

مقدمة

يقوم مبدأ الدستورية بحسب تصور الفقه الدستوري على أن تصدر جميع التشريعات والقرارات مطابقة لأحكام الدستور ومبادئه فلا تخالفها أو تناقضها، لاعتبار أن الدستور هو الوثيقة الأساسية الرسمية التي تلتزم بها جميع السلطات في الدولة التشريعية و التنفيذية والقضائية.

وما يتمخض عن هذه القاعدة ضرورة وجود رقابة على الشرعية الدستورية، مهمتها السهر على احترام السلطات العامة للدستور، وهو ما تلتزم به جميع الأنظمة القانونية على اختلاف أنظمتها الدستورية، بين جهاز رقابي مستقل أو تابع للسلطة القضائية، مع اتفاقها حول موضوع واحد وهو إقامة الشرعية الدستورية، وعدم إفلات أي عمل تشريعي أو تنفيذي من قبضتها.

فوجود مثل هذه الهيئة ضمن مؤسسات الدولة ضرورة تبررها طبيعة المسؤولية الواقعة عليها، حيث تسهر - مع رئيس الدولة - على رعاية أحكام الدستور⁽¹⁾، لأن إقامة الشرعية الدستورية لا تتوقف عند ممارسة هذه الأخيرة لوظيفتها الرقابية فحسب، بل تقوم بوظائف أخرى استشارية وأخرى قضائية كما هي الحال في النظام الدستوري الجزائري⁽²⁾.

ولا يتوقف دور هيئة الرقابة لإقامة الشرعية الدستورية عند حدود رقابة سلطات الدولة فقط، بل تعد الحامي الأول للحقوق والحريات الدستورية، فالمعروف على الوثائق الدستورية المكتوبة أنها تكثف بسرد هذه الحقوق والحريات العامة الفردية والجماعية ضمن مبادئ وأحكام عامة تصبو إليها الجماعة البشرية⁽³⁾، وتعد الوظيفة الرقابية على الدستورية أهم وسيلة للقيام بهذا الدور الحامي للحقوق والحريات الدستورية، بحيث تلزم السلطة التشريعية أن تحترم هذه الحقوق والحريات وعدم إهدارها عن طريق إعدامها أو الإنقاص منها وذلك عند ممارستها لوظيفتها التشريعية، كاحترامها لمبدأ المساواة مثلا.

¹ تنص المادة 182 من دستور 2016 الصادر بالقانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 الذي يعدل دستور 1996 ج ر ع 14 على أنه: "المجلس الدستوري هيئة مستقلة تكلف بالسهر على احترام الدستور. كما يسهر المجلس الدستوري على صحة عمليات الاستفتاء وانتخاب رئيس الجمهورية، والانتخابات التشريعية، ويعلن نتائج هذه العمليات.

وينظر في جوهر الطعون التي يتلقاها حول النتائج المؤقتة للانتخابات الرئاسية والانتخابات التشريعية ويعلن النتائج النهائية لكل العمليات المنصوص عليها في الفقرة السابقة."

² ومن المهام الاستشارية مثلا نذكر استشارته من طرف رئيس الجمهورية لآبرام اتفاقيات الهدنة والسلم التي نصت عليها المادة 111 من الدستور: "يوقع رئيس الجمهورية اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم. ويتلقى رأي المجلس الدستوري المتعلقة بهما."

³ دون أن تضمنها عنصر الإلزام لعدم اقترانها بجزاء، فهناك من الفقه من ينفي صفة القاعدة القانونية على القواعد الدستورية بحجة أنها لا تقترن بجزاء لكن هناك من لا يوافق على هذا الطرح ويعتبرها قواعد قانونية ملزمة مقترنة بجزاء ولكنه جزء من نوع خاص.

كما أن دور هيئة الرقابة الدستورية لا يتوقف عند القيام برقابتها على ما يصدر من السلطات العامة من مخالقات صريحة للدستور ، وتمد رقابتها حتى في حالة سلوكها السلبي تجاه اختصاصاتها الدستورية، لاسيما السلطة التشريعية، التي تتقاعس عن ممارسة اختصاصها الدستوري في بعض الأحيان ما ينجم عنه حالة من الفراغ التشريعي، أو تنظم موضوعا يندرج ضمن اختصاصها المطلق بشكل ناقص ما ينتج عنه قاعدة قانونية قاصرة لا يمكنها أن تنظم كل المسائل القانونية، مما يرتب وزعا تمييزيا بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة، وفي أحيان أخرى يكون هذا السلوك السلبي في صورة الإكثار من الإحالة الضمنية أو الصريحة على سلطة التنظيمية لتنظم موضوعا من الموضوعات يندرج في الأصل ضمن اختصاصها الأصيل، مخالفة بذلك قواعد توزيع الاختصاص الدستوري بين السلطتين التشريعية والتنفيذية اللتان تلتقيان في سن القواعد القانونية، وقد يعود هذا السلوك السلبي من المشرع على اعتبار أنه يملك السلطة التقديرية في ممارسة اختصاصه التشريعي.

وبالرجوع إلى النصوص الدستورية لاسيما المتعلقة بالوظيفة التشريعية نجدها في بعض الأحيان توجه خطابا للمشرع بضرورة التدخل لتنظيم موضوع من الموضوعات التشريعية، ويختلف نوع هذا الخطاب فقد يكون خطابا صريحا أو ضمنيا، لذلك قد يجهل المشرع حقيقة اختصاصه التشريعي في غياب هذا الخطاب، كما قد يكون هذا السلوك متعمدا منه، فهو يمارس وظيفته التشريعية بكل ما له من سلطة تقديرية، فيختار وقت التدخل بالتشريع وضرورة التشريع والهدف منه، كما يكون من جوهر هذه السلطة التقديرية حرية اختيار الفضائل والحلول القانونية التي يراها ملائمة للحالات القانونية محل التشريع، ولا يقيد في ذلك سوى أحكام الدستور التي تتراوح بين التقييد الصارم والحرية الواسعة. والحال هكذا كان لابد من إقامة هيئة تراقب سلطة التشريع و مدى إعمال المشرع لهذه الضوابط الصارمة واحترامه للمبادئ الدستورية العليا عندما تختفي هذه الضوابط.

وهنا يتدخل القاضي الدستوري لإلزام السلطة التشريعية والحكم على تصرفها بأنه مخالف لقواعد توزيع الاختصاص، وعلى هذا النحو يختلف منطوق قراراته بين الإيعاز والتوجيه والحلول محلها لإصلاح ما أصاب النص التشريعي من عوار أو نقص وحتى وضع قاعدة قانونية من عنده، وهكذا تبدو أهمية وجود قضاء دستوري متخصص لإقامة نظام دستوري يقوم على الشرعية الدستورية حتمية لآبد منها.

ولغرض القيام بهذه الأدوار المختلفة اعتمد القضاء الدستوري عدة أساليب لتطوير مهاراته في التعامل مع النصوص القانونية محل الطعن، من الاعتراف لنفسه بسلطة التصدي للنصوص التشريعية غير الدستورية التي لم تكن محل طعن أمامه ولها ارتباط بنصوص طعن فيها، إلى الاعتراف له بسلطة تفسير النصوص التشريعية والدستورية على حد سواء حتى وان لم ينص القانون صراحة على اختصاصه بذلك ، إلى غاية المساهمة في العملية التشريعية، وهو الملمح الجديد للعدالة الدستورية.

ويبرر الفقه الدستوري هذا الملمح الجديد للعدالة الدستورية على أساس أن الدستور وثيقة متطورة نابضة بالحياة، لا ترتبط مفاهيمه بلحظة زمنية معينة وإنما تتفاعل وجهتها مع روح العصر وفق القيم التي ارتضتها الجماعة البشرية لنفسها داخل المجتمع الواحد، لتحدد على ضوءها مظاهر سلوكها وضوابط حركتها، آخذة في اعتبارها النظرة الأعمق والأشمل لحقوق الأفراد وحررياتهم لا يجوز عزلها عن التنظيم المقارن في الدول الديمقراطية، بما يرد عنها ما قد يكتنفها من عدوان من جانب الدولة وأجهزتها المختلفة، وفي ذات الوقت يقيم لها ضماناتها⁽¹⁾.

فمهمة العدالة الدستورية الأساسية هي فهم الدستور وتفسير أحكامه وإخراجها من حالتها الصماء إلى حالة التطور والنمو، عن طريق إعطائها مفاهيم أكثر تطوراً وأعمق أثراً، وان كان كل هذا من سبب وهدف فالزيادة في عمر الوثيقة الدستورية بحيث تكون مستجيبة دائماً للتطور والتغيير الذي يحدث داخل الجماعة التي يحكمها، بل يجعلها صامدة في مواجهتها، من أجل أن تعمر أطول فترة ممكنة، فالدساتير التي تتعرض دائماً للتغيير والتعديل تفقد قيمتها القانونية بحيث تصبح في حكم النصوص القانونية التي من المفروض أن تليها في القيمة القانونية لا أن تأخذ مكانتها، وهذا الدور ينتج عنه حتماً استقرار النظام القانوني والبنيان الدستوري للدولة في مجمل غاياته.

هذا، ولا يمكن للقضاء الدستوري أن يقوم بهذا الدور الجبار⁽²⁾ إلا بالاعتراف له بالاختصاص التفسيري للدستور وكذا النصوص القانونية، إما اختصاصاً أصيلاً بحكم نظامه القانوني أو اختصاصاً تبعياً ينبع من معرض رقابته التقليدية على دستورية القوانين، حيث يعود الفضل الكبير للعدالة الدستورية في ميلاد العديد من المبادئ الدستورية التي يقوم عليها البنيان الدستوري -التي

¹ عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية ، مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية بفرنسا ، 2003، ص1.

² صياغة المفاهيم الدستورية من خلال تفسير الدستور.

لم تكن في عهد ما سوى مبادئ فقهيه ينادي بها الكثير من الفقهاء والمنظمات الحقوقية- لأي نظام قانوني كمبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ المساواة أمام القانون بمفهومه الواسع، وتدرج القوانين، حق التقاضي، وحق الدفاع، المساواة في دفع الضريبة... الخ⁽¹⁾، وذلك عن طريق سلطته في تفسير الأحكام الدستورية، فمن المعروف أن الوثيقة الدستورية تصدر في شكل نصوص مقتضبة عامة، لا يمكن تفسيرها وكذا توحيد معانيها إلا بوجود هيئة رسمية مهمتها استنتاج هذه المبادئ والأحكام الدستورية من هذه النصوص الصماء.

وعليه، فكما نعترف للقضاء الدستوري بصياغة الأحكام والمبادئ الدستورية، يجب أن نعترف بسلطته في تفسير النصوص القانونية في معرض ممارسته لاختصاصه التقليدي وهو الرقابة على دستورية القوانين، لأن عماد هذه العملية الرقابية التي يقوم بها القاضي الدستوري هو التفسير، بحيث تقوم عملية الموازنة والمطابقة بين النص الدستوري والنص القانوني محل العوار على تفسير كل منها، ومحاولة إيجاد الانسجام والمواءمة بين الحكم القانوني الذي يتضمنه النص القانوني والحكم الدستوري الذي يتضمنه النص الدستوري، ثم الحكم على مدى دستوريته أو عدمها، لكن القضاء الدستوري قضاء ذكي، على علم بطبيعة الحساسية التي تربطه بسلطة التشريع المعبرة عن الإرادة العامة وحتى يتجنب الاصطدام بسلطتها القوية في مواجهة السلطات الأخرى كان عليه، أن يضع حلولاً ناجعة يتجنبه بها هذا الاصطدام وهي سلطة إعادة إصلاح النص القانوني الذي يحمل العوار، وذلك بكيفيات مختلفة، فإما أن ينزع عنه الحكم غير الدستوري، ويعيد إخراجها في شكل أكثر دستورية، أو يضمنه حكماً دستورياً كان ينقصه ليؤدي وظيفته التي وضع من أجلها، أو يعيد صياغته من جديد بطريقة دستورية، هذا حتى لا تكون الرقابة الدستورية آلة للاعتراض على القوانين فقط، وهو الدور الذي أصبحت تؤديه هيئة الرقابة الدستورية على اختلاف أنظمتها في العملية التشريعية.

نقول هذا دون أن نهمل باقي الحلول والوسائل التي اعتمدها القضاء الدستوري لتطويق كل النصوص القانونية مهما كانت مرتبتها ومنعها من الإفلات من الرقابة عن طريق توسع سلطته في الإخطار عن طريق التصدي للقوانين التي لم تكن محلاً للطعن ولها علاقة بالقانون محل الطعن، بحيث لا يمكن الفصل في دستورية الثاني ما لم يفصل في دستورية الأول لارتباطهما في الموضوع، ثم سلطته في توسيع نصوص المرجعية الدستورية، بحيث أضاف إلى جانب النصوص

¹ للاستزادة حول دور القضاء الدستوري في صياغة المبادئ الدستورية راجع محمود علي أحمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص1.

الدستورية باقي فئات القوانين الأخرى ليعتمدها كسند قانوني لأحكامه التي ينطق بها كمقدمات الدساتير والقانونين العادية أو العضوية أو المراسيم وفي بعض الأحيان يعتمد على قراراته وآرائه التي فصلت في الدستورية، لإعطائها نوعا من الرسمية والتأكيد على حجيتها المطلقة وهو ما يطلق عليه الفقه "الكتلة الدستورية"، أما المجلس الدستوري الجزائري فالى جانب هذه الحلول اعتمد أيضا تقنية التحفظات التفسيرية ، مع الاعتراف لنفسه بسلطة تفسير الدستور والنصوص القانونية محل الطعن دونما أن يكون لهذه الصلاحية أي سند قانوني، وإنما تتبع من طبيعة سلطته الرقابية على دستورية القوانين، لأن ما لا يثير أي تكهن أن عملية الموازنة التي يقوم بها القاضي الدستوري لا يمكن أن تتم إلا بتفسير السند وهو النص الدستوري والمراد الفصل في دستوريته وهو النص الطعين. لكن في دراستنا هذه نركز على أحد هذه الأساليب المبتكرة وهي مساهمة القضاء الدستوري في صناعة النصوص التشريعية.

ويختلف حجم هذه المساهمة بين الإنشاء الأصيل والاستبدال وتحديد المعنى الحقيقي للقاعدة الدستورية من بين عدة معاني متزاحمة، وعلى هذا تختلف نوعية القرارات التي تنتج بها عملية الرقابة الدستورية التي يقوم بها القضاء الدستوري.

فالسطة الإنشائية معترف بها حتى للسلطة القضائية قانونا، فلم تعد هذه الأخيرة آلة لتطبيق القانون فقط، وهذا لتجنب حدوث حالات إنكار العدالة، وعلى ذلك نصت المادة الأولى من القانون المدني الفرنسي على أنه: « Le juge qui refusera de juger , sous prétexte du silence de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice .»

(القاضي الذي يرفض الحكم في القضية ، بحجة صمت القانون ، أو غموضه أو قصوره يمكن ملاحقته بإنكار العدالة)⁽¹⁾.

فهذه المادة تلزم القاضي العادي بالاجتهاد لإيجاد الحل القانوني حتى في حالة سكوت القانون أو قصوره، أما القضاء الإداري والذي اعتمد على سلطته الإنشائية لحل النزاعات الإدارية فله خصوصية تميز بها منذ ميلاده، حين وجد نفسه ملزما بالفصل فيها حتى دون أن يطبق قواعد القانون المدني، نظرا لعدم التوافق بين أطراف النزاع في المركز القانوني، لذلك اعتمد بشكل كبير على سلطته الاجتهادية في حل القضايا التي تطرح عليه، فقد اعتمد مجلس الدولة الفرنسي السلطة

¹ القانون المدني الفرنسي.

الإنشائية منذ نشأته، ويعود له الفضل الكبير في صياغة المبادئ الأولى للقانون الإداري لاسيما قواعد المسؤولية الإدارية والمشروعية الإدارية.

وأمام الاعتراف للقضاء الإداري بالسلطة الإنشائية ، فكيف يمكن نفي هذه السلطة على القضاء الدستوري الذي يحتل مكانة متميزة بين مؤسسات الدولة ويسهر على حماية كل واحدة من الاعتداء عليها من سلطة موازية، والسهر على إقامة القواعد العامة للاختصاص الدستوري، مع الإشارة إلى الاختلاف بين اجتهادات القضاء الدستوري القضاء العادي والقضاء الإداري من حيث الإلزامية والحجية والعمومية والرسمية.

إلا أن هذه السلطة الإنشائية قد تصطدم ببعض الحدود التي يقوم عليها أي نظام دستوري، لاسيما المبدأ الكلاسيكي مبدأ الفصل بين السلطات، مما يستدعي من القضاء الدستوري إعادة النظر في سياسته الإنشائية أو محاولة التهذيب منها.

وللغوص أكثر في هذا الموضوع كان لابد من الرجوع إلى الأسباب التي أدت بالقضاء الدستوري الخروج عن صمته ليلج العملية التشريعية بشكل يمكن القول عنه ذكي، ثم إبراز طريقته في إنشاء القواعد القانونية، وذلك بالإجابة عن الإشكالية التالية: كيف يساهم القضاء الدستوري في صناعة القانون؟

للإجابة على هذه الإشكالية نقسم موضع أطروحتنا إلى بايين هما: أسباب ومعالج اقتحام القاضي الدستوري الوظيفة التشريعية (الباب الأول)

أما الباب الثاني فنخصصه لدراسة: السلطة الخلاقة للقاضي الدستوري

تكمن أهمية الموضوع في أهمية وجود جهاز رقابي في نظام قانوني، من حيث ما لهذا الأخير من دور في إقامة دعائم الشرعية الدستورية، واحترام كل سلطة عامة لاختصاصها الدستوري، الذي ينبع من ضرورة السهر على احترام الأحكام الدستورية، أما الأهمية الخاصة فتتعلق بضرورة وجود نظام قانوني آمن (أو الأمن القانوني)، بحيث يفترض في القوانين أنها تولد بقريئة دستورية، ولا تثبت هذه القريئة إلا بضرورة مرورها على جهاز رقابي يتحقق من مدى مطابقتها للدستور نصا وروحا، عن طرق إصلاح العوار الذي اكتنف مشاريع القوانين بدلا من الحكم بعدم دستورتها والاعتراض على ميلادها، ويكون القاضي الدستوري بذلك قد ساهم في

العملية التشريعية واحترم سلطة الشعب في اختيار النص القانوني الذي يلائم هذه الجماعة البشرية.

لغرض الإحاطة بمجمل جوانب هذه الدراسة كان لزاما الاعتماد على المنهج الوصفي بطرح بعض الآراء الفقيهة التي تناولت موضوع الدراسة، مع الاستعانة في كل مرة بالمنهج التحليلي لبعض اجتهادات القضاء الدستوري، مركزين على اجتهادات المجلس الدستوري الجزائري لمنح لمسة وفهم جديد وفعال لقراراته وآرائه ودوره في الحياة التشريعية، مع الاحتكام في بعض الحالات إلى المنهج المقارن بالاعتماد على اجتهادات القضاء الدستوري المقارن، على رأسها القضاء الدستوري في فرنسا و قضاء المحكمة الدستورية المصرية.

الباب الأول

أسباب ومعالج اقْتحام القاضي
الدستوري الوظيفة التشريعية

يقوم اختصاص القضاء الدستوري على النظر في مدى توافق النصوص التشريعية والتنظيمية مع الأحكام الدستورية، وهو في سبيل ذلك يطوق كل المخالفات الدستورية التي قد تشوب العمل التشريعي، ما صدر صراحة، وما كان ضمناً، وهو المفهوم الضيق لمعنى الدستورية.

وعليه، لا أحد ينفي وجود هذه الهيئة ضمن المؤسسات الدستورية، في أي نظام دستوري يؤمن بدولة القانون والحق.

يبرز هذا الدور من خلال إلزام السلطات العامة الدستورية بالضوابط الدستورية لتوزيع الاختصاص، فيفصل بين سلطة التشريع وسلطة التنفيذ وسلطة التطبيق.

ولئن كان لكل سلطة من يراقب عملها لحماية الأفراد من تعسفها، كان لا بد من إخضاع سلطة من يعبر عن إرادتهم للرقابة، عندما تنظم أحوالهم وتصرفاتهم وسلوكياتهم عن طريق النصوص التشريعية، في إطار اختصاصه الأصيل المطلق أو النسبي بالتشريع بحسب الأحوال.

فظهر دور القضاء الدستوري في حماية سلطة التشريع من نفسها، واعتدائها على السلطات الموازية لها، وكذا السلطة التي تنشئها، وهي الأدوار التي تثبت لهذا القضاء من خلال تحليل الأحكام التي ينطق بها.

وقد تراوح عمل القاضي الدستوري بين مساند للسلطة التشريعية، ومدافعا عنها عند اعتداء سلطة التنفيذ على اختصاصها، ومنتقداً لعملها التشريعي عند خرقها للأحكام الدستورية، منتقداً سلوكها الإيجابي، بتطويق كل المخالفات الدستورية الداخلية والخارجية للقانون. لينتقد سلوكها السلبي عند سكوتها أو امتناعها عن ممارسة اختصاصها في الكثير من الأحيان، خارقة بذلك قواعد الاختصاص الدستوري وقواعد الدستور أو الخطاب الذي يوجهه المؤسس الدستوري للمشرع.

الأمر الذي حتم عليه بذل جهد أكبر لتطويق كل المخالفات الدستورية المرتكبة من طرف السلطة التشريعية، تصل في بعض الأحيان إلى الحلول مكانها لممارسة الوظيفة التشريعية، لإنقاذها من الوقوع في حماة عدم الدستورية.

لكن قبل أن نبحث في هذه الأدوار كان لا بد علينا أن نحدد ما هي أسباب ولوج القاضي الدستوري الوظيفة التشريعية؟ وكيف ذلك؟

نجيب عن السؤال من خلال جزئيتين ضروريتين هما:

الفصل الأول: عزوف المشرع عن ممارسة اختصاصه الدستوري بالتشريع وتدرج مستويات الدستورية .

الفصل الثاني: التفسير الدستوري باعتباره مرحلة أولية لولوج القاضي الدستوري الميدان التشريعي والتأثير فيه.

الفصل الأول

عزوف المشرع عن ممارسة اختصاصه الدستوري بالتشريع وتدرج مستويات الدستورية

بداية، وبغرض الإحاطة بالجوانب المهمة للموضوع لا بد أن نتطرق لأهم المسببات التي ساهمت أو دعت القاضي الدستوري للتدخل في الوظيفة التشريعية، وهي الوظيفة الأولى للتشريع .

فقد استقرت الدساتير على أن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في ممارسة الوظيفة التشريعية، بالرغم مما عرفه هذا المبدأ من تراجع بسبب بروز دور السلطة التنفيذية إلى جانبها كمنافس لها، إلا أن المبدأ لم يفقد كل مضمونه، بحيث تبقى الريادة والأصالة للسلطة التشريعية في ممارسة الوظيفة التشريعية، مع تقييدها ببعض الضوابط الدستورية الموضوعية والإجرائية.

وتتعلق هذه الضوابط الموضوعية بمجالات القانون، بنوعيه (العضوي والعادي)، أما الضوابط الشكلية أو الإجرائية فتتعلق بعدم مخالفة هذه القوانين للأحكام والمبادئ الدستورية، وذلك بمرورها على هيئة رقابة، تمنحها تأشيرة الدخول حيز التنفيذ، بعد النطق بدستوريتها.

ورغم الانتقادات التي وجهها الفقه لهذا النوع من الجهاز الرقابي، إلا أنه اثبت ضرورته في حياة القوانين والأحكام الدستورية عن طريق حمايتها من الخرق، وكذا حماية توازن السلطات وتقييدها الصارم بضوابط توزيع الاختصاص، دون أن ننسى دورها الفعال في حماية الحقوق والحريات الدستورية.

إذن، هيئة رقابة الدستورية استندت في ولوجها العملية التشريعية إلى أحكام الدستور، في إطار ممارستها لوظيفتها الدستورية المتعلقة بالرقابة على الأعمال التشريعية، وهذا لا يثير أي إشكال. لكن ما هو مبرر ولوجها الوظيفة التشريعية؟

إن الجواب على هذا السؤال يسوقنا للبحث في كيفية تصرف البرلمانات في وظيفتها التشريعية، وفاء منها بالالتزام الدستوري وهو الالتزام بالتشريع، وهو العنصر الجوهرى في هذه الدراسة، وكذا الأسباب الأخرى التي لا تقل أهمية عن السبب الأول، والتي تتعلق بمضمون الحماية الدستورية التي يكفلها وجود مثل هذه الهيئة ضمن المؤسسات الدستورية.

وعليه، نجيب عن هذا السؤال من خلال الخوض في مسألتين غاية في الأهمية هما: مظاهر عزوف المشرع عن القيام بالتزامه بالتشريع (المبحث الأول)، تدرج مستويات الحماية الدستورية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مظاهر عزوف المشرع عن القيام بالتزامه بالتشريع

نتناول في هذا المبحث سلوكا قد يعتبره الكثير من شراح القانون الدستوري غريبا عن الدراسات الدستورية، يتعلق بكيفية تصرف المشرع في التزامه الدستوري بالتشريع. فقد يصدر عنه عمل تشريعي مشوب بعيوب تجعله منه عملا غير دستوري، سواء مست الأركان الموضوعية للقانون أو الأركان الشكلية له.

وقد يعد سكوته وعدم امتثاله للخطاب الدستوري بالتشريع سلوكا غير دستوري يوقعه في حماة عدم الدستورية، وهو موضوع الدراسة في هذه الجزئية، بحيث نركز في دراستنا على السلوك السلبي الصادر من المشرع كسبب رئيسي سمح للقاضي الدستوري لاقتحام الوظيفة التشريعية. دون أن نحكم على مدى شرعية تدخله. من خلال مفهومه (المطلب الأول)، أسبابه (المطلب الثاني)، وهل عرف القضاء الدستوري الجزائري مثل هذه السلوكات من المشرع (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مفهوم الإغفال التشريعي

قبل التطرق إلى المقصود بفكرة الإغفال التشريعي، لابد أن نضبط معناها اللغوي والاصطلاحي بعد أن نبحت في أساسها الفقهي والقضائي، باعتبار إنتاج محض لمجلس الدولة الفرنسي (الفرع الأول)، وحالته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

فكرة الإغفال التشريعي في القانون العام

نوضح في هذه الجزئية المقصود اللغوي والاصطلاحي بالإغفال التشريعي وما يهمننا أكثر هو نشأة فكرة الإغفال التشريعي في القانون العام.

أولا: المعنى اللغوي

يقال غفل عنه غُفولا وغَفلة وأغفله عن غيره وأغفله: تركه وسها عنه⁽¹⁾.

¹ أنظر ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثامن، دار صار، بيروت، ص 444.

ويقول عز وجل في كتابه الحكيم " ولا تُطع من أَعَفَّلْنَا قلبه عن ذِكْرِنَا"(1)

أما كلمة تشريع (اسم) ترجع إلى كلمة شرّح، تشريعي : (اسم) ، اسم منصوب الى تشريع متعلق بسن القوانين، السلطة التشريعية : مجلس النواب أو البرلمان، الهيئة الخاصة المكونة من مجموعة الأشخاص المنتخبين رسميا، مهمتهم وضع القوانين، أو تعديلها لدولة أو ولاية، الانتخابات التشريعية، الدورة التشريعية: مدة انعقاد المجلس النيابي خلال السنة وتكون عادية أو استثنائية (2).

أما عن المعنى الاصطلاحي فقد أثار الكثير من الجدل الفقهي، بين مؤيد ومعارض ما جعله يتداخل مع بعض المصطلحات المشابهة لكن قبل توضيح هذا المعنى لابد أن نوضح أصل فكرة الإغفال التشريعي باعتبارها من المصطلحات الحديثة التي غزت مجال الفقه الدستوري.

ثانيا:الخلفية التاريخية ومسألة الإغفال التشريعي

ارتبطت فكرة السكوت(3) في أول ظهور لها - في فقه القانون العام- بفقه القانون الإداري الفرنسي خلال القرن العشرين، ويعود الفضل في وبلورتها للفقيه Edward Laferrier، الذي صاغ فكرة عدم الاختصاص السلبي للإدارة، كأحد أوجه عدم المشروعية الخارجية التي تستلزم إلغاء القرارات الإدارية، وكفكرة مستوحاة من "عدم الاختصاص الايجابي للإدارة L'incompétence positive"(4)، معتمدا في دراسته على أحكام مجلس الدولة الفرنسي. فماذا يقصد بعدم الاختصاص السلبي للإدارة؟

يعرف الفقه الإداري **الاختصاص** -كأحد أركان القرار الإداري- بأنه: مجموعة الصلاحيات التي تسمح للموظف القيام ببعض الأعمال في اطار الوظيفة العامة، ومن ثم يجب أن يصدر القرار من الموظف الذي حدده المشرع في حدود الاختصاص المخول له(5).

إذن، **فالاختصاص** في مجال القرارات الإدارية وولاية إصدارها، وتكون مشوبة بعيب عدم الاختصاص بصورته الايجابية إذا صدرت ممن لا ولاية له بإصدارها.

1 الآية 28 من سورة الكهف.

2 ابن منظور ، المرجع السابق،ص323.

3 قد كفل القانون التصدي للإغفال أو السكوت المتعلق بكل من السلطة التنفيذية وهو ما نحن بصدد شرحه، أما السلطة القضائية فقد نصت المادة 44 من قانون المرافعات المصري" يجوز مخاصمة القضاة و أعضاء النيابة العامة في الأحوال الآتية: ..2- إذا امتنع القاضي عن الإجابة على عريضة قدمت له أو من الفصل في قضية صالحة للحكم".

4 كيلالي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه،دراسة مقارنة،مذكرة ماجستير، تلمسان، 2012-2013،ص9.

5 علي خاطر الشنطاوي، الوجيز في القانون الاداري،ط1 ، دار وائل للنشر و التوزيع ، ص 679.

وعليه، يقصد بعبء عدم الاختصاص الإيجابي غياب التأهيل القانوني لإصدار قرار إداري معين، بتعبير آخر عدم القدرة القانونية على اتخاذ قرار إداري معين لضرورة إصداره من موظف أو سلطة أخرى⁽¹⁾، بما يشكل خروجاً عن الاختصاص القانوني.

ويعرف أيضاً على أنه عدم المشروعية التي تشوب القرار الإداري لمخالفته من حيث مصدره قواعد توزيع الاختصاص، مهما كانت درجة هذه القواعد (دستورية تشريعية أو تنظيمية)، فيقتصر عدم الاختصاص في صورته الإيجابية على الحالات التي يكون فيها القرار صادراً عن شخص آخر غير الشخص الذي حددته وعينته قواعد توزيع الاختصاص⁽²⁾.

بمعنى، أن عيب عدم الاختصاص الإيجابي كعيب من عيوب القرار الإداري يتوج بتصرف إيجابي صادر من شخص ولكنه ليس مؤهلاً قانوناً بإصداره.

وبهذه المثابة، يكون عدم الاختصاص السلبي للإدارة⁽³⁾ برفض هذه الأخيرة ممارسة اختصاصها بدعوى أنها غير مؤهلة لذلك⁽⁴⁾. ما يفيد اتخاذ الجهة الإدارية موقفاً سلبياً من اختصاصها .

¹ سمير عبد الله السماعنة، عيب عدم الاختصاص وأثره على القرار الإداري، علوم الشريعة و القانون، المجلد 42، ع 2، 2015، ص 780.

² علي خاطر الشنطاوي، المرجع السابق، ص 670.

³ على ذلك، قد يختلط مفهوم عدم الاختصاص السلبي للإدارة مع مفهوم القرار الإداري الضمني، فما هو الفرق بينهما؟ يقصد بالقرار الإداري الضمني والذي يسميه الكثيرون القرار السلبي التعبير عن موقف سلبي من الإدارة، فهي لا ترد على طلب المواطن ولا تعلن عن إرادتها إزاءه.

ويعرفه الأستاذ رأفت فودة: بأنه ذلك الموقف الذي تكشف ظروف الحال -دون إفصاح- على أن الإدارة تتخذ حيال أمر معين . ويستدل على وجود هذا القرار من الظروف والملابسات التي تعتبر من القرائن القانونية أو القضائية الدالة على اتجاه معين لإرادة الإدارة ، رأفت فودة ناصر، وجود القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص 89.

وعليه، ما يميز بين عدم الاختصاص السلبي للإدارة والقرار الإداري الضمني، أن الأول تفصح فيه الإدارة عن رفضها مباشرة اختصاصها الواجب عليها القيام به، بينما في حالة القرار الإداري الضمني فالإدارة تأخذ موقفاً سلبياً من اختصاصها، ولكن لا تفصح عن رفضها أو قبولها، وشتان بين المعنيين ، بالرغم أنهما موقفاً سلبياً من الإدارة، بالمعنى يكون التسلب من الاختصاص بقرار صريح منها بينما لا يصدر عنها أي رد في الحالة الثانية.

وأيضاً، يبدو معيار التفرقة بين الموقفين في وجود القصد، فيثبت العمد في حالة عدم الاختصاص السلبي لأنه محدد مسبقاً بموجب نصوص قاطعة الدلالة ، بينما ينتفي ركن العمد في القرار الإداري الضمني، لذلك يصعب إثباته واستنتاجه، ما جعل القانون يرتب على سكوت الإدارة وعدم إفصاحها عن ردها ميلاد قرار إداري ضمني، قد يكيف قبولاً أو رفضاً في حسب الأحوال التي يحددها القانون، فيعد سكوت الإدارة عن التظلم لمدة شهرين رفضاً للتظلم طبقاً لأحكام المادة 829 من ق ا م ا د، بينما يعد قبولاً بالنسبة لمداوات المجلس الشعبي البلدي بعد مرور 21 يوماً من إيداعها بالولاية كما تنص المادة 56 من القانون رقم 10-11 الصادر بتاريخ 22 يوليو 2011 المتعلق بقانون البلدية ج ر ع 37 الصادرة في 03 جويلية 2011 بقولها: " مع مراعاة أحكام المواد 57 و59 و60 أدناه، تصبح مداوات المجلس الشعبي البلدي قابلة للتنفيذ بقوة القانون بعد واحد وعشرين (21) يوماً من تاريخ إيداعها بالولاية".

⁴ عيد أحمد الغفلول ، مرجع سابق ، ص 1

ويرى الأستاذ Laferrier صاحب نظرية هذه الفكرة أن (أن هذا النوع من عدم الاختصاص يجب التصدي له أيضا لأنه إذا كان من غير المقبول أن توسع السلطة الإدارية من دائرة اختصاصها، فإنه من غير المقبول كذلك أن تقوم بالتضييق من دائرة اختصاصها، ففي الحالتين يوجد خرق لقواعد توزيع الاختصاص)⁽¹⁾.

ومن بين الأحكام التي بني عليها هذا الفقيه تصوره، قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Lezert de la maurinie الصادر بتاريخ الأول من ماي 1874 والمتعلق بإلغائه لقرار وزير الصحة الذي امتنع عن التعقيب على قرار كان قد أصدره رئيس جوقة الشرف، على أساس أن لا اختصاص له بالتعقيب على قرارات هذا الأخير، وهو ادعاء خاطئ يخالف حقيقة أن له سلطة التعقيب وفقا للقانون⁽²⁾.

وفي 23 نوفمبر 1883 أصدر مجلس الدولة الفرنسي قرارا آخر في قضية Société des mines de la Guyane française، وألغى بمقتضاه قرار وزير البحرية والمستعمرات الصادر بعدم اختصاص الوزير بتعديل أحد القرارات الصادرة عن حاكم مستعمرة Guyane الفرنسية، معتبرا أن الوزير قد تنكر لاختصاصه بالتعقيب على قرار حاكم المستعمرة في حين أنه يختص بذلك باعتباره من سلطات الوصاية على حكومة المستعمرة بمقتضى القانون⁽³⁾.

وفي عام 1951 دافع واحد من ألمع مفوضي الحكومة في فرنسا وهو السيد François Gazier عن فكرة عدم الاختصاص السلبي قائلا : (تجب ملاحظة أن عدم الاختصاص يمكن كذلك أن يتخذ شكلا سلبيا، فالسلطة الإدارية تعد متكررة لاختصاصها ليس فقط باتخاذها قرارا لا يدخل في دائرة اختصاصاتها ولكن كذلك عندما تمتنع عن اتخاذ ما يجب عليها اتخاذه من قرارات..)⁽⁴⁾، بمعنى أن تتسلب من اختصاصها القانوني.

وبناء على هذه الأحكام، استطاع Laferriere أن يثبت فكرة عدم الاختصاص السلبي للإدارة، كوجه من أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري، التي تقوم على إحجام الإدارة عن ممارسة اختصاصها، رغم ثبوته قانونا ما يشكل خروجاً عن مبدأ المشروعية.

وقد رحب العديد من الفقه الإداري الفرنسي بفكرة عدم الاختصاص السلبي للإدارة، وعبر الأستاذ Raphael Alibert عنها في كتابه: (الرقابة القضائية على الإدارة عن طريق دعوى

¹ كيلالي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، المرجع السابق، ص9.

² نفس المرجع، ص9.

³ أوردها عيد أحمد الغفلول، مرجع سابق، ص2.

⁴ أشار إليه نفس المرجع، ص4.

تجاوز السلطة) الصادر سنة 1926 بقوله: (إن رجل الإدارة يعد متتكرا لأخصاصه إذا ما رفض اتخاذ قرار معين مدعياً خطأ عدم اختصاصه باتخاذها. ويعد ذلك نوعاً من عدم الاختصاص السلبي الذي يمثل تجاوزاً للسلطة، وبماثل تماماً عدم الاختصاص الإيجابي ويخضع بالتالي لنفس أحكامه وقواعده...)(1).

وذهب جانب من الفقه إلى أن قواعد توزيع الاختصاص من النظام العام، والإدارة كما لا يمكنها أن توسع من اختصاصها فليس لها أن تحد منه، لأنه ليس حقاً لها وإنما تكليف يفرض عليها، لذلك يعد هذا العيب من العيوب التي تتدرج ضمن دائرة النظام العام الذي يثيره القاضي من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت فيها الدعوى ما يشكل ضماناً أخرى للمتضرر من أعمال الإدارة، بحيث يتدخل القاضي لحماية حقوقه من تعسفها، وهو العيب الذي يصعب استنتاجه أو إثباته بمقارنته بعيب عدم الاختصاص الإيجابي(2)، الذي تتضح معالمه لأن الإدارة قد صرحت عن إرادتها بموجب قرار إداري صريح، وهو محل بحث عدم المشروعية الإدارية.

بينما لم تحظ بقبول جانب من الفقه، وانتقدها الأستاذ J.Kerninon ، الذي يرى أن التشابه بين عدم الاختصاص السلبي وعدم الاختصاص الإيجابي هو تشابه ظاهري، لأن الأول يتعلق بعنصر السبب، أما الثاني فيتعلق بركن الاختصاص(3).

في حين استبعدتها الأستاذ Jean de soto بأن تكون من ضمن العيوب الخارجية للقرار الإداري، لأن العيب في هذه الحالة هو محل القرار، وعبر عن ذلك بقوله: (لأنه في حالة إقبال القاضي الإداري على إلغاء امتناع السلطة الإدارية عن ممارسة اختصاصها، فإن محتوى القرار نفسه هو الذي يتسم بعدم المشروعية، لأن البطلان يتعلق إذن بمحل القرار الذي صدر عن موظف يختص أصلاً بإصداره غير أنه قرار خاطئ)(4).

لكن القضاء الإداري تبنى هذه الفكرة، وترعرعت باجتهادات مجلس الدولة الفرنسي وتم تصنيفها ضمن العيوب الخارجية للقرار الإداري.

¹ Cheller, la fonction consultative dans le droit administratif français ,thèse strasbourg,1961,p 84

² عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق،ص6.

³ نفس المرجع،ص7.

⁴ عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص7.

وقد استطاع الفقه الإداري- استنادا إلى قرارات مجلس الدولة الفرنسي - أن يحصر حالات عدم الاختصاص السلبي للإدارة، وهي خمسة تتمثل في⁽¹⁾:

- 1- إنكار السلطة الإدارية كونها مختصة أصلا بالتقرير في مسألة معينة.
- 2- تجاهل السلطة الإدارية للقواعد المتعلقة بأساليب ممارسة اختصاصها .
- 3- تضيق السلطة الإدارية من اختصاص سلطة إدارية أخرى أقل منها في المرتبة.
- 4- صدور القرار الإداري من إحدى السلطات الإدارية ولكن استنادا إلى إرادة سلطة إدارية أخرى.
- 5- إفراط السلطة الإدارية في تفويض اختصاصها أو تفويضه في غير الحالات التي يحددها القانون بصورة تبدو معها وكأنها تتخفف منها .

وبعدما استقرت فكرة عدم الاختصاص السلبي للإدارة في الفقه والقضاء الإداريين، خاصة لدى هذا الأخير الذي اعتبرها من الدفوع المتعلقة بالنظام العام (مخالفة قواعد الاختصاص)، انطلاقا من فكرة أن السلطة الإدارية لا تملك سلطة توسيع اختصاصاتها وبالتالي لا تملك صلاحية التضيق منها ولا الامتناع عن ممارستها، لمعت هذه الفكرة في فقه القانون الدستوري وقضاءه، الذين أصبحوا ينشغلون بكيفية تصرف البرلمان في اختصاصاتها الدستورية التي تتلقاها من الدساتير، بعد تبني مبدأ الفصل بين السلطات، وما يترتب عليه من توزيع للاختصاصات بين السلطات العامة الدستورية الثلاث في الدولة، وذلك بإسناد مهمة وضع القانون أو وظيفة التشريع للسلطة التشريعية، والوظيفة التنفيذية إلى السلطة التنفيذية والوظيفة القضائية إلى المحاكم، حيث بدأ الاهتمام بامتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه الدستوري أو ما يطلق عليه "السكوت أو الإغفال التشريعي"⁽²⁾ فماذا يقصد به؟

ثالثا: المعنى الاصطلاحي للإغفال التشريعي عند فقه القانون الدستوري

عدم الاختصاص السلبي للإدارة - كما سبق وأشارنا - هو اتخاذ الإدارة موقفا سلبيا من اختصاصها القانوني بالرغم من ثبوته بنصوص قانونية قاطعة الدلالة لا تحمل أي غموض. فكيف يظهر هذا السلوك من المشرع؟

¹ كيلالي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، المرجع السابق، ص 10 .
² نفس المرجع، ص 10.

يقتضي مبدأ المشروعية في مفهومه الواسع التزام كل سلطة من السلطات العامة حدود اختصاصها الدستوري، فلا تتعداه لتعتدي على سلطة أخرى موازية لها، بما يشكل خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات سواء بمفهومه المطلق أو المرن، ولا تمتنع عنه لتخرق المبدأ الأول.

وقد التفت الفقه الدستوري -باعتماده هذه المبادئ التقليدية- وفكرة عدم الاختصاص السلبي للإدارة إلى كيفية تصرف البرلمان في ممارسة اختصاصها الدستوري، فانقد سلوكها الإيجابي في صورة عيوب العمل التشريعي (عدم المشروعية الداخلية والخارجية)، كما انتقد سلوكها السلبي في صورة الامتناع أو الإغفال التشريعي *L'omission législative*، وهو ما نحن بصدده.

ويعد مصطلح الإغفال التشريعي *L'omission législative* من المصطلحات الحديثة الظهور على مستوى القانون المقارن، ولم يتفق الفقه ولا القضاء الدستوريان على تحديد معناه ومضمونه، بالرغم من أن هذا الأخير قد واجه نوعاً من الإغفال، و مثال ذلك المحكمة الدستورية العليا بمصر⁽¹⁾.

فعرّفه الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي بقوله: " يقصد بالإغفال التشريعي المجرّد عدم تخلي المشرع عن اختصاصه لصالح أي من السلطات الأخرى، ومن ثم فإنه يتعلق بالسكوت أو الإغفال التشريعي المجرّد غير المصحوب أو غير المقترن بالتخلي عن الوظيفة التشريعية لصالح السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية، حيث نكون في الحالة الأخيرة بصدد مخالفة لقواعد الاختصاص ولسنا بصدد رقابة على الإغفال التشريعي ". وبيّض " أن الإغفال أو السكوت التشريعي إنما ينم عن إغفال جانب من جوانب الموضوع محل التنظيم "⁽²⁾.

وعليه، إذا تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بتنظيمها، فإن تنظيمه هذا يأتي - سواء عن عمد أو إهمال - غير مكتمل، أي تنظيمًا قاصراً على أن يحيط بكافة جوانبه بما يؤدي بالإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم⁽³⁾.

وفي نفس المعنى يقصد به: (الحالة التي لا يتضمن فيها التشريع تنظيمًا قانونيًا أو قاعدة قانونية ضرورية لحل موقف أو حالة معينة مما يتطلب الدستور تنظيمها بواسطة القانون، أو تلك

¹ عبد العزيز محمد سلمان، مقالة بعنوان: الإغفال في القضاء الدستوري، ص 9، www.forums.egycourt.com
² عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا -دراسة مقارنة - ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 7.
³ كليلي زهرة، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، المرجع السابق، مرجع سابق، ص 11.

التي توجد فيها القاعدة القانونية ولكنها تحتاج إلى اللجوء للتفسير دون الخروج على حدود هذا التفسير⁽¹⁾.

وهناك من عرفه بأنه: حالة امتناع المشرع عن الوفاء بالتزامه بالتشريع انطلاقاً من الالتزام الدستوري الذي يقع عليه بموجب النصوص الدستورية ذات الصيغة الآمرة، والتي توجه له خطاباً بضرورة التدخل لتفعيل الحقوق والحريات التي تحتويها أحكامها، بمعنى جعلها أمراً واقعياً وملموساً، فدور القانون في هذه الحالة بمثابة أداة تنفيذية للدستور شأنه في ذلك شأن التشريع الذي يحتاج إلى لائحة تنفيذية لتطبيقه⁽²⁾.

فالإغفال التشريعي غير الدستوري - في نظر الفقه - يتحقق عندما يخالف المشرع الالتزامات التي يفرضها عليه الدستور أو لأنه لم يتم الوفاء بها بصورة كاملة وواضحة وصريحة، كما وردت في أحكامه.

بينما أطلق بعض الفقه مصطلح الإغفال التشريعي على الثغرات القانونية، حيث يقول الأستاذ Michel Melchior رئيس المحكمة الدستورية بلجيكا أن: (مصطلح الثغرات القانونية La caune de droit أو L'omission législative ارتبطا بعلم فلسفة القانون، والثغرات القانونية غير الدستورية ارتبطت تاريخياً بالمنازعات التي لا يحترم فيها المشرع مبدأ المساواة المكرس في الدستور البلجيكي بموجب المادتين 10 و 11)⁽³⁾.

ويعرف الأستاذ Gheorghe Avornic الثغرات القانونية بأنها: (حالة الغياب الكلي أو الجزئي للقوانين، ويكون هذا بسبب إهمال المشرع تنظيم بعض العلاقات عند سنه للقانون، ويحدث هذا الإغفال إما بمناسبة تنظيم موضوع ما أول مرة، أو أثناء تعديل القوانين، نتيجة إهمال المشرع التطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي للمجتمع)، ويضيف بالقول: (إلا أنه لا يمكن ترجمة كل مواقف المشرع السلبية ثغرات قانونية، فأحياناً قد يعتمد هذا الأخير عدم تنظيم موضوع ما، إما لأنه لا ضرورة لتنظيمه أو يكون لأسباب موضوعية وعملية يدركها هو)⁽⁴⁾.

¹ Problemes of législative omission in constitutional jurisprudence , conférence des cours constitutionnelles européennes,p2.

² أنظر عزاوي عبد الرحمن ، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية التنفيذية -دراسة مقارنة- في تحديد مجال كل من القانون و اللائحة ،ج1، دار الغرب للنشر و التوزيع، الجزائر 2009، ص 46.

³ L'omission législative dans jurisprudence constitutionnelle, rapport établi pour la cour constitutionnelle de Belgique,www.confconsteu org ,p 2 .

⁴ Problemes of législative omission in constitutional jurisprudence ,opcit,p3.

وعلى هذا الأساس ذهب الفقه الأوربي إلى إعطاء تكييف للثغرات القانونية، وانقسم في هذا الصدد إلى موقفين، الأول: يكييفها على أنها موقف عمدي من المشرع، فهو يدرك الثغرات الموجودة بالقانون لكنه قرر عدم تنظيمها، بينما يرى الجانب الثاني من هذا الفقه أنها تشكل سكوت القانون فيما يتعلق بمسائل تتجاوز حدود التنظيم القانوني⁽¹⁾.

وأمام صعوبة ضبط تعريف دقيق للإغفال التشريعي، حاول البعض الآخر من الفقه ضبط المفهوم انطلاقاً من ربطه ببعض المعطيات ذات الارتباط المباشر بأساس الموضوع وأصله، وهو الولاية العامة للمشرع في التشريع، وحقيقة اختصاصه المطلق والنسبي بالتشريع، بل الانفراد المطلق بهفي أحيان كثيرة، حيث يتعين على المشرع ممارسة اختصاصه على نحو معين أو وفق نصاب قانوني معين أو وفق إجراءات شكلية معينة كما هي الحال بالنسبة للقوانين العضوية.

وعليه، يقصد بالإغفال التشريعي: تخلي المشرع ممثلاً في البرلمان المنتخب عن ممارسة اختصاصه الدستوري في التشريع كلياً أو جزئياً وعدم التدخل لتنظيم الموضوعات المسندة له بموجب أحكام الدستور⁽²⁾.

بما أن القانون هو تعبير عن الإرادة العامة، فإن البرلمان هو أداة صياغة التعبير، والإغفال التشريعي ما هو إلا تعبير عن الإرادة العامة لم تتم صياغته بمعرفة البرلمان، ومن ثم تشكل عدم الصياغة مخالفة دستورية، لذلك يمكن تعريف الإغفال التشريعي بأنه تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بتنظيمها، ولكنه يأتي -سواء عن عمد أو إهمال- غير مكتمل، قاصراً عن أي يحيط بكافة جوانبه، وبما يؤدي بالإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم⁽³⁾.

رابعاً: التعريف القضائي للإغفال التشريعي

يمكن القول أن القضاء الدستوري لعب دوراً محتشماً -في بداياته- في إظهار عيب الإغفال التشريعي كصورة من صور العيوب التي تسم العمل التشريعي، ولم يجرؤ على توضيح معالمه بصورة مباشرة، إلا في بعض الأحكام القليلة.

¹Problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle ,cour constitutionnelle république de Moldova, conférence des cours constitutionnelles Européennes, www.confcoconsteu.org ,p3 .

² عزاوي عبد الرحمن مقالة بعنوان: الرقابة على السلوك السلبي للمشرع: الإغفال التشريعي نموذجاً ، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان ، ع 10، 2010، ص 88.

³ إيناس كمال كامل، حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2016، ص 213.

فلم يعرفه تعريفا واضحا، بل استخدم عدة عبارات تدل على أن المشرع لم يستوفي بصورة كاملة بالتزامه الدستوري بالتشريع .

فقد ذهب المجلس الدستوري الفرنسي في تعبيره عن صورة الإغفال التشريعي، بالقول أن النص التشريعي لم يتضمن جانبا معينا من جوانب الموضوع مما يجعله مخالفا للدستور، وتذكيره للمشرع بأن يكون عمله كافيا أو غير كاف Suffisamment ou insuffisamment ويقرر عدم الدستورية لأي تنظيم يكون غير كاف⁽¹⁾ .

وقرر في مجال قانون العقوبات، بأن النص قد أغفل فيه المشرع تحديد الجرائم بصورة كافية مما يمس مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، كما قرر المجلس بشأن أحد نصوص القانون المتعلق بالتصفية القضائية للشركات وتوفيق أوضاعها، أن المشرع أغفل تحديد الجريمة -جريمة إخلال الموظف بواجبات الوظيفة- بصورة واضحة بالمخالفة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليه في المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، حيث كان ينبغي على المشرع أن يحددها تحديدا واضحا بعبارات محددة لا تثير لبسا في التفسير⁽²⁾.

كما تبنت المحكمة الدستورية المصرية فكرة الإغفال التشريعي في العديد من أحكامها، لكن ليس بإشارة واضحة، واستخدمت هي الأخرى عبارات تدل على ذلك كعدم تضمين النص الطعين حكم كان يتعين تضمينه، وقضت بمخالفة المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 450 لسنة 1986 بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة جبل علبة بالبحر الأحمر لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات التي نصت عليه المادة 66 من الدستور، وأوردت في حكمها " وذلك فيما تضمنته من عدم تعيين الحدود التي تبين النطاق المكاني لتلك المحميات"⁽³⁾.

وعليه، لم يعرف القضاء الدستوري الإغفال التشريعي لكنه ميز حالاته، بحيث لا تكون النصوص التشريعية كافية التنظيم من كل جوانب الموضوع محل التنظيم، فيكون الإغفال التشريعي الذي يوقع المشرع في حومة عدم الدستورية عدم تنظيم المشرع لموضوع من الموضوعات التي تدرج ضمن اختصاصه تنظيميا كافيا مانعا.

¹ عبد الحفيظ علي الشيمي، مرجع سابق، ص 63.

² نفس المرجع، ص 64.

³ عبد الحفيظ علي الشيمي، مرجع سابق، ص 57.

خامسا: المعنى القانوني للإغفال التشريعي

أدانت بعض الدساتير المقارنة امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه الدستوري، واعتبرته من أسباب عدم الدستورية التي يمكن للمشرع أن يقع فيها.

ومن ذلك تنص المادة 283 من الدستور البرتغالي لسنة 1976 على "عدم الدستورية بسبب الإغفال" بقولها: (1- بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو من أمين المظالم، أو في حال وقوع انتهاك لحق أو أكثر من حقوق منطقتي الحكم الذاتي أو بناء على طلب رئيس الجمعية التشريعية المعنية، تضطلع المحكمة الدستورية بمراجعة والتحقق من أية حالة عدم الامتثال لهذا الدستور من خلال إغفال اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتنفيذ القواعد الدستورية.

2- تخطر المحكمة الدستورية الهيئة التشريعية المعنية إذا ما قررت المحكمة وجود عدم دستورية نتيجة الإغفال⁽¹⁾.

يستفاد من هذا النص، أن القواعد والمبادئ الدستورية لا تكون نافذة إلا بتدخل المشرع بعمل تشريعي لتنفيذها، انطلاقا من التزامه وانفراده بممارسة الوظيفة التشريعية، بحيث تلعب القواعد القانونية في هذه الحالة نفس الدور الذي تحظى به اللوائح التنفيذية في حياة القانون، فلا تأخذ القوانين موقعها في المجتمع إذا لم تصدر نصوصا تنفيذية تفصيلية لها، وكذلك الحال بالنسبة للقواعد الدستورية التي تعد غالبية أحكامها نصوص صامتة جامدة، لا تجد مكانتها في النظام القانوني ما لم يتدخل المشرع لتنفيذها، عن طريق وضع النصوص التفصيلية لها، وإلا بقيت ساكنة حبيسة الوثيقة الدستورية، لا يحس الفرد بوجودها، ما لم يقم المشرع بتفعيلها، لذلك يعتبر الفقه الدستور أب القوانين، لأنها تستمد مبادئها منه وهو سند وجودها، وهنا تتشابه اللوائح التنفيذية والنصوص التشريعية.

وبهذه المثابة، يعرف الإغفال التشريعي وجوده في حالة عدم اتخاذ المشرع كل التدابير التشريعية اللازمة لتنفيذ القواعد الدستورية، ما يشكل مخالفة دستورية تقمعه المحكمة الدستورية.

وبنفس المعنى، عبرت عنه المادة 4/167 من دستور جنوب إفريقيا الصادر سنة 1992 بقولها: (تختص المحكمة الدستورية دون غيرها:...هـ- بالحكم بإخلال البرلمان أو رئيس

¹ الدستور البرتغالي الصادر 1976 المعدل سنة 2005. WWW.constituteproject.org

الجمهورية بالتزام دستوري...⁽¹⁾، بحيث اعتبرت هي الأخرى السكوت التشريعي إخلال بالتزام البرلمان ورئيس الجمهورية بالتشريع.

سادسا: الأساس الدستوري لإثارة مسألة الإغفال التشريعي

دافع الفقه الدستوري بشدة عن مسألة معالجة الإغفال التشريعي أمام الانتقادات الفقهية الشديدة التي وجهت لها، وحاول البحث في المبادئ الدستورية والقانونية ليدعمها، ليهتدي في الأخير إلى طبيعة الالتزام الذي يوجهه المؤسس الدستوري لهذا الأخير وهو التزامه بالتشريع بل وانفراده به⁽²⁾، ونتطرق فيما يلي : إلى المفهوم التقليدي لهذا المبدأ ثم تطوره والمفهوم الحديث الذي صاغه هذا التطور، ثم نتائج هذا المبدأ بمعنى علاقة فكرة الامتناع التشريعي بهذا المبدأ.

1 - المفهوم التقليدي لمبدأ الإنفراد بالتشريع

يجد مبدأ الإنفراد التشريعي أساسه الفلسفي بحسب أفكار الفقيه الفرنسي Raymond carré de malberg في إفرازات الثورة الفرنسية 1789، التي من أهم ما جسده من مبادئ عملية توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، واطمحلال قوة وسلطة الملك (السلطة التنفيذية)، وظهور القوة للبرلمانات المنتخبة المعبرة عن السيادة الشعبية، وبالتالي لم يعد القانون الصادر عن هذه المجالس محدد المجال، بل توسع ليطال مجالات واسعة ليتراجع دور السلطة التنفيذية ويصبح تدخلها مرهونا بالقانون الذي يضعه البرلمان⁽³⁾.

وقد ساعد على هذا أيضا، معيار تحديد مفهوم القانون الذي يعرف على أنه: العمل الذي يتم التصويت عليه بواسطة الجهاز المختص بالتشريع أي البرلمان وفقا للإجراءات التشريعية المعمول بها ويتم إصداره بواسطة رئيس الدولة، وعلى هذا الأساس كان البرلمان -الذي يمثل المشرع هيكليا وتنظيميا السلطة التشريعية - يتمتع باختصاص غير محدود وحرية وسلطة مطلقة في مجال التشريع، وكان له أن يتدخل لتسوية أية مسألة أو معالجة أي موضوع بالصيغة والوقت اللذين يراهما مناسبين ويحققان الغرض الذي ابتغاه من سنه⁽⁴⁾.

وتماشى هذا المبدأ أيضا، مع الأفكار الفلسفية الأخرى المنتشرة آنذاك، ويتعلق الأمر خاصة بمبدأ الفصل بين السلطات الذي نادى به شراحه ومؤيدوه حينذاك مثل Jean-Locke، Jean-

¹ دستور جنوب إفريقيا الصادر 1992 المعدل سنة 2012 نفس الموقع.

² كيلالي زهرة، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، المرجع السابق، مرجع سابق، ص14.

³ نفس المرجع، ص15.

⁴ أنظر عزاوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ج1، مرجع سابق، ص155.

Montesquieu، Jacques Rousseau وتمييزهم للسلطات الثلاث في الدولة وانفراد كل سلطة بالوظيفة المحدد لها، وهكذا ظهر نوع من التأثير بين المبدئين أدى في الأخير إلى تبني الدساتير " مبدأ الانفراد بالتشريع" وأصبح مبدأ دستوريا تفرضه دولة القانون، بعدما تبناه الفقه والقضاء الدستوريان. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عيد أحمد الغفلول: " أن هذه الفكرة ليست فكرة جديدة في القانون العام، وأن كل ما في الأمر أنها تحولت على يد الفقه الدستوري المعاصر وقضاء المحكمة الدستورية إلى مبدأ دستوري يفرض على البرلمان ضرورة التدخل لممارسة اختصاصاته التشريعية المحددة بمقتضى الدستور والمبادئ ذات القيمة الدستورية وإلا وقع في حومة الامتناع التشريعي"⁽¹⁾.

كما توسع في هذه الفكرة الفقيهان Otto Mayer و Paul laband ، حيث يرى الأستاذ Paul laband عند تعريفه للقانون (التشريع) بالمعنى الضيق على أنه: (النص الصادر عن البرلمان، أما اللائحة فهي النص الصادر عن جهة الإدارة وبالتالي فالقانون من وجهة النظر المادية يحتوي على قاعدة قانونية بينما تحتوي اللائحة فقط على قاعدة إدارية، فهي بمثابة عمل مجرد من أية صفة قانونية لأنها تنصب فقط على التنظيم الإداري)، بمعنى أن ينفرد البرلمان بوضع القاعدة القانونية دون أن يكون للسلطة التنفيذية أي دور، ولكن هذا الانفراد لا يعني منع البرلمان تفويض السلطة التنفيذية إصدار لوائح تحمل قواعد قانونية ولكن ليس بصورة مبدئية⁽²⁾ .

وظلت أفكار laband سائدة إلى غاية القرن العشرين، لتظهر صياغة جديدة لنظرية الانفراد التشريعي- تتماشى مع ما أصاب القانون العام من تطور- على يد الأستاذ Otto Mayer ولكن بأساس آخر وهو " الحرية والملكية مجتمعتين "، وانتهى إلا أن اجتماع أعضاء المجتمع (ممثلين في البرلمان) تكمن في ضرورة حماية " الحرية " و"الملكية "، بمعنى أن البرلمان هو وحده المؤهل لتنظيم المسائل المتعلقة بالحرية والملكية عن طريق التشريعات التي يسنها بمعنى: أن هناك علاقة بين الانفراد التشريعي والحقوق الأساسية وأن هذا المبدأ في الحقيقة كرس لحماية الحقوق والحريات⁽³⁾ .

وقد تبنى هذه الفكرة الفقه المعاصر، حيث ذهب الأستاذ أحمد فتحي سرور إلى القول أن: "مبدأ انفراد بالتشريع يهدف إلى أن يكون تنظيم ممارسة الحقوق والحريات ورسم حدودها بواسطة ممثلي الشعب والحيلولة دون تدخل السلطة التنفيذية في المساس بهذه الحقوق و الحريات دون

¹ كيلالي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 16.

² نفس المرجع ، ص 16.

³ عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السليبي للمشرع، مرجع سابق ، ص58.

موافقة السلطة التشريعية الممثلة للشعب سلفاً"، ويعرف هذا المبدأ بقوله: " يقصد به اختصاص
المشرع وحده بمعالجة المسائل التي تدخل في اختصاصه"⁽¹⁾.

ويتسع هذا المبدأ ليشمل كل الحقوق والحريات المتعلقة بالحرية والملكية، ويظهر هذا جلياً في
المجالات التي نصت عليها الدساتير وحجزتها للبرلمان، ومثال ذلك المسائل التي نصت عليها
المادة 34 من الدستور الفرنسي 1958، والمادة 140 والمادة 141 من الدستور الجزائري
لسنة 1996 المعدل بالقانون رقم 16-01 الصادر بتاريخ 06 مارس 2016⁽²⁾، مثل إنشاء الجرائم
والعقوبات، والملكية الخاصة، وحرية التنقل وحرية الصناعة والتجارة وغيرها...، حيث تُظهر هذه
الأخيرة حرص المؤسس الدستوري على حماية الحقوق والحريات الدستورية وجعلها من المسائل
المحجوزة لاختصاص المشرع دون غيره، وهذا إن كان لسبب فهو يعود للتركيب الهيكلية للبرلمان،
الذي يضم ممثلي الشعب، الأمر الذي يجعل هذا القانون صورة تعكس طموحات من يخضعون
لسلطته .

بقي هذا المبدأ سائداً إلى غاية نهاية الحرب العالمية الثانية، وما نتج عنه من توسع لسيادة
البرلمانات واحتفاظها بسلطات كاملة وغير محدودة في كل ما يتعلق بتنظيم الحقوق والحريات
وممارستها. لكن هذه الحالة لم تستمر طويلاً بل تراجع دورها، بعد ظهور دور السلطة التنفيذية
وبروزها بين السلطات العامة، وأصبحت هذه الأخيرة منافسة للبرلمان في العملية التشريعية، الأمر
الذي أدى إلى التخفيف من حدة مبدأ انفرد البرلمان بسن القانون، وظهور مفهوم آخر له صاغ
هذه التطورات ألا وهو التمييز بين الانفرد التشريعي المطلق والانفرد التشريعي النسبي وهو ما
نوضحه في الفقرة التالية .

2- تطور مفهوم مبدأ الانفرد التشريعي

الواقع أن أحداً من أصحاب الصياغة المبدئية لفكرة الانفرد التشريعي، أو ممن ساهموا في
إجلاء هذه الفكرة في تواريخ لاحقة، لم يدّع أن من شأن الانفرد التشريعي للبرلمان إقصاء السلطة
التنفيذية تماماً من المساهمة في العمل التشريعي، لأن هذا الانفرد هو في نهاية الأمر، حث
البرلمان على التدخل لممارسة اختصاصاته التشريعية، ومنع السلطة التنفيذية من الحلول محله في
ممارسة هذه الوظيفة، خاصة فيما يتعلق ببعض المسائل الهامة، التي لا يمكن إخراجها من مجال

¹ أنظر أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، ط 2، القاهرة، مصر، 2002، ص 40.
² ر ع 14 الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

عمل ممثلي الشعب⁽¹⁾، وفيما عدا ذلك من المسائل، يمكن للسلطة التنفيذية أن تتدخل بناء على تفويض من البرلمان، أو لوضع ما سنه من تشريعات موضع التنفيذ، عن طريق ما يمكن أن تتخذه من تدابير قانونية، ويتعلق الأمر بالتنظيمات أو اللوائح التنفيذية و اللوائح المستقلة.

ولذلك فإن حجم التزام المشرع بممارسة اختصاصه التشريعي سوف يختلف بحسب نوع المسألة الداخلة في اختصاصه، وحسب أسلوب إسناد المسألة إليه بواسطة النص الدستوري، فإذا نص الدستور على ضرورة تسوية المسألة "بقانون" كان التزام البرلمان كاملاً بضرورة تسويتها كاملة بنفسه، أما إذا نص الدستور على إمكانية تسوية المسألة "بناء على قانون" فإن درجة هذا الالتزام تقل، بحيث يمكن للمشرع أن يكتفي بوضع الخطوط العريضة للمسألة تاركاً أمر تفصيلها للسلطة التنفيذية⁽²⁾.

ومن هنا ميز الفقه بين الإنفراد التشريعي المطلق *la réserver absolue* عند وجوب تسوية المسألة "بقانون" والإنفراد التشريعي النسبي *la réserver relative* عند إمكانية تسويتها "بناء القانون".

أما بشأن وجود ضوابط دستورية تحدد أسلوب تدخل البرلمان لممارسة اختصاصه التشريعي، فإن الفقه قد ميز بين الإنفراد التشريعي العادي *la réserver ordinaire* في حالة عدم وجود هذه الضوابط أو قلتها والإنفراد التشريعي المدعم *la réserver renforcée* في حالة وجود هذه الضوابط، وكان الفقه هو أول من نادى بهذا التمييز، لتؤكد و تجسده بعض الدساتير إما بصفة صريحة أو ضمنية وهنا على التفصيل التالي:

أ- الإنفراد التشريعي المطلق أو الصارم والإنفراد التشريعي النسبي

يقصد بالإنفراد التشريعي الصارم التزام البرلمان دون غيره بالتنظيم التشريعي المتكامل للمسائل التي تدخل في اختصاصه، دون أن يكون للسلطة التنفيذية أي دور يذكر، ويقصد بالتدخل هنا التدخل المباشر والمبتدأ في المسائل التي ينفرد بها المشرع انفراداً مطلقاً، لكن هذا لا يمنع من تدخلها بصفة غير مباشرة عن طريق إصدار اللوائح التنفيذية لهذه القوانين دون أن تترجمه في اختصاصه، فلا يجوز لها أن تتخطى الحدود التي رسمها التشريع أو أن تتدخل في تنظيم ممارسة

¹ عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الإختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق، ص77.
² نفس المرجع ، ص78.

حق أو حرية ليس من اختصاصها⁽¹⁾، بحيث تبقى هذه الأخيرة محافظة على دورها التقليدي في تنفيذ القوانين لا غير .

أما **الانفراد التشريعي النسبي** فيكون عندما ينظم المشرع العناصر الأساسية للمسألة التي تدخل في اختصاصه، ويقتصر على وضع القواعد العامة والأسس الرئيسية لها تاركا للسلطة التنفيذية مهمة معالجة نقاط محددة في هذا الشأن أي المسائل الجزئية والتفصيلية⁽²⁾.

ومن أمثلة المسائل التي تدخل ضمن الإنفراد التشريعي المطلق، موضوع الحقوق والحريات وهو ما قضى به مجلس الدولة المصري في حكم شهير له " بأن الحريات العامة في مصر، إن أجاز الدستور تقييدها، فإنها لا تقيد إلا بتشريع"⁽³⁾.

وما نصت عليه المادة 15 من الدستور المصري لسنة 2014 على اختصاص المشرع بتنظيم الإضراب السلمي. وكذلك موضوع تحديد الجرائم والعقوبات، وهو ما أقرته المادة 58 من الدستور الجزائري " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الجرم"، وما نصت عليه المادة 33 من أن الجنسية تنظم بقانون.

أما المسائل التي تدخل ضمن الإنفراد التشريعي النسبي فنذكر مثلا ما تنص عليه المادة المسائل المتعلقة بالتعليم والبحث العلمي .

يتضح مما سبق، أن تدرج مستويات صياغة المؤسس الدستوري لمفهوم الانفراد التشريعي بصورتيه المطلق والنسبي، يتعلق بطبيعة الموضوع محل التنظيم، فكلما تعلقت المسألة بمفهوم الحرية أو السلطة زاد حرصه وتقييده للمشرع، وجعله من المسائل التي تدرج ضمن انفراده المطلق ذلك كتنظيم السلطات العامة ، تكوين أحزاب سياسية أو حق الانتخاب، أو الحرية الشخصية مثلا وهنا يضيق مجال السلطة التقديرية للمشرع بحدود الضوابط الدستورية المقيدة له، وما عدا ذلك تكون من المسائل البسيطة القليلة الأهمية فتدرج ضمن الانفراد النسبي، والتي تتعلق مثلا بالصحة والتعليم والبيئة، بحيث يتسع مجال السلطة التقديرية للمشرع، إذن حتى في مجال الاعتراف بالسلطة التقديرية للمشرع يمكن أن يتسع هذا المفهوم ويضيق طبعاً وفقاً للضوابط الدستورية التي تبقى المقيد لها .

1 عيد احمد الغفلول ،فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق، ص80.
2 انظر أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ،دار الشروق ،طبعة 1999، ص375.
3 أورده أحمد فتحي سرور، نفس المرجع ، ص403.

ب- الانفراد التشريعي العادي والإنفراد التشريعي المدعم

إذا كان التمييز بين الانفراد التشريعي المطلق والانفراد التشريعي النسبي هو درجة انفراد المشرع في ممارسة اختصاصاته التشريعية، بحيث يُمنع عليه من حيث المبدأ إشراك السلطة التنفيذية في ذلك بالنسبة لانفراده المطلق، مع إمكانية السماح لها بمشاركته في العملية التشريعية بالنسبة لانفراده النسبي، فإن التمييز بين الانفراد التشريعي العادي والانفراد التشريعي المدعم، يكون على أساس هامش الحرية التي يتمتع بها البرلمان في ممارسة اختصاصاته التشريعية، استنادا إلى مبدأ انفراده المطلق أو النسبي، بحيث يتسع هامش حرية المشرع ونقل الضوابط الدستورية المفروضة عليه، كما قد تتعدم إذا كان الانفراد التشريعي عاديا، وتضييق هذه الحرية وتزداد كذلك الضوابط الدستورية التي يفرضها الدستور على المشرع عند تسوية المسألة إذا كان انفراده بالتشريع مدعما⁽¹⁾.

وعبر الأستاذ أحمد فتحي سرور عن التمييز بين الانفراد التشريعي العادي والمدعم بقوله : " في حالة الانفراد العادي يعهد الدستور إلى المشرع بتنظيم المسألة دون ضوابط محددة فينطلق بذلك نطاق السلطة التقديرية للمشرع، بخلاف الحال في حالة الانفراد المدعم فإن المشرع في مزاولته لاختصاصه لا يراعي فقط النظام العام الذي حددته القواعد الدستورية في مجموعها وإنما عليه أيضا مراعاة القواعد والضوابط التي وضعها الدستور خصيصا لتحديد انفراده بالتشريع في مسألة معينة"⁽²⁾.

وكمثال عن المسائل التي تدخل ضمن الانفراد التشريعي المدعم، ما تنص عليه المادة 54 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 من أنه: "الحرية الشخصية حق طبيعي، وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد، أو تفتيشه، أو حبسه، أو تقييد حريته بأي قيد الا بأمر قضائي مسبب يستلزمه التحقيق .

ويجب أن يبلغ فورا كل من تقييد حريته بأسباب ذلك، ويحاط بحقوق كتابة، ويمكن من الاتصال بذويه و بمحاميه، فورا، وان يقدم إلى سلطة التحقيق خلال اربع وعشرين ساعة من وقت تقييد حريته.ولا يبدأ التحقيق معه إلا بحضور محاميه، فإن لم يكن له محام، ندب له محام، مع توفير المساعدة اللازمة لذوي الإعاقة، وفقا للإجراءات المقررة في القانون...".

¹ كيلالي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 20.

² أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع السابق، ص374.

وما نصت عليه المادة 16 من الدستور الايطالي (يجوز لكل مواطن أن ينتقل وأن يقيم بحرية في كل أنحاء من الإقليم، فيما عدا القيود التي يفرضها القانون بصورة عامة لأسباب تتعلق بالصحة والأمن).

وما تنص عليه المادة 47 من الدستور الجزائري " فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار احترامه.

ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر من السلطة القضائية المختصة "، والمادة 60 من أنه: "يخضع التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية ولا يمكن أن يتجاوز مدة ثمان وأربعين(48) ساعة.

يملك الشخص الذي يوقف للنظر حق الاتصال فوراً بأسرته.

ولا يمكن تمديد مدة التوقيف للنظر، إلا استثناء، ووفقاً للشروط المحددة بالقانون.

ولدى انتهاء مدة التوقيف للنظر، يجب أن يجري فحص طبي على الشخص الموقوف، إذا طلب ذلك، على أن يعلم بهذه الإمكانية "

وقد تظهر هذه الضوابط والتشديد من جانب المؤسس الدستوري في التشريع نفسه، كما قد يتعلق التشديد أيضاً بإجراءات إقرار التشريع⁽¹⁾، ومثال ذلك الإجراءات التي تمر بها القوانين العضوية أو الأساسية les lois organiques من ضرورة حصولها على مصادقة الأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة، إضافة إلى عرضها للرقابة القبلية على المجلس الدستوري، وهو ما نصت عليه المادة 141 من الدستور الجزائري " 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 "، وكذلك ما نصت المادة 46 من الدستور الفرنسي 1958 التي ضببتها بمجموعة من الإجراءات.

مما سبق نتوصل إلى طرح التساؤل ما هي علاقة مبدأ الانفراد بالتشريع بفكرة الامتناع التشريعي؟

¹ كيلالي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص21.

ثالثا - علاقة مبدأ الانفراد التشريعي بفكرة الإغفال التشريعي

إذا كان مضمون مبدأ الانفراد التشريعي -الذي صاغه الفقه والقضاء الدستوريين وحتى المؤسس الدستوري- يقتضي تولي البرلمان الولاية العامة والاختصاص الأصلي بوضع القواعد القانونية العامة، بل والتفصيلية المنظمة للعلاقات الاجتماعية في المجتمع، والتصرفات القانونية لأفراده، لأنه هو الأصل وما تدخل السلطة التنفيذية في العملية التشريعية إلا على سبيل الاستثناء ، فهل يمكن للبرلمان الذي هو صاحب الاختصاص الأصلي بالتشريع أن يعدل عن ممارسة اختصاصه؟

في الحقيقة طرح هذا السؤال الفقيه " Otto Mayer " وانتهى في سنة 1903 إلى أنه لا يمكن إجبار البرلمان على ممارسة اختصاصاته التشريعية بنفسه، ولكنه لم يُجب على إمكانية إجبار البرلمان على ممارسة هذا الاختصاص في حالة عدم ممارسته لا بنفسه ولا عن طريق الترخيص للسلطة التنفيذية بذلك⁽¹⁾.

وقد اعتبر " Mayer " أن البرلمان بالرغم من انفراده بالاختصاص التشريعي، إلا أنه يمكنه أن يفوض اختصاصه إلى الحكومة (حتى وأن تعلق بالمسائل الخطيرة)، وذلك عن طريق طلبها لترخيص من البرلمان، لأن الانفراد- في رأيه - كان مقرا لمصلحة أعضاء البرلمان حماية للاختصاص التشريعي، وليس من المنطق ولا من سبيل الحرية ذاتها أن تفرض على أعضاء البرلمان حماية لا يرغبون فيها عن طريق حظر عملية التفويض، كذلك أن الحكومة في النهاية لم تتدخل في الاختصاص التشريعي بصفة مباشرة، وإنما بعدما رخص لها البرلمان ذلك عن طريق التفويض التشريعي .

وتبدو العلاقة بين هذا المبدأ وبين فكرة الإغفال التشريعي واضحة، حيث أن هذا المبدأ يفرض على المشرع الوفاء بالتزامه الدستوري -الالتزام بالتشريع- لأنه ينفرد به، ولا مجال للسكوت عنه أو إحالته لسلطة أخرى لتحل محله، لأنه أنشأته ليقوم بهذه الوظيفة وهي حصرا له، وبتأخذه هذا الأخير موقفا سلبيا من هذا الاختصاص يكون قد وقع في حومة الإغفال التشريعي وبالتالي مخالفة أحكام الدستور.

¹ أورده عيد أحمد الغفلول ، المرجع السابق، ص 103 ، نقلا عن:

Otto Mayer , le droit administratif allemand,tome,1, Paris,V .GIARD et E ,BRIRE ,1903, p95 .

باعتبار الإغفال التشريعي حالة السلوك السلبي التي يتخذها المشرع اتجاه التزامه الدستوري بالتشريع، فإن الفقه- باعتماده على اجتهادات القضاء الدستوري - قد صنف عدة حالات يمكن القول فيها أن المشرع قد وقع في حماة الإغفال التشريعي وبالتالي مخالفته للأحكام الدستورية نوضحها في الفقرات الموالية.

الفرع الثاني

حالات الامتناع التشريعي

تختلف الحالات التي يتسلب فيها المشرع من اختصاصه الدستوري، فقد ميز الفقه بين ثلاث صور يكون فيها هذا الأخير متسلبا من اختصاصه، بصورة الإغفال أو السكوت الكلي، أو الجزئي أو الإغفال بالطريق الملتوي المبطن، لكنها كلها تتم عن الوقوع في حالة عدم الدستورية أو مخالفة قواعد الاختصاص وهو ما نعمل على دراسته وتوضيحه تبعا لما يلي:

أولا: السكوت التشريعي المطلق:

يقصد بالإغفال أو السكوت⁽³⁾ التشريعي المطلق حالة الغياب الكلي أو عدم الوجود الكلي للتشريع أو لقاعدة قانونية تتعلق بحالة قانونية محددة بالدستور كان على المشرع تنظيمها⁽⁴⁾.

كما يقصد به امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي بشأن مسألة معينة أو مجموعة من المسائل مما ينجم عنه فراغ تشريعي.

ويرى الأستاذ عادل الطبطباني أن المشرع في الأصل يملك سلطة تقديرية في عملية سن ووضع التشريعات، فله التدخل لوضع تشريعات معينة نص عليها الدستور أو عدم التدخل لوضعها أي سكوته، كما له أن يحدد مضمون التشريع ومحتواه، ودون أن يتقيد بأسلوب معين أو طريقة محددة، ولكنه مع ذلك يتقيد بما يفرضه عليه الدستور من قواعد وأحكام، فإن خالفها اعتبر مخالفا للدستور⁽¹⁾.

³ يعرف السكوت في فقه القانون: السكوت في ظاهره هو عدم التعبير عن الإرادة، بل أكثر هو انعدام التعبير بنوعيه صريحا كان، أو ضمنيا. أما السكوت التشريعي في الشريعة الإسلامية: فيقصد به أنه لم يرد في المسألة المسكوت عنها نص صريح من الكتاب أو السنة النبوية ولم يرد بشأنه إجماع، ودلالة هذا السكوت الإباحة الأصلية أي لم ينص الشارع على تحريم متعلمها - من الأشياء والأفعال- ويطلق عليها كثير من الأصوليين اسم البراءة الأصلية وهي تسمية تشعر بعدم ورود نص بشأنها، وقد كان هذا الأمر يتعلق بمسائل خلافية كثيرة بين العلماء وهي الأشياء المسكوت عنها من قبل الشارع هل هي على الإباحة أو على التحريم والراجع عند الجمهور أن الأصل في الأشياء بعد البعثة الإباحة. لتفصيل أكثر حول السكوت في الشريعة الإسلامية راجع رمزي علي دراز، السكوت التشريعي في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2004، ص 74.

⁴ كلال زهرة، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 29.

¹ جواهر عادل العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، دار النهضة العربية، 2016، ص 43.

وقد ظهرت فكرة الامتناع التشريعي أول مرة لدى الفقه الألماني، حيث يعتبر السيد "Wessel" قاضي المحكمة الدستورية بألمانيا أول من أشار إلى فكرة التمييز بين الإغفال الكلي والإغفال النسبي أو الجزئي omission absolue et omission relative.

لكن من تفقه فيها هم الفقهاء الإيطاليون وقد ساعدهم في ذلك حالة الفراغ التشريعي التي عاشتها إيطاليا منذ دستور 1948، وذلك بسبب عدم ممارسة البرلمان لاختصاصاته التشريعية نتيجة حالة عدم الاستقرار السياسي، فكثيرا ما كان حل أحد مجلسي البرلمان هو المخرج الوحيد لحل الانسداد السياسي بسبب عدم اتفاقهما على قراءة مماثلة لمشروعات القوانين المقدمة إليهما، ولعدم وجود حزب معين يتمتع بأغلبية مريحة يمكنه مواجهة الانقسامات داخل البرلمان، بسبب قيام الانتخابات التشريعية في إيطاليا على أساس نظام التمثيل النسبي بصورة كاملة حتى عام 1992⁽¹⁾.

وما يمثل سكوتا تشريعا محضا تأخر أو امتناع المشرع العادي الجزائري في إصدار قانون لمحاكمة ومعاقبة رئيس الجمهورية عن الخيانة العظمى وكذا الجنايات والجرح التي يرتكبها بمناسبة تأديته لمهامه، ومعاقبة الوزير الأول عن الجنايات والجرح التي يرتكبها هو الآخر بمناسبة تأدية مهامه، وفاء منه للالتزام بالتشريع الصريح، الموجه له مباشرة من المؤسس الدستوري طبقا لأحكام المادة 177 من الدستور بقوله: "تؤسس محكمة عليا للدولة، تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى و الوزير الأول عن الجنايات والجرح التي يرتكبها بمناسبة تأديتها مهامها .

يحدد قانون عضوي تشكيلة المحكمة العليا للدولة وتنظيمها وسيرها والإجراءات المطبقة".

وقد طرحت هذه الحالة جدلا فقهيا، حول إمكانية إخضاع هذا السلوك من المشرع للرقابة، بحسب أن الرقابة الدستورية التي يباشرها القاضي الدستوري تكون على عمل تشريعي سنه المشرع ولكنه معيب، إما لاحتوائه على حكم مخالف للدستور، أو لأنه قاصر ليحيط بكل جوانب الحالة النموذجية محل التنظيم، أو في هذه الحالة فلم يصدر من المشرع أي سلوك حتى نبحت في دستوريته، وعلى هذا الأساس انقسم الفقه إلى اتجاهين:

¹كيلالي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص30.

انقسم الفقه في هذا الصدد إلى اتجاهين، الاتجاه الأول يرفض الرقابة على دستورية الامتتاع التشريعي، وآخر يؤيدها، وفيما يلي توضيح لرأي كل اتجاه مع ذكر أسانيده وحججه .

1- الاتجاه الرافض للرقابة على دستورية الامتتاع التشريعي الكلي

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن امتتاع المشرع عن التشريع لا يمكن أن يكون محلا لرقابة الدستورية، وحججهم في ذلك هي:

أ- أنه من الصعب أن تتصب رقابة القاضي الدستوري على امتتاع المشرع عن تنظيم مسألة معينة بصورة جزئية أو بصورة كاملة لأن ذلك يعني وقوع هذه الرقابة على قواعد غير موجودة بالفعل Normes insistances⁽¹⁾، لأن الرقابة التي تباشرها الهيئة الدستورية المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين تشترط وجود قانون ملموس أي أن المشرع صدر عنه نص قانوني ثمة احتمال عدم دستوريته⁽²⁾.

ب- إن إقرار هذه الرقابة من شأنه أن يؤدي إلى نسبة القاضي الدستوري بعض القواعد القانونية للمشرع، في حين أن هذه الأخيرة لم تصدر عنه أصلا⁽³⁾، بمعنى القاعدة القانونية غير موجودة (سلوك سلبي).

ج- إن قيام القاضي الدستوري بتفسير النص الخاضع لرقابته بصورة توحى بصدوره عن المشرع بصورة ناقصة أو غير مكتملة وذلك في حالة الامتتاع الجزئي، ناسبا بذلك إلى إرادة المشرع نسا أو بعض نص لم يصدر عنه أصلا، وهو أمر لا يخلو من التجاوز لأنه يمثل إضافة غير مبررة للنص لم يذهب إليها المشرع، والذي لو أراد إقرار حكم معين لأقره صراحة، وفي هذا الصدد يقول الفقيه Térry Dimano: (إن كل ما ليس جزء من الخاضع للرقابة لا يمكن اعتباره قاعدة قانونية موجودة ولا يمكن بناء على ذلك نسبته إلى المشرع)، ويضيف إلى أنه (لا شك في أن مجال تحرك المحكمة الدستورية يتسم بالسعة وليس باللامحدودية فهي تستطيع بالتأكيد هدم ما أقامه المشرع بالمخالفة لأحكام الدستور ولكنها لا تستطيع إقامة ما لم يقمه المشرع ذاته)⁽⁴⁾.

د- كما يستند أصحاب هذا الاتجاه إلى ضرورة التطابق بين النص Texte أو كما يسميه الفقهاء الايطاليين "الحكم" Disposition من ناحية و القاعدة Norme التي يحتويها النص و يعبر عنها من ناحية أخرى، فالنص أو الحكم هو الوعاء الذي يحمل القاعدة أو الثوب الذي تظهر فيه،

1 أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 288.

2 أنظر في هذا الصدد عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، ط1، دار الفكر العربي، ص 109.

3 كيلالي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 31، 32.

4 نفس المرجع نقلا عن Térry Dimano , Le conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office , Economica,p.u.a.m,1992, p121. ص 118

أما القاعدة فهي باختصار على حسب قول Kilsen مدلول النص، أو مدلول العمل القانوني، وعلى ذلك فإذا غاب النص فإنه لا يتصور وجود القاعدة ويصبح من المتعذر بالتالي مراقبة القضاء الدستوري لقواعد غير موجودة⁽¹⁾.

هـ- كما استند الأستاذ عبد العزيز محمد سالماني على فكرة التدخل بالتشريع أو عدم التدخل، بمعنى آخر أن تقرير الحاجة إلى التشريع ومن ثم التدخل لتنظيم الموضوع محل التشريع أو عدم الحاجة إليه ومن ثم السكوت، يعد أهم خصائص السلطة التقديرية للمشرع، ما لم يطلب منه الدستور هذا التدخل، ومن ثم فإن السكوت عن التنظيم لمسألة ما لا تعد من قبيل الإغفال التشريعي، وليست مدعاة لرقابة المشرع في هذه الجزئية، إذ لا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته⁽²⁾، لأن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن تستقل السلطة التشريعية بالتشريع واختصاصها في هذا الشأن في غالب الدساتير شبه مطلق كقاعدة عامة، فمدى الحاجة إلى التشريع أمر تختص به هذه الأخيرة وفقا للملاءمات السياسية التي تراها، فهي تقدر متى تتدخل لوضع تشريع معين ومتى تتدخل لإلغائه وتعديله، فلا يعقل أن يحدد الدستور مدى الحاجة إلى التشريع مستقبلاً، فإذا ما تبين على وجه القطع أن تشريعاً ما يدخل في اختصاص البرلمان فإن تقدير الحاجة إلى هذا التشريع ومدى ضرورته يدخل في اختصاصه وحده باعتباره عنصراً من عناصر السياسة التشريعية التي يُمنع على المحاكم التدخل فيها، كما أنه لا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته⁽³⁾، إضافة إلى أن المحكمة- بطبيعة الحال- ليست سلطة تقويمية على المشرع، والرقابة لا تنصب على إصدار أحكام تقويمية على التشريع من ناحية ملاءمة أو مدى صلاحيته الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، فهذه الملاءمة هي أخص من مظاهر السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع⁽⁴⁾، فالدستور جعل له ولاية التشريع وأطلق سلطته في تقدير ملاءمتها ووزن مناسبتها، فالرقابة في هذه الحالة تعني رقابة قانونية مضمونها مطابقة التشريع للدستور أو عدم مطابقته نصاً وروحاً، دون أن تعني أن تحل المحكمة محل المشرع فيما هو

1 أورده عيد أحمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص118.

2 نفس المرجع ، ص 118.

3 عبد العزيز محمد سالماني، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص109.

4 فالأصل هو حرية السلطة التشريعية، والاستثناء هو القيود التي يضعها الدستور وهي قيود فضفاضة عادة، على عكس سلطة الإدارة، فإن الأصل أن تقتصر وظيفتها على تنفيذ ما جاءت به القوانين، وفي حدود قواعد الشكل، والاختصاص من ثم كان التقييد هو الأصل والحرية هي الاستثناء، أنظر سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية-دراسة مقارنة- مراجعة ومنقحة محمد محمود عاطف، دار الفكر العربي، طبعة مزيدة ومنقحة، 2006، ص32. انظر محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ و أحكام القانون الإداري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص587.

متروك لتقديره ووزنه واقتناعه، إذ ليس من حقها أن تستأنف النظر بالموازنة والترجيح فيما قام لدى المشرع من اعتبارات سياسية قدر على مقتضاها ملاءمة سنه التشريع⁽¹⁾.

وبالتالي، فإن الرقابة على امتناع المشرع عن التشريع -وهو مالك للسلطة التقديرية في التدخل أو عدم التدخل- يشكل مصادرة لإرادة المشرع في تقدير التشريع، وغلاً ليداه عن مباشرة وظيفته في الحدود الدستورية التي تقتضيها هذه الوظيفة، وما تستلزمه من حرية في وزن مناسبات التشريعات التي تسنها وتقدير ملاءمة إصدارها الأمر الذي يتناقض مع واجب المشرع المتمثل في التجاوب مع مقتضيات التطور، ومن ثم يتعين على المحكمة الدستورية ألا تتدخل في السياسة التشريعية، فنشاط المحكمة يتعين أن يقف عند عدم المشروعية ولا يتجاوز إلى وزن مناسبات التشريع أو سياسته مما يدخل في نطاق الملاءمة التقديرية للمشرع وحده⁽²⁾.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الدستورية المصرية بأن " المناط في تقرير دستورية التشريع أو عدم دستوريته عند إعمال الرقابة القضائية هو مدى اتفاق التشريع أو مخالفته لأحكام القانون الأسمى وهو الدستور، وولاية المحكمة العليا لا تمتد إلى مناقشة ملاءمة التشريع أو البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره، لأن ذلك كله مما يدخل في صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق، وأنه ليس لها إلا أن ترد النصوص التشريعية المطعون فيها لأحكام الدستور الشكلية والموضوعية لا أن تخوض في بواعثها أو تناقش دوافعها"⁽³⁾.

ويقول الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي مدعماً رفض الفقه للرقابة على الامتناع التشريعي أنه " في حالة السكوت المطلق نكون أمام غياب كلي للقاعدة القانونية، ولهذا ليس من السهولة القول بامتداد الرقابة على هذا السكوت المطلق، لأن القول بذلك يعني حلول القاضي الدستوري محل السلطة التشريعية في تقدير الكثير من الأمور أولها: مدى الحاجة إلى القانون وثانيهما : مدى ضرورة هذا القانون وثالثها تقدير الظروف الملائمة لصدور القانون، وهذه الأمور هي من أخص سمات السلطة التقديرية للمشرع"⁽⁴⁾.

وهو ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية في مصر فيما يتعلق بموضوع الرقابة على الإغفال التشريعي، فمنذ نشأتها وللوهلة الأولى كانت قد اقتصررت رقابتها على الإغفال الجزئي دون أن تمد

¹ عبد العزيز محمد سلمان ، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق ، ص 109.

² نفس المرجع ، ص 110.

³ أنظر قضية رقم 5 لسنة دستورية لجلسة 1976-07-03 والقضية رقم 14 لسنة 17 قضية دستورية بجلسة 09-02-1995،

⁴ عبد العزيز محمد سلمان ، رقابة دستورية القوانين، المرجع السابق ، ص 124.

رقابتها إلى الامتناع الكلي عن التشريع ،ذلك أن سلطة سن القانون هي من صميم السلطة التقديرية للمشرع⁽¹⁾ كما سبق توضيح ذلك، بمعنى أن موقفها كان مؤيدا لهذا الاتجاه.

وفي مواجهة هذا الرأي، ظهر جانب آخر من الفقه يعتبر امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي، بصفة كاملة أو جزئية، وجها من أوجه عدم الدستورية، وهو ما نوضحه في الجزئية الموالية.

2-الاتجاه المؤيد للرقابة على الإغفال التشريعي الكلي

يرى أصحاب هذا الاتجاه، أنه يجب على القاضي الدستوري مراجعة امتناع المشرع عن التدخل لتنظيم مسائل معينة يفرض عليه الدستور ضرورة تنظيمها.

ويرد أصحاب هذا الاتجاه على الحجج التي استند إليها أصحاب الرأي الأول، فيما يتعلق بعدم إمكانية القاضي الدستوري بسط رقابته على قواعد غير موجودة، اعتمادا على ضرورة تلازم كل من النص والقاعدة بالقول أنه :لا يوجد تلازم دائم بين القاعدة والنص، فهناك قواعد قانونية لا يحملها نص معين، وأبرز مثال على ذلك القاعدة العرفية والمبادئ العامة للقانون.

كما أنه قد توجد نصوص لا تحمل قواعد قانونية ومثال ذلك النصوص التي تحمل خطابا سياسيا معيناً⁽²⁾، ويضيفون أن سكوت المشرع عن تنظيم مسألة معينة يُؤلد قاعدة ضمنية، والرقابة في هذه الحالة تكون على قواعد غير موجودة، حيث يفهم من هذه القواعد اتجاه نية مُصدرها إلى وضع بعض القيود على استعمال حق معين، أو رخصة معينة، من جانب الأفراد، أو ترك مسألة معينة أو مجموعة من المسائل دون تنظيم، رغم التزامه بالتدخل لتنظيمها من حيث المبدأ، كما يعتبر جانب من الفقه أن الرقابة على السكوت المطلق(الامتناع التشريعي) يمثل أقصى صور الرقابة على الإخلال الدستوري⁽³⁾.

أما فيما يتعلق بالتدخل بالتشريع وعدمه، واعتباره من قبيل السلطة التقديرية للمشرع التي تقلت من الرقابة على دستورية القوانين، فيرد أصحاب هذه الاتجاه بالقول: أن السلطة التشريعية (البرلمان) والتي تضم ممثلي الشعب، هي أقدر الهيئات في الدولة على استجلاء جوانب المصلحة

¹ أنظر إطلالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ضوء مبدأ الفصل بين السلطات، ورقة مقدمة من وفد الجمهورية مصر العربية إلى المؤتمر العالمي الثاني حول العدالة الدستورية ريودي جانييرو، البرازيل ، 16-18 يناير 2011، ص13، <http://www.venice.coe.int/wcc/riopapers/2011/egy.supremecourt>

² عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص212.
³ كليلي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق ، ص 33.

العامة، فهي تمارس هذه الوظيفة واضحة نصب عينيها مصلحة الأفراد، التي نصت عليها نصوص الدستور أو صاغت مبادئه العامة، وهي في سبيل ذلك لها حرية التقدير والاختيار بين بدائل تشريعية عديدة كلها مشروعة، ومتفقة مع الدستور نصا وروحا، بمعنى أنها حرة في تقدير ملاءمة التشريع من الناحية السياسية وليس للقاضي الدستوري سلطة على ذلك، وإنما ينحصر دوره في إطار الشرعية الدستورية دون الملاءمات السياسية، وإذا تجاوز هذا الإطار فإنه يعد منتهكا لحدود مهمته في الرقابة على دستورية القوانين عملا بمبدأ الفصل بين السلطات.

ومع ذلك لا تعني إطلاق يده في عملية التشريع ذلك أن المشرع يمارس سلطته التقديرية عند التشريع مستهدفا تحقيق أهداف الدستور، فالسلطة التقديرية ليست حرية مطلقة ولكنها حرية في إطار الأغراض التي يتوخاها الدستور وإلا تحولت إلى نوع من التحكم الذي يخضع للرقابة، فإذا انحرفت عن الأهداف الدستورية وقعت أعمالها في حومة الرقابة، والذي يخرج عن نطاق الرقابة الملاءمة لاختيار بديل بين عدة بدائل تتفق مع أهداف الدستور⁽¹⁾.

أما القضاء الدستوري فقد أيد الرقابة على سكوت المشرع واعتبره مخالفة دستورية يجب قمعها، بينما اتجهت بعض الدساتير المقارنة إلى اعتباره من حالات عدم الدستورية كنوع من التقييد للسلطة التقديرية للمشرع. نعمل توضيحه في الجزئيات الموالية.

فمن جانب القضاء الدستوري أقرت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها الصادر في القضية 131 لسنة 6 قضائية بقولها: "الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بقيود محددة، وأن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور"⁽²⁾.

وفي حكمها الصادر في القضية رقم 37 لسنة 8 قضائية تقول ذات المحكمة: "الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد المشرع الدستوري بضوابط معينة تحد من إطلاقها وترسم بالتالي حدودا لممارستها لا يجوز تخطيها، وكان الدستور إذ يعهد إلى السلطة التشريعية بتنظيم موضوع معين، فإن تشريعاتها في هذا الإطار لا يجوز أن تنال من الحق محل الحماية الدستورية، ذلك باقتحامها - بالنقض أو الانتقاص - المنطقة التي اعتبرها الدستور مجالا حيويا لهذا الحق لضمان فعاليته"⁽³⁾.

¹ عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 125.

² أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، مرجع سابق، ص 128.

³ أورده عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 125.

ثانيا:النقص التشريعي أو الإغفال التشريعي الجزئي

تعد هذه الحالة الأكثر شيوعا بمقارنتها مع الحالة الأولى، بل الأكثر منطقية منها، فالعمل التشريعي مهما كان عملا متقنا قلما يكون متكاملا، لأنه يبقى عملا بشريا يعتريه النقص والقصور.

وعرف الفقه هذه الصورة من الإغفال على أنه قيام المشرع بتنظيم مسألة أو مسائل معينة بصورة منقوصة، يمكن أن يترتب عليها فراغ تشريعي، لا يتماشى مع التزام المشرع بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين في الدستور. مما ينتج عنه حالة قانونية غير دستورية، يترتب عليها أيضا حالة غير عادية وغير معقولة، لعدم تحقيقه لمبدأ المساواة الدستوري بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة.⁽¹⁾

وقد عالج القضاء الدستوري هذه الصورة في العديد من الأحكام، نستدل عليها بالحكم الصادر عن المحكمة الدستورية بألمانيا بتاريخ 23 أيار 1969، والتي قضت في حكمها بعدم دستورية النص التشريعي الذي لم يحدد حق الأبناء غير الشرعيين فيما يتعلق بحقهم في الإرث، رغم من أن المادة 5/6 من الدستور تكرر كفالة المساواة بين الأبناء الشرعيين والأبناء غير الشرعيين، من حيث كفالة الحقوق المادية والمعنوية والاجتماعية⁽²⁾.

حيث تنص المادة 5/6 (يجب من خلال سن القوانين توفير الشروط المتكافئة لتمكين الأطفال غير الشرعيين من تطوير كياناتهم الجسدي والروحي والتمتع بمكانتهم في المجتمع كغيرهم من الأطفال الشرعيين)⁽³⁾.

وفقا للمادة المذكورة فإنه يتساوى الأبناء الشرعيون وغير الشرعيين في المراكز القانونية من حيث الحقوق المادية والمعنوية والاجتماعية وهذا بموجب أحكام الدستور، إلا أن هذا القانون أغفل تحديد حقوق الأبناء غير الشرعيين من الميراث، وهو إخلال بمبدأ المساواة التي كفلها الدستور بين الفئتين، حيث قالت المحكمة في هذا الصدد أنه: (و بعد مضي عشرين عاما على نشر دستور 1949، تعد مدة كافية كان يسمح فيها للمشرع باستيفاء واجبه المنصوص عليه صراحة لوضع

¹ عزايوي عبد الرحمن، مقالة بعنوان: الرقابة على السلوك السلبي للمشرع : الإغفال التشريعي نموذجا، مرجع سابق ، ص90.

² أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص30.

³ تم تعديل الدستور الألماني الصادر بتاريخ 23 أيار 1949 بموجب قانون صدر بتاريخ 26 تموز 2002، ترجمة Friedrich Ebert Stiftung، www.Fes.de، ص 11.

Article 6 « la législation doit assurer aux enfants naturels les mêmes conditions qu’an enfants légitimes en ce qui concerne leur développement physique et moral et leur statut social »

الشروط القانونية الواجب توافرها في الأطفال الطبيعيين *naturels* والأطفال الشرعيين *légitimes*، وأنه من غير المقبول استمرار النقص إلى نهاية المدة الدستورية للبرلمان)، وإن كانت المدة المتبقية للبرلمان هي 6 أشهر، لكن هذا الأخير استطاع في هذه المدة أن يضع مشروع قانون يستوفي فيه ما أوجب عليه، إلا أنه فشل في إقراره بسبب المقاومة من بعض أصحاب المصالح⁽¹⁾.

كما قضت محكمة النقض المصرية في النقض 10 أيار 1999 طعن رقم 10574 لسنة 64 قضائية أنه " لما كان البين من نص الفقرة (هـ) من المادة 43 من القانون رقم 117 لسنة 1983 في صريح عباراته و واضح دلالاته، أن جريمة اقتناء أثر والتصرف فيه على خلاف ما يقضي به القانون، لا تتحقق إلا إذا اقترنت حيازة الأثر بالتصرف فيه على خلاف ما يقضي به القانون، وكان قانون حماية الآثار رقم 117 لسنة 1983 أن أوجب في مادته الثامنة على كل من يحوز أثرا أن يخطر هيئة الآثار عنه خلال أجل معين، إلا أنه قد خلا- عند بيان الجرائم والعقوبات المقررة وفق أحكام القانون- من تأثيم واقعه عدم الإخطار عن حيازة الآثار.

وهي الجريمة المسندة للطاعن، إذ لم يسن عقوبة لهذا الفعل إذا لم يقترن بالتصرف في الأثر، فإن الحكم المطعون فيه إذا أدان الطاعن عنها، يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه ويتعين نقضه"، بحيث يعتبر هذا أن القانون قد أغفل ذكر جزاء عدم إخطار الهيئات المختصة بحماية الآثار.

ثالثا: الامتناع التشريعي المبطن

ما يميز هذه السلوك من المشرع أنه لا يسكت عن ممارسة اختصاصه بصورة مطلقة، ولا يعالج الحالة النموذجية بشكل منقوص، وإنما نكون أمام عمل ايجابي صادر من المشرع لكنه لا يتناول الحالات النموذجية من كل جوانبها أو بكل تفصيلاتها، بل يحيل إلى غيره ليقوم بذلك في صورة الإكثار من التفويض إلى سلطة اللائحة، بحيث لا تكون اللائحة في هذه الحالة المرحلة الثانية من التنظيم، وإنما تنظم المسائل ابتداء وكأنها من اختصاصها الأصيل، ما يعتبر خروجاً صارخاً عن قواعد توزيع الاختصاص النوعي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، التي تعد من النظام العام .

¹ كيلالي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق ص 40.

وقد أقرت منهجية توزيع الاختصاصات بين البرلمان والحكومة لأول مرة في الدستور الفرنسي لسنة 1958 وذلك في المادتين 34 و 37 منه⁽¹⁾. وهو ما سارت عليه غالبية دساتير العالم .

وعموما، تتخذ هذه الصورة من الإغفال من جانب المشرع عدة سلوكيات تنتهي في الأخير إلى تنازله عن اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية، ويكون ذلك إما بإفراطه في تفويض اختصاصه التشريعي للسلطة التنفيذية، وهذا في الدول التي تأخذ أنظمتها الدستورية بأسلوب التفويض التشريعي، كما هي الحال في مصر، أو أنه يوسع في الإحالة إلى سلطة التنظيم أو اللائحة، مما يشكل تنكرا لاختصاصه ومخالفة لضوابط توزيع الاختصاص بين البرلمان والحكومة المحددة في الدستور، أو أن يظهر في ظاهره أنه يمارس اختصاصه ولكنه بصورة ملتوية، وذلك بإفراطه في عمومية النصوص، وهو ما نعالجه على النحو التالي:

1- توسع البرلمان في تفويض اختصاصه التشريعي

تتضمن معظم الدساتير من الآليات ما يسمح للبرلمان بتفويض السلطة التنفيذية في ممارسة جزء من اختصاصاته التشريعية، خاصة فيما يتعلق بالمسائل التي يتطلب تنظيمها نوعا من السرعة والخبرة والدراسة الفنية التي قد لا تتوفر إلا لدى أجهزة السلطة التنفيذية، ويطلق على هذه الآلية " التفويض التشريعي"⁽²⁾.

ويقصد بالتفويض التشريعي: قيام السلطة التنفيذية بسن نصوص تنظيمية لها قوة القانون تسمى قرارات بقانون، وذلك بعد حصولها على ترخيص برلماني يقيد بالأساس نطاق التفويض في الموضوع و الزمان⁽³⁾.

ولما كان هذا المبدأ استثناء، يرد على مبدأ انفراد البرلمان بوظيفة التشريع، واقتصار دور السلطة التنفيذية على تنفيذ القوانين، فقد أحاطته معظم الدساتير بمجموعة من الضوابط الموضوعية والإجرائية، ولكن كيف يكون البرلمان قد أفرط في تفويض اختصاصه إلى السلطة التنفيذية ما دامت الدساتير تجيز ذلك؟

¹ لأول مرة أعطت هذه المادة التعريف المادي للقانون الذي يختص بسنه البرلمان. أنظر في هذا الشأن:

Le recours a l'incompétence négative dans le cadre du contrôle à prosederiori de la loi : une construction inachevée ,http// :m2-5 dd .u-paris 2 .fr / francais.

² مبدأ التفويض التشريعي: هو مبدأ فرضته الضرورة إبان الحرب العالمية الأولى إذا فوضت البرلمانات الأوروبية مهمة التشريع إلى رؤساء الدول، لمزيد من الشرح أنظر عبد الله بوقفة، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، دراسة مقارنة طبعة مزيدة و منقحة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2009، ص179

³ هناك من الفقه من يطلق عليها القرارات التي لها قوة القانون هي أقرب إلى الصواب من تسميتها بقوانين التفويض وذلك لكونها صادرة عن السلطة التنفيذية وليست السلطة التشريعية، أنظر مهند الطراونة، العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني، ط1، دار الوراق للنشر والتوزيع، سنة 2009، ص179.

أجاب الفقه على ذلك، وحصره في حالتين يمكن القول عنهما أن المشرع أفرط في تفويض اختصاصه للسلطة التنفيذية هما:

الحالة الأولى: إما بتفويض الاختصاص التشريعي بالمسائل التي تدخل في انفراد التشريعي المطلق.

الحالة الثانية: أو أنه يتبنى تفسيراً فضفاضاً للضوابط الدستورية الموضوعية للتفويض التشريعي⁽¹⁾.
أ- **الحالة الأولى:** تتعلق بالدول التي تحظر دستايرها ومحاكمها الدستورية تفويض المسائل التي تدخل في الانفراد التشريعي المطلق للبرلمان، بالرغم أن التفويض كان محترماً للضوابط الموضوعية والإجرائية المنصوص عليها قانوناً، كما هي الحال بالنسبة لإيطاليا، حيث لم يضع دستوراً حداً فاصلاً بين مجال القانون واللائحة كما فعل الدستور الفرنسي لسنة 1958، إلا أنه حرص على اعتبار بعض المسائل تدخل ضمناً في انفراد البرلمان بها⁽²⁾.

لكن المحكمة الدستورية بها أقرت صراحة في حكمها رقم 26 الصادر في 23 ماي 1961 التفرقة بين الانفراد التشريعي المطلق وحصرته في المسائل التي تتعلق بالحريات الشخصية عملاً بالمادة 13 من الدستور، والانفراد التشريعي النسبي ويتعلق بمسائل الالتزامات الشخصية والمالية، حيث انتهت في هذا الحكم إلى أنه يستحيل على البرلمان أن يفوض للسلطة التنفيذية تنظيم المسائل الداخلة في نطاق انفراده التشريعي المطلق، ومثال عن المسائل التي تدخل في الانفراد المطلق ما نصت عليه المادة 13 من دستورها والمتعلقة بالحبس الاحتياطي والتفتيش .

أما فيما يتعلق بالمسائل التي تدخل في الانفراد النسبي، نذكر ما نصت عليه المادة 23 من الدستور والتي تتعلق بالالتزامات الشخصية و المالية⁽³⁾.

ولكن سرعان ما حسم القانون رقم 400 لسنة 1988 الصادر في 23 أوت 1988 المتعلق بتنظيم رئاسة مجلس الوزراء وتحديد نشاط الحكومة هذه المسألة بصفة نهائية في مادته 2/18 منه، حيث حظر تناول قوانين التفويض التشريعي المسائل التي تدخل في نطاق الانفراد التشريعي المطلق للبرلمان⁽⁴⁾.

¹ عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 174-175.

² نفس المرجع، ص 177.

³ تنص المادة 13 من دستور إيطاليا الصادر سنة 1947 و المعدل سنة 2012 على أنه (لحرية الشخصية حرمة لا تنتهك.

ولا يجوز بأي شكل اعتقال أو التحري عن ، أو تفتيش شخص ولا أي تقييد آخر للحرية الشخصية ، إلا بموجب أمر مسبب صادر عن السلطات القضائية، وذلك وفقاً للأحوال و الصيغ التي ينص عليها القانون.

... يحدد القانون المدة القصوى للسجن الوقائي) www.constituteproject.org

⁴ عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 183.

ونفس الموقف أنتهجه صراحة الدستور البرتغالي، حيث اتخذ قابلية الموضوع أو المسألة للتفويض التشريعي معياراً للترقية التمييز بين الانفراد التشريعي المطلق والانفراد التشريعي النسبي للبرلمان، وذلك في المادة 164 منه بالنسبة للمسائل التي تدخل في إطار الانفراد التشريعي المطلق ولا يمكن تفويضها للحكومة، والمادة 165⁽¹⁾ بالنسبة للمسائل التي تدخل في إطار الانفراد التشريعي النسبي والتي يمكن تفويضها للحكومة⁽²⁾.

واستقرت المحكمة الدستورية المصرية العليا على نفس موقف الدستور، حيث اعتبرت أن للمسائل الداخلة في نطاق الانفراد التشريعي المطلق للبرلمان حجبية في مواجهة البرلمان ذاته، بحيث لا يمكنه التخلي عن تنظيمها للحكومة، لا في إطار ممارستها لاختصاصها التشريعي ولا في إطار اختصاصها اللائحي وإنما ينبغي عليه أن يتدخل لممارسته بنفسه.⁽³⁾

نتوصل مما سبق إلى نتيجة مفادها أن البرلمان يقع في حومة الإفراط في تفويض اختصاصه التشريعي بالرغم من التقيد بالضوابط الموضوعية والإجرائية له، إذ قام بتفويض تنظيم المسائل التي تدخل في نطاق انفراده المطلق إلى السلطة التنفيذية.

وإذا كانت هذه الدول ربطت مسألة الإفراط في التفويض الاختصاص التشريعي للبرلمان بمسألة الانفراد المطلق بالتشريع وانفراده النسبي، فإن بعض الدول لم تجعل منه دليلاً على تنازل المشرع عن اختصاصه التشريعي، وإنما ربطته بتجاوز هذا الأخير للضوابط الموضوعية للتفويض وهذا ما نبينه في الحالة الثانية .

ب- الحالة الثانية: تتعلق هذه الحالة بالدول التي لم تستثن المسائل التي تدخل في نطاق الاختصاص التشريعي سواء المطلق أو النسبي من عملية التفويض التشريعي، بمعنى يمكن للبرلمان أن يفوض اختصاصه إلى السلطة التنفيذية كل المسائل سواء أن كان ينفرد بتنظيمها بصفة مطلقة أو بصفة نسبية⁽⁴⁾، وبالتالي لا يعتبر هذا التفويض من قبل المشرع تنازلاً عن

¹ عبرت المادة 164 عن مبدأ الانفراد التشريعي المطلق بقولها: (المسؤوليات التشريعية الحصرية المطلقة : تختص الجمعية الوطنية للجمهورية حصرياً بالتشريع في الأمور الآتية: أ- انتخاب الهيئات السيادية.

ب- القواعد الحاكمة للاستفتاءات.

ج- تنظيم المحكمة الدستورية وسير عملها ودعاؤها ...)

أما المادة 165 فقد عبرت عن مبدأ الانفراد التشريعي النسبي بقولها: (المسؤوليات التشريعية الحصرية بشكل جزئي: تختص الجمعية الوطنية للجمهورية حصرياً، إلا إذا فوضت الحكومة في ذلك، بالتشريع في الأمور الآتية :

أ- حالة الأشخاص واهليتهم القانونية.

ب- الحقوق والحريات و الضمانات ...)

² عزاوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ج 1، مرجع سابق، ص 217.

³ عيد أحمد الغفلون، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 178.

⁴ كيلالي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 47.

اختصاصه التشريعي، وإنما تتعلق هذه الصورة في هذه الدول بالضوابط الموضوعية لعملية التفويض ويقصد بها : الإجراءات التي يجب أن تمر بها عملية التفويض حتى يكون هذا التفويض قانونياً، وتعلق هذه الضوابط الموضوعية في فرنسا بحسب المادة 38⁽¹⁾ من الدستور بضابطين⁽²⁾ :
الأول: نطاق (مجال) التفويض.

والثاني مدة التفويض.

فإذا أفرط البرلمان في العمل بمقتضى هاذين الضابطين، فإنه يعد متنازلاً عن اختصاصه التشريعي للحكومة كي تمارسه بدلاً عنه، مما يجعله واقعا في حومة الإفراط في تفويض الاختصاص.

ولئن كان الفقه الفرنسي قد اختلف حول مسألة " برنامج الحكومة " الذي نصت عليه م 38 من الدستور، فهناك من اعتبر المقصود ببرنامج الحكومة المسائل التي يتطلب حسمها من قبل الحكومة لاتخاذ مجموعة من التدابير التي تدخل عادة في نطاق التشريع، بينما فسرها آخرون ببرنامج الحكومة الذي حاز على موافقة البرلمان بعدما قدمه الوزير الأول بحسب ما تنص عليه المادة 49 من الدستور، وهو الرأي الذي أخذ به المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في 12 يناير 1977 من أن برنامج الحكومة الذي فرضته المادة 38 من الدستور هو برنامجها العام الذي حصلت بمقتضاه على ثقة الجمعية الوطنية عملاً بالفقرة الأولى من المادة 49 من الدستور إلى جانب كل ما يعرض عليها من مسائل ترتبط بهذا البرنامج وتكون الحكومة في حاجة لكي تنظمها إلى اتخاذ تدابير مما يدخل عادة في المجال التشريعي⁽³⁾.

وما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد، أن المجلس الدستوري الفرنسي قد حظر على البرلمان تفويض اختصاصه التشريعي فيما يتعلق بالمجالات التي يشرع فيها بقوانين عضوية، والعلّة في ذلك حسب الفقه هو وجوب خضوع هذه الأخيرة للرقابة القبلية للمجلس الدستوري وهو ما يتنافى مع موضوعات التفويض التشريعي⁽⁴⁾.

¹ Article 38 " 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 loi " constitution du 4 octobre 1958. تنص المادة 38 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل على أنه : (يجوز للحكومة أن تطلب من البرلمان الترخيص بأن تتخذ- بموجب مراسيم خلال مدة محددة - تدابير تدخل عادة في نطاق اختصاص القانون من أجل تنفيذ برنامجها...).

² عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشروع، مرجع سابق، ص 194.

³ أورده عيد أحمد الغفلول، مرجع سابق، ص 195.

⁴ أنظر عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال الشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 16.

أما في مصر، فقد نظمت المادة 108 من دستور 1971 موضوع التفويض⁽¹⁾، حيث جاء فيها " 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 محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون".

وبناء عليه حددت شروط صحة التفويض بتوفر: حالة الضرورة التي تبرر طلب التفويض، والمدة الزمنية المحددة، كما يجب تحديد الموضوعات التي تكون محلا للتفويض، ثم امتدت نفس المادة لتحدد الشروط الإجرائية لصحة التفويض ذاته وتتعلق بموافقة أغلبية 3/2 من أعضاء مجلس الشعب، وأن تعرض الإجراءات المتخذة من قبل رئيس الجمهورية في إطار قانون التفويض على المجلس في أول دورة يعقدها⁽²⁾.

وبمفهوم المخالفة، إن حصر هذه الشروط في الدستور لا يعني أن البرلمان -وأمام هذه الضوابط الموضوعية الدقيقة- لا يمكن في إطارها أن نقول أنه أفرط في تفويض اختصاصه للحكومة مادام أنه يتقيد بها، بل يمكنه ذلك، وهذا بأن يوسع من تفسير هذه الضوابط بشكل يجعله يتنازل عن اختصاصه للحكومة، كأن يوسع من حالة الضرورة أو يجعل التفويض غير محدد المدة، أو أنه لا يحدد الموضوعات التي يخصها قانون التفويض.

لذلك شدد القضاء الدستوري المصري على ضرورة الالتزام بهذه الضوابط، وإلا اعتبر المشرع متنازلاً عن اختصاصه للحكومة دون سند دستوري. وهو ما أكدته المحكمة الدستورية في حكمها الصادر في 6 مارس 1986، بعد استعراضها للمادة 108 من الدستور بقولها: " أن الأصل - تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات - أن تختص السلطة التشريعية بوظيفة التشريع وأن تمارسها

¹ ألغي قانون التفويض التشريعي في مصر في دستور 18 يناير 2014 واستبدل بالقرارات بقوانين يصدرها رئيس الجمهورية بشروط محددة ، حيث يدعو البرلمان لدورة طارئة في حالة الاستعجال ، وفي حالة تزامن هذه الظروف مع عدم قيام مجلس النواب كان لرئيس الجمهورية إصدار القرارات بقوانين اللازمة لحالة الاستعجال مع إلزامه عرضها للمناقشة والموافقة خلال 15 يوم من انعقاد المجلس الجديد وتشبه هذه التقنية التشريع بأوامر في الدستور الجزائري والفرنسي من حيث الشروط. وهو ما نصت عليه المادة 156 من دستور 2014 بقولها: " إذا حدث في غير دورة انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا يحتمل التأخير ، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه، وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال 15 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، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابق، أو تسوية ما يترتب عليها من آثار"

² كيلالي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، 49.

بنفسها طبقا للقواعد الدستورية وفقا لما تنص عليه المادة 86 من الدستور فلا تتخلى عنها للسلطة التنفيذية، إلا أنه نظرا لما تقتضيه الظروف الاستثنائية التي قد تحل بالبلاد من ضرورة مواجهتها في سرعة وحسم بتشريعات عاجلة قد أجاز الدستور تفويض السلطة التنفيذية في إصدار قرارات لها قوة القانون، وقد حرص الدستور -إذ أباح هذا التفويض- على أن يضع له من الضوابط والقيود ما يكفل جعل زمام التشريع في يد السلطة المختصة، وذلك بتقيده من حيث الظروف التي تبرره (وهي الضرورة والأحوال الاستثنائية)، وأمر سريانه (ينص الدستور على أن يكون التفويض لمدة محدودة)، والموضوعات التي يرد عليها (ينص الدستور على أن تبين في قرار التفويض موضوعات هذه القرارات)، والأسس التي تقوم عليها (ينص الدستور على ذلك)، كما يشترط الدستور توافر أغلبية خاصة لإقرار قانون التفويض (أغلبية ثلثي أعضائه)، وضرورة عرض هذه القرارات بقوانين على السلطة التشريعية في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض، أو عرضت ولم توافق عليها السلطة التشريعية زال ما كان لها من قوة القانون . وذلك كله حتى لا يؤدي التفويض إلى تنازل السلطة التشريعية على اختصاصها، وهكذا يوفق الشارع الدستوري بين مقتضيات نظام الفصل بين السلطات وكفالة قيام السلطات بوظائفها الدستورية، وبين الاعتبارات العملية الملحة التي تقتضي تفويض رئيس الجمهورية في ممارسة وظيفة التشريع على سبيل الاستثناء لمواجهة تلك الظروف الاستثنائية " (1).

ومن أبرز قوانين التفويض التي أثارت انتقاد الفقه في مصر آنذاك - لكونها تعبر عن رغبة البرلمان في التنازل عن اختصاصه التشريعي للسلطة التنفيذية- القانون رقم 15 لسنة 1967 الذي نص في مادته الأولى على أنه " يفوض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون خلال الظروف الاستثنائية القائمة في جميع الموضوعات التي تتصل بأمن الدولة وسلامتها وتعبئة كل إمكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي والاقتصاد الوطني، وبصفة عامة كل ما يراه ضروريا لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية "، حيث لم يحتو هذا القانون على أي تحديد زمني ولا تعيينا للموضوعات التي تصدر بشأنها اللوائح التفويضية، لذلك اعتبر الفقه هذا القانون صورة واضحة للتنازل عن الاختصاص من قبل المشرع لرئيس الجمهورية وفي خلال مدة غير محددة، وعندما طعن في هذا القانون بعدم الدستورية لعدم تحديده مدة التفويض فإن المحكمة الدستورية قضت بدستوريته، وردت على هذا الدفع بأنه الشرط الثاني الخاص بتحديد مدة التفويض وهو القيد الزمني الذي يحول دون إطلاقه، فإن الشارع قدر تحديد هذه المدة بوحدات قياس الزمن العادية

¹ أورده عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع السابق 200.

كالسنة والشهر وهو أمر بالغ الصعوبة بل هو مستحيل، لأن المعركة بين مصر وإسرائيل تتغير من يوم لآخر، فلا يمكن ضبط نهايتها بتاريخ معين ولهذا اتخذ معيار آخر لتحديد مدة التفويض وهي الظروف الاستثنائية التي اقتضت إصداره، وهي ظروف موقوتة بطبيعتها بحيث يبقى ما بقيت هذه الظروف وينتهي بانتهائها وبهذا يتوافر شرط تحديد المدة بما ينتقي معه مخالفة الدستور في هذا الصدد⁽¹⁾.

أما في الجزائر، فقد نصت المادة 58 من دستور 1963 على قانون التفويض بقولها: "يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الوطني التفويض له لمدة محدودة حق اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر تشريعية تتخذ في نطاق مجلس الوزراء و تعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر".

وبمقارنة هذه المادة مع نظيرتها م 38 من الدستور الفرنسي 1958، والمادة 108 من الدستور المصري، نجد أن قانون التفويض في الجزائر لم يُحط بضوابط موضوعية من حيث الموضوعات التي يمكن أن يفوض الاختصاص التشريعي في مجالها إلى السلطة التنفيذية - وإن كان جعل التفويض محدد المدة- إلا أن التقييد من الناحية الإجرائية هو إجراء اختياري، الأمر الذي جعل قانون التفويض في الجزائر آنذاك خاضعا للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية، وكأن المؤسس الدستوري أراد أن يتملص من تقييد رئيس الجمهورية بضابط معين⁽²⁾.

وأمام هذا الوضع يكون مجال امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصاته التشريعية مجالا خصبا للتفويض التشريعي المبطن، وذلك بسبب عدم وجود الضوابط القانونية التي تنظم قانون التفويض التشريعي، فكلما رأت السلطة التنفيذية أمرا في صالحها كلما طلبت التفويض بالتشريع، مما ينجم عنه إرهاب للسلطة التشريعية وهيمنة لا مبرر لها للسلطة التنفيذية على المجال التشريعي، مما يترتب عنه إخلال بقواعد توزيع الاختصاص إضافة إلى الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات.

وقد تخلى المؤسس الدستوري الجزائري عن تقنية التفويض التشريعي ليعتمد آلية أخرى يطلق عليها " التشريع عن طريق الأوامر"، حيث أصبحت السلطة التنفيذية بإعمالها تنافس البرلمان في وظيفته بل تحل محله، بالرغم من اعتباره صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع، وسعى في التعديل الدستوري لسنة 2008 إلى ترجيح كفة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية إلى درجة إحلال رئيس الجمهورية محل السلطة التشريعية لممارسة المهمة التشريعية.

¹ الحكم أشار إليه عيد أحمد الغفلول، نفس المرجع، ص 207-208.

² أنظر عبد الله بوقفة، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري-دراسة مقارنة- دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2002، ص 235.

وقد نصت على هذه الآلية المادة 124 من دستور 1996 قبل تعديل 2016 بقولها " لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان. ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي إتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها.

تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان.

يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 93 من الدستور تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء"، و باستقراء هذه المادة نجد أن هذه الصلاحية مقيدة بضوابط هي:

1- يتعلق الأمر بالقيود الزمني: حيث يخول لرئيس الجمهورية صلاحية التشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني وبين دورتي البرلمان، وفي الحالة الاستثنائية المنصوص عليهما في المادة 93 من الدستور، حيث تتحدد المدة بثلاثة أشهر فيما يتعلق بحل المجلس الشعبي الوطني في حالة عدم موافقته على برنامج الحكومة للمرة الثانية⁽¹⁾، و في حالة الحل يُفَعَّل إجراء انتخابات تشريعية مسبقة بموجب أحكام المادة 82 من نفس الدستور، أما بين دورتي البرلمان فتتحدد المدة بشهرين على الأكثر حسب ما حددته المادة 1/118 من الدستور والمادة 5 من القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقة بينهما وبين الحكومة⁽²⁾.

2- يتعلق بالطابع الإجرائي حيث يتم اتخاذ الأوامر في مجلس الوزراء وكذلك الحال بالنسبة للحالة الاستثنائية المحددة في المادة 93 من الدستور، على أن تعرض مشاريع هذه الأوامر على مجلس الوزراء⁽³⁾، كما هو الحال بالنسبة للإجراءات المتعلقة بمشاريع القوانين دون ضرورة أخذ رأي مجلس الدولة - وهو إجراء يتعلق بمشاريع القوانين- حيث يعتبر طلب الاستشارة إجراء إجباريا دون أن يكون هذا الرأي ملزما.

3- إلزامية عرض هذه الأوامر على البرلمان في أول دورة له تلي اتخاذها حيث يعد هذا الإجراء ضمانا من شأنها منع تهاون رئيس الجمهورية⁽⁴⁾ إضافة إلى أنه ضمان لحماية الحقوق والحريات من إمكانية تعسف السلطة التنفيذية.

¹ راجع في هذا الشأن المادتين 6/84، 129 من دستور 1996 .
² القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقة بينهما وبين الحكومة، ج ر ع 15 لسنة 1999.
³ أنظر عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ص55.
⁴ عقيلة خرباشي، المرجع السابق، ص58.

بينما عدل عن موقفه في التعديل الدستوري الأخير، حيث أضاف بعض القيود على سلطة رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر، وأطال من عمر الفترة التشريعية ونوضح هذه الجزئية في حينها.

أما الحالة الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 93 من الدستور وبالنظر إلى حالة الطوارئ أو الحصار المنصوص عليها في المادة 91، فإن الحالة الاستثنائية هي أوسع نطاق من مضمون مواجهة ظرف خطير، فهذه المادة لم تحدد ماهيتها أو مؤداها، فرد أمر تفسيرها للرئيس لا غير يشكل غموضاً، ومن شأن هذا الغموض أن يجعل رئيس الجمهورية يوسع من سلطاته ويتخذ إجراءات واسعة قد تمس بالحقوق والحريات الفردية، مما قد يجعل السلطة الرئاسية تتوسع في التعسف، فيما يبقى البرلمان مشلولاً لا يمكنه أن يمارس اختصاصه الدستوري⁽¹⁾، أو يترك موضوعه بأكمله لتنظيم السلطة التنفيذية عن طريق اللائحة المستقلة أو ما يأخذ حكمها من القرارات فإنه يكون بذلك قد تنازل عن اختصاصه التشريعي لصالح السلطة التنفيذية.

وعلى سبيل المقارنة، نستدل في هذا الشأن بما تنص عليه المادة 13 من القانون المصري رقم 236 لسنة 1954 المتضمن تنظيم المناقصات والمزايدات على أنه "ينظم بقرار من وزير المالية والاقتصاد ما لم ينظمه هذا القانون من أحكام وإجراءات". وقد انتقد الفقه هذه المادة لأنها كانت تخول لوزير المالية إضافة أحكام جديدة إلى أحكام هذا القانون وهذا في حقيقته تفويض وليس مجرد تنفيذ⁽²⁾.

2- التوسع في الإحالة إلى اللائحة

من المسلم به أن كل دساتير العالم تسند مهمة تنفيذ القوانين إلى السلطة التنفيذية، وذلك عن طريق إصدار اللوائح التنفيذية، التي تتضمن الأحكام التفصيلية أو التكميلية اللازمة لتيسير تنفيذ القانون⁽³⁾.

حيث تنص المادة 144 من الدستور المصري لسنة 1971 على أن: "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل أو إعفاء من تنفيذها وله أن يفوض غيره في إصدارها ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه"⁽⁴⁾.

¹ عبد الله بوقفة، الدستور الجزائري نشأة، تشريعاً، فقهاً، دار الهدى طبعة مزيده و منقحة، 2005، ص140، 139.

² عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص224.

³ سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، ج 2، دار المطبوعات الجامعية، 1999، ص528.

⁴ تجب الإشارة في هذا الصدد أن إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القانون أصبحت من اختصاص رئيس الوزراء وله أن يفوض غيره في إصدارها بعدما كانت من اختصاص رئيس الجمهورية، حيث ألغيت المادة 144 من دستور 1971 واستبدلت بأحكام المادة 170 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 بقولها: "يصدر رئيس الوزراء اللوائح

وتنص المادة 21 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 (يدير الوزير الأول أعمال الحكومة... ويضمن تنفيذ القوانين... ويمارس السلطة اللاحقة).

كما تنص المادة 2/143 من الدستور الجزائري لسنة 2016 "يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول".

من هنا فإن سلطة تنفيذ القانون هي حق يثبت للسلطة التنفيذية بموجب الدستور، وليست حقا مشتقا من القانون الذي تدعو بموجبه السلطة التشريعية السلطة التنفيذية القيام بتنفيذه⁽¹⁾، فإن كان ذلك لسبب فهو لإدراك المؤسس الدستوري أهمية السلطة التنفيذية، ودورها في تفعيل قواعد القانون بحكم اتصالها المباشر والمستمر بالجمهور، زيادة على أن البرلمان مهما وصل درجة من الخبرة والكفاءة لا يستطيع ضبط كل المسائل وبكل جزئياتها وتفصيلاتها، مما يجعل تدخل هذه الأخيرة ضرورة حتمية لتسهيل عملية تنفيذ القانون، وذلك مهما كان المنفذ سواء رئيس الجمهورية أم الوزير الأول أم غيرهما.

ولكن ما شغل الفقه وما تساءل عنه - ونظرا لأهمية اللائحة في حياة القانون وتفعيل أحكامه - هو حدود هذه اللائحة التنفيذية، بمعنى: هل أن هذه اللائحة التنفيذية تكفي بتنفيذ القانون أو من شأنها تضمين أحكامها قواعد جديدة؟.

للإجابة على هذه الإشكالية انقسم الفقه المصري إلى اتجاهين حيث:

يعتبر **الاتجاه الأول**: أن اللائحة من شأنها تكملة القوانين والإضافة إليها، عن طريق استخلاص ما يمكن من محتوى القانون صراحة وضمنا، وهي في الحقيقة وجدت أصلا من أجل تكملة نصوص القانون، وسد ما تركه المشرع من ثغرات⁽²⁾، وأن مقتضى التكملة يقتضي شمولها حق وضع التفاصيل التنفيذية وحق تقرير قواعد قانونية جديدة لم يرد ذكرها بالقانون، مع احتفاظ الإدارة وقيامها بذلك في إطار تنفيذ القانون، دون الانحراف عن الغاية التي استهدفها الشارع⁽³⁾، حيث يؤكد النص الدستوري ذلك، الذي استبعد صراحة التعديل والتعطيل والإعفاء وليست الإضافة من ضمن هذه الأمور الواردة في المادة 144 السابقة الذكر.

بينما أنكر **الاتجاه الثاني**: حق السلطة التنفيذية في الإضافة إلى أحكام القانون من خلال اللوائح التنفيذية استنادا إلى عدم مشروعية هذه الإضافة واعتبارها "تعديلا بالإضافة" للقانون

اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فسه تعطيل، أو تعديل، أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها، إلا إذا حدد القانون من يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذه"

¹ عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 223.

² سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص 541.

³ نفس المرجع، ص 542.

الذي يحرمه الدستور⁽¹⁾، وذلك انطلاقاً من المادة 144 حيث يعتبر هذا النص أكثر تفصيلاً ووضوحاً، وهذا بسبب إدراك المؤسس الدستوري لما للوائح التنفيذية من خطورة على الاختصاص التشريعي للبرلمان الذي ينفرد أصلاً به، على أن ينحصر دور السلطة التنفيذية في مجرد تنفيذ القوانين⁽²⁾ ووضع التشريعات موضع التنفيذ، وذلك عن طريق دعوة صريحة من القانون للسلطة التنفيذية للاضطلاع بمهمة التنفيذ مع الإشارة أن هذه الدعوة كما سبقت الإشارة لا تنشئ حقاً للسلطة التنفيذية وإنما سلطتها مستمدة من الدستور مباشرة.

ومن نتائج ما سبق، نقول: أن البرلمان يجب أن يتوقف دوره إلى حد دعوة أو تذكير السلطة التنفيذية للقيام بمهمة تنفيذ القانون، أما إذا تضمنت هذه الدعوة ما من شأنه أن يسمح للسلطة التنفيذية تضمين لوائحها أحكاماً تتضمن تعديلاً للقانون، أو إضافة إليه، أو الإعفاء من تطبيقها، أو ترك موضوع بأكمله لتنظيمه اللائحة فإنه يكون بموقفه هذا قد تنازل عن اختصاصه التشريعي، ونكون أمام إحالة ضمنية للاختصاص من البرلمان إلى السلطة التنفيذية في غير الحالات وبغير الطرق المقررة في الدستور⁽³⁾.

وللمحكمة الدستورية العليا المصرية فيما يتعلق بهذه المسألة موقف واضح، في حكمها الصادر في القضية رقم 243 لسنة 21 قضائية الذي قضت فيه بعدم دستورية نص المادة 11 من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 97 لسنة 1959 والتي نصت على أنه: "يجوز بقرار من وزير الداخلية لأسباب هامة يقدرها رفض منح جواز السفر أو تجديده، كما يجوز له سحب الجواز بعد إعطائه".

وفي تبرير ما قضت به يقول الفقه المصري: "وحيث أن الدستور قد احتقن - كذلك - بالحقوق المتصلة بالحق في التنقل، فنص في المادة 50 منه على حظر إلزام المواطن بالإقامة في مكان معين أو منعه من الإقامة من جهة معينة إلا في الأحوال التي يبينها القانون، وتبعتها المادة 51 لتمنع إبعاد مواطن عن البلاد أو حرمانه من العودة إليها، وجاءت المادة 52 لتؤكد حق المواطن في الهجرة الدائمة أو المؤقتة على أن ينظم القانون هذا الحق وإجراءات وشروط الهجرة ومغادرة البلاد، وبمقتضى هذا فإن الدستور لم يعقد للسلطة التنفيذية اختصاصاً بتنظيم كل شيء مما يمس بالحقوق التي كفلها فيما تقدم، وأن هذا التنظيم يتعين أن تتولاه السلطة التشريعية بما تصدره من

¹ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص 542.

² زيادة على تمتعها بالسلطة التنظيمية وذلك عن طريق إصدار اللوائح المستقلة وهو ما نصت عليه المادة 1/125 من دستور 1996 الجزائري، وهنا يميز الأستاذ عزوي عبد الرحمن بين نوعين من اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية، لتفصيل أكثر في هذا الشأن أنظر عزوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ج 1، مرجع سابق، ص 290 وما بعدها.

³ سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص 541.

قوانين . متى كان ذلك، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه : إذا ما أسند الدستور تنظيم حق من الحقوق إلى السلطة التشريعية فلا يجوز لها أن تتسلب من اختصاصها وتحيل الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية دون أن تقيدها في ذلك بضوابط عامة وأسس رئيسية تلتزم بالعمل في إطارها، فإذا ما خرج المشرع على ذلك وناط بالسلطة التنفيذية تنظيم الحق من أساسه كان متخليا عن اختصاصه الأصيل المقرر بالمادة 86 من الدستور واقعا - بالتالي - في هوة المخالفة الدستورية.

وحيث أن نصي المادتين (8،11) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 98 لسنة 1959 المشار إليها بما تضمنناه من تفويض وزير الداخلية تحديد شروط منح جواز السفر، وتحويله وسلطة رفض منح الجواز أو تجديده، وكذا سحبه بعد إعطائه إنما تتمخض عن تنصل المشرع من وضع الأسس العامة التي تنظم موضوع جوازات السفر بأكمله، على الرغم من كونها الوسيلة الوحيدة لتمكين المواطن من مغادرة بلده والرجوع إليه، وارتباط ذلك ارتباطا وثيقا بالحقوق التي يكفلها الدستور في المواد (41،50،51،52) على الوجه المتقدم بيانه، ومن ثم فإن مسلك المشرع في هذا الشأن يكون مخالفا للدستور" (1) .

ولمنع تنازل البرلمان عن اختصاصه للسلطة التنفيذية، في إطار دعوتها لتنفيذ القانون، عنى القضاء المصري عناية فائقة بعملية إصدار لوائح تنفيذ القوانين، مذكرا إياها بضرورة التقيد بضوابط إصدارها، كما استقر على مبدأ قابلية القوانين للتنفيذ بذاتها، وعدم التوسع في اللجوء إلى طلب تدخل السلطة التنفيذية، لإصدار قرارات تنفيذ القوانين، ويتضح ذلك في رأي مجلس الدولة في 2 مارس 1954 بخصوص تنفيذ القانون رقم 633 سنة 1953 بشأن إنشاء اللجان العلمية الدائمة من أن " نفاذ القوانين لا يكون معلقا على صدور اللوائح التنفيذية التي تحال إليها في حالتين:

الأولى: أن ينص القانون صراحة على أن نفاذه مرهون بصدور لائحة.

والثانية: أن يكون تنفيذ القانون مستحيلا إلا بصدور هذه اللائحة...

واعتبر أن التوسع في اعتبار صدور اللوائح التنفيذية أمر ضروري لنفاذ القوانين، يشكل خطورة على القانون ذاته، حيث يبقى تنفيذ القانون معلقا على إرادة السلطة التنفيذية، التي يمكنها أن تحول دون تنفيذ القانون الذي سنته السلطة التشريعية، وذلك بالامتناع عن إصدار اللوائح التنفيذية⁽²⁾، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا على اعتبار أن اللائحة التنفيذية لا تعد مجرد

¹ أورده سليمان محمد الطماري، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 446.
² أورده نفس المرجع، ص 448.

قرارات تتخذها السلطة التنفيذية لتسهيل وضع القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية موضع التنفيذ دون أن تتخذ منها فرصة لتعديل أو تعطيل القوانين أو الإعفاء من تنفيذها⁽¹⁾.

أما في فرنسا، وبعد اعتماد أسلوب توزيع الاختصاصات بين الحكومة والبرلمان في دستور 1958، استقر الفقه على أن المشرع لا يمكن أن يزيد - من تلقاء نفسه - في حجم اختصاصه ولا يملك أيضا الإنقاص منه، وعلى هذا أدان عملية تنكر المشرع لاختصاصه وإحالة إلى السلطة التنفيذية إلا في إطار التفويض التشريعي⁽²⁾.

وفي هذا الخصوص أدان المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في 16 يناير 1982 في قضية التأميمات قيام البرلمان من خلال قانون التأمين بالإحالة إلى الأجهزة المكلفة بإدارة الشركات الوطنية مهمة تحديد القواعد المتعلقة بتحويل القطاع العام إلى القطاع الخاص، على اعتبار أن هذا يدخل في إطار اختصاص المشرع طبقا لأحكام المادة 34 من الدستور حيث يقول: (ومن حيث أنه إذا كانت المادة 34 من الدستور تُدخل في المجال المحجوز للبرلمان (تأمين الشركات وتحويل مؤسسات القطاع العام إلى القطاع الخاص)، فإن هذا الحكم من الدستور شأنه في ذلك شأن الحكم الذي يمنح القانون مهمة تحديد المبادئ الأساسية لنظام الملكية لا يعفي المشرع أثناء ممارسة اختصاصه من احترام القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية التي تفرض نفسها على كل أجهزة)⁽³⁾.

ويمكن تلخيص مذهب المجلس الدستوري الفرنسي في هذه المسائل بالقول: (ليس بإمكان المشرع إعطاء السلطة التنفيذية وضع قواعد تشريعية بطبيعتها، أي التي خصها الدستور بالمجلس النيابي وحده، وبإمكانه بالمقابل ضمن بعض الشروط أن يعيد إلى السلطة التنفيذية تنظيم بعض المواد التشريعية (المادة 38 من دستور 1958)، وفي هذا الصدد أبطل المجلس الدستوري بتاريخ 28 جويلية 1989 نصا في قانون يتعلق بأمن السوق المالية وشفافيتها الذي ينيط بالحكومة بدون تقييد سلطة تحديد القواعد المختلفة حسب فئات هيئات التوظيف فيما يخص تكوين موجوداتها وأصولها)⁽⁴⁾.

¹ كيلالي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 57.

² نفس المرجع، ص 57.

³ أورده عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص 214-215.

⁴ أشارت إليه نسيم بلحاج، مقالة بعنوان: العلاقة بين النصوص التشريعية والتنظيمية، مرجع سابق، ص 42.

3- أسلوب الإفراط في العمومية

سبقت الإشارة إلى أن فكرة الإغفال التشريعي تقوم على خرق مبدأ الانفراد التشريعي، الذي صاغه الفقه ثم تحول فيما بعد إلى مبدأ دستوري، استقرت عليه غالبية دساتير العالم، ومفاد هذا المبدأ هو أن البرلمان هو صاحب الاختصاص الأصلي في التشريع، إلا أن هذا الأخير لم يعد يستحوذ على هذه السلطة لوحده بل شاركته فيها السلطة التنفيذية، التي أصبح تدخلها في العملية التشريعية ضرورة لا بد منها.

وهكذا طرأ تعديل على مضمون هذا المبدأ، حيث ميز بين المسائل التي ينفرد البرلمان بتنظيمها انفراداً مطلقاً، ونعني بذلك معالجة مسألة ما بصورة تفصيلية بوضع القواعد العامة والتفصيلية لها، والانفراد التشريعي النسبي الذي يكتفي فيه المشرع بوضع الأحكام والقواعد العامة التي تنظم أصل الموضوع ويترك التفاصيل الجزئية للسلطة التنفيذية.

والإحالة إلى سلطة التنفيذ بهذه الصيغة تكون صراحة عن طريق دعوة البرلمان السلطة التنفيذية للتدخل لإصدار اللائحة التنفيذية لقانون ما لتنظيم مسألة من المسائل المتعلقة بانفراده المطلق بالتشريع، دون أن تتطوي هذه الإحالة على ما يسمح للسلطة التنفيذية بالمساس بأصل المسألة التي ينظمها القانون، خاصة إذا تعلقت بحق من حقوق الأفراد أو بحرية من حرياتهم، أو بمسألة من مسائل التجريم والعقاب.

وقد تكون الإحالة عن طريق ما يطلق عليه الفقه المصري اللوائح التكميلية وتتعلق بالمسائل التي تدخل ضمن الانفراد النسبي بالتشريع، فهي الأخرى ينبغي أن لا تمس بالبنية الأساسية للقانون لأنها تمثل نصيب البرلمان في القوانين الصادرة في إطار الانفراد التشريعي النسبي⁽¹⁾.

لكن البرلمان - ودون أن تكون الإحالة منه صريحة- قد يعتمد الإحالة إلى سلطة التنفيذ لممارسة الاختصاص التشريعي، لكن بأسلوب ملتوي يتمثل في الإفراط في العمومية عند صياغة القواعد القانونية، ويعتبر القانون الإطار La loi -cadre الذي عرفه الدستور الفرنسي لسنة 1958 وحتى بعده، والقانون التوجيهي loi d'orientation المظهر الذي يجسد هذه الصيغة.

وكان الظهور الأول للقانون التوجيهي في النظام الدستوري الفرنسي سنة 1960، وتعلق الأمر بالقانون رقم 60-808 المؤرخ في 5 أوت 1960 المتعلق بالتوجيه الزراعي، وتلاه قانون التوجيه العقاري رقم 67-1253 في 30 ديسمبر 1967، حيث أُعتبر هذان القانونان على الدوام عملاً

¹ عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 215.

مشتركا بين البرلمان والحكومة، إذ يقتصر دور الأول فيه على وضع المبادئ الأساسية والخطوط الرئيسية اللازمة لإصلاح مجال أو موضوع معين وتنظيمه، أما الحكومة فتحوز الدور الأهم في وضع الأحكام التفصيلية لوضع المبادئ الأساسية تلك موضع التطبيق والتنفيذ.⁽¹⁾

فطبيعة القانون التوجيهي هي من تعكس حاجاته دائما لتدخل السلطة التنفيذية، فهو على خلاف القوانين الأخرى التي تنفذ وتطبق أو القابلة للتطبيق مباشرة لنفاذها لتحدث آثارها في الوضع أو النظام القانوني القائم، بل يحتاج دوما لتفعيله و إحداث التغيير المقصود من سنه إلى نصوص قانونية أخرى قد تكون من نفس الدرجة أو أقل منه، فهو يعبر عن توجيهات سياسية تحتاج إلى نصوص أخرى ذات الأحكام أو القواعد التقنية التفصيلية لتوضيح مجال تطبيقه من الناحية العملية الفنية (أحكام تشريعية أو تنظيمية).⁽²⁾

وقد انتقد الفقه الفرنسي اعتماد نظام القانون التوجيهي، واعتبره نوعا من التفويض التشريعي المستتر أو المبطن من قبل المشرع الفرنسي غير المعترف به دستوريا في دستور 1946 وبعده دستور 1958، حيث يعتبر خروجاً عن مبدأ الفصل بين السلطات، ليكرس لاحقا بفضل اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي بموجب أحكام المادة 38 من دستور 1958.

وقد عرفت الجزائر هي الأخرى هذه الفئة من القوانين في بداية التسعينات ونستدل في هذا الشأن بقانون التوجيه العقاري رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990.⁽³⁾

بعد التطرق لصور السلوك السلبي للمشرع بقي لنا البحث في الأسباب التي جعلت هذا الأخير يتصرف بهذا الأسلوب تجاه اختصاصاته الدستورية، وأهم الآثار التي يمكن أن تترتب على هذا الإخلال الدستوري وهو موضوع الجزئية الموالية.

المطلب الثاني

الإقرار القضائي الضمني لفكرة الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري الجزائري

إن غياب النص التشريعي في بعض النظم القانونية، على النص صراحة على الرقابة على الامتثال التشريعي⁽¹⁾ بحالاته سابقة الذكر، لم يكن مانعا لتبني هذه الفكرة طالما أن الفكر القانوني

¹ أنظر عزاوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ج 1، مرجع سابق، ص 70.

² أنظر عزاوي عبد الرحمن، محاضرات في مقياس قانون التهيئة والتعمير، أقيمت على طلبه الماجستير، تخصص قانون عام، دفعة 2010/2011، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ص 6.

³ أشار إليه عزاوي عبد الرحمن، نفس المرجع، ص 9.

يؤمن بفكرة عدم كمال التشريع من جهة، ووجود رقابة دستورية على القوانين من جهة ثانية، وهو ما ينبئ عن أن التشريع لا يولد مئة مئة سليما من كل النواحي الشكلية والموضوعية، فالقاضي الدستوري يطوق كل المخالفات الدستورية التي قد تسم التشريع سواء أن كان ذلك بعمل ايجابي من المشرع أو بسلوكه السلبي، بل أن هذا من مستلزمات عمل القاضي الدستوري باعتباره الراعي الرسمي للدستور، وحاميه، عن طريق تفسير النص التشريعي من ناحية، والنص الدستوري من ناحية ثانية، لاستخراج العوار الذي اعتراه .

والدستور الجزائري من الدساتير التي سكتت عن التحدث عن هذا النوع من الرقابة ولم ينكرها في نفس الوقت ، فهل عرف مجلسه هذا النوع من الرقابة؟

قبل التطرق لرقابة الإغفال التشريعي في قرارات المجلس الدستوري الجزائري، يجب التذكير أن المجلس الدستوري الفرنسي قد تناول موضوع الرقابة على الامتثال كوجه من أوجه المخالفات الدستورية، مؤسسا قراراته على امتناع المشرع عن إصدار قاعدة قانونية واجبة، متأثرا في ذلك بما استقر عليه قضاء مجلس الدولة عند مراقبته للقرارات الرادارية السلبية كما سبق شرحه، ومن أمثلة ذلك إقرار عدم دستورية قانون أساسي يتعلق باستقلال القضاة وعدم قابليتهم للعزل ، بسبب تركه تحديد شروط شغل بعض الوظائف القضائية للائحة الإدارية.

أما المتتبع والمتمعن في قرارات المجلس الدستوري الجزائري، فلا بد أن يلحظ اتجاهه إلى استنتاج حالات السكوت التشريعي، ولكن بطريق غير مباشر في إطار رقابته التقليدية، وذلك عندما ينطق بأحكام عدم الدستورية، أو بدستورية النص الخاضع لرقابته مع تعليق دستوريته على بعض التحفظات، كضرورة تطبيقه بصورة معينة، أو عن طريق استكمال ما اعترى النص من نقص، أو توجيه خطاب للمشرع للتدخل بنفسه لاستكمال النص، أو التدخل لتنظيم المسألة أصلا، مستخدما في ذلك سلطته في التفسير .

وإن كانت هذه الصلاحية غير مصرح عنها لا في الدستور ولا في نظام عمل المجلس الدستوري، إلا أنها صلاحية نابعة من صميم طبيعة عمله، ومحاولته المواءمة بين النص القانوني محل الرقابة وأحكام الدستور، بحيث يتسع نطاق هذه الأخيرة ليستغرق الحالات الواقعية، وهي أهم مواصفات القواعد الدستورية وأحد مستلزمات استمرارها .

¹ من الدساتير التي نصت صراحة على رقابة الإغفال التشريعي ضمن نصوصها الدستور البرتغالي ، البرازيلي، دستور جنوب إفريقيا.

نستدل في هذا الشأن برأيه رقم 03 ر م د/11 الموافق ل 22 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مدى مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور، حيث قضى بعدم دستورية المادة 78 المطأة 3 منه على أساس أنها إهدار ضمني لحق الترشح للمجالس الشعبية البلدية أو الولائية أو المجلس الشعبي الوطني، الذي يتساوى في الترشح إليه المواطن الجزائري الأصلي الجنسية أو صاحب الجنسية المكتسبة، عند اشتراطها مرور ثماني سنوات على اكتسابها ليثبت له الحق في الترشح، مخالفة بذلك مبدأ المساواة بين المواطنين التي تضمنه المادة 31 من الدستور، حيث قال في رأيه: "... اعتبارا أن المادتين 78 المطأة 3 و 9 المطأة 30 تشترطان في المترشح إلى المجلس الشعبي البلدي أو الولائي، وفي الترشح إلى المجلس الشعبي الوطني أن يكون ذا جنسية جزائرية أصلية أو مكتسبة منذ ثماني (8) سنوات على الأقل ."

-واعتبارا أن المادة 30 من الدستور تنص على أن:"الجنسية الجزائرية معرفة بالقانون" ومن ثم فإن أي تشريع في هذا المجال ينبغي أن يتقيد بأحكام قانون الجنسية،

- واعتبارا أن الشخص الذي يكتسب الجنسية الجزائرية يتمتع بجميع الحقوق المتعلقة بالصفة الجزائرية ابتداء من تاريخ اكتسابها طبقا للمادة 15 من الأمر 70/68 بتاريخ 1 شوال عام 1390 الموافق ل 15 ديسمبر 1970 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05/01 بتاريخ 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005، أن يضع هذا القانون أي شرط، وذلك وفقا للمادة "30 من الدستور،

-واعتبارا أن المشرع بإدراجه الشرط المذكور أعلاه يكون قد أدخل بمقتضيات المادة 29 من الدستور التي تؤكد أن"كل المواطنين سواسية أمام القانون، وأنه لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى " ...شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي..." وكذلك بمقتضيات المادة (1) 31 من الدستور، التي تجعل من هدف المؤسسات ضمان مساواة المواطنين و المواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي" تحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية..."

1...-يعد الشرط الأخير من المطأة 3 من المادة 78 غير مطابق للدستور، وتعاد صياغته كالآتي: - المادة 78 : يشترط في المترشح إلى المجلس الشعبي البلدي أو الولائي ما يأتي :

¹تنص المادة 31 من دستور 1996 على أنه:"تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين و المواطنات في الحقوق و الواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الانسان، و تحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية"

- أن يستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة 3 من هذا القانون العضوي و يكون مسجلا في الدائرة الانتخابية التي يترشح فيها.

- أن يكون بالغا ثلاثا وعشرين (23) سنة على الأقل يوم الاقتراع،

- أن يكون ذا جنسية جزائرية

- أن يثبت أداءه الخدمة الوطنية أو إعفائه منها،

- ألا يكون محكوما عليه في الجنايات و الجرح المنصوص عليها في المادة 5 من هذا القانون العضوي، و لم يرد اعتباره.

- ألا يكون محكوما عليه بحكم نهائي بسبب تهديد النظام العام و الإخلال به.

2 - يعد الشرط الأخير من المطة 3 من المادة 90 غير مطابق للدستور، و تُعاد صياغة المادة 90 كالتالي:

- المادة 90 : يشترط في المترشح إلى المجلس الشعبي الوطني ما يأتي :

- أن يستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة 3 من هذا القانون العضوي و يكون مسجلا في الدائرة الانتخابية التي يترشح فيها،

- أن يكون بالغا خمسا وعشرين (25) سنة على الأقل يوم الاقتراع،

- أن يكون ذا جنسية جزائرية

- أن يثبت أداءه الخدمة الوطنية أو إعفائه منها،

- ألا يكون معاقبا في الجنايات و الجرح المنصوص عليها في المادة 5 من هذا القانون العضوي، و لم يرد اعتباره،

- ألا يكون محكوما عليه بحكم نهائي بسبب تهديد النظام العام والإخلال به....".

يتضح من مضمون هذا القرار أن المجلس الدستوري استنتج قاعدة قانونية ضمنية، مفادها عدم تمتع المواطنين الذين يكتسبون الجنسية الجزائرية بحق الترشح في المجالس الشعبية البلدية أو الولائية أو المجلس الشعبي الوطني، إذا لم يستوفوا الأجل القانوني المحدد بـ 8 سنوات من يوم اكتسابها، واعتبر هذه القاعدة مخالفة لمبدأ المساواة الدستوري، مما ينمي عن وجود إغفال تشريعي، وان لم يصرح به المجلس صراحة، إلا أنها استنتج حالة من حالات الإغفال التشريعي بصورة رقابة غير مباشرة يجب تطويقها.

وفي نفس السياق قرر في رأي آخر له، وجود قاعدة قانونية ضمنية، استشفها من رفع المشرع لحالة التنافي لعضوية البرلمان بالنسبة لمهام أستاذ محاضر في التعليم العالي والبحث العلمي وأستاذ في الطب لدى مؤسسا الصحة، ما يشكل حرمانا لأصحاب الوظائف المماثلة من هذه العضوية، مخالف بذلك مبدأ المساواة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة المكفول دستوريا طبقا لأحكام المادة 31 السابقة الذكر⁽¹⁾.

وقد سار منهج المجلس الدستوري الجزائري على قواعد توزيع الاختصاص بين مجال القانون واللائحة، انطلاقا من أحكام المادتين 140 و141 والمادة 142 من الدستور، حيث أقر من خلال هذا المنهج صورة الامتناع التشريعي المبطن، وذلك بتوسيع المشرع الإحالة إلى سلطة اللائحة، فقد حث في الكثير من قراراته المشرع على عدم الإحالة للسلطة التنفيذية في المسائل التي تعود لاختصاصه المحجوز.

فقد وجه خطابا صريحا للمشرع لاستنفاد اختصاصه التشريعي، وفاء واحتراما لقواعد توزيع الاختصاص، واحتراما لإرادة المؤسس الدستوري وذلك بقوله: "...-اعتبارا أن المؤسس الدستوري باعتماده مبدأ الفصل بين السلطات كمبدأ أساسي لتنظيم السلطات العمومية، قد عمد إلى تحديد اختصاص كل منها، والتي لا يمكن أن يمارسه إلا في المجالات وفق الكيفيات التي حددها لها الدستور صراحة ..."، وبناء عليه قضى بعدم دستورية المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من طرف المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ 8 يناير 1997 فيما تضمنه

¹ رأي رقم 04/ر م د /11 المؤرخ في 22 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد حالات التنافي مع العهدة البرلمانية. www.conseil.constitutionnel.dz

من أحالة إلى سلطة رئيس الجمهورية لتحديد مقر وعدد دوائر اختصاص بعض المحاكم وهو من المجالات المحجوزة للبرلمان طبقا لما تضمنته أحكام المادة 6/122 (1).

حيث جاء في حيثيات قراره: "...واعتبارا أن البند 6 من المادة 122 من الدستور، ولذات الأثر، تقضي بأن البرلمان يشرع في مجال: "... القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي وإنشاء الهيئات القضائية"، ما ينتج عنه إنشاء المحاكم ضمن المجالس القضائية يعتبر اختصاصا ينفرد به البرلمان،

...واعتبارا، 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 أخلت بأحكام المادة 125 الفقرة الأولى من الدستور التي تحدد مجال ممارسة السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية في المسائل غير مخصصة للقانون لهذه الأسباب:

-...القول بأن جزء من المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي، موضوع الإخطار، والمحرة كالآتي: "يحدد عددها ومقرها ودائرة اختصاص كل منها بموجب مرسوم رئاسي" يعد غير دستوري "... (2).

لكن هذا الموقف من المشرع لا يلام عليه وحده، فالمؤسس الدستوري هو المسؤول الأول، عن عدم وضع ضوابط دقيقة وواضحة لقواعد توزيع الاختصاص بين السلطات العامة، وفي هذا الصدد نشير إلى التناقض الوارد في المادتين 140 و 141 من الدستور، فقد جعل المؤسس الدستوري مجال التنظيم القضائي من المجالات المحجوزة للمشرع، حيث ينظمها بموجب قانون عادي وفي نفس الوقت ورد نفس الاختصاص في مجالات القانون العضوي⁽³⁾، رغم الاختلاف الموضوعي والإجرائي بين القانونين⁽⁴⁾.

يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية:...

¹...القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي، وإنشاء الهيئات القضائية.

² رأي رقم 04 ر م د المؤرخ في 19 فبراير 1997 حول دستورية المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من طرف المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ 6 يناير 1997 www.conseil.constitutionnel.dz.

³ تنص المادة 122: "...6-القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي، وإنشاء الهيئات القضائية"، المادة 123: "...القانون الأساسي للقضاء، و التنظيم القضائي..."

⁴ راجع في هذا الشأن إجراءات وضع القوانين العضوية، عزوي عبد الرحمن، فئة القوانين الجديد، القوانين العضوية النظامية وفقا للدستور الجزائري المعدل سنة 1996، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، سنة 2002.

وانتقد المجلس الدستوري مسلك المشرع، بسبب التوسع في الإحالة إلى سلطة اللائحة، في المسائل المحجوزة له، في قرار آخر له، مخالفاً بذلك مبادئ توزيع الاختصاص ومبدأ الفصل بين السلطات بقوله: "...واعتبار بالنتيجة، فإن المشرع عند إقراره إمكانية إنشاء أقطاب قضائية متخصصة وتنازل عن صلاحيات إنشائها للتنظيم يكون قد تجاوز مجال اختصاصه من جهة، ومس بالمادة 6/122 من جهة أخرى،

-...وفيما يخص المادة 29 من نفس القانون العضوي موضوع الإخطار والمحركة كالاتي: تصنف الجهات القضائية المنصوص عليها في هذا القانون العضوي،

تم التصنيف بموجب قرار من وزير العدل حافظ الأختام بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء"

- واعتباراً أن المشرع نص في المادة 29 من القانون العضوي موضوع الإخطار على أن تصنيف الجهات القضائية يتم بموجب قرار من وزير العدل حافظ الأختام.

- واعتباراً أن تصنيف الجهات القضائية يعد قاعدة من قواعد التنظيم القضائي التي تعود صلاحيات وضعها للبرلمان بموجب قانون عاد طبقاً للمادة 6/122 من الدستور،

- واعتباراً بالنتيجة فإن المشرع حيث أسند صلاحيات تصنيف الهيئات القضائية لوزير العدل حافظ الأختام بقرار من هذا الأخير يكون قد خالف صراحة الحكم الوارد في المادة 6/122 من الدستور،

تعتبر المواد(1)-... 26،27،28 غير مطابقة للدستور"⁽¹⁾.

وتعد حالات الإغفال التشريعي بصورة الإحالة إلى سلطة التنظيم هي الأكثر شيوعاً في قضاء المجلس الدستوري الجزائري، بسبب غموض ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ذلك لاستعمال المؤسس مصطلحات فضفاضة، تحمل معنى مجال القانون واللائحة⁽²⁾،

¹ رأي رقم 05/01 الموافق لـ 17 يونيو 2005 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي للدستور.

² يميز الدستور الفرنسي انطلاقاً من أحكام المادة 34 بين أفراد المشرع بوضع القواعد **Regles** و بين المبدأ الأساسي **Principe fondamental** و شتان بين المصطلحين فالقاعدة تعني أن المسألة تدخل ضمن اختصاص المشرع المطلق، بينما يقصد بالمبدأ الأساسي أن المسألة تندرج ضمن انفراد النسبي، بحيث يحيل إلى سلطة اللائحة لتنفيذها وتفصيلها واتخاذ كل الوسائل لتطبيقها، لكن المؤسس الدستوري الجزائري لم يعر هذا التمييز بين المصطلحات أية أهمية، واستعمل عبارات القواعد و المبادئ و الأحكام و المبادئ العامة فهل قصد التنويع في العبارات من أجل الصياغة الفنية أو أنه قصد المعاني الحقيقية للمصطلحات.

وهو ما يستشف من صياغة المادتين 140 و 141 وحتى المادة 142، وان كان الفقه يجمع على أن هذه المسائل هي من الاختصاص المحجوز للمشرع، ومالا يندرج ضمنها من اختصاص اللائحة، انطلاقاً من عبارة " في المسائل غير المخصصة للقانون" الواردة في المادة 142، بمفهوم المخالفة أن مجالات القانون محددة في المادتين السابقتين، والحجز في هذه الحالة يفيد انتفاء سلطة اللائحة بتنظيم هذه المواضيع وما عداها يعد من اختصاصها الأصلي، فالمؤسس الدستوري بهذا الحجز يكون قد وسع من مجال اللائحة وحد من يد المشرع.

مع الإشارة في هذا الموضوع، أن أسلوب السكوت التشريعي الذي يتخذه المشرع حيال اختصاصه الدستوري بالتشريع لا يكون دائماً سلوكاً غير عمدي، فقد يعتمد في بعض الأحيان التعسف في سلطة التشريع، والامتناع عن تنظيم مسألة ما بالرغم من وضوح الخطاب الموجه له من المؤسس الدستوري، ونستدل في هذا الشأن بأحكام المادة 158⁽¹⁾ من دستور 1996 التي توجه خطاباً صريحاً للمشرع بإصدار قانون عضوي يتولى تحديد القواعد المتعلقة بتشكيل المحكمة العليا للدولة وتنظيمها وسيرها وكذا الإجراءات المطبقة أمامها، والمختصة بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى، والوزير الأول عن الجنايات والجرح، التي يرتكبها بمناسبة تأديتهما مهامهما، لكن هذا النص لم يرى النور لحد الآن فما هو السبب؟

هل أن القوانين أصبحت ذات طابع سياسي، بسبب استحواذ السلطة التنفيذية على سلطة اقتراح مشاريع القوانين وغياب أو تغييب سلطة البرلمان، أم أن هذه الجرائم لم تشهدا الجزائر؟

في هذه الحالة يكون المشرع قد وقع فعلاً في حماة الامتناع التشريعي الكلي أو المطلق، لأنه أهمل مسألة غاية في الأهمية، مهدراً بذلك مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات لأنه لم يحدد أصلاً ما هي الخيانة العظمى، وما هي جرائم الجرح والجنايات التي تكون من اختصاص هذه المحكمة، مهدراً بذلك مبدأ التلازم بين المسؤولية والسلطة، فقد منح السلطة لكنه أهمل جانب المسؤولية، وهو ما عبر عنه فقه القانون الدستوري بقولهم " حيث توجد السلطة توجد المسؤولية" أو "حيث توجد المسؤولية توجد السلطة"⁽²⁾.

¹ تنص المادة 158: "تؤسس محكمة عليا للدولة، تخص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى و الوزير الأول عن الجنايات و الجرح التي يرتكبها بمناسبة تأديتهما لمهامهما . يحدد قانون عضوي تشكيل المحكمة العليا للدولة و تنظيمها وسيرها و كذلك الاجراءات المطبقة" و تقابلها المادة 177 من القانون 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري ج ر ع 14.

² للاستزادة حول هذا المبدأ راجع غسان عرنوس، فلسفة التلازم بين السلطة و المسؤولية ، دراسة مقارنة بين الانظمة الديمقراطية والنظم السياسية، 2017.

أما فيما يتعلق بهذه المسألة في التشريع الجزائري فإنه يقول الأستاذ مسعود شيهوب " أن حجم القوانين المصادق عليها في الجزائر وفي الدول التي استلهمنا منها نظامنا الدستوري يبين أن سلطة البرلمان في التشريع لم تعد غير محددة، بل هناك تخلي تدريجي من قبل البرلمان عن جزء من صلاحيات التشريع لفائدة السلطة التنفيذية التي تتقاسمه معه عن طريق اللوائح التنظيمية، ومن هنا أخذت إشكالية تمييز الحدود بين مجال القانون ومجال التنظيم واللائحة." أهمية كبيرة في النقاش القانوني "...، واعتبرها مسألة معقدة من الناحيتين العملية والنظرية، فمن الناحية النظرية يعتبر أن مجالات القانون المحددة في المادة 122⁽¹⁾ من الدستور تشكل تقييدا مزدوجا للبرلمان من ناحية المنع والإباحة⁽²⁾.

ومن ناحية ثانية، يتعلق بالتمييز بين المجالات التي يكتفي فيها البرلمان بوضع القواعد العامة والمبادئ العامة، وبين تلك التي ينزل فيها إلى التفاصيل والجزئيات، ففي الأولى يكون تدخل الحكومة عن طريق اللوائح التنفيذية ضروريا، حيث لا يوضع القانون حيز التنفيذ إلا عن طريق إجراءات حكومية وبدونها لا يكون قابلا للتنفيذ.

أما من الناحية العملية فإن البرلمان في الجزائر يكتفي بوضع الخطوط العريضة، وليس له أن يدخل في التفاصيل ليحيل الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية.

للعلم أن المجلس الدستوري قد دعا البرلمان في الكثير من الأحوال على ضرورة احترامه والتزامه مجال اختصاصه، تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات، حيث قرر في رأيه رقم 01/ 05 المؤرخ في 10 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 17 يونيو سنة 2005، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي للدستور الذي جاء فيه :

"...ثانيا: فيما يخص المادة 24 من القانون العضوي موضوع الإخطار، والمادتين 25 و26 مأخوذة مجتمعه لاتحادها في الموضوع والمحرة كالاتي: المادة 24 " يمكن إنشاء أقطاب قضائية متخصصة ذات اختصاص إقليمي موسع لدى المحاكم.

يتحدد الاختصاص النوعي لهذه الأقطاب حسب الحالة في قانون الإجراءات المدنية أو قانون الإجراءات الجزائية".

المادة 25 " تتشكل الأقطاب القضائية المتخصصة من قضاة متخصصين يمكن الاستعانة عند الاقتضاء بمساعدين.

¹ لكن الأستاذ عز اوي عبد الرحمن لا يوافق على هذا الطرح بشأن أحكام المادة 122.
² أنظر مسعود شيهوب، مقالة بعنوان: المبادرة بالقوانين بين المجلس الشعبي الوطني و الحكومة ، مجلة النائب، ع 2، ص

تحدد شروط و كفاءات تعيينهم عن طريق التنظيم".

المادة 26 "تزد الأقطاب القضائية المتخصصة بالوسائل البشرية والمادية اللازمة لسيرها".

- اعتبارا أن المؤسس الدستوري أقر مبدأ إمكانية إنشاء هيئات قضائية بموجب المادة 6/122⁽¹⁾ (الشرط الأخير) وخول المشرع دون غيره صلاحيات إنشائها على أن يكون ذلك بقانون عادي وليس بقانون عضوي.

- واعتبارا أن المشرع نص في المادة 24 من القانون العضوي موضوع الإخطار الواردة في الفصل الخامس من الباب الثاني المتعلق بالجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي، على إمكانية إنشاء هيئات قضائية مسماة أقطاب قضائية متخصصة إلى جانب المحكمة العليا والمجالس القضائية، والهيئات القضائية المتخصصة.

- واعتبار أن المشرع حيث أقر بدوره إمكانية إنشاء هيئات قضائية مسماة أقطاب قضائية متخصصة في المادة 24 من القانون العضوي موضوع الإخطار يكون قد أدخل بالمبدأ الدستوري القاضي بتوزيع مجالات الاختصاص المستمدة من المادتين 122، 123 من الدستور من جهة، - واعتبارا من جهة أخرى، أن المشرع وضع حكما تشريعا في المادة 24 من القانون العضوي موضوع الإخطار يترتب على تطبيقه تخويل صلاحيات إنشاء الهيئات القضائية إلى المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة طبقا المادة 125 من الفقرة الثانية من الدستور وبعد ذلك مساسا بالمادة 122 من الدستور .

- واعتبارا بالنتيجة، فإن المشرع عند إقراره إمكانية إنشاء أقطاب قضائية متخصصة وتنازله عن صلاحيات إنشائها للتنظيم يكون قد تجاوز مجال اختصاصه من جهة، و مس بالمادة 6/122 من الدستور من جهة أخرى.

- واعتبارا أن المادتين 25 و 26 من القانون العضوي موضوع الإخطار اللتين تنظمان من جهة كيفية تشكيل الأقطاب القضائية المتخصصة ومن جهة أخرى تزويدها بالوسائل البشرية و المادية اللازمة لسيرها، لهما ارتباط مباشر بالمادة 24 من نفس القانون ما تستوجب التصريح بأنها أصبحتا بدون موضوع⁽²⁾.

¹ تنص المادة 6/122 " بشرح البرلمان في المجالات التي يخصصها له الدستور وكذلك في المجالات التالية: 6- القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي و إنشاء الهيئات القضائية..."

² أنظر رأي رقم 05/01 الموافق ل 17 يونيو 2005 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي للدستور.

كذلك في نفس الرأي"...وفيما يخص المادة 29 من نفس القانون العضوي موضوع الأخطار والمحرة كآلاتي " تصنف الجهات القضائية المنصوص عليها في هذا القانون العضوي. يتم التصنيف بموجب قرار من وزير العدل حافظ الأختام بعد اخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء."

- واعتبارا أن المشرع نص في المادة 29 من القانون العضوي، موضوع الأخطار على أن تصنيف الجهات القضائية يتم بموجب قرار من وزير العدل حافظ الأختام،
- واعتبارا أن تصنيف الجهات القضائية يعد قاعدة من قواعد التنظيم القضائي التي تعود صلاحيات وضعها للبرلمان بموجب قانون عاد طبقا 6/122 من الدستور،
- واعتبارا بالنتيجة فإن المشرع حين أسند صلاحيات تصنيف الهيئات القضائية لوزير العدل حافظ الأختام بقرار من هذا الأخير يكون قد خالف صراحة الحكم الوارد في المادة 6/122 من الدستور، ...تعتبر المواد (1) 27، 24 و 29، 28 و غيره مطابقة للدستور،
- (2) تعد المواد 25 و 26 و 30 بدون موضوع...

يتضح لنا عند استقراء هذا الرأي حجم المشكلة التي يقع فيها المشرع الجزائري عند وضع القاعدة القانونية، فزيادة على عدم تمييزه بين المجالات التي يشرع فيها بموجب قوانين عضوية والمجالات التي يشرع فيها بموجب قوانين عادية، فهو يقع في دائرة السلوك الملتوي ليجعل مهمة البت في مسألة ما من اختصاص السلطة التنفيذية، لذلك يجب عليه احترام هامش الاستقلالية للسلطة التنفيذية وإن كانت مهمة التشريع ووضع القاعدة القانونية من اختصاصه، فإن مهمة تنفيذ القوانين ليست له، وهذا في إطار احترام مبدأ الفصل بين السلطات .

كما أنه يجب أن لا تستغرق هذه الأخيرة مجال القانون وتتوسع على حسابه، إذ ينبغي على الحكومة أيضا احترام السلطة التشريعية المخولة للبرلمان، فالقانون ليس مجرد تصريح بالنية كما سماه الأستاذ مسعود شيهوب يُعلق تجسيدها على السلطة التنفيذية⁽¹⁾.

بالإضافة إلى أنه تعرض المجلس الدستوري لنفس الموقف، عند التعليق على المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من قبل المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ 6 يناير سنة 1997 في رأيه رقم 4 المؤرخ في 12 شوال عام 1417 الموافق 19 فبراير سنة 1997 و مما جاء فيه: "...

¹ مسعود شيهوب، مقالة بعنوان : المبادرة بالقوانين بين المجلس الشعبي الوطني والحكومة، مرجع سابق، ص 10.

- اعتباراً أن المؤسس الدستوري، باعتماده 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، يقضى 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، والحال، أن المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي، موضوع الإخطار، التي تنشئ محاكم على مستوى كل مجلس قضائي، تحترم مقتضيات البند 6 من المادة 122 من الدستور،

- واعتباراً، ومن جهة أخرى، أن المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي، موضوع الإخطار، عندما أحالت أمر تحديد أعداد ومقرات ودوائر اختصاص المحاكم على التنظيم بموجب مرسوم رئاسي قد أخلت بأحكام المادة 125 الفقرة الأولى من الدستور التي تحدد مجال ممارسة السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية في المسائل غير المخصصة للقانون،
لهذه الأسباب:

يبدى المجلس الدستوري الرأي التالي:

أولاً: القول أن جزء المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي، موضوع الإخطار، والمحرر كالتالي: "تحدث في دائرة اختصاص كل مجلس قضائي "محاكم" يعد دستورياً.

ثانياً: القول أن جزء المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي، موضوع الإخطار، والمحرر كالتالي: "يحدد عددها ومقرها ودائرة اختصاص كل منها بموجب مرسوم رئاسي يعد غير دستوري".

ولنفس العيب ينتقد القانون رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، حيث يحتوي القانون على 44 مادة تتضمن معظمها الإحالة إلى التنظيم مثال ذلك المادة 41 "تحدد أشكال وكيفيات الإجراءات في المجال الاستشاري عن طريق التنظيم" إضافة إلى الإحالة إلى نظامه الداخلي المادة 19، وهذا المسلك لا يتماشى ومضمون المادة 153 من الدستور⁽¹⁾، التي تنص على أن القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة يجب أن

¹ المادة 153 "يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا، ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع، وعملهم واختصاصاتهم الأخرى".

يحدد مختلف الجوانب بتنظيمه (هيكلته) وعمله تسيره واختصاصاته صلاحياته. إضافة إلى العديد من القوانين الأخرى التي تحيل موادها إلى سلطة التنظيم بصورة واسعة.

المطلب الثالث

أسباب الإغفال التشريعي

يكون سكوت المشرع وعدم ممارسته لاختصاصه، وبالتالي إخلاله بالالتزام الدستوري وهو الالتزام بالتشريع، باعتباره صاحب الولاية العامة في التشريع⁽¹⁾ نتيجة عدة أسباب، يعود بعضها لإرادته الذاتية، وأخرى تخرج عن إرادته⁽²⁾، وتتعلق هذه الأخيرة خاصة بالمؤسس الدستوري. يمكن تقسيم هذه الأسباب إلى أسباب خارجة عن إرادة المشرع أولاً، وأسباب ترجع للإرادة الذاتية للمشرع ثانياً.

الفرع الأول

أسباب خارجة عن إرادة المشرع

تتعلق هذه الأسباب خاصة بإرادة المؤسس الدستوري وكيفية صياغته لمبدأ الفصل بين السلطات بموجب قواعد الدستور، وذلك عند تحديد اختصاصات كل من السلطات العامة، كما قد تتعلق أيضاً بحالة عدم الاستقرار السياسي والأمني التي قد تمر بها الدولة⁽³⁾.

أولاً: الصياغة الدستورية لمبدأ الفصل بين السلطات ووضع ضوابط دقيقة لتوزيع الاختصاص بين السلطين التشريعية والتنفيذية

يعد مبدأ الفصل بين السلطات من أهم المبادئ التي يقوم عليها تنظيم الدولة القانونية من جهة والسلطة من جهة أخرى، حيث يعبر عنه Montesquieu - باعتباره صاحب الفضل الكبير في صياغة هذا المبدأ ومطوره - بالقول: (أن اعتدال السلطة يضمن بواسطة فصلها إلى ثلاثة أجزاء السلطة التنفيذية، السلطة التشريعية، سلطة الحكم) لأن Montesquieu كان قاضياً، فهو يرى أن السلطة التي تصوت على القانون لا تستطيع تنفيذه، والسلطة التي تنفذه لا تستطيع التصويت عليه⁽⁴⁾، وتظهر الأهمية العملية لهذا المبدأ باعتباره مانعاً وحاجزاً لنمو

¹ خاصة في حالة إنفراده المطلق بالتشريع.

² كيلالي زهرة، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 65.

³ نفس المرجع، ص 65.

⁴ أنظر بوكرا إدريس، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية، دار الكتاب الحديث، 2003، ص 202.

وترعرع الدكتاتورية في أحضان السلطة المطلقة التي تجمع في يدها كل أنواع المهام والاختصاصات، فمنطق هذا المبدأ هو عدم تجميع كل السلطات بيد شخص واحد أو هيئة واحدة، لأن ذلك مدعاة للتسلط والتعسف والدكتاتورية المطلقة، لهذا ينبغي توزيع سلطات الدولة حسب Montesquieu إلى ثلاث سلطات على نحو يكفل تحديد المسؤوليات وعدم التداخل فيما بينها تداخلا يؤدي إلى تشتت الصلاحيات وإهدار قيمة النصوص الدستورية، وأن تكون هناك رقابة متبادلة بين هذه السلطات .

بينما تقوم فلسفة Jean Locke في كتابه (الحكومة المدنية) فيما يتعلق بهذا المبدأ إلى تقسيم السلطات في الدولة إلى أربعة سلطات إضافة إلى السلطتين التشريعية والتنفيذية، السلطة الاتحادية، وسلطة التاج، ويضيف إلى أن مسألة الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ووضعها في يد هيئتين مختلفتين مسألة ضرورية، على أن تختص الأولى بمهمة سن القوانين، أما الثانية فتختص بمهمة تنفيذها ومتابعتها (1).

وقد أخذت بهذا المبدأ أغلب الدساتير الحديثة، بل هناك من نصت عليه صراحة، ومن ذلك المادة 47 من الدستور العراقي لسنة 2005 (2)، وهناك من اتبعت أسلوب التنقيص على اختصاصات كل سلطة لتقصد تطبيق المبدأ، كما هي الحال بالنسبة للدستور الفرنسي 1958 ، والدستور الجزائري لسنة 2016 وذلك في الباب الثاني " تنظيم السلطات"، حيث يخص الفصل الأول: السلطة التنفيذية، والفصل الثاني: للسلطة التشريعية، وأما الفصل الثالث: للسلطة القضائية، إلا أن هذه النصوص لا تتكلم بصراحة عن مبدأ الفصل بين السلطات، ولكن تتضمن عناصر المبدأ، مما جعل المجلس الدستوري يقر في رأيه رقم 12/01 المؤرخ في 18 شوال عام 1421 الموافق لـ 13 يناير 2001 هذا المبدأ صراحة بمناسبة تعرضه للقانون الأساسي بعضو البرلمان حيث جاء " بأن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن تحترم كل سلطة حين ممارستها صلاحيتها الحدود التي رسمها المؤسس الدستوري".

إلا أن هذا المبدأ طرأت عليه عدة تطورات أدت إلى تراجع دوره، مما أثر خاصة على السلطة التشريعية وبالتالي على الوظيفة التشريعية في الدولة أمام آلية أخرى حديثة من آليات القانون العام هي الفصل - في مجال العمل السياسي والدستوري- بين الأقلية المعارضة من ناحية

¹ أنظر سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ط 4 منقحة، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 2، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 165.

² تنص المادة 47 من الدستور العراقي لسنة 2005 " تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات"،

والأغلبية من ناحية أخرى، فقد أدى تطور الأحزاب السياسية وتطور النظام البرلماني إلى طمس معالم مبدأ الفصل بين السلطات خاصة في الدول التي يوجد بها حزبان رئيسيان أو كتلتان رئيسيتان من الأحزاب، ففي هذه الدول يؤدي النظام الحزبي إلى تركيز شديد للسلطة في يد الحكومة، أو بالأحرى في يد الهيئة الحاكمة داخل الحزب الفائز في الانتخابات التشريعية والذي يسيطر على الحكومة وعلى المجلس التشريعي في آن واحد، بل إن ذلك قد يحدث ولو بدرجات متفاوتة في النظم الرئاسية ذاتها كما هي الحال في الولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁾.

وفي ظل هذه الظروف يصبح من المفهوم أن تحاول الحكومة توجيه دفة العمل التشريعي الوجهة التي ترتضيها، وذلك استنادا إلى أغليبتها داخل البرلمان، كأن تحاول التأثير في الأولويات التشريعية لهذا الأخير وذلك من خلال حثه على عدم تناول موضوعات معينة أو تأخير تناولها، أو الإسراع في معالجة موضوعات معينة بالذات، ويساعد الحكومات في ذلك مالها من سيطرة على جدول أعمال البرلمان في عدد غير قليل من الدول، وما تتمتع به من مزايا بشأن إجراءات اقتراح التشريعات المالية والتصويت عليها، كما أن معظم التشريعات ذات الأصل الحكومي (مشروعات القوانين التي تتقدم بها الحكومة) تعامل معاملة تفضيلية إذا ما قورنت بالاقترحات التي يتقدم بها أعضاء البرلمان، علاوة على ذلك يمكن للحكومة أن تغالي في طلب تفويض البرلمان لها بممارسة بعض اختصاصاته التشريعية⁽²⁾.

وكل هذه الأوضاع في الأخير تؤدي إلى تقاعس البرلمان في ممارسة اختصاصاته التشريعية. وتبدو هذه الصورة واضحة أكثر في الدستور الجزائري نظرا لما منحه من قوة للسلطة التنفيذية اتجاه السلطة التشريعية ولكن ليس عن طريق التفويض التشريعي، وإنما عن طريق منح الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية في الحالات التي حددتها المادة 142 من دستور 2016، إضافة إلى التوسيع من سلطته التنظيمية التي جعلتها المادة 143 من اختصاصه الدستوري.

بالإضافة إلى تراجع مبدأ الفصل بين السلطات، فإن المؤسس الدستوري عند صياغته لمواد الدستور وبالخصوص في تحديد اختصاصات السلطتين التشريعية والتنفيذية لم يضع ضوابط حاسمة للفصل بين اختصاصات هاتين السلطتين، مما يجعل احتمال وقوع السلطة التشريعية في

¹ كيلالي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 67.
² نفس المرجع، ص 68.

حومة الإغفال التشريعي بصورة واسعة، ذلك لاشتراكهما في مجال وضع القاعدة القانونية⁽¹⁾ بعدما تم الاعتراف للسلطة التنفيذية إمكانية تنظيم بعض الموضوعات باللوائح المستقلة، لأن السلطة القضائية تكاد تنفرد في أغلب الدساتير بمهمة الفصل في المنازعات سواء إدارية أو مدنية، وهكذا ظهرت مشكلة من هو صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع ومن له دور مكمل في ذلك؟⁽²⁾.

ثانيا: عدم الاستقرار السياسي والأمني

تتعلق هذه الحالة بالظروف الاستثنائية التي تتطلب شرعية تتلاءم معها، تركز أساسا على نظرية الضرورة بوصفها نظرية عامة في القانون، حيث تجيز التصرف بطريقة تجافي القواعد الواجب إتباعها في الظروف العامة بقدر ما تتطلبه هذه الضرورة⁽³⁾.

وقد فرضت حالة الضرورة نفسها وعبرت عنها الكثير من النصوص الدستورية والتشريعية في الكثير من الأنظمة القانونية في دول العالم، بالرغم من أنها كانت محل رفض من طرف الفقه

¹ عزاوي عبد الرحمن ، مقالة بعنوان: الرقابة على السلوك السلبي للمشرع : الاغفال التشريعي نموذجا، مرجع سابق، ص 91.

² طرح هذا الإشكال في الفقه الجزائري، خاصة ما أثارته صياغة المادة 122 من الدستور 1996 من جدل لدى فقه القانون العام، فهل وردت المجالات المنصوص عليها في المادة 122 من الدستور على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؟

أجاب الأستاذ مسعود شيهوب بالقول: " أن المجالات المحددة بالمادة 122 من الدستور تبقى من الاختصاص الحصري للقانون ولا مجال لتدخل السلطة التنفيذية إلا على سبيل التعويض (وذلك عن طريق إصدار أوامر فيما بين دورتي البرلمان م 124 من نفس الدستور) أو عن طريق تنفيذ القانون، وقد سار على هذا الرأي أغلبية شراح القانون الدستوري في الفقه الجزائري.

لكن الأستاذ عزاوي عبد الرحمن لا يوافق على هذا الطرح، حيث يعتبر أن التعداد الوارد في المادة 122 هو تعداد حجري لا غير، بمعنى أنها مجالات محجوزة للبرلمان يشرع فيها دون غيره ولا يعد من قبيل الحصر، وكذلك ما تنص عليه المادة 123 من نفس الدستور فهو الآخر غير حصري يمكن للبرلمان التشريع بقوانين عضوية في مجالات أخرى غير تلك المنصوص عليها في هذه المادة، ويستدل في هذا الشأن ببعض المواد المتناثرة في الوثيقة الدستورية والتي جعلت بعض المواضيع من اختصاص البرلمان سواء أن كان تنظيمها بموجب قوانين عادية أو قوانين عضوية وهذا ما يحدده نص المادة⁽²⁾، من هنا يمكن القول أن المجال التشريعي للبرلمان يمكن أن يمتد، لكن فعالية هذا الامتداد حسب الأستاذ jaque moreau مرهون بمدى الحماية المؤمنة لهذا المجال من اعتداء الحكومة.

كذلك صياغة المادة 125 من نفس الدستور التي تنص على أنه: " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون"، فهي الأخرى تثير غموضا في عملية التحديد الدقيق للاختصاص التشريعي التي تتشارك فيها السلطة التشريعية والتنفيذية، وهنا يطرح سؤالا مهما مفاده ما هي المسائل التي لا تدخل ضمن الاختصاص التشريعي للبرلمان؟ ويتعلق الأمر خاصة بالمسائل المسكوت عنها، فهذه الصياغة الغامضة لأحكام الدستور فيما يتعلق خاصة بعملية توزيع الاختصاصات بين السلطات لاسيما السلطتين التشريعية والتنفيذية هي ما تجعل المشرع لا يتعرف على اختصاصه مما يوسع من صورة وقوعه في حومة الإغفال التشريعي.

³ أنظر أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 805.

والقضاء والتشريع⁽¹⁾، وتتعلق هذه الأخيرة بوجود ظروف غير عادية من شأنها قلب الموازين العادية في الدولة، لذلك يجب أن تتكيف سلطات الحاكم واختصاصاته والإجراءات العادية بما من شأنه أن يتناغم مع الوضع الجديد، وهو الأساس الذي استندت إليه فكرة الضرورة لدى الفقه المؤيد لها، بينما اعتبر جانب منه أن هذه الحالة من شأنها أن تكون حجة في يد الحكام للمساس بالنظام الديمقراطي للدولة .

ودون الخوض في آراء الفقه حول هذه الحالة ومبرراتها، فإن أغلب دساتير الدول اعترفت بها وحسنت رأيها فيما يخصها عن طريق وضع الحلول التشريعية والضوابط القانونية المنظمة لهذه الحالة، وتتمثل في حلين، الأول ذي طابع تنفيذي والثاني ذي طابع تشريعي، وهو التشريع في غيبة البرلمان⁽²⁾ - وهو الأمر الذي يهمننا في هذا الصدد - حيث تخول هذه الظروف للسلطة التنفيذية صلاحية إصدار مراسيم لها قوة القانون في المسائل التي تدخل حسب الأصول الدستورية ضمن الاختصاص الحزبي للسلطة التشريعية لمواجهة الأزمة وذلك بسبب بطء الإجراءات التشريعية العادية وقصورها عن متابعة ومعالجة الظروف الاستثنائية، ومحاولة البرلمان التهرب من تحمل مسؤولية هذه الإجراءات أمام هيئة الناخبين، لذلك أوجبت الخروج عن جمود الدستور وحرفية أحكامه والمعايير الشكلية التي تقوم على أساس مبدأ الفصل بين السلطات - وخاصة السلطة التنفيذية والتشريعية- في الظروف العادية، كما أن البرلمانات قد لا تعقد اجتماعاتها بصورة مستمرة، فقد تطرأ الظروف الاستثنائية والبرلمان في حالة راحة، مما يتوجب اتخاذ إجراءات لمواجهة الأزمة وهي من اختصاص السلطة التنفيذية التي يقع على عاتقها المحافظة على النظام العام . ونستدل في هذا الشأن بنص المادة 47 من الدستور المصري لسنة 2014 التي تخول لرئيس الجمهورية صلاحية إصدار تشريعات الضرورة، والمادة 16 من الدستور الفرنسي، المادة 105 من الدستور الجزائري لسنة 2016.

وقد أدى هذا الإجراء إلى رجحان كفة السلطة التنفيذية في ميزان القوى في النظم السياسية على حساب السلطة التشريعية وهذا على النقيض من منطوق التطور التاريخي نحو الديمقراطية⁽³⁾، واعتبر الفقه المبالغة في سياسة التفويض التشريعي - فيما يمثله من تخلي البرلمان عن وظيفته التشريعية لمصلحة الحكومة - اعتداء على مبدأ المشروعية وذلك لاعتبارين أولهما : أن سياسة

¹ أنظر جعفر عبد السادة بهير الدراجي، التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية - دراسة مقارنة - ط 1، دار الحامد، 2008، ص 147.

² جعفر عبد السادة بهير الدراجي، المرجع السابق، ص 152.

³ نفس المرجع، ص 155.

التفويض التشريعي اعتداء على مبدأ سمو الدستور وذلك لأنها تؤدي إلى تعديل أحكام الدستور في ما يقرر من ضوابط وأسس في توزيع الاختصاصات بين الحكومة والبرلمان، وثانيها: أن السماح للحكومة لممارسة التشريع وما يترتب عليه من إمكانية تعديل القوانين وإلغائها يؤدي إلى إهدار مبدأ التدرج النظام القانوني وما يؤدي إليه من خضوع الإدارة للقانون⁽¹⁾.

وقد كان الفقيه الفرنسي "Isman" أول من عارض سياسة التفويض التشريعي مستندا إلى أن السلطة التشريعية هي سلطة منشأة أوجدها الدستور حدد لها اختصاصاتها فهي لا تملك حقا ذاتيا وإنما هي تمارس وظيفة محددة ينظمها الدستور ، لذا لا يحق لها تفويض هذه السلطة إلى غيرها لان فاقد الشيء لا يعطيه⁽²⁾.

من هنا، وبالرغم من أن الحالة الاستثنائية هي حالة نظمتها الدساتير وجعلت لها ضوابط خاصة باعتبارها واقعة مادية توجبها ظروف معينة - بغرض المحافظة على الشرعية الدستورية- إلا أن من شأنها أن تبعث على إحجام البرلمان عن ممارسة اختصاصه الأصلي وهو القيام بمهامه التشريعية، مما سيفسح المجال أمام السلطة التنفيذية للحلول محله في وضع ما يلزم من قوانين وذلك لمعالجة الأزمة⁽³⁾، بكل ما يمكن أن يترتب على هذه الإجراءات والقوانين من المساس بالحقوق الحريات العامة المحمية دستوريا (بمعنى القوانين التي وضعتها السلطة التنفيذية أثناء الأزمة)، فالبرلمان وباعتباره ممثلا للإرادة العامة عند وضعه للقوانين سوف يراعي الحقوق والحريات في الحدود والضوابط الدستورية، لكن بإعمال سلطات الأزمة تحدث عدة انتهاكات لها، خاصة وأن تشريعات الضرورة في منأى عن خضوعها للرقابة، لا لرقابة مجلس الدولة لأن هذه الأوامر هي من طبيعة تشريعية وبالتالي تفلت من رقابته، ولا رقابة المجلس الدستوري لأنه لا يراقب سوى دستورية التشريعات التي يقرها البرلمان، وهو رأي الفقه الفرنسي الذي انتقد مسلك مجلس الدولة الفرنسي ووصفه بأنه قد سجل بطريقة سلبية انتهاك الحريات العامة⁽⁴⁾، حتى الرقابة التي يمارسها البرلمان على هذه اللوائح - لأن غالبية دساتير العالم تخضع تشريعات الضرورة لرقابة البرلمان بقوة القانون- يعتبرها الفقه رقابة ضعيفة ولا يجب التعويل عليها.⁽⁵⁾

¹ لتفاصيل أكثر حول تشريعات الضرورة وضوابطها في التشريع الجزائري، راجع شطاب كمال، حقوق الانسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود، دار الخلدونية، الجزائر، 2003، ص 99.
² جعفر عبد السادة بهير الدراجي، التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية، مرجع سابق، ص 156.
³ عزاوي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع : الاغفال التشريعي نموذجا، مرجع سابق، ص 92.
⁴ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 810.
⁵ عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ،المرجع السابق، ص 239.

الفرع الثاني

أسباب ذاتية تعود لإرادة المشرع

إذا كانت الأسباب الأولى تتعلق في غالبها بالمؤسس الدستوري وكيفية صياغته لمبدأ الفصل بين السلطات، ومدى ونطاق الاختصاص التشريعي للبرلمان، وحالة عدم الاستقرار السياسي والأمني التي تبرر تشريعات الضرورة، فإن هناك أسباباً أخرى يعتبرها الفقه تعود للإرادة الذاتية للمشرع وتؤدي هي الأخرى إلى إجماعه عن ممارسة اختصاصه الدستوري وهو التشريع، وهذه الأسباب تتعلق بما يلي:

أولاً: مدى استعمال المشرع لسلطته التقديرية في وضع القوانين

يتفق الفقه والقضاء على فكرة واحدة، وهي أن الأصل العام أن للمشرع سلطة تقديرية فيما يتعلق بالتشريع، وتظهر هذه السلطة في أن يفاضل بين بدائل وخيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يتغيأه دون أن يفرض عليه طريقاً بذاته يجب إتباعه، أو توجيهها محددًا يتعين عليه التزامه⁽¹⁾، وله أيضاً أن يختار بين التدخل وعدم التدخل وذلك عن طريق سن القانون، وكذلك وقت التدخل، وهذا خلافاً للإدارة المقيدة بمبدأ المشروعية، على أن تمنح لها سلطة تقديرية وهي الاستثناء على حد تعبير الأستاذ سليمان محمد الطماوي⁽²⁾.

فالسطة التشريعية هي التي تضم ممثلي الشعب وبالتالي هي أقدر الهيئات في الدولة على استجلاء المصلحة العامة، وهي إذ تمارس عملية التشريع إنما تفعل ذلك واضعة نصب عينيها مصلحة مجموع الأفراد كما صاغها الدستور وعبرت عنها قواعد، وغيرها من المبادئ الدستورية غير المدونة⁽³⁾.

وتظهر هذه السلطة التقديرية خاصة عندما تمنح مواد الدستور رخصة للمشرع في ضرورة التدخل أو عدم التدخل ذلك بالرغم أن جميع مواد الدستور تتميز بالطابع الأمر، إلا أن الفقه يميز بين درجات وقوة الطابع الأمر، وفي هذا الإطار يمتنع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي فهل يمكن استصدار القانون استصداراً منه؟

يجيب الفقه عن هذا السؤال من خلال نوعية الأحكام التي يصدرها القاضي الدستوري عند معالجته لحالات السلوك السلبي للمشرع وامتناعه عن ممارسة اختصاصه، فلم يكتف القاضي

¹ عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 341.

² سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 478.

³ كيلاي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق 72.

الدستوري بالإعلان عن عدم دستورية السلوك السلبي للمشرع، وإنما توسعت سلطاته ودوره و ذلك من خلال توجيه نداء للمشرع من أجل إتمام واجباته ووظيفته الدستورية، وهو ما اتجه إليه القضاء الدستوري في اسبانيا وايطاليا وألمانيا، وذلك عن طريق إصدار الأحكام الإيعازية والندائية فلا يكتفي القاضي الدستوري بتبيان إجماع المشرع عن التدخل بالتشريع، وإنما القول أيضا أن هذا السكوت أو الإغفال التشريعي غير دستوري ويوجه له إنذارا بالتدخل للتشريع وإلا قضى بعدم دستورية النص التشريعي الضمني، وهو ما سيتم تفصيله في الفصل الثاني من هذا البحث.

ثانيا: عدم تعرف البرلمان على اختصاصه

لئن، كان هذا السبب يبدو غريبا لدى البعض إلا أن البرلمان حقيقة في بعض الأحيان لا يتعرف على اختصاصه، فبالرغم من أن الدساتير المقارنة والدستور الجزائري على غرارها، اعتمدت أسلوب التنصيص على مجالات القانون، بمعنى حجز الموضوعات التي تنظم بقانون تختص بوضعه السلطة التشريعية وهو الأسلوب المعتمد في الدستور الفرنسي لسنة 1958 وذلك في المادة 34 منه، وما تعدى هذه المجالات هو من اختصاص الحكومة طبقا لنص المادة 37، كذلك انتهج الدستور الجزائري في المادتين 140 و141 من الدستور مع إطلاق حرية السلطة التنفيذية طبقا لأحكام م 1/143 منه، وإن كان هذا التنصيص لا يثير إشكالا من الناحية النظرية إلا أن التطبيق العملي قد يكون مختلفا لأن البرلمان قد يتعدى على مجال المخصص للائحة أو العكس⁽¹⁾، أو يكون باتخاذ سلوك سلبي ولا يمارس الاختصاص المحدد له دستوريا وهذا بسبب عدم وضوح اختصاصه وذلك من جانبين:

1- استعمال المؤسس الدستوري بعض العبارات الغامضة : مثال ذلك ما ورد في المادة 140 من الدستور الجزائري من مصطلحات (القواعد العامة والنظام، الشروط، الضمانات) الأمر الذي لا يوحي أن استعمال هذه المصطلحات كان بهدف تجنب التكرار أو أن لكل صيغة أورها معنى معين؟⁽²⁾، فقد يكتفي المشرع بوضع القواعد أو المبادئ العامة ليحيل التفاصيل للسلطة التنفيذية ويكون بذلك وقع في حومة الإغفال التشريعي بطريق ملتوي وقد يتعدى التنظيم العام إلى وضع القواعد التفصيلية ويكون بذلك قد إعتدى على اختصاص السلطة التنفيذية .

2- غموض الحدود بين القانون واللائحة: وهو ما قد ينجم عنه وضعية قانونية خاصة لها قدر كبير من الأهمية والخطورة، لأنها قد تكون محل جدل وتنازع الاختصاص بين البرلمان والحكومة

¹ انظر سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 479.
² كليلي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 73.

وهل هي من مجال القانون أم مجال اللائحة ؟ وكيف تعالج هذه المسائل ومن هي الجهة المختصة بتنظيمها ؟

يتعلق الأمر هنا تحديداً بالمسائل المسكوت عنها، ويقصد بها حسب ما يعرفها الأستاذ عيد أحمد الغفلول : المسائل التي لم يدخلها الدستور لا في إطار الانفراد التشريعي المطلق و لا في إطار الانفراد التشريعي النسبي، بمعنى أنه لم ينص على ضرورة تدخل مجلس الشعب (البرلمان) لتسويتها لا " بقانون " ولا " بناء على قانون " عن طريق وضع القواعد الأساسية والمبادئ العامة لها ثم الإحالة إلى غيره من السلطات أمر تنظيمها بصورة أكثر تفصيلاً.

وقد اختلف الفقه في تصنيف هذه المسائل، بمعنى من هي الجهة المختصة بتنظيمها ؟ يرى الأستاذ عيد أحمد الغفلول أن هذه المسائل هي ضمناً تدخل في إطار الاختصاص التشريعي لمجلس الشعب، والسبب في ذلك هو أن دائرة عمل القانون لا يحددها إلا الدستور، وهذا الأخير لم يمنع المشرع من التدخل بغرض تسوية هذه المسائل، وبالتالي فالمشرع أن يتدخل لتنظيمها وليس للسلطة التنفيذية أن تخالف ما أورده المشرع من تنظيم. ويربط الفقيه هذه المسائل بما قد يستجد في المستقبل ويكون من الواجب على المشرع أن يفرد لها تنظيماً قانونياً أو إدخالها في أحد النظم القانونية القائمة سابقاً، فإدخال هذه المسائل ضمن الاختصاص التشريعي للبرلمان هو إمكانية إلحاقها بإحدى المسائل التي تدخل مسبقاً في إطار الانفراد التشريعي المطلق أو النسبي، بينما اعتبر الأستاذ محمد سليمان الطماوي أن هذه المسائل تدخل ضمناً في الاختصاص التشريعي النسبي للبرلمان من باب الاستدلال ، فإذا لم يحجز الدستور تنظيم مسألة معينة بقانون أو بناء على قانون ولم يدخلها أيضاً ضمن اختصاص السلطة التنفيذية فإن للبرلمان أن يتدخل لتنظيمها، لأنه صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع وفقاً للقواعد العامة، وطالما أن الدستور لم يمنعه من ذلك فالأولى أن ينظمها هو أو يمنع السلطة التنفيذية من التدخل لتنظيمها، لأن دور هذه الأخيرة - في الأصل - ينحصر في تنفيذ القوانين، كما أن مجالات تنظيمها لمسائل ما بداءة وبأحكام جديدة تكون في إطار الحالات التي يحددها الدستور، وخارج هذه الحالات تعد لوائحها باطلة (بمعنى حالة الظروف الاستثنائية) (1).

¹سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص479.

ومثال عن هذه المسائل في الدستور الجزائري نذكر موضوع تنظيم المخالفات، فقد نصت المادة 7/140 على أن: " يشرع البرلمان في المجالات التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية: ...

7- قواعد قانون العقوبات، والإجراءات الجزائية، لاسيما تحديد الجنايات والجرح، والعقوبات المختلفة المطابقة لها، والعفو الشامل، وتسليم المجرمين ونظام السجون "، فقد اقتصر المؤسس الدستوري بالإحالة إلى المشرع بتنظيم صنفين أو درجتين فقط من الجرائم وهما الجناية والجنحة دون المخالفة، فهل معنى هذا أن هذا الأخير لا يختص دستوريا بتنظيم وضبط المخالفات موضوعا وإجراءات؟

أجاب الأستاذ عزاوي عبد الرحمن بالنفي، واستدل في هذا الشأن ببعض القوانين أو حتى التنظيمات التي تتضمن بعض المخالفات وتحيل في عقوباتها وإجراءاتها إلى قانون العقوبات والإجراءات الجزائية، مما يعيد للمشرع من جديد اختصاصه الأصيل في مجال التجريم والعقاب، أحد أهم الموضوعات التي نادى الفقه على الدوام بحجزها للمشرع لاتصالها بحقوق الأفراد وحياتهم وحياتهم الخاصة⁽¹⁾.

كما تدخل أيضا ضمن المسائل المسكوت عنها الموضوعات التي يكتفي الدستور بصياغتها على شكل مبادئ وأهداف عامة، ويوكل للدولة مهمة حمايتها و الالتزام بها دون أن يحدد الجهة المختصة بهذا الالتزام، ما يفهم منه ضمنا أن هذه المسائل تدخل ضمنا في الاختصاص التشريعي للبرلمان باعتباره أكثر ارتباطا بإرادة الشعب وأقدر على استجلاء المصلحة العامة، وهذه المبادئ قد أقرت بهدف حماية المصلحة العامة ولكن لم يحسم أمر تصنيفها ضمن انفرادة التشريعي المطلق أو النسبي، وفي هذه الحالة إما ينظمها المشرع تنظيما دقيقا، أو يكتفي بوضع المبادئ العامة ليحيل التفصيل إلى سلطة التنظيم وهذا كله يدخل ضمن سلطته التقديرية بتنظيمها.

ومن هذه المسائل ما نصت عليه المادة 7 من الدستور المصري التي نصت على قيام المجتمع على التضامن كفالة الدولة لحق التعليم و لطبيعة الالتزام في المرحلة الابتدائية، وما تنص عليه المادة 21 من الدستور الجزائري فيما يتعلق بتنظيم التجارة الخارجية من اختصاص الدولة، ففي هذه المواد لم يحدد المؤسس الدستوري الجهة المختصة دستوريا بهذه الحماية ولا

¹ لمزيد من التوضيحات أنظر عزاوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية- دراسة مقارنة- في تحديد مجال كل من القانون واللائحة، ج 2 في النظام الدستوري الجزائري، دار الغرب للنشر والتوزيع، 2011، ص 73-74.

الوسيلة القانونية لتنظيمها وكفالتها، مما يجعل الأمر محل تنازع بين البرلمان والحكومة لأن موضوع صنع القاعدة القانونية (وهي الأداة القانونية) هو مجال التقاء بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، أو أن تكون الحماية عن طريق القضاء لكن هذا الأخير لا يتحرك إلا في إطار القانون، بمعنى أن هذه الهيئة ليس من مهمتها وضع القاعدة القانونية، وإنما حماية المواطن في إطار هذا القانون، فالدستور في هذه الحالة لم يوجه خطاباً إلى سلطة المشرع لتنظيم الموضوع وإنما يخاطب السلطات العامة في الدولة، وقد توصل الفقه في هذا الصدد إلى خلاصة مفادها : أن مجموعة المبادئ والأهداف التي أعلن عنها الدستور والتي تعتبر من المسائل المسكوت عنها تتميز بوضع قانوني خاص، وبالتالي تستوجب اهتماماً بحثياً ومعاملة خاصين أيضاً، فكلما احتاج الأمر إلى وضعها موضع التطبيق كان لا بد من قانون يسنه البرلمان صاحب الولاية العامة في التشريع، وهذا القانون قد ينظم المسألة بأكملها، وقد يكتفي بوضع الخطوط العريضة لها تاركا للسلطة التنفيذية وضع تفاصيلها الدقيقة، لذلك يمكن القول أن هذه المسائل يمكن أن تدخل ضمن الانفراد التشريعي المطلق أو النسبي، وهذا بحسب تقدير المشرع والمبادرة بتنظيمها، وتكريسها في شكل نصوص قانونية مبنية في أقسام وفصول بعدما كانت مجرد أفكار واردة في خطاب سياسي⁽¹⁾.

المبحث الثاني

الأسباب الثانوية اتساع أو تدرج مستويات الحماية الدستورية

تقوم فكرة الدستورية على إعلاء كلمة وسموه على باقي القوانين التي تليه في المرتبة بحسب النموذج الكلساني، باعتباره من ملامح الدولة القانونية، حيث يحدد الهندسة القانونية لممارسة السلطة السياسية في الدولة ووضعتها في قالب القانون⁽²⁾.

¹ كليلي زهرة، الاغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص75 وما بعدها.
² عبر المؤسس الدستوري عن هذا في ديباجة دستور 2016 " ... فالدستور يجسم عبقرية الشعب الخاصة، ومرآته الصافية التي تعكس تطلعاته، وثمره اصداره، ونتاج التحولات الاجتماعية و العميقة التي أحدثها، و بموافقة عليه يؤكد بكل عزم وتقدير أكثر من أي وقت مضى سموه على القانون.
ان الدستور فوق الجميع وهو القانون الأسمى الذي يضمن الحقوق و الحياة الفردية و الحماية، و يحمي مبدأ حرية اختيار الشعب ، و يضيفي المشروعية على ممارسة السلطة، و يكرس التداول الديمقراطي عن طريق انتخابات نزيهة.
يكفل الدستور الفصل بين السلطات و استقلال العدالة و الحماية الاجتماعية القانونية و رقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية و يتحقق فيه تفتح الإنسان بكل أبعاده..."

فالدستور هو المرآة العاكسة لعبقرية الشعب⁽¹⁾ في الدولة، و العقد الذي ارتضته الجماعة لتخرج من حالة الفوضى إلى مرحلة التنظيم القانوني، ورضاءها على انقسام الجماعة إلى فئتين طبقة حاكمة و طبقة محكومة.

ويعود هذا السمو إلى مضمون القاعدة الدستورية في حد ذاتها، فهي تخص بالتنظيم نظام الحكم في الدولة وطرق ممارسة السلطة فيها، وسلطاتها العامة واختصاصاتها، والحقوق والحريات الأساسية والضمانات القانونية لممارستها في إطار مفهوم الشرعية الدستورية.

وعليه، أصبح وجود عدالة دستورية تسهر على حماية الشرعية الدستورية أمراً حتمياً، حتى وإن واجهنا الانتقادات التي رفضت وجود مثل هذه الهيئة في المؤسسات الدستورية على أساس طريقة تكوينها، فلم يؤمن أحد من الفقه الدستوري القديم بوجود كلمة تملو سيادة كلمة الشعب، خاصة أن هذه الأخيرة غير مسؤولة أمام أي جهة دستورية أخرى، بينما تبقى السلطة الممثلة لإرادة الشعب مسؤولة أمامه.

وبهذه المثابة، فالعدالة الدستورية بررتها سمو الدستور في دولة القانون، فالإيمان بوجود عدالة دستورية جزء لا يتجزأ من التسليم بوجود دولة القانون والحق، فكيف يظهر دور المراقب الدستوري، وما مدى فعاليته في تصويب العملية التشريعية من منطلق رقابته الدستورية؟ وما مدى حرصه على تطبيق القواعد الدستورية نصاً وروحاً؟ ذلك ما نبينه في الجزئيات التالية.

المطلب الأول

اختصاصه المانع برقابة الدستورية

يتميز القاضي الدستوري بخصوصية وظيفية تختلف عن عمل القاضي المدني والإداري⁽²⁾، فهو الراعي الأول للقواعد العليا في الدولة والمسؤول عن عدم مخالفة القوانين المنفذة لإرادة المؤسس الدستوري، فيعد من التزاماته التي تملئها عليه الوظيفة الرقابية الدستورية الفصل بي في تنازع الاختصاص بين السلطات العامة وتحديد السلطات التشريعية والتنفيذية، التي أصبحت تنافسه في الوظيفة التشريعية، ومساعدة السلطة النيابية على ممارسة اختصاصها الدستوري بشكل

¹ الدستورية يعني أن الدستور هو القانون الأعلى و الأسمى في الدولة و أن كل السلطات التشريعية و التنفيذية و القضائية تخضع لأحكامه، فهو الذي يوزع السلطات و يحدد اختصاصاتها، عادل عامر، رقابة المحكمة الدستورية على الصياغة التشريعية، pulpit .alwatan voice.com

² عبد العزيز محمد سالم، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، مرجع سابق، ص 83.

يكفل فعاليتها واحترامها للإرادة الشعبية، عن طريق تقويم وتصحيح أعمالها التشريعية، وأخيرا حماية الحقوق والحريات الأساسية من انتهاك السلطة السياسية .

لقد تطورت فلسفة رقابة الدستورية وكذا دور القاضي الدستوري بحسب الاتجاه الواقعي، من إحلال القواعد الدستورية إلى إثراء هذه القواعد، وضمان فعاليتها، واستمرارها، وانفتاحها نحو المستقبل، وتوسيع مداها، ولا يتأتى ذلك إلا بوجود قضاء دستوري، قادر على إعطاء الفعالية الواقعية للأحكام الدستورية عن طريق ابتداع الطرق والوسائل لتطبيق الوظائف الدستورية في الدولة، والطرق الديمقراطية لممارستها، فلم يعد القاضي الدستوري ذلك القاضي المتخاذل المضمور والمحصور دوره في مراقبة الدستورية، بل تميزت اجتهاداته في ابتداع القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية، ومساعدة السلطات العامة على فهم وظائفها الدستورية وممارستها بطريقة سليمة لاسيما السلطة التشريعية، وهو المسلك الذي انتقده أصحاب الاتجاه الكلاسيكي، في اعتبار القاضي الدستوري أصبح يجمع بين صفة السلطة التأسيسية وسلطة التشريع، على نحو ما سيتم توضيحه فيما بعد.

وقد تساءل الأستاذ Alain Delcomp عن تطور القضاء الدستوري الفرنسي، من دور المراقب لدستورية القوانين إلى دور قاض فعلي، يغامر في تقييم أوضاع محسوسة، ما يتطلب منه قدرة على التقييم والتقدير، تماما كتلك التي يتمتع بها المشرع⁽¹⁾.

فقد أثبت الواقع العملي اتجاه القضاء الدستوري إلى إثراء القواعد والمبادئ الدستورية، والوصول إلى حد ابتداعها فكيف له أن لا يراجع النص التشريعي ويعيد ضبطه بما يتلاءم مع الدستورية من جهة والحاجة التي وضع من أجلها.

وصفوة القول، أنه وإن كانت العلاقة بين البرلمان والقضاء الدستوري قد اتسمت بالحساسية الشديدة، بلغت حدا من المواجهة المكشوفة، فإن أحدا لم ينكر الدور الذي لعبه هذا الأخير في صون وتصحيح الخلل داخل السلطة البرلمانية، وحماية اختصاصها ومساعدتها على ممارسة اختصاصها، وانفرادها به، وحمايتها، وكذا منعها من التنازل عنه لغيرها من السلطات، وتحديد السلطة التنفيذية، عن طريق توسيع نشاطها التشريعي بمجالات كان يحسب أنها لا تحوز صلاحية التشريع فيها، كما رسخ الديمقراطية وحماية الحقوق والحريات الأساسية، كترشيد العملية التشريعية

¹ أشار إليه عصام سليمان، العلاقة بين القضاء الدستوري و البرلمان، www.constitutionnet.org

باعتباره المسؤول عن جودة التشريع على الأقل من الناحية الدستورية، ومنع تعسف البرلمان في سلطة التشريع، وهو ما نوضحه فيما يلي:

الفرع الأول

جودة التشريع

لقد وجهت الكثير من الانتقادات للديمقراطية النيابية أو التمثيلية، لاعتمادها أسلوب الانتخاب في تكوينها، وعدم تحديد الشروط الضامنة لتكوين برلمان كفاء، يستطيع التحكم والأضلاع في الوظيفة التشريعية بما يتلاءم مع القاعدة الدستورية من جهة، والصياغة القانونية الفنية من جهة ثانية .

وعليه، أصبح من ضروريات ترشيد العمل التشريعي إدخال هيئة أخرى ذات كفاءة عالية تهتم بصناعة القاعدة القانونية وتقويمها من كل الجوانب⁽¹⁾، حتى وإن سلمنا أن النص التشريعي هو نتاج مساهمة العديد من المؤسسات الدستورية، بداية من السلطة التنفيذية ثم المناقشة والتصويت داخل غرفتي البرلمان، وإصداره أخيرا من طرف رئيس الجمهورية.

إلا أن حجم هذه المساهمة -لاشك أنه- يختلف من مؤسسة إلى أخرى، فمن المعروف أن الحكومة عند وضعها لمشاريع القوانين سوف تصيغ ما يتلاءم ويتماشى مع إنجاح برنامجها السياسي، لتمديد عمرها ما قد يشكل من خروقات دستورية كبيرة، ثم تأتي مرحلة المناقشة والتصويت في الغرفة السفلى التي تسيرها دائما السلطة التنفيذية، وتسيطر على جدول أعمالها، ناهيك على تكوينها العضوي.

ضف إلى ذلك سيطرة الصراعات نتيجة الانتماءات السياسية والأغلبية البرلمانية الموالية للسلطة التنفيذية، ثم المناقشة على مستوى الغرفة العليا، فزيادة على تبعيتها هي الأخرى للسلطة التنفيذية بسبب سلطة التعيين لأعضائها، يمنع عليها مناقشة أو الاعتراض على النصوص التشريعية التي تم المصادقة عليها، في الغرفة الأولى، والتسليم بغير هذا يعني إعادة مجلس الأمة النص المعدل إلى المجلس الشعبي الوطني ليوافق على هذا التعديل، أو يقدم هذا الأخير تعديلا

¹ محمد حساني منير، توسعة حق اخطار المجلس الدستوري للبرلمانيين تأمين للوظيفة التشريعية، 6 أبريل 2012، ص 7 manifest univ-ouargla.dz

جديدا على تعديل مجلس الأمة، الأمر الذي يتناقض مع نظام الاتجاه الواحد في المناقشة والتصويت والمصادقة على النصوص القانونية الذي أخذ به المؤسس الدستوري الجزائري (1).

وقد سبق وأن رسي المجلس الدستوري على مبدأ عدم أحقية الغرفة الثانية تعديل القوانين المصادق عليها من طرف الغرفة الأولى، وهو اختصاص يؤول بقوة الدستور إلى اللجنة المتساوية الأعضاء على فصل الخلاف بين الغرفة الأولى والثانية بقوله: "...واعتبارا أن الفقرة الرابعة من المادة 120 من الدستور تقرر احتمال حدوث خلاف بين الغرفتين وتضع لذلك تدابير حله، بإسناد مهمة اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف إلى لجنة المتساوية الأعضاء مشكلة من ممثلي غرفتي البرلمان، تجتمع بناء على طلب من رئيس الحكومة مما يترتب عليه أن المؤسس الدستوري لا يقصد على الإطلاق منح مجلس الأمة صلاحية إدخال أي تعديل على النص المعروض عليه للمناقشة خارج الإطار".

وعلى ذلك، أقر بعدم دستورية المواد 63 إلى 68 و المادتين 75 و76 من النظام الداخلي موضوع الإخطار (2).

وبهذه المثابة، يبقى التعويل على دور هيئة الرقابة الدستورية، التي لاشك أنها سوف تركز وترجح الجانب الدستوري للنص التشريعي، دون معالجة وتقدير الحاجة إليه.

وقد عمد المجلس الدستوري في كل مرة التذكير بانفراده برقابة الدستورية ومسؤوليته على التخريج الدستوري السليم للقوانين وعدم مخالفتها لأحكام الدستور نصا وروحا، حيث أقر في احد قراراته بأنه: " - واعتبارا أنه إذا كان من اختصاص المشرع إعداد القانون والتصويت عليه بكل سيادة طبقا للمادة 98 من الدستور فإنه يعود للمجلس الدستوري بمقتضى اختصاصاته الدستورية أن يسهر على احترام المشرع الأحكام الدستورية حين ممارسته سلطته التشريعية..." (3).

وبذلك يكون من صميم رقابته الدستورية تنقيح وتصويب، وحتى إعادة صياغة النص القانوني بما يتلاءم مع الدستورية، حين الفصل في مطابقته للدستور، حيث استطاع من خلال هذه التقنية

¹ رأي الاستاذ بوصيدة فيصل، دور مجلس الأمة في صياغة القوانين /archives/ bouseida faissal drws ,alsyaghte-alqanwny/daw

² رأي رقم 98/04 الموافق ل 10 فبراير 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي لمجلس الأمة للدستور.
³ رأي رقم 97/02 الموافق ل 6 مارس 1997 يتعلق بمطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور.

إنقاذ العديد من القوانين من الحكم بعدم دستورتيتها، من خلال تقديمه لصياغة جديدة لنصوص بعض المواد، ما جعل مسلكه هذا عرضة للانتقاد، كونه يشكل غرفة ثالثة تملو السلطة البرلمانية لا تخضع لأي رقابة.

كما أطلق عليه بعض الفقه صفة المشرع الدستوري، حيث يرى البروفسور Michel Terrier في كتابه " فلسفة القانون " : (أن العضو المكلف بالتفسير يصبح مشرعا للقانون ومشرعا أيضا للدستور، وأنه يضع مبادئ أعلى من الدستور⁽¹⁾)، واعتبره Kelsen مشرعا سلبيا، لكونه له سلطة إلغاء القوانين، وقال عنه غيرهم مشرع مساعد .

أما بالنسبة للصياغة القانونية الصحيحة⁽²⁾ ، فقد وضع الفقه مجموعة من المبادئ والأوصاف التي تقوم عليها، من بين هذه المبادئ عدم مخالفة النص التشريعي للنص الدستوري، فهو من مظاهر الصياغة القانونية غير الجيدة، وهي من أسباب بطلانه إما بجهل هذه المبادئ الدستورية من طرف السلطة التشريعية أو عدم الاكتراث بها .

لذلك يلعب القضاء الدستوري دورا كبيرا في تنقية النص القانوني من شبهة عدم الدستورية وإزالة ما قد يصيبها من عوار وإلا حكم عليه بعدم الدستورية وبالتالي إعدام أثره.

لأن الصياغة القانونية غير السليمة للنص القانوني هي التي توقعه في حماة عدم الدستورية، عندما يعمد المشرع إلى استعمال مصطلحات فضفاضة أو غير واضحة، أو غير دقيقة تحمل عدة معاني، ويأتي عمل القاضي الدستوري ليختار ما هو أكثر دستورية ليؤدي النص القانوني وظيفته.

وكثيرة هي القرارات والآراء التي أعاد المجلس الدستوري صياغة النصوص التشريعية في معرض رقيبته الدستورية، إما بسبب غموضها أو باستعمال مصطلحها لا تفيد المعنى القانوني

¹ بوسيدة الفيصل ، المرجع السابق،ص8.

² الصياغة التشريعية: تحويل المادة الأولية التي تتكون منها القانون إلى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلي على نحو تحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها ويتم عن طريق اختيار الوسائل و الأدوات الكفيلة بالترجمة الصادقة بمضمون القاعدة و إعطائها الشكل العملي الذي تصلح به للتطبيق ، ويطلق الشراح مصطلح الفن التشريعي أو الصياغة القانونية على وضع قواعد سهلة الفهم ميسورة التطبيق متفقة مع مقتضيات العصر الاجتماعية، أنظر عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القاهرة، 1972، ص404.

وتعرف أيضا بأنها: تحويل القرارات الأساسية الخاصة بوضع السياسات إلى خطة تشريعية قصد وضعها في شكل قواعد وأصول قانونية عملية و فعالة وواضحة تسمح بجعل الخطة المرسومة قابلة للتطبيق بنجاح، يحي بوخاري ،آليات إعداد مشروع قانون أو تعديله ،يوم دراسي منظم من طرف مركز البحوث القانونية و القضائية، يوم 15 فبراير 2009 بالجزائر.

الصحيح والحقيقي الوارد في أحكام الدستور، فيقوم بإزالتها واستبدالها بمصطلحات أكثر وفاءا للمعنى الدستوري.

فقد قرر عدم دستورية الصياغة القانونية للمادة الأولى من القانون المتعلق بتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها بسبب الصيغة المفردة الواردة في هذه المادة "اختصاصها" واعتبرها غير مطابقة للمادة 153 من الدستور وأعاد صياغة المادة بقوله "يحد القانون العضوي تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها"⁽¹⁾، لأن العبارة المفردة تحصر وتقضب من حجم الاختصاصات القضائية للمحكمة العليا.

وعدم دستورية نفس العبارة الواردة في المادة 28 من نفس القانون والمحرة كالتالي: "تحدد **كيفية عمل مكتب المحكمة العليا واختصاصاته الأخرى في نظامها الداخلي**"، على أساس أنها توسيع من مجال اختصاص النظام الداخلي للمحكمة العليا، بمنح هذا الأخير سلطة منح صلاحية منح اختصاصات أخرى للمكتب، في حين أن دور النظام الداخلي يكمن في تحديد كيفية العمل وممارسة الصلاحيات الواردة أصلا في القانون العضوي المنظم لعمل المحكمة موضوع الإخطار، والإبقاء على هذه الصياغة هو خرق وخط لمجال القانون العضوي والنظام الداخلي، وتم إعادة صياغة المادة على نحو: "تحدد **كيفية عمل مكتب المحكمة العليا في نظامها الداخلي**".

وفي موضع آخر، قضى بعدم دستورية مصطلح "التشريع" الوارد في المادة 17 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني⁽²⁾، بسبب تنافيه مع السيادة المطلقة للبرلمان في ممارسة الوظيفة التشريعية بموجب أحكام المادة 98 من الدستور، وأضاف إليها كلمة "شؤون" ليصح المعنى القانوني للنص، وإعادة صياغة المادة على النحو التالي "شؤون التشريع والعلاقات مع مجلس الأمة و الحكومة".

كما استبدل كلمة "الدورات" الواردة في المادة 56 من نفس النظام بمصطلح "الجلسات" باعتبار توسيع المجلس الشعبي في إعطاء صلاحيات لنفسه لم يقرها القانون العضوي المنظم للمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة والعلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة، مذكرا إياه

¹ رأي رقم 11/01 الموافق ل6 يوليو 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها للدستور.
² رأي رقم 2000/10 الموافق ل13 ماي 2000 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور.

بضرورة احترام التوزيع الدستوري لمجال القانون العضوي ومجال النظام الداخلي، كما قرر عدم دستورية المادة 59 من نفس النظام لنفس السبب.

بينما حاول المجلس إقرار نوع من الانسجام في أحكام النص الواحد، بحيث ينسج نوعاً من الارتباط بين قاعدتين في ذات النص، وهي من ضروريات فن الصياغة القانونية السليمة أيضاً، حيث أفرغ محتوى المادة 2/20 من القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور⁽¹⁾، لعدم جدواها، بسبب إقرارها لنظاميين داخلين لنفس المجلس، وأعاد تركيبها بقوله: "يحدد النظام الداخلي كليات تنظيم وعمل مجلس الدولة لاسيما عدد الغرف والأقسام ومجالات عملها، وكذا صلاحيات كتابة الضبط والأقسام التقنية والمصالح الإدارية"، بعدما كانت مصاغة في القانون المعروف عليه على الشكل الآتي: "يعد مكتب مجلس الدولة نظامه الداخلي، وتتم المصادقة عليه بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من رئيس مجلس الدولة .

يحدد النظام الداخلي بتنظيم وتسيير مجلس الدولة، لاسيما عدد الغرف، الأقسام ومجالات عملها، وكذا صلاحيات كتابة الضبط والأقسام والتقنية والمصالح الإدارية".

ولا يكتف المجلس الدستوري بإعادة تركيب النصوص القانونية لينطق بدستوريتها فحسب، بل يتجه في أحيان كثيرة لإزالة الغموض عن النص، عندما يستعمل المشرع مصطلحات تقصر من مدى النص أو تحد من فعاليته، لأن الدقة الوضوح في النص القانوني من أهم مبادئ الصياغة القانونية الجيدة، حتى يسهل على المخاطبين به إدراكه وهكذا ضمان فعاليته، وجعله في منأى من المشاكل والشغرات التي قد يثيرها تطبيقه الفعلي.

وعلى هذا الأساس قرر المجلس الدستوري عدم دستورية جزء من المادة 44 من القانون العضوي السالف الذكر، لاحتوائه على غموض من شأنه يمس بتوزيع الاختصاص بين المؤسس الدستوري (السلطة التأسيسية) والمشرع العضوي، وذلك عندما استعمل هذا الأخير عبارة "تأسيس" مجلس الدولة الذي يجد سنده في المادة 153 من الدستور، واستبدالها بكلمة "تنصيب"، وشتان بين اللفظين، لأنه يعد من صميم صلاحيات واختصاصات المؤسس الدستوري إنشاء المؤسسات الدستورية، بينما يعود تنظيمها وتحديد اختصاصاتها من صلاحيات المشرع العضوي، وهكذا أعاد

¹ رأي 98/06 الموافق ل 9 ماي 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور.

صياغة المادة 44 بقوله: " بصفة انتقالية و في انتظار تنصيب مجلس الدولة، تبقى الغرفة الإدارية للمحكمة العليا مختصة للفصل في القضايا المعروضة عليها".

الفرع الثاني

منع التعسف في سلطة التشريع

اعترف بالسيادة البرلمانية في ممارسة الوظيفة التشريعية منذ عصر الفقيه Jean- locke بل سيطرت عليها منذ نشأتها كترجمة لمبدأ توزيع السلطة الذي جاء بها الفقيه Montesquieu⁽¹⁾.

وتتبع هذه السيادة من التركيبة الشعبية للبرلمان، لذلك حظي بالسلطة السامية بين السلطات مهمتها سن القوانين، تليها في المرتبة السلطة التنفيذية، وتتحصر مهمتها في تنفيذ القوانين والمحافظة على النظام العام والأمن⁽²⁾.

وقد حافظت البرلمانات على هذا المركز السيادي في إعداد القوانين لفترة طويلة، باعتبارها السلطة التي تمثل الإرادة العامة للشعب بعد افتكاك السلطة من يد الملوك وتعويضها بسلطة الأمة التي تعبر عن نفسها عن طريق هذا الجهاز، حيث تناقلت الدساتير المعاصرة هذه الأفكار الفلسفية لتحظى بمسميات المبادئ الدستورية التي تقوم عليها دولة الحق والقانون⁽³⁾.

لكن سرعان ما تراجعت هذه الأفكار بسبب الأزمة الاقتصادية 1929، والحرب العالمية الثانية التي غيرت وظائف الدولة من حارس إلى متدخلة، في جميع المجالات الاقتصادية والاجتماعية، تراجعت معه دور البرلمانات، التي لم تعد سلطتها تتماشى والتطور الحديث لمفهوم الدولة التي

¹ مبدأ الفصل بين السلطات الذي اقترن باسمه في كتابه "روح القوانين"، وبالرغم من أنه أهم الركائز الأساسية التي يقوم عليها النظام الديمقراطي إلا أن الأستاذ سليمان محمد الطماوي يرى أن هذا المبدأ لم يعد منه أي فائدة من الناحية العملية نظرا لسيطرة إحدى السلطات على السلطات الأخرى، للاستزادة أنظر محمد سليمان الطماوي، السلطات الثلاثة في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر الإسلامي، دار الفكر العربي، ط6، القاهرة، 1996، ص453. ويعرف النظام الدستوري الجزائري هذه السيطرة منذ نشأة السلطات المستقلة وبقيت هذه السيطرة حية في ظل التعددية الحزبية، حيث تتمتع السلطة التنفيذية و بالأخص سلطة رئيس الجمهورية الذي يجمع هذه السلطات في يده فهو مشرع و قاضي ورجل إدارة، وهي اختصاصات دستورية وليس اعتداء على هذه السلطات.

² أيمن محمد الشريف، الأزواج الوظيفي والعضوي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الأنظمة السياسية المعاصرة، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص19.

³ المادة 7 من الدستور "الشعب مصدر كل سلطة

السيادة الوطنية ملك للشعب وحده"

المادة 8 "السلطة التأسيسية ملك للشعب

يمارس الشعب سيادته بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها

يمارس الشعب هذه السيادة أيضا عن طريق الاستفتاء وبواسطة ممثليه المنتخبين"

أصبحت مؤسسة اقتصادية خدماتية بحثة، تطلب منها اتخاذ إجراءات تعكس هذه الحركية، برز معها دور السلطة التنفيذية التي تعد القادرة للاستجابة لهذه التطورات⁽¹⁾.

وهكذا اتجهت الدساتير إلى تركيز السلطة والقوة بيدها، تلبية للحاجات العامة للأفراد، أدى إلى إعادة النظر في توزيع السلطات، فأبقت الدساتير على الانفراد التشريعي للبرلمانات مع إدخال بعض التعديلات عليه، بحيث ظهرت السلطة التنفيذية كسلطة منافسة له في هذا المحال لتجمع بين سلطة التشريع وسلطة التنفيذ في نفس الوقت، ترجمها دستور فرنسا 1958 في المادتين 34 و37، ثم تناقلتها الدساتير الأخرى لتبقى السيادة البرلمانية مجرد إطار نظري تنص عليه الدساتير كتطبيق للسيادة الشعبية.

لكن انكماش السيادة البرلمانية لم يؤثر على اختصاصه الأصيل في ممارسة اختصاصه بالتشريع، وهي أصالة تاريخية شعبية قديمة، فإذا تراجعت هذه السيطرة والسيادة لا يمكن أن تختفي لأنها من القيم الأساسية التي رسختها الديمقراطية التي تقوم عليها دولة القانون، بحيث يبقى البرلمان صاحب الاختصاص الأصيل في صنع القاعدة القانونية العامة المجردة المنظمة للعيش داخل الجماعة وفقا للملائمات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية بما له من سلطة التقدير والاختيار بين البدائل المختلفة المتزاحمة فيما بينها، وفق تقديره لتنظيم موضوع محدد⁽²⁾.

وإذا بحثنا عن سلطة التقدير والاختيار، سوف نجد أنها مجال ممنوح لكل شخص له سلطة، فالسلطة تعني السيطرة، والسيطرة تعني حرية الاختيار، وعليه فهي ملك للسلطات العامة في الدولة، بحيث تتمتع بقدر من الحرية في التصرف، قد يتسع ويضيق بحسب الأحوال، انطلاقا من نوعية الاختصاص الذي تمارسه وطبيعة عملها⁽³⁾.

فقد تحدث الفقهاء والقضاء عن السلطة التقديرية للسلطة التأسيسية، والسلطة التقديرية للمشرع وكذا السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي، مع الإشارة أن هذه الفكرة اقترنت بالسلطة التقديرية للإدارة في القانون العام⁽⁴⁾.

¹ لوناسي جيجقة، السلطة التشريعية في الدستور الجزائري لسنة 1996، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2007، ص 17.

² عبد المجيد إبراهيم سالم، المرجع السابق، ص 372.

³ محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 26.

⁴ **السلطة التأسيسية:** أو المؤسسة **Le pouvoir constituant** هي السلطة التي تضع دستور الدولة، وتحدد بمطلق حريتها، دون قيد قانوني، من حيث شكل الدولة ونظام الحكم، وحتى الحريات و الحقوق العامة، بالإضافة إلى السلطات

وتختلف درجات التقدير والاختيار بين هذه السلطات، فيتسع مجال التقدير للسلطة التأسيسية في اختيار معالم الدولة من خلال نظام الحكم والسلطات العامة والعلاقة فيما بينها والحقوق والحريات العامة، وتليها سلطة المشرع في الاختيار بين البدائل المتزاحمة المتلائمة مع الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتنفيذية والثقافية للجماعة البشرية، بينما يضيق حجم هذه الحرية لكل من السلطتين التنفيذية والقضائية باعتبارهما آليتين تلتزمان بتطبيق القانون وتنفيذه.

وعليه، تتمتع السلطة التشريعية بحرية واسعة في اختيار التشريع الملائم بين عدة فضائل مطروحة أمامها كلها دستورية، ولكنها تختار الأكثر ملائمة، ولا تخضع في ذلك إلا لسلطانها الذاتية والأحكام الدستورية، حتى وإن فرضنا أن المؤسس حدد لها مسبقاً مجموعة من الضوابط التي يجب عليها التقيد بها، فهي قيود فضفاضة⁽¹⁾، بحيث تمنح لها من الحرية ما يلبي الحاجة إلى التشريع من جهة و التناسب من جهة ثانية .

فالاختلاف بين سلطة المشرع وسلطة الإدارة تكمن في الحرية، فهي الأصل للأول والتقييد هو الاستثناء على عكس الثانية.

وقد ذهب البعض من الفقه إلى القول: " أن الغالب أن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية وهو بصدد تنظيم الحقوق والحريات، وذلك لعدم وجود ضابط محدد وضعه المشرع الدستوري على سلطة المشرع العادي عند تنظيمه لهذه الحريات، وعندما يفرض المشرع الدستوري تلك الضوابط فإنها تتسم بالعمومية على النحو الذي يزيد من سلطة المشرع التقديرية"⁽²⁾، فحتى في ظل وجود الضوابط الدستورية لسلطة التشريع فإنها تبقى على السلطة التقديرية تكاد تستغرق كل جوانب العمل التشريع.

لكن أين تظهر هذه السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع؟

تظهر السلطة التقديرية للمشرع في حرية ممارسة الاختصاص من عدمه، حيث يمكنه أن يمارس سلطة التشريع أو يتمتع عنها، ويندرج ضمن سلطته التقديرية أيضاً الاختيار بين عدة

العامة و اختصاصاتها وكذا العلاقة بينها ، وفقاً للظروف السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية و المثل العليا لذلك يقتضي أن يجئ عمل السلطة التأسيسية عاكساً لتلك الرغبات وإلا استثار رد فعل من أفراد الجماعة مما يؤدي إلى سقوط الدستور بطريق سلني أو ثوري، محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص31 و ما بعدا.

¹ نفس المرجع ، ص32.

² عبد الحفيظ عل الشيمي، القضاء الدستوري و حماية الحريات الأساسية في القانون المصري و الفرنسي، دار النهضة العربية، 2001، ص360.

فضائل تتنافس جميعها لتقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وتدور جميعها في إطار المصلحة العامة لاختيار أحسنها، وأقلها تقييدا للحقوق والحريات العامة، بينما يرى فئة من الفقه أن مضمون السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع تظهر في حرية ممارسة الاختصاص على حسب ما سيأتي شرحه في حينه.

وقياسا على فكرة السلطة التقديرية للإدارة، وكيفية تعامل هذه الأخيرة معها، لاسيما انحرافها وتعسفها في ممارسة اختصاصها، ذهب "العميد السنهوري" إلى التعمق في فكرة كيفية تصرف البرلمانات في اختصاصها التشريعي وسلطتها التقديرية، حيث حاول قياس فكرة الانحراف التشريعي على نظرية الانحراف بالسلطة الإدارية في الفقه والقضاء الإداري بقوله: "الانحراف في السلطة التشريعية يأتي في تقديرنا بمثابة مرحلة تطور ثالثة تتوج مرحلتين سابقتين، تتمثلان في نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، حتى تصورنا تعسف الشخص في استعمال حقه، ثم تصورنا انحراف الإدارة في استعمال سلطتها الإدارية، فما الذي يمنع بعد ذلك من أن يتصور انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعي؟".

أما انحراف القضاء في استعمال سلطته القضائية فقد كفل علاجه نظام القضاء ذاته، إذ يتولى إصلاح الخطأ في القضاء عن طريق الطعن في الأحكام وعدم صلاحية القضاء للحكم وردهم ومخاصمتهم، فالقضاء يتولى الرقابة بنفسه⁽¹⁾.

أما الانحراف بالسلطة الإدارية، فقد استقر القضاء الإداري على أنه استخدام سلطة معينة بواسطة إدارية معينة من أجل تحقيق هدف آخر، غير ذلك الذي من أجله منحت لها هذه السلطة بواسطة القانون، كأن تهدف إلى تحقيق أهداف شخصية غير المصلحة العامة أو تستهدف مصلحة مغايرة لما حدده المشرع لبعض القرارات الإدارية، وفي هذه الحالة يكون الانحراف في صورة مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف⁽²⁾، فالانحراف التعسف في استعمال السلطة لا يكون إلا

¹ عبد الرزاق السنهوري، عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور و الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مقال منشور في كتاب الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، ماهر أبو العينين بدران، دراسة تطبيقية، الكتاب الأول، التطور التاريخي لفكر الانحراف ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة/2013، ص1016.
² للاستزادة حول الانحراف بالسلطة الإدارية، راجع عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية 2001، ص " وما بعدها.

عندما يعترف بالسلطة التقديرية⁽¹⁾، ويغيب هذا الانحراف عندما يحدد القانون للسلطة الإدارية الضوابط القانونية لتصرفاتها، فلا يكون لها إلا سلطة التطبيق والتنفيذ.

إن كيف يظهر الانحراف والتعسف في استعمال سلطة التشريع، وهل يعقل ذلك؟

يجيب عن ذلك العميد السنهوري بقوله: "يستطيع أن ينتقل هذا المبدأ-الانحراف الإداري- إلى نظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية فنقول: أن منطقة هذا الانحراف هي المنطقة التي يكون للمشرع سلطة تقديرية والمشرع في حدود الدستور له سلطة التشريع، فما لم يقيد الدستور بقيود محددة، فإن سلطته هي سلطة تقديرية" ويضيف بالقول: "إذا قسنا الانحراف في استعمال السلطة التشريعية على الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، لقلنا أن المشرع حب أن يستعمل سلطته التشريعية لتحقيق الملحة العامة، لا يتوخى غيرها، ولا ينحرف عنها إلى غاية أخرى، وإلا كان التشريع باطلا"⁽²⁾.

فالانحراف التشريعي بحسب نظريته يقوم على معيارين ذاتي و الآخر موضوعي، إلا أنه لم يسلم كثيرا بالمعيار الذاتي، على أساس أن هذا المعيار ينمو ويتوسع لدى السلطة الإدارية أكثر، عندما يقوم رجل الإدارة باتخاذ قرارات إدارية يسعى من خلالها تحقيق غايات شخصية، كالانتقام أو تحقيق نفع شخصي أو مصلحة ذاتية، لكن من غير المستساغ بأن تثبت هذه النية للمشرع بأن يهدف إلى تحقيق مصلحة شخصية ذاتية، فهو من المفروض يعبر عن الإرادة العامة ويهدف إلى المصلحة العامة، وأن كان يهدف إلى الإضرار بالمواطنين أو إفادتهم فلا يمكن أن يصرح عن ذلك⁽³⁾.

حتى أنه ليس ساذجا أن يصرح عن ذلك مباشرة، بل يحاول إصباغه أهداف المصلحة العامة، كأن يصدر قانون عن المشرع ينهي فيه هيئة قضائية من أجل إنهاء مهام بعض الأشخاص ثم يصدر تشريعا آخر لتكوينها من جديد، فسوف يحتج بمقتضيات المصلحة العامة⁽⁴⁾، وعلى عكس

¹ يقول Montesquieu في وصفه لمبدأ الفصل بين السلطات (لقد أثبتت التجارب أن كل شخص يتمتع بالسلطة يسيء استعمالها، إذا تمادى في هذا الاستعمال حتى يجد حدود توفقه، إن القضية بحاجة إلى حدود لتحقيق عدم إساءة استعمال السلطة يجب أن يكون النظام السياسي قائم على السلطة تحد السلطة).

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 957.

³ لاسيما في التجربة البرلمانية الجزائرية لم يعد هناك توافق بين الإرادة الشعبية والإرادة البرلمانية، بسبب الظروف السياسية والدولية والاقتصادية والاجتماعية حتى الثقافية التي تحيط بهذا الأخير، وسيطرة السلطة القوية على عمله وحريته، رغم الضوابط الدستورية التي تكفل له ذلك، فيما تسعى السلطة التنفيذية إلى تغييبها، وتعد قوانين المالية، والصراع الذي تشهده الكتل المتعارضة في أواخر كل سنة خير دليل على ذلك.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 68.

نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني والتعسف في استعمال السلطة الإدارية التي تبرز فيهما النزعة الشخصية، فسلطة المشرع تسمو بالنزاهة المجردة وتركيبها الشعبي لا يسمح بالتواطؤ على الباطل أو التنكب عن الأغراض الشخصية .

فالمعيار المعتمد في تمييز الانحراف التشريعي هو المعيار الموضوعي، ويظهر في الحالات التالية (1):

1- الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معيار موضوعيا، ويقصد بذلك خاصية العمومية والتجريد التي تتميز بها القاعدة القانونية.

2- مجاوزة التشريع للغرض الذي رسم له، وهذا الفرض صعب الوقوع، لان نادر ما يحدد المؤسس الدستوري أغراض التشريع.

3- يعتبر موضوع الحقوق والحريات العامة الوسط الذي يتعرع وينمو فيه الانحراف التشريعي، فكما هو معروف تقسم هذه الحقوق الدستورية إلى فئتين: حقوق وحريات مطلقة نافذة بطبيعتها، لا تحتاج إلى تدخل تشريعي لتنظيمها ولا يحوز تقييدها، وأخرى تتدرج ضمن الاختصاص التشريعي للمشرع بتنظيمها لتمكين الأفراد من استعمالها، دون أن يكون له الحق في تقييدها أو الإنقاص منها، وتكمن حدود صلاحياته في وضع إجراءات استعمالها ، وبمفهوم المخالفة يعذ التشريع مشوبا بعيب الانحراف التشريعي إذا حرم المشرع استعمال هذه الحقوق أو حد من فعاليتها.

4- احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة أو من غير تعويض، ومثال ذلك عدم رجعية قوانين العقوبات إطلاقا، وعدم رجعية كل التشريعات إلا بنص تشريعي خاص، كأن يصدر تشريع يطيل من مدة التقادم بعد انقضائها في ظل التشريع القديم، أو أن يعفي السلطات العامة من المسؤولية عن أعمال صدرت قبل دور ذلك القانون، فهي تشريعات معيبة بعيب الانحراف التشريعي.

5- مخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التي تهيم على نصوصه، ومصدر هذه القواعد هي روح الدستور فلا يمكن في نظره أن يكون مخالفا للدستور فحسب بل يجب أن يكون غير مخالف لهذه المبادئ، وهي القوانين التي قال عنها "Duguit" أنها: (توجد فوق الدولة وأن تخضع

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 68.

لها كل تشريعات الدولة بما فيها الدستور، و التي تجد مصدرها في النظام الاجتماعي وليست من أرادته (المشرع) (1).

إذن، فالسلطة التقديرية للمشرع التي تعنى بها الفقه الدستوري، وحرص المشرع نفسه على المحافظة والاحتجاج بها، لم تعد سوى فكرة قديمة، أضمرتها اتجاه الأنظمة الدستورية الى تدوين الدساتير، واعتماد الضوابط الدستورية الدقيقة لممارسة وتوزيع الاختصاصات بين السلطات، وفرض نوع من القيود الإجرائية والموضوعية لممارستها.

ضف إلى ذلك، تفعيل الأنظمة الرقابية لاسيما الرقابة الدستورية، وبروز القاضي الدستوري كحارس للدستور من ناحية، والقيم و المبادئ العليا التي تلوه من ناحية ثانية، بواسطة تطويق كل المخالفات التشريعية - ما نطق بها وما سكت عنها - حتى في المنطقة التي يملك فيها هذا الأخير حجما من التقدير.

وان انتقت له كما قال البعض رقابة الملاءمة، إلا أنه حافظ على رقابة الشرعية الدستورية، وفي هذا الإطار يملك سلطة واسعة لا تقيدتها أحكام الدستور نفسها، تطبيقا لمبدأ ما لم يمنع بنص فهو مباح.

كما اعترف له بحماية الحقوق والحريات الدستورية، وحث المشرع الذي يملك سلطة تقديرية على احترامها، وعدم التعامل مع سلطة التشريع على أنها حق، بل وظيفة واختصاص محاط بالعديد من القيود، ويعتبر الإحجام والعزوف عن ممارسته من أهم صور هذه المخالفة، التي تسند إلى السلطة التقديرية للمشرع، فمضمون الحق يختلف عن مضمون الوظيفة، فالحق يقر لصاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، على عكس الوظيفة التي تستنفذ بممارستها ويؤاخذ صاحبها عند الامتناع عن القيام بها، على نحو ما سبقت الإشارة إليه، فالقاضي الدستوري لا يكتفي برقابة السلوك الايجابي للمشرع (سن القوانين)، بل تعدها ليراقب ما لم يصدر عنه أصلا، معتبرا إياها من صور التعسف في استعمال التشريع.

وقد عبرت المادة 112 من الدستور على السيادة المطلقة للبرلمان في إعداد القوانين والتصويت عليها بقولها: " يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين هما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 68.

وله السيادة في إعداد القوانين والتصويت عليه"

وباستقراءها، يظهر أن السلطة المطلقة التي تحدث عنها المؤسس الدستوري في هذه المادة، لا يقصد بها حتما انفراد المطلق بالوظيفة التشريعية، مادام يعترف في نفس الوقت للسلطة التنفيذية بمشاركته أو الحلول محله في ممارسة نفس الاختصاص، إما عن طريق الأوامر التشريعية طبقاً لأحكام م142⁽¹⁾، وتوسيع سلطته بإصدار اللوائح التنظيمية المستقلة في المجالات غير المخصصة للقانون، وفقاً لنص م 143، فما لم يكن من اختصاص القانون فهو من اختصاص السلطة التنظيمية التي تعود لرئيس الجمهورية.

ومادام الأمر كذلك، فالمقصود بالسلطة السيدة التي تنص عنها م 112 السالفة الذكر، هي الاعتراف بالسلطة التقديرية للمشرع في الاختيار بين الفضائل والحلول المتزاحمة لمعالجة مسألة ما، ولا يحكمه في ذلك إلا الضوابط التي يملئها عليه الدستور، والإرادة الشعبية باعتباره قد أخذ

¹ المادة 142: "الرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد رأي مجلس الدولة..." وبمقارنة هذه المادة مع نظيرتها المادة 124 في نفس الدستور قبل التعديل الأخير، والتي كانت تنص على أنه "لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان..." يظهر أن سلطة رئيس الجمهورية في إصدار الأوامر ذات الطبيعة التشريعية سلطة واسعة لا يحدها سوى ضوابط إجرائية وليست موضوعية وهي ثلاث تتمثل: 1- ضابط زمني يتعلق بعطلة البرلمان 2- ضابط سياسي هو شغور المجلس الشعبي الوطني، 3- حصول هذه الأوامر على موافقة البرلمان في أول دورة لها. بينما قيدت المادة 142 من دستور 2016 سلطة رئيس الجمهورية في إصدار الأوامر التشريعية، بما عبرت عنه عبارة "في مسائل العاجلة"، ما يجعل التساؤل هل سلطة رئيس الجمهورية في إصدار الأوامر التشريعية تبررها عطلة البرلمان وشغور المجلس الشعبي الوطني فقط، أم ضرورة توفر حالة الاستعجال في الحالتين السابقتين ليثبت الاختصاص لرئيس الجمهورية بهذه الصلاحية؟،

إن الإجابة بنعم أمر محمود، لأنه يشكل حد لسلطة رئيس الجمهورية في إصدار الأوامر التشريعية، مما يجعله مضطراً لإثبات حالة الاستعجال التي جعلته يمارس هذا الاختصاص، وهو نوع آخر من الرقابة التي سوف يمارسها البرلمان على السلطة التنفيذية.

لكن رأي المجلس الدستوري 18/ المتعلق بمجلس الدولة خيب الآمال، حيث اعتبر سلطة تقدير حالة الاستعجال ملك لرئيس الجمهورية وحده، وذلك عندما فسر حالة الاستعجال التي تضمنتها المادة 142 السالفة الذكر بقوله: "اعتبار المادة 38 من القانون العضوي موضوع الاخطار تنص على: "تدرس اللجنة الاستشارية في أقصر الأجل، مشاريع الأوامر ومشاريع القوانين في الحالات الاستثنائية، التي ينيبها الوزير الأول على استعجالها"

-واعتبار أنه قد يفهم من صياغة هذه المادة أن التنبيه بالاستعجال من طرف الوزير الأول يشمل مشاريع الأوامر ومشاريع القوانين معاً، في حين أن مشاريع الأوامر تتعلق بطبيعتها بالمسائل المستعجلة بالنظر إلى أحكام المادة 1/142 من الدستور التي تخول لرئيس الجمهورية إمكانية التشريع بأوامر في المسائل العاجلة.

-واعتباراً أن تقدير الطابع الاستعجالي بشأن الأوامر من صلاحية رئيس الجمهورية دون سواه، وأن التنبيه بالاستعجال من طرف الوزير الأول في الحالات الاستثنائية يخص مشاريع القوانين فقط،
-واعتباراً بالنتيجة أن المادة 38 من القانون العضوي موضوع الإخطار مطابقة للدستور شريطة مراعاة التحفظ التفسيري المشار أعلاه..."

بالإضافة إلى قيد آخر، وهو ضرورة عرض هذه الأوامر على مجلس الدولة، الذي يشكل مظهراً آخر لرقابة القاضي الإداري على القرارات الإدارية (الأوامر)، بالرغم من عدم وجود طعن قضائي فيها، ما يشكل ضماناً أخرى من الضمانات الدستورية للحقوق والحريات الدستورية ذلك أن هذا النوع من الأعمال الإدارية لا يخضع لرقابة القاضي الإداري نظراً لطبيعتها التشريعية التي تولد بها، طبعاً يبقى هذا كلام نظري لا يعكس الواقع السياسي.
المادة 143: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون"

عهدا على نفسه أن يكون وفيًا لثقة الشعب، وتطلعاته السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية في الماضي والحاضر، وحتى الآمال التي يطمح إليها.

حتى وإن سلمنا أن القوانين تكون دائماً مبادرة حكومية - رغم امتلاك هذا الأخير هذه الصلاحية - إلا أن عمليتي المناقشة والتصويت ثم المصادقة عليها، تكون وفقاً للملائمات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، التي يحرص البرلمان أن يضمنها القوانين، والتي هي في الأخير ليست نتاج خالص عنه، فهو لا يلبي الحاجة إلى التشريع وليس له السلطة المطلقة في اختيار وقت التدخل أو الامتناع عن التدخل - وهو جوهر سلطة التقدير - إلا أنه له الموافقة أو رفض الحلول التي اقترحتها الحكومة، وفقاً لما يخدم مصلحتها. إذن حتى في غياب إحدى أوجه التقدير يبقى المشرع يحافظ على جزء منه، بالرغم من محاولات السلطة التنفيذية السيطرة على سلطته.

وقد ظل المجلس الدستوري يؤكد على هذه السلطة في الكثير من قراراته، فقد عبر عن حرية المشرع في الاختيار بين الحلول المتميزة منذ بداية اجتهاداته، وقضى في أحد قراراته بذلك بقوله: "...واعتباراً أنه إذا كان لا يعود للمجلس الدستوري أن يحل محل المشرع في تقديره لمدى اختيار النسب سواء عند تنصيبها أو تطبيقها ليس من شأنه تقليص حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة و أنها لا تشكل عائقاً قد يحول دون مشاركتها الفعلية في الحياة السياسية..."⁽¹⁾.

كما قرر في قرار آخر له بأحقية المشرع في تحديد واحتساب التعويضات الشهرية لعضو البرلمان، معتبراً ذلك من مظاهر سلطته التقديرية، وأكد على عدم حلوله محل هذا الأخير في مجاله التقديري، في رأيه رقم 98/04 الصادر في 13 يونيو 1998، المتعلق بالنظر في الطعن في دستورية بعض المواد الواردة في القانون المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان. معتبراً عن ذلك بقوله: "...واعتباراً أنه إذا كان ليس من اختصاص المجلس الدستوري أن يحل محل المشرع في اختيار طريقة حساب التعويضات، إلا أنه يعود له أن يتحقق من تطبيق طريقة الحساب المعتمدة لا تفضي إلى المساس بمبدأ المساواة".

ويضيف " واعتباراً أنه إذا كان تحديد الأساس المرجعي لحساب التعويضات الأساسية الشهرية الممنوحة لعضو البرلمان يخضع لتقدير المشرع فإنه يعود للمجلس الدستوري أن يتبنى الأحكام

¹ رأي م ج د رقم 11/05 المؤرخ في 22 ديسمبر 2011 يتعلق بمطابقة القانون العضوي الذي يحدد كيفية توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة للدستور.

الواردة في المادتين المذكورتين أعلاه التي تقر تعويضين أساسيين لا تبين وضعاً تمييزياً بين أعضاء البرلمان".

إلا أن إصراره المستمر على السلطة التقديرية للمشرع، واعتبارها من الحدود التي يُمنع عليه المساس بها أو الاعتداء عليها، ومد رقابته إليها، لم يغل يده على إقرار نوع من الحدود على العمل التشريعي إذا كان فيه مساس بالحقوق والحريات الدستورية، وهو ما أطلق عليه التعسف في سلطة التشريع، بشكل يقيد ويضيق، وحتى يصادر الحريات التي اعترف بها المؤسس الدستوري للمواطن الجزائري، فحرصه الدائم على تطويق المخالفات التشريعية التي تحد من ممارسات هذه الحريات جعله يتبنى مسلكاً بديلاً كرقابة دنيا على المنطقة التي يتقرر فيها للمشرع سلطة تقديرية واسعة، فحتى في هذه المنطقة لا يفلت المشرع من رقابة الدستورية.

وقد قرر في رأيه رقم 01 الصادر في 6 مارس 1997 يتعلق بمراجعة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية بأنه: "...واعتباراً أن الالتزامات والواجبات الأخرى، التي للمشرع أن يقرها لإنشاء أحزاب سياسية، كما تنص عليها الفقرة الأخير من م 42⁽¹⁾ من الدستور، لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تقرر على ما منعه الدستور صراحة من تمييز، بل أن تدخل المشرع خاصة في مجال الحقوق والحريات الفردية والجماعية يجب أن يهدف إلى ضمان ممارسة فعلية للحق والحرية المعترف بهما دستورياً".

وانتقد سلوك المشرع في هذا القانون، عندما حاول وضع شروط جديدة من شأنها التضيق من ممارسة الحق في تكوين حزب سياسي، بما يخالف الشروط الواردة في الدستور مسبقاً مما يشكل تعسفاً في استعمال سلطته في التشريع، ما يعد اختراقاً جسيماً للأسس الدستورية، بقوله: "...أ- بخصوص ما تشترطه المادة 3 من هذا الأمر، من عدم استعمال الحزب السياسي للمكونات الأساسية للهوية الوطنية بأبعادها الثلاثة، وهي الإسلام والعروبة واللامازيغية لإغراض سياسية، وبخصوص ما تشترطه المادة 13 من هذا الأمر من الأعضاء المؤسسين لحزب سياسي أن يكونوا حاصلين على الجنسية الجزائرية المكتسبة منذ 10 سنوات على الأقل، وما تشترطه في الأعضاء المؤسسين للحزب من إقامة منتظمة على التراب الوطني.

¹ تنص المادة 42 من دستور 1996 على العناصر التي تتنافى مع أسس تكوين حزب سياسي في النظام الدستوري الجزائري بقولها: "...وفي ظل أحكام الدستور لا يجوز تأسيس الأحزاب السياسية على أساس ديني أو لغوي أو عرقي أو جنسي أو مهني أو جهوي ولا يجوز للأحزاب السياسية اللجوء إلى الدعاية الحزبية التي تقوم على العناصر المبينة في الفقرة السابقة"

-اعتباراً أن هذه الأحكام قد وضعت شروطاً يكون أثرها تضييق حق إنشاء الأحزاب السياسية الذي يعترف به ويضمنه الدستور في الفقرة الأولى،

-واعتباراً أن الفقرة الثانية من المادة 42 من الدستور قد وضعت القيود التي يتعين الالتزام بها في ممارسة حق إنشاء الأحزاب السياسية والتي لا تمت بأية صلة للشروط المذكورة أعلاه".

فالقانون وباعتباره الأداة التنفيذية للنص الدستوري يجب أن ينطوي دوره على إجراءات وكيفيات تطبيق المبادئ الدستورية، لاسيما الحقوق والحريات، التي لم يعد الاكتفاء بتنظيمها فقط، وإنما يلتزم بتفعيلها ومساعدتها على النمو داخل الدولة ويعد القانون الوسيلة الوحيدة لإنجاح هذه العملية، ليس إفراغها من محتواها وإضافة قيود لم يتبناه النص الدستوري أصلاً.

كما قضى بعدم دستورية كلمة "فئوي" الواردة في نفس القانون، في رأي آخر⁽¹⁾، واعتبرها توسيع للأسس المحظورة والمحصورة الواردة في المادة 8 وبالتالي تعسف في السلطة التقديرية الممنوحة له في تحديد الضوابط القانونية في تأسيس حزب سياسي، بقوله: "لا يجوز طبقاً لأحكام الدستور تأسيس أي حزب سياسي على أساس ديني أو لغوي أو عرقي أو جنسي أو فئوي أو مهني أو جهوي، كما لا يمكنه اللجوء إلى الدعاية الحزبية استناداً إلى هذه العناصر".

كما يظهر المشرع متعسفاً في سلطة التشريع، عندما يمنح لنفسه صلاحيات غير تلك الواردة في الدستور، لتقوية مركزه أو توسيعاً لسلطته ما يشكل تضييقاً أو تقييداً أو اعتداءً على سلطة أخرى، بحيث يبرز المجلس الدستوري كحارس لمواجهة سلطة المشرع، بالرغم أنه يعبر عن الإرادة العامة إلا أنه ليس كل ما ينطق به المشرع يعبر عن إرادة أفراد الشعب، فقد عرف أن البرلمان للجزائري ضعفاً وعزوفاً كبيراً ليس في عدد القوانين المصوت عليها، وإنما مضمونها فقد كانت شبه قطيعة بين الإرادة الشعبية والبرلمان، حتى وإن سلما بوجود الرقابة الشعبية، إلا أنها رقابة لا يعول عليها إذا ما قورنت بحجم الرقابة التي يباشرها القاضي الدستوري.

في حين يتنامى ويبرز دوره ليتخطى موضوع حماية الحقوق والحريات الدستورية ليشمل حماية السلطات من بعضها البعض، بحيث يشكل صورة أخرى للتعسف في سلطة التشريع، يخل بمبدأ

¹ رأي م ج د 12/01 الصادر في 8 يناير 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور.

التوازن السياسي بينهما، إيماننا منه بمبدأ الفصل بين السلطات الذي يعود الفضل إليه في إقامة قواعده في النظام الدستوري الجزائري .

فقد قضى بعدم دستورية المادة 8 من القانون العضوي الذي يحدد توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة عندما نصت على أنه: "تقدم الحكومة أمام البرلمان تقريراً تقييماً حول مدى تطبيق هذا القانون العضوي، عقب كل انتخاب للمجالس الشعبية البلدية والولائية والبرلمان"، معتبراً أن إلزام الحكومة بتقديم هذا التقرير التقييمي للبرلمان، توسيع لأنماط الرقابة السياسية والوسائل الدستورية والقانونية التي يمارسها البرلمان على أعمال الحكومة، وفق الشروط والإجراءات الدستورية المقررة، والتي يكون الهدف منها حماية حقوق وحرّيات المواطنين، وكذا المصالح العليا والحيوية للدولة والمجتمع من كافة مخاطر البيروقراطية والفساد السياسي والإداري وهذه الوسائل المذكورة على سبيل الحصر في المادة 113 من الدستور والتي تنص على أنه: "يراقب البرلمان عمل الحكومة وفقاً للشروط المحددة في المواد 94، 98، 151 و 152 من الدستور .

يمارس المجلس الشعبي الوطني الرقابة المنصوص عليها في المواد 153 إلى 155 من الدستور" ولا يدخل هذا النمط من الرقابة -التقرير التقييم- من سبيل أو إجراءات هذه الرقابة.

المطلب الثاني

تفادي الحكم بعدم الدستورية

لا تخرج الأحكام والقرارات التي ينطق بها القاضي الدستوري عند ممارسته لرقابته الدستورية عن أحد الأمرين لا ثالث لهما: فإما أن يحكم بدستورية النص التشريعي محل الرقابة، وهذا لا يثير أي أشكال، أو أن يحكم بعدم دستورية النص القانوني، بحيث يفقد أثره وقوته من يوم النطق بعدم دستوريته إذا كان نافذاً، أو يعطل ويعترض ميلاده قبل صدوره أصلاً .

وهذا الحكم سلاح ذو حدين: بحيث يمس بقرينة الدستورية التي تتمتع بها النصوص التشريعية، كما أنه يتعرض للسلطة المشرع التي عرف عنها أنها لها حساسية بسبب رقابة المعين على عمل المنتخب المعبر عن الإرادة العامة، وبالتالي نحاول أن نوضح القيود الواردة على سلطة القاضي الدستوري في النطق بعدم دستورية القوانين (الفرع الأول)، ثم الحلول المبتكرة لتفادي الحكم بعدم الدستورية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

القيود الواردة على سلطة القاضي الدستوري للنطق بعدم دستورية القوانين

كثيرة هي القيود التي ترد على سلطة القاضي الدستوري لكي يحكم بعدم دستورية النصوص القانونية التي تعرض على هيئته، كالسلطة التقديرية للمشرع والتي سبق وأن أشرنا لها في هذه الرسالة، بالإضافة إلى القيود التي تتعلق بقرينة الدستورية التي تتمتع بها النصوص التشريعية منذ ميلادها وكذا حساسية العلاقة بين سلطة معينة وأخرى منتخب أو اصطدام إرادة المعين بإرادة المنتخب المعبر عن الإرادة العامة، نوضحها على النحو التالي:

أولاً: المساس بقرينة الدستورية

تعد قرينة الدستورية⁽¹⁾ من أهم الضمانات التي تتمتع بها الأعمال التشريعية الصادرة عن البرلمان، في مواجهة رقابة الدستورية التي تملك سلطة إلغائها⁽²⁾، ومن ضمانات تحقيق الأمن القانوني في المجتمع، حتى أنها الأساس الذي يحقق استقلالية السلطة التشريعية، وتمتعها بسلطة

¹ **القرينة لغة:** تعني الصلة أو الربط، أي ربط الشيء بالشيء، أي وصله، كما تعني المصاحبة والمقاربة والالتصاق، ابن منظور، لسان العرب، المجلد 13 ط 1990، ص 366. أما في المفهوم القانوني: فقد عرفها المشرع الفرنسي في المادة 1349 من القانون المدني بقوله: (النتائج التي يستخلصها القانون أو القضاء من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة). بينما عرفها الفقه على أنها: افتراض تحقق أمر معين إذا تحقق أمر آخر على أساس أنه يغلب أن يتحقق الأمر الأول إذا تحقق الأمر الثاني، فالأمر لا ينصب على الواقعة المراد إثباتها، وإنما على واقعة أخرى متصلة بها اتصالاً بحيث يعتبر إثبات الواقعة البديلة إثباتاً للواقعة الأصلية وذلك عن طريق الاستنباط. لذلك فالقرينة تتطوي على استبدال محل آخر في الإثبات بالمحل الأصلي. وكتعريف جامع للقرينة يمكن القول بأنها دليل أو نتيجة يمكن الوصول إليها من خلال عملية الاستنباط المبني على وجود واقعة ثابتة ومتفق عليها من أجل إثبات واقعة أخرى مجهولة أو غير ثابتة للاستزادة أنظر عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2001، ص 237.

أما قرينة الدستورية فهي من ابتداع المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، وقد أخذت بها في مرحلة مبكرة من تاريخها، فأعلن القاضي Chasse عام 1796 أنه لا يمارس سلطة الرقابة إلا في المناسبات الواضحة وضوحاً تاماً، وغير مارشال عن نفس المبدأ مشيراً إلى أنه أصبح من المقررات التي تجري عليها المحكمة - في تناولها المشكلة الدستورية- أنها تقضي بعدم دستورية القانون في ظروف يحوطها الشك، عبد العزيز محمد سالم، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، دار الفكر العربي للمطبوعات القانونية، ط 2011، ص 244. ² تنص المادة 191 من دستور 2016- "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصاً تشريعياً أو تنظيمياً 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 ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري".

وما يلاحظ من مضمون هذه المادة أن المؤسس الدستوري ميز بين تاريخ سريان قرار المجلس الدستوري إذا ما كان صادراً بناء على طعن سياسي، وقراراً صادراً بناء على طعن قضائي، وعليه نميز بين أثرين هما:

1- **الإلغاء المباشر أو الآلي** بمجرد صدور قرار المجلس بإلغائه .
2- **الإلغاء غير المباشر:** والذي يكون بحسب تاريخ السريان الذي يحدده المجلس، وقد أحسن المؤسس الدستوري عندما أعتمد هذا التمييز، الذي يعود سببه أن القوانين في الحالة الأولى فإما أن تكون مازالت لم تطبق بعد فهي لا تتعدى وصف مشاريع القوانين، أو أنها نفذت، ولكنها لم تمس بالحقوق الحريات الفردية للمواطن. بينما في الطعن الثاني و هو القضائي فيكون حكم الإلغاء ماساً بالحقوق المكتسبة لذلك يكون التاريخ الذي يحدده المجلس لسريان قراره مواجهاً للحقوق المكتسبة، وعليه فهو يمسك بيده ميزاناً دقيقاً الدستور من جهة واحترام الحقوق المكتسبة من جهة ثانية.

الملاءمة في اختيار التشريع الأصل لممثلي الأمة، لمواكبة التطورات وتلبية الحاجات العامة للتشريع.

وتعرف على أنها الخلاصة أو النتيجة التي يتوصل إليها المشرع الدستوري من أجل إضفاء صفة الدستورية على القانون من النواحي الموضوعية والشكلية، والتي يتوجب أن يأخذها القاضي الدستوري بالحسبان عند تعرضه للنظر أو البت في الطعون الدستورية⁽¹⁾.

وقوام هذه القرينة هو التزام السلطة التشريعية غيرها من السلطات بأحكام الدستور⁽²⁾، وعليه فكل ما يصدر عنها من قوانين صحيح يوافق الإرادة الدستورية⁽³⁾، وفي الحدود التي رسمها وحددها له هذا الأخير، فهذه السلطة ليست بالساذجة التي تجعلها تخالف أحكام الدستور، فالتوافق يولد من فكرة أن الدستور هو في الأخير المرآة العاكسة للإرادة العامة التي هي في الأخير من يعبر عنها البرلمان، فلا يمكن أن نتخيل وجود تعارض بين الإرادة الدستورية والإرادة التشريعية .

وإعمالاً لهذه القرينة ذهب القضاء الدستوري المقارن الى تقييد سلطة القاضي الدستوري في النطق بعدم دستورية النص التشريعي محل الرقابة بقاعدة الخطأ البين أو الواضح، احتراماً للإرادة العامة للأمة التي يعبر عنها البرلمان تكريماً للديمقراطية⁽⁴⁾.

إذن، يكون القاضي الدستوري حريصاً عندما يقضي بعدم الدستورية، ولا يقضي بذلك إلا إذا بلغ الخطأ حداً من الجسامة ارتكبه المشرع، يظهر للعيان وبدون الحاجة إلى خبير مجرب، حتى في الحالة التي يتمتع بسلطة تقديرية، ومن الأخطاء الواضحة التي نستدل بها في هذا الموضوع، هدر مبدأ المساواة المكرس دستورياً، أو حق الدفاع، كأن يسن قانون يخالف هذا المبادئ التي تتدرج في المخالفات الموضوعية، كما أن هناك مخالفات إجرائية أو شكلية التي تمس بالإجراءات التي يضعها له المؤسس الدستوري لممارسته اختصاصه الدستوري كأن تحوز القوانين على موافقة نصاب معين، أو تعرض لرقابة الدستورية.

1 عيد حمد الحسبان، قرينة الدستورية، مجلة الشريعة و القانون، جامعة المارات العربية المتحدة، أكتوبر 2011، ع48، ص4.

2 عيد حمد الحسبان، المرجع السابق، ص6.

3 عبد العزيز محمد سالم، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، ص241.

4 وفي هذا الصدد يقول بدوي حمودة أول رئيس للمحكمة العليا في مصر: "أن المحكمة التزمت في رقابة دستورية القوانين الأصول والضوابط التي استقرت في أعرق الأمم وأسبقها إلى الأخذ بهذا النظام، و أول هذه الضوابط قرينة الدستورية لمصلحة القوانين- التي تعني الأصل- فيما يصدر عن الهيئة التشريعية من قوانين أنها صادرة في ضوء الدستورية، ومن ثم يجب على القاضي أن يلاحظ هذا الأمر فلا يخرج على مقتضى هذه القرينة"، أورده عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، 1998، ص140.

وقد سبق وأن تعرض المجلس الدستوري الجزائري للأخطاء الموضوعية التي يرتكبها المشرع عند القيام بصلاحياته بالتشريع، عند تنظيمه مسألة لا تندرج ضمن مجاله الدستوري بسبب غموض أحكام الدستور نفسها أو لأنها ليست ذات طبيعة تشريعية، كاعتدائه على سلطة التأسيس، مخالفاً بذلك قواعد توزيع الاختصاص بين السلطات التي تعد من النظام العام الدستوري بقوله: "... واعتباراً أن المؤسس الدستوري قد حدد بعض اختصاصات مجلس الدولة وأحال تحديد اختصاصات أخرى لمجال القانون العضوي .

-اعتباراً أن هذا التوزيع الدستوري للاختصاصات يهدف إلى تحديد صارم لمجال اختصاص كل من المؤسس الدستوري ومجال اختصاص المشرع العضوي"⁽¹⁾، وبعد خطأ بيننا عندما لا يميز المشرع بين فئات القوانين نفسها."

ثانياً: حساسية العلاقة بين السلطة التشريعية وهيئة رقابة الدستورية

تتسع فجوة الصراع والنزاع بين السلطة التشريعية المنتخبة المعبرة عن الإرادة العامة، وهيئة رقابة الدستورية المعينة أكثر عندما تكون هذه الأخيرة ضمن هيكل السلطة القضائية، مما يهدم كل المبادئ الدستورية التي رسخت في الثقافة السياسية للأنظمة الدستورية، لاسيما مبدأ الفصل بين السلطات، وهذا حتى وإن كانت هذه الهيئة سلطة دستورية مستقلة -كما هي الحال للمجلس الدستوري- حيث أثبتت التجارب احتدام الصراع بين المشرع وهيئة الرقابة الدستورية، من منطلق أن هذه الأخيرة أوجدت في الحقيقة كهيئة مثبطة للسلطة التقديرية الواسعة للمشرع وهو ما شهدته فرنسا، وأطلق عليه الفقه آنذاك بالدكتاتورية البرلمانية⁽²⁾ .

وقد شهد النظام الدستوري الجزائري هذا النوع من الخلاف، خاصة عند رقابة المجلس الدستوري للأنظمة الداخلية للبرلمان والقوانين الخاصة بأعضاء البرلمان، وذلك عندما قضى بعدم أحقية مجلس الأمة في تعديل النظام الداخلي المصوت عليه وجمده، حيث أعلن عدم دستورية المواد 63 و68 و75 و76 من النظام الداخلي لتعارضها مع مقتضيات المادة 120 من الدستور التي أقرت سلطة المجلس الشعبي الوطني في مناقشة مشاريع واقتراحات القوانين والتصويت عليها ثم تعرض على مجلس الأمة للمناقشة و التصويت عليها، وفي حالة التعارض أو الخلاف بين الغرفتين، يحل الخلاف للجنة المتساوية الأعضاء لإزالة التعارض والوصول إلى حل توفيقي، وكان

¹ رأي م ج د رقم 11/02 الصادر في 6 يوليو 2011 السابق الذكر.
² بوكرا ادريس، المرجع السابق، ص9.

قصد المؤسس الدستوري من إدراج هذه المادة هو منع مجلس الأمة من إدخال أي تعديل أو إضافة على مشروع القانون⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الحلول المبتكرة لتفادي الحكم بعدم الدستورية

بناء على هذه الحثيات، وحتى لا يكون القاضي الدستوري آلة للاعتراض على صدور القوانين، أو معطلا لنفاذها وإغائها، حاول هذا الأخير إيجاد بعض الحلول والتقنيات، يمكن القول عنها أنها حلول لمساعدة المشرع للوصول الى الصياغة القانونية الفنية الواضحة والشاملة والدستورية للنصوص القانونية، قبل أن تصبح نافذة، وترتب حقوقا ومراكز قانونية يصعب تداركها بعد نفاذ القوانين، متأثرا في ذلك بتجارب القضاء الدستوري المقارن وأساليبه في التعامل مع الطعون الدستورية، وكيف حاول التوفيق بين عدم التعرض للوظيفة التشريعية واحترامه للإرادة الدستورية من جهة، والقيام بوظيفته الرقابية على أكمل وجه من جهة ثانية. ومن هذه الحلول :

1- توسيع نصوص المرجعية الدستورية (الكتلة الدستورية).

2- اللجوء الى تقنية التصدي لتوسيع سلطته الرقابية واختصاصه.

3- إعمال تقنية التفسيرات التحفظية، وكذا التفسيرات الإنشائية باختلاف أشكالها كوجه حديث يعكس سياسة القضاء الدستوري في المشاركة في العملية التشريعية، عن طريق إصلاح النصوص التشريعية من العوار الذي يصيبها بدلا من النطق بعدم دستورتها، وسوف نعالج هذه النقطة في حينها⁽²⁾.

أولا: توسيع نصوص المرجعية الدستورية

يقوم منهج عمل القاضي الدستوري عند قيامه برقابة الدستورية على الموازنة بين مسألتين: النص التشريعي في كفة والنص الدستوري في كفة الثانية، بحيث يستخلص مضمون النص التشريعي ليطباقه مع ما استوحاه من مضمون النص الدستوري ليوافق بين الإرادتين، إرادة المشرع وإرادة المؤسس الدستوري.

¹ رأي م ج د بخصوص النظام الداخلي لمجلس الأمة رقم 98/04 الصادر في 10 فيفري 1998 .
² الباب الثاني من هذه الرسالة.

لكنه لم يعتمد على أحكام الدستور الجامدة الواردة في الوثيقة الدستورية في هذه العملية، بل اقتضت العدالة الدستورية أو الشرعية الدستورية تنمية هذه الأحكام وتطويرها للتجسد في مجموعة من المبادئ العليا والقواعد العامة، منحها هذا الأخير القيمة الدستورية، وهي ما أطلق عليها القضاء الدستوري المقارن النصوص ذات القيمة الدستورية أو "الكتلة الدستورية"، ما أدى إلى الاعتراف لهذا القضاء بالدور الكبير في استجلاء هذه المفاهيم الدستورية، الصريحة ومنها الضمنية.

وقد درج القضاء الدستوري على توسيع نصوص المرجعية الدستورية إعمالاً لمبدأ الترابط الدستوري، أي البحث في مصادر القاعدة الدستورية على تنوعها، حيث لا يعتمد القاضي الدستوري عند بحث الدستورية، على أحكام الدستور الموثقة فحسب، بل يتعداها ليشمل كل نص له قيمة دستورية .

وقد اعتمد المجلس الدستوري الجزائري هو الآخر تقنية توسيع نصوص المرجعية الدستورية لتفادي الحكم بعدم الدستورية، نظراً للحساسية المفرطة بين السلطتين -التشريعية وهيئة الرقابة الدستورية-، متأثراً بالقضاء الدستوري المقارن عند إعماله لمبدأ الدستورية.

وبالرغم من التجاذب الفقهي حول فكرة الكتلة الدستورية التي تعود في الحقيقة إلى إبداعات القاضي الدستوري لتوسيع مبدأ الشرعية الدستورية⁽¹⁾، إلا أنها حظيت بالإقرار القضائي من طرف المجلس الدستوري الفرنسي عندما قرر إضفاء القيمة الدستورية على مقدمة دستور 1958، في قراره الصادر في 16 جويلية 1971 المتعلق بحرية تكوين الجمعيات حاسماً بذلك النقاش الفقهي حول القيمة القانونية لمقدمات الدساتير⁽²⁾.

ويقصد بالكتلة الدستورية: حسب ما عرفها الفقه الدستوري مجموعة المبادئ والقواعد ذات القيمة الدستورية، التي من الواجب أن تحترم وتفرض أحكامها على السلطتين التشريعية والتنفيذية وبصورة أشمل على كل السلطات بما فيها القضائية والإدارية⁽³⁾.

¹ للاستزادة راجع في هذا الشأن راجع يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، ط1، ابن النديم للنشر والتوزيع، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص313.

² Dominique Rousseau, droit du contentieux constitutionnel, Montchestion, Paris, 7^{em} edi 2006, p66.

³ أنظر هامش رقم 1 برقوق عبد العزيز، مقارنة في رصد منهج المجلس في توسيع الكتلة الدستورية، دفاتر السياسية والقانون، ع9، 2013، ص13.

وبالرغم من غياب الأسس الدستورية والقانونية لإعمال فكرة الكتلة الدستورية، إلا أنها تجد شرعيتها في مبادئ الدستور ذاتها، فهي أحكام مستلهمة من مبادئ وأحكام دستورية كرسست مسبقا.

وقد اعتمد المجلس الدستوري الجزائري في اجتهاداته على نصوص مرجعية كثيرة، فقد اعتمد على قانون الجنسية وقضى بعدم دستورية المادتين 3/78 و3/90 في رأيه السابق الذكر⁽¹⁾، بالرغم من أنه لم يحترم مبدأ تدرج القوانين⁽²⁾، لأنه استند في مرجعيته على قانون عادي (قانون الجنسية) للبحث في دستورية قانون عضوي وهو قانون الأحزاب السياسية فهل يجوز ذلك؟، كما استند إلى قانون الإجراءات الجزائية والقانون التجاري بالنسبة في حالات التنافي التي حدد القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات بالنسبة للتسجيل في القوائم الانتخابية، وهما حالتها المحكوم عليهم في الجنايات والجرح ولم يرد اعتبارهم، المحكوم عليهم بالإفلاس بقوله: "فيما يخص عدم الإشارة إلى بعض القوانين :

-اعتبار أن المشرع نص على التوالي المطتين 2 و4 من المادة 5 من القانون العضوي موضوع الإخطار ،على ألا يسجل في القائمة الانتخابية كل من حكم عليهم بجناية ولم يرد اعتباره وعلى من أشهر إفلاسه ولم يرد اعتباره .

-واعتبارا أن الحالة الأولى تناولها قانون الإجراءات الجزائية في حين تناول الحالة الثانية القانون التجاري"⁽³⁾.

كما أعطى القيمة الدستورية لديباجة الدستور واعتبرها جزء لا يتجزأ منه، حاسما بذلك الآراء الفقهية حول قيمتها القانونية في رأيه حول مشروع القانون التعديل الدستوري⁽⁴⁾، بقوله: "تشكل هذه الديباجة جزءا لا يتجزأ من هذا الدستور.

¹ راجع رأي م ج د رقم 11/03 الصادر في 22 ديسمبر 2003.

² مبدأ تدرج القوانين من المبادئ التي رسخها المجلس الدستوري في اجتهاداته، والزم المشرع دائما على احترامه من الناحية الموضوعية و الشكلية وبلغ هذا الإصرار حد الصرامة حتى في تأشيريات القوانين التي يستند عليها عند سنه القوانين وذلك بقوله: "اعتبار أن المشرع قام بترتيب تأشيريات القانون العضوي موضوع الإخطار ترتيبا يختلف عما تقتضيه قاعدة تدرج القوانين ،حيث رتب الأمر رقم 66-156 و المتضمن قانون العقوبات وهو قانون عادي قبل القوانين العضوية ، وهو ما يعد سهوا يتعين تداركه" رأيه رقم 11/04 الصادر في 22 ديسمبر 2011 يتعلق بمطابقة القانون العضوي الذي يحدد حالات التنافي مع العهدة البرلمانية للدستور.

³ رأي م ج د رقم 11/03 الصادر في 23 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور.

⁴ رأي م ج د رقم 16/01 الصادر في 28 يناير 2016 .

-اعتباراً أن إضافة فقرة في الديباجة يهدف إلى جعل هذه الأخيرة جزءاً لا يتجزأ من هذا الدستور مما يضيف عليها قيمة دستورية.

-واعتباراً أن الديباجة تضع المبادئ التي تؤسس الدولة والمجتمع وتتضمن تطور السيرورة التاريخية للجزائر، فإنها أصبحت إطاراً قانونياً ومرجعاً دستورياً لباقي أبواب الدستور، مما يجعلها جزءاً من المبادئ الأساسية التي تنظم المجتمع الجزائري".

يكتف المجلس الدستوري بديباجة الدساتير والقوانين على اختلاف قيمتها، بل حتى المراسيم التنفيذية، حيث اعتمد على المرسوم التنفيذي رقم 94-187 الصادر في 6 يوليو 1994 الذي يحدد توزيع نسبة الاشتراك في الضمان الاجتماعي، ليبت في مطابقة المادة 4 من نظام التعويضات والتقاعد⁽¹⁾.

وفي نفس السياق أدرج المجلس الدستوري قراراته واجتهاداته السابقة ضمن المبادئ المشكلة للكتلة الدستورية، واستند إليها في تأشيراته للأسس الدستورية والقانونية التي ارتكز عليها كسند قانوني في حيثيات قراراته، حيث أشار إلى رأيه رقم 97/03 الصادر في 31 يوليو 1997 المتعلق بمراقبة النظام الداخلي لمجلس الشعبي الوطني للدستور، للبت في مطابقة المادة 29 المعدلة من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور، في رأيه رقم 98/05 الصادر في 26 فبراير 1998.

من هنا نتوصل إلى نتيجة مفادها، أن توسيع نصوص المرجعية الدستورية أو الكتلة الدستورية طريقة لبحث المبادئ الدستورية المخبأة في ثنايا الأحكام الواردة في الوثيقة الدستورية لإثرائها، وإعطائها حركية تتسحب للتطورات الفكرية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية وحتى الثقافية التي وصلت إليها عبقرية الشعب، عن طريق ابتكار أحكام أخرى تعكس هذه الحركية، ومحاولة من المجلس الدستوري لمساعدة المشرع العادي - وحتى الدستوري - في الوظيفة التشريعية وسد النقص فيها والاعتماد على فنيات محكمة لصياغة القانون، نظراً لفشل هذا الأخير في القيام بهذه الوظيفة لوحده، بسبب تركيبته الهيكلية وغياب الكفاءة والثقافة والوعي والحنكة التي تتطلبها عملية صنع القانون.

¹ رأي رقم 04 / ر. ق / م. د 98/ الصادر 13 يونيو سنة 1998 حول دستورية المواد من 4 إلى 7 و 11، 12، 14، 15 و 23 من القانون رقم المؤرخ في الموافق و المتضمن نظام التعويضات و التقاعد لعضو البرلمان.

ولا ننسى استنباط المبادئ الدستورية التي يمكن أن تغيب حتى عن المؤسس الدستوري، إذن المجلس الدستوري لا يساهم في سد القواعد القانونية فحسب، بل يستطيع أن يستلهم المبادئ الدستورية مما يجعلنا نعيد النظر في مصادر القانون وحتى الدستور، فقد ظهر مفهوم حديث لهذه المصادر فما هو؟ وهو ما نجيب عنه في الباب الثاني.

ثانيا : تقنية التصدي

يرتكز المجلس الدستوري على أحكام الدستور في استنباط اختصاصه الدستوري - كباقي المؤسسات الدستورية الأخرى- فهو هيئة دستورية منشأة، يحدد قواعده وهيكله وكذا تنظيمه عن طريق الدستور⁽¹⁾.

وتطبيقا لمبدأ سمو الدستور على القواعد القانونية التي تليه في الدرجة، يقع على المجلس الدستوري الوفاء بالتزاماته الدستورية، التي غالبا ما تكون رقابية أو استشارية وحتى قضائية.

لكن وطبقا للصياغة الفنية لأحكام الدستور، لا يمكن للمؤسس الدستوري أن يلم بكل القواعد والإجراءات الخاصة بعمل كل هيئة، حيث يكتفي بوضع القواعد العامة الضابطة لاختصاصها ثم يحيل الى هذه الأخيرة لتتكفل هي الأخرى بوضع إجراءات عملها وفقا لما تراه ملائما لطبيعة اختصاصها⁽²⁾.

وقد أحالت المادة 189 على سلطة المجلس بإعداد قواعد عمله وضبطها بقولها: " يحدد المجلس الدستوري قواعد عمله"، وصدر النظام المحدد لقواعد المجلس الدستوري⁽³⁾.

وبالرغم من حرمان القاضي الدستوري من صلاحية الإخطار الذاتي لفحص النصوص-لاسيما القوانين العادية- وحصص سلطة إخطاره بيد وإرادة أطراف سياسية (رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني وإضافة 50 نائبا و30 عضوا من أعضاء مجلس الأمة أو الوزير الأول)، وعن طريق الطعن القضائي بناء على إخطار المحكمة العليا أو مجلس الدولة بحسب الأحوال، الذي حاول من خلاله المؤسس الدستوري-تأثرا بالدسترالية الغربية النموذج

¹ تنص المادة 132: "يعد المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة نظامهما الداخلي ويصادقان عليهما"

² المادة 182: "المجلس الدستوري هيئة مستقلة تكلف بالسهر على احترام الدستور. كما يسهر المجلس الدستوري على صحة عمليات الاستفتاء، وانتخاب رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية، و يعلن نتائج هذه العمليات"

³ وتأثرا بالدسترالية الغربية، ولاسيما النموذج الكلساني، اتخذ المجلس الدستوري الجزائري كل الأساليب لتوسيع سلطته الرقابية وذلك بمنح نفسه سلطة الإخطار الذاتي، رغم غياب سندها الدستوري وهو ما أصطلح عليه بالتصدي.

الفرنسي- استحداث نمطا آخر من التوازن بين السلطات المنبثق من مبدأ الفصل بين السلطات، إلا أن هذا التوسيع لا يسلم من الانتقادات:

1- أن توسيع جهات إثارة دستورية القوانين عن طريق منحها لكل من الوزير الأول و50 نائبا و30 عضوا، إجراء لا جدوى منه، فقد أثبتت التجربة الدستورية الجزائرية عزوف كل من رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة على التوالي، عن القيام بصلاحيتهما بممارسة حق الإخطار بالنظر إلى عدد القوانين المخطرة من هذه الجهة، فكيف يمكن لثلاثين نائبا أو خمسين نائبا لأن يقوموا بذلك، حتى أنهم لا يبادرون بالقوانين، وربما يعود السبب للتكوين الثقافي لهؤلاء الأعضاء.

2 - وان كانت البرلمانات في العالم تشكل قوة والتمثيل الحقيقي لإرادة الأمة في مواجهة السلطة الواسعة لرئيس الجمهورية، إلا أن البرلمان الجزائري لا يتمتع بهذه القوة والجرأة لأسباب تعود لانتماءات السياسية والتركيبية الهيكلية لهذه السلطة.

3- منح صلاحية إثارة مسألة أولوية الدستورية للأفراد عن طريق الدفع القضائي، أمر يمدح من زاوية تطور الديمقراطية المباشرة في الجزائر، وظهور ملامح العدالة الدستورية، إلا أن هذه الصلاحية ولدت ميتة، لأمرين أولها: تتعطلها لمدة 3 سنوات⁽¹⁾، والأمر الثاني: يتعلق بالمواطن في حد ذاته، الذي يرى أن تفعيل هذه الصلاحية سيزيد من عمر المنازعة القضائية، زيادة على عمرها الطويل الذي تقضيه الدعاوي في مرفق العدالة، لأن المجلس الدستوري لا يصدر قراره بالنسبة للدفع الدستورية إلا بعد أربعة اشهر، كما منح صلاحية تمديد هذه المدة لأربعة أشهر أخرى بحسب سلطة هذا الأخير مما سيهدر معه الحقوق ويمل المواطن من طول المنازعة⁽²⁾.

4- تبني المؤسس الدستوري الأسلوب غير المباشر في إثارة المسألة الدستورية عن طريق الدفع القضائي، الذي يكون بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة بحسب الأحوال، وهو زمن آخر سوف تقضيه المنازعة في أدرج القضاء زيادة على الطعون القضائية، فالمؤسس الدستوري لم يسهل من إجراءات المنازعة الدستورية كما هي الحال بالنسبة للطعن السياسي وإنما

¹ تنص المادة 215: "ريثما يتم توفير جميع الظروف اللازمة لتنفيذ أحكام المادة 188 من الدستور وعملا على ضمان التكفل الفعلي بذلك، فإن الآلية التي نصت عليها هذه المادة سوف توضع بعد ثلاثة (3) سنوات من بداية سريان هذه الأحكام".

² تنص المادة 2/189 "عندما يخطر المجلس الدستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن قراره يصدر خلال الأشهر الأربعة (4) التي تلي تاريخ إخطاره ويمكن تعديل هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر، بناء على قرار مسبق من المجلس ويبلغ الى الجهة القضائية صاحبة الاخطار..."

قيده بإجراءات طويلة، وإن كانت تمنع الطعون الكيدية وجدية الدفع، إلا أنه صعب على المواطن العادي الوصول إلى العدالة الدستورية .

5- توزيع رقابة الدستورية حيث نميز بين حالتين:

أ- رقابة دستورية مركزية: التي يقوم بها المجلس الدستوري وهي الرقابة التقليدية.

ب- رقابة دستورية لامركزية: إن منح سلطة تقدير وفحص جدية الدفع بعدم الدستورية لكل من المحكمة العليا ومجلس الدولة أمر بالغ الخطورة، لأنه تأسيس لمبدأ لا مركزية رقابة الدستورية من ناحية، كما أنه ينقل القضاء من سلطة مطبقة للقانون إلى سلطة رقابة على القانون وهو مساس صارخ بمبدأ الفصل بين سلطة وضع القانون وسلطة تطبيقه، لأنه لا أحد ينفي أن عملية التأكد من جدية الدفع بعدم الدستورية لا يجعل القاضي يتطرق لدستورية النصوص القانونية، لأنه لا يكتفي برقابة الإجراءات الشكلية للدفع وإنما سيد يده لبحث في دستورية النص ليشك في شرعيته الدستورية، لأن بحث جدية سينتج عنه موقفان: إما أن يحكم بأن الدفع مجد أو أنه غير مجد، وطبعا قراره في الأخير سيكون بناء على حيثيات وأسانيد دستورية قبل أن تكون قانونية لدعم قراره بعدم جدية الدفع.

وصفوة القول، إن توسيع سلطة الإخطار لم ينم العدالة الدستورية في الجزائر، بل زادت من تعقيدها، وتبقى الابتكارات التي منحها المجلس الدستوري لنفسه لتحقيق هذه العدالة أكثر فعالية أمام تخاذل الأطراف السياسية في تحقيق هذه العدالة بما لها من سلطات دستورية، وعلى الأخص تقنية التصدي أو الإخطار الذاتي، الذي يبقى أسلوبا لتوسيع سلطة رقابته الدستورية، باعتباره حامي الدستوري والمسؤول عن سلامة القوانين دستوريا، حيث اعتبر عيب عدم الدستورية من الدفوع المتعلقة بالنظام العام الدستوري، يبيدها من تلقاء نفسه وذلك إذا تبين الترابط بين القانون الطعين وقوانين لم يطعن فيها من قبل، وذلك في القوانين التي لها علاقة بالنصوص القانونية التي طعن في عدم دستورها، حيث اعتبر الفقه أسلوبه هذا وسيلة لمنع إفلات القوانين من الرقابة طبعا إذا تعلقت بالنصوص القانونية المتنازع فيها⁽¹⁾.

وتجد تقنية التصدي أو الإخطار الذاتي أساسها القانوني في أحكام المادة 7 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري بقولها: " إذا اقتضى الفصل في دستورية حكم التصدي لأحكام أخرى لم

¹ Louis Favoreu ,La décision de constitutionnalité ,RiDCné,1986,p616 .

يخطر المجلس الدستوري بشأنها ولها علاقة بالأحكام موضوع الإخطار، فإن التصريح بعدم دستورية الأحكام التي أخطر بها أو تصدى لها وترتب عن فصلها عن بقية النص المساس ببنيتها كاملة، يؤدي في هذه الحالة إلى إعادة النص إلى الجهة المخطرة⁽¹⁾.

وقد عرفها الفقه بأنها جوازية بحث دستورية قانون أو لائحة من طرف المحكمة الدستورية العليا -أو المجلس الدستوري حسب الحال- يعرض عليها بمناسبة ممارستها لاختصاصها، من تلقاء نفسها دون الحاجة للدفع به⁽²⁾.

حيث يعتبر مسألة أولوية الدستورية دفعا من النظام العام يثيره المجلس من تلقاء نفسه، متى تأكد أن القانون المتنازع في دستورتها أو أنه يرتبط ارتباطا وثيقا بأحكام سابقة لم تكن محلا لرقابة الدستورية.

وإعمالا لهذه الصلاحية، صرح المجلس الدستوري الجزائري عند رقابته لدستورية بعض مواد القانون المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان، متعديا بذلك مضمون رسالة الإخطار التي حصرته في 7 مواد وهي المواد 4 و7 و11 و12 و14 و15 و23 من القانون موضوع الإخطار، ليمنع صدور القانون برمته أصلا وحكم برده للبرلمان وهذا بقوله: "... ثانيا: آثار التصريح بعدم دستورية بعض الأحكام، موضوع الإخطار، على باقي القانون،

-اعتبار أنه إذا أخطر المجلس الدستوري طبقا للمادة من الدستور للفصل في دستورية حكم قانوني، وصرح بأن هذا الحكم مخالف للدستور، وفي نفس الوقت غير قابل للفصل عن باقي أحكام النص، فإن القانون الذي ورد ضمنه الحكم المعني يعاد إلى البرلمان، واعتبار انه إذا كان بإمكان المجلس الدستوري أن يتصدى لأحكام أخرى لم يخطر بشأنها والتي لها علاقة بالحكم أو الأحكام موضوع الإخطار، فإن التصريح في هذه الحالة بعدم دستورية الأحكام التي أخطر بها و/أو تصدى لها يعد سببا كافيا في حد ذاته لإعادة القانون إلى البرلمان طالما أن فصل هذه الأحكام غير الدستورية عن بقية النص يمس ببنيتها بكامله..."⁽³⁾.

¹ النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر في 16 أبريل 2012 ج ر ع 26 الصادرة في 3 ماي 2012.
² محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، دار الجامعة، 2008، ص230.
³ رأي م د رقم 98/04 المؤرخ في 13 يونيو 1998 حول دستورية المواد 4 إلى 7 و 11، 12، 23، 14، 15 من القانون المتضمن نظام التعويضات و التقاعد عضو البرلمان.

ويرر موقفه بأن النصوص المخطرة عنها والتي تصدى لها لا يمكن فصلها عن بعضها، لذلك مس منطوق قراره كل النص القانوني مما يمنع صدوره⁽¹⁾.

وحرصا منه أيضا على إرساء مبادئ الشرعية الدستورية، مد المجلس الدستوري رقابته الدستورية على قوانين كانت قد أرسى أثارها سابقا، لارتباطها بالقوانين موضوع المنازعة الدستورية المعروضة عليه، عندما ألغى أحكام المادة 1/49 من القانون رقم 14/89 والمادة 49/2 من القانون رقم 22/91 المعدل للقانون 14/89 المشار إليه بقوله: "...إخضاع هذه الأحكام كلها لرقابة الدستورية نظرا لما لها من ترابط وتشابه في الموضوع"⁽²⁾.

وتوسيع سلطة المجلس في بسط رقابته، لاسيما في الحالات التي تكون فيها الرقابة اختيارية بسبب عزوف جهات الإخطار، سلطة تتبع من جوهر عمله واختصاصه وانفراده المطلق برقابة الدستورية. نقول هذا الكلام بكل تحفظ بسبب انتقال الرقابة الدستورية في الجزائر من مركزية رقابة الدستورية إلى لامركزية الرقابة الدستورية على نحو ما سبق توضيحه، فهذا الأخير مقيد بأحكام الدستور، ومادام لم يوجد ضمن أحكامه ما يمنع من تطبيقه لكل حالات المخالفة الدستورية، فلا ضرر أن يوسع من رقابته تطبيقا لقاعدة ما لم يمنع بنص فهو مباح.

فلربما سنشهد ثمار هذه الصلاحية، عندما يدفع أحد الأفراد أمام هيئات القضاء على اختلاف أنواعها، ودرجاتها بعدم دستورية نص قانوني، تطبيقا لحجية قرارات المجلس وطبيعتها النهائية، فقد يقتصر الطعن على النص القانوني المزمع تطبيقه على المنازعة، وقد يستغرق نصوصا تطل المنازعة أو ترتبط بالقانون المطعون في دستوريته من حيث الموضوع.

وبناء على ما سبق، نلاحظ أن القاضي الدستوري قد حاول أن يكون الشخص الحريص على نجاح العملية التشريعية وإرساء مبادئ العدالة الدستورية عندما دافع عن الحقوق والحريات الدستورية، ما يجعلنا نتنبأ بفعاليته وحركيته في المستقبل، فيما يخص موضوع القرارات التي ينطق بها في هذا المجال. وسوف ينتقل من القضاء المعطل إلى القضاء الفعال، بل سيتفوق بذلك على القضاء الإداري الذي أصبح قضاء مقيدا بالنصوص القانونية ومتخاذلا أمام سلطات الإدارة العامة التوسعية التي أصبحت تتفاقم بسبب ما يدفع به دائما بمقتضيات المصلحة العامة أو المنفعة العامة.

¹ رأي م د رقم 01/12 المؤرخ في 13 يناير 2001 يتعلق بدستورية القانون الأساسي لعضو البرلمان .
² رأي م د رقم 01/12 السابق.

ولا ينتهي دوره عند هذا الحد، بل حاول في الكثير من المواضع إنقاذ العديد النصوص القانونية من شبهة عدم الدستورية، وذلك عن طريق الموازنة بين إرادة المؤسس الدستوري والإرادة التشريعية، فلا يمكن أن ننتهمه بالقضاء المعطل للنصوص القانونية فحسب، بل له دور ايجابي يظهره من خلال نوعية الأحكام والقرارات التي ينطق بها.

بالإضافة إلى التقنيات التي عمدها القاضي الدستوري لإنقاذ النصوص التشريعية، التي تعكس ذكائه وعبقريته وخبرته في مجال الرقابة تقنية التحفظات التفسيرية على اختلاف نوعها، انطلاقاً من الأحكام التي ينطق بها، التي ينتقل فيها المجلس الدستوري من قضاء الرقابة إلى قضاء الإنشاء، مما يستتبع إعادة النظر في المصادر الكلاسيكية للقواعد القانونية .

المطلب الثالث

حماية ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطات

تقوم الحماية الدستورية على وجود قضاء دستوري يكفل مهمة مراعاة سمو القواعد الدستورية على جميع السلطات في الدولة، وليس لأي منها أن يخرج عن الحدود الدستورية لاختصاصها، فلا يمكن أن يشرع البرلمان في ميادين منعه الدستور التشريع فيها، ولا يتأتى للسلطة التنفيذية أن تنظم ما لم يكن من صلاحياتها وفي هذا ضمان لاستقرار النظام العام الدستوري وكذا الحقوق والحريات الدستورية، دون أن ننسى السلطة القضائية التي لا يمكن لها أن تمارس أي اختصاصا دستوريا يتعدى مجال الفصل في المنازعات، فالتقيد بالضوابط الدستورية هو مضمون الحماية الدستورية الذي ينبع من مبدأ سلطة توقف سلطة.

وبهذه المثابة، يظهر المجلس الدستوري كضابط لاحترام الحدود بين تداخل السلطات، التي تتأثر وتؤثر فيما بينها، لاسيما مجال التشريع والتنظيم، ليس هذا فقط بل حتى مجال سلطة التشريع وسلطة التأسيس، وهذه الصلاحية لا يمكن أن تكون واضحة ما لم يتمعن الدارس في قرارات المجلس الدستوري، و تظهر هذه الأدوار المختلفة⁽¹⁾ في الفصل في تنازع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية(الفرع الأول)،كبح اعتداء البرلمان على سلطة التأسيس(الفرع الثاني)، والفصل في تنازع فئات القوانين(الفرع الثالث)

¹ تمت المصادقة على التأكيد على الدور الحاسم للقضاء الدستوري بصفته حاميا للقيم الأساسية المكرسة في الدساتير وذلك في اللقاء الذي عقد بمقر المجلس الدستوري بتاريخ 30 و31 أكتوبر للتخصير للمؤتمر العالمي حول القضاء الدستوري المزمع عقده بكيب تاون، جنوب افريقيا خلال شهر جانفي.

الفرع الأول

القاضي الدستوري قاض متخصص يفصل في تنازع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية

تعتبر قواعد توزيع الاختصاص بين السلطات العامة من أهم أسس النظام العام الدستوري في نظام دستوري يؤمن بمبدأ الفصل بين السلطات، خاصة السلطتين التشريعية والإجرائية، التي أصبحتا تتنافسان على ممارسة الوظيفة التشريعية، بعد أن اعترف لها بجزء من الصلاحية التشريعية، ما عبر عنه الفقه بمبدأ الانفرد التشريعي النسبي، التطور الذي عرفه مفهوم الانفرد التشريعي.

وقد أثارت أحكام المواد 140 و 141 و 143⁽¹⁾ الكثير من الجدل الفقهي، بين الحزب التشريعي والحصص التشريعي لمجالات القانون في الحالات الواردة في هذه المواد، وبسط يد التشريع وحصص السلطة التنظيمية، والعكس، اختلف الفقه، بين موسع لمجال القانون وحصص لوظيفة السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصص للقانون، بينما قرأها جانب آخر على أنها توسيع للسلطة التنظيمية على حساب السلطة التشريعية.

وعليه، وباعتبار وظيفة التشريع مجال التقاء السلطتين التشريعية والإجرائية، وأن القواعد الدستورية في عملية توزيع الصلاحيات بين السلطتين في هذه المسألة بالذات غير واضحة المعالم، فإن في ذلك ما يؤدي إلى جهل المشرع لمجال اختصاصه، أو تجاهله بإحالة مبطنة على اختصاص التنظيم، أو امتناعه نهائياً عن ممارسة التزامه التشريعي، على ضوء ما سبق توضيحه⁽²⁾، لينتدخ القاضي الدستوري المتخصص ليفصل في هذا النوع من التنازع في الاختصاص بحيث يعمل على حماية هذه الضوابط الدستورية، وأحياناً إنماءها وتوسيع مداها، ليوسع من مجال السلطة السيدة للبرلمان التي باتت تتراجع، ويكبح سلطة التنظيم التي أصبح تدخلها الواسع يشكل خطراً على مفهوم الديمقراطية الشعبية والإرادة العامة، فتدخل القاضي الدستوري بشكل سلاحي إذا حدين ضد السلطة التنفيذية وضد سلطة البرلمان من نفسه.

¹ المواد 140 و 141 و 143 تقابلها المواد 122 و 123 و 125 من دستور 1996، كما حذف بعض المجالات من مجال القانون العادي و القانون العضوي
² المبحث الأول من هذا الفصل ص 11

في البداية يجب أن نشير إلى أن الاختصاص في مفهومه العام هو: مجموعة ما خول الشخص أو الهيئة القيام به من أعمال، أو القدرة على انجاز تصرف أو إجراء ما⁽¹⁾.

إن تحدّد قواعد توزيع الاختصاص الأشخاص والهيئات التي تملك إبرام التصرفات القانونية⁽²⁾، لذلك شبهه الفقه بقواعد الأهلية في القانون المدني، فهو يقرر لصاحبه صلاحية القيام بالتصرف وحده دون غيره، فلا يمكن لجهة إدارية أو موظف أن يتنازل عن اختصاصه لغيره، لأن الاختصاص في حقيقة الأمر هو صلاحية، وليس حقا يقر لصاحبه سلطة التصرف فيه.

وبإسقاط هذا المفهوم على قواعد توزيع الاختصاص بين السلطات العامة، لاسيما التشريعية والتنفيذية، باعتبارهما تلتقيان في مجال الوظيفة التشريعية بل حلول السلطة التنفيذية محلها في بعض الأحيان⁽³⁾، نجد أن المؤسس الدستوري كان صارما وحاسما في هذه المسألة، فخص ممارسة الوظيفة التشريعية للسلطة السيدة للبرلمان، والسلطة التنفيذية لتنفيذ القوانين بموجب إصدار اللوائح التنفيذية، كما اعترف لها بسلطة التنظيم في المجالات غير المخصصة للقانون، كما عبر عنها المؤسس الدستوري في المادة 143⁽⁴⁾، لكنه لم يضع من الضوابط الدقيقة ما يفصل بين ما هي المجالات غير المخصصة للقانون وما يندرج ضمنها، ما يثير إشكالية أخرى وهي هل التشريع سلطة أصيلة للبرلمان أم لا؟

لذلك قد نصطدم بحالات كثيرة لاعتداء سلطة التنظيم على سلطة التشريع بسبب عزوفها عن ممارسة اختصاصها، أو تجاهله في بعض الصاحيان، ما يشكل اعتداء صارخ على قواعد توزيع الاختصاص الموضوعي بين السلطتين. فما هو الحل في هذه الحالة؟

إن الإجابة عن هذا السؤال مغامرة لا يقوم بها إلا قضاء دستوري متخصص وقوي، يستمد قوته وصلاحياته من مضمون مفهوم الدستورية الذي يعنى به رقابة القضاء الدستوري لقواعد توزيع

¹ J. Revéro , droit administratif, 2^{eme} éd ,dalloz Paris,1986,p302 .

² عبد المجيد ابراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2010، 385.
³ عن طريق التشريع بأوامر طبقا لأحكام المادة 142: " لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شعور المجلس الشعبي والوطني أو خلال العطل البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة"

⁴ إن المتمعن في أحكام المادة 143 من الدستور يكتشف أن المؤسس الدستوري قد درج على توسيع سلطة التنظيم في المجالات غير المخصصة للقانون، لأن أسلوب حجز مجالات التشريع للبرلمان، لا يمكن فهمه أنه حجز لماذا؟ لأن ذكر بعض المجالات للقانون وفي نفس الوقت استعمال عبارة المجالات غير مخصصة للقانون، وعدم تحديد ضوابط للمجالات غير مخصصة للقانون تحديدا لا يثير أي تأويل يدل على أن ما ذكر ليسا حصرا، وإنما حصر وقصر لمجالات القانون، طبعا لا نقصد فقط أحكام المادة 140 والمادة 141 وإنما حتى المجالات المنتشرة في المواد الأخرى لا يمكن أن يكون له مفهوم إلا أن المؤسس الدستوري وسع من سلطة التنظيم وحصر سلطة التشريع.

الاختصاص الدستوري، عندما يفصل هذا الأخير في حالة تنازع الاختصاص التشريعي كما سماه الفقه⁽¹⁾، في صورة تنازع الاختصاص بين السلطات العامة⁽²⁾، حيث يعتقد الفقه الدستوري في فرنسا أن حفظ امتيازات الحكومة ضد محاولات تعدي المجالس هو السبب الرئيسي لإقامة المجلس الدستوري في فرنسا، ما سماه عقلنة البرلمان⁽³⁾.

وعليه، يسهر القاضي الدستوري على ضمان عدم تجاوز السلطة التشريعية للمجالات المخصصة لها، وفي المقابل عدم اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاصها، والتي تندرج ضمن مسؤولياته الأساسية التي استلهمها من أحكام الدستور بقوله: "اعتباراً أنه إذا كان للمشروع بمقتضى المادة 2/98 من الدستور، أن يعد القانون ويصوت عليه بكل سيادة أو يحدث بالتالي أي لجنة ويخولها الصلاحيات التي يراها ملائمة فإنه بالمقابل، يتعين على المجلس الدستوري أن يتأكد عند ممارسة صلاحياته الدستورية من أن المشروع قد احترم توزيع الاختصاصات كما نص عليها الدستور"⁽⁴⁾.

وقد استند المجلس الدستوري على مبدأ الفصل بين السلطات في مرجعيته، في نظر دستورية الكثير من النصوص القانونية التي تعرض عليه، فقد قضى بأنه: "اعتباراً أن المؤسس الدستوري، باعتبار 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،...".

وعليه قرر عدم دستورية المادة 2 من الأمر المتعلق بالتنظيم القضائي، التي أحالت أمر تحديد عدد ومقر ودائرة اختصاص المحاكم على التنظيم بموجب مرسوم رئاسي، لإخلالها بأحكام المادة 1/125، التي تحدد مجال ممارسة السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية في المسائل غير

¹ عادل عبد الله، العدالة الدستورية في النظام القانوني الجزائري، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 4، 294.

² J.Paul Jaque ,droit constitutionnel et institutions politique, Dalloz ,5^{eme}, édition,p 180 .

³ عادل عبد الله، المرجع السابق، 296.

⁴ رأي 03/رم د/11 الصادر في 22 ديسمبر يتعلق بمطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور.

المخصصة للقانون، وأن القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي هي من صميم الاختصاص الذي ينفرد به البرلمان طبقاً لأحكام المادة 6/122⁽¹⁾.

وفي المقابل يقر بمسؤولية البرلمان حين يعتدي على اختصاص السلطة التنظيمية، مذكراً إياه بحدود اختصاصاته وصلاحياته الدستورية، حينما يقضي بعدم حقه في البت في مسألة جعلها المؤسس الدستوري من اختصاص السلطة التنظيمية .

ونذكر من هذا القبيل إقراره صلاحية السلطة التنظيمية بتنظيم كفيات تسليم وثائق السفر أو وضعها حيز التداول أو استعمالها طبقاً لأحكام المادة 116 من الدستور، مستنداً في حكمه على اعتبار أن جواز السفر الدبلوماسي يسلم حسب الأعراف الدولية لكل سلطة تابعة للدولة، ملزمة بمهمة دائمة أو وقتية تمثيلية، أو في إطار نشاط دولي للدولة، وبهذه الصفة فهو يسلم حسب إرادة السلطة التنفيذية وحدها طبقاً للمواد 67 و74 و116 من الدستور⁽²⁾ .

ولنفس العيب، حكم المجلس بعدم دستورية المواد 12 و29 من القانون الأساسي لعضو البرلمان، على اعتبار أن المرتبة التشريعية اللائقة، والمرتبطة بالمهمة الوطنية لعضو البرلمان واستفادته في سفره في الداخل والخارج من المساعدات التشريعية المرتبطة بصفته البرلمانية. من المواضيع التي لا تتدرج ضمن مجال القانون لاسيما المادتين 122 و123، و هي من صميم المسائل التنظيمية التي تتدرج ضمن دائرة الصلاحيات التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون التي يعترف بها المؤسس الدستوري للسلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية بموجب أحكام المادة 1/125.

وعبر عن ذلك بقوله: "أ- فيما يخص الشطر الأخير من المادة 12 والمادة 29 من القانون، موضوع الإخطار، مأخوذتين مجتمعتين لاتحادهما في العلة و المحررتين كآلاتي:

" الشطر الأخير من المادة 12... "ويحظى بالمرتبة التشريعية اللائقة بمهمة الوطنية"

"المادة 92" يستفيد عضو البرلمان في سفره في الداخل والخارج من المساعدات والتشريعات المرتبطة بصفته البرلمانية.

¹ رأي 04 م د/97 حول دستورية المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من طرف المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ 6 يناير 1997.

² قرار م د رقم 89 02 مؤرخ في 30 أوت 1989 يتعلق بالقانون الأساسي للنائب.

يسافر عضو البرلمان في كل تنقلاته بالمكانة اللائقة التي يقرها له الدستور

-اعتبارا أن المشرع اقر بمقتضى الشرط الأخير من المادة 12 و المادة 29 المذكور أعلاه أن يحظى عضو البرلمان بالمرتبة التشريعية اللائقة والمرتبطة بمهمته الوطنية واستفادته في سفره في الداخل والخارج من المساعدات والتشريفات المرتبطة بصفته البرلمانية،

-واعتبارا أنه يستنتج من الدستور ولاسيما من المادتين 122 و123 أن المرتبة التشريعية اللائقة والمرتبطة بالمهمة الوطنية لعضو البرلمان واستفادته في سفره في الداخل والخارج من المساعدات و التشريفات المرتبطة بصفته البرلمانية مواضع لا تتدرج ضمن مجال القانون ،

-واعتبارا أن المؤسس الدستوري ينص صراحة، بموجب الفقرة الأولى من المادة 125 من الدستور، أن المسائل غير المخصصة لقانون يعود الاختصاص فيما للسلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية.

-واعتبارا بالنتيجة أن المشرع حين أدرج المواضيع المذكورة أعلاه ضمن هذا القانون يكون قد خالف مبدأ الفصل بين السلطات.

-...واعتبارا أن المادة 23 من هذا القانون يتحد في العلة مع الشرط الأخير من المادة 12 والمادة 29 من القانون موضوع الإخطار مما يستوجب التصريح بعدم دستوريته⁽¹⁾ .

مستندا في مرجعياته على عدم احترام المشرع للمبدأ الدستوري القاضي بتوزيع الاختصاصات حيث قضى: "أنه واعتبارا أن المشرع طبقا للمبدأ الدستوري القاضي بتوزيع الاختصاصات مطالب بأن يراعي، كلما مارس صلاحية التشريع المجال المحدد في الدستور للنص المعروض عليه بحيث لا يدرج ضمنه أحكاما ومضامين تعود دستوريا لمجالات نصوص أخرى مما يستوجب استثناءها من النطاق الذي يعود لهذا القانون". فالتشديد دائما على إلزام المشرع وباقي السلطات الأخرى على احترام لها من صلاحيات ليس عبثا ، فدولة القانون لا تقوم ما لم تكن سلطاتها وأجهزتها المعبرة عن إرادتها تسير وفق نظام دستوري تحدد فيه الصلاحيات، وإلا كان هناك فوضى .

¹ رأي 12 م د 01 الصادر في 13 يناير 2001 يتعلق بالرقابة على دستورية القانون رقم 2000 يتضمن القانون الأساسي لعضو البرلمان.

الفرع الثاني

كبح اعتداء البرلمان على سلطة التأسيس

لا يتوقف مضمون الحماية الدستورية التي يقوم بها القاضي الدستوري عند حدود حماية الضوابط الدستورية، المحددة لاختصاصات السلطة التشريعية والإجرائية فحسب، بل يتعداها ليشمل مجال الحماية السلطة التأسيسية بالرغم من أنها سلطة منشئة، لاسيما أننا ننطلق من نقطة أساسية في هذه الدراسة وهي عيوب الديمقراطية النيابية، بمعنى التكوين العضوي للبرلمان المعبر عن الإرادة العامة، فقد تعدى هذا الأخير حدود سلطة التأسيس ليغتصب مجالها، بالرغم من أنها من تقرر وجوده وكذا سلطاته، وحتى حدوده، طبعاً كل هذا ونحن نؤمن حق الإيمان بعدم البحث في فكرة منطقية وجود القضاء الدستوري، وإنما دوره وسلطاته وحتى ضرورته في قيام دولة القانون.

وكثيرة هي الأحكام والقرارات التي حاول من خلالها المجلس الدستوري بسط سلطته التصحيحية والترشيديّة، وحتى الضابطة في إلزام كل سلطة بممارسة اختصاصها، على النحو المحدد في الدستور مسبقاً، وفق ما تمليه الإرادة الدستورية.

ومن قراراته في هذا الشأن، إلغاؤه للقانون الأساسي لمحافظة الجزائر الكبرى لعدم دستورية القانون ككل، معللاً ذلك بأن القانون محل الإخطار يتعلق بإنشاء جماعات إقليمية جديدة وهما "محافظة الجزائر الكبرى" و"الدائرة الحضرية" محددًا قواعد خاصة لتنظيمهما وسيرهما وعملهما، لمخالفته لأحكام الدستور ولاسيما المادة 15⁽¹⁾، التي حصرت الجماعات الإقليمية القاعدية في الولاية والبلدية دون سواها بقولها: "الجماعات الإقليمية في الدولة هي البلدية و الولاية.

البلدية هي الجماعة القاعدية."

كل هذا بالرغم من أن الاختصاص في مجال التقسيم الإقليمي للبلاد يؤول إليه، بموجب أحكام المادة 10/122 التي تنص على أنه: "يشرع البرلمان في المجالات التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية:

¹ تغيير ترقيم المادة إلى 16 وفق تعديل 2016 .

10-...-التقسيم الإقليمي للبلاد... " ، دون أن يكون من اختصاصه إقامة تقسيمات جديدة الآيلة الاختصاص للمؤسس الدستوري دون غيره (1).

ولعل المقصود بالفقرة 10 من المادة 122 هو منح الشخصية المعنوية لبعض المقاطعات الجغرافية، ومنحها صفة جماعة اقليمية في شكل ولاية أو بلدية، ولا يقصد بها إنشاء صنف آخر من الجماعات اقليمية القاعدية، التي حصرها المؤسس الدستوري في الولاية والبلدية ولا يوجد ما يسمى محافظة أو دائرة حضرية التي تعد تقسيمات إقليمية قاعدية أخرى جديدة، لم يتناولها مضمون النص الدستوري سالف الذكر.

كما صرح بعدم احترام المشرع لقواعد توزيع الاختصاص بينه وبين المؤسس الدستوري عندما منح هذا الأخير صلاحيات استشارية لمجلس الدولة، مخالفا بذلك التحديد الحصري للوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة فيما يخص مشاريع القوانين دون سواها، معتبرا إياه قد استأثر لنفسه بصلاحيات تعود في الأصل للمؤسس الدستوري، حيث جاء في حيثيات قراره: " فيما يخص المادة 4 من القانون العضوي كالاتي :

" يبدي مجلس الدولة رأيه في مشاريع القوانين والأوامر حسب الشروط التي يحددها هذا القانون والكيفيات المحددة ضمن نظامه الداخلي.

كما يمكن أن يبدي رأيه في مشاريع المراسيم التي تم إخطاره بهما من قبل رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة حسب الحالة.

_اعتبارا أن المؤسس الدستوري بتحويل المشرع تحديد اختصاصات أخرى لمجلس الدولة بموجب قانون عضوي، كما ورد في المادة 153 من الدستور كان يقصد ترك المجال للمشرع لتحديد اختصاصات قضائية أخرى في إطار الفصل الثالث من الدستور الواردة تحت عنوان "السلطة القضائية".

-واعتبارا أن الاختصاصات الاستشارية التي أقرها المؤسس الدستوري على سبيل الحصر تتعلق بمشاريع القوانين دون سواها التي تعرض وجوبا على مجلس الدولة لإبداء الرأي فيها قبل عرضها على مجلس الوزراء طبقا للمادة 119⁽¹⁾ الفقرة الأخيرة من الدستور.

¹ قرار 02 م د 2000 الصادر المؤرخ في 27 فبراير 2000 يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97-15 الموافق ل31 مايو 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر.

- واعتبارا أن المشرع بإقراره عرض مشاريع الأوامر ومشاريع المراسيم الرئاسية والتنفيذية على مجلس الدولة لإبداء الرأي فيها، كما ورد في المادة 4 من القانون العضوي، موضوع الإخطار لم يتقيد بالنص الدستوري بل أضاف اختصاصات استشارية أخرى لم يقرها المؤسس الدستوري بالتالي يكون قد استأثر لنفسه ما لم تقض به أحكام المادة 119 الفقرة الأخيرة من الدستور مما يفضي إلى الإخلال بمقتضياتها... " (2).

الفرع الثالث

القاضي الدستوري قاضي يفصل في تنازع فئات القوانين

يسن البرلمان فئتان من القوانين، العادية والقوانين العضوية (3)، وهذه الأخير هي ما زخر بها التعديل الدستوري لسنة 1996، أسوة بالتشريع الفرنسي والمصري والتونسي والمغربي، مع الإشارة الى أنها صناعة فرنسية محضة بموجب دستور 1958 وأطلق عليها القوانين المكملة نظرا لوظيفتها في تكميل الدستوري.

وقد سعى المؤسس الدستوري الجزائري أسوة بالمؤسس الدستوري الفرنسي دائما، إلى التمييز بين المجالات التي يشرع فيها البرلمان بقوانين عضوية والمجالات التي ينظمها بقوانين عادية، معتمدا في ذلك أسلوب الحجز في تعداد هذه المجالات، سواء كان من خلال المادة 140 والمادة 141 أو بعض المواد المنتشرة في الوثيقة الدستورية.

وبقراءة هذه الصياغة، يتضح أن المؤسس الدستوري كان واضحا في هذه التفرقة بين فئتي القوانين بما لا يثير أي شك أو لبس، والسبب في ذلك يعود إلى الطبيعة الموضوعية والإجرائية

¹ تنص المادة 119 على أنه: "لكل من رئيس الحكومة والنواب حق المبادرة بالقوانين. تكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة اذا قدمها عشرون (20) نائبا. تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد الاخذ برأي مجلس الدولة، ثم يودعها رئيس الحكومة مكتب المجلس الشعبي الوطني"

² رأي رقم 06 / ر. ق. ع / م. د / 98 مؤرخ في 22 محرم عام 1419 الموافق 19 مايو سنة 1998، يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلّق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله للدستور.

³ تعرف القوانين العضوية على أنها القوانين التي لها علاقة بتنظيم السلطات العامة، و المصوت عنها من طرف البرلمان و المكملة للأحكام و المبادئ للدستور في فرنسا تمثل المرتبة الثانية في اطار تدرج القواعد القانونية فهي تتوسط القواعد الدستورية و القواعد العادية تخضع للرقابة الدستورية المسبقة. Le dictionnaire de politique, définition de loi organique, www. Toupie.org

-القوانين الأساسية و تفيد نفس التسمية أنها القوانين التي تهدف الى تحديد سير المؤسسة و تنظيم سير أعمال السلطات العامة ، بتطوير المبادئ المنصوص عليها في الدستور و تأتي في مرتبة بين الدستور و القوانين ، اسماعيل الغزال، القانون الدستوري و النظم السياسية، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، 1982، ص317، وأيضا عزاوي عبد الرحمن، فئة القوانين الجديدة، مرجع سبقت الإشارة اليه.

التي تتميز بها القوانين العضوية عن نظيرتها العادية، وهو ما أرجعه الفقه لاختلاف الوظائف التي تؤديها القوانين العضوية او النظامية في بعض الأنظمة القانونية المقارنة في تكملة المبادئ الدستورية، وأهميتها في استكمال البناء الدستوري في الدولة، وهكذا يقلل من ضرورة التعديلات المتكررة وإحاطة بعض المسائل المهمة بنوع من الضوابط القانونية التي تتطلب معها إجراءات صارمة غير تلك التي تمر بها القوانين العادية، أو أن السبب يعود لما تتميز به الوثائق الدستورية، التي غالبا ما تشتمل على بعض الأحكام والمبادئ العامة، التي تهتم بتفصيلاتها القوانين العضوية أو الأساسية، وهكذا تظهر أهمية هذه الفئة من القوانين في حياة الدستور، فهي التي تضمن له حياة أطول ما يثمن استقراره في النظام القانوني لأية دولة تؤمن بمسميات دولة القانون والحق.

لكن هذا الوضوح لا يبدو مطلقا، و السبب في ذلك أن المادتين 140 و141 اللتين عرفنا العديد من التعديلات، لكنهما لم تحسما مسألة غاية في الأهمية، تتعلق بمجال التنظيم القضائي الذي ذكر مرتين في المادة 6/140: " يشرع البرلمان في الميادين التي خصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية:

6-القواعد المتعلقة بإنشاء الهيئات القضائية." وكذا نص المادة 5/141: "إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية:

-القانون الأساسي للقضاء، والتنظيم القضائي."

ولم يضع أي توضيحات حول مضمون هذه المواد، فلم يفصل ماذا يقصد بإنشاء الهيئات القضائية والقانون الأساسي للتنظيم القضائي، كما ألغيت بعد تعديل 2016 الفقرة المتعلقة بالقانون المتعلق بالأمن الوطني من مجال القانون العضوي، لكنه لم يحلها على القانون العادي فمن ينظم هذا المجال وكيف ينظم وما هو المقصود بهذا التعديل؟

إلا أن الصياغة الحرفية التي اعتمدها المؤسس الدستوري في التفرقة بين مجالات القانون العادي ومجالات القانون العضوي تعد ناجعة لحد ما، فاستعمل مصطلح "القانون العضوي" إذا كان من موضوعاته، ومصطلح " قانون" إذا كان يقصد القانون العادي، ومثال ذلك المادة 4 "...يحدث مجمع جزائري للغة الأمازيغية يوضع لدى رئيس الجمهورية تحدد كيفية تطبيق هذه

المادة بموجب قانون عضوي"، في حين تنص المادة 6 "يحدد القانون خاتم الدولة" وشتان بين العبارتين.

وهكذا، يكون المؤسس الدستوري واضحا في خطاباته للمشرع، فيما يخص المجالات التي تنظم بقانون عضوي والمواضيع التي تنظم بقانون عادي، سواء في المادتين 140 و141 والمواد الدستورية الأخرى، تحديدا نافيا للجهالة.

ومع كل هذا، لم يحترم المشرع هذا التوزيع الدستوري بين فئتي القوانين، فكما تتداخل السلطة التنظيمية والسلطة التشريعية في مجال الوظيفة التشريعية، تتداخل القوانين العادية والقوانين العضوية، وهنا يتدخل القاضي الدستوري ويبرز دوره كقاض متخصص ليستكمل نشاطه واختصاصه في حماية الدستورية ليفصل في هذا التعارض، مستندا في ذلك على ثلاث قواعد: قاعدة توزيع الاختصاص النوعي، قاعدة احترام مبدأ تدرج القاعدة القانونية، والقاعدة التي تنبثق عنها القاعدتين السابقتين وهي مبدأ سمو الدستور في صورتيه سمو الموضوعي والسمو الشكلي، وذلك لانفراد القوانين العضوية بإجراءات خاصة تختلف عن إجراءات وضع القوانين العادية.

إذن، أول سؤال يتبادر إلى الأذهان هو: ما هو المشكل إذا حدث تداخل تشريعي موضوعي بين فئتي القوانين؟ وما هي القيمة القانونية للتقيد بالتوزيع الدستوري الصارم لمجال القانون والقانون العضوي؟

نحاول الإجابة عن هذه الأسئلة من خلال البحث في اجتهادات المجلس الدستوري وكيف برر ذلك؟.

خص المؤسس الدستوري القوانين العضوية بثلاث خصوصيات، الأولى تتعلق بالمواضيع التي تنظمها وهي التي تكون غالبا خاصة بالمؤسسات الدستورية أو العلاقة فيما بينها، وخصوصية تتعلق بالنصاب القانوني الذي يفرضه الدستور للمصادقة على القانون العضوي في الغرفة الأولى والغرفة الثانية، والمقدرة بالأغلبية المطلقة لكل من الغرفتين بقوله في م7/141: "تتم المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة"⁽¹⁾. لكننا لم نعلم ما هو

¹ كان يشترط الأغلبية المطلقة للنواب وأغلبية 3/4 من أعضاء مجلس الأمة، وذلك في م 5/123 من دستور 1996 قبل التعديل: "تتم المصادقة على القانون العضوي، بالأغلبية المطلقة للنواب وبأغلبية ثلاثة أرباع 3/4 أعضاء مجلس الأمة".

السبب في هذا التعديل؟ ، كما يشترط خضوعها لرقابة الدستورية القبلية قبل أن تأخذ مكانها في النظام القانوني.

ونظرا للأهمية الوظيفية التي تحظى بها هذه القوانين، باعتبارها امتداد للقواعد الدستورية بمفهوم تشريعي، لأنها عمل تشريعي صادر عن البرلمان، وعمل دستوري ولكن ليس صادر عن المؤسس الدستوري، وإنما تقوم بوظيفة دستورية. يحاول القضاء الدستوري من خلال اجتهاداته ضبط سلطة المشرع عندما يخلط بين مجالي القانونين العادي والعضوي عند سن التشريع .

وقد عمل المجلس الدستوري جاهدا على أن يقيم هذه التفرقة ويحافظ عليها، بين ما هو عضوي دستوري وآخر عادي، خاصة عندما يقوم البرلمان بإدراج مواضيع ذات قيمة دستورية ضمن القوانين التي تتعلق بمسائل عادية لا ترقى إلى أهمية الوظيفة الدستورية للقوانين العضوية.

وقد ارتكز المجلس الدستوري في أسانيده المرجعية، على اتجاه المؤسس الدستوري عند إعمال هذه التفرقة، من خلال المجال المخصص للقوانين العضوية و إجراءات المصادقة عليها، حيث صرح في أحد آرائه، بأن مجال التمييز بينهما يكون بسبب الاختلاف بين هاتين الفئتين من خلال المجالات المخصصة لكل منها وإجراءات المصادقة بقوله: "...واعتبارا أن المؤسس الدستوري ميز القوانين العضوية عن القوانين العادية، من حيث الاصطلاح الدستوري والإجراءات الواجب احترامها عند الإعداد والمصادقة، وكذا المجال المخصص لكل منها .

-واعتبارا أن المؤسس الدستوري خص البرلمان بصلاحيه التشريع بقانون عضوي فيما يتعلق بالقانون الأساسي للقضاة، استنادا للمادة123(المطه الخامسة من الفقرة الأولى) من الدستور،

-واعتبارا بالنتيجة، فإن باستعمال مصطلح القانون الأساسي للقضاة في المادتين4 الفقرة الثانية والمادة 20 دون إضافة القانون العضوي المتضمن، يعدا سهوا يتعين تداركه" (1).

ولم يقتصر التمييز الصارم بين فئتي القوانين عند حد المجال و الإجراءات، بل شمل التمييز حتى الاصطلاح الدستوري الذي استعمله المؤسس الدستوري، وهو ما صرح به المجلس ووضحه في رأيه رقم 01/ر م د/04 بقوله: "...واعتبار أن المؤسس الدستوري قد ميز بين القوانين

¹ رأي 01 ر م د / 04 المؤرخ في 5 فبراير 2004 يتعلق برقابة مطابقة القانون العضوي المعدل و المتمم للامر97-07 المؤرخ في6 مارس 1997 و المتضمن القانون العضوي لنظام الانتخابات للدستور.

العادية والعضوية، من حيث الاصطلاح الدستوري والإجراءات الواجب احترامها عند الأعداد والمصادقة، وكذا المجال المخصص لكل منها.

- واعتباراً أن المشرع حين استعمل مصطلح "قانون" في المادة الأولى التي تضمن التعريف بموضوع ومضمون القانون العضوي، موضوع الإخطار، والمادة 30 التي تنص على أن نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية فإن ذلك يعود على القانون العادي بدلاً من العضوي⁽¹⁾.

كما انتقد سلوك المشرع لعدم احترامه لضوابط توزيع الاختصاص بين مجالات القانون العادي والعضوي الواردة في أحكام المادة 122 و123 بقوله: "تنص المادة 26 تزود الأقطاب القضائية المتخصصة بالوسائل البشرية والمادية اللازمة لسيرها،

- اعتباراً أن المؤسس الدستوري أقر مبدأ إمكانية إنشاء هيئات قضائية بموجب المادة 6/122 وخول المشرع، دون غيره، صلاحيات إنشائها، على أن يكون ذلك بقانون عاد وليس بقانون عضوي

- واعتباراً أن المشرع نص في المادة 24 من القانون العضوي، موضوع الأخطار، الوارد في الفصل الخامس من الباب الثاني المتعلق بالجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي، على إمكانية إنشاء هيئات قضائية مسماة "أقطاب قضائية متخصصة" إلى جانب المحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم والجهات القضائية الجزائية المتخصصة، واعتباراً أن المشرع حيث أقر بدوره إمكانية إنشاء هيئات قضائية مسماة "أقطاب جزائية متخصصة" في المادة 24 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، يكون قد أدخل بالمبدأ الدستوري القاضي بتوزيع مجالات الاختصاصات المستمد من المادتين 122 و123 من جهة..."

"... المادة 29: تصنف الجهات القضائية المنصوص عليها في هذا القانون العضوي.

يتم التصديق بموجب قرار من وزير العدل حافظ الأختام، بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء.

- اعتباراً أن المؤسس الدستوري أسس للتشريع بقانون عضوي فيما يتعلق بالتنظيم القضائي بموجب المادة 123 (المطبة الخامسة) من الدستور، كما أسس للتشريع بقانون عاد يحدد القواعد العامة

¹ رأي 01 ر م د 5/ المؤرخ في 17 يونيو 2005 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلقة بالتنظيم القضائي للدستور .

المتعلقة بالتنظيم القضائي موضوع الإخطار، على أن تصنيف الجهات القضائية بموجب قرار من وزير العدل حافظ الأختام،

-اعتباراً أن تصنيف الجهات القضائية يعد قاعدة من قواعد التنظيم القضائي التي تعود لصلاحيات وضعها للبرلمان بموجب قانون عاد طبقاً للمادة 6/122 من الدستور".

يتضح من هذه الاجتهادات أن المجلس الدستوري حاول إعطاء تفسير واضح للحدود الدستورية التي وضعها المؤسس الدستوري لكل من مجال القانون العضوي والقانون العادي، فإذا لم تكن لهذه الحدود أهمية بأن لم يعملها المشرع عند سن النصوص التشريعية فما هو الهدف من وضعها إذن؟

وضحنا فيما سبق الأسباب التي دفعت بالمؤسس الدستوري أن يتدخل في الوظيفة التشريعية بطريقة ايجابية، مساهمة تنقله من مرحلة القضاء الراكد الى القضاء الدستوري النشط الذي يحرص من خلال وظيفته على احاطة المبادئ الدستورية بما تحويه بجدار مانع يجعلها في منأى عن التأويلات الخاطئة، وفي مأمن من أي خروقات من سلطة التشريع، فالقانون يشبه في وظيفته أهمية اللائحة بالنسبة للقانون، بحيث تنقل النصوص التشريعية القواعد والمبادئ الدستورية من حالة الصمت إلى حالة النشاط وهكذا تؤدي وظيفتها.

كل هذا يقوم به القاضي الدستوري مستعملاً أهمية تقنية أو صلاحية ينفرد بها عن غيره من المؤسسات الدستورية الأخرى، وهي سلطته في تفسير النصوص الدستورية وحتى النصوص القانونية، التي إما أن تكون اختصاصاً دستورياً ينفرد به في بعض الأنظمة الدستورية، أو يستنتج من طبيعة عمله، وهي البحث في مدى مطابقة النصوص التشريعية للنصوص الدستورية نصاً وروحاً نوضحها في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

التفسير الدستوري مرحلة أولوية لولوج القاضي الدستوري في الميدان التشريعي و التأثير فيه

يستمد القضاء الدستوري اختصاصه برقابة الدستورية من الدستور، لذلك يقاس احترام الشرعية الدستورية بالنظر إلى قواعده، بحكم مرتبتها العليا بين القواعد القانونية على اختلافها⁽¹⁾.

وفي سبيل القيام بمهمته الدستورية، يركز القاضئ الدستوري على تقنية التفسير كوسيلة للرقابة الدستورية للولوج إلى العملية التشريعية وكذا ممارسة الوظيفة التشريعية، ولا مناص للقضاء الدستوري عن هذه التقنية، بما يسمح له باستجلاء معنى النص المعروض عليه ليكشف مدى مواعته لإحكام الدستور، ومدى قدرة هذه التقنية على إشباع الحاجيات المتطورة للمجتمع في نظرة تقدمية تتجاوز حدود النطاق المرسوم له بطريقة مجردة⁽²⁾، سواء أن كان هذا الاختصاص مستمدا من القانون أو فرضه الواقع العملي لطبيعة المهمة الرقابية التي أوكلت لهذا القضاء المتميز هذا ما نبحت أغواره في مبحثين، نخصص أولهما: لشرح التفسير الدستوري تقنية لاستنباط القاعدة القانونية، أما الثاني: فيتعلق بمناهج القاضي الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية ونياته.

المبحث الأول

التفسير الدستوري تقنية لاستنباط القاعدة القانونية

تتطلب منا الدراسة المنهجية لدراسة تقنية التفسير الذي يقوم به القضاء الدستوري، أن نخرج على النظرية العامة للتفسير، وماذا يقصد به وما هي أنواعه؟ لنصل للإجابة عن سؤال كيف يظهر القاضي الدستوري مفسرا منشأ لحكم قانوني أو قاعدة قانونية؟

المطلب الأول

مضمون التفسير الدستوري

قبل البحث في مضمون التفسير الدستوري يجب أن نحدد مفهوم التفسير عامة (الفرع الأول)، ثم التفسير الذي يقوم به القاضي الدستوري، وأين يجد أساسه الدستوري (الفرع الثاني)؟

¹ احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات الدستورية ، مرجع سابق ، ص 250
² نفس المرجع ، ص 264.

الفرع الأول

تعريف التفسير الدستوري

يستعمل مصطلح التفسير في جميع العلوم الاجتماعية والعلمية لاسيما الشرعية⁽¹⁾ فماذا يقصد

به؟

أولا : معنى التفسير عامة

التفسير في المعنى اللغوي: من المفسر -بسكون السين- أي الإبانة وكشف المغطى، والتفسير وقال الجرجاني : التفسير في الأصل الكشف والإظهار⁽²⁾.

ويعرف أيضا انه مأخوذ من مادة "يفسر" وهي تدل على ظهور الشيء و بيانه ومنه الكشف عن المعنى الغامض⁽³⁾.

كما يستفاد من معناه التأويل، وهو كشف المراد عن المشكل، إلا أن بعض المعاجم تفرق بين التأويل والتفسير، على أساس أن معنى تفسير اللفظ هو إيضاح معناه وبيان مضمونه، والتأويل هو تقدير الكلام وتدبيره ورد أحد المحتملين إلى ما يطابق الظاهر⁽⁴⁾.

¹ التفسير لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، تناولته كتب الفقه الإسلامي باعتباره جزء من البيان، بمعنى أن البيان أعم وأشمل من التفسير، فالبيان هو الإظهار والظهور، فهو اسم لكل ما يكشف عن معنى الكلام ويظهره، قال تعالى "علمه البيان" الآية 4 من سورة الرحمن أي المراد الإظهار، وقد استعمل القرآن الكريم البيان بمعنى الإظهار، وجاء البيان في السنة النبوية بمعنى الإظهار، منه قوله صلى الله عليه وسلم "إن من البيان لسحرا"، للاستزادة راجع تفسير النصوص القانونية، محمد السيد عرفه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2006، ص3.

² عثمان احمد عبد الرحيم، التجديد في التفسير، الاصدار 11، المطبعة العصرية، الكويت، ص10.

³ مساعد بن سليمان الطيار، أصول في التفسير، ط1، دار النشر الدولي للنشر والتوزيع، الرياض، 1993، ص10.

⁴ محمد الصبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص19.

ثانيا : التفسير في المعنى القانوني⁽¹⁾

التفسير هو المعنى الذي يسوقه فقهاء القانون وشراحه تعريفا لمصطلح "التفسير". والتفسير في المجال القانوني له معان مختلفة، وهو موضوع غاية في الاتساع.

ويعرفه البعض بأنه: نشاط عقلي يهدف لتحديد معنى النص القانوني، كما أنه محاولة التوصل إلى المعنى المناسب للكلمات والعبارات في الحالة التي يقوم معها شك يقتضي ضرورة التوضيح والإبانة تمهيدا لتطبيق القانون⁽²⁾.

كما يعرف التفسير القانوني تبعا للغرض أو الوسيلة المستخدمة أو الوسيلة المستخدمة للكشف عنه، فيعرفه بأنه هو ما يهدف للكشف عن مقاصد المشرع⁽³⁾.

أما الفقه المصري، فقد عرفه بأنه التفسير الذي يكون محله نص قانوني تشريعي، بأنه توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين

¹ يذهب الفقه إلى تصنيف التفسير القانوني بحسب اختلاف المفسرين أو القائمين بالعملية التفسيرية أو مصدره الى:
1- التفسير التشريعي: هو التفسير الذي يضعه المشرع لبيان حقيقة المقصود من تشريع سابق، فهو يصدر من المشرع نفسه، أو من جهة مخولة من قبل المشرع، تفسيراً لقانون سابق، اختلفت المحاكم حول فهم المعنى الذي قصده المشرع منه، ذلك، أن المحاكم قد اختلفت في فهم المعنى الذي قصده المشرع بقانون معين، ويؤدي هذا الاختلاف إلى تضارب الأحكام بشأن الحالات المتماثلة، لذلك فإن المشرع يتدخل لوضع حد لهذا الخلاف، وذلك بإصدار قانون يوضح فيه قصده في المسائل المختلف عليها، ويسمى هذا القانون الذي يصدر تفسيراً لتشريع سابق بالقانون المفسر، أما القانون الذي صدر التفسير بشأنه فيسمى القانون المفسر. والأصل أن يصدر هذا التفسير من الهيئة التي أصدرت القانون، إلا أن ذلك لا يمنع أن يستعين المشرع بجهة يخولها تفسير القانون، وكل ذلك يدخل في التفسير التشريعي ولكن هذا النوع نادر وقليل في الأنظمة القانونية.

2- التفسير القضائي: هو مجموعة المبادئ العامة التي تستخلص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يعرض عليها من منازعات للفصل فيها، فالمحكمة عندما تنظر في واقعة معينة من أجل إصدار الحكم، تقوم بعملية تفسير للنص القانوني الذي تطبقه في هذه الواقعة، ومن خلال تفسيرها للنص القانوني وتطبيقه على الواقعة تصل إلى الحكم. وهو التفسير الأكثر شيوعاً، فالقضاء هو الذي يصطدم بالقاعدة القانونية.

3- التفسير الفقهي: يعرف في اصطلاح علماء القانون بأنه مجموعة الآراء التي تدلي بها أغلبية الفقهاء و الشراح، مجموعة آراء العلماء الذين يعرضون بها لشرح القانون وتفسيره ونقده، سواء أكان ذلك في مؤلفاتهم أو في فتاويهم أو في تعاليمهم. وللتفسير الفقهي أهمية كبيرة، وذلك لان العلاقة بين الفقه و القضاء علاقة تبادلية، فالتعاون بين الاثنين قائم، كما أن التأثير بينهما متبادل، فالفقه رغم طابعه النظري يتأثر عادة بما تتجه إليه أحكام المحاكم في فهم القانون وتفسيره، و القضاء رغم طابعه العملي يتأثر في تفسيره للقانون بأقوال الفقهاء وآرائهم كثيراً ما تعينه على إيجاد الحل المناسب للنزاع المعروض عليه، محمد الصبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 20 وما بعدها.

ويضيف الأستاذ محمد السيد عرفه نوعاً آخر من التفسير وهو:

4- التفسير الإداري: هو التفسير الذي يصدر عن جهات الإدارة أو عن لجنة إدارية مفوضة بالتفسير بقصد تحديد معنى النصوص المراد تطبيقها، أو كانت هذه الجهة فرداً كالوزير المختص أو رئيس الهيئة الإدارية، أو كانت لجنة فوضها القانون سلطة تفسير تشريع معين، وقد يصدر عن الموظف المختص بتطبيق القانون عند قيامه بتطبيقه. محمد السيد عرفه، تفسير النصوص القانونية، مرجع سابق، ص 38.

² وليد محمد عبد الصبور، التفسير الدستوري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2013، ص 11.

³ نفس المرجع، ص 12

أجزائه المتناقضة، وذلك حتى يمكن الاستدلال على ما تتضمنه القاعدة القانونية، وحتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية التي يثار بصدد تطبيق هذه القاعدة، ومجال ذلك هو القانون المكتوب⁽¹⁾. يتضمن هذا التعريف مفهوما مغايرا للتفسير، حيث جعل من مهمة المفسر إعطاء معناه الواضح وكذا الغامض، وإصلاحه عن طريق سد الفراغ الذي يحتويه النص القانوني، وهذا لاشك مهمة القاضي الدستوري الأساسية.

في حين عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التفسير التشريعي الذي تختص به وفقا لنص الماد 175 من دستور 1971 والمادة 26 من قانون رقم 48 لسنة 1979 الذي ينص على اختصاصها، بأن ولايتها في هذا المجال بأنه: "تحديد مضمون النص القانوني محل التفسير لتوضيح ما أبهم من ألفاظه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة على ضوء إرادة المشرع تحريا لمقاصده من هذا النص وقوفا عند الغاية التي استهدفها من تقريره"⁽²⁾.

وعليه، فالتفسير في القانون ضرورة أقرتها تطبيق القاعدة القانونية، وعملية ضرورية سابقة لإيقاع حكم النص القانوني على الوقائع العملية، لأنه ليس من المنطقي قيام القاضي بتوقيع النص القانوني على الحالة المعروضة عليه دون تفسيره، واستخراج مضمون القاعدة القانونية التي يحملها النص⁽³⁾.

إذن، تفسير القاعدة القانونية تفسيرا سليما هو الخطوة الأولى نحو تطبيقها على الوقائع التي تحكمها تطبيقا صحيحا، وكلما كان التفسير أقرب إلى معنى النص القانوني ومضمونه كلما دنى من تحقيق العدالة، وتحقيق العدالة هو الهدف الأسمى للنظام القانوني في أي مجتمع إنساني يهدف إلى الخروج من الفوضى والدخول في التنظيم عن طريق تحقيق الأمن القانوني، والأثر الملموس لتحقيق العدالة في المجتمع هو احترام الناس للقانون بالتزام أوامره واجتتاب نواهيه⁽⁴⁾.

¹ حسن كيرة ، أصول القانون، ط2، دار المعارف، 1960، ص2018.

² أشار إليه محمد عبد الصبور، في المرجع السابق، ص 14.

³ فمنذ عام 1973 ، عندما فصلت المحكمة العليا الأمريكية في قضية الاجهاض (قضية Wade) وتقرير أحقية المرأة في هذا الحق أصبح الاهتمام بالتفسير و الدور المناسب الذي يمكن أن تلعبه المحكمة العليا في عملية التفسير، وليد عبد الصبور ، المرجع السابق، ص17.

⁴ محمد السيد عرفه، المرجع السابق، ص 7.

لكن بعض الفقه القانوني اختلف حول تفسير القانون، ليس من حيث ضرورته - فهو يسلم بها- وإنما مضمونه، أي مدى التفسير وما هو محله؟ فانقسم الفقه في ذلك إلى أربعة اتجاهات⁽¹⁾:

1- الاتجاه الأول: اقتصار التفسير على التشريع يتجه هذا الرأي إلى تعريف التفسير القانوني على أنه تفسير من حيث تحديد ما أبهم من ألفاظه، وتكميل ما اقتضب من نصوصه، وتخريج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة، ويعود الغموض إما لنقص في النص أو عدم تناسب ألفاظه وغرابتها، أو احتوائه على تناقض عقلي بين أسلوب اللغة المستخدمة، كما يكون ناتجا عن أخطاء في كتابة ونسخ النص مطبعيا.

2-بينما ذهب الاتجاه الثاني: إلى أن التفسير يمتد الى غير حرفية التشريع، وذلك بتحديد المعنى الحقيقي لمضمون القاعدة التي سنها المشرع دون الاقتصار على حرفية نصها.

3- أما الاتجاه الثالث فقد ذهب إلى أبعد من ذلك واستهدف تفسير الهدف من القاعدة، باعتباره العملية العقلية التي تهدف إلى البحث والتوضيح للمعنى الذي ترمي إليه.

4- في حين ذهب الاتجاه الرابع إلى أن التفسير في القانون هو البحث والتحري بهدف إيجاد المعنى الصحيح للقاعدة لتطبيقها بعد ذلك على الحالة الواقعية، والقاعدة القانونية هي ما يستخلص من النص القانوني أو الحكم الذي يحمله النص القانوني، وهي بدورها تتحلل إلى عنصرين رئيسيين هما الفرض و الحل، فالفرض يتمثل في الحالة التي تستدعي تطبيق القاعدة وشروط تطبيقها (الحالة النموذجية)، أما الحل فهو الحكم الذي تتضمنه القاعدة، وهذه مهمة المشرع وما يقوم به عند وضع القاعدة القانونية، فهو يحدد شروط تطبيقها وحكمها، وعملية تطبيق القاعدة القانونية تتضمن هي الأخرى في جوهرها وحقيقتها مرحلتين أساسيتين هما: التحقيق أو التحقق والقرار⁽²⁾.

فالتحقق أو التحقيق هو محاولة إدخال الحالة أو الواقعة المعروضة في الفرض المبين في القاعدة، والقرار هو إنزال الحل الذي تتضمنه القاعدة على هذه الحالة أو الواقعة وهي مهمة القاضي⁽³⁾، عندما يفصل في الدعاوي باتباع توجيه القاعدة الاجرائية.

¹ محمد أصبري السعدي ، المرجع السابق، ص 24.

² محمد فوزي النويحي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري ، ط1، دار النهضة العربية، 2008، ص 34.

³ جورج شفيق، اختصاص المحكمة الدستورية بالتفسير، ط 3 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 24.

وعلى ذلك وضع الفقه قرينة قانونية مفادها: أنه لا تطبيق للقاعدة القانونية بلا تفسير يوضح معناها، إلا في حالة وضوح النص فهي تطبق بصورة آلية دون اجتهاد، تطبيقاً لمبدأ لا اجتهاد مع نص، فالتفسير يبرر ضرورته انطلاقاً من مفهومه، فهو يكون بأحد المفهومين: إما توضيح معنى القاعدة القانونية وتحليل هذا المعنى، حتى يزول ما بها من غموض للوصول إلى القصد الحقيقي للمشرع، من أجل حسم الخلاف بصدد تطبيقها، أو الاجتهاد لسد الفراغ في القاعدة القانونية، لمواجهة ما تكشف عنه الحياة من فروض ووقائع .

فعمل القاضي هو تفسير النصوص القانونية وذلك بتوضيح ما أبهم من ألفاظه، وتكميل ما اقتضب من نصوصه أو تخريج ما نقص من أحكامه وكذا التوفيق بين أجزائه المتناقضة إن حدث.

لكن التفسير طبعاً يختلف من قاض إلى آخر، لأنه يتأثر بالظروف الواقعية التي تحيط بالواقعة محل الخصومة، ما جعل البعض ينتقد مسلك القضاء عندما يعطي تفسيراً لا يتجاوز قصد المشرع الظاهر الذي قد لا يفي بالغرض أنياً لحل المشكلة.

إن التفسير مرحلة لا بد منها، لا يملك القاضي الاستغناء عنها، فهو أساس عمله. ولذلك فما هو التفسير الذي يقوم به القاضي الدستوري؟ وهل يختلف عمله عن القاضي العادي بسبب اختلاف أطراف العملية التفسيرية، أم يشبهه؟

ثالثاً: خصوصية القاضي الدستوري في التفسير

يقوم عمل القاضي عموماً عند فصله في الخصومات على مرحلة مهمة يطلق عليها " التكييف القانوني"⁽¹⁾، باعتبار أن الدعوى هي مجموعة من الوقائع يتم جمعها وإدخالها في قالب قانوني معين، للفصل فيها بتوقيع حكمها عليه.

فينطلق الفقه عند تحليله لعمل القاضي من فكرة أن الدعوى خليط من الواقع والقانون، والقاضي عند تطبيقه للقانون لا يجد نفسه أمام نصوص تحتاج إلى التفسير والتطبيق فحسب، وإنما يصادف مجموعة من الوقائع يتوقف على تحديدها وضبطها اختيار القاعدة القانونية، ومتى فهم وقائع الدعوى استطاع أن ينزل الوصف القانوني عليها (واقعة أو تصرف قانوني)، وهكذا

¹ احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية ، القاهرة، بدون سنة نشر، ص167.

ينزل حكم القانون عليها⁽¹⁾، لأن المشرع عندما يأتي لصياغة القاعدة القانونية لا يفترض أو يتخيل كل الوقائع من عندياته، لأن الوقائع إذا اتفقت من حيث المضمون في جزء كبير، فستختلف في الجزء المتبقي، وإنما يقوم باستقراء الحالة النموذجية من الحالات الواقعية، التي تزخر بها الحياة الاجتماعية، ويستنتج منها التي يمكن أن تطبق أو تشملها وهي لا تحصى⁽²⁾.

والأمر كذلك، يشبه عمل القاضي الدستوري إلى حد ما عمل القاضي العادي، من حيث عملية المقاربة والمقارنة بين قطبين وإسقاط حكم القاعدة الدستورية على الواقعة، والتي تشكل في هذه الحالة القانون محل فحص الدستورية، بحيث يتعلق الأول بالواقعة محل الدعوى والثاني الحكم الوارد في النص القانوني الواجب تطبيقه عليه بعد تفسيره طبعاً.

لكن عمل القاضي الدستوري -وان كان يشبهه من حيث المقاربة بين شيئين- إلا أنه يتميز بنوع من الخصوصية يقرها هذا المقاربة، لكننا قبل توضيح هذه الخصوصية لابد أن نعرج على المقصود بالتفسير الدستوري؟

يعرف الفقه الدستوري التفسير الدستوري انطلاقاً من معيارين⁽³⁾: من حيث القائم به، ومن حيث محله.

1- فالتفسير من حيث القائم به: هو التفسير الذي يباشره القضاء الدستوري، وهو المعنى الشكلي له.

2- أو التفسير الذي يكون محله: نص أو قاعدة دستورية، وهو المعنى الذي يأخذ بالمعيار الموضوعي.

وهناك من يجمع بين المعيارين، ويعرفه على أنه: التفسير الذي تقوم به جهة القضاء الدستوري وبمناسبة مباشرتها للدعوى الدستوري، وبهذا المعنى يشمل التفسير الدستوري تفسير الدستور من جهة وتفسير القانون واللوائح، باعتبار أن الرقابة على الدستورية تأخذ هذه النصوص محلاً لها، بحيث يتم مقارنة النص محل الطعن سواء أكان تشريعاً أو لائحة مع النص الدستوري. ويستثنى من ذلك المسائل التفسيرية التي يقوم بها القضاء الدستوري في مواضع أخرى، عندما

¹ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي و الرقابة على دستورية، الكتاب الأول، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص 396.

² محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 39.

³ وليد محمد عبد الصبور، المرجع السابق، ص 15

يفصل في تنازع الاختصاص أو التنازع في التنفيذ كما هي الحال في القضاء الدستوري المصري⁽¹⁾.

كما يعرفه الأستاذ عصام سليمان بقوله: "المقصود بتفسير الدستور ليس التفسير بالمعنى الضيق للكلمة explication أي توضيح النص من خلال تحديد مدلول الكلمات ومعنى الجمل، إنما المقصود بالتفسير شرح النص interprétation لما يتجاوز التفسير الضيق، وذلك بهدف كشف الخفيات الكامنة وراء الغايات، وإزالة الغموض والإبهام واللبس، وتوضيح المقصود منه، واستخدام المعيار norme الذي ينطوي عليه، أي المعيار الواجب اعتماده في مواجهة وقائع محددة، وليس على المستوى النظري وحسب، فالتفسير ينتج معايير دستورية من خلال إعطاء الأحكام الدستورية موضع التفسير المعنى الواجب أن يتقيد به من يتخذ القرار، كما أن تفسير الأحكام الدستورية يؤدي إلى تحديد المعايير الدستورية التي تنطوي عليه بغض النظر عن ارتباط هذه المعايير بحالة محددة.."⁽²⁾.

أما عن الهدف من تفسير الدستور فيقول: "يهدف تفسير الدستور إلى تحديد الرؤى والتوجهات الفكرية التي أدت إلى صياغة نصوصه، ويهدف تفسير الدستور إلى تفسير جميع النصوص باعتبارها كتلة واحدة، لا يمكن فصلها عن الواقع السياسي الذي وضع الدستور في ضوء معطياته الاجتماعية والسياسية والثقافية والاقتصادية، بهدف تحقيق الانتظام العام والاستقرار، وإدارة الشأن العام لما يؤدي إلى توفير شروط العيش الكريم للمواطنين، من خلال انتظام أداء المؤسسات الدستورية و القيام بالمهام المفترض أن يقوم بها"⁽³⁾.

وبناء على ما تقدم، فإن التفسير الدستوري يختلف عن التفسير التشريعي، بحيث يتميز هذا التفسير بعدة خصوصيات تتمثل في:

1- **الخصوصية الأولى:** يتميز التفسير الذي يقوم به القاضي الدستوري بالازدواجية⁽⁴⁾، حيث يفسر النص القانوني ثم النص الدستوري، من أجل الوصول إلى المواءمة بين نصوص الدستور والنصوص التشريعية أو التنظيمية المطعون في دستورتها.

¹ نفس المرجع، ص 15.

² عصام سليمان، حول تفسير الدستور، مجلة المجلس الدستوري اللبناني، الكتاب السنوي، 2012، المجلد 06، ص 365.

³ نفس المرجع، ص 366.

⁴ محمد فوزي النويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 21.

ويستند هذا الدور على محورين: الأول تفسير النصوص الدستورية، والثاني تفسير النصوص القانونية المطعون في دستورتها بمعنى محل المنازعة الدستورية، وهو مضمون الرقابة الدستورية الذي اتفق حوله الفقه، والمتمثل في العملية المزدوجة في التفسير، النصوص الدستورية من جهة والنصوص القانونية من جهة ثانية، باعتبارها الحالة المعروضة على القاضي الدستوري، بحيث يصبح التفسير للمواءمة بين النص الدستوري والنص القانوني في هذه الحالة ضرورة لازمة لا مفر منها، من أجل تحقيق هذا التناسب، والازدواجية في هذه الحالة تتصرف إلى النشاط التفسيري لكل من مضمون الدستور والتشريع، على أن هذا النوع من النشاط يتحقق عند الفصل في الدستورية الموضوعية، التي تتعلق بالمخالفة الموضوعية للنص القانوني للنص الدستوري، على عكس الدستورية الإجرائية التي يكتفي القاضي الدستوري فيها بمعاينة ما إذا كان التشريع قد صدر بناء على الإجراءات المحددة في الدستور مسبقاً أو في نص قانوني إجرائي آخر بإحالة من الدستور، وذلك لقيامه من الناحية الشكلية. ويظهر هذا العوار خاصة في القوانين التي يتطلب وجودها إجراءات دستورية شكلية تتعلق بالنصاب القانوني المطلوب للمصادقة عليها أو الرقابة الدستورية أو الأخذ برأي جهة معينة بل وحتى أخذ رأيها وان لم يكن ملزماً مثل القوانين العضوية .

أما عن التطابق الحرفي أو الروحي، الذي يحاول القاضي الدستوري استقراءه من خلال عملية التفسير الثنائية أو المزدوجة التي تخص القانون والدستور، فقد ذهب الفقه إلى أن المحكمة الدستورية تتحرى من عملية رقابة الدستورية التطابق بين القاعدتين الدستورية والتشريعية، والتطابق المقصود في هذه الحالة هو تطابق بين معنيين لا بين نصين في شكلهما اللفظي أو في قوتها الإلزامية⁽¹⁾، لأن النص القانوني عادة يكون أطول من النص الدستوري وتكثر مصطلحاته ومقرراته.

2- أما الخصوصية الثانية، فهي مرتبطة بقوة الإلزام، حيث يطابق التفسير القضائي الذي يصدره القاضي الدستوري التفسير التشريعي في قوة الإلزام ، فهو يستمد هذه القوة من عنصر الإلزام الذي تتصف به القاعدة القانونية محل التفسير في حد ذاتها، كما أنه صادر عن سلطة دستورية عامة رسمية، مستقلة عن السلطات الدستورية الأخرى، وعدم تبعيتها من ناحيتي الاستقلال العضوي والاستقلال الوظيفي⁽²⁾ وفق التوضيح التالي:

¹ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات الدستوري، مرجع سابق، 240.
² عصمت عبد الله الشيخ ، مدى استقلال القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة ، ص 15 وما بعدها.

أ-الاستقلال العضوي: يقصد بالاستقلال العضوي للقضاء الدستوري استقلاله من حيث طبيعته كجهاز والعاملين فيه، عن السلطات الثلاث في الدولة، خاصة السلطة التشريعية⁽¹⁾.

ونظرا لأهمية وطبيعة عمله المتميزة عن اختصاصاته، وكذا المكانة المرموقة بين السلطات، تحرص غالبية الدساتير على منحه هذه الاستقلالية، من ذلك ما تنص عليه المادة 191 من الدستور المصري 2014: " المحكمة الدستورية العليا جهة قضائية مستقلة بذاتها...". ، وكذا م 182 من الدستور الجزائري 2016 بقولها: " المجلس الدستوري هيئة مستقلة تكلف بالسهر على احترام الدستور..."، ويتجسد هذا الاستقلال في الاستقلال المالي والإداري، حيث كفل الدستور نفسه هذه الاستقلالية بقوله في الفقرة الثالثة من نفس المادة: " يتمتع المجلس الدستوري بالاستقلالية الإدارية والمالية"، كما منح أعضاؤه الحصانة التي يتمتع بها القضاة بقوله في م 185: " يتمتع رئيس المجلس الدستوري ونائب الرئيس، وأعضاؤه ، خلال عهدتهم بالحصانة القضائية في المسائل الجزائية.

ولا يمكن أن يكونوا محل متابعات أو توقيف بسبب ارتكاب جناية أو جنحة إلا بتنازل صريح عن الحصانة من المعني بالأمر أو بترخيص من المجلس الدستوري".

كما لا يخضعون في عملهم إلا ما يمليه عليهم الدستور والقانون وضمايرهم وخبرتهم، وكفاءتهم القانونية كما نصت عليه م3/184: " -التمتع بخبرة مهنية مدتها خمس عشر 15 سنة على الأقل في التعليم العالي في العلوم القانونية أو في القضاء، أو في مهنة محام لدى المحكمة العليا أو لدى المجلس الدولة أو في وظيفة عليا في الدولة " .

لذلك ألزمهم القانون بالحياد والنزاهة في أداء عملهم، وهو ما نصت عليه م 76 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري⁽²⁾: " يجب على أعضاء المجلس الدستوري أن يمارسوا وظيفتهم بنزاهة والحياد، وأن يحفظوا سرية المداولات، وأن يمتنعوا عن اتخاذ موقف علني في أي قضية تخضع لاختصاص المجلس الدستوري طبقا للمادة 183(الفقرة الأخيرة) من الدستور " .

كما حرم عليهم الانتماء إلى أي حزب سياسي، أو الجمع بين العضوية في المجلس وأي عمل آخر، باستثناء النشاطات العلمية والفكرية طيلة مدة العمل في المجلس، وهو ما نصت عليه

¹ عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق ، ص15.

² النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري الصادر في 6 افريل 2016 ج ر ع 29 الصادرة ب11 مايو 2016

م3/183 بقولها: "بمجرد انتخاب أعضاء المجلس الدستوري أو تعيينهم ، يتوقفون عن ممارسة أي عضوية أو أي وظيفة أو تكليف أو مهمة أخرى، وأي نشاط آخر أو مهنة حرة."، وكذا م 77 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري بنصها على أنه: "يتعين على أعضاء المجلس الدستوري مراعاة المادة 183 (الفقرة 3) من الدستور .

كما يتعين عليهم قطع أي صلة مع أي حزب سياسي طيلة عهدهم، طبقا لأحكام القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية"، وذلك لكفالة عنصر الموضوعية في عملهم، وعدم الميل إلى أية جهة، أو تيار سياسي قد يمس بمصداقية المجلس، باعتباره هيئة مصوبة لعمل السلطات من الناحية الموضوعية والإجرائية.

ب-الاستقلال الوظيفي: يقصد بالاستقلال الوظيفي للقضاء الدستوري أن يمارس الرقابة على دستورية التشريعات والأنظمة والمعاهدات، دون أن يكون مكبلا من المشرع العادي بقيود إجرائية تحول بينه وبين ممارسة رقابته الشرعية الدستورية، مما يعد تعديا من المشرع على استقلال القضاء الدستوري بمناسبة ممارسته لوظيفته الرقابية⁽¹⁾.

وفي رأينا يعد منح سلطة تحديد إجراءات سير المنازعة الدستورية أو الانتخابية أو إي اختصاص آخر من الناحية الموضوعية أو الإجرائية، من أهم الضمانات الدستورية للاستقلالية الوظيفية التي يعترف الدستور بها للمجلس الدستوري، بحيث له السلطة التقديرية في إعداد نظامه الداخلي المحدد لعمله، دونما أي دخل لسلطة المشرع، فلا يخضع في ذلك إلا لما تمليه عليه الأحكام الدستورية، وقد اعترف المؤسس الدستوري بهذه الاستقلالية بموجب أحكام المادة 189: "يحدد المجلس الدستوري قواعد عمله".

أما عن إثارة المسألة الدستورية فقد اعتمد المؤسس الدستوري النمط غير المباشر في إثارتها، حتى في حالة عدم وجود منازعة دستورية بالنسبة للإخطار السياسي، الذي يثبت لكل من رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الأمة ورئيس مجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول، كما يمكن إخطاره من خمسين نائبا أو ثلاثين عضوا في مجلس الأمة، وكذا المعارضة. أما الإخطار القضائي غير المباشر فيكون بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة بشرط وجود نزاع في الموضوع، وبالتالي منازعة دستورية بمعناها البحت.

¹ للاستزادة حول الموضوع راجع عصمت عبد الله الشيخ ، المرجع السابق، 91 وما بعدها.

كما تعد الحجية التي تتحصن بها القرارات والآراء -وكذا نهائيتها- التي ينطق بها المجلس، ضماناً أخرى تكفل سلطته التقديرية الواسعة في ممارسة اختصاصه الرقابي، الاستشاري، وحتى القضائي، فهي غير قابلة للطعن وملزمة لكافة السلطات العامة بموجب أحكام م 3/191 من الدستور التي تنص: " تكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية."، وهذا ما يكفل استقلاليته وحيادها ورجحان منطقتها، وتمييزها بالموضوعية والعمومية والتجريد التي تخص القاعدة القانونية، والقاعدة الدستورية على حد سواء، كما أن تفسيره محايد ويستقل بإرادته عن تغليب الاعتبارات السياسية أو الحزبية أو استجابته للفئة الحاكمة، فينحو بالتفسير نحو خدمة أغراضها، أو رعاية مصالح أعضائها اعتباراً لعدم تمتعه بذات ما للقضاء من استقلال (1).

وقد ذهب الفقه الدستوري إلى تمجيد دور القضاء الدستوري في التفسير، باعتباره أفعال من التفسير الذي يقوم به المشرع في حد ذاته، لأنه يقوم به بما له من خبرات قانونية، وتجارب علمية تجعله الأقرب والأقدر على تفسير النص ومقتضيات الواقع، بحكم الموروث القانوني، بحيث يستطيع تصحيح مرامي النص، والوقوف على غايته على ضوء آراء الفقه بشأنه، والإحاطة بقواعد التفسير و أصوله (2)، وهو ما لا يتوفر في المشرع العضوي، كما يكتسب هذه الرسمية من عينية أحكامه وحجيتها المطلقة.

3- الخصوصية الثالثة: يكتسب التفسير الدستوري هذا التميز من طبيعة القاعدة الدستورية، لاتساع مضمونها وأثرها على كل المجالات السياسية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية، بحيث يستغرق التفسير مجال لا يتناهى من الحالات والوقائع القانونية (3)، كما أن قواعده تجمع بين الصفة القانونية وصفة المبادئ والمثل العليا، وهو ما جعل الفقه ينفي الصفة القانونية الخالصة أو البحتة عن القواعد الدستورية.

فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول أن القواعد الدستورية ليست قواعد قانونية، فهي لا تتعدى درجة الآمال والتمنيات، التي يهدف إليها أي مجتمع إنساني، لخولها من عنصر الإلزام الذي تتفرد به القواعد القانونية، بينما نفى الجانب المضاد هذه الحجج، واعتبرها قواعد قانونية محضة تحتوي على جزاء لكن من نوع خاص، وباعتبارها قواعد اجتماعية مصدرها المجتمع وتطبق داخله،

¹ رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص 424.

² محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، 13

³ وليد محمد عبد الصبور، المرجع السابق، ص 16.

فالقوانين في الحقيقة هي عادات وأعراف قننت فيما بعد وأعطيت لها الصيغة الرسمية، وهي متطورة بتطوره، لكي يتحقق التلاؤم بين القاعدة الدستورية والواقع العملي، عن طريق توسيع مداها وحتى توجد لها بيئة تستجيب لصدائها .

4- الخصوصية الرابعة: يتميز القضاء الدستوري بخصوصية في التفسير من خلال دوره المختلف عن أي قاض أو مفسر آخر، فهو لا يتوقف عند منطوق النص الدستوري فحسب، بل يجب عليه استichاء أفكار وضوابط مختلفة، بما لا يجعل من أحكام الدستور أداة صماء معطلة، لا تجاري الأوضاع المتطورة للجماعة السياسية (1) .

5- الخصوصية الخامسة: القواعد الدستورية عبارة عن مبادئ وأحكام تتضمن قواعد توجيهية غير قابلة للتطبيق ما لم يتدخل المشرع لتفعيلها عن طريق النصوص التشريعية، فهي تصاغ في شكل نصوص مقتضبة ذات مدى طويل ومجال واسع، وعليه يكون التفسير الدستوري ضرورة تبررها الإجراءات المعقدة في تعديل الأحكام الدستوري، وهكذا يتدخل القاضي الدستوري ليكشف عن المجال الذي تمتد له القواعد الدستورية دون الحاجة لتغييرها أو تعديلها.

6- الخصوصية السادسة: يؤكد الفقه أن التفسير الدستوري يختلف عن التفسير التشريعي من حيث أن النصوص القانونية تحتوي على مضمون قاعدي واحد، بينما يمتد مضمون القواعد الدستورية ليستغرق حالات لامتناهية غير محددة الزمن والمدى، لذلك ارتأى قضاة المحكمة الدستورية العليا المصرية أن سبب التفسير الدستوري هو أنه تطبيق للقواعد العادية في التفسير على نصوص غير عادية (2) .

7- الخصوصية السابعة: ما يميز التفسير الدستوري الذي يقوم به القاضي الدستوري، أنه ذو خصوصية متميزة عن أي جهة أخرى مهمتها تفسير القانون، تتمثل هو في النتائج التي يتوصل إليها القاضي الدستوري بعد قيامه بعملية التفسير، التي تختلف في المفهوم التقليدي الذي يتوقف عند حد المعنى الحرفي للنص، إلى المفهوم الحديث المتمثل في استجلاء المفاهيم الدستورية التي تتضمنها الأحكام الدستورية، و هو ما نوضحه أكثر في الباب الثاني من هذه الأطروحة، وهو ما

¹ ابراهيم ابراهيم شحاتة، وظيفة القاضي عند فحص دستورية القوانين ،مجلة مجلس الدولة،السنة الثامنة و التاسعة والعاشره،مطابع مؤسسة اخبار اليوم،1960،ص301.
² وليد محمد عبد الصبور ، المرجع السابق،ص66.

نلاحظه على تباين الأحكام التي ينطق بها، و اختلاف منهجيته عند فحص الدستورية والتطور الذي عرفته أحكامه .

8- الخصوصية الثامنة: ولئن، سلمنا باختصاص القاضي الدستوري بتفسير النصوص القانونية، باعتبار أن رقابة الدستورية تفرض ذلك، ليتقصى معناه، بالأحرى إرادة المشرع، اقتداء بمهمة القاضي العادي، فهل من صلاحياته تفسير النصوص الدستورية، التي هي من وضع سلطة التأسيس؟ فهل يجوز أن تتطرق إرادة السلطة المنشأة لإرادة السلطة المنشئة؟ وهل هو ضروري؟

بناء على ما سبق، إذا كان معنى تفسير الدستور، يمنح للقاضي الدستوري سلطة التطرق لنية وإرادة المؤسس الدستوري، فما الذي جعل الفقه الدستوري يتساءل عن سلطة هيئة رقابة الدستورية وازدحامها الإرادة الدستورية وما أساس اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير؟ هذا مانحيب عنه في الفرع الثاني الموالي.

الفرع الثاني

أساس اختصاص القاضي الدستوري بتفسير الدستور

لم تكن فكرة تفسير القاضي الدستوري لأحكام الدستور وخوضه في نية المؤسس الدستوري موضع ترحيب جانب كبير من الفقه، بينما اعتبره آخرون من صميم طبيعة عمله، رقابة الدستورية ومنها التفسير، وهكذا انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض لهذه الصلاحية. ولكن ما هو موقف الدساتير المقارنة من ذلك؟

أولاً: الاختلاف الفقهي حول اختصاص القاضي الدستوري بتفسير الدستور

تجاذب فكرة اختصاص القضاء الدستوري بتفسير النصوص الدستورية اتجاهاً - في مصر مثلاً - أثير الجدل أول مرة عند تأسيس المحكمة الدستورية المصرية، بعدما تم الاعتراف لها بتفسير النصوص القانونية والقرارات بقوانين الصادرة عن رئيس الجمهورية، في حدود اختصاصاته الدستورية، لكن الاختلاف بقي يدور حول مدى اختصاصها بتفسير النصوص الدستورية، نتعرض لكل موقف والحجج التي استند إليها.

الاتجاه الأول: عدم اختصاص القاضي الدستوري بتفسير النصوص الدستورية

رفض اتجاه لا بأس به من الفقه، اختصاص المحكمة الدستورية بتفسير الدستورية، وقصر اختصاصها على نصوص القانون العادي والقرارات بقوانين الصادرة عن رئيس الجمهورية⁽¹⁾، معتمدين في ذلك على المعنى الحرفي للنص الذي يتضمن اختصاصات المحكمة، إضافة إلى بعض الحجج الأخرى نذكر أهمها:

1- استند هذا الاتجاه في بادئ الأمر على قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية في تبريرها إلى القول بعدم اختصاص المحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية، فالقانون المنظم لاختصاصاتها لم ينص على ذلك، وأن المشرع العادي استند في تحديد اختصاصها بتفسير النصوص التشريعية التي تصدر عنه، وإن كان له منح من شاء اختصاص تفسير النصوص التي سنّها، فلا يمكنه منحها اختصاص تفسير نصوص يضعها هو، وإن كان الدستور فوض صلاحية المحكمة العليا تفسير النصوص التشريعية، فلم يمنحها نفس التفويض بالنسبة للنصوص الدستورية، باعتبارها صادر عن الإرادة الذاتية للشعب، وإن أراد الشعب ذلك لكان له تضمين هذه الصلاحية الدستور، الذي وضعه، ومادام لم يضع ذلك فيجانب تفسير أحكامه⁽²⁾، وعليه يمنع على المحكمة تفسير النصوص الدستورية.

وقد ارتكز بعض الفقه في تفسيره للمادة 175 من الدستور لسنة 1971 على أساس أن القاعدة العامة في تفسير المصطلحات هي تفسيرها باعتبارها كتلة واحدة، فلا يمكن فصلها عن باقي أجزاء النص وعباراته، فالأصل أن النص يعبر عن فكرة معينة، ونزع عبارة منه ومحاولة تفسيرها بصورة منفصلة يقطع الجذور التي تعتم عليها العبارة في وجودها.

هذا ما حدا بالفقه المحايد، عندما قام بتفسير والبحث في عبارة "النصوص التشريعية" الواردة في هذه المادة، فقد تم تفسيرها بعد فصلها عن الأحكام السابقة الواردة في ذات النص، وعلى ذلك استنتج أن هذه العبارة تمتد إلى النصوص الدستورية، فيما أن المؤسس الدستوري ذكر في المادة 175: "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها".

¹ جورجى شفيق ساري، مرجع سابق، ص 154، 153.

² نفس المرجع، ص 153.

فقد ذكر المؤسس الدستوري عبارة القانون ثلاث مرات، دستورية "القوانين"، تفسير "النصوص التشريعية"، ثم أناط "بالقانون"، أيضا إصدار القواعد الخاصة بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة الدستوري العليا، وفي هذه المرات دلت عبارة "قانون" على مفهومه الضيق، ومن ثم فإن استخدام تعبير آخر يفيد استبعاد هذا المعنى، إذ لو اتجهت إليه إرادة المشرع الدستوري للجأ إليه صراحة، فقد استخدم الاصطلاح المنصرف للمفهوم الضيق ثلاث مرات، ولم يكن هناك ما يمنع من إيراده مرة رابعة⁽¹⁾.

2- أما الحجة الثانية فتتعلق بنهائية القرارات التي تصدرها المحكمة وعدم قابليتها للطعن، وإن تم الاعتراف لها بأحقيتها بتفسير النصوص الدستورية، فيشكل خطورة على الدستور الذي وضعه الشعب بإرادته المنفردة، وأنه يمكن لها أن تخرج عما أرادته هذه الجماهير، وليس بهذا الأخير أي أداة أخرى لاسترجاع ما لم يشارك في وضعه في هذه الحالة، خاصة مع غياب هيئة معقبة للتفسيرات التي تنطق بها هذه الهيئة، بمعنى نهائية التفسير والزاميتها.

3- الدستور ليس مثل أي قانون آخر فهو القانون الأسمى في النظام القانوني في الدولة⁽²⁾.

4- الدستور بحسب نظر المحكمة الإدارية العليا هو من خلق المحكمة العليا فكيف للمخلوق أن يتطرق لنية الخالق⁽³⁾.

5- وأخيرا تمسكت المحكمة الإدارية بفكرة أساسها العملية التفسيرية في حد ذاتها، حيث يقوم النشاط الفكري في عملية تفسير النصوص التشريعية على نص مفسر ونص مفسر عليه، فالمفسر هو محل التفسير أو موضوعه، بينما المفسر عليه (النص الدستوري) فهو المعيار أو المرشد الذي يقاس به المفسر في عملية التفسير، فإذا كان النص الدستوري هو المطلوب تفسيره أي المفسر أي موضوع أو محل التفسير فأين هو المعيار أو المرشد أو الدليل فمنطقيا ليس من المستساغ تفسير النص مع ذاته، أي يكون المفسر والمفسر عليه في ذات الوقت⁽⁴⁾.

¹ فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، طبعة مزيدة ومنقحة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص 42.

² جورج شفيق ساري، المرجع السابق، ص 154.

³ نفس المرجع، ص 154.

⁴ نفس المرجع، ص 154.

6- بينما تمسك جانب آخر من الفقه بمبدأ الفصل بين السلطات، لدحض مد المحكمة الدستورية إلى القواعد الدستورية⁽¹⁾، بحيث يخرج عن سلطتها القضائية ويدخلها في تقدير العلاقات بين السلطات العامة، التي يقيمها الدستور.

7- وباعتبار أن المؤسس الدستوري يحدد مجموعة من الإجراءات الصارمة في تعديل النصوص الدستورية، ويجعل الإقرار النهائي بيد الشعب يمارسه عن طريق الاستفتاء، فإذا منح سلطة تفسير النصوص الدستورية للمحكمة، فإن من شأن ذلك أنه يجعلها تدخل عدة تعديلات للنص الدستوري الذي يعد مصادرة لحق الشعب وحده، في إقرار نص التعديل الدستوري، وهو ما تمسكت به أيضا المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المحكمة الدستورية العليا في تبريراتها لاستبعاد هذه الأخيرة من الامتداد إلى تفسير النصوص الدستورية⁽²⁾.

وقد ركزت المذكرة الإيضاحية حجتها على القانون بالمعنى الضيق، فهو الذي تملك السلطة التشريعية إصدار تفسيرات له أو تفويضها للاضطلاع به، فلم تلمح هذه المذكرة لا من قريب ولا من بعيد إلى امتداد اختصاص المحكمة العليا بالتفسير إلى ما يجاوز القوانين البرلمانية، فهذا التحديد الصارم لوظيفة المحكمة واختصاصها بتفسير النصوص القانونية، كان القصد من ورائه انصراف معناه إلى النصوص البرلمانية دون غيرها، فلا يجوز أن يتعداها هذا التفسير إلى النصوص الدستورية⁽³⁾.

لكن ما هو موقف المحكمة الدستورية العليا هل أقرت باختصاصها تفسير النصوص الدستورية أم لا؟

لا يوجد في نصوص الدستور أي سند يقر اختصاص هذه الأخيرة بأحقيتها بتفسير النصوص الدستورية لذلك، وعليه رفضت هذه الأخيرة أول طلب تفسير يعرض عليها يخص تفسير الدستور وهذا بتاريخ أول مارس 1980، مستندة في ذلك إلى نص المادة 26 من القانون الخاص بها رقم 48 لسنة 1979 وعبرت عن ذلك بقولها: "وحيث تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة عن رئيس الجمهورية، وفقا

¹ محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص 46.

² جورج شفيق ساري، المرجع السابق، ص 155.

³ فتحي فكري، المرجع السابق، ص 37.

لأحكام الدستور، فإن مؤدى ذلك أن ولاية هذه المحكمة لا تمتد إلى تفسير نصوص الدستور الذي لم يصدر من أي من هاتين السلطتين وهو ما يتعين معه عدم قبول الطلب⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني: اختصاص المحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية

رفض غالبية الفقه الدستوري ما استند إليه الاتجاه الأول عند رفضه تفسير الدستور من طرف المحكمة الدستورية العليا، مستندا في ذلك على اختصاصها التقليدي والأصيل بالرقابة على دستورية القوانين .

فالتفسير هو أساس العملية الرقابية التي تمارسها هذه الأخير، بل ضرورة لا غنى عنها للبحث في مدى توافق المعنى القانوني والمعنى الدستوري.

ومافتئ القضاء بصفة عامة أن يفصل في الواقعة ما لم يقدّم بتفسير القانون، ومعرفة المعاني التي يحملها النص في طبيعته، ما ينطق بها وما يحتويها في روحه، ليوقع حكم القانون على الواقعة محل النظر.

ولا يختلف عمل القاضي الدستوري عن عمل القاضي العادي ، فعملية الرقابة في الحقيقة هي البحث عما يحتويه النص الدستوري من معانٍ مختلفة، وما يحتويه النص القانوني محل الطعن، فاكتشاف عوار النص لا يكون إلا بتفسيره وتحديد معانيه، والبحث عن العيب الدستوري الذي يحتويه.

إن، فاختصاص المحكمة بتفسير النصوص الدستورية والبحث في الإرادة الصريحة والضمنية للمشرع الدستوري، اختصاص تبعية ينبع من اختصاص أصيل لها، وهو اختصاصها برقابة الدستورية، وعليه لا يحتاج إلى سند قانوني لتبريره، وهو ما نوضحه أكثر في الأساس الواقعي لاختصاص القاضي الدستوري بتفسير النصوص الدستورية.

وقد استند هذا الفقه على حكم المحكمة الدستورية العليا التي قبلت تفسير المادتين 94 و96 من الدستور وأصدرت قرارا تفسيريا بشأن: " إسقاط العضوية من عضو مجلس الشعب لفقد الثقة

¹ أشار إليه جورجى شفيق ساري، المرجع السابق، ص 156.

والاعتبار أو للإخلال بواجبات العضوية تطبيقاً للمادة 96 من الدستور يترتب عليه حرمانه من الترشح لعضوية المجلس خلال الفصل التشريعي الذي أسقطت عضويته فيه⁽¹⁾.

وقد دحض هذا الاتجاه ما ذهب إليه المحكمة الدستورية العليا عند رفضها لاختصاصها تفسير النصوص الدستورية، وذلك لما جاء به دستور 1971 الذي نص على اختصاصها بتفسير النصوص التشريعية وهذا النص جاء عاماً لم يخص النصوص العادية فقط، وإنما يشمل النصوص الدستورية، ويبدو هذا واضحاً من خلال العبارة الواردة في المادة 174، عندما فوض المؤسس الدستوري للمشرع منح هذه المحكمة اختصاصات أخرى مناسبة بالنظر لمكانتها وقيمتها ومدى استقلالها، وهو ما نصت عليه المادة 192 من الدستور المصري الصادر سنة 2014 بقولها: "تتولى المحكمة الدستورية دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية ...

ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها"⁽²⁾.

2- أما فيما يتعلق بحجة أن المحكمة تستمد اختصاصها من الدستور ثم القانون، فلا دخل للإرادة الشعبية في هذا، لأنها سبق وأن عبرت عن موافقتها على الدستور، الذي صوتت عليه عن طريق الاستفتاء.

ويتابع الفقه تبريره اختصاص المحكمة بتفسير الدستور دون ضرورة نص قانوني ينص على ذلك، مستندا في هذا التأصيل بانفراد المشرع بوضع القوانين، وتحديد التنظيم القانوني الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 192 ومن قبلها المادة 174 يندرج ضمن هذا الانفراد، وهكذا يمكن له أن يمنحها ما يراه مناسباً لعملها واختصاصها، ولا يخرج عن هذا المفهوم إذن منحها وفوضها تفسير الدستور وهذا ما تضمنته المادة 192 بقولها: "ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة"⁽³⁾.

3- الاختصاص بتفسير النصوص الدستورية جزء لا يتجزأ من مهمة الدستورية التي يحرص عليها القاضي الدستوري، فهو أصدق وأمن هيئة على رعاية أحكام الدستور وحتى النصوص القانونية.

¹ أشار إليه جورج شفيق ساري، المرجع السابق، 157.

² الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014 www.sis.gov.eg

³ جورج شفيق ساري، المرجع السابق، 160.

4- تمارس المحكمة الدستورية اختصاصها بتفسير النصوص القانونية واختصاصاتها القضائية الأخرى بكل دقة، ولاشك أنها تكون أكثر حرصا ودقة عندما تفسر النصوص الدستورية، وتتحرى إرادة المشرع الدستوري، فلا خوف من عدم وجود معقب على أحكامها وقراراتها لأنها نهائية.

5- إن القول بأن الدستور هو قانون غير عادي مثل سائر القوانين، لأنه القانون الأساسي في الدولة، غير صحيح لأنه في جوهره يحتوي على نفس عناصر وخصائص القواعد القانونية، باعتباره مجموعة من القواعد العامة والمجردة تتعلق بالسلوك الاجتماعي، وتقترن بجزء كما يرى الفقه⁽¹⁾.

6- بينما ذهب بعض الفقه، في تنفيذ معارضة الجمعية العمومية لمجلس الدولة عندما قالت: "الفاصل العام أنه لا يحق لأي سلطة مؤسسة تفسير الدستور -باعتباره صادرا من السلطة التأسيسية- تفسيراً ملزماً، اذن إن هذا النوع من التفسير لا يصدر إلا بذات الأداة التي وضعت الدستور متبعة في ذلك نفس الإجراءات والأشكال، وهو أمر مستقر في كافة النظم الشرعية تحقيقاً لمبدأ سمو الدستور وتدرج القواعد القانونية"، بسبب الخلط بين أمرين لا علاقة بينهما هما: التفسير والتعديل.

فالتعديل يتطلب عند جمود الدستور إجراءات خاصة لإتمامه، وقد تقرر السلطة التأسيسية بجواز تعديله بذات الاجراءات والأشكال المتعلقة بالقوانين العادية في الدستور المرن.

بينما التفسير، فالحاجة إليه تقوم عندما يكتنف النص الدستوري غموض وإبهام، فيصبح ضروريا لإزالة هذا الغموض والتعرف على إرادة السلطة المصدرة له⁽²⁾.

فالهدف من التفسير هو إعمال النص بما يتفق مع إرادة مصدره دون المساس به، فمن ضوابط التفسير التزام حدود النص بعيدا عن الإضافة أو الحذف⁽³⁾.

7- إذا سلمنا بفكرة أن المحكمة الدستورية من خلق الدستور فلا يجوز لها أن تمد يدها لتفسير أحكامه، فإن القانون هو أيضا من أوجدها وهي مختصة بتفسيره دون غيرها⁽⁴⁾.

¹ رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، ص 6.

² فتحي فكري، المرجع السابق، ص 41.

³ مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية، مكتبة الجلاء، القاهرة، مصر، 2003، ص 26.

⁴ نفس المرجع، ص 27.

8- إن القول بأن العملية التفسيرية تقوم على وجود نص مفسر ونص مفسر عليه، تثبت أيضا في حالة تفسير النص الدستوري، لأن التفسير كما ينص قانون المحكمة يكون وفقا لأحكام الدستور، بمعنى تفسير النص بما يتماشى مع الأحكام المقررة في الدستور، أما إذا تعلق الأمر بتفسير نص دستوري، فيتم ذلك أيضا وفقا لأحكام والمبادئ العامة الواردة في الدستور ككتلة واحدة، ولا يمكن تجزئتها أو فصل أحكامه عن بعضها البعض، هذه الأخير هي المعيار الذي تقاس عليه أحكام الدستور المراد تفسيرها .

من الواضح أن هذا الرأي هو الأكثر صوابا من الناحية المنطقية والواقعية، فقد استند على منهجية القاضي الدستوري عند فحص الدستورية، إذن عملية التفسير مرحلة أولية للتحقق في مدى تلاؤم القانون والدستور، ويظهر هذا انطلاقا من الأسانيد والحجج التي اعتمد عليها هذا الاتجاه، فلم يعد أحد على مر المراحل التي مر بها القضاء الدستوري دوره وانفاده برقابة الدستورية، على أساس أن عملية التفسير الدستوري اختصاص تبعية لاختصاص قانوني ودستوري بالرقابة على دستورية القوانين.

ثانيا: اتجاه الدساتير المقارنة إلى منح القضاء الدستوري الاختصاص بالتفسير الدستوري

بالرغم من المحاذير التي تخوف منها الفقه الدستوري فيما يخص مدى المحكمة الدستورية إلى النصوص الدستورية لتفسيرها، إلا أن بعض النظم الدستورية اتجهت إلى منح قضائها هذا الاختصاص، وجعله اختصاصا حصريا ينفرد به.

ومن الدساتير ما ذهب إليه قانون رقم 14/1973 الكويتي، الذي صدر بناء على إحالة من المادة 173 بقولها: "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، وبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها، ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح، وفي حالة تقرير تلك الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن"⁽¹⁾.

¹ أشار إليه تركي سطات المطيري، قواعد التفسير ومدى التزام المحكمة الدستورية الكويتية بها في ممارسة اختصاصها بتفسير النصوص الدستورية، بحث منشور بتاريخ 2012/3/21، ص 2.

وبناء عليه، نصت المادة الأولى منه على أنه: "تتشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية"⁽¹⁾.

وكانت المحكمة قد ذهبت إلى السند الدستوري والسند القانوني لتأصيل اختصاصها بالتفسير الدستوري، وعبرت عن ذلك بقولها: "من المقرر أن تفسير النصوص القانونية إنما تتولاه أصلا المحاكم على تباين أنواعها ودرجاتها...، وذلك على خلاف ما هو مقرر بالنسبة للنصوص الدستورية، التي تختص المحكمة الدستورية وحدها بتفسيرها، إعمالاً لحكم المادة الأولى من القانون رقم 14 لسنة 1973 بشأن إنشاء المحكمة الدستورية"⁽²⁾.

وأكدت المحكمة الدستورية في الكويت أيضاً على استثنائها أصالة بتفسير النصوص الدستورية، على أنه اختصاص حصري تنفرد به، إذا كانت المحاكم العامة على اختلاف درجاتها تحوز تفسير القانون، وعبرت عن ذلك بقولها: "... أن القانون رقم 14 لسنة 1973 بإنشاء المحكمة الدستورية، اختصاصها دون غيرها، بموجب المادة الأولى منه، بتفسير النصوص الدستورية...". ، نافية بذلك ما اتجه إليه الفقه، باعتباره اختصاصاً تبعياً يقوم به القاضي الدستوري في معرض رقابته الدستورية على القوانين .

كما أوكلت للمحاكم الدستورية بكل من السودان وفلسطين، اختصاص قضائهما بتفسير النصوص الدستورية.

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 11 من القانون رقم 13 لسنة 1998 بإصدار قانون المحكمة الدستورية السودانية، التي تختص بتفسير النصوص الدستورية والنصوص القانونية، فيما يرفع إليها من رئيس الجمهورية أو المجلس الوطني أو نصف الولاية أو نصف مجلس الولايات ، ومنحت الحجية المطلقة لها ، مع إلزامية قراراتها وعدم قابليتها للطعن.

كما تضمن قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية رقم 3 لسنة 2006 نصاً مشابهاً، حيث جاء في نص المادة 24 على أنه: "تختص المحكمة بتفسير القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها"، كما منحت هي الأخرى الصفة الإلزامية لقراراتها، لكافة سلطات الدولة والكافة عملاً بنص المادة 41 من ذات القانون .

¹ المادة الأولى من القانون رقم 14 لسنة 1973 www.gcc-legal.org

² قرار المحكمة الدستورية الكويتية أشار إليه محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص43.

المطلب الثاني

رقابة الدستورية الأساس الواقعي لاختصاص المجلس الدستوري الجزائري بالتفسير الدستوري

إن غياب التأصيل الدستوري والقانوني لاختصاص المجلس الدستوري الجزائري -على غرار بعض أنظمة القضاء الدستوري المقارن- بالتفسير يطرح إشكالية مدى اختصاص قضائه بتفسير القواعد الدستورية وحتى النصوص التشريعية، فهل هذا السكوت قرينة على منعه التطاول على الإرادة الدستورية للمؤسس الدستوري أم نطبق قاعدة ما لم يمنع بنص صريح فهو مسموح به ؟

وهل يستطيع المجلس الدستوري أن يقوم بتفسير أحكام الدستورية دون ضرورة لوجود سند يحكم عليه اختصاصه؟

إن سكوت المؤسس الدستوري الجزائري على منح الاختصاص بالتفسير الدستوري للمجلس الدستوري سواء في الدستور، أو الإحالة على اختصاص النظام المحدد لعمله بمنحه هذه الصلاحية، يجعلنا عاجزين عن الاعتراف له بهذه الصلاحية، بل حتى الخوض فيها، ذلك أن هذا الأخير يستمد صلاحياته كباقي المؤسسات الدستورية المستقلة الأخرى من الدستور نفسه والقانون المنظم لاختصاصه.

لكننا سوف نعول على اختصاص أصيل وتقليدي لتأصيل صلاحية القضاء الدستوري الجزائري بتفسير الأحكام الدستورية والنصوص التشريعية، ليست هذه وحسب وإنما كل ما يخضع لرقابته الدستورية، بما في ذلك المعاهدات والقوانين والتنظيمات بموجب أحكام المادة 186 بقولها: "بالإضافة إلى الاختصاصات الأخرى التي خولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، يفصل المجلس الدستوري برأي في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات...". . وان كانت حجة ضعيفة إلا أنها سليمة، تجد مصدرها في الدستور ذاته، وهو الرقابة على دستورية القوانين لكن كيف ذلك؟

نرتكز في فكرتنا هذه على ما ذهب إليه الفقه المقارن عند تحليله لعمل القاضي الذي يرى بأن ما يشوب النصوص التشريعية هو عدم التحديد *l' indétermination*، فهي تحمل في طياتها معاني شتى غير محددة، والقاضي يقف عند هذه المعاني بحسب الحالة المعروضة عليه، وهكذا يكون التفسير المرحلة التمهيدية الضرورية لتطبيق النص بواسطة جهاز قضائي⁽¹⁾.

¹Michel Troper ,le problème l' interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle ,Paris ;1975,p135 .

وفي مجال التفسير الذي يقوم به القاضي الدستوري، ; أ: بمثابة النظر في الطعن بعدم دستورية نص تشريعي مطروح عليه، نجد أن القاضي الدستوري ينطلق من نفس ما ينطلق منه القاضي، فيفسر النص التشريعي من أجل أن يصدر حكمه على مدى دستوريته، ويفسر الدستور من أجل أن يطبقه عليه، فيشبه القانون محل الطعن بالدستورية الواقعة المعروضة على القاضي والدستور القانون المراد استخراج حكمه ليطبق على الواقعة. وهكذا فعملية التفسير التي يقوم بها القاضي الدستوري هي محور الارتكاز في بحث مدى دستورية النص المطروح عليه .

ومن الثابت أن القاعدة الدستورية تعد تعبير أن إرادة السلطة التأسيسية الأصلية وحتى المنشأة في الدستور المعدل، وهي تحمل من العمومية والتجريد ما يسبب غموضها وعدم وضوح معناها، مما يستلزم إزالته حتى يمكن التعرف على إرادة المشرع الدستوري، ويتحقق ذلك من خلال عملية التفسير، التي يقوم بها القاضي الدستوري، بحيث يعتمد في ذلك على المعاني التي تشير إليها الألفاظ والتراكيب اللغوية للنصوص أو الأعمال التحضيرية، وحتى المصادر التاريخية والظروف الاجتماعية⁽¹⁾.

وبناء على هذه الحثيات وما سبقها، يميز الفقه بين طريقتين للاختصاص بالتفسير الدستوري⁽²⁾: الولاية المباشرة والولاية غير المباشرة بتفسير الدستور:

1-الولاية المباشرة للقضاء الدستوري بتفسير النصوص التشريعية والنصوص الدستورية

ويكون هذا اختصاصا أصليا نابعا من الدستور نفسه، ويقصد به ما يقره القضاء الدستوري من رأي أو حكم في طلب مباشر لتفسير نص دستوري، بغرض إزالة ما غم منه على الطالب، ولتوضيح مراد المشرع الدستوري من النص.

وسميت بالولاية المباشرة بحكم موضوع الطلب، حيث يبتغي الطاعن من ورائه تفسير النص الدستوري الغامض، وهذا الاختصاص كما أشرنا سابقا، ينفرد به القضاء الدستوري دون غيره، فيمنع على محاكم الدرجات الأخرى الدنيا التطرق لهذا الطلب، وهذا في الأنظمة الدستورية التي

¹ رمزي الشاعر ، النظم السياسية و القانون الدستوري، ح1 ، مطبعة عين شمس ، 1977، ص224،223.
² سعد محمد عقيلة، ولاية تفسير الدستور عن طريق الرقابة الدستورية بطريق مباشر أو غير مباشر، مداخلة المشاركة في الملتقى العلمي الثامن لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية المنعقدة في مملكة البحرين الفترة من 17 الى 20 فبراير 2013.

تعترف لقضاؤها الدستوري بتفسير النصوص الدستورية، وتحدد مجموعة من الشروط لإقامة الدعوى التفسيرية، ولا يوجد هذا النوع من الاختصاص في الدستور الجزائري .

2- ولاية القضاء الدستوري غير المباشرة بتفسير النص الدستوري

وهو محور فكرتنا، حيث أطلق عليها الفقه الاختصاص التفسيري التبعي لاختصاص أصلي، المتمثل في الرقابة على الدستورية، وهو التفسير الذي يجريه القضاء الدستوري في معرض الفصل في المنازعة الدستورية حول شأن دستوري لا يتعلق بتفسير النص الدستوري، وإنما مدى مطابقة نص التشريعي للنص الدستوري⁽¹⁾ ، وهو ما اعتمد عليه الفقه الدستوري المصري، عندما حاول بحث مدى اختصاص المحكمة الدستورية بتفسير الدستور، في معرض الحديث عن الرقابة الدستورية التي تختص بها كأساس شرعي للتفسير الدستوري الذي تقوم به عند فحصها لدستورية القوانين.

فالدستور هو الذي يمد القاضي الدستوري بالمعيار الذي يعتمد عليه مرجعا لرقابته الدستورية، وعلى أساسه تقتضي الشرعية الدستورية احترام القواعد الأدنى للقواعد الأعلى، وهو ما يمنحه سلطة تفسير القواعد الدستورية كخطوة لازمة لممارسة رقابته، إذن التفسير في هذه الحالة ضرورة لا بد منها لنفاذي النطق بعدم الدستورية⁽²⁾.

هذا ما ذهب إليه أيضا الفقه الدستوري الفرنسي عند بحثه مضمون الرقابة التي يقوم بها المجلس الدستوري الفرنسي ، للإشارة أن لا الدستور ولا النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري قد أحال إلى اختصاص هذا الأخير بتفسير النصوص الدستورية أو النصوص التشريعية، كاختصاص أصيل، ما دعا الفقه إلى اعتبار التفسير مسألة حتمية لممارسة رقابة الدستورية، وهو ضروري لإسهام المجلس الدستوري في العملية التشريعية *nécessaire de faire le législatif* حتى تصدر التشريعات مطابقة لأحكام الدستور، والمجلس في هذه الحالة يلجأ إلى القرارات التفسيرية لتحقيق هدف أول ومباشر هو احترام الإرادة التشريعية، وذلك بحسبان أن القانون الطعين بعد

¹ سعد محمد عقيلة، المرجع السابق.

² أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق، ص 250.

إعادة تفسيره بمعرفة المجلس الدستوري يمكن إعلان دستوريته، عندما يفسر بما يجعله مطابقاً لأحكام الدستور⁽¹⁾.

ولم يتوقف الأمر على الفقه الدستوري فحسب، عندما ارتكز على الرقابة على دستورية القوانين كوسيلة فنية لاعتماد التفسير الدستوري في عمل القضاء الدستوري، بل تمسك به القضاء الدستوري لمنح نفسه هذه الصلاحية، بالرغم من غيابها في النص الدستور المقرر لاختصاصه، معتبراً إياها من مشتقات رقابة الدستورية، ولا غنى له عن استعمال هذه التقنية للموازنة بين النصوص التشريعية والأحكام الدستورية، ليكشف مدى مطابقتها نصاً وروحاً أو عدم مطابقتها.

ومن جهتها أبانت المحكمة الدستورية الكويتية في أحد قراراتها لتأصيل اختصاصها بالتفسير الدستوري قبل منحها هذا الاختصاص أصالة بقولها: "... من صور التفسير للنص الدستوري الذي تقوم به المحكمة صور ثلاثة: الأولى فيما يطعن على التشريع بعدم مطابقتها للنص الدستوري، بما يقتضي ذلك تفسيره لحسم الخلاف الذي ثار حول التشريع المطعون فيه، والثانية إذا ما أريد الطعن على تشريع ما بعدم الدستورية فتقوم الحاجة للجوء إلى المحكمة الدستورية، للتعرف أولاً على نطاق النص الدستوري وحدوده وضوابطه وصولاً لوجه الرأي في الخلاف الشاغر حول التشريع المشكوك في دستوريته لإمكان الطعن فيه. والثالثة إذا ما أريد قبل إصدار تشريع ما التعرف على التفسير الصحيح للنص الدستوري المتصل به لإمكان إعداد مشروع القانون المقصود متطابقاً مع أحكام الدستورية... وليس في هذه الصورة ابتداء أسلوب للرقابة السياسية لم يقره الدستور وإنما يستهدف الوقاية من خطر صدور قانون غير دستوري.. وتكون الرقابة القضائية حينئذ مرتبطة بالرقابة السياسية، ونتيجة لها"⁽²⁾.

فالتفسير بحسب نظر هذه المحكمة هو اختصاص لا ينعقد إلا لحوفاً بطعن بعدم دستورية تشريع ما، ولا ينعقد لها كاختصاص أصيل، وإنما هو عملية ضرورية تتبع عملية الفصل في دستورية النص، والطلب الأصلي الذي أثير أول مرة لذلك سمي بالتفسير التبعي فهو تابع لعمل أصيل هو رقابة الدستورية.

¹ رأي الفقيه Dominique rousseau, droit du contentieux onstitutionnel, Paris ,Montchrestien,1990,p130 .
² أشار إليه محمد باهي يونس، المرجع السابق، 15.

وعليه، يثبت للقضاء الدستوري الجزائري⁽¹⁾ الاختصاص بتفسير النصوص الدستورية والتشريعية، دونما ضرورة لوجود مرجعية دستورية أو تشريعية لتأصيل هذه الصلاحية، مادام أنه يملك صلاحية فحص دستورية النصوص القانونية، وهو من مشتملات العملية الرقابية، بحيث يبحث في معنى القاعدة الدستورية ومرواها وحدودها وكذا نطاق تطبيقها، من حيث النطاق الموضوعي أو الزماني أو المكاني، وكذا الأشخاص والموضوعات التي تتناولها في فحواها وروحها.

وتحتاج هذه العملية بدورها تفسير النص القانوني المراد بحث مدى دستورية، لتحديد ما إذا كان يتفق مع حكم الدستور أم يختلف معه. فليست هناك حاجة لوجود مثل هذا السند لتأسيس الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري إذا كانت من مضمون فلسفة الرقابة الدستورية وعملية المقارنة بين فحوى النص الدستوري وفحوى النص التشريعي، وإدخاله ضمن المعيارية التي يحتويها النص الدستوري، فيثمن القاضي الدستوري آراءه وأحكامه بصدر قرارات تفسيرية ملزمة، في حيثيات قرارات المطابقة أو عدم المطابقة وكذا التحفظات التفسيرية.

وبهذه بالمثابة، يعتبر القضاء الدستوري الجزائري مصدرا أساسيا ورسميا لتفسير القواعد الدستورية، إذا لم يكن مصدرا من مصادر القاعدة الدستورية نفسها، إذا يتميز تفسيره بطبيعته العملية الواقعية الرسمية، على اعتبار أنه الجهاز الذي يعد أكثر تجاوبا مع الواقع الاجتماعي، وأكثر تشبعا بروح العدالة، بالإضافة إلى ما يتمتع به من حيطة واستقلالية والبعد عن السلطات الأخرى في الدولة .

فبعمله هذا يكون المجلس الدستوري قد شارك في تطوير المنظومة الدستورية والتشريعية في آن واحد، فلم يعد يكتفي بالمحافظة على إلزام السلطات العامة باحترام الدستور، وإنما في إنمائها، فمن الخصائص الجوهرية للقواعد الدستورية البلوغية والصمود والجمود، فهي تصدر في شكل مبادئ عامة محدودة المدى، تعكس حضارة وثقافة قانونية معينة، وانتماء وتقاليد وقت صدورها، وبتفسيرها يعطى لها مدى زمنيا أوسع وليونة وحركية تعكس الحركية التي عرفها المجتمع، كما تحمل في نفس الوقت بعض الرؤى المستقبلية لا تظهر إلا عند تفسيرها من قبل القضاء الدستوري،

¹ نفضل تسمية المجلس الدستوري الجزائري بهيئة قضائية وذلك لأنه لا يوجد ما يجعله هيئة سياسية لا تكوينه ولا طبيعة قراراته، فالي جانب الأعضاء الذين ليسوا من سلك القضاة يوجد في تكوينه أربعة قضاة من بين 12 عضوا المادة 183، ويعتبر هيئة قضائية بحثة عندما يفصل في الطعون الخاصة بانتخابات رئيس الجمهورية، والانتخابات التشريعية المادة 3/182، ومن الناحية الشكلية تصدر قراراته وآراءه في شكل أحكام، لأنها تحتوي على عناصر الحكم أو القرار القضائي، تبدأ بالتسبيب والاجراءات المتبعة في الاخطار ثم الحيثيات وأخيرا الحكم، وهي جوهر الحكم القضائي.

مما يجعلها متكيفة مع المستجدات والتحول السياسي والاقتصادي والثقافي والاجتماعي للجماعة التي تحكمها، ما يجعلها في منأى عن التعديل أو الإلغاء، وهو ما جعل الفقه يصفها بالمبادئ المتجذرة في الماضي، ولكنها متفتحة على الحاضر والمستقبل، فالقواعد الدستورية هي نتاج تراث إنساني وتجارب تاريخية في إدارة حكم، غير أنها ليست منغلقة على ذاتها ومتوقعة في الماضي، فهي تتطوي في صياغتها على درجة عالية من التجريد والتعميم وقلة الدقة والوضوح⁽¹⁾.

ولا بأس أن ننثي على الدور الفعال الذي تلعبه القوانين في تنفيذها وتطبيقها، لذلك يجب أن تحاكي المضمون الحقيقي الذي تحمله النصوص الدستورية، ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق القضاء الدستوري، الذي سوف يكشف عن التلاؤم والتلاحم بين النص المعياري والنص التشريعي والتنظيمي، عن طريق تفسيرهما معا أثناء العملية الرقابية التي يجريها.

وما يؤكد وجهتنا، وتطبيقا لقاعدة الأصل في الأشياء الجواز، فما لم يمنع بنص صريح فهو مباح، أن المجلس الدستوري الجزائري قد سبق ومنح لنفسه الاختصاص بتفسير أحكام الدستور خارج مجالات الرقابة الدستورية، وذلك عندما أصدر المذكرة التفسيرية المتعلقة بالتجديد الجزئي الأول لأعضاء مجلس الأمة المعين، بعد استحداثه في دستور 1996⁽²⁾.

وقد أصدر المجلس الدستوري هذه المذكرة بناء على طلب من رئيس الجمهورية، يفسر فيها اللبس الذي اعترى أحكام المادة 181 من الأحكام الانتقالية، وكذا المادة 102 الواردة في دستور 1996، وتوضيح مضمونها الذي يبدو متناقضا نوعا ما، مستندا في تبريره لقيامه بصلاحيه تفسير الدستور، بأنها من مشتملات حماية الدستور الذي تقع على عاتقه، وفقا لأحكام المادة 163 التي تنص: "يؤسس مجلس دستوري يكلف بالسهر على احترام الدستور"⁽³⁾.

معبرا عن هذا بقوله: "7- و ما دام الموضوع المعروض على المجلس الدستوري طبقا للفقرة الأولى من المادة 163 من الدستور، من طرف رئيس الجمهورية يخص تفسير

¹ عصام سليمان ، تفسير الدستور و أثره في المنظومة الدستورية ، المجلس الدستوري، الكتاب السنوي، لبنان، 2012 ، ص15.

² بعدما كان النظام الدستوري الجزائري يأخذ بنظام الغرفة الواحدة طبقا لأحكام المادة 92 التي تنص على انه: " يمارس السلطة التشريعية مجلس واحد يسمى المجلس الشعبي الوطني وله السيادة في إعداد القانون و التصويت عليه" الدستور الجزائري لسنة 1989 الصادر في 29 فبراير 1989، غيرت التركيبة الهيكلية للسلطة التشريعية باستحداث الغرفة الثانية بموجب أحكام المادة 98 بموجب دستور 1996 التي تنص على أنه: " يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

وله السيادة في إعداد القانون و التصويت عليه."، وهو نفس ما ورد في م 112 من دستور 2016.
³ مذكرة تفسيرية صادرة عن المجلس الدستوري .

الأحكام الدستورية المتعلقة بالتجديد الجزئي لأعضاء مجلس الأمة المعيّنين فإنّ المجلس الدستوري ، دون التطرق لأعضاء المنتخبين، يرى بأن عدد أعضاء مجلس الأمة المعيّنين الذين يجب أن يشملهم التجديد هو نصف عددهم المحدد قانوناً أي 24 . أما المقاعد الشاغرة فلا تشملها عملية التجديد و الاستخلاف الواردة ضمن المادة 181 من الدستور بل تحكمها المادة 112 من الدستور.

إن هذا التفسير يتماشى مع أحكام الدستور نصّاً وروحاً، و مع مبدأ الفصل بين السلطات المستنتج من أحكام الدستور والذي أقرّه المجلس الدستوري و كرّسه المشرّع في نصوص عديدة منها قانون الانتخابات، حيث لدى تدخله لتطبيق بعض أحكام الدستور كالمادتين 101 و 112 منه اكتفى المشرّع بوضع القواعد المتعلقة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة وبيّن كيفية استخلافهم في المواد 150 و 151 و 152 من قانون الانتخابات دون أن تظال أحكامها الأعضاء المعيّنين الذين تحكمهم الفقرة الأولى من المادة 125 من الدستور...".

حيث ميز بين الأحكام الواردة في المادة (1) 102 الفقرتين الثانية والثالثة التي تعد القاعدة العامة، وبين المادة 181 التي تعد الاستثناء على عليها، وهذه الحالة تحدث مرة واحدة في حياة مجلس الأمة بهدف المحافظة على الخبرة التي أكتسبها من بقو في مجلس الأمة، لضمان التطبيق الأحسن للقاعدة العامة وضمان مبدأ المساواة، على حد قوله.

وعبر عن ذلك بقوله: "1- إن عملية تجديد نصف أعضاء مجلس الأمة طبقاً للحكم الانتقالي الوارد في المادة 181 من الدستور تعدّ حالة استثنائية تردّ على القاعدة العامة المنصوص عليها في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 102 من الدستور و تحدث مرّة واحدة في حياة مجلس الأمة.

فالمؤسس الدستوري من خلال هذا التجديد يهدف إلى الحفاظ على التجربة التي اكتسبها الأعضاء الباقون بعد عملية القرعة و استمرارية حسن سير مجلس الأمة و فعاليته . ولضمان هذه الغاية اقتضت الضرورة وضع حكم انتقالي في الدستور (المادة 181) بموجبه تتم عملية التجديد الأول و التي تعدّ الضامن الوحيد لتطبيق الطريقة العادية مستقبلاً القائمة على المساواة والمنظمة بحكم المادة 102 من الدستور في فقرتيها الثانية والثالثة."

¹ تنص المادة 2/102 و 3 من نفس الدستور على أنه: "... تحدد مهمة مجلس الأمة بمدة ست 6 سنوات. تجدد تشكيلة مجلس الأمة ، بالنصف كل ثلاث 03 سنوات"

كما رسخ بهذه المذكرة التفسيرية قاعدة مهمة في تفسير القانون أو الدستور على حد سواء، وهي ضرورة تفسير أحكام النص بربطه مع النصوص الأخرى وليس بعزلها عن باقي النصوص، لأن النصوص القانونية تشكل كتلة واحدة تكمل أو تفسر بعضها بعضا كوحدة واحدة، حيث أعطى تفسيرا للأحكام الواردة في المادة 101 بربطها مع المادتين 102 و181 باعتبارهما مرتبطتين بقوله: "2- والثابت أن قراءة المادة 181 من الدستور لوحدها قد تثير تأويلات متباينة، إلا أن قراءتها مع مواد أخرى لها صلة بالموضوع يرفع عنها كل لبس.

فبالرجوع إلى المادة 101 من الدستور وربطها مع المادتين 181 و102 نجدها متجانسة معهما، وهي الأساس الذي يبين تشكيلة مجلس الأمة و نسبة عدد أعضائه المنتخبين والمعيتين .

أما المادة 102 فهي تكمل المادة 101 حيث حددت العهدة في مجلس الأمة بست سنوات وضرورة تجديد نصف أعضائه كل ثلاث سنوات بعد تطبيق الحكم الانتقالي (المادة 181) لارتباط الفقرة الثالثة بالفقرة الثانية من المادة 102 من الدستور.

كما أعطى بتفسيره هذا الحل القانوني في حالة تزامن عملية التجديد الواردة في أحكام المادة 181 وكذا أحكام المادة 102، وحالة وجود شغور في مقاعد مجلس الأمة، وميز بين مجالات تطبيق أحكام هذه المواد، والحالات التي تطبق فيها أحكام المادة 112 من الدستور، ففي الأحوال العادية تخضع عملية التجديد لأحكام المادة 102، وتطبق أحكام المادة 181 بالنسبة للتجديد الاستثنائي الذي يحدث مرة في حياة المجلس، أما في حالة تزامن التجديد سواء بأحكام المادة 102 أو المادة 181 ففي هذه تطبق أحكام المادة 112 من الدستور والتي تحيل على الشروط والإجراءات التي يحددها القانون العضوي بالنسبة لاستخلاف نائب أو عضو في مجلس الأمة، كما وضح مجال تطبيق إرادة المؤسس الدستوري بناء على الأحكام الدستورية والحالات التي تطبق فيها الإرادة التشريعية والإرادة التنظيمية، تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات، و يجب عدم الخلط بين تطبيق النص الدستوري والنص التشريعي والسلطة التنظيمية، ما يؤدي إلى الخلط بين هذه الإرادات، وهذه الصلاحيات أو الاختصاصات بشكل يهدم معه مبدأ الفصل بين السلطات المستوحى من مضمون أحكام الدستور، والذي رسخه المجلس في الكثير من اجتهاداته، وذلك بقوله: "3- غير أن الإشكال قد يُطرح عندما تتزامن عملية تجديد نصف أعضاء مجلس الأمة طبقا للمادة 181، وحتى مع المادة 102، حال وجود مقاعد شاغرة في المجلس طبقا للمادة

112 من الدستور، ففي هذه الحالة قد يحتمل نصّ المادة 181 معنى مخالفا لما قصده المؤسس الدستوري الذي فصل الموضوعين عن بعضهما بشكل واضح، حيث ميّز بين حالتين:

- التجديد الجزئي خلال العهدة الأولى الذي تحكمه المادة 181 من الدستور مع استثناء رئيس مجلس الأمة .

- التجديد الجزئي العادي الذي تحكمه المادة 102 (الفقرة الثالثة) من الدستور.

أما الاستخلاف الخاص بالمقاعد الشاغرة فقد نظّمه المؤسس الدستوري بموجب أحكام المادة 112 من الدستور التي تتحدث عن شغور مقعد و شروط استخلافه " يحدد قانون عضوي شروط استخلاف النائب أو عضو مجلس الأمة في حالة شغور مقعده " ، و هي عملية تخرج من إطار الحكم الانتقالي و تخضع وجوبا لحكم المادة 112 بالنسبة للمنتخبين وللسلطة التنظيمية بمفردها التي تعود لرئيس الجمهورية فيما يتعلق بالمعيّنين ، إذ بالرجوع إلى الدستور لا نجد نصّا يحدد كيفيات استخلاف المقاعد الشاغرة و إنما أحال ذلك على القانون الذي بدوره اقتصر على الاستخلاف الذي يخصّ المقاعد الشاغرة الخاصة بالمنتخبين دون المعيّنين احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات.

4- وعليه ينبغي الحرص على احترام مجال تطبيق أحكام الدستور و التقيد بها نصّاً وروحاً.

فلئن كان المؤسس الدستوري استعمل مصطلح الاستخلاف في المادتين 181 و 112 من الدستور، إلا أنه يجب عند التطبيق البحث عن السياق الذي أورد فيه المؤسس الدستوري هذا المصطلح للوقوف على معناه و مضمونه.

فالاستخلاف الوارد ضمن المادة 181 يدخل في سياق ومعنى ومضمون استخلاف الأعضاء الذين تمّ تجديدهم عن طريق القرعة. أما ذلك المنصوص عليه في المادة 112 فإنه يخصّ المقاعد الشاغرة غير المعنية بعملية التجديد. و من ثمة فإن الاستخلاف في الحالة الأولى مرتبط بعملية التجديد التي تتم في أجل معلوم، كل ثلاث سنوات، وتخصّ مجموعة من الأعضاء، نصف عدد أعضاء مجلس الأمة، و يكون لعهدتها معلومة للجميع طبقاً للمادة 102 من الدستور .

أما الاستخلاف في الحالة الثانية فهو مرتبط بحالة شغورٍ تاريخٍ وقوعها غير معلوم و تخصّ عضوا واحدا وتكون من حيث مدّة الإستخلاف مختلفة من عضو لآخر ، فقد تكون أقل من ست سنوات بقليل و قد تصل إلى أقل من سنة (وفاة، تعيين، إستقالة، إقصاء... إلخ).

5- ومن هنا يتعيّن البحث في معنى و مضمون المادة 181 و العودة بعد ذلك إلى المادة 112.

فالمادة 181 تنصّ على "يجدّد نصف عدد اعضاء مجلس الأمة أثناء مدّة العضوية الأولى عقب السنة الثالثة عن طريق القرعة. و يستخلف أعضاء مجلس الأمة الذين وقعت عليهم القرعة وفق الشروط نفسها وحسب الإجراء نفسه المعمول به في انتخابهم أو تعيينهم.

لا تشمل القرعة رئيس مجلس الأمة الذي يمارس العهدة الأولى مدّة ست سنوات. "

فالدستور بموجب أحكام هذه المادة يحدّد لنا بصفة جلية النّصاب الذي يخضع للتجديد وهو نصف عدد أعضاء مجلس الأمة المحدّد قانونا ($144 \div 2 = 72$) و ليس الممارسين الفعليين، و يتحدث عن المغادرين " يجدّد نصف عدد أعضاء... " و ليس على الباقين، و ربّط ذلك بأجل ثلاث سنوات، و حدّد الكيفية التي يتم بموجبها التجديد وهي القرعة التي تشمل الأعضاء باستثناء رئيس مجلس الأمة و ليس المقاعد الشاغرة، فضلا عن أن المؤسس الدستوري، و للتدقيق و التوضيح و حتى لا يدع مجالا لتداخل مجال الاستخلاف المنصوص عليه في المادة 181 من الدستور الخاص بالهيئة مع الإستخلاف المنصوص عليه في المادة 112 من الدستور، ربّط مصطلح الاستخلاف بموضوع التجديد، وليس الشغور فقط ، بل وذهب إلى أبعد من ذلك حيث قيّد إجراء العملية بالقرعة و مراعاة الشروط و الإجراء المعمول به في انتخابهم أو تعيينهم، وهي الشروط و الإجراءات التي حدّدت بالنسبة للمنتخبين في قانون الإنتخابات، والشروط و الإجراءات التي تمت بها عملية اختيار و تعيين المعيّنين .

6- و عليه، و لما كان اعضاء مجلس الأمة بعضهم منتخب ($3/2 = 96$) و الباقي ($3/1$) = 48) معيّنين، فإن عملية التجديد، و للحفاظ على النصاب المحدّد في الدستور (المادة 101)، يجب أن تتم بشكل منفصل بحيث تُجرى القرعة بين الأعضاء المنتخبين لتجديد نصف عددهم و بين المعيّنين كذلك لتجديد نصف عددهم. "

ما يستبان من هذه المذكرة ومضمونها، أن التفسير الذي منحه المجلس الدستوري لنفسه دون أن يكون له سند معياري صريح لولوجه إرادة المؤسس الدستوري، كان في إطار حرصه على التطبيق الصارم للأحكام الدستور، وفي ظل وفائه الدائم لحماية أحكامه من التأويل والتفسير الذي قد ينحى به إلى ما يخرج عن الإرادة الدستورية التي استهدفها المؤسس الدستوري، وان كلفه ذلك الخروج عن اختصاصه الأصلي لو توقف عند حرفية النص الدستوري المحدد له ، إلا أن الهدف والغاية ينسخان هذا الخروج .

كما أنه وبقيامه بهذه الصلاحية-صلاحية تفسير الدستور- يكون قد وضع جدارا منيعا أمام قيام أي سلطة بالتطرق للإرادة الدستورية، أو تجاوزها للسلطات الممنوحة لها بموجب أحكام الدستور، مرتكزا في ذلك على مبدأ الفصل بين السلطات، حتى بالنسبة لرئيس الجمهورية الذي يملك سلطات ونفوذ أقوى بمقارنته مع السلطات الأخرى الموازية له في الرتبة، فقد حرم عليه التطاول على الإرادة الدستورية التي تملكها السلطة التأسيسية الأصلية وسلطة تعديل الدستور.

وفي سبيل القيام بالسلطة التفسيرية، يتمتع المجلس الدستوري بسلطة تقديرية واسعة، لا تحده فيها إلا لما تدلي به القواعد الدستورية في معناها وفي صمتها، لكنه لا يهدف أبدا في هذا التفسير إلى الإضرار بالنص الدستوري أو النص التشريعي على حد السواء، كأن يفرغه من فحواه أو يعطي له عمديا تفسيرا يصدم به الإرادة التشريعية، وإنما سيختار بحسب تعبير الفقه التفسير الأصلاح للتشريع⁽¹⁾، إذا ما احتتم معنى النص معنيين أحدهما دستوري والآخر غير دستوري، كان له أن يأخذ بالتفسير الدستوري.

وفي نفس الوقت، لا يمكن للقاضي الدستور أن يأخذ بتفسير لا يتوافق مع الدستور، إذا كان معنى النص التشريعي واضحا، ولا يحمل أي جهالة، وعلى القاضي في حالة عموم النص التشريعي أن يحمل عمومته على خصوص النص الدستوري توفيقا بينهما، فيفترض أن المشرع قد أراد ضمنا أن يجعل نصه التشريعي داخلا في الحدود التي رسمها له الدستور، وهذا يجنب القاضي الحكم بعدم الدستورية⁽²⁾.

وبناء على هذه الحيثيات، نخلص إلى أن التفسير سواء أكان اختصاصا أصيلا أو تبعا، ينبع من الرقابة على دستورية القوانين، هو الآخر وسيلة في حد ذاتها يكون الهدف منه إنقاذ النص من

¹ ثروت عبد العال، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 53.
² أشرف اسماعيل عزب، حدود رقابة الدستورية ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2011، ص 503.

الوقوع في حماة عدم الدستورية، وذلك بالبحث عن المعاني الدستورية التي يحملها وتنقيحه لتخليصه مما قد يشوبه من تأويلات غير دستورية.

ونتيجة فهو ضمانات من ضمانات دستورية النصوص التشريعية، مادام أن القاضي قد لجا إلى تفسير النصوص الدستورية كأداة للرقابة، بحيث يصبح التفسير مفيدا وفعالا في تحقيق الرقابة الدستورية، وتحاشي الاصطدام والنزاعات السياسية مع السلطتين التشريعية والتنفيذية على حسب ما سبق شرحه، وهكذا يتجنب الضغوطات التي قد تؤثر على عمل القاضي الدستوري، بحيث يحمل المشرع على التقيد بأحكام الدستور، ولكن ليس بطريقة هجومية، وإنما طريقة إستراتيجية يحسن فيها التعامل معه، ما يجنبه التعرض لسلطته التقديرية للمشرع في التشريع وكذا الملاءمة التي يتمتع بها هذا الأخير⁽¹⁾.

وهكذا، وبعد توضيح ضرورة تفسير النصوص الدستورية وكذا التشريعية، وأهم وسائل اتصال القاضي الدستوري بطلب التفسير، سواء أكان طلبا أصيلا في الأنظمة الدستورية التي تمنحه ذلك صراحة، أو في الأنظمة التي يقوم به كاختصاص تبعية ينبع من اختصاصه و انفرادة برقابة الدستورية، بقي لنا البحث في ما هي مناهجه في تفسير الدستور ؟ ذلك موضوع المبحث الثاني الموالي.

المبحث الثاني

مناهج القاضي الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية وفنياته

نعالج في هذه الجزئية أهم خصوصية تميز التفسير الدستوري الذي يقوم به القاضي الدستوري من خلال الإجابة على سؤال غاية في الأهمية، وهو: هل يتعامل القاضي الدستوري في تفسير الأحكام الدستورية بنفس الطريقة التي تعالج بها النصوص التشريعية ؟ أم هناك تقنية خاصة في التعامل مع القواعد الدستورية نظرا لطبيعتها المتميزة(في مطلب أول)؟ كما نجيب على التساؤل المتعلق بالوسائل التي يعتمد عليه القاضي الدستوري لاستجلاء المفاهيم الدستورية (في مطلب ثان)؟

¹ أشرف اسماعيل عزب، المرجع السابق، ص506.

المطلب الأول

مناهج التفسير الدستوري

الواقع أن مناهج التفسير الدستوري بحسب رأي أغلبية الفقه، تختلف عن الطرق المعتادة في تفسير القواعد القانونية بصفة عامة⁽¹⁾، على اعتبار أن القواعد الدستورية تستهدف اعتبارات سياسية واجتماعية واقتصادية في إطار المصلحة العليا للجماعة السياسية وهي الدولة على واقعة معينة⁽²⁾.

فالقضاء الدستوري ليس قضاء تطبيقيا يقوم بإنزال حكم الدستور بشكل آلي، وإنما يجب عليه أن يوائم بين التوازنات المختلفة الشرعية الدستورية، والمحافظة على استقرار النظام والأمن القانوني في الدولة، فالعملية الدستورية في نظر الفقه الدستوري ليست عملية حسابية تشبه عمل القاضي الذي يكيف الواقعة المعروضة عليه ثم ينزل حكم القانون عليها⁽³⁾، فهو يحلل النص ويستلهم المبدأ الدستوري أو يوضحه في حالة غموضه، وأحيانا يصل إلى إنشائه أو استبداله بحكم آخر، على نحو ما سيتم شرحه فيما بعد.

وتختلف معاملة القضاء الدستوري للنصوص الدستورية من حالة لأخرى، فمرة يتوقف عند البنية الذاتية للنص، بمعنى المدلول الحرفي للنص الدستوري، وهو منهج الحرفية أو النصية، وتارة يتحرى إرادة واضع النص بمعنى ماذا قصد واضعه، وهو منهج القصدية، ويعد هذان المنهجان تقليديان بمقارنتهما مع المنهج الحديث الذي يطلق عليه منهج الدستور الحي ونوضحه مدلول كل منهج على حدة.

الفرع الأول

منهج التفسير الحرفي

يعرف الفقه التفسير الحرفي بأنه المنهج الذي يتخذ من كلمات النص وسيلة لتفسيره، من خلال الوقوف على المعاني التي تضمنتها المعاجم والقواميس لهذه الكلمات، دون استخدام وسائل أخرى لتحديد المعنى خلافا لذلك⁽⁴⁾.

¹ وهذا هو اتجاه مدرسة الشرح على المتون و المدرسة التاريخية وكذا المدرسة العلمية.

² وليد محمد عبد الصبور، المرجع السابق، ص73.

³ مجدي مدحت النهري، المرجع السابق، ص 43.

⁴ وليد محمد عبد الصبور، المرجع السابق، 80.

فبمقتضى هذا المنهج، فإنه يجب على القاضي الدستوري أن يتبع النص الدستوري دون اللجوء إلى أية مصادر أخرى إلا كلمات النص⁽¹⁾.

ومن الواضح أن هذا المنهج يعتمد بشكل كبير على مجموع الكلمات والألفاظ، التي يحتويها النص في جملة وعباراته باعتباره كيانا مستقلا عن غيره، ومن خلالها يستلهم القاضي الدستوري القواعد التي يحتويها النص الدستوري، من خلال ما تحتويه تراكيبه اللغوية والاصطلاحية .

وفي هذه الحالة ما على القضاة إلا أن يستخرجوا المعاني التي يحتويها النص، حتى وإن توصلوا إلى نتائج غير منطقية، وذلك وفقا لما ذهب إليه غلاة أنصار هذا المنهج، الذين يرون أن النص كما هو نقطة بداية عملية التفسير، فإنه نقطة نهايته⁽²⁾.

لكن هل يأخذ بالمعنى اللغوي للألفاظ أم بالمعنى الاصطلاحي لها؟

انطلاقا من التعريف السابق، يتضح أن عمل القاضي في العملية التفسيرية يعتمد على البحث عن المعنى اللغوي للنص، لكن الفقه الآخر رفض ذلك وركز على المعنى الاصطلاحي، الذي تتجه إليه نية المشرع، ويقول الأستاذ رمزي الشاعر في هذا الشأن، رافضا هذا المنهج التفسيري، وقصوره بإعطاء طرق أخرى يعتمد عليها في التعامل مع القواعد الدستورية، وذلك بتحليله لعمل القاضي الدستوري عند فحص الدستورية أن: " الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى معنى ألفاظ النص في اللغة، أما إذا وجد له معنى اصطلاحى فيجب فهمه بهذا المعنى، إذ المفروض أن المشرع الدستوري عندما يستعمل ألفاظا معينة، إنما يستعملها في معناها الاصطلاحى، وليس في معناها اللغوي، إلا إذا قام الدليل على غير ذلك، وإذا تعددت المعاني الاصطلاحية، وجب البحث عن قرينة تدل على النص الذي قصده المشرع . كما يجب أن يفهم كل لفظ في إطار النص ككل ، أو كانت النتائج التي تستخلص من عبارات النص المتعارضة، فعندئذ لا يجدي التفسير اللفظي ويجب الالتجاء إلى التفسير المنطقي الذي يقوم على استخلاص المعنى من روح النص وفحواه، ويتم استخلاص هذا المعنى عن طريق وسائل متعددة أهمها، الاستنتاج بطريق القياس، والاستنتاج من باب أولى، والاستنتاج عن طريق المخالفة، وتقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد بعضها من بعض وهو ما يمكن من تنسيق النصوص..."⁽³⁾ .

¹ وليد محمد عبد الصبور، المرجع السابق ، ص80.

² وليد محمد عبد الصبور، المرجع السابق، ص81.

³ رمزي طه الشاعر، النظام الدستوري المصري، ص368.

وعلى الرغم من ذلك ، فإن أنصار منهج التفسير الحرفي يعولون بشكل كبير على النص كوحدة واحدة، ويرفضون تكملة عملية التفسير بوسائل أخرى خارجية، حتى وان افتقد النص على معاني واضحة أو اكتنفه غموض، سواء بالنسبة للنصوص الدستورية أو غيرها، فذلك لم يمنعهم من التأكيد على أن النص هو أداة تحتوي نية واضعه، ويكون التفسير وفقا لذلك هو محاولة الوقوف على نية المشرع من المعنى العادي للكلمات المستخدمة، أي أن يكون تحري النية من خلال كلمات النص أيضا دون غيرها⁽¹⁾ .

وقد انتهجت المحكمة الدستورية العليا المصرية مبدأ الدلالة الواضحة للمعنى اللفظي للنص، متى كانت هذه الألفاظ تكشف بصورة قاطعة وواضحة عن مضمونه، واستوضحت ذلك بقولها: " في مجال استظهار المقاصد التي رعى المشرع إلى بلوغها من وراء إقراره حكما معينا فإن العبارة التي صاغ بها المشرع النص التشريعي...هي التي يتعين التعويل عليها ابتداء، ولا يجوز العدول إلى سواها إلا إذا كان التقيد بحرفيتها يناقض أهدافا واضحة مشروعة سعى إليها المشرع..."⁽²⁾ .

وذكرت "أن النصوص الدستورية تحمل مضمونا محددًا يستقل عن غيره من النصوص، استقلالا لا يعزلها عن بعضها البعض، بشكل يقيم في مجموعها ذلك البنين الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم مصالحها في المجالات السياسية و الاقتصادية والاجتماعية"⁽³⁾ .

ويذهب الفقه الدستوري في وصفه لهذه المنهجية، إلى أن القاضي الدستوري يعتمد على الوسائل الداخلية في تفسير النص، بحيث يشكل النص الركيزة في عملية التفسير، ولا يستعان في هذا النوع من الوسائل الأخرى في التفسير كالأعمال التحضيرية، بل إلى المعاني الشائعة والسائدة في المجتمع عند وضعها، وكذا المبادئ التفسيرية، التي لا يعلمها الشخص العادي، لكونها مبادئ يستوعبها المتخصصون فقط⁽⁴⁾ .

هذا ويشبه يشبه منطق هذا المنهج التفسيري إلى حد ما مذهب مدرسة الشرح على المتن الفرنسية في تفسيرها للقانون وتقليدها للنص في حرفيته، باعتبار أن المشرع هو من يحتكر إنتاج القانون، والقانون يتوقف على نية وإرادة المشرع، ما أدى بشرائها إلى القول أن القاضي يرفض الحكم في الدعوى إذا لم تسعفه الوسائل لكي يصل الى قصد المشرع .

¹ وليد محمد عبد الصبور، المرجع السابق، 81.

² حكم المحكمة الدستورية العليا رقم 1 لسنة 16 قضائية "تفسير"، جلسة 15 أبريل 1995 المجموعة، الجزء 6 ص 866.

³ مجدي مدحت النهري ، المرجع السابق ، ص 44.

⁴ وليد محمد عبد الصبور، المرجع السابق، ص 82.

كما أنهم أنكروا الحق الذي للقاضي في استلزام وحي العدالة، عند عدم وجود نص لحكم النزاع المعروض عليه، وبعضهم ادعى أنه لا يوجد إلا قانون وضعي الذي يعنون به: (مجموع التشريعات التي سنها المشرع لتنظيم روابط الأفراد فيها بينهم وكل قواعد السلوك الأخرى لا تتكون ملزمة ألا اذا تضمنها قانون مكتوب)⁽¹⁾.

لكنها تختلف عنها من حيث البحث في إرادة المشرع ونيته، بحيث يقتصر مضمون المنهج التفسير الحرفي على ما تدلي به المعاني اللفظية الصريحة للكلمات التي تكوّن عبارات النص ، بينما تقدس مدرسة الشرح على المضمون الحرفي للنص، وكذا البحث فيما يقصده النص القانوني، وما ذهبت إليه نية وإرادة المشرع الوضعي وقت وضعه وإصداره، وهو المعنى الشكلي للنص.

لذلك ينتمي هذا المنهج التفسيري إلى المنهج الشكلي لتفسير القانون، والذي يحصر مصدر القاعدة فيما يضعه المشرع من قواعد دون غيرها، ويجب على القاضي على حسب ما اشرنا له في مذهب مدرسة الشرح على المتن، أن يتقيد في تفسيره بالمعاني الموضوعية المحددة في التشريع، وإذا مارس القضاة غير المنتخبين درجة كبيرة من التقدير في تلك الحالات فإن الديمقراطية ستكون مهددة⁽²⁾.

ويغلو أصحاب هذا المنهج في تقديس التشريع، على أنه الأقدّر على استجلاء وتقدير السياسات في المجتمع الديمقراطي، ما يجعل القاضي في هذه الحالة مثل الآلة الصماء يطبق القانون دون اعتبار لأفكار من قبيل مقاصد التشريع أو نية المشرع، أو القيام بتكييف التشريع مع الظروف المتغيرة⁽³⁾.

كما أن الخوض في الاعمال التحضيرية للتشريع أو الظروف التاريخية له يضعف الى حد قولهم من مبدأ الفصل بين السلطات، لأن رئيس السلطة التنفيذية عندما يصادق على التشريع يصادق على العمل الصريح، الذي صدر عن واضعه وليس على نيته، فالعبرة بالعمل وليس بالنية. علاوة على أن البحث التاريخي في النصوص يجعل من القضاة ينحرفون عن المعنى

¹ محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 145، 146 وما بعدها.

² وليد محمد عبد الصبور ، المرجع السابق، ص82.

³ نفس المرجع ، ص83.

الأصلي للنص ويكيفونه بحسب اعتباراتهم الشخصية. من هنا يعد هذا المنهج مزية، تكفل تحفيز المشرع على ضبط عمله وتدقيقه بما لا يسمح بتأويله خارجا عن معناه الصريح⁽¹⁾.

وقد قررت المحكمة الدستورية العليا المصرية على هذا النحو أن: "وحيث أن المقرر أن عبارة النص تؤخذ على معناها اللغوي، ما لم يكن لها مدلول اصطلاحى يصرفها الى معنى آخر..."، فقد اعتمدت على المنهج الحرفي في تحديدها لمعنى الاقتراع بقولها: "على أن الاقتراع، هو تلك العملية التي تبدأ بإدلاء الناخب بصوته لاختيار من يمثله بدءا من تقديم بطاقته الانتخابية وما يثبت شخصيته إلى رئيس لجنة الانتخابات، مرورا بتسلمه بطاقة الاختيار، وانتهاء بإدلائه بصوته في سرية لاختيار أحد المرشحين أو العدد المطلوب منهم، وإيداع البطاقة صندوق الانتخاب ثم فرز الأصوات لإعلان النتيجة ثم فرز الأصوات لإعلان النتائج بما يطابق أرادة الناخبين، فإنه لا يتم ولا يبلغ غايته إلا إذا أشرف عليه أعضاء من هيئة قضائية لما كان ذلك، وكان معنى الأشرف على الشيء أو الأمر -لغة- على ما يبين من الجزء الأول من المعجم الوسيط الصادر عن مجمع اللغة العربية -الطبعة الثالثة- صفحة 498 كالاتي " اشرف عليه تولاه وتعهده وقاربه واشرف الشيء له: أمكنه، وإذا لم يكن للفظ الإشراف دلالة اصطلاحية تخالف دلالاته اللغوية..."⁽²⁾.

من الواضح أن هذا المنهج يساعد على استقرار القواعد القانونية كما شاءها واضعها، دون البحث في نوايا التشريع ومقاصده الضمنية، كما أنه يضمن صدور قانون كامل ومكتمل الجوانب، يستغرق كل الحالات الواقعية، والنموذجية مهما كان عددها، ما يكفل التطبيق الصارم للإرادة التشريعية، وحماية النصوص التشريعية من تأويلها بحسب الأهواء الشخصية للقضاة.

فما مدى التزام القضاء الدستوري الجزائري بحرفية النصوص الدستورية؟

اعتمد المجلس الدستوري الجزائري في مواضع عديدة عند فحصه لدستورية بعض التشريعات بأحكام الدستور، وألزم المشرع نفسه على الاقتياد بالمعنى الحرفي للنص عند ممارسته لوظيفته التشريعية، كما قضى بعدم دستورية بعض العبارات التي يعد استعمالها في محال لا تؤدي المعنى والقصد الذي عبر عنه النص الدستوري، أو أنها توسع من مقصوده ما يوقعه في حومة عدم الدستورية، حيث اعتبر اضافة لفظ "فئوي" للأسس التي يمنع عليها تأسيس أي حزب سياسي غير مطابقة للدستور، ووجه خطابا صريحا للمشرع للتقيد بحرفية النص الدستوري، لأنه بإضافته هذه

¹ وليد محمد عبد الصبور، المرجع السابق، ص 84.

² حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في جلسة 8 يوليو سنة 2000 لسنة 13 قضائية دستورية.

العبرة يكون قد وسع من المعنى اللفظي للنص، وذهب إلى نية المؤسس الدستوري الذي هدف إلى منع أي أساس للتحزب من شأنه يهدم البنية الاجتماعية للمجتمع وتماسكه، وان يكون الحزب يلف حول المصلحة العليا للجماعة الوطنية، ويهدف إلى تحقيق الرفاهية والتمثيل الأحسن لفئات الشعب، وما تسمو إليه مبادئ الديمقراطية ، بقوله: "1...- فيما يخص المادة 8 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، المحررة كالآتي:

"لا يجوز وطبقا لأحكام الدستور، تأسيس أي حزب سياسي على أساس ديني و لغوي أو عرقي أو جنسي أو فئوي أو مهني أو جهوي،

ولا يمكنه اللجوء إلى الدعاية الحزبية استنادا للعناصر المذكورة أعلاه ."

-اعتبار أن المشرع أضاف كلمة "فئوي" على ما تضمنته حصريا المادة 42 من الدستور من أسس لا يجوز إنشاء الحزب السياسي على ، وبالتالي فإنه قد أقر توسيع الأسس التي يمنع الاستناد إليها في تأسيس حزب سياسي ،

-واعتبارا أن نص المادة 42 من الدستور لم يُحل إلى القانون تحديد أسس أخرى يمنع إنشاء حزب على أساسها ،

-واعتبارا أن المشرع بذلك قد تجاوز ما انصرفت إليه إرادة المؤسس الدستوري في المادة 42 من الدستور، ومن ثم فإن إضافة كلمة "فئوي" تعتبر غير مطابقة للدستور من جهة،...⁽¹⁾.

بحيث ضيق من مفهوم الأسس التي يمنع إنشاء حزب سياسي أو ممارسة أي نشاط سياسي على أساسها، في حدود الموانع الدستورية، وأي إضافة من المشرع يعد تضيق لممارسة هذا الحق.

كما ألزمه التقيد بأحكام المادة 153 من الدستور التي تحيل على اختصاص القانون العضوي المتعلق لتنظيم مجلس الدولة وكذا المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، واعتبر أن المادة الأولى من هذا القانون لم تلتزم بحرفية هذه المادة، لأن الدستور أحال عليه لتحديد الاختصاصات الأخرى الموكلة لهاتين الهيئتين القضائيتين، نظرا لوضعيتهما المتميزة ضمن هيكل القضاء العادي والإداري، بينما جاءت المادة الأولى بصيغة المفرد فيما يتعلق بالاختصاصات، بقولها: "- اعتبارا

¹ رأي رقم 01 / ر م د / 12 الموافق ل8 يناير 2012 يتعلق بمطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور.

أن المادة 153 من الدستور تنصّ على أنه يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا، ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع، وعملهما واختصاصاتهما الأخرى،

- واعتبارا أن عنوان القانون العضوي، موضوع الإخطار، والمادة الأولى منه، جاء فيما يتعلق بكلمة "الاختصاص"، في صيغة المفرد،

- واعتبارا بالنتيجة أن ذلك يُعدُّ سهواً يتعيّن تداركه بجعل عنوان القانون العضوي موضوع الإخطار والمادة الأولى منه مطابقين لنص المادة 153 من الدستور أعلاه،...⁽¹⁾.

كما اعتمد نفس المنهج في تفسيره للضوابط الدستورية لإنشاء حزب سياسي معتبرا إضافة عبارة "سياسية" للضوابط الدستورية لإنشاء حزب سياسي خروجاً عن المعنى الحرفي للنص المادة 2/42 التي تنص على أنه: "حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون.

ولا يمكن التذرع بهذا الحق لضرب الحريات الأساسية، والقيم والمكونات الأساسية للهوية الوطنية، والوحدة الوطنية، وأمن التراب الوطني وسلامته، واستقلال البلاد، وسيادة الشعب، وكذا الطابع الديمقراطي والجمهوري للدولة.

وفي ظل احترام أحكام هذا الدستور، لا يجوز تأسيس الأحزاب السياسية على أساس ديني أو لغوي أو عرقي أو جنسي أو مهني أو جهوي.

ولا يجوز للأحزاب السياسية اللجوء إلى الدعاية الحزبية التي تقوم على العناصر المبيّنة في الفقرة السابقة... ، معبرا عن ذلك بقوله: "...واعتباراً أن المشرع حينما أضاف كلمة "سياسية" لعبارة "...لأغراض حزبية" قد أخل بمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 42 من الدستور التي تمنع "...ضرب ..المكونات الأساسية للهوية الوطنية..."⁽²⁾.

وقد قسم الفقه الدستوري التفسير الحرفي إلى ثلاثة أنواع⁽³⁾:

¹ رأي رقم 01/رم د/ الموافق ل 6 يوليو 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها للدستور

² رأي رقم 01 ر أ ق عض / م د الموافق ل 6 مارس 1997 يتعلق بمطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور.

³ وليد محمد عبد الصبور، مرجع سابق، ص 85

أولاً : التقيد بعبارة النص: والتي يتركز فيها التفسير على عبارة أو جملة بعينها بمعزل عن باقي النص.

ثانياً: البنية النصية: والتي تحدد معنى العبارة أو الجملة من خلال علاقتها بباقي المواد، وبالسياق العام للوثيقة التي تضمنتها.

ثالثاً: النصية الغائية: والتقيد يقترن استخدامها بالنوعين السالفين، آخذاً بعين الاعتبار مقاصد وأهداف النص بوصفها محاولة متكاملة يهدف لتحقيقها، على أن يكون التفسير في ضوء ذلك.

ما يتضح من هذه الأنواع أنها لا تخرج عن جوهر النص ، ولا تتعدى حدوده ، بحيث يلتزم المفسر على اللفظ أو العبارة ، وذلك بالتقيد الحرفي العادي لمصطلحات النص، أو التقيد الجامد بالنص.

وقد لاقى هذا المنهج اهتمام كثير من القضاة، ومن بينهم القاضي الأمريكي Antonin Scalia، وتغنى بهذا المنهج وإسهامه في التفسير الدستوري، وذهب إلى القول أن: (القانون هو النص، وليس التاريخ التشريعي، وأنه فيما يتعلق بالقانون والدستور، فإن الهدف من التفسير القانوني هو تحديد المضامين الموضوعية للكلمات على ما كان مقصوداً منها وقت وضعها، وأن نية المشرع لا تمثل حجر الزاوية في عملية التفسير القانوني)⁽¹⁾.

ويميز Scalia بين الحرفية والتفسير الجامد، فلا يجب تفسير النص تفسيراً فضفاضاً ولا تفسيراً ضيقاً، وإنما تفسيراً معقولاً، وهذا التفسير يسري على القانون والدستور على حد السواء، ويقول: (ما أبحث عنه في الدستور هو بالضبط ما أبحث عنه في التشريع وهو المعنى الأصلي للنص وليس نية واضعه)⁽²⁾.

لكن بالرغم من المحاسن التي تحسب لصالح هذا المنهج، من حيث أنه يقيد المشرع بالتطبيق الصارم لقواعد الدستور دون أن يغالي في تفسيرها ويتطرق لنية واضعيها، وليس للقاضي أن يتخذ من التفسير وسيلة ليتطرق للإرادة التشريعية، ما يحقق حرفية النصوص من حيث التطبيق، وصدور تشريع سليم ودقيق من الناحية الموضوعية، إلا أنه يؤخذ على هذا المنهج أنه يقيد القاضي بالمضمون الضيق للنص، وغالباً لا يسع مضمون النص كل الحالات النموذجية التي قد

¹ أشار إليه وليد محمد عبد الصبور، المرجع السابق، ص 85.

² نفس المرجع، ص 86.

تطرح على القاضي، ما يجعله يقع معصوب اليدين أمام واقعة لا تتشابه ظروفها مع الحكم القانوني، لأنه مقيد بحرفيته، والمشرع مهما بلغ من الدقة والوضوح لا يمكنه أن يضع حكما قانونيا يشمل كل هذه الحالات، ما يجعل القاعدة القانونية تتغير من فترة إلى أخرى وهو ما يتنافى مع متطلبات الأمن القانوني. كل هذا استدعى الحاجة إلى منهج آخر للتفسير وهو البحث في نية واضعها.

الفرع الثاني

منهج القصدية في تفسير الدستور

بالرغم من المحاسن التي قيلت في منهج التقيد الحرفي بالنص، إلا أن قلة من أيده واعتبروه منهجا مناسباً للتفسير الدستوري، لذلك كان من المحتم البحث عن مناهج أخرى أكثر عملية لعمل القاضي الدستوري، ورسى الفقه على البحث في مقاصد واضعي الوثيقة الدستورية، وذلك بالعودة إلى المناهج التقليدية في التفسير القانوني، التي اعتمدها فقهاء القانون في تفسيره، لاسيما المدرسة اللاتينية التي تركز على البحث عن أرادة المشرع.

ويعرف منهج القصدية في إطار التفسير الدستوري بأنه المنهج الذي يفسر النص الدستوري من خلال مقاصد واضعيه وتصورهم لمعانيه وقت اقراره⁽¹⁾.

ويعتمد أصحاب هذا المنهج على تقنية الاسترجاع التخيلي، التي تلزم القائم بالتفسير سواء أكان قاضيا أو مشرعا، بأن يحاول وضع نفسه موضع من قام بصياغة النص وقت صياغته عن طريق التفكير مثله، فيتخيل ماذا كان المشرع يريد من النص حال تطبيقه له، وذلك بالبحث عن اللغة والمقاصد الظاهرة من النص وبنيتة وملابساته وتاريخه التشريعي⁽²⁾.

من الواضح أن هذا المنهج يعتمد على النص محل التفسير بل هو جوهره، ولكن ليس ارتباطا مباشرا، لأنه لا يعتمد على مضمون النص ومكوناته اللفظية، وإنما يذهب إلى وسائل خارج عن ذاتية النص، بحيث يبحث في النية والإرادة الخفية التي كان يقصدها واضع النص وقت صدوره، بأن يجعل من المفسر يحل محل واضعه في التفكير، وذلك بالبحث في الوسائل الخارجة عن النص.

¹ وليد محمد عبد الصبور ، المرجع السابق، ص158.
² نفس المرجع، ص158.

وقد أسر فقهاء مدرسة الشرح على المتن على النية المفترضة للمشرع في نظرهم، ويعتبر هذا المنهج دربا من نظرهم لتفسير القانون، فإذا عرضت على القاضي حالة معينة لم يكن القانون قد نص على حكمها، ألزموه بالانتقال إلى المرحلة الثانية من التفسير، وهي مرحلة البحث عن المقاصد التشريعية وقت وضع التشريع، بمعنى الإرادة التي يتجه إليها المشرع ليعبر عنها، لو أنه وضع حكما للحالة المعروضة، ولكن في الوقت الذي أصدر فيه التشريع، مستعينا في ذلك بكل ما ينير بصيرته من أسلوب المشرع في التنظيم القانوني أو الأعمال التحضيرية للقانون محل البحث⁽¹⁾.

وقد عبر الفقيه Maxwell في كتابه "تفسير القانون" عن هذا المنهج بعبارة: (القوانين إرادة المشرع)، وهناك من عبر عنها بالقول: (انه ليست كلمات القانون، ولكن إطاره الداخلي هو الذي يصنع القانون، والقانون مثله في ذلك مثل غيره يتكون من جزئين المادة والروح، فحروف القانون في مادته، وروحه هي دوافعه ومقاصده، فدوافع القانون هي روحه والقانون يشبه بشكل أو بآخر الثمرة التي لها قشرتها الخارجية، ونواتها الداخلية فتمثل كلمات القانون قشرته في حين أن نواته هي مقاصده، ولن تكون هناك ثمة فائدة إذا ما ارتكبت قشرة الثمرة، ففائدة الثمرة في نواتها ومكونها، كما أن فائدة القانون تكمن في المقاصد دون الكلمات)⁽²⁾.

وقد لجأ مؤيدو هذا المنهج إلى عدة وسائل لاستدلال على القصدية في التشريع، معتمدين في ذلك على التاريخ التشريعي أو الأعمال التشريعية، على اعتبار أن الوسائل التي تستخدم للاستدلال على قصد واضع النص الدستوري تشابه الوسائل التي يمكن بها الاستدلال على قصد واضع النص التشريعي⁽³⁾.

والأعمال التحضيرية هي عماد العملية التفسيرية، لمعرفة الإرادة التشريعية في حالة عدم الاستدلال عليها من واضح النص، ويقصد بها مجموعة الأعمال التي سبقت وعاصرت استصداره وهي تتضمن الوثائق، والمذكرات التفسيرية، ومناقشات المجالس التشريعية، ومحاضر جلسات، وأعمال اللجان التي أوكلت إليها دراسة مشروعات التشريع وتقريرها⁽⁴⁾.

¹ محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص148.

² نقلا عن وليد محمد عبد الصبور، المرجع السابق، ص160.

³ نفس المرجع، ص163.

⁴ محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص224.

وكذلك الأمر، بالنسبة لتفسير النصوص الدستورية، فيمكن للمحاكم الدستورية أن تبحث في تقارير اللجان البرلمانية التي يعهد إليها من قبل أعضاء البرلمان دراسة مسألة بعينها اتجاهات أعضائها، ودراسة مقترحاتهم وأوجه اعتراضهم وصولاً للقصد التشريعي أو الدستوري، وكذلك الأمر بالنسبة للنصوص الدستورية.

أما بالنسبة للنصوص الدستورية فتلعب التقارير التي تعدها اللجنة التي تضع الدستور بالنسبة لمشاريع الدساتير الجديدة والتعديلات، لاسيما في الدساتير التي تنشأ بأسلوب الجمعية التأسيسية الأصلية الدليل الحاسم على مقصد المؤسس الدستوري في النص الدستوري، ولا تظاهيها في دلالتها أي وسيلة أخرى.

وقد أشار القضاء الدستوري المقارن في بعض أعماله لهذه الدلائل في الكثير من اجتهاداته عند ممارسته لاختصاصه التفسيري الأصلي أو في إطار رقابته الدستورية، من ذلك قرار المحكمة الدستورية الكويتية بقولها: "... أن المحكمة الدستورية وهي في مجال ممارستها لاختصاصها بالنسبة إلى التفسير الدستوري، يتحدد دورها في بيان مضمون النص الدستوري محل التفسير... في إطار الأصول... والأسس الواردة بالدستور... وهي في سبيل أداء مهمتها تلك، لا تفسر النصوص بمعزل عما ورد بالأعمال التحضيرية الممهدة للدستور أو المعاصرة لإعداده التي تلقى بظلالها على أحكامه عند أعماله بعد صدوره... كما تحيل ببصرها نحو مصادره في الأنظمة الدستورية المقارنة التي استقى منها أو المأخوذ عنها والذي لا يحول دور المحكمة دون الوقف عليها وتبيناتها لها من وجه اعتبار في تفهم النص..."⁽¹⁾.

أما المحكمة الدستورية العليا في مصر، وفي نفس الحكم السابق الشارة إليه، قد أحالت على الأعمال التحضيرية لمعرفة ما قصده المشرع الدستوري بحكمه الوارد في النص، في حالة عدم الاستتارة بالمعنى الصريح النص كمرحلة ثانية في التفسير بقولها: "...وإذا لم يكن للفظ الإشراف دلالة اصطلاحية تخالف دلالاته اللغوية، فقد بات متعيناً أن المشرع الدستوري عند إقراره نص المادة 88 من الدستور-منظوراً في ذلك لا إلى إرادته المتوهمة أو المفترضة، بل إلى إرادته الحقيقية التي كشفت عنها الأعمال التحضيرية على ما تقدم - قد قصد إلى إمساك أعضاء الهيئات القضائية-تقديراً لحيدتهم ونأيهم عن العمل السياسي بكافة صورته..."⁽²⁾.

¹ أشار إليه محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص103.

² حكم المحكمة الدستورية العليا رقم 1 لسنة 16 قضائية"تفسير"، جلسة15ابريل 1995 السابق الاشارة اليه في ص .

بهذه المثابة، يعتمد هذا المنهج على النص الدستوري كأساس في العملية التفسيرية، ولكن بطريقة غير مباشرة، بحيث يتعداه ليصل إلى معناه في حالة غموضه إلى الأعمال التي تسبق صدوره، ليستجلي الإرادة التأسيسية لواضعه، وهو الدور الذي لعبته الأعمال التحضيرية في التفسير القانوني.

لكن الانتقاد الذي وجه إلى هذا المنهج في التفسير، هو أن هذه الأعمال مجرد وسيلة لمساعدة القاضي أو المفسر لكي يتعرف على إرادة التشريع، دون يكون ملزما في الرجوع إلى هذه الأعمال لسد ما نقص من التشريع، أو يؤدي ذلك إلى الخروج عن أحكام القانون أو مخالفته⁽¹⁾.

أما المجلس الدستوري الجزائري، فقد اعتمد هو الآخر أسلوب القصدية في تحليله للقواعد الدستورية في الكثير من اجتهاداته، ونذكر من ذلك اجتهاداته فيما يتعلق بالمعنى الدستوري للهوية الوطنية وما هي مقوماتها، فقد حملت عبارة الهوية الوطنية الواردة في أحكام المادة 3 من القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية الصادر الأمر 97/غموضا على النص، أجاب عنه المجلس الدستوري بقوله: "... أ-بخصوص ما تشترطه المادة 3 من هذا الأمر، من عدم استعمال الحزب السياسي للمكونات الأساسية للهوية الوطنية بأبعادها الثلاث وهي الإسلام والعروبة والامازيغية لأغراض سياسية..."⁽²⁾.

بينما تطرق لنية المؤسس الدستوري، فيما يخص المواد 4، 5، 6، 7 من (الفقرتين الأخيرتين) من القانون المتعلق بنظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان التمثيل الأحسن للإرادة الشعبية، ومضمونها بقوله: "...-اعتبارا أن نية المؤسس الدستوري حين أقر بموجب المادة 100 من الدستور أن "واجب البرلمان، في إطار اختصاصاته الدستورية، أن يبقى وفيما لثقة الشعب، وبظل يتحسس تطلعاته" هي أن يجسد البرلمان (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) حين سنه النصوص القانونية وفاء للشعب مصدر سلطته وأن يسهر في نفس الوقت، على تجسيد آماله وتطلعاته..."⁽³⁾.

¹ محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 224.

² رأي رقم 01 ر أ ق عض/ م د المؤرخ في 6 مارس 1997 يتعلق بمطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور.

³ رأي رقم 04 ر ق م د / 98 الموافق ل 13 يونيو سنة 1998 حول دستورية المواد من 4 إلى 7 و 11، 12، 14، 15 و 23 من القانون المتضمن نظام التعويضات و التقاعد لعضو البرلمان.

إلا أن هناك من الفقه، من يذهب إلى أبعد من ذلك ويرى أن مناهج التفسير الدستوري علاوة على النص ومقاصد واضعيه يشمل مناهج تفسير تقدمية، والسبب في ذلك هو أن أعمال المنهجين السابقين يؤدي لعدم تلاؤم الدستور مع المتغيرات المستمرة في نطاق التطبيق النص الدستوري، فالدستور وثيقة تقديمية حية تنمو وتتغير وتطور، وليست وثيقة جامدة ميتة صماء، لذلك يجب تفسير الأحكام الدستورية باعتبارها وثيقة تنمو وتترعرع في المجتمع، تؤثر وتتأثر بمتغيراته، وذلك وفقا لمنهج التفسير الدستور الحي.

الفرع الثالث

منهج الدستور الحي

ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى الإقرار بأن الدستور وثيقة تقدمية لا تصد عن التطور آفاقه الرحبة، فلا يكون نسيجها إلا تناغما مع روح العصر، وما يكون كافلا للتقدم في مرحلة بذاتها يكون حريا بالإتباع بما لا يناقض أحكاما تضمنها الدستور⁽¹⁾.

وبناء عليه، فإن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلا نهائيا دائما لأوضاع اقتصادية أو اجتماعية جاوز الزمن حقائقها، بل يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسيا واقتصاديا واجتماعيا، وأن قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها يعارض تطويعها لأفاق جديدة، تريد الجماعة بلوغها، فلا يكون الدستور كافلا لها بل حائلا دون ضمانها⁽²⁾.

وأطلق على هذا المنهج منهج الدستور الحي، بحيث يتوفق هذا المنهج إلى حد كبير في مجال التفسير من حيث أنه يسمح بتطور النصوص الدستورية بما يوافق التطورات والمستجدات التي يمر بها المجتمع، بالرغم من أن هذا المنهج اعتبر تطويعا لنصوص الدستور، فيما لم يهدف إليه المشرع الدستوري في بعض الحالات، ما يعد وسيلة لتعديل الدستور بغير الطرق المحددة في الدستور لتعديله⁽³⁾.

ويشبه هذا المنهج المبادئ الدستورية بالزئبق، بحيث يتسع مداها ليشمل كل زمان، مهما تغيرت الأجيال والعقليات، وهذا يعود لخاصية جوهرية تميز القواعد والمبادئ الدستورية عن غيرها

¹ أشار إليه مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية، المرجع السابق، ص59.

² مجدي مدحت النهري، المرجع السابق، ص59.

³ نفس المرجع، ص59.

من القواعد القانونية الأخرى وهي أنها تصاغ في شكل مبادئ تستغرق الكل وتتفي البعض في نفس الوقت.

ومثال ذلك مبدأ الفصل بين السلطات، ففي ظهوره الأول كان يضم الفصل الصارم بين السلطات دون أن تتدخل أي سلطة في أخرى، وليس لها أي علاقة بها، لكن حصل له نوع من التهذيب، بحيث أصبح يطبق بشكل مرن، لكن هذا التفسير لهذا المبدأ، وهذه الطراوة والليونة لم تمس بالأسس الجوهرية له، وهي ضرورة احتفاظ كل سلطة وانفرادها باختصاصها الدستوري مع السماع ببعض المشاركة أو حلول أحداها محل الأخرى في ممارسة بعض الصلاحيات بشروط وأسباب.

ولعل أنجع مثال على ذلك توزيع الاختصاص بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، فكلنا نعلم بأن الأولى ظهرت كسلطة تضع وتسن القانون بينما انفردت الثانية بتنفيذه، لكن بسبب تطور الحياة وتعقيدها، وحتى لا يشكل هذا التقييد الصارم بالصلاحيات عرقلة في وجه هذه الاحتياجات السريعة والكثيرة، سمحت إرادة الأمة لهذه السلطة بأن تحل محلها في ممارسة الوظيفة التشريعية إما بشكل التفويض أو الحلول محلها، لكن وفق قيود وشروط دستورية محددة مسبقا، والتي تعد تقييدا في حد ذاته على سلطة الحل.

ويعود الفضل في هذه الصياغة اللينة لمبدأ الفصل بين السلطات للقاضي الدستوري، الذي سوف يحاول إعطاء تفسير واسع له، لكن دون أن يمس أو يهدم جوهره، كذلك مبدأ الفصل بين السلطات الذي صاغه الفقيه Montesquieu، عني به الفصل بين ثلاث سلطات، وهي الفصل بين السلطة التي تضع القانون والسلطة التي تطبق وكذا التي تنفذه، وهو المفهوم التقليدي للمبدأ، إلا أن هذا المبدأ تطور وتغير، بحيث أصبح لا يعني التداخل في السلطات بين هذه المؤسسات الدستورية فحسب، بل أصبح من دوره منع اعتداء سلطة التشريع على سلطة التأسيس الأصلية بالتشريع في المجالات التي لا تعود لها أصلا.

وهو ما وضعه المجلس الدستوري الجزائري في أحد قراراته كإحدى صور هدم مبدأ الفصل بين السلطات الدستورية⁽¹⁾، ولكن بين سلطة المشرع وسلطة المؤسس الدستوري، عندما ألزم الحكومة

¹ مع الإشارة أن هذا المبدأ لم يكون مصرحا عنه في الدستور الجزائري ، بل كان من اجتهادات المجلس الدستوري الجزائري، وصرح عنه أول مرة في قراره رقم 02 رقم ق-ق-م د -89 الموافق ل 30 اوت 1989 يتعلق بالقانون الأساسي للنائب بقوله: " ونظرا لان مبدأ الفصل بين السلطات يحتم أن تمارس كل سلطة صلاحياتها في الميدان الذي أوكله إياها الدستور " ، بالرغم أن المؤسس الدستوري لم ينص عليه صراحة في احكامه واكتفى بتبني مضمونه ضمنا

في القانون العضوي المتعلق بكيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة بتقديم تقرير تقييمي حول مدى تطبيق هذا القانون العضوي، عقب كل انتخاب للمجالس الشعبية البلدية والولائية والبرلمان ، معتبرا ذلك من قبيل الاعتداء على سلطة التأسيس بمنحه نفسه فرض وسيلة رقابية على عمل الحكومة، غير تلك المحددة حصرا في الدستور، بقوله: " رابعا: فيما يتعلق بالمادة 8 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، المحررة كآلاتي: " المادة 8 تقدم الحكومة أمام البرلمان تقريرا تقييميا حول مدى تطبيق هذا القانون العضوي ،عقب كل انتخاب للمجالس الشعبية البلدية والولائية والبرلمان،

-اعتبارا أنه بإلزام الحكومة بتقديم أمام البرلمان تقريرا تقييميا حول مدنتطبيق القانون العضوي موضوع الإخطار المعروضة على المجلس الدستوري للدراسة ،بعد كل انتخاب للمجالس الشعبية البلدية و الولائية والبرلمان يكون المشرع قد أسس لنفسه آلية لرقابة العمل الحكومي،

-واعتبارا أن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن تحصر كل سلطة عملها في الحدود المحددة لها في الدستور،

-واعتبارا أن المادة 99 من الدستور خولت البرلمان حق رقابة عمل الحكومة وحدد على سبيل الحصر، في المواد 80 و84 و133 و134 من الدستور آليات ممارسة هذه الرقابة،

-واعتبارا بالنتيجة أنه بإقرار آلية الرقابة على عمل الحكومة خارج الآليات المنصوص عليها في المواد 80 و84 و133 و134 من الدستور يكون المشرع قد تعدى مجال اختصاصه، مما يتعين التصريح بعدم مطابقة المادة 8 من القانون العضوي موضوع الإخطار للدستور...»⁽¹⁾.

كما اعتبر استقلال السلطة القضائية من مضامين مبدأ الفصل بين السلطات ، يتمتع بها مجلس الدولة ولكنه قصد بها الاستقلالية في الوظيفة القضائية دون الوظيفة الاستشارية، بمفهوم المخالفة لا يتمتع مجلس الدولة بالاستقلالية في الوظيفة الاستشارية فيما يخص مشاريع القوانين والأوامر.

في دستور 1989، وكذا في رأيه رقم 1-ر ق م د 1989 المتعلق بالنظام الداخلي المتعلق بالمجلس الشعبي الوطني بقوله: " ونظر لكون محرر الدستور ، أقام مبدأ الفصل بين السلطات ، باعتباره عنصرا أساسيا في تنظيم السلطات العمومية "

¹ رأي رقم 05 / ر م د / 11 الموافق ل22 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة .

وعلى اثر هذا المنهج، ذهب المجلس الدستوري الفرنسي إلى خلق بعض المبادئ التي سماها المبادئ الضرورية لعصرنا انطلاقاً من التفسير الدستوري، من ذلك مبدأ المساواة بين الجنسين ، والحق في اللجوء السياسي، والحق في الحصول على الوظائف، والحق النقابي والحق في الإضراب...⁽¹⁾.

ويؤكد الفقه الفرنسي في هذا الصدد أن كلا من السلطتين التشريعية و التنفيذية تقومان بإعداد القوانين انطلاقاً من التفسيرات التي يعدها القاضي الدستوري وهو بصدد ممارسة اختصاصه، وكثيراً ما يذهب بذلك إلى إنشاء القواعد الدستورية⁽²⁾.

وكما ذكر الأستاذ Louis Favoreu أن المجلس الدستوري يتدخل في تشكيل وتقنين قواعد اللعبة السياسية، « il convient d'admettre que le conseil constitutionnel intervient dans la codification des règles du jeu politique et la nécessaire précision des régies de fond contenues dans la constitution. »³ ويقوم المجلس الدستوري بحسب نظرهم بتحديد مضمون وفحوى ومعاني النصوص الدستورية بما يوافق ويوائم بين القواعد الدستورية وضرورات العصر أو الوقت، وعليه فالقاضي الدستوري يساهم بشكل كبير وإيجابي في إنشاء القواعد الدستورية والقواعد القانونية، أو على الأقل تحديد محتواها .

إذن يرتكز التفسير الدستوري الذي يقوم به القاضي الدستوري بتحديد مضمون القواعد الدستورية ولكن بنظرة عصرية ومتجددة، تتلاءم مع الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية. وهكذا يكون القاضي قد تفاعى التعديلات الدستورية المتكررة التي قد تمس بالوثيقة الدستورية، وسموها على باقي القواعد التي تليها في المرتبة، باعتبارها كما وصفها الأستاذ Dominique Rousseau بقوله: (إن الدستور وثيقة توضع بواسطة أشخاص بكلمات صادرة عن أشخاص، ونتيجة لذلك فهي تظل وثيقة مبهممة (أو غير محددة) بصفة نهائية، وغير حاسمة.

ولكن ذلك يعني بمنتهى البساطة التقابل بين آراء الممثلين) ويقصد بذلك القائمين على تحديد الأنوار من خلال رجال السلطة والسياسة ورجال القانون (والقاضي الدستوري يدخل ضمن هؤلاء

¹ مدحت مجدي النهري ، المرجع السابق، ص 60.

² نفس المرجع ، ص 61.

³ Louis Favoreu ,le conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics, www .cairn.info p 74.

الممثلين، ويلتزم في لحظة معينة بتحديد مضمون هذا النص أو ذلك، والثبات والتوافق على هذا المعنى لا يظل ثابتا دائما، لأن هذا التوافق يتم تعديبه عن طريق توافق آخر على معنى ومضمون مختلف، وهكذا فإن كلمة مساواة كانت تعني في البداية المساواة بين الرجال، وذلك بالمعنى الذكوري للاصطلاح، ثم أخذت معنى المساواة بين الرجال والنساء، ثم أخذت معنى المساواة بين الوطنيين والأجانب، وعليه فإن كلمة المساواة لم تتغير، ولكن معناها تطور مع تطور طرق التفكير⁽¹⁾.

ويقول الأستاذ رمزي طه الشاعر في هذا المعنى: " حقيقة الأمر أن الحياة الاجتماعية تتغير وتتطور باستمرار تحت تأثير عوامل عدة، كالشعور الأخلاقي والتكوين السياسي والاقتصادي والوعي القانوني بصفة عامة، ولذلك يجب أن تؤخذ هذه العوامل في الاعتبار عند تفسير النصوص، إذ أنها فوق دلالتها على الاتجاهات والميول، فإنها تدل على تغير الأفكار، مما يوجب أن يحمل المفسر معنى النص على النحو الذي يكون أكثر استجابة للحاجات الجديدة والاتجاهات التي تغيرت في الجماعة...."⁽²⁾.

أما الاستاد مصطفى عفيفي فيرى أن : "التفسير الذي يتم الإدلاء به بالنسبة للدستور متنوع ومتطور وفقا لاختلاف المرحلة الزمنية الصادر خلالها، وما ذلك في حقيقة الأمر إلا استجابة من القضاء وتلبية لمقتضيات التعبير الاجتماعي والظروف المتصلة ببناء وبكيان المجتمع، بحيث لا يكون النص الدستوري بمثابة قالب جامد أصم يفقد الصلاحية والقابلية المستمرة للتطبيق، وإنما على العكس تعبيرا عن الحقائق الخالدة أو الحية..."⁽³⁾.

وعليه، فالقاعدة الدستورية قاعدة ذات معنى متطور، وتطورها مستمر متى استمر وجودها مادام أنها تتعلق بمبادئ إنسانية لا تتغير بتغير الأمم، ويستوي هذا المعنى مع الحقوق والحريات الأساسية التي تلتصق بالطبيعة الإنسانية، بحيث يستمر مضمون هذه الحقوق مهما تغير الزمان والمكان، فلا يتغير مفهوم الحق في الحياة مهما تغير عمره.

¹ مجدي مدحت النهري، المرجع السابق نقلا عن:

Ya –t-il trop de contrôle de constitutionnalité des lois en France ?

² رمزي طه الشاعر، النظام الدستوري المصري، مرجع سابق، ص 376.

³ مصطفى عفيفي، رقابة الدستورية، ص 40.

بل يتسع مفهومه ويتطور بحسب تغير الظروف التي يعيش فيها هذا الحق ليولد الحق في الصحة، ثم يولد مبدأ المساواة بين المواطنين المساواة المناصفة بين الرجل والمرأة في سوق التشغيل، وتتطور الحرية الشخصية لتظهر في صورة سرية المراسلات، وتفرض حرية المعتقد حرية ممارسة الشعائر الدينية، فلا شك أن أي مفهوم لحق أو حرية الا وكان له أساس يرتكز عليه في جوهره، وتظهر هذه المفاهيم من خلال التفسيرات الدستورية التي تحظى بالاهتمام الكبير في تنشئة واستجلاء المفاهيم الدستورية التي يحتويها النص الدستوري في حروفه أو روحه .

إذن، فلا يمكن أن تفسر النصوص الدستورية بأسلوب يفرغ من محتواها أو ينحي بها منحى غير ما أرادته واضعه، أو أن تعطى صيغه المثالية التي تبتعد عن الواقع الاجتماعي، لذلك على القاضي الدستوري أن يلتزم بقواعد التفسير الدستوري التي اعتبرها الفقه الدستوري تحقق الديمومة لكل من الوثيقة الدستوري، وتحقق الأمن القانوني، واحترام إرادة المؤسس الدستوري، وتجنب الاصطدام وحساسية العلاقة مع السلطة التشريعية، وهذه القواعد هي موضوع الجزئية الموالية.

المطلب الثاني

فنيات وقواعد التفسير الدستوري

يعتمد الاختصاص التفسيري الذي يقوم به القاضي الدستوري على حدود يلتزم بها في ممارسة اختصاصه طبقاً لقاعدة أن لكل شيء حدوداً، وذلك لضمان التعايش بين أمرين هما: عدم الخروج عن النص الدستوري، بأن يؤوله أو يحمله بما لا يحمله، وأن يحقق الأهداف المبررة لوجوده، وهي ضمان تطبيق القواعد الدستورية تطبيقاً صحيحاً وسليماً وسموها وكذا استقرارها.

وهي حدود موضوعية تتعلق بممارسته لاختصاصه الدستوري الأصلي بالتفسير أو التبعية، وهذا بالالتزام بالقواعد التالية -مع الإشارة أن هذه الحدود هي حدود فقهية تدعمت بالاجتهادات القضائية للقاضي الدستوري- وهي: أولاً: قاعدة التفسير الذي يوافق الدستور، ثانياً: تفسير النصوص الدستورية باعتبارها وحدة واحدة، ثالثاً: قاعدة الالتزام بالسوابق التفسيرية، رابعاً: قاعدة تفسير النصوص الدستورية بنظرة عصرية.

أولاً: قاعدة التفسير الذي يوافق الدستور

تتمتع النصوص التشريعية بقرينة الدستورية، فالأصل أنها تصدر موافقة للدستور وعلى من يدعي غير ذلك أن يثبته، وهذه القرينة هي قيد على سلطة القاضي الدستوري عند ممارسته لاختصاصه التفسيري سواء أكان اختصاص أصليا أو تبعا لرقابة الدستورية، ما يفرض عليه نوعا من الحرص عند تعامله مع هذه النصوص فلا يهدر هذه القرينة.

وما تفرزه هذه الحصانة التي تتمتع بها النصوص التشريعية هو تفسيرها بما يوافق الدستور، طبقا لمبدأ الأصل فيها هو دستوريته-فالدستورية هنا مفترضة - فإذا احتمل النص معنيين أحدهما دستوري والآخر غير دستوري، يجب تغليب الاحتمال الأول على الثاني، طبعاً لتفادي الاحتدام والاصطدام مع الإرادة التشريعية أو الاصطدام بها، ومحافظة على مبدأ الفصل بين السلطات، بحيث لا يكون النطق بعدم دستورية النص التشريعي إلا في حالة الخطأ البين أو الظاهر الذي لا يحتمل أي غموض.

وفي هذه الحالة تختلف الأدوار التي يلعبها القضاء الدستوري في سبيل إنقاذ النص التشريعي من حومة عدم الدستورية، خاصة فيما يتعلق بكيفية تفسير النصوص الدستورية ومحاولة المواءمة بينها وبين النصوص التشريعية المدعى بعدم دستوريته. لكن الفقه الدستوري لم يتفق كله حول هذه القاعدة وانقسم إلى اتجاهين:

1- الاتجاه الأول: يرى أن القاضي الدستوري يبذل قصارى جهده لتفادي الحكم بعدم دستورية النصوص التشريعية، وهو ما يظهر في تنوع صور التفسير التي يقوم بها في سبيل ذلك، وبمقتضاه يفسر القانون بما يتفق مع المبادئ الدستورية⁽¹⁾.

ويسترشد أصحاب هذا الاتجاه الفقهي في ذلك بمنهجية القضاء الأمريكي في التعامل مع النصوص القانونية، عندما يطعن بعدم دستوريته، حيث يلجأ القاضي إلى التفسير البناء ليحاول إنقاذ النص التشريعي من الوقوع في حماة عدم الدستورية⁽²⁾.

ويرى جانب من الفقه الأمريكي أن القوانين المطعون في دستوريته قابلة للتأويل، بحيث إذا نُظر إليها من ناحية معينة رأيتها عادلة، وإذا نظرت من ناحية أخرى وجدت فيها مظاهر الظلم،

¹ اشرف اسماعيل عذب، حدود رقابة الدستورية، المرجع السابق، ص 502.

² نفس المرجع، ص 502.

وتكون مهمة المحكمة في كل حالة تعيين الناحية التي يجب أن ينظر منها إلى هذه القوانين، والمبدأ الذي تعمل به المحكمة عادة في مثل هذه الحالات يشمل اعتبارين:

الأول: أن الكونجرس لم يستهدف سوى العدالة .

والثاني: أن الكونجرس له من الإلمام بالحقائق المحيطة بالموضوع مثل ما للمحكمة العليا .

ولذلك فإذا لم يكن الطعن الموجه للقانون من المعارضين له مرتكزا على أساس قوي جدا وجب استبقاء القانون⁽¹⁾.

وعلى ذلك، قرر القضاء الأمريكي أنه إذا احتل النص التشريعي تفسيرين أحدهما دستوري والأخر غير دستوري كان عليه الأخذ بالتفسير الذي يبقى النص التشريعي صحيحا⁽²⁾.

أما المجلس الدستوري الفرنسي فقد اعتمد منهج التفسير الدستوري المنشئ احتراماً لقاعدة التفسير الذي يوافق الدستور، وتفاذي النطق بعدم دستوريته، فهو يرى أن إضافة عنصر جديد إلى النص التشريعي هو السبيل للإبقاء عليه وعدم إلغائه في حالة ثبوت عدم دستوريته، ومن خلال هذا المنهج يدخل كل تفسير ضروري على مضمون النص الطعين ليستبعد تطبيق القانون بشكل غير دستوري⁽³⁾.

وفضلاً عن ذلك، فقد اعتنق المجلس الدستوري المنهج الاستبدالي لاستيفاء متطلبات مبدأ الدستورية، بهدف مزدوج تجنب استخلاص قاعدة مخالفة للدستور أو جزء منها من النص التشريعي محل الرقابة، واستخلاص قاعدة أخرى تتفق مع المتطلبات الدستورية من ناحية أخرى، وأطلق على هذا النوع من التفسيرات الحل الوسط بين الرفض والبطان، وذلك لأنه يعطي للنص التشريعي تفسيراً يعصمه من البطان بعبء عدم الدستورية⁽⁴⁾.

ومن جهته، وتأثراً بالتجارب الدستورية المقارنة، ابتدع المجلس الدستوري الجزائري ما يطلق عليه بالتحفظات التفسيرية المنشئة أحيانا والتي تكمل ما فرغ منه النص التشريعي، والتفسيرات الاستبدالية بإفراغ النص التشريعي من القاعدة غير الدستورية وإحلال محلها قاعدة أخرى أكثر

¹ أشرف اسماعيل عزب نقلا عن جيرالد جونسون، المحكمة العليا في الولايات المتحدة، المرجع السابق، ص 503.

² نفس المرجع، ص 503.

³ أشرف اسماعيل أعزب، المرجع السابق نقلا عن Le conseil constitutionnel, son role, sa Turpin (D) jurisprudence, éd, hachatte, 1995

⁴ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الدستورية، المرجع السابق، ص 289.

دستورية دون أن يؤثر على جوهر النص، وكذا التفسيرات التوجيهية التي تساعد المشرع على ممارسته للعملية التشريعية بما يحترم الإرادة الدستورية والوفاء بالتزامه الشعبي على أحسن وجه وهو الالتزام بالتشريع، وسوف نوضح هذه التفسيرات في حينها احتراما لمنهجية الدراسة وهي موضوع الباب الثاني.

2-الاتجاه الثاني: ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول: أنه وإن كانت هيئة رقابة الدستورية تؤكد أنها تتحاشى الحكم بعدم الدستورية إذا كان بوسعها تفسير النص التشريعي المطعون فيه تفسيراً يحول دون وقوعه في حومة عدم الدستورية، غير أنها لا تفعل ذلك، حيث كان بمقدورها- أن تتجنب لو شاءت- القضاء بعدم دستورية بعض النصوص التشريعية المطعون فيها، و التي حكمت بعدم دستورتها (1).

وقد رفض الفقه اتجاه القضاء الدستوري بحل مشكلة عدم الدستورية بهذا الأسلوب، من وجهة أنه تعدي صارخ للحدود الدستورية للاختصاص الرقابي، بحسبان أن رقابة الدستورية يتعين أن تتوقف عند حد تقرير عدم دستورية النص المطروح على المجلس الدستوري إذا ما ارتأى عدم دستورية، أو تقرير دستورية، بيد أنه أضاف أمراً ثالثاً مؤداه تقرير مطابقة النص التشريعي للدستور المقرونة بشرط والذي من خلاله يعلن المجلس أن النص الخاضع لرقابته يتطابق مع أحكام الدستور، مع مراعاة التفسير الذي يعطيه له المجلس⁽²⁾، بإدخال مفردة جديدة عليه تجعله يتسق مع النص الدستوري ليطابقه تماماً.

وبهذه المثابة، ينحصر دور القاضي الدستوري بحسب وجهة هذا الاتجاه في رقابة الشرعية الدستورية فقط، بحسب نوع الخطاب الذي يوجهه المؤسس الدستوري للقاضي الدستوري، من ذلك عبارة "دستورية القوانين"، الواردة في المادة 186 من الدستور الجزائري لسنة 2016، وعبارة "يصرح بعدم دستوريته" الواردة في المادة 62 من الدستور الفرنسي 1958 المعدل سنة 2008 .

وعليه، وطبقاً لمنهج التفسير الحرفي للنص الدستوري، فإن القاضي الدستوري ملزم بأن يقضي إما بدستورية النص الطعين أو عدم دستوريته أو عدم مطابقته للدستور، وما الأحكام الأخرى إلا اجتهاد من عنده .

¹ اشرف اسماعيل عزب، حدود رقابة الدستورية، المرجع السابق، ص506.
² سليمان محمد الطماوي، الأساليب المختلفة لرقابة دستورية القوانين، مجلة العلوم الادارية، السنة الثانية والثلاثون، ع 2، ديسمبر 1990، ص31

وقد ذهب الفقه الدستوري إلى القول أن المجلس الدستوري ومن خلال التفسيرات التي يفرضها على المشرع ويلزمه بها، قد تجاوز حدود رقابته الدستورية إلى حد تقييد المشرع وإرشاده في قيامه بأعماله التشريعية، وإلا أصبح القانون مخالفا للدستور، بحيث أن المجلس الدستوري أصبح يساهم مساهمة حقيقية في عملية صنع القانون⁽¹⁾، إذ يستطيع من خلال هذه التقنية -وتحت ستار التفسير الذي يعطيه للنص التشريعي المطروح - بتعديل النص أو تصحيحه، وهو ما يشكل تجاوزا من المجلس الدستوري لحدود اختصاصه الدستوري، وينطوي على اعتداء على سلطة التشريع، على اعتبار أن المجلس يحدد للقانون معنى معيناً قد يتفق أو لا يتفق مع المعنى الذي انصرفت إليه إرادة المشرع ابتداء⁽²⁾.

لكن مهما اختلفت الآراء الفقهية، يبقى من مسلمات الرقابة على الشرعية الدستورية قيام القاضي الدستوري بتفسير القانون بما يوافق الدستور، وهذا لاحترام التوزيع الدستوري للاختصاص، كما أن عملية التفسير من طبيعة عمل القاضي الدستوري، لأنه المسؤول عن السهر على التفسير الصحيح للدستوري، وهو واجب يجد سنده في احترام مبدأ سمو الدستور على القوانين الأخرى.

أما بالنسبة القضاء الدستوري المصري، فقد استقرت المحكمة الدستورية المصرية على أن الأصل في القوانين التي يضعها عن السلطة التشريعية وفي اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية، أنها متفقة مع أحكام الدستور، وبناء عليه فإن القاضي الدستوري لا يحكم بعدم دستورية النص المعروض عليه إلا إذا تبين بعد الفحص الدقيق لهذا النص على ضوء أحكام الدستور ومبادئه أنه يخالف واحداً أو أكثر من هذه الأحكام والمبادئ بشكل واضح وقاطع، وإذا وجد القاضي الدستوري أن النص الخاضع لرقابته يحتمل أكثر من تأويل، وكان أحد التفسيرات التي يمكن أن يحمل عليها أن النص يتفق مع الدستور، فإن القاضي يقر هذا التفسير ولا يحكم بعدم دستورية النص⁽³⁾.

وتقول المحكمة المصرية في هذا الشأن: "النصوص القانونية جميعها سواء في تلك التي أقرتها السلطة التشريعية أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية -تعامل دوماً بافتراض صحتها- ولا ينال مجرد الطعن عليها من نفاذها، ولا يجردها بالتالي من قوتها الإلزامية، بل يظل تطبيقها في نطاقها- لازماً منذ العمل بها، فلا يعطل سريانها عائق، ولا يربحاً أعمالها ليكون متراخياً، وإن

¹ أشرف اسماعيل عزب، المرجع السابق، ص 508.

² نفس المرجع، ص 508.

³ للاستزادة راجع عادل شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، 1988، ص 13.

صحتها هذه تصطحبها ولا تزيلها إلا إذا صدر قضاء من المحكمة الدستورية العليا بمخالفتها، سواء بالنسبة أوضاعها الشكلية أو بالنظر إلى مضمونها، ليزول بأثر رجعي -وكأصل عام- ما كان لها من وجود منذ إقرارها، بما مؤداه أن الفصل في دستورية النصوص أما أن يؤكد صحتها على إطلاق، أو يقرر بطلانها على إطلاق، فلا تقع فيما بين صحتها وبطلانها مرحلة وسطي بين الوجود والعدم يكون نفاذها خلالها موقوفا والقول بغير ذلك يمثل عدوانا على السلطة التشريعية، ويتمخض كذلك عن إسباغ لاختصاص منتحل على المحكمة الدستورية العليا بغير سند من الدستور أو القانون...⁽¹⁾.

وعليه، تبقى قرينة الدستورية هي الصبغة التي تولد بها النصوص التشريعية ما يمنحها حصانة تلزم القاضي الدستوري بتفسيرها على نحو يوافق الدستور.

ثانيا: تفسير النصوص الدستورية باعتبارها وحدة واحدة

مفاد هذه القاعدة، أن القاضي الدستوري لا يفسر النص الدستوري بمعزل عن غيره من نصوص الوثيقة الدستورية الواحدة، أي تفسير الدستور في ضوء الدستور⁽²⁾.

وهي القاعدة التي رسى عليه الفقه والقضاء في التفسير القانوني، فالدستور -بحسب رأيهم- ليس ركاما من نصوص متفرقة لا رباط بينها، يجري تفسير كل منها في معزل وعلى حده، بل هو متعض قانوني ونسق من قواعد منظمة يعتبر كل منها جزءا من كل كبير. ويتحدد معنى ومدى كل منها في ضوء ذلك الكل المتماسك⁽³⁾.

وقد أطلق الفقه على هذا النوع من التفسير "التفسير التكاملي"، حيث يرى أن النصوص الدستورية يجب أن تؤخذ باعتبارها كلا متكاملا⁽⁴⁾، وهو التفسير الذي ينظر الى تفسير النص الطعين باعتباره وحدة ضمن مجموعة من النصوص المترابطة، على الأقل من حيث الموضوع، فلا يمكن تفسيره بشكل يجعل قطيعة بينه وبين باقي النصوص الأخرى.

وبناء على هذه القاعدة، فالتفسير الذي يقوم به القاضي الدستوري عند فحص الدستورية أو عند فصله في طلب التفسير يجب أن يكون تفسيرا متكاملا، فالنصوص الدستورية وان استقلت

¹ اشار اليه مدحت مجدي النهري، المرجع السابق، ص 47.

² محمد باهي ابو يونس، المرجع السابق، ص 103.

³ محمد باهي ابو يونس، المرجع السابق، ص 103.

⁴ مدحت مجدي النهري، المرجع السابق، ص 51.

بمضمونها، لا يعني استقلالاً قطعياً، وإنما يقيم في مجموعها ذلك البنيان الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم مصالحها في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ولا يجوز التالي تفسير النصوص الدستورية بما يبتعد عن الغاية النهائية المقصودة منها، ولا ينظر إليها بوصفها هائمة في فراغ، أو باعتبارها قيمة مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي⁽¹⁾.

والمتمعن في النصوص الدستورية وترتيبها في الوثائق الدستورية، سوف يلتبس هذا الترابط بين المبادئ التي تحتويها، فهي إما أن تتحدث عن الحقوق والحريات الدستورية أو عن السلطة، وهناك ارتباط وثيق بين المجالين، فالدستور هو الوثيقة التي تضبط كل من السلطة والحرية، والمصطلحين مرتبطين من حيث المعان، فإذا تغلبت الحرية على السلطة سادت الفوضى وإذا طغت السلطة على الحرية كفا في مجتمع استبدادي، وعليه الوثيقة الدستورية بما تحتويه من أحكام ومبادئ تجمع بين هاذين المصطلحين، بل أنها توازي بينهما.

وعلى القاضي الدستوري أن يراعي هذا الانسجام والتناغم بين النصوص الدستورية عند استجلاء المفاهيم الدستورية. والمجلس الدستوري الجزائري قد راعى هذه القاعدة، بل أنه لا يفسر مادة من القانون الطعين إلا واعتمد مقاربتها مع مجموعة من النصوص الدستورية لارتباطها في الموضوع، وعادة ما يستعمل عبارة "وحدتها في الموضوع" أو "اتحادهما في العلة" للتعبير عن هذه القاعدة، نذكر مثلاً رأيه فيما يتعلق بالقانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات بقوله مثلاً: "...فيما يخص المواد 168،169،170 من القانون العضوي موضوع الإخطار، مأخوذة بصفة مجتمعة لاتحادهما في العلة.."⁽²⁾.

وعبارة: "مأخوذة مجتمعة لما لها من تشابه في الموضوع" بقوله: "فيما يخص المواد 14،15،16 من هذا القانون مأخوذة مجتمعة لما لها من تشابه في الموضوع"، حيث قرر عدم دستورية المواد 4 و5 و6 و7 من القانون المتضمن نظام التعويضات التقاعد لعضو البرلمان مستنداً على التفسير التكاملي للمواد 100 المتعلقة بالتزام المشرع في إطار ممارسة اختصاصاته الدستورية بالوفاء للإرادة الشعبية التي منحتها ثقته بها، والسيادة البرلمانية في إعداد القوانين وفقاً لأحكام المادة 98، ومبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون وفقاً للمادة 29 من الدستور⁽³⁾.

¹ نفس المرجع، ص 52.

² رأي رقم 03/ ر م د / 11 الموافق 22 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالانتخابات للدستور.

³ رأي 04/ ر ق / م د / 98 السابق الإشارة إليه.

ثالثا : قاعدة الالتزام بالسوابق التفسيرية

جرى قضاء المحكمة الدستورية المصرية العليا في مصر على الإقرار بأنه إذا أورد الدستور مصطلحا معينا في نص ما لمعنى معين وجب صرفه إلى هذا المعنى في نص آخر، يردد هذا المصطلح وذلك في حكمها الصادر في جلسة 15 مايو 1993⁽¹⁾.

وعليه، فلا يتغير المعنى الاصطلاحي الذي يراد بالمصطلح في نص، متى تكرر هذا المصطلح في نص آخر، ويظهر هذا خاصة في اعتماد القضاء الدستوري على اجتهاداته السابقة في مرجعياته التي يستند فيها عند فحص دستورية النص الطعين، وهو ما أطلقنا عليه سابقا أدراج الاجتهادات الدستورية ضمن الكتلة الدستورية.

وتعبر هذه القاعدة على الحجية المطلقة للأحكام والقرارات التي تصدر عن هيئة رقابة الدستورية، في مواجهة كل السلطات العامة، والنتيجة النهائية لذلك لا يمكن حمل معنى المصطلح في نص دستوري عن معنى آخر متى تكرر في موضع آخر.

رابعا: قاعدة تفسير النصوص الدستورية بنظرة عصرية

الدستور هو مجموعة القواعد القانونية التي تضبط العلاقة بين السلطة والحرية، ومما لا شك فيه أن هذين المتغيرين يتأثران بتغير ظروف الأمة التي ينشأن ويتزعرعان فيها، فإذا تغير مفهوم الحرية تتسع الفجوة بينه وبين مفهوم السلطة العتيق، والعكس صحيح.

لذلك فالقواعد الدستورية التي تنظم هذان المتغيران لا بد أن تتغير هي الأخرى، ولا يتأتى هذا التغيير خاصة بالنسبة للدساتير الجامدة، ويظهر دور القاضي الدستورية في توسيع مدى القواعد الدستورية ليشمل المتغيرات الحديثة التي طرأت على المجتمع، ومثال ذلك في المبادئ الدستورية العامة مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ تدرج القوانين، وحق الدفاع، حرية التعبير... الخ، وهذه القاعدة تتجلى في ما طالق عليه الفقه تفسير الدستور الحي التي سبقت الإشارة إليه.

بعد الانتهاء من تحديد الأسباب التي جعلت القضاء الدستوري يتدخل في العملية التشريعية، وكيف يستطيع فعل ذلك، بقي البحث عن صلب الموضوع وهو كيف يشارك القاضي الدستوري في إنشاء القواعد القانونية؟، وعلى أي أساس دعاه الفقه الدستوري "المشرع المشارك" أو "المشرع من

¹ أشار إلى الحكم مجدي مدحت النهري، المرجع السابق، ص 49.

الدرجة الثانية"، وذلك بتوضيح الأدوار المختلفة التي يلعبها القاضي الدستوري عند فحص لدستورية القوانين، وهو موضوع الباب الثاني من هذه الأطروحة.

الباب الثاني

السلطة الخلافة للقاضي الدستوري

الباب الثاني

السلطة الخلافة للقاضي الدستوري

توصلنا فيما سبق إلى أن المجلس الدستوري يتدخل في العملية التشريعية كمرحلة تمر عليها القوانين -على اختلاف نوعيتهاو بحسب اختلاف أنظمتها- قبل صدورها وبعد نفاذها، إلا أن مهمة القضاء الدستوري قد أصابها نوع من التطور العميق، مس مجالاتها وضرورتها، وحتى دورها فانتقل من مرحلة القضاء الدستوري السلبي الذي يكتفي بفحص القوانين والبحث في مدى تطابقها مع المضمون الحرفي أو الروحي للدستور، إلى مرحلة بحث مدى تطابقها مع المبادئ الدستورية وفي مرات مع القوانين العضوية وحتى القوانين العادية ليصل إلى منح قرارته القيمة القانونية الإلزامية التي تتمتع بها الدساتير والتشريعات، لتصبح هي الأخرى نصوص مرجعية يعتمدها القضاء الدستوري ليقادى النطق بعدم دستورية القوانين.

وان كان هذا لهدف فلجعل النصوص التشريعية المعبرة عن الإرادة العامة في منأى عن الاصطدام بسلطة الهيئة المعينة، وعدم الاعتراض للقوانين وإجهاضها قبل إنتاجها لآثارها القانونية، أما بعد نفاذها فلهدف عدم الاصطدام بالمبادئ العامة للقوانين كالأمن القانوني واجتتاب إعدام القوانين بعدما تكون قد أرسيت مبادئها.

ويتابع القضاء الدستوري تطور اجتهاداته بدور محتشم صامت، إلى أن يمر من مرحلة إلغاء القوانين إلى مرحلة إنتاجها إما باستبدالها بنصوص أخرى أكثر دستورية وأحيانا سد الفراغ الذي قد يصيب بعض النصوص التشريعية، فيقوم بملأ هذا الفراغ ليخرج النص من حماة عدم الدستورية إلى نطاق الدستورية، وهكذا يكون قد تفادى النطق بعدم الدستورية، وهذا الدورين المختلفين للقضاء الدستوري صاغه الفقيه النمساوي Hans Kelsen في دور القضاء الدستوري كمشروع سلبي عندما يلغي القوانين المصابة بعدم الدستورية، والمشروع الثاني الايجابي عندما يشارك في إنشاء القاعدة القانونية.

إلا انه ونظرا لهذا الدور الجريء من القضاء الدستوري في المشاركة الايجابية في صنع القانون، تعرض لبعض الانتقادات نظرا لاصطدامه ببعض المبادئ الدستورية الأساسية، نعالج هذه الحثيات في فصلين، يتعلق الأول بمنهجية القاضي الدستوري عند فحص الدستورية (الفصل الأول)، أما الفصل الثاني فنخصصه لنعالج أثر القرارات المنشئة وحدودها.

الفصل الأول

منهجية القاضي الدستوري عند فحص الدستورية

تعد وظيفة القاضي الدستوري عند فحص الدستورية للتحقق من مدى سلامة العمل التشريعي الصادر عن البرلمان -من الناحيتين الإجرائية والموضوعية- للدستور المنفذ الوحيد لولوجه العملية التشريعية بشكل مباشر وملموس ، حيث يعتبر العميد Hans Kelsen أن القواعد القانونية لا توجد في نفس القيمة القانونية، بل ترتب ضمن هرم قانوني يبني نفسه بنفسه⁽¹⁾، وهذا عن طريق ميزة خاصة في القانون هي آلية سمو (supériorité)، التي تسمح للقواعد العليا تنظيم إنشاء

¹ Kalmo,La hiérrarchie Réinterprétée:les multiples sens desupérieur, <http://www.europeanlegalcultures.eu>

القواعد السفلى. فإنشاء قاعدة ثابتة يعتمد على مدى صحة القاعدة القانونية الأسمى منها، وعليه يجب عدم مقاطعة المبادئ السامية وتعرضها للإلغاء⁽¹⁾.

هذا، ويقوم منهج Hans Kelsen في تحليله لعمل القاضي الدستوري عند ممارسته الوظيفة الدستورية الرقابية، على أنه يساهم في العملية التشريعية بشكل سلبي عندما يلغي القوانين، وبذلك يشكل مشرعا سلبيا (المبحث الأول)، ومساهمة ايجابية عندما يفسر النص القانونية ليتفادى إلغاءه فيعيد بلورته في شكل أكثر دستورية للإبقاء عليه، فيتفادى بذلك الاصطدام بالسلطة التقديرية الواسعة للمشرع الذي يملك الاختصاص الأصيل في ممارسة الوظيفة التشريعية ويبدو بذلك مشرعا ايجابيا مساعدا (المبحث الثاني).

المبحث الأول

القاضي الدستوري مشرع سلبي

يقول الفقيه النمساوي Hans Kelsen عند وصفه لعمل المجالس الدستورية في نظريته "المشرع السلبي" أن: (قرار المحكمة الدستورية بإلغاء القانون، ينطوي على نفس الخاصية التي عند القانون الملغى لقانون آخر، ويعد هذا عملا سلبيا للتشريع، باعتبار أن سلطة تعديل وإلغاء القوانين، هي اختصاص أصيل للمشرع الجهاز الذي له سلطة إلغاء القوانين هو بالنتيجة جهاز ذو سلطة تشريعية....)⁽²⁾.

فبناء على هذا الطرح، يغدو الحكم الصادر بعدم دستورية القانون أسلوب من الأساليب التي تلغى بها القوانين وفقدانها لمكانتها ضمن بنية النظام القانوني في الدولة. فماذا يقصد بإلغاء القانون عن طريق الحكم بعدم دستوريته وما هو الفرق بين إلغائها وعرقلة صدورها؟ ذلك مانبينه في المطلبين التاليين، يتعلق الأول: الحكم بإلغاء التشريع لعدم دستوريته، والثاني: يتعلق بسريان الحكم بإلغاء القانون المقضي بعدم دستوريته من حيث الزمان ليأتي الشرح بعد ذلك.

المطلب الأول

¹ Michel Troper, souveraineté de l'Etat et Hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle, Les cahiers du conseil constitutionnel, n° 9/ 2000 ,p 143 et 144.

²Yelles Chaouche, Le Conseil Constitutionnel en Algérie, Du contrôle de constitutionnalité à la créativité normative, OPU ,Alger ,1999,p119. نقلا عن Kelsen Hans,La garantie constitutionnel de la Constitution .(La justice constitutionnel)",R.D.F. ,1928,p197

الحكم بإلغاء التشريع لعدم دستوريته

يقصد بإلغاء التشريع عموماً - سواء كان أساسياً أو رئيسياً أو فرعياً- إنهاء العمل به نهائياً، أو تجريده من القوة الملزمة بالنسبة للمستقبل⁽¹⁾.

ويعرف الأستاذ حسن كيرة إلغاء القاعدة القانونية بأنه: "إنهاء سريانها ومنع العمل بها ابتداءً من هذا الإنهاء"⁽²⁾.

فعنصر الإلزام هو قوام القاعدة القانونية مهما كان مصدرها قانوناً أو لائحة وإنهاء العمل بها بإلغائها تزول قوة إلزامها، ولكن بالنسبة للمستقبل⁽³⁾.

وهنا تجب الإشارة إلى أن هناك فرقا بين إبطال القاعدة القانونية وبين إلغائها، فالإلغاء⁽⁴⁾ يعني إنهاء العمل بها بالنسبة للمستقبل، بينما الإبطال فهو إعدام القاعدة القانونية أو حتى القانون أو التشريع منذ ميلاده بأثر رجعي، أي تجريده من قوته الإلزامية بأثر يمتد للماضي⁽⁵⁾، ويتحقق ذلك عندما يحكم القاضي الدستوري بعدم دستورية قانون أو لائحة، ففي هذه الحالة يعتبر النص المحكوم بعدم دستوريته أو بإلغائه كأنه لم يكن⁽⁶⁾، ويجب إعدامه من النظام القانوني.

¹ عليوة مصطفى فتح الباب ، الوسيط في سن وتفسير التشريعات، الكتاب الثاني، الجزء الثاني، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات، 2012، ص 1374

² حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، 1974، ص 342.

³ عليوة مصطفى فتح الباب، المرجع السابق، ص 1374

⁴ ومن حيث إجراء أو طريقة إلغاء القانون قد يكون صريحا أو ضمنيا، 1- **الإلغاء الصريح** : يكون بنص صريح ، يلغي التشريع كله أو بعض مواده، ولا يؤثر هذا النوع من الإلغاء أي عناء في تحديد النصوص التي تم إلغاؤها.

2- **الإلغاء الضمني** : ويكون بطريقتين:

أ- الإلغاء الضمني بطريق التعارض بين النص الجديد والنص القديم : ويكون بصور تشريع جديد يتضمن أحكام قانونية متعارضة مع أحكام قانونية واردة في تشريع سابق ويستحيل تطبيقها معا. فعندئذ تكون الأحكام القانونية الجديدة قد ألغت ضمنا ما تقرر من أحكام قانونية وردت في التشريع السابق.

ب- الإلغاء الضمني بطريق تنظيم الموضوع نفسه من جديد: يتحقق في هذه الصورة عندما ينظم التشريع الجديد تنظيما كاملا موضوعا معيناً على أسس جديدة كان التشريع القديم قد سبق تنظيمه. ففي هذه الحالة تعتبر التشريع الجديد قد ألغى التشريع السابق ولم لم ينص صراحة على هذا الإلغاء، وتعليل ذلك هو أن المشرع عندما يعمل الى وضع تشريع جديد ينظم بصورة كاملة موضوعا من الموضوعات، فهذا يفيد أنه استغنى عن أحكام التشريع السابق الخاصة بتنظيم هذا الموضوع وقرر أنه يستعيز عنها بأحكام التشريع الجديد، عمليا ينص على هذا صراحة في المادة ما قبل الأخيرة من القانون أو التشريع الجديد. راجع في هذا الشأن حسن كيرة ، المرجع السابق، ص 343 وما بعدها.

⁵ عليوة مصطفى فتح الباب، المرجع السابق، ص 1375

⁶ نفس المرجع ص 1375

أما عن السلطة المختصة بإلغاء التشريع فقد استقر القضاء والفقهاء على أن التشريع لا يلغيه إلا تشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه، ويترتب على ذلك ما يأتي⁽¹⁾:

1- أن السلطة التي سنت التشريع تملك إلغاءه، متبعة في ذلك نفس الإجراءات المقررة في هذا الشأن، فالدستور لا يلغى إلا من طرف نفس السلطة التي ناط بها الدستور ذلك وهذا بطريقة سلمية، وفي حالات أخرى يكون الإنهاء بطريقة عنيفة كالثورة والانقلاب.

أما القانون فتتفرد بإلغائه السلطة التشريعية أصالة، بموجب قانون مثله تسنه متبعة نفس الإجراءات وهو ما نصت عليه المادة 1/2 من ق م الجزائري في فقرتها الثانية بقولها: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي. ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء."

وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نص يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم.⁽²⁾

أما التشريع الفرعي أو اللائحة أو التنظيم في النظام القانوني الجزائري فهو الآخر يلغى من قبل نفس السلطة التي وضعت وفق الإجراءات المقررة لذلك. كما قد يلغى بقانون يسنه البرلمان.

وعليه، نصل إلى نتيجة هامة مفادها أن التشريع مهما كان نوعه أساسيا أو عاديا أو فرعيا يلغى من طرف السلطة التي تملك سلطة وضعه وفق إجراءات محددة مسبقا، عن طريق وضع تشريع آخر يلغيه بصفة صريحة أو ضمنية .

2- أن التشريع الأعلى يقيد التشريع الأدنى⁽³⁾، وفق ما يطلق عليه بتدرج القواعد القانونية بحسب النموذج الكلساني، ولا تطبق هذه القاعدة على عكسها، فقوام هذا التدرج تقيد التشريع الأدنى بالتشريع الأعلى.

وما يترتب على هذه المبدأ - تدرج القواعد القانونية - أن التشريع الأعلى يملك قوة إلغاء التشريع الأدنى. فاللوائح لا تلغي القانون، بينما يملك القانون قوة إلغائها.

¹ نفس المرجع 1378.

² المادة 2 من الامر رقم 58-75 الصادر في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم

10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005

³ عليوة مصطفى فتح الباب، المرجع السابق، ص 1378

وهو ما رسي عليه القضاء العادي المصري، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن التشريع لا يلغى إلا بالتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه، فلا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغي أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى، أو أن تضيف إليها أحكاماً جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو القانون⁽¹⁾.

لكن هذه القاعدة لا تطبق على إطلاقها، فقد تلقى القاعدة القانونية نهايتها عن طريق القضاء الدستوري وذلك بالحكم بعدم دستوريته، نقول القضاء بعمومية العبارة لنقصد بذلك مركزية ولا مركزية الرقابة على دستورية القوانين.

وقد سبق وأن استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية مثلاً، على أن الحكم بعدم دستورية تشريع ما يترتب عليه إلغاء هذا التشريع، واعتباره كأن لم يكن فيغدو معدوماً، ويسقط بالتالي كتشريع من تشريعات الدولة ليس فقط من تاريخ نشر الحكم بل من تاريخ صدور النص المعيب⁽²⁾.

وذلك إعمالاً لأحكام المادة 49 من قانون المحكمة والتي تنص على أنه: "أحكامها في الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة، ولكافة، ويتم نشرها في الجريدة الرسمية، ويترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم، فإذا تعلق هذا الحكم بنص جنائي اعتبرت الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن"⁽³⁾.

وعليه أطردت المحكمة الدستورية العليا على القضاء بأن الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية هو إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته.

لكن بعض الفقه المصري لم يوافق على هذا الطرح من قضاء المحكمة الدستورية، وذلك لأن الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية القانون هو التزام محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته، ولكن لا يلغى هذا النص، بل يظل قائماً من الناحية النظرية

¹ أشار إليه نفس المرجع، ص 1378.

² سعد عصفور، النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية 1981، ص 32.

³ المادة 49 من قانون المنظم للمحكمة العليا.

المجردة حتى يلغيه المشرع، وان كان سيفقد قيمته العملية من الناحية التطبيقية، لأن جميع المحاكم ستمتنع عن تطبيقه حتما إعمالا للحجة المطلقة للحكم الصادر بعدم الدستورية⁽¹⁾.

وحجته في ذلك أن التشريع لا يلغى بتشريع من نفس درجته إعمالا للقاعدة الخاصة بتقابل الإجراءات⁽²⁾، أو توازي الأشكال التي رسخها القضاء الإداري الفرنسي، والقول بغير ذلك يعد حلولا للمحكمة الدستورية محل المشرع في إلغاء التشريع، فالمحكمة إذا كانت صاحبة الاختصاص بالفص في دستورية القوانين، واللوائح إلا أن اختصاصها يقف عند حدود هذه الصلاحية، ولا يتعداه إلى إلغاء القانون، لان إلغاء التشريع كسنة من اختصاص السلطة التشريعية، فالمحكمة الدستورية على ذلك لا تقضي بإلغاء القانون ولا ببطلانه، ولا يترتب على مخالفة التشريع للدستور أي جزاء يمس كيانه. وكل ما يترتب على هذه المخالفة -ومن ثم على الحكم بعدم دستوريته التشريع- هو أن تمتنع محكمة الموضوع عن تطبيقه، فتقضي في النزاع متجاهلة تماما وجود التشريع المخالف للدستور⁽³⁾.

غير أن هذا الطرح مع ذلك، وان أصاب في حيز ما فإنه لم يبلغ حدا أقصى من الصواب، لأن أثر الحكم الصادر من القضاء الدستوري بعدم دستورية القانون محل فحص الدستورية، ليس حكما عينيا يسري على طرفي وموضوع النزاع فحسب، بل يتعداهما وهذا يعود للحجة المطلقة التي يتمتع بها هذا الحكم والزاميته لكافة السلطات، وعليه لا يمكن لأي سلطة عمومية أن تطبق حكم هذا القانون متى ثبتت عدم دستوريته، وحتى القضاء الذي سوف يطبق حكم المحكمة الدستورية، وكذا أية محكمة أخرى، وهكذا يفقد القانون المقضي بعدم دستوريته مفعوله بحيث يصبح لا جدوى ترجى منه، ويفقد وجوده في النظام القانوني في الدولة وبالتالي ينتهي عمره، وعليه لا يختلف الإلغاء القضائي عن الإلغاء التشريعي متى كانت النتيجة واحدة وهي إنهاء العمل بالقانون وإعدام كل آثاره فما الداعي لإعمال هذه المفارقة.

ونفس الأحكام أخذ بها القضاء الدستوري المقارن كالفرنسي والجزائري وطبقها على الحجية المطلقة للأحكام الدستورية.

¹ محمود أحمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجيته، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2003، ص

519

² نفس المرجع ص 520.

³ محمود أحمد زكي، المرجع السابق، ص 520.

وبهذه المثابة، يجب أن نميز بين نظام الرقابة السابقة ونظام الرقابة اللاحقة. فالأول يعتبر منطوق الحكم حائلا دون صدور القانون المخالف للدستور، بينما في النظام الثاني يعتبر منطوق الحكم محددًا لحذف القانون من النظام القانوني سواء بإلغائه أو إبطاله حسبما ينص عليه القانون المنظم لاختصاصات القضاء الدستوري⁽¹⁾.

ففي بعض النظم الدستورية المقارنة تقتصر المحكمة على إعلان بطلان القاعدة القانونية كما في ألمانيا، تركيا، واسبانيا . بينما في بعض النظم الأخرى يقتصر منطوق المحكمة على إعلان عدم الدستورية فحسب.

ويبدو الفرق واضح بين المنطوقين في أثر الحكم، ففي النظام الأول ينصب على صحة القاعدة القانونية منذ تاريخ العمل بها، بخلاف النظام الثاني فإن الأثر ينصب على إلغائها منذ الحكم بهذا الإلغاء بعد أن كان معمولاً بها⁽²⁾.

كما يختلف الأمر عن الحالتين السابقتين فيما يخص رقابة الامتناع التي يفصل فيها القضاء العام المثار أمامه عدم دستورية القانون المزمع تطبيقه على النزاع، بالامتناع عن تطبيق النص القانوني على موضوع النزاع دون البت في دستوريته، وعليه يكون منطوق الحكم متعلقاً بوقف تنفيذ القاعدة القانونية دون أن يتصدى لدستوريتها. لذلك يختلف منطوق الحكم الصادر في دستورية القانون، فتارة يوقف تنفيذ حكم القاعدة القانونية، وأخرى يبطلها، وأحياناً يلغيها. بينما يأخذ منحى أكثر تطوراً في بعض أعمال القضاء الدستوري ليساهم في استنساخ قاعدة قانونية أخرى أكثر ملاءمة للدستورية، يظهر في الدور الايجابي للقاضي الدستوري ومساهمته الكبيرة في العملية التشريعية وهو ما نعالجه في حينه .

وبناء على هذا الطرح، كان لابد من توضيح مساهمة القضاء الدستوري الجزائري باعتباره يأخذ بين النظامين القبلي والبعدي في الرقابة، من خلال البحث في الحكم الصادر في دستورية القانون قبل صدوره(الفرع الأول)، والحكم الصادر في دستوريته بعد صدوره ونفاذه وإنفاذ آثاره على المجتمع(الفرع الثاني).

¹ أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية لحقوق و الحريات،ص 299.

² نفس المرجع ، ص 299.

فوفقا للمادة 186 التي تنص: "بالإضافة إلى الاختصاصات الأخرى التي خولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، يفصل المجلس الدستوري برأي في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات.

يبدي المجلس الدستوري، بعد أن يخطره رئيس الجمهورية، رأيه وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليه البرلمان.

كما يفصل المجلس الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور، حسب الإجراءات المذكورة في الفقرة السابقة ."

نقول أن المؤسس الدستوري قد ميز في مجال الرقابة على دستورية القوانين من حيث ما يخضع للرقابة القبلية الوجوبية وبين ما يخضع للرقابة البعدية الاختيارية، ومن حيث أثر الحكم الصادر في الأولى التي يفصل فيها بموجب رأي والثانية التي يفصل فيها بموجب قرار، مع الإشارة أن الاختلاف في طبيعة المنطوق لا يؤثر على نفاذ وحجية أحكامه وقراراته التي تحوز الحجية المطلقة النهائية.

كما ميز أيضا في بداية نفاذ القرار الصادر عنه بحسب جهة الإخطار دون أن ننسى أيضا مدة الفصل في المسألة الدستورية وبحسب الأحوال أيضا نتناول هذه الجزئيات بنوع من التفصيل تباعا كلا على حدة .

الفرع الأول

إلغاء القانون بالحكم بعدم دستوريته قبل صدوره

بالرجوع إلى النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري⁽¹⁾ لاسيما الباب الأول منه المتعلق بقواعد عمل المجلس الدستوري في مجال رقابة المطابقة ورقابة الدستورية، وبالأخص المادة الأولى منه

¹ النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري الصادر في 11مايو 2016 ج ع 29 حيث يميز في بابه الأول بين فصلين : الفصل الأول:رقابة مطابقة القوانين والنظاميين الداخليين لغرفتي البرلمان، أما الفصل الثاني:رقابة دستورية المعاهدات و القوانين والتنظيمات وهذا التمييز مقصود من حيث أن الأولى يجب أن تكون مطابقة حرفية للدستور نظرا للوظيفة

التي تنص على أنه: "يفصل المجلس الدستوري في مطابقة القوانين العضوية للدستور قبل صدورها طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 141 من الدستور برأي وجوبي بعد أن يخطر رئيس الجمهورية طبقا للفقرة 2 من المادة 186 من الدستور ...". ، نجد أن قضاءه يفصل وجوبا في مطابقة القوانين العضوية للدستور⁽¹⁾، وهو المجال الأوسع للمساهمة في العملية التشريعية، فهذه القوانين لا يمكن أن تصدر وتنتج آثارها أو تدخل حيز النظام القانوني ما لم تمر على رقابته، وإلا كانت معيبة بعيب الشكل والإجراءات، بل باطلة ومنعدمة، لأن رقابة المطابقة المسبقة إجراء شكلي جوهري، وبدونه تعتبر عملية وضعه غير مكتملة، أو مبتورة.

وهو ما نصت عليه المادة 141 الفقرة الأخيرة من الدستور بقولها: "... يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره". إذا ما قورن مع المجال الرقابي لدستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات التي تبقى خاضعة لسلطة الإخطار سواء السياسي أو القضائي على نحو ما سبق توضيحه سابقا.

في هذه الحالة يكون حجم مساهمة المجلس الدستوري في العملية التشريعية كبيرا وواسعا، وهو يشبه في ذلك دور رئيس الجمهورية الذي يشارك في هذه العملية بصفة مطلقة، فالقانون لا يرى النور ما لم يجري رئيس الجمهورية إجراء الإصدار.

وبالرغم من ايجابية هذا الإجراء-الرقابة القبلية- إلا أنه يضع القوانين المكتملة للدستور والأنظمة الداخلية للبرلمان خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي الدستوري الذي يعترض على صدور هذا النوع من النصوص القانونية، لأن عدم دخول القانون ميدان التطبيق، يصعب من الكشف عن اختلالاته الدستورية على حد تعبير الفقيه Favoreu، مما يضيف على آرائه الطابع التجريدي، نظرا لاعتماده عند تفسيره وفحص دستورية النص القانوني المراقب على قواعد قانونية مجردة واجتهادات سابقة له⁽²⁾.

فالقانون لا تظهر مخالفته للأحكام الدستورية لاسيما موضوع الحقوق والحريات الدستورية ما لم ينتج أثره في المجتمع، وهذا ما يثبت عدم وجود قواعد قانونية صالحة لكل مكان وزمان، فالقاعدة

الدستورية التي تؤذيها القوانين العضوية بحيث تكمل الدستور، بينما تتعلق الثانية بتنظيم السلطة النظام المحدد لعمل غرفتي البرلمان ، وهو يبلغ نفس الأهمية التي تحوزها القوانين العضوية.

¹ بالإضافة الى النظام الداخلي لغرفتي البرلمان.

² M .Fromont ,ibidem ,et ,O. Dutheillet ,Les limites du control constitutionnel du point de vue Européen, Intervention dans le cadre de l'échange de vues avec l'union des cours et des constitutionnels Arabes, Venise 72 Session 19-20 octobre 2007,p06, <http://www.venice.coe.int/docs2007>.

القانونية لا تكتسب هذه الصفة ما لم تكن قابلة للتعديل والإلغاء، ولا يثبت عوارها ما لم تطبق على الوقائع. لكن ما هو مصير القانون الذي أجهض من قبل القاضي الدستوري قبل صدوره؟

تجيبنا عن هذا التساؤل المادة 2 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري بقولها: "إذا صرح المجلس الدستوري أن القانون المعروض عليه يتضمن حكماً غير مطابق للدستور، ولا يمكن فصله عن باقي أحكام هذا القانون، لا يتم إصدار هذا القانون..."، ففي هذه الحالة إذا ثبت لدى المجلس الدستوري أن عدم الدستورية قد بلغ حداً من الجسامة طالت جوهر النص المعروض عليه، بحيث يؤدي فصلها عن باقي الأحكام إلى خلل كبير يصيب النص حكم بعدم إصدار النص مباشرة.

بينما نصت الفقرة الثانية من نص المادة السالفة الذكر بأنه: "إذا صرح المجلس الدستوري أن القانون المعروض عليه يتضمن حكماً غير مطابق للدستور، دون أن يلاحظ في ذات الوقت أن الحكم المعني لا يمكن فصله عن باقي أحكام هذا القانون، يمكن رئيس الجمهورية أن يصدر هذا القانون، باستثناء الحكم المخالف للدستور، أو أن يطلب من البرلمان قراءة جديدة للنص. وفي هذه الحالة، يعرض الحكم المعدل على المجلس الدستوري لمراقبة مطابقته للدستور". والحال تختلف فيما إذا كان مشروع القانون العضوي المعروض على المجلس الدستوري قد ثبتت عدم دستوريته الجزئية بحيث أعطى هذا النظام الخيار لرئيس الجمهورية بعد أن يبلغه القاضي الدستوري برأيه بأن يختار بين أحد الحلين:

1- إما أن يصدر النص دون الأحكام المقضي بعدم دستوريته، إذا جاز فصلها عن باقي أحكام النص القانوني.

2- أو يعيد القانون المحكوم بعدم دستوريته الجزئية ليطلب من البرلمان قراءة ثانية ثم عرضه من جديد على المجلس الدستوري ليبت في دستوريته.

أما فيما يتعلق بالنظام المحدد لعمل غرفتي البرلمان فقد أشارت المادة 4 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري المذكور إلى أنه لا يمكن العمل بنظام إحدى الغرفتين متى قضى المجلس الدستوري بعدم دستوريته ما لم يتم تعديله وعرضه من جديد على قضاائه وذلك بقولها: "إذا صرح المجلس الدستوري أن النظام الداخلي لإحدى غرفتي البرلمان المعروض عليه يتضمن حكماً غير مطابق للدستور، فإن هذا الحكم لا يمكن العمل به من طرف الغرفة المعنية إلا بعد تعديله وعرضه من جديد على المجلس الدستوري والتصريح بمطابقته للدستور".

يعرض كل تعديل للنظام الداخلي لإحدى غرفتي البرلمان على المجلس لمراقبة مطابقتها للدستور".

يبدو أن المؤسس الدستوري كان صارماً فيما يخص مطابقة النظام الداخلي المحدد للغرفتين للدستور، من خلال إلزام عرضه وإعادة عرض تعديله على المجلس الدستوري ليفصل من جديد في مطابقة أحكامه للدستور، والرقابة في هذه الحالة رقابة مطابقة وليست رقابة دستورية.

ويشبه هذا الدور الذي يقوم به القاضي الدستوري حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين⁽¹⁾ وطلبه قراءة ثانية المنصوص عليها في المادة 145 من الدستور⁽²⁾، حيث يعترض هو الآخر إتمام العملية التشريعية التي تتوج بصور نص تشريعي، آخر مرحلة في العملية التشريعية.

وقد قضى المجلس الدستوري بإلغاء القانون المتعلق بالتنظيم القضائي الصادر إلغاء كلياً دون أن يتطرق لمضمونه، بسبب مخالفته للإجراءات الشكلية المتعلقة بضرورة عرض القوانين التي سوف يتم استبدالها بقوانين عضوية بعد تنصيب المؤسسات المنصوص عليها في المادة 180، والتي تتعلق بضرورة عرض مشاريع القوانين على مجلس الدولة قبل عرضها على مجلس الوزراء لمناقشتها مخالفة بذلك أحكام المادة 119 من الدستور، حيث قضى: "...واعتباراً أن المادة 180 المطبة الأولى من الدستور تقضي بانتهى: ريثماً يتم تنصيب المؤسسات المنصوص عليها في هذا الدستور، يستمر سريان مفعول القوانين التي تتعلق بالمواضيع التي تخضع لمجال القوانين العضوية إلى أن تعدل أو تستبدل وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور"، وبالتالي فإنها تلزم إرجاء

¹ يعرف حق رئيس الجمهورية بالاعتراض على القوانين بأنه: حق لرئيس الدولة يُمكنه من تأخير إصدار القانون ومن ثم إعادته إلى البرلمان ليتخذ فيه قراراً نهائياً بعد أن يدرس اعتراضات رئيس الدولة. توقيف رئيس الدولة لمشروع القانون الذي وافق عليه البرلمان برده إليه بحيث إذا أعاد البرلمان النظر في ذلك المشروع وأقره مرة ثانية صدر القانون رغم اعتراض رئيس الدولة عليه. وهو نوعان:

1- **الاعتراض المطلق**: تسمى هذه الصورة من صور الاعتراض من الناحية الفنية بـ (الاعتراض الإسقاطي أو رفض التصديق)، وهو ذلك الاعتراض الذي لا يمكن التغلب عليه من جانب البرلمان إذ لا توجد وسيلة دستورية تمكن البرلمان من تجاوزه.

2- **الاعتراض النسبي**: يطلق على هذه الصورة من صور الاعتراض بـ (الاعتراض التوقيفي أو المؤقت)، إذ يجوز بمقتضاها لرئيس الدولة الاعتراض على مشروع القانون وإعادته للبرلمان، وبإمكان هذا الأخير أن يتغلب على اعتراض رئيس الدولة إذا أقر المشروع بأغلبية معينة يحددها الدستور، ويكون استخدام رئيس الدولة لهذا الحق محدداً بمدة معينة وفي حال انتهائها يسقط حقه في الاعتراض، فضلاً عن كونه الرئيس فهو يكون ملزماً ببيان الأسباب التي دفعته إلى الاعتراض من أجل تقديرها والرد عليها. لأكثر تفاصيل في الموضوع راجع عبد الغني بسيوني عبد الله، سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، القاهرة، 1994.

² تنص المادة 145 من الدستور: "يمكن رئيس الجمهورية أن يطلب إجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون الثلاثين (30) الموالية لإقراره".

تعديل أو استبدال القوانين التي تتعلق بالمواضيع التي أصبحت تخضع لمجال القوانين العضوية، إلى حين تنصيب المؤسسات المنصوص عليها في دستور الصادر في 28 نوفمبر 1996.

واعتبار أن المادة 119 الفقرة الأخيرة من الدستور تقضي بان تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد الأخذ برأي مجلس الدولة قبل أن يودعها رئيس الحكومة مكتب المجلس الشعبي الوطني⁽¹⁾.

واعتبارا أن مشروع القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي أودع من طرف رئيس الحكومة مكتب المجلس الشعبي ويتاريخ 22 أبريل 1998 وهذا قبل تنصيب مجلس الدولة المنشأ بموجب دستور 28 نوفمبر 1996.

واعتبارا بالنتيجة أن السلطات المخولة بإعداد مشاريع القوانين والمصادقة عليها، حيث بادرت باستبدال الأمر 65-278 المؤرخ في 22 رجب عام 1385 الموافق ل16 نوفمبر 1965 المتضمن التنظيم القضائي، بقانون عضوي قبل تنصيب المؤسسة المذكورة أعلاه، قد تكون قد خالفت الإجراءات المنصوص عليها في المادتين 180 المطة الأولى والمادة 119 الفقرة الأخيرة من الدستور... وعلى ذلك قضى ب: "...أن القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي غير مطابق للدستور."⁽²⁾

وعلى الرغم من الانتقادات التي قد توجه للقاضي الدستوري عندما يعترض صدور النص التشريعي الذي يعد في الأخير نتاج إرادة شعبية محضة، وقاعدة عدم إعطاء الفرصة للقانون لتثبت عدم دستوريته بعد التطبيق خاصة إذا كان عيب عدم الدستورية غير واضح، إلا أن لا أحد يلغي إيجابيات الرقابة القبلية على العمل التشريعي، من حيث أنها تحول دون صدور أي نص قانوني ثبت مخالفته للأحكام الدستورية قبل أن ينتج آثاره في النظام القانوني ويرتب حقوقا يصعب تداركها فيما لو ثبتت عدم دستوريته اثر طعن لاحق صدوره.

الفرع الثاني

¹ تجب الإشارة في هذا الموضوع الى أن نص المادة 119 قد استبدل مضمونه بأحكام المادة 2/136 من دستور 2016، فبعدما كانت تلزم عرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد الأخذ برأي مجلس الدولة استبدلت هذا العبارة بعبارة "تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد رأي مجلس الدولة"، وشتان بين مفهوم العبارتين، حيث تفيد العبارة الأولى الأخذ بالرأي المطابق لمجلس الدولة، بينما تفيد الثانية المرور على استشارة مجلس الدولة كإجراء شكلي جوهري تمر به مشاريع القوانين لصحتها من الناحية الشكلية دون أن تكون ملزمة بالأخذ بالرأي المطابق له.

² رأي رقم 14 / ر.ق.ع / م.د / 03 المؤرخ 23 مارس سنة 2003 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي للدستور

إلغاء القانون لعدم دستوريته بعد نفاذه

تستند الرقابة اللاحقة لصدور القانون إلى أحكام المادة 191 من الدستور التي تنص على أنه: "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا 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 ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري"

يعتبر هذا المجال من الرقابة الحيز الضيق الذي يقصر فيه حيز مساهمة القضاء الدستوري في العملية التشريعية بمقارنته بالرقابة القبلية، لأنه يعتمد إلى حد كبير على تقنية الإخطار السياسي والإخطار القضائي، ولا يمكن أن يتحرك لوحده ليمارس اختصاصه الدستوري، وهو ما عيب على تقنية الإخطار.

لكن المؤسس الدستوري قد تأثر بتطور مفهوم الدستورية الغربية-القضاء الدستوري الفرنسي- وأعطى الحق للأفراد أن يمارسوا حقهم في إبلاغ المجلس الدستوري عن عدم دستورية قانون أو نص قانوني معين لتأثر حقوقهم بسبب مخالفته للدستور، هذا الحق الذي لا شك أنه يندرج ضمن ممارستهم حق التقاضي المخول لهم دستوريا.

وهكذا يمكن للقاضي الدستوري أن يتدخل في إطار حمايته للدستور وإعلاء كلمته، ولكن هذه المرة لحماية الأفراد عندما تضار مصالحهم بسبب أن البرلمان لم يعبر بشكل صحيح عن إرادتهم، وذلك في حالة عزوف سلطات الإخطار السياسي.

وعليه، يعد إلغاء القانون بقرار بعد دخوله حيز النظام القانوني الوجه الأصعب لإعلان عدم الدستورية، وهذا بالرغم أن مستوى الحماية الدستورية يبقى ممتدا إلى غاية إنتاج القانون لآثاره القانونية، إلا أنه يصعب تداركها، على عكس إلغاء القانون قبل صدوره، وهذه الصورة من الإلغاء هي الإنهاء الحقيقي للقاعدة القانونية خارج سلطة من يسنها-الإلغاء القضائي- بحيث يبدو الفرق واضحا بينهما فالإلغاء القانون قبل ميلاده يعد من إجراءات سن القاعدة القانونية، بينما إلغاؤه بعد نفاذه يخرج عن إجراءات سنه، وغض لسلطة المشرع الطرف عن تصحيح أخطائه التشريعية، التي قد يرتكبها أثناء تنظيمه للعلاقات الاجتماعية القانونية، ما يسبب له حرجا أمام ثقة ممثليه، فلا سلطة في الجزائر للناخبين على النواب فليس بإمكانهم سحب الثقة منهم، وعلى أقل تقدير في

الانتخابات الجزئية وهي غير مطبقة مع الأسف في النظام الانتخابي الجزائري، مما يجعلهم يشكون في مدى قدرته على التعبير الصحيح عن إرادتهم، خاصة إذا تم تصحيح هذا القانون عن طريق سلطة القضاء الدستوري.

لكن سلطة القاضي الدستوري في إلغاء القانون الطعين تثير إشكالية غاية في الأهمية ، مفادها إذا كان للقضاء الدستوري سلطة الاعتراض على صدور القانون، بأن يجهض مشروعه قبل أن يرى النور ويدخل النظام القانوني وهذا الإلغاء ليس لا يثير أي إشكالية لأنه- لا على النظام القانوني ولا الحقوق المكتسبة- مادام القانون لم يصدر بعد ، بعكس الإلغاء الذي يكون بعد صدوره، ماله من تداعيات على حقوق الأفراد التي اكتسبوها في ظل هذا القانون، وعليه متى يبدأ احتساب الأثر الزمني لإلغاء القانون الذي تبينت عدم دستوريته بعد مدة من نفاذه ؟ نجيب عن هذه الإشكالية في الجزئية الموالية.

المطلب الثاني

سريان الحكم بإلغاء القانون المقضي بعدم دستوريته من حيث الزمان

يثير الإلغاء القضائي للنصوص التشريعية المعلن عن عدم دستوريته مشكلة قانونية خطيرة تتعلق بالوقت الذي يخرج فيه القانون المحكوم بعدم دستوريته من دائرة النظام القانوني للدولة، فهل يلغى أثره من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية، أم من يوم صدوره؟ فيعد كأنه لم يصدر أصلا، ومن ثم تلغى جميع الآثار القانونية المترتبة عليه من تاريخ العمل به.

ويقصد بالنطاق الزمني للأحكام الصادرة بعدم الدستورية بصفة عامة تحديد التاريخ الذي تمتد إليه آثار الحكم، وتحديد ما إذا كانت هذه الأحكام تنفذ بالنسبة للمستقبل فقط، أم يكون لها أثر رجعي في بعض الحالات⁽¹⁾.

وبعبارة أخرى، هل أن الحكم الصادر بعدم الدستورية كاشف للعيب الدستوري أم أنه حكم منشئ لهذا العيب؟

لقد انقسمت أنظمة القضاء الدستوري⁽²⁾ وكذا فقهه، في شأن اثر الحكم بعدم الدستورية على وجود القانون وإنهاء العمل به منذ ميلاده وهو رجعية الحكم الدستوري (الفرع الأول)، وبين الأثر

¹ فهد أبو العثم النصور، القضاء الدستوري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر وتوزيع، الأردن، 2016، ص 257
² بالنسبة للأثر الزمني للحكم الصادر عن المحكمة الدستورية النمساوية والمتأثر بالمدرسة الكلسانية فقد كانت لها الحجية المطلقة، وقد اختار المشرع الدستوري النمساوي حلولا عملية لهذه المسألة الشائكة ، والأصل عندهم أن الحكم بعدم

المباشر لقرار الإلغاء من يوم صدور الحكم بعدم دستورية القانون ومن ثم إلغاء العمل به (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

الأثر الكاشف لحكم الإلغاء

يستند هذا الاتجاه في رأيه على أن النص التشريعي يبني أساسه على قاعدة قانونية مخالفة للدستور منذ ميلادها، ومتى حكم بعدم دستورتها يسقط الأساس الذي تبنى عليه، لذلك يعد الحكم الذي أعلن عدم دستورتها كاشفاً للعيب الدستوري الذي اعترى النص التشريعي من يوم صدوره⁽¹⁾. والقول بغير هذا الأثر ينفي الفائدة العملية من الحكم بعدم الدستورية، فلا تستطيع المحكمة التي أرجأت الفصل في الدعوى الموضوعية انتظاراً لرد المحكمة الدستورية، إذا كان غير ذلك، لأنها سوف تجد نفسها تطبق القانون المحكوم بعدم دستوريته، ولأن الدفع بعدم الدستورية يتعلق بنزاع حدثت وقائعه قبل الحكم بعدم دستورية القانون أو النص القانوني المطعون فيه، وعليه لا فائدة للخصم من أن يثير هذا الدفع⁽²⁾، وتلك نتيجة شاذة يابأها المنطق، وتتعارض مع الحكمة من رقابة الدستورية .

كما أن الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية القانون يتعلق بالطبيعة العينية للدعوى الدستورية، فهي تختصم النص التشريعي أو القانون المطعون فيه، وإذا قضت المحكمة الدستورية بعدم دستوريته فلأن العوار قد اكتتفه منذ صدوره ودخوله النظام القانوني وليس منذ الحكم بعدم دستوريته، وعلى ذلك يستتبع تطبيق الحكم بأثر رجعي، إذ لا يتصور أن يكون القانون دستورياً في المدة السابقة على صدور الحكم وغير دستوري من لحظة ميلاده، فمن شأن مسايرة القول بالأثر المباشر -لحكم المحكمة الدستورية- تحصين التطبيقات السابقة على حكمها، وبقائها محكومة بقانون غير دستوري، وذلك يناقض الطبيعة العينية للدعوى الدستورية، لأن النص التشريعي أو

الدستورية يبدأ نفاذه من يوم نشره ولا يرتد أثره إلى الماضي المادتيان 139 و 140 من الدستور النمساوي، إلا أنه أعطى للمحكمة الدستورية سلطة تقديرية تستطيع بمقتضاها أن تعطي للحكم بعدم الدستورية أثراً رجعياً تقدر مدها. وفي المقابل، تستطيع المحكمة أن تعيد إلى الحياة قانوناً عدله أو ألغاه القانون الذي حكم بعدم دستوريته، للعلم أن المحكمة الدستورية النمساوية أول محكمة دستورية أنشئت بأوروبا بعد انتشار أفكار كلسن، يحي الجمل، هانز كلسن الأب الروحي للقضاء الدستور، مجلة المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد الأول، يناير 2003، sccourt.gov.eg

¹ أحمد علي عبود الخفاجي، الأثر الزمني للحكم الصادر من المحكمة الدستورية الاتحادية العليا بإلغاء القانون غير الدستوري، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر الذي تقيمه كلية القانون، جامعة أهل البيت، 2017، ص 331.

² القاضي سالم روضان الموسوي، الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية (أحكام المحكمة الاتحادية العليا نموذجاً)، مقال منشور في جريدة المدى، ع2639 الصادر في 2012/11/4، العراق.

القانون المطعون فيه إما أن يكون دستورياً وإما ألا يكون كذلك بالنسبة للماضي والمستقبل على السواء⁽¹⁾.

وقد اعتمد هذا الاتجاه أيضاً على مبدأ المساواة أمام القانون لتبرير مبدأ الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية، فلا يجوز التمييز بين مراكز قانونية تكونت قبل الحكم وأخرى تكونت بعده، وأن هذا المبدأ يضمن فعالية الرقابة على دستورية القوانين وتأكيد سيادة القانون، وكذا علو الحقوق والحريات⁽²⁾.

يبدو أن الفقه الدستوري لم يخرج عن الطبيعة الكاشفة للأحكام القضائية فهي لا تنشئ أوضاعاً جديدة وإنما تكشف عن وجودها، وهو ما اعتمده هذا الاتجاه.

هذا، وقد سارت على منهج هذا الاتجاه بعض أنظمة القضاء الدستوري المقارنة، فقد قضت المحكمة العليا الأمريكية سنة 1886 في قضية Norton ضد Sheby (بأن القانون غير الدستوري ليس بقانون، فهو لا يولد حقاً ولا يفرض واجباً ولا يمنح أية حماية، ولا ينشئ أية سلطة، فلا يعمل به، بل كأنه لم يصدر على الإطلاق)، ثم عدلت عن هذا المبدأ سنة 1937 وقررت أن أحكامها لا تلغي التشريع رغم الحكم بعدم دستوريته فيظل باقياً⁽³⁾.

أما المحكمة الدستورية الألمانية فقد ميزت في أحكامها الناطقة بعدم الدستورية بين نوعين من الأحكام⁽⁴⁾:

1- حكم يعلن بطلان النص التشريعي المخالف للدستور، وهو حكم كاشف لعوار النص المطعون بعدم دستوريته ويسري أثره من يوم العمل بالقانون، فهو حكم كاشف.

2- حكم يعلن عدم دستورية النص دون أن يبطله، هو من اجتهاد المحكمة الدستورية الألمانية فلم يستند وجود لا لقانونها المحدد لاختصاصاتها ولا للدستور نفسه، وحددت آثار هذا الحكم بالزام السلطات بتطبيق القانون غير الدستوري مؤقتاً مع إلزام المشرع بالتخلص منه لاحقاً، ماعدا محكمة الموضوع التي أثبتت أمامها المسألة الدستورية، فهي ملزمة بالامتناع عن تطبيق هذا النص

¹ القاضي سالم روضان الموسوي، الأثر الرجعي لأحكام القضاء الدستوري، مقال منشور في مجلة الحوار المتمدن، العدد 4341، الصادر في 2014/01/11، العراق.

² احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص332.

³ احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص330.

⁴ نفس المرجع، ص332.

التشريعي التي ثبتت عدم دستوريته، وكان الهدف من إبقاء عمر القانون المحكوم بعدم دستوريته لمهلة محددة تفادي الوقوع في فراغ قانوني محتمل .

أما قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية فقد اقترن موقفها بأحكام المادة 49 من قانون رقم 48 لسنة 1979 التي تنص على أنه: " أحكام المحكمة في الدعاوي الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة.

وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية، وبغير مصروفات، خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها.

ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم.

فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كان لم تكن.

ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه"⁽¹⁾

يبدو أن قانون المحكمة كان واضحا فيما يتعلق بأثر الحكم الذي قضى بعدم دستورية القانون، بحيث يسري أثره ليعدم كل نص جنائي وهكذا تتعدم معه صفة التجريم، ويستتبع ذلك إلغاء الحكم بالإدانة وكذا يعد كأنه لم يكن.

واستند الفقه الدستوري آنذاك على رجعية حكم عدم الدستورية في تفسير عبارة "ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم"، على أنه يقصد بالرجعية كل القوانين التي حكم بعدم دستورتها سواء جنائية أو غير جنائية، بحيث يسري أثر حكم عدم الدستورية ويمتد إلى إلغاء أحكام القانون المطعون فيه بعدم الدستورية من يوم ميلاده مدعما رأيه بالمبدأ العام الذي يحكم الأحكام القضائية وهي الطبيعة الكاشفة، بما فيها الأحكام الدستورية⁽²⁾.

¹أحالت المادة 2/195 من الدستور المصري لسنة 2014 بقولها: "وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار" على اختصاص المشرع بتحديد آثار الحكم بعدم دستورية النص الطعين، وعلى ذلك جاءت المادة 49 من قانون 1979 تفصل ذلك .

² عليوة مصطفى فتح الباب، المرجع السابق، ص 1431.

ويستثنى من هذه القاعدة النصوص الجنائية والحقوق والمراكز القانونية التي تكون استقرت قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا بحكم بات، أي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق (عادي أو غير عادي)، وقضت في هذا الشأن: " أن مؤدى عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم -وعلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون- لا يقتصر على المستقبل فحسب، وإنما ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي يكون قد استقرت عند صدوره، بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو بانقضاء مدة التقادم " (1).

وعلى ذلك وردت حدود على تطبيق مبدأ رجعية الحكم بعدم الدستورية تتعلق بالأحوال التالية:

1-المراكز القانونية المستقرة قبل الحكم: ويستند في ذلك إلى أن الحقوق التي تتولد عن القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه لا يمكن وفقاً للقواعد العامة أن تنتقص من حقوق أخرى مكتسبة طبقاً لقانون لم يحكم بعدم دستوريته، ويتمتع أصحابها بمراكز قانونية لا ينقص منها الحكم القاضي بعدم الدستورية مثل التقادم وقوة الأمر المقضي (2).

2-احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات: لما كانت شرعية الجرائم والعقوبات تمثل أحد ملامح الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، فإن الحكم الصادر بالإدانة بالمخالفة لهذه الشرعية لا ينال أية حجية ولو حاز قوة الأمر المقضي، وذلك لأن اعتبارات الشرعية الدستورية تتفوق على اعتبارات قوة الأمر المقضي.

وعليه، فإذا صدر حكم من المحكمة الدستورية بعدم دستورية قانون، ففي هذه الحالة تعد الأحكام الجنائية الباتة التي صدرت استناداً إلى ذلك النص - الذي حكم بعدم دستوريته - كأن لم تكن. وهذا الاتجاه له ما يبرره، إذ أن الأحكام الجنائية تمس بطريق مباشر الحرية الشخصية للمواطن، وهي أعز ما يحرص عليه، فإذا اتضح أن النص الذي طبق عليه كان غير دستوري،

¹ جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1974 أنه: "10-وتناول القانون أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي فغن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن حتى ولو كانت أحكاماً باتة. sccourt.gov.eg
² أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص342.

فالعادلة تقتضي أن تغلب جانب الحرية على جانب حجية الأحكام الجنائية ، وفي هذا إعمال كامل لمبدأ المشروعية.

لكن إذا كانت القاعدة سالفة الذكر تنطبق بالنسبة للأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة ، إلا أنها لا تصح بالنسبة للأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة والتي صدرت استناداً إلى نص حكم بعدم دستوريته، إذ في هذه الحالة يسري الحكم بعدم الدستورية بأثر فوري ومباشر، أي من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية، وذلك إعمالاً لقاعدة - براءة ألف مذنب خير من إدانة بريء واحد⁽¹⁾.

3-الأمن القانوني: طبقاً لمبدأ الأصل في القوانين الصحة ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستورياً أو يقضي بعدم دستورية نصوصها أو أحكامها بحكم من المحكمة الدستورية العليا، وهو مبدأ قرره قرينة دستورية التي تتمتع بها القوانين منذ ميلادها، واحتراماً لمبدأ الأمن القانوني هذا ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي الذي تمت بناء عليه انتخابات مجلس الشعب، وإن كان يقتضي بطلان المجلس المنتخب منذ انتخابه، إلا أن هذا البطلان لا يستتبع البتة إسقاط ما أقره هذا المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ حكمها بعدم الدستورية ونشره في الجريدة الرسمية⁽²⁾، فالقضاء الدستوري وبالرغم من حمايته للدستور والدفاع عنه إلا أنه من موضوعية النزاع الدستوري، لا يجوز تصوير هذا القضاء وكأنه في عالم منفصل⁽³⁾.

وفي هذا الشأن يرى العميد Escarras في إيطاليا أن القضاء الدستوري تواجهه مشكلة خطيرة وهي كيفية المحافظة على الأمن القانوني، وللتغلب على هذه المشكلة يجب أن يقتضب من سعة الحكم بعدم الدستورية كل حالة على حدة، مراعيًا في ذلك مقتضيات اليقين القانوني⁽⁴⁾.

لكن هذا الوضع لم يستمر طويلاً، وانتقل قضاء المحكمة الدستورية المصرية إلى مرحلة غير فيها وجهته حول نفاذ الأحكام القاضية بعدم دستورية القوانين نوضحه في الجزئية الموالية.

الفرع الثاني

¹ مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية القانون- جامعة بغداد، 2006، ص96.

² أشار إليه أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق، ص354.

³ نفس المرجع ص 356.

⁴ احمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص346.

الأثر المنشئ لحكم الإلغاء

اتجه الجانب الثاني من الفقه -ومعه القضاء الدستوري في بعض الأنظمة الدستورية المقارنة -إلى إعمال الأثر المباشر للحكم الذي قضى بعدم دستورية القانون، بحيث يلغى اعتباراً من اليوم التالي لنشر الحكم الصادر في النص المطعون عليه والذي تستخلص منه القاعدة القانونية غير المطابقة للدستور، فلا يعمل بهذا النص اعتباراً من تاريخ الحكم بعد الدستورية، واستند في ذلك إلى أن تطبيق الحكم الصادر بعدم الدستورية بأثر رجعي من شأنه أن يهدم المراكز القانونية المستقرة، ومحو الآثار التي خلفها القانون الملغى، وهذا لا يتحقق في كل الأحوال، لأن الآثار المذكورة أصبحت جزءاً من الواقع لا يمكن محوها⁽¹⁾.

كما أن إعمال الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية تنسحب أثره إلى تاريخ مولد القانون المقضي بعدم دستوريته، ومن ثم فقد يتسبب في زعزعة النظام القانوني، إذ ينشأ عن الحكم بعدم الدستورية فراغ تشريعي نتيجة لزوال القانون المقضي بعدم دستوريته وهذا الفراغ بتكرار الأحكام الصادرة بعدم الدستورية سوف تتسع دائرته، بحيث يؤدي في النهاية إلى نظام قانوني سرعان ما ينهار بنيانه ويهوى⁽²⁾.

يحافظ الأثر المباشر لحكم عدم الدستورية على الثبات النسبي للعلاقات القانونية، ويحقق الحد الأدنى من الاستقرار للمراكز القانونية، مما يتحقق معه الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقة القانونية، الأمر الذي يشجعهم على التصرف على هدى القواعد والأنظمة القانونية وقت صدورهما، دون التعرض لمفاجآت مباغتة من السلطات العامة من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة، كأن تلغي هذه القوانين التي أكسبتهم حقوق ومراكز قانونية متميزة⁽³⁾.

ويشبهه الفقيه Eisenman هذه الحالة بالإلغاء التشريعي للقوانين، وقد أخذ بالأثر الفوري لأحكام عدم الدستورية الدستور النمساوي، واستثنى من ذلك ثلاث حالات⁽⁴⁾ تتلخص في الآتي:

1 أحمد علي عبود الحفاجي، الأثر الزمني للحكم الصادر من المحكمة الدستورية الاتحادية العليا بإلغاء القانون غير الدستوري، المرجع السابق، ص7
2 أحمد علي عبود الحفاجي، المرجع السابق، ص8.
3 أحمد علي عبود الحفاجي، المرجع السابق، ص8.
4 أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص337.

1-سريان الحكم بعدم الدستورية على الحالة المعروضة على محكمة الموضوع والتي أثير بشأنها الدفع بعدم الدستورية، بحيث حدد له المدى النسبي لهذه الحالة، وكذا الحالات المشابهة لها والمنظورة أمام القضاء الموضوعي ولكن قبل قفل باب المرافعة .

2-يجوز للمحكمة الدستورية أن تحدد تاريخا آخر لنفاذ حكمها وتستبعد الأثر المباشر له، بأن تمنح حكمها-وفي حدود سلطتها التقديرية- الأثر الرجعي، وفي هذه الحالة، فإن النص المحكوم بعدم دستوريته لا ينتج أثره وتزول قوته القانونية منذ مولده، لكن المحكمة لم تلجأ لهذا الأثر إلا نادرا بسبب صعوبة تقييمها للنتائج المترتبة على الأثر الرجعي في الحالات التي عرضت عليها.

3-يجوز للمحكمة في حكمها الصادر بعدم دستورية النص المطعون عليه أن تحدد أجلا يتراخى فيه أثر الحكم بعدم الدستورية حتى ينتج هذا الحكم أثره، بحيث تحدد المدة الزمنية التي تبقى القاعدة القانونية التي حكم بعدم دستوريته سارية المفعول داخل النظام القانوني الى أن ينقضي الأجل الذي حددته المحكمة الدستورية في حكمها .

أما المحكمة الدستورية العليا المصرية فقد عدلت عن قاعدة الأثر الرجعي للحكم الذي قضت فيه بعدم دستورية النصوص التشريعية، وذلك في المسائل غير الجنائية بسبب تداعيات هذا الحكم، وإخلاله باستقرار المراكز القانونية، كما أنها حملت الدولة أعباء مالية تتوء بها خزانتها، بما يعرقل مهامها التنموية والنهوض بالخدمات والمرافق التي تمس مصالح المواطنين ، وذلك لردّها للأموال التي تم تحصيلها كضرائب بسبب تطبيقات قاعدة الرجعية.

فصدر القرار بقانون رقم 168 لسنة 1998 يعدل المادة49 وخاصة فقرتها الثالثة من قانون المحكمة الدستورية العليا، حيث نص في المادة الأولى منه: "يستبدل بنص الفقرة الثالثة من المادة49 من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم48 لسنة 1979، النص الآتي:" ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا اثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص"،

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مبررات إصداره، والأغراض التي قصد تحقيقها بالقول: "وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا -في مجال تفسيرها لنص المادة49 من

قانونها- على أن الحكم الذي تصدره بعدم دستورية نص تشريعي يكون له أثر يمتد إلى الماضي برجعية تحكم الروابط السابقة على صدور الحكم كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة.

وقد أدى الإطلاق في تطبيق الأثر الرجعي لأحكام المحكمة- في غير المسائل الجنائية- إلى صعوبات متعددة في مجال التطبيق يندرج تحتها الإخلال بمراكز قانونية امتد زمن استقرارها، وتحميل الدولة أعباء مالية تنوء بها خزانتها بما يضعفها في مجال تحقيق مهامها التنموية والنهوض بالخدمات والمرافق العامة التي تمس مصالح المواطنين في مجموعهم⁽¹⁾.

لذلك قررت " علاجاً لمشكلات الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي في مثل هذه الحالات، والتي كشفت عنها التجربة، وتحقيقاً للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع، والحفاظ على أمنه اجتماعياً واقتصادياً، وهي أمور يرتبط كل منها بالآخر برابطة وثقى"، تعديل حكم الفقرة الثالثة من المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا، وذلك لتحقيق الأهداف التالية:

1- تخويل المحكمة سلطة تقرير أثر غير رجعي لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوي الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها، وقدر الخطورة التي تلازمها.

2- تقرير الأثر المباشر للحكم المعلن بعدم دستورية نص تشريعي متى كان هذا النص تشريعاً ضريبياً، ذلك ليمنع على الدولة رد ضرائب قد أنفقتها.

3- وحسماً لأي خلاف في شأن ما إذا كان الأثر المباشر للأحكام الصادرة ببطلان نص ضريبي ينسحب إلى ذي المصلحة في الخصومة الدستورية أم ينحسر عنه، فقد نص المشروع على أنه سواء أثيرت المسألة الدستورية عن طريق الدفع أو عن طريق الإحالة أو التصدي، فإن القاعدة العملية للخصومة الدستورية يتعين أن يجنبها كل ذي شأن فيها من أطرافها، ضماناً لفعالية حق التقاضي، ولأن الترضية القضائية هي الغاية النهائية لكل خصومة قضائية على ما جرى به قضاء هذه المحكمة⁽²⁾.

¹ أشار إليه عليوة مصطفى فتح الباب، المرجع السابق، 1432.
² عليوة مصطفى فتح الباب، المرجع السابق، ص 1433.

وقد انتقد جانب كبير من الفقه الدستوري المصري هذا التعديل، واعتبر أن تحديد المحكمة الدستورية تاريخاً لسريان الحكم يقحمها في وظيفة غير وظيفتها القضائية، بالإضافة إلى دفع المحكمة للإخلال بمبدأ المساواة، وذلك لأن التعديل قصر الاستفادة من الأثر الرجعي على رافع الطعن وحده⁽¹⁾.

انطلاقاً مما سبق، يتبين أن تحديد تاريخ سريان الأثر الزمني لحكم الإلغاء يثير مشاكل خطيرة خاصة على الحقوق المكتسبة وعلى استقرار المراكز القانونية، فإذا قلنا أن للقرار المعلن عن عدم الدستورية أثر كاشف للعيب الدستوري، فإن ذلك يعني أن النص التشريعي أو القانوني أو حتى القانون محل الطعن لا يعمل به اعتباراً من تاريخ صدوره، ويترتب عن ذلك إلغاء جميع الآثار التي كان قد رتبها منذ صدوره، ولا يقتصر على إلغاء الآثار القانونية بالنسبة للمستقبل فقط.

أما إذا سلمنا بأن للحكم الصادر بعدم الدستورية أثراً منشئاً للعيب الدستوري، فإن ذلك يعني أن النص القانوني أو القانون محل الطعن لا يعمل به اعتباراً من تاريخ الحكم بعدم دستوريته، ويترتب على ذلك أن جميع الآثار التي رتبها لا تمتد سوى إلى المستقبل فقط، لأنه خرج من بناء النظام القانوني للدولة.

وعليه، فترك تحديد تاريخ امتداد الأثر الزمني للقضاء الدستوري هو الحل الأمثل لتجنب كل تداعيات الأحكام الصادرة بعدم الدستورية، فالقضاء الدستوري لا شك أنه سوف يحيط بكل جوانب المسألة الدستورية وكذا الحقوق والمراكز القانونية التي يمسه تطبيق الأثر الكاشف أو الأثر المنشئ، على حسب ما عملت به المحكمة الدستورية المصرية بناء على القرار بقانون رقم 168 لسنة 1998. فمنح القضاء الدستوري سلطة تقديرية في الاختيار بين الأثر المباشر والأثر الرجعي وإن كان ينحو بوظيفته بالتدخل في وظائف السلطات الأخرى الموازية إلا أنه يهذب من تداعيات الإلغاء.

لكن ما هو موقف كل من المؤسس الدستوري والقضاء الدستوري الجزائريين من النطاق الزمني لقرارات عدم دستورية النصوص التشريعية؟

¹ محمد سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 628-629.

إن التمعن في أحكام المادة 191 السابقة الذكر، التي تكشف أن المؤسس الدستوري قد ميز بين تاريخ نفاذ قرار إلغاء التشريع في حالة الإخطار السياسي، ونفاذه في حالة الإخطار القضائي وذلك في حالتين:

الحالة الأولى: نص المادة 1/191: "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس...".

وعليه، يمتد أثر الحكم بالإلغاء من يوم قرار المجلس، والذي يبدو أن المؤسس الدستوري كان يقصد بها النصوص القانونية التي كانت بناء على إخطار سياسي، لذلك منحها الأثر الفوري المباشر لقرار الإلغاء، واحتسبه من يوم قرار المجلس، والسبب المحتمل في ذلك أنه لا يوجد تأثير مباشر على مصالح الأفراد، لذلك احتسب تطبيق أثر إعدام الأثر القانوني للقانون المعلن عن عدم دستورية من يوم قرار المجلس، ما يفيد أن قراراته ذات طبيعة منشئة.

أما الحالة الثانية: في حالة الإخطار القضائي: فجاءت بالتعديل الدستوري لسنة 2016 باستحداث تقنية الدفع بعد الدستورية الواردة في أحكام المادة 188 من نفس الدستور، حيث تنص المادة 2/191: "إذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن هذا النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري".

فكان إعلان عدم الدستورية نتيجة لطعن قضائي بادر به أحد الأطراف المتنازعة، بسبب أن عوار القانون قد مس مصلحته شخصية بالدرجة الأولى أو حرية من حرياته الدستورية، وإعلان عدم الدستورية في هذه الحالة سوف تكون له حجة شخصية على الأطراف المتنازعة لاسيما صاحب الدفع بعدم الدستورية -زيادة على الحجة العينية⁽¹⁾- وبإلغائه لهذا القانون يكون قد هدم

¹ يقسم فقهاء القانون العام الدعاوي إلى قسمين: دعاوي حقوقية أو شخصية وأخرى عينية أو موضوعية ، وذلك بالنظر إلى طلبات المدعي، فالأولى يحركها المدعي ليطالب بحق شخصي قبل المدعي عليه، أما الثانية فيقيمها صاحبها ليطالب بإلغاء النص القانوني لأنه جانب الصواب، وانتفت مقومات صحته، لذلك توصف بأنها عينية أو موضوعية لأنها تنصب على نص لا على شخص.

ويرى أغلب الفقه الدستوري أن الدعوى الدستورية ذات طبيعة عينية، لأنها شرعت في الأصل لتحقيق الشرعية الدستورية عن طريق اختصام النصوص التشريعية المخالفة للدستور، ولم تشرع لحماية الحقوق الشخصية للأفراد، وإن كانت النتيجة المترتبة عليها في نهاية المطاف، هي توفير قدر من الحماية القضائية لمصالح الأفراد، وحقوقهم إلا أن ذلك لم يكن مقصودا لذاته بل بسبب حماية الشرعية الدستورية، ومنع الاعتداء عليها من قبل المشرع. رفعت عيد السيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة 2009، ص 203.

بينما اعتبرها فقه آخر أنها ذات طبيعة مختلطة لأنها تجمع في طبيعتها بين الطبيعة العينية المتمثلة في حماية الشرعية الدستورية، حيث يقوم القضاء بالحكم بعدم دستورية القانون المطعون فيه، إذا ثبتت مخالفته للدستور، وكذلك الطبيعة الشخصية التي تتمثل في المركز القانوني للطاعن الذي تحميه تلك عن طريق الحكم بعدم دستورية القانون الذي يمس بهذا المركز القانوني ولذلك يشترط في الدعوى الدستورية ضرورة توافر شرط المصلحة في الطعن. حميد محمد عبد السلام

مصلحة شخصية للمواطن، تتأذى به الكثير من الحقوق المكتسبة المتسلسلة المتصلة ببعضها البعض. لذلك كان على المؤسس الدستوري أن يحصر ويقتضب من أثر قرار إلغاء القانون، وقيد سعيه الزمنية بالتاريخ الذي يحدده قرار المجلس.

وقد أحسن المؤسس الدستوري عندما أعمل هذا التمييز، الذي ينمي عن حرصه الدائم على ايجابية القضاء الدستوري، وتغليب كفة الحقوق والحريات الدستورية على باقي المضامين الدستورية التي يحملها مفهوم الدستورية.

وبذلك يكون المجلس الدستوري قد عدل عن موقف فيما يتعلق بالأثر الفوري لقراراته، حينما قرر في قراره رقم 01/95⁽¹⁾: "...واعتباراً أن المادة 159 من الدستور التي تنص على أنه: " إذا قرر المجلس الدستوري أن نصاً تشريعياً أو تنظيمياً غير دستوري، يفقد النص أثره ، ابتداء من يوم قرار المجلس". وعليه فإن قرارات المجلس الدستوري تكتسي الصبغة النهائية، وذات النفاذ الفوري وتلتزم كل السلطات.

-واعتباراً أن قرارات المجلس الدستوري ترتب بصفة دائمة ، كل آثارها، ما لم يتعرض الدستور للتعديل، وطالما أن الأسباب التي تؤسس منطوقها مازالت قائمة...."

وعليه، فإن المؤسس الدستوري قد تأثر بتجارب القضاء الدستوري المقارن، حينما منح الحق للقاضي الدستوري بأن يحدد التاريخ المناسب- وفقاً لسلطته التقديرية- لإلغاء القانون المحكوم عليه بعدم الدستورية، وذلك في حالة دفع أحد الأفراد بعدم دستورية القانون المزمع تطبيقه على النزاع، ولم يراع التمييز بين القوانين الجنائية أو غير الجنائية، كما عمل القضاء الدستوري المصري.

لكنه عندما قصد إعطاء السلطة التقديرية للمجلس الدستوري ليحدد تاريخ سريان إلغاء القانون يكون قد منحه سلطة تحديد النتائج التي يثيرها إنهاء القانون ويسري هذا على جميع القوانين الجنائية منها وغيرها، لأن المجلس عندما يحال إلى علمه الدفع بعدم دستورية النص القانوني،

القماطي، أثر الحكم الصادر عن القضاء الدستوري ، بحث مقدم للمؤتمر العلمي للمحاكم والمجالس الدستورية العربية، المنعقد في الأردن في 28-29 فبراير 2016 تحت عنوان تحديات الواقع و الإصلاحات الممكنة في ضوء المتغيرات الإقليمية. يمكن التوقف عند الطبيعة العينية للدعوى الدستورية والسبب في ذلك انها تتعلق بمخاصمة القانون، أما الطبيعة الشخصية فلا يمكن إلباسها لها، لأنه حتى ولو كان الطعن نتيجة لدعوى أحد الأفراد إلا أنه لا يمكن التغاضي عن أثر الحكم المعلن بعدم دستورية النص الطعين، فهو ذو طبيعة شمولية لأنه لا يمس مصلحة الشخص الطاعن وإنما يمس القاعدة القانونية التي من أهم خصائصها العمومية والتجريد ، فدعوى الإلغاء الإدارية التي يكون محلها القرار الإداري بالرغم من أنها يثيرها أحد الأفراد المتضررين من هذا القرار ليعيد مصالحاً شخصية انتهكتها الإدارة، إلا أنها أبدا لم تفقد طبيعتها العينية تتعلقها بانتهاك الإدارة للمشروعية، فما بالك بالنص القانوني الذي انتهك المشروعية الدستورية.

¹ قرار رقم 01/95 المؤرخ في 06 أوت 1995 يتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات.

يتبع الدفع بملف الدعوى كله، بحيث يصبح المجلس في هذه الحالة وكأنه قاضي موضوع وقاضي دستورية ويدرس ملف الدعوى بكل تداعياته من ناحية وقائع الدعوى في نطاق القانون المطبق في هذه الحالة ليكشف الخلل أو العيب الذي جار على النص بحيث جعله يخالف الدستور، وهكذا يستطيع تحديد العواقب التي يمكن أن يثيرها قراره، ليس بصفة مجردة وإنما بصفة أكثر دقة ، لذلك يستطيع أن يحدد وبدقة النطاق الزمني الذي يمتد إليه قراره، تحديدا لا يهدر المراكز القانونية أو الحقوق المكتسبة، ولا حتى أن يحمل الدولة أعباء مالية يصعب استردادها بسبب إنفاقها.إنها المخاوف التي عان منها القضاء الدستوري المقارن.

لكن هل يجوز للمجلس الدستوري أن يمد أثر إلغاء القانون المعلن عدم دستوريته إلى قوانين مرتبطة به لم تتضمنها رسالة الإخطار ولم يدفع بعدم دستوريته قضائيا؟

من المبادئ التي أرساها قضاء المجلس الدستوري في نظامه الداخلي-تأثرا بالدسترانية الغربية- التصدي للأحكام القانونية التي لم تتضمنها رسالة الإخطار أو لم يدفع بعدم دستوريته قضائيا، متى تحقق الارتباط بينها وبين مضمون القانون محل الطعن الدستوري، وذلك طبقا لأحكام المادة 7 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري حيث جاء فيها: "إذا اقتضى الفصل في دستورية حكم التصدي لأحكام أخرى لم يخطر المجلس الدستوري بشأنها ولها علاقة بالأحكام موضوع الإخطار، فإن التصريح بعدم دستورية الأحكام التي أخطر بها أو تصدى لها وترتب عن فصلها عن بقية النص المساس ببنيتها كاملة يؤدي في هذه الحالة إلى إعادة النص إلى الجهة المخطرة".

وبذلك تسري نفس القواعد والآثار التي جعلها المؤسس الدستوري للأحكام المخطر بها على ما لم تشملها منها رسالة الإخطار متى تحقق الارتباط بينها، بحيث يعاد النص المحكوم بعدم دستوريته وما ارتبط به إلى الجهة المخطرة، مع العلم أن عبارة "إعادة النص إلى الجهة المخطرة" لم تف بالمعنى، لأن هذه العبارة اذا كانت تتعلق بالإخطار القضائي فهي ذات معنى أما إذا كانت تتعلق بالإخطار السياسي، فهي تصلح لرسالة الإخطار الموجهة من رئيس الجمهورية لأنه هو من يعترض على صدور القانون العضوي أو النظام الداخلي لغرفتي البرلمان ويطلب قراءة ثانية أو يرفض إصداره.

وفي حالة نفاذه أو صدوره، لا معنى لإرجاع القانون المحكوم بعدم دستوريته وكذا الأحكام المتعلقة به إلى الجهة المخطرة، لأن رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو

المعارضة أو الوزير الأول أو 50 نائبا أو 30 عضوا، لا تملك أي سلطة أو صلاحية دستورية لها على القوانين النافذة ولا حتى إن لم تصدر بعد، لذلك لا فائدة من إرجاع القانون المخطر إلى هذه الجهات .

وهو نفس الأثر التي سار إليه قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية، بحيث قضت بسقوط القوانين المرتبطة بالقوانين التي قضت بعدم دستوريه، من ذلك حكمها الصادر بجلستها المنعقدة في الأول فبراير 1997 في الدعوى رقم 59 لسنة 18 القضائية بعدم دستورية ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 195 من قانون العقوبات من معاقبة رئيس تحرير الجريدة- أو المحرر المسؤول عن قسمها الذي حصل فيه النشر إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير بصفته فاعلا أصليا للجرائم التي ترتكب بواسطة صحيفته وسقوط فقرتها الثانية⁽¹⁾.

وقد بررت المحكمة قضاءها بسقوط هذه الفقرة بأن صور الإعفاء من المسؤولية الجنائية لرئيس التحرير التي قررتها هذه الفقرة لا يتصور تطبيقها إلا إذا كانت هذه المسؤولية صحيحة ابتداء على وفقا لأحكام الدستور، ومن ثم فإن إبطال الفقرة الأولى من تلك المادة وزوالها، يتسع سقوط فقرتها الثانية فلا تقوم لها قائمة.

وقد يترتب على إبطال المحكمة بعض نصوص التشريع بطلان العمل التشريعي بتمامه، وذلك في حالتين:

1-تعذر فصل النصوص التي أبطلتها المحكمة عما سواها.

2- قصور النصوص المتبقية عن الوفاء بمقاصد التشريع وغاياته⁽²⁾.

ونشير في هذا الصدد أن اجتهاد الفقه الدستوري المصري -ونظرا لاهتمامه بالمدى الزمني لحكم المحكمة فيما يتعلق باختصاصها- قد وصل إلى التمييز بين أثر حكم المحكمة الدستورية متى فصلت في طلب التفسير وعندما تفصل في المنازعة الدستورية.

فبالرجوع إلى المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 سالف الذكر والتي تنص على أنه: " أحكام المحكمة في الدعاوي الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة"، نجد أن القانون ذكر مصطلحين، "أحكام " و " قرار"، ما أدى بالفقه

¹ أورده عليوة مصطفى فتح الباب، المرجع السابق، ص 1432

² عليوة مصطفى فتح الباب، المرجع السابق، ص 1434.

الدستوري يعتبر أن هذا للتغاير في المصطلحات من الدلالة ما تؤدي إلى أن المشرع قد ميز بين الحكم الصادر في الخصومة الدستورية وبين الطلب التفسيري الذي تتقدم به إحدى السلطات المختصة ، على أساس أن الدعاوي الدستورية تختتم بأحكام قضائية، بينما تختتم طلبات التفسير بقرارات، كما أن الحكم القضائي يصدر ليفصل في خصومة بين طرفين أو أكثر بينما لا توجد خصومة في طلبات التفسير، حتى وإن اعتبر الوزير الذي يتقدم بطلب التفسير طرفاً في الدعوى أو الطلب فلا يوجد الطرف الآخر، وعليه فالوسيلة التي تعبر بها المحكمة عن التفسير هي عبارة عن قرارات⁽¹⁾.

فلئن كان القانون لم يميز بين الحكم الصادر في الخصومة الدستورية والقرار الصادر في طلبات التفسير من حيث الحجية المطلقة، إلا أنه ميز بينها من حيث المدى الزمني لسريان كل منهما، فغاية التفسير الذي تقوم به المحكمة الدستورية عندما تقوم باختصاصها التفسيري هو تقصي إرادة المشرع والبحث عن إرادته وتحري مقاصده، وعلى ذلك تحرص المحكمة في الكثير من قراراتها على أن: " الدستور حولها - في الحدود التي بينها القانون - تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً ملزماً، يكون كاشف عن إرادة المشرع التي صاغ على ضوءها هذه النصوص، مشكلاً نائباً عن تحوير هذه الإرادة، أو توهمها، أو انتحالها، ملتزماً حقيقة أبعادها، ومقاصدها، فلا تفسر تلك النصوص بما ينال من مضمونها، الحق، أو يخرجها عن أهدافها، بل تحمل على تلك الإرادة، لضمان أن تكون معبرة عنها، مبلورة لها، وإن كان تطبيقها قد باعد بينها وبين ما توخاه المشرع منها، ولما كان للقرار التفسيري هذا الدور، فمن الطبيعي أن يسري بأثر رجعي بحيث يرتد إلى لحظة صدور النص وليس لتاريخ القرار الصادر بتفسيره" وعلى ذلك أكدت المحكمة: " أن الاختصاص بالتفسير مندمج في موضوعه، وجزء منه لا تتجزأ، وسار بالتالي منذ نفاذه، ومن ثم يعتبر النص محل التفسير، وكأنه صدر ابتداء بالمعنى الذي تضمنه قرار التفسير⁽²⁾.

مما تقدم يتضح أن القاضي الدستوري لم يكن أبداً صاحبة عدالة معصوبة العينين، فهو يشارك في العملية التشريعية مشاركة سلبية لينفذ الأحكام الدستورية ويلغي القوانين، بالرغم من أنه لا يملك سلطة إلغائها بحكم التوقف عند حرفية النص الدستوري، الذي خصه برقابة دستورية القوانين والحكم بعدم دستوريته، إلا أنه يأبى إلا أن يلغيها ويعدم كل أثر قانوني لها من شأنه أن يضع الأفراد في أوضاع غير متساوية فيما يخص التمتع بالحقوق والحريات الدستورية.

¹ محمود احمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، آثاره وحجتيه، رسالة دكتوراه، القاهرة، 2003، ص 662.
² محمود احمد زكي، المرجع السابق، ص 664.

نتوصل مما سبق إلى تسجيل مفارقة مفادها أن إلغاء القانون عن طريق السلطة التشريعية مهما كان صريحا أو ضمنيا لا يقرر حالة من الفراغ التشريعي، على عكس الإلغاء من طرف القضاء الدستوري بسبب عدم الدستورية، لأنه لا يلغي قوته الإلزامية ويبطل آثاره، وإنما يعدم وجوده من يوم وضعه دون أن يأتي ببدل، لأن الإلغاء التشريعي يكون إما بقانون صريح أو أحكام ضمنية تحل محل الأول، لأن الإلغاء ليس بسبب أن القانون لم تعد أحكامه فائدة قانونية من حيث منح أو حماية الحقوق وإنما لعدم موافقته للحالات الواقعية التي كان من المفترض أن يحكمها ما أدى إلى استبدالها بأحكام أكثر تناسبا مع ما حصل من تطور في الحياة الاجتماعية، فالقواعد القديمة لم تعد تجد الوسط الملائم لتنظيم الجامعة التي كانت تحتاجها، فالقاعدة القانونية هي ذات طبيعة اجتماعية تعكس حركية المجتمع ومتى وجدت الحالة الواقعية كانت القاعدة مطبقة ومنتجة لآثارها ومتى اختفت هذه الحالات أصبحت القاعدة لا فائدة منها، لأن المشرع لا يمكنه أن يضع قاعدة قانونية ليس الإنسان بحاجةها فالأصل في الأفعال الإباحة والحرية وما قيد منها إلا بنص قانوني.

أما عن آثار الإلغاء القضائي للنص التشريعي بسبب ثبوت عدم دستوريته فينجم عنه حالة من الفراغ التشريعي، فالقاضي الدستوري قد ألغى القانون لكنه لم يضع ما يحل محله ويؤدي غرضه فهل يكفي القاضي الدستوري بإلغاء القانون المعيب بعدم الدستورية أم أنه يساعد قاضي الموضوع في إيجاد الحل القانوني؟ الجزئية التي نجيب عنها في الفقرات الموالية؟

ففي هذه المرحلة والحالة، يبرز دور القاضي الدستوري في إحداث من الحلول القانونية ما ينزل منزل النص القانوني الملغى، ليتفادى بذلك حالة الفراغ التشريعي التي ينتجها حكم الإلغاء في إطار مواصلته القيام بوظيفته الدستورية على الوجه الذي يضع ثقة من يلجأ إليه لحماية الدستور والحقوق والحريات الدستورية وكذا استقرار السلطة التشريعية والمحافظة على وزنها بين السلطات العامة، على اعتبارها المعبرة عن الإرادة العامة و الفم الذي يعبر عن إرادة الشعب. وعلى اعتباره هو الآخر أحد السلطات الدستورية المستقلة التي يمكن أن تخضع لأي سلطة أخرى.

لقد عمل المجلس الدستوري الجزائري على غرار القضاء الدستوري المقارن، وتأثرا بالدسترانية الغربية، على إيجاد حلول يقي فيها الاصطدام مع السلطة التشريعية، على غرار الكتلة الدستورية وتقنية التصدي⁽¹⁾، كلها معاني تتدرج ضمن مفهوم الدستورية. الغرض منها المواءمة بين سلطته

¹ راجع معاني هذه المصطلحات الدستورية في الباب الأول من هذه الرسالة.

في رعاية الدستورية والسلطة التقديرية للمشرع، في أن يضع ما يشاء من الحلول القانونية، لينظم حياة الجماعة وما يتواءم مع تفكيرها وكذا طموحها السياسي والاقتصادي والثقافي والإيديولوجي.

وتعد تقنية التحفظات التفسيرية⁽¹⁾ التي يبديها المجلس الدستوري الجزائري أحد اجتهاداته في استجلاء المفاهيم الدستورية ومحاولته إسقاطها على القوانين محل طعن الدستورية، بحيث يظهر فيها كما اعتبرها بعض الفقه أعمال تشريعية من طبيعة خاصة يظهر فيها مشاركا ومساعدة في ضوء القاعدة القانونية المنظمة للجماعة، جزئية التي نبينها في فقرات المبحث الموالي القاضي الدستوري مشرع ثان.

المبحث الثاني

القاضي الدستوري مشرع ثان مشارك

لئن، كان المجلس الدستوري الجزائري -على غرار القضاء الدستوري المقارن- اعتمد عدة أساليب عند تعامله مع النصوص القانونية محل اختصاصه الرقابي، وهو بصدد مباشرة مقتضيات وظيفته الرقابية الدستورية كتقنية التصدي، وتقنية توسيع نصوص المرجعية الدستورية أو ما يسمى بالكتلة الدستورية، يواصل في اجتهاداته ليتجنب سلبيات تبعات إلغاء القوانين التي تعد اعتداء في الحقيقة على سلطة المشرع في إلغاء القوانين طبقا لقاعدة توازي الأشكال بالرغم من أنه اختصاص دستوري، واحتراما منه لسلطة التقديرية التي يتمتع بها هذا الأخير في إعداد القوانين والتصويت عليها.

ولأن الوسيلة أو الآلية تعد من الضوابط الدستورية لممارسة القاضي الدستوري وظيفته الرقابية، فقد حاول إيجاد وسيلة أكثر تهذيبا لسلطته الرقابية، فاعتمد أسلوب جبر وإصلاح النصوص القانونية بدلا من إلغائها، عن طريق إعلان عدم دستورتيتها.

وعليه، فإذا كانت الفوائد العملية لهذا الأسلوب لا تظهر في إرشاد العملية التشريعية قبل صدور القوانين، فإن هذه الفوائد ستظهر وبشكل واضح بعد اعتماد المؤسس الدستوري أسلوب الرقابة اللاحقة ببعدها الجديد ممثلا في الدفع بعدم الدستورية المنتهج بعد التعديل الدستوري لسنة

¹ التحفظات التفسيرية هي أسلوب أخر اعتمده المجلس الدستوري في عمله الرقابي لكن لسنا بصدد دراسته في هذا الموضوع وإنما نركز على إبراز عمله الاجتهادي من خلال قراراته الإنشائية الواضحة دون أن تكون له تحفظات راجع في هذا الشأن Yelles chaouche bachire ,la technique des réserves dans la jurisprudence du conseil constitutionnel Algerien ,www.researchgate.net

2016، أين سيجد القاضي الدستوري نفسه ملزماً باحترام الأثر القانوني للقوانين التي يزمع عدم دستوريته وقد رتبت حقوقاً مكتسبة، الأمر الذي يجعله قاضياً مساهماً بلا منازع في إعادة بلورة القوانين بأسلوب يحافظ فيه على توازن كفتي الميزان الحساس وتكافؤها عدم الدستورية من جهة، والمحافظة على الحقوق المكتسبة من جهة أخرى.

وعملياً يظهر حجم هذه المساهمة في إنشاء القوانين انشاءً، أو الاكتفاء باسداد توجيهات ونصائح للمشرع ليعيد صياغة النصوص القانونية بما يتلاءم مع الدستور ولأجل ذلك يتعين علينا بحث نوعية القرارات التي يصدرها-القاضي الدستوري- هذا الأخير، حيث نميز بين صورتين أو أسلوبين : أسلوب القرارات المنشئة الأصلية (المطلب الأول)، وأسلوب القرارات التوجيهية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

القرارات المنشئة الأصلية

إذا كان الهدف من تقنية التصدي هو توسيع سلطة القاضي الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين وإلغاء كل ما هو مخالف لأحكام الدستور، ووسيلة لمواجهة التحايل من جهات الإخطار وعدم اثارها للمسألة الدستورية. والهدف من توسيع نصوص المرجعية الدستورية (الكتلة الدستورية) هو تفادي الحكم بعدم الدستورية. فأن الهدف من السلطة الخلاقة للقاضي الدستوري يصب في نفس المجرى، ذلك أن تقنية تفسير النصوص الدستورية والنصوص القانونية على حد سواء، ومنحها قالباً أكثر دستورية يشكل قمة العدالة الدستورية، والمحافظة على توازن السلطات الدستورية، واقامة النظام العام الدستوري، بحسب الهندسة الدستورية التي ابتغها المؤسس الدستوري، وكذا المحافظة على الأمن القانوني بضمان استقرار القوانين، وما خلفته من آثار، بحيث يتوج عمله بقرارات تفسيرية منشئة محضة (الفرع الأول)، وفي بعض يستبعد بعض التفسيرات المخالفة للدستور، ويحل محلها قاعدة أخرى أكثر دستورية (الفرع الثاني). فاستكمالاً لتأثر القاضي الدستوري الجزائري بالنموذج الكلساني في رقابة الدستورية، فقد تبنى أحدث تقنيات القضاء الدستوري المقارن في التعامل مع النصوص القانونية محل الرقابة.

الفرع الأول

القرارات الإنشائية المضيفة

اعتمد المجلس الدستوري الجزائري سلطة خلق النصوص القانونية عند فحصه لدستورية القوانين متأثرا بتطور القضاء الدستوري الأوروبي، لاسيما المجلس الدستوري الفرنسي، التي لا تعد اجتهادا خالصا له، وإنما استقاها من قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية، التي كان لها أسلوب خاص في التعامل مع النصوص القانونية المشوبة بعيب عدم الدستورية⁽¹⁾، وذلك على يد العميد Favoureu في الفقه الفرنسي، الذي يعد أول من كشف اعتماد المجلس الدستوري الفرنسي سلطة إصلاح العيوب التي تصيب النصوص القانونية بدلا من الحكم بعدم دستورتها، وتبعه في ذلك الفقيه الأستاذ Drago الذي يعبر عن ذلك بقوله: (المجلس الدستوري الفرنسي يستطيع من خلال آلية التفسير الإنشائي أن يملك سلطة تفسيرية خلاقية، يستطيع من خلالها أن يكمل النقص أو القصور الموجود بالقانون والخاضع لرقابته حتى يتفادى الحكم بعدم دستوريته⁽²⁾).

ويظهر القاضي الدستوري في هذه الحالة بمظهر ايجابي، بحيث يعتمد إضافة بعض القواعد، لسد النقص الذي اعترى النص القانوني محل الطعن ما جعله غير دستوري، فيضمنه قاعدة قضائية تجعل من النص في قالب دستوري صحيح ومنتج في الوقت ذاته دون أن يحكم بعدم دستوريته⁽³⁾، معتمدا في هذه الحالة على اختصاصه بالتفسير سواء أكان اختصاصا قانونيا أو واقعا. ذلك أن سلطة القاضي الدستوري في تفسير النصوص الدستورية والنصوص القانونية، سلطة طبيعية تبرزها سلطة الموازنة بين مضمون النص الدستوري المرجعي ومضمون النص القانوني محل الرقابة. فيعيد القاضي الدستوري تفسير النص محل الرقابة بمنحه تفسيرا آخر يجعله مطابقا للدستور، دون أن يحكم بإلغائه، وهذا بهدف المحافظة عليه في نسق النظام القانوني العام في الدولة.

وبهذه المثابة يكون القاضي الدستوري قد أبقى النص القانوني محل الرقابة وأدخل عليه تعديلات بإضافة أحكام جديدة لمضمونه القاعدي، كان الهدف منها هو سد القصور الذي اعترى النص، وتكون هذه القرارات المضيفة خاصة في حالة إجماع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي سواء في صورة السكوت الكلي للمشرع أو الإغفال التشريعي الجزئي على النحو الذي بيناه سابقا⁽⁴⁾.

¹ تعد المحكمة الإيطالية أول من لجأت إلى أسلوب الأحكام التفسيرية المضيفة وذلك في مطلع الستينيات، وكان هذا لغرض الوقاية من قصور التشريع بمعنى سد الفراغ التشريعي الجزئي، وهذا في نوعين من الأحكام، الأحكام المضيفة أشار إليها محمد فوزي النويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، ص104 وما بعدها.

² أشار إليه محمد فوزي النويجي، نفس المرجع، ص117.

³ عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ص290.

⁴ راجع الفصل الأول من الباب الأول من هذه الأطروحة ص9 وما بعدها.

وقد استند الفقه الدستوري الفرنسي إلى عدة مبررات لانتهاج المجلس الدستوري هذا الأسلوب من التفسيرات التي تكشف عن حجم المساهمة الايجابية للقضاء الدستوري في العملية التشريعية لكي تصدر التشريعات متفقة مع أحكام الدستور⁽¹⁾، ويكون هذا الأسلوب أكثر تهذيب مما لو ألغى القاضي الدستوري النص القانوني، ما قد ينجم عنه من فراغ في النظام القانوني، وكذا الاصطدام بسلطة المشرع و تقدير ملاءمة التشريع واتساقه مع الدستور، ونوضح فيما يلي بعض القواعد القانونية القضائية التي تعبر نتاجا محضا لاجتهادات المجلس الدستوري، ولم يكتف بخلق القواعد القانونية فحسب، بل تعدى دوره إلى استجلاء بعض المفاهيم والمبادئ الدستوري وذلك في: أولا: دور المجلس الدستوري الجزائري في خلق وبلورة بعض المبادئ والمفاهيم القانونية، وثانيا: ثانيا: دور المجلس الدستوري في استجلاء وإرساء بعض المبادئ الدستورية على النحو التالي:

أولا: دور المجلس الدستوري الجزائري في خلق وبلورة بعض المبادئ والمفاهيم القانونية

من بين هذه القواعد نستدل ببعض اجتهادات المجلس الدستوري الجزائري :

1- عدم خضوع الأوامر التشريعية الاستثنائية لرقابة البرلمان

اعتمد المجلس الدستوري الجزائري أسلوب انشاء القاعدة القانونية ذات المصدر القضائي في مطلع اجتهاداته، ففي رأيه بخصوص مطابقة القانون العضوي رقم 02/99⁽²⁾ الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما والعلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة عندما قرر عدم إلزامية عرض الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية بناء على أحكام المادة 4/124 من الدستور على البرلمان، بحيث استبعد التفسير الذي اعتبره المشرع عند وضعه قاعدة عامة في المادة 1/38 من هذا النظام مفادها ضرورة عرض كل الأوامر الرئاسية التي يتخذها رئيس الجمهورية على البرلمان، دون أن يلتفت إلى حالة التمييز والتفرقة التي اعتمدها المؤسس الدستوري بين الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية باعتباره سلطة تشريعية تحل محل البرلمان في الحالات التي حددها الدستور في الفقرات 1،2،3 من المادة 124 سألقة الذكر في الحالات الدستورية المتعلقة بشغور المجلس الشعبي الوطني، وبين دورتي البرلمان ، والحالة الاستثنائية التي نصت عليها الفقرة الرابعة من نفس المادة التي تعفيه من وجوب عرضها على البرلمان، وذلك بقوله: "...فيما يخص المادة 38 من القانون العضوي موضوع الإخطار المحررة

¹ فوزي محمد نويجي، المرجع السابق، ص102.

² رأي رقم 02/99 المؤرخ 21 فبراير 1999 المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعلاقتها الوظيفية بينهما والحكومة.

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 01/38 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،

-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 1،2،3 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 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 المادة 124 من الدستور بما في ذلك الأوامر المتخذة في الحالة الاستثنائية ففي هذه الحالة يكون قد خالف أحكام المادة 124.

2- عدم جواز جمع النائب بين وظيفتين

قرر المجلس الدستوري أنه من حالات التنافي لوضعية النائب، أن يجمع النائب بين صفته كنائب ووظيفة عمومية أخرى مهما كانت، وأن يوضع النائب الذي كان يشغل أيا من الوظائف العمومية في وضعية انتداب حتى وإن كان يشغل منصب أستاذ في التعليم العالي أو طبيب، فكل ذلك من شأنه أن يعيقه عن أداء وظيفته النيابية، وقضى بعدم دستورية أحكام المادة 8 القانون رقم 89-14 المؤرخ في 8 غشت 1989⁽¹⁾ مستندا في حكمه على أنه هذه المادة تقر وضعا تمييزيا بين أصحاب الوظائف العامة المنبثق من عدم التمييز بين المواطنين المكرس دستوريا واعتبر:"

¹ قرار رقم 02/89 المؤرخ في 30 غشت 1989 يتعلق بالقانون الأساسي للنائب.

...فيما يخص المادة 8 وما تناولته من عدم التنافي بين النيابة ووظائف أساتذة التعليم العالي وأطباء القطاع العام،

نظرا لكونه بمقتضى نص الجملة الختامية من المادة 97 من الدستور، يعود للقانون تحديد نظام حالات التنافي مع ممارسة النيابة، اذ القاعدة في ذلك تستهدف تجنيب النائب الجمع بين وضعين قانونيين، ذلك الجمع الذي يلحق ضررا بمهمته الانتخابية، ونظرا لكون المجلس الدستوري لا يسعه أن يجعل تقديره موضع تقدير المجلس الشعبي الوطني فيما يخص جدوى التصريح بتنافي هذه الحالة أو تلك مع عضوية النائب، لكن يعود اليه جوهريا أن يبت في مطابقة أي حكم قانوني قياسي معروض لرقابته للدستور،

ونظرا لأن القانون تعبير عن الإرادة العامة، ولا يمكنه أن يحدث أوضاعا غير عادلة بين المواطنين، ورفع حالة التنافي بالنسبة إلى بعض أصحاب الوظائف العمومية، كما تطرحه المادة 8 ينشئ وضعاً تمييزياً بالنظر إلى أصحاب وظائف مماثلة تمارس ضمن أطر قانونية مختلفة والأكثر من ذلك، أن المادة 24 من النص نفسه المعروض على المجلس لدراسته، تبعد كل إمكانية الجمع بين أية وظيفة مع عضوية النائب، ومفاد نصها أنه: "يوضع النائب الذي أثبتت صحة نيابته، في حالة انتداب قانونا ويتفرغ كليا ودائما لنيابته".

وبناء على ما تقدم، يقول المجلس الدستوري أن المادة غير مطابقة لأحكام المادة 28 من الدستور...".

حيث اعتبر المجلس الدستوري أن السماح للنائب الأستاذ أو الطبيب أن يواصل وظيفته بالرغم من صفته النيابية، ومنع أصحاب الوظائف المماثلة من ذلك يعتبر امتياز للفئة الأولى عن باقي فئات الموظفين الآخرين، مما يعمل وضعاً غير متساوي بينهم وهو مخالف للدستور، وعلى ذلك الزم كل من تتحقق صفته النيابية أن يتفرغ لها كليا بأن يوضع في حالة من الانتداب من وظيفته السابقة.

3- عدم اشتراط الجنسية الجزائرية لزوج المترشح لمنصب رئيس الجمهورية

اعتمد المجلس الدستوري هذه القاعدة في الكثير من اجتهاداته، نستدل بما قرره في فجر اجتهاداته الجريئة، أنه لا يشترط في زوج المترشح للانتخابات الرئاسية الجنسية الجزائرية، واستند في منطوقه إلى القرار الصادر في 20 غشت 1989 المتعلق بالنظر في مدى دستورية بعض

أحكام القانون رقم 89-13 الصادر في 7 غشت 1989 والمتضمن قانون الانتخابات، ولاسيما المادة 108 منه في فقرتها الثالثة المتعلقة بشرط إرفاق طلب الترشح لرئاسة الجمهورية بشهادة الجنسية الجزائرية الأصلية لزوج المعني، وذلك بقوله: "...أولا: يثبت قرار المجلس الدستوري رقم 1 ق.ق.مد 89 في نقطته الرابعة، ويصرح بالتالي بأن شرط إرفاق ملف الترشح لرئاسة الجمهورية بشهادة الجنسية الجزائرية الأصلية لزوج المعني الوارد في الفقرة الثالثة-سادسا- من المادة 108 من القانون رقم 89-13 المؤرخ في 7 غشت سنة 1989 المتضمن قانون الانتخابات المعدل والمتمم بالقانون رقم 95-21 المؤرخ في 19 يوليو 1995 غير مطابق للدستور...".

لكن المؤسس الدستوري كان واضحا بعد تعديل الدستوري لسنة 2016 بحيث الزم من يتقدم إلى الترشح لمنصب رئيس الجمهورية أن يثبت الجنسية الجزائرية الأصلية فقط له ولزوجه وذلك بنص المادة 6/87 من دستور 2016 بقولها: "ليحق أن ينتخب لرئاسة الجمهورية الا المترشح الذي...: يثبت أن زوجه يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية فقط..." ومن قبلها المادة 72 من دستور 1996 المعدل بدستور 2016 ، حيث كان يشترط تمتع زوجه بالجنسية الجزائرية على الأقل بقولها: "لا يحق أن ينتخب لرئاسة الجمهورية الا المترشح الذي...: يثبت الجنسية الجزائرية لزوجه".

ثانيا: دور المجلس الدستوري في استجلاء وإرساء بعض المبادئ الدستورية

حظي المجلس الدستوري بالكثير من الثقة من طرف المؤسسات الدستورية، كأحد أهم دعائم العدالة الدستورية، والراعي الرسمي لإقامة النظام العام الدستوري، ولم يتوقف دوره عند حد استنباط القواعد القانونية مستندا في ذلك على سلطته في تفسير النصوص الدستورية، بل امتد دوره وباعتماده اختصاصه الدستوري في استجلاء العديد من المبادئ الدستورية، التي تخفيها القواعد الدستورية في سطورها وتناياها ومن ذلك نذكر:

1- مبدأ الفصل بين السلطات

مبدأ الفصل بين السلطات من المبادئ العامة التي تقوم عليها الأنظمة الدستورية، حظي بالتكريس القانوني في الكثير من الوثائق الدستورية كأساس تقسم عليه السلطة والاختصاصات الدستورية، لكنه لم يحظى بهذه الأهمية والقيمة القانونية في الجزائر، إلا بعد إعلانه صراحة في

المادة 15 من الدستور المعدل سنة 2016 بقولها: "تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والفصل بين السلطات والعدالة الاجتماعية...".

لكن هذا لا يعني أن النظام الدستوري في الجزائر لم يؤيد أو لم يكرس الفصل بين السلطات بمفهوميه الفصل الوظيفي والفصل الهيكلي، مع إمكانية التعاون بين السلطات الثلاث، فقد اعتبر - ضمناً - هذا المبدأ من أهم ملامح الديمقراطية في الجزائر، وما يدل على سداد قولنا هو تبني المجلس الدستوري لهذا المبدأ في الكثير من مرجعياته الدستورية عندما كان يحكم في دستورية القوانين كأهم الأسس والضوابط الدستورية التي تبناها المؤسس الدستوري الجزائري في توزيع الاختصاصات الدستورية بين السلطات العمومية.

وارتأى في رأيه المتعلق بدستورية النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني أن⁽¹⁾: "...ونظرا لكون محرر الدستور، أقام مبدأ الفصل بين السلطات باعتباره عنصرا أساسيا في تنظيم السلطات العمومية..."، ما ينمي على أن المؤسس الدستوري كان حريصا على تطبيق دعائم مبدأ الفصل بين السلطات.

وتأكد توجهه في قراره⁽²⁾ المتعلق بلائحة المجلس الشعبي الوطني المؤرخة في 29 أكتوبر 1989، عندما قضى بعدم دستورية المادة 49 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني التي منحت للجان المتخصصة الدائمة سلطة تفتيشية ذلك لأن تمس بمبدأ الفصل بين السلطات والاستقلالية التي يعترف بها المؤسس الدستوري للسلطة التنفيذية، وقضى بعدم دستورتيتها بقوله: "...باعتبار أنه إذا كانت المادة 94 من الدستور تنص على أنه يجب على المجلس الشعبي الوطني في إطار اختصاصاته الدستورية أن يبقى وفيما لثقة الشعب وبظل يتحسس تطلعاته، فإن المادة 49 من النظام الداخلي لا يمكن في أي من أحكامها أن تمنح للجان الدائمة للمجلس الشعبي الوطني أو لأعضائها سلطة تفتيشية من شأنها أن تشكل مسا بمبدأ الفصل بين السلطات والاستقلالية اللازمة للهيئة التنفيذية...".

وهي بهذه المثابة، يمكن الجزم أن مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري لم يكن تكريسا دستوريا من المؤسس الدستوري، بل يعد مبدأ ذا مصدر قضائي يعود الفضل في صياغته للقاضي الدستوري.

¹ رأي رقم 1-ر ق م د - 1989

² قرار رقم 3-ق ن م د المؤرخ في 18 ديسمبر سنة 1989 يتعلق بلائحة المجلس الشعبي الوطني المؤرخة في 29 أكتوبر سنة 1989

2- مبدأ تدرج القوانين

يقول الفقيه Kilsen أن القوانين تتمتع بالقوة الإلزامية، لكنها لا توجد في نفس القيمة، حيث تتدرج القواعد القانونية من الأعلى بداية من الدستور وتنتهي باللائحة، وضرورة أن تخضع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى وصولاً إلى الدستور.

ويعد هذا المبدأ من أهم المبادئ التي يقوم عليها أي نظام قانوني وأساس في دولة القانون، فالقوانين لا تصدر من نفس السلطة، لذلك لا تكون في نفس المرتبة، فما مدى تكريس المؤسس الدستوري لهذا المبدأ؟

لم يحظ هذا المبدأ الآخر بالتكريس الدستوري، لكن المجلس الدستوري استساغه في الكثير من اجتهاداته، حيث ألزم المشرع في ترتيبه للنصوص المرجعية التي يعتمدها أو يستند عليها عند تسبب آرائه وقراراته اعتماد أسلوب التسلسل الزمني إذا كانت القوانين من نفس الفئة قوانين عادية أو قوانين عضوية، وضرورة الالتزام بمبدأ تدرج القوانين إذا كانت هذه القوانين لا تنتمي إلى نفس الفئة القانونية، ومن ذلك رأيه المتعلق بمطابقة القانون العضوي المتضمن تأجيل الانتخابات لتجديد المجالس الشعبية البلدية والولائية، المنبثقة عن انتخابات 10 أكتوبر 2002 والانتخابات الجزئية ليوم 24 نوفمبر 2005 للدستور⁽¹⁾، حيث قضى بعدم دستورية ترتيب النصوص المرجعية التي اعتمدها المشرع في تأشيراته لهذا القانون، وذلك لمخالفته لمبدأ تدرج القوانين، وأنه يجب عليه أن يعتمد هذا المبدأ في ترتيب هذه النصوص المرجعية، وليس التسلسل الزمني لهذه القوانين وذلك بقوله⁽²⁾: "2...- فيما يخص ترتيب تأشيرات القانون العضوي، موضوع الإخطار:

- اعتبار أن المشرع اعتمد في ترتيب تأشيرات القانون العضوي، موضوع الإخطار، التسلسل الزمني لصدور القوانين،

- واعتبار أنه إذا كان يحق للمشرع اعتماد تاريخ صدور كطريقة في ترتيب قوانين من نفس الفئة، فغنه في ترتيبه العام للنصوص من مختلف الفئات عليه أن يعتمد مبدأ تدرج القواعد القانونية،

¹ رأي رقم 01 / ر م د / 07 الموافق ل 23 يوليو 2007 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن تأجيل الانتخابات لتجديد المجالس الشعبية البلدية والولائية، المنبثقة عن انتخابات 10 أكتوبر 2002 والانتخابات الجزئية ليوم 24 نوفمبر 2007، للدستور

² رأي رقم 02 / ر.م.د/ 12 الصادر في 08 يناير سنة 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالاعلام، للدستور

-واعتبارا بالنتيجة فإن الاقتصار على تاريخ صدور في ترتيب التأشيريات يعد سهوا يتعين تداركه"

وفي رأي آخر له يتعلق بمراقبة القانون العضوي المتضمن تأجيل الانتخابات لتجديد المجالس الشعبية البلدية والولائية، المنبثقة عن انتخابات 10 أكتوبر 2002 والانتخابات الجزئية ليوم 24 نوفمبر 2005 للدستور رأيه رقم 07/01 الموافق ل 23 يوليو 2007، حيث قضى بعدم دستورية ترتيب النصوص المرجعية، التي اعتمدها المشرع في تأشيراته للقانون العضوي المتعلق بتأجيل الانتخابات، وذلك لمخالفته لمبدأ تدرج القوانين، وأنه يلتزم عليه أن يعتمد هذا المبدأ في ترتيب هذه النصوص المرجعية، وليس التسلسل الزمني لهذه القوانين، حيث قضى بأنه: "3...-فيما يخص ترتيب تأشيريات القانون العضوي موضوع الإخطار:

-اعتبارا أن المشرع اعتمد ترتيب تأشيريات القانون العضوي، موضوع الإخطار، حسب التسلسل الزمني لصدور النصوص التشريعية، خلافا لما تقتضيه قاعدة تدرج القوانين، وهو ما يتعين تداركه.

...لهذه الأسباب: ...في الموضوع:

3...- إعادة ترتيب تأشيريات القانون العضوي موضوع الاخطار على النحو التالي:-بناء على الدستور لاسيما المواد 10 و14 و15 و32 و50 و119 و120 و123 و125 و165 و166 و167 منه،

-والمقتضى الأمر رقم 97-07 المؤرخ في 6 مارس 1997 والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات المعدل والمتمم، لاسيما المادة 75 منه،

-والمقتضى الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم،

- وبمقتضى القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله،

-والمقتضى القانون رقم 90-08 المؤرخ في 7 أبريل 1990 والمتعلق بالبلدية المتمم،

-والمقتضى القانون رقم 90-09 المؤرخ في 7 أبريل 1990 والمتعلق بالولاية المتمم،....."

كما صرح بعدم دستورية القانون العضوي المتعلق بحالات التنافي مع العهدة البرلمانية، في رأيه رقم 11/04⁽¹⁾ إليه من حيث الشكل، لمخالفته لمبدأ تدرج القوانين: "2... - فيما يخص ترتيب تأشيريات القانون العضوي، موضوع الإخطار :

- اعتبارا أن المشرع 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..."

3- مبدأ المساواة بين المواطنين

لا شك في أن مبدأ المساواة من المقومات الأساسية التي يقوم عليها أي نظام قانوني لمجتمع ما، باعتباره من المفاهيم الدولية التي لا غنى لأي دولة عن تطبيقه على كافة مواطنيها⁽²⁾. وهو بذلك يتمتع بثلاثة خصائص فهو حق من حقوق الانسان، ويتمتع بالقيمة الدستورية، ويعد من المبادئ العامة للقانون، رسخه أولا إعلان الثورة الفرنسية لسنة 1789 في م 6، سجله القانون الأمريكي للحقوق المدنية سنة 1866، وأكدته الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948، وحظي أيضا بالقيمة الدستورية، حيث تلقفه الدستور الفرنسي سنة 1958، ويؤكد المجلس الدستوري الفرنسي كل مرة عند الطعن بعدم الدستورية بناء على الإخلال بمبدأ عدم المساواة الوارد في هذا الإعلان، ومن المبادئ العامة للقانون، ويرتكز على الفلسفة السياسية والديمقراطية، باعتبار أن الحرية لا توجد ما لم تكن متاحة للجميع، فلا ديمقراطية بغير حرية، ولهذا يستخدم مبدأ المساواة لتطبيق جميع الحقوق والحریات، فهو مبدأ مشترك لكي يتمتع الجميع بكافة الحقوق والحریات، لهذا قيل بحق أن هذا المبدأ هو حجر الزاوية في القضاء الدستوري بوصفه إحدى الدعائم الرئيسية لدولة القانون⁽³⁾.

ومن جهتها فقد رددته الدساتير الجزائرية وتعديلاتها المتعاقبة ، وكفلت تطبيقه على جميع المواطنين لا تمييز بينهم في ذلك في الحقوق والحریات، انطلاقا من أحكام المادة 34 من الدستور

¹ رأي رقم 11/04 المؤرخ في 221 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابق القانون العضوي الذي يحدد حالات التنافي مع العهدة البرلمانية للدستور

² محمد علي أحمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستوري، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 200.

³ أحمد فتحي في سرور، مبدأ المساواة القضاء الدستوري، مجلة المحكمة الدستورية العليا المصري، المرجع السابق.

المعدل سنة 2016 بقولها: "تستهدف المؤسسات ضمان مساواة المواطنين في الحقوق والواجبات..."، والمادة 32 بقولها: "كل المواطنين سواسية أمام القانون...".

وقد استخلص المجلس الدستوري في الكثير من اجتهاداته أن المساواة بين المواطنين ليست حسابية بمعنى أنها مساواة نسبية وليست مطلقة، فليس بلازم أن تطبيق القاعدة القانونية التي تقرر المساواة على جميع أفراد المجتمع، بل يكفي أن تطبق على من تتوافر فيهم الشروط الموضوعية التي حددها القانون ويحدها في ذلك مبدأ تكافؤ المتماثلين-بعض فئات المواطنين- في الحماية القانونية⁽¹⁾.

ومبدأ المساواة بهذا المعنى يقتضي عدم جواز سن تشريعات من شأنها أن تخل -على الأقل- بالحقوق الدستورية التي يتمتع بها أصحاب المراكز القانونية المماثلة، والمشرع في ذلك وإن كانت له سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق والمعبر عن الإرادة العامة، إلا أنه يشترط فيما يسنه من قوانين أن تكون قائمة على أسس موضوعية ولو تضمن تمييزا مبررا قائما على أسبابه المتناسبة مع الغرض منها.

وفي هذا المعنى قضى المجلس الدستوري بعدم دستورية التمايز الذي جعله المشرع بين الوظائف التي من شأنها أن تتنافى مع العضوية في البرلمان، معتبرا إياها مخالفة لمبدأ المساواة بين وظيفة الأستاذية وبعض الوظائف المماثلة وصرح بأنه⁽²⁾: "1 - فيما يخص المادة 5 (البندين 3 و 4) من القانون العضوي، موضوع الإخطار، و المحررة كالاتي :

" المادة 5 : لا تتنافى العهدة البرلمانية مع ممارسة :

- نشاطات مؤقتة، لأغراض علمية أو ثقافية أو إنسانية أو شرفية، لا تؤثر على الممارسة العادية للعهدة، بعد موافقة مكتب الغرفة المعنية،

- مهمة مؤقتة لصالح الدولة، لا تتجاوز سنة،

- مهام أستاذ أو أستاذ محاضر في التعليم العالي و البحث العلمي

- مهام أستاذ في الطب لدى مؤسسات الصحة العمومية "

¹ محمد علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص201
² رأي رقم 11/04 السالف الذكر.

- اعتبارا أن المادة 103 من الدستور، لا تمنع المشرع من استثناء أنشطة من حالات التنافي مع العهدة البرلمانية شريطة أن تكون مؤقتة ومحدودة زمنيا ولا تؤثر على الممارسة العادية للعهدة البرلمانية،

- اعتبارا أن المؤسس الدستوري بإقراره طبقا للمادة 105 تحديد حالات التنافي مع العهدة البرلمانية يستهدف تجنيب عضو البرلمان الجمع بين وضعين قانونيين، قد يلحق ضررا بمهمته البرلمانية وينشئ تعارضا بين مهمته ومصالحه،

- واعتبارا أن نية المؤسس الدستوري بتكريسه استبعاد كل إمكانية للجمع بين أية وظيفة أو مهمة مع العهدة البرلمانية يقصد تفرغ عضو البرلمان كليا لمهمته البرلمانية حتى يبقى البرلمان وفي ثقة الشعب، وبظل متحسسا لتطلعاته، طبقا للمادة 100 من الدستور،

- واعتبارا أن القانون يعبر عن الإرادة العامة ولا يمكنه أن يحدث عدم مساواة بين المواطنين،

- واعتبارا أن رفع المشرع لحالة التنافي بالنسبة لمهام أستاذ أو أستاذ محاضر في التعليم العالي والبحث العلمي (البند 3 من المادة 5) وأستاذ في الطب لدى مؤسسات الصحة العمومية (البند 4 من المادة 5) من القانون العضوي موضوع الإخطار يكون قد أحدث وضعاً تمييزياً بين النواب مقارنة بأصحاب وظائف مماثلة.

- واعتبارا بالنتيجة أن ذلك يعد مساساً بمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور والمادة 31 منه التي خولت المؤسسات ضمانه الأمر الذي يستوجب التصريح بعدم مطابقة البندين 3 و 4 من المادة 5 من القانون العضوي موضوع الإخطار، للدستور...".

ولئن، كان مبدأ المساواة أمام القانون وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة بين من تتماثل مراكزهم القانونية، والتي لا يقتصر مجال إنفاذها على الحقوق والحريات المقررة دستورياً، بل يمتد ليشمل كافة الحقوق والحريات التي كفلها المشرع العادي للمواطنين في حدود سلطته التقديرية، ذلك لأن مبدأ المساواة يدور بصيغة مرنة بين الملاءمة التشريعية والسلطة التقديرية للمشرع، وضرورات التمتع والانتفاع من الحقوق والحريات الدستورية، قضى المجلس الدستوري بعدم دستورية التضييق من مضمون شروط الترشح للعضوية في المجالس الشعبية الولائية والبلدية، لاسيما المادتين 3/78 و3/90، بسبب اشتراطهما في المترشح الجنسية الجزائرية الأصلية، والجنسية الجزائرية المكتسبة

منذ ثمان (8) سنوات على الأقل، معتبرا أن قانون الجنسية قد عرف الجنسية الجزائرية الأصلية، وكذا المكتسبة، وحدد شروط اكتسابها، وما هي الحقوق والحريات التي تملئها هذه الجنسية.

وعليه، فلا يمكن للمشرع أن يزيد من مدة ثمان (8) سنوات لاكتساب الجنسية الجزائرية من أجل الترشح للمجالس الشعبية البلدية والولائية، ذلك أنه يعد تضيق لاكتساب الحقوق والحريات الدستورية التي تمنحها خاصية المواطنة، ما يشكل إفراغ لحق المساواة بين المواطنين من مضمونه، وعلى المشرع أن يتقيد بالمضمون الأساسي لهذا المبدأ، حتى في خضم ممارسته لسلطته التقديرية، فيما يتعلق بالحقوق والحريات، التي أحالها المؤسس الدستوري إليه لتنظيمها .

وفي هذا الشأن قضى⁽¹⁾: "ثانيا : فيما يخص مواد القانون العضوي، موضوع الإخطار :

- فيما يخص الشرط الأخير من المطة 3 من المادة 78 و المطة 3 من المادة 90 مأخوذتين لإتحادهما في الموضوع و العلة.

- اعتبارا أن المادتين 78 (المطة 3) و 90 (المطة 3) تشترطان في المترشح إلى المجلس الشعبي البلدي أو الولائي، وفي المترشح إلى المجلس الشعبي الوطني أن يكون ذا جنسية جزائرية "أصلية أو مكتسبة منذ ثمان (08) سنوات على الأقل"،

- واعتبارا أن المادة 30 من الدستور تنصّ على أن "الجنسية الجزائرية معرفة بالقانون"، ومن ثم فإن أي تشريع في هذا المجال ينبغي أن يتقيد بأحكام قانون الجنسية،

- واعتبارا أن الشخص الذي يكتسب الجنسية الجزائرية يتمتع بجميع الحقوق المتعلقة بالصفة الجزائرية ابتداء من تاريخ اكتسابها طبقا للمادة 15 من الأمر رقم 68/70 بتاريخ 17 شوال عام 1390 الموافق 15/12/1970 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/01 بتاريخ 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005، دون أن يضع هذا القانون أي شرط، و ذلك وفقا للمادة 30 من الدستور،

- واعتبارا أن المشرّع بإدراجه الشرط المذكور أعلاه يكون قد أخلّ بمقتضيات المادة 29 من الدستور التي تؤكد أن " كل المواطنين سواسية أمام القانون، و أنه لا يمكن أن يتدرّج بأي تمييز يعود سببه إلى "...أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي..."، وكذا بمقتضيات المادة 31

¹ رأي 11/03 الموافق ل22 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور.

من الدستور التي تجعل من هدف المؤسسات ضمان مساواة المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي " تحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية..".

4- مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

ظل المجلس الدستوري يذكر المشرع بضرورة الالتزام بمضمون هذا المبدأ، كلما قرر تقييد حق من الحقوق أو حرية من الحريات الدستورية، حيث اشترط عقوبة الحجز التي تمنع التسجيل في القوائم الانتخابية أن يكون حجرا قضائيا وغير ذلك من الحالات يعد توسيعا وكذا تقييدا غير مبرر لعدم مضمون الحق في الانتخاب، وكذا إهدار لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وقرر أن: "3- فيما يخص المادة 5 (المطعة 5) من القانون العضوي موضوع الإخطار:

- اعتبارا أن هذه المادة تنص في مطتها الخامسة، على أنه لا يسجل في القائمة الانتخابية كل من تم الحجز والحجر عليهم،

- واعتبارا أن القصد من الحجز المذكور في هذه المطعة هو الحجر القضائي وفقا للمادة 21 من قانون العقوبات،

- واعتبارا أن الحجز كما تناولته هذه المادة قد لا يكون إلا على العقارات والمنقولات، مما قد يضيغ مومضا على المعنى الوارد في هذه المطعة.

واعتبارا أن المشرع استخدم كلمة " الحجز " مجردة من طابعها القضائي وبذلك يكون قد أغفل النص على اجراء قضائي جوهري من شأنه إضفاء طابع الشرعية القانونية على الحجز الذي دونه يعد اعتداء على الحريات الفردية،

واعتبارا أيضا أن الشرط المذكور في هذه المادة ينطبق على حالة الحجز والحجر وليس للحالتين معا،

- واعتبارا بالنتيجة أن المادة 5 (المطعة 5) من القانون العضوي، موضوع الاخطار مطابقة جزئيا للدستور، وتعاد صياغتها...⁽¹⁾

¹ رأيه رقم 02/16 المؤرخ في 11 غشت 2016 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور.

واعتبر الجنايات غير العمدية الواردة في المادة 79 من نفس القانون إخلال صارخ لمضمون مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، باعتبارها غير مكرسة لا دستوريا ولا في التشريع المعمول به، حيث قال في نفس الرأي أ: "... 6- فيما يخص المادة 79 (المطبة 5) والمادة 92 (المطبة 5) والمادة 111 (المطبة 2) من القانون العضوي، موضوع الإخطار ، مأخوذة بصفة مجتمعة لاتحادها في الموضوع والعلة:

- اعتبار أن المواد المذكورة أعلاه تناولت في مطاتها الأخيرة، أنه يشترط على التوالي في المترشح إلى المجلس الشعبي البلدي أو الولائي، وإلى المجلس الشعبي الوطني، وإلى مجلس الأمة، ألا يكون محكوما عليه بحكم نهائي لارتكاب جناية أو جنحة سالبة للحرية باستثناء الجنايات والجنح غير العمدية، ولم يرد اعتباره،

- واعتبارا أن عبارة "الجنايات غير العمدية" غير مكرسة في الدستور ولا في التشريع المعمول به،

- واعتبارا أن الإبقاء على هذه العبارة من شأنه أن يخل بحقوق المتقاضين المكرسة دستوريا،

- واعتبارا بالنتيجة، أن هذه الأحكام الواردة في المطات الأخيرة من المواد المذكورة أعلاه من القانون العضوي، موضوع الإخطار، مطابقة جزئيا للدستور وتعاد صياغتها..."

كما كرس أيضا مبادئ المحاكمة العادلة ومبدأ المساواة ، معتبرا من مشتملات مبدأ التقاضي على درجتين، وهو ما صرح به في رأيه 01/17⁽¹⁾ "...- واعتبارا أن التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية، يهدف إلى تجسيد مبادئ المحاكمة العادلة والمساواة والحقوق التي يضمنها الدستور للمتقاضين..."

من خلال هذه المبادئ يظهر حجم الحماية التي يوليها المجلس الدستوري لأهم الأسس التي تبنى عليها الحقوق والحريات الدستورية التي يتمتع بها الأفراد، فلا يمكن لا للقضاء الإداري ولا القضاء العادي ولا حتى الجنائي أن يضمن قيام هذه الحقوق. فالكل يعلم أن هذه المبادئ هي من بديهيات أي نظام قانوني لكن لا أحد يجرأ على الاستناد إليها في مرجعياته لغياب النص عليها صراحة في النصوص القانونية، لكن باستساغها من طرف المجلس الدستوري سوف تأخذ الطابع

¹ رأي رقم 01/17 المؤرخ في 16 مارس 2017 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل للقانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 والمتعلق بالتنظيم القضائي.

الرسمي خاصة أن قراراته تأخذ صفة الإلزام وتعتبر هي الأخرى مصدرا من مصادر القانون لصدورها في الجريدة الرسمية ما يمنحها الطابع الرسمي الذي تنفرد به النصوص القانونية.

الفرع الثاني

القرارات الإنشائية الاستبدالية

يختلف هذا الأسلوب في التعامل مع النصوص القانونية محل الرقابة عن الأسلوب الأول أنه في هذه الحالة يفترض أن النص القانوني صدر كاملا من كل الجوانب الموضوعية القاعدية التي يفترض أن يحملها مضمون النص لكنه يحمل قاعدة غير دستورية، على عكس الأولى من خلال ما أصاب النص القانوني من قصور، لذلك يتراوح عمل القاضي في هذا المنهج بين الإنشاء والإصلاح، إنشاء قاعدة قانونية جديدة تحل محل القاعدة القانونية التي يفترض أن النص قد حملها وهي غير دستورية واستبدالها بأخرى للقضاء على العوار الذي اعتري النص وأخرجه من دائرة الدستورية .

لذلك اعتبر الفقه الأحكام التفسيرية الاستبدالية التي يصدرها القاضي الدستوري عند كل معالجة للإغفال التشريعي الجزئي، وذلك لأن القاضي قام بإقصاء القاعدة التي احتواها النص واستبدالها بقاعدة أخرى تتفق وأحكام الدستور⁽¹⁾.

وبهذه المثابة، يقوم القاضي الدستوري ببلورة فكره وموقفه واتخاذ قراره عبر مرحلتين هما⁽²⁾ : استنباط القاعدة المخالفة للدستور وسحبها، ثم إدخال قاعدة مطابقة للدستور ضمن مكونات النص القانوني الأصلي.

ونستعرض بعض الأمثلة التطبيقية للقضاء الدستوري الجزائري، لتوضيح منهجه الإنشائي الاستبدالي في اجتهاداته:

1- استبدال قاعدة الأغلبية النيابية المطلقة بقاعدة $\frac{3}{4}$ لغزل وإسقاط العضوية النيابية والحصانة البرلمانية في رأيه رقم 97/03⁽³⁾

¹ عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق، ص316.

² أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص280.

³ رأي رقم 97/03 الموافق ل31 يوليو 1997 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الوطني للدستور

اعتمد المجلس الدستوري أسلوب المحكمة الدستورية الإيطالية⁽¹⁾ وكذا القضاء الدستوري الفرنسي في التعامل مع النصوص التي يعترضها مخالفة للدستور، بحيث يستطيع القاضي الدستوري قطع القاعدة المخالفة للدستور واستبداله بقاعدة أخرى تحل محلها تكون مطابقة للدستور نصاً وروحاً، أو على الأقل روحياً. لأن التطابق الحرفي يستحيل في أحيان كثيرة لكثرة عدد مواد القانون محل الرقابة بالمقارن مع مادة القاعدة القانونية الدستورية.

فبخصوص إسقاط العضوية النيابية والعزل وكذا ورفع الحصانة البرلمانية⁽²⁾، بالنسبة للنائب في المجلس الشعبي الوطني، اشترط النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني موافقة 3/4 أعضاء المجلس الشعبي الوطني، حيث تضمنت المواد 12 و13 و14 أحكاماً مخالفة لنص المواد⁽³⁾ 110 و106 من الدستور التي تتطلب الأغلبية النيابية، وقضى بعدم مطابقة اشتراط نصاب ثلاثة أرباع 4/3 أعضاء المجلس الشعبي الوطني لرفع الحصانة البرلمانية وإسقاط العضوية من المجلس طبقاً للقاعدة العامة التي تحدد النصاب بالأغلبية البسيطة ما لم يحل الدستور صراحة إلى المشرع للحسم والفصل في ذلك، وعبر المجلس عن ذلك بقوله: "...ثالثاً- إن اشتراط نصاب ثلاثة أرباع

¹ تعد المحكمة الدستورية الإيطالية السابقة في إصدار هذا النوع من الأحكام، ومن قضائها في هذا الخصوص حكمها رقم 76 الصادر سنة 1993 بشأن مدى دستورية الفقرة الأولى من المادة 23 من قانون الإجراءات الجزائية، والتي تقضي: (بأن قاضي الموضوع إذا ما قدر عدم اختصاصه بنظر المسألة المعروضة عليه فإنه يأمر بإحالة الموضوع إلى القاضي المختص)، وأن المحكمة الدستورية الإيطالية رأت أن هذا الضابط معيب بعدم الدستورية، لأن تقرير عدم الاختصاص من وجهة نظر المحكمة يكشف في حد ذاته عن انتهاك للقواعد الإجرائية والجنائية التي يقوم عليها توزيع الاختصاص بحسب الموضوع، والمخالفة هنا لا تخص فقط تحديد العضو المدعو إلى ممارسة الاختصاص القضائي، ولكنها تمس كذلك جوهر الدعوى الجنائية، وتأسيساً على ق ا ج يملك المتهم حق طلب محاكمته وفق إجراءات خاصة وأن إحالة الأوراق إلى المحكمة بدلاً من إحالتها إلى النيابة العامة يجرمه من تقديم القاضي هذا الطلب إلى النيابة العامة الأمر الذي ينطوي على إخلال بحقوق الدفاع.

ولهذا السبب ووفقاً لهذا المبدأ المقرر في المادة 24 من الدستور الإيطالي فإن المحكمة قدرت أنه في حالة تقدير القاضي الذي ينظر الدعوى عدم اختصاصه، فإن إحالة الإجراءات تتم أمام النيابة العامة وليس أمام القاضي المختص، لأن ذلك يتيح للمتهم أن يقرر من جديد ما إذا كان اللجوء إلى الإجراءات الخاصة سوف يكون مقيداً له من عدمه.

وبناء على ذلك قضت المحكمة الدستورية عدم دستورية المادة محل الطعن من قانون الإجراءات الجزائية الجنائي، وذلك في الجزء الذي نص على أنه: (حينما يقرر قاضي المحكمة عدم اختصاصه في المسألة التي ينظرها فإنه يأمر بنقل الملف إلى القاضي المختص بدلاً من نقله إلى النيابة العامة لدى هذا الأخير)، ويتضح من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية الإيطالية فضلت أن تلجأ إلى المنهج الاستبدالي الذي أتاح فقط نقض القاعدة غير الدستورية المعلنة، وذلك عن طريق إدخال القاعدة المطابقة للدستور. واعتبر الفقيه الإيطالي Di Mano أن المحكمة الدستورية الإيطالية وعن طريق الأحكام التفسيرية الاستبدالية قد عثرت على وسيلة فعالة لتصحيح الأخطاء المادية التي يرتكبها المشرع حينما تؤدي إلى انتهاك الدستور، أورد هذا الحكم محمد فوزي النويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، المرجع السابق، ص144.

² رأي رقم 97/03 الموافق ل31 يوليو 1997 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الوطني للدستور
³ تنص المادة 106 من دستور 1996 على أنه: "كل نائب أو عضو مجلس الأمة لا يستوفي شروط قابلية انتخابه أو يفقدها، يتعرض لسقوط مهمته البرلمانية.

ويقرر المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة، حسب الحالة هذا السقوط بأغلبية أعضائها." أما المادة 2/107 فتنتص على أنه: "يحدد النظام الداخلي لكل واحدة من الغرفتين، الشروط التي يتعرض فيها أي نائب أو عضو مجلس الأمة للإقصاء، حسب الحالة، المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة بأغلبية أعضائهما، دون المساس بجميع المتابعات الأخرى الواردة في القانون."

(4/3) أعضاء المجلس الشعبي الوطني ضمن المواد 12 و13 و14 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني لرفع الحصانة عن النائب، وللإسقاط صفته النيابية، ولعزله، غير مطابق للدستور ولذا تصاغ الفقرة الخامسة من المادة 12 كما يأتي:

" يفصل المجلس الشعبي الوطني في جلسة مغلقة بالاقتراع السري بالأغلبية أعضائه بعد الاستماع إلى تقرير اللجنة والنائب المعني الذي يمكنه الاستعانة بأحد زملائه..."

2- ضرورة استشارة المجلس الأعلى للقضاء فيما يخص تعيين رئيس محكمة التنازع

منح المؤسس الدستوري سلطة التعيين لرئيس الجمهورية في الكثير من المناصب العليا، وأحاط هذه السلطة في غالب الأحيان بضرورة إجراء استشارة من بعض الجهات الخاصة كالوزير الأول والمجلس الدستوري، أما فيما يتعلق بتعيين رئيس محكمة التنازع فقد تطلب استشارة المجلس الأعلى للقضاء، بحيث يعين الرئيس بالتناوب بين قضاة المحكمة العليا ومجلس الدولة، لكن إجراء استشارة المجلس الأعلى للقضاء في هذه الحالة استشارة إجبارية وليست مرورية أو إجرائية فقط، بل اعتبرها المجلس الدستوري استشارة إجرائية إجبارية ملزمة يترتب على إغفالها بطلان قرار التعيين من حيث الإجراءات، وقصد بذلك ضرورة الأخذ بالرأي المطابق لرأي المجلس الأعلى للقضاء، على عكس ما اعتبرها القانون العضوي رقم 98-03 استشارة اختيارية، وبهذا يكون المشرع قد خالف الدستور، وعبر عن ذلك بقوله⁽¹⁾: "اعتبارا أن المشرع قد أورد ضمن المواد 7 و8 و9 إجراءات تعيين رئيس محكمة التنازع وقضاتها من قبل رئيس الجمهورية باقتراح من وزير العدل، وبعد أخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء

- واعتبارا أن المشرع حين اشترط الأخذ برأي المجلس الأعلى للقضاء كعنصر من العناصر الإجرائية لتعيين قضاة محكمة التنازع فإنه أضفى على "الرأي" الطابع الاستشاري، مما يعد إخلالا بأحكام الفقرة الأولى من المادة 155 من الدستور..."

وعلى ذلك أعاد صياغة أحكام المادة باستبدال قاعدة الرأي الاستشاري الاجرائي بقاعدة أخرى دستورية وهي اعتبار استشارة رئيس الجمهورية للمجلس الأعلى فيما يخص تعيين رئيس محكمة التنازع استشارة إجبارية ملزمة مع الأخذ بالرأي المطابق للمجلس الأعلى للقضاء، بمعنى أن رئيس

¹ رأي رقم 98/07 المؤرخ في 24 مايو 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها للدستور

الجمهورية لا يكتف باستشارة المجلس الأعلى للقضاء فيما يخص تعيين رئيس المحكمة استشارة عادية إجرائية بل هو ملزم بالأخذ برأيه وإلا عد قرار التعيين باطلا.

وبذلك قضى المجلس الدستوري بعدم مطابقة المادة 7 من القانون العضوي للدستور، وأعاد تحريرها على نحو دستوري يفيد مقاصد المؤسس الدستوري من إلزامية الاستشارة في سلطة التعيين بقوله: "...المادة 7:" يعين رئيس محكمة التنازع لمدة ثلاثة سنوات، بالتناوب، من بين قضاة المحكمة العليا أو مجلس الدولة من قبل رئيس الجمهورية، باقتراح من وزير العدل، وبعد الأخذ بالرأي المطابق للمجلس الأعلى للقضاء".

انطلاقاً من ما سبق يتضح دور المجلس الدستوري في تصويب العملية التشريعية ومساهمته الكبيرة في صياغة العديد من النصوص القانونية، بطريقة يتقضى الاضطلاع بسلطة التشريع، ودوره الإيجابي في التعامل مع النصوص القانونية محل الطعن، بحيث يكمل النص القانوني القاصر أو يستبدله في حالة مخالفته للدستور بقاعدة تتلاءم مع هذا الأخير، فيظهر في صورة مشرع ثان بصورة لا تثير أي شك أو لبس. بينما في بعض الأحيان يكتفي بإسداد توجيهات للسلطة التشريعية أو سلطة تطبيق القانون يفسر فيها المعنى الحقيقي للنصوص الدستورية والفهم الصائب لمضمونها، وهي الصورة الثانية من السلطة الإنشائية للقاضي الدستوري نوضحها في الجزئية الموالية.

المطلب الثاني

القرارات المنشئة التوجيهية

إذا كان الغرض من القرارات الإنشائية المضيفة التي يصدرها القضاء الدستوري هو سد الفراغ التشريعي، نتيجة لعدم تدخل المشرع لتنظيم المواضيع التي تعود إلى اختصاصه الأصيل النسبي أو المطلق، سواء أن كان الامتناع عمدياً أو لجهله باختصاصه الدستوري، والغرض من القرارات الاستبدالية إفراغ النص القانوني من مضمونه غير الدستوري، واستبدالها بمضمون آخر يتطابق مع الدستور، فإن القاضي الدستوري في بعض الأحيان يكتفي بمساعدة المشرع في ممارسة اختصاصه الدستوري، وهذا بإعطائه بعض التوجيهات ليعتمدها في صياغة النصوص القانونية بقلب دستوري، ويفعل من أحكامها، خاصة أن النصوص الدستورية ولاسيما الحقوق والحريات الدستورية التي لا يمكن أن تكون نافذة إلا بموجب تدخل تشريعي من طرف المشرع. وفي بعض

الأحيان يكون الغرض من هذه القرارات التوجيهية هو مساعدة السلطات العامة على تطبيق القانون نظرا للحجية المطلقة لقراراته وطابعها الشمولي الإلزامي للجميع، موضوع الجزئيات الموالية.

الفرع الأول

القرارات الإنشائية التوجيهية الموجهة لسلطة تطبيق القانون

يطلق الفقه على هذا النوع من التوجيهات "توجيهات التطبيق" Directives d'application، لتعلقها بتطبيق القانون. وهي بهذا المعنى تكون موجهة بالدرجة الأولى إلى السلطة المختصة بتطبيق القانون⁽¹⁾، نظرا لما تحتويه من إرشادات وتعليمات يكون الغرض منها مساعدة السلطات العامة على فهم مضمون النصوص القانونية وتطبيقها بما يكفل دوام دستوريتها، لكن كيف يوجه القاضي الدستوري السلطات المختصة بتطبيق القانون؟

وبهذه المثابة، يقصد بالحكم التفسيري التوجيهي قيام القاضي الدستوري بفحص النص موضوع الرقابة منتها إلى إقرار تطابقه مع الدستور، بحيث يضع بعض الضوابط على السلطة المختصة بتطبيق القانون - وخاصة المحاكم - التقيد بها وإعمال مقتضياتها عند تطبيق النصوص القانونية واسقاط أحكامها على الوقائع وذلك لضمان دوام واستمرارية مطابقتها للدستور⁽²⁾. بل دوام تكيفها معه، خاصة روحيا، لأنه قد تكون للنص الدستوري آفاق ونظرة مستقبلية لا تتحقق حالا وبشكل كامل، الأمر الذي يعني أن الدستور باعتباره قانون أساسيا للدولة يجب أن يعمر ولا يتعرض للتعديل بشكل سريع وفي فترات زمنية متقاربة، وهو أمر متوقف على النظرة الثاقبة والمعقدة التي يجب أن يكون عليها فكر وعمل المؤسس الدستوري، شيء مفتقد في النظام السياسي الجزائري.

وبهذا الأسلوب، لا يتدخل القاضي الدستوري في مضمون القاعدة القانونية المزمع تطبيقها، ولكنه يقدم بعض التوجيهات لضمان بقاء دستوريتها وتحقيق الأمن القانوني، مستندا في ذلك على مرجعيات دستورية لها علاقة بالنص المراد تطبيقه من قبل المحاكم، لكنه أبدا لا يصادر سلطتها في تفسير النص القانوني الذي تطبقه على النزاع⁽³⁾. وفي هذا الشأن تطرح مسألة غاية في الأهمية وهي تعدد مصادر التفسير بين التشريعي والقضائي والإداري وحتى الفقهي، وما هو المرجح بينها؟ نقول أن التفسير الإداري بالرغم من سلطة القاضي الإداري في خلق وإنشاء القواعد القانونية الإدارية فإنه يبقى مجرد اجتهاد ينسب إليه قد يتراجع عنه فيما بعد، بينما التفسير

¹ أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 329.

² أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 340.

³ أحمد فتحي سرور الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص 285.

التشريعي فيحظى بالتميز والتطبيق بين هذه التفسيرات، نظرا لطبيعته الرسمية وسلطته الأصلية في إصدار التشريعات التفسيرية، أم القضائي ونقصد به القاضي العادي فلا تتعدى أنها مجرد حل قانوني للقضية المطروحة أمامه يفقد طابع الرسمية، فقد تختلف التفسيرات من قاض لآخر، وحتى المحكمة العليا يمكن أن تتراجع عن تفسيراتها حسبما تقتضيه ظروف الحال. وعليه نبقى نعول على التفسير الرسمي الملزم للقاضي الدستوري وماله من سلطة في السهر على حماية الدستور وكذا توحيد التفسير القانوني والدستوري في البلاد.

ويعبر الأستاذ أحمد فتحي سرور عند وصفه لعمل القاضي الدستوري في إصدار القرارات التوجيهية الإرشادية بقوله: "... إن التفسير التوجيهي يؤدي تجاه الدستور الدور الذي تؤديه البوصلة بالنسبة للقبط، فهي تشير إليه دون أن ترسم خطأ تفصيليا للوصول إليه"⁽¹⁾.

ولئن، كانت القرارات التوجيهية توجه الخطاب إلى السلطات العامة المكلف بتطبيق القانون، القضائية منها والتنفيذية على حد سواء، تتضمن بالأخص بعض المبادئ التوجيهية تسترشد بها السلطة القضائية عند الفصل في النزاعات، والسلطة التنفيذية عند تنفيذ القانون⁽²⁾، فإن القضاء الدستوري لم يبخل بهذه التوجيهات سواء أن كانت في معرض رقابته التقليدية أو في إطار ممارسة بعض الاختصاصات الدستورية الأخرى، ونستدل في هذا الموضوع بالمذكرة التفسيرية التي أصدرها المجلس الدستوري الجزائري بتاريخ ليس ببعيد، تتعلق ببيان حول شروط وكيفيات تقديم حسابات الحملة الانتخابية الخاصة بالانتخابات التشريعية⁽³⁾، حيث تضمنت المذكرة التفسيرية مجموعة من الإجراءات على القوائم الانتخابية يجب إتباعها عند احتساب نفقات الحملة الانتخابية، وذلك: "عملا بالمادة 2/182 من الدستور، وتطبيقا لأحكام المواد 195 و196 و219 من القانون العضوي المتعلق بالانتخابات، والمواد 58 و59 و60 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، يذكر المجلس بما يلي:

¹ أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 340

² من أمثلة الأحكام التوجيهية في القضاء الدستوري المقارن، ما قضت به المحكمة الدستورية الإيطالية في حكمها رقم 16 الصادر في 13 فبراير 1994 من توجيه للقاضي العادي بضرورة الالتزام بمبدأ حضورية المرافعات كما اعتمدها المجلس الدستوري الفرنسي، ومن ذلك قراره رقم 81-143 الصادر في 5 يناير 1982 الذي قضى فيه بعدم دستورية البند السادس من المادة الأولى من قانون التوجيه الاجتماعي الذي يخول الحكومة أن تقوم -استنادا إلى معايير تتعلق بالسن، وعدد أفراد الأسرة، وحجم الدخل - بحرمان الشخص الخاضع للضريبة من إمكانية الجمع بين نفقة المعاش والدخل الناتج عن نشاط مهني أثناء حساب الضريبة، ليس من شأنه أن يعفى الحكومة من ضرورة الالتزام بالمبادئ الدستورية المتعلقة بالحرية وبالمساواة وبحق الملكية أثناء استعمالها لما تلقته من سلطات عملا بالمادة 38 من الدستور. نقلا عن أحمد عيد الغفلول، نفس المرجع، ص 343 و 344.

³ بيان حول شروط وكيفيات تقديم حسابات الحملة الانتخابية الخاصة بالانتخابات التشريعية التي جرت بتاريخ 4 ماي 2017. موقع المجلس الدستوري الجزائري www.conseilconstitutionnel.dz

1- ينبغي على كل قائمة مترشحين للانتخابات التشريعية أن تقوم بإعداد حساب حملة يتضمن مجموع الإيرادات المتحصل عليها والنفقات الحقيقية وذلك حسب مصدرها وطبيعتها.

يود هذا الحساب، الذي يعده محاسب خبير أو محافظ حسابات، لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري من قبل ممثل القائمة المفوض قانونا.

2- يجب أن يرفق حساب الحملة بجدول تلخيصي يوقعه ممثل القائمة المفوض قانونا، يبين فيه ما يلي:

- طبعة ومصدر الإيرادات مبررة قانونا.

- النفقات، حسب طبيعتها (مصاريف النقل، الطباعة، إيجار القاعات، ومصاريف متنوعة)

يجب أن يكون هذا الجدول مرفقا بالوثائق التي تثبت النفقات (فواتير أو تصريح بالنفقات، عند الاقتضاء).

3- يجب أن يقدم حساب الحملة الانتخابية خلال الشهرين التاليين لنشر النتائج النهائية لانتخاب المجلس الشعبي الوطني في الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية.

وعليه يكون آخر أجل لإيداع حسابات الحملة الانتخابية الخاصة بالانتخابات التشريعية التي جرت في 4 ماي 2017 لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري يوم 6 أوت 2017...".

الفرع الثاني

القرارات التوجيهية الموجهة إلى المشرع

لا يقتصر دور القضاء الدستوري في توجيه السلطات العامة إلى كيفية تطبيق القوانين فحسب، بل كثيرا ما يساعد المشرع العادي على ممارسة اختصاصه، فعادة ما ينطوي القرار الذي ينطق به القاضي الدستوري، في معرض رقابته التقليدية، على توجيه المشرع إلى ممارسة اختصاصه لعدم علمه بذلك أو معرفته أو فهمه لحقيقة اختصاصه الدستوري أو تعمده السكوت عنه على نحو ما سبق توضيحه⁽¹⁾، عن طريق توجيهه بضرورة ممارسة اختصاصه، وقد ينطوي قراره على توجيهات تتضمن مجموعة من المبادئ التي يعتمدها المشرع بل التي يتعين عليه اعتمادها وإتباعها لأنه

¹ راجع الإغفال أو السكوت التشريعي في المبحث الأول من الفصل الأول المذكور في الباب الأول من هذه الأطروحة ص 22.

يكون قد تلقى خطابا ما من القاضي الدستوري في تنظيم موضوع ما يندرج ضمن اختصاصه المطلق أو النسبي، وقد يكون أحدهما فقط ولكنه لم يستوضح الأمر إلا بعد تدخل القاضي الدستوري بخطابه وتوجيهاته، بحيث لو مارس اختصاص نسبي في حين هو اختصاص مطلق يكون قد تخلى عن ممارسة واجبه الدستوري للسلطة التنفيذية أحد مظاهر الإغفال التشريعي، إذن يتضمن القرار التوجيهي إرشاد المشرع إلى اختصاصه، والثاني يتعلق بإعطائه التوجيهات الأساسية التي يعتمدها في تنظيم موضوعات من اختصاصه ما يجعل النصوص القانونية مطابقة للدستور.

أولا: القرارات التوجيهية الملزمة لممارسة الاختصاص

كثيرة هي القرارات التي ألزم فيها المجلس الدستوري الجزائري المشرع بممارسة اختصاصه الدستوري بنفسه، إما بسبب جهله له وأحيانا لتجاهله، ويوجهه إلى ممارسة اختصاصه بنفسه، وتظهر هذه القرارات خاصة بسبب الإحالة العمدية الضمنية أو الصريحة من المشرع لسلطة التنفيذ من أجل تنظيم موضوع في الحقيقة هو من اختصاصه الأصيل المطلق أو النسبي.

من ذلك رأيه رقم 05/ 01 المؤرخ في 10 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 17 يونيو سنة 2005، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي للدستور الذي جاء فيه : "...ثانيا: فيما يخص المادة 24 من القانون العضوي موضوع الإخطار، والمادتين 25 و26 مأخوذة مجتمعه لاتحادها في الموضوع والمحركة كالاتي: المادة 24 " يمكن إنشاء أقطاب قضائية متخصصة ذات اختصاص إقليمي موسع لدى المحاكم.

يتحدد الاختصاص النوعي لهذه الأقطاب حسب الحالة في قانون الإجراءات المدنية أو قانون الإجراءات الجزائية".

المادة 25 " تتشكل الأقطاب القضائية المتخصصة من قضاة متخصصين يمكن الاستعانة عند الاقتضاء بمساعدين.

تحدد شروط و كفاءات تعيينهم عن طريق التنظيم".

المادة 26 "تزد الأقطاب القضائية المتخصصة بالوسائل البشرية والمادية اللازمة لسيرها".
- اعتبارا أن المؤسس الدستوري أقر مبدأ إمكانية إنشاء هيئات قضائية بموجب المادة 6/122 (الشرط الأخير) وخول المشرع دون غيره صلاحيات إنشائها على أن يكون ذلك بقانون عادي وليس بقانون عضوي.

- واعتباراً أن المشرع نص في المادة 24 من القانون العضوي موضوع الإخطار الواردة في الفصل الخامس من الباب الثاني المتعلق بالجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي، على إمكانية إنشاء هيئات قضائية مسماة أقطاب قضائية متخصصة إلى جانب المحكمة العليا والمجالس القضائية، والهيئات القضائية المتخصصة...⁽¹⁾.

فالأقطاب القضائية تعد جزء لا يتجزأ من التنظيم القضائي الذي يعود فيه الاختصاص إلى الاختصاص التشريعي للمشرع وحده بموجب قانون، ولا يعد مسألة تنظيمية تعود لاختصاص سلطة التنظيم، وتعد هذه الصورة من الإحالة حالة الإغفال التشريعي الملثوي التي تم دراستها في الفصل الأول من هذه الأطروحة، بحيث يتنازل فيها المشرع عن اختصاصه لسلطة التنظيم، مخالفاً قواعد توزيع الاختصاص الدستوري التي عمدها المؤسس الدستوري بين السلطتين التشريعية والتنفيذية التي تلتقيان في ممارسة التشريع في بعض الأحيان.

ثانياً: القرارات الموجهة لتنظيم الموضوعات بطريقة دستورية

يعتمد المجلس الدستوري في هذا النوع من القرارات إرشاد العملية التشريعية، وذلك بإعطاء المشرع بعض التوجيهات والمبادئ يستأنس بها لصياغة نصوص قانونية مطابقة للدستور، فقد لا يفهم المشرع مقاصد المؤسس الدستوري من اسناد تنظيم بعض المسائل إليه، مما قد يؤدي تنظيمه لها إلى الإخلال بمضمونها وبيعض المبادئ الدستورية الأساسية التي تقوم عليها، كمبدأ المساواة بين المواطنين مثلاً. وغالباً ما يكون التنظيم قاصراً يخالف فيه الحدود الدستورية لتنظيم بعض الموضوعات، خاصة عندما يتعلق موضوع التنظيم التشريعي بالحقوق والحريات الدستورية فقد يغالي المشرع في وضع بعض القيود والضوابط لممارستها، فيتدخل القاضي الدستوري لإعطائه بعض التوجيهات التي بإعمالها يتفادى إلغاء القانون لعدم دستورية، وقصوره وبالتالي الحكم بدستوريته.

¹ راجع محتويات الرأي والتعليق عليه في الباب الأول ص 63.

ومن هذا القبيل نذكر رأيه الذي قضى فيه بعدم دستورية الطريقة الاحتسابية للتعويضات التي يتلقاها عضو البرلمان بحكم وظيفته مستندا في مرجعيته على مبدأ المساواة بين المواطنين الذي يتواجدون في نفس المراكز القانونية بقوله⁽¹⁾:

2. فيما يخص المادة 7 من القانون : يمارس عضو البرلمان الرقابة الشعبية على عمل الحكومة ومدى تنفيذ برنامجها وعلى مختلف الهيئات العمومية، من خلال الإجراءات المحددة في الدستور والقانون العضوي الذي يحدّد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة"

- اعتبارا أن المادة 7 من هذا القانون، وسّعت الرقابة الشعبية على عمل الحكومة ومدى تنفيذ برنامجها إلى مختلف الهيئات العمومية،

- واعتبارا أن المادة 99 من الدستور أقرت الرقابة التي يمارسها البرلمان على عمل الحكومة وفق الشروط المحددة في المواد 84، 80، 133 و 134 من الدستور، ويمارس المجلس الشعبي الوطني الرقابة المنصوص عليها في المواد 135، 136 و 137 من الدستور،

- واعتبارا أنه يستنتج من المواد المذكورة أعلاه أنّها حَصَرَتْ الرقابة على عمل الحكومة دون سواه،

- واعتبارا بالنتيجة، أن المشرّع حينما وسّع نطاق الرقابة إلى الهيئات العمومية يكون قد خالف أحكام المادة 99 من الدستور.

3. فيما يخص المواد 9، 15، 18 (الشطر الثاني)، 19، 20، 21، 22، 24، 39 و 40 من القانون، موضوع الإخطار، مأخوذة مجتمعة لاتحادها في العلة:

- اعتبارا أن المشرّع أدرج في هذا القانون أحكاما من الدستور والقانون العضوي والقانون والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان بنقلها حرفيا و/ أو نقل مضمونها،

- واعتبارا أن المشرّع، طبقا للمبدأ الدستوري القاضي بتوزيع الاختصاصات، مُطالب بأن يراعي، كلما مارس صلاحية التشريع، المجال المحدد في الدستور للنص المعروض عليه بحيث لا

¹ رأي رقم 01/12 الموافق ل 13 يناير 2001 يتعلق بالرقابة على دستورية القانون رقم ...الموافق ل...يتضمن القانون الأساسي لعضو البرلمان

يدرج ضمنه أحكاما ومضامين تعود دستوريا لمجالات نصوص أخرى مما يستوجب استثناءها من النطاق الذي يعود لهذا القانون،

- واعتبارا أن نقل بعض أحكام الدستور والقانون العضوي والقانون والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان إلى هذا القانون حرفيا و/ أو نقل مضمونها لا يشكل في حد ذاته تشريعا على أساس إحالة من الدستور أو القانون العضوي بل يعد في حقيقة الأمر نقلا إلى هذا القانون لأحكام يعود فيها الاختصاص لعدة نصوص لا تخضع لنفس إجراءات الإعداد والمصادقة والتعديل المقررة في الدستور،

- واعتبارا أنه إذا كانت نية المشرع، إلى جانب سن أحكام تخص عضو البرلمان، جمع مختلف الأحكام المتعلقة بالنواب وأعضاء مجلس الأمة التي تكفل المؤسس الدستوري بتنظيم البعض منها ووزع البعض الآخر على نصوص أخرى لتكون في قانون واحد، فإنه يكون قد أدرج في هذا القانون أحكاما تعود لمجالات نصوص مختلفة وبالتالي يكون قد أدخل بالمبدأ الدستوري لتوزيع الاختصاصات.

4. فيما يخص الشطر الأول من المادة 12 من القانون، موضوع الإخطار، والمحزر كما يلي:

الشطر الأول من " المادة 12: يُمكن عضو البرلمان من الحضور في النشاطات والتظاهرات الرسمية والزيارات العملية والاستطلاعية التي تقام على المستوى المحلي، وجلسات العمل التي تعقد في هذا الإطار،...."

- اعتبارا أنه يستنتج من أحكام هذا الشطر من المادة 12 المذكور أعلاه أن نية المشرع هي إلزام السلطات المحلية بتمكين عضو البرلمان حضور النشاطات والتظاهرات الرسمية والزيارات العملية والاستطلاعية التي تقام على المستوى المحلي، وجلسات العمل التي تعقد في هذا الإطار،

- واعتبارا أن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن تحترم كل سلطة، حين ممارسة صلاحياتها، الحدود التي رسمها لها المؤسس الدستوري،

- واعتبارا بالنتيجة، أن المشرع حين ألزم السلطات المحلية مثلما يستخلص من صياغة شطر المادة المذكور أعلاه يكون قد أدخل بمبدأ الفصل بين السلطات.

5. فيما يخص الشرط الأخير من المادة 12 و المادتين 23 و 29 من القانون، موضوع الإخطار، مأخوذ من مجتمعين لاتحادهما في العلة والمحريين كما يلي:

(أ) - فيما يخص الشرط الأخير من المادة 12 والمادة 29 من القانون، موضوع الإخطار، مأخوذ من مجتمعين لإتحادهما في الموضوع والعلة والمحريين كما يلي :

" الشرط الأخير من المادة 12:....، ويحظى بالمرتبة التشريعية اللائقة والمرتبطة بمهمته الوطنية.

" المادة 29 : يستفيد عضو البرلمان في سفره في الداخل والخارج من المساعدات والتشريفات المرتبطة بصفته البرلمانية.

يسافر عضو البرلمان في كل تنقلاته بالمكانة اللائقة التي يقرها له الدستور."

- اعتبارا أن المشرع أقر بمقتضى الشرط الأخير من المادة 12 والمادة 29 المذكوران أعلاه أن يحظى عضو البرلمان بالمرتبة التشريعية اللائقة والمرتبطة بمهمته الوطنية واستفادته في سفره في الداخل والخارج من المساعدات والتشريفات المرتبطة بصفته البرلمانية،

- واعتبارا أنه يستنتج من الدستور لا سيما من المادتين 122 و 123 أن المرتبة التشريعية اللائقة والمرتبطة بالمهمة الوطنية لعضو البرلمان واستفادته في سفره في الداخل والخارج من المساعدات والتشريفات المرتبطة بصفته البرلمانية مواضيع لا تدرج ضمن مجال القانون،

- واعتبارا أن المؤسس الدستوري ينص صراحة، بموجب الفقرة الأولى من المادة 125 من الدستور، أن المسائل غير المخصصة للقانون يعود الاختصاص فيها للسلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية،

- واعتبارا بالنتيجة أن المشرع حين أدرج المواضيع المذكورة أعلاه ضمن هذا القانون يكون قد خالف مبدأ الفصل بين السلطات.

(ب) فيما يخص المادة 23 من القانون، موضوع الإخطار، مأخوذة بصفة منفردة والمحرة كما يلي:

" المادة 23 : يجب على السلطات المعنية بالتنسيق مع مكثبي غرفتي البرلمان، توفير الشروط الضرورية لحماية عضو البرلمان بما في ذلك الحماية الأمنية، وفي كل الأحوال يجب على السلطات المدنية والعسكرية تقديم المساعدة إلى عضو البرلمان، والسماح له بالتنقل بكل حرية.

- اعتباراً أن المادة 23 من هذا القانون تتحد في العلة مع الشطر الأخير من المادة 12 والمادة 29 من القانون ، موضوع الإخطار ، مما يستوجب التصريح بعدم دستورتيتها.

6. فيما يخص المادة 13 من القانون، موضوع الإخطار، والمحرة كما يلي: " المادة 13: يجب على السلطات الولائية والبلدية تمكين عضو البرلمان من أداء مهمته البرلمانية بوضع تحت تصرفه المعلومات والوثائق الضرورية التي يحتاجها."

- اعتباراً أن المشرع قد ألزم، بمقتضى أحكام هذه المادة، السلطات الولائية والبلدية بوضع تحت تصرف عضو البرلمان المعلومات والوثائق التي يحتاجها دون أن يحدد الأساس الدستوري المعتمد عليه ،

- واعتباراً أن المؤسس الدستوري قد حدد صراحة، من خلال المواد 133، 134 و 161 من الدستور، الإطار الذي يمارس فيه عضو البرلمان الصلاحية المنصوص عليها في المادة 13

- واعتباراً بالنتيجة، أن المشرع حين أوجب على السلطات الولائية والبلدية أن تضع تحت تصرف عضو البرلمان المعلومات والوثائق الضرورية التي يحتاجها ، خلافا لما هو منصوص عليه في الدستور ، يكون قد تجاوز صلاحياته الدستورية .

7. فيما يخص المادة 25 وشبه الجملة "...العطلة الخاصة..." من المادة 27 من القانون، موضوع الإخطار، مأخوذتين مجتمعتين لاتحادهما في الموضوع والعلة والمحرتين كالاتي:

" المادة 25: يوضع عضو البرلمان تلقائياً، بعد انتهاء عهده البرلمانية، مهما كانت مدتها، في عطلة خاصة مدتها سنتان (2).

ويستفيد من خلالها من التعويضات المخصصة للعضو الممارس."

شبه الجملة من " المادة 27: "...العطلة الخاصة..."

- اعتبارا أن المشرع حوّل عضو البرلمان الذي تنتهي عهده حق التمتع بعطلة خاصة مدتها سنتان يستفيد خلالها من التعويضات المخصّصة للعضو الممارس، كما حوّل ذوي حقوق عضو البرلمان المتوفّي حق الاستفادة من الامتيازات المرتبطة بالعطلة الخاصة دون أن يبين الأساس الدستوري المعتمد عليه في ذلك،

- واعتبارا أن المؤسس الدستوري قد بيّن بمقتضى المادة 105 من الدستور أن عضو البرلمان يمارس مهمة وطنية وحدد مدتها بموجب المادة 102 (الفترتان الأولى والثانية) بخمس سنوات بالنسبة للنائب وست سنوات فيما يخص عضو مجلس الأمة والتي لا يمكن تمديدتها إلا وفقا لما جاء في الفقرتين 4 و 5 من المادة 102 من الدستور،

- واعتبارا كذلك أنه يُستنتج من صياغة الفقرة الثانية من المادة 115 من الدستور أن نية المؤسس الدستوري هي ربط استفادة عضو البرلمان من التعويضات التي تُدفع له بالصفة التي يتمتع بها كنائب في المجلس الشعبي الوطني أو كعضو في مجلس الأمة، وبالنتيجة تتوقف الاستفادة من تلك التعويضات بمجرد انتهاء العضوية في البرلمان وفقا لما أقرّه الدستور في هذا المجال،

- واعتبارا أنه لمّا كان مفهوم العطلة الخاصة يُفيد استمرار العلاقة التنظيمية بين المستفيد والهيئة التي ينتمي إليها، فإنه لا ينطبق على النائب وعضو مجلس الأمة اللذان تنتهي علاقتهما بالبرلمان بصفتها أعضاء في هذه المؤسسة الدستورية بانتهاء عهدهما طبقا للمادة 102 من الدستور،

- واعتبارا أنه حسب التشريع الساري المفعول يوضع عضو البرلمان قانونا في حالة انتداب طيلة مدة عضويته ويُعاد إدماجه بصفة أولوية في منصبه الأصلي أو في منصب مماثل على إثر انتهاء مهمته البرلمانية،- واعتبارا بالنتيجة، أن المشرّع حين أقرّ استفادة عضو البرلمان، بعد انتهاء عهده البرلمانية، من عطلة خاصة مدتها سنتان يتقاضى خلالها التعويضات المخصصة للعضو الممارس وحوّل ذوي حقوق عضو البرلمان المتوفّي حق الاستفادة من الامتيازات المرتبطة بالعطلة الخاصة، يكون قد أقرّ تعويضات غير مؤسسة دستوريا.

8. فيما يخص المادة 28 من القانون، موضوع الإخطار، والمحرة كالاتي:

" المادة 28 : يُمكّن عضو البرلمان من جميع الوسائل الضرورية لأداء مهمته.

يحدد النظام الداخلي لكل من الغرفتين هذه الوسائل."

- اعتباراً أن المشرّع أقرّ بموجب هذه المادة تمكين عضو البرلمان من جميع الوسائل الضرورية لأداء مهمته وأحال تحديدها على النظام الداخلي لكل من الغرفتين،

- واعتباراً أنه إذا كان من صلاحية المشرع تقدير الوسائل المادية الضرورية التي يحتاجها عضو البرلمان لأداء مهمته البرلمانية ، فإنه بالمقابل يتعيّن عليه أن تكون تلك الوسائل، بما في ذلك فتح أمانة، لا تخالف أحكام المادة 105 و الفقرة الثانية من المادة 115 من الدستور.

9. فيما يخص المواد 32، 33، 34، 35 و 36 من القانون، موضوع الإخطار، مأخوذة مجتمعة لما لها من تشابه في الموضوع:

(ا) فيما يخص المادتين 32 و 34 من هذا القانون مأخوذتين مجتمعتين لاتحادهما في الموضوع والعلة:

- اعتباراً أن المشرع قد أحال بموجب هاتين المادتين تقدير المنحة الشهرية الخاصة التي تُدفع للنائب الممثل للجالية الوطنية المقيمة بالخارج وتعويضة البحث والتوثيق التي يتقاضاها عضو البرلمان على التوالي على مكتب المجلس الشعبي الوطني والمجلسين،

- واعتباراً أنه يُستنتج من صياغة الفقرة الثانية من المادة 115 من الدستور أن نية المؤسس الدستوري أن يحدد القانون مختلف التعويضات التي تُدفع للنواب وأعضاء مجلس الأمة بما في ذلك التعويضات التي تدفع للنواب الذين يمثلون الجالية الوطنية المقيمة في الخارج والتعويضة التي يتقاضاها عضو البرلمان عن البحث والتوثيق،

- واعتباراً بالنتيجة، أن المشرع لما أحال تقدير المنحة الشهرية الخاصة التي تدفع للنائب الممثل للجالية الوطنية المقيمة بالخارج على مكتب المجلس الشعبي الوطني وأحال تقدير التعويضة التي يتقاضاها عضو البرلمان ، عن البحث والتوثيق، على المجلسين يكون قد خالف أحكام الفقرة الثانية من المادة 115 من الدستور.

(ب) فيما يخص المادة 33 من القانون، موضوع الإخطار، والمحرة كالاتي:

"المادة 33: يتقاضى عضو البرلمان تعويضة تكميلية شهرية عن التمثيل والعهدة تقدر بنسبة 20% من التعويضة الأساسية خاضعة للاقتطاعات القانونية."

- اعتبارا أنه إذا كان للمشرع، بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 115 من الدستور، سلطة تقديرية في تحديد المقابل الذي تُدْفَعُ على أساسه كل تعويضة فإنه يعود للمجلس الدستوري أن يتبين ألا يتَّخَذَ أساساً واحد لتقدير تعويضتين مختلفتين،

- واعتبارا بالنتيجة، أن المشرع حين اتخذ العهدة أساسا لإقرار تعويضة تكميلية يكون قد اعتمد نفس الأساس لتقرير تعويضتين إحداهما أساسية والأخرى تكميلية.

(ج) : فيما يخص المادتين 35 و 36 من هذا القانون مأخوذتين مجتمعتين لاتحادهما في العلة:

- اعتبارا أن المشرع قد بين أن حساب تكاليف السفر بين دائرة نشاط عضو البرلمان ومقرّ الغرفتين يتم على أساس سفريتين اثنتين كل شهر بالوسائل الأكثر ملاءمة، وأنّ حساب هذه التكاليف للنواب الممثلين للجالية الوطنية المقيمة في الخارج يتم على أساس تذكرتين للنقل الجوي كل دورة ، وأنّ حساب تكاليف استعمال السيارة الشخصية يكون على أساس جزافي يقدرها المجلسان، وبين أن المجلسين يتكفلان أيضا بتسديد تكاليف السفريات الإضافية عند الاقتضاء، كما أقرّ أنّ البرلمان يضمن الإيواء لأعضائه بما يكفل حريتهم في اختيار مكان إقامتهم وكرامتهم وأمنهم دون تحديد تلك التكاليف،

- واعتبارا أنه إذا كان من صلاحية البرلمان أن يحدد بكل سيادة مختلف التعويضات التي تُدْفَعُ للنواب وأعضاء مجلس الأمة طبقا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 115 من الدستور، فإنه يعود للمجلس الدستوري أن يتبين أن ما أقره المشرع من تكاليف قد اتخذت طابع تعويضات محددة طبقا للمادة المذكورة أعلاه من الدستور،

- واعتبارا بالنتيجة، أن المشرع حين أقرّ التكاليف المذكورة في المادتين 35 و 36 المذكورتان أعلاه دون إعطائها طابع تعويضات فإنه يكون قد خالف أحكام الفقرة الثانية من المادة 115 من الدستور...

وعليه نستنتج أن المجلس الدستوري حاول من خلال رأيه توجيه المشرع إلى العديد من المبادئ الدستورية التي أغفلها عند صياغته لقانون عضو البرلمان، معتمدا في ذلك على سلطته في تفسير الدستور والمبادئ الدستورية الأساسية التي يقوم عليها النظام العام الدستوري في الجزائر ويظهر ذلك في النواحي التالية:

* الالتزام بحدود الرقابة التي يمارسها البرلمان على الحكومة فقط، دون أن تمتد إلى السلطات العمومية الأخرى، وقضي بعدم دستورية بعض أحكام المادة 7 من هذا القانون.

* التزام المشرع بالتوزيع الدستوري للاختصاصات، من خلال احترام الهندسة الدستورية التي أقامها المؤسس الدستوري عندما ميز بين مجال النظام الداخلي والقانون العضوي وكذا الدستور، وقضى بأن المواد 9 و15 و18 و19 و20 و21 و22 و24 و39 لا تندرج ضمن صلاحيات المشرع لتنظيمها.

* تقديم توجيهات حول مضمون مبدأ الفصل بين السلطات، فبالإزام المشرع تمكين السلطات عضو البرلمان حضور النشاطات والتظاهرات الرسمية والزيارات العلمية والاستطلاعية التي تقام على المستوى المحلي، وكذا حضور جلسات العمل التي تعقد في هذا الإطار، يكون قد خرق مضمون هذا المبدأ. فلا يمكن أن يمنح لنفسه صلاحيات تعود في الأصل لصلاحيات سلطة أخرى وهي سلطة التأسيس، فهي وحدها من تتكلف مسبقا بتحديد اختصاصات كل سلطة من السلطات العامة، كما لا يمكن للمشرع أن يمنح صلاحيات تعود في الأصل لسلطة أخرى دستورية توازيه في المرتبة وهكذا بعدم دستورية المادة 12 الشطر الأول.

* العضوية في البرلمان لا تعطي مركزا تفضيليا عن باقي موظفي الأسلاك السامية، وعليه تمنح الحقوق والتعويضات التي يستفيد منها عضو البرلمان وذوو الحقوق لعضو البرلمان بموجب ارتباطه بعضوية البرلمان ارتباطا فعليا، وتتقضي هذه المنح ويدرج العضو في منصبه الذي كان يشغله قبل انتخابه في البرلمان أو تعيينه فيه، وبمنح المشرع عطلة خاصة للبرلماني مدتها سنتان بعد انتهاء عهده مهما كانت خمس سنوات أو ست سنوات حسب الحالة، من شأنه أن يمنح لعضو البرلمان تعويضات لا سند لها، لا فعليا بسبب انتهاء عهده الفعلية، ولا قانونيا بسبب غياب السند الدستوري لهذه التعويضات، فالبرلماني وذوو حقوقه يستحق هذه المنح مادام يشغل هذا المنصب وبانقطاعه ينقطع معها التعويض.

* منحه بعض التوجيهات التي يعتمدها في احتساب التعويضة والمعاش التي يتقاضاه عضو البرلمان دون أن يعمل وضعا تفضيليا عن باقي موظفي القطاعات السامية ما يخل بمبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون في دفع الضريبة.

* منح توضيحات حول المفهوم الضمني لأحكام المادتين 122 و123 فيما يخص الاختصاص التشريعي للبرلمان، فما لم يندرج ضمن أحكامها يعود للسلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية،

الاختصاص الدستوري الوارد في أحكام المادة 125. وفي هذا الموضع يعود منح التشريعات التي يتلقاها عضو البرلمان في الداخل والخارج للسلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية، وعليه قضى بعدم دستورية المادتين 12 و29 من هذا القانون⁽¹⁾.

وضحنا فيما سبق سلطة القاضي الدستوري الإنشائية سواء للقواعد والمبادئ الدستورية أو النصوص القانونية، وحجم دوره السلبي والإيجابي في المساهمة في العملية التشريعية، التي تظهر ذكاه في فحص الدستورية، وعلى تدرج مستويات تدخلاته في تطويق كل المخالفات الدستورية، والانتقال من مرحلة القضاء الآلي إلى مرحلة القضاء المساهم والإيجابي، ليميز بذلك عن كل من القضاء الإداري والقضاء العادي. لكن هذا الدور الخطير يطرح لنا إشكالية مدى استجابة السلطات العامة لهذا القرارات الإنشائية؟، وهل سلطته الإنشائية سلطة مطلقة أم لها حدود؟ نجيب عن هذه الأسئلة في الجزء الموالي.

الفصل الثاني

آثار القرارات التفسيرية المنشئة وحدودها

يثير أثر القرار الصادر عن المجلس الدستوري الكثير من النقاط القانونية تتمحور أهمها حول الحجية القانونية التي تحوزها هذه القرارات، ومدى تنفيذ السلطات العامة له، وبما أننا ندرس أهم وظائف القاضي الدستوري وعلاقته الوظيفية بسلطة المشرع، وحجم المساهمة التشريعية له في التدخل في الوظيفية التشريعية عن طريق إصدار قرارات إنشائية محضة، وأحيانا تكون استبدالية، وفي أحيان أخرى يكتفي بتقديم تفسيرات حول تطبيق القاعدة الدستورية يستأنس بها المشرع في معرض ممارسة وظيفة صنع القانون، وكذا السلطة التنفيذية. فذلك كله فإننا نتطرق أيضا لحدود القرارات التفسيرية المنشئة.

وعليه، ما هي القيمة القانونية التي تحظى بها القرارات التفسيرية المنشئة؟ وما هي حدودها؟، وبتعبير آخر ما هي حدود السلطة الخلاقة للقاضي الدستوري؟

نجيب عن هاتين النقطتين في مبحثين الأول: يخصس لحجية القرارات التفسيرية المنشئة، وأما الثاني فلحدود السلطة الخلاقة للقاضي الدستوري.

¹ هناك من الفقه من لا يوافق على هذا الطرح فما لم يكن وارد في المادتين 122 و123 من الدستور، تعتبر من المواضيع المسكوت عنها التي اعتبرها الفقه تعود في الأصل لاختصاص المشرع وليس لاختصاص سلطة التنظيم طبقا لقاعدة التعداد الوارد في هاتين المادتين هو تعداد حجري وليس حصري، راجع عزاوي عبد الرحمان، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، مرجع سابق.

المبحث الأول

حجية القرارات التفسيرية المنشئة

نتطرق في هذه الجزئية إلى القيمة القانونية لقرارات المجلس الدستوري، انطلاقاً من أساسها الدستوري والقانوني، ومدى التزام السلطات العامة بهذه الحجية عند ممارستها لوظائفها الدستورية، لاسيما عند غياب سلطة تراقب مدى تنفيذ هذه القرارات. وذلك في مطلبين: الأول: القاعدة العامة الحجية المطلقة لقرارات القضاء الدستوري، أما الثاني: مدى تنفيذ السلطات العامة للقرارات التفسيرية المنشئة .

المطلب الأول

القاعدة العامة: الحجية المطلقة لقرارات المجلس الدستوري

الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري في الجزائر وكذا في فرنسا، هي بالأخص رقابة سابقة لإصدار القوانين، الغرض منها منع إصدار تشريعات مخالفة للدستور، وبالتالي فالأثر المترتب على صدور رأي أو قرار بعدم دستورية النص الطعين يتمثل في عدم إمكانية إصداره، أو وضعه موضع التطبيق، ويتعلق ذلك بالرقابة على القوانين العضوية والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان، أما الرقابة الاختيارية والمتعلقة بمراقبة القوانين العادية والتنظيمات⁽¹⁾، فغالبا ما تكون رقابة لاحقة بعد نفاذ القانون يتصدى لها المجلس الدستوري في معرض رقابته الإيجابية على القوانين العضوية أو الأنظمة الداخلية، وذلك في حالة ارتباطها بالنص الطعين، ارتباطا موضوعيا. مع انتظار الأثر الذي سوف ينجم عن قرار المجلس اثر إحالة قضائية من المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعدم دفع بعدم الدستورية أثاره أحد الخصوم أمام قاضي الموضوع الناظر النزاع.

لكن المؤسس الدستوري اعتبر قرارات المجلس الدستوري ذات حجية مطلقة تحوز حجية الشيء المقضي فيه، ولم يعمل تمييزا لهذه الأحوال -الرقابة السابقة أو اللاحقة- ومنحها نفس الحجية⁽²⁾. نوضح الأساس الدستوري والقانوني لحجية قرارات المجلس الدستوري (الفرع الأول)، والأساس القضائي لحجية قرارات المجلس (الفرع الثاني) .

¹ أما المعاهدات الدولية فأنها تخضع لرقابة المجلس الدستوري السابقة قبل أن يصادق عليها رئيس الجمهورية والسبب في ذلك هو صعوبة تنصل الدولة من الالتزامات الدولية التي ترتبها الاتفاقية في ذمتها، في حالة مخالفتها للدستور وتم الكشف عنها بعد المصادقة عليها .

² بالرغم من اختلاف الأثر القانوني لكل من الرأي والقرار، فيترتب عن الرأي سواء كان إلزاميا أو اختياريا الاعتراض على صدور النص القانوني، بينما يترتب عن القرار إلغاء وإعدام النص القانوني من البناء القانوني في الدولة.

الفرع الأول

الأساس الدستوري والقانوني لحجية قرارات المجلس الدستوري

تنص م 3/191 على أن: " تكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية". وهي نفس الصياغة التي صيغت بها أحكام م 2/62 من الدستور الفرنسي لسنة 1958.

(Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours .Elle s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.)

(قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي طعن. وهي ملزمة للسلطات العامة ولجميع السلطات الإدارية والقضائية.)

القراءة المباشرة والبسيطة لهذه المادة تظهر نوعا من الغموض، فقد ذكر المؤسس الدستوري السلطات الإدارية المقصود بها السلطة التنفيذية والسلطة القضائية، لكنه لم يذكر السلطة التشريعية في حين أنها المستهدف الأول بقرارات وآراء المجلس الدستوري نظرا لتعلقها بمطابقة التشريع للدستور، باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصلي في ممارسة هذه الوظيفة، ولا يزامها في ذلك أحد ماعدا سلطة رئيس الجمهورية الضيقة في التشريع عن طريق الأوامر بسبب الضوابط والقيود التي وضعها المؤسس الدستوري لممارسة هذه السلطة الاستثنائية. لكن مع ذلك يمكن، بل يجب، إدراج السلطة التشريعية ضمن السلطات العمومية التي ذكرتها المادة في مستهل حكمها.

أما المادة 71 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري فتتص على أن: " آراء وقرارات المجلس الدستوري نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الادارية والقضائية طبقا للمادة 191(الفقرة 3) من الدستور"

وعليه، تكون قرارات المجلس الدستوري وآراؤه ذات حجية مطلقة، حائزة لقوة الشيء المقضي فيه⁽¹⁾ وهي بهذا تشبه حجية أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية، حيث نصت م 48 من

¹ ويقصد بحجية الشيء المقضي فيه في فقه القانون هو الأثر الذي يخلعه القانون على منطوق الحكم، ويكون مقتضاه عدم جواز إعادة النظر فيما حكم فيه نهائيا، سعيد عبد اللطيف حسن، الحكم الجنائي الصادر بالإدانة، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 1989، ص239، ويقصد بها أيضا نوع من الحرمة والحصانة القانونية التي تتمتع بها الأحكام القضائية، أو هي وصف ثابت بحكم الشرع يلحق مضمون الحكم القضائي أو الأمر الذي يفصل في المراكز القانونية الموضوعية، ويكون غير قابل للمناقشة فيه مرة أخرى، نبيل فرقرور، محاضرات في مقياس تنفيذ الأحكام والقرارات والعقود الادارية، أقيمت على السنة أولى ماستر، 2016-2017.

قانون رقم 168 لسنة 1998 الذي يعدل المادة 49 من القانون رقم 48 لسنة 1979 الذي يحدد عمل المحكمة الدستورية العليا: " أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن ".

بالرغم من وضوح الأساس الدستوري والقانوني على الحجية المطلقة لقرارات وآراء المجلس الدستوري، إلا انه ظل يؤكد على هذه الحجية في الكثير من قراراته وآرائه نوضحها في الجزئية الموالية.

الفرع الثاني

الأساس القضائي لحجية قرارات المجلس الدستوري

ظل المجلس الدستوري يؤكد على حجية قراراته في الكثير من آرائه، وأن قراراته نهائية غير قابلة للطعن، حيث قضى في رأيه 01/95⁽¹⁾ أن: "... - واعتبارا لأحكام المادة 159 من الدستور التي تنص على أنه: إذا قرر المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس".

وعليه فإن قرارات المجلس الدستوري تكتسي الصبغة النهائية وذات النفاذ الفوري وتلزم كل السلطات العمومية،...".

لكن ما مدى انطباق قاعدة الحجية المطلقة على القرارات التفسيرية المنشئة؟

لم يميز المجلس الدستوري في منطوق قراراته بين الآراء والقرارات وحتى التحفظات التفسيرية ، ومنحها نفس الحجية المطلقة، حتى في حالة فصله في دستورية القوانين اثر تقديم دفع بعدم الدستوري وهو ما يستشف في من رأيه رقم رقم 02/17⁽²⁾، حيث هذه الحجية المطلقة من تفسير لأحكام المادة 3/191، وصرح بذلك بقوله: "2- فيما يخص الإشارة إلى التحفظات التفسيرية ضمن تأشيريات النظام الداخلي لمجلس الأمة، موضوع الإخطار:

- اعتبارا أن المادة 191(الفقرة 3) من الدستور تنص على أن آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية،

¹ 01/95 المؤرخ في 6 غشت 1995 يتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات
² رأي رقم 02/17 المؤرخ في 25 يوليو 2017 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي لمجلس الأمة، للدستور.

- واعتبارا أن قصد المؤسس الدستوري من ذلك هو إقرار أن الآراء والقرارات التي يتخذها المجلس الدستوري تكتسي حجية الشيء المقضي فيه سواء في أسبابها أو منطوقها.

- واعتبارا أن المجلس الدستوري في ممارسته لصلاحياته الدستورية، فإنه عندما يصرح بمطابقة حكم تشريعي أو تنظيمي للدستور شريطة مراعاة التحفظ التفسيري الذي يقيد به التصريح بالمطابقة، فإن التحفظ يكتسي هو أيضا، حجية الشيء المقضي فيه، ويلزم السلطات بتطبيقه وفق التفسير الذي أعطاه المجلس الدستوري لهذا الحكم،

- واعتبارا أن هدف تسهيل تطبيق هذه التحفظات، والتي لا يمكن فصلها عن الأحكام التشريعية أو التنظيمية المعنية بها، يقتضي بأن تدرج في تأشيريات النص المعروض على المجلس الدستوري لمراقبة مطابقتها للدستور، الأحكام التشريعية التي جاء التصريح بمطابقتها للدستور مقيدا بتحفظ تفسيري،

- واعتبارا بالنتيجة، فإن إدراج هذه الأحكام ضمن تأشيريات النظام الداخلي لمجلس الأمة موضوع الإخطار، يعد ضمانا أساسيا للتطبيق الكلي لمبدأ حجية الشيء المقضي فيه..."

وعليه، فالحجية بهذا المعنى لا تشمل منطوق قرار المجلس ولا تسببيه فحسب، بل تشمل في ذلك حتى التحفظات التفسيرية التي يبديها المجلس في قراراته، وهكذا فإن القرارات التفسيرية المنشئة في مضمونها هي الأخرى تكتسي الحجية المطلقة.

لكن كيف فسر القضاء الدستوري المقارن هذه الحجية، لاسيما فيما يتعلق بالقرارات الصادرة عند مخاصمة النصوص التشريعية من قبل الخصوم اثر دفع بعدم الدستورية؟ هل تتصرف آثارها إلى الخصوم مادام أنها دافع فرعية تتعلق بنزاع في الحقوق مطروح أمام قضاء الموضوع أم أن أثرها هذا ينصرف إلى غيرهم؟

كان للمحكمة الدستورية العليا المصرية موقف حاسم فيما يخص حجية أحكامها، وعمدت إلى تكريس الحجية المطلقة لها دون أن تميز بين ما إذا كان المسألة الدستورية أثرت بسبب دعوى أصلية أو اثر دفع فرعي بعدم الدستورية أمام قضاء الموضوع من أحد الخصوم وقالت في أحد أحكامها: "مقتضى المادتين 48،49 من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 أن يكون لقضاء هذه المحكمة في دعاوي الدستورية حجية مطلقة في مواجهة كافة

وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة باعتباره قولا فصلا في المسألة المقضي فيها، وهي حجية تحول دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته⁽¹⁾.

وقررت في حكم آخر لها أن: "وحيث أن الأحكام الصادرة في الدعاوي الدستورية-وهي بطبيعتها دعاوي عينية توجه الخصوم فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري- تكون لها وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة حجية مطلقة لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوي التي صدرت فيها، إنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم به جميع سلطات الدولة سواء أكانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس. ولما كان المستهدف هو الفصل في مدى دستورية الفقرة الثانية في القرار الجمهوري رقم 272 لسنة 1982 وقد سبق لهذه المحكمة أن قضت بعدم دستوريته على ما سلف بيانه وكان قضاؤها هذا له حجية مطلقة حسمت الخصومة بشأن عدم دستورية هذا النص حسما قطعا"⁽²⁾.

يستنتج من سبق أن الحجية المطلقة لقرارات وأحكام القضاء الدستوري تتمخض من الطبيعة العينية للدعوى الدستورية أو المسألة الدستورية على اختلاف طرق اثارها، فهي توجه لمخاصمة القانون المصاب بعدم الدستورية بالأخص ، حتى وإن كان لها آثار شخصية يهدف إليها الطاعن بإثارها.

إذا كانت القرارات والأحكام التفسيرية الإنشائية تحوز الحجية المطلقة وملزمة لكافة السلطة العامة، فما مدى استجابتها لهذه القرارات تطبيقا لهذه الحجية؟ الإجابة في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

تنفيذ السلطات العامة للقرارات التفسيرية المنشئة

صرح المجلس الدستوري في قراره رقم 01/95⁽³⁾ بأنه: " نظرا للقرار رقم 01 ق.ق.مد. المؤرخ في 20 غشت 1989 والمتعلق بالنظر في مدى دستورية بعض أحكام القانون رقم 8913 المؤرخ في 7 غشت 1989 والمتضمن قانون الانتخابات، ولاسيما المادة 108 منه في فقرتها الثالثة

¹ حكم رقم 30 لسنة 1997 موقع المحكمة الدستورية المصرية sccourt.gov.eg

² حكم رقم 178 لسنة 19 موقع المحكمة الدستورية المصرية sccourt.gov.eg

³ القرار رقم 01/95 المؤرخ في 6 غشت 1995 يتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات رقم 89-13 الموافق ل 7 أوت 1989.

المتعلقة بشرط إرفاق طلب الترشح لرئاسة الجمهورية بشهادة الجنسية الجزائرية الأصلية لزوج المعني، الذي قضى بعدم مطابقته للدستور،

-واعتبارا لأحكام المادة 159 من الدستور التي تنص على أنه: "إذا قرر المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس". وعليه فإن قرارات المجلس الدستوري تكتسي الصبغة النهائية، وذات النفاذ الفوري، وتلزم كل السلطات العمومية،

-واعتبار أن قرارات المجلس الدستوري ترتب بصفة دائمة، كل آثارها ما لم يتعرض الدستور للتعديل، وطالما أن الأسباب التي تؤسس منطوقها مازالت قائمة.

-واعتبارا، والحال، أن إدراج نفس الشرط من شروط الترشح لرئاسة الجمهورية، الذي تم الفصل فيه بعدم مطابقته للدستور، تجاهل قوة قرار المجلس الدستوري، ومن ثم فإنه لا وجه للبت في مدى دستوريته من جديد،

-يقرر:

أولاً: يثبت قرار المجلس الدستوري رقم 1 ق.ق. مد 89 في نقطته الرابعة، ويصرح بالتالي بأن شرط إرفاق ملف الترشح لرئاسة الجمهورية بشهادة الجنسية الجزائرية الأصلية لزوج المعني الواردة في الفقرة الثالثة-سادس- من المادة 108 من القانون رقم 89-1 المؤرخ في 7 غشت سنة 1989 المتضمن قانون الانتخابات، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 95-21 المؤرخ في 19 يوليو سنة 1995 غير مطابق للدستور"

وفي قرار آخر قرر أن⁽¹⁾: "1...-فيما يخص المطعة 5 من المادة 23 من القانون العضوي محل الإخطار:

-اعتبارا أن المطعة 5 من المادة 23 من القانون العضوي المتعلق بالعلام، موضوع الإخطار، تشترط في المدير مسؤول أي نشرية دورية أن يكون مقيما في الجزائر،

- واعتبارا أنه سبق للمجلس الدستوري عند مراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، أن أصدر الرأي رقم 01 ر أ ق عض/م.د المؤرخ في 6 مارس سنة 1997 الذي

¹ رأي رقم 12/02 المؤرخ في 8 يناير 2012. يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام للدستور

توصل فيه إلى أن اشتراط الإقامة المنتظمة في الجزائر من قبل المشرع غير مطابق للدستور بالنظر إلى المادة 44 منه،

-واعتبارا أنه وبالنظر لما سبق، يتعين التذكير بأن آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وغير قابلة للطعن وترتب أثارها، طالما أن الأسباب التي استند إليها منطوقه لازالت قائمة، وما لم تتعرض تلك الأحكام الدستورية للتعديل"

فبالبناء على كل ما سبق، يُظهر هذا التذكير المتواصل من قبل المجلس الدستوري بحجية قراراته، تقاعس وتعنت السلطة التشريعية في تنفيذ قراراته، ويرجع السبب دائما إلى سلبيات البرلمانات النيابية التي يعتمد تكوينها على الانتخاب لا التعيين، وعدم وجود علاقة حقيقية بين هيئة الرقابة وسلطة التشريع.

كما يعود هذا التعنت من طرف السلطة التشريعية لعدم الامتثال لقرارات المجلس الدستوري إلى - وهذا عيب كل أنواع الرقابة الدستورية القضائية منها والسياسية- الى أن المؤسس الدستوري وبالرغم من منح قرارات المجلس الدستوري الحجية المطلقة وأنها نهائية غير قابلة للطعن ، وإن كان قدأحسن صنعا حتى يضمن فعالية رقابة هذه الهيئة، ودورها الكبير في حماية سمو الدستور، وعدم مخالفته، لاسيما الحقوق والحريات الدستورية، إلا أنه لم يتطرق لجزاء مخالفة السلطات العمومية لقرارات هيئة الرقابة الدستورية، مما يؤدي بنا إلى البحث في كيفية تعامل السلطات العمومية لقرارات القاضي الدستوري في القضاء الدستوري المقارن، وما مدى تنفيذها لها؟

أثار قرار الحكومة الفرنسية الصادر في 13 أغسطس 1993 جدلا كبيرا، تعلق بإهدارها لحجية الشيء المقضي فيه لقرارات المجلس الدستوري، التي نصت عليها المادة 62 دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة، فقد قرر المجلس الدستوري في احد قراراته حول حق الالتجاء الوارد في ديباجة دستور 1946 بأنه حق للفرد يقرر التزاما على الدولة بمنح سند أو وثيقة مؤقتة للأجانب في فرنسا، لكن الحكومة رفضت في القرار المشار إليه الخضوع لحجية الشيء المقضي به، ودعت السلطة التأسيسية لتقرر أن حق اللجوء لم يعد فقط حقا للفرد، والتزاما على الدولة، وإنما حق للدولة تنظمه كيفما شاءت. وهكذا تقرر عرقلة حجية الشيء المقضي به، بعد أن صوت

أغلبية أعضاء السلطة التأسيسية على ذلك، ما يفهم منه أن قرارات المجلس الدستوري لم تعد تملك من الحجية ما يجعلها قوة أمام السلطات التي تصدر في مواجهتها⁽¹⁾.

وكتبرير لهذا الموقف ذهب الفقيه Rousseau إلى انتقاد قرارات المجلس الدستوري، معتبرا إياها أنها تصدر في جو سياسي انفعالي يصعب معه تنفيذها، أو يحتاج تنفيذها إلى ترضية أو تسوية. فيما احتج Albain Chalandon على قرارات المجلس بقوله: (أن السلطة التقديرية الممنوحة للمجلس والتي يستخدمها فيما ينتهي إليه من قرارات تعد خروجاً على المؤلف)⁽²⁾.

لكن الواقع العملي لا يكشف أبداً تعنت السلطات العامة في تطبيق قرارات المجلس الدستوري، لاسيما بعد استحداث المسألة الأولوية الدستورية QPC بالتعديل الدستوري سنة 2008، بحيث أصبحت جلسات المجلس الدستوري علنية يحضرها محامون معتمدون يقدمون ادعاءاتهم ودفوعهم وحججهم عند مخصصتهم النصوص التشريعية. وهو ما نصت عليه المادة 2/10 من النظام الداخلي المتضمن الإجراءات المتبعة أما المجلس الدستوري فيما يخص مسألة أولوية الدستورية بقولها: « Les représentants des parties, s' il sont avocats au Conseil d'état et à la Cour de cassation ou avocats et, le cas échéant, les agents désignés par les autorités visées à l'article 1er, sont ensuite à invités à (présenter leurs éventuelles, observations orales. »

الترجمة: (ومن ثم يدعى ممثلو كل من الأطراف والأشخاص الذين قبلت ملاحظاتهم أثناء التدخل، إن كانوا محامين لدى النقض أو محامين، وان وجدوا وكلاء السلطات المذكورة في المادة 01 لتقديم ملاحظاتهم شفويا)⁽³⁾.

وهكذا لا نتوقع أن تتجرأ الحكومة أو البرلمان نفسه، على مخالفة قرارات المجلس الدستوري والدليل هو أنه لم يصدر منها أي عمل غير دستوري، إذ تدعو السلطة التنفيذية الوزراء أن يأخذوا بعين الاعتبار قرارات المجلس الدستوري عند إعداد مشاريع القوانين، لذلك كتب Michel Rocard لوزرائه منذ اليوم الأول الذي تولى فيه السلطة أن يدرسوا بكل عناية عن طريق إدارتهم

¹ أشار إليه اشرف إسماعيل عزب، حدود رقابة الدستورية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2011، ص169

² اشرف إسماعيل عزب، حدود رقابة الدستورية، المرجع السابق، ص170.

³ Règlement intérieur du 4 février 2010 sur la procédure suivre deva le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

مسائل الدستورية التي يمكن طرحها نص خلال أعداده، لأنه ينبغي عمل كل الجهود لإظهار وتجنب مخاطر عدم الدستورية Les risques d'inconstitutionnalité التي يمكن أن تصيب مشروعات القوانين أو التعديلات أو اقتراحات القوانين. كما بات من المستقر عليه في فرنسا أن الحكومة تشجع تنفيذ قرارات المجلس الدستوري، واحترام التفسيرات، والتحفظات الواردة بها⁽¹⁾.

ومن جهتها السلطة القضائية من خلال محاكم وقضاة الموضوع ملزمة بإرجاء الفصل في دعوى الموضوع إلى غاية الفصل في الدفع الفرعي الذي أثاره أحد الخصوم أمام قضائها أثناء نظر نزاع مطروح عليها ، والتي سوف تجد نفسها ملزمة باحترام قوة الشيء المقضي به لقرارات المجلس الدستوري، لأن القول بغير ذلك سوف يمنح للخصوم أحقية الطعن في الحكم القضائي إما بالاستئناف أو النقض، بسبب أن قاضي الموضوع لم ينفذ قرار المجلس الدستوري الصادر في الدفع الفرعي الذي أثاره أحد الخصوم، لاسيما إذا صدر القرار لصالحه، فما مدى تنفيذ السلطات القضائية لقرار المجلس الدستوري القاضي في المسألة الأولوية الدستورية؟

يعتبر الدفع بعدم الدستورية من الدفوع الموضوعية الواجب الفصل فيها قبل التطرق لموضوع النزاع ، والقاعدة التي تحكم الدفوع في القانون الإجرائي تقضي بأنه يمكن للأطراف إثارتها في أي مرحلة كانت فيها الدعوى، حتى أمام جهة النقض.

وإذا نحن بحثنا أساس لذلك في التطبيق الجزائري، وجدنا سندنا في ذلك عبارة " أمام جهة قضائية" الواردة في نص المادة 188 من الدستور الجزائري التي تنص على أنه: " 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".

وبهذه المثابة، يكون القاضي ملزم لا محال بقرار المجلس الدستوري سواء أكان إيجابيا لصالح الخصوم أو سلبيا لصالح القانون المزمع تطبيقه على النزاع. الأمر الذي يطرح من جديد تعميق البحث في حدود الدور الخلاق للقاضي الدستوري، موضوع المبحث الموالي.

المبحث الثاني

حدود السلطة الخلاقة للقاضي الدستوري

¹ اشرف إسماعيل عزب، المرجع السابق، ص 178.

يمارس القاضي الدستوري اختصاصه في الرقابة على دستورية القوانين، وفي بعض الأنظمة الدستورية المقارنة يسند إليه تفسير النصوص الدستورية والقانونية، وفي بعض الأحيان الفصل في تنازع الاختصاص القضائي بين جهات القضاء الإداري والعادي، وفي سبيل ذلك فهو يتمتع بسلطة تقديرية واسعة لا يخضع فيها إلا لسلطته الذاتية، وما تمليه عليه الأحكام الدستورية. لاسيما عندما يقوم بتفسيرها لتقرير مدى توافق الإرادة التشريعية مع الإرادة التأسيسية. ما يبرر رؤيتنا هو عدم خضوع قراراته للطعن، ولا تخضع لسلطة أعلى منه، فتعد قراراته عنوان للحقيقة الدستورية إلا إذا تراجع هو عنها، وهو في ذلك أيضا يملك سلطة تقديرية في التراجع عن الاجتهادات التي أقرها، ففي النمسا أعطي المحكمة الدستورية سلطة إعادة الحياة لقانون كانت قد قررت عدم دستوريته لظروف معينة في مرحلة زمنية سابقة.

فالاعتراف بسلطة الاعتراض على صدور القوانين لعدم دستورتها قبل نفاذها، وإلغاؤها وإعدام أثرها القانوني من النظام القانوني بعد نفاذها، وسلطة إنشاء وبلورة بعض المبادئ الدستورية، وكذا القواعد القانونية ذات المصدر القضائي هو من صميم السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي الدستوري.

إلا أن الاعتراف بالدور السلبي للقاضي الدستوري -سلطة إلغاء القوانين- والدور الإيجابي - المتعلق بالسلطة الإنشائية للقوانين- يصطدم ببعض الحدود التي تشكل في نفس الوقت قيودا على ممارسة القاضي الدستوري لاختصاصه الدستوري، وأخرى تتعلق ببعض الأسس التي يبنى عليه النظام العام الدستوري، نحددها في الفقرات من خلال توضيح الحدود المتعلقة بالمبادئ الدستورية التي يقوم عليها النظام العام الدستوري(مطلب أول)، وأخرى حدود ذاتية تتعلق بالاختصاص الدستوري للقاضي الدستوري(مطلب ثان). فما هي هذه الحدود؟

المطلب الأول

حدود تتعلق بالمبادئ الدستورية

لئن كانت السلطة التقديرية للقاضي الدستوري من المسلمات في فقه القانون العام لعدم خضوع قراراته وأحكامه لأي نوع من الطعن واستقلالته الوظيفية والعضوية في ممارسة اختصاصه الدستوري ولا يخضع في ذلك إلا لإرادته الذاتية، إلا أن السلطة الإنشائية للقوانين يجب أن تتقيد ببعض الضوابط الدستورية نظرا لخطورتها، خطورة تتعلق تحديدا بممارسة الوظيفة التشريعية وما

يتمتع به المشرع من سلطة سيادة وسلطة تقديرية والمصادقة عليها (الفرع الأول)، الأمر الذي يهدم مباشرة مبدأ الفصل بين السلطات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

السلطة التقديرية للمشرع

يعتبر موضوع السلطة التقديرية للمشرع من أهم مواضيع القانون الدستوري التي اهتم بها فقهاء، نظرا لما يثيره من التساؤلات، تتعلق خاصة بمفهومها وأساسها ومجالها، نوضحها في الفقرات التالية:

أولا: مفهوم السلطة التقديرية⁽¹⁾ للمشرع وأساسها القانوني

السلطة التقديرية عند الفقه القانوني بوجه عام والقانون العام تحديدا، هي قدرة إعمال هي حرية الاختيار الممنوحة لسلطة ما في ممارسة اختصاصاتها، بحيث تملك سلطة اتخاذ تصرف معين أو

¹ مصطلح السلطة التقديرية تعلق كثيرا بالإدارة وحظي بالاهتمام الكبير من فقه القانون العام على عكس السلطة التقديرية للمشرع، حيث بدأ الحديث عنه عندما قيد عمل الإدارة في الحياة العامة، وتم تقرير حماية خاصة لحقوق الأفراد وحررياتهم، ويقصد بها في فقه القانون العام تمتع الإدارة بقسط من الحرية وهي بصدد مباشرة نشاطها الإداري اليومي فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية إذا خولها القانون حرية الاختيار وهي بصدد إجراء عمل إداري معين بين إتمام هذا العمل أو الامتناع عن إتمامه، أو انجازه بطريقة معينة وفي الوقت الذي تراه مناسبا على ضوء الملائمة التي يتركها لها المشرع لممارسة وظيفتها بالطريقة التي تراها مناسبة تحقيقا للصالح العام الذي يحكم نشاطها، كما يعرفها العميد De laubadère بأنها (حرية الإدارة في اتخاذ قرار معين في مواجهة وقائع معينة، وتتحقق السلطة التقديرية للإدارة عندما لا يكون مسلكها محددًا أو منصوصا عليه مقدما بقواعد القانون الذي يحكم نشاطها، وبالعكس تكون السلطة مقيدة عندما تلتزم الإدارة باتخاذ قرار معين دون غيره اذا توافرت لها وقائع معينة، أي عندما يتحدد مسلكها مقدما بقواعد القانون و مواجهة وقائع محددة) للاستزادة حول السلطة التقديرية للإدارة راجع عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1980.

الامتناع عن اتخاذه ، أو تسويته على نحو معين وتحديد وقت تدخلها دون الالتزام بإرادة شخص آخر أو هيئة أخرى⁽¹⁾.

ويختلف نطاق السلطة التقديرية لسلطة ما بحسب الهيئة أو السلطة التي تمارس الاختصاص المقصود محل البحث وطبيعة عملها. وعلى سبيل ذلك تختلف حرية التقدير التي تملكها السلطة التأسيسية في وضع الدستور بحيث تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها، وما تخضع في ذلك إلا لإرادتها الذاتية، ويختلف حجم هذا التقدير والحرية عن المشرع البرلماني الذي يضع القانون ، كما يتقلص حجم التقدير والحرية الممنوح للسلطة التنفيذية التي تكون ملزمة بوضع القوانين التشريعية موضع التنفيذ مع منحها هامشا من الحرية تتحرك فيه يختلف عن السلطتين السابقتين .وعليه ، فالسلطة التقديرية تمنح لأية سلطة في الدولة مهما كان حجمها طالما أن هذه السلطة تمارس اختصاصها دون أن تنتظر أو تتقيد بإرادة غيرها من السلطات⁽²⁾.

وبهذه المثابة، يعرف الأستاذ عوض المر السلطة التقديرية للمشرع بأنها: " حرية المشرع في المفاضلة وفق أسس منطقية بين بدائل تتزاحم جميعا على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وتودر جميعا في إطار المصلحة العامة ليختار من بينها أقلها تقييدا للحقوق التي ينظمها وأعمقها اتصالا بالأغراض التي يستهدفها"⁽³⁾.

وفي نفس المعنى يعرفها الفقيه الفرنسي Bockel ببساطة السلطة التقديرية هي: (حرية الاختيار الممنوحة لسلطة ما في ممارسة اختصاصاتها)⁽⁴⁾.

وهو نفس ما ساقته المحكمة الدستورية العليا المصرية عندما عرفت السلطة التقديرية للمشرع بقولها عنها بأنها: " المفاضلة بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها وفق تقديره لتنظيم موضوع محدد"⁽⁵⁾.

¹ سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، ص104.

² عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص372.

³ عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص1352.

⁴ أورده عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 383. نقلا عن Bockel Alain, Le pouvoir discrétionnaire du législateur itinéraires, mélange Léo Hamon, Economica, 1982 ,P 43

⁵ حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية القضية رقم 152 لسنة 22 sccourt.gov.eg

وعليه، تجتمع التعريفات المذكورة على تعريف التقدير في الحرية الممنوحة لأي سلطة في ممارسة الاختصاص بدون انتظار إرادة سلطة أخرى، فهي نابعة من إرادتها الحرة الذاتية ولا يقيدتها في ذلك إلا الالتزام بقواعد المشروعية.

هذا، ويختلف حجم هذه الحرية بحسب السلطة التي تمارس الاختصاص، لكن كلها ملزمة بقواعد المعقولة، تعتمد على بالنسبة للسلطة التأسيسية عند وضع أحكام الدستور، بحيث تراعي فيه طبيعة الدولة والنظام السياسي والاقتصادي والثقافي دون إهمال العقلية والتفكير الاجتماعي للمجتمع المطلوب منه الخضوع لأحكام الدستور.

فالدستور كما يصفه الفقه الدستوري هو المرآة العاكسة للمجتمع، أما الطريقة أو الكيفية المنتهج في ضبط موضوع الحقوق والحريات فتستند إلى ضوابط المواثيق الدولية دون أن تهمل قواعد العدالة، وكذا ظروف الدولة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية أي مقتضيات النظام العام والآداب العامة، فسلطة الولاء والخضوع من قبل المخاطبين بأحكام الدستور لا تكون إلا حيث يعكس الدستور تفكيرهم في كل الزوايا.

أما المشرع وهو الآخر يملك حجما من الحرية فلا يقيد سلطته الضابطة إلا اعتبارات العدل والمصلحة العامة وأحكام الدستور وغاياته⁽¹⁾.

ومن جانبه، فقد عبر المؤسس الدستوري الجزائري عن السلطة التقديرية للمشرع بالسلطة السيدة، وهو ما ورد في أحكام المادة 112 من الدستور، حيث جاء فيها: "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

وله السيادة في إعداد القوانين والتصويت عليه"

إذن، معنى سلطة التقدير للمشرع ينصرف إلى سلطة الاختيار بين الحلول المتزاحمة واختيار ما هو الأفضل والأنسب لمقتضيات المصلحة العامة، وهي سلطة ذاتية إرادية، وعليه، فسلطة التقدير في النظام الدستوري الجزائري للمشرع بهذا المعنى هي سلطة نسبية، والسبب في ذلك هو أن سلطة التشريع لها من بوجهها، فمعظم النصوص التشريعية هي نتاج محض للسلطة التنفيذية، وأغلب القوانين المصوت عليها هي مشاريع قوانين من المبادرة الوزارية، بالرغم من ثبوت

¹ عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 383.

الاختصاص لسلطة البرلمان في اقتراح القوانين المنصوص عليه المادة 136 التي تقضي بأنه أنه: "لكل من الوزير الأول والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين".

لكن ما تجب الإشارة إليه في المقابل هو أن سلطة التقدير والحرية في الاختيار لا تعني الحرية المطلقة، فالمشرع وإن كان يملك سلطة الاختيار بين الفضائل المتزاحمة، فإنه لا يملك أبداً أن يخرج عن أحكام الدستور، وقد عبر الفقه الدستوري المقارن عن ذلك بأن السلطة المطلقة لا توجد حيث توجد دولة القانون⁽¹⁾، وخاصة بعد إقرار الرقابة على دستورية القوانين، حيث أصبحت هناك هيئة مستقلة تسهر على دستورية التشريعات وعدم مخالفة المشرع الذي يسنها لأحكام الدستور.

لإشارة فإن سلطة التقدير للمشرع لم يكن مرحبا بها لدى فقه القانون العام في فرنسا قبل الدستور الفرنسي لسنة 1958، لان مفهوم حرية البرلمان واعتباره المعبر عن الإرادة الوطنية ينتفي مع وجود سلطة التقيد، لأن الاعتراف بسلطة التقدير للمشرع يحمل في معناه وجود بعض درجات التقيد التي ينفىها الفقه العام⁽²⁾.

ومع ذلك نقول: أن سلطة الشعب الذي يمثله هذا البرلمان المنتخب يعد تقيداً في حد ذاته لسلطة المشرع، فلا يمكن تصور أن يعمد هذا الأخير إلى وضع تشريعات لا تتناسب مع المثل العليا التي يرنو إليها المجتمع الذي اختاره ووضع ثقته فيه باقباله على التصويت في الانتخابات التشريعية التي تنظم وتجرى بشكل دوري، وكذا ظروفه التاريخية والاجتماعية والاقتصادية ولاسيما السياسية، فواجبه أن يكون وفيًا لثقة من اختاروه⁽³⁾.

وبهذه المثابة، يظهر أن المشرع وإن اعترف له بسلطة التقدير والحرية في الاختيار إلا أنه يتقيد بالكثير من الضوابط في ممارسة اختصاصه التشريعي، تتعلق أساساً بأحكام الدستور وقواعد العدالة وكذا قواعد التناسب والمعقولية والمصلحة العامة، بحيث تشكل هذه الضوابط أساساً لممارسة السلطة التقديرية للتشريع⁽⁴⁾. فأين تظهر سلطة الاختيار والتقدير عند صياغة التشريع، بمعنى في أي نطاق يمارس المشرع حرية الاختيار في عناصر القانون؟

¹ نفس المرجع، ص 374

² عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 375

³ وهو التزام فرضه المؤسس الدستوري على السلطة التشريعية ضمن أحكام المادة 115 التي تنص على أن: "واجب البرلمان، في إطار اختصاصاته الدستورية، أن يبقى وفيًا لثقة الشعب، وبظل يتحسس تطلعاته"

⁴ للاستزادة حول الموضوع راجع عبد المجيد إبراهيم سليم، نفس المرجع، ص 516 وما بعدها.

ثانيا: تدرج مستويات السلطة التقديرية على عناصر القانون

يسلم الفقه والقضاء الدستوريان بحرية المشرع في تقدير الحلول المفضلة لديه عند صياغة النصوص التشريعية ، لكن حجم هذا التقدير زئبقي يتمدد وينقلص بحسب عنصر القانون، فيندم هذا التقدير في عنصر الاختصاص، ويظهر بوضوح في عنصر المحل، ويأخذ مفهوما نسبيا في عنصر السبب نبينه تباعا في النقاط الجزئية التالية:

1-السلطة التقديرية في عنصر الاختصاص

المبدأ العام الذي يحكم قواعد الاختصاص هو اعتبارها من النظام العام، وينصرف هذا المفهوم الى النظام العام الدستوري، حيث يقوم الدستور على تحديد اختصاصات كل سلطة وفق ضوابط محددة مسبقا، بحيث تعتبر كل سلطة سيدة في ممارسة اختصاصها الدستوري. وعليه، ينفرد المشرع بممارسة سلطة التشريع وفق للمجالات التي حددها له الدستور، فحتى في حالة إشراك السلطة التنفيذية في ممارسة هذا الاختصاص، فإنه يكون مضبوطا بحالات ومجالات خاصة لتحل محله، ويمتد هذا التحديد وهذا التقييد حتى إلى نوعية القانون الذي تسنه السلطة التشريعية، بحسب ما إذا كان الموضوع يندرج ضمن مجالات القانون العادي أو مجالات القانون العضوي.

وعلى هذا الأساس، لا يملك المشرع المقيد بقواعد الاختصاص الدستوري أي تقدير وحرية⁽¹⁾، فليس له أن يقرر التدخل من عدمه، وهو السند الذي ارتكز عليه فقه القانون الدستوري وقضاؤه عندما اعتبر تقاعسا للمشرع من اختصاصه الدستوري -وهو ممارسة وظيفة التشريع- في صورة السلوك السلبي من العيوب التي تصم العمل التشريعي سواء أكان الامتناع جزئيا أو كليا، وتدخل القاضي الدستوري لإعمال رقابته عليه، وإلزامه بضرورة التدخل وإلا كان مخالفا لقواعد الاختصاص الدستوري.

2-السلطة التقديرية وعنصر الشكل

تصدر النصوص القانونية وفق شكليات وإجراءات معينة تتعلق بالاقتراح والمناقشة والمصادقة في البرلمان ثم الإصدار والنشر في الجريدة الرسمية، وهي إجراءات تمر بها بكل النصوص التشريعية مع بعض الخصوصية التي يتطلبها إصدار القوانين العضوية، التي تتعلق في بعض

¹ عبد المجيد ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص386.

الأحيان بضرورة خضوعها للرقابة الدستورية القبلية قبل دخولها حيز التنفيذ، أو ضرورة حصولها على موافقة نصاب قانوني معين.

فقد حددت المادة 2/136 المراحل التي تمر بها النصوص التشريعية قبل دخولها حيز التنفيذ حيث جاء فيها: "تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد رأي مجلس الدولة، ثم يودعها الوزير الأول، مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة"، وحددت المادة 138 إجراءات المناقشة والمصادقة على القوانين التي تتم في غرفتي البرلمان على التوالي بنصها: "مع مراعاة أحكام الفقرة الأولى من المادة 137 أعلاه، يجب أن يكون كل مشروع قانون أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على التوالي، حتى تتم المصادقة عليه.

تتصب مناقشة مشاريع القوانين من طرف المجلس الشعبي الوطني على النص الذي يعرضه عليه الوزير الأول أو على النص الذي صادق عليه مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليها في المادة 137 أعلاه.

تعرض الحكومة على إحدى الغرفتين النص الذي صوتت عليه الغرفة الأولى، وتناقش كل غرفة النص الذي صوتت عليه الغرفة الأخرى ويصادق عليه.

وفي كل الحالات، يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية أو بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية"

مع الإشارة في هذا الموضع، إلى أن هناك خصوصية نصت عليها المادة 1/137 فيما يخص الإجراءات التي تمر بها القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي، حيث يودع الوزير الأول مجلس الأمة مباشرة للمناقشة والمصادقة عليها بعد أن تمر على الغرفة الأولى، حيث جاء فيها: "تودع مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي مكتب مجلس الأمة.

وباستثناء الحالات المبينة في الفقرة أعلاه، تودع كل مشاريع القوانين الأخرى مكتب المجلس الشعبي الوطني.

وعليه، فلا يملك المشرع المقيد بإتباع هذه الشكليات والإجراءات التي حددها له المؤسس الدستوري مسبقاً أي سلطة في الاختيار والتقدير بين هذه شكليات، لأنها تعد ضوابط في حد ذاتها تحكم مسار العملية التشريعية.

3- سلطة المشرع في تقدير محل القانون

يعرف الأستاذ ماهر أبو العينين محل القانون بأنه: "الأثر المترتب عليه، فهو الركن الذي يترجم إرادة مصدر القانون إلى وقائع"⁽¹⁾.

بمعنى المركز القانوني الذي أحدثه المشرع بتدخله، سواء لتنظيم حق معين أو لإنشاء حالة قانونية أياً ما كانت وتعديلها وإلغائها، ولكي يكون محل القانون مشروعاً من الناحية الدستورية ومنتجاً لآثاره يجب أن يلتزم في إنشائه بالقواعد الموضوعية التي يفرضها المؤسس الدستوري أو تفرضها الدستورية الموضوعية⁽²⁾.

ومجال تقدير المشرع في تحديد محل القانون مرهون بحسب الفقه الدستوري بطبيعة القيود الموضوعية التي يضعها المؤسس الدستوري، فهي تتراوح بين القيود الضيقة والفضفاضة، فكلما اتسعت القيود التي يضعها المؤسس الدستوري على سلطة المشرع في تنظيم موضوع معين ضاقت سعة الحرية والتقدير في الاختيار بين الفضائل، والعكس في ما إذا كانت القيود محكمة من المؤسس الدستوري -الذي يهدف في حقيقة الأمر إلى تحقيق مصلحة معينة- كان للمشرع من التقدير ما يجعله حراً في اختيار بين عدة فضائل تتزاحم كلها على تحقيق المصلحة العامة⁽³⁾.

وبمقارنة بين سلطة تقدير المؤسس الدستوري في وضع هذه القيود وبين سلطة المشرع في اختيار بين الفضائل المتزاحمة لتنظيم موضوع معين، نجدها أوسع عند الأول.

ونستقرئ مثلاً عن هذا الحالة، شروط تكوين الأحزاب السياسية في الجزائر، حيث وضع المؤسس الدستوري عدة قيود يلتزم بها المشرع عند تنظيمه لشروط تأسيس الأحزاب السياسية باعتباره ممارسة لحرية التجمع المضمونة دستورياً، لا يملك معها المشرع أي حرية في التقدير مع ترك له هامشاً ضيقاً من الحرية في تنظيم بعض الشروط الأخرى، وهو ما ورد في أحكام المادة 52 من الدستور حيث نصت على أن: "حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون.

¹ ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 185.

² عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 391.

³ عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 393.

ولا يمكن التذرع بهذا الحق لضرب الحريات الأساسية والقيم والمكونات الأساسية للهوية الوطنية والوحدة الوطنية، وأمن التراب الوطني وسلامته، واستقلال البلاد وسيادة الشعب وكذا الطابع الديمقراطي والجمهورى للدولة.

وفي ظل احترام أحكام الدستور، لا يجوز تأسيس الأحزاب السياسية على أساس ديني أو لغوي أو عرقي أو جنسي أو مهني أو جهوي.

ولا يجوز للأحزاب السياسية اللجوء إلى الدعاية الحزبية التي تقوم على العناصر المبينة في الفقرة السابقة.

يحظر على الأحزاب السياسية كل شكل من أشكال التبعية للمصالح أو الجهات الأجنبية.

لا يجوز أن يلجأ أي حزب سياسي إلى استعمال العنف أو الإكراه مهما كانت طبيعتهما أو شكلهما.

تحدد التزامات وواجبات أخرى بموجب قانون عضوي".

لكن المؤسس الدستوري لم يعتمد هذا الحجم من التقييد في تنظيم قانون الجمعيات، وبهذا يملك المشرع سلطة تقديرية واسعة في تحديد الشروط الموضوعية لتكوين الجمعيات، ولا يخضع في هذا إلا لإرادته الذاتية، وهو ما يفهم من أحكام المادة 54 من الدستور التي تنص على أنه: "حق إنشاء الجمعيات مضمون.

تشجع الدولة ازدهار الحركة الجمعوية.

يحدد القانون العضوي شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات"

وهكذا يظهر أن المؤسس الدستوري هو من يحدد حجم السلطة التقديرية الممنوحة والمعترف بها للمشرع، بحيث يعتبر الدستور المكتوب قيدها.

لكن هذا الكلام لا يأخذ على إطلاقه، فأحيانا لا يضع المؤسس الدستوري أي قيود سواء كانت قليلة أو واسعة على سلطة المشرع ، فيترك له المجال كليا للتنظيم، ومن ذلك نذكر⁽¹⁾ المادة 33 من الدستور من أن: "الجنسية الجزائرية معرفة بالقانون

شروط اكتساب الجنسية الجزائرية، والاحتفاظ بها، أو فقدانها، أو إسقاطها، محددة بالقانون"، فلم يعتمد المؤسس الدستوري التنصيص على أي تقييد لاكتساب وإسقاط وفقدان الجنسية الجزائرية بل ترك أمر ذلك لتقدير المشرع، لينظمها كليا بحسب ما يراه مناسبا.

وبهذه المثابة، يكون حجم السلطة التقديرية للمشرع معتمدا بالدرجة الأولى على نوع الخطاب الذي يوجهه له المؤسس الدستوري، وهي سلطة تتراوح بين التقييد والحرية، تتحكم فيه إرادة المؤسس الدستوري، الذي بدوره يراعي نوعية الموضوع المراد تنظيمه وأهميته السياسية.

والملاحظ، على أحكام الدستور أنها إذا تعلقت بمواضيع ذات طبيعة سياسية كان التقييد فيها صارما، أما إذا تعلقت بموضوع الحقوق والحريات فيفضل المؤسس الدستوري أن يترك المجال واسعا لسلطة المشرع لاختيار الأحكام والتدابير والإجراءات التي تتناسب والمصلحة العامة لأنه الوحيد القادر على استجلائها مع منحه بعض المبادئ التي يراعيها عند التنظيم، وفي بعض الأحيان يترك له من التقدير ما تنفي معه كل القيود الموضوعية الدستورية، خاضعا في ذلك لإرادته الذاتية.

4- سلطة المشرع في تقدير سبب القانون

يشبه مفهوم ركن السبب في القرار الإداري ركن السبب في القانون، ويعرف فقهاء القانون العام على أنه سبب القرار الإداري هو الحالة القانونية أو الواقعية السابقة على القرار⁽²⁾.

وفي المجال الدستوري لا يبتعد كثيرا عن هذا المعنى ، فالتشريع مثل القرار الإداري يستند في وجوده لسبب يعتمد المشرع للتدخل ووضع التشريع، وهو غالبا سند دستوري، يتعلق بحالة قانونية أو واقعية، لكن على خلاف سبب القرار الإداري الذي غالبا ما يكون سببا واقعيًا، فإن السبب في

¹ هناك الكثير من المواد التي تتضمن مواضع يملك فيها المشرع سلطة تقديرية واسعة منها المواد 42،4،48،49...من الدستور

² للاستزادة حول ركن السبب في القرار الإداري سليمان محمد الطماوي النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط5، دار الفكر العربي،1984.

التشريع نادرا ما يكون سببا واقعا كما هي الحال مثلا في التشريعات التي تصدر في الظروف الاستثنائية، التي توفر الحالة الواقعية لاتخاذ الأوامر التشريعية وحلول رئيس الجمهورية محل إرادة المشرع، وما عدا هذه الحالات الواقعية المحددة دستوريا، فإن المشرع لا يحتاج إلى وقائع ليتدخل للتشريع فمتى وجه له الخطاب من الدستور لتنظيم مسألة ما تدخل لتنظيمها⁽¹⁾. بالتراخي ليراعي في ذلك المواعيد ليكون تدخله وفق ما يقتضيه أو يفرضه واقع الحال، لكن هذا لا يمنعه من استشراف المستقبل ووضع قوانين تعمر طويلا من حيث أنه يسن قوانين تسائر المجتمع وتوفر له الأمن القانوني اليوم وغدا، وهذا جوهر عمومية القاعدة القانونية وتجردها من الذاتية والآنية.

وعليه، يملك المشرع سلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بركن السبب، فمتى انعقد له الاختصاص الدستوري بتنظيم موضوع معين، توفر لديه السبب للتشريع. ما عدا الحالات التي أشرنا إليها سابقا.

لكن، التسليم بهذا، يجعلنا نعتقد أن المشرع في حالة سكون فما لم يوجه له المؤسس الدستوري خطابا لتنظيم مسألة ما فإنه لا يتحرك، وهو ضرب لمضمون ومفهوم السلطة التقديرية للمشرع، لكن لا أحد يملى على المشرع متى يتدخل للتشريع وكيف يتدخل ولا طريقة التدخل، أي أنه يعد من ملاءمات سلطته الذاتية، وهو وحده من يقدر مدى الحاجة للقانون، وهو في هذا تتحكم فيه وقائع وتطورات الحياة الحديثة ومتطلباتها، ومن ذلك مثلا نذكر الشبكات العنكبوتية عندما ظهرت، وأحدثت تغييرات في الوقائع والتصرفات القانونية، وأحدثت آثارا مست بالحقوق، تطلب ذلك من المشرع أن يتدخل لينظم هذه الحالات، ويحولها من وقائع مادية إلى تصرفات قانونية لها أطرها وآثارها القانونية، وتكتسي من الحماية القانونية ما يجعل الأفراد في مأمن للقيام بها، وإبرامها، كما هي الحال بالنسبة للتوقيع الإلكتروني، العقود الإلكترونية، وبطاقات الدفع الحديثة.... الخ.

5- سلطة المشرع في تقدير ركن الغاية أو الهدف من القانون

يعتبر ركن الغاية والهدف من القانون الركن الذي لا نزاع فيه، فلا شك أن المصلحة العامة وتحقيق النفع العام هو الهدف الذي يصبو إليه المشرع المعبر عن الإرادة العامة، خاصة أنه يجب أن يكون وفيًا للإرادة الشعبية ليضمن مصداقيته واستمراره.

وفي هذا المعنى تنص المادة 115 من الدستور الجزائري على أن: "واجب البرلمان، في إطار اختصاصاته الدستورية أن يبقى وفيًا لثقة الشعب، ويظل يتحسس تطلعاته"، فحتى يكون القانون تعبيرًا عن الإرادة الشعبية يجب أن يهدف إلى تحقيق مصالحهم، ولا نعني بذلك المصلحة

¹ عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 398، 399.

الفردية، وإنما المصلحة العامة، ليتحقق الأمن القانوني، على أن الفقه يعتبر أن مفهوم المصلحة العامة له من السعة والمرونة ما يصعب وضع معيار منضبط يحدد مداها، فما يعتبر من قبيل المصلحة العامة عند البعض لا يعتبر كذلك عند آخرين، فمفهوم المصلحة العامة متغير من زمن لآخر ومن مكان لآخر، ومن أجل ذلك فإن المشرع يملك سلطة تقديرية واسعة في تقدير وتحديد ما هو من المصلحة العامة وما ليس كذلك، وكذا إقامة التوازن بين المصالح المتضاربة، تحت رقابة القاضي الدستوري.

ثالثاً: موقف القاضي الدستوري من السلطة التقديرية للمشرع

اعترف القضاء الدستوري المقارن على غرار المحكمة الدستورية المصرية بالسلطة التقديرية للمشرع، وكان له موقف صريح حيال ذلك. حيث اعتبرت ذات المحكمة في حكمها الصادر في القضية رقم 37 لسنة 8 قضائية أن: "الأصل في سلطة المشرع في تنظيم الحقوق وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد المشرع الدستوري بضوابط معينة تحد من إطلاقها وترسم بالتالي حدود لممارستها لا يجوز تخطيها، وكان الدستور إذ يعهد إلى السلطة التشريعية بتنظيم موضوع معين، فإن تشريعاتها في هذا الإطار لا يجوز أن تتال من الحق محل الحماية الدستورية، ذلك باقتحامها-بالنقض أو الانقاص- المنطقة التي اعتبرها الدستور مجالاً حيوياً لهذا الحق لضمان فعاليته"⁽¹⁾.

وأكدت نفس المقصد، في حكمها الصادر في القضية 121 لسنة 6 قضائية بقولها: "الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بقيود محددة، وأن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملائمة إصدارها إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور"⁽²⁾.

ونفس الموقف كان للمجلس الدستوري الجزائري، الذي أيد دائماً السلطة التقديرية الأصلية للمشرع، عند ممارسته لسلطة التشريع، و مع هذه السلطة لا يملك إلا أن يحترمها، ويتأكد فقط من مدى تقيد المشرع بالضوابط الموضوعية الدستورية، حيث عبر عنها بقوله⁽³⁾: "واعتباراً أنه إذا كان للمشرع بمقتضى المادة 98(الفقرة 2) من الدستور أن يعد القانون ويصوت عليه بكل سيادة،

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في القضية رقم 37 لسنة 8 قضائية sccourt.gov.eg

² حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في القضية 121 لسنة 6 قضائية sccourt.gov.eg

³ رأي رقم 01/م.د.م/11 الموافق ل06 يوليو 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، للدستور.

فإنه بالمقابل، يتعين على المجلس الدستوري أن يتأكد عند ممارسة صلاحياته الدستورية من أن
المشرع قد أحترم توزيع الاختصاصات كما نص عليها الدستور...".

وعليه، فرقابة القاضي الدستوري تنحصر في مدى احترام المشرع للضوابط الدستورية، وبين في
ذات الرأي أن المؤسس الدستوري قد ميز بين القانون العضوي والقانون العادي من حيث المجالات
وكذا الإجراءات، وعلى المشرع أن يلتزم بهذا الضابط، وإن كان يملك السلطة التقديرية في وضع
ما يراه ملائماً من حيث تنظيم الموضوع، وهو ما عبر عنه بقوله: "واعتباراً أن المؤسس
الدستوري يميز بين القانون العضوي والقانون العادي من حيث المصطلح، ومن حيث المجال
المخصص لكل واحد منهما والإجراءات الواجب إتباعها في إعداد القوانين والمصادقة عليها وكذا
الرقابة الدستورية.

-واعتباراً أن المشرع بإدراجه الفقرة 2 من المادة 32 ضمن قانون عضوي لم يراع مجال
اختصاصه كما نص عليه الدستور...".

و اعتبر تحديد النسب الخاصة بتمثيل المرأة في المجالس المنتخبة من جوهر تقدير المشرع ذلك
بقوله: "ثانياً: فيما يتعلق بالفقرتين 1 و 2 من المادة 2، وكذا المادة 3 من القانون العضوي،
موضوع الإخطار، المأخوذتين معا لاتحادهما في العلة والمحررتين كآلآتي:

" المادة 2 : يجب ألا يقل عدد النساء في كل قائمة ترشيحات، حرّة أو مقدّمة من حزب
أو عدّة أحزاب سياسية، عن النسب المحدّدة أدناه، بحسب عدد المقاعد المتنافس عليها :

• -انتخابات المجلس الشعبي الوطني:

-20 % عندما يكون عدد المقاعد يساوي أربعة 04 مقاعد،

- 30 % عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق خمسة 05 مقاعد،

- 35 % عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق أربعة عشر 14 مقعداً،

-40 % عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق اثنين وثلاثين 32 مقعداً،

- 50 % بالنسبة لمقاعد الجالية الوطنية بالخارج،

• انتخابات المجالس الشعبية الولائية :

- 30 % عندما يكون عدد المقاعد 35 و 39 و 47 مقعداً،

- 35 % عندما يكون عدد المقاعد 51 و 55 مقعداً،

• انتخابات المجالس الشعبية البلدية

- 30 % للمجالس الشعبية البلدية الموجودة بمقرات الدوائر وبالبلديات التي يزيد عدد سكانها عن عشرين ألف (20.000) نسمة"،

" المادة 3 : توزع المقاعد بين القوائم بحسب عدد الأصوات التي تحصل عليها كل قائمة، وتُخصّص النسب المحددة في المادة 2 أعلاه، وجوباً للمرشحات حسب ترتيب أسمائهن في القوائم الفائزة ."

- اعتباراً أنه بمقتضى الفقرتين 1 و 2 من المادة 2 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، يجب أن تتضمن كل قائمة ترشيحات حرّة أو مقدمة من حزب أو عدّة أحزاب سياسية، عدداً من النساء لا ينبغي أن يقلّ عن النسب المتفاوتة المحددة أعلاه بحسب عدد المقاعد المطلوب شغلها، وأنه بمقتضى المادة 3 يتم توزيع المقاعد حسب عدد الأصوات المحصل عليها، وأن تُخصّص النسب المحددة في المادة 2 أعلاه، وجوباً للمرشحات حسب ترتيب أسمائهن في القوائم الفائزة،

- و اعتباراً أنه إذا كان لا يعود للمجلس الدستوري أن يحلّ محلّ المشرّع في تقديره لمدى اختيار النسب التي حدّدها والتي هي من اختياره السيّد، إلّا أنه يعود له بالمقابل أن يتأكد من أن هذه النسب، سواء عند تنصيبها أو تطبيقها، ليس من شأنها تقليص حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، وأنها لا تشكل عائقاً قد يحول دون مشاركتها الفعلية في الحياة السياسية،...⁽¹⁾.

انطلاقاً مما تقدم ، يتبادر إلى أذهاننا سؤال غاية في الأهمية هو: مادام أن القضاء الدستوري نفسه يعترف بالسلطة التقديرية للمشرّع؟ هل يخضعها لرقابته؟ إذا كانت الإجابة نعم ما هي إذن طبيعة هذه الرقابة هل هي رقابة مشروعية دستورية أم رقابة ملاءمة؟ نجيب عن هذا السؤال في حينه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

الفرع الثاني

¹ رأي رقم 11/05 الصادر في 22 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد كفاءات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة.

مبدأ الفصل بين السلطات

يعتبر مبدأ الفصل بين السلطات -بمفهومه المطلق والمهذب- من أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام العام الدستوري في أية دولة قانونية، تنتظم بمقتضاه السلطات العامة وتمارس اختصاصها بحسب ما يميله عليها المؤسس الدستوري، ولا يعني فقط اختصاصها بتلك الوظيفة الدستورية المحددة فحسب، بل انفرادها باختصاصها السيد في ممارسة تلك الوظيفة، ولا يمكن لأية واحدة من السلطات الحل محل الأخرى إلا وفق الضوابط و الحالات الدستورية المحددة مسبقاً، وهو وضع استثنائي.

ولئن كان الدور السلبي للقاضي الدستوري الذي يقف عند الحكم بإلغاء القوانين وإزالة أثرها القانوني من النظام القانوني على نحو ما أسلفنا توضيحه مقبولاً إلى حد ما، لأنه في الحقيقة اختصاص حده له الدستور ، وقد حدد المؤسس الدستوري في مختلف الأنظمة الدستورية على اختلاف أحكامها، الأثر القانوني للأحكام والقرارات التي ترتبها على القوانين، وكل متفق على سلطة القاضي الدستوري في إلغاء القوانين التي أصابها عوار عدم الدستورية.

إلا أن الدور الإيجابي الذي يقوم به القاضي الدستوري، عندما يظهر في هيئة سلطة خلافة، يشارك ويساعد المشرع في ممارسة الوظيفة التشريعية عن طريق إكمال أو خلق النصوص القانونية، ومعالجة المصاغة منها بالخلل من أجل إعادة صياغتها وتجنب الحكم بعدم دستورتها، يعد اعتداء صارخ على السلطة السيدة والأصيلة للمشرع في ممارسة اختصاصه الأصلي في الوظيفة التشريعية⁽¹⁾، وهدم لمقتضيات هذا المبدأ. خاصة في الأنظمة الرقابية التي تنتمي فيها هيئة الرقابة الدستورية إلى هيكل التنظيم القضائي، بحيث تصبح هذه السلطة منافسة لسلطة المشرع في ممارسة الوظيفة التشريعية، وهنا يجب أن نشير إلى مسألة غاية في الأهمية تعود إلى كيفية تكوين السلطتين هيئة الرقابة الدستورية القضائية وحتى الرقابة الدستورية السياسية التي تقوم على التعيين ، وسلطة البرلمان الذي يعتبر إنتاجاً شعبي محضاً، وهنا نعود إلى الجدل القديم الذي احتدم بين الاتجاه الرافض للرقابة الدستورية والاتجاه المؤيد لها، مفاده كيف لسلطة معينة أنها تكون لها كلمة على سلطة منتخبة معبرة عن الإرادة العامة؟

وعليه، بالرغم من أن سلطة القاضي الدستوري في خلق النصوص التشريعية والأحسن أن نقول تقنيته وعبقريته في إنقاذ النصوص التشريعية من الوقوع في حماة عدم الدستورية وبالتالي نقادي

¹ راجع مبدأ الانفراد التشريعي المطلق والنسبي في الباب الأول من هذه الرسالة.

الحكم بعدم دستوريته وبالتالي إجهاضها قبل أن تصدر أو إزالتها من النظام القانوني بعد نفاذها، إلا أنه لا يمكن لأحد أن ينكر أن القاضي الدستوري بهذا الأسلوب أصبح منافسا لسلطة المشرع في ممارسة الوظيفة التشريعية وبالتالي هدم مبدأ الفصل بين السلطات.

لكننا نعود للقول أن سلطة القاضي الدستوري في خلق القواعد القانونية لا تعدو أن تكون سلطة محتشمة، يراعي فيها دائما إعادة النصوص التشريعية إلى دائرة الدستورية عن طريق سلطته في تفسير النصوص التشريعية والنصوص الدستورية، لأن هذه الأخيرة لا تكون دائما واضحة بحيث يمكن للمشرع أن يستجلي معناها الحقيقي الذي قصده المؤسس الدستوري، فيصعب على المشرع إدراكها، وهنا يأتي دور القاضي الدستوري للمواءمة بين النصوص التشريعية والمعاني الحقيقية لهذه النصوص . وأنه أبدا لا يكون الهدف منه هو الاعتداء على السلطة السيدة للمشرع في ممارسة الوظيفة التشريعية التي ينفرد بها.

إلى جانب هذه الحدود والتي تتعلق مجملها بالمبادئ الدستورية التي يبني عليها البناء الدستوري لدولة القانون ولا يمكن للقاضي الدستوري أن يهدرها، هناك من الحدود ما ترتبط باختصاص القاضي الدستوري في حد ذاته، بتعبير آخر مرتبطة بحدود رقابة الدستورية هل هي رقابة مشروعية دستورية أو رقابة ملاءمة؟ نجيب عنه في الجزئية الموالية .

المطلب الثاني

حدود تتعلق بالاختصاص الدستوري للقاضي الدستوري

من العوائق التي تحد السلطة الخلاقة للقاضي الدستوري، أهم القواعد والمبادئ التي يقوم عليها النظام العام الدستوري وهو الاختصاص، بحيث خص المؤسس الدستوري كل سلطة عامة باختصاص معين، لا يمكن لها أن تخرج عنه إلا عندما يسمح لها هو في الحدود الدستورية المضبوطة سابقا، طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات.

وبالرغم من الترحيب الكبير الذي حظيت به الرقابة الدستورية في أول ظهور لها، إلا أنها لم تكن كذلك عند بعض الفقه، وتمحور الجدل حول كيف يمكن لسلطة معينة أن تراقب سلطة منتخبة؟ وإذا قبلنا ما هي طبيعة الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري على عمل المشرع، بعدما أصبح وجوده في أي نظام دستوري مسألة حتمية تقاس بها دولة القانون؟ هل هي رقابة مشروعية

دستورية بمعنى مدى احترام التشريع للضوابط الدستورية أم هل هناك تلاؤماً وتوافقاً بين التشريع والنص الدستوري؟ وتؤخذ هنا الملاءمة بمفهومها الواسع.

الفرع الأول

رقابة القضاء الدستوري على المشرع بين رقابة الملائمة و رقابة المشروعية الدستورية

شغلت نوعية الرقابة التي يمارسها القضاء الدستوري على سلطة المشرع عند وضع القوانين اهتمام الفقه الدستوري، بعدما أصبح يسلم بامتلاك هذا الأخير سلطة تقديرية في التشريع، عبرت عنها الدساتير بالسلطة السيدة، فاختلف بين مناد بالتزام القضاء الدستوري حدود المشروعية الدستورية عند رقابته لدستورية القوانين، بينما منحه جانب آخر من الفقه حيزاً واسعاً من الحرية يمهدها ليراقب مدى ملاءمة التشريع من حيث مناسبته، وحلوله القانونية وكذا البواعث التي دعت المشرع للتدخل بالتشريع.

أولاً: الاتجاه المؤيد لرقابة المشروعية الدستورية

انعقد إجماع الفقه على أن الرقابة القضائية الدستورية التي يقوم بها القاضي الدستوري على التشريعات هي محض رقابة مشروعية، ولا يجوز له أن ينحاز إلى رقابة ملاءمتها⁽¹⁾.

واستند هذا الاتجاه إلى أصل الرقابة القضائية، التي تعتبر رقابة قانونية ولا تقوم إلا إذا كانت هناك مسألة قانونية، وعليه فإن الحكم القضائي لا يخرج عن كونه حلاً لمسألة من مسائل القانون. ووظيفة القاضي الدستوري في ذلك شأن أي قاضٍ آخر، إدارياً كان أو عادياً ينحصر دوره في مجرد التحقق من مطابقة النص التشريعي المطعون فيه مع النصوص الدستورية، ويمتنع عليه بحث ملاءمته أو الخوض في بواعثه السياسية أو ضرورته أو الأهداف التي توخاها المشرع⁽²⁾.

واعتبر الفقه الدستوري هذا الحد من الحدود الذاتية لرقابة الدستورية التي وضعتها جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لتقييد سلطتها في رقابة دستورية التشريعات، فالرقابة الدستورية هي في رأيهم رقابة فنية قانونية مجردة وليست رقابة سياسية، تقتصر على المسائل الدستورية، ولا تمتد إلى المسائل التي تدخل في الاختصاص التقديري للسلطة التشريعية، وإن حصل و قامت

¹ ثروت عبد العال أحمد، حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، رسالة دكتوراه، جامعة اسبوت، 1999، ص 18.

² نفس المرجع، ص 18.

برقابة ملاءمة التشريع وبواعث إصداره، فإنها تكون بذلك قد تدخلت في اختصاص السلطة التشريعية⁽¹⁾، ما يعتبر خرقاً صارخاً لمبدأ الفصل بين السلطات الدستورية.

فمسألة تقدير الباعث على التشريع ووقت التدخل بالتشريع وكذا الهدف منه هو من ملاءمات السلطة التقديرية للمشرع وحده، وليس للقضاء الدستوري أن يراجع هذا التقدير الذي تجرّبه السلطة التشريعية وألا عد متجاوزاً لاختصاصه الدستوري. فالمشرع وباعتباره ممثلاً للإرادة العامة الشعبية هو وحده من يقدر الأصلاح لهذا المجتمع وما يعتبر من مضامين الأمن القانوني، فواجب المشرع أن يكون وفياً لهذه الإرادة الشعبية على نحو ما يلزمه الدستور، وكذا القضاء الدستوري وما رقابة القاضي الدستوري إلا في حدود احترام هذا المشرع للضوابط الدستورية كالإجراءات المحددة لوضع القوانين، أو الضوابط الدستورية للحقوق والحريات الدستورية.

نضم إلى هذا الرأي موقف الأستاذ عبد العزيز محمد سالماني عندما رفض فكرة السكوت أو الإغفال التشريعي من إن تخضع للرقابة الدستورية، حيث ارتكز على فكرة السلطة التقديرية للمشرع، وتمحورت حجته حول أن فكرة التدخل بالتشريع أو عدم التدخل، أو تقدير الحاجة للتشريع ومن ثم التدخل لتنظيم الموضوع محل التشريع أو عدم الحاجة إليه ومن ثم السكوت، يعد أهم خصائص السلطة التقديرية للمشرع، ما لم يطلب منه المؤسس الدستوري هذا التدخل. وعليه، فإن الإغفال التشريعي ليس من اختصاص القاضي الدستوري ليعمل رقابته، والمشرع وحده من يقرر التدخل. فالحاجة إلى التشريع تعد من متطلبات أو عناصر السياسة التشريعية على حد تعبيره⁽²⁾.

ويواصل في رأيه بأن المحكمة الدستورية ليست سلطة تقييمية على المشرع، والرقابة لا تنصب على إصدار أحكام تقييمية على التشريع من ناحية ملاءمة أو مدى صلاحيته الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، فهذه الملاءمة هي أخص من مظاهر السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع، فالدستور جعل له ولاية التشريع وأطلق سلطته في تقدير ملاءمتها ووزن مناسبتها، فالرقابة في هذه الحالة تعني رقابة قانونية مضمونها مطابقة التشريع للدستور أو عدم مطابقته نصاً وروحاً، دون أن تعني أن تحل المحكمة الدستورية محل المشرع فيما هو متروك لتقديره ووزنه واقتناعه. إذ ليس من حقها أن تستأنف النظر بالموازنة الترجيح فيما قام لدى المشرع من اعتبارات سياسية قدر على مقتضاها ملاءمة إصدار التشريع⁽³⁾، وبالتالي فإن الرقابة على امتناع المشرع

¹ محمود أحمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2003، ص 519.

² عبد العزيز محمد سالماني، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 109.

³ نفس المرجع، ص 109.

عن التشريع وهو مالك السلطة التقديرية في التدخل أو عدم التدخل يشكل مصادرة لإرادة المشرع في تقدير التشريع وغلاً ليده عن مباشرة وظيفته في الحدود الدستورية التي تقتضيها هذه الوظيفة وما تستلزمه من حرية في وزن مناسبات التشريعات التي تسنها وتقدير ملاءمة إصدارها، الأمر الذي يتناقض مع واجب المشرع المتمثل في التجاوب مع مقتضيات التطور، ومن ثم يتعين على المحكمة الدستورية ألا تتدخل في السياسة التشريعية⁽¹⁾، فنشاط المحكمة الدستورية يتعين أن يقف عند عدم المشروعية ولا يتجاوز إلى وزن مناسبات التشريع أو سياسته مما يدخل في نطاق الملاءمة التقديرية للمشرع وحده⁽²⁾.

واستدل هذا الاتجاه الفقهي بحكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بقولها: "يبين من نص المادة 119 من دستور 1974 أن المشرع الدستوري خول رئيس الجمهورية بصفته رئيساً للسلطة التنفيذية سلطة إصدار قرارات لها قوة القانون لمواجهة حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير.. وترك له تقدير هذه الحالات، ومن ثم تقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة استعمال تلك الرخصة التشريعية الاستثنائية المخولة على أن يكون استعمالها تحت رقابة الشعب.. ولما كان تقدير حالة الضرورة الملحة لإصدار قرارات بقوانين عملاً بنص هذه المادة مرده إلى السلطة التنفيذية تقدر تحت رقابة السلطة التشريعية بحسب الظروف والملابسات القائمة في كل حالة، فإذا ما عرض القرار بقانون على السلطة التشريعية أقرته، فلا معقب عليها فيما تراه بشأن حالة الضرورة التي ألجأت السلطة التنفيذية إلى إصداره في غيبة السلطة التشريعية"⁽³⁾.

وفي حكم آخر لها قضت ذات المحكمة أن: "المناط في تقرير دستورية التشريع أو عدم دستوريته عند إعمال الرقابة القضائية هو مدى اتفاق التشريع أو مخالفته لأحكام القانون الأسمى وهو الدستور، وولاية المحكمة الدستورية العليا لا تمتد إلى مناقشة ملاءمة التشريع أو البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره، لأن ذلك كله مما يدخل في صميم اختصاص السلطة

¹ يعتبر القضاء الأمريكي الأقدم من حيث رفضه لرقابة الملاءمة على التشريع، حيث أقرت المحكمة الاتحادية العليا قاعدة مفادها عدم مراقبتها لضرورة التشريع أو عدم ضرورته، حيث قضت في حكمها في قضية "ماك كولوك" ضد "ماريلاند" الصادر عام 1891 بأنه: (إذا تبين أن تشريعاً معيناً يدخل في اختصاص الكونجرس أما بالنص الصريح عليه في الدستور، أو تأسيساً على نظرية الاختصاصات الضمنية، فإن تقدير الحاجة إلى هذا التشريع ومدى ضرورته يدخل في اختصاص الهيئة التشريعية وحدها، باعتبارها عنصراً من عناصر السياسة التشريعية، التي يمتنع على المحاكم التدخل فيها...)، وفي حكم لها في قضية "ولسن" ضد "نبرسكا" سنة 1941 وضعت مبدأ عاماً قالت فيه: (لا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته...)، وأورد هذه القرارات، محمود أحمد زكي، المرجع السابق، ص 526

² عيد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 110.

³ حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 1 أبريل 1972 دستورية رقم 11 أشار إليه محمود أحمد زكي، المرجع السابق، ص 18.

التشريعية وتقديرها المطلق، وأنه ليس لها إلا أن ترد النصوص التشريعية المطعون فيها لأحكام الدستور الشكلية والموضوعية لا أن تخوض في بواعثها أو تناقش دوافعها⁽¹⁾.

ومن جهته أكد المجلس الدستوري الجزائري على أن سلطة التشريع هي من ملاءمات السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع وحده، وما رقابته إلا على الضوابط والحدود الدستورية التي قيد بها المؤسس الدستوري سلطته في التشريع، مؤكداً على سلطة هذا الأخير في تقدير البواعث السياسية للتشريع، عندما حاول المجلس الدستوري تفسير عبارة السلطة السيدة الواردة في أحكام م 112، على نحو ما أوضحناه سابقاً، حيث أعلن في رأيه رقم 200/10⁽²⁾ المتعلق بالنظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني التزامه بهذه الحدود، وقرر أنه وإن كان لهذا الأخير أن يضع من الشروط ما يراه مناسباً فيما يخص تكوين المجموعات البرلمانية إلا أنه يعود للمجلس الدستوري أن يراقب مدى احترام هذه الشروط للضوابط الدستورية، وعبر عن ذلك بقوله: " - واعتباراً أنه إذا كان من اختصاص المجلس الشعبي الوطني وضع شروط تتعلق بتشكيل المجموعات البرلمانية بالاستناد إلى أحكام المادة 10 من القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، إلا أنه يعود للمجلس الدستوري مقابل ذلك، أن يتأكد من أن هذه الشروط لا تتعارض مع المبادئ التي أقرها الدستور...".

كما قرر في رأيه رقم 01/12⁽³⁾ "8- فيما يخص م 28 من القانون، موضوع الإخطار، والمحرة كالاتي:

" المادة 28: يمكن عضو البرلمان من جميع الوسائل الضرورية لأداء مهمته.

يحدد النظام الداخلي لكل من الغرفتين هذه الوسائل"

- اعتباراً أن المشرع أقر بموجب هذه المادة تمكين عضو البرلمان من جميع الوسائل الضرورية لأداء مهمته وأحال تحديدها على النظام الداخلي لكل من الغرفتين.

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا لسنة 5 دستورية جلسة 03-07-1976 أشار عبد العزيز محمد سالمان، المرجع السابق، ص 111

² رأي رقم 2000/10 الصادر في 13 ماي 2000 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور www.conseil constitutionnel.dz.

³ رأي رقم 01/12 ر.م.د/01 الصادر في 13 يناير 2001 يتعلق بالرقابة على دستورية القانون 2000-... المؤرخ في... يتضمن القانون الأساسي لعضو البرلمان www.conseil constitutionnel.dz.

-واعتبارا أنه إذا كان من صلاحية المشرع تقدير الوسائل المادية الضرورية التي يحتاجها عضو البرلمان لأداء مهمته البرلمانية فإنه بالمقابل يتعين عليه أن تكون تلك الوسائل، بما في ذلك فتح أمانة لا تخالف أحكام م 105 والفقرة الثانية من الدستور".

وظل المجلس يؤكد على احترامه لسلطة الملاءمة التي يملكها المشرع في ممارسة سلطته في التشريع، إلا أنه من واجبه، ومن جوهر اختصاصه، أن يلزمه مراعاة واحترام الضوابط والحدود الدستورية التي وضعها الدستور لتنظيم موضوع معين، حيث قال في رأيه رقم 11/03⁽¹⁾: - اعتبارا أنه إذا كان للمشرع بمقتضى المادة 98 (الفقرة الثانية) من الدستور، أن يُعدّ القانون ويصوت عليه بكل سيادة أو يُحدث بالتالي أي لجنة ويخولها الصلاحيات التي يراها ملائمة فإنه، بالمقابل، يتعين على المجلس الدستوري أن يتأكد عند ممارسة صلاحياته الدستورية من أن المشرع قد احترم توزيع الاختصاصات كما نصّ عليها الدستور".

وترتيباً على ذلك فإن المجلس الدستوري وعلى غرار القضاء الدستوري المقارن، ومادام أن يقوم برقابة الضوابط الدستورية التي وضعها المؤسس الدستوري وألزم السلطة التشريعية بها عند قيامها بتنظيم موضوع معين يندرج ضمن اختصاصها، فإن رقابته هي رقابة مشروعية دستورية دون أن يمتد إلى ملاءمات التشريع التي تعود لمشرع في تقديرها دون غيره. وعليه أن يلتزم بهذه الحدود عند إعمال رقابة الدستورية.

وفي فرنسا، أيضاً استقر قضاء المجلس الدستوري على أن رقابته على دستورية القوانين يتحدد بالتحقق من مطابقة النص القانوني المطعون فيه لأحكام الدستور، ومن ثم لا يدخل في نطاق هذه الرقابة ولا يدخل ضمن عناصرها التحقق من سلامة التقديرات التي يجريها المشرع بشأن مدى الحاجة إلى التشريع وملاءمته، فتلك مسألة يستقل المشرع بتقديرها، ويكون تقديره في هذا الشأن بمنأى عن أية رقابة قضائية، ذلك أن نصوص الدستور لا تتضمن ما يخول للمجلس الدستوري سلطة مراجعة المشرع في تقديره أو أن يحل تقديره الخاص محل تقدير المشرع⁽²⁾، وذلك في ثلاث قرارات تركزت محاورها على امتداد رقابة المجلس الدستوري لملاءمات التشريع، وتعلق القرار الأول بفحص الطلب الموجه من أعضاء الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ بفحص مدى الملاءمة بين الجرائم والعقوبات المحددة من جانب المشرع، وقد حدد المجلس نطاق رقابته بصورة مقيدة،

¹ رأي رقم 11/03 الصادر في 22 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور www.conseil-constitutionnel.dz
² محمود أحمد زكي، المرجع السابق، ص 21.

موضحاً أن الدستور، لم يمنحه سلطة مماثلة لسلطة المشرع، كما أنه لا يملك أن يضع تقديره موضع تقدير المشرع، وبالتحديد فيما يتعلق بضرورة العقوبة المحددة للمخلفات المعرفة من جانب المشرع، وبالتالي ما من نص قانوني من الباب الأول من هذا القانون يعتبر مخالف لنص المادة 8 من إعلان 1789⁽¹⁾.

أما الثاني، فتعلق بقضية اتجاه الدولة لتأميم المشروعات الخاصة⁽²⁾، فوفقاً م 34 من الدستور يختص المشرع وحده بتنظيم عمليات التأميم، ونقل ملكية المشروعات العامة الى الملكية الخاصة، وهي ما يعرف بالخصخصة، بل له وحده كذلك تحديد المعايير التي سوف تتبع بمناسبة هذه العملية وتحديد المعايير التي سوف تتبع بمناسبة هذا العملية وتحديد المشروعات التي يجب أن تؤمم وفقاً للمعايير المحددة من جانبه . وفي بداية عام 1982 صوت البرلمان على قانون يتجه نحو تأميم بعض المشروعات دون البحث عما إذا كان المشروع أو الشركة المؤممة تحوز احتكاراً فعلياً أو اكتسابها لخاصية مرفق عام وطني، وفقاً لما تنص عليه الفقرة 9 من مقدمة دستور 1946. لكن المعارضة البرلمانية طلبت من المجلس الدستوري فحص هذا القانون على أساس أن المشرع لا يملك إقرار عمليات التأميم مع تجاهل الفقرة 9 من مقدمة دستور 1946 والتي تتطلب أن يكون المشروع المؤمم يحوز على صفة مرفق عام أو يتمتع باحتكار فعلي، مشيرين الى أن هناك العديد من المشروعات المؤممة لم تتوافر فيها هذان الشرطان، ومن ثم تتسم بعدم الدستورية، لكن المجلس تجنب مناقشة هذا المطلب، ويرر أن المشرع بنى قرار عملية التأميم على الضرورة بسبب الأزمة الاقتصادية ودفع التنمية ومكافحة البطالة، وبهذا الوضع لا يمكن للمجلس أن يناقش هذه الضرورة لأنه ببساطة لا يمكنه أن ينظر في ملاءمات التشريع، واعتبر الفقه الدستور الفرنسي هذا القرار حماية صريحة للمجلس الدستوري لتقدير المشرع في اختيار المشاريع التي تنقل من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة .

أما المناسبة الثالثة، فتعلقت بخصخصة بعض المشروعات ونقلها من الملكية العامة إلى الملكية الخاصة، حيث اكتفى المجلس الدستوري في هذا القرار بضوابط المشروعية الدستورية

¹ أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانونين المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2001، ص360

² أورده نفس المرجع، ص361

مفادها ضرورة احترام المشرع للقواعد الدستورية التي تفرض عليه، وأنه الوحيد الذي يملك تقدير مناسبات وملاءمات نقل ملكية المشروعات العامة الى الملكية الخاصة⁽¹⁾.

مما سبق يمكن القول أن رقابة المشروعية الدستورية التي يقوم بها القاضي الدستوري هي تلك العملية التي يتأكد فيها هذا الأخير من مدى احترام المشرع للضوابط الدستورية التي قيده المؤسس الدستوري عند التدخل لتنظيم موضوع معين يندرج ضمن اختصاصه الدستوري، وفي حالة غياب هذه الضوابط الدستورية، ومنح للمشرع سلطة تقديرية مطلقة، فلا يفلت هذا الأخير من الرقابة بحيث يبقى للقاضي الدستوري في هذه الحالة أن يتأكد من أن المشرع وعند قيامه بتنظيم المسألة محل التشريع لم يهدم المبادئ العامة الدستورية كاحترام مبدأ المساواة والفصل بين السلطات، وتدرج القواعد القانونية، شرعية الجرائم والعقوبات، وكذا مبادئ المحاكمة العادلة مثلاً....

ثانياً: الاتجاه المؤيد لرقابة الملاءمة نحو تطور مفهوم رقابة القضاء الدستوري

رأينا مما سبق أن إجماع الفقه كان حول أن رقابة الدستورية هي رقابة مشروعية يكتفي فيها القاضي الدستوري على مدى احترام المشرع للجوانب القانونية للتشريع دون أن يمد يده لينقاش ملاءمة التشريع من حيث بواعثه وضرورته وكذا توافقه مع مقتضيات المصلحة العامة، بحيث يعتبر التقدير المجال المحجوز الذي يمنع على القاضي الدستوري التطرق له في معرض رقابته. وإلا عد مغتصبا لاختصاص المشرع، ذلك أنه لا يمكن في أي حال من الأحوال تحل هيئة رقابة الدستورية محل تقدير المشرع المعبر عن الإرادة الشعبية، والذي يجب أن يكون وفيها لها دائماً.

وظل هذا التصور يلازم فقه القانون الدستوري إلى أن عرفت هيئات الرقابة الدستورية تطوراً عميقاً في مصر وفرنسا⁽²⁾، دفع بهذا الفقه لأن يعيد النظر فيما استقر عليه، من حيث التزام القضاء الدستوري حدود المشروعية الدستورية ولا شأن له بملاءمة التشريع وبواعثه السياسية والاقتصادية والاجتماعية⁽³⁾.

¹ أشار إليه عبد الحفيظ علي الشيمي، المرجع السابق، ص362.

² تجب الإشارة إلى أن الدستور التونسي هو السياق في إعمال رقابة الملاءمة، فقد نص صراحة على أحقية المجلس الدستوري في إعمال رقابة الملاءمة على عمل المشرع وذلك في المادة 72 من الدستور التونسي المعدل سنة 2002 التي تنص على أنه: "ينظر المجلس الدستوري في القوانين التي يعرضها عليه رئيس الجمهورية من حيث مطابقتها للدستور أو ملاءمتها له"، وكذا المادة 74 منه بقولها: "يعرض النظام الداخلي لمجلس النواب والنظام الداخلي لمجلس المستشارين على المجلس الدستوري قبل العمل بهما وذلك للنظر في مطابقتها للدستور أو ملاءمتها له".

³ محمود أحمد زكي، الحكم الدستوري في الدعوى الدستورية، المرجع السابق، ص26.

وما جعل الفقه الدستوري يتراجع عن رأيه بالإضافة إلى تطور عملية الرقابة الدستورية، الرقابة التي يقوم بها القاضي الإداري الذي لا تتوقف مهمته عند حد الفصل في منازعات المشروعية الإدارية وإنما يتعداها إلى التوفيق بين اعتبارات المصلحة العامة من ناحية واعتبارات حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من الناحية الأخرى، وهذا لا يتأني إلا إذا تطرق لاعتبارات -غير اعتبارات المشروعية- وهي اعتبارات غير قانونية وهو مقصد رقابة الملاءمة⁽¹⁾.

والحال كذلك، فالأجدر أن يقوم القاضي الدستوري الذي يتربع على مكانة متميزة من القضاء العادي والإداري باعتباره هيئة مستقلة بعمل مختلف يليق بهذا التميز، لأن وظيفته لا تتحد في حدود المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور والنص التشريعي المطعون فيه، فالمرجع كما قال الفقيه الفرنسي Burdeau في وصفه للمشرع لا يمكن أن ينتهك صراحة ومباشرة أحكام الدستور، فهو يملك من المهارة ما ينجيه من المخالفة الصريحة، وأنه والأمر كذلك فلا داعي لوضع هيئة رقابة دستورية متخصصة مادام أن الكشف عن هذه المخالفة تظهر للرأي العام⁽²⁾.

لذلك كان من الضروري أن يمد القاضي الدستوري رقابته إلى ما لا يمكن اكتشافه لدى العامة أي قاضي آخر وهو اعتبارات الملاءمة.

كما دافع أصحاب هذا الرأي عن وجهتهم الجديدة حول نوعية الرقابة التي يقوم بها القاضي الدستوري، من حيث أنه ليس هناك سند لا دستوري ولا قانوني يمنع قيام هيئة الرقابة الدستورية بالرقابة على ملاءمة التشريع، وحجة ذلك أن هذه الرقابة تجعل من القاضي الدستوري يحل محل تقدير المشرع، فالواقع أن القاضي لا يقوم بهذا التقدير ابتداءً، فالتقدير قائم وموجود أصلاً، وقد قام به المشرع من قبل، ثم يأتي دور القاضي ليراقب هذا التقدير الموجود أصلاً، وأن دور القاضي عند رقابة هذا التقدير إنما يدخل ضمن وظيفته الأصلية في حماية أحكام الدستور وبالتالي الحكم بدستورية أو عدم دستورية هذا التقدير الذي تصوره المشرع⁽³⁾، وعليه أبداً لا يمكن للقاضي الدستوري بهذا العمل أن يحل محل المشرع، ويخل بمبدأ الفصل بين السلطات الذي طالما أعمله ودافع عنه واعتبره أحد مرجعياته الأساسية عند الموازنة بين النصوص التشريعية ودستوريتها.

¹ نفس المرجع، ص 27

² محمود أحمد زكي، المرجع السابق، ص 27.

³ محمود أحمد زكي، المرجع السابق، ص 29.

لكننا للبحث أكثر في الموضوع والخصوص فيه والإحاطة بكل جوانبه يجب أن نجيب عن ثلاثة أسئلة أولها المقصود برقابة الملاءمة وكيف تتم رقابة القاضي الدستوري على تقدير المشرع وهل في هذه الرقابة اعتداء على الاختصاص؟

1- تعريف الفقه الدستوري للملاءمة

يقصد بالملاءمة في اللغة القانونية توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والموضوع الذي يصدر فيها⁽¹⁾.

وعليه، يقصد بها في مجال القرارات الإدارية توافق القرار الإداري مع توقيت اتخاذه والظروف المختلفة التي يصدر فيها.

أما في نطاق التشريعات فيعنى بها توافق التشريع مع توقيت صدوره والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يصدر فيها⁽²⁾.

فالأصل أن المختص بسن التشريع يتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال، بمعنى أنه من يقرر إذا كان من الملائم سنه أو عدم سنه على الإطلاق، وإذا رأى ضرورة في سنه، فهو ثانياً من يختار التوقيت الملائم للسن، وإذا استقر على التوقيت الملائم لسنه، فهو الذي يقرر أخيراً ملاءمة الظروف المحيطة لإصدار مثل هذا القرار أو التشريع⁽³⁾.

وبمعنى أدق يقصد بالملاءمة " في مجال التشريع أن يضع المشرع في اعتباره أثناء اختيار البديل الذي يستتسبه حلاً للمسألة التشريعية، أن يكون ذلك الحل أو ذلك التنظيم متسقاً مع طبيعة الحق ومحلّه، ومتسقاً من ناحية ثانية مع متطلبات تقريره وفق شروط موضوعية تسوغه، ومتألفاً من ناحية ثالثة مع الظروف المجتمعية ذات العلاقة والمحيطية بتنظيم ذلك الحق، اقتصادية أو سياسية، فلا يأتي ذلك التنظيم غريباً عن واقعه نشأداً متنافراً، فيصبح النص في واد مغاير، لا تربطه به صلة أو منطق سليم، ذلك أنه كلما كان التنظيم التشريعي للحق منطقياً، مرتبطاً

¹ جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 22.

² نفس المرجع، ص 22.

³ نفس المرجع، ص 23.

بموجبات تقريره، معبرا عن واقعه، كلما كان أكثر قبولا من قبل المخاطبين به التزاما بأحكامه، فلا يهملونه عمدا، ولا يتحايلون عليه التفافا⁽¹⁾.

والسبب في ذلك أن القانون ليس إلا تطورا منطقيا مقبولا بوجه عام لضمان أن يكون النزول إليه إراديا قائما على التعاون في مجال تنفيذه، بحيث كلما كان القانون أكثر اقترابا من واقعه، كلما كان أكثر قبولا وعدلا، وأكثر تعبيراً عن ظروف مجتمعه واحتياجاته، وأكثر تحقيقا وتلبية لمصالحه، ويقدر ما اتسعت الفجوة بين هذا المعنى وعملية صناعة القانون، بقدر ما كان القانون قاصرا عن تحقيق القبول الاجتماعي، لأنه لم يقدم حلا متلائما لتصادم المصالح فيما بين الأفراد ومجتمعهم، مبتعدا عما يكون لازما إنصافا⁽²⁾. وعلى هذا الأساس يميز الفقه الدستوري بين رقابة الملاءمة ورقابة المطابقة الدستورية كما يميز بين الملاءمة التي يعملها القاضي الدستوري ورقابة التناسب وذلك على النحو التالي:

أ- التمييز بين رقابة الملاءمة ورقابة المطابقة الدستورية

ويميز الفقه الدستوري بين رقابة الملاءمة ورقابة المطابقة التي يقوم بها القضاء الدستوري، فيعرف رقابة المطابقة *conformité* بأنها: "ضرورة أن لا تكون أحكام مشروع القانون المعروض على أنظار المجلس مخالفة لمقتضيات أحكام الدستور حرفيا، ويقتضي ذلك مقارنة أحكام مشروع القانون المعروض بمنطوق الدستور قصد تبين مدى احترامه لمقتضياته الصريحة وتحديد الإشكال الدستوري إذا وجد، والأحكام الدستورية التي يخرقها المشروع وأين يكمن الخرق بالضبط"⁽³⁾.

أما رقابة الملاءمة *compatibilité* فتأخذ معنى أوسع لنصوص المرجعية الدستورية التي يعتمدها القاضي الدستوري كسند في الرقابة وتعرف على أنها: "رقابة تسمح للمجلس وبحدود معينة أن يتوسع عند نظره في النص المعروض عليه وذلك بالاعتماد على روح الدستور وفلسفته وأبعاده وحتى على أعماله التحضيرية، كما أنها رقابة تتجاوز منطوق الدستور لتشمل فهما أوسع ما يقوم على تقريب فحوى مشروع القانون المعروض مع الفلسفة العامة التي كرسها الدستور، أي الخيارات

¹ يوسف عبد المحسن الفتاح، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2016، ص 386.

² نفس المرجع، ص 387.

³ مرابط فدوى، المجلس الدستوري والرقابة على دستورية القوانين في دول المغرب العربي، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، العدد المزدوج 06/05، المغرب، 2007، ص 85.

الأساسية الكبرى التي يبنى عليها كما يمكن أن يستشف من التوجيهات التي تم تغليبها على غيرها⁽¹⁾.

ب- التمييز بين رقابة الملاءمة ورقابة التناسب

كثيرا ما يخلط الفهم في الفرق بين الملاءمة والتناسب لاعتبارهما يتقاربان كثيرا في المعنى، لكن الفقه الدستوري ميز بين المصطلحين باعتبار التناسب *La proportionnalité* يعني العلاقة بين السبب والمحل في الأداة القانونية، أي صلة العمل القانوني والمبادئ والقواعد التي تحكمه، كما أنه صلة داخلية في العمل القانوني بين بعض مكوناته أو أركانه وبالتحديد بين سببه ومحلّه، ويدخل في هذه العلاقة أيضا الغاية أو الهدف من ورائه، سواء أكان العمل القانوني قرارا إداريا أو نصا تشريعيا، أما الملاءمة *L'opportunité* فتتعلق بصلة العمل القانوني بظروف إصداره⁽²⁾.

2- الأساس النظري لرقابة الملاءمة على السلطة التقديرية للمشرع

توصلنا فيما سبق إلى أن المشرع يملك سلطة تقديرية في اختيار التشريع الملاءم لكل الظروف، وأن المخالفة الدستورية التي يمكن أن تعترى النص التشريعي لا يمكن أن تكون واضحة، بحيث تشمل مخالفة التشريع للضوابط الدستورية المقيد له، وأن القانون يكون مخالفا للدستور في مضمونه ليس فقط عندما يخرج عن القاعدة الدستورية، وإنما يعتبر مخالفا متى أخطأ المشرع في تقدير الأوضاع الظرفية التي أقام عليها حلّه القانوني.

وأن قاعدة المشروعية بمفهومها الواسع تجعل من كل عمل قانوني خاضع للرقابة حتى في زاوية السلطة التقديرية التي تتمتع بها السلطة، ولا وجود لمفهوم السلطة المطلقة، ولذلك فإن المشرع هو الآخر يخضع في نطاق سلطته التقديرية للرقابة القاضي الدستوري، وبما أنها تتعلق برقابة التقدير فإن مجال رقابة القاضي الدستوري في هذه الحالة يكون على الخطأ الظاهر⁽³⁾.

والحقيقة أن هذه النظرية تلتفها القضاء الدستوري من رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة في دعوى الإلغاء، ويعتبر من إبداعات مجلس الدولة الفرنسي، كوسيلة لمواجهة امتناعه عن رقابة التكييف القانوني للوقائع في الحالات التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية

¹ فتحي عبد الناظر، ضوابط الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها العملية، أعمال الملتقى العلمي الثاني بالخرطوم المقام في ديسمبر 2003، نشرية اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، دار نوبار للطباعة، القاهرة للطباعة 2007، ص 18.

² جورجي شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 23.

³ يوسف عبد المحسن الفتاح، المرجع السابق، ص 389.

واسعة، لتصبح هذه النظرية أحد عناصر الرقابة الأدنى كسائر عيوب المشروعية⁽¹⁾. فنقلها من مجال دعوى الإلغاء الإدارية إلى الدعوى الدستورية من أجل بسط الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع حماية منه للشرعية الدستورية، من خلال الموازنة بين مستلزمات المصلحة العامة التي يهدف المشرع إليها وبين حماية حقوق الأفراد، وقد طبقت هذه النظرية أول مرة في قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر بتاريخ 20 يناير 1980 بشأن قانون الأمن والحرية ثم دأب على استخدامها⁽²⁾.

وللوقوف على حقيقة هذا النوع من الرقابة الدستورية، كان لازماً أن نوضح مضمون نظرية الخطأ الظاهر في مجال القضاء الإداري ليسهل توضيحها في مجال القضاء الدستوري.

أ- نظرية الخطأ الظاهر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي

لجأ مجلس الدولة الفرنسي إلى نظرية الخطأ الظاهر لبسط رقابته على السلطة التقديرية للإدارة منذ حكم "جو ميل" الصادر سنة 1941، بحيث اعتبر المجلس أن التأكد من الوجود المادي للوقائع غير كاف للحكم على صحة قرارات الإدارة، ويجب فضلاً على ذلك التأكد من صحة تكييفها القانوني بمعنى تكييفها مع القانون، معتبراً إياه من أوجه عدم المشروعية وأحد عناصر الحد الأدنى للرقابة، ذلك القدر الذي يراقبه القاضي في كل دعوى تجاوز السلطة أياً كان موضوعها⁽³⁾.

وتقوم رقابة القاضي الإداري على الخطأ الظاهر في التأكد من الوقائع المبررة لإصدار القرار الإداري، أي الرقابة في هذه الحالة تنصب على الخطأ الذي ترتكبه الإدارة في تقدير الوقائع، بمعنى الخطأ في التقدير، بحيث يكون هذا الخطأ ظاهراً بلغ حد المعقول ووصل حداً من الجسامه.

ويظهر ذلك جلياً في تقدير العقوبة الذي تملك الإدارة وحدها سلطة الملاءمة في تقديرها، وكذلك شروط شغل الوظيفة، أو تكييف درجة الخطأ، فهذا التقدير لا يفلت من رقابة القاضي الإداري الذي يعتبر وجهاً من أوجه السلطة التقديرية للإدارة، لكن مجلس الدولة استطاع أن يطوق هذه السلطة واعتمدها في الكثير من قراراته، ليوسعها فيما بعد على كل المنازعات التي تعرض عليه.

أما القضاء الإداري المصري وكان هو الآخر من من بسط رقابته على السلطة التقديرية للإدارة ولكن أطلق عليها نظرية الغلط البين لكنها تعني نفس المفهوم، وهي رقابة القاضي الإداري على

¹ عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 641.

² نفس المرجع، ص 642.

³ عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 645.

تقدير الإدارة للوقائع وليس وجودها المادي فحسب، وعبر عن ذلك في مجال الجزاءات الإدارية، معتبرا أن الإدارة وان كانت وحدها من تستقل بتقدير خطورة الذنب الإداري والجزاء الذي تقرره إلا أنها يجب ألا تغلو في هذا التقدير أو تتعسف في استعمال سلطتها، وطبقته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر سنة 1961 وذكرت عبارة الغلو صراحة وقالت: "أنه لئن كان للسلطات التأديبية، ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة -شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى- ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره"، ثم وسعت المحكمة هذه النظرية على جميع الجزاءات⁽¹⁾.

لكن سرعان ما استعملت المحكمة مصطلح الخطأ الظاهر على غرار مجلس الدولة الفرنسي في أهم حكم لها تتعلق وقائعه في أن بعض الأفراد تقدموا بطلب وقف تنفيذ وإلغاء قرار مجلس إدارة هيئة الآثار المصرية الصادر بتاريخ 26-05-1993 والذي بموجبه وافقت الهيئة على تسليم 72 قطعة من الآثار المصرية الفريدة التي يخشى عليها من التلف لشركتي إعلانات يابانية بغية الترويج للبضائع التي تبيعها تلك المحلات، ولمدة تزيد على 14 شهرا اعتبارا من 01-01-1994.

وقد نعى المدعون على هذا القرار أنه صدر معيبا بعدم الاختصاص، لأن عرض الآثار المصرية بالخارج لا يكون إلا بقرار من رئيس الجمهورية وبالتالي فإن صدوره من مجلس إدارة الهيئة العامة للآثار يكون صادرا من غير مختص مما يبطله، فضلا عن مخالفته للقانون إذ أن محله غير جائز قانونا، لأن القانون حظر سفر الآثار المصرية التي تتميز بالتفرد خشية التلف، كما أن هذه الآثار سوف تسلم لشركتي إعلانات وليس لدولة أو جهة علمية معترف بها وفقا للمادة 10 من القانون رقم 117 لسنة 1983 بشأن حماية الآثار، فضلا عن أن هذا القرار لم يستهدف المصلحة العامة، والتي تتمثل في حماية الآثار من أي خطر يهددها، وألا تكون محلا للإيجار أو الدعاية التجارية أو العرض في المحلات، كما أن إطلاق مدة العرض لأكثر من سنة مخالف للقانون وبتاريخ 22-01-1994 أجابت محكمة القضاء الإداري الطاعنين لمطلبهم وقضت بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وما يترتب عليه من آثار.

¹ أشار إليه عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 649.

هذا وكان المدعى عليهم قد طعنوا أمام المحكمة الإدارية العليا في حكم محكمة القضاء الإداري، بدعوى أن تقدير ما إذا كانت الآثار فريدة أو يخشى عليها من التلف منوط بمجلس إدارة الهيئة العامة للآثار والجهات الفنية بها، وهو تقدير في مسألة فنية وبالتالي لا يخضع للرقابة القضائية، إلا أن المحكمة الإدارية العليا لم تأخذ بما ذهب إليه المدعى عليهم من أن تقدير ما إذا كانت الآثار فريدة أو يخشى عليها من التلف مسألة فنية منوط الحكم فيها لمجلس إدارة هيئة الآثار والجهات الفنية، وجاء في حيثيات حكمها أن: "ولئن كانت المسائل العلمية والفنية تكون الكلمة فيها للمتخصصين في هذه المسائل إلا أن هذا الرأي العلمي أو الفني يخضع لرقابة القضاء متى كان التقدير ظاهر الخطأ وعلى عكس ما تقتضيه طبيعة الأشياء ويمكن معرفة حقيقته للرجل العادي"⁽¹⁾.

يستشف من هذا الحكم أن فكرة الغلط البين أو الخطأ الظاهر في القضاء الإداري هي الأساس الذي استند إليه القاضي لسيطرقابته على السلطة التقديرية للإدارة حتى لا يكون هناك غلو أو مبالغة في الإجراء الذي تتخذه، وأن سلطة الإدارة في تقدير المسائل الفنية لم تعد بمنأى عن رقابة القاضي الإداري، وأن الخطأ الظاهر هو ذلك الخطأ الجسيم أو الفاحش المرئي الذي يمكن ملاحظته واكتشافه بالنسبة للرجل العادي غير المتخصص. إذن كيف اعتمد القضاء الدستوري هذه النظرية عند بسط رقابته على تقدير المشرع؟

ب- تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في القضاء الدستوري

سبق وأشرنا إلى أن نظرية الخطأ الظاهر هي الأساس الذي استند إليه مجلس الدولة الفرنسي عندما حاول تطويق السلطة التقديرية للإدارة حتى لا تخرج عن المشروعية، ثم نقلت هذه الفكرة على يد القضاء الدستوري كسبب موضوعي لإعمال رقابة الملاءمة على تقدير المشرع، أو الخيارات أو الحلول التي يضعها لتلبية مقتضيات المسألة محل التنظيم التشريعي⁽²⁾.

فالمشرع كما اشرنا في الفقرات السابقة من هذا البحث يتمتع بالسلطة الأصلية في ممارسة السلطة التشريعية، وهو في ذلك حر في وضع الحلول التي يراها ملائمة لمقتضيات المصلحة العامة وهو في ذلك أيضا لا يخضع سوى لإرادته الذاتية ولا يتقيد بأية سلطة أخرى، لكن مفهوم هذه السلطة التقديرية لا يعني أبدا إطلاق العنان لها، فهو ملزم باحترام أحكام ومبادئ الشرعية

¹ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 8052 لسنة 74 صادر بتاريخ 22-01-1994 أورده زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1997، ص 34.

² عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 655.

الدستورية وهو مطالب بأن يعمل نوعاً من التوازن بين الحلول التشريعية التي يختارها للمسألة محل التنظيم وهذه المبادئ، وهنا يأتي دور القاضي الدستوري لبحث هل وفق المشرع في إقامة هذا التوازن أم لا؟

فعلى هذا الأساس تباشر جهة الرقابة عملها، للتحقق من أن المصلحة التي حمل المشرع النصوص القانونية عليها حقيقة أو منتحلة أو متوهمة، وأن الوسائل إلى تحقيقها منطقية أو غير ملائمة، كما يوازن بين الأغراض التي استهدفها المشرع والوسائل المستخدمة لتحقيق الأهداف، ومدى مساسها بالحقوق والحريات الفردية التي يضمنها الدستور وما إذا كان ذلك في الحدود المقبولة أم تجاوزها، وعلى ضوء كل هذا يحدد القاضي الدستوري قراره ويصدر حكمه⁽¹⁾. فإذا اختلفت تلاؤمها مع الأغراض التي تتوخاها كان التشريع باطلاً، وعلى ذلك تكون دستورية القانون مرهونة بالأحكام. فالنصوص التشريعية هي مجرد وسيلة لتحقيق غرض معين، وهي وسيلة أيضاً لحماية الحقوق والحريات الفردية، كما يمكن أن تكون موطئاً للإخلال بها إذا لم يحصل التلاؤم والتناسب⁽²⁾.

فمفهوم التلاؤم الذي تبحث عنه هيئة الرقابة الدستورية يشمل الوسيلة، زمانها، مكانها، وحدود المعقولية التي يقتضيها هذان العاملان، فالتقدير الذي يراه المشرع عند اختيار الحل القانوني يمكن أن يصاب بخطأ ظاهر أصاب الأغراض التي توخاها بعدم الملاءمة.

ب-1- نظرية الخطأ الظاهر في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي

كان المجلس الدستوري الفرنسي أول من رفض رقابة الملاءمة على تقدير المشرع، وذلك في قراره الصادر 20 يناير 1981 بصدد قانون الأمن والحرية قائلًا: (أن م 61 من الدستور لا تمنح المجلس الدستوري سلطة عامة في التقدير والتقرير مماثلة لتلك التي يتمتع بها البرلمان ولكن تمنحه اختصاص بالفصل في مدى مطابقة القوانين المعروضة عليه للدستور).

¹ جورجى شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 149.

² عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 656.

لكنه تراجع عن موقفه و استعمل معيار الخطأ الظاهر كأساس لرقابة الملاءمة دون أن يصرح عن ذلك مباشرة، وذلك في قراره الصادر في 1 يناير 1982 بمناسبة قانون التأميم، حيث جاء في حيثيات القرار بأن: (تقدير ضرورة التأميمات المقررة في القانون والخاضعة لفحص المجلس الدستوري لا مطعن عليه من قبل هذا المجلس في ظل عدم وجود خطأ ظاهر في التقدير، حيث أنه لم يثبت أن نقل الأموال والمشروعات يقيد من نطاق الملكية الخاصة إلى درجة إنكار المبادئ الواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789)⁽¹⁾.

ثم توالت القرارات التي استقر فيها المجلس على فكرة الخطأ الظاهر ليقضي بعدم دستورية القانون الذي يشوبه خطأ ظاهر في التقدير، واستعمل عدة عبارات للدلالة على الفكرة منها: الإخلال الواسع أو عدم التوافق الظاهر. بحيث عبر في قراره الصادر في 7 يناير 1988 على هذه النظرية بقوله أن: (النص على أن بعض المساهمين في إحدى الشركات سيكونون أقلية في جميع الحالات يجاوز بشكل ظاهر المركز المميز لبعض فئات المساهمين ويخل بمبدأ المساواة)⁽²⁾.

وفي قراره الصادر بتاريخ 28 ديسمبر 1995 بشأن المساواة أمام الضريبة والمتعلق بقانون المالية لعام 1996 والذي قضى بمنح تخفيض بنسبة 50% من الضريبة على قيمة الأموال التي تنتقل بين الأحياء مجاناً (عن طريق الهبة) لواحد أو أكثر من الواهبين بشرط أن يحتفظ هؤلاء الواهبون بهذه الأموال لمدة خمس سنوات حيث قرر المجلس الدستوري أن: (منح التخفيض بهذا الشكل يكون قد أقام في مواجهة باقي الواهبين والورثة اختلافات في المراكز ليست لها علاقة مباشرة مع أهداف المصلحة العامة، وتخالف نص المادة 13 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الذي يقضي بتوزيع الإسهام المشترك في الأعباء العامة بشكل متساو بين المواطنين). ومنها أيضاً قراره بشأن الوضع الخاص لبعض طوائف المساهمين في بنوك الائتمان الزراعي الذي أعلن فيه المجلس الدستوري عدم دستورية المادة 15 من القانون لوجود خطأ ظاهر في التقدير، لأن القانون يشكل انتهاكاً لمبدأ المساواة ويتجاوز ما هو ضروري)⁽³⁾.

واعتمد نفس المعيار في قراره الصادر في 20 جانفي 1993 فيما يتعلق بالتلاءم بين الجريمة والعقوبة المقررة لها، وقضى بعدم دستورية المادة 1/421 من قانون العقوبات التي اعتبرت أن مجرد مساعدة الأجنبي على دخول البلاد أو التنقل أو الإقامة بها على وجه غير مشروع من

¹ أورده عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 656

² نفس المرجع ، ص 660.

³ أورده عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق ، ص 660

أعمال الإرهاب، وذلك لمخافته المادة 5 والمادة 6 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن التي تقضي بأن تكون الجريمة والعقوبة ضرورية، وأسس المجلس قراره على عدم توافر شروط الضرورة في التجريم والعقاب، تأسيسا على أن المشرع جرم السلوك بذاته رغم أنه قد لا تكون له علاقة مباشرة بالعمل الارهابي⁽¹⁾.

ب-2- نظرية الخطأ الظاهر في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية

اعتمدت المحكمة الدستورية المصرية نفس المعيار في أعمال رقابتها على سلطة المشرع في تقدير الحلول القانونية عند تنظيم موضوع معين، وعبرت عن ذلك بضرورة ألا تتفصل النصوص القانونية التي نظم المشرع بها موضوعا محددا- عن أهدافها ليكون اتصال الأغراض التي توخاها بالوسائل اليها منطقيا لا واهنا أو واهيا، وقيدت نطاق السلطة التقديرية بضرورة التناسب الأغراض التي استهدفتها مع وسائل تحقيقها، وعبرت عن ذلك بالقول: " أن الأصل في سلطة المشرع في تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدتها الدستور بضوابط محددة تعتبر تخوما لها يجوز اقتحامها أو تخطيها، ويتمثل جوهر السلطة على ما جرى به قضاء المحكمة، في المفاضلة بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها وفق تقديره لتنظيم موضوع محدد، فلا يختار من بينها إلا ما يكون مناسبا أكثر من غيره لتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وكلما كان التنظيم التشريعي مرتبطا منطقيا بهذه الأغراض -بافتراض مشروعيتها- كان هذا التنظيم موافقا للدستور"⁽²⁾.

وصفوة القول أن المحكمة ومادامت أنها أكدت على رقابتها على تقدير المشرع ومدى ملاءمة هذا التقدير والغرض من التشريع، فأنها ارتدت إلى فكرة الخطأ الظاهر في هذه الرقابة ونذكر بعضا من أحكامها الصادرة في هذا الشأن.

ما يلاحظ على أحكام المحكمة الدستورية المصرية أنها لم تعتمد استعمال مصطلح الخطأ الظاهر بصورة صريحة نافية لأي لبس، لكن فقه القضاء الدستوري هناك اعتبر كل أحكامها التي أعملت لمحكمة رقابتها على تقدير المشرع تتبنى مضمون النظرية ، ومن ذلك مثلا حكمها الصادر في 2 يونيو 2001 التي قضت فيه المحكمة بعدم دستورية المادة 48 من قانون العقوبات بشأن جريمة الاتفاق الجنائي ، حيث ربطت المحكمة مشروعية الجزاء -جنائيا أو مدنيا أو تأديبيا- وبين تناسبه مع الأفعال التي أتمها المشرع، وتناولت سياسة المشرع في تجريمه للاتفاق الجنائي بمراجعة

¹أورده نفس المرجع ، ص661.

²حكم المحكمة الدستورية المصرية الصادر بتاريخ 5 جويلية 1997أورده عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص663.

والتقويم، وعبرت عن ذلك بقولها: "حيث أن الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية بشأن دستورية النصوص العقابية تضبطها مقاييس صارمة، ومعايير حادة تلتئم وطبيعة هذه النصوص في اتصالها المباشر بالحرية الشخصية التي أعلى الدستور قدرها، مما يفرض على المشرع أن ينتهج الوسائل القانونية السليمة سواء في جوانبها الموضوعية أو الإجرائية، لضمان ألا تكون العقوبة عاصفة بالحرية وأن تكون العقوبة التي يفرضها في شأن الجريمة تبلور مفهوما للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي يستهدفها، فلا يندرج تحتها مجرد رغبة الجماعة في ارتواء تعطشها للثأر والانتقام أو سعيها للبطش بالمتهم، كما لا يسوغ للمشرع أن يجعل من نصوصه العقابية شباكا أو شراكا يلقىها ليطصيدها باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطؤون مواقعها، وكان الجزاء الجنائي لا يعد مبررا إلا إذا كان واجبا لمواجهة ضرورة اجتماعية لها وزنها ومتناسبا مع الفعل المؤثم، فإن جاوز ذلك كان مفرطا في القسوة ومجافيا للعدالة، ومنفصلا عن أهدافه، متى كان ذلك جميعه فان المادة 48 المشار إليها تكون قد وقعت في حماة عدم الدستورية⁽¹⁾.

ويرى الفقه المصري أن المحكمة في هذا الحكم عمدت إلى إخضاع هذه النصوص لرقابة شديدة، ولم تكفي في مدى موافقتها للدستور، بل حتى ملاءمتها، بهدف إعطاء هامش واسع لحماية الحقوق والحريات الدستورية⁽²⁾.

وفي حكم آخر لها تبنت بصورة واضحة مقتضيات نظرية الخطأ الظاهر عندما راقبت مدى ملاءمة الحل الذي اختاره المشرع وارتباطه العقلي بالأغراض التي استهدفها ووسائل تحقيقها، فراجعت الحلول التي وضعها واعتبرتها قاصرة وفضلت لو أن المشرع أخذ بالحلول التي وضعتها بديلا لتقديره، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ الفاتح من مارس 1986 عندما قضت بعدم دستورية المادة 2 من القرار بقانون رقم 113 لسنة 1964 بشأن تحضير الأدوية والمستحضرات الطبية الصيدليات تحت أسماء تجارية بقصد الاتجار فيها فقالت: "أن تلك المادة على أنه -تؤول ملكية الأدوية والمستحضرات الطبية المشار إليها في المادة السابقة والسابق تسجيلها بوزارة الصحة إلى المؤسسة المصرية للأدوية والكيمائيات والمستلزمات الطبية بدون مقابل- يعتبر مصادرة للأموال بالمخالفة المادة 36 من الدستور". واعتبرت أن تلك المستحضرات تؤول ملكيتها إلى المؤسسة المصرية العامة للأدوية، وإن المشرع أخطأ في التقدير وإنه كان عليه أن يختار الحل الأمثل الذي

¹ أورده ثروت عبد العال أحمد، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية 2004، ص 121.

² نفس المرجع، ص 113.

لا يصطدم مع المبادئ الدستورية، معتبرة أن: "لجوء المشرع مثلاً إلى إجراء شطب تلك الأدوية والمستحضرات كان بلا شك هو الحل الملائم لتنظيم ذلك النشاط دون اللجوء إلى المصادرة لهذه الأدوية بالمخالفة المادة 36 من الدستور، التي تحظر المصادرة العامة للأموال، ولا تجيز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي"⁽¹⁾.

انطلاقاً من الاجتهادات السابقة للقضاء الدستوري توصل الفقه إلى تحديد مفهوم الخطأ الظاهر وتحديد العناصر المحددة له وكيف يتم إثباته؟

ج-تعريف الخطأ الظاهر ومعياري تحديده

سبقت الإشارة إلى أن الرقابة في إطار نظرية الخطأ الظاهر أو الجسيم هي تلك الآلية التي اعتمدها القضاء الدستوري-متأثراً بمضمون النظرية في القضاء الإداري- لمراجعة تقدير المشرع، وذلك للتأكد من مدى تحقيق الحل الذي اختاره للمصلحة العامة ومدى تحقيقه للأغراض التي شرع من أجلها.

وعليه، يمكن القول أن للرقابة الدستورية التي يعملها القاضي الدستوري مضمونين: يتعلق الأول باختصاص المشرع الأصلي في ممارسة اختصاصه الدستوري، فإن لم يف بهذا الالتزام الدستوري وسم سلوكه بالامتناع التشريعي الخاضع لرقابة القاضي الدستوري الذي يتدخل ليطوق هذا الامتناع،

أما المضمون الثاني، فيتعلق بجوهر سلطة التشريع التي يتمتع بها المشرع، وهي سلطته في تقدير الحلول القانونية المتزاحمة التي يختارها عند تنظيم حالة قانونية معينة، فإذا كان المشرع انطلاقاً من سلطته التقديرية يملك حرية المفاضلة بين البدائل الموضوعية المعروضة عليه لاختيار أنسبها للوفاء بمتطلبات المسألة محل التشريع، إلا أنه ليس مطلق التقدير، إذا يخضع تقديره لرقابة القاضي الدستوري للتحقق من مدى ملاءمة القواعد التي يقررها للأغراض التي استهدفها، وعلى ذلك لم يعد المشرع حراً في التقدير إلا بشرط أن يكون تقديره غير مشوب بعدم الملاءمة الظاهرة أو عدم التناسب الظاهر، فإذا تبين لجهة الرقابة أن تقدير المشرع قد شابه خطأ ظاهراً يمكن إدراكه بسهولة دون حاجة لمتخصص بطل القانون وحق نقضه⁽²⁾.

¹ أورده عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 673.

² عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 674، 675.

وعلى هذا الأساس ذهب الفقه الدستوري إلى تعريف الخطأ الظاهر بأنه الخطأ الذي يمكن إدراكه دون حاجة إلى متخصص، أو هو الإنكار الخطير للمنطق وحسن الإدراك بحيث يبصره غير المتخصص⁽¹⁾. ووصفته المحكمة الإدارية المصرية بأنه عكس ما تقتضيه طبيعة الأشياء ويمكن معرفة حقيقته للرجل العادي⁽²⁾.

كما وضع الفقه تلازماً بين وجود الخطأ وبين وضوحه، فقد يكون واضحاً أو ظاهراً يسهل معرفته، أما الخطأ الخفي أو المستتر فإنه يتطلب بحثاً متعمقاً لإدراكه وإثباته ولا يدركه إلا من كان متخصصاً⁽³⁾. لكن كيف يتم تحديده؟

استعان الفقه في تحديد معيار الخطأ الظاهر في المجال الدستوري بمذهب قاضي الإلغاء في القضاء الإداري، حيث اعتمد مجلس الدولة الفرنسي والمصري المعيار الموضوعي في تحديد الخطأ الظاهر، دون الاعتداد بحسن أو سوء نية الإدارة، بحيث يعتمد القاضي الناظر في الدعوى على أوراقها للكشف عن الخلل الذي أصاب تقدير الإدارة، بحيث يحكم بالإلغاء كلما اعترى تقدير الإدارة خطأ ظاهراً، يفسد هذا التقدير أو يجاوز حدود المعقول⁽⁴⁾.

لكن الفقه لم يتفق على معيار واحد، وكانت له نظرات مختلفة في تحديد عناصر الخطأ الظاهر، فهناك من أخذ بدرجة الجسامة التي يلحقها الخطأ كمعيار مميز لفكرة الخطأ الظاهر، وفي رأيهم الخطأ الظاهر هو الخطأ الواضح والجسيم الذي يكون مرئياً حتى بالنسبة لغير المتخصص، ويبدو فاحشاً ويتعارض مع المنطق السليم. بينما اعتمد اتجاه آخر على عنصر عدم المعقولية، واعتبروا أن الإدارة تكون واقعة في حمأة فساد في التقدير بسبب خطأ في التقدير إذا اتجهت في سلطتها التقديرية إلى أبعد من الحدود المعقولة في الحكم الذي تحمله على عناصر الملاءمة، ويبدو واضحاً لكل ذهن، ويتعارض مع الفطرة السليمة ويترتب عليه البطلان على تصرفها. وهناك من اعتمد عدم كفاية العوامل التي اعتمدها الإدارة في تقديرها لتحديد مفهوم الخطأ الظاهر⁽⁵⁾.

¹ زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين، مرجع سابق، ص 201.

² عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 675.

³ نفس المرجع، ص 675.

⁴ زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص 40.

⁵ عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 677.

ومع صعوبة تحديد عناصر الخطأ الظاهر، ذهب الفقه إلى جمع كل هذه المعايير، لأن كلا منها يساهم في شرح الخطأ الظاهر في التقدير، لأن هذه الفكرة ليس لها معيار ثابت يقصي المعيار الآخر، فالخطأ الظاهر يتميز بعدم المعقولية ويبلغ حدا من الجسامة الفاحشة ويظهر دون اللجوء إلى بحث متعمق⁽¹⁾.

ومع هذه الأسس يمكن للقاضي الدستوري أن يكشف خطأ المشرع الظاهر بالرجوع إلى عناصر التشريع وأسبابه ومدى موافقة دواعيه مع الأغراض التي استهدفها، يمكن للقاضي الدستوري الحصول على هذه المعلومات من خلال كواليس القانون، المتعلقة بالأعمال التحضيرية، وتقارير اللجان، وكذا المناقشات البرلمانية التي لاشك أنها حتما ستكشف تداعيات وآثار النص التشريعي ومدى ملاءمته للجماعة التي سيحكمها، وهنا يمكن للقاضي الدستوري أن يكشف الخطأ الظاهر الذي اعتري القانون محل الطعن بعدم الدستورية بسبب فساد في تقدير المشرع. وكل هذه العناصر تعبر الأسس المرجعية التي تستند عليها هيئة الرقابة عند محاولتها تسبب عدم الدستورية بسبب الخطأ الظاهر، متى اصطدم هذا التقدير بإحدى المبادئ الدستورية التي يلتزم المشرع باحترامها.

الفرع الثاني

موقف المجلس الدستوري الجزائري من رقابة الملاءمة ومدى تطبيقه لفكرة الخطأ الظاهر

سبقت الإشارة إلى أن موقف المجلس الدستوري الجزائري كان واضحا بما يخص احترامه لسلطة الملاءمة التي يقوم عليها جوهر السلطة التقديرية للمشرع، لكن هل يعني ذلك انه لم يتعرض برقابته لفحص تقدير المشرع في الحلول القانونية التي فضلها، وهل اعتمد نظرية الخطأ الظاهر؟

بالرغم من أن المجلس الدستوري الجزائري صرح على أن: "المجلس الدستوري لا يسعه أن يجعل تقديره موضع تقدير المجلس الشعبي الوطني فيما يخص جدوى التصريح بتنافي هذه الحالة أو تلك مع عضوية النائب، لكن يعود إليه جوهريا أن يبت في مطابقة حكم قانوني قياسي معروض لرقابته للدستور..."⁽²⁾، ما يعني أنه لا يمكنه أن يحل محل المشرع في تقدير الحلول والفضائل التي وضعها كحل قانوني للحالة التي ينظمها، إلا أنه اعتبر أن: "ونظرا لأن القانون

¹ نفس المرجع، ص 678

² قرار رقم 02 ق-ق-م د- 89 المؤرخ في 30 أوت 1989 يتعلق بالقانون الأساسي للنائب
www.conseil.constitutionnel.dz

تعبير عن الإرادة العامة، ولا يمكنه أن يحدث أوضاعاً غير عادلة بين المواطنين، ورفع حالة التنافي بالنسبة إلى بعض أصحاب الوظائف العمومية كما تطرحه المادة 8 ينشئ وضعاً تمييزياً بالنظر إلى أصحاب وظائف مماثلة تمارس ضمن أطر قانونية مختلفة والأكثر من ذلك، فإن المادة 24 من النص نفسه المعروض على المجلس لدراسته، تبعد كل إمكانية الجمع بين أية وظيفة مع عضوية النائب، ومفاد نصها أنه: "يوضع النائب الذي أثبتت صحة نيابته، في حالة انتداب قانوناً ويتفرغ كلياً ودائماً لنيابته".

ما يفهم منه أن الوضع التمييزي الذي وضعه المشرع بين الوظائف الأخرى المماثلة لوظيفتي أساتذة التعليم العالي وأطباء القطاع العام - التي اعتبرهما ليستا من حالات التنافي مع العضوية في البرلمان وفقاً لنص المادة 8 من القانون - مخالفاً تماماً لمبدأ المساواة بين المواطنين، بحيث يعتبر هذا الحل أو هذا التقدير من المشرع - اعتبره أن هاتين الوظيفتين لا تشكل تعطيلاً للنائب عن مهمته النيابية - غير صائب من المشرع، وهو خطأ في التقدير. أي أن المجلس قد تعرض برباقته لتقدير المشرع في اختيار الوظائف التي لا تعد من حالات التنافي للمهمة البرلمانية، وهو مضمون رقابة الملاءمة. فالمجلس لا يمكنه تحت أي ظرف أن يحل محل تقدير المشرع خاصة في المجال الذي يملك فيه سلطة تقديرية، لكنه يعود من اختصاصه أن يراقب مدى مطابقة هذا التقدير وعدم مخالفته للأحكام والمبادئ الدستورية.

وفي رأي آخر أكد المجلس على أن المشرع يملك السلطة السيدة في اختيار الحلول القانونية عند ممارسته لسلطة التشريع، تتعلق بتحديد النسب التي يراها مناسبة وأكثر دستورية لتمثيل لتشجيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، إلا أنه يعود له وحده أن يفحص مدى ملاءمة هذه النسب وعدم خرقها للحقوق والحريات الدستورية، لا سيما حق المرأة في المشاركة الفعلية في الحياة السياسية، وعبر عن ذلك بقوله: "المادة 3: توزع المقاعد بين القوائم بحسب عدد الأصوات التي تحصل عليها كل قائمة، وتُخصّص النسب المحددة في المادة 2 أعلاه، وجوباً للمرشحات حسب ترتيب أسمائهن في القوائم الفائزة".

- اعتباراً أنه بمقتضى الفقرتين 1 و2 من المادة 2 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، يجب أن تتضمن كل قائمة ترشيحات حرّة أو مقدمة من حزب أو عدّة أحزاب سياسية، عدداً من النساء لا ينبغي أن يقلّ عن النسب المتفاوتة المحددة أعلاه بحسب عدد المقاعد المطلوب شغلها، وأنه بمقتضى المادة 3 يتم توزيع المقاعد حسب عدد الأصوات المحصل عليها، وأن

تُخصّص النسب المحددة في المادة 2 أعلاه، وجوبا للمترشحات حسب ترتيب أسمائهن في القوائم الفائزة،

- و اعتبارا أنه إذا كان لا يعود للمجلس الدستوري أن يحلّ محلّ المشرّع في تقديره لمدى اختيار النسب التي حدّدها والتي هي من اختياره السيّد، إلّا أنه يعود له بالمقابل أن يتأكد من أن هذه النسب، سواء عند تنصيبها أو تطبيقها، ليس من شأنها تقليص حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، وأنها لا تشكل عائقا قد يحول دون مشاركتها الفعلية في الحياة السياسية...⁽¹⁾.

أما عن تبني المجلس الدستوري الجزائري نظرية الخطأ الظاهر التي اعتمدها القضاء الدستوري المقارن على حسب ما تمت الإشارة إليه، فنقول أن المجلس اعتمد هذه النظرية، ولكن عبر عنها بمصطلحات تفيد نفس المضمون كالعقلانية والموضوعية، وهو الاتجاه التي اعتمدهت المحكمة الدستورية المصرية في تعبيرها عن تبنيها فكرة الخطأ الظاهر التي تقوم على معيار عدم الموضوعية أو العقلانية، وذلك في رأيه المتعلق بكيفية حساب التعويضات ونظام التقاعد لعضو البرلمان، على أساس أن المجلس لا يمكنه أن يحلّ تقديره محلّ تقدير المشرّع في الطريقة التي يختارها في حساب التعويضات لعضو البرلمان، لكن يندرج ضمن سلطته الرقابية أن يتأكد من أن الطريقة المعتمد في حساب التعويضات لا يمكنها أن تمس بمبدأ المساواة المقرر بين المواطنين. وجاء في حيثيات رأيه⁽²⁾ أن: "1- فيما يخص المواد 4،5،6 و7 (الفترتين الأخيرتين) من هذا القانون:

- اعتبارا أن نية المؤسس الدستوري حين أقر بموجب المادة 100 من الدستور أن: واجب البرلمان في إطار اختصاصاته الدستورية، أن يبقى وفيما لثقة الشعب، ويظل يتحسس تطلعاته"، هي أن يجسد البرلمان (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة)، حين سنه النصوص القانونية وفاء للشعب مصدر سلطته وأن يسهر في نفس الوقت على تجسيد آماله وتطلعاته.

¹ رأي رقم 11/05 الصادر في 22 ديسمبر 2011 سبقت الإشارة إليه.

² رأي رقم 04/ر.ق.م.د/98 المؤرخ في 16 يونيو 1998 حول دستورية المواد من 4 الى 7 و11،12،14،15 و23 من القانون رقم... المؤرخ في... والمتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان www.conseil-constitutionnel.dz

-واعتباراً أنه إذا كان من اختصاص المشرع إعداد القانون والتصويت عليه بكل سيادة طبقاً للمادة 98 (الفقرة الأخيرة) من الدستور، فإنه يعود للمجلس الدستوري، بمقتضى اختصاصاته الدستورية، أن يسهر على احترام المشرع الأحكام الدستورية حين ممارسة سلطته التشريعية،

- واعتبار أن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور، يقتضي من المشرع إخضاع المواطنين المتواجدين في أوضاع مماثلة لقواعد مماثلة، وإخضاعهم لقواعد مختلفة كلما تواجدوا في أوضاع مختلفة،

- واعتباراً أن هذه المبادئ تقتضي من المشرع، عند ممارسة اختصاصه ، أن يؤسس تقديره على معايير موضوعية وعقلانية....

-واعتباراً أنه إذا كان ليس من اختصاص المجلس الدستوري أن يحل محل المشرع في اختيار طريقة حساب التعويض ، إلا أنه يعود له أن يتحقق من أن تطبيق طريقة الحساب المعتمدة لا تقضي إلى المساس بمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 64 من الدستور والمستمد من مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون المكرس في م29 من الدستور "...".

وبهذه المثابة، يكون المجلس الدستوري الجزائري قد انتهج تقنيات القضاء الدستوري المقارن في التعامل مع سلطة المشرع التقديرية، بأن أخضعها إلى أدنى مستويات الرقابة حتى في المجال الذي يملك فيه هذا الأخير تقدير الحلول التشريعية، ما يستشف منه شجاعة المجلس الدستوري وتقنياته في تطويق المخالفات الدستورية بحيث لم يفلت المشرع من رقابته بالرغم من أنه صاحب الاختصاص الاصيل، يملك فيه تقدير الحلول والفضائل بكل طلاقة، لكنه لا يمكن أن يخرج عن حدود المعقولة والعقلانية، وتعتبر نظرية الخطأ الظاهر أساساً لرقابته.

خاتمة

عالجنا في الباب الأول من هذا البحث الأسباب التي أدت بالقاضي الدستوري إلى ولوج العملية التشريعية، بل أصبح دوره حساسا وذا أهمية كبيرة في تصويبها، ولعل أهم سبب ركزنا عليه في دراستنا وخصصنا له حجما كبيرا منها، هو تدخل القاضي الدستوري ليحل محل المشرع عندما يبدي هذا الأخير موقفا سلبيا من التزامه الدستوري بالتشريع، إما بصورة كاملة بحيث يرتب فراغا قانونيا في النظام القانوني، أو بشكل جزئي عندما يخل بالتكامل والتوافق لعناصر النص التشريعي، كما تعمقنا في مضمون الدستورية التي تعتبر الأساس القانوني والفلسفي لمساهمة القضاء الدستوري في الوظيفة التشريعية، والتي يترواح مفهومها بين تصويب العملية التشريعية والفصل في تنازع الاختصاص العضوي بين السلطات العامة والاختصاص الموضوعي بين فئات القوانين، ثم ختمنا الجزء الأول من هذه الدراسة بالتقنية التي يعتمدها القاضي الدستوري ليسهر على حماية أحكام الدستور، بأن منح لنفسه سلطة تفسير الدستور والنص التشريعي على حد سواء حتى في حالة غياب الأساس القانوني لهذا الاختصاص.

أما الجزء الثاني من هذه الدراسة والذي يعتبر بيت القصيد فقد خصصناه لوظيفة القاضي الدستوري عند فحص الدستورية، وهي المظهر الذي يبدو فيه القاضي الدستوري مساعدا ومشاركا في العملية التشريعية بلا منازع، وذلك إما بإلغاء القانون المصاب بعيب عدم الدستورية وهو المظهر السلبي، ويشبه بذلك سلطة المشرع في إلغاء النصوص التشريعية وإعدام آثارها من النظام القانوني، أو بالمظهر الايجابي الذي يبدو فيه مشرعا ايجابيا يصنع من عندياته النصوص القانونية. ليس هذا فحسب بل ينسب إليه بلورة العديد من الأحكام والمبادئ الدستورية التي تعتبر عماد النظام الدستوري، ولا يكتمل بناءؤه إلا بضرورة تواجدها في النظام القانوني للدولة.

وبناء على هذه الحيثيات توصلنا إلى مجموعة من النتائج والاقتراحات هي:

1- وجود هيئة الرقابة الدستورية ضمن مؤسسات الدولة ضرورة لقيام دولة القانون والحق، بالنظر إلى المهام التي تقوم بها من حيث حماية أحكام الدستور والسهر على إقامة قواعد النظام العام الدستوري.

2- لا يجبر السلطات العامة على احترام قواعد توزيع الاختصاص الدستوري لا سيما السلطتين التشريعية والتنفيذية إلا القضاء الدستوري المستقل، ويطوق كل المخالفات التي ترتكبها هذه السلطات، حتى في حالة تصلبها من اختصاصها وامتناعها عن ممارستها.

3- السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع في ممارسة اختصاصه التشريعي هي من المبادئ التي أرساها المجلس الدستوري وبيّن حدودها الدستورية. وأخضعها إلى أدنى مستويات الرقابة ليحرص على تقيدها بالضوابط الدستورية، وحتى في حالة غيابها، بتطبيقه لمبادئ المعقولة .

4- الاعتراف بسلطة التفسير الدستوري والقانوني للقضاء الدستوري سلطة تتبع من جوهر طبيعة الرقابة التي يقوم بها ولا يشترط إلزامية ورود هذا الاختصاص ضمن نص قانوني يقره.

5- تختلف اجتهادات المجلس الدستوري عن الاجتهادات التي يبديها القضاء العادي على تنوعه، والاختلاف يكمن في الرسمية والحجية، حيث تصدر اجتهادات القضاء الدستوري في الجريدة الرسمية ولها حجية مطلقة تلزم بها كافة سلطات الدولة، مما يكسبها قيمة النصوص القانونية بالمعنى الدقيق، الطابع الذي يكتفي في اجتهادات القضاء العادي بما فيه الإداري الذين يتميزان بالنسبية حيث تلزم هذه الاجتهادات طرفي النزاع وموضوعه.

5- اجتهادات المجلس الدستوري تصدر في شكل قواعد قانونية ذات مصدر قضائي.

6- لذلك ما يستنتج من هذه الدراسة وهو محورها يتمثل في إعادة النظر في مصادر القانون، بحيث يلحق القضاء الدستوري بباقي المصادر الرسمية للقانون، بما تحوزه قراراته وأحكامه الطابع الرسمي. وهنا يرتب مع القانون العادي والقانون العضوي نظرا لصدور اجتهاداته في الجريدة الرسمية، وهنا يختلف عن اجتهادات المحكمة العليا ومجلس الدولة.

7- القضاء الدستوري قد اتخذ خطوة جبارة في طريقة عمله ودوره في حماية الدستور، من مرحلة القضاء الآلي الذي يقارن بين النص الدستوري والنص التشريعي الطعين إلى مرحلة القضاء المساهم والمنشئ للقاعدة القانونية لتجنب الاصطدام بسلطة التشريع.

8- القضاء الدستوري يساهم بشكل كبير في حماية الحقوق والحريات، عن طريق منحها الحياة والحركية، وإخراجها من دائرة النصوص الصماء التي في بعض الأحيان تعد فقط مجرد آمال يهدف إليها المجتمع الإنساني إلى إحساس الفرد بالوجود الواقعي لها والتمتع بها عن طريق إلزام الدولة بواسطة سلطاتها العامة على السهر على تفعيلها وكذا حمايتها.

9- يساهم القضاء الدستوري بشكل كبير في استقرار الدساتير، ودوام استمراريتها ومنعها من التعديل والتغيير المتكرر الذي يقلل من قيمتها القانونية، وذلك عن طريق منحها مدى أوسع

وأعمق، باعتبارها نصوص لها حياة تتأثر بالواقع والتطور الاجتماعي والسياسي والاقتصادي للجماعة البشرية، بحيث تشبه بذلك الزئبق فتحتوي كل ما هو مستجد دون اللجوء إلى تعديلها لدوام صلاحها.

10- لم يكن القضاء الدستوري أبداً ذلك القضاء المتخاذل في مواجهة التوجهات السياسية سواء أن كان معيناً أو منتخبا، وقراراته وأحكامه الجريئة خير دليل على ذلك.

وبناء على هذه النتائج نقترح بعض التوصيات والتي نخص بها القضاء الدستوري الجزائري تتمثل في الآتي:

1- إن استحداث الإخطار القضائي عن طريق الدفع بعدم الدستورية أعطى العدالة الدستورية في الجزائر قفزة نوعية في اختصاصها، لذلك على الهيئات المعنية بتعيين التكوين البشري للمجلس الدستوري أن تبتعد عن التعيينات السياسية التي أثبتت فشلها وتلجأ إلى الانتقاء النوعي لهذه التركيبة. لأن هذه التقنية سوف تخلق ثورة كبيرة في مفهوم الأحكام والمبادئ الدستورية، فأول مرة سوف تعتمد النصوص الدستورية كمرجعية للفصل في الدعاوي الموضوعية. لذلك يجب أن تكون هذه التركيبة تعتمد التخصص أي الكفاءة العلمية والقانونية اللازمة لطبيعة الوظيفة التي سوف تشغلها. لاسيما الأعضاء المنحدرة من المجلسين الشعبي ومجلس الأمة، وذلك بإخضاعهم لدورات تكوينية.

2- الاعتراف بالاستقلالية الواقعية لعمل المجلس الدستوري ومنحه الصفة القضائية باعتباره سلطة تحمي الدستور والحقوق والحريات العامة للأفراد.

3- الاستفادة ما أمكن من اجتهادات وتجارب القضاء الدستوري المقارن والاعتماد على منهجياته في التعامل مع النصوص الدستورية والنصوص القانونية، ووسائله في حماية الحقوق والحريات، وعموماً مبدأ المشروعية وبناء دولة القانون والحق.

4- منح المجلس الدستوري حركية أكبر في تطويق كل المخالفات الدستورية بإقحامه في الرقابة الإجبارية على كل القوانين لاسيما الأعمال التنفيذية التي تقلت دائماً من رقابة القاضي الإداري بسبب انحياز هذا الأخير لسلطة الإدارة العامة على حساب الفرد الضعيف.

5- تحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية والابتعاد عن الطبيعة السياسية لهذا المجلس، وذلك لمنحه حجما من الاستقلالية في العمل، فطبيعة عمله تتطلب عدم تبعيته لأي سلطة. كما فعلت المغرب.

6- الاعتراف لسلطة المجلس الدستوري بتفسير الدستور والنصوص القانون وذلك من أجل توحيد التفسير القانوني ، بادراج نص قانوني ينص على هذا الاختصاص.

7 - منح المجلس الدستوري سلطة الإخطار الذاتي في حالة وصول إلى علمه أن نص قانوني مخالف للدستور ولم يخطر به.

8- من أهم عيوب تقنية الدفع بعدم الدستورية أو الإخطار القضائي من المحكمة العليا ومجلس الدولة أن هذين الأخيرين هما من يفصلان في جدية الدفع، لذلك نقترح أن قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة في هذه الجدية يجب أن يبلغ للمجلس الدستوري-في حالة رفض الدفع لعدم جديته- لينظر فيه، لان التأكد من مدى من عدم دستورية النص المزمع تطبيقه للنزاع من صميم عمل المجلس الدستوري لا غير لأن الجزائر تأخذ بنظام مركزية رقابة الدستورية على عكس النظام الأمريكي.

9-منح المواطنين سلطة اللجوء إلى المجلس الدستوري مباشرة لإثارة المسألة الدستورية على غرار القضاء الدستوري المقارن حتى في حالة عدم وجود نزاع في الموضوع متى أثبت هذا المواطن تضرره من القانون غير الدستوري. وعدم ترك صلاحية إثارة المسألة الدستورية إلا للسلطات العامة فقط.

10-توسيع الرقابة الاجبارية لكافة القوانين مهما كانت تنظيمات أو أوامر وحتى المعاهدات، لأن الرقابة اللاحقة تثير الكثير من الآثار الخطيرة على الحقوق المكتسبة.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

- القرآن الكريم.

أ- النصوص القانونية:

1- الدستور الجزائري الصادر في 8 ديسمبر 1996 المعدل بالقانون رقم 16-01 الموافق ل 6مارس 2016 ج ع 14.

2- القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقة بينهما وبين الحكومة، ج ر ع 15 لسنة 1999

3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 ماي 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 الصادر في 132 ماي 2007

4- نظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر في 16 أفريل 2012 ج ر ع 26 الصادرة في 3ماي 2012.

4- النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري الصادر في 6 افريل 2016 ج ر ع 29 الصادرة ب11مايو 2016

ب- الآراء والقرارات:

- رأي 89-13 الصادر في 7 غشت 1989 والمتضمن قانون الانتخابات.

- القرار الصادر في 20 غشت 1989 المتعلق بالنظر في مدى دستورية بعض أحكام القانون رقم

- قرار رقم 02/89 المؤرخ في 30 غشت 1989 يتعلق بالقانون الأساسي للنائب.

- رأي رقم 1-ر ق م د 1989 المتعلق بالنظام الداخلي المتعلق بالمجلس الشعبي الوطني.

- رأي رقم 1-ر ق م د -1989.

- قرار رقم 3-ق ن م د المؤرخ في 18 ديسمبر سنة 1989 يتعلق بلائحة المجلس الشعبي الوطني المؤرخة في 29 أكتوبر سنة 1989.

-01/95 المؤرخ في 6 غشت 1995 يتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات .

- رأي رقم 01 الصادر في 6 مارس 1997 يتعلق بمراجعة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية.

- رأي رقم 97/02 الموافق ل 6 مارس 1997 يتعلق بمطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور.

- رأي رقم 97/03 الموافق ل 31 يوليو 1997 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الوطني للدستور.

- رأي رقم 04 الموافق ل 19 فبراير 1997 المتعلق بالتعليق على المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ 6 يناير سنة 1997 .

- رأي رقم 04 ر م د المؤرخ في 19 فبراير 1997 حول دستورية المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من طرف المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ 6 يناير 1997.

- رأي رقم 98/04 الموافق ل 10 فبراير 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي لمجلس الأمة للدستور.

- رأي رقم 98/07 المؤرخ في 24 مايو 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها للدستور.

- رأي رقم 98/06 الموافق ل 9 ماي 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور.

- رأي رقم 04/ر.ق.م.د/98 المؤرخ في 16 يونيو 1998 حول دستورية المواد من 4 الى 7 و11،12،14،15 و23 من القانون رقم ...المؤرخ في ...والمتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان.

- رأي رقم 2000/10 الصادر في 13 ماي 2000 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور.

- قرار 02 م د /2000 الصادر المؤرخ في 27 فبراير 2000 يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97-15 الموافق ل 31 مايو 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر.

- رأي 12 م د 01 الصادر في 13 يناير 2001 يتعلق بالرقابة على دستورية القانون رقم 2000 يتضمن القانون الأساسي لعضو البرلمان.

- رأي رقم 14 / ر.ق.ع / م.د / 03 المؤرخ 23 مارس سنة 2003 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي للدستور

-رأي 01 ر م د /04 المؤرخ في 5فبراير 2004 يتعلق برقابة مطابقة القانون العضوي المعدل و المتمم للامر 97-07المؤرخ في6مارس1997 و المتضمن القانون العضوي لنظام الانتخابات للدستور .

-رأي 01 ر م د /5 المؤرخ في 17 يونيو 2005 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي للدستور .

-رأي رقم 01 / ر م د /07 الموافق ل 23 يوليو 2007 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن تأجيل الانتخابات لتجديد المجالس الشعبية البلدية والولائية ، المنبثقة عن انتخابات 10 أكتوبر 2002 والانتخابات الجزئية ليوم 24 نوفمبر 2007 للدستور .

-رأي رقم 11/03 الصادر في 22 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور .

-رأي رقم 05 / ر م د / 11 الموافق ل22ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد كفاءات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة .

-رأي رقم 01/ر.د.م/11 الموافق ل06 يوليو 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، للدستور .

-رأي رقم 12/ ر.م.د/01 الصادر في 13 يناير 2001 يتعلق بالرقابة على دستورية القانون 2000-...المؤرخ في ...يتضمن القانون الأساسي لعضو البرلمان رأي رقم 11/05 الصادر في 22 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد كفاءات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة.

-رأي رقم 01/ ر م د / الموافق ل 6 يوليو 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها للدستور .

-رأي رقم 01/12 الموافق ل 13 يناير 2001 يتعلق بالرقابة على دستورية القانون رقم ...الموافق ل...يتضمن القانون الأساسي لعضو البرلمان .

-رأي 11/03 الموافق ل22 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور .

- رأي رقم 11/04 المؤرخ في 21 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقتي القانون العضوي الذي يحدد حالات التنافي مع العهدة البرلمانية للدستور.

- رأي رقم 01 / ر م د / 12 الموافق لـ 8 يناير 2012 يتعلق بمطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور.

- رأي رقم 12/02 المؤرخ في 8 يناير 2012. يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام للدستور.

- رأي م ج د رقم 16/01 الصادر في 28 يناير 2016.

- رأي رقم 02/16 المؤرخ في 11 غشت 2016 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور

- رأي رقم 02/17 المؤرخ في 25 يوليو 2017 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي لمجلس الأمة، للدستور.

- رأي رقم 01/17 المؤرخ في 16 مارس 2017 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل للقانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 والمتعلق بالتنظيم القضائي.

ثانياً: المراجع

1- باللغة العربية:

أ- المراجع العامة

- 1- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثامن، دار صار، بيروت، لبنان، 1999 .
- 2- اسماعيل الغزال، القانون الدستوري و النظم السياسية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، القاهرة، 1982.
- 3- أحمد فتحي سرور:

- الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، دار الشروق ، القاهرة، مصر، 1999.
- القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية ، دار الشروق ، القاهرة ، مصر، 2002 .

- الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية ، القاهرة،مصر، بدون سنة نشر.
- 4- بوكرا إدريس الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية ،دار الكتاب الحديث،الجزائر، 2003.
- 5-جعفر عبد السادة بهير الدراجي ، التوازن بين السلطة و الحرية في الأنظمة الدستورية -دراسة مقارنة- ط1 ، دار الحامد، القاهرة،مصر ، 2008.
- 6-جورجي شفيق ساري:
- رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة،مصر،2000.
- اختصاص المحكمة الدستورية بالتفسير، ط 3 ، دار النهضة العربية، القاهرة،مصر، 2005
- 7- حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر،1974.
- 8-رأفت فودة ناصر، وجود القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، بدون سنة نشر.
- 9- رمزي الشاعر:
- النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية ، القاهرة،مصر، 2003.
- النظم السياسية و القانون الدستوري، ج1 ، مطبعة عين شمس،مصر ، 1977
- 10- رمزي علي دراز ، السكوت التشريعي في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع،مصر ، 2004.
- 11-سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1999.
- 12-سعد عصفور، النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف،الاسكندرية1981.
- 13- سعيد بوشعير :
- النظام السياسي الجزائري ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر، بدون سنة.

- القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة ، الطبعة الرابعة منقحة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، بدون سنة نشر.
- 14- شطاب كمال ، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية و الواقع المفقود ، دار الخلدونية،الجزائر ، 2003.
- 15- عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الأردن،2001
- 16- عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ،القاهرة،1972.
- 17- عبد العزيز عبد المنعم خليفة،الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر العربي،الإسكندرية 2001
- 18- عبد الكريم علوان ، النظم السياسية و القانون الدستوري ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع،مصر ، 1999
- 19- عثمان احمد عبد الرحيم،التجديد في التفسير،الإصدار11،المطبعة العصرية،الكويت.بدون سنة نشر.
- 20-عزاوي عبد الرحمن ، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية و التنفيذية – دراسة مقارنة في تحديد مجال القانون و اللائحة – ج1 ، دار الغرب للنشر و التوزيع ،الجزائر ، 2009.
- 21-عقيلة خرباشي العلاقة الوظيفية بين البرلمان و الحكومة ،دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، بدون سنة نشر.
- 22-عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وتفسير التشريعات، الكتاب الثاني،الجزء الثاني،دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات،القاهرة،مصر،2012.
- 23-غسان عرنوس،فلسفة التلازم بين السلطة والمسؤولية،دراسة مقارنة بين الانظمة الديمقراطية والنظم السياسية،2017.

24- محمد الصبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984

25- محمد سليمان الطماوي :

• النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة- راجعه و نقحه محمد محمود عاطف طبعة مزيدة و منقحة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر ، 2006 .

• السلطات الثلاثة في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر الإسلامي، ط6، دار الفكر العربي ، القاهرة، مصر، 1996

26- مساعد بن سليمان الطيار، أصول في التفسير ، ط1، دار النشر الدولي للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1993.

27- مهند الطراونة ، العلاقة بين السلطتين التنفيذية و التشريعية ، الطبعة الأولى ، دار الوراق للنشر ، سنة 2009.

28- يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، ط1، ابن النديم للنشر والتوزيع، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، مصر ، 2008

29- علي خاطر الشنطاوي، الوجيز في القانون الاداري، ط1 ، دار وائل للنشر و التوزيع.

30- عبد الغني بسيوني عبد الله :

• النظم السياسية، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، مصر ، 2002.

• سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، القاهرة، مصر ، 1994.

31- عبد الله بوقفة :

• أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري ،-دراسة مقارنة- دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، طبعة 2002.

• الدستور الجزائري، نشأة ، تشريعا ، فقها ، طبعة مزيد و منقحة، الجزائر ، 2005.

ب-المراجع المتخصصة:

- 1- محمود علي أحمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016.
- 2- ثروت عبد العال، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2004.
- 3- جواهر عادل العبد الرحمن ، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، دار النهضة العربية، مصر، 2016
- 4- رفعت عيد السيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 2009.
- 5- زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،/صر، 1997.
- 6- عادل عمر شريف ،قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، مصر، 1998.
- 7- عبد الحفيظ علي الشيمي:
- رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2003.
- القضاء الدستوري وحمية الحقوق والحريات الاساسية في القانون المصر، والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.
- 8- عبد العزيز محمد سالمان:
- رقابة دستورية القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1995.
- ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، دار الفكر العربي للمطبوعات القانونية، القاهرة، مصر، 2011
- 9- عبد المجيد ابراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، 2010
- 10- عصمت عبد الله الشيخ ، مدى استقلال القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر.

- 11- عصمت عبد الله الشيخ ، مدى استقلال القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر.
- 12- عوض المر ، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية ، مركز جان ديون للقانون و التنمية ، 2003
- 13- عيد أحمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع -دراسة مقارنة- ، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2001.
- 14- فتحي فكري ، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، طبعة مزيدة ومنقحة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011.
- 15- فهد أبو العثم النصور، القضاء الدستوري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر توزيع، الأردن، 2016.
- 16- مجدي مدحت النهري ، تفسير النصوص الدستورية، مكتبة الجلاء، القاهرة، مصر، 2003.
- 17- محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، مصر ، 2008 .
- 18- محمد سويلم ، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، مصر، 2013.
- 19- محمد فوزي النويجي ،التفسير المنشئ للقاضي الدستوري -دراسة مقارنة - الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، 2008.
- 20- محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي و الرقابة على دستورية، الكتاب الأول، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013.
- 2- باللغة الفرنسية:

1-Dominique Rousseau

- droit du contentieux constitutionnel, Montchestion, Paris, 7^{em} édition , 2006.
- droit du contentieux constitutionnel, Paris ,Montchrestien,1990.

2-Louis Favoreu ,La décision de constitutionnalité ,RiDCné,1986.

3-J. Revéro , droit administratif,2eme éd ,daloz Paris,1986.

4-J.Paul Jaque ,droit constitutionnel et institutions politique, Dalloz ,5eme, édition.

5-Michel Troper ,le problème l' interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle ,Paris ;1975.

6-Yelles Chaouche, Le Conseil Constitutionnel en Algérie, Du contrôle de constitutionnalité à la créativité normative, OPU , Alger ,1999.

ثالثا: الرسائل :

أ- باللغة العربية

- 1- أشرف اسماعيل عزب، حدود رقابة الدستورية ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2011.
- 2- إيناس كمال كامل، حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.
- 3- ثروت عبد العال أحمد، حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، رسالة دكتوراه، جامعة اسيوط، 1999.
- 4- عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1980.
- 5- لوناسي جيجقة، السلطة التشريعية في الدستور الجزائري لسنة 1996، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2007.

6- محمود أحمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجيته، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2003.

7- محمود أحمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، 2003.

8- وليد محمد عبد الصبور، التفسير الدستوري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2013.

9- يوسف عبد المحسن الفتاح، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2016.

10- كيلاي زهرة، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013.

ب - باللغة الفرنسية :

1-Cheller, la fonction consultative dans le droit administratif français ,thèse doctorat ,strasbourg,1961.

رابعاً: المقالات :

أ- باللغة العربية:

1- عزوي عبد الرحمن :

- مقالة بعنوان: فئة القوانين الجديدة ، القوانين العضوية النظامية وفقاً للدستور الجزائري المعدل سنة 1996، المجلة القانونية التونسية ، مركز النشر الجامعي ، سنة 2002.
- مقالة بعنوان: الرقابة على السلوك السلبي للمشرع : الإغفال التشريعي نموذجاً ،مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ،سنة 2010، العدد 10.
- محاضرات في مقياس قانون التهيئة و التعمير، أقيمت على طلبة الماجستير ،تخصص قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2010/ 2011 ،

- 2- محمد السيد عرفه، تفسير النصوص القانونية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2006.
- 3- نبيل قرقور، محاضرات في مقياس تنفيذ الأحكام والقرارات والعقود الإدارية، أقيمت على السنة أولى ماستر، 2016-2017.
- 1- مسعود شيهوب، مقالة بعنوان: المبادرة بالقوانين بين المجلس الشعبي الوطني و الحكومة، مجلة النائب، العدد 2.
- 2- سمير عبد الله السماعنة، عيب عدم الاختصاص وأثره على القرار الإداري، علوم الشريعة و القانون، المجلد 42.
- 3- يحي بوخاري، آليات إعداد مشروع قانون أو تعديله، يوم دراسي منظم من طرف مركز البحوث القانونية و القضائية، يوم 15 فبراير 2009 بالجزائر.
- 4- عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور و الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مقال منشور في كتاب الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، ماهر أبو العينين بدران، دراسة تطبيقية، الكتاب الأول، التطور التاريخي لفكر الانحراف ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة/2013.
- 5- عيد حمد الحسبان، قرينة الدستورية، مجلة الشريعة و القانون، جامعة المارات العربية المتحدة، ع48، اكتوبر 2011.
- 6- برقوق عبد العزيز، مقارنة في رصد منهج المجلس في توسيع الكتلة الدستورية، دفاتر السياسية والقانون، ع9، 2013.
- 7- عادل عبد الله، العدالة الدستورية في النظام القانوني الجزائري، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع4، 2010.
- 8- عصام سليمان، حول تفسير الدستور، مجلة المجلس الدستوري اللبناني، الكتاب السنوي، المجلد 06، 2012.
- 9- ابراهيم ابراهيم شحاتة، وظيفة القاضي عند فحص دستورية القوانين، مجلة مجلس الدولة، السنة الثامنة و التاسعة والعاشر، مطابع مؤسسة اخبار اليوم، 1960.

- 10- تركي سطم المطيري، قواعد التفسير ومدى التزام المحكمة الدستورية الكويتية بها في ممارسة اختصاصها بتفسير النصوص الدستورية، بحث منشور بتاريخ 2012/3/21.
- 11- سعد محمد عقيلة، ولاية تفسير الدستور عن طريق الرقابة الدستورية بطريق مباشر أو غير مباشر، مداخلة المشاركة في الملتقى العلمي الثامن لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية المنعقدة في مملكة البحرين الفترة من 17 إلى 20 فبراير 2013.
- 12- عصام سليمان ، تفسير الدستور و أثره في المنظومة الدستورية ، المجلس الدستوري، لبنان، الكتاب السنوي، 2012
- 13- سليمان محمد الطماوي، الأساليب المختلفة لرقابة دستورية القوانين، مجلة العلوم الادارية، السنة الثانية والثلاثون، ع 2، ديسمبر 1990
- 14- أحمد علي عبود الخفاجي، الأثر الزمني للحكم الصادر من المحكمة الدستورية الاتحادية العليا بإلغاء القانون غير الدستوري، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر الذي تقيمه كلية القانون ،جامعة أهل البيت، 2017
- 15- القاضي سالم روضان الموسوي:
- الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية (أحكام المحكمة الاتحادية العليا نموذجاً)، مقال منشور في جريدة المدى، ع2639، العراق، 2012/11/4.
 - الأثر الرجعي لأحكام القضاء الدستوري، مقال منشور في مجلة الحوار المتمدن، ع4341، العراق، 2014/01/11.
- 16- حميد محمد عبد السلام القماطي، أثر الحكم الصادر عن القضاء الدستوري ، بحث مقدم للمؤتمر العلمي للمحاكم والمجالس الدستورية العربية، المنعقد في الأردن في 28-29 فبراير 2016 تحت عنوان تحديات الواقع و الإصلاحات الممكنة في ضوء المتغيرات الإقليمية.
- 17- مرابط فدوى، المجلس الدستوري والرقابة على دستورية القوانين في دول المغرب العربي، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، العدد المزدوج 06/05، المغرب، 2007.
- 18- فتحي عبد الناظر، ضوابط الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها العملية، أعمال الملتقى العلمي الثاني بالخرطوم المقام في ديسمبر 2003، نشرية اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، دار نوبار للطباعة، القاهرة للطباعة 2007.

19-يحي الجمل، هانز كلسن الأب الروحي للقضاء الدستور، مجلة المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد الأول، يناير 2003.

ب-باللغة الفرنسية:

1-Michel Troper, souveraineté de l'Etat et Hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle, Les cahiers du conseil constitutionnel, n° 9/ 2000.

2-Problemes of législative omission in constitutional jurisprudence ,conférence des cours constitutionnelles européennes

خامسا: المواقع الالكترونية:

1-الدستور الألماني الصادر في 23 آيار 1949 www.Fes.de.FRICH Eberrt Stiftung

2-الدستور الايطالي الصادر في 27 ديسمبر 1947 H .P.L.E cooperativa sociale onlus coophep @ Fast web net it

3-الدستور الفرنسي 1958 www.constituteproject.org

4-الدستور البرتغالي الصادر في 1976 المعدل سنة 2005 www.constituteproject.org

5-قانون المرافعات المصري fr.m.wikisource.org

6-القانون المدني الفرنسي fr.m.wikisource.org

7-Règlement intérieur du 4 février 2010 sur la procédure suivre deva le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité

1-موقع المجلس الدستوري الجزائري www.conseil.constitutionnel.dz

2-موقع المحكمة الدستورية المصرية sccourt.gov.eg

3-إطالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ضوء مبدأالفصل بين السلطات ، ورقة مقدمة من وفد جمهورية مصر العربية الى المؤتمر العالمي الثاني حول العدالة الدستورية ، ري

ودي جانييرو ، البرازيل ، 16-18 يناير 2011 <http://www.Venice.cae.int/>

4- بوسيدة فيصل، دور مجلس الأمة في صياغة القوانين /archives/ bouseida faissal
drws ,alsyaghte-alqanwny/daw

5- عادل عامر ، رقابة المحكمة الدستورية على الصياغة التشريعية، pulpit .alwatan
voice.com

6- عبد العزيز محمد سلمان ، مقالة بعنوان : الاغفال في القضاء الدستوري ،
www.F.Law.Net

7- عصام سليمان، العلاقة بين القضاء الدستوري و البرلمان، www.constitutionnet.org

8- محمد حساني منير، توسعة حق اخطار المجلس الدستوري للبرلمانيين تأمين للوظيفة
التشريعية، 6 أبريل 2012، ص 7 [manifest univ-ouargla.dz](http://manifest.univ-ouargla.dz)

1-L'omission législative dans jurisprudence constitutionnelle, rapport
établi pour la cour constitutionnelle de Belgique ,www.confcoconsteu.org .

2-Problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence
constitutionnelle ,cour constitutionnelle république de Moldova,
conférence des cours constitutionnelles Européennes,
www.confcoconsteu.org .

3- Yelles chaouche bachire ,la technique des réserves dans la
jurisprudence du conseil constitutionnel Algerien ,www.researchgate.net

4-M .Fromont ,ibidem ,et ,O. Dutheillet ,Les limites du control
constitutionnel du point de vue Européen, Intervention dans le cadre de
l'échange de vues avec l'union des cours et des constitutionnels Arabes,
Venise 72 Session 19-20 octobre 2007,p06,
<http://www.venice.coe.int/docs2007>.

5-Kalmo,La hiérarchie Réinterprétée:les multiples sens desupérieur,
<http://www.europeanlegalcultures.eu>

6-Le dictionnaire de politique,définition de loi organique,
www.Toupie.org

7-Le recours a l'incompétence négative dans le cadre du contrôle à
prosederiori de la loi : une construction inachevée ,http// :m2-5 dd .u-
paris 2 .fr / francais

8-Louis Favoreu , le conseil constitutionnel, régulateur de l'activité
normative des pouvoirs publics, www .cairn.info

الفهرس

1.....	مقدمة
8.....	الباب الأول:أسباب ومعالم اقتحام القاضي الدستوري الوظيفة الدستورية

الفصل الأول: عزوف المشرع عن ممارسة اختصاصه الدستوري بالتشريع وتدرج مستويات الدستورية	11
المبحث الأول: مظاهر عزوف المشرع عن القيام بالتزامه بالتشريع.....	13
المطلب الأول: مفهوم الإغفال التشريعي.....	13
الفرع الأول: فكرة الإغفال التشريعي في القانون العام.....	13
أولاً: المعنى اللغوي.....	13
ثانياً: الخلفية التاريخية ومسألة الإغفال التشريعي.....	14
ثالثاً: المعنى الاصطلاحي للإغفال التشريعي عند فقه القانون الدستوري.....	18
رابعاً: التعريف القضائي للإغفال التشريعي.....	21
خامساً: المعنى القانوني للإغفال التشريعي.....	23
سادساً: الأساس الدستوري لإثارة مسألة الإغفال التشريعي.....	24
1 - المفهوم التقليدي لمبدأ الإنفراد بالتشريع.....	24
2- تطور مفهوم مبدأ الانفراد التشريعي.....	26
أ- الانفراد التشريعي المطلق أو الصارم والانفراد التشريعي النسبي.....	27
ب- الانفراد التشريعي العادي والإنفراد التشريعي المدعم.....	29
ثالثاً - علاقة مبدأ الانفراد التشريعي بفكرة الإغفال التشريعي.....	31
الفرع الثاني: حالات الامتناع التشريعي.....	32
أولاً: السكوت المطلق.....	32
1- الاتجاه الرافض للرقابة على دستورية الامتناع التشريعي الكلي.....	34
2-الاتجاه المؤيد للرقابة على الإغفال التشريعي الكلي.....	37
ثانياً:النقص التشريعي أو الإغفال التشريعي الجزئي.....	39

- ثالثا: الامتناع التشريعي المبطن.....40
- 1- توسع البرلمان في تفويض اختصاصه التشريعي.....41
- 2- التوسع في الإحالة إلى اللائحة.....49
- 3- أسلوب الإفراط في العمومية.....54
- المطلب الثاني:الإقرار **القضائي** الضمني لفكرة الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري
الجزائري.....55
- المطلب الثالث:أسباب الإغفال التشريعي.....67
- الفرع الأول: أسباب خارجة عن إرادة المشرع.....67
- أولا: الصياغة الدستورية لمبدأ الفصل بين السلطات ووضع ضوابط دقيقة لتوزيع الاختصاص بين
السلطتين التشريعية والتنفيذية.....67
- ثانيا:عدم الاستقرار السياسي والأمني.....70
- الفرع الثاني: أسباب ذاتية تعود لإرادة المشرع.....73
- أولا: مدى استعمال المشرع لسلطته التقديرية في وضع القوانين.....73
- ثانيا: عدم تعرف البرلمان على اختصاصه.....74
- 1 - استعمال المؤسس الدستوري بعض العبارات الغامضة.....74
- 2-غموض الحدود بين القانون واللائحة.....74
- المبحث الثاني :الأسباب الثانوية اتساع أو تدرج مستويات الحماية الدستورية.....77
- المطلب الأول: اختصاصه المانع برقابة الدستورية.....78
- الفرع الأول: جودة التشريع.....80
- الفرع الثاني: منع التعسف في سلطة التشريع.....85
- المطلب الثاني :تفادي الحكم بعدم الدستورية.....96

97.....	الفرع الأول: القيود الواردة على سلطة القاضي الدستوري للنطق بعدم دستورية القوانين
97.....	أولاً: المساس بقريئة الدستورية.....
99.....	ثانياً: حساسية العلاقة بين السلطة التشريعية وهيئة رقابة الدستورية.....
100.....	الفرع الثاني: الحلول المبتكرة لتفادي الحكم بعدم الدستورية.....
100.....	أولاً: توسيع نصوص المرجعية الدستورية.....
104.....	ثانياً : تقنية التصدي.....
106.....	أ-رقابة دستورية مركزية.....
106.....	رقابة دستورية لامركزية.....
109.....	المطلب الثالث: حماية ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطات.....
110.....	الفرع الأول: القاضي الدستوري قاض متخصص يفصل في تنازع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.....
115.....	الفرع الثاني: كبح اعتداء البرلمان على سلطة التأسيس.....
117.....	الفرع الثالث:القاضي الدستوري قاضي يفصل في تنازع فئات القوانين.....
123.....	الفصل الثاني: التفسير الدستوري باعتباره مرحلة أولية لولوج القاضي الدستوري الميدان التشريعي والتأثير فيه.....
123.....	المبحث الأول:التفسير الدستوري تقنية لاستنباط القاعدة القانونية.....
123.....	المطلب الأول: مضمون التفسير الدستوري.....
124.....	الفرع الأول :تعريف التفسير الدستوري.....
124.....	أولاً : معنى التفسير عامة.....

- 125.....ثانيا : التفسير في المعنى القانوني.....
- 128.....ثالثا: خصوصية دور القاضي الدستوري في التفسير.....
- 136.....الفرع الثاني: أساس اختصاص القاضي الدستوري بتفسير الدستور.....
- 136.....أولا: الاختلاف الفقهي حول اختصاص القاضي الدستوري بتفسير الدستور.....
- 137.....الاتجاه الأول:عدم اختصاص القاضي الدستوري بتفسير النصوص الدستورية.....
- 140.....الاتجاه الثاني :اختصاص المحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية.....
- 144.....ثانيا: اتجاه الدساتير المقارنة إلى منح القضاء الدستوري للاختصاص بالتفسير الدستوري.....
- المطلب الثاني: رقابة الدستورية الأساس الواقعي لاختصاص المجلس الدستوري الجزائري بالتفسير
الدستوري.....145.....
- 1-الولاية المباشرة للقضاء الدستوري بتفسير النصوص التشريعية والنصوص الدستورية.....146.....
- 2- ولاية القضاء الدستوري غير المباشرة بتفسير النص الدستوري.....147.....
- المبحث الثاني: مناهج القاضي الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية وفنياته.....156.....
- المطلب الأول:مناهج التفسير الدستوري.....157.....
- الفرع الأول :منهج التفسير الحرفي.....157.....
- الفرع الثاني: منهج القصدية في تفسير الدستور.....165.....
- الفرع الثالث :منهج الدستور الحي.....169.....
- المطلب الثاني : فنيات وقواعد التفسير الدستوري.....174.....
- أولا: قاعدة التفسير الذي يوافق الدستور175.....

176.....	1- الاتجاه الأول.....
177.....	2-الاتجاه الثاني.....
179.....	ثانيا: تفسير النصوص الدستورية باعتبارها وحدة واحدة.....
181.....	ثالثا : قاعدة الالتزام بالسوابق التفسيرية.....
181.....	رابعا: قاعدة تفسير النصوص الدستورية بنظرة عصرية.....
183.....	الباب الثاني: السلطة الخلاقة للقاضي الدستوري.....
185.....	الفصل الأول:منهجية القاضي الدستوري عند فحص الدستورية.....
185.....	المبحث الأول: القاضي الدستوري مشرع سلبي.....
186.....	المطلب الأول: الحكم بإلغاء التشريع لعدم دستوريته.....
192.....	الفرع الأول:إلغاء القانون بالحكم بعدم دستوريته قبل صدوره.....
196.....	الفرع الثاني:إلغاء القانون لعدم دستوريته بعد نفاذه.....
197.....	المطلب الثاني:سريان الحكم بإلغاء القانون المقضي بعدم دستوريته من حيث الزمان.....
198.....	الفرع الأول:الأثر الكاشف لحكم الإلغاء.....
201.....	1-المراكز القانونية المستقرة قبل الحكم.....
202.....	2-احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.....
202.....	3-الأمن القانوني.....
203.....	الفرع الثاني:الأثر المنشئ لحكم الإلغاء.....
213.....	المبحث الثاني:القاضي الدستوري مشرع ثان مشارك.....
214.....	المطلب الأول:القرارات المنشئة الأصلية.....

- الفرع الأول:القرارات الإنشائية المضيفة.....215
- أولاً:دور المجلس الدستوري الجزائري في خلق وبلورة بعض المبادئ والمفاهيم القانونية.....216
- 1-عدم خضوع الأوامر التشريعية الاستثنائية لرقابة البرلمان.....216
- 2- عدم جواز جمع النائب بين وظيفتين.....218
- 3-عدم اشتراط الجنسية الجزائرية لزوج المترشح لمنصب رئيس الجمهورية.....219
- ثانياً:دور المجلس الدستوري في استجلاء وإرساء بعض المبادئ الدستورية.....220
- 1-مبدأ الفصل بين السلطات.....220
- 2-مبدأ تدرج القوانين.....221
- 3-مبدأ المساواة بين المواطنين.....223
- 3-مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.....227
- الفرع الثاني:القرارات الإنشائية الاستبدالية.....229
- 1-استبدال قاعدة الأغلبية النيابية المطلقة بقاعدة 3/4 لعزل وإسقاط العضوية النيابية والحصانة البرلمانية في رأيه رقم 97/03.....230
- 2-ضرورة استشارة المجلس الأعلى للقضاء فيما يخص تعيين رئيس محكمة التنازع.....231
- المطلب الثاني:القرارات المنشئة التوجيهية.....233
- الفرع الأول:القرارات الإنشائية التوجيهية الموجهة لسلطة تطبيق القانون.....233
- الفرع الثاني :القرارات التوجيهية الموجهة إلى المشرع.....236
- أولاً:القرارات التوجيهية الملزمة لممارسة الاختصاص.....236
- ثانياً:القرارات الموجهة لتنظيم الموضوعات بطريقة دستورية.....238

246.....	الفصل الثاني:آثار القرارات التفسيرية المنشئة وحدودها.
247.....	المبحث الأول: حجية القرارات التفسيرية المنشئة.
247.....	المطلب الأول:القاعدة العامة: الحجية المطلقة لقرارات المجلس الدستوري.
248.....	الفرع الأول:الأساس الدستوري والقانوني لحجية قرارات المجلس الدستوري.
249.....	الفرع الثاني:الأساس القضائي لحجية قرارات المجلس الدستوري.
252.....	المطلب الثاني:تنفيذ السلطات العامة للقرارات التفسيرية المنشئة.
256.....	المبحث الثاني:حدود السلطة الخلافة للقاضي الدستوري.
257.....	المطلب الأول: حدود تتعلق بالمبادئ الدستورية.
257.....	الفرع الأول:السلطة التقديرية للمشرع.
258.....	أولاً: مفهوم السلطة التقديرية للمشرع وأساسها القانوني.
261.....	ثانياً: تدرج مستويات السلطة التقديرية على عناصر القانون.
261.....	1-السلطة التقديرية في عنصر الاختصاص.
262.....	2-السلطة التقديرية وعنصر الشكل.
263.....	3-سلطة المشرع في تقدير محل القانون.
266.....	4-سلطة المشرع في تقدير سبب القانون.
267.....	5-سلطة المشرع في تقدير ركن الغاية أو الهدف من القانون.
267.....	ثالثاً:موقف القاضي الدستوري من السلطة التقديرية للمشرع.
270	الفرع الثاني:مبدأ الفصل بين السلطات.
272.....	المطلب الثاني:حدود تتعلق بالاختصاص الدستوري للقاضي الدستوري.

الفرع الأول: رقابة القضاء الدستوري على المشرع بين رقابة الملائمة ورقابة المشروعية الدستورية.....	272
أولاً: الاتجاه المؤيد لرقابة المشروعية الدستورية.....	272
ثانياً: الاتجاه المؤيد لرقابة الملائمة نحو تطور مفهوم رقابة القضاء الدستوري.....	278
1-تعريف الفقه الدستوري للملائمة.....	280
أ-التمييز بين رقابة الملائمة ورقابة المطابقة الدستورية.....	281
ب-التمييز بين رقابة الملائمة ورقابة التناسب.....	282
2-الأساس النظري لرقابة الملائمة على السلطة التقديرية للمشرع.....	282
أ-نظرية الخطأ الظاهر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي.....	283
ب- تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في القضاء الدستوري.....	285
ب-1-نظرية الخطأ الظاهر في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي.....	287
ب-2-نظرية الخطأ الظاهر في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية.....	288
ج-تعريف الخطأ الظاهر ومعياري تحديده.....	290
الفرع الثاني: موقف المجلس الدستوري الجزائري من رقابة الملائمة ومدى تطبيقه لفكرة الخطأ الظاهر.....	292
خاتمة.....	296
قائمة المراجع.....	270
الفهرس.....	316

