

## كلية الحقوق والعلوم السياسية



### السلطة التقديرية للمشرع —دراسة مقارنة

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام

تحت إشراف:

أ.د/ حميدو زكية

من إعداد الطالب:

بالجيلالي خالد

أعضاء اللجنة:

أ.د/عزاوي عبد الرحمن	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د/ حميدو زكية	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
أ.د/ مكلكل بوزيان	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا
د/ ميلوى زين	أستاذ محاضر (أ)	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا

السنة الجامعية: 2016-2017

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿ وَمَا تَوْفِیْقِیْ اِلَّا بِاللّٰهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَاِلَيْهِ اُنِیْبُ ﴾

[سورة هود] الآیة 88

﴿ فَتَبَسَّمْ ضَاحِكًا مِّنْ قَوْلِهَا وَقَالَ رَبِّ اَوْزِعْنِیْ اَنْ اَشْكُرُ  
نِعْمَتَكَ الَّتِیْ اَنْعَمْتَ عَلَیَّ وَعَلَى الْوَالِدِیْنَ وَاَنْ اَعْمَلَ صَالِحًا  
تَرْضَاهُ وَاَدْخِلْنِیْ بِرَحْمَتِكَ فِیْ عِبَادِكَ الصّٰلِحِیْنَ ﴾

[سورة النمل] الآیة 19

## إهداء

الحمد لله على امتتالي آلائه وواسع كرمه، نشكره على جميع النعم التي أنعمها علينا منها الدين، والعقل، والصحة والعافية، ونصلي على سيد الخلق أجمعين والمرسل رحمة للناس أجمعين سيدنا محمد صلوات الله عليه وأزكى التسليم،

إلى من سهرت ولم تمل، وحننت وكفت، وربت وأحسنت، وفرحت وبكت، وعلمت وأحسنت، ورسخت فينا قيم التواضع والإحسان والأخلاق الحسنة، وتقديم الشكر والاحترام، إلى من دعمتني بالصلوات وأعانتني بالدعوات، إلى من لا تكفيها كل كلمات الشكر والثناء إلى الوالدة العزيزة،

إلى من عمل بجد وكد، وسعى وشقى لننعم بالراحة والهناء، وعلمنا أن الاجتهاد والتعلم والتمسك بالأهداف هو سبيل النجاح، إلى من علمني أن ارتقي سلم الحياة بحكمة وصبر إلى والدي العزيز، إلى من سرننا سويا ونحن نشق طريق النجاح والإبداع معا، إلى من أقدرهم واحترمهم أخوتي الأعراء.

إلى من علمونا حروفا من ذهب، وكلمات من دُرر، وعبارات من أسمى و أجل عبارات الحكمة والتعلم، إلى من صاغوا لنا علمهم حروفا، ومن أساليهم منهاجا، ومن فكرهم منارة تنير لنا سبيل العلم بحكمة ونجاح، إلى كل من تعلمت وتعلمت على أيديهم، إلى أساتذتي الكرام.

إلى كل من علمني و أخذ بيدي، و أنار لي سبيل العلم والمعرفة. إلى كل من شجعني في سبيل التميز والنجاح. إلى كل من كان النجاح طريقه، والتفوق هدفه، والتميز سبيله، إليكم جميعا مني فائق الشكر والتقدير والاحترام.

## شكر وعرfan

الحمد والشكر لله الذي تكونت بقدرته الأشياء وتتابعت بفضل النعم والآلاء، وانشقت بحكمته السماء واستوت بعظمته الأرض، وكتب بمشيئته الشقاوة والهناء، والصلاة والسلام على سيد خلق الله، أصدق من تعلم وخير من علم، محمد النبي الأمي عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم، وبعد:

الشكر كل الشكر للسادة الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة لتحملهم عناء قراءة هذه الرسالة ومناقشتها، فإنني أتوجه بأسمى معاني التقدير والاحترام والعرfan للأستاذ الدكتور عزوي عبد الرحمن رئيس اللجنة على قبوله ترأس هذه اللجنة وتحمله عناء القراءة والتصحيح، وتكريس وقته للبحث العلمي،

والشكر موصول أيضاً إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين أكرمونا بإشرافهم على هذا البحث المتواضع ومناقشته ونخص بالذكر كل من الأستاذ الدكتور مكلل بوزيان، والدكتور ميلوى زين، فلكم مني جزيل الشكر والتقدير والاحترام والعرfan.

وإنه لمن دواعي سروري أن أتقدم بأسمى معاني الشكر والامتنان والاعتراف بالجميل لأستاذتي الفاضلة الأستاذة الدكتورة: تشوار حميدو زكية، التي شرفنتني بإشرافها على هذه الرسالة وزينتها من طيف علمها، فلها مني كل التقدير والثناء على ما قدمته لي طوال فترة إعداد هذه الرسالة من نصائح وتوجيهات سديدة، التي كان لها الأثر البالغ في إنجاز هذا العمل، وتحملها عناء القراءة والتصحيح، فشكراً جزيلاً،

وأخيراً تعجز كل كلمات الشكر والعرfan والثناء عن إيفاء الأساتذة الأفاضل حقهم فيما قدموه في مجال البحث العلمي، فإنني أسأل الله لهم الصحة الدائمة والتوفيق والنجاح المستمرين، وجزاهم الله عني خير الجزاء،

كما أتقدم بالشكر الجزيل لكل من ساعدني من قريب أو من بعيد على إتمام هذا البحث المتواضع، ولو بكلمة طيبة،

## قائمة لأهم المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج ر: الجريدة الرسمية

ر.م.د: رأي المجلس الدستوري

س: السنة

ص: الصفحة

ص ص: الصفحة وما يليها

ق د: قضائية دستورية

ثانيا: باللغة الفرنسية

- A.J.D.A: Actualité Juridique Droit Administratif.  
A.I.J.C : annuaire international de justice constitutionnelle.  
C.E.R.T : Centre d'Etude de Recherche de Tunis.  
D.C.C : Les Décisions Du Conseil Constitutionnel.  
O.P.U : Office Des Publications Universitaires.  
J.C.P : jurisclasseur périodique( semaine juridique).  
L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence .  
O p.cit : Ouvrage précité.  
p: page.  
P.U.F : Presses Universitaires De France.  
R.D.P : Revue de droit public et de la science politique.  
Rec : Recueil des décisions du conseil constitutionnel.  
S: suivante.

## مقدمة

تقوم الدولة الديمقراطية<sup>1</sup> على مجموعة من المبادئ الأساسية أهمها مبدأ سيادة القانون، الذي يقضي بخضوع جميع من في الدولة، حكماً ومحكومين للقانون؛ ومبدأ الفصل بين السلطات<sup>2</sup> الذي يقضي بتقسيم وظائف الدولة إلى ثلاث وظائف رئيسية، موزعة على السلطات العامة الثلاث في الدولة، فتختص السلطة التشريعية بسن القوانين، وتختص السلطة التنفيذية بإدارة شؤون البلاد بما يحقق مصالح الشعب في ظل التقيد بالقوانين التي سنتها السلطة التشريعية، وتُعطى السلطة التنفيذية سلطة إصدار تشريعات فرعية في المسائل المحالة إليها من قبل المشرع، على أن تختص السلطة القضائية بتطبيق القانون.<sup>3</sup>

إن من أهم مميزات الدولة الديمقراطية<sup>4</sup>، أنّها توزع مهام الحكم، ووظائف الدولة بين عدة سلطات تشريعية، وتنفيذية، وقضائية؛ ويكون اختصاص كل سلطة واضح المعالم، والحيولة دون تركيز هذه

---

<sup>1</sup> - لما كان تعريف لنكون لفكرة الديمقراطية يعني حكم الدولة من قبل الشعب و من أجل الشعب، فإن الدولة الديمقراطية المعاصرة تعني مجموع المبادئ والأسس والقيم والمؤسسات الديمقراطية التي تكفل للشعب حق ممارسة السيادة الوطنية بكل حرية، على أن الدولة الديمقراطية تقوم أساساً على مبدأ سيادة الشعب مصدر كل السلطات في الدولة، مبدأ المساواة بين جميع الأفراد والمواطنين في الحقوق والواجبات، ضمان تمتع جميع الأفراد بالحقوق والحريات، اعتماد نظام التعددية السياسية والحزبية، التداول السلمي على السلطة عن طريق انتخابات عامة حرة ونزيهة، تفعيل دور المؤسسات الدستورية كضمانة من ضمانات تكريس مبدأ الديمقراطية؛ كما يمكن تعريف الدولة القانونية بأنها الدولة التي يسودها مبدأ المشروعية، بحيث يخضع جميع الأفراد، السلطات والمؤسسات والهيئات، والأجهزة العامة السياسية والدستورية البرلمانية والقضائية والتنفيذية، والإدارية و أعمالها للنظام القانوني القائم في الدولة في الدولة؛ لتفاصيل أكثر، انظر، وسيلة وزاوي، الاستفتاء طريق الديمقراطية في الجزائر، مجلة الفكر البرلماني (مجلة يصدرها مجلس الأمة الجزائري)، نوفمبر 2006، الجزائر، العدد 14، ص 77؛ سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 164.

<sup>2</sup> - لقد نشأ مبدأ الفصل بين السلطات عملياً في بريطانيا، ثم بلور بعض الفلاسفة وعلى رأسهم الفقيه "مونتيسكيو" كمبدأً سياسياً ودستورياً، الذي اتجه إلى القول :

"Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps principaux ou des nobles ou de peuple exerçait ces trois pouvoirs"

حيث تم تطبيق هذا المبدأ في بريطانيا منذ القرن السابع عشر، أين تم تقسيم السلطة وتوزيعها بعدما كانت جميع السلطات بيد الملك، ثم انتقل مفهوم تقسيم السلطة وتوزيعها إلى الفكر الفرنسي والأمريكي، بحيث أصبح مبدأ الفصل بين السلطات مبدأً دستورياً وسياسياً مهماً وضرورياً لأي نظام سياسي.

ذلك بأن هذا المبدأ ينطلق من فكرة أن السلطة لا يمكن أن تتركز في يد جهة واحدة، ويذهب مونتيسكيو إلى القول بأن كل شخص تتجمع في يده جميع السلطات العامة الثلاث (السلطة التشريعية، التنفيذية، القضائية) يمكن أن يؤدي إلى الانحراف أو التعسف فيها، و أحسن ضمانات لتفادي ذلك هي الفصل بين السلطات الذي يعتبر من مقومات الدولة القانونية، و ضمانات حماية الحقوق والحريات العامة، ومن جهة أخرى فإن الأخذ بهذا المبدأ يساهم بصورة فعالة ودقيقة في إقامة التوازن بين السلطات العامة الثلاث في الدولة؛ انظر، مونتيسكيو، روح الشرائع، ترجمة عادل زعيتير، مؤسسة هندواي للتعليم والثقافة، مصر، 2013، ص 296.

- PORTELLE.H, Droit constitutionnel, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2007, p.28.

<sup>3</sup> - انظر، خالد بالجيلالي، السلطة التشريعية في الدستور الجزائري، دراسة مقارنة مع الدستورين الفرنسي والمصري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012، ص 2.

<sup>4</sup> - إن من أهم مقومات الدولة القانونية أن يكون لها دستور يحدد نظام الحكم فيها، ويؤسس سلطاتها الحاكمة، ويبين العلاقة فيما بينها، كما يحدد الضمانات اللازمة لحماية الحقوق والحريات العامة للمحكومين، ومن ثم وجب على كل السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية التقيد

الاختصاصات بيد سلطة واحدة منعا للاستبداد والتعسف في استعمال هذه السلطة، الأمر الذي يجعل مبدأ الفصل بين السلطات العامة في الدولة يحتل مكانة أساسية في الفقه الدستوري الحديث باعتباره حجر الزاوية في النظم السياسية وكضمانه فعالة لقيام الدولة القانونية، وتعد السلطة التشريعية من أهم السلطات العامة في الدولة التي يعتبرها جانب من الفقه على أنها السلطة الأم، التي تتولى كقاعدة عامة سن القوانين المختلفة، الوظيفة الأساسية للبرلمان.

ولقد أُنيطت سلطة التشريع في الدول الديمقراطية بالسلطة التشريعية لاعتبارات عديدة، بعضها قانوني والآخر عقلي أو فلسفي، فالسلطة التشريعية المنتخبة في مجموعها تمثل إرادة الشعب صاحب السيادة، ومن ثم فإن إسناد وظيفة التشريع للسلطة التشريعية يجسد معنى الديمقراطية بمعناها الحقيقي، الذي يعني حكم الشعب لنفسه بنفسه سواء مباشرة، وهو ما يصعب ممارسته حالياً، أو بصفة غير مباشرة عن طريق ممثليه في البرلمان لممارسة هذه الاختصاصات<sup>1</sup>.

ولما كانت السلطة التشريعية هي التي تعبر عن إرادة الأمة، أو الشعب، ممثله في برلمانها، طبقاً للمبادئ التقليدية في الديمقراطية الكلاسيكية، فإنَّ الحقائق العملية قد تبدو بعيدة عن هذا الاعتبار النظري<sup>2</sup>، كما أنه بالرغم من أن الواقع يؤكد بأن دور السلطة التنفيذية في معظم دول العالم لا سيما في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري، قد برز إلى مكان الصدارة، بينما تضاءل دور البرلمان إلى حد كبير<sup>3</sup>، إلا أن السلطة التشريعية بالمعنى العضوي تعتبر ركناً أساسياً في الأنظمة السياسية الديمقراطية، خاصة وأنها تقوم بدور رئيسي في مجال التشريع والرقابة<sup>4</sup>.

ومما لا شك فيه أن الدستور بوصفه التشريع الأساسي الأعلى في الدولة الذي يسمو على كافة القواعد القانونية القائمة في الدولة ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية، يعد حجر الزاوية في بناء الدولة القانونية التي تتركز على مبدأ سيادة القانون كأحد المبادئ الرئيسية لقيام دولة القانون، وخضوع كل من في

---

بقواعد الدستور في كافة مظاهر نشاطها للقواعد القانونية تكريسا لمبدأ سمو قواعد الدستور ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية في الدولة؛ انظر، محمد أبو زيد، مبادئ القانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص. 11؛ عبد الوهاب محمد رفعت، الأنظمة السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص. 257.

<sup>1</sup> - انظر، عبد الكريم علوان، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2000، ص. 167.

<sup>2</sup> - الجدير بالذكر أن البرلمان لا يعد ممثل إرادة الشعب الوحيد، وإنما يعتبر كذلك رئيس الجمهورية ممثل الشعب، باعتباره منتخب من قبل والمعبّر عن آفاه وطموحاته، مثله مثل البرلمان.

<sup>3</sup> - انظر، زهير شكر، الوسيط في القانون الدستوري اللبناني، بدون دار نشر، بيروت، 2006، ص. 437؛ ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص. 671؛

- GUICHARD.A, Etudes sur le parlement de la V<sup>ème</sup> République ,P U F, Paris,1965,p p.80.

<sup>4</sup> - انظر، إسماعيل الغزال، الدساتير والمؤسسات السياسية، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، مصر، 1996، ص. 343.

الدولة حكام ومحكومين، سلطات عامة وأفراد للقواعد القانونية القائمة في الدولة، وتبعاً لذلك يجب على كل سلطة من السلطات العامة الثلاث أن تكون تصرفاتها متفقة مع النظام القانوني القائم في الدولة<sup>1</sup>. إن أهمية الدستور تعود إلى محتواه فضلاً عن مكانته في الممارسة القانونية باعتباره القانون الأعلى للبلاد؛ فهو الذي يقوم بتحديد الإطار المؤسساتي للدولة وطريقة ممارسة السلطات العامة الثلاث لوظائفها (التشريعية والتنفيذية والقضائية)، وكذا العلاقة بينها، ويقوم كذلك بتحديد القيم الرئيسية للمجتمع والمبادئ العامة الأساسية لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم العامة، ويعبر كذلك عن المثل العليا للأمة وطموحاتها<sup>2</sup>. كما يتضمن الدستور بوصفه التشريع الأسمى ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية نظاماً قوياً للضوابط والتوازنات بين مؤسسات الدولة كلها، وتأكيداً على مبدأ سيادة القانون وتكريس مبدأ الفصل بين السلطات، وتعزيز آليات التداول السلمي والديمقراطي للسلطة عن طريق انتخابات ديمقراطية حرة ونزيهة، والعمل على الحل الفعال والسلمي للنزاعات السياسية، الأمر الذي أكد عليه كل من الدستور المصري الصادر في 17 يناير 2014، والدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، مصر، 2004، ص 157.

<sup>2</sup> - انظر، حسان محمد شفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، مطبعة جامعة بغداد، العراق، 1986، ص 215.

<sup>3</sup> - القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري، ج ر العدد 14 المؤرخة في 7 مارس 2016؛ حيث تختلف الدساتير فيما بينها في النص صراحة و في صلب الوثيقة الدستورية على مبدأ الفصل بين السلطات، فالملاحظ على الدستور الفرنسي بأنه لم ينص صراحة على مبدأ الفصل بين السلطات لا في ديباجة الدستور ولا في صلب وثيقة الدستور، غير أنه بالرجوع إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 نجد أن المادة السادسة عشر منه تنص على:

« Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

أي أن كل مجتمع لا يضمن الحقوق ولا يكون فيه الفصل بين السلطات محدد لا دستور له، وذلك لأن وجود قواعد الدستور وسموها يعتبر من أهم عناصر قيام الدولة القانونية. وخلافاً لذلك فقد نص المؤسس الدستوري المصري صراحة في الدستور المصري الصادر في سنة 2014 على مقومات الدولة القانونية في الباب الأول من هذا الدستور والمتعلق بالدولة لاسيما التأكيد على مبدأ الفصل بين السلطات والتوازن بينها، والتداول السلمي للسلطة، و تلازم المسؤولية مع السلطة، واحترام حقوق الإنسان وحرياته المضمونة دستورياً، حيث جاء في نص المادة الخامسة من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 على ما يلي: « يقوم النظام السياسي على التعددية السياسية والحزبية، والتداول السلمي للسلطة، والفصل بين السلطات، والتوازن بينها، وتلازم المسؤولية مع السلطة، واحترام حقوق الإنسان وحرياته، على الوجه المبين في الدستور. »

أما في الجزائر، نجد أن الدساتير السابقة على التعديل الدستوري الأخير لم تنص صراحة على مبدأ الفصل بين السلطات، سواء في ديباجة الدستور، أو في نصوص الدستور على الرغم من أن المؤسس الدستوري قد اعتمد على مبدأ الفصل بين السلطات وهو بصدد توزيع الاختصاص بين السلطات العامة الثلاث في الدولة. وخلافاً لذلك فقد عمل التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 - الذي جاء متأخراً نوعاً ما، على تسمين ديباجة الدستور بمجموعة من المبادئ الأساسية كدسترة ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، وبمبدأ الفصل بين السلطات، والتداول للسلطة عن طريق انتخابات حرة ونزيهة، وترقية مبادئ العدالة الاجتماعية، مع إضفاء القيمة الدستورية على ديباجة الدستور واعتبارها جزءاً لا يتجزأ من الدستور؛ حيث جاء في ديباجة التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 بأنه لقد ورد في ديباجة التعديل الدستوري لسنة 2016: «... غير أن الشعب الجزائري واجه مأساة وطنية حقيقية عرّضت بقاء الوطن للخطر. وبفضل إيمانه وتمسكه الثابت بوحده، قرّر بكل سيادة تنفيذ سياسة السلم والمصالحة الوطنية التي أعطت ثمارها وهو مصمم على الحفاظ عليها.

ومادام أن الدستور هو الذي يحدد اختصاص كل سلطة عامة من السلطات الثلاث في إطار الحدود التي يضعها لها، فإنه يتمتع على كل سلطة عامة أن تمارس اختصاصات سلطة أخرى تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، بحيث يشترط في القوانين التي يصدرها المشرع ألا تتعارض أو تخالف أحكام الدستور تطبيقاً لمبدأ سمو قواعد الدستور ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية.

و إذا كان مبدأ سيادة الدستور يقضي بضرورة خضوع السلطة التشريعية كغيرها من السلطات العامة في الدولة لأحكام الدستور والعمل في إطاره، إلا أن ذلك لا يعني عدم تمتع السلطة التشريعية بجانب من حرية التقدير والاختيار وهي بصدد مباشرة اختصاصاتها التي أوكلها لها الدستور بسن التشريع، خاصة وأن القانون<sup>1</sup> كأداة لتنظيم العلاقات العامة في المجتمع يتأثر بالظروف والمستجدات التي يفرضها الواقع العملي، ومن ثم يتعين في التشريع الصادر عن السلطة التشريعية أن يكون مواكباً للمستجدات والتطورات الحاصلة في كافة مجالات الحياة العامة<sup>2</sup>.

ومن أجل إقامة نوع من التوازن بين ضرورة التزام السلطة التشريعية إحدى أهم السلطات العامة في الدولة بمبدأ المشروعية، وبين ضرورة تمتع المشرع بجانب من حرية الاختيار لمواجهة المستجدات التي يفرضها الواقع العملي نشأت السلطة التقديرية للمشرع، التي تعني حرية المشرع في المفاضلة بين عدة بدائل أو خيارات موضوعية للمسألة محل التنظيم التشريعي<sup>3</sup>.

إن الحديث عن السلطة التقديرية للمشرع لم يكن مقبولاً من طرف فقهاء القانون العام إلا بعد دخول الدستور الفرنسي لعام 1958 حيز التطبيق، وذلك بالنظر إلى المكانة التي كان يتمتع بها البرلمان في تلك

---

إن الشعب يعتزم على جعل الجزائر في منأى عن الفتنة والعنف وعن كل تطرف، من خلال ترسيخ قيمه الروحية والحضارية التي تدعو إلى الحوار والمصالحة والأخوة، في ظل احترام الدستور وقوانين الجمهورية.

إن الشعب الجزائري ناضل ويناضل دوماً في سبيل الحرية والديمقراطية، وهو متمسك بسيادته واستقلاله الوطنيين، ويعتزم أن يبني بهذا الدستور مؤسسات، أساسها مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العمومية، والقدرة على تحقيق العدالة الاجتماعية، والمساواة، وضمان الحرية لكل فرد، في إطار دولة ديمقراطية وجمهورية.

فالدستور يجسم عبقرية الشعب الخاصة، ومرآته الصافية التي تعكس تطلعاته، وثمرة إصراره، ونتاج التحولات الاجتماعية العميقة التي أحدثها، وبموافقته عليه يؤكد بكل عزم وتقدير أكثر من أي وقت مضى سمو القانون.

إن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب، ويضفي المشروعية على ممارسة السلطات، ويكترس التداول الديمقراطي عن طريق انتخابات حرة ونزيهة.

يكفل الدستور الفصل بين السلطات واستقلال العدالة والحماية القانونية، ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية، ويتحقق فيه تفتح الإنسان بكل أبعاده.

<sup>1</sup> - ينصرف مفهوم التشريع بالمعنى الضيق إلى مفهوم القانون ولا بأس من استخدام أي من المصطلحين في هذا البحث.

<sup>2</sup> - انظر، رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 5.

<sup>3</sup> - انظر، إسماعيل الغزال، الدساتير والمؤسسات السياسية، المرجع السابق، ص 339.

الفترة، فلم يكن يُتَصَوَّر تقييد حرية أو سلطة البرلمان في ممارسة اختصاصه بسن القوانين بوصفه المعبر الوحيد عن الإرادة الوطنية، أو الحديث عن سلطة تقديرية تحمل بين طياتها بعض درجات التقييد<sup>1</sup>.

والحقيقة أن مفهوم السلطة التقديرية ظهر في بداية الأمر في مجال القانون الإداري ثم انتقل إلى مجال القانون الدستوري، أي أن ملامح السلطة التقديرية للإدارة ظهرت مع ظهور مفهوم الدولة البوليسية<sup>2</sup>، ومفهوم الدولة القانونية التي يخضع فيها الجميع لحكم القانون، على أن مفهوم السلطة التقديرية للإدارة لم يكن بالمعنى الذي هو عليه الآن، إذ كان رجال الثورة الفرنسية ينظرون لمبدأ الفصل بين السلطات على أنه يعني تبعية السلطتين التنفيذية والقضائية للسلطة التشريعية<sup>3</sup>.

مع العلم بأن مراحل تطور السلطة التقديرية للمشرع لا تختلف عن مراحل تطور السلطة التقديرية للإدارة، لأن السلطة التقديرية للمشرع هي الأخرى قد مرت بعدة مراحل أساسية، فبعد أن كانت سلطة البرلمان لا حدود لها ولا تقبل أي تقييد أو تخضع للرقابة، أصبحت السلطة التشريعية كغيرها من السلطات العامة في الدولة تخضع لمبدأ سيادة القانون الذي يقضي بخضوع كافة السلطات العامة في الدولة لحكم القانون، ومن ثم بدأ الحديث عن مفهوم جديد للسلطة التقديرية للمشرع يختلف عن المفهوم التقليدي لدور البرلمان وسلطاته غير المحددة أو المطلقة<sup>4</sup>.

وإذا كان مفهوم السلطة التقديرية للإدارة قد استقر واتضحت معالمه في مجال القانون الإداري، فإن الحديث عن مفهوم منضبط للسلطة التقديرية للمشرع أمر صعب لحدثة الفكرة من جهة، ولأن الفقه لم

<sup>1</sup>- BOCKEL.A, Le pouvoir discrétionnaire du législateur, Mélanges Léo Hamon, Economica, 1982, p.43.

<sup>2</sup>-BOUNARD.R, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir R.D.P, 1923, p.75.

أخذاً عن؛ سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص.12.

<sup>3</sup>- الحقيقة أن مبدأ الفصل بين السلطات لم يعد يصلح كأساس لتقسيم الأنظمة السياسية المعاصرة إلى نظم برلمانية، ونظم رئاسية، ونظام الجمعية، التي كانت سائدة في القرن التاسع عشر و أوائل القرن العشرين نتيجة سيادة المذهب الفردي الحر، الأمر الذي دفع البعض إلى البحث على أساس جديد لتقسيم الأنظمة السياسية المعاصرة ينسجم مع أهداف الدولة الحديثة، وذلك بالنظر إلى مجالات السلطة و أهدافها كميّار للفصل والتمييز بين الأنظمة المعاصرة، ولقد كان لتطور مبدأ الفصل بين السلطات في بداية الأمر لصالح السلطة التشريعية على حساب السلطات العامة الأخرى لاسيما السلطة التنفيذية التي اقتصر دورها على تنفيذ ما يصدره البرلمان من قوانين، ثم في مرحلة ثانية أصبحت السلطة التنفيذية تحتل مكان الصدارة في مقابل تراجع دور البرلمان، وذلك بسبب ازدياد حجم المشاكل الاقتصادية والاجتماعية، والحاجة للتدخل الفعال لمواجهة هذه الظروف، كل ذلك لا يتناسب مع طبيعة عمل السلطة التشريعية الذي يتسم بالبطء والتعقيد، ومن ثم استطاعت السلطة التنفيذية بما تملكه من قدرات مادية وفنية أن تواجه تلك الظروف وتلبية الحاجات العامة للأفراد، الأمر الذي ساعدها في الهيمنة على كافة السلطات العامة في الدولة لاسيما السلطة التشريعية، ليصبح البرلمان في مركز التابع للسلطة التنفيذية في كافة جوانب اختصاصها التشريعي أو الرقابي، انظر، رأفت الدسوقي، هيمنة السلطة التنفيذية على أعمال البرلمان، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2006، ص.114؛ سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، المرجع السابق، ص.23.

<sup>4</sup>-انظر، عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص.358.

يكن يقبل حتى وقت قريب وجود قيود يمكن فرضها على المشرع من جهة أخرى، ومن ثم كان من الصعب الحديث عن السلطة التقديرية للمشرع يقابلها سلطة مقيدة أو اختصاص مقيد<sup>1</sup>.

والغالب في الفقه يرى بأن الأصل هو حرية المشرع في ممارسة اختصاصه التشريعي والتقييد هو الاستثناء<sup>2</sup>، إلا أن هذا الرأي الفقهي لم يعد مقبولاً الآن، خاصة بعد تبوء القواعد الدستورية مرتبة الصدارة بين القواعد القانونية في الدولة وإنشاء نظم للرقابة الدستورية، فضلاً عن ازدياد دور القاضي الدستوري<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - انظر، عصام عبد الوهاب البرننجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها، دار النهضة العربية، مصر، 1971، ص 2.

<sup>2</sup> - MICHOU.D.L, Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration ,R.G.A,1914,p p.8.

أورده: عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 361.

<sup>3</sup> - انقسم الفقهاء في تحديد مفهوم القضاء الدستوري وفقاً لمعيارين، الأول، عضوي ينظر إلى القضاء الدستوري على أنه هيئة أو كيان مادي، فالقضاء الدستوري حسب ميشيل فرومان، يعني ممارسة وظيفة قضائية من قبل هيئة مستقلة لها صفة المحكمة، حيث تُعد المحكمة الدستورية (أو المحكمة الدستورية العليا بحسب تسميات الدول) من أهم محاكم الجهاز القضائي التي منحها الدستور حق مراقبة دستورية القوانين؛ والمعيار الثاني موضوعي ينظر إلى القضاء الدستوري كعمل أو كمنشأ (وظيفة)؛ انظر، محمد باهي أبو يونس، أصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، مصر، الإسكندرية، 2013، ص 5؛ كما يمكن تعريف القضاء الدستوري وفقاً للمعيار العضوي على أنه محكمة أو هيئة، أما المعيار الموضوعي ينظر إلى القضاء الدستوري على أنه اختصاص أو ولاية بغض النظر عن الجهة التي تتولاه؛ انظر، عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 7.

وبالتالي فإن القضاء الدستوري وفقاً للاتجاه العضوي مصطلح يعني وجود محكمة أو هيئات قضائية متخصصة تسهر على ضمان احترام مبدأ سمو الدستور، أو أنه الجهة القضائية التي منحها الدستور حق الرقابة على دستورية القوانين؛ ويرى ميشيل فرومان بأن القضاء الدستوري مؤداه إنشاء محكمة عليا تتوفر فيها كل ضمانات المعرفة والنزاهة والاستقلال الممكنة، ويرفع أمامها من قبل الأطراف المعنية موضوع عدم الدستورية، وبكلمة واحدة يكون لهذه المحكمة العليا، تقرير دستوري أو عدم دستورية القوانين والمراسيم؛ انظر، عصمت عبد الله الشيخ، المرجع نفسه، ص 8؛ ومن ثم فإن القضاء الدستوري لا ينصرف إلا إلى ما يصدق عليه وصف المحكمة دون غيره، وهو ما يكون مفاده أن كل ما لا يعد محكمة أو جهة قضائية، لا يعد قضاء دستورياً، حتى ولو انعقد له الاختصاص برقابة دستورية القوانين. فإذا كانت المحكمة الدستورية العليا في مصر، أو نظيرتها الإيطالية أو الألمانية، تعد قضاء دستورياً، بوصفها محاكم، فإن المجلس الدستوري الفرنسي لا يعد قضاء دستورياً، الأمر الذي يجعلنا نتجه إلى القول بأن الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي هي رقابة سياسية لا قضائية.

إضافة إلى ذلك لا تعد أي محكمة قضاء دستورياً، وإنما يلزم أن تكون مختصة برقابة دستورية القوانين، وعلى ذلك لا تعد المحكمة الاتحادية العليا بالولايات المتحدة الأمريكية قضاء دستورياً محضاً وفقاً لهذا المفهوم، نظراً لأنها ليست قضاءً متخصصاً برقابة دستورية القوانين فحسب، وإنما لانعقاد اختصاصها أيضاً بالفصل في غيرها من المنازعات غير الدستورية. والملاحظ على هذا المفهوم العضوي للقضاء الدستوري بأنه ضيق وتقليدي؛ انظر، محمد باهي أبو يونس، أصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، مصر، الإسكندرية، 2013، ص 6.

أما المفهوم الموضوعي للقضاء الدستوري فهو يركز على وظيفة القضاء الدستوري، فيعرفه ESEINMANN بأنه نوع من الولاية القضائية التي تنصب على القوانين الدستورية، وبالتالي يضمن توزيع الاختصاص بين التشريع العادي والدستور وضمان احترام قواعد توزيع الاختصاص من قبل السلطات العامة داخل الدولة لاسيما السلطتين التشريعية والتنفيذية، أو أن القضاء الدستوري هو مجموع المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وهي بصدد البحث في مسألة الدستورية. وبالتالي فإن القضاء الدستوري وفقاً للمعيار الموضوعي يعني بشكل أساسي، الفصل في الدعوى الدستورية، وهو ينصرف إلى الاختصاص لا إلى القائم به، بغض النظر عن طبيعة الجهة القائمة عليه، سواء كانت جهة قضائية أو هيئة مستقلة؛ انظر، أحمد كمال أبو الجمد، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر، مجلة الدستورية، يناير 2003، السنة الأولى، العدد الأول، ص 6.

وإذا كان وصف القضاء الدستوري يصدق على المحاكم الدستورية، كالمحكمة الدستورية العليا المصرية والمحكمة الاتحادية العليا بالولايات المتحدة الأمريكية، فإن ذلك، يصدق كذلك بالنسبة للمجالس الدستورية، كالمجلس الدستوري الفرنسي والجزائري، إذ كلاهما له وصف القضاء الدستوري لا لطبيعتهما، وإنما لاختصاصهما بالفصل في المسائل الدستورية، وكما يصح أن يوصف القضاء الدستوري المتخصص إنفراداً بالفصل في هذه المسائل،

وطبيعة قراراته وأحكامه الملزمة، وهو أمر أدى نوعاً ما إلى انحسار سلطات البرلمان والتضييق من اختصاصه التشريعي بالشكل الذي يقيد من نطاق السلطة التقديرية للمشرع، سواء كانت هذه القيود موضوعية يفرضها الدستور ذاته أو نتيجة ازدياد حجم القواعد ذات القيمة الدستورية، أو كانت تلك القيود إجرائية كالنظام الإجرائي للقوانين العضوية أو غيرها من التشريعات التي يُلزم فيها المؤسس الدستوري المشرع بضرورة إتباع أسلوب معين من أجل إقرارها كالقوانين المالية مثلاً<sup>1</sup>.

ومن ناحية أخرى، إن تطور الأنظمة الدستورية وما تبعه من تطور لقيم ومبادئ حقوق الإنسان وتحول نظرية الحقوق والحريات العامة إلى نظرية للحقوق الأساسية، وازدياد حجم القواعد ذات القيمة الدستورية واتساع مجالها، إضافة إلى ظهور مفاهيم حديثة لتوزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وما تبعه من تطور للعلاقة بين القانون واللائحة (التنفيذية)، كل ذلك قد أدى إلى تقييد السلطة التقديرية المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه التشريعي خاصة فيما يتعلق بالتدخل التشريعي في مجال الحقوق والحريات الأساسية، أين يتقيد المشرع حال تنظيمه للحقوق والحريات العامة إلى جملة من الضوابط أو القيود المحددة دستورياً<sup>2</sup>.

وعلى الرغم من أن الدستور يعتبر أسمى القواعد القانونية القائمة في الدولة ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية، إلا أن التشريعات البرلمانية لها أهمية بالغة باعتبارها أداة فعالة في رسم السياسة العامة في الدولة وتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، والتي تمتد نطاقها إلى كافة مجالات الحياة العامة، الأمر الذي يدفعنا إلى القول بأنه لا يوجد حظر على المشرع فيما يتناوله بالتنظيم، فيستطيع أن يسن من القوانين ما يشاء باستثناء الموضوعات التي ينظمها المؤسس الدستوري بشكل نهائي قطعي أو الموضوعات المحجوزة لللائحة أو التنظيم<sup>3</sup>.

---

يصدق على المحاكم التي ينعقد لها هذا الاختصاص، بجانب ما لها من اختصاص بالفصل في المنازعات غير الدستورية، وبذلك هو يصدق على المحكمة الاتحادية العليا؛ انظر، نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص. 564 وترتيباً على ما سبق يمكننا القول بأن القاضي الدستوري وفقاً للمعنى العضوي الضيق هو كل قاض معين في المحكمة الدستورية، بغض النظر على تسميتها (محكمة دستورية عليا، محكمة اتحادية عليا...)؛ أما القاضي الدستوري وفقاً للمعنى الموضوعي الواسع هو كل قاض يفصل في المسائل الدستورية.

وعليه، فإن استخدام اصطلاح القاضي الدستوري في هذا الموضوع ينصرف إلى المعنى العضوي للقضاء الدستوري عند الحديث عن المحكمة الدستورية العليا في مصر، أو المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية من جهة؛ ومن جهة ثانية، يعبر عن المعنى الموضوعي للقاضي الدستوري عند الحديث عن الهيئة المكلفة بممارسة الرقابة الدستورية في الدستور الفرنسي والجزائري (المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري). بمعنى أن استخدام مصطلح القاضي الدستوري إنما يدل على الهيئة التي لها صلاحية ممارسة رقابة الدستورية (المجلس الدستوري، المحكمة الدستورية العليا).

<sup>1</sup>- انظر، عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية (دراسة مقارنة)، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2000، ص. 420.  
<sup>2</sup>- انظر، محمد صلاح عبد البديع السيد، الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع والقضاء، الطبعة 02، دار النهضة العربية مصر، 2009، ص. 26.  
عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع نفسه، ص. 11.

<sup>3</sup>- انظر، عيد أحمد الغفلول عيد أحمد، فكرة عدم الاختصاص السلبى للمشرع، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 2001، ص. 98؛  
- TURPIN.D, Contentieux constitutionnel, 2<sup>ème</sup> édition, P.U.F, Paris, 1994, p. 13 et 39.

وتبعاً لذلك، فلقد اتجهت معظم الدراسات الفقهية التي تناولت طبيعة سلطة المشرع وكيفية ممارسة اختصاصه التشريعي إلى التسليم بإطلاق السلطة التقديرية للمشرع وأن التقيد هو الاستثناء، الأمر الذي دفع البعض إلى القول بأن السلطة التشريعية تتمتع بسلطة تقديرية واسعة حيث لا تكون المجالس التشريعية بصفة عامة مقيدة مسبقاً بأي قاعدة ملزمة، بينما اتجه البعض الآخر إلى القول بأن المشرع هو الأقدر على الموازنة في المسائل محل التشريع في كافة جوانبها، ولا مجال للحديث أو المقارنة بين السلطة التقديرية للمشرع والسلطة التقديرية للإدارة، وهو ما أكد عليه الفقيه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بالقول بأن "السلطة التقديرية للمشرع تكاد تستغرق النشاط التشريعي برمته".<sup>1</sup>

غير أن هذا الفكر لم يعد يتناسب مع الواقع الذي يعيشه البرلمان في الوقت الحالي والذي يعمل في إطاره خاصة بعد ظهور مفهوم الدساتير الجامدة، ومبدأ سمو القواعد الدستورية، وخضوع التشريعات البرلمانية للرقابة الدستورية، وبرز دور القاضي الدستوري في استخلاص المبادئ ذات القيمة الدستورية الملزمة للمشرع، بالإضافة إلى تطور العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وهيمنة هذه الأخيرة على كافة المراحل التي يمر بها العمل التشريعي بدءاً بعملية المبادرة بالتشريع، وتحديد جدول أعمال البرلمان إلى غاية إصدار القوانين.<sup>2</sup>

ولما كانت الرقابة الدستورية تعتبر ضماناً أساسية لحماية قواعد الدستور، فإنه من الضروري إخضاع أعمال السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية لنوع من الرقابة، وذلك للتأكد من دستورتها ومطابقتها لأحكام الدستور عن طريق هيئة تضمن التزام المشرع بأحكام ونصوص الدستور وتمنع صدور أي قانون يناقض أو يخالف أحكامه.<sup>3</sup>

ولقد اختلفت النظم السياسية حول نوع هذه الرقابة والهيئة التي تتولاها بين هيئة سياسية أوجهة قضائية، غير أن إعطاء هذه المهمة لجهة قضائية قد يشكل ضماناً فعالة لصون أحكام الدستور وحمايتها من أي اعتداء من قبل السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية، كما أن الرقابة القضائية التي

<sup>1</sup>-انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مخالفة التشريع بالدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة المصري، السنة الثالثة، يناير 1952، ص.16.

<sup>2</sup>-حيث لم تعد السلطة التشريعية وحدها تحتكر العمل التشريعي كاملاً، بل تشاركها في ذلك السلطة التنفيذية التي أصبحت تتدخل في كافة مراحل التي يمر سن القانون، وتبعاً لذلك أصبح الدور التشريعي للرئيس الجمهورية أكثر فعالية نظراً لتحكمه في العمل التشريعي، سواء عن طريق مباشرة اختصاصاته التشريعية التي منحها له الدستور أو عن طريق الحكومة؛ لتفاصيل أكثر، انظر، نصر الدين معمر، التشريع عن طريق المبادرة، مجلة النائب، مجلة دورية يصدرها المجلس الشعبي الوطني، 2004، السنة الثانية، العدد الرابع، الجزائر، ص.22.

<sup>3</sup>-انظر، موريس دوفرجيه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري. الأنظمة السياسية الكبرى. ترجمة جورج سعد، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1992، ص.245.

يفترض بأنها تقوم على مبدأ الحياد والموضوعية والاستقلالية تعتبر أحسن وسيلة لإلزام المشرع بأحكام ونصوص الدستور<sup>1</sup>.

ويعتبر موضوع الرقابة على دستورية القوانين من أكثر المواضيع أهمية في مجال القانون الدستوري، باعتبار أن أعمال هذه الرقابة من شأنه أن يُلزم المشرع بضرورة إصدار تشريعات مطابقة لأحكام الدستور بما يضمن مبدأ سمو الدستور ويكرس مبدأ الفصل بين السلطات، وذلك بالرغم من عدم اتفاق فقه القانون الدستوري وقضاؤه حول مسألة خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء<sup>2</sup>.

ذلك بأن الدستور يُخضع سلطة التشريع وهي بصدد سن القوانين لمجموعة من الضوابط أو القيود، سواء كانت هذه القيود شكلية ترتبط بعناصر المشروعية الخارجية للقانون، التي تتعلق بالقواعد الشكلية

---

<sup>1</sup>- انتهى الفقه الدستوري، وسأيرته في ذلك أغلب الدساتير، إلى ضرورة إيجاد الرقابة على دستورية القوانين، وذلك لضمان سمو الدستور واحترامه، ولكن الفقهاء على الرغم من اتفاقهم حول وجوب إيجاد الرقابة على القوانين لضمان دستورتها، إلا أنهم اختلفوا حول الهيئة التي يجب أن تمارس هذه الرقابة؛ فبينما نجد أن البعض ذهب إلى إعطاء هيئة سياسية حق مراقبة دستورية القوانين، نجد أن البعض الآخر أعطى صلاحية ممارسة الرقابة الدستورية لجهة قضائية؛ وبالرجوع إلى الدستور الفرنسي نجد أنه قد أسند مهمة الرقابة الدستورية إلى هيئة سياسية تمثل في المجلس الدستوري تطبيقاً لنص المادة 61 من الدستور الفرنسي لعام 1958، وخلافاً فقد عهد المؤسس الدستوري المصري في الدساتير المتعاقبة للمحكمة الدستورية العليا كهيئة قضائية مستقلة مهمتها مراقبة مدى دستورية القوانين والمعاهدات والتنظيمات. أما الدستور الجزائري نجد أنه قد تأثر بالدستور الفرنسي في منح المجلس الدستوري كهيئة سياسية - وذلك بالنظر إلى طبيعة تشكيلتها التي يغلب عليها الطابع السياسي، تمارس الرقابة الدستورية لصون أحكام الدستور، على أن دور المجلس الدستوري فيما يخص مراقبة الانتخابات هو قضائي بحت؛ والجدير بالذكر أن التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016 قد تضمن العديد من المستجدات التي مست عمل بعض المؤسسات الدستورية أهمها إعادة النظر في تشكيلة المجلس الدستوري، وتوسيع حق الإخطار بواسطة الدفع عن طريق الجهات القضائية (المحكمة العليا أو مجلس الدولة) تطبيقاً لنص المادتين 187 و188 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، حيث جاء في نص المادة 166 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 على أن «يُحظر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول. كما يمكن إخطاره من خمسين (50) نائبا أو ثلاثين (30) عضوا في مجلس الأمة». والمادة 188 بأنه «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». فالملاحظ على التعديل الدستوري بأنه عمل على توسيع حق الإخطار الذي يعد بمثابة محرك رقابة المطابقة للدستور ورقابة الدستور بعدما كان هذا الإجراء مقتصر فقط على رئيس الجمهورية، أو رئيسي مجلسي البرلمان، ليشمل كذلك الوزير الأول، أو أعضاء البرلمان، أو عن طريق الدفع بعدم الدستورية المرفوع أمام الجهات القضائية (المحكمة العليا، مجلس الدولة. إن مسألة إخطار المجلس الدستوري من طرف أعضاء البرلمان تثير تساؤلا هاما حول ما الغاية أو السبب من عدم المساواة بين أعضاء البرلمان عند مباشرة حق إخطار المجلس الدستوري، واشترط قيام خمسين نائبا في المجلس الشعبي الوطني، أو ثلاثين عضوا في مجلس الأمة إخطار المجلس الدستوري، فإذا كان السبب في ذلك يرجع إلى عدد أعضاء كل غرفة، فإن المؤسس الدستوري الفرنسي قد ساوى بين أعضاء البرلمان على الرغم من أن عدد أعضاء مجلس الشيوخ قد يشكل نصف عدد أعضاء الجمعية الوطنية أكبر (ستين نائبا في الجمعية الوطنية، أو ستين عضوا في مجلس الشيوخ)، الأمر الذي نصت عليه المادة 61 فقرة 02 من الدستور الفرنسي لعام 1958 التي جا فيها:

«Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. »

- YELLES CHAUCHE.B, Le conseil constitutionnel en Algérie du contrôle de constitutionnalité à la créativité normative, O. P. U, Alger, 1999, p. 11.

<sup>2</sup>- انظر، علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1978، ص. 10.

- PORTELLE.H, op cit, p.201.

والإجرائية التي حددها المؤسس الدستوري لصحة التشريعات التي يصدرها المشرع، أو قيودا موضوعية ترتبط بمضمون التشريع<sup>1</sup>.

فالقاعدة العامة أن القاضي الدستوري في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري، لا يراقب تقديرات المشرع وملاءمات التشريع ولا يحل تقديره محل تقدير المشرع، غير أنه يمكن للقاضي الدستوري أن يراقب السلطة التقديرية للمشرع في الحالة التي يتجاوز فيها المشرع حدود سلطته التقديرية ضمانا لمبدأ سمو الدستور. ومن صور رقابة الحد الأدنى للقاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع الرقابة على التناسب في التشريع للوقوف على مدى التوافق والتناسب بين سبب التشريع ومحلّه، إضافة إلى الرقابة على عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية لإلغاء التشريعات غير الدستورية تطبيقا للرقابة على عنصر الغاية في التشريع، على أن رقابة القاضي الدستوري في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري، ومن أجل الكشف عن الطبيعة الحقيقية للتشريع والغاية من وراء إصداره، يجب أن لا تتوقف عند مجرد المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور ونصوص التشريع، لأن التشريع في هذه الحالة يكون صحيحا في ظاهره باطلا في باطنه<sup>2</sup>.

كما أن اكتفاء القاضي الدستوري في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري حال رقابته على عنصر الغاية في التشريع على مجرد المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور ونصوص التشريع من شأنه أن يترك للمشرع مجالاً واسعاً لسن التشريعات المختلفة التي قد تنطوي على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، وذلك لأن التشريع في هذه الحالة يكون تشريعاً سليماً في كافة جوانبه، غير أنه مشوب بعيب في الغاية، باعتبار أن المشرع تحت ستار ممارسة اختصاصاته المشروعة قد يسعى إلى تحقيق غايات غير مشروعة، وهو ما يجعل عيب الانحراف التشريعي يعتبر من أخطر العيوب الدستورية، ومن ثم يجب على القاضي الدستوري من أجل الوقوف على الغاية الحقيقية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من وراء إصدار هذا التشريع البحث في النية الحقيقية التي قصدها المشرع من وراء إصدار التشريع<sup>3</sup>.

ولما كان التشريع بمعناه الواسع هو مجموعة القواعد القانونية التي تم وضعها من قبل السلطات المختصة في الدولة سواء كانت السلطة التشريعية أو التنفيذية، فإن المعنى الخاص للتشريع يقصد به مجموعة القواعد

<sup>1</sup> - انظر، عبد العزيز شبحا، النظام السياسي والقانون الدستوري، دار المعارف، الإسكندرية، 2000، ص. 745؛ يحيى الحمل، القضاء الدستوري في مصر دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص. 197.

<sup>2</sup> - انظر، زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص. 60؛ جورج شفيق ساري رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة)، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص. 16.

<sup>3</sup> - انظر، عماد محمد محمد أبو حليمة، الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2015، ص. 704.

القانونية الصادرة من السلطة التشريعية التي منحها الدستور سلطة وضع القواعد المنظمة للعلاقات العامة في الدولة<sup>1</sup>.

ذلك بأن مفهوم السلطة التشريعية هو الآخر يتخذ معنيين، فالمعنى الواسع للسلطة التشريعية ينصرف إلى مفهوم الجهة أو الهيئة التي لها سلطة وضع قواعد عامة ومجردة وتشمل كل من البرلمان ورئيس الجمهورية<sup>2</sup>، أما المعنى العضوي أو الضيق لمفهوم السلطة التشريعية يقصد به البرلمان كهيئة تشريعية منتخبة من قبل الشعب منحها الدستور حق إقرار القوانين والتصويت عليها بكل سيادة تطبيقاً لنص المواد (المادة 112 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، المادة 101 من الدستور المصري لسنة 2014 والمادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958)<sup>3</sup>.

لذا يجب أن نشير بأن دراستنا لموضوع السلطة التقديرية للمشرع كدراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والدستورين الفرنسي والمصري سوف تنصب أساساً حول البحث في طبيعة السلطة التي يتمتع بها المشرع البرلماني (العادي) عند ممارسة اختصاصاته التشريعية، أي أن الدراسة تخص المعنى العضوي للسلطة التشريعية (المشرع البرلماني)، خاصة وأنها سوف نتناول بالدراسة دور السلطة التنفيذية في مجال التشريع، باعتبار أن هذه الأخيرة تعد من أهم العوامل التي تؤثر على عمل السلطة التشريعية بمعناها العضوي (البرلمان)، والتي تضيق

<sup>1</sup> - يتجه جانب من الفقه في التعريف بالقانون على أساس الغاية بأنه مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيمًا عادلاً يحقق الخير العام ويكفل الحقوق والحريات العامة للأفراد؛ كما يعرفه جانب آخر من الفقه القانوني على أساس الجزاء بأنه مجموعة القواعد العامة الخيرية الصادرة عن إرادة الدولة، والتي تنظم سلوك الأفراد المكونين لها والخاضعين لقوانينها. إلى جانب ذلك يتجه الفقه الغالب في تعريفه للقانون بالنظر إلى الخصائص المميزة لقواعده بأنه مجموعة القواعد القانونية العامة والمجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع تنظيمًا عامًا، والتي تكون مرتبطة بالجزاء عند مخالفتها؛ لتفاصيل أكثر: انظر، محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون، الطبعة الثالثة عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2006، ص. 129؛ كما يعرفه Weill:

« Le droit désigne l'ensemble des règles de conduite qui dans notre société organisée, gouvernement les rapports des hommes entre eux et s'imposent à eux au besoin par le moyen de la contrainte sociale. » ; WEILL. A, Droit civil. Introduction générale, 2<sup>ème</sup> édition, 1970, p.2.

أورده: محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 130؛ وبالرجوع إلى النظام الدستوري الفرنسي نجد أن المادة السادسة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 1789 تعرف القانون بأنه التعبير عن الإرادة العامة، ولجميع المواطنين حق المشاركة شخصياً، أو عبر ممثلهم في وضعه، على أن يكون القانون واحد بالنسبة إلى الجميع، سواء كان يحمي أو يعاقب، بحق لجميع المواطنين باعتبارهم سواسية في نظر القانون شغل كافة المناصب والمواقع والوظائف العامة وفقاً لقدرتهم ودون تمييز آخر إلا حسب فضائلهم ومهاراتهم؛ حيث جاء في نص هذه المادة ما يلي:

« La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »

<sup>2</sup> - كما يمكننا أن ندرج تحت مفهوم الجهة أو الهيئة التي لها صلاحية المساهمة في وضع قواعد عامة ومجردة القضاء الدستوري الذي يعتبر مصدر للسلطة التقديرية للمشرع، الأمر الذي يجعل القاضي الدستوري يعتبر بمثابة مساهم حقيقي في مجال التشريع إلى جانب المشرع العادي، وهو ما يجعلنا أمام الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، وهو ما سنتناوله بالدراسة في مصادر السلطة التقديرية للمشرع.

<sup>3</sup> - انظر نص المادة 112 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، والمادة 101 من الدستور المصري لسنة 2014، والمادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

من نطاق السلطة التقديرية للمشرع، ذلك بأن الاعتماد في هذه الدراسة على مصطلح المشرع يقصد به المشرع البرلماني (العادي) فقط.

والجدير بالذكر أن السلطة التقديرية بصفة عامة توجد لدى جميع السلطات العامة في الدولة، باعتبار أن القانون بمفهومه الواسع هو الذي يحدد لكل سلطة عامة جوانب التقدير والتقييد عند ممارستها لاختصاصاتها، ذلك بأن السلطة التقديرية للمشرع لا تختلف عن السلطة التقديرية للإدارة إلا من حيث درجة اتساعها، بحيث يكون نطاق السلطة التقديرية للمشرع أكثر اتساعاً مقارنة بنطاق السلطة التقديرية الممنوحة لجهة الإدارة<sup>1</sup>، والسبب في ذلك هو خضوع سلطة المشرع لقواعد الدستور فقط، في حين تتقيد الإدارة بما يصدره المشرع من قوانين إلى جانب التزامه بأحكام الدستور<sup>2</sup>.

تتضمن هذه الدراسة تحليل لواقع السلطة التشريعية إحدى أهم السلطات العامة في الدولة باعتبارها هيئة تشريعية معبرة عن إرادة الشعب مصدر كل السلطات، وبين السلطة التشريعية كسلطة عامة تعمل في إطار الدستور وتتأثر بالعوامل المحيطة بها، بهدف إبراز الدور الحقيقي للمشرع البرلماني في الدساتير محل الدراسة<sup>3</sup> الذي منحه المؤسس الدستوري ولاية عامة في وضع القواعد المنظمة للعلاقات العامة في المجتمع في الدستور، أم أن ولايته تراجعت بسبب تزايد تدخل السلطة التنفيذية في مجال التشريع، وإذا كان الأمر كذلك، لنا أن نتساءل عن الحالات التي يتمتع فيها المشرع بسلطة تقديرية، والحالات التي يكون فيها اختصاص المشرع مقيداً، إضافة إلى معرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع وحدودها.

وتتسم دراسة موضوع السلطة التقديرية للمشرع بقدر كبير من الأهمية، سواء من الناحية النظرية والعلمية أو من الناحية العملية، وذلك بالنظر إلى أن موضوع السلطة التقديرية للمشرع يعد من بين الموضوعات الهامة والحيوية في مجال القانون الدستوري، خاصة وأنها بصدد الحديث عن السلطة التقديرية لإحدى أهم السلطات العامة في الدولة وهي السلطة التشريعية التي تجمع بين خاصيتين أساسيتين، فهي هيكل نيابي منتخب من قبل الشعب ويعبر عن إرادته وطموحاته، كما أنها هيئة تشريعية مهمتها وضع القوانين المنظمة للعلاقات العامة في الدولة، فضلاً على أنها هيئة رقابية على أعمال السلطة التنفيذية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص. 239.

<sup>2</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة، 2013، ص. 53.

<sup>3</sup> - يقصد بالدساتير محل الدراسة الدستور الفرنسي و الجزائري والمصري.

<sup>4</sup> - انظر، مرابط فدي، السلطة التنفيذية في بلدان المغرب العربي، دراسة قانونية مقارنة، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 86، بيروت، 2010، ص. 8؛ خالد بالجيلالي، المرجع السابق، ص. 8؛ غسان سليم عرنوس، العلاقة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في النظام السياسي السوري،

وبالرغم من أن الهيئات التشريعية في السنوات الأخيرة في معظم دول العالم قد ضعف دورها وتراجعت مكانتها، وأضحى دورها في الغالب تابعا للسلطة التنفيذية، إلا أنها تبقى الوسيلة الأساسية للتعبير عن الإرادة الشعبية إلى جانب رئيس الجمهورية المنتخب كذلك من طرف الشعب<sup>1</sup>.

ومن بين الأسباب الرئيسية التي دفعتنا كذلك إلى اختيار موضوع السلطة التقديرية للمشرع كموضوع للدراسة هو الاهتمام الشخصي بالدراسات الدستورية المعمقة، ومحاولة منا الإجابة على الكثير من التساؤلات التي يطرحها هذا الموضوع والتي ترتبط أساسا بتحديد مكانة السلطة التشريعية في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري، ومدى الاستقلالية التي تتمتع بها هذه السلطة في وضع القواعد المنظمة للعلاقات الاجتماعية في الدولة، خاصة في ظل الظروف التي تحيط بها وتعمل في إطارها؟

كذلك بيان مدى احتكار البرلمان لتمثيل الإرادة الشعبية، أي معرفة مدى انفراد المشرع بسن القوانين في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري، وذلك في ظل تزايد تدخل السلطة التنفيذية في مجال التشريع كنتيجة لتطور العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وما تبعه من تطور لعلاقة اللائحة (التنفيذية) بالقانون، فبعد أن كانت الأولى تستمد مصدر اختصاصها من القانون، أصبح الدستور مصدرا مباشرا لها<sup>2</sup>.

إضافة إلى معرفة طبيعة العلاقة الوظيفية بين القانون واللائحة (التنفيذية)، بمعنى هل أن دور السلطة التنفيذية يقتصر فقط على مجرد تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية وتطبيقها. أي معرفة ما هو الأساس الذي تستمد منه اللائحة (التنفيذية) مصدرها، هل تستمد من إرادة المشرع أم تجدد مصدر اختصاصها في الدستور مباشرة؟

البحث كذلك عن المعيار أو المعايير التي اعتمدها عليها المؤسس الدستوري الفرنسي والجزائري والمصري في ضبط اختصاص كل من المشرع والسلطة التنفيذية ومجال كل من القانون والتنظيم أو اللائحة، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن المعايير التي يعتمدها المؤسس الدستوري الذي يعتبر كضابط لسلطة المشرع في ضبط ما هو تشريعي يعود أمر تنظيمه للمشرع، وما هو تنظيمي تختص به السلطة التنفيذية؛ والتساؤل كذلك حول المعيار الذي استند عليه المؤسس الدستوري في منح السلطة التنفيذية سلطة التشريع في المسائل التي تدخل

---

مجلة الشريعة والقانون، مجلة تصدرها كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة،، أفريل 2012، السنة السادسة والعشرون، العدد 50، ص. 277 إلى 309؛ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص. 12.

<sup>1</sup> -انظر، مهندس صالح الطراونة، العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الوارد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. 77؛ محمد بورايو، السلطة التنفيذية في النظام الدستوري الجزائري بين الوحدة و الثنائية، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، جوان 2012، ص. 218.

<sup>2</sup> -انظر، عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص. 346؛ عبد الرحمن عزوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، المرجع السابق، ص. 291؛ مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الدستوري والنظم السياسية، دار المطبوعات الجامعي، مصر، 1989، ص.

في مجال اختصاص السلطة التشريعية؟ خاصة وأن المؤسس الدستوري الجزائري قد نص صراحة في المادة 112 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 بأن للمشرع سلطة وُصِّفت بالسيدة في سن القوانين والتصويت عليها، بمعنى هل أن سلطة المشرع في سن التشريع مطلقة أو تقديرية، أم أنها سلطة مقيدة؟<sup>1</sup>

ومادام أن البرلمان يتمتع بسلطة وُصِّفت بالسلطة السيِّدة في سن القوانين لنا أن نتساءل حول مدى قدرة المشرع في التدخل لتنظيم مسألة ما دون أية ضوابط أو قيود، ومدى استقلاله بتحديد اختصاصاته أم أنه مُلزم بتنظيم الموضوعات التي أوكلها إليه المؤسس الدستوري، وما هو التفسير الذي يمكننا أن نعطيه لكل من نص المادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 140 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، بمعنى هل التعداد الوارد في هاتين المادتين بالنسبة لدور المشرع في مجال التشريع هو تعداد حصري لاختصاص المشرع في مجالات أو موضوعات لا يمكنه الخروج عنها، أم أن مجال اختصاص المشرع قد ورد على سبيل المثال لا الحصر؟<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - الحقيقة أن ممارسة المشرع لسلطته التقديرية مرتبط أساسا بالتنظيم الدستوري لاختصاصات البرلمان التشريعية، فسكوت المؤسس الدستوري أو غياب التنظيم الدستوري لمسألة ما يمنح للمشرع سلطة تقديرية واسعة للتدخل التشريعي، على أنه يشترط في خيارات المشرع ألا تتعارض مع مبدأ المشروعية الدستورية؛ كما قد يعهد المؤسس الدستوري إلى المشرع سلطة تنظيم مسألة معينة أو حرية معينة بموجب قانون، تاركاً له سلطة الاختيار بين عدة بدائل أو خيارات للمسألة محل التنظيم التشريعي مع ضرورة التقييد بالحدود أو الضوابط الدستورية التي حددها الدستور، إضافة إلى ذلك فقد تصاغ النصوص الدستورية بطريقة عامة وإرشادية بالشكل الذي يمنح للمشرع سلطة واسعة وحرية في الاختيار للمسألة محل التنظيم التشريعي؛ انظر، أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة، دار الشروق، مصر، 2000، ص. 226؛ عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السليبي للمشرع، المرجع السابق، ص. 15.

<sup>2</sup> - لقد اتجه الدكتور رأفت فودة في تحليله لنص المادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958 إلى القول بأن هذه المادة تكاد تشمل كل المجالات التي كان يختص بها البرلمان قبل صدور دستور فرنسا لسنة 1958 مؤكداً على أن التعداد الذي جاءت به نص المادة 34 من الدستور يتضمن حجراً للمسائل أو الموضوعات التي يختص بها البرلمان، كما أن الغاية من اعتراف المؤسس الدستوري للسلطة التنفيذية بسلطة التقرير العامة المنصوص عليها في نص المادة 37 من الدستور الفرنسي لعام 1958، هي جعل اللائحة أو التنظيم وسيلة قانونية لتنفيذ القانون، أو إكمال، أو سد الفراغ فيه خاصة في الحالة التي يكتفي فيها المشرع بوضع القواعد أو الأحكام العام تاركاً أمر تفصيلها ووضع جزئياتها للتنظيم أو اللائحة. غير أن ذلك لا يعني منح السلطة اللائحية حق توسيع مجالات تدخلها إلى المجالات التي يختص بها البرلمان.

وفي هذا المجال اتجه المجلس الدستوري الفرنسي نحو التأكيد على الدور الحيوي الذي تلعبه اللائحة بالنسبة للقانون، أي أنها تنفذ القاعدة التي يتضمنها التشريع الصادر عن المشرع، ومن جهة ثانية تضع وسائل تطبيق الأحكام أو المبادئ التي يتضمنها القانون؛ لتفاصيل أكثر حول سلطة التقرير العامة الممنوحة للسلطة الإدارية؛ انظر، رأفت فودة، سلطة التقرير المستقلة، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص. 92.

ولقد سابر أستاذنا الدكتور عبد الرحمن عزوي في مؤلفه بعنوان ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ما ذهب إليه الدكتور رأفت فودة حول نص المادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958 في أن التعداد الوارد في هذه المادة مذكور على سبيل الحجز أو المثال لا الحصر، وأن التعداد الذي جاءت به نص المادة 122 من الدستور الجزائري لسنة 1996 - ويقابله نص المادة 140 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن حجراً للموضوعات التي يختص بها البرلمان بتنظيمها بقوانين؛ انظر، عزوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الجزء الأول، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص. 288؛ وفي هذا الخصوص يرى الدكتور سعيد بوشعير عند قراءته وتحليله لنص المادة 115 من الدستور الجزائري لسنة 1989 المتعلقة بالاختصاص التشريعي للبرلمان (المجلس الشعبي الوطني) والتي تقابل نص المادة 122 من دستور 1996 بأنه على الرغم من أن المؤسس الدستوري قد عمل على تحديد مجال اختصاص السلطة التشريعية، إلا أن ذلك لا يعني أن اختصاص المجلس الشعبي الوطني لا

والجدير بالذكر أن السلطة التشريعية كهيئة عامة تحيط بها مجموعة من العوامل التي تؤثر على عمل هذه الهيئة، ومن أهم هذه العوامل هو تأثير السلطة التنفيذية وسيطرتها على العمل التشريعي في كافة مراحلها، إضافة إلى تأثير الأحزاب السياسية، واللجان البرلمانية، وجماعات الضغط على إرادة المشرع عند ممارسته لاختصاصه بسن التشريع.

كما أن المعيار الفاصل بين السلطة التقديرية التي تمارس في إطار الدستور ومبادئه، والسلطة المطلقة إنما يكمن في خضوع الأولى لرقابة الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية (هيئة سياسية أو جهة قضائية) دون خضوع الثانية للرقابة، لأن هذه الرقابة تعد ضماناً فعّالة لتكريس مبدأ المشروعية الدستورية صّونا لقواعد الدستور وكفالة للحقوق والحريات العامة.

ولما كان الاعتراف بوجود السلطة التقديرية للمشرع هو أمر مسلم به في أغلب النظم الدستورية المقارنة لاسيما في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري، فإن تلك السلطة ليست مطلقة، ومن الضروري إخضاعها لنوع من الرقابة حتى لا يُساء استعمالها، إذ تكاد النظم الدستورية المعاصرة تؤكد على حتمية التلازم بين السلطة التقديرية للمشرع وخضوعها للرقابة الدستورية، التي تعد بمثابة المعيار الفاصل بين السلطة التقديرية والسلطة المطلقة كما قلنا سابقاً، وكضمانة حقيقية وفعّالة لحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم العامة تكريساً لمبدأ سمو الدستور ومبدأ خضوع الدولة للقانون، خاصة وأن دور البرلمان في الواقع قد تراجع وأصبح تابعاً للسلطة التنفيذية التي تهيمن على العمل التشريعي في كل جوانبه، الأمر الذي قد يدفع المشرع إلى إصدار تشريعات لصالح السلطة التنفيذية وليس من أجل تحقيق المصلحة العامة.

---

يمكن أن يخرج عن نطاق الموضوعات المحددة في المادة 115 من الدستور، حيث ورد في نص هذه المادة على أنه يمكن للمجلس الشعبي الوطني التشريع في المجالات التي خولها إياه الدستور، كما أن الصياغة التي جاءت بها الفقرة الثانية من هذه المادة "تدخل كذلك في مجال القانون" إنما تدخل بأن هناك موضوعات يشع فيها البرلمان بقانون، وبناء على ذلك يمكننا أن نتوصل إلى فكرة أساسية وهي أن مجال الاختصاص للبرلمان لا يتحدد أو ينحصر في المجالات المحددة في نص المادة 115 من دستور 1989، بل تمتد كذلك إلى المواضيع التي يحيل فيها الدستور على القانون، وتبعاً لذلك يمكننا توسيع مجالات التشريع؛ انظر، سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1990، ص 363؛ ويقابل نص المادة 155 من الدستور الجزائري لسنة 1989 نص المادة 122 من الدستور الجزائري لسنة 1996، ذلك بأن الصياغة التي جاءت بها هذه المادة على أن يشع البرلمان بقوانين في الثلاثين مجالاً المذكورة في المادة 122 من الدستور، كما يمكن للبرلمان أن يشع بقوانين في الميادين التي يخصصها له الدستور والمنتشرة عبر مواد الدستور، إنما يفيد بأن مجال التشريع غير محدد بما ورد في هذه المادة، ضف إلى ذلك فقد نصت المادة 125 من دستور 1996 بأن «يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون. يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول. » إن اعتماد المؤسس الدستوري على عبارة "في المسائل غير المخصصة للقانون" إنما يدعم القول بأن مجال اختصاص التشريع غير محدد، أي أنه مذكور على سبيل الحجز أو المثال لا الحصر، فلو كان مجال اختصاص السلطة التشريعية محددًا على سبيل الحصر لاكتفى المؤسس الدستوري عند صياغته لنص المادة 125 أعلاه بالقول بأن يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المحددة في المادة 122 من الدستور؛ لتفاصيل أكثر؛ انظر، عبد الرحمن عزوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الجزء الثاني، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 48 إلى 53.

ذلك بأن القول بوجود السلطة المطلقة هو أمر يؤدي إلى الاستبداد والتعسف في استعمال تلك السلطة، الأمر الذي يتعارض مع مفهوم الدولة القانونية التي تقوم على مبدأ سيادة القانون، ومبدأ الفصل بين السلطات؛ لذا أصبح لزاماً إخضاع السلطة التقديرية للمشرع التي تكاد تستغرق النشاط التشريعي برمته لنوع من الرقابة، هذه الأخيرة قد تثير تساؤلاً حول مدى تعارض الرقابة التي يجريها القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع مع مبدأ الفصل بين السلطات، الذي يقضي بأن تباشر كل سلطة عامة وظائفها المحددة دستورياً دون تدخل من أي سلطة أخرى<sup>1</sup>.

ومما لا شك فيه أن كل بحث يختلف عن الآخر من حيث طبيعته الذاتية مما يؤدي إلى اختلاف منهجه وأساليب دراسته، وبالتالي فإن البحث في موضوع السلطة التقديرية للمشرع كدراسة مقارنة بين الدستور الجزائري المعدل بموجب القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 والدستورين الفرنسي والمصري لسنة 2014، تظهر بصفة واضحة من خلال الإجابة على الإشكالية التي يطرحها هذا الموضوع فيما إذا كان المشرع العادي (البرلماني) هو صاحب الولاية العامة في التشريع خاصة في ظل اتساع الدور التشريعي للسلطة التنفيذية، ومدى استقلال المشرع في الحالات التي يتمتع فيها بسلطة تقديرية بتحديد اختصاصه التشريعي بتنظيم المسائل أو الموضوعات دون أية قيود، أم أنه يمارس اختصاصه في الإطار الذي حدده له المؤسس الدستوري سلفاً، أي التساؤل حول مدى سلطة المشرع العادي (البرلماني) وولايته العامة في وضع قواعد عامة ومجردة، هل هي سلطة مطلقة، أم سلطة مقيدة، أم سلطة تقديرية؟

كما يثير موضوع السلطة التقديرية للمشرع في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري تساؤلاً هاماً حول طبيعة رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، ومدى تعارضها مع مبدأ الفصل بين السلطات؟

إن الإجابة على هذه الإشكالية التي يطرحها موضوع السلطة التقديرية للمشرع في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري، تفرض علينا الاعتماد على عدة مناهج، منها الاعتماد على المنهج التاريخي من أجل تتبع المراحل التي مر بها دور السلطة التشريعية، والتطور الذي شهدته الرقابة الدستورية على القوانين في النظم

<sup>1</sup> - الحقيقة أن تحديد العلاقة بين مبدأ الفصل بين السلطات وبين الرقابة الدستورية على القوانين يرتبط إلى حد ما بالفهم الحقيقي لطبيعة هذه الرقابة، وطبيعة الأحكام التي تصدرها الهيئة المكلفة بمراقبة دستورية القوانين (هيئة سياسية، أو جهة قضائية)، حيث اتجه جانب من الفقه - خاصة الفقه الأمريكي، بأن الرقابة الدستورية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ الفصل بين السلطات، في حين اتجه البعض الآخر إلى القول بأن الرقابة الدستورية تعتبر من الوسائل التي تساعد على تكريس مبدأ الفصل بين السلطات، بينما ذهب اتجاه آخر إلى القول بأن الرقابة الدستورية تتعارض مع مضمون هذا المبدأ؛ لتفاصيل أكثر؛ انظر، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، الطبعة 01، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص. 30؛ سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة، وفي الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي، مصر، 1979، ص. 333؛

- WALINE.M, Le pouvoir discrétionnaire et sa limitation par le contrôle juridictionnel, R.D.P, 1930, p.216.

أورده: زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص. 67.

الدستورية المقارنة، والمنهج التحليلي عن طريق تحليل آراء الفقه الدستوري وقضاؤه حول موضوع السلطة التقديرية للمشرع، وكذا استقراء النصوص القانونية المتعلقة بالسلطة التشريعية لإجراء دراسة شاملة حول موضوع السلطة التقديرية للمشرع، إضافة إلى الاعتماد على المنهج المقارن، وذلك بالنظر إلى أهمية المواضيع التي تعالجها الدراسات القانونية المقارنة بهدف الاستفادة من تجارب أو نماذج الدول الأخرى، خاصة وأن كل من المؤسس الدستوري الجزائري والمشرع العادي غالبا ما يتأثران بالنظامين الفرنسي والمصري.

ولقد كان للأهمية التي يكتسبها موضوع السلطة التقديرية للمشرع في الدستور الجزائري بالمقارنة مع الدستورين الفرنسي والمصري السبب الرئيسي لاختياره كموضوع للدراسة، وذلك بالنظر إلى نقص الدراسات القانونية التي تتناول موضوع السلطة التقديرية للمشرع بصفة مستقلة، أو وجود دراسات قانونية إلا أنها لم تتناول موضوع السلطة التقديرية للمشرع بصفة خاصة، الأمر الذي ترتب عليه نقص في المراجع المتخصصة خاصة المراجع المتعلقة بموضوع السلطة التقديرية للمشرع في النظام الدستوري الجزائري.

ومن أجل الإجابة على الإشكالية التي يطرحها موضوع السلطة التقديرية للمشرع في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري، سوف نقسم هذا البحث إلى ما يلي:

الباب الأول: الإطار العام للسلطة التقديرية للمشرع

الباب الثاني: الحدود الدنيا لرقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع

## الباب الأول

### الإطار العام للسلطة التقديرية للمشرع

لما كان القانون هو الأداة الوحيدة المعبرة عن إرادة الشعب وطموحاته وآفاقه، ويقتصر دور اللائحة أو التنظيم على مجرد تنفيذ القانون ووضعه موضع التطبيق، فإنه نتج عن تطور العلاقة بين السلطتين التشريعية تطور علاقة اللائحة بالقانون .

وفي محاولة للتوفيق بين المفهوم القديم عن وظيفة السلطة التنفيذية التي كان الفقه يحصرها في مجرد تنفيذ القوانين التي يصدرها المشرع، وبين المفهوم الحديث للعمل الإداري نتيجة ازدياد نشاط الدولة ومساهمة الإدارة في هذا النشاط ووضع السياسة العامة للدولة كالقانون، بدأ الحديث عن ضرورة منح السلطة الإدارية قدرا من حرية التقدير تستطيع من خلاله مواجهة حركة الحياة اليومية، والتحرر نوعا ما من تبعيتها للقانون<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص.355؛ سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص.10.

والحقيقة أن ملامح السلطة التقديرية للإدارة ظهرت مع ظهور مفهوم الدولة البوليسية، ومفهوم الدولة القانونية التي يخضع فيها الجميع لحكم القانون، على أن مفهوم السلطة التقديرية للإدارة لم يكن بالمعنى الذي هو عليه الآن، إذ كان رجال الثورة الفرنسية ينظرون لمبدأ الفصل بين السلطات على أنه يعني تبعية السلطتين التنفيذية و القضائية للسلطة التشريعية.

ولقد تطور مفهوم السلطة التنفيذية للإدارة من قرارات الإدارة التي لا تخضع لأية رقابة ثم القرارات التقديرية التي تقبل الإلغاء إذا استخدمت الإدارة سلطاتها التقديرية في غير الوجه الذي خصصت من أجله إذا حادت الإدارة عن الأهداف المخصصة لها، وأخيراً مرحلة السلطة التقديرية التي تتمثل في تمتع الإدارة بقسط من حرية التقدير في بعض جوانب العمل الإداري دون باقي العناصر الأخرى.

ذلك بأن مفهوم السلطة التقديرية للإدارة قد استقر في بداية الأمر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ عام 1901، الأمر الذي دفع فقه القانون العام إلى القول بأن كل عمل قانوني يحوي بين طياته بعض العناصر التي تخضع لتقدير الإدارة وبعض العناصر التي لا تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية<sup>1</sup>.

وإذا كان مفهوم السلطة التقديرية للإدارة قد استقر واتضحت معالمه، فإن الحديث عن مفهوم منضبط للسلطة التقديرية للمشرع أمر صعب لحداثة الفكرة من جهة، ولأن الفقه لم يكن يقبل حتى وقت قريب فكرة وجود قيود يمكن فرضها على المشرع من جهة أخرى، ومن ثم كان من الصعب الحديث عن السلطة التقديرية للمشرع يقابلها سلطة مقيدة أو اختصاص مقيد.

وإذا كان الغالب في الفقه يرى بأن الأصل هو حرية المشرع في ممارسة اختصاصه التشريعي والقيود هو الاستثناء، فإن هذا الرأي الفقهي لم يعد مقبولاً الآن لاسيما بعد تفعيل مبدأ سمو الدستور وعلو أحكامه وقواعده على سائر القوانين في الدولة، وإنشاء نظم للرقابة الدستورية، فضلاً عن ازدياد دور القاضي الدستوري وطبيعة قراراته وأحكامه الملزمة، وهو الأمر الذي أدى إلى انحسار سلطات البرلمان وتقييد اختصاصاته، سواء كانت هذه القيود موضوعية يفرضها الدستور أو نتيجة ازدياد حجم القواعد ذات القيمة

<sup>1</sup> -انظر، عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية. دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2000، ص.420.

الدستورية، أو كانت قيوداً إجرائية كالنظام الإجرائي للقوانين العضوية أو غيرها من التشريعات التي يُلزم فيها الدستور المشرع بضرورة إتباع أسلوب معين من أجل إقرارها كالقوانين المالية مثلاً<sup>1</sup>.

ولا يختلف مفهوم السلطة التقديرية للمشرع عن مفهوم السلطة التقديرية للإدارة، باعتبار أن السلطة التقديرية للمشرع هي الأخرى قد مرت كذلك بعدة مراحل أساسية، فبعد أن كانت سلطة البرلمان لا حدود لها ولا تقبل أي تقييد أو تخضع للرقابة القضائية، كما أن بروز قواعد الحقوق والحريات العامة وفعاليتها، قد نتج عنه تقييد كافة السلطات العامة في الدولة في هذا الشأن بما فيها السلطة التشريعية، ومن ثم بدأ الحديث عن مفهوم جديد للسلطة التقديرية للمشرع تختلف عن المفهوم التقليدي لدور البرلمان و سلطاته غير المحددة، هذا المفهوم الذي هو موضوع دراستنا في الفصل الأول من هذا الباب.

كما أن المشرع وهو بصدد سن التشريعات العضوية منها والعادية يتأثر بمجموعة من العوامل التي قد تؤثر على العمل التشريعي، منها ما يتعلق بالعوامل المؤثرة في التشريع ذاته الناتجة عن تطور مفهوم الدستور واتساع نطاق القواعد ذات القيمة الدستورية أو القيود الإجرائية التي يفرضها المشرع الدستوري لإصدار القانون كالنظام الإجرائي للقوانين العضوية، ومنها ما يتعلق بالعوامل التي تؤثر في عمل البرلمان كهيمنة السلطة التنفيذية على العمل التشريعي، وتأثير الأحزاب السياسية وجماعات الضغط على عمل السلطة التشريعية، إضافة إلى دور اللجان البرلمانية في السيطرة على مشروعات أو اقتراحات القوانين سواء من خلال ممارسة الاقتراح التشريعي أو ممارسة حق التعديل على مشاريع أو اقتراحات القوانين

وحتى يتسنى لنا معرفة الإطار العام للسلطة التقديرية للمشرع يتوجب علينا التطرق أولاً إلى ماهية السلطة التقديرية للمشرع (الفصل الأول)، ثم بيان العوامل التي تؤثر على السلطة التقديرية للمشرع. (الفصل الثاني).

<sup>1</sup> -انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص. 180.

## الفصل الأول

### ماهية السلطة التقديرية للمشرع

على الرغم من تبوء القواعد الدستورية مرتبة الصدارة بين القواعد القانونية في الدولة، إلا أن التشريعات البرلمانية لها أهمية بالغة باعتبارها أداة فعالة في رسم السياسة العامة في الدولة وتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، والتي تمتد نطاقها إلى كافة المجالات، فلا يوجد حظر على المشرع فيما يتناوله بالتنظيم، فيستطيع أن يسن من القوانين ما يشاء باستثناء الموضوعات التي ينظمها المؤسس الدستوري بشكل نهائي أو الموضوعات المحجوزة للائحة أو التنظيم<sup>1</sup>.

ولقد اتجهت معظم الدراسات الفقهية التي تناولت طبيعة سلطة المشرع وكيفية ممارسة اختصاصه التشريعي إلى التسليم بإطلاق السلطة التقديرية للمشرع وأن التقييد هو الاستثناء، وفي هذا المجال يتجه الفقيه الفرنسي (MICHOU) إلى القول بأن السلطة التشريعية تتمتع بسلطة تقديرية واسعة حيث لا تكون المجالس التشريعية بصفة عامة مقيدة مسبقاً بأي قاعدة ملزمة<sup>2</sup>، الأمر الذي سار على نهجه الفقه العربي، فلقد ذهب الأستاذ سليمان محمد الطماوي إلى القول بأن الأصل هو حرية المشرع والتقييد هو الاستثناء، وأن القيود إن وجدت تكون فضفاضة عادة<sup>3</sup>. ويذهب جانب من الفقه الحديث إلى القول بأن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية وهو بصدد تنظيم الحقوق والحريات العامة، وذلك لعدم وجود ضابط محدد وضعه المؤسس الدستوري على سلطة المشرع العادي عند تنظيمه لهذه الحريات، وعندما يفرض المؤسس الدستوري تلك الضوابط فإنها تتسم بالعمومية على النحو الذي يزيد من سلطة المشرع التقديرية<sup>4</sup>.

وبالنظر إلى سلطات المشرع وكيفية ممارسته لاختصاصه التشريعي لم يعد المشرع هو المعبر الوحيد عن إرادة الشعب، ولم تعد القواعد التي يضعها تحتل مكان الصدارة بين سائر القواعد القانونية في الدولة ولم يعد المشرع حر في ممارسة اختصاصاته، بل أضحي يخضع في كل مراحل عمله للقواعد الدستورية التي تحدد له

<sup>1</sup> - انظر، حمدي العجمي، مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009 ص 18؛ عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص.230.

<sup>2</sup> - MICHOU, L., Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, R.G.A., 1914, p.9.

أورده: عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص.361.

<sup>3</sup> - انظر، محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، 1984، ص.36.

<sup>4</sup> - انظر، عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص.360.

كيفية ممارسة اختصاصه التشريعي، وتقرر له متى يتمتع بسلطة تقديرية، وبالتالي أصبح تقييد عمل المشرع هو الأصل وحرية التقدير التي يتمتع بها هي الاستثناء، وبين التقدير والتقييد توجد السلطة التقديرية. وإذا كان اختصاص المشرع قد أضحى مقيدا في كثير من الأحيان، فإن ذلك لا يعني انعدام حرية المشرع في التقدير أو انعدام سلطته التقديرية، لأن السلطة التقديرية توجد حيث توجد السلطة، ذلك بأن تحديد ماهية السلطة التقديرية للمشرع تطرح عدة تساؤلات حول مفهوم السلطة التقديرية للمشرع ومصادرها وأساسها، وكذا نطاقها؟ وللإجابة على هذه التساؤلات سوف نحاول الوقوف على مفهوم السلطة التقديرية للمشرع ومصادرها (المبحث الأول)، ثم نتناول بالدراسة نطاق السلطة التقديرية للمشرع وأساسها (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### مفهوم السلطة التقديرية للمشرع و مصادرها

لما كانت السلطة المطلقة مفسدة مطلقة، فإن السلطة المقيدة بالكامل هي كذلك نوع من الفساد بما تعنيه من شل تام وتعطيل لحركة الحياة في المجتمع، ومن هنا يحرص المؤسس الدستوري في كل دولة على ضمان التوازن في كل سلطة من خلال الإقرار بقدر من حرية التقدير لهذه السلطات في مباشرة أعمالها على نحو يضيق أو يتسع بحسب السلطة التي تباشر العمل وطبيعة هذا العمل.

فالسلطة التشريعية وإن كانت تتمتع بحرية واسعة في التقدير إلا أنها لا تختلف عن السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة أو جهة القضاء إلا من حيث الدرجة، وربما كان السبب في اتساع السلطة التقديرية للمشرع هو خضوعها لقواعد الدستور و المبادئ العامة للقانون - لدى الرأي الغالب في فرنسا، في حين تخضع الإدارة وكذلك جهة القضاء لما يصدره المشرع من القوانين، إضافة إلى قواعد الدستور والمبادئ العامة للقانون<sup>1</sup>.

وعليه، فالسلطة التقديرية تبقى واحدة بالنسبة لجميع السلطات العامة في الدولة من حيث طبيعتها وأساسها، وإن اختلفت ضيقا أو اتساعا باختلاف السلطة العامة التي تباشرها أو طبيعة ذلك العمل؛ ولما كانت السلطة التقديرية للإدارة تتشابه مع السلطة التقديرية للمشرع عند بعض الفقهاء، فإنها تختلف عند البعض الآخر. فما هو مفهوم السلطة التقديرية للمشرع؟ وما هي مصادرها؟ وللإجابة على هذا التساؤل

<sup>1</sup> - انظر، عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1970، ص 29.

سوف نحاول التطرق أولاً إلى تحديد مفهوم السلطة التقديرية للمشرع (المطلب الأول)، ثم نبين مصادرها (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### مفهوم السلطة التقديرية للمشرع

إذا كانت السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة تتشابه مع السلطة التقديرية للمشرع عند بعض الفقهاء، وتختلف عند البعض الآخرين، فإن تحديد مفهوم السلطة التقديرية للمشرع يستوجب علينا الوقوف عند تعريف السلطة التقديرية بصفة عامة والتمييز بينهما وبين ما يختلط بها من مفاهيم (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى تعريف السلطة التقديرية للمشرع والتمييز بينها وبين تعريف السلطة التقديرية للإدارة (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### تعريف السلطة التقديرية و التمييز بينهما و بين ما يختلط من مفاهيم

السلطة في اللغة هي التحكم والسيطرة، والتقدير Discretion هو التمهل في تسوية الأمر وتهيئته، وفي الاصطلاح، فإن السلطة التقديرية بالمفهوم العام هي حرية الاختيار الممنوحة لسلطة ما في ممارسة اختصاصاتها<sup>1</sup>، أي أن السلطة التقديرية تعني تمتع السلطة أو الهيئة بجانب من حرية التقدير وهي بصدد ممارسة اختصاصاتها القانونية؛ فإذا كانت السلطة تعني التحكم والسيطرة فالدولة القانونية تقتضي أن يخضع فيها الجميع لحكم القانون.

ولقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للسلطة التقديرية للإدارة، فمنهم من ربط السلطة التقديرية بالملاءمة، في حين يعرفها جانب آخر من الفقه بأنها تعني حرية الإدارة في تقدير الظروف والوقائع التي تبرر تدخلها، بما يمنح لها حرية اختيار وقت التدخل، أو حرمتها في تحديد الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها، وقد ذهب البعض الآخر من أن تكون سلطة الإدارة تقديرية في الحالة التي يترك فيها القانون للإدارة جانب من حرية التقدير في مباشرة نشاطها دون أن يفرض عليها أسلوباً معيناً، بما يمنح لها إمكانية الاختيار بين عدة حلول أو خيارات للمسألة محل التنظيم من قبل الإدارة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>-BOCKEL.A, Le pouvoir discrétionnaire du législateur Itinéraires ,Mélange Léo Hamon Economica,1982,p p.43.

<sup>2</sup> -انظر، ماجد راغب الحلوة، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص ص.55.

ومادام أن السلطة التقديرية بصفة عامة هي الحرية التي تتمتع بها سلطة ما في الدولة في تقدير ملاءمة نشاطها دون الخضوع إلى غيرها من السلطات، فإن هذا المفهوم قد يختلط ببعض المفاهيم، وحتى يتسنى لنا الوقوف على تعريف منضبط السلطة التقديرية سوف نحاول التمييز بين السلطة التقديرية وما يختلط بها من مفاهيم كالاختصاص المقيد (أولاً) و السلطة المقيدة (ثانياً)، وأخيراً السلطة المطلقة (ثالثاً).

### أولاً: السلطة التقديرية و الاختصاص المقيد

السلطة التقديرية بصفة عامة تعني تمتع الشخص أو الهيئة التي تمارس نشاطاً معيناً بقسط من حرية التقدير وهي بصدد مباشرة اختصاصاتها المحددة قانوناً، أما الاختصاص فهو مرحلة سابقة على وجود السلطة، ويعني قدرة الشخص أو الهيئة على القيام بتصرف معين؛ وسلطة الشخص أو الهيئة في مباشرة اختصاصاتها تأتي في مرحلة لاحقة، والتي قد تكون سلطة مقيدة أو تقديرية. بمعنى أن الاختصاص يمثل الإطار الخارجي للسلطة، فإذا لم ينعقد الاختصاص لجهة أو هيئة معينة فلا تستطيع تلك الهيئة مباشرة وظائفها، ومن ثم لا يمكننا الحديث عن أي سلطة، سواء كانت تقديرية أو مقيدة<sup>1</sup>.

لكن بالرغم من الاختلاف بين السلطة والاختصاص، إلا أن الفقه الفرنسي قد عمل على استعمالها بمعنى واحد، فيشير إلى السلطة التقديرية بأنها حرية التقدير في مباشرة الاختصاص، أما الاختصاص المقيد فيقصد به مباشرة الاختصاص بسلطة مقيدة .

ففي المجال الدستوري مثلاً، نجد أن سلطة المشرع في ممارسة اختصاصاته التشريعية قد تكون مقيدة، كما قد تكون تقديرية، أما الاختصاص التشريعي للبرلمان لا يمكن أن يكون تقديرياً أو مطلقاً، إذ يتعين على المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصاته التشريعية أن يتقيد بأحكام الدستور وعلى الوجه الذي حدده المؤسس الدستوري، سواء كانت هذه الاختصاصات محددة على سبيل الحصر أم على سبيل المثال<sup>2</sup>.

ذلك بأن المؤسس الدستوري عندما يجيل على البرلمان لتسوية مسألة معينة، فهذا الأخير ملزم بمباشرة اختصاصاته، لأن قواعد الاختصاص المحددة في الدستور هي من النظام العام، ولا يجوز لأي سلطة من السلطات العامة الثلاث مخالفة هذه القواعد بما فيها السلطة التشريعية<sup>3</sup>، ولا يجوز كذلك للمشرع أن يتدخل في الموضوعات التي ينظمها الدستور بصفة نهائية أو التي أحال أمر تنظيمها إلى اللائحة أو

<sup>1</sup> انظر، عادل الطيببائي، المرجع السابق، ص. 425؛ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 45.

<sup>2</sup> - انظر، عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السليبي للمشرع، دار الفكر العربي، مصر، 2001، ص. 76.

<sup>3</sup> - انظر، عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص. 20.

التنظيم، فإذا تدخل المشرع مثلاً لتنظيم حرية من الحريات العامة أو حق من الحقوق الأساسية غير القابلة لتدخل المشرع، فإن القانون الصادر في هذه الحالة يكون غير دستوري لمخالفته لقواعد توزيع الاختصاص، التي تعتبر من النظام العام<sup>1</sup>.

وبعد تحديد مفهوم الاختصاص وتمييزه عن السلطة التقديرية ننتقل إلى التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة .

### ثانياً: السلطة التقديرية و السلطة المقيدة

في مقابل السلطة التقديرية التي تعني تمتع الجهة أو الهيئة العامة بجانب من حرية التقدير في مباشرة اختصاصاتها، فإن هناك سلطة مقيدة تنعدم فيها حرية التقدير، وإلى جانب السلطة التقديرية للمشرع التي تمنح له حرية الاختيار بين عدة خيارات وهو بصدد تنظيم مسألة معينة، توجد السلطة المقيدة للمشرع، التي تضيق فيها سلطاته، وتنعدم لديه حرية التقدير والاختيار، فيمارس اختصاصاته وفقاً للشكل الذي حدده الدستور؛ ولعل أهم صورة للسلطة المقيدة للمشرع فحة الحقوق والحريات الأساسية (الحقوق المطلقة)، أي تلك الحقوق والحريات التي لا تقبل التدخل التشريعي من أجل تنظيمها، أو عندما يعهد الدستور للمشرع بتحقيق غاية معينة يفرض عليه قيوداً محددة ويرسم له إطار عمله بشكل يؤدي إلى تقييد سلطاته وعدم تجاوزه لهذا الإطار، وأن يسعى إلى تحقيق الأهداف التي حددها المؤسس الدستوري.

والحقيقة أن الحديث عن السلطة المقيدة للمشرع يجزنا أولاً إلى عرض مفهوم السلطة المقيدة للإدارة كما حدده الفقهاء الذين تناولوا موضوع السلطة التقديرية للإدارة عند التمييز بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد، فلقد ذهب الفقيه الفرنسي (BONNARD) إلى القول بأن سلطات الإدارة أو اختصاصاتها تكون مقيدة عندما تلزمها القوانين بالتصرف أو الامتناع عن ذلك بالشكل المحدد و في الوقت المحدد<sup>2</sup>، أما الفقيه (CHATALAIN) الذي تأثر بالمدرسة النمساوية مركزاً في ذلك على مبدأ تدرج القواعد القانونية كأساس لتحديد مدلول السلطة التقديرية وتمييزها عن الاختصاص المقيد، أي أن الاختصاص أو السلطة تكون مقيدة عندما يكون تدخل الإدارة تنفيذاً للقاعدة القانونية التي استمدت منها اختصاصاتها دون

<sup>1</sup>-انظر، عبد الرحمن عزراوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الجزء الأول، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 150.

<sup>2</sup>-BONNARD.R, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le cours pour excès de pouvoir, R.D.P, France, 1989, p p.75.

انظر، عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص.370.

إدخال عنصر جديد على تلك القاعدة<sup>1</sup>، أما الأستاذ(EISENMANN)فيربط بين السلطة والتحديد السابق والملزِم لرجل الإدارة، فإذا كان تصرف رجل الإدارة محدد سلفاً بطريقة ملزمة ويخضع لإرادة أخرى غير إرادته كانت سلطته مقيدة، أما إذا كان رجل الإدارة يملك حرية الاختيار بين عدة بدائل أو خيارات دون التقيد بإرادة أخرى أو التحديد المسبق لاختصاصه كانت سلطته التقديرية<sup>2</sup>.

وعليه يمكننا القول بأن سلطة المشرع تكون مقيدة عندما يحيل إليه الدستور أمر تنظيم موضوع معين أو تحقيق غرض معين، ويحدد له طريقة تدخله ويرسم له إطار عمله، بالشكل الذي تنعدم فيه حرية الاختيار، فعندما يتولى المؤسس الدستوري تسوية المسألة بشكل نهائي يمنع على أي سلطة عامة بما فيها السلطة التشريعية تنظيم تلك المسألة، أو باعتبار أن تحديد غاية التشريع وربطها بتحقيق هدف معين يستوجب تقييد سلطة المشرع لتحقيق تلك الغايات.

على أن القول بتقييد سلطات المشرع بشكل تنعدم فيه حريته في التقدير هو أمر مستبعد، لأن ذلك قد يؤدي إلى تعطيل العمل التشريعي في مواجهة مستجدات الحياة اليومية، فلا بد أن يكون للمشرع جانب من حرية التقدير حتى عندما يفرض عليه الدستور تحقيق غاية أو هدف محدد، لأن وقت تدخل المشرع من أجل تنظيم مسألة معينة أو عدم تدخله أمر بيد المشرع، وكذا اختيار طريقة المعالجة التشريعية للمسألة محل التنظيم هما جوهر السلطة التقديرية للمشرع.

ونجد أن الفقه الفرنسي قد اعتمد على عناصر القانون للتمييز بين السلطة التقديرية للمشرع والسلطة المقيدة، ذلك بأن سلطة المشرع تكون مقيدة فيما يخص قواعد المشروعية الخارجية، أي يلتزم المشرع بقواعد الاختصاص في مباشرة اختصاصاته وفقاً للشكل والإجراءات التي يحددها المشرع الدستوري<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لقواعد المشروعية الداخلية (العناصر الداخلية لصحة القانون)، فتحدد سلطة المشرع بحسب طبيعة العلاقة بين القانون والقواعد التي تحكم إطار عمله، فتتسع السلطة التقديرية عندما تكون

<sup>1</sup>-CHATALAIN, Le compétence discrétionnaire du gouvernement dans l'application des lois et jugements .p. 273.

<sup>2</sup>- EISENMANN.Ch,Le droit administratif et le principe de la légalité ,E.D.C.E,1957, p.23.

أورده: عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي. دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001، ص. 140؛ -خالد سيد محمد حامد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، مصر، 2013، ص. 30.

<sup>3</sup>-DENDAIS.M, Contribution à la notion du pouvoir discrétionnaire et du détournement de pouvoir Bibliothèque de droit et des sciences économiques ,Paris ,1969,p.90.

أورده: عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 142.

هناك علاقة توافق أو عدم التعارض بين القانون وقواعد الدستور، وتضيق كلما كانت العلاقة فيما بينهما علاقة خضوع وتبعية.

وترتبا على ما سبق، يمكننا القول بأن المشرع ليس مطلق التقدير أو يمارس اختصاصه بدون قيود بعيدا عن مبدأ المشروعية، فتتحد سلطة المشرع بحسب طبيعة العلاقة بينه وبين قواعد الدستور، فإذا كانت نصوص الدستور عامة اتسعت السلطة التقديرية للمشرع، أما إذا كانت القواعد الدستورية تحدد أو ترسم للمشرع أهداف أو غايات محددة كانت سلطته مقيدة<sup>1</sup>. وبعد التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة يتوجب علينا التمييز بين السلطة التقديرية و السلطة المطلقة.

<sup>1</sup> - لقد تضمن الدستور الفرنسي لعام 1958 العديد من النصوص التي تضع قيودا على سلطة المشرع منها نص المادة الأولى منه، والتي تقرر مبدأ علمانية الدولة، وتضمن المساواة بين جميع المواطنين أمام القانون بدون التمييز بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو الدين. كذلك نص المادة 66 منه، والتي تحظر جواز القبض على أحد أو تفتيشه إلا وفقا للقانون، وأن السلطة القضائية هي التي تضمن الحريات الفردية.

« Nul ne peut être arbitrairement détenu.

L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. »

وقد كان قرار المجلس الدستوري الصادر في 16 يوليو 1971 بعدم دستورية المادة الثالثة من قانون الجمعيات بمثابة قيد صريح على سلطة المشرع التقديرية، حيث رفض المجلس الدستوري قيام المشرع بتقييد حق إنشاء الجمعيات باعتباره حق دستوري لا يجوز تقييده حتى بقانون صادر من البرلمان. Décision Conseil Constitutionnel n°71-44, D.C, du 16 juillet, 1971, Rec, p.29.

فعلى الرغم من أن المجلس الدستوري الفرنسي لم يضع مفهوما دقيقا لمبدأ المساواة إلا أنه في العديد من الحالات قضى بعدم دستورية التشريعات التي تميز بين الأشخاص بسبب الأصل أو الجنس أو الدين و من ذلك قراراته، فقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي بعدم دستورية التشريع الذي يسعى لتقييد حرية التجمع لمخالفته المبادئ الأساسية التي أقرتها مقدمة دستور 1958.

Décision Conseil Constitutionnel n°84-181, D.C, du 11 octobre 1984, Rec, p.73 ; FAVOREU, L. et PHILIP, L., Les grandes décisions du conseil constitutionnel, p.655.

انظر، عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص.235. و إذا انتقلنا إلى التنظيم الدستوري المصري الحالي، فقد نصت المحكمة الدستورية العليا على التجاوزات على الحقوق و الحريات العامة، حرصا منها على ضمان احترام المشرع لمبدأ المشروعية سواء كانت سلطة تقديرية أم مقيدة، ومن هذه القرارات ما قضت به المحكمة العليا بعدم دستورية القانون رقم 38 مكرر المعدل بقانون رقم 188 لسنة 1986 بشأن انتخابات مجلس الشعب (حكم المحكمة الدستورية العليا)؛ - انظر، حكم المحكمة الدستورية العليا في 16 مايو 1987 في القضية رقم 131 لسنة 6 ق دستورية، ج ر في 31 مايو 1987، العدد 22. وفي مثال آخر فان حماية الحياة الخاصة وحرمة المسكن وفقا لنص المادتين 44 و 45 في الدستور المصري الحالي أمر تصدت له المحكمة الدستورية العليا في مصر بمنع التعدي على حرمة السكن باعتباره من الحقوق اللصيقة بالإنسان و كرامته، و لا تقبل ما أقره المشرع من القياس على حالة التلبس لجواز إهدار حرمة المسكن كما أقرها المؤسس الدستوري في المادة 41 من الدستور عندما سمح باستثناء حالة التلبس من الضمانات المقررة لحماية الحرية الشخصية باشتراك صدور أمر قضائي مسبب من قاضي التحقيق؛ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بتاريخ 02 جوان 1984 في القضية رقم 5 لسنة 4 ق دستورية، ج ر في 14 جوان 1984، العدد 24؛ انظر، حنفي علي جبالي، المسؤولية عن القوانين، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 1987، ص.366.

كما قضت المحكمة الدستورية العليا أيضا في حكمها الصادر في 16 ماي 1992 من أجل كفالة حق الدفاع و تحقيق المحاكمة العادلة أو المنصفة حيث ذهبت إلى أن إصدار حق الدفاع يعتبر إخلالا بحق الموطن في المحاكمة المنصفة؛ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بتاريخ 16 مايو 1992 في القضية رقم 6 لسنة 13 ق دستورية، ج ر في 04 جوان 1992، العدد 23؛ إلى جانب ذلك فقد أكد المجلس الدستوري على أن تنظيم حرية إصدار الصحف عند مجته لدستورية القوانين رقم 84/937 المتعلق بمنع الاحتكار و تحقيق الشفافية والتعددية في المؤسسات الصحفية.

### ثالثا: السلطة التقديرية والسلطة المطلقة

إذا كانت السلطة التقديرية هي التمتع بجانب من حرية التقدير والاختيار في إطار مبدأ المشروعية، فالمرشح بوصفه المعبر عن الإرادة الوطنية له سلطة تقديرية في الاختيار بين عدة بدائل أو خيارات عند تنظيمه لمسألة معينة أو حرية معينة باستثناء القواعد الشكلية والقيود الموضوعية التي تحددها الدساتير عادة، فإن وجود السلطة المطلقة أمر مستبعد، لأن جميع السلطات العامة في الدولة يحكمها القانون وتخضع لأحكام الدستور وتقيده بقواعده وأحكامه.

غير أنه لا يُتصوّر تقييد سلطات المشرع بذات القيود التي تخضع لها السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية، كما أن مفهوم السلطة المطلقة يرتبط بالسيطرة والتحكم والقدرة على التصرف بحرية، ذلك بأن أهم تطبيق للسلطة المطلقة يكون في نظم الحكم الشمولية التي تتركز فيها الشرعية على ذات الحاكم، فهو المسؤول عن رعاياه يأمر فيطاع و يحكم فينفذ حكمه<sup>1</sup>.

ومن ثم، فإذا كان هذا المفهوم يمكن قبوله في ظل أنظمة الحكم الشمولية فلا يمكن قبوله الآن خاصة بعد أن تطورت أنظمة الحكم و انتشار المذاهب الديمقراطية، والتزام الدول بضرورة احترام حقوق الأفراد وحررياتهم العامة، وكذا احترام مبدأ سيادة القانون<sup>2</sup>.

و بتطبيق ذلك المفهوم على سلطة المشرع، نجد أن سلطة البرلمان هي الأخرى قد مرت بتطور كبير من احتكار الحاكم أو الملك للوظيفة التشريعية، ثم إقرار مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقضي بأن تختص كل سلطة عامة بممارسة الاختصاصات المنوطة بها، وأخيرا الاتجاه نحو تضيق الاختصاص التشريعي للبرلمان، وذلك عن طريق تحديد نطاق عمله، أو من خلال القيود الشكلية والموضوعية المفروضة على إرادة المشرع، وكذا تبني نظام الرقابة على دستورية القوانين، بعد أن كانت هذه الأخيرة غير خاضعة لأي وجه من الرقابة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> -انظر، عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية لحيات الأساسية، المرجع السابق، ص.347؛ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص.419.

<sup>2</sup> -انظر، عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص.52؛ رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 1983، ص.208.

<sup>3</sup> -GIQUEL.J, Droit constitutionnel et institutions politiques, 10<sup>ème</sup> édition, Paris, 1989, p.277; Claude ACQUAVIVA .J, Droit constitutionnel et institutions politiques, gualino Edition, E.J.A, Paris, 2007, p.120.

وبعد تحديدنا لمدلول السلطة التقديرية والتمييز بينها وبين المفاهيم المشابهة لها، فكيف يمكننا تعريف السلطة التقديرية للمشرع، وهل يمكننا تعريف السلطة التقديرية للمشرع بالاعتماد على تعريف السلطة التقديرية للإدارة؟

## الفرع الثاني

### تعريف السلطة التقديرية للمشرع

إذا كانت السلطة التقديرية للإدارة قد حظيت باهتمام في العديد من الدراسات الفقهية التي تناولت المفهوم بالدراسة والتحليل، وبينت مراحل تطورها، فإن السلطة التقديرية للمشرع لم تلقى نفس الاهتمام من الدراسة والبحث بالرغم من أهمية الموضوع، لأن بيان كيفية تدخل البرلمان ومعرفة الحالات التي يتمتع فيها بسلطة تقديرية تعتبر من أهم موضوعات القانون الدستوري .

وحتى يتسنى لنا تحديد مدلول أو وضع تعريف منضبط للسلطة التقديرية للمشرع يتوجب علينا أولاً تعريف السلطة التقديرية للإدارة باعتبارها أفضل أساس للمقارنة (أولاً) ثم نتبع ذلك بتعريف السلطة التقديرية للمشرع (ثانياً)، وأخيراً نتطرق إلى تعريف السلطة التقديرية للمشرع لدى الفقهاء الشريعة الإسلامية (ثالثاً).

### أولاً: تعريف السلطة التقديرية للإدارة

إن الوقوف على مفهوم السلطة التقديرية للإدارة هو الوقوف عند مجال في غاية من الخطورة، وهو مجال الاختصاص التقديري للإدارة، فإذا كانت الإدارة في كثير من الحالات تخالف القانون أو تتعسف في استعمال السلطة التي منحها لها القانون، أو تتماطل في تطبيق القانون والتنظيم في الحالات التي تكون فيها سلطتها مقيدة بالقوانين الصريحة والواضحة، فكيف هو الحال وهي بصدد ممارسة السلطة التقديرية التي تمنحها قدراً من الحرية؟

الحقيقة أن القانون الفرنسي يعتبر السباق إلى تبني فكرة السلطة التقديرية للإدارة من الوجهة التاريخية، وتعرف السلطة التقديرية للإدارة في الفقه الفرنسي بأنها حرية الإدارة في اختيار تصرفها<sup>1</sup>، أو هي سلطة تقدير مدى ملائمة الإجراءات الإدارية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - PEISER.G, Droit administratif (contentieux administratif), 14<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 1989, p.27.

<sup>2</sup> - انظر، سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص.19.

ويقول فالين أن السلطة التقديرية تعني الطريقة التي تمارس بها الجهة الإدارية اختصاصاتها، كما يرى جانب آخر من الفقه الفرنسي بأن السلطة التقديرية تتحقق في كل مرة تستطيع فيها السلطة الإدارية أن تعمل بحرية، ودون أن يكون هناك مسلكا محددًا بطريقة مسبقة تفرضه إحدى القواعد القانونية<sup>1</sup>.

ويعرف أيضا الفقيه (DELAUBADERE) السلطة التقديرية بأنها ذلك الجانب في الحرية الذي يتركه القانون للإدارة من أجل ممارسة سلطتها التقديرية، كما حدد بونار هذا النوع من السلطة على أن تكون سلطة الإدارة تقديرية عندما يترك لها القانون الذي يمنحها هذه الاختصاصات بصدد علاقتها مع الأفراد الحرية في التدخل والوقت اللازم للتدخل و كيفية ووسائل التدخل، أي أن السلطة التقديرية تنحصر في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة<sup>2</sup>، ويعرفها كذلك شابي (CHAPUS) بأنها دعوة للإدارة لممارسة حرية التقدير الملائمة<sup>3</sup>.

ولقد تأثر النظام القانوني المصري بالفقه الفرنسي حول مفهوم السلطة التقديرية للإدارة، ويمكننا تعريف السلطة التقديرية للإدارة بأنها تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل الأفراد، وأن تختار كيفية التدخل والوقت المناسب لذلك، والوسائل الملائمة للتدخل<sup>4</sup>، وبمعنى آخر للإدارة أن تقرر مدى ملائمة الإجراء أو التدخل وفقا للظروف الواقعية<sup>5</sup>، ومن ناحية أخرى يربط معظم الفقهاء بين السلطة التقديرية والملائمة<sup>6</sup>.

ولم يخرج تعريف الفقه والقضاء الجزائريين للسلطة التقديرية عن نطاق التعريفات الفقهية السابقة، حيث تبنى النظام القانوني الجزائري نظرية السلطة التقديرية من خلال تأثره بالنظامين الفرنسي والمصري، غير أن مفهوم هذه الأخيرة كنظام مستقل بذاته لم يلقى الاهتمام الكافي من قبل الفقه الجزائري،

<sup>1</sup> - انظر، سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص. 50؛ عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص. 270.

<sup>2</sup> - « La notion de pouvoir discrétionnaire ou compétence discrétionnaire s'oppose à la notion de pouvoir lié » ; A De LAUBADERE, Traité de droit administratif, Tome 1, 9<sup>ème</sup> édition, France, 1984, p. 579.

<sup>3</sup> - CHAPUS, R., Droit administratif général, Tome 4, 4<sup>ème</sup> édition, 1988, p. 930.

<sup>4</sup> - انظر، محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع نفسه، ص. 31.

<sup>5</sup> - انظر، سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديد، مصر، 2010، ص. 20.

<sup>6</sup> - حيث يرى الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي بأنه مادام أنه لا توجد قواعد قانونية تحدد مسلك الإدارة نكون أمام مفهوم السلطة التقديرية، وعلى الإدارة وحدها أن تقرر أن هذا الإجراء ملائم أو غير ملائم، أي أن حريتها تكون متلائمة مع الظروف الواقعية؛ كما أشار الدكتور محسن خليل إلى ذلك بالقول بأنه إذا تمتعت الإدارة بسلطة تقديرية يعني ذلك بأن القانون قد منحها الحرية في مباشرة نشاطها دون أن يضع شروطا أو قيودا تقيّد من حريتها، الأمر الذي يعطي للإدارة حرية تقدير ملائمة أعمالها، ويؤدي إلى الارتباط بين فكريتي الملائمة والسلطة التقديرية واتصالهما الوثيق معا؛ انظر، مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الخامسة، ص. 278؛ محسن خليل، القضاء الإداري، بدون دار نشر، مصر، 1990، ص. 94.

ويمكن تعريف السلطة التقديرية للإدارة بأنها الحرية التي تتمتع بها الإدارة في التدخل و الوقت المناسب لذلك وكذا الوسيلة اللازمة للتدخل<sup>1</sup>.

كما اعتمد كل من الفقه والقضاء الإداري في الجزائر على فكرة السلطة التقديرية للإدارة مقررًا بأن المصلحة العامة تقتضي الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية في بعض الحالات، حيث لا يقتصر دور الإدارة على أن يكون تابعا للقانون، بل يتعين فيها كذلك القدرة على الاختيار من خلال الاعتراف لها بقدر من حرية التصرف بما يكفل حسن سير المرافق العمومية<sup>2</sup>.

### ثانيا: تعريف السلطة التقديرية للمشرع

إن الحديث عن السلطة التقديرية للمشرع<sup>3</sup> كما قلنا سابقا لم يكن مقبولا من طرف فقهاء القانون العام في فرنسا إلا بعد صدور دستور فرنسا لعام 1958، وذلك بالنظر إلى الفكر السائد في تلك الفترة، فلم يكن يُتصَوَّر تقييد حرية أو سلطة البرلمان بوصفه المعبر عن الإرادة الوطنية، أو الحديث عن سلطة تقديرية تحمل بين طياتها بعض درجات التقييد.

وباعتبار أن المشرع هو الأقدر على الموازنة في المسائل محل التشريع في كافة جوانبها، فقد اتفق الفقه بأن السلطة التقديرية للمشرع هي الأساس وتقييدها هو الاستثناء، ولا مجال للحديث أو المقارنة بين

---

<sup>1</sup> - لقد عرفت رئيسة مجلس الدولة الجزائري سابقا فريدة أبركان السلطة التقديرية بالقول بأن تكون الإدارة حرة تماما في التصرف في هذا الاتجاه أو ذلك، وبدون أن تكون خاضعة لأي شرط، فهي قادرة على تقدير الشروط التي تتخذ في ضوءها قراراتها، ومثال ذلك سلطة رئيس الجمهورية في منح العفو واختيار طريقة تسيير المرافق العامة، إنشاء أو تعديل سلك من أسلاك الموظفين.

<sup>2</sup> - انظر، عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987، ص.18.

<sup>3</sup> - لتعريف أكثر دقة معنى السلطة التقديرية للمشرع، يتوجب علينا تعريف كل مصطلح أو لفظ مكلون لها تعرف السلطة لغة بأنها السيطرة والتحكم، وتعرف أيضا بالتسلط والعنف، أما السلطة اصطلاحا، فعند البحث في كتب الفقهاء عن لفظ السلطة بصورة عامة سواء كانت سلطة ولي أمر أو سلطة قاضي أو إدارة لا نجد متداولًا، ذلك بأن الفقهاء لما عالجوا موضوع السلطة لم يستخدموا لفظ السلطة إلا مؤخرا، نظرا لما قد يوحي في ذلك من نزعة التحكم والتسلط. ويمكن تعريف السلطة اصطلاحا على نحوين، فقد يعبر عن السلطة عن المرجع الأعلى المسلم له النفوذ أو الهيئة والتي تعترف لها بالقيادة والفضل، كما يقصد بالسلطة السيطرة والقهر كائنا ما كان يمتلكها.

أما كلمة التقدير، فالتقدير لغة يقال قدر كل شيء، ومقداره مقياسه و قدر الشيء أي قاسه، والتقدير على وجوه من المعاني أحدها التروية والتفكير في تسوية الأمر و تهيئته، أما الثاني أن تنوي أمرا بعقده، فيقول قدرت أمر كذا وكذا أي نويته و عقدت عليه، ويقال قدرت لأمر كذا أقدر له، و أقدر قدرا إذا نظرت فيه و دبرت له و قايسته، ومن معانيه أيضا النظر والتدبر، ويقال قدرت الأمر أقدره وأقدره إذا نظرت فيه ودبرته. والتقدير اصطلاحا، ففي ظل التعاريف المستقلة و الخاصة بالتقدير كلفظ منفصل، فإن معناه الاصطلاحي لا يختلف عن معناه اللغوي فيراد به التروية والتأني و التفكير في تسوية الأمر فما يراد به النظر و التدبر و المقايسة و تطبيق جميع المعاني اللغوية على معنى الاصطلاحي.

كما يقصد بالمشرع في القانون الهيئة التي منحها الدستور صلاحية وضع القواعد القانونية، أي السلطة التشريعية أو البرلمان؛ انظر، أحمد محمد أمين، حدود السلطة التشريعية (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظامين المصري والفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2001، ص.98.

السلطة التقديرية للمشرع والسلطة التقديرية للإدارة، الأمر الذي أكد عليه الفقيه الكبير عبد الرزاق السنهوري بالقول " أن السلطة التقديرية تكاد تستغرق النشاط التشريعي برمته <sup>1</sup> ."

غير أن هذا الفكر لم يعد يتناسب مع الواقع الذي يعيشه البرلمان في الوقت الحالي خاصة بعد ظهور مفهوم الدساتير الجامدة، ومبدأ سمو القواعد الدستورية، وخضوع التشريعات البرلمانية للرقابة الدستورية<sup>2</sup>، و بروز دور القاضي الدستوري في استخلاص المبادئ ذات القيمة الدستورية الملزمة للمشرع<sup>3</sup>، بالإضافة إلى تطور العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وهيمنة هذه الأخيرة على كافة المراحل التي يمر بها العمل التشريعي بدءاً بعملية المبادرة بالتشريع، وتحديد جدول أعمال البرلمان إلى غاية إصدار القوانين.

و الحقيقة أن الفقه في البداية لم يتطرق إلى دراسة أو البحث في موضوع السلطة التقديرية للمشرع، وإن كان البعض قد ذكر سلطة المشرع التقديرية عند دراسة السلطة المقيدة حتى يعطي مثالا للسلطة غير المقيدة <sup>4</sup> .

فالسلطة التقديرية بصفة عامة هي حرية الاختيار الممنوحة لسلطة ما في ممارسة اختصاصاتها القانونية<sup>5</sup>، وهكذا فإن الاختصاص قد يكون تقديريا في بعض الحالات، كما يكون اختصاصا مقيدا في حالات أخرى؛ فإذا كان كل عمل أو تصرف قانوني يوجد فيه جانب معين من حرية التقدير، فإن مفهوم التقدير في القانون يتسع ويضيق بحسب العلاقة التي تربط بين القواعد الدستورية والقانون.

ولما كان موضوع السلطة التقديرية للمشرع من المواضيع الجديدة لدى فقهاء القانون العام، فكيف يمكننا تعريف السلطة التقديرية للمشرع؟ وهل يمكننا تعريف السلطة التقديرية للمشرع وفقا للمفاهيم الخاصة بالسلطة التقديرية للإدارة؟

مما لا شك فيه أن الإجابة على هذا السؤال يدفعنا إلى الرجوع إلى تعريف السلطة التقديرية التي يمكن أن تتصرف بها السلطات الإدارية، باعتبار أن السلطة التقديرية للإدارة تعتبر أفضل أساس للمقارنة.

<sup>1</sup> -انظر، محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص.950؛ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص.145.

<sup>2</sup> -انظر، عبد الحفيظ علي الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص.347.

- ARDANT.Ph, Institutions politiques et droit constitutionnel, 12<sup>ème</sup> édition, L .G.D.J, Paris, 2000,p.190.

<sup>3</sup> -انظر، عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص.250.

<sup>4</sup> حيث ذهب MICHOD إلى القول بان سلطة المشرع التقديرية توجد بدرجة كبيرة في الوظيفة التشريعية، حيث لا تكون مقيدة مسبقا بأي قاعدة ملزمة؛ وأخذا عن: سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية، المرجع السابق، ص.25.

<sup>5</sup> - BOCKEL.A, Le pouvoir discrétionnaire du législateur, Mélanges Léo HAMMON, 1982, p.55.

حيث تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية إذ لم يقيدتها القانون بقيود معينة، مما يسمح لها باتخاذ القرارات التي تراها مناسبة في موضوع ما، وعلى ذلك فالسلطة التقديرية في المجال الدستوري هي الحرية التي يتمتع بها المشرع في سن القوانين لتنظيم أي موضوع أو حرية معينة، إلا إذا كانت تلك الحرية تخالف أحكام الدستور أو تنتهك الحق أو الغرض الذي يسعى المؤسس الدستوري إلى تحقيقه<sup>1</sup>.

بمعنى آخر، للمشرع في حدود الدستور سلطة التشريع فيما لم يقيدته الدستور بقيود محددة، فسلطته في التشريع سلطة تقديرية وهي الأصل وتقيدها هو الاستثناء<sup>2</sup>، كما تعرف السلطة التقديرية للمشرع أيضا بأنها حرية الاختيار والمفاضلة بين عدة بدائل أو حلول ليختار المشرع من بينها أقلها تقييدا للحقوق والحريات العامة التي ينظمها<sup>3</sup>.

وبالتالي، فمضمون السلطة التقديرية واحد لكل السلطات العامة في الدولة، ولكن الاختلاف يكون في حجم أو نطاق السلطة الممنوحة لكل هيئة، فسلطة المشرع مقيدة بأحكام الدستور وغاياته، أي أنه يشترط في كل عمل تشريعي صادر عن البرلمان أن يكون متفقا مع قواعد الدستور نصا وروحا، ويتلاءم مع مقتضيات المصلحة العامة<sup>4</sup>.

ولما كانت السلطة التقديرية للإدارة توجد عندما يمنح القانون للإدارة جانب من حرية التقدير في مباشرة اختصاصاتها القانونية<sup>5</sup>، فإن السلطة التقديرية للمشرع توجد أيضا عندما يستطيع المشرع تنظيم أي مسألة دون أن يفرض عليه المؤسس الدستوري طريقة تدخله، أو أن يفرض عليه شروطا معينة تقيده من اختصاصاته التشريعي<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية، المرجع السابق، ص. 275.

<sup>2</sup> - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص. 128؛ زكي محمد النجار، فكرة الغلط في القضاء الدستوري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص. 116.

<sup>3</sup> - انظر، سامي جمال الدين، المرجع نفسه، ص. 276؛ سعاد الشرقاوي، عبد الله ناصف، القانون الدستوري والنظام السياسي المصري، دار النهضة العربية، 1994، ص. 22.

<sup>4</sup> - إن حرية التقدير الممنوحة للمشرع لا تعني التحكم أو السيطرة، وإنما حرية المفاضلة بين الحلول المطروحة لكي يختار المشرع من بينها الأكثر ملاءمة وتناسبا للمسألة محل التنظيم؛ انظر، زكي محمد النجار، المرجع نفسه، ص. 340.

<sup>5</sup> - انظر، عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص. 130.

<sup>6</sup> - لا يقصد كذلك بجرية المشرع في مباشرة اختصاصاته التشريعية بأن يتجاوز أحكام الدستور، فالقيود المفروضة على المشرع تختلف من حالة لأخرى، بل وقد تختلف من عنصر لآخر من عناصر القانون، فقد تتسع تلك القيود في حالة وتضييق في حالة أخرى؛ انظر، عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص. 426.

وبالتالي لا تعارض بين السلطة التقديرية ومبدأ المشروعية، لأن السلطة التقديرية للمشرع وجدت من أجل تنفيذ أهداف الدستور، ويبقى التدخل التشريعي للمشرع هو الآخر خاضعا لحكم القانون سواء كانت سلطته مقيدة أو تقديرية، كما أنه لا تلازم بين المشروعية والملائمة، فقد يكون القانون الذي وضعه البرلمان متوافقا مع قواعد المشروعية ومع ذلك فهو غير ملائم في الوقت أو الظروف التي صدر فيها. ويعرف جانب من الفقه السلطة التقديرية للمشرع بأنها حرية المشرع في التدخل لتنظيم مسألة معينة، أو حرته في التقدير والمفاضلة بين الخيارات المطروحة عليه للمسألة محل التنظيم التشريعي دون أن يفرض عليه الدستور أسلوبا معيناً عند تدخله، الأمر الذي أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في 10 فيفري 2002<sup>1</sup>.

وترتبطا على ما سبق، بالرغم من أن جانب من الفقه يرى بأن حرية المشرع هي الأصل وأن تقييدها هو الاستثناء<sup>2</sup>، لكن بالنظر إلى القيود المفروضة على العمل التشريعي (القيود الإجرائية أو الموضوعية) واتساع نطاق القواعد ذات القيمة الدستورية، وتفعيل نظم الرقابة على دستورية القوانين، قد ترتب عليه تضيق سلطات المشرع بشكل يجعل تقييد العمل التشريعي هو الأصل والتمتع بالحرية أو التقدير هو الاستثناء. وعليه، فالسلطة التقديرية للمشرع تقتصر فقط على حرية اختيار كيفية تنظيم المسألة محل التنظيم التشريعي، أي المفاضلة بين البدائل أو الحلول المطروحة على المشرع، والتي يجب أن تتفق مع قواعد الدستور وتتلاءم مع المسألة محل التدخل التشريعي.

ولم يخرج تعريف السلطة التقديرية للمشرع في القانون الدستوري الجزائري عن التعريفات السابقة، وذلك بالنظر لتأثر المؤسس الدستوري الجزائري بموقف الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر، مع العلم بأن البحث في موضوع السلطة التقديرية للمشرع لم يلقى الاهتمام الكافي من قبل الفقه والقضاء الدستوريين في

---

<sup>1</sup> -قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم 47 بأن "الأصل في سلطة المشرع في تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدتها الدستور بضوابط معينة، وليس ثمة تناقض بين كفالة الدستور لحق التقاضي وبين تنظيمه تشريعيا، بشرط ألا يؤدي إلى حظره أو إهداره، تنظيم محاكمة الأحداث المتهمين بارتكاب جنایات أمام محكمة الأحداث أساسه اعتبار هذه المحكمة القاضي الطبيعي وفقا للرؤية الحضارية لإجرام الأحداث وجنوحهم، فضلا عن استهداف المشرع مصلحة عامة مشروعة تقوم على أسس موضوعية تبرر هذا التنظيم". لتفاصيل أكثر؛ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 47 لسنة 22 قضائية دستورية، بتاريخ 10 فيفري 2002؛ وأورده، عبد الناصر أبو سهدانة، حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012، ص 18.

<sup>2</sup> -الأمر الذي أكد عليه الدكتور بسيوني عبد الله وثروت عبد العال أحمد، وعبد العزيز محمد سلمان، ولزبد من التفاصيل؛ انظر، عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الدستوري والنظم السياسية، المرجع السابق، ص. 803؛ وثروت عبد العال أحمد، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص. 40؛ عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، مصر، 1995، ص 270.

الجزائر، ومن ثم يمكننا تعريف السلطة التقديرية للمشرع كما عرفتھا المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنها حرية المشرع في المفاضلة بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها وفق تقديره لتنظيم موضوع محدد أو مسألة معينة<sup>1</sup>.

وبعد تحديد معنى السلطة التقديرية للمشرع، فما هو موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من مفهوم السلطة التقديرية؟

### ثالثاً: رأي الفقه الإسلامي من مفهوم السلطة التقديرية

لا يختلف رأي فقهاء الشريعة الإسلامية كثيراً حول مفهوم السلطة التقديرية للمشرع، وإن لم يفرّدوا لها نظرية متكاملة، إلا أنهم ربطوها بقاعدة التعرف على الرعية منوطاً بالمصلحة<sup>2</sup>، حيث تجد السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي أساسها في أسلوب التشريع الذي يقرر القواعد الكلية والمبادئ العامة تاركاً أمر تفصيلها للاجتهاد، كما يرتبط مفهوم السلطة التقديرية كذلك بوجود الحكم الشرعي ودلالته، فتتعدى السلطة التقديرية للمشرع عندما يكون الدليل الشرعي قطعي الثبوت قطعي الدلالة، سواء كان الدليل مستمد من القرآن الكريم مباشرة أو بيّنته السنة النبوية الشريفة أو انعقد عليه إجماع الأمة، أي أن سلطة المشرع قبلها تكون سلطة مقيدة<sup>3</sup>.

كما تكون سلطة المشرع تقديرية في الحالة التي يضع فيها الحكم الشرعي قاعدة عامة أو مبدأ عام، ثم يترك للاجتهاد أمر تفصيله، أو لا يكون هناك نص على الإطلاق، منها واقعة جمع القرآن وحروب الردة<sup>4</sup>، على أن يخضع المشرع في استخدامه لسلطته التقديرية إلى قاعدتين أساسيتين هما: استعمال الأصلح) أي يُتقدم على كل ولاية من هو أقوم بمصالحها)، واستعمال الأمثل فالأمثل<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في 07 أبريل 2001 في القضية رقم 152 لسنة 22 ق دستورية، ج ر في 19 أبريل 2001، العدد 16، ص. 581؛ أوردته، حنفي علي جبالي، المسؤولية عن القوانين، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 1987، ص. 462.

<sup>2</sup>- انظر، أحمد محمد أمين، المرجع السابق، ص. 90؛ خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، المرجع السابق، ص. 195.

<sup>3</sup>- فالنصوص الشرعية التي تحدد قواعد الميراث و نصاب الورثة أو التي تنفصل في الحدود أو العبادات كالأمر بالصلاة و الزكاة و الصيام... الخ، أو النصوص الناهية عن الربا و شرب الخمر و الزنا، وغيرها من النصوص قطعية الثبوت لورودها في القرآن الكريم، أي أنها لا تحتاج إلى تأويل أو اجتهاد لبيان مفهومها أو معناها؛ انظر، أحمد محمد أمين، حدود السلطة التشريعية، المرجع السابق، ص. 91.

<sup>4</sup>- انظر، أحمد محمد أمين، حدود السلطة التشريعية، المرجع نفسه، ص. 99.

<sup>5</sup>- انظر، عبد الله عبد الرحمن السعيد، ضوابط السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة الدراسات القانونية تصدره كلية الحقوق بجامعة اسبوط، العدد 23، يوليو 2003، ص. 113؛ وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر على ذلك المعنى، على أن حكم المادة الثانية من الدستور يدل على أن الدستور قد أوردتها كقيود على تدخل السلطة التشريعية، بأن لا تناقض أحكامها مبادئ الشريعة الإسلامية، انظر، حكم المحكمة الدستورية العليا

وبناء على ما تقدم، يمكننا القول بأن السلطة التقديرية للمشرع تعني تمتع المشرع بجانب من الحرية والتقدير في اختيار كيفية تنظيم المسألة محل التنظيم التشريعي، وذلك من خلال المفاضلة بين البدائل أو الحلول المطروحة عليه، والتي يجب أن تتوافق مع قواعد الدستور وتتلاءم مع المسألة محل التدخل التشريعي. وبعد الوقوف على تعريف السلطة التقديرية للمشرع، لنا أن نتساءل عن مصادر سلطة المشرع التقديرية؟

## المطلب الثاني

### مصادر السلطة التقديرية للمشرع

بالرغم من أن المشرع يتمتع بجانب من حرية التقدير في مباشرة اختصاصاته التشريعي، والمفاضلة بين البدائل أو الحلول المطروحة عليه في المسألة محل التنظيم، دون أن يتجاوز التشريع أحكام الدستور وأن يتناسب مع المسألة محل التنظيم التشريعي. إلا أن السلطة التشريعية كسلطة عامة يجب أن تعمل في إطار الدستور الذي تستمد منه اختصاصاتها، بصرف النظر عما إذا كانت سلطتها تقديرية أو مقيدة. فالسلطة التقديرية للمشرع هي نتيجة مباشرة لعلاقة الدستورية أو المشروعية التي تجمع القانون بالدستور، فوفقاً لتعبير (FAVOREU) إن هذه العلاقة تمنح للمشرع مساحة واسعة في التقدير أو حرية الاختيار في الموضوع محل التنظيم، ويميز (EISENMANN) في علاقة الدستورية أو المشروعية بين نوعين من العلاقة: علاقة المطابقة وعلاقة الخضوع.<sup>1</sup> ذلك بأن مصادر السلطة التقديرية للمشرع يمكن إرجاعه إما إلى المصدر القانوني الذي يحدد اختصاص المشرع، أو المصدر القضائي الذي يتمثل في القيود أو الضوابط التي قد يضيفها القاضي الدستوري عند ممارسته للرقابة الدستورية.

---

في مصر في القضية رقم 113 لسنة 26 ق دستورية بتاريخ 15 يناير 2006؛ عبد الناصر أبو سهمدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 32.

<sup>1</sup> - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص. 143؛ رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية مصر، 1983، ص. 208؛ مهند صالح الطراونة، العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الوارد للنشر والتوزيع الأردن 2009، ص. 23.

- ARDANT.Ph, Institution politique et droit constitutionnel, 12<sup>ème</sup> édition, L .G .D. J, Paris, 2000,p.220.

وحتى يتسنى لنا معرفة مصادر السلطة التقديرية للمشرع، سوف نتناول بالدراسة أولاً المصدر القانوني لسلطة المشرع التقديرية والمتمثل أساساً في الدستور (الفرع الأول)، ثم نتطرق بعدها إلى المصدر القضائي لتلك السلطة، أي القضاء الدستوري كمصدر للسلطة التقديرية للمشرع (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الدستور مصدر السلطة التقديرية للمشرع

إذا كانت السلطة التشريعية تعتبر إحدى أهم السلطات العامة في الدولة، فإن أعمالها يجب أن تكون في إطار الدستور الذي تستمد منه اختصاصاتها، سواء كانت سلطتها تقديرية أو مقيدة، أي أن المشرع عندما يتمتع بسلطة تقديرية أو جانب من حرية التقدير في ممارسة اختصاصه التشريعي، فهو مقيد بالإطار الذي حدده له الدستور، ويسعى إلى تحقيق الأغراض التي يستهدفها من خلال تدخله.

وقبل الحديث عن النصوص الدستورية التي تنظم عمل البرلمان يتوجب علينا أولاً التساؤل حول طبيعة العلاقة بين الدستور والقانون؟ (أولاً)، ثم خصائص النصوص الدستورية التي تنظم عمل المشرع (ثانياً).

### أولاً: طبيعة العلاقة بين الدستور والقانون

تحدد السلطة التقديرية للمشرع من خلال علاقة الدستورية التي صاغها الفقه الدستوري، والتي تجمع بين الدستور والقانون، أي علاقة القاعدة التي يصدرها المشرع العادي مع القاعدة الأعلى التي تحدد اختصاصاته ويستمد منها شرعيته.

وعليه، تمنح علاقة الدستورية للمشرع مساحة كبيرة في التقدير أو الاختيار حال ممارسة اختصاصه التشريعي، ولقد ميز EISENMANN فيما يخص العلاقة بين التشريع والدستور بين نوعين من العلاقة علاقة المطابقة أو التطابق، والتي تقضي بأن القاعدة الأدنى لم تكن إلا صورة للقاعدة العليا، أي أن القاعدة التشريعية ليست إلا مجرد صورة للقاعدة الدستورية، وبالتالي فإن دور المشرع هنا يقتصر على وضع هذه الأخيرة موضع التطبيق، ويشبه علاقة القانون بالدستور بعلاقة اللائحة بالقانون، أي أنه في ظل هذه العلاقة تستبعد فكرة السلطة التقديرية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- انظر، محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص. 182؛ عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 438.

إلى جانب علاقة المطابقة أو التطابق توجد علاقة عدم التعارض التي تترك للمشرع مجالاً واسعاً في التقدير وحرية في الاختيار، ما لم يؤدي ذلك إلى التعارض مع النص الدستوري أو يمس بإحدى المبادئ الدستورية.

فإذا كانت علاقة التبعية بين القانون والدستور يترتب عليها أن مشروعية الأول مشروطة بمدى احترامه للثاني، فما هي طبيعة علاقة التبعية بين القانون والدستور؟، وهل يمكننا الحديث عن علاقة التبعية أو الخضوع في هذا المستوى (علاقة القانون بالدستور)؟

في الحقيقة لا يوجد ما يميز التشريع عن اللائحة في خضوعها للقواعد الدستورية من ناحية المشروعية الشكلية أو الخارجية من أجل صياغتها، بحيث يشترط في سن التشريع أن يصدر وفقاً للشكل والإجراءات التي حددها الدستور، وفي الموضوعات أو المسائل التي حددها هذا الأخير، على أن يراقب القاضي الدستوري مدى مراعاة ذلك.

غير أن الأمر يختلف فيما يتعلق بالمشروعية الداخلية أو الموضوعية، فيتمتع المشرع بحرية في التقدير، وفي اختيار موضوعات القوانين، وذلك لعدم وجود نص دستوري يفرض على المشرع سلوكاً معيناً أو يحدد كيفية تدخله مادام أن هذا التقدير أو الاختيار لا يتعارض مع قواعد الدستور<sup>1</sup>.

وعليه، يكون من الممكن - كما ذهب EISENMANN فرض التزام بالخضوع أو التبعية بين القانون والدستور مع إعطاء المشرع مساحة واسعة من حرية التقدير والاختيار، كما هو الشأن مثلاً في تنظيم المسائل المتعلقة بالحقوق والحريات العامة بالطريقة التي تحقق غاية النص الدستوري دون المساس بأصل الحق أو الحرية<sup>2</sup>.

والملاحظ أيضاً على النصوص الدستورية أنها تكون في الغالب مكتوبة بعبارات أو صياغات غامضة، وأحياناً أخرى قد تكون متعارضة، وعلى المشرع العمل على التوفيق بين هذه النصوص في إطار

<sup>1</sup> - وهو ما ذهب إليه الفقيه FAVOREU على أن المشرع له نشاط قانوني محض واختصاصه يكون أكثر اتساعاً مقارنة باللائحة التي تكون ملزمة بالتزام عدم التعارض، وأن اللائحة تكون أكثر خضوعاً للالتزام بالتقييد أو الخضوع للقانون أكثر من خضوع هذا الأخير للقاعدة الدستورية .  
-FAVOREU.L, Le principe de constitutionnalité, Essai de définition d'après la jurisprudence du conseil constitutionnel, 1975, p.41.

ولمعرفة التفاصيل: انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، ص.146.

<sup>2</sup> - EISENMANN.Ch, op cit ,p.25.

-انظر، عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص.439.

سلطته التقديرية، شرط أن يكون ذلك في إطار الدستور ويراعي المبادئ الدستورية، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول طبيعة النصوص الدستورية التي تنظم عمل المشرع؟

### ثانياً: خصائص النصوص الدستورية التي تنظم عمل المشرع

الحقيقة أن النصوص الدستورية التي تنظم عمل المشرع قد تكون من الوضوح والدقة ما يحدد للمشرع إطار عمله وسلطته وحدودها، كما قد تصاغ هذه القواعد الدستورية في صورة قواعد إرشادية أو توجيهية أو عامة تبرز من خلالها السلطة التقديرية للمشرع، لاسيما في الحالة التي يحيل فيها المؤسس الدستوري للبرلمان تنظيم مسائل معينة دون أن يحدد للمشرع كيفية تدخله، أو عدم تقييده بإتباع أسلوب معين في ممارسة اختصاصه التشريعي.

ذلك بأن من خصائص النصوص الدستورية التي تنظم عمل المشرع عدم تقييد المشرع بإتباع أسلوب معين في ممارسة اختصاصه التشريعي (أ)، إضافة إلى عمومية النصوص الدستورية وصفتها الإرشادية (ب)، وأخيراً إحالة النصوص الدستورية على المشرع لتنظيم مسألة معينة (ج).

#### أ- عدم تقييد المشرع بإتباع أسلوب معين في ممارسة اختصاصه التشريعي

إن علاقة عدم التعارض بين القانون والدستور تعطي للمشرع إمكانية التدخل في المسألة محل التنظيم التشريعي بدون تحديد مسبق لكيفية تدخله أو إلزامه بضرورة إتباع أسلوب معين، وهو الأمر الذي أكد عليه الفقيه "EISENMANN" بأنه لا توجد أي قاعدة دستورية تفرض على المشرع سلوكاً محدداً أو تملي عليه ضرورة وضع محتوى القانون بطريقة معينة ما دام أن الاختيار لا يتعارض مع القواعد الدستورية.

ذلك بأن عدم تقييد المؤسس الدستوري للمشرع بضرورة إتباع أسلوب معين في ممارسة اختصاصه التشريعي يعتبر من أهم مصادر السلطة التقديرية للمشرع، إذ نادراً ما يتدخل المؤسس الدستوري في طريقة عمل المشرع، ففي ظل الدستور الفرنسي لعام 1958 يتمتع المشرع بجانب كبير من التقدير وحرية لاختيار أسلوب المناسب للمسألة محل التنظيم أو في تحديد ملاءمة التشريع دون أن يقيد الدستور سلطته التقديرية.

وفي هذا الشأن يحاول المجلس الدستوري قدر الإمكان تجنب الصراع مع المشرع، أو يأخذ دوره صورة المراقب<sup>1</sup>، أي أن دوره يقتصر على إبداء رأيه حول مطابقة التشريعات المحالة إليه ليفحصها للدستور وفق ما

<sup>1</sup>-France.M, La déclaration de conformité sous réserve en le conseil constitutionnel et partis politiques, Paris, Economica, 1988, p.93.

- انظر، محمد أبو زيد، مبادئ القانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص.ص. 11.

تنص عليه المادة 1/61 من الدستور الفرنسي لعام 1958، وبالتالي قد يتمتع المجلس الدستوري عن ممارسة كل رقابة حقيقية على خيارات المشرع<sup>1</sup>، أي أن القاضي الدستوري يكفي بفحص فيما إذا كان اختيار المشرع متوافقاً مع النص الدستوري أم لا<sup>2</sup>، أو يحاول كلما أمكن تطويع المبدأ الدستوري حتى يتناسب مع القانون محل الرقابة تفادياً للحكم بعدم دستوريته.

### ب- عمومية النصوص الدستورية وصبغتها الإرشادية

إلى جانب عدم وجود نصوص دستورية تقيد المشرع بإتباع أسلوب معين في ممارسة اختصاصه التشريعي، توجد طائفة أخرى من القواعد الدستورية تتسم بصفاتها التوجيهية أو الإرشادية تعبر عن توجهات المجتمع السياسية وقيمه الاجتماعية وفلسفته الاقتصادية، والتي تعتبر مبادئ إيديولوجية يركز عليها النظام الدستوري للدولة، وتمثل تبعاً لذلك أهدافاً عامة تلزم الدولة وسلطاتها العامة باحترامها والعمل على تحقيقها بما فيها السلطة التشريعية.

وإذا كانت النصوص الدستورية تصاغ غالباً في صورة مبادئ عامة وإرشادية غير قابلة للتطبيق بذاتها، والتي تحمل أفكار ورؤى واضعي الدستور وتعبر عن الفلسفة التي يقوم عليها نظام الحكم، وتحتاج إلى تدخل المشرع لوضعها موضع التطبيق .

فإن ذلك لا يمثل قاعدة عامة مطلقة نظراً لأن الدساتير تحوي قواعد قانونية تقبل التطبيق بذاتها دون حاجة لتدخل المشرع كقواعد الحقوق والحريات العامة<sup>3</sup>، ومثالها في الدستور الفرنسي لعام 1958 ما ورد في

<sup>1</sup> - RIVERO.J, Des juges qui ne veulent pas gouverner, A.J.D.A, 1975, p.134.

وقد يتجلى ذلك واضحاً في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في قراره المشهور والصادر في 15 يناير 1975 والمتعلق بالحق في الإجهاض، حيث ذهب المجلس الدستوري إلى أن مبدأ الحق في الحياة المدعى انتهاكه مبدأ غير محدد، ولا يتعارض مع ما أقره البرلمان من إباحة الحق في الإجهاض بعدم صياغة النص الدستوري بشكل يمكنه من استخلاص قاعدة دستورية يمكن استخدامها مرجعاً للرقابة الدستورية معترفاً بذلك بجرية المشرع في اختيار الطريقة المناسبة لوضع المبدأ الدستوري موضع التنفيذ، وللمزيد من التفاصيل، انظر قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 15 يناير 1975.

<sup>2</sup> - ومن بين القرارات التي تبين موقف المجلس الدستوري الفرنسي في هذا الشأن، قراره المتعلق بالتشريع الخاص بالعمال صغار السن، حيث قرر بأن البرلمان يمكنه مخالفة مبدأ المشاركة العمالية المفروض بواسطة الدستور كلما كان التدخل التشريعي الذي اختاره المشرع لا يتعارض مع النص الدستوري؛ -Décision N°77-79 D Cdu 05 Juillet 1977, R.D.P, 1978, P.825.Chronique, L FAVOREU, p.858.

<sup>3</sup> - يمكن التمييز بين النصوص الدستورية التي تحمل قواعد محددة وواضحة، وبين النصوص التي تعبر عن أهداف عامة ومثل عليها تعبير عن أهداف واضعها، فالأولى تحمل قواعد موضوعية ترتب مراكز قانونية للمخاطبين بأحكامها ويمكن الاحتجاج بها في مواجهة السلطات العامة وتقبل التدخل الفوري دون حاجة لوساطة المشرع العادي، ومثالها قواعد الحقوق والحريات العامة، أما الثانية فتحتاج إلى التدخل التشريعي لوضعها موضع التطبيق ولمزيد من التفاصيل: انظر، مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، المرجع السابق، ص 399؛ محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1965، ص 15.

ديباخته، على أن يتمسك الشعب الفرنسي بحقوق الإنسان ومبادئ السيادة الوطنية الذي أقرها إعلان 1789، وديباحة دستور 1946، إضافة إلى الحقوق والواجبات المحددة في ميثاق البيئة لسنة 2004<sup>1</sup>. ومثالها أيضا في التعديل الدستوري الجزائري المؤرخ في 6 مارس 2016 ما نص عليه الباب الأول تحت عنوان المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري<sup>2</sup>، وهو نفس الأمر الذي نص عليه الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 تحت عنوان المبادئ العامة في الدولة ومقومات المجتمع المصري، وكذا الحقوق والحريات والواجبات العامة للمواطنين<sup>3</sup>.

ونظرا لما لهذه القواعد الدستورية من صبغة إرشادية أو توجيهية، والتي لا تنشأ مراكز قانونية ثابتة، أو يستطيع الأفراد الاحتجاج بها قبل تدخل المشرع، وأنها تقبل التطبيق الفوري على المخاطبين بأحكامها، فإنها تمنح للمشرع سلطة تقديرية واسعة في الاختيار والملاءمة بين التشريع الذي يضعه، والظروف التي يصدره فيها، والتي قد لا تكون في حسابان واضعي الدستور.

كما يتمتع المشرع بحرية في تحديد كيفية تحقيق تلك الأهداف، سواء من حيث اختيار الوسيلة المناسبة لتحقيقها، أو الوقت الملائم لإصدارها مراعيًا في ذلك ظروف المجتمع الاقتصادية والسياسية والاجتماعية وأولوية التنظيم أو التدخل التشريعي. فإذا كانت هذه القواعد الدستورية تتسم بالعمومية والإرشادية، فما هي مصادر هذه القواعد، وما هي القيمة القانونية لها ومدى إلزاميتها؟

<sup>1</sup> - تنص ديباجة الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis à la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.. ».

<sup>2</sup> - انظر الباب الأول من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري لاسيما في المواد (المادة الأولى إلى المادة 69 منه).

<sup>3</sup> - لمعرفة التفاصيل حول المبادئ التي أوردها الدستور المصري: انظر، البابين الثاني و الثالث من الدستور المصري الصادر في 2014 لاسيما المواد (من المادة 07 إلى المادة 93 منه)؛ ومن بين النصوص الدستورية التي تقبل التطبيق بذاتها دون الحاجة إلى تدخل المشرع من أجل تنظيمها ما ورد النص عليه في البابين الأول، والثاني لاسيما الفصول (من الفصل الأول إلى الفصل 49) من الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014.

ولقد تضمنت مقدمة الدستور الإسباني الصادر في 27 ديسمبر 1978، ج ر الصادرة في 29 ديسمبر 1978 المعدل في 27 سبتمبر 2011 المبادئ العامة التي يقوم عليها المجتمع الإسباني لاسيما الفصول (من الفصل الأول إلى الفصل 09)، كما تضمن الجزء الأول منه الحقوق والواجبات الأساسية في الفصول (من الفصل 10 إلى الفصل 55 من الدستور الإسباني).

الحقيقة أن هذه القواعد تجد مصدرها في مقدمات الدستور وإعلانات حقوق الإنسان، غير أن مسألة تحديد القيمة القانونية لها لم تكن محل اتفاق فقهي<sup>1</sup>، لكن الغالب في الفقه قد استقر على إضفاء أو منح القيمة الدستورية لإعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير، فإن ما تقرره تلك الإعلانات والمواثيق من قواعد يمكن الاحتجاج بها مباشرة في مواجهة كافة السلطات العامة بما فيها السلطة التشريعية، بحيث تقبل تلك القواعد التطبيق الفوري متى تضمنت قواعد قانونية محددة وأحكاما تنشئ للأفراد حقوقا وتحملهم التزامات معينة<sup>2</sup>.

غير أن ذلك المفهوم لا يقتصر فقط على نظام دستوري بعينه، إذ تحرص معظم النظم الدستورية المقارنة الحديثة على تضمين وثيقة الدستور قواعد تحمل محتوى قاعدي محدد وتقبل التطبيق الفوري بدون تدخل المشرع ويحتج بها الأفراد في مواجهة السلطات العامة في الدولة، كما لا تقتصر هذه النصوص التوجيهية على مقدمات الدساتير فقط، إذ تحتوي معظم الدساتير على قواعد إرشادية وتوجيهية لا تحمل صيغة قانونية واضحة أو تفرض التزاما معيناً، ومثالها ما نص عليه الدستورين الفرنسي والمصري فيما يتعلق بالحقوق الأساسية للمجتمع، والدستور الجزائري فيما يخص الحقوق والحريات العامة<sup>3</sup>.

وغيرها من الأحكام والقواعد التي تمثل مبادئ تعبر عن الأسس الفلسفية والإيديولوجية للمجتمع، وتفرض على السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية التزاما سياسيا لتحقيقها دون

<sup>1</sup> - لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع: انظر، رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، ص. 115؛ محمد سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 1988، ص. 466.

<sup>2</sup> - نذكر من ذلك ما تضمنته مقدمة دستور 1958 الذي شمل إعلان 1789 ومقدمة دستور 1946، حيث كرست المادة الأولى من إعلان 1789 مبدأ المساواة، أما المادة الثانية نصت على مبدأ السيادة الوطنية، الأمر الذي أكدت عليه مقدمة دستور 1946 التي شملت طائفتين من القواعد الأولى يطلق عليها المبادئ الأساسية المعترف بها من قبل قوانين الجمهورية، أما الثانية شملت المبادئ المسايرة لروح العصر.

وهو الأمر الذي تأثر به المؤسس الدستوري الجزائري، حيث نجد مقدمة دستور 1946 تضمنت نوعين من القواعد منها ما يرتبط بالمبادئ العامة المعترف بها في الدولة، ومنها ما يتصل بالمسايرة لروح العصر، وينطبق ذلك المفهوم على الدستور المصري لسنة 2014 أو الدساتير السابقة عليه، فعلى الرغم من أن الدستور لم يتضمن مقدمة إلا أن وثيقة الدستور تضمنت المبادئ التي تنص عليها مقدمات الدساتير عادة.

<sup>3</sup> - يميز الفقه في هذه القواعد الإرشادية بين النصوص التي تتميز بالتحديد والقابلية للتطبيق، وبين النصوص التي تحدد أهداف النظام السياسي أو مبادئ توجيهية، والتي تعمل السلطات العامة على تطبيقها؛ لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع: انظر، رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص. 120؛ ومثالها أيضا في الدستور التونسي ما ورد في الباب الأول منه حول المقومات الأساسية للمجتمع التونسي والحقوق والحريات العامة وهو كذلك ما تضمنه كل من الدستور التونسي، كما أنه بالرجوع إلى دياحة دستورية الجمهورية الإسلامية الموريتانية الصادر في 20 يوليو 1969 التي تنص: "يعلن الشعب الموريتاني على وجه الخصوص الضمان الأكبر للحقوق والمبادئ التالية: - حق المساواة والحريات والحقوق الأساسية للإنسان، ووعي منه بضرورة توثيق الروابط بين الشعوب الشقيقة، فإن الشعب الموريتاني كشعب مسلم عربي إفريقي يعلن تصميمه على السعي من أجل تحقيق وحدة المغرب العربي الكبير والأمة العربية وإفريقيا من أجل السلم في العالم"؛ لمزيد من المعلومات: انظر، محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية (دراسة تحليلية نقدية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص. 21 وما يليها.

أن تتضمن قواعد محددة تفرض التزاما قانونيا على المشرع لتحقيق نتيجة معينة، الأمر الذي يمنح للمشرع حرية واسعة في التقدير بالصورة التي تتسع من خلالها سلطته التقديرية<sup>1</sup>.

ولما كانت السلطة التقديرية للمشرع تجرد مصدرها في الحالة التي لا يقيد فيها النص الدستوري المشرع بضرورة إتباع طريقة معينة في ممارسة اختصاصه التشريعي، أو في الحالة التي يتضمن فيها النص الدستوري مبادئ عامة أو توجيهية تقتضي تدخل المشرع لتحقيق تلك المبادئ ووضعها موضع التطبيق، لكن غالبا ما تحتاج القواعد الدستورية إلى تدخل المشرع لتنظيمها أو إعادة تنظيمها وتفصيلها ووضعها موضع التطبيق.

---

<sup>1</sup> - لا يزال المشرع العادي في ظل الدستور الفرنسي لعام 1958 يتمتع بجانب واسع من حرية التقدير على الرغم من حصر نطاق الموضوعات التي يتدخل فيها المشرع، سواء من خلال قدرته على صياغة المبادئ التوجيهية التي احتوتها مقدمة الدستور، أو من خلال ما ورد في الدستور ذاته، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة الأولى من الدستور الفرنسي لعام 1958:

"La France est une République invisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les citoyens. Son organisation est décentralisée."

ويفهم من نص هذه المادة بأن دولة فرنسا لا تتجزأ لائكية ديمقراطية واجتماعية، وتضمن مساواة جميع المواطنين أمام القانون بدون تمييز يعود سببه إلى الأصل أو العرق أو الدين، فهي تحترم كل المعتقدات، وعليه فالنص الدستوري بهذا المعنى يمثل مصدرا من مصادر السلطة التقديرية للمشرع، فعلى الرغم من أنه يفرض على المشرع التزاما بتحقيق وضمان تلك المبادئ، إلا أنه لم يلزمه بالتدخل الفوري لتحقيقها.

أما في مصر، فإن التزام المشرع وباقي السلطات العامة في الدولة اتجاه المبادئ العامة أو القواعد التوجيهية هو التزام سياسي دون أن تفرض تلك القواعد التزاما قانونيا على المشرع بغية تحيقي نتيجة، وهو أمر يزيد من سلطة المشرع التقديرية، بحيث يعمل على تحقيق تلك المبادئ وفقا لرؤيته وبالوسيلة التي يراها مناسبة، وفي الوقت الملائم لتحقيق ذلك، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة التاسعة من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، والتي تقضي على أن "الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق الوطنية"، وبالتالي إذا أقر المشرع العادي تشريعا يخالف هذه المبادئ يكون التشريع غير دستوريا، ومن ذلك ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن التعديل الدستوري للمادة الثانية من دستور 1971 بتاريخ 22 مايو 1980. ولزيد من التفاصيل: انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 20 السنة 01 ق دستورية بتاريخ 04 مايو 1985، ج ر مؤرخة في 16 مايو 1985، العدد 20.

ومثال ذلك ما ورد في المادة الأولى من القانون رقم 16.01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 على أن الجزائر جمهورية ديمقراطية شعبية، وهي وحدة لا تتجزأ، وأن الإسلام دين الدولة (المادة 02 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016)، وأن اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسومية (المادة 03 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016)، فإذا أقر المشرع مثلا قانونا يخالف هذه المبادئ كان هذا القانون غير دستوريا. وبالرجوع كذلك إلى الدستور التونسي لسنة 2014 نجد الفصل الأول منه ينص على أن « تونس دولة حرة مستقلة ذات سيادة، للإسلام دينها، وأن اللغة العربية لغتها، والجمهورية نظامها » فإذا أقر المشرع تشريعا يخالف أو ينقص منها كان تشريعا غير دستوريا، ومن ذلك أيضا ما ورد في الفصل 06 من الدستور فإذا أصدر المشرع قانونا ينتهك حرية المعتقد وضمير ويمس بممارسة الشعائر الدينية كان التشريع الصادر عنه غير دستوري كما ينص الفصل 07 منه على أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وعلى الدولة حمايتها، فالمشرع ملزم بضمان حماية الأسرة وعدم إصدار تشريعات تمس بهذا المبدأ العام .

## ج-إحالة المؤسس الدستوري على المشرع لتنظيم مسائل معينة

الحقيقة أن معظم القواعد الدستورية تحتاج إلى تدخل المشرع من أجل تنظيمها أو إعادة تنظيمها أو تفصيل مجملها أو تكملة النص الدستوري الذي أحال أمر تنظيمها إلى المشرع بشكل يجعلها تقبل التطبيق الفوري على المخاطبين بأحكامها.

ويجبل الدستور في الغالب إلى القانون أمر تنظيم بعض الموضوعات، سواء بقانون أو بناء على قانون، أو وفقا لأحكام القانون، أو في الأحوال التي يحددها له القانون، بالشكل الذي يمنح للمشرع جانبا من حرية التقدير والاختيار لوضع تلك القواعد موضع التطبيق، حيث تجد سلطة المشرع التقديرية مصدرها في الحالة التي يكتفي فيها المؤسس الدستوري بوضع المبدأ الدستوري ثم يجبل على المشرع أمر تنظيمه وفقا لسلطته التقديرية دون أن يفرض عليه إطارا معيناً، بشرط عدم المساس بهذا المبدأ الدستوري أو الانتقاص من مضمونه، أو المساس بالحق محل التنظيم التشريعي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> -ومن أمثلة ذلك في الدستور الفرنسي لعام 1958، والتي تعبر عن مصدر السلطة التقديرية للمشرع في هذا المجال، ما نصت عليه المادة 03 الفقرة 03 منه:

« Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi .tous les nationaux français majeurs des deux sexes jouissant de leur droits civils et politiques. »

ويفهم من نص هذه المادة بأنه يعتبر ناخبون جميع المواطنين الفرنسيين البالغين سن الرشد من الجنسين والمتمتعين بحقوقهم المدنية والسياسية، وذلك ضمن الشروط النصوص عليها في القانون، وتطبيقا لهذا النص الدستوري يستطيع المشرع العادي وفقا لسلطته التقديرية تنظيم شروط ممارسة حق الانتخاب. ومن الأمثلة التي يجبل فيها المؤسس الدستوري على القانون لتنظيم بعض المواضيع، سواء من خلال تنظيمها بصورة مطلقة أو وضع مبادئ عامة ثم يترك أمر تفصيلها للتنظيم أو اللائحة، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 2/34 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والتي تجبل على القانون أمر تنظيم الحقوق المدنية والضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة والواجبات المفروضة على المواطنين في أشخاصهم وعلى أموالهم في إطار الدفاع الوطني، ومن خلال هذه الإحالة قدرة المشرع تنظيم تلك المواضيع وفقا لسلطته التقديرية نظرا لأن الحقوق والحريات العامة تعتبر من أهم مظاهر السلطة التقديرية للمشرع. وقد أحالت كذلك المادة 13 فقرة 4 من الدستور الفرنسي على القانون لتحديد الوظائف التي يتم التعيين فيها في مجلس الوزراء، وكذا شروط تفويض رئيس الجمهورية سلطته في التعيين، إضافة إلى مسألة تنظيم الموضوعات المتعلقة بالبرلمان لاسيما تحديد مدة كل جمعية وعدد أعضائه ومكافآتهم المالية، وشروط الترشح وموانعه وحالات التنافي، إضافة إلى تحديد الشروط المطلوبة في حالة شغور مقعد في أي مجلس؛ أنظر المادتين 23 و25 من الدستور الفرنسي لعام 1958. وقد أحالت المادة 72 من الدستور الفرنسي على القانون لتنظيم وإنشاء الوحدات الإقليمية؛ أنظر نص المادتين 72 و74 من الدستور الفرنسي لعام 1958 التي تتعلق بمسألة تحديد جماعات ما وراء البحار، وغيرها من الموضوعات التي يجبل فيها الدستور على القانون أمر تنظيمها أو وضع المبادئ العامة لها.

ومن أمثلة النصوص الدستورية التي تجبل على القانون لتنظيم بعض المواضيع أو المسائل بصورة تفصيلية أو وضع مبادئ عامة لها، ما نصت عليه المادة 06 من الدستور المصري الصادر 18 يناير 2014 بأن « الجنسية المصرية يحددها القانون »، من خلال هذا النص الدستوري يتضح لنا بان المؤسس الدستوري اكتفى بالإحالة إلى المشرع لتنظيم موضوع الجنسية، سواء بوضع شروط اكتسابها أو الحصول عليها وحالات فقدانها وفقا لسلطته التقديرية، ولم يلزم المؤسس الدستوري المشرع بقيود محددة أو إطار عمل في التنظيم. ومن ذلك أيضا ما قضت به المادة 13 من الدستور على عدم جواز فرض أي عمل جبرا على المواطنين إلا بمقتضى قانون، ويترتب على ذلك أن سلطة المشرع في التدخل لتنظيم تلك المسألة وفقا لسلطته التقديرية متى كان تدخله يستهدف تحقيق المصلحة دون التعدي على الحقوق والحريات الأخرى، أو التمييز بين الأفراد المتحددة مراكزهم القانونية. إلى جانب ذلك توجد حالات أخرى يجبل فيها المؤسس الدستوري على المشرع من أجل تنظيم المسألة محل التدخل التشريعي، من ذلك ما نصت عليه المادة 14 من

فإحالة المؤسس الدستوري على المشرع من أجل تسوية مسائل معينة تعتبر من أهم مصادر السلطة التقديرية للمشرع، وذلك لعدم وجود إطار عمل محدد أو التزام محدد يلزم به المشرع وهو بصدد مباشرة اختصاصه التشريعي.

ذلك بأنه يوجد إلى جانب المصدر القانوني للسلطة التقديرية للمشرع المتمثل في الدستور، باعتباره التشريع الأساسي الأعلى ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية، الذي يحدد للسلطات العامة اختصاصاتها بما فيها السلطة التشريعية، مصدر آخر قضائي يشمل مختلف القيود أو الضوابط التي يستطيع القاضي الدستوري أن يضيفها أو أن يفرضها على المشرع حال أعمال رقابته على دستورية القوانين، سواء من خلال تفسيره للنصوص أو للمبادئ الدستورية، أو من خلال استنباط القاضي الدستوري للمبادئ العامة للقانون التي يستخدمها كمرجعية للرقابة الدستورية.

## الفرع الثاني

### القضاء الدستوري كمصدر للسلطة التقديرية للمشرع

لما كان الدستور يعتبر مصدرًا أساسيًا للسلطة التقديرية للمشرع، أي أن المشرع يستمد سلطته التقديرية من الدستور في الحالات التي يحيل فيها المؤسس الدستوري على المشرع لتنظيم مسائل يحددها دون أن يفرض عليه أو يلزمه بضرورة إتباع أسلوب معين أو تحقيق هدف معين أو نتائج محددة، فإن سلطة المشرع التقديرية تجد مصدرها كذلك فيما يضيفه القاضي الدستوري من ضوابط وهو بصدد أعمال رقابته على دستورية القانون في الحالة التي لا ينظم فيها المؤسس الدستوري تلك الضوابط، إضافة إلى المبادئ العامة

---

الدستور المصري لعام 2014، التي تحظر فصل الموظفين بغير الطريق التأديبي ووفقا للحالات التي حددها القانون، المادة 17 من الدستور المصري لسنة 2014 التي منحت للمشرع مسألة تنظيم كفاءة الخدمات الاجتماعية، والمادة 32 من الدستور المصري لسنة 2014 التي منحت المشرع مسألة تنظيم أداء الملكية العامة لوظيفتها الاجتماعية والمادة 34 من الدستور المصري لسنة 2014 التي فوضت المشرع في بيان الحالات التي يجوز فيها فرض الحراسة على الملكية العامة دون تحديد إطار هذا التفويض إلا الالتزام بالقواعد العامة التي يقرها الدستور، الأمر الذي ينتج عنه اتساع السلطة التقديرية للمشرع، وهو ما ينطبق أيضا على نص المادة 52 من الدستور التي أحالت على المشرع لتنظيم حق الهجرة، والمادة 87 منه الدستور التي فرضت على المشرع تحديد الدوائر الانتخابية وعدد أعضاء مجلس النواب، وغيرها من النصوص الدستورية التي تحيل على المشرع لتنظيم مسألة أو مسائل معينة دون تقييده بإتباع أسلوب معين لتنظيم المسألة محل التدخل التشريعي بالصورة التي تسمح بوجود جانب من حرية التقدير في الاختيار بين عدة بدائل ليختار من بينها الأكثر ملاءمة وتناسبا لتحقيق غاية المؤسس الدستوري؛ لمزيد من التفاصيل: انظر على سبيل المثال، عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص. 220؛ إنسان محمد البهجي. يوسف المصري، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص. 130؛ محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص. 419.

للقانون التي يستخلصها القاضي الدستوري من بين نصوص الدستور أو مقدمات الدساتير، وكذا إعلانات الحقوق والمواثيق الدولية.

وحتى يتسنى لنا معرفة متى يكون القضاء الدستوري كمصدر للسلطة التقديرية للمشرع سوف نتطرق أولاً إلى دور القاضي الدستوري في تفسير النصوص والمبادئ الدستورية (أولاً)، ثم دور القاضي الدستوري في استخلاص واستنباط المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية، والتي تعد من مصدرًا من مصادر سلطة المشرع التقديرية (ثانياً).

## أولاً: دور المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية العليا في تفسير النصوص والمبادئ الدستورية

تحدد السلطة التقديرية للمشرع بحسب طبيعة تدخل القاضي الدستوري وهو بصدد ممارسة الرقابة الدستورية على القوانين الصادرة عن المشرع، فإذا اتجه القاضي الدستوري نحو تفسير النصوص الدستورية التي تتضمن مبادئ عامة تحمل أكثر من تفسير بالشكل الذي يقيد خيارات المشرع ويحصره في إطار محدد كانت سلطة المشرع في هذه الحالة مقيدة .

أما إذا اكتفى القاضي الدستوري بفحص مدى توافق الحل الذي اختاره المشرع مع النص أو المبدأ الدستوري، محترماً بذلك الحل الذي اختاره المشرع، يعتبر القضاء الدستوري في هذه الحالة كمصدر للسلطة التقديرية للمشرع دون أن يفرض عليه تفسيراً معيناً.

ذلك بأن الدعوى الدستورية تتميز بخاصيتين، فهي دعوى عينية<sup>1</sup> تكون فيها الخصومة ضد النصوص التشريعية المطعون فيها لعيب دستوري، إذ أن قوامها مقابلة النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور بالقواعد التي فرضها هذا الأخير على السلطتين التشريعية والتنفيذية، وإلزامها بالالتقيدها بها في ممارستها

<sup>1</sup> - وفي هذا الشأن ذهب المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم 09 لسنة 09 ق دستورية مشتركة مع الدعوى 03 لسنة 6 ق دستورية بأن "الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية هي بطبيعتها دعوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها لعيب دستورية تكون لها وعلى ما يرى به قضاء هذه المحكمة حجية مطلقة، حيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة، وتلتزم بها جميع سلطات الدولة، سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس؛ وأوده، محمد المنجي، دعوى عدم الدستورية، التنظيم القانوني والإجرائي لدعوى عدم الدستورية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص. 99.

لاختصاصاتها الدستورية، ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الخصومة الدستورية، أو بالأحرى محلها<sup>1</sup>. أما الخاصة الثانية فهي أنها دعوى مستقلة عن دعوى الموضوع<sup>2</sup>.

وعليه، فالقاضي الدستوري يراقب مدى اتفاق التشريع محل الرقابة مع الأحكام المنصوص عليها في الدستور، والأحكام التي يصدرها القاضي الدستوري تحوز حجية مطلقة في مواجهة أطراف الخصومة، وكذا جميع السلطات العامة في الدولة، باعتبار أن حكم القاضي الدستوري ينصب على القاعدة محل الطعن ولا يرتبط بأطراف الخصومة.

ونظرا للطبيعة الخاصة للدعوى الدستورية، فإن القاضي الدستوري مُلزم بالرجوع إلى القواعد الدستورية حتى يستخدم سلطته في التفسير لكي يتبين معناها ويحدد مضمونها بدقة للوقوف على المقاصد الحقيقية التي ابتغها المؤسس الدستوري، لأن المخالفة الدستورية ليست من الوضوح بحيث تخالف نصا دستوريا محددًا، وهو أمر يحتاج إلى تنظيم محكم من القاضي الدستوري لتبيان مدى توافق التشريع العادي مع القاعدة الدستورية التي وردت في صلب الدستور، أو التي تم استخلاصها من بين نصوصه والمعبرة عن فحواه.

ونظرا لأن النصوص الدستورية ليست من الوضوح والتحديد في كل الأحوال، من الطبيعي أن يمنح للمشرع سلطة تقديرية في مباشرة اختصاصه التشريعي واختيار أفضل الحلول أو البدائل في المسألة محل التنظيم التشريعي بالصورة التي تجعل التشريع متوافقا مع أحكام الدستور.

ومن ثم، فرقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع تتنوع وفقا لمدى اتساع الرقابة التي تمارس الهيئة المكلفة بمراقبة دستورية القوانين، فكلما وسع القاضي من رقابته كلما قلت السلطة التقديرية للمشرع، أي أن العمل التشريعي يبقى مرتبط بطبيعة الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري، الذي له صلاحية فحص التشريعات الصادرة عن المشرع ومدى توافقها مع قواعد الدستور. فإذا انتهج القاضي الدستوري سياسة التقييد الذاتي وتجنب الصدام مع المشرع واحترم خياراته، يعتبر القضاء الدستوري في هذه الحالة مصدرا للسلطة التقديرية للمشرع، أما إذا كانت رقابة القاضي الدستوري على النص التشريعي تركز

<sup>1</sup> - انظر، إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص. 151؛ إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص. 23.

<sup>2</sup> - انظر، فهمي حمدان حسن، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامه وتنفيذها وآثارها، دار المجد للطباعة، القاهرة، 2009، ص. 153؛ سعد عاطف عبد المطلب، الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص. 21.

على تفسير النصوص الدستورية التي تتضمن مبادئ عامة تحمل أكثر من تفسير بشكل يقيد سلطة المشرع ويحصرها في إطار محدد كانت سلطته مقيدة<sup>1</sup>.

وتبعاً لذلك يستطيع القاضي الدستوري أن يفرض تفسيره أو تقديره أو تصوره أو إرادته على الحق المدعى انتهاكه، بأن يستنبط من خلال تفسيره لأحكام الدستور والمبادئ والقيم التي تحكم المجتمع ويلزم المشرع بتلك المبادئ، كما قد يكفي بفحص مدى توافق الحل الذي اختاره المشرع مع القاعدة الدستورية محترماً بذلك خيارات المشرع، أو أن يكون تفسيره للنصوص الدستورية متوافقاً مع الحل الذي اختاره المشرع بالصورة التي تؤدي في النهاية إلى اتساع نطاق السلطة التقديرية للمشرع، وفي هذه الحالة يعتبر القضاء مصدراً للسلطة التقديرية للمشرع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 440 وما يليها؛ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص. 418.

<sup>2</sup> - ومن الأمثلة التي تعبر عن ذلك المعنى، ما أقره المجلس الدستوري الفرنسي بأن المادة 61 من الدستور الفرنسي لعام 1958 لا تمنح سلطة عامة في التقدير والتقرير مماثلة لتلك التي للبرلمان، ولكن الدستور منح فقط اختصاصاً لإبداء رأيه في مطابقة التشريعات المحالة إليه ليفحصها للدستور، كما قرر المجلس الدستوري الفرنسي على أن المشرع يملك أو يتصرف بسلطات واسعة، فيقدر بحرية كيفية تنظيم أي حالة مع مراعاة عدم مخالفة القاعدة العليا أو الدستور، ويتضح لنا من ذلك أن السياسة القضائية للمجلس الدستوري تقرر بأن المشرع يتصرف بسلطة تقديرية كبيرة جداً بشرط عدم مخالفة الدستور. وهو ما استقر عليه في القضاء الدستوري في مصر في العديد من أحكامه بأنه عندما يتمتع المشرع بسلطة تقديرية في تنظيم الحقوق، فإنه لا يصبح ولا معقب عليه في تقديره مادام أن الحكم التشريعي الذي قرر لتلك الحالات قد صدرت به قاعدة عامة ومجردة لا تنطوي على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية، ولا تحدر أو تنتهك نصاً في الدستور. ولمعرفة التفاصيل؛ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى 03 لسنة 01ق دستورية عليا دستورية والأمثلة على ذلك كثيرة ما نصت عليه المادة 06 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 على أن «الجنسية حق لمن يولد لأب مصري أو أم مصرية، والاعتراف القانوني به ومنحه أوراق رسمية تثبت بياناته الشخصية حق يكفله القانون وينظمه، ويحدد القانون شروط اكتساب الجنسية» ويتضح من ذلك أن النص الدستوري قد عهد للمشرع كفاءة الجنسية المصرية، وكذا تنظيم أحكامها وشروط اكتسابها، الأمر الذي يمنح له سلطة تقديرية واسعة.

وتنص أيضاً المادة 15 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 على أن «الإضراب السلمي حق ينظمه القانون» والملاحظ على هذا النص بأنه قد منح للمشرع العادي حق تنظيم الإضراب السلمي، فإذا أصدر المشرع مثلاً قانوناً يحد أو يقيد أو يلغي هذا الحق كان تشريعه غير دستوري، ومن أمثلة ذلك أيضاً ما نصت عليه المواد 54 و58 و62 و64 و73 و83 و86 و91 و93 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بذلك في العديد من الأحكام، منها ما قضت به مثلاً على أن الحق في التعليم الذي رسمه الدستور أصله هو أن يكون لكل مواطن الحق في أن يتلقى قدرًا من التعليم يتناسب مع مواهبه وقدراته، وأن يختار نوع التعليم الذي يراه أكثر اتفاقاً مع ميوله وملكاته وفق القواعد التي يتولى المشرع وضعها لتنظيم هذا الحق دون أن يؤدي ذلك إلى مصادره أو الانتقاص منه، وعلى ألا تخل القيود التي يفرضها المشرع في مجال هذا التنظيم بمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة المنصوص عليها في المادتين 08 و40 من الدستور؛ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم 06 لسنة 06 ق دستورية، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثاني، ص. 299.

ومن أمثلة ذلك في الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 ما نصت عليه المادة 33 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 «الجنسية الجزائرية معرفة بالقانون» ويتضح من النص الدستوري بأنه قد منح المشرع العادي تنظيم موضوع الجنسية الجزائرية وكذا شروط اكتسابها وحالات فقدانها، كأن يشترط مثلاً في اكتساب الجنسية الجزائري مدة إقامة محددة، ومثال ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 20 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 بأنه «لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون» فوفقاً لهذا النص الدستوري، فإن مسألة نزع الملكية يتم تنظيمها من قبل المشرع وفقاً لسلطته التقديرية وفي حدود النص الدستوري. وتنص المادة 47 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 «تضمن

وبناء على ما سبق، يمكننا القول بأن القضاء الدستوري يعد مصدرًا لسلطة المشرع التقديرية في الحالة التي يتولى فيها القاضي الدستوري تفسير النص أو المبدأ الدستوري بالشكل الذي يتوافق مع تفسير المشرع له ويحترم خياراته دون أن يفرض عليه تفسيرًا بعينه.

كما أن القضاء الدستوري كمصدر للسلطة التقديرية لا يقف عند هذه الحالة، إذ يمثل القضاء الدستوري مصدرًا آخرًا لسلطة المشرع التقديرية، من خلال المبادئ العامة للقانون التي يستنبطها القاضي الدستوري من مقدمات الدستور أو إعلانات الإنسان ويستخدمها كمرجعية للرقابة الدستورية، فكيف تكون المبادئ العامة للقانون مصدرًا للسلطة التقديرية للمشرع؟

### ثانيا: المبادئ العامة للقانون كمصدر للسلطة التقديرية للمشرع

تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات تتولى السلطة القضائية الفصل في النزاعات التي قد تثور بين الأفراد أو بين الأفراد والدولة وهيئاتها العامة، ويقتصر دور القاضي هنا في تطبيق القانون ووضعه موضع التطبيق لإيجاد حل للنزاع والفصل فيما طلب منه.

ومادام أن دور القاضي هو تطبيق القانون، فإن ذلك يستلزم وجود القاعدة القانونية، ففي حالة عدم وجود هذه الأخيرة يجد القاضي نفسه أمام أمرين، الأول بأن يترك المسألة المعروضة عليه، أما الأمر الثاني يتمثل في الاعتماد على الاجتهاد لإيجاد حل لهذا النزاع، ويعتمد القاضي في الغالب على الحل الثاني، سواء

---

الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن. فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار احترامه» ويفهم من ذلك أن حرمة المسكن مضمونة ويتم تنظيمها بموجب قانون، فإذا أصدر المشرع مثلا قانونا ينتهك حرمة المسكن، فإن هذا النص التشريعي يعتبر مخالفا للدستور. وتنص كذلك المادة 52 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 «حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون» وتطبيقا لذلك يمكن للمشرع بموجب قانون عضوي تحديد شروط إنشاء أحزاب سياسية، وكذا الضوابط الواردة على ذلك دون الإخلال بمبدأ المساواة أو إهدار النص الدستوري؛ انظر، هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص. 285؛ عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص. 119؛ علي يوسف الشكري مبادئ القانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، العراق، 2011، ص. 308 وما يليها؛ فتحي بكري، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص. 6.

ومن أمثلة ذلك أيضا في الدستور التونسي الصادر في 23 يناير 2014 ما نص عليه الفصل 02/09 من على أن «الخدمة الوطنية واجب حسب الصيغ والشروط التي يضبطها القانون» وتطبيقا لهذا النص ينظم المشرع مسألة الخدمة الوطنية وفقا لسلطته التقديرية، وذلك بتحديد الشروط اللازمة للتجنيد وكذا حالات الإعفاء والتأجيل، وحقوق وواجبات المجند. كما تنص الفصل 22 منه على أن «الحق في الحياة مقدس، لا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون» فإذا كان للمشرع صلاحية تنظيم هذا الحق، فإنه ملزم بعدم المساس بأصل الحق في الحياة.

إضافة إلى ذلك، فقد نص الفصل 31 منه بأن «حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر مضمونة» ويتضح من هذا النص أن حرية الرأي والفكر والتعبير و الإعلام والنشر يضمنها القانون، وبالتالي يمكن للمشرع تنظيم هذه الحريات بشكل يوفق فيه بين ممارسة الحرية والمصلحة العامة. وينص كذلك الفصل 41 من الدستور التونسي لسنة 2014 على أن «حقوق الانتخابات والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضمنه القانون» وتطبيقا لهذا النص الدستوري يستطيع المشرع تحديد حقوق الانتخابات والاقتراع والترشح، أي كل ما يتعلق بنظام الانتخابات وفقا لسلطته التقديرية.

من خلال الرجوع إلى كل القواعد القانونية في الدولة والقيم العليا للمجتمع ليستنبط من بينها القاعدة التي تساعده من أجل الفصل في الدعوى المعروضة عليه.

ونظراً لأن مصادر المبادئ العامة للقانون ليست واحدة<sup>1</sup>، فقد ثار خلاف حول قيمتها القانونية ومدى اعتبارها مصدراً للسلطة التقديرية للمشرع، فهل تعتبر المبادئ ذات القيمة الدستورية مصدراً للسلطة التقديرية للمشرع فقط أم أنها تشمل كل المبادئ العامة للقانون؟

الحقيقة أن قضاء المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري، وقضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر قد تضمن العديد من المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية والتي يستخلصها وهو بصدد تفسير النصوص الدستورية لكي يستخدمها مرجعاً للرقابة الدستورية، والتي تكون ملزمة للمشرع في ممارسة اختصاصه التشريعي بسن التشريع، أي أن النص التشريعي يجب أن لا يتعارض مع تلك المبادئ التي استنبطها المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري، أو المحكمة الدستورية العليا في مصر، واستخدمها كمرجعية للرقابة الدستورية، وإلا كان التشريع الصادر عن المشرع غير دستوري<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - تعرف المبادئ العامة للقانون بأنها مجموعة القواعد القانونية التي يستنبطها القاضي من بين القواعد القانونية المعمول بها في الدولة سواء كانت قواعد عامة استخلصت من مقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق أو تعبر عن القيم العليا في المجتمع، أو تم استخلاصها من النصوص التشريعية؛ وعلى الرغم من حداثةها، فإنها تتسم بصفة الإلزام خلافاً للعرف، فهي ملزمة للأفراد والهيئات على السواء، وينظر إليها القاضي الدستوري كمصدر للإلزام، فهو مقيد بها كما يتقيد بالتشريع، وهو ما ينطبق على المشرع الذي يتقيد بهذه المبادئ كما يتقيد بأحكام الدستور؛ انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 13 نوفمبر 1949 في قضية (سايمون)، مجموعة أحكام المجلس، ص. 577؛ انظر حكم مجلس الدولة بتاريخ 03 نوفمبر 1950 في قضية (GRANGER) مجموعة أحكام مجلس الدولة، ص. 553؛ أورده، محمود علي أحمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2016، ص. 171 ومن أمثلة المبادئ التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي مبدأ المساواة ومبدأ المساواة أمام التكاليف العامة، وقد تأثر المجلس الدستوري الفرنسي بما وصل إليه مجلس الدولة الفرنسي معترفاً بالمبادئ العامة للقانون كمصدر من مصادر المشروعية، منها حق المرأة في المساواة مع الرجل في تولى الوظائف العامة ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، وحق الدفاع، ومبدأ حجية الشيء المقضي به؛ انظر، سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص. 49.

<sup>2</sup> - لقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي في 16 يوليو 1971 بعدم دستورية قانون إنشاء الجمعيات لمساحته بمبدأ حرية إنشاء الجمعيات الذي يعد أحد عناصر الحريات العامة، وتعد من المبادئ الأساسية المعترف بها رغم عدم النص صراحة على هذا الحق في صلب الوثيقة الدستورية أو في إعلانات الحقوق أو مقدمة دستور 1946، كما رفض المجلس الدستوري خضوع حرية إنشاء الجمعيات للترخيص السابق باعتبارها من الحقوق الأساسية التي تستمد وجودها من المبادئ الأساسية المعترف بها، الأمر الذي يمنح هذه المبادئ القيمة الدستورية، وتمثل مرجعية للمشرع ويلتزم بها في ممارسة اختصاصه التشريعي؛ انظر:

-C.C,N°71-44 D.c du 16 juillet 1971,R.e.c ,p.29. ;C.C, N°69-55 D.c du 26 juin 1969,R.J.C,1959-1993 ,p.36 ; C.f.C,N°77-79Dc du 05juillet 1977,R.J.C,1959-1993,p.48. ; C.C,N°85-189 D.c du 17juillet1985 ,R.J.C,1959-1993,p.224.

ومن أمثلة ذلك في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر: - مبدأ أصل البراءة، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن « انتهاك أصل البراءة باعتباره مبدأً بديهياً يعد خطأ لا يغتفر مستوجبا نقض كل قرار لا يتوافق معها» ولمزيد من التفاصيل: انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في 13 يناير 1998 في القضية رقم 29 لسنة 18 ق دستورية.

وحتى يتسنى لنا معرفة متى تكون المبادئ العامة للقانون مصدرا للسلطة التقديرية للمشرع، سوف نتطرق  
يتوجب علينا أولا معرفة القيمة القانونية لتلك المبادئ(أ)، ثم نبين متى تكون المبادئ العامة للقانون ذات  
القيمة الدستورية مصدرا للسلطة التقديرية للمشرع(ب).

### أ- القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون

إذا كانت المبادئ العامة للقانون كمصدر من مصادر القاعدة القانونية لا تثير أي خلاف في الفقه، إلا  
أن مسألة تحديد القيمة القانونية لتلك المبادئ كانت محل خلاف في الفقه، بمعنى هل لها قوة القوانين العادية  
أم لها قيمة القواعد الدستورية، أم القيمة شبه الدستورية؟

### 1- المبادئ العامة للقانون التي لها قيمة التشريع العادي

لقد كان لمجلس الدولة الفرنسي الفضل الكبير في إبراز مفهوم المبادئ العامة للقانون كمصدر من  
مصادر مبدأ المشروعية، وكان الهدف من ذلك هو حماية حقوق وحرقات الأفراد ضد تدخل الإدارة  
والأفراد، ويتمثل دور المجلس الدستوري الفرنسي في استنباط تلك المبادئ من بين النصوص التشريعية أو من  
خلال النصوص والقواعد الدستورية أو من قيم المجتمع ومبادئه.

وعلى الرغم من أن غالبية الفقه يربط بين القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون والمصدر الذي  
استنبطه منها القاضي<sup>1</sup>، فالمستقر عليه في الفقه الفرنسي هو أن المبادئ العامة للقانون تحتل مرتبة القانون  
العادي قبل صدور دستور 1958، أما بعد دخول هذا الأخير حيز التنفيذ وتطور العلاقة بين القانون

---

- حق الدفاع، الذي اعتبرته المحكمة الدستورية العليا في مصر قضية مبدئية لا يمكن التفريط فيها في إطار المبادئ الأساسية للحرية المنظمة  
بالقانون؛ انظر، حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 06 لسنة 14 ق دستورية بتاريخ 16 مايو 1992. ولقد ذكرت كذلك المحكمة  
الدستورية العليا في حكمها الصادر في 11 مارس 1983 على أن الأساس الديمقراطي لإنشاء النقابات أو الاتحادات من المبادئ الدستورية الأساسية في  
النظم الديمقراطية، انظر، ركي محمد النجار، فكرة الغلط البين في التقدير، المرجع السابق، ص 148. ومن أمثلة ذلك في القضاء الدستوري الجزائري ما  
ورد حول قانون الانتخابات رقم 13/89 المؤرخ في 07 أوت 1989 الذي قضى بعدم دستورية المادة 86 منه والمتعلقة باشتراط الجنسية الجزائرية الأصلية في  
المرشحين للمجلس الشعبي الوطني وأزواجهم، وذلك لمساسه بمبدأ المساواة وفق ما تنص عليه المادة 28 من دستور 1989، رأي رقم قرار رقم 1- ق. ق- م  
د- مؤرخ في 20 غشت سنة 1989 يتعلق بقانون الانتخابات. وقد أكد على هذا المبدأ في رأيه رقم 02/ ر. م. د/ 07 المؤرخ في 23 جويلية 2007 المتعلق  
بمراقبة مدى مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للأمر 07/97 المؤرخ في 06 مارس 1997 المتضمن قانون الانتخابات حيث اعتبر أن المشرع حين ألزم  
القوائم الحرة بشرط إضافي عما أقره لقوائم الأحزاب السياسية الأخرى يكون قد أدخل بمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور الجزائري  
لسنة 1996 (يقابلها نص المادة 32 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016)، وصرح المجلس بأن المشرع قد وضع شروطا تمس بمبدأ المساواة بين  
المواطنين في المشاركة في الحياة السياسية.

<sup>1</sup> - إن ما استقر عليه الفقه الفرنسي قبل صدور دستور 1958 على أن المبادئ العامة للقانون تحمل مرتبة القانون العادي، وبالتالي يستطيع المشرع مخالفة  
تلك المبادئ بإصدار تشريعات تتعارض معها تطبيقا لقاعدة أن القانون اللاحق يمكن أن يلغي أو يعدل القانون السابق؛ انظر، محمد أنس جعفر  
قاسم، الوسيط في القانون العام، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1983، ص 83.

والتنظيم أو اللائحة، وظهور اللوائح المستقلة<sup>1</sup> التي تصدرها الإدارة دون الاستناد على قانون سابق، الأمر الذي فرض على مجلس الدولة الفرنسي الاعتراف لتلك المبادئ العامة للقانون بالقيمة الدستورية، وهو ما تبناه القاضي الدستوري الذي استطاع من خلاله الكشف عن العديد من المبادئ ذات القيمة الدستورية ليستخدمها كمرجعية للرقابة الدستورية، ويتقيد بها المشرع عند ممارسة اختصاصه التشريعي كما يتقيد بأحكام الدستور.

## 2- المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية

بعد أن كانت المبادئ العامة للقانون في مرتبتها وقوتها لها قيمة التشريع العادي، فقد تغير ذلك المفهوم بعد دخول دستور 1958 حيز التنفيذ خاصة بعد تطور علاقة اللائحة بالقانون، وما ترتب عليه من تحديد مجال القانون وإطلاق مجال اللائحة أو التنظيم الأمر الذي دفع المجلس الدستوري الفرنسي إلى الاعتراف بالقيمة الدستورية لتلك المبادئ العامة للقانون كوسيلة لفرض احترامها على اللوائح المستقلة<sup>2</sup>.

وتبعاً لذلك استخدم المجلس الدستوري الفرنسي المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية، وأطلق عليه تسمية الكتلة البرلمانية أو المجموعة البرلمانية<sup>3</sup>، بغض النظر عن مصدرها سواء وردت في صلب وثيقة الدستور أو استخلصها القاضي من بين نصوص الدستور أو من خلال قيم المجتمع المختلفة ليستخدمها كمرجعية للرقابة الدستورية، ويلزم المشرع بمراعاتها وعدم تجاوزها، الأمر الذي أكده عليه المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية العليا في مصر، وهو ما تأثر به المجلس الدستوري الجزائري.

ويتجه دور كل من المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري والمحكمة الدستورية العليا في مصر نحو التفسير الواسع للنصوص الدستورية، والذي قد يمتد في البحث عن الإرادة المفترضة للمؤسس الدستوري، من خلال البحث عن روح النص وغاياته، والهدف من ذلك هو إعادة التوازن بين السلطات العامة في الدولة خاصة بعد هيمنة السلطة التنفيذية على باقي السلطات نظراً لتراجع دور السلطة التشريعية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرحمن عزوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، المرجع السابق، ص 290.

<sup>2</sup> - لأن القول بخلاف ذلك سوف يؤدي إلى تحجر الإدارة من كل قيد، وبالتالي منحها سلطة غير محددة يتنافى مع مبدأ المشروعية وسيادة القانون؛ انظر، هاني علي الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص 351.

<sup>3</sup> - FAVOREU.L, Bloc de constitutionnalité in la direction de Oliver Duhamel et Yves Meny Paris, P.U.F, 1992, p100.

<sup>4</sup> - لقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي العديد من المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية، والتي اعتبرها مرجعاً للرقابة الدستورية واعتبرها مصدراً من مصادر السلطة التقديرية للمشرع، سواء وردت مباشرة في الدستور أو استنبطها من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ومقدمة دستور 1946، أي أن هذه المبادئ العامة يجب أن تستند لأصل دستوري، وإن لم ينص عليها صراحة كالمبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية والمبادئ التي

ومما سبق، يمكننا القول بأن مسألة تحديد القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون لم تكن محل اتفاق في الفقه الدستوري، فمنهم من منحها قيمة التشريع العادي، ومنهم من منحها القيمة الدستورية وذلك خوفاً من أن يتحول كل من المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري والمحكمة الدستورية العليا في مصر إلى منسئ للقواعد الدستورية، غير أن ذلك لم يعد مقبولاً الآن خاصة بعد إنشاء قضاء متخصص يمارس الرقابة الدستورية وفق آليات محددة، وينحصر دور القاضي الدستوري في استنباط تلك المبادئ من النصوص الدستورية أو مقدمات الدساتير أو إعلانات حقوق الإنسان والمواثيق والعهود الدولية أو القيم العليا في المجتمع.

وعليه، فإذا كان كل من المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري والمحكمة الدستورية العليا في مصر ملزم بالبحث في مبادئ الدستور وبين نصوصه لكي يستخلص منها تلك المبادئ، فإن المشرع لا يملك مخالفة تلك المبادئ العامة باعتبارها من الأسس التي تحكم المجتمع وتعبّر عن إرادة شعبه وتطلعاتهم<sup>1</sup> خاصة المبادئ ذات القيمة الدستورية<sup>2</sup>، وهو الأمر الذي تبناه القضاء الدستوري في كل من فرنسا ومصر، وتأثر به المجلس الدستوري الجزائري، وذلك من خلال إقرار العديد من المبادئ ذات القيمة الدستورية، التي تعد مرجعاً للرقابة الدستورية وتلزم المشرع بمراعاتها وهو بصدد ممارسة اختصاصه التشريعي كما يلزم بقواعد الدستور.

---

تعبّر عن روح العصر، ومن أمثلة ذلك حكمه الصادر في عام 1971 بشأن الترخيص السابق للجمعيات الذي استند فيها المجلس الدستوري للمبادئ العامة للقانون والحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات، ومن ذلك أيضاً قراره رقم 79-105 الصادر في 25 يوليو 1979 باعتبار أن حرية الذهاب والإياب من المبادئ ذات القيمة الدستورية (C.C.N°83-165 DC du 20Janvier1984). ومن أمثلة ذلك ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 07 لسنة 16 ق دستورية بتاريخ 01 فيفري 1997 على أن للقاضي الدستوري استنباط المبادئ العامة للقانون للموازنة بين نصوص الدستور، وما يفرضه الواقع والقيم العليا للمجتمع بالشكل الذي لا يناقض قواعد الدستور، انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 07 لسنة 16 ق دستورية بتاريخ 01 فيفري 1997، ج ر العدد 07 في 13 فيفري 1997؛ ومن أمثلة ذلك أيضاً ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 17 لسنة 14 ق دستورية في 14 جانفي 1995 بشأن مبدأ المساواة بين المواطنين، وقد ذهبت المحكمة هنا إلى أن مبدأ المساواة التي يحميها الدستور ولا تقتصر على الحالات التي وردت في صلب الدستور، بل تتعداه إلى كل صور التمييز بين المواطنين باعتبار أن مبدأ المساواة أمام القانون أساس العدل والحرية، وهو يعد من المبادئ العامة للقانون التي استنبطتها المحكمة من روح الدستور.

ومن أمثلة ذلك ما قضى به المجلس الدستوري الجزائري في النص المعروف للإخطار المتعلق بقانون الانتخابات رقم 89-113 المؤرخ في 07 أوت 1989 لاسيما المادتين 86 و108، وقضى بعدم دستوريتها لمساوئها مبدأ المساواة المنصوص عليه المادة 29 من دستور 1989. ومن ما قضى به المجلس الدستوري فيما يخص القانون الأساسي للنائب رقم 89-14 المؤرخ في 08 أوت 1989، وقد صرح بعدم دستورية المادة الثانية منه، والتي استثنت أساتذة التعليم العالي وأطباء القطاع العام من حالات التنافي مع العهدة البرلمانية مؤسساً قراره على المساس بمبدأ مساواة الجميع أمام القانون.

<sup>1</sup> - انظر، سامي جمال الدين، القضاء الدستوري والشرعية الدستورية، المرجع السابق، ص. 165.

<sup>2</sup> - يعترف جانب من الفقه الدستوري بالمبادئ ذات القيمة الدستورية إذا كانت ذات أصل دستوري، أي يستند إلى نص أو قاعدة دستورية؛ انظر، محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية (دراسة تحليلية نقدية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص. 26.

وإذا خالصنا إلى أن المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية أصبحت مرجعاً للرقابة الدستورية ومصدرًا من مصادر مبدأ المشروعية، فمتى تكون تلك المبادئ ذات القيمة الدستورية مصدرًا للسلطة التقديرية للمشرع؟

### ب- المبادئ ذات القيمة الدستورية كمصدر من مصادر السلطة التقديرية للمشرع

لما كانت المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية تعد مصدرًا من مصادر مبدأ المشروعية، ويستخلصها كل من المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري والمحكمة الدستورية العليا في مصر من نصوص الدستور أو من مقدمات الدساتير أو إعلانات الحقوق أو يستنبطها من المبادئ العامة التي تعبر عن القيم العليا للمجتمع وروح العصر.

فإن المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه التشريعي مُلزَم بتلك المبادئ، وتبعاً لذلك تتحدد سلطته التقديرية بحسب طبيعة علاقة القانون مع تلك المبادئ العامة، فإذا استند المشرع على تلك المبادئ في تنظيم مسألة معينة أو حرية معينة، فإن ذلك يفرض عليه التزاماً بحماية الحق أو الحرية محل التنظيم التشريعي، حتى لو لم يرد النص على ذلك صراحة في صلب الدستور.

ومن ثم يكون المبدأ الدستوري مصدرًا للسلطة التقديرية للمشرع في الحالة التي يُستنبط من هذا المبدأ قواعد تمنح للمشرع جانب من حرية التقدير في ممارسة اختصاصه التشريعي، بحيث تتسع سلطة المشرع التقديرية وتضييق وفقاً لحجم القيود وطبيعة الإلزام التي يقرها المبدأ الدستوري.

ومن بين المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية مبدأ شرعية الجرائم، ففي فرنسا مثلاً يعتبر إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، والمبادئ الدستورية المترتبة عليه تعتبر قواعد ذات قيمة دستورية، وتحتل الصدارة ضمن الكتلة الدستورية التي تحتوي على الحقوق والحريات التي تتمتع بالقيمة الدستورية.

ولقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي في حكمه الصادر في 16 يوليو 1971 هذا المعنى، ومارس الرقابة الدستورية السابقة للتحقق من مطابقة التشريع لهذا المبدأ الدستوري<sup>1</sup>، حيث يتكامل هذا المبدأ مع مبادئ دستورية أخرى وهي مبدأ المساواة<sup>2</sup>، ومبدأ أصل افتراض البراءة في المتهم<sup>1</sup>، ومبدأ المحاكمة العادلة، حيث تساهم كل هذه المبادئ في تحديد نطاق التجريم والعقاب<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> -C.C.N°71-49 ,D.C du16juillet1971 ,R e c ,N°29.

<sup>2</sup> -الأمر الذي نصت عليه المادة الأولى من الدستور الفرنسي لعام 1958 ؛ كما تنص المادة الأولى كذلك من إعلان 1789 على ما يلي:

أما في مصر، فمبدأ شرعية الجرائم يعتبر من المبادئ التي تمتد جذورها إلى متطلبات سيادة القانون وديمقراطية نظام الحكم، فهو من مقومات الشرعية الدستورية، الذي لا يستند فقط على نص المادة 96 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، وإنما يعتمد كذلك على ما نصت عليه المادة 94 من الدستور على « أن سيادة القانون أساس الحكم في الدولة »<sup>3</sup>، ولقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر مضمون هذا المبدأ، ومنحته قيمة دستورية في العديد من أحكامها<sup>4</sup>.

وبالرجوع إلى الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، نجد أنه هو الآخر قد أقر بأن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات هو مبدأ دستوري مُلزم لكل السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية، وهو أمر ورد في مقدمة هذا الدستور لاسيما في الفقرة 12 منه التي أقرت مبدأ سيادة القانون<sup>5</sup>، والمادة 56 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 التي تنص على

---

« Les hommes naissant et demeurent libres et égaux en droits .Les distinction sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. »

<sup>1</sup> - تنص المادة 09 من إعلان الحقوق لعام 1789 على ما يلي:

« Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable ,s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».

<sup>2</sup> - انظر كذلك نص المادة 61 من الدستور الفرنسي لعام 1958، وكذلك نص المادتين 07 و08 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789.

<sup>3</sup> - انظر نص المواد 94 و95 و96 من الدستور المصري الصادر 18 يناير 2014.

<sup>4</sup> - لقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على هذا المبدأ بمناسبة حكمها الصادر في 22 يناير 1997 في القضية رقم 48 لسنة 17 ق دستورية ج، رالعدد 10 في 26 مارس 1997؛ ولقد حذا المؤسس الدستوري التونسي حذو ما ذهب إليه كل من الدستوريين الفرنسي والمصري في إقرار مبدأ مشروعية الجرائم والعقوبات وفقا لما ورد في الفقرة 04 من مقدمة الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014، والتي تضمنت عدة مبادئ منها: مبدأ سيادة القانون واحترام الحريات وحقوق الإنسان واستقلالية القضاء، والمساواة في الحقوق والواجبات بين جميع المواطنين والمواطنات والعدل بين الجهات، الأمر الذي نص عليه الفصل 27 من الدستور التونسي لسنة 2014 بأن « المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تُكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة »؛ ومن بين ضمانات مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ما نص عليه الفصل 28 و29 و30 من الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014.

<sup>5</sup> - تنص الفقرة 12 من ديباجة القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 على أن « إن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب، ويضفي المشروعية على ممارسة السلطات، ويكرس التداول الديمقراطي عن طريق انتخابات حرة ونزيهة ». الأمر الذي أكد عليه المجلس الدستوري على القيمة القانونية لديباجة الدستور في رأيه رقم 1/ر.ت.د/المؤرخ في 3 أبريل 2002 يتعلق بمشروع تعديل الدستور، ج ر العدد 22 المؤرخة في 13 أبريل 2002.

أن المتهم يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته في إطار محاكمة عادلة،<sup>1</sup> ولا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل الجرم ويضمن القانون ذلك.<sup>2</sup>

ومن أمثلة تلك المبادئ العامة الدستورية أيضاً مبدأ استمرار سير المؤسسات العامة، ومبدأ قابلية المرافق العامة للتعديل والتغيير، الأمر الذي يلزم المشرع بضرورة التدخل وفقاً لسلطته التقديرية للموازنة بين الحقوق الدستورية المختلفة، كإقامة التوازن بين الحق في الإضراب، والحق في حماية مؤسسات الدولة وضمأن استمراريتها .

ومادام أن حق الإضراب معترف به قانوناً يجب أن يمارس في إطار القانون، أي أن تدخل المشرع من أجل تنظيم هذا الحق يهدف أساساً إلى الموازنة بين حق الإضراب باعتباره من الحقوق الدستورية، ومبدأ استمرار المرفق العام باعتباره من المبادئ ذات القيمة الدستورية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - تنص المادة 45 من من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 على أن « كل شخص يُعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته في إطار محاكمة عادلة تؤمن له الضمانات اللازمة للدفاع عنه » الملاحظ على التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 بأنه أقر مبدأ المحاكمة العادلة كمبدأ جديد ومن مقومات الدولة القانونية التي تكفل حقوق وحرّيات الأفراد.

<sup>2</sup> - انظر نص المواد 57 و 58 و 59 من من القانون رقم 16-01 المتضمن التعديل الدستوري لدستور 1996 المؤرخ في 6 مارس 2016.

<sup>3</sup> - وهو ما نصت عليه ديباجة الدستور الفرنسي الصادر في 27 أكتوبر 1946 الفقرة 02 البند 05:

«Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946..... :Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementent . »

ويفهم من نص هذه الديباجة أن حق الإضراب يمارس في إطار القوانين التي تنظمه، أي أن تنظيم حق الإضراب هو من اختصاص المشرع وفقاً لسلطته التقديرية، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة الخامسة من الدستور الفرنسي لسنة 1958:

« Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure ,par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat. Il est le garant de l'indépendance nationale ,de l'intégrité du territoire et respect des traités. »

ويفهم من نص هذه المادة بأنه يقع على رئيس الجمهورية واجب السهر على احترام الدستور، ويضمن السير الحسن والعادي للسلطات العامة، وكذا استمرارية الدولة. وبالرجوع إلى الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 نجد المادة 15 منه تنص على أن « الإضراب السلمي حق ينظمه القانون » ويتبين لنا من هذا النص الدستوري الذي منح المشرع العادي تنظيم حق الإضراب السلمي وفقاً لسلطته التقديرية، وذلك بالموازنة بين الحق في الإضراب كحق دستوري، وضمأن استمرارية المرافق والمصالح العامة؛ ومن أمثلة ذلك ما نص عليه الفصل 36 من الدستور التونسي لعام 2014 التي تنص على أن « الحق النقابي بما في ذلك حق الإضراب مضمون »، ويتضح لنا من هذا النص أنه الدستور منح المشرع حق التدخل من أجل تنظيم حق الإضراب من حيث شروط ممارسته وضمأنات ذلك، وكذا القيود الواردة على ممارسته والحالات التي لا يجوز فيها ممارسة حق الإضراب.

والحقيقة أن الدستور الجزائري لم يخرج عن هذا الإطار الذي حددته الدساتير الثلاثة السابقة مؤكداً على أن حق الإضراب معترف به ويمارس في إطار القانون تطبيقاً لنص المادة 71 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 بأن الحق في الإضراب من الحقوق الدستورية المعترف بها، ويمارس في إطار القانون، وعليه فقد عهد النص الدستوري للمشرع حق تنظيم هذا الحق، والقيود الواردة على ممارسته كحظر اللجوء إلى الإضراب في ميادين الدفاع الوطني والأمن أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع، وبالتالي فإن تدخل المشرع يسعى إلى التوفيق بين ضمأن ممارسة حق الإضراب كحق دستوري وبين ضمأن استمرار المرافق العامة باعتباره من المبادئ ذات القيمة الدستورية. ومن المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية ما يلي: -مبدأ الحرية، والذي يتفرع عنه مبادئ عديدة مثل حرية التجارة والصناعة، حرية العقيدة، حرية العمل، وحرية التعليم، حرية الرأي، حرية التنقل وحرية التظاهر والسكن، وغيرها من الحريات العامة.

والخلاصة التي يمكن الوصول إليها من خلال دراستنا للمبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية هي أن تلك المبادئ تعد مصدرًا من مصادر مبدأ المشروعية، وتشكل مرجعية للرقابة الدستورية على القوانين، الأمر الذي يجعلها كذلك مصدرًا للسلطة التقديرية للمشرع، وتتحدد هذه الأخيرة من خلال علاقة القانون بتلك المبادئ، بحيث تتسع هذه السلطة وتضيق وفقا للقيود التي تفرضها المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية، والتي تقيد سلطة المشرع وتُلزمه بعدم تجاوز الإطار الذي حدده تلك المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية.

وبعد دراستنا لمفهوم السلطة التقديرية للمشرع ومصادرها يتوجب علينا التساؤل حول نطاق السلطة التقديرية للمشرع وأساسها؟ وهو الأمر الذي سوف نتطرق إليه في المبحث الثاني.

## المبحث الثاني

### نطاق السلطة التقديرية للمشرع

تقوم الدولة القانونية كما قلنا سابق على مبدأ المشروعية، الذي يقوم على أساس خضوع جميع الأفراد والهيئات العامة للقانون بمعناه الواسع، والالتزام به يعد من أهم الضمانات التي تمنع كافة السلطات العامة في الدولة من التعسف في استعمال سلطتها، وكأساس لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم العامة<sup>1</sup>.  
غير أن هذا المبدأ يحتاج في تطبيقه إلى شيء من المرونة، ويأخذ بعين الاعتبار الغايات التي تسعى السلطات العامة في الدولة (التنفيذية، التشريعية، القضائية) إلى تحقيقها في إطار القانون، الأمر الذي يستلزم إعطاء هذه الأخيرة جانب من حرية التقدير والاختيار في ممارسة اختصاصاتها المحددة قانونا، ومن ثم نطرح

---

- مبدأ المساواة، ويتفرع عنه مبدأ المساواة أما القانون، مبدأ المساواة أما الضرائب، ومبدأ المساواة في استعمال الأموال العامة، مبدأ المساواة أمام الوظائف العامة، مبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة.

- مبدأ العدالة، ويتفرع عنه مثلا مبدأ قرينة البراءة، كفالة حق الدفاع، قانونية الجريمة، شخصية العقوبة، الحق في المحاكمة العادلة، وغير ذلك من المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية؛ انظر، رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1983، ص. 208؛ زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص. 86.

<sup>1</sup> - انظر، مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة، الطبعة الأولى مكتبة سعيد رأفت، كلية الحقوق، جامعة طنطا، بدون سنة نشر، ص. 22؛ ولقد تناول الكثير من الفقهاء الفرنسيين عناصر العمل الإداري كعمل إداري في مجال بحثهم بمكان ركن السبب بين أركان القرار الإداري، ومن ثم حددوا أركان العمل القانوني بصفة عامة بإعلان الإرادة ومحل وغرض ودافع ومركز قانوني ينتج بإعلان الإرادة، وأخيرا - وعلى خلاف بين الفقهاء، وقائع تدفع لصدور هذا العمل، لمزيد من التفاصيل: انظر، محمد ماهر أبو العينين، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 180؛ عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 440؛ سامي جمال الدين، المرجع السابق ص. 46.

التساؤل حول كيف يمكننا أن نحقق التوازن بين ضرورة التزام المشرع بمبدأ المشروعية باعتباره من أهم الضمانات لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، وبين عدم اعتبار هذا المبدأ بمثابة عامل مُعطل للعمل التشريعي؟ ونطاق السلطة التقديرية للمشرع هو مجال أو نطاق الصلاحية التقديرية، أو الحالات التي يتمتع فيها المشرع بسلطة تقديرية في ممارسة اختصاصه التشريعي، والمفاضلة بين عدة بدائل وخيارات، ليختار من بينها أنسبها وأكثرها ملائمة للمسألة محل التنظيم التشريعي، أي الحالات التي لا تكون فيها سلطته مقيدة. ويُدرج في القانون كعمل قانوني تشريعي توافر أركان معينة، والتي تعتبر في حد ذاتها من أوجه الطعن بعدم دستورية التشريع، وعند البحث في الأركان التي يقوم عليها القانون ومظاهر السلطة التقديرية للمشرع في كل ركن منها، نجد أنها تتشابه إلى حد كبير مع تلك الأركان التي اعتمد عليها الفقه والقضاء الإداريين في دعوى تجاوز السلطة (دعوى إلغاء القرار الإداري لعدم مشروعيته).

ولقد ميز الفقيهين (VEDAL وGAZZUL) بين صنفين من هذه العيوب، تتمثل الأولى في المشروعية الخارجية أو الشكلية وتشمل عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل والإجراءات، أما الثانية تتمثل في المشروعية الداخلية أو الموضوعية وتشمل عيب مخالفة القانون وعيب الانحراف في استعمال السلطة<sup>1</sup>. وإذا كان القانون كعمل تشريعي له أركان يقوم عليها، وتحدد تبعاً لذلك مظاهر السلطة التقديرية التي تتسع وتضيق في كل ركن من أركان القانون، فهل يمكن الاعتماد على التصنيف الذي اعتمد عليه الفقه والقضاء الإداريين الخاص بالمشروعية الخارجية (الشكلية) والمشروعية الداخلية (الموضوعية) ضمن أركان العمل الإداري في العمل التشريعي كذلك، أم أن الفقه والقضاء الدستوريين قد وضعاً تصنيفاً آخر .

وإذا كان الحديث عن مجال التقدير والتقييد في أركان القانون يكتسي أهمية بالغة في تحديد مظاهر السلطة التقديرية للمشرع، فإن مسألة تحديد الأساس القانوني لتلك السلطة لا تقل أهمية عن ذلك، باعتبار أن سلطة المشرع التقديرية سلطة قانونية تمارس في إطار القانون، لأن القول بوجود سلطة مطلقة للمشرع غير خاضعة للقانون لا وجود لها في ظل الدولة القانونية<sup>2</sup>، التي تستلزم خضوع جميع السلطات العامة في الدولة

<sup>1</sup> - وقد ربط الأستاذين بين هذه العيوب بالنظر إلى أركان القرار الإداري، وصنفها إلى عدة أنواع هي: عيب عدم الاختصاص، عيب الشكل والإجراءات، وعيب المحل، وعيب السبب، وأخيراً عيب الغاية؛ لمزيد من التفاصيل: انظر ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، بدون دار نشر، مصر، 1982 ص. 562؛ أحمد حافظ نجم، السلطة التقديرية للإدارة ودعاوى الانحراف بالسلطة، مجلة العلوم الإدارية، العدد 02 ديسمبر 1982 ص. 58؛ عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها، المرجع السابق، ص. 226.

<sup>2</sup> - انظر، سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 53؛ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص. 142.

بما فيها السلطة التشريعية لحكم القانون، والسؤال الذي يطرح في هذا الشأن حول ما هو أساس السلطة التقديرية للمشرع؟

وحتى يتسنى لنا معرفة نطاق السلطة التقديرية للمشرع وأساسها سوف نتطرق أولاً إلى دراسة مظاهر السلطة التقديرية للمشرع ضمن أركان القانون، أي تحديد مجال التقدير والتقييد في أركان القانون (المطلب الأول)، ثم ننتقل إلى دراسة الأساس الذي تركز عليه سلطة المشرع التقديرية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### نطاق السلطة التقديرية للمشرع

أركان أو عناصر التشريع هي إما عناصر تتعلق بالمشروعية الخارجية للقانون، وهي عنصر الاختصاص وعنصر الشكل والإجراءات، أما عنصر السبب والمحل والغاية فهي عناصر تتعلق بالمشروعية الداخلية أو الموضوعية للقانون، والتي يمكن أن تكون مجالاً لسلطة المشرع التقديرية واختصاصه المقيد. فيلزم في التشريع حتى يكون مشروعاً أن يكون صادر عن الجهة أو السلطة التي عهد إليها الدستور بسن القانون، ووفقاً للشكل وبمقتضى الإجراءات التي حددها الدستور لذلك، كما يجب أن يكون ضمن الشروط أو القيود الموضوعية التي أقرها الدستور لصحة القانون، مع ضرورة وجود دافع أو سبب يدفع المشرع لإقرار القانون، وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة.

وعليه، تتحدد السلطة التقديرية للمشرع بحسب طبيعة كل عنصر أو ركن من هذه الأركان، فإذا كانت السلطة التقديرية للمشرع تكاد تنعدم بالنسبة لعناصر المشروعية الخارجية للقانون، فإنها تتسع وتضيق في عناصر المشروعية الداخلية للقانون (المحل، السبب، الغاية).

وحتى يتسنى لنا معرفة مجال التقدير والتقييد في أركان القانون، وبالتالي تحديد نطاق السلطة التقديرية للمشرع، سوف نحاول أن نُبيِّن مظاهر هذه السلطة التقديرية فيما يتعلق بالعناصر الخارجية للقانون (الفرع الأول)، ثم نبين مظاهر السلطة التقديرية للمشرع فيما يتعلق بالعناصر الداخلية للقانون (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### مظاهر السلطة التقديرية للمشرع فيما يخص العناصر الخارجية في القانون

يقوم القانون كغيره من القواعد القانونية على مجموعة من العناصر أو الأركان، منها ما يرتبط بالعناصر الخارجية للقانون، وتتمثل أساساً في أن يصدر القانون عن الجهة المختصة التي حددها الدستور بوضع

التشريعات العادية منها والعضوية، وبالشكل الذي حدده الدستور لإصدار القانون، وبمقتضى الإجراءات المحددة لذلك.

وقبل الحديث عن مجال التقدير والتقييد في أركان القانون فيما يتعلق بالأركان الخارجية للقانون، سوف نتساءل عن مدى سلطة المشرع اتجاه عناصر المشروع الخارجية للقانون؟ وللإجابة على ذلك سوف نحاول البحث في مدى سلطة المشرع التقديرية بالنسبة لركن الاختصاص (أولاً)، ثم البحث عن مدى سلطة المشرع التقديرية فيما يتعلق بركن الشكل والإجراءات (ثانياً).

### أولاً: نطاق السلطة التقديرية للمشرع بالنسبة لركن الاختصاص

وحتى يتسنى لنا معرفة نطاق السلطة التقديرية للمشرع في ركن الاختصاص، سوف نحاول التطرق أولاً إلى تعريف ركن الاختصاص في القانون (أ) ثم مجال التقدير والتقييد فيما يخص هذا الركن (ب).

#### أ- تعريف ركن الاختصاص

تعتبر فكرة الاختصاص حجر الزاوية التي يقوم عليها القانون العام الحديث، باعتبار أن فكرة تحديد اختصاصات كل سلطة عامة في الدولة تعد من مقومات مبدأ الفصل بين السلطات العامة الثلاث، بل وتمتد كذلك إلى عملية توزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة ويقصد بالاختصاص القدرة على القيام بعمل أو إنجاز تصرف أو إجراء معين، أو هو مجموعة ما حُوِّل للشخص أو الهيئة العامة القيام به من أعمال وتصرفات. بمعنى أن الاختصاص هو السلطة المعترف بها قانوناً لجهة معينة، والتي تعبر عن الأهلية أو القدرة على مباشرة العمل القانوني وفق ما ينص عليه القانون بمعناه الواسع، أي أن السلطة الإدارية عندما تصدر عملاً قانونياً ينبغي أن يكون ضمن نطاق الاختصاص الذي حدده القانون، على أن يصبح العمل القانوني المخالف لقواعد الاختصاص المحددة قانوناً مشوب بعيب عدم الاختصاص<sup>1</sup>.

وإذا كان الاختصاص هو السلطة المعترف بها قانوناً لجهة أو شخص معين في مباشرة اختصاصاته المحددة قانوناً، فإن قواعد توزيع الاختصاص بين السلطات والهيئات العامة في الدولة تعتبر من أهم الأسس

<sup>1</sup> - انظر، سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة، المرجع السابق، ص. 161؛ مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة، المرجع السابق، ص. 22؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 187.

والركائز التي يقوم عليها النظام القانوني في مجمله<sup>1</sup>، عن طريقها يمكننا تحديد الأشخاص والهيئات التي لها الأهلية أو القدرة على اتخاذ التصرفات القانونية<sup>2</sup>.

ولما كان الدستور قد أوكل إلى السلطة التشريعية مهمة سن القوانين، فإنه يجب على جميع السلطات الأخرى في الدولة احترام ذلك وعدم التعدي على الاختصاص المعترف به للبرلمان بسن القوانين، وبالتالي يجب أن يصدر القانون عن الجهة المختصة التي عهد إليها الدستور بذلك وفي الحدود التي وضعها لممارسة هذا الاختصاص، فإذا أصدر المشرع قانونا مخالفا لقواعد الاختصاص التي حددها الدستور، فإنه يصبح غير دستوري لعيب عدم الاختصاص<sup>3</sup>.

فإذا كان تحديد الجهة المختصة بسن القانون لا تثير أية إشكالات، فإن مسألة توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية تثير إشكالية، فمن الدساتير من عهد إلى السلطة التشريعية ولاية عامة في وضع القواعد القانونية دون تحديد لمجال القانون<sup>4</sup>، في حين اتجهت دساتير أخرى نحو تحديد أو حجز مجال القانون الذي يشرع فيه البرلمان، ولقد كان للدستور الفرنسي الصادر في عام 1958 بعد دخوله حيز التنفيذ الأثر الكبير في تطور علاقة اللائحة بالقانون، والاتجاه نحو تقييد أو تحديد مجال القانون وانطلاق مجال اللائحة، وقد شابتها في ذلك العديد من دساتير العالم منها الدستور الجزائري، حيث تنص المادة 112 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 على أن « يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه. »

وإذا نظرنا إلى نص هذه المادة نجد أن البرلمان يمارس السلطة التشريعية، وله السيادة في وضع القواعد القانونية، أي أن المؤسس الدستوري من الوهلة الأولى قد عهد إلى المشرع بسن التشريع دون تحديد لمجال القانون، لكن بالرجوع إلى نص المادة 140 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 نجد أنها قد تضمنت المجالات أو الموضوعات التي يستطيع المشرع التشريع في نطاقها (تسع وعشرين مجالا)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص. 287؛ عبد الرحمن عزوي، المرجع السابق، ص. 143.

<sup>2</sup> - RIVERO.J, Droit Administratif, 12<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 1986, p.302.

<sup>3</sup> - انظر، عبد الغني بسبوي عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص. 787.

<sup>4</sup> - من الدساتير التي منحت السلطة التشريعية ولاية عامة في سن التشريعات دون تحديد مجال الدستور المصري، حيث تنص المادة 102 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 على ما يلي: « يتولى مجلس النواب سلطة التشريع. » يفهم من نص هذه المادة أن المؤسس الدستوري المصري قد عهد إلى مجلس النواب سلطة التشريع بدون قيد أو شرط، إلا التي أقرها الدستور في هذا الشأن .

<sup>5</sup> - انظر نص المادة 140 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 ويقابلها نص المادة 122 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

وبالرجوع إلى الصياغة التي جاء فيها النص « يشترع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية:.. » يفهم من هذه الصياغة أن المؤسس الدستوري يعترف للمشروع بولاية عامة في التشريع دون حصر لمجال القانون، وأن الموضوعات المحددة في هذه المادة تعتبر حجرا لمجال القانون لمنع المساس بها من قبل السلطات الأخرى.

فهناك عدة مواضيع منتشرة عبر مواد الدستور وتحيل على القانون لتنظيمها، ولم تنظمها المادة 140 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، مثل ما نصت عليه المادة 06 التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (العلم الوطني) والمادة 22 التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (نزع الملكية من أجل المنفعة العامة)، والمادة 20 التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (الأملاك الوطنية)، والمادة 192 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (صلاحيات مجلس المحاسبة وطريقة تنظيمه وعمله)<sup>1</sup>.

وترتبيا على ما سبق، يشترط لصحة القانون أن يصدر من الجهة التي عهد إليها الدستور حق إصداره، فإذا صدر على نحو مخالف لشرط الاختصاص، يكون معيبا بعبء عدم الاختصاص .

ولركن الاختصاص عدة عناصر أو صور: العنصر الشخصي، العنصر الموضوعي، العنصر المكاني، العنصر الزماني. فإذا منح الدستور إحدى السلطات العامة اختصاصا محددًا، فإنه يجب على هذه السلطة مباشرة هذا الاختصاص بنفسها دون تفويض غيرها من السلطات في ذلك إلا إذا نص الدستور على ذلك.

ولما كان الدستور قد عهد للسلطة التشريعية اختصاصا بسن القوانين، وأنها صاحبة الاختصاص الأصلي في ذلك، فإذا صدر القانون من إحدى السلطات الأخرى، وفي غير الحالات التي نص عليها الدستور، فإنها بذلك تكون قد اغتصبت سلطة المشرع في سن القوانين، ويصبح التشريع غير دستوري لغيب عدم الاختصاص الشخصي .

---

<sup>1</sup> - انظر نص المواد 06 و20 و22 و192 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، ونجد كذلك المؤسس الدستوري في ظل الدستور التونسي الصادر في يناير 2014 قد منح سلطة وضع التشريع لمجلس نواب الشعب منتهجها في ذلك نظام أحادية المجلس التشريعي بعدما كان يعتمد على نظام المجلسين في الدستور السابق، وينص الفصل 50 من الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014 على أن « يمارس الشعب السلطة التشريعية عبر ممثليه بمجلس نواب الشعب أو عن طريق الاستفتاء. » ويفهم من هذا النص أن السلطة التشريعية ملك للشعب بمارستها عن طريق ممثليه في مجلس نواب الشعب أو عن طريق الاستفتاء، كما يحدد لنا الفصل 65 منه مجال القانون الذي يمارس في نطاقه مجلس نواب الشعب اختصاصه التشريعي .

وعلى ذلك، فإن البرلمان (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) وفقا للمادة 112 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 هو صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع، غير أنه يمكن كذلك لرئيس الجمهورية المشاركة في وضع التشريع مستمدا اختصاصه في هذه الحالة من الدستور.

كما يمنح للبرلمان سلطة التشريع في أي موضوع من الموضوعات باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع ولا يرد على هذه السلطة أية قيود سوى تلك القيود التي أوردها الدستور، فعندما تمارس السلطة التشريعية اختصاصا تشريعا ينبغي أن يكون في المجال الذي حدده الدستور لها، فإذا تجاوزت هذا الإطار كانت التشريعات الصادرة في هذه الحالة غير دستورية لعيب عدم الاختصاص الموضوعي<sup>1</sup>.

وإلى جانب العنصر الشخصي والموضوعي في الاختصاص نجد الاختصاص الزمني، فعندما يعهد الدستور للبرلمان ممارسة سلطة التشريع في الموضوعات التي حددها، قد يحدد لها مدة زمنية معينة تمارس فيها هذا الحق، بحيث إذا انتهت هذه المدة يحظر على هذه السلطة سن القوانين.

ووفقا لهذا المفهوم يحظر على البرلمان سن التشريعات العادية منها أو العضوية لانتهاء المدة التي منحها الدستور لممارسة هذا الاختصاص، وتعتبر التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية خارج النطاق الزمني الذي حدده الدستور لها لممارسة اختصاصه تشريعات غير دستورية لعيب عدم الاختصاص الزمني، كأن يصدر البرلمان تشريعات خارج الفترة التشريعية أو أثناء العطل البرلمانية، أو أن يصدر رئيس الجمهورية تشريعا في حالة التفويض التشريعي بعد انتهاء المدة الزمنية المحددة لممارسة هذا التشريع، وكذلك التشريع بأوامر من طرف رئيس الجمهورية عندما يكون البرلمان منعقدا<sup>2</sup>. والملاحظ على كل من الدستورين المصري والجزائري

<sup>1</sup> - ولقد حددت هذه المادة 34 من الدستور الفرنسي الموضوعات التي يستطيع المشرع تنظيمها بقانون. وبالرجوع إلى الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل في سنة 2016 نجد أن المادتين 140 و 141 منه (يقابلها نص المادتين 122 و 123 على التوالي من دستور 1996) قد نصتا على المسائل التي يمكن للمشرع التشريع فيها بقوانين العادية منها والأساسية، وهو الأمر الذي نص عليه الفصل 60 من الدستور التونسي لسنة 2014، الذي حدد الموضوعات التي ينظمها مجلس نواب الشعب بموجب قانون عضوي أو عادي. أما بالنسبة للدستور المصري لسنة 2014 فقد أطلق العنان لمجلس النواب ممارسة اختصاصه التشريعي دون حصر أو حجز لمجاله، مع أنه أحال على مجلس النواب في بعض المسائل التي يتم تنظيمها بموجب قوانين مكملة للدستور وفق لنص المادة 3/121 من الدستور المصري لسنة 2014؛ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص. 439.

<sup>2</sup> - بالرجوع إلى الدستور الجزائري لسنة 1996 وبالتحديد في المادة 113 منه التي تنص على ما يلي: «تبتدئ الفترة التشريعية وجوبا في اليوم العاشر الموالي لتاريخ انتخاب المجلس الشعبي الوطني، تحت رئاسة أكبر النواب سنا وبمساعدة أصغر نائبين. » ويفهم من نص هذه المادة أن المؤسس الدستوري الجزائري نص على أن الفترة التشريعية تبدأ وجوبا في اليوم العاشر الموالي لتاريخ انتخاب نواب المجلس الشعبي الوطني، غير أن هذا النص الدستوري لم يحدد لنا بدقة بداية عمل البرلمان (بداية دورة البرلمان)، أي تحديد النطاق الزمني الذي يقدم من خلاله المشرع بوضع القوانين العادية منها والعضوية (المكملة أو الأساسية) فقد نصت في هذا الشأن المادة 118 من الدستور الجزائري على أن «يجتمع البرلمان في دورتين عاديتين كل سنة، ومدة كل دورة أربعة أشهر على الأقل ». وبالرجوع إلى القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات

الوظيفية بينهما وبين الحكومة الصادر في 08 مارس 1999، ج ر رقم 15 المؤرخة في 09 مارس 1999 لاسيما المادة الخامسة منه التي تنص على ما يلي: « يجتمع المجلس الوطني الشعبي ومجلس الأمة في دورتي الربيع والخريف، وتبتدى دورة الربيع في يوم العمل الثاني من شهر مارس، وتبتدى دورة الخريف في يوم العمل الثاني من شهر سبتمبر وتدمم كل دورة عادية (05) خمسة أشهر على الأكثر من تاريخ افتتاحها . يحدد تاريخ اختتام كل دورة بالتنسيق بين مكتيي الغرفتين، وبالتشاور مع الحكومة ». ويفهم من نص هذه المادة أن مدة الدورة العادية لكل غرفة في البرلمان خمسة أشهر على الأكثر من تاريخ افتتاحها، وعند المقارنة بين نص المادتين 01/118 من الدستور والمادة 05 من القانون العضوي رقم 02/99 بحددها في بداية الأمر توجي بوجود تناقض بينهما، لكن الحقيقة عكس ذلك، لأنها ترتبط بحالة تمديد دورة البرلمان العادية، فالأصل أن مدة هذه الدورة هو أربعة أشهر من تاريخ افتتاح الدورة العادية مرتبط بتحقيق شرطين، الأول موضوعي يهدف إلى استكمال المسائل المضبوطة في جدول الأعمال محل الدراسة في الدورة أو بناء على طلب الحكومة دراسة نقطة لاستعمالها وفقا لنص المادة 17 من القانون العضوي رقم 02/99 أعلاه، والثاني موضوعي يستوجب أن يكون إقرار التمديد بالتنسيق بين مكتيي البرلمان وبالتشاور مع الحكومة.

إلى جانب ذلك يمكن للبرلمان الاجتماع في دورة غير عادية بمبادرة من رئيس الجمهورية، أو باستدعاء من رئيس الجمهورية بطلب من الوزير الأول، أو بطلب من ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني. وتختتم الدورة غير العادية بمجرد ما يستنفذ البرلمان جدول أعماله الذي استدعي من أجله. وبالتالي، فإذا أصدر البرلمان قوانين خارج النطاق الزمني الذي حدده الدستور تصبح هذه الأعمال مشوبة بعيب عدم الاختصاص الزمني. لمزيد من التفاصيل: أنظر، نص الدين بن طيفور، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، حقوق جامعة سيدي بلعباس، 2003، ص. 152. وبالرجوع إلى القانون رقم 16-01 المضمن التعديل الدستوري لدستور 1996 المؤرخ في 6 مارس 2016 نجد أن المادة 130 منه تنص على أن «تبتدى الفترة التشريعية، وجوبا، في اليوم الخامس عشر (15) الذي يلي تاريخ إعلان المجلس الدستوري النتائج تحت رئاسة أكبر النواب سنا وبمساعدة أصغر نائبين منهم ». ومن بين المستجدات التي جاء بها التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 هو الاعتماد على نظام الدورة الواحدة بالنسبة للبرلمان، على أن تتخللها عطلة برلمانية، الأمر الذي نصت عليه المادة 135 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 بأن « يجتمع البرلمان في دورة عادية واحدة كل سنة، مدتها عشرة (10) أشهر على الأقل، وتبتدى في اليوم الثاني من أيام العمل في شهر سبتمبر. يمكن الوزير الأول طلب تمديد الدورة العادية لأيام معدودة لغرض الانتهاء من دراسة نقطة في جدول الأعمال. » أما فيما يخص ادوار انعقاد مجلس النواب في مصر، فإنه لا يستطيع أن يمارس وظيفته طيلة أيام السنة، وإنما يقترب من نصفها بالزيادة أو النقصان وفقا ما يحدد الدستور، والهدف من ذلك هو ترك الفرصة للتروي والتفكير فيما بين أدوار الانعقاد. الأمر الذي نصت عليه المادة 115 من الدستور المصري لسنة 2014 على ما يلي: «يدعو رئيس الجمهورية مجلس النواب للانعقاد للدور العادي السنوي قبل يوم الخميس الأول من شهر أكتوبر، فإذا لم تتم الدعوة، يجتمع المجلس بحكم الدستور في اليوم المذكور. ويستمر دور الانعقاد العادي لمدة تسعة أشهر على الأقل.. » ويفهم من هذا النص أن المؤسس الدستوري المصري الذي منح مجلس النواب ولاية عامة في التشريع بدون تحديد مجال القانون، فإنه كذلك منحه الحق في سن التشريعات العادية منها والمكملة للدستور خلال مدة يمكن القول عليها إنها غير محددة (تسعة أشهر على الأقل). إلى جانب ذلك يجوز انعقاد مجلس النواب في اجتماع غير عادي لنظر أمر عاجل بناء على دعوة من رئيس الجمهورية، أو بطلب من موقع من عشر (10/1) أعضاء مجلس النواب على الأقل تطبيقا لنص المادة 116 من الدستور المصري لسنة 2014، ويجوز انعقاد مجلس النواب في اجتماع غير عادي لنظر أمر عاجل، بناء على دعوة من رئيس الجمهورية/أو بطلب موقع من عشر أعضاء المجلس على الأقل. أما بالنسبة للدستور الفرنسي، فقد نصت المادة 28 منه على ما يلي:

«Le Parlement se réunit de plein droit en une session ordinaire qui commence le premier jour ouvrable d'octobre et prend fin le dernier jour ouvrable de juin.

Le nombre de jours de séance que chaque assemblée excède cent vingt . Les semaines de séance sont fixées par chaque assemblée.. »

وفهم من نص هذه المادة على أن يجتمع البرلمان بحكم القانون في دورة عادية تبتدى في اليوم الأول من أيام العمل لشهر أكتوبر، وتنتهي في آخر يوم من أيام العمل لشهر جوان، غير أن الفقرة الثانية من هذه المادة اشترطت بأن تكون مدة الدورة العادية في كل جمعية لا يتعدى 120 يوم تحدد خلالها كل جمعية أسابيع الجلسة، كما يمكن تمديد انعقاد الجلسة لأيام إضافية بقرار من الوزير الأول بعد استشارة رئيس الجمعية المعنية، وبناء على أغلبية أعضاء كل جمعية. إلى جانب ذلك يمكن للبرلمان أن يجتمع في دورة استثنائية بطلب من الوزير الأول، أو بطلب من أغلبية أعضاء الجمعية الوطنية على أساس جدول عمل محدد تطبيقا لنص المادة 29 من الدستور الفرنسي لعام 1958. وفي تونس فقد نص الفصل 57 من الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014 على ما يلي: « يعقد مجلس نواب الشعب دورة عادية تبتدى خلال شهر أكتوبر من كل سنة وتنتهي خلال شهر جويلية، على أن تكون بداية الدورة الأولى من المدة النيابية لمجلس نواب الشعب في أجل أقصاه خمسة عشر يوما من الإعلان عن النتائج النهائية للانتخابات بدعوة من

بأنهما قد تأثرا بالدستور الفرنسي في اعتماد دورة عادية واحدة في تحديد النطاق الزمني الذي يستطيع من خلاله البرلمان ممارسة اختصاصه التشريعي<sup>1</sup>.

فإذا كان لرئيس الجمهورية الحق في التشريع بأوامر في حالة التفويض التشريعي أو أثناء غيبة البرلمان لا تثير أية إشكالية تتعلق بالمجال الزمني لممارسة هذا الحق، فإن التشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية من قبل الرئيس تثير إشكالية خاصة وأن كل من المؤسس الدستوري الفرنسي في المادة 16 من الدستور، والجزائري في المادة 107 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، لم يحدد المدة الزمنية للتدخل في الحالة الاستثنائية<sup>2</sup>، ويترتب على سكوت المؤسس الدستوري في هذا الشأن عدم تقييد رئيس الجمهورية بأي قيد زمني لإقرار التشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية إضافة إلى سلطة رئيس الجمهورية في اختيار وقت إعلانها يتمتع بسلطة تقديرية في اختيار وقت إنائها.

وبخلاف ذلك، فقد اتجه المؤسس الدستوري المصري إلى وضع قيود على إقرار الحالة الاستثنائية، فوفقاً لنص المادة 154 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 يكون إعلان حالة الطوارئ بموافقة أغلبية أعضاء مجلس النواب ولمدة محددة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، ولا يجب تمديدتها إلا لمدة أخرى مماثلة بعد موافقة

---

رئيس المجلس المتخلى. وفي صورة تزامن بداية الدورة الأولى من المدة النيابية لمجلس نواب الشعب مع عطلة تعقد دورة استثنائية إلى غاية منح الثقة إلى الحكومة. ويجتمع مجلس نواب الشعب أثناء عطلته في دورة استثنائية بطلب من رئيس الجمهورية أو من رئيس الحكومة أو من ثلث أعضائه للنظر في جدول أعمال محدد». ويتضح من هذا الفصل على أن النطاق الزمني الذي يمارس فيه البرلمان اختصاصاته التشريعية، حيث يجتمع مجلس نواب الشعب في دورة عادية تبتدئ خلال شهر أو أكثر من كل سنة وتنتهي خلال شهر جويلية، كما يمكن أيضاً لمجلس نواب الشعب الاجتماع في دورة استثنائية أثناء عطلته، وذلك بطلب من رئيس الجمهورية أو من رئيس الحكومة، أو من ثلث أعضائه للنظر في جدول أعمال محدد.

<sup>1</sup> - تنص المادة 135 من التعديل الدستوري لدستور 1996 المؤرخ في 6 مارس 2016 على أن « يجتمع البرلمان في دورة عادية واحدة كل سنة، مدتها عشرة (10) أشهر على الأقل، وتبتدئ في اليوم الثاني من أيام العمل في شهر سبتمبر. »

<sup>2</sup> - انظر نص المادة 16 من الدستور الفرنسي لعام 1958، حيث تنص المادة 93 من الدستور الجزائري لسنة 1996 بعد تعديلها بموجب المادة 107 فقرة 2 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 « ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء. » فبعد أن كان رئيس الجمهورية ملزم بضرورة استشارة المجلس الدستوري من أجل اتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة الحالة الاستثنائية وفق ما تنص عليه المادة 93 من دستور 1996، فإن المادة 107 فقرة 2 من التعديل الدستوري لسنة 2016 التي نصت على ضرورة استشارة رئيس المجلس الدستوري بدل المجلس الدستوري، وقد يكون الهدف من ذلك هو سعي المؤسس الدستوري إلى تعزيز مكانة المجلس الدستوري ضمن المؤسسات الدستورية في الدولة.

ثلثي عدد أعضاء المجلس<sup>1</sup>، ويتضح لنا بأن المؤسس الدستوري المصري قد وضع قيوداً زمنياً على تدخل رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للعنصر المكاني للاختصاص، فقد يحدد الدستور مكاناً معيناً تمارس فيه السلطة التشريعية اختصاصاتها بحيث إذا مارست هذه السلطة الاختصاص الذي منحها إياها الدستور خارج النطاق المكاني المحدد، فإن ما تصدره من قوانين في هذه الحالة يعد باطلاً لغيب عدم الاختصاص المكاني .

وبالرجوع إلى الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 في مادته 114<sup>3</sup>، التي تنص على ما يلي: «مقر مجلس النواب مدينة القاهرة. ويجوز له في الظروف الاستثنائية عقد جلساته في مكان آخر بناء على طلب رئيس الجمهورية، أو ثلث عدد أعضاء المجلس. واجتماع المجلس على خلاف ذلك، وما يصدر عنه من قرارات، باطل.» ويتضح لنا من نص هذه المادة أن المؤسس الدستوري قد حدد النطاق المكاني الذي يمكن لمجلس النواب ممارسة نشاطه التشريعي فيه، وكقاعدة عامة لا يجوز لمجلس النواب عقد جلساته في مكان آخر، وإلا كانت التشريعات الصادرة عنه غير دستورية لغيب عدم الاختصاص المكاني.

غير أنه يجوز لمجلس النواب عقد جلساته خارج النطاق المكاني المحدد في الدستور إذا كانت هناك ظروف استثنائية تحول دون مباشرة مجلس النواب لاختصاصه التشريعي في المقر الأصلي بالقاهرة، وذلك بعقد جلساته في مدينة أخرى بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو ثلث أعضاء مجلس النواب.

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 154 من الدستور المصري الصادر بتاريخ 18 يناير 2014.

<sup>2</sup> - وهو نفس الأمر الذي نص عليه الفصلين 77 و80 من الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014 بأن يتخذ رئيس الجمهورية التدابير اللازمة التي تحتتمها الحالة الاستثنائية، وللمحكمة الدستورية صلاحية البت في استمرار الحالة الاستثنائية من عدمه، وذلك بعد مضي ثلاثين يوماً من إعلانها بطلب من رئيس مجلس نواب الشعب أو ثلاثين عضواً، على أن تعلن المحكمة الدستورية قرارها في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوماً، حيث ينص الفصل 77 من الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014 على ما يلي: « يتولى رئيس الجمهورية تمثيل الدولة ويختص برسم السياسات العامة في مجالات الدفاع والعلاقات الخارجية والأمن القومي المتعلق بحماية الدولة والتراب الوطني من التهديدات الداخلية والخارجية وذلك بعد استشارة رئيس الحكومة. كما يتولى: - اتخاذ التدابير التي تحتتمها الحالة الاستثنائية، والإعلان عنها طبقاً للفصل 80» كما ينص الفصل 80 من الدستور التونسي الحالي على ما يلي: « لرئيس الجمهورية في حالة خطر داهم مهدد لكيان الوطن وأمن البلاد واستقلالها، يتعذر معه السير العادي لدواليب الدولة، أن يتخذ التدابير التي تحتتمها تلك الحالة الاستثنائية، وذلك بعد استشارة رئيس الحكومة ورئيس مجلس نواب الشعب وإعلام رئيس المحكمة الدستورية، ويُعلن عن التدابير في بيان إلى الشعب.

ويجب أن تهدف هذه التدابير إلى تأمين عودة السير العادي لدواليب الدولة في أقرب الآجال، ويعتبر مجلس نواب الشعب في حالة انعقاد دائم طيلة هذه الفترة. وفي هذه الحالة لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس نواب الشعب كما لا يجوز تقديم لائحة لوم ضد الحكومة.

وبعد مضي ثلاثين يوماً على سريان هذه التدابير، وفي كل وقت بعد ذلك، يعهد إلى المحكمة الدستورية بطلب من رئيس مجلس نواب الشعب أو ثلاثين من أعضائه البت في استمرار الحالة الاستثنائية من عدمه. وتصرح المحكمة بقرارها علانية في أجل أقصاه خمسة عشر يوماً.

ويُنهي العمل بتلك التدابير بزوال أسبابها. ويوجه رئيس الجمهورية بيانا في ذلك إلى الشعب . »

<sup>3</sup> - ويقابلها نص المادة 100 في الدستور المصري 1971.

والملاحظ على المؤسس الدستوري الجزائري سواء في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016، أو التعديلات السابقة للدستور الجزائري لسنة 1996 لا نجد لها تنص على النطاق المكاني الذي يمكن للبرلمان ممارسة اختصاصه التشريعي فيه مثلما هو الأمر بالنسبة للدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014. لكن بالرجوع إلى القانون العضوي رقم 02/99<sup>1</sup> الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة في مادته الثانية نصت على ما يلي: « مع مراعاة أحكام المادة 93 من الدستور، يكون مقر المجلس الشعبي الوطني ومقر مجلس الأمة في مدينة الجزائر. » ويتضح من نص هذه المادة أنها جاءت مُكَمَّلة للدستور، لأنها تُنظِّم عمل إحدى أهم السلطات العامة في الدولة وهي السلطة التشريعية، وبذلك فقد حددت لنا هذه المادة النطاق المكاني للسلطة التشريعية، ذلك بأن التشريعات الصادرة خارج هذا المكان تعتبر غير دستورية ليعيب عدم الاختصاص المكاني. غير أن المادة الثانية أعلاه في بداية فقرتها «مع مراعاة أحكام المادة 93 من الدستور» يفهم منها بأنه خروجاً عن القاعدة العامة يجوز للبرلمان أن يعقد جلساته خارج النطاق المكاني المحدد إذا كانت هناك ظروف استثنائية تحول دون عقد البرلمان لجلساته في مقره الأصلي<sup>2</sup>.

### ب- سلطة المشرع فيما يتعلق بركن الاختصاص

وبعد أن توصلنا إلى أن الاختصاص التشريعي هو سلطة عهد بها الدستور إلى البرلمان لممارسة نشاطه التشريعي في المجال المحدد وضمن النطاق الزمني والمكاني الذي حدده الدستور. ولما كان ركن الاختصاص بعناصره المختلفة يعتبر من النظام العام، فما هي سلطة المشرع اتجاه ركن الاختصاص؟، بمعنى هل المشرع يتمتع بسلطة تقديرية أو مقيدة في هذا الجانب؟

الحقيقة أنه إذا كان الدستور هو الذي يحدد لنا قواعد توزيع الاختصاص بين السلطات العامة في الدولة، يجب على كل سلطة عامة أن تباشر اختصاصاتها دون تفويض غيرها بذلك، إلا في الحالات التي يسمح بها الدستور، وتطبيق قواعد توزيع الاختصاص في المجال الدستوري نجد أن السلطة التشريعية هي

<sup>1</sup> - القانون العضوي رقم 02/99 المؤرخ في 08 مارس 1999 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، ج ر العدد 15 المؤرخة في 09 مارس 1999.

<sup>2</sup> - وهو نفس الأمر الذي نص عليه الفصل 51 من الدستور التونسي لسنة 2014 على أن «مقرّ مجلس نواب الشعب تونس العاصمة، وله في الظروف الاستثنائية أن يعقد جلساته بأي مكان آخر من تراب الجمهورية». أما في فرنسا، لم يحدد الدستور الفرنسي لسنة 1958 النطاق المكاني الذي يستطيع البرلمان ممارسة اختصاصاته التشريعية ضمن مجاله، وأحال إلى النظام الداخلي للجمعية لتحديد ذلك، غير أنه يمكننا القول بأن المشرع ملزم بالإطار المكاني الذي حدده القانون كقاعدة عامة مع مراعاة أحكام المادة 16 من الدستور والمتعلقة بالحالة الاستثنائية.

المختصة بسن القوانين، ولا تملك سلطة تعديل تلك القواعد سواء بالزيادة أو بالنقصان، أي أن المشرع لا يتمتع بجزية الاختيار أو سلطة تقديرية في ركن الاختصاص، إذ يتعين عليه مباشرة اختصاصاته بنفسه دون التحلل من تلك الاختصاصات، سواء من خلال التقاعس عن ممارستها أو تفويض غيره من السلطات العامة في ذلك، إلا في الحالات التي حددها الدستور، على أن مخالفة قواعد توزيع الاختصاص والخروج عنها يعد اغتصاباً للسلطة التشريعية، ويعتبر التشريع الصادر وفقاً لذلك منعماً لصدوره عن الجهة غير المختصة التي حددها الدستور.

ومما سبق، يمكننا القول بأن المشرع لا يملك أية سلطة تقديرية تذكر في ركن الاختصاص، فلا يجوز له مخالفة قواعد توزيع الاختصاص الواردة في الدستور<sup>1</sup>، أي أن سلطة المشرع في ركن الاختصاص هي سلطة مقيدة، باعتبار أن قواعد توزيع الاختصاص هي من النظام العام. فإذا عهد الدستور للمشرع تنظيم مسألة معينة لا يمكنه الامتناع عن تنظيمها، ومن ناحية أخرى لا يستطيع البرلمان أن يمارس عملاً هو في الأصل من اختصاص سلطة أخرى، ذلك بأن تحديد مجال كل من اللائحة والقانون يعتبر كقيد على اختصاص السلطتين التشريعية والتنفيذية، فلا يجوز مثلاً لرئيس الجمهورية أن يساهم في العمل التشريعي إلا في الحالات التي حددها الدستور، وفي المقابل إذا عهد الدستور لرئيس الجمهورية الحق في إصدار أوامر تشريعية في الحالات الاستثنائية أو في غيبة البرلمان، أو من خلال التفويض، فإن ولاية المشرع تنحصر عن تنظيم تلك

---

<sup>1</sup> - إن في داخل عنصر الاختصاص تكمن أهمية التفرقة بين الاختصاص الأصلي للمشرع في إصدار قواعد قانونية عامة وبمجردة، واختصاصه بإصدار قرارات إدارية أو أعمال إدارية لا تتصف بالعمومية والتجريد، فإذا خالف المشرع ذلك كان في ذلك مخالفة لاختصاصه الذي منح إياه الدستور، وليس للمشرع سلطة تقديرية في منح أي قرار إداري صورة التشريع، ويضرب الفقيه الدكتور عبد الرزاق السنهوري لقواعد توزيع الاختصاص مثلاً على ذلك بقواعد منح الجنسية المصرية لشخص معين عمل إداري لا يجوز أن بقانون لأن الدستور عندما حدد طبيعة أعمال البرلمان الإدارية حصرها في إطار ضيق ومحدد، فإذا باشر البرلمان عملاً إدارياً يخالف فيه تلك الأعمال كان العمل باطلاً، لأن الدستور لم يجعل هذا العمل من بين الأعمال الإدارية التي يجوز صدورها من البرلمان، ولذلك فإن نص المادة الثانية من القانون رقم 160 لسنة 1950 والتي تنص على أن لا يجوز دون توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 50 منح الجنسية المصرية بقانون خاص لكل أجنبي يكون قد أدى للدولة خدمات جليلة، هو نص باطل لمخالفته الدستور، وأن القانون الذي يصدر بمنح شخص معين الجنسية المصرية يعد باطلاً تطبيقاً لهذا النص القانوني، لأنه في حقيقته عمل إداري صدر من جهة غير مختصة؛ أخذاً عن: محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2013، ص. 187.

المسائل نظرا لعدم قدرته على اتخاذ التدبير اللازمة لمواجهة حالة الضرورة التي تفرضها الحالات الاستثنائية أو لغيبته أصلا<sup>1</sup>.

وإذا كان المشرع لا يملك أية سلطة تقديرية في ركن الاختصاص نظرا لأن سلطته في هذا الجانب مقيدة، ولا يمكننا الحديث عن نطاق السلطة التقديرية للمشرع في ركن الاختصاص، فما مدى سلطة المشرع في ركن الشكل والإجراءات باعتبار أن قواعد الشكل والإجراءات تمثل مشروعية شكلية أو خارجية في القانون؟

### ثانيا: نطاق السلطة التقديرية للمشرع في ركن الشكل والإجراءات

وحتى يتسنى لنا معرفة نطاق السلطة التقديرية للمشرع في ركن الشكل والإجراءات سوف نتطرق أولا إلى التعريف بركن الشكل والإجراءات في القانون(أ)، ثم ننتقل إلى معرفة مدى سلطة المشرع في هذا الجانب(ب).

#### أ- ركن الشكل والإجراءات في القانون

تعتبر قواعد الشكل في القانون من القواعد التي لا تتعلق بموضوع ممارسة السلطة التشريعية، وإنما تتعلق بكيفية ممارسة هذه السلطة، أي من القواعد التي تحدد المظهر الخارجي الذي يظهر فيه القانون والإجراءات التي يصدر فيها .

ويقصد بركن الشكل المظهر الخارجي الذي يظهر فيه القانون والإجراءات التي يتبعها المشرع في إصداره، فإذا صدر القانون دون التزام البرلمان بالشكليات التي ينص عليها الدستور أو دون إتباع الإجراءات المقررة في الدستور أو مخالفة لها، يصبح التشريع الصادر في هذه الحالة غير دستوري لعيب الشكل والإجراءات<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>-انظر، سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص.161؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.187؛ عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص.192؛ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص.439؛ محمد أبو زيد، مبادئ القانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص.11.

<sup>2</sup>-انظر، سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص.162؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.188 وما يليها؛ عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص.193؛ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص.440.

وعليه، وحتى يكون التشريع دستوريا يجب أن يكون قد احترم الشكل الذي حدده الدستور، ولعل من أهم مسائل الشكل في التشريع هي الإجراءات التي يجب إتباعها لإصدار القوانين، وهذه الإجراءات تجدد أسسها مدونة في الدستور والنظام الداخلي للبرلمان.

وتتلخص القواعد الشكلية والإجرائية التي يلتزم بها المشرع عند وضع قواعد قانونية عامة ومجردة، في أن السلطة التشريعية يمارسها البرلمان مع مشاركة السلطة التنفيذية في العملية التشريعية، ومن ثم لا يصدر القانون إلا إذا وافق عليه البرلمان وأصدره رئيس الجمهورية وفق ما تنص المادتين 112 و144 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016<sup>1</sup>. ووفقا لنص المادة 136 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup> يمكن لكل من الوزير الأول وعشرين نائبا في المجلس الشعبي الوطني، أو بناء على اقتراح من عشرين عضوا في مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليها في المادة 137 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والوزير الأول وأعضاء البرلمان على السواء حق المبادرة بالقوانين تطبيقا لنص المادة 39 من الدستور الفرنسي، وهو نفس الأمر الذي نصت عليه المادة 122 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 والتي منحت حق المبادرة بالتشريع لكل من رئيس الجمهورية، ومجلس الوزراء، ولكل عضو من أعضاء مجلس النواب .

على أن كل مشروع قانون يجب أن يعرض على مجلس الوزراء بعد الأخذ برأي مجلس الدولة، ليتم إيداعه من طرف الوزير الأول مكتب المجلس الشعبي الوطني، أو مكتب مجلس الأمة حسب الحالة وفقا ما تنص عليه المادتين 136 و137 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ حسب الحالة، مجلس النواب المصري)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر نص المادتين 112 و144 من التعديل الدستوري لسنة 2016 - ويقابلها نص المادتين 98 و126 من الدستور الجزائري لسنة 1996؛ ويقابلها نص المادتين 34 و10 من الدستور الفرنسي لسنة 1958، والمادتين 101 و123 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014.

<sup>2</sup> - تنص المادة 136 من التعديل الدستوري لسنة 2016 - ويقابلها نص المادة 119 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أنه يمكن « لكل من الوزير الأول والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين. تكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة، إذا قدمها عشرون (20) نائبا أو عشرون (20) عضوا في مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليها في المادة 137. تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد الأخذ برأي مجلس الدولة، ثم يودعها الوزير الأول، حسب الحالة، مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة. » ويتضح لنا من نص هاتين المادتين بأن المؤسس الدستوري في ظل هذا التعديل الجديد قد منح أعضاء مجلس الأمة حق المبادرة باقتراح القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي للبلاد، الأمر يعد بمثابة خطوة إيجابية نحو تعزيز الدور التشريعي لمجلس الأمة والاعتراف له بحقه في ممارسة اختصاصه التشريعي مثله مثل المجلس الشعبي الوطني، خاصة و أن هذا الأخير يتمتع بسلطات تشريعية واسعة مقارنة بالاختصاصات التشريعية التي منحها الدستور الجزائري لسنة 1996 لمجلس الأمة.

<sup>3</sup> - تنص المادة 136 من التعديل الدستوري لسنة 2016 في فقرتها الثانية على أن « تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد الأخذ برأي مجلس الدولة، ثم يودعها الوزير الأول، حسب الحالة، مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة. » كما تنص المادة 137 من التعديل الدستوري لسنة 2016 بأن « تودع مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي مكتب مجلس الأمة. » و تنص المادة 122 من

ويكون اجتماع البرلمان الجزائري في دورة واحدة كل سنة مدتها عشرة أشهر على الأقل تبتدئ في اليوم الثاني من أيام العمل في شهر سبتمبر وفق ما تنص عليه المادة 135 من التعديل الدستوري لسنة 2016، مع العلم بأن المادة 118 من الدستور الجزائري لسنة 1996 قبل تعديلها قد نصت على دورتين عاديتين كل سنة يجتمع خلالها البرلمان، مدة كل دورة ما بين أربعة أشهر إلى خمسة أشهر على الأكثر، فإذا اجتمعت إحدى غرفتي البرلمان أو كلاهما خارج النطاق الزمني المحدد في الدستور، فإن القوانين التي يصدرها باطلة لعب في الشكل والإجراءات (المادة 135 من التعديل الدستوري لسنة 2016 المعدل للدستور الجزائري لسنة 1996، والمادة 115 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014)<sup>1</sup>، كما يجب أن يجتمع البرلمان في المكان الذي حدده الدستور، فإذا اجتمع في غير المكان المحدد كانت التشريعات الصادرة عنه غير مشروعة<sup>2</sup>. كما أن الأصل في جلسات البرلمان العلنية، غير أنه يجوز أن تكون سرية في الحالات المحددة في الدستور وفق ما تنص عليه المادة 133 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، كما يشترط لصحة

---

الدستور المصري من الدستور المصري لسنة 2014 على ما يلي: « لرئيس الجمهورية، ومجلس الوزراء، ولكل عضو في مجلس النواب اقتراح القوانين. وبحال كل مشروع قانون مقدم من الحكومة أو من عشر أعضاء المجلس إلى اللجان النوعية المختصة بمجلس النواب، لفحصه وتقديم تقرير عنه إلى المجلس، ويجوز للجنة أن تستمع إلى ذوي الخبرة في الموضوع.

ولا يحال الاقتراح بقانون المقدم من أحد الأعضاء إلى اللجنة النوعية، إلا إذا أجازته اللجنة المختصة بالمقترحات، ووافق المجلس على ذلك، فإذا رفضت اللجنة الاقتراح بقانون وجب أن يكون قرارها مسبباً وكل مشروع قانون أو اقتراح بقانون رفضه المجلس، لا يجوز تقديمه ثانية في دور الانعقاد نفسه. »  
وفقاً ما ينص عليه الفصل 62 من الدستور التونسي لسنة 2014. والملاحظ كذلك على الدستور التونسي الحالي بأنه منح حق المبادرة بالتشريع من عشر (10/1) نواب مجلس نواب الشعب على الأقل أو رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة، وهو ما نص عليه نص الفصل 62 منه: « تمارس المبادرة التشريعية بمقترحات قوانين من عشرة نواب على الأقل، أو بمشاريع قوانين من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة. ويختص رئيس الحكومة بتقديم مشاريع قوانين الموافقة على المعاهدات ومشاريع قوانين المالية. ومشاريع القوانين أولوية النظر »؛ ولزيد من المعلومات حول المبادرة بالتشريع في الدساتير التونسية السابقة على الدستور التونسي لسنة 2014: انظر، رافع بن عاشور، المؤسسات والنظام السياسي بتونس، الطبعة الثانية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2009، ص 333.

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 135 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 118 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، تنص المادة 115 من الدستور المصري لسنة 2014 على ما يلي: « يدعو رئيس الجمهورية مجلس النواب للانعقاد للدور العادي السنوي قبل يوم الخميس الأول من شهر أكتوبر، فإذا لم تتم الدعوة، يجتمع المجلس بحكم الدستور .... »؛ ومن بين الدساتير التي تعتمد على نظام الدورة الواحدة لاجتماع البرلمان الدستور التونسي لعام 2014، حيث ينص الفصل 57 من الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014: « يعقد مجلس نواب الشعب دورة عادية تبتدئ خلال شهر أكتوبر من كل سنة وتنتهي خلال شهر جويلية، على أن تكون بداية الدورة الأولى من المدة النيابية لمجلس نواب الشعب في أجل أقصاه خمسة عشر يوماً من الإعلان عن النتائج النهائية للانتخابات بدعوة من رئيس المجلس المتخلى. وفي صورة تزامن بداية الدورة الأولى من المدة النيابية لمجلس نواب الشعب مع عطلة تعقد دورة استثنائية إلى غاية منح الثقة إلى الحكومة.

ويجتمع مجلس نواب الشعب أثناء عطلته في دورة استثنائية يطلب من رئيس الجمهورية أو من رئيس الحكومة أو من ثلث أعضائه للنظر في جدول أعمال محدد »؛ انظر نص المادتين 73 و 74 من النظام الداخلي لمجلس الشيوخ.

<sup>2</sup> - انظر نص المادة 144 من الدستور المصري لسنة 2014، والمادة 02 من القانون العضوي رقم 02/99 المتعلق بعلاقة البرلمان والحكومة، والفصل 51 من الدستور التونسي لسنة 2014، والمادة 16 من الدستور الفرنسي.

قرارات البرلمان حضور أغلبية أعضائه في الغرفة الأولى (المجلس الشعبي الوطني أو الجمعية الوطنية في فرنسا، مجلس النواب في مصر)<sup>1</sup>، وبحضور أغلبية أعضاء مجلس الأمة تطبيقاً لنص المادة 138 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، إلا أن هناك حالات يشترط فيها الدستور أغلبية خاصة وفقاً لنص المادتين 153 و154 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، ولا يقبل اقتراح أي قانون مضمونه أو نتيجته تخفيض الموارد العمومية تطبيقاً لنص المادة 139 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup>. كما أنه في حالة حل الغرفة الأولى (حل المجلس الشعبي الوطني أو حل الجمعية الوطنية أو حل مجلس النواب) يحظر على البرلمان ممارسة اختصاصه التشريعي وعقد اجتماعاته في هذه الفترة، والتشريعات الصادرة خلال هذه الفترة تعتبر غير مشروعة<sup>3</sup>.

هذا بوجه عام الشروط الشكلية والإجرائية اللازمة لإصدار القوانين من طرف السلطة التشريعية، والتي حددها الدستور، سواء من حيث الزمان أو المكان والمناقشة القانونية، وكذا الأغلبية اللازمة لإقرار التشريع ونظام سير البرلمان وطريقة التصويت على القانون، إضافة إلى ذلك فقد نظم القانون العضوي عمل البرلمان والحكومة من حيث إيداع مشاريع واقتراحات القوانين ودراستها في اللجان المختصة، وكذا إجراءات التصويت.

والملاحظ في هذا الشأن أن جانب من الفقه قد اتجه نحو التمييز بين الإجراءات الشكلية الواردة في الدستور بين ما هو جوهري، ومنها ما هو غير جوهري<sup>4</sup>، بحيث يترتب على الإخلال بالإجراءات الشكلية

<sup>1</sup> - انظر نص المادتين 133 و138 من التعديل الدستوري لسنة 2016 - يقابلها نص المادتين 116 و118 من الدستور الجزائري لسنة 1996، والمادة 120 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، ونص المادة 33 من الدستور الفرنسي لعام 1958 .

<sup>2</sup> - انظر نص المواد 139 و153 و154 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 - يقابلها نص المواد 121 و135 و136 من الدستور الجزائري لسنة 1996، والمواد 40 و46 و49 و50 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمواد 124 و131 و132 و134 و135 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014.

<sup>3</sup> - انظر نص المادة 147 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 - يقابلها نص المادة 129 من الدستور الجزائري لسنة 1996، والمادة 137 من الصادر في 18 يناير 2014، والمادة 12 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

<sup>4</sup> - ومن أمثلة الإجراءات الشكلية وغير الجوهرية ما صاغه الأستاذ الدكتور السنهوري في مقاله الشهير حول الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، نظراً لأهميتها ارتأينا أن نسردها وفق ما جاء في هذه المقالة :- حالات الإجراء فيها جوهري منها: إذا نظر أحد المجلسين مشروع قانون في غير دور الانعقاد أو نظره مجلس الشيوخ ومجلس النواب منحل، كان الاجتماع غير شرعي، ومن ثم يكون التشريع الذي يقره هذا المجلس باطلاً من ناحية الشكل .

- إذا اجتمع أحد المجلسين في غير المكان المعين له وافر مشروع قانون، كان اجتماعه غير شرعي، وكان التشريع باطلاً من ناحية الشكل.

- إذا اجتمع المجلس دون أن تحضر الجلسة أغلبية أعضائه، وافر تشريعاً، كان هذه التشريع باطلاً من ناحيته الشكلية.

- إذا أقر المجلسين مشروع قانون دون أن تسبق إحالته على اللجنة المختصة، كان التشريع باطلاً بذلك.

التي ورد النص عليها في الدستور، والتي تعتبر إجراءات جوهرية بطلان التشريع، فإذا كان التمييز بين الإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية تقبل التطبيق في القضاء الإداري، حيث يتفق الفقه والقضاء الإداريين على أهمية التمييز بين النوعين من الإجراءات بالنسبة لعيب الشكل والإجراءات الذي قد يلحق القرار الإداري، فإن هذه التفرقة ليس لها تطبيق في القضاء الدستوري، حيث تعتبر كافة القواعد الشكلية والإجراءات التي نص عليها الدستور جوهرية ولها نفس الأهمية و القيمة القانونية، ويلتزم المشرع بها في وضع القواعد العامة والمجردة.

ومن ثم فإن كل ما ورد في الدستور هو من الإجراءات الجوهرية التي يترتب على تخلفها البطلان، فمهما كانت الإجراءات في ظاهرها، فهي تؤثر على عملية إصدار القانون، فالنص على هذه الإجراءات في الدستور يدل على أهميتها، وإلا أحال على القانون في ذلك، كما أن مسألة التفرقة بين ما هو جوهري وما هو غير جوهري يفسح المجال للقاضي الدستوري لتقرير الشكل الجوهري الذي يترتب على مخالفته البطلان، والذي لا يترتب عليه ذلك.

فإذا كان المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه التشريعي مُلزمًا باحترام القواعد الشكلية والإجرائية التي حددها الدستور دون التمييز بين الشكل الجوهري وغير الجوهري، فما هي سلطة المشرع فيما يخص ركن الشكل والإجراءات؟

---

- إذا قدم أحد أعضاء مجلسي الشيوخ مشروع قانون بإنشاء ضريبة، فأقره البرلمان، كان التشريع باطلا من ناحية الشكل لأن أعضاء مجلس الشيوخ لا يمكنهم اقتراح القوانين بإنشاء ضريبة أو زيادتها كما سلف القول.

- إذا رد الملك دون تصديق مشروع قانون، ثم أقر البرلمان مرة ثانية في الدور نفسه بالأغلبية المطلقة، كان التشريع باطلا من ناحية الشكل، لأن الأغلبية الخاصة التي يتطلبها الدستور في هذه الحالة لم تتوافر.

- إذا اختلف المجلسان في مشروع قانون غير الميزانية، واجتمع البرلمان في مؤتمر وأقر المشروع، كان التشريع باطلا من ناحية الشكل. ويختلط هنا الشكل بالاختصاص، لأن المؤتمر غير مختص إلا بأوامر معينة ذكرها الدستور على سبيل الحصر.

**حالات الإجراءات فيها غير جوهري:** إذا تأخرت اللجنة التي أحيل إليها مشروع القانون أكثر من شهر في تقديم تقريرها، لم يكن هذه التأخر موجبا للبطلان.

- إذا اقترح أحد أعضاء البرلمان مشروع قانون، ولم يجل على لجنة الاقتراحات قبل إحالته على لجنة الموضوع، كما تقضي المادة 103 من الدستور، لم يكن هذا موجبا للبطلان.

- إذا عقد أحد المجلسين بهيئة سرية بناء على طلب الرئيس لا بناء على طلب الحكومة أو عشرة من الأعضاء، كما تقضي المادة 98 من الدستور، فقرر المجلس أن تجري المناقشة في جلسة سرية، فالتشريع الذي يقره المجلس في هذه الجلسة السرية لا يكون باطلا من ناحية الشكل.

- إذا أخذ الرأي، في مشروع قانون، على المبدأ والمواد في وقت واحد، لم يكن هذا موجبا للبطلان.

- إذا أقر مجلس النواب مشروع قانون من حيث المبدأ ومن حيث المواد، ثم أخذ الرأي بالاسم على المشروع في الجلسة ذاتها لا في جلسة تالية، لم يكن هذه موجبا للبطلان؛ أخذنا عن: محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 983.

## ب- سلطة المشرع في عنصر الشكل والإجراءات

لما كان عنصر الشكل في نطاق القانون الدستوري هو مجموعة الإجراءات التي يجب إتباعها لإصدار القانون من قبل البرلمان وفقا للقواعد الشكلية والإجرائية التي حددها الدستور، فإن المشرع لا يملك أية سلطة تقديرية في ركن الشكل والإجراءات، بمعنى أنها خارج نطاق السلطة التقديرية للمشرع، ويعتبر التشريع معييا إذا صدر في غير الشكل الذي حدده الدستور أو دون مراعاة الإجراءات اللازمة لإقراره.

والملاحظ على المؤسس الدستوري في الدساتير محل الدراسة، بأنه قد حدد مراحل إنشاء القوانين بشكل واضح ودقيق، والتي تبدأ عادة بالمبادرة ثم الإقرار، وأخيرا الإصدار والنشر، ولم يمنح للمشرع أي جانب من حرية التقدير والاختيار في أي مرحلة من مراحل إنشاء تلك القوانين.

فإذا كان المشرع لا يملك سلطة تقديرية فيما يخص عناصر المشروعية الخارجية للقانون، أي أن عنصري الاختصاص و الشكل والإجراءات هما خارج نطاق السلطة التقديرية للمشرع، فإن المشرع مقيد بقواعد الاختصاص الذي حددها الدستور لأنها من النظام العام، فإذا صدر التشريع مخالفا لتلك القواعد يعتبر غير دستوري لعيب عدم الاختصاص<sup>1</sup>.

ولما كانت سلطة المشرع فيما يتعلق بركن الاختصاص و ركن الشكل والإجراءات هي سلطة مقيدة، ولا وجه للحديث عن السلطة التقديرية للمشرع في هذا المجال، فهل ينطبق هذا القول على عناصر المشروعية الداخلية أو الموضوعية في القانون، بمعنى هل يملك المشرع حرية في التقدير فيما يتعلق بعناصر المشروعية الداخلية أو الموضوعية في القانون أم لا؟

### الفرع الثاني

نطاق السلطة التقديرية للمشرع فيما يخص عناصر المشروعية الداخلية أو الموضوعية في القانون إلى جانب عناصر المشروعية الخارجية أو الشكلية في القانون (الشكل والإجراءات والاختصاص) توجد عناصر تتعلق بموضوع ممارسة السلطة التشريعية، وتشمل عيب المحل جوهر القانون ركن السبب الذي يعد عنصر موضوعي يبرر للمشرع تدخله بإصدار القانون، إضافة إلى عنصر الغاية ويقصد بها الهدف أو الغرض الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه من إصدار القوانين.

<sup>1</sup>-انظر، سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 257؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 189؛ عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 195؛ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص. 445.

وحتى يتسنى لنا معرفة نطاق السلطة التقديرية للمشرع فيما يخص عناصر المشروعية الداخلية أو الموضوعية في القانون ،سوف نحاول دراسة مدى سلطة المشرع في ركن المحل (أولا)، ثم في ركن السبب (ثانيا)، وأخيرا سوف نتطرق إلى نطاق السلطة التقديرية للمشرع في ركن الغاية(ثالثا).

### أولا :نطاق السلطة التقديرية للمشرع في ركن المحل

إن الحديث عن نطاق السلطة التقديرية للمشرع في ركن المحل يجزنا أولا إلى التعريف بمحل القانون (أ)، ثم نحاول معرفة مدى سلطة المشرع فيما يخص ركن المحل(ب).

#### أ-التعريف بمحل القانون

إن محل القرار الإداري هو جوهر القرار ومادته، وهو الأثر المباشر والحال الناتج عنه،وهو ما يميز القرار الإداري كعمل قانوني عن العمل المادي<sup>1</sup>،ويمكن تعريف محل القانون بأنه الأثر القانوني المترتب عليه،فهو جوهر القانون ومادته يُترجم إفصاح المشرع عن إرادته استنادا على وقائع معينة،ولا تختلف الحالة القانونية في القانون أو القرار الإداري إلا من حيث السلطة التي يتمتع بها كل من المشرع والإدارة في إنشاء حالة قانونية أو تعديلها أو إلغائها.

ونتيجة لذلك يجب أن تصدر القرارات الإدارية متطابقة مع القواعد القانونية التي تعلقها،أي أن اللوائح الإدارية لا يجب أن تصدر مخالفة للقانون الصادرة استنادا إليه،ويشمل ذلك أيضا اللوائح المستقلة التي لا تصدر استنادا على قانون معين،وإنما تستمد مصدرها من الدستور مباشرة، إذ يجب على تلك اللوائح ألا تخالف النص الدستوري الذي صدرت بموجبه.

أما بالنسبة للقانون فهو يتميز بعدم خضوعه إلا للقواعد الواردة في الدستور،وتبعا لذلك ينبغي في القانون الصادر عن المشرع أن يكون متطابقا مع أحكام الدستور،أي أن التزام المشرع في هذه الحالة التزام سلبي،ويشترط لصحة التشريع أن يكون محله غير مخالف للدستور،وحتى يكون كذلك يجب أن يكون متفقا

<sup>1</sup> -عرفت محكمة القضاء الإداري في مصر محل القرار الإداري بأنه "من الأركان الأساسية للقرار الإداري أن يكون له محل،وهو المركز الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه،والأثر القانوني الذي يترتب عليه حالا ومباشرة،وهذا الأخير هو إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغائها، وبهذا يتميز محل العمل القانوني عن محل العمل المادي،الذي يكون دائما نتيجة مادية واقعية،وتتحدد السلطة التقديرية للإدارة في محل القرار الإداري بحسب القواعد القانونية التي تحكم إصدار القرارات الإدارية باعتبار أن كل قرار إداري يستند لقاعدة أعلى،لمعرفة التفاصيل:محمد ماهر أبو العينين،المرجع السابق،ص.195 وما يليها؛انظر،سامي جمال الدين،المرجع السابق،ص.161؛انظر،عبد الحميد إبراهيم سليم،المرجع السابق،ص. 196؛انظر،عادل الطبطبائي،المرجع السابق،ص.439؛عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف،المرجع السابق،ص.58.

مع مبدأ الفصل بين السلطات، حيث تنص المادة 07 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016<sup>1</sup> على أن «الشعب مصدر كل سلطة»، وتنص المادة 12 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016<sup>2</sup> على أن «تستمد الدولة مشروعيتها وسبب وجودها من إرادة الشعب»، كما يمارس السلطة التشريعية برلمان له السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه وفق ما تنص عليه المادة 112 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>3</sup> بالاشتراك مع السلطة التنفيذية، وتنص المادة 156 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>4</sup> على أن «السلطة القضائية مستقلة وتُمارَس في إطار القانون»، وأساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة وفق ما تنص عليه المادة 158 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>5</sup>، حيث يفهم من هذه النصوص الدستورية بأن الدستور قد وُزِع الاختصاص بين السلطات العامة الثلاث، وهي السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، حيث تمارس كل سلطة اختصاصاتها تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يعد من مقومات الدولة<sup>6</sup>.

وبالرجوع إلى الدستور الفرنسي لعام 1958 نصت المادة 66 منه على أن تضمن السلطة القضائية الحماية للحرية الفردية، احترام هذا المبدأ في نطاق الشروط المنصوص عليها في القانون<sup>7</sup>، وهو ما نصت عليه المادة 94 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 بأن «سيادة القانون أساس الحكم في الدولة. وتخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء، وحصانته، وحيدته، ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات»؛ كما تنص المادة 184 من الدستور على أن «السلطة القضائية مستقلة، تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، ويبين القانون صلاحياتها والتدخل في شئون العدالة أو القضايا، جريمة لا تسقط بالتقادم».

إضافة إلى ذلك يجب أن يكون محل التشريع غير مخالف لنص دستوري في الحالة التي يكون فيها اختصاص المشرع مقيداً بهذا النص الذي يرسم له سلطة محددة، ويميز في هذه الحالة بين النصوص

<sup>1</sup> - يقابلها نص المادة 06 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>2</sup> - يقابلها نص المادة 11 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>3</sup> - انظر نص المادة 112 من التعديل الدستوري لسنة 2016 يقابلها نص المادة 98 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>4</sup> - يقابلها نص المادة 138 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>5</sup> - انظر نص المادة 158 من التعديل الدستوري لسنة 2016 يقابلها نص المادة 140 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>6</sup> - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص. 17؛ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 285.

<sup>7</sup> - تنص المادة 66 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« Nul ne peut être arbitrairement détenu.

L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. »

الدستورية في مجال الحقوق والحريات العامة<sup>1</sup>، وبين نصوص الدستور التي وردت في غير مجال الحقوق والحريات العامة، والتي ترسم للمشرع سلطة محددة<sup>2</sup>.

## ب- سلطة المشرع في ركن المحل

لكي يكون محل القانون مشروعاً ومنتجاً لآثاره يتعين على المشرع الالتزام بالقواعد الموضوعية التي يفرضها الدستور عليه، وتختلف السلطة التقديرية للمشرع في ركن المحل بحسب طبيعة القيود الموضوعية ودرجة الإلزام التي قد يفرضها المؤسس الدستوري على السلطة التشريعية، فكلما كانت القيود فضفاضة بما يمنح للمشرع جانباً من حرية التقدير بين عدة حلول كانت سلطته تقديرية، أما إذا كانت تلك القيود مُحكّمة بصورة تلزم المشرع بتحقيق أهداف محددة أو تفرض عليه ضرورة إتباع أسلوب معين لتنظيم المسألة محل التنظيم التشريعي كانت سلطته مقيدة.

<sup>1</sup> - فإذا كان الدستور قد اشترط أن تكون أداة التنظيم في مجال الحقوق والحريات العامة بقانون، فإن تدخل المشرع في مجال الحقوق والحريات العامة وفقاً لسلطته التقديرية لا يؤدي إلى الانتقاص منها أو انتهاكها، بل إلى تنظيمها تماشياً مع مضمون النص الدستوري وغايته، فإذا خرج المشرع على هذا الغرض كان التشريع مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ومن أمثلة هذه النصوص الدستورية في مجال الحقوق والحريات ما نصت عليه المواد (36، 42، 43، 44، 49، 51 و 69) من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016.

<sup>2</sup> - إلى جانب نصوص الدستور في مجال الحقوق والحريات العامة توجد نصوص أخرى ترسم للمشرع مجال عمله بصورة دقيقة، ومن هذه النصوص نصت عليه المادة 87 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 التي أحالت إلى القانون العضوي من أجل تحديد شروط الترشح للانتخابات الرئاسية مع مراعاة الشروط التي نصت عليها هذه المادة، فإذا أصدر المشرع قانوناً يخالف الشروط التي وردت في المادة 87 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 كان التشريع غير دستوري. ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 120 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 103 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على أن يحدد القانون العضوي كليات انتخاب النواب وكليات انتخاب أعضاء مجلس الأمة أو تعيينهم، وشروط قابليتهم للانتخاب، ونظام عدم قابليتهم للانتخاب، وحالات التنافي، ونظام التعويضات البرلمانية، والمادة 126 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 109 من الدستور الجزائري لسنة 1996) المتعلقة بالحصانة البرلمانية، فلو أصدر المشرع مثلاً تشريعاً يخل بهذه الحصانة أو ينتقص منها بأن يجيز مثلاً اتخاذ إجراءات ضد عضو البرلمان دون إذن من المجلس التابع له، كان القانون الصادر عنه في هذه غير دستوري. ومن أمثلة ذلك في الدستور الفرنسي ما ورد في المادة الأولى منه بأن فرنسا جمهورية، لا تنجزاً لائكية ديمقراطية واجتماعية وتضمن مبدأ المساواة، فإذا أصدر المشرع قانوناً يمس بوحدة الدولة ومقوماتها أو يميز بين المواطنين لأي سبب كان قانوناً غير دستورياً. كما تنص المادة الثانية من الدستور الفرنسي لعام 1958: «La langue de la République est le français»، وكذلك ما نصت عليه المادة السادسة فقرة 02 منه

«Les modalités d'application du présent article sont fixées par une loi organique»

أي أن يحدد القانون الشروط التطبيقية لهذه المادة، فإذا صدر تشريع يخالف هذا النص الدستوري فهو باطل. ومن أمثلة ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 25 من الدستور الفرنسي بأن يحدد القانون شروط انتخاب أعضاء كل جمعيتين وعدد أعضائهن وحالات التنافي وكذا عمل البرلمان، ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 01/66 من الدستور الفرنسي، فإنه لا يمكن أن يحكم على أحد بعقوبة الإعدام، فإذا إصدار المشرع قانوناً يجيز منه عقوبة الإعدام فهو غير دستوري. ومن أمثلة ذلك أيضاً ما نصت عليه المواد 02، 95، 109 و 110 من الدستور المصري لسنة 2014.

كما يشترط كذلك في محل التشريع إحداث قواعد عامة ومجردة، لأن شرط العمومية والتجريد أساس تمييز القاعدة القانونية، ومن ذلك نجد نص المادة 87 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016<sup>1</sup>، الذي قد جمع بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، فعندما أحال على القانون العضوي لتحديد شروط أخرى لانتخاب رئيس الجمهورية، يكون قد منح للمشرع سلطة تقديرية، وجانب من حرية التقدير والاختيار في تحديد تلك الشروط أو وضع المزيد من الشروط المناسبة لاختيار أنسب لرئيس الجمهورية، رئيس الدولة حامي الدستور والممارس للسلطة السامية في الدولة والمحددة في الدستور، ولكنه من ناحية ثانية قيّد المشرع عندما اشترط عليه أن يكون رئيس الجمهورية متمتعاً فقط بالجنسية الجزائرية الأصلية، وأن يثبت الجنسية الجزائرية لزوجها، وأن يكون دينه الإسلام، وأن يكون عمره أربعين (40) سنة يوم الانتخاب، ومتمتعاً بكافة الحقوق المدنية والسياسية، كما استلزم أيضاً في المترشح لمنصب رئيس الجمهورية أن يثبت مشاركته في ثورة أول نوفمبر 1954 إذا كان مولوداً قبل يوليو 1942 أو عدم تورط أبويه في أعمال ضد ثورة أول 1954، وأن يقدم تصريحاً علنياً بملكاته المنقولة والعقارية، وأن يكون يثبت كذلك إقامته الدائمة بالجزائر دون سواها لمدة عشر سنوات على الأقل قبل إيداع ملف الترشيح، فإذا أصدر المشرع قانوناً عضوياً يتضمن شروطاً تلغى أو تعدل في الشروط الواردة في هذه المادة كان تشريعاً غير دستورياً<sup>2</sup>.

والملاحظ على نص هذه المادة 13فقرة 4 الدستور الفرنسي لعام 1958<sup>3</sup> بأنها قد جمعت بين السلطتين التقديرية والمقيدة للمشرع، فعندما أحالت على القانون لتحديد الوظائف الأخرى التي يتم التعيين فيها في

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 87 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 73 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

<sup>2</sup> - تنص المادة 49 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 على أن « حرية التظاهر السلمي مضمونة للمواطن في إطار القانون الذي يحدد كيفية ممارستها. » نجد أن المؤسس الدستوري عندما أحال على القانون من أجل تنظيم حرية التظاهر السلمي يكون قد منح المشرع سلطة تقديرية و جانب من حرية التقدير في تحديد كيفية ممارسة حرية التظاهر السلمي المضمونة قانوناً للمواطن و إدراج ما يراه مناسباً من شروط على التمتع بتلك الحرية، لكنه من جهة أخرى قيده بضرورة عدم المساس بهذه الحرية، أو وضع شروط أقيود تجعل ممارستها أكثر إرهاقاً. ومثال ذلك أيضاً ما قضت به المادتين 118 و 120 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادتين 101 و 103 من الدستور الجزائري لسنة 1996) بأنهما قد جمعتا بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، فعندما أحالت المادة 120 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على القانون العضوي لتحديد أن يحدد القانون العضوي كيفية انتخاب النواب وكيفية انتخاب أعضاء مجلس الأمة أو تعيينهم، وشروط قابليتهم للانتخاب، ونظام عدم قابليتهم للانتخاب، وحالات التناهي، ونظام التعويضات البرلمانية، يكون قد منح المشرع سلطة تقديرية تتيح له حرية كيفية انتخاب النواب في المجلس الشعبي الوطني، ومنحته أيضاً سلطة تقديرية في تحديد كيفية اختيار ثلثي (3/2) أعضاء مجلس الأمة بطريقة دون الأخرى وفق ما يراه مناسباً وملائماً لقيام أعضاء البرلمان ممثل إرادة الشعب بمباشرة اختصاصاتهم، ولكنه من جهة ثانية قيد سلطة المشرع التقديرية عندما اشترطت المادة 118 فقرة 02 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أن يتم انتخاب ثلثي (3/2) أعضاء مجلس الأمة عن طريق الاقتراع غير المباشر والسري من بين ومن طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجلس الشعبي الولائي، كما اشترطت هذه المادة كذلك بأن يعين رئيس الجمهورية الثلث الأخير، فإذا أصدر المشرع قانوناً يخالف به هذا النص الدستوري كان التشريع الصادر عنه غير دستوري.

<sup>3</sup> - تنص المادة 13فقرة 4 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

مجلس الوزراء والشروط الذي بموجبها يتم تفويض سلطة التعيين لرئيس الجمهورية يكون قد منح المشرع سلطة تقديرية تمنح له الحرية في تحديد وظائف أخرى، وكذلك تمنح له الحرية في تحديد الشروط المتعلقة بتفويض سلطة التعيين لرئيس الجمهورية، ومن جهة أخرى قيد المشرع عندما نص على مجموعة من الوظائف التي يتم التعيين فيها في مجلس الوزراء وفقا لنص المادة 13 فقرة 02 و03 من الدستور، ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 63 من الدستور الفرنسي والمتعلقة بتنظيم المجلس الدستوري ونظام عمله، والتي منحت للمشرع سلطة تقديرية في ذلك المادة 64 من الدستور التي أحالت على القانون لوضع القانون الأساسي للقضاة<sup>1</sup>.

ومن الأمثلة التي تكون فيها سلطة المشرع تقديرية في الدستور المصري الحالي ما نصت عليه المادة 102 فقرة 02 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014: «ويبين القانون شروط الترشح الأخرى، ونظام الانتخاب، وتقسيم الدوائر الانتخابية، بما يراعي التمثيل العادل للسكان، والمحافظات، والتمثيل المتكافئ للناخبين، ويجوز الأخذ بالنظام الانتخابي الفردي أو القائمة أو الجمع بأي نسبة بينهما. كما يجوز لرئيس الجمهورية تعيين عدد من الأعضاء في مجلس النواب لا يزيد على (5) %، ويحدد القانون كيفية ترشيحهم.»

ويتضح من هذا النص الدستوري بأنه قد جمع بين السلطة التقديرية والمقيدة، فعندما أحال على القانون لتحديد الشروط الأخرى للترشح ونظام الانتخاب وتقسيم الدوائر الانتخابية يكون قد منح المشرع سلطة تقديرية تتيح له حرية إضافة شروط أخرى للترشح، وكذا وضع نظام للانتخاب وتقسيم الدوائر الانتخابية، لكنه من ناحية أخرى قيد المشرع عندما اشترط عليه بالنسبة لتقسيم الدوائر الانتخابية أن يراعي التمثيل العادل للسكان والمحافظات والتمثيل المتكافئ للناخبين، كما قيده أيضا بالنظام الانتخابي الذي قد يكون نظاما انتخابيا فرديا أو على أساس القائمة أو الجمع بين الأسلوبين معا، ومن القيود التي جاءت بها هذه المادة كذلك هو أنه لرئيس الجمهورية الحق في تعيين عدد من أعضاء مجلس النواب لا يزيد عن

---

« Une loi organique détermine les autres emplois auxquels il est pourvu en Conseil des Ministres ainsi que les conditions dans lesquelles le pouvoir de nomination du Président de la République peut être par lui délégué pour être exercé en son nom. »

<sup>1</sup> - ومن أمثلة سلطة المشرع المقيدة في الدستور الفرنسي لعام 1958 ما نصت عليه المادة 26 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 والمتعلقة بالحصانة البرلمانية

«Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions....»

خمس(5) % من عدد أعضاء المجلس، فإذا أصدر المشرع مثلاً قانوناً يمنع رئيس الجمهورية من تعيين عدد من الأعضاء في مجلس النواب، أو رفع عدد أعضاء المجلس الذين يعينهم رئيس الجمهورية بنسبة تزيد عن (5) % كان التشريع الصادر عنه غير دستوري<sup>1</sup>.

وفي هذا المجال يميز الفقه بين التشريعات التي تصدر عن المشرع وفقاً لسلطته التقديرية والتشريعات التي تصدر بسلطة مقيدة، فالأولى تكون وفقاً لعلاقة عدم التعارض بين النص الدستوري والنص التشريعي، أما الثانية فهي علاقة تطابق أو مطابقة بينهما.

وبناء على ما تقدم، يمكننا القول بأن سلطة المشرع في ركن المحل تتحدد بحسب طبيعة القيود الموضوعية التي يفرضها الدستور وحجمها والضوابط التي يجب على المشرع مراعاتها، فإذا كانت هذه القيود الموضوعية فضفاضة وتأخذ صورة قواعد عامة وإرشادية وتمنح للمشرع حرية في الاختيار والتقدير كانت سلطته تقديرية، أما إذا كانت تلك القيود محكمة بحيث تلزم المشرع بضرورة تحقيق نتيجة معينة عند تحقق سبب محدد تكون سلطته مقيدة.

فإذا كان نطاق السلطة التقديرية للمشرع فيما يتعلق بركن المحل مرتبط بحجم القيود الموضوعية التي يفرضها الدستور ودرجة إلزامها، فما هو نطاق السلطة التقديرية للمشرع في ركن السبب؟

---

<sup>1</sup> - ومن أمثلة النصوص الدستورية التي تجمع بين السلطة المطلقة و التقديرية للمشرع ما نص عليه الفصل 49 من الدستور التونسي لسنة 2014 على أن: « يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها . ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.

لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور .» ويتضح لنا من هذا النص أنه جمع بين التقدير والتقييد، فعندما أحال على القانون لتحديد الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور فهو بذلك قد منح المشرع سلطة تقديرية تتيح له حرية في التقدير لتحديد تلك الضوابط، لكنه قيده من ناحية أخرى عندما اشترط عليه أن يتم تحديد أو وضع تلك الضوابط لا يكون إلا للضرورة بهدف حماية حقوق الغير أو مقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة، كما قيده أيضاً بضرورة التناسب بين تلك الضوابط وموجباتها، كما قيده أيضاً بعدم التعديل أو الإهدار أو المساس بمكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في الدستور، فإذا أصدر المشرع قانوناً يخالف أحكام هذا النص الدستوري كان باطلاً؛ ومن أمثلة ذلك أيضاً ما نص عليه الفصل 53 و54 و55 و106 من الدستور التونسي لسنة 2014، هنا سلطة المشرع سلطة تقديرية، والفصل 109 منه في هذه الحالة سلطة المشرع مقيدة، وكذلك الفصل 75 من الدستور والمتعلقة بشروط ترشح رئيس الجمهورية فهي تجمع بين السلطة التقديرية والمقيدة في آن واحد.؛ انظر الفصول 53 و54 و55 و75 و106 و109 من الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014؛ رافع بن عاشور، المرجع السابق، ص.333.

## ثانيا: نطاق السلطة التقديرية للمشرع في ركن السبب

لتحديد نطاق السلطة التقديرية للمشرع، أي مجال التقدير والتقييد في ركن السبب يتوجب علينا أولا التعريف بركن السبب كعنصر موضوعي في القانون(أ)، ثم مدى سلطة المشرع فيما يخص ركن السبب(ب).

### أ-التعريف بركن السبب في القانون<sup>1</sup>

يتمثل عنصر السبب في القرار الإداري في مجموعة الوقائع التي تسبق القرار وتدفع إلى إصداره، أي المبرر والدافع إلى اتخاذ القرار الإداري، ويمكن تعريفه قانونا بأنه الحالة الواقعية والقانونية التي تسمح للإدارة بالتصرف واتخاذ القرار الإداري، وتستند الإدارة في إصدار قراراتها الإدارية إلى أسباب قانونية أو وقائع مادية، فالسبب في توقيع الجزاء التأديبي مثلا هو تصرفات الموظف العام التي تعد من الأخطاء أو الجرائم، التأديبية، والسبب في فض مظاهرة وتفريقها بالقوة هو الإخلال بالنظام العام، والسبب من لوائح المرور هو تنظيم المرور وضمان السلامة المرورية، والسبب كذلك في المنع من السفر هو السلوك الذي يسيء إلى كرامة الوطن بالخارج.

والسبب في القانون إذا قارناه بالقرار الإداري حول ما يتمتع به المشرع وجهة الإدارة من حرية في التقدير في هذا الركن، نجد أن السلطة التقديرية سواء بالنسبة للمشرع أو الإدارة، إنما تكمن في هذا الركن مع اختلاف نطاقها في كل من القانون والقرار الإداري .

فإذا كانت فكرة السبب في القرار الإداري قد ابتدعها القضاء الإداري من خلال بسط الرقابة على مجال الملاءمة المتروك للإدارة، ففي نطاق القانون الدستوري لا يتم الأخذ بهذا النوع من الرقابة الموضوعية، إضافة إلى ذلك فإن فكرة الوقائع في القانون ليس لها نفس الدور في مجال القرار الإداري، بمعنى أنه إذا كانت

<sup>1</sup> - تجدر الإشارة بأن فكرة السبب ظهرت أول الأمر في نطاق القانون المدني كمبدأ، بحيث ذهب جانب من الفقه الفرنسي القديم وعلى رأسهم الفقيه DUGUIT إلى إنكار دور السبب في القرار الإداري، فالأسباب أو كما يسميها البواعث لا يمكن أن تؤثر في القرار الإداري إطلاقا، لأنها أمر خارج عنه ولا تدخل في نطاق العمل الإداري وهو كواقعة خاصة سابقة على العمل الإداري لا يمثل أحد عناصره، ولا يمكن بالتالي أن يكون له تأثير على صحته أو مشروعيته، غير أن الفقه الحديث قد انتقد هذا الاتجاه بأن الحالة الواقعية أو القانونية التي يسميها DUGUIT بالبواعث الملهمة لا يقتصر دورها على مجرد الإيحاء بفكرة القرار الإداري، وإنما تمثل في نفس الوقت أساسا للقرار الإداري وسبب وجوده ؛

- DUGUIT.L, Traite de droit constitutionnel, Tome 02,3<sup>ème</sup> édition , 1928,p365.

أورده: عن سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص.158؛ انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول المرجع السابق، ص.201، عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص.390؛ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص.450؛ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص.55.

الوقائع قد تمثل السبب الرئيسي في أغلب القرارات الإدارية، فهي بهذا لا تمثل سببا مباشرا للقانون، بل إن إرادة المشرع هي التي تكسبه هذه الصفة، إلا في حالات بسيطة حددها الدستور<sup>1</sup>.

وبصفة عامة لا يحتاج المشرع إلى سبب قانوني لتنظيم مسألة معينة أو حرية ما، بل تكفي فقط إحالة الدستور عليه لتنظيم مسألة معينة، ذلك لأن الملاءمات التشريعية التي يتمتع بها المشرع، سواء تمثل ذلك في سبب التدخل أو كيفية التدخل أو أسلوب المعالجة التشريعية للمسألة محل التنظيم التشريعي تعتبر من أهم مظاهر السلطة التقديرية للمشرع؛ فتنظيم المشرع للحق في التعليم والحق في الرعاية الصحية، والحق في العمل وغيرها من الحقوق والحريات العامة أساسه النص الدستوري أو المبدأ الدستوري الذي يحيل على القانون لتنظيم ذلك، والذي يمثل السبب الدافع لتدخل المشرع.

لكن القول بأن تدخل المشرع لتنظيم المسائل التي يحيل فيها على القانون يعود إلى قواعد توزيع الاختصاص وليس إلى السبب، مرده إلى أن سلطة المشرع في التشريع تنبع من فكرة الاختصاص، باعتبار أن تنظيم المشرع لمسألة معينة يستند إلى قواعد الاختصاص التي حددها الدستور.

وفي هذا الشأن اتجه كل من الفقه والقضاء إلى القول بأن فكرة الاختصاص تشمل طائفتين من القواعد الأولى تنظم ممارسة السلطة العامة لاختصاصها وتشمل العناصر الخارجية للقانون (العناصر الشكلية)، أما الثانية تتمثل في العناصر الداخلية أو الموضوعية للقانون وتشمل مضمون العمل ودوافعه والغاية منه.

---

<sup>1</sup> - لا تعتبر الوقائع العنصر الأساسي لإصدار القانون، ولا تمثل سببا مباشرا له إلا في حالات بسيطة حددها الدستور، مثل ما نصت عليه المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 124 فقرة 03 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على أنه « يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 107 من الدستور » فالتشريع بأوامر له قوة القانون بعد موافقة البرلمان عليها مرتبط بالحالة الاستثنائية التي تستوجب اتخاذ كافة التدابير والإجراءات الاستثنائية للحفاظ على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الدولة، وبالتالي فإن المؤسس الدستوري لما خول رئيس الجمهورية سلطة إصدار قرارات لها قوة القانون، وترك له تقدير حالات الضرورة التي تستدعي اتخاذ التدابير اللازمة، فإنه قد ترك له حرية تقدير هذه الحالة، ومن ثم تقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة استخدام هذه الرخصة التشريعية الاستثنائية له، على أن يكون استعمالها تحت رقابة البرلمان. غير أن هذه المفهوم منتقد نسبيا لأن رئيس الجمهورية لا يستطيع استعمال تلك السلطة إلا إذا توافر الظرف الاستثنائي، وهو الأمر الذي نصت عليه المواد 105 و106 و107 و108 و109 و110 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المواد 91 و92 و93 و94 و95 و96 من الدستور الجزائري لسنة 1996)؛ ومن ذلك ما نصت عليه المادة 16 من الدستور الفرنسي لعام 1958 التي منحت رئيس الجمهورية صلاحية اتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة الظروف الاستثنائية، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 156 من الدستور المصري لسنة 2014. وبناء على ما سبق فرئيس الجمهورية لا يتمتع بسلطة تقديرية في هذه الحالة، بل هو مقيد بالقيود التي فرضتها أحكام الدستور؛ انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 201.

وإذا خالصنا إلى أن التشريع كغيره من القواعد القانونية ينبغي أن يستند على سبب يبرر إصداره فالمرجع عندما يتدخل لإقرار تشريع معين يحتاج إلى سبب قانوني أو وقائع معينة يحددها الدستور، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن مدى سلطة المشرع فيما يتعلق بركن السبب، أي مجال تقدير والتقييد في القانون؟

### ب- سلطة المشرع فيما يخص ركن السبب

إذا كان عدم تحديد محل القانون يلازم تحديد السبب، فإنه يمكن القول بأن السلطة التقديرية بالنسبة لمحل التشريع تتمثل في حرية اختيار السبب الذي يتفق معه محل التشريع، ويكون المشرع مقيدا فيما يتعلق بركني المحل والسبب إذا كانت الأسباب محددة ومُحَكَّمة، بحيث يكون محل التشريع الصادر الأثر المباشر والحال لتلك الأسباب، وعلى العكس من ذلك تكون سلطة المشرع تقديرية في هذا الشأن إذا كانت الأسباب غير محددة بالشكل الذي يتيح للمشرع حرية في التدخل أو تنظيم مسألة دون غيرها.

وبالتالي، فالمرجع في ركن السبب يتمتع بسلطة تقديرية كبيرة فيما يتعلق بالوقائع التي تدفع إلى إصدار القانون باستثناء الحالات التي يشترط فيها الدستور حدوث وقائع محددة لإصدار القانون، فالدستور مثلا قد يحدد سبب تدخل رئيس الجمهورية للتشريع بأوامر لها قوة القانون بعد موافقة البرلمان عليها، وهو وجود وقائع على درجة عالية من الخطورة، وتتصف هذه الوقائع بأنها تمثل حالة أو ظرف استثنائي يحتاج إلى تدخل حاسم وسريع لمواجهةتها.

وبالنتيجة يمكننا القول بأن سلطة المشرع التقديرية فيما يتعلق بركن السبب تكاد تكون سلطة شبه مطلقة في عنصر الوقائع المبررة لإصدار القانون، وذلك بالنظر إلى طبيعة التشريع التي تتسم بالعمومية والتجريد، وكذا صعوبة تحديد الوقائع التي تبرر تدخل المشرع، باعتبار أن هذه الوقائع ليست العنصر الأساسي الدافع لإصدار القانون، بل إن إرادة المشرع هي التي تكسبه هذه الصفة، ومن ثم يتمتع المشرع بسلطة تقديرية واسعة في هذا الجانب، على أن اختيار كيفية تدخل المشرع وإعطائه أولوية في تنظيم موضوع دون غيره تعتبر من أهم مظاهر السلطة التقديرية للمشرع.

كما أن السلطة التقديرية للمشرع تتحدد بحسب طبيعة الأسباب القانونية التي قد تدفع المشرع إلى إصدار القانون، فإذا نظم النص الدستوري مسألة معينة بصورة مُحَكَّمة تفرض على المشرع ضرورة إتباع أسلوب محدد في تنظيم تلك المسألة تكون سلطته مقيدة، أما إذا كانت النصوص الدستورية من العموم

والسعة بالشكل الذي يمنح للمشرع جانبا من حرية التقدير والاختيار في المسألة محل التنظيم التشريعي تكون سلطته تقديرية .

وإذا خلصنا إلى أن نطاق السلطة التقديرية للمشرع إنما يكمن أصلا في ركن السبب، والذي يترك للمشرع مجالا واسعا في التقدير في ممارسة اختصاصاته التشريعية ووضع قواعد عامة ومجردة، فما هو نطاق السلطة التقديرية للمشرع فيما يخص ركن الغاية؟

### ثالثا: نطاق السلطة التقديرية للمشرع في ركن الغاية

ولمعرفة جوانب التقدير والتقييد في ركن الغاية ،سوف سنحاول التعريف أولا بركن الغاية كركن موضوعي للقانون(أ)، ثم مدى سلطة المشرع في هذا الجانب(ب).

#### أ-التعريف بركن الغاية كركن من أركان القانون

الغاية من القرار هي الهدف أو الغرض النهائي الذي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقه من وراء إصداره لهذا القرار. فالقرار الإداري ليس غاية في حد ذاته، وإنما وسيلة لتحقيق غرض معين هو المقصود من اتخاذه، والغاية التي تهدف إليها القرارات الإدارية هي تحقيق المصلحة العامة<sup>1</sup>.

فإصدار قرار إداري في مجال الضبط الإداري هدفه هو حماية النظام العام، وبالتالي فإن الأهداف المحددة للوظيفة الإدارية تعتبر في نفس الوقت حدودا للسلطات الممنوحة للإدارة، فإذا انحرفت الإدارة بأهدافها عن الأهداف المحددة لها تكون القرارات الصادرة عنها مشوبة بعيب الانحراف في استعمال السلطة، ويعد من أوجه دعوى الإلغاء في القضاء الإداري.

والغاية في نطاق القانون الدستوري هي الغرض أو النتيجة النهائية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، بمعنى أنها الهدف النهائي لكل تشريع، والغاية من كل عمل قانوني هي المصلحة العامة، وبالتالي حتى يكون التشريع مشروعاً يجب أن تكون الغاية مشروعة وتستهدف تحقيق المصلحة العامة، باعتبار أن تحقيق المصلحة العامة هي أساس مشروعية القانون ومنتهى غايته، ومن ثم يجب أن تكون الغاية التي تتجه إرادة المشرع إلى تحقيقها متفقة مع الغاية التي يهدف إلى تحقيقها المؤسس الدستوري.

<sup>1</sup> -وفي هذا المجال ذهب مجلس الشورى في لبنان إلى القول بأنه "إذا ثبت من التحقيق أن التخطيط المتعلق بتعديل وتوسيع أحد الشوارع لم تفرضه المصلحة العامة، بل أنه جاء لتحقيق مصلحة ومنفعة خاصة، فإن القرار الذي أنشأه يكون باطلا، وكذلك المرسوم الذي يعلن تصديقه"؛ لتفاصيل أكثر: انظر، القرار رقم 651 الصادر في 30 يوليو 1975، اجتهاد القضاء الإداري في لبنان، الجزء الأول، ص. 17؛ أو رده، سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 67.

ومن ناحية أخرى، إذا حللنا عملية إصدار القانون نجد أن الغاية أو الغرض من إصداره تعتبر الركن الأساسي في القانون، والذي يكون له الأثر الرئيسي في تحديد محل القانون، ذلك لأن الدستور في الغالب لا يقيد سلطة المشرع فيما يتعلق بركن المحل بإتباع أسلوب معين أو تنظيم مسألة معينة إلا في الحالات التي يحددها الدستور.

وإذا كان القول بأن ركن السبب يرتبط بركن الغاية صحيحاً نسبياً، إلا أن الاختلاف بينهما كبير، فالسبب هو الحالة القانونية أو الواقعية أو الأسباب التي تدفع إلى إصدار القانون، أما الغاية فهي الغرض أو النتيجة النهائية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من إصدار قواعد عامة ومجردة<sup>1</sup>، حيث يكون التشريع غير دستورياً لعيب في الغاية في حالة وجود انحراف في استعمال السلطة التشريعية، الأمر الذي يجعل الغاية في التشريع تختلف أو لا تتفق مع الغاية التي قصدها المؤسس الدستوري.

ذلك بأن القول أيضاً بإدماج ركن السبب في الغاية من طرف أغلبية الفقهاء يعود إلى أن فكرة السبب في المجال الإداري ليس لها نفس المفهوم في نطاق القانون الدستوري، لأن المشرع لا يحتاج إلى سبب قانوني لكي يتدخل بالتشريع، فتكفي إحالة الدستور عليه لتنظيم مسألة معينة .

وإذا كان ركني السبب والغاية في القانون يعتبران من أهم مظاهر السلطة التقديرية للمشرع، فما مدى سلطته التقديرية بالنسبة لركن الغاية؟

### ب- سلطة المشرع التقديرية في ركن الغاية

الحقيقة أن غاية هو كل عمل قانوني إنما تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، على أن وضع معيار محدد ومنضبط لمفهوم المصلحة العامة التي يسعى كل عمل قانوني إلى تحقيقها أمر صعب، فما يراه البعض من متطلبات المصلحة العامة قد لا يراه البعض الآخر كذلك، كما أن مفهوم المصلحة العامة في حد ذاته قابل للتغيير، فإذا كانت هذه القواعد المنظمة للحريات والحقوق العامة مثلاً هو تحقيق المصلحة العامة في المجتمعات الليبرالية، فإن هدف المبادئ الاجتماعية التي يقوم عليها النظام الاشتراكي مثلاً هو تحقيق المصلحة العامة .

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مخالفة التشريع بالدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة المصري، السنة الثالثة، يناير 1952؛ وأوردته: محمد ماهر أبو العينين، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 955، ووجدني ثابت غابريال حماية الحرية في مواجهة التشريع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، ص 65.

وبالتالي، فإن فكرة المصلحة العامة تتيح للمشرع سلطة تقديرية واسعة من أجل تحديد مدلول المصلحة العامة، وكذا إقامة التوازن بين المصالح المتضاربة، وذلك لأن فكرة المصلحة العامة تعتبر كذلك مصدرًا لاختصاص المشرع، أي أن هذا الأخير يباشر اختصاصًا معينًا لتحقيق غرض معين.

غير أن سلطة المشرع التقديرية الواسعة فيما يخص ركن الغاية لا يعني إطلاق حرية المشرع في التقدير في هذا الجانب، وعلى القاضي الدستوري التحقق من مدى استهداف المشرع للمصلحة العامة من عدمه، ومدى الارتباط بين الأغراض التي يستهدفها المشرع ووسائل تحقيقها<sup>1</sup>.

وترتيباً على ما سبق، يمكننا القول بأن سلطة المشرع في ركن الغاية واسعة، فهو يملك سلطة تقديرية في تحديد مفهوم المصلحة العامة، وإقامة التوازن بين المصالح المتضاربة بتحديد ما يُعبر عن المصلحة العامة ذلك لأن البحث في فكرة المصلحة العامة في نطاق القانون هو تحديد الفارق الدقيق بين المصلحة العامة كغاية أساسية للتشريع لا يمكن صدور هذا الأخير دونها، وبين تلك المصالح الخاصة لطائفة معينة التي تؤثر على البرلمان لإصدار قانون يخدم مصالحها، كالمصلحة التي تعبر عن التوجهات السياسية للحكومة أو المصلحة الحزبية.

فإذا قلنا بأن المشرع يتمتع بجانب كبير من حرية التقدير فيما يتعلق بركن الغاية، فيتعين أن يكون هذا التنظيم أو الحل الذي اختاره المشرع يستهدف تحقيق المصلحة العامة، ويستطيع القاضي الدستوري مراقبة المشرع للتأكد من الغاية الحقيقية التي قصدها المشرع من تدخله.

والنتيجة التي يمكننا استخلاصها من خلال دراستنا لنطاق السلطة التقديرية للمشرع على أركان القانون، هي أن المشرع لا يملك أية سلطة تقديرية فيما يخص الأركان الشكلية أو الخارجية في القانون فالمشرع مُلزم باحترام قواعد الاختصاص التي حددها الدستور، وكذلك مُلزم بالقواعد الشكلية والإجرائية التي يصدر بها القانون .

---

<sup>1</sup> - إذا كان القول بأن البرلمان هو المعبر عن إرادة الشعب وله القدرة في تحديد مفهوم المصلحة العامة، فإن تركيبة أعضاء البرلمان في الغالب قد تعمل على التعبير عن التوجهات السياسية للحكومة التي تتحكم في سير عمله أو تحقيق مصلحة خاصة لفئة معينة. ومن هنا فإن البرلمان في تحديده لمفهوم المصلحة العامة قد يهدف إلى تحقيق غايات أخرى غير تحقيق المصلحة العامة ما يجعل التشريع الصادر في هذه الحالة مشوب بعيب عدم الدستورية؛ انظر، سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 120؛ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 258.

أما بالنسبة للأركان الداخلية أو الموضوعية في القانون، فإن سلطة المشرع التقديرية تختلف من ركن لآخر، ففي ركن المحل تتسع وتضيق سلطة المشرع بحسب درجة الإلزام و حجم القيود الموضوعية التي يفرضها الدستور على المشرع، أما فيما يتعلق بركن السبب تنعدم سلطة المشرع التقديرية إذا كانت الأسباب قانونية، وتتسع إذا كانت وقائع مادية التي تعتبر مجالا متروكا للسلطة التقديرية للمشرع، وأخيرا يملك أيضا المشرع حرية في التقدير واسعة فيما يخص ركن الغاية من أجل تحقيق المصلحة العامة.

وبعد دراستنا لنطاق السلطة التقديرية للمشرع، والتي تختلف من ركن إلى آخر من أركان القانون، لنا أن نتساءل عن أساس السلطة التقديرية للمشرع؟

## المطلب الثاني

### أساس السلطة التقديرية للمشرع

إذا كان تحديد مفهوم السلطة التقديرية للمشرع ومصادرها، وكذا معرفة مجال التقدير والتقييد لسلطة المشرع التقديرية في أركان القانون يكتسي أهمية بالغة، فإن تحديد أساس تلك السلطة التقديرية هو الآخر لا يقل أهمية، ذلك لأن سلطة المشرع التقديرية هي سلطة قانونية تمارس في إطار الدستور، فعندما يُمنح للمشرع جانب من حرية التقدير فهو ملزم باحترام نصوص الدستور وغاياته.

ولما كانت مسألة تحديد أساس السلطة التقديرية للمشرع لم تحظى بنفس الاهتمام الذي حظيت مسألة تحديد أساس السلطة التقديرية للإدارة، وذلك انطلاقا من فكرة أن المشرع هو صاحب الولاية العامة في التشريع، وأن المقارنة بين نطاق القانون والقرار الإداري تؤدي إلى عدم جواز التشبيه بين السلطة التقديرية للمشرع والسلطة التقديرية للإدارة.

غير أن مفهوم السلطة التقديرية وطبيعتها واحدة بالنسبة لكافة السلطات العامة في الدولة، سواء بالنسبة للسلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، مع الاختلاف في نطاق تلك السلطة التقديرية، وحتى يتسنى لنا معرفة أساس السلطة التقديرية للمشرع سوف نحاول التطرق أولا إلى الأساس الاجتماعي والسياسي لتلك السلطة (الفرع الأول)، ثم الأساس القانوني لها (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الأساس الاجتماعي والسياسي لسلطة المشرع التقديرية

الحقيقة أن سلطة المشرع وولايته العامة في وضع القانون تجد مبرراتها وأسسها في عدة أبعاد، من أهمها الأبعاد الاجتماعية والسياسية، وبالتالي سوف نحاول التطرق إلى الأساس الاجتماعي لسلطة المشرع التقديرية (أولا) ثم الأساس السياسي لتلك السلطة (ثانيا).

### أولا: الأساس الاجتماعي والسياسي للسلطة التقديرية للمشرع

إذا كان تدخل الدولة من أجل تنظيم ممارسة مظاهر الحياة الاجتماعية قد يهدف إلى إقامة التوازن بين المصالح المتضاربة، نشاط الأفراد ومصالحه الخاصة من جهة، ومقتضيات المصلحة العامة من جهة ثانية، فإن هذا التدخل يتسع نطاقه ويضيق وفقا للنهج أو الاتجاه السياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي تعتمد عليه الدولة وتؤطره القواعد القانونية المختلفة<sup>1</sup>.

ويرتبط أساس سلطة المشرع التقديرية بتنظيم العلاقات الاجتماعية المختلفة بأساس تدخل الدولة في تنظيم المجتمع الإنساني، كما يعد اختصاص المشرع بوضع القواعد القانونية المنظمة للعلاقات الاجتماعية ضرورة تفرضها طبيعة الأشياء وتنظيم المجتمع تحقيقا للمصلحة العامة تنظيما قانونيا.

فأساس فكرة التدخل التشريعي في مجال الحريات العامة يرجع إلى نسبية فكرة الحريات العامة بمختلف أنواعها، والتي تحتاج إلى تنظيم وضبط وإعادة تنظيم، باعتبار أن الحرية في حد ذاتها تستوجب التنظيم الذي يعد شرطا ضروريا لممارستها، وفكرة النظام العام التي تقتضي وضع توازن بين نشاط الفرد وحرية وبين مصالح وحرية الآخرين .

فإذا كانت حرية التجارة والصناعة مثلا تعتبر كمبدأ دستوري مُلزم لكافة السلطات العامة بما فيها السلطة التشريعية وتمارس في إطار القانون، إلا أن مسألة تنظيم هذه الحرية وأدواتها لا تزال تعتبر من أهم

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرحمن عزراوي، المرجع السابق، ص. 28؛ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 36؛ عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 492؛ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص. 45؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 300.

- MDHAFFR.Z, Le pouvoir législatif au Maghreb, Imp. Officielle de la République Tunisienne, Tunis, 1987, p.120.

الاختصاصات التي تمارسها الدولة كسلطة عامة في الدولة، وذلك من خلال الإجراءات أو التدابير الوقائية أو الردعية اللازمة للإبقاء على النظام العام في المجتمع<sup>1</sup>.

كما يعتبر التشريع من أهم الآليات القانونية المنظمة للعلاقات الاجتماعية في المجتمع إلى جانب اللائحة أو التنظيم<sup>2</sup>، فالمشرع يملك سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، وتشمل التنظيم وإعادة التنظيم بالتحديد والتقييد، بل والانتقاص منها في بعض الحالات لضرورات المصلحة العامة، وذلك لتنظيم العلاقات الاجتماعية والنشاطات الفردية والحرية، وتحديد نطاق أو دائرة مزاولتها.

فإذا كان الأصل أن مسألة تنظيم العلاقات الاجتماعية وتقييد الحقوق والحريات العامة تدخل ضمن نطاق عمل المشرع، فإنه يجوز في المقابل للسلطة الإدارية التدخل في هذا المجال بواسطة اللوائح المستقلة ما لم يكن في ذلك مخالفة لأحكام الدستور والقانون<sup>3</sup>.

ولما كانت سلطة المشرع التقديرية ما هي إلا نتيجة مباشرة للسلطة الواسعة التي أصبحت ضرورة لا غنى عنها في الدولة الحديثة، فبعد أن كان دور الدولة يقتصر فقط على الحفاظ على أمن الدولة داخليا وخارجيا، اتسع نشاطها ليمتد إلى التدخل في النشاطات الخاصة، فهي من جهة تهدف إلى حماية نظام الدولة وكيانها الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، وكذا حماية المجتمع من الأخطار التي تهدد النظام العام، ومن جهة

---

<sup>1</sup> - انظر محمود عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1992، ص 99؛ عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1995، ص 155؛ عبد الرؤوف هاشم بسيوني نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 71.

<sup>2</sup> - تنص المادة 43 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 37 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على أن «حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون. » يفهم من نص هذه المادة بأن حرية الاستثمار والتجارة يعترف بها الدستور و يضمها، وتمارس في إطار القانون، أي أن النص الدستوري أحال على المشرع العادي من أجل تنظيمها، وبالتالي يستوجب في إرادة المشرع أن تتفق مع إرادة المؤسس الدستوري، فإذا خالف هذا المبدأ الدستوري كانت التشريعات الصادرة عنه غير دستورية، الأمر الذي نصت عليه نص المادة 28 من الدستور المصري لسنة 2014 والمادتين 04 و 05 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر 1789.

- VEDEL. G, La Place de Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la Jurisprudence, Colloque des 25 -26 Mai au Conseil constitutionnel, Paris P.U.F, 1989, p.60.

أورده: محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص 18.

<sup>3</sup> - ويقول في هذا الشأن الأستاذ محمود عاطف البنا "إلا أن الضبط التي تتولاه الدولة عن طريق التشريع كثيرا ما يُحمل على المعنى الواسع ويدخل في هذا المعنى النشاط، وتنظيم وحسن سير المرافق والمشروعات العامة في الدولة بقصد تحقيق الصالح العام، وقد يكون من المعقول أن يستخدم اصطلاح الضبط التشريعي بمداول واسع، ويرجع ذلك إلى أن المشرع وهو ينظم نوعا معينا من النشاط الفردي ويخضعه للقيود الضابطة، فإنه لا يتقيد بأغراض النظام العام المعروفة (أمن عام، صحة عامة، سكينه عامة) فحسب وإنما يستطيع أن يفرض القيود التي يراها لتحقيق أهداف غير النظام العام، ويستطيع بذلك أن يتجاوز التنظيم بفرض واجبات إيجابية على الأفراد، وهو في كل ذلك يتمتع بسلطة الضبط الإداري"؛ انظر، محمود عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 03 و 04، كلية الحقوق، 1980، ص 50.

أخرى تنظم النشاط الفردي وتضمن للأفراد ممارسة حرياتهم التي كفلها لهم القانون، وبناء على ذلك يقوم المشرع بسن القوانين التي تتضمن القواعد المنظمة للعلاقات الاجتماعية خاصة الحقوق والحريات العامة والأنشطة الخاصة، وسلطته في ذلك هي سلطة تقديرية واسعة تجتهد أساسها في الأساس الاجتماعي الذي كان له الفضل في تطور نظريات الحريات العامة ذات بعد أو وظيفة اجتماعية، فقد أصبحت للملكية الخاصة مثلا وظيفة اجتماعية بدل إطلاقها وقدسيته، والتي يمكن أن تُقيّد بحق الغير وحقوق الجوار، أو مقتضيات المصلحة العامة، كنزع الملكية من أجل المنفعة العامة وفق ما تنص عليه المادة 22 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، ويقابلها نص المادة 35 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014<sup>1</sup>.

والملاحظ على هذه النصوص الدستورية بأنها قد أحالت على القانون لتنظيم هذه المسألة، ويتمتع المشرع قَبْلُها بسلطة تقديرية واسعة في تحديد الشروط أو الحالات التي يجوز فيها نزع الملكية الخاصة، ومن ناحية أخرى هو مقيد بضرورة التعويض العادل والمنصف. وبعد معرفة الأساس الاجتماعي للسلطة التقديرية للمشرع سوف نحاول معرفة الأساس السياسي لسلطة المشرع التقديرية.

### ثانيا: الأساس السياسي للسلطة التقديرية للمشرع

إذا قلنا بأن سلطة المشرع تجتهد أساسها في البعد الاجتماعي، فإنها تستمد أساسها كذلك في البعد السياسي الذي يستمد بعده من الأساس الاجتماعي، باعتبار أن البرلمان ممثل إرادة الشعب وطموحاته وآفاقه، أي أن التشريع كعمل قانوني صادر عن البرلمان يعبر عن الإرادة العامة للشعب صاحب السيادة الحقيقي ومصدر كل السلطات في الدولة.

<sup>1</sup> -تنص المادة 22 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 ويقابلها نص المادة 20 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أنه « لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف. »، وتنص المادة 35 من الدستور المصري لسنة 2014 على ما يلي: « الملكية الخاصة مصونة، وحق الإرث مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبمحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يقدم وفقا للقانون ».

كما ينص الفصل 41 من الدستور التونسي لسنة 2014 على ما يلي: « حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون. الملكية الفكرية مضمونة. » أما في الدستور الفرنسي فلا نجد نص على حق الملكية الخاصة صراحة وإنما تضمنها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 1789 في مادته 17 والتي تنص على ما يلي:

« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

أي انه باعتبار أن حق الملكية حق مصون ومقدس، لا يمكن أن ينزع من أحد إلا ما تقتضيه المصلحة العامة المحددة قانونا، بشرط التعويض العادل والمسبق.

ولما كان المشرع يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في سن القوانين في الإطار الذي حدده له الدستور لاسيما في مجال الحقوق والحريات العامة، فإن المشرع يكون حريصا في تشريعاته على أن يضمن للأفراد ممارسة حرياتهم دون التضيق من تلك الحريات أو الحد منها أو الانتقاص منها<sup>1</sup>.

كما أن تدخل المشرع في هذا المجال يعتبر في حد ذاته ضمانا لتلك الحقوق والحريات العامة، وذلك انطلاقا من فكرة أن المشرع وفقا لمركزه السياسي أقدر على إقامة التوازن بين المصالح المتضاربة، حرية الفرد من جهة، وحرية الأفراد الآخرين من جهة ثانية في إطار من النظام.

ويفهم من نص هذه المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 بأن ممارسة كل إنسان لحقوقه الطبيعية ليس لها حدود إلا تلك التي تضمن للآخرين التمتع بنفس تلك الحقوق، ولا تحدد هذه الحدود إلا بموجب قانون<sup>2</sup>.

وفي هذا الشأن يرى اتجاه في الفقه الفرنسي أن اختصاص المشرع دون غيره بفرض الترخيص الإداري يُعد شرطا مسبقا أو قييدا على ممارسة الحرية يجد أساسه في اختصاص البرلمان غير المحدد قبل الدستور الفرنسي لعام 1958، لكن بعد دخول دستور فرنسا لعام 1958 حيز التنفيذ تراجع دور البرلمان وتطورت نتيجة لذلك علاقة اللائحة بالقانون.

وعلى الرغم من ذلك فإن اختصاص المشرع بتنظيم الحريات العامة يجد أساسه في أن روح القانون تتماشى والحرية، بينما التنظيم الصادر عن السلطة الإدارية يتماشى مع مصلحة السلطة الإدارية، ذلك بأن

---

<sup>1</sup>- وفي هذه الشأن يقول الأستاذ فاروق عبد البر بأن المشرع لا يميل إلى الطغيان أو إلى التضيق على الحريات العامة، لأنه وهو المعبر عن إرادة الشعب حريص في قوانينه على أن يضمن للمواطنين ممارسة حرياتهم، وهذا فضلا عن أن تدخل المشرع في مجال الحقوق والحريات العامة من شأنه أن يعضد الحرية، ذلك بأن القانون عندما ينظم الحرية يقدم للمواطنين أساسا قانونيا يمكنها الاستناد إليه للدفاع عنه؛ انظر، راغب جبريل خميس راغب سكران، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص. 110.

وبكلمات أخرى، إذا تعلق الأمر بتعيين الحدود التي يمارس فيها الفرد حريته، فثمة سلطة واحدة في الدولة هي المختصة بذلك أصلا، هذه السلطة هي السلطة التشريعية، فالنشرية باعتباره صادرا عن أقدر السلطات على استجلاء جوانب الصالح المشترك والتعبير عن مقتضياته لارتباط تلك السلطة على الأخص بالإرادة الشعبية، وخضوعا لرقابة الرأي العام وحده، وهو الذي يمكن أن يضمن التوافق بين الحريات والصالح المشترك؛ لمزيد من التفاصيل؛ انظر، فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، الجزء الأول، مطابع سجل الغرب، بدون بلد نشر، 1988، ص. 185.

<sup>2</sup>- تنص المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 على ما يلي:

« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ainsi , l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

انظر، راغب جبريل خميس راغب سكران، المرجع السابق، ص. 115.

التدخل التشريعي المسبق في هذه الحالة ضروري حتى يسمح للسلطة الإدارية باستعمال تدابير وإجراءات الترخيص الإداري<sup>1</sup>.

والملاحظ كذلك على نص المادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958 بأنه يجيل على القانون بوضع القواعد التفصيلية أو المبادئ الأساسية لكل من الحقوق الوطنية والضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات المفروضة عليهم<sup>2</sup>.

وفي هذا الشأن تأثر كل من المؤسس الدستوري الجزائري والمصري بالدستور الفرنسي حول منح المشرع سلطة تقديرية واسعة في تنظيم الحقوق والحريات العامة، الأمر الذي نصت عليه المادة 101 من الدستور المصري الصادر في 2014، والمادة 140 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>3</sup>.

والحقيقة أن ما جاءت به هذه النصوص الدستورية وغيرها إنما يدل على انفراد المشرع وولايته العامة في سن التشريعات المنظمة للعلاقات القانونية المختلفة في المجتمع، لكن في المقابل لم تعد فكرة أن السلطة التشريعية بمفهومها العضوي هي صاحبة الاختصاص الأصيل في تنظيم الحقوق والحريات العامة مقبولة الآن، وذلك بالنظر إلى تراجع وانحسار دور البرلمان المنتخب من الشعب والمعبر عن إرادته، إضافة إلى تنامي دور السلطة التنفيذية في مجال التشريع خاصة تحكمها في العمل التشريعي، حيث يستطيع رئيس الجمهورية مثلا وضع قواعد قانونية عامة وبمجردة إلى جانب المشرع سواء بسواء، الأمر الذي دفع جانب من أساتذة القانون العام إلى القول بأن القانون في حد ذاته لم يعد وحده المعبر عن الإرادة العامة، هذا إلى جانب طبيعة تشكيلة أعضاء البرلمان التي غالبا ما تُعبر عن مصالح القوى المختلفة داخل البرلمان أكثر من كونها تعبر عن الإرادة العامة .

<sup>1</sup> - LIVET.P, L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques ,L.G .D .J, Paris ,1974,p.162.

-انظر، عبد الرحمن عزوي، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007 ص ص.10.  
<sup>2</sup> تنص المادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« La loi est votée par le Parlement. La loi fixe les règles concernant :-les droits civiques et les garanties fondamentales accordée aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ;les sujétion imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leu personne et en leurs biens ;»

<sup>3</sup> -تنص المادة 101 من الدستور المصري الصادر في 2014 على ما يلي: « يتولى مجلس النواب سلطة التشريع... » ، كما تنص المادة 140 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 122 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على أن: « يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور ، وكذلك في المجالات الآتية: 1- حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية ، لاسيما نظام الحريات العمومية ، وحماية الحريات الفردية، وواجبات المواطنين » .

وعليه، فإذا كان الأساس الاجتماعي لسلطة المشرع التقديرية بتنظيم العلاقات الاجتماعية متفرع عن أساس تدخل الدولة في تنظيم المجتمع باعتبارها سلطة سياسية قانونية تتدخل في الحياة والعلاقات الاجتماعية، فإن الأساس السياسي لتلك السلطة يستمد بعده من الأساس الاجتماعي، باعتبار أن التشريع الذي يصدره المشرع كعمل قانوني إنما هو تعبير عن الإرادة العامة فيما يصاغ أو يوضع من قواعد قانونية تتسم بالعمومية والإلزام والتجريد، فما هو الأساس القانوني الذي يحكم السلطة التقديرية للمشرع؟

## الفرع الثاني

### الأساس القانوني للسلطة التقديرية للمشرع

وحتى يتسنى لنا معرفة الأساس القانوني للسلطة التقديرية للمشرع، يتوجب علينا الرجوع إلى الاتجاهات الفقهية التي تناولت أساس السلطة التقديرية بصفة عامة (أولاً)، لنختار من بينها ما يصلح كمعيار لتحديد أساس السلطة التقديرية للمشرع (ثانياً).

#### أولاً: الاتجاهات الفقهية في تحديد أساس السلطة التقديرية بصفة عامة

وفي هذا الإطار سوف نعرض أهم النظريات الفقهية التي تناولت أساس السلطة التقديرية بصفة عامة من خلال نظرية المؤسسة أو المشروع عند HAURIUO (أ)، ثم النظرية الخالصة للقانون (نظرية التدرج عند KELSEN (ب)، ثم نظرية ملاءمة المشروعية عند ايزنمان (ج).

#### أ- نظرية المؤسسة كأساس للسلطة التقديرية

تقوم هذه النظرية على أساس تشبيه العمل الإداري الذي تمارسه السلطة العامة بنشاط الأفراد في إدارة مشروعاتهم الخاصة، ويفترض أن يتمتع الفرد بجانب من حرية التقدير في المؤسسة أو المشروع الخاص بالشكل الذي يتناسب مع مسؤولياته في إدارة المشروع الخاص.

فإذا كان القول - حسب HAURIUO، بأن العمل الإداري يشبه نشاط إدارة الأفراد لمشروعاتهم الخاصة، ويترتب عليه تمتع السلطة الإدارية بجانب من حرية التقدير والاختيار في ممارسة نشاطها الإداري تحقيقاً للمصلحة العامة، فإن النشاط الإداري يختلف عن نشاط الأفراد في الغاية، وكذا الوسائل المستخدمة، على أن غاية المشروعات الخاصة هو تحقيق المصلحة الخاصة أو الذاتية<sup>1</sup>، أما الغاية التي تسعى

<sup>1</sup> - HAURIUO.M, Précis de droit administratif, 12<sup>ème</sup> édition, 1933, pp350.

أورده: عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص. 140.

الإدارة إلى تحقيقها تتمثل في تحقيق المصلحة العامة، هذه الأخيرة تعد أساس الاعتراف لجهة الإدارة بالسلطة التقديرية، أي أن صفة مدير المشروع أو المؤسسة تتحقق للإدارة في كل مرة تقوم فيها بنشاطها الإداري الذي يستهدف تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي وفقا لهذا المعنى تعتبر نظرية المؤسسة أو المشروع أساسا لسلطة الإدارة التقديرية<sup>1</sup>.

وقد أكد (VENEZIA) على ضرورة الاعتراف للجهة التي تدير مشروعاً عاماً بقدر من الحرية والامتيازات التي لا يتمتع بها الأفراد في إدارة مشروعاتهم الخاصة<sup>2</sup>، أي أن السلطة التقديرية لها صلة وثيقة بالعمل الإداري، على أن طبيعة السلطة التقديرية واحدة لجميع الهيئات الإدارية، وهي بصددها ممارسة نشاطها الإداري سواء في التنظيم الداخلي لتلك الإدارة أو في إدارة نشاطها الذي يستهدف تحقيق المصلحة العامة، ويترتب على هذا القول بأن الإدارة تتمتع بجانب من حرية التقدير فيما يتعلق بتنظيم النشاط الإداري داخل الإدارة لاسيما تحديد علاقة الموظفين بالإدارة، وتعتبر أوامر مدير المؤسسة أو المشروع العام التي يصدرها وفقا لسلطته التقديرية بمثابة القانون الداخلي.

ومن جهة ثانية تملك الإدارة سلطة تقديرية في تنظيم علاقة الإدارة بالأفراد، ففي مجال الضبط الإداري مثلا تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة، وهدفها في ذلك هو المحافظة على النظام العام<sup>3</sup>، ومن جهة ثانية يكون تدخلها في هذا الشأن القيام بتصريف معين أو الامتناع عن ممارسته أو وضع شروط وضوابط محددة لممارسة نشاط معين، والذي يعتبر من مظاهر سلطة الإدارة التقديرية، كما أن منح الإدارة سلطة تقديرية في هذا المجال يترتب عليه في المقابل تحمل المسؤولية في تحقيق تلك الأهداف، وذلك نظرا لوجود صلة وثيقة بين

---

<sup>1</sup>- وتأيدا لفكرة المؤسسة أو المشروع كأساس للسلطة التقديرية يرى أندري هوريو بأن إدارة الفرد لمشروعه الخاص يستهدف تحقيق غايات أو أهداف خاصة، أما الهيئات الإدارية تدير مشروعات عامة أن تستهدف المصلحة العامة، وهو أمر يستدعي تمتعها بقدر من حرية التقدير فيما يتعلق بملاءمة تسيير المشروع العام واتخاذ الإجراءات اللازمة من أجل تحقيق المصلحة العامة.

- HOURIOU.A, Le Pouvoir discrétionnaire et sa justification, Mélangées Carée De Malberg, 1933, p.233. أوردته: سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية، المرجع السابق، ص. 241 وما يليها؛ عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 494؛ عبد الرحمن عزوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 41.

<sup>2</sup>- ويستند VENEZIA في تبني نظرية المؤسسة كأساس للسلطة التقديرية للإدارة على المبادئ الدستورية التي تنظم عمل الإدارة، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 47 من الدستور الفرنسي لعام 1958 بأن الإدارة والى جانب وظيفتها في تنفيذ القوانين تتحمل مسؤولية تسيير المرافق العامة من جهة وحفظ النظام العام من جهة ثانية، وتستمد اختصاصها أو مصدرها من الدستور مباشرة دون الحاجة إلى إحالة المشرع العادي بذلك.

- VENEZIA, Le Pouvoir discrétionnaire de la l'administration, L.G.D.J, 1959, p.116

أوردته: سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 65.

<sup>3</sup> - RIVERO.J, Les mesures de droit intérieur administratif, Thèse, Paris, 1934, p.225.

أوردته: عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص. 185.

السلطة التقديرية والمسؤولية<sup>1</sup>، وللقاضي الإداري دور مهم في هذا المجال من خلال الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.

وعلى الرغم من القبول الفقهي لنظرية المؤسسة أو المشروع، باعتبار أنها أعطت مفهوما يصلح كأساس للسلطة التقديرية للإدارة، إلا أن ما انتهت إليه تلك النظرية لا يصلح كأساس للسلطة التقديرية للمشرع، لأن هذه النظرية تقوم على أساس تشبيه النشاط الإداري بنشاط الأفراد في إدارة مشروعاتهم الخاصة مع الاختلاف في الغاية التي يستهدفها كل منهما، فإذا كان النشاط الإداري يظهر في صورة مشروع أو مؤسسة في حالة إدارة الدولة لمرافقها العامة، فإن هذه الصفة لا توجد في أغلب الأعمال التي تقوم بها الإدارة<sup>2</sup>.

كما أنه إذا كانت نظرية المؤسسة قد ساهمت في تحديد أساس السلطة التقديرية للإدارة في الحالة التي تدير فيها مرافقها العامة، فإنها لم تقدم أساسا للسلطة التقديرية للإدارة في كافة أوجه النشاط الإداري، وبالتالي لا تصلح بأن تكون أساسا لسلطة المشرع التقديرية، لأن المشرع حال مباشرة اختصاصه التشريعي مرتبط بمجموعة من العوامل تتعلق بالملاءمات السياسية وطبيعة المسألة محل التدخل التشريعي، وكذا علاقته بالقواعد الدستورية التي ترسم للمشرع إطار عمله، ذلك بأن المشرع حتى وإن كانت له سلطة تقديرية يجب أن يكون تدخله يتوافق مع أهداف الدستور، وبالتالي لا يتمتع المشرع بصفة مدير المؤسسة أو المشروع الذي تتقرر له سلطة تقديرية في كل مرة يتدخل لممارسة اختصاصه التشريعي تقابل مسؤولياته.

كما أن القول بأن مدير المؤسسة أو المشروع له سلطة تقديرية في إصدار قرارات تمثل القانون الداخلي الذي يطبق على الموظفين في المؤسسة لا يمكن تطبيقه على عمل البرلمان، لأن تنظيم عمل البرلمان يتم وفقا لقانونه الداخلي (النظام الداخلي) للبرلمان، ولا يملك المشرع أية سلطة تقديرية في هذا الجانب، الأمر الذي يترتب عليه استبعاد هذه النظرية في تحديد أساس السلطة التقديرية للمشرع<sup>3</sup>.

وإذا كانت نظرية المؤسسة أو المشروع تقوم على أساس تشبيه النشاط الإداري بالنشاط الفردي مع الاختلاف في غايات كل منهما، وكذا تمتع الإدارة بسلطة تقديرية في إدارة النشاط والاعتراف بالمسؤولية كنتيجة طبيعية للسلطة التقديرية، فما هو جوهر نظرية التدرج كأساس للسلطة التقديرية عن كل من ؟

<sup>1</sup> - انظر، عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 495؛ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 33.

<sup>2</sup> - HOURIOU.A., Le pouvoir discrétionnaire et sa justification, op cit, p.232.

أورده؛ عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص. 185.

<sup>3</sup> - انظر، عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 500؛ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص. 141.

- FAVOREU. L , Le droit constitutionnel jurisprudentiel, 1983-1986 ,R.D.P ,1986 ,p.437.

## ب- نظرية توزيع القواعد القانونية كأساس لتحديد السلطة التقديرية عند كلسن (النظرية الخالصة

### للقانون)

تقوم نظرية التدرج عند KELSEN على أساس خضوع الدولة للقانون، على أن النظام القانوني في أي دولة يفترض الاعتراف بالسلطة التقديرية والمقيدة في كل عمل قانوني، مع ضرورة وجود تدرج في القواعد القانونية بشكل تخضع فيه القاعدة الأدنى ضمن مبدأ تدرج قواعد القانون للقاعدة الأعلى . ويعتبر الدستور أعلى القواعد القانونية وأسمها في الهرم القانوني والأساس الذي تعتمد عليه القواعد القانونية الأخرى، ثم المعاهدات الدولية والتشريعات البرلمانية العادية منها والعضوية، ثم تأتي التشريعات الفرعية (اللائحة أو التنظيم).

ويذهب KELSEN كذلك في هذا الشأن إلى اعتبار أن كل القواعد القانونية لها طبيعة واحدة، فهي مصدر لما دونها وتنفيذ لما فوقها، وتتحدد السلطة التقديرية بحسب علاقة القاعدة الأدنى بالقاعدة الأعلى فإذا كان مدلول القاعدة الأولى يقف عند مجرد تنفيذ الثانية انحسرت السلطة التقديرية، أما إذا كان للقاعدة الأدنى القدرة على إضافة عناصر جديدة للقاعدة التي تنفذها كانت سلطتها تقديرية<sup>1</sup>.

فالنص على مبدأ المساواة مثلاً في صلب وثيقة الدستور كمبدأ عام، وما يتفرع عليه من مبادئ أخرى كمبدأ المساواة بين المواطنين في تقلد الوظائف العامة يستوجب تدخل المشرع من أجل تنظيمه من خلال تحديد الشروط والقواعد التي تتعلق بالوظيفة العامة<sup>2</sup>، على أن يكون تدخل الإدارة في مرحلة لاحقة بدء بإصدار لائحة تنظيم توضح وتحدد الشروط والتفاصيل الضرورية لذلك، وتنتهي بإصدار قرار إداري يتضمن مثلاً تعيين أحد المواطنين في تلك الوظيفة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> -KELSEN. H , Justice et droit naturel in le droit naturel ,P.U.F,1959,P.257.

<sup>2</sup> -تنص المادة 32 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 29 من الدستور الجزائري لسنة 1996) « كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يُنذَر بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي. » الملاحظ على هذا النص الدستوري بأنه قد نص صراحة على مبدأ المساواة بين جميع المواطنين في الحقوق والواجبات دون التمييز بينهم، الأمر الذي يلزم كل السلطات العامة لاسيما السلطة التشريعية والتنفيذية بعدم المساس بذلك المبدأ، وإلا كانت أعمالها غير مشروعة، ومن جهة ثانية نجد أن المادة 63 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 51 من الدستور الجزائري لسنة 1996) التي تنص على أن « يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون. التمتع بالجنسية الجزائرية دون سواها شرط لتولي المسؤوليات العليا في الدولة والوظائف السياسية. » قد جمعت بين السلطة التقديرية للمشرع والمقيدة، فعندما أحال النص الدستور على القانون من أجل تحديد شروط تطبيق هذه المادة يكون قد منح المشرع سلطة تقديرية في وضع شروط دون أخرى لتقلد المهام والوظائف في الدولة ضماناً لمبدأ المساواة بين المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة، غير أنه قيد المشرع بعدم المساس بهذا المبدأ، أو أن يضع شروطاً تنقص من هذا الحق.

<sup>3</sup> -أنظر، محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص 51.

وبناء على ما سبق، يمكننا القول بأن الدستور يعتبر مصدرًا للتشريع العادي، هذا الأخير يعتبر في نفس الوقت مصدرًا للتشريع الفرعي أو اللائحي<sup>1</sup>، وتنفيذًا للنصوص الدستورية، وبالتالي يرتبط مصدر وأساس السلطة التقديرية بطبيعة العلاقة التي تجمع بين الدستور والقانون أو بين القانون واللائحة أو التنظيم. فإذا كانت هذه النظرية تقوم على أساس تدرج القواعد القانونية ووجود تلازم بين السلطة التقديرية والمقيدة في كل عمل قانوني، إلا أن هذه النظرية ضيّقت نوعًا ما من نطاق السلطة التقديرية وحصرته في حالة إضافة القاعدة الأدنى عناصر جديدة للقاعدة الأعلى، في حين أن السلطة التقديرية قد توجد حتى ولو لم تكن هناك إضافة لتلك القاعدة كاختيار وسيلة أو كيفية تطبيق القاعدة الأعلى أو اختيار لحظة التدخل أو الامتناع عن التدخل أصلاً، فضلاً عن أن القاعدة الأدنى قد تضيف للقاعدة الأعلى بعض العناصر، ومع ذلك لا يتحقق لها مفهوم السلطة التقديرية .

كما أنه إذا كانت السلطة التقديرية تتحدد من خلال قدرة القاعدة الأدنى على إضافة عناصر جديدة للقاعدة العليا، فإن الكثير من النصوص أو القواعد الدستورية تقبل التطبيق الفوري، ومن ثم تنعدم بذلك سلطة المشرع اتجاه تلك القواعد، وبالتالي لا تصلح هذه النظرية كذلك وحدها كأساس للسلطة التقديرية للمشرع .

ومن أمثلة ذلك ما قضت به المادة 82 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016<sup>2</sup> « لا يسلم أحد خارج التراب الوطني إلا بناء على قانون تسليم المجرمين وتطبيقاً له .» فالملاحظ على هذه المادة بأنها قد جمعت بين السلطتين التقديرية و المقيدة، فعندما أحال على القانون لتطبيق النص الدستوري وتنظيم أوضاع اللاجئين السياسيين، ذلك بأن للمشرع سلطة في تحديد صفة اللاجئ وتنظيم دخولهم إلى البلاد وكيفية إثبات وطلب حق اللجوء تكون سلطته تقديرية، ومع ذلك فهو مقيد بعدم جواز تسليم أو طرد أي لاجئ سياسي<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - بخلاف اللوائح المستقلة التي تستمد مصدرها من الدستور مباشرة دون إحالة القانون بذلك؛ انظر، عبد الرحمن عزوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 297.

<sup>2</sup> - يقابلها نص من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>3</sup> - ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 95 من الدستور المصري لسنة 2014 التي تنص على ما يلي: « العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا تُوقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون » ويفهم من هذا النص الدستوري وان كان قد منح المشرع سلطة تقديرية في مجال العقاب والتجريم، إلا أن سلطة المشرع مقيدة بالنص الدستوري فضلاً عن التقييد بمبدأ شخصية العقوبة، وكذا افتراض

فإذا كان أساس هذه النظرية يرتكز على أن التقدير والتقييد صفة ملازمة لكل عمل قانوني ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية، أي أن القاعدة الدنيا هي تنفيذ للقاعدة العليا- التي تعد مصدرا لها، ومصدرا للقاعدة الأدنى منها، فما هو مضمون علاقة المشروعية لتحديد أساس السلطة التقديرية للمشرع عند EISENMAN؟

## ج- أساس السلطة التقديرية للمشرع هو علاقة المشروعية بين النص التشريعي والنص

### الدستوري عند EISENMAN

يتبنى EISENMAN علاقة المشروعية كأساس للسلطة التقديرية للمشرع، ويتمثل أساس تلك السلطة - حسب EISENMAN في تخلف عنصر التحديد القانوني لنشاط المشرع، فإذا كان النص الدستوري أو القاعدة الدستورية تحدد للمشرع إطار عمله بشكل دقيق كانت سلطته مقيدة، أما إذا ترك النص الدستوري للمشرع جانب من حرية التقدير في ممارسة اختصاصه التشريعي تكون سلطته تقديرية. ويميز EISENMAN في هذا الشأن بين نوعين من هذه العلاقة، الأولى هي علاقة المطابقة أو التطابق بين النص الدستوري والنص التشريعي، أي أن القاعدة الأدنى (القانون) لم تكن إلا انعكاسا أو صورة بسيطة للقاعدة الأعلى، ويتجسد دور المشرع في هذه الحالة في وضع القاعدة الدستورية موضع التطبيق دون القدرة على إضافة عناصر جديدة فيها، ويذهب EISENMAN إلى تشبيه علاقة القانون بالدستور بعلاقة اللائحة بالقانون، حيث لا يمكن للسلطة اللائحية تعديل مضمون القانون الذي تقوم بتنفيذه .

---

مبدأ البراءة تطبيقا لنص المادة 96 من الدستور «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، تُكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وينظم

القانون استئناف الأحكام الصادرة .. » ؛ ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادتين 07 و08 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789

« Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance. »

أي أنه لا يمكن أن يتهم أي إنسان ولا يوقف أو يحجز إلا في الحالات المحددة في القانون، وطبقا للأشكال التي نص عليها، الذين يلتمسون، يرسلون وينفذون أو يأمرهم بتنفيذ أوامر تعسفية، يجب معاقبتهم. كما تنص المادة 08 منه على ما يلي:

« La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaire, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. »

يفهم من نص المادة بان القانون لا يسلب إلا عقوبات ذات الأهمية الدقيقة والمؤكدة، ولا يمكن أن يعاقب احد إلا بموجب قانون أسس واصدر قبل وقوع الجنحة والمطبقة قانونا. ومن أمثلة ذلك في الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014، ما نص عليه الفصل 27 «المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تُكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة». الفصل 28 «العقوبة شخصية، ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع، عدا حالة النص الأرفق بالمتهم». الفصل 29 « لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي، ويعلم فورا بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محاميا. وتحدد مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون. »؛ انظر، راغب جبريل راغب سكران، المرجع السابق، ص. 120.

أما الثانية فهي علاقة عدم التعارض التي تترك للمشرع حرية في التقدير في مباشرة اختصاصه التشريعي عندما يصاغ النص الدستوري أو القاعدة الدستورية بطريقة تمنح له جانب من حرية التقدير بشرط عدم إهدار النص الدستوري أو الخروج عن أحكامه أو غاياته.

ومن ثم تتحدد السلطة التقديرية للمشرع بحسب طبيعة العلاقة التي تجمع بين الدستور والقانون، فإذا كان النص الدستوري أو القاعدة الدستورية ترسم للمشرع إطار عمله، أو تُلزمه بإتباع أسلوب معين أو تحقيق غرض محدد بشكل لا يترك للمشرع حرية في الاختيار تكون سلطته مقيدة، وتكون سلطة المشرع تقديرية عندما لا يحدد له الدستور إطار عمله بشكل يبرر له مساحة من حرية التقدير للتعبير عن النص الدستوري أو الخروج عن أحكامه، ويتوقف نطاق السلطة التقديرية للمشرع في المسألة محل التنظيم اتسعت سلطته التقديرية، أما إذا لم يكتف القاضي الدستوري بفحص مدى توافق الحل أو التنظيم الذي اختاره المشرع مع الدستور، بأن يفرض تقديره على المشرع في المسألة محل الرقابة انحسرت سلطته التقديرية، وأصبحت سلطته مقيدة، وهكذا تكون العلاقة بين الدستور والقانون أساس السلطة التقديرية للمشرع كما يقول EISENMANN<sup>1</sup>.

والحقيقة أن هذه النظرية تعتبر الأقرب في تحديد أساس السلطة التقديرية للمشرع، والتي تقوم على أساس طبيعة العلاقة بين القانون والدستور، ويميز في هذا الشأن EISENMANN بين نوعين من العلاقة علاقة التطابق والتي يكون فيها النص التشريعي مجرد صورة بسيطة للنص أو القاعدة الدستورية، وفي هذه الحالة تستبعد فكرة السلطة التقديرية. أما النوع الثاني هو علاقة عدم التعارض بين النص التشريعي والنص الدستوري، بما يترك للمشرع جانب من حرية التقدير للتعبير عن النص الدستوري، وفي هذه الحالة تكون سلطة المشرع تقديرية بشرط عدم إهدار النص الدستوري وغاياته.

لكن ما يعاب على هذه النظرية أنها تخلط بين المصدر والأساس، فإذا كان الأساس يرتبط بالمصدر، إلا أنهما لا يعبران عن شيء واحد<sup>2</sup>، ومن ناحية أخرى نظرا إلى أن النصوص الدستورية تتسم بالعمومية والاقتضاب، لماذا يتمتع المشرع بسلطة تقديرية في حالات ويتم تقييده في حالات أخرى، وهو الأمر الذي لم

<sup>1</sup> - EISENMANN.Ch, Le droit administratif et le principe de la légalité, op cit ,p.25.

<sup>2</sup> - باعتبار أن المصدر كوسيلة لخلق القاعدة القانونية يمثل السبب المنشئ للقاعدة القانونية، أما الأساس هو مجموعة المبادئ التي يستند عليها المشرع في وضع قواعد قانونية ملزمة للإدارة والافراد وبأبي الأساس بعد المصدر دائما؛ انظر، محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص.50.

تتطرق إليه هذه النظرية، وبالتالي فإن هذه النظرية غير كافية وحدها لتحديد أساس السلطة التقديرية للمشرع بصورة منضبطة .

وبعد التطرق إلى مختلف النظريات الفقهية التي صيغت لتحديد أساس السلطة التقديرية بصفة عامة، والتي ساهمت بشكل كبير في إبراز مفهوم السلطة التقديرية وأساسها، إلا أن الانتقادات التي وجهت لتلك النظريات باعتبار أن كل نظرية نظرت لأساس السلطة التقديرية من زاوية واحدة، وبالتالي لا تكفي هذه النظريات وحدها لتحديد أساس السلطة التقديرية للمشرع، الأمر الذي يدفعنا إلى البحث عن معيار لتحديد أساس السلطة التقديرية للمشرع؟

### ثالثا: المعيار الذي نعتمه كأساس لسلطة المشرع التقديرية

الحقيقة أن معظم النظريات التي صيغت للبحث عن أساس السلطة التقديرية للمشرع لم تكن تعني البحث عن أساس السلطة التقديرية للمشرع، خاصة وأن كل النظريات التي قيلت كانت تعنى أساسا البحث عن أساس السلطة التقديرية للإدارة، ولم يقدم الفقه نظرية متكاملة يمكن تطبيقها في نطاق القانون الدستوري من أجل تحديد أساس سلطة المشرع التقديرية، وإن كانت نظرية علاقة المشروعية كما صاغها EISENMANN من أقرب النظريات صحة لتحديد أساس السلطة التقديرية للمشرع، غير أنها لا تكفي وحدها من أجل وضع معيار منضبط لتحديد أساس السلطة التقديرية للمشرع<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من أن كل تلك النظريات الفقهية السابقة قد تساهم بطريقة أو بأخرى في تحديد أساس السلطة التقديرية للمشرع، إلا أن هذه الأخيرة تجد أساسها وسندها القانوني في متن أحكام الدستور وبحسب الصياغة التي يعتمد عليها المؤسس الدستوري عند وضع النصوص الدستورية، بالاكتماء بوضع المبادئ أو القواعد العامة وتترك للمشرع سلطة تقديرية في اختيار الإطار أو النظام القانوني المناسب لها دون الخروج عن مضمون النص الدستوري أو غاياته، كما هو الحال مثلا في مجال الحقوق والحريات العامة.

كما أن الطبيعة المميزة للتشريع كوسيلة تستعملها الدولة لتنظيم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد وحماية حقوقهم وحرياتهم العامة، وكذا تنظيم العلاقات الخارجية في الدولة، هو أمر يستوجب منح المشرع جانب من

<sup>1</sup> -انظر، عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 330.

حرية التقدير لإقامة نوع من التوازن بين المصالح المتضاربة في الدولة من ناحية، وضرورة احترام الالتزامات الدولية التي تفرضها قد القواعد الدولية من ناحية ثانية.

وتجد السلطة التقديرية كذلك أساسها في القانون، بالنظر إلى طبيعته المميزة وبوصفه المنظم للعلاقات الاجتماعية للأفراد، والمعبر عن قيم المجتمع والمحدد للإطار القانوني لسياسة الدولة، كما لا يقتصر دور المشرع على مجرد تطبيق النصوص أو القواعد الدستورية التي صاغها المشرع الدستوري في مرحلة معينة استجابة لظروف محددة، الأمر الذي يستدعي الاعتراف للمشرع بجانب من حرية التقدير في مباشرة اختصاصه التشريعي لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم العامة، ومن ناحية ثانية مواكبة التطورات التي تعبر عن حاجات المجتمع وتنظيم أموره اليومية والمستقبلية، وبين ما تشهد القواعد الدولية من تطورات خاصة وأنا في عصر العولمة واقتصاد السوق<sup>1</sup>.

وبناء على ما سبق، يمكننا القول بأن أساس السلطة التقديرية للمشرع يتحقق من خلال تخلف التحديد القانوني لنشاط المشرع، بشكل لا يفرض فيه المؤسس الدستوري طريقاً محدداً على المشرع العادي أو يلزمه بضرورة إتباع أسلوب معين أو تحقيق غرض محدد، ذلك بأن عدم التحديد هذا مفاده ترك مساحة كبيرة للمشرع للتعبير عن مضمون النص الدستوري بما يتناسب مع واقع الحياة العامة المتطور باستمرار.

فالاعتراف الدستوري بالحقوق والحرريات العامة في متن الدستور مثلاً يعد أولى الضمانات القانونية لحمايتها، وينتقل بفكرة الحق في ممارسة نشاط معين أو التمتع بحرية معينة من مجرد مبدأ قانوني سياسي إلى مبدأ دستوري مُلزم يعكس لنا تطور الفكر الديمقراطي لدى المؤسس الدستوري، ويتبعه في ذلك المشرع عند سن القوانين المنظمة لتلك الحقوق أو الحريات العامة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>-ROUSSEAU.D, Droit du contentieux constitutionnel, 2<sup>ème</sup> édition préface de G VEDEL. Montchrestien Paris, 1992, p.178.

<sup>2</sup>- ومن المبادئ القانونية التي وردت في الدستور الجزائري مبدأ التعددية السياسية التي كرسه دستور 1989 في المادة 40 منه، يقابلها نص المادة 52 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 42 من الدستور الجزائري لسنة 1996) التي تنص على أن «حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون ويفهم من هذا النص الدستوري بأن المؤسس الدستوري قد اعترف بمبدأ التعددية الحزبية كمبدأ دستوري مُلزم بعد ما كان إنشاء أي حزب سياسي سراً أو علانية في ظل دستوري 1963 و1976 جريمة يعاقب عليها بالحبس، نظراً لأن المبدأ الدستوري السائد والمعتمد في تلك الفترة هو مبدأ الأحادية الحزبية تطبيقاً لنص المادة 94 من دستور 1976 التي تنص على أن «يقوم النظام السياسي الجزائري على مبدأ الحزب الواحد»، والمادة 95 منه التي تنص على أن «جبهة التحرير الوطني هي الحزب الوحيد في البلاد»؛ وكذلك اعتماد مبدأ حرية التجارة والصناعة كمبدأ دستوري في التعديل الدستوري لسنة 1996 وفق ما تنص عليه المادة 37 منه باعتبار أن هذا المبدأ لا يمكن اعتماده في بلد يعتمد على النظام الاشتراكي كمنهج اقتصادي واجتماعي، ولكن بعد تبني الجزائر الفكر الرأسمالي كمنهج اقتصادي واجتماعي يقوم عليه النظام السياسي في الدولة، الأمر الذي أكدت عليه المادة 43 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 التي تنص على أن «حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون» والملاحظ

كما أن إحالة الدستور على القانون لتنظيم حق معين أو حرية معينة تعد في حد ذاتها تحديدا لنطاق تدخل السلطات العامة في الدولة بما فيهما السلطتين التشريعية والتنفيذية، وذلك من خلال تحديد مجال كل منهما، ومن ناحية أخرى يكون المشرع مُلزم بالتدخل عندما يقرر الدستور أن تنظيم موضوعات بعينها يجب أن يتم بموجب قانون وإلا كان متخليا عن اختصاصه الدستوري<sup>1</sup>.

على هذه النصوص الدستورية و إن كانت منحت للمشرع سلطة تقديرية في المجال، إلا أنها في المقابل قيدت المشرع وألزمته بضرورة التدخل لتنظيمها أو إعادة تنظيمها حرية الاستثمار والتجارة؛ والملاحظ على التعديل الدستوري لسنة 2016 بأنه قد عمل على تامين دياحة الدستور بمجموعة من المبادئ الأساسية كدسترة ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، مبدأ الفصل السلطات، التداول للسلطة عن طريق انتخابات حرة ونزيهة، ترقية مبادئ العدالة الاجتماعية؛ ومن أمثلة تلك المبادئ الدستورية في الدستور الجزائري ما ورد في دياحة الدستور الجزائري الحالي، مبدأ المساواة أمام القانون الأمر الذي نصت عليه المادة 32 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقبلها نص المادة 29 من الدستور الجزائري لسنة 1996) « كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يُتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي. » على أن جميع المواطنين متساوون أمام القانون ولا يجوز التمييز بين المواطنين لأي سبب يعود بسبب الأصل أو العرق أو الدين؛ ومن أمثلة ذلك في الدستور المصري الصادر في 17 يناير 2014 ما نصت عليه المادة 05 منه على أن النظام السياسي المصري يقوم على أساس التعددية السياسية والحزبية والتداول السلمي للسلطة ومبدأ الفصل بين السلطات والتوازن بينهما وتلازم المسؤولية مع السلطة واحترام حقوق الإنسان وحرياته.

ومن المبادئ القانونية التي وردت في الدستور الجزائري مبدأ التعددية السياسية التي كرسه دستور 1989 في المادة 40 منه، يقابلها نص المادة 52 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 42 من الدستور الجزائري لسنة 1996) التي تنص على أن «حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون» ويفهم من هذا النص الدستوري بأن المؤسس الدستوري قد اعترف بمبدأ التعددية الحزبية كمبدأ دستوري مُلزم بعد ما كان إنشاء أي حزب سياسي سرا أو علانية في ظل دستوري 1963 و 1976 جريمة يعاقب عليها بالحبس، نظرا لأن المبدأ الدستوري السائد والمعتمد في تلك الفترة هو مبدأ الأحادية الحزبية تطبيقا لنص المادة 94 من دستور 1976 التي تنص على أن «يقوم النظام السياسي الجزائري على مبدأ الحزب الواحد»، والمادة 95 منه التي تنص على أن «جبهة التحرير الوطني هي الحزب الوحيد في البلاد»؛ وكذلك اعتماد مبدأ حرية التجارة والصناعة كمبدأ دستوري في التعديل الدستوري لسنة 1996 وفق ما تنص عليه المادة 37 منه باعتبار أن هذا المبدأ لا يمكن اعتماده في بلد يعتمد على النظام الاشتراكي كمنهج اقتصادي واجتماعي، ولكن بعد تبني الجزائر الفكر الرأسمالي كمنهج اقتصادي واجتماعي يقوم عليه النظام السياسي في الدولة، الأمر الذي أكدت عليه المادة 43 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 التي تنص على أن «حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون» والملاحظ على هذه النصوص الدستورية و إن كانت منحت للمشرع سلطة تقديرية في المجال، إلا أنها في المقابل قيدت المشرع وألزمته بضرورة التدخل لتنظيمها أو إعادة تنظيمها حرية الاستثمار والتجارة؛ والملاحظ على التعديل الدستوري لسنة 2016 بأنه قد عمل على تامين دياحة الدستور بمجموعة من المبادئ الأساسية كدسترة ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، مبدأ الفصل السلطات، التداول للسلطة عن طريق انتخابات حرة ونزيهة، ترقية مبادئ العدالة الاجتماعية؛ ومن أمثلة تلك المبادئ الدستورية في الدستور الجزائري ما ورد في دياحة الدستور الجزائري الحالي، مبدأ المساواة أمام القانون الأمر الذي نصت عليه المادة 32 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقبلها نص المادة 29 من الدستور الجزائري لسنة 1996) « كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يُتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي. » على أن جميع المواطنين متساوون أمام القانون ولا يجوز التمييز بين المواطنين لأي سبب يعود بسبب الأصل أو العرق أو الدين؛ ومن أمثلة ذلك في الدستور المصري الصادر في 17 يناير 2014 ما نصت عليه المادة 05 منه على أن النظام السياسي المصري يقوم على أساس التعددية السياسية والحزبية والتداول السلمي للسلطة ومبدأ الفصل بين السلطات والتوازن بينهما وتلازم المسؤولية مع السلطة واحترام حقوق الإنسان وحرياته.

<sup>1</sup> -فالدستور عندما يعهد للبرلمان للتشريع في موضوعات معينة، فإنه قد فوضه بذلك و ممارسة هذا التفويض أمر حتمي و ضروري لاستكمال البناء القانوني للدولة الذي وضع أساسه الدستور، فعدم ممارسة المشرع هذا الاختصاص أو الواجب الدستوري يعتبره كل من الفقه والقضاء من أوجه عدم الدستورية في القضاء الدستوري؛ ولعرفة التفاصيل؛ انظر، عبد الحفيظ علي الشيمي، قضاء المحكمة الدستورية العليا (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 2003، ص 95؛ رمزي طه الشاعر، القانون الدستوري، مطبعة عين شمس، مصر، 1997، ص 24 و 234.

ولما كانت السلطة التقديرية للمشرع ترتبط بجزية التقدير التي يتمتع بها البرلمان في ممارسة اختصاصه التشريعي، أي حرية الاختيار في تنظيم مسألة معينة دون أن يفرض عليه الدستور إطاراً محدداً، فإن هذا المبدأ يفرضه أمران الأول هو طبيعة عمل المشرع والتي تستوجب ترك مساحة واسعة من حرية التقدير حال ممارسة اختصاصه التشريعي، أما الثاني هو واقع الحياة العامة المتطور باستمرار، والتي تستلزم تدخل المشرع بوصفه صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع بأن يُطور من نصوصه الدستورية بصفة دورية تحقيقاً للمصلحة العامة.

فإذا كان التطرق لماهية السلطة التقديرية للمشرع استوجب علينا تحديد مدلول هذه السلطة التقديرية، والمصادر التي يستمد منها المشرع اختصاصه التشريعي، إضافة إلى معرفة نطاق السلطة التقديرية للمشرع، من خلال الوقوف على جوانب التقييد والتقدير لسلطة المشرع التقديرية في أركان القانون، والتي تكاد تكون منعدمة فيما يتعلق بعناصر المشروعية الخارجية للقانون، وتختلف من ركن لآخر في الأركان الموضوعية أو الداخلية للقانون، وكذا تحديد أساس السلطة التقديرية للمشرع من خلال عرض النظريات الفقهية التي صيغت لتحديد أساس التقديرية للمشرع، وأهم الانتقادات التي وجهت لتلك النظريات، ثم البحث عن المعيار الذي نعتمد لتحديد أساس السلطة التقديرية للمشرع.

فإن المشرع حال ممارسته لاختصاصه التشريعي يتأثر بالعديد من العوامل، منها ما يرتبط بالتشريع في حد ذاته، ومنها ما يرتبط بعمل السلطة التشريعية كمؤسسة دستورية تتأثر بالعوامل المحيطة بها، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول العوامل المؤثرة على السلطة التقديرية للمشرع؟ وهو سنحاول الإجابة عليه في الفصل الثاني.

## الفصل الثاني

### العوامل المؤثرة على السلطة التقديرية للمشرع

من بين العوامل التي تؤثر على السلطة التقديرية للمشرع العوامل المؤثرة في التشريع ذاته، ذلك بأن تطور مفهوم الدستور واتساع نطاق القانون الدستوري وتطور نظرية الحقوق والحريات العامة، قد أدى إلى تقييد الاختصاص التشريعي للمشرع، ومن جهة أخرى فإن التنظيم القانوني للتشريعات العضوية والمعاهدات الدولية هو الآخر يقيد المشرع حال ممارسة اختصاصه التشريعي.

والحقيقة أن الفقه اتفق على أهمية القواعد الدستورية داخل التنظيم القانوني للدولة، فهي تقع على قمة السلم التشريعي نظراً لسمو السلطة التي تتولى إقرارها أو طبيعة الإجراءات التي تتبع في ذلك<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> -أنظر، محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية، دراسة تحليلية نقدية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2007، ص 16؛ حمدي العمري، مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 18.

ومادام أن الدستور يعد التشريع الأساسي الأعلى في الدولة، والذي يحدد شكلها ونظامها السياسي وينظم العلاقة بين السلطات العامة، ويحدد اختصاصاتها، كما يحمي الحقوق والحريات العامة للأفراد، فإن جميع السلطات العامة بما فيها السلطة التشريعية ملزمة باحترام أحكامه، والعمل على تحقيق غاياته.

غير أن تطور الأنظمة الدستورية وما تبعه من تطور لقيم ومبادئ حقوق الإنسان أدى إلى تطور العلاقة بين الدستور والقانون، الأمر الذي ترتب عليه تطور في مفهوم الدستور ذاته، واتساع نطاق القانون الدستوري، إضافة إلى ظهور قواعد دستورية يتم معالجتها خارج وثيقة الدستور، والتي تقبل التطبيق بذاتها بعد أن كانت تحتاج إلى تدخل المشرع من أجل وضعها موضع التطبيق<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر أن ظهور مفاهيم حديثة تنظم العلاقة بين الدستور والقانون وتحول نظرية الحقوق والحريات العامة إلى نظرية للحقوق الأساسية أدى إلى ازدياد حجم القواعد ذات القيمة الدستورية واتساع مجالها أدى إلى تقييد سلطة المشرع التقديرية خاصة فيما يتعلق بالحقوق الأساسية.

كما أن السلطة التشريعية حال ممارسة اختصاصاتها الدستورية تتأثر بالظروف المحيطة بها والتي تؤثر في سن التشريعات، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول العوامل التي تؤثر في عمل المشرع والتي قد تقيد من سلطته التقديرية؟ ولعل أكثر هذه العوامل تأثيراً على عمل البرلمان هي السلطة التنفيذية، باعتبارها أكثر تأثيراً على السلطة التشريعية، لأن تنامي دور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية أدى إلى هيمنتها على البرلمان بدءاً من عملية الاقتراح إلى غاية إصدار القانون ونشره في الجريدة الرسمية .

كما توجد إلى جانب تأثير السلطة التنفيذية على عمل السلطة التشريعية عوامل أخرى منها الأحزاب السياسية وجماعات الضغط واللجان البرلمانية، كل هذه العوامل قد تدفع المشرع إلى وضع قواعد قانونية لا تراعى فيها المصلحة العامة، وإنما تسعى تحت الضغط إلى إصدار قوانين لمصلحة هذه الطائفة من الأفراد أو ضدها، أو من أجل تحقيق مصالح حزبية أو سياسية لا ترتبط بتحقيق غايات المصلحة العامة.

ولمعرفة العوامل المؤثرة على السلطة التقديرية للمشرع سوف نتطرق أولاً إلى دراسة العوامل المؤثرة في التشريع ذاته (المبحث الأول)، ثم العوامل المؤثرة في عمل السلطة التشريعية (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### العوامل المؤثرة في التشريع ذاته

من بين العوامل المؤثرة في التشريع تطور العلاقة بين الدستور والقانون، وذلك بالنظر إلى تطور مفهوم الدستور ذاته وازدياد حجم القواعد ذات القيمة الدستورية من جهة، وتطور الأنظمة الدستورية وما تبعه من تطور لقيم ومبادئ حقوق الإنسان والمواطن من جهة ثانية .

<sup>1</sup> -انظر، علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، بدون بلد نشر، 2011، ص.304.

فبعد أن كانت القواعد الدستورية مقتصرة فقط على القواعد الواردة في صلب وثيقة الدستور ازداد حجم القواعد ذات القيمة الدستورية، بحيث لم يعد الربط بين القواعد ذات القيمة الدستورية والدستور في حد ذاته، الأمر الذي ترتب عليه تطور مفهوم القاعدة الدستورية، حيث اتجه جانب من الفقه إلى القول بضرورة إسباغ الصفة الدستورية على القواعد التي تحمي الحقوق والحريات العامة.

والجدير بالذكر أن القواعد الدستورية لم تعد تعنى فقط بدراسة المؤسسات السياسية فقط، بل امتدت كذلك إلى دراسة المسائل ذات الطبيعة الإيديولوجية والاجتماعية والاقتصادية للدولة، وتبعاً لذلك تطور مفهوم الدستور من الدستور السياسي إلى الدستور الاجتماعي، كما يمكننا أيضاً أن ندرج القواعد التي تحدد شكل الدولة وتبين طبيعة الحكم فيها، وكذا القواعد التي تحدد اختصاصات السلطات العامة في مصاف القواعد ذات القيمة الدستورية.

إلى جانب تطور العلاقة بين الدستور والقانون واتساع حجم القواعد ذات القيمة الدستورية الذي قد يترتب عليه تقييد الاختصاص التشريعي للمشرع توجد عوامل أخرى تؤثر في التشريع، والتي يمكن إرجاعها من جهة إلى فعالية قواعد الحقوق والحريات الأساسية على التشريع نظراً لتحول نظرية الحقوق والحريات العامة إلى نظرية للحقوق الأساسية، ومن جهة ثانية إلى وجود أدوات قانونية تقييد الاختصاص التشريعي للمشرع من الناحية الإجرائية كتأثير المعاهدات الدولية والقوانين العضوية على سلطة المشرع في سن التشريعات العضوية والعادية.

ولمعرفة العوامل التي تؤثر على التشريع كعمل قانوني صادر عن البرلمان، سوف نتطرق أولاً إلى بيان أثر تطور مفهوم الدستور واتساع مجال القواعد ذات القيمة الدستورية على القانون (المطلب الأول)، ثم نحاول عرض أهم الأدوات القانونية المقيدة للتشريع، على أن دراستنا سوف تقتصر على مدى فعالية الحقوق والحريات العامة وتأثيرها على السلطة التقديرية للمشرع، إلى جانب الأدوات المقيدة للتشريع من الناحية الإجرائية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### تطور العلاقة بين الدستور والقانون

بعد أن كانت مبادئ المذهب الحر تقوم على أساس أن الفرد هو أساس النظام الاجتماعي وأن حقوقه وحرياته هي هدف الجماعة، أصبحت القواعد التي تحمي الأفراد من استبداد الدولة ذات قيمة دستورية كالقواعد المتعلقة بالحريات الفردية لاسيما تلك التي تحمي الملكية الخاصة، ذلك بأن ظهور أفكار وفلسفات مغايرة للمذهب الحر وتأثيرها في الحياة السياسية والاجتماعية في الدول التي ظهرت فيها مع تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، قد أدى إلى ربط القانون الدستوري بالقواعد التي تعنى بتنظيم

السلطات العامة وكيفية ممارستها في الدولة، وتبعاً لذلك انحسر نطاق القانون الدستوري على تلك القواعد التي تنظم عمل السلطات العامة في الدولة<sup>1</sup>، وأصبح الجانب السياسي هو الغالب على قواعد الدستور، ليخرج من التنظيم الدستوري القواعد التي تنظم الحقوق والحريات والقواعد التي تحدد شكل الدولة<sup>2</sup>.

لكن مع زيادة دور الدولة وتدخلها في جميع مجالات الحياة العامة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية أدى إلى زيادة حجم القواعد ذات القيمة الدستورية، إلى جانب قواعد الحقوق والحريات العامة لتحقيق التوازن بين تدخل الدولة في جميع مجالات لاتساع نشاطها وضمان حماية حقوق وحريات الأفراد الآخرين من جهة ثانية.

والى جانب هذه القواعد الدستورية توجد قواعد تتسم بالطبيعة الدستورية، وتمثل في القواعد التي تعالج مسائل ذات قيمة دستورية أو المبادئ الدستورية التي يستخلصها القاضي الدستوري من الدستور ذاته أو من إعلانات حقوق الإنسان، والتي يستخدمها كمرجعية للرقابة الدستورية، وتكون كل هذه القواعد ذات القيمة الدستورية ملزمة لكل السلطات العامة، فالمشروع حال ممارسته لاختصاصه التشريعي مقيد بتلك القواعد في مجملها، وفي حالة مخالفتها تكون التشريعات غير دستورية، ذلك بأن البحث في مسألة تطور العلاقة بين الدستور والقانون سوف تجرنا التطرق أولاً إلى أثر تطور العلاقة بين الدستور والقانون (الفرع الأول)، ثم معرفة مدى تأثير الحقوق والحريات الأساسية على السلطة التقديرية للمشرع (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### أثر تطور العلاقة بين الدستور والقانون

إن القواعد الدستورية باعتبارها حجر الزاوية في البيان القانوني للدولة تعتبر أسمى القواعد القانونية في الهرم القانوني، والتي تحدد الفلسفة الرسمية للقانون في الدولة<sup>3</sup>، حيث أن سمو الدستور من حيث طريقة إصداره تبرر خضوع السلطات العامة لحكمه، وهذا ما يطلق عليه السمو الشكلي للدستور. أما السمو الموضوعي فيتمثل فيما يتضمنه الدستور من أدوات تضمن تفعيل نصوصه وعدم الخروج عليها، وكفالة احترام تلك النصوص كاعتماد نظام الرقابة على دستورية القوانين والرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية<sup>4</sup>، وعلاقتها مع السلطة القضائية، أما غير ذلك من أعمال فيتم تنظيمها بقواعد قانونية أقل مرتبة من القواعد الدستورية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - HAURIUO.A, Droit constitutionnel et institutions politiques, 3<sup>ème</sup> édition, Paris, 1968, p.28.

<sup>2</sup> - انظر، رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص.58؛ طعيمة الحرف، مبدأ المشروعية وضمان خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، ص.38.

<sup>3</sup> - انظر، محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص.5.

<sup>4</sup> - ولقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر في العديد من أحكامها على تمييز القواعد الدستورية في البيان القانوني للدولة، حيث قضت بأن "الدستور متميز بطبيعة خاصة تضفي عليه السيادة والسمو بحسبانه كفيل الحريات ومؤسسها، وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها، فحق لقواعده أن

لكن مع زيادة دور الدولة وتدخلها في جميع مجالات الحياة العامة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ازداد حجم القواعد ذات القيمة الدستورية، والمشروع حال ممارسة اختصاصه التشريعي مقيد بتلك القواعد في مجملها، وفي حالة مخالفتها تكون التشريعات الصادرة عنه باطلة؛ ذلك بأن البحث في مسألة تطور العلاقة بين الدستور والقانون تقتضي منا أولاً بيان أثر تطور مفهوم الدستور على القانون (أولاً)، ثم معرفة طبيعة العلاقة بين القواعد الدستورية والقوانين العضوية (ثانياً).

### أولاً: تطور مفهوم الدستور وازدياد حجم القواعد ذات القيمة الدستورية

من بين العوامل التي تؤثر على التشريع ذاته تطور مفهوم الدستور، حيث يعتمد الفقه الدستوري في تعريف الدستور على معيارين أساسيين، المعيار الشكلي أو العضوي والمعيار الموضوعي. فالدستور بالمعنى الشكلي هو كل قاعدة تتضمنها وثيقة الدستور أياً ما كان موضوعها، بحيث تتحدد قيمة القاعدة القانونية وفقاً للمعيار الشكلي بالنظر إلى الجهة التي أصدرتها والإجراءات المتبعة في إصدارها والشكل الذي ظهرت فيه، فالمشروع وفقاً لهذا المعنى مُلزم بعدم مخالفة القواعد الواردة في وثيقة الدستور<sup>2</sup>. أما الدستور بالمعنى الموضوعي يركز على جوهر القاعدة ومضمونها بغض النظر عن الشكل الذي ظهرت فيه والإجراءات المتبعة حال إقرارها والجهة التي أصدرته، على أنه يشمل جميع القواعد ذات القيمة الدستورية، سواء تلك التي وردت في الوثيقة الدستورية أو تنظمها القوانين العادية، أو استقرت بموجب عرف دستوري، ومن ثم فالدستور وفقاً للمعيار الموضوعي يشمل مجموعة القواعد التي تنظم شكل الدولة ونظام الحكم فيها وطبيعة العلاقة بين

---

تستوي على القمة من البيان القانوني للدولة وأن يبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام، اعتباراً بأن أحكام الدستور هي أسمى القواعد الأمرة التي تلزم الدولة بالخضوع لها في تشريعها وقضائها، انظر، حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 27 لسنة 8 قضائية دستورية، جلسة 04 يناير 1992، ج ر، المجلد الأول، ص. 116؛ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا من يناير 1984 إلى ديسمبر 1986، ص. 10؛ عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص. 30.

<sup>1</sup> - انظر، رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص. 58؛ طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص. 38.

<sup>2</sup> - وعلى الرغم مما يتصف به المعيار الشكلي لتعريف الدستور، الذي يتسم بالوضوح والتحديد الدقيق للقواعد الدستورية وسهولة التمييز بين القواعد الدستورية والقواعد القانونية الأدنى منها، إلا أن هذا المفهوم لا يتماشى والواقع، لأن في ذلك إنكار لوجود القواعد الدستورية العرفية كدستور إنجلترا، فضلاً عن أن الدساتير تتضمن قواعد لا تتصل بالتنظيم السياسي مثل ما نص عليه الدستور الفرنسي لعام 1958 في المادة 66 فقرة 1 منه حول إلغاء حكم الإعدام؛ والمادة 02 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2014 التي تنص على أن الإسلام دين الدولة واللغة العربية هي لغة وطنية ورسمية، والفصل 07 من الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014 على أن الأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع والمادة الثانية من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 التي تنص على أن الإسلام دين الدولة، وأن اللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي لكل تشريع، والغرض من ذلك هو كفالة ثباتها واستقرارها أكثر بالمقارنة مع القوانين العادية؛ انظر، عبد الغني عبد الله بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص. 294؛ نص المادة 66-1 من الدستور الفرنسي لسنة 1958، ونص المادة 02 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2014، والفصل 07 من الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014، والمادة 02 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014.

السلطات واختصاصاتها، إضافة إلى القواعد التي تبين حقوق الأفراد وحررياتهم وضماناتهم بغض النظر عما إذا كانت قد وردت في صلب وثيقة الدستور أو خارجها<sup>1</sup>.

كما أن اتجاه الفقه الحديث نحو المعيار الموضوعي كأساس لتعريف الدستور أدى إلى اتساع وزيادة حجم القواعد الدستورية<sup>2</sup>، فلم تعد القواعد التي تكتسب الصفة الدستورية مقتصرة فقط على ما ورد في وثيقة الدستور، بل أصبح من الممكن تنظيم مسائل ذات طبيعة دستورية وردت خارج هذه الوثيقة الدستورية، لتشمل أيضا الموضوعات ذات الطبيعة الإيديولوجية والاقتصادية والاجتماعية، وقواعد الحقوق والحرريات العامة نظرا لأهميتها أصبحت لها قيمة دستورية، إضافة إلى تطور مفهوم الدستور، الأمر الذي دفع القاضي الدستوري إلى إقرار مجموعة من المبادئ الدستورية.

### أ-ازدياد حجم القواعد ذات القيمة الدستورية

وحتى يتسنى لنا معرفة القواعد ذات القيمة الدستورية التي أصبحت ملزمة للمشرع ومقيدة له حال ممارسة اختصاصه التشريعي، سواء قواعد الحقوق والحرريات العامة ذات القيمة الدستورية(1) أو القواعد التي تعبر عن قيم المجتمع السياسية والاجتماعية والاقتصادية ذات الطابع ذات القيمة الدستورية والمبادئ الدستورية ذات النشأة القضائية(2).

### 1-القيمة الدستورية لقواعد الحقوق والحرريات العامة

ذهب اتجاه فقهي يتزعمه الفقيه(A HAURIU) إلى القول بضرورة إصباح الطابع الدستوري على القواعد التي تحمي الحقوق والحرريات العامة، بحيث أصبح ضمان الحقوق والحرريات العامة لا يشار إليه بصورة شاملة بين قواعد الدستور، بل يمكن أن نفرد له من القواعد ما يتناسب مع مبادئ حقوق الإنسان . وعليه لا يملك المؤسس الدستوري سلطة مطلقة في تنظيم الحقوق والحرريات العامة لارتباطها بقواعد القانون الدولي، بل أصبح ملزما باحترام ما تقتضيه المتطلبات الدولية للحقوق والحرريات العامة المنبثقة عن المواثيق الدولية مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948، والاتفاقية الدولية

<sup>1</sup>- ونتيجة لاختلاف المفهومين، فإن الفقهاء اختلفوا حول المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه بشأن تعريف الدستور، فمنهم من اعتمد على المعيار الشكلي الذي يستند على ما ورد في الوثيقة الدستورية، أي أن الدستور هو مجموعة القواعد التي تضعها هيئة خاصة وتتبع في ذلك إجراءات خاصة تختلف عادة عن إجراءات وضع القوانين العادية منها والعضوية. ومنهم من استند على المعيار الموضوعي الذي يعتمد على جوهر أو مضمون الدستور، لتشمل بذلك القواعد الدستورية إضافة إلى القواعد الواردة في صلب الدستور، القواعد التي ترتبط بشكل الحكم وتحديد السلطات العامة في الدولة وقواعد حقوق الإنسان، وكذا القواعد التي تعبر عن قيم المجتمع السياسية والاجتماعية والاقتصادية؛ لنفاصل أكثر هذا الموضوع، انظر، وليد محمود محمد ندا، دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات السياسية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2015، ص. 16.

<sup>2</sup>- فإذا كان معظم الفقه اتفق على ترجيح المعيار الموضوعي في تحديد القواعد ذات القيمة الدستورية، فإنه لم يتفق حول القيمة الدستورية لبعض القواعد القانونية، ذلك بأن هذا الخلاف يرجع إما إلى مرحلة الفقه التقليدي الذي ربط القواعد الدستورية بفلسفات أو إيديولوجيات معينة كالمذهب الحر الذي ينظر للقواعد التي تحمي الحقوق والحرريات فقط على أنها قواعد دستورية أو إلى المذاهب المتطرفة التي ربطت القواعد الدستورية بقواعد تنظيم السلطة في الدولة فقط؛ انظر، محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص 19.

للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، والاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية الصادرتين في سنة 1966، الأمر الذي ترتب عليه زيادة حجم القواعد ذات القيمة الدستورية لتشمل أيضا القواعد التي تحمي الحقوق والحريات العامة، وتلزم على المشرع بضرورة احترامها والتقييد بأحكامها عند تنظيمها، وإلا كانت التشريعات الصادرة عنه غير دستورية<sup>1</sup>.

كما أن تطور مفهوم الحقوق والحريات العامة قد أدى إلى إلزام المشرع بالتدخل الإيجابي من أجل تنظيمها على نحو يضمن ممارسة فعلية للحقوق والحريات العامة<sup>2</sup>، ومثال ذلك ما ورد في المادة 32 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016<sup>3</sup> التي تنص على ما يلي: «كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يُندَرَج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق أو الجنس، أو الرأْي، أو أيّ شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي.» ويفهم من نص هذه المادة بأن كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأْي، أو أي شرط، أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - وبالرجوع إلى الدساتير الجزائرية المتعاقبة - اعتبارا من دستور 1962 إلى الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 نجدها قد فرضت على الدولة التزاما إيجابيا بالتدخل لتنظيم الحقوق والحريات العامة لاسيما الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، ينص الفصل الرابع من الباب الأول لاسيما المواد من المادة 32 إلى 73 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 29 إلى المادة 69 من دستور 1996 المعدل كذلك بموجب القانون 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر العدد 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008) عن جملة الحقوق والحريات العامة في القانون رقم 16/01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996؛ ويقابلها الباب الثالث من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 لاسيما المواد من المادة 51 منه إلى غاية المادة 93 منه، كذلك ما ورد في مقدمة الدستور الفرنسي لعام 1958 (إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، ومقدمة دستور 1946، وميثاق البيئة لسنة 2004).

<sup>2</sup> - انظر، عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص. 94؛ غسان سليم عرنوس، العلاقة المتبادلة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام السياسي السوري، مجلة الشريعة، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أفريل 2012، العدد 50، ص. 279.

<sup>3</sup> - يقابلها نص المادة 29 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>4</sup> - وهو الأمر الذي نصت عليه المادة الأولى من الدستور الفرنسي لسنة 1958، والفصل 20 من الدستور التونسي الحالي «المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز. تضمن الدولة للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية والعامة، وتحمي لهم أسباب العيش الكريم»، والمادة 53 من الدستور المصري لسنة 2014، والتي تنص على ما يلي «المواطنون لدى القانون سواء، وهو متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الاجتماعي، أو الانتماء السياسي أو الجغرافي، أو لأي سبب آخر...»؛ كما تنص المادة 65 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 53 من الدستور الجزائري لسنة 1996) بأن الحق في التعليم مضمون، وأن الأسرة تحظى بحماية الدولة والمجتمع تطبيقا لنص المادة 72 من التعديل الدستوري لسنة 2016 - يقابلها نص المادة 58 من الدستور الجزائري لسنة 1996، إضافة إلى ذلك تلزم الدولة بتوفير ظروف معيشة للمواطنين الذين لم يبلغوا سن العمل أو الذين لا يستطيعون القيام به أو عجزوا عنه نهائيا وفقا لنص المادة 73 من التعديل الدستوري لسنة 2016 - يقابلها نص المادة 59 من الدستور الجزائري لسنة 1996، إضافة إلى ذلك تكفل الدولة للأفراد حرية المعتقد وحرمة حرية الرأْي وحرية ممارسة العبادة المنصوص عليها في المادة 42 من التعديل الدستوري لسنة 2016 - يقابلها نص المادة 36 من الدستور الجزائري لسنة 1996، وحرمة المسكن المنصوص عليها في المادة 47 من التعديل الدستوري لسنة 2016 - يقابلها نص المادة 40 من هذا الدستور الجزائري لسنة 1996؛ ومن بين الحقوق والحريات العامة التي جاء بها التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 حرية الاستثمار (المادة 43 من من التعديل الدستوري لسنة 2016)، الحق في الثقافة مضمون (المادة 45 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، حرية التظاهر السلمي (المادة 49 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، حرية الصحافة (المادة 50 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، حق

ومما سبق يتضح لنا بأن تطور مفهوم الدستور واتساع نطاقه ترتب عليه ازدياد حجم القواعد ذات الطبيعة الدستورية الملزمة للمشرع والمقيدة له حال مباشرة اختصاصه التشريعي، فبعد أن كانت القواعد الدستورية مقتصرة فقط على القواعد التي تنظم السلطات العامة في الدولة وتحدد اختصاصاتها، أصبحت القواعد التي تنظم الحقوق والحريات العامة من أهم القواعد الدستورية في أي نظام سياسي، كما أصبحت الأنظمة تقاس بمدى احترام دساتيرها لقواعد الحقوق والحريات العامة، والضمانات التي يوفرها كل من الدستور والقانون لممارستها، وتبعاً لذلك أصبح منح قواعد الحقوق والحريات العامة القيمة الدستورية ضرورة تفرض التزاماً على جميع السلطات العامة بمراعاتها، ويلزم المشرع حال تنظيمها بالأحكام التي حددها المؤسس الدستوري وأقرتها القواعد الدولية في هذا الشأن، كما توجد إلى جانب قواعد الحقوق والحريات العامة قواعد قانونية أخرى تكتسب القيمة الدستورية، منها ما يرتبط بقيم المجتمع السياسية والاجتماعية والاقتصادية ذات القيمة الدستورية، أو تلك التي تحدد شكل الدولة، أو المبادئ الدستورية ذات النشأة القضائية.

## 2- القواعد التي تعبر عن قيم المجتمع السياسية والاجتماعية والاقتصادية ذات القيمة

### الدستورية والمبادئ الدستورية ذات النشأة القضائية

من هذه القواعد ما يرتبط بقيم المجتمع السياسية والاجتماعية والاقتصادية ذات القيمة الدستورية، أو تلك التي تحدد شكل الدولة، ذلك بأن تطور النظم الدستورية أدى إلى تغير مفهوم الدستور، ولقد عبر عن ذلك الفقيه الفرنسي "BURDEAU" بأن الموضوع الدستور يشمل القواعد التي تنظم عمل السلطات العامة، وتبين طبيعة وأهداف نشاط هذه المؤسسات<sup>1</sup>.

وهو أمر ترتب عليه زيادة حجم القواعد ذات القيمة الدستورية، ليشمل إلى جانب القواعد التي تعنى بدراسة المؤسسات السياسية القواعد المرتبطة بدراسة المسائل ذات الطبيعة الإيديولوجية والاجتماعية والاقتصادية للدولة، ونجد أن الدستور الفرنسي لعام 1958 قد أكد على هذه المبادئ الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وتبعته في ذلك مختلف دساتير العالم، ولقد أصبح هذه القواعد من الأهمية ما يلزم الدولة عند ممارسة وظائفها أن تسترشد بالتوجهات الإيديولوجية والاقتصادية والاجتماعية للدولة، إضافة إلى ذلك يعد ضمان تلك المبادئ من الأهداف التي تسعى الدولة إلى تحقيقها<sup>2</sup>.

---

الحصول على المعلومات والوثائق والإحصائيات ونقلها (المادة 51 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، الحق في السكن (المادة 67 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، الحق في بيعة سليمة (المادة 68 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، حق العامل في الضمان الاجتماعي (المادة 69 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يتوجب على المشرع حال تنظيمها أن يضمن ممارستها.

<sup>1</sup> - BURDEAU.G, Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques, 1948, p.69.

<sup>2</sup> - وإلى جانب القواعد التي تعبر عن قيم المجتمع السياسية والاجتماعية والاقتصادية ذات القيمة الدستورية أدرجت نظم حكم وطنية القواعد التي تحدد شكل الدولة (دولة بسيطة أو مركبة)، والتي تبين شكل الحكم فيها (ملكي أو جمهوري)، والقواعد التي تحدد كيفية ممارسة السلطة (حكم ديمقراطي أو

كما تشمل القواعد ذات القيمة الدستورية كذلك الأحكام أو المبادئ الدستورية التي يستخلصها القاضي الدستوري من مقدمات الدستور أو من قواعد حقوق الإنسان، والتي يستخدمها كمرجعية للرقابة على دستورية القوانين، وهي ما تعرف بالمبادئ الدستورية ذات النشأة القضائية، فنظرا لتطور مفهوم الدستور واتساع نطاق القواعد ذات القيمة الدستورية أصبح من الممكن تنظيم مسائل ذات طبيعة دستورية خارج وثيقة الدستور، الأمر الذي دفع القاضي الدستوري إلى إقرار مجموعة من المبادئ الدستورية من خلال رقابته على دستورية القوانين معتمداً في ذلك على ما اتفق عليه الفقه الحديث بترجيح المعيار الموضوعي لتعريف الدستور وتطور نظم الرقابة على دستورية القوانين بشكل مكنه من تحسين قدرته على تفسير النصوص الدستورية والبحث في بعض المبادئ الدستورية التي تعبر عن روح الدستور، والنظام القانوني للدولة لاستخدامها كمرجعية للرقابة الدستورية على القوانين، بغض النظر عن تدوينها في الدستور أم لا؛ ويهدف بذلك القاضي الدستوري إلى ضمان تطابق القوانين التي يصدرها المشرع مع قواعد الدستور وعدم الخروج عن أحكامه<sup>1</sup>.

وفي مصر، فقد ذهب الدكتور السنهوري إلى القول بأنه لنا أن نقتصر في استخلاص المبادئ القانونية العليا على نصوص الدستور، ونكتفي بأن هناك مبادئ عليا تسود الدستور وتهمين على جميع أحكامه، ومتى تم استخلاص تلك المبادئ العليا من الدستور، فإن على المشرع الالتزام بها في تشريعاته، ذلك بأن التشريعات التي تتعارض مع هذه المبادئ العليا تكون باطلة<sup>2</sup>.

---

ديكتاتوري) ضمن مصاف القواعد ذات القيمة الدستورية، باعتبار أن القواعد التي تعنى بدراسة الدولة هي محور دراسات القانون العام وأساس كل نظرياته، وعليه أصبح الدستور يشمل مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المسائل السياسية في الدولة، أي كيفية عمل السلطات العامة وتحدد شكل الدولة الخارجي وطبيعة نظام الحكم فيها؛ انظر، مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الدستوري والنظم السياسية، دار المطبوعات الجامعي، 1989، ص.7.

<sup>1</sup> - ووفقا لهذا المعنى هل يلزم المشرع باحترام المبادئ العليا غير المدونة في الدستور أم لا؟ ولقد ذهب في هذا الشأن الأستاذ الدكتور يحيى الجمل إلى القول بأن التشريع يجب أن يكون خاضعا للمبادئ العليا للدستور، وحقته في ذلك أن هناك قانون أعلى قد وجد قبل أن توجد الدولة، وأن كل القواعد القانونية في الدولة حتى القواعد الدستورية منها يجب أن تخضع لهذا القانون الأعلى الذي هو من خلق النظام الاجتماعي وليس وليد إرادة المشرع. كما ينتهي DUGUIT إلى أن كل تشريع يتعارض مع القانون الأعلى في مبادئه التي تقوم على فكرة التضامن الاجتماعي، سواء كانت هذه المبادئ مكتوبة أو غير مكتوبة، يكون تشريعا غير دستوريا، بغض النظر ما إذا كان المبدأ مدونا في قانون أسمى من التشريع العادي كوثيقة إعلان حقوق الإنسان، أو في مقدمات الدستور أو كان غير مدونا أصلا، فإنه تشريع غير دستوري، ويرى HAURIU في هذا الشأن أيضا بأنه في فرنسا وعلى غرار مختلف دساتير العالم توجد عدة مبادئ أساسية تعلق على الدستور، والتي ليست بحاجة للنص عليها، ذلك لأن تلك المبادئ إما أن تكون قد وردت في إعلانات حقوق الإنسان، أو أن تكون قد وردت في إعلانات حقوق الإنسان، أو أن تكون موجودة ضمن دساتير سابقة، بحيث لا يعد إغفال الدستور الحالي لها إضرعا عنها، فهي أصبحت تسمو على الدستور ذاته، فإذا صدر قانون يخالف تلك المبادئ، فإنه غير دستوري، وأن القضاء الدستوري يختص بالحكم بعدم دستوريته؛ انظر، علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص.304.

<sup>2</sup> - انظر، عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، يناير 1952، مصر، ص.102؛ وأورده: محمد ماهر أبو العينين، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.950.

والملاحظ على كل من الفقه الدستوري في الجزائر والمجلس الدستوري الجزائري بأنهما قد تأثرا كثيرا بالنموذج الفرنسي والمصري، ومن أهم المبادئ العامة التي يعتمد عليها القاضي الدستوري كمرجعية للرقابة على دستورية القوانين، مبدأ المساواة أمام القانون (المادة 32 من التعديل الدستوري لسنة 2016)<sup>1</sup>، ومبدأ مجانية التعليم (المادة 65 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، مبدأ الفصل بين السلطات الذي ورد نص عليه في ديباجة الدستور، مبدأ التناسف بين الرجل والمرأة في سوق التشغيل المنصوص عليه في المادة 36 من التعديل الدستوري لسنة 2016، مبدأ المحاكمة العادلة المنصوص عليه في المادة 56 من التعديل الدستوري لسنة 2016، مبدأ الحق في الدفاع (المادة 169 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، مبدأ الحماية القانونية للمتقاضين (المادة 168 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، مبدأ استقلال السلطة القضائية (المادتين 156 و158 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، ومبدأ احترام قواعد القانون الدولي الذي يجد أساسه في المادة 150 من التعديل الدستوري لسنة 2016، فإذا أصدر المشرع تشريعا مخالفا لتلك المبادئ كان هذا التشريع غير دستوري<sup>2</sup>، وإذا كانت المبادئ الدستورية ملزمة للمشرع حال مباشرة اختصاصه التشريعي، فما هو دور القاضي الدستوري في إقرار تلك المبادئ ذات النشأة القضائية<sup>3</sup>؟

<sup>1</sup> انظر نص المادة 32 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، ويقابلها نص المادة الأولى من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 53 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014.

<sup>2</sup> ففي الجزائر، فإنه في ظل حداثة تجربة المجلس الدستوري الجزائري نكون مضطرين إلى انتظار الوقت الكافي للوقوف على اجتهادات المجلس الدستوري ومساره في ذلك الأمر الذي يستوجب علينا الاستدلال باجتهادات القاضي الدستوري لاسيما اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي إلى جانب اجتهادات المحكمة الدستورية العليا في مصر، ذلك لأن المشرع الجزائري كثيرا ما يتأثر المؤسس الدستوري الفرنسي والمصري؛ ومن النصوص الدستورية التي نصت على هذه المبادئ الدستورية ما نصت عليه مثلا المواد (32، 36، 56، 65، 150، 156، 158، 168، 169) من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 المعدل للدستور الجزائري لسنة 1996، وغيرها من النصوص الدستورية التي وردت في الدستور الجزائري أو التي وردت في مقدمته؛ وما ورد في الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 ما نصت عليه المادة 19 منه حول مبدأ مجانية التعليم، مبدأ المساواة وفق ما ينص عليه نص المادة 53 من الدستور، مبدأ سمو القواعد الدولية وفق ما ينص عليه المادة 93 من الدستور، مبدأ شخصية العقوبة وفق ما تنص عليه المادة 95 من الدستور، ومن أمثلة تلك المبادئ الدستورية في الدستور الفرنسي ما ورد في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، ومقدمة الدستور الفرنسي لسنة 1946، الأمر الذي أكدت عليه الدستور الفرنسي لسنة 1958 بما فيها ميثاق البيئة لسنة 2004؛ وفي الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014 ما ورد في مقدمته في الفقرة 03، وما نصت عليه الفصول (الفصل 07 المتعلق بالأسرة و الفصل 10 المتعلق أداء الضريبة، والفصل 20 المتعلق بسمو القواعد الدولية على التشريعات الوطنية، والفصل 21 منه المتعلقة بمبدأ المساواة، والفصل 24 منه المتعلقة المتعلقة حماية الحياة الخاصة وحرمة المسكن، وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية وفقا ما ينص الفصل 24 منه.

<sup>3</sup> - الحقيقة أن هذه المبادئ العامة تسبق في ظهورها القواعد القانونية، وبهذا يمكن للمؤسس الدستوري أن يستلهم بعضا من تلك المبادئ القانونية العامة ويضمها في نصوصه، ومن ذلك القواعد العامة المتعلقة بالحقوق والحريات والواجبات العامة وسيادة القانون والمقومات الأساسية للمجتمع، كما يمكن للمشرع العادي أن يعتمد عليها لإصدار تشريعات؛ وإذا استلهم القاضي هذه المبادئ لقصور في التشريع أو غموض أو نقص، فإنه يسلك نفس طريق المشرع، ومن ذلك مثلا استلهم القاضي لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. ومن بين المبادئ التي استنبطها القاضي الدستوري في فرنسا من بين ثنايا الدستور أو استقراء النظام القانوني في الدولة، المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية كحرية تكوين الجمعيات، حرية التعليم، مبدأ حقوق الدفاع؛ والمبادئ العامة للقانون التي تعتبر من الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في الدولة، وهي مستوحاة من مقدمات الدساتير أو إعلانات حقوق الإنسان أو لورودها في الدساتير السابقة، والتي إسباغ عليها القاضي الدستوري القيمة الدستورية منها مبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ استمرارية

من أمثلة المبادئ العامة التي استخلصها القاضي الدستوري في مصر، والتي تمثل قيوداً على حرية المشرع حال إقراره للقوانين<sup>1</sup>، مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص عن الفعل الواحد مرتين<sup>2</sup>، ومبدأ حق المرأة في العمل<sup>3</sup>، ومبدأ الحق في الخصوصية، ومبدأ رجعية القوانين الجنائية الأصح للمتهم، ومبدأ حرية التعاقد، ومبدأ حق الدفاع، إضافة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، ومبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة<sup>4</sup>.

## ب- مدى تأثير المجموعة الدستورية على القانون

المرفق العامة، ومبدأ المساواة أمام الضريبة، إلى جانب هذه المبادئ توجد المبادئ المسايرة لروح العصر، وهي مبادئ يفرضها تطور الحياة الاجتماعية. ولقد أشارت إلى ذلك مقدمة دستور فرنسا 1946 في البنود من 03 إلى 18 منها.

- Décision du conseil constitutionnel N°71-44 du 16 juillet 1971, R.P.29; VEDEL, G., Réflexion sur quelque rapport de la jurisprudence du conseil d'Etat la jurisprudence du conseil constitutionnel, Mélanges Chapus, 1992, p.66 et s; Décision du conseil constitutionnel du 23 décembre 1977, R.P.42; Décision du conseil constitutionnel 30 novembre 1981, R.P.41; Décision du conseil constitutionnel N°62-20 du 06 novembre 1962, R.P.27 Décision du conseil constitutionnel du 03 juillet 1975, R.P.26; PHILIP, L., La valeur juridique de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 Aout 1789 selon la jurisprudence du conseil constitutionnel, Mélanges Kaysser, 1979, p.317.

وقد أشارت إليه مقدمة دستور فرنسا 1946 في البنود من 03 إلى 18 منها.

- انظر، عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري و أثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص.5. <sup>1</sup>  
<sup>2</sup> - لقد أقرت المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا المبدأ في قضائها، على أن الخروج عليه يعتبر مخالفة لمبدأ المشروعية، حيث يجد هذا المبدأ أساسه في المادة 66 من الدستور؛ انظر، حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية 14 لسنة 19 ق دستورية جلسة 15 جوان 1996، ج ر العدد 25 بتاريخ 27 جوان 1996؛ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا من يناير 1984 إلى ديسمبر 1986، ص.18؛ عبد الناصر أبو سهدانة، حسين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص.55.

<sup>3</sup> - يجد هذا المبدأ أصله في المادة 11 من الدستور والتي تقضي بأن تكفل الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها في مجتمعها والمساواة مع الرجل في ميادين الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، الأمر الذي يترتب عليه عدم جواز مشروعية الأعمال القانونية التي تنتقص من حق المرأة أو تتمتعها بحقوقها بالعمل؛ انظر، حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم 84 لسنة 1997 ق دستورية بجلسة 15 مارس 1997؛ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا من يناير 1984 إلى ديسمبر 1986، ص.20؛ عبد الناصر أبو سهدانة، حسين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص.38.

<sup>4</sup> - تجد هذه المبادئ أساسها في الباب الثاني والثالث من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 وغيرها من المبادئ التي أوردتها مقدمة الدستور المنتشرة عبر مواده؛ ويوجد مبدأ حرية التعاقد أصله من الحرية الشخصية وحق الملكية اللذان كفلهما الدستور، وذلك بالنظر إلى ما ترتبه العقود من حقوق لأطرافها، الأمر الذي به المحكمة الدستورية في حكمها بقولها على أن حرية التعاقد فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية، فإنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي يرتبها، وهي بذلك قيدت سلطة المشرع في تنظيم هذا الحق؛ لمعرفة التفاصيل؛ انظر، حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 35 لسنة 17 ق دستورية، ج ر العدد 23 بتاريخ 17 أوت 1997.؛ كما يجد مبدأ حق الدفاع أساسه في المادة 69 من دستور 1971 والتي كفلت هذا الحق، وفي ذلك تقول بأن حق الدفاع قد أصبح مبدأ من المبادئ الأساسية للحرية ولا يمكن التفریط فيه؛ كما تجد مبادئ الشريعة الإسلامية التي أقرتها المحكمة الدستورية العليا أساسها في المادة الثانية من الدستور، وبذلك أصبح المشرع حال ممارسته لاختصاصه التشريعي بعدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية، وإلا كانت تشريعاته غير دستورية، وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأنه "لا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية المقطوع بثبوتها ودلائنها باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية أصولها الكلية التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً؛ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 17 لسنة 18 ق دستورية بجلسة بتاريخ 03 مايو 1997، ج ر العدد 20 في 15 مايو 1997؛ كما يقوم كذلك مبدأ التناسب التجريم والعقاب على التوازن بين حق الدولة في العقاب وضمان الحماية الدستورية للحقوق والحريات، فلا يتم التضحية بالحقوق والحريات من خلال التجريم إلا إذا اقتضى ذلك حماية للمصلحة العامة أو حماية الحقوق والحريات العامة، فالعقوبات التي يقرها المشرع لتجريم فعل معين يجب أن يتناسب مع الغاية التي استهدفها المؤسس الدستوري، الأمر الذي أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 02 في 4 جانفي 1997 لسنة 15 ق دستورية، ج ر العدد 03 في 16 جانفي 1997؛ انظر، أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة، دار الشروق، 2000، ص.498.

إذا تبني القاضي الدستوري المفهوم الشكلي للدستور، فإن مرجعية القاضي الدستوري في ممارسة الرقابة الدستورية تقتصر على القواعد المكتوبة في الوثيقة الدستورية ولا تتعداها، أما في حالة اعتناق القاضي الدستوري للمعيار الموضوعي للدستور، الذي يقوم على أساس النظر إلى الجوهر أو المضمون بغض النظر إلى الشكل أو الإجراءات المتبعة في إقرار القاعدة الدستورية، فإن مرجعية القاضي الدستوري لا تقتصر فقط على ما ورد في وثيقة الدستور، بل تميل إلى الاتساع خاصة في حالة وجود مسائل دستورية بطبيعتها وردت خارج الوثيقة الدستورية بغض النظر عن مصدر تلك القواعد، وفي هذه الحالة تتسع الكتلة الدستورية أو المجموعة الدستورية إلى نصوص الدستور ومجموعة من المبادئ والقواعد الدستورية التي تشكل مرجعية للقاضي الدستوري<sup>1</sup>.

ذلك بأن القواعد الدستورية التي تفرض على المشرع التزاما بعدم مخالفتها حال ممارسة اختصاصه التشريعي اتسع نطاقها لتشمل إضافة إلى القواعد أو النصوص الدستورية الواردة في صلب وثيقة الدستور ومقدمة الدستور قواعد الحقوق والحريات العامة، ومبادئ الشريعة الإسلامية—باستثناء الدستور الفرنسي، ومبادئ حقوق الإنسان التي نصت عليها القواعد الدولية، والتي يُلزم المشرع بأحكامها ويستخدمها القاضي الدستوري كمرجعية للرقابة على دستورية القوانين.

وما سبق يمكننا القول بأن المشرع مقيد باحترام إطار المجموعة (الكتلة) الدستورية بمركباته المختلفة عند سن القوانين لاسيما في الحالات التي يحيل فيها الدستور على القانون، أي أن التدخل التشريعي للمشرع في مجال الحقوق والحريات العامة التي يعتبر من أهم مجالات سلطة المشرع التقديرية لا يعني التحلل من الضوابط والقيود الدستورية بشكل يؤدي إلى مصادرتها أو الانتقاص منها أو الحد من فاعليتها، وإنما يتعين

---

<sup>1</sup> ويقصد بإطار الدستورية أو المجموعة الدستورية بمعناه الضيق الذي يعني حصر مجموع المبادئ والقواعد ذات القيمة الدستورية التي يتكفل المشرع بفرض احترامها. أما المعنى الواسع فيعني كافة القواعد الأسمى من قاعدة القانون، وهي التي يتولى المجلس الدستوري ضمان احترام هذا الإطار، فإذا كان هذا الفقه قد اتفق على إقرار القيمة القانونية على إعلان حقوق الإنسان ومقدمات الدساتير، فإن الفقهاء لم يتفقوا حول تحديد القوة القانونية التي تتمتع بها تلك النصوص، الأمر الذي انعكس سلبا على تحديد موقع هذه الإعلانات ضمن المجموعة الدستورية، فمنهم من يعطي لهذه الإعلانات قوة الدستور ذاته من حيث الإلزام، ومن ثم تتمتع بنفس قيمة النصوص الدستورية في تقييدها لسلطات الدولة الثلاث بما فيها السلطة التشريعية. في حين يفرق جانب من الفقه بين نوعين من النصوص التي تحملها تلك المبادئ، حيث يرون أن فيها نصوص محددة وواضحة تكون قابلة للتطبيق المباشر ونصوصا غير محددة، والتي تعلن في شكل أهداف ومثل عليا وقواعد علمية وفلسفية توضح معالم وأهداف المجتمع، فالأولى هي التي لها قوة الإلزام وتعتبر من مصادر المشروعية، وتكون لها قوة الإلزام للنصوص الدستورية وتتساوى معها؛ ولزيد من التفاصيل: انظر على سبيل المثال:

-LAFERIERE.J, Manuel de droit constitutionnel ,1947,p.962 ;VEDEL.G, Manuel élémentaire de droit constitutionnel , Paris,1949,p.322 ; MORGANE ,Valeur juridique des principes coutume dans les déclaration de droit ,R.D.P,1945,p229 ;HAURIOU.A,Droit constitutionnel et institutions politiques ,3<sup>ème</sup> édition ,Paris , 1986,p.182-187.

أورده، فتحي فكري، القانون الدستوري (المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر في ظل دستور 1971)، الكتاب الأول، بدون دار للنشر، 2006، ص.52.

في كل الأحوال مراعاة قواعد الدستور؛ فالسلطة التقديرية يجب أن تتفق مع مبدأ المشروعية، أي أن القانون الذي يصدره المشرع يجب أن يصدر وفقا للإطار الذي حدده له الدستور<sup>1</sup>.

إلى جانب ذلك هناك بعض المسائل الدستورية التي يتم تنظيمها بموجب تشريعات هي في الأصل تشريعات عادية، لكن نظرا لطبيعتها الدستورية أحاطها المؤسس الدستوري ببعض القيود الموضوعية والإجرائية الملزمة للمشرع العادي، وتتمثل في القوانين العضوية في فرنسا أو الجزائر (القوانين المكملة للدستور في النظام الدستوري المصري)، فما هي العلاقة بين القواعد الدستورية والقوانين العضوية؟

### ثانيا: تطور العلاقة بين القواعد الدستورية والقوانين العضوية

الحقيقة أن القوانين العضوية ظهرت لأول مرة في الدستور الفرنسي لعام 1844، واستقر العمل بهذا النوع من القوانين حتى صدور الدستور الفرنسي لعام 1958، الذي أفرد له تنظيما قانونيا خاصا<sup>2</sup>، وذلك من أجل استكمال النصوص الدستورية ووضعها موضع التطبيق، وسأيره في ذلك الدستور الجزائري و التونسي

<sup>1</sup> - ومن بين موضوعات الحقوق والحريات حق الملكية الخاصة، حيث حرص الدستور على ضمان الملكية الخاصة وكفل عدم المساس بها إلا في الأحوال المبينة في القانون، ومن ناحية أخرى للمشرع العادي وهو بصدد تنظيم الحق في الملكية الخاصة بما يخدم الوظيفة الاجتماعية وضع بعض القيود التي تتطلبها تلك الوظيفة وحصرها في إطار ضيق، وجعل مخالفة هذه القيود أو الاستيلاء على الملكية الخاصة تحقيق أهداف خاصة غير المصلحة العامة مخالفة دستورية. أما في فرنسا فقد نص المجلس الدستوري الفرنسي بأن حق الملكية لا يعد من الحقوق المطلقة التي لا تقبل التقييد، وقد قضى بعدم تعارض القانون الذي يضع قيودا على الدعاية للتبغ بالرغم من تعارضه مع حرية التجارة من أجل محاربة التدخين. كما أنه قيد سلطة المشرع في وضع القيود الواردة على حق الملكية تحقيق للمصلحة العامة بشرط ألا يمثل التدخل التشريعي إلى الحد من الحق أو الحق محل التنظيم؛ والجدير بالذكر بأن القضاء الدستوري في كل من الجزائر وتونس بأنه تأثر إلى حد كبير بموقف المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية العليا في مصر.

<sup>2</sup> - تعتبر فكرة القوانين العضوية فكرة قديمة في جذورها ونشأتها وفي وظائفها، لكنها حديثة في تبلورها واكتمال بنائها الدستوري واتضح أسسها وأهدافها ووظائفها ونظامها القانوني لها مكائنها ضمن القواعد القانونية، ودورها الفعال في تكملة أحكام الدستور دون مخالفتها أو الخروج عنها، وفي المجالات المحجوزة للقانون العضوي؛ وبالرغم من قدم مصطلح القوانين العضوية إلا أن المؤسس الدستوري في الدساتير محل الدراسة لم يعط تعريفها لهذا النوع من القوانين مكتفيا بتحديد المسائل الخاضعة للقوانين العضوية والنظام الإجرائي الخاص بها، والمتميز عن إقرار القوانين العادية، تاركا المجال للفقهاء والقضاء. فما هو المعيار أو المعايير التي يعتمد عليها الفقه والقضاء الدستوريين في تعريف القوانين العضوية؟ ولقد ظهر نتيجة لذلك معيارين لتعريف القوانين العضوية، فالبعض يركز على المعيار الشكلي أو العضوي، بينما يركز البعض الآخر على المعيار الموضوعي أو الوظيفي في تحديد معنى القوانين العضوية، وتعرف القوانين العضوية وفقا للمعيار العضوي بأنها مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن البرلمان لتوضيح أحكام الدستور وتكملتها، ويتطلب إقرارها شروط خاصة مع خضوعها لرقابة المطابقة الدستورية المسبقة، أما المعنى العضوي للقوانين العضوية ينظر إليها على أساس أنها مجموعة المسائل أو الموضوعات التي ينظمها البرلمان والتي لا تدخل في مجال القوانين العادية، بقصد استكمال أحكام الدستور وتخضع لنظام إجرائي خاص. وحتى يتسنى لنا تحديد معنى القوانين العضوية بصفة واضحة يستوجب علينا الجمع بين المعيارين الشكلي والموضوعي، فالقوانين العضوية وفقا لهذا المعنى هي تلك القوانين التي يشترط الدستور لإقرارها إجراءات خاصة تميزها عن القوانين العادية بهدف تطبيق النصوص الدستورية المتعلقة بنظام الحكم وتنظيم السلطات العامة في الدولة و ضمان وكفالة الحقوق والحريات العامة. انظر، اندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ترجمة على مقلد - شفيق مراد، عبد الحسين سعد، الطبعة الثانية، بيروت، 1977، ص. 278 و 290؛ صالح بلحاج، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص. 271.

- BERRAMDANE.A, La loi organique et l'équilibre constitutionnel ,R.D.P,1995,N°03,p.722 ; PRIERRE COMBY .J, La loi organique dans la constitution de 1958 ,R.D.P,1989,N ° 05 ,p p.1433.

والمصري، بحيث أحاطت القوانين الأساسية أو المكملة للدستور بإجراءات أشد تعقيدا من إجراءات إقرار القوانين العادية.

أما في الجزائر، فالمستجدات التي جاء بها دستور 1996 هو خلق فئة جديدة من القوانين في النظام القانوني الجزائري إلى جانب القواعد الدستورية والقانون واللائحة، وحتى يتسنى لنا تحديد العلاقة بين القواعد الدستورية والقوانين العضوية يتوجب علينا أولا الوقوف على سلطة المشرع اتجاه القوانين العضوية (أ) من أجل بيان طبيعة العلاقة بين القواعد الدستورية والقوانين العضوية (ب).

### أ- سلطة المشرع اتجاه القوانين العضوية

تحدد سلطة المشرع اتجاه القوانين العضوية بمجال هذا النوع من القوانين والموضوعات المحجوزة لها أو تلك التي يمكن أن تمتد لها، وذلك بناء على المجال الذي تتركه لها أحكام نصوص الدستور سواء بتنظيم ومعالجة بعض الموضوعات بصورة نهائية أو بتوضيح أحكام القواعد القانونية الواردة في الدستور وشرحها، وبيان كيفية تطبيقها وتنفيذها من جديد أو استكمال ما ورد بها من أحكام، باعتبار أن نصوص الدستور تتضمن عادة مبادئ عامة تاركة أمر تفصيلها وتحديداتها للقوانين الأخرى، ويسلك المؤسس الدستوري في تحديد نطاق عمل القوانين العضوية وموضوعاتها بإتباع أسلوبين، الأول يحدد مجال عمل هذه الفئة على سبيل الحصر، أما الأسلوب الثاني يعتمد على طريقة الانتشار عبر مواد الدستور وأبوابه وفصوله لتوضيح و استكمال ما تركه لها الدستور .

ومن بين الموضوعات التي يتم تنظيمها بمقتضى قوانين عضوية في الدستور الجزائري ما نصت عليه المادة 141 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996، بالإضافة إلى مواد أخرى منتشرة عبر مواد الدستور<sup>1</sup>، والتي حددت مجال تدخل

<sup>1</sup> - الملاحظ على التعديل الدستوري لسنة 2016 بأنه قد عدل من مجال القانون لاسيما مجال القانون العضوي، وذلك من خلال ترقية بعض الموضوعات التي كان ينظمها المشرع بموجب قانون عادي، وتحويلها إلى مجال القانون العضوي، ليوسع بذلك المؤسس الدستوري من مجال اختصاص القانون العضوي، فبعد أن كانت هذه المسائل محددة على سبيل الحصر في المادة 141 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 123 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، أصبحت الموضوعات التي يتدخل فيها المشرع بموجب قانون عضوي تنظمها المادة 141 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، إضافة إلى مواد أخرى منتشرة عبر نصوص الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل بموجب القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، حيث أحالت المادة 4 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 3 مكرر من التعديل الدستوري لسنة 2002 المعدل للدستور الجزائري لسنة 1996) على القانون العضوي من أجل تحديد كفاءات تطبيق نص المادة 4 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، والمتعلقة بترقية اللغة الأمازيغية وتجسيدها كلغة وطنية ورسمية، كما نصت المادة 54 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 43 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على أن يحدد القانون العضوي شروط وكفاءات إنشاء الجمعيات بدل القانون العادي وفقا لنص المادة 43 من دستور 1996، إضافة إلى ذلك نجد أن المادة 87 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 73 من الدستور الجزائري لسنة 1996) قد أحالت على القانون العضوي من أجل وضع شروط أخرى للترشح للانتخابات الرئاسية إلى جانب الشروط المنصوص عليها في المادة 87 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، وهو نفس الأمر الذي ورد في نص المادة 103 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 89 من الدستور الجزائري لسنة 1996) التي أحالت على القانون العضوي من أجل تحديد شروط

البرلمان بموجب قوانين عضوية في مجالات خاصة، تشمل المسائل المتعلقة بتنظيم السلطات العامة وعملها، ونظام يتعلق بالأحزاب السياسية ونظام الانتخاب والقانون المتعلق بالإعلام، القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي، إضافة إلى القوانين المتعلقة بالقوانين المالية<sup>1</sup>.

أما في فرنسا نجد المسائل التي يتم تنظيمها بموجب قانون عضوي منتشرة عبر نصوص الدستور، فمثلا أحالت المادة السادسة في فقرتها الثانية من الدستور الفرنسي لعام 1958 على القانون العضوي لتحديد الشروط التطبيقية لهذه<sup>2</sup>، كما يحدد القانون العضوي الوظائف التي يتم التعيين فيها في مجلس الوزراء، وكذلك الشروط التي بموجبها يتم تفويض سلطة التعيين لرئيس الجمهورية التي تمارس باسمه تطبيقا لنص المادة 13 من الدستور الفرنسي<sup>3</sup>، والمادة 23 من الدستور التي أحالت على القانون العضوي لتحديد الشروط التي يتم في إطارها تعويض أصحاب العهدة النيابية، أو الشغل أو الوظائف<sup>4</sup>.

ونجد أن المادة 121 فقرة 04 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 كانت أكثر دقة ووضوحا من المادة 194 من التعديل الدستوري لسنة 2007 «وتعد القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية والنيابية والمحلية، والأحزاب السياسية، والسلطة القضائية، والمتعلقة بالجهات والهيئات القضائية، والمنظمة للحقوق والحريات الواردة في الدستور مكتملة له.» ويتضح لنا من نص المادة 4/121 أعلاه بأن المؤسس الدستوري المصري قد أحال إلى القوانين المكتملة للدستور لتنظيم المسائل المتعلقة بتنظيم وسير السلطات العامة المختلفة في الدولة وعملها، وضبط وتنظيم الأحزاب السياسية وموضوعات الحقوق والحريات العامة الواردة في الدستور. مع العلم بأن المؤسس الدستوري قد اشترط أغلبية خاصة من أجل إقرارها مع إلغاء نص

---

وكيفيات تطبيق نص المادة 103 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 المتعلقة بالقيود الواردة على إبداء ملف الترشح أو المرور إلى الدور الثاني إضافة إلى ذلك فقد أحالت مواد أخرى على القانون العضوي من أجل استكمال النصوص الدستور وتحديد أو وضع كيفيات تطبيقها، منها نص المادة 194 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 المتعلقة الهيئة العليا لمراقبة الانتخابات.

<sup>1</sup> - هناك نصوص دستورية أخرى تحيل على القانون العضوي من أجل تنظيم بعض المسائل والمنصوص عليها أساس في المواد (35)، المادة 85 فقرة 03، والمادة 103، والمادة 106، والمادة 120، والمادة 125، والمادة 141، والمادة 132، والمادة 172، والمادة 176، و المادة 177 فيما يخص تشكيلة المحكمة العليا للدولة وتنظيمها وسيرها وكذلك الإجراءات المطبقة) من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>2</sup> - نص المادة 6 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 على ما يلي:

« Le Président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct. Les modalités d'application du présent article sont fixées par une loi organique. »

- انظر نص المادة 13 من الدستور الفرنسي لعام 1958.<sup>3</sup>

<sup>4</sup> - انظر نص المادة 23 من الدستور الفرنسي لسنة 1958؛ ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 25 من الدستور والمتعلقة بتنظيم السلطة التشريعية من حيث التكوين وشروط ترشحهم وموانع ذلك، وحالات شغور المقعد في كل جمعية، المادة 3/27 من الدستور الفرنسي التي أحالت على القانون العضوي لتحديد شروط تفويض التصويت، ونص المادة 34 من الدستور التي تتعلق بالشروط والتحفظات المنصوص عليها في القانون العضوي فيما يخص قوانين المالية، المداخي وأعباء الدولة، وقوانين التمويل للضمان الاجتماعي. وغيرها من النصوص الدستورية التي تحيل على القانون العضوي.

المادة 194 من الدستور المصري لعام 1971 المعدل في سنة 2007 الذي كان يشترط موافقة مجلس الشورى على مشروعات القوانين المكملة للدستور<sup>1</sup>.

وإذا خلصنا إلى القول بأن القوانين العضوية وفقا للمعيارين الشكلية والموضوعية هي فئة القوانين التي يستلزم الدستور لإقرارها نظاما إجرائيا خاصا، وتنظم مسائل محددة تتعلق بتنظيم السلطات العامة وعملها وموضوعات الحقوق والحريات العامة، ويلتزم المشرع حال تنظيمها بالقيود الإجرائية والموضوعية التي حددها الدستور، فما هي طبيعة علاقة القوانين العضوية بالقواعد الدستورية؟

### ب- طبيعة العلاقة بين القواعد الدستورية و القوانين العضوية

وحتى يتسنى لنا معرفة طبيعة العلاقة بين الدستور والقوانين العضوية يتوجب علينا أولا تحديد مركز أو مكانة القوانين العضوية ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية(1)، ثم تحديد العلاقة بين القوانين العضوية والقواعد الدستورية، وبيان أثر رقابة القاضي الدستوري على انحسار القوانين العضوية (2).

### 1- مركز القوانين العضوية ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية

إن قيمة القوانين العضوية وتحديد مكانتها ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية لا تخرج عن الحالات التالية، ففي الحالة الأولى تأخذ القوانين العضوية في بعض الدساتير نفس قيمة ومرتبة القواعد الدستورية إذا ما نص الدستور على بأن تعديلها يكون بذات الطريقة التي يعدل بها الدستور، وفي حالة التعارض بين نص دستوري ونص آخر من قبيل النصوص التي ترقى إلى مرتبة الدستور، فإن التعارض يتم الفصل فيه بمعالجة الوضع كما لو كان خلافا بين نصوص الدستور ذاته<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - والملاحظ على المؤسس الدستوري المصري قبل التعديل الدستوري لسنة 2007 بأنه اكتفى بالإحالة على القوانين المكملة للدستور لتنظيم بعض الموضوعات المتعلقة بالسلطات العامة دون تحديد تلك الموضوعات أو تمييزها بنظام إجرائي خاص، غير أن التعديل الدستوري لعام 2007 قد حدد الموضوعات التي تدخل ضمن مجال القوانين المكملة للدستور وفق ما تنص عليه المادة 194 من دستور 1971 المعدل في 2007 أي التي تضمنت المسائل التي يتم تنظيمها بمقتضى القوانين المكملة للدستور المنتشرة عبر مواد الدستور والمنتشرة عبر مواد الدستور، منها نظام الأحزاب السياسية (المادة 5 من الدستور)، الجنسية المصرية (المادة 06 من الدستور)، حرية الصحافة والطباعة والنشر (المادة 48 من الدستور)، نظام انتخاب أعضاء المجالس التشريعية (المادة 62 من الدستور)، نظام المحكمة الخاصة لمحاكمة رئيس الجمهورية في حالة ارتكابه جريمة جنائية أو جريمة الخيانة العظمى (المادة 85 من الدستور)، وغيرها من المسائل التي وردت في المادة 194 من الدستور المصري لعام 1971 المعدل في 2007 والخاصة بمجال القوانين المكملة للدستور؛ ولقد حذا المؤسس الدستوري التونسي حذو ما ذهب إليه المؤسس الدستوري في كل من فرنسا ومصر والجزائر في تحديد مجال القوانين الأساسية، الأمر الذي نص عليه الفصل 2/65 منه الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014، ومن الموضوعات التي تدخل في مجال القوانين الأساسية تنظيم العدالة والقضاء (الفصل 102 إلى 117 من الدستور)، تنظيم الأحزاب والنقابات والجمعيات والمنظمات والهيئات المهنية وتمويلها (الفصل 35 من الدستور)، تنظيم الهيئات الدستورية (الفصل 118 إلى الفصل 130 من الدستور)، المعرفة الموضوعات التي ينظمها القانون الأساسي في الدستور التونسي الحالي: انظر الفصل من 102 إلى الفصل 117 من الدستور التونسي لعام 1958، والفصل 35 منه، الفصل 118 و125 و130 من الدستور، ومن بين المسائل التي يتم تنظيمها بموجب قانون أساسي ما نص عليه الفصل 53 و54 و55 و74 و75 من الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014 والمتعلقة بالقانون الانتخابي، تمديد مدة مجلس نواب الشعب وتمديد المدة الرئاسية وفق ما ينص عليه الفصلين 56 و75 من هذا الدستور.

<sup>2</sup> - انظر، دعاء الصاوي يوسف، المرجع السابق، ص. 47؛ شريط وليد، السلطة التشريعية من خلال التطور الدستوري الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2011-2012، ص. 209.

أما الحالة الثانية، تحتل القوانين العضوية مرتبة أدنى من الدستور، مع منحها نفس قيمة ومرتبة القوانين العادية، في حالة ما إذا لم ينص الدستور على إجراءات خاضعة للإقرار والتعديل تختلف عن إجراءات وضع القوانين العادية، الأمر الذي كان معمول قبل صدور الدستور الفرنسي لعام 1958<sup>1</sup>.

وأخيرا الحالة الثالثة، التي تحتل فيها القوانين العضوية مرتبة أدنى من أحكام الدستور وأعلى من القوانين العادية، فإذا وضع الدستور نظاما إجرائيا خاصا لإصدار القوانين العضوية وتعديلها يختلف عن إجراءات وضع القوانين العادية بشرط أن تكون هذه الإجراءات في مرتبة وسط بين إجراءات تعديل النصوص الدستورية وإجراءات وضع وتعديل القوانين العادية، ويترتب على ذلك أن القوانين العادية التي تخالف أحكام القانون العضوي يتعين على القاضي الدستوري أن يقر بعدم دستورتها، كما أنه لا يمكن للقانون العادي أن يلغي أو يعدل قانون عضوي<sup>2</sup>.

وإذا كان المؤسس الدستوري في الدساتير محل الدراسة قد أحال إلى القانون العضوي أمر تنظيم بعض المسائل المحددة على سبيل الحصر ووفق نظام إجرائي خاص، فإنه لم يحدد الطبيعة القانونية لهذه الفئة من القوانين ومكانتها في سلم القواعد القانونية، كما أن القوانين العضوية هي الأخرى لم تتضمن ذلك، وإن كان الفقه الدستوري قد اتجه نحو اعتبار أن هذه الفئة من القوانين بأنها تأتي في مرتبة وسط تجعله يقترب من الدستور ويسمو على القانون العادي، وذلك بالنظر إلى طبيعة الموضوعات والإجراءات التي يتم إقرارها بها والمتميزة عن إقرار القوانين العادية.

ولقد تضمنت المادة 46 من الدستور الفرنسي لعام 1958 شروط إقرار القوانين العضوية التي تختلف عن إقرار القوانين العادية، كاشتراط مرور خمسة عشر (15) يوما بعد إيداع مشروع القانون العضوي، وأغلبية خاصة للموافقة عليه مع خضوعه لرقابة المطابقة الدستورية. وبهذا المعنى تحتل القوانين العضوية مرتبة أعلى

---

- MDHAFFR. Z, Le pouvoir législatif au Maghreb, Imp. Officielle de la République Tunisienne, Tunis, 1987, p.120.

<sup>1</sup> - انظر، أحمد سعفيان الأنظمة السياسية والمبادئ الدستورية العامة، الطبعة الأولى، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص. 357؛ عبد المعز محمد نصر، في النظريات والنظم السياسية، دار النهضة العربية، بيروت، 1981، ص. 533.

<sup>2</sup> - انظر، عبد الرحمن عزوي، فئة القوانين العضوية أو النظامية وفقا للدستور الجزائري المعدل سنة 1996، المجلة القانونية التونسية، العدد 04، ص. 61؛ محمد أرزقي نسيب، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الأول، دار الأمل، الجزائر، 1998، ص. 20.

- COURBE. P, Institution général au droit, Dalloz édition, 1990, p.38.

والملاحظ على المؤسس الدستوري التونسي بأنه تأثر بالدستور الفرنسي الذي وضع نظاما إجرائيا خاصا لإقرار القوانين الأساسية، حيث اشترط موافقة الأغلبية المطلقة لمجلس نواب الشعب بعد مضي خمسة عشر (15) يوما من إحالته على اللجنة المختصة وفقا ما ينص عليه الفصل 64 من الدستور التونسي لعام 2014 ينص الفصل 64 من الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014 على ما يلي: « يصادق مجلس نواب الشعب بالأغلبية المطلقة لأعضائه على مشاريع القوانين الأساسية، وبأغلبية أعضائه الحاضرين على مشاريع القوانين العادية، على ألا تقل هذه الأغلبية عن ثلث أعضاء المجلس. لا يعرض مشروع القانون الأساسي على مداولة الجلسة العامة لمجلس نواب الشعب إلا بعد مضي خمسة عشر يوما من إحالته على اللجنة المختصة. » أي أن القوانين الأساسية تحتل في الدستور التونسي مرتبة أعلى من القانون العادي وأدنى من الدستور دون أن تسمو على المعاهدات الدولية وفق ما ينص عليه الفصل 20 من الدستور التونسي.

من القوانين العادية و أدنى من الدستور دون أن تسمو على المعاهدات الدولية تطبيقاً لنص المادة 55 من الدستور الفرنسي.

وهو الأمر الذي نستخلصه من نص المادة 141 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 بأن القوانين العضوية تخضع من حيث إصدارها وتعديلها إلى إجراءات تختلف عن وضع القوانين العادية وتعديلها، هذه الإجراءات هي في مرتبة وسط بين إجراءات تعديل النصوص الدستورية وإجراءات وضع وتعديل القوانين العادية دون أن تسمو على المعاهدات الدولية<sup>1</sup>.

أما في مصر، فلقد حدد التعديل الدستوري لسنة 2007 الموضوعات التي يتم تنظيمها بمقتضى قوانين مكملة للدستور، واشترط موافقة مجلس الشورى على مشاريع القوانين المكملة للدستور المنصوص عليها في المادة 194 من الدستور<sup>2</sup>. إلى جانب ذلك فلقد تضمن الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 شروطاً خاصة لإصدار القوانين المكملة للدستور، كتحديد كمجال القوانين المكملة للدستور بصفة واضحة واشترط موافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب على مشاريع القوانين المكملة للدستور تطبيقاً لنص المادة 4/121 من الدستور، وتحتل القوانين المكملة للدستور مرتبة متميزة، فهي أقل من الدستور وأعلى من القوانين العادية والمعاهدات الدولية وفق ما تنص عليه المادة 93 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014<sup>3</sup>.

وترتباً على ما سبق، يمكننا القول بأنه ما دام أن المؤسس الدستوري في الدساتير محل الدراسة لم يحدد الطبيعة القانونية للقوانين العضوية ومكانتها في سلم القواعد القانونية، إلا أنه نظراً لطبيعة الموضوعات التي ينظمها القانون العضوي، والنظام الإجرائي الخاص من أجل إقرارها، فإنها تحتل مكانة متميزة في الهرم القانوني؛ فهي وأدنى مرتبة من القواعد الدستورية وتسمو على القوانين العادية دون أن تسمو كذلك على المعاهدات الدولية – باستثناء الدستور المصري الذي منح المعاهدات قيمة التشريعات العادية.

ومن ثم، فإذا كان القانون العضوي الذي يخضع لنظام إجرائي خاص لإقراره بهدف تطبيق النصوص الدستورية، سواء باستكمالها وتوضيحها ووضعها موضع التطبيق العملي، فهل يمكن للمشرع وهو بصدد تنظيم موضوعات تدخل ضمن مجال القانون العضوي أن يعدل أو يضيف قاعدة جديدة للنصوص

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 141 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 123 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، وكذلك نص المادة 149 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 131 من الدستور الجزائري لسنة 1996) المتعلقة بالمعاهدات الدولية.

<sup>2</sup> - وخلافاً لذلك لم يميز المؤسس الدستوري المصري قبل التعديل الدستوري لسنة 2007 بين القوانين العادية والقوانين المكملة للدستور، مكتفياً بالإحالة على القوانين المكملة للدستور لتنظيم بعض الموضوعات المتعلقة بالسلطات العامة دون تحديد تلك الموضوعات أو تمييزها بنظام إجرائي خاص يختلف عن النظام الإجرائي للقوانين العادية.

<sup>3</sup> - انظر، دعاء الصاوي يوسف، القوانين الأساسية وعلاقتها بالسلطة والحريات - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2008 ص. 44؛ نص المادتين 4/121 و 93 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014.

الدستورية خاصة في الحالات التي يضع فيها المؤسس الدستوري مبادئ أو أحكام عامة ويجيل فيها على القانون العضوي بتنظيم المسألة بكاملها؟

## 2- تطور العلاقة بين القواعد الدستورية والقوانين العضوية

الحقيقة أن العلاقة الوظيفية بين الدستور والقوانين العضوية تتمثل في قيام هذه الأخيرة بإكمال النصوص الدستورية وبيان كيفية تطبيقها لمعالجة وتنظيم السلطات العامة أو تنظيم الحقوق والحريات العامة، التي يضع الدستور مبادئها ويحدد أطرها العامة.

مع العلم بأن تلك العلاقة لم تأخذ هذا الشكل قبل صدور الدستور الفرنسي لعام 1958 نظرا للفلسفة التي كانت سائدة في النظام القانوني الفرنسي، الذي تبنت مبدأ علو السلطة التشريعية على غيرها من السلطات الأخرى وولايتها العامة في التشريع دون قيد أو شرط استنادا للمفاهيم التي أرسنها الثورة الفرنسية على أن القانون هو المعبر عن الإرادة العامة للأمة<sup>1</sup>.

غير أن الوضع لم يستمر على هذا النحو، فقد اتجه الدستور الفرنسي لعام 1958 إلى تحديد علاقة القوانين العضوية بالدستور، فوضع إطارا تنظيميا لتلك القوانين قيد بموجبه المشرع حال مباشرة اختصاصه التشريعي، أي أن المؤسس الدستوري يضع المبادئ العامة التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، ثم يترك أمر تنظيمها وتفصيلها للقوانين العضوية.

ومن هنا، يتضح لنا بأن وظيفة القوانين العضوية تنحصر في استكمال النص الدستوري وبيان كيفية تطبيقه، الأمر الذي يترتب عليه تقييد سلطة المشرع التقديرية في هذا الإطار، فعندما ينص الدستور على إنشاء مؤسسة دستورية معينة ويحدد مبادئها العامة، فإن هذا النص لا يمكن تطبيقه إلا بإصدار قانون عضوي يقوم بتنظيم تلك المؤسسة، ويبين كيفية ممارستها لوظيفتها وفق ما حدده المؤسس الدستوري سابقا<sup>2</sup>، ومن قبيل النصوص الدستورية التي تضع المبادئ العامة، والتي تحيل إلى القانون العضوي وضع القواعد التفصيلية ما نصت عليه المادتين 06 و23 من الدستور الفرنسي لسنة 1958<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - ونتيجة لتلك المفاهيم فقد تم تنظيم المؤسسات الدستورية التي وضع الدستور مبادئها العامة بقوانين عادية حتى لا يشاركها أحد في الوظيفة التشريعية، ودون أن تفرض على نفسها قيودا إجرائية أو موضوعية خاصة تختلف عن إجراءات إقرار القوانين العادية، ومثال ذلك قانون يناير 1950 المتعلق بتنظيم السلطات العامة في ظل دستور 1946، فلم تكن القوانين العضوية تختلف عن غيرها من القوانين بل يمكن تعديل تلك القوانين بموجب قوانين عادية إذا دعت الضرورة لذلك.

- Care DEMELBERGE. R, La loi expression de la volonté générale de nation, Paris, 1931.

أورده: علي عبد العال سيد أحمد، فكرة القوانين الأساسية، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص. 40.

<sup>2</sup> - GIQUEL. J, Droit constitutionnel et institutions politiques, 10<sup>ème</sup> édition, Paris, 1989, p. 620.

<sup>3</sup> - نص المادة 06 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« Le Président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct. Les modalités d'application du présent article sont fixées par une loi organique. »

وبالرجوع إلى أحكام مواد الدستور الجزائري لسنة 1996 نجد مثلا أن المادة 89 من قد أحالت على القانون العضوي لتحديد كفاءات وشروط تطبيق أحكام هذه المادة من الدستور بالنسبة لأحد المترشحين للرئاسة في الدور الثاني، وصادر تطبيقا لذلك القانون العضوي رقم 07/97 المتعلق بالانتخابات المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 101/12<sup>1</sup>، كما أحالت المادة 115 من الدستور إلى القانون العضوي لتنظيم غرفتي البرلمان وعملهما، وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة، الأمر الذي صدر عنه القانون العضوي رقم 02/99 المؤرخ في 08 مارس 1999<sup>2</sup>.

والملاحظ على التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 بأنه عمل على ترقية بعض الموضوعات التي كان ينظمها القانون العادي إلى مجال القانون العضوي، ومثال ذلك ما نصت عليه المادتين 85 و87 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 المتعلقة بتحديد الكفاءات الأخرى للانتخابات الرئاسية، وكذا تحديد الشروط الأخرى لانتخاب للترشح لمنصب رئيس الجمهورية إضافة إلى الشروط المنصوص عليها في المادة 87 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 54 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 التي أحالت على القانون العضوي لتحديد شروط وكفاءات إنشاء الجمعيات<sup>3</sup>.

والملاحظ أيضا على الدساتير المصرية المتعاقبة بأنها اكتفت بوضع المبادئ العامة في المسائل الدستورية، وأحالت للقوانين المكملة للدستور مهمة بيان تلك المبادئ وإكمالها، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادتين 3/102 و3/121 التي أحالت على القانون لتحديد عدد الدوائر ونظام الانتخاب<sup>4</sup>.

---

وتنفيذا لنص المادة 06 من الدستور الفرنسي لعام 1958 صدر قانون في 06 نوفمبر 1962 يحدد إجراءات العملية الانتخابية والشروط الواجب توافرها للترشح. كما صدر أيضا القانون العضوي رقم 1099 المؤرخ في 17 مارس 1958 لتنظيم الآثار المترتبة على الجمع بين وظيفة الوزير والعضوية في البرلمان؛

- GIQUEL .J, op cit , p.621 ;

-انظر كذلك نص المادة 23 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

<sup>1</sup> -القانون 07/97 المتضمن قانون الانتخابات المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 01/12 المؤرخ في 12 يناير 2014 يتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية العدد الأول، المؤرخة في 14 يناير 2012.

<sup>2</sup> -ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 120 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 103 من الدستور الجزائري لسنة 1996) بوجود تحديد كفاءات انتخاب النواب؛ انظر، محمد قزو أكلي، دروس في الفقه الدستوري والنظم السياسية، دار الخلدونية، الجزائر، 2003، ص. 12 و17.

<sup>3</sup> -انظر نص المواد (54 و85 و87) من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 -يقابلها نص المواد 43 و71 و73 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>4</sup> -انظر نص المادتين 102 فقرة 3 و121 فقرة 3 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014؛ و من أمثلة ذلك في الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014 ما نص عليه الفصل 65 منه على أن الموافقة على المعاهدات وتنظيم العدالة والقضاء، القانون الانتخابي و الأحوال الشخصية، تنظيم الهيئات الدستورية، القانون الأساسي للميزانية وغيرها من المسائل يتم تنظيمها بموجب قانون أساسي تطبيقا لنص الفصل 65 من الدستور.

فإذا كانت علاقة القوانين العضوية بالدستور تنحصر في تكملة نصوص الدستور للحد الذي أدى بجانب من الفقه إلى تشبيه القانون العضوي باللائحة التي تستخدم لتطبيق القانون، فإن الأمر لم يقف عند هذا الحد، بل أصبح من الممكن أن تنظم القوانين العضوية موضوعات ذات طبيعة دستورية، ذلك بأن تدخل المشرع بمقتضى قوانين عضوية يكون من أجل تعديل نص دستوري أو إضافة قاعدة جديدة لاسيما في الحالات التي يعهد فيها الدستور على القانون العضوي بتنظيم المسألة بكاملها، غير أن تدخل القانون العضوي في مجال الدستور لا يعني إطلاق سلطة المشرع للحد الذي قد يؤدي إلى تجاوز روح الدستور أو تغيير معنى النص الدستوري أو الانحراف عن الغاية التي قصدها المؤسس الدستوري<sup>1</sup>.

ونتيجة لذلك فقد أضاف المجلس الدستوري الفرنسي بعض الضوابط لذلك التدخل والتفرقة بين التعديل الجوهري الذي يحدثه القانون العضوي، وبين التعديل البسيط الذي لا يصل إلى حد الافتئات من نصوص الدستور والتغيير من معناها، وبناء على تلك التفرقة يقضي المجلس الدستوري الفرنسي بدستورية القانون في الحالة الأولى وعدم دستورية القانون العضوي في الحالة الثانية<sup>2</sup>.

-انظر، رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص.219؛ سعد شرقاوي و عبد الله ناصف، المرجع السابق، ص.289.<sup>1</sup>

<sup>2</sup> - انظر، علي عبد العال سيد أحمد، المرجع السابق، ص.89؛ ومن بين الحالات التي تمثل تجاوزا للنطاق المحدد للقوانين العضوية في فرنسا، القانون العضوي الصادر في 03 يناير 1962 الذي يبيح التفويض التلقائي لعضو البرلمان في التصويت بالمخالفة مع أحكام المادة 27 من الدستور الفرنسي لعام 1958، التي تقر مبدأ التصويت الشخصي كقاعدة عامة، والتي تجيز للقانون العضوي بأن يرخص بصفة استثنائية تفويض التصويت، وبذلك فقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي بعدم دستورية بعض نصوص هذا القانون باعتباره قد انحرف عن هدفه الأصلي، وتجاوز هذا النطاق بالشكل الذي غير معنى النص الدستوري، الذي لم يقر حق التفويض التلقائي في التصويت.

-Loi organique du 03/01/1962 modifiait ordonnance N°56-1006 du 07/11/1989.

-D.C. Décision N°61-16 du décembre 1961, R.e.c. P. 24.

وفي مصر، فقد اتخذ تجاوز القوانين المكمل للدستور لنطاق الدستور صورتين، ففي الصورة الأولى لا تمثل تعديا على نطاق النص الدستوري أو روحه، بل يكون تدخل القوانين العضوية مما تمليه الضرورة وفي حدود النص الدستوري، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 172 من دستور 1971 بأن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى. وتطبيقا لذلك صدر القانون رقم 47 لسنة 1972 بتنظيم المجلس الذي لم يكتف بتحديد اختصاصات المجلس الأخرى، التي أثار إليها الدستور، وإنما قام بوضع تنظيم كامل له، إذا حدد كيفية تشكيله وكيفية تعيين أعضائه، ووضع نظاما للرقابة والتأديب، كما وضع نظاما تفصيليا لاختصاصات المجلس القضائية أو الاستشارية. أما الصورة الثانية، فهي من صور التعدي والخروج عن الدور المنوط بالقوانين العضوية للحد الذي قد يؤدي إلى التعديل الجوهري للنص الدستوري بإضافة أحكام جديدة أو تغيير في معنى النص الدستوري ومن ذلك القانون رقم 33 لسنة 1978 بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي وفق ما نصت عليه المادة 04 الفقرة 04 من دستور 1971، ويمثل هذا القانون خروجاً على نطاق الدستور لما يفرضه من قيود على حق المواطن في ممارسة العمل السياسي، أي أن القانون قد تجاوز الدور المنوط به النص الدستوري إلى تعديله بالمخالفة لأحكام المادة 12 من الدستور. وفي حالات تجاوز نطاق الدستور بمقتضى القوانين العضوية، القانون رقم 40 لسنة 1977 بشأن الأحزاب السياسية والتي صدر استناداً لحكم المادة 05 من دستور 1971، إلا أن هذا القانون قد تجاوز أهدافه الأساسية للمجتمع المنصوص عليها في الدستور، فجاءت الأحكام متعارضة مع نص المادة 47 من الدستور التي كفلت حرية الرأي.

وفي الجزائر، فقد اتخذ تجاوز القوانين العضوية للدور المنوط به عدة صور من ذلك ما قضى به المجلس الدستوري في رأيه رقم 03.د.م.ر.د.1 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالانتخابات للدستور، حيث قضى بعدم دستورية الشطر الأخير المطبة الثالثة من المادة 78 والمطبة 05 من المادة 90 من القانون العضوي المتعلق بالانتخابات للدستور، بحيث أن اشتراطهما الجنسية الأصلية أو المكتسبة منذ 08 سنوات على الأقل في المترشح للمجالس البلدية

ونظرا لخصوصية المسائل التي تنظم بموجب قوانين عضوية، فقد أخضعها الدستور لمراقبة المطابقة الدستورية المسبقة من قبل القاضي الدستوري، هذا الأخير منحه المؤسس الدستوري سلطة إلغاء القوانين العضوية أو تعديلها، الأمر الذي قد يشكل قيда على سلطة المشرع في إقرار هذا النوع من القوانين، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول دور القاضي الدستوري في إلغاء أو تعديل القوانين العضوية؟

وإذا كان الدستورين الفرنسي والجزائري قد أخضعا القوانين العضوية لرقابة المطابقة الدستورية المسبقة تطبيقا لنص المادة 5/46 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 141فقرة 3 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 03/123 من الدستور الجزائري لسنة 1996)<sup>1</sup>، فإن الدستور المصري لسنة 2014 لم ينص على ذلك صراحة، ذلك بأن منح المجلس الدستوري سلطة إلغاء القوانين العضوية لعدم دستوريته تطبيقا لنص المادة 61 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 191 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016<sup>2</sup>، قد يعتبر كأداة لتضييق الاختصاص التشريعي للبرلمان وقيود من سلطة المشرع التقديرية، الأمر الذي يجعل إقرار هذه الفئة من القوانين بيد المجلس الدستوري.

وترتبا على ما سبق، يمكننا القول بأن العلاقة بين الدستور والقوانين العضوية لم تعد تقتصر فقط على مجرد إكمال النصوص الدستورية ووضعها موضع التطبيق، بل تعدى نطاقها إلى إضافة قاعدة جديدة أو تعديل النص الدستوري خاصة في الحالات التي يحيل فيها الدستور على القانون العضوي بتنظيم مسألة بصفة نهائية دون الخروج عن روح الدستور، أو التغيير في معنى النص الدستوري، أو الانحراف عن الغاية التي قصدها المؤسس الدستوري، أي أنه يمكن للمشرع التدخل لتنظيم موضوعات بموجب قوانين عضوية إضافة

---

و الولائية والوطنية يعد إخلالا بمبدأ المساواة أمام القانون المكفول دستوريا وفق ما تنص عليه المادة 29 من الدستور، ويناقض الهدف المنوط بمؤسسات البلاد الرامي إلى ضمان مساواة المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية وفق ما تنص عليه المادة 31 من الدستور، كما أن المشرع ملزم بأحكام قانون الجنسية في سن أي تشريع في هذا المجال. ومن أمثلة ذلك أيضا ما قضى به المجلس الدستوري في الرأي رقم 01.ر.م.د/12 المتعلق بمراقبة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، حيث قضى بعدم مطابقة اشتراط المشرع الجنسية الأصلية في العضو المؤسس للحزب السياسي للدستور استنادا لنص المادة 30 من الدستور الجزائري؛ انظر، صالح بلحاج، المرجع السابق، ص. 300؛ رافع بن عاشور، المرجع السابق، ص. 268؛ عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص. 16؛ يسري محمد العصار، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا، بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2008 المجلة الدستورية، القاهرة أكتوبر 2009، العدد السادس عشر، السنة السابعة، ص. 44.

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 46 فقرة 05 من الدستور الفرنسي لعام 1958 ونص المادة 141فقرة 3 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 يقابلها نص المادة 3/123 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>2</sup> - والمادة 191 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 169 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على ما يلي: « إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعا أو تنظيميا غير دستوري يفقد هذا النص ابتداء من قرار المجلس. » ويتبين لنا من نص هذه المادة أن الرقابة التي يقوم بها المجلس الدستوري تختلف في التزاميتها حسب نوع القانون الصادر عن البرلمان، فإذا كان القانون عاديا فإن هذه الرقابة لا تقوم إلا إذا أخطر المجلس الدستوري بذلك من الجهة التي لها حق الإخطار، غير أن الأمر يختلف بالنسبة للقوانين العضوية فهي تلقائية ومُلزمة للمجلس الدستوري وفق ما ينص عليه الدستور، انظر كذلك نص المادة 61 / 1 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

قاعدة جديدة أو تعديل النص الدستوري خاصة في الحالات التي ينظمها المشرع بصورة تفصيلية دون الخروج عن مضمون النص الدستوري أو أهدافه، الأمر الذي دفع المؤسس الدستوري إلى النص على إخضاع هذه الفئة من القوانين لرقابة المطابقة الدستورية المسبقة.

وإذا كان تطور مفهوم الدستور واتساع حجم القواعد ذات القيمة الدستورية يفرض على المشرع التزاما وقيده بعدم مخالفتها، إلى جانب تطور العلاقة بين القوانين العضوية وقواعد الدستور، وتبعاً لذلك يمكن للمشرع حال تنظيم موضوعات بمقتضى قوانين عضوية إضافة قاعدة جديدة أو تعديل النص الدستوري دون تجاوز أحكام النص الدستوري، وللقاضي الدستوري سلطة إلغاء القوانين العضوية لعدم دستورتها، لنا أن نتساءل عن مدى تأثير الحقوق والحريات الأساسية على السلطة التقديرية للمشرع؟

## الفرع الثاني

### مدى تأثير الحقوق والحريات الأساسية على السلطة التقديرية للمشرع

ولما كان النظام القانوني للحقوق والحريات العامة يتألف من مجموع النصوص القانونية التي تنظم موضوع الحريات بصورة تضمن وتكفل للمواطن ممارستها، وتكفل في الوقت ذاته حماية النظام العام في المجتمع، فالمشرع في تنظيمه للحقوق والحريات العامة يملك سلطة تقديرية في ذلك، وهذه السلطة تثير تساؤلاً هاماً حول مدى سلطة المشرع في مجال تنظيم الحريات العامة، أي هل سلطته مطلقة أم مقيدة؟

ذلك بأن تطور نظرية الحقوق والحريات العامة إلى نظرية للحريات والحقوق الأساسية أدى إلى تقييد سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق والحريات العامة التي خوله الدستور سلطة تنظيمه، بشكل جعل الحقوق والحريات الأساسية تشكل قيوداً على سلطة المشرع التقديرية وتوجه إرادة المشرع في تنظيمه للحقوق والحريات العامة، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل حول مدى تأثير الحقوق والحريات الأساسية على السلطة التقديرية للمشرع ومدى اعتبارها قيوداً في توجيه إرادة المشرع في تنظيمه للحقوق والحريات؟

وحتى يتسنى لنا معرفة مدى تأثير الحقوق والحريات العامة على السلطة التقديرية للمشرع يتوجب علينا أولاً معرفة طبيعة تدخل المشرع في مجال الحقوق والحريات العامة (أولاً)، ثم نبين مدى تأثير الحقوق والحريات العامة على السلطة التقديرية للمشرع (ثانياً).

### أولاً: طبيعة تدخل المشرع في مجال الحقوق والحريات العامة

لقد كشفت إعلانات حقوق الإنسان ودساتير الدول المعاصرة عن طبيعة تدخل السلطة التشريعية في مجال الحقوق والحريات العامة مؤكدة بأن الأصل في الحقوق والحريات هو الإباحة، وليس لأية سلطة التدخل في هذه الحقوق أو الحريات أو التعرض لها في ضوء هذه الإباحة إلا بالتنظيم دون أن تمتد سلطتها إلى

تقييدها أو الانتقاص منها<sup>1</sup>، حيث يجب أن تكون إرادة المشرع عند تنظيمه الحقوق والحريات العامة بموجب قانون متطابقة ومنفذة لإرادة المؤسس الدستوري، فإذا أقر الدستور حرية ما ثم أصدر المشرع قانونا يقيد من ممارسة تلك الحرية، نكون أمام قانون غير مطابق للنص الدستوري الذي يعلوه في المرتبة ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية.

وإذا كانت الحقوق والحريات العامة التي لا تقبل التدخل التشريعي للمشرع لا تثير أية إشكالية، فإن الإشكالية تثور عندما ينظم المؤسس الدستوري حرية من الحريات أو حق من الحقوق الأساسية ويعطي للمشرع السلطة التقديرية للتدخل لتنظيم كيفية ممارسة هذا الحق أو الحرية وطرق استخدام تلك الحرية؟ وحتى يتسنى لنا معرفة طبيعة تدخل المشرع في مجال الحقوق والحريات العامة سوف نحاول معرفة طبيعة تدخل المشرع فيما يخص الحقوق والحريات العامة غير القابلة للتدخل التشريعي (أ)، ثم طبيعة تدخل المشرع فيما يخص الحقوق والحريات العامة القابلة للتدخل التشريعي (ب) .

### أ- فيما يخص الحقوق والحريات العامة غير القابلة للتنظيم التشريعي

هذه الطائفة من الحقوق والحريات العامة لا تثور بشأنها صعوبة، ولا تثير كذلك مشاكل متعلقة بالانحراف التشريعي لأنه لا يتصور في شأنها تدخل المشرع<sup>2</sup>، وهي تلك الحقوق والحريات التي غالبا ما ينظمها المؤسس الدستوري بشكل نهائي قاطعا في ثبوت هذه الحرية أو ذاك الحق على نحو نهائي، ومثال ذلك في الدستور الجزائري ما نصت عليه المادة 40 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016- يقابلها نص المادة 34 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (عدم انتهاك حرمة الإنسان)، والمادة 42 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016- يقابلها نص المادة 36 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (لا مساس بحرمة حرية المعتقد وحرمة حرية الرأي)، والمادة 46 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016- يقابلها نص المادة 39 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه)، المادة 47 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016- يقابلها نص المادة 40 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن)، والمادة 58 من التعديل الدستوري لسنة 2016- يقابلها نص المادة 46 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب

<sup>1</sup>-CAMBOT.P,La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne Economica,1998,p.18 ; RIVERO.J, Les libertés publiques, Presses Universitaires De France, Paris ,1973,p. 152 ; MORANGE.J, libertés publiques ,tome1,les droits de l'homme, Presses Universitaires de France, Paris 1991,p.100.

<sup>2</sup>-يستخدم تعبير الحريات غير القابلة للتنظيم التشريعي للدلالة على ما يعرف لدى بعض الفقه بالحريات المطلقة، حيث أن الحريات جميعا تعمل في وسط اجتماعي،ومن ثم تعتبر نسبية وليست مطلقة؛ انظر، محمد فتحي سرور،الحماية الدستورية للحقوق والحريات،الطبعة الثانية،دار الشروق، 2000، ص.30؛محمد الغزالي،حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة،دار الهناء للطباعة والنشر والتوزيع، بدون سنة نشر،ص.212. - FAVOREU.L,La protection des droits et libertés fondamentaux ,A.I.J.C ,1985 ,p.55 et 158 ; ROUCHE. J, Liberté publiques ,Dalloz ,Paris,1992,p.45.

الفعل المجرم)، المادة 59 من التعديل الدستوري لسنة 2016- يقابلها نص المادة 47 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (لا يتابع أحد ولا يوقف أو يحتجز إلا ضمن الشروط المحددة بالقانون، وطبقا للأشكال التي نص عليها)، والمادة 64 من التعديل الدستوري لسنة 2016- يقابلها نص المادة 52 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (الملكية الخاصة مضمونة)، المادة 65 من التعديل الدستوري لسنة 2016- يقابلها نص المادة 53 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (الحق في التعليم مضمون)، المادة 69 من التعديل الدستوري لسنة 2016- يقابلها نص المادة 55 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (لكل المواطنين الحق في العمل)، وغيرها من الحقوق والحريات التي نظمها المؤسس الدستوري بشكل نهائي<sup>1</sup>.

ومن أمثلة الحقوق والحريات غير قابلة للتدخل التشريعي للمشرع ما نصت عليه المادة 06 من الدستور المصري لعام 2014 المتعلقة بحق الجنسية، المادة 12 من الدستور (التمسك بالحق في العمل)، والمادة 18 من الدستور (التمسك بالحق في الصحة)، المادة 19 من الدستور (التمسك بالحق في الصحة)، المادة 34 من الدستور (التمسك بحق الملكية الخاصة)، المادة 46 (التمسك بالحق في البيئة)، المادة 51 من الدستور (عدم المساس بكرامة الإنسان)، المادة 54 من الدستور (حرمة الحياة الخاصة)، وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي وردت في الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> -انظر نص المادة 40 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016- يقابلها نص المادة 34 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (عدم انتهاك حرمة الإنسان)، والمادة 42 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016- يقابلها نص المادة 36 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (لا مساس بجريمة حرية المعتقد وحرمة حرية الرأي)، والمادة 46 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016- يقابلها نص المادة 39 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه)، المادة 47 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016- يقابلها نص المادة 40 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن)، والمادة 58 من التعديل الدستوري لسنة 2016- يقابلها نص المادة 46 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم)، المادة 59 من التعديل الدستوري لسنة 2016- يقابلها نص المادة 47 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (لا يتابع أحد ولا يوقف أو يحتجز إلا ضمن الشروط المحددة بالقانون، وطبقا للأشكال التي نص عليها)، والمادة 64 من التعديل الدستوري لسنة 2016- يقابلها نص المادة 52 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (الملكية الخاصة مضمونة)، المادة 65 من التعديل الدستوري لسنة 2016- يقابلها نص المادة 53 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (الحق في التعليم مضمون)، المادة 69 من التعديل الدستوري لسنة 2016- يقابلها نص المادة 55 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (لكل المواطنين الحق في العمل)، وغيرها من الحقوق والحريات التي نظمها المؤسس الدستوري بشكل نهائي .

<sup>2</sup> -انظر نص 06 و12 و18 و19 و34 و35 و46 و51 و54 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 وغيرها من النصوص الدستورية التي تتعلق بتنظيم الحقوق والحريات العامة؛ ومن أمثلة الحقوق والحريات غير قابلة للتدخل التشريعي للمشرع في الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي لسنة 2014 ما نص عليه الفصل 22 من الدستور (الحق في الحياة مقدس)، الفصل 24 من الدستور (حرمة الحياة وحرمة السكن وحرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية)، الفصل 25 من الدستور (التمسك بحق الجنسية)، الفصل 27 و28 و29 من الدستور (التمسك بمبدأ شرعية العقوبة)، الفصل 31 من الدستور (حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر)، الفصل 38 من الدستور (الصحة حق لكل إنسان)، وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي نظمها المؤسس الدستوري بصورة نهائية؛ انظر نص الفصول 22 و24 و25 و27 و28 و29 و31 و38 و39 وغيرها من النصوص الدستورية التي تتعلق بتنظيم الحقوق والحريات العامة.

ومن أمثلة ذلك في فرنسا ما ورد في مقدمة الدستور الفرنسي لعام 1958 التي تقضي بتمسك الشعب الفرنسي بحقوق الإنسان كما هي معرفة في إعلان 1789 وديباجة دستور 1946، وكذا الحقوق والواجبات المحددة في ميثاق البيئة لسنة 2004، ومن أمثلة الحقوق والحريات العامة ما ورد في إعلان 1789 في مادته الثانية التي نصت على الحقوق الطبيعية غير القابلة للتملك بالتقادم للإنسان (الحرية، الملكية، الأمن والمقاومة ضد الاضطهاد)، المادة 04 (عدم تقييد ممارسة الحرية بأية حدود إلا التي تضمن للآخرين التمتع بنفس هذه الحقوق)، المواد 07 و08 و09 من الإعلان (التمسك بمبدأ شرعية العقوبة)، حرية التعبير (المادة 10 و11 من الإعلان) <sup>1</sup> .

ومن الحقوق والحريات العامة التي وردت في ديباجة دستور 1946 الفقرة الثانية بند 03 (الحق في العمل)، الفقرة 02 بند 09 (الحماية الصحية)، الفقرة 02 بند 11 (الحق في التعليم)، ومن أمثلة ذلك ما أورده المادة الأولى من ميثاق البيئة لسنة 2004 (الحق في بيئة سليمة) <sup>2</sup> .

وبناء على ما سبق، يمكننا القول بأن اختصاص المشرع مقيد تماما ولا يملك أية سلطة تقديرية حيال نص دستوري مانع لأمر معين، وتبعاً لذلك لا يجوز للمشرع مثلاً أن يسن تشريعاً يُبيِّن فيه حالات انتهاك حرمة المراسلات الشخصية والتجسس على الأفراد، ولا يجوز له كذلك أن يُبيحها بقيود، لأن النص الدستوري جاء عاماً ومطلقاً لا يجوز للمشرع انتهاكه .

وعليه، فإذا كانت الطائفة الأولى من الحقوق والحريات العامة التي لا تقبل التنظيم أو التدخل التشريعي، لأن الدستور لم يفوض البرلمان أمر تنظيم هذا النوع من الحقوق والحريات العامة، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للنوع الثاني من الحقوق والحريات العامة التي أجاز فيها المؤسس الدستوري للمشرع التدخل لتنظيمها وفق ما تقتضيه أحكام الدستور.

## ب- فيما يخص الحقوق والحريات العامة القابلة للتدخل التشريعي

<sup>1</sup> - تنص المادة 07 من إعلان 1789 على ما يلي:

« Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant: il se rend coupable par la résistance. » ;

تنص المادة 8 من إعلان 1789 على ما يلي:

« La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée .... »

- تنص الفقرة 02 بند 03 من ديباجة دستور 1946 على ما يلي: <sup>2</sup>

« Il proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après :

Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi, Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances. »

تنص المادة الأولى من ميثاق البيئة لسنة 2004 على ما يلي:

« Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. »

في هذا النوع من الحقوق والحريات العامة أحال الدستور للتشريع أمر تنظيمها، وهي عكس الطائفة الأولى من الحقوق والحريات العامة، حيث يجوز للمشرع القيام بتنظيمها شرط ألا يؤدي التدخل التشريعي إلى الانتقاص من الحق أو الحرية دون أساس دستوري أو تشريعي، أو إهدار الحق أو الحرية إهدارا تاما بمصادرة الحق أو الحرية، أو فرض قيود عليها بشكل يجعل ممارسة الحق أو الحرية شاقا على الأفراد، ومثال هذا النوع من الحقوق والحريات العامة يشكل غالبية الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور كحرمة السكن (المادة 47 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، حرية المعتقد وحرية الرأي، وكذا حرية ممارسة العبادة (المادة 42 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، حرمة الحياة الخاصة وسرية المواصلات (المادة 46 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، حق إنشاء الجمعيات (المادة 54 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، الحق في الانتخاب والترشح (المادة 62 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي أحال فيها الدستور إلى القانون مستخدما مثلا عبارة "في حدود القانون" أو "طبقا للقانون" أو "بناء على قانون". معنى ذلك أن التمتع بهذه الحقوق والحريات العامة يجب أن يكون في الحدود التي يحددها القانون، الذي يُبيّن كيفية ممارسة الحق أو الحرية وحدودها<sup>1</sup>.

ذلك بأن حق المشرع في التدخل وفقا لسلطته التقديرية ينحصر في تنظيم ممارسة هذه الحريات ويقف عند التنظيم الذي يسمح باستعمال كل فرد للحرية على نحو لا يتعارض مع استخدام الآخرين لنفس الحرية. أما إذا تدخل المشرع تحت ستار التنظيم وصادر الحرية تماما، يكون بذلك قد انتهك الدستور، كأن يجرم مثلا فئة من الفئات الاجتماعية من إحدى الحريات أو الانتقاص منها في مواجهة مجموع المواطنين أو إذا فرض قيودا على ممارسة الحرية تجعل استخدامها شاقا على الأفراد .

فالسطة التقديرية للمشرع إذن ليست سلطة مطلقة، وإنما تخضع لمجموعة من القيود أو الضوابط، وأولى هذه الضوابط هو عدم مصادرة الحق أو الحرية، أي أن التشريع يجب أن يكون متفقا مع النص الدستوري الذي وضع المبدأ العام للحق أو الحرية محل التنظيم التشريعي. أما ثاني هذه القيود هو عدم جواز الانتقاص من الحق أو الحرية، فإذا اعترف الدستور بممارسة حق أو حرية معينة، فلا يجوز التمتع بها منقوصة، بل لابد من التمتع بها كاملة، والغاية من عدم جواز الانتقاص من الحق أو الحرية هي مبدأ مساواة جميع المواطنين في التمتع بالحقوق وتحمل الواجبات طبقا لنص المادة 32 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 المعدل للدستور الجزائري لسنة 1996، يقابلها نص المادة الأولى من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 11 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، ومن ثم لا يجوز حرمان طائفة من

<sup>1</sup> - يقابلها نص المواد (36 و39 و40 و43 و50) من الدستور الجزائري لسنة 1996 انظر، عبد الحميد متولي، الحريات العامة. نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص. 27.

ممارسة الحرية وتمتع طائفة أخرى بممارستها ، كما لا يجوز كذلك منح فئة من الفئات حق معين وحجبه عن فئة معينة<sup>1</sup>.

كما يقتضي تمام التمتع بالحرية أو الحق ألا ينقص التشريع من مضمون الحرية ذاتها، كأن ينص مثلا على حظر التعبير عن الرأي، أو أن ينص التشريع على عدم التمتع ببعض وجوه الحرية أو الحق أو بعض جوانبهما، كأن يتضمن التشريع حالات معينة لاستخدام الحرية، وحالات أخرى لا تستخدم فيها دون وجود سند دستوري .

أما ثالث هذه القيود، هو عدم جواز فرض قيود على الحرية تجعل استخدامها شاقا ومرهقا للأفراد، فتتنظيم الحرية يجب أن يكون في حدود مقاصد الدستور وغاياته، وعلى المشرع أن يراعي مقاصد الدستور وأن يتعرض في تشريعه إلى ذات الغايات التي يقصدها المؤسس الدستوري<sup>2</sup>.

وعليه، فإن طبيعة تدخل المشرع في مجال هذه الحقوق والحريات العامة لا يتعدى التنظيم، أي أن سلطة المشرع مقيدة فيما يخص الحقوق والحريات غير القابلة للتدخل التشريعي، بينما يملك سلطة تقديرية بالنسبة للحقوق والحريات العامة القابلة للتنظيم التشريعي متى كان ذلك في إطار الحدود التي فرضها الدستور على المشرع وهو بصدد تنظيمه لحرية من الحريات أو حق من الحقوق الأساسية.

ولما كانت الحقوق والحريات العامة كمحور للدراسات الدستورية باعتبارها تشكل أهم الركائز التي تقوم عليها النظريات الدستورية خاصة فيما يتعلق بتقييد سلطة المشرع التقديرية في مجال تنظيم الحقوق والحريات العامة، لنا أن نتساءل حول مدى فعالية هذه الحقوق والحريات العامة في تقييد السلطة التقديرية للمشرع، أي مدى اعتبارها قيدا على إرادة المشرع في تنظيمه لهذه الحقوق والحريات العامة؟

### ثانيا: مدى تأثير الحقوق والحريات العامة على إرادة المشرع

تعد الحقوق والحريات العامة من أهم الركائز التي يقوم عليها النظام الدستوري في الدولة، باعتبار أن الحقوق والحريات العامة قد شكلت نقطة التحول في مفهوم الدولة باعتبار أن ضمان ممارسة الحقوق

<sup>1</sup> -انظر، عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص.230؛ محمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص.35.

<sup>2</sup> - ومن أمثلة هذه الطائفة من الحقوق والحريات العامة التي أجاز فيها الدستور للمشرع التدخل بتنظيمها ما نص عليه المؤسس الدستوري في المادة 63 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 - يقابلها نص المادة 51 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (ويقابلها نص المادة 03 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والفصل 34 من الدستور التونسي لسنة 2014، والمادة 87 من الدستور المصري لسنة 2014) وجعل التمتع بالحق في الانتخاب مكفولا في الحدود التي يضعها القانون، وكذلك نص المادة 60 من التعديل الدستوري لسنة 2016 - يقابلها نص المادة 48 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (ويقابلها نص المادة 07 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، والفصل 29 من الدستور التونسي لسنة 2014، والمادة 54 من الدستور المصري لسنة 2014) المتعلق بمسألة التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائية الذي يحدده القانون، وهي عادة حالات يجب أن تتصل بحماية النظام العام ودرء الجريمة في المجتمع، وغيرها من الحقوق التي أحال فيها المؤسس الدستوري على القانون من اجل وضع أو رسم حدود التمتع بالحق أو الحرية وممارستها بصورة تكفل قيامها واستمرارها، وتمتع جميع المواطنين بها على حد السواء؛ انظر، راغب سكران جبريل خميس سكران، المرجع السابق، ص.125.

والحريات العامة وحمائتها مسؤولية تقع على عاتق الدولة بما يفسح المجال لممارسة الحرية بدون قيد أو شرط، غير أن ذلك لا يعني أن الحرية مطلقة وأن ممارستها غير خاضعة لأي ضوابط، فالحدود يحددها القانون، وتجاوزها يؤدي إلى توقيع الجزاء<sup>1</sup>.

لذا فإن دراسة مدى تأثير الحقوق والحريات العامة على إرادة المشرع ومدى اعتبارها قيدياً في توجيه إرادة المشرع في تنظيمه للحقوق والحريات العامة تستوجب علينا الوقوف على إشكالية أساسية تتعلق بفعالية الحقوق والحريات العامة على سلطة المشرع التقديرية (أ)، وتدعيماً لدراستنا سوف نحاول إعطاء أمثلة لفعالية هذه الحقوق والحريات العامة في توجيه إرادة المشرع وتقييد من سلطته التقديرية (ب).

### أ- مدى فعالية الحقوق والحريات العامة على السلطة التقديرية للمشرع

ترتبط فعالية الحقوق والحريات العامة في النظام القانوني بمدى تأثير هذه الحقوق والحريات العامة على العلاقات القانونية التي ينظمها القانون، أي مدى تأثيره على آلية التنظيم القانوني، وبالتالي مدى اعتبارها مبدأ يوجه إرادة المشرع عند وضعه للقواعد القانونية المنظمة للحقوق والحريات العامة، ويشكل قيدياً على سلطة المشرع التقديرية في تنظيم تلك الحقوق والحريات العامة ووسائل حمايتها.

كما يتجلى أيضاً الدور التوجيهي للحقوق والحريات العامة وأثرها في توجيه إرادة المشرع عند سن التشريعات المنظمة للعلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة، وذلك من خلال تحديد التنظيم التشريعي للحقوق والحريات العامة بتنظيمها وبيان أثرها من قبل المشرع الذي عهد له الدستور أمر تنظيمها، وهو أمر يفرض على المشرع التزاماً بعدم مخالفة النصوص الدستورية المنظمة لهذه الحقوق والحريات العامة<sup>2</sup>.

ذلك بأن فعالية الحقوق والحريات العامة تتحدد من خلال صورتين، فيما يخص الصورة الأولى يرى جانب من الفقه بأن الحقوق والحريات العامة لها فعالية أو أثر مباشر على سلطة المشرع التقديرية، وذلك بالنظر إلى أن الحقوق والحريات العامة كمبادئ قانونية موضوعية تهيمن على كامل النظام القانوني، وتلزم كل السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية بضرورة احترامها والسهر على ضمان التمتع بها وممارستها في إطار ما يسمح به الدستور والقانون<sup>3</sup>. بينما يرى جانب آخر من الفقه بأن فعالية الحقوق والحريات العامة ترتبط أساساً بالضمانات القانونية التي توفرها الدولة للأفراد بما يسمح بممارسة حقوقهم وحررياتهم العامة.

<sup>1</sup> - LEBRETON, G, Libertés publiques et droit de l'homme, Paris, 1995, p.30 ; TERNEYERE, Ph, Point de vue Français sur la hiérarchie des droits fondamentaux, Dalloz, Economica, Paris, 1992, p.45.

<sup>2</sup> - PORTELLE, H, Droit constitutionnel, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris 2007, p.90.

<sup>3</sup> - انظر، عيد أحمد الحسبان، فعالية الحقوق الأساسية في تقييد الصلاحية التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد 2، ص.450.

والملاحظ على هذا الاتجاه الأول بأنه جعل هذه الحقوق والحريات العامة قابلة للتطبيق بذاتها بدون حاجة لتدخل الدولة أو تنظيمها من المشرع ليضعها موضع التطبيق، ويعاب على هذا الاتجاه بأنه أعطى حكماً مطلقاً لكافة الحقوق والحريات العامة، ذلك بأن هناك فئة من الحقوق تحتاج إلى التدخل الإيجابي من قبل الدولة لتنفيذ أثرها، كالحق في التعددية السياسية والحق في الإضراب، حرية ممارسة العبادة، حرية الاستثمار والتجارة وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي تفرض على الدولة تنظيمها، أما الاتجاه الثاني فقد استند على فكرة الشخصية في الحقوق والحريات العامة، الأمر الذي يفرض على الدولة هنا واجب التدخل من أجل ضمان الحقوق والحريات العامة<sup>1</sup>.

أما الصورة الثانية لفعالية الحقوق والحريات العامة على السلطة التقديرية للمشرع تتجلى من خلال استخدام المشرع لمفاهيم قانونية تحمل أكثر من معنى، فتفسير هذه النصوص القانونية يستدعي الرجوع إلى مضمون هذه الحقوق والحريات العامة لتحديد إرادة المشرع في تلك النصوص من أجل تنظيم وضمان حقوق الأفراد وحررياتهم العامة، فلا يجوز الانتقاص من هذه الأخيرة أو إهدارها استناداً لأي حق أو حرية معينة، ذلك بأن المسائل المتعلقة بالحقوق والحريات العامة التي ينظمها المؤسس الدستوري وتعبّر عن إرادته، تفرض على المشرع حال مباشرة اختصاصه التشريعي التزاماً بعدم مخالفة تلك الإرادة، وإرادة المشرع يجب أن تتفق مع الإرادة التي قصدتها المؤسس الدستوري، وتبعاً لذلك أصبح للحقوق والحريات العامة أثر مباشر على القواعد القانونية المنظمة لها بما فيها التشريع الصادر عن البرلمان<sup>2</sup>.

كما أن استخدام المجموعة الدستورية (الكتلة الدستورية Bloc constitutionnel)، والتي تشكل الحقوق والحريات العامة أحد محاورها، الأمر الذي يؤدي إلى تقييد النصوص التشريعية المنظمة للحقوق والحريات العامة، وذلك من أجل ضمان حماية قانونية واسعة لتلك الحقوق والحريات العامة.

وبناء على ما سبق، فقد أصبح التنظيم القانوني للحقوق والحريات العامة أداة لتقييد السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية، وموجهة لها عند تنظيمها بالصورة التي تؤكد فعالية الحقوق والحريات

<sup>1</sup> - انظر، عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 91؛ إلى جانب ذلك هناك بعض الحقوق والحريات العامة التي تشكل قيوداً على الأفراد الآخرين، كما هو الحال بالنسبة للحق في الكرامة الإنسانية، وحق التقاضي، الحق في الدفاع أمام القضاء، الحق في تكوين أسرة، وحرية ممارسة الشعائر الدينية، بما لا يتعارض مع النظام العام، والحق في الملكية... الخ، والدولة ملزمة بتحقيق المساواة بين الأفراد في التمتع بالحقوق والحريات العامة وتحمل الواجبات، وهذا الواجب له أثر مباشر على السلطة التقديرية للمشرع كضمان مبدأ المساواة مثلاً في الالتحاق بالوظائف العامة.

<sup>2</sup> - انظر، أشرف فايز للمساوي، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات في إطار التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2009، ص. 270.

العامّة على السلطة التقديرية للمشرع، ومن بين الدساتير التي نصت صراحة على فعالية الحقوق والحريات العامّة الدستور الإسباني و الألماني<sup>1</sup>.

ولما كان لفعالية الحقوق والحريات العامّة الأثر المباشر في توجيه إرادة المشرع عند تنظيمها، لنا أن نتساءل حول مدى وطبيعة هذا التأثير على السلطة التقديرية للمشرع؟

الحقيقة إن تحول نظرية حقوق الإنسان إلى نظرية للحقوق والحريات العامّة تستند إلى قواعد قانونية وتمتّع بالحماية الدستورية، قد ترتب عليه تقييد سلطة المشرع اتّجاه تلك الحقوق والحريات العامّة، فلم يعد يملك سلطة التقرير في مجال الحقوق والحريات العامّة بصورة مطلقة، بل أصبح ملزماً بالإطار الذي يرسمه له المؤسس الدستوري حال تنظيمه لتلك الحقوق والحريات العامّة، ليتحول بذلك دوره من حامي الحقوق والحريات العامّة إلى مجرد مُنظم لها في إطار مصدرها الدستوري<sup>2</sup>، حيث يعد مبدأ تدرج القواعد القانونية مثلاً أساساً ومصدراً لفعالية الحقوق والحريات العامّة على السلطة التقديرية للمشرع، مما يجعل العلاقة بين القواعد الدستورية (لاسيما القواعد المنظمة للحقوق والحريات العامّة) والقانون هي علاقة خضوع وتبعية وفقاً لمبدأ سمو الدستور، بمعنى أنه يجب على القوانين الصادرة عن المشرع خاصة في مجال الحقوق والحريات العامّة، أن تكون متفقة مع القواعد الواردة في الدستور نصاً وروحاً<sup>3</sup>، ومن بين النصوص الدستورية التي تؤكد على الأثر المباشر لفعالية الحقوق والحريات الأساسيّة ما نصت عليه 92 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 بأن «الحقوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطيلاً ولا انتقاصاً. ولا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيدّها بما يمس أصلها وجوهرها.»

ومن ناحية ثانية، يظهر لنا أثر فعالية الحقوق والحريات العامّة على السلطة التقديرية للمشرع من خلال الدور الذي يلعبه القاضي الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين لا سيما التشريعات المنظمة للحقوق والحريات العامّة، ففي حالة الرقابة السابقة على دستورية مشاريع القوانين أو اقتراحات قوانين لا يمكننا الحديث عن فعالية الحقوق والحريات العامّة على سلطة المشرع التقديرية، وتقتصر تلك الفعالية أو الأثر في توجيه المشرع بما يتلاءم أو يتناسب مع الحقوق والحريات العامّة. والأمر يختلف في حالة الرقابة اللاحقة على

<sup>1</sup> - لقد ورد النص على الحقوق والحريات الأساسيّة في الجزء الأول، الباب الرابع لا سيما الفصول 14 إلى 38، والفصل 53 إلى الفصل 55 من الدستور الإسباني الصادر 27 ديسمبر 1978 (مع تعديل 27 سبتمبر 2011)، أما في الدستور الألماني فقد ورد النص على الحقوق الأساسيّة في الفصل الأول منه المواد (1 إلى 19) من الدستور الألماني.

<sup>2</sup> - انظر راغب جبريل خميس سكران، المرجع السابق، ص. 377 وما يليها؛ سامي جمال الدين، القضاء الإداري (الرقابة على أعمال الإدارة)، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة، بدون دار نشر، مصر، 2002، ص. 12.

<sup>3</sup> - انظر، حنفي علي جبالي، المرجع السابق، ص. 353 و458؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول؛ انظر، عبد العزيز محمد سلمان؛ حبشي لزرقي، أثر سلطة التشريع على الحريات العامّة وضمائنها، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، 2012-2013، ص. 82.

دستورية القوانين ،لأن هناك تأثيرا مباشرا للحقوق والحريات العامة على التشريعات المخالفة للنصوص الدستورية المنظمة لتلك الحقوق والحريات العامة، فإذا تبين عدم دستورتها في مثل هذه الحالة، نكون أمام إلغاء تلك القوانين غير الدستورية من النظام القانوني، ومن ثم فإن أثر فعالية الحقوق والحريات العامة على سلطة المشرع التقديرية تكون بسحب ذلك القانون المخالف لنص أو قاعدة دستورية، بينما نجد أن الأثر في حالة الامتناع لا يصل إلى درجة الإلغاء، وإنما يقتصر فقط على عدم تطبيق القانون المخالف مع بقائه في النظام القانوني<sup>1</sup>.

وبالنتيجة يمكننا القول بأن فعالية الحقوق والحريات العامة يتجلى أثرها أولا في الحماية الدستورية التي يمنحها المؤسس الدستوري لتلك الحقوق والحريات العامة، أو نتيجة تدخل القاضي الدستوري وهو بصدد ممارسة الرقابة على دستورية القوانين خاصة القوانين المنظمة للحقوق والحريات العامة للدستور.

### ب- أمثلة لفعالية الحقوق والحريات العامة على السلطة التقديرية للمشرع

ولما كانت مسألة وضع التفاصيل لتنظيم ممارسة حق من الحقوق أو حرية من الحريات العامة في الغالب الأعم هي من اختصاص المشرع العادي في الإطار الذي رسمه له المؤسس الدستوري لتنظيم تلك الحقوق والحريات العامة، ووضع القواعد الكفيلة لها لضمان التمتع بها .

فإن تدخل المشرع في مجال الحقوق و الحريات العامة يلعب دوراً أساسيا في إقامة التوازن بين ممارسة تلك الحقوق والحريات العامة والتمتع بها، وعدم المساس بالنظام العام أو الإضرار بحقوق وحريات الآخرين؛ وانطلاقا من ذلك سوف نحاول بيان فعالية بعض الحقوق والحريات العامة ذات الطابع الاجتماعي والاقتصادي على السلطة التقديرية للمشرع<sup>2</sup>.

### 1-مدى تأثير الحق في العمل على السلطة التقديرية للمشرع

من أمثلة الحقوق والحريات العامة ذات الطابع الاجتماعي<sup>3</sup> الحق في العمل، الذي يعتبر حجر الزاوية في هذه الطائفة من الحقوق وحق الرعاية الاجتماعية والصحية، وحق تكوين النقابات والانضمام إليها، والحق في الإضراب عن العمل، وكذا الحق في التعليم، وغيرها من الحقوق والحريات العامة ذات الطابع الاجتماعي، لذا

<sup>1</sup> -انظر، عيد أحمد الحسان، المرجع السابق، ص.460.

<sup>2</sup> -انظر، ثروت عبد العال أحمد، الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.12؛ عبد الرحمن عزوي، المرجع السابق، ص.89؛ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص.11؛ ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، 2011، ص.390. - OBERDORFF .H et ROBERT.J, Libertés fondamentales et droits de l'homme, 5<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J, Paris, 2000,p.699.

<sup>3</sup> -فإذا كان جوهر الحرية يكمن في أنها سلوك إنساني نابع من طبيعته البشرية، لكن بالنظر إلى الحقوق الاجتماعية فلا ينطبق عليها وصف السلوك الإنساني، ولا يستطيع الفرد أن يقوم بها عن طريق نشاطه الفردي، أي أن الحقوق والحريات العامة ذات الطابع الاجتماعي في الغالب تستلزم تدخل إيجابي للدولة من أجل تنظيمها وضمان حمايتها؛ انظر محمد صلاح عبد البديع السيد، الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع والقضاء، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2009، ص.25.

سوف نركز دراستنا فقط على الحق في العمل كحق من الحقوق الأساسية، وبيان أثره على سلطة المشرع التقديرية.

لقد أحال المؤسس الدستوري في الدساتير محل الدراسة على القانون من أجل تنظيم ممارسة الحق في العمل، الأمر الذي نصت عليه (المادة 69 من التعديل الدستوري لسنة 2016 والمادة 12 من الدستور المصري لسنة 2014)<sup>1</sup>، بحيث يلتزم المشرع حال تنظيمه لهذا الحق بالإطار الذي حدده له الدستور وعدم وضع قيود على هذا الحق إلا القيود التي تقتضيها المصلحة العامة، ذلك بأن القانون هو الذي يضمن المساواة بين الأفراد في الحصول على العمل، ويكفل للفرد أثناء قيامه بالعمل الحق في الحماية والأمن والرعاية الصحية والنظافة، والحق في الراحة، وحق العامل في الضمان الاجتماعي، وأن يكون العمل لساعات محددة وبأجرة محددة، وأن أي مخالفة لأحكام الدستور يجعل القانون المنظم لحق العمل مشوب بعيب عدم الدستورية.

كما تتجلى كذلك فعالية الحق في العمل في التأثير على سلطة المشرع عند تنظيمه للعلاقات المتبادلة لأطراف عقد العمل والحقوق الناشئة عنه، الأمر الذي يفرض عليه عند وضع القوانين ضرورة التوفيق بين المصالح المتضاربة والمتعارضة للعمال وأصحاب العمل، وتكريس الحماية القانونية الفعالة للعامل كقيد على السلطة الممنوحة لصاحب العمل، وفي المقابل تفرض على العامل عدم ارتكاب أي نشاط قد يعرقل السير الحسن للعمل أو يلحق ضرراً بصاحب العمل<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - نص 69 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 55 من الدستور الجزائري لسنة 1996) بأن « لكل المواطنين الحق في العمل. يضمن القانون في أثناء العمل الحق في الحماية، والأمن، والنظافة. الحق في الراحة مضمون، ويحدد القانون كليات ممارسته. يضمن القانون حق العامل في الضمان الاجتماعي. تشغيل الأطقم دون سن 16 سنة يعاقب عليه القانون. » كما تنص المادة 12 من الدستور المصري الصادر في 17 يناير 2014 على أن « العمل حق، وواجب، وشرف تكفله الدولة. ولا يجوز إلزام أي مواطن بالعمل جبراً، إلا بمقتضى قانون، و لأداء خدمة عامة، لمدة محددة، ومقابل عادل، ودون إخلال بالحقوق الأساسية للمكلفين بالعمل. » ولقد ورد التأكيد على الحق في العمل في مقدمة الدستور الفرنسي لعام 1946 فقرة 02 بند 03 و 04:

« Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.

Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix. »

أي كل إنسان له الحق في العمل والحق في الحصول على منصب عمله، بحيث لا يمكن لأي عامل أن يتعرض إلى ضرر في عمله بسبب أصوله، أو آرائه أو معتقداته، كما يمكن للعامل الدفاع عن حقوقه أو مصالحه من خلال النشاط النقابي و الانخراط في الهيئة النقابية التي يختارها؛ ويتضح لنا من النصوص الدستورية السابقة بأن الحق العمل يعتبر من الحقوق الأساسية التي تفرض على كل من المؤسس الدستوري والمشرع العادي، والقاضي التزاماً بضرورة تنظيمها وضمان ممارستها.

<sup>2</sup> - واستكمالا لدور الدولة في ضمان حق العمل الذي يتناسب مع قدراته وخبراته والإقرار بحقين أساسيين، وهما حق تكوين النقابات التي تدافع عن حقوقهم، وحق الإضراب الذي يؤكد حرية العمل ويمثل رد فعل العمال ضد سيطرة أصحاب العمل وتعتهم؛ انظر، بوزيان عليان، القيمة الدستورية بمبدأ العدالة الاجتماعية والحماية القضائية له. دراسة تطبيقية مقارنة على الدساتير العربية الحديثة، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جوان 2013، العدد 10، ص. 106 إلى 121.

## 2-مدى تأثير بعض الحقوق والحريات الأساسية ذات الطابع الاقتصادي على السلطة

### التقديرية للمشرع

تشمل الحقوق والحريات العامة ذات الطابع الاقتصادي عدة حقوق منها حرية التملك أو حق الملكية الفردية، وحرية الاستثمار، والتجارة والصناعة، ولقد نصت مختلف النظم الدستورية على الحقوق والحريات العامة ذات الطابع الاقتصادي، حيث أقر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 في المادة 17 منه بأنه لكل فرد حق التملك، ولا يجوز تجريد أي أحد من ملكه تعسفا<sup>1</sup>. أما فيما يخص فعالية الحقوق والحريات العامة ذات الطابع الاقتصادي في الدستور الفرنسي ما ورد في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، ما نصت عليه المادة 17 منه بأن حق الملكية حق مضمون ولا يمكن أن ينتزع من أحد إلا في الحالات التي تتطلبها المنفعة العامة، وعلى الوجه المنصوص عليه قانونا<sup>2</sup>.

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 35 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 بأن «الملكية الخاصة مصونة، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون. وبمحكم قضائي، ولا تنتزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدما وفقا للقانون». ويتضح لنا من نص هذه المادة بأن حق الملكية الخاصة يعتبر من الحقوق الأساسية التي يحميها الدستور، ولا يجوز المساس بها إلا في الحالات التي يحددها القانون. وهو نفس الأمر الذي نصت عليه المادة 64 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016<sup>3</sup> «الملكية الخاصة مضمونة»، والمادة 22 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>4</sup> «لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون. ويترتب عليه تعويض عادل، ومنصف. « ويفهم من النصوص الدستورية السابقة بأن حق الملكية مضمون قانونا، ولا يمكن المساس به أو الحد منه إلا في الحالات التي يحددها الدستور والقانون. ولما كان حق الملكية كحق أساسي مضمون قانونا لا يثير أية إشكالية، فإن مسألة التوفيق بين حق الملكية وبين الحقوق المنبثقة عليه هي التي تثير إشكالية؟ وفي هذا الشأن قضت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية بخصوص تحديد المركز القانوني الذي يتمتع به المالك في حدود عقد الإيجار، بمعنى هل يتمتع هنا بحق الملكية أم لا؟ مؤكدة في حكمها على أن المركز القانوني للمستأجر أثناء سريان عقد الإيجار يعتبر مالكا لحق الانتفاع بالعين المؤجرة دون الحقوق الأخرى المنبثقة عن حق

<sup>1</sup>-تنص المادة 17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في عام 1948 على ما يلي:

« 1-Toute personne ,aussi bien seule qu'en collectivité ,a droit à la propriété.

2-Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété. »

تنص المادة 17 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 على ما يلي: -<sup>2</sup>

« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

<sup>3</sup>-يقابلها نص المادة 52 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>4</sup>- يقابلها نص المادة 20 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

الملكية، ذلك لأن العين المؤجرة تعتبر الأساس الذي يقوم عليه الحق في الخصوصية، وهذا الحق من حيث نطاقه، ومن حيث حمايته الدستورية لا يختلف فيما إذا كان المالك الأصلي هو من يستفيد أو يسكن العقار أو غيره<sup>1</sup>.

ومن ثم يقع على عاتق المشرع عند تدخله لتنظيم هذا الحق واجب تحديد المركز القانوني للمؤجر والمستأجر، وكذا تحديد الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهما، وذلك من خلال تحديد نطاق حق الملكية بالنسبة للمؤجر كمالك للعين المؤجرة والمستأجر كمالك لحق الانتفاع بها.

كما أن كل من حرية الاستثمار، وحرية ممارسة التجارة أو الصناعة باعتبارهما من الحريات الأساسية تفرض على المشرع التزاما بضرورة التدخل لإقامة نوع من التوازن والملاءمة بين ممارسة هذه الحرية أو التمتع بها، وبين حقوق الأفراد الآخرين، أي ضرورة توفير حماية فعالة لممارسة هذا الحق أو الحرية دون المساس بحقوق الأفراد الآخرين وحررياتهم الفردية.

إضافة إلى ذلك تثار في مجال الحقوق والحريات العامة إشكالية تتعلق بالحق في طلب التعويض عن الأضرار التي تلحق الأفراد، الأمر الذي يفرض على المشرع التدخل للتوفيق بين الحق في طلب التعويض والحق في ممارسة الحريات الفردية المعترف بها قانونا لاسيما حرية الرأي والتعبير وحرية ممارسة العبادة، والحدود أو القيود الواردة عليها<sup>2</sup>.

وترتبا على ما سبق، يمكننا القول بأن للحقوق والحريات العامة تأثير فعال على السلطة التقديرية للمشرع بصورة تجعل تلك الحقوق والحريات العامة أداة لتوجيه إرادة المشرع وتقيده من سلطته التقديرية، أي أن المشرع لم يعد يملك سلطة مطلقة لتنظيمها، بل هو ملزم بالإطار الذي يحدده الدستور .

كما أن إحالة الدستور على القانون من أجل وضع القواعد التفصيلية لتلك الحقوق والحريات الفردية، إنما هو تكريس لفكرة الحجز التشريعي للسلطة التشريعية في هذا الشأن، بحيث لا يتم تنظيم تلك الحقوق والحريات العامة إلا من قبل السلطة التشريعية، وهو الأمر الذي أخذت به أغلب النظم الدستورية المقارنة منها فرنسا، إسبانيا، مصر وتونس، الجزائر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عيد أحمد الحسينان، المرجع السابق، ص. 462؛ ثروت عبد العال أحمد، الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص. 95.

<sup>2</sup> - COMBOT.P, La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, Thèse Economica, 1998, p.267.

انظر، عيد أحمد الحسينان، المرجع نفسه، ص. 465.

<sup>3</sup> - انظر، عبد الرحمن عزوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 143 إلى 150؛ ضو مفتاح غمق، السلطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي والنظم المعاصرة (الوضعية)، دراسة مقارنة، منشورات E L G A، مالطا، 2002، ص. 83.

وإذا كان القول بأن الحقوق والحريات العامة التي تستند على القواعد القانونية والحماية الدستورية أصبحت تشكل قيوداً على سلطة المشرع التقديرية في هذا المجال، فإنه توجد إلى جانب القيود المفروضة على المشرع من الناحية الموضوعية قيوداً أخرى أو أدوات قانونية مقيدة للقانون من الناحية الإجرائية.

## المطلب الثاني

### الأدوات القانونية المقيدة للمشرع من الناحية الإجرائية

لقد أدى تطور مفهوم القانون الدستوري واتساع نطاق القواعد ذات القيمة الدستورية إلى إضفاء الطابع الدستوري على تلك القواعد مع منحها مرتبة تسمو على القوانين العادية واعتبارها وسيلة تقييد سلطة المشرع من الموضوعية، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل حول الأدوات أو القيود المفروضة على المشرع، بمعنى هل القيود المفروضة على المشرع تمس الجانب الموضوعي لسلطة المشرع، أم أنها تمتد كذلك إلى الجانب الإجرائي؟

الواقع أن القيود المفروضة على المشرع لا تمس فقط الجانب الموضوعي لسلطة المشرع، بل تمتد كذلك إلى الجوانب الإجرائية لها، ولعل من أهم الأدوات القانونية المقيدة للمشرع من الناحية الإجرائية المعاهدات الدولية والقوانين العضوية، باعتبار أن الأولى تجسد مصدرها في قواعد القانون الدولي وتعبّر عن إرادة المجتمع الدولي وتسمو قواعده على قواعد القانون الداخلي باستثناء الدستور المصري، أما الثانية مكملّة للدستور، وتتميز بنظام إجرائي خاص يختلف عن النظام الإجرائي لسن وإقرار القوانين العادية، الأمر الذي قد يشكل قيوداً على سلطة المشرع التقديرية في سن القوانين العادية منها والعضوية.

وحتى يتسنى لنا معرفة مدى تأثير كل من المعاهدات الدولية والنظام الإجرائي للقوانين العضوية على السلطة التقديرية للمشرع، يتوجب علينا أولاً معرفة مدى تأثير المعاهدات الدولية على حرية المشرع العادي (أولاً)، ثم نتقل إلى بيان مدى تأثير النظام الإجرائي للقوانين العضوية على سلطة المشرع التقديرية (ثانياً).

## الفرع الأول

### مدى اعتبار النظام القانوني للمعاهدات الدولية كقيود على سلطة المشرع

بعد أن كان دور القواعد الدولية يقتصر فقط على تنظيم العلاقات على المستوى الدولي، أصبحت تطبق على الأفراد بشكل مباشر وتؤثر في مراكزهم القانونية، بل وتشكل كذلك قيوداً على حرية المشرع الوطني، وتلزمه بعدم مخالفتها .

وهو أمر يدفعنا إلى التساؤل حول مدى سلطة المشرع اتجاه المعاهدات الدولية، بمعنى هل يمكن للمشرع الوطني مخالفة تلك المعاهدات التي تمت الموافقة عليها حال ممارستها لوظيفته التشريعية بوصفه المعبر عن إرادة

الشعب أم عليه الالتزام بقواعد القانون الدولي الاتفاقي، بأن تكون إرادة المشرع متفقة مع إرادة المجتمع الدولي الذي تشكل دولته جزءاً منه؟

إن الإجابة على هذا التساؤل ترتبط أساساً بكيفية تنظيم المؤسس الدستوري للمعاهدات والدولية، وكذا تحديد قيمتها القانونية ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية، فإذا نظم المؤسس الدستوري عملية إبرام المعاهدات وإدماجها في القانون الوطني بشكل تفصيلي ومنحها مرتبة تفوق مرتبة القوانين العادية، فإن ذلك سوف يقيد حرية المشرع الوطني بعدم مخالفة أحكام هذه المعاهدات استناداً إلى مبدأ تدرج القواعد القانونية، أما إذا لم يعالج المؤسس الدستوري هذا الأمر بصفة دقيقة تفصيلية فقد يؤدي ذلك إلى احتمال التعارض بين القواعد القانونية والمعاهدات الدولية<sup>1</sup>.

وعند الحديث عن النظام القانوني للمعاهدات الدولية، نجد أن المؤسس الدستوري الجزائري قد تأثر بالدستور الفرنسي الذي نظم إجراءات إبرام المعاهدات الدولية بصورة تفصيلية وواضحة، حيث تخصص السلطة التنفيذية بإبرام المعاهدة أو الاتفاقية، بينما تملك السلطة التشريعية حق الموافقة عليها لإدماجها في القانون الوطني مع خضوع المعاهدات الدولية للرقابة الدستورية للتأكد من اتفاقها مع قواعد الدستور. أما في مصر فعلى الرغم من أن المؤسس الدستوري المصري قد سائر معظم النظم الدستورية في منح السلطة التنفيذية حق إبرام المعاهدات الدولية واشترط موافقة السلطة التشريعية لإدماجها في القانون الداخلي، إلا أنه لم يعترف بسمو المعاهدات الدولية على القوانين العادية في المرتبة<sup>2</sup>.

وإذا كان الوضع الدستوريين الفرنسي والجزائري لا يثير أية إشكالية باعتبار أن المؤسس الدستوري كان واضحاً في تحديد مرتبة المعاهدات الدولية، وبيان علاقتها بالقوانين العادية، فإن الوضع مختلف في الدستور المصري، ويثير خلافاً في الفقه الدستوري المصري حول سلطة المشرع اتجاه المعاهدات الدولية، ومدى اعتبارها قيماً على السلطة التقديرية للمشرع، أم أن يستطيع هذا الأخير يستطيع تجاوزها إلى تعديلها أو إلغائها؟ ومن أجل معرفة سلطة المشرع اتجاه المعاهدات الدولية، يتوجب علينا أولاً تحديد طبيعة العلاقة بين القواعد الدولية وقواعد القانون الداخلي أو الوطني (أولاً)، ثم مدى اعتبار تلك المعاهدات الدولية قيماً على حرية المشرع الوطني (ثانياً).

### أولاً: طبيعة العلاقة بين المعاهدات الدولية والقانون الداخلي

إن البحث في طبيعة العلاقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي تثير تساؤلاً هاماً هو: هل أن قواعد القانون الدولي تسمو على قواعد القانون الداخلي (الوطني)، وبالتالي يمكننا اعتبارها قيماً على سلطة المشرع

<sup>1</sup> - انظر، محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 270.

<sup>2</sup> - انظر، سعاد الشراوي. عبد الله ناصف، المرجع السابق، ص. 70؛ محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، المعاهدة الدولية، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، 1984، ص. 252.

الذي لا يمكنه مخالفتها أم العكس؟. وليبيان طبيعة العلاقة بين القانونين الدولي والداخلي سوف نحاول عرض أهم النظريات الفقهية التي تحدد العلاقة بين القانونين الداخلي والدولي (أ)، وما هو موقف الأنظمة القانونية الداخلية من العلاقة بين القانونين الدولي والداخلي (ب) .

### أ- موقف الفقه والقضاء الدوليين من طبيعة العلاقة بين القانونين الدولي والداخلي

لقد انقسم الفقه حول مسألة تحديد العلاقة بين القانونين الدولي والداخلي بين اتجاهين، الأول يعرف بنظرية ثنائية القانونين، أما الثاني يعرف بنظرية وحدة القانونين، إلى جانب ذلك يوجد اتجاه فقهي نادى بالتوفيق النظريتين؛ فتقوم نظرية ثنائية القانون على أساس أن القانون الدولي مستقل ومنفصل عن القانون الداخلي، أي ينفصل كل منهما عن الآخر، ولا يختلط به ولا يخضع أي منهما للآخر، بحيث يمكن تحديد الموضوعات التي ينظمها كل قانون، فقانون الجنسية، والقانون الإداري، والقانون الدولي الخاص مثلا تدخل وفقا لهذا المعنى ضمن اختصاص القانون الداخلي، في حين أن القواعد القانونية التي تنظم الحرب والحياد ينظمها القانون الدولي<sup>1</sup>.

ويترتب على هذه النظرية عدة نتائج منها: عدم التعارض بين قواعد القانون الدولي والداخلي، الأمر الذي يدل على عدم تأثير أحدهما على الآخر، فإذا خالف التشريع الداخلي قواعد القانون الدولي لا يؤدي ذلك إلى بطلانه<sup>2</sup>.

امتناع القاضي الوطني عن تطبيق القاعدة الدولية، أي أن القاضي الوطني ليس من حقه تفسير القاعدة الدولية أو تطبيقها، وإنما يطبق فقط قواعد القانون الداخلي، كما توجد استثناءات يقر أصحاب هذه النظرية فيها بإلزامية قواعد القانون الدولي في مجال القانون الداخلي، والتي تأخذ صورة الإحالة من القانون الداخلي على القانون الدولي لتنظيم مسألة أو حالة معينة أو تحويل قاعدة من قواعد القانون الدولي إلى قاعدة في القانون الداخلي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> -تستند هذه النظرية على عدة أسانيد منها: اختلاف مصادر كل من القانونين، فمصدر القانون الداخلي ينبع من إرادة الدولة، أما مصدر القانون الدولي الإرادة المشتركة للدول، وبالتالي ليس لأي من القانونين سلطة وضع قواعد الآخر أو تعديلها أو إلغائها.

-اختلاف موضوعات كل من القانونين، فالقانون الداخلي ينظم العلاقة بين الأشخاص في إطار القانون الخاص أو بينهم وبين الدولة في إطار القانون العام، بينما ينظم القانون الدولي العام العلاقة بين أشخاص القانون الدولي العام.

-اختلاف الطبيعة القانونية والبناء القانوني لكل من القانونين، فالقانون الداخلي يستدعي خضوع الأشخاص والسلطات العامة في الدولة للقانون بينما القانون الدولي هو أداة قانون تعاون وتنسيق بين دوليتين أو أكثر؛ انظر علي إبراهيم، النظام القانونين الدولي والنظام القانوني الداخلي، صراع أم تكامل، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص.50؛ مفيد محمود شهاب، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص.47.

<sup>2</sup> -انظر، سهيل حسين القتلاوي، الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، مصر، 2002، ص.28.

<sup>3</sup> - SIBERT.M, Traité de droit international public ,Le droit la paix ,Tome 02,,Dalloz ,Paris, 1951,p.292.

أورده، علي إبراهيم، النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي. صراع أم تكامل، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص.70.

أما نظرية وحدة القانونين تقوم على أساس وحدة القانونين مع تبعية القواعد القانونية ببعضها البعض في نظام تدرجي دقيق، حيث تقوم هذه النظرية على أساس أن القانونين الدولي والداخلي يشكلان نظاماً قانونياً واحداً، بحيث أن كل قاعدة قانونية تستمد وجودها من القاعدة الأعلى منها، ولا يمكن تفسير قاعدة من القواعد القانونية إلا بالرجوع إلى القواعد الأعلى، وقواعد القانون الدولي ما هي إلا جزء من القواعد القانونية في الدولة تعنى بتنظيم علاقاتها مع الدول الأخرى<sup>1</sup>.

وبين مؤيد لنظرية ثنائية القانونين الدولي والداخلي ومؤيد لنظرية وحدة القانونين، ظهر اتجاه ثالث للتوفيق بين الاتجاهين وحل الإشكال، وللقاضي الوطني دور في التوفيق بين قواعد القانونين الدولي والداخلي عندما يكون باستطاعته أن يفعل ذلك، كما أن مبدأ سمو قواعد القانون الدولي لا يقصد به سمو قانون أجنبي مفروض على الدولة، فالأولوية أو السمو لا تعني سيطرة القانون الدولي على القانون الداخلي، وإنما هو مجرد تناسق وتناغم في النشاط القانوني للدولة وسلوكها<sup>2</sup>.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الدولي من العلاقة بين القانونين الدولي والداخلي، فلقد أخذ بنظرية وحدة القانونين مع سمو القانون الدولي، وقد ترسخ مفهوم سمو القانون الدولي على القانون الداخلي في التعامل الدولي من خلال مجموعة من الأحكام والقرارات والآراء الاستشارية في هذا الشأن، الأمر الذي أكدت عليه محاكم التحكيم عند تعرضها لموضوع العلاقة بين القانونين الدولي والداخلي مع سمو قواعد القانون الدولي. فإذا كان الغالب في الفقه والقضاء الدوليين قد أكد على وحدة القانونين الدولي والداخلي مع سمو القواعد الدولية، فما هو موقف الأنظمة القانونية الداخلية المقارنة من العلاقة بين القانونين الدولي والداخلي؟

### ب- موقف الأنظمة القانونية الداخلية من العلاقة بين القانونين الداخلي والدولي

إن المتتبع لموقف المؤسس الدستوري في النظم الدستورية المقارنة يستطيع أن يصنفها بالنظر إلى موقعها والقيمة التي تكتسيها المعاهدات الدولية بين عدة مجموعات، فالمجموعة الأولى تشمل الدساتير التي تتجه إلى الاعتراف بسمو قواعد القانون الدولي على الدستور، ومن هذه الدساتير الدستور الهولندي لعام 1983 الذي

<sup>1</sup> - يسلم أنصار هذه النظرية بإمكانه وجود تنازع بين القانونين مع الاختلاف في سمو أحدهما على الآخر: -وحدة القانونين مع سمو القانون الداخلي، ويرتكز هذا الاتجاه على وحدة القانونين مع سمو القانون الداخلي، باعتبار أن القانون الدولي منبثق عن القانون الداخلي مع مراعاة سمو القانون الداخلي عند التعارض، بما يعني خضوع المعاهدات الدولية شكلاً وموضوعاً للقانون الداخلي، فعدم احترام الإجراءات الدستورية الداخلية لإبرام المعاهدات والموافقة عليها يؤدي إلى بطلان المعاهدة، ويؤخذ على هذا الاتجاه عند تحديده للعلاقة بين القانونين الدولي والداخلي أنه لا يحدد لنا بدقة قيمة المعاهدات الدولية، هل هي مساوية للدستور أو أقل منه وأعلى من القانون أو مساوية للقانون العادي. أما الاتجاه الثاني فقد اتجه نحو الاعتراف بوحدة القانونين مع سمو القواعد الدولية، فهذا الاتجاه يحظى بتأييد غالبية الفقهاء ويقرر وحدة القانونين مع سمو القانون الدولي، بحيث يعتبر القانون الداخلي منبثقاً عن القانون الدولي الذي يسمو على القانون الداخلي، ويؤخذ على هذا الاتجاه بأن دمج القانونين يمنع كل تمييز بين القانونين.

<sup>2</sup> - VEDEL, G, La Déclaration des droits de l'homme et la Jurisprudence, P.U.F, 1989, p.63.

اعترف بسمو الاتفاقيات الدولية على الدستور، وأن التشريعات التي تخالف قواعد القانون الدولي تعتبر باطلة وفق ما تنص عليه المادتين 93 و94 من الدستور الهولندي 1983<sup>1</sup>.

أما المجموعة الثانية تضم الدساتير التي تتجه إلى اعتبار القانون الدولي يحتل مرتبة وسط بين القانون والدستور، ومن أمثلة ذلك تحتل المعاهدات الدولية في الدستور الفرنسي مرتبة أعلى من القوانين العادية وأقل من الدستور وفق ما نصت عليه المادة 55 من الدستور الفرنسي لعام 1958، الأمر الذي أخذ به المؤسس الدستوري الجزائري مؤكداً بذلك على مبدأ سمو المعاهدات الدولية على القوانين الوطنية تطبيقاً لنص المادة 150 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016<sup>2</sup>.

أما المجموعة الثالثة تضم الدساتير التي تتجه إلى اعتبار القانون الدولي بأنه يتمتع بقوة القانون الداخلي، وهو ما نص عليه الدستور المصري لسنة 2014 على أن المعاهدات الدولية تتمتع بقوة القوانين العادية تطبيقاً لنص المادة 93 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، التي تنص على أن «تلتزم الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي تصدق عليها مصر، وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً للأوضاع المقررة.» الأمر الذي أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في 04 جوان 1988 على أن تتمتع المعاهدات والاتفاقيات الدولية بقوة القانون العادي بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها<sup>3</sup>.

وعليه، فإذا كانت مسألة تحديد طبيعة العلاقة بين القانونين الدولي والداخلي محل خلاف في الفقه والقضاء الدستوري، فإن الأمر امتد للمؤسس الدستوري لتحديد موقفه من المكانة التي تحتلها المعاهدات الدولية، فهناك من الدساتير التي أخذت بسمو قواعد القانون الدولي على أحكام الدستور، ومنها ما جعلت قواعد القانون الدولي تحتل مكانة وسط بين الدستور والقانون كالدستور الفرنسي لعام 1958، و التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، والدستور التونسي الصادر في 23 يناير 2014، إضافة إلى أن هناك

<sup>1</sup> - نص المادتين 93 و94 من الدستور الهولندي؛ انظر، عبد العزيز سرحان، حقيقة العلاقة بين المجموعة الدولية لحقوق الإنسان والقانون الداخلي في الولايات المتحدة الأمريكية، مجلة الحقوق والشريعة، 1981، العدد 03، ص 110.

<sup>2</sup> - انظر نص المادة 55 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 150 من القانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 (يقابلها نص المادة 132 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

<sup>3</sup> - حيث ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في جلسة 04 جوان 1988 "حيث أن البين من هذا النص أنه لم يغير من المراكز القانونية للأجانب الذين أبرمت مع دولهم اتفاقيات للتعويضات بل قصد إلى استمرار سريان أحكام تلك الاتفاقيات على رعايا هذه الدول بصريح نصه، وهي اتفاقيات لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة"، انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في جلسة 04 جوان 1988 طعن رقم 99 سنة 04 موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية من 1791-2008، ص 29؛ عبد الناصر أبو سهمدانة، حسين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص 38؛ علي الفهوجي، المعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1997، ص 47. وقد تضمن كذلك الدستور الكويتي لعام 1962 على أن المعاهدات الدولية لها قوة القانون تطبيقاً لنص المادة 70 منه. وقد سايره في ذلك الدستور البحريني لعام 2002 في المادة 37 منه، والدستور القطري لعام 2003 في المادة 23 منه.

دساتير تمنح قواعد القانون الدولي قوة القانون كالدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 و والدستورين البحريني والقطري مثلا.

ومادام أن المعاهدات الدولية تسمو على القوانين العادية في الدستورين الفرنسي والجزائري، فإن ذلك يمثل قيذا صريحا على سلطة المشرع التقديرية، ويفرض عليه التزاما لعدم مخالفتها والخضوع لأحكامها، لنا أن نتساءل حول مدى اعتبار المعاهدات الدولية قيذا على حرية المشرع؟

### ثانيا: مدى اعتبار المعاهدات الدولية قيذا على حرية المشرع

إن تحديد مكانة المعاهدات الدولية ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية الملزمة للدولة يعطينا مؤشرا لمدى تأثير المعاهدات الدولية على النظام الداخلي لاسيما على حرية المشرع في وضع القواعد القانونية، ولقد اختلفت دساتير دول العالم حول القيمة القانونية للمعاهدات الدولية ما بين اعتبارها في قوة القانون أو في مرتبة أعلى من القانون .

ففي فرنسا ترتب على منح المعاهدات الدولية مكانة متميزة داخل النظام القانوني الفرنسي عدة آثار منها مثلا التأثير في مراكز الأفراد القانونية وتقييد حرية المشرع وإلزامه بعدم مخالفتها. وبالرجوع إلى مراحل إبرام المعاهدات الدولية في ظل الدستور الفرنسي لعام 1958 يتبين لنا أن المؤسس الدستوري الفرنسي قد عمل على تحقيق التوازن بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، فخصّص الأولى بصلاحيات مباشرة إجراءات إبرامها على المستوى الدولي واشترط موافقة المشرع على المعاهدات الهامة قبل الالتزام النهائي بأحكامها وإدماجها في القوانين العادية، وهو ما نصت عليه المادة 55 من الدستور الفرنسي لعام 1958<sup>1</sup>.

ويترتب على تطبيق تلك المادة تقييد حرية المشرع وإلزامه بعدم مخالفة أي من المعاهدات التي ارتبطت بها الدولة والخضوع لأحكامها تطبيقا لمبدأ المشروعية، ومبدأ تدرج القواعد القانونية. ومن أجل حماية النظام القانوني الفرنسي وضمن توافيق القواعد القانونية أنشأ المؤسس الدستوري نظام الرقابة السابقة على

<sup>1</sup> -تنص المادة 55 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont , dès leur publication ,une autorité supérieur à celle des réserve ,pour chaque accord ou traité ,de son application par l'autre partie. »

يفهم من نص هذه المادة بأن الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، أو التي يتم إقرارها وفق الأوضاع المقررة تكون لها منذ نشرها قوة أعلى من القانون مع التحفظ بشرط تطبيقها من قبل الدول المعترفة طرفا فيها، فإذا تضمنت المعاهدة الدولية بندا أو شرطا مخالفا للدستور، فإن التصديق عليها أو إقرارها لا يتم قبل تعديل الدستور على النحو الذي فصلته المادة 54 منه. ومن ناحية أخرى فقد أدى تطور النظام القانوني الأوروبي إلى اتحاد منبثق بين الدول وإنشاء الاتحاد الأوروبي بمقتضى الاتفاقية الموقعة بتاريخ 27 فيفري 1992 وإنشاء المجتمع الأوروبي بمقتضى اتفاقية أمستردام بتاريخ 02 أكتوبر 1997 إلى منح القواعد الأوروبية القيمة شبه الدستورية، بحيث أصبحت تسمو على القواعد الوطنية بتقيد بها المشرع الوطني، وتقبل التطبيق مباشرة على الأفراد، الأمر الذي أكدته المحكمة الأوروبية بتاريخ 05 مارس 1996 الذي أكدت فيه على السمو المطلق لقانون المجتمعات الأوروبية بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للنظام القانوني للمجتمع الأوروبي، وبمعنى آخر أن القواعد الاتفاقية الأوروبية بمجرد التصديق عليها مكتسبا قيمة شبه دستورية، وتقبل التطبيق داخل المجتمعات الأوروبية، ولا يملك المشرع الوطني تعديلها بالشكل الذي تعدل به القوانين الداخلية.

المعاهدات أو الاتفاق قبل الالتزام النهائي بأحكامها وإدماجها في القانون الداخلي وفق ما تنص عليه المادة 54 من الدستور الفرنسي<sup>1</sup>.

والملاحظ على المؤسس الدستوري الجزائري بأنه قد حذا حذو ما ذهب إليه المؤسس الدستوري الفرنسي بخصوص النظام القانوني للمعاهدات الدولية، فمنح السلطة التنفيذية صلاحية مباشرة إجراءات إبرام المعاهدات الدولية والتصديق عليها، كما اشترط موافقة السلطة التشريعية على المعاهدات المتعلقة بمحدود الدولة أو المتعلق بقانون الأشخاص والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة<sup>2</sup>. وعن القيمة القانونية للمعاهدات الدولية في الدستور الجزائري فهي تحتل مرتبة تسمو على القانون، الأمر الذي يقيد حرية المشرع الوطني وتلزمه بعدم مخالفة أحكام تلك المعاهدات وفق ما تنص عليه المادة 150 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>3</sup>.

كما اعتمد أيضا المؤسس الدستوري الجزائري نظام الرقابة السابقة على دستورية المعاهدات أو الاتفاق أو الاتفاقية تطبيقا لنص المادة 190 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>4</sup> التي تنص بأنه «إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية فلا يتم التصديق عليها». <sup>5</sup>

وبالرجوع إلى نص المادة 151 فقرة 01 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 التي تنص على أنه «يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية، ويبرم المعاهدات، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب، وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقا لأحكام الدستور» يتبين لنا من نص هذه المادة أن تنظيم المعاهدات الدولية في النظام القانوني المصري يتشابه مع الكثير من الأنظمة الدستورية المعاصرة، سواء في انفراد السلطة التنفيذية بحق مباشرة إجراءات إبرامها، أو التصديق عليها، ودمجها في القانون الداخلي بعد المصادقة عليها ونشرها في الجريدة الرسمية.

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 54 من الدستور الفرنسي لعام 1958 ؛

- GAUTIER et MALLERAY.F, Le Refus du conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire, A.J.D.A, 2004, p.1538

<sup>2</sup> - انظر نص المادة 131 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 ؛ صالح بلحاج، المرجع السابق، ص. 200؛ عقيلة خرباشي، المرجع السابق، ص. 52.

<sup>3</sup> - يقابلها نص المادة 132 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>4</sup> - يقابلها نص المادة 168 من الدستور الجزائري لسنة 1996

<sup>5</sup> - وفي هذا الصدد نجد أن المؤسس الدستوري التونسي قد تأثر بالدستور الفرنسي في منح المعاهدات الدولية الموافقة عليها قيمة قانونية أعلى من القوانين وأدى من الدستور، الأمر الذي يفرض على المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه التشريعي في سن التشريعات تطبيقا لنص الفصل 20 من الدستور، ومن ناحية أخرى فقد منح السلطة التنفيذية سلطة مباشرة إجراءات إبرام المعاهدات الدولية والموافقة عليها، مع اشتراط موافقة السلطة التشريعية على المعاهدات المتعلقة بالتنظيم الدولي أو بمحدود الدولة أو بالتعهدات المالية للدولة أو بحالة الأشخاص أو بأحكام ذات صيغة تشريعية وفق ما ينص عليه الفصل 67 من الدستور؛ انظر كل من الفصل 20 و 67 و 77 من الدستور التونسي لسنة 2014؛ نافع بن عاشور، المرجع السابق، ص. 323.

ذلك بأن المؤسس الدستوري المصري وإن كان أخذ بنظرية وحدة القانون لتحديد العلاقة بين القانونين الدولي والداخلي، إلا أنه لم يعتمد على أسلوب الرقابة السابقة للمعاهدات قبل إدماجها في القانون الداخلي مثلما هو الأمر في الدستور الفرنسي والقانون رقم 01.16 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 لضمان توافيقها مع الدستور أو منحها مرتبة تفوق القوانين العادية، وذلك بالنظر إلى تطور مفهوم قواعد القانون الدولي الاتفاقي وسموها على قواعد القانون الداخلي، بل جعل المعاهدة والقانون في مرتبة واحدة، الأمر الذي أثار خلافا في الفقه المصري في حالة التعارض بين المعاهدة والقانون، بمعنى هل تطبق المعاهدة على القانون تكريسا لمبدأ سمو القواعد الدولية أم يطبق القانون الصادر عن البرلمان المعبر عن الإرادة العامة للشعب، وعدم احترام قواعد القانون الدولي الاتفاقي، الأمر الذي يمنح للمشروع الوطني حق تعديل أو إلغاء المعاهدة الدولية؟

والحقيقة أن المؤسس الدستوري المصري لم يحسم موقفه في تحديد العلاقة بين القانونين الدولي والداخلي، أي تحديد مكانة المعاهدات الدولية ضمن تدرج القواعد القانونية تاركا الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء .

كما أن المحكمة الدستورية العليا في مصر كانت واضحة في المساواة بين المعاهدات الدولية والقوانين العادية<sup>1</sup>، ولقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم اختصاصها للنظر في بعض الدعاوى الدستورية، منها ما قضت به المحكمة الدستورية العليا بمناسبة الطعن على دستورية اتفاقية تنظيم وإقامة الجيوش العربية بعدم دستورية هذه المادة<sup>2</sup>.

ولكن من ناحية أخرى، وبالنظر إلى القوة الملزمة للمعاهدات الدولية وفعاليتها لا يجوز لأي طرف التمسك بقانونه الداخلي كسبب لعدم تنفيذ هذه المعاهدة وفق ما تنص عليه المادة 27 من اتفاقية فيينا للمعاهدات، التي تعطي أولوية للمعاهدة على القانون الداخلي في مواجهة كل سلطات الدول أطراف المعاهدة على مجرد التمسك به فقط، بل يجب اتخاذ الإجراءات اللازمة داخليا من أجل تنفيذ المعاهدات في

---

<sup>1</sup> - الحقيقة أن المحكمة الدستورية العليا في مصر هي الأخرى لم تحسم الخلاف الذي أثارته المعاهدات الدولية في الدستور المصري، والاكتفاء بمنحها مرتبة القوانين، ففي حكمها الصادر في 01 مارس 1975 والمتعلق بعدم دستورية القرار بقانون رقم 1960/263 بشأن حل المحافل البهائية، فكانت المحكمة واضحة في جعل المعاهدة والقانون في مرتبة واحدة حتى لو أدى ذلك إلى مخالفة الالتزامات الدولية، لمزيد من التفاصيل: انظر، حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 07 لسنة 02 قضائية دستورية بتاريخ 01 مارس 1975، ج ر رقم 14 بتاريخ 03 افريل 1975. وقد أكدت ذلك في حكمها الصادر في 08 مايو 1983 بصدد الطعن بعدم دستورية القانون رقم 81 لسنة 1976 الخاص بتنظيم تملك الأجانب للعقارات والأراضي في مصر، انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم 31 لسنة 03 قضائية دستورية بجلسة 07 مايو 1983، ج ر رقم 21 بتاريخ 26 جويلية 1983؛ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا من يناير 1984 الى ديسمبر 1986، ص. 20؛ عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص. 35.

<sup>2</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 48 لسنة 1 قضائية دستورية بجلسة 02 يناير 1984، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا من يناير 1984 الى ديسمبر 1986، ص. 22؛ عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص. 36.

هذا النطاق حتى لا تتعرض للمسؤولية الدولية، أي أن التزام الدولة بالمعاهدة أو الاتفاقية أصبح قانونا ملزما، وهو بطبيعته من القواعد ذات القيمة الدستورية أو شبه الدستورية، وأي مخالفة لها يكلف الدولة التزاما بالتعويض فضلا عن تحملها لتبعات المسؤولية الدولية بمقتضى الطبيعة الإلزامية للمعاهدة<sup>1</sup>.

وترتبيا على ما سبق يمكننا القول بأن للمعاهدات الدولية فعالية وتأثير مباشر على السلطة التقديرية للمشرع، بالشكل الذي يجعل المعاهدات تعتبر كأداة لتقييد الاختصاص التشريعي للمشرع وتلزمه بعدم مخالفة أحكامها، وذلك بالنظر إلى سمو القواعد الدولية على القانون الداخلي .

ومن ثم يمكننا القول بأنه إذا كانت سلطة المشرع اتجاه المعاهدات الدولية تنحصر في مجرد الموافقة على بعضها، فهو لا يملك أية سلطة في كافة المراحل التي تمر بها عملية إبرام المعاهدات الدولية، وهو ما يمكن اعتباره تقييدا أو تضييقا للاختصاص التشريعي للبرلمان.

وإلى جانب تأثير المعاهدات الدولية على السلطة التقديرية للمشرع، فقد أقر المؤسس الدستوري نظاما إجرائيا خاصا لإصدار القوانين العضوية، وهو أمر قد يضيق أو يقيد من سلطة المشرع التقديرية بسن التشريعات العضوية من جهة، ومن جهة ثانية يقيد من سلطة المشرع في سن التشريعات العادية، الأمر الذي يثير تساؤل حول مدى تأثير النظام الإجرائي للقوانين العضوية في سن التشريعات؟

## الفرع الثاني

### مدى تأثير النظام الإجرائي للقوانين العضوية على سلطة المشرع في سن القوانين

بالرغم من أن المؤسس الدستوري في الدستور الفرنسي والجزائر والمصري قد تعرض إلى فكرة القانون العضوي في المادة 46 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 141 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup>، والمادة 4/121 من الدستور المصري لسنة 2014، إلا أنها لم تحدد الطبيعة والمكانة القانونية التي يحتلها القانون العضوي ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية في الدولة، الأمر الذي دفع الفقه الدستوري إلى القول بأن القانون العضوي أو النظامي يتسم بالطبيعة الخاصة التي تجعله يقترب من الدستور ويسمو على القانون دون أن يسمو على المعاهدات الدولية التي صادقت عليها الدولة<sup>3</sup>.

وحتى يتسنى لنا معرفة مدى فعالية أو تأثير النظام الإجرائي للقوانين العضوية على السلطة التقديرية للمشرع سوف نتطرق أولا إلى معرفة النظام الإجرائي للقوانين العضوية في الدستور الفرنسي والجزائر والمصري (أولا)، ثم مدى اعتبار القوانين العضوية كقيد على حرية المشرع في سن التشريعات العادية (ثانيا).

<sup>1</sup> -انظر، حنفي علي جبالي، المرجع السابق، ص. 561؛ عيد أحمد الغفلول، الرقابة القضائية السابقة على دستورية المعاهدات الدولية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر، ص. 107.

<sup>2</sup> -يقابلها نص المادة 123 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>3</sup> - Pierre CAMBAY.J, op cit ,p.1433-1441.

## أولاً: النظام الإجرائي للقوانين العضوية كقيد على حرية المشرع في كل من الدستور الفرنسي والجزائري والمصري

إذا كان الهدف من القوانين العضوية هو إكمال النصوص الدستورية ووضعها موضع التطبيق العملي، فإن النظام الإجرائي لتلك القوانين يقيد سلطة المشرع في هذا الشأن ويحد من حريته في إقرارها، وذلك بالنظر إلى طبيعة الموضوعات التي تعالجها هذه الفئة من القوانين، وكذا الإجراءات الخاصة اللازمة لإقرارها، والتي تختلف عن إجراءات وضع القوانين العادية .

ففي فرنسا مثلاً وبخلاف الدساتير الفرنسية السابقة على دستور 1958 التي منحت المشرع الولاية العامة في التشريع، فإن دستور 1958 قيّد سلطة المشرع في وضع القوانين، وذلك من خلال تحديد نطاق القانون العادي والعضوي، ولم يكتف بتقييده من الناحية الموضوعية بل امتد القيد إلى الناحية الإجرائية، وتعباً لذلك لم يعد للمشرع الحق في إقرار القوانين العضوية بإتباع إجراءات سن وإقرار القوانين العادية. وإلى جانب ذلك لا يستطيع المشرع أيضاً إقرار التشريعات العادية بموجب الإجراءات المحددة لسن وإقرار القوانين العضوية، وبالتالي لا يمكن للمشرع تعديل أو إلغاء القوانين العضوية إلا بموجب الإجراءات التي حددها الدستور<sup>1</sup>.

وفي هذا المجال نجد المؤسس الدستوري الجزائري بأنه قد تأثر بالدستور الفرنسي في تنظيمه للقوانين العضوية من خلال وضعه لنظام إجرائي خاص لإقرار القوانين العضوية، وخلافاً لذلك لم يضع المؤسس الدستوري المصري للقوانين المكملة للدستور نظاماً مستقلاً يميزها عن القوانين العادية إلا بعد التعديل الدستوري لعام 2007، حيث حددت المادة 194 منه الموضوعات التي تنظم بقوانين عضوية لأول مرة في النظام الدستوري المصري، ووضع لها نظاماً إجرائياً خاصاً قيد به مجلس الشعب، ليعزز من خلاله الدور التشريعي لمجلس الشورى، واشترط موافقة هذا الأخير على مشروعات القوانين المكملة للدستور قبل إقرارها بصفة نهائية، الأمر الذي أكدته المادة 121 فقرة 3 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014<sup>2</sup>.

وترتيباً على ما سبق، يمكننا القول بأن القوانين العضوية أصبحت تمثل قيوداً على السلطة التقديرية للمشرع من الناحيتين الموضوعية والإجرائية لاسيما فيما يتعلق بالموضوعات التي تنظمها وإجراءات إقرارها. وحتى يتسنى لنا معرفة النظام الإجرائي للقوانين العضوية الذي أصبح يعتبر كقيد على سلطة المشرع في الدساتير محل الدراسة سوف نحاول عرض إجراءات سن القوانين العضوية وإقرارها في تلك الدساتير .

<sup>1</sup> - PORTELLE. H, op cit , p.187.

<sup>2</sup> - انظر نص المادة 121 فقرة 3 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014.

## أ- إجراءات سن وإقرار القوانين العضوية في كل من الدستور الفرنسي والجزائري والمصري

لقد نظم المؤسس الدستوري الفرنسي إجراءات إعداد وإقرار القوانين العضوية بالصورة التي لا تمنح للمشروع حرية في تقرير تلك الإجراءات أو إمكانية تعديلها، من خلال إلزامه بإتباع إجراءات محددة بدقة من أجل إقرارها، وفي كل مراحل إعداد القوانين العضوية؛ ولعل الغاية من ذلك هي ضمان استقرار تلك الفئة من القوانين، بالنظر إلى طبيعة الموضوعات التي تختص بتنظيمها.

وبالرجوع إلى الدستور الفرنسي لعام 1958 نجد أن المؤسس الدستوري الفرنسي قد نظم في المادة 46 منه إجراءات إعداد وإقرار القوانين العضوية بطريقة دقيقة تفرض على المشروع الالتزام بإتباع الإجراءات التي حددها الدستور لإقرار القوانين العضوية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 46 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

«Les loi auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques sont votées et modifiées dans les conditions suivantes.

Le projet ou la proposition n'est soumis à la délibération et au vote de la première assemblée saisie qu'à l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt.

La procédure de l'article 45 est applicable. Toutefois, faute d'accord entre les deux assemblées, le texte ne peut être adopté par l'Assemblée Nationale en dernière lecture qu'à la majorité absolue de ses membres.

Les loi organiques relatives au Sénat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées.

Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après la déclaration par le Conseil Constitutionnel de leur conformité à la Constitution.»

ويتضح من نص المادة 46 أعلاه بأن القوانين العضوية التي يمنحها الدستور طابع القوانين العضوية يصادق عليها وتعديلها وفقاً للشروط التي حددها الدستور، فلا مجال للمشروع أو الاقتراح للمداولة والتصويت على الجمعية الأولى التي رفع أمامها إلا بعد مرور خمسة عشر (15) يوماً بعد إيداعه. ويطبق الإجراء المحدد في المادة 45 من الدستور، كما أنه في حالة عدم الاتفاق بين الجمعيتين لا يمكن المصادقة على النص من طرف الجمعية الوطنية في المداولة الأخيرة إلا بموجب الأغلبية المطلقة لعدد أعضائه. ويجب أن يتم التصويت على القوانين العضوية المتعلقة بمجلس الشيوخ باتفاق من طرف الجمعيتين على نص موحد. كما لا يمكن إصدار القوانين العضوية إلا بعد إصدار المجلس الدستوري لمطابقتها للدستور. وإذا تبعنا إجراءات إعداد القوانين العضوية في الدستور الفرنسي سوف نجد أن أولى هذه المراحل تبدأ بالاقتراح سواء من الحكومة أو أعضاء البرلمان تطبيقاً لنص المادة 39 فقرة 01 من الدستور الفرنسي لعام 1958، على أن يتم تسمية مشروع أو اقتراح قانون صراحة باسم القانون العضوي، وذلك بأن عدم الالتزام بذلك يترتب عليه استبعاد القانون من دائرة القوانين العضوية وفق ما تنص عليه المادة 127 من اللائحة الداخلية للجمعية الوطنية. إلى جانب ذلك لا يجوز مناقشة اقتراح أو مشروع القانون العضوي بعد إيداعه لدى رئيس إحدى الجمعيتين إلا بعد مرور خمسة عشر (15) يوماً على إيداع النص، ويعتبر هذا كتحديد على المشروع يلزمه بعدم مناقشة النص الذي تم إيداعه لديه إلا بعد مدة زمنية معينة، مع العلم بأن هذا الشرط لا وجود له عند إقرار القوانين العادية. وبانتهاء مرحلة مناقشة مشروعات القوانين العضوية وإجراء التعديلات المقترحة، سواء من قبل الحكومة أو أعضاء البرلمان تأتي مرحلة التصويت للموافقة على القوانين العضوية. طبقاً لنص المادة 3/46 من الدستور الفرنسي يجب الموافقة على مشروع أو اقتراح قانون عضوي من المجلسين على نص واحد، وفي حالة عدم الاتفاق على نص موحد يجوز للوزير الأول أن يطلب اجتماع لجنة متساوية الأعضاء لاقتراح نص للأحكام محل الخلاف بينهما، وإذا لم يتم قبول ذلك النص المشترك، فإنه يمكن للجمعية الوطنية إقرار ذلك النص بتوافر الأغلبية المطلقة لعدد أعضائها. كما يشترط الدستور فيما يخص التصويت على القوانين العضوية المتعلقة بمجلس الشيوخ موافقة هذا الأخير حيث لم يكتف بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء الجمعية الوطنية في الحالة التي لم يتفق فيها المجلسين على نص موحد، والمهدف من ذلك هو إقامة التوازن بين المجلسين في البرلمان. إلى جانب ذلك فقد أخضع الدستور الفرنسي القوانين العضوية للرقابة السابقة للمجلس الدستوري قبل إصدارها، وبعد هذا الإجراء جوهرياً لإقرار القوانين العضوية، ولا يستطيع رئيس الجمهورية إصدارها إذا لم تعرض على المجلس الدستوري أوفي الحالة التي يصرح فيها المجلس صراحة بعدم مطابقة القانون العضوي لأحكام الدستور، ذلك بأن رقابة المجلس الدستوري على مطابقة القانون العضوي لأحكام الدستور شكلاً وموضوعاً للتأكد من احترام الإجراءات الشكلية التي يحددها الدستور وضمن المجال الذي حدده الدستور لتلك القوانين.

وعليه، لا يملك المشرع أية سلطة تقديرية اتجاه إجراءات سن وإقرار التشريعات العضوية، فهو مُلزم ومقيد بالنظام الإجرائي الذي حدده الدستور لذلك، سواء من حيث تحديد المسائل الخاضعة للقوانين العضوية أو الشروط الشكلية اللازمة لإقراره، وذلك من خلال اشتراط مرور مدة معينة بعد إيداع مشروع أو اقتراح قانون عضوي، واشتراط موافقة الأغلبية المطلقة لإقراره مع خضوع تلك القوانين لرقابة المطابقة الدستورية لأحكام الدستور .

والملاحظ على المؤسس الدستوري الجزائري بأنه قد تأثر بالدستور الفرنسي لعام 1958 في تنظيمه للقوانين العضوية، حيث أقر نظاما إجرائيا خاصا بالقوانين العضوية يختلف عن النظام الإجرائي لسن وإقرار التشريعات العادية، حيث تنص المادة 141 فقرة 02 و03 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>1</sup> على أن « تتم المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة.

يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره. « الجدير بالذكر أن المادة 141 أعلاه قد اشترطت لإقرار مشروع القانون العضوي مصادقة الأغلبية المطلقة لأعضاء غرفتي البرلمان بعدما كانت المادة 123 من دستور 1996 تشترط موافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس الأمة لإقرار القانون العضوي.

ويتضح لنا من نص هذه المادة بأن المؤسس الدستوري قد فرض على المشرع حال إقراره للتشريعات العضوية نظاما إجرائيا خاصا، سواء بحصر نطاق هذه الفئة من القوانين أو اشتراط أغلبية خاصة لإقرارها، أو إخضاعها لرقابة المطابقة السابقة مع الدستور، إضافة إلى ذلك نجد أن المؤسس الدستوري قد قيد المبادرة البرلمانية باقتراح القوانين، فلا يقبل أي اقتراح قانون عضوي مضمونه أو نتيجته تخفيض الموارد العمومية أو زيادة النفقات العامة إلا إذا كان ذلك الاقتراح مرفقا بتدابير تستهدف الزيادة في إيرادات الدولة أو توفير مبالغ مالية تطبيقا لنص المادة 139 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup>، وعليه يمكننا القول بأن المشرع لا يملك

<sup>1</sup> - يقابلها نص المادة 123 فقرة 2 و3 من الدستور الجزائري لسنة 1996

<sup>2</sup> - نجد أن المؤسس الدستوري الجزائري قد حدد عملية إعداد وإقرار القوانين العضوية بطريقة مفصلة، سواء من حيث تحديد نطاق القوانين العضوية أو إجراءات إقرارها، حيث منح المؤسس الدستوري حق المبادرة بالقانون بصفة عامة لكل من الوزير الأول وعشرين (20) نائبا أو عشرين (20) عضوا في مجلس الأمة في المسائل المذكورة في المادة 137 من التعديل الدستوري لسنة 2016 تطبيقا لنص المادة 139 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 121 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، كما يشترط أن يكون مشروع أو اقتراح قانون عضوي موضوع المناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على التوالي، على أن يناقش مجلس الأمة النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني بالأغلبية المطلقة. وفي حالة حدوث خلاف بين الغرفتين تجتمع لجنة متساوية الأعضاء بناء على طلب الوزير الأول في أجل أقصاه خمسة عشر يوما لاقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف، وفي حالة استمرار الخلاف يتم سحب النص موضوع المناقشة في البرلمان، أو أن تطلب الحكومة من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائيا في النص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء، أو النص الأخير الذي صوت عليه تطبيقا لنص 138 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 120 من الدستور الجزائري لسنة 1996). أما في حالة المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب، وأعضاء مجلس الأمة يشترط الدستور عرض مشروع أو اقتراح القانون العضوي قبل إصداره من طرف رئيس الجمهورية على المجلس الدستوري للتأكد من مدى مطابقة النص مع الدستور، ويعد هذا الإجراء جوهريا

أية سلطة تقديرية في مجال القوانين العضوية سواء من حيث المسائل الخاضعة للقوانين العضوية أو الإجراءات التي حددها المؤسس الدستوري لإعداد وإقرار القوانين العضوية، ذلك بأن المشرع وفقا لهذا المعنى مقيد وملزم بتلك الأحكام، وتبعاً لذلك تعد التشريعات الصادرة عنه بالمخالفة مع تلك الأحكام غير دستورية .

إذا كان المؤسس الدستوري الجزائري قد تأثر بالدستور الفرنسي في إقرار نظام إجرائي خاص للقوانين العضوية، فإن المؤسس الدستوري المصري لم يميز بين القوانين المختلفة التي يصدرها المشرع إلا بعد التعديل الدستوري في 2007، الذي اشترط ضرورة عرض مشروعات تلك القوانين على مجلس الشورى مشترطاً موافقة هذا الأخير على مشروعات القوانين المكملّة للدستور قبل إصدارها.

ونجد أن الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 قد نظم إجراءات سن وإعداد القوانين المكملّة للدستور بصورة واضحة، فقد حصر نطاقها واشترط موافقة ثلثي (3/2) أعضاء مجلس نواب الشعب لإقرار هذه الفئة من القوانين وفق ما تنص عليه المادة 3/121 من الدستور<sup>1</sup>.

والخلاصة التي يمكننا الخروج بها من خلال عرضنا لإجراءات سن وإعداد القوانين العضوية يتضح لنا بأن المشرع في الدساتير محل الدراسة لا يملك أية سلطة تقديرية أو حرية في اختيار الموضوعات التي يشرع فيها بموجب قوانين عضوية، باعتبار أن المسائل الخاضعة للقوانين العضوية محددة على سبيل الحصر، أو من حيث الإجراءات المتبعة لسن وإقرار القوانين العضوية التي تقيد المشرع وتلزمه بمراعاتها عند وضع القوانين العضوية .

---

لإصدار القوانين العضوية، فلا يمكن لرئيس الجمهورية إصدار القانون العضوي إلا بعد أن يصدر المجلس الدستوري قرار بمطابقة القانون العضوي مع الدستور أم لا.

<sup>1</sup> - تنص المادة 3/121 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 على ما يلي: « كما تصدر القوانين المكملّة للدستور بموافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس. وتعد القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية، والنيابية، والمحلية، والأحزاب السياسية، والسلطة القضائية، والمتعلقة بالجهات والهيئات القضائية، والمنظمة للحقوق والحريات الواردة في الدستور، مكملّة له ». فإذا كان المؤسس الدستوري قد منح حق اقتراح القوانين لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء، ولكل عضو في مجلس النواب، فإن المادة 122 من الدستور قد ميزت بين مشروعات القوانين المقدمة من رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء والاقتراحات التي يتقدم بها أعضاء مجلس النواب فتحال مشاريع قوانين المقدمة من الحكومة أو من عشر أعضاء مجلس النواب إلى اللجان النوعية المختصة بمجلس النواب، فإن اقتراح القانون المقدم من أعضاء مجلس النواب لا مجال على اللجان النوعية المختصة إلا إذا أجازته اللجنة المختصة بالمقترحات، ولا يجوز تقديم الاقتراحات التي رفضها في دور الانعقاد نفسه، وهذا بخلاف مشروعات القوانين التي يتقدم بها رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء. كما أن التمييز بين مشروعات واقتراحات قوانين سواء بالنظر إلى تركيبة البرلمان وعدم قدرة أعضائه على صياغة مشروعات قوانين أو عدم توافر الأجهزة الفنية الموجودة لدى الحكومة لا يعتبر مبرراً للفرقة بين مشروعات واقتراحات قوانين، لأن البرلمان صاحب الاختصاص الأصلي في التشريع يمكنه الاستعانة بالخبرات الفنية اللازمة من أجل صياغة مشروعات قوانين. وبعد مناقشة مشروع أو اقتراح قانون في مجلس النواب يشترط الدستور لإقرار القوانين المكملّة للدستور موافقة ثلثي (3/2) أعضاء مجلس النواب من إصداره، والملاحظ على المؤسس الدستوري المصري هو الآخر لم ينص على رقابة المطابقة الدستورية السابقة للقوانين المكملّة للدستور مثلما هو الأمر في الدستور الفرنسي؛ انظر، يسري محمد العصار، المرجع السابق، ص. 60؛ دعاء الصاوي يوسف، المرجع السابق، ص. 65.

وعليه، فإذا كان النظام الإجرائي للقوانين العضوية كوسيلة لتقييد الاختصاص التشريعي للمشرع، فإن القوانين العضوية كذلك تعتبر كوسيلة تقييد حرية المشرع في سن التشريعات العادية، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح التساؤل حول مدى اعتبار القوانين العضوية كقيد على حرية المشرع في سن التشريعات العادية؟

### ثانياً: مدى اعتبار القوانين العضوية كقيد على حرية المشرع في سن التشريعات العادية

لما كان النظام الإجرائي للقوانين العضوية يقيّد سلطة المشرع التقديرية في سن القوانين بموجب قوانين عضوية سواء من حيث إلزامه بضرورة التدخل في مسائل محددة على سبيل الحصر، أو الالتزام بإتباع الإجراءات التي حددها الدستور لإعداد وسن القوانين العضوية.

فإنه في المقابل لا يمكن للمشرع حال ممارسة اختصاصه التشريعي بسن تشريعات تتعارض مع القوانين العضوية، كما لا يملك المشرع الحق في إلغاء أو تعديل أي قانون عضوي بقانون عادي، بالصورة التي يترتب عليها خضوع التشريعات العادية للقوانين العضوية بإتباع الإجراءات المتبعة في سن القوانين العادية، حيث نجد أن الدستور الفرنسي قد أحاط القوانين العضوية بإجراءات خاصة أشد تعقيداً من إجراءات إقرار وتعديل القوانين العادية، وهو ما نصت عليه المادة 46 من الدستور الفرنسي واللائحة الداخلية للجمعية الوطنية، الأمر الذي دفع الفقه الفرنسي إلى تبني فكرة منح القوانين العضوية مرتبة أعلى من القوانين العادية، وذلك بالنظر لطبيعة الموضوعات التي تنظمها تلك القوانين وطبيعة الإجراءات المتبعة في إقرارها.

وعلى المجلس الدستوري التأكيد من عدم مخالفة السلطة التشريعية للإجراءات التي حددها الدستور لإقرار القوانين العضوية منها والعادية، وفق ما تنص عليه المادة 61 من الدستور الفرنسي التي منحت المجلس الدستوري صلاحية فحص مدى تطابق القوانين العضوية مع الدستور أو تطابق القوانين العادية مع الدستور دون النص على اختصاص المجلس الدستوري في فحص مدى تطابق القوانين العادية مع القوانين العضوية، غير أن القضاء الدستوري في فرنسا اتجه نحو التأكيد على ضرورة احترام القوانين العادية للقانون العضوي<sup>1</sup>.

وتبعاً لذلك، فلقد أصبح المشرع مقيد باحترام القوانين العضوية وهو بصدد وضع قوانين تدخل في نطاق القانون العادي، كما لم يعد في وسعه إلغاء أو تعديل قانون عضوي بموجب قانون عادي، حيث يقع على المجلس الدستوري مهمة ضمان وحماية مجال القوانين العضوية، ومن جهة ثانية حماية مجال القوانين العادية من تعدي القوانين العضوية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 61 من الدستور الفرنسي لعام 1958 .

<sup>2</sup> - CADART. J, Institutions politiques et droit constitutionnel ,Tome 01,2<sup>ème</sup> édition ,L.G.D.J, Paris ,1979,p.1081.

أورده : علي عبد العال سيد أحمد، المرجع السابق، ص.74.

ومما سبق يمكننا القول بأن المؤسس الدستوري الفرنسي قد وضع نظاما قانونيا مفصلا للقوانين العضوية ألزم به المشرع حال ممارسة اختصاصه التشريعي سواء في تقييد حرية المشرع حال إعداد وسن القوانين العضوية ذاتها أو تقييد حرية المشرع في سن القوانين العادية، أي أن المشرع أصبح ملزما باحترام قواعد الاختصاص والالتزام بالإطار الذي حدده الدستور لكل من القانون العادي والعضوي، وكذلك الالتزام بعدم مخالفة التشريعات العادية للقوانين العضوية<sup>1</sup>.

ولقد تأثر المؤسس الدستوري الجزائري كما قلنا سابقا بالدستور الفرنسي الذي وضع نظام قانونيا خاصا لإعداد وإقرار القوانين العضوية؛ فالتنظيم القانوني للقوانين العضوية أصبح يمثل قيودا على حرية المشرع من ناحيتين، الناحية الأولى تتعلق بسن القوانين العضوية ذاتها بالنظر إلى حصر نطاق القوانين العضوية أو إلزام المشرع بضرورة إتباع إجراءات محددة لإقرار تلك القوانين، ومن ناحية أخرى عدم قدرة المشرع بإتباع ذات الإجراءات المحددة لإقرار تلك القوانين لتنظيم مسألة معينة تدخل في مجال القوانين العادية.

والملاحظ على المؤسس الدستوري الجزائري على الرغم من أنه قد منح المجلس الدستوري صلاحية مراقبة مدى احترام القيود الشكلية والموضوعية التي حددها الدستور لإقرار القوانين العضوية والعادية، دون النص على صلاحية المجلس الدستوري فيما يخص مطابقة القوانين العادية للقوانين العضوية وفق ما تنص عليه المادتين (141 و186) من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup>. وبالرجوع إلى موقف القضاء الدستوري الجزائري نجده قد تبنى فكرة ضمان احترام القوانين العادية للقوانين العضوية مسائرا بذلك ما توصل إليه قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في هذا الشأن.

وبالتالي، يمكن إرجاع القيود التي تفرضها القوانين العضوية على المشرع عند ممارسة اختصاصه التشريعي بسن تشريعات عادية إما إلى ضرورة احترام قواعد الاختصاص التي حددها الدستور بالنظر لطبيعتها والموضوعات الخاضعة لها، وتحديد الميادين التي يتدخل بها المشرع بموجب قوانين عادية، فلا يستطيع المشرع تنظيم مسألة تدخل في نطاق القانون العضوي بموجب قانون عادي، أو التزام المشرع بضرورة التدخل لممارسة اختصاصه التشريعي، فإذا كان المشرع يملك سلطة تقديرية في التدخل لتنظيم مسألة تدخل في مجال القانون العادي، فإنه لا يتمتع بتلك السلطة حال تنظيم المسائل الخاضعة للقوانين العضوية، إلى جانب ذلك

<sup>1</sup> - من قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في هذا الشأن حكمه الصادر في 18 سبتمبر 1986، حيث قضى بأن النص التشريعي المطعون فيه تجاوز المجال المحجوز للقانون العضوي وفق ما تنص عليه المادة 13 من الدستور، والتي أحالت على القانون العضوي لتحديد الوظائف الأخرى التي يتم التعيين فيها في مجلس الوزراء، وكذلك الشروط التي بمقتضاها يمكن لرئيس الجمهورية أن يفوض غيره في ممارسة سلطة التعيين باسمه. وقد أكد ذلك الحكم في قراره الصادر في 27 يوليو 1982 بمناسبة فحص دستورية القوانين المالية مع القوانين العضوية؛ لمزيد من التفاصيل :

- D.C N°86-217 du 18 septembre 1986, R.P., p.141 ; ROUSSEAU. D, Droit constitutionnel, 12<sup>ème</sup> édition, Paris, p.118.

<sup>2</sup> - انظر نص المادتين (141 و186) من التعديل الدستوري المؤرخ في 60 مارس 2016، يقابلهما نص المادتين 123 فقرة أخيرة و165 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

لا يتمتع المشرع بالحرية في سن وإقرار قوانين عادية قد تتعارض أحكامها مع القوانين العضوية، الأمر الذي يعتبر بمثابة قيد على حرية المشرع في سن التشريعات العادية، سواء من حيث الالتزام بضمان خضوع القوانين العادية للقوانين العضوية، بالنظر إلى طبيعة الموضوعات التي تنظمها هذه الأخيرة والإجراءات اللازمة لإقرارها، أو عدم قدرة المشرع على سن تشريعات عادية تعدي على مجال القوانين العضوية أو العكس<sup>1</sup>.

أما في مصر، وعلى الرغم من أن الدستور المصري لعام 1971 قد أحال على القانون لتنظيم مسائل ذات طبيعة شبه دستورية بموجب قوانين مكملة للدستور، فإنه لم يخضع هذه الأخيرة لنظام إجرائي خاص مثلما هو الحال في الدستورين الفرنسي والجزائري، الأمر الذي أثار تساؤلاً في الفقه الدستوري المصري حول تلك الفئة من القوانين، هل هي قوانين عادية يصدرها المشرع لتنظيم مسائل حددها الدستور؟ أم هي فئة من القوانين تختلف عن القوانين العادية كالقوانين العضوية في الدستور الفرنسي؟

الحقيقة أن الفقه الدستوري المصري قد انقسم بين عدة اتجاهات، فالأول ذهب إلى القول بأن الدستور المصري لعام 1971 لم يميز بين القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية بحيث جعل القوانين العادية في مرتبة واحدة مع القوانين العضوية، وتبعاً لذلك يمكن لقانون عادي أن يعدل أو يلغي قانون عضوي دون قيد أو شرط<sup>2</sup>.

أما الاتجاه الثاني، فقد ذهب إلى القول بأن المؤسس الدستوري المصري وبموجب التعديل الدستوري لعام 1980 قد منح القوانين المكملة للدستور مرتبة أعلى من القوانين العادية، وذلك بالنظر إلى ضرورة عرض مشاريع القوانين المكملة للدستور على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها، ولا يستطيع المشرع سن قوانين عضوية دون التقيد بذلك الإجراء<sup>3</sup>.

والملاحظ على الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 بأنه قد نظم فئة القوانين المكملة للدستور بصورة أكثر دقة من الدساتير السابقة، فقد حصر نطاق القوانين المكملة للدستور مع اشتراط موافقة أغلبية ثلثي (3/2) أعضاء مجلس النواب تطبيقاً لنص المادة 4/121 من الدستور، الأمر الذي يقيد المشرع عند ممارسة اختصاصه التشريعي، فلا يستطيع إقرار القوانين المكملة للدستور بإتباع إجراءات سن القوانين العادية، كما لا يجوز له سن تشريعات عادية تعتبر من المسائل التي يتم تنظيمها بمقتضى القوانين المكملة

<sup>1</sup> - MDHFFAR. Z, Le pouvoir législatif au Maghreb ,Tunis ,C.ER.P,1987 ,p.115.

<sup>2</sup> - انظر، عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص.300؛ قائد محمد طربوش، السلطة التشريعية في الدول العربية ذات النظام الجمهوري، تحليل قانوني مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، بيروت، 1995، ص.135.

<sup>3</sup> - ولقد أدى تعديل المادة 194 من دستور 1971 بموجب التعديل الدستوري لعام 2007، قد أدى إلى تحديد الموضوعات التي تدخل ضمن نطاق القوانين المكملة للدستور ووضع نظام إجرائي خاص لإقرار تلك القوانين، مع اشتراط موافقة مجلس الشورى القوانين المكملة للدستور قبل إصدارها، الأمر الذي يقيد من حرية المشرع في سن القوانين المكملة للدستور من الناحية الإجرائية، ذلك بأن موافقة مجلس الشورى في هذه الحالة تعتبر إجراءاً جوهرياً وضرورياً وملزماً لإقرار تلك القوانين، فلم يعد المشرع يملك أية حرية اتجاه القوانين المكملة للدستور .

للدستور أو إتباع ذات الإجراءات المتبعة في إعداد وإقرار تلك القوانين، وعلى المحكمة الدستورية العليا التأكد من مدى احترام المشرع للشروط الإجرائية والقيود الموضوعية التي حددها الدستور.

وترتبطا على ما سبق، يمكننا القول بأن النظام الإجرائي للقوانين العضوية في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري، يعتبر أداة قانونية تقيّد سلطة المشرع عند ممارسة اختصاصه التشريعي، فهو لا يملك أية سلطة تقديرية اتجاه القوانين العضوية، وذلك بالنظر إلى طبيعة المسائل الخاضعة لتلك القوانين أو النظام الإجرائي الخاص المحدد لسن القوانين العضوية.

ووفقا لهذا المعنى لا يستطيع المشرع تجاوز القيود الإجرائية التي حددها الدستور لإقرار القوانين العضوية، أو تجاوز القيود الموضوعية التي حددها الدستور لضمان عدم تعدي القوانين العادية على نطاق القوانين العضوية أو العكس، وهو أمر يؤدي عادة إلى تضيق الاختصاص التشريعي للمشرع أو التقييد من سلطته التقديرية.

ولما كانت العوامل المؤثرة في التشريع ذاته ترتبط إما بتطور العلاقة بين الدستور والقانون، باعتبار أن تطور مفهوم الدستور واتساع مجال القواعد ذات القيمة الدستورية الملزمة للمشرع حال ممارسة اختصاصه، كما أن تطور العلاقة بين الدستور والقوانين العضوية نتج عنه تقييد سلطة المشرع فيما يخص القوانين العضوية، فلم يعد يملك أية سلطة تقديرية في هذا الشأن، فهو ملزم بالحدود التي حددها الدستور. ومن ناحية أخرى، فقد أدى تطور نظرية الحقوق والحريات العامة إلى نظرية للحقوق والحريات الأساسية إلى تقييد تدخل المشرع لتنظيم الحقوق والحريات العامة نظرا لفعالية وتأثير الحقوق والحريات العامة في توجيه إرادة المشرع عند تنظيمها. كما أن القيود المفروضة على المشرع لا تقتصر فقط على الجانب الموضوعي، بل تشمل أيضا الجانب الإجرائي؛ فالتنظيم القانوني للمعاهدات الدولية أصبح كذلك يمثل قيّدًا على سلطة المشرع وبضيق من الاختصاص التشريعي للبرلمان، إلى جانب ذلك يعتبر النظام الإجرائي للقوانين العضوية كذلك أداة لتقييد الاختصاص التشريعي في إعداد وإقرار القوانين العضوية من جهة، ومن جهة أخرى تشكل القوانين العضوية أداة لتقييد المشرع في سن التشريعات العادية.

والجدير بالذكر أن العوامل المؤثرة على السلطة التقديرية للمشرع لا تتوقف عند العوامل التي تؤثر على التشريع ذاته، وإنما تمتد كذلك إلى عوامل أخرى تؤثر في عمل السلطة التشريعية، باعتبار أن هذه الأخيرة كمؤسسة تحيط بها مجموعة من العوامل التي تؤثر في عملها، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل حول العوامل المؤثرة في عمل السلطة التشريعية كهيئة تشريعية؟

## المبحث الثاني

### العوامل المؤثرة في عمل السلطة التشريعية

لا تقتصر العوامل المؤثرة على السلطة التقديرية للمشرع كما قلنا سابقا على العوامل التي تؤثر في التشريع ذاته، باعتبار أن السلطة التشريعية تتأثر بالظروف التي تحيط بها وهي بصدد ممارسة اختصاصاتها التشريعية.

ذلك بأن السلطة التنفيذية تعتبر من أهم هذه العوامل تأثيرا على عمل السلطة التشريعية، والتي تعد مصدر أغلب القوانين الصادرة عن البرلمان، حيث تهيمن السلطة التنفيذية في الغالب على جميع المراحل التي يمر بها النص التشريعي، بدءا بالمبادرة بالتشريع، ومساهمة رئيس الجمهورية في وضع سن القوانين، وكذا تفوق الحكومة وتحكمها في سير و أعمال البرلمان، وهو أمر يؤدي إلى التضييق أو التقييد من اختصاص المشرع بسن تشريعات تخدم الحكومة خاصة عندما تحوز هذه الأخيرة الأغلبية في البرلمان.

كما توجد إلى جانب تأثير السلطة التنفيذية عدة عوامل أخرى تؤثر في عمل السلطة التشريعية كالأحزاب السياسية واللجان البرلمانية، والجماعات الضاغطة، فكل هذه العوامل قد تؤثر على إرادة المشرع وتدفعه إلى إصدار قوانين تخدم مصلحة طائفة معينة أو تسعى إلى تحقيق مصالح حزبية أو سياسية دون تحقيق المصلحة العامة.

وحتى يتسنى لنا معرفة العوامل التي تؤثر في عمل السلطة التشريعية، سوف نتطرق أولا إلى دراسة مدى تأثير السلطة التنفيذية على عمل السلطة التشريعية (المطلب الأول)، ثم دراسة العوامل الأخرى التي تؤثر على عمل السلطة التشريعية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### مدى تأثير السلطة التنفيذية على عمل السلطة التشريعية

لقد كان لتنامي دور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية الأثر البالغ في تراجع دور البرلمان من جهة، وتطور العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من جهة ثانية، كما أن البرلمان في الوقت الحالي لم يعد هو المهيمن والمعبر الوحيد عن إرادة الشعب نظرا لتزايد دور السلطة التنفيذية وهيمنتها على باقي السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية، حيث أصبحت العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية هي علاقة تدرج بينهما، وأصبحت السلطة التشريعية في وضع التابع للسلطة التنفيذية، وأن دور البرلمان في الواقع يقتصر فقط على مجرد إقرار مشاريع القوانين التي تتقدم بها الحكومة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، مهندس صالح الطراونة، المرجع السابق، ص. 76؛ موريس دوفرجه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري. الأنظمة السياسية الكبرى، المرجع السابق، ص. 219.

فبعد أن كانت وظيفة السلطة التنفيذية تقوم على أساس وضع القواعد التي تقرها السلطة التشريعية موضع التطبيق، أي أن للمشرع ولاية عامة في التشريع في كافة المسائل دون حصر أو قيد، وأن دور اللائحة ينحصر في النطاق الذي حدده القانون بالصورة التي تجعل اللائحة في علاقة تبعية وخضوع مع القانون<sup>1</sup>.

فإن تطور العلاقة بين القانون واللائحة قد ترتب عليه عدة نتائج أهمها انحسار سلطات المشرع، حتى غدا دوره في الغالب يقتصر فقط على مجرد التصديق على مشروعات القوانين التي تقدمها الحكومة في مقابل تنامي دور السلطة التنفيذية في الوظيفة التشريعية، ولعل من بين أهم الموضوعات التي يظهر فيها المشرع كأداة للتصديق على أعمال السلطة التنفيذية دوره في إبرام المعاهدات الدولية وإقرارها، إضافة إلى انحسار دوره في سن التشريعات المالية، وهو الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول مدى تأثير السلطة التنفيذية على عمل السلطة التشريعية؟

وحتى يتسنى لنا معرفة مدى تأثير السلطة التنفيذية على عمل السلطة التشريعية سوف نحاول التطرق أولاً إلى بيان أثر المفاهيم الحديثة لتوزيع الاختصاص بين القانون واللائحة على عمل السلطة التشريعية (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى مدى تدخل السلطة التنفيذية في الوظيفة التشريعية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### أثر المفاهيم الحديثة لتوزيع الاختصاص بين القانون واللائحة على عمل السلطة التشريعية

الحقيقة أن المفاهيم الحديثة لتوزيع الاختصاص بين القانون واللائحة في الدساتير المعاصرة قد أدت إلى تحديد وحصر مجال القانون وانطلاق مجال اللائحة، وتبعاً لذلك لم يعد البرلمان هو صاحب الولاية العامة في التشريع كما كان في الماضي نظراً لتزايد تدخل السلطة التنفيذية في المجال التشريعي، بحيث لم يعد المشرع حر في سن التشريع، بل أصبح مُلزماً بممارسة اختصاصاته التشريعية التي حددها له الدستور، الأمر الذي يدفعنا إلى البحث عن طبيعة العلاقة بين القانون واللائحة؟ ومدى حجية الاختصاص التشريعي في مواجهة المشرع؟

وللإجابة على ذلك سوف نحاول أن نُبيِّن أولاً العلاقة العضوية والوظيفية بين القانون واللائحة (أولاً)، ثم نتطرق إلى دراسة مدى حجية الاختصاص التشريعي في مواجهة المشرع، أي أثر مبدأ الانفراد التشريعي على السلطة التقديرية للمشرع (ثانياً).

<sup>1</sup>-غير أن تلك العلاقة بين القانون واللائحة تطورت بشكل كبير تعززت من خلالها صلاحيات السلطة التنفيذية التي أصبحت تشارك البرلمان في التشريع، ومن هنا تنازل المشرع صاحب الاختصاص الأصيل لأول مرة عن أهم اختصاصاته، وتبعاً لذلك تم حصر نطاق عمله، بحيث لا يمكن للمشرع أن يتجاوز هذا النطاق المحدد، في مقابل انطلاق اللائحة دون قيد أو شرط بشكل يجعل اللائحة التي تستمد أساسها ومصدرها مباشرة من الدستور هي الأصل، وأن القانون هو الاستثناء؛ انظر، مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص. 95.

## أولاً : تطور العلاقة بين القانون اللائحة أو التنظيم

لما كانت العلاقة التقليدية بين القانون واللائحة تستند على أن مهمة اللائحة أو التنظيم هي مجرد عمل مادي يقتصر أثره على تنفيذ القوانين التي يصدرها البرلمان، فإنه نتيجة لتطور العلاقة بين القانون واللائحة وفقاً للمفاهيم الحديثة لتوزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، أصبحت اللائحة أو التنظيم هي صاحبة الاختصاص الأصيل أو الولاية العامة في التشريع وتحدد أساسها في الدستور مباشرة، وتعمل في نطاق مستقل عن القانون، الأمر الذي يشير إشكالية هامة حول هل أن اللائحة تعتمد في وجودها على القانون وإرادة المشرع، أم أنها حق دستوري تستمد السلطة اللائحية من الدستور وإرادة المؤسس الدستوري؟

يكاد الرأي الغالب في فقه القانون الدستوري يتفق على أن اختصاص السلطة التنفيذية يجد مصدره وأساسه في الدستور مباشرة، ويضع على السلطة اللائحية مسؤولية تنفيذ القوانين، سواء كانت ذات قواعد تفصيلية أو ذات مبادئ عامة مادام أن القانون يشترط إجراءات تحدد نفاذها، كما أن إغفالها من قبل المشرع لا يعني عدم حاجة القانون لها، حيث يلزم لتنفيذه من لوائح أسماها الفقه باللوائح التلقائية أو التنفيذية لتنفيذ أحكام القانون وتنظيم كيفية تطبيقه<sup>1</sup>.

ولعل الدافع من إسناد حق إصدار هذه اللوائح إلى السلطة التنفيذية هو أن البرلمان وهو يسن القوانين يكفي بوضع القواعد أو الأحكام العامة دون التطرق للجزئيات أو التفاصيل لضيق الوقت من جهة، أو أن المشرع لا يستطيع الإمام بكل هذه الجزئيات أو التفاصيل من جهة ثانية، كما أن السلطة التنفيذية بالنظر إلى طبيعتها تكوينها المختلفة عن تكوين أعضاء البرلمان وبما لها من الدراية الفنية، وسرعة البت في الأمور المختلفة، هو أمر سيسمح لها بدون شك بالتطرق إلى الأمور الجزئية والتفصيلية<sup>2</sup>، سواء بإحالة من القانون أو أن تفعل ذلك بإرادتها إنفاذاً لما تقضي به طبيعة الأشياء<sup>3</sup>، كما أن اللائحة وإن كانت تهدف إلى

<sup>1</sup> - انظر، محمد عبد الحميد أبو زيد، توازن السلطات ورقابتها، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، مصر، 2003، ص. 109؛ أحمد فتحي سرور، منهج الإصلاح الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص. 30.

<sup>2</sup> - وهو أمر دفع جانب من الفقه إلى القول بأن منح السلطة التنفيذية هذه السلطة يرجع إلى الضرورات العملية وحسن السياسة الإدارية، ذلك بأن المشرع حين يضع قواعد قانونية معينة لا يمكنه أن يتطرق إلى دقائق الأمور للموضوع الذي يشرع فيه، وأن السلطة التنفيذية بما لها من الدراية الفنية أقدر على معرفة هذه التفاصيل مقارنة بالمشرع؛ انظر، سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص. 471.

<sup>3</sup> - وبهذا المعنى، فالدور التكميلي لللائحة يعد محور نشاط اللائحة التنفيذية، وذلك من خلال تقرير أحكام تنفيذية لنفاذ النصوص التشريعية لأداء الغرض من سنّها؛ انظر، بادية جاسر الصالح، المرجع السابق، ص. 260.

تكملة القانون، فإنها مقيدة بوضع التفاصيل اللازمة لتنفيذ القانون بدون أن تناقض أو تعدل في القانون الصادرة تنفيذا له<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى الدستور الفرنسي لعام 1958 نجد أن اللوائح التنفيذية تستمد اختصاصها من المادة 1/37 من الدستور<sup>2</sup>، التي تنص على أن المواد التي لا تدخل في نطاق القانون يكون لها الطابع التنظيمي، والمادة 21 من الدستور التي تمنح للوزير الأول حق إدارة نشاط الحكومة، وهو مسؤول عن الدفاع الوطني، ويضمن تنفيذ القوانين مع مراعاة أحكام المادة 13 من الدستور، فضلا عن أنه يمارس السلطة التنظيمية<sup>3</sup>، وبالتالي نجد أن السلطة التنفيذية تستمد حقها في إصدار اللوائح التنفيذية من الدستور مباشرة، ولا يملك المشرع حرمانها من هذا الحق، كما لا يتوقف حقها في ممارسة تلك الوظيفة على دعوة البرلمان<sup>4</sup>.

أما في مصر، فإذا كانت الدساتير المصرية المتعاقبة قد اعترفت للسلطة التنفيذية بالحق في إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القانون، وهو ما نصت عليه المادة 146 من الدستور المصري لعام 1971، فإن الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 لا يجده قد نص صراحة على ذلك، إلا ما ورد في نص المادة 148 من الدستور بأنه يمكن لرئيس الجمهورية أن يفوض بعض اختصاصاته لرئيس مجلس الوزراء أو لنوابه أو للمحافظين دون التطرق إلى حق السلطة التنفيذية -رئيس الجمهورية إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين<sup>5</sup>.

وعلى الرغم من ذلك، فإن الواقع يؤكد بأن السلطة التنفيذية تتمتع بسلطات واسعة في إصدار اللوائح التنفيذية، ضف إلى ذلك فإنها قد تحدد وجود القانون أصلا أو تعطل من فاعليته خاصة في الحالات التي يتوقف فيها تطبيق القانون على ضرورة صدور اللائحة التنفيذية له<sup>6</sup>.

والملاحظ على المؤسس الدستوري الجزائري بأنه تأثر بالدستور الفرنسي لعام 1958 في الاعتراف لرئيس الجمهورية بحق ممارسة السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون تطبيقا لنص المادة 143 من

<sup>1</sup> - إن إفراط المشرع في عمومية القوانين التي يصوغها والإحالة على اللائحة أو التنظيم من أجل تنفيذ هذه القوانين من شأنه أن يؤدي إلى نقل جزء من الاختصاص التشريعي للمشرع إلى السلطة التنفيذية وفق ما يسمى بالإحالة التشريعية. ذلك أن الإفراط البرلمان في ممارستها يأخذ شكل التفويض التشريعي المبطن أو الضمني، وإذا تمت الإحالة بهذا الأسلوب، فإن هذا التفويض التشريعي يتم بالرغم من عدم اعتماده دستوريا والاعتراف به كما هو الحال بالنسبة للنظام الدستوري الجزائري، أو يتم بالمخالفة لأحكام الدستور المتعلقة بالتفويض التشريعي كما هو الحال في النظامين الفرنسي والمصري. وبهذا المعنى يكون البرلمان بممارسته لهذا النوع من التفويض التشريعي قد تخلى عن اختصاصه التشريعي.

<sup>2</sup> - تنص المادة 1/37 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« Les matière autres que celles qui sont du domaine de la loi ont caractère réglementaire. »

<sup>3</sup> - تنص المادة 21 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« Le Premier dirige l'action du Gouvernement .Il est responsable de la Défense nationale .Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire .... »

<sup>4</sup> - PELOT. M , Institution politique et droit constitutionnel ,Paris ,1975,p.317.

<sup>5</sup> - انظر نص المادتين 146 و148 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014.

<sup>6</sup> - انظر، رأفت فودة، سلطة التقرير المستقلة، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص.123.

التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016<sup>1</sup>، حيث يستمد رئيس الجمهورية اختصاصه التشريعي من الدستور مباشرة، ويمكن أن تطال التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية إلى مواضيع لم يتناولها البرلمان قبلا بالتشريع، لهذا يسمى المجال الذي يحتفظ به رئيس الجمهورية في هذه الحالة بالمجال التنظيمي المستقل، والسلطة التي يمارسها بالسلطة التنظيمية المستقلة<sup>2</sup>، كما يعود للوزير الأول مهمة تنفيذ القوانين الصادرة عن البرلمان، بالإضافة إلى أنه مكلف بتنفيذ التنظيمات المستقلة التي يختص رئيس الجمهورية بإصدارها، كما هو مبين في أحكام المادة 143 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 الفقرة الثانية<sup>3</sup>، ذلك بأن منح السلطة التنظيمية للحكومة يعطي لهذه الأخيرة حرية في تحديد شروط ونماذج تدخل الإدارة، ويمنحها حرية تحديد الإطار العام لنشاطاتها<sup>4</sup>.

وبهذا المعنى يصبح الاختصاص التنظيمي للسلطة التنفيذية هو الأصل وأن الاختصاص التشريعي للبرلمان هو الاستثناء، الأمر الذي يجعل رئيس الجمهورية باعتباره صاحب السلطة التنظيمية المستقلة مشرعا حقيقيا، والبرلمان مشرعا ثانويا، الأمر الذي قد يؤثر سلبيا على عمل السلطة التشريعية في وضع القوانين، ويضيق أو يقيد من السلطة التقديرية للمشرع.

ولما كانت السلطة اللائحة تجد أساسها ومصدرها في الدستور مباشرة، فإنها تستمد كذلك مشروعيتها من الدستور فيما تصدره من قرارات لمواجهة الظروف الاستثنائية، ونجد أن المادة 16 من الدستور الفرنسي لعام 1958 قد اعترفت لرئيس الجمهورية بسلطات هامة لمواجهة الظروف الاستثنائية، وهو أمر يترتب عليه

<sup>1</sup> - يقابلها نص 125 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>2</sup> - تنص المادة 143 فقرة 1 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996: « يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون. »

<sup>3</sup> - تنص المادة 143 فقرة 2 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996: « بندرج تطبيق في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول. » كما تنص المادة 99 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 85 من الدستور الجزائري لسنة 1996): يمارس الوزير الأول، زيادة على السلطات التي تحولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، الصلاحيات الآتية: 2- يسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات. »

<sup>4</sup> - DEBBASH.Ch ,op.cit,Tome 01,P.U.F, Paris,1982, p.13 ; DJEBBAR.A, La loi et le règlement dans la constitution du 28.11.1996, Revue Idara n°07 Volume 07, 1997, p.13.

لقد أصدر المجلس الدستوري مذكرة تفسيرية تتعلق بالتحديد الجزئي الأول لأعضاء مجلس الأمة المعينين اعتبر فيها أن الاستخلاف الخص بالمقاعد الشاغرة يخضع لحكم المادة 112 من الدستور التي تحيل بدورها تنظيم المسألة بموجب قانون عضوي فيما يخص الأعضاء المنتخبين دون المعينين الذين يخضعون للسلطة التنظيمية، التي تعود لرئيس الجمهورية بموجب المادة 125 من الدستور، وقد اعتبر المجلس الدستوري أن هذا التفسير يتماشى مع أفكار الدستور نصا وروحا مع مبدأ الفصل بين السلطات، وبهذا فقد أضاف المجلس الدستوري بموجب هذه المذكرة التفسيرية إلى معيار النص المحدد مجالات القانون معيار الفصل بين السلطات، إذ لا تكفي في نظره مجرد الإحالة من الدستور، وهنا لنا أن نتساءل حول هل أن رئيس الجمهورية بحاجة إلى معيار لتوسيع سلطته التنظيمية؟ وكل هذا من شأنه أن يعتبر افتتات على البرلمان، لكن الملاحظ على المذكرة الإيضاحية أو التفسيرية أن المجلس الدستوري لم يتداول بشأنها، بل صدرت عن رئيسه فقط . كما أن محتوى المذكرة لم يرد لا بشكل رأي ولا قرار، وبالتالي فهو يقتصر للقوة الإلزامية؛ انظر، أحكام الفقه الدستوري رقم 05 لسنة 2005، ص. 34 إلى 37.

سيطرة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية، كما لا ينازع أحد من الفقه حول مشروعية الإجراءات والتدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية لمواجهة الظروف الاستثنائية حتى لو أدى ذلك الأمر إلى التعدي على المجال المحجوز للقانون، أو إصدار قرارات تلغي أو تعدل التشريعات القائمة<sup>1</sup>، ولقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي على حق رئيس الجمهورية في مباشرة الاختصاصات التي تدخل في إطار المادة 34 من الدستور من أجل مواجهة الظروف الاستثنائية<sup>2</sup>.

وفي مصر، فقد نظمت الدساتير المصرية المتعاقبة تنظيم حالة الضرورة بصورة متباينة، ولقد نظم الدستور المصري لعام 1971 اختصاصات السلطة اللاحقة في حالة الضرورة في المادة 147 من الدستور، التي تنظم اختصاصات رئيس الجمهورية في إصدار لوائح الضرورة لمواجهة الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد حال غياب مجلس الشعب<sup>3</sup>، وعليه تجدد اختصاصات رئيس الجمهورية في هذه الحالة مصدرها في الدستور مباشرة دون الحاجة إلى إذن أو ترخيص من البرلمان بذلك، ويقع على عاتق المحكمة الدستورية العليا مسؤولية مراقبة مدى توافر حالة الضرورة التي تمنح لرئيس الجمهورية في إصدار قرارات بقوانين تطبيقاً لنص المادة 147 من الدستور<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 16 من الدستور الفرنسي لعام 1958 .

<sup>2</sup> - BOURDEAU.G, op cit, p.826 ; J GIQUEL ,op cit ,p.780 ; HAURIOU.A, op cit ,p.873 ; VEDEL.G, Cause de droit constitutionnel et institutions politiques .p.491 ; D.C du02mars 1962.

وهو أمر دفع جانب من الفقه إلى القول بأن البرلمان تنحسر اختصاصاته في تلك الظروف، فلا يملك التشريع في المجال المحجوز للقانون، إلا إذا كان ذلك بناء على تكليف من رئيس الجمهورية باعتباره صاحب الولاية العامة في التشريع في الظروف الاستثنائية، كما لا يملك أيضاً الحق في إلغاء القرارات أو الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية في تلك الظروف، وإن كان يستطيع أن يعلن معارضته لها في حالة إساءة استخدامها؛ لتفاصيل أكثر: انظر، عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة، المرجع السابق، ص.34.

<sup>3</sup> - ولقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها في الدعوى رقم 28 لسنة 02 ق دستورية بجملة 04 مايو 1985 بقولها "أن الدستور وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصاً في إصدار قرارات تكون لها قوة القانون في غيبة مجلس الشعب، إلا أن رسم لهذا الاختصاص الاستثنائي حدوداً ضيقة تفرضها طبيعته الاستثنائية منها ما يتعلق بممارسته، ومنها ما يتصل مآل ما يصدر من قرارات استناداً إليه، فأوجب لإعمال رخصة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس الشعب غائبا، وأن يتهيأ خلال هذه الغيبة ظروف توافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير إلى حين انعقاد مجلس الشعب؛ لمزيد من التفاصيل: انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم 28 لسنة 2 ق دستورية بجملة 04 مايو 1985، ج ر في 16 مايو 1985، العدد 20؛ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا من يناير 1984 إلى ديسمبر 1986، ص.28؛ انظر، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص.40.

<sup>4</sup> - إلى جانب ذلك، فقد نصت المادة 74 من دستور 1971 على أنه « لرئيس الجمهورية إذا قام خطر جسيم وحال يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات... » والملاحظ على هذا النص الدستوري بالرغم من أنه أقر ضمانات لتطبيق هذه المادة كاشتراط وجود خطر جسيم وحال، وأخذ رأي رئيسي مجلس الشعب ومجلس الشورى. إلا أنه في المقابل قد عمل المؤسس الدستوري على تقوية مركز رئيس الجمهورية بالنسبة لباقي السلطات العامة متأثراً في ذلك بأحكام المادة 16 من الدستور الفرنسي لعام 1958، الأمر الذي يجعل رئيس الجمهورية يجمع بين يديه الوظيفية التشريعية والتنفيذية، فيستطيع أن يملأ محل المشرع، ويباشر كافة اختصاصاته التشريعية، والتدخل في كافة المسائل التي يختص المشرع بتنظيمها خلال تلك الفترة؛ ذلك بأن تطبيق نص المادة 74 من دستور 1971 قد يؤدي إلى احتلال التوازن في العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، فيزيد من دور السلطة التنفيذية ويقلص من سلطات البرلمان أثناء تلك الظروف؛ انظر، عبد الله بوقفة، أساليب ممارسة السلطة بين النظام السياسي الجزائري - دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2002، ص.107 .

أما إذا رجعنا إلى الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 نجد أن السلطة التنفيذية تستمد سلطتها في هذا الشأن من الدستور مباشرة دون أن تلجأ إلى البرلمان من أجل منحها الإذن، والترخيص بإصدار قرارات لها قوة القانون لمواجهة حالة الضرورة، باعتبار أن البرلمان لا يكون موجود أصلا، كما أن تقدير حالة الضرورة يخضع لتقدير رئيس الجمهورية تحت رقابة البرلمان، على أن يتم عرض تلك القرارات على البرلمان من أجل مناقشته، فإذا لم يعرض أو لم يناقش أو إذا عرضت ولم يقرها مجلس النواب زال ما كان لها من أثر رجعي تطبيقا لنص المادة 156 من الدستور.

والملاحظ على القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 بأنه قد عمل على تقوية مركز رئيس الجمهورية في الظروف غير العادية، حيث تتركز بيده سلطة اتخاذ كل التدابير التي يراها ضرورية لمواجهة تلك الحالات، في مقابل إضعاف دور البرلمان شيئا فشيئا إلى أن ينعدم في حالة الحرب. وإذا كان رئيس الجمهورية في الظروف غير العادية يمارس سلطات واضحة تفوق تلك التي يقوم بها في الظروف العادية، فإلى أي حد يمكن أن تصل السلطات التقديرية التي يتمتع بها رئيس الجمهورية في إدارة شؤون الدولة في حالات الضرورة<sup>1</sup> ؟

الحقيقة أن المؤسس الدستوري الجزائري في الدساتير المتعاقبة قد اتجه نحو تقوية مركز رئيس الجمهورية منذ الإعلان عن توافر الظروف الاستثنائية، الأمر الذي نصت عليه المواد 105 إلى 111 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016<sup>2</sup>، التي منحت رئيس الجمهورية سلطة تقديرية واسعة تمنح له حرية التصرف أو التدخل من عدمه، وكذا اختيار الوقت المناسب للتدخل، والوسائل التي يجب استخدامها<sup>3</sup>. فعلى الرغم من إلزام رئيس الجمهورية بطلب رأي بعض المؤسسات الدستورية كالبرلمان والمجلس الدستوري، والمجلس الأعلى للأمن، إلا أن آرائها تبقى مجرد آراء بسيطة واستشارية وغير ملزمة، إضافة إلى عدم كفاية النصوص القانونية التي تنظم السلطة التي تمارس في الظروف الاستثنائية، الأمر الذي قد يؤدي دون

<sup>1</sup>- تقوم نظرية الضرورة على أساس أن الدولة أعلى وأسمى الأشخاص القانونية، وأن القانون هو تعبير عن إرادتها، وهو وسيلة لتحقيق المصلحة العامة وليس غاية بحد ذاته، لتصبح بذلك مسألة حماية الدولة وتجاوز كل القوانين التي تعيق هذا الهدف واجبا مقدسا وحقا مطلقا تقتضيه المصلحة العامة؛ لمزيد من التفاصيل: انظر، عمر حلمي فهمي، المرجع السابق، ص. 227 إلى 230؛ حيث تؤكد التجربة الدستورية في الجزائر اعتمادها نظرية الضرورة القانونية أو المشروعية الاستثنائية، كما أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يحدد اختصاصات السلطة التنفيذية أثناء هذه الحالات؛ دستور 1963 وبخاصة في المادتين 58 و59 قد نص على أنه يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ التدابير الاستثنائية في حالة تعرض الأمة ومؤسسات الجمهورية لخطر وشيك الوقوع. أما دستور 1976 في المواد 119 إلى 123 منه فقد اتجهت إرادة المؤسس الدستوري نحو تقوية مركز رئيس الجمهورية بالنسبة لباقي السلطات العامة في الدولة، الأمر الذي كرسه دستور 1989 في المواد من 86 إلى 91 منه. ذلك بأن المؤسس الدستوري الجزائري يبدو وأنه اختصر كل مؤسسات الدولة في الظروف الاستثنائية في شخص رئيس الجمهورية؛ الأمر الذي أكدت عليه المواد 91 إلى 97 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (يقابلها نص المواد 105 إلى 111 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016).

<sup>2</sup>- يقابلها نص المواد (91 إلى 97) من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>3</sup>- انظر المواد 91 إلى 97 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016.

شك إلى تحول رئيس الجمهورية إلى سلطة فعلية، ويمكن أن يحل محل البرلمان في ممارسة اختصاصاته التشريعية والموضوعات المحجوزة للقانون<sup>1</sup>.

وترتبطا على ما سبق، يمكننا القول بأن السلطة اللائحية لم تعد مجرد ظل للقانون تنتظر دعوته للتدخل أو يقتصر دورها فقط على تنفيذ القوانين الصادرة عن البرلمان، خاصة بعد أن أصبحت صاحبة الاختصاص الأصيل والولاية العامة في التشريع، وتمارس اختصاصاتها بصورة مستقلة عن القانون، وتستمد مشروعيتها من الدستور مباشرة، الأمر الذي جعل السلطة التنفيذية تسيطر على باقي السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية.

إلى جانب ذلك لم يعد البرلمان هو صاحب الولاية العامة في التشريع وله الحرية في اختيار الوسيلة والوقت المناسب لتنظيم المسائل محل التنظيم كما كان في الماضي، بل أصبح المشرع ملزماً بممارسة اختصاصاته التشريعية التي عهد الدستور أمر تنظيمها إلى القانون، فإذا ما أحال المؤسس الدستوري للمشرع لتسوية مسألة معينة وألزمه بضرورة إتباع أسلوب أو طريق معين لتنظيم تلك المسألة، فإن هذه المسألة تحوز حجية في مواجهة المشرع، وهو بصدده ممارسة اختصاصه التشريعي، الأمر الذي يطرح تساؤلاً حول أثر مبدأ الانفراد التشريعي على سلطة المشرع، أي مدى حجية الاختصاص التشريعي في مواجهة المشرع؟

### ثانياً: حجية الاختصاص التشريعي في مواجهة المشرع

إن حجية الاختصاص التشريعي في مواجهة المشرع تعني التزامه بالتدخل لممارسة الاختصاصات الدستورية التي عهد الدستور أمر تنظيمها إليه دون أن يتخلى عن تلك الاختصاصات لصالح باقي السلطات الأخرى لاسيما السلطة التنفيذية<sup>2</sup>، لأن المشرع لم يعد حر في ممارسة اختصاصه ويتصرف فيها كما يشاء، فإذا لم يكن بوسع المشرع أن يزيد من حجم اختصاصاته، فليس في وسعه أيضاً أن يُضَيِّق من تلك الاختصاصات، سواء بالامتناع عن ممارستها أو تفويض تلك الاختصاصات للسلطة التنفيذية، وأن مخالفة تلك القواعد تجعلنا أمام ما يعرف بعيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع<sup>3</sup>.

وإذا كان أثر مبدأ الانفراد التشريعي يتمثل في إلزام المشرع بمباشرة اختصاصه التشريعي ومنعه من تفويض تلك الاختصاصات إلى غيره من السلطات العامة في الدولة لاسيما السلطة التنفيذية، فإن هذا المبدأ لا يعني منع هذه الأخيرة من التدخل في المجال المحجوز للقانون، إذ أن تدخل اللائحة قد يكون أمراً حتمياً في كثير من الأحيان خاصة عندما تكون مهمتها وضع القوانين الصادرة عن المشرع موضع التطبيق

<sup>1</sup> - انظر، عبد الله بوقفة، السلطة التنفيذية بين التعسف والقيود، دراسة مقارنة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص. 222.

<sup>2</sup> - انظر، أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص. 401؛ عبيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، المرجع السابق، ص. 61.

<sup>3</sup> - انظر، عبد الرحمن عزوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 150.

العملي، الأمر الذي دفع المؤسس الدستوري في الدستور الفرنسي والمصري والجزائري إلى التمييز في مفهوم الانفراد التشريعي المطلق والانفراد التشريعي النسبي.

وحتى يتسنى لنا معرفة مدى حجية الاختصاص التشريعي في مواجهة المشرع، سوف نتطرق أولاً إلى معرفة أثر مبدأ الانفراد التشريعي المطلق على سلطة المشرع (أ)، ثم أثر مبدأ الانفراد التشريعي النسبي على سلطة المشرع (ب).

### أ- أثر مبدأ الانفراد التشريعي المطلق على سلطة المشرع

لقد عرف الأستاذ عيد أحمد الغفلول الانفراد التشريعي المطلق بأنه "التزام البرلمان دون غيره بالتنظيم التشريعي المتكامل للمسائل التي تدخل في اختصاصه دون أن يكون للسلطة التنفيذية دور يذكر في هذا الشأن".<sup>1</sup> كما يمكن تعريفه بأنه اختصاص المشرع وحده بمعالجة المسائل التي تدخل في اختصاصه، ويحظر على السلطة التنفيذية تنظيم المسائل التي تدخل في مجال القانون، وفي المقابل لا يملك المشرع أيضاً الإفلات أو التهرب من مسؤوليته في تنظيم تلك المسائل وتوفير الضمانات لممارسة الحقوق والحريات العامة، مع تمسك حق السلطة التنفيذية بحقها في إصدار اللوائح اللازمة لتنظيم وتنفيذ ما أقره المشرع.<sup>2</sup>

فعندما ينص الدستور على تسوية مسألة ما بقانون، فإن ذلك يعني انفراد المشرع انفراداً مطلقاً بتسوية تلك المسألة باعتبار أن جميع نصوص الدستور تعتبر أمرة كما ذهب بعض فقهاء القانون الدستوري، غير أنها تختلف من حيث قوتها ودرجة إلزاميتها للمشرع للتدخل من أجل تنظيم مسألة أو موضوع معين بإتباع طريقة أو أسلوب محدد، حيث نجد نصوص دستورية نافذة بذاتها، وهي التي تقبل التطبيق الفوري دون الحاجة إلى تدخل المشرع لوضعها موضع التطبيق.<sup>3</sup> وهناك نصوص دستورية تتضمن رخصة للمشرع ولا تلزمه

<sup>1</sup> - انظر، عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص. 79؛ عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 207.

<sup>2</sup> - انظر، أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، مصر، 1999، ص. 400؛ ولقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في 2 يناير 1999 في القضية رقم 31 على أن "الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق هو إطلاقها، أي يجب أن يمارس بشأنها المشرع اختصاص تشريعياً انفرادياً، باعتبار أن جوهر تلك السلطة هو المفاضلة التي يجريها بين البدائل التي تتصل بالموضوع محل التنظيم التشريعي موازناً بينها، ومرجحاً ما يراه انسبها لفحواه، أحراها بتحقيق الأغراض التي يتوفاها، وأكفلها لأكثر المصالح وزناً في مجال إنفاذها، وليس ثمة قيد على مباشرة المشرع لسلطته هذه، ما لم يكن الدستور قد فرض في شأن ممارستها ضوابط محددة؛ انظر، حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 31 الصادر في 02 يناير 1999؛ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا من يناير 1984 إلى ديسمبر 1986، ص. 29؛ عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص. 46.

<sup>3</sup> - ومن أمثلتها في الدستور الفرنسي لعام 1958 ما ورد في ديباجته حول تمسك الشعب الفرنسي بحقوق الإنسان ومبادئ السيادة الوطنية كما هي معرفة في إعلان 1789، ومقدمة دستور 1946، وكذا ميثاق البيئة لعام 2004، ومن أمثلتها في الدستور الفرنسي أيضاً ما نصت عليه المادة الأولى على أن فرنسا جمهورية لا تتجزأ، لا ئكفية ديمقراطية واجتماعية، وتضمن مساواة جميع المواطنين أمام القانون بدون تمييز يعود نسبة إلى الأصل أو العرق أو الدين. ومن أمثلتها في القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 ما نصت عليه المادة الأولى من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل في 6 مارس 2016 على أن الجزائر جمهورية ديمقراطية شعبية، وهي وحدة لا تتجزأ، والمادة 102 لإسلام دين الدولة، والمادة 05 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 04 من الدستور الجزائري لسنة 1996) بأن الجزائر عاصمة الجمهورية

بضرورة التدخل الفوري أو الدوري لتنظيم المسألة محل التنظيم، أي أنها تمنح للمشرع سلطة تقديرية في التدخل وتقدير مدى ملاءمة هذا التدخل التشريعي من عدمه، والوقت والوسيلة المناسبة للتدخل، وعلى هذا الأساس يكون للمشرع رخصة لممارسة الوظيفة التشريعية، وأن عدم ممارسته لاختصاصه التشريعي يترتب عليها مخالفة الدستور أو وجود إغفال تشريعي من المشرع<sup>1</sup>.

إضافة إلى ذلك توجد نصوص دستورية تستوجب تدخلا مباشرا من قبل المشرع، وتلزمه بضرورة التدخل لتنظيم العديد من المسائل والموضوعات، ذلك بأن الموقف السليبي للمشرع من عدم تدخله لسكونه أو سكوته يترتب عليه مخالفة أحكام الدستور وقواعد توزيع الاختصاص بين السلطات العامة في الدولة لاسيما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية<sup>2</sup>. وأخيرا هناك نصوص دستورية تتعلق بحماية الحقوق والحريات

---

و، المادة 8 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 07 من الدستور الجزائري لسنة 1996) بأن السلطة التأسيسية ملك للشعب وحده بمارسها مباشرة عن طريق الاستفتاء أو بواسطة المؤسسات التي يختارها ويمثله المنتخبين. ومن أمثلتها في الدستور المصري لعام 2014 ما نصت عليه المادة 24 منه على أنه اللغة العربية والتربية الدينية، والتاريخ الوطني بكل مراحلها، وكذلك ما نصت عليه المادة 116 من الدستور، بأنه بناء على دعوة رئيس الجمهورية يجوز انعقاد مجلس النواب في اجتماع غير عادي لنظر أمر عاجل أو بناء على طلب موقع من عشر أعضاء المجلس على الأقل. ومن أمثلتها في الدستور التونسي لعام 2014 ما نص عليه الفصل الأول على أن تونس دولة حرة، مستقلة، ذات سيادة، الإسلام دينها، والعربية لغتها، والجمهورية نظامها، وكذلك ما نص عليه الفصل الثاني على أن تونس دولة مدنية تقوم على المواطنة، وإرادة ما ورد في الفصل 06 من الدستور على أن الدولة راعية للدين كافلة لحرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية.

<sup>1</sup> - انظر، عبد الحفيظ على شيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص. 86؛ ومن أمثلتها هذه الفئة من النصوص الدستورية التي تتضمن رخصة للمشرع ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 34 من الدستور الفرنسي على أنه يمكن عن طريق قانون عضوي تحديد أو تكملة الأحكام الواردة في المادة 34 من الدستور، ومن ثم للمشرع صلاحية التوسيع والإضافة أم لا. ومثالها في الدستور الجزائري ما ورد في القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 ما نصت عليه المادة 78 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 64 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على أن المواطنون متساوون في أداء الضريبة، وأنه لا يجوز أن تحدث أية ضريبة إلا بمقتضى قانون، وكذلك الأمر بالنسبة لتحديد قواعد قانون العقوبات والإجراءات الجزائية لاسيما تحديد الجنايات والجرح، والعقوبات المختلفة المطابقة لها والعفو الشامل وتسليم الجرمين، ونظام السجون (الفقرة 7 من المادة 140 من التعديل الدستوري لسنة 2016 - يقابلها نص الفقرة 07 من المادة 122 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، إحداث الضرائب والجبايات والرسوم والحقوق المختلفة وتحديد أساسها ونسبها (الفقرة 3 من المادة 140 من التعديل الدستوري لسنة 2016 - يقابلها نص الفقرة 03 من المادة 122 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، وكذلك الأمر بالنسبة لإنشاء فئات المؤسسات (الفقرة 28 من المادة 140 من التعديل الدستوري لسنة 2016 - يقابلها نص الفقرة 28 من المادة 122 من الدستور الجزائري لسنة 1996)؛ ومن أمثلة ذلك في الدستور المصري لعام 2014 ما نصت عليه المادة 38 فقرة 02 منه بأنه لا يكون إنشاء الضرائب العامة أو تعديلها أو إلغائها إلا بقانون، ولا يجوز الإعفاء منها إلا في الحالات المبينة في القانون. وكذلك ما نصت عليه المادة 103 من الدستور على أن يبين القانون شروط الترشح الأخرى، ونظام الانتخاب، وتقسيم الدوائر الانتخابية.

<sup>2</sup> - ومن أمثلة هذه الفئة من النصوص الدستورية في الدستور الفرنسي لعام 1958 ما نصت عليه المادة 66 منه بأن تضمن السلطة القضائية باعتبارها الحامية للحرية الفردية، احترام هذا المبدأ في نطاق الشروط المنصوص عليها في القانون؛ ومن أمثلتها في الدستور الجزائري ما نصت عليه المادة 61 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 (يقابلها نص المادة 49 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على أنه يترتب على الخطأ القضائي تعويض من الدولة، ويحدد القانون شروط التعويض وكيفية، وكذلك ما نصت عليه المادة 63 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 51 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على أن يتساوى كل المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون. ومن أمثلتها أيضا في الدستور المصري لسنة 2014 ما نصت عليه المادة 126 منه بأن القانون ينظم

العامّة وتفرض على المشرع التزاما ايجابيا لتنظيمها وحمايتها أيضا، أي أن المشرع في مجال الحقوق والحريات العامّة أصبح له دور تنظيمي يهدف إلى تسهيل وضمان ممارستها، والتمتع بها فعلا، ذلك بأن تنظيم الحقوق والمسائل المتعلقة بها تعد من أهم الموضوعات التي يختص المشرع بتنظيمها بعد تحول نظرية الحريات العامّة إلى نظرية للحقوق والحريات الأساسيّة.

كما يمكننا أن نستخلص مبدأ الانفرد التشريعي من الصياغة القانونيّة لنصوص الدستور ذاته، أي كيف تعامل المؤسس الدستوري مع مسألة أو موضوع ما؟ فنكون أمام مبدأ الانفرد التشريعي المطلق في حالة استئثار أو انفرد المشرع بالتشريع في الموضوعات والمجالات التي يعود أمر تنظيمها ومعالجتها للمشرع وحده دون مساهمة أو إشراك غيره من السلطات العامّة في ذلك<sup>1</sup>.

أما إذا عهد المؤسس الدستوري للمشرع تنظيم مسألة معينة دون ضوابط محدّدة بصورة تمنح للمشرع سلطة تقديرية في ممارسة اختصاصه التشريعي نكون أمام الانفرد العادي للتشريع، غير أنه إذا قيد الدستور المشرع وألزمه بضرورة مراعاة الضوابط والقيود والإجراءات المحدّدة في الدستور، أو بإتباع أسلوب معين عند سنه تشريعات معينة في مسائل معينة نكون أمام حالة الانفرد التشريعي المدعم.

وبالتالي، فإن درجة أو حجم التزام المشرع بالتدخل لممارسة اختصاصه التشريعي يختلف بحسب طبيعة ونوع المسألة محل التدخل التشريعي للبرلمان وأسلوب إسناد المسألة إليه وفق ما حدّدته أحكام الدستور، فإذا نص الدستور على ضرورة تنظيم موضوع أو مسألة معينة بقانون يلزم المشرع بتسوية المسألة وتنظيمها ووضع تفصيلاتها، أما إذا نص الدستور على إمكانية تسوية المسألة بناء على قانون، فإن حجم أو درجة الالتزام تقل، بحيث يمكن للمشرع أن يكتفي بوضع القواعد العامّة أو المبادئ الأساسيّة تاركا أمر تفصيلها للسلطة اللاتحتيّة<sup>2</sup>، كما أن انفرد المشرع بتسوية وتنظيم مجالات وموضوعات معينة دون غيره لا يعني إطلاق سلطته في هذا الشأن، باعتبار أن السلطة التشريعية تخضع حال مباشرتها اختصاصاتها لرقابة الهيئة التي تمارس الرقابة الدستورية<sup>3</sup>.

---

القواعد الأساسيّة لتحصيل الأموال العامّة وإجراءات صرفها، وكذلك أيضا ما نصت عليه المادة 128 منه على أن يبين القانون تحديد قواعد المرتبات والمعاشات والتعويضات والإعانات والإعلانات والمكافآت التي تنقرر على الخزنة العامّة للدولة.

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرحمن عزوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 160.

<sup>2</sup> - انظر، عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص. 78؛ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص. 405.

<sup>3</sup> - ومن أمثلة المسائل أو الموضوعات التي يجب أن يتدخل المشرع بتنظيمها في المجالات التي حجزها له الدستور ما نصت عليه المادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958 بأن يختص المشرع بتحديد القواعد العامّة المتعلقة بالحقوق المدنيّة والضمانات الأساسيّة الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامّة، التبعات المفروضة على المواطنين على شخصهم وعلى أملاكهم في إطار الدفاع الوطني (الفقرة 02 بند 01 من المادة 34 من الدستور الفرنسي)، وكذلك الأمر بالنسبة إلى تحديد النظام الانتخابي للمجالس البرلمانية والمجالس المحليّة، وكذا إنشاء فئات المؤسسات العمومية، وتحديد الضمانات الأساسيّة الممنوحة للموظفين المدنيين والعسكريين في الدولة (المادة 34 فقرة 03 من الدستور). ومن أمثلة ذلك في القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 نجد أن المؤسس الدستوري يستعمل العديد من العبارات للتعبير عن مبدأ

## ب- أثر مبدأ الانفراد التشريعي النسبي على سلطة المشرع

إذا كان الاختصاص التشريعي هو من صميم عمل السلطة التشريعية وينعقد اختصاص المشرع كأصل عام بتنظيم العلاقات الاجتماعية على نحو مُلزم لضبطها وتنظيمها وإعادة تنظيمها ووضع حدودها، فإن للسلطة التنفيذية دور مهم في الوظيفة التشريعية، سواء من خلال مشاركتها في عملية سن القوانين أو الاعتراض عليها، أو الحلول محل البرلمان في وضع القوانين في الظروف الاستثنائية<sup>1</sup>. أو في الحالة التي ينظم المشرع مسائل وموضوعات تدخل في مجال اختصاصه ويكتفي بوضع القواعد العامة والمبادئ الأساسية تاركا أمر تنظيمها ووضع تفصيلها للتنظيم أو اللائحة، أي أن القانون يضع الإطار الذي تمارس فيه السلطة

الانفراد التشريعي المطلق للمشرع بتنظيم مسائل أو موضوعات محجوزة للقانون مثل وضع القواعد أو الشروط أو نظام، منها ما نصت عليه المادتين (33 و140)فقرة4 من التعديل الدستوري لسنة2016- يقابلها نص المادتين30 و122الفقرة04 من الدستور الجزائري لسنة1996)على أن الجنسية الجزائرية معرفة بالقانون، ويختص المشرع بوضع التشريع الأساسي المتعلق بالجنسية، وكذلك ما نصت عليه الفقرة3 من المادة140 من التعديل الدستوري لسنة2016( يقابلها نص الفقرة03 من المادة122 من الدستور الجزائري لسنة1996) من أن المشرع يختص بوضع شروط استقرار الأشخاص ووضع التشريع الأساسي المتعلق بالجنسية (الفقرة4 من المادة140 من التعديل الدستوري لسنة2016- يقابلها نص الفقرة04 من المادة122 من الدستور الجزائري لسنة1996)، ووضع القواعد العامة المتعلقة بوضع الأجانب (الفقرة5 من المادة140 من التعديل الدستوري لسنة2016- يقابلها نص الفقرة05 من المادة122 من الدستور الجزائري لسنة1996)، وكذلك وضع القواعد العامة المتعلقة بإنشاء الهيئات القضائية (الفقرة6 من المادة140 من التعديل الدستوري لسنة2016- يقابلها الفقرة06 من المادة122 من الدستور الجزائري لسنة1996)، ويختص أيضا بوضع النظام العقاري في الدولة والنظام العام للغابات والأراضي الرعوية(الفقرة21 و24 من المادة140 من التعديل الدستوري لسنة2016- يقابلها نص الفقرتين21 و24 من المادة122 من الدستور الجزائري لسنة1996). كل هذه الحالات وغيرها تعتبر من المسائل والموضوعات التي تستلزم تدخلا إيجابيا ومباشرا من المشرع؛ ومن أمثلة ذلك في الدستور المصري لسنة2014 ما نصت عليه المادة06 منه بأن الجنسية المصرية ينظمها القانون، والمادة77 من الدستور التي نصت على أن ينظم القانون إنشاء النقابات المهنية وإدارتها على أساس ديمقراطي، والمادة102 منه الفقرة02 على أن يختص المشرع بتحديد شروط الترشح الأخرى ونظام الانتخابات وتقسيم الدوائر الانتخابية، والمادة126 من الدستور المتعلقة باختصاص المشرع بوضع القواعد الأساسية لتحصيل الأموال العامة وإجراءات صرفها، وكذلك ما نصت عليه المادة128 من الدستور على أن يبين القانون قواعد تحديد المرتبات والمعاشات والتعويضات والإعانات والمكافآت التي تتقرر على الخزانة العامة للدولة، وغيرها من الموضوعات والمسائل التي عهد الدستور أمر تنظيمها إلى المشرع بقانون أو وفقا لقانون أو في الأحوال المبينة في القانون، أو في الأحوال التي يحددها القانون، الأمر الذي يجعل كل هذه المسائل أو الموضوعات تندرج ضمن مجال الانفراد التشريعي المطلق للمشرع، حتى وأن اختلفت الصياغة القانونية للنصوص القانونية والعبارة المستعملة في ذلك. و الأمثلة حول المسائل والموضوعات المدرجة ضمن مجال الانفراد التشريعي المطلق في الدستور المطلق؛ انظر، عيد أحمد الغفلول، المرجع نفسه، ص.90 و95؛ ومن أمثلة ذلك أيضا في الدستور التونسي لعام2014 ما نص عليه الفصل09 منه من أن يختص المشرع بتنظيم واجب الخدمة الوطنية، وكذلك يختص البرلمان بإحداث أصناف المؤسسات والمنشآت العمومية، والإجراءات المنظمة للتفويت فيها (الفقرة01 من الفصل65 من الدستور)، ويختص أيضا بتنظيم الجنسية (الفقرة02 من الفصل65 من الدستور)، ضبط الجنايات والجرح والعقوبات المنطبقة عليها والمخالفات المستوجبة لعقوبة سالبة للحرية (الفصل65 من الدستور)، وكذلك ضبط المبادئ الأساسية لنظام الملكية والحقوق العينية والتعليم والبحث العلمي والثقافة والصحة العمومية والبيئة والتهيئة الترابية والعمرانية والطاقة وقانون الشغل والضمان الاجتماعي، وغير ذلك من المسائل والموضوعات التي ينص الدستور على ضرورة تنظيمها بقانون أو بمقتضى قانون أو وفق ما يضبطه القانون، وهي مسائل أو موضوعات تدخل ضمن مجال الاختصاص الانفرادي المطلق للمشرع. ولمعرفة المزيد حول المسائل والموضوعات التي تندرج ضمن مجال الاختصاص الانفرادي المطلق للمشرع ما ورد في الدستور التونسي الحالي، ما عهد الدستور أمر تنظيمها إما بقانون، أو وفقا للقانون، أووفق ما يضبطه القانون، أو يضبطه القانون .

<sup>1</sup>- PHILLIPE.G, Organisation constitutionnelle et administrative de la France, 3<sup>ème</sup> édition, Edition Sirey, 1992, p.94.

التنفيذية سلطتها اللائحية<sup>1</sup>، إلى جانب ذلك قد يبين المشرع ذاته حالات الانفراد التشريعي النسبي عندما يحيل القانون على اللائحة أو التنظيم لإكمال جوانب الموضوع في حدود الإطار الذي حدده . ونتيجة لذلك لم يعد المشرع هو المحتكر على العمل التشريعي بأكمله بالرغم من ولايته العامة في التشريع، وهو ما يعرف بمبدأ الانفراد التشريعي النسبي، سواء بتكليف من المؤسس الدستوري والدستور أو بإحالة من المشرع ذاته وتكليف منه أيضا، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن الحالات التي يتعمد فيها المشرع التحلي عن ممارسة اختصاصه التشريعي كاملا إما بتفويض جزء منه للسلطة التنفيذية، أو في حالة الإفراط في عمومية ما يضع من نصوص قانونية، أو الإكثار من الإحالة إلى اللائحة أو التنظيم لوضع دقائق الأمور، حيث يكتفي المشرع بوضع القواعد العامة أو المبادئ الأساسية تاركا أمر تفصيلها للسلطة اللائحية، ليكون بذلك قد تنازل عن جزء من سلطته واختصاصه، وهو ما يعرف باختصاص السليبي للمشرع أو الإغفال التشريعي منه، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن وسيلة إلزام المشرع بممارسة اختصاصه التشريعي تكريسا لمبدأ الانفراد التشريعي<sup>2</sup>؟، الأمر الذي سنحاول التطرق إليه في الباب الثاني المتعلق بدور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع لاسيما الرقابة على الامتناع التشريعي للمشرع.

إلى جانب تطور علاقة اللائحة بالقانون تتحكم السلطة التنفيذية في الوظيفة التشريعية، وهو أمر قد يؤثر سلبا على سلطة المشرع التقديرية في ممارسة اختصاصه التشريعي، سواء من خلال تحكم الحكومة في كافة مراحل العملية التشريعية، أو من خلال الاختصاصات التشريعية التي منحها الدستور لرئيس الجمهورية فضلا عن بعض الموضوعات التي يظهر فيها البرلمان كسلطة تصديق على أعمال السلطة التشريعية.

<sup>1</sup> - ولما كان مبدأ الاختصاص التشريعي المطلق حجية في مواجهة سلطة المشرع عند ممارسته لاختصاصه التشريعي، الذي منحه إياه نصوص الدستور لتنظيم الموضوع أو المسألة محل التنظيم، والتي توجه للمشرع خطابا آمرا وتلزمه بضرورة التدخل لتنظيم مسألة من المسائل أو موضوع من الموضوعات وبصورة تفصيلية. أما إذا اقتصر المشرع على وضع الأسس الرئيسية أو القواعد العامة للمسألة أو الموضوع محل التنظيم تاركا للسلطة التنفيذية أمر تفصيلها ومعالجة قواعدها التفصيلية، وذلك لأن السلطة اللائحية تستمد أساسها مصدرها من الدستور مباشرة، فلا يستطيع المشرع أن يقيد أو يمنع السلطة التنفيذية من ممارسة هذا الحق الدستوري. ، ومن أمثلة ذلك في الدستور الفرنسي لعام 1958 ما نصت عليه المادة 34 منه، والتي تحيل على القانون بتحديد القواعد العامة أو المبادئ الأساسية لبعض المسائل مثل التنظيم العام للدفاع الوطني، والتعليم، وحماية البيئة، نظام الملكية والحقوق العينية والالتزامات المدنية والتجارية وقانون العمل والقانون النقابي والضمان الاجتماعي، وكذا وضع المبادئ الأساسية للإدارة الحرة للجماعات الإقليمية وصلاحياتها ومداخلها. ومن أمثلة ذلك في الدستور المصري لسنة 2014 ما نصت عليه المادة 95 من الدستور على أن « العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون.... » ، وهو ما يفيد بأن يمكن للسلطة التنفيذية تحديد بعض جوانب الجريمة أو العقاب، وما نصت عليه كذلك المادة 38 من الدستور بأنه (لا يكون إنشاء الضرائب العامة، أو تعديلها، أو إلغاؤها إلا بقانون، ولا يجوز الإعفاء منها إلا في الأحوال التي المبينة في القانون )، وهو ما يمنح للسلطة التنفيذية إمكانية التدخل لتحديد حالات الإعفاء من الضرائب العامة مع أحكام الدستور في هذا الشأن. ومن أمثلة ذلك في الدستور الجزائري ما نصت عليه المادة 140 من التعديل الدستوري لسنة 2016 -يقابلها نص المادة 122 فقرة 2 من الدستور الجزائري لسنة 1996 بوضع القواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية وحق الأسرة لاسيما الزواج، الطلاق، البنوة والأهلية والتركات، القواعد العامة المتعلقة بوضعية الأجانب. القواعد العامة المتعلقة بإنشاء الهيئات القضائية. قواعد قانون العقوبات والإجراءات الجزائية. القواعد العامة للإجراءات المدنية وطرق التنفيذ.

<sup>2</sup> - انظر، عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 4.

## الفرع الثاني

### تدخل السلطة التنفيذية في الوظيفة التشريعية

لقد نصت الدساتير محل الدراسة على مجموعة من الآليات جعلت الوظيفة التشريعية مقسمة بين البرلمان والسلطة التنفيذية، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك عندما جعلت البرلمان يؤدي دورا استثنائيا في مجال التشريع، وأصبحت السلطة التنفيذية هي صاحبة الاختصاص الأصلي والولاية العامة في التشريع، ذلك بأن التهميش الذي طال السلطة التشريعية يجد أساسه في الدستور الفرنسي لعام 1958، الذي وضع مجموعة من الإجراءات والتقنيات التي كان من بين نتائجها عقلنة العمل البرلماني للحد من سيادة البرلمان، وذلك بتحديد وبدقة شروط تنظيم وسير البرلمان<sup>1</sup>.

والملاحظ على المؤسس الدستوري الجزائري والمصري بأنهما تأثرا بشكل كبير بالنهج الفرنسي في عقلنة العمل البرلماني، بتحديد وتقليص سلطات البرلمان سواء في الظروف العادية أو الظروف غير العادية، وهو أمر يدفعنا للتساؤل عن مدى تدخل السلطة التنفيذية في مجال التشريع، ومظاهر تحكم السلطة التنفيذية في الوظيفة التشريعية؟. وحتى يتسنى لنا معرفة مدى تدخل السلطة التنفيذية في مجال التشريع سوف نحاول أولا بيان مدى سيطرة السلطة التنفيذية على العملية التشريعية (أولا)، ثم معرفة وسائل توجيه عمل البرلمان وآليات التحكم فيه (ثانيا)، وأخيرا سوف نعرض بعض الموضوعات التي يظهر فيها المشرع كأداة تصديق على أعمال السلطة التنفيذية (ثالثا).

#### أولا: سيطرة الحكومة على الوظيفة التشريعية

إن من النتائج المترتبة عن تدخل السلطة التنفيذية في مجال التشريع هو سيطرة هذه الأخيرة على كافة مراحل العملية التشريعية، سواء من خلال تعزيز دور الحكومة في المبادرة بمشاريع القوانين أو تحكمها في ضبط جدول أعمال البرلمان، إضافة إلى مساهمة الحكومة في مرحلة دراسة ومناقشة مشروع أو اقتراح قانون، وتحكمها كذلك في حل الخلاف بين غرفتي البرلمان<sup>2</sup>.

وحتى يتسنى لنا معرفة مظاهر سيطرة الحكومة على العملية التشريعية سواء من خلال بيان مدى حرية الحكومة في المبادرة بمشاريع قوانين في مقابل ضعف المبادرة البرلمانية (أ)، أو تحكم الحكومة في ضبط جدول أعمال البرلمان (ب)، وأخيرا مساهمة الحكومة في مرحلة دراسة ومناقشة القانون والتصويت عليه (ج).

<sup>1</sup> - MAUS.D, Le parlement sous la V<sup>ème</sup> République, que sais-je ?, P. U. F, 1985, p.20.

<sup>2</sup> - انظر، مرابط فدوى، السلطة التنفيذية في بلدان المغرب العربي، دراسة قانونية مقارنة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2010، العدد 86، ص. 157؛ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 127.

## أ- تعزيز دور الحكومة في المبادرة بمشاريع القوانين

الحقيقة أن البرلمان لا ينفرد بحق المبادرة بالتشريع<sup>1</sup>، بل تشاركه الحكومة من خلال المبادرة بمشاريع القوانين، ذلك بأن الواقع يثبت غلبة مشروعات القوانين المقدمة من الحكومة على اقتراحات القوانين المقدمة من أعضاء البرلمان.

وإذا كانت معظم الدساتير قد اتفقت على جعل المبادرة التشريعية حقا مشتركا بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، فإنها اختلفت من حيث الجهة التي تمارس هذا الحق داخل الجهاز التنفيذي، حيث منح الدستور الفرنسي والجزائري حق المبادرة بالتشريع إلى الوزير الأول وفق ما نصت عليه المادتين 39 و119 من الدستور على التوالي. وفي مصر فقد منح الدستور المصري لسنة 2014 حق المبادرة بمشاريع قوانين لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء بعدما كانت مقتصرة فقط على رئيس الجمهورية في الدساتير السابقة تطبيقا لنص المادة 122 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014<sup>2</sup>.

مع العلم بأن ممارسة الحكومة حق المبادرة بالتشريع لا يحكمه أية قيود موضوعية مهمة تحد منه باستثناء القيود الشكلية، ذلك بأن الحكومة تتولى مهمة إعداد مشروع تمهيدي للقانون المراد تقديمه للبرلمان ليعرض بعدها على مجلس الوزراء، على أن يتم أخذ رأي مجلس الدولة حوله، إلا أن الأخذ برأي هذا الأخير يخضع للسلطة التقديرية للحكومة لغياب نص قانوني يلزم الحكومة بذلك<sup>3</sup>.

وإذا كانت الحكومة تتمتع بحرية واسعة في المبادرة بمشاريع قوانين، فإن مبادرة أعضاء البرلمان بالتشريع تعرف ضعفا ملحوظا، والسبب في ذلك يعود إما إلى القيود الشكلية أو الموضوعية التي فرضها الدستور أو النصوص القانونية لممارسة هذا الحق، ومنها ما يعود إلى تركيبة البرلمان ذاته من جهة ثانية، إلى جانب تأثير الأحزاب السياسية على ممثلهم في البرلمان، الأمر الذي قد يؤثر سلبا على عمل البرلمان وينعكس سلبا على المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه التشريعي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - تعرف المبادرة بالتشريع بأنها حق دستوري محول لكل من السلطتين التشريعية والتنفيذية أو السلطة التشريعية فقط بموجبه يتم إيداع مشروع أو اقتراح قانون أو ميزانية أو لائحة أمام البرلمان بغرض مناقشته والتصويت عليه كما هو، أو بعد إدخال التعديلات عليه.

<sup>2</sup> - انظر نص المواد: المادة 39 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 136 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 119 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، والمادة 122 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014.

<sup>3</sup> - انظر، عقيلة خرياشي، المرجع السابق، ص. 28 وما يليها؛

<sup>4</sup> - PHILIPPE.A, Institutions politiques et droit constitutionnel, 12<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J, Paris, 2000, p.550.

<sup>4</sup> - ومن بين الشروط الشكلية اللازمة في اقتراحات القوانين ما ورد في المادة 136 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 119 من الدستور الجزائري لسنة 1996) التي اشترطت في كل اقتراح قانون أن يكون موقعا من قبل عشرين نائبا على الأقل في المجلس الشعبي الوطني، أو عشرين عضوا في مجلس الأمة في المسائل المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي تطبيقا لنص المادة 137 من التعديل الدستوري لسنة 2016، وأن يرفق بعرض الأسباب، وأن يجر نصح في شكل مواد، وأن لا يكون نظيرا لمشروع أو اقتراح قانون تجري دراسته في البرلمان، أو تم سحبه أو رفضه منذ أقل من اثني عشر شهرا، كما يجب تبليغ اقتراح القانون المقبول من طرف مكتب المجلس الشعبي الوطني (أو مكتب مجلس الأمة حسب الحالة) إلى الحكومة لتبدي رأيها فيه خلال أجل لا يتجاوز شهرين. أما فيما يخص الشروط الموضوعية، وبالإضافة إلى ضرورة ورود اقتراح القانون ضمن المجال المحجوز للبرلمان

كما يعتبر التعديل كذلك صورة غير مباشرة للمبادرة بالتشريع، ذلك بأن حق التعديل كما وصفه الأستاذ (Camby) يعتبر جوهر المبادرة بالقانون، وهو الممر الرئيسي الذي تتقابل فيه الحكومة والبرلمان، إذ يمكن للبرلمان تقديم تعديلات على مشاريع القوانين، كما يمكن للحكومة تقديم تعديلات على اقتراحات القوانين<sup>1</sup>.

المصوص عليه في المادة 140 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 122 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، فإن المادة 139 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 121 من الدستور الجزائري لسنة 1996) تضع قيودا موضوعيا ملزمًا للمشروع مفاده عدم قبول أي اقتراح قانون مضمونه أو نتيجته تؤدي إلى تخفيض الموارد العمومية أو زيادة النفقات العمومية، إلا إذا كان مرفقا بتدابير تحقق الزيادة في الإجراءات أو توفر مبالغ تساوي على الأقل المبالغ المقترح إنفاقها، وهو أمر يقلل إلى حد كبير من صلاحية أعضاء البرلمان في اقتراح قوانين، ويضعف المبادرة البرلمانية في المجال المالي، تبقى من الاختصاصات الحصرية للحكومة، الأمر الذي يترتب عليه انحسار دور البرلمان في سن التشريعات في المجال المالي. وهذا يعبر جانب من الفقه بأنه مقصلة لعدم فيها اقتراحات القوانين .

- CHANDERNAGOR.A, Un parlement pourquoi faire ?, Edition Gallimard, France, 1967, p.54 ; MASSOT.J, Chef de l'Etat et chef du Gouvernement ,La documentation française ,France, 1993, p p.106.

ومن المجالات التي تعرف تدخلا ضعيفا للبرلمان فيها نجد مجال الدفاع ومجال الخارجية. فالنسبة لميدان الدفاع، فعلى الرغم من أن البرلمان يختص بوضع القواعد العامة للدفاع الوطني واستعمال السلطات المدنية للقوات المسلحة، إلا أنه ولكون قطاع الدفاع من القطاعات السيادية التي تحتفظ فيها الدولة بكامل سلطاتها، وبالتالي فمسألة تنظيمها تعود لمن له سلطة قيادة السياسة العامة للدولة وتوجيهها، أي إلى رئيس الجمهورية باعتباره من يحوز سلطة التعيين في الوظائف العسكرية، وهو القائد الأعلى للقوات المسلحة، والذي يتولى مسؤولية الدفاع الوطني؛ وكذلك أمر فيما يخص ميدان الخارجية، حيث مازال رئيس الجمهورية يحتفظ بالسلطة الكاملة في تقرير السياسة الخارجية للأمم وتوجيهها، أما دور المشروع في هذا المجال يقتصر فقط على الإطار الذي حددته المادة 149 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 131 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، ونجد هذا القيد الموضوعي المنصوص عليه في المادة 139 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 121 من الدستور الجزائري لسنة 1996) قد كرسه المؤسس الدستوري الفرنسي لعام 1958 في المادة 40 منه التي تنص على أن المقترحات والتعديلات التي يتقدم بها أعضاء البرلمان ترفض إذا كان قبولها يؤدي إلى تخفيض الموارد العمومية، وإما إلى إحداث تكليف عمومي أو الزيادة في تكليف موجود. وقد حذا المؤسس الدستوري المصري حذو ما ذهب إليه المؤسس الدستوري الفرنسي في التضييق والتقييد من حق أعضاء البرلمان بالمبادرة بالتشريع، سواء من الناحية الشكلية أو الناحية الموضوعية وفق ما تنص عليه المادتين 122 و124 من الدستور المصري لسنة 2014.

<sup>1</sup> - CAMBY.J, op cit, p.1559.

ولقد نص الدستور الفرنسي لعام 1958 في مادته 44 على منح أعضاء البرلمان والحكومة حق التعديل؛ انظر نص المادة 44 من الدستور الفرنسي لعام 1958. أما بالرجوع إلى الدستور الجزائري لسنة 1996 لا نجد نص صراحة على إمكانية تعديل مشروع أو اقتراح القانون، غير أنه بالرجوع إلى المادة 28 من القانون العضوي رقم 02/99 الذي ينظم علاقة البرلمان بالحكومة، حيث منحت للجنة المختصة ونواب المجلس الشعبي الوطني و الحكومة حق اقتراح التعديلات على مشروع أو اقتراح القانون المحال على اللجنة المختصة لدراسته. أما فيما يخص شروط وإجراءات تقديم التعديلات، فقد تضمنها النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني بعكس التعديلات المقدمة من طرف الحكومة واللجنة المختصة التي يمكنهما تقديم التعديلات في أي وقت قبل التصويت على المادة التي تتعلق بها التعديلات دون التقييد بأجل معين كما هو الحال بالنسبة للتعديلات المقترحة من طرف النواب. أما بالنسبة لحق مجلس الأمة في تقديم التعديلات، فهذه المسألة كانت محل خلاف بين أساتذة القانون العام، فمنهم من يرى بأن مجلس الأمة يتمتع بحق التعديل المكرس بموجب المادتين 98 و120 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (يقابلها نص المادتين 112 و138 من التعديل الدستوري لسنة 2016). ذلك بأن المادة 112 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 98 من الدستور الجزائري لسنة 1996) التي تنص على أن البرلمان (بغرفتيه) له السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه، أما المادة 138 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 120 من الدستور الجزائري لسنة 1996) فهي تشير إلى حق التعديل صراحة بالنسبة للغرفتين عندما يتعلق الأمر بالنص الذي تضعه اللجنة المتساوية الأعضاء حول النص محل الخلاف بين غرفتي البرلمان. ومنهم من ينكر عليه ذلك، أي أن مجلس الأمة لا يتمتع بحق التعديل، ذلك بأن نص المادة 98 من الدستور قد ورد في صياغة عامة، وأن القانون العضوي رقم 02/99 نص على حق كل من نواب المجلس الشعبي الوطني والحكومة واللجنة المختصة تقديم اقتراحات تعديلات على مشاريع أو اقتراحات قوانين دون أن تشمل مجلس الأمة، كما أن النظام الداخلي لمجلس الأمة لم يتناول تلك المسألة. كما أن المادة 120 من الدستور قد

وإلى جانب ما تتمتع به الحكومة من حرية في المبادرة بمشاريع قوانين، تتحكم الحكومة كذلك في ضبط جدول أعمال البرلمان وتساهم في دراسة ومناقشة النص القانوني.

## ب- تفوق الحكومة في ضبط جدول أعمال البرلمان ومساهمتها في مرحلة دراسة النص

### القانوني

تشارك الحكومة البرلمان في كافة المراحل التي يمر بها مشروع أو اقتراح القانون بدء بإعداد جدول أعمال البرلمان وضبطه وفقا للترتيب الذي تراه الحكومة مناسباً، كما تمتد مشاركتها أيضاً إلى مرحلة دراسة القانون ومناقشته .

والحقيقة أن السلطة التنفيذية تملك عدة وسائل للتأثير في الوظيفة التشريعية وتوجيه عمل البرلمان، وذلك من خلال التحكم في جدول الأعمال الذي يعتبر من أهم هذه الوسائل، حيث يؤدي دوراً كبيراً في إضعاف دور البرلمان في ضبط جدول أعماله<sup>1</sup>.

ولقد عمل الدستور الفرنسي لعام 1958 وفي إطار عقلنة العمل البرلماني تأسيس هيمنة مطلقة للحكومة على جدول أعمال البرلمان وفق ما تنص عليه المادة 38 من الدستور الفرنسي في فقرتها الأولى<sup>2</sup>، حيث يتضمن جدول أعمال المجلسين بالأسبقية ووفق الترتيب الذي تحدده الحكومة مناقشة مشاريع القوانين التي تقدمها الحكومة واقتراحات القوانين التي تقبلها. ونتيجة الإقرار الدستوري بهيمنة الحكومة على

---

حصرت سلطة مجلس الأمة في المجال التشريعي في مناقشة النص المصادق عليه من قبل المجلس الشعبي الوطني، وينصب نشاطها على الرفض أو الموافقة على النص الذي وافق عليه المجلس الشعبي الوطني دون إدخال التعديلات عليه. وبهذا المعنى لا يمكن اعتبار تدخل مجلس الأمة فيما يتعلق باللجنة المتساوية الأعضاء إلا إبداء رأي وليس ممارسة سلطة حق التعديل. ونحن نؤيد هذا الاتجاه الثاني الذي يتجه بان مجلس الأمة لا يتمتع بحق إدخال التعديلات على مشاريع أو اقتراحات قوانين، غير أننا نرى بأن حرمان مجلس الأمة من حق التعديل من شأنه أن يؤثر على عمل البرلمان لصالح الحكومة باعتبار أن حق التعديل وسيلة فعالة من أجل تعزيز وتوسيع نطاق المشاركة البرلمانية في الوظيفة التشريعية. وإذا كانت المادة 120 بعد تعديلها بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 138 من التعديل الدستوري) قد منحت مجلس الأمة الأولوية في مناقشة مشاريع القوانين المنصوص عليها في المادة 137 من التعديل الدستوري لسنة 2016، وجعل الأغلبية التي يصادق بها المجلس الشعبي الوطني هي نفسها الأغلبية التي يصادق بها مجلس الأمة، سواء بالنسبة للقوانين العادية أو العضوية، إلا أن المادة 120 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (يقابلها نص المادة 138 من التعديل الدستوري لسنة 2016) قد منحت المجلس الشعبي الوطني سلطة الفصل في النص التشريعي في حالة استمرار الخلاف بين غرفتي البرلمان، وذلك بناء على طلب الحكومة مثلما هو الأمر في الدستور الفرنسي الذي يمنح الجمعية الوطنية سلطة الفصل في النص في حالة استمرار الخلاف بين مجلسي البرلمان؛ لمزيد من التفاصيل: انظر، واقع البيكاميرالية في العالم ومكانة التجربة الجزائرية فيها، مجلة الفكر البرلماني، ص. 33؛ عقيلة خرباشي، المرجع السابق، ص. 33؛ مسعود شيهوب، نظام الغرفتين، مجلة الفكر البرلماني، 2000، ص. 35؛ والملاحظ كذلك على المؤسس الدستوري المصري في ظل الدساتير السابقة بأنه لم ينص صراحة على حق تقديم اقتراحات لتعديل مشروع أو اقتراح قانون تاركاً الأمر للائحة الداخلية أو النظام الداخلي للبرلمان، مع العلم بأنه في ظل الدستور المصري لسنة 2014 لا تثار مسألة اللجنة المشتركة، نظراً لانتهاج المؤسس الدستوري المصري لنظام الأحادية البرلمانية بعدما كان يعتمد على نظام المجلسين في البرلمان (مجلس الشعب، مجلس الشورى).

<sup>1</sup> - يقصد بجدول الأعمال هو البرنامج الذي يتضمن المواضيع التي يشتغل عليها البرلمان بالمناقشة، إلا أن أغلب الدساتير تعترف للحكومة بحق مراقبة وتوجيه عمل البرلمان، كما هو الحال بالنسبة للدستور الفرنسي لعام 1958 والدساتير التي تأثرت به؛ انظر، فدوى مرابط، المرجع السابق، ص. 163.

<sup>2</sup> - انظر نص المادة 38 فقرة 01 من الدستور الفرنسي لعام 1958 ؛

جدول أعمال البرلمان بإعطاء الأولوية لمشاريع الحكومة على جدول أعمال البرلمان عمل النظام الداخلي لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ على تأكيد ذلك<sup>1</sup>.

وفي هذا المجال تأثر المؤسس الدستوري الجزائري والمصري بالدستور الفرنسي في ضبط آليات عمل البرلمان، وذلك من خلال الاعتراف بأولوية الحكومة في إعداد وضبط جدول أعمال البرلمان، وهو أمر من شأنه أن يؤثر سلبا على عمل البرلمان ويضيق أو يقيد من الاختصاص التشريعي للمشرع<sup>2</sup>.

وإلى جانب تفوق الحكومة في إعداد وضبط جدول أعمال البرلمان تمتد مساهمة الحكومة في العملية التشريعية إلى دراسة ومناقشة النص القانوني، الأمر الذي يؤثر على سلطة المشرع سواء في مرحلة دراسة النص القانوني على مستوى اللجنة المختصة، وقد يمتد ذلك حتى إلى مرحلة المناقشة التي تنتهي بالتصويت فقد تشارك الحكومة في دراسة النص التشريعي بصورة مباشرة إذا تعلق الأمر بمشروع قانون وحتى وأن تعلق الأمر باقتراح قانون، فإنه لا يوجد ما يمنع من تواجد الحكومة في جلسات اللجان المختصة، باعتبار أن الحكومة تعتبر شريكا أصليا في دراسة النصوص القانونية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> -انظر، سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر الإسلامي، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص. 163.

<sup>2</sup> -ففي الجزائر حتى وإن كان الدستور الجزائري لم يتضمن مقتضيات من هذا القبيل، إلا أنه بالرجوع إلى القانون العضوي رقم 02/99 في المادة 16 منه بأن الحكومة تتمتع بحق الأولوية في ترتيب جدول أعمال البرلمان، الأمر الذي يجعل هذا الأخير في حالة شبه تبعية للحكومة التي لها صلاحية واسعة في ضبط جدول الأعمال. إضافة إلى ذلك، تتمتع الحكومة بحق تعديل جدول الأعمال سواء بإدخال مواضيع جديدة بالإلحاح على استعجاليتها وإدراجها في جدول أعمال الدورة الجارية، أو بناء على طلبها وموافقة البرلمان وفق ما تنص عليه المادة 26 من القانون العضوي رقم 02/99؛ أما في مصر، بالرغم من أن الدستور المصري لسنة 2014 والنظام الداخلي لمجلس النواب لم ينص صراحة على أولوية الحكومة وحقتها في ضبط جدول أعمال البرلمان، إلا أن الواقع العملي يثبت ذلك، بالنظر إلى أن معظم التشريعات هي في الحقيقة مشروعات قانون مقدمة من الحكومة. أما في تونس، إضافة إلى الاعتراف الدستوري بأولوية مشاريع قوانين على اقتراحات قوانين تتحكم الحكومة في عملية إعداد وضبط جدول أعمال البرلمان، وهي حالة ستمكن الحكومة وضع المشاريع المقدمة من طرفها على رأس قائمة النصوص المقدمة إلى الدراسة والمناقشة على مستوى البرلمان، أما الاقتراحات التي لم تقبلها الحكومة، فإنها سوف تدرجها في آخر القائمة، وقد لا يتسع لها الوقت لمناقشتها، الأمر الذي قد يؤدي إلى تأجيل مناقشتها إلى جلسات أخرى، بل وقد ينتج عن ذلك عدم مناقشة تلك الاقتراحات إطلاقا، وتكون النتيجة هي عدم خروج تلك الاقتراحات المقدمة من أعضاء البرلمان إلى حيز الوجود في شكل قوانين. فإذا كان منح حق الأولوية للحكومة في ترتيب جدول أعمال البرلمان يمكن تبريره على أن أغلب القوانين هي في الحقيقة مشاريع قوانين مقدمة من السلطة التنفيذية، إلا أن ذلك قد ينتج عنه انعكاسات سلبية قد تزيد من فارق الهوة بين البرلمان والحكومة. فتحدد جدول أعمال البرلمان وفقا لترتيب الذي تضعه الحكومة قد يؤدي إلى تدخل الحكومة حتى في أدق تفاصيل العمل التشريعي، كما قد ينتج عنها استبعاد مواضيع يرغب البرلمان في إدراجها في جدول أعماله. أضف إلى ذلك، فإن ترتيب الأولوية الذي تضعه الحكومة من شأنه أن يخلق نوع من الامتعاض لدى أعضاء البرلمان والإحساس بعدم الجدوى من الحضور والمناقشة، كما أن إحساس أعضاء البرلمان لعدم قدرتهم عن الدفاع على اقتراحاتهم التي يقدمونها قد يقتل روح المبادرة لديهم، وهو أمر من شأنه أن يؤثر على مردود ومستوى النقاش، كما أن ظاهرة استئثار الحكومة بالمبادرة التشريعية هي ظاهرة منتشرة في أغلب النظم الدستورية وأن تحكم الحكومة في إعداد وضبط جدول أعمال البرلمان من شأنه أن ينعكس سلبا على عمل البرلمان في سن التشريعات.

<sup>3</sup> -انظر، حسين البحري، دور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية في النظام البرلماني البريطاني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد 2008، ص. 61، 412؛ محمد هلال الرفاعي، تنامي دور السلطة التنفيذية في النظام الرئاسي الأمريكي، دراسة تحليلية، جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، دمشق، 2010، المجلد 26، العدد الثاني، ص. 575.

أو بصورة غير مباشرة من خلال التأثير غير المباشر للحكومة على اللجان الدائمة، سواء من خلال التشكيك السياسية المكونة للحكومة أو عن طريق المجموعات البرلمانية التي تؤلف اللجان البرلمانية. ومن بين الوسائل التي تمتلكها الحكومة والتي تؤثر على عمل البرلمان هو مساهمتها في مناقشة مشروع أو اقتراح قانون والتصويت عليه، فالتصويت في الدساتير محل الدراسة يخضع لإجراءات قانونية تؤثر على حرية البرلمان في التصويت على النص القانوني محل المناقشة<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى الدستور الفرنسي لعام 1958 نجده قد اعتمد على أسلوبين للتصويت، التصويت المغلق والموافقة على النص دون تصويت وفقا لنص المادتين 44 و49 من الدستور الفرنسي على التوالي<sup>2</sup>، حيث يبت المجلس المعروض عليه النص بتصويت واحد في النص محل المناقشة كله أو جزء منه إذا ما طلبت الحكومة ذلك مع الاقتصار على التعديلات المقترحة أو التي وافقت عليها الحكومة، مع العلم بأن نص المادة 49 من الدستور الفرنسي لعام 1958 يعطى للحكومة الحق في إلزام النواب بإجراء تصويت واحد للبت في نص قانوني مع الاقتصار على التعديلات المقترحة والمقبولة من طرفها، وبذلك يمكن للحكومة أن ترفض التعديلات التي تتقدم بها المعارضة<sup>3</sup>.

أما التقنية الثانية، فهي قبول النص دون تصويت، الأمر الذي نصت عليه المادة 49 فقرة 3 من الدستور الفرنسي لعام 1958، إذ يمكن للوزير الأول أن يحرك مسألة الثقة بالحكومة أمام الجمعية الوطنية بعد المداولة في هذا الشأن في مجلس الوزراء بمناسبة التصويت على النص، ويعتبر النص موافق عليه إلا إذا قُدم اقتراحا بلوم الحكومة خلال 24 ساعة التالية، أي أن الموافقة على هذا النص يجب أن يكون بأغلبية أعضاء الجمعية الوطنية، وفي هذه الحالة تم الربط بين منح الثقة والموافقة على النص القانوني، فالنص الذي تثار بموجبه مسألة الثقة يعتبر مقبولا ما لم تتم المصادقة على ملتصق الرقابة ضد الحكومة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، إبراهيم سليم عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 180؛ عقيلة خرياشي، المرجع السابق، ص. 30؛ فدوى مرابط، المرجع السابق، ص. 240؛ رأفت دسوقي، هيمنة السلطة التنفيذية على أعمال البرلمان، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص. 168.

<sup>2</sup> - انظر نص المادتين 44 و49 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

<sup>3</sup> - يعتبر أسلوب التصويت المغلق وسيلة في يد الحكومة تفرض بها على أعضاء البرلمان التصويت على النص المعروض للمناقشة في مجمله، كما أنها قد تكون فرصة للحكومة من أجل تمرير بعض البنود التي تعرف أنها ستلقى رفضا من المعارضة. ومن بين الدساتير التي تأثرت بهذا الأسلوب الدستور المغربي والموريتاني، حيث تنص المادة 57 فقرة 02 من الدستور المغربي على ما يلي: «ويتب المجلس المعروض عليه النص بتصويت واحد في النص المتناقش فيه كله أو بعضه إذا ما طلبت الحكومة ذلك، مع الاقتصار على التعديلات المقترحة أو المقبولة من طرف الحكومة». أما بالنسبة للدستور الموريتاني، فقد نصت المادة 65 الفقرة 02 منه على أنه «يطلب من الحكومة تصادق الغرفة التي أحيل عليها التعديل بتصويت واحد على كل أو جزء من النص المعروض للمداولة، وتحتفظ فقط بالتعديلات المقترحة أو المقبولة من طرفها» ويتضح لنا من خلال هذين النصين الدستوريين أنه للحكومة الحق في إلزام أعضاء البرلمان بإجراء تصويت واحد للبت في نص قانوني مع الاقتصار على التعديلات المقترحة والمقبولة من طرفها، وهو أمر من شأنه أن يمنح للحكومة الحق في رفض التعديلات التي قد تتقدم بها المعارضة. أما بالنسبة لكل من الدستور الجزائري والمصري والتونسي فلم ينص على تقنية التصويت المغلق.

<sup>4</sup> - بما أن تحريك ملتصق الرقابة تخضع لشروط وإجراءات صعبة، فإن الحكومة تقوم بتمرير بعض النصوص دون التصويت من البرلمان، كما تقوم بتمويل مجرى المناقشة، فبدلا من أن تنصب على النص القانوني تنتقل إلى مسألة منح الثقة إلى الحكومة أو سحبها منها؛

وفي الجزائر، يتم التصويت على مشاريع واقتراحات القوانين حسب إجراءات التصويت مع المناقشة العامة أو إجراء التصويت مع المناقشة المحدودة أو بدون مناقشة وفق ما تنص عليه المادة 29 من القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، ذلك بأن التصويت مع المناقشة العامة هو القاعدة العامة في مناقشة مشاريع واقتراحات القوانين وفق ما تنص عليه المواد 32 إلى 36 من القانون العضوي رقم 02/99<sup>1</sup>، غير أنه يمكن تقرير التصويت مع المناقشة المحدودة بناء على طلب ممثل الحكومة أو اللجنة المختصة أو مندوب أصحاب اقتراح القانون في المجلس الشعبي الوطني<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للدستور المصري لعام 2014 الذي نص على أن القاعدة العامة في التصويت على مشروع أو اقتراح قانون يكون بالتصويت مع المناقشة العامة، غير أنه خروجاً عن القاعدة العامة يمكن اللجوء إلى التصويت مع المناقشة المحدودة، أو اللجوء إلى إجراء التصويت بدون مناقشة. ولقد نظمت مسألة التصويت على مشاريع أو اقتراحات قوانين المواد 120 و121 و156 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014<sup>3</sup>.

وترتبطاً على ما سبق، يمكننا القول بأن مشاركة الحكومة في دراسة ومناقشة مشاريع واقتراحات القانون من شأنه أن يؤثر على عمل البرلمان ويقيّد من حرية أعضائه في التصويت على النص القانوني محل المناقشة. وإلى جانب حرية الحكومة في المبادرة بالتشريع واقتراح التعديلات على مشاريع أو اقتراحات القوانين، فضلاً عن تحكمها في ضبط جدول أعمال البرلمان، وكذا مساهمتها في دراسة ومناقشة القانون تتحكم الحكومة في حل الخلاف بين غرفتي البرلمان، الأمر الذي ينجم عنه هيمنة السلطة التنفيذية (الحكومة) على كافة الإجراءات التشريعية<sup>4</sup>.

---

- GEORGES.D et LAVROFF, Le droit constitutionnel de V<sup>ème</sup> République, 3<sup>ème</sup> édition, 1999, p.746.

<sup>1</sup> - انظر نص المواد 32 إلى المادة 36 من القانون رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة؛ عبد الرحمن عزراوي، آليات تنظيم العملية التشريعية طبقاً لأحكام الدستور والقانون العضوي رقم 02/99 المتعلق بتنظيم العلاقة بينة لغرفتي البرلمان والحكومة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، 2006، العدد 4، ص 17.

<sup>2</sup> - فإذا كان اللجوء إلى هذا الأسلوب في التصويت بناء على طلب من اللجنة المختصة أو مندوب أصحاب اقتراح القانون في المجلس الشعبي الوطني لا يثير أية إشكالية لاسيما وأن هذه الأطراف تعد من أجهزة البرلمان، فإن طلب الحكومة التصويت مع المناقشة المحدودة يمكن أن يؤثر على عمل المشرع ويشكل مساساً باستقلالية البرلمان، باعتبار أن النصوص القانونية لم تحدد الحالات التي يمكن فيها للحكومة طلب التصويت مع المناقشة المحدودة. إلى جانب ذلك يمكن اللجوء إلى إجراء التصويت دون مناقشة بقوة القانون على الأوامر التشريعية الصادرة عن رئيس الجمهورية التي يتم عرضها على البرلمان، وفي هذه الحالة يلزم هذا الأخير بالتصويت على نص الأمر بكامله دون تقديم أي تعديل عليه، وتبعاً لذلك لا يملك المشرع أية سلطة تقديرية في هذا الشأن سوى احتفاظه بحق رفض الأمر.

<sup>3</sup> - انظر نص المواد 120 و121 و156 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014.

<sup>4</sup> - إضافة إلى ذلك تتحكم الحكومة في حل الخلاف بين غرفتي البرلمان، فإذا كان نظام الغرفة الواحدة أو المجلس الواحد في البرلمان لا يثير أية إشكالية تتعلق بدراسة ومناقشة القانون، فإن الاعتماد على نظام الغرفتين أو المجلسين من شأنه أن يثير إشكالية تتعلق بكيفية حل الخلاف بين غرفتي البرلمان

وبالنتيجة، فإذا كانت الحكومة في الدساتير السابقة تسيطر على كافة الإجراءات التشريعية، سواء من خلال حرمتها في المبادرة بمشاريع قوانين أو حقها في تعديلها أو سحبها في حالة عدم اتفاق غرفتي البرلمان

حول مشروع أو اقتراح قانون الذي وافق أحد المجلسين. فمن النظم السياسية من تستخدم نظام الذهاب والإياب بشكل مستمر، أي أن النص القانوني محل الخلاف يبقى في ذهاب وإياب بين غرفتي البرلمان إلا حين الوصول إلى الحل كما هو الحال في الدستور المكسيكي. أما الطريق الثانية فهي تتمثل في نظام الذهاب والإياب مع إعطاء سلطة الفصل في حالة استمرار الخلاف إلى إحدى الغرفتين، وعادة ما تكون الغرفة السفلى المنتخبة من الشعب مباشرة. إضافة إلى هاتين الطريقتين توجد طريقة أخرى تتمثل في استخدام نظام الذهاب والإياب مع إحالة النص على لجنة خاصة في حالة استمرار الخلاف بين الغرفتين، والحل الذي تتوصل إليه هذه اللجنة يعرض على غرفتي البرلمان للتصويت عليه. والملاحظ على المؤسس الدستوري في كل من الجزائر وتونس ومصر بأنه غلق الباب أمام نظام الذهاب والإياب بمختلف صورته عكس المؤسس الدستوري الفرنسي، الذي نص على نظام الذهاب والإياب مرتين في كل من المجلسين أو مرة واحدة في كل منهما إذا أعلنت الحكومة الاستعجال، مع إحالة النص على لجنة مختلطة متساوية الأعضاء لحل الخلاف التي تجتمع بناء على طلب الوزير الأول، الأمر الذي يمنح لهذا الأخير تقدير استدعاء اللجنة المتساوية الأعضاء أم لا، وهو ما سينعكس سلبا على عمل البرلمان، أضف إلى ذلك لا يستطيع أعضاء البرلمان إدخال تعديلات على النص الذي اقترحه اللجنة المتساوية الأعضاء إلا بعد موافقة الحكومة عليها، وفي حالة استمرار الخلاف تفصل الجمعية الوطنية في ذلك. أما بخصوص التجربة الدستورية الجزائرية في ظل التعديل الدستوري لعام 1996 تحمل مهمة حل الخلاف بين غرفتي البرلمان من اختصاص اللجنة المتساوية الأعضاء، الأمر الذي نصت عليه المادة 138 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 120 فقرات 04 و05 و06 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، حيث لا يمكن لأعضاء البرلمان إدخال أية تعديلات على النص الذي اقترحه اللجنة المتساوية الأعضاء إلا بعد موافقة الحكومة على ذلك، وهو أمر من شأنه أن يقيّد من سلطة المشرع في مناقشة النص المقترح من اللجنة المتساوية الأعضاء والحرية في التصويت كما أن استدعاء اللجنة المتساوية الأعضاء يقتصر فقط على الوزير الأول دون تحديد أية جهة أخرى يمكنها ذلك، بمعنى أن اجتماع اللجنة المتساوية الأعضاء يخضع للسلطة التقديرية للحكومة، فالوزير الأول هو من يقدر فيما إذا كان استدعاء اللجنة المتساوية الأعضاء مجديا لحل الخلاف بين غرفتي البرلمان أم لا. فما دام أن استدعاء لجنة المتساوية يكون بناء على طلب الوزير الأول، فإن دور هذا الأخير ينتهي بمجرد استدعاء اللجنة لأن مهمته تتمثل في تحريك الآلية وليس المشاركة فيها، غير أنه بالرجوع إلى القانون العضوي رقم 02/99 نجده قد منح لأعضاء الحكومة إمكانية حضور أشغال اللجنة المتساوية الأعضاء بشكل يضمن تواجد الحكومة في كافة مراحل دراسة الأحكام محل الخلاف. ذلك بأن مهمة اللجنة المتساوية الأعضاء تنحصر فقط في اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف لتلزم الحكومة بعرض نص الاقتراح على الغرفتين للمصادقة عليه وفق ما تنص عليه المادة 138 فقرات 5 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 120 فقرات 05 دستور 1996)، ولا يمكن لأعضاء البرلمان إدخال أية تعديلات على النص الذي اقترحه اللجنة المتساوية الأعضاء إلا بعد موافقة الحكومة على ذلك. كما أنه في حالة رفض المجلس الشعبي الوطني للمصادقة على اقتراح اللجنة فلا يتم عرض هذا الاقتراح على مجلس الأمة، وهو أمر من شأنه حرمان هذا الأخير من إبداء رأيه والكشف عن تبعية مجلس الأمة للمجلس الشعبي الوطني، وهو ما يوحي إلى وجود نوع من عدم التوازن بين غرفتي البرلمان؛ وذلك نظر لاحتكار العمل التشريعي من طرف الغرفة السفلى، وهو أمر قد يبرر لجوء المؤسس الدستوري إلى الاعتماد على اللجنة المتساوية الأعضاء كآلية لحل الخلاف بين غرفتي البرلمان دون استخدام نظام الذهاب والإياب الذي يقتضي تمتع غرفتي البرلمان على قدم المساواة بحق المبادرة والتعديل. كما أنه في حالة موافقة المجلس الشعبي الوطني على النص المقترح من طرف اللجنة المتساوية الأعضاء ورفضه من طرف مجلس الأمة، فقد منح المؤسس الدستوري الحكومة الحق في إنهاء هذا الخلاف بسحب النص محل الخلاف -أو أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل في النص التشريعي محل الخلاف تطبيقا لنص المادة 138 فقرات 8 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 120 فقرات 08 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، وعادة ما يتم اللجوء إلى سحب النص محل الخلاف عندما تكون الخلافات بين الغرفتين جوهرية وترتبط أساسا بالخلافات بين الأغلبية الموجودة في المجلس الشعبي الوطني مع الأغلبية الموجودة في مجلس الأمة؛ وفي هذا الخصوص اعتبر جانب من أساتذة القانون العام بأن اللجنة المتساوية الأعضاء ليست برلمانا مصغرا، وإنما هي عبارة عن هيئة تقنية مهمتها إيجاد أرضية ملائمة لتسوية الأحكام محل الخلاف بين الغرفتين في إطار ما يسمح به القانون، غير أننا لا نؤيد هذا الاتجاه بالنظر إلى طبيعة التشكيكية التي تتألف منها هذه اللجنة المتكونة من عدد متساو من أعضاء غرفتي البرلمان؛ ولزهد من التفاصيل: انظر، بوزيد لزهاري، الدور التشريعي لمجلس الأمة، مجلة ملتقى المؤسسات، مجلة دورية تصدرها وزارة العلاقات مع البرلمان، العدد الأول، جانفي 2006، ص 9؛ الطاهر خويضر، دور اللجان البرلمانية المتساوي الأعضاء في العملية التشريعية، مجلة الفكر البرلماني، مجلة متخصصة في الدراسات البرلمانية الصادرة عن مجلس الأمة الجزائري أفريل 2004، العدد 5، ص 83.

على النص الذي اقترحتة اللجنة المتساوية الأعضاء أو منح إحدى الغرفتين مهمة حل الخلاف، كان لابد من إعادة النظر في العلاقة بين الحكومة والبرلمان في الميدان التشريعي بشكل يُمكن البرلمان من مواجهة التفوق الحكومي على العمل التشريعي.

وإلى جانب سيطرة الحكومة على العملية التشريعية تملك السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية) وسائل متعددة للتأثير على عمل البرلمان، الأمر الذي قد ينعكس سلبا على سلطة المشرع في ممارسة اختصاصه التشريعي، سواء من خلال التأثير والتوجيه وآليات التحكم في عمل البرلمان فضلا عن سيطرة رئيس الجمهورية على عمل البرلمان في الظروف غير العادية .

### ثانيا : وسائل توجيه عمل البرلمان وآليات التحكم فيه

يمارس رئيس الجمهورية في الدساتير محل الدراسة الوظيفة التشريعية التي تجعل منه المشرع الوحيد في بعض الحالات، وفي حالات أخرى يشارك البرلمان في هذه الوظيفة بصفته موجهها لها أيضا، وبالتالي تتراوح الوسائل التي يمتلكها رئيس الجمهورية في مواجهة البرلمان الدساتير محل الدراسة بين التأثير والتوجيه لتصل إلى إمكانية تعطيل العمل التشريعي<sup>1</sup>.

وعلى هذا الأساس سوف نتطرق أولا إلى دراسة آليات توجيه العمل البرلماني (أ) ووسائل التحكم فيه (ب)، ثم معرفة حالات استثثار رئيس الجمهورية بالوظيفة التشريعية (ج)، وأخيرا سيطرة رئيس الجمهورية على البرلمان في الظروف غير العادية (د).

### أ- وسائل التأثير والتوجيه على عمل البرلمان

يتحكم رئيس الجمهورية (رئيس الدولة) في العمل التشريعي عن طريق توجيه خطاب إلى البرلمان، أو إمكانية تعطيل إصدار النص القانوني الذي صادق عليه البرلمان بطلب قراءة ثانية، حيث يعتبر توجيه الخطاب إلى البرلمان وسيلة تُمكن رئيس الجمهورية في الدساتير محل الدراسة من توجيه أعمال البرلمان من خلال التأثير في سير المناقشة، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 18 من الدستور الفرنسي لعام 1958<sup>2</sup>، والمادة 146 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>3</sup> على أنه «يمكن لرئيس الجمهورية أن يوجه خطابا إلى البرلمان.»

وبالتالي، فلقد منح الدستورين الفرنسي والجزائري لرئيس الجمهورية حق مخاطبة البرلمان، فإذا كان الخطاب قد يشكل أرضية للمناقشة بين رئيس الدولة وأعضاء البرلمان في الدستور الجزائري، فإن مضمون

<sup>1</sup> - انظر ،محمد رفعت عبد الوهاب، وحسين محمد عثمان، النظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص. 341.

<sup>2</sup> - انظر نص المادة 18 من الدستور الفرنسي لعام 1958 ؛

- Claude ACQUAVIVA.J, op cit ,p.137.

<sup>3</sup> - يقابلها نص المادة 128 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

خطاب رئيس الجمهورية لا يمكن أن يكون محلا لأي نقاش في النظام الفرنسي<sup>1</sup>، ومن ناحية ثانية تعتبر مسألة طلب مداولة ثانية أو حق الاعتراض سلطة تحول لرئيس الجمهورية وقف القانون الذي وافق عليه البرلمان، ويحول دون اكتماله، وقد يكون الهدف من تقرير هذا الحق هو تفادي تعسف المشرع في استعمال حقه في التشريع<sup>2</sup>.

كما نصت الدساتير محل الدراسة في المواد 10 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 145 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والمادة 123 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 على منح هذا الحق لرئيس الجمهورية، إذ تضمنت نصوصا تسمح لهذا الأخير أن يطلب من البرلمان أن يعيد النظر من جديد في النصوص القانونية التي أقرها<sup>3</sup>، ومن ثم فإن رئيس الجمهورية يتمتع بسلطة تقديرية واسعة يستطيع من خلالها عرقلة وتعطيل إصدار القوانين التي صادق عليها البرلمان، ذلك بأن النص الأصلي المصادق عليه من البرلمان لا يمكن أن يصدر إلا إذا تضمن تعديلات تتوافق مع الرأي الذي من أجله يتم طلب المداولة الثانية، حيث يعتبر حق الاعتراض من بين الوسائل التي يملكها رئيس الجمهورية، والتي تمكنه من التأثير على عمل البرلمان، والمشاركة في العملية التشريعية، إذ أن إعادة النص إلى البرلمان واشتراط أغلبية خاصة يعتبر بمثابة معارضة حقيقية ضد إرادة أعضاء البرلمان ممثلي إرادة الشعب<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - والملاحظ على الدستورين الجزائري والتونسي بأنه اكتفيا بمنح رئيس الجمهورية هذا الحق دون أن يبين طريقة توجيه الخطاب، وهو ما يحمل على القول بأن رئيس الجمهورية يكون حرا في تحديد الطريقة التي يوجه بها خطاباته، غير أن الممارسة في الواقع العملي تثبت أن الخطاب يكون بصفة مباشرة خاصة في النظام الجزائري، وعن طريق مخاطبة أعضاء البرلمان، وتوجيه بيانات له، يمكن لرئيس الجمهورية تبليغ آرائه إلى ممثلي الشعب وتفسيرها لاختياراته والقرارات التي اتخذها، كما يمكنه بهذه الطريقة إقناع أعضاء البرلمان بدعم مشاريعه.

<sup>2</sup> - تجدر الإشارة إلى أن حق الاعتراض يعتبر من تقنيات الأنظمة الرئاسية، فرئس الولايات المتحدة الأمريكية يتمتع بهذا الحق، ولا يمكن مواجهته إلا بالتصويت من جديد على النص القانوني بأغلبية ثلثي (3/2) من أعضاء كل مجلس من مجلسي الكونغرس.

<sup>3</sup> - تنص المادة 10 من الدستور الفرنسي على ما يلي :

« Il peut, avant l'expiration de ce délai, demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles. Cette nouvelle délibération ne peut être refusée. »

وتنص المادة 145 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 127 من الدستور الجزائري لسنة 1996) « يمكن رئيس الجمهورية أن يطلب إجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ إقراره. وفي هذه الحالة لا يتم إقرار القانون إلا بأغلبية ثلثي (3/2) أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة. » والملاحظ على نص المادة 145 من التعديل الدستوري لسنة 2016 بأنها قد منحت لأعضاء مجلس الأمة حق التصويت على النص التشريعي في حالة اعتراض رئيس الجمهورية على ذلك النص بطلب مداولة، بعدما كان الأمر مقتصرًا فقط على نواب المجلس الشعبي الوطني وبمصادقة أغلبية ثلثي أعضائه وفق ما نصت عليه المادة 127 من الدستور الجزائري لسنة 1996؛ كما تنص المادة 123 من الدستور المصري لسنة 2014 « لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين أو الاعتراض عليها، وإذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس النواب، رده إليه خلال ثلاثين يوما من إبلاغ المجلس إياه. » ومن خلال استقراءنا لهذه النصوص الدستورية نجد أنها قد أجمعت كلها على منح رئيس الجمهورية حق طلب مداولة ثانية أو قراءة جديدة في كل مشروع أو اقتراح قانون بعد مصادقة البرلمان عليه خلال أجل محدد .

<sup>4</sup> - BURDEAU, G, op cit, p.611.

## ب-آليات التحكم في عمل البرلمان

إضافة إلى ما سبق يتحكم رئيس الجمهورية في العمل التشريعي سواء بالامتناع عن إصدار القانون أو اللجوء إلى حل البرلمان، إضافة إلى حرية رئيس الجمهورية في اللجوء مباشرة إلى إرادة الشعب عن طريق الاستفتاء، فضلا عن تحكم رئيس الجمهورية في عملية تعديل الدستور. فإصدار القانون أو التصديق عليه هو إجراء يعني موافقة رئيس الجمهورية على القانون الذي وافق عليه البرلمان، وبدونه لا يمكن للقانون أن يكتب له الوجود، فالإصدار يمثل إحدى التقنيات التي يشارك من خلالها رئيس الجمهورية في عملية سن التشريع<sup>1</sup>. وإن كانت الدساتير محل الدراسة قد اتفقت على منح رئيس الجمهورية حق الإصدار في المواد 10 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 144 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 126 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، والمادة 123 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014<sup>2</sup>، إلا أنها لم تحدد صنف هذا القانون مثلما هو الشأن في الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014 الذي ميز بين القوانين الأساسية والعادية تطبيقا لنص الفصل 81 منه<sup>3</sup>.

ومن آليات تحكم رئيس الجمهورية في العمل التشريعي كذلك لجوء رئيس الجمهورية مباشرة إلى إرادة الشعب عن طريق الاستفتاء، وذلك بعرض أمر من الأمور الهامة على الشعب لأخذ رأيه فيه إما بالموافقة أو الرفض، وقد يعتبر الاستفتاء وسيلة لإبعاد البرلمان عن تنظيم مسألة كان بإمكانه النظر فيها<sup>4</sup>. وبالرجوع إلى الدساتير محل الدراسة وفقا لما ورد في المادة 11 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادتين 84 فقرة 3 و 91 فقرة 8 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>5</sup>، والمادة 157 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014<sup>6</sup>، نجد بأنها قد اتفقت جميعها على منح رئيس الجمهورية وحده حق اللجوء إلى

<sup>1</sup> - وعلى الرغم من الخلافات الفقهية حول طبيعة عملية الإصدار، أي هل هو عمل تشريعي أم تنفيذي؟ فإنه مما لا شك فيه أن حق الإصدار يعد إجراء ضروري لوجود إرادة المشرع، وبالتالي يكتسي قيمة تشريعية مهمة تجعل طابعه تشريعيا أكثر من القول بأنه تنفيذي .

<sup>2</sup> - تنص المادة 10 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« Le Président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée. »

كما تنص المادة 144 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 126 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على ما يلي: « يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين (30) يوما، ابتداء من تاريخ تسلمه إياه؛ » كما تنص المادة 141 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 123 من التعديل الدستوري لسنة 1996) على ما يلي: « لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين أو الاعتراض عليها. وإذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس النواب، رده إليه خلال ثلاثين يوما من إبلاغ المجلس إياه. »

<sup>3</sup> - انظر نص الفصل 81 من الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014 .

<sup>4</sup> - LUCHAIRE.F et CONAC.G, La constitution de la République française , 2<sup>ème</sup> édition , Paris , 1987 , p.p.229.

<sup>5</sup> - انظر نص المادتين 84 فقرة 3 و 91 فقرة 9 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادتين 70 فقرة 3 و 77 فقرة 8 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

<sup>6</sup> - انظر نص المواد 11 من الدستور الفرنسي لعام 1958، و المادتين 84 فقرة 5 و 91 فقرة 10 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (تقابلها نص المادتين 70 فقرة 05 و 77 فقرة 10 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، والمادة 157 من الدستور المصري لسنة 2014.

الاستفتاء وفقا لسلطته التقديرية، وليس له أن يستشير الوزير الأول أو رئيسي مجلسي البرلمان حول طريقة الاستفتاء أو حول مضمون النص المقترح، كما أنه لا توجد أية قيود أو شروط تحكم مسألة اللجوء إلى الاستفتاء .

بالإضافة إلى تحكم رئيس الجمهورية في عملية إصدار القانون وحقه في اللجوء إلى إرادة الشعب يتحكم رئيس الجمهورية في عملية تعديل الدستور، الأمر الذي نصت المادة 89 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 174 من القانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996، والمادة 226 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014<sup>1</sup> .

ذلك بأن المؤسس الدستوري في الدساتير محل الدراسة قد جعل حق المبادرة بتعديل الدستور من حق أعضاء البرلمان ورئيس الجمهورية، غير أن مبادرة أعضاء البرلمان تبقى خاضعة للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية مثلما هو الحال في القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996<sup>2</sup>، أو أن تكون لمبادرة رئيس الجمهورية في هذا الشأن أولوية النظر على مبادرة أعضاء البرلمان بتعديل الدستور مثلما هو الحال في الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014.

إلى جانب هذه الآليات توجد آلية أخرى منحها الدستور لرئيس الجمهورية تؤثر على عمل السلطة التشريعية، تتمثل في تقنية حل المجلس التشريعي بإنهاء مدة المجلس التشريعي قبل انتهاء عهده التشريعية. ولقد تقرر حق الحل في الأنظمة البرلمانية المقارنة للسلطة التنفيذية كمقابل لإمكانية سحب الثقة من الحكومة ومسؤوليتها أمام البرلمان، كما أن حق الحل يعتبر بمثابة وسيلة لحل النزاع الذي قد يقع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، كما يعتبر وسيلة من وسائل الضغط والتأثير التي يملكها رئيس الجمهورية، والتي يتمتع فيها بسلطة تقديرية في استعمالها اتجاه البرلمان<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 89 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 208 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 174 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، والمادة 226 من الدستور المصري لسنة 2014 .

<sup>2</sup> - انظر نص المادة 211 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 177 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، مع العلم بأن المادة 212 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 178 من الدستور الجزائري لسنة 1996) قد أدرجت ضمن القيود الواردة على التعديل الدستوري "إعادة انتخاب رئيس الجمهورية مرة واحدة فقط" لعلق الباب أمام العهدة الرئاسية المفتوحة التي جاء بها التعديل الدستوري لسنة 2008.

<sup>3</sup> - انظر، دانا عبد الكريم سعيد، حل البرلمان و أثاره القانونية على مبدأ استمرارية أعمال الدولة، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، بدون بلد نشر، 2010، ص. 57؛ ولقد نظم الدستور الفرنسي لعام 1958 حق الحل في المادة 12 منه، التي تقضي بأنه يجوز لرئيس الجمهورية بعد استشارة رئيس الوزراء ورئيسي المجلسين حل الجمعية الوطنية، وعلى غرار الدستور الفرنسي لم تخرج الدساتير محل الدراسة، والتي نصت على إمكانية وضع حد لاستمرار البرلمان في ممارسة اختصاصاته الدستورية قبل انتهاء العهدة التشريعية، كما أنه هناك شروطا يجب أن تتوافر من أجل حل البرلمان، ففي فرنسا اشترطت المادة 12 من الدستور الفرنسي لعام 1958 ضرورة استشارة رئيس الوزراء ورئيسي الجمعيتين قبل اتخاذ قرار الحل، حيث تنص المادة 12 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« Le Président de la République peut, après consultation du Premier Ministre et des Présidents des assemblées, prononcer la dissolution de l'assemblée Nationale. »

إلى جانب كل هذه الاختصاصات التشريعية التي منحها الدستور لرئيس الجمهورية، يشارك هذا الأخير البرلمان في الوظيفة التشريعية، وذلك من خلال الحلول محل البرلمان عن طريق تقنية التفويض أو التشريع بأوامر.

### ج- حالات استئثار رئيس الجمهورية بالوظيفة التشريعية

يقوم رئيس الجمهورية في الدساتير محل الدراسة بممارسة الوظيفة التشريعية في حالة غياب البرلمان، إما بسبب انتهاء ولايته، أو خلال الفترة الانتقالية، أو في الحالة الاستثنائية سداً للفراغ التشريعي، إضافة إلى التفويض التشريعي الذي يعد بمثابة إذن يمنحه البرلمان للسلطة التنفيذية من أجل ممارسة الوظيفة التشريعية في مجال معين ولمدة محددة، ومن أجل تحقيق غرض معين.

وبالرجوع إلى الدساتير محل الدراسة نجد أنها قد اعترفت لرئيس الجمهورية بحق المساهمة في الوظيفة التشريعية عن طريق التشريع بأوامر في حالة غيبة البرلمان، وفي حالة الضرورة، إضافة إلى التشريع بأوامر في المجال المالي، الأمر الذي نصت عليه المادة 16 من الدستور الفرنسي لعام 1958، التي تقضي بأنه في حالة تعرض أنظمة الجمهورية أو استقلال الوطن أو سلامة أراضيه أو تنفيذ تعهداته الدولية لخطر جسيم وحال وعرقل سير المؤسسات الدستورية على رئيس الجمهورية اتخاذ الإجراءات التي يراها ضرورية لمواجهة هذه الظروف بعد التشاور مع الوزير الأول ورئيسي الجمعيتين ورئيس المجلس الدستوري<sup>1</sup>.

أما بالنسبة إلى الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، تعد لوائح الضرورة أكثر الطرق استخداماً لمواجهة الظرف الاستثنائية عند غياب البرلمان وفق ما تنص عليه المادة 156 من الدستور، التي اشترطت عدة شروط لإصدار تشريعات الضرورة التي تكون لها قوة القانون بعد موافقة البرلمان عليها، منها وجوب صدور هذه اللوائح في غيبة البرلمان، أي في فترة ما بين انعقاده أو في فترة حله أو فترة وقف

---

أما في الجزائر، فيمكن لرئيس الجمهورية أن يقرر حل المجلس الشعبي الوطني أو إجراء انتخابات تشريعية قبل أوأما بعد استشارة رئيسي غرفتي البرلمان والوزير الأول، لكن تبقى هذه الاستشارة غير إلزامية، وهو ما يؤكد السلطة المطلقة لرئيس الجمهورية في هذا الشأن، إضافة إلى ذلك هناك حالات يتم حل المجلس الشعبي الوطني تلقائياً، وهو أمر نصت عليه المادة 96 الفقرة الأولى من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 82 الفقرة الأولى من الدستور الجزائري لسنة 1996) « إذا لم تحصل من جديد موافقة المجلس الشعبي الوطني ينحل وجوباً . » أما في تونس، فقد نص الفصل 99 من الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014 على أنه لرئيس الجمهورية الحق في حل مجلس نواب الشعب والدعوى إلى انتخابات تشريعية سابقة لأوانها في أجل أدناه خمسة وأربعون يوماً وأقصاه تسعون يوماً. أما بالنسبة للدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، فقد نصت المادة 137 منه على أنه لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس النواب إلا عند الضرورة، وبقرار مسبب، وبعد استفتاء الشعب، ولا يجوز حل المجلس لذات السبب الذي حل من أجله المجلس السابق، ولقد أحسن المؤسس الدستوري المصري صنعا عندما نص على مجموعة من الضمانات أو القيود الواردة على ممارسة حق الحل، وذلك بتوافر حالة الضرورة، و، تسبب قرار الحل، كما اشترط أيضاً عرض هذا القرار على الاستفتاء .

<sup>1</sup> - تنص المادة 16 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« Lorsque, par suite d'un désaccord entre les deux assemblées, un projet ou une proposition de loi n'a pu être adopté après deux lectures par chaque assemblée ou, si le Gouvernement a déclaré l'urgence, après une seule lecture par chaque d'entre elles, le Premier Ministre a la faculté de provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion.. »

جلساته، وأن تكون هناك ظروف تستوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتل التأخير، ذلك بأن رئيس الجمهورية هو الذي يقرر حالة الضرورة وتقديره في ذلك خاضع لرقابة مجلس النواب، كما يجب أيضا عرض هذه القرارات على مجلس النواب من أجل إقرارها. إضافة إلى ذلك يستطيع رئيس الجمهورية أن يفوض بعض اختصاصاته لرئيس مجلس الوزراء أو لنوابه أو للوزراء أو المحافظين على النحو الذي يحدده القانون وفق ما تنص عليه المادة 148 من الدستور<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى المادة 142 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996<sup>2</sup> التي تقضي بأنه لرئيس الجمهورية سلطة التشريع في المجالات التي يشرع فيها البرلمان عن طريق أوامر تشريعية في مسائل عاجلة يتم التداول بشأنها على مستوى مجلس الوزراء في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية بعد الأخذ برأي مجلس الدولة، كما أنه في حالة شغور منصب رئيس الجمهورية يعلق العمل بأحكام المادة 142 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996<sup>3</sup>، ولا يمكن لرئيس الجمهورية في هذه الحالة إصدار أوامر تشريعية، وهو ما نصت عليه المادتين 107 و104 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر نص المادتين 148 و156 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 .

<sup>2</sup> - انظر نص المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 124 من الدستور الجزائري لسنة 1996)

<sup>3</sup> - تنص المادة 142 الفقرة 1 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 124 الفقرتين الأولى والرابعة من الدستور الجزائري لسنة 1996) على ما يلي : « لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني ، أو خلال العطل البرلمانية، بعد الأخذ برأي مجلس الدولة.

يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 107 من الدستور . « ؛ انظر ، مراد بدران ، الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124 من الدستور ، النظام القانوني للأوامر ، مجلة الإدارة ، المجلد الأول ، 2000 ، العدد 02 ، ص . 12 .

<sup>4</sup> - انظر نص المادة 104 و107 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادتين 90 و93 فقرة 3 من الدستور الجزائري لسنة 1996). تجدر الإشارة بأن التعديل الدستوري الحاصل في 1988 قد أشرك الوزير الأول فيما يخص التشريع بأوامر في حالة غيبة البرلمان ، أما في دستور 1989 فقد جاء خاليا من النص على هذا الاختصاص ، وقد حرص دستور 1996 على تقوية سلطة رئيس الجمهورية بإصدار أوامر تشريعية في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، أو بين دورتي البرلمان تطبيقا لنص المادة 124 من الدستور الجزائري لسنة 1996، الأمر الذي أكدته المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2016، التي تنص على أنه لرئيس الجمهورية التشريع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة غيبة البرلمان ، سواء في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، أو خلال العطل البرلمانية دون أي شرط أو قيد تاركاً له حرية تقدير الحالات الملائمة لاستعمال هذه الرخصة التشريعية ؛ انظر كذلك نص المادة 104 من التعديل الدستوري لسنة 2016 - يقابلها نص المادة 3/90 من الدستور الجزائري لسنة 1996 ؛ كما أن تدخل رئيس الجمهورية بأوامر تكون في حالتين ، الحالة الأولى تكون في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني وفق ما تنص عليه المادتين 96 و147 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادتين 82 و129 من الدستور الجزائري لسنة 1996). أما الحالة الثانية هي التشريع بأوامر أثناء العطل البرلمانية ، أي تلك الفترة الممتدة بين إقفال دورة البرلمان وتاريخ افتتاح الدورة الموالية؛ إضافة إلى ذلك يصدر رئيس الجمهورية قانون المالية بأمر في حالة عدم مصادقة البرلمان على ذلك في مدة أقصاها خمسة وسبعون (75) يوماً وفق ما تنص عليه المادة 138 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 120 فقرة 1 و11 من الدستور الجزائري لسنة 1996)؛ كما أن إصدار الأوامر في غيبة البرلمان يقتضي وجود ضرورة تستدعي ذلك ، وهي الغاية الأساسية التي قصدها المؤسس الدستوري في نص 142 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 124 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، لأنه في الحالات العادية ، والتي لا تستدعي الاستعمال منح الدستور - بموجب المادة 135 فقرة 3 و4 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 118 فقرة 3 و04 من الدستور الجزائري

وترتبيا على ما سبق، يمكننا القول بأن سيطرة رئيس الجمهورية لا تقتصر فقط على إمكانية تعطيل القانون بالامتناع عن إصداره أو اللجوء إلى الاستفتاء أو حل البرلمان، وكذا التحكم في عملية تعديل الدستور، وإنما تمتد سيطرته كذلك إلى مساهمته مع البرلمان جنباً إلى جنب في وضع القواعد القانونية من خلال حقه في التشريع بأوامر .

وإلى جانب حق رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر في حالة غياب البرلمان أو في الحالة الاستثنائية، يمكن للسلطة التنفيذية أن تشارك في العمل التشريعي من خلال تقنية التفويض التشريعي، الذي بمقتضاها يُرخص البرلمان للسلطة التنفيذية الحلول محله في اتخاذ تدابير تدخل عادة في مجال القانون<sup>1</sup>.

ولقد ظهرت تقنية التفويض التشريعي مع صدور الدستور الفرنسي لعام 1958، بحيث أصبح بإمكان البرلمان أن يفوض للحكومة حق ممارسة التشريع بصفة مؤقتة، وهو ما نصت عليه المادة 38 من الدستور الفرنسي<sup>2</sup>. والملاحظ على الدستورين الجزائري والمصري بأنهما قد خلا من الإشارة على تقنية تفويض التشريع، التي بمقتضاها يأذن أو يُرخص البرلمان للسلطة التنفيذية الحق في إصدار قرارات لها قوة القانون<sup>3</sup>.

و ترتبياً على ما سبق، يتضح لنا بأن السلطة التنفيذية تُدعم مركزها عن طريق تقنية التفويض إضافة اختصاصات أخرى لتحقيق برامجها، كما أن تطبيق النصوص الدستورية والقانونية الخاصة بتفويض التشريع أصبحت عملية آلية ودائمة في كل القوانين خاصة في قوانين المالية، وهو الأمر الذي يجعل السلطة التنفيذية في دساتير (فرنسا، الجزائر، مصر) تقوم بدور ريادي في مجال التشريع على نحو يؤثر سلباً على عمل البرلمان ويهدد مكانته في سن التشريع.

---

لسنة 1996) بأنه يمكن للبرلمان أن يجتمع في دورة غير عادية في حالة غيبة البرلمان (العطل البرلمانية، أو شغور المجلس الشعبي الوطني) بمبادرة رئيس الجمهورية أو باستدعاء من رئيس الجمهورية أو بناء على طلب الوزير الأول، أو ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني.

<sup>1</sup>- انظر، إسماعيل الغزال، الدساتير والمؤسسات السياسية، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، بيروت، 1996، ص. 340.

<sup>2</sup>- حيث تنص المادة 38 من الدستور الفرنسي على أنه :

« Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi »

أي أن حالة تفويض التشريع في فرنسا، والتي تتولى فيها السلطة التنفيذية الوظيفة التشريعية والبرلمان قائم، وتتخذ هذه الأوامر على مستوى مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة، ومن بين الشروط التي نصت عليها المادة 38 أعلاه، والتي تلزم الحكومة بضرورة التقيد بها، وجوب التصويت المسبق لأعضاء البرلمان على مشروع قانون التفويض المقدم من طرف الحكومة وفق الإجراءات التشريعية العادية لسن القوانين، ويجب أن يتضمن هذا المشروع الهدف من طلب التفويض وكذا تحديد مدة التفويض، إضافة إلى ضرورة اتخاذ الأوامر التفويضية في مجلس الوزراء بعد استشارة مجلس الدولة.

<sup>3</sup>- إذا كان الدستور المصري لعام 2014 لم ينص على تقنية التفويض التشريعي، فإن دستور 1971 قد نص على هذه التقنية في المادة 108 منه، والتي تقضي بأنه لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق عليها زال ما كان لها من قوة القانون. أما في الجزائر، فلقد أشار كل من دستور 1963 في المادة 58 منه ودستور 1976 في المادة 153 منه على هذه التقنية، التي تعتبر حقاً لرئيس الجمهورية، باستثناء دستور 1989 الذي خلا من ذلك؛ انظر، راغب ماجد الحلو، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص. 270.

إضافة إلى سيطرة رئيس الجمهورية على عمل البرلمان في الظروف العادية، يتمتع بسلطات واسعة في الظروف غير العادية تجعله يتمتع بسلطة تقديرية في إدارة شؤون البلاد في تلك الظروف، في مقابل تراجع دور البرلمان أثناء تلك الظروف شيئاً فشيئاً إلى أن تنعدم سلطته في حالة الحرب.

### د- سيطرة رئيس الجمهورية على البرلمان في الظروف غير العادية

لقد اختلف الفقهاء حول المبررات التي يستند عليها رئيس الجمهورية في ممارسة اختصاصاته في الظروف غير العادية، فمنهم من ذهب إلى القول بأنها تقوم على أساس ضمان السير العادي لمؤسسات الدولة والحفاظ على النظام العام، ومنهم استند على عنصر الضرورة أو الاستعجال لاتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة لمواجهة تلك الظروف، والرأي الراجح في الفقه هو الاستناد على فكرة الضرورة<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى الدستور الفرنسي لعام 1958 نجد أن المادة 16 منه قد منحت رئيس الجمهورية سلطات واسعة في الحالات الاستثنائية، ويكاد الفقه الفرنسي يُجمع على أن تطبيق نص المادة 16 من الدستور تعتبر بمثابة رخصة دستورية أو ترخيص دستوري يؤدي إلى تركيز كل السلطات العامة (التنفيذية، التشريعية القضائية) في يد رئيس الجمهورية، فعبارة "كل الإجراءات التي تقتضيها هذه الظروف" هي عبارة تجيز للرئيس أن يصدر قرارات قد تمس القواعد الدستورية والتشريعات العادية واللائحية، أو تلغي أو تعدل القرارات والأحكام الصادرة عن السلطة القضائية.

ووفقاً لهذا المعنى يجوز لرئيس الجمهورية مباشرة سلطات البرلمان التشريعية، والتي تعتبر في حد ذاتها جوهر سلطات الضرورة، باعتبار أن رئيس الجمهورية هو صاحب الاختصاص الأصيل في مجال التشريع، لأن البرلمان لا يستطيع أن يشرع أثناء تطبيق المادة 16 من الدستور من تلقاء نفسه، بل يجب أن يكون ذلك

<sup>1</sup> وفي هذا الشأن ظهرت نظريتان لفكرة الضرورة، النظرية الأولى (نظرية الضرورة القانونية أو المشروعية الاستثنائية)، وتقوم هذه النظرية على أساس أن الدولة تعلق وتسمو على الأشخاص القانونية، ويعتبر القانون أداة لتحقيق مصلحة الجماعة، ومن ثم قد تقتضي حماية الدولة تجاوز كل القوانين التي تعيق ذلك، غير أن هذا القول من شأنه أن يؤدي إلى تمادي وتعسف السلطة التنفيذية في استعمال تلك السلطات، ومن جهة ثانية تأثيرها السلبي على الحريات والحقوق العامة، ذلك بأن اللجوء إلى تلك السلطات ينبغي أن يخضع لمجموعة من الضوابط أو الشروط الاستثنائية، منها: - ضرورة وجود طرف طارئ أو استثنائي - ضرورة ملائمة الإجراء الاستثنائي، بمعنى يجب أن تتلائم التدابير المتخذة مع درجة الخطر أو مع طبيعة الطارئ - تحقيق المصلحة العامة، وفي الغالب ترتبط أساساً بالمحافظة على سلامة البلاد والمواطنين، حيث تعتبر مسألة تحقيق المصلحة العامة من أهم تلك الشروط. إضافة إلى ذلك يجب أن تكون السلطات الاستثنائية مؤقتة. أما النظرية الثانية (نظرية الضرورة السياسية)، وهي تركز على أساس أن السلطة التنفيذية لا تملك حقوقاً بل تمارس اختصاصات مقيّدة تستمدّها من الدستور، وليس لها أن تخالف هذه الحدود وتعطي ذلك التجاوز وجهاً مشروعاً، حتى وإن كانت تلك الظروف تتيح للحكومة حق اتخاذ إجراءات تخالف القانون، فهذه الإجراءات ليست قانونية، بل تستند على اعتبارات سياسية وواقعية يتوجب على الحكومة تبرير موقفها أمام البرلمان لإعفائها من المسؤولية. غير أن القول بعدم مشروعية الإجراءات الاستثنائية مجرداً من قوتها، فإذا كانت نظرية الضرورة القانونية تختلف عن نظرية الضرورة السياسية في الأسس المعتمدة، إلا أن نتائجها واحدة، وهي اتخاذ التدابير والإجراءات الاستثنائية اللازمة لمواجهة الظروف غير العادية، انظر، خرياشي عقيلة، المرجع السابق، ص. 73 وما يليها؛ عمر حلمي فهمي، المرجع السابق، ص. 227؛ وجدي غابريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص. 23.

استنادا إلى تكليف من رئيس الجمهورية، أي أن الرئيس أثناء تطبيق أحكام المادة 16 من الدستور هو الذي يحدد اختصاصات البرلمان<sup>1</sup>.

وفي الجزائر، فقد اعتمد الدساتير الجزائرية المتعاقبة على نظرية الضرورة القانونية أو المشروعية الاستثنائية، والعمل على تركيز وتقوية سلطات رئيس الجمهورية في الظروف غير العادية على باقي السلطات العامة لاسيما السلطة التشريعية. ولقد تميزت الفترة السابقة على دستور 1996 بحصر كل سلطات الدولة أثناء الظروف الاستثنائية في شخص رئيس الجمهورية، الذي له الحق في اتخاذ التدابير والإجراءات الاستثنائية في حالة تعرض البلاد إلى خطر وشيك الوقوع وفق ما تنص عليه المادتين 58 و59 من دستور 1963، والمواد 119 إلى 123 من دستور 1976، وكذلك المواد 86 إلى 91 من دستور 1989<sup>2</sup>.

ولم يخرج الدستور الجزائري لعام 1996 والتعديلات الواردة عليه عن الأحكام السابقة، فلا يزال رئيس الجمهورية يتمتع بسلطات واسعة في الظروف غير العادية، وذلك بالنظر إلى المواد 91 إلى 97 من الدستور (يقابلها نص المواد 105 إلى 111 من التعديل الدستوري لسنة 2016)<sup>3</sup>، بحيث عمد المؤسس الدستوري إلى تقوية سلطة رئيس الجمهورية منذ الإعلان عن الحالة الاستثنائية، فبالرغم من إلزام رئيس الجمهورية باستشارة بعض المؤسسات الدستورية كالبرلمان والمجلس الدستوري والمجلس الأعلى للأمن، إلا أن آرائها تبقى بسيطة وغير ملزمة فضلا عن عدم كفاية النصوص القانونية التي تنظم سلطات رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية، وهو الأمر الذي يترتب عليه دون شك تحول رئيس الجمهورية إلى سلطة فعلية تتيح له الحق في إصدار قرارات في مجال التشريع لها قوة القانون. ومن ناحية أخرى فإن حلول رئيس الجمهورية كمشرع محل البرلمان الذي تنعدم سلطته من الناحية الفعلية خاصة في الحالة الاستثنائية وحالة الحرب من شأنه أن يؤدي إلى نوع من عدم التوازن في العلاقة بين السلطة التنفيذية والبرلمان<sup>4</sup>.

ولقد تأثر المؤسس الدستوري المصري بالدستور الفرنسي لعام 1958 في منح رئيس الجمهورية سلطات استثنائية في حالة الضرورة، حيث نصت المادة 156 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 بأنه «إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه. وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين». ويتضح من نص هذه المادة أن اللجوء إلى حالة الضرورة يقتضي توافر شرطين، الأول يتعلق بحالة الضرورة، والثاني يتعلق بغية مجلس النواب.

<sup>1</sup>- انظر، عمر حلمي فهمي، المرجع السابق، ص. 229 وما يليها.

<sup>2</sup>- انظر المادتين 58 و59 من الدستور 1963، والمواد 119 إلى 123 من دستور 1976، وكذلك المواد 86 إلى 91 من دستور 1989

<sup>3</sup>- انظر نص المواد 91 إلى 97 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (يقابلها نص المواد 105 إلى 111 من التعديل الدستوري لسنة 2016).

<sup>4</sup> - TOSI.S, Equilibre et déséquilibre dans la fonction législative en droit parlementaire comparé, Institut Universitaire Européen, France, 1979, p.79 et s.

فمن ناحية يشترط أن يحدث ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير عاجلة، وفي هذا الشأن يجمع الفقه المصري على أن هذه الصياغة تعبر عن حالة الضرورة، أي وجود ظرف استثنائي أو حالة مفاجئة تتطلب اتخاذ تدابير عاجلة، كأن تتعرض البلاد مثلاً إلى حالة من العصيان أو الثورة، أو طوفان أو وباء<sup>1</sup>. ومن ناحية أخرى تشترط المادة 156 أعلاه على أن تحدث الظروف الاستثنائية في غيبة مجلس النواب، ويجمع الفقه على أن هذا التعبير يشمل كل حالة لا يكون فيها المجلس موجوداً لأي سبب من الأسباب، ومن بين الحالات التي تعبر عن غيبة مجلس النواب، فيما بين أدوار الانعقاد، وحالة حل المجلس، وحالة تأجيل انعقاد المجلس.

أما فيما يخص دور البرلمان في الحالة الاستثنائية، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن انعقاد البرلمان بقوة القانون معناه تمكين هذا الأخير من ممارسة اختصاصه التشريعي<sup>2</sup>. أما البعض الآخر من الفقه فقد اتجه إلى القول بأنه لا يجوز للبرلمان أن يباشر نشاطه التشريعي، وحتى وإن كان للبرلمان حق مناقشة قرارات رئيس الجمهورية ليس له أن يتخذ أي قرار بشأنها، وهو ما يعني بأن رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية يحل محل البرلمان في ممارسة اختصاصه التشريعي<sup>3</sup>.

غير أن عدم تعرض المؤسس الدستوري في الدساتير السابقة (في المادة 16 من الدستور الفرنسي، والمادة 156 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، والمادتين 107 و142 من التعديل الدستوري لسنة 2016)<sup>4</sup> لدور البرلمان في الحالة الاستثنائية لا يمكن أن يفسر إلا بثبوت حق البرلمان في ممارسة وظيفته التشريعية، لكن التجربة العملية التي تثبت ضعف دور البرلمان في الحالة الاستثنائية في هذه الدساتير يجعلنا نتحفظ بعض الشيء في منح البرلمان الحق في مباشرة وظيفته التشريعية<sup>5</sup>، وبالتالي فإن دور البرلمان يمكن أن يقتصر فقط على مساعدة رئيس الجمهورية على مواجهة تلك الظروف غير العادية.

وبالبناء على ما سبق، يمكننا القول بأن رئيس الجمهورية يملك من الوسائل والآليات التي تمكنه من التحكم في عمل البرلمان سواء من خلال وسائل التأثير والتوجيه، وآليات التحكم في العمل التشريعي، وكذا مشاركة البرلمان في التشريع، فضلاً عن سيطرته على باقي السلطات العامة في الظروف غير العادية بما فيها السلطة التشريعية. ومن أجل إبراز مظاهر هيمنة السلطة التنفيذية على البرلمان سوف نعرض بعض الموضوعات التي يظهر فيها المشرع كأداة للتصديق على أعمال السلطة التنفيذية.

<sup>1</sup> - ويعيب الفقه المصري على هذه الصياغة بأنها تتسم بالعمومية والغموض وعدم تحديد الحالات التي تدعو إلى سرعة اتخاذ التدابير العاجلة.

<sup>2</sup> - GEORGES. M, Le contrôle des décisions prises, au titre de l'article 16, Dalloz, Paris, 1982, p. 113.

<sup>3</sup> - TRICOT et LEBEL, Les institutions politique française, R.D.P, 1985, p. 273.

<sup>4</sup> - في المادة 16 من الدستور الفرنسي، والمادة 156 من الدستور المصري لسنة 2014، والمادتين 107 و142 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (بقابلهما نص المادتين 93 و 124 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

<sup>5</sup> - GEORGE. D et LAVROFF, op cit, p. 875.

- انظر، ووجدي غابريال، المرجع السابق، ص. 312؛ عمر حلمي فهمي، المرجع السابق، ص. 392.

ثالثاً: بعض الموضوعات التي يظهر فيها المشرع كأداة للتصديق على أعمال السلطة التنفيذية

باعتبار أن هيمنة السلطة التنفيذية أصبحت تمتد إلى كل جوانب العمل التشريعي نظراً لانحسار سلطات المشرع وجعله من حيث الواقع في مركز التابع بالنسبة للسلطة التنفيذية، فإن دور المشرع أصبح في الكثير من الأحيان يقتصر فقط على التصديق على مشروعات القانون التي تقدمها السلطة التنفيذية في مقابل تنامي دور هذه الأخيرة في الوظيفة التشريعية، حيث تعتبر المعاهدات الدولية والتشريعات المالية من أهم الموضوعات التي يعتبر فيها المشرع كأداة للتصديق على أعمال السلطة التنفيذية، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل حول مدى سلطة المشرع اتجاه المعاهدات الدولية والقوانين المالية<sup>1</sup>.

وحتى يتسنى لنا معرفة ذلك سوف نتطرق أولاً إلى معرفة دور البرلمان في مراحل إبرام المعاهدات الدولية وإقرارها (أ)، ثم دوره في سن التشريعات في المجال المالي (ب).

### أ- دور البرلمان في مراحل إبرام المعاهدات الدولية وإقرارها

توجد إلى جانب القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة قواعد قانونية تتولى تنظيم العلاقات بين الدول، أو بين الدول والمنظمات الدولية<sup>2</sup>.

والحقيقة أن معظم النظم الدستورية قد منحت السلطة التنفيذية سلطة إبرام المعاهدات والتصديق عليها باستثناء بعض المعاهدات التي يستلزم الدستور موافقة البرلمان عليها قبل التصديق عليها وإدماجها في القانون الداخلي كالمعاهدات التي تتصل بسيادة الدولة.

ولما كانت معظم الدساتير تشترط عادة موافقة البرلمان على بعض المعاهدات قبل الالتزام النهائي بأحكامها وإدماجها في القانون الداخلي للدولة، فما هي سلطة المشرع اتجاه المعاهدات الدولية في الدساتير محل الدراسة؟ وهل يملك المشرع حق تعديل بنودها أو أن يحمل السلطة التنفيذية على إبرام معاهدة معينة أو يمنعها من ذلك؟، أم أن دوره يقتصر فقط على مجرد الموافقة على المعاهدات التي تبرمها السلطة التنفيذية؟ الواقع أن المعاهدات الدولية عادة ما تمر بعدة مراحل تبدأ بالمفاوضة ثم التوقيع، وأخيراً التصديق عليها حتى ترتب آثارها فيما بين أطرافها، حيث تعتبر عملية إبرام المعاهدات من صلاحيات السلطة التنفيذية؛ ففريسي الجمهورية باعتباره ممثل الدولة والمشرف على تنفيذ السياسة العامة للبلاد، وتحدد علاقة

<sup>1</sup> - انظر، عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 108.

<sup>2</sup> - ولقد عرفت اتفاقية فيينا للمعاهدات المعاهدة بأنها وفاق دولي يحكمه القانون الدولي ويبرم بين الدول في شكل مكتوب، سواء احتوته وثيقة واحدة أم أكثر وأياً كانت دلالاته ويرتب آثاراً قانونية؛ والحقيقة أن المفاوضة لا تأخذ شكلاً محددًا، فقد تكون شفوية في صورة اجتماعات رسمية أو غير رسمية، وقد تكون مكتوبة في شكل مذكرات يتبادلها أطراف المعاهدة، كما يتم إتباع الطريق الدبلوماسي العادي إذا كانت المفاوضات بين دولتين فقط، أما إذا كانت المعاهدة جماعية غالباً ما تكون في شكل مؤتمر يعقد لهذا الغرض، كما قد يتم التفاوض في إطار منظمة دولية بهدف عقد المعاهدة المقترحة .

الدولة بالدول الأخرى يتمتع بحق إبرام المعاهدة أو عدم إبرامها، كما يحدد الدولة أو الدول التي يتفق معها<sup>1</sup>، وإذا اتفق الأطراف حول بنود المعاهدة المقترحة يتم تحرير ما تم الاتفاق عليه في وثيقة مكتوبة<sup>2</sup>.

وإذا كانت النظم الدستورية المقارنة قد استقرت على الاعتراف بإفراد السلطة التنفيذية بحق إبرام المعاهدات، فإن البرلمان لا يتمتع بأية سلطة تذكر في مرحلة المفاوضات، ولا يستطيع تحديد سلطات رئيس الجمهورية في هذه المرحلة أو توجيهه نحو إبرام معاهدة معينة أو منعه من ذلك، باعتبار أن دور البرلمان في الغالب يكون بعد إبرام المعاهدة<sup>3</sup>، حيث تكتفي معظم الدساتير المعاصرة بمنح حق التوقيع على المعاهدات الدولية للسلطة التنفيذية كإجراء نهائي للالتزام بأحكام المعاهدة، ذلك بأن منح البرلمان سلطة الموافقة على المعاهدات الدولية في الواقع العملي غالباً ما يكون سبباً لتعطيل نفاذ المعاهدات الدولية<sup>4</sup>.

إضافة إلى مرحلتى المفاوضات وتبادل وجهات النظر حول موضوع المعاهدة والتوقيع على بنود المعاهدة كأثر للالتزام بأحكام المعاهدة، تأتي آخر مرحلة وهي التصديق على المعاهدة، التي تعتبر إجراء قانونياً تعلن من خلاله السلطة المختصة بتمثيل الدولة بإبرام المعاهدات موافقتها على الالتزام النهائي بأحكامها.

<sup>1</sup> - ROUSSEAU.Ch, Droit international public, Tome 01, Paris, 1970, p p .75.

انظر محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام (القاعدة الدولية)، الجزء 02، الطبعة 06، دار الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، بدون بلد للنشر، 1984، ص.15.

<sup>2</sup> في هذا الشأن اعتبرت اتفاقية فيينا للمعاهدات بان الكتابة يعد شرطاً لصحة المعاهدة، وهو معيار تمييزها عن الاتفاق التنفيذي، وهو أمر نصت عليه المادة 1/2/1 من اتفاقية فيينا للمعاهدات عام 1969؛ لمعرفة المزيد من التفاصيل: انظر مصطفى أحمد فؤاد، القانون الدولي العام، القاعدة الدولية، دار النهضة العربية، 2000، ص.251.

<sup>3</sup> ولقد عبرت عن ذلك المحكمة العليا الأمريكية بقولها: "بأن الرئيس هو المنفرد بميدان المفاوضات"؛ وأورد، محمد فتوح محمد عثمان، رئيس الدولة في النظام الفيدرالي، دراسة تحليلية مقارنة، الهيئة العامة للكتاب، 1977، ص.153؛ وتنص المادة 52 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي :

« Le Président de la République négocie et ratifie les traités. Il est informé de tout négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification. »

أما في الجزائر، تنص المادة 91 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 77 من الدستور الجزائري لسنة 1996) « يضغط رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، بالسلطات والصلاحيات الآتية: 09- يبرم المعاهدات الدولية ويصادق عليها»، كما تنص المادة 149 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 131 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على أن «يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر والجمعيات وبالتكامل الاقتصادي، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة»؛ وتنص أيضاً المادة 151 من الدستور المصري لسنة 2014 على أن «يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية، ويبرم المعاهدات ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب، وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدستور.» وباستقراءنا للنصوص الدستورية السابقة يتبين لنا أن الدساتير محل الدراسة قد اتفقت على منح السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية) حق إبرام المعاهدات الدولية باعتباره ممثلاً للدولة والمشرف على تنفيذ السياسة العامة التي تحدد علاقة الدولة بالدول الأخرى، في المقابل لم يمنح المؤسس الدستوري في الدساتير محل الدراسة البرلمان أي سلطة في هذا المجال، وهو أمر من شأنه أن يجعل البرلمان في مركز التابع بالنسبة للسلطة التنفيذية أو كأداة للتصديق على المعاهدات التي تبرمها هذه الأخيرة .

<sup>4</sup> - أنظر، محمد سعيد الرقاق، مصطفى سلامة حسين، مصادر القانون الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص.34؛ محمد حافظ غانم، الوجيز في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، مصر، 1979، ص.425.

وتتجه معظم النظم الدستورية نحو منح حق التصديق على المعاهدات الدولية إلى رئيس الجمهورية، ويتعلق الأمر بتلك المعاهدات القليلة الأهمية التي ينفرد رئيس الجمهورية بالتصديق عليها دون الحاجة للرجوع إلى البرلمان<sup>1</sup>. أما بالنسبة للمعاهدات الهامة تشترط الدساتير ضرورة موافقة البرلمان قبل التصديق عليها<sup>2</sup>. وبالرجوع إلى الدساتير محل الدراسة نجد أنها قد منحت السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية) الحق في التصديق على المعاهدات الدولية القليلة الأهمية وفق ما تنص عليه المواد (المادة 52 من الدستور الفرنسي، المادة 91 من التعديل الدستوري لسنة 2016، المادة 151 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014)<sup>3</sup>، مع اشتراط موافقة البرلمان على المعاهدات الدولية الهامة، والتي تتصل بسيادة الدولة أو بارتباطاتها المالية أو علاقاتها الدولية وفق ما تنص عليه المواد (المادة 35 من الدستور الفرنسي لعام 1958، المادة 149 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والمادة 151 من الدستور المصري لسنة 2014)<sup>4</sup>.

ومن ثم، فإذا كانت الدساتير محل الدراسة قد منحت رئيس الجمهورية حق التصديق على أحكام المعاهدات الدولية، فإنها في المقابل اشترطت موافقة البرلمان على المعاهدات الدولية ذات الأهمية البالغة قبل الالتزام النهائي بالمعاهدة ومنحها مرتبة القانون أو أعلى منه. فما هو دور البرلمان في إقرار المعاهدات الدولية؟ أي هل يتمتع المشرع بذات السلطة التي يتمتع بها عند ممارسة اختصاصاته بسن القوانين؟، أم أن دوره ينحصر فقط في الموافقة الشكلية على المعاهدات الدولية التي وافقت عليها السلطة التنفيذية دون وجود أي سلطات حقيقية؟

الحقيقة أن الدول تلتزم بأحكام المعاهدات الدولية بمجرد التصديق عليها من قبل رئيس الجمهورية نهائياً أو بعد عرض المعاهدات ذات الأهمية الخاصة على البرلمان وموافقته عليها، فالمعاهدات القليلة الأهمية يختص رئيس الجمهورية بإبرامها والتصديق عليها، ولا يملك المشرع اتجاهها أية سلطات تذكر، إلا ما يتعلق منها في الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية .

<sup>1</sup> - انظر، محمد سامي عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 205.

<sup>2</sup> - لقد برر الفقه اشتراط موافقة البرلمان على المعاهدات الموقع عليها قبل التصديق عليها والالتزام النهائي بأحكامها، حتى تمنح الدولة فرصة للتروي والتفكير ومراجعة بنود الاتفاقية والنتائج التي قد تترتب عليها، إضافة إلى ذلك فالمعاهدات بعد التصديق عليها ونشرها تكون لها قوة قانونية أدنى من الدستور وأسمى من القانون (القانون العضوي والعادي)، وهو أمر يستوجب دون شك ضرورة معرفة رأي البرلمان ممثل إرادة الشعب والمختص بسن القوانين تجاه المعاهدات الدولية قبل إدماجها في القانون الداخلي .

<sup>3</sup> - انظر نص المواد 52 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 91 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 77/9 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، والمادة 151 من الدستور المصري لسنة 2014.

<sup>4</sup> - انظر نص المواد 35 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 149 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 131 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، والمادة 151 من الدستور المصري لسنة 2014.

أما بالنسبة للمعاهدات ذات الأهمية الخاصة التي تتعلق أساسا بسيادة الدولة أو التزامها المالية أو بعلاقتها الدولية، تشترط معظم النظم الدستورية قبل التصديق على تلك المعاهدات ضرورة موافقة البرلمان عليها، هذا الأخير لا يتمتع قبلها بذات السلطة التي يباشر بها اختصاصاته عند مناقشة وإقرار مشروعات التشريعات العادية، كما لا يملك أعضاء البرلمان كذلك حق المبادرة بمشروع معاهدة أو تعديل بنود المعاهدة التي وافقت عليها السلطة التنفيذية، حتى و أن تعارضت بنودها مع توجهات البرلمان، مع احتفاظه بحقه في رفض مشروع المعاهدة<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى الدستور الفرنسي لعام 1958 نجد أن نص المادتين 52 و53 منه قد ميزت بين نوعين من المعاهدات الدولية التي يختص رئيس الجمهورية بإبرامها والتصديق عليها، ويختلف دور البرلمان قبلها، فالنوع الأول تختص به السلطة التنفيذية دون وجود أية سلطة تذكر للبرلمان في هذا الإطار، وهي تلك المعاهدات التي يختص رئيس الجمهورية بإبرامها والتصديق عليها أو تلك الاتفاقات التي تختص الحكومة بإبرامها لتسيير المرافق العمومية في الدولة، ولا تخضع للتصديق، وتلتزم الحكومة في هذا الإطار سوى بإعلام رئيس الجمهورية عن المفاوضات<sup>2</sup>.

أما النوع الثاني من المعاهدات نصت عليه المادة 53 من الدستور الفرنسي، ويتمثل في المعاهدات التي لا يمكن التصديق عليها أو إقرارها إلا بعد موافقة البرلمان عليها<sup>3</sup>، وحتى وإن كانت هذه الفئة من المعاهدات تستوجب موافقة أو مصادقة البرلمان عليها بمقتضى قانون، فلا يملك البرلمان أية سلطة قبلها، ولا يُتصور إبرام معاهدات وإعداد مشروعات قوانين التصديق عليها إلا من طرف السلطة التنفيذية، كما لا يستطيع أعضاء البرلمان كذلك بإدخال أية تعديلات عليها، مع احتفاظهم بحق رفض مشروع المعاهدة، وهو ما يدفعنا إلى القول بأن قانون التصديق على المعاهدة هو مجرد إذن أو ترخيص من البرلمان لرئيس الجمهورية للتصديق

---

<sup>1</sup> - فإذا تم رفض مشروع المعاهدة من قبل أعضاء البرلمان تستطيع السلطة التنفيذية إعادة إجراء المفاوضات بهدف الوصول إلى مشروع يقنع به أعضاء البرلمان، ويبرر الفقه ذلك بالنظر إلى خصوصية تلك الطائفة من المعاهدات الدولية، باعتبار أنها تعبر عن إرادة دول أخرى، لا يستطيع المشرع الوطني فرض إرادته عليها، الأمر الذي تبنته معظم الدساتير المعاصرة بما فيها الدساتير محل الدراسة.

<sup>2</sup> - حتى وإن كان من الاتفاقات التي تقوم بها الحكومة لا تخضع إلا لتصديق رئيس الجمهورية أو موافقة البرلمان عليها حتى ترتب آثارها، إلا أنه يشترط نشرها في الجريدة الرسمية بعد توقيع رئيس الجمهورية على قرار النشر حتى تلتزم بها كل السلطات، ويمكن إدماجها في القانون الوطني؛ انظر كذلك /نص المادتين 52 و53 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

- DHOMMEAU, J., La conclusion des engagements internationaux en droit français, A.F.D.I, 1975, p.815.

<sup>3</sup> - وهي تلك المعاهدات المتعلقة بالسلم، والمعاهدات التجارية، والمعاهدات التي تترتب عليها تكاليف تلزم مالية، وكذلك المعاهدات التي تدخل تغيير على أحكام ذات طبيعة تشريعية، والمعاهدات التي لها علاقة بحالة الأشخاص، والمعاهدات التي تتضمن التخلي أو استبدال أو إلحاق إقليم؛ انظر، نص المادة 53 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

على المعاهدة<sup>1</sup>. إضافة إلى ذلك فقد اشترطت المادة 53 فقرة أخيرة من الدستور الفرنسي بضرورة اللجوء إلى الاستفتاء حول المعاهدات التي تتعلق بالتخلي عن التراب الوطني أو استبدال أي جزء من إقليم الدولة<sup>2</sup>. أما في الجزائر، نجد أن المؤسس الدستوري الجزائري قد تأثر بالدستور الفرنسي في التمييز بين طائفتين من المعاهدات الدولية، الأولى نصت عليها المادة 91 فقرة 9 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>3</sup> التي تمنح لرئيس الجمهورية حق إبرام المعاهدات الدولية والمصادقة عليها، وفي هذا النوع من المعاهدات لا يمكننا الحديث عن أية سلطة تذكر يملكها البرلمان قبلها، إلا ما تعلق منها بمراقبة أعمال السلطة التنفيذية على الوجه الذي حدده الدستور<sup>4</sup>.

أما الطائفة الثانية من المعاهدات الدولية نظرا لأهمية وخصوصية المسائل التي تناوّلها يستلزم الدستور قبل التصديق عليها صراحة، والتي تتعلق أساسا باتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة والاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر وبالجمعيات وبالتكامل الاقتصادي والمنصوص عليها في المادة 149 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>5</sup>.

لكن بالرغم من اشتراط موافقة البرلمان على تلك المعاهدات، إلا أن المشرع لا يستطيع أن يعدل من بنود المعاهدة أو الاتفاق، أو أن يوجه السلطة التنفيذية في إبرام معاهدة معينة أو لا، كما لا يملك المشرع أيضا حق المبادرة بمشروع معاهدة، الذي يقتصر على السلطة التنفيذية دون سواها.

ولقد تأثر المؤسس الدستوري المصري بالدستور الفرنسي في التمييز بين المعاهدات الدولية، حيث اشترطت المادة 151 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 ضرورة موافقة مجلس النواب على جميع المعاهدات قبل التصديق عليها من طرف رئيس الجمهورية، مع ضرورة استفتاء الشعب حول معاهدات الصلح والتحالف وما يتعلق بحقوق السيادة، على أن لا يتم التصديق عليها إلا بعد موافقة الشعب

<sup>1</sup> - ROUSSEAU.Ch, La constitution de 1958 et les traités ,1960,p.469.

<sup>2</sup> - تنص المادة 53 الفقرة الأخيرة من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées. »

<sup>3</sup> - انظر نص المادة 91/9 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 9/77 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

<sup>4</sup> - تنص المادة 148 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 130 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على ما يلي: « يمكن البرلمان أن يفتح مناقشة حول السياسة الخارجية بناء على طلب رئيس الجمهورية أو رئيس إحدى الغرفتين. يمكن أن تتوج هذه المناقشة، عند الاقتضاء، بإصدار البرلمان، المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا، لائحة يبلغها إلى رئيس الجمهورية. »

<sup>5</sup> - انظر نص المادة 149 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 131 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

عليها، إلى جانب ذلك لا يجوز إبرام أي معاهدة قد تخالف أحكام الدستور أو ينتج عنها التخلي عن أي جزء من إقليم الدولة<sup>1</sup>.

وبناء على ما تقدم، يمكننا القول بأنه إذا كان إبرام المعاهدات الدولية وإقرارها هو أمر تستأثر به السلطة التنفيذية، فإن دور البرلمان يقتصر فقط في الموافقة الشكلية على بنود المعاهدة التي قدمتها السلطة التنفيذية، مع احتفاظها بحق الرفض أو إرجاء النظر فيها، دون أن تكون لها القدرة على إدخال أي تعديل على بنود تلك المعاهدة، وهو أمر يؤكد لنا مدى سيطرة السلطة التنفيذية على جميع مراحل إنشاء المعاهدات الدولية، بدء بالمفاوضة والتصديق عليها، في مقابل انحسار الدور التشريعي للبرلمان في هذا الإطار، حيث أننا لا نكاد نلمح أي أثر للسلطة التقديرية للمشرع على مراحل إنشاء المعاهدات الدولية.

### ب- انحسار الدور التشريعي للبرلمان في المجال المالي

ولما كانت معظم الدساتير المعاصرة قد منحت البرلمان صلاحية التشريع في المجال المالي بالنظر لما للقوانين المالية من أهمية، إلا أن السلطة التنفيذية أصبحت تحتكر التشريع في المجال المالي، في مقابل انحسار الدور التشريعي للبرلمان في سن تشريعات في المجال المالي<sup>2</sup>.

ومادام أن الدساتير محل الدراسة قد منحت البرلمان اختصاصات تشريعية في المجال المالي، فإنه قيّد من سلطة المشرع حال ممارسته لهذه الاختصاصات، في مقابل انطلاق دور السلطة التنفيذية، التي تبقى صاحبة الاختصاص الحقيقي في هذا المجال، وذلك بالنظر إلى تحكّمها في جميع مراحل إنشاء القوانين المالية بالصورة التي جعلت دور المشرع في هذا المجال يقتصر فقط على مجرد الموافقة على مشاريع قوانين المالية التي تقدمها الحكومة، وهو أمر يدفعنا إلى التساؤل عن سلطة البرلمان في سن تشريعات في المجال المالي؟

وإذا كان البرلمان يستند على الدستور في ممارسة اختصاصاته في سن التشريعات لاسيما التشريع في المجال المالي، إلا أننا نجد أن الدستور ذاته قد ألزم البرلمان بضرورة إتباع مجموعة من الإجراءات لإقرار القوانين المالية بالشكل الذي يقيد من سلطة المشرع في سن القوانين في المجال المالي، ومن ناحية أخرى استثنى

<sup>1</sup> - تنص المادة 151 من دستور 1971 قبل تعديلها في 2014 على ما يلي: « رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات، ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان. وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة. على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة، أو التي تتعلق بحقوق السيادة، أو التي تحمل خزانة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة في الموازنة، تجب موافقة مجلس الشعب عليها. » وبالمقارنة مع نص المادة 151 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، نجد أن المادة 151 من دستور 1971 قد اشترطت موافقة مجلس الشعب على معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة، أو التي تتعلق بحقوق السيادة، أو التي تحمل خزانة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة في ميزانية الدولة. هذا بخلاف المادة 151 من دستور مصر لسنة 2014، التي اشترطت موافقة مجلس النواب على جميع المعاهدات بما فيها تلك التي استلزمته المادة 151 من دستور 1971 موافقة مجلس الشعب عليها قبل التصديق عليها من قبل رئيس الجمهورية.

<sup>2</sup> - LEMIRE.P, Finances publiques, 8<sup>ème</sup> édition, Paris, 1986, p.254 ; BURDEAU.G, Droit constitutionnel et institutions politiques, op cit, p.651.

السلطة التنفيذية بالتشريع في المجال المالي، هذه الأخيرة أصبحت تلعب دورًا أساسيًا في التأثير على عمل البرلمان، سواء من خلال توجيه عمل البرلمان، أو التحكم في جميع مراحل إنشاء القوانين المالية، وهو الأمر الذي أدى إلى انحسار دور المشرع في سن التشريعات في المجال المالي، واقتصر دوره فقط على مجرد الموافقة على مشاريع قوانين المالية المقدمة من الحكومة<sup>1</sup>، باعتبار أن معظم النظم الدستورية قد منحت حق المبادرة بمشاريع قوانين المالية للسلطة التنفيذية دون البرلمان، وقد يُبرر انفراد السلطة التنفيذية في هذا الشأن إلى أن المجال المالي في الدول الحديثة ليس مستقلا عن النشاط السياسي لارتباطه بالأهداف الاقتصادية والاجتماعية لنشاط الدولة، إضافة إلى ذلك يتطلب إعداد مشروع قانون المالية ضرورة القيام بالدراسات الميدانية من أجل جمع المعلومات والإحصائيات والبيانات التي تستوجب بدورها إمكانيات مادية وبشرية قد لا تمتلكها السلطة التشريعية، ولذلك تتولى السلطة التنفيذية مهمة إعداد وتحضير مشاريع القوانين المالية، وتقتصر مهمة البرلمان على مناقشة ما تقدمه الحكومة من مشاريع في هذا المجال، ثم يصوت عليها إما بالقبول أو الرفض<sup>2</sup>.

والملاحظ على الدساتير محل الدراسة بأنها أسندت مهمة المبادرة في المجال المالي إلى الحكومة وحدها دون البرلمان، ففي فرنسا تعود المبادرة في إعداد مشروع قانون المالية إلى الحكومة، الأمر الذي يعني استبعاد مبادرة النواب بالاقترح في هذا المجال على الرغم من أن ذلك يدخل ضمن مجال الاختصاص التشريعي للبرلمان، وهو ما نصت عليه المادة 39 من الدستور الفرنسي في فقرتها الثانية<sup>3</sup>، ولقد تأثر المؤسس الدستوري الجزائري بالدستور الفرنسي في إقرار انفراد الحكومة بالمبادرة بمشروع قوانين المالية وهو ما نصت عليه المادة 138 فقرة 10 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 120 فقرة 10 من الدستور الجزائري لسنة 1996) بأنه «وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقا، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر»، الأمر الذي يدل على احتكار الحكومة حق المبادرة بمشاريع قوانين المالية.

أما بالنسبة للدستور المصري، فلم ينص صراحة على ذلك، لكن بالرغم من أن المادة 122 من الدستور الحالي قد منحت حق المبادرة بقوانين لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء وأعضاء مجلس النواب، إلا أن السلطة التنفيذية تبقى صاحبة الاختصاص الحقيقي للمبادرة بمشروعات قوانين المالية<sup>4</sup>، كما أن المادة 101 من الدستور قد حصرت الاختصاص التشريعي للبرلمان في المجال المالي على مجرد إقرار الموازنة

<sup>1</sup> - انظر، ماربط فدوى، المرجع السابق، ص. 236؛ عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 108؛ عقيلة خرباشي، المرجع السابق، ص. 156.

<sup>2</sup> - Claud MARTINEZ.J et DIMALTA.P ,Droit budgétaire, 3<sup>ème</sup> édition ,Librairie de la cour de cassation ,Paris ,1999,p.5-150.

<sup>3</sup> - تنص المادة 39 فقرة 02 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« L'initiative des lois appartient concurremment au Premier Ministre et aux membres du Parlement. »

<sup>4</sup> - فإذا كانت القاعدة العامة بأن يتولى البرلمان حق اقتراح القوانين، إلا أن معظم دساتير الدول قد عهدت حق إعداد مشروع قانون المالية إلى السلطة التنفيذية دون البرلمان، الذي يقتصر دوره في المناقشة والتصويت فقط.

العامية، حيث نصت بأن « يتولى مجلس النواب سلطة التشريع ، وإقرار السياسة العامة للدولة، والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، والموازنة العامة للدولة..» تماشياً ما أقره المؤسس الدستوري الفرنسي والجزائري.

ولا تظهر سيطرة السلطة التنفيذية على المبادرة في المجال المالي في إعداد مشروع قانون المالية فقط، بل يمتد ذلك أيضا لتقييد كل اقتراح من قبل أعضاء البرلمان يستهدف التعديل، كما يمكننا أن نبرر احتكار الحكومة للمبادرة في المجال المالي بالنظر إلى الاعتبارات السياسية والتقنية والفنية التي تتمتع بها الحكومة. ومن جهة ثانية نصت عليه المادة 40 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على أن المقترحات والتعديلات التي يتقدم بها أعضاء البرلمان ترفض إذا كان قبولها يؤدي إما إلى تخفيض الموارد، وإما إلى إحداث تكليف عمومي أو زيادة في تكليف موجود<sup>1</sup>، وهو ما نصت عليه المادة 139 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والمادة 120 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، ذلك بأن مقترحات القوانين ومقترحات التعديل المقدمة من قبل أعضاء البرلمان لا تكون مقبولة إذا كان إقرارها يخل بالتوازنات المالية للدولة التي تم ضبطها في قوانين المالية<sup>2</sup>.

إلى جانب ذلك، تكشف إجراءات مناقشة مشروع قانون المالية مدى ضعف الدور التشريعي للبرلمان في هذا المجال بالصورة التي لا نكاد نذكر أي أثر لسلطة المشرع التقديرية، ففي فرنسا يودع مشروع قانون المالية لدى مكتب الجمعية الوطنية أولا من أجل مناقشة وإقراره في الأجل المحدد قبل انتقاله إلى مجلس الشيوخ<sup>3</sup>، بالإضافة إلى تقديم تقرير عن تطور الاقتصاد الوطني يعرض على البرلمان، وفي حالة عدم إقرار مشروع قانون المالية من طرف البرلمان خلال أجل مدته سبعة أيام (70) يوما، فإن الحكومة تبدأ في تنفيذ المشروع بموجب أمر .

وبالرجوع إلى نص المادة 138 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>4</sup> يتضح لنا بأن البرلمان في هذه الحالة لا يتمتع بذات الحرية التي يتمتع بها في مناقشة وإقرار قوانين المالية، كما أنه في حالة حدوث خلاف بين الغرفتين لا يمكن للبرلمان إدخال أي تعديلات على النص الذي اقترحه اللجنة المتساوية الأعضاء، إلا بعد موافقة الحكومة على ذلك، وفي حالة عدم المصادقة على مشروع قانون المالية في مدة أقصاها خمسة

<sup>1</sup>- تنص المادة 40 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques ,soit la création ou l'aggravation d'une charge publique. »

<sup>2</sup>- انظر نص المادة 139 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 121 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، والمادة 120 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014.

<sup>3</sup>-تنظم شروط التصويت الخاصة بقوانين المالية الأمر رقم 02/59 الصادر في 02 جانفي 1959 والمعدل بالقانون الأساسي الصادر في 22 جوان 1972.

<sup>4</sup>- يقابلها نص المادة 120 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

وسبعون(75)يوما من تاريخ إيداعه يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بموجب أمر له قوة قانون المالية.

أما في مصر، فلقد اشترطت المادة124من الدستور المصري الصادر في 18 يناير2014 ضرورة عرض مشروع الموازنة العامة للدولة على مجلس النواب قبل تسعين(90)يوما على الأقل من بدء السنة المالية، ولا تكون نافذة إلا بموافقة عليها، كما لا تستطيع الحكومة تعديلها بزيادة النفقات أو نقل أي مبلغ من باب لآخر من أبواب الميزانية إلا بعد موافقة مجلس النواب على ذلك<sup>1</sup>.

وبالبناء على ما تقدم، يمكننا القول بأن دور البرلمان في الدستورين الجزائري والمصري يتميز بالضعف متأثرا في ذلك بالدستور الفرنسي في هذه الإطار، الذي ميز بين مجال القانون الذي يختص به البرلمان، وبين مجال التنظيم الذي تختص به السلطة التنفيذية، وخلصنا في الأخير إلى أن اللائحة أو التنظيم أصبح له مجال واسع، لأن السلطة التنفيذية في الدساتير محل الدراسة أصبحت تتدخل في جميع مراحل العملية التشريعية، وقد أصبح الاقتراح حقا مشتركا بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من الناحية النظرية، لكن من الناحية الواقعية فإن السلطة التنفيذية هي التي تبادر باقتراح مشاريع القوانين، بالإضافة إلى سيطرة السلطة التنفيذية على عملية المناقشة والتصويت.

وتبعاً لذلك أصبحت السلطة التنفيذية في الدساتير محل الدراسة مشرعاً حقيقياً، ولا يمارس البرلمان وظيفة سن القوانين إلا في نطاق ضعيف جدا ومحدود لا يمكنه تجاوزه، في مقابل إطلاق العنان للسلطة التنفيذية لتشريع بحرية في المسائل التي لا تدخل في مجال القانون؛ فليس الجمهورية في الدساتير محل الدراسة يساهم في العملية التشريعية، وينفرد بمباشرة الوظيفة التشريعية في حالة غياب البرلمان، ويتمتع بسلطة التشريع في الظروف الاستثنائية، كما يملك حق التصديق عليها، أو الاعتراض عليها بطلب قراءة ثانية، إضافة إلى حقه في اللجوء إلى الاستفتاء، وحقه في حل المجلس التشريعي، كما تملك الحكومة كذلك عدة وسائل تشارك من خلالها في العملية التشريعية، حيث تنفرد بحق المبادرة في المجال المالي، كما تتولى مهمة تنفيذ القوانين ونشرها .

ولما كان للسلطة التنفيذية الدور الأساسي في مجال التشريع على نحو يضعف الدور التشريعي للبرلمان، ويهدد مكانته في هذه الدول، فإنه إلى جانب هيمنة السلطة التنفيذية على عمل البرلمان، توجد عوامل أخرى تؤثر على عمل البرلمان منها ما يتعلق بتأثير الأحزاب السياسية على العمل التشريعي، إضافة إلى تأثير اللجان البرلمانية وجماعات الضغط على عمل البرلمان.

<sup>1</sup> -انظر نص المادة 124 من الدستور المصري لسنة 2014 .

## المطلب الثاني

### عوامل أخرى مؤثرة على العمل التشريعي

الحقيقة أن العوامل التي تؤثر على السلطة التقديرية للمشرع لا تقتصر فقط على هيمنة الحكومة وتحكمها في الوظيفة التشريعية، سواء من خلال تحكم رئيس الجمهورية في العمل التشريعي، أو تفوق الحكومة في كافة مراحل إعداد القانون، بل توجد عوامل أخرى تؤثر في عمل السلطة التشريعية، سواء من خلال تأثير الأحزاب السياسية على عمل البرلمان و التأثير على أعضاء البرلمان وتوجيه إرادتهم بما يخدم مصالح هذه الفئة وفق ما تنص عليه المادة 03 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 52 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>1</sup>، والمادة 74 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014<sup>2</sup>، إلى جانب الضغط الذي تمارسه جماعات الضغط على السلطة العامة لاسيما التأثير على السلطة التشريعية، و الضغط على أعضائها من أجل إصدار قانون أو منع إصداره بما يخدم مصالح تلك الجماعات، إضافة إلى اللجان البرلمانية -الدائمة التي لها دور فعال في إعداد ودراسة مشروعات أو اقتراحات القوانين بالشكل الذي قد يؤثر على عمل البرلمان ويقيد من سلطة المشرع التقديرية .

ولنا أن نتساءل عن مدى تأثير الأحزاب السياسية على عمل البرلمان؟ وكذا دور جماعات الضغط في التأثير على سلطة المشرع التقديرية؟ وما هو دور اللجان البرلمانية في السيطرة على مشروعات أو اقتراحات قوانين؟ وحتى يتسنى لنا الإجابة على التساؤلات سوف نتطرق أولاً إلى معرفة مدى تأثير الأحزاب السياسية على عمل البرلمان (الفرع الأول)، ثم نحاول تبيان مدى تأثير اللجان البرلمانية وجماعات الضغط على عمل السلطة التشريعية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### مدى تأثير الأحزاب السياسية على عمل البرلمان

للأحزاب السياسية دور كبير في الحياة السياسية خاصة بالنسبة لعمل البرلمان، ذلك بأن الأحزاب السياسية كتنظيم يسعى للحصول على مساندة شعبية من أجل الوصول إلى السلطة وممارستها لتحقيق أهداف ومصالح أعضائها، وذلك من خلال ممارسة الضغط على السلطة لاسيما السلطتين التشريعية والتنفيذية حتى تتخذ قرارات تتماشى مع أهدافها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- يقابلها نص المادة 42 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>2</sup>- انظر نص المادة 03 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 52 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 42 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، والمادة 74 من الدستور المصري لسنة 2014.

<sup>3</sup>- انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 322 و 566.

كما تعتبر الأحزاب السياسية ضرورة من ضرورات الحياة الديمقراطية وعاملاً رئيسياً من عوامل الحياة السياسية داخل كل نظام سياسي، وباعتبار أنها-الأحزاب السياسية تلعب دوراً أساسياً في الأنظمة السياسية والوسيلة الفعالة للتأثير في الرأي العام، كما أنها تربط بين الناخبين والمنتخبين<sup>1</sup>.

ونظراً لما للأحزاب السياسية من أهمية بالغة، فإن لها دوراً كبيراً في مرحلة الانتخاب والترشح من جهة، والتأثير على أعضاء البرلمان المنتخبين من جهة ثانية، وهو الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول مدى تأثير الأحزاب السياسية على عمل البرلمان؟ وحتى يتسنى لنا الإجابة على هذه الإشكالية سوف نحاول التطرق أولاً إلى دور الأحزاب السياسية في مرحلة الترشح والانتخاب (أولاً)، ثم دور الأحزاب السياسية في التأثير على أعضاء البرلمان (ثانياً).

### أولاً: دور الأحزاب السياسية في مرحلة الترشح والانتخاب

الحقيقة أنه إذا كانت للأحزاب السياسية أهمية بالغة في النظام الديمقراطي، فإنها تقوم بدور رئيسي في التمثيل السياسي، وذلك من خلال قيامها بدور الوسيط بين الناخبين والمنتخبين بتوجيه الهيئة الناخبة، والتأثير عليها لاختيار أعضاء البرلمان سواء في مرحلة الترشح أو الانتخاب، لنا أن نتساءل حول حقيقة تأثير الأحزاب السياسية على اختيار أعضاء البرلمان؟ وللإجابة على ذلك سوف نحاول أولاً معرفة دور الأحزاب السياسية في اختيار المرشحين والتأثير على الناخبين لاختيار أعضاء البرلمان (أ)، ثم مدى تأثير الأحزاب السياسية على سير العملية الانتخابية (ب).

### أ- دور الأحزاب السياسية في اختيار أعضاء البرلمان

تتولى الأحزاب السياسية مهمة التوعية حول السياسة المتبعة في الدولة و موقفها منها ، كما توضح إيديولوجيتها للشعب وبرامجها قصد زيادة عدد المنخرطين فيها، ولكي يستمر بقاؤها يجب أن تكون معبرة عن تطلعات و آمال طبقة أو فئة من فئات المجتمع.

ومن هنا نجد أن الأحزاب السياسية تضمن بقائها طالما بقيت معبرة و موجهة لرأي المجموعة التي تمثلها، وهي بذلك تمكن أعضائها وحتى غيرهم من التعرف على المترشحين، وتوجيه اختياراتهم<sup>2</sup>.

وعلى ذلك، فإن الأحزاب السياسية في الغالب تسيطر على عملية اختيار المترشحين، فقد يكون للأحزاب الحرية المطلقة في اختيار مترشحها خاصة في الحالة التي يشترط القانون في المترشح أن يكون تحت رعاية حزب سياسي معين، كما قد توجد أيضاً ظروف واقعية قد تدفع الشخص اللجوء إلى حزب سياسي

<sup>1</sup>- انظر ، سليمان محمد الطماوي ،السلطات الثلاث...، المرجع السابق، ص.617؛ سعيد بوشعير، المرجع السابق، ص.120.

<sup>2</sup>- انظر ،نبيلة عبد الرحيم كامل، الأحزاب السياسية في العالم المعاصر، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص. 71 .

من أجل ترشيحه ودعم ترشحه في العملية الانتخابية، وذلك بالنظر لما تتمتع به الأحزاب السياسية من امتيازات وإمكانات متعددة لا يتوافر عليها المترشح.

إضافة إلى ذلك، هناك عوامل أخرى تؤثر في اختيار الحزب للمترشحين، منها ما يرتبط بحجم الدائرة الانتخابية، حيث تتأثر الأحزاب السياسية بحجم الدائرة الانتخابية التي تتم فيها العملية الانتخابية، ذلك بأن سلطة الأحزاب تزداد وتبرز في هذا الإطار كلما كان حجم الدائرة الانتخابية كبيرا، وكلما ضاق حجم الدائرة الانتخابية يضيق ويضعف نفوذ الحزب في المجتمع<sup>1</sup>، ومنها ما يتعلق بتأثير التقاليد والأعراف السائدة في المجتمع على الأحزاب السياسية عند اختيار مرشحيها في البرلمان، وبذلك يزداد نفوذ الأحزاب في بعض الدول طبقا لما جرت عليه تقاليدها مثل ما هو الأمر في المملكة المتحدة، حيث جرت العادة على أن يكون المترشح معيناً من قبل حزب من الأحزاب السياسية في الدولة.

إلى جانب ذلك، فقد تؤثر البيئة أيضا على الأحزاب السياسية في اختيار مرشحيها في البرلمان، حيث يزداد نفوذ الأحزاب السياسية في المدن في اختيار مرشحيها، بعكس المناطق الريفية التي يكون دور الحزب فيها ضعيفا، باعتبار أن العلاقات في هذه المناطق تتركز أساسا على الاعتبارات الشخصية التي يكون لها دور كبير في التأثير على الأحزاب السياسية في اختيار المترشحين، وتوجيه إرادة الناخبين في اختيار أعضاء البرلمان، وتتأثر في ذلك بالعوامل السائدة في الدولة لاسيما المتعلقة منها بحجم الدائر الانتخابية، فإذا كانت الأحزاب السياسية تلعب دورا رئيسيا في اختيار المترشحين في البرلمان، فإنها تؤثر كذلك في سير العملية التشريعية وذلك من خلال عدة وسائل<sup>2</sup>.

### ب- مدى تأثير الأحزاب السياسية في سير العملية التشريعية

إلى جانب تأثير الأحزاب السياسية على عملية اختيار مرشحيها في البرلمان تؤثر كذلك على سير العملية الانتخابية، وذلك من خلال وسائل متعددة، حيث تقوم الأحزاب السياسية بتمويل الانتخابات للمترشح الذي اختارته للقيام بالدعاية الانتخابية له، وتعتبر هذه الأخيرة من أهم الوسائل التي تؤثر في الناخبين وتوجيههم والتأثير فيهم لتأييد مرشح أو آخر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، نعمان احمد الخطيب، الأحزاب السياسية ودورها في أنظمة الحكم المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1983، ص. 594؛ طارق فتح الله خضر، دور الأحزاب السياسية في ظل النظام النيابي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1986، ص. 305؛ زهير شكر، الوسيط في القانون الدستوري اللبناني، بدون دار نشر، بيروت، 2006، ص. 130.

<sup>2</sup> - Burdeau, G., Traité de science politique, 2<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J, Paris, 1970, p. 268.

<sup>3</sup> - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص. 223؛ سعاد الشراوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، بدون دار النشر، القاهرة، 2007، ص. 200.

-MORANGE. J, La liberté d'association en droit public, PUF, paris, 1977, p.88.

ذلك بأن وسائل الدعاية متعددة، إذ يمكن أن تستعمل الأحزاب الوسائل السمعية البصرية أو الوسائل المكتوبة، أو عن طريق عقد مؤتمرات من أجل الدعوة إلى تأييد مرشح الحزب، كما أن الأحزاب السياسية من خلال سير العملية الانتخابية تسعى إلى نشر أفكار الحزب و أهدافه ومحاولة جذب عدد كبير من الناخبين، والعمل على إقناعهم بمعتقدات الحزب ومبادئه، وبذلك فإن الأحزاب السياسية لا تستهدف الوصول إلى السلطة فقط، وإنما أيضا نشر أفكارها ومبادئها، ومن ثم فإن الانتخابات ومن ورائها السلطة لا تمثل لهذا النوع من الأحزاب سوى وسيلة للوصول إلى هدف، وهو نشر الأفكار والمعتقدات التي تدين بها وتعتنقها، وهو الأمر الذي دفع جانب من الفقه إلى القول بأنه بدلا من استعمال الأحزاب لضمان الفوز في الانتخابات استعملت الانتخابات لتأمين أو لضمان أوثبات الأحزاب، وأصبح الحزب هو الغاية والانتخابات هي الوسيلة.

ومما سبق، يتجلى دور الأحزاب السياسية في سير العملية الانتخابية في التمويل والدعاية الانتخابية للمترشح، ومن جهة ثانية العمل على نشر أفكار الأحزاب السياسية ومبادئها، ومحاولة إقناع الناخبين بهذه المبادئ التي تقوم عليها. ولما كان للأحزاب السياسية دور هام في مرحلة الترشيح والانتخاب، فما هو دور الأحزاب السياسية في توجيه أعضاء البرلمان و التأثير على عمل البرلمان؟

### ثانيا: دور الأحزاب السياسية في التأثير على عمل السلطة التشريعية

الحقيقة أن دور الأحزاب السياسية لا يتوقف عند مجرد اختيار المترشحين في الانتخابات البرلمانية مثلا، والتأثير على سير العملية الانتخابية ونجاح مرشحيها في الانتخابات البرلمانية، بل يمتد أثرها نحو توجيه هؤلاء الأعضاء و التأثير على عملهم البرلماني، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل فيما إذا كان هؤلاء الأعضاء في البرلمان حال ممارستهم لاختصاصاتهم يتمتعون بحرية واستقلالية عن الأحزاب التي ينتمون إليها أم لا؟ فالأحزاب السياسية و إن كان عدد أعضائها كبيرا، إلا أنه في الغالب تُسيطر أقلية على الحزب، بل وقد يتحكم في الحزب رئيسه في تسيير الحزب، فضلا عن وجود عدة عوامل قد تزيد من سيطرة الأقلية على الحزب منها ما يرتبط باتساع نطاق دائرة الحزب، ومنها ما يتعلق بدرجة النضج والفهم لدى الرأي العام، حيث يلعب المستوى الثقافي والوعي السياسي دورا هاما في سيطرة الأقلية، فكلما زاد الوعي السياسي لدى الأفراد كلما خفت حدة سيطرة الأقلية، والعكس صحيح<sup>1</sup>.

ذلك بأن كل حزب سياسي يسعى في الغالب إلى إضفاء الشرعية على الرؤساء والزعماء، كما أن اتجاه إرادة الناخبين نحو إعادة انتخاب الزعماء الموجودين على قمة الأحزاب السياسية من شأنه أن يؤدي إلى تزايد سلطة هؤلاء الأقلية في الأحزاب أو بالأحرى سيطرة رئيس الحزب على أعضاء الحزب المنتخبين في

<sup>1</sup> - انظر، عبد الحميد متولي، أزمة الأنظمة الديمقراطية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص. 24.

البرلمان، فقد تميل الأحزاب السياسية إلى التضييق من حرية العضو في إبداء رأيه في البرلمان، وذلك من خلال إرغامه على التصويت وفق ما يراه الحزب مناسباً، وليس كما يراه النائب ويعتقد بأنه الصواب<sup>1</sup>، إلى جانب ذلك يعمل عضو البرلمان الذي ينتمي لأحد الأحزاب السياسية على تحقيق مصالح الحزب الخاصة دون تحقيق المصلحة العامة للشعب معتمدة في ذلك على أعضائها في البرلمان الخاضعين لها خضوعاً تاماً، فلا يستطيع عضو البرلمان التصويت على النص القانوني إلا إذا كان الحزب قد وافق عليه.

وفي الحالة التي يكون فيها رئيس الحزب هو رئيس الدولة عندما يسود نظام الحزب الواحد أو الحزب المسيطر على الرغم من وجود أحزاب أخرى غير فعالة، في هذه الحالة نكون أمام تشخيص للسلطة بأن يجمع رئيس الجمهورية رئاسة الحزب والسلطة التنفيذية في نفس الوقت، ويكون الحزب هو المسيطر وصاحب الأغلبية البرلمانية.

وبالتالي، فإن ما يراه رئيس الجمهورية وفي نفس الوقت رئيس حزب الأغلبية في البرلمان لا يستطيع أن يعترض عليه أحد، لأن عضو البرلمان لا يستطيع مخالفة إرادة أو ما يراه رئيس الحزب مناسباً، أي إحلال الأوامر الصادرة من قادة الأحزاب وزعمائها محل التفكير الحر لممثلي الشعب في البرلمان، وبالتالي تصويتهم في البرلمان يبنى على أساس ارتباطهم الحزبي وليس باعتبارهم كممثلين للشعب<sup>2</sup>.

وقد يكون السبب الذي يدفع عضو البرلمان إلى الخضوع التام لقرارات الحزب هو الرغبة في إعادة الترشح وانتخابه في البرلمان مرة أخرى، أي أن عضو البرلمان لا يستطيع مخالفة أوامر رئيس الحزب بشأن نص قانوني معين ليس فقط لالتزامه الحزبي، بل أن معارضته قد تؤدي إلى إسقاط عضويته من الحزب، الأمر الذي يجعل الأحزاب السياسية تمارس الضغط والرقابة على الأعضاء المنتخبين في البرلمان الذين يكونون مسؤولين أمام الحزب، بل يمكن للحزب أن يطبق عليهم عدة عقوبات قد تصل إلى إسقاط عضويتهم من الحزب .

كما أن جلسات المناقشة التي تجرى داخل البرلمان لا تعتبر مجددة، باعتبار أن القوانين في الغالب تكون قد نوقشت سلفاً في اجتماعات الحزب، واتخذ موقفه بشأنها إما بالموافقة أو الرفض، الأمر الذي عبر عليه نائب بريطاني بقوله (لقد استمعت في مجلس العموم إلى خُطبةٍ عظيمة غيرت رأبي، ولكنني لم أسمع خطبة واحدة غيرت صوتي)<sup>3</sup> .

وما دام أن عضو البرلمان لا يمكنه الخروج عن إرادة رئيس الحزب المسيطر، وهو في نفس الوقت رئيس الدولة، فإن القانون يكون في الواقع يعبر عن إرادة شخص واحد. فالتصويت على القوانين ليس إجراء

<sup>1</sup> - انظر، نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص. 85.

<sup>2</sup> - انظر، سعاد الشرفاوي، المرجع السابق، ص. 210؛ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص. 224.

<sup>3</sup> - EMILE. V, De la nécessité des parties organisés en régime parlementaire, Thèse, Paris, 1933, p.134.

أورده، ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 335.

يشارك فيه أعضاء البرلمان، بل أن جميع القوانين هي في الأصل من صنع الحزب صاحب الأغلبية في البرلمان، كما أن الحزب نفسه يخضع إلى سيطرة الأقلية أو رئيس الحزب. ومن هنا يتضح لنا بأن عملية إصدار القوانين ما هي إلا تعبير عن الإرادة الشخصية لشخص معين أو فئة معينة، وإذا كانت إرادة العنصر البشري هي المسيطرة على صدور التشريع، يمكننا أن نتصور انحراف هذه الإرادة على المصلحة العامة. وبناء على ما تقدم، يمكننا القول بأنه إذا كان رئيس الجمهورية هو رئيس الحزب المسيطر وصاحب الأغلبية في البرلمان، فإن القانون في هذه الحالة يكون تعبيراً عن إرادة رئيس الجمهورية، ولا يملك أعضاء البرلمان حق الخروج على هذه الإرادة، حتى وإن كان القانون صادراً عن أعضاء البرلمان، فإنه في الواقع صادر عن رئيس أو زعيم الحزب المسيطر، وهو أمر قد يؤدي إلى إصدار قوانين لا تستهدف تحقيق المصلحة العامة مثل إصدار قوانين لتحقيق مصلحة سياسية أو حزبية أو قوانين تهدف إلى الإضرار بفئة معينة. ذلك بأنه إلى جانب تأثير الأحزاب السياسية توجد عوامل أخرى تؤثر على عمل البرلمان في إصدار القوانين منها الجماعات الضاغطة، واللجان البرلمانية.

## الفرع الثاني

### مدى تأثير جماعات الضغط واللجان البرلمانية على عمل السلطة التشريعية

لما كان للأحزاب السياسية دور هام في التأثير على عمل البرلمان، وتوجد قوى سياسية أخرى لها دور كبير في التأثير على عمل البرلمان، ومن هذه القوى السياسية جماعات الضغط التي تسعى دائماً إلى التأثير على السلطات العامة لاسيما السلطة التشريعية، وذلك من أجل تحقيق مصالحها. إلى جانب ذلك تلعب اللجان البرلمانية دور المخابر التشريعية والمختصة بدراسة وفحص وتقييم مشاريع أو اقتراحات قوانين، وهو أمر قد يؤثر على إصدار القوانين. وحتى يتسنى لنا معرفة مدى تأثير جماعات الضغط واللجان البرلمانية على عمل البرلمان سوف نتناول بالدراسة دور جماعات الضغط في التأثير على عمل البرلمان (أولاً)، ثم بيان دور اللجان البرلمانية في التأثير على عمل البرلمان (ثانياً).

### أولاً: مدى تأثير جماعات الضغط على عمل البرلمان

تعتبر جماعات الضغط من القوى السياسية الفعالة في المجتمع، والتي تسعى دائماً إلى توجيه السلطات العامة في الدولة والتأثير عليها من أجل تحقيق مصالحها لاسيما التأثير على عمل البرلمان<sup>1</sup>، ذلك بأن كل جماعة تهدف إلى التأثير على السلطة السياسية من أجل الوصول إلى أهدافها أو تحقيق مصالحها تعتبر جماعات ضغط<sup>2</sup>. ولمعرفة دور جماعات الضغط في التأثير على عمل البرلمان سوف نُعرف أولاً جماعات الضغط وأنواعها (أ)، ثم نُبيِّن مدى أهمية هذه الجماعات و أساليبها في التأثير على عمل البرلمان (ب).

<sup>1</sup> - C.U.J.A.S, 4<sup>ème</sup> é, Droit constitutionnel et institution politiques, CADOUX. Ch, 1995, p.314. é  
<sup>2</sup> - PIERRE .G et DANIEL. G, Droit constitutionnel et institutions politiques ,P.U.F, 1976, p.47.

## أ-تعريف جماعات الضغط و أنواعها

تعرف جماعات الضغط بأنها مجموعات تسعى للدفاع عن مصالح أعضائها الخاصة بالتأثير على السلطة<sup>1</sup>، أو هي عبارة عن فئات معينة من الشعب تلجأ إلى شتى الوسائل للدفاع عن مصالح أعضائها والتأثير على السلطة السياسية من أجل تحقيق الأهداف التي تسعى إلى الوصول إليها<sup>2</sup>.

حيث توجد تصنيفات كثيرة لجماعات الضغط وأشهر وأقوى هذه الجماعات توجد في الولايات المتحدة الأمريكية في شكل لوبيات (Lobbie)، فالبعض منها قد تكون جماعات مبادئ أو أفكار تهدف إلى فرض أفكار معينة سواء أخلاقية أو سياسية مثل الدفاع عن حقوق الإنسان، ولكن أغلبها جماعات مصالح تدافع عن مصالح مادية مثل جماعات التجار وأصحاب الأعمال والنقابات واتحادات الفلاحين والمهن المختلفة<sup>3</sup>.

كما أن جماعات الضغط ذات الأهداف الإنسانية لا يظهر لها أي ضغط إلا عند مناقشة قوانين قد تمس أوجه نشاطها، حيث تضغط على السلطة الحاكمة لتحقيق مصالحها، ووفقا لهذا المعنى فإن جماعات الضغط لا تهدف إلى الوصول للسلطة أو الاشتراك فيها مثلما هو الأمر بالنسبة للأحزاب السياسية التي تسعى إلى تحقيق أهدافها ومصالحها، وإذا كانت جماعات الضغط تستهدف الوصول إلى السلطة تعتبر حزبا سياسيا<sup>4</sup>.

وإذا كانت جماعات الضغط تشمل كل جماعة تهدف إلى التأثير على السلطة العامة في الدولة، سواء كانت ذات صفة مهنية أو دينية أو مالية أو اتفاقية أو جماعات أخرى، فإنها تمارس ضغطا كبيرا على البرلمان لإصدار قانون أو منع قانون معين قد يمس مصالحها.

ويمكن تصنيف جماعات الضغط التي تؤثر على عمل السلطة التشريعية بما فيها السلطة التشريعية، بالنظر إلى أهمية عملية الضغط أو تصنيفها حسب المجالات أو المصلحة التي تسعى الجماعة إلى تحقيقها. فالمعيار الأول يقوم على أن هناك جماعات يكون عملها منصبا على التأثير على السلطة دائما، ويكون هدفها الأساسي هو ممارسة الضغط على السلطات العامة لاسيما السلطة التشريعية، وهي مؤسسات متخصصة تتدخل لدى الوزراء والنواب وكبار الموظفين للتأثير عليهم، وتسمى هذه الجماعات بجماعات الضغط الكلي أو جماعات الضغط المطلقة أو البحتة، في حين أن البعض الآخر يكون فيها الضغط السياسي جزءًا من نشاطها العام مثل النقابات والاتحادات المهنية والجمعيات المختلفة، وتسمى هذه

<sup>1</sup> - انظر، الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص. 271.

<sup>2</sup> - انظر، ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 334.

<sup>3</sup> - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص. 225.

<sup>4</sup> - انظر، عبد الله بوقفة، السلطة التنفيذية بين التعسف والقيود، المرجع السابق، ص. 278.

الجماعات بجماعات الضغط الجزئية. أما المعيار الثاني، فيقوم على المصلحة التي تسعى الجماعة إلى تحقيقها، ويمكن تقسيم جماعات الضغط إلى جماعات ذات مصالح سياسية وجماعات ذات مصالح مادية<sup>1</sup>. والحقيقة أن جماعات الضغط قد تكون جماعات ذات مصالح سياسية أو شبه سياسية أو جماعات ذات أهداف إنسانية أو جماعات ضغط قوية، فالجماعات ذات المصالح السياسية البحتة تعمل على أن تكون لها علاقة دائمة مع رجال السلطة لاسيما أعضاء البرلمان وتمارس عليهم الضغط باستمرار لتحقيق مصالحها، أي أنها جماعات تسعى إلى تحقيق مصلحة سياسية وتمارس ضغطا على السلطة العامة في الدولة لاسيما السلطة التشريعية لتحقيق هدفها السياسي .

أما جماعات الضغط شبه السياسية التي لا ينحصر نشاطها كله في الجوانب السياسية، إلا أن تلك الجماعات لا تستطيع تحقيق أغراضها بدون هذا الضغط السياسي، وهي تستعمل النشاط السياسي كوسيلة لتحقيق أهدافها الاقتصادية والاجتماعية، ومن أمثلتها نقابات العمال والاتحادات المهنية المختلفة. إضافة إلى ذلك هناك جماعات الضغط ذات الأهداف الإنسانية التي لا يكون هدفها الرئيسي هو ممارسة النشاط السياسي إلا نادرا لتحقيق مصالحها، لأنها تهدف أساسا إلى تحقيق أهداف إنسانية مثل جمعيات رعاية الطفولة أو الشيخوخة أو المعوقين والجمعيات الخيرية، وهي تنشط قصد الحصول على إعانات مالية وقوانين تخدم مصالحها، أما بالنسبة لجماعات الضغط القومية أو ذات الهدف، فهي جماعات تدافع عن مبادئ وقيم معينة على المستوى المحلي أو الوطني أو الدولي مثل جمعيات السلم الأخضر الدولية التي تدعو إلى الحد من استعمال الأسلحة النووية وتلويث البيئة، إلى جانب جماعات الضغط للدفاع عن مصالح الدول الأجنبية<sup>2</sup>. كل هذه التقسيمات نسبية وتتطور بتطور جماعات الضغط في عددها وأهدافها وأساليب عملها، ولنا أن نتساءل عن دور جماعات الضغط ووسائل تأثيرها على عمل البرلمان؟

### ب- دور جماعات الضغط ووسائل تأثيرها على عمل البرلمان

الحقيقة أن جماعات الضغط تعتبر قوة اعتراض وقوة اقتراح في نفس الوقت، وتكمن أهمية هذه الجماعات في التأثير على الأفراد من الناحية النفسية والاجتماعية، باعتبار أن الفرد يتأثر باتجاهات الجماعة التي ينتمي إليها، ويسعى دائما إلى تحقيق مصالحها. وتمثل عناصر وعوامل قوة جماعات الضغط عادة في قوتها المالية، إضافة إلى عامل كثرة عدد الأعضاء الذي له وزن مهم وتأثير بالغ على النواب خاصة في الفترات الانتخابية، حيث تستطيع هذه الجماعة أن توصل إلى السلطة كل من يدعم مطالبها، ويلتزم بتنفيذها بفعالية، إضافة إلى عامل حسن التنظيم والقدرة على الانتشار عبر الوطن مع كل ما يحقق مصالحها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - CADART. J, Institutions politique et droit constitutionnel, 3<sup>ème</sup> édition ,Economica, 1990, p.278.

<sup>2</sup> - BENOIT. J, Droit constitutionnel et institutions politiques , 8<sup>ème</sup> édition ,Daloz, 1991, p.64.

<sup>3</sup> - انظر، فتح الله حضر، المرجع السابق، ص.78.

ونظرا لما للجماعات الضاغطة من أهمية، فإنها لا تسعى للوصول إلى السلطة، وإنما تهدف أساسا إلى تحقيق مصالح أعضائها التي تكون غالبا مصالح اقتصادية أو اجتماعية، بخلاف الأحزاب السياسية التي تسعى دائما إلى تحقيق مصالحها هدف سياسي معين، كما يمكن لجماعات الضغط من أجل تحقيق مصالحها الخاصة أن تستعين بوسائل سياسية لتحقيق هذه المصالح، وذلك بتأييد بعض المترشحين للبرلمان مثلا، إلا أنها تسعى من وراء ذلك في الأساس إلى تحقيق مصالح أعضائها .

وإذا كانت جماعات الضغط تمارس ضغطا على جميع السلطات العامة في الدولة، إلا أن تأثيرها الأكبر على السلطة التشريعية يكون من خلال الضغط على أعضائها لإصدار قانون معين أو تمنع إصداره، بحيث تستعمل جماعات الضغط عدة وسائل للتأثير على أعضاء الجماعة نفسها، كما تسعى كذلك إلى الضغط على أعضاء الحكومة، وكذا التأثير على الرأي العام وتوجيهه، ويعتبر الاتصال بأعضاء البرلمان وسيلة هامة للضغط تستخدمها هذه الجماعات لتحقيق أهدافها ومصالحها، وقد يكون هذا الاتصال قبل إجراءات الانتخابات البرلمانية، كما قد يكون بعد الإعلان عن نتائج الانتخابات ومعرفة الفائزين أو بعد ذلك<sup>1</sup>.

وهو الأمر الذي قد ينعكس سلبا على أعضاء البرلمان في ممارسة اختصاصاتهم، بالشكل الذي قد يعيق تحقيق أهداف المصلحة العامة في سبيل إشباع حاجات ومصالح جماعات الضغط. ومن أجل ضمان استقلالية البرلمان وتحرير أعضائه من أي ضغط، فقد نصت معظم النظم الدستورية مثلا على عدم إمكانية الجمع بين عضوية البرلمان وبين وظائف أخرى، الأمر الذي نصت عليه المواد (115، 116، 120) من التعديل الدستوري لسنة 2016، المادة 103 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، والمادة 25 من الدستور الفرنسي لعام 1958<sup>2</sup>.

كما تلجأ جماعات الضغط إلى أسلوب المفاوضات و إثارة الحجج لإقناع أعضاء البرلمان من أجل تحقيق أهدافها، ومن الوسائل الفعالة التي تستخدمها هذه الجماعات دفع الأموال لأعضاء البرلمان وإغرائهم من أجل تحقيق مصالحها<sup>3</sup>.

ومن بين الوسائل غير المباشرة التي تعتمد عليها جماعات الضغط للتأثير على أعضاء البرلمان السيطرة على وسائل الإعلام واستخدامها وتوجيه رسائل إليهم قبل التصويت على قانون معين قد تتضمن التهديد بعدم المساعدة والدعم الانتخابي<sup>4</sup>، حيث تقوم جماعات الضغط بالتمويل المباشر من خلال الرعاية المدفوعة

<sup>1</sup> - انظر، عبد الله بوقفة، السلطة التنفيذية بين التعسف والقيود، المرجع السابق، ص. 265.

<sup>2</sup> - انظر نص المواد (115، 116، 120) من التعديل الدستوري لسنة 2016 تقابلها نص المواد (100، 100، 103) من الدستور الجزائري لسنة 1996، المادة 103 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، والمادة 25 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

<sup>3</sup> - DIMITRI. L, Les système politique français la V<sup>ème</sup> République ,4<sup>ème</sup> édition, Dalloz ,1986 ,p.170.

<sup>4</sup> - EL CHARKAWI .S, Les groupes de pression et le droit constitutionnel ,R.D.E.P, 1973,N°01, p.15.

للصحف أو إنشاء مجموعة من الصحف، بل أن جماعات الضغط تستطيع أن تمارس ضغطها عن الأحزاب السياسية كذلك، هذه الأخيرة قد تكون إحدى جماعات الضغط، أو تسعى لتحقيق أهداف أعضائها<sup>1</sup>.

إلى جانب التأثير على أعضائها وإقناعهم بمصالحهم وضرورة الدفاع عنها، فإن تأثيرها يمتد كذلك إلى أعضاء السلطة التنفيذية، فبقدر تدخل الحكومة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية بقدر ازدياد تدخل جماعات الضغط لديها وممارسة الضغط عليها، حيث تسعى هذه الجماعات إلى ممارسة الضغط على أعضاء الحكومة لاتخاذ القرارات التي تتفق ومصالح هذه الجماعة أو تتعاون معها في الضغط على أعضاء البرلمان لإصدار قوانين تخدم الطرفين، أو منع صدور قوانين تضر أو تهدد مصالحها، باعتبار أن الكثير من المشاكل المهنية هي في الحقيقة مشاكل سياسية، والبرلمانات لا تعتبر الجهة الوحيدة التي توجه الحياة السياسية أو تضع برامجها، ذلك بأن السياسة العامة للدولة تتحكم فيها مختلف القوى الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والتي أصبحت تمارس ضغوطات كبيرة على السلطات العامة في الدولة خاصة أعضاء السلطة التشريعية<sup>2</sup>.

وبالتالي، تتوافق المصلحة السياسية للحكومة مع المصالح المهنية أو الوظيفية لجماعات الضغط، كما تعتمد جماعات الضغط من أجل بقائها على استخدام الرأي العام ضد السلطة، وتعبئته وتوجيهه في الكثير من الأحيان لتحقيق أهدافها ومصالحها، حيث تلجأ لتعبئة الرأي العام بكل الوسائل منها ما يتعلق بتمويل الأحزاب السياسية وغيرها من التنظيمات والهياكل التي يمكن أن تتبنى مطالبها وتدافع عنها أمام السلطات العامة في الدولة لاسيما السلطة التشريعية، أو أن تلجأ هذه الجماعات للوصول إلى أهدافها إلى استعمال أنواع معينة من العنف كالأضرابات وعرقلة العمل الحكومي، ورفض التعامل مع السلطة وإجهاد بعض المشاريع الحكومية، وكذا العمل على خلق الأزمات المالية الخائفة .

ذلك بأن هذه المجموعات يزيد تأثيرها ويقوى بتوسع الحركة الجمعوية والمنظمات الفئوية المختلفة، الشيء الذي بدأنا نلاحظه في الجزائر منذ صدور الدستور الجزائري لسنة 1989. ومن هنا يبرز دور جماعات الضغط في الحياة السياسية لاسيما بالنسبة لعمل البرلمان، فقد يكون حزب سياسي معين مكون من أعضاء إحدى هذه الجماعات أو يخدم مصالحها، وقد يكون الحزب صاحب الأغلبية في البرلمان ويقع تحت تأثير هذه الجماعات من أجل إصدار قوانين لا تخدم أهدافها ومصالحها دون تحقيق المصلحة العامة التي يجب أن تسعى إليها دائما السلطة التشريعية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> -انظر، ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.333؛ الحقيقة أن هذه الضغوط على أعضاء البرلمان لممارسة اختصاصاتهم التشريعية هو أمر منطقي بالنظر لحاجة هذه الجماعات إلى عرض وجهة نظرها حول القوانين التي قد تمس مصالحها، وهو الأمر الذي قد يبرر عزوف الناخبين عن المشاركة السياسية.

<sup>2</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.566؛ سليمان محمد الطماوي، النظم السياسية، المرجع السابق، ص.256.

<sup>3</sup> -انظر، عبد الله بوقفة، السلطة التنفيذية بين التعسف والقيود، المرجع السابق، ص.10.

ومن نماذج تأثير جماعات الضغط على السلطات العامة في الدولة لاسيما السلطة التشريعية جماعات الضغط في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يعتبر اللوبي الإسرائيلي هو المسيطر الفعلي على السياسة الأمريكية كلما تعلق الأمر بوقف هذه الدولة تجاه الدول العربية، كما أنها المستفيد الأول من مساعدات هذه الدولة القوية .

ونجد كذلك لجماعات الضغط في كل بلدان(فرنسا، الجزائر، ومصر)الدور الفعال والتأثير البالغ على عمل السلطة العامة في الدولة لاسيما على عمل السلطة التشريعية، وذلك من خلال التأثير على أعضاء البرلمان وتوجيه عملهم بما يحقق أهداف ويخدم مصالح هذه الجماعات، وكذلك الضغط على أعضاء الحكومة من أجل إصدار تشريعات تتفق مع مصالح أعضائها الخاصة فقط، أو منع صدورها.

أما فيما يخص جماعات الضغط في الجزائر، فنظرا إلى تجربتها الحديثة في المجال السياسي والاقتصادي والاجتماعي مقارنة بجماعات الضغط في الولايات المتحدة الأمريكية، إلا أن الجزائر تشهد في الآونة الأخيرة تطورا سريعا لهذا النوع من الجماعات، والتي يمكننا التمييز فيها بين الشركات التجارية والاقتصادية والجمعيات والمنظمات والنقابات العمالية، إضافة إلى جماعات الضغط التي تنشط في الخفاء<sup>1</sup>، حيث أصبحت هذه الجماعات تمارس ضغطا كبيرا على البرلمان والحكومة، والتأثير على أعضائه لإصدار قوانين تتفق مع أهداف و مصالح هذه الجماعات، وإلغاء القوانين المقيدة والتي لا تتوافق ورغباتها.

إضافة إلى ذلك توجد جماعات الضغط خارج الوطن كالشركات المتعددة الجنسيات والمنظمات العالمية المختلفة التجارية والدينية، فقد أصبحت السلطة العامة تتلقى نوعا من الضغط من طرف مختلف المنظمات كالمنظمة العالمية للتجارة وصندوق النقد الدولي. ووفقا لهذا المعنى أصبحت جماعات الضغط هي السلطة الحاكمة، التي لها تأثيرا كبيرا على السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية، وذلك من أجل تحقيق غاياتها ومصالحها وتحرض على المصلحة الخاصة حتى ولو كان ذلك على حساب المصلحة العامة، سواء من خلال التأثير على أعضاء البرلمان أو توجيه أعمالهم أو بالضغط على الحكومة من أجل إصدار تشريعات تخدم هذه الجماعات أو منع إصدار التشريعات التي تتعارض مع أهدافها ومصالحها أعضائها<sup>2</sup>.

ولما كان لجماعات الضغط دور هام في توجيه عمل السلطة التشريعية و التأثير على أعضاء البرلمان بمختلف الوسائل المتاحة لها، فإن للجان البرلمانية هي الأخرى دور أساسي في إعداد القوانين والسيطرة على مشاريع القانون أو اقتراح القانون.

<sup>1</sup> -الجدير بالذكر بأنه بعد تبني الجزائر للنظام الرأسمالي في ظل دستور 1989 تبين بأن معظم اقتصاديات البلاد خاصة القطاع الخدماتي للاستيراد بالتحديد، الذي كان يتركز وما زال إلى يومنا هذا بيد مجموعة مكونة أساسا من أعضاء السلطة الحاكمة (أعضاء، وزراء، نواب.....) .

<sup>2</sup> -انظر، ماهر أبو العينين، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.340، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص.236.

## ثانيا: دور اللجان البرلمانية في السيطرة على مشاريع أو اقتراحات قوانين

تعد الدراسة في اللجان المختصة لمشروع قانون أو اقتراح قانون العملية الجوهرية والأساسية التي تمكن أعضاء البرلمان من مناقشة مشروع أو اقتراح القانون، بحيث تلعب هذه اللجان دور المخابر التشريعية<sup>1</sup>، حيث تختص هذه اللجان بفحص مشاريع أو اقتراحات القوانين ودراستها وتقديم تقرير عنها، كما تختص بإعداد مشاريع أو اقتراحات القوانين ليتسنى لأعضاء البرلمان التصويت عليها، فإذا لم توافق هذه اللجان على مشروع قانون أو اقتراح قانون فلا يمكن لهذا الأخير أن يصدر، وهكذا تكون السيطرة لهذه اللجان على عمل البرلمان .

وبذلك، لا تعد كل من الأحزاب السياسية وجماعات الضغط وحدها مصدر الضغط على أعضاء البرلمان، بل إن ظهور اللجان البرلمانية وأدائها لوظائفها قد جعل مركز القوة التشريعية ليس في مجلسي البرلمان، وإنما في لجنتها الدائمة، باعتبار أن جميع التشريعات يجب أن تعرض على اللجان قبل عرضها على أي من مجلسي البرلمان .

ولقد حدد الدستور الفرنسي لعام 1958 عدد اللجان البرلمانية الدائمة بستة لجان في مجلس في البرلمان، ويعود إنشاء اللجان إلى تعدد مهام البرلمان من جهة، وتنوع المواضيع المطروحة عليه لدراستها والتداول بشأنها<sup>2</sup>.

غير أن هذه اللجان تختلف من حيث مدتها وطبيعتها، فهناك لجان دائمة تتولى المهام الدائمة، وهناك اللجان المؤقتة المتخصصة التي تتولى دراسة نصوص ذات أهمية مختلفة تدخل في اختصاص عدة لجان أو مواضيع هامة<sup>3</sup>، ومن بين اللجان الدائمة الوجود على مستوى كل مجلس لجنة الشؤون الثقافية والتربوية، اللجنة الاقتصادية، اللجنة الخارجية، اللجنة الاجتماعية، لجنة الدفاع الوطني والقوات المسلحة، لجنة المال والاقتصاد العام والرقابة المالية، لجنة القوانين الدستورية والتشريع والإدارة العامة في الجمهورية، ويحظر على العضو أن يجمع بين العضوية في عدة لجان<sup>4</sup>. أما اللجان الدائمة في مجلس الشيوخ، فهي لجنة الشؤون

<sup>1</sup> - إن اللجان على مستوى العمل التشريعي تقوم على نظامين أساسيين: النظام الإنجليزي الذي يأخذ باللجان الدائمة، والتي تنشأ عند الضرورة عن طريق اللوائح. أما النظام الفرنسي فيأخذ باللجان الدائمة كأصل عام واللجان المؤقتة كاستثناء في ظل الجمهورية الخامسة؛ لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع - AVRIL. P et GICQUEL. J, Droit parlementaire, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, 1996, p.83.

<sup>2</sup> - تنص المادة 43 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:  
« Les projets et proposition de loi sont, à la demande du Gouvernement ou de l'assemblée qui en est saisie, envoyés pour examen à des commissions spécialement désignées à cet effet.  
Les projet et propositions pour lesquels une telle demande n'a pas été faite sont envoyés à l'une des commissions permanentes dont le nombre est limité à six dans assemblée. »

<sup>3</sup> - تنص المادة 36 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:  
« L'état de siège est décrété en Conseil des ministre. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le parlement. »

<sup>4</sup> - Connaitre de l'Assemblée National, p.167.

الثقافية، ولجنة الشؤون الاقتصادية، ولجنة الشؤون الخارجية والدفاع القوات المسلحة، لجنة الشؤون الاجتماعية، لجنة الشؤون المالية ومراقبة الموازنة وحساب نفقات الأمة، ولجنة القوانين الدستورية والتشريع والاقتراع العام والتنظيم والإدارة العامة، على أن تقوم اللجان البرلمانية الدائمة وفق ما تنص عليه المادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958 بفحص مشاريع واقتراحات القوانين بناء على طلب الحكومة<sup>1</sup>.

أما اللجان البرلمانية التي توجد في مجلس النواب المصري توجد اللجنة العامة لمجلس النواب، والتي يتم تشكيلها في بداية كل دور الانعقاد السنوي العادي للمجلس، ومن بين اختصاصاتها وفق ما تنص عليه المادة 122 من الدستور المصري لعام 2014 مناقشة الموضوعات العامة والأمور الهامة، دراسة التقارير الدورية التي تقدمها لجان المجلس عن مراقبة تنفيذ القوانين والقرارات التنظيمية العامة، وكذلك دراسة ما يحمله إليها مكتب المجلس، أما بقية اللجان توجد لجان نوعية دائمة ولجان خاصة أو مشتركة<sup>2</sup>، ذلك بأن اختصاصات كل لجنة محددة على سبيل الحصر<sup>3</sup>.

إضافة إلى اللجان النوعية توجد لجنة القيم التي تشكل بقرار من مجلس النواب، وتختص هذه اللجنة بالنظر فيما ينسب إلى أعضاء المجلس من مخالفات تشكل خروجاً على القيم الدينية أو الأخلاقية أو الاجتماعية أو المبادئ الأساسية والاقتصادية للمجتمع المصري<sup>4</sup>.

والواقع أن العمل داخل اللجان البرلمانية أصبح أهم من الجلسات العامة، فالنواب داخل اللجان يتخلون شيئاً ما عن انضباطهم الحزبي ويناقشون مشاريع أو اقتراحات قوانين مناقشة حادة أحياناً، ويدخلون تعديلات جوهرية عليها<sup>5</sup>، ويتجلى الدور الذي تقوم به اللجان البرلمانية خاصة دورها في إعداد القوانين من خلال المشاركة في ممارسة حق المبادرة باقتراح القوانين أو ممارسة حق التعديل، فبالنسبة لمشاركة حق الاقتراح التشريعي نصت المادة 39 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على أنه يمكن لكل من الوزير الأول وأعضاء البرلمان على السواء حق المبادرة بالقوانين، لكن على الرغم من أن المادة 39 من الدستور قد منحت أعضاء البرلمان حق المبادرة بالتشريع، إلا أنهم يتقاسمون ممارسة ذلك الحق مع اللجان البرلمانية الدائمة.

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

<sup>2</sup> - بالنظر إلى القطاعات المختلفة في الهيكل الحكومي توجد هناك وزارات سيادية ووزارات تشريعية وقانونية و أخرى للخدمات والإنتاج ووزارات تشمل القطاع المالي والتنمية الاقتصادية، وبالتالي يمكن تقسيم هذه اللجان النوعية إلى قطاعات منها، قطاع التشريع، قطاع السيادة، قطاع الإنتاج، القطاع المالي، قطاع الخدمات، حيث تعاون هذه اللجان مجلس النواب في ممارسة اختصاصاته.

<sup>3</sup> - انظر نص المادة 122 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014.

- انظر نص المادة 377 من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب .<sup>4</sup>

<sup>5</sup> - ومن أمثلة ذلك مشروع القانون المتعلق بالوظائف القضائية، حيث قام وزير العدل بعرض مشروع التعديل على لجنتين برلمائيتين مختصتين.

-A N, Séance de la commission des lois du 15 octobre 1970 ,p.1150 ; A N, Séance de la commission des finances du 28 juin 1974 ,p.346 ; A N, Séance de la commission de la production du 26 avril 1960 ,p.289.

كما أن مشاريع القوانين التي تقدمها الحكومة يتم إعدادها مع اللجان البرلمانية الدائمة أو بناء على طلبها، على أن مساهمة اللجان البرلمانية الدائمة في إعداد مشروعات القوانين يوحى عن إرادة الحكومة في إشراك أعضاء البرلمان عن طريق اللجان<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى الدستور الجزائري تنص المادة 136 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أنه « لكل من الوزير الأول والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين.»<sup>2</sup> وتنص المادة 122 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 على أنه « لرئيس الجمهورية، ومجلس الوزراء ولكل عضو في مجلس النواب اقتراح القوانين»، وتنص كذلك المادة 167 من الدستور المصري على أن « تمارس الحكومة بوجه خاص الاختصاصات الآتية: 4- إعداد مشروعات القوانين و القرارات. » يتضح لنا من خلال نصوص الدستورية السابقة بأن اللجان البرلمانية تلعب دورا أساسيا في مرحلة اقتراح التشريع، سواء من خلال مساهمتها أعضاء البرلمان في ممارسة حق المبادرة باقتراح قوانين، أو اشتراك الحكومة هذه اللجان في مشروعات القوانين باعتبار أن معظم التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية هي مشاريع قوانين مقدمة من السلطة التنفيذية، كما أن حق المبادرة باقتراح قانون أو مشروع قانون قد يكون لاعتبارات خاصة أو مصلحة سياسية، ويدرج في جدول أعمال اللجان البرلمانية الدائمة أين يجد الموافقة مباشرة .

وبالبناء على ما سبق، يتضح لنا الدور الفعال للجان البرلمانية في إعداد القوانين في الدساتير محل الدراسة حيث تقوم هذه اللجان بدراسة مشروعات أو اقتراحات القوانين وتقديم تقارير بشأنها، كما تتمتع بحقها في اقتراح القوانين .

وإلى جانب حق الاقتراح تستطيع اللجان البرلمانية أن تضع كل التعديلات التي تراها ضرورية على مشاريع أو اقتراحات قانون، ولقد أشارت المادة 43 من الدستور الفرنسي لعام 1958 إلى هذا الحق بشكل ضمني، حيث أن تقرير اللجنة حول مشروع أو اقتراح قانون ينتهي بإقراره أو رفضه أو تعديله، أما إذا كان التعديل من قبل أعضاء البرلمان أو الحكومة، فإنه يخضع كذلك للدراسة من جانب اللجان البرلمانية الدائمة. فإذا كانت المادة 44 من الدستور الفرنسي لعام 1958 في فقرتها الأولى تبدو مقيدة لدور اللجان البرلمانية في إدخال تعديلات أعضاء البرلمان أو الحكومة .

« Les membres du parlement et le Gouvernement ont le droit d'amendement.»

فإن الفقرة الثانية تقضي بضرورة أن يخضع التعديل للفحص من جانب اللجان البرلمانية الدائمة.

<sup>1</sup> - انظر المادة 39 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

<sup>2</sup> - الجدير بالذكر أن المادة 119 من الدستور الجزائري لسنة 1996 قد منحت حق المبادرة بالتشريع لكل من الوزير الأول، و نواب المجلس الشعبي الوطني دون أعضاء مجلس الأمة، لكن الملاحظ على نص المادة 136 من التعديل الدستوري لسنة 2016 بأنه قد منح أعضاء مجلس الأمة حق المبادرة باقتراح القانون في المسائل المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم، والتقسيم الإقليمي للبلاد وفق ما نصت عليه المادة 137 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

«Après l'ouverture du débat ,le Gouvernement peut s'opposer à l'examen de tout amendement qui n'à pas été antérieurement soumis à la commission.»

والحقيقة أن التعديلات المقترحة على مشاريع أو اقتراحات قوانين داخل البرلمان هي في الحقيقة تعديلات مقدمة من طرف الأغلبية البرلمانية داخل اللجان البرلمانية الدائمة، أي أن الحكومة عن طريق أغليبتها البرلمانية تتحكم في العمل التشريعي وتعمل على سن التشريعات التي تحقق أهدافها. أما التعديلات التي تقوم بها المعارضة على مشروعات أو اقتراحات القوانين، ففي الغالب لا توافق عليها اللجان البرلمانية الدائمة، بل حتى أنه في بعض الأحيان قد توافق هذه الأخيرة على تعديلات المعارضة، لكن الحكومة وأغليبتها البرلمانية ترفض هذه التعديلات في الجلسة العامة، وهو الأمر الذي يجعل دور المعارضة البرلمانية في ممارسة حق التعديل على مشروعات أو اقتراحات قوانين دور ثانوي بالمقارنة مع تعديلات الأغلبية البرلمانية<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى الدستورين المصري والجزائري، تنص المادة 122 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 بأنه: «لرئيس الجمهورية، ومجلس الوزراء، ولكل عضو في مجلس النواب اقتراح القوانين. ويحال كل مشروع قانون مقدم من الحكومة أو من عشر أعضاء المجلس إلى اللجان النوعية المختصة بمجلس النواب، لفحصه وتقديم تقرير عنه إلى المجلس، ويجوز للجنة أن تستمع إلى ذوي الخبرة في الموضوع.

ولا يحال الاقتراح بقانون المقدم من أحد الأعضاء إلى اللجنة النوعية، إلا إذا أجازته اللجنة المختصة بالمقترحات، ووافق المجلس عليه كذلك، فإذا رفضت اللجنة الاقتراح بقانون وجب أن يكون قرارها مسيبا. كما أن كل مشروع قانون أو اقتراح بقانون رفضه المجلس، لا يجوز تقديمه ثانية في دور الانعقاد نفسه. « الأمر الذي نصت عليه المادة 139 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996<sup>2</sup> والمادة 28 من القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد عمل المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقة بينهما وبين الحكومة على أنه « يحق للجنة المختصة ونواب المجلس الشعبي الوطني والحكومة تقديم اقتراحات التعديلات على مشروع أو اقتراح قانون محال على اللجنة لدراسته.»

وبناء على ما تقدم، يمكننا القول بأن للجان البرلمانية دور مهم في إدخال تعديلات على مشروعات أو اقتراحات قوانين، على أن هذه التعديلات غالبا ما تخضع إلى موافقة الحكومة أو أغليبتها البرلمانية، وقد أصبحت الحكومة تقوم بالمبادرة بمشاريع القوانين وتقوم أغليبتها البرلمانية بالموافقة عليها، الأمر الذي يجعل التشريع الصادر هو في الحقيقة تشريعا حكوميا، وليس تشريعا برلمانيا.

<sup>1</sup>- انظر، عقيلة خرياشي، المرجع السابق، ص. 54؛ سعيد بوشعير، المرجع السابق، ص. 120.

<sup>2</sup>- يقابلها نص المادة 121 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

والجدير بالذكر أنه في نطاق عمل اللجان البرلمانية الدائمة تعمل جماعات الضغط على ممارسة الضغط على أعضاء هذه اللجان من أجل تحقيق أهداف ومصالح هذه الجماعات، بل أنها تسعى في الكثير من الأحيان بالضغط والتأثير على كافة أعضاء البرلمان والحكومة لتحقيق مصالحها، ويعتبر الاستماع وبعث الرسائل من أهم وسائل جماعات الضغط، وقد تبادر اللجان البرلمانية بذلك من تلقاء نفسها بالاستماع إليهم، كما قد يكون الاستماع بواسطة كافة أعضاء اللجنة البرلمانية أو بواسطة المقرر بما يسمح لهم بتقدير صعوبة المسائل أو المشاكل التي قد تثور عند فحص مشروع أو اقتراح قانون<sup>1</sup>.

كما أن السياسات التي تتبعها جماعات الضغط في مجال الرسائل متعددة، ففي الغالب تكون الرسائل موجهة لكافة أعضاء اللجنة البرلمانية، وقد توجه إلى مقرري اللجان أو إلى رؤساء اللجان البرلمانية، وقد توجه كذلك إلى كافة أعضاء البرلمان.

ومما سبق، يمكننا القول بأن اللجان البرلمانية أصبحت تتحكم في عملية إعداد مشروعات أو اقتراحات قوانين، سواء من خلال المشاركة في حق الاقتراح التشريعي أو ممارسة حق التعديل على مشروع أو اقتراح قانون، ومن ثم أصبح لها دور فعال في التأثير على عمل البرلمان، والسيطرة على مشاريع أو اقتراحات قوانين، حيث أنه غالباً ما يكون أعضاء هذه اللجان من أعضاء حزب الأغلبية في البرلمان، وبالتالي الموافقة على مشروعات القوانين المقدمة من الحكومة ذات الأغلبية البرلمانية أو اقتراح من أعضاء هذه الأغلبية البرلمانية، حتى لو كانت هذه المشاريع أو الاقتراحات تسعى من خلالها الحكومة وأغليتها البرلمانية إلى تحقيق مصلحة حزبية أو سياسية دون تحقيق المصلحة العامة، الأمر الذي يجعل البرلمان في موقع ضعيف، في مقابل هيمنة الحكومة وأغليتها البرلمانية داخل اللجان البرلمانية على عملية إعداد القوانين.

ومن خلال دراستنا للإطار العام للسلطة التقديرية للمشرع يتضح لنا بأن السلطة التقديرية للمشرع تعني حرية المشرع في الاختيار بين عدة حلول أو خيارات للمسألة محل التنظيم التشريعي دون الخضوع لأي قيود إلا القيود التي رسمها الدستور للمشرع عند ممارسة اختصاصه بسن القوانين، الأمر الذي يجعل الدستور المصدر الرئيسي والمباشر للسلطة التقديرية للمشرع، هذه الأخيرة تجد مصدرها كذلك فيما يضيفه القاضي الدستوري من قيود وهو بصدد إعمال رقابته على دستورية القوانين.

أما عن نطاق السلطة التقديرية للمشرع وأساسها، فإن المشرع لا يملك أية سلطة تقديرية فيما يخص عناصر المشروعية الخارجية في القانون، لأن المشرع مقيد بضرورة احترام قواعد الاختصاص التي حددها الدستور، وهو ملزم كذلك بإتباع القواعد الشكلية والإجرائية التي اشترطها الدستور لصحة القانون. أما بالنسبة لعناصر المشروعية الداخلية للقانون، فإن سلطة المشرع فيما يخص ركن المحل تتسع وتضيق بحسب

<sup>1</sup> - GIQUEL. J, Droit constitutionnel et institutions politiques, Montchrestien, 1995, p p.690 .

درجة الإلزام و حجم القيود الموضوعية التي يفرضها الدستور على المشرع، أما فيما يتعلق بركن السبب تنعدم سلطة المشرع التقديرية إذا كانت الأسباب قانونية، وتتسع إذا كانت وقائع مادية التي تعتبر مجالا متروكا للسلطة التقديرية للمشرع، وأخيرا يملك أيضا المشرع حرية في التقدير واسعة فيما يخص ركن الغاية من أجل تحقيق المصلحة العامة. وفي المقابل إن أساس السلطة التقديرية للمشرع يتحقق من خلال تخلف التحديد القانوني لتدخل المشرع، بالشكل الذي لا يفرض فيه المؤسس الدستوري طريقا محددًا على المشرع العادي أو يلزمه بضرورة إتباع أسلوب معين أو تحقيق غرض محدد، ذلك بأن عدم التحديد من شأنه أن يترك للمشرع مساحة كبيرة للتعبير عن مضمون النص الدستوري بما يتناسب أو يتلاءم مع واقع الحياة العامة المتطور باستمرار.

إن العوامل المؤثرة على السلطة التقديرية للمشرع يمكن إرجاعها إما إلى العوامل التي ترتبط بتطور العلاقة بين الدستور والقانون، باعتبار أن تطور مفهوم الدستور واتساع مجال القواعد ذات القيمة الدستورية الملزمة للمشرع حال ممارسة اختصاصه، أو تطور العلاقة بين الدستور والقوانين العضوية، قد نتج عنه تقييد سلطة المشرع التقديرية. ومن ناحية أخرى، فقد أدى تطور نظرية الحقوق والحريات العامة إلى نظرية للحقوق والحريات الأساسية إلى تقييد تدخل المشرع لتنظيم الحقوق والحريات العامة نظرا لفعالية وتأثير الحقوق والحريات العامة في توجيه إرادة المشرع عند تنظيمها. ذلك بأن القيود المفروضة على المشرع لا تقتصر فقط على الجانب الموضوعي، بل تشمل أيضا الجانب الإجرائي؛ فالتنظيم القانوني للمعاهدات الدولية أصبح كذلك يمثل قيودًا على سلطة المشرع ويضيق من الاختصاص التشريعي للبرلمان، إلى جانب ذلك يعتبر النظام الإجرائي للقوانين العضوية كذلك أداة لتقييد الاختصاص التشريعي في إعداد وإقرار القوانين العضوية من جهة، ومن جهة أخرى تشكل القوانين العضوية أداة لتقييد المشرع في سن التشريعات العادية.

والجدير بالذكر أن العوامل المؤثرة على السلطة التقديرية للمشرع لا تقتصر فقط على العوامل التي تؤثر على التشريع كقاعدة قانونية، بل تمتد كذلك إلى العوامل التي تؤثر في عمل السلطة التشريعية كهيئة تشريعية تحيط بها مجموعة من العوامل وتؤثر على العمل التشريعي للبرلمان. ولعل أهم هذه العوامل هو هيمنة السلطة التنفيذية على عمل السلطة التشريعية، بدء بسيطرة الحكومة على مراحل العملية التشريعية، أو تحكم رئيس الجمهورية في عملية إصدار التشريع، ومساهمة إلى جانب البرلمان في العمل التشريعي.

توجد إلى جانب تأثير السلطة التنفيذية على عمل السلطة التشريعية عوامل أخرى يمكن إرجاعها إما إلى تأثير الأحزاب السياسية واللجان البرلمانية، أو ضغط جماعات الضغط على عمل البرلمان، بالشكل الذي يؤدي إلى التضييق أو التقييد من الاختصاص التشريعي للبرلمان، ويؤثر سلبا على السلطة التقديرية للمشرع.

وبالرغم من أن اختصاص المشرع قد أضحي مقيدا في كثير من الأحيان، فإن ذلك لا يعني انعدام حرية المشرع في التقدير أو انعدام سلطته التقديرية، حيث تبقى السلطة التقديرية للمشرع هي الأصل وأن تقييدها هو الاستثناء. وإذا كان المشرع يتمتع بسلطة تقديرية تمنح له حرية الاختيار والمفاضلة بين البدائل المختلفة للمسألة محل التنظيم التشريعي، لنا أن نتساءل عن طبيعة دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع وحدودها؟ الأمر الذي سوف نحاول الإجابة عليه في الباب الثاني.

## الباب الثاني:

### الحدود الدنيا لرقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع

لما كانت السلطة التقديرية للمشرع هي حرية المفاضلة بين عدة بدائل أو خيارات ليختار المشرع أنسبها وأكثرها ملاءمة للمسألة محل التنظيم التشريعي، فإن المشرع مهما اتسع نطاق سلطته التقديرية يخضع حال ممارسته لاختصاصه التشريعي لأحكام الدستور، ومقيد بأهدافه ويسعى إلى تحقيق غاياته.

كما أن الاعتراف للمشرع بجانب من حرية التقدير لا يعني أبدا إطلاق تلك السلطة أو عدم خضوعها لأي نوع من الرقابة، لأن القول بخلاف ذلك يجعل هذه السلطة مطلقة أو سلطة استبدادية، هذه الأخيرة لا وجود لها في ظل وجود دولة القانون التي تقوم على مبدأ سيادة القانون ومبدأ المشروعية<sup>1</sup>.

حيث تستند فكرة الرقابة على دستورية القوانين على مبدأ سمو الدساتير على التشريعات الأخرى من أجل حماية أحكام الدستور من كل خرق من قبل السلطتين التشريعية والتنفيذية، ذلك بأن الرقابة على دستورية القوانين تثير نقاشات وتطبيقات عملية عديدة بحسب الزاوية التي ينظر إليها، فإذا نظرنا إلى المسألة من زاوية السيادة الشعبية، نجد أن البرلمان هو صاحب الولاية العامة في سن التشريع بوصفه ممثلا للشعب، ومن ثم لا رقابة على ممثلي الشعب، الأمر الذي نتج عنه عدم الاعتراف بالرقابة على دستورية القوانين مثلما هو الأمر في فرنسا قبل صدور دستور 1958<sup>2</sup>.

أما إذا نظرنا إلى المسألة من زاوية الأنظمة التي تعتمد على نظام الرقابة على دستورية القوانين، فإننا نجد أن القانون لا يمكن أن يعبر عن إرادة الشعب وطموحاته وآفاقه إلا في إطار احترامه لأحكام الدستور، ويتم ذلك عن طريق تكريس آلية الرقابة على دستورية القوانين مع إمكانية إسناد هذه الرقابة إلى هيئة سياسية أو جهة قضائية.

<sup>1</sup> -انظر، بوزيان عليان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق -دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 140.

<sup>2</sup> -La loi ...n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution...; Arrêt du Conseil constitutionnel française du 23Aout 1985 ; PORTELLE. H, op cit.p.201.

ولما كان تحديد العلاقة بين مبدأ الفصل بين السلطات وبين الرقابة على دستورية القوانين يرتبط إلى حد ما بالفهم الحقيقي بطبيعة الرقابة ذاتها وطبيعة الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية وآثارها، فإن مبدأ الفصل بين السلطات يعتبر أحد الحجج الرئيسية لمؤيدي حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين من جهة، ووحجة رئيسية لمنكري حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين من جهة ثانية، ذلك بأن جهة الرقابة (هيئة سياسية أو قضائية) تتحقق من مدى احترام المشرع لإرادة المؤسس الدستوري والسعي إلى تحقيق غاياته، والتزام حدوده وضوابطه بهدف حماية الدستور.

وإذا كان القاضي الدستوري في نطاق الدعوى الدستورية يمارس نوعاً من رقابة الحد الأدنى على التشريع أياً كان وجه المخالفة، سواء مخالفة المشرع لقواعد الاختصاص أو الشكل و الإجراءات (عناصر المشروعية الخارجية في التشريع)، أو مخالفة المشرع لعناصر المشروعية الداخلية في التشريع. فإنه بالنظر إلى حجم التشريعات الصادرة عن المشرع خاصة تلك الصادرة وفقاً لسلطته التقديرية، لم تعد رقابة الدستورية التقليدية التي يتأكد من خلالها القاضي الدستوري من مدى التزام المشرع بالقواعد الشكلية أو الموضوعية، وإنما أصبحت تمتد كذلك إلى الرقابة على تقدير المشرع للوقائع أو رقابة التناسب أو الملاءمة، لتصبح بذلك الرقابة على التقدير أو الملاءمة إحدى عناصر الرقابة الدستورية على القوانين الصادرة عن المشرع، التي قد يخالف فيها هذا الأخير أحكام الدستور أو أن يكون تقديره مشوباً بعدم التناسب أو الملاءمة الظاهرة<sup>1</sup>.

مع العلم بأن ذلك لا يعني أن القاضي الدستوري في هذه الحالة يحل تقديره محل تقدير المشرع، وإنما ينصب عمله على التحقق من مدى توافق الخيار أو الحل الذي اختاره المشرع مع قواعد أو أحكام الدستور و غاياته.

والحقيقة أن معرفة الحدود الدنيا لرقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع تطرح تساؤلاً هاماً حول ما طبيعة دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع؟ ومن أجل الإجابة على هذا التساؤل سوف نتطرق أولاً إلى معرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على عناصر المشروعية الخارجية للقانون (الفصل الأول)، ثم دور القاضي الدستوري في الرقابة على عناصر المشروعية الداخلية للقانون إعمالاً لرقابته على السلطة التقديرية للمشرع (الفصل الثاني).

<sup>1</sup> انظر، عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، المرجع السابق، ص. 451؛ نبيل صقر، قراءة نقدية في دستورية التشريعات المقيدة للحريات في النظامين الجزائري والفرنسي، مجلة النائب، مجلة دورية يصدرها المجلس الشعبي الوطني، 2005، العددان 5 و6، السنة الثالثة، الجزائر، ص. 140.

## الفصل الأول

### رقابة الحد الأدنى للقاضي الدستوري على عناصر المشروعية الخارجية في القانون

لما كان الدستور هو الذي يؤسس السلطات العامة في الدولة ويحدد اختصاصاتها، ويتضمن أيضا أحكام تتعلق بالحقوق والحريات العامة للأفراد، فإنه من جهة أخرى يُخضع السلطة التشريعية وهي بصدد سن التشريع لمجموعة من القيود، التي قد تكون قيودا شكلية أو إجرائية أو قيودا موضوعية تتعلق بموضوع القانون وفحواه، أي أن المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه بوضع التشريع يجب عليه أن يراعي القواعد الشكلية والإجرائية التي يتطلبها الدستور، وأن يكون متفقا مع موضوعه وفحواه.

وحتى تكون لأحكام الدستور السيادة والعلو على باقي القواعد القانونية الأخرى لاسيما التشريعات الصادرة عن المشرع، والتي قد تتعارض مع قواعد أو أحكام الدستور، فإن النظم الدستورية الحديثة تعترف بنوع من الرقابة على التشريعات التي يقرها المشرع، صونا لأحكام الدستور ومنعا للاعتداء على أحكامه أو قواعده، ومن ثم تعتبر الرقابة على دستورية القوانين ضمانا أساسية وفعالة لنفاذ أحكام ونصوص الدستور، وحماية الحقوق والحريات العامة من جهة، والنتيجة الطبيعية والمنطقية لمخالفة التشريع لأحكام الدستور من جهة ثانية<sup>1</sup>.

ذلك بأن تنظيم بعض الدساتير لتلك الرقابة قد يُنشئ الرقابة القضائية التي تتولاها محكمة دستورية عليا، هذه الأخيرة يكون لها حق إبطال أو إلغاء التشريع المخالف لأحكام أو قواعد الدستور، كما قد ينظم الدستور الجامد نوع آخر من الرقابة وهي الرقابة السياسية على دستورية القوانين تتولاها هيئة سياسية، وتكون هذه الرقابة في الغالب رقابة سابقة على إصدار القانون.

ولما كانت الرقابة على دستورية القوانين ضرورة لضمان احترام أحكام ونصوص الدستور ونتيجة حتمية لمبدأ سمو الدستور، فإن الأصل في رقابة القاضي الدستوري في الدعوى الدستورية هي رقابة مشروعية للتأكد من مدى احترام المشرع لقواعد توزيع الاختصاص التي حددها المؤسس الدستوري، والالتزام بالشروط الشكلية والإجرائية الواجب إتباعها لسن التشريعات، أو الرقابة على عناصر المشروعية الداخلية أو الموضوعية في القانون (السبب، المحل، الغاية).

ومن أجل معرفة ما هو دور القاضي الدستوري في الرقابة على عناصر المشروعية الخارجية في القانون، يتوجب علينا أولا عرض الأسس العامة للرقابة الدستورية على القوانين في النظم المقارنة (المبحث

<sup>1</sup> - بالنظر إلى طبيعة الرقابة على دستورية القوانين من الضروري أن ينظمها الدستور بنفسه، ذلك بأن هذه الرقابة ضمانا ضرورية وفعالة تكفل مبدأ علو الدستور واحترام قواعده من طرف السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية؛ انظر، عزيزة شريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1995، ص. 58؛ نبيلة عبد الحليم كامل، الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص. 39.

الأول)، ثم بيان دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيوب الشكلية والإجرائية التي قد تلحق التشريع (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### الأسس العامة للرقابة على دستورية القوانين في النظم المقارنة

تعد الرقابة على دستورية القوانين كما قلنا سابقا إحدى أهم الضمانات التي تكفل مبدأ سمو الدستور، باعتبار أن هذا الأخير هو الذي ينشئ وينظم السلطات العامة في الدولة ويحدد لها اختصاصاتها ويضفي عليها الشرعية، الأمر الذي يستوجب إخضاع أعمال السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية لنوع من الرقابة، وذلك للتأكد من دستورتها ومطابقتها لأحكام الدستور بواسطة هيئة تضمن التزام المشرع بأحكام ونصوص الدستور وتمنع صدور أي قانون يناقض أو يخالف أحكامه<sup>1</sup>.

والحقيقة أن دساتير دول العالم قد اختلفت حول نوع الرقابة والهيئة التي تتولاها بين هيئة سياسية أو جهة قضائية، غير أن التجارب قد أثبتت بأن إعطاء هذه المهمة لجهة قضائية قد يشكل ضمانا فعالة لضمان سيادة الدستور وسمو أحكامه أو قواعده وحمايتها من أي اعتداء من قبل السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية، كما أن الرقابة القضائية بما تقوم عليه من حياد وموضوعية واستقلالية تعتبر أحسن وسيلة لضمان احترام المشرع لأحكام ونصوص الدستور.

ومن ناحية أخرى لم يتفق الفقه والقضاء حول مسألة خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء، فالإتجاه الأول اتجه نحو إنكار فكرة رقابة القضاء على دستورية القوانين، أما الإتجاه الثاني الغالب يؤيد هذه الفكرة استنادا على عدة مبررات .

ذلك بأن البحث في موضوع الرقابة الدستورية على القوانين يثير إشكالية أساسية حول مدى حجية الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية ومدى إلزاميتها؟ والآثار القانونية المترتبة على تحريك الدعوى الدستورية؟

وحتى يتسنى لنا معرفة الأسس العامة للرقابة الدستورية على القوانين سوف نتطرق أولا إلى دراسة الرقابة الدستورية بصفة عامة (المطلب الأول)، ثم معرفة مدى حجية الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> - حيث يرتبط موضوع الرقابة على دستورية القوانين بمبدأين أساسيين ينتج عنهما نتيجتين أساسيتين، فالأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات على إطلاقه يؤدي إلى رفض أي نوع من أنواع الرقابة القضائية على دستورية القوانين؛ والثاني هو مبدأ سمو الدستور وعلو أحكامه ونصوصه ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية، ذلك بأن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه من شأنه أن يفرض رقابة قضائية كاملة على دستورية القوانين؛ انظر، سعاد الشراوي، أسس القانون الدستوري، المرجع السابق، ص. 178.

## المطلب الأول

### الرقابة على دستورية القوانين بصفة عامة

تقتضي الرقابة على دستورية القوانين التحقق من مخالفة القوانين للدستور تمهيدا لعدم إصدارها إذا كانت لم تصدر أو إلغائها أو الامتناع عن تطبيقها إذا تم إصدارها، أو هي الرقابة التي تهدف إلى معرفة مدى انسجام التشريعات التي يضعها المشرع مع الدستور الذي تسموا قواعده ونصوصه على باقي التشريعات الأخرى<sup>1</sup>.

والحقيقة أن مسألة خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء كما قلنا سابقا لم تكن محل اتفاق في كل من الفقه والقضاء، حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن ممارسة المشرع لاختصاصه التشريعي وفقا لسلطته التقديرية تكون خارج نطاق الرقابة القضائية، باعتبار أن ملاءمة التشريع تعد أحد أهم مظاهر السلطة التقديرية للمشرع. أما الجانب الآخر من الفقه وعلى الرغم من اعترافه بأن ملاءمة التشريع تعد من الخيارات المتروكة للمشرع، فلا يمكن أن تبقى بعيدة عن رقابة القضاء، بل يجب أن تمتد سلطته إلى فحص مدى ملاءمة الحل أو الخيار الذي اختاره المشرع، ومدى توافقه مع الهدف الذي يسعى المؤسس الدستوري إلى تحقيقه، وأن مراقبة مدى ملاءمة الحل الذي اختاره المشرع يعتبر من أوجه المشروعية التي يراقبها القضاء<sup>2</sup>. ومن أجل معرفة ماهية الرقابة على دستورية القوانين سوف نركز أساسا على موقف الفقه والقضاء من الرقابة على دستورية القوانين (الفرع الأول)، ثم الأنواع المميزة لتلك الرقابة وحدودها، وكذا تطبيقاتها في النظم المقارنة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### موقف الفقه والقضاء من خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء

هناك آراء متعددة حول مسألة حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، فمنهم من يعارض تلك الرقابة الدستورية، والبعض الآخر يؤيدها. ولما كان الرأي الغالب في الفقه قد اتجه إلى أن ممارسة المشرع لاختصاصه التشريعي وفقا لسلطته التقديرية تكون خارج نطاق الرقابة الدستورية تكريسا بمبدأ الفصل بين

<sup>1</sup> -انظر، يسري محمد العصار، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا، بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2008، المجلة الدستورية، أكتوبر 2009، العدد السادس عشر، السنة السابعة، القاهرة، ص. 44.

<sup>2</sup> -و تختلف الرقابة على دستورية القوانين باختلاف الأنظمة السياسية، فقد تكون رقابة سياسية أو رقابة قضائية، فإذا كانت الولايات المتحدة الأمريكية هي مهد الرقابة القضائية على دستورية القوانين حتى وإن كان الدستور الأمريكي لم ينص صراحة على هذا النوع من الرقابة أو منعه، فإن فرنسا هي الأخرى تعتبر مهد الرقابة السياسية، باعتبار أن الدساتير الفرنسية المتعاقبة قد منعت القضاء من الرقابة على دستورية القوانين، ويمكن تفسير ذلك بالنظر إلى الاعتبارات السياسية المحضة التي جعلت من القانون الأداة الوحيدة للتعبير عن الإرادة العامة ولا رقابة على ممثلي الإرادة العامة للشعب؛ انظر، أحمد كمال أبو الجمد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص. 477؛ رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص. 5.

السلطات. فإن اتجاهها آخر يرى بأن ملاءمة التشريع هي مسألة يجب أن لا تبقى بعيدة عن رقابة القضاء، وذلك من أجل التأكد من مدى احترام المشرع لأحكام وقواعد الدستور، ومدى ملاءمة الحل الذي اختاره المشرع<sup>1</sup>.

ومادام أن الفقه قد اختلف حول مسألة خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء، فإن القضاء هو الآخر قد اختلف حول نطاق الرقابة على مدى ملاءمة التشريع، حيث ذهب البعض إلى القول بأن السلطة التقديرية للمشرع هي أمر متروك للمشرع للمفاضلة بين عدة بدائل أو خيارات ليختار من أنسبها أو أكثرها ملاءمة للمسألة محل التنظيم دون الخضوع لرقابة القضاء، بينما يرى اتجاه آخر إلى أن مراقبة مدى ملاءمة الحل الذي اختاره المشرع يعد من أوجه المشروعية التي يراقبها القضاء، وبهذا يكون القضاء قد شارك البرلمان في اختصاصه التشريعي بسن التشريع<sup>2</sup>.

ومن أجل معرفة موقف الفقه والقضاء حول مسألة خضوع السلطة التقديرية للمشرع سوف نبين أولاً موقف الفقه من ذلك (أولاً)، ثم نعقبه بموقف القضاء من تلك المسألة (ثانياً).

### أولاً: موقف الفقه حول خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء

تثير مسألة خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء إشكالية أساسية حول هل يجوز للقضاء أن يفحص مدى ملاءمة الحل أو الخيار الذي اختاره المشرع، أم أن نطاق الرقابة الدستورية يقف عند حدود المشروعية دون التدخل وفحص مدى ملاءمة التشريع؟

يرى جانب من الفقه بأنه يجب على القضاء أن يقف عند حدود المشروعية دون التعرض إلى مسألة فحص مدى ملاءمة التشريع، باعتبار أن ذلك يعتبر من صميم عمل المشرع في المفاضلة بين عدة خيارات أو بدائل للمسألة محل التنظيم، في حين يذهب اتجاه آخر في الفقه إلى القول بأن رقابة مدى ملاءمة التشريع تعتبر من أوجه المشروعية<sup>3</sup>. وحتى يتسنى لنا معرفة موقف الفقه حول مسألة خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء سوف نتطرق أولاً إلى الرأي المعارض لخضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء (أ)، ثم موقف الرأي المؤيد لهذه الرقابة (ب).

### أ- الرأي المعارض لرقابة القاضي الدستوري على دستورية القوانين

ينكر أغلب الفقهاء حق القضاء في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، لأن ذلك يعتبر تدخلاً في خصوصيات المشرع ويمس بنطاق اختصاصه التشريعي الذي عهد إليه المؤسس الدستوري، أي أنه إذا تعدى

1 - انظر، أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، المرجع السابق، ص. 478.

2 - انظر، إبراهيم محمد حسنين، الرقابة على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص. 250.

3 - انظر، عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، المرجع السابق، ص. 459؛ عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص. 35.

المجلس الدستوري أو المحكمة الدستوري العليا رقابة المشروعية الدستورية إلى رقابة مدى ملاءمة التشريع الذي يسنه المشرع أو تعدى الإطار الذي حدده له الدستور يكون القاضي قد أحل إرادته محل إرادة المشرع، بل وحتى المؤسس الدستوري كذلك، بالشكل الذي يمس بمبدأ الفصل بين السلطات من خلال مشاركة المشرع في مباشرة اختصاصه التشريعي من جهة، ومتجاوزا بذلك إطار عمله و مفهوم الرقابة الدستورية ذاتها من جهة ثانية<sup>1</sup>.

ومن بين آراء بعض الفقهاء في هذا المجال ما ذهب إليه الدكتور محمد سليمان الطماوي عند الحديث عن السلطة التقديرية للمشرع والسلطة المقيدة إلى القول بأنه إذا كانت السلطة التأسيسية الأصلية تضع الدستور، وتحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها، وتضمن الحقوق والحريات العامة للأفراد وإنشاء السلطات العامة في الدولة وتحديد اختصاصاتها وعلاقتها ببعضها بدون أي قيد عليها ومطلق حريتها، فإن السلطة التشريعية هي الأخرى تتمتع بحرية واسعة في مباشرة اختصاصاتها التشريعية، ولكنها ليست بنفس الحجم الذي تتمتع به السلطة التأسيسية، لأن المشرع مقيد بأحكام الدستور ومبادئه ويسعى إلى تحقيق غاياته<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - ويستند أصحاب هذا الاتجاه مثل كمال أبو المجد، محمد العصفور، عبد الحميد متولي، علي الباز في إنكار فكرة رقابة القضاء على دستورية القوانين إلى عدة اعتبارات، حيث يعتقد أصحاب هذا الرأي بأن مهمة القاضي الدستوري تنحصر فقط في تطبيق القانون، ومن ثم لا يستطيع القاضي الدستوري الامتناع عن تطبيق نص قانوني صريح بدعوى أنه مخالف للدستور. كما أنه استنادا إلى مبدأ الفصل بين السلطات لا يجوز للقاضي الدستوري أن يفرض رقابته وهيئته وإرادته على السلطة التشريعية، إذ يعد امتناعه عن تطبيق التشريع لعدم دستوريته تعديا على اختصاص المشرع ومساسا به؛ ذلك بأنه إذا أجاز للقضاء التعقيب على أعمال المشرع، فإن ذلك قد يفتح المجال كذلك أمام السلطة التنفيذية للتعقيب على أعمال السلطتين التشريعية والقضائية، وامتناعها عن تنفيذ الأحكام الصادرة مثلا ضد القوانين غير الدستورية؛ انظر، عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، المرجع السابق، ص 478؛ عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص 89.

<sup>2</sup> - غير أن تلك القيود مهما كانت فإنها تترك للمشرع حرية شبه مطلقة في ممارسة اختصاصه التشريعي، بحيث يستطيع المشرع أن يسن من التشريعات ما يشاء، وفي النطاق الذي حدده له الدستور، أي أن الأصل تتمتع المشرع بمساحة واسعة من حرية التقدير في ممارسة العمل التشريعي، والاستثناء هو القيود التي يضعها الدستور، وأن القيود إن وجدت تكون فضاضة، كما أن المشرع في نطاق السلطة التقديرية الذي يتركه له المؤسس الدستوري يختار دون معقب عليه الحل أو الأسلوب الذي يتفق مع نصوص الدستور والغايات التي يسعى المؤسس الدستوري إلى تحقيقها، فإذا كان المشرع لا يملك أية سلطة تقديرية تجاه عناصر المشروعية الخارجية (قواعد الاختصاص وقواعد الشكل والإجراءات)، فإنه يتعين أن يستقل بتقدير أهداف التشريع واختيار الوسيلة والوقت المناسبين للمسألة محل التنظيم التشريعي. ومن ثم لا يمكننا أن نقارن بين حرية المشرع بالتشريع وحرية الإدارة في التنفيذ، باعتبار أن القيد هو الأصل بالنسبة للإدارة ومجالها تحدده إرادة المؤسس الدستوري والمشرع، وأن أهدافها محدودة باستمرار، غير أن السلطة التي يتمتع بها المشرع لا تعني الإطلاق ولا تحدها حدود، والقول بذلك يؤدي إلى التعدي على أحكام الدستور ونصوصه؛ انظر، محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، 1984، ص 34 إلى 43؛ محمود عاطف البناء، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 120.

ويذهب الدكتور سليمان الطماوي إلى القول بأنه إذا كانت رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة مقبولة، وذلك بالنظر إلى العلاقة بين القاضي الإداري والإدارة، فإن هذا الأمر لا يمكن تحقيقه في العلاقة بين السلطتين التشريعية والقضائية، وإلا ترك ذلك لهيئة سياسية ينشئها الدستور ويحدد اختصاصاتها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 34 إلى 43؛ ويذهب الدكتور عبد الحميد متولي في الشأن إلى القول بأنه إذا عهد المؤسس الدستوري للمشرع حق تنظيم حرية من الحريات العامة، فإن ذلك يمنح للمشرع حق وضع القيود على ممارستها والتي قد تؤدي إلى الانتقاص منها في بعض الحالات؛ بمعنى أنه إذا أحال الدستور على القانون لتنظيم حرية معينة فإن المشرع من الناحية القانونية غير مقيد بأي قيد سوى قيد عدم إلغاء هذه الحرية، وأن اختصاص القضاء بالنظر في مدى انتقاص التشريع من هذه الحرية من شأنه أن يمتد إلى رقابة الملاءمة بدلا من رقابة المشروعية الدستورية، ويفترض في مهمة القاضي تطبيق القانون وليس مراقبة مدى ملاءمة الخيار أو الحل الذي اختاره المشرع هند وضع التشريع. ومن ناحية ثانية من حدود اختصاصه القضائي لا يقحم نفسه في الميدان السياسي ويفتح الباب للتقديرات الشخصية والنزعات السياسية، الأمر الذي قد يشكل اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية ويمس بمبدأ سيادة الأمة ومبدأ الفصل بين السلطات؛ انظر، عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، الجزء الأول، 1956، ص 650 وما يليها، وأورده الطبطبائي، المرجع السابق، ص 461؛ كما يرى علي الباز بأنه مادام أن القانون الذي يراقب القضاء دستوريته تضعه هيئة سياسية ويعبر عن أفكار ورؤى سياسية، فإنه يجب التفرقة بين أساس تلك الرقابة وهو أساس قانوني والحكم الصادر فيها هو عملية قضائية، وكذا التفرقة بين آثار تلك الرقابة وهي الامتناع عن تطبيقه أو إلغاءه. ومن ثم فإن التزام القاضي بالضوابط الموضوعية في تفسير النصوص القانونية وإزالة الغموض عليها دون أن يبدي رأيه الشخصي أو مموله السياسي يكون قد التزم بالمجال القانوني و بمفهوم الرقابة واحترام مبدأ الفصل بين السلطات، أما إذا تجاوز القاضي ذلك المجال إلى المجال السياسي ومتجاوزا مفهوم الرقابة على دستورية القوانين والحلول محل البرلمان ومشاركة المشرع في ممارسة اختصاصه التشريعي في سن التشريع، بل يكون بذلك قد أحل إرادته محل إرادة المؤسس الدستوري كذلك، أي أنه يتعين في الرقابة على دستورية القوانين أن تكون وسيلة لضمان احترام الدستور وكفالة تنفيذ أحكامه، و أداة لتصحيح مسار مبدأ الفصل بين السلطات لتصبح بذلك أداة لتجاوز هذا المبدأ بحلول القاضي محل كل من المؤسس الدستوري والمشرع. انظر، علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1978، ص 196 إلى 204؛ ويضيف الدكتور علي الباز في هذا الشأن بأن امتداد الرقابة على دستورية القوانين إلى نطاق السلطة التقديرية للمشرع من شأنه أن يؤدي إلى تحول تلك الرقابة من رقابة مشروعية إلى رقابة ملاءمة، أي أن القاضي يستطيع أن يقدر مدى ملاءمة تقدير المشرع للحلول أو الخيارات التي تبناها عند ممارسة اختصاصه التشريعي بوضع القوانين؛ انظر، علي الباز: الرقابة على دستورية القوانين في مصر والأنظمة الدستورية العربية والأجنبية - دراسة مقارنة، مطبعة الشعاع الفنية، بدون بلد نشر، 2001، ص 280؛ ومن ذلك أيضا ما ذهب إليه الدكتور محمد العصفور إلى القول بعدم صحة فكرة وجود سلطة تقديرية للمشرع وسلطة مقيدة، وتبريره في ذلك أن التحديد والتقدير وإن كان قد يرد على سلطة الإدارة، فإنه لا يمكن قبوله بالنسبة لسلطة المشرع، لأن السلطة التقديرية في نطاق التشريع تعتبر جوهر التشريع وحقيقته. ومن ناحية أخرى أن تقييد المشرع بأحكام الدستور لا يعني أن سلطته مقيدة، فالضمانات الدستورية هي من أهم القيود التي ترد على سلطة المشرع، فلا يستطيع هذا الأخير عند تنظيمه للحريات مثلا أن يهدر تلك الضمانات، ذلك بأن المشرع بالرغم من تلك القيود يبقى يتمتع بحرية واسعة في اختيار الوسيلة أو الأسلوب الذي يعالج به تلك الحريات، أي أن القيود الدستورية تحدد اختصاصات المشرع ولا ترد على سلطته في التقدير، كما أن فرض رقابة القضاء على سلطة المشرع التقديرية من أجل إثبات عدم انحرافه في استعمال السلطة التشريعية أمر غير مقبول، لأن القاضي مُلزم بتطبيق القانون وعدم المساس باستقلال السلطة التشريعية والتدخل في تقدير مدى ملاءمة التشريع؛ فإذا كانت الرقابة القضائية على أعمال الإدارة يمكن أن تصل إلى أقصى حدودها، بالنظر إلى الأصل هو إخضاع سلطة الإدارة لرقابة القضاء من أجل ضمان عدم خروجها عن الأهداف أو الغايات المحددة. فإن الأمر يختلف بالنسبة لرقابة القضاء على السلطة التقديرية للمشرع الذي يعتبر استثناء و أن موضوع الرقابة الدستورية إنما يقوم على أساس خضوع التشريعات الصادرة عن المشرع لأحكام الدستور، ولا تقوم على أساس خضوع السلطة التشريعية للقضاء. ذلك بأن منح القضاء مهمة مراقبة مدى دستورية القوانين وإلغاء التشريعات المخالفة للدستور لا يعني منح القاضي سلطة تعلق على سلطة المشرع أو منح القاضي الحق في تقدير الحلول التي اختارها المشرع، لأن إلزام المشرع بأحكام الدستور لا يعني أن رقابة القاضي الدستوري تمتد إلى البحث في نوايا المشرع وتقديراته، والقول بخلاف ذلك يعتبر مساسا بمبدأ سيادة الشعب ومشاركة للمشرع في ممارسة اختصاصه التشريعي؛ لمزيد من التفاصيل؛ انظر، محمد العصفور، مذاهب المحكمة العليا في الرقابة والتفسير والابتداء، 1958، ص 138؛ وأوردته عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص 461.

ويذهب كذلك الدكتور أحمد كمال أبو المجد إلى القول بأن الرقابة على دستورية القوانين هي سلاح ذو حدين، فإذا أُحسن استعمالها أصبحت مظهرًا أساسيًا من مظاهر سيادة القانون ووسيلة فعالة من وسائل حماية الحقوق والحريات العامة، أما إذا أسيء استعمالها من خلال استغلال غموض النصوص الدستورية ومحاولة لفرض وصاية حقيقية على السلطة التشريعية يؤدي ذلك إلى إشكاليات دستورية وسياسية بالصورة التي قد تهدر استقلال السلطة التشريعية أو تعدي السلطات العامة على مبدأ المشروعية<sup>1</sup>.

ويضيف الدكتور أبو المجد إلى القول بأن هناك بعض الأمثلة التي تثير بالفعل المشكلة الحقيقية في تحديد نطاق الرقابة والبحث في الغرض الحقيقي من التشريع، ذلك بأن المشرع حال ممارسته لاختصاصه التشريعي المنصوص عليه صراحة في الدستور قد يصدر مثلاً تشريعاً يعدل أحكام تشريع سابق بحجة تفسيره، وهو ما يسمى بالتشريع المستتر.

ويطرح الدكتور أبو المجد تساؤلاً هاماً حول ما إذا جاز للقضاء أن يبحث عن الغرض الحقيقي من وراء إصدار هذه النوع من التشريعات. ويجب على ذلك بأن المشكلة لا ترتبط في اعتقاده بالبواعث والأغراض التشريعية، وإنما ترتبط بالكشف عن المضمون أو الطبيعة الحقيقية للتشريع، أي أن دور القاضي في مناقشة هذه المشكلة إنما يتضمن البحث في الطبيعة الحقيقية للتشريع والتحقق من مضمونه المستتر من جهة؛ والبحث فيما إذا كان هذا المضمون الحقيقي يتفق أو يتعارض مع أحكام أو نصوص الدستور، من جهة ثانية، وهو الأمر الذي يطرح كذلك تساؤلاً آخرًا حول إمكانية القاضي أن يتجاوز ظاهر التشريع والبحث عن الطبيعة الحقيقية له<sup>2</sup>.

الحقيقة أن هناك فرضيتين: الأولى هي ضرورة منع التحايل من قبل المشرع إعمالاً لمبدأ المشروعية واحتراماً لقواعد الدستور، أي أن تحقيق الأغراض غير المشروعة لا يمكن أن يسمح به تحت ستار ممارسة الاختصاصات المقررة للمشروعة؛ والثانية، تتمثل في أن القاضي لا يقضي بعدم دستورية التشريع إلا إذا كان ذلك واضحاً وحقيقياً، أي أن يكون تفسير القانون على نحو لا يتعارض مع الدستور<sup>3</sup>.

فإذا كانت كل الآراء الفقهية السابقة قد أنكرت فكرة رقابة القضاء على السلطة التقديرية للمشرع وأن رقابة القضاء تنحصر في رقابة المشروعية دون أن تمتد إلى رقابة مدى ملاءمة التشريع، فإن اتجاهها آخر في

<sup>1</sup> - انظر، كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، مصر، 1960، ص. 591.

<sup>2</sup> - انظر، كمال أبو المجد، المرجع نفسه، ص. 592.

<sup>3</sup> - ويضيف الدكتور أبو المجد إلى أنه من الضروري بسط الرقابة على القوانين لمنع التحايل من قبل المشرع على نصوص الدستور، لأن إجازة التحايل قد يقضي على القيمة القانونية للقيود الدستورية وتتيح للمشرع إمكانية التعدي مثلاً على الحقوق والحريات العامة، كما أن الغرض من بسط الرقابة على هذا النوع من التشريعات هو الوقوف عند المعنى الحقيقي لهذا التشريع ومدى توافقه مع النصوص الدستورية؛ انظر، كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، المرجع نفسه، ص. 593؛ سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص. 149؛ عادل الطبطبائي، المرجع نفسه، ص. 462.

الفقه قد ذهب إلى تأييد فكرة الرقابة على مدى ملاءمة الحل الذي اختاره المشرع عند ممارسة اختصاصه التشريعي.

## ب-الرأي المؤيد لرقابة القضاء على السلطة التقديرية للمشرع

يستند أصحاب هذا الرأي المؤيد لرقابة القضاء على السلطة التقديرية للمشرع على نظرية الخطأ البين في التقدير الذي ظهر في بداية الأمر في القضاء الإداري ثم انتقل إلى القضاء الدستوري، ولتوضيح مفهوم الخطأ البين في التقدير في الميدان الدستوري يقرر جانب من الفقه الفرنسي بأن القاضي الدستوري يعطي لتلك الفكرة مضمونا مستقلا بالشكل الذي يتلاءم مع طبيعة المنازعة الدستورية<sup>1</sup>.

ذلك بأن رقابة الخطأ البين في التقدير تثير تساؤلا هاما حول ما إذا كانت رقابة الخطأ الظاهر في التقدير تتعارض مع السلطة التقديرية للمشرع أم لا؟ الواقع أن القاضي الدستوري يعمل في الغالب على حماية السلطة التقديرية للمشرع من جهة؛ ويفرض التعرض لملاءمات التشريع، من جهة ثانية. ويفهم من ذلك أن اعتماد القاضي الدستوري على فكرة الخطأ الظاهر في التقدير في المجال الدستوري إنما هي وسيلة لحماية

<sup>1</sup> - والجدير بالذكر أن هامش التقدير الذي يتمتع به المشرع حال مباشرته لاختصاصه التشريعي أكبر بكثير مما تملكه الإدارة، ذلك بأن رقابة الخطأ البين في التقدير في القضاء الدستوري لا تتضمن رقابة الخطأ على التكييف القانوني للأسباب مثلما هو الأمر في القضاء الإداري، ولكن على أنها رقابة مدى ملاءمة الحلول التي اختارها المشرع خاصة في الحالة التي يؤدي تدخله إلى المساس بمبدأ دستوري ما، الأمر الذي طبقه المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم 81-132 الصادر في 16 يناير 1982 بمناسبة فحصه لدستورية قانون التأميم، حيث اعترض المجلس الدستوري على ما جاء في مذكرة النواب الاشتراكيين بأنه ليس للمجلس الدستوري اتجاه المشرع نفس وضع القاضي الإداري بالنسبة للإدارة، لأن سلطة البرلمان ليست تقديرية فقط، وإنما ذات سيادة، غير أن المجلس الدستوري قرر بأنه لا يجوز له أن ينكر على المشرع تقديره بشأن ضرورة التأميمات لانتقاء الخطأ البين، إذ ليس من شأن نقل ملكية الأموال والمشروعات تقييد نطاق الملكية وحرية المشروعات إلى درجة الإخلال بالنصوص الواردة بإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 1789. ويستفاد من ذلك بمفهوم المخالفة أن المجلس الدستوري يراقب تقدير هذه الضرورة إذا ارتكب المشرع خطأ بينا في التقدير؛ ومن قراراته أيضا قرار المجلس الصادر في 24 يوليو 1984، وقراره في 1988؛ ومن ثم ذلك بأن فالقاضي الدستوري يعتمد على فكرة الخطأ البين في التقدير في الدعوى الدستورية في الحالة التي تجرى فيها المشرع عند ممارسته لاختصاصه التشريعي نوع من التوفيق والملاءمة بين مبدئين دستوريين متعارضين، حيث يتحقق المجلس الدستوري من مدى تناسب الحل الذي اختاره المشرع، والتأكد كذلك من القيود التي يفرضها المشرع حال تنظيمه للحقوق والحريات العامة مثلا، أي أن رقابة الخطأ البين في التقدير حسب أحد الفقهاء تمنح للمجلس الدستوري بسط رقابته على السلطة التقديرية للمشرع والبحث في مدى ملاءمة التشريعات الصادرة عنه للمسائل التي تنظمها هذه الأخيرة، فضلا عن ضرورة ممارسة المشرع لسلطته التقديرية في إطار احترام أحكام الدستور ومبادئه العامة. أي أن فكرة الخطأ البين في التقدير تسمح للقاضي الدستوري الموازنة بين الغاية التي يسعى القانون محل الرقابة إلى تحقيقها، وبين الانتهاكات التي يمكن إلحاقها بهذا المبدأ أو المبادئ الدستورية الأخرى، وتبعاً لذلك يكون القانون مطابقاً أو غير مطابقاً لأحكام الدستور بالنظر إلى النتيجة التي يتوصل إليها القاضي الدستوري والقرار الذي يصدره، ومن ناحية ثانية يستطيع القاضي الدستوري من خلال رقابة الخطأ البين في التقدير أن يفرض على المشرع الضوابط أو القيود التي تكفل له إقامة التوازن بين تحقيق المصلحة العامة التي يسعى القانون إلى تحقيقها وبين حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد المكفولة دستورياً، ويعتبر أصحاب هذا الرأي بأن فكرة الرقابة على الخطأ البين في التقدير يعتبر بمثابة تطور لأسلوب الرقابة على دستورية القوانين. غير أن فكرة الخطأ البين في التقدير وإن لاقت ترحاباً من جانب الفقه الفرنسي، فلم تلق القبول من جانب بعض الفقهاء بحجة أنه كيف هناك خطأ ظاهر يكشفه القاضي الإداري أو الدستوري، ولا تكشفه الجهة المتخصصة (الإدارة، المشرع)؛ انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 116.

السلطة التقديرية للمشرع، كما أن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير حسب ما ذهب إليه الفقه الفرنسي هي بعيدة عن مسألة رقابة تقدير المشرع وعن ملاءمة التشريع، لأن القاضي الدستوري لا يملك سلطة تقديرية كسلطة المشرع ولا يملك سلطة عامة في التقدير مثلما هو الشأن بالنسبة للمشرع<sup>1</sup>.

وترتيباً على ما سبق، يمكننا القول بأن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير تمثل الحد الأدنى للرقابة على الحلول التي تبناها المشرع عند تنظيمه لمسألة معينة أو حرية معينة دون أن تمتد تلك الرقابة إلى الغاية أو الهدف الذي يسعى التشريع محل الرقابة إلى تحقيقه، باعتبار أن ذلك يعتبر من أهم مظاهر السلطة التقديرية للمشرع<sup>2</sup>.

والملاحظ على الفقه المصري بأنه قد تأثر بالفقه الفرنسي في تبني نظرية الخطأ البين (الظاهر) في التقدير كأساس يستند عليه أصحاب هذا الرأي المؤيد لفكرة خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء، حيث يذهب الدكتور زكي محمد النجار إلى القول بأن اختصاصات المشرع مقيدة بأهداف الدستور، وأن المشرع يخضع حال ممارسته لاختصاصه التشريعي لمبدأ الدستورية، كما أن الاعتراف بالسلطة التقديرية للمشرع لا يعني الاعتراف له بسلطة مطلقة لا تخضع لأي نوع من الرقابة.

وبضيف قائلاً بأن خضوع المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه التشريعي لا يعني تقييد السلطة التقديرية للمشرع أو الحد منها، وإنما يبرز من خلالها بوضوح مدى التوافق بين السلطة التقديرية للمشرع ومدى التزام المشرع بالقيود الدستورية<sup>3</sup>.

وإذا كان الهدف من رقابة الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري هو التحقق ورقابة مدى ملاءمة الحلول أو البدائل التي اختارها المشرع للمسألة محل التنظيم دون التعرض لرقابة التكييف القانوني للأسباب التي قام عليها التشريع، فإن رقابة الغلط البين تبقى ممارسة القاضي الدستوري لوظيفته القضائية ضمن الإطار

<sup>1</sup>- انظر، زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص. 195.

<sup>2</sup>- ويرى الفقه بأن رقابة الخطأ البين في التقدير تمثل الحد الأدنى من الرقابة لسببين: السبب الأول هو أن رقابة القاضي الدستوري تكون مقيدة بنصوص الدستور، والثاني هو أن تلك الرقابة تقوم على أساس الخطأ الجسيم في التقدير دون الأخطاء العادية البسيطة؛ انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، ص. 15.

<sup>3</sup>- ولما كان الفقه يربط بين رقابة ملاءمة التشريع ومدى ضرورته أو البحث عن البواعث التي قد تدفع المشرع إلى إصداره كأشكال متساوية، فإن الأمر عكس ذلك، فإذا كانت مسألة ضرورة التشريع أو عدم ضرورته مسألة تدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع، أي أن المشرع يقدر الوقت المناسب لإصدار التشريع المناسب لتنظيم المسألة محل التنظيم التشريعي، فإن تقدير المشرع في المفاضلة بين البدائل والحلول المختلفة المطروحة عليه ليختار من أحسنها وأكثرها ملاءمة للمسألة محل التنظيم التشريعي، تخضع للرقابة الدستورية والتحقق فيما إذا كان الحل الذي اختاره المشرع يتفق مع المصلحة العامة أم لا، وتلك هي رقابة الغلط البين في التقدير، وعليه فإن هذه الرقابة لا علاقة لها بمدى ضرورة التشريع أم لا لأنها تأتي في مرحلة لاحقة على تدخل المشرع لتنظيم مسألة ما، أي أن نظرية الغلط البين في التقدير التي يستند عليها القاضي الدستوري في رقابته على دستورية القوانين الصادرة عن المشرع عندما يؤدي تدخل هذا الأخير إلى المساس بمبدأ دستوري، إذ لا يجوز للقاضي الدستوري أن يحل تقديره محل المشرع أو مراقبة التكييف القانوني للقوانين التي يبنى عليها التشريع؛ انظر، زكي محمد النجار، المرجع نفسه، ص. 196.

الذي حدده له الدستور من جهة، و أن الأخذ بذلك النوع من الرقابة في المجال الدستوري يعد تكريسا لمبدأي الفصل بين السلطات والمشروعية من جهة ثانية<sup>1</sup>.

وبناء على ما تقدم، يمكننا القول بأنه وإن كان أصحاب الرأي المنكر لرقابة القضاء على السلطة التقديرية للمشرع وحجتهم في ذلك أن الاعتراف بحق القضاء في الرقابة على دستورية التشريعات الصادرة عن المشرع وفقا لسلطته التقديرية يعتبر تدخلا في خصوصيات المشرع ويمس بنطاق عمله التشريعي، وأن دور القاضي الدستوري ينحصر فقط في تطبيق القانون دون أن يكون له الحق في فرض رقابته وهيمنته وإحلال إرادته محل إرادة المشرع.

فإنه لا يمكن لأحد أن ينكر بأن السلطة التشريعية كباقي السلطات العامة في الدولة يجب أن تخضع تصرفاتها أو أعمالها التشريعية لنوع من الرقابة من أجل احترام أحكام الدستور ومبادئه وضمائمها المشروعية ومبدأ سيادة القانون، والقول بخلاف ذلك يجعلنا أمام سلطة استبدادية تحكيمية<sup>2</sup>.

وإذا كنا قد عرضنا موقف الفقه الدستوري الفرنسي والمصري حول مسألة خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء وتبني نظرية الغلط البين في التقدير، أي أن رقابة القاضي الدستوري قد تمتد إلى التحقق من مدى ملاءمة الحل أو الأسلوب الذي اختاره المشرع مع المصلحة العامة، والتأكد من التزام المشرع للقيود أو الضوابط التي وضعها المؤسس الدستوري، فما هو موقف الفقه في كل من الجزائر؟ الحقيقة

---

<sup>1</sup>-والحقيقة أن الأخذ برقابة الغلط البين في التقدير في القضاء الدستوري يطرح تساؤلا هاما مفاده هل أن رقابة الغلط البين في التقدير تمنح للقاضي الدستوري سلطة التشريع ومشاركة المشرع في ممارسة اختصاصه التشريعي بوضع قواعد عامة ومجردة أم لا؟ ويجب أنصار هذا الاتجاه بالقول بأنه إذا كان من الممكن أن يتصور انحرف المشرع عن تحقيق غايات المصلحة العامة نتيجة وقوعه في غلط بين في التقدير، فإنه كنتيجة منطقية يسمح للقاضي الدستوري أن يشارك المشرع في خلق قواعد عامة ومجردة وهو ما يسمى بالدور الإنشائي للقاضي الدستوري، باعتبار أن الجهة التي تباشر الرقابة الدستورية كسلطة مشرعة تتحدد من خلال رقابة الغلط البين في التقدير، والاعتماد على أسلوب التفسير الدستوري لإرساء الضوابط الدستورية الملزمة للمشرع حال ممارسة اختصاصه التشريعي، والتي يستخلصها القاضي الدستوري من نصوص الدستور. إضافة إلى ذلك يطرح أنصار هذا الاتجاه المؤيد لخضوع السلطة التقديرية لرقابة القضاء تساؤلا هاما حول ما الجدوى من الأخذ بفكرة الخطأ البين في التقدير في ظل وضع المؤسس الدستوري لضوابط وقيود يلتزم بها المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه التشريعي؟ ويجب أصحاب هذا الاتجاه بالقول بأن دور القاضي الدستوري يبقى مهما في ظل وجود هذه الضوابط والقيود الدستورية، وذلك من خلال التحقق من مدى توافق الحل الذي اتخذته المشرع وتلك الضوابط أو القيود الدستورية، أي التأكد من أن تقديرات المشرع تتفق مع أحكام الدستور ونصوصه، الأمر الذي أكد عليه المجلس الدستوري الفرنسي؛ انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 50؛ زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص. 201؛ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص. 459.

<sup>2</sup>- كما يؤخذ كذلك على الرأي المؤيد للرقابة على السلطة التقديرية للمشرع بالنظر إلى التناقض في الحجج التي قدموها، فتارة يقررون بأن هذه الرقابة تقتضي التحقق من مدى ملاءمة الحل الذي اختاره المشرع دون أن تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، ويعود أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن مهمة القاضي الدستوري في هذه الرقابة تبدو كسلطة مشرعة تتحدد من خلال رقابة الخطأ البين في التقدير بإتباع أسلوب التفسير الدستوري، وهو الأمر الذي يعني تدخل القاضي الدستوري في نطاق الوظيفة الأساسية للمشرع، وهو ما يعد تعديا على مجال عمل المشرع وانتهاكا صريحا لمبدأ الفصل بين السلطات، ونحن نؤيد ما ذهب إليه الدكتور أبو المجد في ضرورة الاعتراف برقابة القضاء على ملاءمة على الحل الذي اختاره المشرع؛ انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 116.

أن الفقه الدستوري الجزائري قد تأثر بموقف الفقه الفرنسي والمصري، لأن التجربة الدستورية الحديثة للقضاء الدستوري الجزائري جعلت رقابة القاضي الدستوري تنصب في الرقابة على المشروعية الدستورية دون أن تمتد رقابته إلى البحث في مدى ملاءمة التشريع.

ولما كان موقف الفقه قد انقسم بين اتجاهين حول مسألة خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء، ويتبنى نظرية الخطأ الظاهر (الغلط البين) في التقدير كأساس لرقابة مدى ملاءمة التشريع الصادر عن المشرع مع المصلحة العامة ومدى توافقه مع أحكام ونصوص الدستور. فما هو موقف القضاء من ذلك؟

### ثانيا: موقف القضاء من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع

ولما كانت الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة التشريعات الصادرة عن المشرع، أي أن القاضي الدستوري يتحقق من أن التشريع الصادر عن المشرع وفقا لسلطته التقديرية يتفق مع أحكام الدستور، إلا أن مسألة تقدير مدى ضرورة التشريع أو عدم ضرورته تعتبر من أهم مظاهر السلطة التقديرية للمشرع التي يحظر على القاضي التدخل فيها<sup>1</sup>.

حتى و إن كنا توصلنا إلى أن الأصل في رقابة القاضي الدستوري هي رقابة مشروعية دون أن تمتد إلى مراقبة مدى ملاءمة التشريع أو البواعث التي تدفع المشرع إلى إصدار التشريع، إلا أن موقف القضاء حول هذه المسألة يختلف من دولة إلى أخرى. ومن أجل معرفة موقف القضاء من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع سوف نبين موقف القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها مهد الرقابة القضائية على دستورية القوانين (أ) وموقف المجلس الدستوري الفرنسي مهد الرقابة السياسية على دستورية القوانين (ب)، وأخيرا موقف القضاء الدستوري المصري والجزائري (ج).

### أ- موقف المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع

إن الرقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية هي رقابة الامتناع عن تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته، حيث يذهب البعض إلى القول بأن امتناع المحكمة الاتحادية العليا عن تطبيق التشريعات المخالفة للدستور يتطلب في كل حالة تفسير نصوص دستورية غامضة وغير محددة مستندة في ذلك على الاعتبارات

<sup>1</sup> - كما أن الضوابط أو القيود الدستورية التي يلتزم بها المشرع عند ممارسته لاختصاصه التشريعي في بعض الحالات لا تمنح للقاضي الدستوري الحق في البحث في مدى ملاءمة الحل أو الخيار الذي اختاره المشرع في المسألة محل التنظيم التشريعي، والقول بخلاف ذلك يجعل الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة تقديرية يمارسها القاضي على السلطة التقديرية للمشرع، الأمر الذي يشكل اعتداء على الاختصاص التشريعي للمشرع وتجاوزا لمبدأ الفصل بين السلطات؛ انظر، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص. 87 و 137؛ عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، المرجع السابق، ص. 89؛ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 745.

السياسية لا القانونية، أي أن المحكمة عندما تفسر تلك النصوص الدستورية الغامضة تمارس تقديرا على الآراء السياسية التي يتبناها أعضاء المحكمة، الأمر الذي يعتبر تجاوزا لحدود رقابة المشروعية إلى رقابة الملاءمة. ويستند قضاة المحكمة الاتحادية العليا في هذا الشأن على أن هذه الأخيرة لا تراقب مدى ضرورة التشريع أو عدم ضرورته لأن تقدير المشرع يخرج عن نطاق رقابة القضاء، ذلك لأن اشتراك القضاة في تقدير مدى ملاءمة التشريع يعد تدخلا في عمل المشرع ومساسا بمبدأ الفصل بين السلطات، كما يخرج من نطاق الرقابة كذلك البحث في مدى ملاءمة التشريع للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في البلاد، لأن مثل هذا التقدير يعتبر في حد ذاته مظهر من مظاهر السلطة التقديرية للمشرع<sup>1</sup>.

كما أن موقف المحكمة الاتحادية العليا من مسألة خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء قد تميز بمرحلتين: مرحلة الرقابة على مدى ملاءمة التشريع الصادر عن المشرع، أما الثانية فهي مرحلة الامتناع عن الرقابة على مدى ملاءمة التشريع. ففي المرحلة الأولى تستند المحكمة في الرقابة على مدى ملاءمة التشريع على مبدأ الوسائل القانونية السليمة، هذا الأخير لا يعني الإجراء المطابق للقانون فحسب، وإنما هو إجراء يحمي الحقوق التي يسعى القانون إلى حمايتها، الأمر الذي أقرته المحكمة العليا في قضية ميلوكي ضد مينوستا عام 1890<sup>2</sup>.

ومن أجل التأكد بأن المشرع قد احترم هذا المبدأ يتعين على القاضي أن يبحث في مضمون القانون وأهدافه مستندا في ذلك على الحقوق الطبيعية ليستخلص منها مدى صحة التشريع المعروض عليه أم لا، ولكي يتوصل القاضي لذلك يجب عليه البحث فيما إذا كان التشريع الصادر عن المشرع يتضمن مساسا بحق طبيعي أم لا، وإن كان هذا المساس بسيط أم خطير، وأن القانون يعتبر ملائما أم غير ملائم، وإذا كانت الوسائل المستخدمة ملاءمة أم لا، ومن خلال ذلك يتم تقصي نية المشرع وتوقع النتائج المحتملة للإجراءات المتخذة لإهدار التشريع، وتبعاً لذلك أصبح هذا الشرط من أهم أدوات رقابة القضاء على أعمال السلطة التشريعية في الولايات المتحدة الأمريكية.

غير أنه إذا كان الهدف من كل هذا هو جعل التشريع متفقا ليس مع نصوص الدستور فقط بل حتى مع روحه أيضا، فإن السبيل إلى تحقيق ذلك قد يؤدي إلى إجبار المشرع ويلزمه كذلك بضرورة احترام المبادئ العليا التي يستخلصها القاضي من القانون الطبيعي والتي تعبر عن المثل العليا القانونية، أي أنه إذا قررت المحكمة العليا عدم دستورية قانون ما، فإنها تستند على عدم مطابقته لفكرة قانونية أعلى من الدستور وليس

<sup>1</sup> - انظر، إبراهيم محمد حسنين، الرقابة على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 325؛

- AVRIL. P et GICQUEL. J, op cit, p. 117.

<sup>2</sup> - انظر، كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، المرجع السابق، ص 593؛ مصطفى محمود عفيفي، المرجع السابق، ص 106.

استنادا على مخالفته لنص دستوري، باعتبار أن الدستور يفترض فيه أن يقرر فقط الإجراءات المطابقة للقانون الطبيعي والفكرة القانونية العليا، لأن هذه القواعد العليا يحددها القاضي وتتوقف عند تقديره الشخصي فيما إذا كان القانون يتعارض معها أو لا، بل قد يتوقف معنى النصوص الدستورية ذاتها على تقدير القاضي<sup>1</sup>.

وإذا كان موقف المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية قد انقسم إلى مرحلتين: المرحلة تميزت بالخوض في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، أما المرحلة الثانية فقد تميزت بعدم الخوض في ذلك والالتزام برقابة المشروعية الدستورية فقط، فما هو موقف المجلس الدستوري الفرنسي من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع؟

### ب- موقف المجلس الدستوري الفرنسي من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع

يذهب البعض إلى القول بأن المجلس الدستوري في فرنسا يتبنى نظرية الخطأ الظاهر في التقدير في بعض قراراته، وهو ما يدل على أن رقابة المجلس الدستوري تمتد من رقابة المشروعية الدستورية إلى رقابة مدى ملاءمة التشريع، حيث قرر المجلس الدستوري في حكمه الصادر في 15 يناير 1975 بأن المجلس الدستوري لا يملك سلطة عامة في التقدير والتقرير المستقل كتلك التي يملكها المشرع<sup>2</sup>.

ويذهب البعض إلى القول بأن القرارات السابقة للمجلس الدستوري تكشف بوضوح اعتناقه لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير، وأن الحلول التي يتبناها المشرع لا تعتبر نهائية وإنما تبقى خاضعة لتقدير القاضي الدستوري<sup>3</sup>، كما أن استخدام المجلس الدستوري لاصطلاح الخطأ الظاهر في التقدير في بعض قراراته، وفي الوقت ذاته يؤكد على أن القاضي الدستوري لا يملك سلطة عامة كتلك التي يتمتع بها البرلمان وأنه لا يحل

<sup>1</sup> - فعلى الرغم من امتداد رقابة المحكمة الاتحادية العليا إلى رقابة مدى ملاءمة التشريع، فإن هناك اتجاهات معارضة تنادي بضرورة التزام القاضي الدستوري بمبدأ الفصل بين السلطات واحترام السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع في المفاضلة بين البدائل أو الحلول المفروضة عليه ومدى ملاءمة التشريع الصادر عنه. أما بالنسبة للمرحلة الثانية، فقد تميزت بامتناع القاضي الخوض في مدى ملاءمة التشريع وتحلي المحكمة الاتحادية العليا من فرض اتجاهاتها السياسية والاقتصادية، ذلك بأن رقابة الامتناع تكون أكثر بروزا في الرقابة على الباعث الدافع على التشريع، باعتبار أنه إذا كان الباعث في التشريع يدخل في مجال الاختصاص التشريعي للمشرع، فإن القاضي لا يبحث في هذه النصوص على الباعث الذي دفع المشرع إلى إصدار التشريع بغض النظر عما إذا كانت هذه البواعث مشروعة أم لا، الأمر الذي أقرته المحكمة الاتحادية العليا عند النظر في الطعن المقدم ضد أحد القوانين بحجة أن أعضاء البرلمان قد تقاضوا رشوة لسن هذا التشريع؛

<sup>2</sup> - Décision 74-54 D.C15 Janvier 1975 ; DUGUIT. L, Traité de droit constitutionnel, op cit , p 546 ;

كما قرر في قرار صادر عنه في 1981 على أن المادة 61 من الدستور الفرنسي لعام 1958 تمنح للمجلس الدستوري فقط اختصاصا بالفصل في مدى مطابقة القوانين المعروضة عليه دون أن تكون له سلطة عامة في التقدير أو التقرير كتلك التي يملكها البرلمان، وتبعاً لذلك لا يستطيع القاضي الدستوري أن يحل تقديره محل تقدير المشرع؛ Décision 80-127 D.C19et20 Janvier 1981؛ وقرر المجلس الدستوري في قرار آخر صادر في 14 يناير 1983 بأن مقدمي الطعن قد بينوا على نحو خاص بأن القيود الواردة على تعريف الأشخاص المقبولين لأداء الاختبار بناء على امتحان يناقض مبدأ المساواة، وأن المشرع قد فتح باب الاختبار أمام عدد كبير من المشاركين، الأمر الذي يجعل تنظيم ذلك مستحيلاً من الناحية العملية، وهو ما دفع المشرع إلى تحديد العدد الشاغر من الأماكن، بالنظر إلى الخبرة والاختصاص، مما يجعل النصوص المنتقدة في هذا الموضوع لا تقوم على أساس الخطأ الظاهر في التقدير؛ Décision 82-153 D.C14 Janvier 1983 .

<sup>3</sup> - Décision 84-476 D.C25 Juin 1984 (Loi sur en communication audiovisuelle.)

تقديره محل تقدير المشرع، ذلك بأنه يفهم بأن استخدام القاضي الدستوري لمصطلح الخطأ الظاهر في التقدير من شأنه أن يؤكد على عدم امتداد رقابة المجلس الدستوري إلى البحث في مدى ملاءمة التشريع. وإذا كان المجلس الدستوري الفرنسي قد تبني نظرية الخطأ الظاهر في التقدير والتأكيد على عدم اختصاص القاضي الدستوري بفحص مدى ملاءمة التشريع، فما هو موقف القضاء في كل من مصر وتونس والجزائر؟

## ج- موقف المحكمة الدستورية العليا المصرية و المجلس الدستوري الجزائري من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع

لقد تميز موقف القضاء المصري حتى إنشاء المحكمة الدستورية العليا بعدم اختصاصه بالنظر في مدى ملاءمة التشريع، غير أننا نجد أن بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا قد امتدت رقابتها إلى فحص مدى ملاءمة التشريع للظروف السائدة في الدولة<sup>1</sup>.

ذلك بأن المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها قد أكدت في أحكامها على أن رقابة القضاء لا تمتد إلى بحث مدى ملاءمة التشريع أو بحث مدى ضرورته، غير أن الأحكام الحديثة الصادرة عنها توجي إلى تغيير في موقف المحكمة الدستورية العليا والخوض في فحص مدى ملاءمة التشريع للظروف السائدة في المجتمع.

ففي بداية الأمر نجد أن المحكمة الدستورية العليا قد تبنت موقف المحكمة الإدارية العليا والمحكمة العليا في التأكيد على أن رقابة المحكمة الدستورية العليا هي رقابة مشروعية دستورية دون أن تمتد إلى فحص مدى ملاءمة التشريع، حيث قررت في حكم لها على "أن الأصل في سلطة المشرع في تنظيم الحقوق بأنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بضوابط معينة، وجوهر هذه السلطة التقديرية يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختبار ما يقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم، ومن ثم فإن ما ينعاه المدعي في هذا الصدد إنما ينحل

<sup>1</sup> - ففي المرحلة السابقة على إنشاء المحكمة الدستورية العليا أكدت المحكمة الإدارية العليا بأن رقابة القضاء لا تمتد إلى البحث في مدى ملاءمة التشريع، أو البحث في البواعث التي تدفع المشرع لإصدار التشريع إن كانت سليمة أم لا، الأمر الذي عبرت عليه المحكمة الإدارية العليا بقولها "...يلغي وجود من اقترحه، فلا يكون خالفا لهذا التشريع إلا الهيئة المذكورة، ولا تقوم قائمة لما عزي إلى من اقترحها من دوافع ذاتية غير مشروعة..."<sup>1</sup> أما بالنسبة للمحكمة العليا فقد أكدت موقف المحكمة الإدارية العليا على أن "... رقابتها رقابة مشروعية ولا تمتد ولاية المحكمة إلى مناقشة ملاءمة التشريع أو البواعث التي حملت السلطة التشريعية..." كما قررت في حكم آخر لها بأنه لا يمكن القول بأن إصدار التشريع المطعون فيه هو من الملائمات المترتبة للمشرع، لأنه وإن كانت المحكمة لا تختص بالنظر في مدى ملاءمة إصدار التشريع من عدمه، إلا أنها تختص ببيان مدى مطابقة أحكامه للدستور دون التعرض لمدى ملاءمة إصداره؛ انظر حكم المحكمة العليا في القضية رقم 05 قضائية دستورية بجلسة 01 أفريل 1978، ج ر العدد 03، 1979، وأورده: عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص 138.

إلى موازنة بين البدائل المختلفة وتعقيبا من جانبه على ما ارتآه المشرع منها لصالح الجماعة في إطار تنظيمه لحق الملكية بما لا مخالفة فيه للحماية الدستورية المقررة<sup>1</sup>.

وعليه، يمكننا القول بأن المحكمة الدستورية العليا أكدت عدم اختصاصها بفحص مدى ملاءمة التشريع، باعتبار ذلك يعد من أهم مظاهر السلطة التقديرية للمشرع، غير أن تلك الحرية ليست مطلقة، لأن الملائمات لا تمنع من إخضاع التشريع للرقابة الدستورية إذا تعرض هذا الأخير لأمر نظمها المؤسس الدستوري أو وضع الدستور قيودا محددة لها، أي أن دور القاضي في الرقابة ينحصر في التحقق من عدم خروج المشرع عن الحدود التي قيدها بها المؤسس الدستوري.

وعن موقف القضاء الدستوري الجزائري نجده قد تأثر بموقف القضاء الدستوري الفرنسي وموقف المحكمة الدستورية العليا في مصر، وذلك بالنظر إلى التجربة الدستورية الحديثة للقضاء الدستوري الجزائري وأن القاضي الدستوري عادة ما يمارس الرقابة البسيطة على دستورية القوانين الصادرة عن المشرع، أي أن دوره ينحصر في رقابة المشروعية الدستورية دون أن تمتد إلى البحث في ملائمات التشريع ومدى ضرورته من عدمها .

وبعد عرضنا لموقف الفقه الدستوري وقضاؤه حول مسألة خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء لنا أن نتساءل عن أساليب ممارسة الرقابة على دستورية القوانين وحدودها؟

## الفرع الثاني

### أساليب ممارسة الرقابة على دستورية القوانين<sup>2</sup> وحدودها

لقد اختلفت دساتير دول العالم حول الأسلوب المتبع في الرقابة والجهة التي تتولاها، فمنهم من أسند الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة سياسية مهمتها التأكد من مدى مطابقة القوانين مع أحكام

<sup>1</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 23 قضائية دستورية بجلسة 04 ماي 1991، كذلك حكمها في القضية رقم 24 لسنة 18 قضائية دستورية بجلسة 05 جويلية 1997؛ وأورده: عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص. 139؛ كما قررت المحكمة الدستورية العليا في حكم آخر لها على "أن المحكمة الدستورية العليا لا تزن بنفسها ما إذا كان التنظيم التشريعي المعروض عليها لازما، وما إذا كان إقراره في مناسبة بعينها ملائما، إذ ليس لها إلا أن ترد النصوص التشريعية المطعون عليها لأحكام الدستور - الشكلية والموضوعية ولا أن تخوض في بواعثها أو تناقض دوافعها، و يقتضي اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها مع الدستور - وفي نطاق الموضوع محل التنظيم التشريعي ألا تنفصل هذه النصوص عن الأغراض التي توخاها المشرع منها، بل اتصال هذه الأغراض - بافتراض مشروعيتها بالوسائل منطقيا"؛ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 09 قضائية دستورية بجلسة 22 مارس 1997، ج ر، العدد 04 في 03 أفريل 1997؛ عبد الناصر أبو سهمدانة. حسين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص. 50.

<sup>2</sup> - تعد الرقابة على دستورية القوانين كما قلنا سابقا إحدى أهم الضمانات التي تكفل مبدأ سمو الدستور، باعتبار أن الدستور هو الذي ينشئ وينظم السلطات العامة في الدولة، ويضفي عليها الشرعية، الأمر الذي يستدعي إخضاع أعمال هذه السلطات العامة بما فيها السلطة التشريعية لنوع الرقابة من أجل التأكد من مدى مطابقتها لأحكام الدستور، وهو ما يطلق عليه بالرقابة على دستورية القوانين تتولاها جهة معينة تكفل التزام المشرع باحترام الدستور، وتمنع صدور أي قانون يناقض أو يخالف أحكامه؛ انظر، اشرف فايز اللماوي، المرجع السابق، ص. 278.

الدستور، و البعض الآخر منحها إلى جهة قضائية، غير أن التجارب الدستورية أثبتت بأن إعطاء هذه المهمة لجهة قضائية نظرا لما تتمتع به السلطة القضائية من خبرات ومؤهلات متميزة في هذا المجال، يجعل السلطة القضائية خير من يقوم بدور الرقابة على دستورية القوانين<sup>1</sup>.

ولما كانت الرقابة على دستورية القوانين تهدف إلى التحقق من مدى مطابقة التشريعات الصادرة عن المشرع لأحكام الدستور تمهيدا لعدم إصدارها، فإن القاضي الدستوري حال ممارسة اختصاصه يخضع لمجموعة من الضوابط والقيود التي حددها الدستور، ذلك بأن القاضي بصفة عامة والقاضي الدستوري بصفة خاصة تحيط به مجموعة من العوامل والاعتبارات التي تؤثر على عمله و إصداره لقراراته، منها ما يتعلق بالاعتبارات الشخصية ومنها ما يتعلق بالاعتبارات العملية. وحتى يتسنى لنا معرفة أساليب ممارسة الرقابة على دستورية القوانين وحدودها سوف نتطرق أولا إلى طرق ممارسة الرقابة على دستورية القوانين (أولا)، ثم حدودها (ثانيا).

### أولا: أساليب ممارسة الرقابة على دستورية القوانين

يعد موضوع الرقابة على دستورية القوانين من أكثر المواضيع أهمية في مجال القانون الدستوري، باعتبار أن أعمال هذه الرقابة من شأنه أن يلزم المشرع بضرورة إصدار تشريعات مطابقة لأحكام الدستور بما يضمن مبدأ سمو الدستور و يكرس مبدأ الفصل بين السلطات.

وإذا كان كل من الفقه الدستوري وأغلب النظم الدستورية قد أكدت على ضرورة إخضاع التشريعات الصادرة عن البرلمان لنوع من الرقابة، فإن فقهاء القانون الدستوري قد اختلفوا حول الهيئة التي يجب أن تمارس هذه الرقابة، فبينما نجد أن البعض ذهب إلى إعطاء الهيئة السياسية تلك المهمة، ذهب البعض الآخر إلى إعطاء تلك المهمة لهيئة قضائية<sup>2</sup>.

حيث تمارس الرقابة السياسية هيئة ذات طبيعة سياسية مستقلة عن باقي السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية مهمتها التحقق من مدى مطابقة التشريعات الصادرة عن المشرع لأحكام الدستور، وتحول دون إصدار القوانين المخالفة لأحكام الدستور. أما الرقابة القضائية فهي تعتبر إحدى الوسائل الفنية الحديثة لضمان حسن نفاذ القواعد الدستورية؛ ومن ناحية ثانية، تمنح بعض الدساتير المقارنة القضاء الحق في التأكد من مدى مخالفة القوانين للدستور تمهيدا لعدم إصدارها إذا كانت لم تصدر أو إلغائها أو الامتناع عن تطبيقها إذا كانت قد صدرت.

1 - انظر، إيناس محمد البهجي. يوسف المصري، المرجع السابق، ص. 220.

2- انظر، علوان عبد الكريم، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص. 309.

ومن أجل معرفة طرق ممارسة الرقابة على دستورية القوانين سوف نركز على الرقابة السياسية كأسلوب من أساليب ممارسة الرقابة الدستورية(أ)، ثم نتطرق إلى دراسة الرقابة القضائية على دستورية القوانين (ب).

### أ- الرقابة السياسية كأسلوب من أساليب ممارسة الرقابة الدستورية

يعرف جانب من الفقه الرقابة السياسية على دستورية القوانين بأنها رقابة تتولاها هيئة سياسية يتم اختيار أعضائها بواسطة السلطة التشريعية بالاشتراك مع السلطة التنفيذية<sup>1</sup>، وهي الرقابة التي تتولاها هيئة ينشئها الدستور بنص صريح، وتكون رقابتها سابقة على صدور القانون، ويتم اختيار أعضائها من جانب سلطات سياسية<sup>2</sup>.

ومن خلال هذين التعريفين يمكننا استخلاص مجموعة من الخصائص المميزة للرقابة السياسية على دستورية القوانين، فهي رقابة وقائية تمارس على القانون قبل صدوره، كما أنها تتطلب ضرورة وجود نص صريح في الدستور يحدد للهيئة التي تمارس الرقابة السياسية على دستورية القوانين أسلوب تشكيلها واختصاصاتها، وأن هذه الرقابة تتولاها هيئة سياسية يتم اختيار أعضائها عادة بواسطة سلطات سياسية قد تختارهم السلطة التشريعية أو بالاشتراك مع السلطة التنفيذية<sup>3</sup>.

غير أن هذه الصورة من الرقابة تعرضت لانتقادات شديدة من جانب رجال الفقه الدستوري، فنظام الرقابة السياسية لم ينجح في توفير رقابة فعالة على دستورية القوانين في أغلب الدول التي أخذت به<sup>4</sup>، ولعل ما ذهب إليه الفقه الفرنسي من تعديل لنظام الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا من رقابة سابقة وقائية إلى رقابة لاحقة بموجب تعديل 2008 أحسن دليل على ذلك.

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت للرقابة السياسية، فإن بعض الدول قد أخذت بها، إلا أننا سوف نكتفي بنموذج يمثل المدرسة القانونية اللاتينية وهي الرقابة الدستورية في فرنسا(1) التي أخذت بها بعض الدساتير كال دستور الجزائري(2).

### 1- الرقابة السياسية على دستورية القوانين في فرنسا

إذا نظرنا إلى الرقابة السياسية في ظل الدستور الفرنسي لعام 1958، فلا بد أن نتساءل عن الدور الرئيسي للمجلس الدستوري في مجال الرقابة الدستورية في فرنسا، وما هي الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري الذي انشأ بموجب المادة 56 من الدستور الفرنسي لعام 1958 وما بعدها<sup>5</sup>؟

1- انظر، فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص. 197.

2- انظر، محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقية الجوهرية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص. 135.

3- انظر، عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص. 23.

4- انظر، نبيلة عبد الحليم كامل، الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص. 37.

5- انظر نص المواد(56 و57 و58 و59 و60 و61 و62 و63) من الدستور الفرنسي لعام 1958. الحقيقة أنه ثار خلاف في الفقه الفرنسي حول الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري هل هو جهة قضائية أم هيئة سياسية؟ وقد ذهب البعض إلى القول بأن هذا المجلس يعتبر هيئة سياسية بالنظر إلى

أما الدور الرئيسي للمجلس الدستوري فهو رقابته على دستورية القوانين، وهي رقابة سابقة على إصدار القانون الذي وافق عليه البرلمان بعكس الرقابة القضائية التي هي رقابة لاحقة لإصدار القانون وتطبيقه.

وبالرجوع إلى الدستور الفرنسي لعام 1958 نجده قد نظم اختصاصات المجلس الدستوري في مجال الرقابة على دستورية القوانين في المادتين 61 و62 منه<sup>1</sup>، والملاحظ على المؤسس الدستوري الفرنسي بأنه قد ميز في مجال تلك الرقابة بين القوانين الأساسية والقوانين العادية، حيث نص الدستور صراحة على إلزامية عرض القوانين العضوية على المجلس الدستوري للتحقق من مطابقتها لنصوص الدستور، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول لماذا يكون عرض القوانين العضوية إلزامياً على المجلس الدستوري؟

ويرجع ذلك إلى طبيعة هذه الفئة من القوانين التي تعتبر محددة ومكملة لنصوص الدستور، كما أنها تتميز بنظام إجرائي خاص لإقرارها يختلف عن إجراءات سن وإقرار القوانين العادية، وأن المسائل التي تنظمها هذه الفئة من القوانين حددها الدستور على سبيل الحصر<sup>2</sup>.

ومن اختصاصات المجلس الدستوري في مجال الرقابة الدستورية كذلك رقابته على الأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان و المعاهدات الدولية، حيث نصت المادة 61فقرة 01 من الدستور على أنه يجب أن تعرض النظم الداخلية للمجلسين البرلمانيين على المجلس الدستوري قبل نفاذها للتحقق من مطابقتها للدستور<sup>3</sup>.

---

الطريقة التي يتم تعيين أعضائه والاختصاصات التي منحها له الدستور، غير أن هذا الاتجاه قد وجه إليه نقد شديد من غالبية الفقه الفرنسي، باعتبار أن أسلوب تعيين أعضاء المجلس الدستوري لا تؤدي إلى اعتباره هيئة سياسية، وحتهم في ذلك أن أعضاء المجلس لا يسألون أمام أية جهة بخلاف السلطتين التشريعية والتنفيذية، كما أن هؤلاء الأعضاء يشبهون أعضاء مجلس الدولة الذين لا يطلق عليهم صفة القضاة، ومع ذلك يعتبر المجلس هيئة قضائية. ولقد انتهى أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن المجلس الدستوري يعد هيئة قضائية لأنه يبحث في دستورية القوانين ويطبق القوانين، وتحوز قراراته قوة الشيء به وتلتزم كافة السلطات العامة في الدولة باحترامها؛ انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 748.

<sup>1</sup> - انظر نص المادتين 61 و62 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

<sup>2</sup> - ويرى جانب من الفقه الفرنسي بأن خوف واضعي دستور 1958 من أن يقوم المشرع بتوسيع اختصاصاته التشريعية بدون ضوابط على القوانين العضوية هو الذي دفع هؤلاء إلى الإقرار بضرورة إخضاع تلك القوانين للرقابة الإلزامية من المجلس الدستوري قبل إصدارها. أما فيما يخص القوانين العادية، فإن عرضها اختياري يكون بناء على طلب رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيسي غرفتي البرلمان، أو ستين نائبا في الجمعية الوطنية أو ستين شيخا في مجلس الشيوخ؛ انظر علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، المرجع السابق، ص. 65؛

-LECLAQUE.C, Droit constitutionnel et institutions politiques, 1995, p.519 ; AVRIL.P et GICQUEL.J, op cit, p.200.

<sup>3</sup> - انظر نص المادة 61 فقرة 01 من الدستور الفرنسي لعام 1958؛ ولعل السبب من إخضاع النظم الداخلية لمجلسي البرلمان لرقابة المجلس الدستوري قبل نفاذها هو أن المؤسس الدستوري قد وضع مجموعة من الضوابط والقيود الملزمة للمشرع عند ممارسة اختصاصه التشريعي، فهذه القيود من الممكن أن تفرغها من محتواها النظم الداخلية لمجلسي البرلمان، ولذا كان لابد من إخضاعها للرقابة والتحقق من مطابقتها لنصوص الدستور، كما أن المجلس الدستوري عند رقابته على تلك النظم الداخلية إنما يسعى إلى المحافظة على التوازن الدستوري بين السلطات العامة في الدولة؛ انظر، عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، المرجع السابق، ص. 107 وما يليها.

إضافة إلى تلك الاختصاصات يتولى المجلس الدستوري الرقابة على دستورية المعاهدات وفق ما تنص عليه المادة 54 من الدستور الفرنسي لعام 1958، فإذا قرر المجلس الدستوري بأن المعاهدة تتضمن شرطا أو بندا مخالفا للدستور، فلا يمكن الإذن بالتصديق أو الموافقة عليه إلا بعد تعديل الدستور<sup>1</sup>.

كما يختص المجلس الدستوري الفرنسي كذلك برقابة حالات تعدي السلطة التشريعية على مجال السلطة التنفيذية، الأمر الذي نصت عليه المادة 37 فقرة 01 من الدستور على أن المواد التي لا تدخل في مجال القانون تدخل في مجال السلطة التنظيمية للسلطة التنفيذية .

« Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. »

والملاحظ على المؤسس الدستوري الفرنسي ومن أجل تدعيم مركز السلطة التنفيذية وزيادة نفوذها في مواجهة السلطة التشريعية، فإنه قد وفر عدة وسائل لحماية مجال التنظيم من تعدي القانون، لكنه في المقابل لم يقرر حماية دستورية للبرلمان لمنع تعدي السلطة التنفيذية على اختصاص السلطة التشريعية، إذ يجوز للحكومة أن تدفع بعدم قبول مشروع أو اقتراح أو تعديل قانون إذا تبين خلال الإجراء التشريعي أن مشروع أو اقتراح قانون أو تعديل قانون يدخل في اختصاص السلطة التشريعية أو أنه مخالف لتفويض قد منح بموجب المادة 38 من الدستور<sup>2</sup>.

ذلك بأن اختصاص المجلس الدستوري الفرنسي منذ إنشائه عام 1958 وقبل تعديل 2008 كان يقتصر فقط على الرقابة السابقة على دستورية القوانين والمعاهدات الدولية والنظم الداخلية لمجلسي البرلمان، بالإضافة إلى اختصاصه برقابة دستورية توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية .

غير أن التعديل الدستوري بتاريخ 23 يوليو 2008 قد أدخل تعديلات جوهرية ومهمة خاصة التعديلات التي تتعلق بالمجلس الدستوري لاسيما مركز المجلس الدستوري واختصاصاته والرقابة الدستورية اللاحقة<sup>3</sup>، الأمر الذي أحدث جدلا واسعا في الفقه والقضاء حول الرقابة الدستورية اللاحقة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - ومن التطبيقات التي أرساها المجلس الدستوري بشأن الرقابة الدستورية على المعاهدات قراره الصادر في 10 يونيو 1970 عندما قرر الموافقة على معاهدة روما للوحدة الأوروبية عندما تتوافق مع نصوص الدستور Dc du 19 juin 1970؛ وكذلك قرار المجلس بالموافقة على التعهد الدولي الصادر في 30 سبتمبر 1976 الذي نظم انتخاب البرلمان الأوروبي بواسطة الاقتراع العام D c du 30 decembre 1976؛ وقراره المتعلق بالبروتوكول رقم 06 من اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية والخاصة بإلغاء عقوبة الإعدام في دول الإتحاد الأوروبي الصادر في 22 مايو 1995.

D c du 29 mai 1995

<sup>2</sup> - وفي حالة حدوث الخلاف بين الحكومة ورئيسي الجمعيتين لعدم اقتناعه بأن مشروع أو اقتراح قانون لا يدخل في مجال القانون تلجأ الحكومة أو رئيس إحدى الجمعيتين إلى المجلس الدستوري بأن يصدر قرارا بشأن قبول أو عدم قبول مشروع القانون خلال ثمانية أيام من تقلب الطلب إليه، وفي هذه الحالة يكون المجلس الدستوري قد مارس رقابته بشأن هذا النزاع على أساس تطبيق قواعد توزيع الاختصاص بين البرلمان والحكومة.

<sup>3</sup> - في عام 2008 تقدم الرئيس الفرنسي السابق ساركوزي بمشروع جديد لتعديل الدستور تضمن عددا من الإصلاحات منها تعديل المادة 61 من الدستور بما يوسع من اختصاصات المجلس الدستوري ويمنح للأفراد حق الدفع بعدم دستورية أحد النصوص التشريعية بمناسبة دعوى قضائية قائمة أمام إحدى الجهات القضائية؛ انظر ، عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، المرجع السابق، ص. 124.

مع العلم بأن المجلس الدستوري في حكم سابق قد أدخل تطورا هاما في قضائه، من خلال بحثه في دستورية القوانين بعد إصدارها في حكم له صادر في 25 يناير 1985، وذلك بمناسبة بحث أحكام تشريعية تعدله أو تكلمه أو تؤثر في نطاقه، الأمر الذي أكد عليه في العديد من أحكامه<sup>2</sup>. وبالنظر إلى الأهمية المحدودة لقضاء المجلس الدستوري بشأن الرقابة اللاحقة أصبح الفقه يؤيد هذا النوع من الرقابة متجاوزا بذلك الآراء الفقهية المعارضة لهذا النظام<sup>3</sup>.

وبعد عرضنا للرقابة على دستورية القوانين في فرنسا والتطورات التي شهدتها سواء فيما يتعلق بالرقابة السابقة أو الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، لنا أن نتساءل عن الوضع في البلدان التي تأثرت بالنموذج الفرنسي في مجال الرقابة على دستورية القوانين؟ ونخص بالذكر الوضع في الدستور الجزائري باعتبار أن المؤسس الدستوري الجزائري قد تأثر بالدستور الفرنسي في إنشاء مجلس دستوري يتولى الرقابة الدستورية.

## 2- الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر

لقد أسند المؤسس الدستوري الجزائري عملية الرقابة على دستورية القوانين إلى مجلس دستوري كهيئة مستقلة مهمتها السهر على احترام الدستور تطبيقا لنص المادة 182 من التعديل الدستوري لسنة 2016، غير أن ذلك لا يعني أن هذا المجلس هو حامي الدستور، لأن هذه المهمة مسندة لرئيس الجمهورية بموجب المادة 84 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - ولقد تباين الفقهاء فيما بينهم بين مؤيد ومعارض لفكرة الرقابة الدستورية اللاحقة، ف يرى أصحاب الاتجاه المعارض للرقابة اللاحقة بأن ذلك يشكل اعتداء صارخا على سيادة التشريع، فإذا كانت الرقابة السابقة تتميز بأنها رقابة وقائية باعتبار أنها سابقة على إصدار القانون، فإن الرقابة اللاحقة قد تؤدي إلى إهدار العديد من التشريعات ويمكن أن تكون محلا لعدم الدستورية.

- ROUX. A, Le nouveau Conseil Constitutionnel, J.C.P, 2008, N°31, p.48.

أما أصحاب الرأي المؤيد للرقابة اللاحقة يستندون على أن هذه الرقابة الدستورية لا تمثل وحدها اعتداء على فكرة سيادة التشريع، لأن الرقابة السابقة تطوي أيضا تحت هذا الاعتداء، ومن ناحية أخرى فإن الرقابة اللاحقة تبدو ضرورية لوضع حد للتناقض القائم في فرنسا، باعتبار أن القاضي الدستوري يستطيع أن يبحث مطابقة التشريع للمعاهدات الدولية، لكنه لا يستطيع تقدير مطابقة التشريع للدستور.

- CZSSIAT.P et SAULNIER.E, Control de constitutionnalité a posteriori et contrôle de conventionalité de la loi, 2008, p.166.

أما موقف القضاء من الرقابة الدستورية اللاحقة، فاستنادا إلى أحكام الدستور الفرنسي لعام 1958 التي تناولت تنظيم الرقابة الدستورية السابقة، فقد رفض القضاء المدني والإداري الاعتراف للأفراد بالحق في الدفع بعدم دستورية قانون بعد إصداره، وهو ما قضى به مجلس الدولة في حكمه الصادر في 05 يناير 2005 على أن تبني دستور 1958 للرقابة السابقة يدل على أن المؤسس الدستوري يمنع أي إمكانية للرقابة اللاحقة على القانون في فترة تطبيقه؛

-C E05/01/2005, DEPRESZ et BAILLARD, Rec P01

<sup>2</sup> -C.C, du 25 janvier 1985; C.C du 15 mars 1999, A.J.D.A, p.324 et 410.

<sup>3</sup> -انظر، محمد عبد اللطيف، رقابة الدستورية اللاحقة في فرنسا، مجلة الدستورية، أكتوبر 2009، العدد السادس عشر، السنة السابعة، مصر، هامش 01 و02 و03.

<sup>4</sup> -انظر نص المادتين 182 و84 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (تقابلهما نص المادتين 163 و70 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

ويجسد المجلس الدستوري مهمة السهر على احترام الدستور من خلال ممارسة الاختصاص المسند إليه في مجال الرقابة على دستورية القوانين والمعاهدات والتنظيمات وفق ما تنص عليه المادة 186 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016<sup>1</sup>، مع العلم بأن المجلس الدستوري الجزائري مستوحى من النموذج الفرنسي مع بعض الفروق والاختلافات<sup>2</sup>.

فإذا كانت المبررات التاريخية التي دفعت واضعي دستور 1958 إلى عقلنة النظام البرلماني من خلال تأسيس مجلس دستوري يتولى السهر على حصر البرلمان في حدود اختصاصه، لنا أن نتساءل عما إذا كانت هذه المبررات التاريخية متوفرة في الجزائر عندما قرر المؤسس الدستوري في سنة 1989 ومن قبلها سنة 1963 إنشاء مجلس دستوري وإسناد له دور مشابه لدور المجلس الدستوري الفرنسي، علما بأن البرلمان الجزائري بحكم حدائته لم يكن يوما مهيمنا على الحياة السياسية، بل وأنه لم يمارس الصلاحيات التشريعية المسندة له، وبالتالي لا وجود لمخاوف اعتدائه على مجال عمل السلطة التنفيذية.

وحتى لا نجعل المجلس الدستوري الجزائري نسخة مطابقة للنموذج الفرنسي نظرا لاختلاف الظروف التاريخية بين البلدين، يتعين علينا إعادة النظر في تشكيلة المجلس الدستوري وصلاحياته وإجراءات عمله بشكل يجعل منه أداة فعالة في مجال الرقابة على دستورية القوانين و أداة لهيكل النظام القانوني والمؤسسي في الدولة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 186 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 165 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

<sup>2</sup> - والحقيقة أن تعليق DUVERGER بشأن الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري الفرنسي بأنه نوع من الهيئات السياسية العليا المكلفة بمراقبة دستورية القوانين هو تعليق ينبع من الطابع الغامض لهذا المجلس، الأمر الذي دفع Debré MICHEL إلى القول بأن إنشاء المجلس الدستوري يعكس إرادة إخضاع البرلمان إلى القاعدة الدستورية؛

-DUVERGER.M, Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, 1970, p.817 ; TURPIN.D, Contentieux constitutionnel, 2<sup>ème</sup> édition, P.U.F, 1994, p.339 ; CHAGNOLLAND.D, Droit constitutionnel contemporain, Sirey, Paris, 1999, p.355.

<sup>3</sup> - وبالنسبة لتشكيلة المجلس الدستوري، فقد نصت المادة 183 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 164 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على أنه يتشكل من اثني عشر عضوا يمثلون السلطات الثلاث في الدولة، على أن استقلالية أعضاء المجلس شرط ضروري لضمان نجاح وفعالية المجلس في أداء مهامه بحياد، كما أن عدم قابلية تجديد عهدة الأعضاء بالمجلس يعني تحرر الأعضاء من كل الضوابط التي قد تسلط عليهم في سبيل تمديد العهدة لهم. وتجدر الإشارة بأن طريقة تكوين المجلس منتقدة من عدة جوانب، فهي تتضمن عضوان يمثلان القضاء، وهو أمر غير مفهوم، فإذا اعتبر المؤسس الدستوري أن الرقابة على دستورية القوانين مجرد عمل قضائي، فالأجدر به أن يؤسس له هيئة قضائية خاصة تشكل من قضاة، أما إذا اعتبر بأن هذه الرقابة هي عمل سياسي بالدرجة الأولى، فالأجدر أن يتم سحب القضاة من تشكيلة المجلس بالنظر إلى طبيعة عمل المجلس الدستوري و إعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات، حيث تنص المادة 164 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص 146 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على أن « يختص القضاء بإصدار الأحكام... » بينما تم إقحامهم في هيئة من هيئات الرقابة المنصوص عليها في الدستور في باب مستقل عن باب السلطة القضائية؛ كما أن طريقة تشكيل المجلس الدستوري تضيي حتما على المجلس طابعا سياسيا، لأنه ليس هناك نص صريح في الدستور يلزم رئيس الجمهورية بتعيين أربعة أعضاء خارج الانتماءات الحزبية، فضلا عن الأعضاء المنتخبين من غرفتي البرلمان هم من ذوي الانتماءات السياسية، الأمر الذي يضع مسألة الحياد المفترض للمجلس محل الشك.

وتتميز الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري بأنها رقابة محدودة بفعل الإجراءات المتبعة، حيث تشمل هذه الرقابة جميع القوانين والمعاهدات والتنظيمات، لكن طريقة تحريك إجراءات الرقابة ضيقة جدا. وتتخذ الرقابة الدستورية عدة صور: الرقابة الإلزامية المنصوص عليها في المادتين (141 و186 فقرة 2 و3 من التعديل الدستوري لسنة 2016)<sup>1</sup>، ويقصد بها الرقابة على القوانين العضوية التي نص عليها في المادة 141 من التعديل الدستوري لسنة 2016، التي تشمل المسائل التي يتم تنظيمها بموجب قوانين عضوية، والتي تخضع للرقابة السابقة للمجلس الدستوري قبل إصدارها، ويتعلق الأمر بالمجالات الآتية المرتبطة بتنظيم السلطات العمومية، ونظم الانتخابات، والقانون المتعلق بالأحزاب السياسية، والقانون المتعلق بالإعلام، والقانون الأساسي للقضاة والتنظيم القضائي، والقانون المتعلق بالأمن الوطني، والقانون المتعلق بقوانين المالية، وكذلك كل المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور.

وفي هذا النوع من القوانين يخطر رئيس الجمهورية تلقائيا المجلس الدستوري بمجرد المصادقة عليه من قبل غرفتي البرلمان، كما تشمل هذه الرقابة الإلزامية النظام الداخلي لغرفتي البرلمان التي تعرض وجوبا على المجلس الدستوري، والهدف من ذلك هو منع البرلمان من تجاوز نصوص الدستور.

وهناك الرقابة الاختيارية المنصوص عليها في المادة 186 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup>، ويتعلق الأمر بالقوانين العادية والمعاهدات الدولية واللوائح التنظيمية، حيث جعل المؤسس الدستوري الأمر اختياريا لجهات الإخطار، إذ يجوز لها أن تخطر المجلس الدستوري وطلب رأيه حول مطابقة تلك النصوص لأحكام الدستور<sup>3</sup>.

وعليه، يمكننا القول بأنه إذا كان للمجلس الدستوري دور حاسم في مجال الرقابة الدستورية، فإن نقطة الضعف في طريقة عمله هي تضيق سلطة الإخطار، الأمر الذي تداركه المؤسس الدستوري في التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، لأن فعالية المجلس مرتبطة إلى حد كبير بتوسيع حق الإخطار، إضافة إلى

---

إضافة إلى ذلك، فإن طريقة تشكيل المجلس تفتقر نوعا ما إلى التخصص الذي يمكن تحقيقه عن طريق الأساتذة المتخصصين في القانون الدستوري والقانون العام، لأن الدستور لا يشترط وجوب إدراج هذه الكفاءات خاصة ضمن النسبة المعينة من طرف رئيس الجمهورية، ومن ثم يمكننا القول بأن طريقة تكوين المجلس تشكل عائقا في وجه نجاحه وفعالته، ويتعين إجراء إصلاح دستوري بتعديل تشكيلة المجلس، وكذا طريقة عمله والاختصاصات المسندة إليه.

<sup>1</sup> - انظر نص المادتين (141 و186 فقرة 2 و3) من التعديل الدستوري لسنة 2016 (تقابلها نص المادتين (123 و165 فقرة 02 و03) من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>2</sup> - انظر نص المادة 186 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 165 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

<sup>3</sup> - الملاحظ على نص المادة 187 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 166 من الدستور الجزائري لسنة 1996) بأنها قد وسعت من الجهة التي لها حق إخطار المجلس الدستوري، بحيث تشمل سلطة إخطار المجلس الدستوري كل من رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان، أو الوزير الأول، وأعضاء البرلمان، كما قد يكون الإخطار عن طريق الدفع بعدم الدستوري بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة تطبيقا لنص المادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016؛ انظر نص المادتين 187 و188 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

ذلك تمكين رئيس المجلس الدستوري من تحريك الرقابة التلقائية للمجلس دون انتظار إخطاره من الجهات المختصة بذلك وفق ضوابط وقيود يحددها الدستور.

ومن ناحية أخرى توسيع نطاق الدستورية لتشمل مجالا هاما أغفله المؤسس الدستوري، وهو الرقابة على مجال القانون واللائحة، فمن المفيد أن تطلب الحكومة أثناء مناقشات البرلمان استبعاد نص قانوني ترى أن فيه تعدي على مجال التنظيم أو اللائحة مثلما هو الأمر في فرنسا، وفي حالة الخلاف مع إحدى غرفتي البرلمان يتولى المجلس الدستوري الفصل في ذلك في أجل محدد، لأنه دون هذه الآلية يبقى نص المادة 143 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 125 من الدستور الجزائري لسنة 1996) بدون معنى، أي ما هو جزاء تعدي القانون على مجال اللائحة أو التنظيم إذا لم ينص المؤسس الدستوري على آلية معينة تسمح للمجلس الدستوري بالتدخل<sup>1</sup>.

## ب- الرقابة القضائية على دستورية القوانين

إذا كانت بعض الدساتير قد جعلت الرقابة على دستورية القوانين من اختصاص هيئة سياسية، فإن أغلب دساتير دول العالم على اختلاف نظمها وإيديولوجيتها تمنح إحدى محاكمها مهمة الرقابة على دستورية القوانين، وهو ما جعل الفقه الدستوري يهتم بهذا النوع من الرقابة على دستورية القوانين، وذلك من خلال بيان مفهومها وأهميتها وطرق تحريكها، الأمر الذي يدفعنا إلى الوقوف عند مفهوم الرقابة القضائية وأهميتها وطرق تحريكها (1)، ثم عرض بعض تطبيقات هذا النوع من الرقابة (02).

### 1- مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين و أهميتها وطرق تحريكها

لقد عرّف الفقه الدستوري الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي يصدرها المشرع بأنها عملية تستطيع المحاكم من خلالها البت في مصير قانون ما من حيث كونه يخالف أو لا يخالف أحكام الدستور<sup>2</sup>، بينما يعرفها البعض الآخر بأنها حق المحاكم بمقتضى وظيفتها الأصلية وبناء على طلب من ذوي المصلحة بفحص قانون ما والتأكد من مدى توافقه مع أحكام الدستور، ومن ثم الامتناع عن تطبيق هذا القانون أو إلغائه إذا ثبت لها تعارضه مع نصوص الدستور. كما يمكن تعريفها كذلك بأنها عملية ذات طبيعة خاصة تقوم بحل مشكلة تتعلق بحل التنازع بين قاعدتين قانونيتين إحداهما تحتل مركزا أسمى في سلم القواعد القانونية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - علما بأنه في الحالة التي تتعدى السلطة التنفيذية نطاق عملها وتتدخل في مجال القانون يجوز إلغاء هذه اللائحة لعدم مشروعيتها أمام القضاء الإداري عن طريق دعوى الإلغاء

<sup>2</sup> - انظر، منذر الشاوي، القانون الدستوري (نظرية الدستور)، الجزء 02، مطبعة شفيق، بغداد، 1971، ص. 44.

<sup>3</sup> - انظر، أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص. 158.

ومن خلال هذه التعاريف يمكننا أن نُعرف الرقابة القضائية على دستورية القوانين بأنها الرقابة التي تختص بها هيئة قضائية بناء على طلب صاحب المصلحة من أجل فحص قانون معين للتحقق من مدى توافقه مع نصوص الدستور، وبالتالي الامتناع عن تطبيقه هذا القانون أو إلغائه بحسب الأحوال.

ويؤكد جانب من الفقه الدستوري بأن أهمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين يمكن إرجاعها إلى مبدأين أساسيين، الأول تحقيق وضمان مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية الذي يعد من أهم القواعد الرئيسية لإقامة دولة القانون، أي أن السلطة التشريعية عند ممارستها لاختصاصاتها التشريعية يجب أن تعمل في حدود أحكام الدستور وتخضع للقيود والضوابط التي أقرها. أما المبدأ الثاني مؤداه أن هذه الرقابة هي من طبيعة عمل القاضي من خلال تطبيق القانون والفصل في النزاع المطروح عليه، فإذا تعارضت لائحة مع قانون وجب تطبيق القاعدة الأعلى، وإذا تعارض نص قانوني مع نص دستوري وجب تطبيق الأخير باعتباره القانون الأسمى في الدولة<sup>1</sup>.

كما يرى البعض الآخر بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تؤدي إلى وحدة الحلول القضائية في الدعوى الدستورية، نظراً لأن هناك جهة قضائية عليا واحدة متخصصة في ممارسة تلك الرقابة تحوز أحكامها حجية مطلقة، ومن ثم لا يمكن إثارة مسألة دستورية ذلك القانون مرة أخرى<sup>2</sup>.

وبالتالي، تتجلى أهمية وجود الرقابة القضائية على دستورية القوانين في التحقق من مدى احترام ونفاذ القواعد الدستورية، وضرورة إصدار تشريعات تتوافق مع أحكام الدستور، الأمر الذي يضمن في النهاية احترام أحكام الدستور من جهة وضمان احترام الحقوق والحريات العامة التي كفلها الدستور من جهة ثانية<sup>3</sup>.

والجدير بالذكر أن الفقه الدستوري المقارن يعتمد على أسلوبين في الرقابة على دستورية القوانين، الأول يتمثل في الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، والثاني يتمثل في الرقابة عن طريق الدفع الفرعي؛ فالرقابة عن طريق الدعوى الأصلية هي تلك التي يمنح فيها الدستور للأفراد حق رفع دعوى أصلية مباشرة أمام المحكمة الدستورية أو المحكمة العليا طالبا إلغاء قانون ما لمخالفته لنصوص الدستور، فإذا ثبت للمحكمة وجود

1 - انظر، علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر والأنظمة الدستورية العربية والأجنبية، المرجع السابق، ص. 210.

2 - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص. 40.

3 - ذلك بأن طرق وأساليب ممارسة الرقابة القضائية على دستورية القوانين تختلف من نظام لآخر تبعاً لما يقرره الدستور وتتمليه الظروف السياسية في الدولة، لكن غالباً ما تتجه الدول إلى تحديد الجهة القضائية التي تتولى مهمة التحقق من مطابقة التشريع لنصوص الدستور، وقد تعهد دول أخرى أمر الرقابة على دستورية القوانين إلى جميع الهيئات التي تمارس الوظيفة القضائية في الدولة، وحثهم في ذلك أن رقابة الدستورية لا تعدو أن تكون جزءاً من الوظيفة الأصلية للسلطة القضائية كالنظام الدستوري الأمريكي. غير أن غالبية الدول قد اتجهت نحو إسناد مهمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى جهة قضائية واحدة، ويسمى هذا الأسلوب بمركزية الرقابة الدستورية التي تؤدي إلى ضمان الاستقرار القضائي وعدم التعارض أو التناقض بين الأحكام الدستورية المختلفة؛ انظر، عبد المنعم عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 736؛ إيناس محمد البهجي. يوسف المصري، المرجع السابق، ص. 132.

مخالفة دستورية قضت بإلغاء القانون المخالف للدستور بحكم نهائي لا يقبل الطعن، أما إذا قضت المحكمة الدستورية بدستوريته، فلا يجوز إثارة عدم الدستورية مرة أخرى، الأمر الذي أخذت به بعض دساتير العالم كالألمانيا وإسبانيا؛ ويتم تحريك الإجراءات الخاصة بالرقابة عن طريق أسلوب الدعوى الأصلية بصورة منفصلة ومستقلة تمام عن أي نزاع قد يثار أمام إحدى المحاكم المختصة بهذا الموضوع، وتؤدي تلك الرقابة إلى منع صدور القانون في حالة فرض الرقابة السابقة أو إعلان إغائه عند فرض الرقابة اللاحقة<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للرقابة عن طريق الدفع الفرعي بعدم دستورية قانون ما عند النظر في أية قضية أمام أي محكمة، يجب على المحكمة مهما كانت درجتها أن تقرر الامتناع عن تطبيق القانون إذا رأت بأن ذلك القانون يتعارض مع نصوص الدستور، وفي هذه الصورة من الرقابة لا ترفع دعوى أصلية مباشرة لإلغاء القانون لعدم دستوريته، وإنما تثار دستورية القانون بطريقة فرعية أثناء نظر قضية أصلية معروضة أمام إحدى المحاكم<sup>2</sup>.

فطريق الدفع الفرعي يفترض أن يكون هناك نزاع ما مطروح أمام المحكمة، وأن هناك قانونا معيناً مطلوباً تطبيقه في هذا النزاع ويدفع الخصم بعدم دستورية ذلك القانون، حيث يبحث قاضي الموضوع في مدى حجية هذا الدفع، فإذا تأكد القاضي من ذلك يقوم بالامتناع عن تطبيق ذلك القانون في القضية المطروحة عليه مستندا في ذلك على قواعد التفسير المعروضة. ولقد لاقى هذا النوع من الرقابة قبولا أكثر لدى الفقه الدستوري، باعتبار أن عملية الرقابة على دستورية القوانين تتميز بطابعها القانوني البحث وتستند على التفسير والمقارنة، لأنها تفترض تفسير التشريع المعروض لمعرفة مضمونه، ثم تفسير النص الدستوري لمعرفة مدى اتفاقهما، أي أنها عملية حل تنازع بين قاعدتين قانونيتين بحسب قول بعض الفقهاء<sup>3</sup>.

وترتبا على ما سبق، يمكننا القول بأن طريق الدفع الفرعي هي طريقة دفاعية تستهدف استبعاد تطبيق القانون في الدعوى ولا تستهدف إغائه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص. 41؛ حنفي علي جبالي، المسؤولية عن القوانين، المرجع السابق، ص. 418.

<sup>2</sup> - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، قيود الرقابة الدستورية، مكتبة كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 1998، ص. 74.

<sup>3</sup> - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، المرجع نفسه، ص. 82؛ نسرین طلبه، الرقابة على دستورية القوانين، مقال بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2011، المجلد 27، العدد الأول، ص. 489 إلى 492.

<sup>4</sup> - ولقد عملت بعض الدساتير على الجمع بين هاتين الطريقتين عند بحث القضاء في دستورية القوانين، وتطبيقا لذلك يمكن أثناء نظر دعوى قضائية يراد فيها تطبيق قانون معين أن يدفع أحد الخصوم في الدعوى بعدم دستورية القوانين المراد تطبيقه في هذه الدعوى أمام ذات المحكمة التي تنظر في الموضوع، وهنا لا تتعرض المحكمة للفصل في الدفع ويحال الطعن بعدم دستورية القانون إلى محكمة أخرى ينص عليها القانون تختص بالفصل في دستورية القوانين ويكون الحكم الصادر عن هذه المحكمة حجية مطلقة في مواجهة الكافة؛ انظر، يسري محمد العصار، المرجع السابق، ص. 45.

## 2- تطبيقات للرقابة القضائية على دستورية القوانين

فإذا كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين تتخذ صورتين الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية والرقابة عن طريق الدفع الفرعي، إلا أننا سوف نكتفي بنموذج يعبر عن الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية وفي مصر.

الحقيقة أن المحكمة العليا الأمريكية لا تلتزم بنصوص الدستور المكتوبة في رقابتها على دستورية القوانين، بل تسند كذلك على مبادئ عليا غير مكتوبة أعلى من الدستور، يلتزم بها المشرع عند ممارسة اختصاصه التشريعي بسن القوانين المختلفة، ومن ثم فإن المحكمة العليا تحكم بعدم دستورية القانون إذا خالف نصا في الدستور أو انتهك مبدأ من المبادئ الأساسية العليا، وهو ما يجعل النموذج الأمريكي فريدا في القضاء الدستوري المقارن .

وفي هذا الصدد ظهرت عدة آراء حول مسألة المبادئ العليا غير المكتوبة، فهناك اتجاه يرى بأنه ضد أي رأي فقهي أو قضائي يسعى لإبطال قانون أقره البرلمان أو الامتناع عن تطبيقه بحجة مخالفته لما يسمى بمبادئ عليا أو مبادئ دستورية عليا، باعتبار أن الأساس بعدم دستورية القانون هو مخالفة نص في الدستور ومبادئه التي يقوم عليها.<sup>1</sup> بينما يرى اتجاه آخر بوجود قانون أعلى من الدستور والقانون ويفرض مبادئه على كافة السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية، غير أن الأخذ بهذا الرأي كما يقول الفقيه السنهوري من شأنه أن يعرض قوانين البرلمان لعدم الاستقرار.<sup>2</sup>

أما عن الطبيعة القانونية للمحكمة العليا الأمريكية فهي تبدو كسلطة قضائية وسياسية تسعى إلى إقامة نوع من التوازن بين السلطات العامة من خلال أحكامها، باعتبار أنها تراقب سير النظام الفيدرالي وتفحص دستورية قوانين الإتحاد والولايات، كما تراقب كذلك اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية، الأمر الذي يساعد تلك المحكمة في ابتداء تلك المبادئ العليا غير المكتوبة، والاعتراف لها بالقيمة الدستورية بالشكل الذي جعل رقابة الملاءمة الدستورية أساسا يقوم عليه القضاء الأمريكي، وتبعاً لذلك أصبحت الولايات المتحدة الأمريكية مهد الرقابة القضائية على دستورية القوانين بطريق الدفع الفرعي<sup>3</sup> إلى جانب الأمر القضائي<sup>1</sup>، والحكم التقريري<sup>2</sup>.

1 - انظر، محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 189.

2 - انظر، عبد الحفيظ الشبمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، المرجع السابق، ص. 120؛ ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 1042.

3 - ذلك بأن أسلوب الدفع يقتضي أن لا ترفع فيه دعوى أصلية لإلغاء القانون لعدم دستوريته، وإنما تشور دستورية القانون بطريقة فرعية أثناء نظر دعوى موضوعية معروضة أمام المحاكم، وهذه الطريقة لا تحتاج لقضاء دستوري ليقرها، لأنها تتصل بطبيعة عمل القاضي، فإذا دفع أحد الخصوم في الدعوى بعدم دستورية القانون المطبق عليه لمخالفته للدستور، فإنه يتعين على القاضي أن يرجح النص الدستوري باعتباره التشريع الأعلى ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية عند تعارضه مع نص تشريعي الأدنى منه، وأول تطبيق قضائي للمحكمة العليا الأمريكية هو الحكم الشهير الذي صاغه رئيس

إذا كانت المحكمة العليا الاتحادية قد لعبت دورا رئيسيا في الرقابة على دستورية القوانين ،سواء من خلال حماية النظام الفيدرالي أو حماية حقوق وحرريات المواطنين الأساسية بالشكل الذي يجعلها في نظر الفقه المقارن أفضل أنواع الرقابة القضائية،فإنها لم تسلم من الانتقادات بالنظر إلى الدور السياسي الذي يتعدى في بعض الأحيان رقابة الدستورية بالمعنى القانوني إلى رقابة الملاءمة والسياسة التشريعية للبرلمان الاتحادي أو في الولايات<sup>3</sup>.

المحكمة جون مارشال عام1803 في قضية ماربورسي ضد ماديسون مستندا في إقرار الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية على مبدأين أساسيين،الأول هو سمو الدستور الجامد على القوانين،أما الثاني هو أنه بالنظر إلى طبيعة عمل القاضي عندما يعرض عليه نزاع يتعارض فيه نص أدنى مع نص أعلى منه ،أن يرجح النص الأعلى على النص الأدنى.وفي هذا المجال يتعين على القاضي الامتناع عن تطبيق القانون الذي تعارض مع أحكام الدستور احتزاما وتغليبا لحكم الدستور الأعلى تجدر الإشارة بأن الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور لا يؤدي إلى إلغائه،أي أن القانون المستبعد يبقى قائما ،ويجوز لمحكمة أخرى تعتره دستوريا أن تطبقه في قضية أخرى،ولأن الولايات المتحد الأمريكية تأخذ بنظام السوابق القضائية ،الأمر الذي يلزم كل محكمة أن تنفيذ بالحكم الذي أصدرته سابقا في مسألة معينة، كما تنفيذ كذلك المحاكم الأدنى بأحكام وقرارات المحكمة العليا؛ انظر،علي السيد الباز،المرجع السابق،ص.162؛محمد رفعت عبد الوهاب،المرجع السابق،ص.189.

<sup>1</sup> - أما الأمر القضائي وهو ما يطلق عليه بأوامر المنع التي تكون في الحالات التي يطلب فيها الأفراد من القاضي توجيه أمر قضائي إلى الموظفين القائمين على تنفيذ القانون الذي يمس أو يضر بمصالحهم التي كفلها لهم الدستور؛وتعرف الأوامر القضائية بأنها تلك الأوامر التي تتخذ صفة النهي الصريح وتوجه لشخص لإنذاره بأنه إذا استمر في نشاط خاطئ أو باشر نشاطا خاطئا يوشك أن يقوم به ،فإنه يتعرض للجزاء على أساس إهانة القضاء؛انظر،محمد عبد المنصف عبد الفتاح،المرجع السابق،ص.165؛كما ويتميز أسلوب الأمر القضائي عن أسلوب الدفع الفرعي في أنه أسلوب هجومي وقائي يشبه نوعا ما أسلوب الدعوى الأصلية بعدم دستورية القانوني يمنح لكل فرد حق المبادرة بمنع الإخلال أو المساس بحق كفلها له الدستور ضد قانون غير دستوري يضر بتلك الحقوق.لمزيد من التفاصيل: انظر على سبيل المثال،عبد العظيم عبد السلام،الرقابة على دستورية القوانين،دراسة مقارنة،دار النهضة العربية ،مصر،1993،ص.32؛ علي السيد الباز،المرجع السابق،ص.178.

<sup>2</sup> -و أخيرا ،يوجد إلى جانب أسلوب الدفع الفرعي و الأمر القضائي أسلوب آخر وهو أسلوب الحكم التقريري الذي يعتبر كوسيلة ثالثة للرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية التي تم استخدامها في بداية القرن العشرين،كانت لمحاكم الولايات السابق في استخدام أسلوب الحكم التقريري،ثم أخذت به المحكمة العليا الاتحادية منذ 1936.ويقوم هذا الأسلوب على أساس أن الأطراف غير الواثقة من حقوقها القانونية أن تلجأ إلى المحاكم لتبث وتحدد هذه الحقوق وتحميها من أي اعتداء قد يمسها ،حيث تقرر المحكمة المراكز القانونية دون أن يعقب هذا التقرير بأي أمر تنفيذي ،غير أنه يتمتع بحجة الشيء المقضي به ويعتبر كسابقة قضائية،وأهم تطبيق قضائي يترجم مدى استقرار مبدأ الأحكام التقريرية الحكم الشهير للمحكمة العليا الاتحادية الصادرة في 1967 في قضية النائب كلايتون،وتتلخص وقائع هذه القضية في أن النائب كلايتون تم استبعاد عضويته من مجلس النواب بناء على أحكام الفقرة 05 من المادة الأولى من الدستور التي تنص على انه يكون كل مجلس حكما في انتخابات أعضائه ونائبها والشروط اللازم توافرها فيها ،وعند دفع النائب بعدم اختصاص المحكمة العليا تأسيسا على أن البحث في شروط العضوية من اختصاص مجلس النواب (الكونجرس)ولا تستطيع المحكمة أن تلوم هذا الأخير بأمر ما ،حيث رفضت المحكمة هذا الدفع و أصدرت حكما تقريري يتضمن إلزام المجلس بضرورة احترام الشروط المنصوص عليها في الدستور؛لمزيد من التفاصيل:

- FISHER. L,Constitutionnel structures ,p.119.

<sup>3</sup> - فمن إيجابيات المحكمة العليا الأمريكية في مجال الرقابة على دستورية القوانين عملها على تحقيق التوازن بين الاتحاد والولايات والمحافظة على الكثير من المبادئ الدستورية وتكريس مبادئ المساواة والعدل في المجتمع الأمريكي،أي الميل إلى إثارة احترام أكبر للقوانين الفيدرالية للكونجرس.

أما بالنسبة للدور السلي للمحكمة العليا الاتحادية استنادها في رقابتها على دستورية القوانين على المبادئ العليا غير المكتوبة محتكرة لنفسها الحق في الكشف عن تلك المبادئ من خلال الحكم القضائية كاستخدامها للتعديل الرابع عشر على الدستور الأمريكي كأداة لفرض تفسيراتها وتطبيقها لهذه المبادئ على القوانين على القوانين الاتحادية ،ومن هنا جاء الدور السياسي للمحكمة العليا الأمريكية في رقابتها لدستورية القوانين باستخدام شرط الطريق الواجب قانونا؛وإذا كانت هناك نوايا حسنة لاستخدامها لحماية الحقوق والحرريات العامة للأفراد،فإنه يجب أن تكون تلك الحماية وفقا لنصوص الدستور وليس على أسس مبادئ عليا غير مكتوبة،كما أن الدور السياسي للمحكمة العليا في الرقابة على دستورية القوانين والبحث في مدى ملاءمة

أما في مصر، فقد انتهج المؤسس الدستوري المصري أسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين متأثراً في ذلك بالنموذج الأمريكي في هذا الشأن<sup>1</sup>، الأمر الذي نصت عليه المواد من 174 إلى 178 من دستور 1971 ويقابلها نص المواد 191 إلى 195 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، حيث تنص المادة 191 منه على أن «المحكمة الدستورية العليا جهة قضائية مستقلة قائمة بذاتها» كما تنص المادة 192 منه على اختصاصات هذه المحكمة بقولها «تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتفسير نصوص القانون، والفصل في المنازعات المتعلقة بشؤون أعضائها وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أي جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها والقرارات الصادرة منها..» كما تنص المادة 195 من الدستور على أن «...الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة، وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم. وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثاره.» ويتضح لنا من هذه النصوص الدستورية بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تمارسها هيئة قضائية مستقلة وقائمة بذاتها، حيث تعتبر الرقابة على دستورية القوانين واللوائح من أهم الضمانات التي أقرها الدستور لحماية الحقوق والحريات العامة ضد كل انتهاك من قبل السلطة التشريعية فيما تصدره من قوانين أو ما تواجهه من اعتداء من جانب السلطة التنفيذية بصدده ما تتخذه من لوائح.

وبالرجوع إلى قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 نجده ينص في المادة 25 منه على أن تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح والفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي إذا رفعت الدعوى ضد موضوع واحد أمام جهتين قضائيتين وتمسكت كلاهما باختصاصها أو عدم اختصاصها بالنظر في هذه القضية، وكذلك الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر عن جهتين قضائيتين مختلفتين، يضاف إليها كذلك اختصاصات تفسير القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية<sup>2</sup>.

---

التشريع هو دور يساعد على ابتداء مبادئ وقيم دستورية جديدة في مجال الرقابة الدستورية على القوانين؛ انظر، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص 38.

<sup>1</sup> - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص 40؛ ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 212.

<sup>2</sup> - تنص المادة 25 من القانون رقم 48 لسنة 1978 المتضمن قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية على ما يلي: «تختص المحكمة الإدارية العليا دون غيرها بما يأتي: أولاً: الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. ثانياً: الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو

وبعد عرضنا لأهم الاختصاصات التي تتولاها المحكمة الدستورية العليا في مصر، لنا أن نتساءل عن الوسائل التي تعتمد عليها هذه الأخيرة في الرقابة على دستورية القوانين؟ لقد حدد قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 ثلاث وسائل تعتمد عليها المحكمة في رقابتها على دستورية القوانين وفق ما تنص عليه المادتين 27 و28 من قانون المحكمة الدستورية العليا<sup>1</sup>، الأول هو طريق الإحالة المباشرة للمسائل الدستورية من أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، أي إذا رأت إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء النظر في إحدى الدعاوى عدم دستورية قانون أو لائحة للفصل في النزاع توقف الدعوى إلى غاية فصل المحكمة الدستورية العليا في المسألة الدستورية وفق ما تنص عليه المادة 30 من قانون المحكمة الدستورية العليا<sup>2</sup>.

أما الوسيلة الثانية، هي أن تقرر أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي جدية الدفع بعدم دستورية نص قانوني يتعلق بالنزاع المعروض عليها ويكون لازماً للفصل فيه، ويتحدد نطاق الدعوى الدستورية بالحدود التي قدرت فيها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي جدية الدفع الذي طرحه الخصم عليها<sup>3</sup>، وأخيراً أن تواجه المحكمة الدستورية العليا بنفسها مسائل دستورية تعرض عليها بمناسبة مباشرتها لاختصاص محمول لها وفقاً لقانونها إذا كان الفصل في هذه المسائل يتصل بنزاع قائم معروض عليها ويؤثر في نتيجته تطبيقاً لنص المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية العليا<sup>4</sup>.

ومما سبق، يمكننا القول بأن المحكمة الدستورية العليا في مصر تعتمد على ثلاث وسائل أساسية تتمثل في الإحالة من المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي للفصل في دستورية قانون أو لائحة للفصل في الدعوى محل النزاع، أو أن تدفع المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص قانوني يتعلق بالنزاع المعروض عليها ويكون لازماً للفصل فيه، أو أن تفحص المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية

---

الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل إحداها عن نظرها أو تخلت كلتاها عنها. ثالثاً: الفصل في النزاع يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها (م25). «

1 - انظر نص المادتين 27 و28 من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر.

2 - انظر نص المادة 30 من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر .

3 - وفي هذا المجال يذهب جانب من الفقه إلى أن القول بأن معنى جدية الدفع الذي يتطلبها المشرع تقتضي أن يكون الفصل في مسألة الدستورية منتجاً في الفصل في الدعوى الأصلية المطروحة على قاضي الموضوع، أو أن تحتل مدى مطابقة القانون أو اللائحة للدستور اختلافاً في وجهات النظر ضرورة وجود شبهة خروج القانون أو اللائحة عن أحكام الدستور؛ لتفاصيل أكثر: انظر، رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص. 570؛ محمد أنس قاسم جعفر، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص. 554.

4 - انظر نص المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر؛ ويرى جانب من الفقه بأن هذا الاتجاه من شأنه أن يوسع من نطاق رقابة المحكمة على دستورية القوانين إذا توافرت عدة شروط منها أن يكون التصدي مناسباً لممارسة المحكمة لاختصاصاتها، وأن يتصل النص محل التصدي بالنزاع المطروح على القاضي الدستوري مع ضرورة إتباع إجراءات تحضير الدعاوى الدستورية؛ انظر، محمد أنس قاسم جعفر، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع نفسه، ص. 555.

التي تعرض عليها إذا كان الفصل في هذه المسائل من شأنه أن يؤثر في نتيجة النزاع المعروض عليها. وبعد أن تناولنا بالدراسة أنواع الرقابة على دستورية القوانين وأساليب ممارستها لنا أن نتساءل عن الحدود أو الضوابط التي يلتزم بها القاضي الدستوري في رقابته على دستورية القوانين؟

### ثانياً: الضوابط التي يلتزم بها القاضي الدستوري في رقابته على دستورية القوانين

إن القاضي الدستوري عند ممارسته للرقابة على دستورية القوانين تحيط به عوامل واعتبارات ترتبط بالمناخ الذي يعمل في نطاقه القاضي ويؤثر عليه في إصدار قراراته أو أحكامه، ومن هذه العوامل ما يرتبط بالعوامل أو الاعتبارات الشخصية للقاضي، ومنها ما يرتبط بالعوامل الموضوعية التي يعمل القاضي في نطاقها<sup>1</sup>. بمعنى أن القاضي الدستوري وهو بصدد ممارسته للرقابة على دستورية القوانين يخضع لنوعين من الضوابط، النوع الأول يتعلق بضوابط الرقابة التي تقتزن بالتفسير الحقيقي أو الفهم الصحيح لفكرة الرقابة، أما الثاني يرتبط بالقيود الذاتية التي يضعها القاضي للالتزام بدوره القضائي دون أن يتعداه إلى الدور السياسي، وذلك من خلال حصر نطاق الرقابة في نطاقها الضيق، بحيث لا يتعداه إلى التعرض لأي من السلطات العامة في الدولة لاسيما السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ومن ثم، فإن الضوابط التي يلتزم بها القاضي الدستوري عند إعمال الرقابة الدستورية يمكننا إرجاعها إما إلى الضوابط أو الحدود العامة للرقابة (أ) أو إلى الضوابط أو القيود الذاتية للرقابة-التقييد الذاتي للرقابة (ب).

#### أ- الضوابط أو الحدود العامة للرقابة الدستورية

تعتبر ضوابط الرقابة على دستورية القوانين عن الحدود العامة لها، وأول هذه الضوابط وأشملها، هي أن الرقابة يجب أن تتم في إطار الدستور لا خارجه، كما أن هذه الرقابة هي رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة، أي أن الرقابة الدستورية لا تتعرض لملاءمة التشريع. ولمعرفة الضوابط أو الحدود العامة للرقابة الدستورية سوف نركز على نوعين من هذه الضوابط، النوع الأول هو أن الرقابة الدستورية تتم داخل الدستور (1)، والثاني هو أن الرقابة الدستورية هي رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة (2).

#### 1- الرقابة الدستورية تتم داخل الدستور لا خارجه

من الطبيعي في ظل الدساتير الجامدة بأن مبدأ سمو الدستور يستلزم رقابة دستورية القوانين لبيان مدى تعارضها أو اتفاقها مع نصوص الدستور، فإذا تعارض نص تشريعي مع نص دستوري، فيتعين على القاضي الدستوري أن يغلب النص الدستوري باعتباره القانون الأسمى ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص. 173.

<sup>2</sup> - انظر، موريس دوفرجه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري - الأنظمة السياسية الكبرى، ترجمة جورج سعد، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1992، ص. 160؛ عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص. 174.

والحالة التي يثار فيها موضوع الرقابة على دستورية القوانين عادة ما تكون في ظل الدستور الجامد الذي ينظم مسألة معينة، ويأتي المشرع ليصدر نصا تشريعا مخالفا لنصوص الدستور المكتوبة، ومن ثم يقوم القاضي الدستوري بتغليب النصوص الدستورية المكتوبة على التشريعات الصادرة عن المشرع، لكن الإشكالية تطرح بالنسبة للمبادئ الدستورية العليا غير المكتوبة التي لا ترد في الدستور ذاته و إنما تجد مكانها خارجه، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول هل أن القاضي الدستوري يلتزم بتلك المبادئ الدستورية العليا غير المكتوبة أم لا؟، ومن جهة ثانية هل أن تلك المبادئ مُلزِمة للمؤسس الدستوري وحتى المشرع العادي عند ممارسة اختصاصه التشريعي بسن القوانين؟

لقد ذهب جانب من الفقه يتزعمه الفقيه DUGUIT بأن هناك قانونا أعلى وجد قبل أن توجد الدولة ذاتها، وأن كل تشريعات الدولة يجب أن تخضع له، بمعنى أنه بالرغم من أنها غير مكتوبة فإنها ملزمة لكافة السلطات العامة في الدولة، وإضافة إلى امتناع القاضي من تطبيق التشريعات المخالفة للدستور الامتناع كذلك عن تطبيق التشريعات غير المخالفة لنصوص الدستور ولكنها تتعارض مع مبدأ من مبادئ القانون العلي غير المكتوب<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - DUGUIT.L, op cit ,p.547.

وفي هذا المجال ذهب الفقيه السنهوري إلى القول بأنه مهما كان مضمون الفكرة التي جاء بها الفقيه DUGUIT، فإننا لا نذهب معه إلى المدى الذي ذهب إليه حتى لا يصيب التشريع عدم الاستقرار إذا عمدنا في استخلاص المبادئ القانونية العليا إلى قانون غير مكتوب، ومن ثم نجعل دستورية التشريع رهنا بهذه المبادئ غير المكتوبة وغير المستقرة، لذلك لا بد من أن تقتصر في استخلاص هذه المبادئ القانونية العليا على القانون المكتوب التي هي روح الدستور تستخلص استخلاصا موضوعيا من نصوصه المدونة، ذلك لا بد من أن تقتصر في استخلاص هذه المبادئ القانونية العليا على القانون المكتوب التي هي روح الدستور، فإن الفقيه DUGUIT قد جعل تلك المبادئ العليا للقانون أعلى من نصوص الدستور ذاته، باعتبار أن هناك من المبادئ لم يرد النص عليها صراحة في الدستور ومع ذلك إذا خالفها المشرع كان التشريع الصادر عنه غير دستوري كمبدأ الفصل بين السلطات. غير أن هناك جانب من الفقه ذهب إلى القول بأن هناك فرقا بين المبادئ العليا وروح الدستور، باعتبار أن القاضي الدستوري في تفسيره للنصوص الدستورية الغامضة فإنه يحاول التعمق في فهم هذا النص على ضوء الرابطة العامة التي تربط بين نصوص الدستور كلها ليستخلص بذلك المبادئ العامة للدستور، وذلك بفهم نصوص الدستور جميعا كوحدة مرتبطة لا كنصوص مجزأة، ومن ثم فالقاضي هنا يفهم النص الدستوري فقط، فإذا فسر القاضي النص الغامض ويقابل بينه وبين النص التشريعي، ويتبين له أن هذا الأخير قد خالف النص الدستوري أو خرج على روحه، فإنه يقضي بعدم دستوريته، بحجة أن هناك تعارض بين النص الدستوري والنص التشريعي وليس لتعارض النص التشريعي مع المبادئ العليا للقانون.

ذلك بأن التفرقة بين روح الدستور والمبادئ العليا الذي استند عليه أصحاب هذا الاتجاه ليس له أهمية عملية، لأنه مهما كانت التسمية التي تطلق على المبادئ المستخلصة من نصوص الدستور، فإن القاضي يلتزم بما كما يلتزم بما كذلك المشرع عند ممارسة اختصاصه بسن القوانين. ومادام أن المبادئ العليا غير موجودة في الدستور ذاته لنا أن نتساءل حول هل يلتزم المشرع بنصوص الدستور المكتوبة أم يتعداها إلى المبادئ غير المكتوبة؟. لقد اتجه جانب من الفقه إلى القول بأن منح القاضي سلطة استخلاص القاعدة من المبادئ العامة للقانون أو من القانون الطبيعي من شأنه أن يخرج القاضي عن وظيفته الأصلية بشكل يجعله يشارك المشرع في العمل التشريعي، كما أن منح القضاء سلطة أعمال هذه المبادئ ليست إلا تعبيرا شخصيا عن بعض المفاهيم المثالية للقضاة، وهو ما قد يؤدي إلى اضطراب في المعاملات القانونية؛ انظر، جعفر محمد انس قاسم، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 17؛ غير أن منح القضاء من تطبيق هذه المبادئ العامة غير المكتوبة و إلزام السلطات العامة بما سوف يؤدي دون شك إلى القضاء على القيمة الحقيقية للرقابة الدستورية أو تجريدتها من مضمونها لتصبح مجرد مقابلة آلية بين نصوص الدستور المكتوب ونصوص القوانين المختلفة. وهناك من الفقه من اتجه إلى القول بأنه يشترط في التشريع أن يكون متفقا لا مع نصوص الدستور فحسب بل كذلك مع روحه، أي مع المبادئ الفلسفية أو السياسية أو الاجتماعية أو المبادئ الدستورية العليا، الأمر الذي من شأنه أن يضيف ضمانا أخرى فعالة لحماية الدستور وكفالة الحقوق والحريات العامة

ونتيجة لذلك، يمكننا القول بضرورة أن تكون الرقابة داخل الدستور لا خارجه، و أن يمارس القاضي رقابته على أساس الدستور بنصه وروحه وليس على أساس أية مبادئ خارج الدستور، ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يستعين بتلك المبادئ العليا غير المكتوبة ليتجاهل نص في الدستور .

### موقف المجلس الدستوري الفرنسي من المبادئ العليا غير المكتوبة

الحقيقة أن مجلس الدولة الفرنسي كان السباق في استنباط المبادئ القانونية العامة، والتي يستوحىها القاضي الإداري من الروح العامة للتشريع أو من مجموع النصوص، فهي تعبر عن روح النظام القانوني في مجمله وتسد بعض النقائص في التشريع المكتوب، ومن هذه المبادئ مبدأ المساواة أمام القانون، مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، مبدأ المساواة أمام القضاء، مبدأ المساواة بين المترشحين للوظائف العامة وغيرها من المبادئ العامة للقانون التي يستنبطها مجلس الدولة الفرنسي<sup>1</sup>.

أما إذا انتقلنا إلى المجال الدستوري فما هو موقف المجلس الدستوري الفرنسي من المبادئ العليا غير المدونة في الدستور؟ بمعنى هل يقف في رقابته لدستورية القوانين عند حد التزام المشرع فيما يسنه من قوانين بالدستور أم يلتزم بتلك المبادئ العليا غير المدونة في الدستور؟ كان المجلس الدستوري الفرنسي يقتصر في رقابته على دستورية القوانين بالاستناد على نصوص الدستور فقط دون الإشارة إلى المبادئ العامة غير المدونة في الدستور، لكن بعد ذلك أعطى المجلس الدستوري الفرنسي بعض المبادئ العامة للقانون مرتبة القواعد الدستورية، مثال ذلك قرار المجلس الدستوري بعدم دستورية التشريع المخالف لمبدأ حرية تكوين الجمعيات<sup>2</sup>.

كما أن استناد المجلس الدستوري في قراراته أحيانا على ما تضمنه الدستور نفسه، أو ما أكدته مقدمة وإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في عام 1789 من مبادئ دون الإشارة إليها<sup>3</sup>، يدل على أن المجلس الدستوري لم يقف في رقابته على دستورية القوانين عند حد نصوص الدستور ذاته، بالشكل الذي قد يلزم المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه بسن القوانين بعدم مخالفة القواعد الواردة في مقدمة الدستور الفرنسي 1958 ومقدمة الدستور الفرنسي 1946 وإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 1789، وكذا ميثاق

---

كما أن منح مهمة استجلاء روح الدستور أو تلك المبادئ الدستورية غير المدونة في الدستور قد يفتح أمامه باب التقديرات الشخصية والنزعات السياسية، الأمر الذي يؤدي إلى فرض الرأي السياسي للقاضي على إرادة المشرع، وهو ما قد يشكل اعتداء من جانب السلطة القضائية على السلطة التشريعية وانتهاكا لمبدأ سيادة الأمة ومبدأ الفصل بين السلطات. إضافة إلى ذلك، فإن استخلاص القاضي لتلك المبادئ العليا أو الدستورية من ضمير الجماعة أو من المبادئ العامة للحق أو العدل أو من القانون الطبيعي يخرج عن مهمته كقاضي في الرقابة ويفرض إرادته محل إرادة المشرع العادي، بل وحتى إرادة المؤسس الدستوري كذلك؛ انظر، عبد الحميد متولي، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور، المرجع السابق، ص. 72.

<sup>1</sup> - C. E du 07 Février 1958 Syndicat des propriétaires des fouts de chénes, Rec, p129.

<sup>2</sup> - C. C71/44Dc du 16 juillet 1971, R.J.C, 1959-1993, p.24.

<sup>3</sup> - C. C81/141Dc du 27 juillet 1982, précitée C. C 86-217Dc du 18 septembre 1986 Liberté de Communication, R.J.C, 1959-1993, p.24

البيئة لسنة 2004، كما يتقيد كذلك بما يستخلصه المجلس الدستوري من مبادئ ذات قيمة دستورية، وبذلك يكون المجلس الدستوري قد وسع من مجال القواعد ذات القيمة الدستورية التي يلتزم بها المشرع عند سن التشريع.

### موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر من المبادئ العليا للقانون

الملاحظ على القضاء في مصر سواء القضاء الإداري أو القضاء الدستوري بأنه قد التزم بضرورة أن تكون الرقابة الدستورية داخل نصوص الدستور لا خارجه، حيث يلتزم المشرع بأحكام الدستور نصا وروحا أي الالتزام بالنصوص الواردة في صلب الدستور والمبادئ التي يستخلصها القاضي من مجموع النصوص الدستورية، الأمر الذي قضت به محكمة القضاء الإداري في مصر بأن هناك مبادئ عليا تهيمن على جميع أحكام الدستور المصري، هذه المبادئ هي روح الدستور وتستخلص من نصوصه المدونة.<sup>1</sup> وهو الأمر الذي أقرته المحكمة الدستورية العليا بعد إنشائها سنة 1979.<sup>2</sup>

أما بالنسبة لموقف المجلس الدستوري الجزائري نجده قد تأثر بموقف المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية العليا في مصر بالزام القاضي الدستوري وهو بصدد ممارسته للرقابة على دستورية القوانين الاستناد على أحكام الدستور نصا وروحا، فالمشرع عند ممارسته لاختصاصه بسن القوانين يلتزم هو الآخر بأحكام الدستور وكذا المبادئ ذات القيمة الدستورية التي يستخلصها القاضي الدستوري من مقدمات الدستور أو إعلانات حقوق الإنسان، نظرا لاتساع حجم القواعد ذات القيمة الدستورية، مع العلم بأن معظم هذه المبادئ وردت في ديباجة من الدستور الجزائري قد تم نص عليها في صلب وثيقة الدستور، ومن هذه المبادئ مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ المساواة.

### 2- الأصل في الرقابة الدستورية بأنها رقابة مشروعية

الأصل أن الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري على دستورية القوانين الصادرة عن المشرع هي رقابة مشروعية، ولا يجوز أن تنصب على ملاءمة التشريع، والحجة في ذلك أن ملاءمة التشريع تعتبر من أهم

<sup>1</sup>- انظر حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 2516 لسنة 41 ق دستورية في 31 مارس 1987 أوده: زكي النجار، المرجع السابق، ص. 117.  
<sup>2</sup>- ومن هذه المبادئ مبدأ المساواة أمام القانون، حيث قضت في الحكم الصادر في 14 جانفي 1995 بأنه "ولئن نص الدستور في المادة 40 منه على حظر التمييز بين المواطنين في أحوال بعينها هي التي يقوم التمييز فيها على أساس الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة، إلا أن إيراد الدستور لصور بذاتها يكون التمييز محظورا فيها مرده أنها الأكثر شيوعا في الحياة العملية، ولا يدل البتة على انحصاره فيها، إذ لو صح ذلك لكان التمييز بين المواطنين فيما عداها جائزا دستوريا، وهو ما يناقض المساواة التي كفلها الدستور، ويجول دون إرساء أسسها وبلوغ غايتها... وبذلك تكون المحكمة الدستورية العليا قد استنبطت مبدأ دستوريا من الدستور ذاته مؤداه ضمان مبدأ المساواة أمام القانون، غير أن الإشكالية لا ترتبط بتلك المبادئ العليا، وإنما ترتبط أساسا بالرقابة الدستورية والحدود التي يجب على القاضي الالتزام بها عند ممارسته للرقابة الدستورية، أي أن يمارس رقابته في إطار الدستور نصا وروحا؛ انظر، عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص. 93؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 212.

مظاهر السلطة التقديرية للمشرع، وأن اشتراك القاضي في ذلك يعد تدخلا في مجال العمل التشريعي وانتهاكا لمبدأ الفصل بين السلطات، كما أن الأصل في التشريعات الصادرة عن المشرع افتراض قرينة الدستورية، ومن ثم يتعين على القاضي الدستوري في هذا الصدد أن لا يناقش ضرورة التشريع أو عدم ضرورته، أو أن تمتد رقابته إلى البحث في بواعث التشريع أو ملاءمته.

الأمر الذي عبرت عليه المحكمة العليا الأمريكية وهو ما دفع بعض الشراح إلى القول بأن المحكمة لا تمارس على القوانين إلا رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد مستبعدة في رقابتها كل عنصر غير دستوري، وتبعاً لذلك يستوجب البعض ثلاثة أمور يجب أن يلتزم بها القاضي الدستوري، وهي أن هذا الأخير لا يراقب ضرورة التشريع أم عدم ضرورته، كما يجب على القاضي أن لا يبحث في ملاءمته أو البحث عن البواعث الحقيقية لإصداره<sup>1</sup>.

حيث يستدعي مبدأ الفصل بين السلطات أن تستقل السلطة التشريعية بالتشريع، وأن تقرير الحاجة إلى هذا التشريع ومدى ضرورته يدخل في اختصاص البرلمان وحده باعتباره عنصراً من عناصر السياسة التشريعية التي يمتنع على القضاء التدخل فيها، إذ لا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع، وبين دستوريته، كما أن الحاجة إلى إصدار التشريع ومدى ضرورته يعد من أهم مظاهر السلطة التقديرية للمشرع، الأمر الذي استقر عليه المجلس الدستوري الفرنسي و المحكمة الدستورية العليا في مصر، وتأثر به المجلس الدستوري الجزائري<sup>2</sup>.

كما أن سلطة القاضي في الرقابة على دستورية القوانين ليست سلطة تفويجية على المشرع، أي أن هذه الرقابة لا تنصب على إصدار التشريع من ناحية ملاءمته أو مدى صلاحياته، لأن ملاءمة التشريع تعد من أهم مظاهر السلطة التقديرية للمشرع، بمعنى أن رقابة القاضي الدستوري هي رقابة قانونية تقف عند التأكد من مطابقة التشريع للدستور أو عدم مطابقتها نصاً وروحاً دون أن يمنح للقاضي الحق في أن يفرض إرادته محل إرادة المشرع.

ولقد استقر القضاء الدستوري على أن الملاءمات السياسية للمشرع تخرج بطبيعتها عن رقابته، وتكون سلطة المشرع تقديرية ما لم يقيد الدستور بضوابط أو قيود معينة<sup>3</sup>، وكذلك فقد ذهب جانب من الفقه إلى

<sup>1</sup> - انظر، عبد العزيز سلمان، المرجع السابق، ص. 132؛ كمال أبو الجهد، المرجع السابق، ص. 460.

<sup>2</sup> - ARDANT.Ph, Les institutions de la V<sup>ème</sup> République, Hachette, 7<sup>ème</sup> édition, Paris, 2001, p. 36 ; AMSON.D , Droit constitutionnel et institutions politiques, Edition Litec, 2000, Paris, p. 39 ;

انظر، سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص. 162؛ صالح بلحاج، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم، المرجع السابق، ص. 308؛ رافع بن عاشور، المؤسسات والنظام السياسي بتونس، المرجع السابق، ص. 413.

<sup>3</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 14 لسنة 21 ق دستورية، جلسة 02 جوان 2001؛ حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 25 لسنة 16 ق دستورية، جلسة 03 جويلية 1995؛ حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 33 لسنة 16 ق دستورية

أن القاضي الدستوري هو قاضي مشروعية وليس قاضي ملاءمة، بحيث يمنع عليه البحث في بواعث التشريع، لأن البواعث التي تدفع المشرع لسن تشريع أو عدم سنه يعتبر من الملاءمات المتروكة للمشرع التي لا تخضع ولا يمكن أن تخضع للرقابة على دستورية القوانين<sup>1</sup>، الأمر الذي أكد عليه جانب آخر من الفقه، على أن رقابة القاضي الدستوري يجب أن لا تمتد إلى الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع أو محاولة الحد منها من خلال الرقابة على النصوص القانونية التي أقرها المشرع أو تناقش كيفية تطبيقها أو ملاءمة إصدارها، فهذه رقابة ملاءمة لا تعبر عن الرقابة على دستورية القوانين أو رقابة المشروعية، فإذا تجاوز القاضي الدستوري رقابة المشروعية إلى رقابة الملاءمة خرج عن مهمته في الرقابة على دستورية القوانين<sup>2</sup>.

ومما تقدم، يمكننا القول بأنه إذا كان القاضي الدستوري ملزم بممارسة رقابته على دستورية القوانين على أساس أحكام الدستور نصاً وروحاً، أي أن دور القاضي الدستوري في مجال الرقابة يقتصر فقط على مجرد المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور ونصوص التشريع دون أن يتجاوز نطاق رقابته لمشروعية القانون إلى البحث في مدى ملاءمة إصداره أو لبحث في ضرورة التشريع، أو عدم ضرورته والبحث عن البواعث الحقيقية من إصدار التشريع، فإن القول بذلك يجعل الرقابة الدستورية تفقد أهميتها وفعاليتها باعتبار أن رقابة القاضي الدستوري والبحث في نوايا المشرع للكشف عن الغاية الحقيقية من وراء إصدار التشريع ليست من قبيل رقابة الملاءمة، وإنما من قبيل رقابة المشروعية، أي أن القاضي لا يراقب ضرورة التشريع أو عدم ضرورته ولا يتدخل في السياسة التشريعية للمشرع، وإنما فقط البحث عن الغاية الحقيقية من وراء إصدار المشرع لتشريع ما<sup>3</sup>.

### ب- الضوابط أو القيود الذاتية للرقابة الدستورية

ولما كانت الضوابط أو الحدود العامة التي يلتزم بها القاضي الدستوري عند ممارسته للرقابة على دستورية القوانين تتمثل في أن الرقابة الدستورية يجب أن تكون داخل إطار الدستور، وأن رقابة القاضي الدستوري هي رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة، لنا أن نتساءل عن الضوابط أو القيود الذاتية للرقابة الدستورية؟ ولماذا يقرر القاضي الدستوري مجموعة من القيود يلتزم بها عند مباشرته للرقابة على دستورية القوانين؟

---

جلسة 03 فبراير 1996؛ حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر يف القضية رقم 6 لسنة 17 ق دستورية، جلسة 04 ماي 1996؛ عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 30 و 41 و 56.

<sup>1</sup> - انظر، بجي الجمل، المرجع السابق، ص. 208.

<sup>2</sup> - انظر، عزيزة شريف، القضاء الدستوري المصري، المرجع السابق، ص. 31؛ محمود زكي النجار، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجته، المرجع السابق، ص. 152.

<sup>3</sup> - انظر، علي السيد الباز، المرجع السابق، ص. 642؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 211.

تعد الضوابط أو القيود الذاتية للرقابة على القيود التي يقرها القضاء ويلتزم بها عند ممارستها للرقابة على دستورية القوانين، أي أنها التقييد الذاتي الذي يقيد به القضاء سلطته عند ممارسة الرقابة الدستورية<sup>1</sup>. ذلك بأن القاضي الدستوري وهو بصدده ممارستها للرقابة على دستورية القوانين يضع بعض الضوابط أو القيود الذاتي تجنباً للدخول في صدام مع السلطتين التشريعية والتنفيذية، لكن المبالغة في وضع تلك القيود من شأنه أن يقلل من جدوى رقابته على دستورية القوانين، ومن هذه القيود الذاتية قاعدة عدم التعرض لدستورية قانون ما إلا عند الضرورة القصوى، وقاعدة قرينة الدستورية لمصلحة القانون، واستبعاد الأعمال السياسية أو أعمال السيادة من نطاق الرقابة.

إضافة إلى ذلك فقد وضع القضاء الدستوري بعض القيود الذاتية الفنية التي تحد من اختصاصه وتجنبه الصدام مع السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومن ذلك أيضاً أنه لا يجوز التعرض لدستورية قانون ما إذا كان من الممكن الفصل في الدعوى بطريق آخر إذا توافر في الدعوى أساس آخر للفصل في النزاع المرتبط بها، ويتقيد كذلك القاضي الدستوري عند إصداره لقراراته أو أحكامه بما يرد إليه من وقائع وأن لا يحكم إلا بعدم دستورية الأجزاء أو المواد من القانون المخالفة للدستور إلا كانت بقية المواد مرتبطة بها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، الأمر الذي أكد عليه المجلس الدستوري الفرنسي في العديد من قراراته، أي أنه إذا كان من الممكن فصل النص الذي يرى عدم دستوريته عن نصوص التشريع الأخرى، فإنه هو من يقرر عدم دستورية ذلك النص فقط، أما إذا لم يكن من الممكن فصل ذلك النص الذي يرى عدم دستوريته عن بقية نصوص التشريع الأخرى، فإنه يقرر عدم دستورية التشريع برمته<sup>2</sup>؛ وهو ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في 02 مارس 1985 بأن "ارتباط نصوص التشريع المقضي بعدم دستوريته بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة يستتبع الحكم بعدم دستوريته برمته"<sup>3</sup>.

ومن ثم، فالقيود الذاتية التي يضعها القاضي الدستوري تشمل عدة قيود أساسية أقرها القضاء الدستوري وألزم نفسه بها، منها قرينة الدستورية لصالح القانون، وقاعدة عدم التعرض للمسائل الدستورية إلا عند الضرورة القصوى، إضافة إلى المسائل السياسية من نطاق الرقابة الدستورية<sup>4</sup>. فقاعدة عدم التعرض للمسائل الدستورية إلا عند الضرورة القصوى مفاده أن القاضي لا يجوز له أن يبحث في دستورية التشريع

<sup>1</sup> - انظر، على السيد الباز، المرجع نفسه، ص. 642؛ رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 603.

<sup>2</sup> - C.C81-132D.C du 16 juillet 1982, précitée, C.C82-141 D.C du 27 juillet 1982, précitée, C.C92-307 D.C du 25 février 1992, R.J.C, 1959-1993, p.493.

<sup>3</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم 01 لسنة 01 ق دستورية بتاريخ 02 مارس 1985؛ وأورده، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 776.

<sup>4</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 220.

إلا إذا كان ذلك لازماً للفصل في موضوع الخصومة الأصلية<sup>1</sup>. أما قرينة الدستورية لصالح القانون تقتضي هذه القاعدة أن افتراض قرينة الدستورية في كل ما يصدر عن المشرع من تشريعات في الإطار الذي حدده له الدستور، الأمر الذي يفرض على القاضي الدستوري أن لا يقضي بعدم دستورية تشريع معين، إلا إذا كان ذلك واضحاً وقطعياً ولا يثير أي شك، إضافة إلى ذلك يجب على القاضي اختيار التفسير المناسب الأكثر اتفاقاً مع أحكام الدستور، أما إذا كان الظاهر من صياغة أحكامها بأنها لا تحمل أي غموض، فيجب تفسيرها حينئذ وفقاً للمقصود الحقيقي منها<sup>2</sup>.

ومما سبق، يتضح لنا بأن قاعدة قرينة الدستورية لصالح القوانين تتضمن أمرين، الأول هو أن القاضي الدستوري لا يقضي بعدم دستورية تشريع ما إلا إذا كان ذلك واضحاً وقطعياً، فإذا جاء نص التشريع عاماً أو مطلقاً، فعلى القاضي أن يحمل عموم التشريع على نصوص الدستور توفيقاً بينها، أما إذا كان التشريع واضحاً وصريحاً فعلى القاضي أن لا يفسر هذا النص التشريعي تفسيراً يتعارض مع هذه الألفاظ. أما الأمر الثاني هو أن القاضي الدستوري يجب عليه أن يختار للتشريع المطعون بعدم دستوريته التفسيرية التفسير الذي يجعله متوافقاً مع أحكام الدستور<sup>3</sup>.

غير أن القول بأن رقابة القاضي الدستوري على دستورية القوانين تتوقف عند مجرد المخالفة الواضحة والصريحة لأحكام الدستور، الأمر الذي من شأنه أن يفتح المجال أمام السلطة التشريعية لإصدار ما تشاء من قوانين، كما أن قيام القاضي الدستوري وهو بصدد ممارسته للرقابة على دستورية القوانين بالبحث عن الغرض الحقيقي للمشرع من إصداره للتشريع تعد ممارسة طبيعية للقاضي الدستوري.

ومن ثم، فإنه لا يمكن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها، أي أن القاضي الدستوري لا يحكم بعدم دستورية تشريع معين، إلا إذا كان هذا الأخير يتضمن خروجاً صريحاً وواضحاً على أحكام الدستور، لأن المشرع ليس بالساذجة أن يقوم بسن تشريعات تتضمن مخالفة واضحة وصريحة لأحكام الدستور<sup>4</sup>.

1 - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص. 105.

2 - انظر، سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص. 149.

3 - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع نفسه، ص. 774.

4 - وتجدر الإشارة بأن نظرية أعمال السيادة هي نظرية قضائية من عمل مجلس الدولة الفرنسي من خلال تخصيص بعض أعمال السلطة التنفيذية من كل رقابة مستندا في ذلك على عدة معايير أهمها معيار الباعث السياسي، أما في مصر فقد نص المشرع على تخصيص أعمال السيادة من الرقابة القضائية في جميع القوانين المنظمة للسلطة القضائية. انظر، سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، المرجع نفسه، ص. 162. إضافة إلى ذلك نجد أن القاضي يستثني من نطاق الرقابة الأعمال السياسية أو أعمال السيادة، حيث نجد أن القضاء الإداري والدستوري قد عرف مثل هذه الأعمال وأخرجها من نطاق رقابة القضاء، ومن أهم الأحكام التي طبقت فيها هذه النظرية حكم المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية قضية *Other v Bordem* لعام 1849؛ وأورد: سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص. 161؛ غير أن القول بعدم خضوع طائفة من الأعمال الصادرة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية لرقابة القضاء أمر غير مقبول في الدولة القانونية التي تقوم على أساس مبدأ سيادة القانون وخضوع كل الأعمال الصادرة عن السلطات العامة في الدولة

ونخلص مما سبق، بأنه إذا كان الفقه الدستورية و قضاؤه، وكذا الدساتير لم تتفق حول الهيئة التي تمارس الرقابة على دستورية القوانين، إلا أن مضمونها أو جوهرها يبقى واحد وهو الرقابة على الأعمال التشريعية الصادرة عن المشرع وإلزامه بضرورة احترام أحكام الدستور وهو بصدد ممارسة اختصاصه التشريعي.

ولما كانت الرقابة على التشريعات الصادرة عن المشرع تهدف إلى حماية نصوص الدستور، فإن القاضي حال ممارسته لهذه الرقابة ملزم بمجموعة من الضوابط أو القيود، منها ما يتعلق بالقيود الموضوعية التي تقتضي أن تكون تلك الرقابة داخل إطار الدستور لا خارجه، وأن تقتصر رقابة القاضي الدستوري على البحث في مدى مشروعية التشريعات الصادرة عنه و اتفاقها مع أحكام الدستور دون أن تمتد رقابته إلى البحث في مدى ملاءمة هذه التشريعات والبحث في البواعث الحقيقية من وراء إصداره للتشريعات، ومنها ما يتعلق بالقيود الذاتية التي يضعها القاضي الدستوري ويلتزم بها في مباشرته للرقابة الدستورية.

وبالرغم من ذلك تبقى رقابة القاضي الدستوري على دستورية القوانين أداة فعالة لحماية نصوص الدستور والمبادئ التي يقوم عليها، وكذا كفالة الحقوق والحريات للأفراد، وذلك من خلال الأحكام أو القرارات التي يصدرها القضاء الدستوري، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل حول مدى حجية الأحكام أو القرارات التي يصدرها القاضي الدستوري ؟

---

للقانون، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن موقف القضاء الدستوري من تلك الأعمال؟ إذا كان المجلس الدستوري الفرنسي يختص برقابة دستورية القوانين وفق ما تنص عليه المادة 61 من الدستور الفرنسي لعام 1958، فإنه رفض مثلاً مباشرة رقابته على دستورية القوانين التي تصدر عن طريق الاستفتاء في قرار الصادر في 06 نوفمبر 1962 بحجة أن القانون الذي يصدر عن طريق الاستفتاء العام يعد من أعمال السيادة ولا يخضع لأية سلطة، وكذلك قراره الصادر في 23 سبتمبر 1992.

C.C62-20 D.C du 06 novembre 1962, Loi référendaire, R.J.C, 1959-1993 ; C.C92-313 D.C du 23 septembre 1992, R.J.C, 1959-1993

أما عن موقف القضاء الدستوري في مصر، فقد استبعدت كل من المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا أعمال السيادة من نطاق رقابتهما، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في 1990 بأنه "إذا كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين أو اللوائح تجد أساسها لها كأصل عام في مبدأ المشروعية وسيادة القانون الذي أرساه الدستور، غير أنه يرد على هذا الأصل ما استقر عليه الفقه والقضاء من استبعاد أعمال السيادة من مجال الرقابة القضائية على أساس أن طبيعتها تأتي أن تكون محلاً لدعوى قضائية". ومن ثم، فإن القضاء الدستوري في مصر قد أخذ بنظرية أعمال السيادة، وقد برر ذلك بأن "الحكمة من استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء هي أنها تتصل بسيادة الدولة في الداخل والخارج...؛ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 04 لسنة 13 ق دستورية جلسة 09 أكتوبر 1990؛ وأورده، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص. 787. أما عن وقف القضاء الدستوري الجزائري، فنجد بأنه قد تأثر بموقف القضاء الدستوري الفرنسي والمصري في الأخذ بنظرية أعمال السيادة، أي أن الأعمال السياسية لا تخضع للرقابة القضائية مستندا في ذلك على عدة معايير منها معيار الباعث السياسي الذي يقوم على أساس أنه إذا كان العمل الصادر عن السلطة التنفيذية يعتبر عملاً حكومياً، فإنه لا يخضع لرقابة القضاء، أما إذا كان العمل الصادر عنها عملاً إدارياً فإنه يخضع لرقابة القاضي.

## المطلب الثاني

### مدى حجية الأحكام أو القرارات الصادرة عن القاضي الدستوري

لما كان للقاضي الدستوري دور في حماية الدستور وكفالة الحقوق والحريات العامة للأفراد، وذلك من خلال رقابته مثلا على دستورية التشريعات التي يصدرها المشرع، فإن ما يصدر عن القاضي الدستوري من أحكام أو قرارات في الدعوى الدستورية بعدم دستورية تشريع معين أو الحكم بدستوريته أو رفض الدعوى تكون ملزمة للكافة، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن حجية الأحكام أو القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري في الدعوى الدستورية؟ وما هي الآثار القانونية المترتبة عليها؟

وبالرجوع إلى الدستور الفرنسي لعام 1958 نجد أن الفقرة الثانية من المادة 62 منه تنص على أن قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي طعن، وهي ملزمة لكافة السلطات العامة في الدولة<sup>1</sup>. أما حجية الحكم الصادر عن المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، فقد اتجه الفقه والقضاء الأمريكيين إلى القول بأن الحكم بعدم دستورية القوانين لا يلغيه ولا يبطله، وإنما يوقف العمل به، مما يجعل التشريع بعد ذلك منعدم القيمة لا من وقت صدور الحكم وإنما من تاريخ صدور القانون<sup>2</sup>.

والمستقر عليه في القضاء المصري بأن الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا طبقا لنص المادة 175 من دستور 1971 ويقابلها نص المادة 193 من الدستور المصري لعام 2014 والمادة 49 فقرة 01 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979، تكون ملزمة لكافة سلطات الدولة مهما كانت طبيعتها خاصة القضائية منها وفي كل درجاتها، الأمر الذي أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في مصر في الكثير من أحكامها<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لحجية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في الدستور الجزائري<sup>4</sup>، الملاحظ على التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 بأنه قد نص صراحة على القيمة القانونية للآراء والقرارات

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 62 فقرة 02 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

<sup>2</sup> - انظر، محمود زكي النجار، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجيته، المرجع السابق، ص. 150؛ حنفي علي جبالي، المسؤولية عن القوانين، المرجع السابق، ص. 211.

<sup>3</sup> - لقد اتجهت المحكمة الدستورية العليا في حكمها في الدعوى الدستورية بأن الأحكام الصادرة عنها لا تقتصر فقط على منطوقه بل تمتد كذلك إلى أسبابه؛ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 22 لسنة 37، ق دس بتاريخ 5 ديسمبر 2015؛ حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 17 لسنة 31 ق د بتاريخ 8 نوفمبر 2010؛ وأوردتها، محمود علي أحمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية المرجع السابق، ص. 901؛ ولتفاصيل أكثر حول حجية و آثار الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في مصر، عبد الله ناصف، حجية و آثار أحكام المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص. 77.

<sup>4</sup> - المدير بالذكر أن الدستور الجزائري لسنة 1996 على الرغم من أنه لم ينص صراحة على القوة القانونية آراء وقرارات المجلس الدستوري مكتفيا بتحديد اختصاصات المجلس الدستوري في المادتين 165 و169 من الدستور، إلا أنه بالرجوع إلى النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الذي حدد بدقة القيمة القانونية للقرارات والآراء التي يصدرها المجلس الدستوري حيث تنص المادة 49 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري على أن آراء

الصادرة عن المجلس الدستوري في المادة 191فقرة أخيرة منه<sup>1</sup> على أن «تكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية. »  
ومن أجل معرفة القيمة القانونية للقرارات أو الأحكام الصادرة عن القاضي الدستوري وهو بصدد الرقابة على دستورية القوانين، والإجابة على التساؤل المذكور أعلاه سوف نتطرق أولا إلى معرفة مدى حجية القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري في الدستورين الفرنسي والجزائري(الفرع الأول)، ثم نبين مدى حجية الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية و المحكمة الدستورية العليا في مصر، وذلك بالنظر إلى الاعتماد على أسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين(الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### مدى حجية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري

نتناول بالدراسة مدى حجية القرارات الصادرة عن القاضي الدستوري حال ممارسته للرقابة على دستورية القوانين في الدستورين الفرنسي والجزائري، والآثار القانونية المترتبة على عليها، وفي الحالة التي يقضي فيها المجلس الدستوري بدستورية نصوص القانون المحالة إليه أو الطعون فيها يصدر رئيس الجمهورية القانون، أما إذا تحقق المجلس الدستوري بعدم دستورية القانون المعروض عليه نكون أمام احتمالات: بأن يقضي القاضي الدستوري بعدم دستورية القانون بالكامل أو أن يكون قرار المجلس يتضمن عدم دستورية بعض نصوص القانون فقط و إمكانية فصل النص أو النصوص غير الدستورية عن باقي القانون المعروض عليه، وأخيرا أن يعلن المجلس الدستوري بعدم دستورية بعض نصوص القانون المحال إليه أو المطعون فيه وأن يقرر عدم إمكانية فصل هذه النصوص عن باقي نصوص القانون الأخرى.

ولمعرفة مدى حجية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في الدستورين الفرنسي والجزائري سوف نتطرق أولا إلى معرفة مدى حجية قرارات المجلس الدستوري الفرنسي في الدعوى الدستورية(أولا) ثم نبين مدى حجية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في الدستور الجزائري(ثانيا).

### أولا:مدى حجية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي في الدعوى الدستورية

تتميز الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي بأنها مجردة ترد على نصوص القانون بعيدا عن تطبيقه، كما أنها رقابة تتم خارج نطاق الدعوى الدستورية لأنها تهدف إلى منع إصدار تشريعات مخالفة للدستور. وللوقوف على حجية القرارات الصادرة من المجلس الدستوري الفرنسي سوف نحاول بيان القوة

---

وقرارات المجلس الدستوري ملزمة لكافة السلطات العمومية والقضائية والإدارية وغير قابلة لأي طعن، أي أنها تحوز حجية مطلقة في مواجهة الكافة؛ انظر نص المادة 49من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 28 يونيو 2000 المعدل والمتمم بالمداولة المؤرخة في 14 يناير 2009، الجريدة الرسمية رقم 04 المؤرخة في 18 جانفي 2009.

<sup>1</sup> - يقابلها نص المادة 169من الدستور الجزائري لسنة 1996.

القانونية للقرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي(أ)، ثم النتائج أو الآثار القانونية المترتبة على القرار الصادر من المجلس الدستوري الفرنسي(ب).

### أ- القوة القانونية للقرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي

بالرجوع إلى الدستور الفرنسي لعام 1958 نجد أن المادة 62فقرة 03 منه قد بينت بأن حجية القرارات الصادرة بعدم الدستورية من المجلس الدستوري تحوز قوة الشيء المقضي فيه<sup>1</sup>، حيث يتضح من نص هذه المادة بأن النص الذي يقرر المجلس عدم دستوريته لا يجب إصداره أو تطبيقه، وأن قرارات المجلس الدستوري لا تقبل أي طعن وهي مُلزِمة لكافة السلطات العمومية وجميع السلطات الإدارية والقضائية.

ولقد ذهب الفقه الفرنسي إلى القول بأن المادة 62فقرة 02 من الدستور الفرنسي تضيي على قرارات المجلس الدستوري الفرنسي الحجية المطلقة، أي أن هذه الحجية لا تقتصر فقط على أطراف النزاع، بل تُلزم كل السلطات العامة في الدولة، وذلك بالنظر إلى الطبيعة العينية للدعوى الدستورية<sup>2</sup>.

مع العلم بأن الحجية المطلقة لقرارات المجلس الدستوري الفرنسي تشمل إضافة إلى القرارات الصادرة بعدم الدستورية القرارات الصادرة بالرفض الموضوعي<sup>3</sup>، الأمر الذي أكدته المجلس أكدته المجلس الدستوري الفرنسي عند تفسيره للمادة 62 من الدستور، بأنها تضيي على قراراته الحجية المطلقة، أي أن هذه الحجية تشمل منطوق القرار الذي يصدره وحيثياته، ومن ذلك قرار رقم 62-118 الصادر في 18 يناير 1962 بشأن التوجه الزراعي من أن المادة 62 من الدستور تدل على أن حجية القرارات المشار إليها بهذا النص لا تنسحب فقط على منطوقها، وإنما تنسحب أيضا على حيثياتها التي تمثل السند يقوم عليه المنطوق وأساسه<sup>4</sup>.

لكن بالرغم من أن قرارات المجلس الدستوري الصادرة في الدعوى الدستورية تحوز الحجية المطلقة وفقا لنص المادة 62 من الدستور الفرنسي، فإن المجلس الدستوري قد بدأ يَعدّل تدريجيا عن هذا الاتجاه من خلال قبوله لدعاوى تصحيح الأخطاء المادية في قراره الصادر في 23 أكتوبر 1987، حيث قرر المجلس على أن تصحيح الأخطاء المادية لا يمس بحجية الأمر المقضي فيه التي تتمتع بها قرارات المجلس الدستوري<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> -تنص المادة 62 فقرة 03 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. »

<sup>2</sup>-D ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, 4<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 1995, p p 140; ROUSSEAU, H, Le conseil constitutionnel, 3<sup>ème</sup> Edition, Dalloz, 1996, p p.36 ; DEBBASHI.R, Droit constitutionnel, 3<sup>ème</sup> édition, Juris classeur, 2002, p.194.

<sup>3</sup> -لمزيد من التفاصيل؛ انظر، صلاح الدين فوزي، المجلس الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص ص. 88؛ محمود زكي النجار، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجيته، المرجع السابق، ص. 150.

<sup>4</sup> -C.C62-18L, Du 16 janvier 1962, Loi d'orientation agricole, R.G.C.II, P.9 ; C.C.92-312 D.C du 02 septembre 1992 Maastricht II, R.I.C, p.506.

<sup>5</sup> -C.C du 23 octobre 1987, R.E.C, p.55.

ولقد سائر الفقه الفرنسي ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي في هذا الشأن على أن الحجية المطلقة لقرارات المجلس لا تقتصر فقط على منطوق القرار فقط، بل تمتد أيضا إلى حيثياته، كما أن التحفظات التي يبيدها المجلس الدستوري تعتبر بمثابة السند أو الأساس الذي يركز عليه منطوق القرار، وتحوز حجية الأمر المقضي فيه طبقا لنص المادة 62فقرة 02 من الدستور الفرنسي لعام 1958. ومن ناحية أخرى، ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن القرارات التفسيرية لا تتمتع بتلك الحجية المطلقة نظرا لعدم وجود آلية تضمن تنفيذ تلك التفسيرات والتحفظات من جانب السلطات العامة خاصة القضائية منها. ويؤخذ على هذا الاتجاه على أن القرارات التفسيرية والتحفظات التي يضعها المجلس الدستوري الفرنسي لبعض قراراته لا تشكل أسبابا له، وإنما تعد أساس المنطوق وسنده، كما أن الارتباط بين منطوق القرار والتفسيرات التي تبرره يستوجب أن تحظى هذه الأخيرة بنفس الحجية والقوة القانونية التي يحظى بها المنطوق؛ فالمجلس الدستوري عندما يقضي بدستورية النص المطعون فيه لأحكام الدستور بشرط مراعاة التفسير الذي يعطيه له، فإن التفسيرات التحفظية في هذه الحالة تمثل الأسباب التي يقوم عليها منطوق القرار ويرتبط بها، ومن ثم فهي تحوز نفس آثار منطوق قرار المجلس الدستوري وتكتسب بدورها قوة الأمر المقضي فيه<sup>1</sup>.

وترتبيا على ما سبق، يمكننا القول بأن القرارات الصادرة من المجلس الدستوري الفرنسي تتمتع بالحجية المطلقة وتنتج آثارها في مواجهة كافة السلطات العامة وجميع السلطات القضائية والإدارية تطبيقا لنص المادة 62 من الدستور الفرنسي، كما يتمتع بالحجية المطلقة القرار الصادر بمطابقة التشريع المطعون فيه لأحكام الدستور مع إبداء بعض التحفظات التي يراها المجلس الدستوري كشرط لدستوريته، الأمر الذي يفرض على السلطات العامة وجميع السلطات الإدارية والقضائية التزاما بتلك التفسيرات والعمل على تنفيذها<sup>2</sup>. وبعد بيان الحجية التي تتمتع بها القرارات التي يصدرها المجلس الدستوري الفرنسي لنا أن نتساءل عن الآثار أو النتائج القانونية المترتبة على تلك القرارات؟

### ب- الآثار القانونية المترتبة عن القرارات الصادرة من المجلس الدستوري الفرنسي

تهدف الرقابة على دستورية القوانين إلى منع إصدار تشريعات مخالفة لأحكام الدستور، فإن الآثار القانونية المترتبة على صدور قرارات المجلس الدستوري بعدم دستورية تشريع معين لمخالفته للدستور يتمثل في عدم إمكانية إصدار هذا النص، وهو ما ينطبق على القوانين الأساسية والعادية والنظام الداخلي لمجلسي البرلمان<sup>3</sup>. فإذا أصدر المجلس الدستوري قرارا بعدم مطابقة قانون عضوي للدستور، فإنه يترتب على ذلك عدم

<sup>1</sup> - ROUSSEAU.D, op cit, p. 149 ; TURPIN.D, Contentieux constitutionnel, 2<sup>ème</sup> édition, P.U.F, 1994, p.338.

<sup>2</sup> - انظر، صلاح الدين فوزي، المجلس الدستوري، المرجع السابق، ص. 162.

<sup>3</sup> - LAVROFF.D ,Le droit constitutionnel de la V<sup>ème</sup> République ,1999,p.239.

إمكانية إصداره، كما أنه إذا أقر المجلس الدستوري عدم دستورية النظام الداخلي لمجلسي البرلمان، فإنه يترتب على ذلك كذلك عدم جواز تطبيقها.

بالنسبة للآثار القانونية المترتبة عن القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري فيما يخص القوانين العادية، فهناك عدة حالات، ففي الحالة التي يقضي فيها المجلس الدستوري بدستورية نصوص التشريع المطعون فيه يصدر رئيس الجمهورية القانون، أما إذا تحقق المجلس الدستوري بعدم دستورية القانون المعروض عليه، فيجب التفرقة بين حالتين: حالة البطلان الكلي للقانون، أي أنه إذا أعلن المجلس الدستوري عدم دستورية القانون بالكامل وهو ما يعبر عن إلغاء هذا القانون، فإن الأثر القانوني المترتب على ذلك هو عدم إصدار القانون إطلاقاً ليصبح في حكم الملغى تمام، ومن قرارات المجلس الدستوري الفرنسي الصادر بعدم دستورية التشريع بشكل كلي القرار رقم 110-79 الصادر في 24 ديسمبر 1979 بشأن قانون الميزانية لعام 1980، والقرار رقم 322-93 الصادر في 28 يوليو 1993 بشأن قانون التعليم العالي<sup>1</sup>.

أما الحالة الثانية أن يقضي المجلس الدستوري بعدم دستورية بعض النصوص فقط ومطابقة باقي النصوص للدستور مع إمكانية فصل النص أو النصوص غير الدستورية عن باقي نصوص القانون المعروض عليه، وفي هذه الحالة يجوز لرئيس الجمهورية أن يصدر القانون مع استبعاد النص أو النصوص المقضي بعدم دستورتها. ومن أمثلة القرارات الصادرة من المجلس الدستوري الفرنسي في هذا الشأن قراره رقم 198-85 الصادر في 13 ديسمبر 1985 بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم 1317-85 الصادر في ديسمبر 1985 بتعديل القانون رقم 652-82 الصادر في 29 يوليو 1982<sup>2</sup>، ومن أمثلة القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في هذا الشأن قراره رقم 196-85 الصادر في 08 أوت 1985 بشأن القانون الخاص بتطوير إقليم كاليدونيا الجديدة<sup>3</sup>.

أما الحالة الثالثة بأن يقضي القاضي الدستوري بعدم دستورية بعض نصوص القانون المطعون فيه، ويحدد في قراره عدم إمكانية فصل هذه النصوص المقضي بعدم دستورتها عن باقي نصوص القانون، وفي هذه الحالة يستحيل إصدار القانون، الأمر الذي دفع جانب من الفقه إلى القول بأنه إذا كان المجلس الدستوري لا يمكنه تحريك الدعوى الدستورية من تلقاء نفسه إلا بعد أن يتم إخطاره من الجهات المعنية، غير أن المستقر عليه في قرارات المجلس الدستوري يدل على أن الإحالة إليه تجعل سلطته كاملة اتجاه التشريع على نحو يجعل قراره بدستورية أو عدم دستورية التشريع قاطعاً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> -C.CN°110-79 D.C du 24decembre1979,Loi budjittaire 1980 ;C.CN°322-93 D.C du 28 juillet 1993,du loi information supérieure 1993.

<sup>2</sup> -C.CN°58-198 du 13decembre1985.

<sup>3</sup> -C.C85-196 D.C du 08 aout 1985 ,Evolution de la Nouvelle Calédonie.

<sup>4</sup> -انظر، محمود أحمد زكي، المرجع السابق، ص. 151؛ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، المرجع السابق، ص. 201.

ونخلص مما سبق إلى القول بأن قرارات المجلس الدستوري الفرنسي في الدعوى الدستورية تتمتع بحجية مطلقة، وفق ما تنص عليه المادة 62 من الدستور الفرنسي لعام 1958، وأن الأثر المترتب على إعلان المجلس الدستوري عدم دستورية القانون استحالة إصدار هذا القانون أو تطبيقه، كما أن قرارات المجلس الدستوري لا تقبل الطعن، وهي ملزمة لكافة السلطات العمومية وجميع السلطات الإدارية والقضائية؛ ومن ناحية أخرى، فإن هذه الحجية تشمل إلى جانب منطوق القرار أيضا الحثيات التي تمثل أساس القرار. وبعد دراستنا لمدى حجية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي والآثار القانونية المترتبة عليها، سوف نحاول بيان مدة حجية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في الجزائري؟

### ثانيا: مدى حجية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في الدستور الجزائري

لقد حذا المؤسس الدستوري الجزائري حذو ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي في منح قرارات المجلس الدستوري الحجية المطلقة والقوة القانونية الملزمة لكافة السلطات العامة في الدولة، الأمر الذي نصت عليه المادة 191 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>1</sup>، وهو أمر يستوجب علينا معرفة القوة القانونية لقرارات المجلس الدستوري والآثار القانونية المترتبة عليها في الجزائر (أ)، ثم مدى حجية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في تونس، وذلك بالنظر إلى أن المؤسس الدستوري التونسي قد تأثر بالدستور الفرنسي في منح هيئة سياسية لها اختصاص الرقابة على دستورية القوانين (ب).

### أ- مدى حجية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في الجزائر

إن مجال تطبيق الرقابة الدستورية التي يمارسها المجلس الدستوري تقتصر فقط على فئة النصوص القانونية المرتبطة مباشرة بالدستور للتحقق من مطابقتها أو مخالفتها لأحكام الدستور، الأمر الذي حددته المادة 186 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup> على سبيل الحصر «بالإضافة إلى الاختصاصات الأخرى التي حولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، يفصل المجلس الدستوري برأي في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات.

ييدي المجلس الدستوري، بعد أن يُخْطَره رئيس الجمهورية، رأيه وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان. كما يفصل المجلس الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور، حسب الإجراءات المذكورة في الفقرة السابقة. « ويتضح لنا من نص هذه المادة بأن الرقابة الدستورية ينحصر نطاقها على النصوص التي ورد النص عليها في المادة 186 أعلاه، والمتعلقة أساسا

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 191 فقرة أخيرة من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 169 من الدستور الجزائري لسنة 1996)

<sup>2</sup> - يقابلها نص المادة 165 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

بالمعاهدات الدولية والقوانين العضوية منها والعادية، وكذا الأوامر التشريعية الصادرة عن رئيس الجمهورية والتنظيمات (فقط المراسيم الرئاسية دون المراسيم التنفيذية)، إضافة إلى النظام الداخلي لغرفتي البرلمان.

وفي هذا المجال لا بد من التمييز بين طائفتين من القوانين الخاضعة للرقابة الدستورية، الأولى تخضع إجباريا قبل إصدارها إلى رقابة المجلس الدستوري، وهذه النصوص ورد النص عليها في الفقرتين 02 و03 من المادة 186 أعلاه، وتخص القوانين العضوية والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان والسبب في ذلك هو خصوصية القطاعات والمسائل المتعلقة بها.

أما الثاني، فهي تشمل النصوص الأخرى المعنية بالرقابة الدستورية، وهي القوانين العادية والمعاهدات والتنظيمات التي لا يتم إعمال الرقابة الدستورية بالنسبة لهذه الفئة من النصوص إلا بناء على طلب إحدى السلطات التي منحها المؤسس الدستوري حق الإخطار وفق ما تنص عليه المادتين 187 و188 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>1</sup>.

ومما سبق، يمكننا القول بأن المجلس الدستوري يصدر نوعين من الأحكام: يسمى الحكم الذي يصدره المجلس الدستوري رأيا إذا نظرنا في دستورية نص قبل أن يصبح نافذا، أي قبل إصداره إذا كان قانونا وقبل المصادقة عليه إذا كان معاهدة دولية، وقبل تطبيقه إذا كان نظاما داخليا لإحدى غرفتي البرلمان، ويصدر قرارا في الحالات العكسية، أي إذا كان القانون قد صدر وتم تنفيذه.

وبعد عرضنا للنصوص التي تخضع لرقابة المجلس الدستوري لنا أن نتساءل عن القوة والآثار القانونية لآراء المجلس الدستوري وقراراته؟

لقد حددت المادتين 190 و191 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup> الآثار القانونية المترتبة على آراء المجلس الدستوري وقراراته، حيث تنص المادة 190 منه على ما يلي «إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق، أو اتفاقية، فلا يتم التصديق عليها.» وتنص المادة 191 منه «إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعات أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس.» ويتضح لنا من هذين النصين بأنه إذا كان قرار المجلس الدستوري بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي موضوع الإخطار وأنتج آثار قانونية فقد هذا النص أثره القانوني بأثر رجعي من تاريخ صدور قرار المجلس.

أما إذا كنا بصدد نص لم يتم إصداره، فإن الإخطار يكون له أثر موقف، وتبعاً لذلك لا يصدر من قبل رئيس الجمهورية إلا بعد صدور الرأي طبقاً لنص المادة 144 الفقرة 02 من التعديل الدستوري

<sup>1</sup> - انظر نص المادتين 187 و188 من التعديل الدستوري لسنة 2016؛ صالح بلحاج، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم، المرجع السابق، ص. 305؛ طه طيار، المجلس الدستوري الجزائري (تقدم وحوصلة لتجربة قصيرة)، مجلة الإدارة، الجزائر، 1996، العدد 02، ص. 38.

<sup>2</sup> - يقابلها نص المادتين 168 و169 من الدستور الجزائري لسنة 1996

لسنة 2016<sup>1</sup>، وإذا انتهى المجلس الدستوري إلى عدم دستورية النص يكون أثره عدم بداية العمل به إذا كان نظاما داخليا لإحدى غرفتي البرلمان وعدم إصداره من قبل رئيس الجمهورية إذا كان نصا تشريعا أو تنظيميا، وفي هذه الحالة نكون أمام عدة فروض بحسب مضمون رأي المجلس الدستوري.

فإذا ارتأى المجلس الدستوري أن النص بكامله غير دستوري لم يصدر، أي أنه يلغى أو أن يعوض بنص جديد وفق إجراءات جديدة، أما إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية أحكام معينة في النص المطعون فيه دون باقي الأحكام الأخرى بأن يعلن المجلس صراحة أن الأحكام المخالفة للدستور لا تنفصل عن باقي أجزاء النص، فإن ذلك الأثر القانوني يمتد كذلك إلى الأحكام الأخرى ليشمل النص بكامله، أما إذا لم يعلن المجلس الدستوري ارتباط الأحكام غير الدستورية ببقية النص المطعون فيه أمامه، فهناك عدة خيارات لتنفيذ رأي المجلس الدستوري، حيث يستطيع رئيس الجمهورية الاعتراض على ذلك النص الذي صادق عليه البرلمان والمخالف لأحكام الدستور بطلب قراءة ثانية، أو أن يصدر رئيس الجمهورية ذلك القانون مع استبعاد الأحكام المخالفة للدستور، كما يمكن للجهات المختصة تعديل الأحكام غير الدستورية وعرض النص في شكل مشروع أو اقتراح قانون على البرلمان للموافقة عليه والرجوع إلى المجلس الدستوري للتحقق من مطابقته لأحكام الدستور<sup>2</sup>.

أما فيما يخص القوة القانونية للآراء والقرارات الصادرة عن القاضي الدستوري في الدعوى الدستورية لها حجية مطلقة، الأمر الذي نصت عليه المادة 191 من التعديل الدستوري لسنة 2016 بأنه «إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس. إذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن هذا النص يفقد أثره ابتداءً من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري.

تكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية. «ويتضح لنا من هذا النص أن القرارات والآراء التي يصدرها المجلس الدستوري تتمتع بحجية مطلقة، أي أنها صادرة ابتدائيا نهائيا، وهي قابلة للطعن وملزمة لكافة السلطات العمومية والقضائية والإدارية المعنية، غير أن استخدام المؤسس الدستوري لمصطلح الرأي والقرار قد يؤدي إلى التساؤل عما إذا كانت الآراء التي يصدرها المجلس الدستوري ملزمة كالقرارات أم لا؟ لذا كان يتعين على المؤسس الدستوري

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 144 الفقرة 2 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 126 فقرة 02 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

<sup>2</sup> - انظر، سليمة مسراقي، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2010، ص. 19؛ الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص. 21.

استخدام مصطلح القرار وحده يكفي للدلالة على القوة الملزمة للأحكام التي يقضي بها المجلس الدستوري في الدعوى الدستورية<sup>1</sup>.

## ب-مدى حجية آراء المجلس الدستوري التونسي وقراراته في الدعوى الدستورية

لقد ترتب على تعديل الدستور التونسي في 01 جوان 2002 التوسيع من صلاحيات المجلس الدستوري، حيث لم تعد تقتصر فقط على مهام ذات صبغة استشارية أو تقريرية، بل امتدت لتشمل مهام ذات طابع قضائي بحت، الأمر الذي أكد عليه القانون الأساسي الصادر في 12 جويلية 2004، ومن أهم هذه الصلاحيات حماية الحقوق والحريات الأساسية ومراقبة النظام الداخلي لمجلسي البرلمان .

فنظرا لأهمية المجلس التشريعي وتأثيره على تطبيق الدستور نص الفصل 74 فقرة 02 من تعديل 2002 على ضرورة عرض النظام الداخلي لمجلس النواب ومجلس المستشارين على المجلس الدستوري قبل العمل بهما من أجل مراقبة مطابقتها أو ملاءمتهما للدستور.<sup>2</sup> وتطبيقا لذلك أصدر المجلس الدستوري رأيه رقم 02-2005 بتاريخ 05 أكتوبر 2005 بخصوص النظام الداخلي لمجلس المستشارين، مؤكدا فيه أهليته للنظر فيه، حيث صرح أنه "يستمد من الفقرة الأخيرة من الفصل 74 أن النظام الداخلي لمجلس المستشارين يعرض على المجلس الدستوري قبل العمل به، وقراره رقم 01-2004 الصادر في 28 جويلية 2004 فيما يتعلق بمطابقة وملاءمة التنقيحات المدخلة على النظام الداخلي لمجلس النواب لأحكام الدستور.

وتجدر الإشارة بأن المجلس الدستوري منذ إحداثه بموجب الأمر 1414 في 18 ديسمبر 1987 كان يصدر آراء استشارية بحتة فقط يبلغها لرئيس الجمهورية والذي عادة لا يلتزم بها، غير أن تطور طريقة الاستشارة منذ سنة 1990 أصبحت الاستشارة إجبارية بالنسبة لمشاريع القوانين الأساسية وبعض مشاريع القوانين المتعلقة ببعض الموضوعات، الأمر الذي نص عليه الفصل 75 من القانون الدستوري عدد 76 لسنة 1998 المؤرخ في 02 نوفمبر 1998 على أن آراء المجلس الدستوري إلزامية إلا ما اقتص منها بالمسائل المتعلقة بتنظيم وسير المؤسسات الدستورية، والملاحظ على التعديل الدستوري لسنة 2002 بأنه فضلا عن الطابع الإلزامي للمجلس الدستوري بات هذا الأخير يصدر قرارات باتة في المادة الانتخابية ولا تقبل الطعن بأي وجه من أوجه الطعن.

<sup>1</sup>- الأمر الذي أكدت عليه المادة 49 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري على أن "آراء وقرارات المجلس الدستوري ملزمة لكافة السلطات العمومية والقضائية والإدارية وغير قابلة لأي طعن"، انظر، سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص. 187؛ صالح بلحاج، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم، المرجع السابق، ص. 319.

<sup>2</sup> - انظر الفصل 74 فقرة 02 من التعديل الدستوري التونسي لسنة 2002 .

وبناء على ما تقدم، يمكننا القول بأن جميع الآراء الصادرة عن المجلس الدستوري منذ إنشائه سنة 1987 إلى غاية سنة 1997 كانت عبارة عن آراء استشارية لا يترتب عنها أي التزام قانوني، غير أن الأمور تغيرت بعد صدور القانون الدستوري عدد 76 لسنة 1998 أين تحولت الآراء التي يديها المجلس الدستوري ملزمة لجميع السلطات العمومية إلا إذا تعلقت بالمسائل المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من الفصل 72 المتعلقة بسير المؤسسات الدستورية وتنظيمها<sup>1</sup>.

هذا التحول الجوهري تأكد مع تنقيح 01 جوان 2002، بعد أن أصبح الدستور في الفصل 75 فقرة 04 يتحدث عن قرارات صادرة عن المجلس الدستوري فيما يتعلق بالمادة الانتخابية وليست مجرد آراء، فضلا على ذلك فإن هذه القرارات لا تقبل أي وجه من أوجه الطعن، ومن ثم تدعم إلزامية آراء المجلس الدستوري من خلال استخدام مصطلح قرارات نهائية باتة.

ولم يخرج الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014 عن تلك الأحكام السابقة، بل منح الهيئة المكلفة التي تتولى ممارسة الرقابة الدستورية صلاحيات هامة جعلت من المجلس الدستوري الذي يدي آراء وقرارات حول مسائل معينة محكمة دستورية تعتبر هيئة قضائية مستقلة تتكون من مختصين وذوي الكفاءة في القانون، وتختص دون سواها بمراقبة دستورية مشاريع القوانين أو بعد تعديلها، مشاريع القوانين الدستورية، المعاهدات الدولية التي يعرضها رئيس الجمهورية، القوانين التي تحيلها المحاكم تبعا للدفع بعدم الدستورية بطلب من أحد الخصوم، النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب الذي يعرضه عليه رئيس المجلس. أما حجية القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية، فإنها تحوز حجية مطلقة ولها أثر ملزم لجميع السلطات وفق ما ينص عليه الفصل 121 من الدستور التونسي الصادر في 23 جانفي 2014<sup>2</sup>، ولقرارات المحكمة الدستورية أثر موقوف، أي أنه إذا قضت المحكمة الدستورية بعدم الدستورية، فإنه يتوقف العمل بالقانون في حدود ما قضت به وفق ما ينص عليه الفصل 123 فقرة 02 من الدستور التونسي لعام 2014<sup>3</sup>.

ونخلص من خلال دراستنا لمدى حجية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري بأن القرارات الصادرة عن القاضي الدستوري في الدعوى الدستورية تتمتع بحجية مطلقة وأن قراراته تحوز قوة الشيء فيه، وأن الآثار القانونية ملزمة لجميع السلطات العامة وجميع السلطات القضائية والإدارية، ولا يجوز الطعن فيها بأي وجه من أوجه الطعن.

<sup>1</sup> - انظر، رافع بن عاشور، المؤسسات والنظام السياسي بتونس، المرجع السابق، ص. 415؛ الأزهر بوعوني، الأنظمة السياسية والنظام السياسي التونسي، مركز النشر الجامعي، تونس، 2002، ص. 389.

<sup>2</sup> - انظر نص الفصل 121 من الدستور التونسي لسنة 2014.

<sup>3</sup> - انظر نص الفصل 123 فقرة 03 من الدستور التونسي لسنة 2014.

وبعد بيان مدة حجية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في الدستور الفرنسي والجزائري، لنا أن نتساءل عن الحجية التي تتمتع بها الأحكام التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية والمحكمة الدستورية العليا في مصر عند ممارسة الرقابة القضائية على دستورية القوانين؟

## الفرع الثاني

### مدى حجية الأحكام الصادرة عن كل من المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية والمحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى الدستورية

الحقيقة أن النتائج والآثار القانونية المترتبة على فرض الرقابة القضائية على دستورية القوانين تختلف باختلاف الأسلوب المتبع، هل هو طريق الدفع الفرعي أم الدعوى الأصلية، ففي أسلوب الدفع الفرعي يكون للحكم بعدم الدستورية آثار ونتائج محدودة مقيدة تنحصر فقط على الدعوى التي تحركت بشأنها مسألة الدستورية، بما يعني أن الحكم بعدم الدستورية يجوز حجية نسبية للشيء المقضي فيه<sup>1</sup>. أما في حالة فرض الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية يجوز الحكم الصادر بعدم الدستورية حجية عامة ومطلقة، وهو الأمر الذي سنحاول التطرق إليه من خلال دراستنا لمدى حجية الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية في قضاء المحكمة العليا الأمريكية (أولا)، ثم مدى حجية الأحكام الصادرة عم المحكمة الدستورية في مصر في الدعوى الدستورية (ثانياً).

#### أولاً: مدى حجية الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية في الدعوى الدستورية

تعتمد المحكمة العليا الأمريكية على طريق الدفع الفرعي كأسلوب للرقابة الدستورية على الرغم من أن الدستور الأمريكي لم ينص صراحة على منح القضاء حق ممارسة الرقابة الدستورية، إلا أن القضاء الأمريكي قد حرص وهو بصدد ممارسة الرقابة الدستورية بأنه يمارس رقابة امتناع، الأمر الذي أكدته المحكمة العليا الأمريكية في حكمها في قضية (Shepherd V Wheeling) على أن القوانين المخالفة للدستور لا يقضي بطلانها أو إلغائها، وإنما يمتنع عن تطبيقها على النزاع المطروح أمامه<sup>2</sup>.

ولما كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين تعتبر من بين الوسائل الرئيسية التي يمكن بواسطتها ضمان احترام الدستور ونفاد نصوص الدستور، وتضمن أيضاً صدور القوانين من السلطة التشريعية وفق الإطار الذي حدده الدستور لنا أن نتساءل عن القوة القانونية للأحكام التي تصدرها المحكمة العليا الأمريكية والآثار القانونية المترتبة عليها؟ ولمعرفة ذلك سوف نتطرق أولاً إلى بيان القوة القانونية للأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية (أ)، ثم الآثار القانونية المترتبة عليها (ب).

<sup>1</sup> - انظر، جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص. 176.

<sup>2</sup> - انظر، محمد عبد الحميد أبو زيد، القضاء الدستوري (شعراً ووضعاً)، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص. 326.

## أ- القوة القانونية للأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية في الدعوى الدستورية

يعتمد القضاء الأمريكي على طريق الدفع الفرعي كأسلوب للرقابة الدستورية على القوانين بالرغم من أن الدستور الأمريكي لم ينص صراحة على منح القضاء حق ممارسة الرقابة الدستورية. والمستقر عليه في القضاء الأمريكي بأنه يمارس رقابة الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة لأحكام الدستور، الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في حكمها في قضية (Shepherd V Wheeling) على أن القوانين المخالفة للدستور لا يقضى بطلانها أو بإلغائها، بل يتمتع عن تطبيقها على النزاع المطروح أمامه<sup>1</sup>.

وهو الأمر الذي دفع الفقه إلى القول بأن الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية تحوز حجية نسبية تقتصر فقط على أطراف الدعوى التي صدر فيها الحكم دون أن يقيد محكمة أخرى بذلك الحكم في قضية مماثلة التي لها حرية الاختيار في تطبيقه أولاً، ومن الممكن أن تتحول هذه الحجية النسبية إلى حجية مطلقة، وفي الحالة التي يصدر فيها حكم بعدم الدستورية من المحكمة العليا، فإن هذا الحكم يجوز حجية مطلقة في مواجهة جميع سلطات الدولة، كما تلتزم به جميع المحاكم بمختلف درجاتها.

غير أن غالبية الفقه ترى بأن الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية بعدم الدستورية لها حجية نسبية وليست مطلقة، لأنه من الممكن أن تتطور الظروف التي أصدرت خلالها المحكمة العليا الأمريكية حكمها السابق، ومن ثم تعدل عليه وتتعامل مع النص على أنه دستوري<sup>2</sup>.

وعليه، يمكننا القول بأن الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا تتمتع بحجية نسبية، وأن المحاكم الأمريكية تمارس رقابة امتناع يستند على نظام السوابق القضائية، بحيث لا يمكن للقاضي أن يلغي القانون بل يقتصر دوره فقط على مجرد الامتناع على تطبيقه<sup>3</sup>.

## ب- الآثار القانونية المترتبة على الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية بعدم الدستورية

ولما كانت الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية بعدم الدستورية تتمتع بحجية نسبية، فالقاضي لا يملك حق إلغاء القانون لمخالفته لأحكام الدستور، بل يقضي بالامتناع عن تطبيق ذلك القانون في النزاع المطروح أمامه<sup>4</sup>؛ الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن الآثار القانونية المترتبة على الأحكام الصادرة من المحكمة العليا الأمريكية بعدم الدستورية، هل هو إلغاء القانون المخالف لأحكام الدستور أم الامتناع عن تطبيقه فقط؟.

<sup>1</sup> - لمعرفة التفاصيل حول حجية الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية؛ انظر، أحمد كامل أبو الجهد، المرجع السابق، ص. 221؛ أورد: أحمد فتحي

سرور، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مجلة الدستورية، مصر، أكتوبر 2005، العدد الثاني، السنة الثالثة، ص. 5.

<sup>2</sup> - انظر، محمد عبد الحميد أبو زيد، القضاء الدستور (شعرا ووضعا)، المرجع السابق، ص. 327.

<sup>3</sup> - انظر، عزيزة شريف، أثر الحكم بعدم الدستورية على التشريعات المخالفة، المرجع السابق، ص. 192.

<sup>4</sup> - انظر، يحيى الجمل، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص. 108.

لقد أثارت النتائج أو الآثار القانونية المترتبة على الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية بعدم الدستورية خلافاً في الفقه والقضاء الأمريكيين، لكن القضاء الأمريكي في الغالب يأخذ موقفاً سلبياً من التشريعات المخالفة لأحكام الدستور، أي أنه لا يقضي بطلانها أو بإلغائها عندما يتحقق من مخالفتها لأحكام الدستور، بل يقتصر دوره فقط على مجرد الامتناع عن تطبيقها في القضية المعروضة عليه مرجحاً بذلك نصوص الدستور على القوانين التي يصدرها المشرع.

ومن ثم، فإن القضاء الأمريكي تتوقف سلطته عند حد الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، ويكاد الفقه يُجمع على أن الآثار القانونية المترتبة على صدور الأحكام عن المحكمة العليا الأمريكية في الدعوى الدستورية تتمثل في الامتناع عن تطبيق القانون المخالف لأحكام الدستور دون أن تملك المحاكم إبطال هذه القوانين أو إلغائها<sup>1</sup>.

غير أنه إذا تبين للمحكمة العليا عند فحصها للتشريع المطعون فيه أمامها بأن بعض نصوصه فقط تتعارض مع نصوص الدستور دون باقي النصوص الأخرى، فإن المستقر عليه في قضاء المحكمة العليا بأنها لا تملك إلا الحكم بعدم دستورية النصوص المتعارضة مع أحكام الدستور فقط دون أن يمس حكمها باقي نصوص القانون لاتفاقها مع الدستور<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لقيمة الحكم الصادر بعدم دستورية القانون كسابقة قضائية وإن كان القضاء الأمريكي قد أخذ بالسوابق القضائية، إلا أنه لم يلق نفس الحجية المطلقة التي كانت في إنجلترا التي تعتبر من أوائل الدول التي أخذت بالسوابق القضائية، وذلك من خلال البحث عن الأحكام السابقة ليرى إن كانت نفس المشكلة قد عرضت عليه من قبل ليأخذ بنفس المبدأ والحكم الذي اتخذ سابقاً. ومن أجل ذلك فقد سلك القضاء الأمريكي للتخلص من السوابق القضائية بإتباع عدة طرق منها أن تتجاهل المحكمة الحكم القديم تماماً ولا تشير إليه مطلقاً في حكمها الجديد، أو التمييز بين القضية التي فيها حكم سابق وبين القضية المعروضة أمام المحكمة، وذلك من خلال إبراز اختلاف الوقائع بين القضيتين، و أخيراً قيام المحكمة بالعدول الصريح عن المبدأ المقرر في تلك السابقة<sup>3</sup>.

وبعد الوقوف على حجية الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية، سوف ننتقل إلى بيان القوة القانونية للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في مصر.

<sup>1</sup> - انظر، رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 1987، ص. 490.

<sup>2</sup> - انظر، كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، المرجع السابق، ص. 223؛ مصطفى سليم، الرقابة على دستورية القوانين في الدولة القانونية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص. 51.

<sup>3</sup> - انظر، مصطفى سليم، المرجع السابق، ص. 53.

ثانيا: القوة القانونية للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في مصر والآثار القانونية

### المرتبة عليها

تعتبر المحكمة الدستورية العليا في مصر هيئة قضائية مستقلة تصدر أحكاما في الدعوى الدستورية بمناسبة طرح نزاع أمام أية جهة قضائية عندما يتبين لأحد الأطراف عدم دستورية تشريع معين، أو عندما يصدر حكمان نهائيان متناقضان عن جهتين قضائيتين حول موضوع واحد، أو إذا رأت إحدى الهيئات القضائية عدم دستورية نص تشريعي أثناء ممارستها مهامها .

وفي كل هذه الحالات تُوقَف الجهات القضائية النظر في القضية المطروحة أمامها إلى غاية صدور حكم المحكمة الدستورية العليا، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن الحجية التي تحوزها الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية؟، وما هي الآثار القانونية المترتبة عليها؟

### أ- القوة القانونية للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية

المستقر عليه في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن الأحكام الصادرة في الدعوى عنها في الدعوى الدستورية تتمتع بحجية مطلقة، الأمر الذي نصت عليه المادة 175 من الدستور المصري لعام 1971 ويقابلها نص المادة 193 من الدستور المصري لسنة 2014، والمادة 49 فقرة 01 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979<sup>1</sup> بأن المحكمة الدستورية العليا تصدر أحكاما بعدم دستورية أو دستورية نص معين أو برفض الدعوى، وتكون هذه الأحكام مُلزِمة لكافة سلطات الدولة مهما كانت طبيعتها خاصة القضائية منها وفي كل درجاتها<sup>2</sup>.

وباعتبار أن المادة 48 من قانون المحكمة الدستورية العليا<sup>3</sup> قد جاءت بعموم نصها وإطلاقه قاطعة في الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية وقراراتها، وعدم قابليتها للطعن، وهو ما أكدته المادة 49 من نفس القانون بأن «أحكام المحكمة وقراراتها بالتفسير مُلزِمة لجميع سلطات الدولة وللکافة ..» وهو ما يدل على الحجية المطلقة للحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 193 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، والمادة 48 من قانون المحكمة الدستورية العليا .

<sup>2</sup> - وهو الأمر الذي قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم 48 لسنة 03 ق دستورية لجلسة 11 جوان 1983؛ وأورده: محمود علي أحمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية، المرجع السابق، ص. 35.

<sup>3</sup> - تنص المادة 48 من قانون المحكمة الدستورية العليا على ما يلي: « أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن . »

<sup>4</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 26 لسنة 6 ق دستورية لجلسة 03 يناير 1987؛ حكمها في القضية رقم 18 لسنة 06 ق دستورية لجلسة 21 ديسمبر 1985؛ وأورده، عبد الناصر أبو سهمدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 68.

فإذا كانت أحكام المحكمة الدستورية العليا تتمتع بحجية مطلقة لنا أن نتساءل حول ما إذا كانت هذه الحجية المطلقة تقتصر فقط على الأحكام الصادرة بعدم الدستورية أم أنها تمتد كذلك إلى الأحكام التي تقضي بدستورية النص المطعون فيه؟

ولقد استقرت أحكام المحكمة العليا قبل إلغائها على أن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية هي وحدها التي تحوز الحجية المطلقة دون تلك التي تكون صادرة برفض الدعوى، هذه الأخيرة تحوز حجية نسبية يقتصر أثرها على أطراف النزاع<sup>1</sup>.

ويؤخذ على اتجاه المحكمة العليا بشأن الحجية النسبية للأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية بأنه إذا كانت المحكمة من الحجية النسبية للأحكام الصادرة بالرفض من القضاء الإداري، فإن هذه الحجية لا وجود لها بالنسبة للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في مصر برفض الدعوى الدستورية، كما أن المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا عندما نصت على أن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة لم تميز بين الأحكام التي تصدرها المحكمة، الأمر الذي يدل على أن المشرع قد جعل الحجية واحدة لجميع الأحكام التي تصدرها المحكمة<sup>2</sup>.

غير أن المحكمة الدستورية العليا قد سلكت اتجاهها مغايراً لما استقرت عليه أحكام المحكمة العليا بخصوص حجية الأحكام الصادرة عن المحكمة في الدعوى الدستورية دون أن تميز بين الأحكام الصادرة بعدم دستورية أو دستورية النص المعروض أمامها، وتبعاً لذلك تحوز الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في مصر حجية مطلقة ولها أثر ملزم في مواجهة الكافة.

**ب- الآثار القانونية المترتبة على الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في الدعوى**

### الدستورية

قبل إنشاء القضاء الدستوري في مصر كان الأثر المترتب على الحكم الصادر من المحاكم في حالة ما إذا تحققت من مخالفة القانون للدستور يقتصر فقط على الامتناع عن تطبيقه، أما بعد إنشاء القضاء الدستوري قضت المحكمة الدستورية العليا على أن الأحكام التي تصدر منها بعدم دستورية أي قانون يترتب عليها إلغاء قوة نفاذ هذا القانون، ويعتبر كأنه معدوم ويسقط من المنظومة القانونية<sup>3</sup>، الأمر الذي قضت به المحكمة الدستورية العليا بأن الآثار القانونية المترتبة على صدور الأحكام بعدم الدستورية هو إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته، وهو ما نصت عليه المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن أحكام

<sup>1</sup> - انظر، جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2012، ص. 419.

<sup>2</sup> - انظر، يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، المرجع السابق، ص. 149.

<sup>3</sup> - انظر حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم 08 لسنة 03 قضائية في جلسة 11 ديسمبر 1976؛ وأورد: رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص. 607.

المحكمة في الدعوى الدستورية وقراراتها بالتفسير مُلزِمة لجميع سلطات الدولة وللکافة، ويترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيقه<sup>1</sup>.

أما موقف الفقه المصري من الآثار القانونية المترتبة عن الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية بعدم الدستورية، فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية يتوقف عند حد الامتناع عن تطبيقه لمخالفته لأحكام الدستور دون أن يتضمن ذلك إلغائه استناداً على صريح نص المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا<sup>2</sup>، بينما ذهب اتجاه آخر في الفقه المصري إلى القول بأن الحكم الصادر بعدم دستورية التشريع يبطله ويلغيه ويفقد النص قوته التشريعية<sup>3</sup>، إضافة إلى ذلك فقد ذهب اتجاه آخر إلى القول بأن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي يؤدي إلى إلغاء قوة نفاذه هذا النص ويسقط من مجال التطبيق<sup>4</sup>.

وما يلاحظ على الآراء الفقهية السابقة بأنها اتفقت على أن الآثار القانونية المترتبة عن الأحكام الصادرة بعدم دستورية النص التشريعي هو الامتناع عن تطبيقه النص المخالف لأحكام الدستور مع إلغائه وإسقاطه من مجال التطبيق بأثر رجعي، لأنه لا يوجد في القانون المصري ما يفرق بين عدم الدستورية والإلغاء.

والجدير بالذكر بأنه يمكن أن تكون في الأحكام التي تصدرها المحكمة العليا أخطاء مادية، فالمحكمة وحدها لها حق تصحيحها من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم في الدعوى ويكون في النسخة الأصلية للحكم، أما إذا قضت المحكمة بعدم قبولها تصحيح الحكم فإن حكمها في هذه الحالة نهائي لا يجوز الطعن فيه ويكتسي حجية مطلقة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- ولقد قررت المحكمة الدستورية العليا في حكم لها في القضية رقم 10 لسنة 08 قضائية دستورية على أن "الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية -هي بطبيعتها دعوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري تكون لها حجية مطلقة، بحيث لا تقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر على الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها..."؛ وقضت المحكمة الدستورية العليا في حكم آخر لها في الدعوى رقم 16 لسنة 15 قضائية دستورية لجلسة 14 يناير 1995؛ وكذلك حكمها في الدعوى رقم 18 لسنة 8 قضائية دستورية لجلسة 03 فبراير 1996؛ أورده، محمود علي أحمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية، المرجع السابق، ص. 38.

<sup>2</sup>- انظر، رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص. 610.

<sup>3</sup>- انظر، وليد محمود محمد ندا، دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات السياسية، المرجع السابق، ص. 53؛ عزيزة الشراوي، المرجع السابق، ص. 116.

<sup>4</sup>- انظر، نبيلة عبد الحليم، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص. 241؛ محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسألة الدستورية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002، ص. 900.

<sup>5</sup>- كما أن إذا أغفلت المحكمة الدستورية العليا الفصل في بعض الطلبات سهواً أو خطأ من بين مجمل الطلبات المقدمة في الدعوى بعدم دستورية نص تشريعي، فعلى المعنى بالأمر أن يلجأ للمحكمة مباشرة بطلبه مجدداً، وهذا المبدأ تطبق المحكمة الدستورية على أحكامها الصادرة برفض الدعوى أو الاعتراف بمطابقة أحكام القانون أو اللائحة للدستور، وفي كلا الحالتين الهدف واحد وهو حماية نصوص الدستور وضمان احترامه وإبطال آثار النصوص القانونية المخالفة له منذ صدورها؛ انظر، محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص. 902.

والواقع أن الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا تعد كاشفة وليست منشأة، فهي تحكم بعدم دستورية نص قانوني، ويسري هذا الحكم بالنسبة للمستقبل، وكذلك بالنسبة للوقائع السابقة على صدور هذا الحكم باستثناء الحقوق والمراكز القانونية التي كانت قد استقرت<sup>1</sup>.

ونخلص من خلال دراستنا للأسس العامة للرقابة على دستورية القوانين، بأنه مهما كانت صورة هذه الرقابة، سواء كانت رقابة سياسية أو رقابة قضائية على دستورية القوانين، أو كانت رقابة سابقة أو رقابة لاحقة، وعلى الرغم من موقف كل من الفقه والقضاء من مسألة خضوع السلطة التقديرية للمشرع للرقابة الدستورية، إلا أن الرقابة الدستورية على القوانين أصبحت حقيقة واقعية وضرورية من أجل ضمان عدم التعدي أو مخالفة أحكام الدستور، وحماية الحقوق والحريات العامة، بحيث يقع على القاضي الدستوري مسؤولية التأكد من مدى احترام المشرع وعدم مخالفته لأحكام الدستور نصا وروحا والتزامه بالقيود أو الضوابط التي حددها له الدستور، وكذلك التحقق من مدى مطابقة التشريعات التي يصدرها المشرع للدستور تمهيدا لعدم إصدارها إذا كانت لم تصدر أو الامتناع عن تطبيقها أو إلغائها إذا كانت قد صدرت. كما تتمتع الأحكام أو القرارات الصادرة عن القاضي الدستوري في الدساتير محل الدراسة بحجية مطلقة في مواجهة كافة السلطات العامة وجميع السلطات الإدارية والقضائية، وتحوز حجية نسبية في القضاء الأمريكي كما ذكرنا سابقا. على أن الآثار أو النتائج القانونية المترتبة عن الأحكام أو القرارات التي يصدرها القاضي الدستوري في الدعوى الدستورية تتمثل في الامتناع عن تطبيق النص المخالف لأحكام الدستور مع إلغائه وإسقاطه من مجال التطبيق بأثر رجعي إذا كان قد صدر.

وبعد عرض الأسس العامة للرقابة على دستورية القوانين من خلال تحديد مفهومها وأساليب ممارستها، وكذا الحدود أو الضوابط التي يلتزم بها القاضي الدستوري عند ممارسته للرقابة على دستورية التشريعات الصادرة عن المشرع والقوة القانونية أو الحجية التي تتمتع بها الأحكام أو القرارات الصادرة عن القاضي الدستوري في الدعوى الدستورية والآثار القانونية المترتبة عليها، لنا أن نتساءل عن دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيوب التي تصيب عناصر المشروع الخارجية في التشريع (العيوب الشكلية التي تلحق بالتشريع)؟

## المبحث الثاني

### دور القاضي الدستوري في الرقابة على عناصر المشروع الخارجية في التشريع

ولما كان موضوع الرقابة الدستورية على القوانين أو حماية واحترام قواعد الدستور تعتبر من أهم مواضيع القانون الدستوري لارتباطه بمفهوم الدولة القانونية التي تقوم على مبدأ سيادة القانون ومبدأ المشروعية، ومبدأ

<sup>1</sup> - انظر، مصطفى سليم، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 51.

الفصل بين السلطات، وضمن الحقوق والحريات العامة للأفراد<sup>1</sup>. فإن الدستور باعتباره القانون الأسمى في الدولة الذي يؤسس السلطات العامة في الدولة ويحدد لها اختصاصاتها ويكفل الحقوق والحريات العامة للأفراد، يُخضع سلطة التشريع وهي بصدد سن التشريعات العضوية منها والعادية لمجموعة من الضوابط أو القيود، سواء كانت هذه القيود شكلية ترتبط بعناصر المشروع الخارجية للقانون، أي أنها تتعلق بالقواعد الشكلية والإجرائية التي حددها المؤسس الدستوري لصحة التشريعات التي يصدرها المشرع، أو قيوداً موضوعية ترتبط بمضمون التشريع.

وعلى القاضي الدستوري التحقق من مدى التزام المشرع بقواعد المشروع الخارجية للقانون كما حددها الدستور تحقيقاً لمبدأ سمو الدستور ومبدأ المشروعية التي يستوجب خضوع كافة السلطات العامة في الدولة للقواعد القانونية القائمة في الدولة.

وتتحقق المخالفة الشكلية للدستور في الحالات التي يصدر فيها المشرع تشريعات مخالفة للقواعد الشكلية والإجرائية التي حددها الدستور لصحة التشريعات، وذلك بالنظر إلى عدم التزام المشرع بقواعد الاختصاص التي حددها له الدستور، سواء كان عيب عدم اختصاص المشرع إيجابياً في حالة تجاوزه لحدود اختصاصه التشريعي والتعدي على اختصاصات السلطات الأخرى، أو سلبياً في حالة تقاعس أو تقصير المشرع عن ممارسته لاختصاصاته التشريعي التي عهد له بها الدستور، من خلال الإفراط في عمومية النصوص التشريعية والإحالة إلى اللائحة أو التنظيم من أجل تكملتها وتوضيحها وتفصيل أحكامها، أو من خلال تفويض البرلمان السلطة التنفيذية بعض اختصاصاته التشريعية، أو الامتناع الكلي عن مباشرة اختصاصه، وهو ما يطلق عليه بالامتناع التشريعي من المشرع<sup>2</sup>.

إضافة إلى مخالفة قواعد الاختصاص التي حددها الدستور يكون التشريع غير دستورياً في حالة مخالفة القواعد الشكلية والإجرائية التي يستوجبها الدستور لصحة التشريعات من ناحية أخرى، وبذلك فإن رقابة القاضي الدستوري على عيب الشكل والإجراءات تشمل الرقابة على المظهر الخارجي للتشريع وكافة الإجراءات التي يجب مراعاتها لإصدار التشريع<sup>3</sup>.

ومن أجل معرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على عناصر المشروع الخارجية في التشريع يتوجب علينا أولاً معرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على عنصر الاختصاص باعتبار أن الاختصاص يعتبر أول

<sup>1</sup> - انظر، عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص. 556؛ موريس دوفرجيه، المرجع السابق، ص. 155.

<sup>2</sup> - انظر، يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص. 189؛ خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، المرجع السابق، ص. 230.

<sup>3</sup> - انظر، محمد انس قاسم جعفر، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص. 381؛ عزيزة الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية القوانين، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، بدون سنة نشر، ص. 81.

عنصر من عناصر قيام القانون، لأنه لا يمكننا الحديث عن العناصر الأخرى للتشريع إذا لم نتعرف على الجهة المختصة التي عهد إليها الدستور سلطة وضع القوانين (المطلب الأول)، ثم بيان دور القاضي الدستوري في الرقابة على مدى التزام المشرع بقواعد الشكل والإجراءات، أي رقابة القاضي الدستوري على عيب الشكل والإجراءات التي تلحق بالتشريع (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### رقابة القاضي الدستوري على مخالفة المشرع لقواعد الاختصاص

تعتبر فكرة الاختصاص من بين أهم الركائز التي يقوم عليها القانون العام الحديث، وكنتيحة لمبدأ الفصل بين السلطات، لأن هذا المبدأ لا يقوم على تحديد اختصاصات السلطات العامة الثلاث في الدولة فحسب، وإنما يحدد كذلك توزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة<sup>1</sup>.

ذلك بأن القواعد الخاصة بعنصر الاختصاص في القانون هي التي تحدد لنا الجهة التي لها الأهلية أو الصلاحية القانونية لإصدار التشريع دون غيرها من السلطات الأخرى، الأمر الذي يجعل عنصر الاختصاص يعتبر أول العناصر التي يتحقق القاضي الدستوري من قيامها. مع العلم بأن عنصر الاختصاص غالباً ما يختلط بعنصر المحل، إلا أن المستقر عليه في فقه القانون العام هو الأخذ بالمعنى الضيق لفكرة الاختصاص يقف فيه عند مُصدر التشريع ولا يتعداه إلى مضمونه.

ومن ثم، فإن عدم الاختصاص يعني عدم التمتع بالصلاحية القانونية لممارسة الاختصاصات التشريعية سواء كانت تلك السلطة تقديرية أو مقيدة، بحيث لا يجوز للمشرع أن يخالف قواعد توزيع الاختصاص التي حددها الدستور، باعتبار أن المشرع فيما يخص عنصر الاختصاص لا يملك أية سلطة تقديرية تذكر<sup>2</sup>، أي أن عنصر الاختصاص في القانون لا تقدير فيه من جانب المشرع. وفي الحالة التي لا يتوافر فيها عنصر الاختصاص باعتباره العنصر الشكلي الأول، فإن رقابة القاضي الدستوري تقف عند حد المشروعية الخارجية، ليقتضي بعدم دستورية التشريع لعيب عدم الاختصاص دون أن يبحث في عناصر المشروعية الداخلية للقانون.

<sup>1</sup> - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 40.

- DEBBASCH. Ch et Claude RICCI. Y , Contentieux administratif, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris 1999, p. 675.

<sup>2</sup> - هو الأمر الذي أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في 07 مارس 1992 (إن الدستور هو القانون الأعلى الذي يقوم عليه نظام الحكم ويقرر الحريات والحقوق العامة ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها ويحدد لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وظائفها وصلاحياتها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها بما يحول دون تدخل أي منها في أعمال السلطة الأخرى أو مزاحمتها في ممارسة اختصاصاتها التي أناطها الدستور بها)؛ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 14 لسنة 12 قضائية دستورية بتاريخ 7 مارس 1992 أورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 68.

كما أن مخالفة قواعد الاختصاص لا تقتصر فقط على الحالات التي تتجاوز فيها السلطة التشريعية حدود ولايتها الدستورية والتعدي على مجال اختصاص السلطات الأخرى، بل تشمل أيضا الحالات التي يتخلى فيها المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي أو يتنازل عنه لسلطة أخرى وهو ما يطلق عليه بعيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع .

ولمعرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على مخالفة المشرع لقواعد توزيع الاختصاص التي حددها الدستور، سوف نتطرق أولا إلى رقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص الايجابي للمشرع(الفرع الأول)، ثم رقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع(الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### رقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص الايجابي للمشرع

ولما كانت فكرة الطعن بعدم دستورية القوانين تستند على مبدأ أساسي هو مبدأ الفصل بين السلطات، الذي يعتبر مبدأ مهما يقوم عليه تنظيم الدولة القانونية، بحيث لا يمكن أن تجتمع جميع السلطات في يد شخص واحد أو سلطة واحدة، لأن القول بخلاف ذلك مدعاة للاستبداد والتعسف، الأمر الذي يستوجب توزيع الاختصاصات بين سلطات الدولة الثلاث بشكل يكفل تحديد المسؤوليات وضمان حقوق وحرريات الأفراد والمواطنين.

ذلك بأن المؤسس الدستوري عندما يعهد إلى كل سلطة من السلطات الثلاث مسائل معينة تكون ملزمة وحدها بذلك، كما أن تعدي إحدى السلطات الأخرى على مجال عملها يجعل تلك التصرفات الصادرة عن تلك السلطة مشوبة بعيب عدم الاختصاص .

ومادام أن الدستور قد أوكل إلى السلطة التشريعية مهمة سن القوانين، فإنه يجب على السلطات الأخرى الالتزام بالقواعد الخاصة بتوزيع الاختصاص بين السلطات العامة في الدولة وعدم التعدي على الاختصاص التشريعي المقرر للسلطة التشريعية، فإذا صدر التشريع مخالفا لقواعد الاختصاص التي حددها الدستور، فإنه غير دستوري لعيب عدم الاختصاص<sup>1</sup>. حيث يتخذ عيب عدم الاختصاص الايجابي في المجال الدستوري صورة اغتصاب السلطة التي تركز على مخالفة السلطة المختصة بالتشريع لقواعد الاختصاص التي حددها الدستور والتعدي على اختصاصات السلطات الأخرى كأن ينظم المشرع مسألة معينة تدخل ضمن مجال اللائحة أو التنظيم، أو أن تنظم السلطة التنفيذية موضوعا يدخل في مجال القانون في غير الحالات التي حددها الدستور.

<sup>1</sup> - انظر، عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص.787.

والواقع أن فكرة عدم الاختصاص تقوم على أربعة عناصر تتمثل في عيب عدم الاختصاص الشخصي، عيب عدم الاختصاص الموضوعي، عيب عدم الاختصاص الزمني، عيب عدم الاختصاص المكاني<sup>1</sup>. وحتى يتسنى لنا معرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على عيب عدم الاختصاص الإيجابي للمشرع سوف نتناول بالدراسة رقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص الشخصي والموضوعي (أولا)، ثم دوره في الرقابة على عيب عدم الاختصاص الزمني والمكاني (ثانياً).

### أولاً: رقابة القاضي الدستوري على كل من عيب عدم الاختصاص العضوي والموضوعي

إن الدستور عندما يمنح للسلطة التشريعية اختصاصاً بسن التشريع، فإن ذلك يُرتب التزاماً على المشرع صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع لممارسة اختصاصاته التي منحها له الدستور. كما أنه إذا صدر التشريع من إحدى السلطات الأخرى وفي غير الحالات التي نص عليها الدستور تكون تلك السلطة قد اغتصبت سلطة المشرع في وضع القوانين، وأن التشريع الصادر عنها في هذه الحالة يكون غير دستوري لعيب عدم الاختصاص الشخصي أو العضوي.

ومادام أن المشرع هو صاحب الولاية العامة في التشريع، فإنه يملك كذلك سلطة التشريع في أي موضوع من الموضوعات التي عهدتها إليه الدستور، ولا يرد على تلك السلطة أية قيود أو حدود إلا الحدود التي وضعها الدستور، وعلى القاضي الدستوري أن يتحقق من مدى التزام المشرع بقواعد الاختصاص التي حددها الدستور وهو بصدد ممارسته لاختصاصه التشريعي، والتأكد بأن المسائل التي نظمها المشرع تدخل في نطاق القانون.

ومن أجل ذلك سوف نحاول التطرق أولاً إلى دور القاضي الدستوري في الرقابة على عيب عدم الاختصاص الشخصي أو العضوي (أ)، ثم رقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص الموضوعي (ب).

### أ- رقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص الشخصي أو العضوي

يقصد بالاختصاص الشخصي أو العضوي أن يباشر الاختصاص الدستوري السلطة أو الشخص الذي عهد إليه الدستور حق ممارستها دون غيره، فإن معظم الدساتير تمنح السلطة التشريعية ولاية عامة في التشريع في سن القوانين العادية منها والعضوية. فوفقاً لقواعد توزيع الاختصاص العضوي لا يجوز للسلطة التشريعية أن تُفوض اختصاصاتها لإحدى السلطات الأخرى إلا في الحالات التي نص عليها الدستور صراحة .

<sup>1</sup> - انظر، سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص. 162.

ذلك بأنه قد نتج عن صدور الدستور الفرنسي لعام 1958 تطور في قواعد توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وما تبعه من تطور للعلاقة بين القانون واللائحة، فبعد أن كان البرلمان المعبر عن إرادة الشعب هو صاحب الولاية العامة والاختصاص الأصيل في التشريع دون أية قيود أو ضوابط، ويقتصر دور السلطة التنفيذية فقط على مجرد وضع القوانين التي يصدرها المشرع موضع التطبيق، أصبحت المسائل أو الموضوعات التي ينظمها المشرع محددة في المادة 34 من الدستور، وأن كل المسائل التي لا تدخل في مجال القانون يتم تنظيمها بموجب اللائحة أو التنظيم تطبيقاً لنص المادة 37 من الدستور الفرنسي لعام 1958<sup>1</sup>.

وبذلك نجد أن الدستور الفرنسي قد ألزم كل سلطة مباشرة اختصاصاتها بنفسها، وعلى القاضي الدستوري أن يتأكد من ذلك ويقضي بعدم دستورية التشريعات الصادرة بالمخالفة لقواعد الاختصاص العضوي<sup>2</sup>. وهو نفس الأمر الذي نصت عليه المواد (140 و142 و143) من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>3</sup>، وذلك من خلال تحديد المسائل التي يتم تنظيمها بمقتضى قوانين وغيرها من المسائل التي تدخل ضمن مجال السلطة التنظيمية للسلطة التنفيذية. أما في مصر فعلى الرغم من أن مجلس النواب هو صاحب الولاية العامة في التشريع تطبيقاً لنص المادة 101 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، إلا أنه يمكن للسلطة التنفيذية المساهمة في سن التشريعات في الحالات التي حددها لها الدستور تطبيقاً لنص المادة 165 من الدستور.

ذلك بأن مخالفة القواعد الخاصة بالاختصاص العضوي أو الشخصي للمشرع تتخذ عدة صور منها حالة تعدي السلطة التشريعية على مجال اللائحة أو التنظيم، والحالة التي يتجاوز فيها المشرع مجال القانون العضوي المحدد على سبيل الحصر. وتحقق الصورة الأولى لعيب عدم الاختصاص العضوي في الحالة التي يتجاوز فيها المشرع مجال الاختصاص الدستوري الذي حدده له الدستور، أو أن ينظم المشرع بموجب قانون مسائل تدخل في مجال اللائحة أو التنظيم تطبيقاً لنص المادة 37 فقرة 1 من الدستور الفرنسي لعام 1958 التي تنص على أن المواد التي لا تدخل في مجال القانون لها الطابع التنظيمي، أو مخالفة التفويض التشريعي المنصوص عليه في المادة 38 من الدستور<sup>4</sup>، ويقابلها في القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 كل من المادتين 140 منه التي نصت على

<sup>1</sup> - Avril .P et Gicquel. J, Le Conseil constitutionnel, 3<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, Paris, 1995, p.187.

<sup>2</sup> - Luchaire. F, Le conseil constitutionnel, Tome II, 2<sup>ème</sup> édition, Economica, Paris, 1998, p.515 .

<sup>3</sup> - انظر نص المواد (140 و142 و143) من التعديل الدستوري لسنة 2016 - يقابلها نص المواد (122 و124 و125) من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>4</sup> - انظر نص المادتين 37 و38 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

المجالات التي يمكن للمشرع التشريع فيها بقانون، والمادة 142 من التعديل الدستوري التي نصت على أن المسائل غير المخصصة للقانون تدخل ضمن مجال السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية<sup>1</sup>.

والملاحظ على الدستور الفرنسي بأنه نص صراحة على الرقابة على مخالفة قواعد توزيع الاختصاص في المادة 41<sup>2</sup> بأنه إذا تبين خلال الإجراء التشريعي أن اقتراح أو تعديل لا يدخل في اختصاص السلطة التشريعية أو أنه مخالف لتفويض قد منح بموجب المادة 38 من الدستور؛ فللحكومة أن تدفع بعدم القبول، وفي حالة الخلاف بين الحكومة ورئيس إحدى الجمعيتين المهتمتين، فإن المجلس الدستوري وبطلب من أحد منهن يفصل في هذا الشأن في أجل ثمانية أيام، الأمر الذي لم ينص عليه الدستور الجزائري.

إضافة إلى ذلك توجد صورة أخرى للتعدي قد تثير عيب عدم الاختصاص العضوي نصت عليها من المادة 61 فقرة 02 من الدستور الفرنسي لعام 1958<sup>3</sup> بأنه يجوز لرئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيسي إحدى الجمعيتين أو ستين نائبا في الجمعية الوطنية أو ستين شيخا في مجلس الشيوخ أن يعرض مشروعات القوانين التي وافق عليها البرلمان على المجلس الدستوري للطعن في دستورتها متى ثبت أن هناك تعدي على مجال اللائحة أو التنظيم، وهو نفس الأمر الذي نصت عليه المادة 186 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 على أن يفصل المجلس الدستوري في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ أو بقرار في الحالة العكسية، وبذلك ينعقد اختصاص القاضي الدستوري في هذه الحالة متى ثبت أن مشاريع أو اقتراحات قوانين التي وافق عليها البرلمان تنظم مسائل تدخل ضمن مجال اللائحة أو التنظيم على أن يخطر بذلك كل من رئيس الجمهورية أو رئيسي غرفتي البرلمان، أو أعضاء البرلمان، أو الوزير الأول، أو عن طريق الدفع بعدم الدستورية المقدم أمام جهة قضائية (المحكمة العليا، أو مجلس الدولة)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر نص المادتين 140 و142 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادتين 122 و125 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

<sup>2</sup> - تنص المادة 41 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité.

En cas de désaccord entre le Gouvernement et le président de l'assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours.»

<sup>3</sup> - تنص المادة 61 فقرة 02 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

«Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.»

<sup>4</sup> - انظر نص المادة 186 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 (يقابلها نص المادة 165 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل في سنة 2008)؛ من تطبيقات رقابة المجلس الدستوري المتعلقة على ركن الاختصاص رأيه رقم 1/ر.م.د/المؤرخ في 6 يوليو 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، للدستور حيث صرح المجلس الدستوري ضمن اعتبارات قراره "4- فيما يخص الفقرة 2 من المادة 32 من القانون العضوي موضوع الإخطار والخزرة كالاتي: "يُعَدُّ الأمين العام الأمر بالصرف الرئيسي للمحكمة العليا" - واعتبارا أنه إذا كان للمشرع بمقتضى المادة 98 (الفقرة 2) من الدستور أن يُعَدِّد القانون ويصوّت عليه بكل سيادة فإنه بالمقابل يتعيّن على المجلس

إضافة إلى تلك الحالات توجد حالة أخرى قد تشكل تعدياً على مجال اللائحة أو التنظيم المنصوص عليها في المادة 38 فقرة 2 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمتعلقة بالمسائل التي نظمها المشرع بقانون قبل صدور دستور 1958، والتي أصبحت تدخل ضمن مجال اللائحة بعد دخول هذا الدستور حيز التطبيق إذا كانت قد صدرت قبل تعديل الدستور، أما إذا كانت قد صدرت بعد نفاذ الدستور الفرنسي لعام 1958، فلا يمكن أن تعدل تلك النصوص بمرسوم إلا إذا أعلن المجلس الدستوري بأن لها الطابع التنظيمي، ليراقب بذلك القاضي الدستوري مدى التزام كل سلطة بقواعد توزيع الاختصاص.

أما فيما يخص رقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص العضوي في مصر، فإن الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 - وعلى غرار الدساتير السابقة، قد أخذ بالمفهوم التقليدي لتوزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومنح لمجلس النواب سلطة عامة واختصاص أصيل في التشريع تطبيقاً لنص المادة 101 من الدستور المصري لسنة 2014<sup>1</sup>، مع منح السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية) حق إصدار قرارات بقوانين في حالة الضرورة وفقاً لنص المادة 156 من الدستور، ومن ثم إذا صدر التشريع بالمخالفة للقواعد الخاصة بتوزيع الاختصاص العضوي التي حددها الدستور كان هذا التشريع غير دستوري لعيب عدم الاختصاص العضوي الذي يشكل اغتصاباً للسلطة التشريعية .

---

الدستوري أن يتأكد عند ممارسة صلاحياته الدستورية من أن المشرع قد احتزم توزيع الاختصاصات، كما نصّ عليها الدستور . - واعتباراً أن المؤسس الدستوري ميز بين القانون العضوي، والقانون العادي من حيث المصطلح ومن حيث المجال المخصّص لكل واحد منهما والإجراءات الواجب إتباعها في إعداد القوانين والمصادقة عليها وكذا المراقبة الدستورية. - واعتباراً أن المشرع بإدراجه الفقرة 2 من المادة 32 ضمن قانون عضوي لم يراع مجال اختصاصه كما نصّ عليه الدستور. - واعتباراً أن الدستور لا يمنع في أن تُعدّ المحكمة العليا في نظامها الداخلي مضمون الفقرة 2 من المادة 32 من القانون العضوي موضوع الإخطار طالما أن تحديد مضمون هذا النص وإعداده والمصادقة عليه لا تستوجب تدخل سلطات أخرى. - واعتباراً بالنتيجة أن الفقرة 2 من المادة 32 من القانون العضوي موضوع الإخطار تعدّ غير مطابقة للدستور.؛ "ومن ذلك أيضاً رأيه رقم 4 ر أ - م د مؤرخ في 19 فبراير سنة 1997 حول دستورية المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من طرف المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ 6 يناير 1997؛ حيث ذهب المجلس الدستوري إلى القول: "... اعتباراً أن المؤسس الدستوري، باعتباره مبدأ الفصل بين السلطات كمبدأ أساسي لتنظيم السلطات العمومية، قد عمد إلى تحديد اختصاص كل منها، والتي لا يمكن أن تمارسه إلا في المجالات ووفق الكيفيات التي حددها لها الدستور صراحة،

- واعتباراً أن البند 6 من المادة 122 من الدستور، ولذات الأثر، يقضي بأن البرلمان يشرع في مجال: "... القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي وإنشاء الهيئات القضائية"، مما ينتج عنه أن إنشاء المحاكم ضمن المجالس القضائية يعتبر اختصاصاً ينفرد به البرلمان، - واعتباراً، ومن جهة أخرى، أن المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي، موضوع الإخطار، عندما أحالت أمر تحديد عدد ومقر ودائرة اختصاص المحاكم على التنظيم بموجب مرسوم رئاسي قد أحلت بأحكام المادة 125 الفقرة الأولى من الدستور التي تحدد مجال ممارسة السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية في المسائل غير المخصصة للقانون، لهذه الأسباب : يدي المجلس الدستوري الرأي التالي : ثانياً : القول أن جزء المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي، موضوع الإخطار، والحرر كالتالي : "يحدد عددها ومقرها ودائرة اختصاص كل منها بموجب مرسوم رئاسي" يعد غير دستوري. " ومن ذلك أيضاً رأيه الصادر رقم 01/م.د/12 بتاريخ 08 يناير 2012، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، للدستور، ج ر العدد 2 المؤرخة في 15 يناير 2012 "ثانياً: فيما يخص مواد القانون العضوي موضوع الإخطار: 1-... واعتباراً بالنتيجة أن المشرع بهذا النقل الحرفي لنص الفقرتين 3 و 4 من المادة 42 من الدستور، يكون قد أحلّ بالمبدأ الدستوري لتوزيع الاختصاصات، ومن ثم تعتبر المادة 8 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، غير مطابقة للدستور..."

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 101 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014.

وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مخالفة قواعد توزيع الاختصاص، للتحقق من مدى استيفاء الشروط التي يستوجبها الدستور لصحة التشريعات، ذلك بأن الدستور المصري وبخلاف الدستورين الفرنسي والجزائري، لم يحدد للمشرع نطاق عمله ما نحا له الولاية العامة في التشريع دون أية قيود أو شروط إلا القيود التي حددها الدستور كاحترام مجال القوانين المكتملة للدستور، ومن ثم فإن تحقق حالة تعدي المشرع على مجال اللائحة أو التنظيم هو أمر مستبعد نوعا ما في النظام الدستوري المصري، باعتبار أن المؤسس الدستوري المصري يأخذ بالمفهوم التقليدي لتوزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية بإطلاق يد المشرع وتحديد مجال تدخل السلطة التنفيذية، بل وقد تتحقق حالة تعدي السلطة التنفيذية على مجال عمل السلطة التشريعية عندما لا يلتزم مثلا رئيس الجمهورية بإصدار قرارات قوانين في غير الحالات التي نصت عليها المادة 156 من الدستور المصري لسنة 2014، وعلى القاضي الدستوري التحقق من مدى توافر حالة الضرورة في قرار رئيس الجمهورية<sup>1</sup>.

ومن حالات انتهاك قواعد الاختصاص العضوي كذلك إصدار البرلمان لتشريعات في حالة غياب البرلمان، أو بعد انتهاء عهده التشريعية، أو بعد التأكد من عدم صحة تكوينه، الأمر الذي قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر بعدم دستورية قانون الضريبة على الاستهلاك رقم 133 لسنة 1981 تأسيسا على صدوره من مجلس الشعب الذي سبق للقضاء الحكم بعدم صحة تكوينه، ومن ذلك أيضا حكمها الصادر في 04 نوفمبر 2000 بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بتفويض وزير الداخلية سلطة تحديد شروط منح جواز السفر، مؤكدة على أن حرية الانتقال لا يملك تقييدها إلا المشرع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - ومن حالات رقابة المحكمة الدستورية العليا على توافر حالة الضرورة في قرار رئيس الجمهورية ما قضت به في القضية رقم 40 لسنة 19 ق دستورية بتاريخ 06 جانفي 2001 بالقول (عن توافر حالة الضرورة بضوابطها الموضوعية التي لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديرها هي علة اختصاصها لمواجهة الأوضاع الطارئة والضاغطة بتلك التدابير العاجلة بل هي مناط مباشرتها لهذا الاختصاص و إليها تمتد الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيامها في الحدود التي رسمها الدستور؛ وأرده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص.ص. 70.

<sup>2</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 17 لسنة 13 ق دستورية بتاريخ 06 أبريل 1996 حكمها كذلك في القضية رقم 03 لسنة 19 ق دستورية بتاريخ 01 أوت 1998، ج ر العدد 33 في 14 أوت 1998، ص.ص. 1826؛ انظر، حنفي علي جبالي، الدعوى الدستورية، المخالفة الشكلية للدستور، مقال منشور بمجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في مصر، أكتوبر 2003، مصر، العدد الرابع، السنة الأولى، ص.ص. 5 إلى 10؛ لقد جاء في حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 243 لسنة 21 ق دستورية بتاريخ 04 نوفمبر 2000 بأن "الدستور قد أكد حرية التنقل، وأقر حق المواطنين في الهجرة، وعهد إلى القانون بتنظيم تلك الحرية، وهذا الحق؛ فإذا ما خالف المشرع هذا المسلك وفوض السلطة التنفيذية في تحديد شروط وإجراءات منح جوازات السفر للمواطنين، وخولها الحق في رفض منحهم جواز السفر أو تجديده، فضلا عن إمكان سحب الجواز بعد إعطائه.... يكون قد وقع في شبهة المخالفة لأحكام المواد 41 و51 و52 من الدستور...، وتضيف "...وحيث أن حق المواطن في استخراج وحمل جواز السفر، لا يعد فحسب عنوانا لمصريته... بل يعكس فوق ذلك رافدا من روافد حرته الشخصية التي حفي بها الدستور بنصه في المادة 41 على أنها مضمونة ولا يجوز المساس بها...؛ ولهذا الأسباب حكمت المحكمة الدستورية العليا: بعدم دستورية نص المادة 8 من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 97 لسنة 1959 فيما تضمنه من تحويل وزير الداخلية بموافقة وزير الخارجية سلطة تحديد شروط منح جواز السفر....؛ لتفاصيل أكثر: انظر حكم

وترتيباً على ما سبق، يمكننا القول بأن حالات انتهاك المشرع لقواعد الاختصاص العضوي تشمل حالة تعدي السلطة التشريعية على مجال اللائحة أو التنظيم، وحالة إصدار المشرع لتشريعات خارج النطاق الزمني الذي حدده الدستور، وتضاف إلى ذلك حالة إصدار السلطة التنفيذية لبعض التشريعات في غير الحالات التي حددها الدستور، وبالتالي لا يجوز للمشرع أن يتنازل عن ممارسة اختصاصه بسن التشريع في غير الحالات التي نص عليها الدستور.

### ب- رقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص الموضوعي

بعد تأكيد القاضي الدستوري من عدم مخالفة المشرع لقواعد الاختصاص العضوي يتحقق من أن المسائل التي ينظمها المشرع تدخل ضمن مجال الاختصاص الدستوري الذي منحه له الدستور، وعليه نكون أمام عيب عدم الاختصاص الموضوعي للمشرع في حالة خروج التشريع الذي يصدره عن مجال الموضوعات التي حددها له الدستور أو عدم التزام المشرع بالحدود أو القيود التي حددها له الدستور.

وإذا كان المشرع يملك سلطة عامة في التشريع في الموضوعات التي منحها له الدستور ولا ترد على هذه السلطة أية قيود سوى القيود التي نص عليها الدستور، فإنه لا يمكن للسلطة التنفيذية ممارسة سلطة المشرع إلا في الحالات التي حددها الدستور، فإذا خالفت السلطة التنفيذية الإطار الذي حدده الدستور كانت التشريعات الصادرة عنها في هذه الحالة غير دستورية لعيب عدم الاختصاص الموضوعي<sup>1</sup>.

ولقد كان لصدور الدستور الفرنسي لعام 1958 الأثر الكبير في تطور العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وما تبعه من تطور للعلاقة بين القانون واللائحة، بحيث أصبح المشرع مُلزم بممارسة اختصاصاته الدستورية بسن التشريع في الميادين التي حددتها المادة 34 من الدستور ومواد أخرى منتشرة عبر نصوص الدستور.

كما تلتزم السلطة التنفيذية بالقيود التي يفرضها عليها الدستور عند مباشرتها لاختصاصاتها التشريعية المنصوص عليها في المادة 37 من الدستور الفرنسي لعام 1958، أو تنظيم موضوعات تدخل في مجال القانون عن طريق التفويض التشريعي تطبيقاً لنص المادة 38 من الدستور، على أن يراقب القاضي الدستوري مدى التزام كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية بقواعد توزيع الاختصاص الموضوعي<sup>2</sup>.

---

المحكمة الدستورية المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 243 لسنة 21 ق دستورية بتاريخ 04 نوفمبر 2000؛ أو رده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص 138.

<sup>1</sup> - انظر، عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص. 12؛ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص. 459؛ عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص. 35.

<sup>2</sup> - انظر نص المادتين 37 و38 من الدستور الفرنسي لعام 1958؛ ومن بين تطبيقات رقابة المجلس الدستوري على ركن الاختصاص بالنسبة للتشريع قراره رقم 677-2013 الذي قضى فيه بعدم دستورية المادة 3 من القانون العضوي المتعلق باستقلال وسائل السمع البصري العمومي لمخالفتها أحكام المادة 13 من الدستور الفرنسي، حيث ذهب في اعتبارات قراره:

ولقد تأثر المؤسس الدستوري الجزائري بالدستور الفرنسي في تحديد النطاق الموضوعي لكل من السلطتين التشريعية والتنفيذية لحماية مجال اختصاص المشرع ومنعا لتعدي المشرع على مجال اللائحة أو التنظيم، بحيث يُلزم المشرع بممارسة اختصاصاته التشريعية في المسائل التي حددها له الدستور دون أن يكون له الحق في تنظيم موضوع يدخل في مجال اللائحة أو التنظيم، كما تُلزم السلطة التنفيذية كذلك بعدم مباشرة الاختصاصات التشريعية إلا في الحالات التي حددها الدستور، بحيث يجب القاضي الدستوري التحقق من مدى احترام القواعد الخاصة بتحديد المسائل التي عهد الدستور أمر تنظيمها بمقتضى قانون أو لائحة تطبيقا لنص المواد (140 و141 و143) من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>1</sup>.

وإذا كان المؤسس الدستوري الفرنسي والجزائري، قد عملا على تحديد النطاق الموضوعي للمشرع، فإن الدستور المصري لسنة 2014 لم يحدد مجال اختصاص المشرع بسن التشريعات مانحا إياه سلطة عامة في التشريع، وفي المقابل ألزم السلطة التنفيذية عند ممارستها لبعض الاختصاصات التشريعية بمجموعة من الضوابط أو القيود تجعل التشريعات الصادرة بالمخالفة لقواعد الاختصاص الموضوعي غير دستورية<sup>2</sup>. على أن يراقب القاضي الدستوري مدى توافر الظروف التي تستوجب تدخل رئيس الجمهورية لمواجهة حالة الضرورة دون انتظار انعقاد مجلس النواب تطبيقا لنص المادة 156 من الدستور المصري لسنة 2014<sup>3</sup>، ومن جهة أخرى يراقب مدى التزام المشرع بقواعد الاختصاص الموضوعي كالسلطة التنفيذية على الرغم من ولايته العامة في التشريع.

يضاف إلى حالات انتهاك قواعد الاختصاص الموضوعي من المشرع حالة تجاوز المشرع للنطاق المحدد للقوانين العضوية، ذلك بأن المؤسس الدستوري في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري، بالرغم من أنه عهد إلى المشرع بالتشريع بموجب قوانين عضوية لتكملة نصوص الدستور وفقا لنص المادة 34 من الدستور الفرنسي<sup>4</sup>، والمادة 141 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996<sup>5</sup>، والمادة 165 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014<sup>1</sup>، إلا أنه

---

« 10. Considérant, en second lieu, que l' article 3 de la loi organique soumet à l' avis de la commission compétente de chaque assemblée la nomination, par le Président de la République, du président de l' Institut national de l' audiovisuel ; que cette fonction n' entre pas dans le champ d' application du dernier alinéa de l' article 13 de la Constitution ; que l' article 3 de la loi organique est donc contraire à la Constitution,... » ; Décision N° 2013-677 DC du 14 novembre 2013 JORF N°0266 du 16 novembre 2013.

<sup>1</sup> - يقابلها نص المواد 122 و123 و125 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>2</sup> - انظر، عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، المرجع السابق، ص. 362؛ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص. 438.

<sup>3</sup> - انظر نص المادة 156 من الدستور المصري لسنة 2014.

<sup>4</sup> - انظر نص المادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

<sup>5</sup> - انظر نص المادة 141 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 (يقابلها نص المادة 123 من الدستور الجزائري لسنة 1996)؛ ومن تطبيقات المجلس الدستوري على ركن الاختصاص رأيه رقم 9/ر.ن.د/م د/99 المؤرخ في 22 نوفمبر 1999 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي، المعدل والمتمم مجلس الأمة للدستور، حيث أعتبر أن المجلس الدستوري: حين أقر رأيه

قد حدد على سبيل الحصر المسائل التي يتم تنظيمها بمقتضى هذه القوانين، ووضع لها نظاما إجرائيا خاصا يختلف عن إقرار وسن القوانين العادية، وذلك بالنظر إلى طبيعة المسائل التي تنظمها تلك القوانين، ويتوجب على القاضي الدستوري أن يتحقق من مدى التزام المشرع بالنطاق الموضوعي للقوانين العضوية والنظام الإجرائي الخاص الذي أقره المؤسس الدستوري لإقرار وسن تلك التشريعات.

وترتبا على ما سبق، يمكننا القول بأن حالات عدم الاختصاص الموضوعي تتحقق عندما يخالف المشرع النطاق الموضوعي الذي حدده له الدستور والمتعلق بالمسائل أو الموضوعات التي يتم تنظيمها بمقتضى قانون، أو عدم الالتزام بمجال القوانين العضوية، تضاف إليها الحالة التي لا تلتزم فيها السلطة التنفيذية بالضوابط أو القيود التي يفرضها عليها الدستور وهي بصدد ممارسة بعض الاختصاصات التشريعية. ولما كان دور القاضي الدستوري هو التأكد من عدم تحقق حالة من حالات مخالفة قواعد الاختصاص العضوي والموضوعي، لنا أن نتساءل عن دور القاضي الدستوري في الرقابة على كل من عيب عدم الاختصاص الزمني والمكاني؟

### ثانيا: رقابة القاضي الدستوري على كل من عيب عدم الاختصاص الزمني والمكاني

تتخذ مخالفة القواعد الخاصة بالاختصاص الإيجابي كما قلنا سابقا عدة صور، عدم الاختصاص العضوي، عدم الاختصاص الموضوعي، عدم الاختصاص الزمني، عدم الاختصاص المكاني. فإذا كان عيب عدم الاختصاص العضوي للمشرع يتضمن مخالفة سلطة التشريع للقواعد الخاصة بالاختصاص العضوي، كأن ينظم المشرع موضوع معين يدخل ضمن مجال اللائحة أو التنظيم، ويتحقق

---

رقم 98/4/ر.ن.د/م د/98 المؤرخ في 10 فبراير 1998 المتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي لمجلس الأمة للدستور، تضمنين النظامين الداخليين لغرفتي البرلمان، مواد يعود فيها الاختصاص للقانون، كان يهدف إلى ضمان السير العادي لهاتين المؤسستين شريطة احترام المشرع، عند إعداد هذه النصوص، التوزيع الدستوري لهذه الاختصاصات،

- واعتبارا أن مجلس الأمة أقر في نظامه الداخلي، موضوع الإخطار، إدراج أحكام من القانون العضوي...، بنقلها حرفيا و/أو نقل مضمونها.  
- واعتبارا أن النظام الداخلي لمجلس الأمة، وإن تضمن إجراءات تطبيقية لأحكام دستورية أو أحكام من القانون العضوي على أساس إحالة صريحة من الدستور أو القانون العضوي المذكور أعلاه، إلا أن ذلك لا يمنع مجلس الأمة من أن يحدد في نظامه الداخلي إجراءات تطبيقية لأحكام أخرى لها علاقة بعمله الداخلي شريطة أن لا تمس هذه الإجراءات باختصاصات سلطات أخرى.  
- واعتبارا أن نقل بعض أحكام القانون العضوي إلى النظام الداخلي لمجلس الأمة حرفيا و/أو نقل مضمونها، لا يشكل في حد ذاته إجراءات تطبيقية لحكم دستوري أو حكم من القانون العضوي المذكور أعلاه، وإنما يعد في الواقع نقلا إلى النظام الداخلي لمواد هي من اختصاص القانون العضوي التي يخضع إعدادها والمصادقة عليها للإجراء المقرر في الدستور، وبالتالي فإن إدراجها في النظام الداخلي يسمح بتعديلها وفق إجراء تعديل النظام الداخلي. "ويعتبارا أن موضوع الجلسة العلانية أو المغلقة يضبط من قبل مكتب المجلس بالتشاور مع الحكومة وفقا للمادة 18 من القانون العضوي المذكور أعلاه.

- واعتبارا بالنتيجة فإن عقد جلسات علانية أو مغلقة خارج أحكام المادة 116 من الدستور وكيفيات إعداد جدول العمال المنظم بالمواد 16، 17، 18 من القانون العضوي المذكور أعلاه يعد غير مطابق للدستور. "انظر رأي المجلس الدستوري رقم 9/ر.ن.د/م د/99 المؤرخ في 22 نوفمبر 1999 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي، المعدل والمتمم لمجلس الأمة للدستور، ج ر العدد 4 المؤرخة في 28 نوفمبر 1999.

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 165 من الدستور المصري لسنة 2014.

عيب عدم الاختصاص الموضوعي في الحالات التي لا يلتزم فيها المشرع بالنطاق الموضوعي الذي حدده له الدستور<sup>1</sup>.

إن فكرة الاختصاص المكاني تستدعي أن يمارس المشرع اختصاصاته الدستورية في النطاق المكاني الذي حدده له الدستور، فإذا أصدر المشرع تشريعاً بالمخالفة مع قواعد الاختصاص المكاني تكون تلك التشريعات غير دستورية لعيب عدم الاختصاص المكاني. ويضاف إلى ذلك عيب عدم الاختصاص الزمني الذي يستدعي أن يصدر المشرع تشريعات خارج الإطار الزمني الذي حدده له الدستور.

وحتى يتسنى لنا معرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على عيب عدم الاختصاص الزمني والمكاني سوف نتطرق أولاً إلى معرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على حالات انتهاك قواعد الاختصاص الزمني (أ)، ثم معرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على حالات انتهاك قواعد الاختصاص المكاني (ب).

### أ- رقابة القاضي الدستوري في الرقابة على عيب عدم الاختصاص الزمني

يعتبر الاختصاص الزمني صورة من صور الاختصاص الإيجابي الذي يستوجب أن تمارس السلطة التي منحها الدستور حق إصدار التشريعات اختصاصاتها خلال المدة الزمنية التي قد يحددها لها الدستور<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى الدستور الفرنسي، والجزائر، والمصري نجد أن المادة 28 الدستور الفرنسي لعام 1958 بأنها قد حددت الإطار الزمني الذي يمكن للسلطة التشريعية ممارسة اختصاصاتها بسن القوانين<sup>3</sup>، الأمر الذي نصت عليه المادة 115 من الدستور المصري لسنة 2014<sup>4</sup>، و المادة 130 فقرة 01 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996<sup>5</sup> التي تنص على أن: «تبتدئ الفترة التشريعية، وجوباً، في اليوم الخامس عشر (15) الذي يلي تاريخ إعلان المجلس الدستوري النتائج، تحت رئاسة أكبر النواب سناً وبمساعدة أصغر نائبين منهم.» كما تنص كذلك المادة 135 من

<sup>1</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 187؛ عبد العزيز شيجا، النظام السياسي والقانون الدستوري، دار المعارف، الإسكندرية، 2000، ص. 742.

<sup>2</sup> - انظر، عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص. 791.

<sup>3</sup> - تنص المادة 28 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« Le Parlement se réunit de plein droit en une session ordinaire qui commence le premier jour ouvrable d'octobre et prend fin le dernier jour ouvrable de juin.

Le nombre de jours de séance que chaque assemblée excède cent vingt. Les semaines de séance sont fixées par chaque assemblée... »

<sup>4</sup> - تنص المادة 115 من الدستور المصري لسنة 2014 على ما يلي: « يدعو رئيس الجمهورية مجلس النواب للانعقاد للدور العادي السنوي قبل يوم الخميس الأول من شهر أكتوبر، فإذا لم تتم الدعوة، يجتمع المجلس بحكم الدستور في اليوم المذكور. ويستمر دور الانعقاد العادي لمدة تسعة أشهر على الأقل، ويفض رئيس الجمهورية دور الانعقاد بعد موافقة المجلس، ولا يجوز ذلك للمجلس قبل اعتماد الموازنة العامة للدولة.»؛ كما تنص المادة 116 من الدستور بأنه «يجوز انعقاد مجلس النواب في اجتماع غير عادي لنظر أمر عاجل، بناء على دعوة من رئيس الجمهورية، أو طلب موقع من عشر أعضاء المجلس على الأقل.»

<sup>5</sup> - يقابلها نص المادة 113 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>1</sup> على أن «يجتمع البرلمان في دورة عادية واحدة كل سنة، مدتها عشرة (10) أشهر على الأقل، وتبتدئ في اليوم الثاني من أيام العمل في شهر سبتمبر..... يمكن أن يجتمع البرلمان في دورة غير عادية بمبادرة من رئيس الجمهورية. »

ونجد أن المؤسس الدستوري في الدساتير محل الدراسة قد قيد المشرع وهو بصدد وضع القوانين وألزمه بضرورة احترام الإطار الزمني الذي حدده، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى التزام المشرع بالقواعد الخاصة بالاختصاص الزمني المحدد دستورا.

ومن ثم، نكون أمام عيب عدم الاختصاص الزمني في الحالة التي لا تلتزم فيها سلطة التشريع بذلك القيد الزمني، كأن تصدر تشريعا خارج النطاق الزمني الذي حدده الدستور أو أن تصدر تشريعا بعد انتهاء العهدة البرلمانية.

ويتحقق عيب عدم الاختصاص الزمني كذلك في حالة سن البرلمان تشريعات بعد انتهاء ولايته، أو في حالة حل البرلمان، أو خلال العطل البرلمانية، أو في حالة إصدار السلطة التنفيذية تشريعا بعد انتهاء مدة التفويض التشريعي وفقا لنص المادة 38 من الدستور الفرنسي لعام 1958، أو أن يمارس رئيس الجمهورية التشريع بأوامر طبقا لنص المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup>، والفصل 156 من الدستور المصري لسنة 2014، والمادة 16 من الدستور الفرنسي لعام 1958، عندما يكون البرلمان منعقدا، ذلك بأن لجوء رئيس الجمهورية إلى إصدار تشريعات في هذه الحالة يجب أن يكون في حالة غياب البرلمان، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى التزام السلطة التشريعية بالقيود التي حددها الدستور.

ومن حالات انتهاك الإطار الزمني الذي حدده الدستور كذلك إصدار رئيس الجمهورية لتشريعات استثنائية بعد انتهاء حالة الضرورة التي تستدعي الإسراع في اتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة لمواجهة حالة الضرورة، وهو الأمر الذي أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها: "إن المستفاد من نص المادة 147 من دستور 1971 أن الدستور وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصا لإصدار قرارات تكون لها قوة القانون في غيبة مجلس الشعب، إلا أنه رسم لها لهذا الاختصاص الاستثنائي حدودا ضيقة تفرضها طبيعتها الاستثنائية، فأوجب لإعمال رخصة التشريع الاستثنائي أن يكون مجلس الشعب غائبا."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - يقابلها نص المادة 118 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>2</sup> - يقابلها نص المادة 124 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>3</sup> - انظر، جوادى إلياس، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص. 140؛ كذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 18 لسنة 02 ق دستورية بتاريخ 04 ماي 1985، ج ر، العدد 26 في 16 مايو 1985؛ وأورده؛ عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 140.

ونتيجة لذلك، يمكننا القول بأن الاختصاص الزمني يعتبر قيذا على سلطة المشرع في ممارسة اختصاصه التشريعي، ويفرض عليه التزاما بالتقيد بالإطار الزمني الذي حدده الدستور، حيث يتحقق عيب عدم الاختصاص الزمني في الحالة التي لا تلتزم فيها السلطة التشريعية بقواعد الاختصاص الزمني الذي حدده الدستور لتلك السلطة.

## ب- رقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص المكاني

لما كانت سلطة التشريع مقيدة بضرورة احترام القواعد الخاصة بالاختصاص وهي بصدد تنظيم المسائل التي تدخل في نطاق عمله في المدة الذي حددها له الدستور<sup>1</sup>.

فإن المؤسس الدستوري قد يحدد للمشرع مكانا معيناً لممارسة اختصاصاته الدستورية بسن التشريعات، ذلك بأن التشريعات الصادرة عن المشرع بالمخالفة للقواعد الخاصة بالاختصاص المكاني تكون غير دستورية لعيب عدم الاختصاص المكاني.

لقد حدد المؤسس الدستوري المصري للمشرع الإطار المكاني الذي يمارس فيه اختصاصاته التشريعية، حيث تنص المادة 114 من الدستور المصري لسنة 2014 على أن «مقر مجلس النواب مدينة القاهرة». ويجوز له في الظروف الاستثنائية عقد جلساته في مكان آخر بناء على طلب رئيس الجمهورية، أو ثلث عدد أعضاء المجلس. واجتماع المجلس على خلاف ذلك، وما يصدر عنه من قرارات، باطل.»

والملاحظ على الدستوريين الفرنسي والجزائري بأنهما لم ينصا على النطاق المكاني الذي يمكن للبرلمان ممارسة اختصاصه التشريعي فيه مثلما هو الحال في الدستور المصري، غير أنه بالرجوع إلى القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة في مادته الثانية التي تنص على أنه: «مع مراعاة أحكام المادة 93 من الدستور، يكون مقر المجلس الشعبي الوطني ومقر مجلس الأمة في مدينة الجزائر.»

ذلك بأنه في حالة انتهاك المشرع للأحكام التي حددها المؤسس الدستوري والخاصة بتحديد النطاق المكاني الذي يمارس فيه المشرع اختصاصاته بسن التشريعات تكون التشريعات الصادرة عنه في هذه الحالة غير دستورية لعيب عدم الاختصاص المكاني، على أن يراقب القاضي الدستوري مدى احترام المشرع النطاق المكاني المحدد دستورا. وبعد دراستنا لحالات انتهاك المشرع للقواعد الخاصة بعنصر الاختصاص الإيجابي، لنا أن نتساءل عن دور القاضي الدستوري في الرقابة على عيب عدم الاختصاص السلي للمشرع؟

<sup>1</sup>-انظر، عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، مصر، 1995، ص 329؛ عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 793.

## الفرع الثاني

### رقابة القاضي الدستوري في الرقابة على عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع

لا تقتصر مخالفة المشرع لقواعد توزيع الاختصاص على تجاوز نطاق الاختصاص الدستوري الذي منحه له الدستور، بل يعتبر كذلك تخلي المشرع عن مباشرة اختصاصه بسن التشريع أو تنازله عن بعض اختصاصاته لإحدى السلطات الأخرى لاسيما السلطة التنفيذية، أحد العيوب الشكلية التي تصيب التشريع الصادر عن المشرع، وهو ما يطلق عليه بعيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع.

والواقع بأن فكرة عدم الاختصاص السلبي قد ظهرت في بداية الأمر في القضاء الإداري، حين اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى القول بأن امتناع الإدارة عن ممارستها لاختصاصاتها يعد تصرفا غير مشروعاً، الأمر الذي دفع جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبارها أحد أوجه عدم المشروعية الخارجية التي تشوب تصرفات الإدارة<sup>1</sup>.

غير أن عدم الاختصاص السلبي للإدارة كعيب من عيوب عدم المشروعية التي تصيب القرارات الإدارية لم يكن محل اتفاق في فقه القانون العام، حيث اتجه جانب من الفقه إلى اعتباره من أوجه عدم المشروعية الخارجية التي تصيب القرارات الإدارية، بينما ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى اعتباره من عيوب عدم المشروعية الداخلية التي تشوب القرارات الإدارية ولا يدخل ضمن عيوب المشروعية الخارجية<sup>2</sup>.

أما في المجال الدستوري واستناداً إلى قواعد توزيع الاختصاص يُلزم المشرع بممارسة اختصاصاته التشريعية التي منحها له الدستور، بحيث يعتبر تخلي المشرع عن مباشرة اختصاصاته الدستورية أو التنازل عن بعض منها لإحدى السلطات الأخرى مخالفة لقواعد توزيع الاختصاص التي حددها الدستور وتعديلاً لها.

ومن ثم وجب على القاضي الدستوري أن يراقب حالات تجاوز المشرع لقواعد توزيع الاختصاص والزام كل سلطة بممارسة اختصاصه الذي منحه لها الدستور دون أن تتعدى على اختصاصات سلطة أخرى (عيب عدم الاختصاص الإيجابي)، أو أن تتخلى عن ممارسة اختصاصها التشريعية (عيب عدم الاختصاص السلبي)، ذلك بأن تخلي المشرع عن مباشرة بعض اختصاصاته التشريعية يعتبر خروجاً عن قواعد توزيع الاختصاص التي حددها الدستور .

كما أن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع كوجه من أوجه عدم الدستورية لم تكن محل اتفاق في الفقه الدستوري مثلما هو الأمر بالنسبة لموقف فقه القانون الإداري حول عيب عدم الاختصاص السلبي

<sup>1</sup> - انظر، مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص 80؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 76.

<sup>2</sup> - DEOUY. Ch ,Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse ,P.U.F, Paris , 1980, p.44.

للإدارة كعيب من عيوب عدم المشروعية التي تصيب القرار الإداري، وهو أمر يدفعنا إلى التساؤل حول دور القاضي الدستوري في الرقابة على عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع؟. و للإجابة على ذلك سوف نتطرق أولاً إلى تحديد مفهوم عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع (أولاً)، ثم موقف الفقه والقضاء من فكرة عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع (ثانياً).

### أولاً: تحديد مفهوم عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع

وفقاً لقواعد توزيع الاختصاص تُلزم كل سلطة من السلطات العامة في الدولة بممارسة اختصاصاتها التي منحها الدستور، وتبعاً لذلك يتعين على السلطة التشريعية مباشرة اختصاصاتها الدستورية بسن التشريع دون التخلي عن بعض هذه الاختصاصات لإحدى السلطات الأخرى لاسيما السلطة التنفيذية في غير الحالات التي حددها الدستور. ويتحقق عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع في حالة عدم مباشرة المشرع لاختصاصاته الدستورية، سواء من خلال الامتناع عن ممارسة وظيفته التشريعية بصورة كلية أو الإفراط في عمومية القوانين والإحالة على السلطة التنفيذية لتكتملتها أو وضع تفصيلاتها أو الإفراط في التفويض التشريعي.

وفي هذا الشأن يذهب جانب من الفقه إلى أن عدم الاختصاص السلبي بالنسبة للسلطة صاحبة الاختصاص يقوم على أساس تجاهل هذه الأخيرة لنطاق اختصاصاتها، على أن يتحقق عدم الاختصاص السلبي للمشرع في حالة تخلي المشرع عن تنظيم مسألة ألزمه الدستور بتسويتها<sup>1</sup>.

ولما كانت قواعد توزيع الاختصاص تعتبر من النظام العام ولها حجية في مواجهة كافة السلطات العامة في الدولة، فإن مبدأ الانفراد التشريعي للبرلمان يقيد المشرع ويلزمه بضرورة التدخل لتنظيم وتسوية المسائل التي عهد إليه الدستور أمر تنظيمها أو تسويتها، بحيث لا يستطيع المشرع مخالفة قواعد توزيع الاختصاص كأن يزيد من حجم اختصاصاته الدستورية أو أن يُضيق منها، ومن ناحية أخرى تمثل قواعد الاختصاص كذلك قيوداً على السلطات الأخرى فتمنعها من التدخل في نطاق عمل المشرع في غير الحالات التي حددها الدستور.

والحقيقة أن تحديد مفهوم عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع يستوجب علينا التمييز بين هذا المفهوم وبين المفاهيم التي تختلط به (أ)، ثم التطرق إلى حالات امتناع أو سكوت المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي كما حدده الدستور (ب).

<sup>1</sup> - انظر، عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دار الفكر العربي، 2001، ص. 35؛ عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص. 11.

أ- التمييز بين مفهوم عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع و ما يختلط به من مفاهيم مشابهة ومن أجل الوقوف على مفهوم منضبط لعدم الاختصاص السلبي للمشرع سوف نركز على التمييز بينه وبين الإغفال التشريعي(1) وبين مفهوم عدم الاختصاص السلبي للمشرع والقصور التشريعي(2).

### 1- التمييز بين مفهوم عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع وبين الإغفال التشريعي

يتمثل عدم الاختصاص السلبي للمشرع في تخلي سلطة التشريع عن ممارسة اختصاصاتها الدستورية سواء بعدم ممارستها بصورة كلية أو التخفف منها لتباشرها السلطة التنفيذية بدلا عنها؛ ومن ثم، فإن الإغفال أو السكوت التشريعي إنما ينجم عن إغفال جانب من جوانب المسألة محل التنظيم التشريعي دون الإحالة إلى سلطة أخرى.

ويُعرف الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي الإغفال التشريعي بأنه عدم تخلي المشرع عن مباشرة اختصاصاته الدستورية التي منحها له الدستور لمصلحة أية سلطة أخرى، فإذا تناول المشرع إحدى المسائل التي يختص بتنظيمها، فإن تنظيمه هنا يكون ناقصا وقاصرا على أن يحيط بكافة جوانبه بالشكل الذي يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للمسألة محل التنظيم التشريعي.

أي أن الإغفال التشريعي يتحقق في الحالة التي يخالف فيها المشرع الالتزامات التي يفرضها عليه الدستور أو لأنه لم ينظمها بصورة كاملة وواضحة وصریحة كما وردت في نصوص الدستور، كما أن عدم ممارسة المشرع لاختصاصاته الدستورية التي منحها له الدستور يعتبره الفقه والقضاء الدستوريين نوعا من المخالفات التي تصم عمل المشرع وتضفي عليه الطابع غير الدستوري<sup>1</sup>. ذلك بأن الإغفال التشريعي يعتبر حالة لامتناع المشرع عن الوفاء بالتزامه بالتشريع انطلاقا من الالتزام الدستوري الذي يقع عليه بموجب النصوص الدستورية ذات الصيغة الآمرة<sup>2</sup>، وهناك من أطلق على الإغفال التشريعي بالثغرات القانونية كما يقول الأستاذين (MICHEL) و(Gheorge ARORNIC) على أن الثغرات القانونية تتمثل في حالة الغياب الكلي أو الجزئي للقوانين نظرا لإهمال المشرع عن تنظيم الموضوعات بصورة واضحة أو كاملة عند سنه للتشريع، سواء كان بمناسبة تنظيم الموضوع لأول مرة أو أثناء تعديل القوانين السابقة نتيجة إهمال المشرع للتطورات السريعة التي تحصل في المجتمع<sup>3</sup>.

ومما سبق، يمكننا القول بأن الإغفال التشريعي يتمثل في تخلي المشرع عن ممارسة اختصاصه الدستوري بسن التشريع كليا أو جزئيا، وعدم التدخل لتنظيم الموضوعات المسندة له بموجب أحكام الدستور .

1- انظر، عبد الحفيظ الشيمي ، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص.13.

2- انظر، عبد الرحمن عزوي ، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.48.

3 - انظر ، عبد الحفيظ علي الشيمي ، المرجع نفسه، ص.15.

و إذا كان عيب عدم الاختصاص السلبي يتمثل في تخلي المشرع عن ممارسة اختصاصاته الدستورية لصالح السلطة التنفيذية، فإن الإغفال أو السكوت التشريعي لا يتضمن الإحالة إلى سلطة أخرى، كما أن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع تتضمن مخالفة لقواعد توزيع الاختصاص المحددة دستورا، وأن السلوك السلبي للمشرع هو سلوك إرادي، فإن الإغفال التشريعي لا يشكل مخالفة لقواعد الاختصاص غير أن المشرع لم يمارس اختصاصه بسن التشريع دون أن يتركه لسلطة أخرى وأن سلوك المشرع في هذه الحالة غير إرادي.

كما يختلف مفهوم عدم الاختصاص السلبي للمشرع عن مفهوم الإغفال التشريعي من حيث الأساس، فأساس الأول هو مبدأ انفراد المشرع بتنظيم مسائل معينة تطبيقا لمبدأ الانفراد التشريعي للبرلمان، في حين أن الأساس القانوني للإغفال التشريعي هو مخالفة التشريع لمبدأ سمو قواعد الدستور. كما أن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع تعتبر من العيوب الخارجية التي تصم التشريع بعدم الدستورية - بحسب رأي الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي، في حين لا يمكن اعتبار فكرة الإغفال التشريعي من العيوب الخارجية للتشريع، بل تعتبر مخالفة صريحة لمضمون النص الدستوري الذي يحدد قواعد توزيع الاختصاص<sup>1</sup>.

ذلك بأن تخلي المشرع عن ممارسة اختصاصاته الدستورية كما حددها الدستور قد يتخذ صورة امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي لتنظيم أو تسوية المسائل التي عهد الدستور أمر تنظيمها إلى المشرع إما بصورة كلية، والتي يترتب عليها الفراغ التشريعي التام اتجاه تلك المسائل، أو بصورة جزئية في الحالة التي يتدخل فيها المشرع لتنظيم هذه المسائل بشكل منقوص لا يحقق الغرض المطلوب، والذي يترتب عليه فراغ تشريعي جزئي بشأن تنظيم تلك المسائل<sup>2</sup>.

كما يتحقق عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع كذلك في حالة تخلي المشرع عن اختصاصاته التشريعية لتنظيم أو تسوية مسائل معينة لسلطة أخرى، سواء من خلال الإفراط في عمومية النص التشريعي

<sup>1</sup> - وهذا الشأن يعتبر الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي بأن فكري عدم الاختصاص السلبي للمشرع والإغفال التشريعي على أنهما فكرتين مختلفتين، وهذا بخلاف ما ذهب إليه كل من FAVREAU وعيد أحمد الغفلول وأحمد فتحي سرور إلى اعتبار أن الإغفال التشريعي صورة من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع وذلك بالنظر إلى أنها تعبر عن تخلي المشرع عن ممارسة اختصاصاته، وحثهم في ذلك أن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع تشابه نوعا ما مع عدم الاختصاص السلبي للإدارة التي أقرها قضاء مجلس الدولة الفرنسي، أي أن عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع يتحقق في الحالة التي يتنكر فيها المشرع عن اختصاصاته التشريعية كما حدده الدستور، كما هو الحال بالنسبة لتخلي السلطة الإدارية عن اختصاصاتها، ويؤخذ على الاتجاه بأن صور تنكر المشرع والإدارة لا يمكن أن تكون واحدة، نظرا للاختلاف بين مجال عمل كل من المشرع والإدارة وكذا اختلاف نوع الرقابة التي يخضع لها كل من القانون واللائحة أو التنظيم؛ انظر، عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص. 17.

<sup>2</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 77؛ عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص. 579.

بما يحيل ضمناً إلى السلطة التنفيذية لتوضيحها ووضع تفصيلاتها أو تجاوز المشرع حدود تفويض بعض اختصاصاته التشريعية إلى السلطة التنفيذية عملاً بأحكام الدستور، أو تضمين ما يصدر عنه من تشريعات بما يمنح للسلطة التنفيذية بالإضافة إليها أو تعديل أحكامها أو تعطيل تنفيذها.

كل هذه الحالات تعبر عن السلوك السلبي للمشرع الذي يترتب عليه عدم الوجود الكلي أو الجزئي للقاعدة القانونية، وعدم ممارسة المشرع لاختصاصه التشريعي كما حدده الدستور، ومن ثم فإن مخالفة المشرع لقواعد الاختصاص أو امتناعه عن مباشرة اختصاصه التشريعي المحدد دستورياً تشكل مخالفة لمبدأ سمو الدستور الذي يعتبر أساس الرقابة على دستورية القوانين مهما كانت المخالفة الدستورية.

ذلك بأن مخالفة المشرع لقواعد الاختصاص التي حددها الدستور بسن التشريع، سواء من خلال الامتناع عن ممارسة اختصاصه التشريعي والإحالة إلى سلطة أخرى أم لا تعبر كلها عن السلوك السلبي للمشرع.

## 2- التمييز بين عدم الاختصاص السلبي للمشرع والقصور التشريعي

يتضمن عدم الاختصاص السلبي للمشرع مخالفة لقواعد الاختصاص التي حددها الدستور، وتعتبر عن السلوك السلبي الإرادي للمشرع وتخليه عن ممارسة اختصاصاته لصالح سلطة أخرى لا سيما السلطة التنفيذية.

أما فكرة القصور التشريعي، فهي تقوم على أساس عدم كفاية النص القانوني الموجود لمعالجة وتغطية الموضوع أو المسألة محل التنظيم التشريعي بشكل جيد من حيث فن الصياغة القانونية<sup>1</sup>، كما يقصد به أيضاً عدم ملاءمة أو تناسب النص التشريعي وقت تطبيقه مع التطور الذي يجعل تلك القوانين لا تتناسب مع مثل هذا التطور، إذ يتعين على المشرع في كل الأحوال أن يعمل على سن تشريعات تتلاءم مع تطور الحياة الاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع.

ومعيار التفرقة بين فكري عدم الاختصاص السلبي للمشرع والقصور التشريعي تتمثل في أن الأولى تشكل سلوكاً سلبياً للمشرع، أما الثانية فتتعلق بالسلوك الإيجابي للمشرع يتجسد في النص القانوني الموجود الذي ينظم مسألة معينة ولكن بصورة ناقصة.

ويختلف كذلك عدم الاختصاص السلبي للمشرع عن القصور التشريعي من حيث نوعية الأحكام الصادرة عن القاضي الدستوري وسلطته في معالجة كل حالة، ذلك بأنه يطلق على الأحكام التي يصدرها القاضي الدستوري فيما يخص حالة الامتناع الكلي للمشرع عن اختصاصاته الدستورية لتنظيم مسألة معينة

<sup>1</sup> -انظر، عبد الرحمن عزراوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، الإغفال التشريعي نموذجاً، مقالة بمجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، العدد 10، ص. 87.

بالأحكام الإيعازية، كما يطلق على الأحكام الصادرة عن القاضي الدستوري بالنسبة للقصور التشريعي بالأحكام المضيفة<sup>1</sup>.

### ب- حالات عدم الاختصاص السلبي للمشرع محل الرقابة الدستورية

الواقع أن عدم الاختصاص السلبي للمشرع يتخذ عدة حالات منها تخلي المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي بصورة كلية والتي يترتب عليها حالة من الفراغ التشريعي، أو يتخفف من ممارسة وظيفته التشريعية لصالح السلطة التنفيذية.

ومن حالات عدم الاختصاص السلبي للمشرع كذلك هو الإفراط في عمومية النصوص التشريعية والإحالة على السلطة التنفيذية لتفصيل أحكامها، باعتبار أن تنظيم المشرع لمسألة تدخل في نطاق اختصاصه التشريعي قد يكون تنظيمًا كاملاً يشمل كافة جوانب المسألة محل التدخل التشريعي وتستبعد أية حالة لتدخل السلطة التنفيذية، أو قد يكتفي بوضع المبادئ العامة للمسألة محل التنظيم التشريعي ليركز المجال للسلطة التنفيذية أمر توضيح وتفصيل أحكام النصوص المحددة للقواعد أو المبادئ العامة، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958 التي ميزت بين حالات الانفراد التشريعي المطلق للمشرع لتنظيم بعض المسائل، وبين الحالات التي يكتفي فيها المشرع بوضع المبادئ الأساسية، لتقوم السلطة التنفيذية بتفصيل أحكامها.

ولقد تأثر المؤسس الدستوري الجزائري والمصري بالدستور الفرنسي في التمييز بين الحالات التي ينفرد المشرع بتنظيمها بصورة نهائية، والحالات التي يحدد فيها المشرع القواعد أو المبادئ العامة للمسألة محل التنظيم التشريعي ليركز للسلطة التنفيذية وضع وسائل تطبيقها، الأمر الذي نصت عليه المادة 140 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 والمادة 148 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014<sup>2</sup>.

ومادام أن الاختصاص التشريعي هو من صميم عمل البرلمان وينعقد للمشرع كأصل عام بتنظيم العلاقات الاجتماعية على نحو مُلزم لضبطها وتنظيمها، أو إعادة تنظيمها، ووضع حدودها، فإذا نظم المشرع مسألة معينة أو موضوع معين يدخل ضمن مجال الاختصاص التشريعي المحجوز له مقتصرًا في ذلك على وضع القواعد أو المبادئ الأساسية للمسألة أو الموضوع محل التنظيم تاركًا للسلطة التنفيذية مهمة تفصيلها

<sup>1</sup> - انظر، محمد فوزي النويحي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 103.

<sup>2</sup> - انظر نص المادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 140 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 122 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل سنة 2008، والمادة 148 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014).

ووضع جزئياتها، فإن ذلك يعد تعديلا في قواعد توزيع الاختصاص، وفي مجال اختصاص المشرع جزئيا لصالح إشراك السلطة التنفيذية في العمل التشريعي<sup>1</sup>.

كما أن اختصاص المشرع بوضع القواعد العامة أو المبادئ الأساسية للمسألة محل التنظيم التشريعي قد يحدده المؤسس الدستوري ذاته، من خلال تحديد كيفية تدخل المشرع لممارسة اختصاصه في تنظيم أو تسوية بعض المسائل مكتفيا على وضع قواعدها الرئيسية وأطرها العامة، تاركا للسلطة التنفيذية أمر تنظيمها ومعالجة قواعدها التفصيلية التي تستمد اختصاصها من الدستور مباشرة<sup>2</sup>؛ ومن ناحية أخرى، قد يعين المشرع ذاته حالات تدخل اللائحة أو التنظيم لإكمال جوانب الموضوع في حدود الإطار الذي حدده<sup>3</sup>.

وبهذا المعنى وإن كانت اللائحة أو التنظيم يهدف إلى تكملة القانون، فإن هذه التكملة تتحقق عندما يكتفي المشرع بوضع القواعد العامة أو المبادئ الأساسية لموضوع ما أو مسألة ما محل التدخل التشريعي ويحيل إلى اللائحة لتنفيذه وتحقيق الغرض من سنه، أو تحديد شروط ممارسة الحرية أو الحق محل التنظيم قانونا. ذلك بأن الإجراءات التفصيلية التي تتضمنها اللائحة تتوافر لها صفة اللزوم لنفاذ القانون، وأن إضافة قواعد جديدة أو مبادئ جديدة هو ما يلزم لنفاذ هذا القانون دون أن تناقضه أو تعدله، وحتى تظل أقل قوة قانونية منه وتتسق مع أحكامه بما يجعلها تمتد له ومكملة له.

إضافة إلى ذلك فإن حالة الإفراط في التفويض التشريعي أو تجاوز حدود حالات عدم الاختصاص السليبي للمشرع بالرغم من إقرار معظم النظم الدستورية التفويض التشريعي كضرورة لمواجهة الظروف غير

<sup>1</sup> - انظر، عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السليبي للمشرع، ص. 82؛ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص. 403؛ عبد الرحمن عزوي ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 211.

<sup>2</sup> - لقد بينت المادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958 المسائل التي يكتفي المشرع فيها بوضع المبادئ الأساسية مثل التنظيم العام للدفاع الوطني، والتعليم، وحماية البيئة، ونظام الملكية والحقوق العينية والالتزامات المدنية والتجارية وقانون العمل والقانون النقابي والضمان، وكذا وضع المبادئ الأساسية للإدارة الحرة للجماعات الإقليمية وصلاحياتها ومدخلها؛ ومن أمثلة ذلك في الدستور المصري لسنة 2014 ما نصت عليه المادة 95 من على أن «العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون...» وهو ما يفيد بأن يمكن للسلطة التنفيذية تحديد بعض جوانب الجريمة أو العقاب، وهو ما نصت عليه المادة 38 من الدستور المصري على أن «لا يكون إنشاء الضرائب، أو تعديلها، أو إلغاؤها إلا بقانون، ولا يجوز الإعفاء منها إلا في الأحوال المبينة في القانون» بما يفيد جواز تدخل السلطة التنفيذية لتحديد حالات الإعفاء من الضرائب العامة مع مراعاة أحكام الدستور؛ ومن أمثلة ذلك في الدستور الجزائري ما نصت عليه المادة 140 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 122 من الدستور الجزائري لسنة 1996) التي نصت على أن «يختص البرلمان بوضع: القواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية وحق الأسرة لاسيما الزواج، والطلاق والبنوة والأهلية و التركات، القواعد العامة المتعلقة بوضعية الأجانب، وغيرها المسائل التي ورد النص عليها في المادة 140 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 122 من الدستور الجزائري لسنة 1996)؛ ومن أمثلة ذلك في الدستور التونسي لسنة 2014 ما نص عليه الفصل 66 فقرة 01 «تتخذ شكل قوانين عادية النصوص المتعلقة:....- المبادئ الأساسية لنظام الملكية والحقوق العينية والتعليم والبحث العلمي والثقافة والصحة العمومية والبيئة...» أي أن المشرع (مجلس نواب الشعب) يكتفي بوضع القواعد العامة أو المبادئ الأساسية لهذه المسائل تاركا أمر تفصيلها ومعالجة القواعد الجزئية للسلطة الترتيبية العامة.

<sup>3</sup> - انظر، سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية، المرجع السابق، ص. 205؛ حنفي علي جبالي، الدعوى الدستورية، المخالفة الشكلية للدستور، المرجع السابق، ص. 05.

العادية التي تشهدها الدولة تعتبر مخالفة لقواعد الدستور، ذلك بأن إفراط المشرع في تفويض اختصاصاته التشريعية كلها أو بعضها، كأن يترك للسلطة التنفيذية سلطة تنظيم مسائل تدخل في نطاق الموضوعات المحجوزة للقانون، قد يؤدي إلى نقل الوظيفة التشريعية كلها أو بعض جوانبها إلى السلطة التنفيذية لاسيما في الموضوعات التي ينفرد بها المشرع بتنظيمها وتسويتها كالمسائل المتعلقة بالحقوق والحريات العامة<sup>1</sup>.  
ونظرا لما للوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية من أهمية باعتبارها أداة فنية لتنفيذ القانون وتحديد تفصيلاته الجزئية، فإن إحالة المشرع إلى اللائحة أو التنظيم يجب أن تكون وفقا للشروط و الضوابط التي حددها الدستور لذلك.

ذلك بأن مخالفة المشرع للقواعد الخاصة بتوزيع الاختصاص، كأن يجيل على السلطة التنفيذية أمر تنظيم وتسوية المسألة بصورة كلية، أو أن يتنازل عن اختصاصه التشريعي بما يؤدي إلى المساس بأصل المسألة التي يختص القانون بتنظيمها بما يترتب عليه تحقق نوع من التفويض التشريعي الضمني، يعتبر صورة لعدم الاختصاص السلبي للمشرع، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن الحالات التي يتعمد فيها المشرع لتخلي عن ممارسة اختصاصه التشريعي كاملا إما بتفويض جزء منه للسلطة التنفيذية أو في حالة الإفراط في عمومية ما يضع من نصوص قانونية، أو الإكثار من الإحالة إلى اللائحة أو التنظيم لتفصيل أحكام القانون، ليكون بذلك المشرع قد تنازل عن جزء من سلطته واختصاصه لصالح سلطة أخرى، الأمر الذي يجعلنا نتساءل كذلك حول وسيلة إلزام المشرع بضرورة ممارسة وظيفته التشريعية بسن التشريع تحقيقا لمبدأ الانفراد التشريعي للبرلمان؟

### ثانيا: موقف الفقه والقضاء حول مدى اعتبار عدم الاختصاص السلبي للمشرع عيبا دستوريا

وإذا كان مبدأ الانفراد التشريعي حجية في مواجهة المشرع وإلزامه بضرورة التدخل لممارسة اختصاصه التشريعي كما حدده الدستور دون قدرته على تعديل قواعد توزيع الاختصاص، كان لا بد من إيجاد وسيلة لرقابة تخلي المشرع وامتناعه عن ممارسة وظيفته التشريعية، وإلزامه بالتدخل لممارسة اختصاصه التشريعي بنفسه، وعدم الإفراط في تفويض اختصاصه في غير الحالات المحددة دستورا .  
والجدير بالذكر أن رقابة الامتناع التشريعي كانت محل خلاف في الفقه والقضاء الدستوريين حول مدى اعتبار عدم الاختصاص السلبي للمشرع كعيب من العيوب الدستورية، والمستقر عليه في معظم النظم

<sup>1</sup> - انظر، عبد الحفيظ علي الشيمي، المرجع السابق، ص. 19؛ وقد تصدت المحكمة الدستورية العليا في مصر لتساهل المشرع في تفويض اختصاصها في فرض الضرائب العامة، وانتهت إلى عدم دستورية تفويض رئيس الجمهورية في إنشاء ضريبة عامة ..؛ حكم المحكمة الدستورية العامة في مصر الصادر في 03 فيفري 1976 لسنة 08 ق دستورية 18؛ وأورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 140.

الدستورية هو اعتماد نظام رقابة الامتناع التشريعي، سواء أقرها الدستور بنص صريح أم لا، باعتبار أن إلزام المشرع بضرورة تسوية مسألة معينة أو موضوع معين يعتبر من أولويات القضاء الدستوري<sup>1</sup>.

كما أنه إذا كان تدخل المشرع لتنظيم وتسوية مسألة معينة يمثل موقفا إيجابيا، فإن سكوته أو سكونه عن تنظيم تلك المسألة يمثل كذلك موقفا سلبيا منها، وهو أمر يستوجب ضرورة تدخل القاضي الدستوري لمراقبة هذا الموقف السلبي من المشرع استنادا على أحكام الدستور .

ومن ناحية أخرى، ينكر جانب آخر من الفقه أبرزهم "الفقيه Kelsen" بأن رقابة القضاء على الامتناع التشريعي إنما تستند على قواعد غير موجودة أصلا، ومن ثم لا يمكن إبطال قاعدة قانونية غير موجودة، ولم تتجه إرادة المشرع إلى إنشائها، غير أن الغالب في الفقه قد استقر على رقابة القاضي الدستوري على عدم الاختصاص السلبي للمشرع لتخليه، أو امتناعه عن ممارسة وظيفته التشريعية كما حددها الدستور<sup>2</sup>.

ومن أجل ذلك سوف نتطرق أولا إلى بيان موقف رأي حول رقابة القاضي الدستوري على عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ومدى اعتباره عيبا من العيوب الدستورية (أ)، ثم ما موقف القضاء الدستوري من تلك المسألة؟ (ب).

### أ- رأي الفقه من الرقابة على عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع

الحقيقة أن فقه القانون العام قد انقسم بين اتجاهين حول مسألة الرقابة على عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع، فمنهم من رفض رقابة القاضي الدستوري على تخلي المشرع وامتناعه عن ممارسة وظيفته التشريعية (1)، بينما ذهب الاتجاه الآخر إلى تأييد الرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع (2)، مع العلم بأن هذا الجدل قد ثار لأول مرة في الفقه الإيطالي ثم انتقل إلى فقه القانون العام المقارن.

### 1- الاتجاه الفقهي الرافض لرقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص السلبي

#### للمشرع

ذهب هذا الاتجاه إلى إنكار ضرورة خضوع امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي لرقابة القضاء، مستندين في ذلك على مجموعة من الحجج تتعلق في مجملها بالقاعدة القانونية الخاضعة للرقابة الدستورية في حالة الامتناع، وكذا طبيعة العلاقة التي تربط بين المشرع والقاضي الدستوري، حيث ذهب جانب من الفقه الإيطالي إلى القول بأنه من الصعب أن تنصب رقابة القاضي الدستوري على امتناع المشرع

<sup>1</sup> - انظر، حنفي علي جبالي، المسؤولية عن القوانين، المرجع السابق، ص. 46؛ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص. 201.

<sup>2</sup> - انظر، عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 588؛ هاني الطهراوي، رقابة الامتناع على دستورية القوانين وموقف القضاء الأردني، مجلة الزرقاء للبحوث، 2000، الأردن، العدد الأول، ص. 10.

عن تنظيم مسألة معينة بصورة كلية أو جزئية، فضلاً على أن هذه الرقابة سوف تنصب على قواعد غير موجودة أصلاً.<sup>1</sup>

بينما ذهب اتجاه آخر إلى القول بأن قيام القاضي الدستوري بتفسير النص التشريعي الخاضع لرقابته بصورة توحى صدوره عن المشرع بصورة غير مكتملة أو ناقصة، لينسب بذلك إلى إرادة المشرع النص أو بعض جوانبه الذي لم يصدر عنه أصلاً. ويرى جانب الفقيه "T DIAMANO" بأن كل ما ليس جزءاً من النص الخاضع للرقابة الدستورية لا يمكن اعتباره قاعدة قانونية موجودة تنسب إلى المشرع، وعلى ذلك إذا غاب النص فإنه لا يتصور وجود القاعدة القانونية ويصبح من الصعب على القاضي الدستوري أن يراقب قواعد غير موجودة.<sup>2</sup>

وفي هذا الشأن يذهب جانب من الفقه الفرنسي أبرزهم "LAUCHAIRE" الفقيه "LAUCHAIRE" في إطار معالجتهم لمسألة تخلي المشرع عن ممارسة اختصاصه الدستوري من خلال الإفراط في تفويض هذا الاختصاص إلى غيره من السلطات الأخرى، إلى القول بأن امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي بصورة كلية أو جزئية لا يعتبر من أوجه عدم الدستورية.<sup>3</sup>

وفي مصر، الملاحظ على الفقه الدستوري المصري يتجه الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي حول الاتجاه الرافض لرقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع إلى القول بأنه في حالة السكوت المطلق نكون أمام غياب كلي للقاعدة القانونية، ومن ثم يصعب القول بامتداد الرقابة على هذا السكوت المطلق، بالشكل الذي يعني حلول القاضي الدستوري محل المشرع في تقدير مدى الحاجة لصدور التشريع، ومدى ضرورته من جهة، وتقديره للظروف الملاءمة لصدور التشريع من جهة أخرى، كل ذلك يعد من أهم مظاهر السلطة التقديرية للمشرع.<sup>4</sup>

أما بالنسبة لموقف الفقه الدستوري الجزائري في الغالب نجد أنه يتأثر في الكثير في الأحيان يتأثر بموقف الفقه الدستوري الفرنسي وقرارات المجلس الدستوري الفرنسي .

## 2-الاتجاه الفقهي المؤيد للرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع

بخلاف الاتجاه الفقهي السابق، يرى الفقه الغالب خاصة في إيطاليا بضرورة خضوع امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي بتنظيم مسائل معينة ألزمه الدستور بتسويتها للرقابة الدستورية.

<sup>1</sup> - لتفاصيل أكثر حول رأي الفقه الدستوري من رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع؛ أنظر على سبيل المثال، أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص. 201؛ عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص. 115.

<sup>2</sup> - أورد، عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص. 115.

<sup>3</sup> - لتفاصيل أكثر حول رأي الفقه الدستوري من رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع؛ أنظر على سبيل المثال، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 79.

<sup>4</sup> - أنظر، عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص. 124.

ذلك بأن القول بأن عدم تدخل المشرع لممارسة اختصاصه يعتبر في حد ذاته سلوكا سلبيا منه وينشأ قاعدة سلبية، وعلى القاضي الدستوري مراقبة هذا السلوك بالاستناد على نصوص الدستور التي تُلزم المشرع بضرورة التدخل لممارسة اختصاصه الدستوري لتسوية أو تنظيم مسألة معينة.

وفي هذا الشأن ذهب جانب من الفقه الايطالي إلى القول بأنه لا يوجد تلازم دائم بين القاعدة والنص، باعتبار أنه توجد قواعد قانونية لا يحملها نص معين كالقاعدة العرفية والمبادئ العامة للقانون<sup>1</sup>، كما يرى جانب من الفقه الفرنسي المؤيد لرقابة الامتناع التشريعي بأن إعمال فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع كوجه من أوجه عدم الدستورية من شأنه أن يحافظ على مبدأ تدرج القواعد القانونية التي أقره الدستور الفرنسي لعام 1958، الأمر الذي يترتب عليه إلزام المشرع بضرورة احترام قواعد الاختصاص كما حدده الدستور<sup>2</sup>.

وفي مصر، لم يتعرض الفقه المصري لفكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع كعيب من العيوب الدستورية، نظرا لأن المؤسس الدستوري المصري قد منح للمشرع ولاية عامة في التشريع دون أية قيود إلا القيود التي حددها الدستور. أما عن موقف الفقه الدستوري الجزائري، فقد تأثر بموقف الفقه المقارن حول مسألة الرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ذلك بأن تمتع المشرع بسلطة تقديرية وهو بصدد ممارسة اختصاصه التشريعي لا يمنحه حق الامتناع عن هذا الاختصاص. وبعد بيان موقف الفقه الدستوري حول مدى اعتبار عدم الاختصاص السلبي للمشرع كعيب دستوري لنا أن نتساءل عن موقف القضاء من تلك المسألة؟

### ب- موقف القاضي الدستوري من عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع

الحقيقة أن رقابة القاضي الدستوري على عنصر الاختصاص الايجابي لا تثير أية إشكالية، باعتبار أن دور القاضي الدستوري ينصب أساسا على التحقق من مدى التزام المشرع بقواعد توزيع الاختصاص كما حددها الدستور، ويقضي بعدم دستورية القوانين إذا ثبت له بأن المشرع قد تجاوز حدود ولايته.

<sup>1</sup> -أورده، عيد أحمد الغفلول، المرجع نفسه، ص. 212.

<sup>2</sup> -ويعد الفقيه الفرنسي F LUCHAIRE أول من اتجه إلى اعتبار امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصاته يعد من أوجه عدم الدستورية في إطار الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي على دستورية القوانين، ومن ثم وجب تفسير سكوت المشرع عن تسوية مسألة تدخل في اختصاصه التشريعي على أنه سلوك سلبي من المشرع لامتناعه عن ممارسة اختصاصه الدستوري. كما أن الرقابة على عدم اختصاص المشرع لا تعتبر تدخلا في السلطة التقديرية الممنوحة له، إذ أنه لا سلطة تقديرية في الاختصاص المحدد بنص الدستور وإنما يتمثل في التوسع نوعا ما من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع؛ ذلك بأن القاضي الدستوري و من خلال فهمه وتفسيره لنصوص الدستور يستطيع أن يلزم المشرع بضرورة التدخل وممارسة اختصاصه الدستوري الذي منحه له الدستور، بأن لا يتخذ موقفا سلبيا من المسائل التي ألزمه المؤسس الدستوري بتسويتها؛ أورده، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 80؛ لتفاصيل أكثر؛ انظر كذلك، عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص. 119.

لكن تخلي المشرع وامتناعه عن ممارسة اختصاصه التشريعي الذي منحه له الدستور هو الذي يثير إشكالية، الأمر الذي يطرح تساؤلا فيما إذا كان سكوت المشرع وسكونه عن مباشرة اختصاصه التشريعي يعتبر مخالفة لقواعد الدستور؟ أم أن المخالفة تشمل فقط الحالات التي ينظم فيها المشرع المسائل التي يختص بتنظيمها بصورة ناقصة أو تقتصر فقط على حالات عدم التزامه بحدود التفويض التشريعي، أو حالات إحالة على السلطة التنفيذية لتوضيح وتكملة القوانين؟

ولما كان القاضي الدستوري وهو بصدد ممارسة الرقابة على دستورية القوانين يستند على أحكام الدستور، نجد من الدساتير ما تنص صراحة على الرقابة على امتناع المشرع وسكونه عن ممارسة اختصاصه الدستوري كالدستور البرتغالي والدستور المجري ودستور جنوب إفريقيا. وبخلاف ذلك لم يقرر الدستور الفرنسي والجزائري ومصر، تنظيما خاصا بالرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مع العلم بأن القضاء الدستوري الفرنسي والمصري قد استطاع نوعا ما أن يوسع من مجال رقابته على دستورية القوانين، لتمتد كذلك إلى الرقابة على الامتناع التشريعي من خلال مراقبة حالات انتهاك المشرع لقواعد الاختصاص وتجاوز حدود ولايته كما حددها الدستور، وكذا مراقبة حالة إفراط المشرع في تفويض اختصاصه كله أو عدم التقيد بحدوده<sup>1</sup>.

وحتى يتسنى لنا معرفة موقف القضاء الدستوري من عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع سوف نتطرق أولا إلى بيان موقف الفقه والقضاء الدستوري الفرنسي والمصري(1)، ثم موقف القضاء الدستوري في الدستور الجزائري من ذلك(2).

## 1- موقف المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية العليا من عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع

الواقع أن الدستور البرتغالي لعام 1976 يعتبر أول الدساتير التي نصت صراحة على رقابة الامتناع التشريعي واعتبرته من أوجه عدم الدستورية وفق ما تنص عليه المادة 382 من الدستور، على أن حالات الانتهاك تتحقق عندما يمتنع المشرع عن تسوية مسألة تدخل ضمن اختصاصه التشريعي، أو أن يكون نفاذ النص الدستوري مرتبط بصدور النص التشريعي، إضافة إلى ذلك فقد تتضمن القواعد الدستورية قواعد عامة أو مبادئ أساسية لا يمكن تطبيقها إلا بعد تدخل المشرع العادي من أجل وضعها موضع التطبيق، بحيث يقتصر دور المحكمة الدستورية في هذا الشأن على تحديد حالات الامتناع التشريعي وإبلاغها إلى السلطة التشريعية المختصة بوجود حالة من حالات الانتهاك لاتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لذلك<sup>2</sup>.

1 - انظر، حنفي علي جبالي، الدعوى الدستورية، المخالفة الشكلية للدستور، المرجع السابق، ص. 6.

2 - ومن بين الدساتير التي نصت صراحة على رقابة الامتناع التشريعي الدستور المجري لعام 1989 الذي أحال في هذا الشأن إلى القوانين الخاصة بالمحكمة الدستورية، وهو ما نصت عليه المادة الأولى منه فقرة 05 التي حددت اختصاصات المحكمة حول رقابة الإغفال التشريعي (في إطار اختصاصاتها

و إذا كان الدستور البرتغالي لعام 1976 قد نص صراحة على رقابة الامتناع التشريعي وفقا لنص المادة 382 منه، فإن الدستور الفرنسي لعام 1958 لم ينص على أن عدم الاختصاص السلي للمشرع يعد من أوجه عدم الدستورية، كما أن تحديد لحظة تدخل المشرع تعد من مظاهر السلطة التقديرية للمشرع. غير أن جانب من الفقه الفرنسي كما قلنا سابقا اعتبر أن امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي يعتبر من أوجه عدم الدستورية، و أن سلطة المشرع التقديرية في اختيار الوقت المناسب لتدخله لا تمنع من مراقبة مدى احترامه لمبدأ المشروعية<sup>1</sup>.

وتطبيقا لذلك استطاع المجلس الدستوري الفرنسي أن يُخضّع لرقابته حالات امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي الذي أقره الدستور، والتي يمكن أن تكون في صورة الامتناع التشريعي الكلي أو إفراط المشرع في تفويض اختصاصاته للسلطة التنفيذية دون الالتزام بالضوابط الدستورية في ذلك، ومن ذلك ما قضى به المجلس الدستوري الفرنسي بعدم دستورية القانون العضوي المتعلق باستقلال القضاء وعدم قابلية القضاة للفصل<sup>2</sup>، وحكم المجلس الدستوري الفرنسي في 26 يناير 1967 بعدم دستورية قانون المستشارين المقررين الذي أحال على اللائحة لتحديد شروط تعيين هؤلاء القضاة بصورة دائمة، حيث اتجه إلى القول بأن المشرع قد تنكر من اختصاصه عندما أحال على اللائحة للتقرير في موضوعات تدخل في مجال اختصاص القانون العضوي<sup>3</sup>.

ومن ذلك أيضا قراره الصادر في يوليو 1973 فيما يخص الأعمال التي تتعارض مع العضوية البرلمانية، باعتبار أن إحالة المشرع على مجلسي البرلمان لتحديد السلطة المختصة بالفصل في الطلبات المقدمة من الأعضاء بشأن الأعمال التي تتعارض مع العضوية، في حين أن هذه المسألة تدخل في اختصاص القانون العضوي<sup>4</sup>.

---

تقوم المحكمة الدستورية بالآتي: 5...-استنتاج حالات عدم الدستورية الناتجة عن الامتناع التشريعي، فإذا ثبت للمحكمة الدستورية بعد إخطارها أن الهيئة التشريعية قد امتنعت عن ممارسة اختصاصاتها التشريعية بما يمثل انتهاك للدستور، فإن من الواجب عليها أن تحث الهيئة التشريعية بضرورة التدخل لممارسة اختصاصاتها التشريعية التي عهد الدستور أمر تنظيمها للمشرع مع تحديد تاريخ معين للقيام بذلك، الإحالة 163.

<sup>1</sup> - LAUCHAIRE, F, Introduction au colloque, Conseil constitutionnel et conseil d'Etat, L.G.D.J, Paris, 1988, p.02.

<sup>2</sup> - C.C N°92-305 du 21 février 1992, Rec, Journal, constitutionnel 1958-1993, p.483.

<sup>3</sup> - C.C N°67-31 du 02 Juillet 1967, Rec, Journal, constitutionnel 1958-1993, p.19.

<sup>4</sup> - C.C N°73-31 du 05 juillet 1973, Rec, Journal, constitutionnel 1958-1993, p.135.

ومن ذلك أيضا حكم في قضية التأمينات عندما أقر بأن إحالة البرلمان على الأجهزة المكلفة بإدارة الشركات الوطنية لتحديد قواعد تحويل القطاع العام إلى القطاع الخاص مخالفة لقواعد توزيع الاختصاص المنصوص عليها في المادة 34 من الدستور

-C.C N°81-132 du 16 Janvier 1982, Rec, Journal, constitutionnel 1958-1993, p.18.

وحكمه الصادر في 26 يوليو 1984 بشأن ضرورة التزام المشرع بتحديد الجرائم بصورة واضحة تمنع السلطة التنفيذية من التدخل باعتبار أن تحديد الجرائم و إقرار العقوبات المحددة تدخل ضمن مجال الانفراد التشريعي المطلق للمشرع تطبيقا لنص المادة 34 من الدستور، وكذلك حكمه الصادر في 13 ديسمبر 1985 بشأن تحسين وسائل الاتصال للإذاعة والتلفزيون.

-C.C N°137-84 du 26 Juillet 1984, Rec, Journal, constitutionnel 1958-1993, p.55.

أما في مصر، فعلى الرغم من عدم الإقرار صراحةً بخضوع امتناع المشرع أو سكوته عن ممارسة اختصاصه التشريعي سواء في الدستور القائم أو في الدساتير السابقة كأحد أوجه عدم الدستورية، فإن المحكمة الدستورية استطاعت أن تمد رقابتها لحالات سكوت وامتناع المشرع عن مباشرة اختصاصه التشريعي كما حدده الدستور، لا سيما في الحالات التي يعجز فيها المشرع عن تنظيم المسائل التي يعهد الدستور أمر تنظيمها وتسويتها بصورة كاملة أو عندما لا يمارس المشرع اختصاصه التشريعي على الوجه المبين في الدستور<sup>1</sup>.

والملاحظ على المحكمة الدستورية العليا بأنها قد تبنت معياراً واسعاً بعض الشيء لفكرة السلطة التقديرية للمشرع من أجل التمييز بين المجال الحقيقي لسلطة المشرع التقديرية التي تجرد مجال تطبيقها في حالات خلو الدستور من نصوص تفرض على المشرع ضرورة إتباع أسلوب معين لتنظيم أو تسوية مسألة محل التنظيم التشريعي، وبين الحالات التي يتضمن فيها الدستور ما يُلزم المشرع ويقيده بصورة مباشرة أو غير مباشرة من أجل التدخل لتنظيم مسائل معينة، وبذلك يمكن التوصل إلى إقرار الرقابة على الامتناع التشريعي<sup>2</sup>.

ومن أمثلة رقابة المحكمة الدستورية العليا في مصر حول الامتناع التشريعي فيما تعلق بتعديل النصوص التشريعية التي تخالف المادة 02 من الدستور بعد تعديلها عام 1980، والتي تقضي على أن تكون التشريعات التي تصدرها السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية في الأحوال المرخص لها بذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، وهو أمر أثار جدلاً واسعاً في الفقه المصري من جهة حول مدى اعتبار رقابة القاضي الدستوري للتشريعات الصادرة قبل نفاذ هذا الدستور، بمعنى هل تقتصر فقط على التشريعات الصادرة في ظل هذا الدستور، أم أنها رقابة المحكمة الدستورية تمتد إلى كل التشريعات القائمة في الدولة، بغض النظر عن أنها صدرت في الدستور القائم أو في الدساتير السابقة عليه. ومن جهة أخرى طبيعة

<sup>1</sup> - انظر، عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص. 159.

<sup>2</sup> - ولقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في 15/01/1998 بأن "اختصاصها في هذا المجال ينحصر في النصوص التشريعية أياً كان موضوعها أو نطاق تطبيقها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها، فلا تنبسط ولايتها في شأن الرقابة القضائية إلا على القانون بمعناه الموضوعي باعتباره منصراً إلى النصوص القانونية التي تتولد عنها مراكز عامة مجردة، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي أقرتها السلطة التشريعية، أم تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها التي ناطها الدستور بها، وأن تنقبض عن سواها" وأن "إخضاع الدستور لهذه الرقابة تكون مجاوزة حدود ولاية المحكمة الدستورية العليا مما يتعين القضاء بعدم اختصاصها بنظر هذا الطلب". انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 188 لسنة 27 ق دستورية بجملة 1998/1/15 والقضية رقم 156 لسنة 18 ق دستورية بجملة 2006/1/6 على التوالي؛ وأورده، عبد الناصر أبو سهمدانة، حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، ص. 150.

التزام المشرع في هذا الشأن، أي هل هو التزام قانوني يفرض على المشرع السهر على تصحيح القوانين المخالفة لنص المادة 02 من الدستور، أم أنه مجرد التزام سياسي لا يفرض على المشرع أية مسؤولية قانونية<sup>1</sup>. وبالرغم من عمومية النص الدستوري وعدم تدخل المشرع من أجل تصحيح النصوص التشريعية المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية، فإن موقف المحكمة الدستورية العليا اتجاه تقاعس البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي هو موقف سلبي، حيث ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى القول بأنه (لا شأن أي للمحكمة بتخلي إحداهما (السلطتين التشريعية والتنفيذية) عن واجباتها ولا تفریطها في مسؤوليتها)<sup>2</sup>. و إذا كان امتناع أو سكوت المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي كما حدده الدستور في كل من الدستورين الفرنسي والمصري يعتبر من أوجه عدم الدستورية فما هو الوضع في كل من الدستور الجزائري؟

## 2- موقف المجلس الدستوري الجزائري

الواقع أن الدستور الجزائري يعتمد على نظام الرقابة اللاحقة والسابقة على دستورية القوانين، أي أن المجلس الدستوري يستطيع إلغاء النص القانوني المشمول بالرقابة اللاحقة وإنهاء وجودها القانوني منذ ثبوت مخالفته للدستور<sup>3</sup>، أو حتى منع صدوره في حالة مخالفته لأحكام الدستور مثلما هو الأمر بالنسبة لرقابة

---

<sup>1</sup> - لمعرفة التفاصيل؛ حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 03 لسنة 01 ق دستورية بتاريخ 06 مارس 1971، ج ر رقم 11 في 08 مارس 1971؛ وكذلك حكمها في الدعوى رقم 08 لسنة 05 ق دستورية بجملة 01 مارس 1986 والحكم الصادر في القضية رقم 37 لسنة 11 ق دستورية جلسة 06 فبراير 1993، ج ر العدد 07 في 18 فبراير 1993. وفي المقابل، فإن المحكمة الدستورية العليا قد وضعت قيودا على سلطة المشرع مضمونه أن تكون التشريعات التي يصدرها المشرع في تاريخ لاحق للتعديل الدستوري لعام 1980 متفقة مع أحكام المادة 02 من الدستور، وهو ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في 04 أبريل 1987 (حيث أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح تستهدف أصلا صون الدستور القائم وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكام وسبيل هذه الرقابة التحقق من التزام سلطة التشريع بما يورده الدستور في مختلف نصوصه من ضوابط وقيود، و أضافت المحكمة بأن المؤسس الدستوري أتى بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه إلزام هذه السلطة وهي بصدد التشريعات بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية؛ انظر، حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الحكم الصادر في 14 أبريل 1987؛ أورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، ص 98.

انظر على سبيل المثال؛ سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشريعة الدستورية، المرجع السابق، ص. 220؛ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص. 388؛ عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص. 169؛ حسين عثمان محمد عثمان، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص. 208.

<sup>2</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 34 لسنة 15 ق دستورية الصادرة بجملة 04 يناير 1997.

<sup>3</sup> - انظر نص المادة 191 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (بقابها نص المادة 169 من الدستور الجزائري لسنة 1996)؛ ولقد نصت كذلك المادة 49 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر في 28 يونيو 2000 على أن قرار المجلس الدستوري في هذه الحالة قرار نهائي له حجية مطلقة في مواجهة كافة وهو غير قابل لأي طعن، ولقد نصت كذلك المادة 49 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر في 28 يونيو 2000.

المطابقة المسبقة للدستور فيما يخص القوانين العضوية تطبيقاً لأحكام نص المادة 141 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>1</sup>.

ذلك بأن القرارات أو الآراء الصادرة عن المجلس الدستوري في مجال الرقابة على دستورية القوانين منها ما يحث المشرع على ضرورة التدخل لممارسة اختصاصه التشريعي باعتبار أن سكوت المشرع أو امتناعه عن مباشرة اختصاصه التشريعي قد يؤدي إلى حدوث فراغ تشريعي أو انتهاك لقواعد الدستور، ومنها ما يفسر النصوص التشريعية التي وضعها المشرع لتوضيح وسد ما بها من نقص، ومنها ما قضى بعدم مطابقة النص التشريعي لأحكام الدستور، ليتم إلغاء القانون الذي سنه المشرع إلغاء كلياً أو جزئياً أو تعديل بعض أحكامه أو إعادة صياغتها بصورة تتماشى مع الدستور، أو حتى إضافة أحكام أخرى للنص الأصلي<sup>2</sup>.

ولعل من أهم الأساليب التي يعتمد عليها القاضي الدستوري الجزائري في الرقابة على دستورية القوانين هو أسلوب التحفظات البناءة أو البنائية أو الإنشائية لمواجهة حالات الإغفال التشريعي للمشرع، وامتناعه عن ممارسة اختصاصه التشريعي وحثه على التدخل لتنظيم أو تسوية موضوع أو مسألة معينة تدخل ضمن نطاق اختصاصه الدستوري، وذلك من خلال إصدار نوع من الأحكام تسمى بالأحكام التوجيهية أو التفسيرية البنائية أو الإنشائية، أو الأحكام التفسيرية المجردة أو المحايدة أو رقابة تحفظات التفسير المطابق، ويسمى كذلك بإعلان عدم الدستورية أو استنتاجات أو معاينة عدم التطابق مع الدستور، أو الاعتماد كذلك على أسلوب التفسير المحايد، وقد يكون التفسير مضيفاً كما قد يكون مضيفاً أو حكماً استبدالياً<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 123 من الدستور الجزائري لسنة 1996)؛ وإذا كان للمجلس الدستوري دور مهم في الرقابة على دستورية القوانين، فإن سلطة البت في موضوع التشريع وإقراره ليست من اختصاص البرلمان وحده، بل قد تساهم الجهة أو الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية كمشرع مساهم في الوظيفة التشريعية، انطلاقاً من سلطة القاضي الدستوري في إلغاء القوانين المخالفة لأحكام الدستور وتقرير مطابقته للدستور بالنسبة للقوانين العضوية، فضلاً عن سد النقص الذي يعتري النصوص القانونية بما يتماشى مع أحكام الدستور حتى يصبح منتجاً من الناحية العملية، إلى جانب ذلك يمكن للمجلس الدستوري على الرغم من أن الدستور لم ينص على خضوع عدم الاختصاص السلبي للمشرع للرقابة الدستورية وأن يواجه حالات سكوت المشرع وامتناعه عن مباشرة اختصاصه التشريعي كما حدده الدستور.

<sup>2</sup> - فيما يتعلق بالتحفظات والتفسيرات البناءة يستطيع القاضي الدستوري تصحيح معنى النص محل الرقابة الدستورية دون التغيير في الصياغة التي حرر بها، وهو ما يسمى بالتفسير التوجيهي، أما بالنسبة للحكم التفسير المضيف يستطيع القاضي الدستوري وهو بصدد مراقبة النص القانوني محل الرقابة الدستورية بهدف سد النقص الذي يعتريه إضافة قاعدة أو عدة قواعد قانونية قضائية جديدة إلى النص القانوني محل الرقابة حتى يكون منتجاً من الناحية العملية، ومن ثم فإن الدور التفسيري للقاضي الدستوري في هذه الحالة يقتصر فقط على مجرد استنتاج النقص أو القصور إضافة إلى النص القانوني محل الرقابة الدستورية؛ لمعرفة التفاصيل حول الأساليب التي يعتمد عليها القاضي الدستوري الجزائري في الرقابة على دستورية القوانين؛ انظر، عبد الرحمن عزوي، المرجع السابق، ص. 113؛ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص. 215.

<sup>3</sup> - أنظر، عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص. 315؛ حيث يعتمد القاضي الدستوري في إصدار الحكم التفسيري الاستبدال على آليتين أو مرحلتين، الأولى تتمثل في استنباط القاعدة المخالفة للدستور وسحبها، بحيث يقوم القاضي الدستوري باستئصال القاعدة أو الجزء المخالف للدستور على أن يدخل القاضي قاعدة مطابقة للدستور، أي إحلاله قاعدة جديدة تتوافق مع أحكام الدستور، الأمر الذي دفع الفقه الفرنسي إلى القول بأن التفسير الاستبدال هو الحل الوسط بين الرفض والبطان، لأنه يعطي للنص التشريعي محل الرقابة الدستورية تفسيراً يعصمه من البطان ليعيب عدم الدستورية

وباستقراءنا للأحكام الصادرة عن المجلس الدستوري الجزائري نجد أنه قد استعمل أسلوب التحفظات التفسيرية منذ نشأته لأول مرة وفي أول قرار له في 30 أوت 1988 عند مراقبة قانون الانتخابات وفي مختلف قراراته المتعلقة بالرقابة حتى يومنا هذا مستعملا كافة أنواع التحفظات، لكن لما للتحفظات التفسيرية من أهمية إلا أنها تعتبر من أخطر الوسائل التي يملكها القاضي الدستوري، ليس فقط بالتأثير على عمل المشرع، بل الحل محلله في ممارسة اختصاصه التشريعي<sup>1</sup>. كما يمكن أيضا للقاضي الدستوري في هذا الإطار تصحيح معنى النص القانوني محل الرقابة دون التغيير في الصياغة التي حرر بها من خلال استنتاج النقص والقصور في النص القانوني محل الرقابة الدستورية، وهو ما يسمى بالتفسير التوجيهي، أو أن يصدر حكما لا يقتصر فقط على الاستنتاج أو القصور الذي يعتري مشروع القانون، بل قد يمتد كذلك إلى إضافة قاعدة أو

---

؛ انظر، محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، ص. 139 وما يليها؛ احمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص. 280؛ ومن أمثلة هذه الأحكام ما قضت به المحكمة الدستورية الإيطالية - باعتبار أن القضاء الدستوري الإيطالي يعد السباق في إصدار هذا النوع من الأحكام الاستبدالية في حكمها رقم 76 الصادر 1993 حول مدى دستورية الفقرة الأولى من المادة 23 من قانون الإجراءات الجزائية.

<sup>1</sup> - الواقع أن المجلس الدستوري الجزائري قد عرف ثلاث تقنيات وهو بصدد ممارسة الرقابة على دستورية القوانين، وهي أسلوب المطابقة الدستورية، أو أسلوب المطابقة بتحفظ أو أسلوب عدم المطابقة الدستورية؛ وتعد المذكرة التفسيرية التي قدمها المجلس الدستوري فيما يخص تفسير أحكام الدستور المتعلقة بالتجديد الجزئي الأول لأعضاء مجلس الأمة المعنيين بالحكم الوحيد للمجلس الدستوري في هذا الشأن مستندا في تفسيره على أحكام المادة 1/163 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (يقابلها نص المادة 182 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، وذلك بعد إخطاره من قبل رئيس الجمهورية بصفته حامي الدستور تطبيقا لأحكام المادة 70 من الدستور، على أن يبقى تفسير النصوص القانونية الأخرى السارية المفعول من اختصاص الأحكام المطروح عليها النزاع وتضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي وتوحيد عملية التفسير تطبيقا لنص المادة 152 فقرة 02 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (يقابلها نص المادة 171 من التعديل الدستوري لسنة 2016)؛ ومن أمثلة ما قضى به المجلس الدستوري في هذا الشأن رأيه رقم 08/99 المؤرخ في 21 فبراير 1999 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وعلاقتهم الوظيفية بينها وبين الحكومة للدستور، حيث قضى "... فيما يخص المادة 38 من القانون العضوي موضوع الإخطار المحررة كالاتي " يطبق إجراء التصويت بدون مناقشة على الأوامر التي يعرضها رئيس الجمهورية على كل غرفة للموافقة وفقا لأحكام المادة 124 من الدستور " واعتبارا أن المشرع أخذ بمقتضى المادة 01/38 من هذا القانون تطبيق إجراء التصويت بدون مناقشة على الأوامر التي يعرضها رئيس الجمهورية على كل غرفة للموافقة، وفقا لأحكام المادة 124 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (يقابلها نص المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، دون أن يحدد الأوامر التي يعرضها رئيس الجمهورية على كل غرفة من البرلمان، اعتبارا أن المؤسس الدستوري رخص بمقتضى المادة 124 من الدستور لرئيس الجمهورية التشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان وفي الحالة الاستثنائية على أن تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء. اعتبارا أن المؤسس الدستوري حين خصص الفقرات 01 و02 و03 من المادة 124 من الدستور للأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان، وخصص الفقرة الرابعة من نفس المادة للأوامر التي يمكن أن يتخذها رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية، فإنه من وراء ذلك إلى التمييز بين الأوامر التي تعرض على كل غرفة من البرلمان و الأوامر المستثناة من ذلك. واعتبارا بالنتيجة أنه إذا كان قصد المشرع أن يعرض رئيس الجمهورية الأوامر المذكورة في المادة 124 من الدستور مما في ذلك الأوامر المتخذة في الحالة الاستثنائية ففي هذه الحالة يكون قد خالف أحكام المادة 124 من الدستور. " ويتضح لنا بأن المجلس الدستوري في هذه الحالة قد أضاف قاعدة جديدة إلى قاعدة الأوامر التي تعرض على البرلمان للمناقشة والموافقة عليها، باعتبار أن الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية لا تخضع لهذه الإجراءات على أساس أن المؤسس الدستوري قد ميز بين الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية المنصوص عليها في المادة 124 من الدستور، ذلك بأن الفقه قد انتقد موقف القاضي الدستوري في هذه الحالة معتبرا إياه غرفة تشريعية ثالثة موازية؛ انظر، خالد ذهبية، أساليب عمل المجلس الدستوري، مجلة الفكر البرلماني، نوفمبر 2005، العدد 15، ص. 52.

قواعد قانونية قضائية جديدة إلى النص القانوني محل الرقابة الدستورية، وهو ما يجعلنا نتوصل إلى أن القاضي الدستوري أصبح يساهم جنباً إلى جنب مع المشرع في وضع القواعد القانونية العامة والمجردة. وترتبط على ما سبق، يمكننا القول بأنه على الرغم من عدم اتفاق فقه القانون الدستوري وقضاؤه حول مسألة خضوع امتناع أو سكوت المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي للرقابة الدستورية والتباين بين النظم الدستورية حول رقابة الامتناع التشريعي، إلا أن الرقابة على عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع ضرورية لإلزام المشرع بالتدخل لتنظيم وتسوية المسائل التي تدخل في نطاق اختصاصه التشريعي كما حدده الدستور.

ذلك بأن تمتع المشرع بالسلطة التقديرية لا يمنع من إخضاع السلوك السلبي للمشرع سواء من خلال امتناع هذا الأخير، أو سكوته عن ممارسة اختصاصه التشريعي، أو الإفراط في عمومية النصوص التشريعية والإحالة على السلطة التنفيذية لاستكمال ووضع دقائق الأمور، أو تجاوزه لحدود التفويض التشريعي وعدم التزامه بالضوابط الدستورية في هذا الشأن<sup>1</sup>.

ومما تقدم، نخلص بأن دور القاضي الدستوري في الرقابة على عنصر الاختصاص يشمل الرقابة على حالات تجاوز المشرع لقواعد الاختصاص الإيجابي بمختلف صورته، كما يشمل كذلك على مراقبة حالات عدم الاختصاص السلبي للمشرع. أي أن القاضي الدستوري يراقب مدى التزام المشرع بقواعد الاختصاص كما حددها الدستور، كما يراقب كذلك حالات امتناع أو سكوت المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي بتنظيم موضوع أو مسألة ألزمه الدستور بتسويتها .

وبعد بيان دور القاضي الدستوري في الرقابة على عيب عدم الاختصاص السلبي لنا أن نتساءل عن دور القاضي الدستوري في الرقابة على عيب الشكل والإجراءات، باعتبار أن كل من عنصري الاختصاص والشكل والإجراءات يشكلان معا عناصر المشروعية الخارجية للقانون؟

### المطلب الثاني

#### رقابة القاضي الدستوري في الرقابة على عيب الشكل والإجراءات

المستقر عليه في الفقه والقضاء الإداريين فيما يخص قواعد الشكل والإجراءات بأنه لا يكفي أن يصدر التعبير عن إرادة الإدارة من جهة مختصة (عضوياً، موضوعياً، شخصياً، مكانياً)، بل يجب أن يصدر القرار الإداري صحيحاً من حيث الشكل والإجراءات التي فرضها القانون<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 83؛ عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص 587.

<sup>2</sup> - انظر، محمد الصغير بعللي، القضاء الإداري. دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 340؛ سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 135.

كما لا يكفي لصحة التشريع أن يصدر عن الجهة التي أوكل لها الدستور سلطة سن التشريع، بل يجب على المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه التشريعي أن يلتزم بالقواعد الشكلية والإجرائية المنصوص عليها في الدستور. ذلك بأن التشريعات الصادرة بالمخالفة لقواعد الشكل والإجراءات تكون غير دستورية، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى التزام المشرع بقواعد الشكل والإجراءات كما حددها الدستور.

أما موقف الفقه والقضاء الدستوريين حول مسألة التمييز بين قواعد الشكل والإجراءات بالنسبة للتشريع، فقد انقسم بين اتجاهين، حيث اتجه جانب من الفقه نحو التمييز بين قواعد الشكل والإجراءات بين ما هو جوهري منها يترتب عليه بطلان التشريع، في حين لا يترتب على مخالفة قواعد الشكل والإجراءات غير الجوهرية بطلان التشريع. أما الاتجاه الآخر من الفقه فقد اتجه نحو اعتبار أن قواعد الشكل والإجراءات المنصوص عليها في الدستور في مجملها تعتبر جوهرية، ويترتب على مخالفتها عدم دستورية التشريع لعيب في الشكل والإجراءات ولا مجال للمقارنة بين ما استقر عليه كل من الفقه الإداري وقضاؤه حول أهمية التمييز بين القواعد الشكلية والإجرائية الجوهرية وغير الجوهرية<sup>1</sup>.

ذلك بأن عيب الشكل والإجراءات يتحقق في الحالة التي لا يلتزم فيها المشرع بقواعد الشكل والإجراءات التي يتطلبها الدستور لصحة التشريع، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن حالات تجاوز المشرع لقواعد الشكل والإجراءات، ودور القاضي الدستوري في الرقابة على ذلك؟

وحتى يتسنى لنا معرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على عيب الشكل والإجراءات التي تلحق بالتشريع سوف نتطرق أولاً إلى بيان عيب الشكل والإجراءات كأحد أوجه عدم الدستورية (الفرع الأول)، ثم رقابة القاضي الدستوري على مخالفة المشرع لقواعد الشكل والإجراءات (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### عيب الشكل والإجراءات كأحد أوجه عدم الدستورية

ولما كان دور القاضي الدستوري في الرقابة على عيب الاختصاص ينصب حول مراقبة مدى التزام المشرع بالقواعد الخاصة بالاختصاص كما حددها الدستور، وكذلك الرقابة على السلوك السليبي للمشرع لامتناعه وسكوته عن ممارسة اختصاصه لتسوية أو تنظيم مسألة ألزمه الدستور بتسويتها.

فإن عيب الشكل والإجراءات بالنسبة للتشريع يتحقق في الحالة التي يخالف فيها المشرع القواعد الشكلية والإجرائية التي يتطلبها الدستور لصحة التشريع، وحتى يكون التشريع دستورياً يجب أن يكون قد استوفى القواعد الشكلية التي أوجبها الدستور لذلك، وأهم هذه القواعد الشكلية لصحة التشريع الإجراءات

<sup>1</sup> - لتفاصيل أكثر حول موقف الفقه والقضاء الدستوريين حول مسألة التمييز بين قواعد الشكل والإجراءات بالنسبة للتشريع؛ انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مخالفة التشريع بالدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية؛ عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص. 595.

الواجب إتباعها لاستصدار القانون من طرف المشرع. ذلك بأن الأثر الذي يترتب على عدم مراعاة المشرع لهذه القواعد الشكلية والإجرائية هو بطلان التشريع، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى التزام المشرع بقواعد الشكل والإجراءات<sup>1</sup>.

ومن ثم، فإن صدور التشريع من قبل المشرع دون مراعاة الشكل الذي حدده الدستور وعدم إتباع الإجراءات المقررة دستورا أو مخالفة لها يضيف على هذا التشريع الطابع غير الدستوري لعيب الشكل والإجراءات، لأن القواعد الشكلية التي حددها الدستور تعتبر في حد ذاتها ضمانات للسلطة التشريعية تمنعها من التسرع وحملها على التروي والتفكير في سن التشريع، ومن ناحية أخرى تحقق ضمانات للأفراد ضد احتمالات إساءة استعمال السلطة التشريعية<sup>2</sup>.

ومن أجل معرفة عيب الشكل والإجراءات كأحد أوجه عدم الدستورية التي تلحق بالتشريع من الناحية الشكلية سوف نتطرق أولا إلى تحديد مفهوم عيب الشكل والإجراءات (أولا) حتى يتسنى لنا بيان حالات تجاوز المشرع لقواعد الشكل والإجراءات، وكذا معرفة موقف الفقه والقضاء الدستوريين من التمييز بين القواعد الشكلية والإجرائية الجوهرية وغير الجوهرية (ثانيا).

### أولا: مفهوم عيب الشكل والإجراءات بالنسبة للتشريع

تقوم قواعد الشكل والإجراءات في المجال الدستوري على التزام المشرع بالقواعد الشكلية والإجرائية التي يتطلبها الدستور وضرورة التقيد بها لتسوية أو تنظيم مسألة تدخل ضمن اختصاصه الدستوري الذي أوكله له الدستور، ذلك بأن عيب الشكل والإجراءات يتحقق في حالة مخالفة التشريع للقواعد الشكلية والإجرائية التي حددها الدستور، والتي يتعين على سلطة التشريع مراعاتها في سن تشريعاتها، وعلى القاضي الدستوري وهو بصدد رقابته على العيوب الشكلية والإجرائية التحقق مما إذا كان التشريع محل الطعن الدستوري قد تم إعداده وإقراره طبقا للإجراءات الشكلية والإجرائية التي يتطلبها الدستور أم لا<sup>3</sup>.

ولتحديد مفهوم عيب الشكل والإجراءات في المجال الدستوري سوف نحاول الوقوف على مدى أهمية الشكلية الدستورية في المجال الدستوري (أ)، ثم تعريف عيب الشكل والإجراءات بالنسبة للتشريع (ب).

<sup>1</sup> - انظر، عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، المرجع السابق، ص. 441؛ خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، المرجع السابق، ص. 338.

<sup>2</sup> - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 52؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 91.

<sup>3</sup> - انظر، عبد الحميد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 595؛ عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، المرجع السابق، ص. 32.

## أ-مدى أهمية الشكالية الدستورية

للكشكالية في القانون عدم معاني، فهي المظهر أو الصورة الخارجية التي يظهر فيها مضمون التشريع الذي يتخذ شكل قاعدة قانونية أو مبدأ قانوني، كما يقصد بالشكالية عنصر من عناصر المشروعية الخارجية الذي يشترط القانون إضافته إلى حالة مادية أو واقعة قانونية حتى تنتج آثارها، سواء كان هذا الأثر التزام قانوني أو إنشاء حق من الحقوق أو تعديله أو إلغائه، كاشتراط إصدار التشريع من قبل رئيس الجمهورية ونشره في الجريدة الرسمية من أجل نفاذه.

ويقصد بالشكالية الدستورية مجموعة القواعد الشكالية والإجرائية التي يتطلبها الدستور لصحة التشريع في جميع المراحل التي تمر بها عملية سن التشريع حتى يكون التشريع دستورياً، ومن أمثلة القواعد الشكالية والإجرائية التي يتطلبها الدستور تحقق نصاب انعقاد البرلمان، والجهة التي لها الحق في المبادرة بالتشريع ضرورة إدراج مشاريع أو اقتراحات القوانين في جدول الأعمال قبل المناقشة، وكذلك صدور التشريع بموافقة الأغلبية البرلمانية التي حددها الدستور<sup>1</sup>.

ذلك بأن الغاية من مراعاة القواعد الشكالية والإجرائية في مجال التشريع هو الإعلان عن سلامة النص التشريعي وإثبات مدى احترام المشرع والتزامه بالشروط الشكالية والإجرائية التي حددها الدستور لسن التشريع، باعتبار أن عنصر الشكل والإجراءات كأحد عناصر المشروعية الخارجية في القانون هو المظهر المادي الذي تظهر فيه إرادة الشعب.

فالغاية مثلاً من اشتراط تقديم الاقتراح من قبل عدد من النواب هي التأكد من أهمية وجدية هذا الاقتراح الذي تأخذ عملية دراسته وقتاً هاماً، والهدف كذلك من مبادرة الحكومة بمشاريع القوانين بحجة أنها الأكثر احتكاكاً بالجمهور والأقدر على تلبية حاجياتهم المستمرة؛ كما قد تبدو الشكالية الدستورية كذلك مظهر من مظاهر الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كاشتراط وجوب إصدار التشريع من قبل رئيس الجمهورية من أجل نفاذه بما يتيح لهذا الأخير حق الاعتراض على النص الذي وافق عليه البرلمان بطلب قراءة ثانية، وتجعل إمكانية نفاذه مرتبطة بإقراره من قبل أغلبية خاصة (المادة 15 من الدستور الفرنسي لعام 1958، المادة 145 من التعديل الدستوري لسنة 2016، المادة 123 من الدستور المصري لسنة 2014)<sup>2</sup>.

والهدف كذلك من ضرورة إدراج الأعمال التشريعية في جدول أعمال قبل دراستها ومناقشتها هو تفادي مناقشة مسائل تشريعية جوهرية وهامة في غياب عدد مؤثر من أعضاء البرلمان. ونظراً لما للقواعد

<sup>1</sup>-انظر، عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، المرجع السابق، ص. 352.

<sup>2</sup>-انظر نص المادة 15 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 145 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 127 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، والمادة 123 من الدستور المصري لسنة 2014.

الشكلية والإجرائية المتعلقة بالتشريع من أهمية، فإن عدم احترام المشرع لقواعد الشكل والإجراءات يعتبر مخالفة دستورية يترتب عليها بطلان التشريع، الأمر الذي يستوجب علينا تعريف عيب الشكل والإجراءات بالنسبة للتشريع.

## ب- تعريف عيب الشكل والإجراءات بالنسبة للتشريع

تشمل الشكلية الدستورية مجموعة القواعد الشكلية والإجرائية التي يتطلبها الدستور ويتقيد بها المشرع وهو بصدد سن التشريع، ذلك بأن الدساتير عادة ما تستوجب لصحة عملية سن التشريع ضرورة إتباع ومراعاة مجموعة من القواعد الشكلية والإجرائية التي حددها الدستور حتى يكون التشريع دستوريا، فإذا أصدر المشرع تشريعا بالمخالفة لتلك القواعد يكون التشريع غير دستوريا ليعيب في الشكل والإجراءات<sup>1</sup>.

ولعل تعريف الشكل والإجراءات بالنسبة للقرار الإداري يعتبر أحسن مثال للمقارنة لتعريف عيب الشكل والإجراءات الذي يلحق التشريع، حيث عرف جانب من الفقه الإداري عيب الشكل والإجراءات بالنسبة للقرار الإداري بأنه عدم احترام القواعد الشكلية والإجرائية المحددة لإصدار القرارات الإدارية في القوانين واللوائح، سواء كان هذا بإهمال تلك القواعد بصورة كلية أو بمخالفتها جزئيا<sup>2</sup>.

وقد عرفه جانب آخر من الفقه بأنه عدم التزام الجهات الإدارية بالقواعد الشكلية التي أوجبتها القوانين واللوائح لإصدار القرارات الإدارية، كما يقصد بعيب الشكل والإجراءات بالنسبة للقرار الإداري بأن تهمل الإدارة القواعد والإجراءات الشكلية الواجب إتباعها في القرار الإداري أو هو صدور القرار الإداري بطريقة مخالفة للإجراءات التي حددها المشرع في القانون<sup>3</sup>.

ومن خلال التعريفات السابقة يتضح لنا بأن عيب الشكل والإجراءات الذي يلحق بالقرار الإداري يحدث عند مخالفة الإدارة للقواعد الشكلية والإجرائية التي قررها القانون بمناسبة إصدارها لقراراتها سواء كانت هذه المخالفة كلية أو جزئية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص. 321.

<sup>2</sup> - انظر، سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص. 132؛

- AUBY .D, Traité de contentieux administratif, Tome 2, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, p.287.

<sup>3</sup> انظر، محمد أنس قاسم جعفر، القرارات الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص. 11.

<sup>4</sup> - مع العلم بأن كل من الفقه الإداري الحديث وقضاء مجلس الدولة الفرنسي قد فرق بين عنصرَي الشكل والإجراءات، فالشكل هو الصورة التي يجب أن يفرغ فيها القرار عند إصداره، أي الصورة التي يجب أن تتم بها عملية التعبير عن الإرادة التي هي جوهر القرار، أما الإجراءات فهي الخطوات التي يجب أن يمر بها القرار الإداري في مرحلة إعداده وقبل صدوره بصفة نهائية كإجراء التحقيق مثلا قبل توقيع عقوبة معينة. الأصل أنه يحق للسلطة الإدارية إصدار قرارات إدارية بالشكل الذي تتمكن بواسطته من إظهار إرادتها الملزمة مادامت تلك الإرادة تتجه نحو إحداث أثر قانوني، وبذلك فقد يأخذ القرار الإداري شكلا إيجابيا وصرحيا، كما قد يكون سلبيا أو بالامتناع، غير أنه يرد على هذا الأصل العديد من الاستثناءات التي تشترط وجوب إتباع شكل معين أو إجراءات محددة من أجل استصدار القرار الإداري، وذلك بناء على نص معين في التشريع أو بناء على مبدأ قانوني عام، وهذه الشكليات تتمثل في ضرورة إتباع الإدارة لإجراءات معينة قبل إصدارها لقرار إداري ما أو أشكال تتعلق بالمظهر الخارجي للقرار لحظة إصداره، فإذا تجاهلت الإدارة الشكل أو الإجراءات التي تتطلبها القانون بالنسبة لبعض القرارات الإدارية كانت مشبوبة بعيب الشكل والإجراءات، ويمكن بذلك الطعن فيها بالإلغاء بسبب

وإذا انتقلنا إلى المجال الدستوري نجد أن الشكلية الدستورية تشمل مجموعة القواعد الشكلية والإجرائية التي يتطلبها الدستور لصحة التشريع، ويتقيد بها المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه بسن التشريع. ذلك بأن الدساتير عادة ما توجب لصحة عملية سن التشريع ضرورة إتباع ومراعاة مجموعة من القواعد الشكلية والإجرائية التي حددها الدستور حتى يكون التشريع دستوريا، فإذا أصدر المشرع تشريعا يخالف تلك القواعد يكون التشريع غير دستوريا ليعيب في الشكل والإجراءات.

وعليه، فإن المقصود بعيب الشكل والإجراءات هو مخالفة القانون للقواعد الدستورية من حيث المظهر الخارجي والإجراءات التي يجب مراعاتها عند إصدار التشريع، كما قد يقصد بها أيضا مخالفة النص التشريعي للقواعد الإجرائية التي يتطلبها الدستور لسن التشريعات البرلمانية أو ما كان مرتبطا بالقواعد التي يتطلبها الدستور لممارسة رئيس الجمهورية لاختصاصه التشريعي<sup>1</sup>.

ومن ثم يتحقق عيب الشكل والإجراءات بالنسبة للقانون في حالة عدم التزام المشرع أو تقيدته بكل قواعد الشكل والإجراءات باعتبار أن كل قيد إجرائي يعد ملزما بذاته، وفي جميع المراحل التي تمر بها عملية سن التشريع، فمثلا يعتبر كل من إصدار القانون ونشره في الجريدة الرسمية إجراء ضروريا ومن موجبات نفاذ وسريان القانون ويرتبط بوجودهما، وهو الأمر الذي قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في القضية رقم 36 بتاريخ 03 جانفي 1998، والقضية رقم 220 بتاريخ 14 جانفي 2007<sup>2</sup>.

---

تجاوز السلطة؛ انظر، خالد سيد محمد حامد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2013، ص 239؛ سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 133؛ محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 343؛ عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 75.

<sup>1</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 190.

<sup>2</sup> - قضت المحكمة حكمها الصادر في القضية رقم 36 بتاريخ 03 جانفي 1998 (من المقرر أن كل قاعدة قانونية لا يكتمل في شأنها الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيها كذلك المتعلقة باقتراحها أو إقرارها أو إصدارها وشروط نفاذها، إنما تفقد مقوماتها باعتبارها كذلك، فلا يستقيم بنائها وكان تطبيقها في شأن المشمولين بحكمها مع افتقارها لقوايلها الشكلية لا تلتزم ومفهوم الدولة القانونية التي لا يتصور وجودها ولا مشروعيتها مباشرة لسلطتها بعيدا عن خضوعها للقانون وسموه عليها باعتباره قيادا على كل تصرفاتها وأعمالها....)؛ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 36 لسنة 18 ق دستورية بتاريخ 03-01-1998؛ أورده، أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص 249؛ ولقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 220 لسنة 26 ق دستورية بتاريخ 14 جانفي 2007 بقولها "...وحيث إن من المقرر أن كل قاعدة قانونية لا يكتمل في شأنها الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور في شأنها؛ لا تفقد مقوماتها باعتبارها كذلك فحسب، بل إن تطبيقها في شأن المشمولين بأحكامها؛ مع افتقارها لهذه الأوضاع، لا يتلاءم ومفهوم الدولة القانونية التي لا يتصور وجودها ولا مشروعيتها مباشرة لسلطتها إلا بخضوعها للقانون وسموه عليها باعتباره قيادا على كل تصرفاتها وأعمالها. متى كان ذلك؛ فإن تطبيق القرار المطعون فيه قبل نشره في الوقائع المصرية، بالمخالفة لحكم المادة 03 من قرار رئيس الجمهورية رقم 901 لسنة 1967، ينزل عن القواعد القانونية التي تضمنها صفتها الإلزامية فلا يكون لها قانونا من وجود متعينا القضاء بعدم دستوريته لمخالفته أحكام المواد (64، 65، 188) من الدستور، فهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم دستورية قرار وزير التربية والتعليم..."؛ حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 220 لسنة 26 ق دستورية بتاريخ 14 جانفي 2007؛ عبد الناصر أبو سهدانة، حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، ص 30.

وبالرجوع إلى الدستورين الجزائري والمصري يتحقق عيب الشكل والإجراءات في حالة مخالفة القواعد الشكلية والإجرائية المتعلقة بالقوانين واللوائح دون أن تمتد إلى الإجراءات الخاصة بوضع الدستور أو إصداره تأسيساً على مبدأ سمو الدستور، أساس ومصدر كل سلطة ومرجعاً للرقابة الدستورية، مع العلم بأن المجلس الدستوري الفرنسي قد وسع من رقابته لتمتد كذلك إلى الرقابة على القوانين الاستثنائية.

وبعد بيان مدى أهمية الشكلية الدستورية وغايتها، وكذلك محاولة تعريف عيب الشكل والإجراءات بالنسبة للتشريع سوف نحاول التطرق إلى عرض القواعد الدستورية المحددة للقواعد الشكلية والإجرائية اللازمة لسن التشريع، وموقف الفقه والقضاء الدستوريين من التمييز بين القواعد الشكلية والإجرائية الجوهرية وغير الجوهرية.

**ثانياً: القواعد الشكلية والإجرائية اللازمة لسن التشريع المنصوص عليها في الدستور وموقف**

**الفقه والقضاء الدستوريين من التمييز بينها**

لما كان عنصر الشكل والإجراءات في نطاق القانون الدستوري هو مجموعة القواعد الشكلية والإجرائية التي يجب مراعاتها لإصدار التشريع والمنصوص عليها في الدستور، وحتى يكون التشريع دستورياً يجب أن يصدر وفقاً للقواعد الشكلية والإجرائية التي يتطلبها الدستور لصحة التشريعات، على أن مخالفة أحكام الدستور يترتب عليها عدم دستورية التشريعات في هذه الحالة لعيب الشكل والإجراءات.

وقبل معرفة موقف الفقه والقضاء الدستوريين من مسألة التمييز بين القواعد الشكلية والإجرائية الجوهرية وغير الجوهرية (ب)، يتوجب علينا أولاً عرض القواعد الشكلية والإجرائية اللازمة لسن التشريع المنصوص عليها في الدستور (أ).

**أ- القواعد الشكلية والإجرائية اللازمة لسن التشريع المنصوص عليها في الدستور**

لعل من أهم القواعد الدستورية المتعلقة بسن التشريع ما نصت عليه المادة 131 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>1</sup> «ينتخب رئيس المجلس الشعبي الوطني للفترة التشريعية. ينتخب رئيس مجلس الأمة بعد كل تجديد جزئي لتشكيلة المجلس. « ذلك بأن القيود الشكلية التي حددتها المادة 131 أعلاه بالنسبة لانتخاب وتعيين كل من رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، فالأول يتم انتخابه للفترة التشريعية، أما الثاني ينتخب بعد كل تجديد جزئي لتشكيلة مجلس الأمة وفق ما تنص عليه المادتين 119 و131 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup>. وتنص المادة 33 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على أن جلسات

<sup>1</sup> - يقابلها نص المادة 114 من الدستور الجزائري لسنة 1996 .

<sup>2</sup> - يقابلها على التوالي نص المادتين 102 و114 من الدستور الجزائري لسنة 1996 .

جمعية البرلمان عمومية ، كما يمكن لكل من المجلسين عقد جلسات سرية بطلب من الوزير الأول أو بطلب من عشر أعضائه<sup>1</sup>.

كما تنص المادة 133 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup> على أن « جلسات البرلمان علانية. وتدون مداواته في محاضر تنشر طبقا للشروط التي حددها القانون العضوي.

يجوز للمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة أن يعقدا جلسات مغلقة بطلب من رئيسهما أو من أغلبية أعضائهما الحاضرين، أو بطلب من الوزير الأول »، والمادة 120 من الدستور المصري لسنة 2014 « جلسات مجلس النواب علنية. ويجوز انعقاد المجلس في جلسة سرية، بناء على طلب رئيس الجمهورية، أو رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس المجلس، أو عشرين من أعضائه على الأقل.. » فالأصل في جلسات البرلمان العلنية، غير أنه يجوز عقد جلسات سرية وفقا للشروط الخاصة التي حددها الدستور لذلك.

كما لا يكون انعقاد المجلس التشريعي صحيحا إلا بحضور أغلبية أعضائه وفق ما تنص عليه المادة 121 من الدستور المصري لسنة 2014 « لا يكون انعقاد المجلس صحيحا، ولا تتخذ قراراته، إلا بحضور أغلبية أعضائه.. »، ويشترط في صحة المبادرة التشريعية أن تكون مقدمة من السلطة التنفيذية « رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس الحكومة أو مجلس الوزراء» وهو ما نصت عليه المواد 136 من التعديل الدستوري لسنة 2016،<sup>3</sup> والمادة 122 من الدستور المصري لسنة 2014<sup>4</sup>، والمادة 39 من الدستور الفرنسي لعام 1958<sup>5</sup>.

ولقد وضع الدستور كذلك شروطا شكلية وإجرائية لاجتماع البرلمان في الدورة غير العادية، حيث يكون بناء على طلب رئيس الجمهورية أو باستدعاء من رئيس الجمهورية بطلب من الوزير الأول (رئيس الوزراء)، أو بطلب من أعضاء البرلمان (ثلاثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني وفق ما تنص عليه المادة 135 فقرة 2 من التعديل الدستوري لسنة 2016، أو بطلب من أغلبية أعضاء الجمعية الوطنية وفق ما تنص عليه المادة 29 من

<sup>1</sup> - تنص المادة 33 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« Les séances des deux assemblées sont publiques. Le compte rendu intégral des débats est publié au Journal officiel.

Chaque assemblée peut siéger en comité secret à la demande du Premier ministre ou d'un dixième de ses membres. »

<sup>2</sup> - يقابلها نص المادة 116 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>3</sup> - انظر نص المادة 136 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 119 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

<sup>4</sup> - انظر نص المادة 122 من الدستور المصري لسنة 2014.

<sup>5</sup> - انظر نص المادة 39 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

الدستور الفرنسي لعام 1958، أو عشر أعضاء مجلس النواب على الأقل وفق ما تنص عليه المادة 116 من الدستور المصري لسنة 2014<sup>1</sup>.

كذلك يشترط في اقتراح القانون المقدم من أعضاء البرلمان أن لا يؤدي إلى الإخلال بالتوازنات المالية للدولة التي تم ضبطها في ميزانية الدولة، وهو ما نصت عليه كل من المادة 138 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والمادة 40 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 124 من الدستور المصري لسنة 2014<sup>2</sup>. ولقد اشترطت المادة 138 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أن يكون مشروع أو اقتراح قانون موضوع المناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على التوالي، وأن يصادق عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين، ويصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين، أو بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية، ذلك بأنه يترتب على مخالفة قاعدة إجرائية دستورية بطلان التشريع ليعيب في الشكل والإجراءات<sup>3</sup>.

كذلك من بين النصوص الدستورية التي تحدد القواعد الشكلية والإجرائية اللازمة لإصدار التشريع ما نصت عليه المادة 145 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>4</sup> « يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب إجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون الثلاثين (30) يوماً الموالية لتاريخ إقراره. وفي هذه الحالة لا يتم إقرار القانون إلا بأغلبية ثلثي (3/2) أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة. » أي أنه لا يجوز استصدار قانون وافق عليه البرلمان واعترض عليه رئيس الجمهورية بطلب قراءة ثانية إلا بعد إقراره بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة<sup>5</sup>.

وهو نفس الأمر الذي نصت عليه المادة 123 من الدستور المصري لسنة 2014 « لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين أو الاعتراض عليها. وإذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس النواب، رده إليه خلال ثلاثين يوماً من إبلاغ المجلس إياه، فإذا لم يرد مشروع القانون في هذا الميعاد اعتبر قانوناً وأصدر. وإذا رُد في الميعاد المتقدم إلى المجلس، وأقره ثانية بأغلبية ثلثي أعضائه، اعتبر قانوناً وأصدر. »

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 135 فقرة 2 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 118 فقرة 02 من الدستور الجزائري لسنة 1996، والمادة 29 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 116 من الدستور المصري لسنة 2014).

<sup>2</sup> - انظر نص المادة 138 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 120 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، والمادة 40 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 124 من الدستور المصري لسنة 2014.

<sup>3</sup> - انظر نص المادة 138 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 120 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

<sup>4</sup> - يقابلها نص المادة 127 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>5</sup> - إذا كان المؤسسة الدستوري قد حدد أجل إصدار القوانين التي وافق عليها البرلمان بثلاثين يوماً، لنا أن نتساءل عن الحالة التي ينقضي فيها هذا الأجل دون أن يصدر رئيس الجمهورية تلك القوانين، بمعنى ما هي النهاية التي توّول إليها هذه القوانين، هل يعتبر كأنه ويصدر بقوة القانون أم لا، مثلما هو الأمر في الدستور المصري لسنة 2014 الذي نص في المادة 123 بأنه إذا لم يصدر رئيس الجمهورية في الميعاد المحدد يعتبر مشروع القانون الذي وافق عليه مجلس النواب قانوناً.

كما نجد أن المؤسس الدستوري ويهدف صون وحماية نصوص الدستور اشترط لصحة عملية تعديل الدستور ضرورة الالتزام بمجموعة من الضوابط أو القيود الدستورية التي يترتب على مخالفتها وعدم احترامها عدم دستورية التعديل الدستوري.

ذلك بأن تعديل الدستور يختلف في الدساتير الجامدة عنه في الدساتير المرنة، فالأولى لا يمكن تعديلها إلا بإتباع قواعد إجرائية خاصة محددة في الدستور، بينما الثانية يمكن تعديلها بإتباع نفس إجراءات تعديل القوانين العادية ويمكن لقانون عادي أن يعدل بعض قواعد الدستور.

أي أنه يشترط لصحة تعديل الدستور ضرورة مراعاة الشروط الشكلية والموضوعية التي حددها الدستور لذلك، لأن التعديل الدستوري باستيفاء إجراءاته يعتبر جزءا من الدستور، وتكون له نفس المرتبة ويأخذ حكمه ولا يقبل الطعن بعدم الدستورية، كما أن أحكام الدستور تشكل في مجملها وحدة واحدة لا تتعارض. ومن بين الشروط الشكلية والإجرائية اللازمة لتعديل الدستور ما نصت عليه المادة 89 من الدستور الفرنسي لعام 1958<sup>1</sup>، على أنه يشترط لصحة عملية تعديل الدستور أن يكون مقدم من طرف رئيس الجمهورية بناء على اقتراح من الوزير الأول أو أعضاء البرلمان، وأن يُصوّت على مشروع أو اقتراح تعديل الدستور من طرف الجمعيتين بنفس الصيغة، ويمكن لرئيس الجمهورية تعديل الدستور دون اللجوء إلى الاستفتاء إذا صوت عليه ثلاثة أخماس (5/3) من الأصوات المعبر عنها لأعضاء الجمعيتين المجتمعين معا في شكل مؤتمر، ولا يجوز الشروع أو الاستمرار في تعديل الدستور إذا كان ذلك يؤدي إلى المساس بسلامة التراب الوطني أو الطابع الجمهوري للحكم.

ومن أمثلة الشروط الشكلية والموضوعية لصحة تعديل الدستور في الدستور الجزائري ما نصت عليه المواد (208 إلى 212) من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup> بأن يكون مشروع التعديل الدستوري مقدم من طرف رئيس الجمهورية أو رئيس الجمهورية بناء على طلب ثلاثة أرباع (4/3) أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا، على أن يستفتي رئيس الجمهورية الشعب حول القانون المتضمن التعديل الدستوري الذي وافق عليه البرلمان خلال خمسين يوما الموالية لإقراره، أو أن يقدم رئيس الجمهورية القانون المتضمن التعديل الدستوري مباشرة على البرلمان دون أن يعرضه على الاستفتاء متى أحرز موافقة ثلاثة أرباع (4/3) أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى الالتزام بالقواعد الشكلية والإجرائية التي حددها الدستور لتعديل الدستور.

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 89 من الدستور الفرنسي لعام 1958 .

<sup>2</sup> - انظر نص المواد (208 إلى 212) من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المواد (174 و178)) من الدستور الجزائري لسنة 1996 .

أما في الدستور المصري لسنة 2014، فلقد نصت المادة 227 منه على أن الدستور يشكل بدياجته وجميع نصوصه نسيجاً مترابطاً وكلا لا يتجزأ وتتكامل أحكامه في وحدة عضوية متماسكة<sup>1</sup>، ولقد بينت المادة 226 من الدستور المصري لسنة 2014 الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لصحة عملية التعديل الدستوري، ومن بين الشروط الشكلية والإجرائية لتعديل الدستور أن يكون مقدم من طرف رئيس الجمهورية أو خمس أعضاء مجلس النواب، كما يجب أن يذكر في الطلب المواد المطلوب تعديلها وأسباب التعديل.

ويناقش مجلس النواب طلب التعديل خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه، ويشترط موافقة أغلبية أعضائه على طلب التعديل، فإذا وافق المجلس يتم مناقشة مشروع التعديل الدستوري بعد ستين يوماً من تاريخ الموافقة على الطلب، ويجب أن يوافق عليه ثلثي عدد أعضاء المجلس من أجل عرضه على الاستفتاء الشعبي، على أنه يكون نافذاً بموافقة أغلبية عدد الأصوات الصحيحة في الاستفتاء<sup>2</sup>.

**ب- موقف الفقه والقضاء الدستوريين من التمييز بين القواعد الشكلية والإجرائية الجوهرية وغير الجوهرية بالنسبة للتشريع**

نظراً لأن رقابة القاضي الدستوري تمتد بالنسبة للعيوب الشكلية إلى كافة الإجراءات والمراحل التي تمر بها عملية سن التشريع، فإن الفقه قد انقسم بين اتجاهين للتمييز بين القواعد الشكلية والإجرائية بين ما هو جوهرية يترتب عليه بطلان التشريع، وبين ما هو غير جوهرية لا يترتب عليه البطلان المطلق للتشريع<sup>3</sup>، ولقد أورد الفقه أمثلة كثيرة من قضاء مجلس الدولة الفرنسي على الشكليات التي يدرجها القاضي الإداري ضمن الشكليات الجوهرية المؤثرة على صحة القرار الإداري.

و إذا كان الفقه الإداري وقضاؤه قد ميزا بين ما يعد من القواعد الشكلية والإجرائية الجوهرية التي يترتب عليها البطلان بالنسبة للقرارات التي تفتقد الشكليات الجوهرية، وبين ما هو غير جوهرية لا يترتب عليه البطلان المطلق، فهل ينطبق ذلك المفهوم في المجال الدستوري؟

الواقع أن الفقه الدستوري كما قلنا سابقاً قد انقسم إلى اتجاهين بشأن التمييز بين القواعد الشكلية والإجرائية الجوهرية وغير الجوهرية، حيث يذهب الاتجاه الأول إلى القول بأن عيب الشكل والإجراءات يتحقق عند مخالفة التشريع للقواعد الشكلية والإجرائية المنصوص عليها في الدستور أو تضمنتها الأنظمة الداخلية للبرلمان أو نصت عليها القوانين العضوية، بينما يذهب الاتجاه الآخر إلى تبني فكرة التمييز القواعد الشكلية والإجرائية الجوهرية وغير الجوهرية بالنسبة للتشريع، باعتبار أن عيب الشكل والإجراءات يقتصر

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 227 من الدستور المصري لسنة 2014 .

<sup>2</sup> - انظر نص المادة 226 من الدستور المصري لسنة 2014 .

<sup>3</sup> - انظر ، عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور و الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، المرجع السابق، ص ص. 40.

فقط على حالات مخالفة التشريع للقواعد الشكلية والإجرائية التي ورد النص عليها في الدستور، أما ما تضمنته النصوص القانونية الأدنى مرتبة من القواعد الدستورية المنظمة للشكل والإجراءات لا تعتبر مخالفة دستورية ولا يترتب عليها عدم دستورية التشريع لعيب في الشكل والإجراءات<sup>1</sup>.

ويؤخذ على هذا الاتجاه بأنه إذا كانت التفرقة بين القواعد الشكلية والإجرائية الجوهرية وغير الجوهرية تجد تطبيقاً لها في القضاء الإداري، وذلك نظراً لأهمية التفرقة بين هذين النوعين من القواعد الشكلية والإجرائية الجوهرية وغير الجوهرية بالنسبة لعيب الشكل والإجراءات الذي يلحق بالقرارات الإدارية<sup>2</sup>.

فإن هذه التفرقة ليس لها تطبيق في القضاء الدستوري، حيث تعتبر كافة القواعد الشكلية والإجرائية الواردة في الدستور جوهرية ولها نفس المرتبة والأهمية، ويترتب على مخالفتها البطلان، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى مراعاة المشرع للقواعد الشكلية والإجرائية الواردة في الدستور<sup>3</sup>، الأمر الذي أكد المجلس الدستوري الفرنسي بأن عدم مراعاة إجراء الاستشارة السابقة التي أوجبها الدستور قبل التصويت على بعض القوانين يعد عيباً إجرائياً يصم التشريع بعدم الدستورية لعيب الشكل والإجراءات، ومن ذلك قراره الصادر في 22 يوليو 1980 بخصوص عدم دستورية القوانين الصادرة بخصوص أقاليم ما وراء البحار، باعتبار أنها صدرت مخالفة لأحكام المادة 74 من الدستور الفرنسي لعام 1958<sup>4</sup>.

ومن ذلك أيضاً ما ذهب إليه المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن العيوب الشكلية يجب بحثها قبل البحث في العيوب الموضوعية، إذ يفترض قبل التحقق من مخالفة النصوص القانونية المطعون فيها لمخالفتها لقواعد الدستور أن تكون قد استوفت الشروط الشكلية والإجرائية، ولو كان الطعن مقتصرًا فقط على العيوب الموضوعية، وعلى القاضي الدستوري أن يثيرها من تلقاء نفسه<sup>5</sup>.

ذلك بأن عنصر الشكل والإجراءات بالنسبة للتشريع يعد من مقوماته ولا يقوم إلا به ولا يكتمل بنيانه أصلاً في غياب تلك القواعد الشكلية والإجرائية، وبالتالي تفقد وجودها كقاعدة قانونية تتوافر لها خاصية الالتزام<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور و الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، المرجع نفسه، ص 40؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 183.

<sup>2</sup> - انظر، محمد أنس قاسم جعفر، القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 115؛ محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 343؛ عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 76.

<sup>3</sup> - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص 52.

<sup>4</sup> - C.C.D.C N°80-122 D.C du 22 juillet 1980, R.J.C 1959-1993, p.86.

<sup>5</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 23 لسنة 12 ق دستورية بتاريخ 02 يناير 1992؛ أورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص 105.

<sup>6</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم 23 لسنة 12 ق دستورية بجلسة 02 يناير 1992؛ أورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص 107.

وبناء على ما سبق، يمكننا القول بأن القاعد الشكلية والإجرائية اللازمة لصحة التشريع تعتبر كلها جوهرية، ويترتب على مخالفتها عدم دستورية التشريع لعيب الشكل والإجراءات. وبعد تحديد مفهوم عيب الشكل والإجراءات كأحد أوجه عدم الدستورية، وموقف الفقه والقضاء الدستوريين من التفرقة بين القواعد الشكلية والإجرائية الجوهرية وغير الجوهرية، سوف نتطرق إلى معرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على مخالفة المشرع لقواعد الشكل والإجراءات.

## الفرع الثاني

### رقابة القاضي الدستوري على مخالفة المشرع لقواعد الشكل والإجراءات

كما قلنا سابقا لا يكفي لصحة التشريع أن يصدر عن الجهة المختصة دستورا بسن التشريع، بل يجب على المشرع وهو بصدد تنظيم وتسوية مسألة معينة تدخل ضمن نطاق الاختصاص الدستوري الذي أوكله له الدستور، أن يلتزم بالقواعد الشكلية والإجرائية التي حددها الدستور<sup>1</sup>.

إضافة إلى ذلك لا يملك المشرع أية سلطة تقديرية فيما يخص عناصر المشروع الخارجية في التشريع، نظرا لأن قواعد الدستور كلها آمرة ومتعلقة بالنظام العام، ذلك بأن كل مخالفة للقواعد الشكلية والإجرائية المحددة في الدستور تعتبر مخالفة دستورية يترتب عليها عدم دستورية التشريعات الصادرة عن المشرع لعيب في الشكل والإجراءات.

وإذا كان الفقه الدستوري وقضاؤه لم يتفق حول مسألة التمييز بين القواعد الشكلية والإجرائية الجوهرية وغير الجوهرية في التشريع، إلا أن المستقر عليه في كل من الفقه والقضاء الدستوريين هو أن جميع القواعد الشكلية والإجرائية المنصوص عليها في الدستور تعتبر جوهرية لها نفس المرتبة والأهمية، ويترتب على مخالفتها أو إغفالها عدم دستورية التشريع لعيب في الشكل والإجراءات، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى التزام المشرع بقواعد الشكل والإجراءات كما حددها الدستور<sup>2</sup>.

ولمعرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على عيب الشكل والإجراءات في مجال التشريع سوف نركز على دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيوب الشكلية والإجرائية التي قد تلحق التشريع في الظروف العادية (أولا)، ثم في الظروف الاستثنائية (ثانيا).

### أولا: رقابة القاضي الدستوري على العيوب الشكلية التي تلحق بالتشريع في الظروف العادية

إن رقابة القاضي الدستوري على العيوب الشكلية والإجرائية التي تلحق بالتشريع تمتد إلى كافة الإجراءات التي تمر بها عملية سن التشريع، سواء في الظروف العادية أو في الظروف الاستثنائية، حيث تتحقق

<sup>1</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 186.

<sup>2</sup> - انظر، عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، المرجع السابق، ص. 458.

حالات مخالفة المشرع لقواعد الشكل والإجراءات بالنسبة للتشريعات البرلمانية إذا خالف المشرع القواعد الشكلية والإجرائية التي يتطلبها الدستور في جميع مراحل إنشائه بغض النظر عن طبيعة تلك القواعد، وفي أي مرحلة كانت، وسواء كانت تشريعات عادية أو عضوية، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى التزام المشرع بقواعد الشكل والإجراءات التي حددها الدستور لسن التشريعات العضوية أو العادية.

كما تمتد رقابة القاضي الدستوري كذلك على العيوب الشكلية إلى حالات مخالفة رئيس الجمهورية للشروط الشكلية التي يتطلبها الدستور لممارسة رئيس الجمهورية لبعض الاختصاصات التشريعية في حالة غياب البرلمان أو بتفويض منه. ذلك بأن معرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيوب الشكلية والإجرائية التي تلحق بالتشريع في الظروف العادية توجب علينا تتبع مراحل إنشاء التشريعات العضوية والعادية (أ-ب)، إضافة إلى رقابة القاضي الدستوري على التشريعات الصادرة عن رئيس الجمهورية في حالة غيبة البرلمان أو بتفويض منه (ج).

### أ- رقابة القاضي الدستوري على عيب الشكل والإجراءات بالنسبة للقوانين العضوية

تنص المادة 136 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>1</sup> « لكل من الوزير الأول والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين. تكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة، إذا قدمها عشرون (20) نائبا أو عشرون (20) عضوا في مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليها في المادة 137... » ويتضح لنا من نص هذه المادة أن الدستور قد منح كل من الوزير الأول ونواب المجلس الشعبي الوطني، وأعضاء مجلس الأمة في الحالات المحددة في المادة 137 من التعديل الدستوري لسنة 2016، حق المبادرة بالقوانين (العادية منها والعضوية)، على أن تكون اقتراحات قوانين مقدمة من قبل عشرين نائبا في المجلس الشعبي الوطني، عشرون (20) عضوا في مجلس الأمة، ومن ثم فإن مخالفة هذا القيد الدستوري يعتبر مخالفة دستورية يترتب عليها بطلان التشريع من الناحية الشكلية، كما أن عدم عرض مشاريع القوانين المقدمة من الحكومة على مجلس الوزراء أو مجلس الدولة لإبداء رأيه فيه تعتبر كذلك مخالفة دستورية.

ضف إلى ذلك، لقد قيّد المؤسس الدستوري الجزائري اقتراحات القوانين المقدمة من قبل أعضاء البرلمان على أن لا يكون مضمونها أو نتيجتها تؤدي إلى تخفيض الموارد العمومية أو زيادة النفقات العامة إلا إذا كان مرفقا بتدابير تستهدف الزيادة في إيرادات الدولة أو توفير مبالغ مالية معينة تساوي على الأقل المبالغ المقترح إنفاقها، ومن ثم لا يقبل أي اقتراح قانون مقدم من أعضاء البرلمان يخالف أحكام المادة 139 من

<sup>1</sup> - يقابلها نص المادة 119 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

التعديل الدستوري لسنة 2016، ذلك بأن مخالفة هذا القيد الدستوري تؤدي إلى بطلان التشريع ليعيب في الشكل والإجراءات<sup>1</sup>.

ومن ناحية أخرى، حددت المادة 123 من الدستور الجزائري المجالات التي يشترط فيها البرلمان بمقتضى قوانين عضوية على سبيل الحصر، ذلك بأن مشروع أو اقتراح قانون عضوي يجب أن يكون ضمن النطاق الموضوعي المحدد للقانون العضوي<sup>2</sup>.

ومن القيود الدستورية التي تخضع لها عملية إقرار وسن التشريعات العضوية إلزامية عرض القانون العضوي الذي وافق عليه البرلمان قبل إصداره على المجلس الدستوري لمراقبة مدى مطابقته لأحكام الدستور، ذلك بأن تجاهل هذا القيد الإجرائي أو إغفاله يترتب عليه عدم دستورية التشريع لمخالفته القواعد الشكلية والإجرائية المنظمة لسن وإقرار القوانين العضوية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 139 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابله نص المادة 121 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

<sup>2</sup> - ونظرا لما للقوانين العضوية من أهمية في مجال القانون الدستوري وطبيعة المسائل التي ينظمها فقد اشترط الدستور لإقرارها مصادقة الأغلبية المطلقة لنواب المجلس الشعبي الوطني، وأعضاء مجلس الأمة، ويترتب على عدم موافقة الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة بطلان التشريع لمخالفته للقواعد المتعلقة بإقرار القوانين العضوية تطبيقا لنص المادة 141 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 123 الفقرة 03 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

<sup>3</sup> ومن تطبيقات المجلس الدستوري على عنصر الشكل والإجراءات رأيه رقم 04 / ر. م. د. 11/ المؤرخ في 22 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد حالات التنافي مع العهدة البرلمانية للدستور، ج ر العدد الأول المؤرخة في 14 يناير 2012، حيث قرر: "في الموضوع: أولا: فيما يخص تأشيريات القانون العضوي موضوع الإخطار 1 - فيما يخص عدم الاستناد إلى المادة 120 من الدستور: اعتبارا أن المؤسس الدستوري حدّد في هذه المادة إجراءات مناقشة مشاريع القوانين والمصادقة عليها من قبل غرفتي البرلمان.

- واعتبارا أن هذه المادة تشكل سندا دستوريا للقانون العضوي موضوع الإخطار - واعتبارا بالنتيجة أن عدم إدراج المشروع هذه المادة ضمن تأشيريات القانون العضوي موضوع الإخطار يعد سهوا يتعين تداركه.

2 - فيما يخص ترتيب تأشيريات القانون العضوي موضوع الإخطار: - اعتبارا أن المشروع قام بترتيب تأشيريات القانون العضوي موضوع الإخطار ترتيبا يختلف عما تقتضيه قاعدة تدرج القوانين حيث رتب الأمر رقم 66 - 156 والمتضمن قانون العقوبات وهو قانون عادي قبل القوانين العضوية وهو ما يعد سهوا يتعين تداركه...؛ ومن تطبيقات المجلس الدستوري على عنصر الشكل والإجراءات رأيه رقم 05 / ر. م. د. 11 / المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد كفاءات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة للدستور، ج ر العدد الأول المؤرخة في 14 يناير 2012، حيث قرر في رأيه "في الموضوع: أولا: فيما يتعلق بعنوان القانون العضوي موضوع الإخطار والمادة الأولى منه مأخوذتين معا لاتحادهما في العلة والموضوع: - واعتبارا بالنتيجة أن عدم التقيّد بحرف المادة يعد سهوا يتعيّن تداركه في العنوان وفي نصّ المادة الأولى من القانون العضوي تماشيا مع المادة 31 مكرر من الدستور؛ لهذه الأسباب يدي بال رأي الآتي: في الموضوع أولا: فيما يخصّ عنوان القانون العضوي موضوع الإخطار والمادة الأولى منه - : يصاغ العنوان على النحو الآتي : قانون عضوي رقم ... مؤرخ في ... الموافق... يحدّد كفاءات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة." ومن تطبيقات المجلس الدستوري على عنصر الشكل والإجراءات كذلك رأيه رقم 9/ ر. ن. د. م/ د/ 99/ المؤرخ في 22 نوفمبر 1999 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي، المعدل والمتمم لمجلس الأمة للدستور، حيث صرح المجلس الدستوري بأنه: اعتبارا أن مجلس الأمة باستعماله مصطلح "اختصاصات"... فإنه لم يميز بأمانة عن المصطلح المقابل له الوارد في المادة 13 فقرة 2 من القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة... ج- فيما يخص مصطلحي "الدورات" و"الدورة" الواردين في المادة 63 من النظام الداخلي موضوع الإخطار: اعتبارا أن مجلس الأمة حين استعمل كلمتي "الدورات" و"الدورة" الواردين في المادة 63 من النظام الداخلي، موضوع الإخطار، يكون قد أضفى معنى مغايرا للمعنى المقصود من محتوى هذه المادة التي تفيد الجلسات، ولا يمكن اعتبار ذلك سوى سهوا مما يستوجب تداركه...؛ انظر رأي المجلس الدستوري رقم 9/ ر. ن. د. م/ د/ 99/ المؤرخ في 22 نوفمبر 1999 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي، المعدل والمتمم لمجلس الأمة للدستور، ج ر العدد 4 المؤرخة في 28 نوفمبر 1999؛ ومن تطبيقات رقابة المجلس الدستوري المتعلقة على ركن الشكل والإجراءات رأيه الصادر رأي رقم 01/ ر. م. د. 12/ بتاريخ 08 يناير 2012، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، للدستور "... - اعتبارا أن

وبالرجوع إلى الدستور الفرنسي لعام 1958 نجد أن المادتين 39<sup>1</sup> و 40 من الدستور تمنحان كل من الوزير الأول وأعضاء البرلمان على السواء حق المبادرة بالتحريع، على أن المقترحات والتعديلات التي يتقدم بها

المشروع اعتمد في ترتيب تأشيريات القانون العضوي، موضوع الإخطار، التسلسل الزمني لصدور القوانين، واعتباراً أنه إذا كان يجوز للمشرع اعتماد تاريخ الصدور كطريقة في ترتيب القوانين من نفس الفئة القانونية، فإنه في ترتيبه العام للنصوص من مختلف الفئات عليه أن يعتمد مبدأ تدرج القواعد القانونية، واعتباراً بالنتيجة أن الاختصار على تاريخ الصدور في ترتيب التأشيريات يعد سهواً يتعين تداركه.... " رأي المجلس الدستوري رقم/01ر.م.د/12 بتاريخ 08 يناير 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، للدستور، ج ر العدد 2 العدد 02 المؤرخة في 15 يناير 2012؛ ومن ذلك أيضاً رأيه رقم/02ر.م.د/12 المؤرخ في 08 يناير 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام، للدستور، الذي ورد فيه أن "... واعتباراً أن المشروع لم يذكر ضمن التأشيريات المادة 165 من الدستور في فقرتها الثانية، وهي الفقرة الخاصة بالقوانين العضوية، واعتباراً بالنتيجة أن عدم إدراج المادة 165 الفقرة (2) ضمن تأشيريات القانون العضوي، موضوع الإخطار، يعد سهواً يتعين تداركه.

2- فيما يخص ترتيب تأشيريات القانون العضوي موضوع الإخطار: اعتباراً أن المشروع اعتمد في ترتيب تأشيريات القانون العضوي، موضوع الإخطار، التسلسل الزمني لصدور القوانين، واعتباراً أنه إذا كان يحق للمشرع اعتماد تاريخ الصدور كطريقة في ترتيب قوانين من نفس الفئة، فإنه في ترتيبه العام للنصوص من مختلف الفئات عليه أن يعتمد مبدأ تدرج القواعد القانونية. واعتباراً بالنتيجة فإن الاختصار على تاريخ الصدور في ترتيب التأشيريات يُعد سهواً يتعين تداركه.... " رأي المجلس الدستوري رقم/02ر.م.د/12 المؤرخ في 08 يناير 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام، للدستور، ج ر العدد 02 المؤرخة في 15 يناير 2012؛ ومن تطبيقات المجلس الدستوري على عنصر الشكل والإجراءات رأيه رقم 03 / ر . م . د / 11 مؤرخ في 22 ديسمبر سنة 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور، ج ر العدد الأول المؤرخة في 14 يناير 2012، حيث قضى المجلس الدستوري: في الموضوع: أولاً: فيما يخص تأشيريات القانون العضوي موضوع الإخطار 1- : فيما يخص عدم الاستناد إلى بعض أحكام الدستور: أ- فيما يخص عدم الاستناد إلى المادة 10 من الدستور: واعتباراً بالنتيجة أن عدم إدراج المشروع هذه المادة ضمن تأشيريات القانون العضوي موضوع الإخطار يُعد سهواً يتعين تداركه. ب- فيما يخص عدم الاستناد إلى المادتين 107 الفقرة 2 و 108 من الدستور: - واعتباراً بالنتيجة أن عدم إدراج المشروع هاتين المادتين ضمن تأشيريات القانون العضوي موضوع الإخطار يُعد سهواً يتعين تداركه.

ج - فيما يخص عدم الاستناد إلى المادة 163 من الدستور - واعتباراً بالنتيجة أن عدم إدراج المشروع هذه المادة ضمن تأشيريات القانون العضوي موضوع الإخطار يُعد سهواً يتعين تداركه. فيما يخص عدم الإشارة إلى بعض القوانين - : اعتباراً أن المشرع نص على التوالي في المادتين 2 و 4 من المادة 5 من القانون العضوي موضوع الإخطار على ألا يسجل في القائمة الانتخابية كمن حُكم عليه بجناية ولم يرد اعتباره وعلى من أشهر إفلاسه ولم يُرد اعتباره .

- واعتباراً أن الحالة الأولى تناوَلها قانون الإجراءات الجزائية في حين تناوَل الحالة الثانية القانون التجاري. - واعتباراً أن هذين القانونين يحددان شروط وسبل رد الاعتبار في الحالتين المذكورتين. - واعتباراً بالتالي أن عدم إدراج المشروع هذين القانونين ضمن تأشيريات القانون العضوي موضوع الإخطار يُعد سهواً يتعين تداركه

3 - فيما يخص ترتيب تأشيريات القانون العضوي موضوع الإخطار: - اعتباراً أن المشروع اعتمد ترتيب تأشيريات القانون العضوي موضوع الإخطار حسب التسلسل الزمني لصدور النصوص التشريعية خلافاً لما تقتضيه قاعدة تدرج القوانين وهو ما يتعين تداركه. ثانياً: فيما يخص مواد القانون العضوي موضوع الإخطار: 2- فيما يخص المواد 168 و 169 و 170 من القانون العضوي موضوع الإخطار مأخوذة بصفة مجتمعة لاتحادها في العلة: أ- فيما يخص المادة 168 من القانون العضوي موضوع الإخطار والمحررة كالتالي: " المادة 168: تحدث لجنة وطنية للإشراف على الانتخابات تتشكل حصرياً من قضاة معيّنين من قبل رئيس الجمهورية يتّم وضعها بمناسبة كل اقتراع. يمكن اللجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات تبادل المعلومات المتعلقة بتنظيم وسير الانتخابات مع اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات المنصوص عليها في المادة 171 أذناه ولا يجب عليها التدخل في صلاحيتها". - واعتباراً أن الشطر الأخير من هذه المادة والمتضمن "... ولا يجب عليها التدخل في صلاحيتها" المراد به إلزام هذه اللجنة بعدم التدخل في صلاحيات اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات المنصوص عليها في المادة 171 المذكورة أعلاه وهو ما يُعد سهواً يتعين تداركه. "انظر، رأي رقم 03 / ر . م . د / 11 / مؤرخ في 27 محرم عام 1433 الموافق 22 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور، ج ر العدد الأول المؤرخة في 14 يناير 2012.

<sup>1</sup> - تنص المادة 39 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement. »

وتنص المادة 40 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique. »

أعضاء البرلمان ترفض إذا كان قبولها من شأنه أن يؤدي إلى تخفيض الإيرادات العامة أو إنشاء أو زيادة النفقات العامة. كما تنص المادة 46 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على أنه لا يحال مشروع أو اقتراح قانون عضوي للمداولة والتصويت على الجمعية الأولى التي رفع أمامها إلا بعد مرور خمسة عشر يوما بعد إيداعه، ذلك بأن عدم احترام المشرع لهذا القيد الزمني يترتب عليه بطلان التشريع لمخالفته للقيد الدستوري الذي أورده المادة 46 فقرة 02 من الدستور، والتي تتضمن القيد الزمني لدراسة ومناقشة والتصويت على القوانين العضوية<sup>1</sup>.

إضافة إلى ضرورة إقراره من الجمعية الوطنية بالأغلبية المطلقة وليس لعدد الأعضاء الحاضرين، كما تعتبر رقابة المجلس الدستوري على مشروعات القوانين العضوية رقابة إلزامية وفقا لنص المادة 46 فقرة 04 من الدستور، والتي تقضي بعدم جواز إصدار القوانين العضوية إلا بعد أن يقرر المجلس الدستوري مطابقتها للدستور.

وبالرجوع إلى الدستور المصري الحالي -وعلى غرار الدساتير المصرية المتعاقبة، نجده قد حول مجلس النواب ولاية عامة في التشريع، مع منح حق المبادرة بالتشريع لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء وأعضاء مجلس النواب تطبيقا لنص المادة 122 من الدستور المصري لسنة 2014 « لرئيس الجمهورية، ومجلس الوزراء، ولكل عضو في مجلس النواب اقتراح القوانين. ويحال كل مشروع قانون مقدم من الحكومة أو من عشر أعضاء المجلس إلى اللجان النوعية المختصة بمجلس النواب.. »

إلا أن المادة 121 من الدستور نجدها قد تضمنت قيودا إجرائية لصحة عملية سن القوانين المكملة للدستور<sup>2</sup>، منها ضرورة أن تكون مشاريع أو اقتراحات القوانين المكملة للدستور تدخل ضمن نطاق الموضوعات التي حددتها المادة 121 من الدستور فقرة أخيرة، كما يشترط كذلك لإقرار القوانين المكملة للدستور موافقة أغلبية ثلثي عدد أعضاء البرلمان، ذلك بأن مخالفة المشرع للشروط الشكلية والإجرائية المنظمة

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 46 من الدستور الفرنسي لعام 1958؛ لمزيد من التفاصيل انظر على سبيل المثال:

- A HAURIUO, Droit constitutionnel et institutions politiques, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, 1975, p.1088 ; HAURIUO. G et GELARD, Droit constitutionnel et institutions politiques, 1989, p.277 ; PORTELLE. H, op cit , p.204.

ومن تطبيقات رقابة المجلس الدستوري على ركن الشكل والإجراءات قراره رقم 689-2014 المؤرخ في 13 فيفري 2014 المتعلق بالقانون العضوي الذي يمنع الجمع بين الوظيفة التنفيذية والعضوية في البرلمان، الذي قضى به بعدم دستورية التدابير التي جاءت بها الفقرة 4 من المادة 8 من هذا القانون.

Décision n° 2014-689DC du 13 février 2014 Loi organique interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur, « 4.....les dispositions du paragraphe IV de l'article 8 n'ont pas été votées dans les mêmes termes par les deux assemblées ; que, par suite, elles ont été adoptées selon une procédure contraire à la Constitution ; que les dispositions du paragraphe IV de l'article 8 de la loi organique doivent être déclarées contraires à la Constitution ; » JORF du 16 février 2014; Décision N° 2014-700 DC du 31 juillet 2014 Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

<sup>2</sup> - تنص المادة 121 فقرة 03 من الدستور المصري لسنة 2014 على ما يلي: « كما تصدر القوانين المكملة للدستور بموافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس. وتعد القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية، والنيابية، والمحلية، والأحزاب السياسية، والسلطة القضائية، والمتعلقة بالجهات والهيئات القضائية، والمنظمة للحقوق والحريات الواردة في الدستور، مكملة له. »

لعملية سن وإقرار القوانين المكتملة للدستور يعتبر مخالفة دستورية يترتب عليها بطلان التشريع لغيب الشكل و الإجراءات، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى التزام المشرع مراعاته لقواعد الشكل والإجراءات التي حددها الدستور.

وبعد بيان حالات مخالفة المشرع للقواعد الشكلية والإجرائية التي حددها الدستور لسن وإقرار القوانين العضوية في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري، سوف نتقل إلى بيان دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيوب الشكلية بالنسبة للتشريعات العادية.

## ب- رقابة القاضي الدستوري على مخالفة المشرع لقواعد الشكل والإجراءات بالنسبة للتشريعات العادية

فضلا عن تقييد مبادرة أعضاء البرلمان باقتراح التشريعات العادية مقارنة بمشاريع القوانين المقدمة من الحكومة، ولعل السبب في ذلك عملي أكثر من أي سبب آخر، إلا أن الدستور قد فرق من الناحية الإجرائية بين الاقتراحات المقدمة من أعضاء البرلمان ومشاريع القوانين المقدمة من السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية، الوزير الأول، مجلس الوزراء) سواء من حيث القيد الدستوري الذي أقرته المادتين (المادة 139 من التعديل الدستوري لسنة 2016، المادة 40 من الدستور الفرنسي لعام 1958) على أن لا تقبل اقتراحات القوانين أو مقترحات التعديل المقدمة من النواب إذا كان ذلك يؤدي إلى اختلال في التوازنات المالية للدولة التي تم ضبطها في قانون المالية<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل بموجب القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 يشترط في كل اقتراح قانون إضافة إلى ضرورة توقيعه من طرف عشرين نائبا في المجلس الشعبي الوطني على الأقل، أو عشرين عضوا في مجلس الأمة، أن يرفق بعرض الأسباب ويجرح نصه في شكل مواد، وألا يكون نظير لمشروع أو اقتراح قانون تجرى دراسته في البرلمان أو تم سحبه أو رفضه منذ أقل من اثني عشر شهرا، كما يجب تبليغ اقتراح القانون المقبول من طرف المجلس الشعبي الوطني إلى الحكومة لتبدي رأيها فيه خلال أجل لا يتجاوز شهرين انقضاؤه يؤدي إلى إحالة اقتراح القانون من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني على اللجنة المختصة لدراسته<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 139 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 121 من الدستور الجزائري لسنة 1996، والمادة 40 من الدستور الفرنسي لعام 1958).

<sup>2</sup> - انظر نص المواد 24 و 25 و 26 من القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، ج ر رقم 15 المؤرخة في 09 مارس 1999؛ ومن تطبيقات المجلس الدستوري على عنصر الشكل والإجراءات رأيه رقم 1- ق. ق. م - د - المؤرخ في 20 غشت سنة 1989 يتعلق بقانون الانتخابات، ج ر العدد 36 المؤرخة في 30 أوت 1989، حيث اتجه المجلس الدستوري نحو القول على أن مخالفة المعاهدات الدولية من شأنه أن يصم التشريع بعدم الدستورية لغيب في الشكل، باعتبار أن المعاهدات تسمو على القانون الداخلي ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية؛ ومن تطبيقات المجلس الدستوري على ركن الشكل والإجراءات رأيه رقم 1- ر. ق. م - د - 1989 رأيه رقم 1- ر. ق. م.

ومن بين القيود الإجرائية التي تخضع لها عملية اقتراح القوانين ما نصت عليه المادة 122 فقرته 01 من الدستور المصري «لرئيس الجمهورية، وللجلس الوزراء، ولكل عضو في مجلس النواب اقتراح القوانين. ويحال كل مشروع قانون مقدم من الحكومة أو من عُشر أعضاء المجلس إلى اللجان النوعية المختصة...» ويتضح لنا من نص هذه المادة بأنه إضافة إلى ضرورة أن يكون اقتراح القانون المقدم من طرف عُشر أعضاء مجلس النواب أن يحال إلى اللجان النوعية المختصة بمجلس النواب من أجل فحصه وتقديم تقرير عنه إلى المجلس، فلا يحال اقتراح القانون المقدم من أحد أعضاء المجلس إلى اللجنة النوعية إلا إذا أجازته اللجنة المختصة بالمقترحات ووافق المجلس على ذلك، أما إذا رفضت اللجنة الاقتراح بقانون أو كل مشروع أو اقتراح قانون رفضه المجلس لا يجوز تقديمه ثانية في دور الانعقاد نفسه<sup>1</sup>.

ومن القيود الإجرائية التي تخضع لها كذلك عملية سن التشريعات العادية ضرورة توافر النصاب القانوني الذي حدده الدستور لصحة انعقاد البرلمان، وهو ما نصت عليه المادة 121 من الدستور المصري الحالي، بحيث يعتبر عيبا إجرائيا مناقشة أو اقتراح قانون دون توافر النصاب القانوني الذي نصت عليه المادة 121 من الدستور أعلاه حتى يكون انعقاد مجلس النواب صحيحا. كما يعتبر كذلك عيبا إجرائيا إصدار مشروع أو اقتراح قانون دون توافر الأغلبية التي يتطلبها الدستور لمناقشة وإقرار القوانين العادية، الأمر الذي أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في 02 يناير 1993 بأن عدم توافر الأغلبية الخاصة التي يتطلبها الدستور لإقرار الأثر الرجعي للمادة 56 من القانون رقم 46 لسنة 1978 بشأن

---

د - 1989 المتعلق بمراقبة مدى دستورية النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، حيث قضى بأنه "...أولا: ... و نظرا في النهاية إلى أن محرر الدستور حين بين بدقة أن بعض هذه المضامين المتعلقة بتنظيم المجلس الشعبي الوطني و عمله ، عائدة لمجال القانون، لم يكن قصده أن يجد من المبادرة في هذا الصدد، لفائدة النواب وحدهم، كما يستخلص ذلك من المادة 186 من النص المعروض لتقدير المجلس الدستوري. أما المجلس الشعبي الوطني حين نص على هذه المسائل بتلك الكيفية، تغاضى عن المادة 113 من الدستور التي أسندت للحكومة صلاحية المبادرة بالقوانين. و نظرا لكون المجلس الشعبي الوطني نص في القانون المتضمن النظام الداخلي على مضامين يعود بعضها للمجال التشريعي و بعضها الآخر يعود لمجاله السيادي في التنظيم، فإنه خالف بذلك أحكام المادة 109 من الدستور، ولهذا الأسباب: يقول المجلس الدستوري، أن النص الذي صادق عليه المجلس الشعبي الوطني في 22 يوليو سنة 1989، والذي عنوانه "قانون يتضمن النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني" غير مطابق للدستور من حيث تقديمه في شكل قانون، فيما يخص الأحكام التي تتعلق بالنظام الداخلي فقط".

<sup>1</sup> - ومن بين الشروط الإجرائية الواجبة الإتيان لسن التشريعات العادية كذلك ما نصت عليه المادة 138 فقرته 1 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 120 فقرته 01 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، حيث يعتبر عيبا إجرائيا عدم مراعاة الترتيب الذي جاءت به المادة 138 من التعديل الدستوري لسنة 2016، بأن يعرض مشروع أو اقتراح قانون موضوع المناقشة في البرلمان على المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على التوالي باستثناء الحالات المنصوص عليها في المادة 137 من التعديل الدستوري لسنة 2016. كما يعد عيبا إجرائيا عدم موافقة مجلسي البرلمان على مشروع أو اقتراح قانون بالأغلبية التي يتطلبها الدستور لإقرار التشريعات العادية منها والعضوية. كما تمتد رقابة القاضي الدستوري أيضا على مراقبة حالات تجاوز حدود حق تعديل القانون الذي منحه الدستور لكل من الحكومة و أعضاء البرلمان ، ولقد اشترط لمجلس الدستوري لصحة التعديل أن يكون متصلا بالنص موضوع المناقشة في البرلمان.

تحقيق العدالة الضريبية يتعلق بالطعون الشكلية البحتة<sup>1</sup>، وهو ما أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في حكم آخر لها صادر في 08 يوليو 2000<sup>2</sup>.

كما يراقب القاضي الدستوري كذلك مدى التزام رئيس الجمهورية بالقيود الإجرائية التي حددها له الدستور لممارسة اختصاصه التشريعي في الظروف العادية سواء في حالة غيبة البرلمان أو في حالة التفويض التشريعي للحكومة تطبيقاً لنص المادة 38 من الدستور الفرنسي لعام 1958<sup>3</sup>، وبالتالي يعد عيباً إجرائياً إصدار رئيس الجمهورية أوامر تشريعية (قرارات بقوانين و مراسيم بقوانين) والبرلمان منعقد دون أن يكون هناك تفويض تشريعي من البرلمان يمنح للسلطة التنفيذية حق ممارسة بعض الاختصاصات التشريعية التي تدخل في نطاق القانون.

ذلك بأن مخالفة رئيس الجمهورية لأحكام المادة 142 فقرة 01 من التعديل الدستوري لسنة 2016 المحددة لمجالات تدخله بموجب أوامر تشريعية في الظروف العادية، تعتبر مخالفة دستورية يترتب عليها بطلان التشريع لعيب في الشكل والإجراءات، كما أن عدم عرض الأوامر التشريعية التي يتخذها رئيس الجمهورية على غرفتي البرلمان يعد عيباً إجرائياً لمخالفته لأحكام المادة 142 فقرة 01 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>4</sup>.

ويختص القاضي الدستوري إضافة إلى رقابته على العيوب الشكلية التي تلحق التشريعات العضوية والعادية والأوامر التشريعية التي يصدرها رئيس الجمهورية في غيبة البرلمان أو التشريعات التفويضية مراقبة حالات مخالفة القواعد الشكلية والإجرائية التي تمر بها عملية تعديل الدستور، سواء من حيث المبادرة بتعديل الدستور أو الأغلبية المطلوبة لإقراره، وفق ما تنص عليه المادتين (210 و 211) من التعديل الدستوري لسنة 1996. وبالتالي يتحقق عيب الشكل والإجراءات بالنسبة لمشروع أو اقتراح تعديل الدستور عندما يكون هناك نص يمس بالمبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري وحقوق الإنسان والمواطن وحريةهما، ولا يمس بالتوازنات الأساسية للسلطات و المؤسسات الدستورية، أو تعديل في العهدة الرئاسية وفق ما تنص

<sup>1</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 23 لسنة 12 ق دستورية بتاريخ 02 يناير 1993؛ وأورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 65.

<sup>2</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 140 لسنة 18 ق دستورية بتاريخ 08 يوليو 2000؛ وأورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع نفسه، ص. 88.

<sup>3</sup> - انظر نص المادة 38 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

<sup>4</sup> - انظر نص المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 124 فقرة 1 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

عليه المادة 212 فقرة أخيرة من التعديل الدستوري لسنة 2016، على أن يراقب القاضي الدستوري مدى التزام  
المشروع بتلك القيود والضوابط الدستورية لتعديل الدستور<sup>1</sup>.

ويعتبر كذلك من القيود الشكلية لعملية تعديل الدستور مبادرة ثلاثة أرباع أعضاء غرفتي البرلمان  
المجتمعين معا باقتراح تعديل الدستور، كما يعد عيبا إجرائيا عدم عرض اقتراح تعديل الدستور على رئيس  
الجمهورية الذي يمكنه أن يعرضه على الاستفتاء الشعبي، الأمر الذي نصت عليه المادة 89 من الدستور  
الفرنسي، والمادة 211 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والمادة 226 من الدستور المصري الحالي<sup>2</sup>.

وترتبط على ما سبق، يمكننا القول بأن حالات مخالفة قواعد الشكل والإجراءات في مجال التشريع في  
الظروف العادية تشمل الرقابة على مدى التزام المشروع بالقواعد الشكلية والإجرائية التي يتطلبها  
الدستور، سواء الشروط الشكلية المنظمة للمبادرة بمشاريع أو اقتراحات القوانين العضوية أو إقرارها.

كما يمتد أيضا دور القاضي الدستوري ليشمل الرقابة على صحة عملية سن التشريعات العادية،  
ومدى التزام المشروع بالضوابط والقيود الشكلية والإجرائية التي يتطلبها الدستور لذلك، ومن ناحية ثانية مراقبة  
مدى التزام رئيس الجمهورية بالحدود التي رسمها له الدستور لممارسة الاختصاصات التشريعية، سواء في حالة  
غياب البرلمان أو بتفويض منه فضلا عن رقابته على صحة إجراءات تعديل الدستور، ذلك بأن مخالفة  
المشروع لقواعد الشكل والإجراءات يعتبر مخالفة دستورية تصم التشريع بعدم الدستورية ليعيب في الشكل  
والإجراءات.

والواقع أن دور القاضي الدستوري في الرقابة لا يقتصر فقط على التأكد من مدى التزام المشروع بقواعد  
الشكل والإجراءات التي يتطلبها الدستور لصحة سن وإقرار التشريع في الظروف العادية، وإنما يمتد دوره

<sup>1</sup> - انظر نص المواد (210 و211 و212) من التعديل الدستوري لسنة 2016 - يقابلها نص المواد (176 و177 و178) من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>2</sup> - تنص المادة 89 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement.  
Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum.....»

كما تنص المادة 226 من الدستور المصري لسنة 2014 على ما يلي: « لرئيس الجمهورية، أو خمس أعضاء مجلس النواب، طلب تعديل مادة، أو أكثر من مواد الدستور، ويجب أن يُذكر في الطلب المواد المطلوب تعديلها، وأسباب التعديل. وفي جميع الأحوال، يناقش مجلس النواب طلب التعديل خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسلمه، ويصدر المجلس قراره بقبول طلب التعديل كليا، أو جزئيا بأغلبية أعضائه. وإذا رفض الطلب لا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل حلول دور الانعقاد التالي. وإذا وافق المجلس على طلب التعديل، يناقش نصوص المواد المطلوب تعديلها بعد ستين يوما من تاريخ الموافقة، فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس، عرض على الشعب لاستفتاءه عليه خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدور هذه الموافقة، ويكون التعديل نافذا من تاريخ إعلان النتيجة، وموافقة أغلبية عدد الأصوات الصحيحة للمشاركين في الاستفتاء... » وبذلك نجد أن النصوص الدستورية السابقة قد بينت بوضوح الشروط الشكلية والإجرائية وكذلك الشروط الموضوعية التي يجب الالتزام بها بمناسبة تعديل الدستور، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب ذلك.

كذلك إلى الرقابة على العيوب الشكلية والإجرائية التي قد تلحق التشريع الصادر عن المشرع في الظروف غير العادية.

### ثانيا: رقابة القاضي الدستوري على العيوب الشكلية التي تلحق بالتشريعات الاستثنائية

وحتى يتسنى لنا معرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيوب الشكلية والإجرائية بالنسبة للتشريعات الاستثنائية سوف نتطرق أولا إلى رقابة القاضي الدستوري على عيب الشكل والإجراءات الذي يشوب التشريعات الاستثنائية في الدستورين الفرنسي والمصري (أ)، ثم رقابة القاضي الدستوري على عيب الشكل والإجراءات الذي يشوب التشريعات الاستثنائية في الدستور الجزائري (ب).

### أ- رقابة القاضي الدستوري على عيب الشكل والإجراءات الذي يشوب التشريعات الاستثنائية في الدستور الفرنسي والمصري

الحقيقة أن كل من الدستور الفرنسي لعام 1958 والدستور المصري لسنة 2014 قد منحا رئيس الجمهورية حق اتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة لمواجهة الظروف الاستثنائية، الأمر الذي نصت عليه المادة 16 من الدستور الفرنسي لعام 1958<sup>1</sup>، ويقابلها نص المادة 156 من الدستور المصري لسنة 2014 ذلك بأن المادة 16 من الدستور الفرنسي لعام 1958 تعد من أهم تطبيقات نظرية الضرورة التي تمنح لرئيس الجمهورية سلطات واسعة جدا لمواجهة الظروف الاستثنائية، إذ تتركز في يده جميع السلطات وهو ما يجعله يحل محل المشرع في ممارسة اختصاصاته التشريعية ويمارس دور القاضي في إصدار الأحكام وتنفيذها<sup>2</sup>.

ونظرا لخطورة الوضع فقد حدد المؤسس الدستوري الفرنسي بموجب المادة 16 من الدستور القيود الإجرائية والموضوعية التي تنظم حق لجوء رئيس الجمهورية إلى ممارسة السلطات الاستثنائية التي منحها له الدستور واتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة لمواجهة الظروف الاستثنائية<sup>3</sup>، حيث اشترط أن يكون السبب في اتخاذ التدابير الاستثنائية هو تعرض أنظمة الجمهورية أو استقلال الوطن أو سلامة أراضيه أو تنفيذ تعهداته الدولية لخطر جسيم وحال، وأن يكون الهدف من ذلك هو تمكين السلطات الدستورية من القيام بمهامها الدستورية المعتادة.

ولقد ثار جدل واسع في الفقه الفرنسي حول مسألة توقف السلطات الدستورية عن مباشرة مهامها المعتادة، بمعنى هل كل تعطيل لعمل السلطات العامة في الدولة يتيح لرئيس الجمهورية تطبيق أحكام المادة 16 من الدستور أو أنه يشترط التوقف الكلي للسلطات الدستورية عن ممارسة مهامها نتيجة تعرض

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 16 من الدستور الفرنسي لعام 1958 .

<sup>2</sup> - انظر، عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 1980، ص. 321؛

- AVRIL .P et GICQUEL. J, Le conseil constitutionnel, Montchrestien, 5<sup>ème</sup> édition, Paris, 2005, p 117.

<sup>3</sup> - BARANGER. D, Le droit constitutionnel ,3<sup>ème</sup> édition ,P .U.F,2006,p.114.

البلاد لخطر جسيم وحال؟ فمنهم من يرى بأن مجرد تعطيل المؤسسات الدستورية عن أداء دورها يمنح لرئيس الجمهورية الحق في استخدام المادة 16 من الدستور، بينما يرى الاتجاه الآخر بأنه يلزم لتطبيق المادة 16 من الدستور التوقف الكلي للمؤسسات الدستورية عن أداء مهامها<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للشروط الشكلية والإجرائية اللازمة لتطبيق المادة 16 من الدستور الفرنسي هو ضرورة إلزامية استشارة الوزير الأول، ورئيسي مجلسي البرلمان، والمجلس الدستوري، وتوجيه خطاب للأمة. ويذهب الفقه بمناسبة التعليق على استشارة المجلس الدستوري بأنها تعد ضمانا كبيرة في مواجهة السلطات الاستثنائية الواسعة الممنوحة لرئيس الجمهورية بموجب نص المادة 16 من الدستور<sup>2</sup>، ومن الشروط الشكلية اللازمة لتطبيق نص المادة 16 من الدستور كذلك ضرورة اجتماع البرلمان بقوة القانون، كما لا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة تلك السلطات الاستثنائية.

وعليه، يعد عيبا إجرائيا كل مساس بأحكام المادة 16 من الدستور، كأن يلجأ رئيس الجمهورية إلى استخدام المادة 16 من الدستور دون استشارة السلطات المعنية أو بعضها بالرغم من أن هذه الاستشارة غير مؤثرة في قرار رئيس الجمهورية في اللجوء إلى ممارسة السلطات الاستثنائية، إلا أنها تعتبر قيادا إجرائيا مُلزم لرئيس الجمهورية عند لجوئه إلى استخدام أحكام المادة 16 من الدستور.

كما يعد عيبا إجرائيا عدم استشارة رئيس الجمهورية المجلس الدستوري فيما يخص الإجراءات المتعلقة بالظروف الاستثنائية أو اللجوء إلى حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة تلك السلطات، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى التزام رئيس الجمهورية لهذه السلطات الاستثنائية.

أما في مصر، بالرغم من أن المؤسس الدستوري قد تبنى المفهوم التقليدي لتوزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وعهد إلى البرلمان سلطة عامة في التشريع، إلا أنه قد منح لرئيس الجمهورية حق إصدار قرارات لها قوة القانون في الحالة الاستثنائية مع مراعاة الشروط الشكلية والموضوعية التي يحددها الدستور لممارسة رئيس الجمهورية للسلطات الاستثنائية<sup>3</sup>.

وبالرجوع إلى الدستور المصري لسنة 2014 نجد أن المادة 154 منه<sup>4</sup> قد استوجبت توافر الشروط الشكلية والموضوعية التي حددها الدستور لممارسة رئيس الجمهورية للسلطات الاستثنائية لمواجهة حالة

<sup>1</sup> - ACQUAVIV.A J, Droit constitutionnel et institutions politique, 7<sup>ème</sup> édition, Gaulino ,P.U. F, 2004, p.142 ; CAILLE. P, L'état d'urgence ,R.D .P, 2007, p.328.

<sup>2</sup> - RILLIR. I, Le chef de l'Etat et le juge constitutionnel gardien de la constitution ,R.D.P, 1999 , N°04, p.1063.

<sup>3</sup> - انظر، حنفي علي جبالي، الدعوى الدستورية، المخالفة الشكلية للدستور، المرجع السابق، ص.7.

<sup>4</sup> - تنص المادة 154 من الدستور المصري لسنة 2014 (يقابلها نص المادة 147 من الدستور المصري لعام 1971 على ما يلي: «يعلن رئيس الجمهورية، بعد أخذ رأي مجلس الوزراء حالة الطوارئ، على النحو الذي ينظمه القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس النواب خلال الأيام السبعة التالية ليقرر ما يراه بشأنه. وإذا حدث الإعلان في غير دور الانعقاد العادي، وجب دعوة المجلس للانعقاد فورا للعرض عليه.

الطوارئ، أي أن هذه المادة قد رسمت لهذا الاختصاص حدوداً ضيقة فرضتها طبيعتها الاستثنائية إذا يعد عيباً إجرائياً إعلان رئيس الجمهورية لحالة الطوارئ دون استشارة مجلس الوزراء أو عدم عرضه على مجلس النواب خلال المدة المحددة في المادة 154 فقرة 01 من الدستور.

كما تعد مخالفة لأحكام المادة 154 من الدستور المصري لسنة 2014 تمديد حالة الطوارئ دون موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب أو عدم عرضه على مجلس الوزراء في حالة غيبة البرلمان، أو عدم عرض قرار التمديد التي عرضه على مجلس الوزراء على مجلس النواب في أول انعقاد له، كما يعتبر كذلك عيباً إجرائياً حل مجلس النواب أثناء سريان حالة الطوارئ، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى تقييد رئيس الجمهورية بأحكام المادة 154 من الدستور المصري لسنة 2014، الأمر الذي أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في 06 يناير 2001<sup>1</sup>.

ولقد اشترطت المادة 156 من الدستور المصري لسنة 2014<sup>2</sup> لاستخدام سلطة التشريع الاستثنائية غياب مجلس النواب، ووجود حالة الضرورة التي تستدعي الإسراع في اتخاذ التدابير اللازمة التي لا تشمل التأخير، على أن يعرض هذا الأمر على مجلس النواب إذا كان قائماً في دورة طارئة، أما إذا كان المجلس غير قائم لحله أو توقف جلساته وجب عرض القرارات بقوانين خلال أجل خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، ذلك بأنه يعد عيباً إجرائياً عدم عرض تلك القرارات على مجلس النواب ويزول كل ما كان لها من قوة قانونية.

---

وفي جميع الأحوال تجب موافقة أغلبية عدد أعضاء المجلس على إعلان حالة الطوارئ، ويكون إعلانها لمدة محددة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، ولا تُمد إلا لمدة أخرى مماثلة، بعد موافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس. وإذا كان المجلس غير قائم، يعرض الأمر على مجلس الوزراء للموافقة، على أن يعرض على مجلس النواب الجديد في أول اجتماع له. ولا يجوز حل مجلس النواب أثناء سريان حالة الطوارئ.»

<sup>1</sup> - لقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 40 لسنة 19 ق دستورية في 06 يناير 2001 على أنه (إذا كانت التدابير العاجلة التي تتخذها السلطة التنفيذية، لمواجهة حالة الضرورة نابعة من متطلباتها، فإن انفكاكها عنها يوقعها في حومة المخالفة الدستورية، ذلك أن توافر حالة الضرورة - بضوابطها الموضوعية التي لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديرها - هي علة اختصاصها بمواجهة الأوضاع الطارئة والضاغطة بتلك التدابير العاجلة، بل هي مناط مباشرتها لهذا الاختصاص، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيمها في الحدود التي رسمها الدستور ولضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية - وهي من طبيعة استثنائية - إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها). انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 40 لسنة 19 ق دستورية في 06 يناير 2001؛ أورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري المرجع السابق، ص 32؛ لمزيد من التفاصيل: انظر، أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص 813.

<sup>2</sup> - تنص المادة 156 من الدستور المصري لسنة 2014 على ما يلي: « إذا حدث في غير انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تشمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض المر عليه. وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك..»

وبناء على ما تقدم، يمكننا القول بأنه يعد عيبا دستوريا من الناحية الشكلية والإجرائية كل مخالفة لأحكام المادتين 154 و156 من الدستور المنظمة لاختصاصات رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى تقييد رئيس الجمهورية وهو بصدد ممارسة سلطاته الاستثنائية بالضوابط الشكلية والإجرائية وكذا الشروط الموضوعية التي حددها له الدستور.

وبعد بيان الحالات التي تنصب عليها رقابة القاضي الدستوري بالنسبة للسلطات الاستثنائية التي يمارسها رئيس الجمهورية في الدستورين الفرنسي لعام 1958 والمصري لسنة 2014، لنا أن نتساءل عن دور القاضي الدستوري في الرقابة على التشريعات الاستثنائية في الدستور الجزائري؟

### ب- رقابة القاضي الدستوري في الرقابة على التشريعات الاستثنائية في الدستور الجزائري

الملاحظ على المؤسس الدستوري الجزائري بأنه قد تأثر بالدستورين الفرنسي والمصري في الاعتراف لرئيس الجمهورية حق اتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة لمواجهة الظروف غير العادية التي تتميز بوجود اضطراب أو عدم الاستقرار في الأمن العام، أو عوامل تحول دون السير العادي والمنتظم للمؤسسات الدستورية أو يهدد أمن البلاد واستقلاله<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل نجده قد ميز بين ثلاث حالات يمارس فيها رئيس الجمهورية سلطاته الاستثنائية، وهي حالة الطوارئ (المادة 105 من التعديل الدستوري لسنة 2016)<sup>2</sup>، الحالة الاستثنائية (المادة 107 من التعديل الدستوري لسنة 2016)<sup>3</sup>، حالة الحرب (المادة 109 من التعديل الدستوري لسنة 2016)<sup>4</sup>، حيث تختلف هذه الحالات فيما بينها من حيث درجة خطورتها على عمل المؤسسات الدستورية وتأثيرها على الحريات العامة ومدة العمل بها، ومن حيث الشروط الموضوعية والشكلية، حيث تنص المادة 105 من التعديل الدستوري لسنة 2016 بأن «يقرر رئيس الجمهورية، إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، والوزير الأول، ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع. ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار، إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا.» وباستقراءنا لنص المادة 105 أعلاه يتضح لنا بأن المؤسس الدستوري الجزائري قد حدد شروطا شكلية وموضوعية لإعلان

<sup>1</sup> - انظر، وجدي ثابت غابريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص. 24؛ رأفت الدسوقي، هيمنة السلطة

التنفيذية على أعمال البرلمان، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2006، ص. 125.

<sup>2</sup> - يقابله نص المادة 91 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>3</sup> - يقابله نص المادة 93 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>4</sup> - يقابله نص المادة 95 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

حالة الطوارئ والحصار، حيث تتمثل الشروط الموضوعية في وجود الضرورة الملحة وتحديد المدة، أما الشروط الشكلية لإعلان حالة الطوارئ أو حالة الحصار هي اجتماع المجلس الأعلى للأمن واستشارة كل من رئيسي غرفتي البرلمان والوزير الأول ورئيس المجلس الدستوري<sup>1</sup>.

ومن ثم يعد عيبا إجرائيا كل مخالفة للقواعد الشكلية والإجرائية المحددة في المادتين 105 و106 من التعديل الدستوري لسنة 2016، كإعلان حالة الطوارئ والحصار بدون اجتماع المجلس الأعلى للأمن أو عدم استشارة السلطات المعنية أو بعضها، كما يعد عيبا إجرائيا الإعلان عن تمديد حالة الطوارئ والحصار بدون موافقة البرلمان على ذلك أو عدم اجتماع غرفتي البرلمان معا، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى التزام رئيس الجمهورية القيود الشكلية والإجرائية، وكذا لشروط الموضوعية اللازمة للإعلان على حالة الطوارئ والحصار<sup>2</sup>.

أما فيما يخص الشروط الشكلية و الموضوعية لتقرير الحالة الاستثنائية ما نصت عليه المادة 107 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>3</sup> على أن «يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها.

ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء.

تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية. ويجتمع البرلمان وجوبا. تنتهي الحالة الاستثنائية، حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها.» ومن ثم لا تكون الضرورة الملحة كافية لإعلان الحالة الاستثنائية بل لا بد من وجود خطر داهم يوشك أن يصيب المؤسسات الدستورية للبلاد أو استقلالها

<sup>1</sup> - والملاحظ على هذه المادة أنها لم تميز بين حالة الطوارئ وحالة الحصار أو تحديد الأسباب التي تبرر الإعلان عن حالة الطوارئ والحصار من قبل رئيس الجمهورية، بل أخضعهما لنفس الأحكام مكتفيا بالإشارة فقط إلى حالة الضرورة الملحة دون تحديد مدلولها<sup>1</sup>، أما بالنسبة للشروط الموضوعية التي حددتها المادة 91 أعلاه هي ضرورة وجود حالة الضرورة الملحة وتحديد المدة، أما الشروط الشكلية لإعلان حالة الطوارئ والحصار هي اجتماع المجلس الأعلى للأمن واستشارة كل من رئيسي غرفتي البرلمان والوزير الأول ورئيس المجلس الدستوري، ويتم تنظيم حالة الطوارئ والحصار بموجب قانون عضوي؛ لقد أعلن رئيس الجمهورية الشاذلي بن جديد حالة الحصار في 04 يونيو 1991 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 196/91، وذلك لمدة أربعة أشهر تسري ابتداء من اليوم الموالي. أما حالة الطوارئ فقد أعلنها المجلس العلى للدولة في 09 فبراير 1992 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 44/92؛ لمزيد من التفاصيل: انظر، نصر الدين بن طيفور، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة سيدي بلعباس 2003، ص. 29.

<sup>2</sup> - انظر نص المادة 106 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 92 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

<sup>3</sup> - يقابلها نص المادة 93 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

أو سلامة ترابها، أما الشروط الشكلية لتقريرها فهي استشارة رئيسي غرفتي البرلمان والمجلس الدستوري، والاستماع للمجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر أن المؤسس الدستوري قد وضع شروطا أوضح وأكثر تقييدا لرئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية مقارنة مع شروط إعلان حالة الطوارئ والحصار، وذلك نظرا لأهمية وخطورة القرار المتعلق بالحالة الاستثنائية، ودرجة تأثيرها على الحريات العامة من ناحية أخرى.

ذلك بأن الفرق بين حالي الطوارئ والحصار والحالة الاستثنائية من حيث الشروط الشكلية الاستماع إلى كل من المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء وليس فقط اجتماع مجلس الوزراء في حالة الطوارئ والحصار، حيث أن الاستماع إلى مجلس الوزراء يعني استعراض إرادة أعضائه والاستماع إلى تقاريرهم المفصلة حول هذا الوضع من كل جوانبه خاصة الأمنية والعسكرية المتوقعة لاتخاذ قرار الحالة الاستثنائية. ولعل من أهم الآثار التي تنجم عن تقرير الحالة الاستثنائية هو انتقال سلطة التشريع إلى رئيس الجمهورية عن طريق الأوامر التشريعية أثناء تلك الفترة، على أن يظل البرلمان مجتمعاً وجوبا طيلة مدة الحالة الاستثنائية لمتابعة الأوضاع الصعبة التي تمر بها البلاد.

ومن ثم، فإنه يترتب على مخالفة أحكام المادة 107 من التعديل الدستوري لسنة 2016 التي تضمنت مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية لممارسة رئيس الجمهورية السلطات الاستثنائية عدم دستورية التدابير والإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية أثناء تقرير تلك الحالة، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى التزام رئيس الجمهورية وتقيده بالشروط الشكلية والموضوعية التي حددها الدستور لتقرير الحالة الاستثنائية، على أن يتم إنهاء العمل بالحالة الاستثنائية بنفس الإجراءات التي اتخذت بها.

هذا إلى جانب حالة الحرب التي تعد أشد خطرا من الحالتين السابقتين، ومن الشروط الموضوعية التي نصت عليها المادة 109 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup> وقوع عدوان فعلي على البلاد أو وشيك

<sup>1</sup> - لتفاصيل أكثر؛ انظر، مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجليلي الياس بسيدي بلعباس، 2005، ص. 133.

<sup>2</sup> - تنص المادة 109 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 95 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على ما يلي: «إذا وقع عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، يُعلن رئيس الجمهورية الحرب، بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري. ويجتمع البرلمان وجوبا. ويوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يُعلمها بذلك»؛ كما تنص المادة 110 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 96 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على ما يلي: «يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات...» ويتضح لنا من نص هاتين المادتين بأن رئيس الجمهورية في حالة الحرب تتركز بيده جميع السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية؛ انظر، صالح بلحاج، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم، المرجع السابق، ص. 209 إلى 213؛ عقيلة خرباشي، المرجع السابق، ص. 87.

الوقوع، أما الشروط الشكلية هي اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيسي غرفتي البرلمان، والاستماع إلى رئيس المجلس الدستوري<sup>1</sup>.

ومن بين الشروط الشكلية لإعلان حالة الحرب هو اجتماع البرلمان وجوبا بالرغم من إيقاف العمل بالدستور طيلة فترة الحرب، على أن يقوم رئيس الجمهورية بتوجيه خطاب إلى الأمة يعلمها فيه بدخول البلاد في حالة حرب وأسباب ذلك. ومن الآثار المترتبة على إعلان حالة الحرب هو تعليق العمل بالدستور وتولي رئيس الجمهورية جميع السلطات، غير أن إيقاف العمل بالدستور لا يعني إلغاء المؤسسات القائمة أو تجميد نشاطها ويظل نشاطها متوقفا على تقرير رئيس الجمهورية، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى تقييد رئيس الجمهورية واحترامه للضوابط والقيود الشكلية والإجرائية المتعلقة بحالة الحرب.

وترتبا على ما سبق، يمكننا القول بأن رقابة القاضي الدستوري على عيب الشكل والإجراءات في التشريعات الاستثنائية تشمل الأوامر (قرارات أو مراسيم) التي يصدرها رئيس الجمهورية في الظروف غير العادية والتي يتجاوز فيها هذه الأخير القيود الشكلية والإجرائية التي حددها الدستور لتقريرها. ذلك بأنه يترتب على مخالفة رئيس الجمهورية للقواعد الشكلية المنظمة لسلطاته الاستثنائية بطلان الأوامر أو التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في الظروف غير العادية، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى التزام رئيس الجمهورية بالقيود والضوابط الدستورية المنظمة للسلطات الاستثنائية التي يمارسها رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية.

ومما سبق، يمكننا القول بأن عيب الشكل والإجراءات يعتبر من أوضاع العيوب التي تصيب التشريع بسهولة إثباته، وأن سلطة المشرع بالنسبة لعنصر الشكل والإجراءات تكون مقيدة بالقواعد الشكلية والإجرائية التي يتطلبها الدستور، ذلك بأن مخالفة المشرع للقواعد الشكلية والإجرائية التي يتطلبها الدستور لصحة التشريع تصم هذا التشريع بعدم الدستورية لعيب في الشكل والإجراءات، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى مراعاة المشرع لتلك القواعد وتقييده بها وهو بصدد تنظيم أو تسوية مسألة معينة تدخل ضمن اختصاصه التشريعي الذي منحه له الدستور.

والخلاصة التي يمكننا الوصول إليها من خلال دراستنا لدور القاضي الدستوري في الرقابة على العيوب الشكلية التي تشوب التشريعات الصادرة من قبل المشرع، وبالرغم من أن المشرع لا يملك أي مجال للتقدير أو أية سلطة تقديرية اتجاه عناصر المشروعية الخارجية للتشريع، فإن سلطة المشرع مقيدة بقواعد توزيع

<sup>1</sup> - تجدر الإشارة إلى أن هذه الاستشارة غير ملزمة لرئيس الجمهورية وتبقى مجرد حوار وتبادل للرأي بين رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان، فهو يتمتع بسلطة إعلان الحرب أو لا؛ انظر، محمد عبد المطلب الخشن، الوضع القانوني لرئيس الدولة في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 167؛ مرابط فدوى، السلطة التنفيذية في بلدان المغرب العربي، دراسة قانونية مقارنة، مركز دراسات الوحدة العربية، 2010، العدد 86، بيروت، ص 97.

الاختصاص كما حددها الدستور، وهو مُلزم بضرورة مراعاة القواعد الإجرائية والشكلية التي يتطلبها الدستور لصحة التشريع .

وينصب دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيوب الشكلية من خلال مراقبة مدى التزام المشرع بقواعد الاختصاص كما حددها الدستور، والتي تمتد كذلك إلى الرقابة على السلوك السلي للمشرع لامتناعه أو سكوته عن تنظيم أو تسوية مسألة تدخل ضمن نطاق الاختصاص التشريعي الذي أوكله له الدستور، فضلاً عن مراقبة مدى التزام المشرع بقواعد الشكل، والإجراءات كما حددها الدستور.

وإذا كان التشريع كما قلنا سابقاً يتكون من عناصر تتعلق بالمشروعية الخارجية للتشريع، ومنها ما يتعلق بعناصر المشروعية الداخلية أو الموضوعية للتشريع، ولما كان دور القاضي الدستوري فيما يخص العيوب التي تلحق عناصر المشروعية الخارجية (العيوب الشكلية) التي تشمل حالات تجاوز المشرع لقواعد الاختصاص كما حددها الدستور، وعدم التقيد بالشروط الشكلية والإجرائية التي يتطلبها الدستور لصحة التشريع، لنا أن نتساءل عن دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع تطبيقاً لرقابته على العيوب التي تلحق بعناصر المشروعية الداخلية (العيوب الموضوعية التي تصيب التشريع)؟

## الفصل الثاني

### الحدود الدنيا لرقابة القاضي الدستوري على عناصر المشروعية الداخلية للتشريع

الحقيقة أن دور القاضي الدستوري في الرقابة لا يقتصر فقط على عناصر المشروعية الخارجية للقانون، وإنما يمتد كذلك إلى الرقابة على المخالفات الموضوعية لأحكام الدستور، أي أنه لا يكفي لصحة التشريع أن يلتزم المشرع بقواعد الاختصاص وقواعد الشكل والإجراءات كما حددها الدستور، وإنما يجب أن يكون التشريع كذلك متفقاً مع القواعد والضوابط الموضوعية التي حددها الدستور.

وإذا كان نطاق السلطة التقديرية للمشرع فيما يخص عناصر المشروعية الداخلية للتشريع يتسع ويضيق من عنصر لآخر، فإن العيوب الداخلية أو الموضوعية التي تصم التشريع بعدم الدستورية تكون إما لعيوب في السبب الذي يقوم عليه التشريع، أو عيب في محله، أو عيب في الغاية التي يستهدفها التشريع.

أي أن دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيوب الموضوعية التي تلحق بالتشريع تشمل الرقابة على مدى تناسب التشريع ومدى ملاءمته، وكذا الرقابة على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عماد محمد أبو حليمة، الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2015، ص. 663؛ حسن علي إبراهيم، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص. 274؛ جلول شيتور، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، بدون سنة نشر، العدد 04، ص. 64 إلى 90.

- ROUSSEAU .D, Droit du contentieux constitutionnel, 9<sup>ème</sup> édition ,Montchrestien ,Paris, 2010, p. 541.

والأصل أن القاضي الدستوري لا يراقب ملاءمات التشريع ولا يحل تقديره محل تقدير المشرع، إلا أنه يمكن للقاضي الدستوري أن يراقب السلطة التقديرية للمشرع في الحالة التي يتجاوز فيها المشرع حدود سلطته التقديرية ضمنا لمبدأ سمو الدستور، كأن يصدر المشرع تشريعا من شأنه أن يمس مثلا بحق من الحقوق، أو حرية من الحريات العامة، أو يخل بأحد المبادئ ذات القيمة الدستورية، أو يهدر بأصل الحق أو الحرية، أو يضع قيودا تجعل ممارستها أكثر إرهاقا<sup>1</sup>.

ذلك بأن القاضي الدستوري وهو بصدد أعمال رقابته على التناسب في التشريع التحقق من مدى التوافق بين عنصري السبب والمحل في التشريع، وذلك من خلال تقدير مدى أهمية الوقائع وفحصها وبيان أهميتها وآثارها، وكذا تقدير الإجراء المتخذ ونوعه وحجمه ومدى جسامته .

بمعنى أن رقابة القاضي الدستوري على التناسب التشريعي تعني البحث عن المخالفات الموضوعية لأحكام الدستور تطبيقا للرقابة على عنصر المحل في التشريع والعيوب التي تلحق به من جهة؛ ومن جهة ثانية، الرقابة على تقدير المشرع للوقائع من خلال الرقابة على صحة الوقائع وتكييفها القانوني ومدى ملاءمتها تطبيقا للرقابة على عنصر السبب في التشريع (الغلط البين في التقدير)<sup>2</sup>.

أما عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية يتعلق أساسا بالغاية من التشريع، إذ يتعين في التشريع أن يستهدف الغاية التي قصدها المؤسس الدستوري، وهي تحقيق المصلحة العامة، و المشرع وهو بصدد أعمال سلطته التقديرية في اختيار وترجيح الوسائل والبدائل والخيارات المطروحة عليه، أن يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة التي عهد إليه الدستور أمر تحقيقها؛ حيث يتحقق عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية في الحالة التي يستهدف فيها المشرع غاية أخرى دون تحقيق المصلحة العامة، كأن يضع تشريعا المهدف منه تحقيق مصلحة خاصة أو مصلحة حزب معين أو جماعة معينة، أو أن تكون الغاية من التشريع هو الإضرار بشخص أو مجموعة أشخاص بخلاف ما تقتضيه المصلحة العامة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- انظر، عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، المرجع السابق، ص. 12؛ حنفي علي جبالي، المسؤولية عن القوانين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 463؛ انظر، رابح بوسالم، المجلس الدستوري الجزائري (تنظيمه وطبيعته)، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري بقسنطينة، سنة 2004-2005، ص. 126 إلى 129؛

- THIBAUD .V, Le raisonnement du juge constitutionnel Jalons pour une structuration herméneutique du discours juridique, Thèse de doctorat en droit public, Université lumière Lyon 2, Faculté de droit et science politique, 2011, p.78.

<sup>2</sup> - انظر، عصام البرزنجي، المرجع السابق، ص. 418؛ انظر، جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة)، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص. 15؛ خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص. 98.

<sup>3</sup> - BOCKEL.A, Le pouvoir discrétionnaire du législatif, op cit, p.42 ; ROUSSEAU.D, op cit, p.26 ; FAVOREUX. L et PHILIP. L, Le conseil constitutionnel, 3<sup>ème</sup> édition, PUF, Paris, 1978, p. 59.

ذلك بأن البحث عن الحدود الدنيا لرقابة القاضي الدستوري على عناصر المشروعية الداخلية للتشريع يطرح العديد من التساؤلات حول ما هو دور القاضي الدستوري في الرقابة على التناسب التشريعي؟، وهل يمكن للقاضي الدستوري أن يستند على فكرة الخطأ الظاهر في التقدير وهو بصدد أعمال رقابته على عنصر السبب في التشريع تطبيقاً للرقابة على تقدير المشرع للوقائع؟ وكذا دور القاضي الدستوري في الرقابة على عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية؟ وللإجابة على هذه التساؤلات سوف نتطرق أولاً إلى بيان دور القاضي الدستوري في الرقابة على التناسب في التشريع (المبحث الأول)، ثم دور القاضي الدستوري في الرقابة على عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### رقابة القاضي الدستوري على التناسب في التشريع

لقد نشأت الرقابة على التناسب بداية في القضاء الإداري من خلال الرقابة على عنصري السبب والمحل في القرارات الإدارية، حيث تنصب رقابة القاضي الإداري على عنصر السبب للتحقق من صحة الوقائع أو التكيف القانوني لها، وكذا فحص وتقدير الإجراء المتخذ ونوعه تطبيقاً للرقابة على محل القرار الإداري، على أن المقصود بالتناسب في القانون الإداري هو ضرورة وجود توافق بين سبب القرار الإداري و الأثر المترتب عليه (محلّه)<sup>1</sup>.

وبالبناء على ما سبق، يمكننا القول بأن رقابة التناسب في القانون الإداري تقوم على عنصرين الأول يتعلق بتقدير أهمية الوقائع التي يقوم عليها القرار الإداري، أما الثاني يتعلق بتقويم الإجراء المراد اتخاذه ومدى مشروعيته وتناسبه مع الوقائع التي أدت إلى استصدار القرار. وإذا انتقلنا إلى نطاق القانون الدستوري يقصد بالتناسب التشريعي التوافق بين سبب التشريع ومحلّه، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيوب التي تلحق سبب التشريع ومحلّه؟.

ولمعرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على التناسب التشريعي سوف نتطرق أولاً إلى دور القاضي الدستوري في الرقابة على عنصر المحل في التشريع والعيوب التي تلحق به (المطلب الأول)، ثم رقابة القاضي الدستوري على عيب السبب في التشريع (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> - انظر، محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص. 138؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 48؛ محمد فريد سيد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق قسم القانون العام، 1989، ص. 32.

## المطلب الأول

### رقابة التناسب التشريعي والعيب الذي يلحق محل التشريع

إذا كان القضاء الإداري قد تبنى فكرة الرقابة على التناسب بين سبب القرار الإداري ومحلّه وكذا الغاية منه، فإن القضاء الدستوري هو الآخر قد بسط رقابته على التناسب في المجال التشريعي تطبيقاً لرقابته على عنصر السبب في التشريع والإجراء الذي اختاره المشرع الذي يمثل محل التشريع، وتمتد رقابته كذلك إلى الرقابة على الغاية التي استهدفها المشرع من وراء إصدار هذا التشريع<sup>1</sup>.

ففي هذا المجال ينبغي التمييز بين رقابة القاضي الدستوري على التناسب في التشريع ورقابته على الإجراء الذي يتضمنه التشريع (محل التشريع) للتحقق من مدى انطواء الإجراء على مخالفة لأحد النصوص الدستورية أو أحد المبادئ ذات القيمة الدستورية، كما ينبغي علينا كذلك التمييز بين رقابة القاضي الدستوري على التناسب في التشريع ورقابته على عنصر السبب الذي يتمتع فيه المشرع بسلطة تقديرية، وكذا التمييز بين رقابة التناسب في التشريع ورقابة القاضي الدستوري على عنصر الغاية التي تعد النتيجة النهائية التي تربط بين عنصري المحل والسبب في التشريع<sup>2</sup>. ولقد استطاع القاضي الدستوري عن طريق رقابة التناسب في التشريع أعمال رقابته على السلطة التقديرية للمشرع بغية الوقوف على مدى الارتباط بين سبب التشريع ومحلّه وكذا الغاية منه .

ولما كان العيب الذي يلحق محل التشريع يعتبر من أهم أوجه عدم الدستورية من الناحية العملية، لأن المؤسس الدستوري عندما يفرض على المشرع قيوداً موضوعية يجب عليه مراعاتها عند سن أي تشريع، لنا أن نتساءل عن دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيوب التي تلحق محل التشريع تطبيقاً لرقابته على التناسب بين سبب التشريع ومحلّه؟ وللإجابة على هذا التساؤل سوف نتطرق أولاً إلى تحديد مفهوم رقابة التناسب في التشريع (الفرع الأول)، ثم دور القاضي الدستوري في الرقابة على مخالفة المشرع لقواعد الدستور الموضوعية (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - انظر، يسرى محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مقال منشور بمجلة الدستورية، أكتوبر 2010، مصر، العدد 18، السنة الثامنة، ص. 19، محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، المرجع السابق، ص. 139.

<sup>2</sup> - انظر، عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص. 19؛

## الفرع الأول

### مفهوم رقابة التناسب في التشريع

لقد استطاع القاضي الدستوري في فرنسا ومصر أن يبسط رقابته على عنصر التناسب في التشريع كصورة من صور الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، ففي فرنسا أقر المجلس الدستوري بحقه في الرقابة على التناسب في التشريع والحكم بعدم دستورية القانون الذي يتضمن إجراء أكثر تقييدا للحق أو الحرية إذا كان هناك إجراء أقل تقييدا ولم يقيم المشرع باختياره. ومن تطبيقات الأحكام الصادرة بعدم دستورية نصوص تشريعية تأسيسا على عدم التناسب في التشريع فيما يخص القانون الانتخابي، وكذلك في مجال تقدير ضرورة العقوبات ومدى تناسبها مع المخالفات<sup>1</sup>.

ومن تطبيقات ذلك في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر الرقابة على مدى توافر الضرورة التي تبرر إصدار قرارات بقوانين لها قوة القانون في حالة غيبة مجلس الشعب تطبيقا لنص المادة 174 من دستور 1971 (يقابلها 156 نص المادة من الدستور المصري لسنة 2014)<sup>2</sup>، تقرير مدى توافر العدالة الاجتماعية في الضرائب والرسوم تطبيقا لنص 38 من الدستور (يقابلها 38 نص المادة من الدستور المصري لسنة 2014)<sup>3</sup>، رقابة مدى عدالة التعويض في حالات التأميم وفقا لنص المادة 35 من الدستور (يقابلها 35 نص المادة من الدستور المصري لسنة 2014)<sup>4</sup>، رقابة درجة تقييد المشرع للحقوق والحريات التي عهد إليه الدستور أمر تنظيمها<sup>5</sup>.

أما في الدستور الجزائري، نجد أن المجلس الدستوري الجزائري حريص على أن تكون النصوص التشريعية متفقة مع أحكام الدستور، ليقضي بمطابقة أو عدم مطابقة النص التشريعي مع أحكام الدستور متأثرا في

<sup>1</sup> - انظر، عماد محمد محمد أبو حليمة، الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2015، ص 665؛ جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 17؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 19؛ خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 99؛

- BOCKEL.A, Le pouvoir discrétionnaire du législatif, op cit ,p.4 5; GICQUEL. J, Droit constitutionnel et institutions politiques ,op cit ,p.92.

<sup>2</sup> - انظر نص المادة 156 من الدستور المصري لسنة 2014.

<sup>3</sup> - انظر نص المادة 38 من الدستور المصري لسنة 2014.

<sup>4</sup> - انظر نص المادة 35 من الدستور المصري لسنة 2014.

<sup>5</sup> وفي هذا المجال اتجه جانب من فقه قضاء المجلس الدستوري في تونس إلى القول بأن الرقابة على الاستثناءات التي يقرها المشرع مثلا في مجال الحقوق والحريات العامة لا تقتصر فقط على مراقبة شكلها وموجباتها، بل تمتد كذلك إلى الرقابة على جوهر الحقوق والحريات ذاتها للقول بتناسبها وتلاؤمها مع أحكام الدستور أم لا. ومن تطبيقات ذلك في القضاء الدستوري التونسي ما قضى به المجلس الدستوري التونسي فيما يخص ضمان حرية الفرد تطبيقا لنص الفصول (22 و38 و49) من الدستور التونسي لسنة 2014، حماية المعطيات الشخصية تطبيقا لنص الفصلين 31 و49 من الدستور التونسي لسنة 2014، ضمان حق الملكية تطبيقا لنص الفصلين 41 و49 من الدستور لسنة 2014، والهدف من ذلك هو الحرص على جعل القوانين أكثر تناسبا وتلاؤما مع الحقوق والحريات العامة والضمانات الدستورية المقررة لها، وحتى لا تؤدي هذه القيود أو الاستثناءات إلى إصدار أو المساس بجوهر هذه الحقوق والحريات العامة؛ انظر نص الفصول (22 و31 و38 و49 من الدستور التونسي لسنة 2014).

ذلك بالقضاء الدستوري الفرنسي والمصري، ذلك بأن تحديد مفهوم التناسب في التشريع يقتضي منا تعريفه (أولاً) والبحث عن معيار لإثبات التناسب في التشريع (ثانياً).

### أولاً: تعريف التناسب في التشريع والتمييز بينه وبين ما يرتبط به من مفاهيم

المستقر عليه في القضاء الدستوري الفرنسي والمصري هو الأخذ برقابة التناسب في التشريع كآلية للرقابة على السلطة التقديرية للمشرع بغية التحقق من مدى تناسب الخيارات أو الحلول التي اختارها المشرع للمسألة محل التنظيم التشريعي أم لا.

وحتى يتسنى لنا بيان تطبيقات الرقابة على التناسب في التشريع سوف نتطرق أولاً إلى تعريف رقابة التناسب في التشريع (أ)، والتمييز بين تعريف التناسب التشريعي وبين ما يرتبط به من مفاهيم (ب).

### أ- تعريف التناسب في التشريع

لتحديد معنى التناسب التشريعي يتوجب علينا الرجوع أولاً إلى تعريفات التناسب في المجال الإداري، باعتبار أن فكرة التناسب قد استقرت أولاً في مجال القانون الإداري وقضاؤه، وعليه سنتناول تعريف التناسب في المجالين الإداري ثم الدستوري.

تشتق كلمة التناسب من كلمة نسب وانتسب واستنسب أي ذكر نسبه، وتعني القرابة أو الصلة، كما تعني التشابه، والتناسب يمكن تقسيم دلالاته إلى تناسب ملائم وتناسب معقول<sup>1</sup>.

ويقصد بالتناسب في اللغة الفرنسية proportion العلاقة أو الصلة بين شيء و آخر، أو العلاقة بين الأجزاء ببعضها أو بينها وبين الكل<sup>2</sup>. أما في اللغة الإنجليزية تعني كلمة proportion جزءاً أو قسماً من الكل، أما المتناسب Inproportion تعني أن الشيء في علاقة صحيحة بالشيء أو الأشياء الأخرى، أما المناسب Proportional فهو المتوافق في الحجم أو الكمية أو الدرجة لشيء ما<sup>3</sup>.

وقد وردت في القرآن الكريم آيات بينا للدلالة على إلزامية التناسب عند تشابه أو إتحاد الظروف، ومن ذلك قوله تعالى ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوِبْتُمْ بِهِ...﴾<sup>4</sup>، وقوله تعالى ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا...﴾<sup>5</sup>، ومن ذلك أيضاً قوله تعالى ﴿وَقَالُوا رَبَّنَا عَجِّلْ لَنَا قِطْنَآ قَبْلَ يَوْمِ الْحِسَابِ﴾<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، قاموس لسان العرب لابن المنظور (مادة نسب)، ص. 530؛ جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص. 15.

<sup>2</sup> - Dictionnaire petit La rousse, Paris, 1987, p. 814.

<sup>3</sup> - Advanced Oxford dictionary, London 1995, Paris, 1987, p. 930.

<sup>4</sup> - سورة النحل الآية 126.

<sup>5</sup> - سورة الشورى الآية 40.

<sup>6</sup> - سورة ص الآية 16.

أما المعنى الاصطلاحي للتناسب من الناحية القانونية يعني الصلة بين الشيء ومحلّه، والتناسب في المجال الإداري هو التوافق بين سبب القرار ومحلّه، أو يقصد به الصلة أو العلاقة بين سبب القرار ومحلّه أو موضوعه<sup>1</sup>.

وتتحقق رقابة القاضي الإداري على عنصر السبب في القرار الإداري بالتحقق من صحة وجود الوقائع المكونة لهذا العنصر والتكييف القانوني لها، أما بالنسبة لعنصر المحل يستطيع القاضي الإداري التحقق من مدى مشروعية الإجراء الذي اتخذته الإدارة مع مراعاة أهمية وخطورة الوقائع التي يقوم عليها القرار الإداري، ليستطيع القاضي الإداري من وراء ذلك الوقوف على مدى تناسب سبب القرار الإداري والأثر المترتب عليه (المحل)<sup>2</sup>.

ومن ثم، فإن رقابة التناسب في المجال الإداري تقوم على عنصرين؛ الأول، يتعلق بتقدير أهمية الوقائع التي تستوجب إصدار القرار الإداري؛ والثاني، يرتبط بتقدير الإجراء المراد اتخاذه ومدى تناسبه مع الواقع<sup>3</sup>. أما التناسب في المجال الدستوري يعني التوافق بين التشريع الصادر من البرلمان ومدى المعالجة القانونية للواقع الذي صدر التشريع من أجله، والآثار القانونية المترتبة على تطبيقه، بحيث يتحقق للتشريع التناسب بين سبب التشريع ومحلّه.

كما يُعرف البعض التناسب في التشريع بأنه العلاقة بين سبب التشريع ومحلّه، أي مدى التوافق والتقارب والتناسق بين الحالة الواقعية والقانونية التي دفعت السلطة المختصة لإصدار هذا التشريع، وبين محل أو موضوع التشريع ذاته، أي الأثر القانوني الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه من وراء إصدار هذا التشريع<sup>4</sup>. كما يُعرف البعض الآخر التناسب التشريعي بأنه التوافق بين محل التشريع وغايته، وحتهم في ذلك أن طبيعة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة تختلف عن طبيعة الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع. فإذا كان التناسب في القانون الإداري يكون بين سبب القرار الإداري ومحلّه لأن القاضي الإداري ينال برقابته عنصر السبب في القرار، فإنه لا يجوز القول بأن التناسب في التشريع يعني التوافق بين سبب التشريع ومحلّه، لأن القاضي الدستوري لا رقابة له أصلاً على سبب التشريع الذي يتمتع فيه المشرع بسلطة تقديرية واسعة، كما أن القاضي الدستوري عندما يبحث عن الأسباب التي دفعت المشرع إلى إصدار التشريع يكون قد أدخل بمبدأ الفصل بين السلطات وإحلال إرادته محل إرادة المشرع<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 184؛ خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 100.

<sup>2</sup> - انظر، سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 358.

<sup>3</sup> - انظر، محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، قضاء الإلغاء في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 179.

<sup>4</sup> - انظر، عماد محمد محمد أبو حليمة، المرجع السابق، ص 667.

<sup>5</sup> - انظر، عماد محمد محمد أبو حليمة، المرجع نفسه، ص 669.

ولقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن التناسب يعني العلاقة بين الوسائل التي اختارها المشرع والأغراض التي يسعى إلى تحقيقها من وراء تدخله، كما يقرر جانب آخر بأن رقابة القاضي الدستوري على التناسب تستدعي ضرورة وجود علاقة بين الإجراء الذي اختاره المشرع (محل التشريع) والغاية من إصداره<sup>1</sup>.

ويتجه آخرون في إطار تعريفهم للتناسب التشريعي بأن رقابة التناسب تنصب أساساً على جوهر السلطة التقديرية للمشرع، حيث يراقب القاضي الدستوري العلاقة بين النص التشريعي وقواعد الدستور للوقوف على مدى التناسب بين الوسائل المستخدمة والغاية المستهدفة من إصدار التشريع<sup>2</sup>.

كما يتجه جانب آخر من الفقه إلى القول بأن رقابة التناسب التشريعي هي عملية حركية ومعقدة تتعلق بعدة عناصر فهي تتعلق بالعلاقة بين موضوع النص الصادر ونصوص الدستور أو المبادئ ذات القيمة الدستورية، كما تتعلق أيضاً بالوسائل المستخدمة والغايات المستهدفة للوقوف على مدى توافق معاني النص التشريعي مع المعاني التي يقصدها المؤسس الدستوري، ويقدر التقارب أو التباعد بين الأثر القانوني للتشريع (محل التشريع)، والأغراض التي يستهدفها المشرع، يقضي القاضي الدستوري بتناسب أو عدم تناسب التشريع موضوع الرقابة الدستورية.

الحقيقة أننا نتفق مع القول بأن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في عنصر السبب في التشريع، فإذا نظرنا مثلاً إلى طبيعة الرقابة الدستورية على القوانين لا يجوز للقاضي الدستوري أن يتدخل في مجال السلطة التقديرية للمشرع، أو أن يقوم بالموازنة بين سبب التشريع ومحلّه، لأن ذلك يعد من أهم مظاهر السلطة التقديرية للمشرع، وبالتالي يُحظر على القاضي الدستوري مراقبة عنصر السبب إلا في الحالات التي يحدد فيها الدستور للمشرع أسباباً معينة للتدخل.

غير أنه يؤخذ على هذا القول بالنظر إلى تطور الرقابة على دستورية القوانين، بحيث أصبح القاضي الدستوري بإمكانه مراقبة عنصر السبب في التشريع إعمالاً لفكرة الخطأ البين (الغلط البين) في التقدير من أجل التحقق من صحة الوقائع التي استند عليها المشرع من أجل إصدار التشريع والتكييف القانوني لها ومدى ملاءمتها.

<sup>1</sup> - انظر، يسرى محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مجلة الدستورية، أكتوبر 2010، مصر، العدد 18، السنة 08، ص. 19.

- MARINESE. V.L'idéal législatif du conseil constitutionnel étude sur les qualités de la loi, Thèse pour le doctorat en droit, Université PARIS-X-Nante, 2007, p.681.

<sup>2</sup> - انظر، عيد حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص. 23.

ومن ثم، فإننا لا نتفق مع القول بأن التناسب هو العلاقة بين محل التشريع وغايته، باعتبار أن التناسب التشريعي يرتبط بمدى التوافق والتقارب والتناسق بين الحالة الواقعية والقانونية التي دفعت المشرع إلى إصدار التشريع وبين موضوع التشريع ذاته الذي يتمثل في الأثر القانوني المترتب عليه، كما أن الغاية هي النتيجة النهائية أو الأثر النهائي الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه من وراء إصدار التشريع، ذلك بأن المشرع عندما يحدد بواعث التشريع والأهداف التي يسعى إلى تحقيقها، ليختار التنظيم أو الإجراء المناسب لتحقيق أهدافه، فإن كل ذلك يرتبط بالغايات التي يسعى المؤسس الدستوري إلى تحقيقها وهي تحقيق المصلحة العامة.

وعليه، يمكننا القول بأن التناسب في التشريع يعني التناسب أو التوافق والتناسق والعلاقة بين سبب التشريع ومحلّه، مع ارتباط هذا التناسب بغاية التشريع التي تستهدف دائما تحقيق المصلحة العامة. وبعد تحديد معنى التناسب في التشريع يتوجب علينا التمييز بينه وبين ما يرتبط أو يختلط به من مفاهيم.

### ب- التمييز بين تعريف التناسب التشريعي وما يرتبط به من مفاهيم

قد يختلط مفهوم التناسب ببعض المفاهيم كالملاءمة والسلطة التقديرية، فإذا كانت الملاءمة من الناحية القانونية تعني توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والموضوع الذي يواجهه. والملاءمة في المجال الدستوري تعني ملاءمة وسائل وآليات التشريع مع مقاصده وأهدافه وتناسب نصوصه مع نص الدستور وروحه، أما التناسب فهو صلة داخلية في العمل القانوني بين بعض مكوناته أو أركانه، وبالتحديد بين سبب التشريع ومحلّه، ويدخل في هذه العلاقة الغاية أو الهدف من وراء إصداره<sup>1</sup>.

حيث اتجه البعض في مجال التمييز بين التناسب والملاءمة إلى القول بأن التناسب يرتبط بالنتائج المراد تحقيقها من وراء إصدار هذا القرار، والأسلوب الأمثل لتحقيق تلك النتائج، أما الملاءمة فهي ترتبط بالإجراء الذي نص عليه التشريع كوسيلة لتحقيق النتائج<sup>2</sup>.

وتدخل كل من الملاءمة والتناسب في نطاق السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع في إطار الحدود التي أقرها الدستور، ولما كانت السلطة التقديرية هي مجال اختصاص المشرع، الذي يعمل فيه بحرية وأن جوهر السلطة التقديرية يقوم على الإطلاق، ومعالمها هي تمتع المشرع بجانب من الحرية في تقدير مدى خطورة الوقائع واختيار الوقت المناسب للتدخل، وكذا استخدام الوسائل الملاءمة للتنظيم.

ذلك بأنه قد يقع الخلط بين مفهوم السلطة التقديرية للمشرع وبين التناسب التشريعي، إذ يرى البعض أن السلطة التقديرية هي الحرية في تقدير مدى تناسب الإجراء المتخذ<sup>1</sup>، كما يذهب البعض الآخر إلى أن

<sup>1</sup> - انظر، عماد محمد محمد أبو حليلة، المرجع السابق، ص. 681؛ عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، المرجع السابق، ص. 24.

<sup>2</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 20؛ خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص. 102.

السلطة التقديرية هي تمتع الإدارة بجزية قيام التناسب بين سبب التشريع وأثره القانوني المتمثل في محل التشريع.

ومما سبق، يمكننا القول بأنه لا يوجد تطابق بين مفهوم التناسب، ومفهوم السلطة التقديرية، ومفهوم الملاءمة، فلكل منها له معناه، فالسلطة التقديرية هي المجال الذي يباشر فيه المشرع اختصاصاته بجزية والتي تعتبر الأصل أما السلطة المقيدة فهي الاستثناء.

أما الملاءمة فهي صفة للتشريع إذا ما روعي فيه حسن تقدير الإجراء بما يتناسب وخطورة وأهمية السبب، وبالتالي فالملاءمة ليست بالمجال الذي يتصرف فيه المشرع، ولكنها تقع داخل مجال السلطة التقديرية للمشرع ولا حقة على وجوده، بمعنى لا يمكننا الحديث عن مفهوم الملاءمة إلا بصدد الحديث عن مجال السلطة التقديرية للمشرع الذي يجري فيه المشرع العديد من الملاءمات والاختيار بين عدة بدائل أو حلول للمسألة محل التنظيم التشريعي.

أما التناسب فهو التوافق والتناسق بين سبب التشريع ومحل مع ارتباطه بعنصر الغاية في التشريع، فهو يمثل أهم جوانب الملاءمة، وأن التناسب التشريعي يعد أحد أهم الملاءمات في مجال السلطة التقديرية للمشرع، وعليه يمكننا القول بأن كل من التناسب والملاءمة يعتبران جوهر السلطة التقديرية للمشرع . وبعد تعريف التناسب التشريعي والتمييز بينه وبين مفهوم السلطة التقديرية للمشرع ومفهوم الملاءمة، لنا أن نتساءل عن المعيار المعتمد لإثبات التناسب التشريعي؟

### ثانيا : المعيار المعتمد لإثبات التناسب التشريعي

إذا كانت بعض الأنظمة الدستورية تنص صراحة على حق القاضي الدستوري في الرقابة على التناسب في التشريع كالدستورين الألماني والإيطالي، ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 08 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تقضي بأن القيود التي يمكن وضعها وفقا لهذه الاتفاقية على الحقوق والحريات المذكورة لا يمكن تطبيقها إلا في إطار الهدف الذي من أجله تم النص عليها، وبالتالي ينصرف مفهوم التناسب إلى الرابطة التبادلية بين القيود التي ترد على الحقوق والحريات العامة وبين الوسائل المستخدمة في ذلك<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص. 240؛

- ROUDIER. K, Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne, Thèse pour le doctorat en droit public, faculté de droit, Université du sud Toulon Var, France, 2011, p.144 .

<sup>2</sup> - تنص المادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية الصادرة في 4 نوفمبر 1950 بروما على ما يلي: « الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية: 1. لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة والعائلية وحرمة منزله ومراسلاته.

2. لا يجوز حصول تدخل من السلطة العامة في ممارسة هذا الحق، إلا بالقدر الذي ينص فيه القانون على هذا التدخل، والذي يشكل فيه هذا الأخير تديراً ضرورياً في المجتمع الديمقراطي، للأمن الوطني أو السلامة العامة أو رفاهية البلد الاقتصادية أو الدفاع عن النظام أو منع الجرائم الجزائية أو حماية الصحة أو الأخلاق أو حماية حقوق الغير وحرياته. »

فإن القاضي الدستوري في الأنظمة الدستورية الأخرى قد أعمل رقابته على التناسب في التشريع على الرغم من عدم وجود نص دستوري يقر ذلك كالدستور الفرنسي و الجزائر والمصري، كما أن رقابة التناسب في التشريع تجد أساسها كذلك في مبدأ سيادة القانون الذي يعد من المبادئ الأساسية لقيام دولة القانون، ذلك بأن استخدام القاضي الدستوري لآلية التناسب يعتبر كضمانة لاحترام قواعد الدستور وكفالة حقوق وحرية الأفراد، وبقدر هذا التباعد أو التوافق بين المعالجة القانونية للوقائع التي صدر التشريع من أجلها وبين الآثار المترتبة على تطبيقه ووسائل تحقيقها مع مراعاة الأغراض التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من وراء إصداره التشريع، وعلى هذا الأساس يقضي القاضي الدستوري وهو بصدد أعمال رقابته على تقديرات المشرع بعدم دستورية التشريع في حالة عدم وجود التوافق بين سبب التشريع ومحله، أو يقضي بدستوريته في حالة إقراره بوجود تناسب أو توافق بين سبب التشريع ومحله، مع العلم بأن دور القاضي الدستوري في هذا المجال يقف عند حد الحكم على تقديرات المشرع في إطار الحدود أو الضوابط الدستورية دون أن يكون له سلطة إحلال تقديره محل تقدير المشرع تكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات<sup>1</sup>.

وبعد بيان الأساس القانوني لرقابة التناسب التشريعي، لنا أن نتساءل عن الوسائل التي يستعين بها القاضي الدستوري للوقوف على مدى التوافق بين سبب التشريع ومحله؟ إن من أهم الأفكار أو النظريات أو الوسائل التي يستعين بها القاضي الدستوري في رقابته على التناسب في التشريع، فكرة الخطأ الظاهر (الغلط البين الظاهر في التقدير)، فكرة الغرم بالغنم والضرورة تقدر بقدرها، وفكرة المعقولية<sup>2</sup>.

فالقاضي الدستوري يستخدم فكرة الخطأ الظاهر (الغلط البين) في التقدير في رقابته على التناسب في التشريع من أجل الوقوف على تقدير المشرع مصدر التشريع، فعن طريق فكرة الخطأ الظاهر في التقدير يدخل القاضي الدستوري رقابة التناسب، وهو ما يسمح له بتقدير ما إذا كانت صفة عدم التناسب أو عدم المبالغة أو الملاءمة أو المعقولية في الاختيارات التي يجريها المشرع. ومن تطبيقات ذلك في القضاء الدستوري الفرنسي في مجال الرقابة على التناسب التشريعي واستخدام فكرة الخطأ الظاهر في التقدير قراره الخاص بالتأميم<sup>3</sup>.

كما يستعين كذلك القاضي الدستوري عند أعمال رقابته على التناسب في التشريع بفكرة الغرم بالغنم أو بمنطق المزايا و العيوب، أو الفوائد والتكاليف أو الخسائر والمكاسب أو الإيجابيات والسلبيات المترتبة على نص معين أو إجراء معين. ومن تطبيقات ذلك في القضاء الدستوري المصري ما قضت به المحكمة الدستورية

<sup>1</sup> - انظر، عماد محمد محمد أبو حليمة، المرجع السابق، ص. 687.

- BOCKEL .A, Le pouvoir discrétionnaire du législatif, op cit, p.46.

<sup>2</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 23.

<sup>3</sup> - انظر، يسرى محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، المرجع السابق، ص. 20؛ خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص. 105.

العليا في مصر في 30 مارس 1993 فيما يتعلق بالقيود الاستثنائية التي ترد على العلاقة الإيجارية ومدى مساسها بحق الملكية التي كفلها الدستور<sup>1</sup>.

وبذلك فإن استخدام القاضي الدستوري لفكرة الضرورة تقدر بقدرها ويقارن بين الغرم والغنم الذي ينتج عن هذا القانون ويوازن بينهما والوقوف على ما إذا كانت الضرورة تستدعي الاعتماد على هذه الوسائل أم لا.

إضافة إلى ذلك يلجأ القاضي الدستوري عند إعمال رقابته على التناسب التشريعي على فكرة المعقولة من أجل الوقوف على مدى توافر التناسب في التشريع من عدمه، والمعقولة هي علاقة بين ما يتضمنه العمل القانوني من ضوابط أو حدود أو تنظيمات وبين الهدف الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه من وراء ذلك، وتنتفي المعقولة إذا خرجت هذه العلاقة عن هذا الإطار المقبول عقلا ومنطقا، ومن ثم ينتفي التناسب بين سبب التشريع ومحلّه .

ومن تطبيقات ذلك ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر في 03 فيفري 1996 إلى أن "حرية التعبير التي كفلها الدستور على ما تقدم هي القاعدة في كل تنظيم تشريعي لا يقوم إلا بها ولا يعدوا الإخلال بها أن يكون إنكارا لحقيقة أن حرية التعبير لا يجوز فصلها عن أدواتها وأن وسائل مباشرتها يجب أن ترتبط بغايتها، فلا يعطل مضمونها أحد ولا يناقض الأغراض المقصودة من إرسائها.."<sup>2</sup>.

كما أنه "لا يجوز أن تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها المشرع موضوعا محددًا عن أهدافها بل يجب أن تكون هذه النصوص مدخلا إليها، وموطنا لإشباع مصلحة عامة لها، وحدد ذلك أن كل تنظيم تشريعي لا يصدر من فراغ ولا يعتبر مقصودا لذاته، بل مرماه إنفاذ أغراض بعينها يتوخاها، وتعكس مشروعيتها إطارا للمصلحة العامة التي أقام المشرع عليها هذا التنظيم باعتباره أداة تحقيقها وطريق الوصول إليها"<sup>3</sup>. ذلك بأن التسليم بسلطة القاضي الدستوري في بسط رقابته على السلطة التقديرية للمشرع لا تعني بأنه يحل تقديره محل تقديرات المشرع و ملاءماته التشريعية للوقوف على مدى اتفاق هذا التقدير مع أحكام الدستور أم لا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 63 لسنة 13 ق دستورية بتاريخ 30 مارس 1993؛ أوردته، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 125.

<sup>2</sup>- انظر، حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم 02 لسنة 16 ق د بلسنة 03 فيفري 1996، ج 07، ص. 47؛ أوردته، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 89.

<sup>3</sup>- انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 180 لسنة 20 ق د بلسنة 11 يناير 2000، ج 03، ص. 448؛ أوردته، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 91.

<sup>4</sup>-انظر، رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا و الولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص. 394؛ وبخلاف هذا الرأي يتجه البعض إلى القول بأن رقابة القاضي الدستوري على التناسب في التشريع أي ضرورة الترابط بين سبب

وترتبا على ما سبق، يمكن القول بأن القاضي الدستوري وهو بصدد إعمال رقابته على التناسب في التشريع من أجل الوقوف على التوافق أو التباعد بين سبب التشريع ومحله للدلالة على قيام التناسب أو غيابه يستعمل فكرة الخطأ الظاهر (الغلط البين) في التقدير، وفكرة الضرورة تقدر بقدرها، وقاعدة المعقولة. وإذا كان القاضي الدستوري في كل من فرنسا ومصر قد استعمل في تقديره وتقييمه على الأفكار أو الوسائل السابقة للوقوف على مدى التوافق بين سبب التشريع ومحله أم لا، فما هو موقف القاضي الدستوري الجزائري؟

والملاحظ على المجلس الدستوري الجزائري حرصه على أن تكون التشريعات التي يصدرها المشرع متناسبة ومتوافقة مع أحكام الدستور نصا وروحا<sup>1</sup>، ذلك بأن القاضي الدستوري الجزائري في غالب الأحيان يتأثر بالقضاء الدستوري المقارن لاسيما القضاء الدستوري الفرنسي والمصري الذي يستخدم العديد من الوسائل (فكرة الخطأ الظاهر في التقدير، فكرة الضرورة تقدر بقدرها، قاعدة المعقولة) من أجل الوقوف على مدى التناسب والتوافق بين سبب التشريع ومحله، وكذا الغاية من وراء إصدار التشريع. ولما كانت رقابة القاضي الدستوري على التناسب في التشريع تنصب أساسا حول الرقابة على عنصر السبب في التشريع ومحله ومدى الترابط والتناسب والتوافق بينهما، ومدى اتفاق هذا التناسب مع الغاية من التشريع، فما هو دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيب الذي يلحق محل التشريع؟

## الفرع الثاني

### رقابة القاضي الدستوري على العيب الذي يلحق محل التشريع

يعد العيب الذي يلحق محل التشريع من أهم أوجه عدم الدستورية من الناحية العملية، لأن المؤسس الدستوري عندما يفرض على المشرع قيودا موضوعية يجب عليه مراعاتها عند سن أي تشريع، حيث تتخذ مخالفة عنصر المحل في التشريع للدستور صورة الخطأ في تفسير قواعد الدستور وهو ما يترتب عليه خطأ في محل القانون<sup>2</sup>.

---

التشريع ومحله وكذا غايته ما هي إلا بديل للرقابة على الانحراف التشريعي. غير أنه يؤخذ على هذا الاتجاه كونه يخلط بين رقابة التناسب في التشريع التي تنصب أساسا على الوقوف على مدى التوافق بين سبب التشريع ومحله، أما رقابة الانحراف التشريعي فهي تتعلق بعنصر الغاية من التشريع؛ لمزيد من التفاصيل: انظر، عبيد حسين السيد حسين، المرجع السابق، ص. 297؛ محمد فريد سيد سليمان الزهيري، المرجع السابق، ص. 35.

<sup>1</sup> - على الرغم من التجرية الدستورية الحديثة في تونس استطاع القاضي الدستوري بسط رقابته على التناسب والتوافق في العديد من أحكامه مؤكدا حرصه على مراقبة التناسب والتوافق بين مقتضيات احترام الحق أو الحرية والغرض الذي يبرر وجوده.

<sup>2</sup> - انظر، عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، المرجع السابق، ص. 446؛ جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، المرجع السابق، ص. 19؛ خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، المرجع السابق، ص. 256؛

- THIBAUD.V, Le raisonnement du juge constitutionnel Jalons pour une structuration herméneutique du discours juridique, Thèse de doctorat en droit public, Université lumière Lyon 2, Faculté de droit et science politique, 2011, p.78.

وفي هذا الشأن ذهب الفقيه عبد الرزاق السنهوري فيما يخص عنصر المحل في القانون إلى القول بأنه يتعين لصحة التشريع من الناحية الموضوعية أن لا يخالف أحكام الدستور، و إلا يخالف كذلك مبدأ الفصل بين السلطات، و أن يكون التشريع عاما ومجردا<sup>1</sup>.

ومن ثم، فإن صور عيب المحل التي تلحق بالتشريع تتمثل في انعدام العمومية والتجريد، أو مخالفة محل التشريع لنص من النصوص الدستورية عندما تكون سلطة المشرع مقيدة، سواء كانت هذه المخالفة الموضوعية ايجابية (صريحة أو ضمنية) لأحكام الدستور، أو كانت هذه المخالفة الموضوعية سلبية لأحكام الدستور نتيجة امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي كما حدده الدستور<sup>2</sup>.

وحق يتسنى لنا معرفة صور عيب المحل التي تشوب التشريع ودور القاضي الدستوري في الرقابة عليه، سوف نتطرق أولا إلى دور القاضي الدستوري في الرقابة على المخالفة الصريحة والضمنية (المخالفة الايجابية) لأحكام الدستور (أولا)، ثم دوره في الرقابة على المخالفة الموضوعية السلبية لأحكام الدستور (ثانيا).

**أولا: الرقابة الدستورية على المخالفة الموضوعية الايجابية (الصريحة والضمنية) لأحكام الدستور**  
لما كانت الصورة الشائعة للمخالفات الموضوعية لأحكام الدستور تتحقق في الحالة التي يؤدي فيها التدخل التشريعي لتنظيم حرية معينة أو مسألة معينة إلى مخالفة قاعدة دستورية أو مبدأ دستوري، بالشكل الذي يترتب عليه إهدار الحق أو الانتقاص منه أو تقييده بما يجعل ممارسة هذا الحق أكثر إرهاقا، فإن هناك حالات كثيرة تكون فيها المخالفة ضمنية إذا كان تدخل المشرع لتنظيم موضوع معين يؤدي إلى التعدي أو المساس على مبدأ دستوري آخر<sup>3</sup>.

ولبيان دور القاضي الدستوري في الرقابة على مخالفة المشرع لأحكام الدستور سوف نتطرق أولا إلى الرقابة الدستورية على المخالفة المباشرة الصريحة لأحكام الدستور (أ)، ثم الرقابة على المخالفة الضمنية لأحكام الدستور (ب).

<sup>1</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 78؛ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 54؛ سكاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ص. 171.

<sup>2</sup> - انظر، عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، المرجع السابق، ص. 446؛ كمال عبد الواحد الجوهري، القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي، المرجع السابق، ص. 152؛ حنفي علي جبالي، المخالفة الموضوعية للدستور، مقال منشور بمجلة الدستورية، مجلة تصدرها المحكمة الدستورية العليا في مصر، أبريل 2004، العدد الخامس، السنة الثانية، ص. 17.

<sup>3</sup> - انظر، سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص. 357؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 80؛ عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص. 146.

## أ- الرقابة الدستورية على المخالفة الموضوعية المباشرة الصريحة لأحكام الدستور

تتحقق المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية في المجال الإداري عندما يتجاهل رجل الإدارة القاعدة القانونية ويتصرف على خلافها، وتتخذ هذه الصورة إحدى الصورتين بأن تعمد الإدارة إلى إصدار قرارات إدارية تتعارض مع القانون، أو أن تمتنع الإدارة عن القيام بعمل يستلزمه القانون<sup>1</sup>.

وإذا انتقلنا إلى نطاق القانون الدستوري تتحقق المخالفة الصريحة لأحكام الدستور الموضوعية في الحالة التي يحدد فيها المؤسس الدستوري للمشرع طريقة تدخله بصورة دقيقة لا تتيح للمشرع أية مساحة في التقدير حال تنظيم تلك القواعد، ذلك بأنه إذا أصدر المشرع قانونا يتجاوز فيه تلك الحدود أو الضوابط الموضوعية التي حددها الدستور كان التشريع في هذه الحالة غير دستوريا<sup>2</sup>.

وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى احترام المشرع لتلك القيود الموضوعية التي فرضها الدستور، الأمر الذي قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في 25 أوت 2002 بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة 26 من قانون التعاون الزراعي الصادر بالقانون رقم 122 لسنة 1980<sup>3</sup>.

ذلك بأنه يتعين في التشريع الذي يصدره المشرع أن يتسم بالعمومية والتجريد، فإذا فقد التشريع صفتي العمومية والتجريد فقد طبيعته التشريعية<sup>4</sup>، وعلى القاضي الدستوري التحقق من توافر صفتي العمومية والتجريد في التشريع<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص. 22؛ كامل نبيلة عبد الحليم، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص. 117.

<sup>2</sup> - انظر، عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، المرجع السابق، ص. 376؛ عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص. 148.

<sup>3</sup> - قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في 25 أوت 2002 بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة 26 من قانون التعاون الزراعي الصادر بالقانون رقم 122 لسنة 1980 تأسيسا على أن النص الطعين إذا أعطى صلاحية توقيع الحجز الإداري للجمعيات التعاونية الزراعية وهي من الأشخاص المعنوية الخاصة، فجعل مدينتها في نفس المركز القانوني لمديني أي شخص طبيعي أو معنوي خاص يتجردون من الضمانات المقررة للآخرين، فإنه بذلك يكون قد خالف مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 40 من الدستور المصري لعام 1971؛ لمزيد من التفاصيل: انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 314 لسنة 23 د بتاريخ 25 أوت 2002؛ أورده: حنفي الجبالي، المخالفة الموضوعية للدستور، المرجع السابق، ص. 19؛ ومن ذلك أيضا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر بعدم دستورية القانون رقم 31 لسنة 1963 على أن "قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي من أعمال السيادة" و اعتبرت بأن "تلك القرارات بحسب طبيعتها -قرارات إدارية قابلة للطعن وليست أعمال سيادة غير قابلة للطعن، فهي تهمدر اختصاص القضاء وتنقص منه"، الأمر الذي أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في العديد من قراراتها، لمزيد من التفاصيل: انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم 02 و06 و09 بتاريخ 22 نوفمبر 1971؛ أورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 110.

<sup>4</sup> - DUGUIT. L., op cit, p.146 ; MARINESE .V , L'idéal législatif du conseil constitutionnel étude sur les qualités de la loi, op cit, p.712.

أورده: عبد المنعم عبد المجيد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص. 560.

ويتحقق عيب المخالفة الموضوعية الصريحة لأحكام الدستور في الحالة التي لا يلتزم فيها المشرع بالقواعد الدستورية أو نتيجة خروجه عن حدود التنظيم التشريعي، الأمر الذي يجعل سلطة المشرع في هذه الحالة مقيدة بضرورة إتباع الأسلوب أو الطريقة التي حددتها القاعدة الدستورية للمسألة محل التنظيم التشريعي، بحيث لا تكون القاعدة أو النص الدستوري قابلاً للتطبيق إلا بعد تدخل المشرع، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 02 من الدستور الفرنسي (مبدأ علمانية الدولة وتكريس مبدأ المساواة وعدم التمييز بينهم)، المادة 03 فقرة 03 من الدستور الفرنسي التي نصت على تنظيم حق الانتخاب يعد من المسائل التي يختص بها المشرع تطبيقاً لنص المادة 34 من الدستوري الفرنسي .

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 54 من الدستور المصري لسنة 2014 بأنه «... لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه، أو تقييد حريته بأي قيد إلا بأمر قضائي مسبب يستلزمه التحقيق. » تكريسا لمبدأ الحرية الشخصية المضمونة دستورا، وكذلك ما نصت عليه المادة 62 فقرة 02 من الدستور المصري الحالي بأنه « لا يجوز إبعاد أي مواطن عن إقليم الدولة، ولا منعه من العودة إليه » تكريسا لمبدأ حرية التنقل والإقامة والهجرة، ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 66 فقرة 02 من الدستور المصري لسنة 2014 على أن « العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلى بناء على قانون ولا توقع عقوبة إلى بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأعمال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون » تكريسا لمبدأ شخصية العقوبة، ومن أمثلة ذلك في الدستور التونسي لعام 1958 ما نص عليه الفصل 22 منه « الحق في الحياة مقدس، لا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون. » والفصل 28 من الدستور «العقوبة شخصية، ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع عدا حالة الأرفق بالمتهم».

ومن أمثلة النصوص الدستورية التي لم تترك للمشرع أي جانب من حرية التقدير ما نصت عليها المادة 32 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup> «المواطنین سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتدرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق...»، المادة 42 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>3</sup> «لا مساس بجريمة حرية المعتقد، وحرمة حرية الرأي»، وما نصت عليه المادة 58 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>4</sup> «لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم».

ومن خلال استقراء النصوص الدستورية السابقة يتضح لنا بأنه إذا أصدر المشرع قانونا يتجاوز تلك القواعد كان هذا التشريع غير دستوريا لإخلاله بالقيود أو الضوابط الموضوعية التي حددها الدستور، وعلى

<sup>1</sup> -انظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 18؛ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص 255.

<sup>2</sup> -يقابلها نص المادة 29 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>3</sup> -يقابلها نص المادة 36 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>4</sup> -يقابلها نص المادة 46 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

القاضي الدستوري أن يقضي بعدم دستورية التشريع الذي يتناقض أو يتعارض مع القواعد الموضوعية للدستور .

ففي فرنسا، بالرغم من تأكيد المجلس الدستوري الفرنسي على تمتع المشرع بسلطة تقديرية واسعة في تنظيم المسائل التي تدخل في نطاق اختصاصه وإقراره بحقه فقط بمراقبة مدى تطابق القانون مع نصوص الدستور مبررا بذلك أن المادة 61 من الدستور لا تمنح له سلطات مماثلة لسلطات البرلمان، أو أنه يستطيع أن يحل تقديره محل تقدير المشرع<sup>1</sup>.

إلا أن المجلس الدستوري يقضي بعدم دستورية القانون لإخلاله بالقواعد الدستورية أو خروجه عن حدود التنظيم، ومن أمثلة ذلك ما قضى به المجلس الدستوري الفرنسي في 28 ديسمبر 1995 حول عدم دستورية المادة 95 من قانون المالية لعام 1996، وذلك لمخالفتها أحكام المادة 13 من إعلان حقوق الإنسان، والمادة 02 من الدستور الفرنسي<sup>2</sup>.

وقراره الصادر في 20 يوليو 2000 بعدم دستورية القانون الذي ينظم الصيد ليقضي بعدم دستورية القيد التشريعي الذي تضمنه النص القانوني الذي يحول المجلس المحلي في بعض المقاطعات السلطة في أن يقرر كل تسع سنوات عدم حجز الصيد في دائرته، وحرمان الأراضي التي تبلغ خمس وعشرين (25) هكتارا على الأقل قطعة واحدة من حق الصيد، مؤكدا على أن حق الصيد مستمد من حق الملكية، وأن القيود القانونية على ممارسته لا تكون دستورية إلا إذا كان الهدف من ذلك تحقيق المصلحة العامة على أن لا يشكل ذلك إهدار لمضمون الحق<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - D.C N°127-80 du 09 janvier 1981, D.C N°123-81 du 16 janvier 1982, Jurisprudence du conseil constitutionnel 01 octobre-31 décembre 1995 , OLIVA.E et PHILLIP. L. Jérôme TRENEAN, p.101 ; Ph LOUIS et L PHILLIP , Les grandes décisions du conseil constitutionnel , 9<sup>ème</sup> édition , p.450 ; Rousseau, D, op cit , p.29.

<sup>2</sup>-DUTHEILLET. O, op cit , p. 10 ; FAVOREUX. L et PHILIP.L, Le conseil constitutionnel, op cit, p. 60.

ومن قرارات المجلس الدستوري كذلك فيما يخص الرقابة على المحالفة المباشرة لأحكام الدستور :

C.C. D.CN°2010- 608 du 24 juin 2010 Loi organique relative au Conseil économique, social et environnemental, «...Décide : Article 1er.- L'article 10 de la loi organique relative au Conseil économique, social et environnemental est contraire à la Constitution.

Article 2.- Sous les réserves énoncées au considérant 12, l'article 3 de la même loi organique n'est pas contraire à la Constitution... » C.C. D.CN°2010- 608, JORF du 29 juin 2010, p. 11635 ; D.C N° 2003-466 Loi organique relative aux juges de proximité, D.C du 20 février 2003, JORF du 27 février 2003, p. 348 ; C.C.DC N°2014-708 Loi de finances rectificative pour 2014 du 29 décembre 2014 C.CN°2014.708.DC , JORF du 30 décembre 2014 , p 22967.

<sup>3</sup> -C.C D.C N°2000-434 D.C du 20 juillet 2000 Loi relative à la chasse « ...Décide : Article premier : Sont déclarées contraires à la Constitution les dispositions suivantes de la loi relative à la chasse :

- au quatrième alinéa du III de l'article 2, les mots : « y compris en dehors de la période de chasse et sur un territoire sur lequel ce conducteur ne dispose pas du droit de chasse. Le conducteur est autorisé à achever l'animal qu'il a retrouvé blessé à la suite de sa recherche » ;

- l'article 3 ; - le XI de l'article 14 ; - le XIII de l'article 17 ; - au sixième alinéa de l'article 24, les mots : « ou à défaut une autre période hebdomadaire de vingt-quatre heures comprise entre 6 heures et 6 heures, fixée au regard des circonstances locales, par l'autorité administrative après avis du conseil départemental de la chasse et de la faune sauvage .» CC:2000: DC N° 2000.434. Journal officiel du 27 juillet 2000, p. 11550

كما أنه لا يتضح من مضمون النص أو المناقشات البرلمانية الخاصة به الأسباب التي تستدعيها المصلحة العامة التي تبرر الحرمان من حق الصيد<sup>1</sup>. ومن تطبيقات ذلك في القضاء الدستوري المصري ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر بعدم دستورية القانون رقم 31 لسنة 1963 بأن (قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي من أعمال السيادة، واعتبرت أن تلك القرارات بحسب طبيعتها -قرارات إدارية قابلة للطعن وليست أعمال سيادة غير قابلة للطعن، فهي تهدر اختصاص القضاء وتنقص منه)<sup>2</sup>.

ومن ذلك أيضا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في 15 مايو 1983 بعدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم 74 لسنة 1970 المتعلق بوضع المشتبه فيهم تحت مراقبة الشرطة<sup>3</sup> مؤكدة في حكمها على أن هذا النص يخالف أحكام المادة 65 من الدستور المصري لعام 1971 التي تنص على أنه «لا يجوز توقيع العقوبة إلا بحكم قضائي». وحكمها الصادر بالقانون رقم 122 لسنة 1980، حيث قضت بأن «النص الطعين إذا أعطى صلاحية توقيع الحجز الإداري للجمعيات التعاونية الزراعية وهي من الأشخاص الاعتبارية الخاصة فجعل مدينها وهم في نفس المركز القانوني لمديني أي شخص طبيعي أو اعتباري خاص يتجردون من الضمانات المقررة للآخرين، فإنه بذلك يكون قد خالف مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 40 من الدستور، كما خالف نص المادة 65 من الدستور الذي يفترض بما نصت عليه من مبدأ خضوع الدولة للقانون -تقييد أشخاص القانون الخاص في مجالات أنشطتها ومعاملتها بقواعد وإجراءات هذا

<sup>1</sup> - Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 Loi de réglementation des télécommunications «.....Décide :Article premier : Sont déclarés contraires à la Constitution les articles 43-2 et 43-3 introduits par l'article 15 de la loi déferée dans la loi du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication..» CC. DC N°:96-378. JORF du 27 juillet 1996, p. 11400 ;

ومن ذلك أيضا قرارات المجلس الدستوري في هذا المجال :

CC. DC N°2013-677 DC du 14 novembre 2013 Loi organique relative à l'indépendance de l'audiovisuel public JORF du 16 novembre 2013, p. 18633 ; CC.DC N° 2013-685.DC du 29 décembre 2013 Loi de finances pour 2014 JORF du 16 février 2014, p. 2706 ; DC N° 94-358 Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, DC du 26 janvier 1995, CCN°94.358.DC, JORF du 1er février 1995, p. 1706.

<sup>2</sup> -لمزيد من التفاصيل؛ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 02 و06 و09، ج 46، بتاريخ 06 نوفمبر 1971؛ أورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 100.

<sup>3</sup> - يقضي هذا القانون على أنه يوضع تحت مراقبة الشرطة لمدة سنتين كل شخص توافرت فيه حالة الاشتباه المنصوص عليها في المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم 98 لسنة 1945 الخاص بالمشردين والمشتبه فيهم، وصادر أمر باعتقاله لأسباب تتعلق بالأمن العام ويطبق في شأنه حكم المادة التاسعة من المرسوم بقانون المشار إليه وتبدأ مدة الرقابة من تاريخ العمل بهذا القانون أو من تاريخ انتهاء الاعتقال حسب الأحوال؛ لتفاصيل أكثر؛ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في 15 مايو 1983؛ ومن ذلك أيضا ما قضت به المحكمة في القضية رقم 308 لسنة 24 ق دستورية بتاريخ 11 يونيو 2006 بعدم دستورية نص البند (ج) من (ثانيا) من المادة (75) من القانون رقم 90 لسنة 1944 بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية لمخالفته لأحكام المواد 119، 120، 119، 38، 34، 32 من الدستور، فيما لم يتضمنه من وضع ضوابط وأسس موضوعية لنظام التحري عن القيمة الحقيقية للأراضي الزراعية الكائنة في ضواحي المدن، وتحصيل رسم عن الزيادة التي تظهر في هذه القيمة؛ انظر، حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 308 لسنة 24 ق دستورية جلسة بتاريخ 11 يونيو 2006؛ أورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 120 و132.

القانون دون غيرها، وهذه المخالفة وتلك توقع النص في حماة المخالفة الدستورية بما يوجب القضاء بعدم دستوريته).<sup>1</sup>

ومن تطبيقات ذلك في قضاء المجلس الدستوري الجزائري قراره بعدم دستورية المواد 86 و91 فقرة 03 و110 و111 و108 من قانون الانتخابات 13/89 "..... في الموضوع :

- اعتبارا أنه إذا كانت معظم أحكام الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، لا تستدعي أية ملاحظة خاصة حول مطابقتها للدستور، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للنقطة الأولى من البند 14 من المادة 157 من الأمر موضوع الإخطار، التي تلزم المترشح بالتعهد بعدم استعمال المكونات الأساسية للهوية الوطنية في أبعادها الثلاثة الإسلام والعروبة و الأمازيغية لأغراض حزبية وسياسية، - واعتبارا أن كل قانون، لا سيما العضوي منه، يجب ألا تتخطى أحكامه الحدود الدستورية حتى لا تتعارض مع روح الدستور ذاته،

- واعتبارا أن المشرع حينما أضاف كلمة "... وسياسية" لعبارة "... لأغراض حزبية"، قد أدخل بمقتضيات الفقرة 2 من المادة 70 من الدستور التي تجعل من رئيس الجمهورية حام للدستور، هذه المهمة التي تتطلب منه العمل على ترقية المكونات الأساسية للهوية الوطنية في أبعادها الثلاثة: الإسلام والعروبة والأمازيغية، والتي تكون في حد ذاتها استعمالا ذي طابع سياسي أساسا،

لهذه الأسباب: يبيد الرأي التالي: أولا: القول بعدم مطابقة كلمة "... وسياسية" الواردة في النقطة الأولى من البند الرابع عشر (14) من المادة 157 من الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات

<sup>1</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 314 لسنة 23 ق دستورية بتاريخ 25 أوت 2002؛ ومن ذلك أيضا حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 146 لسنة 25 ق دستورية جلسة 4 يناير 2009 بعدم دستورية نص المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 3086 لسنة 1996 ونص البند ثانيا من المادة الثانية من أمر رئيس مجلس الوزراء ونائب الحاكم العسكري رقم 2 لسنة 1998 ونص المادة السابعة من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 963 لسنة 2003 وذلك فيما تضمنته من حظر الموافقة على طلب الترخيص في التعليق صراحة أو ضمنا بالنسبة للمباني التي بدئ في إنشائها قبل تاريخ العمل بالقانون رقم 101 لسنة 1996 المعدل لبعض أحكام القانون رقم 106 لسنة 1976 إلا في الحدود التي كان مسموحا بما قبل هذا التاريخ؛ لتفاصيل أكثر : انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 146 لسنة 25 ق دستورية جلسة 4 يناير 2009؛ ومن ذلك أيضا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 224 بتاريخ 09 سبتمبر 2000 بأنه "لئن فوض الدستور - بمقتضى المادة 183 من الدستور - المشرع في تنظيم القضاء العسكري وبيان اختصاصاته، إلا أنه قيد هذا التفويض - بنص غير مسبق - بأن يكون ذلك التنظيم في حدود المبادئ الواردة في الدستور..... أن ما تغياه المشرع - بالنص الطعين - من توحيد القواعد التي تسري على الطعن في القرارات الإدارية الصادرة في القوات المسلحة، لا يقوم دليلا على أن واقعا قائما، بات ضرورة ملحة، وأوجب - تحقيقا للصالح العام - انتزاع الاختصاص بنظر المنازعات التي عنانها من مجلس الدولة المعقود له أصلا ولاية القضاء فيها باعتباره قاضيها الطبيعي وسانده إلى اللجنة المشار إليها، خاصة وأن طلاب المعاهد العسكرية لا يندرجون قبل تخرجهم منها ضمن الضباط العاملين في القوات المسلحة، بما مؤداه أن أنزعهم الإدارية إنما تزيلها وتنفك عنها تلك الطبيعة الخاصة التي أملت أن تختص تلك اللجنة - دون غيرها - بنظر منازعات أولئك الضباط في القرارات الإدارية المتعلقة بشؤونهم الوظيفية والانضباطية، ومن ثم فإن قياس أولاهم على آخرهم هو قياسا في غير محله."؛ لتفاصيل أكثر: المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم لسنة 19 و224 ق دستورية بتاريخ 09 سبتمبر 2000.

للدستور. ثانيا: تعتبر كلمة "... وسياسية"، غير المطابقة للدستور، قابلة للفصل عن باقي أحكام الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات....<sup>1</sup>.

ويتضح لنا بأن اشتراط المادة 86 من قانون الانتخابات الجنسية الجزائرية الأصلية من المترشحين للمجلس الشعبي الوطني وأزواجهم هو نص غير دستوري، لأنه يمس بمبدأ المساواة المنصوص عليها في دستور 1989 والقواعد الدولية لحقوق الإنسان، حيث ذهب المجلس الدستوري إلى القول بأنه إذا كان للمشرع الحق في وضع شروط لممارسة حق الانتخاب، إلا أنه لا يمكنه أن يلغي هذا الحق بصورة كلية بسبب الأصل، كما أن اشتراط المادة 108 من قانون الانتخاب الجنسية الجزائري الأصلية من زوج المترشح لرئاسة الجمهورية غير مطابق للدستور، باعتبار أن شروط قابلية انتخاب رئيس الجمهورية محددة على سبيل الحصر في الدستور لإخلاله بمبدأ المساواة المنصوص عليه في الدستور و القواعد الدولية.

واعتبر المجلس الدستوري أن إخضاع الترشح لرئاسة الجمهورية لإلزامية تركيبته وتقديمه من جمعية أو عدة جمعيات ذات طابع سياسي غير مطابقة لأحكام الدستور وتمس بحق المواطن في أن ينتخب أو ينتخب والمنصوص عليه في المادة 47 من الدستور الجزائري لعام 1989.

ومن ذلك أيضا رأي المجلس الدستوري رقم 01 ر.م.د/12 الصادر في 08 يناير 2012 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، والذي قضى بعدم مطابقة المادة 08 منه للدستور على أساس أن المشرع قد أحل بالمبدأ الدستوري لتوزيع الاختصاصات، وذلك بإضافة كلمة "فقوي" دون أن تمنحه المادة 42 من الدستور التوسع في وضع الأسس التي يمنع الاستناد إليها في تأسيس أي حزب سياسي، كما أن النقل الحرفي لا يشكل في حد ذاته تشريعا.

أما فيما يخص المطة 04 من المادة 73 من القانون العضوي موضوع الإخطار، فقد قضى المجلس الدستوري بعدم مطابقتها للدستور لاسيما المادتين 10 و101 من الدستور، باعتبار أن تجريد المنتخبين من

<sup>1</sup> -انظر، رأي رقم 02 ر.أ.ق عض / م.د المؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق 6 مارس سنة 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور؛ ومن تطبيقات رقابة المجلس الدستوري المتعلقة على ركن محل التشريع رأيه الصادر رأي رقم/01 ر.م.د/12 بتاريخ 08 يناير 2012، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، للدستور، ج ر العدد2 العدد02 المؤرخة في 15 يناير 2012 "....- واعتبارا أن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية تمت تركيبته في استفتاء شعبي، ويعد التعبير المباشر عن الإرادة السيدة للشعب، ومن ثم فإنه يحتل في تدرج القواعد القانونية مرتبة أعلى من القوانين العضوية منها أو العادية، بالنظر إلى اختلاف إجراءات الإعداد والمصادقة والرقابة الدستورية، واعتبارا بالنتيجة أن عدم إدراج ميثاق السلم والمصالحة الوطنية ضمن التأشيريات يعد سهوا يتعين تداركه، بترتيب هذا النص مباشرة بعد مواد الدستور؛ ومن ذلك أيضا فلقد صرح المجلس الدستوري في قراره رقم/ 02 ق.أ/م د 2000 / المؤرخ في 27 فبراير سنة 2000 بعدم دستورية الأمر رقم 97-15 المؤرخ في 24 محرم عام 1418 الموافق 31 مايو سنة 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص محافظة الجزائر الكبرى وذلك لمخالفته لأحكام الدستور (لاسيما المواد 15 و18 و78 و79 و101 من الدستور الجزائري لسنة 1996)؛ انظر قرار رقم/ 02 ق.أ/م د 2000 / مؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1420 الموافق 27 فبراير سنة 2000، يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97-15 المؤرخ في 24 محرم عام 1418 الموافق 31 مايو سنة 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص محافظة الجزائر الكبرى.

عهدتهم الانتخابية لا علاقة له بانتماهم الحزبي، وتعتبر الأحكام غير القابلة جزئياً أو كلياً للدستور قابلة للفصل عن باقي أحكام القانون العضوي محل الإخطار.<sup>1</sup>

ومن ذلك أيضاً رأي المجلس الدستوري رقم 02 ر.م.د/12 الصادر في 08 يناير 2012 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام للدستور بعدم مطابقة المادة 05 من المادة 23 من القانون العضوي موضوع الإخطار للدستور، باعتبار أن النص على اشتراط الإقامة المنتظمة في الجزائر بالنسبة للمدير مسؤول أي نشرية دورية غير مطابق للدستور لإخلاله بنص المادة 44 من الدستور التي تنص على أن لكل مواطن أن يختار بحرية موظف إقامته، كما قد صرح المجلس الدستوري في حكم سابق بعدم مطابقة شرط الإقامة المنتظمة في مؤسس الحزب السياسي مؤكداً في حكمها هذا على القوة القانونية والحجية المطلقة للآراء والقرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في الدعوى الدستورية<sup>2</sup>.

ومن ذلك أيضاً رأي المجلس الدستوري رقم 03 ر.م.د/11 الصادر في 22 أكتوبر 2011 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون المتعلق بنظام الانتخابات للدستور، حيث قضى بعدم مطابقة الشرط الأخير من المادة 03 من المادة 78 من هذا القانون للدستور، باعتبار أن المادتين 78 و03 و90 (مطبة 03) من هذا القانون للدستور، لأنهما تشترطان في الترشح للمجلس الشعبي البلدي أو الولائي وفي المترشح للمجلس الشعبي الوطني أن تكون له جنسية جزائرية أصلية أو مكتسبة منذ ثماني سنوات على الأقل تحل بأحكام المواد 29 و30 و31 من الدستور، لأن المشرع بإدراجه لشرط الجنسية يكون قد أدخل بمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور، وكذا أحكام المادة 31 من الدستور التي تنص على أن المؤسسات تهدف إلى ضمان المساواة بين كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات .

وقضى كذلك بعدم مطابقة المطبة الأولى فقرة 02 من المادة 170 من هذا القانون للدستور، لأن المشرع في هذه الحالة لم يميز بين طبيعة هذه الانتخابات ولا بين المراحل المتتالية للعملية الانتخابية، كما أن المشرع بنصه في الفقرة 02 من المادة 170 من الدستور على أن جميع الأطراف المشاركة في العملية الانتخابية تلتزم

<sup>1</sup> - انظر رأي المجلس الدستوري الجزائري رقم 01 ر.م.د/12 بتاريخ 08 يناير 2012، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، للدستور، ج ر العدد 2 العدد 02 المؤرخة في 15 يناير 2012 .

<sup>2</sup> - رأي المجلس الدستوري رقم 02 ر.م.د/12 الصادر في 08 يناير 2012 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام للدستور، ج ر العدد 02 المؤرخة في 15 يناير 2012؛ ومن تطبيقات رقابة المجلس الدستوري الجزائري على ركن المحل بالنسبة للتشريع كذلك ما صرح المجلس الدستوري في قراره رقم/ 02 ق.أ/م د 2000 /المؤرخ في 27 فبراير سنة 2000 بعدم دستورية الأمر رقم 97-15 المؤرخ في 24 محرم عام 1418 الموافق 31 مايو سنة 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى موضوع الإخطار، وذلك لمخالفته لأحكام الدستور (لاسيما المواد 15 و18 و78 و79 و101 من الدستور الجزائري لسنة 1996)؛ انظر قرار رقم/ 02 ق.أ/م د 2000 /مؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1420 الموافق 27 فبراير سنة 2000، يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97-15 المؤرخ في 24 محرم عام 1418 الموافق 31 مايو سنة 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى.

بقرارات هذه اللجنة قد جعل قراراتها نافذة في مواجهة كافة المؤسسات والهيئات الأخرى بما فيها المجلس الدستوري وهذا ما يعد مساسا بمبدأ الفصل بين السلطات<sup>1</sup>.

وترتبا على ما سبق، يمكننا القول بأن هذه الصورة تتحقق في الحالة التي يتجاوز فيها المشرع القواعد الدستورية أو يمس مبدأ من المبادئ ذات القيمة الدستورية، بحيث يؤدي التدخل التشريعي إلى إهدار الحق أو نقضه أو وضع شروط تجعل ممارسته أكثر إرهابا، وعلى القاضي الدستوري أن يقضي بعدم دستورية التشريع لمخالفته للقاعدة الدستورية أو المبادئ الدستورية.

## ب- الرقابة الدستورية على المخالفة الموضوعية (الضمنية) لأحكام الدستور

إذا كانت المخالفة الموضوعية الصريحة تتحقق في الحالة التي يتجاوز فيها المشرع نصا من النصوص الدستورية أو مبدأ من المبادئ ذات القيمة الدستورية بصورة مباشرة وعمدية ويترتب عليها مثلا تقييد الحق أو الحرية موضوع التنظيم التشريعي أو نقضه، فإن المخالفة الضمنية تتحقق في الحالة التي يؤدي فيها تدخل المشرع وهو بصدد تنظيم مسألة معينة بصورة غير عمدية إلى مخالفة قاعدة دستورية موضوعية أو خروجه

<sup>1</sup> - انظر رأي المجلس الدستوري رقم 03/د.م.ر. 11 الصادر في 22 ديسمبر 2011 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون المتعلق بنظام الانتخابات للدستور ج ر العدد الأول المؤرخة في 14 يناير 2012؛ ومن تطبيقات رقابة المجلس الدستوري الجزائري كذلك على ركن المحل بالنسبة للتشريع رأيه رقم 02 ر.أ.ق. عض/م.د. المؤرخ في 06 مارس 1997 يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور، حيث ورد في اعتبارات هذا الرأي "... في الموضوع: - اعتبار أنه إذا كانت معظم أحكام الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، لا تستدعي أية ملاحظة خاصة حول مطابقتها للدستور، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للنقطة الأولى من البند 14 من المادة 157 من الأمر موضوع الإخطار، التي تلزم المترشح بالتعهد بعدم استعمال المكونات الأساسية للهوية الوطنية في أبعاده الثلاثة الإسلام والعروبة و الأمازيغية لأغراض حزبية وسياسية، واعتبارا أن كل قانون، لا سيما العضوي منه يجب ألا تتخطى أحكامه الحدود الدستورية حتى لا تتعارض مع روح الدستور ذاته، - واعتبارا أن المشرع حينما أضاف كلمة "... وسياسية" لعبارة "... لأغراض حزبية" قد أدخل بمقتضيات الفقرة 2 من المادة 70 من الدستور التي تجعل من رئيس الجمهورية حام الدستور، هذه المهمة التي تتطلب منه العمل على ترقية المكونات الأساسية للهوية الوطنية في أبعاده الثلاثة: الإسلام والعروبة و الأمازيغية، والتي تكون في حد ذاتها استعمالا ذي طابع سياسي أساسا.

ولهذه الأسباب: يبيد الرأي التالي: أولا: القول بعدم مطابقة كلمة "... وسياسية الواردة في النقطة الأولى من البند الرابع عشر (14) من المادة 157 من الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور. ثانيا: تعتبر كلمة "... وسياسية" غير المطابقة للدستور، قابلة للفصل عن بقي أحكام الدستور الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات...؛ الرأي رقم 02 ر.أ.ق. عض/م.د. المؤرخ في 06 مارس 1997 يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور، ج ر العدد 12 المؤرخة في 6 مارس 1997؛ ومن ذلك أيضا رأي المجلس الدستوري رقم 01 ر.أ.ق. عض/م.د. المؤرخ في 06 مارس 1997 يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، حيث صرح المجلس الدستوري في اعتبارات رأيه "... في الموضوع: 2- أ- بخصوص ما تشترطه المادة 3 من هذا الأمر من عدم استعمال الحزب السياسي للمكونات الأساسية للهوية الوطنية بأبعاده الثلاثة وهي الإسلام والعروبة و الأمازيغية لأغراض سياسية مأخوذة بصفة منفردة. - واعتبار أن المشرع حينما أضاف عبارة "... وكذا لأغراض الدعاية الحزبية قد أدخل بمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 42 من الدستور التي تمنع "... ضرب... المكونات الأساسية للهوية الوطنية... انظر، رأي المجلس الدستوري رقم 01 ر.أ.ق. عض/م.د. المؤرخ في 06 مارس 1997 يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، ج ر العدد 12 المؤرخة في 6 مارس 1997.

عن إطار التنظيم الذي حدده المؤسس الدستوري دون أن يكون في ذلك النص التشريعي ما يدل على تلك المخالفة إلى بعد الرجوع إلى مضمون النص وفحواه.<sup>1</sup>

ومن أمثلة المخالفات الموضوعية الضمنية ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر بتاريخ 02 مايو 2010 بعدم دستورية المادتين 202 و205 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 لمخالفته لأحكام المواد 07 و13 و17 و34 و40 من الدستور المصري لعام 1971.<sup>2</sup>

وفي حكم آخر لها قضت المحكمة الدستورية الصادر في 04 أبريل 2004 بعدم دستورية نص المادة 16 من القانون رقم 131 لسنة 1981 بشأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فيما تضمنته من تثبيت أجره المدارس والأقسام الداخلية لإيواء الدارسين بها في حالة استمرار عقودها المفروضة لمخالفة النص لأحكام المواد (07 و32 و34 و40 و41) من الدستور.<sup>3</sup>

ومن ذلك أيضا حكمها الصادر في 07 مارس 2010 بعدم دستورية البند 02 من المادة 377 من القانون المدني فيما نص عليه من "ويتقدم بثلاث سنوات أيضا الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق، وذلك لإخلاله بمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 40 من دستور 1971".<sup>4</sup>

ومن تطبيقات ذلك في القضاء الدستوري الجزائري رأي المجلس الدستوري رقم 01 ق.ع.م.د/04 المؤرخ في 05 فيفري 2004 المتعلق بمراقبة الانتخابات بعدم دستورية الفقرة الخامسة منه لأحكام

<sup>1</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 82؛ حنفي علي جبالي، المرجع السابق، ص. 19؛ كامل نبيلة عبد الحليم، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص. 196.

<sup>2</sup> - قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 31 لسنة 26 ق دستورية بتاريخ 02 مايو 2010 بعدم دستورية المادتين 202 و205 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983؛ أورده: عبد الناصر أبو سمهدانة و حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 61.

ومن ذلك أيضا حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها في القضية رقم 240 لسنة 26 ق دستورية جلسة بتاريخ 15 أبريل 2009 بعدم دستورية نص الفقرة الثانية المادة 38 من قانون التأمين الاجتماعي فيما تضمنه من حرمان من استحق معاش العجز وفقا لقانون التأمين والمعاشات للقوات المسلحة خلال فترة استدعائه للخدمة بالقوات المسلحة من حساب كامل مده اشتراكه عن مده خدمته المدنية؛ لتفاصيل أكثر: انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 240 لسنة 26 ق دستورية جلسة بتاريخ 15 أبريل 2009؛ أورده: عبد الناصر أبو سمهدانة. حسين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص. 156 إلى 165.

<sup>3</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 47 لسنة 21 ق دستورية بتاريخ 04 أبريل 2004؛ أورده: عبد الناصر أبو سمهدانة و حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 68.

<sup>4</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 100 لسنة 28 ق دستورية جلسة 07 مارس 2010؛ ومن ذلك أيضا حكمت المحكمة في القضية رقم 130 لسنة 5 ق دستورية بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة السادسة من القرار بقانون رقم 141 لسنة 1981 بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة، لأن التمييز الذي جاء به هذا القرار بقانون قد ناقض جوهر الملكية وأخل بالحماية التي كفلها الدستور لها، كما أنه يُجَلِّ بمبدأ المساواة أمام القانون يكون قد وقع في مخالفة دستورية لتعارضه وأحكام المادتين 34، 40 من الدستور المصري لعام 1971؛ لمزيد من التفاصيل: انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر القضية رقم 130 لسنة 05 ق دستورية جلسة بتاريخ 06 فبراير 1993؛ أورده: عبد الناصر أبو سمهدانة و حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 99.

الدستور<sup>1</sup>، ورأيه رقم 02/ر.ق.م.ع.م/د.م.04 المؤرخ في 22 أوت 2004 المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء للدستور بعدم مطابقة الفقرة 05 من المادة لأحكام الدستور ولمخالفتها لنص المادة 140 من الدستور<sup>2</sup>، ومن ذلك أيضا الرأي رقم 02/ر.ق.م.ع.م/د.م.07 المؤرخ في 23 يوليو 2007 بعدم مطابقة الفقرتين 01 و 04 من القانون العضوي المعدل والمتّم للأمر رقم 97-07 المؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق 6 مارس سنة 1997 والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، للدستور لإخلالها بمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور<sup>3</sup>، والرأي رقم 08/01.ر.ق.د.م.ع.م/د.م.08 المؤرخ في 07 نوفمبر 2008 بعدم مطابقة الفقرة 05 مطتين ما قبل الأخيرتين للدستور لإخلاله بمبدأ التوازنات الأساسية بين السلطات العامة<sup>4</sup>، ورأيه

<sup>1</sup> - رأي المجلس الدستوري رقم 01 ق.ع.م.ع.م/د.م.04 المؤرخ في 05 فيفري 2004 المتعلق بمراقبة الانتخابات، ج ر 05 رقم 09 المؤرخة في 11 فبراير 2004 .

<sup>2</sup> - رأي رقم 02/ر.ق.م.ع.م/د.م.04 المؤرخ في 22 أوت 2004 المتعلق بمراقبة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء للدستور، ج ر 57 بتاريخ 08 سبتمبر 2004.

<sup>3</sup> - جاء في الرأي رقم 02 / ر. م / د / 07 مؤرخ في 8 رجب عام 1428 الموافق 23 يوليو سنة 2007، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتّم للأمر رقم 97-07 المؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق 6 مارس سنة 1997 والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، للدستور بأنه ".... - اعتبارا أن المشرع نص في الفقرة الثالثة من المادة 82 على أنه عندما تقدم قائمة ترشيحات للانتخابات المحلية بعنوان قائمة حرة، يجب أن تدعم بثلاثة في المائة (3%) على الأقل من توقيعات الناخبين المسجلين داخل الدائرة الانتخابية المعنية، على ألا يقل هذا العدد عن أربعمئة (400) توقيع، باستثناء البلديات التي يقل عدد الناخبين المسجلين فيها عن ألف (1000) ناخب مسجل و التي تبقى خاضعة إلى نسبة ثلاثة في المائة (3%) فقط،

- و اعتبارا أن المشرع أزم، بموجب شطر الجملة المذكور أعلاه، القوائم الحرة بشرط إضافي عما أقره بالنسبة لقوائم ترشيحات الأحزاب السياسية يقضي بضرورة الحصول على عدد لا يقل عن أربعمئة (400) توقيع في كل دائرة انتخابية، باستثناء البلديات التي يقل عدد الناخبين المسجلين فيها عن ألف (1000) ناخب مسجل والتي تبقى خاضعة إلى نسبة ثلاثة في المائة (3%) فقط،

- و اعتبارا أنه إذا كان من صلاحية المشرع أن يضمن القانون العضوي موضوع الإخطار ما يراه ملائما من شروط عند إعداد قوائم الترشيحات، فإنه يعود بالمقابل للمجلس الدستوري، عند إخطاره، التأكد من أن هذه الشروط لا تتعارض مع أي حكم أو مبدأ دستوري، - و اعتبارا بالنتيجة، فإن المشرع حين أزم القوائم الحرة بشرط إضافي عما أقره لقوائم الأحزاب السياسية يكون قد أحل بمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور، ووضع عقبة تحول دون ضمان مساواة المواطنين و المواطنين في المشاركة الفعلية في الحياة السياسية خلافا لما تقتضيه المادة 31 من الدستور. لهذه الأسباب يدلي بالرأي الآتي: في الموضوع ثانيا: فيما يخص أحكام القانون العضوي موضوع الإخطار:

2- يعد شطر الجملة "على ألا يقل هذا العدد عن أربعمئة (400) توقيع، باستثناء البلديات التي يقل عدد الناخبين المسجلين فيها عن ألف (1000) ناخب مسجل و التي تبقى خاضعة إلى نسبة ثلاثة في المائة (3%) فقط." الوارد في الفقرة الثالثة من المادة 82، غير مطابق للدستور.

3- يعد شطر الجملة "على ألا يقل هذا العدد عن أربعمئة (400) توقيع، باستثناء البلديات التي يقل عدد الناخبين المسجلين فيها عن ألف (1000) ناخب مسجل و التي تبقى خاضعة إلى نسبة ثلاثة في المائة (3%) فقط." الوارد في الفقرة الثالثة من المادة 82، قابلا للفصل عن باقي أحكام القانون العضوي موضوع الإخطار، وعليه تصاغ الفقرة الثالثة من المادة 82 كالتالي: "و عندما تقدم القائمة بعنوان قائمة حرة، يجب أن تحصل على ثلاثة في المائة (3%) من توقيعات الناخبين المسجلين داخل الدائرة الانتخابية المعنية. "

<sup>4</sup> - انظر الرأي رقم 08/01.ر.ق.د.م.ع.م/د.م.08 المؤرخ في 07 نوفمبر 2008، يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، ج ر رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008؛ ومن ذلك أيضا رأيه رقم / 06 ر. ق. ع. م / د. 98 / مؤرخ في 22 محرم عام 1419 الموافق 19 مايو سنة 1998، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله للدستور، حيث ذهب إلى القول على أن "7-ج- فيما يخص الفقرة الثانية من المادة 20 المذكورة أعلاه مأخوذة منفردة: - و اعتبارا أنّ المشرع باعتماده صياغة هذه الفقرة على النحو المذكور أعلاه،

رقم 01/ر.م.د/12 المؤرخ في 08 يناير 2012 المتعلق بمراقبة مطابقة الأحزاب السياسية للدستور لإخلاله بميثاق السلم والمصالحة الوطنية الموافق عليه بالاستفتاء الشعبي<sup>1</sup>.

ومما سبق، يمكننا القول بأن المخالفة الموضوعية لقواعد الدستور تتحقق إما في الحالة التي يخالف فيها المشرع بصورة صريحة وهو بصدد تنظيم مسألة معينة قاعدة دستورية أو مبدأ دستوريا بالشكل الذي يؤدي إلى إهدار الحق أو الحرية أو تقييدها أو الانتقاص منها بما لا يتلاءم أو يتناسب مع طبيعة هذا الحق أو الحرية (المخالفة الموضوعية الصريحة).

وإما أن تكون المخالفة الموضوعية ضمنية عندما يؤدي تدخل المشرع لتنظيم مسألة معينة أو موضوع معين إلى الإخلال بمبدأ دستوري، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى مطابقة التشريعات مع القواعد الدستورية وعدم إخلاله بالمبادئ الدستورية.

وإذا كان تدخل المشرع لتنظيم موضوع معين أو مسألة معينة من شأنه مخالفة القواعد الدستورية أو إخلاله بالمبادئ العامة ذات القيمة الدستورية، فإن امتناع المشرع عن تنظيم مسألة منحه الدستور أمر تنظيمها بمقتضى قانون يعتبر كذلك من حالات المخالفة الموضوعية لقواعد الدستور، وبالتالي تكون محلا للرقابة الدستورية.

---

يكون قد أدخل غموضا على معنى هذه الفقرة التي يستشف من قراءتها الوحيدة أنّ نيتها هي تحديد كميّات تنظيم وعمل مجلس الدولة، لأنّه في حالة العكس يكون قد أحال مواضيع من اختصاص القانون العضويّ على النظام الداخليّ لمجلس الدولة، ويكون بذلك قد أحلّ بمقتضىات المادة 153 من الدستور؛ ومن تطبيقات رقابة المجلس الدستوري الجزائري على ركن المحل بالنسبة للتشريع رأيه رقم الدستوري رقم 4 ق.م.د. 91 مؤرخ في 28 أكتوبر 1991 الذي قضى فيه بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة 54 من القانون رقم 91-17 المؤرخ في 15 أكتوبر 1991 المعدل والمتمم للقانون رقم 89-13 المؤرخ في 7 أوت 1989 والمتضمن قانون الانتخابات؛ انظر رأي المجلس الدستوري رقم 4 ق.م.د. 91 مؤرخ في 28 أكتوبر 1991 يتعلق بالفقرة الثانية من المادة 54 من القانون رقم 91-17 المؤرخ في 15 أكتوبر 1991 المعدل والمتمم للقانون رقم 89-13 المؤرخ في 7 أوت 1989 والمتضمن قانون الانتخابات، ج ر العدد 53 المؤرخة في 30 أكتوبر 1991.

<sup>1</sup> - رأيه رقم 01/ر.م.د/12 المؤرخ في 08 يناير 2012 المتعلق بمراقبة مطابقة الأحزاب السياسية للدستور لإخلاله بميثاق السلم والمصالحة الوطنية الموافق عليه بالاستفتاء الشعبي، ج ر العدد 2 العدد 02 المؤرخة في 15 يناير 2012 حيث جاء في هذا الرأي "...- واعتبارا أن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية تمت تركيته في استفتاء شعبي، وبعد التعبير المباشر عن الإرادة السيدة للشعب، ومن ثم فإنه يحتل في تدرج القواعد القانونية مرتبة أسنى من القوانين العضوية منها أو العادية، بالنظر إلى اختلاف إجراءات الإعداد والمصادقة والرقابة الدستورية، واعتبارا بالنتيجة أن عدم إدراج ميثاق السلم والمصالحة الوطنية ضمن التأشيريات يعد سهوا يتعين تداركه، بترتيب هذا النص مباشرة بعد مواد الدستور."؛ ومن تطبيقات المجلس الدستوري على ركن المحل رأيه رقم 9/ر.ن.د/م د/99 المؤرخ في 22 نوفمبر 1999 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي، المعدل والمتمم لمجلس الأمة للدستور، حيث صرح المجلس الدستوري بأنه "...في الموضوع:- اعتبارا أن مجلس الأمة حين استعمل كلمة "التشريع" في المادة 20 الفقرة الثانية من النظام الداخلي، موضوع الإخطار، يكون قد أضفى معنى مغايرا للمعنى المقصود من محتوى هذا البند، ولا يمكن اعتباره سهوا مما يستوجب تداركه، لأنه في الحالة العكسية يعد مخالفا للمادة 98 من الدستور."؛ انظر رأي المجلس الدستوري رقم 9/ر.ن.د/م د/99 المؤرخ في 22 نوفمبر 1999 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي، المعدل والمتمم لمجلس الأمة للدستور، ج ر العدد 4 المؤرخة في 28 نوفمبر 1999.

## ثانيا: الرقابة الدستورية على امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي

يعتبر امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي بالصورة التي حددها الدستور سلوكا سلبيا لمخالفته قواعد الدستور الموضوعية، وتحقق في الحالة التي يتناول فيها المشرع أحد المسائل التي يختص بتنظيمها، إلا أن هذا التنظيم الذي يأتي بعمد أو إهمال غير مكتمل قاصرا من الإحاطة بكافة جوانبه بما يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للمسألة محل التنظيم التشريعي<sup>1</sup>.

والإغفال التشريعي قد يقع بإحدى الصورتين، السكوت عن التنظيم أو ما يسمى بالإغفال الكلي أو الامتناع التشريعي، أما الصورة الثانية فهي القصور في التنظيم أو ما يسمى بالإغفال الجزئي، على أن الرقابة الدستورية إنما تنصب على ما سكت عنه أو أغفله المشرع عند تنظيم مسألة معينة تدخل في نطاق اختصاصه<sup>2</sup>.

ولعل الالتزام بحماية الحقوق والحريات العامة كان الدافع الأساسي لتبني رقابة الإغفال التشريعي، أي الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، لأن سكوت المشرع أو إغفاله أو امتناع عن ممارسة اختصاصاته التشريعية قد يقلل من الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة<sup>3</sup>.

ولما كان دور القاضي الدستوري في معالجة أو الرقابة على الإغفال التشريعي ينصب أساسا على مراقبة مدى تطابق القاعدة القانونية الموجودة مع النص الدستوري، فما هو دور القاضي الدستوري في معالجة الإغفال التشريعي وهو بصدد غياب جزئي أو كلي للقاعدة القانونية موضوع الرقابة الدستورية؟ في هذا الشأن يتجه جانب من الفقه إلى القول بأن موضوع الرقابة في هذه الحالة هو إخلال المشرع بالتزامه بالتشريع، وحثهم في ذلك أن موضوع الرقابة هو إخلال المشرع بالتزامه بالتشريع المنصوص عليه في الدستور، لأن المشرع نتيجة لهذا السكوت أو الإغفال قد أحل بالتزامه الدستوري بسن التشريع في المسائل التي حددها الدستور، ويتحقق الإغفال التشريعي عندما يخالف المشرع الالتزامات التي يفرضها عليه، أو أنه لم يقيم بالوفاء بالالتزامات بصورة كاملة وواضحة وصریحة كما ورد النص عليها في الدستور مقارنة بين عمل اللائحة أو التنظيم فيما يخص تنفيذ القانون، والقانون كأداة لتنفيذ أحكام الدستور<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، رقابة الإغفال التشريعي، مقال منشور بمجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في مصر، أبريل

2000، العدد 15، السنة السابعة، ص. 58؛ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص. 226.

<sup>2</sup> - انظر، عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص. 25؛ عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، المرجع السابق، ص. 396؛

- AVRIL .P et GICQUEL.J, Le conseil constitutionnel, op cit,p.120.

<sup>3</sup> - انظر، عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها، المرجع السابق، ص. 136؛ عبد الحفيظ الشبلي، رقابة الإغفال التشريعي، المرجع السابق، ص. 6؛ حسنين علي إبراهيم، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص. 276.

<sup>4</sup> - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، رقابة الإغفال التشريعي، المرجع السابق، ص. 16؛ أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص. 12؛

- ROUDIER.K ,op cit,p.255.

ومن النصوص الدستورية التي تفرض على المشرع التزاما بضرورة التدخل المادة 33 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>1</sup> «الجنسية الجزائرية، معرفة بالقانون. شروط اكتساب الجنسية الجزائرية، والاحتفاظ بها، أو فقدانها أو إسقاطها، محددة بالقانون» ، والمادة 22 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup> «لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض عادل، ومنصف». غير أن هذه الفكرة قد تعرضت لعدة انتقادات، لأنه لا يمكننا المقاربة بين عمل السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، باعتبار أن الأصل في عمل السلطة التنفيذية هو التقييد، أما الأصل في سلطة المشرع أنها سلطة تقديرية، كما أنه لا يجب الخلط بين الطبيعة والقوة الملزمة والآمرة للقواعد الدستورية وبين القول بالالتزام المشرع بالتشريع.

بينما يرى الجانب الآخر من الفقه بأن موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي هو وجود القاعدة القانونية الضمنية المخالفة للدستور الناشئة عن سكوت المشرع، الأمر الذي استقر عليه القضاء الدستوري المصري، غير أن هذه الفكرة قد انتقدت خاصة بالنسبة للإغفال التشريعي الكلي (الامتناع التشريعي)، باعتبار أنه لا يمكن للقاضي الدستوري أن يُعمّل رقابته على امتناع المشرع عن تنظيم مسألة معينة بصورة جزئية أو كلية، لأن الرقابة على هذه المخالفة تنصب أساسا على قواعد غير موجودة أصلا، باعتبار أن أساس هذه الرقابة هو مخالفة مبدأ سمو الدستور<sup>3</sup>.

وفي إطار استكمال دراستنا ليعيب عدم الاختصاص السلي للمشرع استطاع المجلس الدستوري الفرنسي فرض رقابته على حالات امتناع المشرع وإغفاله عن تنظيم المسألة محل التدخل التشريعي، والتي ينتج عنها قصور تشريعي أو إخلاله بمبدأ من المبادئ ذات القيمة الدستورية<sup>4</sup>.

ومن تطبيقات ذلك قرار المجلس الدستوري الفرنسي في 19 و20 يناير 1981 المتعلق بفحص قانون الأمن والحرية، فعلى الرغم من أن إقرار المجلس الدستوري بأن المادة 61 من الدستور لا تمنحه سلطة وحرية التقدير مثلما هو الأمر بالنسبة للبرلمان، مع احتفاظه بسلطة الفصل في مطابقة التشريعات المعروضة عليه لأحكام الدستور، إلا أنه اتجه إلى القول بأن تحديد المشرع للجرائم والعقوبات يجب أن يكون بصورة واضحة حماية للحقوق والحريات العامة المضمونة<sup>5</sup>.

ومن ذلك أيضا قراره المجلس الدستوري رقم 164/83 الصادر في 29 ديسمبر 1983 المتعلق بمدى دستورية قانون الميزانية لعام لعام 1983، حيث قضى المجلس الدستوري بعدم دستورية المادة 89 من هذا

<sup>1</sup> يقابلها نص المادة 30 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>2</sup> - يقابلها نص المادة 20 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>3</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 181؛ عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، المرجع السابق، ص. 445.

<sup>4</sup> - GIQUEL. J, Droit constitutionnel et institutions politiques, 16<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 1999, p.320.

<sup>5</sup> - C.C. Décision N°80-127 D.Cdu19et20 janvier1981, Rec .p.15.

القانون التي تمنح الإدارة الضريبية سلطة الضبط والتفتيش أثناء ممارستها لوظائفها بالمخالفة لنص المادة 66 من الدستور<sup>1</sup>، لينتهي المجلس الدستوري إلى أن المشرع كان يتعين عليه أن يُضَمِّن المادة 89 من الأحكام والنظم ما يضمن استبعاد تفسيرها بصورة مناقضة للمشروعية<sup>2</sup>.

ومن ذلك أيضا قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 84-181 الصادر في 11 أكتوبر 1984 بتعديل عمل المؤسسات الصحفية، حيث قضى بعدم دستورية المادة السادسة من مشروع القانون الصادر في 23 أكتوبر 1984 بشأن حرية الصحافة لعدم تحديده العناصر المكونة لجريمة انتحال الاسم في الجرائم الصحفية بصورة دقيقة بالمخالفة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات<sup>3</sup>.

ومن تطبيقات ذلك في القضاء الدستوري المصري ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في أول أكتوبر 1994 بعدم دستورية المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 450 لسنة 1986 بإنشاء محمية طبيعية في منطقة جبل علبة بالبحر الأحمر لعدم تحديده النطاق المكاني لتلك المحمية فيما لم يتضمنه من تعيين الحدود التي تبين النطاق المكاني لتلك الحدود.

ذلك بأن القرار المطعون فيه لم يبين حدود المحميات الطبيعية التي يسري عليها والتي تعد شرطا لإعمال العقوبات التي تضمنها القانون المنظم لتلك المحميات من خلال ترسيم الدائرة التي يعمل فيها يكون مفتقرا لخاصية اليقين التي تهيمن على التجريم ويخل بالحقوق الشخصية بما يجعل هذا القرار مخالفا للمادتين 41 و66 من الدستور المصري لسنة 1971<sup>4</sup>.

ومن ذلك أيضا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة 26 من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة رقم 75 لسنة 1963 فيما لم يتضمنه من وجوب سماع أقوال العضو المحال في مرحلة التحقيق لإخلاله بحق الدفاع<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، المادة 66 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

<sup>2</sup> - C.C. Décision N°83-164 D.C du 29 décembre 1983 (loi de finances pour 1984) ;

<sup>3</sup> - يقرر المجلس الدستوري بأن أحكام من هذا القانون (الفقرة الثانية من المادة 13؛ الجملة الأخيرة من المادة 15 (إذا كان القيام بذلك ومع ذلك)، يتم تطبيق المادتين 19 و 20؛ المواد 18 و 19 و 20؛ في المادة 21، الفقرة الأولى، في غرامة، وعبارة '19 و 20؛' الفقرة الثانية من المادة 23؛ المادة 28؛ المادة 39؛ المواد 18 و 19 و 20؛ في المادة 21، الفقرة الأولى، في غرامة، وعبارة '19 و 20؛' الفقرة الثانية من المادة 23؛ المادة 28؛ المادة 39؛ المادة 40) غير مطابقة للدستور، باعتبار أنها تحد من التركيز وضمان الشفافية المالية والتعددية من شركات وسائط الإعلام؛

-Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984 Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse ; CC:1984:84.181.DC, Journal officiel du 13 Octobre 1984.

<sup>4</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 20 لسنة 15 ق دستورية في 01 أكتوبر 1994؛ وأورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 102.

<sup>5</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 162 لسنة 19 ق دستورية في 07 مارس 1998؛ وأورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 55.

وفي حكم آخر لها صادر في 13 أكتوبر 2002 قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة 29 من القانون رقم 49 لسنة 1977 بشأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، فيما لم يتضمنه من النص على انتهاء عقد الإيجار الذي يلتزم المؤجر بتحريره لمن لهم الحق في شغل العين بانتهاء إقامة آخرهم سواء بالوفاة أو الترك لإخلاله بمبدأ حق الملكية المنصوص عليه في الدستور<sup>1</sup>.

وبخصوص معالجة القاضي الدستوري للإغفال التشريعي نجد أن القضاء الدستوري قد انقسم بين اتجاهين بصدد معالجة الإغفال التشريعي بإشراك السلطة التشريعية وبين انفراده بمعالجة الإغفال التشريعي، فالنسبة لمشاركته السلطة التشريعية يصدر القاضي الدستوري أحكاما كاشفة أو أحكاما ايعازية، ففي الأحكام الكاشفة يقتصر دور القاضي الدستوري على مجرد الكشف عن وجود إخلال دستوري دون أن يحكم بعدم دستورية هذا السكوت التشريعي، أما بالنسبة للأحكام ايعازية التي عن طريقها يوجه القاضي الدستوري أمرا أو نداء للمشرع بضرورة التدخل لتنظيم المسألة التي أغفلها<sup>2</sup>.

ومن ثم، فإن دور القاضي الدستوري في معالجة أو التصدي لحالات الإغفال التشريعي يرتبط بنوعية الأحكام الصادرة لمعالجة سكوت المشرع، ذلك بأن التفسير الذي يقوم به القاضي الدستوري في هذه الحالة يكون إما: تفسير ضيق أو مقيد يتوقف فيه الدور الإنشائي للقاضي الدستوري عند تحديد المضمون القاعدي للنص<sup>3</sup>، وتفسير إنشائي يظهر فيه الدور الإنشائي للقاضي الدستوري بتضمين النص المطعون فيه بعض الأحكام أو استبدال بعض من قواعده بقاعدة أخرى لسد النقص الذي جاء به النص لتفادي الحكم بعدم الدستورية، ليستطيع بذلك القاضي الدستوري أن يخلق قاعدة قانونية تجعله مساهم في سن التشريع إلى جانب المشرع<sup>4</sup>.

وفي فرنسا يعد FAVOREU هو من كشف عن وجود القرارات التفسيرية في القضاء الدستوري الفرنسي، حيث عُرف المنهج التفسيري الإنشائي بأنه يضيف على النص لونا يجعله مطابقا للدستور عن طريق تضمينه قاعدة أو عدة قواعد قضائية إضافية بهدف جعله قادرا على معالجة موضوعه بصورة كاملة بإكمال النقص عن طريق استخدام سلطة في التفسير<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 70 لسنة 18 ق دستورية في 03 نوفمبر 2002؛ وأورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع نفسه، ص. 112.

<sup>2</sup>- انظر، عبد الحفيظ الشبلي، رقابة الإغفال التشريعي، المرجع السابق، ص. 10؛ عيد أحمد غفلول، المرجع السابق، ص. 305.

<sup>3</sup>- لتفاصيل أكثر: انظر، أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية، المرجع السابق، ص. 267؛ محمد فوزي النويجي، المرجع السابق، ص. 19.

<sup>4</sup>- انظر، عيد أحمد الغفلول، المرجع نفسه، ص. 307.

<sup>5</sup>- FAVOREU.L. Philip.Loïc, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 10<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 1999, p.440 ; THIBAUD.V, op cit, p.81.

ومن تطبيقات ذلك في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي قراره رقم 76/67 الصادر في 05 يوليو 1976 بشأن القانون المعدل للمرسوم رقم 244 لسنة 1958 المتعلق بالنظام العام للموظفين، حيث أعطى المجلس الدستوري لنص المادتين 02 و 03 من هذا القانون تفسيرا إنشائيا جعلها تتطابق مع نصوص الدستور عندما قرر بأن النصوص المطعون فيها في الحالات التي تقرر لجنة الفحص الرجوع إلى ملفات بعض المسابقين، فإن ذلك يشكل التزاما عليها بفحص ملفات كل المتسابقين، وعليه فإن النصوص المطعون فيها لا تشكل انتهاكا لمبدأ مساواة الموظفين في شغل الوظائف العامة<sup>1</sup>.

أما فيما يخص قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر فلم يصدر عنها هذا النوع من الأحكام رغم اختصاصها بتفسير القانون، حيث رفضت التفسير الذي من شأنه أن يتعارض مع الغاية التي يقصدها المشرع، وهو ما قضت به في حكمها الصادر في 08 يوليو 2000<sup>2</sup>.

أما فيما يخص القضاء الدستوري الجزائري، نجد أنه يعرف ثلاث تقنيات وهو بصدد أعمال رقابته على القوانين الصادرة عن المشرع وهي أسلوب المطابقة الدستورية أو أسلوب المطابقة بتحفظ إضافة إلى أسلوب عدم المطابقة الدستورية، وباستقراءنا لقرارات و آراء المجلس الدستوري نجد أنه ضمنا قد أخذ بأسلوب التحفظات الإضافية على الرغم من أن التفسير الذي يقوم به القاضي الدستوري لا يجد له أي أساس في الدستور أو في نظامه الداخلي.

ويعد التفسير الذي تقدم به المجلس الدستوري فيما يتعلق بتفسير أحكام الدستور المتعلقة بالتجديد الجزئي الأول لأعضاء مجلس الأمة المعنيين بالتفسير الوحيد للمجلس الدستوري في هذا المجال مستندا في ذلك على أحكام المادة 163 فقرة 01 من الدستور الجزائري لسنة 1996 (يقابلها نص المادة 182 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، حيث ذهب إلى القول "...فيما يخص المادة 38 من القانون العضوي موضوع الإخطار المحررة كالاتي" يطبق إجراء التصويت بدون مناقشة على الأوامر التي يعرضها رئيس الجمهورية على كل غرفة للموافقة، وفقا لأحكام المادة 124 من الدستور -اعتبارا أن المشرع أخذ بمقتضى المادة 1/38 من هذا القانون تطبيق إجراء التصويت بدون مناقشة على الأوامر التي يعرضها رئيس الجمهورية على كل غرفة وفقا لأحكام المادة 124 من الدستور، دون أن يحدد الأوامر التي يعرضها رئيس الجمهورية على كل غرفة من البرلمان للموافقة،

<sup>1</sup>- CC DC N°76-67 DC du 05 juillet 1976 pour la loi modifiant l'ordonnance N°244 au 1958 relatif de le règlement général du fonctionnaires

أورده: عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص. 307.

<sup>2</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في 08 يوليو 2000؛ أورده، عبد الناصر أبو سهمدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 118.

- اعتبار أن المؤسس الدستوري رخص بمقتضى المادة124من الدستور لرئيس الجمهورية التشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان وفي الحالة الاستثنائية على أن تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء،

- اعتبار أن المؤسس الدستوري حين خصص الفقرات01و02و03من المادة124من الدستور للأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان، وخصص الفقرة الرابعة من نفس المادة للأوامر التي يمكن أن يتخذها رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية، فإنه يهدف من وراء ذلك إلى التمييز بين الأوامر التي تعرض على كل غرفة من البرلمان والأوامر المستثناة من ذلك،

- واعتبارا بالنتيجة أنه إذا كان قصد المشرع أن يعرض رئيس الجمهورية الأوامر المذكورة في المادة124من الدستور مما في ذلك الأوامر المتخذة في الحالة الاستثنائية، ففي هذه الحالة يكون قد خالف أحكام المادة 124 من الدستور.<sup>1</sup> نلاحظ بأن المجلس الدستوري قد اتجه إلى القول بأن الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية لا تخضع لنفس إجراءات التي يتم بها عرض الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية في الظروف العادية، والتي تعرض على غرفتي البرلمان من أجل الموافقة عليها استنادا على أن المؤسس الدستوري قد ميز بين الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية.

كما يعتبر أسلوب الأحكام التفسيرية الاستبدالية كذلك وسيلة لمعالجة الامتناع التشريعي الجزئي، وذلك من خلال استبدال القاضي الدستوري القاعدة التي احتواها النص واستبدالها بقاعدة أخرى تتفق مع أحكام الدستور لسد النقص الذي أصاب النص من جراء إهمال المشرع أو امتناعه عن تنظيم المسألة محل التنظيم بصورة تفق مع أحكام الدستور.<sup>2</sup>

مع العلم بأن المجلس الدستوري الفرنسي قد اعتمد صورة أخرى للتفسير، وهي التفسير الاستبدالي للتصدي لحالات الإغفال التشريعي الجزئي من المشرع، حيث يكتفي القاضي الدستوري باستبدال قاعدة

<sup>1</sup>- رأي المجلس الدستوري رقم 99/08 المؤرخ في 21 فبراير 1999 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وعلاقتهما الوظيفية بينهما وبين الحكومة للدستور، ج ر رقم 15 ؛ ولمزيد من التفاصيل، انظر على سبيل المثال: علي بوبتر، ضوابط الرقابة على دستورية القوانين في ظل ممارسات المجلس الدستوري الجزائري، مجلة الفكر البرلماني، ديسمبر 2004، العدد 05، ص.54؛ خالد دهنبة، أساليب عمل المجلس الدستوري في مجال رقابة المطابقة للدستور ورقابة الدستورية، مجلة الفكر البرلماني، نوفمبر 2005، العدد 14، ص.42.

<sup>2</sup>- وفي هذا الصدد ذهب الأستاذ بلس شاوش إلى القول بأن استخدام المجلس لتقنية التحفظات وهو بصدد ممارسة الرقابة الدستورية من شأنها أن تكون تحفظات منشئة للإبقاء على النص القانوني وتجنب الإلغاء الكلي للقاعدة و الحكم بعدم دستورتها، ففي هذه الحالة يظهر القاضي الدستوري كمشرع مساعد أو مشارك؛ لمزيد من التفاصيل :

- Yelles CHAOUCH.B, La technique des réserves dans la jurisprudence du conseil constitutionnel Algérien, L a justice constitutionnelle au Maghreb, 04 journées maghrébines de droit constitutionnel Mustapha Chaker 06 et 07 mars 2008, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, p.15;

أخذا عن : www.atdc.org.tn، يوم 2014/12/29 الساعة 22:00.

جديدة محل قاعدة غير دستورية في النص موضوع الرقابة. ولقد استخدم المجلس الدستوري الجزائري هذا الأسلوب عن طريق الإلغاء الجزئي للنص غير الدستوري مع إعطاء البديل له<sup>1</sup>.

أما فيما يخص حالات الإغفال التشريعي التام أو الكلي، فإن دور القاضي الدستوري في هذه الحالة يقوم إما بالكشف عن وجود إغفال تشريعي ويخطر السلطة بذلك على أن الأحكام الصادرة في هذه الحالة أمام أحكام توجيهية أو نداءية. فبالنسبة للصورة الأولى، فإن المحكمة الدستورية العليا في مصر لم تعرف هذا النوع من الأحكام عند معالجتها للإغفال التشريعي، أما تطبيقه في الجزائر نجد أن المجلس الدستوري الجزائري قد عرف هذا النوع من الأحكام، بحيث يكتفي القاضي الدستوري بالكشف عن وجود إغفال تشريعي دون أن يتضمن في رأيه ما يفيد التزام المشرع بضرورة ممارسة اختصاصه، ومن ذلك الرأي رقم 11/02 فيما يخص الموضوع. فيما رأيه رقم 11/02 الصادر في 06 يوليو 2011 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 01/98 الصادر في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور الذي جاء فيه: "... في الموضوع: - فيما يخص كلمة "وجوبا" التي تضمنتها المادة 39 الواردة في المادة 58 من القانون العضوي موضوع الإخطار، وعبارة "يتعين عليه" التي تضمنتها المادة 41 مكرر الواردة في المادة 09 من نفس القانون المأخوذتين معا لاتحادهما في العلة والمحترتين كالاتي: المادة 39 "يعين ممثلوا كل وزارة الذين يحضرون وجوبا في جلسات الجمعية العامة واللجنة الدائمة في القضايا التابعة لقطاعاتهم، من بين أصحاب الوظائف العليا برتبة مدير إدارة مركزية على الأقل" والمادة 41 مكرر 01 "يحدد رئيس مجلس الدولة تاريخ دراسة المشروع ويخطر الوزير المعين الذي يتعين عليه حضور أشغال مجلس الدولة أو يعين من ينوب عنه وفقا لأحكام المادة 39 أعلاه"

- اعتبار أن عبارة "يتعين عليه" وكلمة "وجوبا" تحملان إلزامية الحضور على التوالي من الوزير المعني أو ممثله، وأصحاب الوظائف العليا الذين لهم على الأقل رتبة مدير الإدارة المركزية، حسب الحالة لأشغال مجلس الدولة وجلسات العامة واللجنة الدائمة في القضايا التابعة لقطاعاتهم .

- واعتبار أن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن كل سلطة أخرى تدخل ضمن مجال اختصاص كل سلطة أخرى، - واعتبارا بالنتيجة، فإن المشرع بإقراره التزامات على الوزير المعني أو من يمثله له وأصحاب الوظائف العليا الذين على الأقل رتبة مدير الإدارة المركزية، يكون قد أحل مبدأ الفصل بين السلطات.. ولهذه الأسباب:.... في الموضوع: 4...- تعد كلمة "وجوبا" التي تضمنتها المادة 39 الواردة في المادة 8 وعبارة "يتعين عليه" التي تضمنتها المادة 41 مكرر 1 الواردة في المادة 09 من القانون العضوي موضوع

<sup>1</sup> - انظر، عبد الحفيظ الشبمي، رقابة الإغفال التشريعي، المرجع السابق، ص. 12؛ عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص. 308.

الإخطار، غير مطابقتين للدستور، وتعاد صياغة المادتين المذكورتين أعلاه كآلاتي:....."<sup>1</sup>. لقد اعتبر المجلس الدستوري أن حضور ممثل الوزير في جلسات مجلس الدولة عندما يمارس مجلس الدولة وظيفته الاستشارية فيما يخص مشاريع القوانين هو أمر اختياري، وليس إلزامي كما جاء في نص المادتين 39 و41 مكرر من هذا القانون، مبررا ذلك بأن الصياغة التي جاءت بها المادتين من شأنها أن تضيف التزامات على الوزير أو من يمثله أو أصحاب الوظائف العليا الذين لهم على الأقل رتيب مدير إدارة مركزية، وهو ما يعد إخلالا بمبدأ الفصل بين السلطات، بحيث قام المجلس الدستوري باستبدال قاعدة الحضور الإجمالي بقاعدة الحضور الاختياري .

أما الصورة الثانية، يلجأ فيها القاضي الدستوري إلى وضع صياغة أخرى لأحكام النص موضوع الرقابة، بحيث يتضمن ذلك إيعازا للسلطة التشريعية بضرورة التدخل للتشريع، وهو ما يطبق على الأحكام التفسيرية التوجيهية، حيث تصدر هذه الأحكام في عدة أشكال، فقد يتضمن طلبات للمشرع أو توصيات أو نصائح أو تأنيب للمشرع. ومن تطبيقات ذلك في القضاء الدستوري الفرنسي قراره الصادر في 27 يوليو 1982 بشأن تعددية المعلومات والبرامج التي تبث بواسطة الإذاعة والتلفزيون، وقراره رقم 86-217 الصادر في 19 ديسمبر 1986 بعدم مطابقة المواد 39 و40 و41 من القانون المتعلق بحرية الاتصالات مع الدستور لعدم مراعاته لمبدأ التعددية في مجال الاتصالات السمعية والبصرية.<sup>2</sup>

وبالبناء على ما سبق، يمكننا القول بأنه إذا كان دور القاضي الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين ينصب أساسا إما بالحكم بدستورية القانون موضوع الرقابة، أو الحكم بعدم دستوريته إذا تبين له بأنه يخالف نصا في الدستور.

فإنه استطاع أن يفرض رقابته على حالات سكوت المشرع أو امتناعه عن ممارسة اختصاصه التشريعي بما يمنح للقاضي الدستوري من خلال تقنية التفسير دورا إنشائيا بالصورة التي تجعل منه مساهما حقيقيا في وضع قواعد عامة ومجردة بجانب البرلمان، وتبعاً لذلك أصبح القضاء الدستوري مصدرا من مصادر السلطة التقديرية للمشرع .

وبعد بيان دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيب الذي يلحق محل التشريع يتضح لنا بأن الرقابة الدستورية لا تقتصر فقط على مخالفة المشرع لقواعد الدستور الموضوعية (المباشرة)، بل تمتد كذلك إلى الرقابة على حالات سكوت المشرع وامتناعه عن ممارسة اختصاصه التشريعي، لتصبح بذلك الرقابة التي

<sup>1</sup> - لتفاصيل أكثر: انظر رأي المجلس الدستوري رقم رأيه رقم 11/02 الصادر في 06 يوليو 2011 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 01/98 الصادر في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه و عمله للدستور، ج ر العدد 43.

<sup>2</sup> - C.C.D.C N°217-86 du 18 décembre 1986 (Loi relative à la liberté de communication), JORF du 19 septembre 1986.

انظر ، عبد العزيز سلمان ، رقابة الإغفال التشريعي ، المرجع السابق، ص 17.

يجريها القاضي الدستوري على عنصر المحل في التشريع تمثل رقابة الحد الأدنى على السلطة التقديرية للمشرع.

ذلك بأن مخالفة المشرع لقواعد الدستور الموضوعية أو إخلاله بأحد المبادئ ذات القيمة الدستورية من شأنه أن يصم التشريع بعدم الدستورية، وعلى القاضي الدستوري أن يراقب مدى توافق الحل الذي اختاره المشرع للمسألة محل التنظيم التشريعي مع قواعد الدستور، ويقضي بعدم دستورية التشريع في حالة وجود تعارض أو تناقض بين النص التشريعي موضوع الرقابة وقواعد الدستور الموضوعية، أو كان تنظيمه للمسألة محل التنظيم بصورة غير مكتملة تخل ببعض جوانب هذا التنظيم .

وبعد الوقوف على دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيب الذي يلحق محل التشريع، لنا أن نتساءل حول دور القاضي الدستوري في الرقابة على عيب السبب؟ وهل يمكننا الأخذ بفكرة الخطأ الظاهر في التقدير في القضاء الدستوري مثلما ما هو الأمر في القضاء الإداري؟

### المطلب الثاني

#### رقابة القاضي الدستوري على عيب السبب في التشريع

إلى جانب رقابة القاضي الدستوري على عيب المحل الذي يلحق محل التشريع تنصب رقابة القاضي الدستوري كذلك على العيب الذي يلحق سبب التشريع، ذلك بأن القاضي الإداري ومن أجل الحد من السلطة التقديرية للإدارة، قد تبني فكرة الخطأ الظاهر في التقدير لفرض رقابته على صحة الوقائع الذي يقوم عليها القرار الإداري، خاصة في الحالات التي تتمتع فيها الإدارة بجانب من حرية التقدير، لتصبح بذلك رقابة الخطأ الظاهر (الغلط البين) في التقدير إحدى عناصر رقابة الحد الأدنى التي يمارسها القاضي الإداري على أعمال السلطة الإدارية<sup>1</sup>.

ولقد استطاع القاضي الدستوري أن ينقل نظرية الخطأ الظاهر في التقدير إلى مجال القضاء الدستوري التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، ليتمكن بذلك القاضي الدستوري من بسط رقابته على السلطة التقديرية للمشرع، وذلك من خلال تقدير وتقييم الوقائع التي استند عليها المشرع لإصدار التشريع، ومدى تناسبها مع محل التشريع، ليقضي بذلك القاضي الدستوري بعدم دستورية التشريع في حالة تحققه من أن تقدير المشرع لم يكن مناسباً أو يخالف نصاً من النصوص الدستورية أو مبدأً من المبادئ ذات القيمة الدستورية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص. 13؛ مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء الطبعة 12، مطابع السعدي، مصر، 2006، ص. 334؛

- DEBBASCH.Ch, Contentieux administratif, op cit,p.680.

<sup>2</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 87؛

-FAVOREUX .L et PHILIP.L, Le conseil constitutionnel, op cit, p. 62 ; TURPIN.D, Contentieux constitutionnel, op cit,p.340..

و إذا كانت السلطة التقديرية للمشرع تعني اختيار هذا الأخير أفضل الحلول أو الخيارات أو الوسائل لتحقيق الغايات التي عهد المؤسس الدستوري أمر تحقيقها للتشريع، فإن تلك السلطة ينبغي أن تخضع لرقابة الحد الأدنى إذا كانت الوسيلة التي اختارها المشرع لا تتناسب مع الأهداف التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، أو شاب تقدير المشرع خطأ ظاهر<sup>1</sup>.

ومادام أن فكرة الخطأ الظاهر قد استقرت في القضاء الدستوري، لنا أن نتساءل عما إذا كانت هناك ضرورة للأخذ بنظرية الخطأ الظاهر في التقدير في ظل وضع المؤسس الدستوري للقيود أو الضوابط التي يتعين على المشرع الالتزام بها عند ممارسة اختصاصه التشريعي؟ بمعنى ما الجدوى من رقابة القاضي الدستوري على الخطأ الظاهر في التقدير في حالة وضع المؤسس الدستوري لضوابط أو قيود ملزمة للمشرع عند تنظيم أو تسوية مسألة معينة عهد إليه أمر تنظيمها بمقتضى قانون؟ وهل رقابة الخطأ الظاهر في التقدير تتعارض مع السلطة التقديرية للمشرع؟

وللإجابة على هذه الأسئلة ينبغي علينا بيان دور القاضي الدستوري في الرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي (الفرع الثاني)، وذلك بعد معرفة دور القاضي الإداري الذي تبنى فكرة الخطأ الظاهر في التقدير في المجال الإداري، لأنها تعد أحسن مثال للمقارنة حتى وإن كانت فكرة الخطأ الظاهر في التقدير في المجال الدستوري لا تلعب نفس الدور بالنسبة للرقابة على الوقائع التي تدفع إلى إصدار القرار الإداري، إلا أن القضاء الدستوري استطاع أن ينقل تلك الفكرة من نطاق دعوى الإلغاء إلى نطاق الدعوى الدستورية (الفرع الأول).

## الفرع الأول

### رقابة القاضي الإداري على عيب السبب في القرارات الإدارية

يلعب عنصر السبب في القرار الإداري دوراً هاماً في الرقابة القضائية على القرارات الإدارية من حيث مدى ملاءمة الدافع إلى اتخاذ القرار الإداري ومدى إمكانية تبريره، باعتبار أنه يشترط في كافة التصرفات الصادرة عن الجهات الإدارية أن تكون قد صدرت استناداً على أسباب تبررها<sup>2</sup>.

ويتخذ عيب السبب بالنسبة للقرارات الإدارية عدة صور، منها انعدام الأسباب القانونية التي حددها القانون لتبرير تصرف الإدارة، أو عدم صحة التكييف القانوني للأسباب التي تدعيها الإدارة لتبرير

<sup>1</sup> -انظر، عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، المرجع السابق، ص. 446؛ عماد محمد أبو حليمة، المرجع السابق، ص. 688.

<sup>2</sup> - يذهب الفقيه WALINE إلى القول بأن رقابة السبب واتساع نطاقه لدى مجلس الدولة قد أدى نوعاً ما إلى تراجع نظرية انحراف الإدارة في استعمال السلطة أمام مجلس الدولة، حيث شملت الرقابة على السبب معظم حالات عيب الانحراف بالسلطة؛ وأوردته: مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص. 336؛ خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، المرجع السابق، ص. 240.

تصرفها، مع العلم بأن الرقابة القضائية على عنصر السبب في القرارات الإدارية لم تكن محل اتفاق كل من الفقه والقضاء الإداريين<sup>1</sup>، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول موقف الفقه والقضاء الإداريين من الرقابة على عنصر السبب في القرارات الإدارية؟ وصور رقابة القاضي الإداري على عيب السبب في القرارات الإدارية؟

ومن أجل ذلك سوف نتطرق أولاً إلى بيان موقف الفقه والقضاء الإداريين من الرقابة على عنصر السبب في القرارات الإدارية (أولاً)، ثم مظاهر الرقابة على الوقائع بالنسبة لقرارات الإدارية (ثانياً).

### أولاً: موقف الفقه والقضاء الإداريين من الرقابة على عنصر السبب في القرارات الإدارية

لما كان عنصر السبب يعد من العناصر التي تتعلق بالمشروعية الداخلية للقرارات الإدارية وترتبط إلى حد كبير بالدافع إلى اتخاذ القرار وتبريره، فإن رقابة القاضي الإداري على عنصر السبب في القرارات الإدارية تنصب أساساً في البحث عن الأسباب والبواعث أو الدوافع الموضوعية التي دفعت الإدارة إلى إصدار القرارات الإدارية<sup>2</sup>.

ولمعرفة موقف كل من الفقه والقضاء الإداريين حول مدى اعتبار السبب كأحد أوجه عدم المشروعية بالنسبة للقرارات الإدارية، وموقف كل من الفقه والقضاء الإداريين حول خضوع عيب السبب الذي يلحق القرار الإداري للرقابة القضائية، سوف نتطرق أولاً إلى موقف الفقه من خضوع عنصر السبب في القرار الإداري لرقابة القاضي الإداري (أ)، ثم موقف القضاء من ذلك (ب).

### أ- موقف الفقه من خضوع عنصر السبب في القرارات الإدارية لرقابة القاضي الإداري

لقد انقسم فقهاء القانون الإداري بين مؤيد ومنكر حول مدى اعتبار السبب أحد عناصر القرار، حيث ذهب جانب من الفقهاء الفرنسيين إلى القول بأن الأسباب أو البواعث الملهمة التي تحمل الإدارة على إصدار قراراتها الإدارية لا يمكن أن تؤثر في القرار الإداري لأنها في الحقيقة تُعبر عن وقائع خارجية سابقة على القرار الإداري لا تؤثر على مشروعيته أو صحته<sup>3</sup>.

غير أن هذه الأسباب أو البواعث الملهمة لا يقتصر دورها فقط على أنها وقائع تدفع الإدارة على إصدار القرارات الإدارية، بل تعد أساس القرار الإداري وسبب وجوده، وهو أمر دفع الغالب في الفقه إلى

<sup>1</sup> - انظر، عادل السعيد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1993، ص. 553؛ مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص. 338؛ رضا عبد الله حجازي، الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، مصر، 2001، ص. 300.

<sup>2</sup> - انظر، سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص. 173.

<sup>3</sup> - DUGUIT, L, Traité de droit constitutionnel, op cit, p.365.

أورده: سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 174.

الاتجاه نحو اعتبار السبب كأحد عناصر القرار الإداري، وتبعاً لذلك أصبح العيب الذي يلحق عنصر سبب بالنسبة للقرار الإداري يعد عيباً مستقلاً يدخل ضمن العيوب الداخلية التي تصيب القرار الإداري<sup>1</sup>. مع العلم بأن المشرع قد يعمل على تحديد الأسباب التي تدفع الإدارة إلى إصدار القرارات الإدارية بالشكل الذي تنعدم فيه السلطة التقديرية للإدارة فيما يخص الأسباب أو البواعث التي تدفع الإدارة إلى إصدار قرارات إدارية، كأن يُلزم القانون جهة الإدارة بمنح التراخيص المختلفة بمجرد تقديم الطلب واستيفاء الشروط القانونية اللازمة لذلك<sup>2</sup>.

كما أن المشرع غالباً ما يترك للإدارة جانب من حرية التقدير في ممارسة اختصاصاتها، كأن يكفي بتحديد ما ينبغي على الإدارة القيام به عند وجود وقائع معينة ويترك للإدارة حرية في التدخل، وكذا تحديد مضمون القرار الإداري، أو أن يترك المشرع للإدارة سلطة تقديرية واسعة في اختيار السبب دون أية قيود. وعلى القاضي الإداري وهو بصدده بسلطته رقابته على مدى مشروعية السبب في القرار الإداري، أن يحكم بعدم مشروعية القرار الإداري لعيب في السبب في حالة انعدام الأسباب، باعتبار أنه حتى وإن كان تسبب القرار الإداري لازماً أم لا، إلا أن القرار الإداري يجب أن يقوم على أسباب تبرر صدوره.

وترتيباً على ما سبق، يمكننا القول بأنه إذا كان الفقه قد اختلف حول مدى اعتبار عنصر السبب كأحد عناصر القرار الإداري ومدى خضوعه للرقابة القضائية، فالمستقر عليه في الفقه الفرنسي هو اعتبار عنصر السبب كأحد عناصر المشروعية الداخلية للقرارات الإدارية، وأن العيب الذي يلحق به يعد عيباً مستقلاً يدخل ضمن عيوب المشروعية الداخلية التي تشوب القرارات الإدارية، الأمر الذي أكد عليه الفقه المصري، بأنه يتعين لصحة القرارات الإدارية أن تستند على أسباب قائمة وصحيحة قانوناً<sup>3</sup>.

أما عن موقف الفقه الإداري الجزائري في هذا المجال، نجد أنه تأثر بموقف الفقه الفرنسي والمصري في اعتبار أن عيب السبب يعتبر من أوجه إلغاء القرارات الإدارية، على أن رقابة القاضي الإداري في الرقابة على العيب الذي يلحق عنصر السبب في القرارات الإدارية تنصب على التحقق من أن تصرفات الإدارة ينبغي أن تستند على أسباب مشروعة لإصدار قراراتها الإدارية. وبعد معرفة موقف الفقه الإداري حول مدى اعتبار

<sup>1</sup> - انظر، محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، المرجع السابق، ص. 139؛ عادل السعيد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، المرجع السابق، ص. 554؛

- BOCKEL.A, Le pouvoir discrétionnaire du législatif, op cit ,p.49.

<sup>2</sup> - انظر، زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص. 16؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 91.

<sup>3</sup> - انظر، سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص. 183؛ عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، المرجع السابق، ص. 452؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 116 إلى 144.

عنصر السبب كأحد عناصر المشروعية الداخلية للقرارات الإدارية، ومدى خضوعه للرقابة القضائية لنا أن نتساءل عن موقف القضاء الإداري من ذلك؟

### ب- موقف القضاء الإداري من خضوع عنصر السبب في القرارات الإدارية لرقابة القضاء

لقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر نحو رفض بسط رقابته على أسباب القرار الإداري، باعتبار أن هذه الأخيرة تعد من عناصر الملاءمة التي تدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة. غير أن تطور رقابة القاضي الإداري في فرنسا قد جعلت الرقابة تشمل إلى جانب الحالات التي يحدد فيها المشرع للإدارة وقائع محددة لتدخل الإدارة، الحالات التي لا يقيد فيها القانون تدخل الإدارة بقيام وقائع محددة بناء على سلطتها التقديرية. والمستقر عليه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة يجب أن تستند في قراراتها على أسباب صحيحة حتى في الحالات التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية واسعة، ليتسع بذلك نطاق الرقابة القضائية على القرارات الإدارية إلى الرقابة على مدى ملاءمة القرارات الإدارية إلى جانب مشروعيتها.

والمستقر عليه في القضاء الإداري في مصر بأنه يتعين على الإدارة أن تستند في قراراتها على أسباب قائمة وصحيحة، الأمر الذي أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في مصر بعد إنشائها متأثرة بذلك بموقف مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال، حيث قضت بأن عنصر السبب هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تسوغ للإدارة حق التدخل لإصدار القرار الإداري، وعلى القاضي أن يتحقق من صحة قيام هذه الوقائع وصحة تكييفها القانوني<sup>1</sup>.

كما أضافت بأنه لا يجوز للقاضي الإداري أن يتصدى لتقدير ملاءمة إصدار القرار الإداري أو عدم ملاءمته، لأن ذلك يدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، إلا أن القاضي الإداري له الحق في البحث في مدى صحة الوقائع التي تحمل الإدارة على إصدار قراراتها الإدارية وكذا تقديرها<sup>2</sup>.

ذلك بأن المستقر عليه في القضاء الإداري في مصر هو أنه إذا كانت القاعدة العامة لا تقيد الإدارة بضرورة تسبب قراراتها، إلا في الحالات التي يلزمها القانون بذلك، غير أن ذلك لا يعني إعفاء الإدارة من عرض أسباب القرارات الصادرة عنها والمطعون فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري.

ونجد أن القضاء الإداري الجزائري بأنه تأثر بموقف القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر في أن الإدارة عند إصدارها قراراتها الإدارية يجب أن تستند على أسباب قائمة ووقائع صحيحة، وعلى القاضي أن يراقب وجود الوقائع وصحة تكييفها القانوني ومدى ملاءمتها.

<sup>1</sup> - انظر، مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 340.

<sup>2</sup> - انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في 25 نوفمبر 1955 في القضية رقم 159 لسنة 01؛ وأورده: سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 184؛ محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 142.

وعليه، يمكننا القول بأنه يشترط في القرار الإداري أن يقوم على أسباب واقعية حقيقية وصحيحة قانوناً، على أن رقابة القاضي الإداري على عيب السبب الذي يلحق القرار الإداري تشمل الرقابة على الوجود المادي للوقائع، أو الرقابة على التكييف القانوني للوقائع، إضافة إلى الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية.

### ثانياً: صور الرقابة القضائية على عيب السبب في القرار الإداري

تعتبر كل من الرقابة على الوجود المادي للوقائع، والرقابة على التكييف القانوني لها، والرقابة على مدى ملاءمتها رقابة الحد الأدنى التي يباشرها القاضي الإداري على عنصر السبب في القرارات الإدارية التي تمكنه من إلغاء القرار الإداري لوجود خطأ في الوقائع أو خطأ في الوصف القانوني الصحيح للوقائع نتيجة الخطأ في القانون<sup>1</sup>. ولمعرفة مظاهر الرقابة على الوقائع التي يقوم عليها القرار الإداري سوف نتطرق أولاً إلى بيان دور القاضي الإداري في الرقابة على الوجود المادي للوقائع (أ)، ثم دوره في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع (ب).

### أ- الرقابة على الوجود المادي للوقائع

يشترط لصحة الوقائع المادية التي تستند عليها الإدارة في إصدار قراراتها أن تكون صحيحة وقائمة حتى تاريخ إصدارها، وأن تكون محددة باعتبار أن القرار الإداري الذي يقوم على أسباب عامة أو غامضة يعد قراراً إدارياً خالياً من الأسباب، وأن تقوم كذلك على أسباب جديّة ومشروعة<sup>2</sup>. وأن رقابة القاضي الإداري على الوقائع المادية التي يقوم عليها عنصر القرار الإداري تثير تساؤلاً هاماً خاصة في الحالة التي يكون فيها القرار الإداري معيباً في بعض أسبابه دون الأسباب الأخرى إذا كان القرار الإداري يستند على أسباب متعددة، وحول مدى إمكانية تصحيح الخطأ في السبب؟ إذا تبين للقاضي الإداري عدم صحة بعض الأسباب التي تستند عليها الإدارة لإصدار قراراتها دون الأسباب الأخرى، فإن ذلك لا يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري لعيب السبب. بمعنى أنه إذا قام القرار الإداري

<sup>1</sup> - انظر، زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص. 15؛ سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص. 188؛ انظر، محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص. 351؛ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، بدون دار نشر، الجزائر، 2010، ص. 152؛

- DEBBASCH.Ch, Contentieux administratif, op cit, p.680.

<sup>2</sup> - انظر، زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، المرجع نفسه، ص. 15؛ عادل السعيد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، المرجع السابق، ص. 553؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 96؛ سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص. 190 إلى 204؛ محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص. 352.

على عدة أسباب فإن استبعاد أي سبب من هذه الأسباب لا يؤدي إلى إلغائه طالما أن الأسباب الأخرى صحيحة وتؤدي إلى نفس النتيجة<sup>1</sup>.

وفي المجال اتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى التفرقة بين الأسباب الرئيسية والأسباب الثانوية في القرار الإداري، بحيث يتحقق عيب السبب بالنسبة للقرارات الإدارية إذا تبين أن الأسباب غير الصحيحة قد لعبت دورا أساسيا في إصدار القرار الإداري، أما إذا كانت هذه الأسباب ثانوية والأسباب الأخرى الصحيحة كافية لإصدار القرار الإداري، فإن تصرف الإدارة في هذه الحالة يكون صحيحا<sup>2</sup>.

والملاحظ على القضاء الإداري المصري بأنه تأثر بموقف القضاء الإداري الفرنسي في التمييز بين الأسباب أو البواعث التي تدفع الإدارة إلى إصدار القرارات الإدارية بما يسمى بالسبب الحاسم أو السبب الأهم، ذلك بأنه في الحالة التي تكون فيها سلطة الإدارة مقيدة بأسباب محددة للتدخل لا تثار أية إشكالية، باعتبار أن رقابة القاضي الإداري تنصب أساسا حول التحقق من أن القرار الإداري يستند على أسباب محددة نص عليها القانون وصحيحة قانونا دون النظر إلى الأسباب الأخرى التي استندت عليها الإدارة لإصدار قراراتها، سواء كانت هذه الأسباب صحيحة أم لا.

أما إذا كان للإدارة حرية في اختيار الأسباب أو البواعث لإصدار قراراتها وفقا لسلطتها التقديرية التي منحها لها القانون، فإن الأخذ بفكرة السبب الحاسم أو الأهم يبقى دون جدوى، وأن القرار الإداري يبقى صحيحا رغم ما يشوب الأسباب الأخرى من عيوب، باعتبار أنه في الحالة التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية فيما يتعلق بعنصر السبب في القرار الإداري يكفي أن يكون مستندا على أسباب واقعية تبرر ملاءمته<sup>3</sup>.

على أن مسألة تصحيح الأسباب التي يقوم عليها القرار الإداري المطعون فيه أمام القاضي الإداري تثير إشكالية هامة حول هل يجوز للقاضي الإداري أو جهة الإدارة تصحيح الأسباب التي يستند عليها القرار الإداري إذا تبين بأن تلك الأسباب غير صحيحة، إلا أن هناك أسباب أخرى يمكن الاستناد عليها لتبرير القرار محل الطعن واستبدال السبب الصحيح محل السبب غير الصحيح؟

<sup>1</sup> - انظر، رضا عبد الله حجازي، الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري، المرجع السابق، ص. 342.

<sup>2</sup> - AUVIGNON, La pluralité de motif dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir, 1971, p.201.

أورده: مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص. 759.

<sup>3</sup> - لمزيد من التفاصيل: انظر، مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص. 760؛ انظر، عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص. 332.

الحقيقة أن الغالب في الفقه الإداري يرى بأنه لا يجوز للقاضي تصحيح الأسباب التي استند إليها القرار الإداري المطعون فيه، لأن ذلك يعد تدخلا في صميم النشاط الإداري، الأمر الذي استقر عليه القضاء الإداري<sup>1</sup>.

### ب- رقابة القاضي الإداري على التكييف القانوني للوقائع

إذا كانت الرقابة على الوجود المادي للوقائع تتمثل في التحقق من صحة الوقائع المتعلقة بسبب القرار الإداري، فإن الرقابة على التكييف القانوني للوقائع تنصب أساسا على مراقبة تقدير الإدارة أو بالأحرى تفسيرها لإرادة المشرع وغاياته.

ذلك بأن الرقابة على التكييف القانوني للوقائع لا تثير إشكالية في الحالات التي تعتبر فيها هذه الوقائع شرطا لتدخل الإدارة، حيث يعتبر حكم GOMEL في 04 أبريل 1914 بمثابة بداية لمجلس الدولة الفرنسي من أجل بسط رقابته على التكييف القانوني للوقائع في مجال السلطة التقديرية للإدارة<sup>2</sup>.

على أن الرقابة على التكييف القانوني للوقائع قد ارتبطت كذلك بفكرة الخطأ الظاهر في التقدير، ففي الحالات التي لا يراقب فيها مجلس الدولة التكييف القانوني للوقائع يبحث في المقابل عما إذا كان تقدير الإدارة لا يشوبه غلط أو خطأ ظاهر في التقدير.

وإذا كانت الإدارة تستقل مثلا بتقدير ملاءمة العقوبة اللازمة للخطأ المرتكب أو تستقل بمنح تراخيص البناء أو رفضها، فإن تقديرها يجب ألا يكون مشوبا بخطأ ظاهر في التقدير، مع العلم بأن فكرة الخطأ الظاهر في التقدير تعتبر وسيلة يعتمد عليها القاضي الإداري للموازنة بين امتناعه عن البحث في رقابة التكييف القانوني للوقائع، وبين الحد من نطاق السلطة التقديرية للإدارة ليتحقق من أن تقدير الإدارة لا يشوبه خطأ ظاهر في التقدير. ولقد طبق مجلس الدولة الفرنسي مضمون هذه الفكرة في مسألة معادلة الوظائف في قضية LAGRANGE، لتشمل هذه الفكرة كافة المنازعات التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية واسعة<sup>3</sup>.

وفي مصر، على الرغم من أن القضاء الإداري قد بسط رقابته على الوجود المادي للوقائع والتحقق من صحتها، وكذا رقابته على تقدير الإدارة لهذه الوقائع، إلا أنه لم يتوسع في أعمال نظرية الخطأ الظاهر كما هو الشأن في قضاء مجلس الدولة الفرنسي<sup>4</sup>، حيث طبقت المحكمة الإدارية العليا نظرية الخطأ الظاهر بصورة

<sup>1</sup> - انظر، رضا عبد الله حجازي، الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري، المرجع السابق، ص. 344.

<sup>2</sup> - C.E du 04 janvier 1963 ; C.E du 08 mars 1968 ; LONG.M et WEIL.P et BRAIBANT.B , Les grands arrêts de la jurisprudence administrative , 6<sup>ème</sup> édition , 1974 , p.121.

أورده: زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص. 18.

<sup>3</sup> - C.E du 15 février 1961, lagrange ,Rec, p.121, A.J.D.A, 1961, p.200 ; LAURENT.H , La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du conseil constitutionnel , R.D.P, 1986, p.705.

<sup>4</sup> - LAURENT.H , La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du conseil constitutionnel R.D.P, 1986, p.705.

صحيحة في حكمها الصادر عام 1961، لتمتد بذلك فكرة الخطأ الظاهر في التقدير إلى العديد من المجالات لاسيما العقوبات التأديبية<sup>1</sup>.

وبناء على ما تقدم، يمكننا القول بأن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير أصبحت تعد عيباً مستقلاً وتخضع للرقابة القضائية كسائر عيوب المشروعية الأخرى، من خلالها يستطيع القاضي الإداري بسط رقابته على تقدير الإدارة.

والملاحظ على القاضي الإداري الجزائري بأنه تأثر بموقف القضاء الإداري الفرنسي والمصري، بحيث لا تتوقف رقابة القاضي الإداري على مجرد التأكد من الوجود الفعلي للوقائع التي يقوم عليها القرار المطعون فيه، وإنما تتعدى كذلك إلى رقابة مدى صحة الوصف والتكييف القانوني لها<sup>2</sup>.

ولما كانت نظرية الخطأ الظاهر في التقدير قد استقرت في القضاء الإداري، وأصبحت تعتبر عيباً مستقلاً من عيوب عدم المشروعية التي تخضع للرقابة القضائية كسائر عيوب المشروعية الأخرى، التي يستطيع القاضي الإداري عن طريقها بسط رقابته على تقدير الإدارة، لنا أن نتساءل عن إمكانية الأخذ بفكرة الخطأ الظاهر في التقدير في المجال الدستوري في ظل وجود القيود أو الضوابط التي فرضها المؤسس الدستوري على المشرع عند ممارسة اختصاصه بسن التشريع؟

## الفرع الثاني

### رقابة القاضي الدستوري على الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي

لقد استطاع القاضي الدستوري أن ينقل نظرية الخطأ الظاهر في التقدير إلى نطاق الرقابة الدستورية كسبب موضوعي لإلغاء القوانين المخالفة للدستور، ليستطيع بذلك القاضي الدستوري أن يفرض رقابته على تقدير المشرع ومراقبة مدى ملاءمة الحل الذي اختاره المشرع للمسألة محل التدخل التشريعي، ليقضي بعدم دستورية التشريع إذا شاب تقدير المشرع خطأً ظاهراً يؤدي إلى عدم الملاءمة أو التناسب بين الأغراض التي استهدفها ووسيلة تحقيقها، أو يؤدي تدخل المشرع إلى المساس بمبدأ من المبادئ الدستورية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في عام 1961 بأنه (ولئن كان للسلطات التأديبية، ومن ثم بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة المخالفة الإدارية وما يناسبه من جزاء لذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى ألا يشوبها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة المخالفة الإدارية وبين نوع الجزاء ومقداره) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فيمصر في الطعن رقم 563 لسنة 07 بتاريخ 11 نوفمبر 1961؛ أورده: زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص. 22؛ خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، المرجع السابق، ص. 700.

<sup>2</sup> - لتفاصيل أكثر انظر على سبيل المثال: محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص. 351؛ انظر، سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص. 539؛ عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص. 428؛ ناصر لباد، المرجع السابق، ص. 154.

<sup>3</sup> - انظر، عماد محمد محمد أبو حليمة، المرجع السابق، ص. 756.

مع العلم بأن فكرة الخطأ الظاهر في التقدير ظهرت لأول مرة في قضاء المجلس الدستوري بمناسبة رقبته على التأمينات في قراره الصادر في 1981، ليستطيع بذلك القاضي الدستوري أن ييسر رقابته على السلطة التقديرية للمشرع، باعتبار أن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في القضاء الدستوري تعتبر رقابة ملاءمة<sup>1</sup>.

وحتى يتسنى لنا معرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي سوف نتطرق أولاً إلى تحديد مفهوم الخطأ الظاهر في التقدير في نطاق القضاء الدستوري (أولاً) ثم تطبيقات الخطأ الظاهر في التقدير في القضاء الدستوري (ثانياً).

### أولاً تحديد مفهوم الخطأ الظاهر في التقدير في نطاق القضاء الدستوري

يقرر جانب من الفقه الفرنسي بأن القاضي الدستوري يعطي لفكرة الخطأ الظاهر في التقدير مضمونا مستقلا يتلاءم مع طبيعة الدعوى الدستورية، باعتبار أن جانب التقدير الذي يتمتع به المشرع عند ممارسة اختصاصه التشريعي أكبر بكثير مما تملكه الإدارة، على أن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في القضاء الدستوري تعد في حد ذاتها رقابة ملاءمة بين الحلول أو الخيارات التي اختارها المشرع للمسألة محل التنظيم التشريعي، وليست رقابة على التكييف القانوني للأسباب<sup>2</sup>.

ذلك بأن فكرة الخطأ الظاهر في التقدير تطرح إشكالية أساسية حول المقصود بفكرة الخطأ الظاهر في التقدير، وما هو المعيار الذي يمكن عن طريقه تحديد الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي، أي كيف يتم إثباته؟ وحتى يتسنى لنا الإجابة على هذه الأسئلة سوف نُعرف أولاً فكرة الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي (أ)، ثم تحديد المعيار الذي يمكن عن طريقه تحديد الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي (ب).

### أ- تعريف فكرة الخطأ الظاهر في التقدير في المجال الدستوري

لتحديد معنى فكرة الخطأ الظاهر في التقدير في المجال الدستوري استعان الفقه الدستوري بتعريف فكرة الخطأ الظاهر في التقدير في نطاق القانون الإداري، وذلك نظراً لأن هذه الفكرة ابتدعها القضاء الإداري على الرغم من اختلاف طبيعة نظرية الخطأ الظاهر في التقدير في كل من القضاء الإداري والدستوري، حيث يقصد بالخطأ الظاهر في التقدير بأنه خطأ ليس في حاجة إلى عقل نيرٍ لاكتشافه، أو أنه خطأ بيّن لا يحتاج

<sup>1</sup>- انظر، زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص. 72؛

- ROUSSEAU.D, Droit du contentieux constitutionnel, op cit, p.95, p.135.

<sup>2</sup>- انظر، جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، المرجع السابق، ص. 20؛ يسرى محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، المرجع السابق، ص. 21؛ زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، المرجع نفسه، ص. 16؛

- DUGUIT.L, op cit, p. 149; H ROUSSILLEN, Le conseil constitutionnel, op cit, p 62

إلى شخص ذو خبرة لاكتشافه، أو كما يمكن تعريفه أيضا بأنه الخطأ الواضح الذي يتسم بالجسامة والخطورة<sup>1</sup>.

ذلك بأن الرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير في نطاق القانون الدستوري تشمل رقابة القاضي الدستوري على تقدير المشرع والتحقق من مدى ملاءمة الحل الذي اختاره المشرع مع المصلحة العامة، وفي الحالة التي يتبين للقاضي الدستوري أن تقدير المشرع قد شابه خطأ ظاهراً في التقدير يقضي بعدم دستورية التشريع لعيب في السبب<sup>2</sup>.

حيث تطرح رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في نطاق القانون الدستوري تساؤلاً هاماً حول هل أن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير تتعارض مع السلطة التقديرية للمشرع أم لا؟ الواقع أن الرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير في نطاق القانون الدستوري كما ذهب جانب من الفقه الفرنسي هي بعيدة عن الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، بل تعد في حد ذاتها حماية لنطاق السلطة التقديرية المتروكة للمشرع، باعتبار أن القاضي الدستوري لا يملك سلطة تقديرية كتلك التي يملكها المشرع، وأن رقابته لا تمتد إلى البحث عن الغاية أو الهدف الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه من وراء إصداره التشريع، وهو ما يجعل رقابة الخطأ الظاهر في التقدير بحسب رأي جانب من الفقه تمثل رقابة الحد الأدنى للرقابة الدستورية على الخيارات أو الحلول التي تبناها المشرع في المسألة محل التنظيم التشريعي في حالة وجود خطأ جسيم دون أن تمتد هذه الرقابة إلى الأخطاء البسيطة أو العادية<sup>3</sup>، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول المعيار الذي يمكن عن طريقه إثبات أو تحديد الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي؟

---

<sup>1</sup> - « qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé » أو « qui sauté au yeux qu'il soit besoin d'être un expert très avertir » ;

أورده، عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص. 379؛ زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص. 72.

<sup>2</sup> - انظر، عماد محمد محمد أبو حليمة، الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص. 773؛ يسرى محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، المرجع السابق، ص. 22؛ زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص. 19؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 15 إلى 47.

<sup>3</sup> - يرى جانب من الفقه بأن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير تمثل رقابة الحد الأدنى للرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، لأن رقابة القاضي الدستوري تكون مقيدة بالنصوص الدستورية من جهة، كما أن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير لا تكون في حالة وجود خطأ ظاهر جسيم في التقدير دون أن تمتد هذه الرقابة إلى الأخطاء العادية أو البسيطة من جهة ثانية؛ لتفصيل أكثر، انظر، عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص. 379؛ خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، المرجع السابق، ص. 760.

## ب- معيار إثبات الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي

لما كانت رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في نطاق القانون الدستوري لا تشمل الرقابة على مدى ملاءمة الحلول أو الخيارات التي اختارها المشرع للمسألة محل التنظيم التشريعي دون التعرض لرقابة التكييف القانوني للأسباب التي قام عليها التشريع<sup>1</sup>.

وما دام أن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير تعتبر وسيلة يملكها القاضي الدستوري للتأكد من مدى تناسب أو ملاءمة الحلول التي اختارها المشرع وتناسبها مع الغايات التي عهد إليه المؤسس الدستوري لتحقيقها، فما هو المعيار الذي يمكننا الاعتماد عليه لتحديد معيار الخطأ الظاهر، وهل يقتصر الخطأ فقط على الخطأ الجسيم الذي يشوب تقدير المشرع، أم أنه يمتد كذلك إلى الأخطاء الظاهرة البسيطة؟

الواقع أن تحديد معيار محدد لفكرة الخطأ الظاهر في التقدير لا يعني وضع معيار ثابت ومحدد للوقوف على تحقق أو تخلف الخطأ الظاهر في التقدير في جميع الحالات، وإنما يقصد به الاستدلال على قيام الخطأ الظاهر والتحقق منه يخضع للتقدير الموضوعي الذي لا يخضع لتقدير القاضي الدستوري.

وفي سبيل تحديد معيار معين لإعمال رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في المجال الدستوري تأثر جانب من الفقه الدستوري بموقف الفقه والقضاء الإداريين في كل من فرنسا ومصر في تبني معيار موضوعي في تقدير الخطأ الظاهر في مجال القانون الإداري يقوم على عناصر موضوعية تكشف عن الخلل في التقدير<sup>2</sup>.

حيث اتجه جانب من الفقه إلى الاعتماد على درجة جسامه الخطأ كمعيار مميز لفكرة الخطأ الظاهر في التقدير، بينما ذهب اتجاه آخر إلى الأخذ بفكرة عدم المعقولة في تقدير الإدارة عندما تقع الإدارة في خطأ ظاهر، وهي بصدده ممارسة سلطتها التقديرية بأن تسيء الإدارة بقصد أم لا استخدام تلك الحرية، وتذهب إلى أبعد من الحدود المعقولة في الحكم الذي تحمله على عناصر الملاءمة، على أنه يعتبر خطأ ظاهراً إذا كان واضحاً لكل ذهن<sup>3</sup>.

وفي محاولة لإيجاد معيار لإعمال رقابة الخطأ الظاهر في التقدير جمع جانب من الفقه بين المعايير السابقة، باعتبار أن الخطأ الظاهر في التقدير ليس له مفهوم واحد دقيق وثابت أو محدد يمكن بمقتضاه الوقوف على تحققه أو تخلفه، ومن ثم فإنه يشترط في الخطأ الظاهر أن يكون جسيماً ويتصف بعدم المعقولة، كما أن التحليل القانوني للفكرة يجب أن يسمح بتطبيق رقابة الخطأ الظاهر في القضاء الدستوري واعتناق المعيار الموضوعي لتلك الفكرة، وهو ما يساعد القاضي الدستوري لإثبات الخطأ الظاهر استناداً على

<sup>1</sup> - انظر، عماد محمد محمد أبو حليمة، الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص. 776؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 25.

<sup>2</sup> - انظر، زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص. 30.

<sup>3</sup> - انظر، يسرى محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، المرجع السابق، ص. 23.

عناصر موضوعية موجودة في التشريع ذاته، كالرجوع إلى أسباب التشريع للتحقق من الأغراض التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، فإذا ثبت للقاضي الدستوري وجود خطأ ظاهر في تقدير المشرع وأدى ذلك إلى عدم التناسب أو الملاءمة الظاهرة بين الغاية التي يستهدفها ووسائل تحقيقها، أن يقضي بعدم دستورية ذلك التشريع<sup>1</sup>.

ومما سبق، يمكننا القول بأنه يشترط لإعمال رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في المجالين الدستوري والإداري أن يكون الخطأ الذي يشوب تقدير المشرع أو الإدارة جسيماً أو غير معقولاً دون النظر فيما إذا كان الخطأ ظاهراً أم لا.

كما أن إثبات الخطأ الظاهر في التقدير يتم عن طريق الاعتماد على معيار موضوعي يستند على عناصر موضوعية تجدها أساسها في نصوص القانون ذاته أو ديباجته أو مذكرته الإيضاحية، حيث يستطيع القاضي الدستوري عن طريقها الكشف عن مدى التلائم والتناسب بين الغايات التي استهدفها المشرع وبين وسائل تحقيقها، والتحقق فيما إذا كان تدخل المشرع لتنظيم مسألة معينة وفقاً لسلطته التقديرية يمس بمبدأ من المبادئ ذات القيمة الدستورية أم لا<sup>2</sup>.

وبعد تحديد معنى الخطأ الظاهر في التقدير في نطاق القانون الدستوري ومعيار إثباته، لنا أن نتساءل عن موقف الفقه والقضاء الدستوريين في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري؟

### ثانياً: موقف الفقه الدستوري وقضاؤه من الرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي

على الرغم من أن القضاء الدستوري في فرنسا ومصر قد تبني فكرة الخطأ الظاهر في التقدير في المجال الدستوري، إلا أن هذه الفكرة لم تلق قبولا من جانب الفقه حول مدى خضوع السلطة التقديرية للمشرع في حالة وجود خطأ ظاهر في التقدير، ومدى إمكانية تطبيق فكرة الخطأ الظاهر في التقدير في القضاء الدستوري مثلما هو الأمر في القضاء الإداري.

ومن أجل ذلك سوف نبين موقف الفقه والقضاء الدستوري في كل من فرنسا ومصر، وكذا موقف الفقه الدستوري وقضاؤه الجزائري(أ)، كما أننا سوف ندعم دراستنا بتطبيقات لفكرة الخطأ الظاهر في التقدير في القضاء الدستوري(ب).

1 - انظر، زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص 48.

2 - انظر، عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص 32.

## أ-موقف الفقه الدستوري وقضاؤه من الرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي

على الرغم من أن فكرة الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي لم تكن محل اتفاق في الفقه الدستوري وقضاؤه، إلا أن المستقر عليه في كل من الفقه والقضاء الدستوريين في فرنسا هو تبني فكرة الخطأ الظاهر في التقدير التي تمثل رقابة الحد الأدنى لرقابة القاضي الدستوري على عنصر السبب في التشريع. ومن قرارات المجلس الدستوري الفرنسي في هذا المجال قراره الصادر في 19 و20 يناير 1981 مؤكداً على أن دور المجلس الدستوري الفرنسي ينصب فقط على الفصل في مدى مطابقة القوانين المعروضة عليه للدستور دون أن يمتد اختصاصه إلى البحث في مدى ملاءمة التشريع أو بواعثه<sup>1</sup>، وقراره الصادر في 16 يناير 1982 الذي أقر فيه المجلس الدستوري بأن تقدير ضرورة التأميمات بواسطة المشرع المقرر بواسطة القانون الخاضع لنظر المجلس الدستوري، لا يجوز أن يُراجع في ظل عدم وجود خطأ بين في التقدير<sup>2</sup>. ومن قراراته كذلك قرار المجلس الدستوري الفرنسي في 29 ديسمبر 1989 بمناسبة الرقابة على قانون المالية لسنة 1984<sup>3</sup>.

أما في مصر، فلم تلق فكرة الخطأ الظاهر في التقدير قبولا من جانب الفقه الدستوري، حيث أُثيرت مسألة إعمال الرقابة الدستورية على الخطأ الظاهر في التقدير في المجال الدستوري حول مدى إمكانية وصلاحيّة الخطأ الظاهر في التقدير في القضاء الدستوري المصري؟.

الواقع أن الفقه الدستوري في مصر قد انقسم إلى اتجاهين بين مؤيد ومنكر لهذه الفكرة، حيث ذهب الاتجاه المؤيد للرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير إلى أن رقابة القاضي الدستوري على الخطأ الظاهر في التقدير تعد ضرورة حتمية كمظهر من مظاهر مبدأ خضوع الدولة للقانون مستنديين في ذلك على عدة حجاج منها، أن الرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، وأن دور القاضي الدستوري في هذا المجال يقتصر فقط على مجرد التحقق من وجود تناسب بين اختيار الحلول من

<sup>1</sup> -C.C,D.C 80-127 du 19 et 20 janvier 1980(loi sécurité et liberté ;

<sup>2</sup> -جاء في قرار المجلس الدستوري في 16 يناير 1982 ما يلي:

« Considérant que l'appréciation portée par législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste ,être récusée par celui-ci des lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de la déclaration de 1789 » ;CC DC N°81-132DC du 16 janvier 1982(loi de nationalisation).

<sup>3</sup> -قرر المجلس الدستوري في هذا الحكم بأن المشرع له سلطة تحديد ما إذا كانت الأموال اللازمة لممارسة المهنة ،ذلك بأن تحديد الربح في رأس مال الشركة من الحد الذي تعتبر فيه الحصص أو الأسهم مالا مهنيا لا يشوب أي خطأ ظاهري في التقدير.

« Considérant qu'il appartient au législateur de décider si les biens nécessaires à l'exercice d'une profession doivent ou non être pris en compte pour l'assise de l'impôt sur les grandes fortunes :

Considèrent que pour poser les règles d'établissement de l'assise de l'impôt sur les grandes fortunes ,le législateur a fondé son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en cette matière :que ,dès lors, cet impôt est établi d'une façon régulière au regard des règles et principes de valeur constitutionnelle, et notamment de la prise en compte nécessaires des facultés contributives des citoyens. » ;C.C. DC N°83-164D.C DU 29 décembre 1983(Loi de finances pour 1984).

جانب المشرع والأغراض التي يستهدفها دون التعرض لرقابة التكييف القانوني للأسباب<sup>1</sup>، كما أن الرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي تعتبر من أهم الوسائل التي تضمن الحريات والحقوق الدستورية وتكفل تحقيق المصلحة العامة<sup>2</sup>.

كما أن دور القاضي الدستوري في الرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير يقتصر فقط على مجرد التحقق من أن هذا التقدير لا يشوبه خطأ ظاهر في التقدير دون أن يمتد دور القاضي الدستوري إلى البحث في بواعث التشريع، أو تقدير مدى ضرورة التشريع من عدمه<sup>3</sup>.

ومن الحجج التي يستند عليها أصحاب هذا الاتجاه هي أهمية هذا النوع من الرقابة التي يبرز أساسا في حالة المخالفات المستترة التي تحتاج إلى رقابة متعمقة من جانب القاضي الدستوري للوصول إلى حقيقة النصوص، والتحقق من مدى مخالفتها للدستور من عدمه<sup>4</sup>.

أما الاتجاه الآخر المنكر للرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير على أساس عدم صلاحية تطبيق تلك الفكرة في النظام القانوني المصري مستنديين في ذلك على عدة حجج، ذلك بأن كل التطبيقات التي ذكرها أصحاب الاتجاه المؤيد للرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير تتضمن رقابة القاضي الدستوري على تناسب أو ملاءمة الحلول التي اختارها المشرع ومدى اتفاقها مع المصلحة العامة، وهو أمر يستوجب البحث عن الأسباب الحقيقية للتشريع<sup>5</sup>.

إضافة إلى ذلك، فإن عدم وجود معيار ثابت ومحدد لفكرة الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي من شأنه أن يؤثر على الحلول التي أقرها المشرع في المسألة محل التنظيم التشريعي باعتبار أن رقابة القاضي الدستوري على الخطأ الظاهر في التقدير تقوم على تقييم الحلول التي اختارها المشرع، وتحديد ما يعد من قبيل الأخطاء الظاهرة الجسيمة أو العادية، الأمر الذي يؤثر على السلطة التقديرية للمشرع<sup>6</sup>.

أما عن موقف الفقه والقضاء الدستوريين في الجزائر، فنظرا للتجربة الدستورية الحديثة للقضاء الدستوري في الجزائر، فإن اختصاص المجلس الدستوري في الرقابة الدستورية ينصب أساسا على النظر في مدى مطابقة

<sup>1</sup> - انظر، زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص. 195؛ عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص. 34.

<sup>2</sup> - انظر، السيد علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر (دراسة مقارنة)، دار الجامعات المصرية، مصر، 1987، ص. 679.

<sup>3</sup> - انظر، ثروت عبد العال أحمد، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص. 157.

<sup>4</sup> - LAUCHAIRE .R, Le conseil constitutionnel et le gouvernement du juge ,1987,p.29 ; OBERDORFF.H, op cit, p.57.

<sup>5</sup> - انظر، شعبان أحمد رمضان، ضوابط و آثار الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص. 479.

<sup>6</sup> - انظر، زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص. 101؛

- MARINESE.V ,L'idéal législatif du conseil constitutionnel étude sur les qualités de la loi, op cit,p.720.

نص تشريعي أو تنظيمي للدستور، ومن ثم فإن هذه الرقابة هي رقابة مشروعية (رقابة مطابقة) وليست رقابة ملاءمة<sup>1</sup>.

وتدعيما للدراسة سوف نتطرق إلى أهم تطبيقات رقابة القاضي الدستوري على الخطأ الظاهر في التقدير في الدستورين الفرنسي والمصري.

### ب- تطبيقات لفكرة الخطأ الظاهر في التقدير في القضاء الدستوري

الواقع أن المجلس الدستوري الفرنسي قد خطا خطوات واسعة نحو رقابة الملاءمة من خلال تبني فكرة الخطأ الظاهر في التقدير وإعطائها مضمونا مستقلا يتلاءم مع طبيعة الدعوى الدستورية، ومن قرارات المجلس الدستوري الفرنسي في هذا المجال قراره الصادر في 1985 المتعلق بقانون الأمن والحرية، ليستعمله المجلس الدستوري بشكل واضح وصريح في قراره الصادر في 16 يناير 1982 المتعلق بالرقابة على قانون التأميم<sup>2</sup>.

ذلك بأن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير أمام القضاء الدستوري لا تعتبر رقابة الخطأ الظاهر في التكييف القانوني للأسباب، وإنما هي رقابة ملاءمة بين اختيار الحلول من جانب المشرع عندما يؤدي تدخل المشرع للمساس بمبدأ دستوري، بحيث أصبح المجلس الدستوري كثيرا ما يستخدم الخطأ الظاهر في التقدير لفحص ومراجعة تقدير المشرع فيما يخص خطورة وضرورة العقوبات المقررة بالنسبة للوقائع المجرمة، وهو ما قضى به المجلس الدستوري في قراره الصادر في 07 يناير 1988<sup>3</sup>.

ويتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن فكرة الخطأ الظاهر في التقدير تسمح للقاضي الدستوري بتعميق رقابته وكفالة حماية أكبر للحقوق والحريات العامة، ومن أبرز ما قضى به المجلس الدستوري بناء على فكرة الخطأ الظاهر في التقدير قراره الصادر في 11 أكتوبر 1984، حيث قضى بعدم دستورية بعض نصوص هذا القانون لوجود خطأ ظاهر في التقدير<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - الملاحظ على المجلس الدستوري التونسي، فبعد أن كان دور المجلس الدستوري استشاري استطاع القاضي الدستوري التونسي أن يفرض رقابته على التناسب والتوازن في التشريع مما يجعله متفقا مع أحكام الدستور.

<sup>2</sup> - C.C.D.C N°81-132D.C Du 16 janvier 1982

<sup>3</sup> - C.C.D.C N°87-232.D.C du 07 janvier 1988, loi a la mualisation de la caisse rational du crédit agricole, Rec. P 17; FAVOREUX . L et PHILIP. L, Le conseil constitutionnel, op cit, p. 65.

<sup>4</sup> - حيث قضى المجلس الدستوري بأنه إذا كان مسموحا للمشرع حال تنظيمه إحدى الحريات العامة مستعملا في ذلك الصلاحيات أو السلطات التي تخولها له المادة 34 من الدستور، أن يقرر للمستقبل ما يعتبره ضروريا من القواعد الأكثر تشددا، فإنه لا يجوز الإخلال بمراكز قانونية قائمة إلى في حالتين: الأولى أن تكون هذه المراكز قد تكونت على نحو غير قانوني، والثانية أن يكون المساس بهذه المراكز ضروريا من أجل تحقق الهدف الدستوري الذي يتبعه المشرع، وبناء عليه فلا يكون جائزا المساس بمراكز الصحف اليومية الوطنية استنادا لاعتبارات الإخلال بمبدأ التعددية وبطريقة خطيرة مما يجعل من الضروري لإصلاح هذا الوضع إعادة فحص الأوضاع القائمة والمساس بالمراكز القانونية القائمة بنقل أو إلغاء بعض منها.... وحيث أن أحكام الفقرة الثانية من المادة 13 من هذا القانون لا يمكن تقريرها إلى من خلال الاستناد لعدم مشروعية هذه الأوضاع لا من خلال ضرورة إحياء تعددية حقيقية ثبت اختفاؤها، ومن ثم، فهي لا تتفق مع أحكام الدستور.

-C.C.D.C N°84-181.D.C du 10 et 11 octobre 1984, (loi des entreprises de presse), R.J.C.I.p.199.

ذلك بأن المجلس الدستوري قد استعمل عدة مصطلحات للدلالة على الخطأ الظاهر، حيث درج استعمال مصطلح الإخلال الواسع أو عدم التوافق الظاهر، ومن ذلك قرار المجلس الدستوري الصادر في 07 يناير 1988 بشأن النص على أن بعض المساهمين في إحدى الشركات سيكونون أقلية في جميع الحالات يتجاوز بشكل ظاهر المركز المميز لبعض فئات المساهمين ويخل بمبدأ المساواة<sup>1</sup>.

وقراره الصادر في 28 ديسمبر 1995 بشأن المساواة أمام الضريبة والمتعلق بقانون المالية لعام 1996<sup>2</sup>، وقراره الذي قضى بعدم دستورية المادة 15 من القانون لوجود خطأ ظاهر في التقدير، لأن القانون يشكل انتهاكا لمبدأ المساواة ويتجاوز ما هو ضروري<sup>3</sup>، كما قضى كذلك المجلس الدستوري بعدم دستورية نص المادة 1/461 من قانون العقوبات التي اعتبرت أن مجرد مساعدة الأجنبي على دخول البلاد أو التنقل أو الإقامة بها على وجه غير مشروع من أعمال الإرهاب، وقد استند المجلس الدستوري في قراره على عدم توافر شروط الضرورة في التجريم والعقاب في هذه الحالة لمخالفتها للمبادئ التي يقوم عليها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 1789<sup>4</sup>.

وإذا كانت فكرة الخطأ الظاهر في التقدير قد استقرت في قضاء المجلس الدستوري، لنا أن نتساءل عن موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر من الرقابة الدستورية على الخطأ الظاهر في التقدير؟

الحقيقة أن المحكمة الدستورية العليا في مصر أكدت على أنه لا يمكن فصل النصوص القانونية التي نظم بها المشرع موضوعا محددًا عن الأهداف التي يسعى المشرع إلى تحقيقها<sup>5</sup>، بحيث قيدت نطاق السلطة التقديرية للمشرع بضرورة تناسب الأغراض التي استهدفها مع وسائل تحقيقها، وهو الأمر الذي يدل على أن

<sup>1</sup> - C.C.D.C N°87-232.D.C du 07janvier 1988,loi a la mualisation de la caisse rational du crédit agricole, Rec. p.17;

ومن ذلك أيضا قرار المجلس الدستوري رقم 86-196 الصادر في 08 أوت 1986؛ حيث أكد المجلس الدستوري على وجود خطأ ظاهر في القانون المطعون فيه :

«... considérant que le congrès, dont le rôle comme organe délibérant d'un territoire d'outre-mer ne se limite pas à la simple administration de ce territoire doit, pour être représentatif du territoire et de ses habitants dans le respect de l'article 3 de la Constitution, être élu sur des bases essentiellement démographiques ; que s'il ne s'ensuit pas que cette représentation doit être nécessairement proportionnelle à la population de chaque région ni qu'il ne puisse être tenu compte d'autres impératifs d'intérêt général, ces considérations ne peuvent cependant intervenir que dans une mesure limitée qui, en l'espèce, a été manifestement dépassée ». Il s'agit là d'une hypothèse d'inconstitutionnalité pour ce qui semble relever d'une « erreur manifeste d'appréciation » du législateur. Il conviendra de mesurer la portée de ce concept par rapport à celui employé en contentieux administratif. » CC, n° 85-196 DC, 08/08/1985, Rec. 63, cons. 16

<sup>2</sup> -Revue française de droit constitutionnel N°25 du1995 jurisprudence du conseil constitutionnel du 01 octobre - 31 décembre 1995.

أورده :عبد الحفيظ الشيمي ،القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية ،المرجع السابق،ص.379.

<sup>3</sup> -C.C.D.C N°87-237.D.C du 30 décembre 1987,Rec. p.63.

<sup>4</sup> - MATHIEU.B, Les décisions créatrices du conseil constitutionnel ,Colloque du cinquantenaire du conseil constitutionnel, 3 Novembre 2008,p p.1.

<sup>5</sup> -انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 08 لسنة 16 ق دستورية بتاريخ 05 أوت 1995.

المحكمة الدستورية العليا قد اتجهت نحو أعمال رقابة التناسب بين تقدير المشرع والأغراض التي يستهدفها<sup>1</sup>. وباستقراءنا لبعض أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر سوف نلاحظ بأنها عملت رقابة الخطأ الظاهر في التقدير من خلال بسط رقابتها على ملاءمة خيارات المشرع ومدى تناسب الأغراض التي استهدفها مع وسائل تحقيقها، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في 06 مايو 2000 بقولها (ولكن كان الأصل أن المشرع يترخص في تقدير ملاءمة تدخله بما يعنيه ذلك من أن للمشرع سلطة التصدي لتنظيم أي موضوع يرى تنظيمه بمقتضى قانون، كما له أيضا أن يتمتع عن التدخل إذا ما قدر أن دواعي المصلحة العامة تقتضي ذلك، فإن قرر المشرع التدخل كان له حرية اختيار الوقت المناسب لإقرار تشريعه دون أن يكون هناك ما يلزمه قانونا بالتدخل أو تحديد وقت تدخله)<sup>2</sup>.

ومن ذلك أيضا حكمها الصادر في 22 فيفري 1997 حول مدى دستورية المادة الثانية من القانون رقم 49 لسنة 1977 المتعلق بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر<sup>3</sup>. ومن ذلك أيضا حكمها الصادر في 03 فبراير 1999 بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من القانون رقم 147 لسنة 1984 بشأن رسم تنمية الموارد فيما قرر من فرض جزاء واحد على المتخلف عن توريد الضريبة التي فرضها على الحفلات التي تقام في الفنادق، وفي إطار رقابتها على تقدير المشرع قضت المحكمة الدستورية العليا إلى أنه كان ينبغي على المشرع أن يفرق في هذا الجزاء بين من يتعمدون اقتناص مبلغ الضريبة لحسابهم أو من يقصرون في توريدها، وأن يكون الجزاء على التقصير متناسبا مع المدة التي امتد

---

<sup>1</sup> - جاء في حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 05 يوليو 1997 "أن الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدتها الدستور بضوابط محددة تعتبر تخوما لها لا يجوز اقتحامها أو تحطيتها، ويمثل جوهر هذه السلطة على ما جرى به قضاء هذه المحكمة في المفاضلة بين البدائل المختلفة التي تتراوح فيما بينها وفق تقديره لتنظيم موضوع محدد، فلا يختار من بينها إلى ما يكون مناسبا أكثر من غيره لتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وكلما كان التنظيم التشريعي مرتبطا منطقيا بهذه الأغراض بافترض مشروعيتها - كان هذا التنظيم موافقا للدستور؛ المزيد من التفاصيل: انظر، حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 20 لسنة 18 ق دستورية بجلسة 05 يوليو 1997، ج ر رقم 29 بتاريخ 19 يوليو 1997؛ وأورده، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص 116.

<sup>2</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 193 لسنة 19 ق دستورية في 06 مايو 2000؛ وأورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص 90.

<sup>3</sup> - قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في 22 فيفري 1997 (حيث أن المشرع وإن قرر في مجال تنظيم العلاقة التجارية من النصوص القانونية ما ارتآه كاملا للتوازن بين أطرافها، إلا أن هذا التوازن لا يجوز أن يكون صوريا أو منحلا، وكلما كان هذا التنظيم متصفا بأن مال بالميزان في اتجاه أحد أطرافها تنظيما للحقوق التي يدعيها أو يطلبها كان ذلك انحرافا عن إطارها .....)؛ وحتى وإن كانت المحكمة الدستورية لم تستخدم اصطلاح الخطأ الظاهر في هذا الحكم صراحة، إلا أنها أشارت إلى أن طبيعة العلاقة التجارية والحقوق التي تولد عنها لطرفي العقد حولت إصلاح الخطأ الذي وقع فيه المشرع عندما انحاز لمصلحة أحد أطراف العلاقة؛ انظر، حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 22 مايو 1997 في القضية رقم 44 لسنة 17 ق دستورية، ج ر العدد 10 بتاريخ 22 فيفري 1997؛ وأورده، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص 116.

إليها<sup>1</sup>. وفي ذات السياق قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في 02 يونيو 2001 بعدم دستورية نص المادة 48 من قانون العقوبات بشأن جريمة الاتفاق الجنائي<sup>2</sup>.

وفي تطبيق آخر لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير قضت المحكمة الدستورية العليا في 08 يوليو 2000 بعدم دستورية المادة 02 من القانون رقم 38 لسنة 1972 بشأن مجلس الشعب فيما قرره من تثبيت صفة العامل والفلاح عند تاريخ 15 مايو 1971 دون الاعتماد بأي تغيير من صفة فئات إلى عمال وفلاحين بعد هذا التاريخ مؤسسة حكمها على عدم معقولية التنظيم التشريعي (من غير المعقول أن يضع القانون استحالة مطلقة أمام تغيير هذه الصفة التي كانت له في تاريخ معين لصيقة به حتى لو كانت لا تتفق مع الحقيقة والواقع)<sup>3</sup>.

فإذا كانت المحكمة الدستورية العليا في مصر قد عملت رقابتها على تقدير المشرع في حالة وجود خطأ ظاهر، واستندت في الرقابة على مبدأ التناسب بين الأغراض التي يستهدفها المشرع ووسائل تحقيقها، فما هو موقف القضاء الدستوري في كل من الجزائر؟

ولما كان دور المجلس الدستوري الجزائري كما قلنا سابقا ينصب أساسا حول النظر في مدى مطابقة نص تشريعي أو تنظيمي لأحكام الدستور، فإن هذه الرقابة هي رقابة مشروعية بسيطة (رقابة مطابقة أو عدم مطابقة) وليست رقابة ملاءمة. ومن آراء المجلس الدستوري المتعلقة بمراقبة مطابقة القوانين للدستور الرأي رقم 01/ر.م.د/12 في 08 يناير 2012 المتعلق بمراقبة القانون المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور حيث قضى بعدم مطابقة المواد للدستور<sup>4</sup>، وكذلك الرأي رقم 02/ر.م.د/12 في 08 يناير 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام للدستور، حيث قضى بعدم مطابقة المادة 05 من المادة 13 من القانون العضوي موضوع الإخطار للدستور<sup>5</sup>، الرأي رقم 03/ر.م.د/11 في 22 ديسمبر 2011 المتعلق بمراقبة

<sup>1</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 33 لسنة 03 ق دستورية بتاريخ 03 فبراير 1999؛ أورده، عبد الناصر أبو سمهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 332.

<sup>2</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 119 لسنة 21 ق دستورية بتاريخ 02 يونيو 2001؛ أورده، عبد الناصر أبو سمهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع نفسه، ص. 334.

<sup>3</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 21 لسنة 13 ق دستورية بتاريخ 08 يوليو 2000؛ عبد الناصر أبو سمهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع نفسه، ص. 340؛ صبري محمد السنوسي، الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص. 320.

<sup>4</sup> - انظر رأي المجلس الدستوري رقم 01/ر.م.د/12 في 08 يناير 2012.

<sup>5</sup> - انظر رأي المجلس الدستوري رقم 02/ر.م.د/12 في 08 يناير 2012.

القانون العضوي المتعلق بالانتخابات للدستور، حيث قضى بعدم مطابقة الشرط الأخير من المطة 03 من المادة 78 للدستور<sup>1</sup>.

ومن ثم، فإذا كان للمشرع ولاية عامة في وضع القوانين بكل سيادة وفقا لنص المادة 112 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup>، فإنه يحق للمجلس الدستوري أن يراقب التشريعات الصادرة عن المشرع لضمان مطابقتها للدستور تطبيقا لنص المادتين (182 و 186) من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - جاء في رأي المجلس الدستوري رقم 03/د.م. 11/ في 22 ديسمبر 2011 "....-رأي رقم / 03 ر . م . د 11 / مؤرخ في 27 محرم عام 1433 الموافق 22 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور: "....لهذه الأسباب....يدلي بالرأي الآتي: ثانيا - فيما يخص أحكام القانون العضوي، موضوع الإخطار 1 - يعيد الشرط الأخير من المطة 3 من المادة 78 غير مطابق للدستور، وتُعاد صياغة المادة 78 كالتالي:.....

2 - يعيد الشرط الأخير من المطة 3 من المادة 90 غير مطابق للدستور، وتُعاد صياغة المادة 90 كالتالي:.....

3 - تُعاد صياغة الشرط الأخير من المادة 168 على النحو التالي: "ويجب عليها عدم التدخل في صلاحيتها "بدلا من" ولا يجب عليها التدخل في صلاحيتها".

4 - تُعد المادة 169 مطابقة للدستور شريطة مراعاة التحفظ المثار سابقا.

5 - تُعد المطة الأولى والفقرة 2 من المادة 170 غير مطابقة للدستور، وتُعاد صياغة المادة 170 كالتالي:.....

ثالثا - تُعد باقي أحكام القانون العضوي، موضوع الإخطار، مطابقة للدستور.

رابعا - تعتبر الأحكام غير المطابقة للدستور، قابلة للفصل عن باقي أحكام القانون العضوي، موضوع الإخطار....".

<sup>2</sup> - يقابلها نص المادة 98 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

<sup>3</sup> - يقابلها نص المادتين 163 و 165 من الدستور الجزائري لسنة 1996؛ وفي هذا المجال استطاع القاضي الدستوري التونسي أن يفرض رقابته على المدى والتناسب والتوازن، حيث أكد المجلس الدستوري حرصه على مراقبة التناسب والتوازن بين مقتضيات احترام الحق الأساسي والغرض الذي يبرر وجوده معلنا في أكثر من رأي "أن القانون الذي يحد من الحق لا يجب أن يقتصر على وضع القيود على ممارسة هذا الحق، بل يتعين أن يضبط إجراءات توفر في حد ذاتها جملة من الضمانات توازن بين مقتضيات احترام هذا الحق، والأساس الذي يبرر تحديده بحسب ما يقدره المشرع وبإشراف من المجلس الدستوري. كل ذلك دون أن تصبح رقابة التناسب والتوازن رقابة الوجاهة والظرفية التي ترجح لتقدير المشرع وحده، وبعبارة أخرى فإن رقابة التوازن تعني بالنسبة إلى المجلس رقابة الإخلال البين، الأمر الذي طبقه المجلس الدستوري في العديد من المرات ليخلص لإثارة الإشكال أو القول بدستورية الحد؛ انظر، رأي عدد 02-2007 في 24 يناير 2007، والرأي عدد 48-2007 الصادر في 27 جوان 2007. وأقر المجلس الدستوري فيما يخص حق الملكية أن التحديد الذي ينال من الضمان المستوجب لحق الملكية والمتمثل في احترام قيمته المالية يثير إشكالا دستوريا لعدم تلاؤمه مع أحكام الفصل 14 من الدستور التونسي - يقابلها نص الفصل 41 من الدستور التونسي الحالي؛ انظر كذلك، رأي المجلس الدستوري عدد 16-2005 الصادر في 13 أبريل 2005. ومن ذلك أيضا الرأي عدد 27-2004 الصادر في 09 جوان 2004 وبمناسبة النظر في مشروع القانون الأساسي المتعلق بحماية المعطيات الشخصية لاحظ المجلس الدستوري أن هذا المشروع يتضمن فصلا رابعا يستبعد تطبيق أحكام عديدة من المشروع تتضمن أحكام عديدة من المشرع تتضمن ضمانات متنوعة للأفراد على معالجة المعطيات الشخصية التي تنجزها السلطات والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية في إطار الأمن العام أو الدفاع الوطني أو إذا كانت ضرورية لتنفيذ مهامها، حيث يرى المجلس الدستوري بأن هذه الاستثناءات جاءت في صيغة عامة دون التنصيص على قيود أو حدود تلتزم بها الهيكل المعنية في معالجتها للمعطيات الشخصية، خاصة و أن الأحكام العامة للمشروع المعروض أكدت على أنه لا يمكن أن تقع معالجة المعطيات الشخصية إلى في إطار الشفافية والأمانة واحترام كرامة الإنسان، ليتوصل المجلس الدستوري إلى أن الاستثناءات الواردة بالفصل الرابع من المشروع ولئن تعلقت بذوات عمومية تمتد إلى هذه المبادئ العامة وتنال منها، وهو ما لا يتلاءم مع أحكام الفصل 09 من الدستور؛ انظر نص الفصل 9 من الدستور التونسي يقابلها نص الفصل 24 الذي ينص على ما يلي: « تحمي الدولة الحياة الخاصة، وحرمة المسكن، وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية. »

وترتبا على ما سبق، يمكننا القول بأن رقابة القاضي الدستوري على التناسب في المجال الدستوري تنصب أساسا حول الرقابة على عنصر السبب في التشريع ومحله ومدى الترابط والتناسب والتوافق بينهما، ومدى اتفاق هذا التناسب مع الغاية من التشريع.

ذلك بأن رقابة القاضي الدستوري على محل التشريع والعيوب التي قد تلحق به تمثل رقابة الحد الأدنى التي يجريها القاضي الدستوري على عنصر المحل، والتي لا تخالف مبدأ المشروعية، ولا تتعارض كذلك مع مفهوم السلطة التقديرية للمشرع، باعتبار أن تمتع المشرع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بركن المحل في التشريع لا يعني مخالفة التشريع لأحكام الدستور، وعلى القاضي الدستوري مراقبة مدى توافق المحل الذي اختاره المشرع مع أحكام الدستور نصا وروحا، على أن التشريع يكون غير دستوريا في الحالة التي يخالف فيها المشرع قواعد الدستور الموضوعية، سواء بصورة إيجابية أو سلبية نتيجة امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي كما حدده الدستور، من جهة.

ومن جهة أخرى، الملاحظ على القاضي الدستوري الفرنسي والمصري بأنه استطاع أن يسطر رقابته على عنصر السبب الذي يقوم عليه التشريع متأثرا في ذلك بما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين في تبنيه فكرة الخطأ الظاهر في التقدير بالنسبة للقرارات الإدارية، من خلال فرض رقابته على تقدير المشرع ومراقبة مدى ملاءمة المحل الذي اختاره المشرع للمسألة محل التدخل التشريعي، ليقضي بعدم دستورية التشريع إذا شاب تقدير المشرع خطأ ظاهر يؤدي إلى عدم الملاءمة أو التناسب بين الأغراض التي استهدفها ووسيلة تحقيقها، أو يؤدي تدخل المشرع إلى المساس بمبدأ من المبادئ ذات القيمة الدستورية، وهو ما يجعل رقابة الخطأ الظاهر في التقدير بمثابة رقابة الحد الأدنى للرقابة الدستورية على الخيارات أو الحلول التي تبناها المشرع في المسألة محل التنظيم التشريعي، ليستطيع القاضي الدستوري في الأخير الحكم بتناسب أو عدم التناسب بين سبب التشريع ومحله .

ولما كان التناسب التشريعي كما قلنا سابقا هو التوافق والتناسق والتناسب بين سبب التشريع ومحله، ومدى توافق هذا التناسب مع الغاية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، لنا أن نتساءل عن دور القاضي الدستوري في الرقابة على عنصر الغاية في التشريع والعيوب التي قد تلحق به إعمالا لرقابته على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية؟

## المبحث الثاني

### رقابة القاضي الدستوري على عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية

الحقيقة أن عيب الانحراف بالسلطة يعتبر كذلك من ابتداعات مجلس الدولة الفرنسي وكسبب لإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة<sup>1</sup>، لينتقل بذلك إلى نطاق القانون الدستوري، ويعد الفقيه المصري الدكتور عبد الرزاق السنهوري أول من تناول بالدراسة عيب الانحراف بالسلطة في مجال القانون الدستوري في بحثه بعنوان مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>2</sup>.

حيث يتحقق عيب الانحراف بالسلطة التشريعية في الحالة التي يصدر فيها المشرع وفقا لسلطته التقديرية تشريعا ينطوي على الانحراف أو إساءة استعمال السلطة التشريعية، الأمر الذي يجعل هذا العيب متعلقا بالغاية أو الهدف من التشريع.

ذلك بأن فرض الرقابة على عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية لإلغاء التشريعات غير الدستورية يعد في حد ذاته ضمانا فعالة لاحترام أحكام الدستور وحماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد من جهة ثانية، على أن رقابة القاضي الدستوري لا يجب أن تتوقف عند مجرد المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور ونصوص التشريع، لأن التشريع في هذه الحالة يكون صحيحا في ظاهره باطلا في باطنه.

كما أن اكتفاء القاضي الدستوري في مجال الرقابة على عنصر الغاية في التشريع على مجرد المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور ونصوص التشريع من شأنه أن يترك للسلطة التشريعية مجالا واسعا لسن التشريعات المختلفة التي قد تنطوي على الانحراف التشريعي، وهو الأمر الذي يفرض على الهيئة التي تمارس الرقابة الدستورية (هيئة سياسية أو جهة قضائية) الكشف عن الطبيعة الحقيقية للتشريع والغاية من وراء إصداره<sup>3</sup>.

وإذا كان جانب من الفقه يتجه إلى القول بأن السلطة التشريعية غير مقيدة بتحقيق أهداف بذاتها يُلزمها بما للدستور، فإن الغاية أو الهدف من أي نص تشريعي هو تحقيق المصلحة العامة والعمل على تحقيق الغايات أو الأهداف التي يسعى المؤسس الدستوري إلى تحقيقها، حتى وإن كان للمشرع جانب من حرية التقدير والمفاضلة بين عدة بدائل أو خيارات<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرؤوف هاشم بسوي، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 98.

<sup>2</sup> - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص. 126؛ عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، المرجع السابق، ص. 70.

<sup>3</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 121؛

- FAVOREUX.L et PHILIP.L., Le conseil constitutionnel, op cit, p. 66.

<sup>4</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 280.

و إن كان المشرع يستطيع أن يحدد بواعث التشريع والأهداف التي يسعى إلى تحقيقها، أو يختار التنظيم الذي يراه مناسباً لتحقيق أهدافه، فإن ذلك مرهون بضرورة أن تكون الخيارات أو الحلول التي يختارها المشرع للمسألة محل التنظيم التشريعي مرتبطة بالأهداف المرجوة من تدخله ومنفقة مع الأهداف التي يسعى المؤسس الدستوري إلى تحقيقها، فإذا اتجهت إرادة المشرع إلى تحقيق أهداف تتعارض مع الأهداف التي من أجلها منحه الدستور هذه السلطة، كأن يصدر تشريعاً يستهدف تحقيق مصالح سياسية أو حزبية معينة أو الإضرار بفتنة معينة كان التشريع مشوباً بالانحراف التشريعي<sup>1</sup>.

ذلك بأن القاضي الدستوري وهو بصدد إعمال رقابته على عنصر الغاية في التشريع أن يبحث عن الهدف الحقيقي للمشرع أو الغاية الحقيقية التي قصدها المشرع من خلال القوانين التي يضعها للكشف عن الطبيعة الحقيقية للتشريع والغاية من وراء إصداره<sup>2</sup>.

وإذا كانت الرقابة على الانحراف التشريعي تعتبر رقابة معقدة وصعبة لارتباطها بعنصر الغاية في التشريع، لنا أن نتساءل عن دور القاضي الدستوري في الرقابة على عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية؟ بمعنى هل القاضي الدستوري وهو بصدد الرقابة على عنصر الغاية يكتفي فقط على مجرد المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور ونصوص التشريع، أم أن دوره يمتد إلى البحث عن الغاية الحقيقية التي قصدها المشرع من سنه للتشريع؟

وحتى يتسنى لنا الإجابة على هذا السؤال سوف نتطرق أولاً إلى بيان ماهية عيب الانحراف التشريعي (المطلب الأول)، ثم حالات الانحراف التشريعي مع الأخذ ببعض نماذج للانحراف التشريعي في القضاء الدستوري في الدستورين الفرنسي والمصري، وكذا نماذج من القضاء الدستوري الجزائري إن وجدت (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### ماهية عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية

مما لا شك فيه أن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية يعد من أخطر العيوب التي تشوب التشريع، ويرجع ذلك إلى أنه عيب حقيقي لا يظهر بمجرد المقارنة الحرفية بين نصوص الدستور ونصوص التشريع، حيث يصدر المشرع تشريعاً في ظاهره الصحة وفي باطنه البطلان<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 20؛ كامل نبيلة عبد الحليم، المرجع السابق، ص. 217.

<sup>2</sup> - انظر، سكاكني باية، المرجع السابق، ص. 167.

<sup>3</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 124.

ذلك بأن التشريع في هذه الحالة هو تشريع سليم من حيث الشكل والاختصاص والمحل، والسبب، ولكنه معيب من حيث الغاية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من وراء إصدار التشريع؛ أي أن المشرع تحت ستار ممارسة اختصاصاته المشروعة يسعى إلى تحقيق غاية غير مشروعة كالسعي مثلاً إلى تحقيق مصالح لفئة معينة أو الإضرار بها، وهو ما يجعل التشريع بطلا لعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>1</sup>.

ونظراً لما يتميز به عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية من خصائص تميزه عن العيوب الدستورية الأخرى (عيب الشكل والإجراءات، عيب الاختصاص، عيب المحل، عيب السبب)، فإنه يجعله من أخطر العيوب التي تصيب التشريع وتصمه بعدم الدستورية، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن خصائص عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية. ومن ناحية أخرى إن البحث عن معيار لتحديد الانحراف التشريعي قد أثار خلافاً في الفقه الدستوري، حيث ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن عيب الانحراف التشريعي مرتبط بمعيار موضوعي، في حين ذهب اتجاه آخر إلى القول بأن معيار الانحراف التشريعي هو معيار ذاتي، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل حول معيار الانحراف في استعمال السلطة التشريعية؟ وللإجابة على ذلك سوف نتطرق أولاً إلى مفهوم عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية (الفرع الأول)، ثم موقف كل من الفقه والقضاء الدستوريين من عيب الانحراف التشريعي (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### مفهوم الانحراف في استعمال السلطة التشريعية

الحقيقة أن عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية لا يثار إلا في الحالات التي تكون للمشرع سلطة تقديرية في سن القوانين، أما إذا كانت سلطة المشرع مقيدة، فإن ما يثار هنا ليس عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية وإنما العيب الذي يلحق محل التشريع، أي أن هناك تلازم بين عيب الغاية والسلطة التقديرية للمشرع التي تعتبر المجال الحقيقي والطبيعي لعيب الانحراف التشريعي<sup>2</sup>.

وإذا كان إثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية يبدو صعباً في القضاء الإداري ويعتبر عيباً احتياطياً لا يلجأ إليه القاضي الإداري إذا وجد أحد العيوب الأخرى التي قد تشوب القرار

<sup>1</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع نفسه، ص. 125.

<sup>2</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 127؛ عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 99.

الإداري، فإن مسألة إثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة في مجال القضاء الدستوري هي الأخرى تبدو أكثر صعوبة مقارنة بالقضاء الإداري<sup>1</sup>.

ومن أجل تحديد مفهوم عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية تعتبر فكرة الانحراف في استعمال السلطة في المجال الإداري أحسن مثال للمقارنة لتحديد معنى الانحراف التشريعي (أولاً)، والخصائص المميزة له (ثانياً).

### أولاً: تعريف عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية وتحديد العلاقة بينه وبين العيوب الدستورية الأخرى

إن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية بحسب الفقيه عبد الرزاق السنهوري يعد بمثابة تطور لنظريتي التعسف في استعمال الحق والانحراف في استعمال السلطة الإدارية، هذه الأخيرة هي من خلق مجلس الدولة الفرنسي، أين يرتبط الانحراف في استعمال السلطة الإدارية بالسلطة التقديرية لجهة الإدارة، بحيث لا يمكننا الحديث عن هذا العيب في الحالة التي تكون فيها سلطة الإدارة مقيدة<sup>2</sup>.

ومن أجل وضع تعريف دقيق لفكرة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية (ب) سوف نحاول التعرض أولاً إلى تعريف فكرة الانحراف بالسلطة في مجال القانون الإداري (أ)، ثم إبراز العلاقة بين الانحراف التشريعي والعيوب الدستورية الأخرى (ج).

#### أ- تعريف فكرة الانحراف بالسلطة في مجال القانون الإداري

الحقيقة أن أول من استعمل مصطلح الانحراف في السلطة في الفقه الفرنسي هو الفقيه AUCOC الذي ذهب إلى القول بأن عيب الانحراف بالسلطة يتحقق في الحالة التي يستعمل فيها رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق أغراض أخرى غير تلك التي من أجلها منحت له السلطة<sup>3</sup>.

كما يُعرف جانب من الفقه المصري الانحراف بالسلطة الإدارية بأنه استعمال رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به<sup>4</sup>، الأمر الذي دفع الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا ومصر إلى جعل عيب الانحراف بالسلطة عيباً احتياطياً يمكن الالتجاء إليه إذا لم يوجد عيب آخر يشوب القرار

<sup>1</sup> - انظر، سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص. 314؛ خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، المرجع السابق، ص. 274؛

- ROUSSEAU.D, op cit, p.541.

<sup>2</sup> - انظر، عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، المرجع السابق، ص. 27.

<sup>3</sup> - FERNAND.S, La notion de détournement de pouvoir en droit communautaire, A.J.D.A, 20 janvier 1990, p.135 ; HENRI.P, Droit administratif, Paris, 1995, p.206.

<sup>4</sup> - انظر، سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص. 68؛ عادل السعيد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، المرجع السابق، ص. 630؛ كريمة أمزيان، دور القاضي الإداري في الرقابة على القرار الإداري المنحرف عن هدفه المنحرف، شهادة ماجستير في القانون الإداري، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، السنة الجامعية 2011/2010، ص. 32.

الإداري ويصلح أساسا لإلغائه، كما أن العنصر المعيب في هذه الحالة هو عنصر الغاية أو الهدف باعتبار أن القرار الإداري قد يصدر في بعض الحالات من أجل تحقيق أغراض معينة كتحقيق مصالح لفئة معينة أو الإضرار بها<sup>1</sup>.

ومما سبق، يمكننا القول بأن الانحراف في استعمال السلطة في المجال الإداري يُعبر عن عدم مشروعية الأهداف التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها.

### ب- تعريف الانحراف في استعمال السلطة التشريعية

لما كان الانحراف التشريعي كما قلنا سابقا يعد من أخطر العيوب التي تلحق بالتشريع، بحيث لا يمكن الوقوف عليه بمجرد المقابلة الحرفية بين نصوص التشريع بالدستور، ذلك بأن التشريع في هذه الحالة يكون في ظاهره صحيحا باطلا في باطنه.

فإن أول من بيّن فكرة الانحراف التشريعي هو الفقيه الفرنسي BARTHELEMY بأن المشرع وإن كان قد أصدر تشريعا يتصف بالعمومية والتجريد في ظاهره، فإنه في الحقيقة يخفي غايته الحقيقية<sup>2</sup>، كما استعمل كل من الفقيهين الفرنسيين VEAUX وDUVERGER تعبير "La fraude à la constitution" أي الانحراف بالدستور أو إدخال الغش على الدستور بمعنى التحايل على الدستور، حيث يتجه الفقيه VEAUX إلى القول بأن السلطة التي ينشئها الدستور، والتي تسند إليها سلطة تعديل الدستور يمكن أن تستعمل سلطتها بما يخل بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها الدستور القائم أو يخالف روح الدستور ومقتضاه مع مراعاة جميع الإجراءات الدستورية المقررة لتعديل الدستور<sup>3</sup>.

ويعتبر الفقيه الدكتور عبد الرزاق السنهوري أول من تناول فكرة الانحراف في استعمال السلطة في مجال القانون الدستوري، ليستطيع بذلك الفقيه أن يبرر عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية كأحد العيوب الموضوعية التي تشوب التشريع مبرزا بأنه إذا كان المشرع يستطيع مخالفة أحكام أو نصوص الدستور، فإنه قد يخالف كذلك روح الدستور وفحواه مستندا في ذلك على فكرة الانحراف في استعمال

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 100؛ محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص. 364؛ كريمة أمزيان، المرجع نفسه، ص. 40.

<sup>2</sup> - الحقيقة أن الفقيه BARTHELEMY أشار إلى هذه الفكرة عند التعليق على قانون 07 يوليو 1907 الخاص بالتسريح المبكر لمجندي 1903 - BARTHELEMY.J , La dérogation aux loi par le pouvoir législatif et plus spécialement du pouvoir pour le parlement de faire des lois pénales spéciales applicables rétroactivement a certains infractions déterminées, R.D.P, 1907, p. 472.

أورده : انظر ، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 29.

<sup>3</sup> - VEAUX .C, La fraude à la constitution ,Essai d'un analyse juridique des révolutions communautaire ,Italie ,Allemagne, France ,R.D.P , 1993, p p .10.

أورده؛ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 30.

السلطة الإدارية، ذلك بأن نظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية تعتبر بمثابة تطور لكل من نظريتي التعسف في استعمال الحق ونظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من أن جانبا من الفقه قد تناول عيب الانحراف التشريعي إلا أنه لم يعطينا تعريفا للانحراف التشريعي مع الإشارة فقط إلى أن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هو عيب يرتبط بعنصر الغاية في التشريع، حيث يتحقق الانحراف التشريعي في الحالة التي تتجه السلطة التشريعية وهي بصدد استعمال سلطتها التقديرية إلى تحقيق أغراض أخرى غير تلك التي منحها الدستور إياه<sup>2</sup>.

ذلك بأن التشريع في هذه الحالة يكون سليما من كافة العيوب الأخرى باستثناء عنصر الغاية الذي يعد في حد ذاته الأثر الأساسي لتحديد محل التشريع، بحيث يتحقق عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية في الحالة التي يقصد فيها المشرع الخروج على أحكام الدستور روحا ونصا مخفيا وراء اختصاصه التشريعي تحقيق غايات تستهدف تحقيق الغرض الذي من أجله منحت له تلك السلطة، أو أن تكون تلك الغايات تتعارض مع روح الدستور .

مع العلم بأن هناك تلازم بين عيب الانحراف بالسلطة التشريعية والسلطة التقديرية، لأنه في الحالة التي يكون فيها اختصاص المشرع مقيد لا نكون أمام هذا النوع من العيوب الدستورية، وإنما نكون أمام عيب المحل الذي يلحق بالتشريع.

وما دام أن عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هو عيب عمدي من قبل المشرع لنا أن نتساءل حول هل يمكن لهذا العيب أن يكون مع أحد العيوب الدستورية الأخرى التي تصيب التشريع؟ فإذا كان من الممكن أن يخالف المشرع قواعد الاختصاص أو الشكل والإجراءات أو المحل أو السبب عند وضع التشريع من أجل تحقيق غايات معينة غير المصلحة العامة، فإن القاضي الدستوري في هذه الحالة يكون أمام عدة أوجه للطعن بعدم الدستورية باعتبار أن التشريع من جهة قد يكون مشوبا بعيب الدستورية لعيب في الشكل والإجراءات أو لعيب في الاختصاص أو لعيب في المحل أو السبب؛ ومن جهة ثانية، يكون التشريع معيبا بعيب الانحراف التشريعي، ففي هذه الحالة هل أن القاضي الدستوري يبحث مباشرة في عيب الانحراف التشريعي، أم أنه يأخذ بأحد العيوب الأخرى قبل البحث في عيب الانحراف التشريعي؟

لما كان عيب الانحراف التشريعي يتحقق في الحالة التي يصدر فيها المشرع تشريعا سليما في جميع عناصره غير أنه يخفي الغاية الحقيقية من التشريع، فإن عيب الانحراف التشريعي يعد عيبا احتياطيا بالنسبة للقاضي الدستوري متى وجد عيب آخر غير عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، أي أن القاضي

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، المرجع السابق، ص 76.

<sup>2</sup> - EISENMANN, Ch, Cour de droit administratif, Tome II, L.G.DJ, 1993, p.477.

الدستوري يكفي بذلك العيب (عيب الاختصاص، أو عيب الشكل والإجراءات، أو عيب المحل، أو عيب السبب) للحكم بعدم دستورية التشريع الصادر عن المشرع دون البحث في عيب الانحراف التشريعي.

### ج- العلاقة بين عيب الانحراف التشريعي والعيوب الدستورية الأخرى التي تصيب التشريع

يمكننا في هذا الإطار التساؤل حول العلاقة بين العيوب الدستورية التي تلحق التشريع وعيب الانحراف

في استعمال السلطة التشريعية؟

الحقيقة أن العلاقة بين عيب عدم الاختصاص أثبتت في بداية الأمر في المجال الإداري، حيث ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن عيب الانحراف بالسلطة في المجال الإداري هو صورة من صور عيب عدم الاختصاص<sup>1</sup>، غير أنه يؤخذ على هذا الاتجاه باعتبار أن عيب الانحراف بالسلطة لا يعتبر صورة لعدم الاختصاص، لأن الأول يتعلق بعناصر المشروعية الداخلية للقرار الإداري في حين يتعلق الثاني بعناصر المشروعية الخارجية للقرارات الإدارية.

كما يختلف عيب عدم الاختصاص على عيب الانحراف بالسلطة باعتبار أن إثبات الأول يتعلق بمصدر القرار الإداري، أما إثبات عيب الانحراف بالسلطة يقتضي البحث عن الغاية الحقيقية لمصدر القرار الإداري<sup>2</sup>.

وعلى الرغم من أن الفقه الدستوري قد اتجه نحو الأخذ بنظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية كعيب دستوري إلى جانب أوجه عدم الدستورية الأخرى، إلا أنه لم يدرج عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية ضمن صور عيب عدم الاختصاص كما هو الأمر في المجال الإداري.

أما فيما يخص علاقة عيب الشكل والإجراءات بعيب الانحراف بالسلطة التشريعية، نجد أن هذا الأخير مستقل تماما عن عيب الشكل والإجراءات، الذي يعد من أوضح العيوب التي تصيب التشريع بسهولة إثباته، في المقابل يعتبر عيب الانحراف التشريعي من أصعب العيوب الدستورية من حيث الإثبات<sup>3</sup>.

كما تكون سلطة المشرع فيما يخص عنصر الشكل والإجراءات مقيدة بالشكل والإجراءات التي يتطلبها الدستور لسن التشريع، بخلاف عيب الانحراف التشريعي الذي يرتبط بسلطة المشرع التقديرية، إضافة إلى ذلك توجد خصائص معينة تميز عيب الانحراف بالسلطة التشريعية عن كل من عيب السبب والمحل، ذلك بأن عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية يرتبط بالسلطة التقديرية للمشرع في حين

<sup>1</sup> - VIDAL .R, L'évolution de détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative ,R.D.P,1952 ,p.279.

أورده؛ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 51 و70.

<sup>2</sup> - انظر، سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص. 320.

<sup>3</sup> - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 72.

يتحقق كل من عيب السبب والمحل في الحالة التي يفرض الدستور على المشرع ضرورة توافر وقائع معينة لإصدار التشريع، أو في حالة مخالفة نصوص الدستور التي ترسم للمشرع سلطة محددة<sup>1</sup>.

وترتبطا على ما سبق، يمكننا القول بأن عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هو عيب مستقل يتميز بعدة خصائص تميزه عن أوجه عدم الدستورية التي تلحق بالتشريع، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول الخصائص المميزة لعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية؟

### ثانيا: خصائص عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية

إن عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية له من الخصائص ما يجعله عيبا مستقلا عن أوجه عدم الدستورية الأخرى التي تلحق بالتشريع، حيث يعتبر عيب الانحراف في استعمال السلطة بأنه عيب ذاتي يرتبط بالسلطة التقديرية للمشرع، كما أنه عيب قصدي من المشرع لتحقيق أغراض خاصة دون الأغراض التي من أجلها منحت له تلك السلطة<sup>2</sup>.

إضافة إلى ذلك يتميز عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية بأنه عيب احتياطي وخفي لا يظهر بمجرد المقابلة الحرفية بين نصوص القانون وقواعد الدستور، على أن يبحث القاضي الدستوري في أغراض التشريع للوقوف على الغاية الحقيقية التي قصدها المشرع من وراء إصداره للتشريع<sup>3</sup>.

ومن ثم، فإن الخصائص المميزة لعيب الانحراف التشريعي تتمثل في أنه عيب ذاتي يرتبط بالسلطة التقديرية للمشرع (أ)، وأنه عيب قصدي وخفي (ب)، وأخيرا أن عيب الانحراف التشريعي يعتبر عيبا احتياطيا (ج).

### أ- عيب الانحراف التشريعي عيب ذاتي يرتبط بالسلطة التقديرية للمشرع

ولما كان المشرع كقاعدة عامة يتمتع بسلطة تقديرية في سن التشريع وأن تقييدها هو الاستثناء، وما دام أن نطاق السلطة التقديرية للمشرع يكاد يستغرق النشاط التشريعي كله، فإن هذا المجال هو الذي يقع فيه الانحراف التشريعي، إضافة إلى أن مجال الانحراف التشريعي أوسع بكثير من مجال مخالفة التشريع للدستور<sup>4</sup>.

ذلك بأن الرقابة على عيب الانحراف التشريعي هي رقابة شخصية أو ذاتية على تصرف المشرع لمعرفة الغاية الحقيقية من التشريع، لتصبح بذلك الطبيعة الذاتية التي يتميز بها عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية من الخصائص الملزمة له.

1 - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 318.

2 - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع نفسه، ص. 73.

3 - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص. 126.

4 - انظر، عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص. 688.

وإذا كان عيب الانحراف التشريعي هو عيب ذاتي وليس عيب موضوعي، فالطابع الموضوعي لغاية المصلحة العامة لا يتعارض مع الطبيعة الذاتية لعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، إذ أنه وإن كانت غاية المصلحة العامة ذات طبيعة موضوعية، فلا يكفي لتحقيقها أن تتجه إرادة المشرع إلى تحقيقها فقط، باعتبار أن المشرع قد يخفي الغاية الحقيقية من وراء إصداره للتشريع، ومن هنا يقع على القاضي الدستوري عبء إثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>1</sup>.

### ب- عيب الانحراف التشريعي عيب قصدي

لما كان عيب الانحراف التشريعي يعد عيباً قصدياً تنصرف فيه إرادة المشرع بقصدٍ إلى تحقيق أغراض أخرى غير تلك التي عهد إليه الدستور أمر تحقيقها، فإن القصد هو ما يميز عيب الانحراف التشريعي عن أوجه عدم الدستورية التي تلحق التشريع، وعلى القاضي الدستوري التأكد من مدى توافر عنصر القصد (العمد) من أجل تحقيق غاية أخرى دون تحقيق المصلحة العامة<sup>2</sup>.

وفي هذا الشأن أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى القول بأن الرقابة الدستورية تتناول فيما تشتمل عليه الحقوق التي كفلها الدستور وأهدرها المشرع، سواء كان الإخلال بها مقصوداً ابتداءً أم كان وقوعه فيها عرضاً، أما الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمالها لا يكون إلا قصدياً، فعندما يتجاوز المشرع حدود سلطته التقديرية ويهدف إلى تحقيق غايات تتعارض مع قواعد الدستور في مقاصدها الكلية، فإن ذلك لا يتحقق بغير إرادة جازمة ومقصودة تتجه عمداً إلى تحقيق غاية أخرى غير تلك التي من أجلها منحه الدستور هذه السلطة، ونظراً لطبيعة الانحراف القصدية يتعين أن تتحقق الهيئة التي تمارس الرقابة الدستورية من أن المشرع قد استخدم سلطاته لتحقيق أغراض غير مشروعة يجب إقامة الدليل عليها<sup>3</sup>.

ومن ناحية أخرى، يتحقق عيب الانحراف بالسلطة التشريعية في الحالة التي يكون فيها التشريع سليماً في ظاهره لكنه باطل في باطنه، أي أن المشرع عندما يسعى إلى إصدار تشريعات تنطوي على انحراف تشريعي، فإنه يذكر من الأسباب ما يدل على أن المشرع يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، غير أن البحث في الغاية الحقيقية من التشريع تقتضي البحث عن الغاية الحقيقية التي قصدها المشرع من وراء إصداره للتشريع<sup>4</sup>.

1 - انظر، عماد محمد محمد أبو حليمة، المرجع السابق، ص 704.

2 - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 317.

3 - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 05 لسنة 8 ق دستورية بتاريخ 16 يناير 1996؛ وأورده، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص 62.

4 - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص 129.

وعليه، فإذا كان عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية عيب خفي أو مستتر، فإنه يعد من أهم العيوب الدستورية وأخطرها التي تلحق بالتشريع، مع العلم بأن المشرع عادة ما يحرص على عدم مخالفة أحكام الدستور بصورة صريحة، لكنه يخالف روح الدستور، كما أنه لا يكفي لإثباته الوقوف عند مجرد المقابلة الحرفية بين نصوص التشريع ونصوص الدستور، وإنما يجب على القاضي الدستوري البحث في نية المشرع لمعرفة الغاية الحقيقية من التشريع<sup>1</sup>.

### ج- عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية عيب احتياطي

يتميز عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية بأنه عيب احتياطي لا يتم اللجوء إليه إذا انعدمت أوجه عدم الدستورية الأخرى، على أن القاضي الدستوري قبل البحث مباشرة في عيب الانحراف التشريعي يتأكد من عدم وجود مخالفة للدستور ضمن العيوب الأخرى التي تلحق بالتشريع، فإذا وجد أن التشريع غير دستوري لعيب في الاختصاص، أو الشكل والإجراءات، أو لعيب في المحل أو السبب، فإن القاضي يحكم بعدم دستورية التشريع المتعلقة بتلك العيوب حتى ولو كانت الدعوى الدستورية قائمة على أساس وجود عيب في الانحراف التشريعي<sup>2</sup>.

ذلك بأن الرقابة على عيب الانحراف التشريعي تعد في حد ذاتها ضماناً فعّالاً لصون قواعد الدستور نصاً وروحاً، وبالنظر إلى أن عيب الانحراف بالتشريع عيب خفي أو مستتر، أمر الذي يجعل هذا العيب عيباً احتياطياً يلجأ إليه القاضي الدستوري إذا انعدمت العيوب الدستورية الأخرى .

ولقد رفض المجلس الدستوري الفرنسي صراحة البحث في مسألة الانحراف التشريعي ليقضي بعدم دستورية القوانين لعدم مطابقتها لأحكام الدستور على الرغم من وجود ما يثبت أغراض المشرع في استعمال السلطة التشريعية<sup>3</sup>.

وفي المقابل فقد ذهب جانب من الفقه المصري بأنه لا يجوز للمحكمة الدستورية العليا في مصر أن تبحث عن وجود عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية باعتباره عيباً احتياطياً، إلا إذا تأكد بأن أوجه عدم الدستورية الأخرى لا أساس لها، أي أنه لا يجوز للمحكمة البحث عن عيب الانحراف التشريعي، إلا إذا كان الدفع بعدم دستورية التشريع لمخالفته للدستور لعيب في الاختصاص أو المحل أو الشكل هو دفع صحيح<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - PIERRE.L, Abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines, L.G.D.J, 1962, p.167.

<sup>2</sup> - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص.130.

<sup>3</sup> - FAVOREU.L, Les grandes décisions ,op cit ,p.655.

<sup>4</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 49 لسنة 06 ق دستورية بتاريخ 19 أبريل 1987؛ وأورد: عادل عمر الشريف، قضاء الدستورية، المرجع السابق، ص.386.

وحجة أصحاب هذا الاتجاه لتأييد موقفهم هو أن المخالفة المباشرة لأحكام الدستور كافية للحكم بعدم دستورية التشريعات المطعون فيها، كما أن الرقابة القضائية على عنصر الغاية في التشريع هي رقابة في غاية الخطورة على أعمال المشرع التي يجب ممارستها بحذر .

ومما سبق، يمكننا القول بأنه لا يجوز للمحكمة الدستورية البحث في عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية إذا كان الدفع بعدم دستورية قانون يرتبط إما بعيب في الشكل والإجراءات أو الاختصاص أو المحل أو السبب، أما إذا تم الطعن بعدم دستورية قانون لعيب الانحراف التشريعي يجوز للمحكمة أن تتحقق من وجود انحراف في استعمال السلطة التشريعية، وتقضي بعدم دستورية التشريع لعيب الانحراف التشريعي .

ومن جهة أخرى، فإن القول بأن الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا هي رقابة في غاية الخطورة على أعمال السلطة التشريعية هو أمر من شأنه أن يمنح للمشرع سنن قوانين وفقاً لسلطته التقديرية تستهدف تحقيق مصالح أخرى غير المصلحة العامة التي يتوجب على المشرع تحقيقها، كما أن تقدير الرقابة على الانحراف التشريعي تعد ضماناً حقيقية لصون أحكام الدستور وحماية الحقوق والحريات العامة للأفراد<sup>1</sup> .

وترتيباً على ما سبق، يمكننا القول بأنه على الرغم من أن عيب الانحراف التشريعي يعد عيباً احتياطياً لا يلجأ إليه القاضي الدستوري، إلا إذا انعدمت أحد العيوب الدستورية الأخرى التي تلحق بالتشريع، فإنه يجب على القاضي الدستوري الذي طعن أمامه بعدم دستورية التشريع لوجود عيب الانحراف التشريعي أن يبحث عن وجود انحراف في استعمال السلطة التشريعية من عدمه، فإذا تأكد القاضي الدستوري من وجود انحراف تشريعي، يجب عليه أن يقضي بعدم دستورية هذا التشريع لعيب في الغاية .

وإذا كان عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية عيباً احتياطياً يلجأ إليه القاضي الدستوري للحكم على مدى دستورية التشريع مستبعداً البحث في مسألة الانحراف التشريعي باعتباره آخر العيوب التي يعتمد عليها القاضي الدستوري في الدعوى الدستورية، لنا أن نتساءل عن الجدوى من الاعتماد على عيب الانحراف التشريعي كسبب لإلغاء التشريعات غير الدستورية إذا كان يكفي للحكم بعدم دستورية التشريعات الصادرة عن المشرع في حالة وجود أحد العيوب الدستورية الأخرى؟

مما لا شك فيه أن عيب الانحراف التشريعي أصبح يعد أحد أوجه عدم الدستورية التي تلحق بالتشريع، والتي تمثل رقابة الحد الأدنى على التشريعات الصادرة من المشرع، ذلك بأن البحث في الغايات

<sup>1</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 34 لسنة 13 ق دستورية بتاريخ 01 جوان 1994؛ وأورده: عادل عمر الشريف، قضاء الدستورية، المرجع نفسه، ص. 389.

الحقيقية التي قصدها المشرع من وراء إصداره للتشريع، يفرض على القاضي الدستوري البحث في النوايا الحقيقية التي دفعت المشرع إلى إصدار التشريع، لأن المشرع قد يخفي نواياه الحقيقية، ويعلن في التشريعات الصادرة عنه من الأسباب ما يتصل بالمصلحة العامة لإضفاء المشروعية عليها، ومن ثم فإن السبيل الوحيد للوقوف على الغايات الحقيقية التي يقصدها المشرع لإصداره التشريع هو إعمال رقابته على عنصر الغاية في التشريع.

وبالنتيجة، نجد أن رقابة الانحراف التشريعي تقوم على أساس الكشف عن الهدف الحقيقي للمشرع وقياس مدى موافقته مع أغراض الدستور واستهدافه المصلحة العامة، الذي تتحدد معه مدى دستورية هذا التشريع، ففي حالة وجود انحراف في استعمال السلطة التشريعية يتعين على القاضي أن يقضي بعدم دستورية التشريع لعيب الانحراف التشريعي، حتى وإن كان هذا العيب يعد عيباً ذاتياً واحتياطياً مستقلاً عن العيوب الدستورية الأخرى التي تلحق بالتشريع .

وبناء على ما سبق، يمكننا القول بأن عيب الانحراف التشريعي يعد أخطر العيوب الدستورية التي يمكن أن تصيب التشريع، ويرجع ذلك إلى أنه عيب خفي يظهر بمجرد المقارنة البسيطة بين نصوص الدستور ونصوص التشريع، كما يتميز هذا العيب أيضاً بأنه عيب قصدي في السلوك التشريعي يرتبط بالسلطة التقديرية للمشرع، حيث تتجه إرادة المشرع بقصد إلى تحقيق غاية أخرى غير تلك التي من أجلها منحه الدستور تلك السلطة، كما يتميز هذا العيب كذلك بأنه عيب احتياطي يلجأ إليه القاضي الدستوري عند خلو التشريع من كافة العيوب الدستورية الأخرى.

ولما كان عيب الانحراف التشريعي يعد من أخطر العيوب الدستورية وأصعبها إثباتاً، لنا أن نتساءل عن المعيار المعتمد لإثبات عيب الانحراف التشريعي؟

## الفرع الثاني

### المعيار المعتمد لإثبات عيب الانحراف التشريعي

لم يتفق الفقه حول معيار محدد لتحديد الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، حيث اتجه جانب من الفقه إلى القول بأن معيار الانحراف التشريعي هو معيار موضوعي، بينما ذهب الجانب الآخر من الفقه إلى القول بأن معيار الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هو معيار ذاتي<sup>1</sup>.

وفي هذا الشأن ذهب الفقيه الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مقالته الشهيرة "مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية" إلى القول بأنه إذا كان الاعتماد على المعيار الذاتي مقبول

<sup>1</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 96.

لتحديد عيب الانحراف في استعمال السلطة الإدارية بالنسبة لرجل الإدارة الذي قد يسعى إلى تحقيق مصالح ذاتية لا تتعلق بالمصلحة العامة<sup>1</sup>.

فإن هذا الأمر لا يمكن قبوله بالنسبة للمشرع، وذلك لأن هذا الأخير عندما يمارس اختصاصاته التشريعية بسن القوانين ينبغي أن يستعمل سلطته لتحقيق المصلحة العامة التي عهد الدستور أمر تحقيقها إليه.

ولمعرفة ما هو المعيار المعتمد لتحديد عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية نظرا للخلافات التي أثّرت حوله، إلا أننا سوف نركز في هذه الدراسة على المعيار الموضوعي في تحديد الانحراف التشريعي (أولا) ثم المعيار الذاتي للانحراف التشريعي (ثانيا).

### أولا: المعيار الموضوعي في تحديد الانحراف التشريعي

لما كانت سلطة المشرع سلطة تقديرية ونطاق هذه السلطة يكاد يستغرق النشاط التشريعي برمته، فإن هذا المجال هو النطاق التي يقع فيه الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، الأمر الذي يجعل منطقة الانحراف التشريعي أوسع بكثير من منطقة مخالفة التشريع للدستور<sup>2</sup>.

كما أنه من الصعب التسليم بالمعيار الذاتي الموضوعي لتحديد الانحراف التشريعي مثلما هو الأمر بالنسبة لعيب الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، باعتبار أنه إذا كان رجل الإدارة في بعض الأحيان قد يسعى إلى تحقيق غايات ذاتية، فإنه من غير المقبول أن تنسب إلى المشرع تحقيق غايات ذاتية، لأنه يفترض في الهيئة التشريعية أن تستعمل سلطاتها التي منحها إياها الدستور لتحقيق المصلحة العامة.

ويذهب الفقيه عبد الرزاق السنهوري في هذا المجال بأنه حتى لو أصدر المشرع تشريعا يقصد من وراءه تحقيق غايات ذاتية غير تلك التي منح الدستور أمر تحقيقها، فإن المشرع دائما ما يحرص على أن يكون التشريع سليما في الظاهر، أي أنه صدر وفقا لقواعد الاختصاص، والشكل والإجراءات، والسبب والمحل<sup>3</sup>.

وهو ما دفع الفقيه إلى الاتجاه نحو الاعتماد على المعيار الموضوعي لتحديد الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، وحثه في ذلك بأنه يتعين على المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصاته بسن التشريع أن يستهدف المصلحة العامة، كما أنه من الضروري اعتماد معيار موضوعي ثابت ومستقر لتحديد الانحراف التشريعي، لأن هذا المعيار يضيفي على التشريع ثباتا واستقرارا .

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، المرجع السابق، ص78.

<sup>2</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع نفسه، ص.97.

<sup>3</sup> - انظر، عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، المرجع السابق، ص.79.

مع العلم بأن المعيار الموضوعي بحسب الفقيه عبد الرزاق السنهوري إنما يقوم على عدة فروض يمكن إرجاعها إما إلى طبيعة التشريع أو مجاوزة التشريع للغرض المخصص له (أ) ومدى احترام الحقوق المكتسبة من الناحية الموضوعية (ب) أو مخالفة التشريع لروح الدستور والمبادئ العليا التي يقوم عليها (ج).

### أ-الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها أو مجاوزة التشريع للغرض المخصص له

لما كان يشترط لصحة التشريع أن يكون عاما ومجردا، فإذا أصدر المشرع قرارا إداريا لا يدخل في نطاق اختصاصه في إصدار القرارات الإدارية التي منحها له الدستور إلى جانب الاختصاص التشريعي بسن القوانين كان قراره باطلا لغيب في الاختصاص، أما إذا أصدر المشرع قرارا إداريا فرديا وقصد به أن يكون قانونا عاما ومجردا كان قراره في هذه الحالة باطلا لغيب في المحل، وأخيرا أن يصدر المشرع تشريعا عاما ومجردا من أجل تطبيقه على حالة فردية واحدة، كأن يصدر المشرع مثلا تشريعا بإلغاء هيئة قضائية لإنهاء مهام أعضائها، على أن يتم تشكيل تلك الهيئة بتشريع آخر، حيث يعتبر التشريع في هذه الحالة غير دستوريا، لأن هذا التشريع في حقيقته قرار إداري يتعارض مع طبيعة التشريع مما يجعل القانون في هذه الحالة مشوبا بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>1</sup>.

ومن ناحية أخرى، فإذا كانت قاعدة تخصيص الأهداف تجدد تطبيقا لها في نطاق القانون الإداري، فإن المشرع في الغالب غير مقيد بتحقيق أغراض معينة إلا في الحالات التي يُلزم فيها الدستور المشرع بتحقيق أغراض معينة، ذلك بأنه يتعين على السلطة التشريعية عندما تمارس اختصاصاتها بسن التشريع أن تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة التي من أجلها منح لها الدستور تلك السلطة<sup>2</sup>.

### ب-مدى احترام الحقوق المكتسبة وكفالة الحقوق والحريات العامة من الناحية الموضوعية

الأصل في القوانين الصادرة عن المشرع أنها لا تسري على الماضي حتى لا تمس بالحقوق المكتسبة، ذلك بأن الإسراف في النص على الأثر الرجعي في القانون يعتبر انحرافا في استعمال السلطة التشريعية، الذي يتخذ في هذه الحالة عدة صور أو تطبيقات لها، كأن يصدر المشرع تشريعا يخفي عقوبة مقنعة بأثر رجعي، أو أن يصدر تشريعا يعدل من تشريع سابق بحجة تفسيره، لأن التشريعات المفسرة لا تنشئ قاعدة جديدة، وإنما تفسر قاعدة موجودة على أنه يجب الاحتياط في تكييف التشريعات المفسرة، فقد يصدر قانونا على أنه تشريع مفسر غير أنه في حقيقة الأمر تشريع يعدل من تشريع سابق عليه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 520؛ خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، المرجع السابق، ص. 577.

<sup>2</sup> - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص. 134؛ عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 100.

<sup>3</sup> - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع نفسه، ص. 136.

ومن ثم، يمكننا القول بأن التشريع المفسّر له أثر رجعي، أما التشريع المعدّل ليس له أثر رجعي إلا بنص، على أن التفسير الذي يمتد إلى التعديل دون أن ينص على أن هذا التعديل له أثر رجعي من شأنه أن يجعل التشريع في هذه الحالة غير دستوريا لعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، أي أن انتقال المشرع من التفسير إلى التعديل بالمقارنة الموضوعية بين التشريع السابق واللاحق يعتبر انحرافا في استعمال السلطة التشريعية<sup>1</sup>.

ومن ناحية أخرى، يقوم المعيار الموضوعي لتحديد الانحراف التشريعي في الحالة التي يؤدي فيها تدخل المشرع فيما يخص الحقوق والحريات العامة إلى نقضها أو الانتقاص منها أو تقييدها، حيث توجد فئة من الحقوق والحريات العامة التي لا تقبل تدخل المشرع من أجل تنظيمها باعتبارها حقوق أو حريات عامة ينظمها الدستور بصورة نهائية قطعية، فإذا أصدر المشرع بشأنها تشريعا يُقيدها كان هذا التشريع باطلا لمخالفته لأحكام الدستور، كما يشترط بالنسبة للحقوق والحريات العامة التي تحتاج إلى تدخل المشرع من أجل تنظيمها ألا ينحرف المشرع عن الغرض الذي قصده المؤسس الدستوري لكفالة الحقوق والحريات العامة من الناحية الموضوعية، فإذا كان تدخل المشرع في هذه الحالة يؤدي إلى إهدار تلك الحقوق والحريات العامة أو الانتقاص منها أو نقضها كان تشريعا مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>2</sup>.

وبناء على ذلك، فإن معيار الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هو معيار موضوعي في الحالة التي يؤدي فيها تدخل المشرع في مجال الحقوق والحريات العامة إلى نقضها أو الانتقاص منها أو إهدارها دون تحقيق الغاية التي قصدها المؤسس الدستوري، فإذا أصدر المشرع تشريعا ينقص أو يهدر حرية من الحريات العامة أو حق من الحقوق كان تشريعا غير دستوريا لعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>3</sup>.

### ج- مخالفة التشريع لروح الدستور ومبادئه العليا

لقد ذهب الفقيه DUGUIT إلى القول بأنه يوجد قانون أعلى سبق وجود الدولة ذاتها وأنه يجب أن تخضع له كافة التشريعات القائمة في الدولة، وعلى ذلك يعد التشريع صحيحا أو باطلا بقدر احترامه أو اتفاه مع ذلك القانون<sup>4</sup>.

وإن كان الفقيه السنهوري يتفق مع نظرية DUGUIT إلا أنه اتجه نحو القول بأنه يجب علينا أن نقتصر في استخلاص المبادئ القانونية العليا على القانون المكتوب أو على نصوص الدستور، ومن ثم فإذا أصدر المشرع وفقا لسلطته التقديرية تشريعا يتعارض مع هذه المبادئ العليا حتى ولو لم يخالف نصوص الدستور

<sup>1</sup>- انظر، عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، المرجع السابق، ص. 80.

<sup>2</sup> - DUGUIT.L, Traité de droit constitutionnel, op cit, p p.547.

<sup>3</sup>- انظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 76.

<sup>4</sup>-DUGUIT.L, Traité de droit constitutionnel, op cit, p.549 ;FAVOREU.L et PHILIPPE.L, Le conseil constitutionnel, op cit, p. 68.

يكون التشريع في هذه الحالة غير دستوريا ليعيب في الانحراف التشريعي، ومن المبادئ التي أوردها الفقيه السنهوري مبدأ استقلالية السلطة القضائية، ومبدأ الحصانة البرلمانية، مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقتضي أن تمارس كل سلطة عامة الاختصاصات التي منحها لها الدستور دون أن تتعدى إلى اختصاصات سلطة عامة أخرى .

ولقد سائر جانب من الفقه الفروض التي جاء بها الفقيه عبد الرزاق السنهوري من خلال الاعتماد على المعيار الموضوعي لتحديد عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية بالرجوع إلى طبيعة التشريع وغايته، فإذا خرج المشرع عن الحدود الطبيعية التي تفرضها المبادئ العليا للدستور وتقتضيها القواعد الدستورية المتصلة بذلك التشريع كان التشريع في هذه الحالة غير دستوريا ليعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>1</sup>.

وقد اتجه كذلك جانب من الفقه إلى القول بأن معيار الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هو معيار موضوعي يستند على دلائل مادية تشمل مختلف الوثائق التي صاحبت إعداد التشريع أو إصداره تضاف إلى ذلك أيضا المذكرة الإيضاحية التي ترافق القانون بعد إقراره من البرلمان، على أنه يتعين على القاضي الدستوري أن يتعامل مع هذه الدلائل المادية بصورة متكاملة ومتناسقة<sup>2</sup>.

ومن الفقه من اتجه إلى القول بأن أسباب التشريع يمكن أن تكشف عن الغاية منه، فإذا كانت الغاية منحرفة عن مبادئ الدستور كان التشريع باطلا ليعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية التي يستند على معيار موضوعي<sup>3</sup>.

وبعد عرضنا للمعيار الموضوعي لتحديد عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية ينبغي لنا تقييم هذا المعيار من خلال عرض لأهم الانتقادات التي وجهت إلى المعيار الموضوعي للانحراف التشريعي ورأينا من ذلك.

### ثانياً: أهم الانتقادات الموجهة إلى المعيار الموضوعي للانحراف التشريعي

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها لا تقوم على معيار موضوعي للانحراف، وإنما تقوم على فكرة مخالفة القانون، كما أن المعايير التي اعتمدها الفقيه عبد الرزاق السنهوري كمعايير موضوعية للانحراف هي في حقيقتها ضوابط للعمل التشريعي تجعل التشريع مشوباً بعيب مخالفة القانون (عيب المحل)، وليس على أساس عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، وأن الأمثلة التي ذكرها

<sup>1</sup> - ROBERT.A, Tierce opposition et recours pour excès de pouvoir, 1992, p.668 ; DISANT.M, La responsabilité de l'Etat de la loi inconstitutionnelle, op cit, p. 10.

<sup>2</sup> - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص. 136.

<sup>3</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 522.

الفقيه عبد الرزاق السنهوري في هذا المجال هي في الواقع أمثلة لحالات غير مشروعة لمخالفة قواعد الدستور وليس للانحراف بالسلطة التشريعية<sup>1</sup>.

كما أن ما ذهب إليه الفقيه عبد الرزاق السنهوري بأن المشرع عندما يصدر تشريعا عاما ومجردا ويقصد تطبيقه على حالة فردية واحدة يكون قد انحرف في استعمال السلطة التشريعية هو قول يوضح النزعة الذاتية لديه، باعتبار أن هذا القول لا يعدو أن يكون صورة لإثبات وجود النية أو الهدف غير المشروع لدى المشرع، أي أن المعيار هنا لا يمكن أن يكون معيارا موضوعيا لإثبات صحة نية المشرع غير المشروعة<sup>2</sup>.  
أما بالنسبة لما ذهب إليه الفقيه عبد الرزاق السنهوري في مجال كفالة الحقوق والحريات العامة بأن هناك طائفة من الحقوق والحريات العامة المطلقة التي لا تقبل تدخل المشرع من أجل تنظيمها، فإذا أصدر تشريعا يقيدها كان التشريع باطلا لمخالفته لنصوص الدستور، على أنه توجد طائفة أخرى من الحقوق والحريات العامة يتمتع فيها المشرع بسلطة تقديرية في تنظيمها بشرط ألا ينحرف عن الغرض الذي قصده الدستور<sup>3</sup>.

ذلك بأن جانب من الفقه قد اتجه إلى القول بأن كفالة الحقوق والحريات العامة من الناحية الموضوعية لا تثير فكرة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، إذ أن النص على هذه الحقوق والحريات العامة في الدستور ومنح المشرع سلطة تنظيمها، يفرض على هذا الأخير بعدم إهدار أصل الحق أو تلك الحرية أو الانتقاص منها أو وضع شروط تجعل ممارستها صعبة، بحيث يكون هذا المساس بالحق أو الحرية التي قد يقع فيها المشرع بمثابة مخالفة للنص الدستوري الذي يقرر هذه الحقوق والحريات العامة لا يحتاج إلى إثارة فكرة الانحراف التشريعي على أن الإهدار أو الانتقاص من تلك الحقوق والحريات العامة هو أمر يرجع التقدير فيه إلى القاضي الدستوري للتأكد فيما إذا كان المشرع قد خرج عن مقتضى التنظيم أم لا، ويقضي بعدم دستورية التشريع على أساس مخالفة الدستور وليس على أساس نظرية الانحراف التشريعي<sup>4</sup>.

ويرى جانب آخر من الفقه إلى القول بأنه لا يمكن التسليم بصحة القول بأن التشريع يكون غير دستوريا لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية إذا أصدر المشرع تشريعا يهدر أصل الحق أو ينتقص من الحرية، لأن الدستور عندما يُؤكل إلى المشرع سلطة تنظيم حق من الحقوق أو حرية من الحريات

<sup>1</sup> انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 166؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 140.

<sup>2</sup> - انظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 78.

<sup>3</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع نفسه، ص. 365.

<sup>4</sup> - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 167.

العامية يخول حق وضع قيود على ذلك الحق أو تلك الحرية بشرط ألا تؤدي تلك القيود إلى إلغاء أو إهدار أو هدم تلك الحرية أو ذلك الحق<sup>1</sup>.

ومن ناحية ثانية فإن اعتماد نظرية الانحراف التشريعي التي صاغها الفقيه عبد الرزاق السنهوري بحسب رأي جانب من الفقه قد يؤدي إلى توسيع الرقابة على دستورية القوانين إلى البحث عن بواعث التشريع وملاءمته .

وبذلك فلقد اتجه الفقيه عبد الرزاق السنهوري إلى التأكيد على ضرورة احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها إلا عند الضرورة، ليعطي الفقيه عدة تطبيقات أو أمثلة لقاعدة احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها بهدف التأكيد على الامتناع عن تقرير الأثر الرجعي لبعض القوانين، على أنه تعتبر مخالفة مباشرة لنصوص الدستور في الحالة التي يصدر فيها المشرع تشريعاً بالمخالفة بنص دستوري يمنع تقرير الأثر الرجعي لبعض القوانين<sup>2</sup>.

أما إذا كان الدستور يُجيز للمشرع حق إصدار تشريع خاص بالأثر الرجعي في حالات استثنائية، على أن ذلك يعد من صلاحيات المشرع في اللجوء إليها أم لا ما دام أن الدستور قد أجاز له ذلك وفي الحالات الخاصة التي حددها.

ويضيف جانب من الفقه بأن إسراف المشرع في تقرير الأثر الرجعي لبعض القوانين أو بالنسبة للتشريع اللاحق الذي يعدل من تشريع سابق بحجة تفسيره يمكن اعتبارها على أنها قرائن تدل على وجود الانحراف التشريعي، والتي يستند عليها القاضي الدستوري لمعرفة الغاية الحقيقية للمشرع من وراء إصداره للتشريع، غير أنه لا يمكن القول بأن التشريع ينطوي على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية بمجرد توافرها، ولكن يصدق القول بالانحراف في كل حالة على حدى<sup>3</sup>.

وفيما يخص الفرض الذي ذكره الفقيه عبد الرزاق السنهوري بأن التشريع ينطوي على الانحراف التشريعي عند مخالفة التشريع لروح الدستور والمبادئ العليا التي يقوم عليها، حيث اتجه جانب من الفقه إلى القول بأنه لا فرق بين مخالفة النص الدستوري أو مخالفة روح الدستور، وأن المخالفة في هذه الحالة هي مخالفة مباشرة لنصوص الدستور ولا تعد انحرافاً في استعمال السلطة التشريعية.

<sup>1</sup> - انظر، عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، المرجع السابق، ص. 376؛ انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 526.

<sup>2</sup> - انظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 80.

<sup>3</sup> - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 168.

كما أن الأمثلة التي جاء بها الفقيه السنهوري في هذا الشأن تتعارض مع نصوص الدستور لا مع روحه، باعتبار أن روح الدستور هي روح كل نص من نصوص الدستور، فإذا تعارض تشريع ما معها فإنه في الحقيقة يتعارض مع مقتضى تلك النصوص جميعها.

كما أن القول بأن الفروض التي ذكرها الفقيه عبد الرزاق السنهوري كميّار موضوعي للانحراف التشريعي هي في حقيقتها ضوابط للعمل التشريعي يترتب على مخالفتها عدم دستورية التشريع ليعيب مخالفة القانون (عيب المحل) هو قول صحيح، أي أن المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه التشريعي مُلزم بالقيود أو الضوابط التي حددها الدستور، الأمر الذي يفرض على المشرع التزاما بعدم الخروج على قاعدة العمومية والتجريد عند إصداره للتشريع والالتزام بضرورة مراعاة الحقوق والحريات العامة<sup>1</sup>.

غير أننا لا نتفق مع القول بأن جميع الأمثلة التي ذكرها الفقيه عبد الرزاق السنهوري تعتبر مخالفة لأحكام الدستور وليس انحرافا في استعمال السلطة التشريعية، لأن هناك أمثلة يعتبر فيها التشريع غير دستوريا ليعيب الانحراف التشريعي، كأن يصدر المشرع تشريعا عاما ومجردا، ولكنه يهدف إلى معالجة حالة فردية محددة، أو يسعى إلى تحقيق غاية محددة غير تحقيق المصلحة العامة .

كما أننا لا نؤيد ما ذهب إليه جانب من الفقه إلى أن كفالة الحقوق والحريات العامة في حدودها الموضوعية تثير المخالفة المباشرة لنصوص الدستور التي تكفل الحقوق والحريات العامة، ولا تثير فكرة الانحراف التشريعي، لأن المؤسس الدستوري قد منح للمشرع سلطة تنظيم هذه الحقوق والحريات العامة، فإذا خرج المشرع عن هذا التنظيم يكون قد انحرف في استعمال السلطة وليس على أساس مخالفته لنص الدستور، باعتبار أن منطقة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية ترتبط بالسلطة التقديرية للمشرع.

والقول بأن المؤسس الدستوري عندما يمنح للمشرع سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق والحريات العامة، فإنه يمنح له سلطة وضع قيود على تلك الحقوق أو الحريات العامة بالشكل الذي لا يؤدي إلى الانتقاص منها أو إهدارها هو قول غير صحيح، الأمر الذي قد يجعل حقوق وحريات الأفراد عرضة للانتهاك من جانب المشرع، إذ كيف يمكن القول بأن المؤسس الدستوري يمنح للمشرع حق وضع قيود على الحقوق أو الحريات العامة عند تنظيمها، الأمر الذي يتعارض مع طبيعة الحق أو الحرية، وتبعاً لذلك يكون المشرع قد انحرف في استعمال السلطة التشريعية إذا كان تدخله في مجال الحقوق والحريات العامة وفقاً لسلطته التقديرية قد تجاوز حدود التنظيم إلى التقييد.

وننتفق كذلك مع ما ذهب إليه جانب من الفقه حول ضرورة احترام الحقوق المكتسبة بأنه إذا كان الدستور يمنع تقرير الأثر الرجعي لبعض القوانين، فإن تقرير هذا الأثر الرجعي يعد مخالفة مباشرة للنص

<sup>1</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 364.

الدستوري، لأن سلطة المشرع في هذه الحالة هي سلطة مقيدة، فإذا أصدر المشرع تشريعا يخالف النص الدستوري الذي يمنع تقرير الأثر الرجعي لبعض التشريعات يكون قد خالف الدستور مخالفة مباشرة موضوعية وليس على أساس الانحراف التشريعي.

كما يؤخذ على رأي الفقه المتناقض بأن وجود تشريع لاحق يُعدّل من تشريع سابق بحجة تفسيره يعد من حالات الانحراف التشريعي، لأنه إذا كان وجود تشريع لاحق يعدل من تشريع سابق بحجة تفسيره يعد قرينة على وجود الانحراف التشريعي، فكيف يكون التشريع معييا بعبء الانحراف التشريعي وفي الوقت نفسه يبقى مجرد قرينة على وجود الانحراف التشريعي؟

ذلك بأن ما ذهب إليه جانب من الفقه بأن ما ذكره الفقيه عبد الرزاق السنهوري بأن مخالفة التشريع لروح الدستور أو المبادئ العليا التي يقوم عليها يعتبر من حالات الانحراف التشريعي هو قول غير صحيح، لأن مخالفة المشرع للمبادئ العليا للدستور أو روحه يعتبر مخالفة مباشرة للدستور وليس انحرافا في استعمال السلطة التشريعية، أي أن خروج المشرع عن الغاية التي حددها الدستور عندما تكون سلطته مقيدة يكون خروجاً صريحا على نص الدستور.

وترتبا على ما سبق، يمكننا القول بأن الفقيه عبد الرزاق السنهوري وإن كان اتجه نحو الاعتماد على معيار موضوعي للانحراف التشريعي مُبرزا ذلك بأنه إذا جاز القول أن رجل الإدارة قد يسعى إلى تحقيق غايات ذاتية، فلا يمكننا أن ننسب ذلك القول للسلطة التشريعية.

فإنه لا يمكن التسليم بذلك، لأن المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه التشريعي قد يسعى تحت ستار تحقيق المصلحة العامة إلى إصدار تشريعات عامة ومجردة تؤدي إلى تحقيق غايات ذاتية شخصية أو لصالح فئة معينة أو الإضرار بها، الأمر الذي يفرض على القاضي الدستوري التزاما بالبحث عن الغاية الحقيقية التي قصدها المشرع من وراء إصداره للتشريع، والتحقق من مدى صحة الأسباب التي استند عليها المشرع لإصدار التشريع ومدى التناسب بين سبب التشريع ومحلّه.

كما أننا لا نتفق مع القول بأن أسباب التشريع تكشف عن الغاية منه، لأن المشرع عادة ما يخفي الغرض الحقيقي الذي قصده المشرع من وراء إصدار التشريع، فعندما يصدر المشرع تشريعا لتحقيق مصالح فردية يحرص دائما على ذكر الأسباب التي تمت بالمصلحة العامة، وهو ما يدعوا للكشف عن الغاية الحقيقية التي قصدها المشرع من خلال البحث عن النية الحقيقية من وراء إصدار التشريع.

### ثالثاً: المعيار الذاتي للانحراف في استعمال السلطة التشريعية

إن أهم انتقاد يوجهه الفقه لنظرية الفقيه عبد الرزاق السنهوري حول الانحراف في استعمال السلطة التشريعية بأنها تقوم على فرض غير صحيح مؤداه أن سلطة المشرع تكون مقيدة في الحالة يحدد له المؤسس الدستوري أسلوب تدخله، إلى جانب ذلك يتمتع المشرع بجانب من حرية التقدير في حالات أخرى . فإذا كان رجل الإدارة قد يسعى في بعض الحالات إلى تحقيق مصالح خاصة، فإنه لا يمكننا أن ننسب ذلك المفهوم إلى المشرع كأحد ممثلي الإرادة الشعبية، الأمر الذي دفع الفقيه عبد الرزاق السنهوري، وأيده جانب من الفقه إلى القول بأن معيار الانحراف في استعمال السلطة التشريعية إنما يقوم على معيار ذاتي وليس على معيار موضوعي<sup>1</sup> .

والحجة في ذلك أن البحث عن النية الحقيقية للمشرع أمر ضروري يبرره غموض التشريع للكشف عن الغاية الحقيقية التي قصدتها المشرع من وراء إصداره التشريع، ذلك بأن القاضي الدستوري وهو بصدد إعمال رقابته على عنصر الغاية بالنسبة للتشريع للكشف على المخالفة المستترة في التشريع من أجل الوصول إلى معرفة النية الحقيقية للمشرع، يكون من خلال الاعتماد على معيار ذاتي أو شخصي للتأكد من وجود الانحراف التشريعي من عدمه<sup>2</sup> .

ومن ناحية أخرى، حتى وإن كان التشريع صادراً عن البرلمان ممثل إرادة الشعب، إلا أن الظروف التي يعمل في إطارها أعضاء البرلمان، والتي يمكن إرجاعها إلى تركيبة البرلمان ذاته أو العوامل الأخرى التي تؤثر على العمل التشريعي كما ذكرناها سابقاً قد تدفع ممثلي إرادة الشعب إلى إصدار تشريعات عامة وبمجردة تنطوي على عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

وعليه، فإن معيار الانحراف التشريعي من حيث زاوية إثباته يقوم على معيار ذاتي يستمد منه عيب الانحراف التشريعي خاصية الذاتية التي يتميز بها هذا العيب، وهو ما يجعله عيباً خفياً ومستتراً كما قلنا سابقاً، وتبعاً لذلك يعتبر عيباً احتياطياً لا يلجأ إليه القاضي الدستوري إلا إذا انعدمت أحد العيوب الدستورية الأخرى. ذلك بأن الاعتماد على المعيار الذاتي للانحراف في استعمال السلطة التشريعية من شأنه أن يكشف لنا عن نية المشرع، وبالتالي الوصول إلى معرفة الغاية الحقيقية للمشرع التي أخفاها من وراء إصداره للتشريع.

إن القول بأن الكشف عن الغاية الحقيقية التي قصدتها المشرع من وراء إصداره للتشريع يقتضي الوقوف على الأسباب التي يذكرها المشرع في التشريع الصادر منه هو قول نسبي، لأن المشرع دائماً ما يحرص

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 80؛ وأورده، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 363.

<sup>2</sup> - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 170.

على ذكر الأسباب التي ترتبط بالمصلحة العامة، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول كيفية معرفة البواعث الحقيقية والصحيحة التي دفعت المشرع إلى إصدار التشريع دون البحث في النية الحقيقية التي يخفيها المشرع من وراء إصداره التشريع؟

الواقع أن المشرع قد يسعى إلى تحقيق غايات شخصية ذاتية كتحقيق مصالح لفئة معينة أو الإضرار بها، وذلك من خلال إصدار تشريع عام ومجرد مستتر تحت ستار المصلحة العامة، لكن التشريع في الحقيقة كان يسعى إلى تحقيق غايات شخصية دون المصلحة العامة .

وعلى القاضي الدستوري البحث في النوايا المستترة التي يخفيها المشرع لمعرفة الغاية الحقيقية التي قصدها المشرع من وراء إصداره التشريع، ويستطيع القاضي الدستوري من أجل إثبات الانحراف في استعمال السلطة التشريعية الاستعانة بالقرائن أو الدلائل المصاحبة لإصدار التشريع الأمر الذي أكدده الفقيه عبد الرزاق السنهوري في مقاله حول مخالفة التشريع بالدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>1</sup>.

ونحن نؤيد رأي الفقه المؤيد للمعيار الذاتي للانحراف في استعمال السلطة التشريعية، لأن إثبات الانحراف التشريعي يقتضي البحث في النوايا التي قد يخفيها المشرع للوصول إلى حقيقة الأغراض التي قصدها من وراء إصداره التشريع، كما أن الوقوف على الأسباب التي ذكرها المشرع لا تكفي لإثبات الانحراف التشريعي، أضف إلى ذلك أن المشرع لا يذكر من الأسباب إلا الأسباب المشروعة لتدخله والمرتبطة بمقتضيات المصلحة العامة مخفياً بذلك الغاية الحقيقية من وراء إصدار التشريع.

لذلك كان لزاماً للبحث عن الغرض أو الغاية الحقيقية التي قصدها المشرع ليؤكد أصحاب الرأي السابق على الطبيعة الذاتية للانحراف التشريعي والنزعة الذاتية التي غلبت على نظرية الفقيه السنهوري الذي أكد على أن معيار الانحراف التشريعي هو معيار موضوعي، باعتبار أن التشريع إذا كان يقصد حالة فردية بذاتها يفقد طبيعة التشريع ويكون مخالفاً للدستور في محله ويعتبر من أهم حالات الانحراف التشريعي هو أمر يدل على النزعة الذاتية لدى الفقيه، وهذا إن دلّ على شيء فإنما يدل على أن معيار تحديد الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هو معيار ذاتي، لأن القاضي الدستوري لا يمكنه معرفة الغاية الحقيقية التي قصدها المشرع من وراء إصداره التشريع إلا من خلال الاستناد على معيار ذاتي من أجل الكشف عن الغاية الحقيقية للمشرع التي أخفاها من وراء إصداره التشريع<sup>2</sup>.

وبعد أن توصلنا إلى أن الاعتماد على المعيار الذاتي لتحديد الانحراف التشريعي من شأنه أن يساعد القاضي الدستوري على الكشف عن الغايات الحقيقية التي قصدها المشرع من التشريع الصادر، لنا أن

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مخالفة التشريع بالدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، المرجع السابق، ص. 146؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 364.

<sup>2</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 522.

نتساءل عن حالات الانحراف التشريعي وتطبيقاتها في القضاء الدستوري في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري؟

## المطلب الثاني

### حالات الانحراف في استعمال السلطة التشريعية وتطبيقاتها في القضاء الدستوري

ولما كانت جميع السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية تستهدف تحقيق المصلحة العامة، يتحقق عيب الانحراف التشريعي في الحالة التي يستخدم فيها المشرع سلطته التقديرية قصد تحقيق أغراض غير تحقيق المصلحة العامة.

وعند تحليل عيب الانحراف بالسلطة في المجال الإداري نجد أنه يقوم على عنصرين: الأول هو أن القرار الإداري الصادر عن جهة الإدارة قد سلمت جميع عناصره، والثاني هو أن عنصر الغاية أو الهدف هو العنصر الوحيد المعيب، وتبعاً لذلك يتوجب على السلطة الإدارية أن تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة والالتزام بقاعدة تخصيص الأهداف المحددة<sup>1</sup>.

وفي هذا المجال اتجه جانب من فقه القانون الإداري إلى القول بأنه يجب التمييز بين صورتين أو حالتين تُعبران عن الانحراف في استعمال السلطة الإدارية في المجال الإداري، الأولى تتعلق بتحقيق الإدارة لأغراض خاصة دون أغراض المصلحة العامة، أما الثانية تقوم على أن رجل الإدارة قد يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة ولكنه يخالف الغاية التي حددها له القانون<sup>2</sup>.

وإذا انتقلنا إلى المجال الدستوري يمكننا أن نتساءل عن حالات الانحراف التشريعي، وهل يمكننا الاعتماد على التقسيم الذي وضعه فقه القانون الإداري لمعرفة حالات أو صور الانحراف في استعمال السلطة التشريعية؟

الحقيقة أنه يتعين على المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه بسن التشريع أن يسعى دائماً إلى تحقيق المصلحة العامة وإلا كان التشريع الصادر في هذه الحالة غير دستورياً لعب الانحراف التشريعي، ومن ناحية أخرى في الحالة التي يفرض النص الدستوري على المشرع التزاماً بضرورة تحقيق غاية معينة، ويخالف المشرع ذلك النص فهل تعتبر مخالفة المشرع لإرادة المؤسس الدستوري من أجل تحقيق غرض معين من حالات

<sup>1</sup> - لتفاصيل أكثر حول موقف الفقه الإداري في التمييز بين صور أو حالات الانحراف في استعمال السلطة الإدارية؛ انظر، عادل السعيد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، المرجع السابق، ص. 635؛ عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 102؛ محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص. 365؛ محمد سليمان الطماوي، نظرية التعسف باستعمال السلطة، الطبعة 3، مطبعة جامعة عين شمس، 1978، مصر، ص. 66 و 338؛ نواف كنعان، القضاء الإداري، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص. 314؛ عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص. 660؛ عبد الله طلبة، القانون الإداري (الرقابة القضائية على أعمال الإدارة. القضاء الإداري)، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، حلب، بدون سنة نشر، ص. 292 إلى 299.

<sup>2</sup> - انظر، سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص. 325.

عيب الانحراف في استعمال السلطة مثلما هو الأمر بالنسبة لمخالفة قاعدة تخصيص الأهداف في المجال الإداري؟

ونظرا للخصائص المميزة لعيب الانحراف التشريعي كعيب مستقل واحتياطي لصعوبة إثباته، الأمر الذي يُقلّل من أهميته العملية، بحيث تكاد تنعدم الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية المتعلقة بعيب الانحراف التشريعي.

وحتى يتسنى لنا الإجابة على الأسئلة السابقة من أجل الوقوف على صور أو حالات الانحراف في استعمال السلطة التشريعية وتطبيقاتها في القضاء الدستوري، سوف نتطرق أولا إلى حالات الانحراف في استعمال السلطة التشريعية (الفرع الأول)، ثم تدعم الدراسة بعرض لبعض تطبيقات أو نماذج للانحراف التشريعي في القضاء الدستوري (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### حالات الانحراف في استعمال السلطة التشريعية

ولما كانت الغاية تعتبر الحد الفاصل بين ما يعتبر سلطة تقديرية مشروعة وبين ما يعتبر تعسفا في استعمال السلطة في المجال الإداري، وتبعاً لذلك التحقق من وجود أو عدم وجود عيب الانحراف بالسلطة<sup>1</sup>. فإن المبدأ المسلم به في فقه القانون الإداري بأن الغاية أو الهدف الذي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقه هو المصلحة العامة التي تعد شرطاً لمشروعية النشاط الإداري<sup>2</sup>، وإذا كانت القاعدة العامة أن جميع القرارات الإدارية يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة، فإن هناك قاعدة أخرى تضاف إلى هذه القاعدة وتكملها وهي احترام قاعدة تخصيص الأهداف التي حددها المشرع في المجالات التي حددها لها<sup>3</sup>.

ومن ثم، يمكننا القول بأن المشرع لا يقيد الإدارة بتحقيق المصلحة العامة فقط بل يُلزمها كذلك بتحقيق الهدف الذي حدده لهذا القرار الإداري عملاً بقاعدة تخصيص الأهداف التي تُقيّد القرار الإداري بالغاية المخصّصة له، فإذا خرج القرار الإداري على هذه الغاية ولو كان هدفه هو تحقيق المصلحة العامة ذاتها كان القرار مشوباً بعيب الانحراف التشريعي<sup>4</sup>.

وإذا كان يتعين على جهة الإدارة أن تسعى دائماً إلى تحقيق المصلحة العامة، فالمشرع المعبر عن الإرادة العامة للشعب مُلزم بتحقيق غايات المصلحة العامة، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول مفهوم المصلحة العامة التي يُلزم المشرع بتحقيقها ودور القاضي الدستوري في الرقابة عليها؟ وهل يُعدّ خروج المشرع على

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 105.

<sup>2</sup> - PAULINE .M,L' intérêt général dans la jurisprudence du conseil constitutionnel ,R.f .D.C.N°13 ,1993,p.23.

أورده: عبد المنعم إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص. 153.

<sup>3</sup> - انظر، عادل السعيد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، المرجع السابق، ص. 637.

<sup>4</sup> - انظر، سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص. 327.

قاعدة تخصيص الأهداف انحرافا في استعمال السلطة التشريعية(أولا) وهل يعتبر كذلك خروج المشرع عن قاعدة تخصيص الأهداف في الحالة التي يفرض فيها الدستور على المشرع ضرورة تحديد أغراض خاصة من حالات الانحراف التشريعي(ثانيا)؟

### أولا :الصورة الأولى للانحراف التشريعي هي خروج غاية التشريع عن تحقيق المصلحة العامة

الحقيقة أن هذه الصورة تعتبر من أخطر حالات الانحراف بالسلطة بصفة عامة، وذلك لأن مُصنِّد القانون أو القرار يسعى إلى تحقيق أغراض شخصية ذاتية بعيدة عن تحقيق المصلحة العامة له أو لصالح فئة معينة أو يسعى إلى الإضرار بها.

ولما كانت سلطة المشرع أو رجل الإدارة ليست غاية في حد ذاتها، ولكنها وسيلة لتحقيق الغايات أو الأهداف أو المصالح العامة في المجتمع، يتعين في جميع القوانين أو القرارات الإدارية أن تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، على أن يتحقق عيب الانحراف التشريعي في الحالة التي يستخدم فيها المشرع أو رجل الإدارة سلطته التقديرية التي منحها له الدستور أو القانون لإصدار تشريعات أو قرارات إدارية تستهدف تحقيق أغراض بعيدة عن المصلحة العامة<sup>1</sup>.

وإذا كان التسليم بأن المصلحة العامة تُعد شرطاً أساسياً لمشروعية التصرف القانوني استنادا على فكرة المصلحة العامة، فإن تقدير المشرع للمصلحة العامة يجب أن يخضع لرقابة القاضي الدستوري الذي ينصب دوره في هذا المجال على التحقق والتأكد من أن الغاية من التشريع الصادر عن المشرع بأنها تستهدف تحقيق المصلحة العامة أم لا.

ذلك بأن البحث في الصورة الأولى للانحراف التشريعي تستوجب علينا أولا بيان العلاقة بين المصلحة العامة والغاية من التشريع(أ)، ثم معرفة ما هو دور القاضي الدستوري في تقدير المشرع للمصلحة العامة(ب)؟

### أ-بيان العلاقة بين المصلحة العامة والغاية من التشريع

إذا كان المستقر عليه في الفقه والقضاء الإداريين بأن فكرة المصلحة العامة تعد شرطاً أساسياً لمشروعية التصرف الإداري، نجد أن المشرع هو الآخر مُلزم بتحقيق المصلحة العامة التي من أجلها منحه الدستور تلك السلطة، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن مفهوم المصلحة العامة والجهة التي تحددها؟

إن تحديد مفهوم المصلحة العامة يمكن أن يكون عن طريق المؤسس الدستوري أو المشرع أو جهة الإدارة، ففي المجال التشريعي نجد أن المشرع هو الذي يُقدَّر وجود المصلحة العامة، على أن هذا التقدير من جانب المشرع يخضع لرقابة القاضي الدستوري للوصول إلى الغاية الحقيقية التي يسعى المشرع إلى

<sup>1</sup> - انظر، عبد الرؤوف هاشم بسبوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.106.

تحقيقها، بمعنى هل أن المشرع يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة فعلا، أم أنه استند على فكرة المصلحة العامة ليخفي بذلك النية الحقيقية من وراء إصداره التشريع؟

تتميز فكرة المصلحة العامة بالمرونة وعدم الثبات لاتساع مفهومها، كما أن للمصلحة العامة مفهوما سياسيا إذا كانت الدولة هي التي تحدد مفهومها، والاختيار بين المصالح المختلفة لمشروعية تصرفات السلطات العامة في الدولة، وفي نفس الوقت قيدها عليها<sup>1</sup>.

ومن ثم، أصبح تقدير وتحديد مفهوم المصلحة العامة من قبل السلطات المسيطرة في الدولة، أي أن البرلمان الذي تسيطر عليه الحكومة ذات الأغلبية البرلمانية يكون في تحديده وتقديره للمصلحة العامة خاضعا لسيطرة الحزب أو الحكومة ذات الأغلبية البرلمانية، الأمر الذي قد يدفع البرلمان تحت ستار المصلحة العامة إلى تحقيق غايات لا ترتبط بالمصلحة العامة<sup>2</sup>.

ولتحديد مفهوم المصلحة العامة يتوجب علينا البحث عن عنصرين: الأول يرتبط بمضمون هذه المصلحة؛ أما الثاني، هو الغاية من العمل التشريعي<sup>3</sup>؛ فالمصلحة العامة من حيث مضمونها تتفرع وفقا

<sup>1</sup>-انظر، أحمد محمد أمين محمد، حدود السلطة التشريعية (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظامين المصري والفرنسي)، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001، ص. 594؛ سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2005، ص. 675؛ ويتجه الأستاذ Guillaume MERLAND إلى القول بأن المصلحة العامة لا ترتبط بالجانب الإيديولوجي فقط، وإنما تعد كذلك أساس القانون العام باعتبار أنها ترسخت في مجال القانون الإداري على وجه الخصوص؛

« l'intérêt général ne saurait se réduire à son seul aspect idéologique. Il est également un des fondements du droit public. La prégnance de la notion d'intérêt général dans la conception du droit administratif est, du reste, particulièrement révélatrice. » ; MERLAND.G, L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 16 juin 2004, p.1.

وفي هذا الشأن كذلك يتجه Didier TRUCHET إلى القول بأن المصلحة العامة عنصر منظم للحرية الفردية من جهة؛ وهي كذلك عنصر موفق ومنظم للمصالح المشتركة، من جهة ثانية؛

Didier TRUCHET voit dans l'intérêt général autant « un élément régulateur de la liberté qu'un facteur d'atteinte à celle-ci. Il peut être aussi l'élément conciliateur de deux libertés antagonistes. » La notion d'intérêt général serait donc appropriée pour comprendre la volonté de limiter collectivement les libertés et absorber, en principe, tous les cas de conflits de libertés. La notion d'intérêt général paraît offrir, comme on va le voir, un cadre de références global à la liberté en rendant possible cette mutualisation ; TRUCHET.D , Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État, préface de BOULOUIS.J, Paris, L.G.D.J, 1977, p. 176et 396 .

<sup>2</sup>-عرف جانب من الفقه الأمريكي فكرة المصلحة العامة بالنسبة للقانون إلى أن المصالح هي الموضوع الأساسي للتشريع، والتي تقوم على أساس التوفيق بين المصالح المختلفة بحيث تشمل المصالح العامة على نوعين من المصالح: الأول مصالح الدولة (المجتمع السياسي المنظم) باعتباره شخصا قانونيا عاما، والثاني مصالح الدولة التي تقوم على كونها حارسة على المصالح الاجتماعية؛ لتفصل أكثر، انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 311.

<sup>3</sup> - ويذهب CHEVALLIER إلى القول بأن الإدارة خاضعة لهدف تحقيق المصلحة العامة مستخدمة في ذلك امتيازات السلطة العامة التي يفتقر لها الأفراد :

« L'administration est donc soumise à une contrainte de but, qui exclut apparemment toute possibilité d'arbitraire. La puissance trouve à la fois son fondement et ses limites dans la volonté de satisfaire les besoins du public, les demandes des administrés » ; CHEVALLIER .J, Les fondements idéologiques du droit administratif français, in Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, PUF, 1979, p. 3-57

كما يتجه F RANGEON نحو توحيد مفهوم المصلحة العامة لجميع المنظمات الاجتماعية، بحيث يمكن للأفراد العيش في مجتمع منظم وموحد؛

للأشخاص العامة المعنية بهذه المصلحة، والتي قد تتخذ صورة المصالح الوطنية أو المصالح المحلية أو الإقليمية، وهو ما أخذ به المجلس الدستوري الفرنسي الذي وسع من مفهوم المصلحة العامة ووضع تقسيماتها، ومن أمثلة ذلك ما قضى به المجلس الدستوري الفرنسي في 01 يوليو 1980 المتعلق بقانون التوجيه الزراعي عند فحص أحد مواد هذا التشريع التي تمنح للإدارة سلطات واسعة في هذا المجال بأن هذا الإجراء كان لتحقيق الغرض الذي أراده المشرع من أجل تنظيم وتطوير الحيز الريفي<sup>1</sup>.

---

F RANGEON énonce la consubstantialité de l'intérêt général à toute organisation sociale qui, par le verbe, cherche à se structurer : « Concernant l'idée d'intérêt général, c'est un truisme de dire qu'elle n'est pas nouvelle. Elle imprègne effectivement le discours politique et juridique depuis ses origines. Les textes de l'Antiquité qui nous sont parvenus en font foi ; dès que la politique a été perçue comme un discours, c'est-à-dire dès que les individus vivant en communauté ont cherché à expliquer et légitimer leur mode d'organisation politique, le thème de l'intérêt général a été présent » ; RANGEON .F, L'idéologie de l'intérêt général, préface de VEDEL.G, Paris, Economica, coll. Politique comparée, 1986, p.11et 34 ; Les notions connexes qui gravitent autour de lui comme "intérêt général", "intérêt public" ou "utilité publique" sonnent dans tout notre système juridique comme autant de rappels du principe qui l'anime et de l'esprit qui l'habite : la soumission obligée des intérêts privés à la chose publique; RANGEON.F, L'idéologie de l'intérêt général ,op cit, p.190et 246.

يذهب CHEVALLIER إلى القول بأن الدولة تقوم على مبدأ توحيد المجتمع من أجل تحقيق المصلحة العامة المشتركة للأفراد التي تعد أساس قيام الدولة؛

L'intérêt général fonde l'État et à rebours place ce dernier comme étant le seul dépositaire de sa production. « Dans la société, cette position centrale est occupée par l'État : personne abstraite, ne relevant pas de l'ordre sensible, l'État constitue le principe d'unification de la société et donc le seul dépositaire de l'intérêt général » ; J CHEVALLIER, Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général, in Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, PUF, 1978, p.11; l'intérêt général « implique d'abord la possibilité de surmonter les antagonismes sociaux et de dégager un intérêt commun à l'ensemble des participants : ce qui unit les membres est plus fort que ce qui les oppose ; leur appartenance à une même communauté sur- détermine leur identité singulière. Les intérêts particuliers vont être rendus compatibles et harmonisés par l'intervention d'une instance de totalisation qui est chargée d'opérer la synthèse des volontés individuelles, de rassembler les points de vue disparates en un projet cohérent, de ramener les éléments atomisés et soumis à l'attraction centrifuge dans les limites de l'ordre établi » ; CHEVALLIER.J , Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général ,op cit, p p.45; NIVERT.N, Intérêt général et droits fondamentaux, Thèse doctorat en droit public, Université de La Réunion , Faculté de droit et d'économie, 2012,p.120et220 ;

من بين التعريفات الفقهية لفكرة المصلحة العامة كذلك:

« L'idéologie de l'intérêt général constitue une dimension fondamentale du fonctionnement et de la pérennisation des sociétés contemporaines. C'est dans et par l'idéologie de l'intérêt général que se réalise le consensus nécessaire au maintien du tissu social. » ; LEGRAND.C et RANGEON. F et VASSEUR .J, Contribution à l'analyse de l'idéologie de l'intérêt général ;K SIBIRIL, définition de la notion d'intérêt en droit administratif français, Thèse doctorat en droit public, Université de Bretagne occidentale, France, 2012,p p.3 -C.C.N°80-115,D.C du 01 juillet1980,R.p.p.34 ;<sup>1</sup>

ومن ذلك أيضا تعريف مجلس الدولة الفرنسي:

La définition de l'intérêt général s'est historiquement constituée dans un cadre national, et sa remise en cause est liée à celle de l'État-nation .Le Conseil d'État a consacré son rapport public de 1999 à une réflexion sur l'intérêt général. Il n'est pas inutile d'y revenir<sup>1</sup> « Il existe deux conceptions divergentes de l'intérêt général. L'une, utilitariste, ne voit dans l'intérêt commun que la somme des intérêts particuliers. L'autre, volontariste, estime que l'intérêt général exige le dépassement des intérêts particuliers. Il est dans cette perspective l'expression de la volonté générale.

Ce clivage sépare deux visions de la démocratie : d'un côté une démocratie de l'individu, qui tend à réduire l'espace public à l'organisation de la coexistence entre les intérêts particuliers, l'autre, plus proche de la tradition républicaine française, qui fait appel à la capacité des individus à dépasser leurs propres intérêts, pour former ensemble une société politique. Cette conception a profondément marqué l'ensemble de notre système institutionnel. Il revient à la loi, expression de la volonté générale, de définir l'intérêt général, au nom duquel les services de l'État, sous le contrôle du juge, édictent des normes réglementaires, prennent des décisions individuelles et gèrent les services publics. » L'intérêt général se rapporte donc à la sphère publique. Il constitue à la fois le fondement et l'enjeu de la démocratie. Cela signifie que sa définition est souvent un combat, parfois violent.

وقراره الصادر في 19 يوليو 1983 بأن النص موضوع النزاع يستهدف تحقيق المصلحة العامة للنظام البحري المتعلقة بالسياحة<sup>1</sup>، كما قرر المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في 29 نوفمبر 1984 أن الخاصية الثقافية تعتبر جزءاً من المصلحة العامة<sup>2</sup>، وقراره الصادر في 25 يوليو 1979 المتعلق بحق الإضراب في الإذاعة والتلفزيون<sup>3</sup>، وقراره الصادر في 19 و20 يناير 1981 المتعلق بتشريع الأمن والحرية<sup>4</sup>، وقراره الخاص بقانون الخدمة العمومية الصادر في 22 يوليو 1987<sup>5</sup>.

وبالنتيجة، نجد أن المجلس الدستوري قد وسَّع من مفهوم المصلحة العامة والموضوعات التي تتصل بها بدمج العديد من المصالح في مفهوم المصلحة العامة، وذلك بسبب غموض مصطلح المصلحة العامة، حيث يدخل في مفهوم المصلحة العامة كذلك المصلحة التي ترتبط بالمصلحة العامة لمجموع الشعب وهو ما يسمى بالمصلحة العامة، أو أنها ترتبط بنوع محدد من المصلحة العامة وهو ما يسمى بالمصلحة المحلية، الأمر الذي نصت عليه المادة 73 من الدستور الفرنسي الخاصة بأقاليم ما وراء البحار ومصالح الجمهورية<sup>6</sup> وهو ما أكد عليه المجلس الدستوري الفرنسي في العديد من قراراته والتأكيد على وحدة مصالح الجمهورية<sup>7</sup>. وفي الشأن نجد أن المشرع المصري هو الآخر قد استعمل تعبير المصلحة المالية كمرادف للمصلحة العامة معتبراً أن الغاية من إصدار التشريع في هذه الحالة هو تحقيق المصلحة العامة.

---

« le débat sur l'intérêt général n'est pas seulement l'affaire des pouvoirs publics. Il concerne en réalité chaque citoyen. » ; Réflexions sur l'intérêt général, rapport public du Conseil d'État 1999 ; <http://www.conseil-Etat.fr/fr/rapports-et-etudes/linteret-general-une-notion-centrale-de-la.html> ; يوم 2016/07/14 على الساعة 18.30

<sup>1</sup> - C.C.N°83-13D.C du 19 et 20 juillet 1983, R.p, p.83.

<sup>2</sup> - C.C.N°84-184D.C du 29 Novembre 1984, R.p, p.49.

<sup>3</sup> - حيث قرر المجلس الدستوري في قراره الصادر في 1979 حول حق الإضراب في الإذاعة والتلفزيون بأن الحدود الموضوعية على حق الإضراب كانت من أجل صون المصلحة العامة، وتبعاً لذلك فإن التشريع المطعون فيه كان استجابة للحاجات الأساسية للمواطنين؛ C.C.N°79-105D.C du 25 juillet 1979, R.p, p.33.

<sup>4</sup> - حيث قرر المجلس الدستوري بأن الغرض من التشريع يتفق مع مبدأ السير الحسن للعدالة؛ C.C.N°80-127D.C du 19 et 20 janvier 1981, R.p, p.83

<sup>5</sup> - حيث قرر المجلس الدستوري بشأن قانون الخدمة العامة الصادر في 22 يوليو 1987 بأن المصلحة في هذا التشريع تتعلق بمدى استمرارية الخدمة العمومية؛

C.C.N°87-229D.C du 22 juillet 1987, R.p, p.44 .

<sup>6</sup> - تنص المادة 73 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على ما يلي:

« Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités. Ces adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement. »

الملاحظ على هذه المادة بأنها لم تفرق بين المصالح الخاصة بأقاليم ما وراء البحار ومصالح الجمهورية .

<sup>7</sup> - من قرارات المجلس الدستوري الفرنسي في هذا الإطار:

C.C.N°81-129D.C du 30 et 31 octobre 1981, R.J, C1959-1993, p.100 ; C.C.N°82-14D.C du 27 juillet 1982, R.J, C1959-1993, p.126 ; C.C.N°87-241D.C du 22 janvier 1988, p.330 ; C.C.N°88-244D.C du 17 janvier 1988, P.338 ; C.C.N°89-269D.C du 22 janvier 1990, R.J, C1959-1993, p.362 ; C.C.N°89-254D.C du 04 juillet 1989, p.41.

ومن ناحية أخرى، تعتبر المصالح المحلية الخاصة مصلحة عامة عندما تكون عموميتها معترف بها بواسطة المشرع، وهو ما نصت عليه المادة 74 من الدستور الفرنسي<sup>1</sup>، وأقره المجلس الدستوري في العديد من قراراته من خلال التأكيد على ضرورة احترام تلك المصالح المحلية الخاصة<sup>2</sup>.

وإذا كان المشرع له الحق في تحديد مفهوم المصلحة العامة في المجال التشريعي بما يجعل الغاية من التشريع هي تحقيق المصلحة العامة، لنا أن نتساءل عن العلاقة بين المصلحة العامة والغاية من التشريع؟ الحقيقة أن مشروعية القانون تقاس بالغاية منه، فإذا أصدر المشرع وفقاً لسلطته التقديرية تشريعاً لا يستهدف تحقيق المصلحة العامة كان هذا التشريع باطلاً لغياب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، الأمر الذي يدل بأن عيب الانحراف التشريعي هو عيب غائي يرتبط بالمصلحة العامة التي هي الغاية من التشريع<sup>3</sup>. كما أنه إذا كان المشرع هو الذي يحدد مفهوم المصلحة العامة، لنا أن نتساءل عن حالات خروج التشريع عن المصلحة العامة، والتي يعتبر فيها التشريع مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية؟.

<sup>1</sup> - تنص المادة 74 من الدستور لعام 1958 على ما يلي:

« Les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République. Ce statut est défini par une loi organique, adoptée après avis de l'assemblée délibérante, qui fixe :

- les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables ;
- les compétences de cette collectivité ; sous réserve de celles déjà exercées par elle, le transfert de compétences de l'État ne peut porter sur les matières énumérées au quatrième alinéa de l'article 73, précisées et complétées, le cas échéant, par la loi organique ;
- les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la collectivité et le régime électoral de son assemblée délibérante ;
- les conditions dans lesquelles ses institutions sont consultées sur les projets et propositions de loi et les projets d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions particulières à la collectivité, ainsi que sur la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux conclus dans les matières relevant de sa compétence. article sont définies et modifiées par la loi après consultation de leur assemblée délibérante..... »

أي أن الجماعات المحلية في الجمهورية هي البلديات والمقاطعات والأقاليم والجماعات ذات الوضع الخاص والجماعات الواقعة فيما وراء البحر المحددة في المادة 74. تنشأ كل جماعة محلية أخرى بموجب قانون وعند الاقتضاء محل جماعة أو عدة جماعات محلية منصوص عليها في هذه الفقرة. يخول للجماعات المحلية اتخاذ القرارات في كل الاختصاصات التي يمكن تطبيقها في إطار اختصاصاتها بأفضل طريقة ممكنة.

تتولى مجلس منتخبة إدارة هذه الجماعات بحرية وتمتع بسلطة تنظيمية لممارسة اختصاصاتها وفق الشروط التي يحددها القانون. يجوز للجماعات المحلية أو مجموعها أن تخالف على سبيل التجربة وفي موضع معين ولمدة محدودة أحكام القوانين أو اللوائح التي تسري على ممارسة اختصاصاتها - إذا نص القانون أو اللائحة على ذلك حسب الأحوال - وذلك وفق الشروط التي يحددها القانون الأساسي ما لم يتعلق الأمر بالشروط الأساسية لممارسة إحدى الحريات العامة أو حق من الحقوق التي يكفلها الدستور .

لا يجوز لأي جماعة محلية أن تمارس وصاية على جماعة أخرى، ومع ذلك إذا تطلبت ممارسة إحدى الاختصاصات مساهمة عدة جماعات محلية يجوز للقانون أن يرخص لإحداها أو لإحدى مجموعاتها بتنظيم طرق القيام بعملها المشترك. يتولى ممثل الدولة في الجماعات المحلية بالجمهورية - باعتباره ممثل كل عضو في الحكومة - تحقيق المصالح الوطنية والرقابة الإدارية واحترام القوانين.

<sup>2</sup> - C.C.N°86-208D.C du 01et02 juillet 1986,R.P,p.78.

لمزيد من التفاصيل:

<sup>2</sup> - LAUCHAIRE. F et GERARD. C,Le constitution de la République Française ,Economica ,1987 ,p.127.

أورده: عبد المنعم إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص.161.

<sup>3</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.304.

الحقيقة أن فكرة المصلحة العامة ترتبط بمبدأ العمومية والتجريد، فعمومية التشريع وتجريده يحددان الغاية منه، ومن بين صور أو حالات الخروج عن المصلحة العامة استعمال السلطة التقديرية لتحقيق غايات أخرى غير تحقيق المصلحة العامة كت تحقيق مصلحة شخصية أو لصالح فئة معينة أو بهدف الإضرار بتلك الفئة، أو تحقيق أغراض سياسية<sup>1</sup>.

وإذا كان المسلم به في المجال الإداري أن رجل الإدارة قد يستعمل سلطته التقديرية تحت ستار تحقيق المصلحة العامة إلى الإضرار بشخص معين أو فئة معينة على الرغم من تمسكه بنص القانون، إلا أنه خرج على روحه مخفياً بذلك غايته الحقيقية من وراء إصدار القرار، الأمر الذي يترتب عليه عدم مشروعية القرار لعب الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، وعلى القاضي الإداري البحث في نوايا الإدارة لمعرفة الغاية الحقيقية التي قد يسعى مصدر القرار إلى تحقيقها والبعيدة عن مفهوم المصلحة العامة، وإن كان الأمر كذلك في المجال الإداري، هل يمكن للمشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه بسن التشريع وفقاً لسلطته التقديرية أن يسعى إلى الإضرار بشخص معين أو فئة معينة؟

مادام أن المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه التشريعي تحيط به مجموعة من العوامل التي تؤثر على العمل التشريعي كما قلنا سابقاً قد يسعى إلى إصدار قوانين تهدف إلى الإضرار بشخص معين أو فئة معينة خاصة في الحالة التي تكون فيها السلطتين التشريعية والتنفيذية تحت سيطرة حزب سياسي واحد<sup>2</sup>، وعلى القاضي الدستوري البحث في نوايا المشرع للوقوف على الغاية الحقيقية من وراء إصداره التشريع.

وإذا كان المشرع قد يستعمل سلطته بقصد الإضرار بشخص معين أو فئة معينة، فإنه قد يستعمل تلك السلطة لتحقيق أغراض لصالح شخص معين أو فئة معينة، ومثال ذلك في فرنسا القانون الصادر في عام 1985 الذي يتعلق بموظفي الدولة في الوظائف العليا وأنه يجوز تعيين وزراء مفوضين من خارج دائرة الموظفين في الوظائف العليا، ذلك بأن هذا التشريع عندما فتح مجال تعيين الوزراء المفوضين لم تكن غايته تحقيق المصلحة العامة، بل كان هدفه تحقيق مصالح فئة معينة تتضمن موظفين مقرين من السلطة، الأمر الذي يجعل التشريع في هذه الحالة باطلاً لعب في الانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، محمد حسني منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص. 18؛ أحمد محمد أمين محمد، المرجع السابق، ص. 596.

<sup>2</sup> - ومن أمثلة ذلك ما حدث في فرنسا سنة 1984، حيث صدر تشريع بخصوص المؤسسات الصحفية أيد اتجاه المشرع الفرنسي إلى القول بأن الغاية من إصدار هذا القانون هو منع الاحتكار في المؤسسات الصحفية، غير أن النواب دفعوا أمام المجلس الدستوري بخصوص هذا التشريع إلى أن هذا التشريع هو الإضرار بمؤسسة HERSANT M الصحفية؛ المزيد من التفاصيل:

<sup>2</sup> - VEDEL, G, Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif, op cit, p. 85.

أورده: عبد المنعم إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص. 171.

<sup>3</sup> - انظر، سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص. 679.

إضافة إلى ذلك قد تكون غاية المشرع من إصدار تشريع ما تحقيق غرض سياسي معين لصالح فئة معينة أو حزب معين أو مجموعة من الأحزاب أو تحقيق أغراض لمصلحة السلطة التنفيذية ذات الأغلبية البرلمانية، ومثال ذلك التشريع الصادر في فرنسا 1986 المتعلق بتقسيم الدوائر الانتخابية، حيث دفع النواب أمام المجلس الدستوري الفرنسي بأن المشرع من وراء إصداره لهذا التشريع يسعى إلى تحقيق مصلحة سياسية لبعض الأحزاب السياسية وليس تحقيق المصلحة العامة، وهو ما يجعل هذا التشريع باطلا ليعيب في الانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>1</sup>.

وفي مصر، فقد نص القانون رقم 33 لسنة 1978 بأنه لا يجوز الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق أو الأنشطة السياسية لكل من تسبب في إفساد الحياة السياسية قبل ثورة 1952، مع أن نص المادة 07 من ذات القانون استثنت من ذلك كل من يصدر بشأنهم قرارا بالعفو أو الاستثناء من رئيس الجمهورية، كل ذلك يدل على أن الغرض الحقيقي من هذا التشريع كان سياسيا وليس تحقيق المصلحة العامة .

وفي الجزائر، فإن قرار حل حزب الجبهة الإسلامية للإنقاذ ومنعه بصفة مطلقة من ممارسة مهامه السياسية وكذا منع أعضائه من تأسيس أحزاب سياسية جديدة أو ممارسة حقوقهم السياسية إنما يدل على أن هذا القرار تحت ستار المصلحة العامة كان يسعى إلى تحقيق غرض سياسي يتمثل في منع فئة معينة من ممارسة حقوقها السياسية .

وترتبطا على ما سبق، يمكننا القول بأن المشرع قد يستعمل سلطته التقديرية ليس لتحقيق المصلحة العامة، وإنما بهدف الإضرار بشخص معين أو فئة معينة أو تحقيق مصالحها، كما قد يستعمل كذلك تلك السلطة لتحقيق أغراض سياسية بعيدة عن تحقيق المصلحة العامة، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن دور القاضي الدستوري في الرقابة على تقدير المشرع للمصلحة العامة؟

### ب- دور القاضي الدستوري في الرقابة على تقدير المشرع للمصلحة العامة

إذا كان للمشرع الحق في تحديد وتقدير المصلحة العامة في المجال التشريعي، فإن الإشكال الذي نطرحه هنا حول ضمانات عدم خروج المشرع عن المصلحة العامة، لأن من يملك سلطة تحديد مفهوم المصلحة العامة قد يسعى تحت ستار المصلحة العامة إلى تحقيق غايات أخرى، وبالتالي الانحراف أو الخروج عن تحقيق غايات المصلحة العامة؟

الحقيقة أن الرقابة على تقدير المشرع للمصلحة العامة لا يمكن أن يتحقق إلا عن طريق رقابة الانحراف التشريعي، لكن كيف يمكن للقاضي الدستوري أن يتحقق عن طريق الرقابة على الانحراف في استعمال

<sup>1</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 307.

السلطة التشريعية بأن الغاية من التشريع هي تحقيق المصلحة العامة أم لا، وذلك نظرا لغموض مفهوم المصلحة العامة من جهة، ومن جهة أخرى أن القاضي الدستوري مقيد فقط بالتحقق والتأكد من وجود المصلحة العامة وليس توجيه إرادة المشرع إلى درجة إحلال إرادته محل إرادة المشرع<sup>1</sup>.

وإذا كانت أغلب التشريعات التي يصدرها المشرع في حقيقتها تشريعات تهدف إلى تحقيق أغراض لصالح شخص معين أو فئة معينة أو الإضرار بها، فكيف يمكننا تحديد ما يعد من قبيل المصلحة العامة وما يعد من قبيل المصلحة الخاصة، وهل يعتبر التشريع الصادر عن المشرع لتحقيق غايات لصالح فئة معينة أو لصالح مجموعة من الأفراد متناقضا مع مفهوم المصلحة العامة؟

بالرجوع إلى الواقع العملي نجد أن أغلب التشريعات التي يصدرها المشرع هي في الحقيقة تشريعات تعبر عن القوة المسيطرة في البرلمان التي تهدف إلى تحقيق مصالحها خاصة في الحالة التي تكون السلطتين التشريعية والتنفيذية تحت سيطرة حزب واحد.

ولما كان للمشرع حق تحديد وتقدير المصلحة العامة التي تعد شرطا لمشروعية العمل التشريعي، فإنه يجب على القاضي الدستوري الكشف عن حالات انتهاك المصلحة العامة والبحث عن الغاية الحقيقية للتشريع، باعتبار أن رقابة القاضي الدستوري على تقدير المشرع للمصلحة العامة تعد أمرا ضروريا للكشف عن الغاية الحقيقية من التشريع ووسيلة فعّالة لضمان عدم خروج غاية التشريع عن المصلحة العامة، على أن دور القاضي الدستوري في الرقابة على الانحراف التشريعي ينصب أساسا على معرفة ما الغاية من التشريع عن طريق البحث عن الأهداف التي يسعى المشرع إلى تحقيقها<sup>2</sup>.

ولما كان المشرع يتمتع بسلطة واسعة وحرية في الاختيار بين عدة بدائل أو خيارات للمسألة محل التنظيم التشريعي تحقيقا للمصلحة العامة بدون أية قيود إلا القيود التي يحددها الدستور، بما يمنح له الحق في تقدير وتحديد المصلحة العامة وذكر الأسباب التي تدفعه لإصدار التشريع والمربطة بالمصلحة العامة.

فإن المشرع قد يسعى تحت ستار تحقيق المصلحة العامة إلى تحقيق غايات أخرى لا تتصل بالمصلحة العامة، كما أن المشرع لا يذكر في أسباب التشريع إلا ما يرتبط بالمصلحة العامة، ومن ثم كانت الرقابة على تقدير المشرع للمصلحة العامة أو الرقابة على الغاية من التشريع رقابة ضرورية للكشف عن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>3</sup>.

وترتبا على ما سبق، يمكننا القول بأن سلطة المشرع في تقدير المصلحة العامة ليست مطلقة، وإنما تخضع لرقابة القاضي الدستوري للكشف عن الغاية الحقيقية للمشرع من إصدار التشريع، فإذا أصدر المشرع

<sup>1</sup> - انظر، محمد حسني منصور، نظرية القانون، المرجع السابق، ص. 20؛ أحمد محمد أمين محمد، المرجع السابق، ص. 598.

<sup>2</sup> - LEBEN. CH, Le conseil constitutionnel et le principe de légalité devant la loi ,R.D.P,1982,p.327.

<sup>3</sup> - انظر، عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص. 700.

تشريعاً يهدف إلى تحقيق غايات أخرى غير تحقيق المصلحة العامة كان التشريع غير دستورياً ليعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

ولما كان خروج غاية التشريع عن تحقيق المصلحة العامة تعتبر من أخطر حالات الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، لنا أن نتساءل عن حالات مخالفة المشرع لقاعدة تخصيص الأهداف؟

**ثانياً: الصورة الثانية للانحراف التشريعي هي خروج التشريع عن قاعدة تخصيص الأهداف المحددة**

ولما كان الخروج عن تحقيق المصلحة العامة يعتبر من أخطر حالات الانحراف في استعمال السلطة في المجال الإداري توجد حالة أخرى يعتبر فيها الخروج على قاعدة تخصيص الأهداف المحددة انحرافاً في استعمال السلطة، ومن ثم صورة للانحراف بالسلطة الإدارية<sup>1</sup>.

فقاعدة تخصيص الأهداف تقتضي أن تتجه إرادة مُصدّر القرار الإداري إلى تحقيق الغرض الخاص المنوط به تحقيقه دون غيره من الأغراض الأخرى، وإلا كان القرار مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة الإدارية لمخالفته لقاعدة تخصيص الأهداف، فإذا تم تحديد الهدف الذي يجب على الإدارة السعي إلى تحقيقه كان اختصاصها مقيداً، لأنه في هذه الحالة التي تكون هناك وحدة بين سبب القرار والغاية منه<sup>2</sup>.

وإذا كان عيب الانحراف بالسلطة لا يتحقق إلا في مجال السلطة التقديرية، وأن القول بأن قاعدة تخصيص الأهداف لا تقتضي وجود وحدة بين سبب القرار الإداري والغرض من ذلك، فكيف يمكن اعتبار أن الخروج على قاعدة تخصيص الأهداف انحرافاً في استعمال السلطة مادام أن هناك وحدة بين سبب القرار الإداري والغرض من ذلك، كما أن القاضي الإداري في هذه الحالة يكتفي بالرقابة على عنصر السبب دون الحاجة إلى اللجوء إلى الرقابة على عيب الانحراف بالسلطة باعتباره عيباً احتياطياً؟

وإذا انتهينا هنا بأن تخلف عنصر الغاية أو وجود عيب بها لا يرتبط بالانحراف بالسلطة، وإنما يرتبط بالعيب الذي يلحق سبب القرار أو محله، إلا أن المستقر عليه في فقه القانون الإداري وقضاؤه هو اعتبار أن مخالفة رجل الإدارة لقاعدة تخصيص الأهداف المحددة يعتبر حالة من حالات الانحراف في استعمال السلطة الإدارية في المجال الإداري.

<sup>1</sup> - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 180؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 168.

<sup>2</sup> - انظر، عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 103؛ محمد حسني منصور، نظرية القانون، المرجع السابق، ص. 22.

وإذا كانت مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف في المجال الإداري تعد من حالات الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، هل يعتبر خروج المشرع على قاعدة تخصيص الأهداف في المجال التشريعي انحرافاً في استعمال السلطة التشريعية؟

الواقع أن قاعدة تخصيص الأهداف في المجال التشريعي ومدى اعتبارها كحالة للانحراف التشريعي لم تكن محل اتفاق الفقه الدستوري، حيث ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن الخروج على قاعدة تخصيص الأهداف في المجال التشريعي يعد انحرافاً تشريعياً (أ)، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى رفض اعتبار أن الخروج عن قاعدة تخصيص الأهداف انحرافاً في استعمال السلطة التشريعية (ب).

**أ- الاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة أن مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف يعتبر انحرافاً في استعمال السلطة التشريعية**

إذا كان الفقيه عبد الرزاق السنهوري أول من تناول موضوع الانحراف بالسلطة في المجال التشريعي في مقالته الشهيرة بعنوان "مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية"، فهو يعتبر أول من أثار فكرة تخصيص الأهداف في المجال التشريعي، حيث اتجه إلى القول بأن هذه القاعدة ليست كثيرة التطبيق في مجال التشريع، لأن الأصل في سلطة المشرع الإطلاق وأن تقييدها هو الاستثناء في الحالة التي يفرض فيها الدستور على المشرع التزاماً بتحقيق غرض معين<sup>1</sup>.

ويعطينا الفقيه عبد الرزاق السنهوري عدة أمثلة يعتبر فيها الخروج على قاعدة تخصيص الأهداف انحرافاً في استعمال السلطة التشريعية، ومن ذلك ما ذكره حول المادة 155 من الدستور المصري لعام 1923 بأن يكون إجراء الأحكام العرفية على الوجه المبين في القانون<sup>2</sup>، على أنه يجب أن يتضمن القانون تحديداً لتلك الحالات التي يمكن فيها إعلان هذه الأحكام، وتطبيقاً لذلك نجد أن قانون الأحكام العرفية الصادر في 26 يونيو 1923 قد تضمن حالتين لهذه الأحكام، حيث تنص المادة الأولى منه على أنه «يجوز إعلان الأحكام العرفية كلما تعرض الأمن أو النظام العام في الأراضي المصرية أو في جهة منها للخطر، سواء كان ذلك بسبب خطر إغارة قوات العدو المسلحة أو بسبب اضطرابات داخلية». إضافة إلى ذلك فقد نص قانون مُكَمَّل صدر في 13 مايو 1948 بمناسبة الحرب الفلسطينية على حالة أخرى مؤقتة هي «تأمين سلامة الجيوش المصرية وضمان تموينها وحماية طرق مواصلاتها وغير ذلك مما يتعلق بحركاتها وأعمالها العسكرية خارج المملكة المصرية» كما حددت المادة 03 من قانون الأحكام العرفية الاستثناءات

<sup>1</sup> -انظر، أحمد محمد أمين محمد، المرجع السابق، ص. 599؛ سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص. 160؛

- ROUSSEAU.D , op cit ,p.548.

<sup>2</sup> تنص المادة 155 من الدستور المصري لعام 1923 على ما يلي: «لا يجوز لأية حال تعطيل حكم من أحكام الدستور إلى أن يكون ذلك وقتياً في زمن الحرب أو أثناء قيام الأحكام العرفية وعلى الوجه المبين في القانون. وعلى أي حال لا يجوز تعطيل انعقاد البرلمان متى توفرت في انعقاده الشروط المقررة بهذا الدستور ...»

التي تخول للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية وذكرت في نهايتها أن يجوز لمجلس الوزراء أن يضيّق دائرة الحقوق المتقدمة المخولة للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو في بعضها.»

ويوضح الفقيه عبد الرزاق السنهوري لنا بأن صَوْن الأمن والنظام العام وحاجات الحرب والتموين هي الغايات المخصّصة لقوانين الأحكام العرفية التي تعد في نفس الوقت حدوداً على تلك القوانين. ذلك بأنّ المشرع إذا تجاوز تلك الحالات السابقة لإعلان الأحكام العرفية المنصوص عليها في قانون الأحكام العرفية الخاصة بتحديد دائرة الأمان والنظام العام وحاجات الحرب والتموين كان تشريعه في الحقيقة مشوباً بعيب الانحراف التشريعي، وذلك لتجاوزه الغاية المخصصة التي ألزمه المؤسس الدستوري بتحقيقها<sup>1</sup>.

ويضيف الفقيه عبد الرزاق السنهوري بأن المادة 15 من الدستور المصري لعام 1923 قد حظرت على المشرع أن يمنح لجهة الإدارة حق إنذار الصحف أو وقفها أو إلغائها بقرار إداري، إلا إذا كان الهدف من ذلك هو حماية النظام الاجتماعي<sup>2</sup>، كما حظرت المادة 20 من الدستور المصري لعام 1923 على المشرع أن يمنح للإدارة الحق في منع الاجتماعات العامة، إلا إذا كان الهدف من ذلك هو حماية النظام الاجتماعي، ليخلص بذلك الفقيه إلى القول بأن حماية النظام الاجتماعي هي الغاية المخصصة لأي تشريع يتعلق بمصادرة الصحف أو منع الاجتماعات العامة، فإذا كان المشرع يتمتع بسلطة تقديرية في تحديد مجال حماية النظام الاجتماعي لا يجوز له الخروج على هذا المجال والغاية المخصصة لذلك<sup>3</sup>.

فإذا أصدر المشرع تشريعاً يميز مثلاً مصادرة الصحف إدارياً أو يمنع الاجتماعات العامة لأسباب لا تدخل في حفظ النظام الاجتماعي حتى لو ارتبط ذلك بحفظ الأمن والنظام العام يكون التشريع في هذه الحالة مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>4</sup>.

ومن ثم، نجد أن الفقيه السنهوري قد توصل إلى أن الدستور قد يفرض على المشرع التزاماً بتحقيق أغراض محددة، فإذا خرج المشرع عن تلك الأهداف أو الأغراض يكون قد انحرف في استعمال سلطته التشريعية، الأمر الذي دفع جانب من الفقه إلى القول بأن عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية يعني استهداف النص التشريعي لغاية غير تلك التي يسعى الدستور إلى تحقيقها وهي المصلحة العامة أو أحد جوانبها على وجه الخصوص<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 181.

<sup>2</sup> - انظر، ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص. 324.

<sup>3</sup> - انظر، عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، المرجع السابق، ص. 80.

<sup>4</sup> - انظر، عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، المرجع نفسه، ص. 82.

<sup>5</sup> - انظر، عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، المرجع السابق، ص. 83.

وترتبا على ما سبق، يمكننا القول بأن خروج التشريع على قاعدة تخصيص الأهداف بحسب جانب الفقه المؤيد لتلك الفكرة يعتبر حالة من حالات الانحراف التشريعي، لنا أن نتساءل عن موقف الجانب الآخر من الفقه من ذلك؟

### ب-الاتجاه الفقهي الراض لاعتبار أن الخروج على قاعدة تخصيص الأهداف يعد انحرافا تشريعا

يتجه جانب من الفقه إلى القول بأن الدستور كقاعدة عامة لا يُلزم المشرع بضرورة تحقيق أهداف معينة، واستثناء قد يُقيد الدستور المشرع بتحقيق أغراض محددة، ذلك بأن تجاوز المشرع لهذه الأغراض المحددة لا يعتبره هذا الجانب من الفقه إلا مخالفة للنص الدستوري<sup>1</sup>.

كما يضيف أصحاب هذا الاتجاه بأنه إذا سلمنا بوجود انحراف في استعمال السلطة التشريعية إلى جانب مخالفة النص التشريعي، فإن القاضي الدستوري يقضي بعدم دستورية التشريع ليعب مخالفة الدستور وليس على أساس عيب الانحراف التشريعي الذي يعد عيبا احتياطيا لا يلجأ إليه القاضي إلا إذا انعدمت أحد العيوب الأخرى<sup>2</sup>.

ويتجه جانب آخر من الفقه إلى القول بأنه إذا كانت قاعدة تخصيص الأهداف تجد تطبيقا لها في المجال الإداري باعتبار أن الأصل في سلطة المشرع التقييد لتحقيق أهداف محددة، فإنه لا يمكن أن تقاس سلطة المشرع بالسلطة الممنوحة للإدارة، كما أنه إذا كانت أهداف الإدارة محددة فإن أهداف التشريع لا يمكننا مقارنتها بالأهداف التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها، وعليه يتجه أصحاب هذا الرأي في ردّهم على فكرة الفقيه السنهوري، بأن هذا الأخير قد خلط بين مفهوم الملاءمة والدستورية وحجتهم في ذلك أن الفقيه عبد الرزاق السنهوري عندما حاول أن يحدد أهدافا للمشرع، يجب عليه أن يسعى إلى تحقيقها مستنبطا هذه الأهداف من نصوص الدستور المختلفة، قد تدخل في مجال لم يقيد فيه الدستور المشرع بضرورة تحقيق أغراض محددة، ويضيف أصحاب هذا الرأي بأن جميع الفروض التي ذكرها الفقيه عبد الرزاق السنهوري هي في الواقع تعتبر مخالفة لنصوص الدستور ولا تثير فكرة الانحراف التشريعي<sup>3</sup>.

وإذا كنا نتفق مع القول بأن تجاوز المشرع للأغراض التي حددها الدستور يعتبر مخالفة مباشرة للدستور ولا تثير فكرة الانحراف التشريعي، فإننا لا نؤيد ما ذهب إليه جانب من الفقه بأنه لا يتصور أن يُخصص الدستور للتشريع غايات محددة بحجة أن سلطة المشرع تُعد سلطة تقديرية وأن تقييدها هو الاستثناء.

<sup>1</sup>-انظر، عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، المرجع السابق، ص.23؛ عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص.719؛ كمال أبو الجهد، المرجع السابق، ص.594.

<sup>2</sup>-انظر، عماد محمد محمد أبو حليمة، الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص.27؛ عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص.20.

<sup>3</sup>-انظر، عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص.104؛ انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.793.

ذلك بأن عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية يرتبط بالسلطة التقديرية للمشرع، أما حيث تكون سلطة المشرع مقيدة، فإن تجاوز المشرع لتلك السلطة يعتبر مخالفة مباشرة للدستور وليس انحرافاً بالتشريع<sup>1</sup>.

كما أنه يؤخذ على القول بأن الفقيه عبد الرزاق السنهوري قد خلط بين مفهوم الملاءمة والدستورية، لأن الفقيه حاول أن يُوسّع من نطاق الرقابة القضائية لتشمل الرقابة على الانحراف التشريعي إعمالاً لرقابته على عنصر الغاية من التشريع تكريساً لمبدأ سيادة القانون، ومن ثم فإن الرقابة على الانحراف التشريعي هي رقابة مشروعية دستورية وليست رقابة ملاءمة<sup>2</sup>.

وبناء على ما تقدم، يمكننا القول حتى وإن كانت سلطة المشرع في التشريع تقديرية، إلا أن المؤسس الدستوري قد يُخصّص للمشرع حال ممارسة اختصاصه التشريعي أغراض معينة، على أن الخروج على الأهداف المحددة لا يعتبر انحرافاً في استعمال السلطة التشريعية، وإنما يعد مخالفة مباشرة للدستور، لأن سلطة المشرع اتجاه الأغراض المحددة مقيدة وليست سلطة تقديرية لا يثور بشأنها عيب الانحراف التشريعي الذي يرتبط بنطاق السلطة التقديرية.

وإذا كانت قاعدة تخصيص الأهداف قد استقرت في القضاء الإداري، فإن القاضي الإداري قد تراجع عن الأخذ بفكرة أن الخروج على قاعدة تخصيص الأهداف يعتبر انحرافاً في استعمال السلطة في المجال الإداري .

وإذا انتقلنا إلى المجال التشريعي إذا حدد الدستور للتشريع غايات محددة وهي حالات نادرة، فإن مجاوزة المشرع للغرض الذي حدده الدستور يعتبر مخالفة مباشرة للدستور ولا يعد انحرافاً في استعمال السلطة التشريعية.

وبعد عرضنا لموقف الفقه حول مدى اعتبار أن الخروج على قاعدة تخصيص الأهداف يعتبر حالة من حالات الانحراف التشريعي، لنا أن نتساءل عن حالات أو أمثلة يعتبر فيها الخروج على الغاية المحددة في الدستور الجزائري؟

بالرجوع إلى الدستور الجزائري الحالي نجد أن الأصل في سلطة المشرع في التشريع هو التقدير وأن تقييدها هو الاستثناء تطبيقاً لنص المادة 112 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 98 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، ومن ثم نجد أن الحالات التطبيقية لقاعدة تخصيص الأهداف في المجال

<sup>1</sup>- MICHEL.D, Contribution à la notion du pouvoir discrétionnaire et du détournement de pouvoir , Paris, 1962,p.90.

<sup>2</sup>-انظر، عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص.106؛

- COLLINET.S, Droit constitutionnel ,1995,p.94 ; LEBEN. CH, op cit ,R.D.P,1982,p.327.

أورده: صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص.28.

الدستوري قليل، ومن ذلك مثلا ما نصت عليه المادة 22 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 20 من الدستور الجزائري لسنة 1996) من الدستور التي ألزمت المشرع بضرورة تحقيق غرض محدد (لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون. ويترتب عليه تعويض عادل، ومنصف.) ويتضح لنا من نص هذه المادة أن نزع الملكية يكون للمنفعة العامة الذي يترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف، فإذا أصدر المشرع تشريعا يلغي التعويض أو أن يكون نزع الملكية لا يتصل بالمنفعة العامة يكون التشريع في هذه الحالة غير دستوريا، ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 44 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 38 من الدستور الجزائري لسنة 1996) على أن حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي مضمونة، وحقوق المؤلف يحميها القانون، ومن ثم لا يجوز حجز أي مطبوع أو تسجيل أو أية وسيلة أخرى من وسائل التبليغ والإعلام إلى بمقتضى أمر قضائي، إضافة إلى ذلك نجد أن الحريات الأكاديمية وحرية البحث العلمي مضمونة وتمارس في إطار القانون<sup>1</sup>.

ومما سبق، يمكننا القول بأن المؤسس الدستوري قد خصّص للمشرع هدفا معينا يترتب على تجاوزه بطلان التشريع، وفي الحالة التي يُصدر فيها المشرع تشريعا يحدد إجراء الحجز على أي مطبوع أو تسجيل أو أية وسيلة أخرى من وسائل التبليغ والإعلام، أو أن يضع قيودا على مجال البحث العلمي أو الحريات الأكاديمية، يكون التشريع في هذه الحالة مشوبا بعيب مخالفة الدستور من الناحية الموضوعية، ولا يثير فكرة الانحراف التشريعي.

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 44 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 38 من الدستور الجزائري لسنة 1996)؛ ومن بين النصوص الدستورية التي تلزم المشرع بضرورة تحقيق غرض معين ما نص عليه الفصل 22 من الدستور التونسي لسنة 2014: « الحق في الحياة مقدس، لا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون» الملاحظ على هذا الفصل بأنه منح للمشرع سلطة تقديرية في تحديد وضبط الحالات الاستثنائية التي قد تمس بحق الحياة المضمون دستوريا، غير أن ذلك لا يعني بأن المشرع يستطيع أن يصدر تشريعا يهدر أصل هذا الحق، أو ينقص منه أو يضع قيودا تجعل ممارسته أكثر إرهاقا، ومن ذلك أيضا ما نص عليه الفصل 29: « لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي، ويعلم فورا بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محاميا .وتحدد مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون». يتبين لنا بأن الفصل 29 أعلاه قد منح للمشرع سلطة واسعة في ضبط و تحديد شروط تمديد مدة التوقيف أو الاحتفاظ للنظر وحالاته حماية لحقوق وحرية الأفراد من أي تعسف، على أنه في الحالة التي يصدر فيها المشرع تشريعا يخالف أحكام هذا الفصل يكون التشريع غير دستوريا لمخالفته لنص في الدستور. أيضا ما نص عليه الفصل 49 « يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها .ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك. لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور». يتضح لنا من هذا الفصل بأنه إذا كان قد منح للمشرع تقديرية في تحديد الضوابط بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها، فإن ذلك مرتبط بعدم إهدار تلك الحقوق أو المساس بجوهرها، فإذا أصدر المشرع مثلا تشريعا يهدف إلى حماية حقوق فئة معينة بذاتها دون الفئات الأخرى، أو أن أسباب صدور القانون لا تستدعيها مقتضيات المصلحة العامة (الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة)، أو أنه ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور دون مراعاة ضرورة توافر التناسب بين الضوابط وموجباتها، فإن هذا التشريع يكون غير دستوريا لانطوائه على عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية .

ونجد أيضا أن المادة 60 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (يقابلها نص المادة 48 فقرة 03 من من الدستور الجزائري لسنة 1996) بأنها منحت للمشرع سلطة تقديرية في تحديد شروط تمديد مدة التوقيف للنظر وحالاته، وقيدته بعدم جواز تمديد هذه المدة إلا بصفة استثنائية لحماية لحقوق الأفراد من أي تعسف، على أنه في الحالة التي يصدر فيها المشرع قانونا يخالف الغاية التي نص عليها في المادة 60 من التعديل الدستوري لسنة 2016، يكون التشريع مشوبا بعيب مخالفة الدستور وليس على أساس الانحراف في استعمال السلطة التشريعية. والجدير بالذكر أن الأمثلة التي ذكرناها تعد في الحقيقة مخالفة مباشرة للدستور ولا تثير فكرة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

وترتبطا على ما سبق، يمكننا القول بأن صور أو حالات الانحراف التشريعي تتخذ صورتين: الصورة الأولى وهي خروج غاية التشريع عن تحقيق المصلحة العامة، والتي تتحقق في الحالة التي يسعى فيها المشرع إلى تحقيق أغراض أخرى بعيدة عن تحقيق المصلحة العامة، على أن تحديد المشرع وتقديره للمصلحة العامة في المجال التشريعي يخضع لرقابة القاضي الدستوري للتأكد فيما إذا كان الهدف من تدخل المشرع هو تحقيق المصلحة العامة أم لا، لأن من يملك الحق في تقدير مفهوم المصلحة قد يسعى تحت ستار المصلحة العامة إلى تحقيق غايات أخرى لا تمت بالمصلحة العامة .

أما الصورة الثانية هي خروج المشرع على قاعدة تخصيص الأهداف التي لم يتفق الفقه بشأنها، بين مؤيد ورافض لفكرة أن الخروج على قاعدة تخصيص الأهداف تعتبر من حالات الانحراف التشريعي، ذلك بأن الدستور في حالات قليلة قد يُخصّص للتشريع غرضا معينا، على أن خروج المشرع على الغرض المحدد له يعتبر مخالفة مباشرة للدستور ولا يثير فكرة الانحراف التشريعي .

وبعد بيان حالات الانحراف في استعمال السلطة التشريعية لنا أن نتساءل عن تطبيقاتها في القضاء الدستوري؟

## الفرع الثاني

### نماذج أو تطبيقات للرقابة على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية في القضاء الدستوري

إن المتتبع لأحكام القضاء الدستوري يجد أن مسألة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية كانت محل فحص من قبل القاضي الدستوري على الرغم من أنه في الغالب لم يقضي بعدم دستورية أي تشريع لعب الانحراف التشريعي، لأن الطبيعة الاحتياطية لهذا العيب وصعوبة إثباته تُقلل من أهميته العملية لقلة الأحكام الصادرة بعدم الدستورية لانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، المرجع السابق، ص. 137.

ولأن القاضي الدستوري وهو بصدد ممارسة الرقابة الدستورية على القوانين لا يتعرض إلى البحث عن أغراض التشريع إلا إذا انعدمت أوجه عدم الدستورية الأخرى، وهو ما يجعل تطبيقات عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية في القضاء الدستوري في الدساتير محل الدراسة قليلة، وذلك بالنظر إلى لخصائص التي يتميز بها الانحراف في استعمال السلطة التشريعية كعيب خفي مستتر احتياطي لا يلجأ إليه القاضي إلا إذا انعدمت أحد العيوب الدستورية الأخرى، ويكتفي القاضي الدستوري بأحد العيوب في الحالة التي يوجد فيها عيب الانحراف التشريعي إلى جانب أحد العيوب الدستورية الأخرى (عيب الاختصاص، عيب الشكل والإجراءات، عيب المحل، عيب السبب)<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من أن القاضي الدستوري كما قلنا سابقا لا يأخذ بفكرة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية إلا إذا انعدمت أحد العيوب الدستورية الأخرى، إلا أن هناك نماذج أو تطبيقات للرقابة القضائية على الانحراف التشريعي في القضاء الدستوري الفرنسي والمصري، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كان عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية أحد العيوب الدستورية التي تكون محلا للرقابة الدستورية أم لا؟، بمعنى هل يستطيع القاضي الدستوري التحقق من أن المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه بسن التشريع إنما يستهدف تحقيق غايات المصلحة العامة أم لا؟

وللإجابة على هذا التساؤل سوف ندعم دراستنا بذكر نماذج أو تطبيقات للرقابة على الانحراف التشريعي في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي (أولا)، ثم نماذج أو تطبيقات للرقابة على الانحراف التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر (ثانيا)، أما بالنسبة للقضاء الدستوري الجزائري نظرا لحدثة التجربة الدستورية للقضاء الدستوري في الجزائر على الرغم من تأثرهما في غالب الأحيان بموقف القضاء الدستوري المقارن لاسيما موقف القضاء الفرنسي والمصري، إلا أن حالات أو نماذج للرقابة الدستورية على الانحراف تكاد تكون منعدمة في القضاء الدستوري الجزائري، الأمر الذي يجعلنا نركز على دراسة بعض نماذج أو تطبيقات للرقابة على الانحراف التشريعي في القضاء الدستوري في فرنسا ومصر.

**أولا: تطبيقات أو نماذج للرقابة على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية في قضاء**

### **المجلس الدستوري الفرنسي**

الواقع أن المجلس الدستوري يتفادى في الغالب البحث في مسألة الانحراف التشريعي، الأمر الذي دفع جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن المجلس الدستوري الفرنسي يتجنب في الغالب البحث في مسألة الانحراف التشريعي مكتفيا بأحد العيوب الدستورية الأخرى للحكم بعدم دستورية أي تشريع، وذلك نظرا

<sup>1</sup> - انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص. 170؛ عماد محمد محمد أبو حليمة، الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص. 812.

لصعوبة نقل فكرة الانحراف بالسلطة من المجال الإداري إلى المجال التشريعي، ومن ناحية أخرى نجد أن الدستور في الغالب لا يُلزم المشرع بتحقيق أهداف معينة إلا بصورة استثنائية، باعتبار أن السلطة التقديرية للمشرع هي الأصل وأن تقييدها هو الاستثناء<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من ذلك توجد تطبيقات للرقابة الدستورية على الانحراف التشريعي تم تقديمها للمجلس الدستوري من قبل كل من أعضاء الجمعية الوطنية وأعضاء مجلس الشيوخ بشأن عدم دستورية التشريع الخاص بالمؤسسات الصحفية، وحثهم في ذلك أن هذا القانون المطعون فيه يهدف إلى الحد أو التقييد من نشاط المؤسسات الصحفية والإضرار بفئة معينة بما يجعل هذا القانون لا يتسم بالعمومية والتجريد، وإنما يقوم على بواعث سياسية، غير أن المجلس الدستوري الفرنسي لم يقضي بعدم دستورية هذا القانون على أساس الانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>2</sup>.

ومن القوانين التي أثارت فكرة الانحراف التشريعي القانون رقم 834-84 الصادر في 13 سبتمبر 1984 المتعلق بتحديد السن في الوظيفة العامة والقطاع العام، حيث قرر المجلس الدستوري حول هذا القانون بأن ما دفع به نواب الجمعية الوطنية من أن المشرع كان يهدف من وراء إصدار هذا القانون الإضرار بفئة معينة بالذات وليس الهدف من ذلك هو تحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فإن الطعن المقدم في هذه الحالة يمس بمبدأ المساواة المنصوص عليها في الدستور.

ولقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي حول الطعن المقدم من النواب بخصوص تخفيض السن في القطاع العام إلى 65 سنة بأن الهدف من هذا القانون هو إبعاد طائفة معينة من الموظفين (مدير شركة الإذاعة الثانية للراديو والتلفزيون)، إلا أن هذه النصوص تتسم بالعمومية والتجريد وأن تطبيقاتها في مجال القطاع العام لا يتضمن تعدياً على حرية تبادل الأفكار والآراء، وانتهى المجلس الدستوري الفرنسي إلى أن القانون رقم 834-84 السالف الذكر لا يمس بمبدأ المساواة ولا بجزئية تبادل الأفكار والآراء، الأمر الذي يدل على أن المجلس الدستوري قد استند في قراره على رقابة ملاءمة التشريع وليس على أساس الانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 313.

<sup>2</sup> - قضى المجلس الدستوري الفرنسي في قضية المؤسسات الصحفية بأنه إذا كان مسموحاً للمشرع حال تنظيمه لإحدى الحريات العامة أن يقرر للمستقبل ما يعتبر ضرورياً من القواعد الأكثر صراحةً وتشديداً، فإنه لا يجوز له الإخلال بمراكز قانونية قائمة إلا في الحدود التي يسمح بها الدستور؛ لتفاصيل أكثر؛ انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 314.

<sup>3</sup> - C.C D.C N°84-179 du 12 septembre 1984 (loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public) ;

أورده: انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 315؛ زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص. 93.

ومن تطبيقات الرقابة على الانحراف التشريعي التي أثيرت أمام المجلس الدستوري الفرنسي الطعن بعدم دستورية القانون رقم 934-84 الصادر في 23 أكتوبر 1984 المتعلق بمنع الاحتكار وتحقيق الشفافية المالية والتعددية في المؤسسات الصحفية، حيث دفع النواب بأن الهدف الحقيقي من هذا القانون هو الإضرار بفئة معينة وليس تحقيق المصلحة العامة، وقد قدموا من الدلائل ما يدل على وجود الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، وهو ما دفع المجلس الدستوري إلى البحث في مدى صحة الطعن المقدم أمامه، حيث قرر فيما يخص نصوص المواد 10 و11 و12 من هذا القانون بأنه إذا كانت المادة 11 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر لعام 1789 التي تنص على أن حرية تبادل الأفكار والآراء تعد من حقوق الإنسان التي تقضي بأنه يمكن لكل مواطن أن يتكلم ويكتب ويطبّع بحرية تامة هذه المبادئ التي قررتها المادة 11 من الإعلان لا تتعارض مع حق المشرع في تحديد القواعد المتعلقة بالحقوق المدنية والضمانات الأساسية المقررة للمواطنين لممارسة حرياتهم العامة، كما يمكن للمشرع كذلك أن يحدد القواعد المتعلقة بممارسة حرية تبادل الأفكار والآراء عن طريق الكلام أو الكتابة والطباعة، غير أن التنظيم التشريعي لهذه الحرية لا يؤدي إلى الانتقاص منها أو إهدارها أو وضع شروط تجعل ممارستها مرهقة<sup>1</sup>.

أما فيما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة 13 من القانون والتي تتعلق بالأوضاع القائمة وقت صدور القانون، حيث اتجه المجلس الدستوري الفرنسي إلى القول بأن الأثر الذي سوف يترتب على تطبيقها هو إلزام مالكي الصحف اليومية القومية والإقليمية أو المحلية السياسية بمراعاة الحدود القصوى لنسب التوزيع المقررة في المواد 10 و11 و12 من القانون رقم 934-84 المتعلق بمنع الاحتكار وتحقيق الشفافية المالية والتعددية في المؤسسات الصحفية باعتبار أن الأوضاع والمراكز القائمة للمؤسسات الصحفية مالكة هذه الصحف قد نشأت في ظل تشريع لا يتضمن أية حدود قصوى لنسب التوزيع.

وأضاف المجلس الدستوري الفرنسي بأنه إذا كان التنظيم التشريعي للحقوق والحريات العامة بالنسبة للمستقبل، إلا أنه لا يستطيع المساس بتلك الحقوق والحريات العامة عندما يتعلق الأمر بالمراكز المكتسبة إلا إذا كانت هذه المراكز قد اكتسب على نحو مخالف للقانون أو كان المساس بها ضروريا لضمان تحقيق أهداف الدستور، ومن ثم فإن تطبيق المادة 13 من القانون رقم 934-84 المتعلق بمنع الاحتكار وتحقيق

<sup>1</sup> جاء في قرار المجلس الدستوري بشأن القانون رقم 934-84 المتعلق بمنع الاحتكار وتحقيق الشفافية المالية والتعددية في المؤسسات الصحفية بأنه:

« 29. Considérant que les députés auteurs d'une des saisines font tout d'abord grief à ces dispositions de ce que les termes "détention directe ou indirecte" employés dans l'article 6 seraient d'une imprécision telle que l'infraction définie à l'article 28 par référence à l'article 6 serait édictée en méconnaissance du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines ; que cette critique n'est pas fondée ... » ; CC.DC.N°84.181.DC Journal officiel du 13 octobre 1984 (Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse).

الشفافية المالية والتعددية في المؤسسات الصحفية على المراكز القائمة وقت صدور القانون يمثل اعتداء على التعددية لا حمايتها<sup>1</sup>.

وينتهي المجلس الدستوري بالقول إلى أنه إذا كانت المادة 13 من القانون رقم 934-84 المتعلق بمنع الاحتكار وتحقيق الشفافية المالية والتعددية في المؤسسات الصحفية في فقرتها الثانية التي تسعى إلى تطبيق الحدود القصوى لنسب التوزيع المنصوص عليها في المواد 10 و11 و12 من هذا القانون على المراكز القائمة وقت صدور القانون، فإن ذلك لا يجد ما يبرره سواء من حيث عدم مشروعية أو قانونية اكتساب تلك المراكز أو من خلال مقتضى أو ضرورة التعددية، وبالتالي تعتبر الفقرة الثانية من المادة 13 من القانون رقم 934-84 غير مطابقة لأحكام الدستور، وهكذا يكون المجلس الدستوري قد انتهى إلى عدم دستورية الفقرة الثانية المادة 13 من القانون رقم 934-84 المتعلق بمنع الاحتكار وتحقيق الشفافية المالية والتعددية في المؤسسات الصحفية التي كان يترتب على تطبيقها هدم أو تدمير مؤسسة HERSANT الصحفية<sup>2</sup>.

والملاحظ على المجلس الدستوري فيما يخص هذا القانون بأنه لم يقف عند ظاهر النص التشريعي، وإنما بحث في نوايا المشرع للوقوف على الغاية الحقيقية للمشرع من وراء إصداره، وهو ما دفع المجلس الدستوري إلى القول بأن المواد 10 و11 و12 من هذا القانون إذا نظرنا إليها منفردة تكون غير مطابقة للدستور لمخالفتها لأحكام المادة 11 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في عام 1789، ليضيف بذلك المجلس الدستوري بأنه إذا كان للمشرع سلطة في وضع القواعد المنظمة للحقوق والحريات العامة بما فيها حرية

---

<sup>1</sup>«...38. Considérant que le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale auquel sont consacrées les dispositions du titre II de la loi est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; qu'en effet la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents ; qu'en définitive l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché ;

43. Considérant que les articles 10, 11 et 12 de la loi ne sauraient être lus que compte tenu des termes de l'article 13 précité qui limitent l'application des plafonds énoncés aux articles 10, 11 et 12 à deux hypothèses seulement : d'une part, en cas de dépassement au moment de la publication de la loi et, d'autre part, pour l'avenir, aux cas de dépassement provenant exclusivement d'acquisitions ou de prises de contrôle ; que la loi elle-même exclut le jeu des plafonds au cas de création de nouveaux quotidiens ou au cas de développement de la diffusion dû à d'autres causes que des opérations d'acquisition ou de prise de contrôle ; que, donc, la liberté de création et de développement naturel des quotidiens n'est en rien atteinte ni le libre choix des lecteurs ;

44. Considérant que cette interprétation d'ailleurs conforme aux travaux préparatoires doit prévaloir ; qu'en conséquence toute autre interprétation qui conduirait à faire application des dispositions des articles 10, 11 et 12 de la loi en dehors du cadre tracé par l'article 13 serait contraire à la Constitution... »

<sup>2</sup>«...50. Considérant, dès lors, que les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 13 qui tendent de façon indivisible à l'application des plafonds des articles 10, 11 et 12 aux situations existant lors de la publication de la loi ne se justifient ni par une référence à l'illégalité de ces situations ni par la nécessité de restaurer un pluralisme effectif qui aurait déjà disparu et ne sont donc pas conformes à la Constitution ;.. » CC.DC.N°84.181.DC Journal officiel du 13 octobre 1984(Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse).

تبادل الأفكار والآراء، إلا أنه لا يمكنه تنظيم هذه الحريات العامة إلا بصورة تسمح بالممارسة الفعالة لها، وعلى القاضي الدستوري التأكد بأن ذلك التنظيم يستهدف المصلحة العامة أم لا؟

ويعتبر صحيحاً ما ذهب إليه المجلس الدستوري بأنه يجب على المشرع عدم المساس بالمراكز المكتسبة إلا إذا كان مبرراً، أي أنه لا يجوز للمشرع عند تنظيم الحريات العامة أن ينص على سريان القانون المنظم لها بأثر رجعي على نحو مخالف قد يُجَلِّ بالمراكز القانونية المكتسبة إلا إذا تم اكتساب هذه المراكز على نحو مخالف للقانون أو كان المساس بهذه المراكز ضرورياً لضمان تحقيق هدف دستوري، الأمر الذي دفع المجلس الدستوري يقضي بعدم دستورية الفقرة الثانية من القانون رقم 934-84 لمخالفاتها لأحكام الدستور.

وعلى الرغم من أن رقابة المجلس الدستوري قد امتدت إلى البحث في نية المشرع الخفية للكشف عن الغاية الحقيقية من وراء إصدار هذا التشريع والإقرار بوجود انحراف في استعمال السلطة التشريعية بصورة ضمنية، إلا أن المجلس الدستوري لم يحكم بعدم دستورية هذا التشريع على أساس الانحراف التشريعي، وإنما على أساس مخالفة المادة 13 من ذلك القانون في فقرتها الثانية للدستور<sup>1</sup>.

وترتبط على ما سبق، يمكننا القول بأن المجلس الدستوري، وإن لم يقرر صراحة وجود انحراف في استعمال السلطة التشريعية، إلا أنه استخدم فكرة الانحراف التشريعي بصورتها الصحيحة للكشف عن الغاية الحقيقية للمشرع من وراء إصدار هذا التشريع.

ومن ذلك ما أثاره أعضاء مجلس الشيوخ في عام 1986 بشأن عدم دستورية القانون المتعلق بتقسيم الدوائر الانتخابية بشأن انتخابات أعضاء الجمعية الوطنية، وحثهم في ذلك أن هذا القانون يسعى إلى تحقيق أغراض لصالح بعض الأحزاب وليس تحقيق المصلحة العامة، حيث قرر المجلس الدستوري الفرنسي بعدم وجود تعارض بين القانون المطعون فيه وأحكام الدستور، الأمر الذي دفع جانب من الفقه إلى التسليم بأن المجلس الدستوري لا يعتبر الانحراف التشريعي كأحد العيوب الدستورية عندما تجنب البحث في مسألة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>2</sup>.

ومن تطبيقات الانحراف التشريعي في قضاء المجلس الدستوري قراره فيما يخص الطعن المقدم من أعضاء الجمعية الوطنية ضد القانون رقم 1197-86 الصادر في 24 نوفمبر 1986 المتعلق بتحديد الدوائر الانتخابية لانتخاب أعضاء الجمعية الوطنية، ودفعوا بأن منح الحكومة سلطة تحديد الدوائر الانتخابية

<sup>1</sup> - «.....Le Conseil constitutionnel,.....Décide : Article premier - Sont déclarées non conformes à la Constitution les dispositions suivantes de la loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse : Le deuxième alinéa de l'article 13 ; La dernière phrase de l'article 15 ainsi conçue : "Si cette opération est néanmoins réalisée, il est fait application des articles 19 et 20" ; Les articles 18, 19 et 20 ; Dans l'article 21, premier alinéa, in fine, les mots "19et20";Le deuxième alinéa de l'article 23 ; L'article 28 ; L'article 39 ; L'article 40.... » ;CC.DC.N°84.181.DC Journal officiel du 13 octobre 1984(Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse).

<sup>2</sup> -C.C.DC N° 86-208DC du 01et02juillet1986 ;D ROUSSEAU ,Droit constitutionnel ,op cit ,p.125.

بواسطة مراسيم لانتخاب أعضاء الجمعية الوطنية يتضمن اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات باعتبار أن المشرع هو المختص بتحديد الدوائر الانتخابية، ومن ثم يكون القانون الذي منح الحكومة هذه السلطة مخالفا للدستور<sup>1</sup>.

وفي هذا الشأن قرر المجلس الدستوري بأنه إذا كانت المادة 38 من الدستور تنص على أن الحكومة يمكنها أن تطلب من البرلمان أن يسمح لها بأن تتخذ بواسطة مراسيم خلال مدة محددة إجراءات تدخل في النطاق التشريعي، وأنه إذا كان المشرع هو المختص وفقا للمادة 34 من الدستور بتحديد القواعد المتعلقة بالنظام الانتخابي للمجالس البرلمانية، وأنه لما كان تحديد الدوائر الانتخابية أحد مكونات هذا النظام، فإنه يترتب على أن منح الحكومة سلطة تحديد الدوائر الانتخابية لا يتضمن اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات، وبذلك يكون القانون الذي منحها هذه السلطة وفقا لنص المادة 38 من الدستور غير مخالف لأحكام الدستور، وبناء على ذلك صدر القانون المتعلق بانتخابات الجمعية الوطنية الذي يمنح الحكومة سلطة تحديد الدوائر الانتخابية بواسطة مراسيم.

ويدفع نواب الجمعية الوطنية بأن المشرع قد انحرف في استعمال سلطته التي منحها له الدستور من خلال تحديده للدوائر الانتخابية لصالح فئة معينة وإضراره بالفئة الأخرى، فالمشرع لم يراع تحقيق مبدأ المساواة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة، بل كان يسعى إلى تحقيق أهداف لصالح أحزاب سياسية وليس تحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فإن المشرع في هذه الحالة كان يسعى إلى حرمان أعضاء مجلس الشيوخ من المعارضة من ممارسة حق التعديل، كما أنه لم يراع تحقيق المساواة القانونية بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة، باعتبار أن الانتخابات يجب أن تقوم على أساس المساواة بين عدد الناخبين في جميع الدوائر، على أن هذا التحديد يقوم أساسا على ثلاث عناصر وهي العنصر السكاني والجغرافي والسياسي .

ذلك بأن هذا التشريع عندما كان يستهدف تحقيق مصلحة سياسية بإنشاء دوائر انتخابية جديدة وتفتيت بعض الدوائر وضمه بعض الدوائر إلى دوائر أخرى، هو أمر يجعل القانون المتعلق بتحديد الدوائر الانتخابية لانتخاب أعضاء الجمعية الوطنية منطويا على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

والملاحظ على المجلس الدستوري في قراره الصادر في 12 نوفمبر 1986 عند النظر في صحة الطعن المقدم من النواب حول القانون المتعلق بتحديد الدوائر الانتخابية لانتخاب أعضاء الجمعية الوطنية، بأنه أكد على وجود حالة الانحراف التشريعي، إلا أنه رفض إصدار قرار بعدم دستورية هذا التشريع لغيب الانحراف في

<sup>1</sup> - FAVOREU. L et PHILIP.L, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel ,op cit,p.445.

استعمال السلطة التشريعية، وحجته في ذلك أنه لا يملك سلطة عامة في التقدير والتقرير مماثلة لتلك السلطة التي يتمتع بها المشرع، ليقضي بذلك بدستورية ذلك التشريع ومطابقته لأحكام الدستور<sup>1</sup>.

وهو أمر دفع جانب من الفقه إلى تأييد ما ذهب إليه المجلس الدستوري وحجتهم في ذلك أن الرقابة على تحديد المشرع للدوائر الانتخابية تقوم على الملاءمة أكثر من قيامها على المشروعية، على أنه يؤخذ على هذا الاتجاه أن رقابة المجلس الدستوري في هذا المجال لا تعتبر من قبيل رقابة الملاءمة، وإنما هي رقابة مشروعية باعتبار أن البحث في النية الخفية للمشرع من أجل الوقوف على الغاية الحقيقية من وراء إصداره التشريع التي تعد من قبيل رقابة المشروعية لا رقابة الملاءمة<sup>2</sup>.

ومما سبق، يمكننا القول بأن المجلس الدستوري على الرغم من تأكده من وجود انحراف في استعمال السلطة التشريعية من خلال البحث في نوايا المشرع لمعرفة ما إذا كان هناك قصد خفي من وراء إصداره التشريع، إلا أنه لم يقضي بعدم دستورية هذا التشريع لوجود انحراف في استعمال السلطة التشريعية، وذلك بسبب الضغوط السياسية من جهة، والمكانة التي يتمتع بها البرلمان من جهة أخرى.

ومن قرارات المجلس الدستوري حول الانحراف التشريعي قراره الصادر في 26 يناير 1996 بشأن الطعن المقدم من طرف النواب الاشتراكيين بعدم دستورية القانون رقم 115-95 الصادر في 04 فبراير 1995 المتعلق بتنظيم وتطوير الإقليم لاسيما نص المادة 80 منه، التي تنص على أن كل قرية أو بلدية عضو في الوحدة العمرانية يكون لها مقعد في مجالس الوحدات العمرانية، وحجتهم في ذلك أن ما جاءت به المادة 80 من هذا القانون يخالف مبدأ المساواة وينطوي على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية،

---

<sup>1</sup>-« SUR LE FOND : 10. Considérant que la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si les circonscriptions ont fait l'objet de la délimitation la plus équitable possible ; qu'il ne lui incombe pas davantage de faire des propositions en ce sens, comme peut être amené à le faire le Conseil d'État dans l'exercice de ses fonctions administratives ;

11. Considérant, d'ailleurs, que, pour l'examen de situations de fait, le Conseil constitutionnel, saisi d'une loi votée et en instance de promulgation, se prononce dans des conditions différentes de celles dans lesquelles la juridiction administrative est appelée à statuer sur la légalité d'un acte administratif ;

12. Considérant que, quelle que puisse être la pertinence de certaines critiques adressées par les députés auteurs de la première saisine à l'encontre de la délimitation des circonscriptions opérée par la loi, il n'apparaît pas, en l'état du dossier, et compte tenu de la variété et de la complexité des situations locales pouvant donner lieu à des solutions différentes dans le respect de la même règle démographique, que les choix effectués par le législateur aient manifestement méconnu les exigences constitutionnelles ;

13. Considérant qu'en l'espèce il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen ;... » CC.DC N°86.218.DC Journal officiel du 19 Novembre 1986. (Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés .); FAVOREU.L et Philip.L, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel ,op cit, p.449.

<sup>2</sup>-« ...Décide :Article premier : La loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés n'est pas contraire à la Constitution. » CC.DC N°86.218.DC Journal officiel du 19 Novembre 1986.

لتفاصيل أكثر: انظر، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، المرجع السابق، ص.22؛ زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري المرجع السابق، ص.13؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.88؛ عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، المرجع السابق، ص.446.

باعتبار أن التعديل الذي تضمنته هذه المادة على قانون البلديات لا يتسم بالعمومية والتجريد، لأنه في الحقيقة يهدف إلى تحقيق مصلحة سياسية وهي الإضرار بشخص بذاته وليس تحقيق المصلحة العامة<sup>1</sup>. وعلى الرغم من إقرار المجلس الدستوري أن انتخاب أعضاء مجالس التجمعات الإقليمية يجب أن يتم بمراعاة مبدأ المساواة بين كافة هذه التجمعات على أسس سكانية تطبيقاً لأحكام المادة 03فقرة 03 من الدستور الفرنسي لعام 1958، إلا أن المجلس الدستوري رفض الطعن المقدم على أساس الانحراف في استعمال السلطة التشريعية مؤكداً أنه يمكن لاعتبارات المصلحة العامة أن تحوز كل وحدة من هذه التجمعات المحلية ممثلاً داخل مجالس التجمعات الإقليمية، لينتهي إلى القول بأن المادة 80 من هذا القانون المطعون فيها أمامه لا تخالف مبدأ المساواة في الانتخاب المنصوص عليه في المادة 03فقرة 03 من الدستور الفرنسي لعام 1958.

وبناء على ما تقدم، يمكننا القول بأن المجلس الدستوري على الرغم من بحثه في مسألة الانحراف التشريعي، إلا أنه لم يقضي بعدم دستورية أي تشريع على أساس وجود انحراف في استعمال السلطة التشريعية.

وبعد عرضنا لبعض نماذج أو تطبيقات للانحراف في استعمال السلطة التشريعية التي أثرت أمام المجلس الدستوري الفرنسي، لنا أن نتساءل عن الوضع في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر وموقفها من الرقابة على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية؟

**ثانياً: أهم التطبيقات أو النماذج للرقابة الدستورية على الانحراف التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر**

إذا كانت المحكمة الدستورية العليا في مصر تراقب مدى ملاءمة التشريع ومدى التناسب بين محل التشريع وسببه، لنا أن نتساءل عن الجدوى من الرقابة على الانحراف التشريعي وحالاته التي تكاد تكون منعدمة بالرغم من أن القضاء الدستوري المصري قد تناول مسألة الانحراف التشريعي، إلا أن المحكمة الدستورية العليا في مصر لم تحكم بعدم دستورية التشريع لعب في الانحراف في استعمال السلطة التشريعية؟.

لقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها ليس بمبدأ يفترض في عملها، بل يعتبر مثلها احتياطياً، وعيياً قصدياً يتعين أن يكون الدليل عليه وأشياء بتكبتها الأغراض

<sup>1</sup> - انظر، محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 310؛

- RIVERO. J, op cit .p. 154 ; MORANGE. J, op cit .p.105.

المقصودة من تأسيسها، واستقرارها تبعاً لذلك وراء سلطتها في مجال تنظيم الحقوق لتعرفها إلى غير وجهتها، فلا يكون عملها إلا انحرافاً عنها...<sup>1</sup>.

ومن تطبيقات الانحراف في استعمال السلطة التشريعية إصدار البرلمان لتشريع يستهدف حالة خاصة من أمثلة ذلك حكمها الصادر في 14 جوان 2012 بعدم دستورية القانون رقم 17 لسنة 2012 لتعديل المادة 03 من القانون رقم 73 لسنة 1956 المتعلقة بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية لأنه يتعين في التشريع أن يكون عاماً ومجرداً، حيث ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر في هذا الشأن إلى القول "...وكان النص المحال قد تضمن حرماناً لفئة من المواطنين من مباشرة حقوقهم السياسية استناداً إلى ما سبق تقلدهم المناصب الواردة فيه قبل تاريخ 11 فبراير 2011 بعشر سنوات، إبان حكم سابق،... وبذلك يكون النص المحال قد تضمن تمييزاً تحكيمياً لا يستند إلى أسس موضوعية تبرره، فضلاً عن تبنيه تقسيماً تشريعياً بين المواطنين لا يرتكن إلى أسس أو مقاييس منطقية، وما استتبعه ذلك من انفصال أحكامه عن أهدافها، ليصير اتصالها بها واهياً، وليغدو التمييز الذي أورده مستنداً إلى وقائع يتعذر حملها عليها، ومصطنعاً لفوارق غير حقيقية بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة، بما يوقعه في حومة مخالفة مبدأي المساواة وتكافؤ الفرص المقررين بالمادة 07 من الإعلان الدستوري... وحيث أنه ولئن كانت مخالفة دستورية اعتوت لذلك النص على نحو ما تقدم تكفي بذاتها لإبطاله، إلا أن اجتماع تلك المثالب الدستورية، مع عدم خفاء أمرها على أعضاء المجلس التشريعي على ما كشفت عنه مضابط مجلس الشعب ذات الصلة واتجاه المجلس في غالبية، لتجاهلها وإقراره لمشروع القانون ما يجافي عن قصد الأغراض التي كان يجب أن يتوخاها التشريع، وهذا الأمر أفقده عموميته وتجريده و يوصمه بالتالي بعيب الانحراف التشريعي<sup>2</sup>."

<sup>1</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 121 لسنة 18 ق دستورية بجلسة 07 مارس 1998؛ وأورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 123.

<sup>2</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 57 لسنة 34 ق دستورية بجلسة 14 جوان 2012؛ والملاحظ على المحكمة الدستورية العليا في مصر بخصوص الطعن المقدم من المدعي ضد القانون رقم 100 لسنة 1993 بشأن ضمانات ديمقراطية التنظيمات النقابية المهنية المعدل بالقانون رقم 5 لسنة 1995 الذي ينطوي على عيب شكلي لصدوره دون عرض مشروعه على مجلس الشورى، بالمخالفة لنصي المادتين (194) و(195) من التعديل الدستوري لسنة 2007، وعبء موضوعي هو انحرافه التشريعي لإخلاله بالمبادئ الدستورية المقررة في شأن تكافؤ الفرص لجميع المواطنين، والمساواة بينهم والحق في إنشاء نقابات على أساس ديمقراطي، وحق الانتخاب والترشح وإبداء الرأي، وسيادة القانون، وهي المبادئ المنصوص عليها بالمواد (8، 40، 56، 62، 64، 65) من التعديل الدستوري لسنة 2007، لتقضي بذلك المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون رقم 100 لسنة 1993 بشأن ضمانات ديمقراطية التنظيمات النقابية المهنية المعدل بالقانون رقم 5 لسنة 1995 بناء على هذا عيب الشكل والإجراءات دون حاجة إلى الخوض فيما اتصل ببعض نصوصه من مظنة انطوائها على عيوب دستورية موضوعية؛ لتفاصيل أكثر: انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 198 لسنة 23 ق الدستورية بجلسة بتاريخ 02 يناير 2011؛ وأورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 125.

مما سبق نجد أن التشريع الصادر في هذه الحالة لا يستهدف تحقيق المصلحة العامة وإنما يهدف إلى منع فئة معينة من الترشح للانتخابات الرئاسية، حيث تضمن هذا التشريع إيقاف مباشرة الحقوق السياسية لمدة عشر سنوات السابقة على 11 فبراير 2011 لكل من عمل رئيساً للجمهورية أو نائباً له أو رئيساً للوزراء، ومن ثم يكون التشريع في هذه الحالة قد تجاوز أغراض الصالح العام وانحرف عنها لأنه يهدف في الحقيقة إلى تحقيق أغراض لصالح فئة معينة، وفي نفس الوقت الإضرار بفئة أخرى<sup>1</sup>، الأمر الذي يجعل هذا التشريع مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، وهو ما جعل المحكمة الدستورية العليا تؤكد على وجود الانحراف التشريعي.

وفي حكمها الصادر في 09 مايو 1981 قضت المحكمة الدستورية في مصر بأنه "لا وجه للقول بأن المشرع قد انحرف في استعمال سلطته التقديرية، إذا غالى في زيادة سعر الضريبة على شرائح الإيراد العام إلى حد يقرب من مصادره برفعه إلى 95% على الشريحة الأخيرة طبقاً للقانون رقم 58 لسنة 1965، ذلك بأنه ثبت على ما تقدم أن المنهج الذي اختاره المشرع في تحديد سعر الضريبة على الإيراد العام، لا يؤدي إلى المصادرة ولا يخالف أحكام الدستور، ومن ثم فإن ما ينعاه المدعي في هذا الصدد يتمثل في واقعة إلى الخوض في سياسة المشرع الضريبية، الأمر الذي تستقل به السلطة التشريعية التي عهد إليها الدستور رسم هذه السياسة، وتعديل مسارها طبقاً لما يتطلبه الصالح العام بحكم وظيفتها التمثيلية للشعب، وبالتالي فإن ما ينعاه الطاعن على النص المطعون فيه في هذا الشأن بدوره غير سليم<sup>2</sup>.

والملاحظ على المحكمة الدستورية أنها رفضت صراحة البحث في الغاية الحقيقية من وراء إصدار هذا التشريع، لأن ذلك يعتبر في نظرها تدخلاً في مجال السلطة التقديرية للمشرع ولا يثير فكرة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، إلا أن جانب من الفقه قد انتقد هذا الحكم بحجة أن المشرع عندما فرض على الشريحة الأخيرة على الإيراد العام يكون قد بالغ في تقدير الضريبة بما يمس بمبدأ العدالة الاجتماعية.

ومن تطبيقات الرقابة على الانحراف التشريعي ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في 05 فبراير 1983 بقولها "وحيث أنه وإن كان المشرع الدستوري لم يُضمن دستور سنة 1958 نصاً خاصاً في شأن مبدأ التأميم، إلا أن هذا المبدأ يجد سنده في النص العام الذي أورده في المادة 05 من هذا الدستور التي تقضي بأن الملكية الخاصة مصنونة وينظم القانون وظيفتها الاجتماعية، ولا تنزع الملكية إلا

<sup>1</sup> - وهو أمر دفع ممثل الحكومة وزير الدولة لشؤون مجلس الشعب والشورى لدى مناقشة مشروع القانون في مجلس الشعب إلى القول "نحن نريد أن نعرف فقط حد هذا التشريع إذا رجعنا إلى محاضر الجلسات وما جرى بشأنها من مناقشات بين الأعضاء سنجد أن الغرض من هذا القانون شخص معين بالذات أو شخصين معين بالذات"؛ وأورد، محمد أحمد عطية، محلات من ذاكرة العمل، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2014 ص. 354.

<sup>2</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 06 لسنة 01 ق دستورية بتاريخ 09 مايو 1981، وأورده، عبد الناصر أبو سهمادة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 122.

للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون"، ومقتضاه جواز تقييد حق الملكية الخاصة نزولا على مقتضيات الصالح العام، باعتبارها وظيفة اجتماعية ينظم القانون أدائها في خدمة الجماعة بأسرها.

وحيث أن القرار بقانون رقم 117 لسنة 1961 بشأن تأميم بعض الشركات والمنشآت بعد أن نص في الفقرة الأولى من المادة الأولى منه على تأميم بعض الشركات والمنشآت ومن بينها الشركة المصرية المتحدة للملاحة البحرية (وهي الشركة الطاعنة)، حرص في المادة الثانية على تعويض أصحاب المشروعات المؤتممة، وبين كيفية أداء هذا التعويض إليهم، كما أفصح في المذكرة الإيضاحية للقانون عن مقاصده واعتبارات المصلحة العامة التي تغياها من إصداره، فأشار إلى أن الهدف من التأميم هو توسيع قاعدة القطاع العام بحسبانه ضرورة قومية لتوجيه الاقتصاد القومي توجيها مؤثرا ومفيدا لخطة التنمية، بما يكفل المضي قدما نحو الغايات المقصودة.... ولما كان ذلك، فإن ما ذهب إليه المدعون من أن ذلك القرار بقانون إذ قضى بتأميم الشركة المملوكة لهم لم يستهدف الصالح العام، وإن تأميمها قد تم بغير مقابل بما ينطوي على مصادرة للملكية الخاصة التي كفلها الدستور يكون غير سديد.

الحقيقة وإن كانت المحكمة الدستورية قد رفضت الدفع المقدمة ضد النص المطعون فيه، إلا أنها اعتنقت فكرة الانحراف التشريعي والتدليل بصورة ضمنية على قيام عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>1</sup>.

ومن ذلك أيضا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر حول الطعن بعدم دستورية القانون رقم 107 لسنة 1987 الذي عدل بعض أحكام قانون التأمين الاجتماعي برفع المعاش في الفترة من أول 1984 إلى 30 يونيو 1987 إلى هيئة التأمين والمعاشات والتأمينات الاجتماعية طالبين رفع معاش الأجر المتغير إلى 50% تطبيقا لأحكام هذا القانون، غير أن هيئة التأمين والمعاشات أصدرت القانون رقم 01 لسنة 1991 يتضمن شروطا تؤدي إلى حرمان تلك الفئة من هذه الزيادة، فطعنوا بعدم دستورية هذا القانون على أساس وجود انحراف تشريعي، حيث قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية القانون رقم 01 لسنة 1991 لمخالفته لأحكام المادتين 34 و40 من الدستور المصري لعام 1971<sup>2</sup>.

والواضح أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية القانون رقم 01 لسنة 1991 لمخالفته لأحكام المادتين 34 و40 من دستور 1971 بالرغم من تأكدها من توافر حالة الانحراف التشريعي، باعتبار أن المشرع قد تجاوز حدود التفسير التشريعي بتعديله لأحكام قانون سابق، وهو ما يجعل هذا التشريع مشوبا

1 - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 17 لسنة 01 ق دستورية بتاريخ 05 فبراير 1983؛ وأورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص. 132.

2 - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 34 لسنة 13 ق دستورية بتاريخ 20 يونيو 1994؛ وأورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع نفسه، ص. 135.

بعبء الانحراف التشريعي، غير أن المحكمة الدستورية قد قضت بعدم دستورية هذا التشريع لمخالفته أحكام الدستور وليس على أساس وجود انحراف تشريعي.

ومن ذلك أيضا حكمها الصادر في 22 سبتمبر 1995 في الطعن ضد قرار بقانون رقم 183 لسنة 1993 بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية وقوانين الهيئات القضائية بتعديل سن التقاعد للقضاة ومن في حكمهم من سن الستين إلى سن الرابعة والستين، حيث رفضت المحكمة الطعن بوجود انحراف في استعمال رئيس الجمهورية لسلطة التشريع مؤكدة على دستوريته<sup>1</sup>.

ومن تطبيقات الرقابة على الانحراف التشريعي كذلك ما قضت به المحكمة الدستورية العليا بخصوص الطعن المقدم بعدم دستورية القانون رقم 82 لسنة 2000 بتعديل المادة 121 من القانون رقم 49 لسنة 1972 بتنظيم الجامعات وإنهاء العلاقة الوظيفية بين الأستاذ الجامعي والجامعة عند سن سبعين سنة، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم وجود انحراف في استعمال السلطة التشريعية، باعتبار أن تحديد السن الذي تنتهي به العلاقة الوظيفية بين الموظف والمرفق الذي يخدمه يدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع طالما كان هذا التشريع عاما ومجردا ويستهدف تحقيق المصلحة العامة<sup>2</sup>.

وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا في مصر قد أكدت في حكمها حول القرار بقانون رقم 183 لسنة 1993 فيما يخص تعديل سن التقاعد بالنسبة لأعضاء الهيئات القضائية معتبرة بأن مدد سن التقاعد للقضاة ومن في حكمهم يهدف إلى كفالة استقرار المراكز القانونية للقضاء تأميناً للعدالة بين الناس، فإن موقفها فيما يخص القانون رقم 82 لسنة 2000 بالنسبة لإنهاء العلاقة الوظيفية بين الأستاذ الجامعي والجامعة عند بلوغ سن السبعين مغايراً تماماً لحكمها السابق، ما دام أن القرار بقانون رقم 183 لسنة 1993 يهدف إلى الحفاظ على الثروة القضائية، فالأولى أن يكون للأساتذة الجامعيين تنظيمًا خاصًا يتناسب مع خبراتهم وإمكانياتهم مهما كان عمرهم.

<sup>1</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 14 لسنة 17 ق دستورية بتاريخ 02 سبتمبر 1995؛ الحقيقة أنه إذا كان القرار بقانون رقم 183 لسنة 1993 كما ذهبت المحكمة الدستورية العليا لا يشوبه عيب الانحراف التشريعي، إلا جانب من الفقه قد انتقد تدخل رئيس الجمهورية لممارسة سلطة التشريع الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 147 من الدستور المصري لسنة 1971، وحثتهم في ذلك أن القرار بقانون صدر في 07 أكتوبر 1993، وكان انعقاد مجلس الشعب في 13 نوفمبر 1993 ومن ثم لم تكن هناك ضرورة تحتم على رئيس الجمهورية استخدام سلطاته الاستثنائية كان على رئيس الجمهورية تأجيل إصدار القرار بقانون أو أن يستدعي البرلمان في دورة غير عادية حسب الإجراءات التي ينص عليها الدستور؛ لتفاصيل أكثر: انظر، عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص 723.

<sup>2</sup> - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 131 لسنة 22 ق دستورية بتاريخ 07 يوليو 2002؛ أورده، عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، المرجع السابق، ص 158.

وترتبا على ما سبق، يمكننا القول بأن القضاء الدستوري قد بسط رقابته على الغاية التي يهدف التشريع إلى تحقيقها، وإن كان لم يقضي بعدم دستورية التشريع لغيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، إذ العبرة في اعتناق القضاء الدستوري فكرة الانحراف التشريعي وفرض رقابته عليها .

وبعد عرضنا لأهم التطبيقات أو النماذج للرقابة على الانحراف التشريعي في القضاء الدستوري في كل من فرنسا ومصر، لنا أن نتساءل عن تطبيقات الرقابة على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية في القضاء الدستوري في الجزائر إن وجدت؟

تكاد تنعدم الحالات التي يقضي فيها المجلس الدستوري الجزائري بعدم دستورية قانون لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، وهو الأمر الذي فرض علينا التركيز على نماذج أو تطبيقات للرقابة على الانحراف التشريعي في القضاء الدستوري الفرنسي والمصري<sup>1</sup>. ونجد أن المجلس الدستوري قد ذكر ضمن

---

<sup>1</sup> - وفي هذا الشأن نجد أن المجلس الدستوري التونسي وهو بصدد إعمال رقابته على عنصر الغاية في التشريع أقر بأن غياب أحد الأهداف المتبعة في الفصل السابع من الدستور التونسي لعام 2002 يقابله نص الفصل 49 من الدستور التونسي لسنة 2014 الذي ينص « يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها . ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك. لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور . » يمثل عدم تطابق مع أحكامه ويكون إشكالا دستوريا؛ انظر الرأي الصادر عن المجلس الدستوري التونسي عدد رقم 14-2004 الصادر في 07 أبريل 2004. كما أقر كذلك أنه لا يمكن الحد من ضمان حرمة الفرد إلا في إطار ما حوله الفصل 07 من الدستور مؤكدا على أن مقتضيات التقييد وأسبابه تخضع للتأويل الحصري ولا يجوز التوسع فيها؛ انظر الرأي الصادر عن المجلس الدستوري التونسي عدد رقم 74-2001 الصادر في 07 أبريل 2001. ومن تطبيقات الرقابة على الغرض أو الغاية في القضاء الدستوري التونسي ما أقره المجلس الدستوري في رأيه عدد 27-2006 الصادر في 27 ماي 2006 إلى أن حق الفرد في صوّن المعلومات المتعلقة بصحته ليس حقا مطلقا ويمكن الحد منه اعتبارا لمتطلبات النظام العام للصحة وفي الحدود التي يفرضها هذا النظام وبما لا يفرغ ضمان حرمة الفرد في هذا الشأن من مضمونه، حيث ألزم النص المعروض بعض المهنيين بإعلام سلطة الصحة العمومية بالأمراض السارية وعدم التمسك بالسرية المهنية؛ انظر الرأي الصادر عن المجلس الدستوري التونسي عدد رقم 14-2006 الصادر في 07 أبريل 2006. كما اعتبر المجلس الدستوري أن الحد من حقوق المالكين للأسهم القانونية للخدمات العلاجية تبرره أهدافها التنموية من أجل الازدهار الاقتصادي كما يبرر قيامها بخدمات تكتسي صبغة المصلحة العامة وتصرفها في مرفق عام أو أملاك عمومية؛ انظر الرأي الصادر عن المجلس الدستوري التونسي عدد رقم 52-2005 الصادر في 08 أوت 2005. مبينا في مناسبة أخرى أن الازدهار الاقتصادي والنهوض الاجتماعي هي من جملة الأهداف المعلنة في توطئة الدستور والمستمدة في فصله السابع، وأن إقرار امتيازات مالية و جبائية لفة من المستثمرين في مجالات اقتصادية واجتماعية معينة تقتضيها المصلحة العامة ولا ينال ذلك من مبدأ المساواة طالما كانت هذه الأحكام تخص فئة من المستثمرين، وتهدف إلى تحقيق الازدهار الاقتصادي والنهوض الاجتماعي؛ انظر الرأي الصادر عن المجلس الدستوري التونسي عدد رقم 72-2007 الصادر في 07 أكتوبر 2007. وعند النظر كذلك في مشروع قانون أساسي يتضمن إحداث وثيقة سفر بالعمرة أجاز المجلس هذا الحد المخول بالفصل 10 من الدستور لكل مواطن في حرية التنقل داخل البلاد وإلى خارجها طالما اقتصر التحديد على غرض معين للسفر وطالما كان ذلك لصالح النظام العام لينتهي إلى قبول التقييد لتلاؤمه مع أحكام الفصل 27 من الدستور التونسي لعام 2002؛ انظر الرأي الصادر عن المجلس الدستوري التونسي عدد رقم 70-2007 الصادر في 04 أكتوبر 2007. وتتعدد صور الاستثناء التي أقر المجلس الدستوري مشروعيتها الدستورية بالنظر إلى الغرض الموجب لتبنيها في حدود ارتباطها بذلك الغرض المنصوص عليه في الدستور حقوق الغير أو الأمن العام والدفاع الوطني أو ازدهار الاقتصاد والنهوض الاجتماعي؛ انظر، محمد رضا بن حماد، تأويل نصوص الدستور والتطبيقات القضائية لدى المحاكم والمجالس الدستورية العربية، أعمال الملتقى العلمي الثالث بالكويت ديسمبر 2005، نشرة اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، دار نوبار للطباعة، القاهرة، 2007، ص. 50 .

اعتبارات رأيه رقم 02 لسنة 1997 المتعلقة بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور بأنه "..... واعتباراً أن كل قانون، لا سيما العضوي منه، يجب ألا تتخطى أحكامه الحدود الدستورية حتى لا تتعارض مع روح الدستور ذاته<sup>1</sup>".

ولما كان القاضي الدستوري في فرنسا أو في مصر قد بحث في نية المشرع للوقوف على الغاية الحقيقية التي قصدها المشرع من وراء إصداره للتشريع، حتى وإن لم يقضي بعدم دستورية أي تشريع لانطوائه على انحراف تشريعي، لنا أن نتساءل حول كيف نضمن عدم انحراف المشرع في استعمال سلطته التشريعية طالما أن دور القاضي الدستوري لا يمتد إلى الرقابة على عنصر الغاية من التشريع؟

والخلاصة التي يمكننا التوصل إليها من خلال دراستنا لدور القاضي الدستوري في الرقابة على عناصر المشروع الداخلية في التشريع هي أن دور القاضي الدستوري ينصب أساساً حول الرقابة على مدى التناسب بين سبب التشريع ومحلّه، ومدى الترابط والتوافق بين هذا التناسب والغاية من التشريع، ويقدر هذا التناسب يقضي القاضي الدستوري بدستورية أو عدم دستورية التشريع، إما ليعيب يلحق محل التشريع، أو عيب في عنصر السبب الذي يقوم عليه التشريع، أو عيب في الغاية نتيجة انحراف غاية التشريع عن تحقيق المصلحة العامة، أو خروج التشريع عن الأغراض التي أزمه الدستور بتحقيقها نتيجة خروج التشريع على قاعدة تخصيص الأهداف.

حيث تتخذ مخالفة المشرع للقاعدة الدستورية من الناحية الموضوعية (العييب الذي يلحق محل التشريع) صورة المخالفة الموضوعية الإيجابية لأحكام الدستور، والتي تتحقق في الحالة يتجاوز فيها المشرع بعمد أو بدون عمد نصاً من النصوص الدستورية أو أحد المبادئ ذات القيمة الدستورية بالصورة التي تؤدي إلى إهدار أو المساس بأصل الحق أو الحرية المضمونة دستورياً، أما الصورة الثانية فهي تتعلق بالسلوك السلبي للمشرع وامتناعه عن ممارسة اختصاصه التشريعي الذي حدده له الدستور، وهو ما يطلق عليه بالمخالفة الموضوعية السلبية التي تتحقق في الحالة التي يتناول فيها المشرع أحد الموضوعات التي يختص بتنظيمها، غير أن هذا التنظيم سواء كان بقصد أو بدون قصد قد جاء ناقصاً للمسألة محل التنظيم التشريعي، الأمر الذي يجعل رقابة القاضي الدستوري على عنصر المحل في التشريع والعيوب التي قد تلحق به تعتبر رقابة الحد الأدنى التي يجريها القاضي الدستوري على عنصر المحل في التشريع، والتي لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، أو مع مبدأ المشروعية، أو مع السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع في المفاضلة بين عدة حلول أو خيارات للمسألة محل التنظيم التشريعي.

<sup>1</sup> - انظر الرأي رقم 02 ر.أ.ق. عض /م د المؤرخ في 06 مارس 1997 يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور حول مدى دستورية المادة 157 بند 14، نشرة أحكام الفقه الدستوري الجزائري، المجلس الدستوري، رقم 2، ص 19

والملاحظ على القاضي الدستوري في فرنسا ومصر بأنه استطاع أن يبسط رقابته على عنصر السبب الذي يقوم عليه التشريع مستخدماً في ذلك فكرة الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي التي تعد من ابتداعات مجلس الدولة الفرنسي، ليتمكن بذلك القاضي الدستوري من بسط رقابته على السلطة التقديرية للمشرع، والاتجاه نحو رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري من خلال تبني فكرة الخطأ الظاهر في التقدير وإعطائها مضموناً مستقلاً يتلاءم مع طبيعة الدعوى الدستورية، عن طريق تقدير وتقييم الوقائع التي استند عليها المشرع لإصدار التشريع ومدى تناسبها مع محل التشريع، ليقضي بذلك القاضي الدستوري بعدم دستورية التشريع في حالة تحققه من أن تقدير المشرع لم يكن مناسباً أو يخالف نصاً من النصوص الدستورية أو مبدأ من المبادئ ذات القيمة الدستورية.

أما فيما يخص دور القاضي الدستوري في الرقابة على عنصر الغاية في التشريع يمكننا القول بأنه إذا كانت نظرية الانحراف التشريعي قد استقرت في القضاء الدستوري الفرنسي والمصري، والتي تمثل رقابة الحد الأدنى على السلطة التقديرية للمشرع، إلا أن القاضي الدستوري لم يقضي بعدم دستورية أي تشريع لعب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية تأسيساً على أن هذا الطعن يتعلق بملاءمة التشريع وليس على أساس الانحراف التشريعي، أو البحث في الغاية الحقيقية للتشريع، مع أن الأخذ بفكرة الانحراف التشريعي يعد ضماناً فعالة و أساسية لدستورية التشريع وكفيد على سلطة المشرع من أجل تحقيق غايات المصلحة العامة.

### خاتمة

إن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن تمارس كل سلطة عامة اختصاصاتها التي منحها لها الدستور، حيث تمارس السلطة التشريعية سلطة سن القوانين المختلفة، على أن وظيفة السلطة التنفيذية هي تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، وكما تتولى السلطة القضائية تطبيق القوانين.

إن السلطة التشريعية في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري تعتبر إحدى أهم السلطات العامة في الدولة باعتبارها تعبر عن إرادة الشعب وطموحاته إلى جانب رئيس الجمهورية المنتخب من قبل الشعب، فقد منحها المؤسس الدستوري مساحة واسعة وجانب من حرية التقدير والاختيار بين عدة بدائل أو خيارات للمسألة محل التنظيم التشريعي، وهو ما يطلق عليه بمفهوم السلطة التقديرية للمشرع، التي تعني حرية هذا الأخير في المفاضلة وفق أسس موضوعية بين عدة بدائل أو حلول للمسألة محل التنظيم التشريعي دون أن يحدد له الدستور أسلوب تدخله.

إن منح المشرع سلطة المفاضلة بين عدة بدائل أو خيارات للمسألة محل التنظيم التشريعي يفرضه أمرين الأول، هو طبيعة عمل المشرع الذي يستوجب ترك مساحة واسعة وجانب من حرية التقدير عند ممارسته

لاختصاصه التشريعي؛ أما الثاني، هو واقع الحياة العامة المتطور باستمرار، الذي يستلزم تدخل المشرع بوصفه صاحب الاختصاص الأصيل والولاية العامة في التشريع بأن يُطور من نصوصه التشريعية بصفة دورية تحقيقاً للمصلحة العامة.

إن السلطة التقديرية للمشرع في الدساتير محل الدراسة تجد مصدرها المباشر في الدستور في الحالة التي لا يُلزم فيها المؤسس الدستوري المشرع بضرورة إتباع أسلوب معين عند ممارسة اختصاصه التشريعي، أو كانت القاعدة الدستورية قاعدة عامة وإرشادية تمنح للمشرع جانب من حرية التقدير والاختيار للمسألة محل التنظيم التشريعي، أو في الحالة التي يحيل فيها الدستور إلى المشرع لتسوية مسائل معينة، كما تعد مقدمات أو دياحة الدستور وإعلانات حقوق الإنسان من مصادر السلطة التقديرية للمشرع، فضلاً عن ذلك يعد القضاء الدستوري من مصادر سلطة المشرع التقديرية في الحالة التي يؤيد فيها القاضي الدستوري خيارات المشرع ويحترمها، دون أن يفرض تفسيراً معيناً على النص التشريعي محل الرقابة الدستورية.

إن أساس السلطة التقديرية للمشرع يرتبط بمدى تخلف التحديد الدستوري لأسلوب تدخل المشرع، بالشكل الذي يمنح له جانب من حرية التقدير في ممارسة اختصاصه التشريعي الذي منحه له الدستور مع مراعاة القيود أو الضوابط الدستورية حتى في الحالات التي يتمتع فيها المشرع بسلطة تقديرية؛ ذلك بأن معيار تدخل المشرع مثلاً في مجال الحقوق والحريات العامة يرتبط بضرورة إقامة التوازن بين ممارسة الحق أو الحرية، وبين مقتضيات المصلحة العامة دون أن يؤدي ذلك التنظيم إلى المساس بأصل الحق أو الحرية، أو إلى إهدارها، أو وضع شروط تجعل ممارستها أكثر إرهاقاً.

كما أن اعتراف المؤسس الدستوري الفرنسي والجزائري والمصري للمشرع بسلطة تقديرية في ممارسة اختصاصه التشريعي لا يعني أن تلك السلطة مطلقة، وإنما تخضع للرقابة الدستورية ضماناً لعدم تعارض النصوص التشريعية التي يسنها المشرع مع قواعد الدستور نصاً وروحاً، إذ أن السلطة التقديرية والسلطة المقيدة متلازمتان في كافة العناصر المكونة للقانون، حيث تنعدم السلطة التقديرية للمشرع فيما يخص عناصر المشروعية الخارجية للتشريع (قواعد الاختصاص، القواعد الشكلية والإجرائية).

أما بالنسبة لعناصر المشروعية الداخلية للتشريع تختلف من عنصر لآخر، فهي مقيدة في عنصر السبب، بينما تتحدد سلطة المشرع فيما يخص عنصر المحل اتساعاً وضيقاً بالنظر إلى طبيعة القيود التي قد يفرضها المؤسس الدستوري وحجمها، وأخيراً يتمتع المشرع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد مفهوم المصلحة العامة التي تعد الغاية الرئيسية للتشريع التي منحه الدستور أمر تحقيقها.

إن المؤسس الدستوري في الدساتير محل الدراسة على الرغم من أنه قد اعترف للمشرع البرلماني بولاية عامة في التشريع ومنحه سلطة تقديرية في المفاضلة بين عدة خيارات أو حلول للمسألة محل التنظيم

التشريعي، إلا أن الواقع العملي يثبت بأن سلطة المشرع مقيدة في العديد من الجوانب، سواء من حيث القيود الموضوعية والإجرائية التي يفرضها الدستور على المشرع وهو بصدد ممارسة اختصاصه التشريعي، أو العوامل التي تحيط بالسلطة التشريعية كسلطة عامة أهمها تأثير السلطة التنفيذية وهيمنتها على البرلمان، هذا الأخير أصبح يخضع للسلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية، الحكومة) عند قيامه بالتشريع، وذلك بالنظر إما إلى الوسائل التي يتمتع بها رئيس الجمهورية في مجال التشريع، أو بالنظر إلى سيطرة الحكومة على كافة مراحل العملية التشريعية، بالشكل الذي يجعل البرلمان في الغالب في مركز التابع للسلطة التنفيذية، وهو أمر يُضعف دون شك مكانة السلطة التشريعية كإحدى أهم السلطات العامة في الدولة.

كما تجد اللوائح التنفيذية الصادرة عن السلطة التنفيذية أساسها ومصدرها في الدستور مباشرة، حيث أصبح دورها يهدد وجود القانون أصلاً أو يُعطل من فاعليته خاصة في الحالات التي يتوقف فيها تطبيق القانون على ضرورة صدور اللائحة التنفيذية، ليصبح بذلك رئيس الجمهورية الذي يملك السلطة التنظيمية المستقلة مشرعاً حقيقياً، والبرلمان مشرعاً ثانوياً.

إضافة إلى ذلك نجد أن الأحزاب السياسية وجماعات الضغط تلعبان دوراً فعالاً في توجيه إرادة المشرع، من خلال التأثير على أعضاء البرلمان أو الضغط على السلطة التنفيذية من أجل دفعها إلى إصدار قانون أو منع إصداره خدمة لمصالح أعضائها؛ هذا فضلاً عن تأثير اللجان البرلمانية التي يسميها الفقه الدستوري بالمخابر التشريعية، وذلك بالنظر إلى دورها في تعديل أو إلغاء اقتراحات أو مشاريع القوانين المخالة على اللجان البرلمانية من أجل دراستها ومناقشتها، وإدخال أو اقتراح تعديلات عليها دون أية ضوابط أو قيود، وهو أمر من شأنه أن يضيق ويقيد من الاختصاص التشريعي للبرلمان صاحب السيادة في إعداد القوانين وإقرارها.

ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد فقط، فقد استطاع القاضي الدستوري من خلال تفسيره للنصوص الدستورية عند أعمال رقابته على دستورية القوانين الصادرة عن المشرع، أن يُلزم هذا الأخير بضرورة احترام قواعد الدستور والسعي إلى تحقيق غاياته، مع إلزامه كذلك بضرورة التدخل من أجل تنظيم مسألة منحه الدستور أمر تنظيمها، من خلال رقابته على السلوك السليبي للمشرع لامتناعه أو إغفاله عن ممارسة اختصاصه التشريعي كما حدده الدستور. أضف إلى ذلك فقد استطاع القاضي الدستوري من خلال رقابة التناسب التشريعي تطبيقاً للرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي، ورقابة الملاءمة، وكذلك الرقابة على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية أن يُلزم في بعض الأحيان المشرع بالتفسير الذي يعطيه للنصوص الدستورية، ليصبح للقاضي الدستوري دوراً إنشائياً وكمساهم حقيقي في وضع قواعد عامة ومجردة، وهو ما يجعل القضاء الدستوري مصدر للسلطة التقديرية للمشرع كما قلنا سابقاً، وهو أمر يجعلنا نوعاً ما نتردد في

القول بأن المشرع هو صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع، وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه، وأنه يتمتع بولاية عامة في التشريع تطبيقاً لمبدأ انفراد المشرع بوضع القواعد العامة المنظمة للعلاقات العامة في المجتمع المنصوص عليها في أغلب الدساتير المعاصرة، وأن السلطة التقديرية للمشرع هي الأصل وأن تقييدها هو الاستثناء.

إن جميع السلطات العامة في الدولة مقيدة بضرورة تحقيق المصلحة العامة، وأن المعيار الفاصل بين السلطة التقديرية المطلقة وإنما يكمن في وجود رقابة فعالة لصون قواعد الدستور ومبادئه وتطوير قواعده من جهة، وضمنان حماية فعالة للحقوق والحريات العامة للأفراد ومن جهة ثانية؛ ونجد أن القاضي الدستوري قد قيد نفسه بمجموعة من القيود الذاتية، التي تقلل من نطاق رقابته على دستورية القوانين، أهمها قرينة الدستورية لمصلحة القوانين، كما أن القاضي الدستوري قد ضيق كذلك من نطاق رقابته الدستورية باستبعاد أعمال السيادة من نطاق الرقابة الدستورية .

ولقد استقر قضاء المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري والمحكمة الدستورية العليا في مصر في التأكيد على الحجية المطلقة لجميع الأحكام الصادرة عن القاضي الدستوري، سواء الصادرة بعدم الدستورية أو برفض الدعوى، وأن أثر الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية لا يقتصر فقط على الخصوم، وإنما يمتد كذلك إلى الكافة وتلتزم به جميع سلطات الدولة قضائية كانت أو تنفيذية أو تشريعية، حيث تتضمن هذه الأحكام حكماً بتعديل أو إلغاء النص التشريعي قبل إصداره أو الامتناع عن تطبيق النص المخالف لأحكام الدستور مع إلغائه وإسقاطه من مجال التطبيق إذا كان قد صدر.

أنه في مصر يستطيع الأفراد والقضاء بين العادي والإداري اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا في مصر عن طريق الدفع بعدم الدستورية بمناسبة وجود دعوى أمام القضاء العادي أو الإداري، أضف إلى ذلك أنه يمكن لمحكمة الموضوع أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي إذا تراءى لها أن الفصل في مدى دستورية قانون أو لائحة يرتبط بالدعوى محل النظر، كما يمكن كذلك للمحكمة الدستورية العليا أن تتصدى من تلقاء نفسها من أجل النظر في المسائل الدستورية.

خلافاً لذلك، فالأفراد والقضاء بين العادي والإداري في فرنسا لا يمكنهم اللجوء إلى المجلس الدستوري، الذي لا يمكنه هو الآخر التصدي للمسائل الدستورية من تلقاء نفسه مثلما هو الأمر بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا في مصر.

إن تشكيلة أعضاء المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري وطريقة تعيينهم تؤثر على استقلاليتهم وفي ممارستهم لاختصاصهم، الأمر الذي يجعلهم خاضعين للسلطة التي عينتهم، كما أن النص على أن تشكل

المحكمة الدستورية العليا من الرئيس وعدد كاف من الأعضاء هو الآخر يؤثر على تشكيلة المحكمة الدستورية العليا.

إن رقابة الحد الأدنى للقاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع تعد ضماناً فعالة تمنع المشرع من التعدي أو مخالفة قواعد الدستور، بحيث يتحقق القاضي الدستوري من مدى مطابقة التشريعات التي يصدرها المشرع مع أحكام الدستور تمهيداً لعدم إصدارها إذا كانت لم تصدر أو الامتناع عن تطبيقها أو إلغائها إذا كانت قد صدرت.

إن القاضي الدستوري يستخدم عدة تقنيات أو آليات وهو بصدد أعمال رقابته على السلطة التقديرية للمشرع، أهمها رقابة الملاءمة والتناسب والخطأ الظاهر في التقدير التشريعي، لذا يتوجب على الهيئة التي تمارس الرقابة الدستورية الالتزام بالقيود أو الضوابط بالشكل الذي لا يؤدي إلى تعارض هذه الرقابة مع مبدأ الفصل بين السلطات، وهو أمر قد ينعكس سلباً على نطاق السلطة التقديرية للمشرع، وقد يؤثر كذلك على مجال الحقوق والحريات العامة للأفراد.

إن الحدود الدنيا لرقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع تستوجب عليه عدم البحث في ملاءمة التشريع، سواء من حيث ضرورته أو عدم ضرورته، أو الوقت اللازم لإصداره، باعتبار أن كل هذه الملامات متروكة للمشرع وتعد من أهم مظاهر السلطة التقديرية للمشرع.

إن رقابة القاضي الدستوري على التناسب في المجال التشريعي يشمل الرقابة على عنصر السبب في التشريع ومحلّه، ومدى الترابط والتناسب والتوافق بينهما، فضلاً عن اتفاق هذا التناسب مع الغاية من التشريع؛ ولقد استطاع القاضي الدستوري في الدساتير محل الدراسة أن يفرض رقابته على السلوك السليبي للمشرع نتيجة سكوت المشرع أو امتناعه عن ممارسة اختصاصه التشريعي، ولتصبح بذلك الرقابة التي يجريها القاضي الدستوري محل التشريع بمثابة رقابة الحد الأدنى على السلطة التقديرية للمشرع.

إن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي تعد بمثابة رقابة الحد الأدنى للرقابة الدستورية على الخيارات أو الحلول التي اختارها المشرع للمسألة محل التنظيم التشريعي، غير أن تبني فكرة الخطأ الظاهر في التقدير لا يعني أن يحل القاضي الدستوري إرادته محل المشرع العادي.

كما أن تبني فكرة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية كذلك يُعد ضماناً فعّالاً لحماية قواعد الدستور وكفيد على سلطة المشرع للالتزام بتحقيق الغايات التي عهد إليه الدستور أمر تحقيقها، ذلك بأن رقابة القاضي الدستوري على ركن الغاية بالنسبة للتشريع هي رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة.

تعتبر الرقابة على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية كذلك بمثابة رقابة الحد الأدنى للقاضي الدستوري على عنصر الغاية في التشريع كأحد أهم العناصر المكونة للقانون، إذ أن عيب الانحراف في

استعمال السلطة التشريعية يعد من أخطر العيوب التي يمكن أن تصيب التشريع، وذلك لأنه عيب خفي لا يظهر بمجرد المقابلة الحرفية بين نصوص التشريع ونصوص الدستور، باعتبار أن التشريع المعيب بعيب الانحراف التشريعي هو تشريع سليم من حيث الاختصاص والشكل والإجراءات، والسبب والمحل، إلا أنه معيب في الغاية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، ذلك بأن المشرع تحت ستار ممارسة اختصاصاته المشروعة قد يسعى إلى تحقيق غاية غير مشروعة.

إن القاضي الدستوري الفرنسي والمصري وإن كان لم يقضي بعدم دستورية التشريع لعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، إلا أنه اعتنق فكرة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية وبسط رقابته عليها بعكس القاضي الدستوري الجزائري الذي تقتصر رقابته على مراقبة مدى دستورية أو مطابقة أو عدم مطابقة النص التشريعي للدستور.

ومن أجل تفعيل دور المشرع في الدساتير محل الدراسة نوصي بضرورة توفير ضمانات فعالة لاستقلال عضو البرلمان لمنع خضوعه لأية ضغوط سواء من طرف السلطة التنفيذية، أو الأحزاب السياسية التي ينتمي إليها أعضاء البرلمان، أو تأثير جماعات الضغط.

إعادة النظر في طريقة اختيار أعضاء مجلس الأمة لاسيما الثلث المعين من قبل رئيس الجمهورية، وذلك من أجل ضمان استقلال أعضاء مجلس الأمة، مع ضرورة تعديل القانون المنظم للعلاقة الوظيفية بين المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعلاقتها بالحكومة، وكذا النظامين الداخليين للبرلمان، بهدف إقامة نوع من التوازن بين الغرفتين ليتوافق مع التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، وتعزيز دور مجلس الأمة في مجال التشريع، كما يتوجب أيضا تعديل كل القوانين العادية التي أصبحت تدخل في نطاق القانون العضوي وفق التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 .

إعادة النظر كذلك في عملية تنظيم العملية التشريعية التي تهيمن السلطة التنفيذية على كافة مراحلها، وذلك بمنح البرلمان صلاحية تنظيمها.

النص صراحة في أحكام الدستور عن كيفية معالجة امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي الذي منحه له الدستور، مع تحديد الآليات التي يستطيع من خلالها القاضي الدستوري إلزام المشرع بضرورة التدخل لتسوية مسألة معينة منحه الدستور أمر تنظيمها.

إن طبيعة التركيبة البشرية في البرلمان الجزائري (لاسيما في الغرفة السفلى) قد يعتبر كذلك بمثابة عامل مؤثر على عمل البرلمان الذي يستلزم وجود أعضاء يتمتعون بالكفاءة والخبرة والمهنية والثقة والمصداقية، لذا يتوجب عند تعديل قانون الانتخابات ليتماشى مع التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، إعادة

النظر في شروط الترشح خاصة المتعلقة منها بالمستوى التعليمي، كاشتراط مثلا مستوى التعليم الثانوي على الأقل فيمن يترشح لعضوية البرلمان (خاصة العضوية في المجلس الشعبي الوطني).

إلغاء الشطر الأخير من المادة 102 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 « كما يجوز لرئيس الجمهورية تعيين عدد من الأعضاء في مجلس النواب لا يزيد على 5% » لأن ذلك يمس باستقلالية أعضاء مجلس النواب في ممارستهم لاختصاصهم بسن التشريع.

على الرغم من أن التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 قد منح أعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين في الحالات المنصوص عليها في المادة 136 من التعديل الدستوري لسنة 2016، كان من الأحسن على المؤسس الدستوري أن يمنح كل عضو في البرلمان حق المبادرة بالقانون بدل اشتراط توقيع عشرين (20) نائبا في المجلس الشعبي الوطني، أو عشرين (20) عضوا في مجلس الأمة مثلما هو الأمر في الدستورين الفرنسي والمصري المؤرخ في 18 يناير 2014، وذلك حتى نضمن للأقلية البرلمانية حقها في المشاركة في صنع التشريع . العمل على إعادة التوازن في العلاقة بين السلطات العامة في الدولة تحقيقا لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يعد من مقومات دولة القانون، لاسيما إعادة النظر في العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من أجل الحد من هيمنة السلطة التنفيذية على كافة السلطات العامة في الدولة، والعمل كذلك على إصلاح الهيئة التشريعية، ورفع كفاءة الأداء التشريعي لها.

يتوجب على المؤسس الدستوري كذلك أن يلغي سلطة رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر أو في حالة الضرورة، أو أن يمنح أعضاء البرلمان حق مناقشة وتعديل هذه الأوامر، إضافة إلى إلغاء حق رئيس الجمهورية في إصدار قانون المالية بموجب أمر إذا لم يصادق عليه البرلمان.

على المؤسس الدستوري الفرنسي والجزائري أن يعدل نص المادة 10 من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمادة 144 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 (يقابلها نص المادة 126 من الدستور الجزائري لسنة 1996)، وذلك بإدراج بأنه في حالة عدم إصدار رئيس الجمهورية لمشروع أو اقتراح القانون الموافق عليه من قبل البرلمان خلال أجل خمسة عشر يوما تطبيقا لنص المادة 10 من الدستور الفرنسي، وأجل ثلاثين يوما وفقا لنص المادة 144 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 اعتبر قانونا وأصدر، وإذا رُد في الميعاد إلى البرلمان بطلب مداولة ثانية، اعتبر كذلك قانونا إذا تم إقراره من قبل البرلمان متى تم التصويت عليه بالأغلبية المنصوص عليها في الدستور مثلما هو الأمر في الدستور المصري.

تعديل الفقرة الأولى من المادة 38 من الدستور الفرنسي لعام 1958 التي تمنح الحكومة حق طلب الإذن من البرلمان للتدخل في مجال القانون، وذلك من أجل إلزام البرلمان بضرورة التدخل لممارسة اختصاصه

التشريعي الذي منحه له الدستور دون أن يتنازل عن هذه الاختصاصات لغيره من السلطات لاسيما السلطة التنفيذية.

من أجل الحد من سلطات رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية يجب أن يصدر القانون العضوي الذي ينظم حالي الطوارئ والحصار، إضافة إلى ذلك يتوجب على المؤسس الدستوري أن يحدد الأجل الأقصى لسريان حالي الطوارئ والحصار والحالة الاستثنائية، مع منح البرلمان سلطة البت في استمرار حالي الطوارئ والحصار والحالة الاستثنائية من عدمه، مثلما هو الأمر في الدستورين المصري لسنة 2014 في المادة 154 منه، والدستور التونسي المؤرخ في 23 يناير 2014 في الفصل 80 منه، لذا من الضروري تعديل نص المواد (16) من الدستور الفرنسي، المادتين 105 و107 من التعديل الدستوري لسنة 2016-يقابلها نص المادتين 91 و93 من الدستور الجزائري لسنة 1996)<sup>1</sup>.

ضرورة تحديد اختصاص القاضي الدستوري في الدستور الفرنسي والجزائري والمصري في حالة تعارض قانون عادي مع قانون عضوي، وكذا توفير ضمانات حقيقية لاستقلال الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية (المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري، المحكمة الدستورية العليا في مصر)، باعتبار أن تشكيلة أعضاء المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري وطريقة تعيينهم تؤثر على استقلالهم وفي ممارستهم لاختصاصهم.

تعديل القانون رقم 48 لسنة 1979 المنظم للمحكمة الدستورية العليا في مصر حتى يتماشى مع أحكام الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 لأن النص على أن تشكل المحكمة الدستورية العليا من الرئيس وعدد كاف من الأعضاء هو الآخر يؤثر على تشكيلة المحكمة الدستورية العليا، وأن يتم النص كذلك على منح المحكمة الدستورية العليا في مصر حق ممارسة الرقابة السابقة على القوانين إلى جانب الرقابة اللاحقة.

لقد أحسن المؤسس الدستوري الجزائري عندما وسّع من مجال إخطار المجلس الدستوري، ليشمل بذلك كل من رئيس الجمهورية، ورئيسي غرفتي البرلمان، الوزير الأول، أعضاء البرلمان، فضلا عن إخطار المجلس الدستوري بواسطة جهة قضائية (المحكمة العليا، مجلس الدولة)، لكن وإن كان التعديل الدستوري لسنة 2016 قد اشترط في أعضاء المجلس الدستوري خبرة مهنية مدتها خمس عشر سنة على الأقل في مجال التعليم العالي في العلوم القانونية، أو في القضاء، أو مهنة محام لدى المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو وظيفة عليا في الدولة، الهدف منه تعزيز دور المجلس كهيئة مستقلة ودعم تشكيلته بعنصر الكفاءة والخبرة والتخصص، إلا أن الأمر قد يشير إشكالية حقيقية في الحالة لا تتحقق فيها هذه الشروط.

<sup>1</sup> -انظر نص المواد 154 من الدستور المصري لسنة 2014، والفصل 80 من الدستور التونسي لسنة 2014، المادة 16 من الدستور الفرنسي، والمادتين 105 و107 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (تقابلها نص المادتين 91 و93 من الدستور الجزائري لسنة 1996).

إصدار القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 188 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 المتعلقة بإخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا ومجلس الدولة.

منح الأفراد والقضاة العادي والإداري في فرنسا حق إخطار المجلس الدستوري عن طريق الدفع بعدم الدستورية، مع منح الأفراد والقضاة العادي والإداري في فرنسا والجزائر ومصر كذلك حق إخطار المجلس الدستوري عن طريق الدعوى الأصلية.

يتوجب على المجلس الدستوري الجزائري أن يطور من رقابته لتشمل كذلك رقابة الملاءمة على خيارات المشرع مثلما هو الأمر بالنسبة للقاضي الدستوري الفرنسي والمصري، من خلال تبني فكرة الخطأ الظاهر في التقدير، والتناسب التشريعي والملاءمة، لأن ذلك يعد حماية فعالة لقواعد الدستور نصا وروحا، ولا يعني أن يحل القاضي الدستوري إرادته محل إرادة المشرع.

إن اعتناق القاضي الدستوري الفرنسي والمصري لفكرة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية وهو بصدد بسط رقابته على عنصر الغاية بالنسبة للتشريع لا يكفي لجدية هذه النظرية في القضاء الدستوري، لذا يتوجب على القاضي الدستوري الفرنسي والمصري أن تكون له الجرأة للحكم بعدم دستورية التشريع لعيب في الغاية، دون الاكتفاء بالبحث عن أحد العيوب الأخرى التي تلحق التشريع للحكم بعدم الدستورية، ودون الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات.

## المراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: النصوص القانونية

أ- الدساتير

- الدستور الجزائري لسنة 1963، الجريدة الرسمية، العدد 64 لسنة 1963.
- الدستور الجزائري لسنة 1976، نشر وزارة الإعلام والثقافة 1980.
- التعديل الدستوري (دستور) 1989، الجريدة الرسمية، العدد 9 لسنة 1989.
- التعديل الدستوري (دستور) 1996، الجريدة الرسمية، العدد 76 لسنة 1996، المعدل ب:
- القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، الجريدة الرسمية، العدد 25 لسنة 2002.
- القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية، العدد رقم 63 لسنة 2008.
- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، الجريدة الرسمية، العدد رقم 14 لسنة 2016.
- الدستور الفرنسي المؤرخ في 04 أكتوبر 1958 المعدل في 23 يوليو 2008.
- الدستور المصري لسنة 1971.

-الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014.

## ب-القوانين والأوامر والأنظمة الداخلية

-القانون العضوي رقم 02/99 المؤرخ في 8 مارس 1999، يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، الجريدة الرسمية، العدد 15 المؤرخة في 9 مارس 1999 المعدل بالقانون رقم 12/16 المؤرخ في 25 أوت 2016، ج ر العدد 50 المؤرخة في 28 أوت 2016.  
-قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979.

-النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية، العدد 46 المؤرخة في 30 يوليو 2000.

-النظام الداخلي لمجلس الأمة، الجريدة الرسمية، العدد 84 المؤرخة في 28 نوفمبر 1999، المعدل في 17 ديسمبر 2000، الجريدة الرسمية، العدد 77.

-النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 28 يونيو 2000، الجريدة الرسمية، العدد 48 المؤرخة في 6 أوت 2000، المعدل والمتمم بالمداولة المؤرخة في 14 يناير 2009، الجريدة الرسمية، العدد 4 المؤرخة في 18 يناير 2009.

-النظام الداخلي لقواعد المجلس الدستوري المؤرخ، ج ر العدد 29 المؤرخة في 11 مايو 2016

-l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel

-Le Règlement de l'Assemblée Nationale Texte modifié par la résolution du 27 mai 2009 (après la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-581 DC du 25 juin 2009)

- Le Règlement Intérieur du Sénat.

## ج-آراء وقرارات المجلس الدستوري وأحكام المحكمة الدستورية العليا

### 1-آراء المجلس الدستوري الجزائري

الرأي رقم 02 ر.أ.ق.ع.م/د المؤرخ في 06 مارس 1997 يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور

رأي المجلس الدستوري رقم 99/08 المؤرخ في 21 فبراير 1999 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وعلاقتهم الوظيفية بينهما وبين الحكومة للدستور.

رأي رقم 02 ر.ق.م.ع.م/د/04 المؤرخ في 22 أوت 2004 المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء للدستور.

رأي المجلس الدستوري رقم 01 ق.ع.م/د/04 المؤرخ في 05 فيفري 2004 المتعلق بمراقبة الانتخابات، ج ر 05 رقم 09 المؤرخة في 11 فبراير 2004

الرأي رقم 02 / ر. م د / 07 مؤرخ في 8 رجب عام 1428 الموافق 23 يوليو سنة 2007، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتّم للأمر رقم 97- 07 المؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق 6 مارس سنة 1997 والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات

الرأي رقم 08/01.ر.ق.د.م.د/2008 المؤرخ في 07 نوفمبر 2008، يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، ج ر رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008

الرأي رقم 03/ر.م.د/11 المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور.

الرأي رقم 01/ر.م.د/12 المؤرخ في 08 يناير 2012 المتعلق بمراقبة مطابقة الأحزاب السياسية للدستور لإخلاله بميثاق السلم والمصالحة الوطنية الموافق عليه بالاستفتاء الشعبي

رأي المجلس الدستوري الجزائري رقم / 01 ر.م.د. 12 بتاريخ 8 يناير سنة 2012، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، للدستور.

## 2- آراء المجلس الدستوري التونسي

الرأي الصادر عن المجلس الدستوري التونسي عدد رقم 74-2001 الصادر في 07 أفريل 2001.

الرأي الصادر عن المجلس الدستوري التونسي عدد رقم 14-2004 الصادر في 07 أفريل 2004.

الرأي الصادر عن المجلس الدستوري التونسي عدد رقم 52-2005 الصادر في 08 أوت 2005.

الرأي الصادر عن المجلس الدستوري التونسي عدد رقم 14-2006 الصادر في 07 أفريل 2006.

الرأي الصادر عن المجلس الدستوري التونسي عدد رقم 72-2007 الصادر في 07 أكتوبر 2007.

الرأي الصادر عن المجلس الدستوري التونسي عدد رقم 70-2007 الصادر في 04 أكتوبر 2007.

## 3- أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر

حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 02 و 06 و 09 بتاريخ 06 نوفمبر 1971

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 06 لسنة 01 ق دستورية بتاريخ 09 مايو 1981.

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 17 لسنة 01 ق دستورية بتاريخ 05 فبراير 1983.

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر القضية رقم 130 لسنة 05 ق دستورية جلسة بتاريخ 06 فبراير 1993.

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 63 لسنة 13 ، ق دستورية بتاريخ 30 مارس 1993.

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 34 لسنة 13 ق دستورية بتاريخ 20 يونيو 1994.

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 20 لسنة 15 ق دستورية في 01 أكتوبر 1994.

حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 14 لسنة 17 ق دستورية بتاريخ 02 سبتمبر 1995

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 08 لسنة 16 ق دستورية بتاريخ 05 أوت 1995

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم 02 لسنة 16 ق د بجلسة 03 فيفري 1996.

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 20 لسنة 18 ق دستورية بجلسته 05 يوليو 1997

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 121 لسنة 18 ق دستورية بجلسته 07 مارس 1998

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 162 لسنة 19 ق دستورية في 07 مارس 1998.

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 33 لسنة 03 ق دستورية بتاريخ 03 فبراير 1999

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 21 لسنة 13 ق دستورية بتاريخ 08 يوليو 2000

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 193 لسنة 19 ق دستورية في 06 مايو 2000

حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 180 لسنة 20 ق د بجلسته 11 يناير 2000.

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في 08 يوليو 2000.

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 119 لسنة 21 ق دستورية بتاريخ 02 يونيو 2001.

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 70 لسنة 18 ق دستورية في 03 نوفمبر 2002.

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 314 لسنة 23 ق دستورية بتاريخ 25 أوت 2002

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 131 لسنة 22 ق دستورية بتاريخ 07 يوليو 2002

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 47 لسنة 21 ق دستورية بتاريخ 04 أبريل 2004.

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 308 لسنة 24 ق دستورية جلسة بتاريخ 11 يونيو 2006.

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 146 لسنة 25 ق دستورية جلسة 4 يناير 2009

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها في القضية رقم 240 لسنة 26 ق دستورية جلسة بتاريخ 5 أبريل 2009

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 31 لسنة 26 ق دستورية بتاريخ 02 مايو 2010 بعدم دستورية المادتين 202 و 205 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 100 لسنة 28 ق دستورية جلسة 07 مارس 2010

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 198 لسنة 23 ق الدستورية جلسة بتاريخ 02 يناير 2011

حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 57 لسنة 34 ق دستورية بجلسته 14 جوان 2012

**4-آراء المجلس الدستوري الفرنسي**

CC DC N°76-67 DC du 05 juillet 1976 pour la loi modifiant l'ordonnance N°244 au 1958 relatif de le règlement général du fonctionnaires

C C DC N°79-105 D.C du 25 juillet 1979

C C DC N°80-115, D.C du 01 juillet 1980

C C DC N°80-127 D.C du 19 et 20 janvier 1981

C C DC N°81-129 D.C du 30 et 31 octobre 1981.

CC DC N°81-132DC du 16 janvier 1982(loi de nationalisation).  
C C DC N°82-14D.C du 27 juillet 1982.  
C C DC N°83-13D.C du 19et20 juillet 1983  
C C DC N°83-164D.C DU 29 décembre 1983(Loi de finances pour 1984).  
CC DC.N°84.181.DC Journal officiel du 13 octobre 1984(Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse).  
C C DC N°84-184D.C du 29 Novembre 1984  
CC DC N° 85-196 DC, 08/08/1985  
CC DC N°86.218.DC Journal officiel du 19 Novembre 1986. (Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés.)  
C C DC N°87-241D.C du 22 janvier1988.  
C C DC N°87-237.D.C du 30 décembre 1987  
C C DC N°87-232.D.C du 07janvier 1988,loi a la mualisation de la caisse rational du crédit agricole  
C C DC N°88-244D.C du 17 janvier1988.  
C C DC N°89-254D.C du 04 juillet 1989- C.C.N°86-208D.C du 01et02 juillet 1986  
CC DC N°89-269D.C du 22 janvier1990.  
C C DC N° 94-358 Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, DC du 26 janvier 1995, CCN°94.358.DC, JORF du 1er février 1995.  
C C DC N°:96-378. JORF du 27 juillet 1996  
CC DC N° 2000.434. Journal officiel du 27 juillet 2000,  
C C DC N° 2003-466 Loi organique relative aux juges de proximité, D.C du 20 février 2003, JORF du 27 février 2003.  
C C DC N°2010- 608 du 24 juin 2010 Loi organique relative au Conseil économique, social et environnemental, , JORF du 29 juin 2010.  
CC. DC N°2013-677 DC du 14 novembre 2013 Loi organique relative à l'indépendance de l'audiovisuel public JORF du 16 novembre 2013.  
C C DC N° 2013-685.DC du 29 décembre 2013 Loi de finances pour 2014 JORF du 16 février 2014.  
C C DC N°2014-708( Loi de finances rectificative pour 2014du 29 décembre 2014),JORF du 30 décembre 2014.

منشورة على موقع المجلس الدستوري الفرنسي

<http://www.consiel.consitutionnel.fr>.

ثالثا:المراجع العامة

أ-باللغة العربية

- إبراهيم محمد حسنين، الرقابة على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية 2000.
- أحمد فتحي سرور ،الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة، دار الشروق، مصر، 2000.
- أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية القاهرة، 1998.
- أحمد سعفيان الأنظمة السياسية والمبادئ الدستورية العامة، الطبعة الأولى، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- أحمد فتحي سرور، منهج الإصلاح الدستوري، دار النهضة العربية ، 2007.

- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، 1999.
- أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، مصر، 1960.
- إسماعيل الغزال، الدساتير والمؤسسات السياسية، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، بيروت، 1996.
- الأزهر بوعوني، الأنظمة السياسية والنظام السياسي التونسي، مركز النشر الجامعي، تونس، 2002.
- الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
- الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- السيد علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر (دراسة مقارنة)، دار الجامعات المصرية، 1987.
- اندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ترجمة على مقلد- شفيق مراد، عبد الحسين سعد الطبعة الثانية، بيروت، 1977.
- إيناس محمد البهجي . يوسف المصري، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.
- ثروت عبد العال أحمد الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، 2004 .
- بوزيان عليان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق —دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، مصر، 2011.
- جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 1996.
- جوادي إلياس، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009.
- حسان محمد شفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، مطبعة جامعة بغداد، العراق، 1986.
- حسين عثمان محمد عثمان، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- حسنين علي إبراهيم، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- حمدي العجمي، مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

- دانا عبد الكريم سعيد، حل البرلمان وأثاره القانونية على مبدأ استمرارية أعمال الدولة، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، بدون بلد نشر، 2010.
- رأفت الدسوقي، هيمنة السلطة التنفيذية على أعمال البرلمان، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2006.
- رأفت فودة، سلطة التقرير المستقلة، دار النهضة العربية، مصر، 1997.
- رابط فدوى، السلطة التنفيذية في بلدان المغرب العربي، دراسة قانونية مقارنة، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 86، بيروت، 2010.
- راغب ماجد الحلو، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- رافع بن عاشور، المؤسسات والنظام السياسي بتونس، الطبعة الثانية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2009.
- رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1983.
- رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 1987.
- رمزي طه الشاعر، القانون الدستوري، مطبعة عين شمس، مصر، 1997.
- زهير شكر، الوسيط في القانون الدستوري اللبناني، بدون دار نشر، بيروت، 2006.
- سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2005.
- سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية، 2004.
- سامي جمال الدين، القضاء الإداري (الرقابة على أعمال الإدارة)، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة، بدون دار نشر، 2002.
- سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، بدون دار النشر، القاهرة، 2007.
- سعاد الشرقاوي، عبد الله ناصف، القانون الدستوري والنظام السياسي المصري، دار النهضة العربية، 1994.
- سعد عاطف عبد المطلب، الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة، 2009.
- سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- سعيد بو الشعير، النظم السياسي الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1990.

- سهيل حسين القتلاوي، الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، 2002.
- صالح بلحاج، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- صبري محمد السنوسي، الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
- صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، 1998.
- صلاح الدين فوزي، المجلس الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 1992.
- ضو مفتاح غمق، السلطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي والنظم المعاصرة (الوضع)، دراسة مقارنة، منشورات E L G A، مالطا، 2002.
- طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
- عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1995.
- عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
- عبد الحميد متولي، الحريات العامة. نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974.
- عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، الجزء الأول، بدون دار نشر، مصر، 1956.
- عبد الحميد متولي، أزمة الأنظمة الديمقراطية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- عبد العظيم عبد السلام، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 1993.
- عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.
- عبد العزيز شيحا، النظام السياسي والقانون الدستوري، دار المعارف، الإسكندرية، 2000.
- عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، مصر، 2004.
- عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، مصر، 1995.

- عبد الله بوقفة، أساليب ممارسة السلطة بين النظام السياسي الجزائري-دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2002.
- عبد الله بوقفة، السلطة التنفيذية بين التعسف والقيود، دراسة مقارنة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- عبد الناصر أبو سهدانة. حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012.
- عبد الوهاب محمد رفعت، الأنظمة السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- علي إبراهيم، النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي. صراع أم تكامل، دار النهضة العربية مصر، 1997.
- علي إبراهيم، النظام القانونين الدولي والنظام القانوني الداخلي، صراع أم تكامل، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- علي الباز الرقابة على دستورية القوانين في مصر والأنظمة الدستورية العربية والأجنبية-دراسة مقارنة، مطبعة الشعاع الفنية، 2001.
- علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1978.
- عبد العزيز محمد سلمان، قيود الرقابة الدستورية، مكتبة كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1998.
- عبد المعز محمد نصر، في النظريات والنظم السياسية، دار النهضة العربية، بيروت، 1981.
- عزيزة شريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1995.
- علي الفهوجي، المعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي، الطبعة الأولى، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 1997.
- علي عبد العال سيد أحمد، فكرة القوانين الأساسية، دار النهضة العربية، مصر، 1990.
- علوان عبد الكريم، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، العراق، 2011.

- عمر حلمي فهمي الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1980.
- عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2003.
- عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري و أثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر.
- فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1974.
- فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، الجزء الأول، مطابع سجل الغرب، 1988.
- فتحي بكري، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، مصر 1997.
- فتحي فكري، القانون الدستوري (المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر في ظل دستور 1971، الكتاب الأول، بدون دار نشر، مصر، 2006.
- قائد محمد طربوش، السلطة التشريعية في الدول العربية ذات النظام الجمهوري، تحليل قانوني مقارن، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، بيروت، 1995.
- قزو محمد أكلي، دروس في الفقه الدستوري والنظم السياسية، دار الخلدونية، الجزائر، 2003.
- ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية 2000.
- ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
- ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.
- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، بدون دار نشر، مصر، 1982.
- محمد أبو زيد، مبادئ القانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- محمد أرزقي نسيب، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الأول، دار الأمل، الجزائر، 1998.
- محمد الغزالي، حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، دار الهناء للطباعة والنشر والتوزيع، بدون سنة نشر.
- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري. دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- محمد أنس قاسم جعفر، القرارات الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2005.
- محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1983.

- محمد انس قاسم جعفر، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 1999.
- محمد باهي أبو يونس، أصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، مصر، الإسكندرية، 2013 .
- محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام (القاعدة الدولية)، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، دار الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، بدون بلد نشر، 1984.
- محمد فتوح محمد عثمان، رئيس الدولة في النظام الفيدرالي، دراسة تحليلية مقارنة، الهيئة العامة للكتاب 1977.
- محمد سعيد الرقاق. مصطفى سلامة حسين، مصادر القانون الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- محمد حافظ غانم، الوجيز في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، مصر، 1979.
- محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1965.
- محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992
- محمود عاطف البناء، حدود سلطة الضبط الإداري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1992.
- محمد حسني منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
- محسن خليل، القضاء الإداري، بدون دار نشر، مصر، 1990.
- محمد رضا بن حماد، المبادئ الأساسية للقانون الدستوري والأنظمة السياسية، مركز النشر الجامعي تونس، 2006.
- محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012.
- محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقية الجوهرية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- محمد رفعت عبد الوهاب وحسين محمد عثمان، النظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2001.
- محمد صلاح عبد البديع السيد، الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع والقضاء، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2009.

- محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام (المعاهدة الدولية)، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، بدون بلد نشر، 1984.
- محمد سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر الإسلامي، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، مصر، 1996.
- محمد سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 1988.
- محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، 1984.
- محمد سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة، وفي الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي، مصر، 1979.
- محمد سليمان الطماوي، نظرية التعسف باستعمال السلطة، الطبعة 3، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1978.
- محمد عبد الحميد أبو زيد، توازن السلطات ورقابتها، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، مصر، 2003.
- محمد عبد المطلب الخشن، الوضع القانوني لرئيس الدولة في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- محمد عبد الحميد أبو زيد، القضاء الدستوري (شرعا ووضعاً)، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- محمود عاطف البناء، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- مرابط فدوى، السلطة التنفيذية في بلدان المغرب العربي، دراسة قانونية مقارنة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد 2010، 86.
- مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الدستوري والنظم السياسية، دار المطبوعات الجامعي، 1989.
- مصطفى أحمد فؤاد، القانون الدولي العام، القاعدة الدولية، دار النهضة العربية، 2000.
- مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة، الطبعة الأولى، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مكتبة سعيد رأفت، بدون سنة نشر.
- مفيد محمود شهاب، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- مصطفى سليم، الرقابة على دستورية القوانين في الدولة القانونية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- مسراتي سليمة، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2010.

- موريس دوفرليه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري - الأنظمة السياسية الكبرى، ترجمة جورج سعد، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1992.
- منذر الشاوي، القانون الدستوري (نظرية الدستور)، الجزء الثاني، مطبعة شفيق، بغداد، 1971.
- مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة عادل زعيتر، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، مصر، 2013.
- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري الطبعة الرابعة، بدون دار نشر، الجزائر، 2010.
- نبيلة عبد الحليم كامل، الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 2006.
- نبيلة عبد الحليم كامل، الأحزاب السياسية في العالم المعاصر، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
- نعمان احمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
- نواف كنعان، القضاء الإداري، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- هاني علي الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
- وجدي ثابت غابريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
- يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- يحيى الجمل، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 1994.

#### ب- باللغة الأجنبية

- AMSON.D, Droit constitutionnel et institutions politiques, Edition Litec, Paris, 2000.
- ARDANT.Ph, Les institutions de la V<sup>ème</sup> République, Hachette, 7<sup>ème</sup> édition, Paris, 2001.
- AVRIL.P, GICQUEL.J, Le conseil constitutionnel, Montchrestien, 5<sup>ème</sup> édition, Paris, 2005.
- AVRIL.P et GICQUEL.J ,Droit parlementaire ,2<sup>ème</sup> édition ,Paris,1996.
- BENOIT.J ,Droit constitutionnel et institutions politiques ,8<sup>ème</sup> édition ,Daloz,1991.
- BURDEAU.G, Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques ,1948.
- CADART.J, Institutions politique et droit constitutionnel,3<sup>ème</sup> édition Economica, 1990.
- CAMBOT.P, La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en essanges ,Economica,1998.
- CHAGNOLLAND. D, Droit constitutionnel contemporain ,Sery ,Paris,1999.
- CHAPUS.R, Droit administratif général, Tome 4,4<sup>ème</sup> édition ,1988.
- COURBE.P, Institution général au droit ,Daloz Edition ,1990.

- CZSSIAT.P et SAULNIER.E, Control de constitutionnalité aposterions et contrôle de conventionalité de la loi ,2008
- DEBBASCH.Ch, Contentieux administratif, 7<sup>ème</sup> édition ,Daloz, Paris 1999.
- DEBBASHI.R, Droit constitutionnel,3<sup>ème</sup> édition, Juris classeur,2002.
- DIMITRI .G et LAVROFF, Le droit constitutionnel de V<sup>ème</sup> République,3<sup>ème</sup> édition, 1999.
- DIMITRI.L, Les système politique français la V<sup>ème</sup> République,4<sup>ème</sup> édition, Daloz,1986.
- DUGUIT.L, Traite de droit constitutionnel, Tome 02,3<sup>ème</sup> édition , 1928.
- DUVERGER. M , Institutions politique et droit constitutionnel ,Paris,1970 .
- FAVOREU.L ,Le principe de constitutionnalité ,Essai de définition d'après la jurisprudence du conseil constitutionnel ,1975.
- FREDERIK et MOUTON.L, Point de vue d'outre atlout que sur le conseil constitutionnel , 1988.
- FRNCOIS.L et GERARD.C, Le constitution de la République Française ,Economica 1987 .
- GIQUEL.J, Droit constitutionnel et institutions politiques,16<sup>ème</sup> édition Montchrestien, 1999.
- GIQUEL.J, Droit constitutionnel et institutions politiques ,Montchrestien,1995.
- GIQUEL.J ,Droit constitutionnel et institutions politiques ,10<sup>ème</sup> édition ,Paris,1989.
- HAURIOU. A,Droit constitutionnel et institutions politiques,3<sup>ème</sup> édition ,Paris, 1986.
- HAURIOU. A, Droit constitutionnel et institutions politiques,3<sup>ème</sup> édition, Paris, 1968.
- HAURIOU. A,Droit constitutionnel et institutions politiques ,Paris,1975 .
- HAURIOU. A, Le Pouvoir discrétionnaire et sa justification ,Mélangées Carée De Malberg,1933.
- HAURIOU.M, Précis de droit administratif,12<sup>ème</sup> édition,1933.
- HAURIOU.G et GELARD, Droit constitutionnel et institutions politiques, 1989.
- HENRRI.P,Droit administratif ,Paris,1995.
- LAFERIERE.J ,Manuel de droit constitutionnel ,1947.
- LAVROFF.D, Le droit constitutionnel de la V<sup>ème</sup> République ,1999.
- LAUCHAIRE.R,Le conseil constitutionnel et le gouvernement du juge ,1987.
- LECLAQE.C,Droit constitutionnel et institutions politique ,1995 .
- LEBRETON.G, Libertés publiques et droit de l'homme ,Paris ,1995.
- LEMIRE.P,Finances publiques ,8<sup>ème</sup> édition ,Paris,1986.
- LUHAIRE.F et CONAC.G, La constitution de la République française , 2<sup>ème</sup> édition Paris,1987 .
- LIVET.P,L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques ,L.G .D .J, Paris, 1974.
- MDHAFFR.Z, Le pouvoir législatif au Maghreb, Imp. Officielle de la République Tunisienne, Tunis, 1987.
- MARTINEZ.J et DIMALTA.P ,Droit budgétaire,3<sup>ème</sup> édition ,Libraire de la cour de cassation ,Paris ,1999.
- MASSOT.J, Chef de l'Etat et chef du Gouvernement ,La documentation française France, 1993.

- MORANGE.J, libertés publiques ,tome1,les droits de l’homme, Presses Universitaires de France, Paris ,1991.
- OBERDORFF.H, Droit de l’homme et Libertés fondamentales, 2<sup>ème</sup> édition, ALPHA Paris 2010.
- PELOT.M , Institution politique et droit constitutionnel ,Paris ,1975.
- PEISER.G ,Droit administratif (contentieux administratif),14<sup>ème</sup> édition, ,Daloz Paris, 1989.
- PHILLIPE.G, Organisation constitutionnelle et administrative de la France Edition Sierey,3<sup>ème</sup> édition ,1992.
- PORTELLE.H, Droit constitutionnel, 7<sup>ème</sup> édition, Daloz ,Paris ,2007.
- Reymond .Care DEMELBERGE ,La loi expression de la volonté générale de nation Paris, 1931
- RIVERO.J, Droit Administratif, 12<sup>ème</sup> édition, Daloz, Paris, 1986.
- RIVERO.J, Les libertés publiques, P. U. F, Paris ,1973
- ROBERT. A, Tierce opposition et recours pour excès de pouvoir,1992.
- ROUSSEAU.Ch, Droit international public, Tome 01,Paris,1970.
- ROUSSEAU.Ch, La constitution de 1958 et les traités ,1960.
- ROUSSEAU.D, Droit constitutionnel ,12<sup>ème</sup> édition, Paris,2010 .
- ROUSSEAU.D, Droit du contentieux constitutionnel ,2<sup>ème</sup> édition préface de George Vedel. Montchrestien ,Paris,1992
- ROUCHE.J ,Liberté publiques ,Daloz ,Paris,1992.
- SIBERT.M, Traité de droit international public ,Le droit la paix ,Tome 02,Daloz Paris, 1951.
- TERNEYERE.Ph, Point de vue Français sur la hiérarchie des droits fondamentaux Daloz , Economica ,Paris ,1992.
- VEDEL.G, Manuel élémentaire de droit constitutionnel ,Paris,1949.

#### رابعاً:المراجع الخاصة

#### 1-باللغة العربية:

- أشرف للمساوي، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات في إطار التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2009.
- ثروت عبد العال أحمد، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
- جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2012.
- جورجى شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري(دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة)، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- حسنين إبراهيم محمد، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية مصر، 2003.
- حسنين علي إبراهيم، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

- خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، مصر، 2013.
- خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.
- رأفت دسوقي، هيمنة السلطة التنفيذية على أعمال البرلمان، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
- رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
- رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
- زكي محمد النجار، فكرة الغلط في القضاء الدستوري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
- عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية. دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، 2000.
- عبد الرحمن عزاوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الجزء الثاني، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- عبد الرحمن عزاوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الجزء الأول، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- عبد الحفيظ علي الشيمي، قضاء المحكمة الدستورية العليا (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 2003.
- عبد الحفيظ الشيمي رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية القاهرة، 2003.
- عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
- عبد العزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011.
- عبد الله طلبة، القانون الإداري (الرقابة القضائية على أعمال الإدارة. القضاء الإداري)، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، حلب، بدون سنة نشر.
- عبد الله ناصف، حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، 1998.
- عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشروع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.

- عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1970.
- عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها، دار النهضة العربية، مصر 1971.
- عماد محمد محمد أبو حليمة، الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية مصر، 2015.
- عيد أحمد الغفلول، الرقابة القضائية السابقة على دستورية المعاهدات الدولية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر.
- عيد أحمد الغفلول عيد أحمد، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي مصر، 2001.
- عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
- عيد حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
- فهمي حمدان حسن، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامه وتنفيذها وآثارها، دار المجد للطباعة، القاهرة، 2009.
- كامل نبيلة عبد الحليم الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- محمد العصفور، مذاهب المحكمة العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 1958.
- محمد المنجي، دعوى عدم الدستورية، التنظيم القانوني والإجرائي لدعوى عدم الدستورية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- محمود زكي النجار، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجته، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2003.
- محمد صلاح عبد البديع السيد، الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع والقضاء، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
- محمود علي أحمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2016.

- محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية (دراسة تحليلية نقدية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسألة الدستورية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002.
- محمد فوزي النويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستور، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية مصر، 2013.
- محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية مصر، 2013.
- مهند صالح الطراونة، العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الوارد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- وجدي غابريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
- وجدي ثابت غابريال، حماية الحرية في مواجهة التشريع، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1990.
- وليد محمود محمد ندا، دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات السياسية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2015.

## 2- باللغة الفرنسية:

- AUVIGNON, La pluralité de motif dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir, 1971.
- AVRIL.P et GICQUEL.J ,Le Conseil constitutionnel, 3<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, Paris. 1995.
- BOCKEL.A, Le pouvoir discrétionnaire du législateur itinéraires ,Mélange Léo Hamon Economica,1982.
- CHANDERNAGOR.A, Un parlement pourquoi faire ?,Edition Gallimard, France,1967.
- De LAUBADERE, Traité de droit administratif, Tome 1,9<sup>ème</sup> édition, France, 1984.
- D MICHEL, Contribution à la notion du pouvoir discrétionnaire et du détournement de pouvoir ,Paris,1962
- DENDAIS.M, Contribution à la notion du pouvoir discrétionnaire et du détournement de pouvoir ,Bibliothèque de droit et des sciences économiques ,Paris ,1969.
- DUTHEILLET.O, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité, Dalloz 2007.
- FAVOREU.L et Philip.L, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel ,10<sup>ème</sup> édition Dalloz ,Paris, 1999.
- France.M, La déclaration de conformité sous réserve en le conseil constitutionnel et partis politiques ,Paris, Economica ,1988.

- HAURIOU.A ,Le pouvoir discrétionnaire et sa justification, Mélanges .Carré de MALBERGE,1933 .
- LUCHAIRE.F, Le conseil constitutionnel, Tome II, 2<sup>ème</sup> édition, Economica, Paris, 1998.
- LONG M et WEIL.P et BRAIBANT. B, Les grands arrêtés de la jurisprudence administrative ,6<sup>ème</sup> édition ,1974 .
- MORGANE.G ,Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16 ,Dalloz ,Paris 1982.
- PHILIP.L, La valeur juridique de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 Aout 1789 selon la jurisprudence du conseil constitutionnel ,Mélange Kaysser,1979.
- ROUSSEAU.D, Préface de Georges VEDEL, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, 2010.
- ROUSSEAU.D, Droit du contentieux constitutionnel, Paris, Montchrestien, 2005.
- ROUSSEAU.D, Droit du contentieux constitutionnel,4<sup>ème</sup> édition ,Montchrestien 1995.
- ROUSSEAU.H, Le conseil constitutionnel ,3<sup>ème</sup> édition ,Dalloz,1996.
- TOSI.S, Equilibre et déséquilibre dans la fonction législative en droit parlementaire comparé, Institut Universitaire Européen, France,1979.
- VEDEL.G, Réflexion sur quelque rapport de la jurisprudence du conseil d'Etat la jurisprudence du conseil constitutionnel ,Mélange Chapus,1992.
- YELLES CHAOUICHE.B, Le conseil constitutionnel en Algérie du contrôle de constitutionnalité à la créativité normative, O. P. U, Alger , 1999.

خامسا:رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

أ-باللغة العربية

- أحمد محمد أمين،حدود السلطة التشريعية (دراسة مقترنة بين الشريعة الإسلامية والنظامين المصري والفرنسي،أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق،جامعة القاهرة،2001.
- حنفي علي جبالي،المسؤولية عن القوانين ،دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في الحقوق،جامعة عين شمس 1987.
- دعاء الصاوي يوسف،القوانين الأساسية وعلاقتها بالسلطة والحريات - دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة القاهرة،2008.
- رضا عبد الله حجازي،الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه،2001 .
- راغب جبريل خميس راغب سكران،الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق جامعة الإسكندرية،بدون سنة نشر.
- طارق فتح الله خضر،دور الأحزاب السياسية في ظل النظام النيابي ، أطروحة دكتوراه،جامعة عين شمس 1986.

- عبد الرحمن عزاوي، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007.
- عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي. دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001.
- كاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، أطروحة دكتوراه في القانون العام جامعة مولود معمري بتيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011.
- لزرق حبشي، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماداتها، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، 2012-2013.
- محمد بورايو، السلطة التنفيذية في النظام الدستوري الجزائري بين الوحدة و الثنائية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، جوان 2012
- محمد فريد سيد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق قسم القانون العام، 1989 .
- مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجيلاي اليابس بسيدي بلعباس، 2005.
- نصر الدين بن طيفور، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة سيدي بلعباس 2003 .
- نعمان احمد الخطيب، الأحزاب السياسية ودورها في أنظمة الحكم المعاصر، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1983.
- وليد شريط، السلطة التشريعية من خلال التطور الدستوري الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2011-2012.
- أمزيان كريمة، دور القاضي الإداري في الرقابة على القرار الإداري المنحرف عن هدفه المنحرف، شهادة ماجستير في القانون الإداري، جامعة الحاج لخضر (باتنة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2011/2010.
- رابح بوسالم، المجلس الدستوري الجزائري (تنظيمه وطبيعته)، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري بقسنطينة، سنة 2004-2005.

-خالد بالجيلالي، السلطة التشريعية في الدستور الجزائري، دراسة مقارنة مع الدستورين الفرنسي والمصري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان السنة الجامعية 2011-2012.

#### ب- باللغة الفرنسية

- BERNOUSSI EL IDRISSE.N, Le contrôle de constitutionnalité au MAGHREB- Essai d'interprétation de l'action des organes de contrôle en ALGERIE, au MAROC et en TUNISIE, Thèse du doctorat d'Etat, Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de RABAT, Université Mohamed V, 1998.
- COMBOT.P, La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, thèse , Economica, 1998.
- EMILE.V, De la nécessité des parties organisés en régime parlementaire ,Thèse Paris,1933.
- MARINESE.V,L'idéal législatif du conseil constitutionnel étude sur les qualités de la loi, Thèse pour le doctorat en droit, Université PARIS-X-Nantte, 2007.
- MAUCUIR, L'ordonnance en droit public Français contemporain ,Thèse ,1967.
- ROUDIER.K, Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne, Thèse pour le doctorat en droit public, faculté de droit, Université du sud Toulon Var, France,2011 .
- RIVERO.J, Les mesures de droit intérieur administratif ,Thèse ,Paris ,1934.
- THIBAUD.V ,Le raisonnement du juge constitutionnel Jalons pour une structuration herméneutique du discours juridique, Thèse de doctorat en droit public, Université lumière Lyon 2, Faculté de droit et science politique, 2011.

#### سادسا:المقالات

##### أ- باللغة العربية:

- أحمد حافظ نجم، السلطة التقديرية للإدارة ودعاوى الانحراف بالسلطة ،مجلة العلوم الإدارية، ديسمبر 1982، العدد الثاني.
- أحمد فتحي سرور، الرقابة القضائية على دستورية القوانين،مجلة الدستورية، أكتوبر 2005، العدد الثاني، السنة الثالثة.
- أحمد كمال أبو المجد، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر،مجلة الدستورية، يناير 2003، السنة الأولى، العدد الأول.
- الطاهر خويضر، دور اللجان البرلمانية المتساوي الأعضاء في العملية التشريعية،مجلة الفكر البرلماني،مجلة متخصصة في الدراسات البرلمانية الصادرة عن مجلس الأمة الجزائري ،أفريل 2004، العدد5.

- بوزيان عليان، القيمة الدستورية بمبدأ العدالة الاجتماعية والحماية القضائية له. دراسة تطبيقية مقارنة على الدساتير العربية الحديثة، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جوان 2013، العدد 10.
- بوزيد لزهاري، الدور التشريعي لمجلس الأمة، مجلة ملتقى المؤسسات، مجلة دورية تصدرها وزارة العلاقات مع البرلمان، جانفي 2006، العدد الأول.
- جلول شيتور، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، بدون سنة نشر، العدد 04.
- حسين البحري، دور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية في النظام البرلماني البريطاني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2008، المجلد 24، العدد 61.
- حنفي علي جبالي، المخالفة الموضوعية للدستور، مقال منشور بمجلة الدستورية، مجلة تصدرها المحكمة الدستورية العليا في مصر، ابريل 2004، العدد الخامس، السنة الثانية.
- حنفي علي جبالي، الدعوى الدستورية، المخالفة الشكلية للدستور، مقال منشور بمجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في مصر، اكتوبر 2003، العدد الرابع، السنة الأولى.
- خالد ذهنية، أساليب عمل المجلس الدستوري في مجال رقابة المطابقة للدستور ورقابة الدستورية، مجلة الفكر البرلماني، نوفمبر 2006، العدد 14.
- سرين طلبه، الرقابة على دستورية القوانين، مقال بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2011، المجلد 27، العدد الأول.
- طه طيار، المجلس الدستوري الجزائري (تقديم وحوصلة لتجربة قصيرة)، مجلة الإدارة، 1996، العدد الثاني، الجزائر.
- عبد الرحمن عزاوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، الإغفال التشريعي نموذجا، مقالة بمجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، العدد 10.
- عبد الرحمن عزاوي، آليات تنظيم العملية التشريعية طبقا لأحكام الدستور والقانون العضوي رقم 02/99 المتعلق بتنظيم العلاقة البينية لغرفتي البرلمان والحكومة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، 2006، العدد 4.
- عبد الرحمن عزاوي، فئة القوانين العضوية أو النظامية وفقا للدستور الجزائري المعدل سنة 1996، المجلة القانونية التونسية، 2002، العدد 04.

- عبد العزيز محمد سلمان، رقابة الإغفال التشريعي، مقال منشور بمجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في مصر، أبريل 2000، العدد 15، السنة السابعة.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مخالفة التشريع بالدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة المصري، يناير 1952، السنة الثالثة.
- عبد الله عبد الرحمن السعيد، ضوابط السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة الدراسات القانونية تصدره كلية الحقوق بجامعة اسبوط، يوليو 2003، العدد 23.
- عيد أحمد الحسان، فعالية الحقوق الأساسية في تقييد الصلاحية التقديرية للمشروع، دراسة مقارنة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، 2012، العدد 2.
- غسان سليم عرنوس، العلاقة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في النظام السياسي السوري، مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون، مجلة تصدرها كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السادسة والعشرون، افريل 2012، العدد 50.
- لمين شريط، واقع البيكاميرالية في العالم ومكانة التجربة الجزائرية فيها، مجلة الفكر البرلماني، ديسمبر 2002، العدد الأول، الجزائر .
- محمود عاطف البناء، حدود سلطة الضبط الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، 1980، العددين 03 و04.
- محمد عبد اللطيف، رقابة الدستورية اللاحقة في فرنسا، مجلة الدستورية، أكتوبر 2009، العدد السادس عشر، السنة السابعة، هامش 01 و02 و03.
- محمد محمد عبد اللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في 23 يونيو 2008، مجلة الحقوق بالكويت، سبتمبر 2010، العدد الثالث، السنة 34.
- محمد هلال الرفاعي، تنامي دور السلطة التنفيذية في النظام الرئاسي الأمريكي، دراسة تحليلية، جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2010، دمشق، المجلد 26، العدد الثاني .
- مراد بدران، الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124 من الدستور، النظام القانوني للأوامر، مجلة الإدارة، المجلد الأول، 2000، العدد 02.
- مسعود شيهوب، نشأة وتطور نظام الغرفتين البرلماني، مجلة الفكر البرلماني، ديسمبر 2000، الجزائر، العدد الأول.
- نبيل صقر، قراءة نقدية في دستورية التشريعات المقيدة للحريات في النظامين الجزائري والفرنسي، مجلة النائب، مجلة دورية يصدرها المجلس الشعبي الوطني، 2005، الجزائر، العددان 5 و6، السنة الثالثة.

-نصر الدين معمري،التشريع عن طريق المبادرة،مجلة النائب،مجلة دورية يصدرها المجلس الشعبي الوطني،السنة الثانية،2004، الجزائر، العدد الرابع.

- هاني الطهراوي،رقابة الامتناع على دستورية القوانين وموقف القضاء الأردني،مجلة الزرقاء للبحوث ، 2000 ،العدد الأول.

- يسرى محمد العصار،رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع ، مجلة الدستورية،أكتوبر2010،العدد18،السنة الثامنة.

-يسري محمد العصار الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا،بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2008،المجلة الدستورية،أكتوبر2009،القاهرة،العدد السادس عشر،السنة السابعة.

#### ب-باللغة الفرنسية:

- ARDANT. Ph, Institution politique et droit constitutionnel,12<sup>ème</sup> édition, L .G .D. J, Paris, 2000 .

-BARTHELEMY.J, La dérogation aux loi par le pouvoir législatif et plus spécialement du pouvoir pour le parlement de faire des lois pénales spéciales applicables rétroactivement a certains infractions déterminées, R.D.P,1970.

-BARANGER.D, Le droit constitutionnel ,3<sup>ème</sup> édition ,P .U.F,2006.

- BARDEAU.G, Droit constitutionnel et institution politiques, Paris ,L .G. D .J, 1980.

-BERRAMDANE.A, La loi organique et l'équilibre constitutionnel ,R.D.P 1995,N°03.

-BOUNARD.R, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le cours pour excès de pouvoir, R.D.P, France,1989.

-BURDEAU.G, Traité de science politique,2<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J , Paris,1970.

- CADOUX.Ch, Droit constitutionnel et institution politiques ,C.U.J.A.S,4<sup>ème</sup> édition , 1995.

- CADART.J, Institutions politiques et droit constitutionnel ,Tome 01,2<sup>ème</sup> Edition ,L.G.D.J, Paris,1979.

-CAILLE.P,L'état d'urgence ,R.D .P,2007.

-Claude ACQUAVIVA.J, Droit constitutionnel et Institutions Politiques, gualino édition, E.J.A, Paris, 2007.

-Claude ACQUAVIVA.Jean,Droit constitutionnel et institutions politique,7eme édition, Gaulino ,P.U. F ,2004.

-DEOUY.Ch ,Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse P.U.F, Paris,1980.

- DHOMMEAUX.J, La conclusion des engagements internationaux en droit française, A.F.D.I,1975.

- DJEBBAR.A, La loi et le règlement dans la constitution du 28 novembre1996, 1997, volume 07Revue Idara N°07

- EISENMANN.Ch ,Cous de droit administratif ,tom II,L.G.D.J,1993.

- EL CHARKAWI.S, Les groupes de pression et le droit constitutionnel ,R.D.E.P,1973,N°01.

-EISENNMAN.Ch, Le droit administratif et le principe de la légalité ,E.D.C.E,1957.

- FAVEREU.L ,Bloc de constitutionnalité in la direction de Oliver Duhamel et Yves Meny Paris ,P.U.F ,1992.
- FAVOREUX.L et PHILIP.L, Le conseil constitutionnel, 3<sup>ème</sup> édition, PUF, Paris, 1978.
- FAVOREU.L, Le droit constitutionnel jurisprudentiel,1983-1986 ,R.D.P ,1986.
- FERNAND.S ,La notion de détournement de pouvoir en droit communautaire ,A.J.D.A,20 janvier 1990.
- FAVOREU.L,La protection des droits et libertés fondamentaux ,A.I.J.C ,1985 .
- GUICHARD.A, Etudes sur le parlement de la V<sup>ème</sup> République ,P U F, Paris,1965
- GAUTIER et MALLERAY.F,Le Refus du conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire, A.J.D.A,2004 .
- LEBEN Ch, Le conseil constitutionnel et le principe de légalité devant la loi , R.D.P,1982.
- LAUCHAIRE.F,Introduction au colloque ,Conseil constitutionnel et conseil d'Etat L.G.D.J ,Paris,1988.
- LAURENT.H ,La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du conseil constitutionnel ,R.D.P,1986.
- MAUS.D,Le parlement sous la V<sup>ème</sup> République ,que sais-je ? ,P. U. F, 1985.
- MDHFFAR.Z, Le pouvoir législatif au Maghreb ,Tunis ,C.E.R.P,1987 .
- MORANGE.J, La liberté d'association en droit public , PUF, paris , 1977 .
- MICHOUD.L, Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration ,R.G.A ,1914.
- MORGANE ,Valeur juridique des principes coutume dans les déclaration de droit , R.D.P,1945.
- OBERDORFF.H et Jacques Robert, Libertés fondamentales et droits de l'homme, 5<sup>ème</sup> Edition, L.G.D.J, Paris, 2000.
- PIERRE.L,L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques ,L.G .D .J, Paris, 1974.
- PIERRE.L ,Abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines, L.G.D.J ,1962 .
- PHILIPPE. A,Institutions politique et droit constitutionnel,12<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J,Paris 2000.
- Pierre COMBY.J, La loi organique dans la constitution de 1958 ,R.D.P , 1989,N°05 .
- Pierre CAMBY.J,Le droit l'amendement ,R.D.P .N°06 ,L.G.D .J, Paris ,2000
- Revue française de droit constitutionnel N°25 du1995 jurisprudence du conseil constitutionnel du 01 octobre -31 décembre 1995.
- RILLIR.I,Le chef de l'Etat et le juge constitutionnel gardien de la constitution ,R.D.P 1999, N°04.
- RIVERO.J, Des juges qui ne veulent pas Gouverner, A.J.D.A, 1975.
- ROUX.A,Le nouveau Conseil Constitutionnel , J.C.P,2008, N°31.
- TRICOT et LEBEL ,Les institutions politique française, R.D.P,1985.
- TURPIN.D, Contentieux constitutionnel,2<sup>ème</sup> édition ,P.U.F, 1994.
- VEAUX.C,La fraude à la constitution ,Essai d'un analyse juridique des révolutions communautaire ,Italie ,Allemagne, France ,R.D.P ,1993.
- VEDEL.G,La Place de Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité »La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la Jurisprudence ,Colloque des 25 - 26Mai au Conseil constitutionnel ,Paris ,P.U.F,1989.

- VEDEL.G,La Déclaration des droits de l'homme et la Jurisprudence ,P.U.F ,1989.
- VENEZIA ,Le Pouvoir discrétionnaire de la l'administration ,L.G.D.J,1959.
- VIDAL.R ,L'évolution de détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative R.D.P,1952 .

#### سابعاً: الملتقيات والمؤتمرات والأيام الدراسية

- محمد رضا بن حماد تأويل نصوص الدستور والتطبيقات القضائية لدى المحاكم والمجالس الدستورية العربية، أعمال الملتقى العلمي الثالث بالكويت ديسمبر 2005 نشرية اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، دار نوبار للطباعة، القاهرة، 2007 .

- MATHIEU.B, Les décisions créatrices du conseil constitutionnel ,Colloque du cinquantenaire du conseil constitutionnel, 3 Novembre 2008.
- YALLES CHAOUCH.B,La technique des réserves dans la jurisprudence du conseil constitutionnel Algérien ,L a justice constitutionnelle au Maghreb ,04journnées maghrébines de droit constitutionnel Mustapha Chaker06et07 mars 2008,Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis.

#### ثامناً: القواميس

- قاموس لسان العرب لابن المنصور (مادة نسب).
- Advanced Oxford dictionary, London 1995, Paris,1987.
- Dictionnaire petit la rousse, Paris,1987.

#### الفهرس

##### دعاء

شكر وإهداء.....	أ-ب
قائمة لأهم المختصرات.....	ج
مقدمة.....	ص2
الباب الأول: الإطار العام للسلطة التقديرية للمشرع.....	ص21
الفصل الأول: ماهية السلطة التقديرية للمشرع.....	ص24
المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للمشرع و مصادرها.....	ص25
المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للمشرع.....	ص26
الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية و التمييز بينهما و بين ما يختلط من مفاهيم.....	ص26
أولاً: السلطة التقديرية و الاختصاص المقيد.....	ص27
ثانياً: السلطة التقديرية و السلطة المقيدة.....	ص28
ثالثاً: السلطة التقديرية والسلطة المطلقة.....	ص31

الفرع الثاني: تعريف السلطة التقديرية للمشرع.....	ص 32
أولاً: تعريف السلطة التقديرية للإدارة.....	ص 32
ثانياً: تعريف السلطة التقديرية للمشرع .....	ص 34
ثالثاً: رأي الفقه الإسلامي من مفهوم السلطة التقديرية.....	ص 39
المطلب الثاني: مصادر السلطة التقديرية للمشرع.....	ص 40
الفرع الأول: الدستور مصدر السلطة التقديرية للمشرع.....	ص 41
أولاً: طبيعة العلاقة بين الدستور والقانون.....	ص 41
ثانياً: خصائص النصوص الدستورية التي تنظم عمل المشرع.....	ص 43
أ- عدم تقييد المشرع بإتباع أسلوب معين في ممارسة اختصاصه التشريعي.....	ص 43
ب- عمومية النصوص الدستورية وصفتها الإرشادية.....	ص 44
ج- إحالة المؤسس الدستوري على المشرع لتنظيم مسائل معينة.....	ص 48
الفرع الثاني: القضاء الدستوري كمصدر للسلطة التقديرية للمشرع.....	ص 49
أولاً: دور القاضي الدستوري في تفسير النصوص والمبادئ الدستورية.....	ص 50
ثانياً: المبادئ العامة للقانون كمصدر للسلطة التقديرية للمشرع.....	ص 54
أ- القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون.....	ص 55
ب- المبادئ ذات القيمة الدستورية كمصدر من مصادر السلطة التقديرية للمشرع.....	ص 58
المبحث الثاني: نطاق السلطة التقديرية للمشرع.....	ص 62
المطلب الأول: نطاق السلطة التقديرية للمشرع .....	ص 64
الفرع الأول: مظاهر السلطة التقديرية للمشرع فيما يخص العناصر الخارجية في القانون.....	ص 64
أولاً: نطاق السلطة التقديرية للمشرع بالنسبة لركن الاختصاص.....	ص 65
أ- تعريف ركن الاختصاص.....	ص 65
ب- سلطة المشرع فيما يتعلق بركن الاختصاص.....	ص 72
ثانياً: نطاق السلطة التقديرية للمشرع في ركن الشكل والإجراءات.....	ص 74
أ- ركن الشكل والإجراءات في القانون.....	ص 74
ب- سلطة المشرع في عنصر الشكل والإجراءات.....	ص 78
الفرع الثاني: نطاق السلطة التقديرية للمشرع فيما يخص عناصر المشروعية الداخلية أو الموضوعية في القانون.....	ص 79

أولا: نطاق السلطة التقديرية للمشرع في ركن المحل.....	ص 80
أ-التعريف بمحل القانون.....	ص 80
ب- مدى سلطة المشرع في ركن المحل.....	ص 82
ثانيا: نطاق السلطة التقديرية للمشرع في ركن السبب.....	ص 86
أ-التعريف بركن السبب في القانون.....	ص 86
ب- مدى سلطة المشرع فيما يخص ركن السبب.....	ص 88
ثالثا: نطاق السلطة التقديرية للمشرع في ركن الغاية.....	ص 89
أ-التعريف بركن الغاية كركن من أركان القانون.....	ص 89
ب-مدى سلطة المشرع التقديرية في ركن الغاية.....	ص 90
المطلب الثاني:أساس السلطة التقديرية للمشرع.....	ص 92
الفرع الأول:الأساس الاجتماعي والسياسي لسلطة المشرع التقديرية.....	ص 93
أولا:الأساس الاجتماعي والسياسي للسلطة التقديرية للمشرع.....	ص 93
ثانيا:الأساس السياسي للسلطة التقديرية للمشرع.....	ص 95
الفرع الثاني: الأساس القانوني للسلطة التقديرية للمشرع.....	ص 98
أولا:الاتجاهات الفقهية في تحديد أساس السلطة التقديرية بصفة عامة.....	ص 98
أ-نظرية المؤسسة كأساس للسلطة التقديرية.....	ص 98
ب-نظرية توزيع القواعد القانونية كأساس لتحديد السلطة التقديرية عند كلسن(النظرية الخالصة للقانون).....	ص 101
ج- أساس السلطة التقديرية للمشرع هو علاقة المشروعية بين النص التشريعي والنص الدستوري عند Eisenman(ايزنمان).....	ص 104
ثالثا:المعيار الذي نعتمده كأساس لسلطة المشرع التقديرية.....	ص 105
الفصل الثاني: العوامل المؤثرة على السلطة التقديرية للمشرع.....	ص 110
المبحث الأول:العوامل المؤثرة في التشريع ذاته.....	ص 111
المطلب الأول: تطور العلاقة بين الدستور والقانون.....	ص 112
الفرع الأول: أثر تطور العلاقة بين الدستور والقانون.....	ص 113
أولا: تطور مفهوم الدستور و ازدياد حجم القواعد ذات القيمة الدستورية.....	ص 113

- أ-ازدياد حجم القواعد ذات القيمة الدستورية.....ص115
- 1-القيمة الدستورية لقواعد الحقوق والحريات العامة.....ص115
- 2- القواعد التي تعبر عن قيم المجتمع السياسية والاجتماعية والاقتصادية ذات القيمة الدستورية والمبادئ الدستورية ذات النشأة القضائية.....ص117
- ب-مدى تأثير المجموعة الدستورية على القانون.....ص120
- ثانيا :تطور العلاقة بين القواعد الدستورية والقوانين العضوية.....ص122
- أ- سلطة المشرع اتجاه القوانين العضوية.....ص123
- ب-طبيعة العلاقة بين القوانين العضوية والقواعد الدستورية.....ص125
- 1-مركز القوانين العضوية ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية.....ص125
- 2- تطور العلاقة بين القواعد الدستورية والقوانين العضوية.....ص128
- الفرع الثاني:مدى تأثير الحقوق والحريات الأساسية على السلطة التقديرية للمشرع.....ص132
- أولا:طبيعة تدخل المشرع في مجال الحقوق والحريات العامة.....ص133
- أ-فيما يخص الحقوق والحريات العامة غير القابلة للتنظيم التشريعي.....ص133
- ب-فيما يخص الحقوق والحريات العامة القابلة للتدخل التشريعي.....ص136
- ثانيا:مدى تأثير الحقوق والحريات العامة على إرادة المشرع.....ص138
- أ-مدى فعالية الحقوق والحريات العامة على السلطة التقديرية للمشرع.....ص138
- ب-أمثلة لفعالية الحقوق والحريات العامة على السلطة التقديرية للمشرع.....ص141
- 1-مدى تأثير الحق في العمل على السلطة التقديرية للمشرع.....ص142
- 2-مدى تأثير بعض الحقوق والحريات الأساسية ذات الطابع الاقتصادي على السلطة التقديرية للمشرع.....ص143
- المطلب الثاني:الأدوات القانونية المقيدة للمشرع من الناحية الإجرائية.....ص145
- الفرع الأول:مدى اعتبار النظام القانوني للمعاهدات الدولية كقيد على سلطة المشرع.....ص146
- أولا:طبيعة العلاقة بين المعاهدات الدولية والقانون الداخلي.....ص147
- أ-موقف الفقه والقضاء الدوليين من طبيعة العلاقة بين القانونين الدولي والداخلي.....ص147
- ب-موقف الأنظمة القانونية الداخلية من العلاقة بين القانونين الداخلي والدولي.....ص149
- ثانيا: مدى اعتبار المعاهدات الدولية قيда على حرية المشرع.....ص151
- الفرع الثاني:مدى تأثير النظام الإجرائي للقوانين العضوية على سلطة المشرع في سن القوانين.....ص154

أولاً: النظام الإجرائي للقوانين العضوية كقيد على حرية المشرع في كل من الدستور الفرنسي والجزائري والمصري.....	ص155
أ- إجراءات سن وإقرار القوانين العضوية في كل من الدستور الفرنسي والجزائري والمصري.....	ص156
ثانياً: مدى اعتبار القوانين العضوية كقيد على حرية المشرع في سن التشريعات العادية.....	ص159
المبحث الثاني: العوامل المؤثرة في عمل السلطة التشريعية.....	ص163
المطلب الأول: مدى تأثير السلطة التنفيذية على عمل السلطة التشريعية.....	ص163
الفرع الأول: أثر المفاهيم الحديثة لتوزيع الاختصاص بين القانون واللائحة على عمل السلطة التشريعية.....	ص164
أولاً : تطور العلاقة بين القانون اللائحة أو التنظيم.....	ص165
ثانياً: حجية الاختصاص التشريعي في مواجهة المشرع.....	ص170
أ- أثر مبدأ الانفراد التشريعي المطلق على سلطة المشرع.....	ص171
ب- أثر مبدأ الانفراد التشريعي النسبي على سلطة المشرع.....	ص175
الفرع الثاني : تدخل السلطة التنفيذية في الوظيفة التشريعية.....	ص176
أولاً : سيطرة الحكومة على الوظيفة التشريعية.....	ص177
أ- تعزيز دور الحكومة في المبادرة بمشاريع القوانين.....	ص177
ب- تفوق الحكومة في ضبط جدول أعمال البرلمان ومساهمتها في مرحلة دراسة النص القانوني.....	ص180
ثانياً : وسائل توجيه عمل البرلمان وآليات التحكم فيه.....	ص185
أ- وسائل التأثير والتوجيه على عمل البرلمان.....	ص185
ب- آليات التحكم في عمل البرلمان.....	ص186
ج- حالات استثناء رئيس الجمهورية بالوظيفة التشريعية.....	ص189
د- سيطرة رئيس الجمهورية على البرلمان في الظروف غير العادية.....	ص192
ثالثاً: بعض الموضوعات التي يظهر فيها المشرع كأداة للتصديق على أعمال السلطة التنفيذية.....	ص195
أ- دور البرلمان في مراحل إبرام المعاهدات الدولية وإقرارها.....	ص195
ب- انحسار الدور التشريعي للبرلمان في المجال المالي.....	ص200
المطلب الثاني: عوامل أخرى مؤثرة على العمل التشريعي.....	ص204
الفرع الأول: مدى تأثير الأحزاب السياسية على عمل البرلمان.....	ص204

أولا: دور الأحزاب السياسية في مرحلة الترشح والانتخاب.....	ص205
أ- دور الأحزاب السياسية في اختيار أعضاء البرلمان.....	ص205
ب- مدى تأثير الأحزاب السياسية في سير العملية التشريعية.....	ص206
ثانيا: دور الأحزاب السياسية في التأثير على عمل السلطة التشريعية.....	ص207
الفرع الثاني: مدى تأثير جماعات الضغط واللجان البرلمانية على عمل السلطة التشريعية.....	ص209
أولا: مدى تأثير جماعات الضغط على عمل البرلمان.....	ص210
أ- تعريف جماعات الضغط و أنواعها.....	ص210
ب- دور جماعات الضغط ووسائل تأثيرها على عمل البرلمان.....	ص212
ثانيا: دور اللجان البرلمانية في السيطرة على مشاريع أو اقتراحات قوانين.....	ص215
الباب الثاني: الحدود الدنيا لرقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع.....	ص223
الفصل الأول: رقابة المجلس الدستوري على عناصر المشروعية الخارجية في القانون.....	ص225
المبحث الأول: الأسس العامة للرقابة على دستورية القوانين في النظم المقارنة.....	ص226
المطلب الأول: الرقابة على دستورية القوانين بصفة عامة.....	ص227
الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء من خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء.....	ص227
أولا: موقف الفقه حول خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء.....	ص228
أ- الرأي المعارض لرقابة القضاء على دستورية القوانين.....	ص228
ب- الرأي المؤيد لرقابة القضاء على السلطة التقديرية للمشرع.....	ص232
ثانيا: موقف القضاء من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع.....	ص235
أ- موقف المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع.....	ص236
ب- موقف المجلس الدستوري الفرنسي من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع.....	ص237
ج- موقف القضاء من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع في الدستورين المصر والجزائر.....	ص238
الفرع الثاني: أساليب ممارسة الرقابة على دستورية القوانين وحدودها.....	ص240
أولا: أساليب ممارسة الرقابة على دستورية القوانين.....	ص240
أ- الرقابة السياسية كأسلوب من أساليب ممارسة الرقابة الدستورية.....	ص241
1- الرقابة السياسية على دستورية القوانين في فرنسا.....	ص242
2- الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر.....	ص245

- ب- الرقابة القضائية على دستورية القوانين.....ص 247
- 1- مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين و أهميتها وطرق تحريكها.....ص 248
- 2- تطبيقات للرقابة القضائية على دستورية القوانين.....ص 250
- ثانيا: الضوابط التي يلتزم بها القاضي الدستوري في رقابته على دستورية القوانين.....ص 254
- أ- الضوابط أو الحدود العامة للرقابة الدستورية.....ص 255
- 1- الرقابة الدستورية تتم داخل الدستور لا خارجه.....ص 255
- 2- الأصل في الرقابة الدستورية بأنها رقابة مشروعية.....ص 258
- ب- الضوابط أو القيود الذاتية للرقابة الدستورية.....ص 260
- المطلب الثاني: مدى حجية الأحكام أو القرارات الصادرة عن القاضي الدستوري.....ص 263
- الفرع الأول: مدى حجية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري.....ص 264
- أولا: مدى حجية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي في الدعوى الدستورية.....ص 265
- أ- القوة القانونية للقرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي.....ص 265
- ب- الآثار القانونية المترتبة عن القرارات الصادرة من المجلس الدستوري الفرنسي.....ص 267
- ثانيا: مدى حجية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في الدستور الجزائري.....ص 268
- أ- مدى حجية القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في الجزائر.....ص 269
- ب- مدى حجية آراء المجلس الدستوري التونسي وقراراته في الدعوى الدستورية.....ص 271
- الفرع الثاني: مدى حجية الأحكام الصادرة عن كل من المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية والمحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى الدستورية.....ص 273
- أولا: مدى حجية الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية في الدعوى الدستورية.....ص 274
- أ- القوة القانونية للأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية في الدعوى الدستورية.....ص 274
- ب- الآثار القانونية المترتبة على الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية بعدم الدستورية...ص 275
- ثانيا: القوة القانونية للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في مصر والآثار القانونية المترتبة عليها.....ص 276
- أ- القوة القانونية للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية.....ص 276
- ب- الآثار القانونية المترتبة على الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية.....ص 278

المبحث الثاني: دور القاضي الدستوري في الرقابة على عناصر المشروعية الخارجية في التشريع.....	ص280
المطلب الأول: رقابة القاضي الدستوري على عيب مخالفة المشرع لقواعد الاختصاص (عيب عدم الاختصاص).....	ص281
الفرع الأول: رقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص الايجابي للمشرع.....	ص282
أولاً: رقابة القاضي الدستوري على كل من عيب عدم الاختصاص العضوي والموضوعي.....	ص283
أ- رقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص الشخصي أو العضوي.....	ص284
ب- رقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص الموضوعي.....	ص288
ثانياً: رقابة القاضي الدستوري على كل من عيب عدم الاختصاص الزمني والمكاني.....	ص291
أ- رقابة القاضي الدستوري في الرقابة على عيب عدم الاختصاص الزمني.....	ص292
ب- رقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص المكاني.....	ص294
الفرع الثاني: دور القاضي الدستوري في الرقابة على عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع.....	ص294
أولاً: تحديد مفهوم عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع.....	ص296
أ- التمييز بين مفهوم عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع و ما يختلط به من مفاهيم مشابهة.....	ص296
1- التمييز بين مفهوم عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع وبين الإغفال التشريعي.....	ص297
2- التمييز بين عدم الاختصاص السلبي للمشرع والقصور التشريعي.....	ص299
ب- حالات عدم الاختصاص السلبي للمشرع محل الرقابة الدستورية.....	ص300
ثانياً: موقف الفقه والقضاء حول مدى اعتبار عدم الاختصاص السلبي للمشرع عيباً دستورياً.....	ص302
أ- موقف الفقه من الرقابة على عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع.....	ص303
1- الاتجاه الفقهي الرافض لرقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع.....	ص303
2- الاتجاه الفقهي المؤيد للرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع.....	ص305
ب- موقف القاضي الدستوري من عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع.....	ص306
1- موقف كل من المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية العليا في مصر من عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع.....	ص306
2- موقف المجلس الدستوري الجزائري.....	ص309

- المطلب الثاني: رقابة المجلس الدستوري في الرقابة على عيب الشكل والإجراءات.....ص312
- الفرع الأول: عيب الشكل والإجراءات كأحد أوجه عدم الدستورية.....ص313
- أولا: مفهوم عيب الشكل والإجراءات بالنسبة للتشريع.....ص314
- أ- مدى أهمية الشكلية الدستورية.....ص315
- ب- تعريف عيب الشكل والإجراءات بالنسبة للتشريع.....ص316
- ثانيا: القواعد الشكلية والإجرائية اللازمة لسن التشريع المنصوص عليها في الدستور وموقف الفقه والقضاء الدستوريين من التمييز بين القواعد الشكلية والإجرائية الجوهرية وغير الجوهرية بالنسبة للتشريع.....ص318
- أ- القواعد الشكلية والإجرائية اللازمة لسن التشريع المنصوص عليها في الدستور.....ص318
- ب- موقف الفقه والقضاء الدستوريين من التمييز بين القواعد الشكلية والإجرائية الجوهرية وغير الجوهرية بالنسبة للتشريع.....ص322
- الفرع الثاني: رقابة القاضي الدستوري على مخالفة المشرع لقواعد الشكل والإجراءات.....ص324
- أولا: رقابة القاضي الدستوري على العيوب الشكلية التي تلحق بالتشريع في الظروف العادية.....ص324
- أ- رقابة القاضي الدستوري على عيب الشكل والإجراءات بالنسبة للقوانين العضوية.....ص325
- ب- رقابة القاضي الدستوري على مخالفة المشرع لقواعد الشكل والإجراءات بالنسبة للتشريعات العادية.....ص329
- ثانيا: رقابة القاضي الدستوري على العيوب الشكلية التي تلحق بالتشريعات الاستثنائية.....ص333
- أ- رقابة القاضي الدستوري على عيب الشكل والإجراءات الذي يشوب التشريعات الاستثنائية في الدستور الفرنسي والمصري.....ص333
- ب- رقابة القاضي الدستوري في الرقابة على التشريعات الاستثنائية في الدستور الجزائري والتونسي.....ص336
- الفصل الثاني: الحدود الدنيا لرقابة المجلس الدستوري على عناصر المشروعية الداخلية للتشريع.....ص341
- المبحث الأول: رقابة القاضي الدستوري على التناسب في التشريع.....ص343
- المطلب الأول: رقابة التناسب التشريعي والعيوب الذي يلحق محل التشريع.....ص343
- الفرع الأول: مفهوم رقابة التناسب في التشريع.....ص344
- أولا: تعريف التناسب في التشريع والتمييز بينه وبين ما يرتبط به من مفاهيم.....ص345
- أ- تعريف التناسب في التشريع.....ص346

ب- التمييز بين تعريف التناسب التشريعي وما يرتبط به من مفاهيم.....	ص349
ثانيا : المعيار المعتمد لإثبات التناسب التشريعي.....	ص350
الفرع الثاني: رقابة المجلس الدستوري على العيب الذي يلحق محل التشريع.....	ص353
أولا : الرقابة الدستورية على المخالفة الموضوعية(الصريحة والضمنية) لأحكام الدستور.....	ص354
أ- الرقابة الدستورية على المخالفة الموضوعية المباشرة الصريحة لأحكام الدستور.....	ص355
ب- الرقابة الدستورية على المخالفة الموضوعية(الضمنية) لأحكام الدستور.....	ص362
ثانيا: الرقابة الدستورية على امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي.....	ص366
المطلب الثاني: رقابة القاضي الدستوري على عيب السبب في التشريع.....	ص374
الفرع الأول: رقابة القاضي الإداري على عيب السبب في القرارات الإدارية.....	ص376
أولا: موقف الفقه والقضاء الإداريين من الرقابة على عنصر السبب في القرارات الإدارية.....	ص376
أ- موقف الفقه من خضوع عنصر السبب في القرارات الإدارية لرقابة القاضي الإداري.....	ص377
ب- موقف القضاء الإداري من خضوع عنصر السبب في القرارات الإدارية لرقابة القضاء.....	ص378
ثانيا: صور الرقابة القضائية على عيب السبب في القرار الإداري.....	ص379
أ- الرقابة على الوجود المادي للوقائع.....	ص380
ب- رقابة القاضي الإداري على التكييف القانوني للوقائع.....	ص381
الفرع الثاني: رقابة القاضي الدستوري على الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي.....	ص383
أولا: تحديد مفهوم الخطأ الظاهر في التقدير في نطاق القضاء الدستوري.....	ص383
أ- تعريف فكرة الخطأ الظاهر في التقدير في المجال الدستوري.....	ص384
ب- معيار إثبات الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي.....	ص385
ثانيا: موقف الفقه الدستوري وقضاؤه من الرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي.....	ص387
أ- موقف الفقه الدستوري وقضاؤه من الرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير التشريعي.....	ص387
ب- تطبيقات لفكرة الخطأ الظاهر في التقدير في القضاء الدستوري.....	ص389
المبحث الثاني: رقابة القاضي الدستوري على عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.....	ص395
المطلب الأول: ماهية عيب الانحراف التشريعي.....	ص397
الفرع الأول: مفهوم الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.....	ص397
أولا : تعريف عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية وتحديد العلاقة بينه وبين العيوب الدستورية الأخرى.....	ص398

- أ-تعريف فكرة الانحراف بالسلطة في مجال القانون الإداري.....ص399
- ب-تعريف الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.....ص399
- ج-العلاقة بين عيب الانحراف التشريعي والعيوب الدستورية الأخرى التي تصيب التشريع.....ص401
- ثانيا: خصائص عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.....ص402
- أ-عيب الانحراف التشريعي عيب ذاتي يرتبط بالسلطة التقديرية للمشرع.....ص403
- ب-عيب الانحراف التشريعي عيب قصدي.....ص403
- ج-عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية عيب احتياطي.....ص404
- الفرع الثاني: المعيار المعتمد لإثبات عيب الانحراف التشريعي.....ص407
- أولا: المعيار الموضوعي في تحديد الانحراف التشريعي.....ص407
- أ-الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها أو مجاوزة التشريع للغرض المخصص له.....ص408
- ب-مدى احترام الحقوق المكتسبة وكفالة الحقوق والحريات العامة من الناحية الموضوعية.....ص409
- ج-مخالفة التشريع لروح الدستور ومبادئه العليا.....ص410
- ثانيا: أهم الانتقادات الموجهة إلى المعيار الموضوعي للانحراف التشريعي.....ص411
- ثالثا: المعيار الذاتي للانحراف في استعمال السلطة التشريعية.....ص415
- المطلب الثاني: حالات الانحراف في استعمال السلطة التشريعية وتطبيقاتها في القضاء الدستوري..ص417
- الفرع الأول: حالات الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.....ص419
- أولا: الصورة الأولى للانحراف التشريعي هي خروج غاية التشريع عن تحقيق المصلحة العامة.....ص420
- أ-بيان العلاقة بين المصلحة العامة والغاية من التشريع.....ص420
- ب-دور القاضي الدستوري في الرقابة على تقدير المشرع للمصلحة العامة.....ص426
- ثانيا: الصورة الثانية للانحراف التشريعي هي خروج التشريع عن قاعدة تخصيص الأهداف المحددة.ص428
- أ-الاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة أن مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف يعتبر انحرافا في استعمال السلطة التشريعية.....ص429
- ب-الاتجاه الفقهي الراض لاعتبار أن الخروج على قاعدة تخصيص الأهداف يعد انحرافا تشريعيا.....ص431
- الفرع الثاني: نماذج أو تطبيقات للرقابة على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية في القضاء الدستوري.....ص435

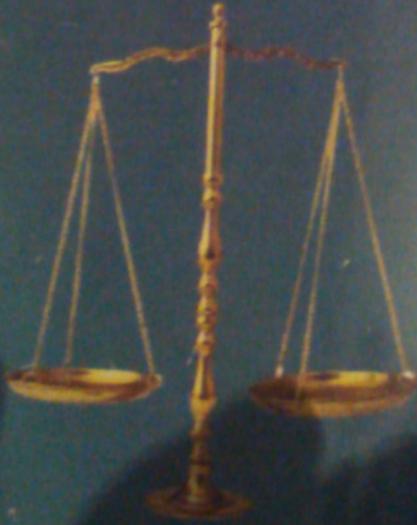
أولا: تطبيقات أو نماذج للرقابة على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي.....	ص436
ثانيا: أهم التطبيقات أو النماذج للرقابة الدستورية على الانحراف التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر.....	ص443
خاتمة.....	ص451
المراجع.....	ص460
الفهرس.....	ص486

جامعة عمار ثليجي الأغواط  
كلية الحقوق والعلوم السياسية



# مجلة الدراسات القانونية والسياسية

Revue d'études juridiques et politiques



مجلة دورية علمية محكمة متخصصة

تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار ثليجي الأغواط - ال

ISSN: 2252-0254

## المسؤولية المدنية – التقصيرية عن الأضرار البيئية

أ:خالد بالجيلالي

جامعة. تيارت

ملخص:

سنحاول من خلال دراستنا لموضوع المسؤولية المدنية – التقصيرية عن الأضرار البيئية التطرق أولا إلى دراسة ماهية الضرر البيئي، ثم أساس المسؤولية التقصيرية عن الأضرار البيئية، وأخيرا نبين الآثار أو النتائج المترتبة عن تقرير المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار البيئية.

ومن خلال دراستنا للموضوع، يتضح لنا أنه لا يكفي الاعتماد على القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية – التقصيرية (خطأ، ضرر، علاقة سببية) لتقرير المسؤولية المدنية في المجال البيئي، نظرا لخصوصية الضرر البيئي الصعب الإثبات والتقدير. الأمر الذي أدى إلى تطور مفهوم المسؤولية المدنية نحو المسؤولية الموضوعية عن الأضرار البيئية أساسها نظرية مضار الجوار غير المألوفة، ونظرية تحمل التبعة.

ولعل من أهم الآثار المترتبة على تقرير المسؤولية المدنية – التقصيرية عن الأضرار البيئية هي التعويض عنها، ويأخذ التعويض عن الأضرار البيئية صورتين، فالصورة الأولى تتمثل في التعويض العيني، أما الصورة الثانية هي التعويض النقدي عن الأضرار البيئية.

الكلمات المفتاحية: البيئة، التلوث، الضرر البيئي، المسؤولية التقصيرية، قانون حماية البيئة.

### Abstract

Il apparait, à travers votre étude de la thèse sujet « la responsabilité civile pour les dommages à l'environnement », il est dessine que, compte tenu de la spécificité des dommages environnementaux, il ne suffit pas de s'appuyer sur les règles traditionnelles de la responsabilité de rendre compte.

En effet, l'au a découlant de l'évoluer de la notion de responsabilité civile à responsabilité objective.

L'indemnité pour les dommages à l'environnement des conséquences plus importantes de la responsabilité civile du domaine environnemental

Mots-Clés : Erreur, Dommage, Responsabilité, Causalité, Indemnisation, Le dommages a l'environnement, La Pollution.

يعتبر الاهتمام بالبيئة (1) من المواضيع التي تحظى باهتمام كافة بلدان العالم المتقدمة منها والمتخلفة، الغنية منها والفقيرة لاسيما في العشريتين الأخيرتين، وذلك بالنظر إلى أن قضية حماية البيئة أصبحت ظاهرة اجتماعية تحظى بحماية خاصة، سواء في القواعد الدولية أو في دساتير الدول وقوانينها الداخلية (2).

ويمكن تعريف البيئة (3) بأنها تشمل جميع العناصر الطبيعية والاصطناعية التي تحدد حياة الإنسان، أو هي مجموع العوامل التي تؤثر في الوسط الذي يعيش فيه الإنسان، كما يمكن تعريفها أيضا بأنها مجموع العوامل المادية والكيميائية والبيولوجية، وكذا عناصر اجتماعية كقيلة بأن يكون لها تأثير مباشر أو غير مباشر عاجلا أم بعد حين على الكائنات الحية، وعلى النشاطات البشرية، والمشعر الجزائري كغيره من المشرعين تجنب إعطاء تعريف لمفهوم البيئة، لكنه حدد مختلف العناصر المكونة لها في المادة 04 من القانون رقم 10/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة (4) المعدل والمتمم للقانون الصادر سنة 1983، حيث أخذ بالمفهوم الواسع للبيئة من خلال الجمع بين الطبيعة والموارد الطبيعية (هواء، ماء،...)، والمناظر والمعالم الطبيعية.

ولما كان الإنسان يعتبر العنصر الهام والفعال في التأثير على البيئة، فيكون تأثيره إيجابيا إذا كان سلوكه إيجابيا من خلال المساهمة في حماية البيئة والمحافظة على مواردها، أما إذا كان سلوكه سلبيا عاد ذلك بالسلب على البيئة ومختلف عناصرها، وثم وجب إخضاع الطرف الذي تسبب في إلحاق الضرر بالبيئة لقواعد المسؤولية ووفقا لأحكام المنصوص عليها في النظام القانوني لأي دولة، وتتمثل صور المسؤولية بصفة عامة في المسؤولية المدنية بصورتها، التقصيرية والعقدية، والمسؤولية الموضوعية، والتي تركز على نظرية الجوار غير المألوفة، ونظرية تحمل التبعة، إضافة إلى المسؤولية الجنائية والدولية (5).

ويتميز قانون حماية البيئة بأنه يقتحم فروع قانونية عديدة منها القانون المدني فيما يتعلق بالمسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالبيئة والأفراد (6)، والقانون الجنائي من خلال العقوبات الجنائية التي يفرضها المشرع على كل المخالفات المتعلقة بقانون البيئة سواء من خلال القواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات أو القوانين الخاصة كقوانين البيئة والصيد، والقانون الإداري من خلال القواعد التي تنظم تدخل الهيكل الإدارية لحماية البيئة ومسؤولية الإدارة عن أعمالها المتعلقة بحماية البيئة، وذلك باستخدام آليات القانون الإداري مثل القرار الإداري فيما يتعلق بالترخيص أو غلق المنشآت المصنفة غير الملائمة، القانون الاقتصادي من خلال البحث عن أفضل الطرق والوسائل من أجل حماية البيئة، مع الأخذ بعين الاعتبار الجوانب الاقتصادية لحماية هذه البيئة، قانون الضرائب من خلال الرسوم البيئية كإحدى أدوات مكافحة التلوث (7)، إضافة إلى القانون الدولي لحماية البيئة، وذلك من خلال إيجاد قواعد و استراتيجية دولية لحماية البيئة على المستوى الدولي، ومن بين هذه المؤتمرات التي تم عقدها من قبل الأمم المتحدة، مؤتمر ستوكهولم 1972 بالدانمرك، مؤتمر ري ودي جانبرو 1992 بالبرازيل (8)، مؤتمر جوهانسبورغ 2002 بجنوب إفريقيا، إضافة إلى مؤتمر كوبنهاغن للتغير المناخي 2009 وغيرها من المؤتمرات).

ويعتبر موضوع المسؤولية بصفة عامة من أهم المواضيع في مجال الدراسات القانونية، وعلى أساس ذلك يتم تحديد مسؤولية الأشخاص (مدنية أم جزائية أم إدارية)، والحكم على مدى فعالية النظام القانوني في أي دولة يتوقف على مدى نضج قواعد المسؤولية فيه. فالمسؤولية في مجال القانون المدني نظمها المادة 124 منه، والتي تنص على أن "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

والذي يهمننا في هذه الدراسة هو المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار البيئية، التي تشترط لقيامها توفر أركان رئيسية تتمثل أساسا في السلوك أو النشاط الخاطئ، والضرر الناتج عنه وكذا العلاقة السببية التي تربط بين هذا السلوك أو النشاط الخاطئ والضرر الناتج عنه.

وبالرجوع إلى قواعد المسؤولية المدنية في التشريع الجزائري، فالضرر قد يكون مباشرا أو غير مباشرا، متوقعا أو غير متوقعا، الأمر الذي نصت عليه المادة 124 من القانون المدني الجزائري بقولها بأن كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض. (9)

والسؤال الذي يطرح هنا: هل يمكن تطبيق هذه المادة لإقرار المسؤولية عن الأضرار البيئية؟، وما دام أن قانون البيئة تحكمه قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، فما هو النظام القانوني الذي يحكم المسؤولية التقصيرية عن الأضرار البيئية؟ وما هو أساس المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الأضرار البيئية؟، و هل يكفي وقوع ضرر من أجل تقرير المسؤولية التقصيرية في المجال البيئي.

ولالإجابة على هذه الإشكالية سوف نركز دراستنا لمعرفة النظام القانوني الذي يحكم المسؤولية المدنية التقصيرية الناشئة عن الأضرار البيئية على من خلال التطرق إلى ماهية الضرر البيئي (الفقرة الأولى)، ثم نتطرق إلى معرفة أساس قيام المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار البيئية (الفقرة الثانية) ثم ندرس الآثار أو النتائج المترتبة عن قيام المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار البيئية (الفقرة الثالثة).

### الفقرة الأولى: ماهية الضرر البيئي

لمعرفة ماهية الضرر البيئي يتوجب علينا أولا تعريف الضرر البيئي وخصائصه (أولا) ثم معرفة الأنواع المميزة له (ثانيا).

### أولا: تعريف الضرر البيئي وخصائصه

سوف نتطرق أولا إلى تعريف الضرر البيئي (أ) ثم نبين خصائصه (ب)

### أ- تعريف الضرر البيئي

فقد عرفت اتفاقية **Lugano** الضرر البيئي بأنه كل خسارة أو ضرر ناجم عن إفساد أو تدهور البيئة، وقد عرف التوجه الأوروبي الجديد لعام 2004 الضرر البيئي بأنه التغيير المعاكس الذل يمكن قياسه في الموارد الطبيعية و/أو إضعاف خدمات الموارد الطبيعية الذي قد يحدث بصورة مباشرة أو غير مباشرة (10).

وقد عرفه البعض بأنه كل ضرر يحصل مباشرة للوسط البيئي بغض النظر عن أثره على الأشخاص أو الأموال، ولذلك ميز هذا الفقه بين الضرر المباشر الذي يصيب البيئة ذاتها باعتبار أنها المتضرر الأول من التلوث بمختلف صورته (11)، وبين الضرر الذي يصيب الأشخاص والأموال باعتبارهم متضررين بشكل غير مباشر (12).

### ب- خصائص الضرر البيئي

يعد الضرر من الشروط الضرورية لقيام المسؤولية المدنية التقصيرية منها والعقدية، إلا أن الفقه في مجال البيئة توصل إلى القول بأن الضرر البيئي له خصائص مميزة تجعله يختلف عن الضرر في القواعد التقليدية لتقرير المسؤولية المدنية، ومن هذه الخصائص ما يلي:

**1- الضرر البيئي ضرر غير شخصي:** أي أن الضرر البيئي هو ذلك الضرر الذي لا يتعلق بالمساس بمصلحة شخصية معينة بذاتها وإنما يمس بمصلحة الجميع دون استثناء، فرمي النفايات مثلا داخل الأماكن السياحية لا يسبب ضررا مباشرا لشخص معين أو فئة معينة، وإن كان قد خالف القواعد القانونية برمي النفايات في هذه الأماكن.

**2- الضرر البيئي ضرر غير مباشر:** أي أنه ضرر لا يصيب الإنسان أو الأموال بصورة مباشرة، وإنما يصيب عناصر البيئة كالترربة أو الماء أو الهواء، ويعرف بأنه الضرر الذي ينتشر في الوسط الطبيعي ولا يمكن إصلاحه عن طريق الترميم أو الإزالة، أي إرجاع الحال إلى ما كان عليه، ومن أمثلة الضرر البيئي غير المباشر في مجال الموارد المائية التلوث الصناعي، التي يصعب تقنيا معالجتها والحد منها.

**3- الضرر البيئي نوع جديد من أنواع الأضرار:** إن الضرر البيئي له طبيعة خاصة، باعتباره أنه يمس بالأوساط الطبيعية سواء ما يتعلق منها بالأوساط المستقبلية أو الفصائل الحيوانية، ففي حالة إتلاف فصيلة من الفصائل الحيوانية أو النباتية، فإن الضرر له طبيعة مزدوجة تكمن في إتلاف هذه الفصيلة بحد ذاتها، الأمر الذي يشكل تهديدا على مبدأ التنوع البيولوجي وعلى عناصر البيئة الأخرى (13).

وبعد تحديد تعريف للضرر البيئي وخصائصه يتوجب علينا التطرق إلى معرفة الأنواع المميزة له.

### ثانيا: أنواع الضرر البيئي

يمكن تقسيم الأضرار البيئية إلى أضرار بيئية من حيث محل الضرر (أ)، وأضرار بيئية من حيث نوعها (ب)، وأضرار بيئية من حيث درجتها (ج) وأضرار بيئية من حيث طبيعتها (د).

**أ- تقسيم الأضرار البيئية من حيث محل الضرر:** ويمكن تقسيمها أيضا إلى:

- 1- الأضرار الجسدية:** وهي تلك الأضرار التي تلحق بالشخص من جراء التعرض للصور المختلفة للتلوث منها:
  - **الضرر الحالي (الفوري):** وهو الضرر الذي تتضح معالمه على الشخص فور تعرضه للتلوث، أي خلال فترة وجيزة من لحظة هذا التعرض مثل حالات التسمم بسبب التعرض للمبيدات الكيميائية السامة.
  - **الضرر المتأخر أو التراكمي:** وهو الضرر الذي تتضح معالمه بعد فترة زمنية قد تطول، وهي الأضرار التراكمية، والتي تظهر مع تراكم المواد الملوثة والتي غالبا ما تكون في صورة أمراض سرطانية أو أمراض القصور الكلوي.

- الأضرار الوراثية: فقد أثبتت الأبحاث العلمية أنه من المحتمل أن ينشأ عنها أيضا أضرارا وراثية تلحق بأسرة هذا الشخص مثل استخدام المبيدات الفوسفورية العضوية ، والتي ينتج عنها تشوهات خلقية أو صورة من صور التخلف العقلي أو قد يكون التأثير غير ملحوظ كإخفاض درجة الذكاء والقدرة على الاستيعاب .

2- الأضرار التي تلحق بالأموال: والمتمثلة أساسا في انخفاض الذمة المالية للمنجمين، وذلك من خلال قلة أو سوء الإنتاج الناتج عن التلوث وانعكاسات ذلك على الاقتصاد الوطني.

3- الأضرار البيئية المحضة: ونعني بذلك تلك الأضرار التي تنصب على مكونات الوسط البيئي ، فتؤدي إلى حدوث خلل في توازنه بإحداث تغيير ضار في طبيعته الفيزيائية أو الكيميائية والتي تؤثر على عناصر البيئة.

ب- تقسيم الأضرار من حيث نوعها: تنقسم الأضرار من حيث نوعها إلى أضرار أديية وأضرار نوعية أو خاصة.

1- الضرر المادي: لاشك أنه يترتب عن الأضرار الجسدية ، ويكون في حالة المريض الذي قد يصاب بعجز كلي أو جزئي مما يؤثر في قدرته على العمل، كما يعد ضرا ماديا يستوجب التعويض نفقات ومصاريف العلاج، فإذا ثبت الضرر من كل شخص تأثر أو تضرر من النشاطات البيئية الضارة الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق به .

2- الضرر المعنوي أو الأدبي: فإن المتضرر قد تلحق به أضرار أديية كثيرة منها شعوره بالألم النفسي نتيجة الإصابة والشعور بالضعف والعجز عن ممارسة حياته بشكل طبيعي. ويكون الضرر معنويا إذا ألحق ضرا بالجوانب الأدبية الخاصة بالشخص ، ويشترط في الضرر المعنوي القابل للتعويض عنه أن يكون ضرا مباشرا نتيجة لنشاط المتسبب في الضرر ، أي هو الضرر المؤكد الذي تحقق فعلا أو مؤكدا التحقق . أما الضرر غير المباشر، فهو ذلك الضرر الذي لا يكون نتيجة مباشرة لنشاط المتضرر و لا مجال للتعويض عنه ، باعتبار أن المتضرر كان بإمكانه تفادي وقوع الضرر لو بذل مجهودا عاديا، كما أنه لا تعويض عن الأضرار المحتملة ، أي غير المحققة وغير مؤكدة التحقق في المستقبل ، وبالتالي فالضرر المحتمل لا يصلح بأن يكون أساسا للمطالبة بالتعويض ، فهو ضرر افتراضي.

3- الضرر النوعي أو الخاص: وهذا الضرر يميز المسؤولية المدنية في مجال الأمراض الناجمة عن تلوث البيئة ، و قد يظهر ذلك خاصة في الإصابة بأمراض السرطان .

ج- تقسيم الأضرار البيئية من حيث درجتها: يمكن تقسيم الأضرار البيئية من حيث درجتها إلى أضرار بسيطة وأضرار جسيمة.

1- الأضرار البسيطة: وهي تلك الأضرار التي تكون من الأشياء العادية والمألوفة، وتأثيرها على البيئة يبقى محدودا .

2- الأضرار الجسيمة: وهذا النوع من الأضرار نظرا إلى درجته يعتبر من أخطر أنواع الضرر ، لذلك نصت عليه العديد من المعاهدات والقوانين الدولية والداخلية ، فقد نصت عليه المادة الأولى من اتفاقية بروكسل لعام 1969 المتعلقة بالتدخل في أعالي البحار في حالات كوارث التلوث بالنفط. (14)

د- تقسيم الأضرار من حيث طبيعتها: تنقسم الأضرار من حيث طبيعتها إلى أضرار مباشرة وأضرار غير مباشرة.

1- الأضرار المباشرة: وهي ما يلحق الإنسان من خسارة وما فاته من كسب، فالضرر المباشر يقع على المصالح أو الأجساد أو الأموال.

2- الأضرار غير المباشرة: فهي كل خسارة واقعة على العناصر الطبيعية المكونة للبيئة نفسها.

وبعد دراستنا ماهية الضرر البيئي يتوجب علينا دراسة أساس المسؤولية التقصيرية عن الأضرار البيئية.

### الفقرة الثانية: أساس المسؤولية التقصيرية عن الأضرار البيئية

لمعرفة أساس المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار البيئية يتوجب علينا أولاً التطرق إلى شروط قيام المسؤولية التقصيرية (أولاً) ثم ننتقل إلى دراسة أساس المسؤولية التقصيرية عن الأضرار البيئية (ثانياً)

#### أولاً: شروط قيام المسؤولية التقصيرية عن الأضرار البيئية

تقوم المسؤولية المدنية التقصيرية على أركان ثابتة لا بد من تحققها وإثباتها حتى يمكن إثارة هذا النوع من المسؤولية، وتمثل هذه الأركان أساساً في ضرورة توافر الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية. وهي أمور يصعب في كثير من الأحيان إثباتها في المجال البيئي، الأمر الذي دفع الفقه والقضاء إلى توسيع مفهوم الخطأ.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري، فإننا لا نجد قواعد خاصة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، الأمر الذي لم ينص عليه القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة والقوانين الخاصة الأخرى، ولهذا لا بد من الرجوع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني.

والملاحظ أن نظرية الحق في القانون المدني لا سيما فيما يتعلق بالحقوق المالية، التي لا تثبت إلا للشخص الطبيعي أو المعنوي، وبالتالي فإن الأشجار والحيوانات والكائنات الحية وغيرها من الأجناس طبقاً لأحكام القانون المدني ليس لها شخصية قانونية تجعلها صاحبة حق ولو افترضنا وجود هذا الحق، فإنها لا تستطيع ممارسته من خلال رفع الدعوى والمطالبة بالحماية القضائية، وأمام هذه الإشكالية لجأ المشرع الدستوري الجزائري بموجب القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة السماح للجمعيات المعتمدة قانوناً برفع الدعوى ضد كل مساس بالبيئة، كما يمكن للأشخاص الطبيعيين المتضررين تفويض هذه الجمعيات للمطالبة بالتعويض عن الأضرار البيئية.

ولقد عهد المرسوم التنفيذي رقم 98/176 لمفتشي البيئة في الولايات تمثيل الإدارة المكلفة بالبيئة أمام العدالة، بحيث سمح لهم برفع الدعوى القضائية دون أن يكون لهم تفويض خاص لذلك، لكن تبقى الإشكالية مطروحة حول تحديد أساس المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار البيئية؟ ذلك أن مسألة تحديد أساس هذه المسؤولية تكتسي أهمية بالغة خاصة بعد التجاوزات البيئية الكثيرة .

#### أ- الخطأ كركن في المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار البيئية

يعتبر الخطأ عنصراً أساسياً لانعقاد المسؤولية التقصيرية (15)، إضافة إلى العنصرين الآخرين، فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، ويتمثل أساساً في الإخلال بالالتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير، فالخطأ يقوم على عنصرين، الأول مادي والثاني معنوي .

1- العنصر المادي: وهو التعدي الذي يقع إثباته على المضرور، فلا تترتب المسؤولية دون إثبات التعدي، و يخضع ركن الخطأ لرقابة القاضي المختص. والسؤال الذي يطرح هنا هو ما هي الاستثناءات الواردة على العنصر المادي (التعدي)؟.

هناك حالات لا يكون فيها التعدي خطأً، وهذه الحالات هي حالة الدفاع الشرعي، وحالة الضرورة، وحالة تنفيذ أوامر صادرة عن الرئيس الإداري.

**1-1- حالة تنفيذ أمر صادر عن الرئيس الإداري:** فلا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير، إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من الرئيس متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه.

**1-2- حالة الضرورة:** ففي هذه الحالة من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً.

**2- العنصر المعنوي:** يجب أن يتوفر عنصر الإدراك، أي أن يكون مدركاً لهذا الانحراف، ويكفي ذلك أن يكون مميزاً، فالقاعدة هي عدم مساءلة عدم التمييز عما يحدثه من ضرر للغير، ولكن أجاز المشرع استثناء مساءلته في حالة خاصة، وهي مسؤولية احتياطية وجوازية للقاضي. وبالرجوع إلى نص المادة 124 من القانون المدني نلاحظ أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، بغض النظر عن طبيعة الخطأ، سواء كان خطأً عمدياً، أو نتيجة إهمال، وبالتالي كل تقصي ناتج عن عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة والرقابة يكون صاحبها مسئولاً قانوناً، لذلك فرض القانون العديد من الواجبات على أرباب العمل، وعلى كل مستعمل للآلات الميكانيكية، ومن شأنه أن يعرض حياة الناس وأموالهم للخطر، وعليه يجب على أصحاب المنشأة أو المصنع أن يجهزها بكافة الآلات والمعدات التي تتطلبها حماية العمال، وأن يوفر لهم أساليب الرقابة التي تقيهم من أي عمليات التلوث. فإذا لم يثبت خطأ من جانب رب العمل فلا يسأل في مواجهة العامل المضروب عن تعويض ما لحقه من ضرر.

كما أنه في مجال البيئة البحرية يوصف الفعل بعدم المشروعية إذا كان التلوث قد حدث نتيجة خطأ أو إهمال، كما لو قام المستغل للمشروع بإغراق النفايات أو المواد السامة عمداً في البحر أو لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع التلوث (16).

ولقد وجدت نظرية المسؤولية التقصيرية مجالاً واسعاً للتطبيق لدى القاضي وهو بصدد النظر في منازعات التلوث البيئي، الأمر الذي يتطلب منا التعرف على بعض الأحكام بصدد تلوث البيئة بعناصرها المختلفة، فتلوث الهواء مثلاً يكون نتيجة تغير في خصائص ومواصفات الهواء الطبيعي، والذي يترتب عليه خطر على صحة الإنسان والبيئة أياً ما كان مصدر هذا الخطر، سواء من فعل الطبيعة أو فعل الإنسان، وإن كان الفقه قد درج على أن التغير في التركيبة الكيميائية للغلاف الجوي قد ينجم من جراء الروائح الكريهة أو الغبار والأتربة والأدخنة السوداء أو الضوضاء لما ينجم عنه خلل في نظام الهواء عن طريق الأصوات غير العادية (17).

فإذا كان الخطأ عنصر أساسي لقيام المسؤولية التقصيرية، فإن السؤال المطروح هنا حول مدى انحصار دور الخطأ في مجال المسؤولية البيئية؟ وما هي الصعوبات التي يعاني منها الخطأ في المسؤولية التقصيرية عن الأضرار البيئية؟، وهو ما سنتناوله في العنصر التالي.

### 3- انحصار دور الخطأ في مجال المسؤولية البيئية

إن الحديث عن ركن الخطأ في مجال المسؤولية عن الأضرار البيئية يواجه صعوبات كثيرة (18)، حيث أنه إذا أمكن إثبات الخطأ بعنصره المادي والمعنوي بصدد بعض النشاطات الناجم عنها التلوث البيئي، فإنه يصعب القول بإثبات ذلك في كل صور النشاط (الخطأ الواجب الإثبات). وبعد أن بينا ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، يتوجب علينا التطرق إلى مدى تحقق الضرر من النشاط المشروع.

## ب-تحقق الضرر من نشاط مشروع

يعتبر الضرر الحاصل ثاني ركن من أركان المسؤولية التقصيرية، حيث أن غالبية النشاطات الناجمة عن التلوث البيئي تجدد مصدرها في نشاط عادي أو مسموح به قانوناً، ومع ذلك يسبب ضرراً مثل التلوث الناجم عن نشاط المشروعات الصناعية مما تفرزه من أدخنة ونفايات تؤدي إلى تلوث البيئة، بالرغم من أن هذه النشاطات مصرح بها كما يعرف الضرر بأنه الركن الأساسي الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية، بل هو الركن الذي تقوم المسؤولية من أجل تعويضه ولا تقوم المسؤولية بدونه، لذلك يرى بعض الفقه بأنه يجب البدء بإثباته قبل إثبات ركن الخطأ أو العلاقة السببية، ويشترط في الضرر أن يكون محققاً، أي أن يكون ثمة ضرر وقع بالفعل، ولكن الإجماع في الفقه والقضاء يقضي على أنه إذا لم يكن الضرر قد تحقق فيكفي أن يكون وقوعه مؤكداً، ولذلك يجب التمييز بين الضرر المستقبلي، وهو الضرر الذي يستوجب التعويض وبين الضرر المحتمل وهو لا يكفي لوجوب التعويض. فالضرر المستقبلي هو ضرر تحقق سببه وتأخرت آثاره بعضها أو كلها في المستقبل (الضرر المحقق)، أما الضرر المحتمل وهو الضرر الذي لم يقع ولا يوجد ما يؤكد وقوعه.

## 1- خصوصية الضرر البيئي

إن خصوصية الضرر البيئي تظهر بصفة واضحة في مجال المسؤولية البيئية، فقد لا تظهر آثاره فور وقوعه، وقد تمتد لأحقاب زمنية متعاقبة قبل اكتشافه (19)، وبهذا المعنى هل يمكننا القول أننا بصدد ضرر غير مباشر لا يجوز الحديث عنه في مجال التعويض، باعتبار أنه يصعب تحديد مصدره الحقيقي، وأن آثاره قد تستمر رغم التعويض عنها بالنسبة للماضي كالضرر الناجم عن تلوث الجو من جراء الأدخنة المتصاعدة في الهواء؟

## 2- صعوبات تنجم عن تطبيق القواعد التقليدية للضرر

نظراً لخصوصية الضرر البيئي توجد عدة صعوبات تواجه الضرر الناجم عن التلوث عند إخضاعه للقواعد التقليدية للمسؤولية منها:

1- صعوبة تحديد الضرر الموجب للمسؤولية: أي أن الضرر البيئي لا يتحقق دفعة واحدة، بل إن آثاره الضارة لا تظهر في أغلب الأحوال إلا بعد فترات زمنية. فتطبيق القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية -التقصيرية يؤدي إلى جعل معظم الأضرار البيئية لا تدخل في نطاق دعوى المسؤولية المدنية، لأن قياس قيمة الأضرار الناجمة عن التلوث أمر صعب الإثبات والتحديد، حيث تتباين قيمة العناصر التي تتأثر به.

2- إثبات الضرر وتقديره: يشترط في الضرر القابل للتعويض عنه أن يكون ضرراً مباشراً تحقق فعلاً أو المؤكد تحققه أو تأخره إلى المستقبل، وتعتبر مسألة إثبات الضرر البيئي وتقديره من أهم الصعوبات التي تواجه تطبيق القواعد التقليدية

للمسؤولية، أي أنه في المجال البيئي وإن كانت هناك حالات يمكننا إثبات الضرر فيها، إلا أنه في أغلب الحالات لا يمكننا إثباته وتقديره، وذلك بالنظر إلى خصوصية الضرر البيئي الصعب الإثبات والتقدير.

### ج- العلاقة السببية كركن من أركان المسؤولية المدنية التقصيرية

للعلاقة السببية أهمية كبرى في مجال المسؤولية المدنية بصفة عامة (20)، فهي التي تحدد الفعل الذي سبب الضرر، أي إذا وقع الضرر الذي كان السبب في وقوعه هو فعل المدعى عليه، فإن المسؤولية تنشأ في هذه الحالة. وحتى يتمكن الشخص المتضرر من المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق به وفقا لقواعد المسؤولية يجب توفر العلاقة السببية المباشرة والمؤكدة بين السلوك الخاطئ أو النشاط الضار والأضرار الناجمة عنها، سواء تمثل هذا السلوك الخاطئ في الإهمال أو التقصير في أخذ الاحتياطات والتدابير اللازمة أو عدم مراعاة القوانين واللوائح المعمول بها لممارسة نشاط معين كعدم احترام المنشآت المصنفة لقانون حماية البيئة. ومن جهة أخرى قد يكون هذا النشاط مشروعاً ومع ذلك أحدث ضرراً نتيجة ممارسة هذا النشاط، وطبقاً للقواعد التقليدية للمسؤولية لا بد من قيام العلاقة السببية بين النشاط أو الفعل الضار والضرر الناتج عنه (21).

ومن بين صعوبات للقول بنظرية السبب المنتج، أنه وإن كان عنصر السبب له دور هام في قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية، ونظراً لصعوبة إثبات ركن العلاقة السببية لخصوصية الضرر الناجم عن التلوث البيئي وصعوبة تحديد الخطأ وهوية المسؤول عنه وحجم التأثير في الضرر موضوع الدعوى، حيث أن دعوى التعويض وفقاً للقواعد التقليدية في المسؤولية تستلزم وجود توفر الخطأ والضرر والعلاقة السببية، و من أجل ذلك فقد حاول الفقه والقضاء التخفيف من ضرورة توفر الأركان الثلاثة للمسؤولية التقصيرية، وقد تم الاعتماد على أسلوبين لتحديد المسؤولية المدنية التقصيرية وهما:

- أسلوب تقسيم المسؤولية، فعندما يكون هناك أكثر من مسؤول تسبب في الضرر، فإنه يمكن تقسيم المسؤولية بينهم بنسبة ما يستخدمه كل منهم إلى ما يستخدمه الآخرون من المواد المسببة للتلوث في كل دورة إنتاجية، والاتجاه أيضاً نحو النسب لأثر هذه المواد في إحداث الضرر (22)

- الأسلوب الثاني، وهو الاكتفاء بالاحتمال والظن في إثبات العلاقة السببية بين التلوث والضرر، فالدليل الاحتمالي على وجود العلاقة السببية بين الخطأ والضرر كافي للقول بالمسؤولية، بل أن هناك من ذهب إلى القول بأن التعويض يمكن أحياناً أن يؤسس على وجود ظرف مشدد للمسؤولية ومبرر استحقاقه التعويض حتى إذا لم تتوفر للعلاقة السببية.

وترتياً على ما سبق يمكن القول بأن الصعوبات التي تواجه إثبات العلاقة السببية تقوم على أساس أن الضرر البيئي غالباً ما يكون بطبيعته ضرراً غير مباشراً، فإذا استطعنا بطريقة ما معرفة أن أحد أنواع التلوث قد ألحق الضرر بالعناصر الطبيعية، فمن المستحيل إثبات أن الضرر قد لحق بأحد الأشخاص بطريقة مباشرة، كما أن التلوث غالباً ما يكون متعدد المصادر، والتي إذا تم النظر إليها منفصلة عن بعضها لا ينجم عنها أي ضرر.

والإشكالية مطروحة حول تحديد أساس المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار البيئية؟

ثانياً: أساس المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار البيئية

نظرا لصعوبة تحديد المتضرر المباشر من الانتهاكات في المجال البيئي، فقد وقع جدال فقهي حول تحديد الأساس القانوني لقيام المسؤولية التقصيرية عن الأضرار البيئية، فهناك جانب من الفقه نادى بتطبيق القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية (ضرورة توفر الخطأ والضرر، والعلاقة السببية)، والتي يكون فيها الخطأ هو أساس المسؤولية التقصيرية، ويتمثل هذا الخطأ في الإخلال بالتزام قانوني مقرر بمقتضى القوانين واللوائح (23). إلا أن الأضرار المختلفة التي تلحق بالبيئة وعناصرها حالت دون تطبيق القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية (التقصيرية)، الأمر الذي دفع بالفقه إلى الاعتراف بعدم كفاية القواعد التقليدية للمسؤولية التقصيرية نظرا لخصوصية الضرر البيئي، والبحث عن قواعد أخرى لتقرير هذه المسؤولية، وبهذا فقد تم تطبيق قواعد قانونية أخرى لترتيب المسؤولية في مجال حماية البيئة منها على سبيل المثال المسؤولية عن فعل الغير، والمسؤولية عن فعل الأشياء، والمسؤولية عن الأنشطة الخطرة، وكل هذه القواعد تقوم على أساس وجود مسؤولية مفترضة بحكم القانون (24).

ولا تقتصر صعوبة تحديد الأساس القانوني لتقرير المسؤولية التقصيرية في مجال حماية البيئة على الصعيد الداخلي فقط، وإنما امتدت أيضا إلى الصعيد الدولي، حيث اتجهت اتفاقية بروكسل لسنة 1962 المنظمة للمسؤولية المدنية لمستخدمي السفن الذرية نحو التوسع في أساس المسؤولية، والابتعاد عن الخطأ كأساس لتقرير المسؤولية، وأكدت على أن الكوارث الطبيعية ليست سببا للإعفاء من مسؤولية التلوث البيئي، واقتصرت بالقول أن المسؤولية في هذه الحالة تكون مسؤولية قضائية، بالنظر لصعوبة وضع تعريف جامع للتلوث.

إلى جانب ذلك فقد ذهب بعض الفقه إلى أبعد من ذلك، معتبرا أن المتضرر هو الذي له الحق في اختيار أساس المسؤولية المدنية (التقصيرية) عن الأضرار البيئية، فإما أن تقوم على أساس الخطأ أو على أساس نظرية حسن الجوار (نظرية مضار الجوار غير المألوفة)، أو المسؤولية عن فعل الأشياء (25).

ونتيجة لهذه التطورات اتفق الفقه على أن هناك مجال لتطبيق نظريتين، نظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية المخاطر التي تقوم على أساس تحقق الضرر دون النظر إلى الخطأ، ويعبر عنها أيضا بنظرية تحمل التبعة، والتي كانت سببا في ظهور مبدأ الملوث الدافع (26).

وترتبا على ما سبق، نستخلص أنه من الصعب تحديد الأساس القانوني لقيام المسؤولية المدنية التقصيرية نظرا لخصوصية الضرر البيئي الصعب الإثبات من جهة، وتطور مفهوم المسؤولية المدنية ذاتها والاتجاه نحو المسؤولية الموضوعية من جهة أخرى.

وبعد دراستنا لأساس المسؤولية التقصيرية عن الأضرار البيئية يتوجب علينا معرفة ما هي الآثار أو النتائج المترتبة على قيام أو تقرير المسؤولية التقصيرية عن الأضرار البيئية؟.

### الفقرة الثالثة: آثار قيام المسؤولية التقصيرية عن الأضرار البيئية

لعل من أهم النتائج أو الآثار الناتجة عن قيام المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار البيئية هو الحكم بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص، سواء كانت هذه الأضرار جسدية أو مادية أو معنوية، وتطرح مسألة تقدير

التعويض إشكالية حول قيمة هذا التعويض، وهل يكون تعويضا عن كل الأضرار، باعتبار أن الضرر البيئي قد تمتد آثاره إلى فترات زمنية مختلفة؟ .

فإذا كان أساس التعويض عن الضرر البيئي مقتبس من المواثيق الدولية التي تعطي للأشخاص حق التمتع والعيش في بيئة سليمة (27)، إلا أن المساس بها يجعل التعويض قائما ضد مرتكبي المخالفة (28)، فأساس التعويض هنا لا يقوم على الخطأ بالمفهوم التقليدي لقواعد المسؤولية المدنية وإنما يركز على الضرر في حد ذاته وتغطيته، وهذا ما يعرف بمبدأ الملوث الدافع المنصوص عليه في الباب الأول تحت عنوان الأحكام العامة 10/03 الذي عرفه بما يلي: هو المبدأ الذي يتحمل بمقتضاه كل شخص يسبب نشاطه أو يمكن أن يتسبب في إلحاق الضرر بالبيئة، نفقات كل تدابير الوقاية من التلوث والتقليل منه وإعادة الأماكن وبيئتها إلى حالتها الأصلية (29).

والتعويض عن الأضرار الناشئة عن السلوك أو النشاط الضار قد يكون تعويضا عينيا (أولا) كما يكون تعويضا نقديا (ثانيا).

### أولا: التعويض العيني

وهو التعويض الذي يطالب فيه المتضرر إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، ويعد هذا النوع من التعويض من الناحية النظرية هو الأفضل في المجال البيئي (30)، لأنه يؤدي إلى محو الضرر بصورة كلية، وذلك من خلال إلزام المتسبب في الضرر بإزالته وعلى نفقته خلال مدة معينة، ولقد نص القانون المدني على هذا النوع من التعويض في المادة 164 منه (31)، كما نصت كذلك المادة 691 من القانون المدني (32) إعادة الحالة إلى أصلها، كما يجوز طلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات و يكون إعادة الحالة إلى أصلها عن طريق غلق المنشأة الملوثة أو إعادة تنظيمها لكي تتماشى مع القوانين البيئية وفي حالة تعسف صاحب الحق يمكن للقاضي إرغامه عن طريق الغرامة التهديدية، وللقاضي المدني سلطة واسعة تمكنه من الأمر بإصلاح لأضرار الناجمة عن الأنشطة الصناعية الملوثة .

فإذا كان التعويض العيني يهدف إلى إرجاع الحال إلى ما كان عليه، فإن ذلك صعب التنفيذ في مجال المسؤولية المدنية (التقصيرية) عن الأضرار البيئية ذات الطبيعة الخاصة، باعتبار أنه إذا كان إرجاع الحال إلى ما كان عليه في بعض الحالات كغلق منشأة مصنفة ملوثة، فإنه في أغلب الحالات يصعب علينا إرجاع الحال إلى ما كان عليه، فرمي النفايات السامة في البحر مثلا يؤدي إلى القضاء على الثروة الحيوانية (الثروة السمكية)، و يلوث مياه البحر. ونظرا لصعوبة اللجوء إلى التعويض العيني عن الأضرار البيئية يبقى التعويض النقدي هو الحل الوحيد للتعويض عن هذه الأضرار بصورة كلية أو جزئية.

### ثانيا: التعويض النقدي

يتمثل التعويض النقدي في الحكم للمتضرر بمبلغ من النقود يحدده القاضي عن الأضرار التي لحقت به. ويعتبر التعويض النقدي القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية لذلك يشمل التعويض عن الضرر المادي والمعنوي، و يتغير مبلغ التعويض بحسب طبيعة الضرر، لذلك فإن للقاضي سلطة واسعة في تقدير هذا التعويض. وبالنظر إلى الخسارة التي

لحقت بالمتضرر، كما لا يدخل في تقدير التعويض أن يكون الضرر متوقعا أو غير متوقعا كما يلجأ القاضي التقدير الوجدوي بتقدير ثمن كل عنصر، من خلال الاستعانة بجدول رسمية، وهو النظام المعتمد في الولايات المتحدة الأمريكية، وإما التقدير الجزائي وهو التقدير العام المعتمد عادة في أغلب البلدان لاسيما الجزائر، ويرتكز القاضي فيه على تقرير الخبرة الذي يحدد العجز الجزئي الدائم و العجز المؤقت(33).

وإلى جانب ذلك، عادة ما يكون التعويض جزء من المسؤولية الجنائية إذ يمكن للمتضرر أن يتأسسوا كطرف مدني بالتبعية للدعوى العمومية، الأمر الذي نصت عليه المادة 157 مكرر 1 من الأمر 13/96 المعدل و المتمم للقانون رقم 17/83 المتضمن قانون المياه(34) على أنه: " ..... يمكن أن تتأسس كطرف مدني أمام الجهات القضائية المختصة التي رفعت أمامها المتابعات إثر المخالفة المرتكبة

### ثالثا: صعوبات التعويض النقدي عن الأضرار البيئية

تبرز صعوبة التقدير النقدي للتعويض عن الأضرار البيئية، في أن هناك بعض الحالات لا يمكننا تقييمها بالمال (35)، وقد يكون من الصعب أيضا استرجاعها، فالأنواع النادرة من الحيوانات أو الطيور في حالة اصطياها أو تعرضها للتلوث مما قد يتسبب في انقراضها، ويكون من المستحيل في بعض الحالات إعادتها، لذلك تحرص معظم التشريعات بإقرار حماية خاصة بها، الأمر الذي نص عليه القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في الفصل الأول من الباب الثاني منه .

ومن الصعوبات التي تبرز أيضا في تحديد حجم الضرر البيئي، ومن ثم التعويض عنه تلك الأضرار البيئية التي تحدث نتيجة رمي نفايات سامة أو مواد كيميائية في البحر. (36)

ومن الصعوبات أيضا التي يجدها القاضي للتعويض النقدي عن الأضرار البيئية، تتمثل في أن تقدير التعويض في الغالب يكون من أجل إصلاح الضرر، أي إرجاع الحال إلى ما كان عليه، الأمر الذي يكون صعبا في المجال البيئي، لذلك قد يلجأ القاضي فقط إلى تقرير تعويض يأخذ في شكل عقوبات مالية قاسية. (37)

وتبرز أيضا صعوبة التقدير النقدي للضرر البيئي في كيفية تقييم العناصر الطبيعية، والأساس الذي يتم بموجبه التقييم. (38) ويعتمد الفقه لتقدير التعويض النقدي عن الأضرار البيئية على عدة طرق منها، التقدير الموحد للتعويض عن الضرر البيئي، والتقدير الجزائي للتعويض عن الضرر البيئي، إضافة إلى طرق ووسائل أخرى.

فالتقدير الموحد للتعويض عن الضرر البيئي يتضمن تقييما يراعي التكاليف المطلوبة لإعادة الحال إلى ما كان عليه، لذلك ومن أجل استعادة البيئة لعناصرها المتضررة، يجب أن يستند تقدير التعويض على أساس حساب نفقات إرجاع الحال إلى ما كان عليه أو معالجته ففي طريقة التقدير الموحد يتم تقدير قيمة التعويض عن الضرر البيئي بعدة آليات، إما من خلال القيمة السوقية للعنصر البيئي، أو من خلال قياس القيمة الاستعمالية للعنصر البيئي في حالة فقدانه أو نقصه.

أما الطريقة الثانية والمتمثلة في التقدير الجزائي للتعويض عن الأضرار البيئية، حيث تعتمد طريقة التقدير الجزائي على إعداد جداول تحدد قيمة معروفة مسبقا للعناصر البيئية والطبيعية، ويتم تقديرها وفق معطيات علمية موحدة يضعها

خبراء متخصصون في مجال البيئة، وهذا النظام يمكن وصفه بأنه نوع من العقوبات على الانتهاكات أو التعدي على البيئة، والتي يسترشد بها القاضي لتقدير التعويض المناسب بحسب حجم الضرر الحاصل.

وقد طبق القضاء الفرنسي هذه الطريقة في قضية تتعلق بتلوث أحد الأنهار، حيث تم حساب التعويض على أساس طول الجرى المائي الذي أصابه التلوث (39)، الأمر الذي سار على نهجه المشرع المصري، الذي اعتمد هذه الطريقة أيضا في قانون حماية الغابات، حيث قرر غرامة مالية على كل من يتعدى على الغابات على أساس المتر المربع من الأرض الملوثة أو التي تم قطع الأشجار فيها (40) وقد اعتمد المشرع الجزائري هذا الأسلوب في قانون الصيد مثلا حيث نص على أن مخالفة أحكام هذا القانون إلى عقوبات مالية وجزائية، حيث تنص المادة 85 من القانون رقم 07/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 (41) على ما يلي: "يعاقب كل من يمارس الصيد أو أي نشاط صيد آخر خارج المناطق والفترات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون بالحبس من شهرين (2) إلى ثلاث (3) سنوات، وبغرامة مالية من خمسين ألف دينا (50.000 دج) إلى مائة ألف دينا (100.000 دج). ونستنتج من نص هذه المادة ان المشرع ومن اجل الحفاظ على الثروة الحيوانية وتكريس مبدأ التنوع البيولوجي، فقد فرض كل من يخالف هذه الأحكام الغرامة المالية والعقوبة الجزائية.

#### خاتمة

الخلاصة التي يمكننا الوصول إليها من خلال دراستنا لموضوع المسؤولية التقصيرية عن الأضرار البيئية، تتمثل في أن ظاهرة التلوث البيئي تعتبر من أخطر المشاكل التي أصبحت تهدد البيئة وعناصرها، مما يؤثر على أمن وسلامة الوسط البيئي الذي يعيش فيه الإنسان .

وبما أن الإنسان له دور بارز في التأثير أو التأثر بالملوثات البيئية، فإن ذلك مرتبط بطبيعة تدخله، فالتطور السريع لأنشطة الإنسان قد انعكس سلبا على البيئة التي يعيش فيها فيكون تدخله ايجابيا من خلال المساهمة في حماية البيئة والحفاظة على مواردها، أما إذا كان تدخله سلبيا عاد ذلك بالسلب على البيئة ومختلف عناصرها، وثم وجب إخضاع الطرف الذي تسبب في إلحاق الضرر بالبيئة لقواعد المسؤولية ووفقا للأحكام المنصوص عليها في النظام القانوني لأي دولة، ومن بين صور المسؤولية عن الأضرار البيئية المدنية التقصيرية التي تشترط لقيامها ضرورة توفر عدة شروط، وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية.

إن المسؤولية التقصيرية وان أمكن تطبيقها على بعض صور التلوث البيئي إذا توافرت أركانها، فإنها تقف عاجزة أمام الكثير من صور التلوث البيئي الأخرى لعدم توفر هذه الأركان في أغلب الحالات، كما هو الشأن في الحالة التي يكون فيها النشاط الذي يحدث الضرر مشروعا، أو في حالة صعوبة إثبات الخطأ وتحديد المسؤول عنه، أو صعوبة إثبات الضرر وتحديد وتقديره، لذلك فقد حاول الفقه والقضاء التخفيف من ضرورة إثبات عناصر أو شروط المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية من خلال تقسيم المسؤولية، أو الاكتفاء بالاحتمال أو الظن في إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الناجم عنه.

ولعل من أهم الآثار المترتبة عن قيام المسؤولية المدنية -التقصيرية عن الأضرار البيئية هي التعويض عنها، ويأخذ التعويض عن الأضرار البيئية صورتين، فالصورة الأولى تتمثل في التعويض العيني الذي يهدف إما إلى إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر البيئي، هذا وإن كان يمكن تطبيقه على بعض الحالات للتعويض عن الأضرار البيئية، فإنه في أغلب الحالات لا يمكن إرجاع الحال إلى ما كان عليه في المجال البيئي، نظرا لخصوصية الضرر البيئي الصعب الإثبات والتقدير، أو وقف الأنشطة المضرّة أو غير المشروعة.

أما الصورة الثانية للتعويض عن الأضرار البيئية، هي التعويض النقدي، الذي يعتبر كنمط ثاني للتعويض عن الأضرار البيئية، والذي يمكن اللجوء إليه في حالة استحالة اللجوء إلى التعويض العيني، أو كان من الصعوبة إرجاع الحال إلى ما كان عليه. ويعتمد الفقه لتقدير التعويض النقدي عن الأضرار البيئية على عدة طرق منها، التقدير الموحد للتعويض عن الضرر البيئي، والتقدير الجزائي للتعويض عن الضرر البيئي، إضافة إلى طرق ووسائل أخرى.

لكن وإن كان التعويض النقدي بمختلف صوره قد يغطي جانبا من الأضرار البيئية لاسيما تلك المتعلقة بالأشخاص أو أموالهم، فإن السؤال المطروح هنا: من هو المتضرر الأساسي من التلوث البيئي بمختلف صوره، الإنسان أم الطبيعة؟ وهل يكفي الخطأ أو الضرر لتقرير المسؤولية المدنية التقصيرية، الأمر الذي سنحاول الإجابة عليه في بحثنا القادمة إن شاء الله.

## المراجع

<sup>1</sup> - وناس يحيى، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، 2007، ص. 218 وما يليها؛ انظر، م. بودهان، " حماية البيئة في النظام القانوني الجزائري "، مجلة حقوق الإنسان، المرصد الوطني لحقوق الإنسان الجزائر رقم 6 سبتمبر 1994 ص. 10-32.

<sup>2</sup> - قال في هذا الصدد الفقه آدم سميث و غلاس " بأن الدول المتقدمة لا تعرف معنى الاستدامة في الوقت الذي تعرف فيه الدول المتخلفة معنى التنمية

<sup>3</sup> - يسري عيسى، الموارد الاقتصادية، ماهيتها وأنواعها، اقتصادياتها، سلسلة المعارف الاقتصادية 1996 ص. 18.

<sup>4</sup> - القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة المؤرخ في 19 يوليو 2003، الجريدة الرسمية رقم 43 المؤرخة في 20 يوليو 2003؛ تعرف المادة 04 من القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة البيئة بالنظر إلى عناصرها كما يلي: "تتكون البيئة من الموارد الطبيعية اللا حيوية كالهواء والجو والماء و الأرض وباطن الأرض والنبات والحيوان، بما في ذلك التراث الوراثي، وأشكال التفاعل بين هذه الموارد، وكذا الأماكن والمناظر والمعالم الطبيعية."

-Cf, JEGOUZO ( Yves ) et LAMARQUE ( Jean ) , Environnement , R. D. Immo. Juill – Sept. 1993, Chron. P. 358.

<sup>5</sup> -انظر، ياسر محمد فاروق المنيّاوي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، دار الجامعة الجديدة

، مصر، 2008، ص. 1205.

- 6- الغوتي بن ملحمة، " حول حماية البيئة في التشريع الجزائري " ،  
المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، رقم 3، 1994، ص. 698-722.
- 7- انظر، أحمد محمود سعد ،استقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي، دار النهضة العربية ،1994، ص. 340 .
- 8- بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 163/95 المؤرخ في 6 يونيو 1995 ،والمضمن المصادقة على الاتفاقية بشأن التنوع البيولوجي ،الموقع عليها في ري ودي جنيرو بالبرازيل في 5 يونيو 1992.؛ من بين الاتفاقيات التي انضمت إليها الجزائر والمتعلقة بحماية البيئة :- الاتفاقية بشأن التنوع البيولوجي الموقع عليها في ريودي جانيرو في 5 يونيو سنة 1992، ج، ر رقم 32، المؤرخة في 14 يونيو 1995 .
- اتفاقية فيينا لحماية طبقة الأوزون المبرمة في فيينا يوم 22 مارس 1985، ج ر رقم 17 السنة السابعة والثلاثون، المؤرخة في 29 مارس 2000.
- بروتوكولونتريلبشأنالموادالمستنفذةلطبقةالأوزونالمبرمفيمونتراليوم 16 سبتمبر 1987، ج ر رقم 17، المؤرخة في 29 مارس 2000.
- 9- انظر نص المادتين 124 و 124 مكرر من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، ج ر رقم 44 المعدل والمتمم للأمر 58//75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري .
- 10 -انظر، محمود صالح العادلي، موسوعة حماية البيئة الجزء الأول في القانون الجنائي الداخلي والقانون الدولي الجنائي وفقه (الإسلامي)، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، طبعة 2003 ص. 17.
- C f, PRIEUR (Michel), Droit de L'environnement, 3° Edition, Dalloz, Paris, 1996, p. 916.
- 11- أجمع الفقه والقضاء بشكل عام على أن التلوث هو الطارئ غير المناسب الذي تدخل في التركيبة الطبيعية (الكيميائية أو الفيزيائية أو البيولوجية) وتؤدي إلى تغير أو فساد أو تदन في نوعية تلك العناصر مما يلحق الضرر بكافة الكائنات الحية ،ويتلف الموارد الطبيعية ،كما يؤدي تلوث الموارد الطبيعية إلى مشاكل متعددة .ولعل أهم أنواع التلوث تتمثل فيما يلي :
- التلوث البيولوجي** :إن معظم حالات هذا التلوث تظهر آثارها عندما تصل إلى المياه ،فتسبب أمراض للإنسان ناتجة عن الجراثيم الطفيلية كالفيروسات المسببة لعدة أمراض منها :التهاب القلب والشلل وأمراض الكوليرا
- التلوث الفيزيائي** :وتعود إلى المتغيرات في تركيبة البيئة ،وهي عدة أنواع ،ذرات بالهواء وتعود إلى الدخان المتصاعد من المصانع والحارق والسيارات بكل أنواعها والمقالع ودخان البناءات وذرات الفحم والرماد المتطاير ،وكل نشطا يصدر عنه الغبار.
- التلوث الإشعاعي**:عندما يصل الإشعاع إلى حد يسبب أذى خطير من الصعب معرفة الحد الأدنى لسلامة الإشعاعات ،ويكون نتيجة موجات كهرومغناطيسية أو نوع مختلف من جزيئات الذرة ،التي تحدث ضررا في صحة الإنسان قد يصل إلى حد الإصابة بالسرطان.

-**التلوث الكيميائي:** وهو ناتج عن استخدام جملة من المواد أو الملوثات أو المسببات الكيميائية، والتي تؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على حياة الكائنات الحية (سواء كانت غازية أو سائلة أو صلبة). ويمكن التمييز في التلوث الكيميائي بين التلوث العضوي و غير العضوي. فالتلوث الكيميائي العضوي أسبابه مياه المجاري، وتساهم المعامل والمصانع التي تهتم بالأموال الغذائية بقسم كبير منها. أما التلوث غير العضوي فيتمثل أساسا في نفايات المنشآت الصناعية والزراعية ووسائل النقل بأنواعه المختلفة، وينتقل عبر الهواء والمياه، ويتسرب إلى المياه الجوفية، ويلوث الينابيع والأنهار والبحار، ويهدد الإنتاج الغذائي وسلامة الصحة العامة.

إضافة إلى نوع آخر من التلوث البيئي مرتبط **بالتلوث بالضجيج** أو **التلوث الضوضائي**.؛ انظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.342.

12- أحمد محمود سعد، المرجع نفسه، ص.342.

13- تنص المادة الثالثة من القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة في الفقرة الأولى على ما يلي: يتأسس هذا القانون على المبادئ العامة الآتية: مبدأ المحافظة على التنوع البيولوجي: الذي ينبغي بمقتضاه، على كل نشاط تجنب إلحاق ضرر معتبر بالتنوع البيولوجي.

14- انظر نص المادة الأولى من اتفاقية بروكسل لعام 1969 المتعلقة بالتدخل في أعالي البحار في حالات كوارث التلوث بالنفط.؛ انظر، محمد توفيق سعودي، التلوث البحري ومدى مسؤولية صاحب السفينة عنه، دار الأمين، القاهرة، 2001، ص.90.

15 -C f, HUET (J.): Le développement de la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement, 3e partie, Petites Affiches, du 14Janv . 1994, n:23.

16- انظر، صلاح هاشم، المسؤولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية، دار النهضة، 1991، ص.89.

17 - فالروائح الكريهة الناجمة عن تشغيل المنشآت الصناعية والتجارية، وتعتبر مصدرا رئيسيا لتلوث الهواء من جراء الغازات المنبثقة في الهواء، فتلحق الضرر بالغير مما يسمح له بطلب التعويض لانبعث هذه الروائح، وغالبا ما ينتج عن هذا الانبعث نتيجة خطأ مستغل هذه المنشأة، عن طريق الإهمال أو التقصير، أو أن مستغل المنشأة لم يراع اللوائح والقوانين المعمول بها. إضافة إلى الأدخنة السوداء كحرق القمامة، والأخطاء الناجمة عن التلوث السمعي.

18-C f, MARTIN (Gilles. J.): La responsabilité civile du fait des déchets endroit français, R.I.D. Comp. 1992. P.73.

19- انظر، علي سعيدان، حماية البيئة من التلوث بالمواد الإشعاعية والكيميائية في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص.64.

- C f, NAIM-GESBERT (Eric), Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement, contribution à l'étude des rapports de la science et du droit, Bruxelles, 1999, p.808.

20- انظر، ياسر محمد فاروق المنيوي، المرجع السابق، ص.216.

- 21- لقد اتجه القضاء الفرنسي في تطبيق المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي إلى افتراض وجود علاقة سببية مؤكدة بين الضرر والخطأ، وفي حالة عدم وجود علاقة سببية مؤكدة، فقد استبعد القضاء الحكم بتعويض هذا الضرر باعتباره ضرراً غير مباشر.؛ انظر، ياسر محمد فاروق المنيأوي، المرجع نفسه، ص.217.
- 22- قضت المحكمة العليا في السويد في 21 ابريل 1981 في دعوى تتعلق بضرر موت الأسماك، حيث اتضح لها صعوبة الوقوف على السبب المؤدي لذلك، واقتنعت بالتبرير الذي قدمه المدعي بالاكتفاء بالاحتمال في معرفة السبب المؤدي إلى ذلك .
- 23- انظر، ياسر محمد فاروق المنيأوي، المرجع السابق، ص.239.؛ انظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.342.
- 24- انظر، صباح العشأوي، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص.35.
- 25- انظر، ياسر محمد فاروق المنيأوي، المرجع السابق، ص.275.
- 26- انظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.348.
- 27- انظر، حسن شحاتة، التلوث البيئي فيروس العصر، المرجع السابق، ص.141.
- 28- انظر، محمد توفيق سعودي، التلوث البحري ومدى مسؤولية صاحب السفينة عنه، دار الأمين، القاهرة، 2001، ص.92.
- 29- وفي هذا المجال فقد انضمت الجزائر إلى اتفاقية برشلونة الخاصة بحماية البحر الأبيض المتوسط من التلوث المبرمة في 16 فبراير 1976؛ أنظر، المرسوم رقم 02/81 المؤرخ في 17 يناير 1981، المتضمن المصادقة على البروتوكول الخاص بحماية البحر الأبيض المتوسط من التلوث الناشئ عن رمي النفايات من السفن و الطائرات و الموقع في برشلونة يوم 16/02/1976.؛ أنظر، المرسوم 03/81 المؤرخ في 17 يناير 1981 المتضمن المصادقة على البروتوكول الخاص بالتعاون على مكافحة تلوث البحر الأبيض المتوسط بالنفط و المواد الضارة الأخرى في الحالات الطارئة والموقع في برشلونة يوم 16/02/1976 .
- وكذلك اتفاقيات بروكسل الخاصة بالمسؤولية المدنية في حالة التلوث البحري و الأضرار الناجمة عن التلوث بالحروقات؛ أنظر، الأمر 17/72 المتعلق بمصادقة الجزائر على الاتفاقية الدولية الخاصة بالمسؤولية المدنية الناجمة عن التلوث البترولي، المنعقدة في بروكسل ج ر رقم 53 المؤرخة في 04/08/1972 .
- 30- انظر، عبد السلام منصور الشيوبي، المرجع السابق، ص.350.
- 31- انظر نص المادة 164 من القانون المدني الجزائري.
- 32- أنظر نص المادة 691 من القانون المدني الجزائري.
- 33- انظر، نبيلة إسماعيل رسلان، المرجع السابق، ص.96.
- 34- انظر نص المادة 157 مكرر 1 من الأمر 13/96 المعدل والمتمم للقانون رقم 17/83 المتضمن قانون المياه المعدل بموجب القانون 12/05

35- عبد السلام منصور الشيوبي، التعويض عن الأضرار البيئية في نطاق القانون الدولي العام، دار الكتب القانوني، 2002، ص.175.

36- من ابرز الأمثلة على ذلك حادثة (Deep-Water-Horizon)، والتي نتجت عن تسرب البترول الناتج عن حفارة بترول أمام السواحل الأمريكية، الأمر الذي أدى إلى تسرب الزيت؛ نبيلة إسماعيل رسلان، الجوانب الأساسية للمسؤولية المدنية للشركات عن الأضرار البيئية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص.95.

37- المثال الشهير الذي يعلق بالصعوبات المتعلقة بتقدير الأضرار البيئية ولجوء القاضي الى تقرير عقوبات مالية قاسية على المسؤول، هي قضية (Exxon valdez case) في كارثة العام 1989، حيث قدر القاضي تعويضا بقيمة 2.5 مليار دولار من الشركة صاحبة الناقل التي تسرب منها النفط، ثم بعد ذلك تم تخفيضه إلى مبلغ 500 مليون دولار بعد حوالي 10 سنوات من التقاضي. وتعود وقائع هذه الحادثة أنه في 24 مارس 1989 تعرضت ناقلة النفط (Exxon valdez case) لحادث فظيع عند جرف (Prince William Sound) في منطقة ألاسكا، حيث اصطدمت بالجرف، مما أدى إلى تسرب حوالي 11 مليون جالون من النفط إلى مياه البحر، وقد أدى اندفاع النفط إلى تلوث بيئي على نطاق واسع جدا لصناعة الصيد والأعمال التجارية الملحقه به، متسببا في أفضع كارثة شهدتها الولايات المتحدة الأمريكية، والتي تسببت في خراب وتدمير كبير للبيئة والنظام البيئي في المنطقة بأسرها، ووصف ذلك الوقت بأنه أكبر كارثة بيئية في تاريخ الولايات المتحدة الأمريكية، وقد امتدت القضايا المتعلقة بهذه الحادثة إلى غاية الحكم النهائي فيها سنة 2008 من المحكمة العليا الأمريكية.؛ انظر، صفوت عبد الحفيظ، التحكيم في المنازعات البيئية، مقال منشور في مجلة مصر المعاصرة، العدد ين (يناير 469 وأبريل 470)، 2003، ص.270.

-CHAPMAN (David J.), W. Michael HANEMANN: Environmental damages in court, The Law and Economics of the Environment, 2001, Anthony Heyes, Editor, p. 320.

38- انظر، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون حماية البيئة الإسلامي مقارنة بالقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص.352.

39-C f ,CABALLERO (Francis): Essai sur la notion juridique de nuisance, thèse, libraire général de droit et de jurisprudence, 1981, p.293.

40- انظر، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص.349.

41- القانون رقم 07/04 المؤرخ في 14 أوت 2004، ج ر رقم 51 المؤرخة في 15 أوت 2004 يتعلق بالصيد، الفصل الثاني من الباب الثاني والمتعلق بالمخالفات والعقوبات في مجال الصيد



جامعة ابن خلدون تيارت  
كلية الحقوق والعلوم السياسية



مجلة البحوث

في الحقوق والعلوم السياسية

تحريرة منحصمة ومحكمة نمدار عن كلية الحقوق والعلوم السياسية

العدد 02  
أكتوبر 2015

ISSN: 2437 - 0444

## فهرس العدد

الصفحة	عنوان المقال	مؤلف المقال
1	الحماية الدولية للنازحين داخليا	د/عبد الله علي عبو جامعة دهوك-اقل كردستان العراق
28	سلطة القاضي في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري	د/نورة سعداني جامعة طاهري محمد- بشار
43	الأحكام الموضوعية والاجرائية لتقادم الاجور وفقا للقانون الجزائري والمقارن	د/مقني بن عمار جامعة تيارت
78	الجهاز العصبي للانسان ودوره في الكشف عن الحقيقة الجنائية"فك الدليل العلمي العصبي في ميزان قواعد الاثبات	د/قايد ليلي جامعة تيارت
99	الشراكة والمساهمة البيئية للجمعيات في ظل قانون قواعد حماية البيئة رقم 10/03	د/بوسماحة الشيخ جامعة تيارت د/مزيان محمد الأمين جامعة مستغانم الطالبة: طالبي يمينة جامعة مستغانم
107	المشاركة الشعبية و أثرها على السياسات التنموية المحلية"قراءة في قانون البلدية والولاية	د/حبشي لزرق جامعة تيارت أ/بن الحاج جلول ياسين جامعة تيارت
125	حق المعوق في العمل من المساواة الرسمية إلى المساواة الفعلية	د/مكي الخالدية جامعة تيارت أ/بلاق محمد جامعة تيارت
142	واقع الحق البيئي بين التشريعات البيئية الدولية والداخلية	د/حمداوي محمد جامعة سعيدة
165	الإدارة سلطة تنفيذية	أ/بلحاج سليمة وسيلة جامعة تيارت
176	الاعلام البيئي واقع وآفاق في الجزائر	أ/خلفة نصير جانعة تيارت
191	البيئة وحقوق الانسان	شنيني بوريش صورية جامعة معسكر
205	التنظيم الدستوري للمتهم في الجزائر	أ/امينة شريف جامعة سعيدة
213	السياسة العقابية بين الشريعة والقانون	أ/علي محمد جامعة أدرار
225	الشراكة بين القطاع الخاص والقطاع العام في مجال المياه والتطه	أ/سيهوب سليم جامعة تيارت
243	المسؤولية الجزائرية للطبيب في مجال الجراحة العامة	د/زهودر أشواق جامعة مستغانم
264	المنازعات المتعلقة بالعمران في قانون العمران الجزائري	أ/خالد بالجيلالي جامعة تيارت

# المنازعات المتعلقة بالعمران في قانون العمران الجزائري

أ/بالجيلالي خالد جامعة ابن خلدون (تيارت)

## الملخص

يشير موضوع المنازعات المتعلقة بالعمران عدة تساؤلات حول ماهية منازعات العمران، وما هي الجهة المختصة للفصل في النزاع؟ وما هي شروط وإجراءات رفع الدعوى أمام القضاء؟، وما هو الدور المنوط بالقضاء لضمان تحقيق النظام العام في مجال العمران والنظام العام الجمالي (جمال الرونق والرواء) ومدى رقابة القضاء على احترام مبدأ الشرعية وقواعد التعمير، وهو ما سنتطرق إليه في هذه الدراسة، حيث سنتطرق في الفقرة الأولى المنازعات التي تختص بها الجهات القضائية الإدارية، وفي الفقرة الثانية سنخصصها لدراسة المنازعات القضائية التي تختص بها جهات القضاء العادية .

## Abstract

Il apparait, à travers votre étude du thèse « Les Contentieux De L'urbanisme » qui pose plusieurs questions au sujet, de quels autours de la nature dans les contentieux de l'urbanisme, et qui est compétent pour statuer sur le différend?, et quelles sont les conditions et les procédures de dépôt dans la justice?, et quel est le rôle du pouvoir judiciaire pour assurer l'ordre public dans le domaine de l'ordre public et esthétique et le contrôle judiciaire du respect du principe de légalité et des règles de l'urbanisme.

Cet étude se partager au deux paragraphe, dans le premier paragraphe, nous avons étudié les organes judiciaires administratifs compétentes dans les contentieux judiciaires de l'urbanisme, et dans le deuxième paragraphe nous avons essayé savoir les organes judiciaires normales que vue les contentieux judiciaires de l'urbanisme.

## مقدمة

إن التبع الدقيق لأحكام قانون العمران يبرز قواعد ردعية تهدف إلى تحقيق التوازن بين المصالح الخاصة للأفراد و المصلحة العامة العمرانية بكل مقتضياتها، وذلك من خلال تدخل الإدارة بفرض تراخيص إدارية تحترم قواعد قانون العمران، وللأفراد الطعن ضد القرارات الإدارية غير المشروعة من أجل إلغائها، إضافة إلى حقهم في المطالبة بالتعويض .

ويشير موضوع منازعات العمران إشكالات عديدة بسبب التشوه الذي أصبح يسيطر على المدن الجزائرية نتيجة مخالفة قوانين العمران و الشروط التقنية للبناءات، وانتشار البناءات بدون تراخيص واستعمال مواد مغشوشة وغير مطابقة، وعدم الالتزام بالشروط الفنية، الأمر الذي أدى إلى انهيار العديد من المباني، إضافة إلى انتشار البناء في الأراضي الفلاحية وبمحاذاة الأودية مما نتج عنه اختفاء المساحات الخضراء بسبب التوسع

العمرائى على حسابها ، وإقامة المنشآت الصناعىة ذات التأثير الخطىر على البىئة و المحيط و على الأماكن العمرائىة<sup>1</sup>.

و يلعب القضاء دورا هاما فى مادة التعمىر ، و ذلك من خلال الفصل فى منازعات العمران التى تطرح علىه سواء من قبل الأفراد أو الإدارة أو النيابة العامة أو الجمعىيات.

و يتم الفصل فى منازعات الجوار الواقعة بىن الأفراد بشأن البناء بدون رخصة أو خلافا لرخصة من قبل القاضى المبنى ، كما يختص القاضى الجزائى بتوقىع العقوبات الجزائىة فى مجال التعمىر نىة نىة القىام بأشغال دون رخصة البناء أو مخالفتها، و أهىر للقاضى الإدارى سلطة رقابىة على أعمال الإدارة التى تمارسها فى مجال الضبط الإدارى ، من خلال إجبار هذه الأخيرة على احترام النصوص التشريعىة والتنظىمىة و الرخص التى سبق و أن سلمتها للغير .

و يظهر دور القاضى الإدارى فى مادة التعمىر لاسىما فى مجال رخصة البناء فى ثلاث دعاوى يمكن أن ترفع أمامه ، و هى إما دعوى مراقبة المشروعىة ( دعوى الإلغاء ) بالنسبة للقرارات الإدارىة العدىة الصادرة فى مجال البناء ( قرار رخصة البناء ، قرار رفض طلب رخصة البناء ، قرار تأجىل الفصل فى طلب رخصة البناء ، قرار سحب رخصة البناء ) ، و إما دعوى المسؤولىة و ما ىترتب عنها من تعوىض عن الأضرار النابئة عن حرق الإدارة لمبدأ المشروعىة أو الأضرار المادىة الناشئة عن ذلك، كما أن هناك دعوى خاصة تتمثل فى طلب توقىف القرار المطعون فىه ، نظرا لما لهذا القرار من ضرر أو خطورة عند الإقبال على تنفىذه، و ما ىترتب عن هذا التنفىذ من أوضاع ىصعب تداركها<sup>2</sup>.

و ىثار التساؤل حول ماهىة منازعات العمران؟، و ما هى الجهة المختصة للفصل فى النزاع؟، و ما هى شروط و إجرءات رفع الدعوى أمام القضاء؟، دور القاضى لضمآن احترام مبدأ المشروعىة وقواعد التعمىر من جهة و تحقىق النظام العام فى مجال العمران والنظام العام الجمالى ( جمال الرنق والرواء ) من جهة ثانىة؟ . حىث سنطرق فى الفقرة الأولى إلى معرفة المنازعات التى تختص بها الجهات القضائىة الإدارىة، أما فى الفقرة الثانىة فنسخصها لمعرفة المنازعات القضائىة التى تختص بها الجهات القضائىة العادىة .

### الفرقة الأولى : المنازعات التى تختص بها الجهات القضائىة الإدارىة

تتعلق منازعات العمران أساسا إما برخصة البناء أو شهادة التقسىم أو شهادة التجزئة أو شهادة المطابقة أو برخصة الهدم ، و يتم الطعن فى القرارات الإدارىة المتعلقة بما بدعوى تجاوز السلطة (دعوى الإلغاء) أو بدعوى المسؤولىة (دعوى التعوىض)، و يلعب القاضى الإدارى دورا فعالا فى فض وحل ما تطرحه أغلب منازعات

<sup>1</sup>-انظر، عزرى الزىن ، دور القاضى الإدارى فى منازعات تراخىص البناء ، مجلة مجلس الدولة ، 2008

<sup>2</sup>-انظر، نورى عبد العزىز ، رقابة القاضى الإدارى فى مادة رخصة البناء ، مجلة مجلس الدولة ، 2008

رخص البناء أو الهدم على أساس أنها قرارات إدارية، ويجب التمييز بين دعوى الإلغاء الموجهة مثلا ضد رخصة البناء، التي تستوجب بالضرورة توفر الشروط والحالات المعينة لرفع هذه الدعوى، ودعوى تعويض الإدارة للفرد إذا كان العيب الذي يشوب قرار رخصة البناء يعود لخطئها، أي تقوم مسؤولية الإدارة بالتعويض عن الضرر اللاحق بالفرد نتيجة استلام رخصة بناء غير مشروعة، وذلك عن طريق دعوى التعويض التي يطلق عليها دعوى المسؤولية. وعليه سنتناول في هذا الجزء شروط وإجراءات قبول الدعوى أمام القضاء الإداري (أولا)، ثم نبين القرارات الإدارية محل الطعن في منازعات العمران وأوجه الطعن فيها (ثانيا)، ثم سنتطرق إلى دعوى التعويض في منازعات العمران (ثالثا).

## أولا- شروط و إجراءات قبول الدعوى أمام القضاء الإداري

سنتطرق أولا إلى دراسة الشروط المتعلقة برفع الدعوى (أ)، ثم الشروط المتعلقة بالدعوى القضائية (ب)، وأخيرا تحديد الجهة القضائية المختصة للفصل في النزاع (ج)

**أ- الشروط المتعلقة برفع الدعوى:** لقد وحدت النصوص القانونية بعض الشيء الشروط التي يجب أن تتوفر في رافع الدعوى قبل البحث في الموضوع، فإذا انتفى أحدها لا يمكن أن يحكم القاضي في الموضوع فما هي هذه الشروط الشكلية اللازمة لرفع الدعوى القضائية؟، أي هل أن رافع الدعوى توفرت فيه الشروط القانونية المحددة قانونا من غاية رفعها إلى غاية الفصل فيها؟

وحتى تقبل الدعوى أما الجهات القضائية لا بد من أن تتوفر مجموعة من الشروط في الشخص رافع الدعوى، هذه الشروط نصت عليها المادة 459 مكرر من قانون الإجراءات المدنية السابق التي أثارت النقاش، والتي كانت تشترط ثلاثة شروط أساسية وهي الصفة، الأهلية، المصلحة، أما المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، فقد اشترطت توفر الصفة والمصلحة في الشخص رافع الدعوى، حيث نصت على أنه "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

هذه المادة واضح أنها لم تتكلم عن الأهلية، هل هذا يعني أن الأهلية لم تعد شرطا لقبول الدعوى؟، وهل هذه الشروط هي شروط لقبول الدعوى أم لمباشرة الدعوى أم لصحة الخصومة القضائية؟.

تعتبر الأهلية شرط لقبول الدعوى، ومع ذلك فقد تعد شرطا لمباشرة الدعوى، وهي من النظام العام وفق ما تنص عليه المواد (64 و65 و67) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ومن بين الشروط الواجب توافرها أيضا في رافع الدعوى، الصفة و المصلحة:

**1- الصفة (من الذي رفع الدعوى؟):** فالمفروض أن الذي رفع الدعوى من وقع اعتداء على حق شخصي له، ويقصد بهذا الشرط أن يكون الطاعن أو المدعي في الدعوى في وضعية ملائمة تسمح بمباشرة الدعوى، أي أن يكون في مركز قانوني سليم يخول له إمكانية التوجه للقاضي الإداري كأن يكون متضررا من عدم منحه

رخصة البناء التي هي من حقه أو أن يسبب صاحب رخصة البناء ضرراً متضرراً للغير. الأمر الذي نصت عليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "لا يجوز لشخص التقاضي ما لم تكن له صفة"، وأكده قانون التهيئة و التعمير لاسيما الشروط المتعلقة بطالب رخصة البناء سواء كان مالكا أو وكيلاً أو مستأجراً مرخص له أو الهيئة المخصصة لها قطعة الأرض أو البناية أو الحائز أو صاحب حق الامتياز.<sup>1</sup>

**2- المصلحة:** لماذا رفعت الدعوى ؟ ، لا دعوى بدون مصلحة ، أي أن المصلحة هي مناط الدعوى، ويعبر عنها بالتعاريف الفقهية بأنها المنفعة التي يريد تحقيقها من رفع الدعوى أما القضاء، والأصل أن المصلحة تتحقق أن تم الاعتداء على حق لرافع الدعوى ، أو كان ذلك الحق مهدداً بالاعتداء (المصلحة المستقبلية أو المحتملة)، أما الاحتمال فقد جاءت به المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

يشترط في المصلحة أن تكون مصلحة حالة ومباشرة في دعوى الإلغاء، كما يشترط في المصلحة أيضاً أن تكون مصلحة شخصية أو ذاتية للطاعن، ويظهر ذلك على وجه الخصوص في دعوى البطلان المتعلقة بالقرار الإداري السلبي المتمثل في رفض منح طلب رخصة البناء من قبل الإدارة، فهنا لا يمكن لغير طالب رخصة البناء أن يطعن في قرار الرفض مثل الوكيل والمهندس المعماري الذي كلفه صاحب المشروع بالمتابعة التقنية أو المقاول الذي كلفه بإنجاز أشغال البناء لأن مصلحة هؤلاء الأشخاص ليست شخصية في دعوى الإلغاء ، كما قد تكون هذه المصلحة مستقبلية أو محتملة وفق ما تنص عليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

أما بالنسبة للغير فلا تقبل دعواهم إلا أثبتوا مصلحتهم المباشرة و الشخصية لهم في ذلك، من خلال إثبات أن القرار الإداري قد مس بالمراكز الخاصة التي يحميها القانون ، ونذكر في هذا الصدد قرار مجلس الدولة المؤرخ في 10 جويلية 2000 وتمثل وقائعه في أن السيد قادري مصطفى استفاد في إطار تشغيل الشباب وهذا في إطار بناء كشك بعيد عن السكان وعن الرصيف وأنه حصل على رخصة البناء وبدأ في الإنجاز ، فرفعت دعوى قضائية ضده من الجيران ، ومن بين الدفع التي أثارها المستأنف أن المستأنف عليهم ( الجيران ) غير منظمين تحت لواء الجمعية أو شخصية معنوية تخولهم التقاضي في إطار التمثيل الجماعي<sup>2</sup> . وأجاب مجلس الدولة أن هذا الدفع غير مسبب بما أن المدعين تضرروا من بناء كشك مشيد على رصيف من سكنهم مما يتعين القول أن لهم الصفة في رفع الدعوى ، كما أن الكشك يحتل جزء من الرصيف للراجلين مخالفا قواعد التعمير .

<sup>1</sup>-انظر، فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، منشورات أمين، ط2009، ص46

<sup>2</sup>-انظر، عزري الدين ، المرجع السابق ، ص 88

وقد منح المشرع الجزائري في قانون 90-31 للجمعيات حق التقاضي للدفاع عن الحقوق التي تتماشى مع أهدافها كجمعيات حماية البيئة، التي لها الحق مثلا في أن تقاضي الأشخاص المعنوية أو الطبيعية في حالة الاعتداء على البيئة بأن تؤسس نفسها كطرف مدني .

إضافة إلى الصفة والمصلحة التي تشترط في رافع الدعوى، يجب أن يكون أهلية التقاضي، وتعرف هذه الأخيرة بأنها الخاصة التي تخول للشخص الطبيعي أو المعنوي حق اللجوء إلى القضاء للدفاع عن حقوقه ومصالحه . وقد قسم الفقه و القضاء الأهلية التي يتمتع بها الأشخاص العاديين إلى أهلية الأداء وأهلية الوجوب .

وفي ظل قانون 90-29 قد حول رئيس البلدية التصرف باسم بلديته ومجلس الدولة مستندا في ذلك الرأي المطابق لوالي الولاية ، ويمثل الوالي الولاية كما يمثل الوزير المكلف بالتعمير الدولة أمام الجهات القضائية .

### ب- الشروط المتعلقة بالدعوى القضائية (ماذا يشترط في الدعوى حتى تكون مقبولة؟)

1-التظلم: هو الإجراء الذي يقوم به المتظلم أمام جهة إدارية لمطالبتها بمراجعة قرارها محل التظلم، وقد نصت المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 . ويعد سكوت الجهة الإدارية المتظلم أمامها عن الرد خلال شهرين بمثابة قرار بالرفض ويبدأ هذا الأجل من تاريخ تبليغ التظلم، وفي حالة سكوت الجهة الإدارية يستفيد المتظلم من أجل شهرين لتقديم طعنه القضائي الذي يسري من تاريخ انتهاء أجل شهرين المشار إليه في الفقرة أعلاه

في حالة رد الجهة الإدارية خلال الأجل الممنوح لها يبدأ سريان أجل شهرين من تاريخ تبليغ الرفض، يثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل المكتوبة ويرفق مع العريضة "

من خلال نص المادة 830 أعلاه أراد المشرع تكريس التوجه السائد المسبق عملا بأحكام قانون الإجراءات المدنية الذي لم يعد يأخذ بالتظلم المسبق كشرط لقبول الدعوى أمام المحاكم الإدارية، فالشخص المعني بالقرار الإداري ، له تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 من القانون الجديد ، كما له أن يباشر دعواه دون تقديم أي تظلم ماعدا الحالات المحددة بموجب قانون خاص والتي سيأتي ذكر بعض منها .

ولقد كرس القانون الجديد مرحلة الإصلاح حيث تم التخلي عن شرط التظلم بالنسبة للدعوى التي تختص بنظرها الغرف الإدارية المحلية و الجهوية ، وألغى حتى على الشرط المتبقي بالنسبة للدعوى المرفوعة أمام مجلس الدولة فلم يعد التظلم شرطا لقبول الدعوى الإدارية كما هو وارد في المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية إنما جوازيا عملا بالمادة 907 من القانون الجديد التي تقضي بإعمال المواد من 829 إلى 832 من نفس القانون .

فالقاعدة العامة إذن عدم لزوم التظلم في المنازعات الإدارية وذلك لتخفيف العبء على المتقاضين وتبسيط إجراءات الدعوى الإدارية التي يشكل التظلم أحد مظاهرها تعقيدها حيث كان التظلم المسبق شرطاً جوهرياً لقبول الدعوى.

إلا أنه بعد صدور القانونين 90-29 يكون له الخيار إما القيام به أو رفع الدعوى مباشرة أمام القضاء المختص حيث تنص المادة 63 منه على أنه "يمكن طالب رخصة البناء أو التجزئة أو الهدم غير المقتنع برفض طلبه أن يقدم طعناً سلمياً أو يرفع القضية أمام الجهة القضائية المختصة في حالة سكوت السلطة السلمية أو رفضها له"<sup>1</sup>، وبالتالي فإن التظلم أصبح اختياري بموجب المادة 63 من القانونين 90-29 .

2- **ميعاد الطعن القضائي:** طبقاً للمادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة أشهر يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي ومن تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي ، ولا يحتج بأجل الطعن المنصوص عليه في المادة 829 من القانون الجديد إلا إذا أشير إليه في تبليغ القرار المطعون فيه، وقد نصت المادة 907 "عندما يفصل مجلس الدولة" كدرجة أولى و أخيرة تطبق أحكام المتعلقة بالآجال المنصوص عليها في المواد من 829 إلى 832 المنصوص عليها أعلاه .

ج- **تحديد الجهة القضائية المختصة (ما هي الجهة القضائية المختصة؟):** يخولنا الحديث هنا عن قواعد الاختصاص النوعي والمحلي أو الإقليمي، ففي ظل القانون القديم أحدهما كان يعتبر من النظام العام (الاختصاص النوعي)، أما الاختصاص المحلي لا يعد من النظام العام، وذلك بخلاف نص المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي نصت صراحة على أن كلا من الاختصاص النوعي والإقليمي يعتبران من النظام العام .

1- **الاختصاص النوعي:** وفقاً لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية<sup>2</sup>.

- **المحكمة الإدارية:** إن قانون التهيئة والتعمير لم يتضمن نصوصاً خاصة بالاختصاص القضائي للنظر في الطعون بالإلغاء أو غيرها من القرارات المتعلقة برخصة البناء، وبالتالي للمدعي أن يرفع دعواه حسب قواعد الاختصاص المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 800 و 801 منه، وعليه فسواء كان الطاعن هو طالب الرخصة أو من الغير، فإن الاختصاص النوعي يؤول إلى الجهات القضائية الآتية:

<sup>1</sup>-انظر، بريارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، منشورات البغدادي ، 2009، ص431

<sup>2</sup>-انظر نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

-إذا كان الطعن موجهًا ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي فإن الاختصاص يعود للمحكمة الإدارية، الأمر الذي تنص عليه المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن: "المحاكم الإدارية هي صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية .

تختص في الفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات ذات الصبغة الإدارية طرفًا فيها".

و تنص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في :

1. دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن : الولاية و المصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية .

البلدية و المصالح الإدارية الأخرى للبلدية

المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية

2. دعاوى القضاء الكامل

3. القضايا المخولة بموجب نصوص خاصة

- **مجلس الدولة:** فإذا كان الطعن موجهًا ضد الوزير المكلف بالتعمير، فإن الاختصاص يعود إلى مجلس الدولة وفقا للقانون العضوي 98-01 الذي يحدد اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه ، و وفقا للمادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن " يختص مجلس الدولة كدرجة أولى و أخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء و التفسير و تقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزي، كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة والمادة 902 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص " يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام و الأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية كما يختص أيضا كجهة استئناف بالقضايا المخولة له و بموجب نصوص خاصة.

- **القضاء الاستعجالي:** من بين الحالات التي يتدخل فيها القاضي الاستعجالي، حالة وقف تنفيذ قرار إداري، مادة الحريات العامة، حالة الاستعجال القصوى، حالة التعدي ، حالة الاستيلاء، حالة الغلق الإداري.

فيشترط المشرع لوقف التنفيذ قرار إداري ما يشترط في الاستعجال العادي، بمعنى توفر ظروف الاستعجال المبررة، وعدم المساس بأصل الحق. لكن المشرع لم يقف عند حد منع الضرر، وإنما أضاف شرطا لا نجده في وقف التنفيذ العادي، هو أنه متى ظهر للقاضي من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار مسائرا في ذلك ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة 1938.

تنص المادة 917 على أنه " يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيكية الجماعية المنوط بها البث في دعوى

الموضوع

كما تنص المادة 918 أنه " يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة .ولا ينظر في أصل الحق ويفصل في أقرب الآجال "

و تنص المادة 919 على " عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض يكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة منه متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك ، ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار .

عندما يقضى بوقف التنفيذ ، يفصل في طلب إلغاء القرار في أقرب الآجال .و ينتهي أثر وقف التنفيذ عند الفصل في موضوع الطلب.<sup>1</sup>

إن ما يميز القرارات الإدارية عامة بما فيها تلك التي صادرة في مادة التعمير أنها تكون قابلة للتنفيذ رغم الطعن فيها ، غير أن ترك هذه الميزة على إطلاقها يمكن أن يلحق ضررا يصعب أو حتى يستحيل أحيانا تداركه، كما أن دعوى الإلغاء التي ترفع ضد القرارات الإدارية تتطلب وقتا طويلا لصدور قرار قضائي وجاهي فيها مما يجعل بعض الحالات تفلت من الرقابة القضائية الآنية عليها مثل القيام بأشغال التهيئة أو البناء التي يصدر قرار إداري بالترخيص بها فمن أجل تلافي مثل هذه الوضعيات المخرجة وضع المشرع بدعوى أمام القاضي الاستعجالي طالبا منه وقف القرار المطعون فيه ، وهي التدابير العامة التي يمكن تكييفها على مادة التعمير وعلى مادة رخصة البناء على وجه الخصوص مع الأخذ في الحسبان بعض الاعتبارات التي تميز شروط رفع الدعوى في هذه المادة الأخيرة وما ترتبه هذه الدعوى من آثار.

ولقد رسم قانون الإجراءات المدنية تدابير تتبع من أجل التصدي إلى خطر تنفيذ القرارات الصادرة عن الإدارة ، كما أضاف التطبيق القضائي لمجلس الدولة إلى هذه الإجراءات تدبير يتمثل في توقيف القرار القضائي الصادر في المادة الإدارية هو ما يدعونا إلى التفرقة بين دعوى وقف تنفيذ القرارات الصادرة في مادة رخصة البناء التي ترفع أمام الغرف الإدارية بالمجالس القضائية والدعاوى التي يمكن رفعها أمام مجلس الدولة .

**2- الاختصاص الإقليمي:** تكلمت عنه المادة 803 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذا المادتين 37 و38 منه، فالدعوى ترفع في موطن المدعى عليه، أو في آخر موطن للمدعى عليه، وإذا تعدد المدعى عليهم فموطن احدهم، ومع ذلك فطبقا لنص المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي أوجبت رفع الدعوى أمام المحاكم الإدارية<sup>2</sup>. وبعد دراستنا لشروط وإجراءات قبول الدعوى أمام القضاء الإداري سوف نبين القرارات الإدارية محل الطعن في منازعات العمران وأوجه الطعن فيها .

<sup>1</sup>-انظر ،بريارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،المرجع السابق، ص 464

<sup>2</sup>-انظر نص المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

## ثانيا- دعوى الإلغاء في مجال منازعات العمران

إن القاضي الإداري يختص أساسا في رقابة مشروعية رخصة البناء في إطار دعوى تجاوز السلطة ، فرخصة البناء هي بمثابة قرار إداري يتم مراقبة مشروعيته ويتدخل القاضي في مجال رخصة البناء سواء كان مدنيا أو جزائيا أو إداريا ، وتثار النزاعات في حالة رفض الإدارة تسليم رخصة البناء أو سحبها أو بصدور قضاء إداري يتضمن توقيف الأشغال وقد تثار النزاعات بين الأفراد فيما بينهم أثناء تنفيذ الأشغال المرخص بها وما قد تنتج عنه من أضرار قد تلحق بالغير وتختص جهات القضاء الإداري في المنازعات التي تثيرها رخصة البناء باعتبارها قرار إداري صادرا عن جهة إدارية مختصة مشوبا بعيب عدم مشروعية وعليه يثار التساؤل حول أساس رفع الدعوى وحالاتها و الإجراءات المتبعة من قبل الجهات الإدارية المختصة .

أ- **القرارات الإدارية محل الطعن في منازعات العمران:** حول قانون التعمير الجزائري الجهات الإدارية المعنية النظر في طلب رخصة بناء في حق إصدار أنواع من القرارات وهي قرار قبول رخصة البناء، قرار رفض رخصة البناء وقرار تأجيل الفصل في طلب رخصة البناء وقرار سحب رخصة البناء.<sup>1</sup>

**1- قرار منح رخصة البناء:** إن رخصة البناء باعتبارها قرارا إداريا تهدف الإدارة من خلال منحها أو رفض منحها تحقيق الرقابة القبلية المسبقة على أعمالا لتشييد البناء وضمانا للنظام العام العمراني فيما يخص الجهة الإدارية، و من ناحية أخرى فإنه يحق للفرد الحصول عليها كونها تعد أحد أوجه حق الملكية ،ومتى كان طلبه مستوفيا لكافة الوثائق والمستندات المطلوبة وأن الأشغال المراد القيام بها مطابقة ومنسجمة مع القواعد العامة للتهيئة والتعمير لاسيما أدواتها فإن النزاعات من هذا المنظور بين طالب الرخصة والإدارة ستكون كما يلي:

إنه من الثابت قانونا أن الإدارة لا يمكنها رفض تسليم رخصة البناء إلا للأسباب المستخلصة من أحكامالقانون90-29 والمراسيم التنفيذية المطبقة له . وكذا القوانين الخاصة المتعلقة بالمناطق المحمية،وفي حالة الرفض ألزم المشرع الإدارة بتسبيب القرار.

\*- **قرار قبول منح رخصة البناء:** أما بالنسبة لتبليغ القرار فقد نصت المادتين 48 و 49 من المرسوم 91-176 على أن : " رئيس البلدية إلصاق نسخة من فرار الرخصة على لوحة إعلانات البلدية لتكون تحت تصرف الجمهور (الغير ) طيلة مدة سنة وشهر من تاريخ تعليقها" ويمكن الطعن في قرار رخصة البناء من الغير مثل الجيران صاحب الرخصة ، الجمعيات التي تدافع عن البيئة وصاحب حق الشفعة .

\*- **قرار رفض منح رخصة البناء:** يمكن للجهة الإدارية أن تقر بعد دراسة الملف رفض طلب رخصة البناء وهو ما نصت عليه المادة 62 من قانون 90-29 ، كما تجدر الملاحظة أن سكوت الإدارة عن الفصل في

<sup>1</sup>-انظر،نوري عبد العزيز ، رقابة القاضي الإداري في مادة رخصة البناء ، مجلة مجلس الدولة ، 2008

طلب رخصة البناء لا يعد قبولاً ضمنياً للرخصة خلافاً لما كانت عليه الوقت في السابق، ولا يعتبر السكوت بمثابة رفض .

\*- **قرار تأجيل الفصل في طلب رخصة البناء:** لقد أجازت المادة 45 من المرسوم التنفيذي 91-176 للجهة الإدارية المختصة في النظر في طلب رخصة البناء أن تقرر تأخير الفصل فيه لمدة لا تتجاوز سنة واحدة ، وعليه متى رأى طالب رخصة البناء أن القرار الإداري المتضمن تأجيل الفصل في طلبه قد تجاوز سنة من إيداعه أو أنه مسبب تسبباً غير مقنع فيمكن رفع الطعن القضائي لإلغائه.

\*- **قرار سحب رخصة البناء:** حيث نصت المادة 49 من مرسوم 191-176 " تعد رخصة البناء لاغية إذا لم يستكمل البناء في الآجال المحددة في القرار المتضمن رخصة البناء حيث يصبح تقديم طلب جديد لرخصة البناء إجبارياً لكل مشروع أو استئناف الأشغال بعد آجال الصلاحية المحددة ويتوجب هذا الطلب بالحصول على رخصة بناء تعد دون إجراء دراسة بسيطة شريطة أن لا تتطور إجراءات التهيئة و التعمير وتوجيهاتها باتجاه مخالف لهذا التجديد.<sup>1</sup> وتسلم رخصة البناء من رئيس البلدية ومن الوالي ومن الوزير المكلف بالتعمير .

**2-قرار شهادة التعمير :** هي عبارة عن قرار إداري يهدف إلى إعلان الغير صاحب الطلب حول قابلية الأرض للبناء من عدمها ، والاتفاقات القانونية أو الاتفاقية التي يمكن أن تخضع لها الأرض أو الوعاء العقاري ، وتسلم من قبل رئيس البلدية وفقاً للمرسوم التنفيذي وتحدد مدة صلاحيتها بسنة واحدة ابتداء من تاريخ تبليغها ، وتخضع المنازعة المتعلقة بشهادة التعمير للقواعد المتعلقة بالمنازعات الإدارية فيمكن لصاحب شهادة التعمير عند عدم اقتناعه بالرد أو في حالة سكوت الإدارة أن يرفع بدعوى قضائية أمام الجهات المختصة .

**3-قرار رخصة التجزئة:** هي قرار إداري يتضمن تجزئة ملكية عقارية إلى جزئين أو عدة أجزاء وتعتبر إجبارية في هذه الحالة لتشييد بنايات جديدة ، وقد عرف المشرع في المادة 7 من المرسوم 91-176 " تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لقطعتين أو عدة قطع ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها إذا كانت قطعة أو عدة قطع أرضية ناتجة عن هذا التقسيم من شأنها أن تستعمل في تشييد بناية" وعليه إن عملية التجزئة مطلوبة لكل تقسيم إلى تجزئتين أو أكثر لملكية عقارية أو عدة ملكيات عقارية بحيث ينتج عن هذه التجزئة عدة تجزئات أخرى تكون قابلة للبناء فوقها.

وتسلم رخصة التجزئة من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو من الوالي إذا تعلق الأمر ببلديات مختلفة أو من الوزير المكلف بالتعمير إذا تعلق الأمر بالتجزئات الكبرى التي تمس المنشآت القاعدية ذات المصلحة الوطنية. وعلى الهيئة الإدارية المسلمة لرخصة التجزئة أن تنشر قرار القاضي بالموافقة على التجزئة . وتنظر المنازعة

<sup>1</sup>-انظر،نوري عبد العزيز ، رقابة القاضي الإداري في مادة رخصة البناء ، مجلة مجلس الدولة ، 2008

المتعلقة برخصة التجزئة في كل القرارات الإدارية المتعلقة بطلب أو رفض التأجيل وسكوت الغدارة عن الرد بخصوص رخصة التجزئة أمام المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة .

\*-**شهادة التقسيم:** نص قانون التهيئة و التعمير على شهادة التقسيم في المادة 59 وفي المادة 26 من المرسوم 91-176 "تعتبر شهادة التقسيم وثيقة تبين شروط إمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو عدة أقسام دون تغيير في حقوق البناء و الاتفاقات وهي لا تصلح أن تكون كشهادة للتعمير فتعتبر شهادة تقسيم قرار إداري منشأ لحق التقسيم في الملكية العقارية المبنية ، وتحدد صلاحيتها لسنة واحدة كما يمكن للمتضرر برفض الطلب أو عدم الرد أن يتقدم برفع دعوى أمام القضاء .<sup>1</sup>

\*-**شهادة المطابقة :** يمكن القول بأنها عبارة عن قرار إداري يتضمن إقرار من جانب الإدارة بصحة ما أنجز من أعمال البناء ، وفي ذات الوقت إذنا وترخيصا في استعمال البناء فيما شيد له، ونصت المادة 56 من المرسوم التنفيذي 91-176 " تقوم شهادة المطابقة مقام رخصة السكن والترخيص باستقبال الجمهور و المستخدمين إذا كان البناء مخصصا لوظائف اجتماعية وتربوية أو الخدمات أو الصناعة أو التجارة.. " وبعبارة أخرى هي تلك الشهادة أو الوثيقة الإدارية التي تتوج بها العلاقة بين الجهة الإدارية مانحة رخصة البناء و المستفيد منها تشهد فيها الإدارة بموجب سلطتها الرقابية السابقة و الآنية و البعدية أو اللاحقة، وهي الرقابة التي نصت عليها المواد من 73 إلى 79 من قانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير تحت عنوان المراقبة و المخالفات .

ولذلك فقد حول المشرع الإدارة سلطة رقابية واسعة وردعية قبل منح الطالب شهادة المطابقة لمواجهة المخالفات التي يمكن أن ترتكب في حق قانون البناء و التهيئة والتعمير ولرخصة البناء الممنوحة ، تتراوح بين أمر الباني بوقف الأعمال المخالفة للقانون ولرخصة البناء و الأمر بتحقيق مطابقة أعمال البناء المنجزة لهذا الأخير قبل منح الطالب شهادة المطابقة المنشودة ، وقد نصت المادة 15 فقرة 1: "وجدير بالذكر أن القرار المتضمن الأمر بوقف الأعمال المخالفة هو قرار مؤقت وليس قرار نهائي" بما له من خصائص القرار الإداري الأمر من حيث أنه يجب الخضوع لأوامره ونواهيه المتمثلة في التوقف عن الاستمرار في تنفيذ أعمال البناء المخالفة .

وتحدد صفة التأقيت هذه علة وجوده في أن قرار توقيف البناء المخالف ينتهي انتهاء طبيعيا، بل وآليا بمجرد تصحيح مظهر المخالف و إزالتها وهي التي كانت السبب في صدوره ابتداء ، وكذلك هو الأمر في حالة صدور قرار قضائي بإلغائه إثر دعوى قضائية يرفعها ذو المصلحة و الصفة ضد قرار توقيف الأشغال الصادر مشوبا بعيب من عيوب عدم المشروعية عندما يقدر قاضي الإلغاء جديدا طلب الباني صاحب المشروع وتأسيس طلبه

<sup>1</sup>-المرسوم التنفيذي رقم 91-176 المؤرخ في 28 ماي 1991 الذي يحدد كليات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك ، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي 06،03 المؤرخ في 7 يناير 2006

قانونا ، كما أن أمر التصحيح و المطابقة لا يعد قرارا إداريا عقابيا بل يعد تدبير إداريا وقائيا ويتحول إلى تدبير ردعي للقاضي عندما لا يمثل صاحب البناء للأوامر الموجه إليه من الإدارة أو يتقاعس عن واجب التصحيح واستكمال الأعمال المعنية في الوقت و الشكل المناسبين بعد انقضاء المدة المحددة له نهائيا ، الأمر الذي يمنح الإدارة باعتبارها سلطة ضبط إداري الحق باللجوء إلى أسلوب التنفيذ الإداري المباشر الذي يتخذ صورة هدم وإزالة البناء أو الجزء المخالف منه للقانون ولمضمون رخصة البناء المسلمة.<sup>1</sup>

وتقوم المنازعة الإدارية في مادة العمران وشهادة المطابقة على وجه التحديد بكونها رخصة إدارية تؤثر على حقوق الغير ومصالحته ومركزه القانوني ، وقد تكون شهادة المطابقة في شكل قرار إداري صحيح كما قد تكون في شكل القرار الإداري الضمني المستنتج من سكوت السلطة المختصة وعدم ردها على طلب المستفيد من رخصة البناء طالب شهادة المطابقة، وهذا على خلاف رخصة البناء التي لم تعد تصدر منذ 1990 لا في شكل قرار إداري صريح لا ضمني .

وقد حول المشرع سلطة الحل محل الباني المستفيد من رخصة البناء بدل استصدار القرار الإداري المتضمن شهادة المطابقة بغرض التحقق من الاستخدام الفعلي للعقار المبني واستغلاله فيما بني وشيد له وهذا بالنظر لعلاقة هذا الاستغلال بحقوق الغير وبالنظر لأن السلطة المانحة تسهر على إقامة و حماية النظام العام الجمالي وجمال الرونق والرواء.

**4-قرار رخصة الهدم :** هي عبارة عن قرار إداري يجيز للمالك أو من يملك السيطرة القانونية القيام بعملية الهدم الجزئي أو الكلي للبنية عندما تكون هذه البنية تقع في مكان مصنف أو في طريقه للتصنيف أو واقع في قائمة الأملاك التاريخية أو المعمارية أو السياحية أو الثقافية أو الطبيعية أو كلما اقتضت الشروط التقنية الأمنية ، ولرئيس المجلس الشعبي البلدي منح رخصة الهدم، غير أنه في حالته رفضه تسليم الرخصة يمكن لطالبها اللجوء إلى القضاء برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية . وبعد عرضنا مختلف القرارات الإدارية التي يمكن للإدارة أن تصدرها في مجال العمران ، سوف نتقل إلى دراسة أوجه الإلغاء في منازعات العمران

**ب- أوجه الإلغاء في مجال منازعات العمران:** يمكن أن تؤسس دعوى إلغاء رخصة البناء أو الهدم على إحدى الأوجه التالية:

**1-عيب عدم الاختصاص:** وهو يعني قدرة الموظف قانونا على اتخاذ القرارات التي تدخل في نطاق صلاحياته ، وبالتالي يكون القرار معيبا من حيث الاختصاص سواء كان عدم الاختصاص موضوعي أو مكاني أو زماني .

<sup>1</sup>-انظر،عزاوي عبد الرحمن ، الإجراءات و المواعيد في منازعات العمران، حالة شهادة المطابقة ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية،عدد4،جامعة تلمسان .

- عيب عدم الاختصاص الشخصي أو الموضوعي : يتمثل في حالة صدور قرار إداري عن جهة إدارية غير مختصة أو أن موضوع اختصاصها يخرج عن مجال اختصاصها الذي منحه لها المشرع<sup>1</sup> ، وقد منح المشرع الجزائري صلاحية إصدار القرار المتعلق برخصة إصدار البناء طبقا للمادة 65 من قانون 90-29 التي تنص على أنه تسلم رخصة التجزئة ورخصة البناء من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي و المادة 66 منه التي تنص تسلم رخصة البناء و التجزئة من قبل الوالي في حالة البناءات و المنشآت المنجزة لحساب الدولة و الولاية وهياكلها العمومية وفي حالة منشآت الإنتاج و النقل و التوزيع و تخزين الطاقة وكذا المواد الإستراتيجية ، و المادة 67 منه تسلم رخصة التجزئة و البناء من قبل الوزير المكلف بالتعمير و المادة 68 تسلم رخصة الهدم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي و الذي منح حصري الاختصاص دون غيره، ومن خلال هذا فكلما اتخذت قرارات إدارية من غير الجهات المختصة شكل ذلك عيب عدم الاختصاص الموضوعي ويكون أساس إلغاء القرار الإداري وفي هذا الصدد صدر قرار عن مجلس الدولة بتاريخ 07 جانفي 2003 فحواه أن الطاعن استأنف قرار بإبطال رخصة بناء صادرة عن ديوان الترقية و التسيير العقاري لعدم الاختصاص وقد صادق مجلس الدولة على ذلك تأسيسا على أن الديوان غير مختص بمنح و إصدار القرارات المتعلقة برخصة البناء .

- عيب عدم الاختصاص المكاني: ونكون بصدد إذا صدر قرار إداري عن جهة إدارية خارج إقليم لا يخضع لسلطتها كأن يصدر رئيس بلدية قرار هدم بناية تصدر في إقليم بلدية أخرى .

- عيب عدم الاختصاص الزمني : ويكون ذلك في حالة أن الموظف تعثره قطع لعلاقات العمل لأي سبب كالعزل الاستقالة و التقاعد مما يؤدي إلى عدم مشروعية هذا القرار لمخالفته الضوابط المتعلقة بالاختصاص .

2- عيب الشكل و الإجراءات: لا يكفي أن تصدر الجهة المختصة قراراتها الفردية المتعلقة بالعمران في حدود اختصاصها بل أوجب القانون أن تصدر في شكل معين وقد ألزمها المشرع بإصدار جميع قراراتها المتعلقة بالموافقة أو الرفض أو التأجيل على أن تكون معللة قانونا وذلك طبقا للمادة 62 من قانون 90-29 التي تنص لا يمكن رفض طلب رخصة البناء أو التجزئة أو الهدم إلا لأسباب مستخلصة من أحكام هذا القانون وفي حالة الرفض أو التحفظ يبلغ المعني بالقرار الذي اتخذته السلطة المختصة على أن يكون معلنا قانونا ، إذا فتمت صدر قرار بالرفض أو التحفظ يتعلق برخصة البناء والهدم و يجب أن يكون معللا وإلا كان معيبا معيب الشكل ، فذكر السبب كإجراء شكلي يمثل ضمانا للأفراد تسمح لهم وللقضاء بمراقبة مدى مشروعية القرارات الإدارية من حيث السبب.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>-انظر،عزري الزين ، دور القاضي في منازعات تراخيص البناء و الهدم ، مجلة مجلس الدولة ، ص 27، 2008

<sup>2</sup>-انظر،عزري الزين ، المرجع السابق،ص.27.

أما عيب مخالفة الإجراءات فهو يستلزم إتباع إجراءات معينة ينص عليها القانون كإرسال ملف الطلب إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير للتحقيق فيه قبل اتخاذ القرار المتعلق برخصة البناء وفقاً للمادة 40 من المرسوم التنفيذي 91-176 ولذلك ألزم المشرع قبل إصدار القرار استشارة المصالح المعنية عندما تكون الاستشارة ملزمة ، كما أن عدم احترام الآجال القانونية للرد على طالب رخصة البناء يعد خطأ جوهري في الشكل يعيب القرار ويعرضه للإلغاء ومن ثم تقوم مسؤولية الإدارة عن ذلك <sup>1</sup>.

**3- عيب مخالفة القانون:** يتعلق عيب مخالفة القرار بمحل قرار، وبالتالي يكون القرار الإداري مشوباً بعيب مخالفة القانون إذا كان موضوعه غير مطابق للمشروعية وبالتحديد القواعد القانونية التي صدر القرار استناداً إليها ، وفي مجال العمران فإن مخالفة القانون يشمل قوانين النصوص التنظيمية التي تنظم النشاط العمراني ، ومثال ذلك حالة التقدير الخاطئ في منح الرخصة وذلك كان تمنح السلطة المختصة رخصة بناء مسكن بجوار مصنع خطير يلحق ضرر بالبيئة و السكان لذلك ألزم المشرع أن تحدد بالتفصيل حقوق استخدام أراضي و البناء وذلك في المادة 31 من القانون 90-29 ، كما منعت المادة 44 من المرسوم التنفيذي 91-71 الإدارة المختصة من الترخيص ببناء لا يوافق أحكام مخطط شغل الأراضي ، أو إذا كان مشروع البناء غير مطابق لتوجيهات مخطط التهيئة و التعمير . كما يعد عيب مخالفة القانون في حالة مخالفة اللوائح و التنظيمات المعمول بها كأن ترخص الإدارة ببناء يفوق العلو المسموح به تنظيمياً ولاسيما المادة 28 من المرسوم التنفيذي 91-175 التي تنص على أنه " يمكن رفض رخصة البناء على علو يفوق معدل علو البنايات المجاورة أو إيقافها على أحكام خاصة تحددها القوانين و التنظيمات المعمول بها في المناطق المبنية بعد جزئياً و التي تمثل وحدة في المظهر وتقع في مناطق حضرية يكون فيها المخطط العمراني قيد الموافقة " <sup>2</sup>

**4- عيب انعدام السبب :** سبقت الإشارة أن الإدارة ملزمة باحترام شكلية التسيب في إصدار مختلف القرارات في مجال العمران فيعتبر السبب في القرار الفردي الصادر في مادة العمران ركن من أركانه ، فإذا أصدرت هذه القرارات معللة ، فإن رقابة القضاء الإداري ستنصب حول ملائمة هذا السبب مع الحالتين المادية و القانونية ، ويعرف السبب بوجه عام بأنه الحالة القانونية أو الواقعية التي تتم بعيد عن رصد الإدارة فتوحي إليه باتخاذ القرار، والقاعدة أن الإدارة ليست ملزمة بتسيب قراراتها إلا عندما يحتم عليها القانون ذلك فيصبح السبب عنصر من عناصر القرار وهذا ما ينطبق على القرارات الفردية الصادرة في مجالات العمران. حيث أوجب القانون في المادة 62 من قانون 90-29 أن تصدر الإدارة قراراتها معللة سواء كانت رفض أو موافقة أو

<sup>1</sup> - انظر، بن عبد الوهاب نورة، رخصة البناء ومبدأ المشروعية ، مذكرة ماجستير ، 2003-2004 جامعة وهران، ص 98

<sup>2</sup> قانون 90-29 مؤرخ في 1 ديسمبر 1990 المتعلق بالتعمير معدل ومتمم بالمرسوم التشريعي رقم 94-07 وبالقانون 04-05

تحفظ، وتتركز رقابة القضاء الإداري على مدى مشروعية هذه القرارات من حيث السبب في مراقبة مدى ملائمة الدوافع مع الحالتين الواقعية والقانونية.<sup>1</sup>

**5- عيب انحراف السلطة:** يرتبط هذا العيب ويمس ركن الغاية في القرار الإداري ، وصور الانحراف في مجال العمران هي:

- استهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة العمرانية لأن الهدف هو المصلحة العامة العمرانية ولا يجب إصدار قرارات تتعلق بالبناء أو الهدم أو التجزئة تمس بهذا الهدف العام.

- مخالفة تخصيص الأهداف التي نص عليها قانون العمران للإدارة حق رفض منح رخصة إذا كان هناك مساس بالموقع و بالتصريف أو بالجوار

- إساءة استعمال الإجراءات الخاصة بمنح تراخيص العمران مثل قرار سحب رخصة بناء و القرار دون احترام القانون وقرار هدم البناية دون احترام القانون كذلك.<sup>2</sup> وبعد دراستنا لدعوى الإلغاء وأسسها سوف نتقل إلى دراسة دعوى التعويض في مجال العمران

### ثالثاً- دعوى التعويض في منازعات العمران

تعد دعوى المسؤولية، أو دعوى التعويض المظهر الثاني من مظاهر تدخل القاضي الإداري الجزائي في مجال ممارسة رقابته على أعمال الإدارة ، وتخضع مسؤولية السلطات العمومية في مادة التعمير في مجملها للقواعد العامة للمسؤولية، التي يمكن أن تبنى المسؤولية فيها على أساس الخطأ، أو على أساس المسؤولية بدون خطأ، وهنا يراعى مبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة ويظهر تطبيق ذلك في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، كما تقوم المسؤولية الإدارية بدون خطأ أيضاً على أساس فكرة المخاطر وتحمل التبعة

أ- أساس المسؤولية الإدارية: المسؤولية الإدارية قد تكون على أساس الخطأ، كما قد تكون مسؤولية بدون خطأ.

### 1- المسؤولية على أساس الخطأ

تقوم المسؤولية على أساس الخطأ على ثلاث أركان هي الخطأ ، الضرر، العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر ، أي أن يكون هذا الضرر نتج مباشرة عن خطأ الإدارة .

- **الخطأ :** إن المقصود بركن الخطأ في مسؤولية الإدارة هو أن تقوم هذه الأخيرة بعمل مادي أو قرار إداري ويكون هذا العمل أو القرار مخالفاً لنصوص القوانين أو اللوائح التي كان على الإدارة مراعاتها في نشاطها الإداري، فالخطأ يتمثل إذن في مخالفة قانونية في عمل مادي أو قرار إداري صدر عن جهة إدارية، فعدم

<sup>1</sup>-انظر،عزري الزين ، المرجع السابق ،ص.28.

<sup>2</sup>-انظر،بن عبد الوهاب نورة، رخصة البناء ومبدأ المشروعية ، مذكرة ماجستير ، 2003-2004 جامعة وهران، ص 98

مشروعية قرار رخصة البناء يعتبر دائما خطأ وقد ينتج هذا الأخير إما عن التقدير الخاطئ أو تصرف غير مشروع للإدارة ، كأن تكون السلطة الإدارية التي وجه لها طلب رخصة البناء قد تأخرت في اتخاذ قرارها وتجاوزت الميعاد القانوني المحدد لها أو إصدارها لقرار معيب بتأجيل البث في الطلب وكذلك يمكن للإدارة أن تعطي وعودا لا تلتزم بها أو معلومات خاطئة ، كما يمكن استبعاد مسؤولية الإدارة كليا أو جزئيا بسبب خطأ طالب رخصة البناء أو بسبب قوة قاهرة وقد تكون المسؤولية مخففة مثلا عندما يقوم المستفيد من رخصة البناء بمواصلة الأشغال رغم أن مشروعية رخصة البناء متنازع فيها أمام القاضي. والمسؤولية المبنية على الخطأ تأخذ إما صورة المسؤولية العقدية ( صفات انجاز الأشغال العمومية المتعلقة بالتهيئة العمرانية من قبل إحدى المقاولات لفائدة الإدارة ) أو صورة المسؤولية التقصيرية. فالمسؤولية التقصيرية تؤسس على كل الأخطاء التي ترتب مسؤولية الجماعات العمومية وهذه الأخطاء يمكن حصرها في إحدى المجموعتين: أعمال عدم المشروعية و أفعال التعدي. وتظهر الأعمال الإدارية غير المشروعة في العيوب التي تصيب قرارات الإدارة مثل رخصة البناء المؤسسة على معلومات خاطئة أو منحرفة. و الخطأ الإداري الذي يأخذ به القاضي في مادة التعمير عامة وفي مجال البناء خاصة هو الخطأ البسيط الذي يترتب مسؤولية الإدارة العامة<sup>1</sup>

غير أنه متى غم الأمر على القاضي فهو كثيرا ما يستعين بأهل الخبرة لتحديد مدى وجود انحراف بالسلطة أو تعدي ناتج عن الأعمال الإدارية غير المشروعة للإدارة إضرار بحقوق الغير .

**- الضرر:** إذا ارتكبت الإدارة خطأ في حق احد الأفراد سواء تمثل الخطأ في عمل مادي أو قرار إداري غير مشروع فغن الخطأ وحده لا يكفي لكي يفتح الحق في التعويض للفرد ، بل يجب أيضا يصيب هذا الخطأ صاحب الشأن بضرر أو أضرار محددة ، وحتى يترتب عن مسؤولية الإدارة تعويضا يجب أن يكون الضرر الذي يتمسك به طالب الرخصة ناتج مباشرة من الخطأ الإداري وهذا ما لا ينطبق مثلا في حالة تمسك طالب الرخصة بالضرر الناتج عن فشل العملية المزمع القيام بها ، والتي لا تعود إلى عدم مشروعية الرخصة التي سحبت ولكن يعود فشلها إلى وجود ارتفاق القانون الخاص على قطعة الأرض ، كما أن المقاول الذي يشكو من عدم إمكانية مواصلة الأشغال المتوقعة بسبب قرار توقيف الأشغال المشروعة ، لا يمكن أن يتحصل هذا المقاول على التعويض عن الضرر الذي لحقه لأن هذا الأخير غير ناتج مباشرة من عدم مشروعية قرار توقيف الأشغال.

وكما هو الحال بالنسبة للمجالات الأخرى التي تترتب مسؤولية الإدارة لا تقبل دعوى مسؤولية المجموعات العمومية في مادة التعمير إلا إذا كان هناك ضرر محقق ومباشر. **فالضرر المحقق**، وهو الذي يتم تحقق الضرر بوقوعه و إثباته ، وبالتالي لا يأخذ قاضي التعمير بالضرر الاحتمالي مثل الإدعاء بضياح حق الإيجار بسبب

<sup>1</sup>- المنازعات المتعلقة بالعمران ، مجلة مجلس الدولة ، عدد خاص ، ص 88 ، 2008

عدم منحه رخصة البناء لصاحب المشروع في وقتها أو الزعم بضياح مصلحة اقتصادية تتمثل في تفويت الفرصة في بيع البناية لو أنجزت في وقتها بسبب تجميد الفصل في طلب رخصة البناء أو سحبها تعسفيا من قبل الإدارة ، ذلك أن الضرر لا يؤخذ به في هاتين الفرضيتين لأن له طابعا احتماليا ومع ذلك تبقى مسألة ثبوت تحقق الضرر تدرس من قبل القاضي الإداري حالة بحالة دون أن يكون مصدر للإثراء بدون سبب .

أما الضرر المباشر ، فتقدر العلاقة السببية المباشرة في مادة التعمير بين التصرف الإداري والضرر اللاحق بالمدعي تقدير صارما من قبل القاضي الإداري فلا يأخذ هذا الأخير إلا بالضرر اللاحق بصاحب البناء و بالتالي لا يقبل دعوى المهندس المعماري المشرف على الإنجاز أو دعوى المقاول المكلف بالأشغال المؤسسة على رفض طلب رخصة البناء أو سحبها لأن الضرر الحاصل في هذين المثالين متى وجد يظل غير مباشر عن تصرف الإدارة باعتباره ناتج مباشرة عن العلاقة العقدية التي تربط أولئك المهنيين المذكورين بصاحب المشروع المعطل<sup>1</sup>.

\*- **العلاقة السببية:** إلى جانب ركن الخطأ و ركن الضرر وقد سبق الكلام عنهما يشترط أخيرا لتحقيق مسؤولية الإدارة توافر الركن الثالث و هو العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر ، وعلى ذلك قد رفض القضاء تعويض كل الضرر الناتج عن طلب معين لرخصة بناء ، تمت استجابة معينة له بسبب العيب المرتبط بالطلب ولكت في هذه الحالة تجزأ المسؤولية بين الطرفين ، إلا أنه يلاحظ على القضاء الفرنسي أنه يفصل في شروط الضرر حالة بحالة كما يقرر مبالغ صغيرة للتعويض .

**2- المسؤولية بدون خطأ:** تقوم المسؤولية الإدارية على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة وهي حالة لا يمكن إسنادها إلى خطأ مرفقي أو مخاطر غير عادية، إذ ينتج عن هذا الوضع تحميل شخصا ما عبئا أو ارتفاعا مع استفادة العامة منه كما في حالة تضمن أدوات التعمير أن القطاع المحدد لا يشكل حرقا لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ويمكن البناء عليه لأنه سيكون موضوع لانجاز مشروع ذو منفعة وطنية و عليه فهو قطاع غير قابل للتعمير و هو الأمر الذي يسبب ضررا لطالب الرخصة المستوفي لجميع الشروط القانونية والتقنية المطلوبة من جراء قرار رفض تسليم الرخصة وبالتالي يمكن للمعني رفع دعوى التعويض أمام القضاء لجر كامل الأضرار اللاحقة به.

### ب- أثر المسؤولية الإدارية في مجال منازعات العمران

**1- مسؤولية الإدارة:** للقاضي من خلال فصله في دعوى المسؤولية يمكن له أن يحكم بمسؤولية الإدارة المتمثل في تصرفها القانوني المنحرف أو في عملها المادي الحاصل في شكل تعدي، فيصدر القاضي الإداري قراره بتحميلها المسؤولية الكاملة عن الضرر اللاحق بالغير .

<sup>1</sup>-انظر، نوبيري عبد العزيز ، رقابة القاضي الإداري في مادة رخصة البناء ، مجلة مجلس الدولة ، 89

كما أن يعاين القاضي مسؤولية المدعي في نفس الدعوى من خلال خطأ صاحب المشروع أوالمقاول للتقليل من مسؤولية الإدارة بل يمكنه أحيانا إعفائها من المسؤولية الكاملة ويحدث ذلك مثلا في حالة تسليم الإدارة رخصة البناء لطالبتها تأسيسا على معلومات أو وثائق خاطئة أوردتها المعني بملف طلبه مما أدى إلى إيقاع الإدارة في خطأ . فهنا يمكن تخفيف المسؤولية عن الإدارة وبالتالي توزيع المسؤولية بينها وبين الطالب، فهذا الأخير قد أخطأ في تقديم معطيات غير صحيحة و الإدارة أخطأت عندما لم تتوخى الحذر في التحقق من تلك المعلومات . ويمكن إبعاد المسؤولية الكاملة عن الغدارة في حالة ثبوت سوء نية طالب الرخصة في تمرير المعطيات المقدمة في ملفه محاولا إيقاع الإدارة في المحذور عن طريق تقديم تصريحات كاذبة أو وثائق مزورة خصوصا بعدما تتم متابعة و إدانته جزئيا <sup>1</sup> .

ويجوز للقاضي الإداري أن يوزع المسؤولية بين السلطات العمومية نفسها ( البلدية والدولة) كما هو الحال عند إقدام البلدية على هدم بناية أنجزت بموجب رخصة قانونية مستندة في ذلك على محضر معيب لشرطة التعمير أو عندما تمتنع مصالح التعمير عن تحرير محضر عن البناء بدون رخصة . ويمتنع رئيس البلدية عن إصدار قرار بهدم البناء المضر بالغير و لا يتولى والي الولاية استعمال سلطته في الرقابة والحلول المخولة له في هذا الصدد بموجب قانون التهيئة و التعمير. إن الضرر الذي يترتب مسؤولية الإدارة هو بطبيعة الحال غالبا ما يكون ضرا ماديا غير أنه يمكن للقاضي في مادة التعمير أن يقضي بالتعويض للمدعي عن باقي الاضطرابات التي يثبت حدوثها له متى كانت ناتجة مباشرة عن التصرف الخاطئ للإدارة كما يمكنه أن يقضي بالتعويض عن الأضرار المعنوية اللاحقة بالجمعيات التي تدافع عن المحافظة على البيئة الحضرية وعن إطار المعيشة .

**2- مسؤولية المستفيد من الرخص:** وفي تقديره للتعويض المطلوب يراعي القاضي التعمير دائما مقدار الضرر اللاحق بالمضور مع الأخذ في الحسبان التعويضات التي تلقاها هذا الأخير من شركة التأمين كما يراعي الفائدة التي كان سيستفيد منها صاحب البناء من جراء الرخصة المشوبة بعيب. وتطبيقا لذلك قضت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا يوم 27 أبريل 1998 بأنه " لما كان ثابتا في قضية الحال أن البلدية قد قامت بالتعدي على الجدار وتخطيطه بدون أن تحصل على حكم يرخص لها بذلك بحجة أن الحائط تم بناؤه بطريقة فوضوية رغم أن المستأنف استظهر برخصة البناء ومحضر إثبات حالة على أنه لم يغلق مجرى المياه كما تدعيه البلدية وعليه فإنها تتحمل مسؤولية خطئها " ومقابل ذلك قضى مجلس الدولة في قرار أصدره يوم 28 أكتوبر 2007 بتأييد القرار المستأنف الذي حكم برفض طلب التعويض الذي قدمه المدعي ضد إزالة بناء وحظيرة تم إنشاؤها فوق أرض البلدية بدون رخصة .

<sup>1</sup>-انظر،نويري عبد العزيز ، رقابة القاضي الإداري في مادة رخصة البناء ، مجلة مجلس الدولة ،ص.90.

وبعد دراستنا للمنازعات التي يختص بها القاضي الإداري يتوجب علينا التطرق إلى دراسة المنازعات التي يختص بها القضاء العادي .

### الفقرة الثانية: المنازعات التي يختص بها القضاء العادي

يمكن لكل من له مصلحة أن يقيم دعوى مدنية ضد من يخالف قواعد التهيئة و التعمير إضرارا به للمطالبة بإلزام المدعى عليه بهدم البناء أو بغلاق النوافذ أو بإزالة الشرفات أو غيرها من الأشغال الضارة، كما يمكنه طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء البناء المقام بدون رخصة أو المشيد خلافا لقواعد الرخصة المسلمة . و الدعاوى التي يمكن رفعها في هذا الصدد كلها تعني حقوقا لها علاقة بالخلافات غير المألوفة بالجوار ، وهي حقوق منصوص عليها في أحكام متفرقة من القانون المدني ، والتي يمكن أن نذكر منها على سبيل المثال: حق المرور ( م 695) من القانون المدني ، الخلاف حول الحائط المشترك (م705) من القانون المدني ، حق المظل (م709) من القانون المدني ...إلخ.

ففي هذا الإطار تنص المادة 2/140 من القانون المدني على أن صاحب البناء مسؤول عن ما يحدث للغير ، كما خولت الفقرة 3 من المادة المذكورة لكل من كان مهددا بضرر قد يصيبه من البناء أن يطالب المالك بإنجاز ما يلزم من التدابير الضرورية لإزالة الخطر ، فإن لم يقم المعني بذلك يجوز للمدعي أن يطلب من القاضي المدني بأن يأذن له بإنجاز هذه التدابير على حساب المالك .

غير أنه قد يحدث أن تعترض المضرور قبل رفع الدعوى المدنية أو أثنائها مسألة أولية مفادها أن الأشغال التي قام بها صاحب البناء أو يقوم بها مستندة على رخصة مسلمة من الإدارة، ففي مثل هذه الحالة ينبغي عليه أولا ، مخاصمة قرار الرخصة في شكل دعوى إلغاء أمام جهة القضاء الإداري المختصة لتمارس سلطتها الرقابية على تلك الرخصة .

### أولا: المنازعات التي يختص بها القضاء المدني

إن منازعات رخصة البناء التي يختص بها القاضي المدني هي تلك التي ينازع فيها الأشخاص الذين يحكمهم القانون الخاص - أثناء تنفيذ الرخصة - حول مدى احترام أحكام وبنود رخصة البناء عند الإنجاز كالتعدي على الأملاك المجاورة أو البناء بدون رخصة أصلا، بشرط أن تلحق هذه الأشغال ضررا شخصيا ومباشرا للغير طبقا لقواعد القانون المدني وأن لا ينازع هؤلاء شرعية الرخصة أو في محتواها.

أ- مخالفة أحكام بنود الرخصة: تؤسس الدعوى في هذا الإطار على وجود خرق لقواعد العمران ومخالفة لبنود الرخصة من قبل المرخص له بالبناء وتلحق ضررا شخصيا و مباشرا بالغير في مفهوم القانون المدني. و بدون مناقشة مسألة شرعية الرخصة أو في محتواها. كإقامة بناية أو طابق يحجب النور أو الهواء عن الجار أو فتح مطل أو نافذة مواجهة للملكية الغير على مسافة لا تقل عن مترين أو عدم التزام المعني بقيود الارتفاع المقرر. و هذا

طبقا للمادة 124 و 709 وما يليها من القانون المدني وكذلك مخالفة القواعد العامة للتهيئة و التعمير المعمول بها.

## ب-مخالفة قواعد التهيئة و التعمير

**1-حالة مخالفة المرخص له بالبناء لأحكام وبنود الرخصة:** إن إقامة البناء على خلاف أحكام ومقتضيات رخصة البناء وعندما يسبب أضرار للغير فإن يكون مخالفة للقواعد التهيئة والتعمير من ناحية ثانية لقواعد القانون المدني في باب المسؤولية المدنية الأمر الذي يترتب معه قيام المسؤولية المدنية للمرخص له بالبناء تجاه الغير كعدم مراعاة الارتفاع القانوني المقرر بشكل يتنافى وتوجيهات مخطط شغل الأراضي أو حالة إقامة البناء على أرض مملوكة للغير.

فإذ اثبت مخالفتها إن الترخيص بالبناء يمنح تحت طائلة الحفاظ على حقوق الغير و عدم المساس بها، فإنه يمكن المطالبة بإصلاح الضرر الناتج عن المساس الحقوق الخاصة أمام القاضي المدني. وعلى أساس المادة 124 من القانون المدني، ليحكم هذا الأخير بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه تماشيا مع أحكام رخصة البناء كما يجوز له الحكم بالتعويض المناسب عن الضرر الذي لحق بالغير إذا ما طلب منه الخصم ذلك، وقد نصت المادة 691 من القانون المدني (من المقرر قانون أنه يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار....)، كما نصت المادة 709 من ق.م(من المقرر قانونا انه لا يجوز للجار أن يكون له على الجار مطل مواجه أعلى مسافة تقل عن مترين".

**2-حالة مخالفة أحكام رخصة البناء للقواعد التهيئة والتعمير** إنه حينما تكون أعمال البناء المرخص بها مصدر الضرر مطابقة لأحكام رخصة البناء وكانت هذه الأخيرة مخالفة للقواعد التهيئة والتعمير، فإن الاختصاص يعود للقاضي الإداري للنظر في مشروعية القرار، و أن القاضي المدني لا يختص بإلغائه .

## ثانيا المنازعات التي يختص بها القضاء الجزائي

**أ- طبيعة العقوبات:** الدعوى الجزائية وتحكمها المادتان 76 مكرر و 77 من قانون التهيئة والتعمير، وهي تتعلق بجنحة عدم إجراء المطابقة مع رخصة البناء وتقوم المتابعة فيها على محاضر تحررها شرطة العمران تتضمن معاينة عدم مطابقة البناء للرخصة المسلمة في هذا الصدد ، وترسل تلك المحاضر إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا ليتولى هذا الأخير تحريك الدعوى العمومية ضد المعني أمام محكمة الجناح بتهمة القيام بأشغال مخالفة للرخصة المسلمة . وهي الجريمة المنوه والمعاقب عليها في المادة 76 " في حالة التأكد من عدم مطابقة البناء لرخصة البناء المسلمة، يجر العون المخول قانونا محضر معاينة المخالفة ويرسله للجهة القضائية المختصة، كما ترسل نسخة منه إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي و الوالي المختصين في أجل لا يتعدى 72 ساعة . وفي هذه الحالة تقرر الجهة القضائية التي تم اللجوء إليها للبت في الدعوى العمومية، إما القيام بمطابقة البناء أو هدمه جزئيا أو كلياً

في أجل تحدده. وفي حالة عدم امتثال المخالف للحكم الصادر عن العدالة في الآجال المحددة ، يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي المختصين ، تلقائيا بتنفيذ الأشغال المقرر على نفقة المخالف " .  
و تنص المادة 77 على " ومتى ثبتت إدانة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه يمكن للقاضي الجزائي معاقبته بالغرامة من 3000 دج إلى 300000 دج جزائري وفي حالة العود يمكن أن يوقع على المذنب عقوبة الحبس من شهر إلى 6 أشهر ، كما يمكن معاقبة المدان بعقوبة تكميلية أوردتها المادة 76 مكرر 3 وهي تتمثل فيما يلي : " إما القيام بمطابقة البناء أو هدمه جزئيا أو كليا في أجل تحدده المحكمة " كما حولت هذه المادة - في حالة الامتناع عن التنفيذ - للإدارة (رئيس البلدية أو الوالي ) سلطة القيام بتنفيذ الأشغال التي أمر بها الحكم الجزائي على حساب المعني .

وتجدر الإشارة في هذا المضمار من جهة ، إلى أن المتابعة الجزائية المذكورة أعلاه يمكن أن يكون موضوعها أيضا أشخاص آخرون ذكرتهم المادة 77 المشار إليها أعلاه ، هم مستعملو الأرض ، المستفيدون من الأشغال ، المهندسون المعماريون المشرفون على الأشغال والمقاولون المكلفون بإنجاز البناء ، كما تجدر الملاحظة من جهة ثانية إلى أنه يحق للشخص المضرور من أشغال البناء أن يتأسس طرفا مدني أمام قاضي الجرح للمطالبة بالتعويض على الأضرار التي لحقت له من جراء تلك الجرح عملا بالأحكام العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية فضلا عن أنه يمكنه رفع دعوى مدنية مستقلة.

أما بالنسبة لوضعية البناء المقام أصلا بدون رخصة فقد أوكل قانون التهيئة و التعمير صلاحية ردعه إداريا عن طرق هدمه مباشرة من قبل السلطة الإدارية رئيس المجلس الشعبي البلدي تحت رقابة والي الولاية فيصدر رئيس البلدية قرار الهدم بمجرد معاينة البناء بدون رخصة من طرف شرطة العمران ليتولى تنفيذه طواعية من قام بالبناء بدون رخصة ، كما يحق للإدارة أن تنفذ الهدم مباشرة دون حاجة للمرور على القضاء ( المادة 76 مكرر 4 من قانون 90-29 ) ومع ذلك يبقى قرار الهدم خاضع لرقابة القاضي الإداري متى تم الطعن فيه ممن له مصلحة في ذلك طبقا للقاعدة العامة المتعلقة بالمنازعة الإدارية.

وحيث أنه وطبقا للقانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 يوليو 2008 الذي يحدد قواعد مطابقة البناء و إتمام إنجازها الذي نص على الأحكام الجزائية وعقوبات متعلقة بمن يخالف أحكام رخصة التجزئة أو رخصة البناء وشهادة المطابقة وعدم إتمام أشغال البناء في المواد من 74 إلى 92 منه.

**ب-المسؤولون جزائيا عن المخالفات:** إنه يثور التساؤل حول المسؤول جزائيا عن جريمة البناء بدون ترخيص أو المخالف لأحكامها؟ فهل هو مالكا لأرض الذي له الحق في طلب رخصة البناء أم المهندس المعماري و الذي يجب أن توضع وتؤشر مشاريع البناء وتصاميمها من قبله أم مقاولا لبناء الذي يعهد إليه عملا لتشييد

في إطار عقد المقاولة طبقا للقانون المدني لمبدأ: "إن واجب الحصول على الرخصة يقع على مالكا لأرض - صاحب المشروع - أو من في حكمه وليس على المقاول أو المهندس المعماري".

وعليه فإن الفاعل الأصلي في هذه الجريمة لا يمكن أن يكون إلا مالك الأرض و أما المهندس أو المقاول فإنهما يقومان بدور مادي في عمل البناء والتشييد في إطار عقد معين إلا أنه ومع ذلك نلاحظ أن المادة 79 من قانون 90-29 "ويمكن الحكم بالعقوبة المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين ضد مستعملي الأراضي أو المستفيدين من الأشغال أو المهندسين المعماريين أو المقاولين أو الأشخاص الآخرين المسؤولين عن تنفيذ الأشغال وهكذا فإن المشرع قد وسع في دائرة الأشخاص الذين يشملهم التجريم دون الربط بين ملكية الأرض والمسؤولية الجزائية كما في الحق في البناء يضاف إلى ذلك فإن كلا من المقاول والمهندس ليسوا فاعلين أصليين لهذه الجرائم إلا أنهما يساعدان الفاعل الأصلي و يعاونه على تحقيق الركن المادي للجريمة أيا لتشييد بدون رخصة أو مخالفة لأحكامها. وبدونهما قد لا يمكن للمعني القيام بها وهذا لكونهما شركاء طبقا للنص المادة 41 من قانون العقوبات 90-29 والمراسيم المطبق لها لتعرض للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي خلافا لقوانين حماية البيئة.

وعليه فإنه، قد يسأل المدير العام أو المشرف على تسير الشخص المعنوي عن جريمة البناء بدون رخصة باعتباره المسئول عن تنفيذ الأشغال والمستفيد منها بصفته الشخصية وتطبيقا ذلك فإنه قضى بمسؤولية مدير إحدى الشركات الذي أمر بالبناء بدون ترخيص لصالح الشركة.

وهنا تجدر الملاحظة إلى أنه وبعد تعديل قانون العقوبات وفي إطار الجرائم المرتبطة برخصة البناء فإنه يمكن متابعة الموظف العام جزائيا في حالة امتناعه شخصيا وبصفة عمدية عن تنفيذ الحكم القضائي الذي يقضي بتسليم رخصة البناء للمحكوم لهم وهذا بموجب نص المادة 2 مكرر 136 من قانون العقوبات.<sup>1</sup>

كما يتم تحريك الدعوى العمومية في مادة رخصة البناء أي البناء بدون رخصة أو المخالف لأحكامها طبقا للمادة 01 من قانون الإجراءات الجزائية إما من طرف النيابة العامة أو بالإدعاء المدني وذلك عن طريق :

**1- تحريك الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة:** للنيابة أن تحرك الدعوى العمومية الناتجة عن جريمة البناء بدون ترخيص أو المخالف لأحكامها بمجرد علمها بأية وسيلة وتعتبر محاضر المعاينة المحررة من قبل الأعوان المؤهلين أهم وسيلة لتحريك الدعوى العمومية من قبل النيابة. وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي يلزم الإدارة عند معاينتها للمخالفة بأن ترسل نسخة من المحضر للنيابة العامة في حين أن المشرع الجزائري لم يلزمها بذلك عندما نصت المادة 03 من المرسوم التنفيذي 95-318 المعدل والمتمم على أنه "يرسل هذا

<sup>1</sup>-انظر، نويرة عبد العزيز ، المرجع السابق، ص32.

المحضر إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي ومدير الولاية المكلف بالتعمير المختص إقليميا" ، كما أن نماذج المحاضر لا تتضمن ذلك خلافا لما كان معمول به في الأمر 67-75.

**2- تحريك الدعوى العمومية عن طريق الإدعاء المباشر:** يلاحظ أن المشرع الجزائري قد اعترف بالتأسيس كطرف مدني أمام القاضي الجزائري سواء بالنسبة للمتضرر من الجريمة في حالة ارتكاب المعني للمخالفة البناء بدون رخصة أو البناء المخالف لأحكامها أو بالنسبة للغير للجمعيات وذلك استنادا إلى نص المادة 74 من قانون 29-90. هذا فإنه يرجع التدخل العقابي للقاضي في ميدان رخصة البناء إلى مساندة الاتجاه العام لقوانين العمران المعاصرة في التمسك بالعقوبة الجزائية من أجل ضمان أكبر لاحترام قواعدها وجهة أخرى تحقيق الردع العام. كما نصت المادة 833 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية ، تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. غير أنه يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر ،بناء على طلب الطرف المعني بوقف تنفيذ القرار الإداري .

### خاتمة

إن المحافظة على النظام العام بأبعاده التقليدية و الحديثة من أمن عام وصحة عامة وسكينة عام ونظام عام بيئي واقتصادي وجمالي هو من بين الأهداف التي يسعى المشرع الجزائري الوصول إليها، من خلال المنظومة القانونية المتعلقة بمجال التهيئة و التعمير، وقد وضع قيود على استعمال حق الملكية من خلال تنظيم عملية البناء ، وشروط الحصول على الرخص المتعلقة بها سواء رخصة البناء أو رخصة الهدم أو شهادة التعمير أو شهادة التقسيم أو شهادة المطابقة .

وما نلاحظ من خلال دراستنا لموضوع منازعات العمران كثرة النصوص القانونية سواء كانت من فئة القوانين أو المراسيم المتعلقة بميدان التهيئة و التعمير ، إلى جانب الميادين الأخرى ذات العلاقة بالموضوع و المتعلقة بميادين البيئة و السياحة والثقافة والصحة وغيرها . حيث تثير المنازعة العمرانية إشكالات عديدة متعلقة بالجهة المختصة في النزاع بين الاختصاص للقضاء الإداري و القضاء العادي وتوزيع الاختصاص بين القاضي المدني والقاضي والإداري ، و القاضي الجزائي ، وكذا المسؤولية سواء كانت مسؤولية مدنية أو مسؤولية جزائية ، وبالتالي تحديد من المسؤول عن مخالفة قواعد التعمير والبناء، وأحكام رخصة البناء سواء تعلق الأمر تشييد البناء برخصة أو بدونها .

ورغم الطابع الوقائي و العقابي أو الردعي الذي يميز القواعد القانونية في ميدان التعمير إلا أن الوقع العملي يؤكد صعوبة احترام هذه القواعد سواء من جانب السلطة الإدارية المختصة أو من جانب المستفيد من الرخص وذلك بسبب عدم وضوح السياسة العمرانية والأوضاع الاقتصادية و الاجتماعية

إلى جانب النمو الديمغرافي وعدم تطابقه مع التوسع العمراني والنزوح الريفي وهذا ما خلق فوضى عمرانية متجلية في البناء الفوضوي و القضاء على المساحات الخضراء والزراعية، وعدم احترام أدنى شوط البناء وقواعد التهيئة و التعمير.

وتبقى الترسنة القانونية بحاجة إلى دعم لاسيما في مجال مسؤولية السلطة الإدارية عن عدم قيامها بدورها الرقابي وبحاجة إلى دور فعال للقضاء في مجال الرقابة على تطبيق قواعد التهيئة والتعمير وتحقيق التوازن بين ضرورة المحافظة على النظام العام الجمالي وحق الملكية.

### المراجع

- بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، منشورات بغداددي ،2009
- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة ،2008
- فضيل العيش ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، منشورات أمين ،2008
- ليلي زروقي ، حمدي باشا عمر ، المنازعات العقارية ، دار هومة ،2004
- حمدي الصغير باعلي ، دعوى الإلغاء ، دار العلوم للنشر والتوزيع ،2008
- بن عبد الوهاب نورة ، رخصة البناء ومبدأ المشروعية ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام ، وهران 2003-2004
- عزاوي عبد الرحمان ، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام .
- عزاوي عبد الرحمان ، الإجراءات و المواعيد في مادة منازعات العمران ( حالة شهادة المطابقة) مجلة العلوم القانونية و الإدارية العدد 4
- عزري الزين ، دور القاضي الإداري في منازعات تراخيص البناء والهدم
- مسعودي حسين ، صلاحيات البلدية في مجال الهدم على ضوء قانون 04-05 ، مجلة مجلس الدولة، عدد خاص ، المنازعات المتعلقة بالعمران2008
- نويري عبد العزيز ، رقابة القاضي الإداري في مادة رخصة البناء ، مجلة مجلس الدولة 2008
- القانون المدني، الأمر 75-58 المعدل بموجب قانون 05،07
- قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 88-09
- قانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير معدل ومتمم بمرسوم تشريعي رقم 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري ، وبالقانون 04-05
- قانون 08-15 المؤرخ في 20 يوليو 2008 يحدد قواعد مطابقة البنين وإتمام إنجازها

-المرسوم التنفيذي 91-176 المؤرخ في 28 ماي 1991 يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي 06-03.

-المرسوم التنفيذي رقم 06-55 المؤرخ في 20 يناير 2006 يحدد شروط وكفاءات تعيين الأعموان المؤهلين للبحث عن مخالفات التشريع والتنظيم في مجال التهيئة والتعمير وكذا إجراءات المراقبة.

## السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة

### ملخص

هذه الدراسة تقوم على تحليل لواقع السلطة التشريعية، التي تعتبر إحدى أهم السلطات العامة في الدولة باعتبارها هيئة تشريعية معبرة عن إرادة الشعب مصدر كل السلطات، وبين السلطة التشريعية كسلطة عامة تعمل في إطار الدستور وتتأثر بالعوامل المحيطة بها. ومن ثم، فإن الغاية من وراء البحث في موضوع السلطة التقديرية للمشرع تتجسد أساسا في تحديد المكانة الفعلية التي تحتلها السلطة التشريعية بين السلطات العامة الثلاث، لاسيما في ظل بروز دور السلطة التنفيذية وهيمنتها عمليا على السلطتين التشريعية والقضائية.

وعلاوة على ذلك، يقتضي البحث معرفة فيما إذا كان المشرع هو صاحب السيادة العامة في مجال التشريع في دساتير بلدان فرنسا، ومصر، والجزائر، أم أن سيادته تعرف تراجعاً بسبب تزايد تدخل السلطة التنفيذية في الميدان التشريعي، وإذا كان الأمر كذلك، لنا أن نتساءل حينئذ عن الحالات التي يتمتع فيها المشرع بسلطة تقديرية، والحالات التي يكون فيها اختصاص المشرع مقيد، إضافة إلى معرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع وحدودها؟

الكلمات الدالة: سلطة، تقديرية، مشرع، اختصاص، رقابة، تنفيذية، دستورية.

### **Le pouvoir discrétionnaire du législateur, étude comparée**

#### **Résumé**

Cette étude est une analyse de la réalité du pouvoir législatif, lequel est considéré comme une des importantes autorités publiques au sein de l'État. C'est un organe exprimant la volonté du peuple étant la source de tous les pouvoirs. Il opère dans le cadre de la Constitution sans méconnaître les facteurs qui l'entourent. Le but de cette étude se concrétise fondamentalement dans le fait de déterminer la réelle place qu'occupe le pouvoir législatif parmi les autres pouvoirs, notamment dans le cadre du rôle émergent du pouvoir exécutif et de sa domination à l'égard des deux autres pouvoirs, législatif et judiciaire.

Par ailleurs, la perception est, à cet égard, de savoir si le législateur détient une compétence absolue en matière législative dans les constitutions des pays, tels que la France, l'Égypte et l'Algérie, ou si sa compétence connaît une régression en raison de l'immixtion du pouvoir exécutif dans le domaine législatif. Face à ce questionnement, il convient dès lors de préciser les cas où le législateur jouit d'un pouvoir discrétionnaire, et ceux où sa compétence se trouve pratiquement limitée, et de mettre, de surcroît, en exergue le rôle du juge constitutionnel dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire de législateur et de ses frontières?

**Mots-clés:** Pouvoir, discrétionnaire, législateur, compétence, contrôle, exécutif, constitutionnel.

### **The discretionary power of the legislator, comparative study**

#### **Abstract**

The study is an analysis of the reality of the legislative authority, one of the most important public authorities in the state as a legislative body, expressing the will of the people the source of all authorities, and between the legislative authority as a public authority operating in the framework of the Constitution and is affected by factors surrounding it, and then the purpose behind the research on the subject of the discretionary power of the legislator consists principally in determining the true position occupied by the legislative authority between the three public authorities, especially with the emergence of the role of the executive authority and its dominance in practice on the legislative and judicial authorities.

Furthermore, the perception is, in this respect, of whether the legislature has complete jurisdiction in legislative matters in the constitutions of countries, such as the France, Egypt and the Algeria, or if jurisdiction knows a regression because of the interference of the Executive power in the legislative field. Faced with this question, should therefore clarify the cases where the legislature has a discretionary power, and those where its jurisdiction is practically limited, and put, in addition, highlight the role of the Constitutional Court in the control of the discretionary power of legislature and its borders?

**Keywords:** Power, discretion, legislator, competence, control, Executive, constitutional.