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 1989/02/28 المتعلق بنشر نتائج التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، الجريدة الرسمية عدد 9 لعام 1989.
4. التعديل الدستوري لسنة 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 1996/12/07 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد 76
5. التعديل الدستوري لسنة 2002 الصادر بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 2002/04/10 المتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد 25 لعام 2002
6. التعديل الدستوري لسنة 2008 الصادر بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد 63 لعام 2008

7. الدستور الجزائري لسنة 2016 الصادر بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتعلق بالتعديل الدستوري الجزائري، الجريدة الرسمية العدد رقم 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.
8. الدستور الجزائري لسنة 2020 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد رقم 82.
9. القانون العضوي رقم 12-04، مؤرخ 12 يناير سنة 2012، المتعلق بالأحزاب السياسية، الجريدة الرسمية العدد 2 لسنة 2012.
10. القانون العضوي رقم 16-12 المؤرخ في 25/08/2016 المحدد لتنظيم عمل المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة، الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2016.
11. القانون العضوي رقم 18-16 الصادر في 5 سبتمبر لسنة 2018، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية العدد 54 لسنة 2018.
12. القانون العضوي رقم 21-01 المؤرخ في 10/03/2021 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 17 لسنة 2021.
13. القانون العضوي رقم 22-19 الصادر في 25 يوليو لسنة 2022، المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية العدد 51 لسنة 2022.
14. القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أفريل 1991، يحدد قواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الجريدة الرسمية رقم عدد 21 لعام 1991.
15. القانون رقم 08-09 المؤرخ 25/02/2009 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 21 لعام 2008.

16. المرسوم الرئاسي رقم 21-304 المؤرخ في 4 أوت 2021 المحدد لشروط وكيفيات انتخاب أساتذة القانون الدستوري، أعضاء في المحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية العدد 60 لعام 2021.

الأنظمة:

1. النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية عدد 46 لسنة 2000.
2. النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 42 لعام 2019.

القرارات:

1. قرار المجلس الدستوري رقم 03/ر.ق.ع.م.د/ 18 المؤرخ في 02/08/2018، الجريدة الرسمية رقم 54 لعام 2018.
2. قرار المجلس الدستوري رقم 01 رقم /ق.م.د/د ع د/ 19 المؤرخ في 20 نوفمبر 2019، الجريدة الرسمية عدد 77 لعام 2019.
3. قرار المحكمة الدستورية رقم 01/ق.م.د/د ع د/ 21 المؤرخ في 10 فبراير سنة 2021، الجريدة الرسمية عدد 16 لعام 2021.
4. قرار المحكمة الدستورية رقم 02/ق.م.د/د ع د/ 21 المؤرخ في 5 ديسمبر سنة 2021، الجريدة الرسمية العدد 4 لعام 2022.
5. قرار المحكمة الدستورية رقم 03/ق.م.د/د ع د/ 21 المؤرخ في 5 ديسمبر 2021، الجريدة الرسمية العدد 4 لعام 2022.
6. قرار المحكمة الدستورية رقم 01/ق.م.د/د ع د/ 22 المؤرخ في 26 جانفي 2022، الجريدة الرسمية العدد 34 لعام 2022.
7. قرار المحكمة الدستورية رقم 3/ق.م.د/د ع د/ 22 المؤرخ في 26 جانفي 2022، الجريدة الرسمية العدد 34 لعام 2022.
8. القرار المحكمة الدستورية رقم 28/ق.م.د/د ع د/ 2022 المؤرخ في 23 مارس 2022، الجريدة الرسمية العدد 54 لعام 2022.

النصوص القانونية الأجنبية:أولا: في فرنسا

1. القانون الدستوري رقم 724-2008 المؤرخ في 2008/7/23 المتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد 0171 لسنة 2008، ص. 1890.
2. القانون العضوي رقم 1523-2009 بتاريخ 10 ديسمبر 2010 التي يحدد كيفيات تطبيق نص المادة 61-1 المتعلقة بالمسألة الأولوية الدستورية، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد 0287 لسنة 2009.

ثانيا: في المغرب

1. دستور 1962، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 2616 مكرر لعام 1962، ص 2993.
2. دستور 1970، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 3010 مكرر لعام 1970، ص 1773 دستور 1972، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 3098 لعام 1972، ص 626.
3. دستور 1992، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 4172 لعام 1992، ص 1247.
4. دستور 1996، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 4420 لعام 1996، ص 2281.
5. دستور 2011 الصادر بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.91 المؤرخ في 2011/7/29 المنشور بالجريدة الرسمية المغربية العدد رقم 5964 مكرر لعام 2011، ص. 3600.
6. ظهير الشريف رقم 1.14.139 صادر في 13 أوت 2014 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية الجريدة الرسمية المغربية، عدد 6288 الصادرة بتاريخ 4 سبتمبر 2014.

7. القانون التنظيمي رقم 15-85 مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 للدستور بموجب قرارها رقم 70/18 الصادر بتاريخ 6 مارس 2018.

ثالثا: في مصر:

1. الدستور المصري لسنة 1971 الصادر في 12 سبتمبر 1971، المنشور في ج. ر العدد رقم 36 مكرر (أ) لسنة 1971.
2. -القانون رقم 48 لعام 1979 المتضمن إنشاء المحكمة الدستورية العليا الجديدة الرسمية للجمهورية المصرية رقم 36 الصادرة في 1979/9/6، المعدل بالمرسوم بقانون رقم 48 لسنة 2011 الجديدة الرسمية لعدد 24 مكرر بتاريخ 2011/06/11.
3. -دستور 2012، الجديدة الرسمية للجمهورية المصرية العدد 51 مكرر (ب) الصادرة في 2012/12/25 .
4. -دستور 2014، الجديدة الرسمية للجمهورية المصرية العدد 3 مكرر (أ) الصادرة في 2014/01/18.
5. -القانون رقم 184 المعدل لبعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979، ج ر، العدد 25 مكرر (أ)، المؤرخة في 2008/07/22.

|| باللغة الفرنسية

A- les ouvrages

- 1- Lexique Des Termes Juridique, 22^e édition (2014-2015), Dalloz, Paris.
- 2- Dominique Rousseau, Droit du Contentieux Constitutionnel, 7e édition, Montchrestien, Paris. 2006.
- 3- Bertrand Mathieu, Transformer la Ve République sans la trahir (Cohérences et perspectives d'une révision constitutionnelle), AJDA, 2008.
- 4- Pierre-Yves Gahdoun, Argumenter la question prioritaire de constitutionnalité, 2^e édition, Lextenso éditions, Gazette du Palais, 2012.

B- Les articles

- 1- Clément Malverti, Cyrille Beaufils, la responsabilité de l'Etat du fait des lois inconstitutionnelles, AJDA, N°9, 9Mars 2020, Dalloz, Paris.
- 2- Marc Guillaume, la question prioritaire de constitutionnalité, https://www.conseil-constitutionnel.fr/QPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf.

- 3- Maire aimirée Peyron, la question prioritaire de constitutionnalité, revue algérienne Droit et Justice, Numéro spécial L'exception d'inconstitutionnalité des lois, N° 1, 2018.
- 4- Marc GUILLAUME, LE RÈGLEMENT INTÉRIEUR SUR LA PROCÉDURE SUIVIE DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL POUR LES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ, P, www.conseil-constitutionnel.fr
- 5- Mathieu DISANT, Les effets dans le temps des décisions QPC, P 2, voir, <https://www.conseil-constitutionnel.fr>
- 6- Paul Cassia, Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une « question » d'actualité, RFDA, Dalloz, Paris, septembre 2008.

C-les theses

- 1- Marie Haulbert, L'interprétation normative par les juges de QPC, thèse pour obtenir de le grade de docteur, l'université de Montpellier, 2018.

الفهرس

الصفحة	العنوان
1	المقدمة
7	الباب الأول: الأساس الدستوري لحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين
9	الفصل الأول: ماهية الرقابة على دستورية القوانين
10	المبحث الأول: مفهوم الرقابة على دستورية القوانين
10	المطلب الأول: تعريف الرقابة على دستورية القوانين وتطورها
10	الفرع الأول: تعريف الرقابة على دستورية القوانين
10	أولاً: التعريف اللغوي للرقابة
11	ثانياً: التعريف الاصطلاحي للرقابة على دستورية القوانين
13	الفرع الثاني: تطور تقرير الرقابة على دستورية القوانين.
18	المطلب الثاني: أهداف الرقابة على دستورية القوانين.
18	الفرع الأول: حماية مبدأ سمو الدستور.
19	أولاً: السمو(العلو) الموضوعي للدستور
22	ثانياً: السمو(العلو) الشكلي للدستور
24	الفرع الثاني: حماية مبدأ الفصل بين السلطات
24	أولاً: تعريف مبدأ الفصل بين السلطات.
27	ثانياً: أنواع مبدأ الفصل بين السلطات
31	الفرع الثالث: حماية الحقوق والحريات العامة
31	أولاً: مفهوم الحقوق والحريات العامة
37	ثانياً: كيفية مساهمة الرقابة على دستورية القوانين في حماية الحقوق والحريات العامة

40	المبحث الثاني: نظم الرقابة على دستورية القوانين
40	المطلب الأول: نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين
40	الفرع الأول: تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين
43	أولاً: الرقابة القضائية عن طريق أسلوب الدعوى الأصلية (المباشرة).
46	ثانياً: الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الفرعية (الدفع الفرعي)
48	الفرع الثاني: تقدير نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين
51	المطلب الثاني: نظام الرقابة السياسية على دستورية للقوانين
51	الفرع الأول: تعريف الرقابة السياسية على دستورية القوانين
53	الفرع الثاني: تقدير الرقابة السياسية على دستورية القوانين
56	الفصل الثاني: مدى اعتراف دساتير الدول بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين
57	المبحث الأول: اختلاف دساتير الدول على الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين (المرحلة الأولى)
57	المطلب الأول: اعتراف دساتير الدول الإنجلوسكسونية بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين
58	الفرع الأول: اعتراف دستور الولايات المتحدة الأمريكية بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين
58	أولاً: تطور إقرار حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين في دساتير الولايات المتحدة الأمريكية
61	ثانياً: أساليب تحريك القضاء للرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية
66	الفرع الثاني: اعتراف الدستور المصري بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين

67	أولاً: موقف المؤسس الدستوري المصري من حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين قبل 1971
70	ثانياً: موقف المؤسس الدستوري المصري من حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين بعد 1971
73	المطلب الثاني: رفض دساتير الدول اللاتينية القديمة الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين.
74	الفرع الأول: رفض الدستور الفرنسي والمغربي الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين
74	أولاً: رفض الدستور الفرنسي الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين
77	ثانياً: رفض الدستور المغربي الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين
80	الفرع الثاني: رفض الدستور الجزائري الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين
80	أولاً: رفض الدستور الجزائري الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين ما قبل دستور 1989
82	ثانياً: رفض الدستور الجزائري الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين ما بعد دستور 1989
86	المبحث الثاني: اتفاق دساتير الدول على الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين (المرحلة الثانية)
86	المطلب الأول: اتجاه دساتير الدول اللاتينية إلى الاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين

87	الفرع الأول: اعتراف المؤسس الدستوري الفرنسي والاعتراف بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين في التعديل الدستوري لعام 2008
90	الفرع الثاني: اعتراف الدستور المغربي بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين في دستور 2011
93	الفرع الثالث: اعتراف الجزائر بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين ابتداء من التعديل الدستوري لعام 2016
93	أولاً: اعتراف المؤسس الدستوري الجزائري بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين في التعديل الدستوري لعام 2016
96	ثانياً: تأكيد المؤسس الدستوري الجزائري على حق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين في التعديل الدستوري لعام 2020
101	المطلب الثالث: مبررات اعتراف دساتير الدول اللاتينية بحق القضاء في تحريك الرقابة على دستورية القوانين
102	الفرع الأول: ترجيح الجهات التي تملك سلطة الإخطار للاعتبارات السياسية
103	الفرع الثاني: المساواة بين السلطات في مجال تحريك الرقابة على دستورية القوانين
105	الفرع الثالث: عجز القضاء الإداري عن تحقيق الحماية الكاملة للحقوق والحريات العامة
107	الباب الثاني: الآلية التي تمكن القضاء من تحريك الرقابة على دستورية القوانين
109	الفصل الأول: الدفع بعدم الدستورية كآلية لتحريك القضاء للرقابة على دستورية القوانين
110	المبحث الأول: ماهية الدفع بعدم دستورية القوانين
110	المطلب الأول: مفهوم الدفع بعدم دستورية القوانين

110	الفرع الأول: تعريف الدفع بعدم دستورية القوانين
111	أولاً: تعريف الدفع بعدم الدستورية في الدول الإنجلوسكسونية
113	ثانياً : تعريف الدفع بعدم الدستورية في الدول اللاتينية
119	الفرع الثاني: خصائص الدفع بعدم دستورية القوانين
126	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بعدم دستورية القوانين
127	الفرع الأول: الدفع بعدم دستورية القوانين دفع ذو طبيعة موضوعية
128	الفرع الثاني: الدفع بعدم الدستورية ذو طبيعة خاصة
132	المبحث الثاني: تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن تكون محلاً للدفع بعدم الدستورية
132	المطلب الأول: تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن تكون محلاً للدفع بعدم الدستورية في الأنظمة المقارنة
133	الفرع الأول: تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن يدفع بعدم دستورها في النظام القانوني المصري
137	الفرع الثاني: تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن يدفع بعدم دستورها في النظام القانوني الفرنسي
143	الفرع الثالث: تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن يدفع بعدم دستورها في النظام القانوني المغربي
145	المطلب الثاني: تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن تكون محلاً للدفع بعدم الدستورية في الدستور الجزائري
145	الفرع الأول: تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن يدفع بعدم دستورها في التعديل الدستوري لعام 2016
148	الفرع الثاني: تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن يدفع بعدم دستورها في التعديل الدستوري لعام 2020

152	الفصل الثاني: النظام القانوني لألية الدفع بعدم دستورية القوانين
153	المبحث الأول: شروط قبول الدفع بعدم دستورية القوانين
153	المطلب الأول: الشروط الشكلية للازمة لقبول الدفع بعدم دستورية لقوانين
154	الفرع الأول: وجوب تقديم الدفع بعدم الدستورية في عريضة مكتوبة ومنفصلة ومسببة
154	أولاً: شرط تقديم الدفع بعدم الدستورية في عريضة مكتوبة ومنفصلة ومسببة في الدول اللاتينية
158	ثانياً: موقف الدول الإنجلوسكسونية من شرط تقديم الدفع بعدم الدستورية في عريضة مكتوبة ومنفصلة ومسببة
159	الفرع الثاني: وجوب تقديم الدفع بعدم الدستورية من أحد أطراف الدعوى
160	أولاً: التفسير الضيق لعبارة "أطراف الدعوى"
162	ثانياً: التفسير الواسع لعبارة "أطراف الدعوى"
167	المطلب الثاني: الشروط الموضوعية اللازمة لقبول الدفع بعدم دستورية القوانين
168	الفرع الأول: أن يكون النص القانوني الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور
170	أولاً: أن يكون النص القانوني المعارض عليه يتوقف عليه مآل النزاع أو يشكل أساس المتابعة
171	ثانياً: أن يكون النص القانوني المعارض ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور
174	الفرع الثاني: أن لا يكون النص القانوني المعارض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور

174	أولاً: مضمون شرط أن لا يكون النص القانوني المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور
178	ثانياً: الاستثناء الوارد على شرط أن لا يكون النص القانوني المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور
181	الفرع الثالث: أن يتسم الدفع بعدم الدستورية بالجدية
185	المبحث الثاني: سلطة القضاء في إحالة الدفع بعدم دستورية القوانين على الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين
185	المطلب الأول: تحديد الجهة القضائية التي تملك حق إحالة الدفع بعدم دستورية القوانين
187	الفرع الأول: تحديد الجهة القضائية التي تملك حق إحالة الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة المقارنة
187	أولاً: تحديد الجهة القضائية التي تملك حق إحالة المسألة الأولية الدستورية) الدفع بعدم دستورية) القوانين في فرنسا
195	ثانياً: تحديد الجهة القضائية التي تملك حق إحالة الدفع بعدم دستورية القوانين في المغرب
197	الفرع الثاني: تحديد الجهة القضائية التي تملك حق إحالة الدفع بعدم دستورية القوانين في الجزائر
199	أولاً: الصورة الأولى
206	ثانياً: الصورة الثانية
207	المطلب الثاني: أحكام فصل الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين في الدفع بعدم الدستورية
208	الفرع الأول: إجراءات التقاضي أمام الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين في الدفع بعدم الدستورية

208	أولاً: في الأنظمة الإنجلوسكسونية
213	ثانياً: في الأنظمة اللاتينية
226	الفرع الثاني: أحكام فصل الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين في الدفع بعدم الدستورية
226	أولاً: في قوانين الدول التابعة للنظام الإنجلوسكسوني
229	ثانياً: في قوانين الدول التابعة للنظام اللاتيني
234	الفرع الثالث: الآثار المترتبة على فصل الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين في الدفع بعدم الدستورية
235	أولاً: في الأنظمة الإنجلوسكسونية
238	ثانياً: في الأنظمة اللاتينية
248	الخاتمة
252	قائمة المراجع
266	الفهرس

الملخص:

بغية ضمان احترام الأحكام التي تتضمنها الدساتير عمدت مختلف الدول إلى تقرير الرقابة على مدى دستورية القوانين، كما اتجهت الكثير من الدول إلى جعل هذه الرقابة لا تتحرك بصفة تلقائية من قبل الجهة المخول لها القيام بها، وإنما لابد من تدخل سلطة أخرى هي التي تتولى تحريكها، وهنا وجدنا أن الاتجاه الغالب الذي ظهر في القرن الحالي يقضي بتمكين السلطة القضائية من تحريك الرقابة على دستورية القوانين، وذلك لتوافرها على عنصر الاستقلالية الذي يضمن تحريك هذه الرقابة بكل موضوعية، وذلك بخلاف السلطين التشريعية والتنفيذية التي تتحكم الاعتبارات السياسية في عملية تحريكها لهذه الرقابة.

ومن أجل تمكين القضاء من تحريك الرقابة على دستورية القوانين نصت مختلف الأنظمة الدستورية على الآليات القانونية التي تمكنه من القيام بذلك، وهنا وجدنا أن الأنظمة الدستورية التي كانت محل الدراسة قد نصت على عدة آليات، ولكنها اتفقت كلها في النص على آلية واحدة وهي الدفع بعدم دستورية القوانين، والذي يقتضي تمكين الأفراد من الطعن في النصوص القانونية التي يرون أنها تخالف أحكام الدستور أمام الجهات القضائية التي تنظر في منازعاتهم، هذه الجهات التي لن تقبل هذا الدفع إلا بعد أن تتوافر فيه الشروط الشكلية والموضوعية المحددة قانوناً، والتي متى توافرت كان للجهة القضائية التي أثير أمامها أن تحيله على الجهة التي تتولى القيام بالرقابة على دستورية القوانين للفصل فيه.

الكلمات المفتاحية: الرقابة على دستورية القوانين، الدفع بعدم الدستورية، المسألة الأولية الدستورية،

السلطة القضائية.

Summary:

To ensure respect for the provisions stated in constitutions, various countries have decided to monitor the constitutionality of laws. Many countries have tended to make the monitoring not automatic by the authority authorized to practice it, but rather the intervention of another body that is in charge of operating it. Hence, it is deduced that the dominant tendency of the current century is to enable the judiciary to take control over the constitutionality of laws, because of its independency that ensures that the monitoring is carried out with objectivity, unlike the legislature and executive authorities that control due to political considerations are empowered in the process of monitoring and taking control.

To enable the judiciary to monitor the constitutionality of laws and control it, various constitutional systems stipulate legal mechanisms that enable it to do so. Laws empower individuals to appeal against legal texts considered to violate the Constitution to the competent judicial authorities for adjudication.

Keywords: monitoring and control of the constitutionality of laws, the claim of unconstitutionality, the constitutional priority issue, the judiciary