

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

آلية الدفع بعدم الدستورية كضمانة قانونية
لحماية الحقوق والحريات الأساسية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام

تحت إشراف:

د. حافظي سعاد

من إعداد الطالبة:

ماحي وسيلة

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.دعزاوي عبد الرحمان
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذة محاضرة "أ"	د. حافظي سعاد
ممتحنا	المركز الجامعي مغنية	أستاذ محاضر "أ"	د. بوزيدي خالد
ممتحنا	جامعة البليدة	أستاذ محاضر "أ"	د. شريط وليد

السنة الجامعية: 2022-2023

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير خاص

إلى الأستاذ الدكتور

"باعزيز أحمد"

رحمه الله

شكر و عرفان

الحمد والشكر أولاً لله وحده لا شريك له حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه.

أشكر أمي الحبيبة وأبي العزيز على وقوفهما إلى جانبي منذ أن وطئت قدمي أرض المدرسة إلى يومنا هذا، وأشكر أختي الحبيبة وهيبة على مساندتها لي في مشواري الدراسي، كما أتقدم بجزيل الشكر لأخوأي أنيس وعبد الوهاب، حفظهما الله، على تشجيعهما الدائم لي ومساعدتي على إتمام هذا العمل المتواضع.

الشكر موصول أيضاً بالخصوص لعائلة بريكسي رقيق كل باسمه على احتضاني ودعمي خلال سنوات إعدادي للأطروحة.

كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان للسيد "بدر الدين بن بلعيد" على دعمه لي ومساندته لي منذ أيام تحضير لي لمسابقة الدكتوراه إلى غاية إكمالي للأطروحة وعرضها للمناقشة. وأخص شكري أيضاً للدكتور "باهي هشام" من جامعة بسكرة على مساندته لي، وعلى كل ما قدمه لي من خدمات رغم بعد المسافات.

ولأنسي أستاذتي الرائعة "حافظي سعاد"، أشكر لها نصائحها وتوجيهها ومساندتها وصبرها وتفانيها وإخلاصها في تأدية مهمة الإشراف على أطروحتي، دون أن ننسى أعضاء لجنة المناقشة الكريمة: الأستاذ "عزاوي عبد الرحمان" والأستاذ "وليد شريط" والأستاذ "بوزيدي خالد" على منحهم عملي المتواضع جزء من وقتهم الثمين لمناقشتهم كما أتقدم بجزيل الشكر للأستاذ "بونوار بن صايم" على تقديمه يد العون لي، وأشكر عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان "الأستاذ" بن طيفور نصر الدين" الذي أعتبره بمثابة الأب الثاني لي.

دون أن أنسى في الأخير كل الشكر إلى صديقتي "اسمهان" وزوجها اللذان قدما يد العون لي، وإلى كل من علمني حرفاً، وكل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، وعمالها الإداريين وعمال المكتبة، وكل من يسهر على أمننا وسلامتنا كبيراً وصغيراً، وإلى كل أصدقائي.

ماحي وسيلة

الإهداء:

أهدي عملي المتواضع هذا إلى أمي الحبيبة وأبي الغالي، وإلى أختي الوحيدة
والعزيزة وهيبه وأولادها محمد وأسيل، وإلى أخي أنيس وآخر العنقود عبد الوهاب،
حفظهم الله ورعاهم وسدد خطاهم.

أهدي ثمرة جهدي لسنواتي إلى "السيد بدر الدين بن بلعيد" بالأخص.

إلى كل عائلة ماجي ولعول كلباسمه.

أهدي عملي هذا إلى كل شخص يطلب العلم ليكون عوناً له في سبيل الوصول إلى
أعلى مراتب العلم والعلماء.

ماحي وسيلته

قائمة بأهم المختصرات

1-باللغة العربية:

الو. م. أ: الولايات المتحدة الأمريكية.

ج: جزء.

ج. ر. ج. ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

د. م. د: ديوان المطبوعات الجامعية.

ص: صفحة.

ع: عدد.

ف: فقرة.

ق. إ. ج. ج: قانون الإجراءات الجزائية.

ق. إ. ج. م. إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق. د: قضائية دستورية.

ق. ع: القانون العضوي.

م: المجلد.

م. ج. ع. ق. إ. ق. س: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

2-باللغة الفرنسية:

A. I. J. C : Annuaire International de Justice Constitutionnelle.

C. C : Conseil Constitutionnel.

C. F : confer voyer.

C. J. F. I : Le Courrier Juridique des Finances de l'Industrie.

Ed : édition.

Edit : éditeur.

Ets : excitera.

Harv. L. R : The Harvard Law Review.

J. C : Jean Claude.

J. O. R. F : Journal Officiel de la République Française.

L. G. D. G : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

N° : numéro.

Op.cit. Ouvrage précédemment cité.

P : Page.

P.P : Pages.

P. U.F : Presses Universitaires de France.

Q. P. C : la Question Prioritaire de Constitutionnalité.

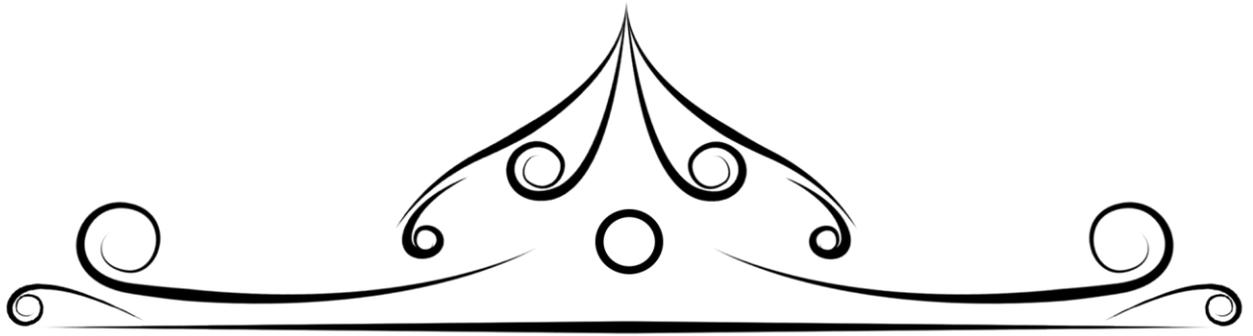
R : Revue.

R. F. A : République Fédérale d'Allemagne.

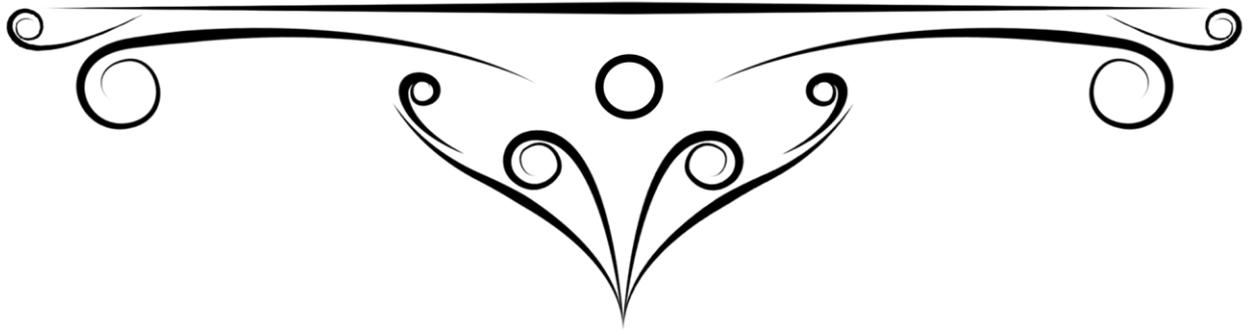
R. F. D. C : Revue Française du Droit Constitutionnel.

T : Tome.

V : Volume.



مقدمة



لقد عانت بعض دول العالم من صراعات داخلية بين السلطة الحاكمة والمحكومين نتيجة للاستبداد الذي يتعرضون له جراء ممارسة الحكام لسلطاتهم بطريقة تعسفية وغير عادلة تضرب بحقوقهم وحررياتهم، الأمر الذي استوجب حتما وضع حد لتسلط السلطة الحاكمة، وذلك من خلال وضع قواعد وأحكام قانونية تكون ملزمة للطرفين وتضمن عدم انحراف السلطة الحاكمة في الدولة، تأسيسا لدولة الحق والقانون التي تعتبر بمثابة تجسيد حقيقي لنظام قانوني مشروع ومقبول للأفراد، حيث تقوم على فكرة أنها قد وجدت لتقرر إرادة الشعب وطموحاته التي يتشكل منها النظام القانوني، ويتجسد هذا الأخير في بناء هرمي لمجموعة من قواعد قانونية تستمد كل قاعدة صحتها من قاعدة أسما منها وصولا إلى قاعدة سامية وعليها تعرف بالدستور أو القانون الأساسي، فهو الذي ينظم شكل الدولة وسلطاتها وعلاقاتها.

ولكنه لم يكتسب مكانته السامية انطلاقا من ذلك فقط، بل يعود الفضل بالدرجة الأولى إلى تقرير حقوق الأفراد وحررياتهم والنص على الوسائل القانونية لضمانها، ليكون بذلك تشريعا فوقيا لا يعلوه نص، ويسمو على بقية القواعد القانونية باعتباره المعبر عن وجدان الأمة وثوابتها من دين ولغة وثقافة ومبادئ حكم وحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مما يجعله لا ينسجم مع المساس به أو التعديل فيه أو التناول عليه، ولأجل حماية الدستور من أية تجاوزات من قبل السلطات العمومية المكلفة بتسيير المؤسسات الدستورية تأسست نظم الرقابة على دستورية القوانين باعتبارها المعيار الحقيقي في تقدير مدى النضج القانوني والسياسي لأي نظام سياسي مهما كان شكله.¹

فالرقابة على دستورية القوانين تعد من أهم الوسائل الحديثة لكفالة مبدأ المشروعية، الذي ينصرف مفهومه إلى مدى امتثال كافة الأطراف-سواء كانوا أفرادا، أو مؤسسات حكومية أو مجتمع مدني- للمنظومة القانونية من قوانين أو تشريعات أو لوائح...² واحترام الدستور وكذا حماية الحقوق والحرريات، فهي تكليف هيئة معينة بمهمة التحقق من مدى مطابقة القوانين والمراسيم والقرارات الصادرة عن السلطات العامة، لمقتضيات الوثيقة الدستورية، تمهيدا لعدم إصدارها إذا كانت لم تصدر، أو الامتناع عن تطبيقها أو إلغائها إذا كانت قد صدرت فعلا، وهو

¹ ماز حسن، القضاء الدستوري طريق نحو الديمقراطية (دراسة في التجارب الدستورية المقارنة)، مجلة البدر، المجلد 6، ع 1، جانفي 2014، ص 03؛ كايس شريف، دور المحاكم الدستورية الإفريقية في حماية النظام الدستوري، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، ع 06، 2017، ص 191؛ عبد السلام نور الدين، أثر استقلالية القضاء على الحريات العامة في دولة القانون، المجلد 10، ع 21، مجلة دراسات قانونية، أوت 2014، ص 91، 95؛ سميرة عتونة، جميلة دوار، المستجد في مجال آلية تحريك الرقابة على دستورية القوانين على ضوء الإصلاحات الجزائرية لسنة 2020، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 08، ع 2، جامعة خنشلة، 2021، ص 438.

² موزاوي عقيلة، المؤسسات الدستورية الجزائرية الفاعلة في ترشيد الحكم وفق دستور 2016، المجلد 4، ع 1، مجلة الدراسات القانونية، جانفي 2018، ص 61.

ما يوضح أن الرقابة الدستورية لها عدة أشكال فقد تكون سابقة على صدور القانون وقد تكون لاحقة على صدوره، وقد تعهد مهمة ممارستها إلى هيئة سياسية أو جهة قضائية، وقد ينتج عنها عدم إصدار القانون إذا كانت سابقة على صدوره، أو الامتناع عن تطبيقه أو إلغائه من المنظومة القانونية إذا كانت لاحقة على صدوره.¹

ونظرا لتوسع نطاق الحقوق والحريات وتزايد أهميتها، كان لزاما وضع آلية قانونية للأفراد لمراقبة ومتابعة مدى احترام السلطات العامة للدستور الذي يحمي الحقوق والحريات، ويتجلى ذلك من خلال إقرار حق الأفراد في الدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة ينتهك حقوقهم وحرياتهم وذلك بمناسبة النظر في دعوى قائمة أمام القضاء.

ومما لا شك فيه، أن لهذه الآلية - الدفع بعدم الدستورية - جذورها التاريخية التي ظهرت منها وتطورت بعدها من نظام سياسي إلى آخر ومن دولة إلى أخرى، متأثرة بالظروف المحيطة وحاجيات كل مجتمع ومدى ديمقراطية الحكم فيه.

إن مفهوم وغاية الدفع بعدم الدستورية مرتبطان بالاعتراف بحقوق الأفراد وحرياتهم وحمايتها دستوريا، مما يفرض تنظيم هذه الآلية وتحديد معالمها وإجراءاتها بما يرفع أي لبس في فهمها ولتسهيل العمل بها، وهو ما عملت القوانين المقارنة على تجسيده كل حسب طبيعة نظامها القانوني الخاص بها.

وقد بدأت رقابة الدفع بعدم الدستورية في صورة رقابة قضائية منتجة للامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور وتأثرت بالظروف السياسية والنظام القانوني الخاص بكل دولة واتجاهاتها وأفكار فقهاؤها وقضاتها إلى غير ذلك، فتحوّلت من اللامركزية إلى المركزية ولعدة صور بعدها؛ وصولا إلى الصيغة الحالية؛ وهي الرقابة الدستورية عن طريق الدفع إلى الدول التي توكل مهمة الرقابة الدستورية إلى هيئة سياسية، وبذلك أصبحت آلية الدفع بعدم الدستورية بمفهومها الحالي لها ما يميزها عن بقية الأساليب المعتمدة لممارسة الرقابة على دستورية القوانين.

وعلى الرغم من أهمية هذه الآلية، وانتشارها في مطلع القرن العشرين على نطاق واسع، إلا أن المؤسس الدستوري الجزائري قد تأخر نوعا ما في إقرارها رغم مطالبة الباحثين وفقهاء القانون الدستوري بضرورة وجودها ضمن النظام القانوني للدولة، لما لها من دور في تعزيز حماية الحقوق

¹ أحمد إيمان، دور آلية الدفع بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات، أطروحة دكتوراه في القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2022/2021، ص 5؛ مصطفى قلوّش، المبادئ العامة للقانون الدستوري، ط4، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 1995، ص 191؛ أحمد سرحال، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ط1، دار الحداثة، بيروت، 1980، ص 160.

والحريات والارتقاء بها، ليقرر إدخالها ضمن مجال رقابة المجلس الدستوري، حيث أقرها بموجب الدستور المعدل لسنة 2016، وما فتئ القضاء الدستوري يتعامل معها حتى تم تعديل الدستور سنة 2020 وأدخل تغييرات جوهرية على هذه الآلية بحد ذاتها إلى درجة أن المؤسس الدستوري الجزائري قد انتقل من نظام الرقابة الدستورية بواسطة هيئة سياسية إلى نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين بواسطة محكمة دستورية.

وبالرجوع إلى ديباجة الدستور المعدل في 2016 نجدها قد نصت على أنه: "إن الشعب الجزائري ناضل ويناضل دوما في سبيل الحرية والديمقراطية، وهو متمسك بسيادته واستقلاله الوطنيين، ويعتزم أن يبني بهذا الدستور مؤسسات، أساسها مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العمومية، والقدرة على تحقيق العدالة الاجتماعية، والمساواة وضمان الحرية لكل فرد، في إطار دولة ديمقراطية وجمهورية."¹

إن المتفحص لهذا الجزء من ديباجة الدستور المعدل لسنة 2016، وحتى ديباجة الدستور المعدل الذي تلاه في 2020 يلاحظ بأن الإطار العام الذي هدف إليه المؤسس الدستوري من خلال تنظيمه وتفعيله واستحداثه للمؤسسات الدستورية وعلى رأسها المحكمة الدستورية، يصب كله في سبيل تحقيق العدالة الاجتماعية والمساواة وضمان الحقوق والحريات بالدرجة الأولى لكل فرد، وصولا إلى تجسيد دولة قانون جمهورية وديمقراطية أساسها الدستور باعتباره الإطار الأمثل لتعزيز الروابط الوطنية وضمان الحريات الديمقراطية للمواطن.²

فمن جانب المؤسس الدستوري الجزائري فقد كرس حق المواطنين في تحريك الرقابة الدستورية عن طريق القضاء على غرار العديد من الأنظمة الدستورية المقارنة التي تقر هذا النظام، حيث يتسنى بموجب ذلك لكل من له صفة، الدفع بعدم دستورية قانون معين عن طريق الادعاء أمام القضاء بأن القانون الذي يطبق على النزاع المعروض أمامه يمس بالحقوق والحريات التي يكفلها له الدستور.

ومن أجل تحقيق هذه الغاية، عملت الجزائر كبقية الدول التي تقر آلية الدفع بعدم الدستورية؛ على إحاطة الدفع بعدم الدستورية بجملة من الضوابط والإجراءات التي يجب توافرها لإثارة عدم

¹ديباجة الدستور المعدل لسنة 2016 الصادر بموجب القانون رقم 16-01 بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 14 الصادر في 07 مارس 2016.

²الفقرة 11 من ديباجة الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

دستورية قانون عن طريق الدفع، وإحالة هذه الطلبات على المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية للفصل فيها وفق أصول وقواعد عملهما.

تتمثل أهمية دراسة موضوع الدفع بعدم الدستورية في كونه جديداً على النظام الدستوري والقانوني الجزائري، طبعاً بما أن إقرار هذه الآلية كان ضمن تعديل 2016 الدستوري لتدخل حيز النفاذ بعد سنتين بموجب القانون العضوي 18-16 الذي ما فتئ المجلس الدستوري يتعامل معه ويحاول تنفيذه والتحكم بضوابطه وإجراءاته حتى تم تعديل الدستور من جديد سنة 2020 والذي أحدث تغييرات جوهرية على نظام الدفع بعدم الدستورية وصلت إلى درجة التخلي عن المجلس الدستوري كهيئة مقومة للأعمال التشريعية والتنظيمية، مسؤولة عن مراقبة دستورتها، ليتم استبداله بمحكمة دستورية لها تشكيلاتها المتميزة أوكلت لها مهمة الرقابة على دستورية القوانين، بما فيها الفصل في الدفوع بعدم الدستورية المحالة إليها سواء ضد حكم تشريعي أو حتى تنظيمي.

ولم يمر على ذلك سنتين حتى تم إصدار القانون العضوي 22-19 الذي يحدد كيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، والذي ألغى العمل بالقانون العضوي 18-16، ليصبح ضرورياً علينا التعامل مع ما جاء به القانون العضوي الجديد، وتحليل مواده لمعرفة مدى توافقه مع ما ورد بالمادة 195 من الدستور المعدل في 2020 وطبيعة الدفع بعدم الدستورية المعتمد من طرف المؤسس الدستوري.

ضف إلى ذلك، أن تعلق هذه الآلية على وجه الخصوص بحماية الحقوق والحريات المكفولة دستورياً، سيعزز الاعتقاد الراسخ لدى الأفراد بأن الدستور هو الضامن الأساسي لها والكفيل الدائم بإرساء دولة الحق والقانون.

ولهذا نجد لموضوعنا هذا انعكاسات تتجسد على عدة جوانب تظهر فيما يلي:

في مجال العلوم القانونية: ترسيخ دولة الحق والقانون والشرعية الدستورية، من خلال

إرساء مبدأ سمو الدستور.

في المجال الاجتماعي: تنظيم حياة الناس وحقوقهم وحرياتهم، بحيث يحس المواطن

بالطمأنينة بوجود آلية تضمن له حماية حقوقه وحرياته من انتهاك المشرع والحكومة لها.

في المجال الاقتصادي: إن تحقيق الأمن الاقتصادي مرهون بوجود قوانين تخلو من عيب

عدم الدستورية، خاصة المنظمة لممارسة الحقوق الاقتصادية والمتعلقة بضبط سير المؤسسات.

ومن جانب آخر فإن الدفع بعدم الدستورية عن طريق إحالة من المحكمة العليا ومجلس الدولة سيجنب المتقاضين صاحب الدفع مشقة وأتعاب الرسوم القضائية.

في المجال السياسي: من المؤكد أن هناك مجموعة كبيرة من الحقوق السياسية التي يضمنها الدستور، وبالتالي فإن ضمانها يتطلب وجود آليات فعالة لعل أهمها الدفع بعدم الدستورية. ومن أهم الأسباب التي كانت وراء اختيار موضوع الدفع بعدم الدستورية: اعتباره من المواضيع المهمة في مجال القانون الدستوري، فلطالما اهتم فقهاء القانون الدستوري منذ ظهوره بالحقوق والحريات التي تعد مطلباً للجميع وغاية كل دولة تسعى للوصول إلى أرقى مراحل الديمقراطية، من خلال ضمان أكبر قدر ممكن من حقوق وحريات الأفراد، بالإضافة إلى إعلاء قيمة الدستور من خلال فرض الرقابة الدستورية على أعمال السلطة التشريعية والتنفيذية، ضف إلى ذلك أن الدفع بعدم الدستورية من قبل الأفراد يعتبر حالياً أهم تطبيق للعدالة الدستورية، كما يعتبر مكسباً قضائياً مهماً لكل نظام قانوني يسعى إلى حماية الحقوق والحريات وتجسيد دولة الحق والقانون، ومن جهة أخرى فقد كان لتبني المؤسس الدستوري الجزائري لآلية الدفع بعدم الدستورية دور مهم دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع بالذات، لأنها تمثل خطوة مهمة نحو الارتقاء بالحقوق والحريات.

أما عن أسبابنا الذاتية، فلطالما استحوذت مواضيع القانون الدستوري اهتمامنا، وقد أثار موضوع آلية الدفع بعدم الدستورية إعجابنا منذ أن تبناه المؤسس الدستوري الجزائري في تعديل 2016، ما جعلنا نتطلع لجعله موضوع أطروحتنا في حالة ما وفقنا الله في اجتياز مسابقة الدكتوراه بنجاح.

إن إشكالية الدراسة الرئيسية تدور حول معرفة:

كيف كفل المؤسس الدستوري الجزائري والدراسات المقارنة حقوق الأفراد وحرياتهم من خلال إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية؟ وما مدى تأثير الحكم بعدم الدستورية الصادر تبعا لتطبيقها على مبدأ الأمن القانوني؟

وتم السعي من خلال هذه الدراسة للوصول إلى تحقيق الأهداف التالية:

توضيح طبيعة الدفع بعدم الدستورية الذي أخذ به المؤسس الدستوري الجزائري، والوقوف على أهم الإجراءات والمراحل التي يمر بها الدفع منذ إنشائه إلى غاية الفصل فيه على مستوى القضاء الدستوري، بغية التوصل إلى نقاط قوته وضعفه، وتسليط الضوء عليه في ظل النظام القانوني الجزائري والمقارنة بين آلية الدفع بعدم الدستورية في تعديل 2016 الدستوري وبين ما أصبحت عليه في ظل الدستور المعدل سنة 2020، طبعا مع المقارنة مع بعض الدول التي كانت سباقة في تبني هذه الآلية ضمن نظامها القانوني، مع البحث في الجانب التطبيقي لهذه الآلية من خلال

القرارات الصادرة سواء عن المجلس الدستوري سابقا أو المحكمة الدستورية حاليا في مجال الدفع بعدم الدستورية، مع دراسة أثر هذه القرارات على الحقوق والحريات الأساسية ومدى فعاليتها في حمايتها من جهة، وتأثيرها على مبدأ الأمن القانوني من جهة أخرى.

وعليه اقتضى الإلمام بكل هذه الأهمية والسعي إلى تحقيق الأهداف، من خلال الإجابة على الإشكالية المطروحة وتوضيحها، الاستعانة بمناهج البحث العلمي، التي من شأنها تبسيط وتحليل المواد القانونية المتعلقة بهذا الإجراء والتي تتناسب مع طبيعة البحث وموضوعه، حيث تم العمل بالمناهج التالية:

1- المنهج التاريخي أو ما يسمى الاستردادي: من خلال استرجاع الأحداث المؤرخة في الماضي ووضع الفرضيات المناسبة انطلاقا من بحث نشأة وتطور نظام الدفع بعدم الدستورية منذ ظهوره إلى غاية وصوله إلى النظام القانوني الجزائري الذي يعد جوهر بحثنا.

2- المنهج الوصفي: من خلال دراسة وتحليل الإشكاليات والموضوعات وتحديد المشكلة محل البحث وجمع أكبر قدر ممكن من البيانات عنها والمعلومات من خلال التعريفات المختلفة لكل المصطلحات التي لها علاقة بموضوع الدفع بعدم الدستورية.

3- المنهج الفلسفي: الذي يساعد كثيرا في طرح مجموعة من الإشكاليات والتساؤلات التي ينطلق منها الباحث في بحثه بمساعدة عامل الفضول والتعجب.

4- المنهج التحليلي: من خلال تفكيك المشكلة ودراسة الجزئيات بدقة من خلال تحليل المواد القانونية المتعلقة بشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية على كل المستويات، والحكم الصادر فيه، ونقدها واستنباط الأحكام منها للخروج في الأخير بحلول نسبية على الأقل.

ولتجسيد أدوات المنهج التحليلي من أجل أن تكون دراستنا عملية وتطبيقية كان لابد من الاستعانة بمجموعة من الأحكام والقرارات القضائية حتى نتطلع لمدى مساهمة الدفع في حماية الحقوق والحريات الأساسية.

5- المنهج الاستنباطي: من خلال دراسة النظريات والمبادئ مثل مبدأ الفصل بين السلطات والمشروعية ومبدأ سمو الدستور، والقواعد العامة المتعلقة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية والجزائية مثلا وإسقاطها على المواد المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية، واستنباط القواعد الجزئية الخاصة به.

6- المنهج المقارن: لقد استعنا بالدراسة المقارنة متى سنحت لنا الفرصة بذلك، كاستحضار الدراسات المصرية كونها الأقدم من حيث تبني نظام الدفع بعدم الدستورية، والفرنسية كونها الأقرب

نسبياً للنظام القانوني الجزائري، فعادة ما يتأثر المؤسس الدستوري الجزائري بنظيره الفرنسي، وأدخلنا من حين لآخر النظام القانوني للدفع بعدم الدستورية في كل من تونس والمغرب، دون أن ننسى الدفع الفرعي في الولايات المتحدة الأمريكية كونها مهد الرقابة الدستورية.

إن الإلمام بالمقتضيات العملية البحثية يتطلب إلزاماً إتباع خطة تتماشى وطبيعة الموضوع والمعلومات المتحصل عليها من المراجع المتعلقة به. وبناء على هذا، تم تقسيم البحث إلى ثلاثة أبواب: الباب الأول يتضمن مدخلا تمهيدياً لمحل الدراسة، والبابين الثاني والثالث تمحورا على لب الموضوع من خلال تحليل النظام القانوني والإجرائي للدفع وتطبيقاته والآثار المترتبة على الحكم فيه، طبعاً مع اشتغال كل باب على فصلين، على النحو الذي يحقق الهدف من البحث ويغطي أبعاده المختلفة وذلك على النحو التالي:

الباب الأول: الأحكام العامة لآلية الدفع بعدم الدستورية والحقوق والحريات الأساسية.

الباب الأول: النظام القانوني والإجرائي للدفع بعدم الدستورية في القانون الجزائري والأنظمة المقارنة.

الباب الثاني: دور آلية الدفع في حماية الحقوق والحريات الأساسية والتوفيق بين رجعية الحكم بعدم الدستورية ومبدأ الأمن القانوني.

الباب الأول:

الأحكام العامة لآلية الدفع بعدم الدستورية
والحقوق والحريات الأساسية

إن قواعد الدستور هي أسمى القواعد القانونية وتمثل الإطار المرجعي لكل المعايير القانونية الأخرى، فبالإضافة لتنظيمه عمل السلطات يعد الضامن الأول لحقوق المواطنين، لذلك تعد عملية وضع دستور جديد أو تعديل الدستور القائم حدثا استثنائيا وتاريخيا في حياة الشعوب.¹ ومن المتفق عليه أن الضمانة الأولى والفعالة التي يتعين على المؤسس الدستوري أن يقرها في وثيقة الدستور هي تنظيم الرقابة على دستورية الأعمال القانونية التي تصدرها السلطات العامة، وفي مقدمتها القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية، ضمانا للشرعية الدستورية، وكفالة حماية أكثر فعالية للحقوق والحريات، ذلك أن النص على هذه الأخيرة في الدستور وتحويل البرلمان سلطة تنظيم ممارستها لا يكفي لضمان عدم الاعتداء عليها من المشرع نفسه ومن السلطة التنفيذية.²

ونظرا لعلو مكانة الحقوق والحريات وأهميتها البالغة، تعمل الدول الديمقراطية التي تتطلع إلى تحقيق أسمى مظاهر دولة الحق والقانون على وضع آليات قانونية تسمح للأفراد بالتمتع بها دون انتقاص أو انتهاك، ولعل أهمها تمكين الأفراد من مباشرة الرقابة الدستورية على أعمال السلطة التشريعية والتنظيمية بنفسهم ولو كان ذلك بطريقة غير مباشرة عن طريق الدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة ينتهك حقوقهم وحرياتهم وذلك بمناسبة النظر في دعوى قائمة أمام القضاء، وهو ما تبناه المؤسس الدستوري المصري سنة 1976، والمؤسس الفرنسي في تعديل 2008، وتبعه في ذلك المؤسس المغربي سنة 2011 والتونسي سنة 2014 لتصل هذه الآلية وتستقر في النظام الدستوري والقانوني الجزائري بموجب تعديل 2016، مع بعض الاختلافات طبعا سواء في التسمية أو في طبيعتها، ولكن ذلك لا ينفي اتفاقها في عديد من الأحكام الجوهرية والأهداف المرجوة منها. إن الإشكالية المتعلقة بهذا الباب تدور حول المراحل التي مرت بها آلية الدفع بعدم الدستورية منذ ظهورها إلى غاية اعتمادها بشكلها الحالي، وهل ساهم ذلك في تغيير مفهومها وطبيعتها القانونية؟ كذلك لا بد أيضا من تحديد دائرة الحقوق والحريات موضوع الدراسة أو الحماية التي

¹ رمضاني فاطمة الزهراء، قاسيمي حميد، المسألة الدستورية في الجزائر: لتكريس الإصلاحات الديمقراطية أم لتسوية الأزمات الداخلية؟ مجلة تنوير، ع7، سبتمبر 2018، ص 52؛ رمضاني فاطمة الزهراء، التعديل الدستوري بين الشروط المفروضة والصياغة القانونية المأمولة، دار كنوز للنشر والتوزيع، سبتمبر 2015. أشارت إليه: رمضاني فاطمة الزهراء، قاسيمي حميد، المرجع نفسه، نفس الصفحة، الهامش رقم 02.

² لشهب حورية، الرقابة السياسية على دستورية القوانين، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 3، ع4، مارس 2008، ص 152؛ رمضاني فاطمة الزهراء، إشكالية الاختيار بين الأثر المباشر والرجعي لقرارات المجلس الدستوري الجزائري الصادرة في إطار المادة 2/191 من دستور 2016، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 5، ع12، جوان 2018، ص 10.

ستوفرها آلية الدفع بعدم الدستورية لها، والتعرف على حدود ممارسة القاضي الدستوري لرقابة الدفع دستورية قانون أو لائحة.

لقد تعمدنا في هذه الدراسة التركيز على مجموعة من الدول¹ من أجل تحديد الإطار المفاهيمي لآلية الدفع بعدم الدستورية، والحقوق والحريات الأساسية (الفصل الأول)، ومعرفة حدود ممارسة هذه الآلية ونطاقها (الفصل الثاني).

¹ أمثال مصر كونها السباقة في هذا المجال، وفرنسا باعتبارها الأقرب إلى النظام الدستوري الجزائري، إضافة إلى تونس والمغرب باعتبارهما قد سبقا الجزائر في تبني هذه الآلية.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لآلية الدفع بعدم الدستورية
والحقوق والحريات الأساسية

لقد أثبتت التجارب أن أية رقابة على دستورية القوانين لا يسهم فيها المواطن إلى جانب الأجهزة السياسية أو القضائية تخرج عن نطاق الشرعية الديمقراطية المكلفة بمنع الاعتداء على الحقوق والحريات المقدسة للفرد بواسطة ما تصدره السلطة التشريعية وحتى التنفيذية من قوانين وتنظيمات غير دستورية، كما يخل ذلك بمبدأ التوازن المستهدف تحقيقه فيما بين السلطة والحرية في المجتمع، وهو ما يهدد هذا الأخير بالانهيار¹، وفي هذا الصدد صار إقرار مسألة الأولوية الدستورية أو الدفع بعدم الدستورية محل اتفاق دستوري عالمي، ذلك أن تحليل النصوص الدستورية على المستوى العالمي مكن من معاينة أن 58 دولة أقرت نظاما للسؤال الأولي للدستورية، بصيغ مختلفة، أما آلية الدفع بعدم الدستورية فقد تم إقرارها في 42 دولة، كما أن تجارب وطنية أخرى اعتمدت أشكالاً مفتوحة من المراقبة المباشرة والمجردة لدستورية القوانين كآلية دعوى الصالح العام وشبه دعوى الصالح العام، وتضاف إلى هذا الإحصاء التجارب التي أقرت أنظمة للرقابة الدستورية انطلاقاً من الاجتهاد القضائي، كما هو الشأن بالنسبة لتجربة الو.م.أ.²

ومما لاشك فيه أن لهذه الآلية - الدفع بعدم الدستورية - جذورها التاريخية التي ظهرت منها وتطورت بعدها من نظام سياسي إلى آخر ومن دولة إلى أخرى متأثرة بالظروف المحيطة وحاجيات كل مجتمع ومدى ديمقراطية الحكم فيه. فكيف كانت بداية هذه الآلية المتميزة؟ وكيف توسعت وتبلورت لتصبح بنظامها الجديد الذي تبناه المؤسس الدستوري الجزائري وقبله المصري والفرنسي والمغربي والتونسي وغيرهم؟

إن حداثة هذه الآلية بالنسبة للقانون الجزائري تطرح إشكاليات قانونية وعملية تتطلب إدراك مفهومها وفق ما ورد في القانون والفقهاء من خلال تفحص بعض التعريفات التي وردت بشأنها للخروج ببعض الخصائص التي تتميز بها هذه الآلية والتي تساعد حتماً في تحديد طبيعتها القانونية، ولعل أهم سؤال تجدر الإجابة عليه يتعلق أساساً بالطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية.

وبالإضافة إلى ما سبق ذكره، لا بد من التأكيد دائماً على أن فكرة الدفع بعدم الدستورية مرتبطة بالاعتراف بحقوق الأفراد وحياتهم وحمايتهم دستورياً، مما يفرض تنظيم هذه الآلية وتحديد مفهوم لها بما يرفع أي لبس في فهمها ولتسهيل العمل بها، وإلى جانب ذلك لا بد أيضاً من تحديد مفهوم

¹ كريم يوسف أحمد كشاكش، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص. 300، 301.

² أسعيد إهراي، ورقة تقديمية للندوة المنظمة من طرف المحكمة الدستورية المغربية بالشراكة مع أكاديمية المملكة المغربية تحت عنوان "الولوج إلى العدالة الدستورية (الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين)"، مراكش، 28 سبتمبر 2018، ص 13.

دقيق للحقوق والحريات الأساسية المقصودة بهذه الحماية التي سيوفرها لها إدراج آلية الدفع بعدم الدستوري ضمن النظام الدستوري والقانوني للدولة وتطبيقها من طرف القاضي الدستوري، وهو ما حاولت القوانين المقارنة الخوض فيه كل حسب طبيعة نظامها القانوني الخاص بها.

ومن أجل الوصول إلى ما سبق ذكره أعلاه، تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: يتضمن المبحث الأول مفهوم الدفع بعدم الدستورية من كل جوانبه التاريخية والنظرية وصولاً إلى طبيعته القانونية، أما المبحث الثاني فيتمحور حول دراسة مفهوم الحقوق والحريات الأساسية ومحاولة تحديد دائرتها.

المبحث الأول: مفهوم الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع وطبيعتها القانونية

إن فهم آلية الدفع بعدم الدستورية يتطلب بداية تبيان التطور التاريخي الذي مرت به في تاريخ الأنظمة القانونية التي اعتمدها¹ وهو ما سيتم إبرازه في المطلب الأول، ثم إعطاء بعض التعريفات التي قيلت بشأنها لعنا نخرج بتعريف موحد لها في الأخير يساعد في تحديد طبيعتها القانونية كمطلب ثان.

المطلب الأول: التعريف بالرقابة الدستورية عن طريق الدفع

يعد الدفع بعدم دستورية القوانين وسيلة دفاع تمنحها الأنظمة الدستورية للأشخاص لحماية حقوقهم وحرياتهم وفق حدود وأطر ترسمها قواعد قانونية محددة، وعلى الرغم من أن هذا الأسلوب من الرقابة الدستورية قد عرفته بعض الدول منذ القديم إلا أنه لم يتسن له الولوج إلى النظام القانوني الجزائري إلا بعد الإصلاحات الدستورية التي عرفها الدستور الجزائري سنة 2016، ومن المتعارف عليه بين الباحثين أن التطرق إلى أية آلية جديدة على النظام الدستوري والقانوني للدولة يتطلب بداية إلقاء نظرة تاريخية عليها للتأكد من مدى فاعليتها ولو نسبيا بالنسبة للدول التي كانت السبابة في اعتمادها، مما سيساعد في محاولة وضع تعريف لها لتقريب مفهومها إلى المعنيين بها وتبسيطه، مع إبراز خصائصها ، وهو ما سيتم التطرق إليه على مستوى الفروع الآتية:

الفرع الأول: نشأة وتطور نظام الدفع بعدم الدستورية

لقد ظهرت الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية في البداية بدون تنظيم تشريعي أو نص يقرها، حيث يتولى القضاء الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، ولذلك سميت هذه الرقابة على الدستورية آنذاك برقابة الامتناع، حيث تمتع المحكمة المطروح أمامها النزاع عن تطبيق هذا القانون بموجب الدفع بعدم الدستورية من أحد أطراف الدعوى، وقد تكونت هذه الفكرة في بادئ الأمر في بريطانيا حيث تم تقديم أول دفع بعدم الدستورية سنة 1610 وذلك إثر قضية "بونهام"² ضد كلية الأطباء والتي تم البت فيها من قبل محكمة الالتماسات العامة في إنجلترا تحت قيادة السير "إدوارد كوك" رئيس المحكمة، حيث تم الحكم على الدكتور "بونهام" بالسجن ظلما من

¹ عيشة بوزيدي، الدفع بعدم دستورية القوانين في التشريع الجزائري، مجلة السياسة العالمية، المجلد 3، ديسمبر 2019، ص 119، 120.

² حمد عبد الله علي عبد الله الساعدي، الدفع بعدم الدستورية في دولة الإمارات العربية المتحدة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، أبريل 2020، ص 16؛ عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق، المجلد 17، ع2، 2001، ص 11.

قبل كلية الأطباء لممارسة الطب دون ترخيص، وقد جادل رفاق الدكتور "بونهام" بأن السجن كان مخصصا لسوء التصرف وليس للممارسة غير المشروعة، وفي سابقة من نوعها فإن القاضي "إدوارد كوك" قد امتنع أثناء رئاسته لمحكمة الملك عن تطبيق قانون أصدره البرلمان يتعارض مع قواعد العهد الأعظم المتضمنة بعدد كبير من المبادئ العليا والقواعد الأساسية المرتبطة بفكرتي الحق والعدل والتي تعتبر القانون الأعلى للبلاد، وتعد بالتالي قيда لسلطات البرلمان، وقد كتب "اللورد كوك" في كتابه النظم: "إن العهد الأعظم قد تضمن عددا من المبادئ والقواعد الأساسية التي ترتبط مباشرة بفكرتي الحق والعدل، وكذا الشريعة العامة قد تضمنت بدورها مزيدا من تعبير القانون الأسمى للبلاد وتعد بالتالي قيدا على سلطة الملك والبرلمان جميعا".¹

تتمثل قضية "بونهام" في أن الملك هنري السابع أصدر عدة أوامر ملكية تتضمن النظام الأساسي لكلية الأطباء الملكيين بلندن، وجعل لكلية المذكورة أن تشتت ترخيصا سابقا لمزاولة الطب في مدينة لندن وأن تفرض غرامة على المخالفين يؤول نصف قيمتها للملك والنصف الآخر لكلية نفسها، وتأكدت هذه الأوامر بعد ذلك بقانون أصدره البرلمان وأضاف فيه نص حبس المخالفين الممتنعين عن دفع الغرامة، ثم جاء الدكتور "بونهام" وهو أحد خريجي كلية الطب بجامعة كامبردج وأخذ يباشر عمله في لندن دون موافقة كليتها أو الحصول على رخصة منها محتجا بأنه وهو أحد خريجي جامعة كامبردج لا يخضع لأوامر وتنظيمات تصدرها جامعة لندن وانتهى الأمر بالحكم عليه بالغرامة، فلما امتنع عن دفعها قبض عليه وحبس وعرضت القضية أمام "اللورد كوك"، فأصدر حكمه فيها عام 1610 مقررًا ببراءة "بونهام" وعدم جواز القبض عليه وحبسه، مؤسسا حكمه على أن القانون الذي حبس بمقتضاه "بونهام" قانون باطل، قائلا بعد ذلك مقولته الشهيرة "ويظهر في كتبنا أنه في أحوال كثيرة تكون قواعد القانون العام قيда على البرلمان بحكم تصرفاته، ويقر عليها بالبطلان".²

وانطلاقا من فكرة أن المستعمرات تتأثر إيديولوجيا بالبلد المستعمر، فقد أثرت آراء اللورد "كوك" كثيرا على فكر الفقه الأمريكي ويظهر ذلك جليا في الدستور الأمريكي الذي أرجع جذور القانون المطبق في الو.م.أ إلى مؤسسي المستعمرات البريطانية الذين حكموا طبقا للقانون البريطاني وأخذوا

¹ Michel FROMENT, La justice constitutionnelle dans le monde, édit Dalloz coll. Connaissance du monde, Paris, 1996, p. 07.

² أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الو.م.أ، مكتبة النهضة المصرية، 1960، ص. ص 164، 165؛ أشار إليه: قضي أحمد محمد الرفاعي، تحريك الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة القدس، كلية الحقوق، 2006، ص 27، الهامش رقم 59.

منه مسألة قاعدة السوابق القضائية، بالإضافة إلى تأثرهم بمبدأ حق القضاء في الامتناع عن تطبيق قانون طعن فيه من قبل الأفراد بعدم دستوريته، وكانت بداية تطبيق هذا المبدأ أمام محاكم بعض الولايات الأمريكية من ذلك حكم محكمة ولاية "نيوجرسي" سنة 1780 حيث رفضت فيه تطبيق قانون ينص على تشكيل هيئة محلفين من ستة قضاة بسبب مخالفته لعرف دستوري فرض تشكيل هذه الهيئة من 12 عضواً، ثم أعقبه بعد ذلك حكم صادر عن محكمة مقاطعة "رود آيلند" سنة 1786 بعدم دستورية أحد القوانين، حيث رفضت المحكمة تطبيقه على النزاع المعروف عليها نظراً لمخالفته لقواعد الدستور، وتكررت الرقابة على دستورية القوانين من قبل القضاة في محكمة "كارولينا" سنة 1787 ومحكمة "فرجينيا" سنة 1788، وهو ممارس إلى حد الآن حيث يستطيع القاضي في المحاكم العادية المحلية في الولايات المتحدة الأمريكية الامتناع عن تطبيق قانون تم الطعن بعدم دستوريته من قبل الأفراد إلى غاية الفصل في المسألة من قبل المحكمة العليا.¹

بعد قيام الدول الاتحادية "الو.م.أ" تصدت المحكمة الاتحادية العليا بوضوح تام لدستورية القوانين في حكمها الشهير الصادر في قضية "ماري بوري" ضد "ماديسون" سنة 1803، وقد ارتبط هذا المبدأ باسم القاضي "مارشال" وقد اعتبره المؤرخون المنشئ لهذا المبدأ لأنه قد فتح السبيل للسلطة الحاكمة لاحترام استقلال القضاء، علماً أن نفس المحكمة قد أقرت بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين الاتحادية منذ حكمها في قضية "هيلتون" ضد الو.م.أ والتي قضت فيها بدستورية القانون الاتحادي محل الطعن، وكذلك في حكمها الصادر سنة 1798 في قضية "كالدرا" ضد "بول" سنة 1798.²

¹ صواق عبد الرحمن، الدفع بعدم الدستورية في المواد الجزائية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، ع1، 2019، ص 278؛ ناصر بن سيف بن سالم بن سعيد الحوسني، الأحكام الدستورية المتعلقة بالسلطات العامة في الدولة في ظل النظام الأساسي للدولة العماني (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق سعيد حمدين، 2019-2020، ص 178؛ شريط أمين، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص 115؛ أممرستي محمد أمين، مسراتي سليمة، الرقابة الدستورية على القوانين (دراسة مقارنة)، مجلة أفق للعلوم، المجلد 4، ع14، جانفي 2019، ص 226.

تجدد الإشارة إلى أن أفكار اللورد "كوك" قد اقتنع بها الكثير من الفقهاء، حيث هاجم "James OTIS" أوامر المساعدة في تنفيذ الأحكام عام 1761 و"Patrick HENRY" رفض حق الملك في رفض قانون "Two Penny" عام 1763، والقاضي "Jefferson ADISON Dana" والذين قرروا أنه للقضاة حق اعتبار أي قانون باطلاً إذا كان منافياً للدستور، وقد لعبت هذه الأفكار دوراً كبيراً في التمهيد لقبول فكرة رقابة القاضي على مدى دستورية القوانين.

لمزيد من التفصيل راجع: عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995، ص 168.
² أممرستي محمد أمين، مسراتي سليمة، مرجع سابق، ص 226؛ عبد الحق بلفقيه، القضاء الدستوري بالمغرب (دراسة مقارنة)، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، ع 37/38، 2004، ص 30.

وبالرجوع إلى قضية "ماري بوري" ضد "ماديسون"، فلا يختلف اثنان في اعتبارها حجر الزاوية في إقرار حق المحكمة العليا في ممارسة الرقابة الدستورية، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الاتحاد بين عندما خسروا في الانتخابات عام 1800 وفاز بها الحزب الجمهوري الذي كان يدعو إلى تقوية سلطات الولايات على حساب السلطة الاتحادية، قلقوا على مصير الاتحاد فسارعوا عام 1801 قبل تخليهم عن مناصبهم إلى تعيين قضاة يؤمنون بالفكرة الاتحادية، إلا أن وزير الداخلية آنذاك "مارشال"، الذي أصبح فيما بعد رئيس المحكمة العليا وأصدر حكمه في هذه الدعوى، غفل عن تسليم أوامر التعيين إلى أولئك القضاة فنظرا لحالة الاستعجال فقد صادق عليها رئيس الجمهورية "جون آدمز" في آخر ليلة من ولايته، وتولى الرئيس الجديد "توماس جيفرسون" مهام رئيس الجمهورية ومهام المنصب وانتهز هذا السهو ليجول دون استكمال إجراءات تعيين أكبر عدد ممكن من القضاة الموالين للحزب المعارض، فأعطى تعليماته لوزير الداخلية الجديد "ماديسون" بأن يسلم قرارات التعيين إلى 25 قاضيا فقط من أصل 42 قاضيا، فكان القاضي "ماري بوري" من ضمن القضاة الذين لم يستلموا قرار التعيين ولم يتقبل ذلك وقام برفع دعوى أمام المحكمة الاتحادية العليا مطالبا فيها بالحكم بأحقيته في التعيين وإصدار أمر إلى وزير الداخلية "ماديسون" بتسليمه قرار التعيين، وأثناء فصل القاضي "مارشال" في هذه القضية طرح سؤالاً مفاده: هل يحق للمدعين في هذه الحالة الحصول على قرارات التعيين؟ وفي جوابه عن ذلك اعتبر أن الحصول على قرار التعيين هو كاشف لحق "ماري بوري" ومن معه في التعيين في الوظيفة لأنه مجرد إثبات رسمي للتعين الذي قام به رئيس جمهورية أمريكا، وأقر ذلك مجلس الشيوخ ثم وقع رئيس الجمهورية وختم عليه وزير خارجية أمريكا بختم الدولة ولا يستطيع الرئيس الأمريكي الرجوع في القرار لأن هذه الوظيفة غير قابلة للعزل، كما استطرد القاضي بقوله أن السجلات تكفي كدليل على هذا التعيين حتى في غياب قرار التعيين، وقد توصل القاضي "مارشال" إلى أن تعيين "ماري بوري" كان في نطاق حقوق الموظف العمومي وأن الامتناع عن تسليمه قرار التعيين هو انتهاك لحق قانون، وخرق واضح لحق ثابت كفلته قوانين أمريكا.

وحتى لا تقع المحكمة العليا في حرج إذا ما قضت بتوجيه أوامر إلى الحكومة والتي قد تواجه بعد التنفيذ، اهتدى القاضي "مارشال" إلى فكرة جديدة مفادها أنه لا بد من مراقبة مدى دستورية القانون الذي يحكم السلطة القضائية مستندا إلى أن مهام المحكمة العليا تتمحور حول البحث في دستورية وتعارض القانون العادي مع القانون الدستوري كما أن لها حق التفسير الدستوري وليس

من حقها إصدار الأوامر، وقامت المحكمة الاتحادية العليا برفض طلب "ماري بوري" إصدار أمر إلى وزير الداخلية على اعتبار أن الباب 13 من قانون التنظيم القضائي لعام 1789، الذي كلف فيه الكونغرس المحكمة الاتحادية العليا بإصدار أوامر إلى الأشخاص العاملين في الخدمة المدنية الأمريكية، غير دستوري ويخالف مبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أن الكونغرس لا يملك أن يوسع اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا المحدد في الدستور على سبيل الحصر.

لقد أكدت المحكمة العليا حق القضاء في بحث دستورية القوانين عندما ذكرت في حيثيات حكمها أن وظيفة القاضي هي تطبيق القانون، وعند وجود تعارض بين قانونين، وجب تطبيق القانون الأسمى في البلاد - ألا وهو الدستور - والامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، وهكذا تتحقق الرقابة الدستورية عن طريق الامتناع عن تطبيق القانون دون الحاجة إلى النص عليها في الدستور، وفي قرار للمحكمة العليا الأمريكية يدل على حق الفرد في الدفع بعدم دستورية قانون نصت فيه على أنه: "لا يقبل من الطاعن في دستورية القانون أن يكتفي بالتدليل على قيام التعارض بينه وبين نص من الدستور بل يجد عليه زيادة على ذلك إثبات أن القانون بسبب له ضررا شخصيا مباشرا أو يوشك أن يسبب له هذا الضرر، ولا يكفي في ذلك أن يثبت أنه مهدد على نحو عام غير محدد وبضرر يشاركه مع عامة الناس".¹

إن الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي تأخذ شكلا دفاعيا غير مباشر في الدعوى الأصلية ولا تحتاج إلى نص قانوني يقرها، فيمكن لأية محكمة أن تأخذ بها في الدول التي تأخذ بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين لأن هذه الأخيرة تعد من صميم عمل القاضي وواجب عليه بحكم وظيفته المتمثلة في الفصل في النزاع وفي جميع الدفوع المتعلقة مع تغليب القانون الأسمى عند تعارضه مع نص قانوني، وعليه فإن دعوى الدفع الفرعي هي من حق

¹ ابن سالم جمال، دعوى الدفع بعدم الدستورية بين التأصيل والتأسيس والممارسة (النموذج الجزائري)، ط1، بيت الأفكار، الجزائر، 2020، ص 23، الهامش رقم 02.

لمزيد من التفصيل حول قضية "ماري بوري" ضد "ماديسون" أنظر: ابن سالم جمال، المرجع نفسه، ص. 20، 21؛ ناصر بن سيف بن سالم بن سعيد الحوسني، مرجع سابق، ص 180؛ غسان مدحت الخيري، الرقابة القضائية على القوانين، ط1، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص. 70، 71؛ أحمد ستي محمد أمين، مسراتي سليمة، مرجع سابق، ص 226؛ قزلان سليمة، أبرز الملامح الأساسية لآلية الدفع بعدم الدستورية في ظل المراجعة الدستورية الأخيرة لـ 2016 (دراسة مقارنة، فرنسا نموذجاً)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع1، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، مارس 2017، ص 101؛ محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري (المبادئ الدستورية العامة)، دراسة النظام الدستوري المصري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص. 146، 147؛ هاني علي الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط3، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص 357؛ محمد سليمان الهلالات، حقوق الإنسان ضماناتها ومبررات قيودها في الدستور الأردني والتشريع المقارن، ط1، دار الثقافة، عمان، 2016، ص 153؛ أحمد فاضل حسين العبيدي، ضمانات مبدأ المساواة في بعض الدساتير العربية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 138؛ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 99؛ محمد عطية محمد فودة، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص. 238، 239.

جميع المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وهو ما استقر عليه الحال في كثير من الأنظمة مثل المحاكم الأمريكية والمصرية، كما أن الحكم الذي تصدره في هذه له حجية نسبية لا تتقيد به المحاكم الأخرى ولا حتى المحكمة نفسها مستقبلاً، إلا إذا كان الحكم صادراً عن جهة قضائية عليا مركزية كالمحكمة الاتحادية والتي تأخذ بنظام السوابق القضائية الذي يقوم على أساس التزام جميع محاكم الو.م.أ بالحكم الذي سبق وأن أصدرته المحكمة الاتحادية العليا، وأن تلتزم المحاكم الأدنى درجة بأحكام المحكمة العليا، وبالتالي فإن الحكم الذي تصدره المحكمة الاتحادية بالامتناع عن تطبيق قانون معين باعتباره مخالفاً للدستور الأمريكي يكون ملزماً ومصدراً قانونياً لكل المحاكم الأمريكية الأدنى درجة ويؤدي حتماً لا محالة إلى إلغاء القانون المخالف للدستور.¹

لقد أصبح القضاء في الكثير من الدول يعتمد على نفس الحجة والسند القانوني الذي اعتمدت عليه المحكمة العليا الأمريكية في إقرارها لحقها في ممارسة الرقابة الدستورية عن طريق الدفع، وبالتالي امتنع القضاء في العديد من الدول عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور دون الاستناد بالضرورة إلى نص دستوري يمنحه هذا الاختصاص، ومن بين الدول العربية التي كانت سباقة إلى هذا الأمر جمهورية مصر العربية على الرغم من خلو دستور 1923 من أي نص يصرح لها بذلك²، كذلك من بين الدول التي استقر قضاؤها على فرض رقابة الدفع الفرعي على دستورية القوانين دون نص دستوري: رومانيا قبل دستور 1923 واليونان قبل دستور 1927 وألمانيا قبل دستور 1949، بالإضافة إلى النرويج وكندا وأستراليا وجنوب إفريقيا³، وهناك من الدول التي تأثرت بالتجربة الأمريكية والتي أقرت صراحة في دساتيرها حق المحاكم في ممارسة الرقابة الدستورية، مثل مصر بعد دستور 1971، ألمانيا الاتحادية في دستور 1949، اليونان في دستور 1927، رومانيا بعد دستور 1923، البرتغال بعد دستور 1933⁴، واليابان بعد دستور 1946، إيطاليا بموجب دستور 1947، العراق بموجب دستور 2004 (المادة 44 منه)، الكويت بموجب المادة 173 من دستور 1962 والمادة 4 من قانون المحكمة الدستورية الكويتية رقم 14 لسنة

¹ ناصر بن سيف بن سالم بن سعيد الحوسني، مرجع سابق، ص 178-181.

LUCHAIRE (F), Le conseil constitutionnel et le gouvernement des juges, édit P.U.F, Paris, 1980, p.421.

² حمد عبد الله علي عبد الساعدي، مرجع سابق، ص 19.

³ عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 1997، ص 568؛ أشار إليه: سليم نعيم خضير الخفاجي، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية، مجلة أهل البيت عليهم السلام، ع8، ص 323؛ أنظر أيضاً: عمر العبد الله، مرجع سابق، ص 17.

⁴ المادة 122 منه نصت على حق المحاكم في الامتناع عن تطبيق قانون غير دستوري

1973، اليمن بموجب دستور 1990 (المادة 151 منه) والمادة 19 من القانون رقم 01 لسنة 1996 المتعلق بالسلطة القضائية¹، بالإضافة إلى الأردن التي كانت محاكمها تمارس رقابة الدفع الفرعي قبل دستور 2011، ولكن بعد صدور القانون رقم 15-2012 نزعت المادة 11 منها هذا الحق (رقابة الامتثال) وجعلته من اختصاص محكمة التمييز.²

ما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أنه وتجنبا لعيوب الطريقة الأمريكية للدفع الفرعي وحتى لا يقع تناقض في الأحكام المتعلقة بدستورية أحد القوانين بسبب إسناد مسألة الفصل في دستورية القوانين إلى جميع المحاكم القضائية، فقد انتهجت هذه الدول منهجا مغايرا بعض الشيء في أسلوب الرقابة عن طريق الدفع، مفاده أنه وعندما تكون هناك دعوى مرفوعة أمام محكمة معينة مختصة للنظر فيها وتثار مسألة دستورية قانون واجب التطبيق على هذه الدعوى من قبل أحد الخصوم فيها، تصبح المحكمة أمام مسألة فرعية يجب الفصل فيها مسبقا قبل الفصل النهائي في الدعوى، فتقوم المحكمة بإحالة المسألة الفرعية إلى محكمة دستورية تختص بالنظر في دستورية القوانين دون غيرها، وقد أخذت كل من المغرب وتونس بهذه الطريقة مؤخرا³ بعدما كانت تعتمد على نظام الرقابة الدستورية بواسطة مجلس دستوري ولا تعترف بحق المواطن في الدفع بعدم دستورية قانون سيطبق عليه في النزاع، والأمر نفسه بالنسبة للجزائر فلم تمنح هذا الحق للمواطن إلا بعد تعديل الدستور سنة 2016 مع احتفاظها بالمجلس الدستوري لكنها تخلت عنه في تعديل 2020 وتبنت رسميا نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين بواسطة محكمة دستورية.

أما فرنسا التي تعتبر مهد الرقابة السياسية على دستورية القوانين منذ 1799، فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية الخوض في الدعاوى التي تستند إلى عدم الدستورية وكان ذلك واضحا منذ قرارها الصادر في 11 أبريل 1833 بأن القانون الذي تمت مناقشته وصدر بالطرق المرسومة له لا يمكن أن يكون محل مهاجمة أمام المحاكم بدعوى عدم الدستورية ولقد استمرت محكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه، وتبعها في ذلك القضاء برمته، واستمر الوضع كذلك حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية ARRIGUI بتاريخ 06/11/1936 أن القانون

¹ أحمد فاضل حسين العبيدي، مرجع سابق، ص 144-145-152-157-158؛ عمر العبد الله، مرجع سابق، ص 17؛ سليم نعيم خضير الخفاجي، مرجع سابق، ص 323؛ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 96، هامش رقم 01؛ بن سالم جمال، مرجع سابق، ص 35-45؛ محمد سليمان الهلالات، مرجع سابق، ص 153؛ وحيد رأفت، وايت إبراهيم، القانون الدستوري، المطبعة المصرية، مصر، 1937، ص 13.

² خالد خلف عبد ربه الدروع، خلدون فوزي، إبراهيم قندح، المحكمة الدستورية في الأردن بين النص والاجتهاد والفقهاء المقارن، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 1، المجلد 1، ج2، ع3، 2017، ص. ص 352، 353.

³³ المغرب في الدستور المعدل سنة 2011، وتونس في تعديل الدستور لسنة 2014 .

الفرنسي يعد مسألة دستورية القوانين من المسائل التي لا ينبغي بحكم طبيعتها أن تكون محل مناقشة أمام مجلس الدولة كهيئة قضائية¹، ورغم وضع دستور جديد للجمهورية الخامسة سنة 1958 تم إسناد مهمة الرقابة الدستورية إلى هيئة سياسية تسمى المجلس الدستوري وبذلك أغلق واضعو دستور 1958 الباب أمام أي محاولة لإدراج الرقابة القضائية على دستورية القوانين، لكن ذلك لم يمنع من إقرار حق المواطن في إخطار المجلس الدستوري الفرنسي عن طريق الدفع بعدم دستورية قانون يزمع تطبيقه على دعوى موضوعية قائمة قد يمس بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور بموجب المادة 61-01 من تعديل 2008، وبناء على ذلك صدر القانون العضوي رقم 1523-2009 المحدد لشروط تطبيق المسألة الأولوية الدستورية بطريقة خاصة ومتميزة عن نظرائها من الدول التي تبنت نظام الدفع بعدم الدستورية.²

في الأخير، يمكن القول أن رقابة الدفع بعدم الدستورية قد بدأت في صورة رقابة قضائية منتجة للامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور وتأثرت بالظروف السياسية والنظام القانوني الخاص بكل دولة واتجاهاتها وأفكار فقائها وقضاتها إلى غير ذلك، فتحوّلت من اللامركزية إلى المركزية ثم تم المزج بين الدفع الفرعي المنتج للامتناع والدعوى الأصلية المنتجة للإلغاء النهائي، حيث أخذت معظم الدول بطريقة المزج بينهما تقاديا لسلبيات كلا الأسلوبين، لتنتقل بعد ذلك الرقابة الدستورية عن طريق الدفع إلى الدول التي توكل مهمة الرقابة الدستورية إلى هيئة سياسية، وبذلك أصبحت آلية الدفع بعدم الدستورية بمفهومها الحالي لها ما يميزها عن بقية الأساليب المعتمدة لممارسة الرقابة على دستورية القوانين.

الفرع الثاني: المقصود بالطعن بعدم الدستورية عن طريق الدفع

إن الرقابة بطريق الدفع بعدم الدستورية تعتبر الأقدم والأكثر شيوعاً، إذ يفترض فيها وجود منازعة قضائية (مدنية أو جزائية) فيدفع أحد أطرافها بأن القانون المراد تطبيقه على الدعوى غير دستوري، فتقوم المحكمة بفحص دستورية ذلك القانون وإذا ما وجدته غير دستوري أهملته وامتنعت عن تطبيقه وفصلت في الدعوى، وإذا ما اتضح لها أن القانون مطابق للدستور قضت برفض الدفع واستمرت بالفصل في موضوع النزاع، وعلى هذا الأساس يطلق على هذا الأسلوب رقابة الامتناع³،

¹ عمر العبد الله، مرجع سابق، ص 18؛ لعبيدي خيرة، وافي حاجة، الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 7، ع13، جوان 2019، ص 58.

² لمزيد من التفصيل راجع: بن سالم جمال، مرجع سابق، ص 73 وما بعدها.

³ عمر العبد الله، مرجع سابق، ص 14؛ هاني علي الطهراوي، مرجع سابق، ص 337.

ويمكن تعريفها بأنها: "طريقة دفاعية يلجأ إليها صاحب الشأن المتضرر من تطبيق قانون معين، أثناء نظر دعوى أمام القضاء، طالبا من المحكمة ذاتها استبعاد القانون وعدم تطبيقه لمخالفته للدستور"¹، أو هي: "امتناع المحكمة عن تطبيق القانون المخالف للدستور، إذا تبين لها عدم دستوريته بناء على دفع يقدمه صاحب المصلحة، في دعوى مرفوعة أمامها وذلك بتغليب حكم القانون الأعلى (الدستور) على حكم القانون الأدنى في سلم التدرج التشريعي للنظام القانوني في البلد، أما إذا تبين لها صحة القانون وموافقته للدستور فإنها تطبقه على الدعوى المعروضة أمامها"²، ولا يهم نوع القضية المرفوعة أمام القضاء سواء كانت مدنية أو تجارية أو جنائية أو إدارية أو قضية أحوال شخصية، لأن اختصاص المحكمة في هذه الحالة يعتبر متفرعا عن الدعوى الأصلية المنظورة أمامها، فهو طريق غير مباشر للطعن في دستورية القانون، لذلك يطلق عليه الفقه الرقابة القضائي عن طريق الدفع الفرعي.³

إن ما يعيب هذه الطريقة هو تركها لمهمة الرقابة الدستورية لكافة المحاكم بمختلف درجاتها وأنواعها، وهو ما سيؤدي عادة إلى تناقض الأحكام وعدم الوحدة التشريعية، كما أنها لا تضع حدا للخلاف الذي يمكن أن يثور حول عدم دستورية قانون معين، كونها لا تلغي القانون غير الدستوري نهائيا⁴، والحكم بعدم دستورية القانون المطعون فيه لا يتمتع بحجية مطلقة، وبالتالي لا يقيد باقي السلطات أو حتى باقي المحاكم، ويبقى لنفس المحكمة التي امتنعت عن تطبيقه أن تعدل عن قرارها في معرض نزاع جديد.⁵

على إثر هذه الثغرات والانتقادات الموجهة لرقابة الامتناع عن طريق الدفع الفرعي فضلت بعض الأنظمة أن تجمع بين أسلوب الدعوى الأصلية فيما يخص النتيجة المترتبة عليها والتي تتمثل في إلغاء القانون المخالف للدستور ورقابة الدفع الفرعي باعتبارها وسيلة دفاعية يملكها الأفراد، ويعتبر هذا الأسلوب أقل حدة على المشروع مقارنة بدعوى الإلغاء الأصلية التي ترفع لمهاجمة القانون والمطالبة بإلغائه كونها مرتبطة بأطراف الخصومة فقط.⁶

1 محمود محمد حافظ، الوجيز في القانون الدستوري، ط3، بدون دار وبلد النشر، 1999، ص. ص 66، 67.

2 سليم نعيم خضير الخفاجي، مرجع سابق، ص 322.

3 يرى بعض الفقه أن وصف الدفع بأنه فرعي زيادة لا مبرر لها، فالدفع لا يمكن إلا أن يكون فرعيا أي متفرعا عن خصومة قائمة. أنظر: سليم نعيم خضير الخفاجي، المرجع نفسه، نفس الصفحة، الهامش رقم 43.

4 غسان مدحت الخيري، مرجع سابق، ص 97.

5 عمر حوري، القانون الدستوري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 85.

6 جمانة محمد الطاهر، الدفع بعدم الدستورية كآلية لإخطار المجلس الدستوري الجزائري في ظل الدستور المعدل في 2016، مداخلة أقيمت في اليوم الدراسي المتعلق بأثر الإصلاحات الدستورية على النظام الجزائري بتاريخ 23 ماي 2017 بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البلديّة 02؛ عمر حوري، مرجع سابق، ص 86؛ هاني علي الطهراوي، مرجع سابق، ص 369؛ لمزيد

نظرا لحدثة إجراء الدفع بعدم الدستورية - نسبيا - في النظام الجزائري والمغربي والتونسي وعدم وجود تعريف له سواء من قبل المؤسس أو المشرع الجزائري، كان لا بد من الاستعانة بالفقه المقارن واجتهادات المشرع والقضاء في الأنظمة المقارنة¹ لتكوين صورة مبدئية عن مفهومه، لكن بداية تجدر الإشارة إلى أن آلية الدفع بعدم الدستورية تعرف تسميات مختلفة، كالسؤال أو المسألة ذات الأولوية الدستورية، أو السؤال ذي الأسبقية الدستورية، أو السؤال الأولي للدستورية، أو الطعن بعدم الدستورية، أو الدفع بعدم الدستورية وهو المصطلح الذي استخدمه كل من المؤسس الدستوري المغربي والتونسي، وتبعهم في ذلك المؤسس الدستوري الجزائري في المادة 188 منه وأكد عليه القانون العضوي 18-16 والنظام الجديد المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل والمتمم، طبعا قبل أن يتم تعديل المادة المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية وتبني نظام الرقابة الدستورية بواسطة محكمة دستورية بموجب تعديل 2020، ليلها بعد ذلك صدور قانون عضوي جديد يوضح كيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمامها تحت رقم 19-22، وتجدر الإشارة إلى أنه بالرجوع إلى نص المادة 195 من الدستور المعدل لسنة 2020 باللغة الفرنسية نجد أن المؤسس الدستوري قد استعمل مصطلح "Une exception d'inconstitutionnalité" وهي تعني باللغة العربية "الاعتراض بعدم الدستورية"²، وإذا ما رجعنا إلى معنى كلمة "اعتراض" في معجم المعاني الجامع فهو "إقامة الدليل على خلاف ما أقامه عليه الخصم، حجة يعارض بها بالتأكيد"، وفي القانون هو "طلب إبطال حكم أو مطالبة بعدم تنفيذ عمل قانوني"، ويقال اعترضوا على تغيير البرنامج الدراسي بمعنى: احتجوا إذن فالاعتراض بعدم الدستورية هو الاحتجاج بعدم دستورية قانون، وفي تعريف ومعنى كلمة اعتراض في قاموس الكل (عربي - عربي) يقال: اعتراض دون الشيء: أي حال دونه، إذن فالاعتراض بعدم الدستورية هو أن يحول دون تطبيق القانون غير الدستوري، ويقال اعترض على خصمه أي أنكر قوله أو فعله وناقشه فيه.

والسؤال المطروح في هذه الحالة هل تستوي كلمة اعتراض مع مصطلح "الدفع" الذي استخدمه المؤسس والمشرع الجزائري في صياغة المادة 195 والمادة 15 من القانون العضوي 19-22 - على التوالي - باللغة العربية؟

من التفصيل حول الانتقادات الموجهة لرقابة الدفع المنتج للامتناع راجع: نسرين طلبية، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، ع1، 2011، ص 500.

¹ نقصد بذلك المشرع المغربي والمجلس الدستوري الفرنسي.

² وهي نفس الصياغة التي وجدت بالدستور المعدل في 2016 ولم تتغير.

للإجابة على ذلك لابد من تعريف "الدفع" لغة، وعموما له عدة معان: فالدفع: هو الإزالة بالقوة والتتحية، فيقال دفعته دفعا أي نحيته فاندفع¹، وهو يعني كذلك الانتصار: ومنه دافع عنه، أي حامى عنه وانتصر له، ومنه الدفاع في القضاء.²

والدفع: هو المنع، يقال دفع عنه الأذى، بمعنى منع عنه الأذى.³

ويقال دفع القول بمعنى رده وأبطله بالحجة.

والدفع في لغة القانون هو: أن يدعي المدعى عليه أمرا يريد به درء الحكم عليه في الدعوى، وهو ما يدفع به الخصم حجة خصمه عند الحاكم الشرعي.

يتضح مما سبق ذكره أن كلا من "الدفع" و"الاعتراض" يشتركان في معنى واحد مفاده المطالبة بإبطال حكم أو عدم تطبيقه في الدعوى⁴، كما أن مصطلح "Exception" بالفرنسية يفيد الاعتراض ويراد به الدفع أيضا كأن تقول دفع المدعي بعدم الاختصاص (Exception d'incompétence du demandeur)، حتى أن مقالة منشورة على إحدى المواقع الإلكترونية نشرت خبرا عن مصادقة مجلس النواب المغربي على مشروع قانون يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية مستخدمة مصطلح "الاعتراض" في العنوان الثانوي لها.⁵

وعلى خلاف المؤسس الدستوري الجزائري والمغربي والتونسي وحتى المصري، لم يستخدم المؤسس الدستوري الفرنسي في نص المادة 61-01 من تعديل 2008 مصطلح "الدفع بعدم الدستورية"، ولكن المادة الأولى من القانون الأساسي رقم 1523-2009 تضمنت إضافة فصل ثان (مكرر) بعد الفصل الثاني من الباب الثاني من أمر 7 نوفمبر 1958-1067، تحت عنوان (QPC) "La Question Prioritaire de constitutionnalité"، وما يثير الانتباه هو الجدل الذي قام حول الترجمة القانونية السليمة والصحيحة لهذا العنوان من الفرنسية إلى العربية، فهناك من ترجمها إلى: المسألة الأولية الدستورية، أو المسألة الدستورية ذات الأولوية أو المسألة الدستورية

¹ ابن منظور، لسان العرب، الجزء 8، دار صابر، بيروت، 2003، ص 87.

² مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط، ج1، ط4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ص 289.

³ مجد الدين الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2005، ص 715.

⁴ لمزيد من التفصيل حول معاني كلمة "دفع" و"اعتراض" في اللغة العربية أنظر: تعريف ومعنى دفع في معجم المعاني الجامع (عربي - عربي) وفي قاموس الكل (عربي - عربي)، وكذلك تعريف ومعنى "اعتراض" في معجم المعاني الجامع (عربي - عربي) وفي قاموس الكل على الموقع الإلكتروني: almany.com تم الاطلاع عليه يوم: 2022-05-31 على الساعة: 16:13.

⁵ قانون في المغرب يتيح للمواطنين الطعن في دستورية القوانين (مجلس النواب يصادق بالإجماع على مشروع قانون هو الأول من نوعه يسمح للمواطنين بالاعتراض على عدم دستورية القوانين)، بقلم محمد ماموني العلوي، الخميس 2022/04/28، متوافر على الموقع الإلكتروني: alarab.co.uk، تم الاطلاع عليه يوم: 2022/05/31 على الساعة 16:23.

الاستباقية، وكل ترجمة اعتمدت على البيئة القانونية التي وظف فيها المصطلح¹، وقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن التسمية القانونية السليمة لهذا النظام هي "المسألة الأولوية للدستورية" إذ أن تعبير الأولوية "Priorité" يستفاد صراحة من نص المادة 2/23 من القانون الأساسي 2009-1523²، ولقد آثارنا في هذا البحث أن نستعمل مصطلح "مسألة الأولوية الدستورية"³. وبالرجوع إلى تعريف الدفع بعدم الدستورية، فيراد بالدفع بداية في المعنى الاصطلاحي له: "جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم له بما يدعيه سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها، أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به، أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكرًا إياها"⁴. وهناك من ذهب إلى أنه: "عبارة عن وسيلة سلبية للدفاع في الدعوى ويهدف من ورائها الخصم إلى التخلص من الدعوى إما بشكل نهائي أو بشكل جزئي"⁵، في حين عرفه البعض بأنه: "ما يجيب به الخصم على طلب خصمه قصد تفادي الحكم به أو تأخير هذا الحكم، ويعتبر - كقاعدة عامة - وسيلة بيد المدعى عليه للرد على دعوى المدعي، وتمكينه من الاعتراض عليها أو على إجراءاتها"⁶.

بناء على ما سبق، يمكن تعريف الدفع بعدم الدستورية بأنه:

■ "إجراء يتقدم به المدعي في دعوى موضوعية أمام إحدى المحاكم الموضوعية ويطعن بمقتضاه بعدم دستورية نص أو نصوص قانونية لها ارتباط بالدعوى الراجعة أمام المحاكم المذكورة وفقا للمسطرة القانونية المعمول بها حسب كل تشريع"⁷. كما يقصد به: "تلك الطعون التي يتوجه بها أحد الخصوم بصدد نزاع قضائي أمام محاكم مخصوصة بشروط وضوابط..."¹

¹ بن سالم جمال، مرجع سابق، ص 73.

² FREDERIC (S), La question de constitutionnalité est – elle vraiment prioritaire, AJDA, n° 66-26, 26 Juillet 2010, p. 1460 ets.

أشار إليه: مصطفى محمود إسماعيل، المسألة الأولوية الدستورية في التشريع الفرنسي (دراسة مقارنة بالنظام القانوني المصري)، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد 2، ع 2001، ص 169، هامش رقم 4.
³ لقد تجنب المؤسس الدستوري الفرنسي استخدام مصطلح "الدفع بعدم الدستورية" لأن الأمر لا يتعلق بشكل دقيق بمسألة دفع بعدم الدستورية "L'exception" الذي يفترض فيه أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع كما هو معمول بنفي الولايات المتحدة الأمريكية.

⁴ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط7، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص 11.

⁵ فضل آدم فضل المسيري، قانون المرافعات الليبي، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011، ص 312.

⁶ بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 142.

⁷ عبد الحق بلفقيه، قراءة في الفصل 133 من الدستور، الدفع بعدم الدستورية، بتاريخ 2016/12/05

http://www.hespress.com/opinions/235230.html أشار إليه: ذواوي عادل، الدفع بعدم الدستورية كآلية لحماية المكلفين بالضريبة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع16، جوان 2017، ص 333.

وهو أيضا: "وسيلة قانونية يثيرها أحد خصوم المنازعة في شأن نص أو مقتضى قانوني بمناسبة خصومة قائمة أمام أنظار محكمة الموضوع بعدم مطابقة أحكامه مع النص الدستوري إذا ما كان تطبيقه في موضوع الخصومة سيمس بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات المكفولة بضمانة الدستور"²، هذا التعريف يتماشى كثيرا مع ما أقره الدستور الجزائري والمغربي وحتى الفرنسي بخصوص ارتباط الدفع بالحقوق والحريات فقط.

وفي تعريف آخر له: "هو وسيلة من وسائل الدفاع التي يسعى أحد الخصوم من خلالها للاعتراض على النص التشريعي المزمع تطبيقه بواسطة إحدى الجهات القضائية نظرا لمخالفته الدستور"³، ويتميز هذا التعريف الأخير بكونه تمكن نوعا ما من الإلمام بعدد النقاط المهمة والمتعلقة بفهم ماهية الدفع بعدم الدستورية، فقد استطاع أن يبين أن الدفع وسيلة دفاعية وليست هجومية وهو ما يميزه عن الدعوى الأصلية المباشرة للدستورية، وحدد من يمكنه إبدائه والتمسك به (الخصوم)، ثم بين محل الدفع وموضوعه المتمثل في الاعتراض على تطبيق النص التشريعي المزمع تطبيقه على النزاع باعتباره غير دستوري، كما أنه حدد الجهة التي يتعين إبداء الدفع أمامها وهي الجهات القضائية، كما أن هذا التعريف قد أكد بأن الدفع هو اعتراض على تطبيق القانون غير الدستوري.

ومن بين التعريفات الأخرى التي قيلت في شأن الدفع بعدم الدستورية ما يلي:

- "الدفع بعدم الدستورية هو نوع من الرقابة يتم بعد دخول القانون حيز النفاذ، بمعنى منازعة قانون ساري المفعول، وذلك بأن يدفع أحد الخصوم في قضية معروضة أمام القضاء، كوسيلة للدفاع عن نفسه، بحجة أن القانون الذي ينوي القاضي تطبيقه في القضية غير دستوري"⁴.
- "الدفع بعدم الدستورية هو عبارة عن وسيلة قانونية تخول أطراف الدعوى إمكانية إزاحة أي قانون يمس حقوقهم وحرياتهم التي يضمنها لهم الدستور، يراد تطبيقه في النزاع أمام المحاكم

¹ عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، ع2، الجزائر، 2013، ص 71.

² لعبيدي خيرة، وافي حاجة، مرجع سابق، ص 63.

³ عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 130.

⁴ رواب جمال، الدفع بعدم دستورية القوانين (قراءة في نص المادة 188 من الدستور الجزائري)، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 4، ع1، جوان 2017، ص. ص 35، 36.

العادية والمتخصصة، والمحكمة الدستورية أثناء بثها في كل قضية تتعلق بانتخاب أعضاء البرلمان".¹

إن هذا التعريف يتطابق نوعا ما مع نظام الدفع بعدم الدستورية المعتمد من قبل المؤسسة الدستورية المغربي وحتى الجزائري بعد تبنيه الرقابة القضائية على دستورية القوانين بواسطة محكمة دستورية، فمن جهة حدد من يحق لهم إثارتها في أطراف الدعوى، وحدد نطاق الدفع ومحلها بالقوانين الماسة بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، وحدد الجهة القضائية المكلفة بالبت في الدفع وهي المحكمة الدستورية.

تجدر الإشارة إلى أنه على خلاف المشرع الجزائري، لقد حاول المشرع التنظيمي المغربي وضع تعريف للدفع بعدم الدستورية أثناء سنه لمشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 الملغى الذي يتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور، حيث نص في المادة 2 منه في فقرتها "ج" على أنه: "يراد بالعبارات التالية في مدلول هذا القانون التنظيمي ما يلي: ...

ج. دفع أحد الأطراف بعدم دستورية قانون: "الوسيلة القانونية التي يثير بواسطتها أحد أطراف الدعوى، أثناء النظر فيها، عدم دستورية قانون يعتبره ماسا بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور، وذلك طبقا للشروط والكيفيات المنصوص عليها في هذا القانون التنظيمي". يبدو هذا التعريف منطقيا ويتماشى مع ما تبناه المؤسس المغربي، فهو دفع فرعي يثار من طرف أحد الأطراف أثناء النظر في القضية، وينصب على القانون الذي سيطبق في النزاع والذي يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.² من جهة أخرى، عرف رئيس المجلس الدستوري "Jean Louis DEBRE" الدفع بعدم الدستورية بأنه: "حق يخول كل طرف في دعوى أمام المحكمة المدنية أو الإدارية أو الجنائية بأن يطلب - إذا أراد - مطابقة القانون الذي سيطبق عليه في الدعوى للدستور بواسطة مذكرة مستقلة، طالما أن القاضي لا يمكنه أن يثير تلقائيا هذا الدفع ويحال طلب الدفع بعدم دستورية قانون إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة بعد التحقق من توافر الشروط".³

¹ خالد الدك، الدفع بعدم دستورية القوانين والخيار الأنسب للمغرب، بتاريخ 2016/12/05، متوفر على: <http://www.droitentreprise.org/web> أشار إليه ذواوي عادل، مرجع سابق، ص 333، هامش رقم 41.

² طارق التلمساني، ما بين طبيعة واختصاصات المحكمة الدستورية، مجلة مسالك، مرجع سابق، ص 80.

³ C. F : Jean Louis DEBRE, Qu'est – ce que le QPC ? www.conseil_constitutionnel.fr ROUSSILLON (H), Le conseil constitutionnel, 4^{ème} éd, édit Dalloz, 2001, p. 32.

من إيجابيات هذا التعريف أنه قد اعتبر الدفع بعدم الدستورية اختياريا يتوقف على إرادة صاحب الشأن والمصلحة المتضررة، كما أنه قد بين الجهات القضائية التي يمكن الدفع أمامها بأنواعها المدنية والإدارية والجنائية، والشكل الذي يقدم فيه الدفع بموجب مذكرة مكتوبة، موضحا أن القاضي لا يمكنه إثارته من تلقاء نفسه، وقد أشار إلى نظام التصفية الثنائية المعتمد، وبما أن هذا التعريف صادر عن رئيس المجلس الدستوري الفرنسي فهو يتماشى مع النظام القانوني لمسألة الأولوية الدستورية في فرنسا، ويمكن إسقاطه على نظام الدفع بعدم الدستورية المعتمد في التشريع الجزائري فهو يتوافق مبدئيا مع نص المادة 15 من القانون العضوي 22-19 بما أنه لم يذكر نوع الجهة التي تفصل في دستورية المقتضى محل الدفع، لأنه كما سنرى لاحقا فقد اعتمدت الجزائر نظام الرقابة على دستورية القوانين بواسطة محكمة دستورية على خلاف المؤسس الفرنسي الذي تحتفظ بالمجلس الدستوري وتمسك به.

في الأخير، تكاد تجمع غالبية التعريفات التي وردت بشأن آلية الدفع بعدم الدستورية على أنها وسيلة تمكن أطراف الدعوى بمناسبة الدعاوى القائمة أمام إحدى جهات القضاء من اللجوء إلى المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري، لكن بطريقة غير مباشرة بهدف الاعتراض على حكم تشريعي أو تنظيمي سيطبق على الدعوى، على أساس أنه ينتهك أحد الحقوق أو الحريات التي يضمنها الدستور، فهي وسيلة مفتوحة تسمح لكل شخص له مصلحة جدية بمعارضة دستورية قانون ما أو الطعن فيه أمام القضاء باعتباره طرفا في الدعوى لكن وفق شروط محددة.¹

وعلى ضوء ما تقدم أعلاه من تعريفات مختلفة، يمكن الإجماع على أن الدفع بعدم الدستورية هو: "وسيلة دفاعية يحق بمقتضاها للخصوم ذوي الصفة والمصلحة الطعن في دستورية نص تشريعي (أو تنظيمي) أمام الجهة القضائية التي تتجه لتطبيقه في النزاع المعروض عليها، وذلك بهدف استبعاد الحكم به عليهم، عن طريق إما إلغائه (كما هو الحال عليه في مصر وفرنسا والجزائر والمغرب وتونس)، أو الامتناع عن تطبيقه (مثلا هو معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية)، متى ثبتت مخالفته للدستور".²

إن تعريف هذه الآلية يقودنا إلى استخلاص خصائصها ومعرفة أهدافها وذلك على النحو التالي:

¹ عليان بوزيان، مرجع سابق، ص 79.

² نواوي عادل، مرجع سابق، ص 333؛ حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم، عنابة، 2003، ص 111.

أولاً: خصائص الدفع بعدم الدستورية

من خلال قراءتنا لبعض التعاريف التي قيلت في تحديد مفهوم الدفع بعدم الدستورية فإنه يمكن إبداء بعض الخصائص التي تتميز بها هذه الآلية والتي تجعلها متفردة ومتميزة عن بقية أساليب الرقابة الدستورية، وتتمثل أساساً في:

1. الدفع بعدم الدستورية هو وسيلة دستورية يملكها الأشخاص: على عكس الرقابة السابقة على دستورية القوانين التي تقتصر على الهيئات العامة دون غيرها (رئيس الجمهورية، الوزير الأول، رؤساء الغرف البرلمانية)، تشكل آلية الدفع بعدم الدستورية وسيلة دستورية يملكها الأشخاص من أجل الطعن في نص قانوني نافذ.¹

2. الدفع بعدم الدستورية إجراء قضائي بأسلوب متميز: فهو يمنح للقاضي دوراً مهماً في الرقابة على دستورية القوانين سواء عن طريق الامتناع بحيث يتمتع القاضي عن تطبيق النص المخالف للدستور إذا طلب منه أحد الخصوم ذلك، أو عن طريق إحالته الدفع بعدم الدستورية إلى الجهة المختصة لفحص دستوريته سواء من تلقاء نفسه (كما يحدث في مصر) أو عن طريق طلب أحد الخصوم في الدعوى المنشورة أمامه²، ويعد الدفع من ضمن الإجراءات القضائية وله ما يميزه عن بقية الدفوع القضائية.³

3. الدفع بعدم الدستورية هو دعوى عينية: تتميز الدعوى الدستورية - بصفة عامة - بكونها عينية، أي أنها لا تهدف إلى حماية مصالح الأفراد المتنازعة بل تهدف إلى مجابهة التشريع المخالف للدستور، فالخصم فيها هو نص تشريعي أو تنظيمي مخالف للدستور⁴، وبما أن الدفع

¹ ماحي وسيلة، شافي محمد عبد الباسط، طبيعة الدفع بعدم الدستورية بوصفها آلية لحماية الحقوق والحريات (دراسة على ضوء تعديلات بعض الدساتير العربية)، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي الأول الموسوم بـ (الدساتير في الدول العربية وواقع التغيير في المجتمع - قراءة عابرة للتخصص)، بالمكتبة المركزية الجامعية سيدي بلعباس، يومي 09/10 مارس 2020، ص 06.

² بومدين محمد، مبررات الاعتراف للقضاء الجزائري بدوره في الرقابة على دستورية القوانين وتحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 8، ع4، 2019، ص 17.

³ عراش نور الدين، الدفع بعدم الدستورية كآلية لتفعيل الدور الرقابي للمجلس الدستوري بعد التعديل الدستوري لسنة 2016، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، ع3، 2019، ص 640.

⁴ وهو ما أكدته المحكمة الدستورية المصرية في حكمها بنصها: "الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية هي بطبيعتها دعاوى عينية، توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها بعبء دستوري"، أنظر: الدعوى رقم 09 لسنة 8 ق.د بتاريخ 1987/06/06.

كما أكدت نفس المحكمة في حكم لها جاء في حيثياته أن: "الطبيعة العينية للدعوى الدستورية تقوم في جوهرها على مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور تحرياً لتطبيقها إعلاءاً للشرعية الدستورية".

أنظر: القضية رقم 15 لسنة 14 ق.د جلسة 15 ماي 1993.

ولتفصيل أكثر أنظر كذلك: محمد المنجي، دعوى عدم الدستورية (التنظيم القانوني والإجرائي لدعوى عدم الدستورية)، مراحل الدعوى من الدفع وتحضير الصحيفة إلى صدور الحكم، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 100.

إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 2000، ص 150.

بعدم الدستورية هو أحد أساليب ممارسة الرقابة على دستورية القوانين، ويمثل طريقة غير مباشرة لرفع الدعوى الدستورية، فهو الآخر يتصف بكونه إجراء عينياً يستهدف القانون المخالف للدستور. لكن بعض الفقه¹ ذهب إلى إن الدفع بعدم الدستورية - قياساً على الدعوى الدستورية - له طبيعة مختلطة، كونه يجمع في طياته بين الطبيعة العينية المتمثلة في حماية الشرعية الدستورية من خلال الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه إذا ثبت مخالفته للدستور، وكذلك الطبيعة الشخصية التي تتمثل في المركز القانوني للطاعن الذي تحميه تلك الدعوى القائمة بناء على دفع صادر منه، وذلك من خلال الحكم بعدم دستورية القانون الذي يمس بهذا المركز القانوني، وهذا الطرح يبدو معقولاً خاصة أن الدفع بعدم دستورية قانون يكون بمناسبة النظر في دعوى قائمة، حيث يطعن أحد أطرافها في دستورية قانون سيطبق عليه في النزاع القائم بحجة أنه يمس بحقوقه وحرياته التي يكفلها الدستور له، فعلى الطاعن أن يثبت أن له مصلحة شخصية من الدفع وإلا رفض دفعه.

4. الدفع بعدم الدستورية رقابة بعدية لاحقة: فهي تمارس على النصوص القانونية بعد صدورها ودخولها حيز التنفيذ، وهو ما يجعل منها وسيلة أكثر فعالية ذلك أن عيوب النص القانوني تظهر بعد التطبيق.²

5. الدفع بعدم الدستورية رقابة مختلطة: حيث تشترك فيها كل من الهيئات القضائية التي تملك السلطة التقديرية في فحص الدفع والبت فيه مبدئياً، والمجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية التي تفصل بصفة نهائية في مسألة الدستورية باعتبارهما صاحب الاختصاص.³

6. الدفع بعدم الدستورية مسألة عارضة: ذلك أنه متى أثير الدفع أمام الجهات القضائية سواء إدارية أو عادية أو جنائية، فإن هذه الأخيرة تفصل فيه فوراً وبقرار مسبب، وذلك بإرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وترجئ الجهة القضائية الفصل في النزاع إلى غاية توصلها بقرار

صلح نوال، خصوصية الدعوى الدستورية في التشريع الجزائري (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، ع2، سبتمبر 2019، ص 973؛ ممدوح محمد عارف الشيبان، الدعوى الدستورية بين الرقابة السياسية والرقابة القضائية (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، كانون الثاني 2015، ص 27؛ عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 39.

¹ حميد محمد عبد السلام القماطي، أثر الحكم الصادر عن القضاء الدستوري، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات المؤتمر العلمي للمحاكم والمجالس الدستورية العربية بعنوان "تحديات الواقع والإصلاحات الممكنة في ضوء المتغيرات الإقليمية"، المنعقد في الأردن في 28-29 فبراير 2016، ص 15، متوافر نسخة منها على الموقع الإلكتروني: <http://supremecourt.gov.ly> تم تحميلها يوم 2022/06/05 على الساعة 16:59.

² ماحي وسيلة، شافي عبد الباسط، مرجع سابق، ص 07؛ قزلان سليمة، مرجع سابق، ص 105؛ طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 307.

³ قزلان سليمة، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

المحكمة العليا أو مجلس الدولة، أو المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية عند إحالة الدفع إليهما، وعليه فإن إرجاء الفصل يعطي الدفع بعدم الدستورية طابعا عارضا، لا يجوز للقاضي أن يفصل في الموضوع دون الفصل فيها¹، حيث أنها تحول دون الفصل في الموضوع قبل حسمها.

7. الدفع بعدم الدستورية هو حق اختياري وإجرائي: يتمتع به الأطراف أثناء سير الخصومة

القضائية، ويمنح لصاحبها الحق في الاختيار بين استعماله وعدم استعماله، لذلك فهو جوازي².

8. الدفع بعدم الدستورية هو وسيلة قانونية ودفاعية: هو دفع قانوني أو رقابة قانونية لأنه

يغلب عليه الاعتبارات القانونية، فهو يخضع لشروط محددة قانونا³، وهو وسيلة دفاعية فهو يدخل في إطار دفاع الشخص عن نفسه ومصالحه في مواجهة من يتهمونه بمخالفة قانون ما، فيرد عليهم بأن القانون لا يمكن أن يطبق عليه لأنه مخالف للدستور⁴، وذلك على خلاف الدعوى الدستورية الأصلية التي تتسم بأنها هجومية تهاجم القانون دون أن ينتظر الطاعن تطبيق القانون عليه بمناسبة دعوى قائمة.

9. الدفع بعدم الدستورية يتسم بالمرونة: يمكن إرجاع ذلك إلى كونه أقل تعقيدا من حيث

أنه لا يكلف نفقات مالية، وذلك لأن الشخص الذي يثيره غالبا يكون مدعى عليه، وبالتالي لا يتحمل مصاريف الدعوى⁵، أو التبليغ أو غيرها، باستثناء ما إذا تم قبول دفعه ففي بعض الدول كمصر إذا تم قبول الدفع تمنح المحكمة للطاعن أجلا محددًا لرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا وفي هذه الحالة سيكون ملزما بدفع مصاريف الدعوى، كما أن إجراءاته عادة ما تكون بسيطة، خاصة عندما يتعلق بالدفع الفرعي الذي يفصل فيه قاضي الموضوع بنفسه ويمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، كما أن إثارته غير مقيدة بأجل محدد، وهو أمر منطقي لأن الشخص الذي يثير الدفع لا يعلم سلفا متى سيطبق عليه فعليا القانون المطعون فيه بعدم الدستورية⁶.

¹ ماحي وسيلة، شافي محمد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 07.

² نبيل إسماعيل عمر، أصول المحاكمات المدنية، ط1، الدار الجامعية، بيروت، 1996، ص 314؛ عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مطبعة Encyclopédie، الجزائر، بدون تاريخ النشر، ص 258؛ محمد كحلولة، المراقبة الدستورية في الجزائر في إطار عمل المجلس الدستوري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع3، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1990، ص 656.

³ قزلان سليمة، مرجع سابق، ص 106.

⁴ أحمد فتحي سرور، حدود ولاية القضاء العادي في المسألة الدستورية، المجلة الدستورية، المحكمة الدستورية العليا، ع6، القاهرة، 2004، ص 04؛ ذواوي عادل، مرجع سابق، ص 334، الهامش رقم 48؛ قزلان سليمة، مرجع سابق، ص 107؛ عراش نور الدين، مرجع سابق، ص 641.

⁵ هذا الأمر لا يعني أن المدعي لا يمكنه الدفع بعدم دستورية قانون سيطبق في النزاع.

⁶ في هذه الحالة تجدر الإشارة إلى أن بعض الدول تضع أجلا محددًا يجب احترامه بعد إثارة الدفع وليس قبله تحت طائلة سقوط الحق فيه.

10. الدفع بعدم الدستورية وسيلة احتياطية: هناك من الفقه الدستوري¹ من يعتبر الدفع بعدم الدستورية وسيلة احتياطية لا يجوز اللجوء إليه إلا استنفذت الوسائل القانونية الأخرى، وربما يرجع السبب في اعتقادهم ذلك إلى أن الدفع بعدم الدستورية رقابة استثنائية يجب على قضاة الموضوع تجنب ممارستها طالما كان في وسعهم إتباع وسائل أخرى من شأنها أن تغنيهم عن التعرض لمسألة الدستورية، وفي نفس الوقت تسمح لهم بالفصل فيما يعرض عليهم من منازعات، ومثال ذلك بدل إلغاء النص التشريعي أو التنظيمي المطعون فيه بعدم الدستورية، يمكن تفسيره تفسيراً معقولاً يجعله متوافقاً مع الدستور.²

إن هذا الطرح لا يفلح مع كافة القوانين التي يحتج بعدم دستورتها، خاصة إذا كانت تنتهك بطريقة صارخة الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، ففي هذه الحالة لا سبيل لتفسيرها بشكل يتوافق مع الدستور ولا بد - لزاماً - إلغاؤها واقتلاعها من المنظومة القانونية لأنها تشكل خطراً على حقوق الأفراد وحرياتهم التي يفترض على القاضي أن يحميها أثناء تأدية مهامه.

11. الدفع بعدم الدستورية هو دعوى موضوعية لا شخصية: حيث أن اللجوء إلى المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية يبقى على مراقبة مجردة للنص، باقتصار فحص لمدى مطابقة القانون محل الدفع للدستور، دون الحسم في النزاع القائم بين الأطراف.³

12. الدفع بعدم الدستورية هو دعوى تابعة ومنفصلة في نفس الوقت: يعتبر الدفع بعدم الدستورية رقابة تبعية لأنه يتم من خلال طعن قضائي عادي أمام إحدى المحاكم العادية، حيث يثار فيها الدفع بعدم دستورية القاعدة القانونية المطلوب تطبيقها، لذلك هو رقابة تابعة لا تثار إلا تبعاً لمسألة موضوعية معروضة على المحكمة⁴، ومن جهة أخرى يعتبر الدفع بعدم الدستورية

راجع: عبد العزيز محمد سالم، مرجع سابق، ص 320.
¹ يرجع في ذلك إلى: رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين (دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، دار التيسير، القاهرة، 2004، ص 39؛ عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص 130.

² عصمت عبد الله الشيخ، المرجع نفسه، ص 131؛ لمزيد من الشرح راجع: كوسة عمار، أبحاث في القانون الدستوري، دار هومة، 2018، ص 189.

³ هنري روسيون، المجلس الدستوري، ترجمة محمد وطفة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ط1، بيروت، لبنان، 2001، ص 109؛ حميداتو خديجة، محمد بن محمد، الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016، دفاتر السياسة والقانون، ع18، جانفي 2018، ص 334؛ حميداتو خديجة، الإخطار بعدم الدستورية في الدول المغاربية (تونس - الجزائر - المغرب)، أطروحة دكتوراه تخصص تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2018/2019، ص 127؛ بن عودة حسكر مراد، الدفع القضائي بعدم الدستورية كضمانة لنفاد القواعد الدستورية للحقوق والحريات، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، ع2، 2019، ص 158؛ لعبيدي خيرة، وافي حاجة، مرجع سابق، ص 64.

⁴ ممدوح محمد عارف الشيبان، مرجع سابق، ص 18؛ حميداتو خديجة، محمد بن محمد، مرجع سابق، ص 334؛ حميداتو خديجة، الإخطار بعدم الدستورية في الدول المغاربية مرجع سابق، ص 127؛ بن عودة حسكر مراد، مرجع سابق، ص 158؛ إيرابن هدى، الدفع بعدم دستورية القوانين في نماذج دول المغرب العربي وفرنسا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، م 55، ع4، ديسمبر 2018، ص 16.

دعوى منفصلة ومستقلة عن الموضوع حيث أنه متى رفعت إلى المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري فإنها تستقل عن دعوى الموضوع لأنها تعالج موضوعا مغايرا يختلف عن موضوع الدعوى الأصلية الذي نتج عنه الدفع بالعيب الدستوري، وبعبارة أخرى فإنه بعد أن يتم الدفع بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي معين فإن الدعوى الدستورية هنا تستقل عن الدعوى الموضوعية الأصلية التي تنظر فيها محكمة الموضوع، هذا الاستقلال يظهر في اختلاف موضوع كل منهما وانفراد كل دعوى بشروط محددة لقبولها تختلف عن الأخرى، بالإضافة إلى أن الفصل في دستورية القانون محل الدفع يعود إلى جهة قضائية أو سياسية - المجلس الدستوري - مستقلة ذات اختصاص أصيل، بحيث إذا ما اتصلت الدعوى الدستورية بها اتصالا وفقا للأوضاع الإجرائية المحددة قانونا فإنها تستقل عن الدعوى الموضوعية.¹

يمكن القول أن الدفع رقابة تابعة لدعوى موضوعية قائمة، ولا يمكن إثارته بمنأى عنها، وحتى يتم قبوله لا بد أن يتصل بها من حيث كون الفصل فيه منتجا في الدعوى، وبمجرد قبوله وإحالاته على المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية يغدو دعوى قائمة مستقلة بذاتها لها موضوعها الخاص.

في الأخير يتضح مما سلف نكره، أن هذه الآلية تتميز بطابعها الخاص والافرادي وأكثر ما يميزها أنها تجمع بين متناقضات، كما سبق وأوضحنا، فهي موضوعية وشخصية في نفس الوقت، تبعية ومستقلة، كما أنها مزجت بين أسلوبين للرقابة الدستورية (أسلوب الدفع الفرعي والدعوى الأصلية)، كونها تحمل محاسن كلا الأسلوبين وصالحة للتطبيق سواء بالنسبة للدول التي تبنت الرقابة الدستورية بواسطة هيئة سياسية أو بالنسبة للدول التي اعتمدت نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق محكمة دستورية.

ثانيا: أهداف الدفع بعدم الدستورية

إن أي نظام دستوري لا يكتسب الطابع الديمقراطي إلا إذا كفل للأفراد جميع حقوقهم من خلال توفير عدة ضمانات يعتبر القضاء الدستوري - بمختلف نماذجه - في مقدمتها، وتأسيسا على ذلك حرصت أغلب الأنظمة الدستورية على تضمين دساتيرها الحق في التقاضي أمام القضاء الدستوري كأحد أهم آليات تكريس مبدأ الرقابة على دستورية القوانين، من خلال إتاحة الفرصة للأفراد للدفع

¹ نوال لصلح، مرجع سابق، ص 973، هامش رقم 24 لمزيد من التفصيل؛ ممدوح محمد عارف الشيايب، مرجع سابق، ص 28؛ لعدي خيرة، وافي حاجة، مرجع سابق، ص 63؛ حميداتو خديجة، محدين محمد، مرجع سابق، ص 334؛ حميداتو خديجة، مرجع سابق، ص 127؛ بن عودة حسكر مراد، مرجع سابق، ص 158؛ إيرابن هدى، مرجع سابق، ص 16.

بعدم دستورية القوانين التي تمس بحقوقهم وحرياتهم المكفولة دستوريا، ومن هنا تظهر أهمية التمكين القانوني لحق المواطنين في العدالة الدستورية عن طريق الدفع من خلال الأهداف التي تسعى هذه الآلية إلى تجسيدها على الواقع، وتتلخص عموما فيما يلي:

1. تعزيز مفهوم المواطنة: عرف الرئيس الأمريكي الأسبق "جون كينيدي" المواطنة في جملة قائلها "لا تسأل عما يمكن أن يفعله بلدك من أجله، بل اسأل عما يمكن أن تفعله أنت لبلدك"¹، وهذا معناه أن المواطنة صفة تثبت بشكل أساسي لمن تكون له طبقا للقانون والدستور الحقوق السياسية التي تخوله أن يشارك في خدمة وطنه بكل ولاء وانتماء لهذا الوطن، إذًا فهي ذلك الشعور بالانتماء إلى وطن معين.²

إن إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية داخل المنظومة القانونية لأي دولة من شأنه تعزيز روح المواطنة، فهي سلطة منحت للمواطن ويمكنه بها الدفاع عما أسماه الدستور التراث المشترك الذي تكونه الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن والحفاظ عليها ونقلها من جيل إلى جيل³، ثم إن مسألة المواطنة ترتبط ارتباطا وثيقا بالديمقراطية، فكلما كانت الدولة ديمقراطية أكثر كلما كان هناك احترام أكثر للمواطنة مما يجعلها مسألة دستورية بامتياز⁴، وإذا كان لجوء المواطنين إلى القضاء الدستوري عن طريق تقنية الدفع قد أصبح حقا معترفا به في غالبية الدول فإن الاعتماد على هذه الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين من خلال منح الأفراد الحق في ممارسة هذا الدفع يشكل نقلة نوعية لتحقيق عدالة دستورية مواطنة يكون فيها المواطن في مركز معادلة تحصين حقوقه وحرياته، مما يترتب عليه إشاعة ثقافة مجتمعية تتفاعل والقضاء الدستوري بشكل إيجابي وتعكس وعي المواطن لحقوقه والتزاماته في تكريس الأمن القانوني للدولة الذي يحمل في طياته أبعاد تنموية على سائر المستويات.⁵

¹ نهلة محمد مصطفى جندية، مفهوم المواطنة والأسس التي تقوم عليها في ألمانيا ومصر، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 52، ع4، مايو 2021، ص601.

² يقصد بالمواطنة في مفهومها الواسع: "تمتع الشخص الذي يرتبط برابطة قانونية بالدولة، ألا وهي الجنسية، بالحقوق وكذا تحمل الالتزامات طبقا للنصوص القانونية"؛ أشار إلى ذلك: بلمهيدي إبراهيم، آلية الدفع بعدم الدستورية في أحكام تعديل الدستور الجزائري 2016، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 3، ع1، 2017، ص164.

³ المادة 32 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2016 وتقبلها المادة 37 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442-20 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

⁴ محمد بن أعراب، منال بن شناف، آلية الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية المقارنة، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 10، ع02، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2018، ص. ص 23، 24؛ نادية خلفة، المواطنة كمؤشر للديمقراطية وكمسألة دستورية (الجزائر نموذجا)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع09، باتنة، 2016، ص86.

⁵ يوسف أدريو، نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي، مجلة الفقه والقانون، ع17، المغرب، 2017، ص188؛ لمزيد من التفصيل حول الديمقراطية والرقابة الدستورية راجع: عتوتة سميرة، الرقابة على دستورية القوانين في

2. بناء دولة الحق والقانون أساسها سمو الدستور: إن الاعتراف للأفراد بحقهم في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع القضائي من شأنه المساهمة في تعزيز دولة الحق والقانون والتي تعتبر الرقابة الدستورية فيها أحد مكوناتها الأساسية، ومما لا شك فيه أن دولة الحق والقانون تفترض أن تتفق جميع القواعد القانونية مع القاعدة الأسمى في البلاد، ألا وهي الدستور، وهي الغاية السامية التي تسعى آلية الدفع بعدم الدستورية إلى تحقيقها شأنها في ذلك شأن كل الطرق المتاحة لمراقبة دستورية القوانين.¹

3. تجاوز عقبات مبدأ التمثيل الشعبي: باعتبار سلطة التشريع من بين أهم سلطات الحكم في الدولة، كان لزاما أن ترتبط ممارستها بالسلطة التأسيسية ممثلة في الشعب لما لذلك من تطابق مع مضامين الدستور، غير أن الواقع اقتضى التسليم بمسئمة الإنابة عن الشعب من قبل هيئة نيابية تقوم مقامه في التشريع، لكن هل هذا التشريع مطابق للدستور في كل الأحوال؟

إن الإشكالية في مبدأ التمثيل الشعبي تظهر عند تعارض إرادة الشعب مع إرادة ممثليه المنتخبين، وذلك من خلال النصوص التشريعية التي قد تصدر مخالفة الدستور والتي يمكنها الإضرار بشكل كبير بحقوق وحريات الأفراد المخاطبين بها، ولأجل ذلك وجدت آلية الدفع بعدم الدستورية باعتبارها إحدى الحلول العملية لهذه الإشكالية من منطلق أن المواطن، أو نقول الفرد أحسن، يملك الحق في طلب الرقابة على دستورية هذه القوانين، وعليه فإن عملية تنقيح المنظومة القانونية من المقتضيات غير الدستورية الصادرة عن ممثلي الشعب من شأنها تدعيم إشراك الأفراد بطريقة غير مباشرة في عملية التشريع، وتمكن من تجاوز عقبات التمثيل الشعبي.²

4. تجاوز الإطار الضيق للرقابة القبلية على دستورية القوانين المحصورة في الجهات السياسية: إن تحريك الرقابة القبلية على دستورية القوانين عادة ما يقتصر على الجهات السياسية مع حرمان كلي للأفراد من هذا الحق، وهو ما يجعل منها نظاما قاصرا وعاجزا عن توفير الحماية الكافية لحقوق الأفراد وحرياتهم، لأن هذا النوع من الرقابة لا يستعمل لحماية الدستور والدفاع عن

الجزائر من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريش، 2020-2021، ص 204 وما بعدها.

¹ لمزيد من التفاصيل حول دولة الحق والقانون راجع: شربال عبد القادر، دولة القانون والديمقراطية في الجزائر، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، عدد خاص بأشغال الملتقى الوطني حول موضوع مؤشرات الحكم الراشد وتطبيقاتها المنعقد يومي 06 و 07 أبريل 2011، ع 1، 2012، ص 34، 38.

² بن أعراب محمد، منال بن شناف، مرجع سابق، ص 25؛ لعدي خيرة، وافي حاجة، مرجع سابق، ص 64؛ رواب جمال، مرجع سابق، ص 39؛ دلالي عبد الجليل، توسيع آلية إخطار المجلس الدستوري كمنهج لتعزيز الرقابة الدستورية في التعديل الدستوري لسنة 2016، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني حول آليات حماية الدستور كأساس لبناء دولة القانون في الجزائر، بجامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، يوم 25 أبريل 2019، ص 10.

أحكامه بقدر ما يستعمل لتحقيق أهداف سياسية¹، فالتوجهات السياسية والتكتلات الحزبية لدى أعضاء هيئات الإخطار تلقي بظلالها على ممارسة الإخطار وتحريك الرقابة، بمفهوم آخر فإن التوجهات السياسية تحجب الخروقات القانونية والتجاوزات التي تتضمنها النصوص التشريعية لتحقيق أهداف سياسية. وعلى ضوء هذه النقائص ظهرت الحاجة إلى نظام أكثر فعالية يتصدى لهذه الخروقات التشريعية، ولا شيء يضاهاه إشراك الفرد ولو بطريقة غير مباشرة في تحريك الرقابة على دستورية القوانين اللادستورية بعد صدورها، ذلك أن عيوب النص لا تظهر إلا بعد التطبيق الفعلي له، ومن هنا أصبحت آلية الدفع بعدم الدستورية الأكثر فاعلية وضرورة حتمية لتدارك نقائص الرقابة القبلية.

5. تحقيق المصلحة العامة: لقد سبق وأن أوضحنا أن الدفع بعدم الدستورية هو بمثابة دعوى دستورية عينية تستهدف مخرجة قانون يخالف الدستور، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التركيبة المتميزة لنظام الدفع بعدم الدستورية تجعل منه ينطلق من فكرة المصلحة الشخصية التي يتوخاها صاحب الدفع والمتمثلة في عدم تطبيق القانون المطعون فيه بعدم الدستورية عليه، ولكنها في المقابل تصل إلى نتيجة تصب في المصلحة العامة تتمثل في الحكم بعدم دستورية القانون محل الدفع والذي يسري على كافة ويكون ملزما لجميع السلطات، فمن مصلحة الجميع إلغاء النص المخالف للدستور من المنظومة القانونية.²

بالإضافة إلى ما سبق ذكره، فإن العمل بأسلوب الدفع بعدم دستورية قانون سيجرب عنه آثار إيجابية وحميدة على المنظومة القانونية، وعلى رأسها صيانة وحماية الحقوق والحريات باعتبارها مبرر نشوء الدفع بعدم الدستورية وغايته الكبرى، كما أن أعمال هذه الآلية سيفضي إلى:

■ توسع دسترة فروع القانون الأخرى، فالولوج إلى العدالة الدستورية هو ولوج إلى القانون الدستوري باعتباره قانون القوانين.

■ حدوث تقارب أكثر بين القانون الدولي خاصة المتعلق بحقوق الإنسان، والقانون الدستوري، خاصة أن القاضي الدستوري يعتبر المعاهدات الدولية المتعلقة بالحقوق والحريات من أهم العناصر المكونة للكتلة الدستورية التي يستند إليها في مراقبته لدستورية القوانين.

¹ Philippe ARDANT, Institutions politiques et droit constitutionnel, édit DELTA, 16^{ème} éd, LIBAN, 2004, p. 201.

² بلمهدي إبراهيم، مرجع سابق، ص 166؛ مزواغي نبيلة، التجربة المغربية في مجال الدفع بعدم الدستورية، ورقة بحثية مرفقة في الندوة الوطنية السادسة لمخبر نظام الحالة المدنية بجامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، عين الدفلى، حول موضوع الدفع أمام القضاء بعدم دستورية القوانين، المنظم بتاريخ 25 أبريل 2017، ص 03؛ أشارت إليها: لعديدي خيرة، وافي حاجة، مرجع سابق، ص 64.

- توسيع الاجتهاد القضائي الدستوري من خلال مواصلة تأويل أحكام الدستور الناطقة وحتى الصامتة، وتزايد الاهتمام بالقانون الدستوري من جانب القضاة والمحامين، وحتى المواطنين والرأي العام، خاصة أن الدفع يتعلق بحقوق الأفراد وحرياتهم ويتم الفصل فيه على مستوى المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري بصورة علنية، مع إمكانية بث الجلسات على الموقع الرسمي الإلكتروني للمجلس أو المحكمة الدستورية.¹
- إن تفعيل هذا الحق من شأنه أن يوسع من مساحة الرقابة الدستورية إلى المجالات التي لم يسبق أن أخطر القاضي الدستوري بها، ومن ثم بسط رقابته على جميع المنظومة القانونية، لاسيما ما تعلق منها بالحقوق والحريات.²
- تصحيح مكامن الخلل والهوة البرلمانية: خاصة بوجود أغلبية برلمانية تسيطر على الأقلية وتتمر فقط القوانين التي تخدم مصالحها.
- حماية البرلمان من سيطرة السلطة التنفيذية: عادة ما يسن البرلمان قوانين عامة تتكفل السلطة التنفيذية بتفصيلها وتكملتها، فيحدث أن تكون هذه التكملة مخالفة للدستور، فيتدخل القضاء الدستوري - خاصة عن طريق إخطاره بواسطة دفع بعدم دستورية حكم تنظيمي - لرقابة هذه القوانين المكملة حماية للبرلمان من جهة، ووقف للسلطة التنفيذية عند حدود اختصاصاتها، وقد أحسن المؤسس الدستوري الجزائري بأن وسع من نطاق القوانين التي تمكن الدفع بعدم دستورتها لتشمل الأحكام التنظيمية.
- تحسين مستوى البرلمان: تؤدي الرقابة الدستورية بصفة عامة إلى تطوير عمل السلطة التشريعية وجعل قوانينها متفقة مع الدستور.³

المطلب الثاني: أسس الدفع بعدم الدستورية وطبيعته القانونية

مما لا شك فيه أن أي نظام أو أسلوب أو إجراء قانوني أو قضائي لا يأتي من عدم، فالقواعد العامة والمبادئ والأفكار والنظريات هي من تصنع الإطار العام الذي يقوم عليه، والحال نفسه

¹ محمد أشركي، الإحالة والقواعد المرجعية، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات أعمال الندوة الدولية المنظمة من طرف المحكمة الدستورية للمملكة المغربية بالشراكة مع أكاديمية المملكة المغربية تحت عنوان "الولوج إلى العدالة الدستورية (الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين"، في مراكش، يومي 27 و28 سبتمبر 2018، مطبعة المعارف الجديدة، 2021، ص. 46، 47.

² عليان بوزيان، أثر الإحالة القضائية للدفع بعدم الدستورية على عقائده الرقابية الدستورية القوانين الماسة بالحقوق والحريات، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، ع2، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، فبراير 2019، ص 225.

³ لمزيد من التفصيل راجع: كوسة عمار، مرجع سابق، ص 114.

بالنسبة لإجراء الدفع بعدم الدستورية، هذه الأسس التي مهدت له الطريق لظهوره أولاً ثم لاعتماده من طرف المؤسس الدستوري لأي دولة تتمثل أساساً في علوية الدستور وسيادة القانون ومبدأ الفصل بين السلطات والأهم من ذلك تعزيز حماية الحقوق والحريات.

من جهة أخرى، بمجرد إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية خاصة في الدول التي تبنتها حديثاً مثل الجزائر انغمس فقهاء القانون الدستوري في البحث عن طبيعته القانونية، واختلفوا في عدة نقاط سنوضحها في الفرع الثاني من هذا المطلب بعد التطرق إلى الأسس التي يقوم عليها الدفع بعدم الدستورية في الفرع الأول.

الفرع الأول: الأسس التي يقوم عليها الدفع بعدم الدستورية

إن وجود دستور في الدولة يقتضي قيام دولة الحق والقانون التي حددت سلطاتها وعلاقاتها ببعضها البعض، وكذلك علاقاتها بالأفراد وحقوقهم والتزاماتهم، كما تعد الرقابة الدستورية بصفة عامة والدفع بصفة خاصة أهم أثر لتقرير مبدأ المشروعية الدستورية، حيث ثمة رقابة على مشروعية القواعد القانونية، والتي يجب على السلطات التشريعية والتنفيذية مراعاتها عند ممارسة صلاحياتها في سن التشريعات.¹

ويعد الدفع بعدم الدستورية نتيجة قانونية ودستورية قوامها مبدأ سمو الدستور والفصل بين السلطات ومبدأ المشروعية بالإضافة إلى تعزيز حماية الحقوق والحريات.

أولاً: مبدأ سمو الدستور

إن سيادة الدستور أو علوه مبدأ مسلم به في الدول الديمقراطية، سواء كانت ملكية أم جمهورية، لذلك قيل إنه حتى يصح القول بأن هناك نظام دستوري ديمقراطي يجب أن يكون هناك قواعد عليا على الهيئة الحاكمة أن تحترمها وتراعيها في كافة تصرفاتها تقريراً لمبدأ الشرعية وتدرج القواعد القانونية، والقاعدة الدستورية هي أعلى مرتبة في سلم القواعد القانونية وتتميز بالثبات وعدم التغير المستمر، مما يضفي عليها احتراماً ووضوحاً يسهل على السلطات العامة والقائمين عليها اتخاذ القرار في إطار الشرعية.²

¹ إبراهيم مختار، رقابة الدفع بعدم الدستورية الأسس والمبررات في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع10، جوان 2018، ص 245.

² نعمان أحمد الخطيب، الوجيز في النظم السياسية، ط2، دار الثقافة، عمان، 2011، ص. ص 186، 187.

ويقصد بسمو الدستور أو علوية القواعد الدستورية أو مبدأ إعلاء الدستور: "سيادة أحكام الدستور على كل من عداها من قواعد قانونية نافذة أخرى"¹، فهو اعتبار الدستور القانون الأعلى في الدولة والذي لا يعلوه قانون آخر ويطلق عليه أيضا "مبدأ الدستورية" نسبة لمبدأ المشروعية، ويُعنى بالدستورية خضوع القوانين جميعها في الدولة للدستور، وفي حال تعارض أي قانون مع الدستور يجب تغليب حكم الدستور على القانون المخالف له، وذلك لما يتمتع به من سمو ورفعة تجعله في المرتبة الأولى بين القوانين²، ويطلق على وجوب اتفاق القوانين العادية مع أحكام الدستور وعدم مخالفتها لها "مبدأ دستورية القوانين".

إن سمو الذي تتمتع به القواعد الدستورية يستند إلى طبيعة هذه القواعد وموضوعها، كما يستند من ناحية أخرى إلى الشكل الذي تتبلور فيه، لذلك فمادام الدستور هو الذي يؤسس السلطة ويحيط نشاطها بإطار قانوني فإنها لا تستطيع أن تخرج عنه كلية، فهو القاعدة الأساسية التي يرتكز عليها النظام القانوني وينشئ السلطات ويحدد اختصاصاتها.³

لقد ساهمت عدة عناصر ومصادر في تكوين مبدأ سمو القاعدة الدستورية، فقد ذكر بعض الفقه أن أساس هذه الفكرة يرجع إلى جملة من النظريات القانونية والسياسية التي تبلورت تاريخيا، من بينها نظرية فلاسفة العقد الاجتماعي⁴ وفلاسفة النظريات الحديثة⁵، والتي تقوم على فكرة مفادها أن "الدستور يخلق أن ينشئ الدولة، وعلى هذا فإن الدولة لا وجود لها قبل وجود الدستور"⁶، فهو عبارة عن عقد اجتماعي أو تجسيد له، لكنها قد لاقت انتقادات كثيرة أهمها أن الدولة أسبق في الوجود من العقد وأن كل الدساتير أو معظمها تشارك في معنى واحد أو طبيعة واحدة مع بعض الاختلافات التي تميزها نتيجة لاعتبارات معينة، ويبقى هدفها واحد وهو إقامة الدستورية أو الحكم بموجب المبادئ الدستورية والمرتبطة دوما بفكرة قرينة الدستورية⁷، كما أن مفهوم الدستورية يمتد إلى الفكر الإغريقي والروماني والعصور الوسطى وقد تعزز بفضل ثورات القرن

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية)، مرجع سابق، ص 14.
² نسرين طلبية، مرجع سابق، ص 494؛ وفي تعريف آخر لمبدأ سمو الدستور يقصد به: "أن يكون للدستور سمو أو العلو على ما عداه من تشريعات وأن تكون له مكانة الصدارة، ومنه تلتزم جميع السلطات في أي نظام سياسي بوجود التقيد بنصوص واحترامه، فهو سبيل للحريات والحقوق العامة في الدولة".

أنظر: إبراهيم محمد درويش، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 133.
³ محمد بوسلطان، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012، ص 120.

⁴ أمثال: هوبز، جون لوك، مونتيسكيو.

⁵ أمثال: كلسن، فالين، ديكي....

⁶ إبراهيم عبد العزيز شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 15-17.

⁷ منذر الشاوي، القانون الدستوري، مطبوعات جامعة بغداد، 1970، ص 18.

17 و18 وكان المفهوم المعطى للدستورية في جميع هذه المراحل هو أنها: "قيد قانوني على الحكم أو الحكومة".¹

ومن جهة أخرى، فإن وصف الدستور بعبارة "القانون الأساسي" أو "القانون الأعلى" يرجع إلى الخلاف الذي وقع بين الملك "جيمس الأول" والبرلمان، حيث ادعى الملك أن امتيازاته تؤلف الجزء الأساسي من القانون الأساسي، في حين ذهب البرلمان إلى أن حقوق المواطنين الأساسية هي كل ما يؤلف هذا القانون ولا يجوز لأحد إهمالها أو تجاوزها²، وقد كان للقضاء الانجليزي الفضل في إرساء فكرة "سمو القانون الأساسي" على كل من الملك والبرلمان في قضية "BONHAM" التي نظر فيها القاضي والفقير الانجليزي "إدوارد كوك" عام 1610، والتي شكلت الانطلاقة الحقيقية للرقابة القضائية على دستورية القوانين.

كما أن الدستور قد استمد علويته وسموه انطلاقاً من فكرة أن الدستور عمل من أعمال الشعب، حيث جاء في مقدمة الدستور الهندي لسنة 1950 "نحن الشعب الهندي في جمعيتنا التأسيسية نعتمد هذا الدستور ونشرعه ونمنحه لأنفسنا".³

إن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام يتعلق بالهدف الذي سيحققه هذا سمو عن بقية القواعد القانونية؟ ولعل أهم المبررات التي تجعل الدستور أسمى من بقية القوانين تتجلى في كونه الأداة التي يمكن بها تحقيق السيطرة على الحكم وبالتالي تقييد السلطة التشريعية والتنفيذية حتى لا تتجاوز صلاحياتها وتستبد في سلطتها، كما أن الهدف من وضع الدستور في أعلى قمة الهرم القانوني هو الحفاظ على شكل نظام الحكم في الدولة خاصة إذا كان جمهورياً وديمقراطياً فهذا من شأنه الحفاظ على سلامة الوطن ومواطنيه، ولعل أهم نتيجة تتمخض عن مبدأ سمو الدستور تتجلى في الرقابة على دستورية القوانين بجميع صورها وأشكالها وأساليب ممارستها.

يعتبر مبدأ سمو الدستور من المبادئ المسلم بها من قبل فقهاء القانون الدستوري والنظم السياسية، ولا داعي للنص عليه في الدستور نفسه⁴، لكي يحظى هذا الأخير بالحماية، وتجدر الإشارة إلى أن الدستور يسمو من جانبين:

¹ أحمد العزي النقشبدي، سمو النصوص الدستورية، دراسة مقارنة، مجلة النهضة، المجلد 13، ع2، أبريل 2012، ص 83؛ أشار إليه: كوسة عمار، مرجع سابق، ص 126.

² مجدي محمد زيادة، الاتجاهات السياسية وأثرها على الرقابة الدستورية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009، ص 66؛ أشار إليه: كوسة عمار، مرجع سابق، ص 127.

³ Preamble of the constitution of INDIA 1950 as modified up to the 1st December 2007.

⁴ هناك من الدساتير ما نصت على مبدأ سمو الدستور في نصوص موادها ونذكر منها دستور الاتحاد السوفياتي لعام 1977 حيث جاء في المادة 173 منه أن: "دستور الاتحاد السوفيتي قوة القانون الأعلى وسائر مقررات هيئات الدولة تصدر على أساس دستور الاتحاد السوفيتي وفقاً له".

1. السمو الموضوعي للدستور: أساس السمو في هذا المنطلق هو جوهر القاعدة الدستورية في طبيعتها ومضمونها، وهو يتحقق مع كافة أنواع الدساتير سواء كانت مكتوبة أو عرفية¹، فمرد هذا السمو يرجع إلى كونه وثيق الصلة بموضوع ومضمون القواعد الدستورية حيث أنها تتناول مقومات وأساس الدولة، فهي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها والسلطات العامة كما تحدد اختصاصاتها وعلاقتها مع الأفراد، وتبين الحقوق الأساسية للأفراد وحرياتهم مع ضمانات المحافظة عليها، ويترتب على سمو الدستور من الناحية الموضوعية نتيجتين أساسيتين: أولهما تدعيم مبدأ المشروعية وتوسيع نطاقه، وثانيهما عدم جواز تفويض إحدى السلطات لاختصاصاتها بدون نص صريح في الدستور.²

2. السمو الشكلي للدستور: يقصد به تحديد مرتبة القاعدة القانونية وقوتها تبعاً للجهة التي تضعها والإجراءات المتبعة في سنه وتعديلها، ومن هذه الناحية يعني السمو الشكلي للدستور، أن هذا الأخير يحتل المرتبة الأولى والأعلى في سلم تدرج القواعد القانونية في الدولة نظراً لعلو السلطة التي تضعه وصعوبة الإجراءات المتبعة في وضعه وتعديله³، لكن إذا كان السمو الموضوعي يتحقق بالنسبة لجميع الدساتير المكتوبة والعرفية، الجامدة والمرنة، فإن السمو الشكلي على غير ذلك لا يتحقق إلا بالنسبة للدساتير المكتوبة الصادرة من سلطة مختصة في وثيقة مدونة أو عدة وثائق تتميز بالوضوح والثبات والاستقرار، وتتصف بالجمود نسبياً⁴، ومن نتائج سمو الدستور من الناحية الشكلية باختصار شديد: علو قواعد الدستور على ما يسمى بالقوانين الأساسية أو العضوية وليس فقط العادية، عدم جواز مخالفة القوانين العادية للدستور، وضرورة تحقيق رقابة على دستورية القوانين، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى تعزيز هذه الرقابة من خلال إشراك الأفراد في ممارسة هذه الرقابة ولو بطريقة غير مباشرة عن طريق مكنة الدفع، فالتفريق بين القوانين الدستورية والقوانين العادية - وحتى العضوية - ضرورة حتمية اقتضتها طبيعة هذه القوانين وأصلها الذي تتحدر منه، وضرورة توطيد النظام القانوني واحترام مبدأ الفصل بين السلطات وتوزيع

أشار إلى ذلك: نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 533.

¹ فاديا إبراهيم جاسم، دور الدستور في إرساء دولة القانون، مذكرة ماجستير في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة حلب، 2011، ص 195؛ لوافي سعيد، الحماية الدستورية للحقوق السياسية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون الدستوري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010/2009، ص 82.

² محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص. ص 17، 18؛ ممدوح محمد عارف الشباب، مرجع سابق، ص 12؛ مصطفى أبو زيد فهمي، مبادئ الأنظمة السياسية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 265.

³ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 19.

⁴ لمزيد من التفصيل راجع: زيان محمد أمين، الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء آلية جديدة لتحقيق العدالة الدستورية (القانون المصري نموذجاً)، مجلة المفكر، المجلد 14، ع2، جوان 2019، ص. ص 264، 265.

الاختصاصات بين مختلف هيئات الدولة، وإذا لم يراع التدرج القانوني وترتيب القوة الإلزامية للقوانين تدب الفوضى في جهاز الحكم وتختلط الأمور لا يعرف الناسخ من المنسوخ، ولا الرئيس من المرؤوس، لذلك لا بد من تحقيق سمو الشكلي والموضوعي معاً للدستور من خلال جملة من الضمانات تأتي الرقابة الدستورية في مقدمتها، والتي يتفرع عنها أسلوب الدفع بعدم الدستورية الذي يسعى دائماً إلى إعلاء الدستور فوق جميع القوانين، واستبعاد المخالفة منها لقواعد الدستور وإغائها من المنظومة القانونية ككل، ولا قيمة لسمو الدستور ما لم تكن هناك رقابة تردع انتهاكه وتمنع صدور قوانين مخالفة لأحكامه، وعلى هذا الأساس تبنت معظم الدول الديمقراطية أسلوب الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع، كون الدستور صادراً عن السلطة التأسيسية التي يملكها الشعب مباشرة وهو الأحق في مراقبة القوانين التي تصدر عن الممثلين الذي اختارهم.¹

وقبل الانتهاء من موضوع سمو الدستور - الذي لا تكفيه صفحات معدودة لمعالجته - لا بد من الإشارة إلى أنه إلى جانب سمو الخارجي للدستور بالنسبة لبقية القوانين الأخرى، فإن النصوص أو القواعد الدستورية ليست متساوية في حد ذاتها، فالبعض منها يسمو على الآخر وهو ما يسمى "بالسمو الداخلي"، فعلى الرغم من أن الدستور وحدة متكاملة الأجزاء ولكل جزء وظيفته فإن إهمال قاعدة منه يؤدي إلى اهتزاز استقرار الدستور ككل، إلا أنه يوجد بعض الدساتير التي خالفت ذلك وأعطت أهمية خاصة لبعض النصوص على الأخرى، ومثال ذلك الدستور العراقي لسنة 1925 في مادته 118 والتي ميز فيها بين المسائل الفرعية والأقل أهمية والتي يمكن لمجلس الأمة أن يعدلها أو يضيف لها خلال سنة واحدة من تنفيذ الدستور، وبما أنها لم تحدد هذه المسائل استطاع مجلس الأمة أن يعدل ما يشاء بحجة أنها مسألة فرعية.²

وفي المقابل أضفت بعض الدول الجمود المطلق على بعض نصوص الدستور منعا لتعديلها لأنها تتعلق بجوهر النظام السياسي أو نظام الحكم مثل دستور فرنسا لسنة 1946 في المادة 95 المتعلقة بعدم جواز تغيير النظام الجمهوري، والمادة 101 من الدستور المغربي لعام 1972 التي نصت على أن النظام الملكي للدولة وكذلك النصوص المتعلقة بالدين الإسلامي لا يمكن أن

¹ نسرين طلبية، مرجع سابق، ص 494؛ عقل عقل، سمو الدستور والرقابة الدستورية في بعض الدول العربية، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري، المجلد 5، لبنان، 2011، ص 296؛ لمزيد من التفصيل حول مبدأ سمو الدستور راجع: جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 99-103.

² - تطبيقاً لهذه المادة عدلت 8 مواد للدستور العراقي تتعلق بانتقال العرش والوصاية على الملك وغياب الملك عن العراق، والمخصصات المتعلقة بعضو مجلس الأعيان والنايب ودعوة الملك مجلس النواب للانعقاد، والمحكمة أمام المحكمة العليا وتفسير الدستور.

ماجد سلطان محمد بن سليمان، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003، ص 53؛ أشار إليه: كوسة عمار، مرجع سابق، ص 131، هامش 03.

تتناولها المراجعة، والمادة الخامسة من الدستور الأمريكي التي تنص في نهايتها على ألا تحرم أي ولاية من حق التصويت المتساوي في مجلس الشيوخ بدون رضاها، وهو نص لا يقبل التعديل أي أنه يتمتع بسمو داخلي على بقية النصوص الأخرى التي يمكن أن تعدل، وكذا المادة 223 من دستور الجزائر المعدل والمتمم في 2020 حيث نصت على أنه: "لا يمكن لأي تعديل دستوري أن يمس:

- ❖ الطابع الجمهوري للدولة،
- ❖ النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية،
- ❖ الطابع الاجتماعي للدولة،
- ❖ الإسلام باعتباره دين الدولة،
- ❖ اللغة العربية باعتبارها اللغة الوطنية والرسمية،
- ❖ تمازيغت كلغة وطنية ورسمية،
- ❖ الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن،
- ❖ سلامة التراب الوطني ووحدته،
- ❖ العلم الوطني والنشيد الوطني باعتبارهما من رموز ثورة نوفمبر 1954 المجيدة،
- ❖ عدم جواز تولي أكثر من عهدتين رئاسيتين متتاليتين أو منفصلتين، ومدة كل عهدة خمس سنوات".¹

ثانياً: مبدأ الفصل بين السلطات

تعددت وظائف الدولة الحديثة واتسعت نشاطاتها مما زاد من مسؤوليات الحاكم، الأمر الذي لم يعد معه ممكناً إبقاء مظاهر السلطة ونشاطاتها في يد الحاكم وحده، لذلك ظهرت الحاجة إلى تقسيم هذه السلطة وتوزيع الاختصاصات على أجهزة وهيئات مختلفة ومتعددة تتولى كل منها ممارسة اختصاص مميز عن غيره للقيام بالوظائف الأساسية داخل الدولة، وقد نادى الكتاب والمفكرون السياسيون بضرورة الفصل بين هيئات الدولة فصلاً عضوياً لمنعها من الاستبداد وضماناً لمبدأ الشرعية، وبذلك نشأ المبدأ المشهور باسم "مبدأ الفصل بين السلطات"، ويعود الفضل في ذلك إلى الفقيه الفرنسي "مونتيسكيو" من خلال كتابه "روح القوانين"، حيث برز هذا المبدأ

¹ لمزيد من التفصيل حول مبدأ سمو الدستور راجع: رائد صالح أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 25-33.

بشكل أساسي لتنظيم العلاقة بين السلطات العامة في الدولة وكوسيلة لتفتيت السلطة ومنع تركيزها في يد واحدة على نحو يهدد حريات الأفراد ويعرض حقوقهم للخطر.¹

ويعرفه "أنطونيو كاسس" بأنه: "استقلالية السلطات مع مراقبة بعضها البعض"²، وعلى العموم يتمحور جوهر هذا المبدأ على أساس عدم جمع السلطات الثلاث في يد شخص واحد أو هيئة واحدة، بل توزيعها بين مختلف الهيئات للحيلولة دون قيام السلطة المطلقة ومنع الاستبداد، عل أن يكون لكل سلطة إمكانات تقيد لها السلطة الموازية وتحد من علوها³، مع وجود نوع من التعاون والتوازن خاصة بين السلطة التشريعية والتنفيذية، ويؤكد "مونتيكيو" أن توزيع السلطة يؤدي غالباً إلى ترقية الحرية ومقتضى هذا المبدأ أنه لا يجوز تقييد الحرية إلا بقانون وأن يكفل القضاء حماية هذه الحريات من اعتداءات السلطة الإدارية.⁴

إن هذا المبدأ يقوم على ثلاث أركان رئيسية: أولها أنه ليس هناك تغليب لسلطة على سلطة أخرى، فلا البرلمان أقوى من الحكومة ولا الحكومة أقوى من البرلمان، فهذا الفصل يقتضي أن يكون هنالك تخصص في الوظيفة واستقلال عضوي.

أما الركن الثاني فيتمثل في التخصص الوظيفي، بحيث يكون لكل عضو في الدولة وظيفة معينة يختص بها، فالبرلمان وظيفته التشريع، والحكومة وظيفتها التنفيذ، والقضاء من اختصاص السلطة القضائية.

¹ نعمان أحمد الخطيب، الوجيز في النظم السياسية، مرجع سابق، ص. ص 182، 183؛ أونيسي ليندة، ضمانات نفاذ القواعد الدستورية في الجزائر، مجلة المفكر، المجلد 9، ع 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، جانفي 2014، ص 253.

تجدر الإشارة إلى أن الفيلسوف أفلاطون قد أشار إلى مبدأ الفصل بين السلطات وقسم هيئات المدينة في كتابه القوانين إلى مجلس السيادة الذي يتولى الحكم، ومجلس الشيوخ الذي يتولى سن القوانين، وجمعية نظم الحكماء التي تختص بالتطبيق السليم للدستور، وهيئات البوليس والشعب التي تهتم بالمحافظة على الأمن وسلامة التراب الوطني من الاعتداءات، كما أن الفيلسوف أرسطو انطلق هو الآخر من نفس فكرة أفلاطون ونادى بضرورة تقسيم السلطات والاختصاصات بين أجهزة الدولة الواحدة وعدم تركيزها في جهاز واحد، وقد قسمها أرسطو إلى 03 وظائف: وظيفة مداولة معهودة، إلى الجمعية العامة أو مجلس يقضي من خلالها في جميع المسائل المهمة في الدولة، ووظيفة أخرى اسمها "وظيفة النهي والأمر" وهي من اختصاص القضاء، ووظيفة أخرى عهد بها إلى القضاء من خلال المحاكم، أما "جون لوك" فيعد أول من تطرق لموضوع مبدأ الفصل بين السلطات في ظل النظام النيابي ووضح آراءه في كتاب الحكومة المدنية الصادر عام 1690، حيث قسم السلطات إلى أربع وهي: السلطة التشريعية التي تتولى سن القوانين، والسلطة التنفيذية مهمتها تنفيذ القوانين والمحافظة على الأمن الداخلي، والسلطة الاتحادية مهمتها الإعلان عن الحرب وتقرير السلم وعقد المعاهدات ومباشرة العلاقات الخارجية، وسلطة التاج أي مجموعة الحقوق والامتيازات الملكية.

لمزيد من التفصيل راجع: صافي حمزة، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات السياسية في دول المغرب العربي، دكتوراه في القانون العام، تخصص مؤسسات دستورية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020/2019، ص 21-23.

² محمد بوسلطان، مرجع سابق، ص 45.

³ لوافي سعيد، مرجع سابق، ص 75؛ أونيسي ليندة، مرجع سابق، ص 253.

⁴ تدمرتازا عمر، الحريات العامة والمعايير القانونية، مذكرة ماجستير في القانون العام، فرع القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002/2001، ص 36.

وثالث هذه الأركان هو الاستقلال العضوي، بمعنى أن كل هيئة تستقل في أداء وظيفتها عن الأخرى.¹

لقد تأثر الفكر السياسي كثيرا لنظرية "مونتيكيو" فكان أول تطبيق عملي لها في دستور كرامويل، كما تبنت الثورة الفرنسية هذا المبدأ²، وكذا دستور الولايات المتحدة الأمريكية على الرغم من أنه لم ينص عليه صراحة، كما أخذت دساتير الولايات بالفصل التام للسلطات.

أما في الجزائر، فلم يظهر هذا المبدأ بوضوح في النظام السياسي إلا من خلال دستور 1989 وتعديله سنة 1996، باعتبار أن النظام السياسي القائم في دستوري 1963 و1976 كان يعتمد على أسس ومبادئ الإيديولوجية الاشتراكية والأحادية الحزبية، خاصة دستور 1976 الذي أكد على تركيز السلطة في يد رئيس الجمهورية، وقد حرص دستور 1989 وتعديله سنة 1996 على مبدأ الفصل بين السلطات من خلال تنظيمه لها في الباب الثاني، مع تخصيص فصل كامل لكل سلطة وضح من خلاله مظاهر الفصل العضوي، حيث لا يمكن لأعضاء السلطة التنفيذية الانتماء إلى البرلمان والعكس صحيح، بالإضافة إلى مظاهر الفصل الوظيفي من خلال اختصاص كل سلطة بوظيفتها التي منحها إياها الدستور، لكن هذا الفصل العضوي والوظيفي لا ينفي وجود مجالات للتعاون المشترك بين السلطتين التنفيذية والتشريعية خاصة³، فمن الناحية العملية لا يمكن تحقيق الفصل التام بين السلطات ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن الحياة الحديثة أصبحت متشابكة الأطراف إلى حد يمتنع معه التخصص الوظيفي الكامل مع الاستقلال العضوي، فنجد السلطة التنفيذية تشرع استثناء في حالات حددها الدستور وتضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، وفي المقابل يضطلع البرلمان ببعض الأعمال التنفيذية كالمصادقة على قانون الميزانية مثلا وتحديد نفقات المرافق العامة.⁴

وتجدر الإشارة إلى أن التعديل الدستوري لسنة 2016 قد نص على مبدأ الفصل بين السلطات، في حين لم تنص الدساتير الجزائرية عليه صراحة من قبل.⁵

¹ مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص 230.

² نصت المادة 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر بقرار من الجمعية التأسيسية الوطنية في 26 أغسطس 1789، على أن: "أي مجتمع لا تكون فيه الحقوق مكفولة أو فصل السلطات محددًا هو مجتمع ليس له دستور".

³ أونيسي ليندة، مرجع سابق، ص 254.

⁴ مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص 231.

⁵ نبالي فطة، آثار التعديل الدستوري على اجتهاد المجلس الدستوري (بين التكريس والإلغاء)، المجلة النقدية للحقوق والعلوم السياسية، م 12، ع 1، مايو 2017، ص 68؛ أنظر أيضا: المادة 15 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري ج، ر، ج، ع، 14، المؤرخة في 07 مارس 2016، وتقابلها المادة 16 من الدستور المعدل

إن مبدأ الفصل بين السلطات يحقق احترام القوانين ويكفل تطبيقها تطبيقاً عادلاً سليماً، وذلك على خلاف مبدأ تركيز السلطة الذي يؤدي إلى عدم استقرار القوانين وعدم الاكتراث بها، وإشاعة استعمال السلطة الذي يمكن أن ينتهي بالقضاء على الحقوق والحريات¹، وقد سبق وأوضحنا أن هناك تعاوناً متبادلاً بين السلطات وفي مقابل هذا التعاون توجد رقابة متبادلة بين السلطات مهمتها الحد من تعدي كل سلطة على اختصاصات سلطة أخرى بالإضافة إلى رقابة السلطة القضائية على مشروعية القرارات التنفيذية والرقابة على دستورية التشريعات التي كان من أشد الانتقادات الموجهة إليها مخالفتها لمبدأ الفصل بين السلطات، إلى أن ثبت العكس، فالقاضي الذي يحكم بعدم دستورية قانون - ونقصد به القاضي الدستوري - لا يتدخل في عمل السلطة التشريعية وإنما يسهر على تطبيق الدستور وهذه المهمة تقع في صلب اهتماماته².

وعليه، نخلص إلى القول بأن مبدأ الفصل بين السلطات يعتبر أحد أهم الضمانات لنفاذ القاعدة الدستورية باعتباره أساس دسترة اختصاصات سلطات الدولة بهدف تحقيق التوازن بينها وضماناً لمبدأ المشروعية وصوناً للحقوق والحريات، ليكون بذلك دعامة أساسية لمبدأ سمو الدستور وحام للحقوق والحريات من خلال الحد من استبداد السلطة، وهو بذلك يمهد الطريق لتكريس فكرة الدفع بعدم دستورية القوانين³.

ثالثاً: مبدأ المشروعية وسيادة القانون

حتى تتحقق صفة القانونية في الدولة لا بد أن تخضع جميع الهيئات الحاكمة فيها للقواعد القانونية سارية المفعول وتنقيد بها، شأنها في ذلك شأن المحكومين، وقد صار هذا المبدأ من المبادئ المسلم بها في كل الدساتير الديمقراطية عكس الدولة البوليسية التي تعتبر القانون مجرد أداة تتصرف الإدارة بواسطتها كيفما تشاء دون الخضوع لأحكامه⁴، ويعتبر هذا المبدأ ضماناً للأفراد لا يستهان بها في مواجهة السلطة العامة، وقد استخدم الفقه تعبير "سيادة القانون" كمصطلح مرادف "لمبدأ المشروعية"، في حين استخدم البعض مصطلح "الشرعية" للتعبير عن

بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

¹ محمد بوسلطان، مرجع سابق، ص. ص 53، 54.

² فاديا إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 52.

³ ذبيح ميلود، مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدستوري، كلية الحقوق، باتنة، 2006، ص 11؛ تجدر الإشارة إلى أن المجلس الدستوري اللبناني قضى في قراره رقم 01/2005 الصادر بتاريخ 06/08/2005 بإبطال القانون رقم 279 والصادر في 19 تموز 2005 إبطالا كلياً لتعارضه مع مبدأ الفصل بين السلطات، أشار إليه: صافي حمزة، مرجع سابق، ص 25، هامش 03.

⁴ لوافي سعيد، مرجع سابق، ص. ص 80، 81.

مبدأ المشروعية، مع أن مصطلح "الشرعية" يراد به الفكرة المثالية التي تحقق العدالة من خلال احترام القواعد بشكل عام، وليس فقط القواعد القانونية، كما أنه مصطلح سياسي أكثر منه قانوني خاصة من منظور القانون الدستوري فهو يتعلق بالوصول إلى السلطة في الدولة¹، كما أن مصطلح "الشرعية" أوسع مدى من المشروعية على أساس أن هذه الأخيرة تعني الاتفاق مع القانون الوضعي وعدم مخالفته، في حين الشرعية تعني الاتفاق مع مبادئ الأخلاق إلى جانب الاتفاق مع القانون الوضعي.

أما مصطلح "سيادة القانون"، فيقصد به أن يكون القانون هو السيد الأعلى بحيث يعلو على الجميع وتلتزم به جميع السلطات والهيئات ويخضع له كل الأفراد حكما ومحكومين، وهو مرادف لمصطلح "الخضوع للقانون"، وعادة ما تستخدم الدساتير اصطلاح "سيادة القانون" للتعبير عن تقريرها لمبدأ المشروعية كالدستور المصري لسنة 1971 في مادته 64 والتي تنص على أن: "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة".

على الرغم من تعدد المصطلحات المستخدمة للمطالبة بخضوع الجميع لأحكام القانون، فإن الكل متفق على أن ذلك يعني في النهاية أن يكون للقانون السلطة العليا، فهو قانون للجميع ويطبق على الجميع، ويجب عليهم احترامه وعدم الخروج عن أحكامه، فمن ناحية الأفراد (المحكومين) فهم ملزمون بالخضوع له على قدم المساواة دون تفریق²، ومن ناحية السلطات، فكلها مطالبة بالخضوع للقانون والالتزام به، فالسلطة التشريعية يجب عليها الالتزام بأحكام الدستور فضلا عن مراعاة المبادئ القانونية العامة، كما أن القضاء مطالب - بحكم وظيفته - باحترام كل القوانين وتطبيقها أثناء الفصل في المنازعات المعروضة عليه، أما السلطة التنفيذية فهي المقصودة بالدرجة الأولى بالخضوع للقانون وأحكامه كونها تمثل الحكومة التي يخشى دائما من استبدالها وتمثل الإدارة من جهة أخرى.

أما عن القانون الواجب تطبيقه والخضوع له في ظل مبدأ المشروعية، فهو القانون بمعناه الواسع، أي الخضوع لكل القواعد التي يتكون منها النظام القانوني بغض النظر عن مصدره ووضعه في سلم تدرج القواعد القانونية، وبغض النظر عما إذا كانت قواعده مكتوبة أو عرفية، فالمشروعية تتطلب احترام كل القواعد القانونية سواء وردت في الدستور أو في القوانين واللوائح، أو

¹ لمزيد من التفصيل حول الشرعية والمشروعية راجع: عتوتة سميرة، مرجع سابق، ص 282.

² لقد تبنى المؤسس الدستوري مبدأ المشروعية والخضوع للقانون من خلال المادة 78 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442-20 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع. ج. ع. 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020، حيث نصت في فقرتها الثالثة على أنه: "يجب على كل شخص أن يحترم الدستور، وأن يمثل لقوانين الجمهورية".

كان مصدرها العرف أو كانت ترجع إلى المبادئ القانونية العامة، كما أن المشروعية نفسها تتطلب أيضاً مراعاة مبدأ تدرج القواعد القانونية ومقتضاه أن تحترم القواعد القانونية الأدنى القاعدة القانونية الأعلى منها، فالقرار يجب أن يحترم النظام أو التنظيم أو اللائحة وهذه الأخيرة بدورها يجب ألا تخالف القانون، والقانون يتعين أن يتوافق مع الدستور نصاً وروحاً.¹

إن تقرير مبدأ المشروعية في دولة الحق والقانون له أهمية كبيرة من حيث كفالاته الحماية الجدية لحقوق الأفراد وحرياتهم في مواجهة سلطات الدولة، فهو ضرورة من ضرورات المحافظة على حقوق الأفراد وحرياتهم في الدول التي تحرص عليها فعلاً، وما يزيد من إلحاح هذه الضرورة هو ما تتمتع به السلطات العامة في الدولة من قوة جبرية تمكنها - ما لم تخضع للقانون - من أن تبتلع حقوق الأفراد، لذلك لا بد من تحقيق هذا المبدأ، ولا سبيل لذلك إلا بمقتضى ضمانات تكفل ذلك، ويكون ذلك عن طريق ممارسة الرقابة على أعمال السلطات العامة في الدولة - خاصة التشريعية والتنفيذية - سواء كانت هذه الرقابة على مستوى القضاء الإداري أو القضاء الدستوري، ولعل أهم وسيلة لحماية الحقوق والحريات وفرض مبدأ المشروعية هي تمكين الأفراد - أنفسهم - من الدفع بعدم دستورية القوانين واللوائح التي تخالف مبدأ المشروعية بصفة عامة والذي يشمل القانون بمعناه الواسع ليشمل بذلك الدستور، ومن هنا يظهر أن أساس إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية يقوم على مقتضى تحقيق مبدأ المشروعية ومبدأ تدرج القوانين كذلك.²

¹ فادي نعيم جميل علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري و ضمانات تحقيقه، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2011، ص 13.

² لمزيد من التفصيل حول مبدأ المشروعية وتدرج القوانين راجع:
سكاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 44 وما بعدها؛ غسان مدحت الخيري، مرجع سابق، ص 27؛ أحمد مفيد، النظرية العامة للقانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دراسة في الدولة والدستور وأنظمة الحكم الديمقراطي وآليات المشاركة السياسية، ط2، بدون دار وبلد النشر، 2015، ص. ص 56، 57.
معيني لعزیز، محاضرات في القانون الدستوري، لطلبة السنة الأولى، قسم التعليم الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2016/2017، ص 21 وما بعدها، منشورة على الموقع الإلكتروني الآتي:

<http://elarning.univ-bejaia.dz>

تم تحميلها يوم 2022/06/14 على الساعة 16:12.

مايا محمد نزار أبودان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 05؛ عمار التركاوي، مبدأ المشروعية، علم الفقه، المجلد 06، المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، ص 292 وما بعدها، المقال منشور على موقع الموسوعة العربية:

<https://www.arab-ency.com.sy/law/details/25913>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/06/14، على الساعة 16:32.

رابعاً: تعزيز حماية الحقوق والحريات أساس تبني آلية الدفع بعدم الدستورية

رغم المكانة التي أصبحت تمثلها الحقوق والحريات بتضمينها في دساتير أغلب الدول باعتبارها قوانين أساسية، وكذا في القوانين الداخلية الأخرى، إلا أن الحديث عن وجود سلطة للمواطن في الدفاع عنها يرتبط أكثر بطرحه مسألة دستورية النصوص القانونية وخصوصاً فيما يمس بالحقوق والحريات الأساسية، وتظهر بصفة عامة كسلطة الأفراد في مواجهة القانون إما مباشرة وإلغائه عن طريق دعوى مباشرة أو عن طريق الدفع، وفي هذا السياق يقول الأستاذ "عصام سعيد" أن مهمة حماية الحقوق والحريات الأساسية كانت دافعا رئيسيا في العديد من الدول كألمانيا وإسبانيا والبرتغال وإيطاليا لإنشاء قضاء دستوري متخصص كرد فعل ضد السلطات الشمولية أو التعسفية التي كانت قائمة فيها، بحيث أضحى وجود هذا القضاء مسألة ضرورية لتطهير النظام القانوني من التشريعات أو القرارات التي تشكل انتهاكا أو عدوانا على حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية.¹

ورغم وجود الرقابة الدستورية السابقة على القوانين، والرقابة اللاحقة المرهونة بيد هيئات أو جهات سياسية، إلا أنها فشلت في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، فكان التفكير حول حلول لتجسيد رقابة دستورية بعدية تمنع تطبيق تلك التشريعات أو اللوائح الماسة بالحقوق والحريات وتعمل على إلغائها وكان الدفع بعدم الدستورية أحد الحلول الرصينة التي أخذت بها معظم الدول الديمقراطية²، حتى أن بعضها قد ربطت بين إمكانية الدفع بعدم الدستورية وبين الحقوق والحريات، وجعلت المساس بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا هو الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم الدستورية مثل: فرنسا والجزائر والمغرب.

الفرع الثاني: التكييف القانوني لآلية الدفع بعدم الدستورية

إن فكرة الدفع بعدم الدستورية - باعتبارها أهم وسيلة في يد الفرد لممارسة الرقابة الدستورية على القوانين المخالفة للدستور والتي تضر بحقوقه وحرياته - تتطلب تحديدا لطبيعتها القانونية، وذلك بتحديد ما إذا كان ينتمي إلى الدفع الشكلية أو الموضوعية، وهل يعتبر مسألة أولية أم مسألة فرعية؟ وهل يتعلق بالنظام العام؟

¹ عنونة سميرة، مرجع سابق، ص 201.

² بوراس عبد القادر، تاج لخضر، الدفع بعدم الدستورية في الدستور الجزائري بين المكاسب والآفاق (مقارنة بالتجربة الفرنسية)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، جوان 2018، ص 49.

وقد انغمس الفقهاء في البحث عن طبيعة الدفع بعدم الدستورية خاصة بعد صدور القوانين التنظيمية الخاصة بتطبيقه، فعملية التكييف القانوني تهدف إلى منح الفعل المرتكب الوصف الذي ينطبق عليه من بين كافة الأوصاف والخصائص التي يتضمنها القانون، وهو ما سنحاول التعرض إليه للوصول إلى طبيعة الدفع بعدم الدستورية الذي أقره المؤسس والمشرع الجزائري.

أولاً: من حيث كون الدفع بعدم الدستورية دفعا شكلا أو موضوعيا

لقد اعتبر البعض أن الدفع بعدم الدستورية ينتمي إلى الدفوع الموضوعية على أساس أنه يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى تماما كما نصت المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 الصادر في 12 يوليو 2022، في حين اعتبره البعض الآخر من قبيل الدفوع الشكلية لأنه دفع بإرجاء الفصل الذي ورد النص عليه في المادة 59 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء التنصيص عليها بأحد أقسام الفصل الذي يحمل عنوان "الدفوع الشكلية".¹

ولأجل فض هذا الجدل، كان لابد من التطرق إلى تعريف كل من الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية ومحاولة إسقاطه على الدفع بعدم الدستورية مكان انتمائه.

وعليه، يقصد بالدفوع الشكلية: "الدفع الذي يتقدم به أحد أطراف الدعوى بغرض الطعن في صحة خصومة منظورة أمام المحكمة، أو في بعض إجراءاتها، أو بغرض تأخير الحكم فيها إلى أن ينقضي ميعاد، أو يستوفي إجراء من الإجراءات المقررة"، أو هي: "تلك الوسائل التي يطعن بها المدعى عليه في صحة المطالبة القضائية أو في إنكار اختصاص المحكمة، فالخصم لا ينازع خصمه في الحق المطالب به بل تقتصر على وضع عائق مؤقت يمنع ب المدعي من الاستمرار في الخصومة القائمة أمام المحكمة".

كما عرفها الدكتور "أحمد أبو الوفا" بأنها: "الوسائل التي يستعين بها الخصم ليطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الخصومة دون أن يتعرض لأصل الحق ليتفادى بذلك الحكم عليه بما طلبه خصمه مؤقتا".²

¹ لعبيدي خيرة، وافي حاجة، مرجع سابق، ص 64.

² حاجي حياة، الدفوع الشكلية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، محاضرة ملقاة في إطار التكوين المستمر للقضاة، وزارة العدل، أبريل 2009، ص 03؛ شعبان أحمد رمضان، أثر انقضاء المصلحة على السير في إجراءات دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 109.

الحق المطالب به أو تأخير الفصل فيه، في حين أن الدفع الموضوعي يهدف إلى دحض ادعاءات الخصم وإثبات عدم صحتها وعدم تأسيسها، ويمكن تقديمه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، كما أنه موجه للحق موضوع الدعوى بهدف الحصول على حكم برفضها كلياً أو جزئياً، وإذا ما تم قبول الدفع الموضوعي فإنه بذلك ينهي النزاع على أصل الحق ويحول دون تجديده أمام القضاء مع بقاء حق الطعن فيه للنظر فيه من جهة قضائية أعلى، وباكتسابه الطابع النهائي فإنه ينشأ عنه حق التمسك بسبق الفصل عند وحدة المحل والأطراف والسبب، أما الحكم بقبول الدفع الشكلي فلا يمس بأصل الحق المدعى به ومن ثمة يجوز تجديد الدعوى مع إتباع الإجراءات الصحيحة.

انطلاقاً مما سبق ذكره، لا يمكن اعتبار الدفع بعدم الدستورية من قبيل الدفوع الشكلية أو الإجرائية لأنه لا يستهدف المنازعة في أي من إجراءات الخصومة، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا المصرية في قرارها الصادر في 12 فبراير 1994 حيث جاء فيه: "إن الدفع بعدم الدستورية ليس من قبيل الدفوع الشكلية أو الإجرائية، بل يتغيا في مضمونه ومرماه مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحاً لها على ما عداها..."¹، كما لا يمكن اعتباره دفعا بعدم القبول على الرغم من كونه وسيلة دفاعية وذلك لأنه يرمي إلى إنكار الحق في إقامة الدعوى ويوجه إلى الوسيلة التي يلجأ إليها المدعي لحماية حقه ألا وهي الدعوى وقبوله لا يؤدي إلى الحيلولة دون إعادة اتخاذ الإجراءات مرة ثانية بشرط تحقق الأمر الذي أدى إلى عدم القبول مع بقاء الحق الموضوعي المتنازع عليه وبقاء الحق في الدعوى للمدعي²، كما أن دستورية القانون المستند إليه في تأسيس طلبات الخصوم لا تعد شرطاً لقبول الدعوى شكلاً.

وعليه يمكن تكييف الدفع بعدم الدستورية على أنه دفع موضوعي على أساس أنه يمكن إثارته في جميع مراحل الدعوى وفي أي وقت من الإجراءات وحتى لأول مرة أمام محاكم الاستئناف والنقض³، كما أنه وسيلة دفاعية تستهدف مخاصمة قانون، وبما أن الهدف القريب والمباشر للدفع

¹ أشار إليه: ذواوي عادل، مرجع سابق، ص 337.

² حبيب عبيد العماري، نجاته كريم جابر عباس الشمري، مرجع سابق، ص 21.

³ أنظر المواد:

Article 23-05 de la Loi organique n° 2009-1523 du 10 Décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-01 de la constitution.

الفصل 54 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية عدد 50 لسنة 2015.
المادة 03 من مشروع القانون التنظيمي المغربي الملغى رقم 15-86 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور.

المادة 03 من القانون العضوي 18-16 الذي يحدد شروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية، والتي تم استبدالها بالمادة 15 الفقرة الثانية من القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

بعدم الدستورية هو منع تطبيق نص قانوني (تشريعي أو تنظيمي) يتوقف عليه الفصل في النزاع ، فإن ذلك قد يجعل من ادعاءات وطلبات الخصم الآخر - في حال ثبوت عدم الدستورية - تفقد أساسها القانوني، ومن ثم فإن موضوع الدعوى سيكون مبدئياً غير مؤسس، مما يتعين رفضها لعدم التأسيس، وبذلك فإن مثير الدفع بعدم الدستورية سيتمكن من دحض ادعاءات خصمه، وهو ما يجعل بلا شك منه - حسب مفهوم المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف ذكرها أعلاه - دفعا موضوعيا.¹

ثانيا: من حيث كون الدفع بعدم الدستورية مسألة أولية أم مسألة فرعية

إذا اعترض إحدى الجهات القضائية حال نظرها في نزاع معروض عليها وجود دفع من أحد الأطراف بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه للفصل في هذا النزاع، فكيف سيتم التعامل معه: هل على أساس أنه مسألة أولية Question Préalable تدخل في نطاق اختصاص قاضي الموضوع، تطبيقا لقاعدة "قاضي الأصل هو قاضي الفرع"، أم على أساس أنه مسألة فرعية Question Préjudicielle يتعين عليها عدم التطرق إليها لأنها من اختصاص جهة أخرى يؤول لها لوحدتها مسألة نظرها والفصل فيها؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي البحث عما إذا كان الدستور قد خصص هيئة مستقلة مهمتها الرقابة على دستورية القوانين أم لا؟

لكن قبل التعرض إلى ذلك، لابد من تحديد مفهوم كل من المسألة الأولية والمسألة الفرعية، حيث يقصد بالدفع الأولي: "المسائل العارضة التي تثار أثناء نظر الدعوى العمومية ويختص القاضي الجزائي بالفصل فيها، كي يستطيع بعد ذلك الفصل في الدعوى".²

كما تم تعريفها بأنها: "جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجزائية، والتي تختص المحكمة الجزائية بحسب الأصل بالفصل فيها بصفة تبعية لنفس الدعوى، وهي تستند لقاعدة "قاضي الأصل هو قاضي الدفع".

¹ ذواوي عادل، مرجع سابق، ص 337؛ تبينة حكيم، آلية الدفع بعدم الدستورية من الرقابة المجردة المسبقة إلى الرقابة الفعلية اللاحقة للحقوق والحريات (دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي)، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، ع3، جوان 2020، ص 145.

² عمورة محمد، الدفع الأولي والمسائل الفرعية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، ع5، جانفي 2017، ص 220.

إذا، فالمسائل الأولية هي مسائل غير جزائية تتصل بركن من أركان الجريمة المرفوعة بها الدعوى الجزائية، أو بشرط لا يتحقق بوجود الجريمة إلا بوجوده¹، فهي تشكل دفوعاً يتوجب على القاضي حلها، وهو ملزم بالتصدي لها والفصل فيها إذا عرضت عليه أثناء نظر الدعوى، ما دام الفصل في الدعوى يتوقف على الفصل فيها.²

ويقصد بالمبدأ القائل "قاضي الأصل هو قاضي الفرع" أن: قاضي الموضوع الذي ينظر في الدعوى المعروضة عليه يفصل أيضاً في كل دفع يثار أمامه يتعلق بالمسائل الأولية التي تطرح عليه، وإن كانت لا تدخل أصلاً في اختصاصه.

أما المسائل الفرعية أو المستأخرة فهي: "مسائل عارضة تثار أثناء سير الدعوى العمومية، ولكن لا يختص القاضي الجزائي بالفصل فيها وإنما يوقف النظر في الدعوى حتى تفصل المحكمة المختصة في هذه المسألة، ثم يفصل بعد ذلك في الدعوى متقيداً بما قرره هذه المحكمة".³

كما تم تعريفها بأنها: "تلك المسائل التي يجب الفصل فيها من طرف جهة قضائية أخرى غير التي تنظر في موضوع الدعوى الأصلية، سواء قبل تحريك الدعوى العمومية، إذا كانت مسائل مقيدة للدعوى، أو قبل إصدار الحكم إذا كانت مسائل مقيدة للحكم"⁴، وقد نصت عليها المادة 386 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي والمادة 331 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم.⁵

ومع ذلك هناك من اعتبر بأن المسألة الأولية لحكم ما بأنها: "تلك التي تكون محل منازعة وينبغي الفصل فيها قبل الفصل في المسألة الأصلية التي ترتبط بها، والتي لا يمكن مع ذلك للقاضي المنظور أمامه الدعوى أن يفصل فيها، بحيث ينبغي أن يوقف الفصل في الطلب الأصلي لحين الفصل في المسألة الأولية من جانب القاضي المختص".⁶

¹ إيداد خلف محمد جويعد، المسائل العارضة في الدعوى الجزائية، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011، ص 44؛ أشار إليه: عمورة محمد، المرجع نفسه، ص 220.

² محمد صبحي نجم، قانون أصول المحاكمات الجزائية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000، ص 455؛ أشار إليه: عمورة محمد، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ محمد مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج2، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون تاريخ النشر، ص 69؛ أشار إليه: عمورة محمد، مرجع سابق، ص 224، هامش رقم 01.

⁴ زروال عبد الحميد، المسائل الفرعية أمام المحاكم الجزائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 16؛ أشار إليه: عمورة محمد، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁵ L'Article 386 indique que : « l'exception préjudicielle est présente avant toute défense au fond ».

المادة 331 من الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالأمر رقم 21-11 المؤرخ في 25 غشت 2021، ج. ر. ج. ع 65 الصادرة في 26 غشت 2021، تنص على أنه: "يجب إبداء الدفوع الأولية قبل أي دفاع في الموضوع..."

⁶ CORNU. G, Vocabulaire juridique, P.U.F, Paris, 1992 ;

وبالتالي تعتبر استثناء على المبدأ الذي بمقتضاه أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع¹، بمعنى آخر يعتبر الدفع بعدم الدستورية مسألة عارضة تتصف بالأولية أي الأسبقية عما سواها من المسائل الأخرى، ومع ذلك فهي تشكل استثناء على القاعدة العامة التي تحكم المسألة الأولية، لأنه لا يمكن لقاضي الأصل أن يفصل فيها وإنما يعود الفصل فيها لجهة أخرى وجدت خصيصا لذلك الغرض (الرقابة الدستورية).

انطلاقا مما سبق ذكره، يمكن تصنيف الدفع بعدم الدستورية على النحو التالي:

في حال ما إذا وجدت هيئة مكلفة لوحدها بالرقابة على دستورية القوانين فإن ذلك سيسحب الاختصاص من كافة جهات القضاء العادية منها والإدارية، وعلى كافة المستويات حتى العليا منها، ومن ثم لا يمكن أن تشاركها فيه أية جهة أخرى، ولتأكيد ذلك عادة ما تنص الدساتير وبشكل واضح على هذه الهيئات مثل: الجائر ومصر وتونس والمغرب، حيث أسندت دساتير هذه الدول الرقابة الدستورية إلى محكمة دستورية، في حين أسندت هذه المهمة - الرقابة الدستورية - إلى مجلس دستوري بفرنسا، وقد أكدت في دساتيرها على أن القرارات التي تصدرها هذه الهيئات تعد نهائية ولا تقبل أي طعن فيها، وبما أن الجهات القضائية التي أثير الدفع بعدم الدستورية أمامها لا تملك الفصل فيه، وإنما هي ملزمة بإحالتها - بشكل أو بآخر - على الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية لتبث فيه هي لأن ذلك يتجاوز حدود اختصاصها، فإن الدفع بعدم الدستورية في هذه الحالة يقترّب كثيرا - في حالة قبوله - من المسائل الفرعية والموقفة للحكم في موضوع الدعوى الأصلية²، إلى غاية الفصل فيها من الجهة صاحبة الاختصاص.

أما في الدول التي تأخذ بلامركزية الرقابة الدستورية على القوانين عن طريق أسلوب الدفع الفرعي مثل الولايات المتحدة الأمريكية، فالدفع في هذه الحالة مسألة أولية يمكن لقاضي الموضوع الفصل فيه طبقا لمبدأ قاضي الأصل هو قاضي الدفع، بحيث يعود اختصاص الرقابة الدستورية لجميع المحاكم.

وقد توصل معظم الباحثين في طبيعة الدفع بعدم الدستورية في القانون الجزائري³ إلى اعتباره مسألة فرعية يعود الفصل فيها لجهة أخرى تتمثل في المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري،

صواق عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 282.

¹ مدحت أحمد محمد يوسف غنيم، مرجع سابق، ص. 95، 96.

² زروال عبد المجيد، مرجع سابق، ص 16؛ أشار إليه: ذواوي عادل، مرجع سابق، ص 335، هامش رقم 68.

³ بن عودة حسكر مراد، مرجع سابق، ص 158؛ ذواوي عادل، مرجع سابق، ص. 335، 336؛ عليان بوزيان، أثر الإحالة القضائية للدفع بعدم الدستورية على عقلنة رقابة دستورية القوانين الماسة بالحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 223؛ رحموني

وتلزم القاضي الذي أثبت أمامه بالتوقف عن البت في الدعوى الأصلية وانتظار صدور قرار عن القاضي الدستوري المتضمن البت في دستورية النص من عدمها.

لكن ما صادفنا أثناء بحثنا عن مفهوم المسألة الأولية والمسألة الفرعية - بحكم عدم خبرتنا ومعرفتنا بأصول وقواعد قانون الإجراءات الجزائية - هو التناقض في التعريفات بين الباحثين في هذه الجزئية، فهناك من يعتبر أن المسائل الأولية تقوم على أساس "مبدأ قاضي الأصل هو قاضي الفرع"¹ الذي بمقتضاه يختص قاضي الموضوع بالفصل فيها بنفسه، وقد استندوا على المادة 330 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم والمادة 368 من أصول المحاكمات الجزائية اللبناني تحت تسمية "المسائل السابقة"، أما المسائل الفرعية فقد اعتبروا بأنها مسائل عارضة مستأخرة - كما ورد ذكرها في المادة 369 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني - تغل يد القاضي عن الفصل فيها والذي لا يمكن إلا إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية في انتظار صدور الحكم في المسألة الفرعية من الجهة المختصة بها²، ومع ذلك فهناك من قلب بين المفاهيم واعتبر بأن المسائل الفرعية هي التي تمثل تجسيدا لقاعدة "قاضي الأصل هو قاضي الفرع" أي أنها المسائل العارضة التي يملك القاضي اختصاص النظر فيها بنفسه بصفة تبعية للدعوى الأصلية، في حين أن المسائل الأولية هي التي نصت عليها المادة 331 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم في 2021 بصريح العبارة، وهي التي تسلب القاضي الجزائي الاختصاص بالفصل فيها ويلزم إبدؤها قبل التطرق للموضوع³، حيث جاء في نص المادة 331 من قانون الإجراءات الجزائية ما يلي: "يجب إبداء الدفع الأولية قبل أي دفاع في الموضوع، ولا تكون مقبولة إلا إذا كانت بطبيعتها تنفي عن الواقعة التي تعتبر أساس المتابعة وصف الجريمة، ولا تكون جائزة إلا إذا استندت إلى وقائع أو أسانيد تصلح أساسا لما يدعيه المتهم، وإذا كان الدفع جائزا منحت المحكمة مهلة يتعين على المتهم فيها رفع الدعوى إلى الجهة القضائية المختصة".

محمد، رحلي سعاد، حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، دفتار السياسة والقانون، المجلد 11، ع1، السنة 11، جانفي 2019، ص 75.

¹ عمورة محمد، الدفع الأولية والمسائل الفرعية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، ع05، جانفي 2017، ص 220؛
ذواوي عادل، مرجع سابق، ص 336، الجملة الأخيرة من الفقرة ما قبل الأخيرة.

² عمورة محمد، مرجع سابق، ص 224.

³ زروقي عمار وليد، المسائل العارضة أمام القاضي الجزائي، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 15 جويلية 2012، ص 12؛ صواق عبد الرحمن مرجع سابق، ص 282.

وسط هذا الاختلاف والخلط بين المفاهيم من الصعب بما كان تحديد طبيعة الدفع بعدم الدستورية، في الوقت الذي لا يمكن فيه حتى معرفة الفرق بين المسائل الأولية والمسائل الفرعية، وإن كان من وجهة نظرنا البسيطة والمنطقية انطلاقاً من نص المادة 331 من قانون الإجراءات الجزائية، فإن المسائل الأولية هي المسائل العارضة التي تعترض القاضي ويترتب عنها وقف الفصل في الدعوى الأصلية إلى غاية التوصل إلى حكم بشأنها من قبل الجهة القضائية المختصة بذلك وتمثل استثناء على مبدأ "قاضي الأصل هو قاضي الفرع"، في حين أن المسائل الفرعية هي المسائل العارضة التي يعود اختصاص الفصل فيها لقاضي الأصل طبقاً لقاعدة "قاضي الأصل هو قاضي الفرع"، حتى أن القاعدة نفسها ورد فيها وصف "الفرع"، كما أن الدفع بعدم الدستورية في الو.م.أ يوصف بأنه دفع فرعي يختص به قاضي الأصل (جميع المحاكم).

وإذا ما حاولنا إسقاط وصف المسألة الأولية أو المسألة الفرعية على الدفع بعدم الدستورية، فإن ذلك لا يستوي بصفة مطلقة، فالدفع بعدم الدستورية يمكن إيدأه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى حتى بعد التطرق إلى الموضوع على خلاف المسائل الأولية التي يجب إيدأها قبل التطرق إلى الموضوع، كما أن له جهة مستقلة أوجدها الدستور خصيصاً للفصل فيه - سواء مجلس دستوري أو محكمة دستورية - لذلك، ولتفادي هذا الخلط الكبير في المفاهيم نقول بأن الدفع بعدم الدستورية لا هو مسألة فرعية ولا هو مسألة أولية، بل هو دفع قانوني من نوع خاص، يجمع بين بعض الخصائص المتوفرة في الدفوع الفرعية والبعض منها موجود بالدفوع الأولية، كإرجاء الفصل في الدعوى الأصلية إلى حين الفصل فيه، واشتراط الجدية فيها وتأثيرها على الدعوى الموضوعية القائمة واعتبارها من المسائل العارضة بمعنى من عوارض الخصومة، ولعل هذا هو السبب وراء اختيار المؤسس الدستوري الفرنسي استعمال تسمية المسألة الأولية للدستورية بدل الدفع بعدم الدستورية فالأمر يتعلق بمسألة فرعية Préjudicielle ذات أولوية في البت فيها من قبل المجلس الدستوري قبل أن يقدم القاضي على البت في الدعوى الأصلية.¹

ثالثاً: من حيث تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام أم لا

إن القول بأن الدفع - مهما كان نوعه - يعد من النظام العام يترتب عليه نتيجة أساسية وهي إمكانية إثارته من طرف القاضي تلقائياً وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، أما بخصوص الدفع بعدم الدستورية فقد اختلفت دساتير الدول التي اعتمده في اعتباره من النظام العام من عدمه.

¹ بوراس عبد القادر، تاج لخضر، مرجع سابق، ص 56.

وبالرجوع إلى موقف القضاء المصري بخصوص هذه المسألة - كونه السباق في اعتماد طريقة الدفع بعدم الدستورية - فقد وقع تناقض بين محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا، حيث رددت محكمة النقض في عديد قراراتها أن الدفع بعدم الدستورية لا يتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يجوز إثارته لأول مرة أمامها، كما أنه لا يجوز لها إثارته من تلقاء نفسها¹، بينما اعتبرت المحكمة الدستورية العليا أن الدفع بعدم الدستورية له صلة بالنظام العام ومؤدى ذلك جواز إثارته في أي حالة كانت عليها الدعوى وأمام أية محكمة، وقد أكدت ذلك بموجب قرارها الصادر في 12 فبراير 1994 حيث جاء فيه: "... فإن الدفع بعدم الدستورية لا يكون من قبيل الدفوع الشكلية أو الإجرائية، بل يتغيا في مضمونه ومرماه مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحاً لها على ما عداها وتوكيداً لصلتها الوثقى بالنظام العام، وهي أجدر قواعده وأولاها بالأعمال، بما مؤداه جواز إثارة هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى، وأمام أية محكمة أيا كان موقعها من التنظيم القضائي الذي يضمها".²

وقد أكد على هذا الاتجاه الذي سلكته المحكمة الدستورية العليا المصرية نص المادة 29 فقرة "ب" من قانونها الأساسي، حيث أتاح إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية من طرف القاضي تلقائياً باعتباره من الدفوع التي تتعلق بالنظام العام، لذلك كان من الواجب على محكمة النقض أن تتقيد بهذا النص فيما يخص الدفع بعدم الدستورية انطلاقاً من قاعدة الخاص يقيد العام.

وبالرجوع إلى نظام الدفع بعدم الدستورية المعتمد بالجزائر، فإن اعتباره من قبيل الدفوع الموضوعية يترتب عليه إمكانية إثارته في أية مرحلة كانت عليها الدعوى³، ولما كان الدفع بعدم الدستورية من جهة أخرى دفعا قانونياً بحتاً باعتباره يتعلق بمسألة قانونية لا يخالطها واقع، فإنه

¹ صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 93. أنظر كذلك: حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 13757 لسنة 79 قضائية - اقتصادي، جلسة 2015/01/21 حيث دفعت الشركة الطاعنة في الحكم بالنقض بعدم دستورية المادتين 11، 12 من القانون رقم 120 لسنة 2008 المتعلق بإنشاء المحاكم الاقتصادية، وقد استندت محكمة النقض على قاعدة أن الأصل أن الدفع بعدم الدستورية لا يتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض إلا أن ذلك مشروط بالأصل أن يكون هذا الدفع قد انصب على الإجراءات والقواعد التي تحكم نظر الطعن في الأحكام أمام محكمة النقض إذ يتصور أن يكون الدفع من أحد خصوم الطعن على أي من هذه النصوص إلا أمام محكمة النقض، وعليه فإن محكمة النقض تعتبر الدفع بعدم الدستورية من النظام العام فقط في حالة معينة تعتبر استثناء على القاعدة التي وضعتها والتي مفادها أن الدفع بعدم الدستورية ليس من النظام العام.

لمزيد من التفصيل راجع الحكم على الموقع الإلكتروني: www.cc.gov.eg
² أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 23 لسنة 14 ق. د بتاريخ 12 فبراير 1994، موجودة على الموقع الإلكتروني: <http://qadaya.net>

³ وذلك انطلاقاً مما ورد في المادة 485 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022، ج. ر. ج. ع. ج. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022، وكذا المادة 195 من الدستور الجزائري المعدل في 2020 والمادة 15 من القانون العضوي 22-19 الذي يحدد إجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

يمكن إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ويمكن لهما إثارته من تلقاء نفسها وذلك استنادا للمادة 359 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم التي نصت على أنه: "لا تقبل أوجه جديدة للطعن بالنقض، باستثناء الأوجه القانونية المحضة..."، والمادة 360 التي نصت على أنه: "يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض"، ومع ذلك فإن القانون العضوي 18-16 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية في مادته الرابعة-سابقا- وكذا القانون العضوي الحالي رقم 22-19 الحالي في المادة 17 منه قد منع بصريح العبارة إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي، على الرغم من أن المادة 15 منه قد سمحت بإثارته في جميع مراحل الدعوى وهي إحدى مميزات الدفوع التي تتعلق بالنظام العام، لكن على الرغم من ذلك فالمادة 17 واضحة وضوح الشمس وتبين بدقة أن الدفع بعدم الدستورية لا يتعلق بالنظام العام ومن الواجب التقيد بها تطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام، أما المادة 15 من نفس القانون فإنها قد فتحت مجال إثارة الدفع في جميع مراحل الدعوى كونه حقا عاما ولا يمكن تقييده بميعاد محدد ليس إلا، إذا فقد بقي المشرع العضوي على موقفه الذي تبناه بموجب القانون العضوي 18-16 ولم يغيره عند تشريعه للقانون العضوي الجديد رقم 22-19 بخصوص عدم إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي وعدم اعتبار الدفع من النظام العام.

وبالرجوع إلى المشرع الفرنسي، فقد حظر على القاضي إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه بموجب المادة 23-01 من القانون العضوي رقم 2009-1523، وذلك على الرغم من إمكانية إثارته في جميع مراحل الدعوى حتى أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة لأول مرة، وقد أكد على ذلك المجلس الدستوري الفرنسي في أحد أحكامه على ذلك حيث أشار في حيثياته إلى أنه يحظر على محكمة الموضوع التصدي لإثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسها، ثم انتهى إلى أن ذلك في محله ولا يتعارض مع الدستور مطلقا ولا مع القواعد العامة في الإجراءات أمام القضاء.¹

ولعل السبب وراء هذا الحظر يكمن في المناقشات التي تمت أثناء عرض مشروع القانون الأساسي 2009-1523، حيث كانت تدور حول أن منح قاضي الموضوع هذا الحق قد يحمل في طياته اعتداء على المجلس الدستوري، ضف إلى ذلك تمسك المشرع الفرنسي بنظام الرقابة

¹ C. C. Décision n° 2009-595 DC du 03 Décembre 2009.
<https://www.conseil-constitutionnel.fr>

السابقة على دستورية القوانين باعتباره الأصل وما المسألة الأولوية للدستورية إلا نظام استثنائي أدخل على الرقابة الدستورية في فرنسا، ومع ذلك جدير بالذكر أن المرسوم الرئاسي رقم 148 لسنة 2010 الصادر في 2010/02/16 قد خرج بعض الشيء عن القاعدة التي تحظر على قاضي الموضوع إثارة مسألة الأولوية الدستورية، وأعطاه بعض الصلاحيات في هذا الخصوص حيث نصت المادة 07 منه على أن: "المحكمة المرفوع أمامها الدعوى تستطيع - إذا اقتضى الأمر عند اللزوم - الأمر بإعادة فتح باب التحقيق، وذلك للضرورات المتعلقة ببحث مسألة الأولوية الدستورية فقط"، فالأمر متروك وفقاً لهذه المادة لقاضي الموضوع وهو وحده من يقدر مدى إمكانية إعادة فتح التحقيق من عدمه لبحث مسألة الأولوية الدستورية.¹

أما بخصوص المشرع المغربي، فقد جاء في المادة 03 من مشروع القانون التنظيمي 15-86 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور - الملغى - أنه لا يمكن إثارة الدفع تلقائياً من لدن المحكمة، وهو الحكم الذي يتعارض مع طبيعة الدفوع المصنفة من النظام العام والتي يجوز إثارتها تلقائياً من طرف القاضي حتى ولو لم يتمسك بها الأطراف، ومع ذلك لا يمكن الاعتماد على هذا الحكم لأن هذا المشروع قد قررت المحكمة الدستورية المغربية عدم دستورية معظم أحكامه مما جعله ملغى، وفي انتظار صدور قانون تنظيمي ينظم الفصل 133 من الدستور، لا يمكن إصدار أحكام بشأن تعلق الدفع بعدم الدستورية في المغرب بالنظام العام أم لا. أما المشرع التونسي، فلم ينص على منع القاضي من إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه، لكن بالرجوع إلى الفصل 56 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية والذي نص على الإحالة الفورية للدفع من قبل قاضي الموضوع دون أن يمنحه حق فحصه لا من الناحية الشكلية ولا الموضوعية، نستنتج أنه لا يعترف بأي دور للقاضي، فما بالك بإثارته للدفع من تلقاء نفسه.² في الأخير، ننتهي إلى القول بأن الدفع بعدم الدستورية المعتمد في النظام الجزائري وحتى الفرنسي يعد من الدفوع القانونية ذات الطبيعة الخاصة والمختلطة، لديه قانون خاص به ينظمه وينفرد به عما سواه من الدفوع الأخرى، وبخصوص الجدال القائم حول إعطاء تكييف له لا طائفة منه ولا فائدة عملية له، فيكفي فهم نصوص القانون الذي ينظمه وتطبيقها بشكل سليم.

¹ مصطفى محمود إسماعيل، مرجع سابق، ص. 172، 173.

² لمزيد من التفصيل حول حق القاضي في إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه؛ راجع الصفحات المتعلقة بشروط قبول الدفع وبالضبط: أصحاب الدفع بعدم الدستورية (الباب الثاني - الفصل الأول - المبحث الأول - المطلب الأول - الفرع الثاني منه)، ص 184.

المبحث الثاني: مفهوم الحقوق والحريات الأساسية

يتمتع الأفراد في دولة الحق والقانون بالحقوق والحريات، ومن هذه الحقوق ما هي طبيعية لا تحتاج إلى تشريع كاشف لها، وإنما إلى تشريع مقرر لينظمها ويقرر ضماناتها، ومنها ما هو وضعي مقرر بالنصوص الدستورية وغيرها من التشريعات المكملة للدستور في حمايتها¹، ومما لا شك فيه أن طبيعة هذه الحقوق سواء أكانت حقوقاً طبيعية أم وضعية، إنما تعدّ حقوقاً أساسية لا يستطيع الفرد أن يحيا بدونها وبما يضمن احترامها ولا يجوز إهدارها بأي تشريع وإلا اعتبر غير دستوري²، ومن هنا تظهر العلاقة بين القانون والدستور لتقرر الحماية الدستورية والقانونية للحقوق والحريات بوضع الضمانات العديدة لها من ناحية، وتنظيم القانون لها من ناحية أخرى.

فما هي هذه الحقوق والحريات التي تتخذ الصفة الأساسية فيها؟

إن مفهوم الحقوق والحريات يختلف من تشريع إلى آخر، ومن عصر لآخر، وحتى داخل الدولة الواحدة يختلف من وقت إلى آخر بحسب قوة النظام السياسي القائم ومدى تطبيق الديمقراطية وتطورها³، كما أن اختلاف الثقافات الإنسانية والمذاهب الفكرية وتباين الأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية أدّى إلى اختلاف الفقهاء حول وضع مفهوم محدّد وموحد للحقوق والحريات، فضلاً عن الاختلاف المطروح بين حقوق الإنسان والحريات من جهة وبين الحريات العامة والحريات الأساسية من جهة أخرى.

ولأجل الوصول إلى مفهوم واضح للحقوق والحريات الأساسية، فإنّ منطلقات الدراسة تفرض بداية البحث في مفهوم الحق والحرية وتمييزهما، بالإضافة إلى تمييز الحريات العامة عن الحريات الأساسية، فإذا ما اتضحت الصورة نوعاً ما يمكن استخلاص خصائص الحقوق والحريات، ومعرفة تصنيفاتها ومصادرها.

¹ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 1999، ص 509.

² مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري فقها وقضاء، 1996، ص 22؛ أشار إليه: إبراهيم محمود الليبي، ضمانات حقوق الإنسان أمام المحاكم الجنائية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص 4.

³ إبراهيم محمود الليبي، مرجع سابق، ص 13.

المطلب الأول: تعريف الحقوق والحريات الأساسية

لم يكد يتفق الفقهاء والباحثون على تعريف موحد للحق والحريّة، حيث اختلفت معايير النظر إليها من مذهب إلى آخر، خاصة أنه لم يرد أي نص قانوني صريح، دستوري أو تشريعي، يعرفها وترك المسألة إلى الفقه القانوني بالرغم من اختلاف نظمه ومصادره المكتوبة، فهناك اختلاف حول المفهوم وحول التسمية المستعملة، وبما أنّ عنوان المطلب الأول يتكون من ثلاث مصطلحات "الحقوق" و"الحريات" ومصطلح "أساسية"، فإننا سنحاول التطرق إلى مدلولها اللغوي والاصطلاحي بشكل منفصل ثم نحاول جمعها معا.

الفرع الأول: الحق والحريّة لغة واصطلاحاً

الحقوق كلمة مفردها الحق، ومصطلح الحقوق ككل يمكنه الانطلاق من فرض أنّ الشخص بطبيعته مؤهل بخصائص تدفعه بوعي إلى أن يمتلك ويعمل ويتصرف ويرفض ويسأل، وأن يحمي نفسه في جميع الأحوال، هذه الخصائص المميزة ليست في حدّ ذاتها حقوقاً، ولكي يكتسب تلك الطبيعة لابد أن يكون لها وضع قانوني بمعنى أن تنص عليها قاعدة قانونية وتنظمها.¹

الحق لغة: هو نقيض الباطل لقوله تعالى: "وَلَا تَلْبَسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ"²، ويحق حقا بكسر الحاء وضمّها: صار حقا وثبت أي وجب، وحقّ الطريق أي توسّطه، وحقّ العقدة أي أحكم شدّها.³

وأصل كلمة "الحق" في اللغة اللاتينية "Directus" وتعني الصواب أو العدل والمستقيم والقويم، وتقابلها في اللغة الفرنسية كلمة "Droit"، وباللغة الإنجليزية كلمة "Right".⁴

ولكن كلمة "Droit" في اللغة اللاتينية لها دلالتين، فإذا ما كُتب الحرف الأول منها مكبرا "D" فهي تعني مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع، أما إذا ابتدأت هذه الكلمة بالحرف "d" "droit" فإنهم يعنون بها ما نطلق عليه باللغة العربية "حق".⁵

¹ زاير إلهام، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات الأساسية على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016، أطروحة دكتوراه في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2019-2020، ص 189، الهامش رقم 543.

² الآية 42 من سورة البقرة.

³ لسان العرب، ج 11، ص 325.

⁴ محمد عطية محمد فودة، مرجع سابق، ص 17.

⁵ سامي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان، ط 3، دار الكتاب الجديدة المتحدة، لبنان، 2004، ص 16.

أما الحرية لغة فهي تعني: "الخالص من الشوائب أو الخلو منها"، والخالص من الرق واللؤم، وتعني كون الرجل حرًا أو كون الشعوب حرّة، وقيل حرّره أي: أعتقه، وتحرّر العبد: صار حرًا، وتحرّرت الشعوب: بمعنى تخلصت من الاستعمار وحكم الأجنبي.¹

والحرية: هي التمكن من المباح أو القدرة على أن يفعل الفرد ما يشاء، أو هي القدرة أو قوة إمكانية الخيار الحرّ.²

وأصل كلمة حرية في اللغة اللاتينية "Libertas"، وتقابلها في اللغة الإنجليزية Liberty-Freedom أي حرية الإرادة والاستقلال، أما في اللغة الفرنسية فإنها تعني "Liberté" أي سلطة الشخص في القيام بعمل أو عدم القيام به، فالحرية هي مرادفة لما هو مشروع وجائز، وهو ما ليس مفروضاً أو محظوراً.³

الفرع الثاني: الحق والحرية عند الفقه ورجال القانون

اختلفت كلمة فقهاء القانون⁴ حول تعريف الحق، ومن أهم التعريفات التي قيلت نجد ما يلي: "الحق هو قدرة إرادية مفادها أن إرادة صاحبه تتمتع بسلطان بالنسبة لأعمال معينة".⁵

كما يعرف الحق بأنه: "الميزات أو المصالح والحريات التي يتوقعها الفرد أو الجماعة من المجتمع الغير، أو من الدولة وبما يتفق مع معاييرهما".⁶

الحق أيضا هو: "كل مصلحة أو منفعة أو فائدة مادية أو أدبية تخص مستحقها دون غيره، وهو سلطة الشخص على الشيء، وما يتخذه من إجراءات للتصرف فيه، وما له من إرادة في حبس الشيء والاستمتاع به".⁷

على الرغم من الاختلاف الفقهي والمذهبي في وضع تعريف دقيق للحق والاتفاق عليه، إلا أنه يمكن الاستعانة بالعناصر الأساسية لموضوع الحق في تعريفه، وقد نُسب هذا التعريف إلى

1- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة وزارة التربية والتعليم، باب الحاء، 2006، ص 143؛ أشار إليه: إبراهيم محمود اللبيدي، مرجع سابق، ص 15، هامش رقم 1.

2 عبد العظيم عبد السلام، حقوق الإنسان وحرياته العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 30.

3 محمد عطية محمد فودة، مرجع سابق، ص 18.

4 راجع: أحمد شرف الدين، السيد عيد نايل، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، 2001-2002، ص 12؛ حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، الإسكندرية، طبعة 1969، ص 423.

أشار إليهم: محمد عطية محمد فودة، المرجع نفسه، ص 19، هامش رقم 2.

5 محمد عطية فودة، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

6 إبراهيم أحمد خليفة، الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 19.

7 إبراهيم محمود اللبيدي، مرجع سابق، ص 14.

الدكتور "جابر إبراهيم الزاوي" حيث عرفه بأنه: "ميزة يقرها القانون لشخص معين على شيء معين، يستطيع عن طريق هذه الميزة التصرف في ذلك الشيء كافة التصرفات التي يقرها القانون".¹
هذا التعريف يحتوي على العناصر التالية:

– عنصر الميزة: قد تنشأ نتيجة لعمل إرادي في الشخص ذاته وتتمتع بحماية القانون.
– عنصر الحماية القانونية: وتعد الحماية عنصراً أساسياً من عناصر الحق لا وجود للحق بدونها.

– عنصر احترام الغير للحق: وهذا يعني وجود أشخاص آخرين يترتب هذا الحق في مواجهتهم وعليهم الالتزام باحترام ذلك الحق.²

هذا عن تعريف الحق باختصار، أما الحرية فهناك عدة تعريفات فقهية لها، ومن الصعب تحديد تعريف واحد موحد لها، ومن بين التعريفات التي قبلت فيها نجد ما يلي:
لقد عرفها البعض بأنها: "مراكز قانونية للأفراد تمكنهم من مطالبة السلطة بالامتناع عن القيام بعمل ما في بعض المجالات، وأن هذه الحرية مرهونة بالقانون والنشاط الإنساني، وأن هذا الأخير لا يرقى إلى مرتبة الحرية إلا إذا توافر له التنظيم التشريعي الذي لا يتعارض مع الحرية وممارستها".³

كما يمكن تعريفها بأنها: "الاستطاعة أو القدرة المعترف بها للإنسان على القيام بأفعال وتصرفات على سبيل الاستقلالية، فهي سلطة تقرير المصير التي بموجبها يختار الإنسان تصرفاته الشخصية"، وبما أن الإنسان يعيش في وسط اجتماعي معين، فحرية الفرد يجب أن تتعايش أو تتوافق مع حرية الآخرين.

وقد عرفها الأستاذ "الطاهر بن عاشور" في كتابه المشهور "أصول النظام الاجتماعي في الإسلام" على أنها: "فعل الإنسان ما يريد فعله أي حسب مشيئته، دون مَدافع بمقدار إمكانه".⁴
أمّا الحرية من مفهوم قانوني فهي: "سلطة المواطن في التصرف في نفسه وتقرير مصيره، والتصرف في النفس من هذا المنطلق أساسي إذ أنه يفرض على الإنسان قبل كل شيء التفرقة بين ما هو أساسي لانشرحه الشخصي ويحتاج لحماية خاصة وبين ما هو ليس جديراً بذلك".¹

¹ جابر إبراهيم الزاوي، حقوق الإنسان وحياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ط 1، دائرة وائل للطباعة والنشر، عمان، 1999، ص.ص 159، 160.

² جابر إبراهيم الزاوي، المرجع نفسه، ص 163.

³ عبد السلام نور الدين، مرجع سابق، ص 88.

⁴ محمد الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ط 1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، 2005، ص 158 في الكتاب النسخة الورقية وص 160 في النسخة الإلكترونية.

الفرع الثالث: علاقة الحق بالحرية

يتبين من خلال تعريف الحق والحرية، أنهما شديدا الصلة ببعضهما البعض دليل أنّ كثيرا من الفقهاء والباحثين من يذكر الحقوق مقترنة بالحریات، فهل الحقوق والحريات تحمل نفس المدلول الاصطلاحي؟ أم أنهما مصطلحان متلازمان؟ لا شك في أن صلة الحقوق بالحریات شديدة وقوية لدرجة يصعب التفريق بينهما، ذلك أن الحق يعدّ الأداة العملية لترجمة تلك الحريات المختلفة، وعلى هذا فإن اكتساب الفرد لحقوقه ما هو إلا نتيجة تطبيقية لتمتعه بحرية معينة، وبالتالي لا يمكن الفصل بين الحقوق والحريات فوجود إحداها ضرورة منطقية لبقاء الأخرى.

لكن رغم شدة العلاقة بين الحق والحرية، إلا أن كلاً منهما ينفرد بوعاء لمعنى مستقل، فإذا كانت الحريات مصدرها وضعي، فإن الحقوق تستمد وجودها من مصادر تاريخية فلسفية ترجع إلى فكرة القانون الطبيعي والذي من خلاله يملك الإنسان بحكم إنسانيته مجموعة من الحقوق تكمن في طبيعة الإنسان ذاته²، والحقيقة أن الحرية هي تمهيد للحق، ولن تصبح الحرية حقا إلا بممارستها طبقا للقانون.

الفرع الرابع: تعريف الحقوق والحريات الأساسية وتمييزها عن الحريات العامة

تنقسم الحقوق³ إلى حقوق أساسية وأخرى غير أساسية، فالحقوق الأساسية هي الحقوق اللازمة لحياة الإنسان والثابتة لكل شخص بمجرد وجوده لكونه إنسانا وتتسم بصفة القواعد الآمرة التي لا يجوز انتهاكها أو مخالفتها والتي يعدّ تحقيقها وتعزيزها شرطا سابقا وجوهريا للتمتع بكافة حقوق الإنسان الأخرى كحق الحياة، والحرية والأمان الشخصي، وتحريم التعذيب والمعاملة أو

¹ رافع ابن عاشور، الحريات العامة في النظم الديمقراطية، مجلة التسامح، ع 25، تونس، 2009، ص 4، أشار إليه: سانة رابع، محاضرات في الحريات العامة، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2018، ص 15، هامش رقم 18. يمكن أيضا تعريف الحرية من خلال تطور العصور على النحو التالي:

الحرية في العصور القديمة تعني عدم الاسترقاق.

أما الحرية في العصور الحديثة، فقد اكتسبت معنى التحرير بالنسبة للشعوب، أي التحرر من الاستعمار.

أما في النظم الليبرالية، فقد ارتبطت بمسألة الحريات الفردية حيث نصت المادة 4 من من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر بقرار من الجمعية التأسيسية الوطنية في 26 أغسطس 1789، أن الحرية هي: "قدرة الإنسان على إتيان كل عمل لا يضرّ بالآخرين".

أشار إلى ذلك: سانة رابع، المرجع نفسه، ص 13.

² عبد السلام نور الدين، مرجع سابق، ص 89.

³ يمكن تعريف حقوق الإنسان بصفة عامة على أنها: "تلك الحقوق الأصلية في طبيعتنا والتي بدونها لا نستطيع العيش كبشر". ويتعبّر آخر هي تلك الحقوق التي تكفل للكائن البشري الحفاظ على حياته والمرتبطة بطبيعته كحقه في الحياة والمساواة وغير ذلك من الحقوق المتعلقة بذات الطبيعة البشرية التي ذكرتها المواثيق والإعلانات العالمية".

العقوبة القاسية أو اللإنسانية أو الماسة بالكرامة، والمساواة وعدم التمييز في التمتع بالحقوق والحريات الأساسية، وقد ورد ذكر هذه الحقوق في مقدمة ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المواد (2، 3، 4، 5) والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المواد (3، 4، 8، 9)، على سبيل المثال مبدأ عدم التمييز المبني على العنصر أو اللون أو الجنس أو الأصل أو الدين أو اللغة.

أما الحقوق الغير أساسية، فهي بقية الحقوق المتعلقة باستكمال حياته ورفاهته وسعادته والتي تحقق له قدرا كافيا من الكرامة والعيش والرخيد منها حقوق سياسية متعلقة بمشاركة الإنسان في الحياة العامة كالحق في حرية التفكير والوجدان والدين وحرية الرأي والتعبير والاجتماع والحق في العدالة القضائية وغيرها من الحقوق التي ذكرت في المواثيق والإعلانات والعهد الدولية.¹ إن الاختلاف في تحديد مفهوم الحقوق والحريات قد وصل إلى التسميات التي تطلق عليها والخلط بينها، فنجد مصطلح الحقوق والحريات الأساسية، كما نجد مصطلح الحريات العامة، فهل هما نفس الشيء أم لهما معنيان مختلفان؟ وإن كان كذلك فما الذي يميز بينهما؟

إن المعنى الحديث لعبارة الحقوق والحريات الأساسية بقي مجهولا ولم يندمج في التعبير اللغوي إلا في القرن 18 بصورة تدريجية وبسيطة، حيث تم التعرف على عبارة الحريات الأساسية في مطلع القرن 19 مع حدوث الثورة الفرنسية سنة 1789²، فقد استعملت في صيغتي المفرد والجمع، وقد ميّز الفقيه الفرنسي "لافيربيه" بين الحرية الخاصة بكونها كل ما يتعلق بالحقوق المدنية، والحرية الأساسية التي تتعلق بكافة الحقوق السياسية بالمفهوم الواسع، لكن ذلك لا يكفي لمعرفة المقصود بالحقوق والحريات الأساسية، وكل المحاولات التي قام بها الفقه لوضع تعريف جامع وشامل لها قد فشلت، لأنهم لم يتفقوا على قائمة موحدة لها تشمل كل أصنافها، ففي فرنسا مثلا لا يعتبر الحق أساسيا إلا إذا كان منصوفا عليه في الوثائق الدولية (الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، الاتفاقية المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية)، هذه الحقوق لا يمكن الحد منها حتى ولو كانت في ظل الظروف الاستثنائية أين تتمتع الإدارة ببعض السلطات التي لا تتمتع بها في الظروف العادية، وتتمثل هذه الحقوق الأساسية في الحق في الحياة، وسلامة الجسد وعدم استرقاق الإنسان، عدم رجعية قانون العقوبات وحق الشخص الموقوف في معرفة أسباب إيقافه

¹ محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017؛ أشارت إليه: زاير إلهام، مرجع سابق، ص 189، هامش رقم 543.

² سكاكني باية، مرجع سابق، ص.ص 20، 21.

والتهم الموجهة إليه، عدم حبس الشخص لمجرد إخلاله بالتزام تعاقدي، حقه في الشخصية القانونية والتفكير واعتناق الديانة التي يشاء، لكن هذه القائمة تبقى ضيقة وناقصة، وفي مقابل ذلك أكد العميد "Madiok" على سبعة حقوق يعتبرها أساسية وهي: الحق في الحياة منذ الولادة، الحق في سلامة الجسد، الحق في عدم استرقاق الإنسان، الحق في الأمن والمساواة أمام القانون، الحق في العرق أو الجنس، وأخيرا حرية التعبير¹، ومع ذلك فإنّ تعدادها بقي ناقصا ممّا أدى بمجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار بعض الحقوق أساسية على الرغم من عدم وجودها ضمن المواثيق السالفة الذكر، فقد اعتبر في 2 جويلية 1993 المبادئ الأخلاقية المتعلقة بالشخصية الآدمية من الحقوق الأساسية، كما اعتبر منذ 11 جويلية 1956، وذلك بالإحالة إلى ديباجة دستور 1946 حق إنشاء الجمعيات من الحقوق الأساسية، وذلك قبل تكريسه بصفة رسمية بقضاء المجلس الدستوري لاحقا، وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أبعد من ذلك معتبرا أن مبدأ استمرار المرافق العامة من الحقوق الأساسية في 13 جوان 1980 وذلك استنادا إلى المادة 34 من دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958.²

يرى البعض أن إرداف مصطلح الحقوق والحريات بمصطلح الأساسية يوحي بوجود نوع مقابل لهذه الحقوق وهي حقوق غير أساسية أو حقوق ثانوية، كما سبق لنا القول³، وهو أمر غير مقبول لأن إقرار وتبني هذه الفكرة قد يؤدي إلى نتائج خطيرة، لأنه إذا أُطلق على أحد الحقوق وصف غير أساسي فإنه سيصبح طبيعيا أن يحظى هذا النوع من الحقوق باهتمام وحماية أقل، ناهيك أنه لا يوجد معيار للترقية بين الحقوق الأساسية والغير أساسية لذلك يُفضل عدم إرفاق لفظ الأساسية بالحقوق والحريات.

وعموما من بين التعاريف التي قيلت حول الحقوق والحريات الأساسية ما يلي:

يمكن تعريفها بأنها: "الحقوق التي تحظى بالحماية الدستورية، أو التي تتنازل حماية بواسطة المبادئ الدستورية، أو هي الحقوق التي تهدف إلى حماية الفرد في مواجهة تدخل السلطة العامة".⁴

¹ العبد عبد القادر قاسم، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، مجلة إدارة، المجلد 10، ع 1، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2000، ص.ص 14، 15.

² العبد عبد القادر قاسم، المرجع نفسه، ص 16.

³ البعض يطلق على الحقوق والحريات الأساسية وصف المطلقة بينما الغير أساسية هي حقوق وحريات غير مطلقة.

عصمت عبد الله الشيخ، النظم السياسية، ط 2، بدون دار النشر ومكان النشر، 1998-1999؛ أشارت إليه: فاديا إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 104.

⁴ سرور أحمد فتحي، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 47، 49.

وهناك من يعرفها بأنها: "الحقوق التي يمارسها الفرد والتي أقرتها الاتفاقيات الدولية أو الدساتير والنصوص ذات القيمة القانونية المساوية والتي لا تخضع للإذن المسبق".¹ وفي تعريف آخر لها تعتبر الحقوق والحريات أساسية: "تلك التي يعترف بها الدستور ويقرها صراحة فتصبح حقوقاً أساسية، فليس لكل الحقوق القيمة القانونية ذاتها، فالبعض لها قيمة تشريعية فقط أو ما دون ذلك".²

إذن فالحقوق والحريات الأساسية هي تلك المقررة في صلب الوثيقة الدستورية، حيث تُسبغ عليها قوة النصوص الدستورية الأخرى، الأمر الذي يحول دون تلاعب السلطة التشريعية والتنفيذية فيها من خلال تقييدها أو مصادرتها، ولا يقصد هنا أنه لكي تصنف حقوق ما أو حريات بأنها أساسية لا بد من ذكر عبارة "أساسية" في الدستور، بل يكفي أن يتضمن الدستور هذا الحق أو مضمونه، ولا يهم بعدها الصفة التي وصفها بها الدستور كأن يصفها بالحقوق الأساسية والحريات الأساسية، فالدستور الجزائري مثلاً لم يفرق بين الحقوق الأساسية والحريات الأساسية فأحياناً ينص على الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن ويضمنها، وأحياناً يستخدم مصطلح الحق وحده أو مصطلح الحرية.³

وفي مقابل وصف الحقوق والحريات بأنها أساسية، ظهرت تسمية الحريات العامة، لتصنع بذلك جدلاً فقهيًا كبيراً حول مضمونها ومفهومها ومدى اختلافها عن وصف الأساسية.

إن وصف الحريات بالعامة يكون عندما يترتب عليها واجبات يتعين على الدولة القيام بها، قد تكون سلبية كعدم المساس بسلامة الأفراد الجسدية والعقلية، وقد تكون إيجابية مثل خلق فرص عمل وكذا توفير أماكن للاستمتاع بأوقات الفراغ⁴، وقد جاء تعبير "حريات عامة" بصيغة الجمع وليس بالمفرد، لكون هذه الأخيرة مجموعة من الحريات معترف بها للأفراد، ومحمية من طرف القانون، ومضمونة من طرف الدولة.

¹ العبد عبد القادر قاسم، مرجع سابق، ص 17.

² مسراتي سليمة، مدى تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009-2010، ص 320؛ أشار إليها: كريوعات أحمد، حماية المجلس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014-2015، ص 69.

³ كريوعات أحمد، المرجع نفسه، ص 70.

⁴ عروس مريم، النظام القانوني للحريات العامة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1999، ص 5.

كما أن وصف الحريات بالعامّة يعني أن يتمتع بها جميع من يوجدون في مجتمع دون تفرقة بسبب الجنس أو السن أو الكفاءة أو المركز الاجتماعي، كما أنها حريات يتمتع بها المواطنون والأجانب على حدّ السواء باستثناء الحريات السياسية التي تقتصر على المواطنين.¹

وهناك من يرى بأن الحريات العامة هي في الأصل حقوق الإنسان التي تستمد مصدرها من القانون الطبيعي، ولكن غيرتها النصوص القانونية إلى قانون وضعي، فكل الحريات العامة هي حقوق إنسان والعكس غير صحيح.²

إنّ أغلب الحريات العامة اليوم في ظل تصاعد ظاهرة الدسترة أصبحت حريات أساسية، وكل منهما تتميز عن الأخرى في المسائل التالية:

– الحريات الأساسية يتم الاحتجاج بها في مواجهة كافة السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية، أما الحريات العامة تكون محمية في مواجهة السلطة التنفيذية.

– الحريات الأساسية تتطلب تدخل القاضي الدستوري والدولي، أما الحريات العامة فتتطلب تدخل القاضي الإداري والعادي في مواجهة تصرفات السلطة الإدارية بالارتكاز على التشريع والمبادئ العامة للقانون.³

– ينصرف مفهوم الحقوق والحريات الأساسية إلى تلك المحمية بموجب أحكام دستورية أو دولية⁴، أما الحريات العامة فتستمد حمايتها من التشريع.

إنّ تعبير الحريات الأساسية يطلق على الحريات المكفولة بالدستور، في حين يطلق اصطلاح الحريات العامة على تلك المكفولة بالقانون، ويبدو أن موقف المؤسس الدستوري يقترب كثيرا من هذا الطرح⁵، لأن ما ورد بنص المادة 35 من الدستور المعدل لسنة 2020 يوحي بأن المؤسس الدستوري قد تبنى هذا الفرق، فقد أُرِدِف عبارة الحقوق الأساسية والحريات بكلمة تضمن، كما أنّه منع أي تعديل قد يمس بالحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن من خلال المادة 7/223.

¹ عروس مريم، المرجع نفسه، ص 6.

² سانة رابح، مرجع سابق، ص 22.

³ بودة محمد، جدلية العلاقة بين السلطات الدستورية في حماية الحقوق والحريات، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد، المجلد 6، ع 1، وهران، 2014، ص.ص 82، 83.

⁴ اعتمد هذا المفهوم من مجلس المجموعة الأوروبية للعدالة والمجلس الأوروبي لحقوق الإنسان.

أشار إليه: بو الشعير سعيد، المجلس الدستوري في الجزائر، طبعة محينة، د.م.ج، الجزائر، 2018، ص 32، هامش رقم 1.

⁵ المؤسس الدستوري عندما جعل مسألة التشريع في مجال الحقوق والواجبات من اختصاص البرلمان في المادة 139 من تعديل 2020 نصّ على حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية من جهة، ولكنه أكد على نظام الحريات العامة باستعمال عبارة "لاسيما" مما يوحي أن الحريات العامة يكفلها الدستور. لمزيد من التفصيل راجع: حبشي لرزق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضمائنها، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص 11 (هامش رقم 6 15-16).

وبمفهوم المخالفة فالحرريات العامة المنظمة بالقانون أقل مرتبة من الحريات الأساسية ويعود السبب في ذلك لكون هذه الأخيرة تتمتع بحماية دستورية في مواجهة المشرع ذاته، في حين أن الحريات العامة تكون في مواجهة السلطة التنفيذية بحيث يستعصي على التنظيم المساس بها وليس القانون، وتلك نقطة سلبية تُحتسب ضد الحريات عموماً.

لكن على الرغم من أن المؤسس الدستوري الجزائري يعتبر مصطلح الحريات الأساسية والحريات العامة مختلفان عن بعضهما البعض بدليل أنه قد عنون الفصل الأول من الباب الثاني باستعمال مصطلح "أساسية وعامة"، إلا أنه جمع بينهما بذكرهما معا في صلب الدستور، وبالتالي منحهما قيمة دستورية سامية وملزمة، وعليه فإن كل الحريات المكرسة بنصوص دستورية، سواء تلك النصوص الصريحة تجاه حرية من الحريات، أو تلك النصوص التي تشتمل على عدة حريات، قد تكون من بينها مجتمعة حرية معينة، دون أن تكون مقصودة بذاتها، فإنها تعتبر حريات أساسية.¹

– إن مصطلح الحريات العامة أوسع من الحريات الأساسية²، لأن هذه الأخيرة تشمل مجموعة الحريات الأصلية التي تُبنى على أساسها الحريات العامة.

خلاصة القول، هي أن حقوق الإنسان التي تستمد وجودها من القانون الطبيعي تصبح حريات عامة إذا ما تمّ تصنيفها في القانون الوضعي أي النظام القانوني الداخلي للدولة، ومن بين هذه الحقوق والحريات العامة توجد حقوق أولها الدستور مكانة هامة ونصّ عليها في متنه وضمّنها للأفراد على أن تكملها القوانين، وهي ما اصطلح عليه بالحقوق والحريات الأساسية.

ورغم اختلاف الفقه حول مفهوم الحقوق والحريات بصفة عامة، إلا أن هناك مجموعة من السمات المشتركة التي انفق غالبية الفقهاء، بل وحتى الموثائق الدولية وداستير مختلف الدول، من بينها ما يلي:

1. هي ثابتة للجميع وليست منحة من أحد، فهي ثابتة للإنسان بوصفه إنساناً أي لصيقة بالصفة الإنسانية، ولا تزول، وهي شاملة لا تنتهي حتى بعد موته بل تمتد إلى ما بعد ذلك.³

¹ هنري روسيون، مرجع سابق، ص 56.

² لقد جاء المجلس الدستوري الفرنسي بفكرة الحريات الأساسية لأول مرة في قراره الصادر في 10 و 11 أكتوبر 1984، عندما اعترف [أنه من بين الحريات العامة يوجد حريات أساسية.

أشار إلى ذلك: سانة رابح، مرجع سابق، ص 23، الهامش رقم 40.

³ محمد عطية محمد فودة، مرجع سابق، ص 34، 35؛ شوقي سمير، محاضرات في حقوق الإنسان، أقيمت على طلبة السنة الأولى حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، منشورة، ص 5.

2. هي عامة ومجردة، بمعنى مقررة للجميع دون تفرقة أو تمييز، كما أنها عالمية من حيث التكوين والنشأة حيث ساهمت جميع الحضارات والثقافات والشعوب في تكوينها، وعالمية من حيث التطبيق بحيث أن جميع الأشخاص لهم الحق في التمتع بها، كما أنها عالمية من حيث ضمانات حمايتها من المساس بها.

3. هي متشابكة ومتداخلة، أي مترابطة وغير قابلة للتجزئة، وإدراك حق أو التمتع بحرية عادة ما يعتمد كلياً أو جزئياً على إدراك الحقوق والحريات الأخرى.¹

فعلى سبيل المثال: ربما يتوقف إدراك الحق في الصحة في ظروف معينة على إدراك الحق في التعليم أو الحق في الحصول على معلومات، وقد يتوقف إدراك الحق في الغذاء على إدراك الحق في العمل.²

4. الحقوق والحريات بصفة عامة غير قابلة للتنازل عنها تحت أي ظرف من الظروف ولأي سبب كان، ولو وجد مثل هذا التنازل عنها في أي تصرف فإنه يُعتبر معدوماً كأن لم يكن³، كبيع جزء من الجسم أو التخلي عن الحياة.

5. نسبية الحقوق والحريات، وذلك بحسب اختلاف وجهات نظر الأفراد لها ومدى أهميتها لكل منهم، وهي ليست مطلقة فهي مسائل نسبية تحكمها ضوابط لأن ممارستها تكمن في مراعاتها لحقوق وحريات الآخرين⁴، مثل مبدأ المساواة فهي لا تتحقق إلا بالنسبة للمراكز المتماثلة.

6. الحقوق والحريات قابلة للتحديث والتطوير فهي متجددة ومتغيرة وتواكب تطورات العصر في تجذرها وتجدها لتشمل مختلف مجالات الحياة، وهو ما سنوضحه من خلال تصنيف الحقوق والحريات وكيف تطورت عبر الأجيال وأضيفت طوائف جديدة إليها.

المطلب الثاني: مصادر الحقوق والحريات الأساسية وتصنيفاتها

اختلف الفقه حول طبيعة الحقوق والحريات، وعمّا إذا كانت هذه الحقوق والحريات طبيعية أم حقيقية أم شكلية، مقررة بالقانون أم منظمة بواسطته فقط، ولكنه لم يختلف حول مصادر هذه

¹ بوعش وافية، قيمة حقوق الإنسان بين مبدأي التدرج وعدم التجزئة، م. ج. ع. ق. إ. س، م 54، ع 5، 2017، ص 18.

قادري عبد العزيز، حقوق الإنسان، ط 6، دار هوم، الجزائر، 2006، ص 27.

² بوعش وافية، مرجع سابق، ص 19.

³ هذه الحقوق والحريات ملك لله عز وجلّ منحها للجميع للتمتع بها والانتفاع بها وذلك مصداقاً لقوله تعالى: «فَسُبْحَانَ الَّذِي بِيَدِهِ مَلَكُوتُ كُلِّ شَيْءٍ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ» سورة يس، الآية رقم 83.

⁴ بو عبدلي جمال، الحماية الدستورية لحرية التعبير في الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، ع 2، 2018، ص

الحقوق والحريات، في حين أن تصنيف الحقوق والحريات عرف اختلافا بارزا بين المذاهب كل حسب توجهاته، وهو ما سيتم توضيحه تباعا من خلال هذا المطلب .

الفرع الأول: المصادر التي تستمد منها الحقوق والحريات الأساسية وجودها

ما من شك أن مسألة المصادر تعد من المسائل الهامة نظرا لدورها المتميز في إطار النظرية العامة لموضوع الحقوق والحريات بصفة عامة، وتحديد طائفة الحقوق والحريات التي تشملها الحماية المقررة بواسطة آلية الدفع بعدم الدستورية، بصفة خاصة، وعموما فإن تطور الاهتمام الوطني والدولي بحقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية إنما يرتد من حيث الأصل إلى ثلاثة أنواع من المصادر:

أولا: المصادر الدينية

يعدّ المصدر الديني المصدر الأساسي والرئيسي للحقوق والحريات الأساسية في الدول الإسلامية، حيث تعدّ هذه الحقوق والحريات ذات قواعد و ضمانات تحفظ كرامة الجنس البشري وعزّته، وهو ما ردّده لاحقا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ولطالما ناد الإسلام بالمساواة في التكاليف والواجبات والتمتع بالحقوق، ومن بين الحقوق التي أقرها نجد:

1. الحق في الحياة باعتباره حقا مقدسا في الإسلام لما له من أهمية في إعمار الأرض، لذلك حُرّم الاعتداء عليه.¹
2. الحق في التمتع بالحرية: فالإنسان يولد حراّ ويجب توفير الضمانات الكافية لحماية حريته ولا يجوز تقييدها إلا وفقا لأحكام الشريعة.
3. حق المساواة: يعد الناس في الشريعة الإسلامية سواسية ولا تفضيل لأحد على أحد، وكذلك الأمر أمام التشريع والقضاء.
4. حق العدالة: لكل فرد الحق في أن يحاكم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية بعدل وإنصاف، وله أن يدافع عن نفسه بكل السبل المشروعة.
5. الحق في حماية العرض والسمعة وعدم جواز انتهاكها.²
6. حق المشاركة في الحياة العامة: ومن تطبيقاته مبدأ الشورى لقوله تعالى: «وَأْمُرْهُمْ شُورَى

بَيْنَهُمْ».¹

¹ سورة المائدة، الآية 32.
² سورة الحجرات، الآية رقم 11 و 12.

وإلى جانب هذه الحقوق يُوجد الحق في الحماية من التعذيب وحق اللجوء وحق الأقليات وحرية المعتقد، والحقوق الاقتصادية وحق العمل والتنقل والإقامة.²

تجدر الإشارة إلى أن بعض الدول الإسلامية تعتبر الشريعة الإسلامية من المصادر الرئيسية للدستور والتشريع من بينها الجزائر التي تعتبرها من المصادر الرسمية³، وهي أيضا من المصادر الاحتياطية عند الدول التي تلجأ إليها بعد استنفاد النصوص التشريعية.

ثانيا: مصادر مستمدة من المواثيق الدولية والقارية

يُعد المصدر الدولي للحقوق والحريات من المصادر الحديثة لأنه أتى في أعقاب حراك فكري مرّ بحروب عديدة أهلية وعالمية عانت فيها البشرية، لذلك أصبح الإنسان محور ومحل اهتمام الدول. وعلى المستوى الدولي نجد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 والذي يُعتبر ثمرة توافق بين أنظمة مختلفة متناقضة ومع ذلك تضمن العديد من الحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية، وتوجد إلى جانبه الاتفاقية المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية الصادرة في 16 ديسمبر 1966، والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية لعام 1966، وميثاق الأمم المتحدة لعام 1954.

إلى جانب مواثيق خاصة تُعنى بحالة معينة أو جنس معين مثل الاتفاقية القاضية بإلغاء كل أشكال التمييز العنصري 1/ 12 / 1965، والتمييز تجاه المرأة في مارس 1980، وضدّ التعذيب وكل العقوبات القاسية المنحطة في 10 / 12 / 1994، وتلك المتعلقة بحقوق الطفل في 20 / 12 / 1989.⁴

أما على المستوى القاري، فيشمل مواثيق حقوق الإنسان في المنظمات الدولية الإقليمية أو المواثيق التي تطبق تطبيقا إقليميا مثل مواثيق حقوق الإنسان لدول مجلس أوروبا، ومنظمة الدول الأمريكية ومنظمة الاتحاد الإفريقي وجامعة الدول العربية⁵، ومثال ذلك الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب المصادق عليه في 1980 والذي دخل حيز النفاذ في 1986، حيث يعد هذا الميثاق تحولا كبيرا في ترقية وحماية الحقوق والحريات المتجذرة في القارة الإفريقية والتي تشكل

¹ سورة الشورى، الآية رقم 38.

² لمزيد من التفاصيل راجع: إبراهيم محمود اللبيدي، مرجع سابق، ص 21 وما بعدها.

³ المادة الأولى من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 7-5 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج. ر. ج. ع 31.

⁴ بو الشعير سعيد، مرجع سابق، ص.ص 34-35؛ إبراهيم محمود اللبيدي، مرجع سابق، ص 24 وما بعدها؛ محمد حسين سالم صقر، ذياب بن مقبل الشراري، مبادئ حقوق الإنسان، ط 1، دار المسيرة، عمان، 2017، ص.ص 31-32.

⁵ محمد حسين سالم صقر، ذياب بن مقبل الشراري، المرجع نفسه، ص 32.

أحد الأدوات الأساسية القانونية للدول في هذا المجال كونها متفتحة على التجارب العالمية في هذا المجال، وإلى جانب ذلك هناك الميثاق العربي لحقوق الإنسان¹ المصادق عليه في 2004 والذي عرف تعديلات حتى يصبح مطابقا في مجالات معينة مع الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان، هذا الميثاق يعترف بعدة مبادئ من بينها المساواة والحقوق الجديدة للطفل والأشخاص المعاقين.²

ثالثا: مصادر مستمدة من التشريع الداخلي

يعد المصدر الوطني من أهم مصادر الحقوق والحريات لما فيه من مساس مباشر بالإنسان المعني بهذه الحقوق ولما له من أولوية على المصدر الدولي، ولما فيه من الوسائل القانونية التي يلجأ إليها المواطن لحماية حقه والدفاع عنه والتي بها يضمن القانون الوطني كفالة هذه الحقوق، ويمكن تصنيف هذه المصادر إلى:

1. الدستور: يعد الدستور أهم هذه المصادر على الإطلاق، لما فيه من تحديد وتسمية لهذه الحقوق والحريات، ولكونه يسمو على ما عداه من التشريعات وله إجراءات خاصة في إعداده وإصداره تختلف عن تلك المتبعة في التشريعات العادية، ويمكن استخراج الحقوق والحريات والمبادئ الأساسية المكرسة لها من أحكام الدستور الصريحة أو الضمنية ومن ديباجة الدستور، فقد جاء في ديباجة الدستور الجزائري المعدل في 2020 ما يلي: "إن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب... يُعبر الشعب الجزائري عن تمسكه بحقوق الإنسان المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر" وهو تأكيد على المصدر الدولي للحقوق والحريات وكذا المصدر الأساسي لها والمتمثل في الدستور، فالحقوق والحريات لا تقتصر في هذا الدستور على الباب المخصص لها³، وإنما هناك مواد أخرى في صلب الدستور تضمن هذه الحقوق والحريات بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، كما تمتد أيضا إلى قواعد أخرى استخلصها المجلس الدستوري وبسط لها حمايته، فتوسعت بذلك دائرة الكتلة الدستورية للحقوق والحريات الأساسية في الدستور الجزائري.⁴

¹ الميثاق العربي لحقوق الإنسان اعتمد من قبل القمة العربية السادسة عشر التي استضافتها تونس في 23 مايو/ أيار 2004،

موجود نسخة منه على الموقع الإلكتروني لمكتبة حقوق الإنسان بجامعة منيسوتا: <http://hrlibrary.umn.edu>

تم الاطلاع عليه يوم 2023/01/16 على الساعة 00:58.

² بو الشعير سعيد، مرجع سابق، ص 34، 35، 36.

³ الباب الثاني بعنوان الحقوق الأساسية والحريات العامة والواجبات.

⁴ نبالي فطة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة (مجال ممدود وحول محدود)، أطروحة دكتوراه في

العلوم، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008-2009، ص.ص 15، 17.

وفي مقابل ذلك نجد الدستور المصري المعدل في 2019 قد خصص هو الآخر الباب الثالث للحقوق والحريات والواجبات العامة، والأمر نفسه بالنسبة للدستور المغربي لسنة 2011 فهو الآخر خصص الباب الثاني منه للحقوق والحريات الأساسية.¹

2. القانون: ينظم القانون الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور صراحة وتلك التي يضمنها الدستور، ويقرر ما لم يكن قائماً منها من قبل، وكيفية ممارستها وحمايتها وضماناتها، إذن فالتشريعات الوطنية الجنائية والمدنية وغيرها تتولى ترجمة الحقوق والحريات بنصوص واضحة صريحة بغرض حمايتها، فمثلاً يتولى القانون الجنائي حماية الحقوق والحريات من خلال مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وإضفاء وصف التجريم على الأفعال التي تنال من هذه الحقوق والحريات فقط.²

الفرع الثاني: تصنيف الحقوق والحريات الأساسية

لقد أدى الاختلاف في تحديد معنى الحقوق والحريات الأساسية إلى انعكاس تلك الاختلافات على مسألة التصنيف، حيث أن كل تصنيف يستند على المعنى الذي اعتمده، ويتنوع بتنوع المذاهب الفكرية وتباين الأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية لمختلف الدول، ومن جهة أخرى لتنوع طبيعة وموضوع الحقوق والحريات نفسها، وسنحاول التعرف على أشهر هذه التصنيفات.

أولاً: من حيث الأهمية

تم تقسيم الحقوق والحريات بصفة عامة على أساس أهميتها إلى حقوق أساسية لازمة لحياة الإنسان ومتعلقاته بمقومات شخصية، باعتبارها ثابتة لكل فرد بمجرد وجوده وكونه إنساناً، وحقوق غير أساسية بمعنى أقل أهمية من سابقتها.³

أنظر أيضاً: معزوز علي، مظاهر تدويل الدساتير الوطنية في مجال الحقوق والحريات الأساسية من خلال هيمنة المصادر الدولية، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35، عدد خاص، 2021، ص.ص 213، 214.

¹ في فرنسا الحقوق والحريات منصوص عليها في الدستور أو مستوحاة من طرف القاضي الدستوري من من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر بقرار من الجمعية التأسيسية الوطنية في 26 أغسطس 1789، ودبياجة دستور 1946 ودستور 1958 المعدل والمتمم في 2008 إلى جانب ميثاق البيئة 2005.

² إبراهيم محمود الليدي، مرجع سابق، ص 28.

³ محمد حسين سالم صقر، ذياب بن مقبل الشراري، مرجع سابق، ص.ص 33، 34.

ثانياً: على أساس مكونات الفرد كعنصر بشري

هذا التقسيم جاء به العميد "موريس هوريو"، يأخذ فيه بعين الاعتبار الفرد كعنصر بشري وكيان إنساني، من حيث كونه جسداً وروحاً لا يمكن التخلي عن أي منهما، الأمر الذي يستلزم حمايتهما من الناحية القانونية، ويتمثل النوع الأول في الحقوق والحريات الجسدية والتي تحتوي على حرية التصرف في الجسد والسلامة الجسدية والحق في الأمان، وحرية التنقل والحق في الحياة الخاصة، ويقابل هذه الحقوق والحريات الجسدية نوع ثانٍ وُصِفَ بالفكرية والتي تتضمن حريات الرأي والتعبير، والحرية الدينية والتعليم والصحافة.

لكن بالرغم من بساطة هذا التقسيم، إلا أنّ هناك بعضاً من الحقوق والحريات يصعب تصنيفها لا ضمن الجسدية ولا ضمن الفكرية كحرية الجمعيات والتجمع والنقابة والإضراب، مما جعل العميد "موريس هوريو" يضمها إلى نوع ثالث أسماه حريات أخرى، وهو ما أدى إلى انتقاد هذا التقسيم لأنه يفتقر إلى معايير يقوم عليها.¹

ثالثاً: تصنيف الحقوق والحريات على أساس العدد

لقد صُنِّفَت الحقوق والحريات وفق هذا المعيار إلى:²

1. حقوق وحريات فردية

تتعلق بالفرد في حياته الخاصة ولصيقة بشخصه وذاته، ولا يحتاج لتدخل غيره حتى يمارسها، مثال ذلك الحق في الحياة الخاصة وحرية التنقل والرأي.

2. حقوق وحريات جماعية

هي التي تفترض لممارستها مجموعة من الأشخاص أو عدداً منهم، فطبيعتها تفرض على الفرد أن ينضم لغيره من الأفراد لممارستها مثل: حرية الاجتماع والتجمع والجمعيات، وتكوين النقابات، حق الشعوب في تقرير مصيرها، حقوق الأقليات.

غير أنّ هذا التصنيف هو الآخر كان محل انتقاد، لأنّ هناك من الحقوق والحريات ما تعتبر فردية وجماعية في آن واحد مثل: الحرية الدينية فالاعتقاد في ديانة معينة يكون فردياً، لكن ممارسة بعض الشعائر الدينية تتطلب الجماعة.¹

¹ سانة رابع، مرجع سابق، ص 29، 30.

² هذا المعيار جاء به الفقيه "جون مورنيج" ويعتمد على التفريق بين الحقوق والحريات التي يستطيع الفرد ممارستها بمفرده وبين التي لا يستطيع ممارستها إلا مع الجماعة.

رابعاً: تصنيف الحقوق والحريات على أساس الأجيال

هذا التصنيف هو الأكثر شهرة وانتشاراً، بحيث تصنف الحقوق والحريات حسب ظهورها التاريخي إلى أجيال:

1. الحقوق المدنية والسياسية (حقوق الجيل الأول)

وفقاً للمقاربة التقليدية توصف هذه الحقوق بأنها سلبية، بمعنى أنها لا تحتاج إلى تدخل الدولة للتمتع بها، بل إنها تمتع عن ذلك، بحيث يصبح الفرد مستقلاً ويتمتع بأكبر قدر من الحرية. إن هذه الحقوق والحريات جاءت بها الإعلانات الأولى الخاصة بحقوق الإنسان خاصة إعلان حقوق الإنسان والمواطن 1789، وقد تضمنها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، والذي صادق عليه الجزائر في 16 ماي 1989، وتتمثل هذه الحقوق في: الحق في الحياة والحرية وفي أمان الفرد على نفسه واحترام حياته الخاصة والحقوق العائلية والحقوق القانونية والقضائية كحق الدفاع وعدم رجعية القانون الجنائي، عدم التعرض للتعذيب والتحرر من العبودية والمساواة والحق في المشاركة السياسية وحرية الاجتماع وتكوين الجمعيات والرأي والتعبير وحرية العقيدة، والتعاقد، وحق الجنسية والترشح وتقرير المصير.²

2. الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (حقوق الجيل الثاني)

جاءت هذه المجموعة نتيجة لظهور وتطور النظريات الاجتماعية والتضامنية، وقد اشتهر الاهتمام بها أكثر بعد الحرب العالمية الثانية، خاصة بعد التخلي عن فكرة الدولة الحارسة، وتوصف هذه الحقوق بأنها إيجابية بحيث يتطلب إعمالها التزاماً إيجابياً من طرف الدولة وذلك بالتدخل لوضعها موضع التنفيذ وكفالة التمتع بها بصورة حسية مادية، هذه الحقوق والحريات تأخذ شكل مبادئ اقتصادية واجتماعية وثقافية ضرورية تفرضها متطلبات الحياة، وقد تضمنها العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966 والذي صادق عليه الجزائر في 16 ماي 1989، ومن بين هذه الحقوق يوجد: حق العمل والضمان الاجتماعي وحق

¹ سانة رابح، المرجع نفسه، ص 31.

² أشار إليها كل من: محمد حسين سالم صقر، ذياب بن مقبل الشراري، مرجع سابق، ص 33؛ سانة رابح، مرجع سابق، ص 27؛ بو جلال صلاح الدين، محاضرات في قانون حقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة سطيف 2، 2013، 2014، منشورة، الصفحات من 16 إلى 19.

الملكية والحق في الغذاء، والصحة، الحق في التعليم والثقافة والحق في السكن إلى غير ذلك من الحقوق والحريات التي تدخل ضمن هذا الصنف.¹

3. حقوق التضامن (الجيل الثالث)

هذه الحقوق اقتضتها ضرورات الحياة المعاصرة وخاصة بعد التطور العلمي والتكنولوجي الذي يفترض تعاون الجميع سواء على المستوى الداخلي أو الدولي لكونها ذات بعد إنساني عام، سميت بحقوق التضامن لأنّ تحقيقها يتطلب تدخلًا من المجموعة الدولية بهدف تجسيدها على الواقع.

إن حقوق وحريات التضامن تحتوي على قائمة غير محدّدة بالضبط، ولكن أبرزها:

الحق في التنمية والذي ورد في إعلان الحق في التنمية لسنة 1986²، والحق في بيئة نظيفة والحق في السلم واحترام التراث العالمي.

إلى جانب هذه الفئات الثلاث هناك من يضيف نوعًا رابعًا أو جيلًا رابعًا من الحقوق والحريات تسمى المبرمجة أو المستقبلية، وهي توصف بكونها حقوقًا للرفاهية وتوجد خاصة في دول الاتحاد الأوروبي مثل: الحق في السياحة والحق في جودة الحياة.³

وفي الأخير رغم أن البعض يرفض أصلاً تقسيم وتصنيف الحقوق والحريات بحجة أن ذلك مخالف لمبدأ عدم قابلية الحقوق للتجزئة وأن تصنيفها في مجموعات قد يؤدي إلى الاهتمام ببعض الحقوق وإهمال أخرى مما يمس بترابطها، إلا أن تصنيفها حسب الأجيال أمر مقبول ومنطقي وذلك حسب ظهورها التاريخي، وبالتالي لا يوجد ما يخالف مبدأ عدم قابليتها للتجزئة.⁴

أما عن الإشكالية المرتبطة بوصف الحقوق والحريات "بالأساسية" أو "العامة"، والقول بأن الحقوق الأساسية هي فقط التي نص عليها الدستور أو هي حقوق الجيل الأول فقط، فإن ذلك غير منطقي، فالكثير من الحقوق لم تكن أساسية في القديم، وأصبحت من الأمور الأساسية التي لا غنى عنها حديثًا بحكم تعقّد الحياة وتطوّرها في مختلف جوانبها وهذا التطور السريع في الحقوق والحريات يقود إلى اعتبارها جميعًا حريات ضرورية وأساسية وعدم قصرها على الجيل الأول لحفظ كيان الإنسان في جانبه المادي والمعنوي، وسلامة بيئته ومحيطه الاجتماعي والإنسان من كل ما من شأنه أن يعكر صفو تلك الحقوق والحريات أو يحول دون التمتع بها، ضف إلى أنّ صياغة

¹ سانة رابح، مرجع سابق، ص 28؛ بو جلال صلاح الدين، مرجع سابق، ص.ص 20، 21؛ محمد حسين سالم صقر، ذياب بن مقبل الشراري، مرجع سابق، ص 34.

² إعلان الحق في التنمية المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة رقم 128 /41 المؤرخ في 4 ديسمبر 1986.

³ شوقي سمير، مرجع سابق، ص 9.

⁴ لمزيد من التفصيل حول أنواع الحقوق والحريات راجع: سعدي محمد الخطيب، حقوق الإنسان وضماناتها الدستورية (في اثنتين وعشرين دولة عربية، دراسة مقارنة)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 17 إلى 156.

الحقوق المدنية والسياسية (الجيل الأول) بصيغ العموم يجعلها تشمل مختلف الحقوق والحريات المتعلقة بالجيل الثاني بل وحتى الجيل الثالث.¹

ولتفادي الدخول في صراع المصطلحات ومتاهااته، فضل المؤسس الدستوري الجزائري عند إقراره لآلية الدفع بعدم الدستورية في تعديل 2016 و2020 عدم إدراج وصف الأساسية أو العامة على الحقوق والحريات التي تحميها هذه الآلية، واستعمل عبارة "التي يضمنها الدستور"، والتي مفادها أنه لا يهم إن نص عليها الدستور صراحة أو ضمنا أو نص عليها القانون الداخلي من تشريع أو تنظيم أو حتى المعاهدات التي صادقت عليها الجزائر بخصوص الحقوق والحريات، فالمهم أن الدستور يضمنها بأي وسيلة كانت، ولا يهم إن كانت أساسية، أو عامة أو أيا كان وصفها.

¹ عليان بوزيان، عبد القادر بوراس، أثر الدفع بعدم الدستورية في تحقيق الأمن القضائي لحقوق المواطنة، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 15، ع2، 2018، ص.ص 122، 123.

الفصل الثاني:

نطاق ممارسة الرقابة على دستورية

القوانين عن طريق الدفع

يُخضع الدستور القانون لقيود معينة إذا ما خرج عنها يعتبر مخالفاً للدستور ويصير قانوناً غير دستوري، وهذه القيود تتمثل في أمرين لا ثالث لهما، الأول هو الشكل الذي يتطلبه الدستور في القانون الصادر، فالأصل في التشريعات سواء كانت عادية أو فرعية أن تصدر عن السلطة ذات الصلة بالاختصاص وفقاً للإجراءات التي حددها الدستور، أما القيد الثاني فيتمثل في موضوع القانون وفحواه والذي يجب أن يكون متفقاً مع الدستور، وإلا اعتبر مخالفاً في الموضوع للدستور، إذ لا بد بداية من معرفة متى يعتبر القانون مخالفاً للدستور؟ أو بعبارة أوضح ما هي الحالات التي تعيب القانون وتجعله غير دستوري؟ وذلك بهدف الوصول إلى تحديد نطاق الدفع بعدم الدستورية، وبعبارة أخرى معرفة ما إذا كانت مكنة الدفع بعدم الدستورية متاحة لاستعمالها في جميع الحالات التي تعيب القانون وتجعله محل شك في عدم دستوريته، أم أن للمؤسس الدستوري رأياً آخر؟ ومن جهة أخرى، فإن ممارسة القاضي الدستوري لوظيفته المتمثلة في الرقابة على دستورية القوانين - خاصة عن طريق الدفع بما أنه موضوع بحثنا - ليست مطلقة، فعلى القضاء الدستوري أن يحرص وهو بصدد ممارسة اختصاصه على تلافي الصراع مع السلطة المختصة بالتشريع من خلال ما يصدره من أحكام بعدم دستورية ما يصدر عنها من أحكام تشريعية أو تنظيمية، إلا إذا وجدت ضرورة لذلك. فما هي إذاً ضوابط ممارسة القاضي الدستوري لرقابته على دستورية القوانين عن طريق الدفع؟

إن الإجابة على هذه الإشكاليات تتطلب تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: الأسباب الموجبة للطعن بعدم الدستورية

يقصد بأوجه عدم الدستورية العيوب التي يمكن أن تصيب مختلف القواعد القانونية فتجعلها غير دستورية¹، وهي تمثل نطاق الرقابة على دستورية القوانين²، ولأجل تحديد هذه العيوب أو الأوجه ذهب فقهاء القانون العام في مصر³ إلى الاقتباس من أوجه عدم مشروعية القرارات الإدارية، وعلّة الاقتباس أو المحاكاة تكمن في أن نطاق الرقابة على دستورية القوانين يرتد في جوهره وأساسه إلى مبدأ المشروعية في معناه الواسع الذي يتطلب احترام كافة السلطات العامة في الدولة للقواعد القانونية التي تتضمنها المشروعية وسيادة القانون، فالقضاء الإداري يراقب القرارات الإدارية على أساس قواعد الدستور والقانون والمبادئ العامة للقانون، بينما القضاء الدستوري يراقب في مستواه الأعلى القوانين على أساس قواعد الدستور قمة قواعد المشروعية، وانطلاقاً من هذا القاسم المشترك المتمثل في مبدأ المشروعية فإن أوجه عدم الدستورية خمسة مثل أوجه عدم مشروعية القرار⁴، وقد قسمها "السنهوري" إلى طائفتين: طائفة كبيرة تحت اسم مخالفة التشريع للدستور تضم العيوب المتصلة بالاختصاص والشكل والمحل، أما عيب السبب والانحراف في استعمال السلطة فوضعهما في طائفة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية معتبراً أن السبب والغاية متصلان، فأسباب التشريع توجد في مذكرته الإيضاحية أو ديباجة القانون أو الأعمال التحضيرية له بوجه عام، وهي تكشف عن الغاية من التشريع⁵.

ورغم أن هذا الطرح مقبول ومنطقي، لكن لا بأس أن نستدل بالتقسيم التقليدي المعروف، حيث تقسم فيه أوجه عدم الدستورية إلى العيوب الشكلية والعيوب الموضوعية⁶.

المطلب الأول: أوجه المخالفة الشكلية للدستور

تتعلق الأوجه الشكلية للرقابة على دستورية القوانين في الأساس بطرق سن القوانين وإصدارها، والتي تتطلب ضرورة مراعاة عنصري الاختصاص والشكل والإجراءات لدى صياغة القاعدة القانونية⁷.

1 عتوتة سميرة، مرجع سابق، ص 266.

2 صافي حمزة، مرجع سابق، ص 40.

3 على رأسهم الأستاذ الدكتور "عبد الرزاق السنهوري".

4 محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 126.

5 محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، المرجع نفسه، ص. ص 127، 128.

6 هناك من يطلق عليها أوجه عدم الدستورية الخارجية والداخلية.

7 صافي حمزة، مرجع سابق، ص 40.

الفرع الأول: الرقابة الدستورية على عيب عدم الاختصاص

انطلاقاً من مبدأ الفصل بين السلطات أوكلت الدساتير إلى كل سلطة اختصاصها، بحيث لا يجوز مباشرة الاختصاص إلا من قبل السلطة التي حددها الدستور، كما لا يجوز لأي سلطة أن تفوض اختصاصاتها إلا بنص صريح في الدستور.

وعموماً يقصد بعدم الاختصاص: "مخالفة النص التشريعي أو اللائحي لقواعد توزيع الاختصاص التي وضعها الدستور"¹، وهذا يعني أن فكرة الاختصاص في المجال الدستوري تقوم على وجوب مباشرة الاختصاص من الجهة التي حددها الدستور لممارسته، وهي تجد مصدرها في الدستور مباشرة²، كما أنها تقوم على أربعة عناصر يمكن للمجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية أن تبسط رقابتها عليها وتحكم ببطلان القانون الذي يخرج عنها، وتتمثل فيما يلي:

1. العنصر الشخصي: يقتضي هذا العنصر أن يصدر القانون من العضو أو السلطة المختصة به وفقاً لأحكام الدستور، والأصل أن يصدر التشريع من صاحب الاختصاص الأصل ممثلاً في البرلمان³، ولا يجوز الخروج عن هذا الأصل إلا بنص صريح من الدستور، كما فعل المؤسس الدستوري الجزائري حيث سمح لرئيس الجمهورية استثناء التشريع بأوامر في المجالات المحددة حصراً للبرلمان وذلك في حالات معينة ووفق شروط محددة.⁴

إذاً، فعدم الاختصاص العضوي يتحقق في حالة صدور القانون أو اللائحة من طرف عضو أو سلطة لم يمنحها الدستور اختصاصاً بذلك.

2. العنصر الموضوعي: يتصل هذا العنصر بموضوع التشريع ومادته من جهة تحديد الأعمال التي أناطها الدستور بالسلطة التي عهد إليها بمزاومتها⁵، ومؤدى ذلك أن تقوم السلطة التشريعية بممارسة سلطة التشريع في الموضوع الذي حدده لها الدستور وإلا كان التشريع مخالفاً للدستور، وتكون حالات عدم الاختصاص الموضوعي أكثر ظهوراً عندما تقوم السلطة التنفيذية بممارسة مهمة التشريع كاستثناء من الأصل العام، حيث تكون مهمتها في هذا المجال محدودة بنصوص

¹ لصلح نوال، مرجع سابق، ص 981.

² عتوتة سميرة، مرجع سابق، ص 267؛

³ مثال ذلك المادة 112 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2016 والمادة 140 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020، والمادة 101 من الدستور المصري لسنة 2014.

⁴ أنظر: المواد 142، 98، 2/146 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر

2020، ج. ر. ج. ع. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

⁵ عتوتة سميرة، مرجع سابق، ص 270؛ لصلح نوال، مرجع سابق، 982.

دستورية، فإذا تعدت المجال المحدد لها في الدستور، فإن ما يصدر عنها يعتبر مشوباً بعيب عدم الدستورية لتخلف العنصر الموضوعي في الاختصاص.

3. العنصر الزمني: قد يضع الدستور قيوداً زمنياً على ممارسة الاختصاص من قبل السلطة التشريعية أو التنفيذية، فإذا لم تُراعِ السلطة التي تقوم بتلك المهمة القيد الزمني وأصدرت التشريع في وقت لم يكن لها في ممارسة هذا الاختصاص اعتبر عملها مخالفاً للدستور لعيب عدم الاختصاص الزمني، ومثال ذلك أن يصدر رئيس الجمهورية قراراً بقانون في حالة الضرورة في حين أن مجلس الشعب كان منعقداً وليس غائباً¹، أو في حالة إقرار البرلمان لقانون بعد حله أو انتهاء المدة المحددة له في الدستور.

4. العنصر المكاني: درجت معظم الدساتير على تحديد مكان معين تمارس في السلطة التشريعية اختصاصها، وعادة ما تكون عاصمة الدولة هي مقر البرلمان²، وإن حدث وأن مارس البرلمان اختصاصه بالتشريع خارج مقره الرسمي، فإن عمله يكون غير دستوري لمخالفة قواعد الاختصاص المكاني، طبعاً ما عدا في حالة الظروف الاستثنائية.

تجدر الإشارة إلى أن مخالفة المشرع لقواعد توزيع الاختصاص لا يقتصر على العناصر السالف ذكرها فقط، بل يعتبر كذلك تخلي المشرع عن مباشرة اختصاصه بسن التشريع أو تنازله عن بعض اختصاصاته للسلطة التنفيذية أحد العيوب التي تصيب التشريع الصادر عن المشرع، وهو ما يطلق عليه بعيث عدم الاختصاص السلبي للمشرع، وقد ميز بعض الفقه³ بين عدم الاختصاص السلبي للمشرع وبين الإغفال التشريعي، حيث أن الأول يتعلق بتخلي السلطة التشريعية عن اختصاصها كلياً أو جزئياً لتباشره السلطة التنفيذية، في حين أن الإغفال التشريعي هو عدم تخلي المشرع عن مباشرة اختصاصاته الدستورية التي منحها له الدستور لمصلحة أية سلطة أخرى، فإذا تناول المشرع إحدى المسائل التي يختص بتنظيمها، فإن تنظيمه هنا يكون ناقصاً وقاصراً على ما يحيط بكافة جوانبه بالشكل الذي يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للمسألة محل التنظيم التشريعي.

الحقيقة أن رقابة القاضي الدستوري على عنصر الاختصاص الإيجابي لا تثير أية إشكالية، لكن تخلي المشرع وامتناعه عن ممارسة اختصاصه التشريعي الذي منحه له الدستور هو الذي

¹ المادة 147 من الدستور المصري لسنة 1971 المعدل والمتمم.

² المادة 114 من الدستور المصري المعدل والمتمم في 2014.

³ بالجيلالي خالد، الاختصاص السلبي للمشرع والرقابة الدستورية عليه (دراسة مقارنة)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع7، جوان 2017، ص76.

يثير إشكالية، الأمر الذي يطرح تساؤلاً فيما إذا كان سكوت المشرع عن مباشرة اختصاصه التشريعي يعتبر مخالفة لقواعد الدستور؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل، تجدر الإشارة أولاً إلى أن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ظاهرة قانونية متعددة الأشكال، لها صور متداخلة جعلت فقهاء القانون الدستوري يختلفون حول تصنيفها، فقد حددها البعض في الحالات التي يرفض فيها البرلمان ممارسة اختصاصه التشريعي والحالات التي ينقل على إثرها هذا الأخير اختصاصه في إنشاء النصوص التشريعية إلى السلطة التنظيمية عن طريق الإحالات المباشرة وغير المباشرة¹، وبالمقابل حدد آخرون صورة في حالتها التفويض التشريعي سواء بطريقة لا تحترم فيها الشروط والإجراءات التي حددها الدستور لإمكانية ممارسته، أو أثناء مباشرته له من دون نص دستوري يبيح إمكانية التفويض، أو بطريقة ضمنية تبرز فيها فكرة عدم الاختصاص السلبي من الصياغة التي يعتمدها المشرع في النص القانوني لشدة عموميته وعدم دقته ووضوحه بما يتم تفسيره على أنه تفويض تشريعي أثناء مرحلة التنفيذ، وفي حالة التي يشرع فيها البرلمان قانوناً غير مكتمل لعدم مراعاته للدقة أثناء سنه له كحالة الإغفال التشريعي النسبي حينما يصدر البرلمان قوانين تحتوي على نقائص².

لكن انطلاقاً من تعريف عدم الاختصاص السلبي للمشرع بأنه: "ظاهرة مخالفة للدستور ناتجة عن مجموعة من الأفعال السلبية الصادرة عن المشرع تقع حينما يرفض هذا الأخير سن قوانين معينة مما يترك فراغاً تشريعياً أو عندما يغفل أو يتجاهل أثناء صياغته للقانون بعض القواعد القانونية والأحكام التشريعية أو المبادئ الدستورية التي تشكل ضمانات لحقوق الأفراد مما يترك ثغرات قانونية، أو أثناء تنازله عن بعض القواعد والأحكام التشريعية للسلطة التنظيمية عن طريق الإحالة التشريعية المباشرة وغير المباشرة أو التفويض غير المشروع أو لدى صياغته

¹ VIDA A, et NAQUET I. G (2015), Cit Etat de La jurisprudence du conseil constitutionnel sur l'incompétence négative, Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel 46, p. 09.

أشارت إليه: عنان أمال، مساهمة الدفع بعدم الدستورية في الكشف عن عدم الكفاءة السلبية للبرلمان، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، ع01، أبريل 2021، ص 329.

²Maitre A. B, Des requêtes conseil d'état l'incompétence négative « fause ami » du juge administratif (l'incompétence en droit constitutionnel), nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, N° 46, Janvier 2015, p 02 ; Georges S., L'incompétence négative du législative et des administrative, Annuaire international de justice constitutionnel 1989, p 162, Récupéré sur le site : www.press.fr/doc/aijic-0995-3817; Jordan A., l'inefficacité passive à l'étranger, 2015, p 09, sur : <http://www.cairn.info/revuelesnouveauxcahiersduconseil>

أشارت إليهم: عنان أمال، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

لقوانين غامضة فضفاضة قابلة للتأويل سواء كانت هذه الأفعال عن قصد أو عن غير قصد¹، يمكن القول بأن الإغفال التشريعي ما هو إلا صورة من صور عدم الاختصاص السلبي المشرع إلى جانب الصور الأخرى.

لقد نصت بعض الدساتير صراحة على إمكانية الرقابة على امتناع المشرع وسكوته عن ممارسة اختصاصه الدستوري كالدستور البرتغالي والدستور المجري و دستور جنوب إفريقيا، وبخلاف ذلك لم يقرر الدستور الفرنسي والجزائري والمصري تنظيماً خاصاً بالرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ومع ذلك فقد استطاع القضاء الدستوري الفرنسي والمصري نوعاً ما أن يوسع من مجال رقابته على دستورية القوانين لتمتد كذلك إلى الرقابة على الامتناع التشريعي من خلال مراقبة حالات انتهاك المشرع لقواعد الاختصاص وتجاوز حدود ولايته التي حددها الدستور، وكذا مراقبة حالة إفراط المشرع في تفويض اختصاصه كله أو عدم التقيد بحدوده².

ومن ذلك ما قضى به المجلس الدستوري الفرنسي في 26 يناير 1967 بعدم دستورية قانون المستشارين المقررين الذي أحال على اللائحة لتحديد شروط تعيين هؤلاء القضاة بصورة دائمة، حيث اتجه إلى القول بأن المشرع قد تنكر من اختصاصه عندما أحال على اللائحة للتقرير في موضوعات تدخل في مجال اختصاص القانون العضوي³، كذلك المحكمة الدستورية العليا بمصر استطاعت أن تمد رقابتها لحالات سكوت وامتناع المشرع عن مباشرة اختصاصه التشريعي كما حدده الدستور، لاسيما في الحالات التي يعجز فيها المشرع عن تنظيم المسائل التي يعهد الدستور أمر تنظيمها وتسويتها بصورة كاملة أو عندما لا يمارس المشرع اختصاصه التشريعي على الوجه المبين، وقد كان أول حكم لها حول الامتناع التشريعي قد اتجه إلى رفض رقابة الامتناع التشريعي⁴ أو كما سماه البعض "الإغفال التشريعي"⁵ والذي اعتبر أن إغفال المشرع أو قصوره في التنظيم لأحد الموضوعات يعد من قبيل الملاءمات التي يستقل بتقديرها المشرع ومن ثم عدم امتداد

¹ عنان أمال، المرجع نفسه، ص 331.

² أنظر المادة 382 من الدستور البرتغالي لسنة 1976؛ بالجيلالي خالد، مرجع سابق، ص 82.

³ Décision n° 67-31 DC du 26 Janvier 1967, sur le site : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

⁴ بعض الفقه يطلق على الامتناع التشريعي الكلي عدم الاختصاص السلبي.

CF : George SCHMITTER, L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives, A.I.J.C, édit Economica, 1989, p. 141,142.

⁵ حسين عبد الدايم صابر محمد علي، رقابة الإغفال ووسائل معالجتها في القضاء الدستوري وأثرها على الإصلاح التشريعي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع79، مارس 2022، ص 786؛ أنظر أيضاً: ورقة مقدمة من وفد جمهورية مصر العربية إلى المؤتمر العالمي الثاني حول العدالة الدستورية تحت عنوان "إطالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ضوء مبدأ الفصل بين السلطات، بالبرازيل، ريودي جانيرو، يومي 16 و18 يناير 2011، ص 15، منشورة على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.venice/co/int/WCCJ/Rio/Papers/EGY_Supreme_Court_ARA.pdf

تم تنزيله يوم 27 جوان 2022 على الساعة 14:27.

الرقابة إليه¹، هذا وقد أقرت في حكم آخر لها أنه لا شأن لها بتخلي السلطة التشريعية أو التنفيذية عن واجباتها ولا تفريطها في مسؤوليتها²، لكن موقف المحكمة الدستورية العليا إزاء الإغفال التشريعي وإمكانية الرقابة عليه قد تغير تدريجياً، حيث قضت بعدم دستورية القرار بقانون رقم 104 لسنة 1964 بأيلولة ملكية الأراضي الزراعية التي تم الاستيلاء عليها، طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 بشأن الإصلاح الزراعي، والقرار بقانون رقم 127 لسنة 1961 المعدل له، إلى الدولة دون مقابل على سند من أن القرار بقانون المقضي بعدم دستوريته قد أغفل تقرير حق الملاك في التعويض عن أراضيهم المستولى عليها³.

يبدو أن المحكمة الدستورية العليا قد أخذت بصورة الإغفال التشريعي الجزئي وليس الكلي، ذلك أن السكوت عن تنظيم مسألة ما تنظيمياً تشريعياً لا يعد من قبيل الإغفال التشريعي، فتقرير الحاجة إلى التشريع ومن ثم التدخل لتنظيم الموضوع محل هذا التشريع، أو عدم الحاجة إليه ومن ثم فإن السكوت عن هذا التنظيم يعد أهم خصائص السلطة التقديرية للمشرع ما لم يطلب منه الدستور هذا التدخل، فلا صلة بين الحاجة للتشريع وبين دستوريته، فأقرار قانون في موضوع معين - وعلى ما قضت به المحكمة الدستورية العليا - هو مما تستقل السلطان التشريعية والتنفيذية بتقديره وفقاً لحكام الدستور⁴.

أما عن موقف المجلس الدستوري الجزائري، فقد ساهم بطريقة غير مباشرة من خلال قراراته وتحفظاته في حث المشرع على ضرورة التدخل لممارسة اختصاصه التشريعي باعتبار أن سكوت المشرع أو امتناعه عن مباشرة اختصاصه التشريعي قد يؤدي إلى حدوث فراغ تشريعي أو انتهاك لقواعد الدستور، ومن قراراته ما يفسر بها النصوص التشريعية التي وضعها المشرع لتوضيح وسد ما بها من نقص⁵.

في الأخير، يمكن القول بأن الاتجاه الدستوري الحديث يذهب إلى خروج الإغفال الكلي عن رقابة القضاء الدستوري⁶، لكن ذلك لا ينفي حقيقة ضرورة وجود الرقابة الدستورية على الإغفال

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 13 لسنة 1 قضائية دستورية بجلسة 16 فبراير 1980.

² حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 34 لسنة 15 قضائية دستورية الصادر بجلسة 04 يناير 1997.

³ القضية رقم 03 لسنة 01 قضائية دستورية بجلسة 1983/06/25.

⁴ الورقة المقدمة من وفد جمهورية مصر العربية بعنوان "إطلالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين"، مرجع سابق، ص 15.

⁵ بالجيلالي خالد، مرجع سابق، ص 81.

⁶ تجدر الإشارة إلى أن محكمة القضاء الإداري كان لها رأي آخر، فقد قام القاضي بوقف نظر الدعوى وإحالة أوراقها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى دستورية المواد: 19، 20، 21، 22، 23، 24، 51، 52، 54 من قانون التأمين الاجتماعي رقم 79 لسنة 1975 فيما لم يتضمنه من النص على تحديد حد أدنى للمعاشات يضمن الحياة الكريمة، ويعد من الحكم أول حكم بالإحالة إلى المحكمة الدستورية لمباشرة رقابة الإغفال بعد نفاذ دستور مصر الحالي المعدل والمتمم في 2014.

التشريعي خاصة عندما يتعلق الأمر بحقوق الأفراد وحررياتهم، فعندما ينص الدستور على حق من الحقوق أو حرية من الحريات ويوكل أمر تنظيمها إلى المشرع يصبح أمر تنظيمها واجبا من واجبات المشرع، فلا يجوز امتناعه عن تنظيمها، وإلا اعتبر عمله السلبي هذا اعتداء على الحقوق والحريات¹، وقد ساهمت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حماية هذه الحقوق والحريات عندما قضت بعدم دستورية الفقرة 03 من المادة 26 من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة رقم 75 لسنة 1965 لإغفالها النص على ما يوجب سماع أقوال العضو المحال إلى التحقيق، والذي يمس بأساسيات ومبادئ الحق في الدفاع.²

الفرع الثاني: الرقابة الدستورية على مخالفة الشكل

يقصد بعبء الشكل: "أن يصدر القانون أو التشريع عموما، على خلاف الإجراءات التي أوجبهها الدستور في كل مراحل صنع القانون، سواء مرحلة الاقتراح والإعداد أو مرحلة الإقرار أو الإصدار...."³

وفي تعريف آخر له هو: "مخالفة القانون أو اللائحة للقواعد الدستورية من حيث المظهر الخارجي والإجراءات المتبعة لسن تشريع أو إصدار لائحة"⁴، فحتى يكون التشريع دستوريا أوجب الدستور استيفائه للشروط الشكلية من اقتراح وإقرار وإصدار، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 121 من الدستور المصري لسنة 2014 على وجوب حضور الأغلبية المطلقة للأعضاء لصحة انعقاد المجلس، وقد بسط المجلس الدستوري الفرنسي رقابته على الشكليات والتحقق من مدى توافرها، ومن ذلك مراعاة إجراءات اقتراح القوانين طبقا للفقرة الأولى من المادة 39 ومراعاة إجراءات المادة 44 المتعلقة بحق الحكومة وأعضاء البرلمان في إدخال التعديلات على مشاريع القوانين.⁵

كذلك الأمر بالنسبة للمجلس الدستوري الجزائري، فهو يمارس رقابته على الجانب الشكلي للقوانين الصادرة سواء عن البرلمان أو رئيس الجمهورية، ففي قراره الصادر بتاريخ 10 مارس 2021 المتعلق بمراقبة دستورية قانون الانتخابات، بسط المجلس الدستوري الجزائري رقابته على

الدعوى رقم 18414 لسنة 68 قضائية الصادر بجلسة 2015/07/27.

¹ الحسين عبد الدايم صابر محمد علي، مرجع سابق، ص 796.

² حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 162 لسنة 19 قضائية دستورية في جلسة السابع من مارس 1998.

³ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 139؛ بن بغيلة ليلى، دعوى الدفع بعدم الدستورية في ظل

التعديل الدستوري لسنة 2016 استئناسا بالتجربة الفرنسية، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع12، ديسمبر 2017، ص 61.

⁴ لصلح نوال، مرجع سابق، ص 982.

⁵ DC n°86-225 du 23 Janvier 1987, en ligne sur le site : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

عنصر الشكل في الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات قبل التطرق إلى موضوعه، من خلال تأكده مثلا من عرض الأمر على المجلس الدستوري، وأخذ رأي مجلس الدولة، وقرر من حيث الشكل دستورية إجراءات الإعداد والمصادقة على الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات.¹

إن الغرض من الشكليات في المجال التشريعي قد يكون الإشهار بسلامة الإرادة التشريعية وبأن كل شيء سار على ما يرام حسب الأوضاع الدستور، باعتبار أن الشكل هو المظهر المادي للتعبير عن الإرادة، وقد تكون الحكمة من تقديم اقتراح القانون من قبل عدد من الأعضاء هي تأكيد مدى جدية وأهمية المقترح قبل اقتراح سلسلة من الإجراءات التي تبدو طويلة وتتطلب وقتا كإدراجه في جدول الأعمال والتصويت عليه، وحكمة إدراج الأعمال التشريعية في جدول الأعمال قبل مناقشتها هي تجنب اتخاذ أعمال تشريعية جوهرية في غياب عدد مؤثر من الأعضاء، بحيث لو كان لديهم علم مسبق بجدول الأعمال لحضروا جميعا، فضلا عن تمكين الأعضاء من التهيؤ لما تتطلبه هذه الأعمال من استشارة مسبقة من ذوي الاختصاص قبل اتخاذ موقف منها بالتصويت عليها من عدمه.²

لذلك يعد عنصر الشكل والإجراءات مهما في العمل التشريعي، وتخلفه يؤدي إلى عدم دستورية هذا العمل التشريعي، مما يستوجب فرض الرقابة الدستورية عليه، لكن هل يؤدي غياب الشكل والإجراءات إلى بطلان العمل التشريعي؟

في الحقيقة انقسم الفقه إلى اتجاهين، اتجاه يميز بين الإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية، حيث أن الأولى يترتب على مخالفتها بطلان العمل التشريعي ومثال ذلك تمرير البرلمان لمشروع قانون دون حصوله على النسبة المطلوبة للتصويت عليه، فالقانون في هذه الحالة يعد باطلا لمخالفته إجراء جوهريا³، أما الثانية فليس لها تأثير كبير على التشريع وتخلفها لا يصيبه بعب

¹ لمزيد من التفصيل راجع: القرار رقم 16/ق.م. د/21 المؤرخ في 26 رجب عام 1442 الموافق 10 مارس سنة 2021 المتعلق بمراقبة دستورية الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، متواجد في أرشيف المجلس على الموقع الإلكتروني:

<http://www.cour-constitutionnelle.dz>

² فارس حامد عبد الكريم، أسباب الطعن بعدم الدستورية، بحث متوفر على الموقع الإلكتروني:

<https://iraker.dz/maqalat24/destor.htm>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/06/29 على الساعة 16:19.

³ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستورية القوانين (دراسة تطبيقية)، الكتاب الأول (التطور التاريخي لفكرة الانحراف)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص 191.

الشكل والإجراءات، كأن يقدم أحد أعضاء البرلمان اقتراح قانون ولم يعرضه على لجنة الاقتراحات قبل تحويله على لجنة الموضوع.¹

ولعل هذا الاتجاه قد سائر القاعدة المعمول بها في مجال القرارات الإدارية، حيث أخذ القضاء الإداري به وأقر بوجود شكليات جوهرية وأخرى ثانوية.

أما الاتجاه الثاني فقد ذهب إلى أن جميع الإجراءات والشكليات التي وردت في الدستور تعتبر جوهرية ويجب مراعاتها دون تمييز أو تفرقة بينهما حيث تحتل القواعد الدستورية نفس المرتبة ويترتب على مخالفة أي منها البطلان.²

انطلاقاً مما سبق ذكره، فإن القول بوجود إجراءات وشكليات جوهرية وأخرى ثانوية يترتب عليه هدم وحدة القواعد الدستورية وانحراف عن القاعدة المرجوة من وراء إدراج القواعد الإجرائية في صلب الدستور، فلو كانت غير ضرورية أو غير جوهرية فما الداعي من إدراجها ضمن الوثيقة الأسمى في البلاد وعليه فإن كل القواعد الإجرائية الواردة في الدستور هي قواعد جوهرية وجب على المشرع العادي أو الفرعي أن يلتزم بها وإلا اعتبر العمل الصادر عنه غير دستوري وباطل بطلاناً مطلقاً.³

المطلب الثاني: أوجه المخالفة الموضوعية للدستور

تعتبر العيوب الموضوعية الأكثر شيوعاً والأكثر أهمية في الواقع العملي، وهذا يرجع من ناحية إلى ندرة المخالفات الشكلية من جانب المشرع لإجراءات إعداد وتقرير القانون، ومن ناحية أخرى العيوب الموضوعية المتصلة بمضمون نصوص القانون ومقارنتها بنصوص الدستور المتصلة بالمبادئ التي تتضمنها النصوص هي التي تجذب اهتمام الفقه قاطبة⁴، وكذا الأفراد لأنهم الأكثر تأثراً بها خاصة عندما يتعلق الأمر بحقوقهم وحياتهم.

والأوجه الموضوعية للمخالفة الدستورية منها ما يتعلق بعيب المحل ومنها ما يتعلق بالانحراف التشريعي وهما الأكثر شيوعاً، ويضاف إليهما عيب السبب.

¹ محمد ماهر أبو العينين، المرجع نفسه، ص 192.

² محمد ماهر أبو العينين، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ صافي حمزة، مرجع سابق، ص 47.

⁴ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 142؛ بن بغيلة ليلى، مرجع سابق، ص 61.

الفرع الأول: العيب الذي يلحق محل التشريع

إن محل التشريع هو موضوعه، وموضوع التشريع الذي هو المركز القانوني الذي تتجه إرادة المشرع إلى إحداثه، وهو إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغائها، فالتشريع الذي يسن بشأن الخدمة العامة يكون مضمونه خلق مراكز قانونية متعددة منها المركز القانوني للموظف العام والرئيس الإداري وطبيعة سلم التدرج الوظيفي وواجبات الموظف العام وحقوقه، ويتعين أن يكون محل التشريع منقفاً مع مضمون الدستور ومبادئه العامة ملتزماً بالضوابط والقيود التي يصنعها له الدستور، ومثال ذلك أن يمنح القانون لموظفي جهة إدارية معينة امتيازات وحقوق تفوق ما منحه لغيرهم من موظفي إدارات الدولة الأخرى، و ذلك من دون مبرر واقعي أو قانوني يكون سنداً للتمييز، فالمشرع بهذا العمل يكون قد خرج على مبدأ دستوري مهم وهو مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، وهذا هو العيب الذي يلحق محل التشريع أو موضوعه.¹

ومن صور عيب المحل في التشريع: مخالفة مبدأ سمو الدستور ومخالفة القيود الموضوعية الواردة بالدستور خروج التشريع عن قاعدة العمومية والتجريد، مخالفة مبدأ سيادة القانون، هذا ويتبدى عيب محل التشريع على وجه الخصوص في مخالفة التشريع في محله لنص من نصوص الدستور التي ترسم للمشرع سلطة محددة أو مقيدة، ويبدو تطبيق ذلك في نوعين من النصوص الدستورية هما النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات، النصوص الدستورية في غير موضوع الحقوق والحريات.

وتعتبر النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات الأكثر أهمية وشيوعاً في مجال الرقابة على دستورية القوانين المنظمة لها، والتي سعى المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري (المحكمة الدستورية حالياً) وكذا المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى صيانتها وحمايتها من خلال القرارات والأحكام الصادرة عنهم بعدم دستورية النصوص القانونية التي تنتهك المبادئ والقواعد الدستورية المنظمة للحقوق والحريات، سواء كان ذلك في ظل الرقابة الدستورية السابقة أو اللاحقة على صدور القانون.

¹ فارس حامد عبد الكريم، أسباب الطعن بعدم الدستورية، بحث متوفر على الموقع الإلكتروني:

<https://iraker.dz/maqalat24/destor.htm>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/06/29 على الساعة 16:19.

إن الرقابة الدستورية على محل التشريع لا تثير إشكالا فقهيًا حول الاعتراف بها، بل هي مطلب وحجة كل فقيه في سبيل حماية الحقوق والحريات بصفة خاصة من الانتهاكات التي قد تمس بها جراء تطبيق قانون غير دستوري.

الفرع الثاني: الرقابة الدستورية على عيب السبب والانحراف التشريعي

لقد سبق وأن تمت الإشارة إلى أن "السنهوري" قد اعتبر أن السبب والغاية متصلان بقوله أن أسباب التشريع توجد في مذكرته الإيضاحية أو ديباجة القانون أو الأعمال التحضيرية له بوجه عام، وهي التي تكشف عن الغاية من التشريع، ومع ذلك لا بأس بالتطرق إليهما كل على حدة.

أولاً: عيب السبب في التشريع

يقصد بالسبب في القانون: "الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع لصدور القانون"¹، ويشترط في سبب القانون أن يكون موجوداً ودستورياً:

1. أن يكون السبب موجوداً: يشترط في سبب القانون أن يكون له وجود فعلي ومادي، وعلى الرغم من أن الدستور يمنح للمشرع سلطة تقديرية في اختيار السبب الذي بموجبه يتم سن القانون، فإن هناك حالات محددة توجب ذلك، مثل لائحة الضرورة فسبب إصدارها هو الحالة الواقعية المتمثلة في وجود خطر داهم يستلزم المواجهة السريعة لهاته الحالة، فإن انعدم هذا السبب أصبحت اللائحة باطلة، وانطلاقاً من هذا السبب تتحدد غاية المشرع وهي الحفاظ على النظام العام.²

2. أن يكون السبب دستورياً: إن رقابة القاضي الدستوري لعنصر السبب تقتصر فقط على ما حدده الدستور فإن لم يشر إليها الدستور، فلم يعد في هذه الحالة مجال لرقابة السبب في القانون، وهو ما قضت به المحكمة الدستورية العليا المصرية حيث أشارت إلى أن: "نصوص الدستور لا تتعارض أو تتهدم فيما بينها ولكنها تتكامل... ولا محل بالتالي لإلغاء بعضها البعض بقدر تصادمها ذلك أن انعقاد الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها يفترض العمل بها".³

¹ صافي حمزة، مرجع سابق، ص 51؛ لصلح نوال، مرجع سابق، ص 983.

² صافي حمزة، مرجع سابق، ص 51.

³ محمد سويلم، ببيان الدستور المعاصر (دراسة مقارنة في ضوء الفقه والقضاء الدستوري)، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2014، ص 345؛ أشار إليه: صافي حمزة، مرجع سابق، ص 51.

كما أنها أقرت بعدم دستورية القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 لأن الأسباب التي استند إليها القرار المذكور لا تتحقق فيها الضوابط المقررة في الفقرة من المادة 147 من الدستور المصري، حيث أن تلك الأسباب تفيد أنه لم يحدث أي طارئ لحظة غياب مجلس الشعب المصري يمكن من خلاله تصور الحالة التي تجيز لرئيس الجمهورية أن يصدر تشريعات استثنائية طبقا للمادة 147 من الدستور المصري.¹

ويمكن القول بأن تدخل القاضي الدستوري للحكم بعدم دستورية القانون لانعدام سبب وجوده برز في الكثير من الحالات، خصوصا في دول يكون للسلطة التنفيذية دور كبير في إنفاذ السياسة الاقتصادية وأن دور هذه السلطة السياسي بارز ومنافس لدور البرلمان، وهنا يتولى القاضي الدستوري إعادة التوازن في علاقة البرلمان بالسلطة التنفيذية عندما تُفوّت هذه السلطة على البرلمان دوره في المراقبة الدقيقة للسبب في سن هذه التشريعات بالمخالفة لحكم الدستور باستغلال حالة الضرورة والظروف الطارئة لتمرير تلك القوانين، ويكون على القاضي الدستوري التصدي لذلك صونا للحريات والحقوق التي تحاول السلطة التنفيذية انتهاكها عن طريق تشريعات الطوارئ أو الالتفاف على البرلمان باستغلال تلك الحالات.²

ثانيا: عيب الانحراف التشريعي

يتعلق عيب الانحراف التشريعي بعنصر الغاية من التشريع، فكما أن القرارات الإدارية عليها أن تستهدف الصالح العام أو الغرض المحدد لها في القانون³، فإن القوانين كذلك عليها أن تستهدف الصالح العام ما لم يحدد الدستور لها أهدافا خاصة.⁴

وقد عرفه العديد من الفقهاء، من بينهم "يحي الجمل" بأنه: "استعمال الجهة المختصة بالتشريع سلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة، سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة، أو بابتغاء هدف مغاير للهدف الذي حدده القانون".⁵

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 28 لسنة 02 قضائية دستورية الصادر في مارس 1985.

² محمد الحافي، التوسع في فئات الطاعنين ومراجع الطعن باب ولوج إلى العدالة الدستورية، أعمال الندوة الدولية المنظمة من طرف المحكمة الدستورية للمملكة المغربية بالشراكة مع أكاديمية المملكة المغربية بعنوان: "الولوج إلى العدالة الدستورية - الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين"، المملكة المغربية، مراكش، 27-28 شتنبر 2018، ص 147.

³ يسمى ذلك بقاعدة تخصيص الأهداف.

⁴ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 152.

⁵ صديق سهام، الانحراف التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، ع02، 2019، ص 1943.

بينما عرفه "عبد الرزاق أحمد السنهوري" بأنه: "استعمال السلطة التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به".¹

أما الدكتور "إبراهيم محمد الشرفاني" فقد ذهب إلى تعريفه بأنه: "عمل قصدي من جانب السلطة التشريعية، أي أنها تسعى بإرادة واعية إلى تحقيق غاية أخرى غير التي من أجلها منحها الدستور سلطة التشريع، كما أن السلطة التشريعية قد تتستر وراء العبارات العامة لإظهار أن التشريع قد صدر ليطبق على الكافة ولكننا إذا بحثنا عن الغاية الحقيقية من وراء سنها للتشريع نجد أنها كانت تقصد في الواقع أن ينطبق التشريع على فرد أو فئة معينة بالذات إضراراً بهم أو لتحقيق مصلحة لهم، ومن هنا تظهر خطورة الانحراف التشريعي على حقوق الأفراد وحياتهم".²

إن ما يميز عيب الانحراف التشريعي أنه عيب قصدي حيث تتجه إرادة المشرع إلى مخالفة الغاية التي كان يجب تحقيقها من التشريع، كما أنه خفي لا يمكن ملاحظته من ظاهر النص وهو ما يشكل خطورة كبيرة على الحقوق والحريات، كما أن المعيار الذي يقاس على هديه مدى تحقق عيب الانحراف التشريعي يقتصر على الجانب الموضوعي مع استبعاد الشق الذاتي، فلا يمكن القول بأن للمشرع نوايا شخصية سيئة كالانتقام أو إفادة أشخاص معينين، كما أن المعيار الذاتي يبحث في نوايا المشرع وهو ما لا يتوافق مع الرقابة الدستورية التي تعتبر رقابة مشروعية لا ملائمة، لذلك فإن إثبات وجود عيب الانحراف التشريعي يستوجب إثبات العنصر الموضوعي المتمثل في عدم تحقيق الصالح العام أو عدم استهداف الغاية المخصصة التي حددها الدستور.³

إذا كان مجال عيب المحل في التشريع هو السلطة المقيدة للسلطة التشريعية، فإن مجال عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هو السلطة التقديرية للمشرع، ويتضمن مخالفة لروح الدستور لا ظاهره يصعب إثباتها وإسنادها إلى السلطة التشريعية التي تجمع نواب الشعب والأمة، فليس عادياً أن نسند لنواب الأمة الانحراف عن الصالح العام.⁴

ويتحقق عيب الانحراف التشريعي فيما يلي:

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، ع3، مصر، يناير 1952، ص 65؛ أشارت إليه: صديق سهام، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

² إبراهيم محمد الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة صلاح الدين، أربيل، العراق، 2013، ص 232؛ أشارت إليه: صديق سهام، المرجع نفسه، ص 1944.

³ صديق سهام، مرجع سابق، ص 1947؛ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 154، 155.

⁴ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 154.

1- سن البرلمان لتشريع يستهدف به حالة خاصة: يفترض في القانون الذي يشرعه البرلمان العمومية والتجريد، فإذا كان قانون ما يستهدف اتخاذ قرار فردي أي حالة خاصة لغرض خفي، ففي هذا الفرض التشريع الذي أقره البرلمان له مظهر العمومية والتجريد ولكن من الأعمال التحضيرية له وملابسات الظروف والقرائن المحيطة به تبين أن وراءه مواجهة حالة خاصة فردية استهدفها هذا التشريع، ففي هذه الحالة يتحقق الانحراف التشريعي عن الصالح العام، ومن أمثلة هذه الحالة: أن يشرع البرلمان قانونا يتضمن إلغاء هيئة قضائية للتخلص من أعضائها (أو بعضهم)، ثم يعاد تشكيل هذه الهيئة بتشريع آخر بعد مدة وجيزة من صدور التشريع الأول، فمن الظروف المحيطة يتضح أن قصد المشرع بالتشريع الأول هو إصدار قرار فردي بعزل أعضاء الهيئة القضائية أو بعضهم وهو ما يجعله معيبا بعدم الدستورية لانحرافه عن العمومية والصالح العام، وقد قبل المجلس الدستوري الفرنسي سنة 1986 أن تثار أمامه مسألة المصلحة الحقيقية التي يسعى المشرع لتحقيقها بجانب تسليمه بملاءمة بعض الانتقادات الموجهة من الطاعنين أعضاء مجلس الشيوخ ضد تقسيم الدوائر، حيث نازع أعضاء مجلس الشيوخ في دستورية قانون "باسكوال" المتعلق بتقسيم الدوائر الانتخابية بشأن انتخابات أعضاء الجمعية الوطنية تأسيسا على أن هذا القانون يتوخى تحقيق بعض المصالح السياسية والشخصية لنواب بعض الأحزاب، لكنه نتيجة للضغوط السياسية العامة على المجلس الدستوري قرر هذا الأخير عدم تعارض القانون محل الطعن مع أحكام الدستور¹، وفي قرار آخر له قضى بدستورية القانون رقم 84-834 الصادر في 13 سبتمبر 1984 المتعلق بتحديد السن في الوظيفة العامة والقطاع العام، وذلك بعد أن تم الطعن فيه بعدم الدستورية لانطوائه على عيب الانحراف التشريعي ومخالفته لمبدأ المساواة في مجال الوظيفة العامة عندما حدد لكل فئة سنا معينة للإحالة على التقاعد، وقد أكد الطاعنون (60 عضوا من الجمعية الوطنية) أن هذا التشريع مشوب بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية من ناحيتين:

أولا: ذهب النواب إلى أن الأسباب التي ذكرتها الحكومة من أجل تبرير خفض سن التقاعد في الوظائف العامة العليا لا تتطابق مع الغرض الحقيقي للحكومة والمتمثل في تصفية هيئات التفتيش والمراقبة لتقوم بتعيين من تشاء بدلا منهم من أجل بسط سيطرتها ونفوذها على هذه الهيئات.

¹ Décision n° 86-218 DC du 18 Novembre 1986.

ثانياً: لقد تمسك النواب الذين عرضوا الأمر على المجلس الدستوري بوجود انحراف في استعمال السلطة التشريعية، من ناحية أخرى، فيما يتعلق بخفض السن في القطاع العام، حيث ذهبوا إلى أن خفض سن المعاش إلى 65 سنة لمديري المؤسسات والمنشآت التابعة للقطاع العام إنما يهدف في الحقيقة إلى إحالة السيد "P. DESGRAUPES" رئيس شركة الإذاعة الثانية للراديو والتلفزيون لأنه كان يدير الشركة بكل حرية ويبث مختلف الآراء مما جعل الحكومة تعمل على الحد من هذا الاستقلال والحرية الكبيرة في إبداء الآراء التي تراها غير متطابقة مع سياستها.¹ لكن على الرغم من خطورة هذا العيب على الحقوق والحريات، فقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي أن الطعن بوجود الانحراف التشريعي إنما ينصب في الواقع على ملائمة التشريع.² وفي مقابل ذلك، فقد أبدى المجلس الدستوري الجزائري رأيه بعدم دستورية المواد 5، 7، 11، 12، 14، 15 و 23 من القانون المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان، وذلك لانحراف المشرع وميله إلى تحقيق مصلحة خاصة لأعضاء البرلمان فقط باعتماده طريقة حسابية مغايرة لتلك المطبقة على المرتبات والأجور وهو ما يخل بمبدأ المساواة بين المواطنين.³

2- مجاوزة التشريع للغرض المحدد له بنص دستوري: قد يحدث أحيانا أن يحدد المؤسس الدستوري غاية معينة بالذات للقانون في نص معين، وهو ما يسمى "بقاعدة تخصيص الأهداف" المعروفة في المجال الإداري، فإن حدث وتجاوز المشرع الغرض المحدد له في الدستور يصبح عمله غير دستوري، ومثال ذلك اتخاذ رئيس الجمهورية لإجراءات سريعة وتمتعه بسلطات واسعة لمواجهة حالة الضرورة وذلك بهدف مجابتهها ودفع الأخطار، فإن انتهت هذه الحالة واتخذ الرئيس إجراء ذو طابع تشريعي بعد ذلك يكون هذا التشريع مخالفاً للغاية التي خصصها الدستور له.

ومثال ذلك، ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية المصرية في القضية رقم 15 لسنة 18 قضائية دستورية، حيث قضت بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 154 لسنة 1981 الذي أضاف بنداً جديداً إلى المادة 34 من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم 95 لسنة

¹ Décision n° 84-179 DC du 12 Septembre 1984.

² محمد ماهر أبو العنين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته (دراسة تطبيقية)، الكتاب الثاني (تطورات الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع والانحراف التشريعي)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، الصفحات من 322 إلى 333.

³ رأي المجلس الدستوري الجزائري رقم 98/04 المؤرخ في 18 صفر 1419 هـ الموافق لـ 13 يونيو 1998 حول دستورية المواد من 04 إلى 07 و 11، 12، 14، 15 و 23 من القانون المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان، من أرشيف المجلس، آراء 1998.

1980، وذلك بناء على دفع بعدم الدستورية، حيث دفع المدعون بأن القرار بقانون الصادر عن رئيس الجمهورية لا يقوم على أساس الضرورة التي تقتضي الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، وذلك في غيبة مجلس الشعب، فقد أصدر رئيس الجمهورية بيانا إلى الشعب في 05 سبتمبر 1981 أكد فيه أن الأحداث التي وقعت في منطقة الزاوية الحمراء بين بعض المسلمين والمسيحيين في 17 يونيو 1981 قد انتهت بتمام السيطرة عليها وأن الغالبية الساحقة من جماهير الشعب المصري قد رفضت المشاركة في تلك الأحداث، ومؤدى ذلك انتفاء حالة الضرورة التي يضطر معها رئيس الجمهورية إلى استخدام سلطته التشريعية الاستثنائية بإصداره القرار بقانون محل الطعن.¹

3- تنظيم البرلمان للحريات العامة: في كثير من النصوص ذات الصلة بالحقوق والحريات تمنح نصوص الدستور للمشرع ولل قانون وحده سلطة تنظيم الحق العام أو الحرية الدستورية، بشرط ألا ينحرف المشرع عن الغاية وهي كفالة هذه الحقوق والحريات في حدودها الموضوعية، وإذا خرج من دائرة التنظيم إلى حد إهدار الحرية أو الانتقاص منها أو جعل أمر التمتع بها أمرا شاقا مرهقا، فإنه بذلك يكون قد انحرف عن الغاية المشروعة لها ويصيب القانون بعيب الانحراف التشريعي.

والمعيار هنا موضوعي لا يتصل بنوايا المشرع، إذ يكفي التحقق على نحو موضوعي بأن الحق أو الحرية التي عهد بها الدستور إلى المشرع لتنظيمها، قد أصبحت بعد هذا التنظيم منقصة من أطرافها أو مقيدة في جوهرها.

ومن تطبيقات ذلك، حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة 02 من المادة 04 من القرار بقانون رقم 72 لسنة 1963 المتعلق بتأميم بعض الشركات والمنشآت، فيما تضمنته من النص على أن تكون أموال زوجات وأولاد أصحاب الشركات والمنشآت الميينة بها ضامنة للوفاء بالالتزامات الزائدة على أصول هذه الشركات والمنشآت، وذلك دون أن تكون لهم علاقة بها أو يكون ثمة وجه لمسؤوليتهم عنها.²

¹ القضية رقم 15 لسنة 18 قضائية دستورية، المنعقدة جلستها بتاريخ 02 يناير 1999 الموافق لـ 14 رمضان 1419هـ، الحكم متوافر على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية، وعلى الموقع الإلكتروني لمحكمة حقوق الإنسان بجامعة مينيسوتا:

<https://www.hrlibrary.unan.edu>

² حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في الدعوى رقم 67 لسنة 04 قضائية دستورية بالجلسة المنعقدة في 02 فبراير 1985، موجود بموقع مكتبة حقوق الإنسان بجامعة مينيسوتا الإلكتروني:

<https://www.hrlibrary.unan.edu>

إن المجلس الدستوري الفرنسي وإن رفض الحكم ظاهريا بعدم دستورية قانون لانطوائه على عيب الانحراف التشريعي، إلا أن ذلك لم يمنعه من التأكد من عدم انحراف السلطة التشريعية أثناء تنظيمها للحقوق والحريات عن الغاية الدستورية الأسمى وهي كفالة ممارسة هذه الحقوق والحريات بالحد الذي لا يؤدي إلى إهدارها أو الانتقاص منها، ففي قراره حول دستورية القانون رقم 937-84 الصادر في 23 أكتوبر 1984 المتعلق بمنع الاحتكار وتحقيق الشفافية المالية والتعددية في المؤسسات الصحفية، وبالأخص المواد 10، 11، 12 التي نصت على حدود ملكية الأفراد للصحف اليومية، حيث وضعت حدا أقصى لهذه الملكية، وهذا الحد يختلف تبعا لما إذا كانت الصحف التي يملكها الفرد قومية فقط أو إقليمية فقط أو قومية وإقليمية معا، بالإضافة إلى المادة 13 التي حددت مجال تطبيق الحد الأقصى لملكية الصحف، والمادة 32 التي نصت على الجزاء الذي يترتب في حالة عدم الالتزام بما ورد في المواد السابقة، لم يتجاهل المجلس الدستوري الطعن بالانحراف التشريعي وبحث في إمكانية وجوده، وقد قرر بأن المشرع إذا كان يمكنه تنظيم الحريات العامة بوضع قواعد أكثر شدة من التي كانت موجودة من قبل إلا أن ذلك يكون بالنسبة للمستقبل مع ضمان الممارسة الفعالة للحريات العامة بعدم وضع قيود عليها تجعل ممارستها مستحيلة، دون المساس بالمركز والحقوق المكتسبة، وقد انتهى المجلس الدستوري الفرنسي إلى عدم دستورية الفقرة 02 من المادة 13 والتي يترتب على تطبيقها هدم أو تدمير مؤسسة السيد "HERSANT" الصحفية، وعلى الرغم من تأكد المجلس الدستوري من انحراف السلطة التشريعية عن تحقيق المصلحة العامة وجنوحها إلى تحقيق رغبة خاصة تتمثل في هدم مؤسسة السيد "HERSANT" الصحفية بنزع ملكية الصحف التي تجاوزت نسب توزيعها النسب المحددة في المواد 10، 11، 12 من القانون، مع أنه قد اكتسب ملكية هذه الصحف في ظل قانون سابق لم يشترط أي حد أقصى لنسب توزيع الصحف مثلما قرر القانون الحالي، ومما لاشك فيه أن ذلك يعد مساسا بالمراكز القانونية التي نشأت واستقرت قبل صدور القانون رقم 937 لسنة 1984¹، إلا أن

¹ ما يدل على أن السلطة التشريعية انحرفت في استعمال سلطاتها وسعي الحكومة إلى هدم مجموعة السيد "HERSANT" هو أن النصوص التي وضعتها الحكومة قد قامت بتحديد نسب التوزيع بطريقة حسابية دقيقة بحيث لا تنطبق إلا على مجموعة "HERSANT" الصحفية والتي كانت نسبة توزيع الصحف التي تضمها تتجاوز النسب التي حددتها الحكومة، وهي تعلم أن المؤسسات الصحفية الأخرى لا تتجاوز نسب توزيع الصحف التي تضمنها النسب التي حددتها، إذن فالنسب وضعت لتطبيق على مجموعة صحفية واحدة يمتلكها شخص محدد وهو السيد "HERSANT"، ويعود السبب الرئيسي في ذلك إلى أن هذه المجموعة الصحفية بالذات كانت تؤيد أحزاب يمين الوسط في صحفها حتى فازت في الانتخابات المحلية، مما دفع الحكومة للسعي وراء السيد "HERSANT" للانتقام منه وحرمانه من ملكية صحيفتي « Le figaro » et « L'Aurore » .
لمزيد من الشرح حول هذه القضية وملابساتها أنظر: محمد ماهر أبو العنين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب 02، مرجع سابق، الصفحات من 333 إلى 356.

المجلس الدستوري الفرنسي لم يشأ أن يوسم عمل البرلمان - مباشرة - بأنه انحراف في استعمال سلطته التشريعية التقديرية وإنما فعل ذلك بصورة ضمنية عندما قرر عدم دستورية الفقرة الثانية فقط من المادة 13 من القانون رقم 937-1984 والتي تتعلق بالأوضاع والمراكز القائمة وقت صدور القانون، فقد ذهب إلى أن تطبيقها على المراكز القانونية القائمة وقت صدور القانون يمثل اعتداء على التعددية لا حمايتها، ذلك أنه يترتب عليه إلغاء أو نقل ملكية بعض الصحف على يتعارض مع رغبة القراء.¹

الفرع الثالث: أوجه عدم الدستورية التي يمكن إثارتها من خلال الدفع بعدم الدستورية

بعد أن تطرقنا إلى جميع الأوجه الخارجية والداخلية الموجبة للطعن بعدم دستورية القانون، أصبح لزاماً تحديد نطاق الدفع بعدم الدستورية إن كان يمتد ليشملها كلها، أم أنه يقتصر على بعض منها؟

إن تحديد نطاق الدفع بعدم الدستورية يستلزم الرجوع إلى المادة الدستورية التي أقرت هذه الآلية وكذا القوانين المتعلقة بها، لكن قبل التطرق إلى ذلك لابد من الإشارة إلى أن القاعدة العامة في الأصل تقتضي على المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري المراجعة التلقائية للنص التشريعي المطعون فيه من الناحية الشكلية ليتحقق من عدم وجود مخالفات شكلية في النص القانوني وأن القانون قد صدر بالفعل من الجهة المختصة وأن البرلمان لم يتجاوز قواعد توزيع الاختصاص، ليفصل من ثمة في موضوع الدفع.²

وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر في عديد أحكامها، حيث جاء في أحد أحكامها: "وحيث أن من المقرر كذلك أن استيفاء النصوص القانونية المطعون عليها لأوضاعها الشكلية يعتبر أمراً سابقاً بالضرورة على الخوض في عيوبها الموضوعية، ذلك أن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية من مقوماتها، لا تقوم إلا بها، ولا يكتمل بنيانها أصلاً في غيابها، لتفقد بتخلفها وجودها كقواعد قانونية تتوافر لها صفة الإلزام، ولا كذلك عيوبها الموضوعية إذ يفترض بحثها... أن تكون هذه النصوص (نصوص القانون) مستوفية لأوضاعها الشكلية، ذلك أن المطاعن الشكلية - وبالنظر إلى طبيعتها - لا يتصور أن يكون تحريها وقوفاً على حقيقتها تالياً للنظر في المطاعن الموضوعية، ولكنها تتقدمها، ويتعين على المحكمة الدستورية العليا أن

¹C. F: Décision n° 84-181 DC du 11 Octobre 1984, www.conseil-constitutionnel.fr

² عنان أمال، مرجع سابق، ص 335.

تتقاصها بلوغا لغاية الأمر فيها، ولو كان نطاق الطعن المعروض عليها منحصرا في المطاعن الموضوعية دون سواها، منصرفا إليها وحدها...¹

وبما أن الدستور المصري المعدل والمتمم في 2014 وفي 2019 لم ينص على التفاصيل المتعلقة بالرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع واكتفى بالنص على أن المحكمة الدستورية العليا هي المختصة دون غيرها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين²، وكذا المادة 29 الفقرة "ب" من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية العليا لم تحدد ما هي الأسباب الموجبة للدفع بعدم الدستورية كما أنها لم تحصرها في طائفة القوانين التي تمس بالحقوق والحريات، بالإضافة إلى تأكيد المحكمة الدستورية نفسها على اضطلاعها بكافة العيوب الشكلية والموضوعية، فإن نطاق الدفع بعدم الدستورية في مصر يشمل كل أوجه المخالفة الدستورية سواء الخارجية أو الداخلية، خاصة أنه لا وجود لنص قانوني يمنع ذلك واعتراف المحكمة الدستورية بذاتها بانفرادها بالعيوب الشكلية إلى جانب الموضوعية، هذا القول ينطبق أيضا على المؤسس الدستوري والمشرع التونسي فكلاهما لم يحدد المجال الذي تمتد إليه الرقابة الدستورية عن طريق الدفع بالنسبة لأوجه الطعن بعدم الدستورية، وبما أنه لا توجد قاعدة قانونية تمنع الدفع بعدم دستورية قانون لانطوائه على عيب من العيوب الشكلية أو لانحرافه عن تحقيق المصلحة العامة والمشروعة، فإنه يمكن القول بأن الدفع بعدم دستورية قانون في النظام القانوني التونسي يشمل العيوب الشكلية والموضوعية التي قد تصيب القانون وتجعله غير دستوري، وإلى غاية الآن لا توجه مشكلة حول تحديد نطاق الدفع في تونس - حسب النصوص القانونية المنظمة له - في انتظار تطبيقه الفعلي، وكذلك بالنسبة للمحكمة الدستورية المصرية العليا التي تقبل الدفع بعدم الدستورية بناء على مخالفة القانون لعناصر الدستورية الخارجية أو الداخلية بما في ذلك الإغفال التشريعي والانحراف التشريعي.

أما في الجزائر والمغرب فكلاهما قد حذا حذو المؤسس الدستوري الفرنسي الذي ربط إمكانية الدفع بعدم الدستورية - إثارة مسألة الأولوية الدستورية - فقط بالحالة التي يمس فيها القانون بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، والسؤال المطروح في هذه الحالة هل بإمكان ذوي المصلحة إثارة دفعهم حول أوجه عدم المشروعية الخارجية لنص تشريعي - أو تنظيمي بالنسبة

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر يوم الاثنين 03 جويلية 1995 في الدعوى رقم 25 للسنة 16 قضائية دستورية.

² المادة 192 من الدستور المصري المعدل والمتمم.

للجزائر - أو ما يسمى بالمخالفات الشكلية للدستورية؟ أم أن الأمر مقتصر فحسب على أوجه المشروعية الداخلية لنص تشريعي؟

لقد تضاربت الآراء الفقهية بين مؤيد لإمكانية إحالة القاضي للنص محل الدفع سواء كان العيب شكليا أو موضوعيا، وبين رافض لذلك على أساس أن الدستور قد مكن كل من له مصلحة في الطعن بعدم الدستورية بالاحتجاج بكافة القواعد الدستورية ذات الصلة بمسألة الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور فقط وبالتالي فإن قواعد الاختصاص مثلا والشكليات والإجراءات لا تتعلق بالحقوق والحريات¹، وعليه فالقاضي الدستوري يبسط رقابته على الدفوع المتعلقة بالمخالفة الموضوعية فقط، مما يعني أن الأمر يتعدى نطاق الدستورية الخارجية.

بالرجوع إلى المواد المنظمة لآلية الدفع بعدم الدستورية سواء في فرنسا أو الجزائر أو المغرب، يستنتج منها نقطتين أساسيتين:

الأولى مفادها أن القاضي الدستوري - سواء مجلس أو محكمة - وفقا لهذا النظام المعتمد في فرنسا والجزائر والمغرب ينظر فقط في العيوب التي أثارها الخصوم دون سواها، حيث لا مجال لتطبيق القاعدة العامة التي تقتضي بأنه على القاضي الدستوري الفصل في عدم الدستورية الخارجية قبل الفصل في الموضوع، لأنه وفقا لهذا النظام لا يجوز للقاضي إثارته تلقائيا ما لم يثره الخصوم.

أما النقطة الثانية والأكيدة هي أن آلية الدفع بعدم الدستورية تم إقرارها كأداة لحماية حقوق وحريات الأفراد من الانتهاكات التي قد تطالها نتيجة تطبيق حكم تشريعي أو تنظيمي مخالف للدستور.

إذن، انطلاقا مما سبق ذكره يمكن إثارة دفع بعدم دستورية قانون لمواجهة كافة المخالفات المنتهكة لحقوق وحريات الأفراد سواء كان ذلك بسبب مخالفة القانون لقواعد الاختصاص بأنواعها، الإيجابي أو السلبي كحالة التنازل عن الاختصاص والامتناع التشريعي أو الإغفال التشريعي مثلا لمبدأ المساواة والضمانات القانونية له، بالإضافة إلى قواعد الشكل والإجراءات، ناهيك عن القواعد المتعلقة بمحل القانون وسببه والغاية منه.²

وفي هذا الخصوص فقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي في عديد قراراته خاصة الصادرة حول عدم الكفاءة السلبية للمشرع، بإعلانه عدم إمكانية لجوء الأفراد إلى المسألة ذات الأولوية الدستورية

¹ عنان أمال، مرجع سابق، ص 335.

² عنان أمال، مرجع سابق، ص 337.

للاحتجاج بتجاهل السلطة التشريعية لاختصاصها، إلا في حالة تضرر حق من الحقوق أو حرية من الحريات التي يضمنها الدستور.¹

ومن جهة أخرى فقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على أن إغفال المشرع لممارسة اختصاصاته يمكن الاستناد عليه لتأييد مسألة الأولوية الدستورية، وذلك في الحالة التي يؤثر فيها ذلك على حق أو حرية مكفولة في الدستور، مع الوضع في الاعتبار أن هذا الإغفال لا يمكن تصوره بصدد نص تشريعي سابق على دستور 1958.²

أما بالنسبة للمجلس الدستوري الجزائري (سابقا) والمحكمة الدستورية (حاليا)، فمن خلال قراراتهما الصادرة في مجال الدفع بعدم الدستورية لا يوجد ما يشير إلى إمكانية مباشرة الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع بناء على عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ولكن في المقابل ليس هناك ما يمنع ذلك ما دام الأمر متعلقا بالحقوق والحريات، كما أنه يمكن القول بأن المجلس الدستوري الجزائري والمحكمة الدستورية قد باشرا رقابة الدفع بعدم الدستورية على صورة الإغفال التشريعي لمبدأ المساواة ومبدأ التقاضي على درجتين.

وفي الأخير من وجهة نظرنا المتواضعة، نربأ أن صدور القانون وفق إجراءات وشكليات غير دستورية ليس من شأنه الإضرار بحقوق الأفراد وحررياتهم، كما أن صدوره بدون توضيح أسبابه لا يؤثر كذلك فعليا ما يوضح المشرع الأسباب ويصرح بها لكنه ينحرف في عمله عنها وعن المصلحة العامة وهو ما يثير فعلا إشكالا وخطرا على الحقوق والحريات يتطلب الدفع بعدم دستورية وإبطاله، أما عن عيب المحل فهو الأكثر شيوعا في مجال الدفع بعدم الدستورية بالإضافة إلى رقابة التناسب التي تعتبر المجال الحيوي للرقابة الدستورية بصفة عامة، ويمكنها أن تكون كذلك بالنسبة لرقابة الدفع بعدم الدستورية، في حين أن ركن الاختصاص في التشريع سواء الإيجابي أو السلبي فمن الضروري منح الأفراد إمكانية الدفع بعدم دستورية القانون الذي ينطوي

¹ Décision n° 2010-45 QPC du 06 Octobre 2010, Non-conformité totale - effet différé.

لقد دفع السيد " MATHIEU. P" بعدم دستورية المادة 45 من قانون الاتصالات البريدية والإلكترونية، مؤسسا دفعه على أن أحكامها تترك للسلطة الإدارية والهيئات التي تعينها حرية مفرطة لتحديد مبادئ تخصيص أسماء النطاقات الخاصة بالإنترنت أو تجديدها أو رفضها أو سحبها، فالمشرع قد فوض سلطة تنظيم شروطها بالكامل للسلطة التنفيذية. وقد جاء في الفقرة 06 من مضمون هذا القرار أن المشرع قد أساء فهم مدى اختصاصه، ومن جهة أخرى أشار المجلس الدستوري الفرنسي في الفقرة 03 من قراره إلى عدم إمكانية التذرع بتجاهل المشرع لاختصاصاته في سياق مسألة دستورية ذات أولوية إلا في حالة المساس بحق أو حرية يكفلها الدستور، وبما أن الأمر يتعلق بحقوق الملكية الفكرية فقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي عدم دستورية المادة 45 من قانون الاتصالات البريدية والإلكترونية لانطوائها على عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع في صورة التعويض الغير مشروع، ذلك أن المادة 34 من الدستور نصت على أن القانون هو الذي يحدد المبادئ الأساسية للالتزامات المدنية والتجارية، وأن هذه المبادئ الأساسية تشمل على وجه الخصوص الأحكام التي تشكل في وجودها ذاته، وعليه لا يمكن للمشرع أن يفوض اختصاصه فيها للسلطة التنفيذية.

² Décision n° 2010-28 QPC du 17 Septembre 2010.

على عدم الاختصاص السلبي أو عدم الاختصاص الموضوعي أو الشخصي وحتى الزمني لما لذلك من تأثير كبير على الحقوق والحريات خاصة إذا استولت السلطة التنفيذية على مجال الحقوق والحريات فهي معروفة بتعسفها وانحرافها الدائم في استعمال سلطتها، أما العنصر المكاني فلا يشكل خطرا على الحقوق والحريات سواء صدر القانون مثلا في مقر البرلمان أو في مكان آخر فالعبرة في مضمونه.

المبحث الثاني: حدود ممارسة الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع

إن القضاء الدستوري، وهو بصدد ممارسة اختصاصه برقابة دستورية القوانين والأنظمة، يحرص دائما على تلافي الصراع والاحتكاك مع السلطة المختصة بالتشريع من خلال ما يصدره من أحكام بعدم دستورية ما يصدر عنها، إلا إذا وجدت ضرورة لذلك، ولأجل ذلك أوجد لنفسه ضوابط وقيود ذاتية لوضع الرقابة الدستورية في نطاقها الصحيح وتقاوي هذا الاحتكاك المحتمل خاصة أن هذه المجابهة قد تكون نتيجتها في غير صالح القضاء الدستوري كون السلطة التشريعية - خاصة - تمثل الشعب.

فما هي إذاً هذه القيود؟ أو بعبارة أخرى فيم تتمثل هذه الحدود التي رسمها القضاء الدستوري لنفسه عند ممارسته لاختصاصه الأصيل المتمثل في الرقابة على دستورية القوانين؟
يمكن إجمال ضوابط ممارسة الرقابة على دستورية القوانين فيما يلي:

المطلب الأول: الرقابة تتم في إطار الدستور واعتماد قرينة الدستورية

قد يبدو الأمر للوهلة الأولى بديهيا عند القول بأن الرقابة تتم في إطار الدستور، فالرقابة في مسماها الطبيعي هي "رقابة دستورية" والتفسير السليم لها هو أن تراقب هل خرج القانون على أي نص من نصوص الدستور أو خرج عن مضمون معين يمكن استخلاصه من تقارب نصين أو مجموعة نصوص، وهو ما يسمى بروح الدستور، لكن الأمر يحتاج إلى التعرض له لتحديد مرجعية عملية الرقابة الدستورية، خاصة عندما يتعلق الأمر بالمرجع الذي يستند عليه القاضي الدستوري عند ممارسة الرقابة الدستورية، وهل يمكنه الاعتماد على المبادئ الدستورية العليا لمعرفة ما إذا كان النص التشريعي أو التنظيمي مخالفا للدستور؟ وهل هي نفسها ما يسمى بروح الدستور؟

الفرع الأول: الرقابة الدستورية تتم في إطار الدستور

بناء على ما تقدم طرحه، فإنه لا بد من التمييز أولاً بين روح الدستور والمبادئ الدستورية العليا الغير مكتوبة، حيث يقصد بالمبادئ الدستورية العليا حسب رأي الفقيه "AUGUST"¹ وجود قانون سامي أعلى يحكم البشر قبل وجود الدولة وأن تشريعات هذه الأخيرة بما فيها التشريع الدستوري يجب أن تخضع جميعها لهذا القانون الأعلى الغير مكتوب وتلتزم الدولة به كما لو كان تشريعاً رسمياً لأنه يتواجد في ضمير الدولة، وعلى القاضي الدستوري أن يرفض كل حكم أو تشريع يخالف مبدأ من مبادئ القانون الأعلى الغير مكتوب لكونه قانوناً سابقاً على وجود الدولة ويعلو عليها.

هذا القانون الأعلى يرتكز على قاعدتين أساسيتين: أولهما شعور أغلب الناس بأن هذه المبادئ تمثل قمة العدل حسب الزمان والمكان المطبقة فيه، كما أن هذه المبادئ لا تستند إلى نصوص دستورية ولا تستشف أو تستخلص منها وهي تغاير بذلك ما يسمى "بروح القانون"، بل العكس من ذلك فكما قال "السنهوري" فإن أي دستور يحتوي على مبادئ عليا يستمد منها مشروعيته ووجوده²، ولا يصح أن تكون هناك مواد في الدستور نفسه تخالفها بحيث تكون لها صفة الإطلاق والدوام والسمو، فتكون بذلك محصنة ضد الإلغاء أو التعديل أو مخالفتها ولو بنصوص دستورية، بل ويجب مراعاتها عند وضع الدستور وعدم المساس بها أو الحياد عنها عند مراجعة الوثيقة الدستورية، وهي غالباً ما تتمثل في حزمة من المبادئ المتعلقة بالمساواة والمواطنة وحقوق الإنسان.³

في مقابل هذه المبادئ الدستورية العليا يوجد مصطلح آخر وهو "روح الدستور" فما المقصود به؟ وهل يمكن للقاضي الدستوري الاستناد عليه عند ممارسته للرقابة على دستورية القوانين؟

¹ AUGUST. W, Traité de droit administratif, Paris, 1929.

أشارت إليه: حافظي سعاد، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007، ص 194.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة القضاء، السنة التاسعة، مصر، 1985؛ مقتبس من بوبترة علي، ضوابط الرقابة على دستورية القوانين في كل ممارسات المجلس الدستوري الجزائري، مجلة الفكر البرلماني، ع5، أبريل 2004، ص 62.

أنظر أيضاً: حافظي سعاد، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية والدولية بين النص والواقع، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2015، ص 517.

³ هذه المبادئ الدستورية العليا أو كما يسميها البعض المبادئ فوق الدستورية أو المواد فوق الدستورية أو القواعد المؤسسة للدستور أو الحاكمة للدستور، موجودة حالياً في المواثيق الدولية، فقد أقرت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية بأنها لا تكتفي بالرقابة على مطابقة القوانين للدستور، ولكن أيضاً تحقق فوق ذلك في عدم مخالفة التشريعات لإعلانات الحقوق. أنظر في ذلك: سلوى فوزي الدغلي، المبادئ فوق الدستورية بين الشرعية والمشروعية والديمقراطية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، ع2، جوان 2019، ص 24-33.

إن في داخل كل نص دستوري نصاً آخر لا ينظر إلى السطح وكيف هو الطريق المرسوم له للوصول إلى خدمة المجتمع والمواطن بل يسير دون حدود ولا شكلية ولا تعقيد، هذا النص الخفي هو الذي يمثل روح الدستور وتلك الروح لا أحد يستطيع الإمساك بها سوى جهة واحدة في الدولة هي القضاء الدستوري، ويقصد بروح الدستور تجاوز كل الشكليات الموجودة في النص الدستوري والوصول إلى الهدف مباشرة¹، وهي في مضمونها تعبير عن الفلسفة والإيديولوجية التي بنيت عليها نصوص الدستور في مجموعها، مما يجعلها متناسقة في الأهداف والتنظيم الخاص للدولة من حيث النهج السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي.... المسطر السير فيه.²

إن عدم توفر نص صريح في الدستور يحتم على القاضي وهو بصدد ممارسته للرقابة الدستورية أن يستخلص الروح التي تسيطر على أحكام الدستور، وفي هذا المجال نجد أن الدستور الجزائري لم يتكلم صراحة عن مبدأ الفصل بين السلطات، ولكن مواده قد تضمنت عناصر هذا المبدأ مثل المادة 14 من الفصل 03 من الباب الأول المتضمن لمبادئ الدولة الجزائرية وكذا الباب الثاني منه وهو ما جعل المجلس الدستوري يقر في رأيه رقم 12/ر.ق.م.د/01 المؤرخ في 18 شوال عام 1421هـ الموافق لـ 13 يناير 2001 بالمبدأ صراحة بمناسبة تعرضه إلى القانون الأساسي لعضو البرلمان حيث جاء في رأيه بأن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن تحترم كل سلطة حين ممارسة صلاحياتها الحدود التي رسمها المؤسس الدستوري، وفي رأي آخر له رقم 01ر.ت.د.م.د. المؤرخ في 20 محرم 1423هـ الموافق لـ 03 أبريل 2002 بمناسبة تعرضه لمشروع تعديل الدستور الذي بادر به ريس الجمهورية، والمتمثل في إضافة مادة جديدة تتضمن دسترة الأمازيغية كلغة وطنية بكل تنوعاتها اللسانية المستعملة عبر التراب الوطني المعروف على المجلس الدستوري أقر فيه هذا الأخير بأن هذه المادة ليس فيها ما يمس البتة بالمبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري وحقوق الإنسان والمواطن وحرّياتهما، ولا يمس بأي كيفية التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية باستتاده إلى ما تتضمنه ديباجة الدستور عند تعرضها إلى مكونات الدستور.³

¹ سلام مكي، روح الدستور، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://www.iraqfsc.iq/news.4333>

² يوم 2019/04/24 على الساعة 09:36 وتم الاطلاع عليه يوم: 2022/07/20 على الساعة 17:09.

³ بوبترة علي، مرجع سابق، ص 62.

³ حافظي سعاد، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية والدولية بين النص والواقع، مرجع سابق، ص 518. لمزيد من التفصيل أيضا حول روح الدستور راجع: عليان بوزيان، مظاهر الانحراف الدستوري ومدى الرقابة عليه بين الدستور الجزائري والقضاء الدستوري المقارن، المجلة الدولية للقانون، ع1، 2019، ص 05-07.

إن استخلاص القاضي الدستوري لمبادئ عامة من نصوص الدستور المكتوبة سواء بطريقة مباشرة من ظاهرها أو غير مباشرة من روحها يعتبر مسألة مشروعة ومن صميم عمل القضاء لأن المراد في النهاية هو "نصوص الدستور" التي تمثل المرجعية لدى القضاء الدستوري في هذه الحالة، لكن الأمر مختلف بالنسبة لإمكانية القاضي في مراقبة القانون على أساس فكرة المبادئ الدستورية العليا، فهل هذا ممكن؟

إذا ما أخذنا بالرأي الذي يعتبر أنه ليس هناك فارقاً بين روح الدستور المبادئ الدستورية العليا كونها مستخلصة في النهاية من نصوص الدستور، فإن القاضي الدستوري ملزم بها وبالرجوع إليها عند ممارسته للرقابة الدستورية، وفي مقابل ذلك المشرع أيضاً ملزم باحترامها لأن خروجه عنها يعد انحرفاً في استعمال سلطته التشريعية، ومن هذه المبادئ: مبدأ استقلال السلطة القضائية.

أما إذا ما أخذنا بالرأي الذي ذهب إلى أن هناك فارقاً بين روح الدستور وبين المبادئ العليا الدستورية¹، فإن الأمر يتطلب الرجوع إلى موقف القضاء الدستوري المقارن من ذلك، والذي عرف تبايناً بشأن ذلك، إلا أنه وبوجه عام يمكن القول بأن الاتجاه العام للقضاء الدستوري المقارن بشأن الرقابة على دستورية القوانين يذهب إلى أنه لا يمكن وليس من السليم طبقاً لوظيفة ودور القاضي الدستوري إبطال قانون أو الامتناع عن تطبيقه لمخالفته لمضمون مبدأ أعلى غير مكتوب في الدستور، إذ أن المرجعية في مدى دستورية القانون لا يمكن أن تتجاوز إطار الدستور إلى ما يعلوه من مبادئ غير مكتوبة، والقول بغير ذلك يخرج القاضي الدستوري عن وظيفته القانونية القضائية متجاوزاً بذلك لمفهوم الرقابة نفسها بحلولة محل المشرع العادي، بل والمؤسس الدستوري نفسه، حال استخلاص تلك المبادئ وممارسة الرقابة بالاستناد إليها²، والاستثناء الوحيد الذي يذكره الفقه الدستوري يتمثل في موقف المحكمة العليا الأمريكية التي تؤمن في أحكامها في مجال الرقابة الدستورية بهذه المبادئ والتي تعلو الدستور ذاته.³

¹ إن هذا الفارق يبدو جلياً عندما يتعرض القاضي الدستوري لتفسير النص الدستوري، فعندما يتعرض لنص دستوري غامض فغنه يحاول التعمق في فهم هذا النص على ضوء الرابطة العامة التي تجمع بين نصوص الدستور جميعها وتجعل منها وحدة متناسقة، لا تعارض بين أجزائها، وتلك الرابطة التي تربط بين النصوص هي ما يمكن تسميتها بروح الدستور، ومن خلال فهم روح الدستور تيسر للقاضي مهمة فهم النص الدستوري الغامض، ولا شك أنه حين يقوم بذلك فإنه يقوم بوظيفته الطبيعية والعادية في تفسير النصوص دون أن يعني ذلك أن يستخلص مبادئ عليا.

المنصوري عبد الله، ضوابط الرقابة على دستورية القوانين في الفقه الدستوري المقارن (النموذج المصري)، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، ع 38/37 بعنوان "القضاء الدستوري بالمغرب المحكمة الدستورية وتظم الرقابة على دستورية القوانين"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2004، ص 109.

² محمد السناري، الشريعة الإسلامية ورقابة دستورية القوانين في مصر، عالم الكتب، 1986، ص. ص 232، 283؛ أشار إليه: المنصوري عبد الله، مرجع سابق، ص 108.

³ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 177.

في حين أن كلا من المحكمة الدستورية في ألمانيا وإيطاليا قد التزمتا حدود الرقابة على دستورية القوانين بقصر رقابتهما على مدى تعارض القوانين مع نصوص الدستور فقط، فلا تلغي قانونا إلا إذا خالف نصا أو عددا من النصوص الصريحة في الدستور ذاته، ويأتي هذا الموقف المستمر حرصا على تفهم دورها ووظيفتها كمحكمة قضائية لا تقوم بدور المشرع ولا تحكم على ملائمة القانون مما يخرجها عن عملها القضائي ويدخلها في مجال السياسة.¹

أما في مصر، فإن القضاء الدستوري متشدد جدا في هذا الصدد حيث أن التنظيم القانوني لطرق تحريك الدعوى الدستورية في مصر أمام المحكمة الدستورية العليا دقيق جدا ومحدد لدرجة أنه يقفل الباب أمام احتمال استنادها على مبادئ دستورية عليا غير مكتوبة في نصوص الدستور، ويضاف إلى ذلك أن المحكمة ذاتها تفسر النصوص المتعلقة باختصاصها تفسيرا ضيقا مما يؤكد إدراكها لخطورة مهامها وحدود اختصاصاتها مستبعدة بذلك أي احتمال لاستنادها على مبادئ عليا غير مكتوبة أو أي احتمال لتقدير ملائمة التشريع بل وأكثر من ذلك فالمادة 30 من قانون المحكمة الدستورية العليا تستلزم في قرار المحكمة الموضوعية بالإحالة إلى المحكمة الدستورية أن يتضمن بيان النص المطعون فيه بعدم الدستورية والنص الدستوري المدعى بمخالفته، وأيضا أوجه المخالفة وهو نفس الالتزام الذي تتطلبه صحيفة الدعوى الدستورية المرفوعة من الخصم في حالة الدفع الفرعي، وهو ما يؤكد قطعا أن نصوص الدستور وحدها هي معيار الحكم على دستورية أو عدم دستورية القانون أو اللائحة.²

ونجد نفس الاتجاه في فرنسا إذ لم يقبل المجلس الدستوري إطلاقا تفسيرا موسعا لولايته، بل تحفظ تحفظا شديدا وحرص في أكثر من مناسبة على الالتزام الدقيق بحدود وظيفته الدستورية كما حددها الدستور والقانون الأساسي الذي ينظمه لاسيما بعد أن أقر بالقيمة الدستورية لمبادئ إعلان حقوق الإنسان والمواطن ومبادئ مقدمة دستور 1964 والمبادئ الجمهورية الكبرى وهي كلها مبادئ أحالت إليها مقدمة دستور 1958، فهي مصادر يعتبرها الفقه الفرنسي كافية كأساس لرقابة دستورية القوانين، ومن ثم فالباب مغلق تماما عن التفكير في أي مبادئ أخرى تخرج عن هذه الوثائق المكتوبة والتي تكون مع مواد الدستور ذاته "كتلة دستورية عريضة غنية وكافية".³

¹ علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، 1978، ص 580.

² محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 180.
أنظر على سبيل المثال: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 13 لسنة 15 ق.د الصادر بتاريخ 17 ديسمبر 1994، وحكمها في القضية رقم 28 لسنة 17 ق.د الصادر بتاريخ 02 ديسمبر 1995.

³ Louis FAVOREAU, Loïc PHILIP, Les grandes décisions du C.C, pp 245 ets.

أشارت إليه: سلوى فوزي الدغلي، مرجع سابق، ص 45.

وبما أن المجلس الدستوري الجزائري قد أخذ هو الآخر بمفهوم الكتلة الدستورية وسعى إلى توسيعها¹ من خلال استعمال تقنية الرابطة الدستورية فإنه لم يخرج عن إطار الدستور، وقد استعان في قراراته كثيرا بروح الدستور ومواده الصريحة بالإضافة إلى المبادئ العليا المستمدة من الدستور نفسه، وفيما يخص نظام الدفع بعدم الدستورية فقد اشترط القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية² أن يبين الطاعن في مذكرة دفعه وجه مخالفته للدستور، ومن خلال مذكرات الدفع التي تم تقديمها إلى غاية اليوم يلاحظ أنها تحتوي على بيان المادة الدستورية التي يدعى مخالفتها، وهذا إن دل على شيء فهو يدل على أنه لا مجال للحكم بعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي لمخالفته لمبادئ عليا غير مكتوبة خارج إطار الدستور.

في الأخير، يمكن القول أن القاضي الدستوري ملزم بالرجوع إلى الدستور سواء اعتمد على نصوصه الصريحة الواضحة أو جوهره وروحه أو المبادئ العليا التي تستخلص من نصوصه بطريقة غير مباشرة، وفي المقابل ليس ملزما بما هو خارج إطار الدستور من مبادئ عليا غير مكتوبة فلا يوجد ما هو أسمى من الدستور خاصة بالنسبة للدول ذات الدساتير المكتوبة.

الفرع الثاني: اعتماد قرينة الدستورية أثناء ممارسة الرقابة الدستورية

سبق لنا القول في البداية أن الأصل في كل ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين أنه صحيح وصادر في الحدود التي رسمها الدستور لتلك السلطة، فالأصل في التشريع تمتعه بقرينة الدستورية أو ما يسمى بقرينة براءة القوانين من العيوب الدستورية والتي يقصد بها: "افتراض أن القانون بمجرد صدوره يكون مطابقا للدستور وبريئا من العيوب الدستورية، ومن يدعي عكس ذلك يقع عليه عبء الإثبات"³.

وعلى هذا الأساس يجب على القاضي الدستوري عند فحصه دستورية القوانين ألا يخرج عن مقتضى تلك القرينة إلا إذا كان التعارض بين التشريع والدستور تعارضا واضحا صريحا بحيث يندم مع السبيل إلى التوفيق بينهما، وبالتالي فإنه لا يتعرض لفحص دستورية القانون أو اللائحة

¹أنظر: الشروط المتعلقة بموضوع الدفع بعدم الدستورية في الجزئية المتعلقة بضرورة المساس بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور (الفرع الثالث من المطلب الثاني من المبحث الثاني للباب الثاني)، ص 254.

²المادة 19، 21 من القانون العضوي 22-19 المحدد لكيفيات وإجراءات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية الجزائرية.

³كوسه عمار، محاضرات في القضاء الدستوري أقيمت على طلبة الماستر 02 تخصص منازعات القانون العمومي، 2015/2014، ص 104.

إلا إذا كان ضرورياً للفصل في الخصومة الأصلية، على اعتبار أن قرينة الدستورية وجدت كضمانة يمتلكها البرلمان حتى يشرع وهو مرتاح على أساس أن عمله دستوري، وفي المقابل حتى يتمكن القاضي الدستوري من العمل براحة هو الآخر على أساس أن العبء يكون مخففاً عنه باعتبار أن من يدعي "عدم الدستورية" عليه تقديم المبررات التي يدحض من خلالها قرينة الدستورية وإلا سيتم الحكم بالدستورية¹، وقد أشارت معظم التشريعات المتعلقة بشروط تطبيق الدفع بعدم الدستورية إلى هذا الشرط، بحيث لا يمكن الدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة إلا إذا كان ذلك لازماً للفصل في الخصومة الأصلية.²

المطلب الثاني: عدم امتداد الرقابة الدستورية إلى ملاءمة التشريع أو أهدافه وبواعثه

هذه القاعدة وضعتها المحكمة العليا الأمريكية، وعبر عنها جانب من الفقه الفرنسي³ بقوله أن المحكمة لا تمارس على القوانين إلا رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد، وأنها تستبعد من هذه الرقابة كل عنصر غير دستوري، بمعنى أن رقابة دستورية القوانين هي مجرد رقابة فنية يتمتع معها على القضاء الدستوري الخوض في ماهية البواعث التي أدت إلى سن التشريع أو ضرورته، أو التعرض لبحث مدى ملاءمته، باعتبار أن هذه الأمور من عناصر السياسة التشريعية التي يمنع على جهات الرقابة التدخل فيها لأن تدخلها يمثل عدواناً على السلطة التشريعية وخروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات.⁴

¹ عصام علي الدبس، رقابة دستورية الأنظمة المستقلة (دراسة مقارنة)، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، ع24، 2010، ص 306؛ كوسه عمار، أبحاث في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 115.

² القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية الجزائرية، المادة 21 منه، مشروع القانون التنظيمي المغربي رقم 15-86 الملغى المحدد لشروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور في المادة 05 منه (بخصوص هذا المشروع الملغى من طرف المحكمة الدستورية المغربية بموجب قرارها الصادر في مارس 2018، فقد قدمت الحكمة المغربية صيغة جديدة لمشروع هذا القانون التنظيمي وأحالته على مجلس النواب حيث صادقت لجنة العدل والتشريع بالأغلبية في 13 أبريل 2022، وقد نص هذا المشروع الجديد على إحداث هيئة أو هيئات بالمحكمة الدستورية لا يقل عدد أعضائها الواحدة منها عن 03 قضاة تختص بتصفية الدفوع بعدم الدستورية، كما تم التنصيص على تخويل الأطراف حق تقديم دعوى جديدة، عند صدور مقرر قضائي غير قابل لأي طعن استند إلى مقتضى تشريعي صرحت المحكمة الدستورية بعدم دستوريته، وبخصوص تنظيم حالات سرية الجلسات خلال البت في دستورية القوانين، طبقاً لهذا المشروع التنظيمي، نص على تخويل المحكمة الدستورية صلاحية تقرير سرية الجلسات لاعتبارات تتعلق بالنظام العام، هذا الخبر نشرته جريدة الشرق الأوسط بعددها رقم 15843 الصادر في 13 رمضان 1443هـ/14 أبريل 2022 على الموقع الإلكتروني: <http://www.aawsat.com> وتم الاطلاع عليه يوم 2022/07/31 على الساعة 15:15.

أنظر أيضاً: الفصل رقم 54، 55 و57 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية والمادة 29 (ب) من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية العليا، وكذا المادة 23-02 من القانون العضوي 2009-1523 المتعلق بتطبيق المادة 61-01 من الدستور الفرنسي المعدل في 2008.

³ André TUNC, Suzanne TUNC, Le système constitutionnel des Etat Unis d'Amérique, T2

(le système constitutionnel actuel, Domat-Montchrestien, Paris, 1954, P. 291 ets).

⁴ المنصوري عبد الله، مرجع سابق، ص 105؛ عصام علي الدبس، مرجع سابق، ص 306؛ حافظي سعاد، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية والدولية بين النص والواقع، مرجع سابق، ص 544.

هذه القاعدة تنفرد عنها 03 قواعد سيتم عرضها بالتفصيل:

الفرع الأول: الامتناع عن التعرض إلى ضرورة التشريع أو عدم ضرورته

من مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات أن تستغل السلطة التشريعية وحدها بالتشريع واختصاصها في هذا الشأن شبه مطلق، كقاعدة عامة، وتقدير الحاجة إلى التشريع أمر يختص به المشرع وفقاً للملائمات السياسية التي يراها، فالسلطة التشريعية هي التي تقدر متى تتدخل لوضع تشريع معين ومتى تتدخل لإلغاء هذا التشريع أو تعديله، فلا يعقل أن يحدد الدستور مدى الحاجة إلى التشريع مستقبلاً، ويبقى الأمر من صميم السلطة التقديرية للمشرع باعتباره عنصراً من عناصر السياسة التشريعية التي يمتنع على المحاكم التدخل فيها، كما أنه لا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته.¹

الفرع الثاني: هيئة الرقابة لا تراقب ملاءمة التشريع ولا حكمته

الرقابة الدستورية هي رقابة مشروعية ومطابقة لا رقابة ملاءمة، ومؤدى ذلك أن يتجنب القاضي الدستوري إصدار أي حكم تقويمي على القانون أو اللائحة من ناحية ملاءمته أو مدى صلاحيته السياسية والاجتماعية، إذ أن هذه الملائمة هي أخص مظاهر السلطة التقديرية التي تتمتع بها السلطة التشريعية وحتى التنفيذية، ووظيفة القضاء الدستوري تتوقف عند التحقق من مدى مطابقة النص القانوني للدستور أو عدم مطابقته نصاً وروحاً، فإذا تخطاها إلى رقابة الملائمة فستصبح هذه الرقابة مصادرة للمشرع في تقديره وحرماناً من وظيفته الدستورية التي يمارسها داخل الحدود التي رسمها له الدستور من حرية في وزن مناسبات التشريعات التي يضعها وتقدير ملاءمة وضعها.²

وفي هذا الصدد، هناك فرضية مفادها أنه إذا تدخل المشرع وسن تشريعه التي ينظم مسألة ما، فإن تقديره في المفاضلة بين البدائل المختلفة واختياره إحداها يخضع للرقابة الدستورية للوقوف على مدى تحقيق الحل الذي اختاره المشرع للمصلحة العامة ومتطلباتها التي تقتضيها في خصوص

¹ حافظي سعاد، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية والدولية بين النص والواقع، مرجع سابق، ص. 544، 545؛ المنصوري عبد الله، مرجع سابق، ص 106؛ عبد العزيز محمد سالم، مرجع سابق، ص 109؛ بوبتره علي، مرجع سابق، ص 68.

² حافظي سعاد، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية والدولية بين النص والواقع، مرجع سابق، ص 545؛ عصام علي الدبس، ص 306؛ المنصوري عبد الله، مرجع سابق، ص 106.

الموضوع الذي نظمته، وتلك هي منطقة الرقابة على الغلط البين في التقدير توسيعاً لنطاق الرقابة القضائية على ملائمة التشريع.¹

إذاً، فالحديث هنا يدور حول رقابة القضاء الدستوري على الغلط البين في التقدير، فهل هي رقابة لملائمة التشريع وضرورته أم هي نوع آخر؟

ذهب أحد الحكماء² في مجال تحليله لأحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر وفي سبيل تأكيد أخذها بفكرة الغلط البين إلى أنه من المقطوع به أن لا علاقة بين رقابة الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري وبين رقابة ضرورة أو عدم ضرورة التشريع، إذ أن هذه الأخيرة تعني ترخيص المشرع في أن يصدر في الوقت المناسب التشريع المناسب الذي يراه لازماً لتنظيم مسألة ما، أما رقابة الغلط البين في التقدير فهي تتعلق بمدى التزام المشرع بالضوابط والقيود التي حددها الدستور، ولذلك فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر قد استقر على أن الملائمات السياسية لا تمنع من إخضاع القوانين للرقابة الدستورية إذا تعرضت لأمر نظمها الدستور ووضع لها ضوابط محددة، من ذلك حكمها في القضية رقم 18 لسنة 13 ق.د والذي جاء فيه أن: "السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق مقيدة بالتخوم التي فرضها الدستور حداً لها، ومن بينها ألا يكون التنظيم التشريعي للحق مؤدياً إلى مصادرته ومنطويماً على اغتيال وجوده".³

وبناء على ما سبق ذكره، فإن خضوع المشرع لرقابة الملائمة، وهو بصدد تنظيمه للحقوق والحريات العامة، لا يعد تدخلاً في عمل سلطة التشريع أو خروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات، إذ لا تعني رقابة الملائمة أكثر من التحقق من مدى التزام المشرع بالضوابط والقيود التي حددها الدستور، ذلك أن تنظيم المشرع لحق دستوري أو قانوني ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو ينال منه.⁴

إذاً، يمكن القول بأن الأصل في عمل القاضي الدستوري ألا يتعرض لملائمة التشريع من الناحية السياسية والاجتماعية، لكن ذلك لا يمنعه من فرض رقابته الدستورية على الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري حتى لا يتعسف المشرع في استعمال سلطته التقديرية خاصة عندما

¹ زكري محمد النجار، فكرة الغلط البين في التقدير في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 147.

² زكري محمد النجار، المرجع نفسه، ص 147 وما بعدها.

³ حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 15 مايو 1993 في القضية رقم 18 لسنة 13 ق.د، وكذلك حكمها في القضية رقم 05 لسنة 01 ق.د الصادر في 16 مايو 1981، وحكمها في القضية رقم 13 لسنة 01 ق.د في 16 فبراير 1980.

⁴ محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص 120.

يتعلق الأمر بالحقوق والحريات، وقد صرحت المحكمة الدستورية العليا المصرية بذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1994/06/20، حيث جاء فيه: "وحيث أن موضوع تنظيم الحقوق وإن كان يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع وفق أسس موضوعية ولا اعتبارات يقتضيها الصالح العام، إلا أن هذا التنظيم يكون مجانباً أحكام الدستور منافياً لمقاصده إذا تعرض للحقوق التي تناولها - سواء بإهدارها أو بالانتقاص منها - متى كان ذلك وكان القانون المطعون فيه قد أكد - بعنوانه وحقيقته مضمونه - أنه توخى بمادته الأولى من القانون رقم 107 لسنة 1987 لقيام الحق في الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير، مقيداً بذلك نطاق تطبيقها ومحدثاً تغييراً جوهرياً في عناصر هذا الحق، ومخلاً بالتالي بالمركز القانوني الذي عناهم هذا القانون وعلق حقهم في الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير على استيفاء الشروط التي تطلبها والتي يُعد ذلك القانون مصدراً مباشراً لها، وكان هذا التعديل في هذا المركز مؤداه الحتمي حرمان فئة من المؤمن عليهم من المزايا التأمينية التي كفلها لهم القانون رقم 107 لسنة 1987 قبل تعديل مادته الأولى، ويتمخض بالتالي عدواناً على حقوقهم الشخصية التي سعى الدستور إلى صونها، فإن القانون المطعون فيه يكون قد تجاوز نطاق السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق باقتحام المجال الذي يؤكد جوهرها ويكفل فعاليتها"¹، وفي حكم آخر لها أكدت من جديد على فرض رقابتها على مدى ملائمة الحل الذي اختاره المشرع ومدى اتساقه مع احتياجات المجتمع وتطوره²، وقد أخذ المجلس الدستوري الفرنسي كذلك بمعيار الغلط البين في التقدير حيث جاء في أحد قراراته أنه: "وحيث أن الطاعنين قد ذهبوا إلى أن بعض القيود الواردة على تحديد الأشخاص المقبولين للاختيار بناء على امتحان تناقض مبدأ المساواة، وحيث أنه لصعوبة فتح باب الاختيار لعدد كبير من المشاركين، الأمر الذي يجعل التنظيم والأداء مستحيلاً من الناحية العملية، فقد سعى المشرع إلى تحديد عدد المتقدمين للوظائف مع إعطاء الأولوية أو الأفضلية لأولئك الذي يفترض أنهم الأكثر خبرة والأكثر اختصاصاً، ولذلك فإن النصوص المطعون عليها لا تقوم على تقدير خاطئ أو مغلوط فيه بوضوح"³، فعلى الرغم من أنه صرح بمطابقة النص للدستور إلا أنه استعمل تعبير "الغلط البين في التقدير" صراحة على عكس المحكمة الدستورية العليا بمصر التي أعملته ضمناً في أحكامها.

¹ القضية رقم 34 لسنة 13 ق.د. بجلسة 1994/06/20.

² قضية رقم 24 لسنة 8 ق.د. بجلسة 1997/07/05، مجلة هيئة قضايا الدولة 4ع، س41، 1997، ص 103.

³ أشار إليه: محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص 126.

في سياق آخر، يوجد مصطلح آخر قريب من فكرة الملائمة، وهو الرقابة الدستورية على التناسب، فما المقصود بفكرة التناسب بوجه عام؟ وهل يمكن للقاضي الدستوري أن يلجأ إلى أسلوب التناسب عند فصله في مسألة دستورية القانون المعروض عليه؟

إن فكرة التناسب تعود إلى الفقه الإداري وترتبط بالقرار الإداري وتجد أساسها في نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار الناشئة عنه، وقد عرفها "VEDEL" بأنها: "ذلك السلوك الذي تلتزم به الإدارة بموجبه ألا تفرض على الأفراد أعباء أو أضراراً أكثر مما تتطلبه مهمة المحافظة على المصلحة العامة المنوطة بها تحقيقها".¹

وقد عرف الدكتور "مصطفى أبو زيد فهمي" مبدأ التناسب بأنه: "عندما يبسط القضاء الإداري رقابته على السبب في القرار الإداري فيما يتعلق بالمرحلة الثالثة منه²، فهو يتحقق مما إذا كان هناك تناسب بين السبب والإجراء المتخذ، أي ما إذا كانت هذه الوقائع كافية لتبرير القرار المتخذ".³

ولعل أغلب تعريفات مبدأ التناسب تتفق في أنه يرتبط بمحل القرار والوقائع والجزاء والمخالفة، بحيث يقصد به إيجاد توازن بين عنصر السبب (الواقعة) وعنصر المحل (النتيجة أو الجزاء)، وبمعنى أدق تقدير الواقعة في أهميتها ومدى تبريرها القرار الذي أصدرته الإدارة، على أساس أن الإدارة هي التي تملك، في الأصل، وزن مناسبات العمل، وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها.⁴

أما عن مفهوم التناسب في مجال القانون الدستوري فينطبق على بعدين اثنين هما: التناسب داخل التشريع، من حيث الصلة بين مكونات التشريع وما يقوم عليه من أركان موضوعية يجب أن تربطها علاقة متناسبة ومنطقية بين الوسائل المتمثلة في مضمون التشريع والغاية المطلوبة منها.⁵

¹ G. VEDEL et P. DELVOLLE, Droit administratif, 12^{ème} éd, édit P.U.F, 1992, p. 1003.

² مراحل الرقابة على السبب ثلاثة وهي:

1- الرقابة على الوجود المادي للسبب.

2- الرقابة على الوصف القانوني للسبب.

3- الرقابة على التناسب.

³ مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ج1، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 764.

⁴ مايا محمد نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري (دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان)، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2011، ص 12.

⁵ محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص 50.

والبعد الثاني هو التناسب الدستوري، من حيث العلاقة بين التشريع والنصوص والمبادئ الدستورية التي تحكمه، وضرورة إجراء الموازنة بين تحقيق المصلحة العامة التي تمثل غاية التشريع من جهة، وبين حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من جهة أخرى.¹

على الرغم من أن الغرض الأساسي من وضع قيود ذاتية على سلطة القاضي في الرقابة على دستورية القوانين من الناحية الموضوعية - والتي من بينها الامتناع عن التعرض لملائمة التشريع - هو إتاحة المجال أمام المشرع لممارسة سلطته التقديرية في رسم السياسة العملية للدولة، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة كلياً خاصة في دولة الحق والقانون - لذلك اجتهد القضاء الدستوري في ذاته باتجاه إيجاد وسائل تساعد على سبر أغوار² هذه السلطة ووضع حدود لها بحيث لا تمتد سلطة المشرع إلى المسائل الأساسية للمجتمع والمبادئ العامة التي استقر عليها ضمير الإنسانية، ومن بين تلك الوسائل التي يستخدمها القضاء الدستوري لتحديد الإطار العام للسلطة التقديرية للمشرع، وسيلة أو مبدأ التناسب، وتتجسد أهمية هذه الوسيلة في كونها تمثل الحدود الفاصلة بين الرقابة على الملاءمات السياسية - وهي مسألة يتجنب القضاء الخوض فيها - وبين الرقابة المشروعة على دستورية القوانين باعتبارها رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد³، ومن هنا يمكن القول بأن الملائمة تختلف عن التناسب فالأولى يقصد بها في مجال التشريعات توافق التشريع مع توقيت صدوره والظروف الاجتماعية والسياسية التي يصدر فيها، وهي علاقة بين الأداة القانونية وظروف استخدامها واستعمالها، أما التناسب فهو صلة بين العمل القانوني والقواعد التي تحكمه، كما أنه صلة داخلية في العمل القانوني بين بعض مكوناته وأركانه وبالتحديد بين سببه ومحلّه مع تعلقهما بالغاية أو الهدف من ورائه.⁴

باختصار يعد التناسب أداة توازن بين المصالح الخاصة والمصالح العامة في إطار الرقابة الدستورية، ويعتبر موضوع الحقوق والحرريات المجال الحيوي والرئيسي لإعمال مبدأ التناسب وقد اعتمده المحكمة الاتحادية الدستورية الألمانية في جل أحكامها المتعلقة بتقييد أو الحد من الحقوق الأساسية، وكان أول قرار لها أشارت فيه إلى مفهوم مبدأ التناسب في قضية الصيدليات لعام

¹ علي عبد الله جاسم حسين العرادي، مبدأ التناسب في التشريع والرقابة على دستوريته (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون العام، القانون الدستوري، كلية الحقوق، جامعة البحرين، مملكة البحرين، مارس 2014، ص. ص (ز، ح).

² معرفة خبايا وأسرار السلطة وعمقها.

³ حسين جبر حسين الشويلي، الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق، 2008، ص (ب).

⁴ محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص 52.

1958¹، حيث طعن أحد المواطنين من خلال طعن دستوري مؤسس على الادعاء بانتهاك حرية الاختيار المهني على قرار صادر من حكومة "بافاريا العليا" استنادا إلى الفقرة الأولى من المادة 03 من القانون المنظم للصيديات في "بافاريا" الصادر في 16 يونيو 1952²، وقد تمسك الطاعن بالادعاء بأن قرار الحكومة برفض منحه ترخيصا لافتتاح صيدلية جديدة في بلدة "Traunrent" يشكل انتهاكا لحرية الاختيار المهني المكفولة في الفقرة الأولى من المادة 12 من القانون الأساسي، وقد تضمن التشريع المذكور تحديد طائفة من الشروط الواجب توافرها قبل منح الترخيص بافتتاح صيدلية جديدة وكان من بينها تحديد مستوى (MATING) الطاعن ومتطلبات تتعلق بالصحة مع بعض الشروط الأخرى المتعلقة بالجانب الاقتصادي وظروف المنافسة التجارية مع الصيديات الأخرى، في حين أن الحكومة البافارية التي رفضت إصدار الترخيص بافتتاح صيدلية جديدة كانت على قناعة بأن افتتاحها في المكان الذي طلبه الطاعن لا يصب في سبيل تحقيق المصلحة العامة وأنه سيقص الأرباح المحتملة للصيديات القائمة بنسبة 40% نظرا لقلّة

¹In this case, a citizen, through a constitutional complaint based on an alleged violation of the freedom of professional choice, objected to a decision by the Upper Bavarian (Oberbayern) Government that was based on art 3.1 of a statute regulating pharmacies in Bavaria.

See : Carlos BERNAL PULIDO, The migration of Proportionality across Europe, New Zealand Centre for Public Law and contributors Faculty of Law Victoria, volume 11, number 2, University of Wellington PO Box 600 Wellington New Zealand, December 2013, p. 495.

The Pharmacies Case (Apothekenurteil), (11 June 1958) ; See : Dieter GRIMM, Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence, U.T.L.J, 57-02, 2007, p.385 ; Pnina Alon-SHERKER, Guy DAVIDOV, Applying the principle of Proportionality in employment and labour law contexts, Mc Gill Law Journal, tome 59-02, 2014, p. 377.

² نصت الفقرة 01 من المادة 03 من قانون بافاريا للصيديات الصادر في 16 يونيو 1952 على أنه: "يمكن منح الترخيص بفتح صيدلية جديدة إذا:

أ. كانت المصلحة العامة تستلزم إنشاء صيدلية جديدة لضمان تزويد الجمهورية بالأدوية.

ب. كان هناك ما يضمن الأساس الاقتصادي للصيدلية الجديدة، مع ضمان عدم تعرض الأساس الاقتصادي للصيديات المبادرة إلى درجة تجعل المتطلبات اللازمة لمباشرة صيدلية ناجحة لنشاطها غير متوافرة ويمكن أن يقتصر منح الترخيص بشرط إنشاء صيدلية في مكان معين لضمان التقديم المتناغم للأدوية."

Art 3.1 of the Bavarian Law of Pharmacies of 16 June 1952: "(1) Permission to carry on business can only be given for a new pharmacy if: a) it is in the public interest that the pharmacy should be established in order to secure the provision of the public with medicines, and b) it is to be assumed that the economic basis of the pharmacy is ensured and the economic basis of neighbouring pharmacies is not impaired by it to such an extent that the prerequisites for a proper pharmacy business are no longer ensured. The permission can be combined with a condition that the pharmacy is to be established in a certain location in the interests of uniform provision of medicine". See : Carlos BERNAL PULIDO, previous reference, p. 495.

الطلب على الدواء بالمنطقة، حتى أن الصيدلية الجديدة إن تم افتتاحها ستكون هي الأخرى غير قادرة على تحقيق الربح الكافي.

وبهدف التوصل إلى حل لهذه القضية، أخضعت المحكمة الدستورية الألمانية النص المطعون بعدم دستوريته لرقابتها الدستورية، وخلصت إلى إعلان عدم دستوريته مشيرة إلى أن التناسب هو المعيار الأكثر ملائمة للتوصل إلى حل صحيح في هذه القضية من خلال تلخيصها للأسباب التاريخية لإيجاد تنظيم عام لافتتاح وعمل الصيدليات - وهو ما يشكل الأساس القانوني لتقييد الحق الدستوري - مع الأخذ في الاعتبار بطبيعة ومضمون الحق في اختيار وممارسة المهنة، وقد أشارت المحكمة الدستورية في حكمها إلى أنه كلما كانت درجة التقييد المفروضة على الحق في اختيار وممارسة المهنة عالية، كلما كان واجبا أن تكون المصلحة العامة المستهدفة كبيرة حتى تكون قادرة على تسويغ مثل هذا التقييد.

وفي قضية أخرى فصلت فيها المحكمة الدستورية الألمانية تتعلق بالحق في التكامل الجسدي أو السلامة الجسدية، خلصت المحكمة إلى أن التناسب يجب أن يطبق في جميع الحالات التي تقيد فيها الدولة مجال الحرية، وكررت موقفها في عدد لا يحصى من قراراتها لاحقا، ووفقا لهذا القضاء فإن أي قيد يتم فرضه على أحد الحقوق الدستورية يجب أن يليه متطلب التناسب وإلا اعتبر غير دستوري.¹

وقد انتهى أيضا المجلس الدستوري الفرنسي، في قضية تحريم الدعاية لمشروعات التبغ والمشروبات الكحولية في فرنسا، إلى دستورية النص محل الطعن على أساس تناسبه، فقد رأى الطاعنون أن ذلك يمثل مساسا بحرية الملكية وحرية إقامة المشروعات وممارسة الأنشطة، في حين ذهب المشرع إلى أن ذلك التقييد مرده إلى المصلحة العامة والحفاظ على الصحة العامة الذي هو واجب أساسي يقع على عاتق الدولة، وقد أوضح المجلس الدستوري الفرنسي أنه إذا كان المشروع الاقتصادي حقا من حقوق الأفراد فإن المشرع قد أورد عليه بعض الضوابط التي تحقق نوعا من التناسب بين حقوق الأفراد المتمثلة في إقامة المشروعات والتجارة وحق الملكية، وبين المصلحة العامة المتمثلة في ضرورة الحفاظ على الصحة العامة.²

¹ وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع9، أبريل 2016، ص 638-639-641.

² Décision n° 90-283 DC du 08 Janvier 1991, loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.

ولعل أبرز مجال لتفعيل مبدأ التناسب بين حقوق الأفراد والمصلحة العامة هو نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، حيث يجب على المشرع وكذا السلطة التنظيمية أن تتخذ الإجراء العادل والمنصف الذي يوازن بين المصالح الخاصة للأفراد وحقهم الدستوري في الملكية وبين المصلحة العامة، وقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي عدم دستورية المادة 15-01 و215 من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة وذلك بمناسبة فصله في إحدى مسائل الأولوية الدستورية المعروضة عليه، حيث جاء في مضمون قراره أن أحكام المادة 15-01 و15-02 من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة تتجاهل شرط عدم جواز حرمان أي شخص من ممتلكاته إلا بشرط تعويض عادل ومسبق الذي نصت عليه المادة 17 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، إذًا فالإجراء الذي اتخذته المشرع لا يتناسب مع حجم الأضرار المباشرة والمادية الناجمة عن المصادرة.¹

وقد طبقت المحكمة الفيدرالية الأمريكية مبدأ التناسب في الرقابة بشأن المساواة بين البيض والسود في قضية *City of Richmond V. JA Co Croson* ولقد أصدرت مدينة Richmond قانوناً يستلزم من المقاولين المتعاقدين مع المدينة أن يسندوا إلى مقاولين من الباطن 30% من قيمة العقد، وهؤلاء المقاولون من الباطن لا بد أن يكونوا أعضاء بجمعية تسمى M.B.E.S وهي مكونة من الأقليات، وهم الزوج وذوو الأصل الإسباني والشرقيون والهنود والإسكيمو، وعلى الرغم من أن القضية مشابهة إلى أخرى انتهت فيها إلى دستورية القانون الفيدرالي محل الطعن، إلا أن المحكمة العليا اعتبرتها مختلفة عن السابقة، إذ أن الكونغرس يملك سلطات واسعة علاجية لا تملكها الولايات، طبقاً للتعديل الرابع عشر (فقرة 05)، ليعرف ويعالج آثار التفرة العنصرية الواسعة، وقد استخدمت مدينة Richmond فكرة التصنيفات العنصرية، وهو أمر قد يؤدي إلى الإحساس بالدونية العنصرية وإلى العداء السياسي، وحيث أن القانون لا يوجد ما يبرره من ناحية الواقع، فلا يوجد ما يبرر نسبة الاحتجاز 30%، كما يوجد تفاوت بين نسبة العقود الممنوحة للأقلية ونسبتهم إلى السكان، ولأجل ذلك قضت المحكمة بعدم دستورية القانون لأن نسبة الاحتجاز المذكورة ليست متناسبة ولا يمكن تبريرها كإجراء علاجي مستندة في ذلك على أن القانون محل الطعن يخل بمبدأ المساواة أمام القانون.

وفي قضية *BRRON V. BALTIMORE*، كان لبرون رصيف في ميناء بالتيمور الذي أحاطت به المياه العميقة في الميناء ليسمح للسفن الكبيرة أن ترسو عليه، وقد حولت المدينة

¹ Décision n° 2012-226 QPC du 06 Avril 2012.

المجرى المجاور للرصيف المملوك لبرون، وأدى ذلك إلى تراكم كميات كبيرة من الرمل والتراب حول الرصيف، المر الذي جعل الماء ضحلا وأدى إلى عدم صلاحية الرصيف، وتبعاً لذلك ادعى مالك الرصيف أن المدينة قد نزعت ملكيته للاستعمال العام دون تعويض عادل، وحكم له بالتعويض في الدرجة الأولى، لكن محكمة استئناف "ميرلاند" ألغت هذا الحكم، فطعن المالك بالاستئناف أمام المحكمة العليا مدعياً بأن التعديل الخامس بحظر أخذ الملكية الخاصة للنفع العام دون تعويض يطبق على الولايات والكيانات المنشأة من الولايات المتحدة مثل مدينة "بالتيمور"، وقضت المحكمة بأن الحقوق الواردة في الميثاق قد أوردت قيوداً على السلطة الفيدرالية، كما أن التعديلات قد اقترحت من قبل الأغلبية في الكونغرس بما يتفق مع المشاعر العامة، وأقرتها الولايات، ولكنه لم يشر إلى تطبيقه على الولايات، وقد خسر المدعي (المالك) الدعوى، لكن سرعان ما عدلت عن ذلك المحكمة الفيدرالية في قضية HURTADO V. California لسنة 1884¹، وقد استند المدعي إلى أن شرط القضية والإجراءات القانونية يشمل كل أشكال الإجراءات المميزة للإجراءات الجنائية الأنجلوأمريكية، بما في ذلك حق الاتهام بهيئة محلفين كبرى، وهذا الحق مضمون في الإجراءات الجنائية الفيدرالية بالتعديل الخامس لميثاق الحقوق، وقضت المحكمة بأن الولاية لا تخالف شرط المحاكمة القانونية، إذ لم تأخذ بنظام هيئة المحلفين الكبرى، ذلك أن شرط القضية الواجبة ليس مفهوماً جامداً يجمد كل أشكال ونماذج الإجراءات المعروفة في القانون العام، وإنما هو مفهوم قابل للنمو والتطور والتقدم، والملائمة الحكيمة للظروف والمواقف والأشكال والقضايا الجديدة التي يستحسن أن يعطى لها تعبيراً جديداً من وقت لآخر يتلاءم معها.

وبذلك تكون المحكمة قد أقرت تطبيق ميثاق الحقوق على الولايات وفقاً لمبدأ التناسب بين المصالح المتعارضة.²

وفي المقابل، لم تتخاذل المحكمة الدستورية العليا المصرية عن مراقبتها لدستورية القوانين واللوائح على أساس مبدأ التناسب، ففي القضية رقم 08 لسنة 16 قضائية دستورية، رفضت المحكمة الدستورية الدعوى التي أقامها المدعي عليه عن طريق دفعه بعدم دستورية أحكام المواد 09 و10 و15 و16 من القانون رقم 39 لسنة 1975 المعدل بالقانون رقم 49 لسنة 1982 المتعلق بتأهيل المعوقين على أساس أن هذه المواد تخالف مبدأ المساواة أمام القانون لأن المادة

¹Hurtado v. California : 110 U. S. 516(1884), sur le site web : <https://supreme.justia.com>

² محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص 60-64.

10 تلزم من يملكون سلطة التعيين في وحدات الجهاز الإداري للدولة أو الهيئات العامة أو القطاع العام بتخصيص عدد من الوظائف داخل وحداتهم لا تقل نسبتها عن 5% من مجموع عدد عامليها للمعوقين المسجلين بمكاتب القوى العاملة والمرشحين من قبلها، منتجة بذلك تمييزاً بين فئتين لا يستند إلى أسس موضوعية، وأضاف المدعى عليه (صاحب الدفع) أن هذه المواد تمس بالحق في التعاقد الذي يندرج تحت الحرية الشخصية التي كفلتها المادة 41 من الدستور، حيث أن المادة 10 من القانون المطعون فيه ألزمت المخاطبين بها باستخدام معوقين لا يحتاجونهم ويمثلون عمالة زائدة تقابلها أعباء مالية ضخمة لا سبيل لدفعها، ويؤثر على عملية الإنتاج ولا يوفر إنماء للدخل القومي، وأضاف المدعى عليه أنه كان من الأفضل من المشرع أن يقرر معاشاً للمعوقين عن عجزهم في حدود المادة 17 من الدستور بدل أن يبتدع طريقاً آخر يقوم على استخدامهم في وحدات الجهاز الإداري بالدولة والهيئات العامة والقطاع العام ويحملهم ما لا يطيقون، وفي ذلك إعفاء للدولة من واجبها نحوهم في القيام بدورها الاجتماعي.

بالإضافة إلى ما سبق، أسس المدعى عليه دفعه أيضاً على اعتبار أن العقوبات الواردة بالقانون محل الدفع ليس لها سند دستوري فهي تقيد الحرية الشخصية دون وجه حق، وأن المادة 16 منه تفرض عقوبتين على فعل واحد (الأجر التقديري للوظيفة التي رشح المعوق لها لمدة عام، وعقوبة الغرامة أو الحبس أو كلاهما) في حين كان يمكن الاكتفاء بالتعويض لجبر الأضرار الناشئة عن الإخلال بالتزامات من طبيعة مدنية.

إن رفض المحكمة الدستورية العليا للدعوى جاء بعد فحصها لمدى تناسب تنظيم المشرع لأوضاع المعاقين مع المصلحة العامة، وتوصلت في حكمها إلى أن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يتغيا بلوغ أغراض بعينها تعكس مشروعيتها إطاراً لمصلحة عامة يقوم عليها هذا التنظيم، متخذاً من القواعد القانونية التي تبناها سبيلاً إليها، فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها، كان التمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها تحكيمياً، وقد بررت المحكمة موقفها على أساس أن المشرع استند إلى المادة 07 من الدستور التي تنص على أن المجتمع يقوم على التضامن الاجتماعي ووحدة الجماعة في بنائها وتداخل مصالحها لا تصادمها، وإمكان التوفيق بينها ومزاوجتها ببعض عند تزامنها، واتصال أفرادها وترابطهم ليكون بعضهم لبعض ظهيراً، ويتعين عليهم أن تتضافر جهودهم لتكون لهم الفرص ذاتها التي تقيم لمجتمعاتهم بنيانها الحق، ولا

تخل - في الوقت ذاته - بتلك الحماية التي ينبغي أن يلوذ بها ضعفاؤهم، ليجدوا في كنفها الأمن والاستقرار.¹

تتصب رقابة التناسب على جوهر السلطة التقديرية للمشرع، حيث يراقب القاضي الدستوري من خلالها الصلة بين النص التشريعي والأحكام الأساسية التي نص عليها الدستور عن طريق رقابة الصلة بين الوسائل المستخدمة والغاية المستهدفة من التشريع، وقد تبنى المجلس الدستوري الجزائري هذه الفكرة حيث قرر في أكثر من قرار ورأي له أن ممارسة المشرع لسلطته التقديرية لا يمكن أن تكون مطلقة بغير قيد أو ضابط، فقرر وجوب التزام المشرع بالأحكام والمبادئ الدستورية عند ممارسة هذه السلطة، كما يتعين عليه أن يراعي في تقديراته المعايير الموضوعية والعقلانية وأن يحترم الأهداف التي تعبر عن إرادة المؤسس الدستوري وفي كل الأحوال ألا يتعارض التشريع مع روح الدستور، وهو ما ورد مثلاً في الرأي المتعلق بقانون نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان²، حيث جاء فيه: "واعتباراً بالنتيجة أن إقرار تعويضة عن الحضور لعضو البرلمان، تتنافى وممارسة الاختصاصات الدستورية للبرلمان، فضلاً عن كونه لا يستند على معايير موضوعية وعقلانية" وفي نفس الرأي جاء فيه أنه: "واعتباراً أنه إذا كان تحديد الأساس المرجعي لحساب التعويضة الأساسية الشهرية الممنوحة لعضو البرلمان يخضع لتقدير المشرع، فإنه يعود للمجلس الدستوري أن يتبين أن الأحكام الواردة في المادتين المذكورتين أعلاه، التي تقر تعويضتين أساسيتين لا تتشئ وضعا تمييزياً بين أعضاء البرلمان من شأنه أن يمس بمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور".³

إذاً، لقد وازن المجلس الدستوري الجزائري بين طريقة حساب التعويضة المعتمدة من طرف المشرع والتي تمنح لعضو البرلمان وبين تحقيق مبدأ المساواة أمام الضريبة المنصوص عليه في المادة 64 من الدستور المعدل سنة 1996، معتمداً في ذلك على فكرة التناسب.⁴

¹ لمزيد من التفاصيل راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 8 لسنة 16 ق.د، المنعقدة بالجلسة العلنية في الخامس من أغسطس/ أوت (السبت) سنة 1995، على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا: <https://www.sccourt.gov.eg>

² رمضاني فاطمة الزهراء، منهج القاضي الدستوري الجزائري في ضبط المشرع من الاعتداء على الحقوق والحريات وفق التعديل الدستوري لسنة 2020، مجلة أبحاث، المجلد 06، ع01، 2021، ص 57.

³ الرأي رقم 98/04 المؤرخ في 13 يونيو 1998 حول دستورية المواد من 04 إلى 07 ومن 11، 14، 12، 15، 23 من القانون المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان.

⁴ لمزيد من التفاصيل راجع: بن مالك بشير، مساهمة المجلس الدستوري في حماية مبدأ المساواة أمام القانون في الجزائر، مجلة إدارة، المجلد 1، ع01، جوان 2001، ص. ص 67، 68.

في حقيقة الأمر، لا يمكن الوقوف بالرقابة على دستورية القوانين عند مجرد المقابلة الحرفية بين نصوص التشريع ونصوص الدستور، وإلا فقدت تلك الرقابة الدستورية أهميتها، ولذلك يجب على القاضي الدستوري البحث عن الغاية الحقيقية من وراء التشريع ورقابته في هذه الحالة ليست رقابة ملائمة وإنما هي من قبيل رقابة المشروعية الدستورية، فهو لا يراقب ضرورة التشريع من عدمها ولا يتدخل في السياسة التشريعية للمشرع وإنما يبحث فقط عن غاية المشرع الحقيقية من وراء سنّه لتشريع ما، والتي قد تظهر من خلال مثلاً فكرة الخطأ الظاهر في التقدير أو مبدأ التناسب¹، فالبحث في غاية المشرع الحقيقية هو بحث في الانحراف التشريعي، والمشرع في استعماله لسلطته التقديرية في اختيار وترجيح الوسائل والبدائل والخيارات يتعين عليه أن يتغيا المصلحة العامة دون سواها، فإن هو انحرف عنها وابتغى غيرها لحقه عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية الذي يتعين على القاضي الدستوري مراقبته.²

الفرع الثالث: امتناع القاضي الدستوري عن التعرض للنشاط السياسي وأعمال السيادة

أعمال السيادة كما يسميها الفقه الفرنسي أو أعمال الدولة كما يسميها الفقه الانجليزي أو الأعمال السياسية كما يسميها الفقه الأمريكي، كلها مرادفات لمعنى واحد مفاده أن هناك بعض الأمور تستوجب سياسة موحدة وسريعة للدولة، وتتطلب موازين وعناصر تقديرية لا تتوفر للهيئات القضائية أو مثيلاتها، وهو ما يستدعي إبعادها عن الرقابة الدستورية ورقابة الإلغاء والتعويض³، وتعود فكرة السيادة إلى الفقه الفرنسي عندما أخذ رجال الدولة الفرنسيين على عاتقهم الدفاع عن سلطات الملك ضد البابا والإمبراطور في العصور الوسطى انطلاقاً من مبدأ (الملك يسود ولا يسأل)، وقد أكد على هذه الفكرة الفقيه "جان بودان" الذي كان يرى أن تكون السيادة للملك ليضمن له الاستقرار والسيطرة داخل الدولة، وبعد إنشاء مجلس الدولة الفرنسي طبق هذه الفكرة في قراره الصادر في الأول من مايو 1822 في قضية (Laffitte)، حيث رفض المجلس دعوى تتعلق بمعاش كان قد منح للأميرة (BORGHESE) التي كانت من أسرة "تابليون بونابارت" في عهد الحكومة الإمبراطورية وألغته الحكومة الملكية، ورأى المجلس أن هذه الدعوى تتعلق بمسألة تنفرد الحكومة بالفصل فيها، فلم ينظر فيها.⁴

¹ أنظر: المنصوري عبد الله، مرجع سابق، ص 110.

² المنصوري عبد الله، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ حافظي سعاد، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية والدولية بين النص والواقع، مرجع سابق، ص 546.

⁴ وسن حميد رشيد، الرقابة على أعمال السيادة (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع2، السنة 12، 2020، ص 494.

كما لا يحق للمحاكم القضائية في بريطانيا النظر في أعمال السيادة التي تعرف عندهم بأعمال الدولة (Acts of state) والتي تضم طائفتين من أعمال التاج:

الأولى: طائفة الأعمال التي يملك التاج حق إجرائها بموجب سلطانه غير العادي أداء لواجبه الأول نحو الدولة المتمثل في السهر على مصالحها العليا.

الثانية: طائفة الأعمال التي يجريها التاج بمقتضى سلطانه العادي المتروك لمقتضى حريته وتقديره.¹

وقد اعتمدت محكمة النقض المصرية على نظرية أعمال السيادة وأيدت عدم خضوعها للرقابة، حيث قضت في إحدى أحكامها بأن: "المحاكم هي المختصة بتقرير الوصف القانوني للعمل الصادر عن السلطات العامة وما إذا كان يعد من أعمال السيادة، وحينئذ لا يكون لها أي اختصاص بالنظر فيه ومحكمة الموضوع تخضع في تكييفها في هذا الخصوص لرقابة محكمة النقض".²

حتى أن المشرع المصري في القانون رقم 31 لسنة 1962 نص صراحة على أن مجلس الدولة لا يختص بالنظر في المنازعة المتعلقة بأعمال السيادة، ويعتبر من قبيل أعمال السيادة قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستياداع أو فصلهم عن غير الطريق التأديبي، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 1956/03/07 بأن القرارات التي صدرت بالاستغناء عن عدد من الضباط تعتبر من أعمال السيادة على أساس أنها اتخذت لحماية الثورة وتحقيق أهدافها.

ثم أكد المشرع على عدم قابلية النظر في أعمال السيادة من خلال المادة 11 من قانون مجلس الدولة المصري الخامس رقم 47 لسنة 1971 والتي نصت على أنه: "لا تختص محاكم الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"، وكذلك المادة 17 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 بقولها: "ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بأعمال السيادة".

¹ وسن حميد رشيد، المرجع نفسه، ص 495.

² نقض مصري، جلسة 05 مارس 1968، الطعن رقم 364، السنة 33 ق، مجموعة المكتب الفني رقم 19، ص 501. ونقض جلسة 25 أبريل 1978، الطعن رقم 545، السنة 44 ق، مجموعة المكتب الفني رقم 29، ص 1101. أشار إلى هذه الأحكام: الدكتور مقني بن عمار، أعمال السيادة كاستثناء عن اختصاص القضاء وتطبيقاتها في مواد الجنسية (دراسة في القانون الجزائري والمقارن)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، 2013/2012، بحث منشور، ص 13.

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق بشكل صريح لنظرية أعمال السيادة¹، إلا أن ذلك لم يمنع القاضي الإداري من اعتمادها، فقد برز صداها من خلال جملة من أهم القرارات والأحكام القضائية، فقد سبق وأن قام قضاة الغرفة الإدارية على مستوى المجلس الأعلى بإثارة موضوع أعمال السيادة في العديد من قراراتهم من بينها القضية التي صدر بشأنها القرار بتاريخ 1967/01/20 المتعلق بالطعن المباشر ضد قرار وزير الفلاحة خلال فترة الثورة الزراعية القاضي بحل مجلس إدارة الصندوق التعاوني الفلاحي للتقاعد وتعيين متصرفين إداريين مؤقتين، حيث رفع الصندوق المركزي دعوى إلغاء هذا القرار أمام المجلس الأعلى، ودفع وزير الفلاحة بأن قرار الحل من قبيل أعمال السيادة وعليه يتوجب رفض الدعوى، وعلى الرغم من اعتراف المجلس الأعلى بنظرية أعمال السيادة إلا أنه رفض هذا الدفع وقام بإلغاء قرار الحل والقرارات الأخرى بالتبعية لسبب آخر وجيه هو أن قرار الحل يعود إلى وزير المالية وليس إلى وزير الفلاحة والإصلاح الزراعي.²

كما اعتبر القاضي الإداري بالغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قضية (ي.ج.ب) ضد وزير المالية بأن إصدار تداول وسحب العملة يعد إحدى الصلاحيات المتعلقة بممارسة السيادة التي لا يمكن للقاضي النظر فيها وحكم فيها بعدم الاختصاص النوعي.³

¹ يرى بعض الفقهاء من بينهم الأستاذ "أحمد محيو" أن بعض القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية بمقتضى المواد 119، 120، 122 من دستور 1989 الجزائري الصادر في 23 فبراير 1989، ج. ر. ج. ج. ع 9 المؤرخة في 1 مارس 1989، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج. ر. ج. ج. ع 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج. ر. ج. ج. ع 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج. ر. ج. ج. ع 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

وما يقابلها من تعديل 1996 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج. ر. ج. ج. ع 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج. ر. ج. ج. ع 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج. ر. ج. ج. ع 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008. في حالة الطوارئ أو الحصار أو الحالة الاستثنائية، أو حالة الحرب تكيف على أنها من قبيل أعمال السيادة، وأي طعن يرفع بشأنها يقابل بالرفض من طرف القاضي، وقد أضاف الأستاذ "محيو" طائفة أخرى من الأعمال التي يمكن اعتبارها من أعمال السيادة مثل:

- إبرام المعاهدات والمصادقة عليها.
- إصدار القانون، حل المجلس الشعبي الوطني.
- حل المجلس الشعبي الوطني أو قرار إجراء انتخابات مسبقة.
- حق العفو، تعيين النواب والوزراء.

لمزيد من التفصيل أنظر: محيو أحمد، المنازعات الإدارية، ترجمة فايز أنجاج وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 170؛ سكاكني باية، مرجع سابق، ص 69.

² القرار أشار إليه: لعقون عفاف، شريط وليد، نظرية أعمال السيادة في الجزائر (قناعة أم تقليد؟)، المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 13، ع 4، السنة 13، جويلية 2021، ص 35.

³ القرار رقم 36473 المؤرخ في 1984/01/07، أشار إليه: لعقون عفاف، شريط وليد، المرجع نفسه، ص 34.

وفي قرار آخر لمجلس الدولة والذي يعد حديثا نسبيا، قضى فيه بعدم الاختصاص النوعي وأسس القضاء موقفه بكون قرارات المجلس الدستوري ذات طبيعة نهائية لا يطعن فيها بأي طريق كان، فضلا عن أنها تتعلق بعمل من أعمال السيادة التي لا يجوز للقضاء النظر فيها.¹

أما عن موقف القضاء الدستوري إزاء نظرية أعمال السيادة، فقد جرى العمل على استبعاد الأعمال السياسية من نطاق ولاية القاضي الدستوري وبالتالي خروجها من مجال الرقابة على دستورية القوانين، لاسيما في الدول التي تأخذ بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين مثل مصر، فقد حددت المحكمة الدستورية العليا موقفها من أعمال السيادة في حكمها بالقضية رقم 48 لسنة الرابعة قضائية دستورية الصادر بتاريخ 1984/01/21 حيث ورد في حيثيات هذا الحكم أن: "... للرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح تجد أسالها - كأصل عام - في مبدأ المشروعية وسيادة القانون الذي أرساه الدستور، غير أنه يرد على هذا الأصل ما استقر عليه الفقه والقضاء في استبعاد أعمال السيادة من مجال الرقابة القضائية على أساس أن طبيعتها تأبى أن تكون محلا لدعوى قضائية، وإذا كانت نظرية أعمال السيادة في أصلها الفرنسي قضائية النشأة ولدت في ساحات القضاء الإداري وتطورت قواعدها، إلا أنها في مصر ذات أساس تشريعي يرجع بداية التنظيم القضائي الحديث الذي أقرها بنصوص صريحة في صلب التشريعات المتعاقبة المنظمة للمحاكم ومجلس الدولة، وآخرها ما ورد في قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم "46" لسنة 1972، وقانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 1972 اللذان استبعدا أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والإداري.... إن العبرة بالتكييف القانوني لما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها بطبيعة هذه الأعمال ذاتها التي يجمعها إطار عام هي أنها تصدر عن السياسة العليا للدولة، بما لها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها مع احترام الحقوق التي كفلها الدستور..."²

وعلى الرغم من الاتفاق على وجود نظرية أعمال السيادة كحقيقة قائمة في القضاء الفرنسي والمصري والجزائري أيضا، إلا أن الفقه اختلف في تحديدها وإيضاح معيار تمييزها عن الأعمال الإدارية الأخرى للسلطة التنفيذية، وإذا كان الفقه الفرنسي قد بدأ الأخذ بمعيار الباعث السياسي ثم

¹ الملف رقم 2871، القرار الصادر بتاريخ 12 نوفمبر 2001.

أشار إليه: لعقون عفاف، شريط وليد، المرجع نفسه، نفس الصفحة؛ وكذلك: قرناش جمال، قلوب الطيب، تأملات في أعمال السيادة على ضوء محطات القضاء الإداري، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد 05، ع1، مارس 2020، ص 101.

² الحكم أشار إليه: عصام علي الدبس، مرجع سابق، ص 308؛

أنظر كذلك: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الطعن رقم 10 لسنة 14 ق.د الصادر بتاريخ 19 جوان 1993؛ حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم 04 لسنة 12 ق.د الصادر بتاريخ 09 أكتوبر 1990.

معيار طبيعة الأعمال - كما فعلت المحكمة الدستورية العليا¹ - فإنه قد استقر في غالبية في الأخير على اعتناق أفضل معيار لتحديد أعمال السيادة وهو التعداد على سبيل الحصر على ضوء أحكام القضاء، وهو ما يعرف بمعيار القائمة القضائية الذي اعتنقه مجلس الدولة الفرنسي من خلال أحكامه، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه كلما كان معيار تمييز أعمال السيادة مؤدياً إلى تضيق دائرة هذه الأعمال كلما ازدادت الرقابة القضائية واتسعت الضمانات الممنوحة للأفراد للدفاع عن حرياتهم وحقوقهم ومراكزهم القانونية المكتسبة.²

لقد أسهم مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع في وضع قائمة لأعمال السيادة تتضمن مجموعة من الأعمال³، يكاد الفقه يجمع بشأنها وهي:⁴

- الأعمال التي تنظم العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، منها دعوة الناخبين للقيام بالعملية الانتخابية، ودعوة البرلمان للانعقاد في دورة استثنائية، وحل البرلمان.
- الأعمال المتصلة بالشؤون الخارجية، ويتعلق الأمر بجميع الأعمال المتصلة بسير مرفق التمثيل الدبلوماسي، والقرارات الصادرة عن الدولة والمتعلقة بغيرها من الدول والمنظمات الدولية، والأعمال المتعلقة بالرعايا الأجانب والأعمال المتعلقة بالاتفاقيات والمعاهدات الدولية.
- الأعمال المتعلقة بالحرب.

▪ الأعمال المتعلقة بأمن الدولة الداخلي، ويدخل تحت هذا النوع من الأعمال التدابير الضبطية خاصة ذات الطابع الوطني والصادرة عن السلطة المركزية.⁵

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الفصل في توضيح حدود نظرية أعمال السيادة يرجع إلى المحكمة العليا الأمريكية عند حكمها في قضية "Lothar V. Borden" عام 1849⁶ الذي يعتبر أول سابقة قررت فيها المحكمة نظرية أعمال السيادة.

ومن الأعمال التي اعتبرتها المحكمة العليا من أعمال السيادة:

¹ من خلال حكمها الصادر في القضية رقم 10 لسنة 14 ق.د الصادر بتاريخ 19 جوان 1993.

² عصام علي الديس، مرجع سابق، ص 308.

لمزيد من التفصيل حول معايير تمييز أعمال السيادة راجع: سكاكني باية، مرجع سابق، ص 70-76.

³ مازن ليو راضي، موسوعة القضاء الإداري، المجلد الأول، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، بدون بلد النشر، 2016، ص 52؛ أشار إليه: قرناش جمال، فلوش الطيب، مرجع سابق، ص 98.

⁴ بوضياف عمار، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص. 48، 49.

⁵ قرناش جمال، فلوش الطيب، مرجع سابق، ص 98.

⁶ لتفصيل أكثر حول وقائع القضية أنظر: حافظي سعاد، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية والدولية بين النص والواقع، مرجع سابق، ص 547، الهامش رقم 01.

- المسائل المتعلقة بالشؤون الخارجية: وهذا هو المجال لنظرية أعمال السيادة في القانون المصري والفرنسي، فالمسائل الخاصة المتعلقة بعلاقات الدولة الخارجية وعلاقتها بالدول الأخرى تتحقق فيها مبررات إخراجها من رقابة القضاء أكثر من غيرها.
 - إثبات صحة توقيع دولة أخرى على إحدى المعاهدات السياسية المبرمة معها.
 - تحديد نهاية الحرب، إبعاد الأجانب وكل القرارات المتعلقة بشأنهم.
 - وفي مجال السياسة الداخلية، فقد اعتبرت من أعمال السيادة مبدأ الفصل بين السلطات، وجود نص دستوري يعهد فيه بموضوع صراحة إلى جهة حكومية معينة.¹
- وعموما يكاد يجمع الفقه² والقضاء³ على حد سواء على حصر طائفة من الأعمال الحكومية ولاسيما ما يتعلق منها بالخيارات الإستراتيجية للدولة وبتتظيم السلطات في الدولة ونظام الحكم والعلاقة بين السلطات، أي بين الحكومة والرئيس والملك أو بين الحكومة والبرلمان والعلاقة مع الدول الأخرى مثل إبرام المعاهدات والأعمال المتعلقة بالدفاع، وإعلان الحرب والصلح والتنازل وتنظيم القوات المسلحة وتدريباتها، وإعلان حالي الطوارئ والحصار وإنهائها وكذلك الإجراءات والتدابير التي تتخذ في حالات الحرب والكوارث الطبيعية بل وحتى الأعمال المتعلقة بالنظام النقدي والمصرفي في الدولة.

¹ حافظي سعاد، المرجع نفسه، ص. 547، 548.

² محمد واصل، أعمال السيادة والاختصاص القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، ع02، 2006، ص 389.

³ أنظر: قرار محكمة النقض السورية 61 بقرار 294 لعام 2007 بتاريخ 25 جوان ضد وزير الدفاع والمدير العام لإدارة الأشغال العسكرية فعلى الرغم من أن محكمة النقض قد اعترفت بأن القانون قد نص على استبعاد القرارات التي تصدر إعمالاً لمصلحة الدولة العليا في شأن سياسي أو عسكري معين من رقابة القضاء الإداري والعادي، وأنه ليس للمحاكم رقابة على أعمال السيادة وإنما لها أن تتبين إن كانت التدابير المتخذة تدخل ضمن أعمال السيادة أم لا، إلا أنها قبلت دعوى إبطال قرار محكمة النقض الغرفة المدنية الثالثة الصادر في 2000/04/27 والمتضمن رفض الطعنين موضوعاً (الطعن يتعلق بإلغاء قرار وزير الدفاع ووقف الأعمال في عقار الجهة المدعية بصفة استعجالية) على اعتبار أن الأعمال التي قامت بها وزارة الدفاع في العقار الخاص بالمدعي تنصف بأعمال السيادة التي تمارسها لضرورات أمنية.

وقد أوضحت محكمة النقض في قرارها الأخير الصادر في 25 جوان 2007 أن الهيئة المخاصمة (وزير الدفاع والمدير العام لإدارة الأشغال العسكرية) قد اكتفت بعبارات عامة لرد طلب المدعي دون أن يكون في كافة وثائق الملف ما يفيد بأن الأشغال كانت لضرورات الأمن.

انطلاقاً من هذا القرار يتضح أن القرارات الصادرة في الشؤون العسكرية لضرورات أمنية تعد من أعمال السيادة، بالإضافة إلى الأعمال الصادرة في مجال تنظيم علاقة الحكومة بالبرلمان وتقديم مشاريع القوانين وإعلان الحرب وقبول الهدنة (قرار 1983/180 أساس 135 - مجلس الدولة - سوريا قاعدة 297-م. المحامون 1984-إصدار 4، رقم مرجعية حمو رابي 2598)، الأعمال المترتبة عن الحرب والتي تلحق ضرراً بالمواطنين كهدم بيوتهم أو تخريب أراضيهم ما لم يعتمد تأسيس الدعوى على توفر أسس من المسؤولية التقصيرية في الواقعة التي تخلف عنها الضرر (قرار 1978/113- أساس 2191 - محكمة النقض - الدوائر المدنية - سوريا قاعدة 196 - مجموعة المحامون 1978 - إصدار 04-01 - رقم مرجعية حمو رابي 55438).

لمزيد من التفصيل راجع: مقال خالد احمد عثمان، نظرية أعمال السيادة والقضاء الإداري، منشور في صحيفة الاقتصادية الإلكترونية، وفق آخر تحديث للصفحة في 23 يناير 2011، متوفرة على الموقع الإلكتروني: <http://ar.jurispedia.org> تم الاطلاع عليها يوم 2022/08/18 على الساعة 17:37.

في الأخير، يمكن القول بأن الضوابط التي تحكم نطاق ممارسة الرقابة على دستورية القوانين بما فيها رقابة الدفع تنحصر أساسا في التقيد بأحكام الدستور الصريحة، أو المستقاة من قرارة نصوص والمتفق عليها من قبل غالبية أعضاء الرقابة، لكن الالتزام بذلك غير كاف فلا بد من الوقوف على القرينة الدالة على المخالفة والتي يكفي وجود شك بأن القانون محل الطعن يمس بالقانون الأساسي للدولة، كما أن تحديد طائفة الأعمال التي توصف بالسيادة أصبح ضروريا حفاظا على حقوق الأفراد وحررياتهم، بالطبع دون أن تمس هذه الرقابة بسيادة البرلمان التي أقرها له الدستور لكن ضمن حدود الدستور.

ضاف إلى ذلك أن الانحراف التشريعي عيب قصدي يتوجب معه على القاضي الدستوري تخطي ظاهرة التشريع إلى البحث عن الطبيعة الحقيقية التي هدف إليها المشرع، وهو دور مطلوب للقاضي الدستوري لأن إجازة هذا التحايل تقضي على القيمة الحقيقية للقيود الدستورية وتفتح بابا خطيرا أمام المشرع للعدوان على حقوق الأفراد وهو في مأمن من رقابة القضاء الدستوري، أما عن الدول التي تمنع على القاضي الدستوري البحث في عيب الانحراف التشريعي بحجة مخافة خوضه في بواغث التشريع ومقاصده لما يتضمنه ذلك من تقييم سلبي لأداء البرلمان المعبر عن إرادة الشعب واتهامه بممارسة الانحراف وكأنها إدانة سياسية، فهو تيرير لا أساس له من تكامل السلطات الثلاث وتعاونها من أجل الحفاظ على الدستور والضمانات المقررة فيه أمر لا يجرح أحدا فدولة الحق والقانون تنتصر عندما تنتصر إرادة الأمة المتمثلة في الدستور.¹

¹ محمد الحافي، التوسع في فئات الطاعنين ومراجع الطعن باب ولوج إلى العدالة الدستورية، أعمال الندوة الدولية المنظمة من طرف المحكمة الدستورية للمملكة المغربية بشراكة مع أكاديمية المملكة المغربية بعنوان "الولوج إلى العدالة الدستورية - الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين"، المملكة المغربية، مراكش، 27-28 شتنبر 2018، ص 148.

الباب الثاني

النظام القانوني والإجرائي للدفع بعدم
الدستورية في القانون الجزائي والأنظمة
المقارنة

لقد طرحت الرقابة على دستورية القوانين في نهاية القرن الثامن عشر كآلية معادية للإرادة الشعبية الممارسة مباشرة من طرف الشعب أو بواسطة ممثليه، حيث لا رقابة على ممثلي الشعب والإرادة الشعبية، لكن سرعان ما تجلت حقيقة هذه الرقابة باعتبارها آلية لحماية الدستور وحماية إرادة الشعب من تعسف السلطة التشريعية¹، حيث لا وجود للإرادة الشعبية عند خرق الدستور.

وقد اقترن ظهور الرقابة على دستورية القوانين بنشأة الدساتير المدونة في القرنين التاسع عشر والعشرين ميلادي، كما تعاضمت أهمية هذه الرقابة وأبعادها مع الكم الهائل من الأعمال التشريعية والسلطوية العامة الصادرة بموجب الدور التدخل لل دولة، فوفرة التشريعات العادية التي تسنها السلطة التشريعية وتعسفها - في بعض الأوقات - في ذلك انعكاسا لما خصها به الدستور من تنظيم كثير من حقوق الأفراد وحررياتهم، هذا فضلا عن وفرة التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية بسبب تدخل الدولة في العديد من أنشطة الأفراد المختلفة لتوفير حاجاتهم المتجددة، إنما يعظم من أهمية الرقابة على دستورية القوانين.²

هذه الرقابة الدستورية تتخذ أكثر من نموذج واحد، فمنها السياسية ومنها القضائية، ولكل منها أكثر من وجه، فمن أوجه الرقابة السياسية ما هو إجباري ومنها ما هو اختياري، كما من أوجه الرقابة القضائية ما يمارس عن طريق الدعوى الأصلية بهدف إلغاء القانون المخالف للدستور نهائيا، ومنها ما يمارس عن طريق الدفع الفرعي بهدف استبعاد تطبيق القانون المطعون ضده بعدم الدستورية، ومنها ما يتم إسناد مهمة الفصل فيها إلى محكمة دستورية مركزية متخصصة أو مجلس دستوري، ومنها ما يكون أمام جميع المحاكم، وقد تكون هذه الرقابة سابقة على صدور القانون أو لاحقة بعد صدوره.

ويظل كل نموذج رهين عوامل وخيارات عديدة لها إيجابياتها ولكنها لا تخلو من النقائص ليبقى نجاح كل تجربة مرتبطا بتلائم المؤسسات مع الظروف الخاصة بالمجتمعات وتوفير الأرضية المناسبة لذلك والضمانات والآليات اللازمة للهيكل الرقابية لحسن أداء مهامها.³

¹ لمزيد من التفصيل حول التنظير الفقهي لموضوع الرقابة على دستورية القوانين أنظر:

CADART. J : Institutions politiques et droit constitutionnel, édit LGDJ, Paris, 1975, p 158 et SS.

² مدحت أحمد محمد يوسف غنايم، الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الأنظمة اللاتينية (مصر وفرنسا)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص. ص 09، 10.

³ تقرير لجنة التشريع العام حول مشروع قانون أساسي يتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية، ع 48، صادر عن مجلس نواب الشعب، نوفمبر 2015، ص 02.

والملفت للانتباه أن الرقابة اللاحقة على القوانين قد عرفت تطورا لافتا، خاصة بعد القصور الذي نتج عن تطبيق الرقابة السياسية السابقة على دستورية القوانين على اعتبار أن العيوب في القانون تظهر بعد التطبيق، ناهيك عن ربط هذه الرقابة بآلية الإخطار من الجهات السياسية فقط، فحتى ولو كانت بعدية فإن ذلك لا يؤدي إلى تفعيلها ولا إلى قيامها بدورها الحقيقي المتمثل في حماية الدستور من جهة وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم من جهة أخرى.

وهو الأمر الذي دفع بعض الدول - إن لم نقل معظمها - إلى الانتقال من الرقابة السياسية إلى الرقابة القضائية، كما هو حال تونس والمغرب، حيث تم إسناد مهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى محكمة دستورية تم إنشاؤها لهذا الغرض بموجب تعديل دستور تونس لسنة 2014 وتعديل دستور المغرب سنة 2011، لتمارس مهامها وفق آليتي الإخطار والإحالة.¹

في حين تمسك المؤسس الفرنسي بنظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين ولكنه أدخل عليه نظام الدفع بعدم الدستورية، الذي يخول للأفراد حق الطعن في دستورية الأحكام التشريعية الماسة بحقوقهم وحررياتهم التي يكفلها لهم الدستور، بطريقة متميزة ومنفردة تحت مسمى "مسألة الأولوية الدستورية QPC" وذلك بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008، تدعيما منه للرقابة السياسية على دستورية القوانين ولسد الثغرات والنقائص التي ظهرت بها.

وبما أن المؤسس الدستوري الجزائري دائم التأثير بنظيره الفرنسي فقد استغرق منه الأمر ثمان سنوات ليقر في الأخير بحق المواطن في الدفع بعدم دستورية القوانين بموجب المادة 188 من الدستور المعدل سنة 2016، وما فتئ أن بدأت تتضح معالمه من خلال التطبيق حتى قام المؤسس الدستوري الجزائري من جديد بتعديل المادة المتعلقة به وذلك بموجب المادة 195 من الدستور المعدل سنة 2020 ليتبنى رسميا أسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق محكمة دستورية تتولى الفصل في الدفوع المحالة إليها من المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي ينتهك حق أو حرية يضمنها الدستور.

إن حداثة هذه الآلية بالنسبة للنظام الجزائري - بل وحتى المغربي والتونسي - مقارنة بالمؤسس الدستوري المصري الذي عرف منذ زمن نظام الدفع الفرعي أو ما يعرف برقابة الامتناع التي يعرف بها النظام الدستوري الأمريكي، فضلا عن تبني المؤسس الدستوري المصري لآلية الدفع بعدم الدستورية بصيغتها الحديثة، تدفع بالضرورة إلى البحث أكثر في النظام القانوني

¹ بن صديق فتيحة، هاملي محمد، الدفع بعدم الدستورية في النظام الدستوري الجزائري: مؤشر التوجه نحو الرقابة القضائية على دستورية القوانين، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، ع2، 2021، ص 266.

والإجرائي الذي يحكم هذه الآلية من خلال السعي إلى تحليل المواد المتعلقة بشروط وإجراءات معالجتها بدءاً من إثارة الدفع إلى غاية الفصل فيه أمام الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية. لكن سواء أسندت مهمة الرقابة الدستورية عن طريق الدفع إلى محكمة دستورية أو مجلس دستوري فإن هذه العملية تقتضي المرور عبر مرحلتين رئيسيتين، ولكل مرحلة شروطها وإجراءاتها. فما هي المراحل التي يمر بها الدفع بعدم الدستورية؟ وما الذي يميز كل مرحلة عن غيرها في الأنظمة الدستورية المقارنة وبالأخص (مصر وفرنسا والمغرب وتونس والجزائر)؟ وهل هي نفس الشروط في الدول السابق ذكرها؟ أم أنها تختلف؟ وإلى أي مدى قد وفق المؤسس الدستوري الجزائري في تنظيم شروط وإجراءات تطبيق آلية الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع وأمام القاضي الدستوري؟ وما هو الدور الذي أعطاه لقاضي الموضوع في مجال تفعيل هذه الآلية؟ من خلال استقراء المواد الدستورية التي أقرت آلية الدفع بعدم الدستورية سواء في مصر¹ أو في فرنسا²، أو في المغرب³ أو في تونس⁴، أو حتى في الجزائر⁵، يمكن القول بأن إثارة الدفع بعدم الدستورية تكون بطريقة غير مباشرة، حيث تتم بمناسبة النظر في نزاع معروض أمام القضاء وذلك وفق شروط وإجراءات محددة (الفصل الأول)، وبعد تصفيته وقبوله يحال على المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية اللذان يفصلان فيه وفق إجراءات وشكليات مضبوطة قانوناً (الفصل الثاني).

¹ المادة 175 من دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971، والمادة 192 من دستور 2014 المعدل والمتمم في 2019 بقرار الهيئة الوطنية للانتخابات رقم 38 لسنة 2019 بإعلان موافقة الشعب على التعديلات التي أدخلت عليه بالاستفتاء في 23 أبريل 2019، والمادة 29 فقرة "ب" من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979 المعدل والمتمم بتاريخ 26 يونيو 2019 بالقانون رقم 78 لسنة 2019.

² المادة 1-61 من دستور 1958 المعدل في 23 يوليو 2008.

³ الفصل 133 من الدستور المغربي المراجع بتاريخ 1 يوليوز 2011، ج.ر.ع 5964 مكرر الصادرة في 20 يوليو 2011.

⁴ الفصل 120 من الدستور التونسي الصادر في 27 جانفي 2014 المعدل والمتمم.

⁵ المادة 195 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج.ر.ع. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020، والقانون العضوي رقم 22-19 المؤرخ في 25 يوليو 2022 الذي يحدد إجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، ج.ر.ع. ج. ع 51 الصادرة في 31 يوليو 2022، الذي حل محل القانون العضوي رقم 18-16 المحدد لشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

الفصل الأول

ضوابط وإجراءات قبول الدفع بعدم

الدستورية أمام قاضي الموضوع

لقد كرس المؤسس الدستوري الجزائري حق المواطنين في تحريك الرقابة الدستورية عن طريق القضاء على غرار العديد من الأنظمة الدستورية المقارنة التي تقر هذا النظام، حيث يتسنى بموجب ذلك لكل من له صفة، الدفع بعدم دستورية قانون معين عن طريق الادعاء أمام القضاء بأن القانون الذي يطبق على النزاع المعروض أمامه يمس بالحقوق والحريات التي يكفلها له الدستور.

وباعتبار مسألة الدفع بعدم الدستورية آلية تمكن-مبدئيا-جميع الأفراد من تحريك الرقابة الدستورية عند انتهاك قانون ما لحقوقهم وحرياتهم الأساسية بمناسبة نزاع قائم أمام القضاء، فقد جرى العمل في العديد من الأنظمة المقارنة على إناطة هذا الأخير بمهمة إحالة طلبات الدفوع بعدم الدستورية المثارة أمام هيئاته على المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية-حسب النظام القانوني لكل دولة-للبث في دستورتيتها، وذلك بعد التحقق من شروط صحتها وفحص مدى جدتها من أجل تلافي إرهاب الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية بعناء النظر والفصل في جميع طلبات الدفوع.

ومن أجل تحقيق هذه الغاية، عملت الدول التي تقر آلية الدفع بعدم الدستورية-من بينها الجزائر-على إحاطة هذه الأخيرة بجملة من الضوابط والشروط التي يجب توافرها لإثارة عدم دستورية قانون عن طريق الدفع، وإحالة هذه الطلبات على المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية للفصل فيها وفق أصول وقواعد عملهما.

فما هي هذه الضوابط؟ وهل تتماشى مع طبيعة نظام الدفع بعدم الدستورية؟ وهل وردت بطريقة محددة ودقيقة وواضحة دون غموض أو تناقضات؟ وهل هي كافية للحد من الطلبات الكيدية الهادفة إلى عرقلة حسن سير العدالة؟ وما هو دور قاضي الموضوع في مجال الدفع بعدم الدستورية هل هو دور سلبي يتمثل في الإحالة الآلية أم إيجابي يتوقف عليه مصير الدفع بعدم الدستورية؟ وهل يعتبر تدخله في فحص مدى جدية الدفع بعدم الدستورية بمثابة تعدي على الاختصاص الأصلي للقضاء الدستوري-المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية؟

كل هذه الأسئلة وأكثر، تقتضي للإجابة عنها القيام بدراسة معمقة ومفصلة لشروط وإجراءات قبول الدفع بعدم الدستورية بصفة عامة نقطة بنقطة مع الاستعانة بالمقارنة مع بعض الدول أمثال مصر وفرنسا والمغرب وتونس وذلك في (الفصل الأول)، ثم التعرض إلى نماذج تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة المقارنة وإسقاطها على النموذج الجزائري، بالإضافة إلى إجراءات الفصل في الدفع على مستوى الجهة المكلفة بالرقابة الدستورية في (الفصل الثاني).

إن قراءة الفقرة 1 من نص المادة 195 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2020 تتيح استنتاج الضوابط الأساسية لاختصاص القضاء بالنظر في الدفع بعدم الدستورية، حيث تعد هذه المادة الأساس الدستوري لممارسة القضاء لسلطته في فحص مدى توافر المعايير اللازمة والمطلوبة لقبول الدفع بعدم الدستورية ، وقد تم إحالة مسألة تنظيم شروط وكيفيات تطبيق المادة 188 من الدستور المعدل سنة 2016 المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية على قانون عضوي صدر لاحقا في 2 سبتمبر 2018 تحت رقم 16-18، والذي جاء نوعا ما مفصلا من خلال مواده لشروط قبول الدفع بعدم الدستورية منها ما يتعلق بالأشخاص المخول لهم إثارته، ومنها ما يتعلق بإجراء الدفع وموضوعه، والتي تم تعديلها ، إلا أن ما يثير الإشكال بالنسبة للمؤسس الدستوري الجزائري أنه قد عدل من نص المادة 188 بموجب المادة 195 من الدستور المعدل لسنة 2020 في غضون 4 سنوات من إقراره لآلية الدفع بعدم الدستورية، ولم يستقر العمل بالقانون العضوي 16-18 بعد، خاصة أنه قد استبدل المجلس الدستوري بالمحكمة الدستورية بالإضافة إلى تعديلات أخرى في متن وجوهر المادة 188، فكيف لمادة لم يجر تفعيلها إلا بضع مرات تحتسب على الأصابع على مدار أربع سنوات أن تتغير جذريا؟ و بما أن المشرع العضوي قد أصدر مؤخرا القانون العضوي الذي يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، فما الجديد الذي قدمه في هذا القانون وهل يتماشى مع مقتضيات المادة 195 من الدستور المعدل لسنة 2020؟ وهل قام المشرع العضوي بتقادي الانتقادات التي تم توجيهها من قبل للقانون العضوي 16-18 الملغى؟

بداية سيتم التعامل مع نص المادة 195 من الدستور المعدل لسنة 2020 بإسقاط أحكام القانون العضوي 19-22 عليها لدراسة ضوابط قبول الدفع بعدم الدستورية الواردة بها، مع إظهار الفروق بين القانون العضوي الحالي والقانون الملغى ومدى انعكاسها على تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، ولإثراء هذه الجزئية لآبد من الوقوف على تجارب الدول التي كانت سباقة في إدراج آلية الدفع بعدم الدستورية ضمن منظومتها القانونية على سبيل المثال مصر وفرنسا والمغرب وتونس، خاصة أن الدفع هنا يتعلق بالتشكيك في قوانين قد تم الاستقرار على العمل بها وتطبيقها في الحياة الواقعية وفي تعاملات الأفراد والتي تنظم حقوقهم وحررياتهم، لذلك لآبد من وضع حدود لاستعمالها، والاستناد على معايير تحد من إساءة استعمالها والمماثلة بها.

المبحث الأول: الشروط المتعلقة بصاحب الدفع والجهة القضائية المثار أمامها

إن مبدأ الدفع بعدم دستورية القوانين كآلية للرقابة البعدية على دستورية القوانين يشكل ثورة في مجال العدالة الدستورية في أي نظام دستوري تعتمد الدولة، ورغم تأخر المؤسس الدستوري الجزائري مقارنة بغيره-من المؤسس المصري والفرنسي والمغربي والتونسي- إلا أنه اعترف أخيرا بحق الأفراد في الدفع بعدم دستورية القوانين أمام المجلس الدستوري عن طريق الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة وذلك من خلال المادة 188 من الدستور المعدل لسنة 2016¹، إلا أنه قد تم إدخال بعض التغييرات على هذه المادة في آخر تعديل دستوري لسنة 2020²، حيث تم إحلال المحكمة الدستورية محل المجلس الدستوري وأضيف الحكم التنظيمي إلى قائمة النصوص التي يمكن إثارة الدفع بعدم دستورتها، ولكنه أبقى على حق الفرد وحده في إثارة الدفع بعدم الدستورية، عندما يتعلق الأمر بتطبيق حكم تشريعي أو تنظيمي يمس بحقوقه وحرياته التي يكفلها له الدستور، شريطة إثارته بمناسبة النظر في دعوى قائمة أمام القضاء، والسؤال الذي يطرح نفسه: من له حق الدفع بعدم الدستورية؟ أو بعبارة أخرى ما هي الشروط الواجب توافرها في مثير الدفع؟ وما هي الجهات القضائية التي يمكن إثارة دفع بعدم الدستورية أمامها؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تقتضي تقسيم هذا المبحث على مطلبين، يكون المطلب الأول لتحديد الأشخاص المؤهلين لإثارة الدفع عدم الدستورية، أما المطلب الثاني فيخصص لتحديد الجهات القضائية التي يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها.

المطلب الأول: الأشخاص المؤهلون لإثارة الدفع بعدم الدستورية

بما أن الدفع بعدم الدستورية ينجر عنه قيام دعوى دستورية جوهرها يتمحور حول الحكم في مدى دستورية قانون نافذ يمس بالحقوق والحرريات الأساسية للأفراد، فلا بد من تحديد الأشخاص الذين يحق لهم تحريك دعوى الدفع بعدم الدستورية سواء بطابعها السياسي أو القضائي، وهو ما

¹تنص المادة 188 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري ج، ر، ج، ع، 14،

المؤرخة في 07 مارس 2016، 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 والحرريات التي يضمنها الدستور."

²تنص المادة 195 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2020 على أنه: "يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور." المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج.ر.ع. 82 الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

درجت عليه الدول التي تبنت هذه الآلية. حيث نصت المادة 195 من الدستور المعدل لسنة 2020 على أنه: "يمكن إخطار المحكمة الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة..."¹، في حين أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 15 من القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية على أنه: "يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية، من قبل أحد أطراف الدعوى..."².

ما يلاحظ على نص المادتين أن المؤسس الدستوري الجزائري قد استعمل مصطلح "أطراف المحاكمة" في حين أن المشرع نص في القانون العضوي 22-19 على "المحاكمة" و "أطراف الدعوى"³، وهذا الاختلاف في استعمال المصطلحات بطريقة مرنة دون ضبطها سينجر عنه عيوب كثيرة تظهر من خلال التطبيق العملي لهذه الآلية، ذلك أن هناك فرقا بين الدعوى والمحاكمة والنزاع، فلكل أحكامه وأطرافه، وفي مقابل ذلك استعمل المؤسس المغربي في الفصل 133 من دستور 2011 عبارة "أحد الأطراف" وهو نفس المصطلح الذي أكدته المادة 2 من مشروع القانون التنظيمي 15-86 لاحقا، وبذلك لم تثر مسألة التناقض في المصطلحات، في حين أن كلا من المشرع المصري⁴ والمؤسس التونسي استعملوا عبارة "أحد الخصوم"⁵، أما الدستور الفرنسي فقد تجنب استعمال أي مصطلح للدلالة على صاحب الصفة في تحريك مسألة الأولوية الدستورية واكتفى بالقول بأنه: "إذا ثبت أثناء النظر في دعوى أمام جهة قضائية.....جاز إشعار المجلس الدستوري..."⁶.

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في صاحب الدفع

بما أن الأمر يتعلق بدفع بعدم الدستورية، فهو مرتبط لا محالة بدعوى قضائية، وكقاعدة عامة يجب أن تتوفر في المتقاضى شروط حتى يتمكن من ممارسة حقه في التقاضي ونفس الأمر ينطبق على الشخص الذي يريد إثارة دفع بعدم الدستورية، كون هذا الأخير ذا طبيعة قضائية، لكن

¹ وهو نفس ما نصت عليه المادة 188 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري ج، ر، ج، ع، 14، المؤرخة في 07 مارس 2016، بخصوص أطراف المحاكمة.

² استعمل المشرع العضوي نفس الصياغة التي وردت بالمادة 2 من القانون العضوي 18-16 الملغى، حيث جاء نصها كالآتي: "يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل أحد أطراف الدعوى..."

³ هناك من يستعمل مصطلح المحاكمة للدلالة على مصطلح الخصومة.

⁴ المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية.

⁵ الفصل 120 من الدستور التونسي لسنة 2014 والفصل 54 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية عدد 50، المؤرخ في 3 سبتمبر 2015.

⁶ Guy CARCASSONNE, Olivier DUHAMEL, QPC La Question Prioritaire Constitutionnalité, 2^{em} éd avec Aurélie DUFFY, édit. DALLOZ, 2015, p.39.

قبل التطرق إلى هذه الشروط لابد من الوقوف على بعض المصطلحات التي استعملها المشرع في المواد المرتبطة بإجراء الدفع بعدم الدستورية.

أولاً: ضبط المصطلحات

من أجل تحديد طائفة الأشخاص الذين يحق لهم تحريك الدفع بعدم الدستورية، لابد أولاً من تحديد بعض المفاهيم خاصة أن المصطلحات المستعملة مختلفة من دولة إلى أخرى بل وحتى من قانون لآخر في نفس البلد، فهي متراوحة بين أحد الخصوم وأحد أطراف الدعوى أو المحاكمة.

1-تعريف الدعوى: عرف أصحاب النظرية الحديثة الدعوى بأنها: "سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته".

وقد عرفها "ديجي" في كتابه "شرح القانون الدستوري" بقوله أن الدعوى هي: "حماية لقاعدة مقررة في القانون."¹

وباختصار فالدعوى هي: "وسيلة قانونية تمكن الأفراد من إجبار القاضي على البت في الطلب الذي يعرض عليه."²

2-تعريف الخصومة:الخصومة في اللغة هي الجدل والنزاع، ويقال خاصمه مخاصمة وخصومة أي مجادلة ومنازعة، وتخاصم القوم واختصموا أي تجادلوا وتنازعوا، فإذا غلبه في الخصومة يقال خصمه يخصمه خصماً.³

¹ سليمان بن أحمد العليوي، الدعوى القضائية بين الشريعة والأنظمة الوضعية، ط1، مكتبة التوبة، الرياض، السعودية، 2012، ص55.

كما يمكن تعريفها بأنها: "الحق في الحماية القضائية حال الاعتداء على حق من الحقوق المصونة رغبة في الحصول على حكم قضائي مقرر أو منشأ لحق أو مركز قانوني." آية الوصيف، تعريف الدعوى المدنية والقضائية (عناصرها، الفرق بين الدعوى والمطالبة القضائية)، 1 مارس 2017، اطلع عليها يوم 2020/12/16 على الساعة 13:23. موجودة على الموقع الإلكتروني:

www.mohamah.net

هذا وقد عرفها البعض الآخر بأنها: "وسيلة للدعاء أمام المحاكم، فالأشخاص عن طريقها يعرضون على المحاكم منازعاتهم بشأن الحقوق أو المراكز القانونية لحمايتها"

أمينة مصطفى النمر، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1990، ص 11. عموماً فإن تعريفات الدعوى لم تخرج عن كونها سلطة أو وسيلة أو ادعاء، ويمكن تعريفها أيضاً بأنها: "السلطة المخولة لكل شخص له حق يعترف القانون بوجوده في أن يطلب حماية القضاء لإقرار الحق، إذا حصل اعتداء عليه، أو استرداده، إذا سلب منه." راجع في هذا الخصوص: عبد الوهاب العشماوي ومحمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، دار الفكر العربي، مصر، مارس 1957، ص 554.

وهناك تعريف آخر للدعوى مؤداه أنها: "طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي."؛ أنظر: محمد إبراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، ط2، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص38.

² حلمي الحجار، هاني الحجار، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية (دراسة مقارنة)، ج1، ط7، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص 39 بند 23.

³ ابن منظور، لسان العرب، ج12، بيروت، ط 1994، ص 180؛ بطرس البستاني، قطر المحيط، مكتبة لبنان، ص543.

أما فقهاء، فيعرفها البعض بأنها: " الحالة القانونية التي تنشأ من مباشرة الدعوى وتتكون من عدة إجراءات أو أعمال إجرائية متتابعة يتم من خلالها تحقيق الدعوى وبحثها تمهيدا لإصدار حكم في موضوعها".¹

تعرف الخصومة بأنها: " الأعمال الفنية والوسائل الإجرائية اللازمة للتحقق من توافر نسبة الحق لصاحبه على حد سواء للمدعي أو المدعى عليه، والتي يقوم بها القاضي ومعاونيه في تسلسل وتتابع وفقا للنظام القانوني".²

وعموما فهي: "مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة يقوم بها الخصوم أو ممثلوهم والقاضي وأعوانه وأحيانا الغير وفقا لنظام معين يرسمه قانون المرافعات وتبدأ بالمطالبة القضائية وتسير بغرض الحصول على حكم في الموضوع".³

3- الفرق بين الدعوى والخصومة: إن الأصل أن تتم مباشرة الدعوى بواسطة الطلب القضائي، هذا الطلب تنشأ عنه حالة قانونية بين الخصوم وبينهم وبين القاضي وتستمر لحين صدور حكم ينهيها هي ما يسمى بالخصومة⁴. وتجدر الإشارة إلى أن النزاع يبدأ قبل اللجوء إلى المحكمة ويمكن حله بالطريق الغير قضائي كالصلح بين الطرفين ولكن بمجرد وصوله إلى المحكمة وتسجيله يصبح دعوى وهو ما يسمى برفع الدعوى وبعد قبولها تنشأ الخصومة القضائية، وتستمر إلى غاية الفصل فيها أو انقضائها، وهو ما ذهب إليه الدكتور "بوشير محند أمقران" بأن الخصومة هي الحالة القانونية التي تنشأ عن رفع الدعوى إلى القضاء.⁵ ويظهر الفرق بين الدعوى

¹ إبراهيم أبو النجا، انعقاد الخصومة طبقا لأحكام قانون المرافعات الليبي، ط1، 1997، ص16؛ أشار إليه: عبد الناصر عبد الله أبو سهدانة، مبادئ الخصومة الإداري (دراسة تحليلية في ضوء أحدث الآراء الفقهية)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012، ص19.

² آية الوصيف، مرجع سابق.
وقد عرفها الفقه العراقي بأنها: "وسيلة للتعبير عن عرض النزاع على القضاء".
عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، مجلد1، ط1، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، بغداد، 2015، ص196.

أما الفقه المصري فعرفها بأنها: "ظاهرة قانونية تشمل مجموع الأعمال الإجرائية التي رسمها القانون والتي ترمي إلى صدور حكم في الموضوع بقصد حل النزاع وإزالة العقبة التي تعوق طريق الحياة القانونية".
إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج2، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة الطبع، ص7.
في حين عرفها جانب من الفقه الفرنسي بأنها: "الحالة القانونية التي يوجد فيها الخصوم والمحكمة طيلة عرض النزاع على القضاء".

C. F : CUCHEE et VINCENT, Précis de procédure civile et commercial, 10 éd, édit DALLOZ, 1994 ; p. 256.

³ وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية (دراسة تأصيلية لقواعد الخصومة في قانون المرافعات)، دار الفكر العربي، 1978، ص5.

⁴ نبيل إسماعيل عمر، أحمد خليل وأحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص181.

⁵ بوشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، صص30، 31.

والخصومة في أنه قد تنشأ الخصومة عن مطالبة قضائية صحيحة، ومع ذلك تكون الدعوى غير مقبولة لعدم توافر شروطها، وقد تنقضي الخصومة بالسقوط أو الترك مثلا دون أن تنتقي الدعوى، إذ يجوز البدء في خصومة جديدة موضوعها الدعوى السابقة¹، ضف إلى ذلك أن شروط قبول الدعوى تختلف عن شروط قبول الخصومة، ذلك أن الدعوى دائما ما تستند إلى حق أما الخصومة فهي تقوم بمجرد اتخاذ الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون بغير التفتت إلى توافر حق لرافعها.²

من خلال ما سبق، يمكن القول بأن لفظ أطراف الدعوى يختلف عن أطراف الخصومة بما أن الدعوى تختلف عن الخصومة، كما أن كلا المصطلحين يختلفان عن عبارة "الخصوم" من ناحية أخرى، وتفصيل ذلك كالآتي:

3-1 بالنسبة لمصطلح الخصوم، يعتبر الأضيق نطاقا من بين المصطلحات الثلاث، حيث يقصد بالخصم: "كل من يقدم باسمه طلبا إلى القضاء للحصول على حماية قضائية أو من يقدم في مواجهته هذا الطلب"، ومنه فإن مثل الشخص أمام القضاء لا يعني أنه خصم ما لم يطالب بشيء أو يكون مطلوبا بشيء في مواجهته³. وقد يظهر الخصم بأكثر من صورة أو حالة⁴، فالخصم في الدعوى قد تكون له الصفة في تقديم الدعوى أو قد لا تكون له الصفة لذلك، فهو أي شخص يقدم الطلب إلى القضاء أو يقدم الطلب في مواجهته.

3-2- أطراف الخصومة: من خلال التعريفات السابقة للخصومة يمكن القول بأن أطراف الخصومة هم كل من الخصوم (العارض أي الطرف الأول والأصلي في الخصومة والمحرك الوحيد لها والخصم وهو الشخص الذي يحدده الطاعن) والمشاركون أي المتدخلون⁵، أو ممثلوا الخصوم، والقاضي ويقصد به المحكمة التي تنظر في الدعوى فلا خصومة بغير قاض لأنه هو من يتولى عدة إجراءات لسير الخصومة والفصل فيها، فهو شخص أساسي من أشخاص

¹ بوبشير محند أمقران، المرجع نفسه، نفس الصفحة؛ أنظر أيضا: المادة 262 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ع 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008 المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022، ج. ر. ج. ع 48، المؤرخة في 17 يوليو 2022، والتي تنص على أنه يجوز المطالبة بالحق من جديد عن طريق الإجراءات العادية لرفع الدعوى.

² أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1989، ص.ص 110، 111.

³ عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 494.

⁴ لتفصيل أكثر راجع: أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 547.

⁵ سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2015، ص 192، 193، 194، 195؛ محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج 2 (التقاضي أمام القضاء المدني)، دون دار النشر ومكان النشر، 1989، ص 221.

الخصومة¹، بالإضافة إلى أعوان القاضي، أما المحامي فلا يعد طرفاً في الخصومة حتى ولو كانت نيابته وجوبية.

3-3- أطراف الدعوى: إن مصطلح أطراف الدعوى هو مصطلح عام غير مقيد يفيد العموم، ويدخل فيه كل شخص تأسس ليكون طرفاً في الدعوى وتم قبول تأسيسه من قبل الجهات القضائية الناظرة في الدعوى، ومنه فهو يشمل الأطراف الأصليين أي المدعي والمدعى عليه والأطراف المنضمة عن طريق التدخل أو الإدخال في الخصام أو عن طريق القانون أو عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.²

خلاصة القول تكمن في أن لفظ أطراف الدعوى أوسع من الخصوم بل ويشمله³، ودليل ذلك أن المشرع الجزائري استبدل مصطلح "الأطراف" الذي كان مستعملاً في المادة 30 من قانون الإجراءات المدنية القديم⁴ بمصطلح "الخصوم" وهو الأصح لأنه أدق⁵، فالتكليف بالحضور يخص الخصوم وهم المدعي والمدعى عليه، لذلك حذف مصطلح الأطراف لأنه واسع وفضفاض، وهذا ما يفسر استعمال المشرع التونسي لمصطلح الخصوم حتى يخرج القاضي من دائرة الأشخاص الذين يحق لهم الدفع بعدم الدستورية، كذلك الأمر بالنسبة للمشرع المصري في المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا فقد استعمل في الفقرة "ب" منها مصطلح "الخصوم" لأنه قد خص القاضي بحق إثارة الدفع من تلقاء نفسه في الفقرة "أ" منه⁶.

بعدما تم نسبياً توضيح بعض المصطلحات المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بتحديد الأشخاص الذين يحق لهم إثارة الدفع بعدم الدستورية، لا بد من الوقوف على أهم الشروط الواجب توافرها في مقدم الدفع حتى يمكن القول بأنه يملك حق إثارة دفع بعدم دستورية قانون.

¹ وجدي راغب، مرجع سابق، ص7.

² ذواوي عادل، الدفع بعدم الدستورية كآلية لحماية المكلفين بالضريبة في الجزائر (بعد التعديل الدستوري لسنة 2016)، ع16، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جوان 2017، ص.ص 340، 341.

³ عمار عباس، انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين ومدى مساهمته في تنقية النظام القانوني من القوانين الماسة بالحقوق والحريات في الدساتير المغاربية (الجزائر-تونس والمغرب نموذجا)، عدد 7، مجلة المجلس الدستوري، 2016، ص30.

⁴ المادة 30 من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الملغى، ج. ر. ع 47، المؤرخة في 9 جوان 1966.

⁵ المادة 20 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

⁶ لزرقي عائشة، العيداني سهام، الدفع بعدم الدستورية كآلية إخطار لتفعيل دور المجلس الدستوري في مجال الحقوق والحريات، عدد 4، مجلة تنوير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة2، ديسمبر 2017، ص 188.

إن لفظ أطراف الدعوى واسع إذا ما قورن بلفظ الخصوم الذي ينحصر في المدعي والمدعى عليه، عكس الأول الذي يأخذ مفهوماً واسعاً يشمل إضافة إلى الخصوم: المتدخلين إضافة إلى ممثلي الحق العام.

ثانيا: الصفة والمصلحة في الدعوى الدستورية عن طريق الدفع وأهلية إثارته

بالرجوع إلى الفقه الدستوري المقارن الذي اعتبر الدفع بعدم الدستورية دعوى منفصلة - منذ لحظة إثارتها إلى حين البت فيها من قبل القضاء الدستوري - عن باقي المكونات القانونية للدعوى الأصلية¹، فإن لها أطرافاً محددة يجب أن تتوافر فيهم شروط قبول الدعوى بصفة عامة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن ارتباط الدفع بعدم دستورية القوانين بوجود دعوى قضائية مرفوعة يجعل من قبوله يخضع بشكل مباشر لشروط قبول الدعوى القضائية بالنسبة للمتقاضى شكلاً وموضوعاً، وهو ما أكدته المشرع الجزائري عندما أحال في تنظيم هذه المسألة على أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية²، خاصة المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "لا يجوز لأحد التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"، والمادة 65 التي تنص على أنه: "يثير القاضي تلقائياً انعدام الأهلية"³. ومن هذا المنطلق، يعتبر شرط الصفة والمصلحة أول ما ينظره القاضي عند عرض أية دعوى عليه، فيبدأ بهما، إن توافرا فإنه يتحقق من الشروط الشكلية والموضوعية، ذلك أن اللجوء إلى القضاء ليس من باب الأعمال الخيرية التي ليس فيها مقابل أو فائدة، فلا دعوى بدون مصلحة وصفة، وكل غياب لهذين الشرطين يترتب عنه جزاء أولي وهو عدم القبول⁴.

1- الصفة في مقدم الدفع بعدم الدستورية

يقصد بالصفة: "السلطة التي بمقتضاها يمارس الشخص الدعوى أمام القضاء"⁵، وذو الصفة هو: "الشخص الذي تربطه بموضوع الادعاء علاقة شخصية مباشرة"، أو بعبارة أخرى هو الشخص الذي من شأنه مباشرة الدعوى⁶. ولكي تتوافر الصفة في المدعي يتعين أن يكون رافع

¹ هنري روسيون، مرجع سابق، ص 109.

² المادة 5 من القانون العضوي 16-18 المحدد لشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية الملغى، والمادة 18 من القانون العضوي 19-22 المحدد لإجراءات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

³ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 13-22 المؤرخ في 12 يوليو 2022، ج. ر. ج. ع 48، المؤرخة في 17 يوليو 2022.

⁴ هذان الشرطان لا يعتبران من قبيل الشكل ولا الموضوع كما هو شائع - فهما شرطان مستقلان طبقاً لما هو راسخ في المنازعات القضائية سواء في التشريع المصري أو الجزائري أو سواهما، فالمشرع الجزائري قد نص عليهما خارج الشروط الشكلية والموضوعية.

لمزيد من التفصيل راجع: زيان محمد أمين، مرجع سابق، ص.ص 273، 274.

⁵ نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون إج. م. إ، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 124.

⁶ عز الدين الديناصورى، عبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 47. ويمكن تعريف الصفة أيضاً بأنها: "ما للشخص من شأن في الدعوى يجيز له المخاطبة في موضوعها أو إبداء دفاع فيها، والقاعدة العامة أن أصحاب الحقوق هم من لهم الصفة في المخاطبة عنها أمام القضاء. أنظر: عبد الوهاب العشاوي ومحمد العشاوي، مرجع سابق، ص 580.

الدعوى هو الشخص نفسه أي الأصيل أو يكون وليه القانوني (الولي، الوصي، القيم، الوكيل عن المفقود أو الغائب غيبة منقطعة) أو أن يكون هو وكيله القانوني (كالشخص الذي يتفق معه الأصيل على أن يرفع الدعوى نيابة عنه)، وتختلف الصفة عن التمثيل القانوني في كون هذا الأخير يقصد منه: "سلطة اتخاذ إجراءات الخصومة ومتابعتها لعدم قدرة صاحب الحق على مباشرتها بنفسه لاستحالة مادية أو قانونية." وإذا كان يترتب على انعدام الصفة عدم قبول الدعوى، فإنه يترتب على فساد التمثيل القانوني بطلان إجراءات مباشرة الخصومة¹. إذن إذا لم تتحقق الصفة في المدعي أو المدعى عليه كانت الدعوى مرفوعة من غير ذي صفة، أو ضد غير ذي صفة ويتعين القضاء بعدم قبولها.²

ولالإشارة، لا يكفي توافر الصفة في المدعي فقط، بل تجب كذلك في المدعى عليه، وهو ما كرسه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عندما استعمل عبارة "التقاضي" بصفة عامة، ولم يحددها في المدعي فقط أو المدعى عليه.³

هذا عن الصفة بشكل عام، أما عن الصفة في الدفع بعدم الدستورية فهي: "السلطة الممنوحة قانوناً لأصحاب الحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية، أو هي السلطة التي تخول للشخص المكنة لمباشرة الحق في الدفع."⁴ والصفة في الدعوى الدستورية ليست بالمعنى العام للصفة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإنما قيدها القانون بمعنى محدد، فليس كل صاحب حق يعتبر من ذوي أصحاب الصفة في اللجوء إلى القضاء الدستوري⁵، فلقد حددت التشريعات المقارنة أصحاب الصفة في إثارة الدفع بعدم دستورية قانون-ولو طريقة متفاوتة- وذلك راجع إلى اختلاف أساليب تحريك الدعوى الدستورية في كل منها⁶.

وفي تعريف آخر للصفة فهي: "أن يكون صاحب الحق محل الاعتداء هو الذي يباشر الحق في الدعوى التي ترفع من أجل تقرير هذا الحق أو حمايته." أشار إليه: بن ملح الغوثي، القانون القضائي الجزائري، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص 236.

والصفة بهذا المعنى يقصد بها أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق محل الاعتداء من أجل إما تقرير هذا الحق أو حمايته. راجع في هذا الخصوص أيضاً: فراحي عاشور، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة في قانون الاج. م. إ.، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009، ص 53.

¹ سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1986، ص 507.

² محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا (الدعوى الدستورية، دعوى تنازع الاختصاص الوظيفي، دعوى تنفيذ حكمين متعارضين، إجراءات هذه الدعوى)، عالم الكتب للنشر، القاهرة، 1989، ص 114.

³ كوسه فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 273.

⁴ لمزيد من التفاصيل راجع: منير عبد المجيد، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 42، 50.

⁵ شيرزاد شكري طاهر، اختصاص القضاء الدستوري برقابة دستورية اللوائح (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2018، ص 159.

⁶ عمر حمزة التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقضاء المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 (دراسة تحليلية مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2010، ص 138.

وعموماً، إذا ما تم إخراج كل من التشريع المصري والتونسي الذين لم يحصرا الحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية على مجال الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، فإنه يمكن القول بأن الصفة في الدفع بعدم الدستورية المقرر في كل من الجزائر وفرنسا والمغرب ترتبط بحق أو حرية أساسية يراد حمايتها من قانون ينتهكها وذلك بمناسبة نزاع قائم أمام إحدى الجهات القضائية، حيث يمكن لأطراف الدعوى فقط إثارة عدم دستورية نص قانوني يمس حقوقهم وحرياتهم، أي أن الصفة في إثارة الدفع تتعلق بالصفة في التقاضي من جهة ومن جهة أخرى ترتبط ارتباطاً وثيقاً بانتهاك حق أو حرية يضمنها الدستور.

ومن بين الأحكام التي قررتها المحكمة الدستورية العليا المصرية تأكيداً على ضرورة توافر الصفة في صاحب الدفع بعدم الدستورية، حكمها الصادر بتاريخ 1991/12/7 بقولها: "لما كان ذلك، وكان من المقرر، على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه يتعين على المحامي الذي يقوم بيقوم الدعوى الدستورية أن يودع ما قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى سند وكالته عن المدعي حتى يتسنى التحقق من صفته فيها ومداها وما إذا كانت تخوله الحق في إقامتها نيابة عنه..."¹

2- المصلحة في تقديم الدفع بعدم الدستورية

تستلزم القواعد العامة في الخصومة القضائية-أي كانت- ضرورة توافر شروط معينة لقبول الدعوى، من ذلك توافر المصلحة في رفعها، وهذا الشرط يعد من الشروط العامة لكل دعوى بما في ذلك الدعوى الدستورية باعتبارها تستهدف تحقيق المشروعية الدستورية، مع إضافة بعض السمات المميزة التي تتفق مع الطبيعة الذاتية للدفع بعدم الدستورية خاصة.

إلى جانب شرط الصفة الذي يجب توافره في مقدم الدفع بعدم الدستورية، يجب أن تكون له مصلحة وراء ذلك وفائدة تعود عليه من وراء دفعه، ذلك أنه "لا دعوى بدون مصلحة"².

ويقصد بالمصلحة بصفة عامة: "الفائدة القانونية التي يتحصل عليها من وراء رفع الدعوى سواء كانت مادية أو أدبية."³

ومن ثم فإن المصلحة في الدعوى تمثل قيماً بديهيها على إقامتها لضمان جدية الادعاء.¹

¹ القضية رقم 4 للسنة 10 قضائية دستورية، بتاريخ 1991/12/7. أشارت إليها: لصلح نوال، مرجع سابق، ص 977.
² نبيل صقر، مرجع سابق، ص 127؛ محمد الصغير بعلي، الوجيز في الإجراءات القضائية الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2010، ص 128.

³ بوسعدية رؤوف، غبولي منى، شروط رفع الدعوى الاستعجالية لوقف تنفيذ القرارات الإدارية، أعمال الملتقى الوطني الخامس "قضاء وقف تنفيذ القرارات الإدارية"، المنظم يومي 25-26 ماي، مطبعة السخري، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، المركز الجامعي بالوادي، 2011، ص 156؛ صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 155. والمصلحة تعرف عادة على أنها: "الباعث على إقامة الدعوى والغاية المقصود تحقيقها من وراء ذلك". أشار إلى ذلك: عاشور فراحي، مرجع سابق، ص 61.

أما المصلحة في الدفع بعدم الدستورية فهي: "الفائدة العملية التي تعود لصاحب الدفع الدستوري من وراء طعنه بعدم دستورية حكم تشريعي (أو تنظيمي)، وذلك لحماية مركزه القانوني أو صيانة حقوقه"، وبالتالي يستلزم أن يقدم المدعي الدليل على أن ضررا واقعا قد يلحق به من جراء تطبيق القانون غير الدستوري²، وذلك بغية اجتناب كل مضيعة للوقت والمال قد تنتج عن دفع ليس مجدية. وعموما فالمصلحة هي ما يربط المتقاضي بدعواه من الناحية الفعلية، وذلك بأن يكون لصاحب الدفع شأن في استبعاد تطبيق القانون أو اللائحة غير الدستورية عليه، أي ارتباط مصلحة المتقاضي بمصلحة متعلقة بالدعوى الموضوعية التي أثير الدفع بمناسبة³، وتجدر الإشارة إلى أن المصلحة في المنازعة الدستورية تتميز بأن الحق الذي تحميه هو حق يحميه الدستور، وأن الاعتداء الواقع عليه من عمل المشرع والسلطة التنفيذية، ويتجسد في نصوص القانون أو التنظيمات المطعون في دستورتها، وبوقوع الاعتداء تنشأ المصلحة التي تخول ذوي الصفة الحق في إثارة المسألة الدستورية⁴.

إن شرط المصلحة نصت عليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي أحالت عليها المادة 18⁵ من القانون العضوي 22-19 الذي ينظم كيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، وفي مقابل ذلك نصت المادة 18 من القانون رقم 48 لسنة 1979 المتعلق بالمحكمة الدستورية العليا المصرية المعدل والمتم بطريقة غير مباشرة عندما أحالت على تطبيق قانون المرافعات المدنية والتجارية، والتي جاء نصها كالتالي: "فيما عدا ما نص عليه هذا الفصل تسري على قرارات الإحالة والدعوى والطلبات التي تقدم إلى المحكمة الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها".⁶ هذا وقد ظهرت عدة أحكام للمحكمة الدستورية العليا في مصر تدل على موقفها المتمثل في التحري عن وجود المصلحة قبل الحكم لقبول الدعوى الدستورية عملا

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، شروط قبول الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 103.

² أونيسي ليندة، التعديل الدستوري 2016 وأثره في تطوير الرقابة الدستورية في الجزائر، المجلد 3، عدد 2، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، جوان 2016، ص 111.

³ زيان محمد أمين، مرجع سابق، ص 274؛ لصلح نوال، مرجع سابق، ص 975، الذهبي بدر، حق الدفع بعدم الدستورية بين الدستور المغربي والنموذج الألماني، ع 38/37، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد بعنوان "القضاء الدستوري بالمغرب"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2004، ص 95.

⁴ عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، ط 1، دار الفكر العربي، مصر، 1995، ص 353.

⁵ المادة 5 من القانون العضوي 18-16 الملغى.

⁶ القانون رقم 48 لسنة 1979 المتعلق بالمحكمة الدستورية العليا المصرية، الجريدة الرسمية، ع 36، الصادرة بتاريخ 6 سبتمبر 1979، المعدل بالقانون رقم 168 لسنة 1998، المعدل بموجب مرسوم قانون سنة 2011، المعدل بالقانون رقم 78 في 26 يونيو 2019، المعدل والمتمم بالقانون رقم 191 لسنة 2020.

بالمبدأ العام الذي يحكم جميع الدعاوى بما فيها الدعوى الدستورية، وعلى سبيل المثال حكمها الصادر في 1992/2/1 والذي أكدت فيه على أنه: "...لا يجوز الطعن على النصوص التشريعية إلا بعد توافر شرطين أوليين يحددان معاً مفهوم المصلحة الشخصية المباشرة...، أولهما أن يقيم المدعي وفي حدود الصفة التي اختصم بها النص التشريعي المطعون عليه الدليل على أن ضرراً... قد لحق به، ... وثانيهما أن يكون مرد الأمر إلى النص التشريعي المطعون فيه"¹.

فعينية الدعوى الدستورية عن طريق الدفع لا تعني وجوب التحلل من شرط المصلحة الشخصية المباشرة، فلو كان هذا الفرض صحيحاً، لكان بالإمكان الطعن في دستورية القوانين عن طريق دعوى أصلية تخاصم هذه القوانين بهدف بيان حكم الدستور استقلالاً عن أي منازعة موضوعية².

أما عن المصلحة في الدفع الذي اقره المؤسس التونسي، فإنه تم الإشارة إليها بطريقة ضمنية في الفصل 55 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية عندما نص على أنه: "يقدم الدفع بعدم الدستورية بمقتضى مذكرة مستقلة ومعلقة...تحتوي على عرض في بيان أسباب الدفع"³، والتسبب ما هو إلا بيان أن هناك مصلحة يبتغيها صاحب الدفع من وراء دفعه، كذلك الفصل 54 من نفس القانون نص على أن الخصوم يمكنهم الدفع بعدم دستورية قانون مطبق على النزاع بمعنى أن المصلحة في الدفع ترتبط بكون القانون المطعون في دستوريته سيطبق على النزاع ويضر بمصلحة صاحب الدفع، وبما أن الدفع مرتبط أيضاً بدعوى مرفوعة أمام المحاكم والتي تقتضي قيام مصلحة فإنه يجب توافر المصلحة أيضاً في الدفع بعدم الدستورية والتي تؤثر على سير النزاع.

في حين أن المؤسس المغربي والمشرع المغربي لم ينصا على شرط المصلحة صراحة، إلا أنه يفهم من خلال الفصل 133 من الدستور ضرورة أن يمس القانون المطعون بعدم دستوريته بأحد حقوق أو حريات أحد الأطراف التي يضمنها الدستور أثناء نزاع معروض على هيئة قضائية، ومؤدى ذلك وجوب توافر شرط المصلحة من إثارة الدفع في الطاعن بعدم الدستورية. كذلك نفس الأمر بالنسبة للمشرع الفرنسي في نص المادة 23-1 من القانون العضوي رقم 1523-2009 الذي يحدد شروط تطبيق المادة 61-1 من الدستور المعدل لسنة 2008، فشرط المصلحة يتحقق

¹المزيد من التفصيل راجع: إبراهيم محمد علي، المصلحة في الدعوى الدستورية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص8؛ وطعيمة الجرف، رقابة القضاء وأعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص120.

²على خلاف ذلك فإن هناك بعض الدساتير تسمح بتقديم الطعون في دستورية القوانين من قبل الأشخاص العاديين من ذلك على سبيل المثال: الدستور الإسباني الصادر في 1931/12/9 الذي نص على إنشاء محكمة الضمانات الدستورية (المادة 121)، وخولها حق البحث في الطعون المقدمة من قبل أي شخص عام، أو خاص، كما أعطى لكل فرد حق الطعن في أي قانون إذا اعتقد أنه مخالف للدستور حتى ولو لم يمس به بضرر، ودون أن يتطلب الدستور في الفرد الراجع للطعن أن تكون له مصلحة في ذلك (المادة 123). أنظر في ذلك: مصطفى قلووش، مرجع سابق، ص.ص 225، 226.

³القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر يتعلق بالمحكمة الدستورية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 98، المؤرخ في 8 ديسمبر 2015، ص 3379.

عند أحد أطراف النزاع الذي ثبت أن النص الذي سيطبق عليه في الدعوى يمس بحق أو حرية يضمنها الدستور¹، بمعنى أن المصلحة في هذه الدعوى تتمثل في المنفعة التي تتحقق من الحكم بعدم دستورية النص القانوني².

من خلال ما سبق، نستنتج أن المصلحة في الدفع يجب أن تتوافر على جملة من العناصر والمميزات تتمثل فيما يلي:

أ- يجب أن تكون المصلحة قانونية، شخصية ومباشرة

إن المصلحة في الدفع بعدم الدستورية هي مصلحة قانونية، بمعنى يقرها القانون ويحميها، كما يتعين أن تكون شخصية ومباشرة، ويتحقق ذلك إذا كان النص المطعون في دستوريته والمراد تطبيقه على الطاعن يخالف الدستور ويخل بأحد الحقوق التي كفلها الدستور على نحو يلحق به ضرراً مباشراً، إذ لا تكفي في هذه الحالة أن يكون النص المطعون فيه مخالفاً للدستور، وإنما لابد من أن يلحق ضرراً بالطاعن في الدعوى الموضوعية³، وهذا ما قرره المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن مناط شرط المصلحة الشخصية المباشرة هو أن تفصل المحكمة الدستورية العليا الخصومة الدستورية في جوانبها العملية وليس معطياتها النظرية، فلا تفصل في غير المسائل الدستورية التي يؤثر الحكم فيها على النزاع الموضوعي⁴، ومن ثم يتحدد مفهوم شرط المصلحة الشخصية والمباشرة باجتماع عنصرين:

أولهما: أن يقيم الطاعن الدليل على أن ضرراً مادياً أو معنوياً قد لحق به⁵، ويتعين دوماً أن يكون الضرر المدعى به مباشراً، منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون فيه للدستور

¹Loi Organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution.

موجود على الموقع التالي: legifrance.gouv.fr

تاريخ الاطلاع عليه: 7 جانفي 2021 على الساعة 21:06.

²هزيل جلول، الصفة والمصلحة في المنازعة الدستورية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013، ص 117.

³صلاح الدين فوزي، مرجع سابق، ص 163.

⁴الحكم الصادر بتاريخ 2003/5/11 في الدعوى الدستورية رقم 127/18؛ أشار إليه: خليفة سالم الجهمي، شرط المصلحة في الدعوى الدستورية (دراسة تحليلية مقارنة)، أطلع عليه يوم 7 جانفي 2021، على الساعة 15:12 على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.Khalifasalem.wordpress.com>

⁵يجوز أن تكون المصلحة مادية أو معنوية، ولكن لا يعني أن تكون الدعوى الدستورية أداة يعبر من خلالها المتداعون عن آرائهم في الشؤون التي لا تعنيهم بوجه عام، أو الدفاع عن مصالح لا شأن للنص المطعون فيه بها. أنظر: عادل الطبطبائي، شرط المصلحة في الدعوى الدستورية، ع 1، مجلة الحقوق الكويتية، 2003، ص 45.

ثانيهما: أن يكون الضرر عائداً إلى النص المطعون فيه، وليس ضرراً متوهماً أو منتحلاً أو مجهولاً أو قائماً على الافتراض¹، فإذا ثبت عدم تطبيق هذا النص على من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير الخاطبين به، أو أن الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا ترجع إلى النص الطعين أو كان النص قد ألغي بأثر رجعي²، دل ذلك على انتفاء شرط المصلحة الشخصية المباشرة³.

قبل الانتهاء من هذه النقطة، تجدر الإشارة إلى أن نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لم ينص صراحة على أن تكون المصلحة مباشرة وشخصية، وفي مقابل ذلك لم يبين الدستور ولا القانون العضوي 22-19 ولا حتى القانون العضوي 18-16 الملغى إمكانية إثارة طرف في الدعوى دفعا بعدم الدستورية مقررا لمصلحة غيره من أطراف الدعوى، وهل يجب أن تقوم الصفة والمصلحة في شخص الطرف الذي يثير الدفع، إلا أنه بالعودة إلى القواعد العامة في الإجراءات فإنه لا يجوز لطرف التمسك بدفع شكلي أو موضوعي مقرر لخصمه⁴، لذلك لا يجوز لمتهم في دعوى عمومية أو مدعى عليه في قضية مدنية أن يتمسك بالدفع بعدم الدستورية لفائدة الضحية، أو الطرف الثاني، أو المدعي في الدعوى المدنية، لأنه عديم المصلحة فيه، لكن إذا تعلق الأمر بالمسؤول المدني أو الضامن فيختلف الأمر، حيث يحق لهما إثارة الدفع بعدم الدستورية عندما يكون لفائدة المتهم في الدعوى العمومية أو المؤمن له في الدعوى المدنية، إذا كان الهدف من إسقاط المتابعة أو المسؤولية عن هذا الأخير يصب في مصلحته المتمثلة في إسقاط مطالبته بالضمان في التعويض⁵.

¹ عز الدين الديناصورى، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 44.

² قرار المحكمة الدستورية العليا، الدعوى بالرقم 92، وقرارها بالدعوى 219، أوردهما: رفعت عيد السيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 333.

لمزيد من الشرح حول المصلحة المباشرة، راجع: محمد عباس محسن، المصلحة في الدعوى الدستورية، رسالة مقدمة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2006، ص.ص 58، 59 والصفحات من 69 إلى 81.

³ تجدر الإشارة إلى أن هناك مصلحة عامة غير مباشرة من وراء الدفع بهدم الدستورية وهي حماية الدستور، ولكنها تأتي بعد المصلحة الشخصية لصاحب الدفع. أشار إلى ذلك: شرمات سيد علي، لجلط فواز، ضوابط الشكالية لتحريك الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلد 1، ع 10، ص 401.

⁴ المواد 48، 49، 51، 59، 60، 63، 67 من قانون إج. م. المعدل والمتمم، كذلك المادة 17 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري لسنة 2019، ج. ر. ع. 42، المؤرخة في يونيو 2019، والتي تنص على أنه: "يمكن لكل ذي مصلحة أن يتدخل في إجراء الدفع بعدم الدستورية، بتقديم طلب مكتوب لرئيس المجلس الدستوري.."، والمادة 22 من القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات الإخطار والإحالة المطبقة أمام المحكمة الدستورية التي جاء نصها كالاتي: "يمكن كل شخص ذي مصلحة أن يتدخل في إجراء الدفع بعدم الدستورية، أمام الجهة القضائية المعنية..."، وكذلك المادة 39 من نفس القانون.

⁵ تريفة نواردة، مرجع سابق، ص.ص 274، 275.

ب- أن تكون المصلحة قائمة أو محتملة

لا يكفي أن تكون المصلحة في الدعوى قانونية فحسب، وإنما يلزم فوق ذلك أن تكون المصلحة قائمة¹، ويقصد بالمصلحة القائمة أن يكون المساس بالحق أو الإخلال بالمركز القانوني قد حدث فعلاً سواء بإنكاره أو التشكيك فيه بما يترتب على ذلك من نتائج ضارة، فإذا لم يحدث اعتداء على الحق بأي صورة من الصور فمعنى ذلك أنه لا حاجة لطلب الحماية القضائية لانتفاء محلها أو موجبها، أما إذا حدث الاعتداء على الحق بالفعل ولكنه لم يسفر عن وقوع ضرر في حينه، فهنا تكون قد تولدت مصلحة قائمة ولكنها ليست حالة وإنما مستقبلية، ومن ثم فإن طلب الحماية القضائية لا يكون قد حان وقته بعد ما لم يكن وشيك الوقوع. ويمكن أن يستفاد ذلك مما قضت به المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1989/5/21 في الدعوى الدستورية رقم 11/8 قضائية والذي جاء فيه: "... وحيث أنه من المقرر-على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه يشترط لقبول الدعوى الدستورية توافر المصلحة فيها، ومناطق ذلك أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وأن يكون من شأن الحكم في المسألة الدستورية أن يؤثر فيما أبدي من طلبات في دعوى الموضوع، وإذا كان المدعي يستهدف من دعواه الدستورية إجازة الطعن بطريق النقض في الأحكام الصادرة من المحكمة العليا للقيم، وكان الثابت أن الدعوى الموضوعية لازالت متداولة أمام محكمة القيم بدرجتها الأولى-ويجوز الطعن في الأحكام الصادرة عنها أمام المحكمة العليا للقيم- ومن ثم وإلى هذا الحد من دعوى الموضوع فإنه لا مصلحة للمدعي في إثارة حق الطعن لدى درجات أعلى من التقاضي ويتعين بالتالي القضاء بعدم قبول الدعوى في هذا الشق². ويثور السؤال في هذه النقطة حول مدى اعتبار شرط المصلحة في الدعوى الدستورية قائماً عند تعديل أو إلغاء النص التشريعي أو التنظيمي المطعون بعدم دستوريته أثناء سير الخصومة أمام القضاء الدستوري؟

بالرجوع إلى أحكام القضاء الدستوري، فإن تعديل أو إلغاء النص التشريعي المطعون فيه بعدم الدستورية لا يحول -كقاعدة عامة- دون توافر المصلحة القائمة في الدعوى الدستورية واستمرار القضاء الدستوري بنظرها والفصل فيها بالنسبة للأشخاص الذين طبق عليهم ذلك النص خلال فترة

¹المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13.
²لمزيد من التفاصيل، أنظر في الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على شبكة الانترنت الدولية

www.sccourt.gov.eg

تم الاطلاع عليه يوم: 2020-12-26 الساعة 16:45.

نفاذه، وترتبت بمقتضاه آثار قانونية بحقهم¹، وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1983/06/11 في الدعوى الدستورية رقم 47/3 قضائية بأن الإلغاء التشريعي للقانون رقم 125/1981 الذي لم يرد أثره إلى الماضي لا يحول دون النظر والفصل في الطعن بعدم الدستورية من قبل من طبق عليهم خلال فترة نفاذه وترتبت بمقتضاه آثار قانونية بالنسبة لهم، وبالتالي توافرت لهم مصلحة شخصية وقائمة في الطعن بعدم الدستورية². إلا أنه يرد على هذه القاعدة العامة بعض الاستثناءات والتي يمكن اعتبارها خروجاً عنها في حالات معينة مما تنتفي أو تزول معها المصلحة القائمة في الدفع بعدم الدستورية - بصفة خاصة - بما أنه موضوع البحث، وتتجلى هذه الحالات فيما يلي:

ب-1- حالة إلغاء أو تعديل النص المطعون فيه بأثر رجعي: في هذه الحالة التعديل أو الإلغاء سيطل أيضاً صاحب الدفع، وبالتالي تنتفي مصلحته في الطعن بعدم الدستورية، من تطبيقات هذه الحالة حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بتاريخ 1985/3/2 رقم 1/1 قضائية³، ففي هذه الحالة لم يعد النص المطعون فيه معيباً بعدم الدستورية بالنسبة للوجه المثار في الدفع، فقد عدل أو أُلغي بأثر رجعي وبالتالي سيستفيد من ذلك كل من طبق عليه هذا النص ولا حاجة للدفع بعدم دستوريته في هذه الحالة.

ب-2- حالة إلغاء أو تعديل النص المطعون فيه بما يحقق مصلحة المدعي: مثال ذلك ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا الليبية في حكمها الصادر بتاريخ 2005/5/19 في الطعن الدستوري رقم 2/44 قضائي، حيث كان يستهدف المتهمون عدم تطبيق أحكام القانون رقم 13/25 لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية، وبعدما أصدر المشرع القانون رقم 10/1369 الذي عدل القانون المطعون في دستوريته ونص على تطبيق قانون العقوبات على جرائم السرقة والحرابة المعاقب عليها التي وقعت قبل نفاذه، وبذلك أضحى القانون المطبق على المتهمين هو قانون العقوبات وليس القانون رقم 13/25 وبالتالي انتفاء مصلحتهما في الدفع بعدم الدستورية⁴.

¹ شعبان أحمد رمضان، أثر انقضاء المصلحة على السير في دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية في النظام القانوني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 85 وما بعدها.

² الحكم موجود على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على شبكة الإنترنت www.sccourt.gov.eg؛ أشار إليه: خليفة الجهمي، شرط المصلحة في الدعوى الدستورية (دراسة تحليلية مقارنة)، مرجع سابق.

³ أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 1 للسنة الأولى ق. د بجلسة 1985/03/02، موجود على

الموقع الإلكتروني للمحكمة: www.sccourt.gov.eg، تم الاطلاع عليه يوم 2022/12/20 على الساعة 19:52.

⁴ أحكام المحكمة الدستورية المصرية العليا، موجودة على الموقع الرسمي للمحكمة www.sccourt.gov.eg؛ أحكام المحكمة العليا الليبية بدوائرها مجتمعة، ص 171؛ أشار إليه: خليفة الجهمي، مرجع سابق، بدون ترقيم للصفحات.

ب-3- حالة إلغاء أو تعديل النص المطعون فيه المتعلق بإجراءات التقاضي: مثال ذلك

تغيير في تشكيلة أحد المحاكم كليا.

وفي سياق الحديث، يثور السؤال حول نقطة أخرى لا بد من الوقوف عندها تتعلق بمدى ضرورة استمرارية شرط المصلحة في صاحب الدفع، فهل يجب أن تستمر المصلحة في مثير الدفع منذ لحظة رفعه للطعن الدستوري لحين الفصل فيه؟ أم يكفي توافرها لحظة رفع الدعوى الدستورية عن طريق الدفع فقط؟ وإذا زالت المصلحة في الدفع بعدم الدستورية أثناء النظر فيه هل يؤثر ذلك في سير الفصل فيه؟

بالرجوع إلى المصلحة في الدعوى المدنية فإن الأمر يتطلب استمرار المصلحة منذ لحظة رفع الدعوى لحين الفصل فيها، حيث أن زوال المصلحة في أي مرحلة من مراحل الدعوى يستوجب الحكم بعدم قبولها¹، في حين أن القضاء الإداري الفرنسي استقر على أن وقت توافر شرط المصلحة في دعوى الإلغاء هو وقت رفعها دون الحاجة إلى الاستمرار في جميع مراحل الدعوى، فإذا ما زالت المصلحة بعد رفع الدعوى فإن الدعوى تبقى قائمة ومقبولة، ويستند القضاء الإداري في ذلك إلى الحجة القائلة بأن دعوى الإلغاء هي دعوى عينية تهدف إلى حماية مبدأ المشروعية الإدارية². وقد أيد الفقه الفرنسي هذا الاتجاه موضحاً أنه يتفق مع الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء التي تهدف إلى الرقابة على أعمال الإدارة الغير مشروعة، بالإضافة إلى أن دعوى الإلغاء تهدف إلى حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في آن واحد، فإن زالت مصلحة الطاعن الخاصة بقيت المصلحة العامة³، أما الدفع بعدم الدستورية فهو أيضا من الدفوع العينية لأن الحكم فيه ينصرف للعوام من الناس بخصوص النص القانوني أو التنظيمي المخالف للدستور⁴، وهو ما أكدت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 198 من الدستور الجزائري المعدل في 2020 بأن قرارات المحكمة الدستورية ملزمة لجميع السلطات العمومية والإدارية والقضائية، والمادة 23 من القانون العضوي 16/18 التي حلت محلها المادة 42 من القانون العضوي رقم 22-19 التي نصت على أن انقضاء الدعوى التي تم بمناسبة الدفع بعدم الدستورية لا يؤثر، لأي سبب كان، على الفصل

¹ جهاد ضيف الله الجازي، وقت توافر شرط المصلحة في دعوى الإلغاء (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 42، 1ع، 2015، ص 21.

² الشافعي أبو راس محمد، القضاء الإداري، مكتبة النصر، القاهرة، 1975، ص 226؛ سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 512.

³ الجراح بادي، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير (غير منشورة)، الجامعة الأردنية، 1993، ص 73؛ أشار إليه: جهاد ضيف الله الجازي، مرجع سابق، ص 21.

⁴ الزكراوي محمد، الدفع بعدم دستورية قانون ساري المفعول المحال على أنظار المحكمة الدستورية، موجود على الموقع الإلكتروني التالي: 28/11/2017 elmouhami.com

تم الاطلاع عليه يوم 9 جانفي 2021 على الساعة 14:57.

في الدفع بعدم الدستورية الذي تم إخطار المحكمة الدستورية به، وبمفهوم المخالفة، فإن الدفع إذا لم تخطر به المحكمة الدستورية بعد، أو لم يصل إليها وكان قد أحيل من قاضي الموضوع على المحكمة العليا أو مجلس الدولة ينقضي بانقضاء الدعوى الموضوعية المرتبطة بها¹. لكن ألا يعتبر ذلك تناقضا بين اعتبار الدفع مصلحة شخصية وليس من النظام العام وبين فصل المحكمة الدستورية في الدفع حتى بعد انقضاء الدعوى الموضوعية التي أثير بمناسبةها؟

يمكن القول بأن خروج القانون العضوي عن هذا المبدأ وإلزام المحكمة بالبت في المسألة الدستورية بعدما أحيلت عليها حتى بعد انقضاء الدعوى الموضوعية المرتبط بها الدفع، مؤداه إنهاء النزاع بشأن ذلك ربحا للوقت والجهد حتى لا يتكرر مرة أخرى نفس الدفع حول نفس الحكم التشريعي أو التنظيمي. ويلاحظ الأمر نفسه بالنسبة للمؤسس المغربي في الفصل 134 من دستور 2011 والمادة 23 من مشروع القانون التنظيمي 15-86 الملغى التي نصت على أن قرارات المحكمة الدستورية تعتبر ملزمة لجميع السلطات العامة في المملكة وهو ما يفيد أن الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي هو الآخر ذو طبيعة عينية، والحكم نفسه ينطبق على القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية التي جاء في الفصل 60 منه أن قرار المحكمة يكون تجاه الكافة أي عاما، والدستور الفرنسي في المادة 62/2 منه والتي نصت على أن قرارات المجلس الدستوري ملزمة للسلطات العامة ولكل السلطات الإدارية والقضائية، كما أنه يجب التنويه إلى أن المشرع الجزائري قد اتبع نفس نهج المشرع الفرنسي فيما يخص استمرارية الفصل في الدفع بعدم الدستورية رغم انقضاء الدعوى².

وعلى خلاف ما سبق، فإن المحكمة الدستورية المصرية قد أخذت بسقوط الدفع بعدم الدستورية تبعا لسقوط الدعوى الموضوعية، وهو ما أكدته في أحد أحكامها بتاريخ 1994/2/5 بقولها: "ولئن كان المدعي قد أقام دعواه الدستورية الماثلة خلال الموعد الذي حددته محكمة الموضوع بعد تقديرها لجدية دفعه بعدم الدستورية، إلا أن الثابت من الأوراق أنه قد عاود التنازل أمام محكمة الموضوع عن دفعه بعدم الدستورية، بما مؤداه سقوط هذا الدفع وإهدار كافة الآثار القانونية المترتبة عليه مما يتعين معه - والحال هذه - الحكم بعدم قبول الدعوى الماثلة"³.

¹ بومدين محمد، مدى التزام المجلس الدستوري الجزائري بمتطلبات الطابع القضائي للدفع بعدم الدستورية من خلال نظامه الصادر في 2019، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 8، ع 1، جوان 2020، ص 44.

² أنظر المادة 23-9 من القانون التنظيمي الفرنسي 2009-1523 المؤرخ في 10 ديسمبر 2009 المتعلق بتطبيق المادة 61-1 من الدستور الفرنسي المعدل سنة 2008.

³ خليفة سالم الجهمي، طرق تحريك الرقابة الدستورية (دراسة تحليلية مقارنة)، أبحاث ودراسات المحكمة العليا الليبية، ص 24. تم الاطلاع عليه على الموقع الإلكتروني التالي:

3-مدى اعتماد المصلحة المحتملة للدفع بعدم دستورية قانون

يقصد بالمصلحة المحتملة: " حالة وجود حق أو مركز قانوني محمي في ظل نصوص قانونية، بيد أن الاعتداء عليه أو التأثير فيه لم يحدث بعد، أي أن الاعتداء لم يكن حاصلًا أثناء إقامة الدعوى بل هو أمر محتمل الحدوث آجلاً".¹ ومؤدى المصلحة المحتملة في الطعون الإدارية: " أن يكون الحكم بالإلغاء مانعاً لضرر مادي أو أدبي قد يلحق بالطاعن في حالة استمرار القرار الإداري الطعين بالإنفاذ من دون إلغاء".²

إذن، فالمصلحة المحتملة وصف يلحق احتمالية وقوع الضرر ولا يلحق وصف المصلحة بذاته، على أساس أن المصلحة تبقى حالة والاختلاف يكمن في أن الضرر الواقع على الحق أو المركز القانوني إنما يكون وشيك الوقوع، لذا تقبل الدعوى على هذا الأساس، أي على أساس وجود المصلحة في استقرار المركز القانوني.³ وفي هذه الحالة يثور التساؤل حول مدى الاعتماد على المصلحة المحتملة في قبول الدفع بعدم الدستورية؟

إن البحث في مدى صحة قبول المصلحة المحتملة في الطعن الدستوري بطريق الدفع بعدم الدستورية يوجب تبيان الغاية التي يبتغيها المؤسس الدستوري من تقريره ذلك الطعن، وتحديد ما إذا كانت تلك الغاية موضوعية أم شخصية، وبعبارة أدق، يجب تحديد ما إذا كانت الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع تسعى إلى حماية علو وسمو الدستور أم إلى حماية المركز القانوني (حق أو حرية) الطاعن؟

يقرر بعض الكتاب أن تلك الغاية موضوعية مؤداها حماية سمو الدستور، كون الرقابة على دستورية القوانين تهدف بصفة عامة إلى ضمان مبدأ علو الدستور من خلال إلغاء القوانين المخالفة له⁴، وهذه الغاية تقتضي قبول المصلحة المحتملة للطاعن كون أن المصلحة الفضلى واجبة الحماية هي مصلحة موضوعية تتقدم عما سواها، وحينها يكفي التذرع بمجرد وجود المصلحة المحتملة لتحريك القضاء صوب حماية مصلحة أخرى ترتبط بالطاعن مثلما تمس غيره ألا وهي حماية سمو الدستور. وبعكس ما تقدم، فإذا كانت الغاية من كفالة الدفع بعدم الدستورية

يوم 21 أوت 2021 على الساعة 21:13.

¹ علي هادي عطية، إشكالية قبول المصلحة المحتملة في الطعون الدستورية وتطبيقاتها في الطعن بعدم دستورية النصوص الضريبية (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق، ع 1، السنة الخامسة، 2013، ص 124.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 349.

³ وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني (قانون المرافعات)، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 117/116؛ أشار إليه: عوض أحمد الزغبى، أصول المحاكمات المدنية، ج 2، ط2، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 463، 465.

⁴ منذر الشاوي، القانون الدستوري (نظرية الدستور)، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص 70.

هي حماية المركز القانوني لصاحب الدفع، فإن ذلك مؤداه أن اشتراط قبول الدفع بعدم الدستورية يستند إلى مصلحة حالة ومباشرة، ورفض المصلحة المحتملة¹، وقد ذهبت بعض أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية في هذا الاتجاه، بقولها أن المصلحة المحتملة لا تكفي لقبول الدعوى الدستورية، ولابد أن تكون هنالك مصلحة قائمة للطاعن يقرها القانون، وقد كان هذا التوجه محل انتقاد من منظور أن القضاء الدستوري له نفس طبيعة قضاء الإلغاء بالنسبة للقرارات الإدارية فهما ينتميان سويًا إلى القضاء العيني، ومن المسلم به أن المصلحة المحتملة تكفي لقبول دعوى الإلغاء - شأنها شأن المصلحة المحققة - وتأسيسا على ذلك، فإن القضاء الإداري توسع في مفهوم شرط المصلحة بتبنيه فكرة المصلحة المحتملة، وهي التي من شأنها أن تهيئ الفرصة لجلب نفع أو دفع ضرر دون أن يكون مؤكداً²، وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري المصري قد استقر على قبول دعوى الإلغاء حتى ولو كانت المصلحة محتملة³، حيث قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه: " للموظف حق الطعن في القرارات المخالفة للقانون حتى ولو لم يكن من شأن إلغاء هذه القرارات ترقيته فوراً، ويكفي أن يكون من شأن هذا الإلغاء تقديم ترقيته في كشوف الأقدمية ، ومن ثم فإن للمدعي في هذه الدعوى مصلحة شخصية محتملة في الطعن في القرار"⁴، وقضت أيضاً المحكمة الإدارية المصرية في أحد أحكامها أنه: "لا يلزم أن تكون المصلحة القائمة مصلحة عاجلة، وإنما يكفي أن تكون مصلحة آجلة..⁵".

وفي نفس السياق، قضى مجلس الدولة الفرنسي في 13 يناير سنة 1975 بأن عاملاً أجنبياً حصل على بطاقة عمل وإقامة صالحة لعدة سنوات له مصلحة كافية في أن يطلب إلغاء المنشورات الوزارية التي من المحتمل أن يُحتج بها عليه عند تجديد هاتين البطاقتين⁶.

هذا ونجد أن المشرع الجزائري قد أجاز قبول الدعوى بصفة عامة حتى ولو كانت المصلحة محتملة وهو ما نصت عليه صراحة المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل

¹ علي هادي عطية، مرجع سابق، ص 132.

² منصور إبراهيم العتوم، أثر زوال المصلحة على السير في دعوى الإلغاء في ضوء اجتهادات القضاء الإداري والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، ع 49، يناير 2012، ص 191.

³ مصطفى أبو زيد فهمي، قضاء الإلغاء (شروط القبول، أوجه الإلغاء)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 66؛ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 298.

⁴ حكم محكمة القضاء الإداري رقم 234 للسنة 11 القضائية، جلسة 27 فبراير 1958، مجموعة السنين 13، 12 القضائيتين؛ أشار إليه: جهاد ضيف الله الجازي، مرجع سابق، ص 20، 21.

⁵ حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1316 جلسة 1989/1/1، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 23، ص 141؛ أشار إليه: جهاد ضيف الله الجازي، المرجع نفسه، ص 21.

⁶ محمد عبد السلام مخلص، نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1981. متوفرة على الموقع الإلكتروني التالي: stv4.eulc.edu.eg

تم الاطلاع عليه يوم 12 جانفي 2021، على الساعة 21:17.

والمتمم، كذلك الحال بالنسبة لقانون المرافعات الكويتي في المادة 2 منه تدارك مسألة المصلحة المحتملة بقوله أنه: "مع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق، أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه"¹.

في حين أن المشرع المغربي قد اكتفى بذكر الصفة والأهلية والمصلحة في التقاضي دون أن يوضح ما إذا كانت المصلحة قائمة أو محتملة، مباشرة أو شخصية²، وهو الحال كذلك بالنسبة للمشرع التونسي في الفصل 19 قانون المرافعات المدنية والتجارية³.

بناء على ما سبق ذكره آنفاً، فيما يخص توجه القضاء الإداري نحو قبول الدعوى بناء على مصلحة محتملة استثناء على القاعدة العامة التي تقتضي توافر مصلحة قائمة ومحقة، فإنه يمكن التماس مبررات ذلك حتى في القضاء الدستوري كونه قضاء موضوعياً على شاكلة دعوى الإلغاء، الهدف منه حماية مبدأ المشروعية بمفهومه الواسع والذي هو ضمان مبدأ سمو الدستور، وبما أن الدفع بعدم الدستورية سواء في القانون المصري أو الفرنسي، أو الجزائري أو حتى المغربي والتونسي، من آثاره إلغاء القانون المخالف للدستور، فهو إذن في خانة قضاء الإلغاء وبالتالي يمكن أن يطبق عليه الاستثناء المتعلق بقبول المصلحة المحتملة⁴.

إذن خلاصة القول، إذا كان مبرر قبول المصلحة المحتملة في دعوى الإلغاء يتمثل في حماية مبدأ المشروعية بجانب هدف ثانوي هو حماية المراكز القانونية للأفراد، فإن مبرر قبول المصلحة المحتملة في الدفع بعدم الدستورية يستند إلى الأساس نفسه والغاية ذاتها، وهو ما اتجهت إليه عديد

¹ لقد أجاز القانون الكويتي قبول الطعن في حالات معينة تبدو المصلحة فيها غير قائمة وحالة، وهي في حالة ما يسمى بالدعاوى الوقائية، ويقصد بها مجموعة دعاوى يطلب فيها من المحكمة أن تفصل في مسألة صحة أو مضمون مركز قانوني معين دون أن يكون ثمة ضرر حال قد لحق بالمدعي ولكن من المحتمل وقوعه، أما إذا كان الضرر سيقع في المستقبل ويوجد ما يؤكد ذلك كانت المصلحة قائمة وحالة، وتقدم هذه الدعاوى فائدة لمستخدمها لأنها تعطيه يقيناً حالاً وفورياً، ولا تقبل هذه الدعاوى إلا استناداً إلى نص في القانون يسمح بذلك ولو لم تكن المصلحة قائمة وحالة.

مأخوذ من الجزء 1 من مادة المرافعات الكويتي المدنية والتجارية لطلاب كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكتاب الثاني، منشور من قبل مذكرات وتنش الجامعية على الفايسبوك في 27 سبتمبر 2013، تم الاطلاع عليه يوم 8 جانفي 2021 على الساعة 16:07 على الموقع التالي:

<https://www.facebook.com/287738627949864/posts/1210855028971548/>.

² الفصل 1 من الباب 1 تحت عنوان مقتضيات تمهيدية من القسم 1 من قانون المسطرة المغربي رقم 1.74-447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 سبتمبر 1974)، ج. ر. ع 3230 مكرر بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 سبتمبر 1974)، ص 2741، المعدل والمتمم بتاريخ 26 أغسطس 2019.

³ مجلة المرافعات المدنية والتجارية، قانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرخ في 2 ربيع الثاني 1379 (5 أكتوبر 1959) تتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية، الرائد الرسمي عدد 56 بتاريخ 3 و 6 و 10 و 13 نوفمبر 1959، موجود على بوابة التشريع، تونس، تم الاطلاع عليه عبر الموقع الإلكتروني: www.legislation.tn يوم 12 جانفي 2021، على الساعة 22:12.

⁴ بالنسبة للتشريع الجزائري لا يوجد إشكال كون أن المشرع قد أحال في المادة 5 من القانون العضوي 18-16 (المتعلق بشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية) والتي حلت محلها المادة 18 من القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، على تطبيق القواعد العامة التي تحكم الإجراءات القضائية الإدارية والمدنية والجزائية.

أحكام القضاء الدستوري المقارن، حيث قررت أنه لا يلزم أن يصل الضرر إلى درجة اليقين من جهة ثبوته، بل يكفي أن يكون وقوعه محتملا وتعيينه ممكنا، ولكن لا يكفي أن يكون الضرر تصوريا محضا¹ أو منتحلا أو متوهما أو عاما غير محدد بضرر معين.

ومن أمثلة ذلك، ما عبرت عنه المحكمة العليا الأمريكية في حكمها الصادر في قضية "فروذرجهام" ضد "ميلون" عام 1923 بقولها: "إنه لا يقبل من الطاعن في دستورية القانون أن يكتفي بالتدليل على قيام التعارض بينه وبين نص من نصوص الدستور، بل يجب عليه فوق ذلك أن يثبت أن القانون قد سبب له ضررا شخصيا مباشرا أو يوشك أن يسبب له هذا الضرر، ولا يكفي في ذلك أن يثبت أنه مهدد على نحو عام غير محدد بضرر يشاركه فيه عامة الناس"². والجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية العليا المصرية التي رفضت المصلحة المحتملة في بعض أحكامها، هي نفسها التي أقرت في أحكام أخرى إمكانية قبول الدعوى الدستورية بناء على مصلحة محتملة، ومن أمثلة ذلك ما جاء في حكمها الصادر بتاريخ 1996/8/6 في الدعوى الدستورية رقم 37/15 قضائية بأن: "المصلحة الشخصية المباشرة لا يشترط أن تكون قائمة بقرها القانون، وإنما يكفي أن يكون محتملا تحققها، ذلك أنه من غير المنطقي أن يحمل الشخص على إرجاء دعواه الدستورية حتى تتحقق الأضرار التي تهدده بكاملها وإنما يجوز دائما أن تتخذ دعواه هذه طريقا إلى توقي وقوعها"³، وأكدته كذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1997/01/4 في الدعوى الدستورية رقم 47/17 قضائية بقولها: "إن شرط المصلحة الشخصية المباشرة مؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين أضرروا من جراء سريان النصوص المطعون عليها في شأنهم، سواء كان ما أصابهم قائما أو وشيكا يتهدهم"⁴.

ولقد أورد القضاء الدستوري المصري عبارات دالة على كفاية المحتملة لقبول الطعن الدستوري أهمها: كفاية أن يكون الطاعن من المخاطبين بأحكام القانون الطعين، عدم التمييز بين العدوان

¹ مثال ذلك: الأشخاص الذين يترصد لهم اتهام جنائي إذا خالفوا النصوص القانونية، فليس عليهم تربص صدور الاتهام لاختصاصها، بل تقبل دعواهم الدستورية عن طريق الدفع والتي يتوخون بها إبطال النصوص القانونية غير الدستورية المتعلقة بالاتهام الجنائي حتى لا يظل احتمال صدور هذا الاتهام سيفا مسلطا فوق رؤوسهم؛ لمزيد من التفصيل راجع: خليفة سالم الجهمي، شرط المصلحة في الدعوى الدستورية، مرجع سابق.

² أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1960، ص 214؛ أشار إليه: خليفة سالم الجهمي، شرط المصلحة في الدعوى الدستورية، مرجع سابق.

³ الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على شبكة الإنترنت www.sccourt.gov.eg؛ أشار إليه: خليفة سالم الجهمي، المرجع نفسه.

⁴ خليفة سالم الجهمي، المرجع نفسه.

القائم والمحتمل في قبول الطعن الدستوري، عدم التمييز بين الضرر الفعلي والضرر الوشيك في قبول الطعن الدستوري.¹

وبما أن المشرع الجزائري قد أحال في المادة 18 من القانون العضوي 22-19 على القواعد العامة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية في المسائل التي لم يتناولها، فإنه يمكن اعتماد المصلحة المحتملة في قبول الدفع بعدم الدستورية، استنادا إلى المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولعل ذلك أكثر فعالية لمنع الاعتداء على حقوق وحرّيات الأفراد قبل وقوعه فعلا.

وفي الأخير تبقى هناك مسألة قبول الدفع بعدم الدستورية بناء على مصلحة جماعية، وقبل كل شيء يقصد بالمصلحة الجماعية في دعوى الإلغاء: " تلك التي تتحقق من خلال الدعاوى التي تباشرها التجمعات كالنقابات والجمعيات"، ويشترط أن يمس القرار محل دعوى الإلغاء -في مضمونه- المصالح المادية أو المعنوية للنقابة أو الجمعية، فأما إذا كان القرار يمس مصلحة أحد أعضاء النقابة أو الجمعية فلا يجوز الطعن فيه بالإلغاء من قبل الممثل القانوني للتجمع، بل يقتضي أن يباشر من مس القرار مركزه القانوني رفع الدعوى بنفسه عن طريق محاميه.²

كما يمكن تعريف المصلحة الجماعية بأنها: "تلك التي تكون مشتركة لجماعة أو طائفة معينة تجمعهم مهنة أو حرفة واحدة مثل النقابات (المحامين، الأطباء، الخبراء...) أو تهدف لغاية واحدة مثل جمعيات حماية البيئة والرفق بالحيوان..."، فالنقابة قد تكون لها الصفة في الدعوى باعتبارها شخصا معنويا له ذمة مالية وتدافع عن مصلحة جماعية، وقد تكون لها الصفة العادية وفقا لموقعها في الدعوى كأن تتعاقد مع مقاول لبناء أو ترميم مقرها ونتج إخلال بالتزاماته، ففي هذه الحالة ترفع النقابة الدعوى بصفة عادية مدافعة عن مصلحة شخصية، وجوهر الحديث هنا يدور حول المصلحة الجماعية كأن ترفع دعوى ترمي من خلالها إلى الدفاع عن مصالح مهنية أو حرفية ما³.

وقد جرى القضاء الفرنسي على اعتبار المصلحة الجماعية للنقابة إذا كان ثمة ضرر قد أصاب أعضاءها، على أن يكون هذا الضرر قد أصابهم بصفتهم أعضاء في النقابة وبسبب مباشرتهم المهنة التي وجدت النقابة للدفاع عن مصالحها، وذلك اعتبارا بأن هؤلاء الأعضاء جعلوا

¹المزيد من الشرح والتفصيل راجع: علي هادي عطية، مرجع سابق، ص. 136-137.

²بوضياف عمار، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص86.

مصالحهم المهنية عامة ومشاركة وقد خولوا النقابة حق الدفاع عنها¹، ومنه يمكن القول أن المصلحة الجماعية للنقابات المهنية هي: "تلك المصلحة التي تتعلق بكافة أو معظم الأعضاء الذين تمثلهم، أما إذا تعلق الأمر بمصلحة فردية لعضو أو أكثر من أعضائها، فلا يجوز لها الادعاء أمام القضاء لفقدان شرط المصلحة الجماعية، وهذا دون الإخلال بحق العضو المضرور في الادعاء شخصياً لتعويض الضرر الذي أصابه"².

وهناك عدة تطبيقات للقضاء الفرنسي فيما يخص قبول الادعاء المدني للنقابات بناء على مصلحة جماعية ومن ذلك: قبول دعوى نقابة الصيادلة في حال مخالفة أحكام المادة 584 من قانون الصحة العامة التي تحظر على الصيادلة تحضير وصرف الأدوية للجمهور بدون استشارة الطبيب، وكذلك بالنسبة للأشخاص الغير مؤهلين للعمل في مجال الصيدلة³، دعوى عدم مراعاة رب العمل لقواعد عدد ساعات العمل وفترات الراحة الأسبوعية...⁴

بناء على ما سبق، فإن المساس بالمصلحة الجماعية يحصل عند الخروج عن القواعد التي ترعى المهنة في تنظيمها وتكوينها وممارسة نشاطها، أو عند الإخلال بالمقومات التي ترتبط بالكيان الأدبي للمهنة. أما بالنسبة للمصلحة الجماعية في الدفع بعدم الدستورية، فإن الأمر مرتبط بقبولها في دعوى الموضوع، فإذا كان أحد أطراف الدعوى الموضوعية -التي أثير الدفع بعدم الدستورية بمناسبة- يدافع عن مصلحة جماعية وقد قُبلت دعواه، فإنه لا يوجد ما يمنع إثارة الدفع بعدم الدستورية ضد القانون الذي سيطبق على النزاع والذي ينتهك أحد الحقوق أو الحريات التي يكفلها الدستور والذي سيؤثر على المصلحة الجماعية التي يدافع عنها صاحب الدفع، ومثال ذلك أن ترفع نقابة مهنية دعوى للدفاع عن مصلحة جماعية تهم معظم أصحاب المهنة وترى أن القانون الذي سيطبق على النزاع يمس بالحقوق والحريات المرتبطة بهذه المهنة والتي يكفلها لها الدستور، فلها أن تدفع بعدم دستوريته. وبما أن القضاء الفرنسي قد سمح برفع الدعوى بناء على

¹ عبد المنعم أحمد الشراوي، نظرية المصلحة في الدعوى، ط1، مكتبة عبد الله وهبة عبيدين، مصر، 1947، ص283، 284، 291.

² ساوس خيرة، المصلحة الجماعية للنقابات والجمعيات، مجلة القانون المجتمع والسلطة، المجلد5، ع1، جامعة السانية، وهران، "محمد بن احمد"، 2016، ص94.

³ Crim.20 novembre 1984, Bull. n° 353.D.1985.inf.raq.158.

أشارت إليه: ساوس خيرة، المرجع نفسه، ص97.

⁴ Crim.5 décembre 1963, Bull. N° 352.

أشارت إليه: ساوس خيرة، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

مصلحة جماعية، وكذلك فعل المشرع الجزائري¹ في القضايا المدنية، فلا ضير من قبولها أثناء إثارة الدفع بعدم الدستورية مادام أنه مرتبط بدعوى موضوعية يمكن أن تكون ذات طابع مدني. أما بخصوص المحكمة الدستورية المصرية، فقد استبعدت المصلحة الجماعية كشرط لقبول الدعوى الدستورية²، إلا أنه كان لابد من قبولها على الأقل فيما يخص الدفع بعدم الدستورية بناء على طلب أحد الخصوم في دعوى موضوعية قائمة، ذلك أن حماية المصلحة الجماعية المتعلقة بالدعوى الموضوعية هي الهدف الرئيسي من الدفع بعدم الدستورية، أما بقية الطرق الأخرى لتحريك الرقابة الدستورية البعدية أمام المحكمة الدستورية فلها أن تستبعد المصلحة الجماعية.

¹ القانون رقم 88-28 المؤرخ في 19 جويلية 1988، المتعلق بكيفية ممارسة الحق النقابي أقر للنقابات حق التقاضي بنص صريح، المادة 13 نصت على تمتع المنظمة النقابية بالشخصية المعنوية والأهلية المدنية، وحددت في الفقرات 4، 3، 2، انه: "يقو المنظمة النقابية التقاضي ويمكنها ممارسة كل الحقوق المحفوظة للطرف المدني لدى أية جهة قضائية مختصة، بالنسبة للوقائع التي تسبب- في إطار علاقة العمل- ضررا للمصلحة الفردية أو الجماعية للعمال الذين تمثلهم". والمادة 14 من هذا القانون تمكن أمين المكتب النقابي التابع للهيئة المستخدمة بحكم منصبه- التقاضي وممارسة الحقوق والدعوى التي يقرها القانون للنقابة لدى الجهات القضائية المختصة، وذلك بهدف حماية المصالح المهنية الجماعية أو الفردية للعمال ، وهو ما استقر عليه القانون رقم 90-14 المؤرخ في 2 يونيو 1990، ج.ر.ع 23 ، المؤرخة في 6 يونيو 1990 المعدل للقانون 88-28 المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-30 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، المعدل والمتمم بالأمر 96-12 المؤرخ في 9 ذي القعدة 1410/جوان 1996، ج.ر.ع 36 المؤرخة في 25 محرم، حيث نصت المادة 16 منه على أنه: "يكتسب التنظيم النقابي الشخصية المعنوية والأهلية المدنية.... ويمكنه التقاضي، وألحقت أضرارا بمصالح أعضائه الفردية أو الجماعية، المادية أو المعنوية"، والذي تم تعديله لاحقا بموجب القانون رقم 22-06 المؤرخ في 25 أبريل 2022 المتعلق بكيفية ممارسة الحق النقابي، ج. ر. ج. ع. 30 الصادرة في 27 أبريل 2022.

ونفس الأمر بالنسبة للجمعيات ، فإن القانون رقم 12-06 الصادر في 12 جانفي 2012، ج. ر. ج. ع. 2 الصادرة بتاريخ 15 يناير 2012 المتعلق بالجمعيات أجاز في المادة 17 منه قبول دعاوى الجمعيات، كما أجاز القانون رقم 89-02 المؤرخ في 7 فيفري 1989 ، المعدل بالقانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المعدل والمتمم بالقانون 18-09 المؤرخ في 10 يونيو 2018 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ع 35، مؤرخة في 13 جوان 2018، في المادة 12 منه لجمعيات المستهلكين المنشأة قانونا رفع دعوى بشأن الضرر الذي ألحق بالمصالح المشتركة للمستهلكين قصد التعويض عن الضرر الذي مس المصلحة الجماعية للمستهلكين وللضرر المعنوي الذي لحق بها، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-18 المؤرخ في 24 يوليو 2022 ، ج. ر. ج. ع. 50 المؤرخة في 28 يوليو 2022، ونفس القاعدة قررت لجمعيات حماية البيئة بموجب المادة 16 من القانون رقم 83-03 المؤرخ في 5 فيفري 1983 المتعلق بحماية البيئة المعدلة والمتممة بموجب المادة 36 من القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية البيئة والتنمية المستدامة، ج. ر. ج. ع. 43 الصادرة في 20 يوليو سنة 2003، بالإضافة إلى التعديلات التي مست هذا القانون بموجب القانون رقم 07-06 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتنميتها، ج. ر. ج. ع. 31 الصادرة في 1 مايو سنة 2007، والقانون رقم 11-02 المؤرخ في 17 فبراير 2011، يتعلق بالمجالات المحمية في إطار التنمية المستدامة، ج. ر. ج. ع. 13 الصادرة في 28 فبراير سنة 2011.

ولكي تقبل دعوى الجمعية يجب أن تثبت الضرر الذي لحق بالهدف الذي أنشئت من أجله والمنصوص عليه في قانونها الأساسي. أشار إلى ذلك: محمد براهيم، الدعوى القضائية في التشريع الجزائري (طبيعتها وشروط مباشرتها)، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.brahimi-avocat.com>

تم الاطلاع عليه يوم 15 جانفي 2021 على الساعة 15:27.

لكن المادة 36 من قانون حماية البيئة أعلاه المعدل والمتمم قد نصت على أنه يمكن للجمعيات التي تمارس أنشطتها في مجال حماية البيئة رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة عن كل مساس بالبيئة حتى في الحالات التي لا تعني الأشخاص المنتسبين لها بانتظام.

² أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 43 للسنة 15 قضائية دستورية، جلسة 7 ماي 1994، جريدة رسمية عدد 22 الصادرة بتاريخ 1994/6/2؛ أشارت إليه: لصلح نوال ، مرجع سابق، ص 976.

4- أهلية التقاضي وأهلية الدفع بعدم الدستورية

تعد الأهلية¹ من بين أهم الشروط التي يجب توافرها أثناء رفع الدعوى بصفة عامة وسيرها إلى غاية الفصل فيها، وقد نصت عليها المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 13-22، ولا اختلاف على أنه إذا رفعت الدعوى من قبل شخص لا يتمتع بأهلية التقاضي تكون غير مقبولة، كما أنه إذا طرأ عارض أثناء سير الخصومة أفقد أحد الخصوم أهليته تصبح الدعوى باطلة إلى غاية تصحيحها.

على أن أهلية التقاضي تعرف بأنها: "صلاحية الشخص لمباشرة الادعاء أمام المحاكم، وتوجيه الادعاء إليه وهي تدخل ضمن النتائج المرتبة على أهلية الأداء التي تعني صلاحية الشخص لإبرام تصرفات قانونية ترتب آثارا قانونية"². فإذا كان الشخص طبيعيا يكتسبها ببلوغه 19 سنة كاملة، مع تمتعه بقواه العقلية وعدم الحجر عليه، وذلك طبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري، وفي حالة فاقد الأهلية أو ناقصها تطبق عليه أحكام الماد 42، 43، 44 من القانون المدني والمواد من 81 إلى 125 من قانون الأسرة، وعليه يجب أن يتولى الخصومة الولي أو الوصي أو القيم (بالنسبة للقاصر وللمحجور عليه)³. والثابت أن يكون المتقاضي حيا، وهذا شرط بديهي، لأنه طبقا للمادة 25 من القانون المدني الجزائري فإن شخصية الإنسان تبدأ بولادته حيا وتنتهي بموته⁴ - ماعدا إذا باشر دعوى شخص وأثناء الفصل فيها توفي يمكن أحيانا للورثة استكمالها في المسائل التي حددها القانون - أما إذا كان الشخص غير طبيعي فيشترط أن يكون ذلك الشخص متمتعاً بالشخصية القانونية ويمثله أمام القضاء ممثله القانوني سواء كان الشخص الاعتباري خاصا أو عاما⁵.

وعلى الرغم من عدم ذكر الأهلية كشرط من شروط قبول الدعوى ضمن نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، إلا أن هذا لا يعني أنها لم تعد من شروط قبول الدعوى، فهي لم تدرج مع الصفة والمصلحة لأنها ليست من الأمور الثابتة، إذ قد تتغير أثناء النظر في الدعوى، والحكم الصادر بشأنها لا يحوز حجية الشيء المقضي به، بمعنى أنه إذا توافرت الأهلية من جديد يمكن أن يعود الشخص أمام نفس الجهة القضائية.

¹ يقصد بالأهلية لغة الكفاءة، والجدارة، كما يقال: كامل الأهلية أي كامل الصلاحية؛ أشار إليه: هزيل جلول، مرجع سابق، ص 13.

² فراجي عاشور، مرجع سابق، ص 46.

³ محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 125؛ بن ملحّة الغوثي، مرجع سابق، ص 272-273.

⁴ ضرورة عبد الوهاب، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظرية والتطبيق، دار هومه، الجزائر 2005، ص 242.

⁵ المادة 50 من القانون المدني الجزائري؛ أمينة مصطفى النمر، مرجع سابق، ص 364، 365.

وفي مقابل ذلك جعل المشرع الفرنسي الأهلية شرطا لتسجيل الدعوى مع إمكانية تصحيح العيوب المتعلقة بها خلال سير الدعوى، وهو نفس ما اتجه إليه المشرع المغربي في الفصل 1 من قانون المسطرة المدنية رقم 447.74.1 بتاريخ 28 سبتمبر 1974 وفق صيغة محينة بتاريخ 26 اغسطس 2019، حيث اعتبر الأهلية شرطا لقبول الدعوى مع إمكانية تصحيحها.

هذا بالنسبة لأهلية التقاضي بصفة عامة، أما عن أهلية التقاضي وعلاقته بالدفع بعدم الدستورية، فإن المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون العضوي 22-19 قد أحال -كما سبق القول- إلى الأحكام العامة لقانوني الإجراءات المدنية والإدارية والإجراءات الجزائية، وبالتالي تطبق أحكام المادة 64 و65 الخاصة بأهلية التقاضي على صاحب الدفع كذلك، فالأمر يتطلب حتما أهلية التقاضي كشرط لقبول الدفع بصفته دعوى دستورية، أما المشرع الفرنسي فطبقا للمنشور الصادر في 24 فيفري 2010¹ في شرح وتقديم مسألة الأولوية الدستورية فإنه يمكن لأي شخص يتمتع بأهلية التقاضي أن يثير مسألة الأولوية الدستورية سواء كان طبيعيا أو معنويا، عاما أو خاصا²، إذن فقد أشار إلى أهلية التقاضي كشرط لقبول الدفع بعدم الدستورية من أي شخص طبيعي أو معنوي، ذلك أن ارتباط الدفع بعدم الدستورية بوجود دعوى قضائية قائمة يجعل من قبوله يخضع بشكل مباشر لشروط قبول الدعوى القضائية بالنسبة للمدعي شكلا وموضوعا ومن ذلك أهلية التقاضي³.

استنادا إلى ما سبق ذكره، يمكن القول بأن الأشخاص الذين يحق لهم إثارة الدفع بعدم الدستورية هم على النحو التالي:

يثار الدفع بعدم الدستورية من قبل أطراف الدعوى ويقصد بهم أساسا رافعها والمرفوعة ضده، ولذلك فهم يعرفون بالأطراف الأصلية، وهم يختلفون باختلاف نوع الدعوى وطبيعتها بحيث يكونون في الدعاوى المدنية والتجارية-عادة- أشخاصا عاديين يتمثلون في المدعي والمدعى عليه، سواء بصفة شخصية أو عن طريق التمثيل بوكيل خاص أو بمحامي كما جرى به العمل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴.

¹ Arrêté du 24 février 2010 fixant les modalités d'application du décret n° 2010-166 du 22 février 2010 relatif à la sécurité des jouets , JORF n° 0055 du 6 mars 2010, permet de le voir sur :legifrance.gouv.fr

² هزيل جلول، مرجع سابق، ص 34.

³ الزكراوي محمد، مرجع سابق، بدون صفحات.

⁴ إن أغلب الأنظمة والقوانين التي وضعت آلية الدفع بعدم الدستورية في إطار قانوني، يقع الطلب تحت طائلة البطلان إذا لم يكن موقعا من طرف محام، لذلك شرط توقيع محامي على طلب الدفع بعدم الدستورية من النظام العام في أغلب الدول التي تؤطر قوانينها هذا الدفع.

بالنسبة للتمثيل بمحامي فيما يخص إثارة الدفع بعدم الدستورية، فإن هذا المبدأ أكدت عليه المادة 22 من القانون العضوي 18-16 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية السابق في فقرتها الثانية، والمادة 41 من القانون العضوي 22-19 الحالي، حيث نصت على أنه: "يتم تمكين ممثل الحكومة والأطراف، الممثلين من قبل محاميهم، من تقديم ملاحظاتهم وجاهايا أمام المحكمة الدستورية." لكن السؤال المطروح يدور حول ضرورة التمثيل بمحامي هل هو وجوبي أم اختياري؟

بالرجوع إلى نص المادة 18 من القانون العضوي 22-19 التي أحالت على القواعد العامة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية، فإن تمثيل الخصوم بمحام في المواد المدنية والجزائية اختياري ماعدا في مرحلة الاستئناف والنقض فهو وجوبي¹، وبالتالي فإن أثر الدفع بعدم الدستورية أمام محاكم أول درجة لا يشترط أن يكون بواسطة محام، في حين أنه إذا أثير بمناسبة الطعن بالنقض أو الاستئناف فإن الأمر يتطلب التمثيل وجوبيا بواسطة محام². أما في المادة الإدارية، فإن التمثيل بمحام كان وجوبيا³ أمام المحكمة الإدارية ومجلس الدولة، مع إعفاء الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800⁴ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم من التمثيل الوجوبي بمحام في الادعاء أو الدفاع أو التدخل، إلا أن التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2022 قد أعفى الجميع دون استثناء من التمثيل بمحام وجوبا سواء أمام المحكمة الإدارية⁵، طبعا مع الإبقاء على ضرورة التمثيل الوجوبي بمحام معتمد لدى مجلس الدولة أمام هذا الأخير مع إعفاء الأشخاص المذكورة بالمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم في 2022⁶، وكذا أمام المحكمة

راجع في هذا الصدد: حميداتو خديجة، محمد بن محمد، الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016، العدد 18، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جانفي 2018، ص335.

¹المادة 538 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 22-13 تنص على أن: "تمثيل الخصوم أمام المجلس القضائي من طرف محام وجوبي تحت طائلة عدم قبول الاستئناف".

المادة 558: "تمثيل الخصوم أمام المحكمة العليا من طرف محام وجوبي".

²المادة 10 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13. بموجب المادة 815 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 قبل تعديله.

³تنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 22-13 على أنه: "تختص المحاكم الإدارية بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية طرفا فيها"، ويلاحظ على هذه المادة أنها أضافت المنظمات المهنية الوطنية إلى قائمة الأشخاص التي تكون طرفا في الدعاوى الإدارية التي تختص المحكمة الإدارية بالفصل فيها، وألغت صفة الصبغة الإدارية على المؤسسات العمومية واستبدالها بمصطلح الوطنية لتوسع بذلك من دائرة الأشخاص المعنوية العامة.

⁴تنص المادة 815 من قانون إج. م. إ رقم 22-13 على أنه: "ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة ورقية أو إلكترونية". كما نصت المادة 900 مكرر 1 على أن تطبيق نفس الأحكام الواردة في المادة 815 أعلاه على المحاكم الإدارية للاستئناف.

⁵المادة 905 و906 من قانون إج. م. إ المعدل والمتمم سنة 2022.

الإدارية للاستئناف حسب ما ورد بالفقرة الثانية من المادة 900 مكرر 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2022، ونفس الأمر الذي سيطبق على الدفع بعدم الدستورية بما أن المشرع العضوي قد أحال على القواعد العامة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إن ما قام به المشرع الجزائري في هذا الخصوص كان موقفا إلى حد ما ذلك أنه من المفروض في الدفع بعدم الدستورية أن يتبع الدعوى الأصلية بخصوص ما تتطلبه من موضوع الاستعانة بمحام، فتكون إجبارية الاستعانة بمحام في الحالة التي توجب الدعوى الأصلية ذلك، في حين يكون للمعني بالأمر الحق في توقيع مذكرة الدفع، إذا كانت الدعوى الأصلية التي أثير بمناسبة الدفع بعدم الدستورية معفية من تطبيق قاعدة الاستعانة الوجوبية بمحام، أي وجوب تبعية مذكرة الدفع بعدم الدستورية للدعوى الأصلية¹.

وبالرجوع إلى الأنظمة المقارنة فيما يخص مسألة التمثيل بمحام في مادة الدفع بعدم الدستورية، فإن هناك تباينا واختلافا واضحا، فبالنسبة لتونس ينص الفصل 55 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية على أن يقدم الدفع بعدم الدستورية بمقتضى مذكرة موقعة من قبل محام مرسم لدى التعقيب ، ومؤدى ذلك أن التمثيل بمحام في تونس هو أمر وجوبي، وهو نفس التوجه الذي سار عليه المشرع المصري والذي كان سابقا لذلك كونه الأقدم نسبيا في اعتماد نظام الدفع بعدم الدستورية ، ومنه فإنه يجب أن تكون صحف الدعاوى وكافة الطلبات التي تقدم إلى المحكمة موقعا عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو لهيئة قضايا الدولة حسب الأحوال². أما بخصوص المشرع المغربي فقد نص في المادة 4 من مشروع القانون التنظيمي الملغى رقم 15-86 المحدد لشروط تطبيق الفصل 133 من الدستور على تطبيق قواعد المسطرة المدنية والجنائية أمام المحاكم المثار أمامها الدفع بعدم دستورية قانون، وكذا أي مقتضى إجرائي آخر في نصوص خاصة ، أي أن مسألة التمثيل بمحام فيما يخص تقديم الدفع بعدم الدستورية أمر متروك لطبيعة كل دعوى فإن كانت مدنية تطبق عليها قواعد المسطرة المدنية وإن كانت جنائية تطبق عليها قواعد المسطرة الجنائية وهكذا دواليك، وما يؤكد كون مسألة التمثيل بمحام هو أمر اختياري هو نص المادة 5 من نفس مشروع القانون الملغى عندما نصت على أن توقيع عريضة الدفع يكون من

¹رواب جمال، شروط الدفع بعدم دستورية القوانين، مؤلف جماعي بعنوان "تحقيق الأمن السياسي ضمان لقيام دولة القانون"، بدون دار نشر، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، بالتعاون مع مخبر النظام القانوني للتعقود والتصرفات في القانون الخاص، جانفي 2020، ص258.

²المادة 34 والمادة 36 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 وفق أحدث تعديل له بتاريخ 26 يونيو 2019 بالقانون رقم 78 لسنة 2019، تنص على أنه: "يعتبر مكتب المحامي الذي وقع على صحيفة الدعوى أو الطلب محلا مختارا للطالب". موجود على موقع منشورات قانونية <node manshurat.org> تم الاطلاع عليه يوم 31 جانفي 2021 على الساعة 13:15.

طرف المعني أو من قبل محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب مع مراعاة الاتفاقيات الدولية النافذة، ونفس الأمر ينطبق على المشرع الفرنسي حيث يستشف من نص المادة 126 مكرر 9 من قانون الإجراءات المدنية -التي جاء فيها أنه: "للأطراف فترة شهر واحد من قرار الإرسال للإعلان عن ملاحظاتهم المحتملة، يوقع عليها محام في مجلس الدولة ومحكمة النقض في الأمور التي يكون فيها التمثيل إلزاميا أمام محكمة النقض"- أن التمثيل بمحام هو أمر جوازي فيما يخص الدفع بعدم الدستورية ويخضع للقواعد العامة لقانون الإجراءات لمدنية والجزائية حسب طبيعة الدعوى الأصلية¹.

تجدر الإشارة إلى أنه تمت المطالبة بوجوب توحيد اشتراط توقيع العريضة من طرف محام معتمد في كل القضايا المدنية والإدارية والجزائية على حد سواء، لأن الأمر يتعلق بإثارة مدى دستورية قانون سيطبق على النزاع ويدعي أطرافه بأنه مخالف لمضامين الوثيقة الدستورية، بحيث لا بد من إيراد هذا الشرط بشكل صريح وقاطع ضمن القانون العضوي المتعلق بشروط وكيفيات ممارسة الدفع بعدم الدستورية، ومن ناحية أخرى فإن وجود محامي يفترض أن تقوم معه قرينة الجدية النابعة من تأهيله وكفاءته، بما يسمح له التظن لإثارة وجه المخالفة الدستورية للحكم التشريعي، وهو ما قد يجنب كثرة الدفوع الغير جدية². هذا الرأي وإن كان مقبولا ومنطقيا نوعا ما إلا أن ذلك سيتعارض مع المبادئ والقواعد التي تحكم الدعاوى المدنية والإدارية والجنائية، لذلك فإن الرأي الصائب هو تطبيق الأحكام الخاصة بكل دعوى فيما يخص التمثيل بمحام مع ضرورة تنشئة الأفراد سياسيا وقانونيا على ضرورة وأهمية آلية الدفع بعدم الدستورية في حماية حقوقهم وحررياتهم الأساسية³، والسعي إلى إحاطتهم علما بحقوقهم وحررياتهم المكفولة دستوريا عن طريق الإعلام السمعي والبصري، والصحافة المكتوبة والانترنت من أجل نشر ثقافة الدفع بعدم الدستورية على أوسع نطاق حتى يتسنى للمواطن البسيط إثارة الدفع بنفسه دون الحاجة إلى محام في الأحوال التي يكون فيها التمثيل بمحام اختياريا.

¹ Code de procédure civile, Dernière modification 2021-01-01, Chapitre 2(Le renvoi par la Cour de cassation de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil Constitutionnel), Article 126-9(Décret n ° 2010-148 du 16 févr.-art.3, permet de voir l'article sur:<https://www.legifrance.gouv.fr>

² يعيش تمام شوقي، أسامة غربي، مقتضيات إثارة الدفع بعدم الدستورية في النظامين الجزائري والفرنسي (دراسة مقارنة)، كتاب جماعي بعنوان (تحقيق الأمن السياسي ضمان لقيام دولة القانون في الجزائر)، مرجع سابق، ص207.
³ طيب أحمد، قراءة في البيئة السياسية لتكريس حق المواطن في الدفع بعدم دستورية القوانين في الجزائر على ضوء القانون العضوي 18-16، مجلة دراسات وأبحاث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 11، عدد 2، جوان 2019، السنة 11، ص96.

وبالرجوع إلى مسألة تحديد أصحاب الحق في الدفع وتعدادهم، فكما سبق القول بأنهم في الدعوى المدنية يُقبون بالمدعي والمدعى عليه أمام محاكم أول درجة، والمستأنف والمستأنف عليه أمام محاكم ثاني درجة¹، سواء كانوا أشخاص طبيعيين أم معنويين خاضعين للقانون الخاص كالشركات والجمعيات والاتحادات والتعاونيات أو العام² كالهيئات العمومية أو المؤسسات العمومية³.

أما في المواد الجزائية: فالدفع بعدم الدستورية مخول للمتهم والضحية أو مطالب بالحق المدني إذا كانت الضحية قد تأسست كطرف مدني أمام القاضي الجزائي في الدعوى المدنية التبعية للدعوى العمومية، فهذا يحق لها إثارة الدفع بعدم الدستورية في الدعوى المدنية التبعية، أما إذا لم تتأسس كذلك فلا يحق لها إثارة الدفع إلا في الدعوى التي تعتبر فيها ضحية⁴، أو مسؤول مدني⁵. في حين أن أصحاب الحق في الدفع بعدم الدستورية في الدعاوى الإدارية هم: الأشخاص الذين يختصمون ضد الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية⁶.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع المغربي قد عرف لفظ الأطراف بأنه: "كل مدع أو مدعى عليه في الدعاوى المدنية أو التجارية أو الإدارية وكل متهم أو مطالب بالحق المدني أو مسؤول مدني في الدعوى العمومية"⁷.

¹ على مستوى الطعن بالتمييز يطلق عليهم المميز والمميز عليه، لمزيد من التفصيل راجع: سعودي نسيم، الدفع بعدم الدستورية على ضوء التعديل الدستوري الأردني لسنة 2011، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 9، مارس 2018، ص 586؛ لعبيدي خيرة، وافي حاجة، مرجع سابق، ص 68؛ علي قاسم ربيع، المسألة الأولية الدستورية وأثرها من حيث الزمان، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 13، عدد 1، بدون تاريخ النشر، ص 171؛ صافي حمزة، الضوابط القانونية للدفع بعدم الدستورية (قراءة تحليلية في القانون العضوي 18-16)، حوليات جامعة الجزائر، الجزء 1، العدد 33، مارس 2019، ص 115.

² Arnaud LIPOZ, Soulever (chapitre 1, La question prioritaire de constitutionnalité. IN la question prioritaire de constitutionnalité). Sous la direction de Dominique ROUSSEAU, éditl'Extensio, Gazette du Palais, 2010, p.10.

³ بالنسبة للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، فالفقه الألماني ينكر استفادتها من الحقوق الأساسية نظرا لطبيعتها الدولية ماعدا الجماعات المحلية، إلا أن هذا الأمر غير مطروح ومستبعد في فرنسا كونه لا يعتد بنوع الشخصية المعنوية سواء كانت خاصة أو عامة، وهو ما يتضح من خلال قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 2 جويلية 2010 بالنسبة لبلدية DUNKERQUE

QPC 12-2010-cc (Julien BONNET, Pierre Yves GAHDOUN, La question prioritaire de constitutionnalité, PUF, Paris, 5/2014, p.34.).

⁴ تريعة نوار، آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر ومصر (دراسة مقارنة)، مؤلف جماعي بعنوان "تحقيق الأمن السياسي ضمان لقيام دولة القانون في الجزائر"، مرجع سابق، ص 274.

⁵ صافي حمزة، الضوابط القانونية للدفع بعدم الدستورية (قراءة تحليلية في القانون العضوي 18-16)، مرجع سابق، ص 115.

⁶ المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 الصادر بتاريخ 12 يوليو 2022.

⁷ المادة 2 من مشروع القانون التنظيمي الملغى رقم 15-86 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور المغربي لسنة 2011.

الفرع الثاني: مدى أحقية إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل أطراف أخرى والقاضي نفسه

إن كان لكل دعوى أطرافها الأصلية، فإن ذلك لا يمنع من وجود أطراف منضمة في الخصام عن طريق التدخل أو الإدخال، أو عن طريق القانون الذي يوجب إبلاغ النيابة العامة بقضايا معينة رغم أنها لا تحمل وصفا جزائيا، وذلك حتى تستطيع إبداء رأيها بشأنها كتابيا باعتبارها في هذه الحالة طرفا منضما، بالإضافة إلى أنها يمكن أن تكون طرفا أصليا في قضايا أخرى. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة يدور حول إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل الأطراف المنضمة إلى النزاع والنيابة العامة؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا كان القاضي ينظر في النزاع المعروض عليه وتراءى له أن القانون الذي سيطبقه على القضية التي يفصل فيها مشكوك في دستوريته وأن تطبيقه سينجر عنه مساس بأحد حقوق أو حريات أحد أطراف النزاع، فهل يمكنه إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه حتى ولو لم يثره المعني بالأمر؟

في بادئ الأمر سيتم بحث مدى إمكانية الدفع بعدم الدستورية من قبل الأطراف المنضمة إلى الخصام، ثم يتم الانتقال إلى النيابة العامة، وأخيرا إلى إمكانية إثارة القاضي للدفع من تلقاء نفسه.

أولا: التدخل والإدخال في الخصومة

يقصد بالتدخل: "نوع من الطلبات العارضة، يدخل به شخص غريب عن الدعوى بمحض إرادته للدفاع عن مصالحه منضما إلى أحد طرفيها، أو مطالبا بحق لنفسه في مواجهتهما"¹. أما الإدخال فهو: "استقدام شخص من الغير خارج عن الخصومة بالدخول فيها ومن ثم يصبح خصما فيها، أو ممثلا على الأقل، وذلك بناء على طلب أحد الخصوم، أو بناء على أمر يصدر من تلقاء نفس المحكمة دون طلب من الخصوم"².

ولمعرفة ما إذا كان يحق للمتدخل والذي تم إدخاله أن يدفع بعدم دستورية نص تشريعي كان أو تنظيمي لابد من البحث عن الهدف الرئيسي من التدخل والإدخال، ومن ثم استطلاع نتائج التدخل والإدخال في الدعوى.

¹ ياسر علي إبراهيم نصار، التدخل والإدخال (دراسة تحليلية مقارنة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني والمصري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2014، ص14.

² أحمد مليجي، اختصاص الغير وإدخال الضامن في الخصومة، ط2، مكتبة دار الفكر العربي، القاهرة، 2003، صص 26-27. ويمكن تعريفه أيضا بأنه: "نوع من الطلبات العارضة يؤدي إلى اتساع نطاق الخصومة بتدخل شخص خارج عن الخصومة ولم يكن طرفا فيها يهدف من ورائها إلى إجبار الغير على أن يصبح طرفا في الخصومة، بناء على طلب أحد الخصوم"، والإدخال هنا يكون إما لحماية مصلحة الخصوم بناء على طلب من الخصم، وقد يكون لحماية الغير نفسه، وهنا يتدخل القاضي للحكم على الغير بذات الطلبات المرفوعة بها الدعوى الأصلية أو بطلب يوجه إليه خاصة.

أنظر: بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء 1، ط1، 2011، ص232.

بالنسبة للهدف الرئيسي من التدخل فهو يتمثل في أنه يمكن المتدخل في الدعوى من المحافظة على حقوقه¹ والدفاع عنها وهو جوهر الدفع بعدم الدستورية، في حين أن الإدخال يهدف إلى جعل الحكم الصادر في الدعوى الأصلية حجة على الشخص المختص، فلا يمكنه بعد ذلك أن ينكر حجية الحكم أو يعترض عليه بحجة أنه لم يكن طرفاً في الخصومة²، إذن فالدعوى سيتمت أثر حكمها إليه وبالتالي يمكن أن يتضرر.

هذا ويلاحظ أنه من شروط التدخل والإدخال أن يكون هناك ارتباط بين طلبات التدخل والإدخال والطلب الأصلي يصل إلى عدم التجزئة بينهما، فإذا ما طبق نص غير دستوري والذي على أساسه تم الحكم في هذه الدعوى، يمكن أن يدفع بعدم دستورية ذلك النص من طرف المتدخل والمدخل. وهناك نقطة أخرى تتعلق بأنواع التدخل والإدخال والتي ستحدد هي الأخرى متى يمكن للطرف المتدخل أو الذي تم إدخاله استعمال حق الدفع بعدم الدستورية، وتفصيل ذلك كالآتي:

-فيما يخص التدخل فهناك نوعان: تدخل اختصاصي أو هجومي يدعي فيه الغير بحق خاص له كأن يكون هناك نزاع بين بائع ومشتري حول ملكية عين فيدخل شخص ثالث من الغير، يدعي أنه المالك الحقيقي لهذا العين ويطلب الحكم له بهذه الملكية في مواجهة طرفي الدعوى³، ففي هذه الحالة يكون له كل الحقوق التي يتمتع بها طرفا الدعوى بما في ذلك حق الدفع بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي يتوقف عليه مآل النزاع وينتهك أحد حقوقه الأساسية، وفي هذا المثال يتعلق الأمر بحق الملكية. أما النوع الثاني من التدخل فهو ما يسمى بالإنضمامي أو التبعية⁴، فهو يهدف إلى الانضمام إلى أحد الخصوم الأصليين لمساعدته في دفاعه دون أن يبدي طلبات خاصة به، إذن فشرط المصلحة لا يتوفر في هذه الحالة ليسمح للمتدخل الإنضمامي بالدفع بعدم دستورية نص سيطبق على النزاع الذي تدخل فيه، وفي هذا الخصوص تثار نقطة مهمة حول دخول الغير بطريقة إنضمامية لأجل الوقاية من الضرر المحتمل الذي سيقع عليه إذا ما خسر الخصم الأصلي دعواه⁵، هل هذا يعني أن له مصلحة في الدعوى وبالتالي مصلحة في الدفع بعدم الدستورية في حالة وجود نص غير دستوري سيطبق على النزاع ويتوقف عليه مآل هذا الأخير؟

¹أحمد مسلم، أصول المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص 595.

²فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، طبعة 2011، ص318؛ وجدي راغب، مرجع سابق، ص.ص 288-289؛ محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج 2(التقاضي أمام القضاء المدني)، دون دار النشر ومكان النشر، طبعة 1990، ص216.

³ أشار إليه: ياسر علي إبراهيم نصار، مرجع سابق، ص26.

⁴ من أمثلة التدخل الإنضمامي حالة تدخل المدين في دعوى الدائن على الكفيل لتفادي رجوع الكفيل عليه بعد ذلك.

⁵ وجدي راغب، مرجع سابق، ص280.

بالرجوع إلى الأحكام العامة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يتعلق بشروط قبول الدعوى¹، فإنه من شروط قبول الدعوى أن تكون هناك مصلحة قائمة ثابتة، شخصية أو محتملة²، أي يمكن أن تتحقق عند صدور الحكم، إذن يمكن للمتدخل الإنضمامي الذي تكون له مصلحة محتملة في أن تتضرر حقوقه بعد صدور الحكم أن يدفع بعدم الدستورية إذا اقتضى الأمر ذلك. هذا فيما يخص التدخل بصفة موجزة، أما الإدخال فيكون إما بناء على طلب أحد الخصوم، فيصبح طرفاً ثالثاً فيها، ومن أمثله أن يتم رفع دعوى ضد أحد المدينين المتضامنين، ولم يتم اختصامهم جميعاً، فيجوز للدائن إدخال المدينين المتضامنين بموجب طلب يقدمه المدعي (الدائن) أو المدعى عليه (المدين المتضامن)، باختصام من لم يختصم منهم³، وقد يكون الإدخال بناء على أمر من المحكمة لكي يتمكن القاضي من الوصول إلى حكم عادل يرتئي بأنه من الضروري إدخال أشخاص في الدعوى كون هذه الأخيرة لا تستقيم إلا باختصامهم، فإذا لم يتدخلوا ولم يطلب أحد أطراف الدعوى إدخالهم فيها، تدخلهم المحكمة من تلقاء نفسها، ومثال ذلك: إدخال المستأجر من الباطن بالنسبة لدعوى بطلان عقد الإيجار الأصلي بين المالك والمستأجر الأصلي ففي هذه الحالة يمتد الحكم الصادر في هذه الدعوى إلى المستأجر الباطن وقد يضر بحقوقه لذلك تقرر المحكمة إدخاله للدفاع عن حقوقه وبالتالي له أن له أن يبدي كل الدفع بما فيها الدفع بعدم الدستورية.

وفي الأخير، نصل إلى النتائج المترتبة على التدخل والإدخال والتي ستحدد من هو صاحب الدفع؟

يترتب على طلبات التدخل الإختصامي أن يصبح المتدخل هنا طرفاً ثالثاً في الدعوى ويكون الحكم الصادر فيها حجة له أو عليه، وبالتالي يخوله ذلك كل الصلاحيات المتاحة للمدعي والمدعى عليه بما ذلك حق الدفع بعدم الدستورية، في حين أن التدخل الإنضمامي ما هو إلا تأييد لأحد أطراف الدعوى، فعندما يتدخل الغير بصفة طوعية واختيارية بهدف دعم ادعاءات أحد الخصوم ولا يدافع فيه المتدخل عن حق خاص له فإن ذلك يخرج من دائرة الأشخاص المخول لهم حق الدفع بعدم الدستورية⁴، كما أنه لا يمكنه أن يبدي دفعا بعدم الدستورية لصالح الطرف

¹ عملاً بأحكام المادة 18 من القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية والتي تحيلنا إلى قواعد وأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية.

² المادة 13 من قانون إج.م.إ. رقم 22-13 الصادر في 12 يوليو 2022.

³ محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للطلبات العارضة، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1984، ص 430.

⁴ نبيل صقر، مرجع سابق، ص 226.

الذي انضم إليه لعدم توافر شرط المصلحة الشخصية¹، أما إذا دافع عن حق خاص له أصبح مت دخلا اختصاصيا.

أما الإدخال بناء على طلب أحد الخصوم فأهم نتيجة تترتب عليه أنه يجوز له أن يتمسك بالدفع الموضوعية والشكلية ومنه الدفع بعدم الدستورية باعتباره ينتمي نوعا ما إلى طائفة الدفوع الموضوعية، في حين أن من تم إدخاله بناء على أمر من المحكمة، فإذا كان ذلك سيؤثر على حقوقه ويجعله طرفا في الدعوى كبقية الخصوم وله حق خاص مستقل عنهم ففي هذه الحالة له إبداء الدفع.

تجدد الإشارة في الأخير إلى أن المشرع العضوي الجزائري لم يشر في القانون العضوي 18-16 السابق إلى حق المتدخل في إثارة الدفع بعدم الدستورية، لكنه تفتن إلى هذه النقطة المهمة وهو بصدد صياغته للقانون العضوي الحالي رقم 22-19 حيث نص في المادة 22 منه على إمكانية الدفع بعدم الدستورية لكل شخص ذي مصلحة عن طريق تدخله في الدعوى القائمة أمام الجهة القضائية بموجب مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومعللة مع توفر الشروط المنصوص عليها في المادتين 19 و 21 من نفس القانون، شريطة تقديم دفعه قبل إصدار الجهة القضائية لقرارها حول إرسال الدفع، ومنه يتضح أن المشرع الجزائري العضوي قد اعترف للمتدخل ذي المصلحة بإثارة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية، ناهيك عن إمكانية التدخل أمام المحكمة الدستورية ذاتها².

إذا، لا بد من توافر شرط المصلحة في المتدخل لقبول دفعه، أي أن القرار الفاصل في دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي محل الدفع يصب في مصلحته ويؤثر عليه بصفة مباشرة. أما بالنسبة لمواقف التشريعات المقارنة فقد كانت كالآتي:

المشرع الفرنسي على الرغم من التزامه الصمت بخصوص من لهم الحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية في القانون الأساسي رقم 1523 لسنة 2009، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 6 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي فقد نصت على أنه يسمح للأطراف التي لم تثر المسألة الأولية الدستورية ولم تكن طرفا فيها منذ البداية أن تتأسس أمام المجلس الدستوري وتدخل في النزاع بشرط أن تبين أن لها مصلحة في النزاع، ويكون طلب التدخل في الخصومة في أجل 3

¹ يرى جانب من الفقه أنه يمكن للمتدخل الإنضمامي التابع للمدعى عليه أن يبدي الدفع، ومنه يمكنه أن يبدي حتى الدفع بعدم الدستورية، ولكن الأمر يبقى رهن التطبيق أمام القضاء. راجع: إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج 1، الإسكندرية، 1974، بند 253، ص 635؛ أشار إليه: ياسر علي إبراهيم نصار، مرجع سابق، ص 98.

² المادة 39 من القانون العضوي 22-19 المحدد لكيفيات الإخطار والإحالة أمام المحكمة الدستورية.

أسابيع يبدأ من تاريخ إحالة الدفع أمام المجلس الدستوري¹، ومنه يمكن لأطراف الخصومة الأصليين أو حتى المتدخلين الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي سيطبق على النزاع القائم إذا كان من شأنه أن يمس بأحد الحقوق أو الحريات الأساسية شريطة أن يثبتوا أن لهم مصلحة في ذلك، وهو ما أكدته المجلس الدستوري في حكمه رقم 595 لسنة 2009 الصادر في 3 ديسمبر 2009 بمناسبة الإخطار الموجه من قبل الوزير الأول الفرنسي François Fillon بتاريخ 25 نوفمبر 2009²، كذلك في قراره الصادر في 7 أكتوبر 2010 (2010-34QPC)، والقرار الصادر في 12 نوفمبر 2010 رقم (2010-65/64/63QPC)، حيث يشير كلاهما إلى الملاحظات بالتدخل المقدمة من جانب CGC-La CFE حيث لهذه الأخيرة التي لم تكن طرفا في الدعوى بتقديم مذكرة خلال الإجراءات في النطاق الذي يركز فيه موضوع المنازعة على إلغاء ميزة كانت تستفيد منها، حيث يكون لها مصلحة مشروعة في التدخل في الإجراءات أمام المجلس الدستوري للدفاع عن قانون يعالج وضعها³.

أما المشرع المغربي فعند تحديد المقصود بالأطراف في الفقرة "ب" من المادة 2 من مشروع القانون التنظيمي الملغى رقم 15-86 فإنه قد أغفل إدراج المدخل في الدعوى والمتدخل إراديا في الدعوى من بين أصحاب الصفة والمصلحة في إثارة الدفع بعدم الدستورية، على الرغم من أن مصطلح أطراف الدعوى مصطلح واسع يمتد إلى المتدخلين والمدخلين في الخصومة، وهو ما يعتبر إغفالا حقيقيا يستوجب تداركه حتى لا يصدر النص وهو غارق في العوار القانوني⁴. في مقابل ذلك فإن المشرع التونسي اكتفى بمصطلح الخصوم الذي يعتبر كما سبق القول أضيق نطاقا من مصطلح الأطراف، ولم ينص لا على التدخل ولا على الإدخال في القانون الأساسي للمحكمة الدستورية، إلا أنه إذا تم التقيد بحرفية النص وعبارة الخصوم التي تعني المدعي والمدعى عليه فقط، فإن ذلك يعني إخراج بقية أطراف الدعوى من دائرة الأشخاص الذين يحق لهم إثارة الدفع بما في ذلك الأطراف المنضمين عن طريق التدخل أو الإدخال.

¹ بن سالم جمال، حق المواطن في إخطار المجلس الدستوري (النموذج الفرنسي)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع 9، جامعة البليدة، 2017، ص 215.

² Décision numéro 2009-595DC du 3 décembre 2009-conseil Constitutionnel- Journal officiel du 11decembre 2009, p.21381, texte numéro 2.

³ منصور محمد أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 217.

⁴ مصطفى بن شريف، قراءة أولية في مشروع القانون التنظيمي 15-86 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية. موجود على موقع العلوم القانونية Maroc Droit.com تم الاطلاع عليه بتاريخ 7 جانفي 2021، على الساعة 18:47.

في حين أنه إذا ما تم العمل بمفهوم المخالفة، فإنه إذا لم يوجد نص صريح يمنع عملاً محددًا فذلك يفتح الباب لإمكانية القيام به، ومنه إذا لم يوجد نص صريح يمنع المنضمين عن طريق التدخل أو الإدخال إلى الخصومة من إثارة الدفع بعدم الدستورية، فإن ذلك يعني أنهم يمكنهم ذلك. ويبقى الأمر مرهونًا بالتطبيق العملي لآلية الدفع بعدم الدستورية وما يسفر عنها من اتجاهات ومواقف.

بالنسبة للتدخل والإدخال في مصر، فرغم أن مصطلح الخصوم الذي استخدمه المشرع المصري في المادة 29 فقرة "ب" أضيقت نطاقًا - كما سبق الإشارة إليه - من مصطلح أطراف الدعوى، وبالتالي لا يشمل الأطراف المنضمة إلى الدعوى، إلا أن المشرع المصري - من جهة - لم يورد أي نص يمنع المتدخلين من حق إثارة الدفع بعدم الدستورية إذا كان من شأن القانون الذي سيطبق عليهم في النزاع أن يمسهم بضرر سواء كان يهددهم أو كان واقعًا فعلاً ومنه يمكن للأطراف المتدخلة في النزاع الدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة¹.

ومن جهة أخرى، بما أن المشرع المصري لم ينص على حق المتدخلين في إثارة الدفع بعدم الدستورية، فإنه يمكن تطبيق أحكام المادة 50 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية التي تحيل على أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، هذا الأخير نص على إمكانية التدخل في الدعوى بكل أنواعه، ومن نتائج قبول التدخل أن يتمتع المتدخل بكامل الحقوق التي يتمتع بها الخصوم الأصليين في الدعوى، والتي من بينها حق الدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة سيطبق عليهم في النزاع ويسبب لهم ضرراً.

وفي سياق آخر، فإنه من بين الأمثلة التي تثبت قبول الدفع بعدم الدستورية من قبل الخصم المنضم، انضمام المدعي خصماً للزوج المطلق في الدعوى الموضوعية، تأسيساً على إقامته في عين النزاع ما لا تتوافر فيه مصلحة شخصية في الطعن بعدم دستورية المادة 18 مكرر 3 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، ذلك أن مركزه القانوني لن يتغير بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه عند رفعها، وأساس ذلك أن النص المطعون فيه لا يعرض إلا للعلاقة بين الزوج المطلق ولصغاره من مطلقة وحاضنتهم وغاياته تمكين هؤلاء من شغل العين².

¹ القضية رقم 32 لسنة 15 قضائية دستورية جلسة 4 أكتوبر 1997، المجموعة 8، ص 872، رقم 58، جاء في مضمونها أنه: "لا تقبل الدعوى الدستورية من غير هؤلاء الذين أضيروا من جراء سريان النص المطعون عليه في شأنهم، سواء كان الضرر وشيكاً يهددهم أم كان واقعاً فعلاً، أي لا تقبل الدعوى من أشخاص لمجابهة أضرار لا صلة لهم بها." راجع أيضاً: القضية رقم 34 لسنة 17 قضائية دستورية، جلسة 4 يناير 1997، المجموعة 8، ص 209، رقم 15؛ أشار إليها: عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، ص 49.

² عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 50..

أما بالنسبة للتدخل أمام المحكمة الدستورية العليا، فإنه يشترط فيه أن يكون طبقا للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، وأن يكون لطالب التدخل مصلحة شخصية ومباشرة في التدخل، ومناطق هذه المصلحة بالنسبة للدعوى الدستورية أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين مصلحة الخصم الذي قبل تدخله في الدعوى الموضوعية التي أثير فيها الدفع بعدم الدستورية، وأن يؤثر الحكم فيما أبداه هذا الخصم أمام محكمة الموضوع من طلبات.

إذن، يستخلص مما سبق أنه إذا كان للمتدخل في الدعوى الموضوعية الحق في التدخل في الدفع أمام المحكمة الدستورية العليا، فإن له الحق أيضا بإثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع بنفس الشروط التي تطبق على الخصوم الأصليين.

ثانيا: النيابة العامة وإمكانية الدفع بعدم الدستورية

إن ما يثير التساؤل فعلا حول النيابة العامة في الدعاوى الجزائية¹ والدعاوى المدنية² التي تكون فيها طرفا أصليا، هو هل يجوز للنيابة العامة إثارة الدفع بعدم الدستورية أم لا؟ هذا دون إغفال أنه يحق لممثلها أن يتدخل في كل القضايا التي يرى بأن تدخله فيها ضروري، ناهيك عن القضايا التي تستوجب إبلاغ النيابة العامة بها باعتبارها طرفا منضما³. وقد انقسم الفقه الدستوري إلى اتجاهين⁴ :

الاتجاه الأول: يتمسك أصحابه بحرفية النص الدستوري الجزائري الذي مفاده أن حق الدفع بعدم الدستورية مخول لكل طرف في الدعوى القضائية، إذن فالنيابة العامة متى كانت طرفا في الدعوى فإنه يجوز لها الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي سيطبق على النزاع الذي تكون طرفا فيه⁵، بل وإنه يمكنها إثارة الدفع بعدم الدستورية حتى ولو كان المستفيد هو المتهم على اعتبار أن دورها هو الحرص على التطبيق السليم للقانون، ومن مقتضيات ذلك استبعاد تطبيق أي

¹ المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 21-11 المؤرخ في 25 غشت سنة 2021، ج. ر. ج. ع 65 الصادرة في 26 غشت 2021.

² تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا خاصا في الدعاوى الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة مثل الخاصة بالمفقود والميراث والزواج والطلاق والنسب والغائب وفقا لنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، كما تكون في بعض القضايا المدنية مدعى عليه أصلي كقضايا الجنسية مثلا فهي تأخذ صفة الخصم كغيرها من الخصوم.

باهي هشام، ماحي وسيلة، ضوابط الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء وفقا لأحكام القانون العضوي 16/18، المجلد 7، ع2، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2020، ص225.

³ المادة 259 و260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 09/08 المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13.

⁴ من خلال الكتب والمقالات التي تناولت هذا الموضوع تم الاستنتاج أن فقهاء القانون الدستوري قد انقسموا إلى فريقين.

⁵ لعبيدي خيرة، وافي حاجة، مرجع سابق، ص68.

نص تشريعي أو تنظيمي مخالف للدستور¹، وهو ما يخولها إثارة الدفع بغض النظر عما إذا كان المستفيد يمكن أن يكون المتهم².

الاتجاه الثاني: ينطلق من نص المادة 7 من القانون العضوي 16/18 السابق الذي أوكل إلى النيابة العامة ومحافظ الدولة مهمة إبداء رأيها في الدفع بعدم الدستورية، وكذلك المادة 15 التي نصت على استطلاع رأي النائب العام أو محافظ الدولة فيما يخص قرار إرسال الدفع، وهو نفس النهج المعمول به في ظل القانون الفرنسي على إثر المادة 23-1 من القانون العضوي 1523-2009 فيما يخص الجهات القضائية التابعة لمحكمة النقض، وبالتالي فإن دور النيابة العامة يقتصر فقط على إبداء الآراء والاقتراحات لا غير دون أن يتعداها الأمر لإثارة الدفع، حتى ولو كانت طرفا في الدعوى³، وقد كان تبريرهم لذلك كالاتي:

من غير المعقول أن تثير النيابة العامة الدفع بعدم دستورية نص تشريعي هي من اتخذته أساسا للمتابعة الجزائية.

بصرف النظر عما ينص عليه القانون من كون النيابة العامة يمكن أن تكون طرفا في الدعوى وبالتالي هي تدخل ضمن أطراف الدعوى الذين يحق لهم إثارة الدفع، إلا أن المنطق يقتضي بأن دور النيابة العامة يقع دائما في الدفاع عن قوانين الجمهورية كما هي⁴، لذلك لا يتصور أن يكون من مصلحتها إثارة الدفع بعدم دستورية قانون ما.

إذا تم الرجوع إلى مفهوم الدفع بعدم الدستورية، وعلى اعتبار أنه وسيلة دفاع منحت للمتناقضي لحماية الحقوق والحريات التي يضمنها له الدستور عندما يرى بأن النص التشريعي أو التنظيمي المؤسسة عليه الدعوى مس أو سوف يمس بحقوقه وحرياته تلك، لو طبق عليه، وبالتالي لا بد أن تكون له مصلحة شخصية في إثارة الدفع.

ومنه، أين تكمن المصلحة الشخصية للنيابة العامة حتى ولو كانت طرفا أصليا في الدعوى

القضائية؟

¹ على اعتبار أن المادة 188 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري ج، ر، ج، ج، ع، 14، المؤرخة في 07 مارس 2016، قد عدلت بالمادة 195 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المتضمن إصدار التعديل الدستوري المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ج. ع. ج. ع، 82، الصادرة في 30 ديسمبر 2020. وأضيف إلى جانب إمكانية الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي عبارة حكم تنظيمي أيضا.

² تريعة نوار، من الكتاب الجماعي، مرجع سابق، ص 275.

³ صافي حمزة، الضوابط القانونية للدفع بعدم الدستورية (قراءة تحليلية في القانون العضوي 18-16)، مرجع سابق، ص. ص 118، 117؛ أوكيل محمد أمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر (دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي)، حوليات جامعة الجزائر، ع 32، ج 2، جوان 2018، ص 105.

⁴ أوكيل محمد أمين، المرجع نفسه، نفس الصفحة؛ تقلميتم مرياما، دور المحامي في إثارة الدفع بعدم الدستورية، مجلة المحامي، ع 32، 2019، ص 16.

النيابة العامة بطبيعتها خاضعة تسلسليا لوزارة العدل ويمكنها إخطار الوزارة في حالة ما إذا لاحظت أن نصا تشريعيًا أو تنظيميًا ما فيه مساس بالحقوق والحريات، والوزارة بإمكانها تقديم قوانين تعدل أو تلغي أي قانون قائم، كما أن وزارة العدل باستمرار تقدم مشاريع قوانين لتعزيز حقوق وحريات المتقاضين وتطويرها¹.

كما أن تكليف النيابة العامة بمهمتين الأولى إثارة الدفع بعدم الدستورية والثانية إبداء الآراء حولها غير ممكن، فلا يعقل أن تدفع النيابة العامة بعدم دستورية قانون ثم تبدي رأيها حوله، فهذا سيجعل قراراتها متعارضة. إن هذا التبرير يبدو منطقيًا ويتمشى مع موقف المشرع الجزائري، فلو أراد منح النيابة العامة حق إثارة الدفع بعدم الدستورية لكان أكثر توضيحًا عندما نص على استطلاع رأيها في كل الدفع بعدم الدستورية، وذلك بأن يغير صياغة النص: بحيث يتم استطلاع رأي النيابة العامة حول الدفع بعدم الدستورية وحول قرار إرساله عندما لا تكون طرفًا أصليًا أو منضمًا في الدعوى ولم يكن لها علم بها.

كل هذا الجدل حول إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل النيابة العامة فصلت فيه المادة 17² من القانون العضوي الجديد رقم 22-19 المتعلق بتحديد كفايات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية عندما نصت بصريح العبارة على أنه لا يمكن لقاضي النيابة العامة أو محافظ الدولة إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائيًا، مما لا يدع مجالًا للتأويل أو التفسير فموقف المشرع العضوي واضح في هذه المادة وهو أمر مستحسن يسجل لصالحه، حيث كان الفيصل في هذا النقاش.

أما عن إمكانية النيابة العامة في إثارة مسألة الأولوية الدستورية في القانون الفرنسي ، فبالرجوع إلى نص المادة 1-23 من القانون العضوي 2009-1523 والتي جاء نصها كالاتي: "يتم تقديم الأدلة على انتهاك حكم تشريعي للحقوق والحريات التي يكفلها الدستور ... أمام محكمة تابعة لمحكمة النقض، عندما لا تكون النيابة العامة طرفًا في القضية، تحال إليها هذه الأخيرة بمجرد تقديم الأدلة حتى تتمكن من إبداء رأيها"، فإنه يستنتج للوهلة الأولى أنه يمكن للنيابة العامة أن تثير الدفع بعدم الدستورية في القضايا التي تكون طرفًا فيها، إلى جانب أنها تقدم رأيها في الدفع بعدم الدستورية التي تثار بمناسبة قضايا لا تكون طرفًا فيها، ومؤدى ذلك أنها لا تقدم رأيها في الدفع بعدم الدستورية التي تثار بمناسبة دعوى تكون طرفًا فيها، ولكن على الرغم من أن

¹ العيادي خيرة، وافي حاجة، مرجع سابق، ص.ص 68، 69.

² تنص المادة 17 من القانون العضوي 22-19 المحدد لكيفيات وإجراءات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية على أنه: "لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية، تلقائيًا، من طرف قاضي الحكم وقاضي النيابة العامة أو محافظة الدولة."

الأعمال التحضيرية للقانون العضوي لسنة 2009 ذهبت هي الأخرى في اتجاه منح الحق للنيابة العامة في إثارة المسألة الأولية الدستورية إذا كانت طرفا أصليا في الدعوى ونفس الشيء بالنسبة لمشروع الحكومة، إلا أنه لم يسجل في التجربة الفرنسية أي تقديم للمسألة الأولية الدستورية من طرف النيابة العامة أمام القضاء¹، بل وأكثر من ذلك فلم يسمح قرار المجلس الدستوري رقم 595-2009 المؤرخ في 3 ديسمبر 2009² للنيابة العامة بإثارة المسألة الأولية الدستورية لأسباب موضوعية أهمها أن هذه الأخيرة جاءت لتدعيم المتقاضي، وللنيابة العامة وسائل أخرى لحماية القانون كالطعن لصالح القانون³.

أما المغرب، فحسب المادة 10 من مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 الملغى فإنه يتم إشعار الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض⁴ بإحالة الدفع بعدم الدستورية على محكمة النقض، وهو ما يفيد أن دور النيابة العامة هو استشاري فيما يخص الدفع بعدم الدستورية، ولكن المحكمة الدستورية المغربية كان لها رأي آخر بخصوص هذه المسألة عند رقابتها للقانون المنظم للدفع بعدم الدستورية، حيث أن النيابة العامة وباعتبارها طرفا في الدعوى العمومية فإن وصف مدعي أو مدعى عليه ينطبق عليها أيضا، كما أن ممارسة النيابة العامة للاختصاص الدستوري الموكل لها والمتمثل في تطبيق القانون⁵ ينبغي أن يتم وفقا لما يقتضيه الدستور المغربي والقاضي بأن دستورية القواعد القانونية يقتضي من النيابة العامة بصفتها طرفا في الدعوى ، أن تدفع بعدم دستورية قانون في حال تقديرها أو شكها في أن المقتضيات الواجبة التطبيق تعترضها شبهة عدم الدستورية، وعدم السماح للنيابة العامة بإثارة الدفع بعدم الدستورية باعتبارها طرفا في الدعوى يعتبر مخالفة لما قرره الفقرة 1 من الفصل 133 من الدستور المغربي. ضف إلى ذلك على الرغم من حرمان النيابة العامة من حق إثارة الدفع بعدم الدستورية باعتبارها طرفا في الدعوى بحجة أنها جزء من القضاء، وأنه قد تم استثناء القضاء من إثارة الدفع بنص صريح، فإن ذلك ليس بمبرر كاف فالنيابة العامة ليست هي القاضي بل هي طرف أصلي في الكثير من الخصومات، وهذا ما أكدته

¹ العيدي خيرة، وافي حاجة، المرجع نفسه، ص69؛ أوكيل محمد أمين، مرجع سابق، ص105.

² Décision n° 2009-595 DC du 03 décembre 2009. <https://www.conseil-constitutionnel.fr>

³ بن سالم جمال، دعوى الدفع بعدم الدستورية بين التأصيل والتأسيس والممارسة (النموذج الجزائري)، ط1، بيت الأفكار، الجزائر، 2020، ص79.

⁴ الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض هو قاض خارج الدرجة وعضو بحكم القانون في المجلس الأعلى للسلطة القضائية ويمثل النيابة العامة بمحكمة النقض، الفصل 125 من الدستور المغربي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 91-11 الصادر في 29 جويلية 2011، ج.ر.ع 5964 مكرر المؤرخة في 30 جويلية 2011.

⁵ الفصل 110 من الدستور المغربي لسنة 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 91-11 الصادر في 29 جويلية 2011، ج.ر.ع 5964 مكرر المؤرخة في 30 جويلية 2011، صفحة 3619.

المحكمة المغربية بقولها أن: " المحكمة تضم مكونين مختلفين بالرغم من انتمائهما معا إلى الجسم القضائي نفسه، هما قضاة الأحكام وقضاة النيابة العامة، وحيث أن التمييز بين قضاة الأحكام المخول لهم إصدار الأحكام وقضاة النيابة العامة باعتبارهم طرفا في الدعوى يجعل قاعدة عدم تلقائية إثارة الدفع من قبل المحكمة لا تسري إلا على قضاة الحكم دون قضاة النيابة العامة.¹"

أما فيما يخص تونس، فلا توجد مادة في القانون الأساسي للمحكمة الدستورية تتحدث عن دور النيابة في إثارة الدفع بعدم الدستورية أو حتى إبداء ملاحظاتها ورأيها، فالطريقة التونسية في تنظيم إجراءات هذه الآلية قد أخرجت حتى القضاء من مجال تصفية الدفوع وجعلتها إحالة فورية- سيتم توضيح ذلك لاحقا- دون أن تفسح طريقا أمام محكمة الموضوع لإعمال سلطتها التقديرية في معالجة مدى توافر شروط الدفع قبل إحالته على المحكمة الدستورية.

تعتبر النيابة العامة في القانون المصري أيضا طرفا أصليا في مباشرة الدعوى العمومية²، وبالتالي تعتبر خصما أصيلا في مواجهة المتهم، فهل ذلك يجعلها صاحبة حق في الدفع بعدم الدستورية؟ كما يمكنها رفع الدعاوى المدنية في الأحوال التي ينص عليها القانون، بالإضافة إلى التدخل الوجوبي والجوازي في الحالات المنصوص عليها في المواد 88، 89، 90 من قانون المرافعات، كما أنها تتدخل في القضايا المتعلقة بالنظام العام والآداب متى طلبت منها المحكمة.

بالرجوع إلى قانون المحكمة الدستورية فهو لم ينص بصريح العبارة على أن النيابة العامة يمكنها إثارة الدفع، إلا أنه إذا اعتبرنا أن النيابة العامة يمكنها أن تكون خصما أصيلا أو منضما في الدعوى فهي بذلك تدخل ضمن دائرة الخصوم التي يحق لها إثارة الدفع وذلك استنادا إلى الفقرة 2 من المادة 29 من هذا القانون، وهناك نظرية أخرى تفيد بأن النيابة العامة يمكنها إثارة الدفع بعدم الدستورية طبقا للفقرة 1 من المادة 29 من نفس القانون بما أنها تدخل ضمن الجهاز القضائي، فيمكن لقضاة النيابة العامة إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائيا³. ضف إلى ذلك أن قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية لم ينص على ضرورة استطلاع رأي النيابة العامة بشأن الدفوع بعدم الدستورية، لكنه نص على ضرورة أن يعرض ملف الدعوى أو الطلب على هيئة المفوضين

¹قرار المحكمة الدستورية المغربية رقم 18-70 المؤرخ في 6 مارس 2018، الجريدة الرسمية المغربية عدد 6455 الصادر في 12 مارس 2018، ص 1493 الخاص بمطابقة القانون التنظيمي 15-86 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة:

<https://www.cour-constitutionnel.ma>

²المادة 1 من قانون الإجراءات الجنائية رقم 150 لسنة 1950 وفق آخر تعديل له في 5 سبتمبر 2020 بالقانون رقم 189 لسنة 2020.

³إن نفس الانتقاد يمكن توجيهه لهذه النظريات في كون النائب العام هو بدرجة وزير وعضو في المجلس الأعلى للقضاء، مهمته تطبيق القانون وبالتالي يمكنه اقتراح تعديل قانون أو إلغائه دون الحاجة إلى أن يدفع بعدم دستوريته ويطلب الإجراءات.

والتي تتولى تحضير الموضوع وإيداع تقرير يحدد رأي الهيئة في المسائل الدستورية والقانونية المثارة وهي نفس مهام محافظ الدولة في التشريع الجزائري الذي يمثل النيابة العامة في القضاء الإداري¹، ومن هذا المنطلق يمكن القول أنه بعدم إيراد النيابة العامة إلى جانب هيئة مفوضي الدولة بشأن تقديم رأيها حول الدفع بعدم الدستورية، يمكن القول أن المشرع المصري سمح ضمناً للنيابة العامة بالدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة باعتبارها طرفاً في الدعوى الجزائية وكذلك المدنية، دون أن تقع في مشكلة التناقض بين إبدائها الرأي حول الدفع بعدم الدستورية وبين ممارستها لحقها في هذه الآلية عندما تكون طرفاً في الدعوى².

ثالثاً: إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل القاضي نفسه

لقد نصت المادة 4 من القانون العضوي 16/18 الذي يحدد شروط وإجراءات الدفع بعدم الدستوري في النظام القانوني الجزائري، على أنه لا يمكن إثارة الدفع تلقائياً من طرف القاضي، وقد أبقى المشرع العضوي في القانون الجديد رقم 19-22 على هذا الحظر بموجب المادة 17 منه، وهو ما لا يدع مجالاً للتأويل حيث جاء النص صريحاً، وقد تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي في هذه المسألة أيضاً عندما منع على القضاء إثارة المسألة الأولوية الدستورية بموجب المادة 1-23 من القانون العضوي 2009-1523³، هذا وقد جاء قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 595-2009 المؤرخ في 3 ديسمبر 2009 ليؤكد عدم أحقية المحكمة في إثارة الدفع بعدم الدستورية⁴. وهو ما نهج عليه أيضاً المشرع المغربي عندما نص هو الآخر صراحة على منع إثارة الدفع تلقائياً من قبل المحكمة التي تنتظر في الدعوى في الفقرة الأخيرة من المادة 3 من مشروع القانون التنظيمي 15-86 الملغى ولعل من مبررات هذا الاتجاه أن القاضي ليس طرفاً في النزاع أو الخصومة القائمة، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن تدخل القاضي لإثارة الدفع بعدم الدستورية يجعله ينقض مبدأ الحياد المفترض في اختصاص القاضي ويجعل له مركزاً قريباً من أحد أطراف الخصومة أو النزاع، كما أن القضاة مهمتهم السعي وراء تجسيد العدالة وتطبيق القانون

¹ المادة 39 و40 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية المعدل والمتمم.

² في فلسطين: حسب المادة 31 من قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006 تقوم النيابة العامة باعتبارها ممثل الحكومة وفقاً للقانون على مباشرة الإجراءات أمام المحكمة. أنظر: دور النيابة العامة في المنازعات المدنية والإدارية والدستورية في دولة فلسطين، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر 12 لرؤساء إدارات وهيئات قضايا الدولة في الدول العربية، بيروت، في 22-24/8/2016، منشورة على الموقع الإلكتروني: carjj.org تم الاطلاع عليه يوم 2021/02/15 على الساعة 22:24.

³ « Il ne peut être relevé d'office », Loi organique numéro 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution.

⁴ بن سالم جمال، دعوى الدفع بعدم الدستورية بين التأصيل والتأسيس والممارسة (النموذج الجزائري)، مرجع سابق، ص79.

كما هو¹. ومن هنا يستشف أن تقنية الدفع الفرعي لا ترقى من وجهة نظر المشرع الفرنسي والمغربي والجزائري إلى مصاف الدفوع المرتبطة بالنظام العام كالدفوع الشكلية التي يمكن للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى²، كما أن عدم إمكانية إثارة الدفع تلقائياً من طرف القاضي يعتبر امتداداً للمبدأ المستقر عليه والمعمول به في كل المنازعات القضائية والذي مفاده أن القاضي لا يحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم، فحق الدفع موجود ومقرر ولكنه يبقى اختياريًا بحيث يتوقف أساساً على طلب أطراف النزاع فلهم أن يدفعوا أو لا يدفعوا وإن كان ذلك الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي سيطبق عليهم غير دستوري ويمس حقوقهم ورغم ذلك لم يدفع أحد أطراف الدعوى بعدم دستوريته، فإن الفصل في الدعوى الموضوعية سيستمر ويصدر الحكم القضائي بناء على ذلك القانون غير الدستوري، وهو أمر يستجيب للغاية من منح المتقاضى حقا جديداً مع ترك الحرية له لممارسته.

في هذه النقطة، تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري على الرغم من أنه قد حظر على القاضي إثارة الدفع بعدم دستورية قانون أثناء نظره في دعوى موضوعية- كما هو حال المشرع الفرنسي الذي ذهب إلى أبعد من ذلك بأن منع القاضي حتى من تنبيه المتقاضين لتصحيح شكل الدفع³- إلا أنه في مقابل ذلك منح المجلس الدستوري لنفسه سلطة التصدي لأحكام تشريعية أخرى مرتبطة بالحكم التشريعي محل الدفع، حيث عدل عن طريق مداولة بتاريخ 17 أكتوبر 2019 النظام المحدد لقواعد عمله، وأقر أنه: "يمكن للمجلس الدستوري عند فصله بعدم دستورية الحكم التشريعي-موضوع الدفع- أن يتصدى لأحكام تشريعية أخرى متى كان لها ارتباط بالحكم التشريعي موضوع الدفع"⁴.

لكن ألا يعتبر ذلك خروجاً عن مبدأ الطلب ومبدأ حياد القاضي وعدم بحثه عن حلول خارج المطلوب؟ كما أن ذلك يتناقض مع مبدأ عدم إثارة الدفع تلقائياً المنصوص عليه بالمادة 17 من القانون العضوي 19/22، فالتشريعات التي تمنع القاضي من إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائياً تمنع أيضاً المحكمة الدستورية من التصدي، لأن هذه المحاكم تخضع في إجراءاتها لقوانين

¹ طيبي عمروش سعاد، توسيع سلطة إخطار المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين (تحديات ورهانات)، حوليات جامعة الجزائر، ع3، ج1، مارس 2019، ص337.

² يستثنى من القول أن الدفع بعدم الدستورية لا يتعلق بالنظام العام في حالة ما إذا تأخرت كل من المحكمة العليا أو مجلس الدولة في اتخاذ قرار الإحالة أو عدم الإحالة على المجلس الدستوري خلال شهرين، فحسب المادة 13 من القانون العضوي 16/18 يحال الدفع تلقائياً بقوة القانون، وهو ما أبقته المادة 36 من القانون العضوي الحالي 19-22،

³ شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولية (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2015، ص134.

⁴ المادة 29 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل بمداولة صادرة عن المجلس الدستوري مؤرخة في 18 صفر 1441/17 أكتوبر 2019، تعدل وتتم النظام المؤرخ في 7 رمضان 1440/12 ماي 2019 المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري.

الإجراءات أو المرافعات المدنية والتي تلزمها بعدم الحكم بأكثر مما طلبه المدعي، وهذا ما يمنعها من التصدي إلا إذا كانت مختصة صراحة بذلك¹، فكيف للمجلس الدستوري أن يمنع القاضي من إثارة الدفع بعدم الدستورية، ويمنع أحد طرفي النزاع وهو النيابة العامة من إثارة الدفع بعدم الدستورية وهي طرف أساسي في الكثير من الدعاوى طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية الذي أحال عليه المشرع في المادة 5 من القانون العضوي 16/18 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية-على اعتبار أن الدفع دعوى شخصية تستلزم إثبات مصلحة- ويمنح حق التصدي لأحكام تشريعية أخرى غير التي دفع بعدم دستورتها بحجة أنها ترتبط بالحكم التشريعي محل الدفع.

إن هذا التناقض الذي وقع فيه المجلس الدستوري الجزائري هو سبب تقليده الدائم للمشرع الفرنسي دون دراسة للوضع القانوني الجزائري وما يتماشى معه، فالمشرع الفرنسي عندما سمح للمجلس الدستوري الفرنسي بالتصدي رغم اعتبار المسألة الأولوية الدستورية بمثابة دعوى شخصية ليست من النظام العام وتخضع لقواعد الإجراءات المدنية، فإنه قد أدخل عدة تعديلات على قانون إ.ج. م إ، وقانون إ.ج. ج وكذا القانون العضوي للمجلس الدستوري، بأن أضاف لكل منها فصلاً خاصاً بالمسألة الأولوية الدستورية²، ويترتب على ذلك أن المشرع الفرنسي قد ألزم القضاة في مختلف الجهات القضائية بتلك التعديلات المتعلقة بالمسألة الأولوية الدستورية، في حين أن المشرع الجزائري عندما أحال على قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية فإنه لم يقوم بتعديلها بما يتوافق مع آلية الدفع بعدم الدستورية، وإذا أراد أن يتبع الأسلوب الفرنسي

¹ علي هادي عطية الهلالي، فحص الدستورية بآلية التصدي، مجلة القانون للبحوث القانونية، جامعة ذي قار، العراق، 9ع، 2019، ص ص88، 101.

² هذه التعديلات جاءت بمقتضى القانون العضوي الذي يحدد كيفية تطبيق المادة 61-1 من الدستور الفرنسي المعدل سنة 2008 وذلك على النحو التالي:

1- Après le chapitre 2 du titre 2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le conseil constitutionnel, il est inséré un chapitre 2 bis ainsi rédigé : « chapitre 2 bis : De la question prioritaire de constitutionnalité. Section 1 : Dispositions applicables devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de Cour de Cassation ».

2- « 1- Après le chapitre 1^{er} du titre VII du livre VII du code de justice administrative, il est inséré un chapitre 1^{er} bis ainsi rédigé : Chapitre 1^{er} bis : La QPC. »

3- « 2- Le livre IV du code de l'organisation judiciaire est complété par un titre VI ainsi rédigé : 6 « Titre VI : Question Prioritaire de constitutionnalité ».

4- « 3- Le titre 1^{er} bis du livre IV du code de procédure pénale est ainsi rétabli : « Titre 1^{er} bis : De la QPC ».

بالإضافة إلى تعديلات أخرى تتعلق بكاليدونيا الجديدة:

5- Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution, Journal Officiel du 11 décembre 2009, p.21373, @ n° 1.

عليه أن يأخذه كله أو يتركه كله، أما إذا أراد منح المجلس الدستوري سابقا أو المحكمة الدستورية حاليا حق التصدي يجب عليه في المقابل ألا يحرم قاضي الموضوع منه حتى لا يكون متعارضا مع ما يقره من مبادئ بخصوص تطبيق آلية الدفع بعدم الدستورية.

أما بالرجوع إلى القانون العضوي الجديد رقم 22-19 المتعلق بإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتعبة أمام المحكمة الدستورية، والمرسوم الرئاسي 22-93 المتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المحكمة الدستورية، والمقرر المؤرخ في 11 أبريل 2022 الذي يحدد التنظيم الداخلي لهياكل المحكمة الدستورية، فإنه لا توجد أية إشارة لإمكانية تصدي المحكمة الدستورية لأحكام تشريعية أو تنظيمية أخرى غير التي كانت محل الدفع وهو ما يؤكد تمسك القاضي الدستوري بمبدأ الطلب الذي يحكم الإجراءات القضائية بصفة عامة.

ومع ذلك، هناك من التشريعات التي تسمح للقاضي بإثارة الدفع بعدم دستورية قانون من تلقاء نفسه، وهي ما يطلق عليها بطريقة الإحالة التلقائية، مثل إيطاليا¹ والتشريع الإماراتي² والتشريع الكويتي³، وكذا التشريع المصري طبقا للفقرة 1 من المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية⁴، وعليه إذا استشعر قاضي محكمة الموضوع- أثناء نظره نزاعا معينا سواء كان في القضاء العادي أو الإداري بجميع درجاته- عدم دستورية نص قانوني معين يكون لازما للفصل في النزاع المعروض عليه، مع عدم لجوء أحد الخصوم إلى الدفع بعدم دستوريته، يمكن له وقف النظر في الدعوى وإحالتها إلى المحكمة الدستورية صاحبة الاختصاص الأصيل تجسيدا لمبدأ المشروعية.

كما يجوز للمحكمة الدستورية ذاتها التصدي للنصوص غير الدستورية⁵ عند مباشرتها لمهامها، باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل، فالقانون اعترف للمحاكم كافة على اختلاف أنواعها ودرجاتها بإمكانية إحالة أي نص وارد في تشريع أو لائحة إلى المحكمة الدستورية للبحث فيه، فمن باب أولى منح هذه المحكمة صاحبة الاختصاص الأصيل صلاحية ذلك⁶.

¹ القانون الدستوري ع/48 المؤرخ في 9 فيفري 1948.

² حمد عبد الله علي عبد الله الساعدي، مرجع سابق، ص 35.

³ المادة 4 فقرة "ب" من قانون المحكمة الدستورية الكويتية 1973/14.

⁴ قانون المحكمة الدستورية المصرية رقم 48 لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم 168 لسنة 1998، بالإضافة أيضا الى التشريع الفلسطيني حسب المادة 28 من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية.

⁵ شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص 66.

⁶ المادة 4/27 من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية، المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية.

لمزيد من التفصيل حول آلية التصدي راجع: نوار بدير، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، سلسلة أوراق عمل بير زيت للدراسات القانونية، ع 5، وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بير زيت، مدينة القدس، كانون الأول/ديسمبر 2017، ص.ص 14، 15؛ محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف،

تجدر الإشارة إلى أن المشرع التونسي لم ينص على حظر إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل القاضي، لكن من خلال قراءة الفصل 56 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية نجده قد نص على الإحالة الفورية للدفع بعدم الدستورية- الذي يبيده أحد الخصوم في القضايا المرفوعة- من قبل قاضي الموضوع دون أن يمنحه حتى الحق في فحصه من الناحية الشكلية ومدى جديته، ومنه نستنتج أنه لا يعترف بأي دور لقاضي الموضوع، فكيف أن يمنحه حق إثارة الدفع تلقائياً. ولكن إذا تم الرجوع إلى ما قبل دستور 2014 وتحديداً سنة 1987، يلاحظ أن القاضي العدلي كان له الأسبقية التاريخية في تقرير حق التصدي للمحكمة الابتدائية، وذلك في حكم الدائرة الجناحية بالمحكمة الابتدائية بالقيروان بتاريخ 24 ديسمبر 1987، حيث جاء فيه أن: "المحكمة تقر لنفسها بثبوت حق التصدي لبحث دستورية القوانين استناداً إلى أن هذه الرقابة إنما هي من طبيعة عمل القضاة الذي يقوم على تطبيق القانون بمفهومه الواسع، أي تطبيق مجموع القواعد السائدة في الدولة، فالقضاء بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون بمعناه الضيق على حد سواء، غير أنه يستحيل تطبيقها معاً لتعارض أحكامها فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور عملاً بقاعدة تدرج التشريع وما يحتمه منطقتها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى"¹، وذلك مؤداه أنه يجوز لقاضي الموضوع إثارة مسألة الدستورية بنفسه، غير أنه تم إحداث مجلس دستوري مباشرة بعد 7 نوفمبر 1987 ليتولى الرقابة على دستورية القوانين وقطع الطريق أمام الرقابة القضائية بصفة عامة وتصدي قاضي الموضوع للنصوص غير الدستورية، وبعد حل المجلس الدستورية سنة 2011 تشجعت المحكمة الإدارية التونسية وخولت لنفسها مراقبة دستورية القوانين عن طريق الدفع، ومن أهم قراراتها: قرار 7 نوفمبر 2013 عندما اعتبرت الجلسة العامة القضائية للمحكمة الإدارية أنه بإمكان القاضي الإداري التصدي للدستورية²، وأكدت المحكمة أنه بإمكان القاضي الإداري النظر في دستورية الأحكام التشريعية التي لم يسبق للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين الحسم في دستورتها³.

بل وذهبت المحكمة الإدارية التونسية إلى أبعد من ذلك، حيث اعتبرت في قرارها الصادر في 31 ماي 2016 أن التمسك بعدم دستورية القانون بوجه الدفع من النظام العام، وهو ما يستتبع

الإسكندرية، 2002، ص 571؛ محمود أحمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية (آثاره وحجتيه وتنفيذه)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005/2004، ص 76.

¹ محمد رضا بن حماد، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2016، ص 314.

² عصام بن حسن، في مراقبة المحكمة الإدارية لدستورية القوانين عن طريق الدفع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، ع 2، سبتمبر 2019، ص 24.

³ تكمن أهمية قرارات 7 نوفمبر 2013 في الحد من نظرية القانون الحاجب أو الستار التشريعي الذي كان يمنع المحكمة الإدارية من النظر في دستورية القرار الإداري متى وقع الاستناد على نص تشريعي عند اتخاذه.

عنه أن إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائياً من طرف القاضي هو نتيجة حتمية لهذا الاعتبار، لكن من الناحية القانونية البحتة فإن موقف المحكمة الإدارية يخالف ما ذهب إليه القانون الأساس المؤرخ في 3 ديسمبر 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية، والذي ينص في الفصل 60 منه على أن المحكمة الدستورية تتعهد بالنظر في الإحالات المقبولة في حدود ما تمت إثارته من مطاعن، بالإضافة إلى أن نص الفصل 123 من دستور 2014 نص على أن المحكمة الدستورية عندما يعهد لها بدفع بناء على طلب أحد الخصوم فإن نظرها يقتصر على المطاعن التي تمت إثارتها، ومؤدى ذلك أنه حتى المحكمة الدستورية نفسها صاحبة الاختصاص الأصيل في مراقبة مدى دستورية القوانين لم يمنحها الدستور صلاحية التصدي للنصوص غير الدستورية، فكيف للمحكمة الإدارية أن تمنح لنفسها إثارة عدم الدستورية من تلقاء نفسها.

في الأخير، يجب التنويه إلى أن العديد من الباحثين والكتاب¹ في مجال الرقابة الدستورية يناشدون بضرورة منح القاضي إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه، وتبريرهم لذلك يرجع إلى أن الغرض من منح القاضي سلطة إثارة الدفع من تلقاء نفسه هو صون المشروعية الدستورية وتغليب القاعدة القانونية الأعلى على القاعدة الدنيا عند التعارض بينهما، كما أن الخصوم قد لا ينتبهون لوجود عيب عدم الدستورية في النص القانوني الذي سيطبق عليهم، ولكن القاضي الذي يفصل في الدعوى الموضوعية يتفطن إليه فما عليه إلا أن يسعى إلى تطبيق القاعدة الأسمى وإحالة الدفع بعدم الدستورية على المحكمة الدستورية فهو حامي لحقوق وحرريات المتقاضين، كما أن ذلك يعتبر حقاً تفرضه الوظيفة القضائية ضماناً لسلامة تطبيق القواعد القانونية، وتثبيتاً للالتزام الأحكام القضائية بالقواعد الدستورية الصحيحة، خاصة وأن القاضي ملزم بأن يضمن للمتقاضين محاكمة عادلة، فكيف له أن يحقق ذلك وهو على علم بأن تطبيق القانون يمس بالحقوق والحرريات التي يضمنها الدستور².

¹ من بينهم المستشار الهادي لوعيل عضو هيئة الدفع بعدم الدستورية تحت إشراف السيد الطاهر ماموني الرئيس الأول للمحكمة العليا، مداخلة بعنوان "الدفع بعدم الدستورية ودوره في حماية الحقوق والحرريات"، منشورة على الموقع الإلكتروني "المحامي": elmouhami.com

تم الاطلاع عليه يوم 2022/12/21 على الساعة 11:34.

لقد برر المستشار الهادي لوعيل موقفه هذا بقوله أن الدستور جعل مهمة حماية الحقوق والحرريات للسلطة القضائية، لذلك فإن منع القاضي من إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائياً بمناسبة نظره في القضية المعروضة عليه يشكل خرقاً لما قرره الدستور.
² جمال العزوزي، تأملات أولية في مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية القوانين، المجلة المغربية للحكمة القانونية والقضائية، ع 1، المغرب، 2016، ص.ص 107؛ أشارت إليه: لصلح نوال، مرجع سابق، ص 301؛ غانس حبيب الرحمان، سي موسى حمزة، الإطار الناظم للرقابة الدستورية، مجلة الباحث للدراسات القانونية، المجلد 6، ع 1، جانفي 2016، ص 323.

يبدو أن هذه المبررات منطقية، حيث أنه من الأفضل والأصلح للمتقاضين أن يقر المشرع للقاضي حق إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه، وذلك تماشياً مع مقتضيات المادة 164 من الدستور المعدل في 2020 التي تعترف بدور القضاء في حماية المجتمع والحريات وضمان الحقوق الأساسية للأفراد، وهذا الأمر يتجسد في تخويل القاضي حق إثارة الدفع بعدم الدستورية متى ارتأى أن نص القانون المزمع تطبيقه على القضية المطروحة أمامه غير دستوري، حيث أن عدم إثارته يعتبر هروباً من اختصاص وصلاحيه حولها له الدستور وهو أسمى القوانين في الدولة، ضف إلى ذلك أن إثارة الدفع من طرف القاضي لا يعتبر اعتداء على اختصاصات المحكمة الدستورية في رقابة الدستورية، كذلك القاضي معتاد على إحالة المسائل ذات الأولوية إلى المحكمة المختصة للفصل فيها ثم إعادتها إليه لاستكمال فصله في الدعوى الأصلية، كأن يحيل القاضي الإداري مثلاً مسألة تتعلق بالجنسية إلى القاضي المختص بذلك، هو نفس الأمر بالنسبة لمسألة الأولوية الدستورية بل إن الأمر أهم من ذلك.

كما أن إقصاء السلطة القضائية من حق المحكمة الدستورية عن طريق الإحالة التلقائية للدفع بعدم الدستورية يعبر على تهميش جهاز القضاء في النظام الجزائري، كما يشير ذلك إلى الضرب بمبدأ توازن السلطات لكون كل من السلطة التنفيذية والتشريعية لهما الحق في إخطار المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حالياً) ماعدا السلطة القضائية، لذلك يعتبر تمكين هذه الأخيرة من حق إثارة مسألة عدم دستورية القوانين مسألة واجبة وضرورية، وذلك قياساً للتوازن الظاهري القائم بين السلطات الثلاث¹.

ورغم كل ما سبق ذكره، فإن المشرع العضوي قد أصر على موقفه بمنع القاضي من إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه، كما سبق لنا الإشارة إليه أعلاه، لكن يمكن للقضاة أن يساهموا في إثارة الدفع بعدم الدستورية من خلال مثلاً تنبيه وتوجيه المتقاضين أن القانون الذي يحكم المنازعة يثير إشكالات من حيث دستوريته وأنهم سيدرسون باهتمام تلك المسألة لو أثرت أمامهم²، ويجب التنويه في الأخير إلى أن إثارة المسألة الأولوية للدستورية في فرنسا هي حق يتمتع به كل متقاض يطبق عليه القانون الفرنسي، وبالتالي فهو مخول للشخص الذي يحمل الجنسية الفرنسية ولغيره من الأجانب على حد سواء، حيث يمكن للأجانب الطعن في دستورية حكم تشريعي يراد تطبيقه عليهم إذا كان ينتهك الحقوق والحريات التي يتمتعون بها داخل فرنسا-

¹ بوبتره علي، مرجع سابق، ص 57.

² Guy CARCASSONNE, Olivier DUHAMEL, QPC la question prioritaire de constitutionnalité, 2^{em} éd avec Aurélie DUFFY, édit Dalloz, 2005, pp.42-43.

طبعا باستثناء الحقوق والحريات التي يقصرها الدستور على المواطنين وحدهم مثل الحق في الانتخاب- وهو ما أكدته المجلس الدستوري الفرنسي في حكمه الصادر في 1990/01/22 بأن الحقوق والحريات الدستورية يتعين الاعتراف بها لكل مقيم على الأراضي الفرنسية¹، وبالرجوع إلى القانون الجزائري فإن المؤسس الدستوري قد استعمل في المادة 195 من الدستور المعدل في 2020 عبارة " عندما يدعي أحد الأطراف" ولم يقل المواطنين، وبالتالي نستنتج أن الدفع بعدم الدستورية حق يشمل الأجانب أيضا متى كانوا أطرافا في دعوى منظورة أمام القضاء العادي أو الإداري، وهذا الامتداد للأجانب ما هو إلا تجسيد لفكرة عالمية وتجزئة الحقوق الإنسانية².

المطلب الثاني: طبيعة الجهة القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية

حدد المؤسس الدستوري الجزائري موقفه بوضوح إزاء الجهة التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية، حيث نصت المادة 195 من الدستور المعدل في 2020 على أنه: " يمكن إخطار المحكمة الدستورية...، عندما يدعي أحد أطراف المحاكمة أمام جهة قضائية..."³.

وبالرجوع إلى القانون العضوي 16/18 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية فإنه قد أقر في المادة 2 منه إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري ، كما يمكن إثارته لأول مرة بمناسبة الطعن بالاستئناف أو الطعن بالنقض، كما يمكن إثارته أثناء التحقيق الجزائي وتتنظر فيه غرفة الاتهام، وقد أبقى المشرع العضوي على نفس الصياغة بموجب المادة 15 من القانون العضوي 19-22 المحدد لكيفيات وإجراءات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، حيث جاء نصها كالآتي: "يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية، من قبل أحد أطراف الدعوى، أمام الجهات القضائية التابعة للنظام القضائي العادي أو الجهات القضائية التابعة للنظام القضائي الإداري، طبقا لأحكام المادة 195(الفقرة الأولى) من الدستور.

يمكن أن يثار هذا الدفع لأول مرة في الاستئناف أو الطعن بالنقض.

إذا تمت إثارة الدفع بعدم الدستورية، أثناء التحقيق القضائي¹، تتنظر فيه غرفة الاتهام."

¹ Les libertés et droits fondamentaux de valeur contractuelle reconnus à toutes ceux qui résident sur le territoire de la République Française ; Cc le 22 janvier 1990, J.O, p.972.

نقلا عن: صلاح الدين فوزي أحمد، المجلس الدستوري الفرنسي، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص144.

² بوسلطان محمد، إجراء الدفع بعدم الدستورية (أفاق جزائرية جديدة)، مجلة المجلس الدستوري، ع8، سنة 2017، ص 15.

³ وهو نفس ما تبناه المؤسس الدستوري في المادة 188 من تعديل 2016 سابقا.

وبالمقارنة مع نص المادة 61-1 من الدستور الفرنسي المعدل في 2008، يلاحظ أن المؤسس الدستوري قد ساير نظيره الفرنسي في تحديد الجهات التي تثار أمامها مسألة الأولوية الدستورية في "الجهة القضائية"، والمتمثلة في المحاكم المختلفة التي تتبع التنظيم القضائي العادي والتنظيم القضائي الإداري²، طبعاً مع بعض الفروق والملاحظات تفصيلها كآلاتي:

بداية، يدل اشتراط جهة قضائية للنظر في الدفع على وجود قاضي يفصل في الخصومة أو النزاع القائم بين أطراف المحاكمة، وهو ما أشار إليه كل من المؤسس الجزائري والفرنسي، بحيث ينصرف مؤدى هذا النص إلى تحديد الطابع الرسمي للمحاكمة التي تفصل فيها الجهات القضائية طبقاً لأصول المحاكمات والمرافعات العامة في الدولة، أي يسري عليها قانون التقاضي، ويفصل فيها قضاة يتمتعون بالاستقلالية والصفة الإلزامية³.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد استعمل المؤسس والمشرع الجزائري مصطلح محاكمة مع ترك المسألة مبهمة دون توضيح للمقصود من ذلك، وإذا ما تم الرجوع إلى تعريف المحاكمة، فإنه يقصد بها: "عملية فحص وقائع ومجريات الدعوى والقانون برئاسة قاضي الاختصاص الذي يتمتع بسلطة الاستماع إلى المسألة"، وتبدأ المحاكمة بدعوة الطرفين إلى الحضور والاستماع إلى

¹ في المادة 2 من القانون العضوي 18-16 استعمل المشرع العضوي مصطلح "التحقيق الجزائي" أما في المادة 15 من القانون العضوي الحالي رقم 22-19 فقد استعمل مصطلح "التحقيق القضائي"، فهل لهما نفس المعنى؟ بالنسبة للتحقيق القضائي فهو: "نشاط إجرائي تباشره سلطة قضائية مختصة للتحقيق في مدى صحة الاتهام الموجه من طرف النيابة العامة، فهو مرحلة لاحقة لإجراءات التحقيق الابتدائي الذي يباشره الضبط القضائي، ويسبق مرحلة المحاكمة التي تقوم بها جهات الحكم، فهو بالتالي مستقل ومحاييد بين النيابة العامة كسلطة اتهام ومرحلة المحاكمة".

التحقيق القضائي في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <https://kimouchenabila.unblog.fr>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/12/21 على الساعة 12:23.

أما التحقيق الجنائي أو الجزائي كما أشارت إليه المادة 2 من القانون العضوي 18-16 فيعرف بأنه: "الإجراءات التي تتخذها سلطة رسمية ذات اختصاص بقصد كشف الجريمة والتعرف على الجناة والمتضررين من الجريمة وجمع الأدلة التي تحقق العدالة". وله نوعان:

أولاً: التحقيق الاستدلالي الذي يختص بإجرانه رجال الشرطة الحائزون على صفة الضبطية القضائية عندما يتصدون لتلقي البلاغات عن الجرائم وإثبات ما يقومون به من إجراءات بحثية وجمع للاستدلالات.

ثانياً: التحقيق القضائي الذي تتولاه النيابة العامة كسلطة اتهام عندما تحال إليها تحقيقات الشرطة الاستدلالية لمراجعتها تمهيداً لإحالتها إلى المحكمة أو حفظها لعدم كفاية الأدلة المقدمة أو لعدم تحديد شخصية المتهم.

أنظر: صالح الدعيس، التحقيق الجنائي (ماهيته وقواعده)، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <https://policecolleg-ye.com>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/12/21 على الساعة 12:48.

من خلال ما سبق ذكره يتضح أن التحقيق القضائي هو جزء من التحقيق الجزائي وهو الذي تباشره سلطة قضائية مختصة تتمثل في النيابة العامة، لذلك تدارك المشرع العضوي في المادة 15 من القانون العضوي 22-19 الهفوة التي ارتكبها في المادة 2 من القانون العضوي 18-16، ذلك أن التحقيق الجزائي ذو معنى واسع يشمل التحقيق الذي تقوم به الشرطة والتي لا تعتبر جهة قضائية تنتمي إلى النظام القضائي الجزائري، وبالتالي لم تكن تتماشى مع مقتضيات المادة 195 من الدستور والمادة 2 نفسها من القانون العضوي 18-16، لذلك استبدل مصطلح "الجزائي" بمصطلح "قضائي".

² القانون العضوي الفرنسي رقم 2009-1523 الذي يحدد كليات تطبيق المادة 61-1 من الدستور الفرنسي المعدل في 2008.

³ أوكيل محمد أمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، مرجع سابق، ص 109.

المحكمة واختيار هيئة محلفين إذا طلب منها ذلك، ولكل طرف الحق في الإدلاء ببيان افتتاحي من قبل محاميه أو بنفسه مقتصرًا على الخطوط العريضة لما ينوي كل طرف إثباته، يليها تقديم الأدلة أولاً من قبل المدعي في قضية مدنية أو الملاحقة القضائية في قضية جنائية، تليها أدلة الدفاع، ثم من خلال أدلة الطعن من قبل المدعي أو الادعاء لرد الدفاع، وفي ختام كل الأدلة يمكن لكل محام تقديم حجة نهائية يمكن أن تشمل الرأي والتعليق على الأدلة والمسائل القانونية، وإذا كانت محاكمة أمام هيئة المحلفين فإن القاضي سيعطي هيئة المحلفين سلسلة من التعليمات بشأن قانون القضية، وفي حالة عدم وجود هيئة محلفين سيحدد القاضي المسائل القانونية ويقرر المسائل الواقعية ويصدر الحكم¹. وهناك من يطلق على المحاكمة مصطلح "التحقيق النهائي"²، بحيث تعتبر ثالث مرحلة من مراحل سير القضية (مراحل الدعوى) والمتمثلة في مرحلة البحث والتحري تليها مرحلة التحقيق الابتدائي، ثم تأتي مرحلة المحاكمة (التحقيق النهائي) والتي تتوج في الأخير بالحكم في القضية، ومن هذا المنطلق ذهب الأستاذ "عادل ذواوي" إلى القول بأن مرحلة المحاكمة التي يقصدها المؤسس الدستوري في المادة 195 والمشرع في المادة 2 من القانون العضوي 16-18 هي المرحلة التي تكون فيها الدعوى تحت سلطة ونظر قضاة الحكم، ابتداء من قضاة الدرجة الأولى، مروراً بقضاة الاستئناف وصولاً إلى قضاة النقض، فهؤلاء فقط من يمكن مبدئياً أن يثار أمامهم الدفع بعدم الدستورية، لأن لهم سلطة التحقيق النهائي والمحاكمة التي تتوج بإصدار الأحكام والقرارات القضائية، وهو ما قصده المؤسس الدستوري من قوله في المادة 195: "الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع"، فالذي يعرف ويحدد ذلك في الأخير هو قاضي الحكم، لأنه هو الذي سيفصل ويبث - سواء بشكل ابتدائي أو نهائي - في النزاع المعروض عليه، هذا الضابط يفيد أن الدفع بعدم الدستورية لا يمكن إثارته قبل مرحلة المحاكمة (التحقيق النهائي)، كأن يتم مثلاً إثارته في مرحلة التحري وجمع الاستدلالات أو في مرحلة التحقيق الابتدائي³، كما لا يمكن إثارته في المرحلة التي تلي صدور الحكم ويكون واجب التنفيذ، فإن تم تقديمه في هتين المرحلتين فإن مصيره هو عدم القبول.

¹ تعريف وترجمة مصطلح محاكمة باللغة العربية، ميم للأعمال على الموقع الإلكتروني التالي: www.meemapps.com تم الاطلاع عليه يوم 2021/02/24 على الساعة 14:53.

² عادل ذواوي، الدفع بعدم الدستورية كآلية لحماية المكلفين بالضريبة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 16، جوان 2017، ص 340.

مراحل سير القضية، مجلة المختبر القانوني متوفر على الموقع الإلكتروني التالي: www.labodroit.com تم الاطلاع عليه يوم 2021/02/24 على الساعة 14:57.

³ غير أن هناك من يقول بأن المسألة الأولية للدستورية يمكن إثارتها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى والإجراءات، أي منذ رفع الدعوى وإيداع العريضة إلى مرحلة تهيئة الدعوى، وفي أي وقت من الإجراءات الجنائية طالما أن قاضي التحقيق قد عرض عليه الأمر، وفي مرحلة المداولة التي تسبق النطق بالحكم أو القرار، بل وحتى في اليوم الأول الذي يرفع فيه الطلب الأصلي.

وكننتيجة لذلك، فإنه يستبعد- حسب رأي الأستاذ "عادل ذواوي"- الدفع بعدم الدستورية أمام قضاة النيابة العامة لأن دورهم يتمثل في المرافعة وتقديم الطلبات دفاعا عن الحق العام، كما يستبعد أيضا قضاة التحقيق وغرفة الاتهام، لأنهم مكلفون بالتحقيق في القضايا والخروج إما بقرار يؤيد وجه المتابعة في حال غياب الأدلة أو انتفاء الوصف الجرمي مع الإحالة إلى جهة الحكم المختصة لتتولى هي المحاكمة وإصدار ما تراه من أحكام وقرارات¹، ضف إلى ذلك أنه استنادا إلى الفصل 2 من الباب 2 للكتاب الأول من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتم وفق آخر تعديل، والذي قد أطلق تسمية التحقيق الابتدائي على التحقيق الذي تقوم به جهات التحقيق استكمالا للبحث والتحري وجمع الاستدلالات أو ما يعرف بالتحقيق الأولي أو الإعدادي أو التمهيدي الذي يسبق عادة التحقيق القضائي والذي تتولاه الشرطة القضائية، فإنه لا يمكن الدفع بعدم الدستورية أمام قضاة التحقيق لأن مهمتهم تدخل ضمن مرحلة التحقيق الابتدائي الذي يسبق مرحلة المحاكمة.

غير أنه إذا تم البحث في تصنيف قاضي التحقيق فيسلك القضاء، فإنه طبقا للمادة 2 من القانون الأساسي للقضاء رقم 4-11² التي تنص على أن سلك القضاء يشمل صنفين من القضاة : قضاة الحكم وقضاة النيابة العامة، فإن قاضي التحقيق حتما ينتمي إلى أحد الصنفين، ونظرا لتمتعه بميزة إصدار الأحكام العقابية كفرض غرامة مالية أو الحبس³، فإنه ينتمي إلى قضاة الحكم وليس إلى النيابة العامة وبالتالي يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامه، وهو ما أكدت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 15 من القانون العضوي 22-19 بأنه إذا تمت إثارة الدفع بعدم الدستورية أثناء التحقيق القضائي تنتظر فيه غرفة الاتهام باعتبارها قاضي تحقيق من الدرجة الثانية.

فهل يعتبر هذا الأمر استثناء وضعه المشرع على القاعدة العامة التي تقتضي إثارة الدفع بعدم الدستورية في مرحلة المحاكمة؟

إن التحقيق الابتدائي يمثل المرحلة الوسطى في مسيرة الدعوى الجزائية فهو يلي التحقيق التمهيدي، ويسبق التحقيق النهائي في الدعوى الجزائية الذي تجريه جهة الحكم، فإذا قصد المشرع

أنظر: سعيداني لوناسي ججيقة، ولد احمد تنهان، أثر المسألة الاستعجالية الدستورية QPC على النظام القانوني الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع7، جامعة خنشلة، جانفي 2017، ص ص105، 106.

¹ عادل ذواوي، مرجع سابق، ص 340.

² القانون العضوي رقم 4-11 المؤرخ في 21 رجب 1425 الموافق ل 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج. ر. ج. ع 57 الصادرة في 8 سبتمبر 2004، والذي تعمل الحكومة حاليا على تعديله من خلال طرح مشروعها على البرلمان، وفي انتظار صدوره صدر القانون العضوي رقم 22-12 المؤرخ في 27 جوان 2022 الذي يحدد طرق انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء وقواعد تنظيمه وعمله، ج. ر. ج. ع 44 المؤرخة في 27 جوان 2022، المعدل للقانون العضوي المتعلق بتشكيله المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته.

³ المادة 97-129- والمادة 65 مكرر 4 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم.

الجزائري من عبارة " التحقيق القضائي" التحقيق الابتدائي فإن ذلك يعتبر استثناء، أما إذا قصد التحقيق النهائي فإنه يعني مرحلة المحاكمة.

وعلى الرغم من ذلك إذا ما ربطنا بين مصطلح " التحقيق القضائي" و غرفة الاتهام فإن هذه الأخيرة تعتبر مصفاة بين التحقيق وجهة الحكم¹، ومنه تعتبر هذه الفقرة- حسب هذا المدلول- استثناء على ما ورد في الفقرة 1 من المادة 15 من القانون العضوي 22-19، وتقاديا لهذا الغموض والانتقادات والقيود التي أنتجتها عبارة " المحاكمة" المستخدمة من طرف المشرع الجزائري، كان لا بد له من التظن أكثر عند استعمال المصطلحات القانونية ذات الطبيعة الإجرائية، وإن أفضل حل هو استبدال عبارة " المحاكمة" كالتالي: " يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أثناء النظر في دعوى أو قضية معروضة على إحدى الجهات القضائية... حتى يفتح المجال واسعا أمام أطراف الدعوى للدفاع عن حقوقهم الدستورية ضد أي حكم تشريعي أو تنظيمي غير دستوري عن طريق الدفع في جميع مراحل الدعوى منذ رفعها.

إذن من خلال ما سبق ذكره، يمكن القول بأن الجهات القضائية التي يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها هي تلك الجهات التابعة حصرا للنظام القضائي الجزائري دون غيره.

الفرع الأول: الجهات القضائية المسموح بإثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها في القانون

الجزائري

بالرجوع للمادة 2 من القانون العضوي 5-11 المتعلق بالتنظيم القضائي² المعدل والمتمم، فإن النظام القضائي الجزائري يتكون من:

1- الجهات التابعة للنظام القضائي العادي، والتي تتكون من:

أ- المحاكم: تعد المحكمة قاعدة الهرم القضائي كونها أول جهة قضائية (ابتدائية) تفصل في جميع القضايا التي تدخل ضمن اختصاصها (الإقليمي والموضوعي)، وذلك بإصدار أحكام قضائية تكون كقاعدة عامة قابلة للاستئناف، وهي تتكون حسب المادة 21 من القانون العضوي 22-10 المتعلق بالتنظيم القضائي من 10 أقسام وهي: القسم المدني، قسم الجرح، قسم

¹ عمارة فوزي، غرفة الاتهام بين الاتهام والتحقيق، مجلة العلوم الإنسانية، مجلد "ب"، ع 30، جامعة منوري قسنطينة، ديسمبر 2008، ص 204.

² القانون العضوي رقم 5-11 المؤرخ في 2005/07/17، ج.ر.ج. ع 51، المؤرخة في 2005/07/20؛ المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 17-06 المؤرخ في 2017/03/17، ج.ر.ج. ع 20، المؤرخة في 2017/03/29 المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 22-10 المؤرخ في 9 جوان 2022، المتعلق بالتنظيم القضائي، ج. ر. ج. ع 41 الصادرة في 16 جوان 2022.

المخالفات، القسم الاستعجالي، قسم شؤون الأسرة أو الأحوال الشخصية، قسم الأحداث، القسم الاجتماعي، القسم العقاري، القسم البحري، القسم التجاري.

ب- المجالس القضائية: هي الدرجة الثانية للتقاضي_ كقاعدة عامة- تتولى الفصل في الطعون بالاستئناف ضد أحكام المحاكم الصادرة ابتدائياً¹، وطبقاً للمادة 15 من القانون العضوي 10-22 يشمل المجلس القضائي على 11 غرفة وهي: الغرفة المدنية، الغرفة الاستعجالية، الغرفة الاجتماعية، غرفة شؤون الأسرة، الغرفة البحرية، الغرفة التجارية، الغرفة العقارية، الغرفة الجزائية، غرفة الأحداث وغرفة الاتهام، غرفة تطبيق العقوبات.

ت- المحكمة العليا: هي الهيئة العليا في هرم القضاء العادي، تم تنظيمها بموجب القانون العضوي 11-12 المؤرخ في 2011/7/26 الذي يحدد تنظيم عملها واختصاصاتها²، وهي محكمة قانون تقوم بمراقبة الأحكام والقرارات المعروضة عليها ومدى مطابقتهم للقانون، ولا تنظر في الوقائع أي الموضوع إلا إذا نص القانون على ذلك³، فهي محكمة نقض⁴، وتتشكل المحكمة العليا من 8 غرف طبقاً للمادة 6 من المرسوم الرئاسي 279/5 المتضمن إصدار النظام الداخلي للمحكمة العليا⁵، وهي: الغرفة المدنية، الغرفة العقارية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الغرفة الاجتماعية، الغرفة الجنائية، الغرفة التجارية والبحرية، غرفة الجرح والمخالفات.

2- الجهات القضائية التابعة للنظام القضائي الإداري، وتتكون من:

أ- المحاكم الإدارية: تم إنشاؤها بموجب المادة 1 من القانون العضوي 98-02⁶ الذي يحدد اختصاصاتها، وهي تختص في المنازعات الإدارية باعتبارها الولاية العامة، بحيث تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون فيها الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات

¹ المادة 14 من القانون العضوي 10-22 المتعلق بالتنظيم القضائي والمادة 332 و333 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 13-22.

² القانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 2011/07/26 الذي يحدد تنظيم عمل اختصاصات المحكمة العليا، ج.ج.ع. ع 42 مؤرخة في 2011/07/31.

³ كما هو الحال بالنسبة للمادة 374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم الفقرة 3 و4 منها، حيث يمكن للمحكمة العليا في حال لم تمتثل جهة الإحالة لقرارها الفاصل في مسألة قانونية تبث في موضوع النزاع بمناسبة النظر في الطعن بالنقض الثاني، كما يجب عليها أن تفصل من حيث الوقائع والقانون عند النظر في طعن ثالث بالنقض.

⁴ المواد 358، 364، 365 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المعدل والمتمم بالقانون رقم 13-22.

⁵ المرسوم الرئاسي رقم 5-279 المؤرخ في 2005/08/14 المتضمن إصدار النظام الداخلي للمحكمة العليا، ج.ج.ع. ع 55، الصادرة في 2005/08/15.

⁶ القانون العضوي رقم 98-02 المتعلق بالمحكمة الإدارية واختصاصاتها المؤرخ في 1998/05/30، ج.ج.ع. ع 37 مؤرخة في 1998/06/1، وقد صدر مرسوم تنفيذي رقم 98-356 المؤرخ في 1998/11/14 يحدد كليات تطبيق أحكام القانون 98-02 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 11-195 المؤرخ في 2011/05/22، ج.ج.ع. ع 29 مؤرخة في 2011/05/22.

المهنية الوطنية طرفا فيها، بما في ذلك دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية وفحص المشروعية للقرارات الإدارية الصادرة عن الولاية والمصالح الغير مركزة للدولة على مستوى الولاية، البلدية والمنظمات المهنية الجهوية والمؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية، ودعاوى القضاء الكامل بالإضافة إلى قضايا مخولة لها بموجب نصوص خاصة.¹

ب- المحاكم الإدارية للاستئناف: تم إنشاؤها بموجب التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية 22-13، حيث تم تخصيص باب أول مكرر لها تحت عنوان "في الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية للاستئناف"، وتختص باعتبارها الدرجة الثانية للتقاضي الإداري بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية، بالإضافة إلى القضايا المخول لها الفصل فيها بنصوص خاصة، كما تختص المحكمة الإدارية للاستئناف بالجزائر العاصمة بالفصل كدرجة أولى في دعاوى الإلغاء وتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية، بعدما كان ذلك من اختصاص مجلس الدولة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 قبل تعديله سنة 2022.²

ت- مجلس الدولة: يعتبر هيئة مقومة لأعمال الهيئات القضائية الإدارية ويأتي في قمة هرم القضاء الإداري، تم تنظيمه بموجب القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30/5/1998³ في شكل غرف ويمكن تقسيمها إلى أقسام.⁴

ويختص مجلس الدولة بالفصل في الطعون بالنقض في الأحكام والقرارات الصادرة نهائيا عن الجهات القضائية الإدارية، بالإضافة إلى ما تخوله إياه نصوص خاصة، كما يختص بالفصل في استئناف القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية للاستئناف للجزائر العاصمة في دعاوى الإلغاء

¹ المادة 800 و 801 بالإضافة إلى المادة 804 من قانون إ.ج. م. إ رقم 22-13.

² المادة 900 مكرر من قانون إ.ج. م. إ رقم 22-13.

³ القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة والذي يحدد اختصاصاته وقواعد عمله، المؤرخ في 30/05/1998، ج.ر.ج. ع 37 مؤرخة في 1/06/1998 المعدل بالقانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 23/07/2011، ج.ر.ج. ع 43 مؤرخة في 3/08/2011، المعدل بالقانون العضوي رقم 18-02 المؤرخ في 4/03/2018، ج.ر.ج. ع 15 مؤرخة في 7/03/2018، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 22-11 المؤرخ في 9 جوان 2022 المتعلق بتنظيم مجلس الدولة وسيره واختصاصاته، ج. ر. ج. ع 41 الصادرة في 16 جوان 2022.

تجدر الإشارة إلى أن القانون العضوي الأخير لسنة 2022 قد نص في مادته الرابعة على أن يبقى مجلس الدولة بصفة انتقالية مختصا بالفصل في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية وفي دعاوى الإلغاء وتفسير وتقدير مشروعية القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية في انتظار تنصيب المحاكم الإدارية للاستئناف.

⁴ المادة 44 من النظام الداخلي لمجلس الدولة الصادر في 27 أكتوبر 2019 بالجريدة الرسمية عدد 66 تنص على أن مجلس الدولة يتكون من 5 غرف وكل غرفة تتكون من قسمين على الأقل.

وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.¹

3- محكمة التنازع: نصت عليها المادة 2 من القانون العضوي 22-10 المتعلق بالتنظيم القضائي الجزائري، وتعتبر جهة قضائية متخصصة في الفصل في حالات التنازع في الاختصاص بين النظامين القضائيين العادي والإداري، تم تنظيمها بموجب القانون العضوي 98-03 المؤرخ في 3 يونيو 1998.

4- الجهات القضائية الجزائية المتخصصة: نص عليها الفصل الثالث من القانون العضوي 22-10 وهي تتمثل في:

أ- محكمة الجنايات: توجد على مستوى كل مجلس قضائي محكمة جنايات ابتدائية ومحكمة جنايات استئنافية²، وهي تختص بالفصل في الأفعال الموصوفة بالجنايات وكذا الجنايات والجنح المرتبطة بها، والتي تحال عليها بقرار من غرفة الاتهام.

ب- الجهات القضائية العسكرية: نص عليها القسم 2 من الفصل 3 من القانون العضوي 22-10، وهي جهة قضائية جزائية متخصصة تنظر في الجرائم العسكرية وتوجد على مستواها غرفة تحقيق أو أكثر.³

ت- المحاكم المتخصصة: يمكن أن يضم المجلس القضائي محاكم متخصصة تفصل في المنازعات ذات الطابع التجاري والعقاري والعمالي.⁴

هذا عن الجهات القضائية التابعة للنظام القضائي الجزائري، لكن بالربط مع ما جاء في نص المادة 15 من القانون العضوي 22-19 والمادة 195 من الدستور المعدل في 2020 فإنّ المشرع الجزائري قد استبعد محكمة التنازع من إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها، ويمكن إرجاع ذلك إلى كونها ليست بمحكمة موضوع وإنما تتولى الفصل في منازعات الاختصاص بين جهتي القضاء الإداري والعادي⁵، كما أنها غير تابعة لرقابة المحكمة العليا ولا مجلس الدولة، فحسب

¹ المواد 901، 902، 903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13.

² المادة 26 من القانون العضوي 22-10 المتعلق بالتنظيم القضائي.

³ للمزيد من الشرح حول التنظيم القضائي الجزائري راجع كتاب: بوبشير محمد أمقران، النظام القضائي الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص من 212 إلى 243؛ زرايعية عبد اللطيف، التنظيم القضائي في الجزائر بعد 1996، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد 5، ع 1، مارس 2020، ص 71، 72، 73، 74؛ كذلك أنظر: بوضياف عمار، النظام القضائي الجزائري، دار الريحانة، الجزائر، 2008، ص 238، 239، 241، 242، 244، 265، 267، 268، 302.

⁴ المادة 28 من القانون العضوي 22-10 المتعلق بالتنظيم القضائي.

⁵ عائشة لزرق، لعيداني سهام، الدفع بعدم الدستورية كآلية إخطار لتفعيل دور المجلس الدستوري في مجال الحقوق والحريات، مجلة تنوير، ع 4، ديسمبر 2017، ص 187.

المادة 195 من الدستور المعدل سنة 2020 فإن إخطار المحكمة الدستورية لا يتم إلا عن طريق إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ونتيجة لذلك فإن الجهات القضائية التي يمكن إثارة الدفع أمامها لا بد أن تكون تابعة وخاضعة لرقابة المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وقد قضت محكمة التنازع الفرنسية صراحة بعدم اختصاصها في تلقي الدفوع بعدم الدستورية¹، ونفس الأمر ينطبق على المحكمة العليا للدولة² التي لا تخضع لرقابة مجلس الدولة أو المحكمة العليا وذلك لطبيعتها الخاصة في محاكمة رئيس الجمهورية والوزير الأول، ومع ذلك لا بد من الانتظار إلى غاية صدور القانون الخاص بتنظيمها لتحديد ما إذا كانت تخضع لرقابة المحكمة العليا أو مجلس الدولة أم لا.

كذلك قام المشرع باستبعاد محكمة الجنايات الابتدائية من إمكانية الدفع بعدم الدستورية -على الرغم من أنها تنتمي إلى التنظيم القضائي وتخضع لرقابة المحكمة العليا- وذلك بصريح العبارة في المادة 3 من القانون العضوي 18-16³، فرغم أن محكمة الجنايات تعتبر جهة قضائية بحكم القانون إلا أنه تم استبعادها، ولقد تم تبرير ذلك بمناسبة أشغال الجلسة العلنية التي خصصت لدراسة محتوى مشروع القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، حيث جاء فيها: "... لا يمكن إثارة الدفع أمام محكمة الجنايات الابتدائية، فالمختصون في القانون يعرفون ذلك بالنظر إلى تعقد إجراءات تشكيلها وخصوصية الإجراءات المطبقة أمامها لاسيما ضرورة احترام مبدأ استمرارية المناقشات التي تتفرد بها هذه الجهة القضائية ونظرا أيضا للضمانات التي يمنحها هذا المشروع للمتهمين أمام محكمة الجنايات الذين يمكنهم إثارة هذا الدفع أمام جهة التحقيق⁴، وهو ما نصت عليه المادة 2 الفقرة 3 بقولها أنه: "إذا تمت إثارة الدفع بعدم الدستورية أثناء التحقيق الجزائي، تنظر فيه غرفة الاتهام".

وقد أضاف الأستاذ جمال بن سالم " أن سبب استبعاد محكمة الجنايات الابتدائية راجع إلى كون المحلفين ليسوا دائما رجال قانون⁵."

¹ Julien Bonnet, Pierre Yves Gahdoun, op.cit., p.33.

² نصت عليها المادة 183 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82، الصادرة في 30 ديسمبر 2020. ولكنها لم تر النور بعد.

³ نصت الفقرة الأولى من المادة 3 من القانون العضوي 18-16 على أنه: "لا يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية".

⁴ محضر الجلسة العلنية 67 المنعقدة يوم الإثنين 18 يونيو 2018 (صباحا)، الفترة التشريعية 8، دورة البرلمان العادية 2017-2018، الجريدة الرسمية لمناقشات المجلس الشعبي الوطني رقم 77، السنة 2، بتاريخ 3 يوليو 2018، ص 6.

⁵ بن سالم جمال، حق المواطن في إخطار المجلس الدستوري (النموذج الفرنسي)، مرجع سابق، ص 201.

هذا عن القانون العضوي 18-16 قبل تعديله، فالمشروع العضوي وهو بصدد إعداده للقانون العضوي 22-19 قد تراجع عن موقفه السابق وسمح بإثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية بموجب المادة 16 منه.

وهناك من أثار مسألة إمكانية إثارة الدفع أمام محكمة التحكيم أثناء خصومة تحكيمية، سواء كان التحكيم داخلي أو في إطار التحكيم التجاري الدولي، إلا أن هذه الإمكانية تنعدم أمام المادة 195 من الدستور المعدل سنة 2020 والمادة 15 من القانون العضوي 22-19 التي نصت على أن إثارة الدفع يكون أمام جهة قضائية، وحيث أن المحكمة التحكيمية ليست جهة قضائية بل هي بديل عن اللجوء إلى القضاء لحل النزاعات، غير أنه يتبقى هنالك طريق آخر لإثارة الدفع وذلك بمناسبة الطعن في حكم تحكيمي باعتراض الغير أو الاستئناف¹.

أما بالنسبة للقضاء العسكري: فالمشروع الجزائري لم يستبعده صراحة ولم يبق عليه صراحة، لكن بالرجوع إلى القواعد المتعلقة بتنظيم القضاء العسكري²، فإنه حسب المادة 180 من قانون القضاء العسكري الأحكام الصادرة عن هذا الأخير تكون قابلة للطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى أي المحكمة العليا، وقد أحالت على المادة 495 من قانون الإجراءات الجزائية في ذلك³، وبالتالي إذا كانت المحاكم العسكرية تخضع في نظامها القضائي إلى رقابة المحكمة العليا⁴، فإنه يمكن الإبقاء على فرضية أنه يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها⁵.

نستنتج مما سبق، أن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام اللجان والهيئات ذات الاختصاص القضائي⁶ مثل: اللجان التأديبية لبعض المنظمات المهنية (منظمة المحامين) ومجلس المحاسبة، غير ممكنة، وتبرير ذلك أنها لا تحقق الصفة البارزة في اختصاص الجهات القضائية من حيث ضمانات استقلاليتها وتركيبه أعضائها والقانون المطبق على إجراءاتها في الفصل في النزاع،

¹ تريفة نوار، مرجع سابق، ص 278.

² الأمر رقم 71-28 المؤرخ في 22 أبريل 1971 المتضمن قانون القضاء العسكري المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-14 المؤرخ في 29 يوليو 2018.

³ تنص المادة 495 من القانون رقم 85-02 المؤرخ في 26 يناير 1985 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالأمر رقم 21-11 المؤرخ في 25 غشت 2021، ج. ر. ج. ع 65 الصادرة في 26 غشت 2021 على أنه: "يجوز الطعن بطريق النقض أمام المحكمة العليا:

أ- في قرارات غرفة الاتهام ماعدا ما يتعلق منها بالحبس الاحتياطي.

ب- في أحكام المحاكم والمجالس القضائية الصادرة في آخر درجة أو المقضي بها بقرار مستقل في الاختصاص.

⁴ محضر الجلسة العلنية الخاص بدراسة محتوى مشروع القانون العضوي، مرجع سابق، ص 5، نص على أنه: "بما في ذلك المحاكم العسكرية، فهي تخضع لهذا القانون أي الدفع بعدم الدستورية، وإمكانية الدفع أمام هذه المحاكم لأنها محاكم متخصصة وليست استثنائية، ولأنها تخضع في رقابتها إلى المحكمة العليا."

⁵ لمزيد من التفصيل حول الطعن بالنقض في أحكام القضاء العسكري راجع: كريد محمد صالح، طالبي حليلة، الطعن بالنقض ضد أحكام المحاكم العسكرية في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، ع 16، 2018، ص.ص 376-378.

⁶ تسمى أيضا بالأفضية الإدارية المتخصصة.

فالمشروع الجزائري استعمل في المادة 15 من القانون العضوي 22-19 مصطلح " الهيئات القضائية التابعة للنظام القضائي العادي والنظام القضائي الإداري " ولم يستعمل اصطلاح الهيئات ذات الاختصاص القضائي- كما سنرى في النظام المصري الخاص بالدفع بعدم الدستورية- كما أن هذه اللجان والهيئات ليست جهات منتظمة وفق ما يقره قانون التنظيم القضائي في الجزائر، وبالتالي لا يمكن تصور تقديم مذكرة أو عريضة مكتوبة أمامها حسب ما يشترطه المشروع لقبول الدفع بعدم الدستورية تمهيدا لإحالتها على المحكمة العليا أو مجلس الدولة¹. فضلا عما سبق، فإن قرارات هذه اللجان وقرارات مجلس المحاسبة تقبل الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة حسب قواعد اختصاصه²، وبالتالي فإن فرصة إثارة الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق أمامها تبقى متاحة بمناسبة الطعن بالنقض، وهو ما يتفق مع الهدف من الدفع بعدم الدستورية المتمثل في صيانة الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور.

وفي الأخير هناك نقطة تتعلق بإمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء الاستعجالي، هل يمكن ذلك أم لا؟

إن المشروع الجزائري لم يشر إلى هذه النقطة في القانون العضوي 22-19، لكن يمكن القول بأنه من المستبعد تصور ذلك أمام القضاء الاستعجالي، والسبب في ذلك يعود إلى الطبيعة الاستعجالية للمسائل التي تطرح أمامه والتي لا تحتل التأخير الذي قد يسببه النظر في الدفع بعدم الدستورية إذا ما طرح على القاضي الاستعجالي والإجراءات الطويلة التي تتعارض مع دوره، خاصة إذا كان النزاع الاستعجالي لا يمس بأصل الحق، ضف إلى ذلك عبارة " الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع " تبين بوضوح أن المقصود هنا هو القانون الموضوع الذي يحسم النزاع والذي يستقل به قاضي الموضوع³، ومتى كان ذلك يمس بأصل الحق (أي النص المطعون فيه يمس وينتهك الحقوق والحريات المكفولة دستوريا).

¹ يعيش تمام شوقي، أسامة غربي، مقتضيات إثارة الدفع بعدم الدستورية في النظامين الجزائري والفرنسي، دراسة مقارنة، مؤلف جماعي بعنوان "تحقيق الأمن السياسي ضمان لقيام دولة القانون في الجزائر، مرجع سابق، ص 216.

² المادة 11 من القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم بالقانون العضوي 11-13 المؤرخ في 26/07/2011، ج.ر.ج. ع 43 المؤرخة في 03/08/2011 المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 22-11 المؤرخ في 9 جوان 2022 المتعلق بتنظيم مجلس الدولة وسيره واختصاصاته، ج. ر. ج. ع 41 الصادرة في 16 جوان 2022.

³ المشروع التونسي هو الآخر نص في الفصل 54 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية على أنه: " للخصوم في القضايا المنشورة في الأصل أمام المحاكم أن يدفعوا بعدم دستورية القانون المنطبق على النزاع"، بمعنى أنه استبعد القاضي الاستعجالي ضمنا من إمكانية إثارة الدفع أمامه، كذلك الفصل 133 من دستور المغرب لسنة 2011 نص على أنه: "...بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور" إذن قد استبعد هو الآخر القضاء الاستعجالي.

تجدر الإشارة إلى أن قضاء المحكمة الدستورية في مصر قد ذهب إلى غير ذلك واعتبر أن الدفع لا يتعلق فقط بالوقائع والموضوع، وبالتالي يمكن إثارته حتى أمام القاضي الاستعجالي¹. هذا ما يمكن قوله باختصار حول الجهات التي يمكن إثارة الدفع أمامها في التشريع الجزائري، لكن إذا ما قارنا بين ما ذهب إليه هذا الأخير وما ذهب إليه التشريع المقارن نجد بعض الاختلافات منها ما هو جوهري كما هو الحال في مصر، بل وحتى في المغرب وتونس، وبين فرنسا التي تعتبر الأقرب لما اتبعه القانون الجزائري- على اعتبار أنه يسير على نهج المشرع الفرنسي- والغاية من هذه المقارنة ماهي إلا للاستفادة من تجارب هذه الأنظمة وتقادي عيوبها مع تحسين المنظومة القانونية الجزائرية المتعلقة بتفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية ضمانا للحقوق والحريات، ومن أجل استخراج هذه الفروق لأبد من تحديد طبيعة الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية في كل من فرنسا والمغرب وتونس ومصر، وذلك على النحو التالي:

الفرع الثاني: الجهات القضائية المختصة لإثارة مسألة الأولوية الدستورية أمامها في القانون

الفرنسي

باستقراء المادة 61-1 من الدستور الفرنسي المعدل في 2008، وكذا القانون الأساسي رقم 1523-2009 المتعلق بتطبيق المسألة الأولوية الدستورية، فإنه يمكن إثارة المسألة الأولوية الدستورية أمام أية محكمة تابعة قضائيا لمجلس الدولة (قضاء إداري) أو محكمة النقض (قضاء عادي)- وهو ما اتبعه المشرع الجزائري أيضا- كما أنه يمكن إثارتها لأول مرة في الاستئناف أو الطعن بالنقض، وبالتوظيف الواسع لهذا المعيار فإن المحاكم المعنية بإثارة المسألة الأولوية الدستورية أمامها هي²:

¹ عوض محمد، تعليقات على أحكام القضاء (دراسة نقدية لبعض أحكام محكمة النقض)، دار الشروق، القاهرة، 2017، ص 17.

² Les juridictions de l'ordre judiciaire se divise en deux catégories de juridictions :

1 Les juridictions civiles comprenant :

- Le tribunal d'Instance.
- Le tribunal de Grande Instance
- Le Conseil de Prud'hommes.

2- Les juridictions pénales comprenant :

- Le tribunal de Police.
- Le tribunal Correctionnel.
- La cour d'Assise.

Sur le site : www.justice.gouv.fr (organisation de la justice en France-Ministre de la justice), mis à jour le 25/6/2018.

تم الاطلاع عليه يوم 28 فيفري 2021 على الساعة 15:57.

أولاً: محاكم القضاء العادي

وتشمل في أعلى قمة محكمة النقض¹ والمحاكم الخاضعة لرقابتها وفق التنظيم القضائي الفرنسي:

- 1- في المواد المدنية: وتشمل محكمة الاستئناف (المدنية والتجارية والاجتماعية) باعتبارها درجة ثانية، وترفع الاستئنافات ضد الأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة والمتمثلة في:
- أ- المحاكم العامة: وتضم محكمة البداية الكبرى (تنظر في منازعات الأسرة كالطلاق والتركه واثبات النسب ومنازعات العقارات)، محكمة البداية (تنظر في دعاوى الحالة المدنية والاستهلاك)، قاضي الجوار (ينظر في منازعات التموين وأوامر الدفع ودعاوى الجوار)².
- ب- محاكم متخصصة: تضم محكمة العمل ومحكمة الضمان الاجتماعي والمحكمة التجارية والمحكمة الوطنية للعجز وتحديد ضمان حوادث العمل، محكمة العلاقات الزراعية والمحكمة المختصة بمنازعات الأهلية.

2- في المواد الجزائية: تشمل محكمة الاستئناف التي تنظر في الطعون بالاستئناف الصادرة عن:

- أ- قضاء التحقيق: يتضمن غرفة الاتهام وقاضي التحقيق، وبالنسبة لهذا الأخير فإنه يمكن إثارة المسألة الأولوية الدستورية من قبل أي طرف في الإجراءات وأي شاهد حضر خلال مرحلة التحقيق أمام قاضي التحقيق أو القاضي المعني بتحديد الحبس الاحتياطي. وفي هذا الفرض، وطبقاً للمادة 3/23 من الأمر الأساسي الصادر في 7 نوفمبر 1958 المعدل في 2009 فإن المسألة تحال للدراسة من قبل غرفة التحقيق طالما أن قاضي التحقيق والقاضي المختص بتجديد الحبس الاحتياطي (المؤقت) ليس لهما سلطة إلغاء أي إجراء أو مستند من إجراءات التحقيق، فهذه السلطة من حق غرفة التحقيق طبقاً للمادة 170 و173 من قانون الإجراءات الجنائية، وهذا الاختيار يحافظ على مبدأ توازي الاختصاصات بمنح غرفة التحقيق - وهي المحكمة المختصة بالنظر في مدى صحة الإجراءات - أمر تقدير ما إذا كانت مسألة الأولوية الدستورية المثارة تؤثر

¹تضم محكمة النقض 3 غرف مدنية و غرفة جنائية وغرفة تجارية وهيئة عامة و هيئة مختلطة: مجلة القضاء والقانون المقارن، الأنظمة القضائية الدولية (لمحة عن التنظيم القضائي في فرنسا) بقلم يوسف في 17 أكتوبر 2018 على الموقع الإلكتروني:

²أضاف الأستاذ " بن سالم جمال" إلى المحاكم الابتدائية التي يمكن إثارة المسألة الأولوية الدستورية أمامها لجنة تعويض ضحايا الجرائم والتي لها طبيعة المحكمة الوطنية حسب المادة 706 فقرة 4 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، بالإضافة إلى قاضي الشفعة juge de proximité

على صحة الإجراءات وقانونيتها أم لا، ورفع الأمر إليها يعتبر فرصة لإثارة مسألة الأولوية الدستورية¹.

ب- المحاكم العامة: تتضمن قاضي الجوار، محكمة البوليس، محكمة الجرح ومحكمة الجنايات.

ت- المحاكم المتخصصة: وتشتمل على قضاء الأحداث ومحكمة جنايات الأحداث.

ثانياً: محاكم القضاء الإداري

يترأسها في القمة مجلس الدولة-باعتباره جهة استئناف وجهة نقض- والمحاكم الخاضعة لرقابته وفق التنظيم القضائي الفرنسي والمتمثلة في كل من المحكمة الإدارية الاستئنافية والمحكمة الإدارية، وبالإضافة إلى هذه المحاكم توجد محاكم إدارية أخرى مثل: المحكمة الوطنية لحق اللجوء باعتبارها محكمة إدارية متخصصة، حيث تفصل هذه المحكمة في الطعون المرفوعة ضد القرارات الإدارية الصادرة عن المدير العام للوكالة الفرنسية لحماية اللاجئين وعديمي الجنسية في مجال الحق في اللجوء وأحكامها لا يمكن أن تكون إلا محلاً للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، وبالتعبية توجد إمكانية لإثارة مسألة الأولوية الدستورية أمام هذه المحكمة في مفهوم المادة 61-1 من دستور 1958 المعدل في 2008 والمادة 23-1 من القانون الأساسي 2009-1523²، والأمر نفسه ينطبق على كل من المجلس الأعلى للقضاء، و المجلس الوطني للهيئات المهنية، والتي تكون قراراتها قابلة للطعن بالنقض فيها أمام مجلس الدولة، ومن جانب آخر هناك المحاكم المنظمة بقانون المالية مثل محكمة المحاسبات³ والدوائر الإقليمية⁴ والمحلية للمحاسبات⁵ كذلك المحكمة التأديبية لشؤون الموازنة والمالية والتي يمكن الطعن في أحكامها بالنقض أمام مجلس الدولة، وبالتالي يمكن إثارة مسألة الأولوية الدستورية بمناسبة دعوى مرفوعة أمامها وهو ما أضافه مجلس الشيوخ في أول قراءة لنص القانون الأساسي 2009-1523، والذي وضع المادة 142-2 في قانون المحاكم المالية بمقتضى المادة 2 منه والتي تنص على إخضاع المحاكم المنظمة بقانون المالية للإجراءات المتعلقة بمسألة الأولوية الدستورية⁶.

¹ منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص.ص 36، 37.

² منصور محمد أحمد، المرجع نفسه، ص 45.

³ المادة 143-3 من قانون المحاكم المالية.

⁴ المواد من 1-243 إلى 13-243 من قانون المحاكم المالية.

⁵ المواد من 83-262 إلى 95-262 من قانون المحاكم المالية بالنسبة لكاليديونيا الجديدة، والمواد من 84-272 إلى 95-272

بالنسبة للإقليم البولنيزي الفرنسي.

⁶ تنص المادة 142-2 من قانون المحاكم المالية المضافة بالمادة 2 من القانون الأساسي 2009-1523 الصادر في 10 ديسمبر

2009 المتعلق بتطبيق المادة 61-1 من الدستور على ما يلي:

بما أن المؤسس والمشرع الفرنسي لم يحدد نوع المحاكم التي يمكن إثارة مسألة الأولوية الدستورية أمامها، واكتفيا بالقول أنها تابعة لمحكمة النقض أو مجلس الدولة، فإن جميع المحاكم التي تم ذكرها سابقا، يمكن إثارة مسألة الأولوية الدستورية أمامها، وكنتيجة لذلك فإن محكمة عدل الجمهورية التي تختص بمحاكمة أعضاء الحكومة وفقا لما جاء في الباب 10 من دستور 4 أكتوبر 1958 المعدل في 2008 هي الأخرى يمكن إثارة المسألة الأولوية الدستورية أمامها وذلك لأنه حسب المادة 24 من القانون الأساسي الخاص بهذه المحكمة¹ والتي جاء فيها أنه: "في إطار الشروط والإجراءات المحددة بالباب الأول من الكتاب الثالث من قانون الإجراءات الجنائية، فإن أحكام لجنة التحقيق يمكن الطعن فيها بالنقض والتي ترفع أمام الجمعية العمومية لمحكمة النقض بكامل هيئاتها"، والمادة 33 من نفس القانون التي تنص على أنه: "في إطار الشروط والإجراءات المحددة بالباب الأول من الكتاب الثالث من قانون الإجراءات الجنائية فإن أحكام محكمة عدل الجمهورية يمكن الطعن ضدها بالنقض والتي ترفع أمام الجمعية العمومية لمحكمة النقض بكامل هيئاتها"، وانطلاقا من مفهوم المادة 61-1 من الدستور المعدل سنة 2008 والمادة 23-1 من الأمر الأساسي الصادر في 7 نوفمبر 1958 المتعلق بسير المجلس الدستوري الفرنسي المعدل والمتمم، فإن محكمة عدل الجمهورية تدخل ضمن هذا الاختصاص وبالتالي فإن أية دعوى أمام هذه المحكمة يمكن إثارة مسألة الأولوية الدستورية بمناسبةها .

أما المحكمة العليا الخاصة بمحاكمة رئيس الجمهورية في حالة الإخلال بواجباته بصورة واضحة تتعارض مع ممارسة وظيفته طبقا للمادة 68 من الدستور، فقد اختلفت الآراء بشأنها، فهناك من يقول بأنها محكمة غير عادية لا يمكن إثارة مسألة الأولوية الدستورية أمامها² ولأن قراراتها لا تقبل الطعن فهي تخرج من نطاق المادة 61-1 من الدستور، في حين ذهب البعض إلى أنها على الرغم من كونها محكمة غير عادية وغير تابعة لا لمحكمة النقض ولا لمجلس الدولة فإنها تقبل الطعن أمامها بإثارة مسألة الأولوية الدستورية³.

¹ -1 تخضع إحالة مسألة الأولوية الدستورية إلى مجلس الدولة من جانب أية محكمة منظمة بهذا القانون للقواعد المحددة في المادة 123-1 إلى 23-3 من الأمر رقم 58-1067 الصادر في 7 نوفمبر 1958 المتعلق بالقانون الأساسي الخاص بالمجلس الدستوري المعدل والمتمم.

² -2 تعلن الدعوى أمام أية محكمة مالية، للنيابة العامة طالما أن الوجه المستمد من وجود نص تشريعي ينال من الحقوق والحريات المكفولة في الدستور قد أثير حتى تتمكن من إبداء رأيها.

¹ القانون الأساسي رقم 93-1252 الصادر في 23 نوفمبر 1993 الخاص بمحاكمة عدل الجمهورية بفرنسا.
² محمد عبد اللطيف، رقابة الدستورية اللاحقة في فرنسا، مجلة الدستورية، ع 16، السنة 4، أكتوبر، 2009، ص 29، أشار إليه: محمود صبحي علي السيد، الرقابة على دستورية اللوائح (دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 110، هامش 1.

³ يسرى العصار، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2008، مجلة الدستورية، ع 16، السنة 4، أكتوبر، 2009، ص 44؛ أشار إليه: محمود صبحي علي السيد، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

ومن وجهة نظرنا، نرى بأنه من المنطقي ألا تثار مسألة الأولوية الدستورية أمام المحكمة العليا كون رئيس الجمهورية يملك فرصة إثارة عدم دستورية أي قانون عن طريق سلطة الإخطار الممنوحة له بموجب الدستور سواء في إطار الرقابة السابقة أو اللاحقة، وبالتالي فإن عدم السماح له بإثارة مسألة الأولوية الدستورية أمام هذه المحكمة لا يعد حرماناً أو عدم مساواة بالنسبة لرئيس الجمهورية الذي يحاكم أمامها، وهو نفس الأمر بالنسبة للمحكمة العليا للدولة الخاصة بمحاكمة رئيس الجمهورية والوزير الأول بالجزائر فكلاهما يملك صلاحية الإخطار حسب المادة 193 من الدستوري المعدل سنة 2020، كما أن الفقرة الأخيرة من هذه المادة تبين بوضوح أن ممارسة الإخطار المبين في الفقرة 1 و2 من نفس المادة لا تمتد إلى ممارسة الدفع بعدم الدستورية، وكنتيجة لذلك لا يملك كل من رئيس الجمهورية والوزير الأول صلاحية الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا للدولة بمناسبة محاكمتها أمامها.

أما بخصوص القضاء العسكري في فرنسا، فإنه حسب المادة 1 من قانون القضاء الفرنسي فإن الأحكام الصادرة عن محاكم الجيش والمحاكم الإقليمية لقوات الجيش تخضع لرقابة محكمة النقض وبالتالي يمكن إثارة مسألة الأولوية الدستورية أمامها¹.

وبالانتقال إلى محكمة الجنايات، فعلى الرغم من أنها تابعة قضائياً لمحكمة النقض إلا أن المشرع الفرنسي قد استبعدها من إمكانية إثارة مسألة الأولوية الدستورية أمامها وذلك بنص صريح حسب المادة 23-1 الفقرة الرابعة من القانون الأساسي رقم 2009-1523²، ولعل السبب يعود لتشكيلها الخاص وطبيعة عملها الخاصة وإجراءاتها التي لا تحتل التأخير، بالإضافة إلى التمثيل الشعبي الذي يسود هذا النمط من المحاكمات، فضلاً عن استحالة مقاطعة مبدأ استمرارية سير المرافعات في مادة الجنايات³، وكنتيجة لذلك فإنه يمكن إثارة مسألة الأولوية الدستورية أمام كل المحاكم الجنائية التي تخضع أحكامها في آخر درجة لمحكمة النقض سواء خلال التحقيق الجنائي الذي يسبق المحاكمة الجنائية، أو بمناسبة الاستئناف ضد حكم صادر من محكمة الجنايات في أول درجة⁴ أو الطعن بالنقض مرفوع ضد حكم صادر من محكمة الجنايات الاستئنافية، باستثناء

¹ بن سالم جمال، دعوى الدفع بعدم الدستورية بين التأصيل والتأسيس والممارسة (النموذج الجزائري)، مرجع سابق، ص78.
² لقد أوصى تقرير لجنة Vedel في عام 1993 بأن القانون الأساسي للإجراءات لا يسمح باللجوء إلى أسلوب مسألة الأولوية الدستورية أمام محاكم التحقيق، وأضاف أنه يمكن استخدامه في المجال الجنائي أمام غرفة الاتهام. أنظر: منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص36.

³ Julien BONNET, Pierre Yves GAHDOUN, op.cit., p.31.

⁴ في حالة تقديم مسألة الأولوية الدستورية بمناسبة الطعن باستئناف حكم صادر عن محكمة الجنايات في أول درجة ترسل المذكرة مكتوبة مع تصريح الاستئناف مباشرة إلى محكمة النقض، وذلك نظراً لخصوصية تنظيم محكمة الجنايات الفرنسية. ما يمكن ملاحظته في هذا الخصوص، أن المشرع الجزائري لم يفعل كما فعل المشرع الفرنسي وجعل مسألة النظر في الدفع المقدم

محكمة الجنايات. ولقد أكد قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 3 ديسمبر 2009 على ذلك، حيث جاء في قراره أنه: "حيث إن الفقرة الرابعة من المادة 23-1 تحظر تقديم مسألة الأولوية الدستورية أمام محكمة الجنايات، وأن مثل هذه المسألة يمكن إثارتها خلال التحقيق الجنائي الذي يسبق المحاكمة الجنائية، كذلك يمكن إثارتها بمناسبة دعوى استئناف مرفوعة ضد حكم صادر من محكمة الجنايات في أول درجة أو طعن بالنقض مرفوع ضد حكم صادر من محكمة الجنايات في الاستئناف، كذلك فإن المشرع الأساسي أراد أن يأخذ في اعتباره، في إطار مصلحة حسن إدارة مرفق القضاء، خصوصية تنظيم محكمة الجنايات وسير الإجراءات أمامها، وأن حظر إثارة مسألة الأولوية الدستورية، في ظل هذه الأوضاع أمام محكمة الجنايات لا يغفل الحق المعترف به في المادة 61-1 من الدستور¹."

بالإضافة إلى ما سبق ذكره، فإنّ هناك لجانا ذات طبيعة قضائية مثل: اللجنة الوطنية للتعويض عن الحبس الاحتياطي² والتي تتولى وظيفة محكمة الاستئناف ضد قرارات الرئيس الأول من محاكم الاستئناف في مجال التعويض عن العواقب المضرة للحبس الاحتياطي الصادر بناء على قرار إعادة سجن المتهم احتياطيا في دعاوى قضائية تم إغلاقها، كذلك لجنة مراجعة الأحكام الجزائية التي تنتظر في الطلبات من أجل إعادة المحاكمة وإذا ما رأتها مقبولة تحيلها إلى الغرفة الجزائية للمحكمة، وأخير لجنة إعادة النظر في قرار جزائي تبعا لقرار صادر عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المنشأة بقانون 25 حزيران 2000، وهي تقوم بعملية غربلة حيث تؤكد أن طلبات إعادة المحاكمة مقبولة وصحيحة قبل إحالة الدعاوى إلى محكمة بنفس التسلسل الهرمي وبنفس مستوى تلك التي أصدرت القرار الذي يخالف الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان .

هذه اللجان تكتسي طابع جهة قضائية مدنية، لكن هل هذا يعني أنها تدخل في مصاف الجهات التي يمكن إثارة مسألة الأولوية الدستورية في نظر المشرع الفرنسي أم لا؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي معرفة ما إذا كانت هذه اللجان تابعة قضائيا لمحكمة النقض أو مجلس الدولة، وإذا ما أخذنا لجنة التعويض في النظام الجزائري كمثال، فقد أوضحت المادة 137 مكرر 3 أن قراراتها غير قابلة لأي طعن وتكتسي القوة التنفيذية، وهذا يعني أنها غير

بمناسبة استئناف حكم صادر عن محكمة الجنايات الابتدائية تعود إلى محكمة الجنايات الاستئنافية قبل فتح باب المناقشة وهي التي تقرر إحالته على المحكمة العليا أم لا.

¹ C. C, déc., 3 décembre 2009, n° 2009-596 DC.

الحيثية رقم 10، أشار إليه: منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص 37.
² تم إنشاؤها بموجب المادة 149-1 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي والقانون رقم 70-683، وقد نص عليها المشرع الجزائري أيضا في المادة 137 مكرر 4 من قانون الإجراءات الجزائية.

تابعة للمحكمة العليا، وبالتالي لا يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها، وهذا أمر منطقي نظرا لخصوصية وظيفتها التي تتمثل في التعويض فقط، أما بالنسبة للجنة مراجعة الأحكام الجزائية ولجنة إعادة النظر في قرار جزائي تبعا لقرار صادر عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان - فحسب اعتقادنا الشخصي - إذا كانت مهمتهما فقط النظر في طلبات المراجعة وإعادة إحالتها إلى الجهة المختصة فإنها لا تفصل في الموضوع وبالتالي لا يمكن إثارة مسألة الأولوية الدستورية أمامها.

إذن فالأمر يتعلق من جهة بوجود هيئة قضائية على شكل محكمة تصدر أحكاما قضائية وليس قرارات إدارية لها طبيعة قضائية، ومن جهة أخرى ارتباط هذه المحكمة بمجلس الدولة أو محكمة النقض عن طريق الطعن في أحكامها بالنقض، ومنه نستنتج أن الهيئات الإدارية والسلطات الإدارية المستقلة¹ التي تكون لها سلطة الضبط وتحديد الجزاءات لا تكون معنية بمسألة الأولوية الدستورية كونها لا تعتبر محاكم في القانون الداخلي²، وإن كانت قراراتها قابلة للطعن أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض، فإن هذه السلطات لا تدخل في إطار محاكم القضاء العادي أو الإداري ولا تتبع بالمعنى الضيق مجلس الدولة أو محكمة النقض، ومع ذلك تبقى للأطراف إمكانية إثارة مسألة الأولوية الدستورية بمناسبة أي طعن مرفوع أمام أية محكمة ضد القرار الصادر عن أية سلطة إدارية مستقلة ونفس الأمر بالنسبة لطعن ضد الجزاءات الإدارية خاصة تلك الصادرة عن الإدارة المالية.

ونفس الأمر ينطبق كذلك على هيئات التحكيم³، فهي الأخرى لا تعتبر محاكم وطنية وبالتالي لا يمكن وصفها بالمحاكم المعنية بإثارة مسألة الأولوية الدستورية حسب المادة 61-1 من الدستور الفرنسي المعدل في 2008 والمادة 23-1 من القانون الأساسي 2009-1523، والواقع يثبت أن المحكم هو قاض خاص وهيئة التحكيم لا يخضعان لأي نظام قانوني مماثل لنظام الدولة وليس لهما علاقة بالمحاكم العليا (محكمة النقض ومجلس الدولة)، وهو ما أوضحه قرار محكمة النقض في أن المحكمين يستمدون سلطتهم من رضا الأطراف فقط وليس من السلطة العامة⁴، وعلاوة

¹ من بين السلطات الإدارية المستقلة هناك: هيئة المنافسة وهيئة الأسواق المالية، وهيئة تنظيم الاتصالات الإلكترونية والبريد ومجلس البيوع الاختيارية للمنتقولات في المزادات العامة ولجنة تسوية المنازعات والجزاءات التابعة للجنة تنظيم الطاقة المكونة فقط من القضاة، المجلس الأعلى للسمعيات والبصرييات، هيئة رقابة الضمان.

² منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص 50.

³ Henry ROUSSILLON, Pierre ESPLUGAS, Le conseil constitutionnel, 7^{em} éd, édit DALLOZ, 2011, p.121.

⁴ Cass.1^{er} civ, 18Novembre 1986, n° 85-10912 et 85-12112, Bull. Civ. I, n° 266, p.254.

أشار إليه: منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص 53.

على ذلك، فإن المحكم ليس مؤهلاً لأن تعرض عليه دعوى عمومية ليفصل في مسألة قانونية ، وقد أوضحت محكمة العدل للجماعة الأوروبية (محكمة العدل للاتحاد الأوروبي حالياً) في قرارها رفضها عرض أية مسألة أولوية للدستورية على أية محكمة تحكيم اتفاقية بسبب كونها لا تعتبر محكمة في أية دولة من الدول الأعضاء¹، وتبقى إمكانية إثارة مسألة الأولوية الدستورية متاحة بمناسبة طعن مرفوع ضد حكم تحكيمي أمام محكمة مرفوع أمامها الاستئناف طبقاً لما جاء في المادة 1476 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أن حكم التحكيم له قوة الشيء المقضي به، وعندما يكون التحكيم قابلاً للاستئناف يرفع هذا الاستئناف أمام محكمة الاستئناف².

إن الأمر نفسه ينطبق على المشرع الجزائري، فحسب ما يفهم من نص المادة 15 من القانون العضوي 22-19 فإنه قد تم استبعاد هيئات التحكيم حتى ولو كانت وطنية كما أنه لم يعط للأشخاص مكنة إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام الهيئات الإدارية حتى ولو كان ذلك بمناسبة نظرها في تظلم إداري وجوبي كما هو الحال مثلاً في منازعات الوعاء الضريبي أو حال فصلها في المتابعات التأديبية³.

في الأخير، يتضح مما سبق ذكره أن المشرع الفرنسي قد كان أكثر تفتحا من المشرع الجزائري فيما يخص تحديد الجهات القضائية التي يمكن إثارة مسألة عدم الدستورية أمامها، وذلك راجع إلى كونه قد ربط الأمر ببساطة بالإحالة من محكمة النقض أو مجلس الدولة، ولم يحدد ما إذا كانت الجهة القضائية تابعة للنظام القضائي العادي أو الإداري أو غير ذلك، ضف إلى ذلك أنه تجنب استعمال مصطلحات قد يفهم منها تضيق وحصص للمراحل التي يمكن إثارة المسألة الاستعجالية الدستورية أثناءها كما فعل المشرع الجزائري عندما استعمل مصطلح المحاكمة بدل أن يستعمل مصطلح الدعوى بصفة عامة.

وبناء عليه، فإنه يمكن إثارة مسألة الأولوية الدستورية في أي وقت، وفي أية دعوى بغض النظر عن المرحلة التي تكون فيها أو درجة المحكمة المرفوع أمامها ، ويستتبع عن ذلك إمكانية إثارتها في أي مرحلة من مراحل الإجراءات أي منذ رفع الدعوى وإيداع العريضة، وفي مرحلة تهيئة الدعوى، وفي أي وقت من الإجراءات الجنائية طالما أن قاضي التحقيق قد عرض عليه الأمر، وفي مرحلة المداولة التي تسبق النطق بالحكم أو القرار، وفي الاستئناف إذا لم تثر المسألة

¹ منصور محمد أحمد، المرجع نفسه، ص54.

² تجدر الإشارة إلى أنه حتى المحكمة العليا للتحكيم التي تم إنشاؤها بموجب القانون رقم 50-205 الصادر في 11 فبراير 1950 المتعلقة بالاتفاقيات الجماعية وإجراءات تسوية منازعات العمل الجماعية، لا تختص هي الأخرى بدراسة مسألة الأولوية الدستورية.

³ ذواوي عادل، مرجع سابق، ص340.

الاستعجالية أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام المحكمة الإدارية، أو بالنسبة لأول مرة في النقض أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض-إذا لم تعرض المسألة على محكمة الاستئناف- وذلك دون اشتراط استنفاد أي طريق طعن داخلي إلا فيما تعلق بعدم صدور حكم قضائي نهائي، حتى أنه يمكن إثارتها أمام القضاء الاستعجالي¹، ويتضح ذلك من خلال مصطلحات القانون الأساسي رقم 1523-2009 الذي ينص على أن مسألة الأولوية الدستورية يمكن إثارتها بمناسبة دعوى منظورة، وأنه في حالة الاستعجال تستطيع المحكمة المعروض عليها الأمر الحكم دون انتظار الرد من المحكمة الأعلى المحال إليها المسألة إذا كان القانون أو اللائحة ينص على أن المحكمة المعروض عليها الأمر تفصل في ميعاد محدد أو في حالة الاستعجال²، وذلك لضمان حسن سير المرفق العام للقضاء والسماح بالاستجابة للأوضاع التي لها طبيعة مستعجلة والتي يمكن أن يتواجد الأطراف فيها والتي تبرر رفع الأمر إلى قاضي الأمور المستعجلة، وحتى لا يؤدي إيقاف الفصل في الدعوى إلى نتائج يتعذر تداركها لاحقاً بالنسبة لحقوق أحد الأطراف فإن المحكمة التي تقرر إحالة مسألة الأولوية الدستورية يمكن أن تفصل في النقاط التي يجب حسمها مباشرة أو في الحال.

وفي هذا الصدد، اهتم المجلس الدستوري في قراره الصادر في 3 ديسمبر 2009 بالنتائج المترتبة على عبارة الفقرة الأخيرة من المادة 23-3 من القانون الأساسي 1523-2009 والتي يمكن أن تؤدي إلى إمكانية صدور حكم نهائي في دعوى رفعت بمناسبة مسألة الأولوية الدستورية أمام المجلس الدستوري دون الانتظار للفصل فيها، وقد أوضح المجلس الدستوري عن طريق تحفظ التفسير أنه في مثل هذه الفرص لا يمكن لأي نص ولا قوة الشيء المقضي به حرمان المتقاضين من الحق في رفع دعوى جديدة لكي يتمكن من أخذ قرار المجلس الدستوري في الاعتبار³، ويسري تحفظ التفسير هذا كذلك على الحالة المنصوص عليها في المادة 23-5 من نفس القانون.

وفي إطار الإجراءات العاجلة والتعامل مع الجرائم الجنائية، يمكن إثارة المسألة الاستعجالية الدستورية في جلسة التصديق على الإجراءات، أثناء المثل أمام القاضي بناء على الاعتراف المسبق بالجريمة الصادر من قبل رئيس محكمة الدرجة 1 أو القاضي المنتدب وليس أمام ممثل

¹ سواء كان عادياً أو إدارياً، مثل قرار المجلس الدستوري رقم 2010-340250 الصادر في 16 جوان 2010؛ أشار إليه: منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص35.

² المادة 23-3 الفقرة 3 الجديدة من القانون الأساسي رقم 1523-2009 الصادر في 10 ديسمبر 2009 الذي يحدد تطبيق المادة 61-1 من الدستور الفرنسي المعدل سنة 2008.

³ الحثيثة رقم 18؛ أشار إليه: منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص43.

النيابة الذي ليس له -في إطار هذه الإجراءات- سلطة اتخاذ القرار، ولكن له فقط سلطة اقتراح أي جزاء جنائي¹.

الفرع الثالث: إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية في القانون المغربي والتونسي

والمصري

لقد نص الفصل 133 من الدستور المغربي لسنة 2011 على أن المحكمة الدستورية تختص بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون ، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، على أن يحدد قانون تنظيمي شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل، وبالرجوع إلى مشروع القانون التنظيمي 15-86 الملغى² الذي يحدد شروط تطبيق هذا الفصل يلاحظ أن المشرع المغربي قد أتاح فرصة إثارة الدفع بعدم الدستورية لكل المحاكم دون استثناء، وهو ما صرح به في نص المادة 3 من هذا المشروع على أن: "يثار الدفع بعدم دستورية قانون أمام مختلف محاكم المملكة." بل وحتى أمام المحكمة الدستورية بمناسبة البت في الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان، وبالتالي فإن عبارة "أمام مختلف محاكم المملكة" لا تدع مجالاً للتأويل ولا للاستثناء كونها جاءت عامة وجامعة، وعليه فإن المحاكم المعنية بقبول الدفع بعدم دستورية أمامها انطلاقاً من المادة أعلاه هي كالتالي:

1- المحكمة الدستورية: فيما يخص منازعات انتخاب أعضاء البرلمان فقط.

2- حسب التنظيم القضائي المغربي المعمول به حالياً والذي يستمد ركائزه من ظهير الشريف 1974/07/15 المعدل والمتمم وفق آخر تعديل بالظهير الشريف رقم 148.11.1 الصادر بتاريخ 2011/08/17، فإن محاكم المملكة المغربية تتمثل في :

¹ سعيداني لوناسي جبيقة، ولد احمد تنهان، مرجع سابق، ص 107.

² تجدر الإشارة إلى هذا المشروع الذي ألغته المحكمة الدستورية بقرارها الصادر سنة 2018 تحت رقم 18-70 م. د، قد تمت إعادة صياغة بعض مواد وتعديلاتها لتعرض على البرلمان للموافقة عليها ولم يتم تعديل المادة 3 منه، على الرغم من أن إحدى المتدخلات في المناقشة التي أجرتها لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان المنعقدة يوم الإثنين مارس 2022 قد أقرحت تعويض عبارة "أمام مختلف محاكم المملكة" المدرجة بهذه المادة بعبارة "أمام جميع درجات التقاضي الابتدائية والاستئنافية وأمام محكمة النقض بجميع أنواعها" وذلك من أجل توضيح إمكانية التقاضي في جميع درجات المحاكم الابتدائية والاستئنافية وأمام محكمة النقض وأيضاً المحاكم المختصة، لكن الوزير رد على ذلك بأن كلمة "مختلف" كما وردت في المادة تعني كل درجات محاكم المملكة وبجميع اختصاصاتها.

أنظر: تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون تنظيمي رقم 15-86 يتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية (ترتيب آثار)، دورة أبريل 2022، السنة التشريعية الأولى 2021-2022، الولاية التشريعية الحادية عشر 2021-2026، ص. 10، 84،

أ- محاكم أول درجة: وتضم كلا من:

✓المحاكم الابتدائية : ويمكن تقسيمها بحسب نوعية القضايا التي تنظر فيها إلى محاكم ابتدائية مدنية (تضم أقسام قضاء القرب، غرف مدنية، غرف تجارية، غرف عقارية)، ومحاكم ابتدائية زجرية(تضم أقسام قضاء القرب، غرف جنحية، غرف حوادث السير، غرف قضاء الأحداث)، ومحاكم ابتدائية اجتماعية(تضم أقسام قضاء الأسرة، غرف حوادث الشغل، غرف الأمراض المهنية، غرف نزاعات الشغل)¹.

✓المحاكم التجارية : حسب مقتضيات المادة 2 من القانون رقم 95-53 المتعلق بإحداث المحاكم²، تختص هذه المحاكم بالدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية والدعاوى الناشئة بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية والدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية، والنزاعات الناشئة بين الشركاء في شركة تجارية والنزاعات المتعلقة بالأصول التجارية، وهي تصنف على أنها محاكم متخصصة³.

✓المحاكم الإدارية: أحدثت بموجب القانون رقم 90-41 الصادر في 10 سبتمبر 1993 والصادر الأمر بتنفيذه بالظهير الشريف رقم 1.19.225 وهي تختص بالبت ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطة الإدارية بسبب تجاوز السلطة، والنزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية ودعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، والنزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمعاشات، ومنح الوفاة المستحقة للعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة وموظفي إدارة مجلس النواب، تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية⁴، وهي الأخرى تعتبر محاكم متخصصة.

ب- **محاكم الدرجة الثانية ومحكمة النقض:** تتمثل محاكم الدرجة الثانية في محاكم الاستئناف⁵ التي تنظر في الطعون بالاستئناف ضد الأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة وهي تتمثل في:

¹لمزيد من التفصيل راجع: عبد الكريم الطالب، التنظيم القضائي المغربي (دراسة عملية)، ط6، مكتبة المعرفة، مراكش، 2020، صص 50، 51.

²الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 65-97-1 بتاريخ 4 شوال 1417(12 فبراير 1997)، ج. ر عدد 4482 الصادرة بتاريخ 1997/02/15، ص 1141.

³عبد الكريم الطالب، مرجع سابق، ص 95.

⁴لمزيد من التفصيل راجع: عبد الكريم الطالب، المرجع نفسه، ص 61.

⁵ نص عليها قانون التنظيم القضائي المؤرخ في 15 يوليو 1974 المعدل في 17 غشت 2011.

محاكم الاستئناف التجارية : وهي تختص بالبت في استئناف الأحكام المتعلقة بالدفع بالاختصاص النوعي المثار أمام المحاكم التجارية بحكم مستقبل غير قابل لأي طعن، واستئناف القضايا المستعجلة، والأوامر بالأداء وطلبات إيقاف التنفيذ، والأحكام الصادرة عن المحاكم التجارية بصفة ابتدائية.¹

محاكم الاستئناف الإدارية : أحدثت بموجب القانون رقم 3-80 الصادر الأمر بتنفيذه بالظهير الشريف رقم 1.6.07 المؤرخ في 14/02/2006 المعدل في 26 أكتوبر 2011، لتحل محل الغرف الإدارية التي كانت بالمجلس الأعلى، وهي تختص بالنظر في الطعون بالاستئناف ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، وحتى الأوامر الاستعجالية الصادرة عن رئيس المحكمة الابتدائية الإدارية متى كانت قابلة للاستئناف.

وفي أعلى الهرم القضائي توجد **محكمة النقض**² باعتبارها أعلى سلطة قضائية مغربية، كانت تسمى بالمجلس الأعلى وتغيرت تسميتها بمقتضى ظهير الشريف رقم 1.11.170، وهي تتكون من ست غرف: الغرفة المدنية (تسمى الغرفة الأولى)، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، الغرفة الجنائية، الغرفة التجارية، الغرفة الإدارية، الغرفة الاجتماعية، ويتجلى دورها في مراقبة تطبيق القانون من طرف محاكم الموضوع، وتختص بالنظر في طلبات النقض المرفوعة ضد الأحكام الاستئنافية والأحكام النهائية التي تصدرها محاكم الاستئناف وغيرها من المحاكم على اختلاف درجاتها، وطلبات إلغاء المحررات الصادرة من السلطات الإدارية بدعوى الشطط في استعمال السلطة ، كما تنظر محكمة النقض في الطعون في التصرفات التي يتجاوز فيها القضاة سلطاتهم، كذلك البت في تنازع الاختصاص بين محاكم لا توجد فوقها أية محكمة عليا مشتركة غير محكمة النقض، الطلبات لأجل مراجعة الأحكام الجنائية أو التأديبية في دائرة الشروط المنصوص عليها في قانون التحقيق الجنائي، دعاوى مخاصمة القضاة والمحاكم غير محكمة النقض، قضايا التشكيك في نزاهة الحكم، سحب الدعوى من محكمة لموجب الأمن العمومي، طلبات تسليم

¹ محاكم الاستئناف التجارية (الاختصاصات، الإجراءات، الأجال، طرق الطعن)، منظمة الحريات للتواصل بين موظفي قطاع العدل بالمغرب، 24 يوليو 2014، على الساعة 1:01am مأخوذ من الموقع الإلكتروني التالي:

<https://Alhoriyatmaroc.yoo7.co>

تم الاطلاع عليه يوم 4 مارس 2021 على الساعة 13:44.

لمزيد من التفصيل أيضا راجع: عبد الكريم الطالب، مرجع سابق، ص.ص 67، 68.

² القانون رقم 3-80 الصادر الأمر بتنفيذه بالظهير الشريف رقم 1.6.07 المؤرخ في 14/02/2006 المعدل في 26 أكتوبر 2011، المتعلق بمحاكم الاستئناف الإدارية بالمغرب.

المجرمين للخارج¹، كل هذه القضايا يمكن أن يثار الدفع بعدم دستورية قانون سيطبق عليها يمس بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور أمام محكمة النقض لأول مرة.

وإلى جانب هذه المحاكم يوجد أيضا أنواع أخرى منها ماهي متخصصة مثل محاكم الجماعات والمقاطعات والتي يقتصر اختصاصها على شؤون القاصرين في القضايا المدنية والجنائية²، ومنها ماهي استثنائية مثل المحكمة العسكرية والمحكمة العليا وتختص هذه الأخيرة في الجرح والجنابات التي يرتكبها أعضاء الحكومة أثناء ممارستهم لمهامهم.

إذن فكل المحاكم التي سبق ذكرها يمكن إثارة الدفع بعدم دستورية قانون سيطبق على قضية معروضة أمامها إذا كان يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور المغربي، سواء كان ذلك أمام محاكم أول درجة أو محاكم الاستئناف أو حتى على مستوى محكمة النقض-كما سبق قوله- لأول مرة ، وهو ما أكدت عليه الفقرة 2 من المادة 3 من مشروع القانون التنظيمي 15-86 الملغى، وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى-على اعتبار أن المؤسس الدستوري لم يحدد الوقت الذي يمكن فيه الدفع بعدم الدستورية فقد اكتفى بعبارة "أثناء النظر في قضية"- ونتيجة لذلك فإنه يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية سواء أثناء التحقيق أو المحاكمة أو الطعن في الأحكام القضائية، على أن يثار قبل اعتبار القضية المعروضة على المحكمة جاهزة للحكم³.

أما بالنسبة للقانون التونسي، فبالرجوع إلى نص الفصل 120 من دستور 2014 المعدل والمتمم الذي جاء فيه أن المحكمة الدستورية تختص بمراقبة دستورية القوانين التي تحيلها عليها المحاكم تبعا للدفع بعدم الدستورية بطلب من أحد الخصوم في الحالات وطبق الإجراءات التي يقرها القانون، وبموجب الفصل 54 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية فإنه للخصوم في القضايا المنشورة في الأصل أمام المحاكم أن يدفعوا بعدم دستورية القانون المنطبق على النزاع، يلاحظ أن المؤسس الدستوري والمشرع التونسي قد استعملا مصطلح "المحاكم" بصفة عامة دون تخصيص أو استثناء، وهو ما يعني أن كل المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها يمكن إثارة الدفع أمامها، ما عدا القضاء الاستعجالي الذي يخرج عن هذه الدائرة لأن القانون الأساسي للمحكمة الدستورية اختار لا محالة استبعاده من الدفع بعدم الدستورية من خلال التنصيص في صلب

¹ عبد الكريم طالب، المرجع نفسه، ص70.

² يحدد الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.338 بتاريخ 24 جمادى الثانية 1394 (15 يوليوز 1974) المتعلق بتنظيم محاكم الجماعات ومحاكم المقاطعات تنظيمها واختصاصاتها.

³ المادة 3 فقرة 3 من مشروع القانون التنظيمي 15-86 الملغى المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الفصل 133 من الدستور المغربي لسنة 2011.

الفصل 54 منه على أنه: "للخصوم في القضايا المنشورة في الأصل أمام المحاكم...¹ بمعنى ألا تكون للقضية صبغة استعجالية²، ولم يحدد هو الآخر المراحل التي يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أثناءها، وبالتالي فإنه بالإمكان الدفع بعدم دستورية قانون في أي مرحلة كان عليها النزاع منذ رفع الدعوى إلى غاية الحكم فيها والطعن في الحكم الصادر فيها بالطرق العادية أو غير العادية، وبالرجوع إلى الدستور التونسي لسنة 2014 فإن النظام القضائي التونسي يتكون من 3 أنواع من المحاكم وهي كالتالي:

أ- **محاكم القضاء العدلي**³: تنظر في المسائل المدنية والجناحية وهي تضم كل من محكمة التعقيب ومحاكم الدرجة الثانية ومحاكم الدرجة الأولى، وهذه الأخيرة بدورها تضم: المحكمة الابتدائية التي تنظر في كل الدعاوى المدنية وفي الجناح ابتدائياً، كما تنظر استئنافياً في الأحكام الصادرة عن محاكم النواحي التابعة لدوائرها، وتنظر ابتدائياً في الجنايات، محاكم النواحي التي تنظر في الدعوى المدنية الشخصية والقضايا المتعلقة بفواجع الشغل والأمراض المهنية، والدعاوى المتعلقة بالمنقول، ومطالب أداء الديون التجارية إلى نهاية 7 آلاف دينار وتنظر كذلك في إصدار الأوامر بالدفع والإذن على العرائض وتختص ابتدائياً في قضايا النفقات التي ترفع إليها بصفة أصلية وفي دعاوى الحوز، كما تختص بالنظر نهائياً في قضايا التبني والمنازعة الجبائية، وتنظر نهائياً في المخالفات وابتدائياً في الجناح المعاقب عنها بالسجن مدة لا تتجاوز العام أو بغرامة لا يتجاوز مقدارها ألف دينار وفي الجناح التي استند النظر فيها إلى نص خاص⁴، بالإضافة إلى المحكمة العقارية التي تم إحداثها بالفصل 33 من القانون المؤرخ في 1 جويلية 1885 المتعلق بالملكية العقارية تحت اسم المجلس المختلط العقاري وتغيرت تسميتها بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 19 فيفري 1957 وهي تنظر في كل المسائل المتعلقة بالنزاعات العقارية⁵.

¹ معزز القرقوري، النظام السياسي التونسي، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2020، ص 353.
² إن هذا الحل قابل للنقد باعتبار أن طلب تأجيل تنفيذ القرارات الإدارية المقدم للرئيس الأول للمحكمة الإدارية مثلاً يمكن أن يستند على عدم دستورية قانون معين، ويمكن أن يكون المطعن جدياً بقطع النظر عن مدى وجاهته، وفي هذه الحالة يمكن للرئيس الأول للمحكمة الإدارية أن يأذن بتوقيف التنفيذ نظراً لجديّة الدفع بعدم الدستورية دون أن يعني ذلك أنه تصدى لمدى دستورية القانون من عدمها.
 أنظر فيما يتعلق بهذه الفرضية القرار الصادر عن الرئيس الأول للمحكمة الإدارية في مادة توقيف التنفيذ في القضية عدد 417363 بتاريخ 20 أوت 2014 وملاحظات حول هذا القرار للأستاذ معزز القرقوري، دراسات قانونية، ع21، 2014، ص 325.

أشار إلى ذلك: معزز القرقوري، النظام السياسي التونسي، مرجع سابق، ص 356.

³ الفصل 115 من الدستور التونسي لسنة 2014 الفقرة الأولى.

⁴ الفصل 123 من قانون الإجراءات الجزائية التونسي.

⁵ لمزيد من التفصيل راجع: التنظيم القضائي التونسي موجود على الموقع الإلكتروني: www.justice.gov.tn تم الاطلاع عليه يوم 14 مارس 2021 على الساعة 14:43.

ب- **محاكم القضاء الإداري**: تتكون من محكمة إدارية عليا ومحاكم إدارية استئنافية ومحاكم إدارية ابتدائية، وهي تختص بالنظر في تجاوز الإدارة لسلطتها، وفي النزاعات الإدارية.¹

ت- **محاكم القضاء المالي**: وتتكون من محكمة المحاسبات بمختلف هيئاتها.²

بالإضافة إلى ذلك هناك المحكمة العسكرية باعتبارها محكمة متخصصة في الجرائم العسكرية³، إذن فالنتيجة المترتبة على عبارة " المحاكم " تفيد أن كل المحاكم التي تم ذكرها أعلاه تدخل في نطاق الجهات القضائية التي يمكن إثارة الدفع بعدم دستورية قانون أمامها وذلك أثناء فصلها في قضية معروضة عليها، بغض النظر عن درجتها أو نوعها، كما أن المشرع التونسي لم يستثن أية محكمة، وبالتالي قد فتح الباب واسعا أمام الخصوم للدفع بعدم دستورية أي قانون أمام أية محكمة وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى حتى أمام قاضي الاستعجال، فالمهم أنه سيطبق على النزاع القائم والمعروض على هذه المحاكم، ومنه يستنتج أنه يمكن إثارة الدفع حتى أمام محاكم التحكيم بهذا المفهوم الواسع.

لكن على الرغم من أن هذا الأمر يبدو ايجابيا للوهلة الأولى إلا أنه كان على المشرع التونسي أن يحرص أكثر على تنظيم هذه المسألة بنوع من التفصيل والتحديد والتدقيق فالأمر يتعلق بالتشكيك في دستورية قانون ويمس بمبدأ الأمن القانوني ومتطلباته.

وفي نقطة أخيرة، لا بد من الإشارة إلى أنه هناك هيئات شبه قضائية إلى جانب المحاكم تتمثل في: اللجنة المصرفية، مجلس المنافسة، هيئة السوق المالية، الهيئة الوطنية للاتصالات، اللجنة التونسية التحاليل المالية، الهيئة الوطنية لحماية المتطلبات الشخصية، وتكمن صلاحيتها في تسليط خطايا مالية على مرتكبي الممارسات المخالفة للتشريع الخاص بمجال عملها، والسؤال الذي يبرز إلى الوجود بخصوص هذه الهيئات يدور حول إمكانية إثارة الدفع بعدم دستورية قانون أمام الهيئات السالفة الذكر؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي العودة إلى ما جاء في الفصل 54 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية والذي نص على المحاكم وليس الهيئات القضائية، ومنه فهذه الهيئات الشبه قضائية لا تدخل في مدلول المحاكم، فلو تم أخذ مجلس المنافسة كمثال ، يلاحظ أن القانون عدد 74 لسنة 2003 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية

¹الفصل 116 من الدستور التونسي لسنة 2014.

²الفصل 117 من الدستور التونسي لسنة 2014.

³الفصل 110 فقرة 2 من الدستور التونسي لسنة 2014.

1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار قد أطلق على مجلس المنافسة¹ في الفصل 9 من هذا القانون وصف الهيئة الخاصة وليس محكمة، كما أن الفصل 21 من نفس القانون نص على أن قرارات مجلس المنافسة يمكن الطعن فيها بالاستئناف أمام المحاكم الإدارية، إذن هناك فرصة لإثارة الدفع بعدم دستورية القانون الذي سيطبق أمام المحاكم الإدارية بمناسبة الاستئناف، وخلاصة القول لا يمكن إثارة الدفع بعدم دستورية قانون أمام الهيئات شبه القضائية في تونس.

أما بخصوص الجهات القضائية التي يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها في التشريع المصري، فإنه بالرجوع إلى ما نصت عليه المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979 في الفقرة "ب" منها على أنه: "إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة..."، فإن أول ما يمكن ملاحظته أن المشرع المصري استخدم مصطلحين "المحاكم" و"الهيئات ذات الاختصاص القضائي"، وهو دليل على أنه قد جمع بين المحاكم القضائية التقليدية والهيئات التي ينشئها المشرع مضيفا عليها الصفة القضائية ومنيطا بها ولاية القضاء في مجالات معينة، وهو ما تم التأكيد عليه في قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه: "من المقرر.....، على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا أن جهة القضاء أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي هي تلك التي تستمد ولايتها من قانون محدد لاختصاصاتها، مبين لإجراءات نظر الخصومة أمامها، مفصل ل ضماناتها القضائية، وأن تصدر أحكامها على أساس قاعدة قانونية محددة سلفا، لتكون عنوانا للحقيقة فيما تخلص إليه متى حازت قوة الأمر المقضي"².

يبدو مما سبق ذكره أن المشرع المصري لم يستثن أية جهة قضائية من الدفع أمامها بعدم الدستورية فإلى جانب المحاكم القضائية التقليدية المتمثلة في:

أ- المحكمة الدستورية العليا: وهي المحكمة العليا في مصر، مهمتها مراقبة دستورية القوانين.

ب- مجلس الدولة: وهو يضم شقين أو قسمين³:

القسم القضائي، والذي يشمل كل من المحكمة الإدارية العليا (تختص بالنظر في العون التي ترفع إليها من محكمة القضاء الإداري وتتنظر في الطعون التي تتعلق بأعضاء الهيئات القضائية

¹ أنظر: الفصل 9 من القانون عدد 74 لسنة 2003 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار.

² القضية 8 لسنة 15 قضائية، بتاريخ 1994/6/4، المجموعة جزء 6، قاعدة 10، ص 862؛ والقضية للسنة 5 قضائية بتاريخ 1984/6/16، المجموعة جزء 3، قاعدة 8، ص 419.

أشار إليها: مدحت أحمد يوسف غنايم، مرجع سابق، ص 116.

³ المادة 190 من دستور مصر لسنة 2014 المعدل والمتمم.

بشأن وظائفهم القضائية، وأحكامها غير قابلة للطعن)، محكمة القضاء الإداري (تختص بالنظر في طعون القرارات الإدارية وفي منازعات الضرائب والرسوم ودعاوى الجنسية)، المحاكم الإدارية (تختص بالنظر في المنازعات قليلة القيمة التي لا تنظر فيها محكمة القضاء العادي)، المحاكم التأديبية (تنظر في الدعاوى التي تتعلق بتأديب موظفي الدولة التي تحركها النيابة الإدارية أو الجهاز المركزي للمحاسبات أو رئيس الجهة الإدارية)، بالإضافة إلى قسم الفتوى.

ت- القضاء العادي ويضم:

✓ محكمة النقض : وهي تعد في قمة النظام القضائي المصري، وهي تنظر في مدى تطبيق القانون في المحاكم.

✓محاكم الاستئناف : وهي ثاني درجة للتقاضي في مصر، تنظر في الطعون ضد أحكام المحاكم الابتدائية.

✓المحاكم الابتدائية : وهي تختص بنظر جميع الدعاوى المدنية والتجارية ما عدا الدعاوى التي جعلها القانون من اختصاص محاكم أخرى.

✓المحاكم الجزئية : توجد بكل مدينة وتختص بنظر الدعاوى المدنية والجنائية بالمدينة.

✓محاكم الأسرة : تختص بجميع مسائل الولاية على النفس والمال.

✓المحاكم الاقتصادية : متخصصة في الجرائم الاقتصادية.

ث- محكمة أمن الدولة العليا: وهي محكمة متخصصة مهمتها النظر في جميع الجرائم التي تمس أمن الدولة الخارجي والداخلي، وهي هيئة قضائية مستقلة.

ج- القضاء العسكري: ويتكون من المحكمة العسكرية العليا والمحكمة العسكرية المركزية ، ويختص بالجرائم التي تقع في المعسكرات والثكنات أو المؤسسات أو المصانع أو السفن أو الطائرات أو المركبات أو الأماكن أو المحلات التي يشغلها العسكريون لصالح القوات المسلحة، أينما وجدت، وبالجرائم التي تقع على معدات ومهمات وأسلحة وذخائر ووثائق وأسرار القوات المسلحة وكافة متعلقاتها، ويخضع للقضاء العسكري ضباط القوات المسلحة وضباط الصف وطلبة المدارس ومركز التدريب المهني والمعاهد والكليات العسكرية وأسرى وعسكريو القوات الخلفية أو الملحقون بهم إذا كان يقيمون في أراضي الجمهورية العربية المتحدة وكل مدني يعمل في وزارة الدفاع أو في خدمة القوات المسلحة¹. إن ما يمكن قوله حول القضاء العسكري في مصر هو عدم

¹المادة 204 من دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014 المعدل والمنتم.

خضوعه لرقابة محكمة النقض، وبالتالي يثور التساؤل حول إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامه، هل يعتبر ذلك ممكناً رغم عدم خضوعه لرقابة محكمة النقض؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل بسيطة كون المادة 2/29 من قانون المحكمة الدستورية العليا عندما أقرت الدفع بعدم الدستورية للخصوم في القضايا المعروضة على إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي لم تفرق بين محاكم القضاء العام ومحاكم القضاء الاستثنائي، وبالتالي يمكن إثارة الدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة أثناء النظر في قضية معروضة على إحدى المحاكم التابعة للقضاء العسكري¹.

في مقابل ذلك، يمكن أيضاً إثارة الدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة أمام إحدى الهيئات ذات الاختصاص القضائي والتي نص عليها دستور الجمهورية المصرية²، وتتمثل فيما يلي:

1- النيابة الإدارية: وهي هيئة قضائية مستقلة تابعة لوزارة العدل أنشئت بموجب القانون رقم 480 لسنة 1954، وتختص بالتحقيق في المخالفات الإدارية التي يرتكبها موظفو الدولة والقطاع العام، ولها سلطة توقيع الجزاءات التأديبية، ويكون الطعن في قراراتها أمام المحكمة التأديبية المختصة بمجلس الدولة³، كما تتولى تحريك ومباشرة الدعاوى والطعون التأديبية أمام محاكم مجلس الدولة⁴.

2- هيئة قضايا الدولة: نصت عليها المادة 196 من دستور جمهورية مصر في فقرتها الأولى، وهي أيضاً هيئة قضائية مستقلة تنوب عن الدولة فيما يرفع منها أو عليها من دعاوى، وفي اقتراح تسويتها ودياً في أي مرحلة من مراحل التقاضي، والإشراف الفني على إدارة الشؤون القانونية بالأجهزة الإدارية للدولة بالنسبة للدعاوى التي تباشرها⁵، ويمكن القول أن هيئة قضايا الدولة تمثل النيابة المدنية القانونية عن الدولة بسلطاتها قاطبة أمام القضاء في الداخل والخارج مهمتها حماية المال العام والمطالبة به من الناحية المدنية⁶، وهذا الأمر يطرح التساؤل التالي: هل يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية باعتبارها جهة قضائية مستقلة-حسب التسمية أو الوصف

¹ منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص48.

² الفصل الخامس تحت عنوان "الهيئات القضائية" من دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014 المعدل والمتمم.

³ المادة 197 الفقرة الأولى من دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014 المعدل والمتمم.

⁴ يحق لأعضاء هذه الهيئة أيضاً استعمال آلية الدفع بعدم الدستورية استناداً إلى المادة 197 الفقرة 2 من الدستور المصري والتي منحتهم الضمانات والحقوق المقررة لأعضاء السلطة القضائية.

⁵ يملك أعضاء هذه الهيئة أيضاً الحق في الدفع بعدم الدستورية استناداً لما ورد في الفقرة 2 من المادة 196 من الدستور.

⁶ لمزيد من التفصيل حول دورها راجع: أوراق عمل بشأن مشاركة الهيئة السنوية في فعاليات مؤتمر المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية لعام 2015 التابع لمجلس وزراء العدل العرب، جامعة الدول العربية، بيروت، 3-5/08/2015، المحور الثاني: دور هيئة قضايا الدولة في المنازعات الإدارية، ص 9، 10، 11، 12، وما يليها؛ متوافر على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://carjj.org>

الذي منحها إياه الدستور - أو هي أحد الأشخاص المخول لهم إثارة الدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة في المنازعات الإدارية باعتبارها تنوب عن الدولة؟ بمعنى آخر أين هو الجانب القضائي فيها، هل هي تفصل في مسائل معينة بقرارات تحوز الصفة القضائية؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تقتضي الرجوع إلى القانون الذي ينظم اختصاصات هذه الهيئة الصادر في 2963 المعدل والمتمم¹، ففي المادة 25 منه نصت في فقرتها الثانية على أن مجلس التأديب يختص بتأديب أعضاء الهيئة والفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بشؤونهم وفي طلبات التعويض المترتبة عنها، مما يدخل أصلاً في اختصاص القضاء، واستعمل مصطلح الدعوى وهو ما يؤكد الصفة القضائية لهيئة قضايا الدولة أثناء الفصل في هذه المسائل، كما أوردت المادة 25 مكرر من نفس القانون أن الطعن في الحكم الصادر في الدعوى التأديبية يكون أمام الدائرة المختصة بالمحكمة الإدارية العليا، إذن فالدفع بعدم الدستورية يكون متاحاً أمام هذه الهيئة في حالة فصلها في الدعوى التأديبية وفي طلبات إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بشؤون أعضائها وفي التعويض.

في الأخير تبقت مسألة تتعلق بالوقت الذي يتم الدفع فيه بعدم الدستورية في القانون المصري؟ أو بعبارة أخرى في أي مرحلة من مراحل الدعوى يمكن إثارة دفع بعدم دستورية قانون أو لائحة؟ بما أن مدلول الجهة القضائية بصفة عامة ينصرف إلى كل من محاكم أول درجة ومحاكم الدرجات الأعلى التي يتضمنها الطعن القضائي بطرقه العادية وغير العادية²، وبما أن المشرع المصري قد نص في الفقرة (أ - ب) من المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 على أن الدفع بعدم الدستورية سواء التلقائي الذي تقوم به محكمة الموضوع أو من طرف أحد الخصوم يكون أثناء نظر دعوى، فإن ذلك يعني أنه يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى منذ إقامتها إلى غاية الفصل فيها وحتى بمناسبة الطعن في الحكم الصادر فيها بأي وجه كان.

¹ قانون هيئة قضايا الدولة رقم 75 الصادر في 12 أغسطس 1963، ج.ر.ع 180 المعدل بالقانون رقم 2 لسنة 2002 الصادر في 2002/01/13.

² إن مقتضى الشرعية الدستورية التي تقوم بمراقبتها المحكمة الدستورية العليا هو أنه لا يجوز لأية محكمة أو هيئة اختصاصها المشرع بالفصل في نزاع معين فصلاً قضائياً-وأياً كان موقعها من الجهة القضائية التي تنتمي إليها- أعمال النص التشريعي اللازم للفصل في النزاع المعروض عليها إذا بدا لها مصادمته للدستور. القضية رقم 102 لسنة 12 قضائية دستورية، المجموعة ج 5 قاعدة 29، في 19/06/1993، ص.ص 351، 352. أشار إليها: مدحت أحمد يوسف غنايم، مرجع سابق، ص 117.

وفي الأخير يمكن القول بأنه بهذه الصفة يكون المشرع المصري قد تفوق على نظيره الجزائري من حيث تعداد الجهات القضائية التي يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها بدءا من المحكمة الدستورية العليا إلى غاية الهيئات ذات الاختصاص القضائي.

المبحث الثاني: المقتضيات القانونية المتعلقة بشكل وموضوع الدفع بعدم الدستورية

صحيح أن الدفع بعدم الدستورية هو وسيلة دفاعية في يد المتقاضين تستخدم أثناء السير في الخصومة، لكن وصف الدفع لا يجب أن يفهم منه أنه كغيره من الدفوع الشكلية والموضوعية العادية التي لا يمكن بالضرورة فصلها عن الدعوى الأصلية، وهذا ما ينسجم مع موقف المؤسس الدستوري الجزائري-سواء في تعديل 2016 (المادة 188) أو تعديل 2020 (المادة 195)- عندما استعمل عبارة "عندما يدعي..."، وهو ما يفيد أن الأمر يتعلق بادعاء مستقل عن موضوع وسبب النزاع، ويحتاج عريضة أو مذكرة مستقلة تحترم شكليات معينة، وتتضمن أوجه الخرق المتصلة بالحكم المتعارض مع الحقوق والحريات المضمونة دستوريا والتي يركز عليها موضوع الدفع بعدم الدستورية.

المطلب الأول: شكل الدفع بعدم الدستورية

بما أن الأمر لا يتعلق بدفع قضائي عادي يختص القاضي بنظره والفصل فيه، وإنما يتعلق بالتشكيك في دستورية القانون الواجب تطبيقه على النزاع والذي لا يكون للقاضي أي سلطة للبت في دستوريته من عدمها ماعدا تقدير جديته تمهيدا لإحالاته على الجهة المختصة-كما سيوضح ذلك لاحقا- فإنه من المنطقي والأنسب والضروري أن يقدم الدفع تحت طائلة عدم القبول بمذكرة مكتوبة، منفصلة ومسببة، وهو بالفعل ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 19 من القانون العضوي 19-22 الذي يحدد شروط إجراءات الإحالة والإخطار المتبعة أمام المحكمة الدستورية، حيث نصت على أنه: "يقدم الدفع بعدم الدستورية تحت طائلة عدم القبول، بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة."، وهو نفس ما دأب عليه المشرع الفرنسي إزاء اشتراط تقديم مسألة الأولوية الدستورية في شكل محرر منفصل ومعلل¹، وقد أكد على ذلك في عدة مواضع منها:

¹ Article 23-1 : « ...à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé », loi organique n° 2009-1523, op.cit.

✓في قانون الإجراءات المدنية المعدل سنة 2014، حيث أكدت المادة 2/126 منه الخاصة بمسألة الأولوية الدستورية على ضرورة أن تقدم هذه الأخيرة من خلال مذكرة مكتوبة ومسببة تحت طائلة عدم القبول¹.

✓في قانون الإجراءات الجزائية، حيث تضمنت المادة 21/49 أن تقضي بعدم قبول مسألة الأولوية الدستورية إذا لم تقدم مكتوبة ومسببة².

✓في قانون الإجراءات الإدارية في الجزء المخصص للإجراءات أمام المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف ومجلس الدولة، حيث أكدت المواد 3/771 و 4/771 و 12/771 و 14/771 من هذا القانون على ضرورة أن يقضى بعدم قبول مسألة الأولوية الدستورية إذا لم تقدم في مذكرة مكتوبة ومسببة.

كما أن المجلس الدستوري الفرنسي قد لفت الانتباه إلى أهمية هذا الشرط في قراره رقم 2009-595، عندما أوضح في قراره أنه غير مختص بالنظر في الدعوى التي أثّرت بمناسبة مسألة الأولوية الدستورية، وأن المحرر المنفصل المذكرات والطلبات الخاصة بالمسألة الدستورية هي وحدها التي تحال إليه³، مؤكداً أن ذلك من شأنه أن يسهل على المحكمة المرفوع إليها الأمر الفصل في المسألة في أقصر وقت ممكن حتى لا تتأخر الإجراءات، إذا كان يجب إحالتها إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة⁴.

وما تجدر الإشارة إليه سواء بالنسبة للمشرع الجزائري أو الفرنسي أن شرط تقديم الدفع بعدم الدستورية أو QPC - كما تسمى في النظام الفرنسي - بموجب مذكرة مكتوبة منفصلة ومعلقة يطبق على الإجراءات الشفوية تماماً كما يطبق على الإجراءات المكتوبة، بحيث يجب تقديم الدفع بعدم الدستورية في حالة الإجراءات المكتوبة بموجب مذكرة تتفق مع الشكلية المطبقة على الإجراء المعني، في حين أنها تقدم في حالة الإجراءات الشفوية في أي محرر دون اشتراط شكلية خاصة⁵. كذلك المشرع التونسي أكد في الفصل 55 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية على أن يقدم الدفع بعدم الدستورية بمقتضى مذكرة مستقلة ومعلقة ومحررة من قبل محام مرسم لدى التعقيب، ويقابله أيضاً المشرع المغربي حيث نص في المادة 5 من مشروع القانون التنظيمي 15-

¹ Article 126-2 du code de procédure civile.

² Article R. 49-21 du code de procédure pénale.

³ C.C. n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009.

⁴ الحثية رقم 8 من القرار رقم 2009-595؛ أشار إليها: منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص 127، الهامش رقم 2.
⁵ يجب لفت النظر إلى أن الطرف لا يستطيع الاكتفاء بإرسال محرراته إلى المحكمة بل يجب عليه أن يحضر الجلسة لكي يقدم هذه المحررات.

86 على أنه: "يجب تحت طائلة عدم القبول من قبل المحكمة المعروض عليها النزاع، إثارة الدفع بعدم الدستورية بواسطة مذكرة كتابية تقدم بصفة مستقلة، تتضمن بيانا لأوجه الخرق أو الانتهاك أو الحرمان من الحق أو الحرية التي يضمنها الدستور".

في حين أن المشرع المصري عندما نص على حق إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل أحد الخصوم في المادة 29 فقرة "ب" من قانون المحكمة الدستورية فإنه لم يوضح كيف يكون شكل الدفع أمام محكمة الموضوع، وإنما نص على إجراءات رفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا سواء بطريق الإحالة التلقائية أو بطريق الدفع بعدم الدستورية بناء على طلب الخصوم، حيث جاء في صلب المادة 30 من هذا القانون أن ترفع الدعوى عن طريق الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية بتقديم إلى قلم كتاب المحكمة الدستورية عريضة تتضمن بيان النص المطعون بعدم دستورية والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة.

إن هذا الأمر طبيعي لأن الدفع بعدم الدستورية في النظام القانوني المصري مختلف عما هو معمول به في فرنسا والمغرب ، حيث أن مثير الدفع بعد قبول دفعه لا تقوم محكمة الموضوع بإحالته بعد ذلك وإنما يمنح لصاحب الدفع مهلة 3 أشهر ليرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية وفق إجراءات محددة في قانون المحكمة الدستورية العليا، وكأية دعوى قضائية أخرى يجب أن ترفع بعريضة تتضمن كل البيانات الأساسية والجوهرية المتعلقة بالمدعي وموضوع الدعوى وأسبابها وأساسها القانوني، ومن المعروف أن العرائض تكون مكتوبة ودليل ذلك أن المادة 34 من نفس القانون نصت على أن تكون صحف الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا موقعا عليها من محام وهذا يدل على شرط الكتابة. ومع ذلك يبقى الإشكال يدور حول قالب الشكلي الذي يقدم فيه الدفع أمام محكمة الموضوع، هل يقدم بعريضة منفصلة أو بمذكرة منفصلة؟ وهل يكون ذلك وفق شكل محدد يختلف باختلاف نوع الإجراء الذي تم بمناسبة إثارة الدفع بعدم الدستورية (شفوي أو كتابي كان)؟ خاصة أن هذه المرحلة أساسية في تقدير جدية الدفع وتحديد مصيره إما برفضه أو قبوله وبالتالي إمكانية عرضه على المحكمة الدستورية العليا.

بالرجوع إلى نص المادة 28 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية¹ التي أحالت إلى تطبيق قانون المرافعات المدنية والتجارية بخصوص الإجراءات التي لم ينظمها هذا القانون والتي تتعلق بقرارات الإحالة والدعاوى والطلبات التي تقدم إلى المحكمة، فإنه يمكن القول أن الدفع بعدم

¹قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979 المعدل والمتمم بالقانون رقم 137 لسنة 2021.

الدستورية يقدم أمام محكمة الموضوع بنفس الشكل الذي تقدم به الدفوع الموضوعية كونه يمكن إثارته في أي مرحلة كان عليها النزاع.

مما يلاحظ على ما سبق ذكره أعلاه، أن المشرع الجزائري والمغربي والتونسي قد استعملوا صراحة مصطلح "مذكرة" أو كما سماه المشرع الفرنسي "محرر" حسب ترجمة بعض الكتب، في حين أن المشرع المصري قد استعمل مصطلح "صحيفة الدعوى"، فما الفرق بين عريضة الدفع أو كما يسميها البعض الصحيفة وبين مذكرة الدفع؟ هذا ما سوف يتم تحليله بداية للانتقال بعد ذلك إلى تحديد مواصفات مذكرة أو عريضة أو صحيفة الدفع.

الفرع الأول: الفرق بين صحيفة الدعوى ومذكرة الدفع

تعرف صحيفة الدعوى بأنها: "الورقة القضائية التي يحرر بها إجراء المطالبة القضائية، ويقوم بتحريرها المدعي أو من يمثله، وهي تسمى صحيفة الدعوى أو عريضة الدعوى¹، وهي تحرر من أصل وصور بقدر عدد المدعى عليهم زائد صورة لإدارة المحكمة"².

ويعرفها العمروسي بأنها: "الإجراء الأول في الخصومة وهي الصيغة الإجرائية لطرح الدعوى أمام المحكمة وهي سبيل اتصال الخصوم بها"³.

أما مصطلح العريضة *pétition* وباللاتينية *peteri* من *peteri*، فهي تعني السعي للوصول، وتعني كذلك مطالبة محاطة بسعي للوصول⁴.

¹ هناك من يعتبر أن صحيفة الدعوى تختلف عن عريضة الدعوى، حيث تعرف الأولى بأنها: "عمل إجرائي صادر من المدعي "مدعي الحق" أو ممثله القانوني موجهة إلى المحكمة المختصة مبدئياً رغبته في حمايته القضائية قبل المدعى عليه، وهي التي تبدأ بعبارة (إنه في يوم... بناء على طلب...)" ، أما عريضة الدعوى فهي: "الورقة القضائية التي يحرر بها إجراء المطالبة القضائية ويقوم بتحريرها المدعي أو من " ويتطلب لهذا الإجراء شكلية معينة وهي الكتابة أي من يحرر هذا الإجراء كتابة بورقة تسمى عريضة الدعوى وأن تتضمن بيانات معينة نظمها القانون وهي تبدأ بعبارة: "السيد... بعد التحية...مقدمة..."، ودليلهم في ذلك أنه قد تم النص على العمل بالصحيفة في قانون المرافعات المصري في المواد 63 و 394 و 421 و 455، كما تم النص على العمل بالعريضة في قانون المرافعات المصري في المواد 194 و 288.

لمزيد من التفصيل راجع بهذا الخصوص: إيثار موسى، الفرق بين صحيفة الدعوى وعريضة الدعوى في ضوء القانون المصري، استشارات قانونية على موقع محاماة نت، 10 يونيو 2019، موجود على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.mohamah.net>

تم الاطلاع عليه يوم 18 فيفري 2021 على الساعة 9:51.

² إيثار موسى، الفرق بين صحيفة الدعوى وعريضة الدعوى في ضوء القانون المصري، استشارات قانونية على موقع محاماة نت، 10 يونيو 2019، موجود على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.mohamah.net>

تم الاطلاع عليه يوم 18 فيفري 2021 على الساعة 9:51.

³ أصول صياغة المذكرات القانونية، موجود على الرابط التالي:

<https://www.ibitihelmounira.wixsite.com>

تم الاطلاع عليه يوم 18 فيفري 2021 على الساعة 9:50.

⁴ شرمات سيد علي، لجلط فواز، ضوابط الشكاية لتحريرك الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول، ع 10، ص 398.

في حين يقصد بالعريضة الافتتاحية: "الورقة التي يحررها المدعي بنفسه أو عن طريق وكيله قصد عرض وقائع قضية وتحديد طلباته للمحكمة."¹

أما المذكرة القانونية فيمكن تعريفها بأنها: "مذكرة كتابية تشمل على دفوع شكلية أو موضوعية تتعلق بالدعوى، وتقدم هذه المذكرة أثناء الجلسة بعد الانتهاء من المرافعات لتدعيم الدفوع وتتضمن توضيح أو تصحيح أو تكملة لما دار في الجلسة، وتتضمن أفكارا تفصيلية يمكن أن تستأنس بها المحكمة أثناء المداولة وإعادة النظر في الوقائع وأدلة الإثبات بما يمكن أن يؤدي إلى إصدار حكم عادل."

وهناك من عرفها بأنها: "وسيلة تدعم المرافعة الشفوية."²

إذن فصحيفة الدعوى هي الإجراء الأول الذي تبدأ به الخصومة أما المذكرة فهي مكملة لها وتبين أدلتها وتكشف عن مستنداتها، وقد تصح ما جاء فيها أو تعدلها أو تضيف لها أو تشرحها، فصحيفة الدعوى تفتح بها الخصومة بينما المذكرة تذكر فيها وسائل الدفاع بغرض إنهاؤها، وكأن للأولى صفة الهجوم وللمذكرة صفة الدفاع، والأهم من ذلك أن صحيفة الدعوى تبدي من طرف واحد هو المدعي أو من ينوبه قانونا لكن المذكرة القانونية تقدم من جميع الأطراف مهما كانت صفتهم، وهو ما يتماشى مع طبيعة الدفع بعدم الدستورية الذي هو حق لجميع الأطراف وليس فقط للمدعي، وبناء على ذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري قد وفق في اختيار المصطلح المناسب والشكلية المناسبة لإثارة الدفع بعدم الدستورية، وبما أن المادة 195 من الدستور المعدل وفق آخر تعديل له سنة 2020 قد أبقّت على نظام الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة باعتبارهما ثاني محطة لعملية التصفية، فقد نص المشرع العضوي في القانون العضوي رقم 19-22 على أن يقدم الدفع بعدم الدستورية بواسطة مذكرة مكتوبة، مسببة ومنفصلة وليس بواسطة عريضة أو

¹ يحيوي أنيسة، محاضرة بعنوان "إجراءات رفع الدعوى"، ألقيت في إطار التكوين المحلي المستمر لموظفي أمانة الضبط للسنة القضائية 2006/2005، يوم 2006/05/30، وزارة العدل، مجلس قضاء برج بوعريريج، محكمة المنصورة، ص 6؛ متوافرة على الرابط التالي:

<https://courdebordjbourridij.mjjustice.dz>

تم الاطلاع عليه يوم 14 أوت 2021 على الساعة 21:37.

² المذكرة، حسب هذا التعريف، تعتبر شارحة لدفاع الخصم الذي تقدم بها واقعيًا وقانونيًا، وكاشفة عن مستنداته ومفندة لدفاع خصمه، وبيان فساده من الناحية القانونية أو الواقعية لعدم اتصالها بالدعوى أو لوقوع تزوير فيها أو لعدم اتصالها بالنزاع، وفي هذه الحالات يجب أن تحتوي المذكرة على الجديد، فلا تكون ترديدا لما سبق تقديمه في صحيفة الدعوى مثلا إذا كانت من المدعي ومن الأفضل الإحالة إليها في شأن ما تضمنته وهذه الغاية هي الأساس الذي تقوم عليه المذكرات أي الشرح والتفنييد. أصول صياغة المذكرات القانونية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://ibtihelmounira.wixsite.com>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/12/23 على الساعة 20:34.

صحيفة لأن صاحب الدفع لن يرفعه بنفسه بواسطة دعوى إلى المحكمة الدستورية كما هو الحال في مصر.

الفرع الثاني: مواصفات مذكرة الدفع بعدم الدستورية

بعد أن تم التأكيد على أن الدفع بعدم الدستورية يقدم في شكل مذكرة قانونية، فإنه ينبغي الإشارة إلى ضرورة أن تتوفر في هذه المذكرة مواصفات ضرورية حتى تكون مقبولة يمكن استخلاصها من القانون الخاص بتطبيق الدفع بعدم الدستورية¹، وهي كالتالي:

أولاً: يجب أن يقدم الدفع بعدم الدستورية في مذكرة مكتوبة

إن لابد من توافر شرط الكتابة في مذكرة الدفع، ويقصد بها في اللغة إجراءات التحرير (rédaction)، وهي "العمل المادي الذي ينتج لنا نصاً خطياً يعبر عن مراد صاحبه"، والكتابة المقصودة هنا هي الكتابة باللغة العربية²، لأن الدستور الجزائري في المادة 3 منه نص على أن: "اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية"، والعبارة من هذه المادة أن اللغة العربية هي اللغة التي يجب التعامل بها في المؤسسات الدستورية في الدولة³، وهو نفس الأمر بالنسبة لعريضة افتتاح الدعوى في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي اشترط فيها الكتابة⁴ والتي مناطها اللغة العربية.

إن لا يجوز الاكتفاء بإثارة الدفع بعدم الدستورية في مرافعة شفهية دون دعم ذلك بمذكرة مكتوبة، وهذا يعني عدم الأخذ بالمرافعات الشفهية بخصوص الدفع، فحتى لو كانت إجراءات التقاضي لا تتطلب الكتابة كما هو الشأن في القضايا الجزائية، لابد أن يقدم الدفع بعدم الدستورية بموجب مذكرة مكتوبة⁵ وإلا كان غير مقبول، والغرض من المذكرة المكتوبة هو تسهيل مهمة القاضي أو هيئة المحكمة لفحص ودراسة الأوجه المثارة من طرف المعني والتأكد من توافر الصفة التي تخوله القيام بهذه المهمة، ناهيك عن الفصل في المذكرة خلال آجال معقولة.

¹ القانون العضوي رقم 22-19 المحدد لإجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

² شرمات سيد علي، لجلط فواز، مرجع سابق، ص 392.

³ عمار عباس، نفيسة بختي، تأثير النظام الإجرائي على رقابة المجلس الدستوري وسبل إصلاحه، مقالة منشورة بمجلة دراسات قانونية، العدد 2، 2008، ص 27.

⁴ المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09-08 المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13

⁵ د.علاش عبد الكريم (رئيس مجلس قضاء قسنطينة)، معالجة الدفع بعدم الدستورية من قبل قاضي الموضوع، مداخلة أقيمت بمناسبة الندوة الوطنية حول الدفع بعدم دستورية القوانين، المركز الجزائري الدولي للمؤتمرات (عبد اللطيف رحال)، يوم 10 ديسمبر 2018، ص 13؛ براهيم بالجيلالي منصورية، الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع، محاضرة ملقاءة في الملتقى الجهوي للاحية الغرب حول موضوع الدفع بعدم الدستورية المنظم بوهان، بتاريخ 3 فبراير 2019، ص 8؛ أشارت إليه: لعبيدي خيرة، وافي حاجة، مرجع سابق، ص 70.

إن شرط الكتابة يظهر كذلك في المادة 23-1-1 من القانون الأساسي رقم 2009-1523 المتعلق بتطبيق المادة 61-1 من الدستور الفرنسي المعدل في 2008 الخاصة بالمسألة الأولوية الدستورية من خلال عبارة "محرر"، بحيث يقصد بها الكتابة أي التحرير. وفي مقابل ذلك نص المشرع المغربي هو الآخر على وجوب تقديم الدفع بعدم الدستورية بواسطة مذكرة كتابية تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في المادة 5 من مشروع القانون التنظيمي 15-86 الملغى باستثناء أداء الرسم القضائي، وتتضمن هذه المذكرة الاسم الشخصي والاسم العائلي لصاحب الدفع وصفته وعنوانه ويجب إرفاقها بنسخ متساوية لعدد الأطراف وكذا بجميع الوثائق والمستندات التي يرغب صاحب الدفع في الإدلاء بها¹، وهو نفس ما توجه إليه المشرع التونسي حين استوجب تقديم الدفع بعدم الدستورية بموجب مذكرة محررة من قبل محام مرسم لدى محكمة التعقيب تحتوي على بيان أسباب الدفع مع تحديد مفصل لأحكام القانون المطعون فيها²، ولا تستوي أن تكون صحيفة دعوى الدفع بعدم الدستورية في مصر إلا بتقديمها كتابة مع توافر البيانات الخاصة بصاحب الدفع وموضوع الدفع³، كون أن الأمر يتعلق بدعوى مستقلة ترفع أمام المحكمة الدستورية العليا وهو ما يستشف من نص المادة 34 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم 137 لسنة 2021، حيث نصت على أن تكون الطلبات وصحف الدعاوى موقعة من محام، فالتوقيع هو دليل الكتابة كما أن المادة 28 من نفس القانون نصت على أن يسري على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات التي تقدم إلى المحكمة الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها، وإذا ما رجعنا إليه نجده قد نص في المادة 63 منه على أنه: "ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة.

ويجب أن تشمل صحيفة الدعوى على البيانات التالية:

¹الزكراوي محمد، الدفع بعدم دستورية قانون ساري المفعول المحال على أنظار المحكمة الدستورية على ضوء مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 (المخالفة الموضوعية للدستور والانحراف التشريعي). متوافر على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://elmouhami.com>

تم الاطلاع عليه يوم 1 سبتمبر 2021 على الساعة 19:30.

²الفصل 55 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية.

³بالرجوع إلى المادة 11 من قانون المحكمة الدستورية الأردنية نجدها قد نصت هي الأخرى على تقديم الدفع بعدم الدستورية بموجب مذكرة مكتوبة تتضمن مجموعة من البيانات اللازمة تتمثل في:

اسم الطاعن، اسم القانون أو النظام الذي أثير الدفع بعدم دستوريته ورقمه، نطاق الدفع بصورة واضحة ومحددة، أن يقدم الطاعن ما يثبت ادعاءه بأن ذلك القانون أو النظام واجب التطبيق على موضوع الدعوى ووجه مخالفته للدستور.

أنظر: المادة 11 من قانون المحكمة الدستورية الأردنية رقم 25 لسنة 2012، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، عدد 5161، صادرة في 7 جوان 2012، ص.ص 2521، 2522؛ سعودي نسيم، كمال عبد الوهاب، الدفع بعدم الدستورية كآلية لحماية الحقوق والحريات على ضوء التعديل الدستوري الأردني لسنة 2011، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 19، جوان 2018، ص 608.

- 1- اسم المدعي ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وصفته وموطنه.
- 2- اسم المدعى عليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه فان لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن كان له.
- 3- تاريخ تقديم الصحيفة.
- 4- المحكمة المرفوع أمامها الدعوى.
- 5- بيان موطن مختار المدعي في البلدة التي بها مقر المحكمة إن لم يكن له موطن فيها.
- 6- وقائع الدعوى.¹ وهو ما يطبق على إجراءات رفع دعوى الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، لكن السؤال يثور عن كيفية إثارة الدفع أمام محكمة الموضوع وليس أمام المحكمة الدستورية العليا، هل يتم كتابة أم شفاهة؟ وهل يتم بواسطة مذكرة أم صحيفة؟ على الرغم من أن المشرع المصري لم ينوه إلى هذه النقطة لكن من خلال عبارات نص المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا (إذا دفع أحد الخصوم.... ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا... لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا)، يمكن القول أن إثارة الدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة تتم بنفس إجراءات تقديم الدفوع الموضوعية مع ضرورة إثبات جديته لقاضي الموضوع.

ثانيا: تقديم المذكرة بصفة منفصلة

يجب أن تكون مذكرة الدفع بعدم الدستورية منفصلة عن النزاع الأصلي، أي أنه لا يجوز تقديمه مع الطلب الأصلي أو أي طلب أو دفع آخر يختلف عنه في الطبيعة والمضمون²، ويجب أن تتضمن مذكرة الدفع وسائل نقاش وإن كانت مختلفة- تنصب على الدستورية فقط ولا تتعدى إلى النظر في الدعوى الرئيسية، وهذا حتى تتمكن المحكمة من بناء قناعتها حول جدية النزاع في عدم الدستورية.

وتجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى أن مسودة القانون العضوي المنظم للدفع بعدم الدستورية قد ورد فيها كلمة "مستقلة" بدل "منفصلة"، لكن المجلس الدستوري الجزائري قد اعتبر أن كلمة "مستقلة" و"استقلالية" غير دستورية، باعتبارهما صفتين متلازمتين للهيئات والسلطات التي

¹المادة 63 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968، السنة 11، ع19، 11 صفر 1388/9 ماي 1968.

²شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص 132.

أقر لها الدستور صفة الاستقلالية كما ورد في عدة مواد منه (المادة 156 و176، 182، 194، 198، والمادة 202)، وبما أن المعنى الذي يقصده المشرع مغاير للمعنى الذي ذكرناه، فقد اقترح المجلس استعمال لفظ "منفصلة" بدل "مستقلة"¹.

إن هذا الشرط يهدف إلى ضمان المعالجة السريعة لمسألة الأولوية الدستورية وضمان تفعيل طبيعتها الاستباقية²، وقد سبق للقضاء الإداري الفرنسي أن رفض قبول مذكرة الدعوى الأصلية رغم الإشارة فيها إلى مسألة الأولوية الدستورية³ وقد ذهب المجلس الدستوري الفرنسي في إطار تبرير اشتراط المذكرة المنفصلة إلى أن اختصاص المجلس يمتد فقط إلى البحث في دستورية النص التشريعي وفقا لما أورده المذكرة الخاصة بالمسألة الأولوية الدستورية، وبناء عليه يلزم أن تحال إليه المذكرة وحدها دون النزاع الأصلي⁴.

ثالثا: أن تكون مذكرة الدفع بعدم الدستورية مسببة ومعللة

إذا كان قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 يشترط في المادة 15 منه أن تتضمن عريضة الدعوى عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى، فإن القانون العضوي 22-19 قد اشترط في مقابل ذلك في المادة 19 منه تسبب وتعليل مذكرة الدفع، ويقصد بالتسبب في هذه الحالة: "تبيان عدم دستورية المقتضى المطعون فيه من خلال إظهار أوجه الخرق أو الانتهاك الواقع على الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور"⁵، مع تحديد النص المطعون فيه بدقة، وهل يتعلق بمادة أو بند أو بفقرة، مع إثبات أن النص المطعون في دستوريته هو الذي سيطبق فعلا على النزاع، وبالتالي لا بد أن يكون التعليل كافيا ودقيقا وواضحا غير مبهم حتى يمكن لقضاة الموضوع تقدير مدى جدية الدفع والبت فيه في أقصر الآجال، وبذلك فالتعليل العام وفق عبارات مطاطية لا يقبل من قضاة الموضوع مثل عدم تحقق الأمن القانوني أو غموض

¹ رأي المجلس الدستوري رقم 03/ر.ق.ع.م.د/ 18 المؤرخ في 20 ذو القعدة عام 1439 هـ، الموافق ل 2 غشت 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية للدستور الصادر بالجريدة الرسمية عدد 54 مؤرخة في 5 سبتمبر 2018، ص5.

² منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص31.

³ C. F : Julien BONNET, Pierre Yves GAHDOUN, op.cit., p.37.

⁴ عبد الله الساعدي حمد عبد الله علي، مرجع سابق، ص15.

C.C.n°595-2009 DC, 3 décembre 2009.

أشار إليه كل من: صلاح الدين فوزي محمد، مرجع سابق، ص 164؛ منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص 31.

⁵ محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، سلسلة الدراسات الدستورية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2013، ص.ص 56، 57؛ جمال العزوزي، تأملات أولية في مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية القوانين، المجلة المغربية للحكام القانونية والقضائية، عدد 1، مطبعة الأمنية، الرباط، 2016، ص 112.

المقتضى التشريعي أو التنظيمي¹ ، وهو ما أكد عليه المجلس الدستوري الفرنسي من خلال قراره رقم 595-2009 الذي اعتبر أن إرادة المشرع في اشتراط تقديم مسألة الأولوية الدستورية في وثيقة منفصلة ومعلقة، ترمي إلى تسهيل فحص المسألة الدستورية ذات الأولوية، وتمكين المحكمة المثار أمامها من البت فيها في أقصر الآجال، لغاية عدم تعطيل الإجراءات في حالة ما إذا كانت هذه المسألة ستتم إحالتها على مجلس الدولة أو محكمة النقض.

وحسب Régis FRAISSE رئيس محكمة الاستئناف الإدارية فإنه لا بد أن تتضمن مذكرة

الدفع بعدم الدستورية ما يلي:

✓تحديد المقتضى التشريعي بدقة (مادة، فقرة أو بند).

✓كيف سيتم تطبيق المقتضى التشريعي على النزاع الأصلي.

✓التحقق من عدم صدور قرار عن المجلس الدستوري حول مدى دستورية المقتضى التشريعي

ووجوب أن ينصب التعليل بدقة على المقتضى التشريعي الذي تمت إثارة مسألة الأولوية الدستورية بسببه²، وهو ما يمكن استنتاجه من نص المادة 19 و21 من القانون العضوي 22-19 المحدد لكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية في القانون الجزائري، وكذلك الفصل 55 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية، حيث نص صراحة على أن تحتوي مذكرة الدفع على عرض في بيان أسباب الدفع مع تحديد مفصل لأحكام القانون المطعون فيها، ونفس الأمر بالنسبة للمشرع المغربي في المادة 5 من مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 الملغى التي نصت على أن تتوفر مذكرة الدفع على بيان المقتضى التشريعي موضوع الدفع بعدم الدستورية ، الذي يدعي صاحب الدفع أنه يمس بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها له الدستور، وأن تتضمن بيانا لأوجه الخرق أو الانتهاك أو الحرمان من الحق أو الحرية، وأن يكون القانون موضوع الدفع هو الذي تم تطبيقه أو يراد تطبيقه من لدن المحكمة في الدعوى أو المسطرة القائمة أو يشكل أساسا للمتابعة، وألا يكون قد سبق البت في مطابقتها للدستور ما لم تتغير الظروف، وحتى المشرع المصري وإن كانت طريقته مغايرة فيما يخص تقديم الدفع في شكل صحيفة أمام المحكمة الدستورية العليا فإنه قد اشترط أن تتضمن هذه الأخيرة بيانا للنص المطعون

¹ على من يثير مسألة الأولوية الدستورية أن يبين بوضوح في مذكرته ما هو الحق أو الحرية المكفولة دستوريا والتي يدعي أن المقتضى التشريعي أو التنظيمي -حسب آخر تعديل له في 2020- قد اخترقها.

C. F : Mathieu DISANT, Droit de la question prioritaire de constitutionnalité-cadre juridique-pratique jurisprudence, édit Lamy, 2011, pp.144, 145.

²C. F : Régis FRAISSE, la question prioritaire de constitutionnalité devant le juge administratif, C. J. F. I, n°59 premier trimestre 2009.

أشار إليه: محمد أتركين، مرجع سابق، ص57، الهامش 3.

فيه بعدم الدستورية والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة¹، بالإضافة إلى توقيع صاحب الدفع (الطاعن) أو ممثله القانوني أو المحامي (عندما يشترط توقيع المحامي)².

ما يمكن التعقيب عليه بخصوص المشرع الجزائري هو عدم ذكره للبيانات التي يجب ذكرها في مذكرة الدفع بعدم الدستورية³، هل يجب ذكر اسم ولقب المدعي والمدعى عليه في الدعوى الأصلي أم فقط رافع الدفع؟ وهل يجب ذكر موطنهم؟ وهل يمكن ذكر وقائع الدعوى الأصلية التي تتصل مع موضوع الدفع باختصار أم أنه غير ضروري⁴؟ لكن بما أن الأمر يتعلق بمذكرة مكتوبة فإنه على الرغم من أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم ينص هو الآخر على البيانات التي يجب أن تتوفر عليها المذكرات بصفة عامة، فإنه بالرجوع إلى الممارسة العملية القضائية يمكن القول أن مذكرة الدفع تحتوي على المعلومات التالية:

✓مقدمة المذكرة: تتضمن اسم المحكمة، رقم الدائرة، أسماء الخصوم وصفاتهم، رقم الدعوى، سنتها ونوعها وتاريخ الجلسة ويكتب في الأخير نوع المذكرة (تكميلية أو ختامية) وبما أن الأمر هنا متعلق بالدفع بعدم الدستورية تكتب مذكرة الدفع بعدم الدستورية.

✓ذكر الوقائع المنتجة بالدعوى (في حالة الدفع بعدم الدستورية يمكن القول أن الوقائع المعنية هنا هي التي ترتبط بموضوع الدفع بعدم الدستورية فقط).

✓الدفاع: ويقصد به التكييف القانوني للوقائع مع ذكر الأساس القانوني (وفي حالة الدفع بعدم الدستورية يمكن القول بأنه يقصد به الأدلة التي تثبت جدية الدفع بعدم الدستورية مع ذكر القانون محل الدفع بدقة والمادة الدستورية المزعوم مخالفتها والحق أو الحرية التي تم انتهاكها أو سيتم المساس بها).

✓الطلبات: ويقصد منه طلب إحالة القانون على المحكمة الدستورية لفحص دستوريته لانتهاكه حقا أو حرية مكفولة دستوريا.

¹المادة 30 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية.

²أنظر الصفحات المتعلقة بشرط توقيع المحامي على مذكرة أو صحيفة دعوى الدفع بعدم الدستورية، ص-ص، 150-153.

³إن المشرع الجزائري نص في المادة 22 من القانون العضوي 22-19 على أنه يوجه قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية مع عرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، فما الذي يقصده بعرائض الأطراف، هل يقصد العريضة الافتتاحية أم الطلبات العارضة (الإضافية والمقابلة) أم كلاهما؟ كان لابد من توضيح هذه الأمور من لدن المشرع سواء عند تعديل القانون العضوي 18-16 أو ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لكنه لم يفعل ذلك للأسف.

⁴المشرع التونسي في الفصل 57 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية نص على أن قرار الإحالة يجب أن يحتوي على أسماء الأطراف وألقابهم ومقراتهم وعلى المطاعن الموجهة إلى القانون المطعون فيه وبيان أحكامه المدفوع بعدم دستوريته مع عرض موجز لوقائع القضية الأصلية المرتبطة مباشرة بالدفع وهذا يعني أنه يجب ذكر وقائع القضية الأصلية التي ترتبط ارتباطا مباشرا بموضوع الدفع حتى يتسنى للمحكمة الدستورية تبث في المسألة الدستورية وهي على علم بكل الجوانب المتعلقة بموضوع الدفع بما في ذلك أطراف النزاع الأصلي ووقائعه الجوهرية.

✓توقيع المحامي وصفة موكله في الدعوى (في حالة وجوب التمثيل بمحامي)¹

كما أنه سكت عن مسألة خضوع إرسال مذكرة الدفع للرسوم القضائية² ، ولو أن الراجح أنها ترسل بدون رسوم قضائية لارتباطها بالدعوى الأصلية، لكن السيد "مولاي علي" مستشار بمجلس الدولة الجزائري أوضح بأن الرسم القضائي مقدر ب 2225، إذًا فهو شرط موجود عند إثارة الدفع بعدم الدستورية وذلك عملاً بالمادة 6 من القانون رقم 22-13 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مع الأخذ بعين الاعتبار بأن الدولة والأشخاص المعنوية الإدارية معفية قانوناً من دفع الرسوم.³

وفي الأخير، يمكن القول بأن هذه الشروط تسمح للهيئة القضائية التي أثير الدفع بعدم الدستورية أمامها بمواصلة سير التحقيق، واتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية اللازمة بالرغم من أن الفصل في الدعوى الأصلية يؤجل إلى غاية الفصل في الدفع من قبل القاضي الدستوري إذا ما أحيل له أو صدور قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة في حالة رفض إحالة الدفع على المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية. وتظهر أهمية هذه الشروط في أنه إن لم يتم احترامها يكون الجزاء هو عدم قبول الدفع بعدم الدستورية ورفض إرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة،

¹طريقة صياغة مذكرة دفاع في مصر، موجودة على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.lawyeregypt.net>

تم الاطلاع عليه يوم 27 أوت 2021 على الساعة 19:24.

²المشروع المغربي قد ذكر شرط دفع الرسوم القضائية صراحة في المادة 5 من مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 الملغى وإرفاقه بمذكرة الدفع، على الرغم من أن الدفع بعدم الدستورية متعلق أصلاً بدعوى مرفوعة ولها رسوم قضائية محددة لها، فلو كانت الطريقة التي اختارها المشرع المغربي لتقديم الدفع بعدم الدستورية هي منح صاحب الدفع أجلاً لرفع دعواه بنفسه أمام المحكمة الدستورية -كما هو الحال بالنسبة لمصر(المادة 53 من قانون المحكمة الدستورية العليا)- لكان الأمر يتطلب دفع رسوم قضائية لأن هناك دعوى يتم قيدها أمام المحكمة الدستورية بواسطة صحيفة الدعوى، لكن المشرع المغربي قد اختار طريقة الإحالة من قبل محكمة النقض على المحكمة الدستورية.

وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن التعديلات التي تم اقتراحها على مشروع القانون التنظيمي الذي ألغته المحكمة الدستورية قد ورد فيها بخصوص المادة 5 من مشروع القانون التنظيمي ما يلي: "يجب تحت طائلة عدم القبول...مع مراعاة الشروط التالية: ...أن يؤدي عنها وديعة قضائية يحدد قيمتها في مبلغ 500 درهم أمام المحكمة الابتدائية ومبلغ 1000 درهم أمام محكمة الاستئناف و2000 درهم أمام محكمة النقض، غير أنه يعفى من هذه الوديعة الزوجة والأبناء في المنازعات المتعلقة بالنفقة، والأجراء وضحايا حوادث الشغل أمام الغرفة الاجتماعية بالمحاكم الابتدائية والاستئنافية ودعاوى الإلغاء والمنازعات الانتخابية، ومنازعات المعاشات، وإذا قبلت المحكمة مذكرة الدفع يحق لمثير الدفع بعدم الدستورية استرجاع مبلغ الوديعة داخل أجل 3 أشهر من صدور قرار المحكمة الدستورية ما لم تصرح هذه الأخيرة بعدم قبول الدفع بعد بسط رقابته عليه وعلى مقرر المحكمة القاضي بقبول الدفع.

لكن هذا المقترح قد تم رفضه على الرغم من التشبث به من طرف مقترحيه.

لمزيد من التفصيل راجع: جدول التصويت على التعديلات المقدمة على مشروع قانون تنظيمي رقم 15-86 يتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون(ترتيب الآثار القانونية)، موجود ضمن تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون تنظيمي رقم 15-86 يتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون(ترتيب الآثار)، برئاسة محمد الأعرج، مجلس النواب، المملكة المغربية، دورة أبريل 2022، السنة التشريعية الأولى 2021/2022، الولاية التشريعية الحادية عشر 2021-2026، ص5.

³ مولاي علي، دور مجلس الدولة في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي الأول للمحكمة الدستورية الجزائرية الموسوم ب "حق المواطن في الوصول إلى القضاء الدستوري في ضوء الأنظمة المقارنة، بقصر الأمم، الجزائر، يومي 5 و6 ديسمبر 2022، ص9.

والسؤال الذي يثار في هذه الحالة هو مدى إمكانية تدارك وتصحيح هذا الشرط قبل غلق باب المرافعات؟

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية- عملا بالمادة 18 من القانون العضوي 22-19 التي أحالت عليه- لاسيما المادة 62 و848 منه¹، نجدها قد سمحت بتصحيح هذا الإجراء سواء من قبل الأطراف أو عن طريق القاضي الذي يمكنه إثارة ذلك من تلقاء نفسه ومنح أجل للخصوم لتصحيحه، أما أمام الهيئات القضائية فيطبق قانون الإجراءات الجزائية.

وقد أوضح السيد "مولاي علي" مستشار مجلس الدولة الجزائري أنه يمكن استدراك العيوب الشكلية المتمثلة في الرسم القضائي وتوقيع المحامي على مذكرة الدفع، وشرط تقديم الدفع بموجب مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومعللة، شريطة أن يكون تداركها قبل غلق باب المرافعة.²

أما فيما يخص الأجل المحدد لإثارة الدفع بعدم الدستورية فالمشرع الجزائري لم يقيد الدفع بأجل محدد فالمهم أن يقدم قبل اختتام التحقيق، وفي حالة الطعن بالنقض يقدم أثناء تبادل المذكرات³، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المغربي من خلال المادة 3 من مشروع القانون التنظيمي الملغى رقم 15-86 التي نصت على أنه: "يجب في جميع الأحوال، أن يثار الدفع بعدم الدستورية قبل اعتبار القضية المعروضة على المحكمة جاهزة للحكم".⁴

أما بالنسبة لمسألة الميعاد في التشريع المصري، فإن هناك شطرين أو مرحلتين ففي المرحلة الأولى أي مرحلة إثارة الدفع بعدم الدستورية فإنه يمكن للخصوم أن يدفعوا بعدم دستوريته قانون أو لائحة في أي وقت من مراحل الدعوى، أما فيما يخص المرحلة التي تلي تقدير جدية الدفع وتصريح محكمة الموضوع بجدية الدفع فإنها تمنح لصاحب الدفع مهلة محددة لا يمكنه تجاوزها لرفع دعواه الدستورية أمام المحكمة الدستورية بنفسه وقد حددها المشرع المصري في المادة 29 فقرة "ب" من قانون المحكمة الدستورية العليا بثلاثة أشهر من تاريخ إصدار قرار التصريح بجدية

¹تسمح المادة 62 والمادة 848 من قانون إج.م. المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 بتصحيح الإجراءات المشوبة بالبطلان حيث تنص المادة 62 على أنه: "يجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيح الإجراءات المشوب بالبطلان بشرط بعدم بقاء أي ضرر قائم بعد التصحيح."

أما المادة 848 تنص على أنه: "عندما تكون العريضة مشوبة بعيب يرتب عدم القبول، وتكون قابلة للتصحيح، لا يجوز للمحكمة الإدارية أن ترفضها وإثارة عدم القبول تلقائيا إلا بعد دعوة المعني إلى تصحيحها."

²مولاي علي، مرجع سابق، ص 8.

³لعبيدي خيرة، وافي حاجة، مرجع سابق، ص 71.

⁴لم يرد أي اقتراح بشأن تعديل هذه المادة في تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون تنظيمي رقم 15-86 يتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون (ترتيب الأثار) مما يعني إجماع مجلس النواب على بقائها كما هي.

أنظر: تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون تنظيمي رقم 15-86 يتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون (ترتيب الأثار)، مرجع سابق، ص 3.

الدفع¹، ويعتبر هذا الميعاد من المواعيد الحتمية وليس التنظيمية بحيث يتوجب على صاحب الدفع احترامه حتى وإن سكتت محكمة الموضوع عن تحديده وإقراره وإلا كانت دعواه غير مقبولة²، ويخضع ميعاد رفع الدعوى الدستورية للأحكام التي تخضع لها مواعيد المرافعات بصفة عامة سواء من حيث الامتداد (كأيام العطل الرسمية)، الوقف (القوة القاهرة كالمرض العقلي أو الاعتقال الإداري)، أو من حيث الانقطاع كطلب المساعدة القضائية أو الإعفاء من الرسوم. إذن فميعاد رفع الدعوى الدستورية في التشريع المصري يعد من النظام العام بحيث يمكن للمحكمة الدستورية إثارته في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، والغاية من تحديد هذه المهلة هي انتظام التداعي في المسائل الدستورية، فإذا لم يحترم سقط الحق في الدفع واعتبر كأن لم يكن.

وفي الأخير، يثور التساؤل حول ما إذا يمكن لمحكمة الموضوع أن تمنح للخصم الذي أثار الدفع مهلة جديدة لرفع دعواه إذا انقضى الميعاد الأول الذي حددته له؟
لقد أجابت المحكمة الدستورية العليا المصرية على ذلك في حكمها الصادر في 28/09/2008 في الدعوى رقم 28/19 قضائية بقولها أنه: "لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تمنح الخصم الذي أثار المسألة الدستورية مهلة جديدة ما لم يكن قرارها بالمهلة الجديدة قد صدر عنها قبل انقضاء الميعاد الأول، فإذا كان قد صدر عنها بعد فواته، غدا ميعادا جديدا منقطع الصلة به ومجردا قانونا من كل أثر"، ومنه يفهم من ذلك أنه لا يجوز لها تحديد أجل جديد إذا انتهت مهلة الثلاثة أشهر، ولكن يمكنها تجديدها إذا لم تنقض المهلة الأولى³.

المطلب الثاني: شروط قبول الدفع بعدم الدستورية من الناحية الموضوعية

إن غالبية الدول التي أخذت بنظام الدفع بعدم الدستورية بطريقة غير مباشرة عن طريق إثارته أمام محكمة الموضوع-خاصة النظام الجزائري والمغربي والتونسي والمصري وكذا الفرنسي موضوع الدراسة-تتفق على ضرورة ارتباط القانون محل الدفع بعدم الدستورية بموضوع النزاع

¹المشرع الليبي حدد الأجل لرفع الدعوى الدستورية بطريق الدفع بثلاثة أشهر في حين حددها المشرع البحريني بشهر واحد في قانون إنشاء المحكمة الدستورية البحرينية رقم 2002/27 أما المشرع الكويتي فلا يقيده بأجل محدد ذلك أن محكمة الموضوع هي من تحيل الدفع بعدم الدستورية بعد تقدير جديده وتوافر شروطه على المحكمة الدستورية.

²لقد تبنت المحكمة الدستورية العليا المصرية هذا الرأي في حكمها الصادر في 2006/02/12 في الدعوى الدستورية رقم 22/173 قضائية، أنظر الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا على شبكة المعلومات الدولية؛ أشار إليه: خليفة سالم الجهمي، طرق تحريك الرقابة الدستورية (دراسة تحليلية مقارنة)، مرجع سابق، ص 20، الهامش رقم 61.

³كذلك المحكمة الدستورية البحرينية في حكمها الصادر في 2012/06/27 في القضية رقم د/2011/2 لسنة 9 قضائية اتخذت نفس رأي المحكمة الدستورية العليا المصرية، الجريدة الرسمية للبحرين ع 3059 الصادرة في 2012/07/5، ص 60 وما بعدها؛ أشار إليه: خليفة سالم الجهمي، المرجع نفسه، ص 22.

بحيث أن الفصل فيه سيؤثر على مآل النزاع أو الإجراء أو يمثل أساساً للمتابعة¹، مع التركيز على الطابع الجدي للدفع بعدم الدستورية، حيث تعتبر مسألة تأسيس الدفع بعدم دستورية قانون وجدديته من الأهمية بما كان، والتي على أساسها يتحدد مصير الدفع إما بالقبول أو الرفض، وهو ما دفع بالمشرع إلى وضع شروط توجيهية لقاضي الموضوع المثار أمامه الدفع بعدم الدستورية، وتتمثل فيما يلي:

الفرع الأول: ارتباط الدفع بدعوى أصلية في الموضوع

يقترن تفعيل حق الدفع بعدم الدستورية برفع دعوى مسبقاً في الموضوع بمعنى آخر دفع فرعي² ذو صلة بدعوى أصلية يجري نظرها بمناسبة نزاع أو خصومة أمام القضاء، حيث لا يمكن إثارته مباشرة أو بمعزل عن دعوى الموضوع، وهو دفع موضوعي يمكن إثارته أثناء سير النزاع³. هذا الشرط يجعل من المنازعة الدستورية حقيقية لأنها مرتبطة بنزاع حقيقي معروض أمام المحاكم القضائية بمختلف درجاتها⁴، وبمفهوم المخالفة لا يجوز تقديم دفع عدم الدستورية في خصومة انتهت وتم الفصل فيها، واستفاد جميع طرق الطعن فيها⁵.

الفرع الثاني: أن ينصب الدفع بعدم الدستورية على نص قانوني يتوقف عليه مآل النزاع

يتضمن هذا الضابط شطرين كلاهما يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمحل الدفع بعدم الدستورية، فالأول يحدد نوع النص القانوني الذي يمكن الدفع بعدم دستوريته، أما الشرط الثاني فيتعلق بمدى تأثير

¹ ما يلاحظ على هذه النقطة أن المشرع الجزائري لم ينص على الإجراء وإنما اكتفى بمصطلح النزاع أو يشكل أساساً للمتابعة (المادة 21 من ق.ع 19-22)، وذلك على خلاف المشرع الفرنسي الذي ذكر مصطلح الإجراء في المادة 23-2 الفقرة 1 من القانون الأساسي 1523-2009، وحتى المشرع المغربي استعمل مصطلح (المسطرة) الذي يرمز عادة إلى الإجراء. والسؤال المطروح، لماذا لم ينص المشرع الجزائري على الإجراء أيضاً، وما المقصود من الإجراء في حد ذاته؟

² تم إضفاء صفة الدفع الفرعي عليه كون الدفع بعدم الدستورية يعتبر أحد صور الرقابة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي.

³ المادة 188 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري ج، ر، ج، ج، ع، 14ع،

المؤرخة في 07 مارس 2016 المعدلة والمتمة بالمادة 195 من الدستور المعدل سنة 2020 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442-20 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع. ج. ع 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

، ويقابلها المادة 61-2 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل بموجب القانون 724-2008 المؤرخ في 23 جويلية 2008، والفصل 54 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية، والمادة 29 فقرة ب' من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية، والمادة 1 من مشروع القانون التنظيمي المغربي الملغى رقم 15-86، والتي لم بشأنها هي الأخرى اقتراح تعديل.

أنظر: تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون تنظيمي رقم 15-86 يتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون (ترتيب الآثار)، مرجع سابق، ص 1.

⁴ كمون حسين، رقابة الدفع بعدم الدستورية في ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016 بين الفعالية والمحدودية، مجلة المستقبل لدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، ع 2، ديسمبر 2019، ص 10.

⁵ عائشة لزرق، لعيداني سهام، الدفع بعدم الدستورية كآلية إخطار لتفعيل دور المجلس الدستوري في مجال حماية الحقوق والحريات، مجلة تنوير، ع 4، ديسمبر 2017، ص 188.

يعتبر هذا الشرط جوهرياً لصحة الدفع بعدم الدستورية أمام محاكم المملكة الأردنية كذلك، بحيث لا يجوز تقديم دفع حول دستورية قانون أو ناظم نافذ بصفة مستقلة، المادة 60 فقرة 2 من الدستور الأردني المعدل سنة 2011، ج. ر. للملكة الأردنية الهاشمية، ع 5117، الصادرة بتاريخ 01 تشرين الأول سنة 2011، ص 4459.

النص القانوني محل الدفع على الدعوى الموضوعية القائمة والتي بمناسبةها أثرت مسألة الدستورية.

أولاً: تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن تكون محلاً للدفع بعدم الدستورية

إن الدفع بعدم الدستورية يقتضي مواجهة نص قانوني عن طريق الطعن في دستوريته، وهو أمر مسلم به عند جميع الأنظمة التي أخذت بنظام الدفع بعدم الدستورية، لكن الاختلاف يكمن في المصطلحات المستعملة، حيث استعمل المؤسس الجزائري وكذا المشرع مصطلح الحكم التشريعي في المادة 188 من الدستور المعدل سابقاً لسنة 2016، وأضاف له عبارة (أو تنظيمي) بمناسبة التعديل الدستوري لسنة 2020 في المادة 195 منه، وقد تأثر في ذلك بنظيره الفرنسي الذي استخدم مصطلح المقتضى أو الحكم¹، في حين فضل كل من المؤسس المغربي ونظيره التونسي توظيف مصطلح قانون فقط، أما المشرع المصري فقط استعمل مصطلح قانون ولائحة معاً.

إن أول ما يثار في هذه النقطة يتعلق بمعرفة النصوص التي تخضع لرقابة الدفع بعدم الدستورية، وبالاستناد إلى التجربة الفرنسية التي كانت سبقة في هذا المجال-مقارنة مع الجزائر والمغرب وتونس- فإن النصوص القانونية محل الدفع بعدم الدستورية تتمثل في النصوص ذات القيمة التشريعية²، ويقصد بها: « كل نص صادر عن جهة تمتلك سلطة التشريع في مفهومه الضيق، بمعنى كل نص صوت عليه البرلمان بأشكاله المختلفة-قانون عادي أو عضوي، أو أمر مصادق عليه من قبل البرلمان والقوانين المنصوص عليها في المواد 38 و 74-1 من الدستور والمتعلقة بكاليدونيا الجديدة³، وبالتالي يستثنى من ذلك الأوامر التي لم يصادق عليها البرلمان بعد، والمراسيم والقرارات الفردية لأنها تعتبر أعمالاً إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري⁴.»

إذن تخرج من نطاق الدفع بعدم الدستورية في فرنسا كل من الأحكام الدولية والأوروبية، والقوانين المتعلقة ببرامج الدولة، وقوانين المصادقة على الاتفاقيات وتغيير توجهات الاتحاد

¹Une disposition législative ; Article 23-1, loi organique n° 2009-1523 relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution.

²محمود صبحي علي السيد، الرقابة على دستورية اللوائح، مرجع سابق، ص 107.

³منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص 106-110.

⁴وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 21 ماي 2010، على أنه: «إذا كانت السيدة M.A قد أثارت في مذكرتها الأخيرة دفعا بعدم دستورية العديد من النصوص اللائحية المتعلقة بمكتب التوثيق، فإن الواجهة لم يكن، من ناحية أولى، بمذكرة منفصلة، ومن ناحية أخرى فإن الطاعنة لم تنازع في دستورية نص تشريعي ولكنها طلبت من مجلس الدولة أن يلغي نصوصاً لائحية، وبالتالي فإن هذا الوجه لا يدخل في إطار الدفع بعدم الدستورية، ومن ثم يجب استبعاده»

C. E, 21 Mai 2010-315825.

أشار إليه: منصور محمد أحمد، المرجع نفسه، ص 71.

أنظر أيضاً: لعبيدي خيرة، وافي حاجة، مرجع سابق، ص 66.

الأوروبي، وكذلك القوانين الاستثنائية باعتبار أنه تم إقرارها مباشرة عن طريق الشعب الفرنسي على إثر استفتاء، والذي يعد تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية، في حين أنه يمكن تعديلها بقوانين برلمانية يمكنها أن تكون محل مسألة أولوية دستورية¹، ضف إلى ذلك القوانين الدستورية. ومن جانبه عرف المشرع المغربي القانون محل الدفع بعدم الدستورية بأنه: « كل مقتضى ذو طابع تشريعي يراد تطبيقه في دعوى معروضة على المحكمة.. »²، وهو بذلك قد حذا حذو المشرع الفرنسي.

أما المشرع التونسي لم يبد أي توضيح بشأن المقصود من القانون محل الدفع بعدم الدستورية، بحيث يبقى ذلك رهينة التطبيق الفعلي لآلية الدفع بعدم الدستورية.

أما عن مفهوم القانون الخاضع للرقابة الدستورية عن طريق الدفع أمام المحكمة الدستورية العليا المصرية، فقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن محل الدفع بعدم الدستورية يتمثل في القانون بمعناه الموضوعي الأعم، محددًا على ضوء النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة ومجردة، سواء وردت هذه النصوص في التشريعات الأصلية التي تقرها السلطة التشريعية أم في التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي أناطها بها الدستور³.

وبالعودة إلى المؤسس الدستوري الجزائري، فإنه قد استعمل مصطلح الحكم التشريعي -نقلاً عن نظيره الفرنسي- في نص المادة 188 من الدستور المعدل في 2016، وأضاف كلمة (أو تنظيمي) بعد آخر تعديل دستوري لسنة 2020 في نص المادة 195، بعد أن تلقى عدة انتقادات واقتراحات بالتعديل، فما الذي يقصده من توظيفه لمصطلح (حكم) بدل اكتفائه بكلمة (قانون) أو نص تشريعي أو تنظيمي؟ وهل هناك فرق بين هذه المصطلحات؟

إن أول نقطة تستوجب الوقوف عليها هي توضيح بعض المصطلحات، خاصة عبارتي حكم ونص، بحيث يعرف الحكم في معجم المعاني الجامع-معجم عربي-عربي بأنه: «علم وتفقّه وحكمة، وهو في الشرع: القول بالحل والحرمة ونحوهما». والحكم من الحكمة، وهو القضاء.

¹C.C. n° 62-20,6 Novembre 1962,Rec, P.27 et n°92-313DC.23Septembre 1992, Rec, p.15.

أشار إليه: منصور محمد أحمد، المرجع نفسه، ص 85.
يرى الأستاذ "رمزي الشاعر" أن اللجوء إلى الاستفتاء الشعبي في مصر لا حصن القوانين التي تم الاستفتاء عليها ولا يصحح ما بها من عيب في عدم دستورتيتها، فإذا صدرت معيبة ظلت كذلك ولم تم الاستفتاء عليها.
²المادة 2 فقرة(أ) من مشروع القانون التنظيمي 15-86 الملغى المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور المغربي لسنة 2011، لم يرد هي الأخرى بشأنها مقترح تعديل مما يعني الإجماع على إبقائها كما هي.
³عز الدين الديناصور، عبد الجميد الشواربي، مرجع سابق، ص 30.

أما النص لغة فهو: « رفع الشيء، وهو أيضا التحريك والسير الشديد، والنص هو التعيين على شيء ما، ونص الرجل نصا إذا سأله عن شيء حتى يستقصي ما عنده، ويقول الفقهاء: نص القرآن ونص السنة أي ما دل ظاهر لفظهما عليه من الأحكام.¹ »

إذًا، يتضح من التعريف اللغوي للنص أنه أوسع نطاقا من عبارة حكم، بحيث أن نصا واحدا قد يضم عدة أحكام، فعلى سبيل المثال: تنص المادة 3 من القانون العضوي 18-16 على عدة أحكام هي:

1- عدم إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية.

2- إمكانية تقديم الدفع بعدم الدستورية عند استئناف حكم صادر عن محكمة الجنايات الابتدائية.

3- تنتظر محكمة الجنايات الاستئنافية في الدفع قبل فتح باب المناقشة، بحيث يمكن الطعن في دستورية حكم من الأحكام مثلا (إمكانية تقديم الدفع عند استئناف حكم صادر عن محكمة الجنايات الابتدائية)، ويتم إثبات عدم دستوريته، ونتيجة لذلك يلغى هذا الحكم فقط دون بقية الأحكام الأخرى أو أجزاء النص القانوني التي تبقى قابلة للتطبيق.

لكن ما يلاحظ على المؤسس الدستوري الجزائري أنه استعمل مصطلح "حكم تشريعي أو تنظيمي" في نص المادة 195 في الوقت الذي دأب فيه على استعمال مصطلح "نص تشريعي أو تنظيمي" في مادة الرقابة الدستورية خارج نص المادة 195، فعلى سبيل المثال تنص المادة 198 في فقرتها الرابعة على أنه: "إذا قررت المحكمة الدستورية أن نصا تشريعيًا أو تنظيميًا غير دستوري على أساس المادة 195 أعلاه، يفقد أثره...."، فهل يعني استعمال مصطلحين (حكم، نص) في نفس مادة الرقابة الدستورية عن طريق الدفع أن لهما نفس المعنى والمقصود؟

من وجهة نظرنا الخاصة كان من الأنسب للمؤسس الدستوري الجزائري توحيد المصطلحات بدل التوظيف العشوائي لها، خاصة أن الأمر يتعلق بنوع واحد من الرقابة الدستورية يتمثل في الدفع بعدم الدستورية، لأنه فيما يخص الرقابة السابقة للمعاهدة والقانون قد استعمل مصطلح (معاهدة وقانون)²، ذلك أن القانون أو المعاهدة تعرض كاملة على المحكمة الدستورية وليس جزء منها فقط، كذلك الأمر بالنسبة للرقابة البعدية للأوامر والتنظيمات، فقد استعمل مصطلح (أمر

¹ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأفرقي، لسان العرب، ج 7، ص ص 97، 98.
²المادة 198 ف1 و2 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

وتنظيم)¹، ونحن نرى أن مصطلح(الحكم) يعتبر الأنسب وقد وفق المؤسس الدستوري نوعا في استخدامه، والسبب في ذلك أن نصا تشريعيا أو تنظيميا واحدا قد يضم عدة أحكام قد تكون إحداها غير دستورية، فيما تكون الأحكام المتبقية مطابقة للدستور، وبالتالي لا تحكم المحكمة الدستورية بسقوطها كلها، وفي المقابل قد تتضمن عدة نصوص حكما تشريعيا أو تنظيميا واحدا، وبالتالي فإن الحكم بعدم دستوريته ينجر عنه سقوط هذا الحكم في جميع النصوص القانونية التي ورد فيها- وهو ما سيتم توضيحه لاحقا عند الحديث عن أثر الحكم بعدم الدستورية في الباب الثاني- الفصل2-من هذه الدراسة.

وفي نفس الصدد بما أن محل الدفع بعدم الدستورية قد امتد في تعديل 2020 إلى المجال التنظيمي، فلا بد من ضبط مجال الحكم التنظيمي محل الدفع بعدم الدستورية، فهل يقصد به ما يصدر عن رئيس الجمهورية من مراسيم رئاسية خارج مجال القانون فقط أم يشمل كذلك ما يصدر عن الوزير الأول أو رئيس الحكومة-حسب الحالة- من مراسيم تنفيذية والتي تدرج ضمن مجال تطبيق القوانين؟

لكن قبل التطرق إلى ذلك، لابد من توضيح عبارة الحكم التنظيمي، وهل تتفق مع مصطلح اللوائح؟ وهذا من خلال مجموعة من التعريفات:

1-النص التشريعي

يمكن تعريفه أنه: "نص قانوني يصدر عن السلطة التشريعية(البرلمان) وفق الإجراءات التي يحددها الدستور، وفي المجالات المخصصة له بموجبه ويتضمن جملة من القواعد القانونية العامة، المجردة والملزمة للأفراد قصد تنظيم علاقاتهم في المجتمع"²، وينطبق مصطلح التشريع على قوانين البرلمان والتشريعات الفرعية أو المفوضة بموجب قوانين البرلمان.

ومنه، يقصد بالنص التشريعي: "النص الذي يصادق عليه البرلمان بغرفتيه كالقوانين العادية والعضوية، وقد تكون أوامر أصدرها رئيس الجمهورية في مسائل مستعجلة وفي حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، أو خلال العطل البرلمانية بعد أخذ رأي مجلس الدولة، وتكون قد عرضت على غرفتي البرلمان للموافقة عليها، أما تلك التي لا تتم الموافقة عليها فتعد لاغية، كما تعتبر أيضا من النصوص التشريعية الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية عند إعلان الحالة

¹المادة 198 من الدستور المعدل سنة 2020 فقرة 3 منها.

² هذا التعريف موجود على الموقع الإلكتروني:

الاستثنائية¹ إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها"².

2- النص التنظيمي

تم تعريفه أنه: "كل نص يصدر عن السلطة التنفيذية(الحكومة) لتبيان إجراءات وكيفيات تطبيق وتنفيذ النصوص التشريعية، وهو أقل درجة من النص التشريعي، وقد ينظم عددا من الموضوعات بواسطة قرارات مستقلة عن القانون³، وهي ما يسمى بالقرارات التنظيمية المستقلة، هذه الأخيرة تخضع في مشروعيتها إلى القواعد الدستورية، أما القرارات التنفيذية فهي تخضع في مشروعيتها للقوانين، وهناك القرارات التكميلية التي تكمل ما يضعه التشريع من المبادئ الأساسية"⁴.

والنص التنظيمي هو المرسوم، وحسب أقلام الفقه المغربي والمقارن هو: " تصرف قانوني انفرادي صادر عن الحكومة بناء على الدستور أو القوانين، ويحدث تغييرا في الأوضاع القانونية، وهو يعد وسيلة من الوسائل القانونية للعمل الحكومي"، إذن فالنص التنظيمي يختلف اختلافا تاما عن القانون التنظيمي، حيث يقصد بهذا الأخير: " مجموعة من النصوص القانونية المنبثقة عن الدستور، وتعتبر مكملة ومفسرة لمقتضيات الدستور، وهي محددة على سبيل الحصر بمقتضى نص الدستور.⁵، وتسمى في النظام القانوني الجزائري بالقوانين العضوية، ولها مسطرة تشريعية خاصة وأكثر صرامة وصلابة من مسطرة سن القوانين العادية⁶.

وفي معرض الإجابة عن التساؤل المطروح بشأن ضبط مجال الحكم التنظيمي محل الدفع بعدم الدستورية، يرى جانب من الفقه المصري ممن يناصر فكرة امتداد مجال الرقابة الدستورية إلى جميع أنواع التنظيم واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية أن: "القاعدة المستقرة هي أن العام يجمل على عمومته والمطلق يجري على إطلاقه بحيث لا يجوز تخصيص العام بدون مخصص، وبما أن

¹المادة 142 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

²لعبيدي خيرة، وافي حاجة، مرجع سابق، ص 66.

³المادة 37 من الدستور الفرنسي المعدل في 2008.

⁴راجع في هذا الخصوص: سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة القضائية (دراسة تحليلية لسلطة الإدارة في إصدار اللوائح التنفيذية واللوائح المستقلة ومدى سلطة القضاء في الرقابة عليها بالمقارنة مع فرنسا)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982، ص 204.

⁵في الفرق بين النص التنظيمي(المرسوم) والقانون التنظيمي، موجود على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.amja.ma>

تم نشره يوم 23 أكتوبر 2018، وتم الاطلاع عليه يوم 4 جانفي 2021 على الساعة 19:40.

⁶مثلا الدستور المغربي الصادر في الأول من يوليوز 2011، أحالت فصوله على 20 قانون تنظيمي مثل: الفصل 5 الفقرة 4 كمه، والفصل 44 الفقرة 3 منه، والفصل 49 الفقرة 2 منه.

كلمة لوائح أو السلطة التنظيمية وردت في الدستور بلفظ العموم، فإن تخصيصها باللوائح لها قوة القانون فقط يكون مخالفا لنص الدستور الصريح، كما أن توسيع الرقابة إلى اللوائح أمر تقتضيه الاعتبارات العملية تأكيدا لسيادة القانون، خاصة أن معظم هذه اللوائح تنظم حرية المواطنين وأمنهم¹.

إلا أن الأستاذ "يعيش تمام شوقي" كان له رأي مخالف، حيث رأى أن محل الدفع بعدم الدستورية يجب أن يقتصر فقط على المراسيم الرئاسية التي لها قوة القانون وقيمة النصوص التشريعية الصادرة عن البرلمان، ولا ينبغي أن تمتد إلى المراسيم التنفيذية التي ليست لها قوة وقيمة النص التشريعي ولا حتى التنظيمي الصادر عن رئيس الجمهورية، بل هي مرتبطة بهما وتأتي تنفيذا لهما، وقد سماها الأستاذ "يعيش تمام شوقي" بالتنظيم التنفيذي².

إذن، في رأيه أن محل الدفع بعدم الدستورية ينطوي على كل النصوص التي اعتمدها السلطة التشريعية من قوانين عضوية وعادية وأوامر تمت المصادقة عليها³، بالإضافة إلى النصوص التي تدرج ضمن نطاق السلطة التنظيمية المستقلة لرئيس الجمهورية، وقد ذهب إلى أبعد من ذلك حيث اقترح إضافة مصطلح "مستقل" إلى عبارة الحكم التنظيمي الواردة بالمادة 195، لأجل استبعاد المراسيم التنفيذية بصفة صريحة⁴.

لكن على اعتبار أن القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق المادة 195 من الدستور المعدل سنة 2020 لم يحدد المقصود بالحكم التنظيمي، فإن الأخذ بالمعنى الواسع والأعم لعبارة "حكم تنظيمي" ينتج عنه أن محل الدفع يشمل كلا من المراسيم الرئاسية الصادرة عن رئيس الجمهورية في المجالات والمسائل الغير مخصصة للقانون، وتلك الصادرة في حالة الطوارئ⁵ والحصار والحرب، بالإضافة إلى المراسيم التنفيذية التي تعود للوزير الأول أو رئيس الحكومة-

¹ عطية أحمد ممدوح، دراسة مقارنة وتحليلية حول قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مجلد 7، ع 375، ص 32؛ أشار إليه: يعيش تمام شوقي، أحكام تقديم الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2020 بين متطلبات التأصيل الدستوري وتجليات التأطير القانوني (دراسة مقارنة)، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، ع 1، مارس 2021، ص 16.

² يعيش تمام شوقي، المرجع نفسه، ص 17.

³ يعيش تمام شوقي، المرجع نفسه، ص 15، 16.

⁴ يعيش تمام شوقي، المرجع نفسه، ص 17.

⁵ تجدر الإشارة إلى أن المادة 97 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020، قد قلصت مدة حالة الطوارئ والحصار إلى 30 يوم كحد أقصى، وهو أمر جدير بالثناء عليه كون هذه الإجراءات من شأنها المساس بحقوق وحريات الأفراد بشكل تعسفي.

حسب الحالة- باعتبار تطبيق القوانين يندرج ضمن المجال التنظيمي¹، وكون هذه الأخيرة الأكثر خطورة على حقوق الأفراد وحرّياتهم، حيث وصلت إلى حد إلغاء قوانين بصفة ضمنية. ويبقى الفيصل في هاته المسألة ما سيصدر عن المحكمة الدستورية في حال تقديم دفع بعدم دستورية حكم تنظيمي أمامها.

إن هذا التوسع في مجال النصوص القانونية الخاضعة للرقابة الدستورية عن طريق الدفع ليشمل السلطة التنظيمية ممثلة في المراسيم الرئاسية والتنفيذية من شأنه أن يزيد من فعالية هذا النوع من الرقابة الدستورية، خاصة إذا تبين بجلاء أن السلطة التنظيمية المستقلة العائدة دستوريا لرئيس الجمهورية في الجزائر لها قوة التشريع الصادر عن البرلمان ومجالها أوسع وأرحب²، ومنها ما لا يمر على البرلمان ومن ثم كان إخطار المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية) بعدم دستوريتها نادرا لعدم العلم بها أصلا من طرف أعضاء البرلمان، ضف إلى ذلك أنها عادة ما تفلت من الرقابة الدستورية كونها لا تخضع إلا للرقابة الاختيارية والمقيدة بشهر واحد من تاريخ نشرها³، كما ويتفق مع الاعتبارات التي تقوم عليها تقنية الدفع بعدم الدستورية، والتي تهدف إلى مراجعة وتمحيص النصوص التي أفلتت من الرقابة السابقة، خاصة تلك المشمولة بالرقابة الجوازية.

أما عن مصطلح "اللوائح" الذي ورد في الدستور المصري المعدل في 2019، وقانون المحكمة الدستورية العليا فيما يخص مادة الرقابة الدستورية عن طريق الدفع، فيقصد بها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي أناطها بها الدستور، ويمكن تعريف اللائحة بأنها: " قرار ملزم صادر عن سلطة إدارية تتضمن قواعد عامة، مجردة وغير شخصية"، أو هي: "قرارات إدارية ملزمة تتضمن قواعد عامة مجردة، لا تنتهي بتطبيقها على حالات محددة، وإنما تظل نافذة وتسري على كل حالة توافرت فيها الشروط والقواعد التي تتضمنها."⁴

وكما هو معروف، فاللوائح التي يجوز للسلطة التنفيذية إصدارها تتنوع بين ما يستلزمه السير العادي للإدارة من قواعد عامة ومجردة في شكل لوائح الضبط واللوائح التنفيذية واللوائح اللازمة

¹المادة 141 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2020.

²يعيش تمام شوقي، أسامة غربي، مؤلف جماعي بعنوان تحقيق الأمن السياسي ضمان لقيام دولة القانون في الجزائر، مرجع سابق، ص 209.

³المادة 190 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

⁴مروان محمد محروس المدرس، الاختصاصات التنفيذية للملك في دستور مملكة البحرين، مجلة الحقوق، المجلد 4، ع2، جامعة البحرين، يوليو 2007، ص 68؛ أشار إليه: علي عبد الله جاسم العرادي، تفويض الاختصاص التشريعي (دراسة تأصيلية تحليلية في الدستور البحريني والدساتير المقارنة)، ط 1، معهد البحرين للتنمية السياسية، 2019، ص 25.

لترتيب المصالح والغدرات العامة، وبين ما يصدر من لوائح في حالات الضرورة لمواجهة الظروف الاستثنائية والمتمثلة في اللوائح التفويضية، والمراسيم بقوانين ومراسيم إعلان الأحكام العرفية وحالة السلامة الوطنية، بحيث تلجأ إليها السلطة التنفيذية في الحالات التي تقتضي الظروف تدخلها لتنظيم مسائل تدخل أصلا في اختصاص المشرع.¹

أ-لوائح المرافق العامة² ولوائح الضبط الإداري (البوليس الإداري)

يقصد بلوائح المرافق العامة: "اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية لتنظيم المرافق العامة من خلال وضع القواعد التي تتولى إنشاءها وتنظيم العمل فيها، وتحديد الإدارات والأقسام وعلاقة بعضها ببعض، وأساليب العمل الإداري التي تتبع في مباشرة النشاط الإداري، وتصدر مستقلة عن أي قانون صادر عن السلطة التشريعية، لذلك فهي تسمى باللوائح المستقلة."³، وهي اختصاص أصيل للسلطة التنفيذية.

أما لوائح الضبط، فهي الأخرى تعتبر من قبيل اللوائح المستقلة أيضا، حيث لا تستند إلى قانون سابق، ويمكن تعريفها بأنها: " مجموعة من التدابير والإجراءات التي تتخذها السلطة الإدارية والتي من شأنها وضع قيود تحد من حريات الأفراد بقصد حماية النظام العام ضمن حدود النصوص التشريعية التي تنظم هذه الحقوق والحريات."⁴

وتعتبر لوائح الضبط أخطر أنواع اللوائح، حيث تتضمن تقييدا لحريات الأفراد (سواء بالحظر أو الإذن المسبق، الإخطار، وتنظيم النشاط)، لذلك فإن تمكين الأفراد من الطعن في دستورتيتها أمام القضاء ضروري لحماية حقوقهم وحرياتهم من الانتهاك والهدر، خاصة أنه يمكن اعتبارها من قبيل الأعمال التشريعية، ذلك أن الموضوعات التي تنظمها تدخل في نطاق اختصاص القانون ولاسيما ارتباطها بحقوق الأفراد وحرياتهم. ويطلق على لوائح المرافق العامة ولوائح الضبط اسم التنظيمات المستقلة التي تصدر في شكل مراسيم رئاسية في النظام الدستوري الجزائري⁵، وهي

¹ حمودي محمد، ماينو جيلالي، أحكام معالجة ونظر المجلس الدستوري الجزائري لدعوى الدفع بعدم الدستورية، مجلة الأستاذ الباحث، المجلد 5، ع 1، 2020، ص 944.

² يطلق على لوائح المرافق العامة اسم اللوائح التنظيمية لأنها تنظم المرافق العامة وترتيبها، وتنسيق العمل في المصالح والإدارات الحكومية، وهي من قبيل اللوائح المستقلة بذاتها.

عبد المنعم البدرابي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، بيروت، طبعة 1966، ص 190؛ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة)، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966، ص 487.

³ علي مجيد حسون العكيلي، الحماية الدستورية للسلطة التنفيذية في الدساتير المعاصرة، ط 1، المركز القومي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017، ص 69.

⁴ محمد عبد الله حمود الدليمي، مبادئ القانون الإداري (الكتاب الأول)، مطبوعات جامعة العلوم التطبيقية، 2007، ص 123؛ أشار إليه: علي عبد الله جاسم العرادي، مرجع سابق، ص 33.

⁵ في النظام الدستوري المغربي تسمى مراسيم تنظيمية مستقلة حسب الفصل 72 من دستور المغرب لسنة 2011.

منبثقة عن السلطة التنظيمية المستقلة لرئيس الجمهورية، وتعرف على أنها: "تلك اللوائح التي يصدرها رئيس الجمهورية على شكل مراسيم رئاسية مع ضرورة احترامها للمبادئ الدستورية، وتصدر مستقلة عن أي تشريع"¹، وهي تحتوي على قواعد عامة ومجرة في المسائل الغير مخصصة للقانون.²

من ناحية أخرى، يجب الإشارة إلى أنه إذا كانت سلطة إصدار اللوائح التنظيمية ولوائح الضبط تعود لرئيس الجمهورية في النظام الجزائري، فإن الدستور المصري المعدل في 2019³ قد جعلها من اختصاص رئيس مجلس الوزراء بعدما كانت في دستور 1971⁴ ضمن صلاحيات رئيس الجمهورية.

ب- اللوائح التنفيذية

تندرج ضمن السلطة التنظيمية للوزير الأول أو رئيس الحكومة⁵ -حسب الحالة- وهي تعنى بتطبيق القانون، بحيث توفر المزيد من التفاصيل حول قانون ما بوضع الأحكام التفصيلية والإجرائية، وهي تتفق مع الغرض والقصد من القانون المراد تطبيقه وتستند إليه، وتستمد مشروعيتها منه، وتكون في شكل مراسيم تنفيذية في النظام الجزائري، أما في النظام المغربي فتسمى بالمراسيم التطبيقية⁶، وهي بذلك تصدر تنفيذًا لقانون قائم، وليس لها استقلال تام وكامل.⁷ ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على الاختصاص الأصيل للسلطة التنفيذية بإصدار اللوائح التنفيذية، حيث ذهبت إلى أن: "النص في القانون على صدور اللائحة بقرار من رئيس

¹ سعاد بن سريّة، مركز رئيس الجمهورية في تعديل 2008، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 155.

² بن دحو نور الدين، السلطة التنظيمية المستقلة كآلية مدعمة لمركز رئيس الجمهورية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص 21.

³ المادة 171 و 172 من الدستور المصري المعدل والمتمم في 23 أبريل 2019 بعد صدور قرار الهيئة الوطنية للانتخابات رقم 38 لسنة 2019 بإعلان موافقة الشعب عليه في الاستفتاء، متوافر على موقع منشورات قانونية:

<https://manshurat.org>

تم الاطلاع عليه يوم 23 سبتمبر 2021 على الساعة 22:58.

⁴ المادة 145 و 146 من دستور 1971 الصادر في 11 سبتمبر 1971، السنة 14، ج.ر.ع. 36 مكرر 1، الصادرة في 12 سبتمبر 1971.

⁵ تنص المادة 141 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020، في الفقرة الثانية منها على أنه: "يندرج تطبيق القانون في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول أو رئيس الحكومة".

⁶ نادية الهواس، محاضرات في المفاهيم الأساسية للقانون العام ملقاة على الفوج(د)، السداسية الأولى، مسلك القانون، كلية العلوم القانونية والإقوالاج، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المغرب، 2013/2012، ص 11؛ موجودة على الموقع الإلكتروني

التالي: <https://fsjes.usmba.ma>

تم الاطلاع عليه يوم 23 سبتمبر 2021 على الساعة 23:41.

⁷ إبراهيم بن عيسى العيسى، النظام والتنظيم... ما الفرق بينهما؟ جريدة العرب الدولية، موجود على الموقع الإلكتروني

التالي: <https://aleqt.com>

تم الاطلاع عليه يوم 4 جانفي 2021 على الساعة 19:42.

الجمهورية لا يعتبر تفويضاً لرئيس الجمهورية بإصدار اللائحة، وإنما هو تقرير لحق مخول له بمقتضى الدستور¹، ويعود هذا الاختصاص لرئيس مجلس الوزراء في مصر حسب المادة 170 من الدستور المصري لسنة 2014 المعدل والمتمم في 2019.

ج-لوائح الضرورة (المراسيم بقوانين)

إذا ما حدث أمر لا يحتمل التأخير في ظروف غير عادية، لا يمكن التصدي له إلا بقانون، فإن أغلبية الدساتير تحرص على تحويل رئيس الدولة إصدار مراسيم أو قرارات لها قوة القانون تعرض فيما بعد على البرلمان على انعقاده ليقرر اعتمادها أو إلغائها²، ويتمثل الأساس القانوني لإصدار السلطة التنفيذية للمراسيم بقوانين في نظرية الضرورة، حيث أن ضرورة اتخاذ التدابير التي لا تحتمل التأخير تستوجب منح السلطة التنفيذية سلطة مواجهة هذه الظروف في حالة غيبة البرلمان وفق الشروط والضوابط المنصوص عليها في الدستور.

وقد نص دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971 على هذا النوع من اللوائح في المادة 74 منه، بحيث منح لرئيس الجمهورية حق ممارسة الوظيفة التشريعية إلى أن تزول الظروف الاستثنائية، وله أن يعدل أو يلغي أي قانون من القوانين القائمة بقرارات لها قوة القانون، وذلك دون أن يخالف أية قاعدة دستورية، وقد جاء نص المادة 74 كالاتي:

"الرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة الخطر، ويوجه بياناً إلى الشعب، ويجري الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها."³

كما أنه يمكن لرئيس الجمهورية أيضاً طبقاً للمادة 147 من دستور الجمهورية المصرية لسنة 1971 أن يصدر قرارات لها قوة القانون-أو ما يعرف بلوائح الضرورة-في حالة غياب مجلس الشعب (مجلس النواب حالياً) وحدث ما يستوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير⁴، على أن تعرض على المجلس في أول اجتماع له لاعتمادها أو استبعادها، وتشمل حالات غياب مجلس الشعب-النواب حالياً-العطلة البرلمانية أو ما بين أدوار الانعقاد، وفترة ما بين الفصلين

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن 382 لسنة 14 قضائية؛ مشار إليه عند: عاطف سعدي محمد علي، مهارات استخدام اللغة القانونية في مجالي التشريع والإفتاء القانوني، ع3، يناير 2015، ص132؛ أشار إليه: علي عبد الله جاسم العرادي، مرجع سابق، ص26.

² أشرف فايز اللساوي، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات في إطار التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2009، ص215.

³ تقابلها المادة 154 من دستور 2019 المعدل والمتمم.

⁴ المادة 152 من الدستور المصري المعدل والمتمم في 2019.

التشريعيين التي يجري خلالها انتخاب المجلس الجديد¹، وفترة وقف جلسات مجلس الشعب-النواب حالياً-تمهيدا لإجراء الاستفتاء الشعبي على حل المجلس، وكذلك الفترة التي تمر بعد موافقة الشعب على حله وانتخاب المجلس الجديد².

أما في النظام الجزائري، فإن لوائح الضرورة تتمثل في الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية³، وتعرض القرارات الصادرة خلال هذه الحالة على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي فيها⁴، بالإضافة إلى الأوامر الصادرة في المسائل العاجلة في حالة شغور (م.ش. و) أو خلال العطلة البرلمانية⁵، على أن تعرض على (م.ش.و) في أول اجتماع له لاعتمادها أو استبعادها، وفي شأن خضوع الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية في الجزائر للرقابة الدستورية عليها عن طريق الدفع بعدم دستورتيتها سيتم التطرق إلى ذلك لاحقا.

د- اللوائح التفويضية

هي عبارة عن مراسيم أو قرارات بقوانين تصدرها السلطة التنفيذية في موضوعات يشترط الدستور فيها صدور قانون بها، وتصدر هذه اللوائح في الظروف الاستثنائية ولمدة محدودة على أن تعرض على المجلس النيابي لاعتمادها⁶، وتسمى القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية بناء على قانون التفويض بالقرارات التفويضية أو الأوامر التفويضية أو اللوائح التفويضية، أو القرارات بقوانين أو المراسيم بقوانين، وتكتسب هذه اللوائح قوة القانون بمجرد صدورهما، وتستطيع تعديل أو إلغاء القوانين النافذة، ويكون هذا التفويض أثناء انعقاد البرلمان⁷.

¹المادة 92 من دستور 1971 تنص على أنه: "يجري الانتخاب لتجديد المجلس خلال الستين يوما السابقة على انتهاء مدته"، وتقابلها المادة 106 من الدستور المعدل سنة 2019.

²المادة 136 من دستور 1971، وتقابلها المادة 137 من دستور 2014 المعدل في 2019.

³المادة 142 ف4 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442-20 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ج. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020، تنص على أنه: "يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 98 من الدستور".

⁴المادة 98 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442-20 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ج. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020..

⁵المادة 142 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442-20 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ج. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020..

⁶محمد عبد المجيد أبو زيد، مبادئ القانون الدستوري، 1966، ص 280؛ أشار إليه: أشرف فايز للمساوي، مرجع سابق، ص 248.

⁷علي عبد الله جاسم العرادي، مرجع سابق، ص 19.

وفي تعريف آخر للوائح التفويضية، يقصد بها: " اللوائح التي تصدر من السلطة التنفيذية لتنظيم موضوعات تدخل أصالة في اختصاص السلطة التشريعية، ولكن تقوم هذه الأخيرة بتفويض الأولى في تنظيم هذه الموضوعات عن طريق لوائح تصدرها لها قوة القانون.¹"

وقد ورد ذكر مكنة تفويض الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية في دساتير جمهورية مصر المتعاقبة منذ دستور 1956 في مادته 136، ودستور 1964 في المادة 120 منه، إلى غاية دستور 1971 الذي جاء بنفس الحكم حيث نصت المادة 108 منه على أنه: "الرئيس 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 فيها موضوعات هذه القرارات والأسس التي يقوم 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 من قوة القانون."

أما دستور 2014 المعدل والمتمم في 2019، فقد خلا من أي حكم ينظم موضوع التفويض التشريعي، وذهب بعض الفقه إلى أن سكوت الدستور عن إجازة اللوائح التفويضية للسلطة التنفيذية، يعني أنه يمنع ويحظر على السلطة التشريعية تفويض أي من اختصاصاتها مراعاة لمبدأي الفصل بين السلطات والانفراد التشريعي²، في حين ذهب فريق آخر إلى القول بأن عدم النص على هذا التفويض لا يدل على إلغائه، وإنما يرجع إلى اعتبار هذا التفويض قضية مسلم بها وليس هناك داع للنص عليه، لاسيما أن دستور 2014 والمعدل في 2019 لم ينص صراحة على حظر التفويض التشريعي صراحة، مما يعني إجازته ضمناً بالداياتير السابقة³.

أما دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لعام 198 المعدل والمتمم في 2008، فقد أجاز التفويض التشريعي في مادته 38، حيث نصت 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، وتتخذ المراسيم في مجلس الوزراء بعد استشارة مجلس الدولة، وتكون المراسيم سارية المفعول منذ نشرها، ولكنها تصبح لاغية إذا لم يعرض مشروع القانون الخاص بإقرارها على البرلمان قبل التاريخ الذي يحدده قانون التفويض، ولا يجوز التصديق عليها

¹ حازم صادق، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 748.

² علي عبد الله جاسم العرادي، مرجع سابق، ص 72.

³ أشرف فايز اللساوي، مرجع سابق، ص 251.

إلا بشكل صريح"، ومنه يمكن القول أن هذه المراسيم لا تعدل إلا بمقتضى قانون بعد انتهاء مدة التفويض. والجدير بالذكر أن هذا التفويض التشريعي لا يمتد إلى القوانين الأساسية التي تتعلق بالحقوق والحريات¹، وهو أمر إيجابي ومحمود يعزز من حماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية من انتهاك السلطة التنفيذية لها.

وفي نفس السياق، فقد نص دستور المملكة المغربية لسنة 2011 على اللوائح التفويضية في المادة 70 منه، حيث نصت على أنه: "يمارس البرلمان السلطة التشريعية.

يصوت البرلمان على القوانين، ويراقب عمل الحكومة، ويقيم السياسات العمومية.

للقانون أن يأذن للحكومة أن تتخذ في ظرف من الزمن محدود، ولغاية معينة، بمقتضى مراسيم تدابير يختص القانون عادة باتخاذها، ويجري العمل بهذه المراسيم بمجرد نشرها، غير أنه يجب عرضها على البرلمان بقصد المصادقة، عند انتهاء الأجل الذي حدده قانون الإذن بإصدارها، ويبطل قانون الإذن إذا ما وقع حل مجلسي البرلمان أو أحدهما".

أما الدستور الجزائري المعدل والمتمم في 2020 فقد خلا من النص على منح رئيس الجمهورية أو الحكومة سلطة إصدار لوائح لها قوة القانون بناء على تفويض من م. ش. و، وهو أمر مستحسن نوعا ما كون السلطة التنفيذية في الجزائر هي المهيمنة عمليا على العملية التشريعية، خاصة أن اختصاصات البرلمان وردت على سبيل الحصر، في حين أن كل المواضيع التي تخرج عن مجال القانون تعود للمجال التنظيمي لرئيس الجمهورية.

هـ- إعلان حالة السلامة الوطنية أو الأحكام العرفية (حالة الطوارئ)

إن حالة السلامة الوطنية تجابه الظروف الطارئة التي تهدد سلامة المواطنين كالأخطرابات الأمنية التي تمس حقوق وحريات الأفراد، والكوارث العامة والأوبئة التي تصيب صحة الأفراد، أما الأحكام العرفية فتعلن في الحالات التي تتعرض فيها الدولة للخطر كحالات الحرب أو العدوان المسلح، أو توقع حدوث أخطار خارجية أو داخلية تهدد أمن وسلامة الدولة في كيانها وسلطاتها العامة، هذه الظروف الطارئة تستوجب إعطاء السلطة التنفيذية سلطات خاصة تمكنها من مواجهة الأزمات والكوارث المختلفة من أجل إعادة الأمور إلى مجراها الطبيعي، قد تصل إلى حد المساس بحقوق وحريات الأفراد، من خلال اتخاذ إجراءات غير عادية قد تكون في شكل أفعال مادية أو قرارات فردية أو قرارات تنظيمية²، وعند إعلان حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية فإن رئيس الدولة-

¹سفيان باكراد ميسروب، التفويض التشريعي، مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحداثة الجامعة، مركز الدراسات المستقبلية، ع 39، 2012، ص 195؛ أشار إليه: علي عبد الله جاسم العرادي، المرجع نفسه، ص 74.

²أشرف فايز اللساوي، مرجع سابق، ص 260؛ علي عبد الله جاسم العرادي، مرجع سابق، ص 39.

أو الملك حسب نظام الحكم في الدولة- يصدر بمرسوم رئاسي-أو ملكي إذا كان ملكا-أية تعليمات تقتضي الضرورة بها لغرض الدفاع عن الدولة حتى ولو خالفت هذه التعليمات القوانين العادية المعمول بها، وقد ورد ذكرها في دستور الجمهورية المصرية سنة 1923 في المادة 45 منه، وبعد ذلك في دستور 1956 في المادة 144 منه.

أما دستور 1971، فقد أوردتها في المادة 148 منه، حيث جاء نصها كالآتي: "يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون...، وفي جميع الأحوال يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محدودة، ولا يجوز مدها إلا بموافقة مجلس الشعب"¹، في حين وردت حالة الحرب أو الأحكام العرفية في المادة 152 من تعديل 2019.

بالنسبة للنظام الدستوري الجزائري، فقد نص الدستور المعدل لسنة 2020 على حالة الطوارئ في المادة 97 منه، حيث يعلنها رئيس الجمهورية بعد استشارة كل من رئيس مجلس الأمة ورئيس م. ش. و، والوزير الأول ورئيس المحكمة الدستورية، وتتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع، في حين نصت المادة 100 على إعلان حالة الحرب مع إيقاف العمل بالدستور وتولي رئيس الجمهورية جميع السلطات حسب المادة 101. إذن فمصطلح إعلان حالة السلامة الوطنية والأحكام العرفية يقصد به إعلان حالة الطوارئ والحرب في كل من النظام المصري والجزائري، وإن ما يتخذ في هذه الحالات يكون بواسطة مراسيم لها قوة القانون وبالتالي تدخل ضمن نطاق اللوائح أو الحكم التنظيمي، كما ورد في المادة 195 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2020.

وفي الأخير، نخرج إلى نتيجة مفادها أن الرقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية تنبسط على كافة اللوائح التي تشكل قواعد عامة مجردة وملزمة. ومنه، فإن نطاق هذه الرقابة لا يمتد إلى اللوائح التي يتصل مجال سريانها بمنطقة القانون الخاص، ولا إلى المنشورات والتعليمات والتوصيات الغير ملزمة، فضلا عن أعمال السيادة، كما تستبعد اللائحة الداخلية لمجلسي الشعب والشورى، ذلك لأنها لا تعد قوانين صادرة عن السلطة التشريعية ولا لوائح صادرة عن السلطة التنفيذية بالمفهوم السالف بيانه، فضلا عن أنه لم يرد النص على إخضاعها للرقابة الدستورية ضمن النصوص المنظمة لاختصاص المحكمة الدستورية العليا، سواء في الدستور أو في قانونها رقم 48 المعدل والمتمم في 2019.²

يعتبر إعلان حالة السلامة الوطنية أقل حدة ومساسا بحقوق الأفراد وحررياتهم من تلك التي يتم اللجوء إليها في حالة إعلان الأحكام العرفية.

¹تقابلها المادة 154 من الدستور المصري المعدل سنة 2019.

²محمود صبحي علي السيد، مرجع سابق، ص 159.

ثانيا: وجوب تطبيق النص (الحكم التشريعي أو التنظيمي) محل الدفع على المنازعة أو الإجراء أو يشكل أساسا للمتابعة

يجب على الطاعن أو محاميه تحديد النص(أو الحكم) التشريعي أو التنظيمي الذي يريد المنازعة في دستوريته بأقصى صورة ممكنة من التحديد، مع مراعاة أن يكون هذا النص(أو الحكم) مطبقا على المنازعة أو الإجراءات أو يمثل أساسا للمحاكمات، ويجب عليه ذكره مثلما تم صياغته في تاريخ الوقائع وليس بأخر صياغة له، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على ذلك في حكمه الصادر في 7 أكتوبر 2010، والذي قضى فيه بأن المادة 410-1 من قانون التنظيم العمراني في صياغتها الناشئة عن القانون رقم 2000-1208 الصادر في 14 ديسمبر 2000 كانت وحدها مطبقة على الدعوى الحالية، وبالتالي يكون للطاعنين الحق في الاستناد فقط على هذه المادة بهذه الصياغة وليس في صياغتها الناشئة عن الأمر الصادر في 8 ديسمبر 2005، لكي يطلبوا من مجلس الدولة إبداء رأيه حول مسألة الأولوية الدستورية¹.

وفي هذا الصدد لا بد من تقدير مفهوم النص المطبق على المنازعة، فبالنسبة لفرنسا، فقد أصرت المناقشات البرلمانية ليس ضروريا أن يقتضي النص نتيجة الدعوى، ومع ذلك يجب ألا يكون النص غريبا عن المنازعة، لكن هذا التفسير واسع، فالأمر مرتبط بشكل أساسي بمصلحة الطاعن حيث يجب أن يتقيد الدفع بالمصلحة الخاصة للطاعن في حدود ما يتطلبه القانون الواجب التطبيق عليه، فيبادر بطلب إبطاله وإلغائه، على اعتبار أنه لا يمكن الفصل في النزاع دون استظهار مدى دستورية هذا النص.

أما بخصوص الوضع في المجال الجنائي، فإنه يجب أن يطبق النص على الإجراءات أو يمثل أساسا للمحاكمات(المتابعة)، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يمكن اعتبار النصوص التشريعية مطبقة على الإجراءات طالما أنها تتيح الفرصة لدفع بالبطلان تثار بصورة قانونية عن طريق المتهمين²، وفي نفس اليوم انتهت محكمة النقض-وهي تفصل في مسألة الأولوية الدستورية المثارة بمناسبة طعون مرفوعة ضد حكم غرفة التحقيق لمحكمة استئناف Nîmes الذي رفض الدعوى ببطلان استجوابهم المرفوع من جانب الأشخاص محل الاستجواب-

¹C. E, 7 octobre 2010, n° 323882.

موجود على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.consiel-état.fr>
Base de jurisprudence-Conseil d'Etat

تم الاطلاع عليه يوم 4 أكتوبر 2021 على الساعة 15:23.
²الحكم الصادر في 9 يوليو 2010.

إلى أن النصوص محل الدفع لم تكن مطبقة على الإجراءات، طالما أنه يتضح من الحكم المطعون ضده أن مسألة الأولوية الدستورية لم تكن مثارة تأييدا لدعوى بطلان المراقبة المستمرة¹. إذن لا بد أن يكون النص محل الدفع بعدم الدستورية هو الأساس القانوني الذي تبنى عليه المتابعة القضائية ضد صاحب الدفع أي الذي يستند في اتهامه، بحيث أن الدفع في دستوريته قد يترتب عليه مثلا إسقاط التهمة عنه وتبرئته أو تخفيف العقوبة عنه.

ورغم أن تحديد مفهوم النص المطبق على المنازعة لا يعد حاسما، ولا يزال غامضا، إلا أنه بالرجوع إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي، يمكن استخلاص بعض المعايير، ومثال ذلك حكمه الصادر في 15 يوليو 2000، حيث قضى بأن النص التشريعي لكي يكون مطبقا على المنازعة في مفهوم القانون الأساسي 1523-2009، فإنه يجب أن يكون مطبقا من جانب جهة الإدارة أو أن يكون محلا لطلب من جانب المتقاضى يهدف إلى الحصول على استعادة منه أو يستند إليه من جانب الأطراف تأييدا للأوجه المثارة أمام قضاة الموضوع أو في النقض، وفي حكم آخر له بتاريخ 24 سبتمبر 2010، فقد طلب الطاعن أمام المحكمة الإدارية الإعفاء من الاشتراك التكميلي للضريبة على الدخل والعقوبات التي يخضع لها عن عام 2001، وأحالت المحكمة، قبل الفصل في الطلب، إلى مجلس الدولة مسألة اتفاق المادة 155(أ) من القانون العام للضرائب الناشئة عن المادة 18 من القانون رقم 72-1121 الصادر في 20 ديسمبر 1972 المتعلق بقانون مالية عام 1973 مع الحقوق والحريات المكفولة في الدستور. وقضت المحكمة الإدارية وكذا مجلس الدولة بالإيجاب في النطاق الذي تكون فيه الإدارة قد طبقت هذا النص، حيث يمكن اعتباره كأساس لفرض الضرائب محل المنازعة².

ولعل من المفيد أن نؤكد على أنه في بعض الأحيان قد تكون النصوص التشريعية أو التنظيمية مرتبطة فيما بينها ولا تقبل الانفصال، فهل هذا يعني أنه يمكن الطعن في دستوريتهما جميعها، كونها تطبق على النزاع؟

لقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 9 جويلية 2010³ أن فقرات المادة 1-6-952 من قانون التعليم، والتي تهدف إلى تحديد إجراءات المسابقة التي تسمح بالتعيين في

¹Cass.Crim, 9 juillet 2010, n° 10-83756.

أشار إليه: منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص 109.
²منصور محمد أحمد، المرجع نفسه، ص 160.

³C. E, 9 Juin 2010, n°316986.

تم الاطلاع عليه يوم 2021/10/5 على الساعة 14:37 على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.legifrance.gouv.fr>

وظائف المعلمين الباحثين والأدوار المتبادلة للجنة الاختيار ومجلس الإدارة في هذه الإجراءات، لا يمكن فصلها، وبالتالي ينبغي فهمها إجمالاً، وكنتيجة لذلك، من العبث فصل فقرة داخل مادة عندما تشكل الفقرات المكونة للمادة كلا لا يقبل الانفصال.

نفس الأمر حدث عندما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن مادتين من نفس القانون يمكن أن يكونا محلاً لمسألة أولوية دستورية واحدة عندما لا يمكن فهم كلتاها بصورة منفصلة.¹

وفي قرار المجلس الدستوري الفرنسي حول أول مسألة أولوية دستورية أحييت عليه في قضية المعاشات، كان الأمر يتعلق في هذه الدعوى بالعديد من النصوص : المادة 71 من القانون الصادر في 26 ديسمبر 1959 المتعلق بمالية عام 1960، والمادة 26 من القانون الصادر في 3 أغسطس 1981 المتعلق بتصحيح قانون مالية عام 2002 والمادة 100 من القانون رقم 1666-2006 الصادر في 21 ديسمبر 2006 المتعلق بمالية عام 2007، وقد أحييت النصوص الثلاثة الأخيرة فقط إلى المجلس الدستوري عن طريق مجلس الدولة، ونص عام 2006 بصفته مرتبط طالما أنه لم يعالج كل الأوضاع المتعلقة ببلورة المعاشات، ولقد اعترض الوزير الأول في ملاحظاته على إحالة المادة 100 من القانون الصادر في 2006، معتبراً أن هذا القانون لم يكن مطبقاً على المنازعة، ولكن المجلس الدستوري قضى بخلاف ذلك، حيث أكد أنه من حقه دراسة النصوص المرتبطة بالمنازعة إذا اعتبرها مجلس الدولة مطبقة عليها.²

وفي نفس السياق، قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن نطاق الدعوى الدستورية يتسع للنصوص التي أضير المدعي من جراء تطبيقها ول لم يتضمنها الدفع بعدم الدستورية متى كان فصلها عن النصوص التي اشتمل عليها متعذران وكان ضمها إليه كافلاً للأغراض التي توخاها المدعي بدعواه الدستورية ولا تتحقق مصلحته الشخصية والمباشرة بعيداً عنها.³

¹ في هذه الدعوى، توجد مادتين، المادة 9 من القانون الصادر في 5 يوليو 2000 المتعلق باستقبال وتسكين السياح والتي تسمح لعمد البلديات الذين يقومون بالالتزامات المفروضة عليهم تطبيقاً لهذه المادة بحظر-بعيداً عن أماكن الاستقبال المجهزة للاستقرار في إقليم البلدية-أماكن الإقامة المتحركة للسياح، وقد جاءت المادة 9-1 لتكمل سابقتها بنصها على إمكانية تطبيق إجراء الإبعاد المنظم في المادة 9 في كل البلديات بما في ذلك البلديات التي لم يشر إليها في المادة 9، وبالتالي قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه لا يمكن فصل المادتين 9 و9-1. أنظر الحكم:

C. E, 28 Mai 2010, n° 337840.

تم الاطلاع عليه يوم 2021/10/5 على الساعة 15:06، على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.conseil-etat.fr>

²C. C. Déc, 28 Mai 2010, n° 2010-1 QPC.

أشار إليه: منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص 164، الهامش رقم 01.

³القضية رقم 84 للسنة 17 قضائية دستورية، جلسة 15 مارس 1977، المجموعة 8، ص 461 رقم 30؛ أشار إليها: منصور محمد أحمد، المرجع نفسه، ص 162، الهامش رقم 01.

أما بخصوص موقف المجلس الدستوري الجزائري في هذه النقطة، ففي أول حكم له في القضيتين رقم 01-2019/د ع د، والقضية رقم 02-2019/د ع د، بتاريخ 20 نوفمبر 2019، فإن الطاعن قد دفع بعدم دستورية المادة 416 في نقطتها الأولى فقط والتي جاء نصها كالآتي: "تكون قابلة للاستئناف الأحكام الصادرة في مواد الجرح إذا قضت بعقوبة حبس أو غرامة تتجاوز 20000 د ج بالنسبة للشخص الطبيعي.

و100000 د ج بالنسبة للشخص المعنوي. "

مؤسسا دفعه على حجة أنها تحرمه من حق يضمنه له الدستور وهو التقاضي على درجتين بسبب صدور حكم ضده بغرامة قيمتها 20000 د ج، وبالفعل صدر حكم بعدم دستورتها، ولكن المجلس الدستوري قضى كذلك بعدم دستورية الفقرة 2 من المادة 416 والتي جاء نصها كالآتي: "...القاضية بعقوبة الحبس بما في ذلك تلك المشمولة بوقف التنفيذ"، على الرغم من أن الطاعن لم يشر إليها في دفعه، هذا الأمر إن دل على شيء، فإنه يدل على أن المجلس الدستوري اعتبر الفقرة 2 من المادة 416 غير قابلة للفصل عن الفقرة الأولى منها ومكملة لها، وبالتالي يجوز الحكم بعدم دستورية هي الأخرى.¹

وفي إطار الحديث عن الشرط المتعلق بتوقف مآل النزاع على الحكم التشريعي أو التنظيمي محل الدفع بعدم الدستورية، هناك مسألة النصوص القانونية الملغاة أو المعدلة، هل يمكن الدفع بعدم دستورتها إذا كانت مطبقة على النزاع؟

الإجابة على هذا التساؤل واضحة فمادام أن الحكم التشريعي أو التنظيمي محل الدفع بعدم الدستورية سيطبق أو طبق فعلا على النزاع، فإنه يصلح أن يكون محلا للدفع بعدم الدستورية حتى ولو كان لاغيا أو معدلا، ومثال ذلك تطبيق فكرة القانون الأصلح للمتهم، حيث يمكن تطبيق نص قانوني تم تعديله أو إلغاؤه إذا كان ذلك في مصلحة المتهم.

في الأخير ومهما يكن من أمر، فإن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتمسك به الخصم في الدعوى ويدعي انتهاكه للحقوق والحريات المكفولة دستوريا يجب أن يثار فقط في حدود ما يتعلق بالنزاع ويمسه، وعليه فالدفع بعدم الدستورية لا يتصور أن يستهدف القانون في جميع نصوصه،

¹قرار المجلس الدستوري الجزائري رقم 01/ق.م د/د ع د/ 19 مؤرخ في 23 ربيع الأول عام 1441 الموافق 20 نوفمبر سنة 2019، وقراره رقم 02/ق.م د/د ع د/ 19 مؤرخ في 23 ربيع الأول عام 1441 الموافق 20 نوفمبر سنة 2019، موجود على الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة الدستورية، بأرشفيف المجلس الدستوري:

وينسحب ذلك حتى على الجهة المكلفة بمراقبة دستورية القوانين بوجه عام والدفع بعدم الدستورية على وجه الخصوص، حيث يتعين عليها أن تحكم بعدم دستورية الجزء من القانون المخالف فقط للدستور لا أن تحكم بعدم دستورية القانون بأكمله، إلا إذا كانت أجزاء القانون الأخرى مرتبطة بالجزء المخالف ارتباطا لا يقبل التجزئة¹. وبمفهوم المخالفة، إذا كانت الدعوى المطروحة لا يحكمها النص المطعون في دستوريته، وبالتالي ليس لازما للفصل فيها، فلا يحق لمحكمة الموضوع أن تعطل الفصل في الموضوع وتوقف السير في الدعوى وتحيل الأمر على الجهة المكلفة بالرقابة الدستورية².

وقد قضى مجلس الدولة، مثلما قضت محكمة النقض، بأن النصوص البعيدة عن المنازعة في مفهوم القانون الأساسي 1523-2009 لا تطبق على المنازعة³.

الفرع الثالث: أن يمس الحكم التشريعي أو التنظيمي بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا

لقد ضيق المؤسس الدستوري الجزائري وكذلك الفرنسي والمغربي من دائرة القوانين التي يمكن أن تكون محلا للدفع بعدم الدستورية، إذ جعلها مقيدة بالقواعد الدستورية التي تضمن حقوق الأفراد وحررياتهم⁴، ومعنى ذلك أن مناط تأسيس الدفع بعدم دستورية القوانين سواء في النظام الدستوري الفرنسي أو المغربي أو الجزائري يرتبط بانتهاك القانون محل الدفع للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور للطاعن⁵، وهو ما ورد بصريح العبارة في المادة 61-1 من دستور فرنسا المعدل في 2008، والفصل 133 من الدستور المغربي لسنة 2011، والمواد 188 و 195 من آخر تعديلين

¹C. F : Philip BELLOIR, La question prioritaire de constitutionnalité, 1^{er} éd, édit harmattan, 2013, p. 14.

حميد إبراهيم الحمادي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة (دراسة مقارنة مع تشريعات جمهورية مصر العربية ودولة الكويت ومملكة البحرين)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011، ص 36.
²عصام علي الدبس، القانون الدستوري (القسم الأول)، ط 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011، ص 331.
³حيث قضت محكمة النقض في حكمها الصادر في 14 سبتمبر 2010 بأن ذوي الشأن طالبوا ببطلان إحدى الهيئات المقبولة من قبل أحد الأشخاص المعنوية، وأن عدم الدستورية المدعى بها للنص محل المنازعة (الدفع)-الغير مطبق على هذه المنازعة (الموضوعية)- تكون مجردة من التأثير على قراره، وبالتالي تكون المسألة غير مقبولة.

Cass, 1^{er} civ, 14 septembre 2010, n° 10-13616.

أشار إليه: منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص 179.

⁴محمود صبحي علي السيد، مرجع سابق، ص 107؛ عائشة لزرق، لعيداني سهام، مرجع سابق، ص 189؛ يعيش تمام شوقي، أحكام تقديم الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2020 بين متطلبات التأصيل الدستوري وتحديات التأطير القانوني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 17.

⁵تجدر الإشارة إلى أنه قد تم ضبط صياغة المادة 195 من الدستور المعدل سنة 2020 في شقها المتعلق بشرط انتهاك الحكم التشريعي أو التنظيمي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، فبعدما كانت الصياغة تتسم بالعموم وتطرح إمكانية قبول أي دفع ينتهك أي حق أو حرية يضمنها الدستور، أصبحت أكثر وضوحا عندما خصها المؤسس بالمتقاضي صاحب الدفع من خلال استعمال ضمير الغائب الذي يعود على صاحب الدفع، وجاء نصها كالتالي: "ينتهدك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور"

دستوريين في الجزائر لسنة 2016 و 2020 على التوالي¹. وبمفهوم المخالفة، فإن أي فئة من القوانين التي لا يكون موضوعها الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور يستحيل أن تكون محلا للدفع بعدم الدستورية، حتى ولو كانت تحتوي على مخالفة صريحة وصارخة للدستور، وهذا قد يرجع إلى رغبة المؤسس الدستوري في عقلنة استخدام آلية الدفع بعدم الدستورية.

وفي جميع الأحوال، فإن عبارة "حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور" تبعث على التساؤل حول دائرة تلك الحقوق والحريات بالنظر إلى التوسع الحديث في مدلول القاعدة الدستورية، والذي لم يعد محصورا في الدستور في مدلوله الشكلي الضيق (نصوص الوثيقة الدستورية)، حيث أصبح من الخطورة بما كان مثلما قال العميد "هنري روسيون" أن نحصر مصدر الحقوق والحريات الأساسية بالدستور فقط بالمعنى الحصري، نظرا لأنه لا يتضمن إلا بشكل قليل وعام أحكاما تتعلق بهذه الحقوق والحريات، ومن أجل ذلك ظهرت الحاجة إلى تبني ما اصطلح عليه "الكتلة الدستورية"²، وبما أن المجلس الدستوري الفرنسي كان السباق في مجال مسألة الأولوية الدستورية، فإنه من المنطقي والمفيد الاقتداء بموقفه إلى غاية تشكيل نظرة حاسمة حول موقف المحكمة الدستورية الجزائرية من خلال ما سيصدر عنها من أحكام مستقبلا.

وقبل التطرق إلى مدلول الكتلة الدستورية، فإنه من الأساسي التنويه إلى أن الأعمال التحضيرية والتقارير البرلمانية التي أعدتها لجنة الشؤون الدستورية والتشريع والاستفتاء بمجلس الشيوخ والجمعية الوطنية حول مشروع القانون الأساسي بشأن تطبيق المادة 61-1 من الدستور تُبين أن المقصود بعبارة (الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور) الواردة بالفقرة 1 من المادة 61 من الدستور، هو فقط الحقوق والحريات التي تضمنتها النصوص التشريعية بالمعنى الشكلي الضيق، ويخرج عنها كل ما ورد من حقوق أو حريات في وثائق وطنية أو دولية³.

¹تقابلها المواد: 23-1 من القانون الأساسي 2009-1523 المتعلق بتطبيق مسألة الأولوية الدستورية في فرنسا، والمادة 5 من مشروع القانون التنظيمي المغربي الملغى رقم 15-86، أما بخصوص القانون العضوي رقم 22-19 المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية فلم يشر إطلاقا إلى تعلق الدفع بعدم الدستورية بحكم تشريعي أو تنظيمي ينتهك حقوق وحريات صاحب الدفع، واكتفى المشرع العضوي في هذا القانون بالإحالة على المادة 195 من الدستور المعدل في 2020 بموجب المادة 15 منه.

²هنري روسيون، مرجع سابق، ص 57.

³مصطفى محمود إسماعيل، مرجع سابق، ص 181، الهامش رقم 52.

أولاً: تعريف الكتلة الدستورية

يقصد بالكتلة الدستورية: "مجموعة النصوص القانونية والوثائق والمبادئ التي يستند عليها المجلس الدستوري لقياس مدى دستورية النص التشريعي أو التنظيمي المعروض عليه، وهي بتضمين الدستور وغيره من النصوص التي يعتبرها المجلس ذات قيمة أو أهمية دستورية".¹

كما يمكن تعريفها بأنها: "مجموعة المبادئ والقواعد ذات القيمة الدستورية المفروض احترامها على السلطتين التشريعية والتنفيذية والتي يعتبر الدستور في مقدمتها".¹

ولقد تبلور مدلول الكتلة الدستورية أول مرة في فرنسا بمناسبة قرار المجلس الدستوري الصادر في 16 جويلية 1971 المتعلق بحرية التجمع عندما لم يعتمد في قراره على الدستور نفسه بل تعدى ذلك إلى ديباجته للاعتراف بحرية تكوين الجمعيات كمبدأ أساسي، والتي أشارت بدورها إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 ومبادئ دستور 1946، وتتلخص وقائع هذا القرار في أنه تم إخطار المجلس الدستوري من قبل رئيس مجلس الشيوخ، وفقا لأحكام المادة 61 من دستور 1958، ويتعلق الإخطار بقانون وافقت عليه الجمعية الوطنية وناقشه مجلس الشيوخ، وهو قانون مكمل لأحكام المادتين 5 و7 من قانون 1 يوليو 1971 المتعلق بعقد الجمعية، حيث اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي في قراره أنه: "باعتبار أنه من المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية والتي أكدت عليها ديباجة الدستور رسمياً، ينبغي إدراج مبدأ حرية تكوين الجمعيات، إن هذا المبدأ هو أساس الأحكام العامة لقانون 1 يوليو 1901 المتعلق بالجمعيات، فبموجب هذا المبدأ يتم تشكيل الجمعيات بكل حرية ويمكن إعلانها للجمهور فقط بعد إيداع إعلان مسبق وبالتالي فإنه باستثناء التدابير التي يرحح اتخاذها فيما يتعلق بفئات معينة من الجمعيات، فإن تكوين الجمعيات على الرغم من أنها تبدو باطلة أو لها غرض غير قانوني، فإنه لا يمكن أن تخضع الجمعيات للتدخل المسبق للسلطات الإدارية، أو حتى السلطة القضائية، حيث أن المادة 3 من القانون المطروح على المجلس الدستوري تهدف إلى وضع إجراء يمكن بموجبه أن يُخضع اكتساب الأهلية القانونية للجمعيات المصرح بها إلى رقابة مسبقة من قبل السلطة القضائية بشأن مطابقتها للقانون، وعليه قرر المجلس الدستوري أن هذه الأحكام غير مطابقة للدستور"².

¹ بن دراح علي إبراهيم، سالم عبد السلام، مناخضة المجلس الدستوري الجزائري في توسع الكتلة الدستورية (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مجلد 10، ج 2، ع 2، جوان 2017، ص 416.

² Décision n° 71-44 du 16 juillet 1971.

Disponible sur le site suivant :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm>, consulté le 7/10/2021-14 :47.

إذن، يتضح من خلال القرار المتعلق بحرية إنشاء الجمعيات أن المجلس الدستوري الفرنسي قد وسع مجال الرقابة الدستورية ليشمل مبادئ ديباجة دستور 1958، بما فيها من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ومبادئ دستور 1946.¹

وقد ساهم الفقه الفرنسي في تحديد مجال الكتلة الدستورية، حيث كان الأستاذ FAVOREAU Louis² أول من استعمل مصطلح الكتلة الدستورية في محاولته لتعريف مبدأ الدستورية Le principe de constitutionnalité ، ويرى أن مفهوم الكتلة يحيل إلى مجموعة من المعايير الواقعة في قمة هرم المعايير القانونية، فالكتلة الدستورية هي: "مجموعة المعايير الدستورية التي يحميها المجلس الدستوري، أو هي مجموعة المبادئ والنصوص التي تتمتع بقيمة دستورية ويجب أن تحترمها القوانين التي يوافق عليها البرلمان، أو هي مجموعة المبادئ والقواعد التي يفرض احترامها على السلطة التشريعية"³.

وعلاوة على ذلك، فقد ابتدع المجلس الدستوري الفرنسي فكرة (المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية) وهي مبادئ نسبية يردع تحديدها إلى سلطة المجلس الدستوري التقديرية، ثم أضاف إلى ذلك طائفة أخرى سميت ب (المبادئ ذات القيمة الدستورية) وهي لا تتواجد في نص معين، وإنما تستخلص من روح القوانين، إلى جانب الأهداف ذات القيمة الدستورية وهي عبارة عن توجهات أو خيارات سياسية واجتماعية⁴. بل وذهب إلى أبعد من ذلك حيث أرسى مبادئ آخرين يتعلقان بالصياغة وهما (مبدأ الوضوح) و(مبدأ القابلية للفهم)، وبالتالي فإنه يقضي بعدم دستورية النص المعروض عليه إن لم تتوفر فيه هذه الشروط.⁵

¹C. F : Nathalie DELEUZE, Aude BERTRAND- Mirkovic, Introduction générale au droit : le droit objectif, les droits subjectifs, l'action en justice, édit Studyrama, France, 2005, p.67.

²لويس فافورو، رجل قانون وجامعي فرنسي متخصص في القانون العام ولد في 5 سبتمبر 1936، وتوفي في الأول من سبتمبر 2004، ناقش أطروحة الدكتوراه سنة 1962 في جامعة باريس، درس القانون الدستوري والقانون الإداري في جامعة Aix en Provence، كان عميدا لكلية الحقوق ورئيسا لجامعة مارسيليا 3، ويعرف على أنه من المتخصصين في القانون الدستوري في فرنسا وخارجها، لديه العديد من المؤلفات في القانون الدستوري، وهو مؤسس المجلة الفرنسية للقانون الدستورية. ميريام أكرور، كتلة الدستورية (من تشكل المفهوم إلى تحديات التطبيق)، مجلة الاجتهاد القضائي، مجلد 12، ع 2، أكتوبر 2020، ص 482.

³C. F : Bennoit DELANNY, L'indispensable de droit constitutionnel, 2^{em} éd, édit Studyrama, France, 2004, pp.42, 43.

⁴Sur cette question C. F :

Philippe ARDANT, Institutions politiques et droit constitutionnel, 16^{em} éd, édit L. G. D. J, France, pp. 125, 126.

⁵ Voir sur ces principes : « La qualité de la loi », document établi par les services juridiques de Senat Français-in : <https://www.Senat.fr/ég/ej03/ej030.html>

Vu le : 7/10/2021 à 16 h19.

لتفصيل أكثر راجع: أمين شريط، مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري الجزائري، مجلة المجلس الدستوري، ع 1، سنة 2013.

من خلال ما سبق ذكره، يتضح أن مضمون الكتلة الدستورية في القانون الفرنسي يتكون من مجموعة النصوص القانونية الدستورية، وكذا من المبادئ الأساسية المتضمنة في قوانين الجمهورية الفرنسية، وهي كالتالي:

1-النصوص القانونية الدستورية

تتكون من دستور 4 أكتوبر 1958 والذي أشارت ديباجته إلى نصين أساسيين هما إعلان حقوق الإنسان و المواطن لعام 1789¹، و ديباجة دستور 27 أكتوبر 1946 التي تضمنت حقوقاً تعتبر مبادئ مهمة مثل: المساواة بين الجنسين، احترام القانون الدولي، الحق في الصحة و حمايته، حق العمل، حق الإضراب، الحق النقابي، وهي حقوق تحتاج إلى تدخل السلطة العمومية لضمانها، أي أن الدولة تحميها و تكرسها و ليس فقط تمتنع عن انتهاكها.

بعد ذلك أدخل ميثاق البيئة في ديباجة دستور 4 أكتوبر 1958 بموجب للقانون الدستوري المؤرخ في الأول من مارس سنة 2005²، وهو يتشكل من 10 مواد توضيحية تتضمن الحقوق والواجبات المتعلقة بحماية البيئة، وترتب عنها دسترة مبدأ الوقاية ومبدأ الحيطة، ومبدأ الملوث الدافع، حيث أدمجت في ديباجة دستور 1958 وليست ضمن مواده³، وهو ما جعلها جزء من الكتلة الدستورية⁴.

2-المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية

تمت الإشارة إليها في ديباجة دستور 1946 دون أن يتم ذكرها، ولهذا فإن الفضل يعود للمجلس الدستوري وسلطته التقديرية الواسعة في تكريس عدة مبادئ ضمنها، ولقد وضع عدة شروط حتى يصطبغ المبدأ بالطابع الدستوري وهي :

- أن تكون مستمدة من التشريع الذي صدر قبل دخول ديباجة دستور 1946 حيز التنفيذ .
- ألا يتعارض هذا التشريع مع تشريع جمهوري آخر .

¹ يتضمن إعلان حقوق الإنسان والمواطن روحاً ليبرالية، و هو نص فلسفي يعترف و يقر بالحقوق الأساسية للإنسان.
² متواجد على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.legifrance.gouv.fr>

³ Dominique BROURG, La charte française de l'environnement quelle efficacité. R.vertigo, volume 6,n° 2, septembre 2005.

أشارت إليه: ميريام أكرور، مرجع سابق، ص 484.

⁴ Amandine CAPITANI, la charte de l'environnement, un leurre constitutionnel, R.F. D. C, n° 63/205, p. 439.

أشارت إليه: ميريام أكرور، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

• يجب أن يكون المبدأ الأساسي المعترف به في قوانين الجمهورية ذا طابع عام وغير مؤقت، وهو ما بينه المجلس الدستوري في قراره رقم 93-321 المؤرخ في 20 يوليو سنة 1993 المسمى بإصلاح قانون الجنسية.

• يجب أن يكون المبدأ الأساسي المعترف به ذا طابع أساسي واضح (القرار رقم 98-407 المؤرخ في 14 يناير 1999).

ومن أهم المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية ذات الطابع الدستوري نجد: حرية التعليم، استقلالية أساتذة الجامعات، حرية الصحافة¹ ...

وقد نتج عن تقبل مفهوم كتلة الدستورية عدة آثار على مكانة الديباجة والدستور، وخاصة على الحقوق والحريات ودولة الحق والقانون، فقد تحول الدستور من مجرد تصرف على هامش الحياة السياسية والاجتماعية والقانونية، أو بتعبير أدق ميثاق سياسي بدون أثر، ليكتسب بعد ذلك الطبيعة المعيارية القانونية من خلال ترتيب الجزاء على مخالفة أحكامه بواسطة الرقابة الدستورية، كما أن النصوص المنظمة للحقوق والحريات أصبحت خاضعة للمعايير الدستورية، خاصة بعد دسترة الديباجة ومكوناتها، الأمر الذي بعث رقابة أسمى على النصوص المنظمة لها، وتحول المجلس الدستوري ليصبح حاميا للحقوق والحريات، كما أن هذا الأمر عزز من مصادر الرقابة الدستورية ووسعها .

وعلى الرغم من أن هذا التمديد في الكتلة الدستورية قد أدى إلى انتقاد المجلس الدستوري ووصفها بدستور القضاة كونها غير ثابتة ومتغيرة²، على اعتبار أن ذلك سيجعل البرلمان مقيدا بقيود يجهلها ويفقد سيادته في التشريع ويصبح همه الرئيسي هو التفكير في كيفية تقادي إدانته من طرف المجلس الدستوري بآراء لا أساس لها من الدستور نفسه، إلا أن ذلك لا ينفي دوره -من خلال توسيع الكتلة الدستورية- في تعزيز حماية الحقوق والحريات، خاصة بعد إقرار مسألة الأولوية الدستورية، فقد صرح على مجموعة من الحقوق والحريات التي يمكن إثارتها من خلال المسألة الدستورية، ويتعلق الأمر على سبيل المثال بمبدأ المساواة، الحرية الفردية، اختصاص السلطة القضائية كحارس للحريات الفردية، منع الاعتقال التحكيمي، حرية إدارة الجماعات الترابية وغيرها من قرارات المجلس الدستوري الفرنسي.³

¹ راجع في هذا الخصوص: ميريام أكرور، المرجع نفسه، ص. ص 484، 485.

² C. F : YELLS CHAOUCH Bachir, Leconseil constitutionnel en Algérie, du contrôle de constitutionnalité à la créativité normative, O.P.U, Alger, 1999, p.p. 168,170.

³ محمد أتركين، مرجع سابق، ص 48.

ثانيا: رصد منهج المجلس الدستوري الجزائري في توسيع الكتلة الدستورية

وفي مقابل ذلك، بالرجوع إلى التجربة الجزائرية في موضوع الكتلة الدستورية فقد أستند إليها المجلس الدستوري الجزائري بمناسبة فصله في مختلف الإخطارات الموجهة إليه، حيث كانت القواعد المرجعية التي استند عليها لإصدار قراراته وآرائه تمتد من الدستور إلى الديباجة¹، وقد جاء في الفقرة الأخيرة من ديباجة الدستور المعدل سنة 2016: " تشكل هذه الديباجة جزء لا يتجزأ من هذا الدستور " وتقابلها الفقرة الأخيرة من ديباجة الدستور المعدل سنة 2020.

ولقد امتد الأمر إلى اعتماد الدستور على المعاهدات الدولية بل وحتى الأعراف الدبلوماسية الدولية.²

بالنسبة إلى الديباجة، فهي تعتبر " التوطئة " وهي بمثابة مقدمة أخلاقية وسياسية وحضارية لمجمل الدستور والتي تُسطر الطريق الذي تسيّر عليه الدولة والمجتمع، ولأنها تشكل قوة القانون الدستوري في حد ذاته فإنها تفتح المجال واسعا للتأويل القضائي، بحيث يمكن استعمالها مثلها مثل كل الأحكام الدستورية للبحث في النزاعات وبالنتيجة اعتمادها كمرجعية للشرعية الدستورية.³

فضلا عن المعاهدات الدولية والديباجة، فقد لجأ المجلس الدستوري إلى الاعتماد على نصوص قانون عادي لفحص دستورية قانون عضوي، وكان ذلك من خلال الرأي رقم 97/01 الصادر في رقابة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي الخاص بالأحزاب السياسية للدستور، حيث جاء فيه أنه: " اعتبارا أن الجنسية الجزائرية معرفة بالقانون - كما تقتضي المادة 30 من الدستور- ومن ثم فإن كل تشريع في هذا المجال ينبغي أن يتقيد بأحكام قانون الجنسية...".

ولقد قضى بعدم دستورية شرط الجنسية الأصلية أو المكتسبة منذ عشر سنوات على الأقل لمؤسس الحزب السياسي ، الوارد في الفقرة 1 من المادة 13 من القانون العضوي الخاص بالأحزاب السياسية، ومنه يمكن القول أن المجلس الدستوري قد أخذ بمفهوم " المبادئ المعترف بها في قوانين الجمهورية " الذي أخذ به المجلس الدستوري الفرنسي، وهذا من خلال تأكيده على

¹ استند المجلس الدستوري الجزائري إلى ديباجة الدستور في رأيه 2/1 ليوم 2002/04/03 المتعلق بدسترة الأمازيغية كلغة وطنية، وفي رأيه رقم 08/01 المؤرخ في 2008/11/07 المتعلق بتعديل الدستور فيما يخص توسع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة.

² استند المجلس الدستوري الجزائري إلى ميثاق الأمم المتحدة لحقوق الإنسان لسنة 1966، وكذلك الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب وذلك في قراره رقم 89-01 المتعلق بقانون الانتخابات بتاريخ 1989/08/20، كما استند إلى الأعراف الدولية في قراره رقم 89/02 المؤرخ في 1989/08/30 والمتعلق بالقانون الأساسي للنائب الذي نص على تمكين النائب في المجلس الشعبي الوطني من جواز سفر دبلوماسي معتبرا ذلك من اختصاص السلطة التنفيذية.

أنظر: نشرية أحكام الفقه الدستوري الجزائري الصادرة عن المجلس الدستوري لسنوات 1989-1996- الجزائر، 1996.

³ رمضان فاطمة الزهراء، دراسة حول جديد التعديلات الدستورية في الجزائر 2016، دار النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر 2017، ص 72، 75.

أن قانون الجنسية هو الذي يتكفل بتحديد الآثار المترتبة على اكتساب الجنسية الجزائرية ، وأن كل تشريع في هذا المجال ينبغي أن يتقيد بأحكام قانون الجنسية ، و لا يمكن لقانون غيره أن يعدل أو ينقص من تلك الآثار.¹

وهذا ما يجعله قريبا من اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي في مجال قيود تنظيم الحريات العامة ذات الأهمية الخاصة ، و بالضبط فيما يتعلق بقيد "مفعول كليكيه Effet cliquet" أو " منع الانتكاس إلى الوراء "، و هو عبارة عن ضمانات خاصة لصالح الحقوق و الحريات هدفها تقييد المشرع في تعديل القوانين و إلغائها، بحيث يعتبر غير دستوري كل قانون يضعف حرية من الحريات و يعيدها إلى الوراء بدلا من جعلها أكثر فعالية، ويرتكز هذا المبدأ على فكرة الضمانات التشريعية للمقتضيات الدستورية مفادها أن كل حكم تشريعي يشكل ضمانات لمبدأ دستوري يتحصن من الإلغاء.²

وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه في توسيع الكتلة الدستورية وعدم قناعة البرلمان بقراره هذا، إلا أنه إذا تم أخذ الموضوع من زاوية أخرى نجد أن المجلس الدستوري قد عبر إلى قانون الجنسية عن طريق المادة 30 من الدستور بحثا عن المضامين التي أحالها إليه هذا النص الدستوري انطلاقا من عبارة "الجنسية الجزائرية معرفة بالقانون"، فأعطاه بذلك قيمة مميزة جعلته يعلو على سائر التشريعات في مسألة الجنسية ولو كانت قوانين عضوية، تحت طائلة عدم الدستورية في ما إذا خالفت أحكام الدستور، وقد أطلق على هذا الأسلوب اسم "الرابط الدستوري"، وهو عبارة عن مقتضى دستوري يحتم على المجلس الدستوري النزول إلى القواعد ما تحت الدستورية لتوظيفها في رقابة الدستورية سعيا للوصول إلى تحقيق المقتضى الكامل والسليم للشريعة الدستورية.³

وفي صورة أخرى من صور توسيع الكتلة الدستورية ، فقد كرست الأنظمة الداخلية للمجلس الدستوري هي الأخرى قواعد أصبحت دستورية، كحجية قرارات المجلس وآثارها على كافة السلطات العمومية والقضائية والإدارية باعتبارها غير قابلة للطعن، وهو التعبير الذي استعمله النظام الداخلي لسنة 2000 وقد تم تجسيده فعليا من خلال التعديل الدستوري لسنة 2016 بإضافة فقرة في آخر المادة 169 المعدلة من دستور 1996، وهو ما تضمنته المادة 191 من الدستور

¹ بن مالك بشير، مساهمة المجلس الدستوري في حماية مبدأ المساواة أمام القانون في الجزائر، مجلة إدارة، منشورات مركز التوثيق والبحوث الإدارية، ع21، الجزائر، 2001، ص. ص 73،74.

² أنظر في هذا الخصوص: برفوق عبد العزيز، مقاربة في رصد منهج المجلس الدستوري في توسيع الكتلة الدستورية، دفاتر السياسة والقانون، ع 9، جوان 2013، ص 10.

³ برفوق عبد العزيز، المرجع نفسه، ص 13.

المعدل في 2016¹ ، والتي تقضي بأن آراء المجلس وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية.

وفي الأخير، يمكن القول في هذا الخصوص بأن المجلس الدستوري قد ساهم وبشكل كبير من خلال اجتهاداته في تكريس قواعد إجرائية ومبادئ قانونية تداركها المؤسس الدستوري بالتنصيص عليها مباشرة في تعديلات دستورية لاحقة، كتطبيقاته في مسألة روح الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات وقاعدة توزيع الاختصاص²، وهو بذلك قد كرس توسيعا غير مباشر للكتلة الدستورية عن طريق فكرة "الرابط الدستوري" التي تجعل من النصوص القانونية الأقل مرتبة من النص الدستوري مرجعا للرقابة الدستورية.

إلا أن إطلاق هذه الفكرة سيفتح الباب أمام تضخم الكتلة الدستورية و يفقدها تماسكها، الأمر الذي سيعصب على المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا) مهمة معالجة أي نص قانوني يعرض عليه، حيث سيكون مضطرا إلى تقصي كل النصوص القانونية الأعلى مرتبة من النص المراقب، خاصة إذا تعلق الأمر بنص تنظيمي ، ومع انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين، وتهاطل الإحالات على المحكمة الدستورية فإنه سيكون من الصعب عليها أيضا التمسك باجتهادات المجلس الدستوري السابقة واجتهاداتها -طبعاً بعد تنصيبها وبدء عملها-³ لذلك يتطلب الأمر نوعاً من التعقل في توسيع مفهوم الكتلة الدستورية، وحبذا لو يتم تدوين جميع قرارات المجلس الدستوري السابقة والتي استندت إلى نصوص خارج الدستور بمعناها الضيق من أجل تسهيل مهمة الرقابة الدستورية مستقبلاً . وفي الأخير نستنتج أن اقتصار الدفع بعدم الدستورية على النصوص التشريعية أو التنظيمية -كما هو الحال في الجزائر- التي تنتهك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، يؤدي إلى استبعاد النصوص المتعلقة بالإجراءات التشريعية وتلك المتعلقة بتوزيع الاختصاصات بين ميدان القوانين واللوائح، فلا تصلح تلك النصوص أن تكون محلاً للدفع بعدم الدستورية أي لإجراء الرقابة اللاحقة.⁴

ويجب الإشارة في الأخير إلى أن ما انتهى إليه المجلس الدستوري الجزائري في أول قراراته في مجال الدفع بعدم الدستورية، عندما قضى بمخالفة الفقرة 1 من المادة 416 لمبدأ التقاضي على درجتين المكفول دستورياً، فقد أكد من خلاله بما لا يدع مجالاً للشك، أن ضمان الحقوق والحريات

¹ تقابلها المادة، 198 الفقرة الأخيرة من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر

2020، ج. ر. ج. ع. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020..

² بن دراح علي إبراهيم، سالمى عبد السلام، مرجع سابق، ص 421.

³ بن بغيطة ليلي، مرجع سابق، ص 75.

⁴ محمود صبحي علي السيد، مرجع سابق، ص 108، هامش رقم 2.

الدستورية ذو مدلول واسع، وهو يتحقق ويقوم متى تعلق الأمر حتى بمخالفة أو الخروج على مقتضى المبادئ المنصوص عليها صراحة في الدستور.¹

إن الشرط المتعلق بارتباط الدفع بعدم الدستورية بانتهاك الحقوق والحريات الذي وضعه كل من المؤسس الفرنسي والمغربي والجزائري ، لم ينص عليه لا قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية ولا الدستور التونسي² ولا حتى القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية، وهذا إن دل على شيء ، فإنه يدل على أن مجال الدفع بعدم الدستورية يشمل أو يمتد إلى جميع المواضيع التي يعالجها النص القانوني، إذ أنه في النظام القانوني المصري يحق لذوي الشأن الدفع بعدم دستورية أي نص تشريعي أو لائحة تضمنت انتهاكا لأي نص أو مبدأ دستوري بغض النظر عن مضمونه و فحواه، وذلك تطبيقا لمبدأ عينية الدعوى الدستورية، وتغليبا للمصلحة العامة الأولى بالرعاية، تلك المصلحة التي تقتضي مواجهة و دفع أي اعتداء تشريعي أو لائحي على نصوص الدستور. حيث استقرت المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن: " الخصومة في الدعوى الدستورية وهي بطبيعتها من الدعاوى العينية قوامها مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور تحريا لتطابقها معها إعلاء للشرعية الدستورية، ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الدعوى الدستورية أو هي بالأحرى محلها، وإهدارها بقدر تهاتها مع أحكام الدستور هي الغاية التي تبتغيها هذه الخصومة."³

ونفس الأمر بالنسبة للمشرع التونسي، فبما أنه لم ينص صراحة على تعلق الدفع بعدم الدستورية فقط بقانون ينتهك الحقوق والحريات، فإنه يمكن إثارة الدفع من قبل أحد الخصوم أثناء النظر في قضية معروضة على القضاء دون الأخذ في الاعتبار بمضمونه أو فحواه.

¹ أنظر في تفاصيل هذا القرار وحيثياته: موقع المجلس الدستوري الجزائري على الرابط:

<https://www.conseil-constitutionnel.dz/index.phd/ar->

² المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا، والفصل 120 من الدستور التونسي لسنة 2014 ويقابله الفصل 54 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الليبي هو الآخر منح الحق للأفراد في الدفع بعدم الدستورية من خلال نص المادة (1/23 ثانيا) من قانون المحكمة العليا الليبية رقم 6 - 1982 المعدل بالقانون رقم 17 / 1994 والتي نصت على أنه: " تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها المجتمعة برئاسة رئيسها، أو من يقوم مقامه بالفصل في أية مسألة قانونية تتعلق بالدستور أو تفسيره تثار في قضية منظورة أمام أية محكمة."

وما يلاحظ على هذه المادة أنها لم تحصر هي الأخرى حق الدفع بعدم الدستورية في مجال الحقوق والحريات بل فتحت الباب للطعن في دستورية النصوص بأي وجه من أوجه عدم الدستورية الشكلية أو الموضوعية.

³ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 35 لسنة 38 قضائية (منازعة تنفيذ)، والصادرة بالجلسة المنعقدة يوم الأحد 24 سبتمبر 2017.

أشار إليه: مصطفى محمود إسماعيل، مرجع سابق، ص 181.

الفرع الرابع: الطبيعة الجدية والجديدة للدفع بعدم الدستورية

نصت المادة 21 من القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية على أنه يستوجب لقبول الدفع من الناحية الموضوعية أن يتسم الوجه المثار بالجدية، وألا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي المعترض عليه، قد سبق التصريح بمطابقته للدستور سواء من طرف المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية، باستثناء حال تغير الظروف.

أولاً: أن يتسم الوجه المثار بالجدية

لم يضع المشرع الجزائري أية ضوابط معينة وجب على قضاة الموضوع التقييد بها للفصل في جدية الدفع المثار أمامها وبالتالي ترك لهم السلطة التقديرية في تحديد ما إذا كان الدفع جدياً أم لا¹، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الشرط بالذات كان محل اقتراح لتعديله عند عرض مشروع القانون العضوي على البرلمان وذلك على أساس عدم وجود معيار دقيق تُقاس عليه جدية الدفع، لكن هذا الاقتراح لم يحظ بالقبول وبقي هذا الشرط قائماً وهو ما دفع بفقهاء القانون إلى محاولة تفسير هذا الشرط من خلال تحديد مفهوم الجدية والعناصر التي يستند عليها القاضي في إقرار مدى جدية الدفع بعدم الدستورية وفيما يلي تفصيل ذلك :

1- تعريف الدفع الجدي

من بين التعريفات الفقهية التي قيلت في التعريف بجدية الدفع بعدم الدستورية ما يلي :

"الدفع الجدي هو الذي يقصد صاحبه فعلاً الدفع بعدم تطابق النص التشريعي مع مقتضيات الدستور بأن يعرض وجهة نظره معللاً إياها بأسباب كافية ومقنعة وذلك تجنباً للتعسف في استعمال هذا الدفع لإطالة أمر النزاع أو ربح الوقت أو التأثير على سير الدعوى".² إذن فإن التسبب في مذكرة الدفع بشكل مقنع هو أحد معايير تكييف الدفع على أنه جدي.³

وفي تعريف آخر يراد بجدية الدفع ألا يقصد من تقديم الدفع بعدم الدستورية الكيد والمماطلة بإطالة إجراءات التقاضي وعرقلة سير العدالة، بحيث أن المعيار المتبع من طرف القاضي للتحقق

¹ صافي حمزة، الضوابط القانونية للدفع بعدم الدستورية (قراءة تحليلية في القانون العضوي 18-16)، مرجع سابق، ص 124.

² صواق عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 284.

³ تجدر الإشارة أن الجدية مطلوبة في كل الدفع سواء كانت شكلية أو موضوعية، كما هو الحل بالنسبة للدفع بعدم الدستورية.

من مسألة الجدية هو ارتباط مصير الدعوى الموضوعية بالفصل في الدفع لعدم الدستورية، أي أن كسب أو خسارة القضية يتوقف على فحص دستورية النص محل الطعن.¹

وباختصار فإن جدية الدفع تعني أن يتراءى للجهة القضائية التي تفصل في الموضوع والتي أثير الدفع أمامها، من البحث الظاهري للنص، أن هناك أسباباً معقولة ترجح عدم دستوريته.² وهناك من يرى أن جدية الدفع تتجلى من خلال التسبب الذي يرد في عريضة الدفع³، وهو الذي من شأنه إقناع القاضي بوجود شك حول دستورية النص المطعون فيه، أي أنه يقتنع بوجود مقتضيات فيه تمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور والتي من شأنها أن تؤدي إلى التصريح بعدم دستوريته.

ومن جهة أخرى فإن ملابسات القضية وحيثياتها يمكن أن يستنتج منها القاضي توافر شرط الجدية من عدمه.⁴

وإلى جانب ذلك فقد أضاف الفقه الدستوري⁵ عنصراً آخر يساعد القاضي في تقدير جدية الدفع، وهو أن يكون هذا الأخير منتجا في الدعوى الموضوعية، وهو ما لا يمكن أن يتحقق إلا إذا كان ذا صلة بموضوعها، وكننتيجة لذلك فإن محكمة الموضوع لا تلتفت للدفع الدستورية، في حالة إثارته، إذا رأت بأنها تستطيع الفصل في النزاع المعروض عليها دون الحاجة للرجوع إلى الحكم التشريعي (أو التنظيمي) محل الطعن بعدم الدستورية.⁶

إن، يقصد بالدفع الجدّي: "ذلك الدفع الذي لا يستهدف إطالة أمد النزاع في الدعوى الموضوعية الأصلية، بل أن يكون الغرض منه هو ادعاء حقيقي بوجود انتهاك لحق أو حرية معينة لمقدم الدفع منصوص عليها في الدستور"⁷، أما الدفع الذي يتضح أنه غير مؤثر في

¹ زيان محمد أمين، مرجع سبق ذكره، ص 276.

² محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، دراسة النظام الدستوري المصري، مرجع سابق، ص 159.

³ لعبيدي خيرة، وافي حاجة، مرجع سابق، ص 75.

⁴ بل مبارك أحمد، الدفع بعدم دستورية القوانين أمام قاضي الموضوع، مداخلة مقدمة خلال اليوم الدراسي حول الدفع بعدم دستورية القوانين بنادي المحامين، سطيف، يوم 2018/01/19، ص 8.

⁵ علي السيد الباز، مرجع سابق، ص 134؛ شعبان أحمد رمضان، ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 204؛ رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 580؛ محمد عبد العال الساري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، مطبعة الإسرائ، بدون مكان وسنة النشر، ص 308.

⁶ محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2013، ص 474.

⁷ علاء محي الدين مصطفى، حق الأفراد في اللجوء للمجلس الدستوري الفرنسي في ضوء دستور 1958 وتعديلاته في 2008، مجلة الشريعة والقانون، السنة 29، ع 61، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، يناير 2015، ص 422.

الدعوى فهو غير جدّي¹، هذا التعريف استند على الغرض من الدفع وهو حماية الحقوق والحريات، ويمكن استنتاج خصوصية القيد المتعلق بالجديّة من خلال وجود علاقة بين الدفع المثار وأساس النزاع، وأن يكون الدفع ضرورياً ولازماً لإنهاء الخصومة، فضلاً عن ارتباط نطاقه بالأحكام التشريعية-أو التنظيمية-الماسة بالحقوق والحريات المكفولة في الدستور، وأن تثير مسألة جديدة، بمعنى ألا يكون قد سبق النظر في دستورية الأحكام المطعون فيها (كما سيوضح لاحقاً)²، وعليه فإن محددات الطابع الجدي للدفع بعدم الدستورية ما هي إلا خلاصة للقيود الموضوعية الأخرى، والعامل الذي تجتمع عنده كل الشروط.

ويجب التنويه إلى أن طابع الجديّة يعتبر جوهر التصفية القضائية، لذلك نصت عليه الدول التي أخذت بنظام الدفع بعدم الدستورية، حيث اشترط القانون الأساسي 2009-1523 المتعلق بتطبيق المادة 61-1 من الدستور الفرنسي المعدل سنة 2008، في المادة 23-2 منه ألا تكون مسألة الأولوية الدستورية المثارة أمام قاضي الموضوع مفتقرة لطابع الجديّة، ثم أكد على وجوب وإلزامية توافره أيضاً أمام الجهات القضائية العليا في نص المادة 23-4 منه، ولكن هو الآخر لم يضع تعريفاً محدداً للطابع الجدي³.

وعلى ما يبدو أن هذا الشرط أكثر تطلباً أمام محكمة النقض ومجلس الدولة، وذلك بصورة تفوق تطلّبه أمام قضاة الموضوع، وعلى الرغم من ذلك إلا أنه ينبغي وضع تسبب أكبر قدر ممكن من العناية لمسألة الأولوية الدستورية، والذي يجب أن يكون مقنناً لدرجة تكفي لإقناع القاضي المنتظر للرد بجديتها⁴، وفي نفس الوقت تجنباً لأيّة تكلفة إضافية، فمن المفيد التسبب الصحيح للطبيعة الجادة للمسألة.

و قد قدم السيد M SAUVE. لنائب رئيس مجلس الدولة، من خلال التقرير المتعلق بتقدير تطبيق مسألة الأولوية الدستورية (القانون الأساسي 2009-1523) بعض الأرقام حول هذه النقطة، ومن بين النتائج المتوصل إليها أن المعيار الأكثر استخداماً في رفض طلبات إحالة المسألة الأولوية الدستورية على المجلس الدستوري، هو غياب الطبيعة الجادة للمسألة و ذلك نسبة 75% من أحكامه⁵.

¹فهد أبو العثم السنور، القضاء الدستوري بين النظرية والتطبيق، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016، ص390.

²C. F : Julien BONNET, Pierre Yves GAHDOUM, op.cit, p. 58.

³أوكيل محمد أمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، مرجع سابق، ص 116.

⁴منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص 191، 192.

في الواقع إن أغلب المسائل ترفض من جانب مجلس الدولة أو محكمة النقض بسبب غياب الطبيعة الجادة عنها.

⁵منصور محمد أحمد، المرجع نفسه، ص 200.

إن من بين الصعوبات التي تواجه قضاة الموضوع وقضاة المحاكم العليا عندما يبحثون في هذا المعيار، عدم ممارسة الرقابة على دستورية القوانين بدلا من الهيئة المكلفة دستوريا بالرقابة على دستورية القوانين، وذلك يرجع إلى كون هذا المعيار تقديريا غير مستقر وواضح وقد يكون تقدير الطبيعة الجادة للمسائل محلا لتقديرات مختلفة من جانب القضاة.

و في مقابل ذلك نصت المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 49 لسنة 1979 المعدل و المتمم ، في الفقرة " ب " منها على أن يكون الدفع جديا ، و تركت هي الأخرى مسألة تقدير جدية الدفع لمحكمة الموضوع التي أثير الدفع أمامها ، وهذا دليل على أنه لمحكمة الموضوع دورا لا يستهان به في تقدير جدية الدفع ، و لذلك يتعين بذل مجهود كاف من مقدم الدفع لإقناعها بوجود شبهة أو شكوك حقيقية تطعن في دستورية القانون أو اللائحة المعنية ، و هذا لأنه في حال عدم اقتناعها بمبررات و أسس الدفع يمكن أن تقضي برفضه و استبعاده ، و هو ما حكمت به محكمة النقض المصرية في قرارها المؤرخ في 12 ديسمبر 1991 بأنه: " لمحكمة الموضوع سلطة تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية و إن عدم بيان الطاعن سنده في النصوص الدستورية أو التشريعية في التمسك بهذا الدفع في موطن دعواه دلالة على عدم جدية الدفع." ¹

وفي تعريف الجدية الخاص ب"محمد رفعت عبد الوهاب" أضيفت عبارة " أو على الأقل تثير شكاً في عدم دستورية". ²

2- العناصر التي يستند عليها القاضي في إقرار مدى جدية الدفع بعدم الدستورية

تقتض جدية الدفع بعدم الدستورية أمرين أساسيين:

أولهما: أن يكون الفصل في مسألة الدستورية منتجا للفصل في النزاع الأصلي المطروح على قاضي الموضوع، ويقصد بذلك أن تكون مسألة الدستورية المثارة متعلقة بنصوص قانون من القوانين أو اللائحة التي يمكن تطبيقها على الدعوى الأصلية، وأن الحكم بعدم دستورتها يستفيد منه صاحب الشأن في الدعوى المنظورة. ³

¹ أشار إليه: إبراهيم سيد أحمد، الدفع بعدم الدستورية وإشكالاته العملية فقها وقضاء، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص 30.

² محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية)، مرجع سابق، ص 289.

³ أشرف فايز المساوي، مرجع سابق، ص 54.

ثانياً: أن تكون المطاعن الدستورية المدعى بها في شأن هذا النص لها ما يظاهاها¹، أو بمفهوم أبسط وجود شبهة خروج القانون أو اللائحة عن أحكام الدستور، أي ضرورة قيام شك حول دستورية النص المدفوع بعدم دستورية².

ولقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا المصرية المقصود بجدية الدفع بعدم الدستورية في أكثر من حكم لها نذكر منها ما قضت به في حكمها الصادر في 1999/05/30 بقولها: " إن جدية الدفع بعدم الدستورية التي يتطلبها المشرع تتصرف إلى أمرين:

1- أن يكون الفصل في مسألة الدستورية منتجا بمعنى أن يكون النص القانوني أو اللائحي المطعون على دستورية متصلا بموضوع الدعوى، فإن اتضح للمحكمة أن النص المطعون في دستوريته لا يتصل بموضوع الدعوى قررت رفض الدفع بعدم الدستورية.

2- ضرورة وجود ما يشير إلى خروج النص القانوني أو اللائحي على أحكام الدستور أي أن تتحقق المحكمة من أن عدم دستورية النص تجد لها سنداً، فإذا ما ثبت أنه لا شبهة في دستوريته قضت برفض الدفع وفصلت في موضوع الدعوى³.

ويستخلص من جماع ما تقدم أن جدية الدفع بعدم الدستورية مرهون بتوافر الشرطين السابقين مجتمعين على وجه التلازم بحيث إذا انتفى أحدهما أو كلاهما كان الدفع غير جدي.

أما بالنسبة للدستور التونسي لسنة 2014 المعدل و المتمم ، فلم يحدد شروط قبول الدفع واكتفى بالنص على اختصاص المحكمة الدستورية بالنظر في الدفوع بعدم الدستورية المحالة إليها من المحاكم ، و ترك مسألة تنظيمه للقانون ، و بالرجوع للفصل 53 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية⁴ فإنه ينص على وجوب أن يقدم الدفع بعدم الدستورية بمقتضى مذكرة مستقلة و معللة و محررة من قبل محام مرسم لدى التعقيب تحتوي على عرض في بيان أسباب الدفع مع تحديد مفصل لأحكام القانون المطعون فيها⁵، و بمجرد وصول مذكرة الدفع إلى قاضي الموضوع يحيلها مباشرة وفورا إلى المحكمة الدستورية أي أنه لا يتعرض لجدية الدفع و لا يتحقق من شروط

¹ محمود صبحي علي السيد، مرجع سابق، ص 147؛ أنظر في هذا المعنى حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 186، لسنة 21 ق. د، بجلسة 2000/11/4، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء 9، ص 875.

² مدحت صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستور في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، 2004، ص 200.

³ هذا الحكم مذكور في مؤلف: محمد ماهر أبو العينين، الدفوع في نطاق القانون العام، الكتاب الثاني، دار أبو المجد للطباعة، الهرم، طبعة 2004، ص 421 ، الطعن رقم 43/1321 قضائي في 1999/05/30 ، أشار إليه المستشار خليفة سالم الجهمي ، طرق تحريك الرقابة الدستورية (دراسة تحليلية مقارنة) ، مرجع سابق ، ص 13.

⁴ القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015، المؤرخ في 3 ديسمبر 2015 يتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ع 98 الصادر في 8 ديسمبر 2015، ص 3379.

⁵ الفصل 54 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية، المرجع نفسه.

صحة الدفع، ودوره يقتصر على تمرير الدفع فقط ، إذن فالمحكمة الدستورية التونسية هي التي تتولى لواسطة لجنة تحديثها على مستواها مهمة التحقق من مدى توافر شروط الدفع ، وما تجدر الإشارة إليه أن هذه اللجنة هي الأخرى تصدر فقط رأياً بقبول الطعن أو رفضه ويعود القرار الأول والأخير للمحكمة الدستورية التونسية.¹

وبالعودة لموضوع القيد المتعلق بالجدية، يمكن القول أن المشرع التونسي نص عليه بطريقة غير مباشرة عندما أكد على ضرورة أن تشمل مذكرة الدفع على عرض في بيان أسباب الدفع مع تحديد مفصل لأحكام القانون المطعون فيها بعدم الدستورية.

وعلى العكس من ذلك ، فقد انتهج المشرع المغربي نفس الاتجاه الذي سار عليه نظيره الفرنسي بأن نص صراحة على ضرورة أن يكون الدفع جدياً²، لكن الاختلاف يكمن في أنه ترك مسألة تقدير الجدية لمحكمة النقض ، أي أن المحاكم الابتدائية تنظر فقط في الشروط المنصوص عليها في المادة 5 من مشروع القانون التنظيمي 15-86 والتي لم تشر في متنها على شرط الجدية، وإنما نصت عليها المادة 11 في الباب المتعلق باختصاص محكمة النقض بالنظر في الدفع بعدم دستورية قانون³، فعبارة " كما تتأكد من طابع الجدية فيه" الواردة في هذه المادة دليل على أنه لا تتم فحص الجدية قبل هذه المرحلة، ومن إيجابيات ذلك تمتع قضاة النقض بخبرة أكثر من قضاة أول درجة سيساعد في تحديد مدى جدية الدفع كما سيساعد في توحيد الاجتهاد القضائي، ومع ذلك فإن المشرع المغربي هو الآخر لم يحدد المقصود من الجدية على الرغم من أنه حدد بعض المفاهيم في المادة 2 من مشروع القانون التنظيمي كأطراف الدعوى وتعريف الدفع بعدم الدستورية، وهو ما سيجعل تحديد وتقدير الجدية من سلطة قضاة النقض وتقديرهم الخاص، وقد يعتمدون على المعايير الفقهية التي قيلت في هذا الخصوص.

وفي الأخير يمكن القول أن اجتماع الشروط الموضوعية لقبول الدفع بعدم الدستورية معا يُفضي إلى تحقيق شرط الجدية في الدفع، ومع ذلك فالأمر مرهون بالسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وهو ما دفع بعديد الفقهاء وأساتذة القانون الدستوري أمثال الأستاذ "سعيدبوالشعير" إلى انتقاد ذلك على اعتبار أن هذه السلطة تشكل خطراً كونها تجعل الهيئات القضائية تشارك المجلس

¹ الفصل 59 فقرة 2 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية.

² تنص المادة 11 الفقرة الأولى منها من مشروع القانون التنظيمي 15-86 الملغى المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور المغربي لسنة 2011 على أنه: " تتحقق الهيئة التي يعينها الرئيس الأول لمحكمة النقض من استيفاء الدفع بعدم دستورية قانون للشروط المنصوص عليها في المادة 5 أعلاه، كما تتأكد من طابع الجدية فيه ".
متوافر على الموقع الإلكتروني: www.Justice.gouv

تم الاطلاع عليه يوم 2020/12/2 على الساعة 16:16.

³ المادة 11 من مشروع القانون التنظيمي 15-86 المغربي الملغى.

الدستوري - المحكمة الدستورية حاليا- في ممارسة اختصاصاتها الدستورية، ومن ذلك النظر في الدفع وتقرير ما إذا كان مؤسسا أم لا، وهو ما سيؤثر على استقلالية المجلس الدستوري- المحكمة الدستورية حاليا- ففي اعتقاده أن تقدير الجدية يعني أن يبحث القاضي في مدى دستورية القانون المعترض عليه¹، إلا أن ذلك لا يمكن حدوثه إذا ما تقيّد قاضي الموضوع بحدود اختصاصاته التي رسمها له الدستور والتشريع، فتقدير الجدية لا يعني أن يفصل قاضي الموضوع في دستورية الدفع، وإنما معناه أن يشك في دستورية القانون²، فدوره يقتصر على إيجاد مبرر لمسألة عدم دستورية القانون ليوقف الفصل في الدعوى ويحيل أوراقها إلى محاكم النقض أو المجلس الدستوري- المحكمة الدستورية حاليا- حسب نظام التصفية المعتمد .

ولتقادي الدفوع الكيدية، فإنه لمن الحكمة أن ينص القانون المنظم لآلية الدفع بعدم الدستورية على أن يتحمل مسير الدفع التعويض أو يعاقب بغرامة مالية متى كانت الدفع تعسفيا³.

ثانيا: الطابع الجديد للدفع بعدم الدستورية

لا يجوز الدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة (حكم تشريعي أو تنظيمي) سبق لجهة القضاء الدستوري مراقبته و قضت بدستورية ، على اعتباره أن قراراتها نهائية و غير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن وملزمة لجميع السلطات بنص الدستور ، سواء في دستور الجزائر أو المغرب أو تونس وحتى فرنسا و مصر⁴، وهي بذلك تحوز حجية الشيء المقضي به ، و لا يمكن حتى إعادة طلب النظر فيها⁵، فالتصريح بمطابقة القانون مع الدستور دليل على تمتعه بقرينة الدستورية وهو ما أكدت عليه المادة 21 من ق.ع 19-22 المحدد لإجراءات و كيفيات الإخطار والإحالة

¹ بوالشعير سعيد، مرجع سابق، ص 247-249.

² رحموني محمد، رحلي سعاد، حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، دفاتر السياسة والقانون، السنة 11، مجلد 11، ع 1، جانفي 2019، ص 78.

³ قزلان سليمة، أبرز الملامح الأساسية لآلية الدفع بعدم الدستورية في ظل المراجعة الدستورية الأخيرة لسنة 2016 (دراسة مقارنة، فرنسا نموذجا)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع 1، مارس 2017، ص 110.

⁴ المادة 191 فقرة 3 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2016، ويقابلها المادة 198 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442-20 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020..

• المادة 62 الفقرة الأخيرة من الدستور الفرنسي المعدل في 2008.

• الفصل 134 من دستور المغرب لسنة 2011.

• المادة 195 من الدستور المصري وفق تعديل 2019 متوافر على موقع منشورات قانونية، اطلع عليه يوم

2021/10/13 على الساعة 14:29.

• الفصل 3 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية ع 50 لسنة 2015 الفقرة الأخيرة منها.

⁵ حمريط كمال، الدفع بعدم الدستورية في التعديل الدستوري الجزائري 2016 (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 3، ع 1، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018، ص 451.

المتبعة أمام المحكمة الدستورية ، ونفس الشرط أشار إليه المشرع الفرنسي من خلال المادة 23-2 من القانون الأساسي المتعلق بتطبيق مسألة الأولوية الدستورية.¹

كما أن المشرع المغربي هو الآخر وضع هذا الشرط في المادة 5 فقرة 8 من مشروع القانون التنظيمي -الملغى- الخاص بتطبيق الدفع بعدم الدستورية حيث جاء فيها: "ألا يكون قد سبق البت بمطابقة القانون محل الدفع للدستور ، ما لم تتغير الأسس التي تم بناءً عليها البت المذكور."، وفي مقابل ذلك على الرغم من أن كلا من المشرع المصري والتونسي لم ينصا بصريح العبارة على وجوب عدم سبق التصريح بمطابقة القانون محل الدفع للدستور، إلا أنه يفهم من خلال تأكيدهما على أن قرارات و أحكام المحكمة الدستورية نهائية وملزمة وغير قابلة للطعن، وكنتيجة لذلك لا يجوز الدفع بعدم دستورية قانون سبق البت في دستوريته²، ومؤدى ذلك أنه من شروط قبول الدفع بعدم الدستورية عدم سبق التصريح بدستورية النص أو اللائحة محل الدفع، ذلك أنه إذا تم الحكم بعدم دستوريته فأكد أنه سيلغى من النظام القانوني، وبالتالي لن تكون هناك إمكانية أن يعاد طرحه من جديد لأنه من الأصل يعتبر غير موجود ولن يطبق في النزاع المطروح³، أما إذا تم التصريح بدستوريته فإنه سيتحصن من تعريضه للرقابة الدستورية من جديد ، ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 8 سبتمبر 2010، حيث استند الطاعنون في هذه الدعوى على أن المادة 16(ب) من كتاب القواعد الضريبية ، في صياغتها السابقة على العمل بقانون LME رقم 776-2008 الصادر في 4 أغسطس 2008، تخالف الحرية الفردية واحترام الحياة الخاصة وحرمة المسكن وحقوق الدفاع المكفولة بصفة خاصة في المادة 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، من حيث كونها تسمح بإجراء تفتيش المنازل والحجوزات دون ضمان للحق في حضور محامي للأشخاص المعنيين أثناء القيام بهذه الأعمال، وقد رفضت محكمة النقض إحالة المسألة على المجلس الدستوري مؤسسة حكمها على سبق إعلان اتفاق هذه المادة مع الدستور الصادر في القرارين الدستوريين الصادرين في عام 1980⁴.

¹ Article n° 23-2 de la loi organique n° 2009-1523.

² تنص المادة 49 ف 2 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن: "أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن"، ويقابلها الفصل 5 الفقرة الأخيرة من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية ع 50 لسنة 2015 والتي جاء نصها كالآتي: "وتكون قرارات المحكمة الدستورية وأراؤها ملزمة لجميع السلطات".

³ أنظر على سبيل المثال: حكم المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 16 أوت 2010، حيث قضى فيه أنه: " بما أن المجلس الدستوري قد أعلن في قراره الصادر في 23 يوليو 2010 مخالفة المادة 575 من قانون الإجراءات الجنائية للدستور، فإنه لا يوجد ما يدعو، بالتبعية، لدراسة مسائل الأولوية الدستورية المستندة على هذه المادة.

C .C, Déc. 6 août 2010, n° 2010 -36/46, QPC, ExpouxB.et autres.

أشار إليه: منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص 178.

⁴Cass.com .8 Septembre 2010, n°10-13834.

أشار إليه: منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص. ص 179، 180.

إن الخوض في موضوع الطابع الجديد للدفع بعدم الدستورية يتطلب الوقوف عند مفهوم القرينة الدستورية و طبيعتها القانونية، و مدى تأثيرها في نطاق الدفع بعدم الدستورية و ذلك باعتبارها أهم ضمانة يمتلكها البرلمان تجاه السلطات الأخرى في الدولة، و في نفس الوقت تعد ضابطا أساسيا يعتمد عليه القاضي الدستوري أثناء ممارسته للرقابة الدستورية ، و ذلك تجنباً للوقوع في الخطأ ، لأنه من السهل تصحيح الخطأ بالحكم بالمطابقة الدستورية لكنه من الصعوبة بما كان تصحيح الخطأ في الحكم بعدم الدستورية.¹

1- تعريف القرينة الدستورية

تُعرّف القرينة بأنها: " افتراض تحقق أمر معين إذا تحقق أمر آخر على أساس أنه يغلب أن يتحقق الأمر إذا تحقق الأمر الثاني".²

أما قرينة الدستورية فتعرف على أنها: " النتيجة التي يصل إليها المشرع³ الدستوري من أجل إضفاء صفة الدستورية على القانون من النواحي الموضوعية والشكلية، والتي يتوجب أن يأخذها القاضي الدستوري في الحسبان عند تعرضه للنظر أو البت في الطعون الدستورية".⁴

كما يقصد بها أيضا: "أنه لا يجوز الدفع بعدم الدستورية في قانون سبق للهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية أن نظرت في مدى دستوريته وأصدرت حكما أو قرارا بشأنه غير قابل لأي طعن".⁵

وقد قام القاضي الأمريكي المشهور " جيمس برادلي ثايور " بدراسة عن قرينة الدستورية وصل فيها إلى أنه ينبغي على القاضي الدستوري أن يكون حكمه بعدم الدستورية مقتصرًا على تلك النصوص التي تكون عدم دستورتها واضحة للغاية ولا تحتمل إسباغ الدستورية عليها.⁶

2- الطبيعة القانونية لقرينة الدستورية

يمكن تصنيفها على أنها قرينة شكلية لا تحتاج شروطا للتمتع بها، فيكفي للقاضي أن يصل إلى فئاعة أن النص القانوني المطعون في دستوريته يتوافق شكلا مع النص الدستوري ليحكم بدستوريته، ويبقى الحكم بعدم الدستورية استثناء.⁷

¹ عيد أحمد الحسبان، قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، ع 48، 2011، ص. ص 167، 168.

² عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2001، ص 237.

³ على الرغم من أننا نستعمل مصطلح المؤسس الدستوري بدل المشرع الدستوري لأنه الأصح بما أن الدستور تضعه السلطة التأسيسية، إلا أننا فضلنا عدم تغيير المصطلح في التعريف لأنه يمثل صاحبه ولا يمثلنا شخصيا.

⁴ كوسة عمار، أبحاث في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 117؛ عيد أحمد الحسبان، مرجع سابق، ص 171.

⁵ تريعة نواره، مؤلف جماعي بعنوان تحقيق الأمن السياسي ضمان لقيام دولة القانون في الجزائر، مرجع سابق، ص 286.

⁶ C. F : James BRADLEY THAYER, The origin and scope of the American Doctrine of constitutional Law, Harv. L. R, vol 7, n° 3, 25 October 1893, P.129.

⁷ كوسة عمار، محاضرات في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 13.

تجدر الإشارة إلى أن المسألة الجديدة لا ترتبط فقط بالقانون محل الطعن بعدم الدستورية، لأن ذلك يجعل كل قانون لم ينظر فيه القاضي الدستوري يشكل بحد ذاته مسألة جديدة، وإنما يتحدد نطاقها بعلاقة المقتضى التشريعي أو التنظيمي محل الدفع بعدم الدستورية بالنص الدستوري ذاته، الأمر الذي يجعل المسألة الجديدة تتحقق فقط على المقتضيات الدستورية التي لم يسبق للمجلس الدستوري أن طبقها¹. ومن جهة أخرى، يجب التنويه إلى نقطة مهمة تتعلق بعبارة عدم إعلان اتفاق المقتضى التشريعي أو التنظيمي مع الدستور في أسباب ومنطوق قرار المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية، حيث أن منطوق القرار لا يشير إلا لمواد القانون المعروضة صراحة على القاضي الدستوري أو المواد التي أثارها بصورة تلقائية، وعبارة أخرى فإن ما يخرج عن نطاق هذا المنطوق يعتبر مسألة جديدة يجوز الدفع بعدم الدستورية فيها.²

إن لابد من تحديد الأحكام التي سبق للمجلس الدستوري أن صرح بدستوريتها- في النظام الجزائري- سواء عن طريق الرقابة القبلية أو البعدية بمناسبة الإخطار من طرف إحدى الجهات المخول لها ذلك بموجب المواد 190، 191، 192 و195 من الدستور المعدل في 2020 وهي كالتالي:

أ-القوانين العضوية

باعتبارها تخضع للرقابة الدستورية وجوبا عن طريق إخطار يوجهه رئيس الجمهورية للمحكمة الدستورية، وهو ما أكدت عليه الفقرة 5 من المادة 190 بنصها على أنه: "يخطر رئيس الجمهورية المحكمة الدستورية وجوبا، حول مطابقة القوانين العضوية للدستور بعد أن يصادق عليها البرلمان، وتفصل المحكمة الدستورية بقرار بشأن النص كله. " وتشير عبارة "النص كله" إلى أنه لا مجال للدفع بعدم دستوريتها من جديد، لأن كل مواد القانون العضوي دون استثناء تبث المحكمة الدستورية في مدى دستوريتها ومطابقتها، وهو ما جعل الكثير من الفقه الدستوري³ يستبعد إمكانية قبول المجلس الدستوري -المحكمة الدستورية حاليا- النظر مجددا في مدى دستوريتها في حال توصله بدفع أو أكثر يطعن في دستوريتها، خاصة وأن المجلس الدستوري قد أكد وبصرامة على ذلك في قراره بتاريخ 6 أوت 1995 والمتعلق بدستورية النص السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات آنذاك بقوله : " واعتبارا أن قرارات المجلس الدستوري ترتب -بصفة دائمة- كل آثارها،

¹قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 2009-265.

² أشار إليه: بن سالم جمال، حق المواطن في إخطار المجلس الدستوري (النموذج الفرنسي) مرجع سابق، ص 206.

³ منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص 181.

³ عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مرجع سابق، ص 85.

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 مطابقتها للدستور، تجاهل قوة قرار المجلس الدستوري، ومن ثم فإنه لا وجه للبث في مدى دستوريته من جديد¹.

كما أن القوانين العضوية تخضع-قبل إصدارها-وجوبا أيضا لرقابة المطابقة مع الدستور، وهو ما يخرجها من دائرة القوانين التي يمكن الدفع بعدم دستورتها².

ب-القوانين العادية التي سبق للمجلس الدستوري أن راقب دستورتها قبل صدورها

وذلك طبقا للمادة 190 الفقرة 2 من الدستور المعدل في 2020، وهي رقابة جوازية، علما أن القوانين العادية المعدلة لقوانين عادية أخرى سبق وأن خضعت للرقابة الدستورية، يمكن أن تكون عرضة للرقابة الدستورية من جديد، ومن ثم إمكانية الدفع بعدم دستورتها³. كما أنه يمكن الطعن في نفس التشريع الذي سبق وأن فصل المجلس الدستوري في دستوريته إذا استند الطاعن على قاعدة دستورية أخرى غير تلك التي استند عليها المجلس الدستوري في حكمه السابق⁴.

ج-القوانين العادية التي سبق للمجلس الدستوري أن راقب دستورتها بعد إصدارها

وذلك بناء على إخطار من طرف رئيس الجمهورية، أو رئيس مجلس الأمة، أو رئيس المجلس الشعبي الوطني، أو الوزير الأول، أو 40 نائبا بالمجلس الشعبي الوطني، أو 25 عضو بمجلس الأمة⁵.

د-الأحكام التشريعية أو التنظيمية التي سبق للمجلس الدستوري أن صرح بمطابقتها

للدستور

بمناسبة النظر في دفع بعدم دستورتها بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة في إطار المادة 195 من الدستور المعدل سنة 2020، وبالتالي لا يمكن الاعتراض على نفس الحكم التشريعي أو التنظيمي من جديد⁶، ويفهم من ذلك أنه إذا سبق للمجلس الدستوري وأن أصدر

¹ نواوي عادل، مرجع سابق، ص 343.

² المادة 140 الفقرة الأخيرة من الدستور الجزائري المعدل سنة 2020.

³ عمار عباس، مرجع سابق، ص 36.

⁴ شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص 148.

⁵ المادة 193 من الدستور المعدل سنة 2022 أكدت في فقرتها الأخيرة على ذلك بقتصها على أنه: "لا تمتد ممارسة الإخطار المبين في الفقرتين الأولى والثانية إلى الإخطار بالدفع بعدم الدستورية المبين في المادة 195 أدناه."

⁶ العيادي خيرة، واقي حاجة، مرجع سابق، ص 74؛ صواق عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 284.

قرار بناء على الدفع بعدم الدستورية لمطابقة الحكم التشريعي أو التنظيمي للدستور فذلك يمنع إثارته مرة أخرى أمام أية جهة قضائية أخرى.

هـ-الأوامر التشريعية التي يصدرها رئيس الجمهورية المشمولة بالرقابة الجوازية

هي التي صادق عليها البرلمان فتصبح لها قيمة التشريع وتخضع للرقابة الجوازية طبقا للمادة 198 الفقرة 3 منها من الدستور المعدل سنة 2020.

و-التنظيمات التي تخضع للرقابة الدستورية الجوازية

طبقا للفقرة 3 من المادة 198 من الدستور المعدل سنة 2020.

ي-الأحكام التنظيمية التي سبق للمحكمة الدستورية أن صرحت بمطابقتها للدستور

بناء على دفع بعدم الدستورية محال إليها من المحكمة العليا أو مجلس الدولة طبقا للمادة 195 من الدستور الجزائري وفق آخر تعديل له في 2020.

وبالرجوع إلى نص المادة 21 من القانون العضوي 22-19 في الفقرة 3 منها نجد استثناء على الشرط المتعلق بعدم سبق التصريح بمطابقة الحكم التشريعي -أو التنظيمي- للدستور وهو في حال تغيير الظروف، وقد أشار إلى ذلك أيضا المشرع المغربي في الفقرة 8 من المادة 5 من مشروع القانون التنظيمي الملغى رقم 15 - 86 حيث جاء نصها كالآتي: "...ما لم تتغير الأسس التي تم بناء عليها البت المذكور. " وقد ورد هذا الاستثناء أيضا في المادة 23 - 2 ف 2 من القانون الأساسي رقم 2009-1523¹.

وما يلاحظ على هذا الاستثناء أن المجلس الدستوري الجزائري لم يحدد موقفه بوضوح بخصوص المقصود من حالة تغيير الظروف، وذلك بمناسبة مراقبة مطابقة القانون العضوي 18-16 كما أنه لم يسجل أي موقف من خلال مناقشة مشروع هذا القانون أمام البرلمان، ونفس الأمر بالنسبة لمراقبة المحكمة الدستورية الجزائرية لمطابقة القانون العضوي الجديد رقم 22-19 مع الدستور² في حين أن المجلس الدستوري الفرنسي حدد موقفه من خلال مراقبته لمطابقة القانون الأساسي 2009-1523 ، واعتبر أن عبارة "ما عدا في حالة تغيير الظروف" تتطابق مع نص المادة 62 من الدستور، وهي تتحقق عمليا عندما يكون إعادة فحص المقتضى الذي سبق عرضه

¹Article 23-2/ 2 : " ..., sauf changement des circonstances. "

²قرار المحكمة الدستورية رقم 04 ق. م. د/ ر م د/ 22 مؤرخ في 29 ذي القعدة 2022، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، للدستور، موجود في الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية:

على المجلس الدستوري مبررا بالتغيرات التي تحدث في المعايير المعمول بها في رقابة الدستورية في قراره السابق، أو في الظروف أو في القانون، وتؤثر على الحكم التشريعي المطعون فيه¹، وقد قسمها إلى جزأين: الأول يتمثل في حالة تغيير الظروف القانونية وتتمثل في تعديل الدستور، أو انضمام فرنسا إلى معاهدة دولية خاصة بالحقوق والحريات، ويترتب عليهما إضافة حقوق جديدة لم تكن موجودة من قبل أو تكريس مزيد من الحريات الفردية أو الجماعية، أما الجزء الثاني فيتعلق بحالة تغيير الظروف الواقعية والتي تتمثل في الظروف الخاصة بالتطبيق الميداني للنصوص القانونية وما تفرزه من تعارض مع أحد الحقوق أو الحريات المنصوص عليها في الدستور².

ومن بين اجتهادات مجلس الدولة في هذه المسألة، اعتبره أن الازدياد المعتبر في النصوص التشريعية المتتالية، والتي يترتب عليها فرض التزامات على المترشحين للانتخاب تعبر عن حالة تغيير في الظروف³.

و في الأخير ، ومن أجل التحقق من مدى توافر الطابع الجديد في مسألة الأولوية الدستورية ، فإن مصالح المجلس الدستوري الفرنسي قد وضعت تحت تصرف مستخدمي موقع المجلس جدول مفصلا يتضمن كل المقترحات القانونية التي تمت مراقبتها منذ 1959 و التصريح بمطابقتها أو مخالفتها للدستور في حيثيات قرارات المجلس الدستوري و منطوقها، مع تعرضه للتحديث بشكل دوري مما يسهل الرجوع إليها⁴، و في مقابل ذلك دأب المجلس الدستوري الجزائري على نشر جميع آرائه و قراراته الجديدة من خلال الجريدة الرسمية للجمهورية ، و حتى من خلال موقعه الإلكتروني تحت مسمى " الفقه الدستوري " ، وذلك لتمكين كل من يهمه الأمر من مواطنين و قضاة الموضوع من الاطلاع عليها ، وبقي الأمر كذلك بعد مباشرة المحكمة الدستورية عملها أيضا، و في هذا الصدد يجب على قضاة المحاكم خاصة المحكمة العليا و مجلس الدولة أن يكونوا على اطلاع دائم بقرارات وآراء المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية حاليا ، مما يسهل عملية التحقق من الطابع الجديد للمسألة الدستورية في القضايا المطروحة أمام المحاكم.

¹Décision n° 2009-595DC du 3décembre 2009, concernant la conformité loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution, Journal officiel de 11 décembre 2009, P. 21381, texte n° 2, p. 206.

² علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص 417، 419.

³ زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، ج1، ط1، دار بلال، لبنان، 2014، ص. ص 486، 487.

⁴ محمد أتركين، مرجع سابق، ص 58.

الفصل الثاني:

تصفية وإحالة طلبات الدفع بعدم الدستورية
على القاضي الدستوري وإجراءات فصله فيها

إن آليات ولوج المواطن إلى العدالة أو القضاء الدستوري في الدساتير المقارنة متعددة ومتنوعة، وهي تقوم على فكرة حرية الأفراد باعتبارها أساس جميع الحريات وهي المقصد الأسمى لقيام دولة الحق والقانون¹، وقد اختارت الجزائر من بين أهم هذه الآليات ما يعرف بالدفع بعدم الدستورية، حيث أقرتها بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، وما فتئ القضاء الدستوري يتعامل معها حتى تم تعديل الدستور سنة 2020 وأدخل تغييرات جوهرية على هذه الآلية بحد ذاتها إلى درجة أن المؤسس الدستوري الجزائري قد انتقل من نظام الرقابة الدستورية بواسطة هيئة سياسية إلى نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين بواسطة محكمة دستورية، ومن هذا المنظور فإنه يمكن القول بأن تطبيق أحكام آلية الدفع بعدم الدستورية بالجزائر قد عرف مرحلتين:

المرحلة الأولى في ظل المجلس الدستوري: سن المؤسس الدستوري الجزائري الدفع بعدم الدستورية في دستور 2016 الذي صدر بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، وتنفيذا له صدر القانون العضوي رقم 18-16 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

المرحلة الثانية في ظل المحكمة الدستورية: وهي الفترة التي جاءت عقب التعديل الدستوري الذي صوت عليه الشعب الجزائري في الفاتح من نوفمبر 2020، وتنفيذا له صدر القانون العضوي رقم 22-19 المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، والذي تضمن أحكام الدفع بعدم الدستورية في المواد من 19 إلى 43 منه.

وعلى الرغم من مساهمة القضاء الدستوري الفعالة في إرساء دعائم الدولة الدستورية التي يسمو فيها الدستور وتضان فيها الحقوق والحريات، إلا أن النتائج المترتبة على قراراته، خاصة المتضمنة التصريح بفقدان النصوص التشريعية أو التنظيمية المصرح بعدم دستورتها لأثرها، وتداعيات ذلك على الأمن القانوني، دفع بالدول التي تبنت هذا النوع من الرقابة الدستورية إلى عقلنة الوصول إلى القضاء الدستوري، وذلك من خلال المرور عبر محطات للتصفية القضائية، إلى جانب تنظيم إجراءات الفصل في الدفع بعدم الدستورية على مستوى المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية.

¹ماموني الطاهر "الرئيس الأول للمحكمة العليا"، حق المواطن في الوصول إلى القضاء الدستوري في الجزائر، مداخلة لمقابلة بمناسبة الملتقى الدولي المنظم من المحكمة الدستورية والموسوم بحق المواطن في الوصول إلى القضاء الدستوري في ضوء الأنظمة المقارنة، يومي 5 و6 ديسمبر 2022، ص 4.

إن إشكالية هذا الفصل تتجلى في نقطتين أساسيتين:

1- هل تعد مرحلة التصفية-وهي معبر وجوبي-إعاقة تعرقل الوصول إلى القضاء الدستوري؟

2- بعد وصول الدفع بعدم الدستورية إلى القاضي الدستوري كيف سيتعامل معه هذا الأخير؟ أو بالأحرى ما هي إجراءات الفصل في دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي محل الدفع المتبعة أمام المجلس الدستوري بموجب تعديل 2016، وهل طرأ عليها تعديل بموجب تعديل 2020؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تقتضي الاستعانة بتجارب بعض الأنظمة الدستورية المقارنة التي قد تتشابه في تطبيقها للدفع بعدم الدستورية مع القانون الجزائري، ولو نسبياً، وقد ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول بعنوان: آلية التصفية القضائية المكرسة في الأنظمة الدستورية المقارنة والقانون الجزائري.

المبحث الثاني بعنوان: إجراءات الفصل في الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء الدستوري.

المبحث الأول: آلية التصفية القضائية المكرسة في الأنظمة الدستورية المقارنة والقانون

الجزائري

يتجسد صميم الاختصاص القضائي في إعمال آلية الدفع بعدم الدستورية في القيام بتصفية وغرلة الدفع المثارة أمام الجهات القضائية قبل تقرير إحالتها على المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية، بحيث يسمح نظام التصفية بقبول الجدية فقط والجديرة بإثارة الدفع، المتعلقة أساسا باحتمال عدم دستورية قانون أو حكم تشريعي أو تنظيمي معين.¹ وتكمن أهمية نظام التصفية القضائية في تخفيف العبء على الجهة المختصة برقابة الدستورية وتقادي إحالة الطلبات الكيدية التي من شأنها إفراغ نظام الدفع بعدم الدستورية من مضمونه.

ومع ذلك، فإن إعمال نظام التصفية أو كما يسميه البعض الغرلة أو التنقية القضائية يطرح بعض التساؤلات والإشكالات والتي من بينها:

صعوبة تنظيم عملية الفرز وتوازنها من حيث عقلانية ممارسة الطعن في دستورية قانون وحماية حقوق الأطراف المدعية من جهة، ومن جهة أخرى بين الغاية من إحداث آلية الدفع بعدم الدستورية والمتمثلة في صيانة الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور وبين ضرورة الحفاظ على نظام قضائي فعال قادر على الحد من تعسف بعض المتقاضين في استعمال هذا الحق وقادر أيضا على ضمان صدور الأحكام في أجل معقول.

وهل يعتبر نظام التصفية بمثابة تقييد من قبل محكمة الموضوع والمحاكم الأعلى درجة للمحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري، وتدخل في اختصاصها المتمثل في فحص دستورية النص القانوني المطعون فيه؟

وبين هذه وذلك، لا بد من الحديث عن دور القضاء في ترشيد الرقابة الدستورية عن طريق الدفع من خلال الوقوف على مختلف الإجراءات التي يمر بها الدفع بعدم الدستورية أثناء مرحلة التصفية.

وعلى الرغم من أن أنظمة تصفية الدفع تتفق على استبعاد الطعن المباشر أمام القضاء الدستوري لضرورة مرور الدفع وجوبا بالهيئات القضائية قبل الإحالة أو تقديمه إلى القضاء الدستوري، إلا أنها تتخذ أكثر من نموذج واحد في القوانين المقارنة، فماذا تبنى المشرع الجزائري؟ وهل للقضاء دور في ذلك؟ وتعبير آخر هل أخذ المشرع الجزائري بنظام تصفية الدفع بعدم الدستورية على درجة واحدة (أولا)، أم على مرحلتين (ثانيا)؟

¹ أوكيل محمد أمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، مرجع سابق، ص 111، 112.

المطلب الأول: نظام تصفية الدفع بعدم الدستورية على درجة واحدة

تتطلب تصفية الدفع على درجة واحدة إحالة الدفع من طرف الجهة التي أثير الدفع أمامها على المحكمة الدستورية لدراسة شروطه ثم الفصل في موضوعه (الفرع الأول) كما قد تتخذ نمطا آخر يتمثل في تخويل صاحب المصلحة من الدفع إمكانية تقديمه مباشرة أمام المحكمة الدستورية بعد دراسته وخضوعه لفحص الجدية عبر إحدى الجهات القضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إحالة الجهة القضائية الدفع إلى المحكمة الدستورية

قد يحدث أن تكون الإحالة فورية إلى المحكمة الدستورية دون أن يكون لقاضي الموضوع أي دور في فحص شروطه أو جديته وهو ما أخذ به المشرع التونسي الذي جعل أمر التحقق من شروط صحة الدفع وأسس جديته من اختصاص هيئة خاصة تقوم المحكمة الدستورية بتعيينها.

أولا: الإحالة الفورية للدفع دون فحص جديته

كان من المنتظر أن يصدر القانون الأساسي ليضع حدودا واضحة عند أعمال الرقابة الدستورية عن طريق الدفع، لكن الفصل 56 منه نص على ضرورة إحالة المسألة الدستورية فور إثارها دون النظر فيها من قبل محكمة الموضوع، وجاء نصه كالآتي:

"على المحاكم عند الدفع أمامها بعدم دستورية القوانين إحالة المسألة فورا على المحكمة الدستورية."¹ من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع التونسي لم يعتمد على أية محطة لفحص الجدية والغلبة وإنما اختار الإحالة فورا على المحكمة الدستورية دون أن يكون لقاضي الموضوع أي دور في تكييف الطلب على أساس الجدية، وبهذا الإجراء يكون المشرع التونسي قد وضع سدا منيعا لتدخل المحاكم في أول مرحلة من مراحل إثارة الدفع، وحرمها من تصفية الدفوع مبدئيا والتأكد على الأقل من الشروط الأساسية لإجراء الدفع²، بل وذهب إلى أبعد من ذلك بأن وضع قيودا آخر³ يتمثل في عدم جواز الطعن في قرار الإحالة بأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب⁴، وفي هذه النقطة يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية لقرار الإحالة هل هو حكم أم عمل تحضيرية؟

¹ القانون الأساسي رقم 50 المؤرخ في 2015/12/3 المتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية، الرائد الرسمي رقم 98 مؤرخ في 2015/12/8.

² سماعيل لعبادي، الرقابة عن طريق الدفع كآلية استجابة لمتغيرات الواقع الدستوري في الدول المغاربية، مجلة الشريعة والقانون، ع 81، السنة 34، يناير 2020، ص 446.

³ الفصل 57 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية ع 50 لسنة 2015.

⁴ يستخدم المشرع التونسي مصطلح التعقيب بدلا من الطعن بالنقض.

إن قرار الإحالة لا يمكن تصنيفه على أنه عمل تحضيري لأنه لا يرتبط باجتهاد القاضي المتعهد بالنزاع، كما لا يمكن تصنيفه على أنه حكم باعتبار أن الأحكام القضائية قابلة للطعن فيها سواء بالطرق العادية أو الغير عادية، إذاً فهو قرار من صنف خاص يرتبط بمادة الدفع بعدم الدستورية ويؤدي إلى نتائج مهمة تتمثل في توقيف النظر في القضية الأصلية إلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية من قبل المحكمة الدستورية، وهو يشبه إلى حد ما الحكم الذي تصدره المحاكم العدلية في حالة تنازع الاختصاص والقاضي بإرجاء الفصل في القضية وإحالة ملفها على مجلس التنازع، حيث أن هذا الحكم أيضاً لا يقبل أي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب، وهو ما نص عليه الفصل السابع من القانون الأساسي المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص.¹

وقد أضفى على هذه الإحالة طابع "الفورية" أي السرعة في تنفيذ الإحالة وعلى الرغم من أن هذه الصيغة فيها نوع من الإيجابية في سرعة وصول الدفوع للمحكمة الدستورية وعدم المماطلة في الإجراءات وتعقيدها ووضع عقبات في طريق الأفراد لإيصال دفعهم، ضف إلى ذلك إمكانية توحيد القرارات حول جدية الدفع كونها تصدر عن جهة واحدة هي المحكمة الدستورية وبالتالي تقادي تضارب الآراء والقرارات بشأن جدية الدفع في حالة مروره عبر محطات قضائية مختلفة، إلا أن بساطة الإحالة الفورية تنعكس بشكل سلبي على المحكمة الدستورية من خلال إغراقها بآلاف الدفوع التي يتوجب عليها البت فيها، ومنه فإن الوقت الذي اختصره الدفع بالوصول مباشرة غالى المحكمة الدستورية سيضيع لا محالة بعد وصوله وذلك من خلال الانتظار الطويل للبت فيه بسبب تراكم الدفوع على المحكمة الدستورية. فالمشرع التونسي بذلك يكون قد فتح الباب على مصراعيه للدفع بعدم الدستورية، ولم يعمل على عقلنة هذه الوسيلة المستحدثة، وهذا الأمر سيؤثر على عمل المحكمة الدستورية ويخشى أن تغرق في الدفوع وألا يكون بإمكانها التقيد بالأجال المحددة في الفصل 60 من القانون الأساسي.²

وقد فرض المشرع التونسي شكلاً معيناً في قرار الإحالة وذلك من خلال الفصل 57 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية³ الذي نص على أن قرار الإحالة يصدر من رئيس المحكمة

¹ القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 30 جوان 1999- المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص.

لمزيد من التفصيل راجع: معتز القرقروري، مرجع سابق، ص. 361-362.

² معتز القرقروري، مرجع سابق، ص. 353.

³ الفصل 57 من القانون الأساسي رقم 50 المؤرخ في 2015/12/3 المتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية، الرائد الرسمي رقم 98 مؤرخ في 2015/12/8.

مع إمضائه ويجب أن يتضمن أسماء الأطراف وألقابهم ومقراتهم وعلى المطاعن الموجهة إلى القانون المطعون فيه (أي بيان أوجه عدم الدستورية) مع بيان لأحكامه المدفوع بعدم دستوريته مع عرض موجز لوقائع القضية الأصلية المرتبطة مباشرة بالدفع، ويوجه قرار الإحالة إلى المحكمة الدستورية مرفقا بمذكرة الدفع.¹ وتجدر الإشارة إلى أن قرار الإحالة إلى المحكمة الدستورية له أثر موقوف في القضية الأصلية، أي أن المحكمة المعنية بالنزاع تتوقف عن الفصل فيها وتعلق الآجال ابتداء من تاريخ صدور قرار الإحالة إلى حين توصل المحكمة التي أثير أمامها الدفع بقرار المحكمة الدستورية أو انقضاء أجل توصلها بقرار المحكمة الدستورية دون وروده، لكن هذه الصياغة تطرح تساؤلاً حول الموقف الذي سيتخذه قاضي الموضوع في حالة انقضاء الأجل المقرر للمحكمة الدستورية للفصل في الدفع بعدم الدستورية، هل سيعتبر القانون الذي سيطبقه على النزاع دستورياً أم غير دستوري؟ وهل سيتحول دوره في هذه الحالة إلى الإيجابي ويفصل في الدفع؟

إن هذه الحالة لم يشر إليها المشرع التونسي في القانون الأساسي للمحكمة الدستورية، فهو لم يحدد مصير الدفع بعدم الدستورية بعد وصول قرار الإحالة إلى المحكمة الدستورية عند انقضاء أجل الدفع أو عدم الفصل فيه من قبل هذه الأخيرة، لكن ما هو مؤكد أنه إذا كان المشرع التونسي لم يسمح لقاضي الموضوع حتى بتصفية الدفع بعدم الدستورية فكيف سيسمح له بالفصل في دستوريته، ولا يمكن أن يتجرأ قاضي الموضوع على ذلك، ولكن بإمكانه الامتناع عن تطبيق القانون والبحث عن حلول أخرى أو تطبيق الدستور.

ومنه فقاضي الموضوع لا ينظر في الدفع لا من الناحية الشكلية ولا الموضوعية فدوره يقصر في تمرير الدفع إلى المحكمة الدستورية وينتظر فصلها في المسألة الدستورية ليتابع بعد ذلك استكمال الفصل في القضية الأصلية.

ثانياً: التصفية الذاتية للدفع بعدم الدستورية على مستوى المحكمة الدستورية

إن ما يميز النموذج التونسي في تصفية الدفع هو استثناءه للهيئات القضائية من سلطة النظر في جدية الدفع، ففي هذا النوع من الفرز تتلقى المحكمة الدستورية جميع الطعون وتتولى وضع إجراء داخلي بهدف استبعاد الطعون الرامية إلى المماطلة أو تلك التي لا أساس لها من حيث تعليلها الدستوري²، وهو ما فعله المشرع التونسي بأن قرر إحداث لجنة مختصة أو أكثر بقرار من

¹تنص المادة 55 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية على ما يلي: "يقدم الدفع بعدم الدستورية بمقتضى مذكرة مستقلة ومعللة محررة من قبل محام مرسم لدى التعقيب يحتوي على عرض في بيان أسباب الدفع مع تحديد مفصل لأحكام القانون المطعون فيها."

²هذا النظام تبنته أيضا المحكمة الدستورية في ألمانيا، فقد أرست المحكمة الدستورية منذ فترة طويلة آلية لفرز الدعاوى الدستورية وقد شكلت لهذا الغرض أقساما تتكون من 3 قضاة مكلفين بالبت في قبولية الطعون الواردة إليها، ويتم اتخاذ القرار وفقا

رئيس المحكمة الدستورية تتكون من ثلاثة أعضاء من ذوي الاختصاص في القانون توكل لهم مهمة التثبت من مدى احترام مذكرة الدفع بعدم الدستورية لموجباتها الشكلية والإجرائية، وترفع هذه اللجنة اقتراحاتها لرئيس المحكمة الدستورية والقاضية إما بقبول الإحالات من الناحية الشكلية والإجرائية أو رفضها، وبعدها تتولى المحكمة الدستورية الفصل في اقتراحات اللجنة.¹

يبدو أن مساهمة اللجنة في ترشيد الدفع بعدم الدستورية محدودة، ضف إلى ذلك أن الاختلافات بين مختلف اللجان واردة، وهو أمر قد يهدد مبدأ المساواة بين المتقاضين.² وما يلاحظ على نص الفصل 59 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية أن المشرع استعمل مصطلح "اقتراحات" وليس "قرار"، وهذا إن دل على شيء فهو يدل على أن هذه اللجنة ذات طبيعة استشارية، واقتراحاتها قابلة للقبول أو الرفض من طرف المحكمة الدستورية، وهذه الأخيرة لا تتقيد بها، أي أن القرار الأول والأخير يرجع للمحكمة الدستورية وحدها.

ما يمكن قوله بخصوص نظام التصفية الذاتية الذي أقره المشرع التونسي هو أنه يجنب فرضية اختصاص القضاء بالنظر في دستورية القوانين ذلك أن هناك العديد من الفقهاء الذين اعتبروا تحقق قاضي الموضوع من جدية الدفع هو بمثابة تدخل في صلاحيات وسلطات القاضي الدستوري، فحسب منظورهم فإن قاضي الموضوع ينظر في دستورية القانون بطريقة غير مباشرة فمناط الجدية هو أن يتكون عند القاضي شك بأن الحكم المطعون فيه غير دستوري. أما إسناد النظر في جدية الدفع وتصفيته لهيئة تابعة للمحكمة الدستورية يحفظ لهذه الأخيرة ممارسة كامل صلاحياتها الدستورية من دون أي تدخل أو تبعية مع اختصاص القضاء³، كما أن تشعب المشهد القضائي بتونس وعدم تجانسه إضافة إلى ضعف التشعب بثقافة الرقابة بما في ذلك الرقابة الدستورية، قد يجعل من غربة الدفوعات أمام محاكم الأصل عملية غير مضمونة النتائج، ويمكن للمحكمة الدستورية أن تتجاوز خطر إغراقها بالدفع من خلال الاستعانة بخبراء في المجال

لإجراءات كتابية ودون وجوب التعليل، ويمكن لقسم يتكون من 3 قضاة رفض قبول طعن دون تعليل وذلك بالإجماع، هذا وقد اقتضت الفقرة 93 ثانيا من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية أنه يجب قبول الطعن بموجب القانون إذا اكتسى من ناحية أهمية بالغة بالنسبة للحق الدستوري، ومن ناحية أخرى إذا كان الرفض يسبب ضررا فادحا للطاعن هذا وتتلقى المحكمة الدستورية الألمانية أكثر من 5000 طعن في السنة ولا يتجاوز أغلبها مرحلة الفرز، أما البقية فهي تتعلق عادة بمسائل هامة.
أنظر:

¹ سماعيل لعبادي، مرجع سابق، ص 448.

نص الفصل 59 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية على أنه: "تحدث لدى المحكمة الدستورية بقرار من رئيسها لجنة خاصة أو أكثر توكل إليها مهمة التثبت في مدى احترام مذكرة الدفع بعدم الدستورية لموجباتها الشكلية والإجرائية."

² معتز القرقوري، مرجع سابق، ص 359.

³ أوكيل محمد أمين، نظام تصفية الدفع بعدم الدستورية في القوانين المقارنة وأفق تطبيقه في الجزائر، مجلة صوت القانون، العدد 8، سنة 2017، ص 13، 14.

القانوني، وهو ما يسمح به الفصل 39 من القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية، إلا أن الإشكال المرتبط بنظام التصفية الذاتية ينحصر في مآزق تدفق طلبات الدفع المحالة على اللجان المختصة بالتصفية التي سيقع على عاتقها عبء التحقق من استيفاء جميع الطلبات المحالة عليها للشروط الشكلية والإجرائية، فضلا عن فحصها أوجه الجدية في تلك الدفوع قبل تقرير قبولها للعرض على المحكمة الدستورية من عدمه¹. فعلى الرغم من أن المشرع التونسي قد أحدث لجنة خاصة تتكون من أشخاص من ذوي الاختصاص في القانون على مستوى المحكمة الدستورية للبحث في مذكرة الدفع من الناحية الشكلية والإجرائية، إلا أن ذلك يعتبر غير كاف، فدور المحكمة التي أثير الدفع أمامها ضروري للنظر في جدية الدفوع المثارة بشأن القوانين التي ستطبق على المحاكمة، فمن الأفضل أن يكون فحص جدية الدفع قبل وصوله إلى المحكمة الدستورية من الناحية العملية.

ويبقى الأمر رهينة التطبيق العملي لهذه الطريقة في التصفية القضائية للدفع بعدم الدستورية وما سيسفر عنها من إيجابيات وسلبات².

¹ لقد عبر أغلب أعضاء لجنة التشريع العام في مجلس نواب الشعب بتونس عن تخوفاتهم من ترك آلية الدفع بعدم الدستورية دون تقييد سواء بأجال أو بغيرها، ومن إمكانية إغراق المحكمة الدستورية بعدة دفوع غير جدية، وذلك أثناء مناقشتهم لمشروع قانون المحكمة الدستورية، لذلك تم إضافة إحداث لجنة خاصة أو لجان داخل المحكمة الدستورية تتولى التأكد من مدى احترام مذكرة الدفع لموجباتها الشكلية والإجرائية.

أنظر: تقرير لجنة التشريع العام حول مشروع القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية، مجلس نواب الشعب بتونس، نوفمبر 2015، ص 20. التقرير منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://majles.marsad.tn>

تم الاطلاع عليه وتحميله يوم 28 أكتوبر 2021 على الساعة 13:52.

² لقد كان من المفترض أن يتم إرساء المحكمة الدستورية خلال فترة انتقالية مقدرة بسنة واحدة تلي الانتخابات التشريعية (الفصل 148-5 من الدستور) على أن تتولى الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين البعض من مهامها خلال هذه الفترة، لكن الأمر قد طال أكثر مما هو متوقع حيث مرت 6 سنوات دون الوصول إلى تنصيب أعضاء المحكمة الدستورية، وذلك راجع إلى عدة عوامل منها ما هو قانوني وأكثرها سياسي، فكان أول الموانع التي حالت دون تنصيب أعضاء المحكمة الدستورية قانونيا بحثا، حيث نص الفصل 10 من قانون المحكمة الدستورية على أن يتم تعيين أعضائها تباعا من طرف مجلس نواب الشعب والمجلس الأعلى للقضاء ورئيس الجمهورية، وبالتالي فإن القانون قد اشترط ترتيبا محددًا في تعيين الأعضاء فلا يمكن لجهة أن تسبق التي قبلها في تعيين الجزء المخصص لها، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الترتيب لم يرد بالدستور، فكان من الممكن لرئيس الجمهورية أن يعين الأربعة أعضاء في انتظار استكمال المجلسين لانتخاب بقية الأعضاء، والسبب الثاني الذي اعترض مسار تكوين المحكمة هو غياب المجلس الأعلى للقضاء خاصة بعد أن أصدرت الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين قرارا يقضي بعدم مطابقة مشروع قانون المجلس الأعلى للقضاء للدستور، مما أدى إلى تأجل إرساء المحكمة الدستورية طبعًا إلى غاية تنصيب المجلس أولاً.

وبعد تركيز المجلس الأعلى للقضاء سنة 2016 بموجب القانون رقم ، انتهت العقوبات القانونية لتظهر للعلن عاصفة من العقوبات السياسية نتيجة تطلب انتخاب أربعة أعضاء من قبل مجلس نواب الشعب وشروط الانتخاب والتصويت التي فرضها الفصل 11 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية لسنة 2015 المتمثلة في الجلسة العامة لمجلس نواب الشعب وأغلبية الثلثين التي يصعب تحقيقها، الأمر الذي أدى إلى عقد جلسات متتالية لانتخاب 4 أعضاء للمحكمة الدستورية دون الوصول إلى ذلك بسبب التركيبة الحزبية الممثلة آنذاك بالمجلس، وبسبب أن الترشيح من الكتل النيابية يحيل لا محالة إلى الأحزاب السياسية، وانتهت العهدة النيابية ولم تنجح الكتل النيابية سوى في انتخاب عضو واحد وهي القاضية "سلوى الورسغيني" في مارس 2018، وذلك رغم عقد أكثر من ست دورات انتخابية وإعادة فتح باب الترشيح في ثلاث مناسبات، ولا يزال الأمر على حاله حيث انقضت الدورة النيابية الأولى للعهدة التشريعية (2019-2024) دون أن يتمكن مجلس النواب من استكمال انتخاب الثلاثة أعضاء المتبقين. هذا الأمر دفع بعدد من النواب إلى تقديم مقترح قانون لتعديل القانون الأساسي للمحكمة الدستورية خاصة فيما يتعلق بمطلب حذف كلمة

الفرع الثاني: رفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية بعد فحص جدية الدفع من قبل القاضي

يقوم هذا النموذج على أساس تخويل صاحب الدفع إمكانية تقديم دفعه مباشرة بنفسه أمام المحكمة الدستورية بدل إحالته عليها من طرف القضاء وذلك بعد فحص جديته من طرف هذا الأخير، وقد كان القانون المصري من بين القوانين العربية المقارنة التي تبنت هذا النظام وذلك منذ إنشاء المحكمة الدستورية بمقتضى دستور 1971 إلى آخر دستور له سنة 2014.

أولاً: فحص شروط وجدية الدفع أمام محكمة الموضوع

نصت المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية¹ في الفقرة "ب" منها على أنه: "إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي² أجلت نظر الدعوى وحددت لمن آثار الدفع ميعاد لا يتجاوز 3 أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا فإذا لم ترفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن".

من خلال المادة أعلاه نستنتج أن المشرع المصري تميز عن غيره في أنه عهد أسلوب تنقية المسألة الدستورية لقاضي الموضوع ذاته وليس للقضاء الأعلى الذي يتعلق به، مما يفيد أننا بصدد وسيلة دفاع متروكة لتقدير قاضي الموضوع وذلك إعمالاً للمبدأ التقليدي والذي مقتضاه أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، وبالتالي فإن القاضي عند تقديره لجدية الدفع يأخذ في اعتباره ضرورة قيام شك حول دستورية النص المدفوع بعدم دستوريته³. غير أن توسع المحكمة المرفوع أمامها الدعوى الأصلية في تقدير جدية الدفع قد يفضي إلى مشاركة تلك المحكمة للقاضي الدستوري في

"تبعاً" الواردة بالفصل 10 منه، وحتى الحكومة هي الأخرى طالبت بذلك في مشروع قانونها المتعلق بتنقيح القانون الأساسي للمحكمة الدستورية بالإضافة إلى اقتراحها تغيير الأغلبية المطلوبة لانتخاب الأعضاء في حالة عدم تحقق أغلبية الثلثين إلى ثلاثة أخماس أعضاء المجلس النيابي مع تمديد دورات انتخاب أعضاء المحكمة قبل فتح باب الترشيح.

لكن يبدو أن مسألة المحكمة الدستورية قد تم تأجيلها مرة أخرى بسبب قرار الجلسة العامة بمجلس النواب بتاريخ 8 أكتوبر 2020 بإرجاء الفصل في مقترح ومشروع قانون المحكمة الدستورية.

لمزيد من التفصيل راجع: عصام بن حسن، المحكمة الدستورية، قراءات في دستور الجمهورية الثانية، أعمال ملتقى الدستور الجديد للجمهورية التونسية أيام 8، 9، 10 مارس 2014، منشورات مدرسة الدكتوراه بكلية الحقوق بصفافس، ع4، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، ص 274-286.

ناجي البكوش، إرساء المحكمة الدستورية، دراسات قانونية، ع22، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 18-20.

قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 2017-1 بتاريخ 11 أبريل المتعلق بمشروع القانون الأساسي عدد 34 لسنة 7 المورخ في 28 أبريل 2017.

قرار إنشاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 14 لسنة 2014 المورخ في 18 أبريل 2014.

¹ قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 المعدل والمتمم في 15 أغسطس 2021 بالقانون رقم 137 لسنة 2021.
² إن القراءة الحرفية لنص المادة توحى أنه ليس بالضرورة إن يكون القانون أو اللائحة المطعون بعدم دستوريته يتوقف عليها مآل النزاع، ذلك إن المشرع لم يذكر ذلك واكتفى بالجدية، إلا إن ذلك لا يستبعد هذا الشرط الأساسي والجوهري لقبول الدفع بعدم الدستورية

³ محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 200.

دوره¹ إلا أن تقدير قاضي الموضوع لمدى جدية المسألة الدستورية ليس اشتراكاً مع قاضي الدستورية في التقرير في أمرها ولا مساس فيه بمبدأ مركزية الرقابة الدستورية، فلكل مجاله والمجالان لا يختاطان فالأول دوره يقتصر على الشكل والثاني دوره ينصب في فحص دستورية القانون والدراسة الموضوعية لكل جوانبه.

ثانياً: رفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية بدون إحالة الدفع من الجهات القضائية

بعد تقرير محكمة الموضوع لجدية الدفع الذي أثير أمامها بناء على أسباب سائغة، تمنح لصاحب الدفع مهلة لا تتجاوز 3 أشهر لرفع دعواه في المسألة الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا مرفقة بجميع الشروط اللازمة لقبول الدعوى لاسيما الحكم المطعون فيه والسند الدستوري المثار في الطعن وأوجه المخالفة الدستورية²، وبالمقابل يلتزم المعني بالمدة التي تمنحها له محكمة الموضوع لتقديم الدعوى أمام المحكمة الدستورية لتثبيت دفعه تحت طائلة اعتباره عديم الأثر في حالة تجاوز المدة. إلا أن هذه الوسيلة الإجرائية تحمل الخصم مشقة الدعوى الدستورية وتكاليفها من ناحية، فضلاً عن تقييده بمهلة قصيرة نسبياً لتحريك الدعوى الدستورية وإلا سقط حقه في إقامتها وهو أمر غير عادل لاسيما أن ذلك يؤدي إلى مواصلة إجراءات سير الدعوى الأصلية بالرغم من تأكيد جدية الدفع وضرورته للفصل في جوهر النزاع من قبل القضاء، مما يطرح إمكانية تطبيق الحكم المطعون فيه والذي يحتمل عدم دستوريته على النزاع القائم وهو أمر يتنافى مع مبدأ سمو الدستور والعدالة³. لذلك كان من الأحسن اختيار نظام الإحالة من الهيئة القضائية على المحكمة الدستورية ضماناً لحقوق وحريات المتقاضين المعني بالدفع.

إذن، فعلى الرغم من أن هذه الطريقة تسمح لمثير الدفع بالاطلاع على جميع الإجراءات المسطرية المرتبطة بالدفع وتتبعها عن كثب، وتتسجم مع المبدأ الدستوري المتعلق بصدور الأحكام في أجل معقول، كما أنها لا تنص على آلية خارجية للتصفية أمام محكمة النقض مما يساهم في تسريع الإجراءات وعدم بطء الإجراءات أمام محاكم الموضوع، إلا أن ذلك لا ينفى أن لها عيوباً كثيرة أهمها يتعلق بإتقال كاهل مثير الدفع بأعباء إضافية هو غني عنها، وإمكانية تطبيق القانون

1. أحمد كمال أبو المجد، دراسات في القانون الدستوري، 1987، بدون دار النشر؛ أشار إليه: د. مدحت أحمد محمد يوسف غنام، مرجع سابق، ص 119.

2. أنظر المادة 30 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية المعدل والمتمم.

3. خالد الدك، الدفع بعدم دستورية القوانين والخيار الأنسب للمغرب، دراسة مقارنة، مقال منشور على موقع محاماة نت في 26 يوليو 2018 على الموقع الإلكتروني:

غير الدستوري عليه في حالة تجاوزه المهلة المحددة لرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية، كما سبق وأوضحنا سالفًا، وهو ما يتنافى مع روح الدستور ويمس بمبدأ المحاكمة العادلة

المطلب الثاني: نظام تصفية الدفع بعدم الدستورية على درجتين

اتجهت العديد من القوانين المقارنة لاعتماد محطتين لتصفية وغرلة الدفع ينظر خلالهما مطابقة الشروط الشكلية فضلا عن جدية الدفوع ومدى تأسيسها وعلاقة القانون المطعون في دستوريته بحسم النزاع ثم الإحالة من الجهات القضائية العليا على القضاء الدستوري. إلا أن تطبيقات هذا النظام تعرف نموذجين مختلفين نسبيا فقد يتم التحقق من شروط الدفع الشكلية أمام محكمة الموضوع ثم إحالته على الجهات القضائية العليا لفحص جديته ثم إحالته على القضاء الدستوري كما هو الحال في المغرب (الفرع الأول)، بينما ثمة نموذج مغاير يقضي بإنابة المحاكم أو الجهات التي أثير الدفع أمامها بفحص الشروط الشكلية إضافة إلى التأكد من جدية الدفع ثم إحالته على الجهات القضائية العليا لفحص جديته والتأكد من وجاهته من جديد قبل إحالته على القضاء الدستوري وهو النموذج المعمول به في فرنسا والذي تبناه المشرع الجزائري (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: النموذج المغربي لنظام تصفية الدفع بعدم الدستورية

لقد أقر دستور يوليو 2011 في المغرب في الفصل 133 منه¹ الدفع بعدم الدستورية كآلية للرقابة البعدية حيث نص على ما يلي: "تختص المحاكم الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون أثير أثناء النظر في قضية وذلك إذا دفع أحد الأطراف بان القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور".

لم ينص الفصل المذكور أعلاه على أية مرحلة أو إجراء يتعلق بإجراءات التصفية أو الإحالة على المحكمة الدستورية، لكن الفقرة 2 منه نصت على تنظيم آلية الدفع بموجب قانون تنظيمي وقد أعدت الحكومة المغربية مشروع قانون تنظيمي رقم 15-86 يحدد شروط وإجراءات تطبيق الدفع بعدم ، والذي قدمه وزير العدل المغربي لمجلس النواب ووافق عليه هذا الأخير في قراءة ثانية² ، وقد اعتمد هذا المشروع نظام التصفية المزدوجة على مرحلتين³ ، إلا أن المحكمة

¹الدستور المغربي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-91 بتاريخ 27 شعبان 1432 الموافق للتاسع والعشرين يوليو 2011.

²تمت المصادقة على مشروع القانون التنظيمي 15-86 من طرف مجلس النواب في 8 أغسطس 2017، ومن طرف مجلس المستشارين في 16 يناير 2018.

³تجدر الإشارة أن هذا المشروع قد تم خضوعه للرقابة الدستورية على مستوى المحكمة الدستورية والتي أقرت عدم دستورية بعض مواد خاصة تلك المتعلقة بنظام التصفية على مستوى محكمة النقض، وذلك في قرارها رقم 18-70م.د. ملف عدد 024/18 الصادر في 6 مارس 2018.

الدستورية المغربية قد اعتبرت تلك الأحكام غير دستورية مبررة ذلك بأنه اعتداء على صلاحياتها الدستورية ، ومع ذلك لا بأس أن نستدل به في دراستنا لأنه لم يصدر قانون آخر يوضح كيفية تطبيق الفصل 133 من الدستور المغربي.

أولاً: مسطرة تصفية الدفع قبل إقرار عدم دستورتها من قبل المحكمة الدستورية

لقد اختار واضعو النص الملغى الأخذ بنظام الدفع بعدم الدستورية مع فحص مزدوج للقبول والذي يقتضي أن تتم عملية التصفية على مرحلتين، فبعد أن يتأكد قاضي الموضوع من استيفاء مذكرة الدفع للشروط المحددة لقبول الدفع بعدم الدستورية في مرحلة أولى، يقوم بإحالة المذكرة على محكمة النقض التي يعود لها اختصاص إحالتها من عدمه إلى المحكمة الدستورية في مرحلة ثانية.

1- الغرلة أمام المحكمة التي أثير الدفع أمامها

وفقا لمشروع القانون التنظيمي 15-86 قبل إعلان عدم دستورية العديد من أحكامه من قبل المحكمة الدستورية، كانت عملية التصفية تبدأ من المحكمة التي أثير الدفع أمامها، بحيث يجب عليها أن تتأكد من استيفاء الدفع بعدم الدستورية للشروط المنصوص عليها في المادة 5 منه¹ والمتمثلة في وجوب إثارته بواسطة مذكرة مستقلة عن مذكرة الدعوى الأصلية موقعة من طرف المعني والمحمي المعتمد وأن تتضمن المقتضى التشريعي موضوع الدفع والذي يعتبره صاحب الدفع ماسا بحقوقه وحرياته الدستورية مع بيان أوجه الخرق وأن يكون القانون موضوع الدفع هو المراد تطبيقه على النزاع وألا يكون قد سبق النظر في دستوريته مسبقا، وذلك تحت طائلة عدم القبول، في أجل أقصاه 8 أيام² من تاريخ إثارته أمامها، لكن ما يعاب على هذا المشروع أنه قد بقي صامتا بخصوص حالة انصرام هذا الأجل دون بث المحكمة في المسألة، ولم يترك أمام المتقاضي في هذه الحالة سوى إمكانية إثارة الدفع من جديد أمام المحكمة الأعلى درجة، وهو ما يمكن أن يفهم من مقتضيات الفقرة 2 من المادة 6³، وهذا بمثابة مساس بحق من الحقوق

¹ المادة 5 من مشروع القانون التنظيمي الملغى رقم 15-86 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية القانون (الملغى).

² إن أجل 8 أيام الذي ورد في مشروع القانون التنظيمي 15-86 قد تم تعديله أثناء طرح تعديلات عليه بعد قرار المحكمة الدستورية المغربية، حيث جاءت صياغة هذه النقطة في المشروع بعدما وافقت عليه لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان كما يلي: "يجب على المحكمة أن تتأكد من استيفاء الدفع بعدم دستورية قانون... داخل أجل أقصاه 12 يوما من تاريخ إثارته أمامها... إذا تحققت المحكمة من استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 5 أعلاه، وجب عليها إحالة مذكرة الدفع إلى المحكمة الدستورية داخل أجل أقصاه 8 أيام من تاريخ صدور مقررها بقبول مذكرة الدفع."

أنظر مشروع القانون التنظيمي 15-86 كما وافقت عليه لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان الصادر عن الحكومة، الأمانة العامة للحكومة، المطبوعة الرسمية بالرباط، 2021، ورد في تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان الصادر في 14 مارس 2022، دورة أبريل 2022، السنة التشريعية الأولى 2021-2022، ص 104.

³ أصبحت الفقرة الأخيرة من المادة 6 من مشروع القانون التنظيمي بصيغته الجديدة التي وافقت عليها لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان في 14 مارس 2022، ص 104.

الدستورية للمتقاضي، لذلك لابد من تدارك هذا الإغفال عند تعديل صيغة المشروع الجديد من خلال تمكين المتقاضين من إيداع الدفع مباشرة لدى محكمة النقض في حالة عدم بث المحكمة في الدفع داخل الأجل المحدد لذلك، أو الإحالة التلقائية على محكمة النقض بعد انقضاء أجل 8 أيام دون أن تبث محكمة الموضوع، وإن كان ذلك سيشجع قضاة الموضوع على ترك الآجال تمر، خاصة أن أجل 8 أيام غير كاف نوعاً ما، مما سيؤدي إلى إغراق محكمة النقض بمذكرات الدفع دون معالجة مسبقة لشروط قبولها. إذن فالأمر يتطلب حلاً وسطاً قد يتمثل في تمديد الآجال إلى 15 يوماً مثلاً.¹

تجدر الإشارة من جهة أخرى، إلى أن المشرع المغربي قد منح لمحكمة الموضوع صلاحية تنبيه مثير الدفع لتصحيح إجراء الدفع أمامها داخل أجل لا يتجاوز 4 أيام من تاريخ تقديم مذكرة الدفع كتابياً.²

يترتب على عملية التحقق من استيفاء مذكرة الدفع لشروط قبولها أمرين:

إما إصدار مقرر بعدم قبول الدفع معللاً، ويبلغ إلى الأطراف فوراً، وفي هذه الحالة يكون المقرر غير قابل للطعن.³

أو إحالة مذكرة الدفع بعدم الدستورية إلى محكمة النقض في حالة استيفائها للشروط السالفة الذكر.⁴

إذا ما قررت محكمة الموضوع إحالة مذكرة الدفع إلى محكمة النقض، فإنه يتوجب عليها وقف الفصل في الدعوى الأصلية المنظورة أمامها، كما توقف الآجال المرتبطة بها، وذلك إلى حين توصلها لقرار محكمة النقض القاضي برد الدفع أو بقرار المحكمة الدستورية أياً كان، وهو ما نصت عليه المادة 7 من النص الملغى.

ومع ذلك، فإنه لا يتم وقف الفصل في الدعوى، بصفة استثنائية، في الحالات التالية⁵:

¹ وهو ما تم طرحه خلال عرض التعديلات المقترحة على مشروع القانون التنظيمي 15-86، ورد ذلك في تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان الصادر في 14 مارس 2022، دورة أبريل 2022، السنة التشريعية الأولى 2021-2022، ص 86.

² سماعيل لعبيادي، مرجع سابق، ص 442.

³ أنظر الفقرة 4 من المادة 6 من مشروع القانون التنظيمي 15-86.

⁴ في الصياغة الجديدة لمشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 تم حذف محطة التصفية على مستوى محكمة النقض حيث أن المادة 6 من المشروع تنص في صياغتها الجديدة بالفقرة " منها تنص على وجوب إحالة مذكرة الدفع، في حالة استيفاء الشروط المنصوص عليها بالمادة 5 أعلاه، إلى المحكمة الدستورية وليس إلى محكمة النقض، وذلك داخل أجل أقصاه 8 أيام من تاريخ صدور مقررها بقبول مذكرة الدفع.

أنظر: تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان الصادر في 14 مارس 2022، دورة أبريل 2022، السنة التشريعية الأولى 2021-2022، ص 103.

⁵ المادة 8 من مشروع القانون التنظيمي 15-86 الملغى.

-إجراءات التحقيق في المجالين المدني والجنائي،

-اتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية الضرورية،

-اتخاذ الإجراءات القانونية المناسبة متى تعلق الأمر بتدبير سالب للحرية،

-عندما ينص القانون على أجل محدد للبت في الدعوى أو البت على سبيل الاستعجال،

-إذا كان الإجراء يؤدي إلى إحداث ضرر بحقوق أحد الأطراف غير قابل للاستدراك.¹

وبذلك يكون المشرع المغربي قد وضع محطة أولية لتصفية الدفع على مستوى الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع لأول مرة تختص بفحص الشروط الشكلية له دون التطرق لجديته²، وهذا يوحي بتقسيم العمل بين الجهات القضائية التي أثير الدفع أمامها وجهات النقض فيما يخص فحص الجوانب الشكلية والطابع الجدي للدفع بعدم الدستورية.

2- فحص جدية الدفع على مستوى محكمة النقض

لقد اعتمد مشروع القانون التنظيمي الملغى رقم 15-86 على الطرح الذي يخول أعلى هيئة قضائية عملية تصفية الدفوع من حيث جديتها قبل عرض الأمر بشكل نهائي على المحكمة الدستورية، ففي حال قبول المحكمة الدفع تحيل الأمر على محكمة النقض التي تملك بدورها سلطة تقديرية في إحالة الأمر على المحكمة الدستورية وهذا ما نصت عليه المادة 10 من مشروع القانون التنظيمي صراحة بأنه في حال قبول المحكمة التي أثير الدفع أمامها (سواء أول درجة أو ثاني درجة) فإنها تحيل الدفع إلى الرئيس الأول لمحكمة النقض مع إشعار الوكيل العام للملك لدى هذه المحكمة فوراً بالإحالة المذكورة. ومن خلال قراءة المادة 11 من مشروع القانون التنظيمي نلاحظ أن الرئيس الأول لمحكمة النقض يعين هيئة مختصة بالتحقق من استيفاء الدفع بعدم دستورية القانون للشروط المنصوص عليها في المادة 5 السالفة الذكر بالإضافة إلى التأكد من طابع الجدية فيه وبالتالي إسناد مهمة مراقبة جدية الدفع لمحكمة النقض مع استبعاد محكمة الموضوع من مراقبة الجدية³، وتبث الهيئة التي يعينها رئيس محكمة النقض في جدية الدفع بمقرر معطل داخل أجل 3 أشهر ابتداء من تاريخ الإحالة المنصوص عليها في المادة 6 وتحيل المقرر إلى المحكمة الدستورية مرفقاً بذكرات ومستندات الأطراف كما يبلغ إلى المحكمة التي أثير الدفع أمامها ، وإذا لم تبث محكمة النقض خلال هذا الأجل يحال الدفع تلقائياً إلى المحكمة

¹تم تغيير عبارة "غير قابل للاستدراك" بعبارة يتعذر إصلاحه في الصياغة الجديدة لمشروع القانون التنظيمي 15-86 التي وردت في تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان الصادر في 14 مارس 2022، دورة أبريل 2022، السنة التشريعية الأولى 2021-2022، ص 104.

²أوكيل محمد أمين، نظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية في القوانين المقارنة وأفق تطبيقه في الجزائر، مرجع سابق، ص 18.

³وهذا من شأنه عقلنه الدفع بعدم الدستورية وتجنب إغراق المحكمة الدستورية فلا تحال إليها إلا الملفات الجدية.

الدستورية¹. أما في حالة رفض الدفع بعدم دستورية القانون توجه محكمة النقض فوراً مقرراً غالى المحكمة الدستورية والمحكمة التي أثير أمامها الدفع، وفي جميع الأحوال يبلغ مقرر محكمة النقض إلى أطراف الدفع.

وفي هذا المقام، لا بد من الإشارة إلى أنه يمكن إثارة الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض، وفي هذه الحالة فإن قضاة محكمة النقض يتصرفون من جهة كقضاة لقبول الدفع بعد استيفائه للشروط المنصوص عليها في المادة 5 من مشروع القانون التنظيمي، ومن جهة أخرى كقضاة للتصفية، حيث يتولون مهمة التحقق من جدية الدفع بعدم الدستورية، ويترتب على ذلك أيضاً إيقاف البت في القضية المعروضة أمامها إلى غاية صدور قرارها القاضي برد الدفع أو إلى غاية صدور قرار المحكمة الدستورية القاضي برفض الدفع، طبعاً باستثناء الحالات التالية:

- إذا تعلق الأمر بحرمان شخص من حريته في القضية التي أثير بمناسبة الدفع،
- إذا كان القانون ينص على أجل محدد للبت في القضية المعروضة على النقض، أو كانت محكمة النقض ملزمة بالبت فيها على سبيل الاستعجال،
- إذا كان من شأن وقف البت في القضية إلحاق ضرر بحقوق أحد الأطراف يتعذر إصلاحه.²

لكن المشروع الملغى لم يشر إلى تاريخ احتساب أجل البت في مآل الدفع أمام محكمة النقض في حالة إثارة الدفع لأول مرة أمامها.

من إيجابيات هذا المشروع أنه حدد بعض النقاط بدقة وبالتفصيل وقد قيد محكمة النقض بميعاد 3 أشهر للفصل في جدية الدفع وهي مدة معقولة نوعاً ما لعدم تعطيل مصالح المتقاضين، كذلك هناك نقطة إيجابية أخرى وهي تبليغ المحكمة الدستورية بأنه كان هناك دفع بعدم الدستورية وتم رفضه وهو نوع من الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية على عمل محكمة النقض فيما يخص هذه المسألة حتى لا تضيع حقوق المتقاضين.

إلا أن إسناد هذه المهمة لمحكمة النقض تقتضي مراعاة حجم وعدد القضايا المرتبطة بالدفع التي قد تحال على قضاء الموضوع، وهو ما يقتضي توفير كافة الآليات لمواجهة ذلك سواء من حيث العنصر البشري أو من حيث إرساء آلية التواصل بين محكمة النقض والقضاء الدستوري في إطار ما يسمى بحوار القضاة، كما أن نجاح آلية التصفية يقتضي عدم تخويل محكمة النقض

¹ أنظر المادة 13 من مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 المحدد لشروط وكيفية تطبيق آلية الدفع بعدم الدستورية في المغرب الملغى.

² المادة 12 من مشروع القانون التنظيمي الملغى 15-86.

صلاحية تأويل الدستور وينبغي أن يقتصر دورها على تطبيق الاجتهاد القضائي للمحكمة الدستورية المتعلق بوجود سابقة تتعلق بالمطابقة للدستور، وإذا ما ظهر هناك شك لدى محكمة النقض فإن عليها أن تحيل المسألة للمحكمة الدستورية.

وفي الأخير، نستنتج أن محكمة الموضوع عند تقديرها لجدية الدفع فهي تقوم بإجراء فحص مختصر للدفع، في حين أن مجلس الدولة أو محكمة النقض يتمتعان بسلطات أكبر في هذا الخصوص لدرجة أثارت التخوف لدى البعض من أن يقوموا بالفصل فعليا في دستورية القوانين قبل وصولها للمحكمة الدستورية، وقد تميل محكمة النقض إلى رفض الدفع فتتحول إلى محكمة دستورية، أما المحكمة الدستورية سيتحتم عليها أن تنتظر أن تتفضل عليها محكمة النقض بإحالاته، فتصبح هذه الأخيرة هي صاحبة الاختصاص الأصيل في مراقبة الدستورية عوضا عن المحكمة الدستورية التي ستجد نفسها تراقب الدستورية بشكل استثنائي¹.

كما أن محكمة النقض المغربية منذ إنشائها قد تعرضت لانتقادات عديدة متعلقة بالتضارب الكبير في قراراتها وعجزها عن توحيد الاجتهاد القضائي وتقوية الأمن القانوني بسبب تعدد الغرف والهيئات القضائية المتعاقبة على الغرفة الواحدة، ولا يخفى أن إضافة اختصاص تصفية طلبات الدفع المحالة إليها من محاكم الموضوع يسهم في تفاقم الوضع وإرباك سير عملها مع ما يمكن أن ينجم عن التضارب في قراراتها بالإحالة أو عدمها غالى المحكمة الدستورية من مساس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

وفي الأخير يبقى التساؤل مطروحا حول مدى تناسب الخيار الذي اعتمده المشرع المغربي في نظام التصفية أمام محكمة النقض مع المقتضيات الدستورية والعملية، خاصة أن هناك من يرى بأن الدستور لم يشر تماما لآلية التصفية عن طريق محكمة النقض-كما فعل المؤسس الجزائري - والذي سنوضحه لاحقا.

ورغم ذلك يبقى هذا الاختيار هو الأنسب في المرحلة الحالية لاسيما أن هذه الآلية مازالت حديثة التطبيق والممارسة ضف إلى ذلك حداثة المحكمة الدستورية.

¹C. F : Agnès ROBLOT-TROIZIER, Trois ans de (QPC) Nouveaux Cahier du Conseil Constitutionnel, n°40, Juin 2013. <http://www.conseilconstitutionnel.fr>

أنظر أيضا: الزكراوي محمد، الدفع بعدم الدستورية قانون ساري المفعول المحال على أنظار المحكمة الدستورية، مقال منشور على الموقع التالي: <http://elmohami.com> بتاريخ 2019/2/24 على الساعة 20:19

ثانياً: قرار المحكمة الدستورية المغربية برفض نظام التصفية

بمعرض فحصها لأحكام المواد المنظمة لنظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية على مستوى القضاء بنوعيه العادي والإداري، أصدرت المحكمة الدستورية بالمغرب بتاريخ 2018/03/06 قرارها بشأن دستورية مشروع القانون التنظيمي 15-86¹ والذي حسم العديد من النقاط، تمحورت بالأساس حول مدى تقييد حق المتقاضين في الوصول إلى المحكمة الدستورية، وقد قضى القرار بعدم دستورية 11 مادة أساسية في هذا القانون. ومن أهم النقاط التي أثارها المحكمة، إعلانها عدم دستورية نظام التصفية الوارد في مشروع القانون التنظيمي 15-86، على اعتبار أنه يخالف قاعدة جوهرية تتعلق بالاختصاص، فعلى الرغم من أن غاية المشرع من طرح هذا النظام كانت استبعاد الدفوع الكيدية، إلا أن المحكمة الدستورية تشبثت بمبدأ عدم التفريط في اختصاصات القضاء الدستوري، وذلك انطلاقاً من أحكام الفصل 132 و133 من الدستور الذين جعلوا اختصاص النظر في الدفع بعدم دستورية قانون شكلاً وموضوعاً حصراً للمحكمة الدستورية، غير قابل للتجزئة والمشاركة مع أي جهة أخرى لم يحددها الدستور، على اعتبار مركزية الرقابة الدستورية². وقد بررت المحكمة الدستورية قرارها بأن تحقق القاضي المثار أمامه الدفع من استيفاء الشروط التي تضمنتها المادة 5 من مشروع القانون التنظيمي من شأنه تحويل القاضي إلى مراقب أولي للدستورية من الناحية الشكلية، كما أن مسألة تحديد العناصر المشكلة للجدية تعتبر عملية صعبة مرتبطة بموضوع الدفع، مما يحول محكمة النقض إلى مراقب سلبي³.

مما تقدم يمكن القول، أن المحكمة الدستورية المغربية قد رفضت نظام التصفية قبل وصول الدفع بعدم الدستورية إليها، بصفته تدخلاً صارخاً في اختصاص القاضي الدستوري سواء من القاضي المثار أمامه الدفع أو من قضاة النقض، وبما أن قراراتها نهائية وغير قابلة للمراجعة ما لم تتغير الظروف⁴، فقد أغلقت الباب بصفة نهائية لإمكانية تبني نظام التصفية على مرحلتين، مؤثرة بذلك على سيادة المشرع التنظيمي المغربي، وقد اعتبرت المحكمة الدستورية أنه كان عليه حصر نطاق الشروط التي يتحقق منها القاضي بمناسبة إثارة الدفع في تلك التي لا تشكل عناصر تقدير أولي للدستورية، ودعت إلى إحداث آلية كفيلة بإرساء نظام للتصفية على مستوى المحكمة الدستورية بذاتها.

¹ قرار المحكمة الدستورية المغربية رقم 18-70 م.د. ملف عدد 024/18 الصادر في 6 مارس 2018.

² أنظر: قرار المحكمة الدستورية المغربية رقم 18-70 الصادر في 6 مارس 2018، ج.ر.ع. 6655، ص 1495.

³ بن زيان أحمد، حاحة عبد العالي، نظام تصفية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر والأنظمة المقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، ع 2، 2019، ص 1174.

⁴ الفصل 134 ف 2 من الدستور المغربي لسنة 2011.

ما يؤخذ على قرار المحكمة الدستورية أنها اعتمدت التفسير الضيق لأحكام الفصلين 132 و133 من الدستور، وهذا من شأنه إغراقها بالدفع بعدم الدستورية.

وعلى إثر هذا القرار، قدمت الحكومة المغربية وبعض النواب أيضا اقتراحات لتعديل مشروع القانون التنظيمي تمت الموافقة على بعضها من قبل لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان خلال دورة أبريل 2022 ومن أهم النقاط التي جاءت فيه ما تعلق بنظام التصفية القضائية تعديل المادة 13 من مشروع القانون التنظيمي ليصبح نصها كآتي: " تحدث لدى المحكمة الدستورية من بين أعضائها، هيئة أو هيئات لا يقل عدد أعضاء الواحدة منها عن ثلاثة أعضاء من بينهم رئيس، تختص بتصفية الدفع بعدم دستورية القوانين المحالة إليها، أو المقدمة إليها مباشرة بمناسبة البت في منازعة معروضة عليها تتعلق بانتخاب أعضاء البرلمان.

يعين أعضاء ورئيس كل هيئة من الهيئات المذكورة أعلاه من قبل رئيس المحكمة. تتخذ الهيئة قراراتها بالأغلبية المطلقة لأعضائها، وفي حالة تعادل الأصوات يرجح الجانب الذي يكون فيه صوت الرئيس."

لقد جاءت هذه الصياغة بعد رفض المحكمة الدستورية لنظام التصفية الذي نص اقتراحته الحكومة في المشروع الملغى، فقام واضعو المشروع الجديد بتعديله وحذف محطة التصفية على مستوى محكمة النقض، وتعويضها بهيئات على مستوى المحكمة الدستورية، ليتحول نظام التصفية القضائية من الثنائية إلى نظام المصفاة القضائية على درجة واحدة.¹

الفرع الثاني: نظام تصفية الدفع بعدم الدستورية في القانونين الفرنسي والجزائري

مهما يكن من أمر، فإن ممارسة الرقابة الدستورية عن طريق الدفع لابد أن تكون بتأطير قانوني، وأن يتم وضع نظام لغرلة الدفع بعدم الدستورية، بحيث يؤدي دورا تنظيميا هاما جدا بالنسبة لسير النظام القضائي والدستوري، مع الأخذ بعين الاعتبار معيارين أساسيين هما:
-ألا يشكل الدفع بعدم الدستورية عاملا إضافيا قد يتسبب في تأخر المحاكم في معالجة القضايا المعروضة أمامها.

-لا ينبغي أن يؤدي الدفع بعدم الدستورية إلى تدفق القضايا التي تنتفي فيها صفة الجدية، وتخلو من أي أساس قانوني أمام المحاكم المركزية والجهة المكلفة بالرقابة الدستورية².

¹المادة 13 من مشروع القانون التنظيمي 15-86 الذي وافقت عليه لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان في تقريرها الصادر في 14 مارس 2022، دورة أبريل 2022، السنة التشريعية الأولى 2021-2022، ص 105.
²بن زيان أحمد، حاحة عبد العالي، مرجع سابق، ص 1176.

ومن المؤكد إداً أن مباشرة الدفع بعدم الدستورية بشكل مباشر أمام المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية لا تتم إلا بعد إحالته من قبل المحكمة العليا (محكمة النقض بفرنسا) أو مجلس الدولة، فهذا ما هو ثابت دستورياً، أما عن كيفية وصول الدفع إلى هتتين الهيئتين باعتبارهما أعلى هيئات القضاء العادي والإداري، فالأمر متروك للقانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

وبما أن صياغة الدستور الجزائري تقترب كثيراً من صياغة الدستور الفرنسي، ليس فقط في شروط قبول الدفع ومجاله وطبيعة الجهات القضائية المعنية به، وإنما أيضاً في تبني نظام التصفية على درجتين، فقد كان لابد من العروج على نموذج التصفية القضائية لمسألة الأولوية الدستورية في القانون الفرنسي قبل التطرق إلى النموذج الجزائري.

أولاً: تصفية مسألة الأولوية الدستورية في القانون الفرنسي

صدر في 10 ديسمبر 2009 قانون عضوي يبين الشروط العملية والإجرائية لتطبيق المادة 61 من الدستور الفرنسي المعدل في 23 جويلية 2008، وقد أعطى هذا القانون مهلة 3 أشهر للجهات القضائية حتى تحضر نفسها لبدائية تطبيق هذا النوع من الدعاوى ليشكل بذلك إضافة للباب الثاني من الأمر رقم 58-1067 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالمجلس الدستوري¹، والذي تضمن فصلاً متعلقة بالإجراءات المطبقة أمام الجهات القضائية وأمام المجلس الدستوري فيما يخص مسألة الأولوية الدستورية.

ومن خلال قراءتنا للمادة 23 الفقرة 4 منها من القانون العضوي 2009-1523² تبين لنا أن المشرع الفرنسي حدد محطتين للتصفية القضائية (Un système de double filtre) يمر بهما الدفع بعدم الدستورية قبل إحالته على المجلس الدستوري وذلك أمام الجهات التي تثار أمامها مسألة الأولوية الدستورية أولاً ثم أمام الجهات المكلفة بإحالة الدفع على المجلس الدستوري أي محكمة النقض أو مجلس الدولة وهو ما ينطبق مع أسس المادة 61-01 من الدستور³.

¹Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le conseil constitutionnel (modifiée) disponible sur le lien : [http://www.conseil-constitutionnel.Fr/conseil-constitutionnel/bank-mm/textes/ordonnance 58-1067.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.Fr/conseil-constitutionnel/bank-mm/textes/ordonnance%2058-1067.pdf)

تاريخ الاطلاع عليه 15 سبتمبر 2015.

² أشار إليه: أوكيل محمد أمين، نظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية في القوانين المقارنة وافق تطبيقه في الجزائر، مرجع سابق، ص 20.

³ أنظر الفقرة 4 من القانون العضوي رقم 1523 المؤرخ في 10/12/2009 المتعلق بتطبيق المادة 61 فقرة 1 من الدستور الجريدة الرسمية الفرنسية عدد 287 مؤرخة في 11 ديسمبر 2009.

³ أوكيل محمد أمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، مرجع سابق، ص 112.

1- إثارة الدفع أمام الجهات القضائية الدنيا

لا يستقيم اعتماد مبدأ تصفية الدفوع على درجتين حتى يثار الدفع أمام جهات القضاء الدنيا كالمحاكم أو المجالس القضائية (مجالس الاستئناف) قبل أن تتم إحالته أو إشعار الجهات العليا به متمثلة في محكمة النقض ومجلس الدولة.

إلا أن القانون العضوي قد استبعد إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات بسبب أن المحلفين ليسوا دائما رجال قانون¹، ولكنه يسمح بإثارة الدفع أمام قاضي التحقيق وفي مراحل الاستئناف والطعن بالنقض.²

عند إثارة مسألة الأولوية الدستورية أمام قاضي الموضوع يجب عليه أن يتأكد مما إذا كان الدفع مستوفيا للشروط التي حددها القانون العضوي في المادة 23 منه الفقرة الثانية منه والمتمثلة في: أن القانون محل الدفع بعدم الدستورية يطبق على النزاع ويشكل جوهره ويمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، ولم يسبق للمجلس الدستوري أن صرح في منطوق قراره بأن القانون محل الدفع مطابق للدستور بالإضافة إلى الطابع الجدي لمسألة الأولوية الدستورية. وفي حالة ما إذا قرر قاضي الموضوع بأن النزاع يشكل أساسا قانونيا للنظر فيه يحيل الدفع بعدم الدستورية على محكمة النقض أو مجلس الدولة ولا يستطيع الاتصال مباشرة بالمجلس الدستوري وما عليه سوى إيقاف وتعليق النظر في الدعوى الأصلية المعروضة أمامه لحين الفصل في مسألة الأولوية الدستورية، وما يلاحظ على القانون العضوي أنه لم يحدد في مواده مدة معينة لقضاة الموضوع للبت في جدية مسألة الأولوية الدستورية واكتفى بعبارة "بدون أجل" وبهذا أعطى هامشا واسعا لقضاة الموضوع إلا أنه قد صدر عن المجلس الدستوري الفرنسي قرار رقم 2003-483 عرف من خلاله عبارة "بدون أجل" بأنها "داخل أقصر الآجال"³ (Dans le plus bref délai) أي في أسرع وقت ممكن.

وفي حالة ما إذا رفض القاضي إحالة الطعن لعدم استيفائه لأحد الشروط فإنه يستمر بالنظر في الدعوى ويكون قراره قابلا للطعن أمام الهيئات القضائية العليا.⁴

¹ بن سالم جمال، حق المواطن في إخطار المجلس الدستوري (النموذج الفرنسي)، مرجع سابق، ص 201.

² عمار عباس، انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين ومساهمته في تنقية النظام القانوني من القوانين الماسة بالحقوق والحريات في الدساتير المغاربية (الجزائر-تونس-المغرب (نموذجيا)، مرجع سابق، ص 22.

³ Décision n° 2003-483 DC du 20 novembre 2003, cons.77.

C. F : Marc GUILLAUME, La QPC, Justice et cassation, revue annelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, 2010, p13.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr>

⁴ بلمهيدي إبراهيم، المجالس الدستورية في دول المغرب العربي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2009.2010، ص 120.

أما بالنسبة للطابع الجدي فإنه يثير مسألة مهمة تتمثل في مدى قدرة قاضي الموضوع المختص سواء في المسائل المدنية أو الإدارية أو الجنائية على مناقشة مسألة ذات طبيعة دستورية متعلقة بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور لمواطنيه، وهل يملك رصيذا كافيا من المعارف يسمح له برفض الدفع بعدم الدستورية معتبرا ومعللا ذلك بأنه لا يستند على أساس جدي، هذا التساؤل يدفع إلى ضرورة التفكير مليا في مسألة الجدية والتي كان من المفترض تركها للمجلس الدستوري كون أعضائه أدري بمعارف ومفاهيم ومبادئ الفقه الدستوري.

2- معالجة الدفع بعدم الدستورية على مستوى جهات النقض

بعد المرور بمرحلة التصفية الأولى على مستوى المحاكم التي أثير الدفع أمامها، تمثل كل من محكمة النقض ومجلس الدولة (على حسب الحالة) محطة التصفية الثانية لمسألة الأولوية الدستورية، على اعتبار أن المشرع الفرنسي قد استبعد كلا من محكمة التنازع والمحكمة العليا للتحكيم. وفي هذه المرحلة يقوم قضاة النقض تقريبا بنفس الإجراءات المتبعة أمام محاكم الدرجة السفلى، فمن جهة يقبلون الدفع المحالة إليهم ثم يقومون بإتباع كل الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والجزائية¹، ومن جهة أخرى يقوم قاضي النقض بالتحقق من توافر جميع الشروط المنصوص عليها في القانون الأساسي 1523-2009، والتي تسمح له بإحالة الدفع على مستوى المجلس الدستوري، وبالتالي يصبح له دور آخر يتمثل في خيار التصفية إما بإحالة الدفع أو رفض إحالته بقرار مسيب.

وفي هذا المقام، تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد أجاز في المادة 23 ف5 من القانون الأساسي 1523-2009 لقاضي النقض، في حالة إثارة مسألة الأولوية الدستورية أمام المحاكم الابتدائية لأول مرة بالموازاة مع الطعن بالنقض أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة، أن يتصرف كقاضي موضوع وليس كقاضي تصفية².

ويمر الدفع بعدم الدستورية على مستوى محطة التصفية الثانية بالإجراءات التالية:

*تلقّي إشعار بالدفع من الجهات القضائية المختصة كخطوة أولى وذلك في أجل أقصاه 8 أيام من تاريخ إصدار قرار الإشعار.

*التأكد مجددا من استيفاء الدفع لشروطه الشكلية والإجرائية لاسيما شرط الجدية، فهذه المحطة ليست مرحلة صورية تتم خلالها الإحالة فقط، وإلا كان في وسع المؤسس الدستوري

¹بن سالم جمال، القضاء الدستوري في الدول المغاربية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، 2015، ص364.

²بن سالم جمال، حق المواطن في إخطار المجلس الدستوري، مرجع سابق، ص 204.

والمشرع الفرنسي الاستغناء عنها وتقصير إجراءات التقاضي بتحويل الجهات القضائية التي أثير الدفع أمامها سلطة الإحالة على المجلس الدستوري مباشرة دون المرور عبر الجهات القضائية العليا¹.

تجدر الإشارة إلى أن نسبة إقصاء الدفوع بعدم الدستورية لعدم جديتها من طرف القضاء في فرنسا منذ تطبيق مسألة الأولوية الدستورية إلى غاية سنة 2014 هي ما يعادل 70% مما يؤكد مدى أهمية إجراء تقدير جدية الدفع في ترشيد ممارسة الرقابة الدستورية اللاحقة.²

وحسب المادة 23 فقرة 5 من القانون العضوي 2009-1523، فإنه لمحكمة النقض ومجلس الدولة أجل 3 أشهر للبت في مسألة الدستورية سواء رفعت أمامها مباشرة وتصرفا كقاض موضوع³ أو جاءها الدفع بإحالة من المحاكم الدنيا وتصرف كقاض للتصفية⁴. وفي حالة انقضاء 3 أشهر دون البت في الدفع من قبل محكمة النقض أو مجلس الدولة تحال مسألة الأولوية الدستورية بقوة القانون على المجلس الدستوري (المادة 1/23 من القانون العضوي 2009-1523) ويفسر ذلك لسببين:

* إما لإغراق هذه المحاكم بهذا النوع من الدعاوى الأمر الذي يجعلها غير قادرة على الفصل فيها كلها في الأجل المحددة.

* إما أنها طريقة لتفادي الفصل في جدية الدفع لأنها مهمة صعبة وخشية التعدي على صلاحيات المجلس الدستوري فيما يخص الفصل في مسألة الجدية وارتباطها الشديد بمسألة الرقابة على دستورية الحكم التشريعي وتركها للمجلس الدستوري.

¹ أوكيل محمد أمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، مرجع سابق، ص.ص 113، 114.

² Julien BONNET, Pierre Yves GAHDOUN, op.cit., p58.

أشار إليه: د. أوكيل محمد أمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، مرجع سابق، ص 117.

³ قد يتم تقديم الدفع بعدم الدستورية لأول مرة بالموازاة مع الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض وفي هذه الحالة قضاة المحاكم العليا يتصرفون كقضاة موضوع وليس كقضاة تصفية وقد حددت المادة 23 فقرة 5 من القانون العضوي رقم 2009-1523 شروطا لقبول هذا الدفع هي نفسها المطبقة أمام محاكم أول درجة بالإضافة إلى عدم قبول مسألة الأولوية الدستورية بمناسبة النقاش الوجيه بل لابد من تقديمها في مذكرة مستقلة وعدم قبولها كمذكرة إضافية بعد تقديم وإيداع المستشار المقرر لتقريره، وعدم قبولها خارج أجل الطعن بالنقض. أشار إليه: بن سالم جمال، مرجع سابق، ص 204، 205.

⁴ من الناحية العملية فإن معدل أجل البت على مستوى مجلس الدولة الفرنسي يتراوح بين حد أدنى قدر بواحد وخمسون يوما وحد أقصى قدر بشهرين و28 يوما. أما بالنسبة لمحكمة النقض فإن معدل أجل البت يتراوح بين 18 يوما و3 أشهر يوما كحد أقصى.

Veine JEAN, Luc WANSMAN, Rapport d'information sur l'évaluation de loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution, assemblée national n° 2838, pp 53,54.

أشار إليه: بن سالم جمال، حق المواطن في إخطار المجلس الدستوري (النموذج الفرنسي)، مرجع سابق، ص.ص 206، 207.

وأما في حالة توافر الشروط المطلوبة بما فيها الجدية تحيل محكمة النقض أو مجلس الدولة مسألة الأولوية الدستورية على المجلس الدستوري مرفقة بقرار معلل مصحوبا بالمذكرات وادعاءات وطلبات أطراف الدعوى (الفقرة 1 من المادة 23 من القانون العضوي 2009-1523) ويترتب على ذلك وقف البت في الدعوى الأصلية سواء كانت معروضة أمام قضاة الموضوع في أول درجة أو أمام قضاة النقض، ولكن هناك استثناءات تتعلق بحالة ما إذا كان صاحب الدفع محروما من حريته بسبب الدعوى أو في حالة ما إذا كان القانون ينص على أجل الفصل في طلب النقض، أو إذا كان مجلس الدولة أو محكمة النقض ملزما بالفصل على سبيل الاستعجال، يستمر فيها مجلس الدولة أو محكمة النقض بالفصل في الدعوى الأصلية المعروضة أمامه.¹

وفي الأخير، في حالة رفض الدفع ترجع محكمة النقض أو مجلس الدولة الملف إلى المحكمة التي أحالته عليهما لمواصلة النظر في الدعوى الأصلية، ويكون قرار رفض الإحالة على المجلس الدستوري غير قابل للطعن، وهو ما دفع بالسيناتور الفرنسي Jean Jacques HYEST إلى المطالبة بصياغة مادة جديدة مفادها أن: قرار عدم إخطار المجلس الدستوري يمكن أن يكون محل احتجاج من قبل أي طرف في الدفع خلال 10 أيام من تسجيله، وذلك نتيجة حالة الغلق (blocage) التي تمت ملاحظتها والناجمة عن سلوك محكمة النقض.²

ثانيا: تبني المشرع الجزائري لنظام ثنائية المصفاة

إن تعدد فرص منازعة دستورية القانون يمكن أن ينجر عنه ضغط على المحاكم العادية وإغراق للمحاكم الدستورية بطعون ليست لها أي فرصة للنجاح، وهو ما سيمنع المحاكم الدستورية من التفرغ للقيام بمهمتها الأساسية كقاض دستوري، ولأجل ذلك من الضروري تنظيم إجراءات الطعن بعدم الدستورية في إطار الرقابة اللاحقة من خلال تأطيره بشكل يمكن من إدارته عمليا من طرف القضاة المكلفين بتفعيله دون النيل من فعاليته، ومن هنا جاءت فكرة فرز الطعون حتى يكون هنالك تنظيم عقلاني وناجح في معالجة الطعون المتعلقة بعدم الدستورية والمرفوعة أمام المحاكم، دون أن يؤدي هذا الفرز إلى الحد منها بفرض شروط تجعل نجاحها أمرا مستحيلا.

¹ المادة 23 البند 5 من القانون العضوي 2009-1523 المتعلق بتطبيق المادة 61-1 من الدستور الفرنسي المعدل في 2008.

² قزلان سليمة، الهيئات القضائية العليا كشريك للمجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا) في ممارسة الرقابة الدستورية بصفتها قاضي إحالة في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلد 6، نوفمبر 2021، ص 55.

ويقصد بالتصفية أن تنتظر الجهة القضائية في الدعوى المنشورة أمامها، وأن تقرر فيما إذا كان الدفع المثار بعدم الدستورية مؤسسا على نقاط واضحة وصريحة أم لا¹. يتبين من قراءة المادة 188 من الدستور المعدل سنة 2016، والمادة 195 الحالية من الدستور المعدل في 2020، دعائم تبني المؤسس الدستوري لنظام تصفية الدفع على درجتين حيث أشار إلى أن الدفع يقدم مباشرة أمام أي جهة قضائية (محاكم الموضوع-محكمة إدارية-مجلس قضائي) والتي تنتظر في مدى ارتباطه بجوهر النزاع وإخلاله بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور للمواطنين، ثم تأتي المرحلة الثانية على مستوى المحاكم المركزية (المحكمة العليا أو مجلس الدولة) التي تقوم بالإحالة على المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا) ليتحقق بذلك مبدئيا مرور الدفع بمحطتين للتصفية، فلو أن المؤسس لم يشترط رفع الدفع أمام الجهات القضائية التي تنتظر في النزاع واكتفى بمرحلة الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة على المجلس الدستوري لكنا أمام نظام تصفية على درجة واحدة². وقد أحال المؤسس الدستوري في آخر تعديل للدستور سنة 2020 مسألة تحديد شروط تطبيق المادة 195 منه على قانون عضوي في نص الفقرة 2 منها، وبعد مرور سنتين على ذلك واستمرار العمل بالقانون العضوي 16-18 تم إصدار القانون العضوي الذي يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية³ والذي يستشف من مواده أن المشرع الجزائري قد بقي على نهج نظيره الفرنسي، كما فعل في ظل القانون العضوي السابق لسنة 2018، باعتماد محطتين قضائيتين للتصفية وهو تأكيد لنص المادة 195 من الدستور الجزائري وفق آخر تعديل له⁴.

1- مرحلة الفحص الأولي أمام الجهة القضائية المقدم أمامها الدفع

لا يستقيم اعتماد مبدأ تصفية الدفع على درجتين حتى يثار أمام جهات القضاء الدنيا كالمحاكم قبل أن تتم إحالته أو إشعار الجهات القضائية العليا به (المحكمة العليا أو مجلس الدولة).

¹ بن سالم جمال، حق المواطن في إخطار المجلس الدستوري، مرجع سابق، ص 102.

² أوكيل محمد أمين، نظام تصفية الدفع بعدم الدستورية في القوانين المقارنة وافق تطبيقه في الجزائر، مرجع سابق، ص 29، 30.

³ القانون العضوي رقم 22-19 المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية المؤرخ في 25

يوليو 2022، ج. ر. ج. ع. ج. ع 51 الصادرة في 31 يوليو 2022.

⁴ انظر المادة 7 و8 و9 من القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 2/1439 سبتمبر 2018 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، ج. ر. ج. ع. ج. ع 54 الصادر في 5 سبتمبر 2018، والتي عوضتها المواد 20، 21، 22، 23، 24 من القانون العضوي رقم 22-19 المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية المؤرخ في 25 يوليو 2022، ج. ر. ج. ع. ج. ع 51 الصادرة في 31 يوليو 2022.

وقد أخذ القانون العضوي الجزائري 22-19 بعين الاعتبار الدور الفعال للمحاكم الدنيا لتقاضي تراكم الدفوع أمام المحاكم المركزية، بحيث مكن قاضي الموضوع الذي أثير الدفع أمامه من إجراء فحص أولي للتأكد من توافر الشروط التالية:¹

* أن يتوقف مآل النزاع على الحكم التشريعي أو التنظيمي المعترض عليه أو يشكل أساسا للمتابعة.

* ألا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي المعترض عليه، قد سبق التصريح بمطابقته للدستور، من طرف المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية، باستثناء حال تغير الظروف.

* أن يتسم الدفع بطابع الجدية.²

من الملاحظ على هذه الشروط أن المشرع قد استبعد اختصاص القضاة من تقدير مدى دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي المعترض عليه من قبل أحد أطراف النزاع، وأن دور القضاة يتمثل في تقدير مدى جدية الدفع خاصة، إلا أن ترك المسألة بيد قضاة غير متكونين حول آلية الدفع بعدم الدستورية قد يتيح مجالاً للتعسف في رفض الدفوع بل وأكثر منه إعمال القاضي لسلطته التقديرية خاصة أن تقدير الجدية مسألة نسبية نوعاً ما وتختلف من قاض إلى آخر حسب نظرته وقناعته الشخصية وتقديره، وهذا من شأنه أن يؤدي في الأخير إلى قرارات متناقضة ومتباينة من محكمة إلى أخرى بشأن إحالة الدفوع الجدية إلى الجهات القضائية العليا.

تجدر الإشارة إلى أن المادة 20 من القانون العضوي 22-19 قد نصت على أن الجهة القضائية تفصل في قرار إرسال الدفع بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة وهو نفس ما نصت عليه المادة 7 من القانون العضوي 18-16 الملغى.

أ- استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة

في حالة إثارة الدفع على مستوى القضاء العادي يقع على عاتق الجهة القضائية المعنية واجب إخطار النيابة العامة لإبداء رأيها حول الدفع المثار أمامها، سواء وكيل الجمهورية أو أحد مساعديه على مستوى المحكمة.³

¹ أنظر المادة 21 من القانون العضوي رقم 22-19 المحدد لإجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

² بالمقارنة مع نص المادة 8 من القانون العضوي 18-16 الملغى، أضيفت بعض التعديلات لتتماشى مع ما نصت عليه المادة

195 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82

الصادرة في 30 ديسمبر 2020، كإضافة عبارة الحكم التنظيمي، والمحكمة الدستورية.

³ المادة 12 من القانون العضوي 5-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي، ج. ر. ج. ع 51، 2005

المؤرخة في 20 يوليو 2005، المعدل بالقانون العضوي 17-6 المؤرخ في 27 مارس 2017، ج. ر. ج. ع 20 مؤرخة في

29 مارس 2017، المعدلة بالمادة 20 من القانون العضوي رقم 22-10 المؤرخ في 9 جوان 2022، ج. ر. ج. ع 41

الصادرة في 16 جوان 2022.

أما في حالة ما إذا كان الدفع مقدم في مرحلة الاستئناف فإن النائب العام أو النائب العام المساعد الأول أو بقية النواب العامين المساعدين هم المختصين بإبداء الرأي حول الدفع¹ وفي حالة إثارة الدفع أمام المحكمة العليا فإبداء الرأي يكون من اختصاص النائب العام أو النائب العام المساعد أو المحامي العام².

أما بالنسبة للدفع المثار أمام القضاء الإداري فإن محافظ الدولة هو الذي يمارس مهام النيابة العامة سواء على مستوى المحاكم الإدارية³، أو المحاكم الإدارية الاستئنافية⁴ أو مجلس الدولة⁵. يجب التنويه إلى نقطة مهمة تتعلق بتمكين أطراف الدعوى الآخرين⁶ من مناقشة الدفع وإبداء ردودهم والتي لم ينص عليها القانون العضوي 19/22، إلا أن مبدأ الوجاهة وتكافؤ الفرص للخصوم في عرض طلباتهم ووسائل دفاعهم المنصوص عليها بالمادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم سنة 2022، وهو الشريعة العامة في الإجراءات تفترض استيفاء هذا الإجراء بتمكين الأطراف مهما كانت طبيعتها من مناقشة الدفع المثار من الخصم.

ب- البت في الدفع بعدم الدستورية

بعد انتهاء القاضي من إجراءات التحقيق واستطلاع رأي الجهات المعنية، يتوجه إلى البت في الدفع، حيث يتم الفصل فيه عن طريق تشكيلة قضائية بحتة وهو ما عبرت عنه الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون العضوي 19/22 بنصها على أنه: "إذا كانت تشكيلة الجهة القضائية تضم مساعدين غير قضاة تفصل دون حضورهم"، ويرجع السبب في ذلك إلى أن المسألة قانونية وتحتاج قضاة محترفين لهم تكوين قانوني محترم، مما يجعلهم مؤهلين وحدهم للبت في الدفع دون بقية المساعدين⁷.

¹ المادة 7 من القانون العضوي 5-11 المعدلة والمتممة بالمادة 16 من القانون العضوي 22-10 المتعلق بالتنظيم القضائي الجزائري.

² المادة 8 من القانون العضوي 11-12 المؤرخ في 26 يوليو 2011 الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، ج. ر. ج. ع 42 الصادرة في 31 يوليو 2011.

³ المادة 32 من القانون العضوي 22-10 المتعلق بالتنظيم القضائي الجزائري.

⁴ المادة 30 من القانون العضوي 22-10 المتعلق بالتنظيم القضائي الجزائري.

⁵ المادة 15 من القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 الذي يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله. ج. ر. ج. ع 37 مؤرخة في 1 جوان 1998، المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي 11-13 وكذلك القانون العضوي 18-02 المؤرخ في 4 مارس 2018. ج. ر. ج. ع 15 مؤرخة في 7 مارس 2018، كانت تنص على أنه: "يقوم محافظ الدولة بدور النيابة العامة بمساعدة محافظي الدولة المساعدين"، والتي تم تعديلها ليصبح نصها كالاتي: "يتولى محافظ الدولة المهام المنوطة به بموجب هذا القانون العضوي وقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين الخاصة³، وذلك بموجب القانون العضوي 22-11 المؤرخ في 9 جوان 2022، ج. ر. ج. ع 41، الصادرة في 16 جوان 2022.

⁶ يقصد بالأطراف الأخرى: أطراف الدعوى الأصلية الذين لم يثيروا الدفع بعدم الدستورية ولكن القرار الفاصل في الدفع بعدم الدستورية سيؤثر على مصلحتهم في الدعوى القائمة، فهل يمكنهم تقديم ردودهم حول ملاحظات الخصم الذي أثار الدفع بعدم الدستورية؟

⁷ سعودي نسيم، ضوابط الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، مداخلة مقدمة للملتقى الوطني حول آليات حماية الدستور كأساس لبناء دولة القانون في الجزائر بجامعة الجبالي بونعامة، خميس مليانة، يوم 25 ابريل 2019، ص 8.

وفي الأخير، تفصل المحكمة بقاض فرد كأصل عام وهو ما نصت عليه المادة 24 من القانون العضوي 22-10 بقولها: "تفصل المحكمة بقاض فرد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، فحتى تشكيلة القسم التجاري أصبت تضم قاض فرد¹، طبعاً هذا بالنسبة للقضاء العادي كأصل عام أما القضاء الإداري فالمحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية للاستئناف تفصل بتشكيلة جماعية (3 قضاة على الأقل)².

ج- الآثار المترتبة على عملية الفحص الأولي

كنتيجة حتمية لهذا الفحص الأولي ستحكم المحكمة إما:

* برفض إرسال الدفع إلى المحاكم الأعلى درجة (المركزية) حسب الحالة وتبليغ الأطراف بذلك ولا يكون محل اعتراض إلا بمناسبة الطعن في القرار الفاصل في الموضوع أو جزء منه بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة³ بمعنى أنه لا يمكن الاعتراض عليه منفصلاً ومستقلاً عن الطعن في الموضوع.

* أما في حالة استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 21 من القانون العضوي 22-19، فيتم إرسال الدفع بعدم الدستورية بموجب قرار مع عرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة - حسب الحالة - خلال 10 أيام من صدوره لإخضاعه للفحص المعمق قبل تقرير إرساله إلى المحكمة الدستورية⁴، وفي هذه الحالة يتم إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية إلى غاية صدور قرار الجهة القضائية العليا أو المحكمة الدستورية في حالة إحالة الدفع عليها، مع استمرار الجهة القضائية التي أثير الدفع أمامها في التحقيق واتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية اللازمة⁵.

لكن ألا يعتبر إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية لغاية النظر في الدفع بعدم الدستورية إمكانية لمماطلة المتقاضين؟ وإجراء يمنحه فرصة لكسب الوقت لا أكثر ولا أقل؟
قبل الإجابة عن هذا التساؤل لابد من وضع مفهوم واضح لإرجاء الفصل في الدعوى، ففي الاصطلاح القضائي، ووفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن إرجاء الفصل أو الوقف

¹ المادة 533 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 22-13.

² المواد 814 مكرر، 900 مكرر 5 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 22-13.

³ المادة 24 من القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

⁴ المادة 23 من القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

⁵ المادة 25 من القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية؛ في حالة ما إذا فصلت الجهة القضائية الابتدائية في الموضوع دون انتظار القرار المتعلق بالدفع بعدم الدستورية وتم الاستئناف في قرارها ترجى جهة الاستئناف الفصل فيه، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 26 من القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

يعني: "تعطيل الخصومة القضائية بعدم الفصل فيها من طرف الجهة القضائية ناظرة الدعوى، بحيث تمتنع عن البت في الدفوع الشكلية والموضوعية والطلبات الأصلية والمعارضة".¹ والهدف من الإرجاء هو تأجيل الفصل في الخصومة المرفوعة أمام الجهة القضائية المختصة، حتى يتم الفصل في مسألة أخرى قد تكون موضع معالجة قضائية أو إدارية، ويتوقف عليها الفصل في ذات الخصومة القضائية محل طلب الإرجاء، كما قد يكون الهدف منه الاطلاع على المستندات أو تحضير مستندات جدية وحاسمة، وبذلك يتفادى الحكم في الموضوع، وقد اعتبره المشرع من عوارض الخصومة التي تمنعها من السير على حالتها بصفة مؤقتة.

ولعل ما يبرر تبني المشرع الجزائري لهذا الخيار، هو خطر الممارسة المتباينة على مستوى المحاكم العادية، حيث يقوم بعض القضاة المعروض عليهم النزاع الأصلي، والمدفوع أمامهم بعدم الدستورية، بمواصلة الفصل في النزاع الأصلي رغم قبولهم للدفع وإحالته إلى محاكم النقض، وهو ما من شأنه إهدار حقوق المتقاضين والتي من أجلها وجدت آلية الدفع بعدم الدستورية²، علاوة على ذلك بما أن القاضي نفسه الذي له الحق في النظر في قبول الدفع، وهو الذي قبل الدفع وأحاله على المحكمة العليا أو مجلس الدولة لإخطار المحكمة الدستورية به، فإن استمراره في إجراءات الفصل في الدعوى الأصلية المرفوعة أمامه قبل التوصل إلى قرار إما برفض إحالة الدفع أو بقرار من المحكمة الدستورية يعد متناقضا، ويعتبر بمثابة تغييب وإلغاء للطابع الأولي للدفع، مع حرمانه من طابع النظام العام وطابع الأولوية.

ومع ذلك فقد وضع المشرع العضوي بعض الاستثناءات على قاعدة إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية، وذلك في الحالات التالية:

* في حالة وجود شخص محبوس بسبب الدعوى.

* إذا كانت الدعوى تهدف إلى وضع حد للحرمان من الحرية، مالم يعترض المعني على ذلك.

* إذا كان القاضي ملزما بالفصل على سبيل الاستعجال أو في أجل محدد، عندما ينص

القانون على ذلك.³

¹ بركات محمد، عوارض الخصومة في ظل القانون 08-09، مجلة الفكر، المجلد 7، ع1، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ص 50.

² رمضان فاطمة الزهراء، الدفع بعدم الدستورية آلية لحماية حقوق وحرمان الأفراد أم لمحاولة المتقاضين؟، مؤلف جماعي بعنوان "تحقيق الأمن السياسي ضمان لقيام دولة القانون في الجزائر"، مرجع سابق، ص323.

³ المادة 26 من القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

ويتعين في هذا الشأن التأكيد على أنه يجب أن يتضمن الحكم الفاصل في الإرسال بقبوله أو برفضه البيانات والشروط المنصوص عليها في المواد من 270 إلى 298 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بالقانون 22-13 والمتعلقة بالحكم القضائي.¹ من بين الإيجابيات التي جاء بها هذا القانون أنه على الرغم من أهمية الدفع المثار إلا أنه من خلال هذه الأحكام ثبت أنه يسعى للحفاظ على الحقوق والحريات الأساسية التي يكفلها الدستور والمواثيق الدولية ومن بينها الحق في الحرية.

2-مرحلة الفحص الدقيق والمعق أمام الجهات القضائية المركزية

لقد أنط المؤسس الدستوري الجزائري أعلى هيئتين قضائيتين في البلاد بعملية الغريلة الدقيقة للدفع التي تحال إليها من المحاكم الدنيا قبل إحالتها على المجلس الدستوري² وهذا ما أكد عليه القانون العضوي 22-19 حيث نص على أن كلا من المحكمة العليا ومجلس الدولة يقومان بفحص شروط إثارة الدفع وجديته من جديد بدقة أكثر قبل إرساله إلى المحكمة الدستورية، ومن هنا تظهر أهمية إجراءات معالجة الدفع بعدم الدستورية على مستوى المحكمة العليا ومجلس الدولة باعتبارها المرحلة الثانية والأهم في سلسلة الإجراءات المتعلقة بالدفع، فضلا عن كونهما يضطلعان بضمان توحيد الاجتهاد القضائي في البلاد واحترام القانون فهما يتميزان بتراكم التجارب القانونية والقضائية التي تمكنهما من لعب دورهما كمصفاة أخيرة لمدى تأسيس الدفع بعدم الدستورية قبل إحالته أو عدم إحالته على المحكمة الدستورية التي تعتبر القاضي الوحيد لدستورية القوانين³. وقد خصص القانون العضوي 22-19 الفصل الثالث بأكمله للأحكام المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة بصفة عامة في مادة الدفع بعدم الدستورية، ومنها ما يتعلق بقرار الإحالة على المحكمة الدستورية.

أ- طرق إخطار المحكمة العليا ومجلس الدولة بالدفع بعدم الدستورية

إذا علمنا أن المحكمة الدستورية تخطر بالدفع بعدم الدستورية عن طريق الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، فإن طرق إخطار هتتين الأخيرتين تكون إما:

¹مولاي علي، مرجع سابق، ص 12.

²المادة 188 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2016 والمادة 195 من الدستور المعدل في 2020.

³روابي محدي (رئيس غرفة بمجلس الدولة)، الإجراءات المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة في مادة الدفع بعدم الدستورية، عرض مقدم خلال الندوة الوطنية حول الدفع بعدم الدستورية المنعقدة بالجزائر، يومي 10 و11 ديسمبر 2018، ص 2، 3.

* عن طريق حكم بإرسال الدفع إليها صادر عن محكمة ابتدائية أو مجلس قضائي، أو محكمة إدارية، أو محكمة إدارية استئنافية (حسب الحالة)¹.

* أو عن طريق الاعتراض على حكم برفض إرسال الدفع صادر عن محكمة ابتدائية أو مجلس قضائي أو عن محكمة إدارية، أو محكمة إدارية استئنافية، وفي حالة تنصيب محاكم الاستئناف الإدارية فإنه يؤول لها الفصل في الاعتراض على حكم رفض إرسال الدفع الصادر عن المحاكم الإدارية، وذلك بمناسبة الطعن في الحكم أو القرار الفاصل في النزاع أو جزء منه.²

* عن طريق دفع يقدم أمام المحكمة العليا لأول مرة بمناسبة الطعن أمامها بالنقض³ أو أمام مجلس الدولة بمناسبة طعن بالنقض أو الاستئناف مقدم أمامه.⁴

* أن يقدم الدفع أمام المحكمة العليا⁵ أو مجلس الدولة⁶ مباشرة خلال خصومة ينظران فيها في أول وآخر درجة. وفي هذه الحالة يفصلان في الدفع على سبيل الأولوية⁷ عملاً بأحكام المادة 31 من القانون العضوي 22-19 ويرجئان الفصل في الدعوى في حالة إحالة الدفع على المحكمة الدستورية⁸، إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 34 من نفس القانون، وهذه الحالة تعتبر استثناء على قاعدة ثنائية التصفية، بحيث نكون أمام تصفية أولية وأخيرة.

¹ تنص المادة 20 من القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية. على أن: "تفصل الجهة القضائية فوراً وبقرار مسبب في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة." ما يلاحظ على هذه المادة مصطلح "فوراً" يدل على الأهمية القصوى والاستعجالية للفصل في إرسال الدفع من عدمه إضافة إلى رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة.

² المادة 24 من القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية. على اعتبار أن مجلس الدولة ما زال جهة استئناف إلى غاية تنصيب محاكم الاستئناف الإدارية (المادة 2 من القانون العضوي 22-11 الذي يحدد اختصاصات مجلس الدولة وقواعد عمله).

³ المادة 15 الفقرة 2 من القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

⁴ المادة 901 و902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ج.ر.ج. عدد 21 الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13..

والمادة 11 من القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30/5/1998 المتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم بالقانون العضوي 11-13 بتاريخ 26 يوليو 2011، العدد 43، مؤرخة في 3 غشت 2011، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 18-02، عدد 15 لسنة 2018، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 22-11.

⁵ المادة 15 الفقرة 2 من القانون العضوي 22-19، بالفعل هناك دعاوى تخطر بها المحكمة العليا كجهة أول وآخر درجة مثل دعوى طلب التعويض عن الحبس المؤقت الغير مبرر التي تنظر فيها كجهة قضائية مدنية ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 137 مكرر وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالأمر رقم 21-11 المؤرخ في 8 يونيو 2021، ج.ر.ج. ع. 65 الصادرة في 26 غشت 2021.

⁶ المادة 15 والمادة 31 من القانون العضوي 22-19، المادة 903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 22-13 (يختص مجلس الدولة بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة كقضايا الأحزاب السياسية).

⁷ كلمة أولوية ذكرت فقط في هذه الحالة ولم ترد في حالة الدفع الوارد عن طريق الإرسال والسبب في ذلك هو عدم إخطار المحكمة العليا أو مجلس الدولة في حالة الإرسال سوى بالدفع للفصل فيه وحده دون دعوى الموضوع، بينما في الحالة المنصوص عليها في المادة 31 يتم تقديم الدفع بمناسبة دعوى، لذلك يتطلب الفصل في هذه الدعوى أن يكون على سبيل الأولوية أي قبل الفصل في الدعوى وخلال أجل لا يتعدى شهرين من تاريخ تقديم الدفع.

⁸ المادة 34 من القانون العضوي 22-19 المحدد لإجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

ب- آجال الفصل في قرار الإحالة

هذا عن طرق إخطار كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة بالدفع بعدم الدستورية، أما عن آجال فصلهما في الدفع فقد حددتها المادة 30 من القانون العضوي التي نصت على أنه: "تفصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة، حسب الحالة، في إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية في أجل شهرين ابتداء من تاريخ استلام قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية المذكور في المادة 23 من هذا القانون العضوي.

وتتم الإحالة إذا تم استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 21 من هذا القانون العضوي."

وفي اعتقاد الدكتور "سماعين لعبادي"¹، فإن وضع مدة شهرين من قبل المشرع العضوي للفصل في جدية الدفع وإحالاته على المحكمة الدستورية أمر مبالغ فيه، طالما أن المحكمة العليا ومجلس الدولة لن يفصلا في دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي المطعون فيه، وإنما يقتصر دورهما فقط على التحقق من استيفاء شروط الدفع بعدم الدستورية.

ما يلاحظ على هذه المادة أن الأجل المذكور فيها يتعلق بإخطار المحكمة العليا ومجلس الدولة عن طريق حكم بإرسال الدفع إليهما صادر عن محكمة أول درجة فقط دون حالات الإخطار الأخرى ولكن هذا لا يمنع من تطبيقها على بقية الحالات. ضف إلى ذلك أن هذه الإحالة ليست آلية وإنما تخضع لشروط موضوعية واردة بالمادة 21 من القانون العضوي مثلها مثل الإحالة من المحاكم الدنيا على المحاكم المركزية بل وأكثر دقة وتركيزا من سابقتها.

أما بخصوص تجاوز الأجل المحدد بشهرين فقد فصلت المادة 36² من القانون العضوي 19-22 في ذلك بأن يحال الدفع تلقائياً على المحكمة الدستورية وذلك استثناءً بالقانون الفرنسي. وأخيراً حدد القانون العضوي في المادة 35 منه أجل 10 أيام لإعلام الجهة القضائية المرسلة للدفع والأطراف المعنيين بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة لتمكينهم من معرفة مآل الدفع وأثر ذلك على النزاع الأصلي واتخاذهم الإجراءات اللازمة لذلك.

¹سماعين لعبادي، مرجع سابق، ص 455.

²تنص المادة 36 من القانون العضوي 19-22 على أنه: "في حالة عدم فصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة، حسب الحالة، في الأجل المنصوص عليه في المادة 30 أعلاه، يحال الدفع بعدم الدستورية تلقائياً إلى المحكمة الدستورية". عند قراءة نص المادة أول ملاحظة حول فعل الإحالة تمت صياغته بناء على مجهول ومع إضافة كلمة "تلقائياً" نستنتج أن الإحالة بعد تجاوز الشهرين دون الفصل في الدفع من قبل المحكمة العليا أو مجلس الدولة ليست متروكة لتقديرهما وإنما تتم وجوباً بطريقة إدارية من أمانة ضبطهما إلى أمانة ضبط المحكمة الدستورية، على أن تسري على الإحالة التلقائية نفس الأحكام المطبقة على الإحالة العادية، وهو ما نصت عليه المادة 36 من القانون العضوي 19-22.

أشار إليه: روابحي محمد، مرجع سابق، ص 8.

وبالنسبة للتشكيلة التي تفصل في الدفع فقد نصت المادة 29 من القانون العضوي 22-19 على أن قرار إرسال الدفع المنصوص عليه في المادة 23¹ يوجه إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا أو مجلس الدولة اللذان يستطلعان فوراً رأي النائب العام أو محافظ الدولة، وأضافت المادة 32 من نفس القانون أن الإحالة والفصل فيه يعود لتشكيلة خاصة يرأسها رئيس كل جهة قضائية (محكمة عليا أو مجلس دولة) أو نائبه - عند تعذر ذلك - وتتكون من رئيس الغرفة المعنية وثلاثة مستشارين يعينهم حسب الحالة الرئيس الأول للمحكمة العليا أو مجلس الدولة، ويرجع السبب في تحديد تشكيلة خاصة إلى أهمية قرار الإحالة أو القرار برفض الإحالة بصفة خاصة لأنه يؤثر على حقوق وحرقات المواطن وعلى مآل النزاع ولأنه الفاصل في وصول الدفع للمحكمة الدستورية من عدمه فهو قرار مصيري.

ج- إجراءات إعداد قرار الإحالة

عندما يتلقى الرئيس الأول للمحكمة العليا أو مجلس الدولة الدفع بعدم الدستورية -مهما كانت طريقة الإخطار بالدفع- يقوم مباشرة باستطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة حسب الحالة بالإضافة إلى تمكين أطراف الخصومة التي أثير الدفع بمناسبة من تقديم ملاحظاتهم المكتوبة.² على الرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص على كيفية استطلاع رأي النيابة أو محافظ الدولة، إلا أنه إعمالاً بالمادة 18 من القانون العضوي 22-19 والتي نصت على الرجوع إلى الأحكام العامة³ بقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية، فإن إجراءات وشكل وأجال استطلاع الرأي والملاحظات المكتوبة تخضع لأحكام هذين القانونين مع مراعاة أجل شهرين المحدد للفصل في إحالة الدفع للمحكمة الدستورية.

وللتنويه فإن آجال تقديم الرأي والملاحظات يجوز أن تختصر عند الضرورة لتمكين المحكمة العليا ومجلس الدولة من الفصل خلال أجل شهرين.

وتجدر الإشارة أن التمثيل بمحام معتمد لدى المحكمة العليا أو مجلس الدولة خلال كل الإجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية، في حالة إثارته لأول مرة أمام الجهتين القضائيتين

¹المشرع الجزائري حدد الإجراءات فقط في حالة الإخطار عن طريق حكم بإرسال الدفع دون الحالات الأخرى، ذلك أنه في الحالات الأخرى يجب أن تودع العريضة المنفصلة والمسببة بأمانة الضبط وفقاً للإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية حسب ما أكدته المادة 18 من نفس القانون.

² المادة 29 من القانون العضوي رقم 22-19.

³تنص المادة 838 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 22-13 على أنه: "تودع المذكرات والوثائق المقدمة من الخصوم بأمانة ضبط المحكمة الإدارية".

أما أمام المحكمة العليا فيتم تطبيق أحكام المادة 570 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 22-13 الوارد نصها كالاتي: "يعين رئيس الغرفة مستشاراً مقررًا يكلف بإعداد تقرير كتابي وإرسال ملف القضية إلى النيابة العامة لتقديم طلباتها الكتابية".

المركزيتين، أمر وجوبي تطبيقاً لأحكام المادتين 558 و906 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية باستثناء الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية والجهوية¹، والمادة 505 فقرة 3 من قانون الإجراءات الجزائية² التي نصت على وجوب توقيع المذكرات المودعة أمام المحكمة العليا من طرف محام معتمد لدى هذه الجهة القضائية. وبصفة عامة تراعى قواعد المحاكمة العادلة في كل إجراءات معالجة الدفع إلى غاية الفصل فيه.

وفي حال صدور قرار الإحالة يرسل القرار إلى رئيس المجلس الدستوري مرفقاً بمذكرات وعرائض الأطراف³ وفي المقابل يتم إعلام الجهة القضائية التي أرسلت الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بهذا القرار لتتخذ الإجراءات اللازمة في حالة الإحالة وإرجاء الفصل في الدعوى أو برفض الإحالة ومواصلتها الفصل في الدعوى، بالإضافة إلى تبليغ أطراف الخصومة كذلك بالقرار وكل ذلك في أجل 10 أيام كما سبق الإشارة.

ما يلاحظ على القانون العضوي 18-16 هو أنه لم ينص على إعلام المجلس الدستوري بقرار رفض الإحالة ويمكن تفسير ذلك بتقيد المشرع الجزائري بحرفية نص المادة 188 من الدستور المعدل سنة 2016 والتي تنص على إخطار المجلس الدستوري بقرار رفض الإحالة وإنما اكتفت بالنص على إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، غير أنه في المقابل لا يوجد في القانون العضوي ما يمنع إرسال قرار رفض الإحالة إلى المجلس الدستوري حتى يكون على دراية بعدد الدفوع التي وصلت إلى الجهات القضائية المركزية واجتهادها القضائي بهذا الخصوص، لكن المشرع العضوي قد تقطن إلى هذه النقطة أثناء سنة للقانون العضوي الجديد رقم 22-19 الذي يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، حيث جاء في نص المادة 37⁴ منه أنه في حالة رفض إرسال الدفع إلى المحكمة الدستورية فإن هذه الأخيرة تتلقى نسخة من قرار الرفض معللاً، وهو ما

¹ المواد 558 و828 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 22-13.

² الفقرة الثالثة من المادة 505 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 21-11 تنص على أنه: "يتعين على الطاعن بالنقض أن يودع لدى أمانة ضبط الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار المطعون فيه مذكرة بأوجه الطعن موقعة من محام مقبول لدى المحكمة العليا..."

³ المقصود بالمذكرات والعرائض ما قدمه أطراف الخصومة من كتابات متعلقة بمناقشة الدفع وليس المتعلقة بموضوع الدعوى لأن المحكمة الدستورية هي قاضي الدفع وليست قاضي الدعوى ومهمتها تكمن في الفصل في دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي المطعون فيه دون الفصل في النزاع الأصلي.

⁴ تنص المادة 37 من القانون العضوي 22-19 الذي يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية على أنه: "في حالة رفض المحكمة العليا أو مجلس الدولة، حسب الحالة، إحالة الدفع بعدم الدستورية على المحكمة الدستورية، تستلم هذه الأخيرة نسخة من قرارها معللاً."

يسجل نقطة إيجابية لصالح القانون العضوي الجديد وتداركا من المشرع لما فاتته أثناء صياغته لمواد القانون العضوي السابق (18-16).

د- شكل القرار ومضمونه

لم يحدد القانون العضوي 22-19 شكل قرار الإحالة إلا أنه بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية -تطبيقا للمادة 18 من القانون العضوي- فإن قرار الإحالة الصادر من المحكمة العليا أو مجلس الدولة هو حكم قضائي¹ يتكون من الديباجة وعرض الوقائع والإجراءات ثم الأسباب وأخيرا المنطوق² ويجب أن يكون القرار مسببا³، ورغم أن مسألة التسبيب مفروغ منها كونها واجبة في جميع الأحكام القضائية بموجب المادة 162 من الدستور إلا أن المشرع الجزائري قد ذكرها في القانون العضوي وأكد عليها نظرا لخصوصية هذا التسبيب ودقته ومتانته بالنظر إلى أهمية الموضوع المعالج وخطورته⁴ فالقول بأن حكما تشريعا أو تنظيميا يحتمل فيه عدم الدستورية ويتطلب رأي المحكمة الدستورية حول مدى دستوريته ليس بالأمر الهين وبالتالي يتطلب قرارا مسببا تسببيا خاصا، ويعد ذلك مهما أكثر بالنسبة لقرارات رفض الإحالة.

ويهدف تسبيب قرار تصفية الدفع بعدم الدستورية إلى تبيان أسباب ودوافع رفض مذكرة الدفع للمتقاضين وضمان مبدأ المحاكمة العادلة لهم، وبالمقابل يبين تسبيب قرار التصفية جملة الدوافع التي اعتمد عليها قضاة الموضوع لتكوين قناعتهم حول قبول مذكرة الدفع، إلا أن هذه الأسباب لا تلزم قضاة المحكمة الدستورية في شيء فقبول الدفع من طرف القضاء لا يعني قبوله بالضرورة من طرف المحكمة الدستورية التي تدرس دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي حسب الأوجه المثارة والطلبات المحددة في مذكرة الدفع وليس فقط حسب الأسباب الواردة في قرار الإحالة⁵. ولا يمكن لقضاة الموضوع سد القصور المحتمل في تسبيب الدفع وإبداء الأسس السليمة لتأسيسه ولو كان ذلك بداعي مساعدة المتقاضين لأن ذلك يخل بمركز الأطراف ومبدأ حياد القاضي، فضلا عن كونه يدفع القاضي لأن يحل محل المتقاضين في ممارسة حقهم بإخطار المحكمة الدستورية

¹ أنظر الملحق رقم 6 كنموذج لقرار الإحالة الصادر عن المحكمة العليا رقم 19/00003، ص 672 من قائمة الملاحق.
² المواد من 270 إلى 298 والمواد 888 و889 و916 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المعدل والمتمم بالأمر رقم 22-13 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادتين 521 (تكون أحكام المحكمة العليا مسببة) و522 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم وفق آخر تعديل له بموجب الأمر رقم 21-11.

³ المادة 33 من القانون العضوي 22-19 الذي يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.
⁴ أكد المشرع الفرنسي شرط تسبيب قرارات تصفية الدفع المتعلقة بالمسألة الأولية الدستورية من خلال نص المادة 23 فقرة 2 من القانون العضوي 2009-1523 والمادة 23 منه.

⁵ أوكيل محمد أمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، مرجع سابق، ص 119.

بطريقة غير مباشرة وهو ما يعد انحرافا عن إرادة المؤسس الحقيقية في تمكين الأفراد من حق تحريك الرقابة الدستورية عن طريق القضاء.¹

وفي الأخير، فإن قرار الإحالة على المحكمة الدستورية الصادر على المستوى الثاني من التصفية لا يقبل أي طعن ضده كما هو معمول به في فرنسا²، وهو أمر يستوجب الوقوف عنده وإعادة النظر فيه، خاصة أن الأمر يتعلق بحقوق وحرّيات الأفراد وقد تتعسف محاكم المحطة الثانية للتصفية في استعمال سلطتها التقديرية في رفض العديد من الدفوع بعدم الدستورية، لذلك لا بد من إخضاع القرار المتضمن رفض الإحالة لرقابة المحكمة الدستورية وتمكين الأطراف المعنية من الاحتجاج ضده في أجل معقول يكون قصيرا نسبيا مثل آجال الاستئناف.

تجدر الإشارة إلى أنه بعد دخول الدفع بعدم الدستورية حيز التطبيق بموجب القانون العضوي 16-18، وفي الوقت الذي كان من المنتظر أن يكون هنالك إفراط في اللجوء إلى الدفع كأسلوب تماطلاي لعرقلة السير في المنازعات القضائية، تبين أن هنالك ضعفا في عدد الدفوع المرفوعة، فقد تم تسجيل ورود 16 دفعا بعدم الدستورية على مستوى المحكمة العليا لسنة 2019، 13 منها غير جدية، من بينها القرار رقم 2019/07/17 الصادر من المحكمة العليا تحت رقم الفهرس 19/0002 حيث تم إثارة دفع بعدم الدستورية بمناسبة الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا بموجب مذكرة منفصلة عن عريضة الطعن بالنقض، وهذا ما يؤكد إمكانية تقديم الدفع بعدم الدستورية لأول مرة بمناسبة الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، هذه الأخيرة قبلت الدفع شكلا، لكنها قررت عدم إحالته من الناحية الموضوعية، لعدم تحديد الحكم التشريعي محل الدفع وعدم تحديد الحقوق والحرّيات المنتهكة، كما اعتبرته غير جدي³. في حين تم قبول 3 منها وأحيلت على المجلس الدستوري، ويتعلق الأمر بالقضيتين رقم 01-2019/د ع د والقضية رقم 02-2019/د ع د اللتان تناولتا نفس الموضوع أي المادة 1/416 من قانون الإجراءات الجزائية، والتي تحرم المتقاضى من حقه في رفع استئناف في الحكم الصادر ضده بالنظر إلى العقوبة المحكوم بها عليه، وتتعارض مع نص المادة 160 من الدستور التي تنص صراحة على أن القانون يضمن حق التقاضي على درجتين، وقد تمت معالجة الدفع على مرحلتين، ومن خلال استقراء قرار الإحالة الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2019/07/17، فإنه يلاحظ أنه قد تم إثارة الدفع أمام مجلس قضاء بجاية الذي تولى مهمة التأكد من شروط الدفع وجديته كمرحلة أولى للتصفية، ودليل ذلك ما ورد

¹ أوكيل محمد أمين، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

² Julien BONNET, Pierre Yves GAHDOM, op.cit., p.68.

³ قرار المحكمة العليا رقم 19/00002 الصادر في 2019/07/17، موجود بمجلة المحكمة العليا، ع 2، 2019، ص 239.

في القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي جاء نصه كالآتي: "حيث أنه بموجب القرار الصادر عن مجلس قضاء بجاية بتاريخ 2019/06/12 فهرس رقم 19/0001 القاضي بإرسال الدفع بعدم دستورية مادة قانونية مع عرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا..."، أما الملاحظة الثانية تتعلق بتمكين الأطراف من تقديم ملاحظاتهم المكتوبة (رغم أنهم لم يقدموها)، هذا وقد قدمت النيابة العامة طلبات مكتوبة التمس فيها إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري وهو ما سبق لنا الإشارة إليه فيما يتعلق بالأخذ برأي النيابة العامة، أما الملاحظة الثالثة تتعلق بمنطوق القرار الذي جاء فيه:

" 2. ترسل نسخة من هذا القرار مرفقا بمذكرات وعرائض الأطراف المجلس الدستوري طبقا للمادة 17 من القانون العضوي 18-16.

3. يخطر مجلس قضاء بجاية المعروض عليه الملف ويبلغ الأطراف بهذا القرار طبقا للمادة 19 من القانون العضوي 18-16". وهو ما تم الإشارة إليه أعلاه تحت عنوان "إجراءات إعداد قرار الإحالة".

ويضاف إلى ذلك الدفع بعدم دستورية المادة 496 النقطة 6 من قانون الإجراءات الجزائية، على اعتبار أنها تحرم صاحب الدفع من حقه في الطعن بالنقض، والذي تمت إحالته على المجلس الدستوري بموجب قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 26 ديسمبر 2019¹.

بينما في سنة 2020 وإلى غاية 31 أوت تم تسجيل وصول 4 دفع فقط، تم اعتبار 3 منها غير جدية، في حين أحيل واحد فقط إلى المجلس الدستوري² بموجب قرار صادر عن المحكمة العليا في 03 سبتمبر 2020 تحت رقم الفهرس 00004/20، ويتعلق الدفع بعدم دستورية المادة 419 من قانون الإجراءات الجزائية على اعتبار أنها تمنح للنيابة العامة مهلة شهرين للاستئناف خلافا لما هو مقرر لباقى الأطراف الذين يملكون أجلا أقصر وهو 10 أيام، وهو ما يشكل انتهاكا لمبدأ المساواة أمام القانون والقضاء الذي يضمنه الدستور، والذي من شأنه ضمان تكافؤ الفرص بين الدفاع والنيابة العامة، وبالرجوع إلى مضمون قرار الإحالة الصادر عن المحكمة العليا تبين أن الدفع قد تمت إثارته لأول مرة بمناسبة الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا³، وهو ما يؤكد إمكانية

¹قرار المحكمة العليا رقم 00016/19 الصادر بتاريخ 26 ديسمبر 2019، متوافر على الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا <https://www.corsupreme.dz>

²الطبيبي عبد الرشيد، دور الهيئات القضائية في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2019، ص 236.
³جاء في رد المحكمة العليا عن أوجه الدفع بعدم الدستورية ما يلي: (من حيث أن الفصل في مدى دستورية نص المادة 419 من قانون الإجراءات الجزائية يتوقف عليه الفصل في الطعن بالنقض المرفوع من المدعي...)

قرار الإحالة الصادر عن المحكمة العليا رقم 20/00004 الصادر بتاريخ 2020/09/03، متوافر على الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا

إثارة الدفع في جميع مراحل الدعوى، ففي هذه الحالة تمثل المحكمة العليا محكمة موضوع ودرجة ثانية للتصفية في نفس الوقت، وهو ما تم توضيحه سابقا.

ومن جهة أخرى، تجدر الإشارة إلى أن الدفع يتعلق أيضا بالنيابة العامة لذلك تم تمكين النائب العام من تقديم ملاحظات مكتوبة وكذا ملاحظات شفوية أثناء الجلسة المنعقدة بالمجلس الدستوري باعتباره طرفا في المنازعة الدستورية، وهو ما تمت الإشارة إليه في منطوق القرار رقم 02/ق م د/20 مؤرخ في 8 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 23 ديسمبر سنة 2020 الصادر عن المجلس الدستوري الجزائري.

بعد ذلك تم تسجيل دفع آخر بمناسبة الطعن بالنقض ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء بجاية القاضي بتأييد الحكم المستأنف والذي أدان المدعي بجنحة ممارسة تجارة تدليسية، ومفاد هذا الدفع هو عدم دستورية المادة 496 من قانون الإجراءات الجزائية التي تحرمه من حق الطعن بالنقض، وقد قدمت النيابة العامة بهذا الخصوص ملاحظات مكتوبة تلتمس فيها عدم إحالة الدفع لسبق الفصل فيه، وبالفعل رفضت المحكمة العليا إحالته على المجلس الدستوري وقد عللت قرارها بأنه سبق لهذا الأخير أن فصل فيه بموجب القرار الصادر في 06 مايو 2020، كما أن الظروف لم تتغير منذ صدوره، مما يجعل أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 8 من القانون العضوي 16-18¹ غير متوفرة².

وفي نفس اليوم تم إخطار المجلس الدستوري بموجب قرار بالإحالة صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2020/10/13 بدفع يتعلق بعدم دستورية المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لخرقها مبدأ المساواة وحرمان فئة من الحق في التقاضي على درجتين³، حيث أثير الدفع بمناسبة الطعن بالاستئناف، وتم قبوله من طرف المحكمة العليا لاستيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 8 من القانون العضوي 16-18، وتمت إحالته على المجلس الدستوري والذي أصدر قرارا بعدم دستورتيتها بتاريخ 10 فبراير 2021.

أما عن سنة 2021، فقد تم تسجيل إرسال بعض الدفوع بعدم الدستورية، منها ما تمت إحالته على المحكمة الدستورية وفصلت فيها، ومنها ما تم رفض إحالتها، ومن بينها:

<https://www.corsupreme.dz>

¹المادة 21 من القانون العضوي 19-22 المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أما المحكمة الدستورية.

²القرار رقم 00005 الصادر في 2020/10/13 متوافر على الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا

www.coursupreme.dz

³قرار المحكمة العليا رقم 00006 الصادر بتاريخ 2020/10/13 موجود على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://droit.mjustice.dz>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/02/02 على الساعة 16:40.

*قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2021/03/28¹، حيث تمت إثارة دفع بعدم دستورية المادة 432 و438 من قانون الإجراءات الجزائية وذلك على مستوى مجلس قضاء أدرار، لانتهاكها مبدأ التقاضي على درجتين المكرس في المادة 165 من الدستور، وقد قررت المحكمة العليا عدم إحالته على المجلس الدستوري لأن كلا الحكمين لا يحتوي على مخالفة لحق التقاضي على درجتين، ذلك أن هذه الأحكام تلزم الجهة القضائية للدرجة الثانية بالفصل سواء في الشكل بعدم قبول الاستئناف أو في الموضوع إما بالتأييد وإما بالإلغاء والتصدي في الموضوع في جميع الأحوال بموجب قرار قابل مبدئياً للطعن بالنقض مما يجعل الدفع لا يتسم بالجدية.

*قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2021/04/05²، حيث تمت إثارة الدفع بعدم دستورية المواد 303 و324 من قانون الجمارك والمواد 2 و12 و166 من القانون المتعلق بمكافحة التهريب، وذلك بمناسبة الطعن بالنقض ضد قرار مجلس قضاء المسيلة (الغرفة الجزائية)، وقد طالبت النيابة العامة في ملاحظاتها المكتوبة بعدم إحالة الدفع، وبعد فحص المحكمة العليا لهذا الدفع ومدى توافر الشروط القانونية فيه، توصلت إلى قرار يقضي برفض إحالته إلى المجلس الدستوري وبررت ذلك بأن المدعي لم يبين أوجه مخالفة الأحكام التشريعية محل الدفع للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، واكتفى بانتقاد القرار الذي طعن فيه بالنقض وناقش موضوع الوقائع المتابع من أجلها، مما يجعل الدفع المثار غير مؤسس قانوناً وغير متسم بالجدية، وختمت المحكمة قرارها بأن المصاريف القضائية تبقى على عاتق المدعي.

*قرار المحكمة العليا رقم 21/00003 الصادر بتاريخ 2021/03/28، حيث تم الدفع بعدم دستورية المادة 3/496 من قانون الإجراءات الجزائية، بمناسبة الطعن بالنقض، لمخالفتها المواد 32، 56، 158، 169 من الدستور لكونها حرمت صاحب الدفع من حقه في الطعن أمام المحكمة العليا في قرار غرفة الاتهام المؤيد لأمر بالألا وجه للمتابعة. وقد رفضت المحكمة العليا إحالة الدفع على المجلس الدستوري لأنه غير جدي، ذلك أن المادة واضحة فقد حددت القرارات الغير قابلة للطعن بالنقض ومن بينها القرار موضوع المنازعة.

¹قرار المحكمة العليا رقم 21/00001 الصادر بتاريخ 2021/03/18 موجود على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://droit.mjustice.dz>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/02/02 على الساعة 16:56.

²قرار المحكمة العليا رقم 21/00002 الصادر بتاريخ 2021/04/05 موجود على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://droit.mjustice.dz>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/02/02 على الساعة 17:15.

*قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2021/04/26¹، حيث تم إرسال حكم صادر عن محكمة العثمانية (القسم التجاري والبحري) التابعة لمجلس قضاء وهران، يقضي بقبول الدفع بعدم دستورية المرسومين التنفيذيين:

-المرسوم التنفيذي رقم 142/06 المؤرخ في 2006/09/27 المحدد لكيفيات تطبيق الإتاوة المستحقة على الاستعمال بمقابل للملك العمومي للمياه لاستعمالها الصناعي والسياحي والخدماتي.
-المرسوم التنفيذي رقم 262/11 المؤرخ في 2011/07/30 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للتسيير المدمج للموارد المائية.²

حيث يستخلص من الحكم محل الإرسال إلى المحكمة العليا أن المدعية مثيرة الدفع أقيمت دعوى ضدها من طرف الوكالة طالبة إياها تسديد الدين الثابت في ذمتها وإلزامها بمبلغ مالي نتيجة التأخر عن الوفاء بالتزاماتها رغم إقرارها قانونا طبقا للمادة 186 من القانون المدني، مع الحكم عليها بالمصاريف القضائية، وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم القاضي بتعيين خبير قبل الفصل في الموضوع بتاريخ 2019/12/25 وذلك من أجل تحديد قيمة الدين تبعا للفواتير المطروحة بالملف، وأن الوكالة التمسست من هيئة المحكمة بعد دعوى الرجوع بقبول إعادة السير في الدعوى شكلا وفي الموضوع إفراغ الحكم المبين أعلاه والمصادقة منه على الخبرة وإلزام المدعية في الطلب حاليا أداءها لها المبالغ المتوصل إليها من طرف الخبير وتعويض نتيجة الضرر اللاحق بها وفقا للمادتين 124 و186 من القانون المدني.

وأن المدعى عليها (بن مسعود شريفة بواسطة محاميها الأستاذ لحول إسماعيل) أصلا وبصدد ذات الدعوى قدمت دفعا بعدم دستورية المرسومين التنفيذيين المذكورين أعلاه.

ورغم تمكين الأطراف من تقديم ملاحظات مكتوبة إلا أنهما لم يقدمتا، أما النيابة العامة فقد قدمت ملاحظاتها المكتوبة الرامية إلى قبول الدفع شكلا ورفضه موضوعا لعدم جديته.

وبعد فحص المحكمة العليا لموجبات الدفع الشكلية والموضوعية توصلت إلى قرار يفضي إلى رفض إحالة الدفع على المجلس الدستوري، مؤسسة رفضها على الأسباب التالية:

¹قرار المحكمة العليا رقم 00005 الصادر في 2021/04/26، موجود على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://droit.mjustice.dz>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/02/02 على الساعة 18:07.

²المرسوم التنفيذي رقم 262/11 المؤرخ في 2011/07/20 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للتسيير المدمج للموارد المائية، ج. ر. ج. ع 43 الصادرة في 30 يوليو 2011، والذي تم استدراك بعض أحكامه في 26 أكتوبر 2011، ج. ر. ج. ع 59 الصادرة في 26 أكتوبر 2011.

-إن هذا الطلب يبقى غير مقبول طبقا لما جاءت به المادة 2/8 من القانون العضوي 16/18 المحدد لشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية، على اعتبار أن الدفع يخص الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع والذي ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، في حين أن صاحبة الدفع قد دفعت بعدم دستورية مرسومين تنفيذيين لا تشملها عبارة الحكم التشريعي الواردة بالمادة 2/8 من القانون العضوي 16/18، حتى وإن كانت المادة 195 من الدستور المعدل سنة 2020 نصت على إمكانية إخطار المحكمة الدستورية بدفع بعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي، فإن مقتضيات المادة 225 من نفس الدستور المعدل¹ تفيد أنه (يستمر سريان مفعول القوانين التي يستوجب تعديلها أو إلغاؤها وفقا لأحكام هذا الدستور إلى غاية إعداد قوانين جديدة أو تعديلها في آجال معقولة)، وبالتالي فإن القانون المطبق إلى غاية هذا التاريخ 2021/04/26 هو القانون العضوي 16/18.

في تقديرنا لهذا القرار وأسبابه، نجد بأن المحكمة العليا استعملت المفهوم الضيق للمادة 225 من الدستور المعدل والمتمم، وتمسكت بالقانون العضوي 16/18 الذي كان يستوجب تعديله بسرعة تماشيا مع مقتضيات المادة 195 من الدستور المعدل والمتمم، حيث كان من الأجر للمحكمة العليا أن تطبق القاعدة الأسمى وهي المادة 195 من الدستور المعدل والمتمم، فبدل تمسكها بحرفية نص المادة 225 من الدستور الجزائري وفق آخر تعديل له في 2020، والتي نصت على استمرارية العمل بالقانون العضوي 16/18 إلى غاية صدور قانون آخر يتماشى مع مقتضيات المادة 195 من الدستور المعدل سنة 2020، كان يمكن لها أن تجتهد أكثر وتجد طريقة لإيصال هذا الدفع إلى الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية لأن الأمر يتعلق بحقوق الأفراد وحرياتهم، خاصة أن التعديل الدستوري الأخير قد سمح بقبول الدفع بعدم دستورية الأحكام التنظيمية أيضا.

هذا عن بعض القرارات التي قضت برفض إحالة الدفع على المجلس الدستوري (سابقا) المحكمة الدستورية (حاليا)، ومعظمها جاء في تسببها عدم جديتها، وهذا يبشر نوعا بالخير فمع مرور الوقت وتزايد عدد الدفوع بعدم الدستورية المرسلة إلى المحكمة العليا ستتمكن هذه الأخيرة من بناء فكرة واضحة عن مفهوم الجدية. أما عن الدفوع بعدم الدستورية التي وصلت إلى المحكمة الدستورية (حاليا)، والتي فصلت فيها هذه الأخيرة فتتمثل فيما يلي:

¹تنص المادة 225 من المرسوم الرئاسي رقم 442-20 المتضمن التعديل الدستوري على أنه: "يستمر سريان مفعول القوانين التي يستوجب تعديلها أو إلغاؤها وفق أحكام هذا الدستور إلى غاية إعداد قوانين جديدة أو تعديلها في أجل معقول".

*قرار المحكمة العليا رقم 21¹/00004 الصادر بتاريخ 2021/03/28، حيث تم الدفع بعدم دستورية المادة 24 من القانون رقم 07/13 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة ، وذلك بمناسبة الطعن بالنقض ضد القرار الصادر عن غرفة الاتهام بمجلس قضاء سطيف، وذلك لمخالفتها المادة 37 و47 من الدستور التي تنص على مبدأ المساواة وعدم المساس بحرمة وشرف الشخص وحياته الخاصة، ذلك أن المادة محل الدفع تجعل المحامي لا يتابع بسبب أفعاله المجرمة قانونا والمتمثلة في السب والقذف إلى شخص الضحية والمساس بحياته الخاصة، وبعد تأكد المحكمة العليا من موجبات الدفع الشكلية والموضوعية وجدديته قررت إحالته إلى المجلس الدستوري²، وقد صرحت المحكمة الدستورية في قرارها رقم 1/ق.م د/د ع د/ الصادر في 28 نوفمبر 2021 بدستورية المادة 24 الفقرة الأخيرة من القانون المتضمن مهنة المحاماة.

*قرار المحكمة العليا رقم 21/00006 الصادر في 2021/04/26 القاضي بإحالة الدفع بعدم دستورية المادة 1/633 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي تمت إثارته أمام الغرفة الاستعجالية بمجلس قضاء سكيكدة بمناسبة الاستئناف، لتعارض المادة مع مبدأ حق التقاضي على درجتين، حيث أسست المدعية دفعها على أن دعوى إشكالات التنفيذ بالرغم من أنها لا تمس بأصل الحق وتهدف لإصدار أوامر وقتية لكن الاستمرار في تنفيذها يترتب عليه نتائج لا يمكن تداركها مستقبلا.

إن الجدير بالذكر هو إمكانية الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الاستعجالي متاحة ودليل ذلك القرار المذكور أعلاه حيث قبلت المحكمة العليا إحالته على المحكمة الدستورية، وفي هذه القضية حتى النيابة العامة قدمت ملاحظات مكتوبة تلتمس من المحكمة العليا إحالة الدفع، وبالفعل تمت إحالته وأصدرت المحكمة الدستورية بشأنه قرارا يقضي بدستورية المادة 633 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³.

تجدر الإشارة إلى أنه صدر قرار آخر بإحالة دفع بعدم دستورية المادة 633 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت رقم الفهرس 21/00007 المؤرخ في 12 سبتمبر 2021، وبما

¹ تجدر الإشارة إلى أن رقم القرار في موقع المحكمة العليا يختلف عن رقمه في حيثيات ومضمون قرار المحكمة الدستورية المنشور بموقعها الإلكتروني

www.cour-constitutionnelle.dz، ففي الموقع الخاص بالمحكمة العليا رقم الملف هو 21/00004 وفي موقع المحكمة الدستورية رقم القرار هو 21/00003، إذن لا بد من التحقق جيدا من المعلومات والأرقام حتى لا تختلط الملفات.

²الأصح أن ترد عبارة الإحالة إلى المحكمة الدستورية بما أنها موجودة الآن وتم إلغاء المجلس الدستوري، فعلى المحكمة العليا أن تنتبه إلى هذه المصطلحات.

³قرار المحكمة الدستورية رقم 02/ق.م د/د ع د/ الصادر في 05 ديسمبر 2021.

أن المحكمة الدستورية لم تكن قد فصلت في دستورتها بعد تمت إحالة هذا الدفع عليها أيضا وقد فصلت في نفس التاريخ (05 ديسمبر 2021) بقرار يقضي بسبق الفصل في الدفع¹.

على الرغم من أنه قد مر على دخول آلية الدفع بعدم الدستورية حيز التنفيذ أزيد من 3 سنوات، إلا أن عدد الدفوع المقدمة والواردة سواء إلى المحكمة العليا أو تلك المحالة على المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية يبقى متواضعا بالمقارنة مع أول سنة لتطبيق مسألة الأولوية الدستورية في فرنسا، أما عن مجلس الدولة الجزائري فمنذ دخول القانون العضوي 18-16 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية حيز التطبيق في 07-03-2019، عالج المجلس 23 دفعا بعدم الدستورية موزعين على النحو التالي:²

-21 دفعا مثار أمام مجلس الدولة لأول مرة بصفته جهة استئناف.

-دفع واحد مثار مباشرة أمام مجلس الدولة بصفته جهة نقض.

-دفع واحد عن طريق الاعتراض على رفض الإرسال.

-دفع واحد عن طريق حكم بالإرسال.

ومن بين 23 دفعا تمت إحالة دفعين فقط على المحكمة الدستورية³، يتعلق الأول بعدم دستورية المادة 43 من القانون 11-10 المؤرخ في 22/06/2011 التي تنص على أنه: "يوقف بقرار من الوالي كل منتخب تعرض لمتابعة قضائية لا تمكنه من الاستمرار في ممارسة عهده الانتخابية بصفة صحيحة إلى غاية صدور حكم نهائي من الجهة القضائية المختصة³، وذلك لتعارضها مع المادة 41 من الدستور التي تنص على أن كل متهم يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية إدانته أي أن هناك مساس بقريئة البراءة، ويتعلق الثاني بعدم دستورية المادة 826 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي توجب توكيل محام أمام المحكمة الإدارية لمخالفتها نص المادتين 164 و165 من الدستور اللتان تضمنان حق تيسير اللجوء إلى القضاء.

إن هذين الدفعين تما بصفة مباشرة أمام مجلس الدولة بصفته جهة استئناف على الرغم من أن المعنيين بالدفع في كل قضية كانا قد تقدما بالدفع أمام المحكمة الإدارية التي رفضت الإرسال.⁴

¹قرار المحكمة الدستورية رقم 03/ق. م د/د ع د/ الصادر في 05 ديسمبر 2021.

²مولاي علي، مرجع سابق، ص 16.

³قرار مجلس الدولة رقم 00001/22 الصادر في 15/06/2022، والقرار رقم 22/00002 الصادر في 15/06/2022.

⁴مولاي علي، مرجع سابق، ص 17.

راجع أيضا: عبد الرشيد طيبي، دور الهيئات القضائية في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، مداخلة أقيمت خلال الندوة الدولية المنعقدة بالمجلس الدستوري حول حماية الحقوق والحريات، يومي 23 و24 فبراير 2020، منشورة على الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا:

وقد قضت المحكمة الدستورية بالتصريح بدستورية المادة 43 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية، كما قضت بالنسبة للدفع الثاني بالتصريح بأن الدفع بعدم دستورية المادتين 815 و826 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أصبح بدون موضوع بعد الأولى وإلغاء الثانية، والتصريح بصرف النظر عن الدفع بعدم دستورية المادة 904 من نفس القانون لإحالتها على المادة 815 التي لم تعد تنص على وجوبية التمثيل بمحام أمام المحكمة الإدارية وبدستورية المادتين 905 و906 من نفس القانون.¹

أما عن الإحالة التلقائية للدفع بعدم الدستورية على المحكمة الدستورية بفعل الفصل في الإحالة في الأجل المحدد لها والمقدر بشهرين، فلم تسجل أية حالة إلى غاية ديسمبر 2022، وهو أمر ينم عن حرص مجلس الدولة على احترام الآجال وإيلائه أهمية كبرى لمسألة الدستورية وإعطائها الأولوية.

يلاحظ أن الدفوع التي وصلت إلى مجلس الدولة عددها قليل، وقد يرجع ذلك إلى فحص جدية الدفع بعدم الدستورية، وفي هذا الخصوص خلص محافظ الدولة في التماساته المقدمة في ملف الدفع بعدم الدستورية رقم 01 لسنة 2019 والمتعلق بالطعن بدم دستورية المادة 174 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية²، وذلك لمساسها بمبدأ قرينة البراءة المنصوص عليه في المادة 56 من الدستور، إذ انتهى في تحليله إلى وجود شك جدي على أن ما جاء في نص المادة 174 المشار إليها أعلاه يمس بمبدأ قرينة البراءة، والتمس تبعا لذلك إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية، إلا أن التشكيكية الفاصلة في الإحالة قررت رفض الإحالة.³

وبخصوص العدد القليل للدفوع التي وصلت إلى مجلس الدولة، فقد رد السيد "مولاي علي" مستشار بمجلس الدولة على ذلك بقوله أن: "دور مجلس الدولة في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية مستمر ولا علاقة له في قلة عدد الدفوع المثارة لأن مرد ذلك إلى المحرك الأصلي والأساسي المعني بإثارة الدفع بعدم الدستورية ألا وهو المتقاضي الذي لا سلطة لمجلس الدولة عليه".⁴

¹القرارين الصادرين عن المحكمة الدستورية الجزائرية في 26/10/2022 تحت رقم 22/31 و22/30.

²تنص المادة 174 من الأمر رقم 06-03 المتضمن قانون الوظيفة العامة الذي تم تعديله مؤخرا بموجب القانون رقم 22-22 الصادر في 18 ديسمبر 2022، ج. ر. ج. ع 85 الصادرة في 19 ديسمبر 2022 على أنه: "يوقف فورا الموظف الذي كان محل متابعة جزائية لا تسمح ببقائه في منصبه، ويمكن أن يستفيد خلال مدة 6 أشهر ابتداء من تاريخ التوقيف من الإبقاء على جزء من الراتب لا يتعدى النصف ويستمر الموظف في تقاضي مجمل المنح وفي كل الأحوال لا تسوى وضعيته الإدارية إلا بعد أن يصبح الحكم المترتب على المتابعات الجزائية نهائيا".

³مولاي علي، مرجع سابق/ ص. 9، 10.

⁴مولاي علي، مرجع سابق، ص 18.

ومع ذلك لا بأس بهذا العدد القليل نسبيا من الدفوع بعدم الدستورية، خاصة أن الدستور قد عرف تعديلين متقاربين في الزمن، لكن لا بد من تعميم ثقافة الدفع بعدم الدستورية سواء على المحامين وحتى المواطنين من خلال ندوات ومحاضرات وحصص تلفزيونية، ولم لا بث تلفزيوني لقضية تتعلق بالدفع بعدم الدستورية حتى يتسنى للجميع الاستفادة من مزايا هذه الآلية التي تعتبر بمثابة ضامن أساسي وفعال لحماية الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

هـ- تقييم نظام التصفية على درجتين:

لكل نظام محاسنه ومساوئه التي لا بد من تقاؤها، كما هو الحال بالنسبة للتصفية القضائية على مرحلتين، فمن بين ما يؤخذ على هذه الطريقة أن القضايا المرتبطة بالدفع بعدم الدستورية تتطلب سرعة في البت مما سيفرض على محاكم النقض أن تخصصه بأولوية على حساب الكم الهائل من القضايا المعروضة عليها، الأمر الذي سيؤدي إلى تعقيد الإجراءات القضائية وإطالة أمدها مما سيؤثر على حقوق المتقاضين بسبب البطء في تصريف القضايا، بل ذهبت بعض الدول التي تبنت نظام التصفية كالنمسا وألمانيا- التي لم يعمر لديها طويلا (ما بين 1951 إلى 1956)- إلى أبعد من ذلك معتبرة أن هذا الأسلوب يؤدي إلى حكم مسبق وأولي حول الدستورية، فيما اقترح السيناتور الفرنسي Jean Jacques HYEST إلغاء المصفاة الثانية التي تتم على مستوى محكمة النقض ومجلس الدولة¹، لكن على الرغم من ذلك لا أحد ينكر نجاح هذا النموذج بفرنسا، فبعد 16 شهرا من تطبيق مسألة الأولوية الدستورية تم رفع 2500 دفع أمام قضاة الدرجة الابتدائية والاستئنافية وأحيل حوالي 200 سؤال إلى المجلس الدستوري والذي بدوره أصدر بشأنها 135 قرار، وعدد المسائل الدستورية ذات الأولوية في ارتفاع مستمر حيث أنه من سنة 2010 إلى غاية 30 جوان 2021 تمت إحالة 947 مسألة ذات أولوية دستورية على المجلس الدستوري الفرنسي، 427 منها أحيلت من طرف مجلس الدولة و520 المتبقية أحيلت عليه من طرف محكمة النقض، وقد أصدر المجلس الدستوري خلال هذه الفترة 817 قرارا: 427 قرار يقضي بالدستورية، و96 قرار بالدستورية مع تحفظ، و118 حكما بعدم الدستورية الكلية، و110 قرار بعدم الدستورية كلية أو جزئية مع أثر مؤجل، و36 قرار بعدم الدستورية الجزئية بالإضافة إلى 30 قرارات أخرى، وقد بلغ عدد قرارات المجلس الدستوري الفرنسي وفق آخر تحديث له على موقعه

¹قرلان سليمة، مرجع سابق، ص54.

الإلكتروني الرسمي 857 قرار لسنة 2022¹، هذه الإحصاءات تدل على أن نظام التصفية الثنائية ليس عائقا في وجه الدفع بعدم الدستورية للحيلولة دون وصولها للمجلس الدستوري، بل يساهم بشكل كبير في ضبط تدفقات الدفع بعدم الدستورية المثارة أمام محاكم الموضوع، وبالتالي ضبط الولج إلى القضاء الدستوري، ودليل ذلك أن عدد المسائل ذات الأولوية الدستورية التي فصل فيها المجلس الدستوري الفرنسي منذ دخول المادة 61-1 من الدستور المعدل في 2008 حيز النفاذ، معتدل نوعا ما حيث يتراوح ما بين 60 و80 قرار سنويا، وقد أوضحت Jacqueline DEGUILLENCHMIDT وهي أحد أعضاء المجلس الدستوري الفرنسي، أن نظام التصفية يعتبر نموذجا مهما لحوار القضاة، ومن شأنه تطوير انسجام التأويل بخصوص الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، على أساس أن يبلغ المجلس الدستوري بالملفات غير المحالة إليه من أجل مراقبته لمبررات عدم الإحالة².

3- رأي المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية حول الأحكام المنظمة لإجراءات التصفية

بعد إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية ضمن النظام القانوني الجزائري، صدر القانون العضوي الذي يحدد كفاءات وشروط وإجراءات تطبيقها تحت رقم 18-16 متبنا نظام تصفية الدفع بعدم الدستورية على درجتين، ثم بعد تعديل أحكام هذه الآلية بموجب التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، صدر على إثر ذلك القانون العضوي 22-19 ليحدد إجراءات وكفاءات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية بما فيها "الدفع بعدم الدستورية"، وقد أبقى المشرع العضوي على

¹المزيد من التفصيل يرجى زيارة الموقع الرسمي الإلكتروني للمجلس الدستوري الفرنسي والاطلاع على قراراته بخصوص مسألة الأولوية الدستورية منذ 2010 إلى غاية 30 جوان 2021، موجودة على شكل تقرير إحصائي لعدد القرارات الصادرة بشأن المسائل ذات الأولوية الدستورية إلى غاية جوان 2021، وهي كالتالي:

- في سنة 2010 أصدر المجلس الدستوري الفرنسي 64 قرارا بشأن مسائل ذات الأولوية الدستورية.
 - في سنة 2011 أصدر المجلس الدستوري الفرنسي 110 قرارا بشأن مسائل ذات الأولوية الدستورية.
 - في سنة 2012 أصدر المجلس الدستوري الفرنسي 74 قرارا بشأن مسائل ذات الأولوية الدستورية.
 - في سنة 2013 أصدر المجلس الدستوري الفرنسي 66 قرارا بشأن مسائل ذات الأولوية الدستورية.
 - في سنة 2014 أصدر المجلس الدستوري الفرنسي 67 قرارا بشأن مسائل ذات الأولوية الدستورية.
 - في سنة 2015 أصدر المجلس الدستوري الفرنسي 68 قرارا بشأن مسائل ذات الأولوية الدستورية.
 - في سنة 2016 أصدر المجلس الدستوري الفرنسي 81 قرارا بشأن مسائل ذات الأولوية الدستورية.
 - في سنة 2017 أصدر المجلس الدستوري الفرنسي 75 قرارا بشأن مسائل ذات الأولوية الدستورية.
 - في سنة 2018 أصدر المجلس الدستوري الفرنسي 64 قرارا بشأن مسائل ذات الأولوية الدستورية.
 - في سنة 2019 أصدر المجلس الدستوري الفرنسي 61 قرارا بشأن مسائل ذات الأولوية الدستورية.
 - في سنة 2020 أصدر المجلس الدستوري الفرنسي 46 قرارا بشأن مسائل ذات الأولوية الدستورية.
 - في سنة 2021 أصدر المجلس الدستوري الفرنسي 75 قرارا بشأن مسائل ذات الأولوية الدستورية.
 - في بداية سنة 2022 أصدر المجلس الدستوري الفرنسي 6 قرارات بشأن مسائل ذات الأولوية الدستورية.
- المعلومات والأعمدة البيانية والدفاتر البيانية موجودة على موقع المجلس الدستوري الفرنسي:

نظام التصفية الثنائية وتمسك به، فما هو رأي المجلس الدستوري (سابقاً) والمحكمة الدستورية (حالياً) حيال الأحكام المنظمة لإجراء التصفية الثنائية للدفع بعدم الدستورية؟

أ- رأي المجلس الدستوري حول أحكام القانون العضوي 16-18

بمناسبة إبداء المجلس الدستوري الجزائري لرأيه حول مطابقة الأحكام المنظمة لدور الجهات القضائية سواء الدنيا أو العليا في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية وإحالة الدفوع على المجلس الدستوري للدستور، فقد أثار بعض المسائل الهامة في شكل تحفظات تفسيرية من بينها تأكيده على مركزية الرقابة الدستورية (القضاء الدستوري)، ومفاد ذلك أن المجلس الدستوري هو الوحيد المخول له دستورياً فحص دستورية الحكم التشريعي محل الدفع بعدم الدستورية، وقد قيد المادة 8 بتحفظ تفسيري يتعلق بكيفية دراسة وتأكد قاضي الموضوع من جدية الدفع كشرط أساسي لقبوله، فقد أكد المجلس الدستوري من خلال تحفظه على أن دراسة الطابع الجدي من قبل قضاة الجهات القضائية للوجه المثار لا يقصد به منحها سلطة تقديرية مماثلة لتلك المخولة حصرياً له، فعلى القضاة أن يتقيدوا عند ممارسة صلاحياتهم بالنظر بصفة أولية في الدفع بتقدير مدى توفر الشروط الموضوعية دون أن يمتد ذلك إلى تقديرهم لدستورية الحكم التشريعي محل الدفع.

أما بخصوص الأحكام المنظمة لإجراءات التصفية أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة، فقد ارتأى المجلس الدستوري تقييد بعضها بالتحفظات التفسيرية التالية:¹

- إن المشرع العضوي قد أغفل في حالة رفض المحاكم المركزية (المحكمة العليا ومجلس الدولة) إحالة الدفع بعدم الدستورية على المجلس الدستوري، إرسال نسخة من قرار الرفض إلى هذا الأخير من أجل التأكد من أن القضاة قد التزموا بسلطتهم في فحص شروط الدفع وجديته دون أن يتعدوا ذلك إلى فحص دستورية الحكم التشريعي محل الدفع. إن ما يمكن استنتاجه من هذا التحفظ هو أن المجلس الدستوري قد أشار إلى إمكانية مراقبته لقرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة بشأن رفض إرسال الدفع إليه، وهذا يؤدي إلى طرح التساؤل التالي:

ماذا لو وجد المجلس الدستوري أن إحدى هذه الهيئات قد فصلت بطريقة أو بأخرى في دستورية الحكم التشريعي محل الدفع؟ ما هو الجزاء الذي يترتب على ذلك؟

- إغفال المشرع العضوي لتنظيم كيفية الإحالة التلقائية في حال فوات أجل شهرين، الأمر الذي جعل المجلس الدستوري يقيد مطابقة هذه الأحكام للدستور بتحفظ دستوري مفاده أن المشرع

¹ رأي المجلس الدستوري رقم 03/ر.ق.ع/م.د/18 المؤرخ في 2 غشت سنة 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية للدستور، ج.ر.ج.ع. 54 الصادرة في 5 سبتمبر 2018.

العضوي يقصد أن الجهة القضائية المعنية هي التي ترسل الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري في حالة انقضاء الأجل الممنوح لها.

لكن رغم أن المجلس الدستوري قد أوضح مسألة الجهة المعنية بالإحالة التلقائية في حالة انقضاء الأجل الممنوح لها، إلا أنه أغفل مسألة مهمة تتعلق بحالة تقاعس هذه الجهة عن إحالة الدفع تلقائيا للمجلس الدستورية، فهل يحق للأفراد ذلك؟

وفي ختام الحديث عن التحفظات التي أبدتها المجلس الدستوري الجزائري، نجده قد كان أقل شدة من نظيره المغربي، بحيث اعتمد على التحفظات التفسيرية كمرجع لتوضيح بعض النقاط المبهمة في القانون العضوي 16-18 دون اللجوء إلى قرار عدم مطابقته مع الدستور، وذلك على خلاف القضاء الدستوري المغربي الذي كان جد صارم بشكل مستमित لدرجة تصريحه بعدم المطابقة.

المبحث الثاني: البت في الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء الدستوري

إن القضاء الدستوري سواء كان في شكل مجالس دستورية أو محاكم دستورية، حسب تسمية كل دولة، يعد من أهم مفاصل الجهاز القضائي، وذلك نظرا لأهمية الاختصاصات المنوطة به، وفي مقدمتها الرقابة على دستورية القوانين، وتعتبر وظيفته شديدة الارتباط بدولة الحق والقانون، ودعامة رئيسية لضمان توازن واستمرار الأنظمة الديمقراطية وفقا لمتطلبات الدساتير الحديثة، والتي تجعل من الرقابة الدستورية نقطة مرجعية لا يمكن التنازل عنها، بالنظر لما تحققه من أهداف أساسها ضمان سمو الدستور وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، فهو قضاء حقوق الإنسان وحارس الشرعية، ويحوز لتحقيق ذلك سلطة تقديرية واسعة.

إن هذا الجهاز يستمد شرعيته من الدور المناط به في صون الدستور الذي يعتبر بدوره التعبير الأسمى عن إرادة الشعب وسيادته وركيزة شرعية كل السلطات¹، ويمكن تعريفه بأنه: "مجموعة القواعد القانونية المستنبطة من أحكام المحاكم في المجال الدستوري"².

وقد لعب القضاء الدستوري، سواء كان مجسدا في المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية، مركزي أو لا مركزي، دورا كبيرا في حماية الدستور من القوانين المخالفة له، وهو ما ينجر عنه حماية وصون حقوق الأفراد وحمائيتهم، سواء من خلال ممارسته لرقابة الدستورية السابقة أو

¹بوسماحة نصر الدين، القضاء الدستوري و القضاء العادي: علاقة مبهمة في خدمة دولة القانون (النموذج الجزائري على ضوء تعديلات 2016)، مجلة القانون، المجتمع و السلطة، ع 6، جامعة وهران 2 (محمد بن أحمد)، 2017، ص 197.

²ماز حسن، مرجع سابق، ص 3.

ويمكن تعريف القضاء الدستوري أيضا بأنه: "الجهة التي خصها الدستور برقابة الشرعية الدستورية، عند ما تكون الرقابة مركزية". أنظر: مجدي الشارف محمد الشبعاني، الدور السياسي للقاضي الدستوري، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، ع 1، جوان 2017، ص 4.

اللاحقة على صدور القوانين، وما زاد من قيمته إقرار دساتير الدول لحق المواطن في اللجوء إلى القضاء الدستوري للطعن في دستورية نص قانوني من خلال آلية الدفع بعدم الدستورية، بغض النظر عما إذا كان هذا الطعن مباشراً، كما هو مسموح به في كل من ألمانيا و إسبانيا والبرازيل، أو كان غير مباشر كما هو الحال بالنسبة لمصر، فرنسا، والمغرب وتونس وحتى الجزائر.

وعلى الرغم من أن هذه الدول الأخيرة قد اعتمدت على الدفع بعدم الدستورية بطريقة غير مباشرة، إلا أنها تختلف في طبيعة الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية، وبالتالي فإن إجراءات معالجة الدفع بعدم الدستورية ستختلف هي الأخرى على مستواها، بل هو أكثر من ذلك، يمكن أن تختلف من دولة إلى أخرى حتى وإن كانتا تعتمدان على نظام واحد للرقابة الدستورية (أي مجلس الدستوري أو محكمة دستورية).

فما هي إذا إجراءات معالجة الدفع بعدم الدستورية على مستوى المحاكم الدستورية وعلى مستوى المجالس الدستورية؟ وما هي نقاط الاتفاق بينهما؟ وهل هناك ما يميز كلا منهما عن الأخرى؟ خاصة أن المؤسس الدستوري الجزائري قد انتقل من نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين بواسطة مجلس دستوري في ظل تعديل 2016 إلى نظام الرقابة الدستورية عن طريق محكمة دستورية، وفي هذا الخصوص يؤول السؤال عن مدى تناسب مصطلح الإخطار الوارد في المادة 195 من الدستور المعدل سنة 2020 مع الطابع القضائي للمحكمة الدستورية؟ وهل ما فعله المؤسس الدستوري الجزائري باعتماده على جهاز المحكمة الدستورية بدل المجلس الدستوري، يعتبر أمراً إيجابياً وفعالاً لتعزيز دور آلية الدفع بعدم الدستورية في حماية حقوق الأفراد وحياتهم؟ كل ذلك سيتم معالجته ضمن مطلبين، المطلب الأول سيكون مخصصاً لأحكام البت في الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم الدستورية، أما المطلب الثاني ستنتم فيه معالجة الدفع بعدم الدستورية على مستوى المجلس الدستوري.

المطلب الأول: أحكام البت في الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم الدستورية

يمكن القول أن معظم دول العالم وخاصة العربية منها قد تبنت في الآونة الأخيرة نظام المحاكم الدستورية، سواء في دساتيرها الجديدة أو في التعديلات التي مست دساتيرها القديمة، وقد كان الدستور المصري من بين الدساتير التي أقرت منذ القرن 19 نظام المحكمة الدستورية، في حين أن المغرب لم تسجل هذه النقلة إلا بعد تعديل 2011، ونفس الأمر ينطبق على تونس التي استحدثت المحكمة الدستورية على إثر صدور دستور 2014، أما الجزائر فقد كانت الأخيرة -نوعاً ما- في تبني نظام المحكمة الدستورية بموجب التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020.

بعد أن يتصل القضاء الدستوري بالدعوى الدستورية عن طريق الدفع حسب الإجراءات المحددة في التشريعات المقارنة تصبح الدعوى الدستورية مهياً للفصل فيها، حيث يقوم القاضي الدستوري بدراسة ملف الدعوى والتثبت من صحة الإجراءات الشكلية والموضوعية، وذلك عبر مراحل ، وبما أن المشرع المصري قد اختار نموذجاً متميزاً لاتصال الدفع بعدم الدستورية بالمحكمة الدستورية، فإنه سيكون أول نموذج تتم دراسته في الفرع الأول، في حين أن أحكام معالجة الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الدستوري المغربي والتونسي سيتم التطرق إليها بالفرع الثاني.

الفرع الأول: إجراءات سير الدعوى الدستورية عن طريق الدفع ونظرها أمام المحكمة الدستورية المصرية

لقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية على القضاء بعدم قبول الدعوى إذا ما رفعت من قبل الأفراد بطريقة مباشرة، أي أنها استقرت على أنه لا يحق للأفراد اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا للطعن بعدم الدستورية، إلا إذا كان هناك اتصال قانوني بين دعوى قائمة أمام محاكم الموضوع ومسألة دستورية من اختصاص المحكمة الدستورية العليا يتوقف عليها مآل النزاع.

وكما سبق لنا الإشارة إليه، فإنه إذا تم الدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة يزعم تطبيقها للفصل في الدعوى، من قبل أحد الخصوم، وتحقق قاضي الموضوع من جديته، فإنه يمنح لمثير الدفع مهلة لا تتجاوز ثلاثة أشهر لرفع دعواه في المسألة الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، وإذا لم يرفع دعواه خلال هذا الأجل اعتبر دفعه كأن لم يكن، و يستمر القاضي في نظر الدعوى الأصلية و الفصل فيها.¹

إذاً، بمجرد قبول الدفع من طرف قاضي الموضوع، يبقى على عاتق مثير الدفع التوجه إلى المحكمة الدستورية العليا لرفع دعواه أمامها، وقد وردت طائفة الإجراءات المتعلقة بتحريك الدعوى الدستورية- أساساً- في قانون المحكمة الدستورية العليا، وإعمالاً لنص المادة 28 منه يتم تطبيق

¹ إن هذه الوسيلة الإجرائية تحمل الخصم مشقة الدعوى الدستورية وتكاليفها من ناحية، فضلاً عن تقييده بمهلة قصيرة نسبياً لتحريك الدعوى الدستورية وإلا سقط حقه.
مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، ط1، مكتبة سعيد رأفت، جامعة عين شمس، 1990، ص 272.

الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض مع طبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها، وذلك فيما لم يتم ذكره من إجراءات في قانون هذه المحكمة¹.

أولاً: قيد الدعوى الدستورية

يستفاد من نص المادتين 34 و35 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية أنه يتم رفع الدعوى الدستورية عن طريق الدفع بتقديم صحتها إلى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا، الذي يقوم بتسجيلها في سجل خاص بتاريخ تقديمها، و يجب أن تكون الطلبات و صحف الدعاوى موقعا عليها من محام مقبول للحضور أمامها²، و بما أن المشرع المصري قد منح للخصم الذي ثبتت جدية دفعه من قبل قاضي الموضوع، أن يرفع دعواه بنفسه أمام المحكمة الدستورية، فإن ذلك سيحمله أيضا تكاليفها³، طبعاً وقد أشرنا سابقاً إلى أن قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى المقدمة للمحكمة الدستورية يجب أن تتضمن بياناً للنص القانوني المطعون بعدم دستوريته و النص المدعى بمخالفة أحكامه و أوجه المخالفة لغرض تسبب الدعوى الدستورية و تأسيسها⁴.

إن قيد الدعوى وتسجيلها يعد من إجراءات التداعي الجوهرية التي تنجر عن عدم توافرها عدم قبول الدعوى الدستورية.

ثانياً: الإعلان والتعقيب وتهيئة الدعوى للفصل فيها

استناداً إلى قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية، تتولى هيئة المفوضين أمام المحكمة الدستورية العليا تحضير دعوى فحص الدستورية وتهيئتها للفصل فيها، ولها في سبيل ذلك الاتصال بالجهات ذات الشأن - بما في ذلك هيئة قضايا الدولة الممثلة للحكومة - لإعلانهم عن طريق قلم كتاب المحضرين بالدعوى الدستورية (عن طريق الدفع)، وذلك خلال 15 يوماً ابتداءً من تاريخ قيد الدعوى وتسجيلها بالسجل الخاص بذلك، وعلى كل من تلقى إعلاناً بذلك أن يودع قلم كتاب المحكمة، خلال 15 يوماً من تاريخ إعلانها، مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالمستندات، ولخصمه الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال 15 يوماً، تبدأ من نهاية الخمسة عشر يوماً السابقة، على أن تكون المذكرة مكتوبة - كقاعدة عامة - وفي سبيل التحقيق يجوز لهيئة المفوضين

¹ تعد إجراءات رفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا أمام النظام العام. أنظر في ذلك: حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 5 أبريل 1995 في الدعوى رقم 18 لسنة 16 ق. د. أشار إليه: مدحت أحمد محمد يوسف غنايم، مرجع سابق، ص 126.

² أي أن يكون محامي مقبول لدى محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا، أو عضواً في هيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل.

³ وذلك على خلاف التداعي بطريق الإحالة المقدم بالفقرة (أ) من المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا، فالمسألة الدستورية تحال من محكمة الموضوع رأساً إلى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا دون أن يتحمل الخصوم تكاليفها.

⁴ إن الغرض من ذلك أيضاً تمكين أصحاب الشأن في الدعوى الدستورية من تبين كافة جوانبها، ليتسنى لهم في ضوء ذلك تحديد ملاحظاتهم وردودهم وتعقيبهم عليها في المواعيد المقررة لذلك.

أن تطلب من ذوي الشأن ما يلزم من بيانات أو أوراق، كما يجوز للمفوض أن يصدر قراراً بتغريم من يتسبب في تكرار تأجيل الدعوى بمبلغ لا يجوز 20 جنيهاً، ويكون قراره في هذا الشأن نهائياً، كما يجوز له إعفاؤه من هذه الغرامة كلها أو بعضها، إذا أبدى عذراً مقبولاً.¹

وبعد انتهاء المواعيد السابقة، يتولى قلم الكتاب عرض ملف الدعوى أو الطلب على هيئة المفوضين لتحضير الدعوى، هذه الأخيرة تعد تقريراً تحدد فيه المسائل الدستورية والقانونية المثارة مع إدراج رأيها في الدعوى على أن يكون هذا التقرير مسبباً، ويشترط لصحة انعقاد جلساتها حضور أحد أعضائها بدرجة مستشار على الأقل.²

يتم إيداع هذا التقرير بقلم كتاب المحكمة، ويمكن لذوي الشأن الاطلاع عليه بقلم كتاب المحكمة والحصول على صورة منه على نفقتهم³، هذا وتجدر الإشارة إلى أن هذا التقرير لا يعدو أن يكون مقيداً للمحكمة الدستورية العليا في قضائها أو يشكل بالضرورة أحد عناصر بحثها في المسألة الدستورية المطروحة أمامها، بحيث يمكنها أن تتجاهله إن لم تقتنع بسلامة الأسس التي قام عليها⁴.

ثالثاً: الفصل في الدعوى الدستورية وأنواع الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا

يبدأ الفصل في الدعوى الدستورية عن طريق الدفع خلال أسبوع من تاريخ إيداع هيئة المفوضين لتقريرها، ويحدد رئيس المحكمة تاريخ الجلسة التي ستُنظر فيها الدعوى⁵، بحيث تكون عندئذ مهياًة للفصل فيها. وفي سياق الحديث، تجدر الإشارة إلى أن إعداد هيئة المفوضين لتقرير حول ملف الدعوى أو الطلب قبل تحديد تاريخ الجلسة سيساعد المحكمة على الإلمام بجميع العناصر التي تقوم عليها الخصومة القضائية، وتمحيص أوراقها وأدلتها قبل الفصل فيها⁶.

¹ المادة 39 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية.

² تعتبر هيئة المفوضين هيئة قضائية لدى المحكمة الدستورية العليا، وتسري في شأن أعضائها الضمانات والحقوق المالية لأعضاء المحكمة الدستورية العليا.

أشار إلى ذلك: عز الدين الديناصورى، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 68.

بالنسبة للمحكمة الدستورية الأردنية، فإن مهمة استلام قرارات الإحالة من محكمة التمييز، و عرضها على رئيس المحكمة و أعضائها، و إرسالها إلى الجهات المعنية المتمثلة في رئيس مجلس الوزراء و رئيس مجلس الأعيان (حسب المادة 12/ب من قانون المحكمة الدستورية الأردنية)، و استلام الردود و تحضير الدعوى الدستورية و متابعة ما تطلبه المحكمة من بيانات أو معلومات ضرورية للفصل في الطعون المقدمة إليها، هي من اختصاص المكتب الفني على مستوى المحكمة الدستورية، والذي يتألف من مدير و عدد من المساعدين لا يقل عن إثنين من المختصين في مجال القانون تتوفر فيهم شروط القاضي.

أشار إلى ذلك: سعودي نسيم، الدفع بعدم الدستورية على ضوء التعديل الدستوري الأردني لسنة 2011، مرجع سابق، ص ص 595، 596.

³ المادة 40 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية المعدل والمتمم.

⁴ محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 824، وما بعدها.

⁵ المادة 41 ف 1 من قانون المحكمة الدستورية العليا.

⁶ أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 156 لسنة 18 ق. د، الصادر في 1998/6/6، ج.ر.ع 25 تابع، الصادرة في 1996/06/18، ص 47-48.

أشار إليه: مدحت أحمد يوسف غنايم، مرجع سابق، ص 131، الهامش رقم 3.

وعلى قلم الكتاب إخطار ذوي الشأن بتاريخ الجلسة بكتاب مسجل بعلم الوصول، ويكون ميعاد الحضور 15 يوما على الأقل، وإعمالا لنص المادة 41 من قانون المحكمة الدستورية العليا، يجوز لرئيس المحكمة عند الضرورة تقصير الأجل وذلك بناء على طلب ذوي الشأن إلى ما لا يقل عن ثلاثة أيام، مع إعلان ذوي الشأن بذلك طبعا.

إن الأصل في قواعد عمل المحكمة الدستورية العليا أنها تحكم بغير مرافعة، ومع ذلك، إذا رأت ضرورة لذلك فلها سماع مرافعة محامي الخصوم وممثل هيئة المفوضين، ولا يسمح للخصوم في هذه الحالة الحضور دون محامي، كما أنه ليس للخصوم الذين لم تودع بأسمائهم مذكرات الحق في أن ينيبوا عنهم محاميا في الجلسة، وبالتالي ليس لهم حق في المرافعة الشفوية، كما أنه للمحكمة أن ترخص لمحامي الخصوم وهيئة المفوضين بإيداع مذكرات تكميلية في المواعيد التي تحددها. وفي هذا المقام، يجب التنويه إلى أن المادة 39 من قانون المحكمة الدستورية العليا لم تتضمن النص على جواز تقديم طلبات إضافية جديدة، أمام هيئة المفوضين وإنما اكتفت بمذكرات تكميلية فقط، ومآل ذلك أن إذا أخذت وقُدمت أمام هيئة المفوضين طلبات إضافية جديدة، فإنه يتعين استبعادها وعدم الالتفات إليها¹.

و تماشيا مع ما تم ذكره ، فإنه لا تسرى على الدعاوى و الطلبات المعروضة على المحكمة قواعد الحضور و الغياب المقررة في قانون المرافعات المدنية و التجارية ، على اعتبار أن نظام المرافعات أمام المحكمة الدستورية العليا يقوم أساسا على المرافعات التحريرية² ، و عليه إذا تغيب الخصم فلا يترتب على ذلك شطب الدعوى³ ، أما فيما يخص مسألة ترك الدعوى الدستورية و التنازل عنها و إنهاء إجراءاتها ، فلم يشر إليها قانون المحكمة الدستورية العليا ، إلا أنه عملا بما جاء في المادة 28 منه التي أحالت على قانون المرافعات المدنية و التجارية ، فإنه يجوز لطاعن ترك الخصومة الدستورية و التنازل عنها عملا بأحكام قانون المرافعات ، خاصة بعد أن قررت المحكمة الدستورية نفسها أن التنازل عن الطلبات عمل قانوني يتم بالإرادة المنفردة وينتج أثرها في إسقاطها، و يترتب على تنازل المدعي عن الطلبات الموضوعية انتفاء مصلحته في

¹ عز الدين الديناصورى، عبد الحميد الشواربى، مرجع سابق، ص 69.

² عادل عمر شريف، قضاء الدستورية (القضاء الدستوري في مصر)، رسالة دكتوراه في الحقوق، عين شمس، 1988، ص

424؛ أشار إليه: مدحت أحمد محمد يوسف غنايم، مرجع سابق، ص 131.

³ المادة 45 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية المعدل والمتمم.

الفصل في مدى دستورية النصوص القانونية المرتكزة إليها تلك الطلبات، إذ لم يعد ذلك لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية¹.

ومع ذلك، فإنه انطلاقاً من نص المادة 28 من قانون المحكمة الدستورية العليا والتي أحالت على قانون المرافعات المدنية والتجارية في الأحكام والإجراءات التي لم يرد ذكرها في قانون المحكمة الدستورية العليا، مضيئة عبارة: "بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة لها"، يلاحظ أن الطبيعة الخاصة لعمل المحكمة الدستورية العليا تقابلها من جهة أخرى عينية الدعوى الدستورية عن طريق الدفع، فبمجرد وصول المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية تصبح الدعوى قائمة بذاتها، فحتى وإن انقضت الخصومة الأصلية أو تنازل عنها المدعي فإن ذلك لا يمنع المحكمة من فحص دستورية النص القانوني أو اللائحة التي وصلت إليها عن طريق الدفع، فالأمر يتعلق بقانون يمكن أن يكون غير دستوري وإذا لم تتعرض لدستوريته سيبقى قائماً وسيطبق لا محالة في المستقبل، لذلك نرى بأنه لا يجوز الاعتداد بترك الخصومة الدستورية².

وفي إجراءات سير الخصومة الدستورية بطريقة الدفع الفرعي في مصر، فإنه يجوز مخاصمة القضاة أمام المحكمة الدستورية العليا، ولكن دون أن يتعدى ذلك إلى رد أو مخاصمة جميع أعضاء المحكمة أو بعضهم بحيث يقل عدد الباقيين عن سبعة³، وتفصل المحكمة في طلب الرد ودعوى المخاصمة بكامل أعضائها، عدا العضو المشار إليه⁴.

ومن البديهي أن تقوم المحكمة الدستورية العليا بتكييف الدعوى المرفوعة أمامها وذلك على ضوء طلبات رافعها، وبعد استظهار حقيقة أبعادها ومراميتها - للفصل فيها - مع تحديد وضعها من قواعد الاختصاص وقبول المقررة، وقد جرى اجتهاد المحكمة الدستورية العليا على بحث الأوضاع الشكائية التي نص عليها الدستور قبل تصديها لبحث المخالفة الموضوعية، باعتبارها من مقومات النصوص القانونية وتخلفها تفقد هذه القاعدة إلزاميتها، حتى ولو كان نطاق الطعن المعروف على المحكمة منحصرًا في المطاعن الموضوعية وحدها⁵.

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 21 ديسمبر 1985، المجموعة ج 3، ص 287؛ أشار إليه: مدحت أحمد محمد يوسف غنايم، مرجع سابق، ص 132.

² القضية رقم 215 لسنة 19 ق. د، 1999/10/2، ج. ر. ع. 41، الصادرة في 1999/10/14، ص 655؛ أشار إليها: محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص. 238.

³ المادة 3 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية المعدل والمتمم، التي نصت أن قرارات هذه المحكمة تصدر من سبعة أعضاء.

⁴ المادة 15 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية المعدل والمتمم.

⁵ عصام علي الدبس، مرجع سابق، ص 304.

بعد أن تتأكد المحكمة الدستورية العليا أن الدعوى جاهزة للفصل والحكم فيها، تقوم بقفل باب المرافعة، أي أنها -بصورة ضمنية- تحدد جلسة للنطق بالحكم لأجل محدد، وقرارها هذا لا يعد حكماً وإنما مجرد قرار ولائي لا يقيد في شيء، بحيث تستطيع أن تعدل عنه سواء بطلب يقدم إليها أو بغير طلب، ومتى أقفل باب المرافعة في الدعوى الدستورية عن طريق الدفع، حسب موضوعنا، انقطعت صلة الخصوم بها كأصل عام، ولا يبقى لهم اتصال بها إلا بالقدر الذي تصرح به محكمة الموضوع، وذلك فيما عدا الحالات التي تم استثنائها بنص صريح.

لكن هناك حالات يتعين فيها فتح باب المرافعة بعد إقفالها، إذا ما توفي أحد قضاة الدائرة أو فقد صفته قبل المداولة أو بعدها، وقبل النطق بالحكم، وإلا كان الحكم باطلاً، وتعيين أيضاً فتح باب المرافعة إذا طلب أحد قضاة الدائرة ذلك، وهذه الحالات تكون إجبارية على المحكمة الدستورية العليا.

بعد ذلك، يجتمع أعضاء المحكمة للمشاورة حول منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعة، وهو ما يسمى بمرحلة المداولة، ولا يجوز لهذه الأخيرة أن تحصل إلا بعد انتهاء المرافعة، وقد خلا قانون المحكمة الدستورية العليا من تنظيم إجراءات المداولة، وما إن كانت تتم بصورة سرية أم علانية، ومن ثم فإن الرجوع بشأنها يكون لقانون المرافعات المدنية والتجارية، شريطة ألا يتعارض مع طبيعة الدعوى الدستورية، وقد نظمت المواد من 166 إلى 170¹ من هذا القانون كافة الجوانب المتعلقة بالمداولة، والتي من بين العناصر المهمة التي جاءت فيها، أن تكون المداولة سرية² وبحضور جميع الأعضاء أو سبعة أعضاء حسب ما ورد في المادة 3 من قانون المحكمة الدستورية العليا بالنسبة للدعوى الدستورية، حيث نصت على أنه: "تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من الأعضاء وتصدر أحكامها وقراراتها من سبعة أعضاء ويرأس جلساتها رئيسها أو أقدم أعضائها"، وهناك من الفقه من يفسر هذا النص على أن الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا وكذا قراراتها يجب أن تصدر من سبعة أعضاء لا أكثر ولا أقل من ذلك، بمعنى أن الحكم يوقع عليه سبعة أعضاء فقط³، وذلك استناداً لما جرى عليه العمل بالنسبة لدوائر النقض

¹المواد من 166 إلى 170 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 الصادر بتاريخ 09 /05 /1968 المعدل والمتمم بالقانون رقم 191 لسنة 2020، ج. ر. ع 36 مكرر(ب)، الصادر في 05 /09 /2020.

²لعل المشرع يستهدف من سرية المداولة ضمان تعبير القاضي الدستوري عن رأيه، واستقلاله أثناء ممارسة عمله وتوفير الجوهر الهادئ والمناسب حتى يتمكن من إصدار حكمه دون تأثر بضغط من الرأي العام، كما أن سرية المداولات مبدأ استقر عليه القضاء ورضي به المتقاضون.

³ عبد العزيز سالم، أسلوب إجراءات إصدار الحكم الدستوري، مقال منشور على موقع الأرشيف الرقمي " منشورات قانونية" يوم الجمعة 1 أكتوبر 2021، تم الاطلاع عليه يوم 2021/11/17 على الساعة 15:36 على الموقع الإلكتروني التالي:

التي تكون خماسية في الأصل، فقد يزيد العدد الجالس على منصة الحكم عن سبعة أعضاء بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا، وقد يحضر جميع أعضائها، ومع ذلك لا تأثير على صحة الحكم الذي سيصدر متى ثبت أنه قد صدر من النصاب المحدد الذي نص عليه قانون المحكمة الدستورية العليا و وقع عليه سبعة لم يشترك في المداولة أو يسمعها غيرهم ، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على ذلك في حكمها الصادر في جلسة 2 / 6 / 2016 في القضية رقم 1 للسنة 35 قضائية بقولها أن: "زيادة القضاة الحاضرين بالجلسة على النصاب العددي الذي حدده القانون لإصدار الحكم لا يفيد اشتراكهم في المداولة أو مساهمتهم في إصدار الحكم".¹

ومن بين القواعد كذلك التي تقوم عليها المداولة، أنها لا تكون أبدا قبل غلق باب المرافعة، وذلك بغية الوقوف على جميع جزئيات القضية ووقائعها وظروفها، ويمكن أن تجرى في الجلسة، فيتشاور أعضاء المحكمة همسا في ما بينهم ويصدرون الحكم، كما يمكنهم أن ينسحبوا إلى غرفة المشورة ويتبادلون فيها الرأي بعض الوقت ثم يعودون إلى الجلسة لإصدار الحكم والنطق به، ولكن الغالب هو أن تقدر المحكمة أن النطق بالحكم وإصداره يحتاج بعض الوقت فتؤجل ذلك إلى يوم آخر تحدده حسب سلطتها التقديرية، وهو الأقرب نسبيا لنظام المداولات في المحكمة الدستورية العليا نظرا للطبيعة الخاصة والحساسية للدعوى الدستورية والآثار التي تنجر عن حكمها -خاصة- بعدم دستورية قانون أو لائحة.

ومما لا شك فيه أن رئيس المحكمة الدستورية العليا يتولى توزيع القضايا على أعضائها قبل إجراء أية مداولة في شأنها، وعندئذ يصبح هذا العضو مقرا للقضية التي أحالها إليه رئيس المحكمة، فلا تبدأ المداولة بين أعضائها إلا بعد أن يعرض المقرر واقعة النزاع بجوانبها المختلفة مع تصور مبدئي لحكم القانون بشأنها، ثم يقوم كل عضو بإبداء وجهة نظره الواقعية والقانونية في النزاع المطروح، وذلك بدءا من أحدث عضو إلى أقدمهم، حتى لا يكون ثمة تأثير ولو كان أدبيا على رأي أي من الأعضاء.

وفي الأخير، تأتي مرحلة إصدار الحكم، وقد أوجد الدستور وحثم في جميع الأقضية أن يكون النطق بالحكم علنيا سواء كانت الجلسات علنية أو سرية²، والحكم الدستوري في إصداره لا

¹ أشار إليه: عبد العزيز سالم، أسلوب إجراءات إصدار الحكم الدستوري، مقال منشور على موقع الأرشيف الرقمي " منشورات قانونية" يوم الجمعة 1 أكتوبر 2021، تم الاطلاع عليه يوم 2021/11/17 على الساعة 15:36 على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.manshurat.org>

² المادة 187 من الدستور المصري المعدل في 2014 تنص على أن: "جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة سريتها مراعاة للنظام العام، أو الآداب، وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية".

يوصف بأنه حضوري أو غيابي، كما لا يوصف بأنه صدر بالإجماع¹ أو الأغلبية. وعن أسلوب إصدار الحكم الدستوري لم يرد النص عليه في قانون المحكمة الدستورية العليا، وهو ما يعني العودة إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية، والذي جعل من المداولة سرية مع عدم إظهار الرأي المخالف، ولكن المتفق عليه أن نصاب إصدار الحكم الدستوري كما نصت عليه المادة 3 من قانون المحكمة الدستورية العليا يكون سبعة أعضاء لا أكثر ولا أقل، بحيث يجب أن يُوقع على الحكم أو القرار سبعة أعضاء بما فيهم الرئيس أو من يقوم مقامه.²

ومن بين البيانات الجوهرية الواجب توافرها في الحكم الدستوري، وإلا اعتبر باطلا:

- ❖ صدوره باسم الشعب،
- ❖ المحكمة الدستورية العليا،
- ❖ مكان الحكم: مقر المحكمة الدستورية العليا، وهو مدينة القاهرة طبقا للمادة 191 من الدستور،
- ❖ أسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة، واشتركوا في الحكم، وحضروا تلاوته،
- ❖ أسماء الخصوم، وألقابهم وصفاتهم،
- ❖ اعتبار الحكومة دائما من ذوي الشأن في الدعاوى الدستورية، فيجب ذكر من يمثلها سواء رئيس مجلس الوزراء أو رئيس الجمهورية،
- ❖ عرض مجمل للطلبات في الدعوى الدستورية،
- ❖ رأي هيئة قضايا الدولة وما قدمته، أو أودعته من دفاع،
- ❖ رأي هيئة المفوضين لدى المحكمة الدستورية العليا،
- ❖ عرض الوقائع المتعلقة بالدعوى الموضوعية،
- ❖ كيفية اتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية، هل هي عن طريق الدفع أو الإحالة، أم التصدي،

¹ إن الإجماع غير مطلوب في قضاء جهة الرقابة القضائية على الدستورية، فالأصل في آراء قضاتها أنها تنقسم بين مؤيد ومعارض لغالبيتهم، وفي حالة تعدد نقاط النزاع، مثلا تعدد الفقرات التي تم الطعن في دستورتيتها، بناء على دفع مقدم من أحد الخصوم في قضية معروضة على محكمة الموضوع، فإن الآراء التي تتخذ بشأنها تؤخذ على كل نقطة على حدة، وكذا الأحكام الصادرة شأنها تكون منفصلة كل على حدة، فقد يحدث أن يصدر حكم بعدم دستورية فقرة من مادة معينة وفي نفس الوقت يصدر حكم بدستورية فقرة أخرى من نفس المادة. عبد العزيز سالم، أسلوب إجراءات إصدار الحكم الدستوري، مقال منشور على موقع الأرشيف الرقمي " منشورات قانونية" يوم الجمعة 1 أكتوبر 2021، تم الاطلاع عليه يوم 2021/11/17 الساعة 15:36 على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.manshurat.org>

² تنص المادة 3 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية المعدل والمتمم وفق أحدث تعديل له بالقانون 137 لسنة 2021 على أنه: "... وتصدر أحكامها وقراراتها من سبعة أعضاء ويرأس جلساتها رئيسها أو أقدم أعضائها وعند خلو منصب الرئيس أو غيابه أو وجود مانع لديه يقوم مقامه الأقدم فالأقدم من أعضائها في جميع اختصاصاته".

❖ أوجه النعي المثارة في الدعوى الدستورية (أوجه الدفع).¹

أما عن منطوق الحكم فهو يتضمن: القضاء الذي فصلت فيه المحكمة الدستورية العليا بشأن النص أو النصوص التي عرضت عليها، والتي كانت مثارة للمناضلة بين الخصوم، والقول الفصل في الدعوى إما بعدم الدستورية، أو برفض الدعوى، أو بعدم القبول، أو انتهاء الخصومة، أو بعدم الاختصاص ...، ويضاف إلى ذلك التصرف في الكفالة بمصادرتها، والفصل في المصروفات وأتعاب المحاماة، هذه الأخيرة تفرض على الحكومة في حالة الحكم بعدم الدستورية.

الفرع الثاني: آليات الفصل في دستورية القانون محل الدفع أمام المحكمة الدستورية التونسية والمغربية

لقد أثبتت التجارب المختلفة المتمسكة بالرقابة المركزية التي تحصر الدفع في مؤسسات رسمية فوقية في الرقابة على دستورية القوانين عدم نجاعتها وعوزها، خصوصا التشريعات التي تخضع للإحالة الاختيارية والتي تتحكم فيها دوافع سياسية، وبالتالي فإن فتح المجال للمواطنين في الدفع بعدم الدستورية وفق أسس إجرائية عقلانية يضيفي على الرقابة الدستورية دينامية خاصة، وقوة دفع نحو تقويم الانحراف التشريعي، وهي كلها تصب في صالح الأفراد وترعى حقوقهم.²

بل وأكثر من ذلك، فقد نقلت التعديلات الدستورية الأخيرة لدستور المغرب وتونس في 2011 و2014 على التوالي، الرقابة الدستورية من يد المجلس الدستوري بهيئته السياسية وخصتها لفائدة محكمة دستورية كهيئة قضائية، متأثرين بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين الذي أثبت أنه الأقدر على حماية حقوق وحرريات الأفراد.³

¹ المادة 178 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري المعدل والمتمم.

² عليان بوزيان، عبد القادر بوراس، أثر الدفع بعدم الدستورية في تحقيق الأمن القضائي لحقوق المواطنة، مرجع سابق، ص 137.

³ إذا ما رجعنا إلى الفصل 118 من الدستور التونسي لسنة 2014 نجده قد منح الصفة القضائية للمحكمة الدستورية بتشكيلة تضم 12 عضوا من ذوي الكفاءة، بحيث يعين كل من رئيس الجمهورية ومجلس نواب الشعب، والمجلس الأعلى للقضاء أربعة أعضاء، على أن يكون ثلاثة أرباعهم من المتخصصين في القانون، وفي مقابل ذلك فإن المحكمة الدستورية المغربية هي الأخرى تتشكل من 12 عضوا طبقا لأحكام الفصل 130 من دستور 2011 والمادة 1 من القانون التنظيمي 13-660 الخاص بها، ستة منهم يعينهم الملك وثلاثة أعضاء ينتخبون من قبل مجلس النواب وثلاثة من مجلس المستشارين .

لكن هل فعلا المحكمة الدستورية التونسية وحتى المغربية ترقيان إلى مفهوم القضاء الدستوري الديمقراطي بطبيعته القضائية المتميزة، للتمكن من احتضان هذا المولود الجديد، ونقصد به آلية الدفع بعدم الدستورية؟ وما مدى جرائتها فيما يتعلق بمناقشة القضايا التي تهم حماية وصيانة الحقوق والحرريات الفردية؟

في اعتقادنا، إن تشكيلة المحكمة الدستورية سواء بالمغرب أو تونس تكاد تكون سياسية أكثر منها قضائية وهو ما سيؤدي إلى وقوعها في حالة التبعية وعدم الاستقلال التام عن السلطات الأخرى عند فحصها لدستورية النصوص القانونية، فلم يتغير سوى الاسم فقط، فلو عدنا إلى أحكام وقرارات وأعمال المجلس الدستوري نجده قد تحول نسبيا إلى قاضي استشاري، إذا ما فائدة تغيير غلاف الكتاب دون تغيير محتواه؟

وبما أننا بصدد الحديث عن إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة دستورية، فإنه هناك أحكام خاصة به، ومبادئ وإجراءات تمر بها الدعوى الدستورية عند وصولها إلى المحكمة الدستورية، قد تتشابه بعضها مع إجراءات الدعوى بصفة عامة.

أولاً: مسطرة الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية المغربية

إن وجود المحكمة الدستورية في الدستور المغربي السادس النافذ حالياً، وإناطة مهمة الرقابة القضائية عن طريق الدفع على دستورية القوانين بها يعد تطوراً دستورياً وديمقراطياً مهماً، ولذلك فإنه يلزم الحفاظ على هذه المحكمة وعلى اختصاصاتها والعمل على تنفيذ أحكامها - ولاسيما المتعلقة بعدم الدستورية - في مواجهة السلطات العامة في الدولة إعلاءً للشرعية الدستورية، وضماناً لحقوق الأفراد وحياتهم¹، بحيث يكون المواطن في قلب معادلة تحصيل حقوقه وحياته ومحركاً للدعوى باعتباره المتفاعل الرئيسي والمتأثر بمختلف التشريعات، لكن الإشكال المطروح هنا يتعلق بكيفية اتصال الأفراد بالمحكمة الدستورية، فعلى الرغم من أن الفصل 133 من الدستور المغربي نص على أنه يتم بناء على دعوى مرفوعة أمام محاكم المملكة، إلا أنه لم يشر إلى الطريقة التي يجري بها فحص هذا الدفع وإيصاله إلى المحكمة الدستورية تاركاً الأمر برمته للقانون التنظيمي، وكذلك فعل المشرع التنظيمي في قانون المحكمة الدستورية رقم 13-066، حيث أحال هو الآخر مسألة تصنيف الدفع وإيصاله للمحكمة الدستورية لقانون خاص ينظم هذا الحق وفق الشروط وإجراءات خاصة²، وهكذا فإن وصول الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية مازال غامضاً، خاصة بعد أن أصدرت هذه الأخيرة قرارها بعدم مطابقة مشروع القانون التنظيمي 15-86 المتعلق بإجراءات وشروط تطبيق الفصل 133 من الدستور، والتي اعتبرت - كما سبق القول - أن نظام التصفية على مستوى محكمة النقض غير دستوري، مما يعني إلغاء نظام الإحالة القضائية من محكمة النقض بعد فحص جدية الدفع بعدم الدستورية، وهو ما يعني العودة إلى الصفر والبحث عن طريقة مناسبة لوصول الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية.

بداية هناك ممن كتبوا في موضوع الدفع بعدم الدستورية³، استندوا إلى نص المادة 43 من القانون التنظيمي رقم 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية، وفي اعتقادهم فإن المحكمة التي أثير الدفع أمامها تتحقق من استيفاء شروط الدفع بعدم الدستورية، لتحديد بعد ذلك لصاحب الدفع بموجب مقرر غير قابل للطعن أجل شهر يبدأ من تاريخ صدور المقرر المذكور لتقديم دفعه أمام

¹ عليان بوزيان، عبد القادر بوراس، أثر الدفع بعدم الدستورية في تحقيق الأمن القضائي لحقوق المواطنة، مرجع سابق، ص 137.

² المادة 28 من القانون التنظيمي 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية.

³ إيرابن هدى، مرجع سابق، ص 28.

المحكمة الدستورية، أي أن صاحب الدفع يرفع دعواه مباشرة أمام المحكمة الدستورية بعد قبول دفعه على مستوى محكمة الموضوع، كما هو معمول به في النظام المصري، وفي حالة ما إذا تنازل المدعي عن دعواه وكان مثير الدفع هو المدعى عليه، فإن المحكمة تشهد على التنازل مع مراعاة المادة 121 من قانون المسطرة المدنية¹.

وفي جميع الأحوال، إذا تأكدت المحكمة الدستورية من توافر الشروط المتعلقة بوسيلة الدفع، تقوم بتبليغ مذكرة الدفع إلى رئيس الحكومة، وكل من رئيس مجلس النواب والمستشارين للإدلاء بملاحظاتهم بخصوص موضوع الدفع داخل أجل تحدده المحكمة الدستورية، ولا تسري على الدعاوى والطلبات المعروضة عليها قواعد الحضور أو الغياب المقررة في قانون المسطرة المدنية². إلا أنه رجعنا إلى نص المادة 43 من قانون التنظيمي 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية³ نجدها قد نصت على أن الأمين العام للمحكمة الدستورية يقوم بتسجيل الإحالات الواردة على المحكمة الدستورية من السلطات المختصة و العرائض المتعلقة بالنزاعات الانتخابية المنصوص عليها في الفرع السادس من هذا القانون ، مما يفيد أن الدفع بعدم الدستورية يتم بناء على إحالة من محكمة الموضوع و ليس بناء على دعوى يرفعها صاحب الدفع خلال شهر من تاريخ قبول دفعه أمام محكمة الموضوع ، و في هذه الحالة تطبق أحكام و إجراءات أخرى أمام المحكمة الدستورية المغربية - سواء تمت إحالة الدفع من المحكمة التي أثير الدفع أمامها تاركة أمر فحص الجدية للمحكمة الدستورية نفسها ، أو أن الإحالة كانت من طرف محكمة النقض بعد التأكد من جديته و هو أمر مستند بعد أن حكمت المحكمة الدستورية المغربية بعدم دستورية ذلك مما يعني عدم تطبيقه نهائيا إلا إذا تم تعديل الدستور و أضيف إلى الفصل 133 منه إشارة إلى محكمة النقض- ولا بأس أن نستدل بمشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 خاصة في الأحكام التي تم

¹ نص الفصل 121 من قانون المسطرة المدنية، ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) المحين في 2019، ثم بتاريخ 22 يوليو 2021 على أنه: "يسجل القاضي على الأطراف اتفاقهم على التنازل، ولا يقبل ذلك أي طعن.

إذا تعرض الطرف المواجه على التنازل بالنسبة للدعوى أو لحق الترافع بعلة أنه قدم دعوى مقابلة أو لسبب آخر بث القاضي في صحة التنازل بحكم قابل للاستئناف."

² إيرابن نوال، حق المواطن المغربي في إخطار القاضي الدستوري، مداخلة في إطار فعاليات الملتقى الوطني الموسوم بالرقابة الدستورية في النظام الدستوري الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2 (على لونيبي)، ص 12.

³ المادة 43 من القانون التنظيمي 13-066 تنص على أنه: "... ويقوم الأمين العام للمحكمة الدستورية بتسجيل الإحالات الواردة عليها من السلطات المختصة والعرائض المتعلقة بالنزاعات الانتخابية وكذا تبليغ قرارات المحكمة، ويتخذ جميع التدابير اللازمة لتحضير وتنظيم أعمال المحكمة الدستورية، ويكون مسؤولا عن مسك وحفظ ملفاتها ومستنداتها."

ظهير شريف رقم 139.14.1 صادر في 16 من شوال 1435 (13 أغسطس 2014) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 13.066 المتعلق بالمحكمة الدستورية، ج. ر. ع 6288 بتاريخ 8 ذو القعدة 1435 (4 سبتمبر 2014)، ص 6661.

نوعا ما الإقرار بدستوريتها، من أجل الاهتداء إلى بعض الإجراءات التي يمر بها الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية المغربية .

أما عن شكليات اتخاذ القرار بشأن الدفع بعدم دستورية قانون في ظل أحكام القانون التنظيمي 15-86 الملغى فقد جاءت كالتالي:

بعد قبول الدفع بعدم الدستورية من طرف محكمة النقض، تتولى هذه الأخيرة إحالة مقرر القبول إلى المحكمة الدستورية مصحوبا بذكرات ومستندات الأطراف الخاصة بالدفع، وقد تتلقى المحكمة الدستورية الدفع بقوة القانون في حالة انقضاء أجل 3 أشهر دون أن تثبت محكمة النقض في الدفع، وأما في حالة عدم قبوله تتلقى المحكمة الدستورية مقرر الرفض مع التعديل، ويتعين على محكمة النقض أيضا أن تبلغ مقررها أيا كان مضمونه إلى المحكمة التي أثير الدفع أمامها وكذا إلى الأطراف المعنية¹، وهو ما نصت عليه المواد 11 و 13 من مشروع القانون التنظيمي 15-86 الملغى.

بعد وصول الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية تقوم هذه الأخيرة بتبليغه إلى رئيس الحكومة، ورئيس مجلس النواب، ورئيس مجلس المستشارين، وإلى الأطراف²، ويتعين عليهم الإدلاء بذكرات كتابية تتضمن ملاحظاتهم بخصوص موضوع الدفع، وذلك داخل أجل تحدده المحكمة الدستورية³، وتقوم المحكمة الدستورية بتبليغ المذكرات الجوابية المدلى بها للأطراف المعنية بالدفع لتمكينهم من تقديم ملاحظاتهم قبل انصرام أجل التعقيب المحدد لهم، والذي عادة ما يكون أقصر من 20 يوما، فعلى مستوى المجلس الدستوري الفرنسي يتراوح بين 10 و 15 يوما، على أن ترفض جميع المذكرات والوثائق والمستندات المدعمة لها التي تم تقديمها خارج الأجل المحدد لها⁴، ما عدا في حالة تمديدتها بطلب من رئيس الحكومة لأسباب معقولة، هذه الإجراءات تجسد نوعا الطابع الوجاهي أو المسطرة التواجهية التي تسير عليها المحاكم بصفة عامة، كما يمكن للمحكمة الدستورية أن تطلب من محكمة الموضوع نسخة من ملف الدعوى.

وبعد انقضاء الأجل السابقة، يحدد رئيس المحكمة تاريخ الجلسة ويشعر رئيس الحكومة ورئيسي مجلسي البرلمان والأطراف بذلك قبل انعقادها بعشرة أيام على الأقل⁵، وتكون الجلسة علنية، ما عدا طبعاً الحالات الاستثنائية التي تحددها المحكمة الدستورية طبقاً لنظامها الداخلي،

¹ لا بد من الإشارة إلى أنه في حالة المنازعات المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان، يثار الدفع مباشرة أمام المحكمة الدستورية.

² المادة 16 من مشروع القانون التنظيمي 15-86 الملغى، مرجع سابق.

³ على المستوى العملي يكون هذا الأجل محددًا بعشرين يوما.

⁴ أنظر: المادة 17 من مشروع القانون التنظيمي 15-86 الملغى.

⁵ أنظر: المادة 14 من مشروع القانون التنظيمي 15-86 الملغى.

وقد حدد المشرع التنظيمي في القانون الملغى أجل 60 يوما حتى تثبت المحكمة الدستورية في الدفع بعدم الدستورية، ويحتسب من تاريخ إحالته إليها¹.

وفيما يتعلق بتسبب وتعليل الأحكام القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية المغربية - خاصة المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية - فقد أغفل المشرع المغربي التنصيص على ذلك رغم أهمية ذلك كون الأمر مرتبط بدستورية قانون ساري المفعول. وفي الأخير لم ينص القانون التنظيمي المتعلق بالمحكمة الدستورية المغربية على إجراءات نشر القرار الفاصل في الدفع بعدم الدستورية ولا على إجراءات تبليغها تاركا المسألة بذلك للقانون التنظيمي الذي سيصدر حول كيفية ممارسة الدفع بعدم الدستورية، وعليه يمكن الاستدلال بمشروع القانون التنظيمي 15-86 الملغى إلى غاية صدور قانون تنظيمي يوضح إجراءات وشروط ممارسة حق الدفع بعدم دستورية القوانين بالمغرب، خاصة أن المحكمة الدستورية لم تعلق على الأحكام الواردة بمشروع القانون التنظيمي 15-86 الخاصة بتبليغ ونشر قرار دستورية أو عدم دستورية قانون عن طريق الدفع، ولم تحكم بعدم مطابقتها للدستور².

وبالرجوع إلى المادة 24 من هذا المشروع فإنه يتم تبليغ قرار المحكمة الدستورية الصادرة بشأن الدفع بعدم الدستورية قانون إلى المحكمة المثار أمامها، الدفع داخل أجل 8 أيام من تاريخ صدوره، ويتم إبلاغه إلى الملك ورئيس الحكومة ورئيس كل من مجلسي البرلمان والأطراف أيضا، على أن نشر هذه القرارات في الجريدة الرسمية.

في اعتقادنا المتواضع أن هذه الإجراءات ليست فيها ما يتعارض مع الدستور، وبالتالي مهما كانت الطريق التي سيتم بها اتصال الدفع بعدم الدستورية بالمحكمة الدستورية فإن ذلك لن يؤثر على صحة الأحكام المتعلقة بنشر القرار وتبليغه إلى جهات المعنية، وفي انتظار أن تفرج الحكومة المغربية عن مشروع قانون تنظيم جديد يحدد شروط و كيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية دون أن تتعارض مواده مع الدستور، أو تتجاوز قرار المحكمة بعدم مطابقة بعض المواد المشروع السابق للدستور، يمكن القول نسبيا أن الحل الأمثل هو إحالة الدفع بعدم الدستورية من طرف محكمة الموضوع على المحكمة الدستورية، بعد التأكد من شروطه وموجباته الشكلية، وذلك دون التعرض لمسألة الجدية المحكمة الدستورية على أن تقوم هذه الأخيرة بإحداث لجنة متخصصة،

¹أنظر: المادة 21 من مشروع القانون التنظيمي 15-86 الملغى.

² أنظر: قرار المحكمة الدستورية رقم 70/18، مرجع سابق.

تتكون من ذوي الكفاءات في القانون، تتولى فحص جدية الدفع قبل البت فيه من طرف رئيس المحكمة الدستورية وأعضائها.

ثانياً: البت في الدفع بعدم دستورية قانون أمام المحكمة الدستورية التونسية

لقد ضمن دستور 2014 وجود هيئة دستورية مكلفة بالسهر على ضمان دستورية القوانين و هي المحكمة الدستورية، و منحها الصفة القضائية ، و هو ما يبرر ورودها ضمن باب السلطة القضائية¹، و ما يزيد من أهميتها هو تخصيص باب كامل للمحكمة الدستورية ، من الفصل 118 إلى غاية الفصل 124 من الدستور ، و لقد حسم تقريبا في تشكيلتها و صلاحيتها ، فضلا عن بعض الآجال و الإجراءات ، و بموجب الفصل 120 من الدستور تختص المحكمة الدستورية بمراقبة دستوريته القوانين التي تحيلها عليها المحاكم تبعا للدفع الدستورية بطلب من أحد الخصوم في الحالات و طبق الإجراءات التي يقرها القانون ، و قد صدر بالفعل القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية عدد 50 لسنة 2015 ،والذي خصص القسم الرابع منه بدءا من الفصل 524 لآلية الدفع بعدم الدستورية.

وكما سبق لنا القول عند الحديث عن نظام التصفية القضائية للدفع بعدم الدستورية في تونس، فإن المشرع التونسي قد اختار الإحالة التلقائية للدفع دون فحصها من قبل المحاكم التي أثير الدفع أمامها، ليتم البت فيها على مستوى المحكمة الدستورية، وبعد التأكد من شروط وموجبات مذكرة الدفع على مستوى المحكمة الدستورية، تتولى هذه الأخيرة التحقيق في موضوع الدفع².

1. التحقيق في موضوع الدفع بعدم الدستورية

لا تبت المحكمة الدستورية التونسية في الطعون الواردة إليها مباشرة إلا بعد إجراء تحقيق حول الموضوع المعروض عليها ، و إعداد ملف بذلك ، و يتم إسناد مهمة التحقيق في موضوع الدفع بعدم الدستورية على مستوى المحكمة الدستورية بتكليف من رئيسها ، إلى مقررين إثنين أو أكثر من بين أعضائها ، حيث يتولى هؤلاء إعداد مشروع قرارا أو رأي في شأن المسائل المعروضة على المحكمة الدستورية، على أن يكون من بينهم على الأقل عضو مختص في القانون، وفي إطار مجريات التحقيق يمكن للمحكمة الدستورية انتداب مساعدين مختصين في القانون، كما يمكنها

¹ أنظر: الباب الخاص بالسلطة القضائية، القسم الأول منه، الفصل 102(الأحكام المشتركة التي تخص جميع أقسام القضاء بما فيها القضاء الدستوري) من الدستور التونسي الصادر في 2014 المعدل والمتمم.
² الفصل 59 و 5 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية.

الاستعانة بخبراء ومختصين من ذوي الكفاءة وفق التشريع الجاري به العمل¹، ويتكفل هؤلاء بإعداد ملف حول الدفع بعدم الدستورية المطروح، وذلك عبر المراحل التالية:

المرحلة الأولى:

يقوم المقرر بتجميع ودراسة كافة الوثائق والأوراق والمستندات المتعلقة بالموضوع، انطلاقاً من مشروع القانون محل الدفع، ومحاضر جلسات البرلمان ومناقشات أعضائه وكذا السوابق القضائية إن وجدت، وصولاً إلى أحكام المحكمة الدستورية حول هذا القانون إن وجدت، بل وحتى أحكام المحاكم الأجنبية، الآراء الفقهية والتقارير الإدارية.²

المرحلة الثانية:

في هذه المرحلة يتم معرفة موقف الحكومة من النصوص المطعون في دستورتها، والمآخذ التي تراها حول هذا الموضوع، وذلك عن طريق مذكرات مكتوبة ينجزها الكاتب العام للحكومة بعد مناقشتها مع المقرر، وهذه المرحلة تنجز مع كافة الطاعنين في مجال الرقابة الدستورية دون استثناء، وذلك يشمل أيضاً أطراف الدفع بعدم دستورية.

المرحلة الثالثة:

بعد تجميع الوثائق الضرورية من كل الجهات المعنية التي لها صلة بالدفع بعدم الدستورية، يقوم المقرر بالاتصال مع الجهات الغير رسمية بقصد مساعدته في مهمته، كما يلجأ إلى الآراء والتحليلات والاستشارات القانونية التي تفيد في مهمته.

بعد ذلك يقوم المقرر بإعداد تقريرهم، والذي يحتوي عرضاً مختصراً حول وقائع الموضوع والمشاكل القانونية وأوجه الطعن في القانون مع رأيهم حول الموضوع ليتم التوصل إلى مشروع القرار الذي يبين لهم أنه الأنسب للفصل في الدفع بعدم الدستورية، والذي يعتبر نقطة البداية التي تعتمد عليها المحكمة الدستورية لبناء قراره.³

2. جلسات المحكمة الدستورية التونسية

تكون جلسات المحكمة الدستورية التونسية عالمية كقاعدة عامة، إلا أنه واستثناءً قد تقرر أن تكون سرية وذلك في حالة الضرورة ولأجل مقتضيات القضية المعروضة عليها، ولحسن السير

¹ أنظر: الفصل 38 و39 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية.

² يعيش تمام شوقي، حمزة صافي، الإطار الناظم للمحكمة الدستورية التونسية في ضوء دستور 2014، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، ع 3، ديسمبر 2018، ص 671.

³ مها بهجت يونس، إجراءات إصدار الحكم الدستوري، مجلة كلية القانون، جامعة بغداد، مجلد 21، ع 1، 2008، ص 88، 89، 90؛ أشار إليه: يعيش تمام شوقي، المرجع نفسه، ص 672.

العام لجلساتها¹ ، وقد يتم عقد الجلسات بدعوة من رئيسها أو نائبه أو ثلث أعضائها، ولا تعتبر صحيحة إلا بحضور أغلبية أعضائها.

3. آجال الفصل في الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية التونسية

تبت المحكمة الدستورية في المطاعن المرفوعة إليها في أجل ثلاثة أشهر، وتكون المدة قابلة للتجديد مرة واحدة لثلاثة أشهر أخرى، ويقلص الأجل المذكور إلى 30 يوما في صورة الدفع بعدم دستورية القوانين المتعلقة بالمادتين الجبائية أو الديوانية²، ويمكن إرجاع هذا التقليل إلى كون الأمر متعلقا بالمال العام.

4. إصدار القرار حول الدفع بعدم الدستورية

بناء على الفصل الخامس من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية المدرج تحت الباب الأول المخصص للأحكام العامة، تتخذ قرارات المحكمة الدستورية بالأغلبية المطلقة لأعضائها، وتكون معللة، وهي تصدر باسم الشعب، وتُنشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية خلال 15 يوما من تاريخ صدورها، وتُنشر كذلك في الموقع الإلكتروني للمحكمة، وهذا يدل على الاتجاه نحو الرقمنة الإلكترونية تدريجيا لتمكين الجميع من الاطلاع على آرائها وقراراتها بسرعة وسهولة بالغة.

وتكون قرارات المحكمة الدستورية وآراؤها ملزمة لجميع السلطات وهذا الأمر ينطبق أيضا على القرارات الصادرة في إطار الدفع بعدم دستورية القوانين .

و تجدر الإشارة إلى أن الأحكام التي سبق ذكرها و الإجراءات على الرغم من أنها لم تأت كلها تحت القسم الرابع من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية ، و الذي خصص لإجراءات الدفع بعدم الدستورية، إلا أنه يمكن أن تصنف ضمن الأحكام العامة، فإذا ما رجعنا إلى الباب الرابع من نفس القانون المعنون ب"اختصاصات المحكمة الدستورية والإجراءات المتبعة لديها"، نجد أنه قبل تقسيمه إلى أقسام تم ذكر مجموعة من الإجراءات في الفصل 36 و 37 و 38 و 39، وهذا إن دل على شيء فهو يدل على أنها تسري على جميع الحالات المذكورة في الباب الرابع، أي أنها تطبق على الأحكام المتعلقة بمراقبة دستورية تعديل الدستور (القسم 1)، وعلى الإجراءات المتعلقة بمراقبة دستورية مشاريع القوانين (القسم 3)، ومراقبة دستورية المعاهدات (القسم 2) ، كما أنها تسري أيضا على الإجراءات المتعلقة بمراقبة دستورية القوانين (القسم 4) وبدقة أكثر على الدفع بعدم دستورية القوانين.

¹ الفصل 36 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية.

² الفصل 60 الفقرة 4 و 6 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية

ويتضح مما سبق ذكره أن المحكمة الدستورية التونسية وهي تبت في دستورية القوانين المحالة إليها بمناسبة النظر في دعوى قضائية معروضة على المحاكم تتبع جملة من الإجراءات التي تؤكد على طبيعتها القضائية من تحقيق، وعلانية الجلسات ومدولة وإصدار الحكم في دستورية القانون المعروض عليها، ومع ذلك فإن عدم إسناد مهمة التأكد من موجبات الدفع بعدم الدستورية لمحاكم الموضوع، وترك الأمر برمته للمحكمة الدستورية سيؤدي إلى إثقال كاهلها بالدفع الغير جدية، خاصة أن لها مهمات وصلاحيات كثيرة ولا تقل أهمية عن البت في الدفع بعدم الدستورية.¹ وكل هذه الإجراءات ستبقى حبرا على ورق إلى غاية تنصيب المحكمة الدستورية التونسية حتى يتسنى العمل بآلية الدفع بعدم الدستورية، والاستفادة من الحماية التي ستوفرها للمواطن التونسي، أو بصيغة أدق للخصوم في القضايا القائمة أمام المحاكم.

المطلب الثاني: إجراءات معالجة الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري الفرنسي والقاضي الدستوري الجزائري

لقد ظهرت فكرة الدعوى الدستورية كتكريس للحق في التقاضي أمام القضاء الدستوري في غالبية الدول التي تأخذ بفكرة مركزية الرقابة الدستورية، فهي وسيلة سلمية للدفاع عن الدستور ووقف الانحراف التشريعي الواقع على الحقوق والحريات، هو ما دأب إليه المؤسس الدستوري الفرنسي و الجزائري، ولكنهما أخذتا بالنموذج الأوروبي الكلساني لرقابة الدستورية الذي يستلزم ممارسة هذه الرقابة بواسطة هيئة سياسية تحت مسمى "المجلس الدستوري" مع استبعاد المواطنين عن دخول العدالة الدستورية بصفة مباشرة، ومع ذلك فإن التعديل الدستوري الفرنسي لسنة 2008 والتعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، قد فتح الباب للمتقاضين للدفع بعدم الدستورية قانون

¹ بخصوص تأخر تنصيب المحكمة الدستورية ومحاولة تعديل قانونها فقد ردت الهيئة الوقتية لمراقبة مشاريع القوانين بتونس مشروع تعديل القانون الأساسي للمحكمة الدستورية إلى رئيس البلاد " قيس سعيد"، وذلك لعدم توافر الأغلبية المطلوبة في اتخاذه، ويرجع سبب رغبة الرئيس في تنصيب المحكمة الدستورية إلى العامل التاريخي، حيث أن تنصيب المحكمة الدستورية خلال عهده من مكانته ويعزز صورته في أوساط الرأي العام ويزيد من شعبيته، ويرتبط تنصيبها باسمه وفترة رئاسته. وكرد على الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، فقد أصدر الرئيس " قيس سعيد" أمرا رئاسيا يوم 22 سبتمبر 2021، يقضي بإلغائها. وفي أسباب تأخر تنصيب المحكمة الدستورية، يقول الناشط الحقوقي والمحامي "أسامة هلال" أن المماثلة السياسية واحدة من أبرز الأسباب التي أدت إلى التأخير، وفي المقابل يُرجع برلمانيون أسباب تأخر المحكمة إلى ضغط جدول أعمال نواب الشعب وغياب التوافق بين كتل البرلمان حول تعيين الأعضاء في المحكمة للحصول على أغلبية الثلثين في اختيارهم، وتضيف "فريدة عبيدي" نائبة عن حركة النهضة، في تصريح (لأصوات مغاربية) بأن التأخر في تركيز المجلس الأعلى للقضاء أسهم نوعا ما في تأخر تنصيب المحكمة الدستورية.

لمزيد من الأخبار يُراجع في هذا الخصوص المواقع الإلكترونية التالية: <http://www.aa.com.tr> مقال بعنوان: لماذا تأخر تنصيب المحكمة الدستورية في تونس، بقلم عبد النبي مصدق، 14 يونيو 2018 منشور على الموقع الإلكتروني:

سيطبق عليهم أثناء النظر في دعوى قائمة أمام محكمة الموضوع، ولكن ذلك لا يتم مباشرة وإنما بواسطة إحالة من الهيئات القضائية العليا.

ومؤدى هذا الكلام، أن انعقاد المجلس الدستوري للفصل في الدفع بعدم الدستورية سواء في النظام الفرنسي أو الجزائري قبل تعديل 2020، يكون وفق قواعد وإجراءات قضائية تختلف عن تلك التي تتبع عند ممارسته للرقابة القبلية المسبقة، وهو بذلك ملزم باحترام قواعد ومبادئ المحاكمة العادلة، والتي يجب أن يتضمنها القانون الخاص بالمجلس الدستوري المنعقد للفصل في مسألة الدستورية وذلك من خلال نظامه الداخلي، وهو ما سعى إلى تجسيده كل من المشرع الفرنسي والجزائري.¹

فما هي قواعد عمل وسير المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري (قبل استبداله بالمحكمة الدستورية)؟ وهل تلك القواعد تجعل منه هيئة قضائية أكثر منها سياسية؟ وما هي الإجراءات التي يمر بها الدفع بعدم الدستورية للوصول إلى قرار بشأن دستوريته؟

الفرع الأول: الأحكام المطبقة أمام المجلس الدستوري الفرنسي للبت في المسألة الاستعجالية الدستورية QPC

بعد انتهاء المحاكم - على حسب تخصصها بأداء مهمتها المتعلقة بفحص موجبات المسألة الأولية الدستورية الشكلية والموضوع والتأكد من جديتها كإجراء أولي- تتم إحالة المسألة إلى المجلس الدستوري الفرنسي، و في هذه الحالة تكون قد دخلت مرحلتها الثانية، مما سيتوجب إتباع إجراءات أخرى عن تلك المتبعة على مستوى المحاكم، كما قد تختلف أيضا عن الإجراءات المتبعة مع الهيئات الدستورية الأخرى صاحبة الإخطار ونقصد بها كلاً من رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء ورئيس أحد مجلسي البرلمان بالإضافة إلى 60 عضواً في الجمعية الوطنية أو 60 عضواً في مجلس الشيوخ.²

ولأجل تنظيم إجراءات معالجة مسألة الأولية الدستورية أمام المجلس الدستوري الفرنسي، تم إصدار القانون الأساسي رقم 1523-2009 في 10 ديسمبر 2009 بشأن تحديد شروط تطبيق المادة 1/61 من الدستور المعدل سنة 2008، والذي جاءت أحكامه مكتملة لمرسوم 7 نوفمبر 1958 الخاص بالقانون الأساسي للمجلس الدستوري.³

¹ بن سالم جمال، دعوى الدفع بعدم الدستورية بين التأصيل والتأسيس والممارسة، مرجع سابق، ص 96.

² المادة 54 من الدستور الفرنسي المعدل في 2008

³ لقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في 2 ديسمبر 2009 بمطابقة القانون الأساسي 2009 - 1523 للدستور.

و قد أحالت المادة 4 من القانون الأساسي 2009-1523 بشأن طرق تطبيق هذا القانون الأساسي على المادتين 55 و 56 من الأمر رقم 58 - 1067 المتعلق بالقانون الأساسي للمجلس الدستوري¹، و التي بدورها نصت على أن يكمل المجلس الدستوري بموجب لوائحه الداخلية القواعد الإجرائية المعمول بها ، خاصة ما يتعلق بالظروف التي سيتم بموجبها إجراء التحقيقات المنصوص عليها في المادتين 42 و 45-5 بتوجيه من المقرر ، و بناء على ذلك أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قراره الصادر في 4 نوفمبر 2010 بشأن اللائحة الداخلية للإجراءات المتبعة لنظر مسألة الأولوية الدستورية²، وقد تضمنت هذه اللائحة العديد من النصوص التي تتعلق بقيد مسألة الأولوية الدستورية و إعلام ذوي الشأن بها و التحقيق فيها ، فضلا عن قواعد المحاكمة و تنظيم الجلسة و المواعيد الخاصة بها ، إلى غير ذلك من إجراءات ، تفصيلها كالتالي :

أولاً: قيد مسألة الأولوية الدستورية وإعلام ذوي الشأن بها

وفقا للمادة 23 ف 7 من القانون الأساسي 2009-1523، فإن قضاة محكمة النقض أو مجلس الدولة، بعد قبول مسألة الأولوية الدستورية، يرسلون قرار قبول الإحالة إلى المجلس الدستوري معللا مع إرفاقه بمذكرات وطلبات الأطراف، وفي هذه الحالة تجدر الإشارة إلى أن المجلس الدستوري غير مختص بأن يعرف عن الدعوى التي بمناسبة أثيرت مسألة الأولوية الدستورية، فما يُهمه فقط هي المذكرة المنفصلة والمعللة، إضافة إلى مذكرات الأطراف والمستندات الخاصة بمسألة الأولوية الدستوري³.

هذا فضلا عن وصول مسألة الأولوية الدستورية إلى المجلس الدستوري بصفة تلقائية في حالة انقضاء ثلاثة أشهر دون أن تفصل محكمة النقض أو مجلس الدولة في إحالتها أو عدم إحالتها، لكن التساؤل المطروح في هذه الحالة يدور حول الدور الذي سيلعبه المجلس الدستوري قبل الفصل في دستورية النص محل المسألة الأولوية الدستورية، فهل سيتحول إلى قاضي تصفية من الدرجة الثانية؟ وهو الأمر الذي سكت عنه القانون ولم ينظمه رغم أهميته البالغة.

Guillaume, M, le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le conseil constitutionnel pour les questions prioritaire de constitutionnalité, Gazette du Palais ,21 au 23 février 2010, P 10.

¹C. F : l'article 4 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 du la constitution.

²Décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant l'application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution.

www.legifrance.gouv.fr ; voir aussi : GULLEUME M, op.cit., p.10.

³ لقد أكد على ذلك قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 03 ديسمبر 2009 تحت رقم 2009-595.

عند وصول قرار الإحالة، يتم تسجيل مسألة الأولوية الدستورية لدى الأمانة العامة للمجلس الدستوري، وهذه الأخيرة تقوم بإشعار كل من رئيس الجمهورية، والوزير الأول ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ، بشكل فوري، تطبيقاً للمادة 23 فقرة 8 من القانون العضوي 1523 - 2009، ويمكن لهؤلاء أن يرسلوا ملاحظاتهم إلى المجلس الدستوري بشأن مسألة الأولوية الدستورية المعروضة عليه¹، وكذا تقديم المستندات الداعمة لها على أن يشير الإشعار إلى التاريخ الذي يجوز قبله للأطراف أو السلطات المذكورة أعلاه تقديم ملاحظات مكتوبة، ذلك أن إرسال أية ملاحظات أو وثائق أو مستندات بعد هذا التاريخ لا تؤخذ بعين الاعتبار².

ثانياً: التزام المجلس الدستوري بإجراءات المحاكمة العادلة ونظام الجلسات

إن اختصاص المجلس الدستوري الفرنسي الجديد بمسألة الأولوية الدستورية يجعله ملزماً بتطبيق قواعد المحاكمة العادلة في الجانب الإجرائي والموضوعي، وقد أكدت المحكمة الأوروبية على التزام المحاكم الدستورية بتطبيق المادة 6 من الاتفاقية والأوروبية لحقوق الإنسان، بما في ذلك المجلس الدستوري³، ولقد تجسدت بعض ملامح المحاكمة العادلة من خلال الإجراءات التالية:

1- احترام نظام وجاهية الإجراءات والمساواة بين الأطراف

بمجرد وصول قرار الإحالة وتسجيل مسألة الأولوية الدستورية، تتكفل الأمانة العامة للمجلس الدستوري الفرنسي فوراً بإعلام السلطات المعنية والأطراف بذلك وتمكينهم من تقديم ملاحظاتهم المكتوبة، كما سبق ذكره، على أن يكون الإشعار و تلقي المذكرات و ملفات الموضوع و كذا الإنذارات و الاستدعاءات و الوثائق كلها إلكترونياً، و لأجل ذلك يتعين على الأطراف تحديد

¹لقد ضمن المؤسس الدستوري الفرنسي مشاركة فعالة للبرلمان من خلال إشعار رئيس غرفتيه بمسألة الأولوية الدستورية، ومنحهما إمكانية تقديم ملاحظات بشأنها، وكذلك حضور أشغالها، وقد وصف البعض مسألة الأولوية الدستورية بأنها بثت البرلمان، ذلك أن هذا الأخير هو من كيفها بالمسألة الاستعجالية وجعلها مسألة أولوية وجعل لها طابعاً خاصاً لتحريرها. لمزيد من التفاصيل راجع: سعيداني لوناتسي ججيفة، ولد احمد تنهان، أثر المسألة الاستعجالية الدستورية QPC على النظام القانوني الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع7، جانفي 2017، ص99.

²C. F : l'article 1 du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, JORF n° 0041 du 18/02/2010, texte n° 74.

Sur le lien : <https://www.legifrance.gouv.fr>

³وذلك من خلال قرارها الشهير RUIZ MATEOS، وقد اعترف المجلس الدستوري الفرنسي بالحق في محاكمة عادلة كمبدأ له قيمة دستورية بناء على المادة 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر بقرار من الجمعية التأسيسية الوطنية في 26 أغسطس 1789، وذلك من خلال القرار رقم 510-2004 D.C؛ أشار إلى ذلك: بن سالم جمال، دعوى الدفع بعدم الدستورية بين التأصيل والتأسيس والممارسة، مرجع سابق، ص 97، هامش 2.

العنوان الإلكتروني إن كان غير محدد في ملف الإحالة الآتي من مجلس الدولة أو محكمة النقض، و تبليغه إلى الأمانة العامة للمجلس الدستوري بشكل صحيح.¹

ولضمان وجاهية الإجراءات، يمكن للأمانة العامة للمجلس الدستوري الفرنسي أن تلجأ- بصفة استثنائية- إلى أية وسيلة اتصال أخرى متى وجدت الأمر ضروريا لغرض التحقيق²، وقد عرفت المحكمة الدستورية قاعدة الوجاهية بأنها: " الإمكانية المتاحة لطرف قصد معرفة الملاحظات، أو الاطلاع على الوثائق المقدمة من قبل الطرف الآخر إضافة إلى حقه في مناقشتها ".³

وقد تجسدت قاعدة الوجاهية، في إطار معالجة مسألة الأولوية الدستورية على مستوى المجلس الدستوري الفرنسي، بشكل واضح من خلال إمكانية إرسال نسخة من الملاحظات الأولية، وعند الاقتضاء، نسخة من المستندات المقدمة لدعمها كذلك، إلى جميع الأطراف للاطلاع عليها، وكذا جواز الرد عليها قبل انقضاء التاريخ المحدد لها⁴، على أن يتقيد الرد على الملاحظات الأولى بالإجابة عنها فقط، و يتم تبليغ نسخة منها إلى السلطات والأطراف.

كما أن إشعار الأطراف والسلطات المعنية في نفس الوقت وإرسال نفس الوثائق المرتبطة بمسألة الأولوية الدستورية لهم، ومنحهم نفس الأجال، واستدعائهم لحضور الجلسات وحق المرافعة، يؤكد على احترام مبدأ المساواة بين الأطراف. وفي جميع الأحوال يجب أن تكون جميع المراسلات الإلكترونية مضمنة برسالة تأكيد الوصول إلكترونيا، ويرجع اعتماد المجلس الدستوري الفرنسي للمعاملات الإلكترونية إلى الأجل الضيق المحدد له بثلاثة أشهر للفصل في مسألة الأولوية الدستورية، خاصة أن المشرع الفرنسي لم يُشر إلى إمكانية تجاوز هذا الأجل أو تمديده في المادة 23- 10 من القانون العضوي 2009 - 1523.⁵

¹C. F : l'article 3 de la décision du 4 février 2010, op.cit.

²C. F : l'article 32/ de la décision du 4 février 2010, op.cit.

³أنظر: قرار المحكمة الأوروبية RUIZ MATEOS الصادر في 6 جوان 1993؛ أشار إليه: بن سالم جمال، دعوى الدفع بعدم الدستورية، مرجع سابق، ص 99، هامش رقم 3.

⁴ عمليا يقدر الأجل الأول الممنوح للأطراف والسلطات المعنية لتقديم ملاحظاتهم ب 20 يوما، أما الأجل الثاني الممنوح لتقديم ملاحظات جديدة ردا على الملاحظات الأولى، فيتراوح بين 10 أيام و 15 يوما، فلانحة المجلس الدستوري الداخلية (النظام الداخلي) لم تحدد هذه الأجال. راجع في ذلك: بن سالم جمال، حق المواطن في إخطار المجلس الدستوري (النموذج الفرنسي)، مرجع سابق، ص. ص 211، 212.

⁵ومع ذلك بما أن أجل ثلاثة أشهر لم يقترن بأية عقوبة، يمكن عند الاقتضاء للمجلس الدستوري ولأسباب مبررة تجاوز الأجل.

C. F : Bernard HENRY, la procédure devant le conseil constitutionnel. In la question prioritaire de constitutionnalité sous la direction de Dominique ROUSSEAU, édit l'Extenso, Gazette de Palais, 2010, p. 116.

2- الاستعانة بمحام واستمرار الاستفادة من المساعدة القضائية

يَحَقُّ للأطراف كما للسلطات والمتدخلين في النزاع الاستعانة بمحام، ويكفي أن يكون مسجلاً بجدول المحامين دون اشتراط أن يكون معتمدا لدى مجلس الدولة أو محكمة النقض، وهو ما أكدت عليه المادة 10 البند 2 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي¹، وفي هذه الحالة عندما يعين طرف ما شخصا لتمثيله، يتم إرسال الإخطارات إلى ممثله، لذلك يتعين عليه تحديد العنوان الإلكتروني بصفة صحيحة ووضعه تحت تصرف الأمانة العامة للمجلس الدستوري².

وفي هذا الخصوص، يرى الدكتور "مدحت أحمد محمد يوسف غنايم" أن استعمال عبارة "ممثلي الخصوم" بصيغة العموم ودون تحديد، يعني أن الخصوم أحرار في اختيار ممثليهم، سواء من المحامين أو أساتذة القانون أو موظفي الإدارة، كما أن الأمر يمكن أن يتعلق بالناقبيين أو برؤساء الجمعيات، لكن في الجلسات لا يُستمع إلا إلى المحامين والأشخاص المحددة من جانب السلطات المعنية³.

وفي مقابل ذلك، للمتقاضي الذي استفاد من مساعدة قضائية أمام المحاكم الابتدائية الحق في الاستفادة منها كذلك أمام محاكم النقض والمجلس الدستوري⁴.

3- حق أطراف جديدة في الدخول في الخصومة

على الرغم من أن النظام الداخلي للمجلس الدستوري المتعلق بمسألة الأولوية الدستورية لم يقر صراحة إمكانية إيداع التدخلات و يبقى صامتا ، لكنه لم يمنع تدخل الغير الخارج عن الخصومة بصفة صريحة كذلك ، مما يسمح بترك الممارسة تتسع ، و بقي الأمر رهن الممارسة ، و بصورة ملموسة ، صدر عن المجلس الدستوري الفرنسي قرار أقر فيه بإمكانية التدخل أمام المجلس الدستوري لأطراف لم تكن طرفا في مسألة الأولوية الدستورية من البداية ، شريطة أن تُبين أن لها مصلحة في النزاع⁵ ، حيث تم قبول تدخل نقابة « C.G.E-C.F.E » بمذكرة ، على الرغم من

¹C. F : l'article 10-2 de la décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le conseil constitutionnel pour les questions prioritaire de constitutionnel stipule que : " les présentant des parties, s'ils sont avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ou avocats et, le cas échéant, les agents désignés par les autorités visées à l'article 1^{er}, sont ensuite invités à présenter leurs éventuelles observations orales".

² المادة 3 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 4 فيفري 2010.

³ مدحت أحمد محمد يوسف غنايم، مرجع سابق، ص 103؛ علي قاسم ربيع، مرجع سابق، ص 180.

⁴ لمزيد من التفاصيل راجع:

Décret n° 2010- 149 du 16 février 2010 relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le conseil d'état, la cour de cassation et le conseil constitutionnel. <https://www.legifrance.gouv.fr>

⁵ Décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010 C.G.T-F. O

أنها لم تكن طرفا في النزاع الأصلي ، تدعي فيه أن إلغاء المقتضى التشريعي يمس بالامتيازات التي كانت تستفيد منها باعتبارها نقابة فرعية وهو ما جعل المجلس الدستوري يقر بتوفرها على شرط المصلحة الخاصة للتدخل في إجراءات الدفاع عن القانون لبقائه ، ففي هذا القرار اعتمد المجلس الدستوري الفرنسي على معيار وجود مصلحة ترتبط ببقاء المقتضى التشريعي محل المسألة الأولوية للدستورية لقبول التدخل أمامه.¹

وبعد تعديل النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي في 2010 أصبح بموجب المادة 6 البند 2² من حق أطراف أخرى خارجية عن الخصومة التدخل أمام المجلس الدستوري الفرنسي عندما يتبين أن لها مصلحة في ذلك، وذلك خلال ثلاث أسابيع تبدأ من تاريخ إحالة مسألة الأولوية الدستورية على المجلس الدستوري ، على أن يتم بيانه على الموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري، وعليه أصبح من حق كل متدخل في التنازع أمام المجلس الدستوري في حال قبول تدخله تلقي جميع الوثائق والملاحظات التي قدمتها الأطراف الأصلية في النزاع والسلطات الدستورية الأربعة وله أن يبدي ملاحظاته في أجل يحدده المجلس الدستوري.³

4- حق رد أعضاء المجلس الدستوري

يمكن لعضو المجلس الدستوري الفرنسي أن يمتنع عن حضور الجلسة، كما يمكن لأي طرف أو من يمثله أن يطلب تنحي أحد الأعضاء، وذلك بموجب طلب معمل مرفق بالوثائق التدميمية، يتم تسجيله على مستوى الأمانة العامة للمجلس الدستوري، وذلك قبل التاريخ المحدد لتقديم الملاحظات الأولى، ويبلغ هذا الطلب لعضو المجلس الدستوري المعني بالرد، وفي حالة عدم قبول التنحي يفصل المجلس في الطلب دون مشاركته.⁴

وقد أثار موضوع رد أعضاء المجلس الدستوري الفرنسي جدلا واسعا ، فقد رأى بعض المتخصصين أن مشاركة عضو المجلس الدستوري في القانون كعضو سابق في البرلمان يتنافى مع النزاهة و الحياد ويجب أن يتنحي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الأطراف ، لكن النظام

¹ اعتمد المجلس الدستوري الفرنسي هذا المعيار كذلك في قراره الصادر في الملف عدد 55-2010 المؤرخ في 18 أكتوبر 2010 والذي أثار الطاعنون من خلاله أن مؤسسة " الفرنسية للألعاب " تحنكر استغلال ألعاب الحظ لفائدتها.

² Article 6-2 du décision 2011-120 ORGA-21 juin 2011, modifiant le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

³ هذا التعديل جاء ليقنن اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي فيما يتعلق بتدخل الغير الخارج عن الخصومة، والتي أسس لها من خلال قراره الصادر تحت رقم 71-2010 بتاريخ 26 نوفمبر 2010، والذي أقر من خلاله بأنه بمجرد قبول تدخل الغير، فإنه مدعو لإبداء ملاحظاته الشفوية خلال الجلسة العلنية إذا كان يرغب في ذلك. جمال سالم، دعوى الدفع بعدم الدستورية، مرجع سابق، ص 104.

⁴ المادة 4 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 4 فيفري 2010.

الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي قد فصل في الأمر و أقر في المادة الرابعة منه أن مجرد مشاركة احد أعضاء المجلس الدستوري لا يشكل في حد ذاته سببا لرده ¹ ، لكن ذلك قد يؤدي إلى انتقاد المجلس الدستوري ، كونه مازال متمسكا بالطابع السياسي على الرغم من اعتماده مسألة الأولوية الدستورية ذات الطبيعة القضائية، فلا يمكن الجمع بين متناقضين السياسي و القضائي. ومع ذلك، تجدر الإشادة بما فعله عدة أعضاء للمجلس الدستوري الفرنسي، حيث قاموا بالتتحي التلقائي ومنم:

- حالة: Jacques Barrot في القرار رقم 3-2010 الصادر في 28 ماي 2010.
- حالة: Gygoy Camavet في القرار رقم 2-2010 الصادر في 11 يونيو 2010.
- حالة: Michel Charasse في القرار رقم 4/17-2010 الصادر في 22 جويلية 2016.
- حالة: J.L. Debré في القرار رقم 29/37-2010 الصادر في 22 سبتمبر 2010.
- حالة: Renant Denoir de Saint Marc في القرار 2010/78 الصادر في 10 ديسمبر 2010.²

5- عدم قابلية التنازل عن الدعوى الدستورية

بناء على نص المادة 23_9 من القانون العضوي 2009-1523 المتعلق بتطبيق مسألة الأولوية الدستورية، فإنه لا يترتب على انقضاء الدعوى التي بمناسبة تمت إثارة مسألة الأولوية الدستورية سقوط أو انتهاء الدعوى الدستورية القائمة أمام المجلس الدستوري، فهذا الأخير يبيث في مسألة الأولوية الدستورية مهما كان مصير الدعوى الأصلية، حتى ولو انقضت لأي سبب من أسباب انقضاء الدعوى المعروفة في القواعد العامة، سواء بالتنازل أو موت أحد الأطراف أو التصفية القضائية...، ذلك أنه بمجرد وصول مسألة الأولوية الدستورية إلى المجلس الدستوري

¹ إن ما جاءت به المادة الرابعة من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 4 فيفري 2010 يناقض ما جاء في الاجتهاد القضائي للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرارها Mc. Connell الصادر في 8 فبراير 2000 والتي اعتبرت أن المشاركة المباشرة في وضع النصوص التشريعية أو التنظيمية يقود إلى وضع شك حول التجرد القضائي لشخص مطالب بشكل لاحق بالبت في نزاع حوله. وحقيقة، فإن مشاركة عضو المجلس الدستوري في صياغة ووضع القانون محل مسألة الأولوية الدستورية ثم مشاركته في فحصه والذي قد يؤدي إلى الحكم عليه بعدم الدستورية عملا من متناقضان قد ينجر عنه ميول العضو إلى الدفاع عن القانون الذي شارك في وضعه، وبالتالي التشكيك في نزاهة عضو مجلس الدستوري وقراراته لذلك من الأحسن تنحيته سواء بإرادته أو بطلب من أحد الأطراف لتجنب الانتقادات والتشكيك بنزاهة قرارات المجلس الدستوري .
أنظر: بن سالم جمال، حق المواطن في إخطار المجلس الدستوري (النموذج الفرنسي)، مرجع سابق، ص 212 .
مثلا: في قانون المحكمة الدستورية البلجيكية، يُسمح برد أحد قضاتها إذا ثبت أنه شارك بطريقة أو بأخرى في إعداد القانون أو تقديم تعديلات عليه أثناء تواجده كعضو في البرلمان، وقبل انتخابه عضوا في المحكمة.
لمزيد من التفاصيل راجع:

C. F : Marc BOSSUYT, Riet LEYSEN et Bernadette RENAULD, séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnel et instances équivalentes, rapport de conférences mondiales sur la justice constitutionnelle, Rio de Janeiro, 16-18 janvier 2011, p. 10

² أشار إلى ذلك: بن سالم جمال، دعوى الدفع بعدم الدستورية، مرجع سابق، ص 101، هامش رقم 4.

تصبح دعوى موضوعية قائمة بحد ذاتها و مجردة، موضوعها الفصل في دستورية حكم تشريعي بالمقارنة مع نص دستوري دون التطرق أو الحسم في النزاع القائم بين الأطراف.

إن المجلس الدستوري ملزم بالفصل في مسألة الأولوية الدستورية متى وصلت إليه.¹

6- اعتماد نظام الجلسات وعلانيتها

طبقا للمادة 23 / 10 من القانون العضوي 2009 - 1523 المتعلق بمسألة الأولوية الدستورية، تكون جلسات المجلس الدستوري المتعلقة بمسألة الأولوية الدستورية علنية، ويمكن اعتبار الطبيعة العلنية للجلسات استحداثا بالنسبة لنظام عمل المجلس الدستوري والذي يجعل منه قريبا من نظام عمل المحكمة، ولقد أكدت على ذلك المادة 8 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر بقرار 4 فيفري 2010 ، عندما نصت على أن تكون جلسة المجلس الدستوري محلا للبت السمي على الهواء مباشرة في قاعة مفتوحة للعامة داخل حرم المجلس تكون مخصصة لهذا الغرض، ويمكن نشرها على موقع الانترنت الخاص بالمجلس الدستوري بعد موافقة الأطراف²، وتسير الجلسة المتعلقة بمسألة الأولوية الدستورية تحت إدارة رئيس المجلس الدستوري وهو الذي يضبطها، بعد أن يحدد تاريخ الجلسة للنظر في القضية و يعلم الأطراف والسلطات العليا بذلك ، كما أنه يسهر على حسن سير المناقشات التي تدور في الجلسة، كما يخول لممثلي السلطات و محامي الأطراف تقديم ملاحظاتهم، و من الناحية العملية تخصص 15 دقيقة للترافع بالتساوي بين جميع المحامين³.

عموما، تتم تلاوة مسألة الأولوية الدستورية ومختلف الإجراءات التي مرت بها، و ذكر ممثلي الأطراف (المحامين) و الأعوان الممثلين للسلطات العمومية⁴، و كلهم مدعوون لتقديم ملاحظاتهم الشفوية⁵، وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن السماح لمجموعات المصالح بتقديم آرائهم و ذلك بترخيص

¹ منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص 235.

² المادة 2/9 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر بقرار 4 فيفري 2010.

³ بن سالم جمال، حق المواطن في إخطار المجلس الدستوري، مرجع سابق، ص 211.

⁴ لقد دأبت الأمانة العامة للحكومة على تقديم الملاحظات نيابة عن رئيس الوزراء:

C. F : Jean Louis DEBRÉ, les premières questions prioritaires devant le conseil constitutionnel, une intervention donnée à l'université de Aix-en - Provence, le 26 novembre 2010, p. 7.

⁵ عمليا مع بداية تطبيق مسألة الأولوية الدستورية في فرنسا، اختار الأطراف الاستعانة بمحامين معتمدين لدى مجلس الدولة أو محكمة النقض في 62% من الحالات، في حين اختار البعض الاستعانة بمحامين معتمدين لدى المحاكم في 38% من الحالات.

C. F : Jean Louis DEBRÉ, idem, même page.

من المجلس الدستوري الفرنسي، و يتم تمثيلها بواسطة محامي يقدم مرافعته باسمهم، حتى و إن لم تكن تلك المجموعات طرفا في المنازعة أصلا¹، كما سبق لنا القول.

و في نهاية المرافعات يستجوب الرئيس كلا من المحامين و الأمين العام للحكومة لمعرفة إذا كان لديهم أي شيء يضيفونه بعد المرافعات الأخرى²، لكن على الرغم من أنه يمكن لأي شخص حضور الجلسة، على اعتبار أنها علنية و مفتوحة للعامة، و هو ما يعطي الطابع القضائي لمسألة الأولوية الدستورية، كما يضفي الشفافية على عمل المجلس الدستوري الفرنسي تجاه الرأي العام، إلا أن ذلك لا يعطي الحق لأي شخص باستخدام أداة تسجيل أو تثبيت أو نقل الكلمة أو الصورة، بخلاف ذلك اللازمة لإعادة الإرسال³، وبالمقابل يمكن للرئيس أن يأمر بحفظ وثائق الجلسة إذا كان ذلك يمثل قائمة بالنسبة لتكوين وثائق تاريخية للمجلس الدستوري⁴.

وإذا كانت علنية جلسات المجلس الدستوري الفرنسي هي القاعدة العامة التي تحكم عمله عندما يتعلق الأمر بمسألة الأولوية الدستورية، فإنها تخضع مع ذلك لاستثناء منظم تحديدا بالمادة 8 الفقرة الثالثة من النظام الداخلي للمجلس الدستوري، حيث تنص على أنه يجوز للرئيس، بناء على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسه، تقييد علنية الجلسة في إطار مصلحة النظام العام أو عندما تتطلب مصالح القصر أو حماية الحياة الخاصة للأشخاص ذلك، ولا يستطيع أن يعقد جلسة سرية لغير هذه الأسباب، فالاستثناء يجب أن يكون معللا.

7- الطابع التحقيقي لإجراء مسألة الأولوية الدستورية أمام المجلس الدستوري الفرنسي

لابد من التتويه بداية إلى أن أول إجراء يقوم به القاضي الدستوري يتمثل أساسا في التحقق مما إذا كان المجلس الدستوري لم يسبق له أن أصدر قرارا بشأن مسألة الأولوية الدستورية المحالة عليه، وفي مقابل ذلك ليس مضطرا لإعادة النظر في مهام المحاكم القضائية (التصفية والجديّة). لكن إذا ثبت له أنه تم سبق النظر في دستورية الحكم التشريعي محل المسألة الدستورية، فإنه ملزم بالتحقيق في مسألة تغيير الظروف، وقد لجأ المجلس الدستوري الفرنسي بالفعل في عدة مناسبات إلى طلب الحصول على معلومات إحصائية من رئيس الوزراء واستخدم هذه العناصر في قراره لتحديد الظروف المتغيرة⁵، وعندما يلجأ المجلس الدستوري إلى مثل هذا الإجراء فإنه يرسل

¹C. F : Jean Louis DEBRÉ, La question prioritaire de constitutionnalité, revue du conseil constitutionnel Algérien, n° 2, 2013, p. 58.

²C. F : Jean Louis DEBRÉ, Les premières questions prioritaires devant le conseil constitutionnel, op.cit, p.7

³ المادة 9 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الصادر بقرار 4 فيفري 2010.
⁴ المادة 9 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الصادر بقرار 4 فيفري 2010.

⁵QPC2010-14/22.

نتائجه إلى الأطراف وإلى سلطات الدولة المعنية حتى تتمكن من الإجابة عليها أو توظيف معطياتها لاسيما في الجلسة العامة.

ويظهر الطابع التحقيقي لإجراء مسألة الأولوية الدستورية أمام المجلس الدستوري الفرنسي بعد تسجيلها مباشرة لدى أمانة المجلس، ويعين رئيس المجلس لهذا الغرض عضوا من أعضاء المجلس مقررا، كما يمكن لمقتضيات التحقيق كذلك استدعاء أحد أطراف النزاع أو أحد السلطات العليا المعنية لجلسة يحدد تاريخها لتقديم ملاحظات معينة. إذن فجميع المستندات والملاحظات والردود الواردة عليها تندرج ضمن إجراءات التحقيق التي يقوم بها المجلس الدستوري للإلام بمسألة الأولوية الدستورية المعروضة عليه والتي تساعده على بناء قراره حول دستورية الحكم التشريعي محل المراقبة.

8- الأسباب التي يمكن إثارتها مباشرة من طرف المجلس الدستوري

يمكن للمجلس الدستوري الفرنسي أن يقرر مخالفة الحكم التشريعي - محل المسألة الدستورية - للدستور لسبب أو لأسباب أخرى غير تلك التي أثارها الخصوم، وهو ما أكدت عليه المادة 7 من القرار الصادر في 4 فيفري 2010 المتعلق بالنظام الداخلي للمجلس الدستوري بخصوص مسألة الأولوية الدستورية¹، على أن تخضع هذه الأسباب أيضا لقاعدة الوجاهية من خلال إعلام الخصوم والسلطات المعنية بها لتمكينهم من تقديم ملاحظاتهم خلال المدة المحددة، غير أنه لا يمكن للمجلس الدستوري أن يثير عدم دستورية حكم تشريعي لم يشمل قرار الإحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض، وهو ما يؤكد تقيده بمبدأ الطلب الذي يتقيد به القاضي عند فصله في النزاع المعروض عليه مع بعض الامتيازات.

9- إمكانية الفصل في أكثر من مسألة دستورية معا

تحدث هذه الحالة عندما تستند عدة مسائل أولوية للدستورية على نفس الحكم التشريعي، فيضطر المجلس الدستوري إلى ضمها معا للفصل فيها بقرار واحد، هو ما يوفر عليه الوقت

C. F : Jean Louis DEBRÉ, Les premières questions prioritaires devant le conseil constitutionnel, op.cit. p4.

حيث طلب المجلس الدستوري من الوزير الأول معطيات حول الدراسة النظرية المتعلقة بتقرير "تغيير الظروف" واعتمد على عدة معطيات مثل حجم الدراسة النظرية ومعدل فتراتها وعدد ضباط الشرطة القضائية وعدد القضايا المحالة على قاضي التحقيق.

¹ L'article 7 indique que : « les griefs susceptibles d'être relevés d'office sont communiqués aux parties et autorités mentionnées à l'article 1^{er} pour qu'elles puissent présenter leurs observations dans le délai qui leur est imparti ».

والجهد، وبالتالي ليس هناك ما يدعو إلى الدهشة إذا وجد أصحاب الدعوى أن المجلس الدستوري لا يفصل فيها بشكل فردي وصارم.

وفي هذه الحالة هناك طريقتين لمعالجة هذه المسائل:

أولهما: أن تقوم محكمة النقض أو مجلس الدولة - حسب الحالة - بضم العديد من مسائل الأولوية الدستورية، ولا ترفع الأمر للمجلس الدستوري إلا بقرار إحالة واحد مشترك.¹ أما الطريقة الثانية: فتقضي أن تحيل المحكمة إلى القاضي الدستوري كل المسائل المثارة المتعلقة بذات الحكم التشريعي.²

وقد سبق للمجلس الدستوري الجزائري أن فصل في دفعين بعدم دستورية نفس المادة (416) من القانون الإجراءات الجزائية) بقرارين في نفس اليوم (20 نوفمبر 2019).³ و يرجع السبب في وجود عدة مسائل دستورية تُعنى بنفس الحكم التشريعي أمام المجلس الدستوري الفرنسي إلى عيب في صياغة المرسوم رقم 148-2010 الصادر في 16 فبراير 2010 ، وقد لاحظ ذلك السكرتير العام (الأمين العام) للمجلس الدستوري في جلسته المنعقدة

¹ تم رفع مسألة أولوية دستورية من قبل محكمة النقض إلى المجلس الدستوري في الأول من يونيو 2010، تتعلق بمدى اتفاق المواد 62 و 63 و 63-1 و 63-4 و 77 و 3-706 من قانون الإجراءات الجنائية المتعلقة بنظام المراقبة المستمرة مع حقوق والحريات المكفولة دستوريا، وذلك بموجب قرار إحالة واحد.

Casse-Crime, 31 mai 2010, n° 12030.

كما رفع إلى المجلس الدستوري في 11 يونيو 2010 من قبل نفس المحكمة في ذات الشروط مسألة أولوية دستورية تتعلق بمدى اتفاق نفس النصوص مع الحقوق والحريات المكفولة بالدستور.

C.C. 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, M. Daniel W. et autres.

أشار إلى ذلك: منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص 225، الهامش رقم 1.

² C.C. déc. 6 aout 2010, n° 2010 -30/34/35/47/48/49-50 QPC, M. Miloud K et autres.

حيث رفع إلى المجلس الدستوري عن طريق محكمة النقض المسائل الأولوية التالية:

- في 29 يونيو 2010 مسائل أولوية للدستورية متعلقة بمدى اتفاق الفقرة 1 من المادة 63-1 من قانون الإجراءات الجنائية مع الحقوق والحريات المكفولة دستوريا.
- في 25 جوان 2010 مسألة أولوية للدستورية تتعلق بالمواد 63، 63-1 و 63-4 والمادة 706 - 73 من قانون الإجراءات الجنائية.
- في 9 جويلية 2010 مسألة أولوية للدستورية تتعلق بمدى اتفاق المواد 63-4 و 73-706 من قانون الإجراءات الجنائية مع الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور.
- في 9 جويلية 2010 مسألة أولوية للدستورية تتعلق بمدى اتفاق المادة 63-4 من قانون الإجراءات الجنائية مع الحقوق والحريات المكفولة بالدستور.
- في 1 جويلية 2010 مسألة أولوية للدستورية تتعلق بالمواد 62 و 63 و 63-4 و 64 و 73-706 من قانون الإجراءات الجنائية.
- في 9 جويلية 2010 مسألة أولوية للدستورية تتعلق بالمواد 62 و 63 و 63-4 و 64 والمادة 73-706 من قانون الإجراءات الجنائية.
- في 9 جويلية 2010 مسألة أولوية للدستورية تتعلق بالمواد 63، 63، 63-4 و 64 من قانون الإجراءات الجنائية.

لمزيد من التفصيل راجع موقع المجلس الدستوري الفرنسي:

Conseil- constitutionnel.fr

³ القرار رقم 01/ق. م د / د ع / 19 المؤرخ في 23 ربيع الأول عام 1441 الموافق ل 20 نوفمبر سنة 2019، والقرار رقم

02 / ق. م د / د ع / 19 المؤرخ في 23 ربيع الأول عام 1441 الموافق ل 20 نوفمبر 2019.

www.conseil-constitutionnel.dz

للنظر في التقرير المتعلق بتقييم القانون الأساسي رقم 2009 - 1523 ، وقد أشار التقرير إلى وجود مادة بقانون القضاء الإداري تنظم هذه الحالة ، بحيث نصت المادة 771-18 منه على أن مجلس الدولة غير ملزم بإحالة مسألة أولوية للدستورية تتنازع لنفس الأسباب حكما تشريعيا سبق و أن تم عرضه على المجلس الدستوري وهو في إطار الفصل فيه ، وما عليه سوى تأجيل حكمه وانتظار صدور قرار المجلس الدستوري، في الوقت الذي لا يوجد فيه مثل هذا النص في المرسوم المتعلق بمحكمة النقض، ولأجل تدارك هذا النقص طالب المقرر "Warsaman" بتعديل هذا المرسوم من قبل الحكومة، وهو بالفعل ما حدث حيث تم إصدار المرسوم رقم 2010 - 1216، في 15 أكتوبر 2010 المتعلق بإجراءات فحص مسألة الأولوية الدستورية أمام محكمة النقض، هذا الأخير قام بإدراج المادة 126-12 في قانون الإجراءات المدنية وجاءت صيغتها على النحو التالي:

« La cour de cassation n'est pas tenue de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause, par les mêmes motifs, une disposition législative dans le Conseil constitutionnel est déjà saisie. En cas d'absence de transmission pour cette raison, elle diffère sa décision jusqu'à l'intervention de la décision du Conseil constitutionnel »¹

ثالثا: قرار المجلس الدستوري الفرنسي الفاصل في مسألة الأولوية الدستورية

بعد انتهاء المجلس الدستوري من التحقيق في كل المعطيات المتعلقة بمسألة الأولوية الدستورية المعروضة عليه والاستماع إلى جميع الأطراف والسلطات المعنية، يتم إقفال باب المناقشات ويتم تحويل القضية على المداولة للخروج بقرار حول دستورية الحكم التشريعي، محل المسألة الدستورية

1- المداولة

طبقا للمادة 11 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي المتعلق بمسألة الأولوية الدستورية الصادر بقرار 4 فيفري 2010، فإن التداول يقتصر على الأعضاء الذين حضروا الجلسة، عندما يتعلق بمسألة الأولوية الدستورية، على أن تكون المداولة سرية، وبالرجوع إلى النصوص العامة الواردة بالباب الثاني من الأمر الأساسي رقم 58 - 1067 الصادر في 7

¹C. F : l'article 126-12 du code de procédure civile, le chapitre II (Le renvoi par la Cour de cassation de la QPC au Conseil Constitutionnel, transféré par l'article 2 du décret n° 2010-1216 du 15 octobre 2010.

نوفمبر 1958، وبالأخص المادة 14 منه¹، فإن قرارات المجلس الدستوري تصدر على الأقل بحضور سبعة مستشارين، ما عدا في حالة القوة القاهرة الثابتة بصورة قانونية بما في ذلك القرار الصادر في شأن مسألة الأولوية الدستورية، ويتم تحديث التاريخ للنطق بقرار المجلس في تاريخ لاحق مع احترام أجل ثلاثة أشهر المحددة للفصل في مسألة الدستورية.

2- إصدار القرار ومشمولاته

طبقا للمادة 12 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر بقرار 4 فيفري 2010، فإن قراراته بشأن مسألة الأولوية الدستورية يجب أن تتضمن هوية أطراف التنازع (أسماءهم) وأسماء ممثليهم، مع الإشارة إلى النصوص المطبقة والملاحظات المقدمة، ويجب أن يكون قرار المجلس الدستوري معللا وهو ما أكدت عليه المادة 23-11 من القانون العضوي 1523-2009.

ويقصد بالتعليل. "تحديد المرجعية المستند عليها لاتخاذ القرار، وقد تكون مثلا الكتلة الدستورية أو نتائج التحقيق الذي قام به المجلس الدستوري."²

وتشكل تلك الأسباب أساسا لمنطوق القرار، إلى جانب ذلك يجب أن يتضمن القرار كذلك هوية أعضاء المجلس الذين حضروا الجلسة وتداولوا على القضية³، كما أنه يجب أن توقع قرارات المجلس الدستوري من طرف رئيس المجلس والأمين العام والمقرر.

تجدر الإشارة إلى أن إثبات اسم الأطراف وممثليهم ليس أمرا جديدا، حيث تشير القرارات المتعلقة بالمنازعات الانتخابية إلى هذه المعطيات منذ عام 2007/2008، وتم تعميم هذا الشرط ببساطة على كل القرارات الصادرة حول مسألة الأولوية الدستورية.⁴

3- نشر القرار وتبليغه

طبقا للمادة 14 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي، فإنه يتم نشر قرار المجلس الدستوري في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، وإذا كان القرار يتعلق بنص قانوني (حكم

¹ L'article 14 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le conseil constitutionnel : «Les décisions et les avis conseillers au moins , sauf cas de force majeure dûment constatée au procès-verbal ».

Consulté sur le site :

<https://www.legifrance.gouv.fr>

² بن سالم جمال ، دعوى الدفع بعدم الدستورية بين التأصيل والتأسيس والممارسة، مرجع سابق، ص 102.

³ يمكن لرؤساء الجمهورية السابقين حضور الجلسات، فقد حضر السيد Chirac. لفي القرارات رقم 1-2010 و 2-2010 و 7/6-2010.

منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص. ص 231، 230.

⁴ منصور محمد أحمد، المرجع نفسه، ص 231.

تشريعي) خاص بإقليم كاليدونيا الجديدة، فيتم نشره في الجريدة الرسمية لهذا الإقليم، ويتم تبليغ سلطات ذلك الإقليم بالقرار.¹

كما أنه بعد صدور القرار الفاصل في مسألة الأولوية الدستورية يتم تبليغه إلى الأطراف وكذا إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة - حسب الحالة - وأحياناً إلى المحكمة التي أثرت المسألة الدستورية لأول مرة أمامها، لكنه غالباً ما تتكفل محكمة النقض أو مجلس الدولة بتبليغ المحكمة المعنية بمسألة الأولوية الدستورية، كما يمكن للطرف الذي أثار مسألة الأولوية الدستورية عن طريق محاميه إعادة السير في الدعوى عن طريق دعوى الرجوع أو التراجع وتقديم قرار المجلس الدستوري للمحكمة .

هذا وقد نصت المادة 23 فقرة 11 البند 2 من القانون العضوي 2009 - 1523 على أن يرسل المجلس الدستوري نسخة من قراره إلى رئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ، وإن اقتضى الأمر كذلك يرسل نسخة منه إلى رئيس حكومة كاليدونيا الجديدة ورئيس برلمانها ورؤساء المجالس والأقاليم.

4- منطوق القرار

إن القرار الفاصل في مسألة الأولوية الدستورية يأخذ صورتين:

أولهما: أن يقضي المجلس الدستوري في منطوق قراره بمطابقة الحكم التشريعي مع الدستور، وفي هذه الحالة تواصل المحكمة التي أثرت مسألة الأولوية الدستورية أمامها الفصل في النزاع المعروف عليها بصفة عادية مع تطبيق الحكم التشريعي بعدما تقررت مطابقته للدستور، ويبقى أمام المتقاضين طريق واحد وهو إثارة مسألة تطابق الحكم التشريعي مع المعاهدات والاتفاقيات الدولية استناداً إلى قاعدة سمو المعاهدات على القانون.

أما الصورة الثانية لقرار المجلس الدستوري، فتقضي بعدم دستورية الحكم التشريعي محل مسألة الأولوية الدستورية، وبالتالي لا يطبق على النزاع الذي أثرت بمناسبته مسألة الدستورية، ويحدد في القرار التاريخ الذي يبدأ منه نفاذه.

5- إمكانية تصحيح الأخطاء المادية

يمكن للأطراف أو السلطات المعنية بمسألة الأولوية الدستورية تقديم طلب إلى المجلس الدستوري لتصحيح خطأ مادي¹ في أحد قراراته خلال عشرين يوماً من نشر القرار في الجريدة

¹ L'article 23-11 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée et complétée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 9.

الرسمية، حيث يحوز للمجلس الدستوري ذلك بحكم وظيفته، وهو ما أكدت عليه المادة 13 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي.

الفرع الثاني: الفصل في الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الدستوري الجزائري قبل وبعد التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020

عهدت الجزائر منذ استعادة السيادة الوطنية في 5 جويلية 1962، بمهمة الرقابة الدستورية إلى المجلس الدستوري انطلاقاً من دستور 1963، ليغيب بعد ذلك أي تنظيم لها في دستور 1976، وتعود من جديد تحت إشراف المجلس الدستوري بموجب دستور 1989 وجميع تعديلاته إلى غاية تعديل 2016 الذي تبنى آلية الدفع بعدم الدستورية وأشرك القضاء والمتقاضي في الرقابة الدستورية عن طريق إخطار المجلس الدستوري بطريقة غير مباشرة².

لكن رغم هذه الإضافة الجوهرية والقيمة والتوسع في جهات الإخطار، خاصة إذا تعلق الأمر بحماية حقوق وحريات الأفراد من التشريعات الماسة بها، إلا أنه لطالما كان المجلس الدستوري هيئة سياسية يفصل في المادة التشريعية دون نزاع مطروح أصلاً بين جهة وأخرى³، فمهمته مراقبة القوانين بالرجوع إلى الدستور فقط، وإن منحه اختصاص النظر في الدفوع بعدم الدستورية المحالة إليه من طرف الجهات القضائية جعل البعض يشكك في نجاحه خاصة أن هذه المهمة قضائية أكثر منها سياسية، ومع ذلك فقد حاول المشرع العضوي وضع إجراءات -فيما يتعلق بمعالجة الدفع بعدم الدستورية على مستوى المجلس الدستوري- تتماشى مع الطبيعة السياسية للمجلس مع إدخال بعض قواعد المحاكمة العادلة و الوجاهية على قواعد عمل المجلس الدستوري، وقد نجح في تطبيقها على الدفوع الواردة إليه.

ومع ذلك طالب الفقه الدستوري الجزائري بتبني نظام الرقابة الدستورية بواسطة هيئة قضائية تتمثل في المحكمة الدستورية، واستجابة لهذه المطالب جاء على إثرها التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 الذي أرسى نظام الرقابة الدستورية بواسطة هيئة قضائية ممثلة في المحكمة الدستورية بموجب المادة 185 منه، مع إبقائه على آلية الدفع بعدم الدستورية بموجب المادة 195 منه بنفس

¹ يقصد بالخطأ المادي حسب المادة 286 من القانون المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13: " عرض غير صحيح لواقعة مادية أو تجاهل وجودها "

² لمزيد من التفاصيل حول تطور الرقابة الدستورية في الجزائر عبر دساتيرها راجع: فيرع سليم، بشراوي أحمد، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مجلة البحوث السياسية والإدارية، ع 10، ص 267؛ بن حمو الطاوس، لبيض ليلي، واقع الرقابة الدستورية على الأوامر التشريعية في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، ع 9، جامعة زيان عاشور بالجلفة، ص. ص 429، 430.

³ طيببي عيسى، المجلس الدستوري الجزائري في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 (علاقة التركيب بالأداء)، مجلد التراث، المجلد 1، الجزء 2، ع 23، ديسمبر 2018، ص 595.

الصياغة العامة مع تعديلات طفيفة، لي طرح بذلك التساؤل حول مدى نجاع المجلس الدستوري سابقا في حماية حقوق وحرّيات الأفراد من خلال معالجته للدفع بعدم الدستورية المحالة إليه، ومحاولة إيجاد نظام إجرائي يتوافق مع طبيعة هذه الآلية من خلال العمل على تعديل قواعد عمله، وصولا إلى طرح آخر يتعلق بإجراءات معالجة الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية، وكيف ستكون طريقة عملها وما مدى توافق صياغة المادة 195 من الدستور الجزائري وفق آخر تعديل له مع الطبيعة القضائية للمحكمة الدستورية؟

أولا: الأحكام المطبقة أمام المجلس الدستوري لمعالجة الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016

لقد جاء اعتماد النظام الدستوري الجزائري لآلية الدفع بعدم الدستورية -قياسا بالأنظمة المقارنة - متأخرا، مع احتفاظه بالنموذج الكلاسيكي الكلساني في طريقة الرقابة على دستورية القوانين، والتي تسمى بالمدرسة الأوروبية حسب تصنيف العميد " لويس فافورو"، هذه الطريقة الكلاسيكية تتم فيها عملية الرقابة من خلال هيئة واحدة مركزية مؤسسة لهذا الغرض خارج جهات القضاء العادي والإداري تتمثل في المجلس الدستوري¹، وبمناسبة الحديث عن المجلس الدستوري الجزائري، فإن نشأة هذا الأخير و ظهور فكرة الرقابة على دستورية القوانين بشكل جدي تعود إلى دستور 1989، أين تم إقرار إنشاء مجلس دستوري استثناسا بالنظام الفرنسي²، أوكلت إليه مهمة حماية الدستور و ضمان سموه من خلال ممارسة سلطة الرقابة على دستورية أعمال السلطة التشريعية والتنفيذية، وبعد ذلك توالى التعديلات عليه في 1996 أين حصرت المادة 166 منه حق إخطار المجلس الدستوري في كل من رئيس الجمهورية و رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، ثم أضافت المادة 187 من تعديل 2016 كلا من الوزير الأول و 50 نائبا أو 30 عضوا من مجلس الأمة، بالإضافة إلى حق المتقاضين في إخطار المجلس الدستوري بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة بمقتضى المادة 188 منه.

من خلال ما سبق، يتضح أن المجلس الدستوري قبل التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 هو المكلف حصرا بالسهر على احترام النص الأسمى في الدولة و ضمان تطبيقه، إلا أن عمله يتوقف على مدى ممارسة الجهات المختصة لحقهم في إخطاره، وبتعبير آخر فإن اختصاص المجلس الدستوري الجزائري لا ينعقد تلقائيا وإنما يتعين إخطاره، و بالرجوع لنص المادة 188 من

¹ بن عودة حسكر مراد، الدفع القضائي بعدم الدستورية كضمانة لفاذ القواعد الدستورية للحقوق والحرّيات، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 2، 2019، ص 156.

² كوسه عمار، محاضرات في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 44؛ هزيل جلول، مرجع سابق، ص 39.

الدستور المعدل سنة 2016 فإن المؤسس الدستوري الجزائري قد ربط بين نظام الإخطار ونظام الإحالة في تقريره لحق الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي سيطبق على النزاع القائم و الذي يمس بحقوق وحرريات أطراف الدعوى ، مما يدل على أهمية الإخطار في تحريك العدالة الدستورية ، و الذي بدونها لا يمكن للمجلس الدستوري أن يمارس عمله الرقابي المخول له طبقا للدستور .
وعليه كان لزاما التوقف عند هذه الآلية الهامة والتعرض للعناصر المعروفة لها، قبل التعرف على إجراءات معالجة الدفع بعدم الدستورية على مستوى المجلس الدستوري.

1- مفهوم الإخطار

الإخطار لغة في معجم اللغة العربية المعاصرة يقصد به: "إشعار أو إعلام كتابي أو شفوي، رسالة قصيرة.

وفي معجم الغني: يقال وقع إخطاره بالحادث أي إعلامه وإبلاغه.

وفي معجم لغة الفقهاء: هو التذكير بالشيء، ومنه: أخطره القاضي بكذا إذا أعلمه.¹

أما اصطلاحا فهو: "ذلك الإجراء الذي يسمح للمجلس الدستوري بمباشرة عمله كجهاز مراقب لمدى دستورية القوانين".²

ويعتبر الإخطار الوسيلة الوحيدة لتحريك الرقابة على دستورية القوانين³، ويمكن تعريفه أيضا بأنه: " طلب أو رسالة من الهيئة المختصة بالإخطار توجه إلى المجلس الدستوري من أجل طلب النظر في دستورية القوانين، أو هو تلك الآلية التي يتم بواسطتها الاتصال بالمجلس الدستوري والتي يستطيع من خلالها المجلس الدستوري الشروع في ممارسة الرقابة على موضوع معين".⁴

2- تنظيم الإخطار في إطار الدفع بعدم الدستورية

يعتبر الإخطار من أهم الإجراءات التي تحرك الرقابة الدستورية بما في ذلك الدفع بعدم الدستورية، ولطالما كانت رسالة الإخطار هي المحرك الرئيسي للمجلس الدستوري لذلك تمت

¹ معنى إخطار في قواميس ومعاجم اللغة العربية، تم الاطلاع عليه يوم 2023/01/11 على الساعة 14:59 من خلال الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.arabdict.com>

² العام رشيدة، المجلس الدستوري الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 187؛ العام رشيدة، المجلس الدستوري (تشكيل وصلاحيات)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع7، فيفري 2005، ص 6.

³ مسراتي سليمة، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر على ضوء دستور 1996 واجتهادات المجلس الدستوري الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، 2012، ص 34.

⁴ عباسية دربال صورية، دور الإخطار في تفعيل الرقابة الدستورية على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016، مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، م 1، ع1، جويلية 2017، ص 4؛ شرماط سيد علي، لجلط فواز، مرجع سابق، ص 390.

إحاطتها بمجموعة من القواعد الشكلية تتمثل في الكتابة والتوقيع وقيدها لدى الأمانة العامة للمجلس الدستوري في سجل الإخطار مع إشعار باستلامها، بالإضافة إلى تاريخ الإخطار.¹ وإذا ما قارنا بين نظام الإخطار المباشر والإخطار الغير المباشر الذي يتم بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، يلاحظ أنه تم الاحتفاظ بالطابع الكتابي وقيد الدفع بعدم الدستورية لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري بالسجل الخاص بالدفع بالإضافة إلى إشعار بالاستلام وتحديد الآجال كذلك، وهو ما سيتم توضيحه تاليا.

ويتميز الإخطار بأنه حق شخصي غير قابل للتفويض لأية جهة أخرى لم يتم ذكرها في الدستور، لذلك وجب أن تكون رسالة الإخطار موقعة من طرف السلطة المختصة دستوريا بذلك، وفي حالة الإخطار الغير مباشر بناء على قرار صادر من المحكمة العليا أو مجلس الدولة يقضي بإحالة الدفع بعدم الدستورية على المجلس الدستوري، فإن هذا القرار سيكون موقعا من طرف المحكمة مصدرة القرار وكذا عرائض ومذكرات الأطراف المعنية تكون هي الأخرى موقعة، ضف إلى ذلك أن الإخطار نهائي لا رجعه فيه فبمجرد وصول الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري يتكفل هذا الأخير بالتحقيق فيه، كما أن المواعيد الخاصة به صارمة².

3- إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري في ظل القانون العضوي 18-

16 والنظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل والمتمم

سبق وأن أوضحنا أن المجلس الدستوري لا يتحرك إلا بإخطار من أحد الجهات المخولة دستوريا بذلك، ولكن الملاحظ على المادة 188 من الدستور المعدل في 2016 أنها قد أضافت إجراء الإحالة، مما يفيد أنه بدل رسالة الإخطار التي توجهها إحدى السلطات المعنية المذكورة بالمادة 186 و 187 من الدستور المعدل سنة 2016 كون الإخطار مباشرا، يتم إخطار المجلس الدستوري على أساس المادة 188 بموجب قرار بإحالة الدفع بعدم الدستورية، باعتبارها إجراء قضائي مناطه إخراج الدفع من ولاية الجهات القضائية إلى ولاية المجلس الدستوري بصفته المختص في النظر في مدى مطابقة القوانين الدستور، إذا فهو إخطار غير مباشر بواسطة قرار الإحالة.

¹ أنظر: المواد 6، 7، 8 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري المعدل والمتمم بموجب المداولة المؤرخة في 18 صفر 1441 الموافق ل 17 أكتوبر 2019.

² لمزيد من التفاصيل حول رسالة الإخطار وإجراءاتها الشكلية راجع:

- شرماط سيد علي، لجلط فواز، مرجع سابق، ص 393، 394، 395..
- لجلط فواز، شرماط سيد علي، الشكلية في رسالة إخطار المجلس الدستوري، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، ع 5، ديسمبر 2018، ص 194، 195، 196.

وللتذكير، فإن إحالة الدفع بعدم الدستورية على المجلس الدستوري تأخذ ثلاثة أشكال:

الشكل الأول: الإحالة العادية

حيث يتلقى المجلس الدستوري طبقاً للمادة 17¹ من القانون العضوي 18-16 قرار الإحالة مصحوباً بمذكرات وعرائض الأطراف في حال قبول الدفع بعدم الدستورية من طرف المحكمة العليا أو المجلس الدولة، وقد نظم القانون العضوي إجراءات معالجة الدفع على مستوى المجلس الدستوري عند وصوله بهذا الشكل من الإحالة، كما حاول المجلس الدستوري نفسه وضع قواعد عمله لتتماشى مع ذلك من خلال نظامه الداخلي المعدل والمتمم.

الشكل الثاني: الإحالة التلقائية

تتم في حاله انقضاء الأجل المحدد للمحكمة العليا أو مجلس الدولة للفصل في الدفع وإحالاته على المجلس الدستوري، وفي هذه الحالة يتحول إرسال الدفع إلى إجراء إداري بين كتابة ضبط المحكمة العليا أو مجلس الدولة وكتابة ضبط المجلس الدستوري بمجرد مرور أجل شهرين الوارد في المادة 13 من القانون العضوي 18-19، إلا أن هذا الأخير لم يشر إلى كيفية معالجة الإحالة التلقائية، وهو ما دفع المجلس الدستوري لإثارة تحفظ تفسيري بشأن المادة 20، حيث فسّر المادة بأن المشرع العضوي قصد بالإحالة التلقائية ضرورة إرسال الجهة القضائية العليا المتبعة لملف الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري²، وتلاه بعد ذلك النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل والمتمم والذي نصت المادة 15 منه على أنه تسري على الإحالة التلقائية نفس الأحكام المطبقة على الإحالة العادية، وبذلك يكون قد تدارك النقص الموجود بالقانون العضوي 18-16 بتوضيحه لكيفية معالجة الإحالة التلقائية التي تتم بنفس الكيفية التي تتم بها معالجة الإحالة العادية.

الشكل الثالث: حالة رفض المحكمة العليا أو مجلس الدولة للدفع بعدم الدستورية

في هذه الحالة على الرغم من أن القرار يقضي بالرفض، فإنه لا بد من إعلام المجلس الدستوري بذلك من خلال إرسال نسخة منه تكون مسببة، والحقيقة أن القانون العضوي 18-16

¹تنص المادة 17 من القانون العضوي 18-16 الذي يحدد شروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية على أنه: "يرسل إلى المجلس الدستوري القرار المسبب للمحكمة العليا أو مجلس الدولة عند إحالة الدفع إليه مرفقاً بمذكرات وعرائض الأطراف".
²ضيف محمد، المجلس الدستوري (المحاكمة الدستورية، إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري)، مداخلة مقدمة للندوة الوطنية حول موضوع "الدفع بعدم الدستورية القوانين"، من تنظيم وزارة العدل بالتعاون مع مكتب الأمم المتحدة للتنمية بالجزائر، بالمركز الدولي للمؤتمرات "عبد اللطيف رحال"، يومي 10 و 11 ديسمبر 2018، ص 5.

لم يتضمن حكما بوجوب إرسال نسخة إلى المجلس الدستوري، الفقرة 2 من المادة 13 من نفس القانون تنص على أن الإحالة إلى المجلس الدستوري تكون في حالة استيفاء الدفع للشروط الواردة بالمادة 8، لكنها لم تشر أو توضح ما يجب فعله في حالة رفض الإحالة على المجلس الدستوري، وهو ما دفع بهذا الأخير إلى إبداء تحفظ تفسيري آخر بشأنها أثناء مراقبته لدستورية القانون العضوي 18-16، حيث رأى أنه اعتبارا للمهمة التي خوله إياها الدستور بالسهر على حماية هذا الأخير وانفراجه بسلطة ممارسة الرقابة الدستورية والتي من بينها الرقابة على دستورية الحكم التشريعي المعترض عليه عن طريق الدفع، واستنادا لنص المادة 182 من الدستور ومتطلبات الشفافية، ينبغي إرسال نسخة من القرار المسبب الذي قررت من خلاله المحكمة العليا أو مجلس الدولة رفض إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري¹.

بعد تلقي المجلس الدستوري لقرار الإحالة سواء بالطريقة العادية أو التلقائية، ماذا بعد ذلك؟ هذا هو السؤال الذي سيتم الإجابة عليه من خلال عرض إجراءات معالجة الدفع بعد وصوله إلى المجلس الدستوري.

أ- الإعداد للجلسة

تسجل قرارات الإحالة الواردة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة بشأن الدفع بعدم الدستورية بالسجل الخاص بالدفع بعدم الدستورية لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري²، ومما يلاحظ على نص المادة 11 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري أنها استعملت مصطلح "كتابة ضبط المجلس الدستوري" وهي مصالحة معروفة على مستوى الجهات القضائية و هي دليل على أن المجلس الدستوري، وهو يفصل في الدفع بعدم الدستورية، يتحول إلى جهة قضائية، في الوقت الذي استعمل فيه المجلس الدستوري الفرنسي مصطلح الأمانة العامة للمجلس الدستوري³، ولعله بذلك يحاول التأكد على طبيعته السياسية و تمسكه بالرقابة على دستورية القوانين ذات الطابع السياسي.

¹ كثيرا ما يستعمل المجلس الدستوري التحفظ التفسيري لتفسير حكم معين وإنقاده، فبدل أن يقرر عدم دستوريته يربطه بتحفظ تفسيري كشرط لدستوريته وبالتالي يصبح لزاما تطبيق هذا التحفظ التفسيري.

ضيف محمد، مرجع سابق، ص 6

² المادة 11 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري المعدل والمتمم بموجب المداولة المؤرخة في 18 صفر 1441 الموافق ل 17 أكتوبر 2019.

³ إن مصطلح الأمانة العامة هو ذو طبيعة سياسية لذلك نجد تسمية الأمانة العامة للحكومة، أما كتابة الضبط فهو منصب موجود على مستوى الجهات القضائية.

و ما يؤكد توجه المجلس الدستوري الجزائري إلى اعتبار نفسه جهة قضائية عندما يفصل في الدفوع بعدم الدستورية ، بل وحتى في الإخطارات الواردة إليه بموجب رسالة¹ ، أنه في الباب الرابع المخصص لرقابة صحة الانتخابات و الاستفتاء و إعلان النتائج و بالذات المادة 48 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري ، استعملت مصطلح "الأمانة العامة للمجلس الدستوري" ، ذلك أن الاتصال بالمجلس الدستوري في هذه الحالة ذو طابع سياسي من خلال قرارات السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات المتعلقة بالانتخابات ، أما المادة 49² من نفس الباب ذكر مصطلح "كتابة الضبط" بدل "الأمانة العامة" لأن الأمر يتعلق بعريضة طعن مقدمة من طرف المترشح للانتخابات رئيس الجمهورية و في هذه الحالة يفصل في الأمر كقاضي ، فمصطلح العريضة قضائي و يتماشى معه مصطلح كتابة الضبط .

بعد تلقي المجلس الدستوري للإخطار الوارد إليه طبقا لأحكام المادة 188 من الدستور يتوجب عليه إعلام الأطراف بذلك.

أ- 1- إشعار الأطراف بالدفع بعدم الدستورية

يقوم المجلس الدستوري فور تلقيه الدفع بعدم الدستورية بإعلام كل من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول، هو ما نصت عليه كل من المادة 21 من القانون العضوي 18-16³، والمادة 12 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل والمتمم، لكن المثير للجدل هو أن المادتين استعملتا مصطلحين مختلفتين " يُعلم وإشعار " على الرغم من أن المؤسس الدستوري قد أحال على النصين المذكورين معا لتنظيم الدفع بعدم الدستورية .

وعلى الرغم من أن غالبية الفقهاء يستعملون الإشعار للدلالة على الإعلام ويستعملون الإعلام للدلالة على الإشعار فإن المصطلحين مختلفان، ولتوضيح ذلك تمت الاستعانة بخطبة " الشيخ الشعراوي " لتوضيح الفرق بين الإعلام والإشعار والإنذار، وجاء في حديثه أن الإعلام يكون في حالة إخبار المعني بشيء مطلق غير مخيف في حين أن الإنذار هو إخبار المعني بشيء مخوف

¹أنظر: المادة 6 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري المعدل والمتمم بموجب المداولة المؤرخة في 18 صفر 1441 الموافق ل 17 أكتوبر 2019.

²المادة 49 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري المعدل والمتمم بموجب المداولة المؤرخة في 18 صفر 1441 الموافق ل 17 أكتوبر 2019.

³تنص المادة 21 من القانون العضوي 18-16 المحدد لشروط وكيفية الدفع بعدم الدستورية على أنه: "يعلم المجلس الدستوري فوراً رئيس الجمهورية، عند إخطاره طبقاً لأحكام المادة 188 من الدستور. كما يعلم رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول، الذين يمكنهم توجيه ملاحظاتهم للمجلس الدستوري حول الدفع بعدم الدستورية المعروض عليه".

مع وجود وقت للتحضير له وتفاديه، أما الإشعار فهو إخبار المعني بأمر مخوف مع عدم وجود وقت كاف للتحضير له أو تفاديه ، وكمثال توضيحي يقال: لقد أعلمت فلان بموعد الحفلة، ففي هذه الحالة الأمر غير مخوف، في حين يقال: أنذرك أن ترسب في الامتحان الذي ستقدمه الأسبوع المقبل، ففي هذه الحالة الامتحان والخوف من الرسوب شيء مخوف لكن توجد فترة للتحضير له، أما إذا قلنا : أشعرك بعدم الرسوب في الامتحان ،على الرغم من أنه قد تم اجتياز الامتحان ولم تبقى سوى إعلان النتيجة، ففي هذه الحالة لا مجال لتفادي الرسوب¹.

وإذا ما بقينا في الجانب القانوني لمصطلح إشعار فهو يعني باللغة القانونية التنبيه أو نعت الانتباه لأمر معين، ويستخدم في كثير من الإجراءات القانونية والقضائية التي تستوجب اتخاذها وإلا ترتب عليه بطلان الإجراء اللاحق²، ومنه فإن مصطلح إشعار أشد صرامة من مصطلح إعلام وهو الأمثل لاستعماله عندما يتعلق الأمر بإجراء الدفع بعدم الدستورية لما لهذا الأخير من أهمية بالغة.

و نشير من جهة أخرى إلى أن نص المادة 21 من القانون العضوي 18-16 قد أقر إمكانية إبداء الملاحظات³ من طرف جميع السلطات⁴ ما عدا رئيس الجمهورية ، في الوقت الذي كان من الأولى أن يبدي رئيس الجمهورية ملاحظاته حول الدفع بعدم الدستورية باعتباره حامي الدستور و له صلة وطيدة بالعملية التشريعية من خلال التشريع بأوامر و إصدار القوانين وطلب إجراء مداولة ثانية، ناهيك عن سلطته التنظيمية المستقلة، وإلا ما الداعي لإعلامه بالدفع إذا لم يستطيع تقديم ملاحظاته ، على إثر ذلك تحفظ المجلس الدستوري على نص المادة 21 في رأيه بمناسبة مراقبته لمطابقة القانون العضوي 18-16 مع الدستور، و منح الأولوية لرئيس الجمهورية في إبداء الملاحظات كبقية السلطات الأخرى المحددة في نص المادة 21 من القانون العضوي 18-16

¹الخطبة موجودة على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://m.youtube.com>

ما الفرق بين الإعلام والإشعار والإنذار للشيخ الشعراوي بتاريخ 31 جويلية 2018، تم الاطلاع عليها يوم 2021/12/22 على الساعة 15:45.

²الإشعار في قانون العمل، متواجد على موقع حماة الحق، على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://jordan-lawyer.com>

تم نشره في 25 ماي 2020، وتم الاطلاع عليه يوم 2021/12/22 على الساعة 15:59.

³أنظر الملحق رقم 1 و 4 و 7 من قائمة الملاحق ص 665، 669، 675.

⁴إن السبب في إعلام هذه السلطات وتمكينها من تقديم ملاحظات حول الدفع بعدم الدستورية قد يعود بالدرجة الأولى لكونها معنية بالدفع بعدم دستورية حكم تشريعي-أو تنظيمي-يتضمنه قانون قد شاركت فيه إحدى السلطات أو جميعها من خلال مراحل إعداد القانون إلى غاية إصداره، فهي بتقديمها ملاحظات حول الدفع تقوم بالدفاع عن القانون الذي اقترحتة (بالنسبة للنواب) أو عرضته في شكل مشروع قانون (بالنسبة للحكومة)، أو في شكل أوامر أو مراسيم رئاسية (بالنسبة لرئيس الجمهورية).

¹، و من جهة أخرى أكدت على ذلك المادة 13 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل و المتمم.

أ- محتوى الإشعار

طبقا للمادة 13 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل و المتمم، فإن الإشعار يجب أن يتضمن الأجل المحدد لأطراف النزاع والسلطات المعنية لتقديم ملاحظاتهم المكتوبة مع إرفاقها بالوثائق المدعمة لها إلى كتابة ضبط المجلس الدستوري، كما أنه يبلغ الملاحظات لكل الأطراف للإجابة عليها في أجل ثان يحدد بمقرر يصدر عن رئيس المجلس الدستوري ويتم تبليغ الإشعارات والوثائق والملاحظات بكل وسائل الاتصال ، وما يمكن ملاحظته على نص المادة 13 أنها تكاد تتطابق مع المادة 1 بند 3، والمادة 3 بند 1 من النظام الداخلي المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام المجلس الدستوري الفرنسي بخصوص مسألة الأولوية الدستورية باستثناء أن هذا الأخير قد تكلم صراحة عن البريد الإلكتروني، في حين أن المشرع الجزائري تكلم عن كل وسائل الاتصال دون تحديد.

ضف إلى ذلك ، أن القانون لم يحدد الآجال التي يجب أن تلتزم بها السلطات المعنية لتقديم ملاحظاتها الأولى ولا الآجال المتعلقة بالرد على هذه الملاحظات ، وإنما ترك الأمر بيد السلطة التقديرية للمجلس الدستوري تماشيا مع الأجل العام المحدد للفصل في الدفع بعدم الدستورية ، والذي تم تقييده بمهلة 4 أشهر التي تلي إخطار المجلس الدستوري بقرار الإحالة²، ويمكن تمديد هذه المدة مرة واحدة لأجل أقصاه 4 أشهر بناء على قرار مسبب من المجلس ويبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار، هذه الآجال وإن تم تحديدها صراحة بنص الدستور إلا أنه لم يترتب على مخالفتها أية جزاءات، إذا بإمكان المجلس الدستوري تجاوزها لأسباب مبررة ومعقولة، مما يجعل فترة الفصل في الدفع بعدم الدستورية تطول أكثر وهذا من شأنه تعطيل فعالية هذه الآلية³،

¹ طيبي عمروش سعاد، مرجع سابق، ص 342؛ صافي حمزة، الضوابط القانونية للدفع بعدم الدستورية (قراءة تحليلية في القانون العضوي 18-16)، مرجع سابق ص 129.

أنظر كذلك: رأي المجلس الدستوري رقم 03/ر.ق. ع /م. د /18 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي 18-16 للدستور، مرجع سابق، ص. 7، 8.

² المادة 189 /2 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري ج، ر، ج، ع، 14، المؤرخة في 07 مارس 2016، والمادة 35 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل بمدولة 17 أكتوبر 2019.

³ جمال العزوزي، تأملات أولية في مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية القوانين، المجلة المغربية للحكمة القانونية والقضائية، مطبعة الأمنية، الرباط، ع1، 2016، ص 119؛ أشار إليه: رحمني محمد، رحلي سعاد، مرجع سابق، ص 79.

خاصة إذا قارنا هذه الآجال مع التشريعات المقارنة، أين تفصل المحكمة الدستورية المغربية في الدفع بعدم الدستورية خلال 60 يوما من تاريخ إحالة الدفع إليها، بينما تفصل المحكمة الدستورية التونسية في الدفع خلال ثلاثة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة مع إمكانية تقليص هذا الأجل إلى 30 يوما، عندما يتعلق الدفع بالمواد الجبائية أو الديوانية¹، في حين أن الأمين العام للمجلس الدستوري "محمد ضيف" قد برر هذه المدة بمقتضيات التحقيق التي تسبق البت في الدفع، وتفايدا للوقوع في مسألة تجاوز الآجال المحددة في الدستور².

إن تواجه الملاحظات الكتابية بين الأطراف والسلطات وتعقيب وجواب كل طرف منهم على ملاحظات الأطراف الأخرى³ عندما يتعلق الأمر بالدفع بعدم الدستورية يعد أهم ملامح قاعدة الوجاهية التي تؤكد بدورها على مبادئ المحاكمة العادلة، حيث أن مواجهة الدفوع و الملاحظات و الوثائق الثبوتية بين الأطراف، و تمكينهم من الرد عليها بملاحظات ثانية تُرسل نسخة منها أيضا للأطراف، يعبر عن الوجاهية الكتابية بكل ما تحمله الكلمة من معنى، وهو ما يؤكد على توجه المجلس الدستوري الجزائري للطابع القضائي أكثر منه للسياسي عندما يتعلق الأمر بالفصل في دفع بعدم دستورية قانون.

ب- التدخل في الدفع على مستوى المجلس الدستوري

بينت تجارب القضاء الدستوري المقارن⁴ أن الرقابة الدستورية البعدية-خاصة عن طريق الدفع- وطبيعتها الخاصة تدفع إلى السماح للغير الذي لم يثر الدفع بعدم الدستورية ولم يكن طرفا في النزاع الأصلي أن يتدخل في إجراءات الدفع على مستوى المجلس الدستوري كما هو الحال في فرنسا، و هو ما انتهجه المجلس الدستوري الجزائري حيث أجازت المادة 17 من النظام المحدد لقواعد عمله لكل مصلحة أن يتدخل في إجراء الدفع بعدم الدستورية بتقديم طلب مكتوب لرئيس المجلس الدستوري، وذلك قبل إدراج الدفع في المداولة، وفي حال قبول تدخله يخضع لنفس الإجراءات التي يخضع لها الأطراف، الأمر الجيد في هذه المادة أنها لم تحدد أجل التدخل بمدة معينة كما فعل المجلس الدستوري الفرنسي الذي حصرها في ثلاثة أسابيع، بل يكفي أن يكون التدخل قبل إدراج الدفع في المداولة.

¹أنظر: الفصل 60 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية عدد 50 لسنة 2015.

²ضيف محمد، مرجع سابق، ص 11

³أنظر الملحق رقم 3 و 5 من قائمة الملاحق ص 667، 671.

⁴التجربة الدستورية لمسألة الأولوية الدستورية في المجلس الدستوري الفرنسي.

وكنتيجة لقبول التدخل، فإن كل الإجراءات المطبقة على بقية الأطراف تسري قواعدها على المتدخل كما تتصرف كل آثار الحكم الصادرة في دستورية الحكم التشريعي محل الدفع على المتدخل أيضا.

ت- رد وتنحي أعضاء المجلس الدستوري

إذا كان تنحي أو رد القاضي العادي أو الإداري في القضايا الشخصية المثارة أمام القضاء، في حالة وجود بينه وبين الدعوى أو أحد أطرافها ما يدعو إلى ذلك يعد من قواعد المحاكمة العادلة، وحماية لحياد القاضي، فهل ينطبق هذا الأمر على عضو المجلس الدستوري أيضا عندما يتعلق الأمر بالفصل في دفع بعدم الدستورية؟

لقد أجابت المادة 18 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري¹، بأن أتاحت إمكانية ذلك إذا ما قدر أحد أعضاء المجلس الدستوري أن مشاركته في الفصل في ملف متعلق بالدفع بعدم الدستورية من شأنها المساس بحياده، ففي هذه الحالة بإمكانه أن يطلب التنحي بواسطة طلب يوجهه إلى رئيس المجلس الدستوري، وهذا الأخير يعرضه على المجلس ليفصل فيه.

ومن جهة أخرى، يمكن لأحد أطراف الدفع أن يقدم طلب معللا برد عضو من أعضاء المجلس الدستوري، لأسباب جدية قد تمس بحياد المجلس الدستوري، على أن يقدم هذا الطلب قبل إدراج الدفع في المداولة، ما يفيد أن تقديمه بعد ذلك غير مقبول ولا يمنع العضو من الحضور أو المشاركة في الفصل في الدفع، وفي حالة ما قدم الطلب في موعده يعرض هذا الأخير على العضو العني لإبداء رأيه، ويفصل المجلس في الطلب دون حضوره².

ما يلاحظ على المادة 19 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري أنها جعلت طلب رد عضو المجلس الدستوري مقبولا بشرط تقديمه قبل إدراج الدفع في المداولة، ما يفيد أن هذا العضو سيحضر كل مراحل الوجاهية والمرافعة في الجلسة ثم عندما يتحول الأعضاء إلى المداولة يقبل طلب التنحي ولا يشارك العضو في المداولة فقط، وهو أمر غير منطقي، والأصح كان جعل الأجل محددًا قبل توصل الأطراف بالملاحظات الأولى كما هو الأمر بالنسبة للمجلس الدستوري الفرنسي.

¹المادة 18 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري المعدل والمتمم بموجب المداولة المؤرخة في 18 صفر 1441 الموافق ل 17 أكتوبر 2019.

²المادة 19 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل والمتمم بموجب المداولة المؤرخة في 18 صفر 1441 الموافق ل 17 أكتوبر 2019.

لقد أشار النص الفرنسي¹ إلى أن مجرد مشاركة عضو المجلس الدستوري في صياغة المقتضى التشريعي المشكل لموضوع المسألة الأولية الدستورية ليست في حد ذاتها سببا للرد، في حين أن النص الجزائري لم يشر إلى ذلك تاركا المسألة لاجتهاد المجلس الدستوري وما سيحدث مستقبلا عند تطبيق آلية الدفع بعدم الدستورية مع أننا من الراضين لمشاركة عضو المجلس الدستوري في البت في دفع بعدم دستورية حكم تشريعي سبق وأن شارك في صياغته، لأن ذلك سيؤثر في حياده لا محالة.

وكملاحظة أخيرة على نص المادة 18 و19 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الجزائري، فقد استعملت كلمة "تنحي" في المادة 18 بينما تم توظيف مصطلح "رد" في المادة 19، وهو ما يدفع للتساؤل عن معنى كل منهما، هل هما مرادفان يحملان نفس المعنى؟ أم هما مختلفان؟

في الواقع إن كلمة "تنحي" استُعملت عندما يطلب عضو المجلس الدستوري بنفسه وبإرادته عدم المشاركة في البت في الدفع بعدم الدستورية، أما كلمة "رد" فقد استُعملت عندما يطلب أحد الأطراف استبعاد عضو من المشاركة في البت في دفع بعدم الدستورية، وفي هذه الحالة يدرس المجلس الدستوري الطلب وتعطى فرصة للعضو المعني لتقديم رأيه، والذي يمكنه أن يرفض استبعاده، ففي هذه الحالة رده يكون بغير إرادته، وهنا يكمن الفرق بين التنحي والرد، فالأولى تكون وفق إرادة العضو المعني أما الثانية فتكون بغير إرادته وإنما بطلب من أحد الأطراف في الدفع.²

د- إجراءات سير الجلسة

نصت المادة 20 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الجزائري على أنه: " بعد انتهاء التحقيق، يأمر رئيس المجلس الدستوري بجدولة الدفع بعدم الدستورية، ويحدد تاريخ الجلسة.³، إذن فقبل تحديد تاريخ للجلسة يجب أولا التحقيق في الدفع بعدم الدستورية بكل جوانبه، ضف إلى ذلك

¹ المادة 4 بند 2 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي.

² في قرار المجلس الدستوري اللبناني رقم قرار رقم 4-2002 الصادر بتاريخ 2002/7/15 الذي جاء تحت عنوان " طلب تنحي عضو المجلس الدستوري "سليم حريصاتي"، تم توظيف المصطلحين معا ونقصد بذلك " الرد والتنحي"، فقد طالب المحامي "سليم العازار" ممثلا عن النائب المنتخب والمطعون بنيابته الأستاذ "غابريال المر" بتنحي عضو المجلس الدستوري "سليم حريصاتي" عن النظر في المراجعة المقدمة من السيدة "ميرنا المر" طعنا بنيابته، وعن حضور كل جلسة تتعلق بها، وذلك عملا بأحكام المادة 161 من قانون أصول المحاكمات المدنية، وفي حال رفض الأستاذ "حريصاتي" التنحي، الطلب إلى المجلس الدستوري رده عملا بأحكام الفقرتين 4 و7 من المادة 160 من قانون أصول المحاكمات المدنية.

يتضح من مضمون هذا القرار أن التنحي يكون برضى العضو وإرادته، أما الرد فيكون بطريقة إجبارية بناء على قرار من المجلس الدستوري دون الأخذ بالاعتبار إرادة العضو، بمعنى آخر إما أن يتنحي العضو بإرادته وإذا رفض يتم رده بموجب قرار ملزم. القرار موجود على الموقع الإلكتروني: <https://www.cc.gov.lb> تم الاطلاع عليه يوم 2023/01/11 على الساعة 16:19.

³ أنظر الملحق رقم 2 من قائمة الملاحق يحتوي على نموذج استدعاء لحضور الجلسة العلنية للفصل في الدفع، ص 667.

أن جلسات المجلس في حالة البت في الدفع بعدم الدستورية تكون علنية¹، ويتم تسجيلها وبثها عبر وسائل السمعي البصري، مع تغطية إعلامية لذلك. هذا الأمر يعد بمثابة خطوة تمهيدية للتحويل إلى قضاء دستوري بطابع قضائي خالص، وإذا كان الأصل في هذه الجلسة أن تكون علنية فإن المشرع العضوي قد أجاز البت في الدفع في جلسة غير علنية في حالات يحددها النظام الداخلي للمجلس الدستوري لاحقاً، لكن المادة 21 من هذا النظام لم تحدد هذه الحالات الاستثنائية كما فعل المشرع الفرنسي وإنما ربطتها بالنظام العام والآداب العامة بصفة عامة وواسعة، تاركة أمر تقديرها لرئيس المجلس الدستوري، في حين كان لزاماً تحديدها حتى لا تقضي هذه السلطة التقديرية على طابع العلنية والشفافية الذي تتميز به جلسات الفصل في الدفع بعدم الدستورية.²

من ناحية أخرى، لم يوفق المشرع الجزائري في استعمال مصطلح "جلسة سرية" في الوقت الذي كان عليه اختيار مصطلح "مغلقة" وهذا يعود إلى عيب الترجمة الحرفية للنصوص.³

د-1- تسيير الجلسة وضبطها

يتولى رئيس المجلس الدستوري مهمة التسيير الجلسة وضبطها، ويعتبر المسؤول عن استدعاء المجلس للانعقاد⁴، ويمكنه تفويض نائبه لرئاسة الجلسة، وفي حالة حصول مانع للرئيس، كذلك يرأس النائب الجلسة، أما في حالة اقتران المانع للرئيس مع المانع للنائب يرأس الجلسة العضو الأكبر سناً، وعلى جميع من حضر الجلسة من رئيس وأعضاء وكاتب ضبط ارتداء جبة تُحدد مواصفاتها بموجب مقرر يصدره رئيس المجلس الدستوري⁵، فهذا الأمر يدخل ضمن أخلاقيات المهنة والصورة العامة للمجلس الدستوري.

يتولى رئيس المجلس تعيين مقرر من بين الأعضاء للتحقيق في الموضوع وتحضير مشروع الرأي أو القرار، وفي سبيل ذلك للمقرر أن يجمع كل المعلومات والوثائق المتصلة بالملف، وحتى الاستماع أو استشارة أي خبير⁶، بعد موافقة رئيس المجلس، ثم يقوم المقرر بعد ذلك بتسليم نسخة من ملف الإخطار مرفقة بمشروع الرأي أو القرار إلى رئيس المجلس الدستوري وأعضاء المجلس.

¹ المادة 22 من القانون العضوي 18-16.

² يمكن أن يكون الطلب المتعلق بعقد جلسة سرية يرجع مثلاً إلى طابع الحياة الخاصة أو القضايا المتعلقة بالقصر، فعلى مستوى جهات القضاء العادي تعتبر هذه الطلبات معروفة بكثرة في المواد الجزائية.

أنظر: بن سالم جمال، دعوى الدفع بعدم الدستورية، مرجع سابق، ص 156.

³ بن سالم جمال، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁴ المواد 22، 27، 39 من النظام الداخلي المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري المعدل بمداولة 17 أكتوبر 2019.

⁵ المادة 28 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل والمتم بمداولة 17 أكتوبر 2019.

⁶ المادة 37/36 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الجزائري المعدل والمتم بمداولة 17 أكتوبر 2019.

وأثناء التحقيق لا بد من التأكد من عدم سبق الفصل في الدفع بعدم الدستورية من قبل، وإذا تم ذلك لا بد من التحقق من توافر ظروف جديدة تسمح بإعادة النظر فيه من جديد، فهذه الخطوة مهمة حتى لا يقع المجلس الدستوري في التكرار وإضاعة الوقت على أمور سبق له وأن انتهى منها وفصل فيها .

إذاً، بعد أن يسلم المقرر تقريره المتضمن مشروع القرار المتعلق بالدفع المحال على المجلس يتم تحديد تاريخ الجلسة، وبالنسبة للدفع التي تتعلق بنفس الحكم التشريعي المشار إليها في المادة 29 مكرر من النظام الداخلي للمجلس الدستوري، تتم جدولتها هي الأخرى بنفس الجلسة، ويبلغ تاريخ الجلسة إلى جميع السلطات والأطراف المعنية بما فيها المتدخلين، على الرغم من أن المادة 20 من نفس النظام قد أغلفت الطرف المتدخل بصريح العبارة لأنها أشارت فقط إلى السلطات والأطراف المذكورة بالمادة 12 إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 17 التي تنص على أن المتدخل في حالة قبول طلبه يخضع لنفس الإجراءات التي تخضع لها الأطراف، فإن إعلامه بتاريخ الجلسة هو أحد تلك الإجراءات.¹

كما يتم تعليق الجدول المتضمن تاريخ الجلسة بمدخل قاعة الجلسات ينشر في الموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري، وهذا الأمر يعد أهم عناصر العلانية في الإجراءات، وللإشارة فإن نائب الرئيس المقصود هنا هو ذلك النائب الذي يعينه رئيس الجمهورية عملاً بأحكام المادة 183 من الدستور المعدل سنة 2016.

د- 2 إدارة المناقشات داخل الجلسة

بعد أن يفتتح رئيس المجلس الدستوري أو نائبه أو العضو الأكبر سناً -حسب الحالة-² الجلسة، يقوم بدعوة كاتب الضبط حتى ينادي على الأطراف وممثل الحكومة مع التأكد من حضور محامي الأطراف.

إن تمكين الأطراف من الدفاع بواسطة محامي يعد من ضمن قواعد المحاكمة العادلة، ولعل أحد الأهداف المستوحاة من إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية هي تمكين المواطن من الدفاع عن حقوقه وحياته المكفولة دستورياً، واستخدام كل آليات الدفاع المتاحة وأولها الاستعانة بمحامي، أما بالنسبة للمساعدة القضائية فلا بد من تعديل القانون المتضمن المساعدة القضائية ليشمل المرافعات

¹ بن سالم جمال، دعوى الدفع بعدم الدستورية، مرجع سابق، ص 156.

² يري الدكتور " بن سالم جمال" أنه كان من الأفضل في حالة غياب رئيس المجلس ونائبه لوجود مانع، أن تؤول الرئاسة للعضو ممثل المحكمة العليا باعتباره قاضٍ منتخب من بين قضاة المحكمة العليا بغض النظر عن سنه، لأنه يملك تكويناً قضائياً وخبرة أكبر.

بن سالم جمال، دعوى بدفع بعدم الدستورية، مرجع سابق، ص 157.

أمام المجلس الدستوري عندما يتعلق الأمر بالدفع بعدم الدستورية وتشكيل مكتب لذلك على مستوى المجلس الدستوري.

بعد ذلك يدعو رئيس المجلس الدستوري العضو المقرر لتلاوة تقريره حول الدفع بعدم الدستورية، ويطلب من الأطراف إبداء ملاحظاتهم الشفوية بواسطة محاميهم، ولم تحدد المادة 23 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري أي شرط في المحامي كأن يكون معتمدا لدى مجلس الدولة أو المحكمة العليا، أم يكفي أن يكون مسجلا في جدول المحامين، وكنتيجة لذلك فإن عدم التحديد يعني العمومية، وتعبير آخر فإنه يكفي أن يكون مسجلا في قائمة المحامين. وفي مقابل ذلك، يمنح رئيس المجلس الكلمة لممثل الحكومة لتقديم ملاحظاته على أن تكون كل الملاحظات المقدمة خلال الجلسة باللغة العربية، وذلك تعزيزا وضمانا لاستمرار اللغة العربية ورقبها، باعتبارها اللغة الرسمية الأولى في البلاد¹.

إن السماح لأطراف النزاع وممثليهم بحضور جلسة المجلس الدستوري، وتمكينهم من تقديم ملاحظاتهم مباشرة والمشاركة في المناقشة، إلى جانب ممثل الحكومة، يدل على شفافية الإجراءات ومبدأ التمثيل المباشر أمام مجلس الدستوري كما أنها تجسيد للوجاهية العلنية أو الشفافية². ومن جهة أخرى، يُلاحظ أن المجلس الدستوري ركز على ممثل الحكومة ومنحه الكلمة لتقديم ملاحظاته الشفوية بعد ملاحظات محامي الأطراف، وقد يعود ذلك إلى أن الحكومة هي المكلفة بتنفيذ القوانين ومن ثم فإنه في حالة الطعن في أي حكم تشريعي ستكون الحكومة هي الأقدر على الدفاع عنه وبيان مدى تطابقه أو انسجامه مع الدستور³.

هـ- المداولة

بعد نهاية الجلسة، يُدرج رئيس المجلس الدستوري الدفع في المداولة ويحدد تاريخ النطق بالقرار⁴، و تكون مداولات المجلس الدستوري أيا كان موضوعها مغلقة، ونفس الأمر عندما يتعلق الأمر بالبت في الدفع بعدم الدستورية⁵، ولا تصح المداولات إلا بحضور تسعة أعضاء على الأقل، بمعنى أنه يمكن حضور أكثر من ذلك، ويضمن الأمين العام كتابة جلسات مداولات المجلس الدستوري، وقد أكدت المادة 26 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل والمتمم

¹ أنظر كذلك المادة 28-2 من القانون العضوي 16-18.

² قماش دليّة، ترقية حق التقاضي (من الازدواجية القضائية إلى القضاء الدستوري في التشريع الجزائري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 56، ع 1، 2019، ص 188.

³ بومدين محمد، مرجع سابق، ص 38.

⁴ المادة 24 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري المعدل والمتمم.

⁵ المادة 41 ف 1 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري المعدل والمتمم.

أنه لا يشارك في جلسات المداولة إلا الأعضاء الذين حضروا جلسة الملاحظات الوجيهة التي خصصت للدفع، والتي يقصد بها جلسة المناقشات والملاحظات الشفوية المتبادلة بين ممثل الحكومة ومحامي الأطراف، وهذه المادة ما هي إلا نسخة عن المادة 11 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي.

و- قرار المجلس الدستوري في مسألة الدفع بعدم الدستورية

يفصل المجلس الدستوري في مسألة الدفع بعدم الدستورية بقرار، وهو ما يؤكد الطابع الإلزامي والأهمية البالغة لمسألة الدفع بعدم الدستورية¹، وتتخذ قراراته بهذا الشأن بأغلبية أعضائه دون المساس بأحكام الفقرة الأولى من المادة 102 من الدستور، وبالرجوع إلى هذه المادة نجدها تنظم حالة شغور منصب رئيس الجمهورية، حيث أنه في حالة حدوث مانع يستحيل معه على رئيس الجمهورية أن يمارس مهامه، يقترح المجلس الدستوري بالإجماع على البرلمان التصريح بثبوت المانع-طبعاً بعد التأكد من ثبوته-ففي هذه الحالة على المجلس الدستوري اتخاذ رأيه بالإجماع وليس بأغلبية أعضائه كما هو الشأن في بقية آرائه وقراراته²، وفي حالة تعادل الأصوات يرجح صوت الرئيس.

أثناء فصل المجلس الدستوري في مسألة الدفع بعدم الدستورية، يثور تساؤل حول مدى التزامه بحدود الطلب والتصدي، فهل يحكم هو الآخر شأنه شأن القاضي في حدود ما طلب منه؟ أم يمكنه التصدي لأحكام تشريعية أخرى؟

إن من ملامح الطبيعية القضائية التي يلتزم بها القاضي أثناء الحكم في النزاع احترام مبدأ الطلب³، إلا أن المجلس الدستوري رغم عدم وجود نص لا في الدستور ولا في القانون العضوي 16-18، منح لنفسه حق التصدي لأحكام تشريعية أخرى مرتبطة بالحكم التشريعي محل الدفع، وذلك بموجب المادة 29-02 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري بعدما تم تعديله بموجب مداولة 17 أكتوبر 2019، وقد سبق له أن تصدى إلى أحكام تشريعية أخرى عند فصله في موضوع الدفع، كأن يراقب دستورية الفقرات التي تلي الفقرة محل الدفع لارتباطهما.

¹ المادة 29 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الجزائري المعدل والمتمم.

² المادة 41-2 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل والمتمم بمداولة 17 أكتوبر 2019. بن سالم جمال، معالجة الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد 7، ع2، نوفمبر 2020، ص 786.

بن سالم جمال، دعوى الدفع بعدم الدستورية، مرجع سابق، ص. ص 157، 158.

³ هدى مجدي، النظام القضائي وقواعد المرافعات المدنية والتجارية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، 2018، ص 55.

وعلى الرغم من إيجابية هذا الأمر إلا أن هناك من يرى أن التصدي من قبل المجلس الدستوري يعد خروجاً عن مبدأ الطلب وحياد القاضي، كما أنه يتناقض مع مبدأ عدم إثارة الدفع التلقائي المنصوص عليه في المادة 4 من القانون العضوي 18 - 16 والتي تحظر على القاضي إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه، ودليل ذلك ما انتهجته التشريعات المقارنة التي تمنع القاضي من إثارة الدفع من تلقاء نفسه، حيث أنها تمنع أيضاً التصدي من قبل المحكمة الدستورية، ومن ذلك المحكمة الدستورية الكويتية والبحرينية والليبية، على خلاف المحكمة الدستورية المصرية التي سمحت لقاضي الموضوع -بموجب المادة 29 -1 من قانونها- إثارة الدفع من تلقاء نفسه، وفي مقابل ذلك سمحت بإمكانية التصدي للمحكمة الدستورية ذاتها، ويرجع هذا التناقض الذي وقع فيه المجلس الدستوري الجزائري إلى تقليده للمجلس الدستوري الفرنسي.¹

وكرد على هذه الانتقادات، يمكن تبرير موقف المجلس الدستوري الجزائري بخصوص منح نفسه حق التصدي لأحكام تشريعية أخرى مرتبطة بالحكم التشريعي محل الدفع، بأنه يرجع إلى كون دعوى الدفع بعدم الدستورية دعوى موضوعية بمجرد وصولها إلى المجلس الدستوري، وتتعلق أساساً بالشرعية الدستورية، كما أن المجلس الدستوري هو المكلف حصراً بمراقبة دستورية القوانين بموجب الدستور، وبموجب هذه الصلاحية يمكنه التصدي لأحكام تشريعية أخرى غير تلك التي تعتبر محلاً للدفع شريطة ارتباطها بموضوع الحكم التشريعي محل الدفع، لذلك لا يوجد أي تناقض ما دام أن المجلس الدستوري لم يتصدّ إلى أحكام أخرى خارج نطاق الحكم التشريعي محل الدفع.

وبالرجوع إلى الأحكام المتعلقة بإعداد قرار المجلس الدستوري، فإنه يتوجب على الأعضاء الحاضرين وكتاب الجلسة توقيع محاضر جلسات مداورات المجلس الدستوري، ولا يطلع عليها إلا أعضاء المجلس الدستوري²، والتعميم هنا يدل على إمكانية إطلاع الأعضاء الغير حاضرين كذلك على محاضر جلسات مداورات المجلس الدستوري أيضاً.

وحفاظاً على قيمة عمل المجلس الدستوري، أقر نظام عمله وجوب توقيع الرئيس والأعضاء الحاضرين على الآراء والقرارات وكذا تسجيلها وحفظها تحت مسؤولية الأمين العام للمجلس باعتباره قلم جلسات المجلس الدستوري، وذلك وفق التشريع والتنظيم المعمول بهما.³

¹ بومدين محمد، مرجع سابق، ص 48.

² أنظر المادة 44 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل والمتمم.

³ المادة 45 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل والمتمم.

هذا وأكدت المادة 46 من نظام عمل المجلس الدستوري على وجوب تعليل آرائه وقراراته، في حين أغفل المشرع العضوي ذكر إلزامية ذلك ، وتصدر هذه الآراء والقرارات باللغة العربية خلال الأجل المحددة لها في المادة 189 من الدستور المعدل سنة 2016، ونظرا لأهميتها في المنظومة القانونية وإحداث آثارها واعتمادها مستقبلا من طرف الجميع بما في ذلك المجلس، فإن الممارسة العملية المستحدثة منذ 1995 تقتضي بأن المجلس الدستوري يتخذ قراراته قبل انتهاء الأجل المحدد بيومين قصد تمكين الأعضاء من التفكير الملي في الموقف وتقديم الملاحظات ذات الأبعاد المختلفة وعلى رأسها الدستورية قبل إرسال القرار أو الرأي إلى السلطات المعنية والجهة المخطرة أو أطراف الدفع.

إن الحكمة من تخصيص ذلك الأجل للتفكير بروية تتمثل في أنه من العسير على المجلس الدستوري التراجع عن مواقفه المبداءة رسميا، وذلك على خلاف السلطة التنفيذية التي يمكن لها مراجعة النصوص التشريعية بموجب مشاريع وكذا التنظيمية، وكذلك الأمر بالنسبة للسلطة التشريعية¹ فلنواب المجلس الشعبي الوطني أو أعضاء مجلس الأمة حق المبادرة باقتراح تعديل القانون طبقا للدستور.²

أما عن مشتملات القرار الفاصل في مسألة الدفع بعدم الدستورية، فقد نصت المادة 30 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل والمتمم على أنه يتضمن: أسماء الأطراف وممثليهم، وتأشيرات النصوص التي استند إليها المجلس، والملاحظات المقدمة إليه حول الحكم التشريعي موضوع الدفع، وتسبب القرار، والمنطوق، كما يتضمن أسماء وألقاب وتوقيعات أعضاء المجلس الدستوري المشاركين في المداولة.

ويقتصر النطق بالقرار على تلاوة منطوقه في جلسة علنية بحضور أعضاء المجلس الدستوري الذين تداولوا في الدفع بعدم الدستورية³، وما يلاحظ على مشتملات القرار أنه يكاد يشبه مضمون وعناصر الحكم القضائي وهو ما يؤكد من جديد على الطابع القضائي الذي يغلب على إجراءات الفصل في الدفع بعدم الدستورية من قبل المجلس الدستوري الذي يعمل بصفته قاضيا في هذه الحالة.

¹ أنظر: المادة 143 و147 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج.

ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

² بوالشعير سعيد، مرجع سابق، ص. ص 250، 251.

³ المادة 31 من النظام المحدد لقواعد المجلس الدستوري الجزائري المعدل والمتمم.

بعد صدور القرار والنطق به في جلسة علنية، يعلم المجلس الدستوري رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول بهذا القرار، كما يتم تبليغه إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة- حسب الحالة- وذلك لإعلام الجهات القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية حتى يتسنى لها استئناف النظر في الدعوى الأصلية بناء على قرار المجلس الدستوري، وتجدر الإشارة إلى أن المادة 24 من القانون العضوي 18-16 لم تحدد أجلا لتبليغ القرار إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، في حين أن المادة 32 في فقرتها الثانية وضعت أجلا أقصاه 8 أيام، بمعنى آخر لا يجوز تجاوزه حتى لا تطول الدعوى أمام المحكمة التي أثير الدفع أمامها ولا تضيع حقوق الأطراف، ومع ذلك فإنه من الأنسب تقليص الأجل إلى 4 أيام كأقصى حد من أجل السرعة و المرونة و عدم المماطلة في إجراء التبليغ.

وأخيرا لا بد من نشر القرار المتعلق بالدفع بعدم الدستورية في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، حيث يتكفل بذلك الأمين العام للحكومة، ويجب أن يراعى في نشر هذا القرار كتابة الأحرف الأولى من ألقاب وأسماء الأطراف¹، وزيادة على ذلك يتم نشر هذه القرارات على موقع المجلس الدستوري الجزائري الرسمي:

conseil-constitutionnel .dz، في أرشيف المجلس بعنوان "الدفع بعدم الدستورية"، وهو ما يضمن معرفة أكبر عدد ممكن من الأفراد بهذه القرارات ليكونوا على اطلاع دائم بها. وفي حالة ما إذا وجدت أخطاء مادية تشوب قرارات المجلس الدستوري، فإنه يمكنه تصحيحها تلقائيا أو بطلب من السلطات أو الأطراف المذكورة في المادة 12 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.²

ي-تأثير انقضاء الدعوى الموضوعية على دعوى الدفع بعدم الدستورية

إن انقضاء الدعوى التي تمت بمناسبة إثارة الدفع بعدم الدستورية لأي سبب كان من الأسباب المعروفة في القواعد العامة لا يؤثر بتاتا على استمرار الفصل في الدفع بعدم الدستورية الذي تم إخطار المجلس الدستوري به، لأنه دفع موضوعي لصالح القانون، ولا يرتبط بالصفة والمصلحة الخاصة بأصحاب الدعوى الأصلية، وبمجرد وصوله إلى المجلس الدستوري يصبح دعوى دستورية منفصلة عن دعوى الموضوع، وهو ما أكدت عليه المادة 23 من القانون العضوي 18-16 استنادا بالتجربة الفرنسية.

¹ المادة 25 من القانون العضوي 18-16 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية. المادة 47 و 33 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل والمتمم.

² المادة 34 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل والمتمم.

ثانيا: أحكام معالجة الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية بموجب المادة 195 من

الدستور المعدل سنة 2020

إن من بين ما جاء به تعديل الفاتح من نوفمبر 2020 الدستوري الذي بادر به رئيس الجمهورية "عبد المجيد تبون" ووافق عليه الشعب، تعويض المجلس الدستوري السابق بمحكمة دستورية، والتي جرى تنصيبها بتاريخ 18 نوفمبر 2021 برئاسة "السيد عمر بلحاج"، وهي تتشكل من 12 عضواً، أربعة يعينهم رئيس الجمهورية من بينهم الرئيس، وعضوين يتم انتخابهما من طرف المحكمة العليا ومجلس الدولة -طبعاً من بين أعضائهما- وستة من أساتذة القانون الدستوري ينتخبون بالاقتراع من قبل نظرائهم¹، وتتمتع المحكمة الدستورية بصلاحيات أوسع مقارنة بالمجلس الدستوري، حيث أنه بموجب المادتين 192 و 193 من الدستور يمكن إخطار المحكمة الدستورية بشأن الخلافات التي قد تحدث بين السلطات الدستورية وذلك من طرف رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول أو رئيس الحكومة -حسب الحالة- كما يمكن إخطارها من قبل 40 نائباً أو 25 عضواً من مجلس الأمة، ويمكن إخطارها أيضاً حول تفسير حكم أو عدة أحكام دستورية، وذلك وفق إجراءات محددة.

كما أن التعديل الدستوري الجديد جاء بإضافة تتمثل في إمكانية الدفع بعدم دستورية الأحكام التشريعية وحتى التنظيمية أمام المحكمة الدستورية، بعدما كان مقتصرًا في ظل تعديل 2016 وأمام المجلس الدستوري على الأحكام التشريعية فحسب، وتعتبر هذه الإضافة بالغة في الأهمية نظراً لكون أغلب النزاعات تتعلق بالأحكام التنظيمية.

ومما يلاحظ على تشكيلة المحكمة الدستورية أنها تتمثل بالتنوع، كما كان عليه الحال في المجلس الدستوري، مع تغييب واضح للسلطة التشريعية وذلك تكريماً لاستقلالية القضاء الدستوري، خاصة أن عملية الرقابة الدستورية تنطوي على قوانين تعتبر السلطة التشريعية صاحبة السيادة في سنها²، لكن الأهم هو أن المجال التنظيمي الخاص برئيس الجمهورية أوسع بكثير من مجال اختصاص البرلمان وهو الأخطر على حقوق الإنسان وحرياته، ومع ذلك فقد منح المؤسس الدستوري لرئيس الجمهورية الحق في تعيين أربعة أعضاء من المحكمة الدستورية وعلى رأسهم

¹ المادة 186 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

² بن علي زهيرة، استحداث المحكمة الدستورية بدلا من المجلس الدستوري في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 58، ع4، 2021، ص 308.

رئيس المحكمة، ألا يعتبر ذلك أيضا خطرا كبيرا على حياد أعضاء المحكمة الدستورية؟ أليس من شأنه أن يؤثر على قراراتها؟ خاصة أن صوت الرئيس يعتبر المرجح في حالة التساوي، ولأجل ذلك لابد من إعادة النظر في هذه النقطة.

وفي مقابل ذلك، قلص المؤسس الدستوري في تعديل 2020 عدد الأعضاء الممثلين للسلطة القضائية ضمن تشكيلة المحكمة الدستورية إلى عضوين فقط، في الوقت الذي كان عليه الإبقاء على أربعة قضاة ضمن تشكيلة المحكمة الدستورية كونها هيئة قضائية وليست سياسية.¹ وبما أن مصطلح المحكمة الدستورية جديد على النظام القانوني الجزائري وظهر لأول مرة في التعديل الدستوري لسنة 2020 فقط، كأن لابد من التطرق إلى طبيعتها القانونية ومكانتها قبل الحديث عن الملامح الأساسية للقواعد المطبقة أمامها عند فصلها الدفع بعدم الدستورية.

1- مكانة المحكمة الدستورية وطبيعتها القانونية

نصت المادة 185 من الدستور الجزائري وفق آخر تعديل له في 2020 على أن المحكمة الدستورية مؤسسة مستقلة مكلفة بضمان احترام الدستور، ومؤدى ذلك أنها لا تعتبر جزء من التنظيم القضائي حيث أدرجها المؤسس الدستوري ضمن الباب الرابع الخاص بمؤسسات الرقابة، ولكن ألا يعتبر ذلك محاولة لنزع الصفة القضائية على المحكمة الدستورية أو إضعافها؟ إن تخصيص فصل كامل للمحكمة الدستورية ما هو إلا تأكيد على أهميتها، وتمييزها عن القضاء هو تعزيز لمركزها الدستوري وتكريس لاستقلاليتها عن مختلف السلطات بما فيها السلطة القضائية²، وهذا على خلاف المؤسس الدستوري التونسي الذي أدرج المحكمة الدستورية ضمن باب السلطات القضائية³، مما يجعلها مبدئيا خاضعة للمنظومة القضائية لتكون جزءا منها وتخضع للمبادئ العامة التي تحكم السلطة القضائية مع الاعتراف لها بخصوصياتها الهيكلية والوظيفية.

لكن إدراج المحكمة الدستورية الجزائرية ضمن الباب الرابع المخصص لمؤسسات الرقابة، لا يمنع من خضوعها للمبادئ العامة التي تحكم المحاكم، وذلك راجع لإسباغها بوصف المحكمة بدل المجلس الدستوري، من ذلك تمتعها بالحياد والاستقلال، وإلزامية قراراتها التي تكون نهائية، حتى تكون الرقابة التي تمارسها فعالة تضمن سمو الدستور وحماية الحقوق والحريات.

¹ أحسن غربي، المحكمة الدستورية في الجزائر، المجلة الشاملة للحقوق، مجلد 1، ع 1، جوان 2021، ص 68.
² أونيسي ليندة، المحكمة الدستورية في الجزائر (دراسة في التشكيلة والاختصاصات)، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، ع 28، جامعة محمد خيضر بسكرة، نوفمبر 2021، ص 107.
³ الفصول من 118 إلى 124 من دستور 2014.

2- تدعيم آلية الدفع بعدم الدستورية ضمن التعديل الدستوري لسنة 2020

لقد حافظ تعديل الفاتح من نوفمبر لسنة 2020 على آلية الدفع بعدم الدستورية ودعمها من عدة جوانب نذكر منها :

2-أ-توسيع وعاء الدفع بعدم الدستورية

مع أن المؤسس الدستوري قد أبقى على نظام الإحالة والذي بموجبه يتم الاتصال غير المباشر بين الأفراد والمحكمة الدستورية، إلا أنه قد أدرج الأحكام التنظيمية ضمن نطاق الدفع بعدم الدستورية، وهو ما يمكن اعتباره تطورا نوعيا، خاصة أن معظم النصوص التنظيمية تكون الحقوق والحريات هي موضوعها، مثل حق الملكية باعتباره من أهم الحقوق الفردية الدستورية التي تعني المواطن بالدرجة الأولى.¹

وبمناسبة الحديث عن نطاق الدفع بعدم الدستورية، فبعدما كانت الأوامر تدخل ضمن نطاقه في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016، أصبحت بموجب المادة 42/1 تخضع للرقابة السابقة وجوبا²، ونتيجة لذلك فإن الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية في هذه الحالة تتمتع بقرينة الدستورية بعد صدور قرار مطابقتها للدستور، وبذلك تخرج عن نطاق الدفع بعدم الدستورية كقاعدة عامة، إلا في حالة تغير الظروف، طبعاً إذا أبقى القانون العضوي الذي يصدر بخصوص إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية على هذا الاستثناء.

2-ب-آجال الفصل في الدفع بعدم الدستورية

أبقت المادة 195 في فقرتها الثانية على نفس الآجال و هي 4 أشهر مع إمكانية تمديد الأجل إلى 4 أشهر أخرى، و بخصوص هذه النقطة تجدر الإشارة إلى أن المؤسس الدستوري الجزائري نص في هذه المادة على أن يُسبب قرار تمديد الأجل و يرسل إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار، في حين أنه كان يقصد الجهة القضائية صاحبة الإحالة حتى تتوافق مع ترجمة النص باللغة الفرنسية (notifiée à la juridiction renvoi)، والتي تبدو أكثر مطابقة للدستور ، فالإخطار يأتي من المحكمة التي أثير الدفع أمامها أما المحكمة العليا و مجلس الدولة فمهمتهما الإحالة و التي تقابلها بالغة الفرنسية كلمة (renvoi).³

¹ بن سالم جمال، الانتقال من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية في الجزائر (تغيير في الشكل أم في الجوهر)، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، ع 2، 2021، ص 314.

² تنص المادة 142 ف 2 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020، على أنه: "يخطر رئيس الجمهورية وجوبا المحكمة الدستورية بشأن دستورية هذه الأوامر، على أن تفصل فيها في أجل أقصاه 10 أيام.

³ بن سالم جمال، الانتقال من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية في الجزائر، مرجع سابق، ص 315.

وبخصوص تمديد الآجال مرة واحدة لمدة 4 أشهر أضاف المؤسس الدستوري عبارة "أقصاها"،
وبتعبير آخر فإنه يمكن أن تكون مدة التأجيل أقل من 4 أشهر، لكن لا يمكن أن تتعدى هذه
المدة.¹

3- الملامح الأساسية للأحكام المطبقة أمام المحكمة الدستورية بخصوص الدفع بعدم

الدستورية

إن أول ما يجب الإشارة إليه هو احتفاظ المؤسس الدستوري الجزائري في ظل المادة 195
بمصطلح "الإخطار" والذي يغلب عليه الطابع السياسي، وبالتالي لا يتماشى مع الطبيعة القضائية
للمحكمة الدستورية، هذا الأمر يستوجب الوقوف عليه وإعادة صياغة هذه المادة واستبدال مصطلح
"الإخطار" بعبارة أخرى مثلا كالنص على أنه: "تخصص المحكمة الدستورية بالنظر في الدفع
بعدم الدستورية بناء على إحالة...".

أما عن الملاحظة الثانية، فرقابة الدفع بعدم الدستورية جوازية ودليل ذلك عبارة "يمكن" والتي
تفيد الإجازة مع حرية الاختيار في اللجوء إليها أم لا، ونفس الأمر كان عليه في ظل تعديل
2016.²

وبالرجوع إلى نص المادة 195 التي نصت على أنه: "يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع
بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف
في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع
ينتهك حقوقه وحياته التي يضمنها الدستور"، يلاحظ أن المؤسس الدستوري أبقى على نفس
الإجراءات الأساسية لآلية الدفع بعدم الدستورية التي كانت مطبقة في ظل المادة 188 من
الدستور المعدل سنة 2016، حيث أن إثارة الدفع تكون بناء على إحالة من المحكمة العليا أو
مجلس الدولة أي بعد تلقيه من الجهات القضائية الدنيا، وبتعبير آخر الإبقاء على نظام التصفية
القضائية وعلى نظام الإحالة، فالإحالة بالمحكمة الدستورية يتم عن طريق الإحالة أي بقرار
يتضمن موضوع الدفع والأحكام التشريعية أو التنظيمية محل الدفع، والأساس الدستوري مرفقا
بمذكرات وعرائض الأطراف، ضف إلى ذلك أن الآجال لم تتغير -كما سبق أن وضحنا- ومن
البيهي الإبقاء على نظام الإشعار أيضا عندما يتعلق الأمر بالفصل في دفع بعدم الدستورية فلا
بد من إشعار كل من رئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس

¹ أحسن غربي، آلية إخطار المحكمة الدستورية في الدستور الجزائري، مجلة دفاتر المتوسط، المجلد 6، ع 1، جوان 2021،
ص 30.

² أحسن غربي، المحكمة الدستورية في الجزائر، مرجع سابق، ص 72.

مجلس الأمة، على اعتبار أن هذه السلطات مكلفة بوضع القوانين، لذلك لا بد من إعطائها الحق في الدفاع عن قوانينها، وبما أن الجهة المكلفة بمراقبة الدستورية أصبحت في شكل محكمة دستورية، فإنه من الضروري تجسيد مبادئ المحاكمة العادلة و الوجاهية وحق التمثيل بمحام والحصول على مساعدة قضائية وحضور جلسات المحكمة الدستورية، لذلك نتوقع أن يبقى المشرع العضوي على إجراءات الوجاهية الكتابية والشفوية والتمثيل بمحام والعلنية التي كانت مطبقة في ظل القانون العضوي 18-16 والنظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

ومن جهة أخرى، فقد أوضحت المادة 197 من الدستور المعدل سنة 2020 أن قرارات المحكمة الدستورية تتخذ بأغلبية أعضائها الحاضرين¹، بمعنى الأغلبية البسيطة، وفي حالة تساوي الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا، وبنفس الأمر ينطبق على القرار الفاصل في الدفع بعدم الدستورية فالمؤسس الدستوري لم يستثن سوى القوانين العضوية التي يشترط للفصل في مدى دستورتها الأغلبية المطلقة للأعضاء.

أما عن جلسات المحكمة الدستورية بشأن الدفع بعدم الدستورية وإمكانية عرضها، فقد أشار السيد "عمر بلحاج" رئيس المحكمة الدستورية الجزائرية، في كلمة ألقاها على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية بمناسبة تنصيب المحكمة الدستورية، إلى أن الجلسات التي تتم في شأن القضايا الخاصة بالفصل في الدفع بعدم الدستورية تكون بشكل علني بمقر المحكمة، وقد أضاف بأن المحكمة تولي أهمية كبيرة لهذه الآلية وتسعى للتعريف بها وتحرص على إعطاء المعلومات اللازمة على موقعها بشأن هذه الجلسات، مع جعل الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية فضاءً لتغطية نشاطاتها، وهذا يوحي بإمكانيات عرض وبت جلسات المحكمة الدستورية عندما تفصل في الدفع بعدم الدستورية، كما أن رئيس المحكمة الدستورية أكد على استمرارية نشر قرارات المحكمة الدستورية بشأن الدفع بعدم الدستورية عبر موقعها الإلكتروني وبالتحديد الفقه الدستوري².

يبدو في الأخير أن المؤسس الدستوري ينوي الاحتفاظ بنفس الإجراءات التي كانت مطبقة في ظل النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل بمداولة 12 ماي 2019، وهو ما أكدت عليها المداولة المؤرخة في 23 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 28 نوفمبر 2021 المتعلقة

¹المادة 197 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

² كلمة ألقاها رئيس المحكمة الدستورية السيد "عمر بلحاج" بمناسبة تنصيب المحكمة الدستورية، منشورة على الموقع الإلكتروني التالي:

بقواعد عمل المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية¹ حيث تضمنت العمل بالبابين الثاني و الثالث من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 7 رمضان عام 1440 الموافق ل 12 ماي 2019، المعدل والمتمم، وعلى إثر ذلك صدر أول قرار عن المحكمة الدستورية بخصوص دفع بعدم الدستورية تمت إحالته من المحكمة العليا بناء على قرار صادر في 28 مارس 2021 تحت رقم 00003 /21، والمسجل لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري بتاريخ 8 أبريل 2021، بعد أن تم تمديد آجال الفصل في ملف الدفع بعدم الدستورية لمدة 4 أشهر ابتداءً من تاريخ 9 غشت 2021 والذي تم تبليغه إلى السلطات والأطراف²، حيث صرحت المحكمة الدستورية في قرارها بدستورية الفقرة الأخيرة من المادة 24 من القانون رقم 13 - 07 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، والتي كانت محلاً للدفع بعدم دستوريته.

ومن خلال مشتملات القرار وحيثياته، يتضح أن المحكمة الدستورية قد اتبعت نفس الإجراءات المنصوص عليها في الباب الثاني و الثالث من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل والمتمم بمداولة 12 ماي 2019، بدءاً من تسجيل قرار الإحالة لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري - لأنه لم يتم تتصيب المحكمة الدستورية بعد في تلك الفترة - وإشعار كل من رئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والأطراف المعنية (الطاعن و النائب العام)، إلى غاية الوصول إلى تقرير العضو المقرر والاستماع إليه والاطلاع على الملاحظات المكتوبة للسلطات والأطراف المعنية، بالإضافة إلى ملاحظاتهم الشفوية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 28 نوفمبر 2021، إلى غاية إصدار القرار بدستورية الحكم التشريعي محل الدفع والتأكيد على إعلام السلطات المعنية به وتبليغه إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا، ناهيك عن نشره في الجريدة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، كل ذلك تم ذكره في منطوق القرار.

كل هذه الإجراءات والمراحل كان يمر بها الدفع بعدم الدستورية قبل اعتماد المحكمة الدستورية وكذا تتصيبها، وسبقي كذلك حتى بعد تتصيبها بناء على ما جاءت به مداولة 28 نوفمبر 2021 المتعلقة بقواعد عمل المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية³، وفي جميع الأحوال فإن

¹ المداولة المؤرخة في 23 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 28 نوفمبر 2021 المتعلقة بقواعد عمل المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية موجودة على مستوى الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية: <https://www.cour-constitutionnelle.dz>

² قرار المجلس الدستوري رقم 02/ق.م. د.د.ع. د/21 المؤرخ في 5 غشت 2021 المتضمن تمديد أجل الفصل في ملف الدفع إلى أربعة أشهر.

³ لمزيد من التفصيل راجع قرار المحكمة الدستورية رقم 01/ق.م. د.د.ع. د / 21 المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 28 نوفمبر 2021، موجود على موقع الإلكتروني: <https://www.cour-constitutionnelle.dz>

المجلس الدستوري الجزائري - سابقا - أو المحكمة الدستورية - حاليا - بعد الفصل في ملف الدفع بعدم الدستورية والتداول بشأنه ضمن الآجل المحددة في الدستور تصدر قرارا إما:

• بدستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي أخطرت بشأنه من قبل المحكمة العليا أو مجلس الدولة إذا تبين لها أنه لا يخالف الدستور، ويترتب على ذلك استمرار آثاره بعد صدور هذا القرار .

• وإما أن تحكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي محل الدفع بعدم الدستورية.

ثالثا: أحكام معالجة الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية في ظل القانون العضوي 22-

19

لقد عرفت المنظومة القانونية الجزائرية في أواخر سنة 2022 عدة تعديلات من بينها صدور القانون العضوي 22-19 الذي يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، ليحل محل المداولة المؤرخة في 23 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 28 نوفمبر 2021 المتعلقة بقواعد عمل المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية، والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام: هل تغيرت إجراءات فصل المحكمة الدستورية في الدفع بعدم الدستورية عن تلك التي كانت مطبقة بموجب مداولة 2021؟

لقد جاء الفصل الرابع من القانون العضوي 22-19 تحت عنوان "الأحكام المطبقة أمام المحكمة الدستورية" ليوضح إجراءات معالجة الدفع بعدم الدستورية منذ وصوله إلى المحكمة الدستورية إلى غاية الفصل فيه في المواد من 38 إلى 43 منه، وما يلاحظ على هذه المواد أنها لم تلم بكل الجوانب المتعلقة بإجراءات الفصل في الدفع بعدم الدستورية، ورغم أنه قد صدر المرسوم الرئاسي رقم 22-93 المتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المحكمة الدستورية¹ والمقرر الذي يحدد التنظيم الداخلي لهيكل المحكمة الدستورية وأجهزتها²، بالإضافة إلى النظام الداخلي للمحكمة الدستورية³، إلا أن ذلك لم يلم بكافة الجوانب المتعلقة بإجراءات الفصل في الدفع، فحتى لو تم جمع هذه القواعد مع بعض فإنها ستبقى ناقصة من عدة جوانب، بل ويمكن القول أن القانون

¹ المرسوم الرئاسي رقم 22-93 المؤرخ في 2022 يتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المحكمة الدستورية، ج. ر. ج. ع. ج. 17 ع. الصادرة في 8 مارس 2022.

² المقرر الصادر في 11 أبريل 2022 الذي يحدد التنظيم الداخلي لهيكل المحكمة الدستورية وأجهزتها، ج. ر. ج. ع. ج. 25 ع. الصادرة في 12 أبريل 2022.

³ النظام الداخلي للمحكمة الدستورية المؤرخ في 10 صفر 1444 الموافق ل 6 سبتمبر 2022، موجود على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية:

العضوي 16-18 الملغى كان أكثر تفصيلا لأنه يتعلق بإجراء الدفع بعدم الدستورية بصفة خاصة ومستقلة في حين أن القانون العضوي 19-22 حصر إجراءات وكيفيات الدفع بعدم الدستورية في باب واحد مع إهماله لعدة نقاط مهمة كان لابد من تفصيلها وتوضيحها، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

-بالنسبة لأول إجراء يتم على مستوى المحكمة الدستورية، ويتعلق الأمر بتلقي قرار الإحالة وإعلام ذوي الشأن به مرفقا بعرائض الأطراف ومذكراتهم، فلم يتغير شيء في الصياغة، فقد احتفظ المشرع في القانون العضوي رقم 19-22 بمصطلح "الإخطار مرتبًا بالإحالة" لكن الملفت للأمر أنه لم يستعمل مصطلح "الإخطار" في متن المواد واكتفى به فقط في عنوان الباب الرابع من نفس القانون¹، أما بخصوص إعلام ذوي الشأن فقد استعمل المشرع العضوي مصطلح الإعلام في حين أنه ورد بالمادة 20 من المرسوم الرئاسي رقم 93-22 المتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المحكمة الدستورية ذكر مصطلح الإشعارات والتبليغات، فهل يعني ذلك أن المشرع الجزائري سواء العادي أو الفرعي لا يفرق بين هذه المصطلحات ويعتبرانها تصب في نفس المعنى؟

وقد نصت المادة 20 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المحكمة الدستورية على أن تتولى أمانة الضبط² تسجيل الإحالات وتبليغ الإشعارات والتبليغات إلى السلطات والأطراف المعنية بالدفع بعدم الدستورية.

ضف إلى ذلك أن المشرع العضوي لم يتدارك النقطة المتعلقة بإغفال الإشارة إلى حق رئيس الجمهورية في تقديم ملاحظاته حول الدفع بعدم الدستورية، فقد أبقى على نفس الصياغة الواردة بالقانون العضوي 16-18.

-أما النقطة الثانية فتتعلق بإمكانية التدخل في الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية، فقد نصت عليه المادة 39 من القانون العضوي 19-22 مثلما كان عليه الحال في ظل القانون العضوي 16-18 ومدولة 12 ماي 2019 المعدلة للنظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

¹الباب الرابع من القانون العضوي 19-22 جاء بعنوان "إجراءات وكيفيات الإخطار عن طريق الإحالة المتبعة في مجال الدفع بعدم الدستورية".

²استعملت المادة 11 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل والمتمم بمدولة 12 ماي 2019 مصطلح "كتابة الضبط" بينما وظف المشرع مصطلح "أمانة الضبط" في المادة 20 من المرسوم الرئاسي 93-22 الذي يحدد قواعد عمل المحكمة الدستورية، فهل لهما نفس المعنى ولماذا لم يبق المشرع على مصطلح "كتابة الضبط" فهو يتماشى بشكل كبير مع الطابع القضائي للمحكمة الدستورية، في حين أن مصطلح الأمانة غالبا ما يرتبط بالطابع السياسي.

-وبخصوص إمكانية رد وتحتي أعضاء المحكمة الدستورية فلم تتم الإشارة إلى هذه الإمكانية في القانون العضوي 22-19 ولا في المرسوم الرئاسي رقم 22-93 ولا حتى في النظام الداخلي للمحكمة الدستورية، وفي هذه الحالة يمكن الرجوع إلى الأحكام العامة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية التي أحالت عليها المادة 15 من القانون العضوي 22-19، مع أنه كان من الأفضل أن ينص على تفاصيل وإجراءات رد وتحتي أعضاء المحكمة الدستورية في أحد القوانين أو الأنظمة المتعلقة بالمحكمة الدستورية.

-إن انقضاء الدعوى التي تمت بمناسبة إثارة الدفع بعدم الدستورية لا يؤثر على الفصل في الدفع بعدم الدستورية، ذلك أن الدفع بمجرد وصوله إلى المحكمة الدستورية يعتبر دعوى منفصلة موضوعها دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي محل الدفع.¹

-أما عن إجراءات سير الجلسة، فمن خلال تفحص مواد كل من القانون العضوي 22-19 والنظام الداخلي للمحكمة الدستورية والمرسوم المتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيمها والمقرر الذي يحدد التنظيم الداخلي لهياكلها، يمكن استنباط الإجراءات التالية:

تجتمع المحكمة الدستورية بطلب من رئيسها² وهو من يترأس جلساتها، وفي حالة غيابه أو حدوث مانع يتولى العضو الأكبر سناً رئاستها³، وما يلاحظ على هذه النقطة أنه تم إلغاء منصب نائب رئيس المحكمة الدستورية، كما كان معمولاً به في ظل المجلس الدستوري، ويتولى الأمين العام تحرير محاضر اجتماعات المحكمة الدستورية.

تكلف المديرية العامة للشؤون القانونية والقضاء الدستوري بتحضير ملفات الإحالة أمام المحكمة الدستورية.⁴

تتولى مديرية الدعم القانوني ومتابعة التشريع والتنظيم إنجاز الأعمال التحضيرية لاجتماعات المحكمة الدستورية⁵، في حين تتولى المديرية الفرعية للإحالات وتنظيم الدفع مهمتها بتحضير ملفات الدفع وسيرها، أما المديرية الفرعية للبحث والوثائق فتتولى إعداد الملفات الوثائقية المتعلقة بملفات الدفع.⁶

¹المادة 42 من القانون العضوي 22-19 المحدد لكيفيات وإجراءات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

²المادة 31 من النظام الداخلي للمحكمة الدستورية الجزائرية الصادر في 13 نوفمبر 2022، ج. ر. ج. ع. 75.

³المادة 29 من النظام الداخلي للمحكمة الدستورية الجزائرية الصادر في 13 نوفمبر 2022، ج. ر. ج. ع. 75.

⁴المادة 15 من المرسوم الرئاسي 22-93 الذي يحدد قواعد عمل المحكمة الدستورية.

⁵المادة 6 من مقرر 11 أبريل 2022 المتضمن التنظيم الداخلي لهياكل المحكمة الدستورية.

⁶المادة 7 و9 من مقرر 11 أبريل 2022 المتضمن التنظيم الداخلي لهياكل المحكمة الدستورية.

يتضح من مهام هذه الهياكل أن عملية فحص الدفع بعدم الدستورية على مستوى المحكمة الدستورية تتضمن تحضير ملفات الدفع وإعداد الملفات الوثائقية المتعلقة بها ثم التحضير لاجتماعات المحكمة.

ومن النقاط التي جاء بها القانون العضوي 22-19 تأكيداً على وجاهية الإجراءات¹، من خلال تمكين ممثل الحكومة والأطراف الممثلين من طرف محاميهم من تقديم ملاحظاتهم وجاهياً، وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع قد نص على الأطراف الممثلين من قبل محاميهم، فهل هذا يعني أن إمكانية تقديم الملاحظات تقتصر على الأطراف الممثلين من قبل محاميهم بمعنى أن المحامي هو الذي يحق له التحدث نيابة عن ممثله أمام المحكمة الدستورية؟ وهل يعني ذلك تهميش الأطراف الذين لم يستعينوا بمحام؟

أما عن جلسات المحكمة فهي علنية²، ماعداً في الحالات الاستثنائية التي يتولى تحديدها النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، لكن بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 22-93 المحدد لقواعد عملها يلاحظ أنه قد أهمل هذه النقطة ولم ينص على هذه الحالات الاستثنائية أو يحددها أو حتى يشر إليها.

بعد تحضير ملف الدفع والوثائق المتعلقة به والبحث فيه والاستماع إلى ملاحظات جميع السلطات والأطراف المعنية، تأتي مرحلة اتخاذ القرار، بحيث تتداول المحكمة الدستورية في جلسة مغلقة بحضور أعضائها فقط³، وفي هذه النقطة تجدر الإشارة إلى أن النظام الداخلي للمحكمة لم يحدد ما إذا كان الأمر مقتصرًا على الأعضاء الذين حضروا جلسات المحكمة كما كان معمولًا في ظل النظام الداخلي للمجلس الدستوري المعدل والمتمم⁴، أم أنه يقصد بأعضائها فقط جميع الأعضاء الإثنا عشر دون استثناء، وبما أنه لا يوجد ما يمنع حضورهم بنص صريح فإن الأمر متروك للممارسة العملية.

ولا تصح مداوات المحكمة الدستورية إلا بحضور 9 أعضاء على الأقل، بمعنى أنه يمكن أن يحضر أكثر من ذلك لكن لا معنى للمداولة التي تتم بحضور أقل من 9 أعضاء، وتتخذ المحكمة الدستورية قراراتها بشأن الدفع بعدم الدستورية بأغلبية أعضائها الحاضرين، وهي أغلبية بسيطة،

¹المادة 41 من القانون العضوي 22-19 المحدد لكيفيات وإجراءات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

²المادة 40 من القانون العضوي 22-19 المحدد لكيفيات وإجراءات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

³المادة 34 من النظام الداخلي للمحكمة الدستورية الجزائية.

⁴المادة 26 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري المعدل والمتمم بمداولة 12 ماي 2019.

وفي حالة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس، لكن السؤال الذي كان لا بد من طرحه كيف يتم ترجيح صوت الرئيس؟

إن صوت الترجيح هو صوت الرئيس حين يستعمله ليرجح به كفة على أخرى إذا تساوت الكفتان عند التصويت أو تعادلت، لكن هل يترك صوت الرئيس للأخير أم أنه يصوت مرتين؟ هناك عدة طرق: إما أن يصوت الرئيس مع الأعضاء في بداية التصويت وفي حالة تساوي الأصوات يتم احتساب صوت الرئيس مرتين، أو تفوز الكفة التي صوت معها الرئيس، أو أن يصوت الرئيس بصفته عضواً، وفي حالة تساوي الأصوات يصوت مرة أخرى بصفته مرجحاً، أو لا يصوت الرئيس في بداية التصويت وينتظر للأخير فإذا تساوت الأصوات يصوت الرئيس ليرجح كفة على أخرى، لكن هذا الخيار الأخير غير مقبول لأن الرئيس يعتبر عضواً من أعضاء المحكمة الدستورية ورأيه جد مهم، فإذا لم تتساوى الأصوات في هذه الحالة يستغنى عن صوته وهو أمر غير جائز.

وفي الأخير يوقع الرئيس وأعضاء المحكمة الدستورية الحاضرون محاضر مداولاتها¹، ويبلغ قرار المحكمة الدستورية أياً كان إلى رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والوزير الأول أو رئيس الحكومة (حسب الحالة)، كما يبلغ إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة ليقوما بتبليغ الجهة القضائية التي أثير الدفع بعدم الدستورية أمامها لتفصل في الدعوى المعروضة أمامها على أساس الحكم الصادر من المحكمة الدستورية، وينشر القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.²

كل هذه الإجراءات تتم في غضون 4 أشهر التي تلي وصول قرار الإحالة إلى المحكمة الدستورية، غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها 4 أشهر بناء على قرار مسبق من المحكمة ويبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار.³

في الأخير، يستنتج مما سبق ذكره أن القانون العضوي 22-19 والنصوص التنظيمية المتعلقة بالمحكمة الدستورية لم تفصل كثيراً في إجراءات معالجة الدفع بعدم الدستورية على مستوى المحكمة الدستورية، على خلاف القانون العضوي 18-16 والنظام الداخلي للمجلس الدستوري المعدل والمتمم بمداولة 12 ماي 2019، حيث أنها لم تتطرق إلى مضمون الإشعار الموجه إلى

¹المادة 36 من النظام الداخلي للمحكمة الدستورية الجزائرية.

²المادة 43 من القانون العضوي 22-19 المحدد لكيفيات وإجراءات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية الجزائرية.

³المادة 195 الفقرة الثانية من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

السلطات المعنية بالدفع بعدم الدستورية عند تلقي قرار الإحالة من مجلس الدولة أو المحكمة العليا، ولم تشر إلى الآجال المتعلقة بذلك، كما أنها لم تشر إلى تحديد تاريخ الجلسة ولا إلى وجوب تبليغه للأطراف والسلطات المعنية، وتعليق جدولها بمدخل قاعة الجلسات، ولا إلى نشره في الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية، وليس هناك ما يشير إلى الإجراءات المتخذة أثناء الجلسة كاستدعاء الرئيس كاتب الضبط لينادي على الأطراف وممثلي الحكومة، والعضو المقرر لتلاوة تقريره حول الدفع، والاستماع إلى الملاحظات الشفوية لممثل الحكومة ومحامي الأطراف، وفي الأخير إدراج الدفع في المداولة وتحديد تاريخ النطق بالقرار، كما أنه لا توجد مادة تحدد مضمون القرار الفاصل في الدفع، فهل كل هذا إهمال عن غير قصد، أم أنه متعمد وتبريره الإحالة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية في شأن القواعد التي لم يتم ذكرها؟

بالرجوع إلى نص المادة 18 من القانون العضوي 22-19 التي نصت على أنه: "مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون العضوي، تطبق أحكام إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية أمام الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية"، يتضح أن الأمر متعلق بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية التي أثير الدفع بعدم الدستورية، وليس أمام المحكمة الدستورية، فنية المشرع العضوي اتجهت إلى أن إجراءات الفصل في الدفع على مستوى المحكمة الدستورية تتسم بالخصوصية منها ما يتكفل المشرع العضوي بوضعها ومنها ما تتكفل بها القوانين التنظيمية للمحكمة الدستورية نفسها، لكن ذلك لم يتحقق بالشكل الذي خطط له المشرع.

هل يعني سكوت القوانين التنظيمية والقانون العضوي 22-19 المتعلق بكيفيات وإجراءات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية الإبقاء على نفس الإجراءات التي كانت سائدة بموجب النظام الداخلي للمجلس الدستوري المعدل والمتمم؟

بالرجوع إلى الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية الجزائرية نجد في تقديم المحكمة عنوانا بإجراءات العمل، من بين ما جاء في مضمونه ما يلي:

"1- في مجال رقابة الدستورية ورقابة المطابقة للدستور:

يبتدئ الإجراء برسالة إخطار توجه إلى رئيس المحكمة الدستورية من قبل السلطات الدستورية المؤهلة.

وتفتتح مرحلة التحقيق في دستورية موضوع الإخطار من عدمه، بتعيين رئيس المحكمة الدستورية مقررا من بين أعضاء المحكمة الدستورية الذي يتولى التحقيق في الملف وإعداد مشروع

قرار، تسلم نسخة منه إلى كل عضو، مرفقة بتقرير يكون قد أعدّه في الموضوع، ويخول المقرر في هذا الصدد، أن يجمع كل المعلومات والوثائق المتعلقة بالملف الموكّل إليه وأن يستشير أي خبير يختاره.

وفي ختام مرحلة التحقيق في الملف، يحدد رئيس المحكمة الدستورية تاريخ عقد الجلسة العامة، ويستدعي لها الأعضاء، وتبدي المحكمة الدستورية آراءها وتتخذ قراراتها بأغلبية أعضائها وبحضور عشرة منهم على الأقل.¹

تعلل قرارات المحكمة الدستورية وتصدر باللغة الوطنية الرسمية (العربية)،... بعد توقيعها من رئيس المحكمة الدستورية أو رئيس الجلسة، وتسجيلها من قبل الأمين العام للمحكمة الدستورية الذي يتولى إدراجها في الأرشيف والمحافظة عليها.

تبلغ آراء المحكمة الدستورية وقراراتها إلى رئيس الجمهورية وإلى السلطة صاحبة الإخطار،... كما ترسل إلى الأمين العام للحكومة لنشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية.² ما يلاحظ على هذا التقديم، فيما يخص إجراءات الرقابة الدستورية، أنه جاء عاما ولكنه نص على بعض الإجراءات المهمة كالتحقيق في ملف الإخطار بما في ذلك الدفع بعدم الدستورية وتعيين مقرر وتحديد تاريخ الجلسة بالإضافة إلى التأكيد على أن قرارات المحكمة الدستورية تصدر باللغة العربية.

بعد مرور أكثر من خمسة أشهر على صدور النظام الداخلي للمحكمة الدستورية الجزائرية، صدر في الجريدة الرسمية لسنة 2023 بعددها الرابع النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، والذي خصص بابا كاملا منه لتوضيح قواعد عمل المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية، فما هي الإضافة التي جاء بها هذا النظام؟ أو بعبارة أخرى هل يمكن اعتبار مواده تداركا للنقص الذي اعترى القانون العضوي 22-19 والمرسوم الرئاسي 22-93؟

إن أول مادة وردت بالنظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية أوضحت المقصود بقواعد عمل هذه الأخيرة، حيث عرفت أنها: "مجموع الأحكام الواجبة التطبيق من جانب المحكمة حال ممارستها كل الاختصاصات الدستورية والقانونية المنوطة بها أي كان نوعها".¹

¹المادة 32 من النظام الداخلي للمحكمة الدستورية نصت على أن مداوات المحكمة لا تصح إلا بحضور تسعة أعضاء على الأقل، في حين أن التقديم الذي ورد بشأن التعريف بالمحكمة الدستورية حددهم بعشرة على الأقل.

²تقديم المحكمة الدستورية "إجراءات العمل" موجود على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية

<https://www.cour-constitutionnelle.dz>:

أما عن إجراءات الفصل في الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية، فقد تولى الباب الثالث من النظام المحدد لقواعد عملها مهمة تفصيلها وتوضيحها على النحو التالي:

- بمجرد وصول قرار الإحالة، مرفقا بعرائض الأطراف ومذكراتهم والوثائق المدعمة، سواء كانت عادية أو تلقائية إلى المحكمة الدستورية يتم تسجيله في سجل الدفع بعدم الدستورية الممسوك لدى أمانة ضبط المحكمة الدستورية، على أن يتولى رئيس المحكمة الدستورية تحديد شكل ومضمون السجل بمقرر.

- يتم إعلام رئيس الجمهورية فوراً بقرار الإحالة، كما يتم إشعار رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول أو رئيس الحكومة - حسب الحالة - بقرار الإحالة فوراً، وما يلاحظ على هذا الإجراء أنه ورد مصطلحان للدلالة على إجراء واحد فهل يدل اختلافهما هذا على غاية محددة؟ أم أن المشرع لا يفرق بين المصطلحات؟

فقد سبق وأن أوضحنا أن الإعلام هو إخبار المعني بشيء مطلق و فقط، في حين أن الإشعار يعد أكثر صرامة وجدية وهو يعني إخبار المعني بأمر مخوف مع عدم وجود وقت كاف للتحضير له أو لتقاضيته، وهو يستخدم في كثير من الإجراءات القضائية والقانونية التي تستجوب اتخاذها وإلا ترتب عليه بطلان الإجراء.

سنفصل في هذه النقطة حسب اعتقادنا الخاص، فإذا ما ربطنا بين المادة 38 من القانون العضوي 19-22 والمادة 19 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، نلاحظ أن المشرع لم يمنح رئيس الجمهورية حق إبداء ملاحظاته حول الدفع بعدم الدستورية، فالأمر متوقف على إعلامه بأن هناك دفعا بعدم الدستورية قد وصل إلى المحكمة الدستورية باعتباره السلطة العليا في البلاد وحامي الدستور، في حين أن النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية قد نص على ضرورة إشعار باقي السلطات بقرار الإحالة مرفقا بعرائض ومذكرات الأطراف والوثائق المدعمة إن اقتضى الأمر ذلك، وتفسير ذلك أن الإشعار يرمي من ورائه إلى الحصول على ملاحظات مكتوبة من هذه السلطات خلال مدة محددة بنص المادة 20 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية²، وبدون هذه الملاحظات لا يمكن استكمال إجراءات الفصل في الدفع بعدم الدستورية التي تلي هذه المرحلة، إذًا فعدم اتخاذ هذا الإجراء يترتب عليه بطلان الإجراء اللاحق، والذي يتمثل في تبليغ الملاحظات إلى السلطات والأطراف التي يمكنها الرد عليها كتابيا في ظرف عشرة أيام من تاريخ تبليغها، على أن يكون التبليغ بجميع وسائل الاتصال بما فيها

¹المادة الأولى من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية الجزائرية الصادر في 22 جانفي 2023 بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 04.

²نصت المادة 20 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية على أنه: "على السلطات والأطراف إرسال ملاحظاتهم المكتوبة خلال عشرين يوما من تاريخ إشعارها".

التبليغ الإلكتروني، وما يؤكد كلامنا هذا هو نص المادة 40 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية الذي ورد فيه عبارة الإعلام وليس الإشعار لأن الأمر يتعلق بإخبار السلطات والأطراف المعنية بمنطوق القرار الصادر عن المحكمة الدستورية والذي يعد آخر مرحلة في الفصل في الدفع بعدم الدستورية، ولا وجود لأي إجراء بعدها، باعتبار أن هذا القرار غير قابل لأي طعن.

وفي حديثنا عن إبداء الملاحظات والمدة المحددة لذلك، فإن المادة 20 في فقرتها الثالثة قد أجازت لرئيس المحكمة الدستورية تمديد الأجل بناء على طلب السلطات المعنية أو الأطراف، فالأمر متوقف على طلب المعني بالأمر من جهة وعلى السلطة التقديرية لرئيس المحكمة من جهة أخرى، لكن لا جدال حول الملاحظات التي أرسلت بعد انقضاء الأجل المحدد لتقديمها فقد اعتبرت المادة 21 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية باطلة ومستبعدة ولا يمكن الاعتداد بها.

يتولى رئيس المحكمة الدستورية تعيين مقرر أو أكثر من بين أعضاء المحكمة من أجل تكليفه بدراسة ملف الإحالة وإعداد تقرير ومشروع قرار بشأنه، ويمكنه في سبيل ذلك جمع كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بملف الإحالة، كما يمكنه الاستعانة بأي خبير في الموضوع بعد موافقة رئيس المحكمة الدستورية.¹

-لقد أشار النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية في مادته الثانية وعشرين إلى الإحالة التلقائية للدفع في حالة عدم فصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة فيه خلال الأجل المنصوص عليها في المادة 30 من القانون العضوي 22-19، في حين أن المادة 23 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية قد أكدت على ضرورة إرسال نسخة من قرار رفض الإحالة المعلل إلى رئيس المحكمة الدستورية، كنوع من التعقيب والمراقبة على عمل المحكمة العليا ومجلس الدولة، ليتم تسجيله في سجل رفض إحالة الدفع بعدم الدستورية الذي يتولى رئيس المحكمة الدستورية تحديد شكله ومضمونه بموجب مقرر، وما تجدر الإشارة إليه أن المادة صرحت بضرورة إرسال نسخة من قرار رفض الإحالة إلى جميع أعضاء المحكمة، وهو ما سيساعدهم على التعلم أكثر حول الدفع بعدم الدستورية والبقاء على اتصال وعلم بكل ما يدور حول هذه الآلية.

-لم يتوان النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية عن التأكيد من جديد على حق أطراف جديدة في التدخل بالدفع بعدم الدستورية بموجب مذكرة مكتوبة ومعللة إلى رئيس المحكمة وذلك قبل وضع الدفع في المداولة.²

-لقد تدارك النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية إهمال المشرع العضوي الإشارة إلى رد وتنحي أعضاء المحكمة الدستورية، وذلك بتخصيصه المادة 25 منه لحالة طلب التنحي الصادر من أحد

¹المادة 44 و45 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية.
²المادة 24 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية.

الأعضاء، بينما جاءت المادة 26 منه لتوضح إجراء طلب رد عضو من المحكمة الدستورية بناء على طلب من أحد أطراف الدفع بعدم الدستورية، حيث أكدت على ضرورة جدية الطلب وتعليه وتقديمه قبل وضع الدفع في المداولة.

-بعد الانتهاء من دراسة ملف الدفع يأمر رئيس المحكمة الدستورية بجدولته ويحدد تاريخ الجلسة، وفي حالة ما إذا سجلت المحكمة الدستورية أكثر من قرار إحالة حول نفس الحكم التشريعي أو التنظيمي يأمر رئيس المحكمة بجدولتها بالجلسة ذاتها للنظر في الدفع الأول، ويمكن للمحكمة أن تأمر بضمها لتصدر قرارا واحدا بشأنها جميعاً¹، ولابد من تبليغ تاريخ الجلسة إلى السلطات والأطراف المعنية، ويتم تعليق الجدول بمدخل قاعة الجلسات، وينشر في الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية.

-يتمتع رئيس المحكمة الدستورية بالسلطة الكاملة لإدارة النقاش وضبط الجلسة وتسييرها وفرض الاحترام والوقار لهيئة المحكمة وله أن يتخذ الإجراءات التي يراها مناسبة في هذا الخصوص²، وفي حالة ما إذا ارتكبت جريمة من جرائم القانون العام أثناء سير الجلسة يأمر الرئيس أمين الضبط بتحرير محضر عنها في الحال ليتم إرساله فوراً إلى النائب العام المختص إقليمياً، وهو ما نصت عليه المادة 35 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة، لكن ماذا يقصد المشرع بجرائم القانون العام؟

من المعلوم أن هناك أنواعاً مختلفة للجرائم حسب طبيعتها، فهناك العسكرية والسياسية والإرهابية وجرائم القانون العام، هذه الأخيرة د يعني بها النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية جرائم الحق العام التي تستهدف الاعتداء على الممتلكات الخاصة والعامة أو الأشخاص، وهي الأفعال المجرمة بموجب التشريعات القانونية -قانون العقوبات- كالسرقة والعنف دون أن يكون الهدف منها ترهيب الناس ونشر الخوف أو التآمر على أمن الدولة.

-فيما يخص إجراءات سير الجلسة، فقد نصت المادة 30 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية على أن يتولى رئيس المحكمة الدستورية افتتاح الجلسة، ودعوة أمين الضبط لينادي على الأطراف وممثل الحكومة، والتأكد من حضور محامي الأطراف، وتدوين كل ما دار بالجلسة في سجل الجلسات، كما يتولى رئيس المحكمة الدستورية دعوة المقرر لتلاوة تقريره حول الدفع بعدم الدستورية، ويطلب من الأطراف أو محاميهم -إذا كانوا ممثلين بواسطة محام- إبداء ملاحظاتهم الشفوية، ثم يطلب من ممثل الحكومة تقديم ملاحظاته وهو ما يبرز الطابع الوجيه لإجراءات الفصل في الدفع على مستوى المحكمة الدستورية، وقد اشترطت المادة 30 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية أن تقدم الملاحظات أثناء الجلسة باللغة العربية، أما عن جديد هذه المادة فهو تحديدها لمدة إبداء

¹الفقرة 2 من المادة 27 والفقرة الأولى من المادة 35 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية.

تجدر الإشارة إلى أن عبارة "يمكن" الواردة بالفقرة الأولى من المادة 35 تفيد الاختيار أي أن المحكمة الدستورية تملك السلطة التقديرية في هذا الشأن فلها أن تضمها أو أن تفصل في كل منها بقرار منفصل عن الأخرى.

²المادة 29 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية.

الملاحظات الشفوية التي يجب ألا تتجاوز 15 دقيقة، وهي مدة معقولة في حدود المتوسطة تسمح بتقديم كل ما هو مهم ونافع لفائدة ملف الدفع بعدم الدستورية، وحسنا فعل المشرع بتحديد المدة بدقة حتى تكون كل الإجراءات واضحة ولا يستغرق إجراء واحد كل الوقت.

-بالنسبة لعلمية الجلسات فقد نصت عليها سلفا المادة 40 من القانون العضوي 22_19 حتى أن النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية قد نص في مادته 34 على أن يتم تسجيل وبث الجلسات عبر وسائل البث السمعي البصري والتغطية الإعلامية له وهو ما يساعد على انتشار ثقافة الدفع بعدم الدستورية، مع إمكانية عقد جلسة سرية في الحالات التي ينص عليها النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، وبالرجوع إلى هذا الأخير نجده قد ربطها في المادة 28 منه بالمسائل التي تمس بالنظام العام أو الآداب العامة، تماما كما كان عليه الحال في ظل المجلس الدستوري دون تحديد دقيق للأمور التي يمكن أن تمس بالنظام العام أو الآداب العامة والتي يبقى أمر تقديرها مرهونا بيد رئيس المحكمة الدستورية، على أن سرية الجلسة قد تكون بناء على طلب من أحد الأطراف أو بشكل تلقائي من طرف رئيس المحكمة الدستورية ذاته.

-بعد الانتهاء من الجلسة يوضع ملف الدفع في المداولة ويوقع رئيس الجلسة و أمين الضبط على سجل الجلسات، مع تحديد تاريخ للنطق بالقرار، ما يلاحظ على هذه النقطة أنه استبدلت عبارة "رئيس المحكمة الدستورية" بعبارة "رئيس الجلسة"، وتفسير ذلك يوضحه ما ورد بالمادة 29 من النظام الداخلي للمحكمة الدستورية حيث نصت على أنه في حالة غياب رئيس المحكمة الدستورية أو حصول مانع له يتولى العضو الأكبر سنا رئاسة اجتماعات ومداولات و جلسات المحكمة، والمادة 46 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية التي نصت على أنه يمكن لرئيس المحكمة الدستورية أن يفوض أحد الأعضاء لرئاسة الجلسة، وفي حالة حدوث مانع له يرأسها العضو الأكبر سنا، إذاً ففي حالة وجود رئيس المحكمة وتفويضه بنفسه مهمة رئاسة الجلسة له حرية اختيار أي عضو يراه مناسبا، أما في حالة حدوث مانع له وغيابه فيتولى المهمة العضو الأكبر سنا حتى لا يقع خلاف ونزاع بين بقية الأعضاء حول من يتولى رئاسة الجلسات والمداولات من بعده، ويؤدي ذلك إلى عرقلة السير الحسن لعمل المحكمة الدستورية خاصة أنها تضطلع بمهمة حساسة تُعنى بحماية الدستور.

-يتولى الأمين العام تحرير محاضر اجتماعات المحكمة الدستورية ويوقع عليها الأعضاء الحاضرون وكاتب الجلسة، ولا يطلع عليها إلا أعضاء المحكمة الدستورية.

-أما عن المداولة، فتكون مغلقة ولا يشارك فيها إلا الأعضاء الذين حضروا الجلسة وهو أمر بديهي لأنهم على علم بمعطيات ومجريات الدفع وبحضورهم الجلسة يكونون قد كونوا فكرة مبدئية عن القرار الواجب اتخاذه بشأنه، ولا تصح المداولات إلا بحضور تسعة من أعضاء المحكمة الدستورية على الأقل،

وتتخذ هذه الأخيرة قراراتها بشأن الدفع بعدم الدستورية بأغلبية أعضائها الحاضرين على أن يكون صوت الرئيس مرجحا في حالة تساوي عدد الأصوات.¹

-وأخيرا وليس آخرا تأتي مرحلة إصدار القرار بشأن الدفع بعدم الدستورية، وقد ذكرت المادة 36 في فقرتها الثانية أنه في حالة إثارة دفع أخرى موضوعها يتمحور حول نفس الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي سبق وصول قرار الإحالة بشأنه إلى المحكمة الدستورية وتم إدراجه في جدول الجلسات، فإن المحكمة تصدر قرارا بسبق الفصل في الدفع.

-يتضمن قرار المحكمة الدستورية حول الدفع، الذي يجب إصداره باللغة العربية، أسماء الأطراف وممثليهم، وتأثيرات النصوص التي استندت إليها المحكمة، والملاحظات المقدمة إليها حول الحكم التشريعي أو التنظيمي، موضوع الدفع، وتسبب القرار² ومنطوقه الذي يتم التصريح به في جلسة علنية بحضور أعضاء المحكمة الدستورية الذين تداولوا في الدفع، كما يتضمن القرار أسماءهم وألقابهم وتوقيعاتهم، وكذا اسم ولقب العضو المقرر، ويتم تسجيل القرار في سجل قرارات الدفع بعدم الدستورية الممسوك لدى أمانة الضبط، والذي يحدد شكله ومضمونه رئيس المحكمة الدستورية بموجب مقرر.³

-بعد إصدار القرار والنطق به، يتم إعلام رئيس الجمهورية والرئيس الأول للمحكمة العليا أو الرئيس الأول لمجلس الدولة به فورا، ثم يتم تبليغه إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الحكومة أو الوزير الأول حسب الحالة، وإلى الرئيس الأول للمحكمة العليا أو الرئيس الأول لمجلس الدولة خلال أجل أقصاه ثمانية أيام وهو ما نصت عليه المادة 40 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، لكن لماذا نصت نفس المادة على إعلام رئيس الجمهورية والرئيس الأول للمحكمة العليا أو الرئيس الأول لمجلس الدولة فورا بمنطوق القرار ثم تبليغهم بالقرار بعد ذلك؟

الإعلام هو وسيلة مبدئية لإخبار المعنيين بالقرار الذي صدر خاصة أن المحكمة العليا ومجلس الدولة المسؤولان عن إحالة الدفع على المحكمة الدستورية، يقع عليهما واجب إبلاغ المحكمة التي أثير الدفع بعدم الدستورية أمامها بقرار المحكمة الدستورية في أقرب الآجال لأن هناك قضية يتوقف الفصل فيها على ذلك القرار أيا كان مضمونه في حالة تأجيل مؤقت، لذلك يجب الإعلام مبدئيا بالقرار للاستعداد وتسريع الإجراءات ريثما يصلهما القرار بطريقة رسمية عن طريق التبليغ الرسمي الذي يعتبر إجراء قانونيا ذو طبيعة قضائية يصدر في شكلية معينة ورسمية تضمن وصول القرار بشكل رسمي فعلى الرغم من أن نشر القرار في الجريدة الرسمية يعد كافيا لإلزاميته والاحتجاج به إلا أن طبيعة الدفع

¹المادة 47 و48 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية.

²نصت المادة 53 من المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية على أن تغل آراء وقرارات المحكمة الدستورية، بما فيها القرار الفاصل في موضوع الدفع بعدم الدستورية.

³المادة 38 و39 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية.

بعدم الدستورية الذي يهدف بالدرجة الأولى إلى حماية الحقوق والحريات الأساسية وارتباطه بدعوى قائمة أمام القضاء يتوقف الفصل فيها على الفصل في دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي محل الدفع، تجعل من التبليغ الفردي للجهات المعنية أمراً واجباً وحتماً، فقد يتأخر نشر القرار في الجريدة الرسمية وهو ما يؤدي إلى تأخر الفصل في الدعوى الموضوعية القائمة.¹

كذلك الأمر بالنسبة لرئيس الجمهورية فهو الرئيس الأعلى في البلاد وحامي الدستور ولا بد له أن يكون أول السلطات دراية بقرارات المحكمة الدستورية خاصة المتعلقة بالرقابة على دستورية القانون وفرض سمو الدستور وعلوه، لذلك يتم إعلامه فوراً بوصول قرار الإحالة على المحكمة الدستورية ثم إعلامه بقرارها أيضاً فور صدوره ناهيك عن تبليغه به لاحقاً بطريقة رسمية.

-يرسل القرار الصادر عن المحكمة الدستورية في شأن الدفع بعدم الدستورية إلى الأمانة العامة للحكومة لتتولى نشره في الجريدة الرسمية، ويجب أن يراعى في نشره كتابة الأحرف الأولى من ألقاب وأسماء الأطراف.²

-في حالة وجود أخطاء مادية في القرار الصادر عن المحكمة الدستورية في شأن الدفع بعدم الدستورية، يمكنها تصحيحها تلقائياً أو بناء على طلب أحد الأطراف أو السلطات المذكورة بالمادة 19 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية.

يبدو في الأخير أن إجراءات الفصل في الدفع بعدم الدستورية على مستوى المحكمة الدستورية بموجب النظام المحدد لقواعد عملها الصادر في 22 جانفي 2023 لم تتغير عما كانت عليه في ظل المجلس الدستوري، وهو أمر مقبول لأن النظام المحدد لقواعد عمل هذا الأخير كانت ذات طبيعة قضائية أكثر منها سياسية، وما يلاحظ على النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية أنه أضاف بعض النقاط التفصيلية مثل تحديد مدة إلقاء الملاحظات الشفوية بـ15 دقيقة، وتحديد الآجال المتعلقة بإرسال السلطات والأطراف المعنية لملاحظاتهم المكتوبة والرد عليها، ولكنه في المقابل لم يتدارك ما أغفله المشرع العضوي سابقاً والنظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، فعلى سبيل المثال عدم تمكين رئيس الجمهورية من تقديم ملاحظاته كتابياً حول الدفع بعدم الدستورية على الرغم من إعلامه بقرار الإحالة فور تلقيه من طرف المحكمة الدستورية، رغم أن المجلس الدستوري سابقاً قد تحفظ على هذه النقطة أثناء مراقبته لمطابقة القانون العضوي 18-16 مع الدستور³، لكن المشرع العضوي حتى بعد كل التعديلات التي طرأت بعد ذلك مازال مصرّاً على ارتكاب نفس الهفوة، ونفس الأمر يتعلق بإغفال الإشارة

¹ كمثل على ذلك القرارين الصادرين عن المحكمة الدستورية في 26 أكتوبر 2022 لم ينشرا في الجريدة الرسمية إلا بعد مرور أكثر من شهرين على صدورهما وبالضبط في العدد السادس الصادر بتاريخ 31 جانفي 2023.

² المادة 54 والمادة 41 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية.

³ رأي المجلس الدستوري رقم 03/ر.ق. ع/م. د 18/ المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي 18-16 للدستور، مرجع سابق، ص. 7، 8.

إلى تبليغ الأطراف المتدخلة بتاريخ الجلسة، فالمادة 27 من النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية لم تشر إليهم وإنما اكتفت بالإحالة على الأطراف المذكورة بالمادة 19 من النظام، وهو ما حدث أيضا في ظل النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

وعلى العموم تبدو الإجراءات واضحة أكثر بعد صدور النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، ولا يمكن في النهاية أن يصدر القانون كاملا متكاملًا فهو في الأخير يعتبر عمل إنسان، والممارسة العملية له كفيلة بإظهار نقائصه وتداركها مستقبلا.

الباب الثاني

دور آلية الدفع في حماية الحقوق والحريات
الأساسية والتوفيق بين رجعية الحكم بعدم
الدستورية ومبدأ الأمن القانوني

إن حقوق الإنسان وحرياته الأساسية كانت وما زالت وستبقى جديرة بالبحث فيها في كل زمان ومكان، ودراستها ستبقى الشغل الشاغل للعديد من الباحثين بهدف التوصل إلى السبل الكفيلة بحمايتها وصونها وعدم انتهاكها¹، وقد ازداد الاهتمام بموضوع الحقوق والحريات بعدما انضمت غالبية دول العالم المعاصر إلى الإعلانات والمواثيق الدولية الخاصة بها بداية بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، ثم عمدت بعد ذلك إلى تضمينها في دساتيرها للوفاء بالتزاماتها الدولية سواء في مقدماتها أو في متنها.²

كما أن نظام دولة الحق والقانون يفترض ضرورة الاعتراف بحقوق الأفراد وحرياتهم وحمايتهم، فهذه الأخيرة تعتبر بمثابة قيد يقع على سلطان الدولة ويجب عليها أن تعمل على احترامه لا على تجاوزه³، والدولة التي لا تعترف بهذه الحقوق والحريات والتي لا تعمل على ضمانها لا يمكن وصفها بدولة الحق والقانون، وهو ما أكدته إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي سنة 1789 حيث جاء في مضمونه أن كل دولة لا تفصل بين السلطات ولا تضمن حقوق الأفراد لا دستور لها، وبمفهوم المخالفة إذا لم يوجد دستور فلا وجود لدولة قانونية أصلاً.⁴

إن هذا الاعتراف بالحقوق والحريات الذي ناضلت من أجله الشعوب على مر العصور يبدأ من أعلى وأسمى وثيقة في هرم تدرج قوانين الدولة⁵، ألا وهو الدستور، وذلك من خلال ما يعرف "بدسترة الحقوق والحريات"، وقد سارعت غالبية الدول إلى تخصيص جزء من دساتيرها لإقرار حقوق الأفراد وحرياتهم والتأكيد عليها، والتي من بينها الجزائر وكذلك فرنسا والمغرب وتونس ومصر، بالإضافة إلى دستور الو.م.أ العريق، إلا أن النص على هذه الحقوق والحريات والإعلان الرسمي عنها لا يشكل بالضرورة الوجود الفعلي لها، ولا يعني بالضرورة تمتع الأفراد بها ما لم يتحقق ذلك على أرض الواقع، فالحقوق - بهذه الصفة - سوف تبقى رهينة الوثيقة الدستورية يعلم الأفراد بوجودها ولكن لا يحسون بقيمتها، لذلك كان لزاماً على المؤسس الدستوري أن يوجد

¹ - محمد بن محمد، حماية المجلس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، ماجستير في القانون العام، تخصص حقوق الإنسان والحريات العامة، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، 2014/2015، ص 01.

² - كيلالي زهرة، دور المشرع العادي في تفعيل الحقوق والحريات الدستورية، معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي، ع5، غليزان، ديسمبر 2015، ص 199.

³ - يقول الأستاذ "محمد عصفور" بأن الحرية تمثل قيوداً على السلطة، بحيث "تتسع رقعتها بانكماش رقعة سلطان الحكم لذلك كان لزاماً توفير التوازن بينهما وكفالة الطرف الأضعف وتوفير الضمانات له.

محمد عصفور، ميثاق حقوق الإنسان العربي ضرورة قومية ومصيرية (الديمقراطية وحقوق الإنسان في الوطن العربي)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت 1983، ص 241.

⁴ - أحمد مفيد، مرجع سابق، ص 58.

⁵ شعشوع قويدر، الضمانات الدستورية للحقوق الاقتصادية في التعديل الدستوري الجزائري 2016، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، ع 5، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الوتريسي، تيسمسيلت، جوان 2018، ص 157.

مجموعة من الحلول ليكفل ممارستها، ولأجل ذلك عمل المؤسس الدستوري على إشراك كافة السلطات والهيئات الدستورية سواء التشريعية أو التنفيذية وحتى القضائية بفرض كفالة حمايتها وممارستها دون الاعتداء عليها¹، وقد سعت الدول إلى رسم الحدود التي يجب أن تحيا فيها الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، ومن جهة أخرى رسم الحدود التي يجب على السلطات ذات الصلة ألا تتخطاها خاصة السلطة التشريعية التي عادة ما يحيل الدستور إليها مهمة تنظيم الحرية أو الحق الذي أقره، وكذا السلطة التنفيذية التي تشكل أكبر خطر على حقوق وحريات الأفراد الأساسية إذا لم يتم ضبطها بمعايير وقيود وشروط تحدّ من استبدادها واعتدائها².

مما لا شكّ فيه أنّ غالبية الدول اتفقت على أن تحديد مضامين الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور منوط بالمشرع، وهو ما نص عليه الدستور الجزائري المعدل والمتمم وفق آخر تعديل له تيمناً بنظيره الفرنسي، وكذا الدستور المغربي والتونسي والمؤسس الدستوري المصري أيضاً، حيث أنيطت مهمة تنظيم مسألة الحقوق والحريات حصراً بالسلطة التشريعية، وقد أكدت دساتير هذه الدول في عدة مواد منها على ذلك من خلال عبارات تدل على أنّ الحقوق والحريات التي لم يُفصّل الدستور مسألة تنظيمها تعود للمشرع³.

ومن بين هذه العبارات ما جاء في دستور الجزائر وفق تعديل 2016: عبارة "محددة بقانون" في المادة 33 منه، وعبارة "يحدّد قانون عضوي كليات تطبيق هذه المادة" في المادة 35 منه، وعبارة "يقمعه القانون"، و"في ظل احترام القانون"، "في إطار القانون"، "يحميها القانون"، وعبارة

¹ بودة محمد، مرجع سابق، ص 78.

² بدير يحيى، بن مشيه ضياء دنيا زاد، سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات بين التقييد والتقدير، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، ع 3، جامعة زيان عاشور، الجلفة، سبتمبر 2018، ص 266.

³ المادة 140 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2016 والمادة 139 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

المادة 34 من الدستور الفرنسي المعدل في 2008 التي تنص على أنه: "يحدّد القانون القواعد المتعلقة بما يلي: ... الحقوق المدنية والضمانات الأساسية التي يتمتع بها المواطنون لممارسة الحريات العامة، والحرية التعددية واستقلالية وسائل الإعلام والالتزامات التي يتم فرضها لأغراض الدفاع الوطني على المواطنين".

الفصل 71 من الدستور المغربي لسنة 2011 الذي ينص على أنه: "يختص القانون بالتشريع في الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في التصدير وفي فصول أخرى من هذا الدستور".

الفصل 49 من دستور تونس المعدل والمتمم الذي ينص على أنه: "يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية، وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها".

والفصل 65 من دستور تونس لسنة 2014 الذي ينص على أنه: "تتخذ شكل قوانين أساسية النصوص المتعلقة بالمسائل التالية: ... الحريات وحقوق الإنسان".

كذلك أنظر المواد 54، 55، 56، 67، 60، 62 من الدستور المصري المعدل والمتمم وفق تعديل 23 أبريل 2019، والتي أحالت مسألة تنظيم الحقوق والحريات إلى المشرع من خلال استخدامها بعض العبارات مثل: ينظم القانون أحكام الحبس الاحتياطي، وفقاً للقانون، ينظم القانون، التي يُبينها القانون، على النحو الذي ينظمه القانون، الأحوال المدنية في القانون.

"يعاقب القانون"، "إلا بمقتضى قانون" ... إلى غير ذلك من العبارات التي تدل على أنّ الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور تُنظم بقانون ما لم يفصل فيها الدستور نفسه.¹

لكن المشكلة التي يطرحها موضوع الحقوق والحريات الأساسية لا تقتصر على مسألة الاعتراف بها من عدمه، بل إنّها تتعلّق أساساً بمسألة تنظيم ممارستها وحمايتها وإحاطتها بالضمانات القانونية² من طرف المشرع الذي يتولى تنفيذ هذا الإقرار الدستوري، إلى جانب السلطة التنفيذية التي تُعنى بتحقيق أغراض الضبط الإداري، وتفرض قيوداً على الأفراد لممارسة حرياتهم من أجل تحقيق النظام العام³، خاصة عندما تتمتع السلطة التشريعية والتنظيمية بسلطة تقديرية عند تنظيمها لموضوع يتعلق بممارسة الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، فعادة ما تؤديّ بهما إلى مخالفة القواعد الدستورية سواء عن عمد أو بغير قصد، كأن يضيق المشرع من نطاق حق أو حرية أو ينقص منها بغير وجه حق أو يكون تنظيمه قاصراً، كما قد يجعل ممارسة الحق أو الحرية أمراً شاقاً على المواطنين، وقد يصل الأمر إلى حرمان الفرد من حق أو حرية يكفلها له الدستور، ولأجل ذلك وُجدت آليات تمنع ذلك، وتأتي في مقدمتها الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع التي تبناها كل من المؤسس الدستوري الفرنسي والمغربي والتونسي وتبعهم في ذلك المؤسس الجزائري بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، دون أن ننسى المؤسس المصري الذي كان سابقاً في اعتماد نظام الدفع بعدم الدستورية منذ دستور 1971، حيث يُعتبر هذا الإجراء بمثابة خطوة إضافية في مجال تعزيز حقوق الإنسان وحياته الأساسية وتعميق الترابط بين مختلف جهات السلطة القضائية.

¹ المواد 40، 42، 43، 44، 46، 47 من دستور الجزائر المعدل في 2016. بالإضافة إلى دستور الجزائر، نجد دستور المغرب لسنة 2011 الذي استعمل جملة من العبارات التي تحيل إلى المشرع سلطة تنظيم الحقوق والحريات من بينها:

- يحمي القانون هذا الحق في الفصل 20 من دستور المغرب لسنة 2011.
 - "طبقاً للإجراءات التي ينص عليها القانون"، "طبقاً للقانون"، "يعاقب القانون" في الفصل 23.
 - "إلا لمقتضى قانون" في الفصل 27.
 - "عدا ما ينص عليه القانون صراحة"، "يحدد القانون قواعد تنظيم" في الفصل 28.
 - "يحدّد القانون شروط ممارسة هذه الحريات" في الفصل 29...
 - كذلك الأمر بالنسبة للدستور التونسي لسنة 2014 المعدل والمتمم، ومثال ذلك:
 - عبارة "يضبطها القانون" في الفصل 22 منه.
 - عبارة "مضمون طبق ما يقتضيه القانون" في الفصل 26.
 - عبارة "إلا بمقتضى نص قانوني" في الفصل 28.
 - عبارة "إلا في الحالات والضمانات التي يضبطها القانون" في الفصل 41.
- ² شباب برزوق، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012، ص 1.
- ³ حافظي سعاد، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية والدولية بين النص والواقع، مرجع سابق، ص.ص 549، 550.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة هو: إلى أي مدى تساهم آلية الدفع بعدم للدستورية في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية؟

ومن جهة أخرى، فإن إرساء الرقابة البعدية على دستورية القوانين عن طريق الدفع قد يُثير إشكالية أثر القرارات الصادرة بعدم الدستورية، فالقواعد التشريعية أو التنظيمية غير الدستورية ينبغي أن تُستبعد من المنظومة القانونية، ومن حيث المبدأ فإن متطلبات الشرعية الدستورية وانتظام المعايير تدفع إلى محو كل آثار القاعدة المقرر عدم دستورتها مهما رتبت من نتائج على أرض الواقع، لكن رؤية المسألة من منظور الأمن القانوني يتطلب بالضرورة إعدام أثر القاعدة المصرح بعدم دستورتها بالنسبة للمستقبل فقط، وذلك منذ النطق بعدم دستورتها طبقاً للأثر المباشر لقرارات وأحكام القضاء الدستوري (مجلس دستوري كان أم محكمة دستورية)، لأن أعمال مبدأ الأثر الرجعي في هذه الحالة من شأنه أن يثير صعوبة نسبية في مصير الآثار التي تكون قد نتجت في الماضي¹، وبالتالي سيؤدي إلى زعزعة استقرار مبدأ الأمن القانوني.²

لكن عدم أعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي يمسّ بحقوق وحريات صاحب الدفع، سيؤدي إلى ضياع حقوق مقدم الدفع، وبالتالي إهدارها. إذن ما فائدة إثارة دفع بعدم الدستورية لا يمكن الاستفادة من آثار الحكم فيه بعدم الدستورية؟

ولأجل ذلك، فعلى الرغم من اختلاف القضاء الدستوري لدى الدول التي تأخذ بالرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع في تقرير الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية على القانون المخالف للدستور، فيما إذا كان هذا الأثر رجعياً أم مباشراً، مطلقاً أم مقيداً، وما لذلك من تأثير على الحقوق والمراكز القانونية التي اكتسبها الأفراد في فترة نفاذ النص المحكوم بعدم دستوريته، إلا أنها اتفقت على إيجاد نوع من الموازنة بين أثر الحكم بعدم الدستورية ومبدأ الأمن القانوني³، فكيف تمّ ذلك؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك؟ أو بعبارة أخرى ما هو الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي دُفع بعدم دستورية لانتهاكه حقاً أو حرية يكفلها

¹ رمضان فاطمة الزهراء، إشكالية الاختيار بين الأثر المباشر والرجعي لقرارات المجلس الدستوري الجزائري الصادرة في إطار المادة 2/191 من دستور 2016، مرجع سابق، ص 11.

² إن فكرة الأمن القانوني وفكرة دولة الحق والقانون جدّ متقاربين، ويفسر هذا التقارب بالرابطة القوية الموجودة بين مفهومي الأمن (Sécurité) والقانون (Loi)، فدولة الحق والقانون كما يدل عليها اصطلاحها هي الدولة التي تخضع للقانون، ويتكون هذا المعنى من الأوجه التالية: خضوع الإدارة والقضاء للقواعد القانونية بالمفهوم الواسع، ومحمية القانون التي تمنع على السلطة التنفيذية التصرف دون الاستناد إلى قاعدة تشريعية مسبقة، ومبدأ تفعيل الحقوق والحريات الأساسية، والأمن القانوني بما يحتويه من مقتضيات وأسس يقوم عليها.

لمزيد من التفصيل راجع: دويني مختار، مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه، مجلة الدراسات الحقوقية، ع 5، طباعة مكتبة الرشاد، الجزائر، سيدي بلعباس، جوان 2016، ص 24، 25.

³ شورش حسن عمر، لطيف مصطفى أمين، الموازنة بين أثر الحكم بعدم الدستورية والحقوق المكتسبة (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 3، ع 1، 2020، ص.ص 404، 405.

الدستور الجزائري، سواء في ظل نظام المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية حالياً؟ وكيف وازن المشرع الجزائري بين ذلك وبين استقرار مبدأ الأمن القانوني بالمقارنة مع نظيره الفرنسي والمغربي والتونسي والمصري على سبيل المثال؟

للإجابة على هذه الإشكاليات، ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين، سنحاول في الفصل الأول إبراز مدى مساهمة الدفع بعدم الدستورية في تطهير النظام القانوني من النصوص الماسة بالحقوق والحريات الأساسية، بينما خصصنا الفصل الثاني لمعالجة إشكالية الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية ومبدأ الأمن القانوني.

الفصل الأول:

مدى مساهمة آلية الدفع بعدم الدستورية
في تنقية النظام القانوني من النصوص
الماسية بالحقوق والحريات الأساسية

ما من شك أن تنظيم الحياة في الدولة يقتضي وجود مجموعة من القواعد القانونية المدرجة أو المرتبة حيث يعلو بعضها على بعض فلا يستطيع الأدنى مخالفة الأعلى منه¹، إعمالاً لمبدأ سمو الدستور الذي يعتبر في حد ذاته ضماناً لإقرار دولة الحق والقانون التي تسعى للحفاظ على الحقوق والحريات، حيث نجد أن جميع الوثائق الدستورية الحديثة والمعاصرة في مختلف الأنظمة السياسية سواء كانت ديمقراطية أو غير ديمقراطية تخصص أبواباً أو فصولاً لموضوع الحقوق والحريات تحت مسميات مختلفة²، ونظراً للمكانة الرفيعة والسامية التي تحتلها الدساتير في كل الدول، فإن إيراد الحقوق والحريات ضمن نصوصها يمنحها قيمة الوثيقة الدستورية التي تضمنتها، مما سيلزم السلطات العامة باحترامها وعدم مخالفتها³، إلا أن مجرد ذكر الحقوق والحريات في متن الدستور لا يعدّ كافياً لحمايتها، فذلك لا يضمن تمتع الأفراد بها ومباشرتها دون أن تحاط بالضمانات اللازمة لحمايتها، وستبقى مجرد نصوص لا قيمة لها.⁴

لقد أثبتت التجارب أن الضمانات الداخلية وعلى رأسها الرقابة على دستورية القوانين أكثر فاعلية لضمان سمو الدستور واحترام القواعد الدستورية المقررة للحقوق والحريات، إلا أنها لم تكن متاحة للجميع، حيث كانت معهودة لفئة محددة على سبيل الحصر في الدستور، وبعبارة أدق كانت حكراً للطبقة السياسية، مستبعدة بذلك حق الأفراد فيها عن طريق الدفع في حالة خرق لحقوقهم أمام القضاء، ومع تزايد الاهتمام بحقوق الإنسان وحرياته ظهرت الحاجة إلى تبني آلية أكثر فاعلية تكون متاحة للأفراد كذلك، وهو ما درج عليه المؤسس الجزائري منذ تعديل 2016 استثناساً بالتجربة الفرنسية التي أثبتت نجاحها منذ 2009، حيث أدرج آلية الدفع بعدم الدستورية ضمن المنظومة القانونية، كما فعل نظيره المغربي والتونسي.

ولا يمكن إنكار دور المجلس الدستوري قبل تعديل 2016 في حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية من خلال اجتهاداته القضائية، وهذه الآلية ما هي إلا خطوة إضافية تعزز هذا الدور خاصة مع تنصيب محكمة دستورية بدل المجلس الدستوري كهيئة رقابة دستورية ذات طبيعة قضائية مستقلة.

¹ عتوتة سميرة، دوار جميلة، المستجد في مجال آلية تحريك الرقابة على دستورية القوانين على ضوء الإصلاحات الدستورية الجزائرية لسنة 2020، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 8، ع 2، جامعة خنشلة، 2021، ص 438.

² مثال ذلك: دستور دولة قطر أوردها تحت عنوان "الحقوق والحريات العامة"، أما دستور جمهورية العراق المؤقت لسنة 1970 فقد أوردها تحت مسمى "الحقوق والواجبات الأساسية"، في حين أن دستور البحرين لسنة 1973 المعدل وضعها تحت عنوان "المقومات الأساسية للمجتمع"، ودستور الإمارات العربية المتحدة أسماها بـ "الحريات والحقوق والواجبات العامة".

أنظر: مروان محمد محروس المدرس، اختصاص المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 14، ع 2، ديسمبر 2017، ص 350.

³ ثروت عبد العال أحمد، الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 45 وما بعدها.

⁴ سعاد الشراوي، النظم السياسية في العالم المعاصر تحديات وتحولات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 348.

والسؤال الذي سنحاول معالجته في هذا الفصل هو كيف ستساهم آلية الدفع بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات الأساسية؟ وما هي الإضافة التي ستقدمها المحكمة الدستورية الجزائرية في هذا الميدان بالمقارنة مع بعض الدول التي سبقتها في ذلك أمثال مصر والمغرب وتونس؟

ومن أجل الوصول إلى هذه الغاية تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول بعنوان "الحقوق والحريات الأساسية بين الدسترة والتفعيل القانوني" ، أما المبحث الثاني سيخصص للجانب التطبيقي لآلية الدفع بعدم الدستورية في مجال الحقوق والحريات الأساسية ودورها في حمايتها.

المبحث الأول: الحقوق والحريات الأساسية بين الدسترة والتفعيل القانوني

إن فكرة الدساتير تعد أرقى ما وصل إليه الفكر الإنساني في تنظيم شؤون الحياة بصفة عامة والسياسة بصفة خاصة، ولأن حقوق الإنسان وحرياته تعد أعلى القيم المرتبطة بشخصه والأساس الذي تقوم عليه كافة القيم الأخرى، فمن المنطقي أن يتولى الدستور تنظيمها، وهو ما عملت به كل النظم السياسية سواءً في دول الديمقراطية الغربية، أو حتى في دول الفكر الجماعي الاشتراكي والشيوعي، بل إن المكانة الرفيعة للحقوق والحريات دفعت بعدد من الدول الديمقراطية إلى إصدارها في صورة إعلانات دستورية، وبهذا يكون الإقرار الدستوري لها ضماناً حقيقياً في سبيل حمايتها. إن إشكالية هذه الجزئية تتعلق بما مدى إطلاق سلطة المشرع في تنظيمه للحقوق والحريات الأساسية؟ أو بعبارة أوضح ما هي حدود اختصاصه في مجال تنظيمها؟

وفي سبيل الإجابة على هذا الطرح ارتأينا أنه من الضروري تناول هذا الإقرار الدستوري للحقوق والحريات بشيء من التفصيل من خلال دراسة الأساليب المستخدمة لإقرارها وتنظيمها وموقف المؤسس الجزائري منها وذلك في المطلب الأول، إلا أنّ مجرد الإعلان عن الحقوق والحريات ضمن الوثيقة الدستورية لا يرقى إلى مفهوم ضمانها، فالدساتير لا تعد مقررّة لها وإنما هي كاشفة عن وجودها، ذلك أن موضوع إقرارها ظهر مع وجود الإنسان والشرائع السماوية، لذلك كان لزاماً على المؤسس الدستوري البحث عن طرق يستطيع من خلالها تحقيق هذه الحقوق والحريات على أرض الواقع وضمان ممارستها من خلال إسناد مهمة تنظيمها إلى ممثلي الشعب باعتبار ذلك أنجح وسيلة لتكريسها، وبذلك ظهر دور البرلمان في تفعيل هذه الحقوق والحريات عن طريق قوانين، وهو ما سيتم التطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تدوين الحقوق والحريات وتنظيمها في المجال الدستوري

إن أفضل ضمانة لحماية الحقوق والحريات هي الدستور نفسه، باعتباره الوثيقة الدستورية الرسمية المتضمنة في نصوصها أسماء الحقوق والحريات والمؤصلة لها، والمتضمنة القواعد الكفيلة بتطبيقها وتنظيمها دستورياً¹، ومن المعلوم أن مسيرة الحقوق والحريات لم تبدأ أو تنطلق من الدساتير مباشرة بل انتهت إليها بعد درب طويل وشاق قطعته هذه الحقوق والحريات حتى وصلت إلى مرحلة دسترتها وتدوينها.²

¹ سعوداوي صديق، الحق في الدستور، مجلة صوت القانون، ع 1، أبريل 2014، ص 148.

² يقصد بالتدوين الدستوري أن يتم تسجيل وكتابة الحقوق والحريات في وثيقة مكتوبة، أما دسترة الحقوق والحريات فهي أن يتم الربط بين هذه الحقوق والحريات وبين الدستور مع غياب أحد أركان الاعتراف الدستوري المتجسدة في التدوين والتنظيم والحماية، كأن تُدون الحقوق دون أن تنظم أو أن يُحال أمر تنظيمها لجهة معينة أو تُدون وتنظم دون أن تتوفر وسائل حماية لهذه الحقوق.

أشارت إلى ذلك: فاديا إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 113، 126.

وقبل التطرق إلى أساليب تقرير هذه الحقوق والحريات وتدوينها، لابد من الوقوف على أسباب نشوء ظاهرة دسترة الحقوق والحريات باختصار والنتائج المترتبة عنها.

الفرع الأول: ظاهرة دسترة الحقوق والحريات، أسبابها ونتائجها

نكون أمام ظاهرة دسترة الحقوق والحريات عندما يكون تدوينها في الدستور هو الغاية وليس الوسيلة لتحقيق أكبر قدر من الحماية لها، وقد تصاعدت موجة الدسترة إلى أن وصلت مسألة إدخال الحقوق والحريات في الدستور لا تعد وأن تكون مجرد عملية تجميلية يخضع لها الدستور حتى يبدو أكثر جمالا ويظهر صوريا بأنه يجسد دستورا لدولة ديمقراطية تحترم الحقوق والحريات. وقد نشأت هذه الظاهرة نتيجة تراكمات فكرية وسياسية واجتماعية، فما هي أسباب ظهورها؟ وما هي النتائج المترتبة عليها؟

أولا: أسباب نشوء ظاهرة دسترة الحقوق والحريات

من بين الأسباب التي أدت إلى نشوء ظاهرة دسترة الحقوق والحريات ما يلي:

1- فقدان الثقة بالقانون كوسيلة لضمان حقوق الأفراد

لقد مُنح القانون ثقة كبيرة باعتباره المعبر عن إرادة الشعب، لذلك أوكلت له مهمة حماية الحقوق والحريات، إلا أن هذه الثقة بدأت بالزوال شيئا فشيئا بسبب إساءة استعمال هذه السلطة من طرف البرلمان، وتجنبنا لخطورة هذا الانحراف التشريعي ظهرت الحاجة إلى تقييد البرلمان بنصوص أعلى مرتبة من القانون خاصة فيما يتعلق بالحقوق والحريات، ليتحول الدستور من مجرد ناظم للعلاقة بين السلطات العامة إلى ضامن للحقوق والحريات.¹

2- ظاهرة عولمة الحقوق والحريات

لقد ساهمت هذه الظاهرة في تبلور فكرة دسترة الحقوق والحريات، فهذه الأخيرة لم تعد مسألة داخلية خالصة للدول وإنما غدت مجالا مشتركا بين الداخلي والخارجي (الدولي)، فقد حظيت مسألة الحقوق والحريات باهتمام دولي منقطع النظير وتجسد ذلك من خلال الإعلانات العالمية والمعاهدات الدولية وحتى الإقليمية، والتي من شأنها أن تفرض على الدول الأطراف فيها التزامات لصالح حماية الحقوق والحريات، هذه الالتزامات وإن تم الاختلاف حول مدى إلزاميتها، إلا أنها وضعت الدول التي لم تنص على الحقوق والحريات في دساتيرها بموقف حرج، وحتى تظهر في المجتمع الدولي على أنها تحترم حقوق الإنسان والمواطن سارعت إلى النص على هذه الحقوق والحريات في دساتيرها.²

¹ فاديا إبراهيم جاسم، المرجع نفسه، ص.ص 125، 126.

² - فاديا إبراهيم جاسم، المرجع نفسه، ص.ص 127، 128.

3-زيادة الوعي الشعبي

مع مطلع القرن العشرين تزايد الوعي الشعبي وتزايد معه الضغط على الحكومات لتضمين هذه الحقوق في دساتيرها، وقد وصل الأمر إلى ذروته عندما تجسد في صورة ثورات شعبية تنادي بتدوين هذه الحقوق والحريات في دساتيرها أو في وثيقة تُعطى لها أهمية ومرتبة عليا في الدولة، ومن أجل امتصاص هذا الضغط والغضب الشعبي سارعت الدول إلى تدوين الحقوق والحريات في دساتيرها.¹

ثانيا: النتائج المترتبة على ظاهرة دسترة الحقوق والواجبات

بعد أن تم الربط بين الحقوق والحريات وبين الدساتير وإدخالها في مواد الدساتير، وتغير هذه الأخيرة من مجرد ناظم للعلاقة بين السلطات العامة إلى ضامن للحقوق والحريات، ما هي النتائج التي حققتها هذه الظاهرة للحقوق والحريات؟

من بين النتائج الإيجابية التي حققتها هذه الظاهرة: الارتقاء بالقيمة القانونية للحقوق والحريات، حيث أصبحت لها قيمة النصوص الدستورية التي تعلو على جميع القواعد الأخرى في الدولة، مما يجعل سبيل الاعتداء عليها أكثر صعوبة ومشقة.

كما أن دسترة الحقوق والحريات من شأنها أن تؤمن لها من العلنية والوضوح، بحيث تسمح للرأي العام بالاطلاع عليها حتى يتمكن الفرد من معرفة حقوقه، كما أن ذلك يجعل أمر تعديلها أمرا واضحا يتم تحت أنظار الشعب وبعلمه وبالتالي يمكنه تفعيل الرقابة الشعبية عليها.

ضف إلى ذلك أن دسترة الحقوق والحريات تُعطي فكرة عن مدى القبول أو الرفض الرسمي لهذه الحقوق من قبل الدولة.

لكن إذا كان لظاهرة دسترة الحقوق هذه النتائج الإيجابية، فإن ذلك لا ينفى وجود أية نتائج سلبية لها، والسبب في ذلك يرجع إلى الفهم الخاطئ للغاية المبتغاة من مسألة إدخال الحقوق والحريات في صلب الدستور، ومن بين هذه النتائج السلبية:

1- التضخم في مفهوم الحقوق والحريات: بحيث أن المؤسس الدستوري يتجه إلى الاهتمام بالكَمِّ بدلا من الاهتمام بالكيف، وبتعبير آخر يكثر عدد الحقوق والحريات في الدستور لكن دون الالتفات إلى أمر تنظيمها وحمايتها وإحالة الأمر على القانون.

2- استخدام الدسترة كوسيلة لإبراء ذمة المؤسس الدستوري: حتى يتجنب المؤسس الدستوري الحرج أمام الرأي العام والمجتمع الدولي يقوم بإدراج الحقوق والحريات حتى يُبرئ ذمته، دون أن ينظم هذه الحقوق أو يوفر لها الحماية اللازمة.

¹ - فاديا إبراهيم جاسم، المرجع نفسه، ص 128.

3- إخماد وامتصاص غضب الشعب والثورات الشعبية: من خلال إدراج الحقوق والحريات في الدستور وسردها فقط، لتبقى مجرد حبر على ورق.

بالإضافة إلى استخدام ظاهرة دسترة الحقوق والحريات للتعطية على النظام الدكتاتوري وإضفاء الشرعية على تلك الأنظمة، وهو الأسلوب الذي انتهجته العديد من الدول لتظهر بمظهر دولة الحق والقانون.¹

الفرع الثاني: أساليب تدوين وإقرار الحقوق والحريات في الدستور

لقد اختلفت الدول بشأن الأسلوب المعتمد لإقرار الحقوق والحريات دستوريا، ويعود السبب في ذلك إلى اختلاف نظرة الشعوب لها وإلى قيمتها الدستورية والقانونية، فقد يأتي التنصيص عليها في صورة إعلانات للحقوق، وقد تحتويها مقدمات الدساتير ووثائق إعلانها أو ديباجتها، وقد يأتي إقرارها في صلب الوثيقة الدستورية.

أولا: الإشارة إلى الحقوق والحريات في ديباجة الدستور

تتضمن الدساتير في بدايتها مقدمات تختلف مضامينها من دولة لأخرى ومن دستور لآخر، وذلك تبعا لاختلاف واقع وظروف كل دولة واختلاف المواضيع المهمة بالنسبة لها، وعموما تحتوي مقدمة الدستور على المبادئ الأساسية من الناحية السياسية والقانونية والاجتماعية، إذ تشير إلى فلسفة النظام السياسي وشكل وأسلوب نظام الحكم، وأهدافه الحالية والمستقبلية ومبادئ المجتمع الأساسية والتأكيد على وحدة الدولة شعبا وإقليما، كما قد تتضمن ديباجة الدستور سردا لتاريخ البلاد ونضال شعبه²، وقد تخصص المقدمة لتضمينها حقوق وحريات الأفراد مثل الدستور الإيطالي لسنة 1947 (المواد من 1 إلى 54)، وقد تتضمن جملا تحمل في معانيها تقديما لحرية الفرد والشعب والإنسان مثل: دستور سوريا³، ومقدمة الدستور الجزائري المعدل والمتمم، وتصدير الدستور المغربي لسنة 2011، بالإضافة إلى توطئة الدستور التونسي لسنة 2014 وديباجة دستور فرنسا لعام 1946.

وتجدر الإشارة إلى أن فقه القانون الدستوري قد اختلف في تحديد القيمة القانونية لديباجة الدستور، فمنهم من أعطى لها قيمة أعلى من القواعد الدستورية أمثال الفقيه "دوجي" و"موريس هوريو"، ومنهم من اعتبر أن لها قيمة قانونية مساوية ومعادلة لقيمة النصوص الدستورية باعتبارها

¹فاديا إبراهيم جاسم، المرجع نفسه، ص 130-132.

² مثل ديباجة من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020، خاصة الفقرات من 3 إلى 10 وديباجة دستور مصر المعدل في 2019.

³دستور الجمهورية العربية السورية المعدل في فبراير 2012، موجود على الموقع الإلكتروني:

<https://www.constituteproject.org>

تم الاطلاع عليه يوم 2023/01/16 على الساعة 11:25.

تعبّر عن إرادة السلطة التأسيسية، وهي جزء لا يتجزأ من الدستور¹، أما الاتجاه الثالث فيرى أن لها قيمة أدنى من نصوص الدستور، في حين ذهب أنصار المدرسة الشكلية أمثال "LAFERRIERE" إلى أنها تكتسب قيمة معنوية ورمزية فقط، فهي ليست قواعد قانونية منشئة لمراكز قانونية.²

أما عن موقف الدساتير نفسها من القيمة القانونية للديباجة، فقد نصت بعض الدساتير صراحة ضمن موادها على أن ديباجة الدستور جزء لا يتجزأ منه، مثل الدستور الجزائري المعدل والمتمم في 2020 والدستور التونسي في الفصل 145 منه، والفقرة 5 والأخيرة من ديباجة دستور المملكة المغربية لسنة 2011، وكذا المادة 227 من دستور الجمهورية المصرية، أما الدستور الفرنسي لم يتضمن هذا الاعتراف القانوني الصريح ولكن المجلس الدستوري الفرنسي حسم هذا الخلاف في قراره الصادر في 16 / 07 / 1971 عندما ما قضى بعدم دستورية القانون المعروض عليه لمخالفته لمقتضيات حرية تكوين الجمعيات التي نصت عليها مقدمة دستور 1946 والتي أشارت إليها ديباجة دستور 1958، ليؤكد بقراره على أن ديباجة الدستور الفرنسي جزء لا يتجزأ من الدستور ذاته.³

ثانياً: التنصيص على الحقوق والحريات في متن الدستور

يرى "مازن ليلو" أن إيراد الحقوق والحريات في متن الدستور يضفي عليها نوعاً من القدسية والاحترام، ويمنحها قيمة قانونية تسمو على غيرها من القواعد القانونية الأخرى، وأفضل طريقة لضمان الحقوق والحريات المعلن عنها هو إدراجها في الدستور باعتباره غير قابل للتقليص أو التغيير عن طريق الإجراء التشريعي العادي.⁴

وفي هذه الحالة يخصص الدستور فصلاً أو باباً معنياً تدون فيه الحقوق والحريات التي يكرسها وهو الاتجاه الغالب، وقد أخذ به المؤسس السوري حيث خصص الفصل 4 من الباب 1 من الدستور للحقوق والحريات، كذلك المؤسس المغربي في دستور 2011 والتونسي في الباب 2 من دستور 2014، كما أن المؤسس الدستوري الجزائري قد أخذ بهذا الأسلوب في كل الدساتير

1- من أنصار هذا الاتجاه "أندري هوريو" و"موريس دي فرجي".

2- لمزيد من التفصيل حول القيمة القانونية لمقدمة الدستور راجع: بلطرش مياسة، ديباجة الدستور في القانون الدستوري المقارن ووفقاً للتعديل الدستوري الجزائري لعام 2016، م.ج.ع.ق.إق.س، م 55، ع 3، سبتمبر 2018، ص 19، 20، 21.

3- بلطرش مياسة، المرجع نفسه، ص 23؛ فاديا إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 115.

4- مازن ليو راضي، أدهم عبد الهادي، حيدر، بحث عن مدخل حقوق الإنسان، موجود على الموقع الإلكتروني:

<https://saudi-lawyers.net>

تم الاطلاع عليه يوم 2023/01/16 على الساعة 12:20.

مازن ليو، ضوابط إجراءات الإدارة الماسة بالحقوق والحريات، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول الحقوق والحريات جامعة الوادي، يومي 28 و 29 أبريل 2010؛ أشار إليه: بورزوق شباب، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012/2011، ص 113.

التي عرفتها الجزائر إلى آخر تعديل لسنة 2020، حيث نص على الحقوق والحريات مباشرة في متن الدستور وقام بالتفصيل فيها وذكر أنواعها وأصنافها، وخصص لها فصولا بأكملها، ففي دستور 1963 عالج الفصل المسمى "الحقوق الأساسية" موضوع الحقوق والحريات من المادة 12 إلى 22، أما دستور 1976 فقد تناول موضوع الحقوق والحريات في الفصل الرابع من الباب الأول منه المعنون ب "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن" في المواد من 39 إلى 73، وقد ارتفع عدد المواد التي تتناول مسألة الحقوق والحريات من 11 مادة إلى 35 مادة، وما يلاحظ على النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات في دستور 1976 أنها جاءت معقبة بعبارة "في نطاق أو في إطار القانون" وهذا قد يؤدي إلى تقييد ممارستها، كما أن هذه المواد تأثرت بالبعد الإيديولوجي الاشتراكي الذي كان سائدا آنذاك.

أما عن دستور 1989 فقد جاء نتيجة تحوّل جذري في النظام السياسي الجزائري الذي تحوّل إلى الليبرالية، وقد انعكس ذلك على مضمون الحريات بسبب التعددية الحزبية والملكية الفردية وحرية الصحافة...، وقد تم النص على الحريات في الفصل الرابع من الباب الأول تحدد عنوان "الحقوق والحريات" وتمتد من المادة 28 إلى المادة 56 (بالضبط 29 مادة)، حيث تقلص عدد المواد مقارنة بدستور 1976 ويرجع ذلك إلى استبعاد المؤسس الدستوري بعض المواد المتأثرة بالصيغة الاشتراكية مثل المادة 42 و55، 59، 61، 67، 73، أما عن تعديل 1996 فقد بقيت الحقوق والحريات ضمن الفصل الرابع من الباب الأول تحت نفس التسمية "الحقوق والحريات" وتمتد من المادة 29 إلى 59 (حوالي 31 مادة) مع بعض الإضافات مثل: حرمة الإنسان وعدم المساس بكرامته، وحق إنشاء الأحزاب السياسية بدل الجمعيات ذات الطابع السياسي¹، حرية ممارسة التجارة والصناعة في المادة 37.²

أما عن التعديل الدستوري لسنة 2016، فقد نص على الحقوق والحريات أيضا في الفصل الرابع من الباب الأول بعنوان "الحقوق والحريات" في المواد من 32 إلى 73، مع بعض المواد الجديدة مثل التنصيص الدستوري على الحق في بيئة سلمية (المادة 68) باعتباره أحد حقوق الجيل الثالث، وحق الأشخاص المعوزين في المساعدة القضائية (المادة 57)، حرية الصحافة وعدم تقييدها بأي شكل من أشكال الرقابة القبلية (المادة 50)، الحق في الثقافة (المادة 45)

¹ - المادة 1/42 من الدستور المعدل سنة 1996.

² - من الدول التي أخذت بأسلوب الإقرار والتنصيص على الحقوق والحريات في صلب الدستور أيضا: إيطاليا (المواد من 13 إلى 42 من دستور 1947 /12 /27)، وألمانيا الفيدرالية (المادة 10 إلى المادة 15 من القانون الأساسي ليون 1949 /05 /23)، وفي الو.م. أ أضيفت الحقوق في دستور 1787 وهي التعديلات العشر الأولى. للمزيد من التفصيل راجع: تدمرتازا عمر، مرجع سابق، ص 11، 12، 13، 14.

وغيرها من الإضافات، وأخيرا جاء التعديل الدستوري لسنة 2020 ليخصص بابا بأكمله للحقوق والحريات والواجبات، وأدرج الحقوق والحريات في الفصل الأول منه بعنوان "الحقوق الأساسية والحريات العامة" (المواد من 34 إلى 77) مضيفا عدة نقاط وكان أكثر تفصيلا فيما يخص بعض الحقوق والحريات، وما يلاحظ على هذا التعديل الأخير أن المؤسس الدستوري الجزائري قد حاول قدر الإمكان إدراج جميع أنواع وأصناف الحقوق والحريات من الجيل الأول إلى الجيل الثالث.

إلا أن اعتماد أسلوب تخصيص فصل كامل أو باب للحقوق والحريات لا يمنع من وجود حقوق أخرى وحريات في فصول أخرى، فمثلا على الرغم من أن الدستور السوري قد خصص فصلا للحقوق والحريات إلا أنه أقر بحقوق أخرى في فصول وأبواب وأخرى، من ذلك إقراره بحماية الملكية الفكرية في الفصل المخصص للمبادئ التعليمية والثقافية في الفقرة الثانية من المادة 24، وحق الإرث وحماية الملكية في الفصل المخصص للمبادئ الاقتصادية، وأقر حق حرية الانتخاب في المادة 57 من الفصل الأول من الباب الثاني المخصص لتنظيم السلطة التشريعية¹، كذلك فعل المؤسس الدستوري الجزائري وفق آخر تعديل دستوري لسنة 2020 عندما نص على حرية الرأي والتعبير والاجتماع للمعارضة البرلمانية في المادة 116 من الفصل الثالث المخصص للبرلمان، ونص على الحق في التقاضي في المادة 165 من الفصل الرابع المتعلق بالقضاء، والحق في الدفاع في المادة 175.

وقد تلجأ بعض الدساتير إلى إقرار الحقوق والحريات في موادها ومنتها دون أن تخصص لها فصلا أو بابا كما فعل المؤسس الدستوري المغربي في دستور 1996 في المواد من 8 إلى 14.

ثالثا: تدوين الحقوق والحريات في وثيقة مستقلة

لقد حظيت الحقوق والحريات في ظل القانون الدستوري التقليدي بأهمية بالغة وخاصة عن طريق وسيلة إعلانات الحقوق، والتي كانت تحتل مكان الصدارة في الدساتير المكتوبة، بحيث لا يشترط حتى يكون الإقرار دستوريا أن ترد الحقوق والحريات في الوثيقة الدستورية ذاتها فقد ترد في وثائق مستقلة تملك القيمة القانونية التي تتمتع بها الوثيقة الدستورية، وتتجسد هذه الوثائق في إعلانات محلية مثل إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789، ووثيقة الحقوق بأمريكا، وقد تكون في شكل وثائق دولية مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، أو معاهدات دولية.

¹ - فاديا إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 116.

وتبدو فائدة إعلانات الحقوق من الناحية الرسمية في أنّ المشرع العادي يلتزم بها التزاماً أساسياً، بحيث لا يستطيع أن يصدر قانوناً يمثل اعتداءً على حقوق الأفراد وحرّياتهم أو يعرضها للخطر، هذه الإعلانات تشكل القاعدة الأساسية التي تسيّر عليها الدولة التي تنتهج المذهب الفردي.

وقد كانت القيمة القانونية لإعلانات الحقوق والحريات محل نقاش في ظل الجمهورية الفرنسية الثالثة حيث ظهرت ثلاث نظريات، تنادي الأولى¹ بأن إعلانات الحقوق تكتسي قيمة قانونية تفوق الدستور، بحيث تأتي إعلانات الحقوق في مقدمة الهرم القانوني وتليها القوانين الدستورية ثم العادية. أما النظرية الثانية² فتري أنه ليس لهذه الإعلانات سوى بعد أخلاقي وفلسفي، فهي مجرد مبادئ فلسفية مجردة تماماً من كل قيمة قانونية، أما النظرية الثالثة³ فقد جاءت للتوسط بين النظريتين السابقتين، ويرى أصحابها بأنه لا يجوز تجريد إعلانات الحقوق والحريات من كل قيمة قانونية، إلا أنهم اختلفوا حول مكانتها ضمن هرم التدرج القانوني، ليعتبرها مجلس الدولة الفرنسي في قرار "ROUBEAU" الصادر بتاريخ 9 / 5 / 1913، وفي قضية "GUIEYSSE" بتاريخ 4 / 2 / 1934⁴ من المبادئ العامة للقانون التي يلزم المشرع والإدارة.

إذن لقد استعمل دستور فرنسا هذه الطريقة في إقرار الحقوق والحريات من خلال إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789.⁵

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن الدول التي ليس لها دستور مكتوب ليست بالضرورة دولة تتجاهل الحقوق والحريات، وخير دليل على ذلك المثال الإنجليزي، فقد سعى المشرع البريطاني إلى تصنيف الحريات العامة في قانون خاص بها من ذلك وثيقة العهد الأعظم لسنة 1215، وملتمس الحقوق في 1628 وقانون الحقوق في 1689، وقانون التسوية في 1701 وإعلان الحقوق في 1774.

الفرع الثالث: تنظيم الحقوق والحريات في المجال الدستوري

تشكل هذه النقطة حلقة مهمة من عملية الدسترة والإقرار الدستوري للحقوق والحريات ككل وخاصة في الوثائق الدستورية، ومن خلال البحث في النصوص الدستورية وكتابات الفقهاء في

¹يمثل هذا الاتجاه في الفقه الفرنسي العميد "ليون ديغي".

²يمثل هذا الاتجاه في الفقه الفرنسي الفقهاء "كاري دي مالبيريج" و"أزمان" و"لافير".

³من بين فقهاء هذا الاتجاه "جيز" و"أندريه هوريو" و"موريس هوريو" من الفقه الفرنسي، والدكتور مصطفى أبو زيد فهمي من الفقه العربي.

لمزيد من التفصيل راجع: حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، سلطة الضبط الإداري في الظروف العادية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 182-186.

⁴ - Jaques ROBERT, Jean DUFFAR, Droits de l'homme et libertés fondamentales, 6^{ème} éd, édit Montchrestien EJA, Paris, 1996, P. 103.

⁵ - لمزيد من التفصيل راجع: فاديا إبراهيم جاسم، مرجع سابق، 116؛ تدمرتازا عمر، مرجع سابق، ص 14، 15، 16، 17.

شأن تنظيم الحقوق والحريات، يتضح أن تناول الدساتير لهذه المسألة كان ضمن خطين أساسيين لضمان الحقوق والحريات: نصوص مانعة وأخرى مقررة وضامنة لها.

وقبل التطرق إلى ذلك، تجدر الإشارة إلى أن مسألة تنظيم الحقوق والحريات في متن الدستور تحكمها ضوابط وأسس فهي ليست بمسألة اعتباطية، من بين هذه المعايير: تحقيق التوازن بين الحقوق المتعارضة للأفراد من خلال مبدأ المساواة والمبدأ القائل بأن «حرية الفرد تقف عند حدود حرية الآخرين»، كذلك لا بد من تحقيق التوازن بين الحقوق والحريات ومصصلحة الدولة على أن تكون الدولة هي الحامي للحقوق والحريات وليس الطرف المعتدي، ضف إلى ذلك يجب مراعاة التسلسلية في الإقرار بالحقوق والحريات على الرغم من أن هذا المعيار محل جدل خاصة أن الحقوق والحريات تمتاز بالترابط، ومن بين المعايير التي يجب مراعاتها أيضا مراعاة الوضع الاجتماعي السائد في الدولة باعتبار الدستور هو المعبر والمجسد للنظام الاجتماعي المرغوب به من قبل الأفراد فلا يمكن للدستور أن ينظم الحقوق الاقتصادية على أساس المذهب الفردي في دولة ناضل شعبها من أجل الوصول إلى الاشتراكية.

لكن على الرغم من اختلاف الدساتير في أسلوب تنظيمها للحقوق والحريات، إلا أنه توجد فيما بينها قواسم مشتركة يتصف بها تنظيمها والتي من بينها:

- عمومية النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات، فأغلب الدساتير تستخدم ألفاظ وعبارات عامة غير محددة عند تنظيمها للحقوق والحريات من أجل الإلمام بأكبر عدد ممكن منها.
- الانتقاء والاقتضاب: تلجأ أغلب الدساتير إلى أسلوب الانتقاء فتنتقي من الحقوق أهمها وترسخها بجمل عامة مقتضبة وبالتالي لا تحظى جميع الحقوق والحريات المقررة في الدستور بالدرجة نفسها من التنظيم.

- الإحالات الكثيرة للقانون: يُفترض من حيث المبدأ أن تتولى الدساتير نفسها مهمة تنظيم جميع الحقوق التي تعترف بها، لكن هذا التنظيم يتطلب تفصيلا وإسهابا وهو ما لا يتماشى مع طبيعة الدستور بكونه يضع المبادئ والأهداف الأساسية للدولة، لذلك غالبا ما تلجأ الدساتير إلى إحالة تنظيم هذه الحقوق إلى القانون كما فعل المؤسس الدستوري الفرنسي والتونسي والمغربي والمصري والسوري، وحتى الجزائري الذي اعتمد كثيرا على الإحالات على القانون في مجال تنظيم الحقوق والحريات وهو ما يفرغها من معناها، فرغم أنه منصوص عليها في الدستور القانون الأسمى للدولة، إلا أن التشريع العادي هو الذي يحدّد فحواها وكيفية تطبيقها وممارستها، فمن بين

43 مادة نجد أكثر من النصف منها تُحيل إلى القانون، هذه القوانين التي تتدخل السلطة التنفيذية في إقرارها وإصدارها فضلا عن سلطة رئيس الجمهورية المتمثلة بآلية التشريع بأوامر.¹ أما عن أنواع التنظيم الدستوري للحقوق والحريات، فيظهر أن هناك فئتين من النصوص التي تنظم موضوع الحقوق والحريات في متن الدستور، وهي كالتالي:

أولاً: نصوص مانعة أو محرمة

وهي فئة الحقوق والحريات الغير قابلة للتنظيم التشريعي، وهي التي ينظمها الدستور ذاته تنظيمًا نهائيًا يمنع معها على المشرع أن يصدر بشأنها أي تنظيم أو تقييد كونها تتميز بالطبيعة المطلقة، ويمكن تمييز هذه الحقوق عندما ترد في النصوص الدستورية دون اقترانها بعبارة "في حدود القانون" أو "وفقا للقانون"، أو طبقا للقانون أو يضمنها القانون أو "لا يمكن تقييدها إلا بقانون"، أو غيرها من العبارات التي يفهم منها الإحالة للقانون، وإن كانت السلطة التشريعية صاحبة التمثيل الشعبي والمعبرة عن إرادته لا يمكنها تنظيم هذه الفئة، فلا يجوز من باب أولى أن تُنظّم بقرار إداري، فالدستور فصل في هذه الحقوق نظرا لأهميتها البالغة معتبرا إياها ركيزة الحقوق الأخرى، ومن أمثلة هذه الفئة من الحقوق في نصوص الدستور السوري: المصادرة العامة في الأموال ممنوعة، وعدم جواز إبعاد المواطن عن أرض الوطن، وعدم جواز تسليم اللاجئين السياسيين بسبب مبادئهم السياسية أو دفاعهم عن الحرية، حرية الاعتقاد واحترام جميع الأديان، وعدم جواز تعذيب أحد جسديا أو معنويا²، ومن أمثلة هذه الحقوق التي لا تقبل تنظيمها أو تقييدها تشريعيا أو لمقتضيات النظام العام في الدستور العراقي لسنة 2005: المساواة وعدم التمييز، حرية الإنسان وكرامته مصونة، عدم جواز توقيف أحد أو التحقيق معه إلا بموجب قرار قضائي وتحريم كل أنواع التعذيب والمعاملة اللاإنسانية³، أما في الدستور المصري فمن أمثلة هذه الحقوق والحريات: المساواة في الحقوق والواجبات العامة، والمصادرة العامة للأموال محظورة، ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي، الكرامة حق كل إنسان ولا يجوز المساس بها، والتعذيب بجميع صورة وأشكاله جريمة لا تسقط بالتقادم، وكل من يقبض عليه أو بحبس أو تقييد حرية تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامته، وحرية الاعتقاد مطلقة⁴، وفي المقابل لا يخلو الدستور الجزائري المعدل والمتمم في 2020 من هذه الفئة من الحقوق مثل المساواة وعدم التمييز لأي سبب كان في

¹ بن سعيد صبرينة، قراءة في أثر التعديلات الدستورية الجزائرية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، ع 2، 2016، ص.ص 229، 230؛ فاديا إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص 117-122.

² المواد 15/2، 33/1، 34، 35، 28/3 من الدستور السوري على التوالي.

³ المادة 14، 37/1، من الدستور العراقي لسنة 2005.

⁴ المواد 53، 40، 51، 52، 55، 64 على التوالي من دستور جمهورية مصر العربية المعدل والمتمم في 2019.

المادة 37 منه، لا مساس بالحق في حماية الحياة الخاصة وشرف كل شخص وسرية مراسلاته واتصالاته الخاصة إلا بأمر معل من السلطة القضائية، ولكل مواطن الحق في الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه ولا يمكن تقييد حقه إلا لمدة محددة وبموجب قرار معل من السلطة القضائية¹، ولعل أهم ما يميز هذه الأحكام هي أنها عادة ما تكون قليلة من حيث عددها في الوثيقة الدستورية، كما أنها عادة ما تعبر عن مجموعة من القيم الدينية أو الأخلاقية أو الاجتماعية التي تحكم المجتمع، ومثالها في الدستور الجزائري وحدة التراب الوطني والإسلام دين الدولة والسلطة التأسيسية ملك الشعب وحده يمارسها عن طريق الاستفتاء أو ممثليه، وبالتالي إذا ما قام المشرع بشن قانون ما على خلاف ما ورد في الدستور وتدخل في تنظيم حق أو حرية ليست له سلطة عليها ولو كان تدخله بحجة النظام العام، يعتبر عمله غير دستوري يُوجب إلغاءه من خلال الرقابة الدستورية.

ثانيا: نصوص مقررة وضامنة للحقوق والحريات

وهي طائفة الحقوق والحريات القابلة للتنظيم التشريعي بعد إحالة الدستور أمر تنظيمها إلى المشرع، إذ يجب على هذا الأخير أن يعمل على إقامة ذلك التنظيم على ضوء أحكام النصوص الدستورية التي تضمنت تلك الحقوق والحريات، هذه النصوص تتميز بكونها غير نافذة بذاتها بحيث تحتاج إلى التدخل المباشر للمشرع لتفعيلها، كما أنها تتعلق بموضوعات محجوزة للمشرع ولا يجوز تنظيمها بغير أداة القانون أي التشريع فبدون تدخله يحدث ما يسمى "بالفراغ التشريعي" وتتدخل حقوق وحريات الأفراد، وهذا السكوت عن تنظيمها من قبل المشرع يعتبر مخالفة لأحكام الدستور المتعلقة وتوزيع الاختصاص الدستوري والذي ينجر عنه ما يسمى بالإغفال التشريعي². هذا النوع من النصوص يتميز باقترانه بعبارات تدل على الإحالة على القانون، وهي الأكثر عددا في معظم الدساتير بما فيها الدستور الجزائري، وهي بدورها تنقسم إلى فئتين:

1- فئة الحقوق والحريات القابلة للتنظيم التشريعي لكن مع ضوابط وقيود دستورية واضحة

في هذه الحالة يقرر الدستور الحق أو الحرية ويضع ضوابط يتوجب على المشرع الالتزام بها عند تنظيمه للحق أو الحرية، فهذه الحقوق وإن لم يحسم الدستور تنظيمها نهائيا وأفسح المجال للمشرع للتدخل فيها إلا أنه أثر عدم تركها لسلطة المشرع التقديرية الكاملة وربطها بقيود، ومن أمثلة هذا النوع: نزع الملكية الخاصة لا يكون إلا بتعويض عادل ومنصف وفي إطار القانون

¹المواد 47، 49 من الدستور الجزائري من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

²عزاوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، دراسة مقارنة في تحديد مجال كل من القانون واللائحة، ج1، دار الغرب للنشر والتوزيع، 2009، ص.ص 179، 180.

(المادة 60 من الدستور الجزائري المعدل في 2020)، والمادة 57 منه التي تنص على حق إنشاء الأحزاب السياسية والتي أحالت أمر تنظيمه إلى قانون عضوي مع قيد عدم تضمنه أحكاما من شأنها المساس بحرية إنشاء الأحزاب السياسية، إذن في هذه الفئة من النصوص تكون صلاحيات المشرع أكثر ضيقا والجدير بالذكر أن الحقوق والحريات في هذه الحالة تكون مضمونة بشكل أكبر عندما يقيد الدستور حرية المشرع ولا يترك الأمر كله لسلطته التقديرية.¹

2-فئة الحقوق والحريات القابلة للتنظيم التشريعي دون قيود دستورية

في هذه الحالة الدستور يقر الحقوق والحريات ويحيل أمر تنظيمها للقانون دون ضوابط تذكر، ومن ثم فإن المشرع سيتولى تنظيمها بالطريقة التي يريدها لكن دون أن يخالف مواد الدستور ورؤحه، والملاحظ أن معظم الحقوق والحريات التي يقرها الدستور تدخل ضمن هذه الفئة، الأمر الذي يزيد من احتمالات تعرضها للتقييد والانتقاص أو الإهدار إذا ما أساءت السلطة التشريعية استعمال سلطتها التقديرية، وهو ما دفع بالمؤسس الدستوري إلى توفير وسائل حماية لها للحد من تعسف السلطة التشريعية والتي من بينها آلية الدفع بعدم الدستورية.

وفي هذا السياق، تختلف طرق وضع ضوابط للحقوق والحريات من تجربة دستورية إلى أخرى، غير أنه يمكن الحديث عن ثلاث طرق متفق عليها:

2/أ-طريقة التحديد الخاص

تتمثل هذه الطريقة في إرداف كل حق من الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور بجملته من الضوابط الخاصة به وحده لا بغيره حسب خصوصياته، وقد اعتمد الدستور الجزائري المعدل والمتمم في 2020 ودستور المغرب المعدل في 2011 وكذا القانون الأساسي الألماني على هذه الطريقة.²

2/ب-طريقة المادة الجامعة

تقوم هذه الطريقة على إيراد فصل واحد ضمن الدستور يتضمن الضوابط التي تطبق على جميع الحقوق والحريات، واعتمدت هذه الطريقة في دستور جنوب إفريقيا لسنة 1996 في المادة 36 منه التي نصت على أنه: "لا يجوز تقييد الحقوق الواردة في وثيقة الحقوق إلا بمقتضى قانون يطبق على الناس كافة بقدر ما يكون التقييد معقولا وله ما يبرره في مجتمع مفتوح وديمقراطي يقوم على الكرامة الإنسانية والمساواة والحرية، مع مراعاة كل العوامل ذات الصلة، بما فيها: طبيعة

¹المزيد من التفصيل راجع: بورزوق شباب، مرجع سابق، ص.ص 117، 118؛ فاديا إبراهيم جاسم، مرجع سابق، ص.ص 123، 124.

² المادة 40 من دستور الجزائر المعدل في 2020 الخاصة بحماية المرأة، الفصل 23 من دستور المغرب لسنة 2011 والمادة 4 من الدستور الفرنسي المعدل في 2008 المتعلقة بحق الأحزاب والمجموعات السياسية في ممارسة حق الاقتراع.

الحق- أهمية الغرض من التقييد، طبيعة ونطاق التقييد- العلاقة بين التقييد وغرضه- الوسائل الأقل تقييدا لتحقيق الغرض.

باستثناء ما تنص عليه الفقرة الأولى أو أي حكم آخر من أحكام الدستور، لا يقيد أي قانون أي حق منصوص عليه في وثيقة الحقوق".

وقد ضمن الدستور الكيني هذه المادة في المادة 24 منه، ودستور سويسرا في المادة 36 منه.¹

2/ج-طريقة التحديد المزدوج

تعتمد هذه الطريقة على المزج بين المادة الجامعة والتحديدات الخاصة، وقد اعتمد دستور تونس لسنة 2014 في ضبط الحقوق والحريات على هذه الطريقة، إذ يقوم نظام ضبط الحقوق والحريات على مادة جامعة هي الفصل 49، بالإضافة إلى تحديدات خاصة تتعلق ببعض الحقوق مثل الحق في الحياة الوارد بالفصل 22، وحظر التعذيب الوارد بالفقرة 2 من الفصل 23 ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات موضوع الفصل 28 وحرية التعبير المنظمة عبر الفصل 31 والحق في الملكية الوارد بالفصل 41.²

الفرع الرابع: مضمون الحقوق والحريات الأساسية في دستور الجزائر

لقد سعى المؤسس الدستوري الجزائري إلى محاولة حماية الحقوق والحريات الأساسية في مختلف محطات تعديل الدستور المتتالية، وذلك بتضمينها في الدستور، لكن مضمون هذه الحقوق والحريات اختلف من دستور إلى آخر حسب التوجه السياسي والاقتصادي للنظام الجزائري والعوامل والظروف التي عاشتها وكذا بتطور مفهوم الحقوق والحريات واتساع مداها وانضمام الجزائر إلى العديد من الاتفاقيات والمعاهدات التي تتضمن مجموعة من الحقوق والحريات، وفيما يلي تفصيل ذلك:

أولاً: الحقوق والحريات في دستور 1963

لقد عاشت الحقوق والحريات طيلة عهد الحزب الواحد نوعاً من الإهمال وعدم الاهتمام من قبل المؤسس الجزائري، حيث كانت الأولوية لحقوق العمل والحقوق الاجتماعية والاقتصادية، أما باقي الحقوق والحريات الأساسية فقد عالجها متأخرة في دستور 1963، في فصل سمي الحقوق الأساسية في المواد من 12 إلى 22، وتجدر الإشارة إلى أن المؤسس الجزائري قد أخذ بالمذهب الاشتراكي فيما يتعلق بمفهوم نظرية الحقوق والحريات، وهو ما يفسر اهتمامه بالحقوق الاجتماعية

¹ لمزيد من التفصيل: خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات، تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2017، ص 11، 12، 13، 14.

² خالد الماجري، المرجع نفسه، ص 18، 19.

والاقتصادية في المقام الأول، وقد خصص المؤسس الدستوري فقرة واحدة للحقوق والحريات في مقدمة الدستور¹ مع الإشارة إلى بعض المبادئ المتعلقة بالحقوق والحريات بصفة مختصرة في بعض الفقرات.²

أما في صلب الدستور فقد خصص المؤسس الدستوري حيزًا معتبرا للحقوق والحريات وضماناتها، أغلبها جاءت ضمن القسم المعنون "بمبادئ ومهام رئيسية" مثل: الحق في الكرامة والأمن وحرمة السكن وضمان سرية المراسلات وحرية التنقل³، بالإضافة إلى حرية التدين، والتعليم وإجباريته ومجانيته، وحرية الرأي والتعبير والصحافة والاجتماع وحرية تكوين الجمعيات والحق النقابي، والتصويت⁴، إضافة إلى مجموعة من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية مثل الحق في العمل والإضراب ومساهمة العمال في تسيير المؤسسات والذي يؤكد على التوجه الاشتراكي مع عدم وجود أدنى إشارة في الدستور إلى الحق في ممارسة الصناعة والتجارة، والحق في الملكية الخاصة⁵، ودون أن ننسى حق حماية الأسرة في المادة 17 وحق اللجوء لكل مكافح في سبيل الحرية في المادة 21، والحق في المساواة بين المواطنين في المادة 12.⁶

يمكن القول بأن المؤسس الدستوري الجزائري على الرغم من الظروف الصعبة التي نشأ فيها دستور 1963، فقد خطى خطوة جيدة بتقريره للحقوق والحريات من خلال تخصيص حيز معتبر لها في متن الدستور، كما أنه حاول وضع ضمانات لها مثل استقلالية القضاء والمجلس الدستوري وإسناد السيادة للشعب ومبدأ المساواة من شأنها حماية هذه الحقوق والحريات.⁷

ثانيا: الحقوق والحريات في دستور 1976

إن ما يميز هذا الدستور هو وضعه في ظل ظروف سياسية مستقرة تتميز بالنمو الاقتصادي والصناعي نتيجة الدخل الوطني في مجال المحروقات، بالإضافة إلى ارتفاع مكانة الجزائر

¹ الفقرة 12 من ديباجة دستور الجزائر الصادر في 8 سبتمبر 1963، ج. ر. ج. ج. ع 64 الصادرة في 10 سبتمبر 1963.

² الفقرة 9، 13، 14 من ديباجة دستور 1963.

³ المواد: 10، 15، 14 من دستور الجزائر الصادر في 8 سبتمبر 1963، ج. ر. ج. ج. ع 64 الصادرة في 10 سبتمبر 1963.

⁴ المواد 4، 18، 10، 19، 20، 13، الجمعيات المقصودة في هذا الدستور ليست ذات الطابع السياسي لأن الدستور أكد على نظام الحزب الواحد.

⁵ المواد 10، 20 من دستور 1963.

⁶ لمزيد من التفصيل حول مبدأ المساواة راجع: العربي وردية، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة وفقا للتعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 2، ع 2، 2017، ص 11، 12، 13، 14، 15، 16، 17، 18.

⁷ دجال صالح، حماية الحريات ودولة القانون، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2009/2010، ص 67، 68، 69، 70؛ بو طيب بن ناصر، هبة العوادي، تطور الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية في الدول المغاربية، الجزائر نموذجا، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 14، أكتوبر 2016، ص 85، 86، 87؛ بن سعيد صبرينة، مرجع سابق، ص 2017.

الدبلوماسية بين الدول المكافحة للظلم والتي تدعم حركات التحرر، وتحسن المستوى التعليمي والثقافي والإعلامي، مع تأكيده على المذهب الاشتراكي.¹

كل هذه الظروف انعكست على مضمون الحقوق والحريات المقررة في ظل دستور 1976، وقد خصص لها فصلا كاملا وهو الفصل الرابع تحت عنوان "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن" يضم 35 مادة من المادة 39 إلى المادة 73، وما يلاحظ على عنوان الباب الرابع أن المؤسس الدستوري أراد نوعا ما التفرقة بين حقوق الإنسان من جهة والمواطن من جهة أخرى²، كما أنه اختار إرجاء بعض الحريات السياسية إلى حين وضع البنى التحتية للدولة، لهذا السبب ضيق من نطاقها بحيث قيد ممارستها بالقانون وبأحكام أخرى.

من بين الحقوق التي تمّ ذكرها في دستور 1976 نجد ما يلي:

- الحقوق والحريات المتعلقة بالشخص مثل الحق في الأمن الذي ورد في المواد: (45 و 46 و 47 و 51، 52، 71)، الحق في الكرامة وحماية الشرف نصت عليه المادة 71 و 72، الحق في الجنسية (م 43)، حرمة السكن (م 50)، الحق في سرية المراسلات (م 49)، حرية التنقل (م 57).

- الحقوق والحريات الفكرية مثل حرية المعتقد (م 53)، حرية الرأي (م 53)، حرية التعبير (م 55)، حرية الاجتماع وحق إنشاء الجمعيات الغير سياسية (م 55، 56)، الحق النقابي (م 60)، حق الانتخاب والترشح (م 58) والابتكار والإبداع وحقوق التأليف (م 54).

- الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية مثل الحق في التعليم الذي جاءت المادة 66 لتؤكد مجانيته وإجباريته بالنسبة للمدرسة الأساسية، والحق في العمل (م 59) واستكملت هذه المواد بالمادة 61، 62، 63، بالإضافة إلى الحق في الإضراب (م 61)، وتكفل الدولة بالعاجزين عن العمل (م 64)، الحق في حماية الأسرة والأمومة والطفولة والشبيبة والشيوخة (م 65) والحق في الرعاية الصحية لكل المواطنين (م 67)، وحماية اللاجئ السياسي القانوني (م 70)، مع تغييب لحق الملكية الخاصة بسبب النظام الاشتراكي.

¹ صدر دستور 1976 بناء على الميثاق الوطني الذي وافق عليه الشعب في استفتاء 27 يونيو 1976، والذي أصبح مصدرا يعتمد عليه الدستور نفسه.

أنظر: الدستور الجزائري الصادر في 22 نوفمبر 1976، ج. ر. ج. ع. ج. 94 الصادرة في 24 نوفمبر 1976، المعدل بموجب القانون رقم 06-79 المؤرخ في 7 يوليو 1979، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 80-01 المؤرخ في 12 يناير 1980، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 88-22 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتضمن نشر التعديل الدستوري الذي وافق عليه الشعب في استفتاء 13 نوفمبر 1988، ج. ر. ج. ع. ج. 45 المؤرخة في 5 نوفمبر 1988.

² بن سعيد صبرينة، مرجع سابق، ص 217.

وما يلاحظ على دستور 1976 هو أنه جاء ضعيفا من حيث الضمانات المقررة لحماية الحقوق والحريات بسبب غياب الفصل بين السلطات التي سماها بالوظائف وغياب الرقابة الدستورية.

ثالثا: الحقوق والحريات في دستور 1989

بعد تبني التعددية الحزبية في دستور 1989 وإقرار مبدأ الفصل بين السلطات وحرية التجارة والصناعة وإصلاح المؤسسات التعليمية والقضائية والاستشارية، تمّ حذف كل التوجهات الاشتراكية وتقليص الحريات ذات الطابع الاجتماعي والاقتصادي، وفي المقابل تمّ الاعتراف بالحقوق والحريات السياسية واتسمت الحقوق والحريات الأساسية بنوع من الليبرالية.¹ وفي مقارنة للحقوق والحريات المقررة في دساتير الأحادية الحزبية ودستور التعددية الحزبية لسنة 1989، نجد أن حرية الفكر والوجدان والمعتقد قد جاءت بالصياغة نفسها التي وردت بالمادة 53 من دستور 1976 مع إضافة عبارة "حرمة" لإعطاء قيمة أكبر لكرامة الإنسان²، أما عن حرية التعبير والاجتماع فقد جاءت صياغة المادة 41 من دستور 1989 عامة دون تقييد لنطاقها على عكس ما كانت عليه في دستور 1976، أما عن حرية تكوين الجمعيات فبعد أن كان دستور 1976 يمنع تكوين جمعيات ذات طابع سياسي على اعتبار أنه قائم على مبدأ الحزب الواحد³، جاء دستور 1989 لينص بصريح العبارة على الحق في إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي⁴، أما عن الحق النقابي فقد كان معترفا به من قبل وظل كذلك في دستور 1989، هذا الأخير اعترف أيضا بالحق في الإضراب في كل القطاعات العامة والخاصة على حد سواء.

أما عن حق الشعب في ممارسة سيادته ومشاركته في الشؤون العامة لبلده فقد نصت عليه المادة 5 من دستور 1976 والمادة 6 من دستور 1989، مع اختلاف في صور ممارسة هذه

¹ بو طيب بن ناصر، هبه العوادي، مرجع سابق، ص 87.

² المادة 36 من دستور 1989 الجزائري الصادر في 23 فبراير 1989، ج. ر. ج. ج. ع 9 المؤرخة في 1 مارس 1989، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 438-96 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج. ر. ج. ج. ع 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03-02 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج. ر. ج. ج. ع 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002، المعدل والمتمم بالقانون رقم 19-08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج. ر. ج. ج. ع 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

³ المادة 94 وما يليها من دستور 1976 الصادر في 22 نوفمبر 1976، ج. ر. ج. ج. ع 94 المؤرخة في 24 نوفمبر 1976، المعدل بموجب القانون رقم 06-79 المؤرخ في 7 يوليو 1979، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 01-80 المؤرخ في 12 يناير 1980، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 22-88 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتضمن نشر التعديل الدستوري الذي وافق عليه الشعب في استفتاء 13 نوفمبر 1988، ج. ر. ج. ج. ع 45 المؤرخة في 5 نوفمبر 1988.

⁴ المادة 40 من دستور 1989 الجزائري الصادر في 23 فبراير 1989، ج. ر. ج. ج. ع 9 المؤرخة في 1 مارس 1989، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 438-96 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج. ر. ج. ج. ع 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03-02 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج. ر. ج. ج. ع 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002، المعدل والمتمم بالقانون رقم 19-08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج. ر. ج. ج. ع 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

السيادة حسب التوجه السياسي والاقتصادي لكل دستور، كذلك نفس الأمر بالنسبة للحق في الترشح والانتخاب وإقرار مبدأ المساواة.

أما عن حق العمل، فإن كان دستور 1976 قد نص عليه بالتفصيل فإنّ دستور 1989 الذي يعتمد على الاقتصاد الحرّ فقد خصّ له مادة واحدة (م 55).¹

رابعاً: الحقوق والحريات في ظل تعديل 1996

جاء التعديل الدستوري لسنة 1996 في ظل ظروف أمنية وسياسية حساسة، أين كانت الجزائر تعيش تحت ويلات العشرية السوداء، إلا أن هذه الظروف لم تؤثر على مسار الحقوق والحريات الأساسية حيث نص الفصل 4 من الباب الأول على جملة من الحقوق والحريات الأساسية الفردية والجماعية، من بينها حرية الاجتماع وإن كانت مقيدة بنظام التصريح المسبق، وحق إنشاء الجمعيات (م 41 و43)، وحق إنشاء الأحزاب السياسية هو الشيء الجديد الذي جاء به تعديل 1996 بعدما كان يُعبّر عنها بالجمعيات ذات الطابع السياسي، والملاحظ على المادة 42 من تعديل 1996 أن إقرار الحق ورد في فقرة واحدة فقط أما القيود الواردة عليه فجاءت في ستة فقرات ولعل السبب في ذلك يرجع إلى التخوف منها ومن نتائج إطلاقها، وقد جاء تعديل 1996 و2008 ليكمل دستور 1989 ومن بين أهم ما جاء به تعديل 2008 في مجال الحقوق والحريات هو إقراره لمبدأ المشاركة السياسية للمرأة تجسيدا لمبدأ المساواة الإيجابية في المادة 31 مكرر منه بحيث نص على أنه: "تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة. يحدد قانون عضوي كليات تطبيق هذه المادة".

خامساً: الحقوق والحريات في ظل تعديل 2016 و2020

لم تخلُ وثيقة الدستور المعدل لسنة 2016 من الحقوق والحريات المعترف بها للجميع، وقد وردت مجموعة من الحقوق الجديدة التي لم يكن يتضمنها تعديل 1996. وتشمل الحقوق المنصوص عليها في متن الوثيقة: الحق في الحياة والأمن الشخصي والسلامة الجسدية والمعنوية، والحق في حماية الحياة الخاصة، والحق في محاكمة عادلة وقرينة البراءة، حق الحصول على المعلومات والرعاية الصحية والضمان الاجتماعي، والحق في السكن اللائق وتقديم العرائض إضافة إلى حقوق أخرى مثل حق المرأة وترقيته، وفي هذه الحالة تجدر الإشارة إلى أن صياغة المادة 31 مكرر من الدستور المعدل سنة 2008 تختلف عن صيغة المادة 36 من الدستور المعدل سنة 2016، فالأولى جاء نصها كالاتي: "تعمل الدولة على ترقية الحقوق

¹ بن سعيد صبرينة، مرجع سابق، ص.ص 220، 221.

السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة"، أما المادة 36 فقد نصت على أنه: "تعمل الدولة على ترقية التنافس بين الرجال والنساء في سوق التشغيل".¹

تشجع الدولة ترقية المرأة في مناصب المسؤولية في الهيئات والإدارات العمومية وعلى مستوى المؤسسات"، وما يلاحظ على نص المادة 36 أنه أكثر اتساعاً من حيث معناه من المادة 31 مكرر، فقد اقتضت هذه الأخيرة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة في المجالس المنتخبة، في حين أكدت المادة 36 على مبدأ التنافس في سوق التشغيل، وترقية حق المرأة في تولي مناصب المسؤولية في الإدارات العمومية والمؤسسات، ويُقصد بالتنافس: "جعل الجنسين على نفس المرتبة عدداً في المناصب و الوظائف ومراكز المسؤولية على كل المستويات في الحياة السياسية بين الرجال والنساء، ومعناه الوصول إلى المجالس المنتخبة نصف عددها للنساء والنصف الآخر للرجال".²

كذلك اهتم تعديل 2016 بحقوق فئة الشباب من خلال تأكيده على ضرورة أن تسهر الدولة على توفير الشروط الكفيلة بتنمية قدراته وتفعيل طاقاته.³ وبالنسبة لحرية العبادة والمعتقد فقد نصت المادة 42 من تعديل 2016 على أنه "لا مساس بحرمة حرية المعتقد، وحرمة حرية الرأي.

حرية ممارسة العبادة مضمونة في ظل احترام القانون".

وقد أضيفت الفقرة الثانية لتؤكد على أن المؤسس الدستوري يسمح لمن يدين بديانة غير الإسلام بممارسة طقوسه في إطار ما يسمح به القانون، وهو تأكيد أيضاً على مبدأ التعايش وقبول الآخر.⁴

ومن المواد الجديدة أيضاً في مجال الحقوق والحريات: المادة 45 التي نصت على أن: "الحق في الثقافة مضمون للمواطن"، وهو ما يمثل إقراراً وحرصاً من المؤسس الدستوري على تكريس

¹ رمضان فاطمة الزهراء، دراسة حول جديد التعديلات الدستورية في الجزائر 2016، مرجع سابق، ص. 157، 158.

² رمضان فاطمة الزهراء، دراسة حول جديد التعديلات الدستورية في الجزائر 2016، المرجع نفسه، ص 158؛ لمزيد من التفصيل راجع أيضاً: رحمني محمد، يامة إبراهيم، مستجدات المراجعة الدستورية لسنة 2016 لبعض الحقوق والحريات وأثرها على ضمان استقرار مبدأ المساواة، مجلة البحوث السياسية والإدارية، المجلد 6، ع 2، 2017، ص. 206، 207.

³ المادة 37 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري ج، ر، ج، ج، ع، 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

⁴ لمزيد من الشرح راجع: رمضان فاطمة الزهراء، دراسة حول جديد التعديلات الدستورية في الجزائر 2016، مرجع سابق، ص 171، 172، 173.

الإبداع الفكري والثقافي، وتكريس الحق في الثقافة في الدستور من شأنه تدعيم الحقوق والحريات المجاورة لها كحرية الرأي والتعبير، وضمان تغطية الإعلام لمختلف الأنشطة الثقافية.¹

المادة 49 التي تنص على أن "حرية التظاهر السلمي مضمونة للمواطن في إطار القانون الذي يحدّد كميّات ممارستها"، وهو ما تجسّد فعلياً من خلال الحراك الشعبي الذي انطلق منذ 22 فبراير 2019 في معظم المدن الجزائرية للمطالبة بداية بعدم ترشح الرئيس الراحل "عبد العزيز بوتفليقة"، فقد عملت الدولة من خلال مصالحها ومؤسساتها الأمنية وحتى الإعلامية على ضمان سير الحراك في ظروف سلمية آمنة.

المادة 50 التي ضمت الحق في الصحافة والإعلام بكل أنواعه وصوره ووسائله التقليدية والحديثة، وذلك بعدم خضوع الصحفيين للرقابة القبلية التي كانت مسلطة عليهم من قبل وهو أمر جدير بالاهتمام باعتباره يكرس بقوة حرية التعبير في مجال الإعلام.

أما المادة 53 الجديدة بتعديل 2016 فقد جاءت لتعزيز حق إنشاء الأحزاب السياسية من خلال إفادتها بجملة من الحقوق أهمها: حرية الرأي والتعبير والاجتماع، وضمان وصولها إلى وسائل الإعلام العمومية بما يتناسب مع تمثيلها على المستوى الوطني إلى جانب تمويلها من قبل الدولة وممارسة السلطة في إطار أحكام الدستور، والنص صراحة يعتبر مكسبا يعزّز بناء دولة ديمقراطية.²

وبما أن الحق في السكن من الحقوق الأساسية لكل مواطن فقد وضع الدستور المعدل في 2016 بموجب المادة 67 منه على عاتق الدولة مهمة توفير وتسهيل حصول الفئات المحرومة على مسكن، كذلك نصت المادة 57 على حق الأشخاص المعوزين في الحصول على المساعدة القضائية، ومن جهة أخرى يستفيد المحامي من ضمانات قانونية تكفل له الحماية من كل أشكال الضغوط وتمكنه من ممارسة مهنته بكل حرية في إطار القانون.³

أما عن حقوق الجيل الثالث، فقد تدارك المؤسس الدستوري الجزائري النص على الحق في بيئة سليمة في تعديل 2016 وبذلك أضفى عليه الشرعية الدستورية، ولم يكتف المؤسس الدستوري

¹ الثقافة قد تعني الإمام بالفنون الجميلة والإنسانيات وبالعلوم التكنولوجية وبكل جديد على كل صعيد، كما تعني سلوك الإنسان في التفكير والكلام والفعل والمهارات والإنتاج وقدرته على التعلم والتأقلم ونقل وتوزيع المعرفة للأجيال اللاحقة، وتعني منظومة المعتقدات والقيم والعادات والتقاليد إلى جانب الخصائص المادية للجماعات أو الطوائف.

دنيس كوش، مفهوم الثقافة في العلوم الاجتماعية، ترجمة منير السعيداني، ط 1، مركز دراسة الوحدة العربية، بيروت، لبنان، 2007، ص 93؛ أشارت إليه: رمضاني فاطمة الزهراء، دراسة حول جديد التعديلات الدستورية في الجزائر 2016، مرجع سابق، ص 195، هامش رقم 2.

² رمضاني فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص.ص 181، 182.

³ المادة 170 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري ج، ر، ج، ع، 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

بالنص على الحق في بيئة سليمة بل تعدى ذلك إلى التأكيد على أن الدولة ملزمة بحماية هذا الحق، وبالتالي ضرورة التدخل عندما ينتهك هذا الحق.¹

إن دسترة الحق في بيئة سليمة هو بمثابة رد فعل إيجابي خاصة في ظل الاحتجاجات الأخيرة حول الغاز الصخري في الجنوب بسبب التخوفات السلبية على البيئة والثروة المائية في المنطقة.

بالنسبة للحق في التعليم فقد أضافت المادة 65² من تعديل 2016 كلمة "عمومي" للتعليم و"وطنية" للمنظومة التعليمية، ويرجع السبب في ذلك إلى أن المجانية مرتبطة بالمؤسسات العمومية وليست الخاصة بحكم أن دستور 1996 قد فتح المجال للخواص في قطاع التربية والتعليم، أما المنظومة الوطنية فهي تخص القطاع العام أو الخاص بمعنى على مستوى وطني.

وبالنسبة للحق في العمل والضمان الاجتماعي فقد جاءت المادة 69 من تعديل 2016 أكثر دقة وصرامة وشددت على أن تشغيل الأطفال دون سن 16 سنة يعاقب عليه القانون وفي حديثنا عن الحق في حماية الأسرة فقد جاءت صياغة المادة 72 من الدستور المعدل سنة 2016 أكثر دقة وتفصيلا وأكدت على حماية الأسرة ورعاية الأطفال والمسنين والتكفل بالفئات الضعيفة، وهذا ما جعل تعديل 2016 أفضل من تعديل 2008 من حيث الصياغة القانونية.³

في الواقع، يلاحظ على التعديل الدستوري لسنة 2016 أنه يُولي اهتماما فائقا بالمرأة والأسرة والطفل والشباب وكذا المعوزين والفئات الضعيفة، وهذا ما يبرز الجانب الاجتماعي في طائفة الحقوق والحريات التي تضمنتها تعديل 2016، بالإضافة إلى سعيه لتضمين حقوق الجيل الثالث المتمثلة في الحق في البيئة وكذا تحقيق التنمية المستدامة وربطها بحقوق أخرى مثل حقوق الشباب وكذا حرية البحث العلمي والحريات الأكاديمية والتي أضافتها المادة 44 من تعديل 2016 ولم تنص عليها المادة 38 من تعديل 2008⁴، أما عن التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، فقد جاء على غرار الدساتير السابقة حافلا بالنصوص التي تضمن الحقوق والحريات وتصورها وتمنع الاعتداء عليها، وقد تضمنها الفصل الأول من الباب الثاني في المواد من 34 إلى 77 تحت

¹ لمزيد من التفصيل حول الحق في البيئة راجع: زياني نوال، لزرق عائشة، الحماية الدستورية للحق في البيئة على ضوء التعديل الدستوري الجزائري 2016، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 1، ع 1، 2016، ص.ص 242، 243.

² أنظر ما يقابلها في المادة 53 من القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمن التعديل الدستوري الجزائري، ج. ر. ج. ع. ج. 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

³ أنظر: المادة 58 من الدستور المعدل بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج. ر. ج. ع. ج. 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، من حيث الصياغة.

⁴ الحريات الأكاديمية تخص الأستاذ والطالب والجامعة.

لمزيد من الشرح والتفصيل حول مضمون الحقوق والحريات الأساسية في الجزائر، راجع: حافظي سعاد، التنظيم الدستوري والقانوني للحقوق والحريات الأساسية في الجزائر وآليات كفالتها، دار هومه، الجزائر، جوان 2018، الصفحات من 19 إلى 210.

عنوان "الحقوق الأساسية والحريات العامة"، وما يلاحظ على هذا التعديل أنه قد وسع من مجال الحقوق والحريات عن طريق إضافة حقوق جديدة، مع تقوية وتكريس الحقوق التي كانت في الأصل موجودة، ومن بين الحقوق الجديدة والمستحدثة:

الحق في الحياة: لأول مرة نص الدستور المعدل سنة 2020¹ على الحق في الحياة بصفة صريحة بموجب المادة 38 منه، وهي خطوة مهمة من طرف المؤسس الدستوري وتجسيد فعلي لمحتوى الاتفاقيات الدولية التي تنص على الحق في الحياة.

تكريس حماية المرأة: على الرغم من أن تعديل 2008 و 2016 قد نص على حقوق المرأة السياسية وحقوقها في مجال سوق التشغيل وتولي الوظائف العمومية، إلا أن المادة 40 من تعديل 2020 قد تفوقت على سابقتها لأنها كرست الحماية للمرأة من كل أشكال العنف في كل الأماكن والظروف، وفي الفضاء العمومي وفي المجال المهني العام والخاص، على أن يضمن القانون الاستفادة الضحايا من هياكل الاستقبال وأنظمة التكفل، ومن مساعدة قضائية.

الحق في الماء: الماء هو أساس الحياة، مصداقا لقوله تعالى: «وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيًّا»²، وقد نصت معظم المواثيق الدولية على الحق في المياه كحق من حقوق الإنسان، باعتباره يرتبط ارتباطا وثيقا بالحق في الحياة، وهو الأمر الذي جعل المؤسس الدستوري الجزائري ينص عليه لأول مرة في تعديل 2020 في المادة 63 منه، ويلاحظ على هذه المادة أن المؤسس الدستوري قد ربط بين الحق في الماء والتنمية المستدامة وذلك بوجود المحافظة عليه للأجيال القادمة.

حق تقديم التماسات: نصت المادة 77 من تعديل 2020 على أنه: "لكل مواطن الحق في تقديم ملتمسات إلى الإدارة، بشكل فردي أو جماعي، حول انشغالات تتعلق بالمصلحة العامة أو بتصرفات ماسة بحقوقه الأساسية"، وهو ما يشكل قفزة نوعية وأداة فعالة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، خاصة أن الفقرة 2 من نفس المادة تلزم الإدارة بالرد على هذه الانشغالات في آجال معقولة.

هذا عن الحقوق المستحدثة، إلى جانب ذلك سعى المؤسس الدستوري إلى تدعيم الحقوق والحريات التي سبق وأن نصت عليها الدساتير السابقة بتعديلاتها، مثل تكريس الحق في حرية

¹المادة 38 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

² الآية 30 من سورة الأنبياء.

المعتقد من خلال حماية أماكن العبادة¹، بالإضافة إلى الأخذ بنظام التصريح صراحة بدل نظام الترخيص بالنسبة لحرية الاجتماع والتظاهر السلمي وإنشاء الجمعيات وإنشاء الصحف والنشريات²، وفي مجال حماية الأسرة كرس تعديل 2020 المتابعة الجزائية ضد الأولياء وضد الأبناء للحفاظ على الأسرة.³

المطلب الثاني: سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات

لا يمكن حصر الحقوق والحريات بنصوص محدّدة، إذ أن ما يذكره المؤسس الدستوري من حقوق وحريات هو على سبيل المثال، ولا يعني عدم النص على حقوق وحريات أخرى أن الدستور لا يكفل حمايتها، لذلك فإن الدستور قد يحيل للتشريع مهمة تنظيم حرية معينة، ويجدّ مبدأ إحالة الدساتير إلى القانون لتنظيم الحقوق والحريات مسوغاته في اعتبارات تتمثل في أن السلطات في الدولة تلتزم باحترام التشريع بوصفه الناطق بالقاعدة القانونية ومعبر عن الإرادة الشعبية، وبالتالي لا يجوز فرض قيود على حريات ليس لها سند قانوني.⁴

ثم إنّ التسليم بضرورة تكفل ممثلي الشعب في البرلمان بوضع القواعد المنظمة لممارسة الحقوق والحريات راجع بالأساس إلى الصراع الأبدي القائم بين سلطة الضبط والحرية، وقد ثبت عبر التاريخ وجود رابطة بين الحقوق والحريات الأساسية والاختصاص البرلماني.

الفرع الأول: الانفراد التشريعي بمسألة تنظيم الحقوق والحريات

يقتضي مبدأ الفصل بين السلطات توزيع الاختصاصات الثلاث، ونقصد بها التشريعية والتنفيذية والقضائية، بين ثلاث سلطات تتفرد كل منها باختصاصاتها المحددة في الوثيقة الدستورية، حيث تتولى السلطة التشريعية وظيفة التشريع خاصة عندما يتعلق الأمر بموضوع الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، وهو ما يعرف بالانفراد التشريعي، ويجدّ هذا المبدأ سنده السياسي والدستوري والفكري، حسب الفقيه الفرنسي "Raymond carré de malberg" في المفاهيم الجديدة التي أرسنها الثورة الفرنسية الكبرى لسنة 1789 والتي من أهمها أن السيادة

¹ المادة 51 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

² المواد 52، 53، 54 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

³ نصت المادة 71 ف 4، 5 على أنه: "تحظى الأسرة بحماية الدولة... تحت طائلة المتابعات الجزائية، يلزم الأولياء بضمان تربية أبنائهم.

تحت طائلة المتابعات الجزائية، يلزم الأبناء بواجب القيام بالإحسان إلى أوليائهم ومساعدتهم".
لمزيد من التفصيل حول مضمون الحقوق والحريات في ظل التعديل الدستوري لسنة 2020 راجع: مسعودي عودة، غربي أسامة، تعزيز منظومة حقوق الإنسان في الجزائر بموجب التعديل الدستوري لسنة 2020، مجلة دراسات وأبحاث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 13، ع 4، السنة 13، جويلية 2021، ص 189، 190، 191.

⁴ إيباد خلف محمد جويعد، إيمان عبيد كريم، الحماية التشريعية للحريات العامة، مجلة أبحاث للعلوم السياسية، ع 23، الجامعة المستنصرية كلية العلوم السياسية، العراق، 31 ديسمبر 2013، ص 5.

الوطنية ملك للشعب يمارسها عن طريق برلمان منتخب، وقد تبلور مفهوم الانفراد التشريعي وتحول من مجرد فكرة سياسية فقهية إلى مبدأ دستوري له معالمه وضوابطه المنصوص عليها في الدستور، بدءًا بتثبيت أولوية البرلمان بالاختصاص التشريعي ولاسيما بالنسبة للموضوعات المتعلقة بالحقوق والحريات.

وقد عرف الأستاذ "عيد أحمد الغفلول" الانفراد التشريعي بأنه: "انفراد البرلمان بالوظيفة التشريعية"¹، فهو مبدأ يحدّ المجال الذي يعمل فيه المشرع منفرداً.²

وقد ميز الأستاذ "عزاوي عبد الرحمن" بين الانفراد التشريعي المطلق والذي يقصد به: "التزام البرلمان دون غيره بالتنظيم التشريعي المتكامل للمسائل التي تدخل في اختصاصه دون أن يكون للسلطة التنفيذية دور يُذكر في هذا الشأن"³، وبين الانفراد التشريعي النسبي والذي يعني الاعتراف للسلطة التنفيذية بقدر معتبر من سلطة التنظيم في المجتمع والتي يمكن أن تطلّ الحقوق والحريات إلى جانب وظيفتها في تنفيذ القوانين، من خلال المشاركة في الإجراءات التشريعية والمساهمة في وضع القوانين عن طريق حقها في اقتراح مشاريع القوانين، إلى الحق في الاعتراض على القوانين، ناهيك عن التشريع بأوامر.⁴

ويمكن التعبير عن انفراد التشريع المطلق في المواضيع المتعلقة بتنظيم الحقوق والحريات وذلك بإسناد وظيفة تنظيمها للمشرع دون غيره، بل وأكثر من ذلك فمن الدساتير إن لم نقل أغلبها جعلتها سلطة حصرية ينفرد بها المشرع انفراداً مطلقاً، من ذلك الدستور الجزائري المعدل في 2020 الذي حدّد مجالات تدخل البرلمان بحيث يشرع في المجالات التي تخص حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لا سيما نظام الحريات العمومية وحماية الحريات الفردية⁵، كذلك المادة 34 من الدستور الفرنسي المعدل في 2008 التي نصت على أن يحدّد القانون القواعد المتعلقة بالحقوق المدنية والضمانات الأساسية التي يتمتع بها المواطنون لممارسة الحريات العامة، والحرية والتعددية واستقلالية وسائل الإعلام، أما الدستور التونسي فقد كان أكثر حرصاً ومراعاة لمسألة تنظيم الحقوق والحريات حيث جعلها من اختصاص السلطة التشريعية وتأخذ شكل قوانين أساسية⁶، والمعروف عن القوانين الأساسية، كما يطلق عليها العضوية، أنها أكثر تفصيلاً وإماماً

¹ عيد أحمد الغفلول، عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، بدون بلد النشر، 2001، ص 37.

² عزاوي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 184.

³ عيد أحمد الغفلول، مرجع سابق، ص 79.

⁴ عزاوي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 184، 185، 186، 208، 209.

⁵ المادة 139 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442-20 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع.

82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

⁶ - ينص الفصل 65 من دستور تونس لسنة 2014 على أنه: "... تتخذ شكل قوانين أساسية النصوص المتعلقة بالمسائل التالية:

- الحريات وحقوق الإنسان".

وصرامة بالمواضيع التي تنظمها، ولا تحتاج إلى تدخل السلطة التنفيذية لإنفاذها، وهو أمر إيجابي يُحسب لصالح المؤسس التونسي، وفي المقابل لم يتوان المؤسس الدستوري المغربي عن إسناد مهمة تنظيم الحقوق والحريات للبرلمان هو الآخر وحصرها في مجال القانون.¹

وفي المقابل، استعمل المؤسس الدستوري المصري أسلوب إحالة أمر تنظيم الحقوق والحريات إلى القانون بالإشارة إليها في كل مادة، دون تخصيص مادة بعينها لتعداد وإحصاء المسائل المحجوزة للبرلمان لتنظيمها بقانون من ذلك مثلا: الحق في العمل المنصوص عليه بالمادة 12 من دستور جمهورية مصر العربية المعدل في 2019، والحق في الوظائف العامة (المادة 14)، والإضراب (المادة 15)، خدمات الرعاية في القطاع الخاص والعام (المادة 18)، حماية الثروة السمكية والصيادين، وحماية البيئة (المادة 30)، الملكية الخاصة (المادة 35) وغيرها من المواد التي تحيل أمر تنظيمها للقانون.

أولا: مظاهر الانفراد التشريعي المطلق

يمكن التعبير عن مظاهر الانفراد التشريعي المطلق في ثلاثة أمور:

– أولها وأهمها: أن الانفراد التشريعي يتعلق بالحقوق والحريات وغيرها من المجالات التي يحددها الدستور.

– ثانيها: أنه يتحدد بأهداف معينة عبّر عنها الدستور ولا يجوز للسلطة التقديرية للمشرع أن تتجاوزها أو تتحرف عنها في الكيفية التي يباشر فيها اختصاصه الفريد.

– وثالثها: هو انفراد مانع، يحول دون مشاركة السلطة التنفيذية فيه عن طريق اللوائح إلا في الحدود التي ينص عليها التشريع طبقا للدستور.

إن مبدأ الانفراد بالتشريع المقرر للبرلمان عموما يعتبر الأساس الدستوري الذي تقوم عليه فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع أو ما يطلق عليه بالإغفال التشريعي، والتي جاءت للحفاظ على مبدأ توزيع الاختصاصات بين السلطات العامة في الدولة كما رسمها الدستور، وذلك من خلال تحديد مجموعة من المسائل ينبغي على البرلمان التدخل لتنظيمها إما بشكل كامل بنفسه، وإما لوضع البنية الأساسية للقوانين المنظمة لها وترك تفاصيلها للسلطة اللائحية.²

ثانيا: أدوات عمل المشرع

إن تنظيم موضوع الحقوق والحريات هو اختصاص أصيل للمشرع، وهو ما تبناه المؤسس الجزائري في المادة 139، كما سبق لنا القول، وقد منح للبرلمان في سبيل ذلك وسائل لأداء مهمته

¹ - ينص الفصل 71 من دستور المغرب لسنة 2011 على أنه: "يختص القانون... بالتشريع في الميادين التالية: الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في التصدير، وفي فصول أخرى من هذا الدستور".

² عزاوي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص.ص 188، 189؛ عيد أحمد الغفلول، مرجع سابق، ص 40.

تتمثل في قوانين ذات قواعد وقوانين ذات مبادئ، مع الاعتراف للسلطة التنفيذية بدور في هذا المجال بالنظر لدورها في المحافظة على النظام العام.

وبالرجوع إلى الدستور، حدد عمل المشرع بموجب صنفين من القواعد:

1. **قوانين ذات مبادئ:** يتولى فيها المشرع تنظيم بعض الموضوعات بتحديد وضبط القواعد والمبادئ العامة، منها ما يتعلق مثلاً بالنظام العام للدفاع الوطني، الحق النقابي، ويترك المجال للسلطة اللائحية بإحالة مسألة تفصيلها إليها.

2. **قوانين ذات قواعد:** وهي التي يتولى المشرع من خلالها تنظيم المواضيع بصفة مفصلة دون ترك أي مجال للسلطة اللائحية وهي عادة المتعلقة بحقوق الأفراد المدنية، نزع الملكية، قواعد الجنسية، الأهلية وغيرها من الحقوق والحريات، ومثال ذلك القانون رقم 89-28 المؤرخ في 2-12-1991 المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية الذي جاء بقواعد تفصيلية لتنظيم ممارسة حق الاجتماع والتظاهر دون ترك مجال للسلطة التنفيذية للتدخل بمرسوم، وللمشرع في سبيل ذلك وسائل تتمثل في الحظر والإخطار والترخيص والتي تعدّ في الأصل وسائل إدارية، وقد ذهب الأستاذ "محمود حافظ" إلى تسميتها بوسائل الضبط التشريعي.¹

ثالثاً: الشروط الواجب توفرها في التشريع المنظم للحقوق والحريات

غالباً ما يقتضي الأمر تدخل المشرع لتنظيم الحقوق والحريات، وفي هذه الحالة لا بدّ أن يتوافر في التشريع المنظم لها والضابط لحدودها شروط تسمح بممارستها بسهولة ويُسر من قبل الأفراد، وفي ذات الوقت كفالة سلطة الإدارة في تأدية وظيفتها العامة، ومن أهم هذه الشروط ما يلي:

1. أن يكون التشريع المنظم للحقوق والحريات قائماً على أساس دعمها وكفالتها

إن التشريع المنظم للحق أو الحرية يجب أن يفرض إقرار الحرية وكفالتها تجاه كافة السلطات وبذات الوقت كفالة سلطة الضبط الإداري في تأدية وظيفتها لغرض الحفاظ على النظام العام، فالأصل هو تنظيم الحرية أو الحق، والاستثناء عليه يتجلى في فرض بعض القيود عليها.²

إذا حتى يحقق التشريع التنظيم للحرية ويكون كاملاً وأميناً في هذا المجال، يجب أن يقوم في أساسه وأسبابه على عدم الحرية، فالمشرع هو من يضع القانون المنظم للحق أو الحرية ويجب أن يتجه إلى دعم الحرية ومنع استغلال سلطات الضبط للثغرات التشريعية، ويتحقق ذلك عن طريق الصياغة السليمة للتشريع المنظم لها ورسالتها، وإسباغ القوة الإلزامية عليها، وإذا كانت تتطلب قيوداً يجب عليه أن يراعيها بنفسه عند صياغة النصوص التشريعية المتصلة بالحقوق والحريات.

¹عزاوي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 31، هامش 3.

²سعيد سالم المظلوم، الحدود الدستورية والقانونية المقيدة لأعمال الضبط الإداري، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، م 16، ع 2، 2019، ص 61.

2. أن يكون التشريع المنظم للحقوق والحريات مقرا لضماناتها لردع أي اعتداء أو انتهاك لها¹ ويتحقق ذلك من خلال:

❖ اتفاق التشريع المنظم للحق أو الحرية مع أحكام المشروعية وصدوره من السلطة التي يخولها الدستور صلاحية هذا التنظيم، وأن تكون هذه التشريعات مستمدة من مصادرها المعترف بها.

❖ أن يكفل التشريع المنظم للحق أو الحرية حق التقاضي، باعتباره ضمانا أساسية لكفالة ممارسة الأفراد لحقوقهم وحياتهم، وأهم مصادر الوصول إلى الحق في حالة الاعتداء عليه، ويتحقق هذا الضمان بأن يعهد إلى هيئة ذات طابع قضائي من أجل رقابة مدى احترام الجميع للشرعية الدستورية.²

❖ أن يقوم التشريع بتقرير الجزاءات اللازمة عند مخالفة نصوصه، فتقرير الحقوق والحريات بنصوص دستورية وتنظيمها من خلال تشريع يصدر لهذا الغرض لا يمكن أن يكون كافيا ما لم تقتزن بجزاءات يمكن فرضها على من يخرج عنها ويخالفها ويمس بالحقوق والحريات المحمية، وذلك بغرض الحد من الانتهاكات الحاصلة تجاهها.³

يتضح مما سبق، أن للمشرع طرقا معينة لتنظيم ممارسة الحقوق والحريات، وهي تختلف باختلاف طبيعة الحق أو الحرية، فلكل منها نظام قانوني خاص بها، وعموما هناك 3 طرق لتنظيم ممارستها:

أ. **النظام العقابي:** يفترض هذا النظام ترك الفرد يمارس نشاطه فورا وبحرية، فالحرية هي المبدأ وتقيدها هو الاستثناء، فكل ما لا يمنعه القانون الجزائي هو شرعي، ويعتبر القاضي الجزائي هو المختص بعملية المراقبة البعدية على ممارسة الحرية، وهو في نفس الوقت الضامن لها، ومن الحريات الخاضعة لهذا النظام العقابي في النظم الديمقراطية أغلب الحريات الأساسية مثل: حرية ممارسة الشعائر الدينية، وحرية المسكن التي لا تحتاج ممارستها القيام بإجراءات، لكن ممارستها بطريقة مخالفة للأمن العام والأخلاق الحميدة يفتح الباب للمتابعة القضائية، وعموما فإنّ قانون العقوبات هو الذي يضع حدود ممارسة الحق أو الحرية وهو الذي يرتب الجزاء على مخالفتها.

¹ سعيد سالم المظلوم، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

² لمزيد من التفصيل حول حق التقاضي راجع: صالح دجال، مرجع سابق، الصفحة من 150 إلى 157.

³ برزوق شباب، مرجع سابق، ص.ص 129، 130؛ إياد خلف محمد جويعد، إيمان عبيد كريم، الحماية التشريعية للحريات العامة، مرجع سابق، ص.ص 6، 7؛ لمزيد من التفصيل راجع أيضا: خالد الماجري، مرجع سابق، الصفحات من 62 إلى 75، والصفحة من 77 إلى 111.

ب. **النظام الوقائي:** يعتمد هذا النظام على إخضاع ممارسة حرية من الحريات للرضا المسبق للإدارة وبوجه خاص للسلطة التنفيذية، فهو وقائي لأنه يمنع وقوع الأفعال الممنوعة قبل وقوعها وليس معاقبة الفاعل بعد أن أنتجت الأفعال أثرها في الواقع الملموس.

إن هذا النظام يعتبر تهديدا على الحقوق والحريات لأنه يمنح الإدارة سلطة تقديرية واسعة في الترخيص من عدمه لممارسة حق أو حرية معينة، وغالبا ما تتحجج السلطة العامة بمسألة حفظ النظام العام عندما تمتنع عن الترخيص بممارسة حق أو حرية، ولتجنب ذلك عمدت معظم الدول التي أخذت به إلى جعله من اختصاص السلطة التشريعية.

ج. **النظام المختلط:** يوصف هذا النظام بأنه وَسْطِي بين العقابي والوقائي كونه يخفف من حدة كل نوع، بحيث لا يسمح للفرد بممارسة حقوقه وحرياته مباشرة وتبعا لمعرفته لما هو مباح وما هو غير مباح، ومن جهة أخرى يعتبر أكثر حرية من النظام الوقائي بحيث يكفي فيه الفرد بالتصريح للإدارة بأنه سيمارس حريته، ويسمى التصريح الأولي، أو التصريح التأسيسي مثلما سماه القانون الجزائري في إطار القانون رقم 12-6 المتعلق بالجمعيات.¹

وفي الأخير، يمكن القول بأن الظروف السائدة في دولة ما خلال فترة معينة تؤثر على طريقة وضع الحقوق والحريات ونظام ممارستها، فالظروف الاستثنائية مثلا يمكن أن تضع ممارسة الحريات العامة أو البعض منها في قالب أكثر تضيقا بالمقارنة مع الحالات العادية.²

رابعا: طبيعة اختصاص المشرع في مجال الحقوق والحريات

إن إناطة مهمة تنظيم وحماية الحقوق والحريات للمشرع يمكن أن يثير تساؤلا عن طبيعة هذا التنظيم والحدود الفاصلة بين تنظيم الحقوق والحريات وبين تقييدها بشكل قد يؤدي إلى الانتقاص منها.

وفي هذا الصدد، ذهب الدكتور "السنهوري" إلى محاولة التمييز بين تنظيم الحرية وبين تقييدها من خلال معايير من بينها كفالة الحقوق والحريات في حدودها الموضوعية³، وعدم انحراف المشرع عن القصد الذي أوجبه الدستور أو تقييدها أو الانتقاص منها، وإلا اعتبر تصرفه مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية ومن جهة أخرى، يمكن التمييز بين تنظيم الحق أو

¹ المادة 7-1 تنص على أنه: "يخضع تأسيس الجمعية إلى تصريح تأسيسي وإلى تسليم وصل تسجيل"، القانون رقم 12-6 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتعلق بالجمعيات، ج. ر. ع 2 الصادرة في 15 يناير 2012.

² لمزيد من التفصيل راجع: برزوق شباب، مرجع سابق، ص 119؛ سانة رابح، مرجع سابق، ص 54، 55، 56، 57، 58، 59، 60، 61.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، مصر، 1952، ص 50؛ أشارت إليه: رضاني فاطمة الزهراء، دراسة حول جديد التعديلات الدستورية في الجزائر، مرجع سابق، ص 205.

الحرية وتقييدها باعتبار أن التنظيم يتمثل في وضع بعض القيود التي تختلف ضيقا واتساعا من أجل التمتع بممارسة الحقوق والحريات، حتى يمكن اعتبار تدخل المشرع تنظيما للحرية، في حين أن تقييد ممارسة الحرية من قبل المشرع يتمثل في جعل التمتع بها أمرا شاقا أو مرهقا على الأفراد، وفي حالة ما إذا صادر المشرع الحرية بشكل مطلق فإن ذلك يعدّ غير دستوري.

أما الأستاذ "نبيل صقر" فقد ذهب في تمييزه بين تنظيم الحرية وتقييدها إلى إسناد ذلك على معيار الإضرار بالمجتمع، إذ توجد الحرية ويكفلها التشريع طالما لم يترتب على ممارستها ضرر للغير.¹

وعموما، فإن حق المشرع في التدخل في مجال الحقوق والحريات ينحصر في تنظيم ممارستها، ويقف عند التنظيم الذي يسمح باستعمال كل فرد للحرية على نحو لا يتعارض مع استخدام غيره لنفس الحرية، أما تدخل المشرع تحت ستار التنظيم ومصادرته للحرية تماما هو انتهاك للدستور، فسلطة المشرع تتوقف على عدم مصادرة الحق أو الحرية أو الانتقاص منهما، فإذا اعترف الدستور بممارسة حق أو حرية معينة فلا يجوز التمتع بها منقوصة، بل لابد من التمتع بها كاملة وذلك عملا بمبدأ المساواة بين جميع المواطنين في التمتع بالحقوق كاملة وعدم جواز حرمان فئة معينة منها ومنحها لفئة أخرى، كما أنه من مقتضيات تمام التمتع بالحق أو الحرية عدم الانتقاص من مضمونها كأن يتضمن التشريع حالات معينة لاستخدام الحرية، وحالات أخرى لا تستخدم فيها دون سند دستوري، ضف إلى ذلك أن سلطة المشرع في تنظيم الحرية تقوم على عدم جواز فرض قيود على الحرية تجعل استخدامها شاقا ومرهقا للأفراد أو مستحيلا، فتنظيم الحقوق والحريات يجب أن يتفق مع مقاصد النص الدستوري وغاياته.²

الفرع الثاني: حدود اختصاص المشرع في تنظيم الحقوق والحريات ومدى تدخل السلطة

التنظيمية في ذلك

تقوم دولة الحق والقانون على مبدأ المشروعية والذي يقوم أساسا على خضوع جميع الأفراد والهيئات العامة للقانون بمعناه الواسع، والالتزام به يعد من أهم الضمانات التي تمنع كافة السلطات

¹ نبيل صقر، قراءة نقدية في دستورية التشريعات المقيدة للحريات في النظامين الجزائري والفرنسي، مجلة النائب، العدد 5 و6 صادرة عن المجلس الشعبي الوطني الجزائري، 2006، ص 144؛ أشارت إليه: رمضان فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 206.

² بالجيلالي خالد، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص.ص 133، 134. ولمزيد من الشرح حول طبيعة اختصاص المشرع في سن القوانين المنظمة للحقوق والحريات راجع أيضا: حبشي لزرق، مرجع سابق، الصفحة من 94 إلى 101 تتحدث عن التزام المشرع بحدود التنظيم، الصفحة من 102 إلى 108 تتحدث عن عدم جواز الحظر المطلق للحرية، الصفحة من 109 إلى 114 تحدث عن أعمال مبدأ إثارة الحرية عند التعارض بينها وبين السلطة إعمالا لمبدأ دولة الحق والقانون.

العامّة في الدولة من التعسف في استعمال سلطتها خاصة عندما يتعلق الأمر بحقوق الأفراد وحرّياتهم العامّة. غير أن هذا المبدأ¹ يحتاج في تطبيقه لشيء من المرونة، الأمر الذي يستلزم إعطاء كل من السلطات الثلاث العامّة بالدولة جانباً من حرية التقدير والاختيار في ممارسة اختصاصاتها المحددة قانوناً، كما هو حال المشرع عند ممارسة اختصاصه الأصيل في تنظيم الحقوق والحرّيات، إلا أن هذه الحرية ليست على إطلاقها، وهو ما يدفع للتساؤل عن مدى سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحرّيات؟ أو بعبارة أخرى ما هي مظاهر الاختصاص المقيد للمشرع في مجال الحقوق والحرّيات ومتى تعتبر سلطته تقديرية في تنظيم الحقوق والحرّيات؟

أولاً: مظاهر السلطة التقديرية للمشرع في سن القوانين المتعلقة بالحقوق والحرّيات

من المعلوم أن للتشريع أركاناً تتمثل في كل من الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية، وذلك قياساً على أركان القرار الإداري، وتحدد السلطة التقديرية للمشرع بحسب طبيعة كل عنصر أو ركن من هذه الأركان، فإذا كانت تكاد تنعدم بالنسبة لعناصر المشروع الخارجية، فإن نطاقها يتسع ويضيق في عناصر المشروع الداخلية للتشريع.

وتعرّف السلطة التقديرية للمشرع على أنها "حرية المشرع في التدخل لتنظيم مسألة معينة، أو حرّيته في التقدير والمفاضلة بين الخيارات المطروحة عليه للمسألة محل التنظيم التشريعي دون أن يفرض عليه الدستور أسلوباً معيناً عند تدخله، الأمر الذي أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في 10 فيفري 2002".²

وتتجلى مظاهر السلطة التقديرية للمشرع فيما يلي:

1. نطاق السلطة التقديرية في ركن المحل

يعرف ركن المحل في التشريع قياساً على ركن المحل في القرار الإداري على أنه: "الأثر القانوني الذي يترتب على التشريع"، وحتى يكون محل القانون مشروعاً ومنتجاً لآثاره يتعين على المشرع الالتزام بالقواعد الموضوعية التي يفرضها الدستور عليه، وبحسب الأصل فإن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية في اختيار الإجراء الذي يراه مناسباً من بين البدائل التي أمامه إلا إذا نص الدستور على إجراء معين، ففي هذه الحالة تعتبر سلطة مقيدة بالنسبة لركن المحل.³

¹ نقصد به مبدأ المشروعية.

² القضية رقم 47 لسنة 22 قضائية بتاريخ 10 فيفري 2002؛ أشار إليه: عبد الناصر أبو سهدانة، حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، ط 1، المركز القومي للدراسات القانونية، القاهرة، 2012، ص 18.

³ بالجيلالي خالد، السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 80؛ زغودي عمر، بدير يحيى، سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحرّيات بين التقييد والتقدير، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع 2، جوان 2015، ص 195.

ومن أمثلة ذلك المادة 87 من الدستور الجزائري المعدل في 2020 والتي جمعت بين مظاهر السلطة التقديرية والمقيدة في ركن المحل، حيث نصت على مجموعة من الشروط الواجب توافرها كاشتراط الجنسية الجزائرية الأصلية فقط، وفي مقابل ذلك منح المشرع نوعا من الحرية والتقدير عندما نصت المادة 87 على أنه تحدد شروط أخرى بموجب قانون عضوي، أي أن المشرع له حرية وضع مزيد من الشروط التي يراها مناسبة لاختيار أنسب لرئيس الجمهورية.

ومن جهة أخرى، فقد جمعت المادة 4/13 من الدستور الفرنسي المعدل في 2008 أيضا بين السلطة التقديرية والمقيدة للمشرع، وذلك عندما أحالت على القانون لتحديد الوظائف الأخرى التي يتم التعيين فيها في مجلس الوزراء والشروط الني بموجبها يتم تعويض سلطة التعيين لرئيس الجمهورية، فبهذه الطريقة يكون قد منح للمشرع سلطة تقديرية في تحديد وظائف أخرى وتحديد الشروط المتعلقة بتفويض التعيين لرئيس الجمهورية، ومن جهة أخرى قيد المشرع عندما نص على مجموعة من الوظائف التي يتم التعيين فيها في مجلس الوزراء.

ومن الأمثلة التي تكون فيها سلطة المشرع تقديرية في الدستور المصري الحالي 2019 ما نصت عليه المادة 102/2 على أنه: "ويبين القانون شروط الترشح الأخرى، ونظام الانتخاب، وتقسيم الدوائر الانتخابية، بما يُراعي التمثيل العادل للسكان والمحافظات ويجوز الأخذ بالنظام الانتخابي الفردي أو القائمة أو الجمع بأي نسبة بينهما" فقد فتح المؤسس الدستوري المصري الباب أمام السلطة التقديرية للمشرع عندما منحه سلطة وضع شروط أخرى للترشح، ومن جهة أخرى ألزمه بالاختيار بين النظام الفردي أو القائمة أو الجمع بينهما، كما ألزمه بضرورة التمثيل العادل للسكان.¹

إن المشرع وهو يمارس سلطته التقديرية في تنظيم الحقوق والحريات يقع عليه واجب الالتزام بعدم حظر هذه الحقوق أو الحريات أو إهدارها أو إفراغها من مضمونها أو تقييدها تقييدا واسعا يجعل ممارستها عسيرة، فالاعتراف للمشرع بسلطة تقديرية في اختيار الأدوات المناسبة والتي تمثل ركن المحل في تنظيم الحقوق والحريات يقابله اختيار الأداة المناسبة لممارستها لا إهدارها أو الإنقاص منها، فاختيار المشرع للنظام الوقائي من حيث فرض نظام الترخيص الإداري المسبق يعتبر أكثر تقييدا منه عن نظام الإخطار، والإفراط في استعمال هذا الإجراء سيؤدي إلى حظر ممارسة الحق أو الحرية وإزالتها تدريجيا.

ومن تطبيقات القضاء الدستوري في رقابته على الإجراءات التي اختارها المشرع والتي تمثل ركن المحل في مجال تنظيم الحقوق والحريات، ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر

¹ بالجيلالي خالد، السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص.ص 82، 83.

عند تقديرها عدالة التعويض الذي تلتزم الدولة بأدائه لأصحاب الأموال التي تخضع لقانون التأمين وذلك في ضوء المادة 35 من الدستور، فقد قررت المحكمة أن التعويض المستحق لأصحاب الأموال التي تنتقل ملكيتها للدولة بمقتضى قوانين التأمين ينبغي دستوريا أن يكون عادلا، بأن يكون مساويا لقيمة هذه الأموال.¹

وفي نفس الصدد، فإن المجلس الدستوري الجزائري، وإن كان قد أقر صراحة بأن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية في اختيار ما يراه مناسباً لتجسيد أحكام الدستور، إلا أنه رسم لنفسه دائرة يمارس فيها رقابته على السلطة التقديرية للمشرع في ركن المحل، خاصة فيما يتعلق بملاءمة الإجراء المتخذ من قبله والغاية التي يتوخاها المؤسس الدستوري من إقرار الحق أو الحرية، والتي تمثل أساساً في كفاءة ممارستها بطريقة سهلة، ويتجلى ذلك في قراره الصادر في 22 ديسمبر 2011 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي² الذي يحدد كفاءات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة للدستور، والذي جاء فيه: "واعتباراً أنه إذا كان لا يعود للمجلس الدستوري أن يحل محل المشرع في تقديره لمدى اختيار النسب التي حددها، والتي هي من اختياره المتين إلا أنه يعود له بالمقابل أن يتأكد من أن هذه النسب سواء عند تنصيبها أو تطبيقها، ليس من شأنها تقليص حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة، وأنها لا تشكل عائقاً يحول دون مشاركتها الفعلية في الحياة السياسية...".

واعتباراً أن المشرع عندما أقر نسبة متفاوتة للنساء المشاركات في الانتخابات المحلية والوطنية، يكون قد وضع قواعد تهدف بمقتضى المادة 31 من الدستور إلى إزالة العقبات التي تحول دون مشاركة المرأة في الحياة السياسية، وتوسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، وبالتالي ترقية حقوقها السياسية، طبقاً لأحكام المادة 31 مكرر من الدستور...

واعتباراً أن تجسيد الأهداف الدستورية مثلما يُسمى من روح المادتين 31 و31 مكرر من الدستور يقتضي أن يكون كل حكم قانوني ذو صلة بموضوع القانون العضوي موضوع الإخطار، وتحت طائلة التصريح بعدم مطابقته للدستور، منصباً وجوباً في اتجاه ترقية الحقوق السياسية للمرأة

¹ زغودي عمر، بدير يحيى، مرجع سابق، ص 196.

² القانون العضوي رقم 03-12 المؤرخ في 12 يناير 2012 الذي يحدد كفاءات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، ج. ر. ج. ع. ج. 1، الصادرة في 14 يناير 2012.
رأي المجلس الدستوري الجزائري رقم 05/ر. م. د/ 11 المؤرخ في 22 ديسمبر 2011 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد كفاءات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة رقم 03-12 للدستور، منشور على أرشيف المجلس الدستوري بالموقع الإلكتروني: <https://www.cour-constitutionnelle.dz>

وليس في اتجاه تقليصها، ... والنتيجة، ومراعاة لهذا التحفظ تكون المادتان 2 و3 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، مطابقتين للدستور".¹

2. نطاق السلطة التقديرية للمشرع في ركن السبب

يتمثل ركن السبب في التشريع المنظم للحقوق والحريات في الواقعة التي أدت بالمشرع إلى سن قانون بشأنها². وبصفة عامة لا يحتاج المشرع إلى سبب قانوني لتنظيم حق أو حرية ما، بل تكفي فقط إحالة الدستور عليها لتنظيمها، فتتظيم المشرع مثلا للحق في التعليم أو الصحة أو العمل أو غيرها من الحقوق والحريات أساسه النص الدستوري أو المبدأ الدستوري الذي يحيل على القانون لتنظيم ذلك والذي يمثل ببساطة السبب الدافع لتدخل المشرع.

إن المشرع في ركن السبب يتمتع بسلطة تقديرية كبيرة فيما يتعلق بالوقائع التي تدفع إلى سن القانون، طبعا باستثناء الحالات التي يشترط فيها الدستور حدوث وقائع محددة لسن القانون، فالدستور مثلا قد يحدد سبب تدخل رئيس الجمهورية للتشريع بأوامر لها قوة القانون بعد موافقة البرلمان عليها، وهو وجود وقائع على درجة عالية من الخطورة، وتتصف هذه الوقائع بالطابع الاستعجالي الذي يحتاج إلى تدخل حاسم وسريع لمواجهة.

إذن يمكن القول بأن سلطة المشرع بالنسبة لركن السبب تكاد تكون مطلقة في عنصر الوقائع المبررة لسن القانون خاصة أن هذا الأخير يتصف بالعمومية والتجريد، وأن سن أي قانون يرتبط بإرادة المشرع نفسه، كما أن الدستور لا يمكنه أن يحدد للمشرع الوقائع التي يتدخل فيها المشرع في جميع الحالات وبالتفصيل.

3. نطاق السلطة التقديرية للمشرع في ركن الغاية

يقصد بركن الغاية النتيجة النهائية والبعيدة وغير المباشرة التي ينبغي على المشرع الوصول إليها من خلال تنظيمه لموضوع الحقوق والحريات.³

من المعلوم أن الغاية من أي تشريع هي دائما تحقيق المصلحة العامة، والتي تختلف صورها من قانون لآخر وفقا للمجال الذي يتدخل المشرع من أجل تنظيمه، وقد يلزم المشرع بتحقيق صورة محددة للمصلحة العامة في مجال معين مثل المحافظة على الأمن العام، وإذا لم يتقيد المشرع بتحقيق المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة التي حددها له الدستور، اعتُبر عمله غير دستوري

¹ رأي المجلس الدستوري الجزائري رقم 05/ر.م.د/ 11 المؤرخ 27 محرم 1433 الموافق 22 ديسمبر 2011 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد كليات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتجة، ج.ر.ع 1، الصادرة بتاريخ 14/01/2012.

² زغودي عمر، بدير يحيى، مرجع سابق، ص198؛ بدير يحيى، بن مشية ضياء دنيا زاد، مرجع سابق، ص272.

³ محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص 178.

لانطوائه على عيب الانحراف التشريعي، والذي يعتبر من أخطر العيوب التي تلحق بالقانون بسبب صعوبة كشفه، خاصة أن مفهوم المصلحة العامة التي يسعى كل عمل قانوني لتحقيقها يختلف من شخص لآخر، فما يراه البعض من متطلبات المصلحة العامة قد لا يراه البعض الآخر كذلك، وقد يظهر التشريع سليماً من حيث الشكل ولكنه قد يضيق في باطنه على الحقوق والحريات وعلى تكافؤ الفرص بين أفراد المجتمع الواحد، وما يزيد من تهيئة الفرصة والظروف لتزايد الانحراف التشريعي وصدور قوانين تنطوي على مخالفة دستورية لركن الغاية، وجود حزب واحد صاحب الأغلبية الكثيرة داخل البرلمان، بحيث يستطيع تمرير أي مبادرة تشريعية بمجرد موافقة أعضائه عليها، مع ما ينطوي عليه من أخطاء دستورية.

وترتيباً على ما سبق، يمكن القول بأن سلطة المشرع فيما يخص ركن الغاية هي سلطة واسعة نوعاً ما، فهو يملك من الحرية والتقدير ما يكفي لتحديد مفهوم المصلحة العامة وإقامة التوازن بين المصالح المتضاربة.

ومن تطبيقات القضاء الدستوري المصري في مجال الرقابة على دستورية القوانين المتعلقة بالحقوق والحريات والتي تنطوي على عيب الانحراف التشريعي، ما حكمت به المحكمة الدستورية العليا سنة 1997 بعدم دستورية أحد نصوص قانون إيجار الأماكن والذي قيد حقوق المؤجرين لصالح المستأجرين، وكان من بين أوجه عدم الدستورية أن النص المطعون فيه يعتريه عيب الانحراف التشريعي، وينطوي على ظلم فادح في حق المؤجرين.¹

ومن بين الأمثلة التي يمكن إدراجها ضمن عيب الانحراف التشريعي للمشرع عن تحقيق المصلحة العامة، ميل البرلمان الجزائري إلى تحقيق مصلحة خاصة لأعضاء البرلمان فقط مخالفاً بذلك مبدأ المساواة كمبدأ قاعدي للحقوق والحريات ومبدأ دستوري أساسي لها، وذلك عندما صادق على القانون المتعلق بالتعويضات والتقاعد لعضو البرلمان، وقد أثبت المجلس الدستوري ذلك عندما أقر المشرع نظاماً خاصاً بالتعويضات الشهرية لأعضاء البرلمان صافية بعد كل الاقتطاعات القانونية تحسب على أساس أعلى قيمة للنقطة الاستدلالية لسلك الإطارات السامية، بحيث أن هذا النظام يخالف قاعدة التعويضات الشهرية الأساسية المطبقة على المرتبات والأجور، كما أن التعويضات الشهرية الأساسية لأعضاء البرلمان لا تتأثر بفعل رفع نسب الاقتطاع الضريبي أو نسبة الاشتراك في الضمان الاجتماعي بحيث تبقى التعويضات ثابتة لا تتغير، وترتفع

¹ زغودي، عمر، بدير يحيى، مرجع سابق، ص 193.

هذه التعويضة بارتفاع قيمة النقطة الاستدلالية.¹ وهو ما يمثل انحراف المشرع عن تحقيقه للمصلحة العامة وابتغائه تحقيق مصلحة خاصة تهم أعضاء البرلمان دون غيرهم من المواطنين، فأين المساواة في هذا العمل؟

ثانيا: مظاهر الاختصاص المقيد للمشرع بالنسبة للقانون المنظم للحقوق والحريات

إلى جانب السلطة التقديرية للمشرع التي تمنح له حرية الاختيار بين عدة خيارات وهو يصدد تنظيم مسألة معينة، توجد السلطة المقيدة للمشرع التي تضيق فيها سلطاته وتتعدم لديه حرية التقدير والاختيار، فيمارس اختصاصاته وفقا للشكل الذي حدده الدستور، بحيث تكون سلطة المشرع مقيدة عندما يحيل إليه الدستور أمر تنظيم موضوع معين أو تحقيق غرض معين، ويحدد له طريقة تدخله ويرسم له إطار عمله، بالشكل الذي تتعدم فيه حرية الاختيار وعموما تتجلى مظاهر الاختصاص المقيد أو السلطة المقيدة للمشرع في قواعد المشروعية الخارجية، بحيث يلتزم المشرع بقواعد الاختصاص في مباشرة اختصاصاته ووفقا للشكل والإجراءات التي يحددها المؤسس الدستوري.²

1. **الاختصاص التشريعي:** يجب أن يصدر التشريع من السلطة التي منحها الدستور حق إصداره وفي الحدود التي رسمها والضوابط التي وضعها لممارسة هذا الاختصاص، فإن كان التشريع مخالفا لتلك القواعد يكون غير دستوري، ويمكن تعريف الاختصاص التشريعي بأنه: "سلطة عهد بها الدستور إلى البرلمان لممارسة نشاطه التشريعي في المجال المحدد وضمن النطاق الزمني والمكاني الذي حدده الدستور".

ولما كان المؤسس الدستوري هو من يحدد في الدولة قواعد الاختصاص، فإنه بذلك قد جعل موضوع الحقوق والحريات والمسائل المتعلقة بها أولى المواضيع التي يختص بها البرلمان حصرا، ويترتب عليه التزام المشرع دون غيره بالتنظيم المتكامل للمسائل التي تدخل في اختصاصه دون أن يكون للسلطة التنفيذية أي دور يذكر، لكن هذا لا يمنع هذه الأخيرة من إصدار لوائح تنفيذية لهذه القوانين محترمة الحدود التي رسمها التشريع لها ودون أن تتدخل في تنظيم الحق أو الحرية.³

¹ رأي المجلس الدستوري رقم 98 /04 المؤرخ في 13 /06 /1998 حول دستورية المواد من 4 إلى 7 و11، 12، 14، 15 و23 من القانون المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان، أحكام الفقه الدستوري الجزائري، المجلس الدستوري 1998، رقم 3، الجزائر، ص 7-17.

² DENDAIS. M. Contribution à la notion du pouvoir discrétionnaire du détournement de pouvoir, Bibliothèque de droit et des sciences économiques, Paris, 1969, P 90.

³ أشار إليه: بالجيلالي خالد، السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص30، هامش رقم 3. زغودي عمر، مرجع سابق، ص 190؛ بدير يحيى، بن مشية ضياء دنيا زاد، سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات بين التقيد والتقدير، مرجع سابق، ص 267؛ بالجيلالي خالد، السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 71.

الحقيقة أنه إذا كان الدستور هو الذي يحدد قواعد الاختصاص بين السلطات العامة في الدولة، فإنه يجب على كل سلطة أن تباشر اختصاصاتها دون تفويض غيرها بذلك، إلا في الحالات التي يسمح بها الدستور، وبالرجوع إلى المادة 139 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2020 والصياغة التي جاءت بها على أن: "يشعر البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية..." والتي من بينها الحقوق والحريات، يفهم من صياغتها أن المؤسس الدستوري يعترف للمشرع بولاية عامة في التشريع دون حصر لمجال القانون، وأن الموضوعات المحددة في هذه المادة، والتي من بينها الحقوق والحريات، تعتبر محجوزة لمجال القانون لمنع المساس بها من قبل السلطات الأخرى ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لأي سلطة أن تصدر قانونا ينظم موضوع الحقوق والحريات غير البرلمان ولا يجوز لهذا الأخير أن يتنازل عن هذا الاختصاص أو يفوضه لسلطة أخرى إلا إذا خوّله الدستور لذلك، وإلا كان عمله غير دستوري ومعيب بعدم الاختصاص التشريعي العضوي، ويطلق عليه "الامتناع التشريعي"، بمعنى آخر اتخاذ المشرع موقفا سلبيا من اختصاصه الدستوري بعدم ممارسته كليا أو جزئيا في حالات معينة أو لأسباب معينة، وهو ما يحدث غالبا حيث نجد المشرع الجزائري قد أغفل عدة نصوص دستورية تستوجب تدخله بموجب قانون عضوي كعدم تنظيمه أو استبداله قانون الجمعيات العادي رقم 12-06 بقانون عضوي وفقا لأحكام التعديل الدستوري لسنة 2016 في المادة 54 منه المتعلقة بالحق في إنشاء الجمعيات، بحيث تنص الفقرة الأخيرة منها على أنه: "يحدّد القانون العضوي شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات"، رغم استبدال وإلغاء أهم القوانين العضوية التي رافقت الإصلاحات الدستورية والسياسية والقانونية سنة 2012 والمتعلقة بنظام الانتخابات¹، كذلك إغفاله عدم تنظيم القانون العضوي المتعلق بحماية القاضي والسلطة القضائية طبقا للمادة 166 من تعديل 2016، وعدم تطبيق قانون عضوي يتعلق بحالتي الطوارئ والحصر طبقا للمادة 106 من تعديل 2016 نظرا لأهمية هاتين الحالتين وتأثيرهما على الحقوق والحريات بالتقييد والضبط الموسع للإدارة عليهما، باعتبارهما حالتين غير عاديتين، ومن ثمّ يكون هذا القانون العضوي قيّدا على السلطة التنفيذية فيما يعد لو تم إعلان حالة الضرورة مستقبلا، وإذا ما نظم المشرع موضوعا معيناً يتعلق بحق أو حرية، فإنه يُكثر من الإحالات إلى التنظيم، من ذلك مثلا: القانون العضوي المتعلق بالإعلام في مجال الخدمة العمومية أحال المشرع تطبيقه إلى التنظيم ومن ثمّ إفراغ محتوى حق وحرية الإعلام من صميم الدستورية لصالح الحكومة التي يمكنها ببساطة أن تقيد من حقوق

¹ القانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 12 / 01 / 2012، ج.ر.ع 1 المؤرخة في 14 / 01 / 2012، المعدل بالأمر رقم 21-01 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالانتخابات الصادر في 10 مارس 2021، ج. ر. ج. ع. ج. ع 17 الصادرة في 10 مارس 2021.

وحرّيات الأفراد، كذلك الأمر بالنسبة لآلية تمويل الحزب السياسي التي - يجب تنظيمها بموجب قانون حسب المادة 53 من تعديل 2016، فقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 63 من القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية¹ على أن تمويل الحزب السياسي يتم وفقاً لنص خاص دون تحديد طبيعة هذا النص هل هو قانون عادي أم عضوي أم تنظيمي.²

ومن مظاهر عدم الاختصاص التشريعي أيضاً: خروج التشريع على نطاق الموضوع الذي حدده الدستور رغم إصداره من السلطة أو العضو الذي عهد إليه الدستور بهذا الاختصاص كأن يتعدى المشرع حدود تنظيم حرية ما إلى تقييدها رغم أن الدستور نص على عدم تقييدها، مثال ذلك ما نصت عليه الفقرة التاسعة من المادة الأولى من الدستور الأمريكي بأنه: "لا يجوز للكونغرس أن يوقف حق الحصول على أمر بالمثل أمام القضاء إلا عندما تقتضي السلامة العامة ذلك في حالات التمرد أو الغزو.

- ولا يجوز إصدار أي قانون بالتجريد من الحقوق المدنية دون المحاكمة أو دون سن " قانون بأثر رجعي.

- لا يجوز فرض أي ضريبة أو رسوم على السلع المصدرة من أية ولاية...

- كما لا يجوز للكونغرس أن يصدر أي قانون خاص بإقرار دين من الأديان أو منع حرية ممارسته أو الحد من حرية الكلام أو الصحافة، أو تقييد حق الأفراد في عقد الاجتماعات السلمية وحققهم في التماس الإنصاف من الحكومة...".³

كذلك من صور عدم الاختصاص التشريعي أن يضع الدستور قيوداً زمنياً لممارسة اختصاص التشريع من قبل السلطة التشريعية، فإذا تمت ممارسته خارج هذا النطاق الزمني المحدد اعتبر غير دستوري، كأن ينص مثلاً الدستور على جواز تقييد ممارسة بعض الحريات في الظروف الغير عادية، ويشعر البرلمان خارج هذه الظروف بقانون يقيد مثلاً حرية التنقل.

أما عن عدم الاختصاص المكاني فهو أن يشرع البرلمان خارج مقره الرسمي، طبعاً ما عدا في حالة الظروف الاستثنائية.

¹ القانون العضوي رقم 12-04 المتعلق بالأحزاب السياسية، المؤرخ في 12 / 01 / 2012، ج.ر.ع 2 المؤرخة في 15 / 01 / 2012.

² سعوداوي صديق، سمو الدستور في التشريع الجزائري بين النص والتطبيق، أطروحة دكتوراه في القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018 / 2019، ص 355، 357.

³ أشار إليها: حدي فواد، السلطة التشريعية في الوم.أ بين الإطلاق والتقييد، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 4، ع 1، 2018، ص 67.

خلاصة القول هي أن المشرع لا يتمتع بأية سلطة تقديرية في ركن الاختصاص، إذ يتعين عليه مباشرة اختصاصاته بنفسه دون التحل منها، فسلطته مقيدة باعتبار أن قواعد الاختصاص من النظام العام.

2. **ركن الشكل والإجراءات:** إن الشكل الذي يتطلبه الدستور أثناء سن التشريع يتمثل بصفة أساسية في الإجراءات الدستورية ومراحل وضعه بدءا من اقتراحه إلى غاية صدوره ونشره، فالأمر يتعلق بكيفية ممارسة السلطة التشريعية، أي القواعد التي تحدد المظهر الخارجي الذي يظهر فيه القانون والإجراءات التي يتبعها المشرع في سنه، فإذا صدر القانون دون التزام المشرع بالشكليات التي ينص عليها الدستور أو دون إتباع الإجراءات المقررة لذلك أو مخالفته لها، يصبح التشريع الصادر في هذه الحالة غير دستوري. وعليه، فإن سلطة المشرع في هذه الحالة أيضا مقيدة، ودليل ذلك أن معظم الدساتير وعلى رأسها الدستور الجزائري المعدل والمتمم قد حددت مراحل إنشاء القانون بشكل واضح ودقيق والتي تبدأ من المبادرة ثم الإقرار يليها الإصدار والنشر ولم يمنح فيها الدستور للمشرع أي جانب من حرية التقدير والاختيار في أي مرحلة من مراحل وضع القانون.

ومن مظاهر تجاوز المشرع الجزائري للإجراءات والشكليات التي يحددها الدستور مثلا: عندما صادق المشرع على القانون العضوي المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة والعلاقات بينهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة لسنة 1999 قد أخلّ بالشروط والشكليات الدستورية طبقا للمادة 64 من هذا القانون باعتبار أن هذه المادة قد أقرت على المجلس الشعبي الوطني التصويت بالأغلبية المطلقة على لائحة الثقة في مجال رقابة البرلمان للحكومة، في حين لا يوجد هذا التحديد في التصويت في أي نص دستوري، مخالفة بذلك المادة 84 من دستور 1996 التي حددت متى يكون التصويت بالأغلبية المطلقة على سبيل الحصر ولم يكن التصويت على لائحة الثقة من بينها.¹

كما يمكن استنتاج مخالفة الشكل المتطلب دستوريا، من خلال ما تضمنته أحد النصوص التشريعية بمنح الإدارة سلطة حجز أي مطبوع أو تسجيل أو أية وسيلة من وسائل الإعلام مباشرة ودون أمر قضائي، فهو بالدرجة الأولى مساس بحرية التعبير ومخالفة صريحة للنص

¹ سعوداوي صديق، سمو الدستور في التشريع الجزائري بين النص والتطبيق، مرجع سابق، ص.ص 360، 361.

الدستوري¹ مخالفة شكلية تظهر بحياد المشرع عما اقتضاه الدستور من إلزامية تدخل السلطة القضائية بموجب أوامرها لفرض تلك القيود باعتبارها ضامنة للحقوق والحريات للجميع.²

الفرع الثالث: مدى تدخل السلطة التنفيذية في مجال تنظيم الحقوق والحريات

على الرغم من أن تنظيم الحقوق والحريات يعود إلى المشرع وحده دون غيره وهو ما أقرته عديد الدساتير المقارنة من بينها الجزائر، إلا أن ذلك لا يمنع تدخل السلطة التنفيذية في هذا المجال، سواء عن طريق التشريع بالأوامر الذي يملكه رئيس الجمهورية ويمكنه من التشريع حتى في مجال الحقوق والحريات، أو عن طريق السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية المتمثلة أساسا في لوائح الضبط الإداري والتي تمثل خطورة على الحقوق والحريات إذا لم تكن متوافقة مع غايات ومقاصد النظام العام من جهة وكفالة الحق أو الحرية من جهة أخرى، ضف إلى ذلك اللوائح التنفيذية التي تصدر لتنفيذ القوانين المنظمة للحقوق والحريات، لأن السلطة التشريعية لا تملك الآليات والخبرات اللازمة للتنفيذ لدقة وكثرة موضوعاتها، لذلك فهي تعالج أو تتدخل في القواعد الأصلية المقررة للحقوق والحريات وتترك أمر القواعد التنفيذية للتنظيم الذي تقوم به السلطة التنفيذية.³

قد يعجز القانون على بيان تنظيم حرية من الحريات تنظيما مفصلا وضبطها ضبطا ينتفي معه أي إغفال لبيان أوجه ممارستها، الأمر الذي يحتم تدخل الضبط الإداري بجانب التنظيم التشريعي⁴، تكملة لما قد يشوب من إغفال إزاء هذا التنظيم، وذلك من خلال ممارسة السلطة التنظيمية من طرف رئيس الجمهورية، وبما أن المشرع نفسه صاحب الاختصاص الأصيل في تنظيم الحقوق والحريات ملزم باحترام الشرعية الدستورية من خلال الموازنة بين البدائل التي تتزاحم فيما بينها لتنظيم الموضوع الواحد، توطئة لاختيار أقلها تقييدا للحرية، وأقربها اتصالا بالأغراض التي يراد تحقيقها، فإنه يتحتم على رئيس الجمهورية وهو يمارس سلطته التنظيمية أن يتقيد بذلك هو الآخر، فهو ملزم بعدم مخالفة قواعد الدستور، كأن يخالف مثلا قاعدة العمومية والتجريد في التنظيم المستقل الصادر عنه، أو أن يتجاوز مبدأ المساواة.

ومن بين القيود التي تلزم السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية نجد أيضا:

¹ المادة 54 الفقرة الأخيرة من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج.

ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

² حبشي لرزق، مرجع سابق، ص 50.

³ صحراوي ماهر، مجالي القانون والتنظيم في دساتير الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2017-2018، ص 52.

⁴ غربي علي، الحقوق والحريات العامة وحدود ممارستها في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 7، ع 2، 2020، ص 778.

- قاعدة منع الحظر المطلق للحرية، ذلك أن المحافظة على النظام العام وصيانتها لا تستدعي بالضرورة أن تتدخل السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية لحظر ممارسة حرية ما بشكل مطلق، بل يكفي أن تتدخل لتنظيم بعض النشاطات أو تقييد بعض الحريات عن طريق استخدام بعض الآليات الإجرائية كالإخطار، الإذن، أو الترخيص المسبق، أو تقتضي تدخلها لضبط بعض التصرفات والنشاطات الخطيرة عن طريق تحويل الإدارة العمومية توقيع جزاءات إدارية على مرتكبيها مثل: الغرامة الإدارية، الحل، الوقف، الإزالة، سحب وإلغاء التراخيص الممنوحة. أما إذا وجدت هنالك حالة إخلال جسيم بالنظام العام، فإنه يمكن للسلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية أن تقوم، استثناء، بحظر ممارسة نشاط معين أو حرية ما بشكل تام على أن يكون الحظر نسبياً أو مؤقتاً ويقتصر إما على مكان معين أو وقت محدد ويستند على أساس دستوري.

- التقييد بسبب ممارسة السلطة التنظيمية في الحالات والظروف الاستثنائية والتي حددها الدستور صراحة، وذلك لما لها من خطورة على وضعية الحقوق والحريات، وتتمثل هذه الأسباب في حالة الطوارئ أو الحصار لضرورة ملحة، الحالة الاستثنائية في حالة وجود خطر داهم وجسيم يستهدف مؤسسات الدولة واستقلالها وسلامة ترابها.¹

- التنظيم لا يستطيع المساس ببعض المسائل كفرض العقوبات، فلا عقوبة ولا جريمة إلا بقانون، لكن يمكن للتنظيم أن يتدخل في العقوبات البديلة كما هو حال الفقرة 5 من نص المادة 5 مكرر من قانون العقوبات الجزائي المعدل والمتمم والتي تنص على أنه: "يخضع العمل للنفع العام للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل والضمان الاجتماعي".²

وفي إطار ممارسة السلطة التنظيمية المتعلقة بالضبط الإداري خاصة، يجب التقييد بالوسائل المشروعة، خاصة عندما يمنحها القانون سلطة تقديرية في اختيار الوسيلة الأنسب للتدخل في ضبط وتنظيم ممارسة الحقوق والحريات، ويكون ذلك من خلال التقييد بضوابط معينة تتمثل في:

- ألا يؤدي استخدام وسائل الضبط الإداري إلى هدر وتهديد حقوق الأفراد وحرياتهم بشكل صارخ.

- بالنسبة للنصوص القانونية التي تحتاج إلى تفسير، فإن الأمر يتطلب تأويلها على نحو ضيق، بحيث لا يؤثر على حقوق الأفراد وحرياتهم وإن اقتضى الأمر، في حالة الشك، تغليب الحرية على تقييدها.

¹ ذواوي عادل، السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012-2013، ص 113، 115.

² بودة محمد، مرجع سابق، ص 83.

- أن يتم استخدام وسائل الضبط الإداري بما يتلاءم وطبيعة النشاط أو الحرية موضوع التنظيم.¹

لقد تبين بأن المشرع ليس الوحيد الذي يمكنه التدخل في مجال تنظيم ممارسة الحقوق والحريات على الرغم من أنها تدخل ضمن اختصاصه الأصيل والحصري له، فللسلطة التنظيمية دور لا يستهان به في هذا المجال باعتبارها المسؤولة عن حماية وصيانة النظام العام بما لها من سلطة الضبط الإداري، وهو ما دفع بالإدارة إلى فرض قيود كثيرة على حقوق الإنسان وحرياته الأساسية باسم الضبط الإداري متذرة بحجة الحفاظ على النظام العام.²

لذلك دعت الضرورة إلى فرض الرقابة الدستورية على التنظيمات الماسة بالحقوق والحريات، وأفضل وسيلة لذلك هي آلية الدفع بعدم الدستورية وهذا ما تداركه المؤسس الدستوري الجزائري بعد تعديل 2020، خاصة أنه لم يتم إخطار المجلس الدستوري بأي نص تنظيمي مهما كان من قبل³، كما أنه لا وجود لأي طعن قضائي بشأن المراسم الرئاسية.

ومن جهة أخرى، توجد المراسم التنفيذية الصادرة لتنفيذ القوانين والأوامر والتنظيمات المستقلة، والتي سجلت هي الأخرى انتهاكات واقعية مست بأحكام سيادة القانون وسمو الدستور في كثير من الأحيان، فمثلا تقوم الحكومة ووفقا للسلطة التقديرية الواسعة لها في عملية تنفيذ القانون بالتعدي والخروج عن الأحكام التشريعية، نصا وروحا، ومن ثم تتجاهل الحكومة كليا وجود نص تشريعي يقيدتها في عملية التنفيذ، وكذلك يتم تفسير القانون على أسس خاطئة غير الوجهة المقررة في القانون، مما يؤدي حتما إلى إهدار الحقوق والحريات موضوع القانون الواجب تنفيذه.⁴

¹ دراجي بلخير، عادل زياد، حدود سلطات الضبط الإداري لحماية الحقوق والحريات الفردية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، ع 2، سبتمبر 2019، ص.ص 1427، 1428.

² هواري ليلي، الرقابة القضائية على سلطات الإدارة في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية، مجلة القانون، ع 3، جوان 2012، ص 302.

³ سعوداوي صديق، سمو الدستور في التشريع الجزائري بين النص والتطبيق، مرجع سابق، ص 306.

⁴ سعوداوي صديق، المرجع نفسه، ص 367.

المبحث الثاني: دراسة تطبيقية لمدى مساهمة الدفع بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات الأساسية

عادة ما تبني القواعد القانونية على افتراضات ومعطيات قد لا تسمح للتطرق لكل الاحتمالات وجوانب الموضوع المشرع لأجله، الأمر الذي يجعل منها عرضة لبعض الثغرات يتم الكشف عنها بالتطبيق الفعلي للقوانين، وقد يمس القانون بعد تطبيقه بحقوق وحريات مكفولة بنص الدستور، وتكون الرقابة السابقة قاصرة، وهو ما أكدته التجارب السابقة بأن أية رقابة على دستورية القوانين لا يسهم فيها المواطن إلى جانب الأجهزة السياسية أو القضائية تخرج عن دائرة الشرعية الديمقراطية المكلفة بمنع الاعتداء على الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، وقد تداركت معظم الدساتير ذلك من خلال تعديلاتها الأخيرة¹، وأعطت حق الدفع بعدم الدستورية للمواطنين ضد الأحكام التشريعية بل وحتى التنظيمية التي تنتهك حقوقهم وحرياتهم، وهو ما يعتبر تعزيزا لهذه الأخيرة من مكانتها في الدولة وحماية لها من الاستلاب والانتهاك.²

إن دور آلية الدفع بعدم الدستورية يبرز بشكل جلي في تنظيف البيئة القانونية من القوانين التعسفية التي فيها مساس بالحقوق والحريات، وذلك بإلغاء القوانين التي قد تقلت من الرقابة السابقة، وليس مجرد الامتناع عن تطبيقها وهذا هو جوهر هذه الآلية، فعلى الرغم من أن رقابة الامتناع أو الدفع الفرعي هي الأولى في ظهورها بالو. م. أ، وقد أثبتت مساهمتها في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، إلا أن هذه الحماية مؤقتة ونسبية لأن القانون المخالف للدستور لا يزول نهائيا، ما يعني إمكانية تطبيقه مستقبلا وإمكانية هدره للحقوق مستقبلا، في حين أن رقابة الدفع بعدم الدستورية التي تقترن بالإلغاء تعتبر أكثر فعالية ونجاعة كونها تعدم القانون غير الدستوري.

وبما أن الدستور المصري لسنة 1971 كان السباق في اعتماد آلية الدفع بعدم الدستورية، كان لزاما الوقوف عند أحكام المحكمة الدستورية العليا في مجال الحقوق والحريات لمعرفة فعاليتها، خاصة أن المؤسس الدستوري الجزائري قد تبني حديثا نظام

¹ مثل: مصر وفرنسا والمغرب وتونس والجزائر.

² ماحي وسيلة، شافي محمد عبد الباسط، طبيعة الدفع بعدم الدستورية بوصفها آلية لحماية الحقوق والحريات، دراسة مقارنة على ضوء تعديلات بعض الدساتير العربية، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات الملتقى الدولي الأول المرسوم ب: الدساتير في الدول العربية وواقع التغيير في المجتمع، قراءة عابرة للتخصصات، جامعة الجبلالي ليايس، سيدي بلعباس ومركز المدار المعرفي للأبحاث والدراسات، يومي 10/9 مارس 2020، ص 14.

المحكمة الدستورية بدل المجلس الدستوري، ومن جهة أخرى نجد المجلس الدستوري الفرنسي لا يقل أهمية عن المحكمة الدستورية العليا، فقد أثبت كفاءته في مجال حماية الحقوق والحريات وعزز دوره بتبني دستور 2008 لمسألة الأولوية الدستورية QPC، لذلك يعتبر النموذج الأمثل لدراسة مدى نجاعة طعن الأفراد في دستورية التشريعات الماسة بحقوقهم وحرياتهم عن طريق المسألة الاستعجالية الدستورية نظرا للكّم الهائل للقرارات الصادرة بشأنها في فترة وجيزة من إقرارها.

من جهة أخرى، لا يمكن إنكار دور المجلس الدستوري الجزائري في صيانة الحقوق والحريات، فقد سعى منذ تأسيسه سنة 1989 ومباشرة عمله إلى البحث عن دور له في مجال حماية الحقوق والحريات أسوة بأجهزة العدالة الدستورية الرائدة في هذا المجال، وجاءت قراراته تأكيدا لذلك، حيث ساهمت اجتهاداته في توسيع الكتلة الدستورية للحقوق والحريات، ولطالما أكد في قراراته على احترام مبدأ المساواة وحقوق الأفراد، لكن ذلك لم يكن كافيا، ففي كل الحالات يبقى المتضرر من التشريع (أو التنظيم) هو أول من تعنيه وبصفة مباشرة مسألة الحق والحرية، فهو الأقدر على التماس انحراف التشريع أو التنظيم ومساسه بحقوقه وحرياته، ومن ثمة كان إعطاء هذا الأخير مكانة الإخطار هو الوسيلة الأفضل لحماية الحقوق والحريات من أي انحراف تشريعي أو تنظيمي هادر لها، وهو ما فعله المؤسس الدستوري في تعديل 2016 بأن أقر آلية الدفع بعدم الدستورية للأفراد والتي تعتبر تحولا كبيرا في مجال الشرعية الدستورية للحقوق والحريات، ولم تمر فترة طويلة على دخول هذه الآلية حيز التنفيذ حتى بدأت ثمارها بالظهور وحققت نتائج مرضية في مجال حماية الحقوق والحريات، خاصة بعد تنصيب المحكمة الدستورية بدل المجلس الدستوري بموجب تعديل 2020.

إن السؤال الأهم في هذا المبحث يتمثل في إلى أي مدى ساهمت آلية الدفع بعدم الدستورية في تقوية النظام القانوني من النصوص الماسة بالحقوق والحريات مقارنة بالتجارب السابقة لها في القوانين المقارنة؟ وهل سيساهم الانتقال من نظام الرقابة الدستورية بواسطة مجلس دستوري إلى الرقابة الدستورية بواسطة محكمة دستورية؟ أم هو مجرد تغيير في اسم الهيئة المكلفة بذلك لا غير؟

وللإجابة عن هذه الأسئلة لابد من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: يكون فيه المطلب الأول مخصصا لدراسة بعض الحالات أو الأمثلة التطبيقية لنظام الدفع بعدم الدستورية في كل من مصر وفرنسا على وجه الخصوص، لأن نظام الدفع في تونس والمغرب لا يزال حبر على ورق ولم تسجل أية إحالة أو دفع بشأنهما، أما المطلب الثاني سنخرج فيه على دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات قبل إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية وامتداد ذلك إلى ما بعدها، ومدى فعالية المحكمة الدستورية حاليا، طبعاً من خلال قراراتها.

المطلب الأول: تقدير دور الرقابة الدستورية عن طريق الدفع في حماية الحقوق والحريات
تقوم الحماية الدستورية للحقوق والحريات في الأنظمة الدستورية المعاصرة على مبدئين متلازمين: تكريس هذه الحقوق في النصوص الدستورية وإحالة تحديد كفاءات ممارستها إلى التشريع العادي من جهة، ووجود أجهزة للقضاء الدستوري تسهر على مطابقة التشريع العادي مع هذه النصوص من جهة أخرى¹، من خلال السماح خاصة للفرد صاحب الحق أو الحرية بمباشرة هذه الرقابة عن طريق الدفع بعدم دستورية القانون أو اللائحة المنتهك لها، وقد استقر القضاء الدستوري المصري، قبل إنشاء المحكمة العليا، على حق جميع المحاكم في ممارسة رقابة دستورية القوانين بطريق الدفع الفرعي بالامتناع، ومثال ذلك حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 1952/2/7 الذي رفضت بموجبه تطبيق قانون من قوانين الإجراءات الجنائية نظراً لخروجه عن قاعدة عدم رجعية قوانين العقوبات المقررة في دستور 1923، حيث جاء في حيثيات الحكم أنه: "إذا تعارض قانون عادي مع الدستور في منازعة من المنازعات التي تطرح على المحاكم وقامت بذلك لديها صعوبة مثارها أي القانونيين هو الأجدر بالتطبيق ... يتعين عليها عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادي وتهمله وتغلب عليه الدستور، وتطبقه بحسبانه القانون الأعلى والأجدر بالإتباع..."²، وقد استمرت المحاكم العادية والإدارية على هذا النهج كلما تعرضت لمثل هذا التعارض إلى أن أنشئت المحكمة العليا عام 1969 لتختص وحدها برقابة دستورية القوانين، إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم، ثم حلت المحكمة الدستورية العليا محلها عام

¹بوزيد بن محمود، دور المجلس الدستوري الجزائري في مجال الحقوق والحريات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، ع1، أبريل 2019، ص 418.

²عبد العزيز سالم، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 291.

1979 لتكون مختصة دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية المبنية على الدفع.¹

إن الحديث عن رقابة الامتناع عن طريق الدفع الفرعي يدفع إلى المرور على رقابة الدفع الفرعي بالو. م. أ، كونها أول من أسس له، والوقوف على بعض أحكام المحكمة العليا التي ساهمت في تعزيز الحقوق والحريات.

الفرع الأول: تطبيقات الدفع الفرعي في الو. م. أ في مجال الحقوق والحريات

تعتبر الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي الطريقة الأقدم والأكثر شيوعاً في الو. م. أ، إذ يفترض فيها وجود منازعة قضائية فيدفع أحد أطرافها بأن القانون المراد تطبيقه على الدعوى غير دستوري، وتقوم المحكمة بفحص دستورية ذلك القانون، فإن وجدته غير دستوري أهملته وامتنتعت عن تطبيقه وفصلت في الدعوى، وعلى الرغم من أن هذه الطريقة في ممارسة الرقابة الدستورية لا ينجر عنها إلغاء القانون المخالف للدستور، وإنما فقط الامتناع عن تطبيقه، إلا أنها قد ساهمت في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، ومن أهم ما جاء في أحكام المحكمة العليا في مجال الدفع الفرعي، أول حكم لها في قضية "ماربوري ضد ماديسون"، حيث رفع السيد "ويليام ماربوري" أحد القضاة 17 الذين يستلموا أوامر تعيينهم مع مجموعة من رفاقه² دعوى أمام المحكمة العليا مطالبين بأحققتهم في استلام أوامر التعيين معتبرين أن عدم تسليمهم أوامر تعيينهم يعتبر موقفاً تمييزياً يمس بمبدأ المساواة ويحرمهم من حقهم في ممارسة وظيفة القضاة، خاصة أنهم ينتمون إلى الاتحاديين الذين خسروا الانتخابات عام 1800 والتي فاز فيها الحزب الجمهوري، وعلى إثر ذلك اعتبر القاضي "مارشال" أن قانون التنظيم القضائي محل الدفع بعدم الدستورية الصادر في 1789 غير دستوري.

وقد توالى بعدها الأحكام التي تقر بمبدأ المساواة وتلغي القوانين القائمة على التمييز العنصري، وتعد قضية "شابيرو" ضد تومسون³ من أبرز القضايا التي فصلت فيها المحكمة العليا بعدم دستورية قانون الولاية الذي كان ينص على عدم أحقية المواطن في الحصول على الإعانة إذا كانت مدة إقامته في الولاية أقل من سنة، حيث اعتبرت المحكمة ذلك تمييزاً

¹ عمر العبد الله، مرجع سابق، ص 20.

² يتمثل رفاق السيد ماربوري في كل من: روبرت تاوند، ويليام هاربر، دينس رامزي؛ راجع: عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 2016، ص 47.

بين سكان نفس الولادة، وخلصت إلى أن التمييز في المعاملة على أساس (الإقامة) سوق يقيد حرية التنقل بين الولايات ويؤدي بالنتيجة إلى مخالفة التعديل 14 على اعتبار أن الهدف الأسمى للاتحاد الفيدرالي هو توحيد المعاملة بين مواطنين في أي ولاية ينتقلون إليها¹.

وفي حكم آخر للمحكمة العليا في قضية "براون" ضد مجلس التعليم، أعلنت أن القوانين التي تنص على إنشاء مدارس عامة منفصلة للطلاب السود والبيض غير دستورية، حيث أنهت هذه القضية الفصل العنصري القانوني في المدارس العامة، ففي ديسمبر عام 1952 عرض أمام المحكمة العليا بالو. م. أ خمسة قضايا في قائمة الدعاوى المعروضة أمامها تطعن في دستورية الفصل العنصري في المدارس العامة، وقد قامت المحكمة بدمج هذه القضايا بالخمس تحت اسم واحد، وهو قضية "أوليفر براون وآخرون ضد مجلس التعليم في توبিকা"².

وفي قضية Caban V. Mohammed خلصت المحكمة إلى أن حرمان الأب دون الأم من السير في إجراءات التبني يستند إلى الجنس فحسب وليس لأي سبب آخر، ومن ثم فإن أحكام المادة 111 من قانون العلاقات الأسرية المطعون فيها بعدم الدستورية تنتهك فقرة الحماية المتساوية المنصوص عليها بالتعديل الرابع عشر، الذي ينص على أنه: "لا يحق لأي ولاية أن تخرم شخصا من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون على الوجه الأكمل، ولا يحق لها أن تحرم أي شخص داخل نطاق سلطتها من المساواة في الحماية أمام القانون".

من خلال ما سبق من أمثلة حول أحكام المحكمة العليا الأمريكية، يتضح أن لها دورا كبيرا في حماية حقوق الأفراد من الانتهاكات التي يتعرضون لها سواء من خلال القوانين التي تصدر عن الكونغرس أو الرئيس أو تلك المتعلقة بتشريعات الولايات والأوامر المحلية،

¹قضية "شابيرو" ضد طومسون 1969؛ أشار إليها: سعودي نسيم، سلطات المحكمة العليا الأمريكية في مجال الرقابة الدستورية بين النظرية والتطبيق، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 5، ع1، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، مارس 2020، ص 499.
الحكم موجود على الموقع الإلكتروني:

<https://law.justia.com%20thompson%20v.%20shapiro%2C%20394u.s%20%28supreme%20court%29%20618%20%281969%29/>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/03/28 على الساعة 15:26.

²قضية براون سنة 1954، أشار إليها: محمد عطية محمد فودة، مرجع سابق، ص 345؛ ولتفصيل أكثر حول القضية اقرأ: مارتن كيلي، براون ضد مجلس التعليم، مسائل النظام القانوني للولايات المتحدة، متوافر على الموقع الإلكتروني التالي: <https://eferrit.com> تم الاطلاع عليه يوم 2022/03/28 على الساعة 15:57.

وذلك من خلال تمكين الأفراد من الدفع بعدم دستورتيتها بمناسبة دعوى قائمة، فقد ساهمت في تكريس مبدأ المساواة في الحق في التعليم وفي اتخاذ الإجراءات القانونية والتقاضي وتقلد الوظائف والحصول على المساعدات الاجتماعية، والتمتع بحرية التنقل والسفر بين الولايات بكل حرية.

لكن تبقى رقابة الامتثال نسبية كون القانون المصرح بعدم دستوريته يبقى ساري المفعول، مما يؤدي إلى احتمالية تطبيقه مستقبلاً، فعلى الرغم من أن أحكام المحكمة العليا ملزمة للمحاكم الأدنى منها، إلا أن المحكمة نفسها (أي المحكمة العليا) يمكنها أن تقرر دستورية قانون سبق وأن اعتبرته غير دستوري عند نظرها في قضية أخرى، وهو ما يشكل خطراً محتملاً على حقوق الأفراد وحررياتهم. هذا الجانب السلبي في رقابة الدفع الفرعي المنتج للامتثال فقط جعل غالبية الدول تتبنى أسلوب الدفع بعدم الدستورية الذي يجمع بين رقابة الدفع ورقابة الإلغاء ومن بين الدول التي تخلت عن رقابة الامتثال واعتمدت نظام الدفع بعدم الدستورية بمفهومه الحديث نجد المؤسس المصري على رأسها.

الفرع الثاني: أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية تأكيد على مدى فعالية الدفع في حماية الحقوق والحريات الأساسية

حرصاً من المؤسس الدستوري المصري على حماية وضمان حقوق الإنسان وحرياته التي أقرها دستور 1971 المعدل والمتمم والدساتير التي سبقته، أنشأ المحكمة الدستورية العليا لكي تتولى مهمة التحقق من مطابقة كافة القوانين واللوائح التي تصدرها السلطة التشريعية والتنفيذية للدستور وذلك من خلال رقابتها على دستورية القوانين واللوائح.

ولكي نتعرف على دور المحكمة الدستورية العليا في حماية وضمان حقوق الأفراد وحررياتهم في مصر والتي كفلها وأقرها دستور 1971 المعدل والمتمم، فإننا سنتعرض إلى بعض الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا لحماية الحقوق والحريات في مجال الدفع بعدم الدستورية.

أولاً: حماية المحكمة الدستورية العليا لحق الإنسان في الإقامة والتنقل وحرية المسكن

لقد حرص المؤسس الدستوري المصري على حماية حق الإنسان في الإقامة والتنقل في المواد 50، 51، 52 من دستور 1971 المعدل والمتمم، وقد أقرت المحكمة الدستورية العليا بدورها حمايتها لحرية التنقل باعتبارها من الحقوق العامة التي تكتمل بها

الشخصية الإنسانية، يظهر ذلك في حكمها الصادر في 15 نوفمبر 1997⁽¹⁾، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 8 من القانون رقم 49 لسنة 1977 في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وذلك فيما نصت عليه من حظر احتجاز الشخص أكثر من مسكن في البلد الواحد دون مقتض، وكذلك بسقوط نص المادة 76 من هذا القانون في مجال تطبيقها بالنسبة لاحتجاز أكثر من مسكن في البلد الواحد.

وتتلخص وقائع القضية في أنه بتاريخ 1995 رفع صاحب الشقة (المؤجر) دعوى ضد المستأجر²، يطالب فيها بإخلاء الشقة التي استأجرها منه وفسخ عقد إيجارها وذلك استنادا إلى أنه تملك سكنا آخر في المدينة وصار بذلك محتجزا أكثر من مسكن في بلد واحد، وأثناء نظر تلك الدعوى دفع المدعى عليه فيها بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 8 من القانون رقم 49 لسنة 1977 لمخالفتها لأحكام المواد 2 و 40 و 41 و 50 و 57 من الدستور، وذلك تأسيسا على أن المشرع قد أخضع المساكن المؤجرة لأغراض السكنى دون غيرها للحظر المتعلق باحتجاز أكثر من مسكن في البلد الواحد، وظل نطاق الحظر منحسرا بالتالي عن الأماكن المعدة لغير أغراض السكنى، ليقوم بذلك المشرع تمييزا جائرا بين مواطنين تتماثل ظروفهم القانونية بما يخل بتساويهم أمام القانون، كذلك فإن إطلاق الحق في احتجاز أكثر من مسكن ولو في بلد واحد لا ينال من مبدأ تكافؤ الفرص إلا إذا تعلق الأمر بمساكن هيأتها الدولة لمواطنيها وكان تزاممهم عليها متصورا، هذا فضلا عن أن الحظر الذي قرره المشرع لا يستند إلى منطق.

لذلك رأت المحكمة الدستورية عدم دستورية النص المطعون فيه كونه يمس بحرية التنقل والمسكن والإقامة المنصوص عليها في الدستور، حيث أنه لكل مواطن الحق في أن يقيم في الجهة التي يختارها داخل بلده، فلا يرد عنها، ولا يحمل على أن يتخذ غيرها مقرا دائما³.

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا رقم 56 الصادر في 15/11/1997 لسنة 18 ق. د، منشور بمجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء 8، من أول مايو 1996 إلى آخر يونيو 1998، طبعة 2000، ص 928 وما بعدها.

² الدعوى رقم 2957 لسنة 1995 مدني كلي الإسكندرية (مساكن).

³ المادة 50 من الدستور المصري المعدل والمتمم.

ثانيا: حماية المحكمة الدستورية العليا لحرية الإنسان في الزواج

اعتبرت المحكمة الدستورية العليا أن هذا الحق هو من الحقوق الخاصة التي لها حرمتها ويحميها الدستور، على الرغم من أنه لم يتعرض إلى هذا الحق بصريح العبارة "الحق في الزواج" ولا للحقوق التي تتفرع عنه كالحق في اختيار الزوج، إلا أن إغفال النص عليها لا يعني إنكارها، ذلك أن الحق في الخصوصية يشملها بالضرورة باعتبارها مكملا للحرية الشخصية، وقد أكدت ذلك في حكمها الصادر في 18 مارس من عام 1995¹، حيث قضت بعدم دستورية البند السادس من المادة 73 من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم 47 لسنة 1972، وذلك فيما ينص عليه من ألا يعين عضو بمجلس الدولة يكون متزوجا بأجنبية، على اعتبار أن هذا الحظر يناقض مبدأ التكافؤ المنصوص عليه بالمواد 8 و 40 من الدستور، ويهدر كذلك ما للمواطنين من حق تولي الوظائف العامة على النحو المقرر بالمادة 14، ضد إلى ذلك أن هذا الحظر المجحف في حق أعضاء مجلس الدولة الذين ينهضون بأعباء الوظيفة القضائية دون سواهم ودون ما غرض مشروع يقتضيه الصالح العام، كفيل بإسقاط الحق الطبيعي لكل إنسان في أن يختار لحياته شريكا يسكن إليه في إطار من المودة والرحمة والذي يعتبر أحد أهم مظاهر ممارسة الحرية الشخصية.²

إن هذا الحكم قد حقق الحماية للحرية الشخصية في إحدى مظاهرها أو الحقوق المتفرعة عنها المتمثلة في الحق في اختيار الزوج، كما أنه أكد على مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، ووفر الحماية للحق في العمل وتولي الوظائف العامة، وهو ما يؤكد على أهمية الدفع بعدم الدستورية في إرساء الحقوق والحريات وصيانتها من القوانين التي تحاول إهدارها.

ثالثا: حماية المحكمة الدستورية العليا لحرية الإنسان في التعاقد

قضت المحكمة الدستورية العليا وهي بصدد حمايتها لحرية التعاقد بعدم دستورية المادة 46 من القانون 49 لسنة 1977 في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين

¹راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 23 لسنة 16 ق.د الصادر في 18 مارس 1995، منشور بمجموعة أحكامها، الجزء السادس، ص 567 وما بعدها.

²تجدر الإشارة إلى أن هذا الحكم جاء على إثر دفع بعدم دستورية البند 6 من المادة 73 من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم 47 لسنة 1972 قدمه المدعي "مستشار بمجلس الدولة" بمناسبة النظر في قضية أمام المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة؛ الطعن رقم 3679 لسنة 33 ق.

المؤجر والمستأجر، بعدما دفع المدعيان، بمناسبة الاستئناف الذي قدماه ضد قرار محكمة الإسكندرية الابتدائية المبني على أساس المادة 46 من القانون 49 لسنة 1977، بعدم دستورية هذه الأخيرة كونها تتضمن قيوداً على حرية التعاقد لإهدارها إرادة المؤجر وانتهاكها للحماية التي كفلها الدستور لحق الملكية والحقوق الخاصة، فضلاً عن مخالفتها المادة 2 من الدستور لتناقضها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية العليا سبق لها وأن حكمت بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 46 من ذات القانون المتعلقة بالأماكن المستأجرة من ملاكها وذلك بحكمها الصادر بتاريخ 2003/11/2 في القضية رقم 187 لسنة 20 قضاية دستورية، لتكون الفقرة الثانية من نفس المادة محلاً للدفع بعدم دستورتها في القضية رقم 221 لسنة 2005، حيث نصت الفقرة 2 من المادة 46 من القانون الطعين على أنه "إذا كانت العين قد أُجرت مفروشة من مستأجرها الأصلي فإنه يشترط لاستفادة المستأجر من الباطن من حكم الفقرة السابقة أن يكون قد أمضى في العين مدة عشر سنوات متصلة سابقة على تاريخ العمل بهذا القانون"، وهو ما اعتبره المدعيان تدخلاً تشريعياً أمراً يقتحم إرادة المتعاقدين في عقود الإيجار، حيث أنه منح هذا الحق لأحد أطراف العقد وهم المستأجرون، مقيداً بذلك حق الطرف الآخر في التعاقد وهم المؤجرون الذين أرادوا فسخ عقد الإيجار المبرم مع المدعى عليه الثالث (المستأجر الأصلي) وطرد المدعى عليه الرابع (المستأجر من الباطن) من الشقة المؤجرة وتسليمها خالية، كما أن هذا النص القانوني يمثل قيوداً على حق الملكية ويعتبر انحيازاً لطائفة من المتعاقدين دون أخرى بغير ضرورة اجتماعية ملحة تبرر ذلك، وهو ما يتعارض مع المواد 32، 34، 40، 41، من الدستور، خاصة أن ذات القانون يمنح حقوقاً لفئة من المستأجرين لوحدات سكنية مفروشة، المخاطبين بأحكامه، ويحجبها عن أقرانهم مستأجري الوحدات السكنية المفروشة المخاطبين بأحكام ذات القانون وهو القانون رقم 49 لسنة 1977.¹

¹تنص المادة 31 من القانون رقم 49 لسنة 1977 المتعلق بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على عدم سريان امتداد القانون على عقود إيجار الأماكن المفروشة، بحيث تنتهي هذه العقود بانتهاء مدتها المتفق عليها، غير أن المادة 46 من نفس القانون نصت على حكم مخالف لنص المادة 31، مؤداه الامتداد القانوني لعقود إيجار الوحدات السكنية التي استؤجرت مفروشة من ملاكها لمدة خمس سنوات سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم 49 لسنة 1977 بذات الشروط المنصوص عليها بعقد الإيجار، ولمدة عشر سنوات لذلك التي استؤجرت من مستأجريها الأصليين.

يعتبر هذا الحكم تأكيداً على ضمان حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، وحرية التعاقد التي تشكل قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صونا للحرية الشخصية التي تمتد حمايتها إلى إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي ينبغي أن تتوفر لكل شخص، وهي بذلك تتصل اتصالاً وثيقاً بحق الملكية.

رابعاً: حماية المحكمة الدستورية العليا لحرية الرأي والبحث

من أحكام المحكمة الدستورية العليا التي أكدت فيها حمايتها لحرية الرأي والبحث وأن هذه الحرية هي القاعدة في كل تنظيم ديمقراطي، ولا يستقيم الأمر بدونها، نذكر حكمها الصادر في 7 فبراير 1998 بعدم دستورية البند (ج) من المادة 36 من قانون النقابات العمالية الصادرة بالقانون رقم 35 لسنة 1976 وبسقوط ما يقابله من الأحكام التي نص عليها البند الثاني من المادة 6 من قرار وزير القوى العاملة رقم 146 لسنة 1996 بشأن إجراءات التشريح والانتخابات لتشكيلات المنظمات النقابية العمالية، وذلك بعد أن دفع المدعيان أثناء النظر في الدعوى الموضوعية التي رفعها ضد المدعى عليهما الثاني والثالث ابتغاء القضاء بصفة مستعجلة بإلزام الأول بمنحها شهادة القيد بالنقابة وسداد الاشتراك وإلزام ثانيهما بقبول أوراق ترشيحهم مع تعديل طلباتهما إلى القضاء بصفة مستعجلة بعدم الاعتداد بالنتيجة المعتلة للانتخابات العمالية النقابية للعاملين بأكاديمية الفنون وبطلان الانتخابات وما ترتب عليها من آثار مع التعويض، بعدم دستورية قرار رئيس الاتحاد العام لنقابات عمال مصر رقم 35 لسنة 1996 وكذا الفقرة الأولى من المادة 24، والفقرتين 3 و 4 من المادة 41، والأولى والثانية من المادة 45 والأخيرة من المادة 50، والثانية من المادة 53، والفقرة الأولى من كل من المادتين 61 و 62، والثانية من المادة 66 من قانون النقابات العمالية الصادر بالقانون رقم 35 لسنة 1976، مؤسسين دفعهما على أن التنظيم النقابي يتمخض تصرفاً حراً لا تهيمن عليه سلطة الإدارة، بل يستقل عنها ليظل بعيداً عن سيطرتها، وهو ما أكدته المادة 56 من الدستور على أن قيام النقابات واتحادها يكون على أساس ديمقراطي، وبمقتضاها يحق لكل عامل الانضمام إلى المنظمة النقابية التي يختارها، وقد أضاف المدعيان أن حق الاقتراع يعتبر أحد صور حرية التغيير عن الرأي من خلال إدلاء من ينضمون إلى تنظيم معين (سياسي أو نقابي) بأصواتهم التي يبلورون بها إرادة

لمزيد من التفصيل راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 221 لسنة 24 ق. د، بتاريخ 2005/03/13، موجود على الموقع الإلكتروني: <http://scourt.gov.eg>

اختيار ممثليهم، وقد كفل الدستور هذا الحق لكل مواطن وفق الشروط التي يحددها المشرع بما لا يجاوز فحواه أو يثقله بالقيود التي تؤثر على أصوات الناخبين والعملية الانتخابية، ويندرج أيضا ضمن حرية التعبير حق المرشحين في الفوز بعضوية المجالس التي كفل الدستور والقانون صفتها التمثيلية.

وبخصوص المادة 36/ج من قانون النقابات العمالية، فقد اشترطت فيمن يرشح نفسه لعضوية مجلس إدارة منظمة نقابية انقضاء سنة على عضويته بالنقابة وكان هذا الشرط مرددا كذلك بالبند 2 من المادة 6 من قرار وزير القوى العاملة رقم 1996/146 بشأن إجراءات الترشيح والانتخاب لتشكيلات المنظمات النقابية العمالية -المطعون عليه- ولا يندرج تحت الشروط التي تطلبها المادة 19 من القانون كانت فيمن يكون عضوا بالمنظمة النقابية، وكان حق العامل في مباشرة الحقوق التي تقتضيها ديمقراطية العمل النقابي (اقتراعا وترشيحا) يرتبط أصلا بشروط عضويته في المنظمة النقابية التي ينتمي إليها، إذ يعتبر باستكمال هذه الشروط منتسبا إليها ومسهما في نشاطاتها وتحقيق أهدافها، وكان الشرط المطعون عليه يقيد حرية تبادل الآراء، ومن فرص اختيار العمال لمرشحيهم من دائرة عرض ومن الأسس الديمقراطية للعمل النقابي ويحيل حق الاجتماع عبثا، وهو بذلك يخالف أحكام المواد 47، 54، 56 من الدستور.¹

مما تقدم أعلاه، يتضح أن الآراء على اختلافها لا يحوز إجهاضها ولا مصادرة أدواتها أو فصلها عن غاياتها، ولو كان الآخرون لا يرضون بها أو يناهضونها أو يرونها منافية لقيم محدودة أو يحيطون ذبوعها بمخاطر يدعونها لا مبرر من وجودها.

لم تكتف المحكمة الدستورية العليا المصرية بالتأكيد على حمايتها ورعايتها لحرية الرأي والتعبير فقط، بل صرحت كذلك بحمايتها لحرية وحق كل فرد في الاجتماع باعتباره مظهرا من مظاهر الديمقراطية الاجتماعية، وذلك في حكمها الصادر في 1995/4/15، فبعدما دفعت المدعية -بعد تدخلها انضماما إلى المدعى عليهم (رئيس مجلس الوزراء والسيد "بدور دسوقي كامل") في النزاع الموضوعي القائم أمام محكمة شؤون العمال بالقاهرة-

¹ لمزيد من التفاصيل حول هذه القضية والحكم الصادر فيها راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 1998/2/7 في القضية رقم 19 ق.د، منشور على الموقع الإلكتروني: <https://scourt.gov.eg> راجع أيضا في شرح القيود التي ترد على حرية الرأي وموقف المحكمة الدستورية العليا منها: فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، بدون دار النشر 2004، بدون مكان النشر، ص 594 وما بعدها.

بعدم دستورية المادة 38 من قانون النقابات العمالية التي تحظر الجمع بين عضوية مجلس إدارة المنظمة النقابية والعضوية العاملة في نقابة مهنية بما يزيد عن 20% من مجموع أعضاء هذا المجلس، حيث أن المادة المطعون في دستورتها مخالفة الأحكام المواد 8، 40، 47، 56، 62 من الدستور، كونها تخل بمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة بين المواطنين فضلا عن إهدارها لحرية التعبير والحق في الحرية النقابية وتكوين التنظيم النقابي على أساس ديمقراطي وتقييده لحق الانتخاب والترشيح، لاسيما أن المدعية قد فازت في انتخابات مجلس إدارة اللجنة النقابية للعاملين باللاسلكي، وقد حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة 1 من المادة 38 من قانون النقابات العمالية الصادرة بالقانون رقم 35 لسنة 1976 فيما تضمنته من عدم جواز الجمع بين عضوية مجلس إدارة المنظمة النقابية والعضوية العاملة في نقابة مهنية بما يزيد عن 20% من مجموع عدد أعضاء هذا المجلس، وبسقوط باقي نص هذه الفقرة.¹

إضافة إلى ذلك أكدت المحكمة الدستورية العليا على الحريات السياسية في عديد أحكامها، حيث أكدت على حق تأسيس الأحزاب السياسية والانضمام إليها في حكمها الصادر في الثالث من يوليو عام 1995 والذي قضت فيه بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة 15 من قانون الأحزاب السياسية الصادر بقانون رقم 40 لعام 1997 بناء على دفع بعدم الدستورية.⁽²⁾

كما كان للمحكمة الدستورية دور في حماية الحقوق الاقتصادية وحماية المستهلك والحقوق الاجتماعية كحق العمل وخدمات التأمين الاجتماعي وحق التعليم والحق في التقاضي.³

وفي أهم الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع، لسنة 2019، حكمها الصادر في الدعوى الدستورية رقم 160 للسنة 33 قضائية دستورية بتاريخ الثاني من مارس سنة 2019، حيث دفع المدعي بعدم

¹المزيد من التفصيل راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا رقم 6 الصادر بتاريخ 15/4/1995 للسنة 15 ق.د، موجود

على الموقع الإلكتروني <https://scourt.gov.eg>

²لمزيد من التفصيل راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 1995/7/3 في القضية رقم 25 للسنة 16 ق.د

موجود على الموقع الإلكتروني <https://scourt.gov.eg>

³أنظر حكم المحكمة الدستورية الصادر في 4 ماي 1996 في القضية رقم 6 للسنة 17 ق.د؛ حكم المحكمة الدستورية الصادر في 1995/1/14 في القضية رقم 16 للسنة 15 ق.د بشأن قانون التأمين الاجتماعي؛ حكم المحكمة الدستورية رقم 40 الصادر في 1995/9/2 في القضية رقم 40 للسنة 16 ق.د، بشأن قانون التأمين الصحي للطلاب.

دستورية نصي المادتين 107 و 116 من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1983 بالإضافة إلى مطالبته بسقوط المواد (108، 109، 110، 111، 112، 113، 114، 115، 117، 118، 119) من نفس القانون لكونها مترتبة على هاتين المادتين، وتتلخص وقائع 7 هذه القضية في أن المدعي -وهو يمارس مهنة المحاماة التي تعتبر من الحقوق المنقرعة عن الحق في العمل- كان قد أحيل إلى مجلس تأديب المحامين على إثر التحقيق الذي تم معه بمعرفة لجنة الشكاوى بنقابة المحامين الفرعية بالقاهرة في الشكويين رقم 427 و 428 لسنة 2007 المقدمتين ضده، وذلك لقيامه بتجاوز حدود الوكالة الصادرة له من موكلتيه في دعوى صحة ونفاذ عقد بيع مصنع آل إليهما بالميراث لصالح شقيقهما، وبعد تأكد لجنة الشكاوى من صحة ما جاء في الشكويين أحالت الأمر إلى مجلس النقابة العامة، وقرر هذا الأخير بدوره إحالة المشتكى عليه إلى مجلس تأديب المحامين المنصوص عليه في المادة 107 من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1983 وذلك لمخالفته لنصوص المواد (62، 63، 105، 107) من قانون المحاماة سالف الذكر، وبعد إحالة المعني بالأمر إلى مجلس تأديب المحامين بقرار من النائب العام، ومثوله أمام المجلس دفع بعدم دستورية نصي المادتين (107، 116) من قانون المحاماة خاصة في الشق المتعلق بأن يشترك في مجلس تأديب المحامين -بدرجتيه- أعضاء من مجلس نقابة المحامين الذي طلب رفع الدعوى التأديبية، وذلك لما له من تأثير وانعكاس على صحة تشكيل مجلس التأديب الذي يحاكم أمامه المدعي عما نسب إليه من مخالفات وهو ما يعد مخالفاً لنصوص المواد (21، 22، 46، 47) من الإعلان الدستوري الصادر في 30 مارس سنة 2011 المقابلة للمواد (97، 98، 184، 186) من الدستور الحالي، تأسيساً على أن ما تضمنه تشكيل مجلس تأديب المحامين -بدرجتيه- من عناصر غير قضائية من أعضاء مجلس نقابة المحامين يخل بمبدأ وجوب محاكمة الشخص أمام قاضيه الطبيعي، وكفالة حقي النقاضي والدفاع، وأن سبق طلب هؤلاء الأعضاء من النيابة العامة رفع الدعوى التأديبية ضد المدعي (في الدعوى الدستورية) جعل منهم خصماً وحكماً في الوقت ذاته مما يخل بضمان الحياد والتجرد ويخالف مبدأ استقلال القضاء.

وبعد تأكد المحكمة الدستورية العليا من العناصر الشكلية والموضوعية المتعلقة بالدفع القائم أمامها، توصلت إلى الحكم بعدم دستورية ما تضمنته المادة 107 و 116 من قانون

المحامية الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1983، من أن يشترك في مجلس تأديب المحامين -بدرجتيه- أعضاء من مجلس نقابة المحامين الذي طلب رفع الدعوى التأديبية، مساهمة بحكمها هذا في حماية حق التقاضي بشكل منصف وحيادي وضمان استقلالية القضاء من أجل الوصول إلى محاكمة عادلة وحكم عادل ومنصف.¹

الفرع الثالث: مسألة الأولوية الدستورية بفرنسا ضمانات فعالة لحماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية

ابتدع المؤسس الدستوري الفرنسي فكرة أصبحت تعرف بالنموذج الفرنسي الذي اعتمد على تبني الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين عن طريق الدفع بعدم الدستورية والتي نص عليها بموجب تعديله لسنة 2008 للدستور الفرنسي، حيث تمت إضافته بموجب المادة -1- 61 وأصبح يسمى بالسؤال ذي الأسبقية الدستورية.

إن مسألة الأولوية الدستورية هي نافذة جديدة في كيفية طرح شكل من أشكال النظر في دستورية أو عدم دستورية قانون ما بالنسبة إلى المساس بالحريات والحقوق الأساسية للمواطن، وقد وضعت لرسم معالم القيم الإنسانية التي تحملها المبادئ الدستورية بالرجوع على الإعلانات العالمية لحقوق الإنسان بما فيها القوانين مهما كانت طبيعتها، بحيث يعتبر هذا الحق المتمثل في طرح مسألة ذات طابع دستوري بوابة تمنح للمواطن كمتقاضي وتساهم بشكل كبير في تطوير السير الحسن للعدالة.²

وعلى الرغم من الدور الفعال للمجلس الدستوري الفرنسي في حماية الحقوق والحريات وتكريسه لمبادئ المساواة وعدم التمييز في التمتع بها، إلا أن ذلك لم يكن كافياً، خاصة أن الرقابة السابقة على دستورية القوانين قد أثبتت ضعفها من خلال إفلات العديد من النصوص التشريعية بعد دخولها حيز التنفيذ من رقابة المجلس الدستوري، وذلك راجع إلى عزوف الجهات المختصة بالإخطار عن القيام بواجبها خاصة إذا كانت الأغلبية البرلمانية موالية لتوجهات رئيس الجمهورية والوزير الأول، وهو ما يشكل مساساً بحقوق وحريات الأفراد.³

¹المزيد من التفصيل حول هذا الحكم، أنظر: الدعوى رقم 160 لسنة 33 ق. د، المنعقدة بالجلسة العلنية يوم السبت الثاني من مارس 2019، ج. ر. ع 10 مكرر (ب) مؤرخة في 11 مارس 2019، الصفحة من 3 إلى 13).

²منصور مولود، أي نظام أفضل لحماية الحريات العامة (المسألة الأولوية الدستورية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 51، ع 3، سبتمبر 2014، ص.ص 08، 10.

³بخصوص عدد الإخطارات المقدمة إلى المجلس الدستوري الفرنسي في إطار الرقابة الدستورية السابقة من سنة 1958 إلى غاية 2007 فقد بلغت في مجموعها العام 556 إخطاراً.

لمزيد من التفاصيل راجع: سعودي نسيم، التجربة الفرنسية في المسألة الدستورية الأولية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، ع 1، أبريل 2019، ص 1606.

لكن بمجرد إقرار مسألة الأولوية الدستورية بموجب تعديل بل 2008 ودخولها حيز التطبيق في 2009 تهاطلت مسائل الأسبقية الدستورية على المجلس الدستوري الفرنسي الذي أثبت كفاءته وقدرته على مجاراتها والظفر بحماية فعالة للحقوق والحريات، فكان أول قرار له في 28 ماي 2010 تحت رقم 1QPC-2010 كرس من خلاله مبدأ المساواة في المعاشات التقاعدية دون تمييز بسبب الجنسية أو مكان الإقامة، فبعد أن دفعت السيدة "خديجة" بعدم دستورية المواد (26) من القانون 734-1981 المؤرخ في 3 أوت 1981 المتعلق بتعديل قانون المالية، والمادة 68 من القانون 1576-2002 المؤرخ في 30 ديسمبر 2002 المتعلق بتعديل قانون المالية لسنة 2002 ، والمادة 100 من قانون المالية 1666-2006 المؤرخ في 21 ديسمبر 2006 لسنة 2007)، مؤسسة دفعها على أن أحكام المواد 26 و 68 التي تهدف إلى ضمان أصحاب المعاشات التقاعدية المدينة أو العسكرية حسب مكان إقامتهم في الخارج وظروفهم المعيشية من شأنها أن تترك فرقا في المعاملة مع المواطنين الفرنسيين المقيمين في نفس البلد الأجنبي، وأضافت المدعية أن إلغاء المادة 26 من قانون 1981 والمادة 68 من قانون 2002 قد أدى إلى استبعاد المواطنين الجزائريين من نطاق أحكام المادة 100 من قانون 2006 وهو ما يؤدي إلى اختلاف في المعاملة على أساس الجنسية بين حاملي معاشات العجز العسكري ومعاشات المقاتلين اعتمادا على ما إذا كانوا مواطنين جزائريين أو رعايا دول أخرى أو أقاليم أخرى تنتمي إلى الاتحاد الفرنسي أو تم وضعها تحت حماية أو وصاية فرنسا، وقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي عدم دستورية المواد 26 من قانون مالية 1981، والمادة 68 من القانون 2002-1576 المتعلق بتعديل قانون مالية 2002 باستثناء الفقرة السابعة، والمادة 100 من القانون رقم 2006-1666 المتعلق بقانون مالية 2007 باستثناء الفقرة الخامسة، وقد جاء في قراره أن هذا القرار يسري ابتداء من الفاتح من يناير لعام 2011 حتى يتمكن المشرع من معالجة عدم الدستورية الموجود، وبالفعل أصبحت منحة تقاعد العسكريين متاحة للعسكريين الذين خدموا لمدة أدناها 15 سنة أو أراملهم وذلك بالتساوي منذ الفاتح من جانفي 2011، بغض النظر عن جنسية المستفيدين وتختلف قيمتها حسب مشوار كل محارب¹،

¹الخبر منشور على صفحة فرنسا في الجزائر AMBASSADE DE FRANCE EN ALGERIE ومتوفرة على الموقع الإلكتروني التالي:
http://dz.ambafrance.org وتم الاطلاع عليها يوم 2022/05/15 على الساعة 16:28.

وذلك بموجب القانون رقم 1657-2010 الصادر بتاريخ ديسمبر 2010 الذي أخذ بطريقة حساب المنحة التي ارتأها المجلس الدستوري.

وقد توالت بعد ذلك قرارات المجلس الدستوري الفرنسي فيما يخص مسائل الأولوية الدستورية الواردة إليه، وقد سبق لنا أن أشرنا إلى عدد مسائل الأولوية الدستورية التي تلقاها المجلس الدستوري الفرنسي من سنة 2010 إلى غاية 31 ديسمبر 2021 والتي فاقت 900 سؤال، ونظرا لعددتها الكبير ارتأينا أخذ بعض القرارات للاستدلال بها في دراستنا لمدى مساهمة هذه الآلية في حماية الحقوق والحريات، ولعل أهمها ما يلي:

أولاً: مسألة الأولوية الدستورية إجراء فعال لتكريس مبدأ المساواة

باعتبار أن مبدأ المساواة يمثل حجر الزاوية الذي تقوم عليه جميع الحقوق والحريات، فقد أقره المجلس الدستوري الفرنسي في عديد قراراته أثناء فصله في مسائل الأولوية الدستورية المعروضة عليه، حيث أقر مبدأ التساوي أمام الضريبة بموجب القرار رقم 28-2010 الصادر في 17 سبتمبر 2010 والذي قضى فيه بدستورية المادة 231 من القانون العام للضرائب بصيغة 20 ديسمبر 2002.

وفي قرار آخر له تحت رقم 15-2010 الصادر في 23 يوليو 2010، قضى بعدم دستورية المادة 575 من قانون الإجراءات الجنائية لتعارضها مع مبدأ التساوي أمام القانون الذي ينص عليه الدستور والمواثيق والإعلانات العالمية لحقوق الإنسان، وذلك لأنها تنتقص من حقوق الدفاع وتفرض قيوداً غير ضرورية عليه كونها تمنع المدعي الشخصي من الطعن في حكم برفض دائرة التحقيق في غياب طعن المدعي العام، وقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي ذلك انتهاكاً لمبدأ المساواة أمام القانون والعدالة والإنصاف الفعال في حقوق الدفاع.

وفي قضية أخرى، بتاريخ 9 جويلية 2018 أخطر المجلس الدستوري الفرنسي من قبل محكمة النقض للنظر في الدفع بعدم دستورية المادة الأولى من قانون الجنسية التي تنص على أنه: "يعتبر من جنسية فرنسية كل طفل شرعي ولد من أب فرنسي بفرنسا أو بالخارج".

ولمزيد من التفاصيل حول قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم QPC 2010-01 فهو متواجد على الموقع الإلكتروني الرسمي له:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr>

وتنص في الفقرة 3 منها على أنه: "يعتبر من جنسية فرنسية كل طفل شرعي ولد بفرنسا من أم فرنسية".

وذلك لكون النص يخالف مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة المنصوص عليه في ديباجة الدستور الفرنسي عندما منح للطفل المولود من أب فرنسي الجنسية الفرنسية سواء ولد على الإقليم الفرنسي أو خارجه، فيما حرم الطفل المولود من أم فرنسية من الجنسية الفرنسية إذا ما ولد خارج الإقليم الفرنسي.

وقد أصدر المجلس الدستوري بتاريخ 5 أكتوبر 2018 قرارا مضمونه أن القواعد القانونية يجب أن تكون نفسها بالنسبة للجميع، الشيء المفتقد في نص المادة الأولى في فقرتها الثالثة من قانون الجنسية 1927، وذلك عندما ميز بين الرجل والمرأة في منح الجنسية لطفليهما، وهو ما يعد مخالفا للمبدأ الدستوري القاضي بالمساواة بين الرجل والمرأة مما يتعين معه التصريح بأن كلمة "بفرنسا" المذكورة في الفقرة الثالثة من المادة الأولى غير دستورية.¹

ثانيا: إقرار المجلس الدستوري الفرنسي لمبدأ شخصية وفردية العقوبة

اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي أن المادة 7 من قانون الانتخابات غير دستورية بناء على دفعين أحيلوا إليه بموجب القرار رقم 12006 و 12007 المؤرخان في 7 ماي 2010 من قبل محكمة النقض، وذلك لتعارضها مع الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور وبالأخص انتهاكها لمبدأ شخصية وفردية العقوبة الذي تضمنته المادة 8 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، والتي تنص على أن العقوبة التي تتطوي على حظر التسجيل في السجل الانتخابي وما ينتج عن ذلك من عدم القدرة على تقلد أو ممارسة منصب عام انتخابي لا يمكن تطبيقها إلا إذا أعلنها القاضي صراحة، مع الأخذ في الاعتبار الظروف الخاصة بكل حالة.²

¹ لمزيد من التفصيل راجع قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم QPC 2018-737 الصادر في 5 أكتوبر 2018.
² لمزيد من التفصيل راجع القرار رقم 2010-6-2010 المؤرخ في 11/06/2010 على الموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري الفرنسي

ثالثا: مساهمة مسألة الأولوية الدستورية في تعديل قانون الإجراءات الجزائية وحماية حقوق المخاطبين به

إن نجاح مسألة الأولوية الدستورية بفرنسا لم يقتصر فقط على عدد الأسئلة التي طرحت أمام قضاة الدرجة الأولى والثانية والتي وصلت إلى المجلس الدستوري الفرنسي، بل تعدى ذلك إلى عمق وقيمة التعديلات التشريعية التي كانت نتيجة الدفع بعدم الدستورية ولعل أهمها التعديل الذي دعا إليه المجلس الدستوري الفرنسي والمتعلق بإجراء الوقف للنظر السالب للحرية الذي نصت عليه المادة 4-63 من قانون الإجراءات الفرنسي.

لقد كان قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم QPC 22/14/2010 الصادر بتاريخ 30 جويلية 2010 أحد التطبيقات المثيرة لمسألة الأولوية السنوية والتي أثرت بموجب 36 عريضة طعن تقدمت محكمة النقض بإخطار المجلس الدستوري بها عن طريق قرارين منفصلين¹، حيث قضى المجلس الدستوري بعدم دستورية كثير من المواد في قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بنظام الوقف للنظر والذي اعتبره البعض قرارا تاريخيا، فيما اعتبره البعض الآخر ولادة ثانية للمجلس الدستوري الفرنسي أعلن من خلالها عدم دستورية المواد 62، 63، 63-1 و 77 من قانون الإجراءات الجزائية بالإضافة إلى المادة 63-4²، حيث رأى بأن هذه المادة لا تسمح للشخص الموقوف من الاستفادة من الحضور الفعلي للمحامين عند استجوابه وجاء في نص القرار في فقرته 28 ما يلي:

«... que son article 63-4 ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat, ...»

وقد التزم المشرع فيما بعد بقرار المجلس الدستوري واستغل المهلة التي أعطيت له لتعديل كل المواد التي أقر عدم دستورتها، وكان في الموعد عندما تم تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 392-2011 المؤرخ في 14 أبريل 2011، وما يلفت الانتباه في هذا القانون أنه قد احتفظ بكل الضمانات التي نصت عليها المادة 4-63 في قانون قبل التعديل والتي تتمثل في: حق الموقوف في التواصل مع محامية منذ بداية

¹ القرار الأول لمحكمة النقض تحت رقم 12030 الصادر في 31 ماي 2010.
أما القرار الثاني لمحكمة النقض فهو تحت رقم 12041-12042-12043-12044-12047-12050-12051-12052 الصادر في 4 جوان 2010.
² بوراس عبد القادر، مرجع سابق، ص 53.

التوقيف، حق الموقوف في المساعدة القضائية، حق محامي الموقوف في الاطلاع على سبب التوقيف للنظر، حق الموقوف في التواصل مع محاميه لمدة لا تتجاوز 30 دقيقة، وحق المحامي عندها في تقديم ملاحظات تلحق بملف الإجراءات.

وقد أدخل هذا القانون تعديلات جوهرية أزالته صفة اللادستورية عن تلك المواد التي أشار إليها المجلس الدستوري في قراره السالف الذكر مكنت المحامي من توسيع نطاق تدخله ليشمل التحقيق التمهيدي، كما أنها عززت الحق في الدفاع أثناء فترة الوقف للنظر.⁽¹⁾

وفي قضية أخرى بتاريخ 28 ديسمبر 2017 أخطر المجلس الدستوري الفرنسي من قبل محكمة النقض للنظر في الدفع بعدم دستورية نص المادة 365-1 من قانون الإجراءات الجزائية والمتعلقة بتسبيب الأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات التي نصت في فحواها أن رئيس محكمة الجنايات أو أحد مساعديه الذي يعنيه يقوم بتحرير أسباب الحكم، وفي حالة الحكم بالإدانة ينصب التسبيب على العناصر الأساسية للأعباء لكل واقعة منسوبة إلى المتهم.

وقد تضمنت عريضة الدفع بعدم الدستورية أن نص المادة المذكورة أعلاه وفق ما هو عليه فيه خرق لأحكام الدستور لكونه لا يلزم القاضي بتسبيب العقوبة مثلما يلزمه بتسبيب الإدانة.

وفصلاً في الدفع، أصدر المجلس الدستوري بتاريخ 02 مارس 2018 قراراً جاء في مضمونه أن عدم تضمن نص المادة 365-1 من قانون الإجراءات الجزائية ما يوجب على القضاة تسبيب كيفية اختيارهم للعقوبة الموقعة على الشخص المصرح بإدانته فيه خرق لمبدأ الحق في محاكمة عادلة ومنصفة لعدم مراعاته لمبدأ شخصية العقوبة الذي يتصلب توقيع عقوبة تأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية لكل متهم مدان، وهو ما يقتضيه وجوب بيان أسباب الإدانة وكذا الأسباب التي اعتمد عليها في تقدير العقوبة معاً، ودون الالتفات إلى ما استقرت عليه محكمة النقض في اجتهادها بعدم وجوب تسبيب العقوبة المحكوم بها، الأمر الذي يتعين معه التصريح بعدم دستورية المادة 365-1 من قانون الإجراءات الجزائية

¹C.F: Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004-art.14JORE10 mars 2004 en vigueur le 1^{er} octobre 2004.

لمخالفتها الدستور، وقد حدد المجلس الدستوري الفرنسي تاريخ سريان هذا القرار الذي يبدأ من 01 مارس 2019 للسماح للمشرع بتدارك عدم الدستورية التي تم معاينتها.¹

رابعاً: تكريس مسألة الأولوية الدستورية للحقوق والحريات المنصوص عليها في إعلان حقوق الإنسان لسنة 1946

لقد تضمن إعلان حقوق الإنسان لسنة 1946 العديد من الحقوق الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي يمكن المتقاضي أن يثيرها، ومنها ما نظر فيها المجلس الدستوري الفرنسي بناء على الدفع بعدم الدستورية، على سبيل المثال نذكر:

1- القرار رقم 42-2010 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 الذي صرح فيه المجلس الدستوري بدستورية المادة 2-2122 من قانون العمل وأكد فيه على الحرية النقابية.

2- القرار رقم 119-2011 المؤرخ في 1/04/2011 الذي صرح فيه المجلس الدستوري بدستورية المادة 20-773 من قانون العمل التي أصبحت المادة 8-423 من قانون العمل الاجتماعي والأسرة، وفي ذلك تأكيد على الحق في العمل.

وفي قرار آخر للمجلس الدستوري الفرنسي أكد على مبادئ الأخوة فيه، فبتاريخ 11 ماي 2018 أخطر المجلس الدستوري الفرنسي من قبل محكمة النقض للنظر في الدفع بعدم دستورية نص المادة 622 من القانون المتعلق بدخول وإقامة الأجانب والحق في اللجوء، التي تعاقب كل شخص يقوم بتقديم مساعدة مباشرة أو غير مباشرة لتسهيل دخول أو تنقل أو إقامة أجنبي بطريقة غير مشروعة، وقد أصدر المجلس الدستوري بتاريخ 06 جويلية 2018 قراراً مفاده أن الأخوة مبدأ دستوري منصوص عليه في ديباجة الدستور الفرنسي ويتجسد في حرية مساعدة الغير لغاية إنسانية بدون النظر إلى مدى قانونية إقامة هذا الغير من عدمه على التراب الفرنسي، ولا يجوز للمشرع أن يحافظ على النظام للعمومي ومكافحة الهجرة الغير شرعية بالمساس بمبدأ الأخوة إذ يبقى عليه التوفيق بين الأمرين، وتبعاً لذلك قضى المجلس الدستوري بعدم دستورية النص العقابي المذكور.²

خامساً: مسألة الأولوية الدستورية ضماناً حقيقية لحقوق الجيل الثالث

لقد بلغ مجموع المسائل التي نظر فيها المجلس الدستوري الفرنسي المتعلقة بموضوع البيئة 932 قضية إخطار إلى غاية 2019، تم النظر في 33 حالة منها تتدرج ضمن

¹Décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018.

²Decision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018.

المسألة ذات الأولوية كلها متعلقة بالبيئة، تقدمت بها جمعيات بيئية ناشطة إضافة إلى الأفراد، من بين هذه القرارات:

القرار رقم 395-2014 الصادر بتاريخ 2014/05/07 الذي اعتبر فيه المجلس الدستوري الفرنسي أن الجملة الأولى من الفقرة الأولى من المادة 222-2 غير دستورية، بعد أن طعنت الاتحادية الدائمة للبيئة إضافة إلى عدة جمعيات ناشطة في مجال البيئة ضد أحكام المادة 222-1 إلى 222-3 من قانون البيئة الفرنسي بصيغته الناتجة عن المادتين 68 و 90 من القانون رقم 788-2010 المؤرخ في 12 يوليو 2010 المتعلق بالميثاق الوطني، وذلك لأنها لم تنص على إجراءات كافية للمشاركة العامة في تطوير خطط المناخ والهواء والطاقة الإقليمية والرياح وتتجاهل حق أي شخص في المشاركة في تطوير القرارات العامة التي لها تأثير على البيئة، وأضافت الجمعيات المتقدمة بالدفع أنه لم يتم تحديد المعايير التي على أساسها يتم تحديد أجزاء الإقليم المؤاتية لتطوير طاقة الرياح، وهو ما يعد تجاهلا من المشرع لاختصاص وكذلك عدم وضوح للقانون الذي يؤثر على إمكانية الوصول إليه بسهولة وفهمه وهو ما من شأنه أن يؤثر على ممارسة الحق في العيش في بيئة متوازنة تحترم الصحة، والحق في أن تمنع السلطات الإدارية الضرر الذي يمكن أن يلحق بالبيئة.

وبعدما رأى المجلس الدستوري أن الجملة الأولى من الفقرة الأولى من المادة 222-2 لا تتوافق مع الدستور قضى بعدم دستورتها على أن يسري هذا القرار ابتداء من 1 جانفي 2015، في حين أنه قضى بأن ما تبقى من المادة 222-2 والمادة 222-1 و 222-2 متوافقة مع الدستور.

إن هذه الآلية -ونقصد بها مسألة الأولوية الدستورية- أعطت نتائج هامة على مستوى تثمين الحقوق والحريات الفردية في فرنسا لاسيما المتعلقة بمختلف الشؤون المعنية بصفة مباشرة بحقوق الأفراد رغم حداثة، وفي أحدث قرار للمجلس الدستوري الفرنسي لسنة 2022 يتعلق بالمادة 1920 من قانون الضرائب العام في صفته الناتجة عن القانون رقم 84-1208 المؤرخ في 29 ديسمبر 1984 بشأن المالية لعام 1985، حيث دفع صاحب الدفع بأن هذه الأحكام ستؤثر بشكل غير متناسب على ممارسة الحق في الملكية لأنها تسمح للخزينة العامة في حالة نقل ملكية المبنى، بمتابعة المطالبة باسترداد ضريبة الأملاك

من المالك الجديد وهو ما سيؤدي إلى إحداث ضرر في مصلحة المالك الجديد ولا يتناسب مع متطلبات المصلحة العامة التي يهدف إليها إجراء تحصيل الديون العامة. وعلى إثر ذلك، قضى المجلس الدستوري الفرنسي بعدم دستورية المادة 1920 من قانون الضرائب.¹

المطلب الثاني: تعزيز دور المجلس الدستوري في مجال الحقوق والحريات من خلال آلية الدفع بعدم الدستورية واستحداث محكمة دستورية

تمثل حماية الحقوق والحريات الأساسية إحدى أهم أهداف الرقابة على دستورية القوانين، بل إن هذه الأخيرة وجدت خصيصا لتأسيس علاقة دستورية بين المجتمع السياسي والمدني- كما يرى الفقيه Dominique Rousseau - وذلك بفرضها احترام أجهزة الدولة لحقوق المحكومين، وبالتالي فهي تعتبر أهم وظيفة تناط بالمجلس الدستوري نظرا لما تقدمه من فائدة للمواطنين من أجل إرساء مبادئ دولة الحق والقانون القائمة على احترام حريات الإنسان وحقوقه.²

لقد اضطلع المجلس الدستوري الجزائري بهذه المهمة مباشرة بعد تأسيسه في 1989 وتجسد ذلك في أول قرار له بمناسبة النظر في دستورية قانون الانتخابات³، وقد تواصلت بعد ذلك اجتهاداته في مجال الحقوق والحريات وكان له دور بارز في تكريسها بل وحتى في اتساع كتلتها الدستورية، إلى أن قرر المؤسس الدستوري الاقتداء بنظيره الفرنسي الذي أدرج إجراء المسألة الاستعجالية الدستورية كطريق غير مباشر للمتقاضين لممارسة الرقابة الدستورية على التشريعات الماسة بحقوقهم وحرياتهم، حيث نصت المادة 188 من الدستور المعدل سنة 2016 على حق الأفراد في إخطار المجلس الدستوري الجزائري- بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة- عندما يدعي أحد أطراف المحاكمة أن نصابا تشريعيا يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك أحد الحقوق أو الحريات التي يضمنها الدستور، ورغم أن هذه الآلية لم تدخل خير التنفيذ إلا بعد سنتين ولم يمض على تطبيقها الكثير حتى أن

¹Decision n° 2022-992 QPC du 13 mai 2022: "Le conseil constitutionnel decide: Article 1^{er} Le 2° du 2 de l'article 1920 du code général des impôts, dans sa rédaction résultant de la loi n° 84-1208 du 29 décembre 1984 de finances pour 1985, est contraire à la constitution".

²رداوي مراد، مساهمة المجلس الدستوري الجزائري في حماية الحقوق والحريات، مجلة المفكر، المجلد 12، ع 2، جانفي 2017، ص 390.

³قرار المجلس الدستوري الجزائري رقم 89-01 المؤرخ في 20 أوت 1989 المتعلق بقانون الانتخابات، ج. ر. ج. ع 36، مؤرخة في 30 أوت 1989.

عدد الدفوع المحالة على المجلس الدستوري تعد على الأصابع، فقد تم تعديل المادة 188 بموجب التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 أين تم استبدال المجلس الدستوري بمحكمة دستورية مع إدراج النصوص التنظيمية في نطاق القوانين التي يمكن للأفراد الدفع بعدم دستورتها.

إن السؤال الأهم في هذا المطلب يتمحور حول الإضافة التي قدمتها آلية الدفع بعدم الدستورية في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية سواء من خلال المجلس الدستوري سابقا أو المحكمة الدستورية حاليا، لكن قبل التطرق إلى ذلك لا بأس بالتذكير بأهم قرارات المجلس الدستوري التي ساهمت في تعزيز الحقوق والحريات قبل تعديل 2016.

الفرع الأول: اجتهادات المجلس الدستوري الجزائري في مجال الحقوق والحريات الأساسية قبل إقرار نظام الدفع بعدم الدستورية

على الرغم من قصر عمر تجربة المجلس الدستوري الجزائري في مجال الرقابة على دستورية القوانين بصورة عامة وكحارس للحقوق والحريات بصفة خاصة، إلا أنه قد سجل تدخلا كبيرا من خلال اجتهاداته في تحقيق مبدأ المساواة وفق ما نص عليه الدستور والذي يعتبر الإطار الدستوري العام لجميع الحقوق والحريات، فمن خلال مسح شامل لقراراته يتضح أن نسبة تدخلاته بخصوص فكرة المساواة تبدو مرتفعة نوعا ما مقارنة مع تدخلاته في الجوانب الأخرى، فقد صرح بأن اشتراط الجنسية الأصلية من المترشح وزوجه في المادة 86 من قانون الانتخابات غير مطابق للدستور لاسيما مبدأ التساوي أمام القانون الوارد في المادة 28 من الدستور.¹

كما قرر عدم دستورية المادة 8 من القانون رقم 89-14 المتضمن القانون الأساسي للنائب والتي تقرر عدم التنافي بين النيابة ووظائف التعليم العالي وأطباء القطاع العام كونها تتشئ وضعا تمييزيا بالنظر إلى أصحاب وظائف مماثلة تمارس ضمن أطر قانونية مختلفة وفي ذلك مساس بمبدأ المساواة.⁽²⁾

كما اعتبر المجلس الدستوري أن اشتراط المادة 13 من الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية من الأعضاء المؤسسين لحزب سياسي أن يكونوا

¹ قرار المجلس الدستوري الجزائري رقم 01/ق.ق.م.د/89 المتعلق بقانون الانتخابات.
² قرار المجلس الدستوري رقم 02/ق.ق.م.د/89.

حاصلين على الجنسية الجزائرية الأصلية أو المكتسبة منذ 10 سنوات على الأقل فيه إخلال بمقتضيات المادة 29 من الدستور التي تؤكد أن كل المواطنين سواسية أمام القانون.¹ وفي رأيه الصادر بتاريخ 13 يونيو لسنة 1998 رقم 04 والمتعلق برقابة دستورية بعض المواد من القانون المتضمن نظام التعويضات والتعاقد لعضو البرلمان، وعند فحصه للمادة 4 منه ومقارنتها بنص المادة 29 من دستور 1996 توصل المجلس الدستوري إلى أن حساب التعويضة بالطريقة التي نصت عليها المادة 4 من القانون السالف الذكر سيؤدي إلى المساس لا محالة بمبدأ المساواة بين أعضاء البرلمان والمواطنين الآخرين.

ولم يتوقف المجلس الدستوري الجزائري عند هذا الحد، فقد كرس حمايته للعديد من الحقوق السياسية والفكرية وذلك من خلال سعيه الدائم لتوفير المساواة في الاستفادة من هذه الحقوق وممارستها، وسجل له عدة تدخلات خاصة في مجال الانتخاب والترشيح - كما سبق لنا الإشارة - وكذا إنشاء الأحزاب السياسية، وممارسة الحق النقابي الذي تطرق إليه المجلس الدستوري من خلال رأيه الصادر في 22 أوت 2004 رقم 02 بمناسبة مراقبته لمطابقة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء للدستور، وبعد فحصه للمادة 35 ف 1 منه ومقارنتها مع ما جاء في المادة 56 من دستور 1996، اعتبر المجلس الدستوري أن المشرع الجزائري قد ضيق في المادة 35 ف 01 عند إحالتها إلى المادة 16 من نفس القانون والتي تقضي بممارسة القاضي لحقه النقابي وذلك بإجباره على التصريح بذلك لوزير العدل، حتى يتمكن هذا الأخير من اتخاذ التدابير الضرورية - عند الاقتضاء - للمحافظة على استقلالية القضاء، وهو ما اعتبره المجلس الدستوري مساسا بإرادة المؤسس الضامنة لممارسة جميع المواطنين للحق النقابي من خلال المادة 56 من الدستور دون أي قيود، ومن ثم صرح بمطابقة المادة جزئيا للدستور وإعادة صياغتها بحذف الإحالة إلى المادة 16 من القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

هذا الموقف عزز المجلس الدستوري به مكانته كهيئة دستورية رقابية تعمل على ضمان وحماية الحقوق الأساسية والحريات المكفولة دستوريا، ومنع المساس بها خاصة الحق النقابي باعتباره أحد أهم الحقوق الأساسية المكفولة دستوريا.⁽²⁾

¹ رأي المجلس الدستوري رقم 01/ر.أ.ق. عض/د.97، الصادر في 06 مارس 1997.
² مسراتي سليمة، مرجع سابق، ص 321.

ولا يمكن أيضا إنكار دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق الشخصية والمدنية فبموجب رأيه رقم 01 الصادر في 06 مارس 1997 -والذي سبق لنا أن أشرنا إليه أعلاه- المتعلق بمراقبة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية ومطابقة للدستور، فقد أكد على حرية الشخص في اختيار موطنه المنصوص عليها في المادة 44 من دستور 1996.

كما أن المجلس الدستوري قد سعى جاهدا من أجل حماية حرمة الحياة الخاصة عن طريق دراسة المواد الدستورية ومواد القوانين المتعلقة بها، ومراقبتها ويظهر ذلك من خلال الرأي رقم 01 المؤرخ في 05 فيفري 2004 والمتعلق بمراقبة مطابقة القانون للعضوي المعدل والمتمم للأمر 97-07 المؤرخ في 6 مارس 1997 والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات الدستور، وذلك بخصوص فحصه للمادة 4 منه خاصة العبارتين: "... والحصول على نسخة منها"، وعبارة "... وللجان المراقبة"، فقد أبدى المجلس تحفظه بالنسبة للعبارة الأولى حيث جاء في مضمون رأيه أنه: "... واعتبارا أن المادتين 35 و 39 (لفقرة الأولى) من الدستور، قد أسستا لمبدأ عدم انتهاك الحياة الخاصة للمواطن، وأقرتا حمايته بموجب هذا القانون، لتكون بذلك المخالفات المرتبكة ضد الحقوق المكرسة في هذا المبدأ معاقبا عليها قانونا.

واعتبارا أن المشرع لم يضمن القانون العضوي، موضوع الإخطار، أحكاما جزائية لمعاقبة استعمال المعلومات الخاصة بالناخبين لأهداف غير تلك المقررة بموجب القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، ولم يضبط شروط ومجال وكيفيات استعمال القوائم الانتخابية.

واعتبارا بالنتيجة، فإنه شريطة مراعاة هذا التحفظ، تكون الفقرة الثالثة من المادة 4 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، غير مخالفة لأحكام الدستور".
وأضاف المجلس الدستوري في رأيه بخصوص عبارة "وللجان المراقبة" أن المشرع حين أورد هذه العبارة دون تحديد أو بيان طبيعة هذه اللجان وسندها القانوني قد جعل من هذه العبارة غير مطابقة للدستور. (1)

¹ رأي المجلس الدستوري رقم 01/ر.ق. ع/م د/04 المؤرخ في 5 فبراير سنة 2004، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل للمتمم للأمر رقم 97-07 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات

من خلال هذا الرأي، اعتبر المجلس الدستوري الجزائري أنه على المشرع حين قرر حق الاطلاع على القائمة الانتخابية، وأخذ نسخة منها للفئات المذكورة أن يأخذ بعين الاعتبار أنه لا يمكن ممارسة هذا الحق دون التقيد باحترام الحقوق المعترف بها للغير بموجب الدستور، واحترام مبدأ عدم انتهاك الحياة الخاصة للمواطن المكرس دستوريا.¹ وفي رأي آخر للمجلس الدستوري أثناء مراقبته لمطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام، أكد فيه من جديد على أن اشتراط الإقامة في الجزائر في المدير المسؤول عن أي نشرية دورية يعتبر غير مطابق للدستور كما أكد على أنه قد سبق وفصل في هذا الشرط في رأيه الصادر بتاريخ 6 مارس 1997 وأن قراراته وآراءه نهائية وغير قابلة للطعن.²

من خلال ما سبق، يتضح أن المجلس الدستوري الجزائري لا يقل أهمية عن نظيره الفرنسي فيما يخص تكريسه للحقوق والحريات واعتباره حامي الحقوق والحريات لكن تطور نظامها وكذا تنوعها وظهور فئات جديدة وتوسع نشاطات الفرد وكذا توسع سلطة المشرع التقديرية في مجال تنظيم الحقوق والحريات وتزايد ظاهرة التضخم التشريعي، جعل من رقابة المجلس الدستوري السابقة واللاحقة المحدودة والمقتصرة على جهات سياسية غير كافية، الأمر الذي تطلب البحث عن وسيلة أخرى للحد من الانتهاكات التي تمس الحقوق والحريات وتقريبها للأفراد، وتتجلى هذه الوسيلة في تمكين الأفراد من الطعن في دستورية النصوص الماسة بحقوقهم وحرياتهم من خلال آلية الدفع بعدم الدستورية

الفرع الثاني: قرارات المجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا في مجال الدفع بعدم الدستورية دعامة أساسية للحقوق والحريات

لقد وفق المؤسس الدستوري في منح الأفراد حق إخطار المجلس الدستوري بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس لدولة، فقد سد بهذا الإجراء الطريق أمام تماطل السلطتين التشريعية والتنفيذية في تحريك الرقابة على دستورية القوانين والتنظيمات المخالفة للدستور التي تمس بالحقوق والحريات المحمية دستوريا، وقد برر المجلس الدستوري هذا التوسع في الإخطار بأنه إجراء يمنح الأفراد حق إخطاره وبالتالي فإن ذلك يعتبر إضافة

¹بوزيد بن محمود، مرجع سابق، ص 422.

² رأي المجلس الدستوري رقم 02/ر.م. د/12 المؤرخ في 8 يناير سنة 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام.

نوعية في مجال حماية الحقوق والحريات وهو ينسجم كثيرا مع ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية في تأكيد أهمية دور الأفراد في حماية حقوقهم.¹

وبعد تزايد المطالب حول اعتماد نظام المحكمة الدستورية بدل المجلس الدستوري، أقر المؤسس الدستوري ذلك صراحة بموجب المادة 195 من تعديل 2020 مع بعض التعديلات المتعلقة بنطاق الدفع لعدم الدستورية، فكيف ساهمت هذه الآلية في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم؟ وما هي الإضافة التي ستقدمها المحكمة الدستورية في هذا المجال أم أنها مجرد امتداد للمجلس الدستوري؟ هذا ما سنحاول إبرازه من خلال دراسة القرارات الصادرة في موضوع الدفع بعدم الدستورية.

لكن قبل التطرق إلى ذلك، لابد من الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية المغربية قد تلقت دفعا بعدم دستورية المادة 265 من قانون المسطرة الجنائية لكنها صرحت في قرارها الصادر بتاريخ 12 يونيو 2018 (27 من رمضان 1439) بتعذر بثها في الطلب معلة ذلك بأن القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية قانون لم يصدر بعد.²

إذاً، لن تستطيع المحكمة الدستورية المغربية الفصل في أي دفع بعدم الدستورية ما لم يصدر القانون التنظيمي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيقه وستبقى هذه الآلية حبرا على ورق ما لم يتم تفعيلها ولن تأتي ثمارها ما لم يصدر هذا القانون.

من جهة أخرى، فإن المحكمة الدستورية التونسية على الرغم من اعتبارها أهم الإنجازات التي حققها الدستور التونسي الجديد كونها مؤسسة مستقلة تساعد على تعزيز الديمقراطية بخلاف المجلس الدستوري الذي كان قائما في ظل النظام السابق ويعمل عمليا كجهاز استشاري لرئيس الجمهورية، ضف إلى ذلك إسنادها صلاحية بالغة في الأهمية تتمثل في البت في دستورية القوانين النافذة التي تحيلها عليها المحاكم تبعا للدفع بعدم الدستورية، إلا أنه لم يتم تنصيب المحكمة الدستورية التونسية إلى يومنا هذا³، فرغم أن القانون الأساسي الخاص بها قد صدر⁴، وشرع مجلس نواب الشعب في 14 مارس

¹ أنظر: المادة 8 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في جلستها العامة الـ 183 المنعقدة بباريس في 10 ديسمبر 1948 بموجب القرار رقم 217 ألف/د-3.

² القرار رقم 80/2018 بتاريخ 12 يونيو 2018 (27 رمضان 1439)، منشور في مجلة المحكمة الدستورية، ع2، 2019، ص 629-631.

³ 2023/01/30 على الساعة 00:27.

⁴ القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ع 98، الصادر في 8 ديسمبر 2015).

2018 في انتخاب الأربعة أعضاء المخصص له انتخابهم، لكن المجلس لم يستطع استكمال انتخاب بقية الأعضاء - بعد أن نجحت السيدة "روضة الورسيغي" في الحصول على أغلبية الأصوات - سبب خلافات سياسية، وهذا ما أخر تنصيب المحكمة وشروعها في ممارسة اختصاصاتها التي من بينها البت في الدفوع بعدم الدستورية المحالة إليها من المحاكم.

وتجدر الإشارة إلى أنه قد تم إحداث هيئة وقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين في 18 أبريل 2014 بمقتضى قانون أساسي بعد ما تم حل المجلس الدستوري التونسي في 2011 إثر الثورة التونسية، وتتولى الهيئة مراقبة دستورية مشاريع القوانين بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة أو ثلاثين نائبا على الأقل، وتنتهي مهام هذه الهيئة بإرساء المحكمة الدستورية، لكن الرئيس "قيس سعيد" أصدر أمرا رئاسيا يوم 22 سبتمبر 2021 يقتضي بإلغاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين¹، ولعل هذا الأمر الرئاسي يعتبر أول خطوة لتنصيب المحكمة الدستورية التونسية وفتح المجال لممارسة اختصاصاتها التي من بينها تمكين الأفراد من الطعن في دستورية القوانين النافذة.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري، فإنه مقارنة بنظيره المغربي والتونسي نجده قد كان أكثر حرصا على دخول آلية الدفع بعدم الدستورية حيز التنفيذ، فبعد مرور سنتين على إقرارها بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 صدر القانون العضوي 18-16 الذي يحدد شروط وكيفيات ممارستها وبعد مرور سنة على ذلك أصدر المجلس الدستوري أول قرارين له في نفس اليوم يتعلقان بفحص دستورية المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية بناء على إحالتين من المحكمة العليا الأولى كانت بتاريخ 2019/07/17 والثانية بتاريخ 2019/09/16، وقد اقر المجلس الدستوري الجزائري حق التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية الذي تضمنه المادة 160 (الفقرة 2) من الدستور، معلنا بذلك عدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في الفقرة الأولى من المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، وكذا الفقرة الثانية من نفس المادة.

وبحلول سنة 2020، أصدر المجلس الدستوري قراره رقم 01/ق م د/دع د 20 المؤرخ في 6 ماي 2020 الذي قضى فيه بدستورية المادة 496 (النقطة 6) من قانون الإجراءات الجزائية، وقد أكد فيه من جديد على أن حق التقاضي على درجتين مكفول دستوريا موضحا

¹ الفصل 21 من الأمر الرئاسي عد 117 لسنة 2021 المؤرخ في 22 سبتمبر المتعلق بالتدابير الاستثنائية.

أنه يشمل حق التقاضي أمام الدرجة الأولى تم أمام المجلس القضائي وأن الطعن بالنقض لا يعد درجة من درجات التقاضي فهو ليس امتدادا للخصومة الأصلية ولا يملك فيه الخصوم المزايا التي يكلفها لهم قاضي الموضوع من تقديم طلبات أو أوجه دفاع جديدة لم يسبق عرضها من قبل.

وفي قراره الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 2020¹، صرح فيه بدستورية المادة 419 من قانون الإجراءات الجزائية واعتبر أن المشرع في صياغته لهذه المادة لم يمس بمبدأ المساواة-المنصوص عليه في المادة 32 و 2/158 من الدستور والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي انضمت إليه الجزائر- عندما منح للنائب العام مهلة شهرين لتقديم استئنافه في حين أنه منح لبقية الأطراف 10 أيام فقط، ذلك أن المشرع حسب المادة 7/140 من الدستور له الصلاحية في تحديد آجال الاستئناف بطرق مختلفة لتسوية وضعيات مختلفة، خاصة أن النائب العام ليس طرفا عاديا فهو يمثل المجتمع وحامي المصلحة العامة.

كما أن حق التقاضي لم ينتهك ما دام أن صاحب الدفع له حق الاستئناف الذي يمثل الدرجة الثانية للتقاضي.

فعلى الرغم من أن المجلس الدستوري لم يقض بعدم دستورية المواد المدفوع بعدم دستورتها في القرارين السابقين، إلا أن ذلك لم يمنعه من التأكيد على مبدأ المساواة وحق التقاضي على درجتين باعتبارهما مبادئ دستورية تضمن ممارسة الحقوق والحريات المكفولة دستوريا.

وفي سنة 2021، صدر عن المجلس الدستوري القرار رقم 01/ق.م.د/دع د/21 المؤرخ في 10 فبراير 2021 القاضي بعدم دستورية المادة 33 الفقرتان الأولى والثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك لتعارضها مع الفقرة 3 من المادة 165 من الدستور، حيث أوجب المشرع في المادة 33 (الفقرة الأولى والثانية) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفصل بحكم أول وآخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها 200.000 دج، وبالتالي يكون قد ميز بين المتقاضين في ممارسة حق التقاضي على درجتين وهو ما لا يتماشى مع ما كرسه المؤسس الدستوري في المادة 165 من الدستور والتي تضمن مبدأ

¹ القرار رقم 02 ق م د/دع د/20 المؤرخ في 8 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 23 ديسمبر 2020.

المساواة أمام القضاء ومبدأ التقاضي على درجتين ليعود من جديد ويؤكد على ضرورة احترام مبادئ المساواة والتقاضي على درجتين.

وفي قرار آخر للمجلس الدستوري رقم 02/ق.م د/د ع د/21 المؤرخ في 5 أوت 2021 تضمن تمديد أجل الفصل في ملف الدفع بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة 24 من القانون رقم 07-13 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، وذلك لمدة 4 أشهر تسري ابتداء من 9 أوت 2021، وقد اعتبر هذا القرار آخر ما أصدره المجلس الدستوري الجزائري لترك مهمته للمحكمة الدستورية التي جرى تنصيبها والتي تولت الفصل في الملف الذي تم تمديد أجله وذلك في أول قرار لها بتاريخ 28 نوفمبر 2021 والذي قضت به بدستورية الفقرة الأخيرة من المادة 24 من القانون رقم 7-13 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة كونها لا تتعارض مع مبدأ المساواة ولا تمس بحق الشخص في حماية حياته الخاصة وشرفه، وأكدت المحكمة في قرارها على أن حق الدفاع يعد من أهم الحقوق الواردة في الدستور وهذا لارتباطه وتكامله مع منظومة الحقوق الأخرى المقررة لصالح الإنسان والمواطن، كما يعد من جهة أخرى ضماناً أساسية لحسن سير العدالة وأصول ومقتضيات المحاكمة العادلة، كما أنها أكدت على ضمان الحماية القانونية للمحامي أثناء ممارسة مهنته ومرافعته في الجلسة وممارسة حق الدفاع بكل حرية.¹

هذا وقد فصلت المحكمة الدستورية في قرارها الصادر بتاريخ 5 ديسمبر 2021 بدستورية المادة 633 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية-بعد أن قرر المجلس الدستوري تمديد أجل الفصل في هذا الدفع لمدة أربعة أشهر ابتداء من 6 سبتمبر 2021²-معتبرة أن الفقرة الأولى من هذه المادة لا تتعارض مع مبدأ التقاضي على درجتين فالدفع يتعلق بطلب وقف التنفيذ بما يؤكد الصبغة النهائية للحكم القضائي المثار بصده الإشكال في التنفيذ وسبق استفادة المتقاضين من ضمانات التقاضي على درجتين دون أي حجب أو حرمان،

¹قرار المحكمة الدستورية رقم 01/ق.م د/د ع د/21 مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 28 نوفمبر سنة 2021.

²قرار المجلس الدستوري رقم 03/ق.م د/د ع د/21 المؤرخ في 22 محرم عام 1443 الموافق 31 أوت 2021 المتضمن تمديد أجل الفصل في الدفع بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 633.

وذلك على خلاف المادة 33 (الفقرة الأولى والثانية) التي تتعلق بدعاوى موضوعية تمس بأصل الحق.¹

ولقد صرحت المحكمة الدستورية بسبق الفصل في دستورية المادة 633 (الفقرة الأولى) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك في قرارها الصادر في 5 ديسمبر 2021²، بناء على إحالة أخرى من المحكمة العليا.³

إن ما يمكن ملاحظته من خلال القرارات الصادرة في مجال الدفع بعدم الدستورية سواء عن المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية أنها تتعلق في مجملها بمبدأ المساواة وحق التقاضي على درجتين ولعل السبب في ذلك يرجع إلى قلة الدفوع الواردة إليها، وكذا قلة الخبرة التي يتمتع بها المحامون في مجال الدفع بعدم الدستورية، لكن ذلك لا ينفي دور هذه الآلية في حماية الحقوق والحريات التي يكلفها الدستور، والتطبيقات القضائية لها خير دليل وبرهان، أما فيما يخص استبدال المجلس الدستوري بمحكمة دستورية فهو يتجاوز حدود التسمية إلى ما هو أبعد وأعمق خاصة أن أعضاء المحكمة يتمتعون بقدر كبير من الثقافة القانونية والدستورية كونهم أساتذة قانون دستوري ويظهر ذلك من خلال تحقيق المحكمة الدستورية في المصطلحات المستعملة والتعقيب عليها ففي قرارها الصادر حول دستورية المادة 24 من القانون المتضمن تنظيم مهنة المحاماة سجلت المحكمة الدستورية تعقيباً على لفظ "الحصانة" الذي ورد ذكره واستخدامه في الملاحظات المقدمة من قبل بعض الأطراف، ومن منطلق حرصها الكبير على ضرورة احترام الدستور، والنقيد التام باستخدام وتوظيف المصطلحات والألفاظ الواردة فيه دون محاولة تجاوزها، فقد أوضحت المحكمة أن مفهوم الحصانة يتعلق أساساً وحصرياً بعضو البرلمان طبقاً للمادة 129 من الدستور وكذا أعضاء المحكمة الدستورية طبقاً للمادة 189 منه وبالتالي لا يجوز توظيف هذا المصطلح خارج إطاره الدستوري، كما أنها بقرارها دستورية المادة 24 من قانون المحاماة تكون قد أنصفت حقوق المحامي وذلك لضمان حياده وممارسة نشاطه دون ضغوطات.

¹المزيد من التفصيل راجع القرار رقم 02/ق.م.د/د ع/د 21 المؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 5 ديسمبر سنة 2021.

²قرار رقم 03/ق.م.د/د ع/د 21 مؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 5 ديسمبر 2021.

³قرار الإحالة تحت رقم الفهرس 00007/21 المؤرخ في 12 سبتمبر 2021.

وقد وصلت المحكمة الدستورية نشاطها سنة 2022 في مجال الدفع بعدم الدستورية، حيث أصدرت 29 قراراً، كان أولهم التصريح بدستورية المادة 73-4 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم¹، مؤكدة بذلك حرصها وسهرها على حماية حقوق العامل التي من بينها الحماية من الطرد التعسفي، لتتوالى بعدها القرارات بسبق الفصل في دستورية المادة 73-4، والتي فصلت فيها المحكمة الدستورية جميعاً في يوم واحد، والملاحظ عليها أن الدفع بعدم دستورية هذه المادة تمت إثارته من قبل مجموعة عمال بمناسبة منازعة عمل ضد شركة الدراسات وإنجاز الأعمال الفنية للشرق (باتنة بالتحديد) SERO EST موضوعها تكييف عقود عملهم على أنها غير محددة المدة مع إعادة إدماجهم في مناصبهم²، في حين أن القرار رقم 23³ للمحكمة الدستورية الذي أصدرته في نفس التاريخ كان موضوعه الدفع بعدم دستورية المادة 633 (الفقرة الأولى) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب قرارها الصادر في 5 ديسمبر 2021، لتعود المحكمة الدستورية وتفصل من جديد في دفع بعدم دستورية المادة 73-4 من قانون علاقات العمل والمادة 21 من القانون رقم 90-4 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في القرارات رقم 24 و25 و26 و27 الصادرة بتاريخ 23 مارس 2022.⁴

تجدر الإشارة إلى أن هذه القرارات وإن فصلت في دستورية مواد موحدة، إلا أن من أثار الدفع يختلف من قضية إلى أخرى، فتارة تكون الشركة هي مثيرة الدفع بحجة أن المادتين تمانان بمبدأ المساواة والتفاضل على درجتين، وتارة أخرى أثير الدفع بعدم دستورية هذه المواد من طرف العمال متحججين بنفس السبب ألا وهو خرق مبدأ المساواة وحق التقاضي على درجتين، مما يؤكد أن كلا الطرفين لهما مصالح مختلفة ويمكنهما إثارة الدفع بعدم الدستورية بطريقة تخدم مصالحهم وتكسبهم الدعوى القائمة أمام الجهات القضائية، وقد كان للقرار الصادر عن المحكمة الدستورية تحت رقم 28 بتاريخ 23 مارس 2022 نفس محل الدفع بعدم الدستورية وهو المادة 73-4 من قانون علاقات العمل والمادة 21 من القانون

¹قرار رقم 01/ق. م د/د ع 22 مؤرخ في 26 جانفي 2022، ج. ر. ج. ج. ع 34.

²قرارات المحكمة الدستورية رقم 2، 3، 4، 5، 6، 7، 8، 9، 10، 11، 12، 13، 14، 15، 16، 17، 18، 19،

20، 21، 22 الصادرة في 26 جانفي 2022، ج. ر. ج. ج. ع 34.

³قرار المحكمة الدستورية رقم 23/ق. م د/د ع 22 مؤرخ في 26 جانفي 2022، ج. ر. ج. ج. ع 34.

⁴القرارات منشورة بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 54، ومتواجدة على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية:

رقم 4-90 المتعلق بتسوية منازعات العمل لكن الأطراف مختلفة والدعوى الأصلية كانت ضد الشركة الصينية ذات المسؤولية المحدودة ELECO ، والتي أثارت دفعا بعدم دستورية المواد المذكورة بمناسبة استئنافها للحكم الصادر عن محكمة "قايس" بولاية خنشلة بإلزامها تمكين المدعي من شهادة العمل وكشوف الرواتب ودفع تعويض له، وكانت نتيجة الفصل في هذا الدفع تقضي بسبق الفصل فيه من قبل المحكمة الدستورية.¹

وفي قرار آخر صدر عن المحكمة الدستورية الجزائرية في مجال الدفع بعدم الدستورية، فقد قضت فيه بدستورية المادة 20 من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، والتي احتجت المدعية التي أثارت الدفع بعدم دستورتها أن هذه المادة تخل بحقوق الدفاع وتتجاهل حقوق المدين حتى في ظل الظروف الاستثنائية التي تبرر تأجيل الدفع وتقادي الفسخ ، خاصة وأن الفصل بموجب أمر على عريضة غير قابل لأي طعن هو ما يتنافى وطبيعة الأوامر التي غايتها أخذ إجراءات تحفظية وليس الفصل في موضوع النزاع الذي هو أصلا من اختصاص قاضي الموضوع، وقد أوضحت المحكمة الدستورية في قرارها أن المادة قد وضعت شرطا فاسخا لعقد قائم على تطابق إرادتين، وأن تدخل القاضي ما هو إلا للتحقق من مدى توافر الشرط الفاسخ وتطبيقه من عدمه وكيفية تطبيقه وهذا ما يفسر عدم قابلية الأمر الصادر عنه للاستئناف وبالتالي لا يمثل خرقا لمبدأ التقاضي على درجتين، وقد أكدت المحكمة الدستورية من خلال قرارها على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحقوق المؤجر في استرجاع الأصل المؤجر.²

وعن أحدث قرارات المحكمة الدستورية الجزائرية، فقد صرحت في القرار الأول بأن الدفع بعدم دستورية المادتين 815 و826 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أصبح دون موضوع لأنه تم تعديل الأولى وإلغاء الثانية بموجب القانون رقم 22-13، مع التصريح بصرف النظر عن الدفع بعدم دستورية المادة 904 من نفس القانون كونها أحالت على

¹قرار المحكمة الدستورية رقم 28/ق.م.د/د 22 المؤرخ في 23 مارس 2022، ج. ر. ج. ع 54، ومتواجد على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية:

<https://www/cour-constitutionnelle/dz>

²قرار المحكمة الدستورية رقم 29/ق.م.د/د 2022 المؤرخ في 25 مايو 2022 المتضمن الدفع بعدم دستورية المادة 20 من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج. ر. ج. ع 55، موجود أيضا على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية:

<https://www/cour-constitutionnelle/dz>

المادة 815 التي لم تعد تنص على وجوبية التمثيل بمحام أمام المحكمة الإدارية، كما أنها صرحت بدستورية المادتين 905 و906 من نفس القانون، ذلك أن التمثيل الوجوبي بمحام في مرحلة الاستئناف والنقض أمام جهات القضاء الإداري بالنسبة للأشخاص الطبيعية والمعنوية الخاصة وإعفاء العامة من ذلك لا يحول دون ممارسة الحق في التقاضي ولا يشكل خرقاً لمبدأ المساواة لأن القانون المتعلق بالمساعدة القضائية يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي خاص لا يستهدف الربح ولا تسمح لهم مواردهم بالمطالبة بحقوقهم أمام القضاء أو الدفاع عنها الاستفادة من المساعدة القضائية، فعلى الرغم من أن المحكمة لم تقرر عدم دستورية هذه الأحكام التشريعية إلا أنها أكدت على الحق في الحصول على المساعدة القضائية، كما أن لها الفضل مسبقاً في تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية.¹

وفي قرارها الثاني المتعلق بالدفع بعدم دستورية المادة 43 من قانون البلدية رقم 10-11 فقد صرحت فيه هو الآخر بدستورية المادة موضوع الدفع، حيث اعتبرت المحكمة الدستورية أن توقيف المنتخب البلدي (رئيس البلدية) بسبب متابعته جزائياً ليس سوى مجرد إجراء إداري احترازي مؤقت، ولا يمس أبداً بقرينة البراءة المنصوص عليها بالمادة 41 من الدستور، فهو لا يعد عقوبة ولا يحول دون احتفاظ رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته، بل هو مجرد إجراء يهدف إلى حسن سير العمل الإداري ليس إلا، فالمحكمة الدستورية بقرارها هذا أوضحت أن التوقيف لا يمس بحقوق الشخص الموقوف ولا يجرده من صفته.²

في الأخير، يمكن القول بأن قرارات المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية مهما كان مضمونها فهي تساهم بشكل أو بآخر حتماً في تعزيز دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، ويُتوقع مستقبلاً أن تتزايد الدفوع المحالة إليها بازدياد ثقافة الدفع بعدم الدستورية في أوساط المواطنين وكذا المحامين.

¹قرار المحكمة الدستورية رقم 30/ق.م. د/د ع د/ 22 المؤرخ في 26 أكتوبر 2022 المتعلق بالدفع بعدم دستورية المواد 815 و826 و904 و905 و906 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، ج. ر. ج. ع 06 المؤرخة في 31 جانفي 2022.

²قرار المحكمة الدستورية رقم 31/ق.م. د/د ع د/ 22 المؤرخ في 26 أكتوبر 2022 المتعلق بالدفع بعدم دستورية المادة 43 من قانون البلدية رقم 10-11، ج. ر. ج. ع 06 المؤرخة في 31 جانفي 2022.

الفصل الثاني

مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم
الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

من المفترض أن يصدر القانون خاليا من أي عوار ومتوافقا مع الدستور، فإذا صدر مخالفا لذلك فلا سبيل لإلغائه إلا بالطعن فيه بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية أو الجهة المختصة في باقي الدول، فإذا ثبت للمحكمة مخالفة التشريع أو اللائحة للدستور حكمت بعدم دستوريته، لأن الرقابة الدستورية تهدف إلى إعلاء كلمة الدستور باعتباره أعلى القواعد القانونية.¹

وقد سبق وقد أشرنا في مقدمة بحثنا إلى وجود نوعين من الرقابة الدستورية إحداها سابقة لصدور القانون والأخرى لاحقة على صدوره، فبالنسبة للرقابة السابقة فإن إقرار عدم مطابقة القانون - محل الطعن - للدستور يترتب عليه عدم صدوره وهو أمر واضح وجلي لا يثير إشكالا إطلاقا، أما عن الرقابة اللاحقة على صدور القانون سواء بواسطة هيئة قضائية أو سياسية فإن صناعة القرار الدستوري أو الحكم الدستوري بشأنها يسلك ثلاثة مسالك:

المسلك الأول يمكن تلخيصه في التصريح بدستورية القانون، وفي هذه الحالة تكفي المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري - حسب نظام كل دولة - بالتصريح بأن المادة القانونية المعنية مطابقة للدستور، وبذلك تنهي كل جدل في الموضوع، وقد تقدم في بعض الأحيان بعض الشروحات لإزالة شبهة عدم الدستورية.

أما الاتجاه الثاني فهو التصريح بالدستورية المشروطة أو ما يسمى كذلك بالدستورية المقترنة ببعض التدابير التحفظية - والتي استعملها المجلس الدستوري الجزائري كثيرا في آرائه وقراراته - وفي هذه الحالة تلجأ المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري إلى إعطاء تأويل أو تفسير معين، بمعنى أنها تعطي النص قراءة معينة لتحول دون قراءات أخرى ممكنة، ولا تعتبر النص مطابقا للدستور إلا إذا تم تأويله على النحو الذي قرره في قراءتها للنص، كما قد تشترط بعض الشروط لتنفيذ ذلك النص.

أما الحالة الثالثة أو المسلك الثالث للقضاء الدستوري في صناعة قراراته فهو التصريح بعدم الدستورية²، والذي يعتبر مطلب وغاية الدفع بعدم الدستورية بصفة خاصة والرقابة الدستورية بصفة عامة، وبيت القصيد من هذا الفصل، وإذا كان الحكم بدستورية القانون

¹ هانم أحمد محمود سالم، ضمانات تحقق الأمن القانوني ودور المحكمة الدستورية العليا في كفالاته (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2021، ص 78.

² محمد عبد النبوي، كلمة تقديمية أقيمت ضمن فعاليات أعمال الندوة الدولية المنظمة من طرف المحكمة الدستورية المغربية مع أكاديمية المملكة المغربية بعنوان "الولوج إلى العدالة الدستورية، الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين"، مرجع سابق، ص 130.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

سواء بصفة مطلقة أو حتى المقترن بتحفظ لا يثير أي إشكال من حيث تطبيقه، فإن الأمر يختلف تماما في هذه الحالة حيث أن الحكم بعدم الدستورية يترتب عليه نتائج غاية في الخطورة بالنسبة للنص المحكوم عليه بذلك، لأن ذلك معناه إخراج هذا القانون من الخدمة وإدخال قانون جديد أو إحياء القانون القديم الذي ألغاه القانون المحكوم بعدم دستوريته، كما أن آثار الحكم بعدم الدستورية تمتد لأبعد من ذلك، وتختلف بحسب نظام الرقابة الدستورية المتبع في الدولة، وبحسب كون الحكم بعدم الدستورية منشئا أم كاشفا¹، ففي بعض الدول مثل أمريكا لا تقضي المحكمة ببطلان التشريع أو إلغائه وإنما تكتفي بالامتناع عن تطبيقه في القضية المعروضة عليه مثل إيطاليا والكويت يكون منطوق الحكم منطويا على إلغاء وإبطال النص المخالف للدستور، وفي هذه الحالة يثور التساؤل عن الوقت الذي يخرج فيه القانون المحكوم بعدم دستوريته من دائرة النظام القانوني للدولة، فهل يخرج من اليوم التالي لنشر الحكم أو القرار في الجريدة الرسمية أم أن هذا القانون يعد كأنه لم يصدر أصلا؟ ومن ثم تلغى جميع الآثار القانونية المترتبة عليه منذ تاريخ العمل به.

من الواضح أن الدول التي تأخذ بنظام الرقابة الدستورية اللاحقة لم تستقر على قاعدة عامة موحدة تحكم سريان القرار الصادر بعدم الدستورية من حيث الزمان، فمنها من تقرر له أثرا رجعيا على اعتبار أن الحكم بعدم الدستورية له أثر كاشف، ومنها من تقرر له أثرا مباشرا على اعتبار أن الحكم بعدم الدستورية له أثر منشئ، ومرد هذا الاختلاف يرجع إلى إشكالية الموازنة بين اعتبارات الأمن القانوني من جهة والحفاظ على مبدأ المشروعية من جهة أخرى، فمن ناحية يقتضي مبدأ الأمن القانوني عدم زعزعة المراكز القانونية التي نشأت واستقرت في ظل القانون غيرالدستوري، ومن ناحية أخرى فإن مبدأ المشروعية يقتضي إعدام القانون المخالف للدستور منذ صدوره وعدم الاعتداد بالآثار التي ترتبت عليه، ومن ناحية ثالثة تظهر لنا مشكلة انتفاع صاحب الدفع بعدم الدستورية الذي أثار مسألة عدم الدستورية بمناسبة دعوى موضوعية قائمة أمام القضاء تنتظر صدور الحكم الدستوري لمواصلة البت فيها - من الحكم الصادر بعد الدستورية سواء قرر القاضي الدستوري له أثرا مباشرا أو رجعيا.

¹ هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 79.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

إن إشكالية هذا الفصل تدور حول نقطتين أساسيتين:

■ ما هي الآثار التي تترتب على الحكم أو القرار بعدم دستورية حكم تشريعي أو

تنظيمي؟

■ وهل هي ذات طبيعة كاشفة أم منشئة؟ وما هو موقف المؤسس الدستوري الجزائري

والقضاء الدستوري إزاء الاختيار بين الأثر المباشر والرجعي للحكم الصادر بعدم دستورية

نص تشريعي أو تنظيمي بناء على دفع بعدم الدستورية من جهة، والحفاظ على مبدأ الأمن

القانوني ومتطلباته من جهة أخرى؟

للإجابة على ما سبق طرحه، كان لابد من تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين حتى يسهل

علينا تحليل المعطيات والمواقف الفقهية والقضائية بروية للخروج بموقف سديد يساهم نوعاً

ما في إثراء موضوع بحثنا، بحيث يتناول المبحث الأول: آثار الحكم أو القرار بعدم

الدستورية ومدى حجيته، أما المبحث الثاني فهو بعنوان: تنفيذ الحكم بعدم الدستورية من

حيث الزمان وتأثيره على مبدأ الأمن القانوني.

المبحث الأول: آثار الحكم أو القرار بعدم الدستورية ومدى حجيته

إن الاختصاص الدستوري في رقابة دستورية القوانين وتحقيق المطابقة الدستورية يعد محورا مركزيا في تحديد الأبعاد المختلفة للإصلاح القانوني والسياسي معا في أي دولة، فعمل القاضي الدستوري ليس كعمل أي قاضي آخر، فالقاضي الدستوري يفصل في دستورية القوانين وهو أمر يتصل اتصالا وثيقا بعمل السلطة التشريعية ومدى قدرتها على ممارسة اختصاصها التشريعي بكفاءة في ظل احترام نصوص الدستور، وهو عمل يوجب عليه الحيطة والحذر وأن يكون ذا بصيرة واسعة تمتد إلى الاعتبارات السياسية التي تتصل بالموضوع الذي يفصل فيه، فعمله يقوم على الموازنة بين الاعتبارات القانونية والسياسية من جهة¹، وبين سمو الدستور ومبدأ الأمن القانوني بالإضافة إلى تحقيق التوازن بين المصلحة العامة وحقوق الأفراد بحرياتهم خاصة عندما يتعلق الأمر بفصله في الدفع بعدم الدستورية المقدم من قبل الأفراد.

ولذلك، فإن الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء الدستوري تمتاز بالأهمية البالغة نظرا للآثار المترتبة عنها، سواء بالنسبة لحماية مبدأ الشرعية الدستورية في الدولة أو فيما يتعلق بالمحافظة على خصائص القواعد القانونية أو اللائحية العامة والمجردة والملزمة، تلك التي تثبت دستورتيتها، أو فيما يتصل بأوضاع ومراكز الأشخاص القانونية العامة والخاصة في المجتمع - وبالدرجة الأولى الحقوق والحريات - والمتوقفة على نوعية الحكم أو القرار الصادر من الجهة المختصة سواء بإثبات المطابقة مع الدستور أو العكس - الحكم بعدم الدستورية² وقد سبق لنا أن أشرنا إلى أن خطورة أحكام وقرارات القضاء الدستوري تكمن في الآثار المترتبة على الحكم بعدم دستورية النص محل الرقابة الدستورية، فالأمر لا يتعلق بإلغاء نص قانوني مستقل ومجرد عن بقية نصوص القانون، فغالبا ما تكون القواعد القانونية مترابطة فيما بينها ومتصلة وتكمل بعضها البعض والحكم بعدم دستورية إحداها حتما سيؤثر على البقية، وهنا يكمن معقل المشكلة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى في حالة الحكم بعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي ساري المفعول فإن السؤال يُطرح حول مدى نقيذ السلطات العامة في الدولة بهذا الحكم وتنفيذه؟

¹ جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 156.

² رمضان فاطمة الزهراء، إشكالية الاختيار بين الأثر المباشر والرجعي لقرارات المجلس الدستوري الجزائري الصادر في إطار المادة 2/191 من دستور 2016، مرجع سابق، ص 13.

سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال مطلبين:

المطلب الأول: النتائج المترتبة على الحكم بعدم دستورية قانون

تأخذ آثار الحكم بعدم الدستورية في الأنظمة المقارنة التي تأخذ بنظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين ثلاثة صور:

❖ **الصورة الأولى:** إذا تم الحكم بعدم الدستورية لا يقضي ذلك ببطلان القانون المخالف للدستور، وإنما تقضي بالامتناع عن تطبيق القانون في القضية المعروضة عليه، وهو ما تأخذ به الولايات المتحدة الأمريكية.¹

❖ **الصورة الثانية:** الحكم بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي يؤدي إلى إلغائه كما هو الحال في العراق وإيطاليا وألمانيا.

❖ **الصورة الثالثة:** الحكم بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي يؤدي إلى إلغاء قوة نفاذ النص المحكوم بعدم دستوريته، وهو ما أخذ به المشرع المصري.²

إن الفرق بين الصورة الأولى والصورتين الثانية والثالثة يبدو واضحا وجليا، فالصورة الأولى تتوقف عند حد الامتناع عن تطبيق النص المخالف للدستور دون أن تؤثر عليه أو تمس هذا القانون، وبعبارة أخرى يبقى مستمرا وقد يصل الأمر إلى تطبيقه على نزاع مغاير، أما الصورة الثانية والثالثة للحكم بعدم الدستورية فإن منطوق الحكم فيها ينصب على إلغاء أو إبطال النصوص القانونية المخالفة للدستور.³

¹ أكدت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية على هذا المعنى في أحكامها والتي من بينها: حكمها الصادر سنة 1936 في قضية "United States V. BULTER"، حيث أوضحت فيه أنه لا يجب أن يساء فهم مهمة المحكمة في الرقابة على دستورية القوانين، فكثيرا ما يقال أن المحكمة تبطل القوانين المخالفة للدستور وهو قول غير صحيح إذ أن كل ما تفعله المحكمة هو وضع النص الدستوري إلى جوار النص القانوني المطعون فيه لتحديد حقيقة توافقه أو مخالفته لأحكام الدستور، وإذا فصلت في هذه المهمة ترتب نتائجها في خصوص الدعوى المعروضة أمامها دون المساس بالقانون، أي أن القضاء الدستوري الأمريكي سلطته تتوقف عند حد الامتناع عن تطبيق القانون المخالف لأحكام الدستور...

لمزيد من التفصيل راجع: عبد الحق بلفقيه، دعوى الدفع بعدم دستورية نص تشريعي ما بين رؤية المشرع المغربي وتدخل القاضي الدستوري (دراسة مقارنة)، ط2، مطبعة سبارطيل، طنجة، المغرب، 2019، ص 131.

² فائزة جروني، قيطوبي أسامة، أثر قرار المجلس الدستوري الجزائري في مجال الدفع بعدم الدستورية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع2، تيزي وزو، 2019، ص 233.

³ يقصد بالإلغاء: "وقف العمل بالنص القانوني، وتجريده من قوته الملزمة، ليحل محله قانون آخر بعدم الحاجة إليه". وهناك فرق بين إلغاء القانون وإبطاله، فالإلغاء لا يرد إلا على قاعدة قانونية استوفت شروط صحة وجودها، وصحة أركانها الجوهرية، فيأتي الإلغاء لا ليطعن في صحة وجود القاعدة، وإنما لإنهاء العمل بها، إما لاستبدالها بغيرها أو لعدم الحاجة إليها، ولذلك لا يؤثر الإلغاء في صحة تطبيق القاعدة الملغاة في الماضي كما أن الإلغاء ليس له أثر رجعي إلا استثناء.

أما إبطال القانون فينصب على قاعدة قانونية لم تكتمل شروط صحتها وأركانها الجوهرية، فيأتي إبطال هذا القانون واعتباره كأن لم يكن أبدا، ولذلك فإن للإبطال أثر رجعي يقتضي بطلان الآثار التي ترتبت عنه في الماضي. تم الاطلاع عليه يوم: 2022/08/24 على الساعة: 15:35.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

إن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي يلغي قوة نفاذ هذا النص مهما كانت صورة زوال هذا النص، نسخا له أو إبطالا، وهكذا فإن له أثرا يترتب عليه انقضاء قواعد تشريعية - أو تنظيمية - إما مباشرة بموجب ذات الحكم بعدم الدستورية، وإما بطريقة غير مباشرة إعمالا لأصول النسخ الضمني (سواء بأثر رجعي أو مباشر) فيما يسمى بسقوط النص التشريعي، دون أن يكون لذلك أثر في إحداث فراغ قانوني في حالة بطلان القاعدة القانونية المحكوم بعدم دستورتها وسقوط ما يرتبط بها من قواعد قانونية لا تقوم بدونها.¹

وبما أن موضوع بحثنا يدور حول أحد أهم آليات الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين والمتمثلة أساسا في آلية الدفع بعدم الدستورية، فإنه من الضروري التطرق إلى أهم نقطة في هذا الموضوع وهي النتيجة المترتبة على دفع الأفراد بعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي يمس بحقوقهم وحررياتهم، ألا وهي، الحكم بعدم دستورية النص محل الدفع وتبعات هذا الحكم بالنسبة لصاحب الدفع وللقانون محل الطعن والقواعد القانونية المرتبطة به، فما هي إذن الآثار التنفيذية المترتبة على القرار أو الحكم الدستوري الذي يبيث في دعوى الدفع بعدم الدستورية؟

إن الإجابة على هذه الإشكالية تقتضي وضع كل التصورات التي يحدثها تنفيذ قرار أو حكم التصريح بعدم الدستورية بصفة عامة وإسقاطها على مجال الدفع بعدم الدستورية مع الاستعانة باجتهادات القضاء الدستوري المقارن.

الفرع الأول: صور الحكم بعدم الدستورية

تأتي أهمية تناول الحكم الدستوري في أن البحث حوله يتصل بكل من القانون العام والقانون الخاص، فالحكم الدستوري بصفة عامة هو حكم قضائي يخضع لما يخضع له أي حكم قضائي، ويندرج تحت مظلة النظرية العامة للأحكام في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتجارية، ومع ذلك يتميز بخصوصية كبيرة نظرا لاختلاف طبيعة الدعوى الدستورية عن سائر الدعاوى الأخرى، وهذا يرجع - بحسب الأصل - إلى اختلاف طبيعة الوظيفة التي يباشرها القاضي الدستوري التي تُعطي له سلطة تقدير واسعة حيث أنه يراقب دستورية القوانين واللوائح، ويترتب على ممارسته لوظيفته الدستورية هذه الحكم أو القرار بعدم الدستورية.

¹ عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 139.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

إن مصطلح حكم يرتبط بالدرجة الأولى بجهة قضائية، في حين أن قرار عدم الدستورية يدل على أنه صادر عن هيئة سياسية مكلفة بالرقابة على دستورية القوانين مثل المجلس الدستوري، لكن عندما يتعلق الأمر بالفصل في دفع بعدم الدستورية فسواء صدر الحكم من محكمة دستورية أو من مجلس دستوري بموجب قرار، فإن كلا من الحكم أو القرار سيتأثر بالطبيعة القضائية للدفع بعدم الدستورية، ذلك أن إجراءات إصدار القرار الفاصل فيه على مستوى المجلس الدستوري هي نفسها تقريبا المطبقة أمام المحكمة الدستورية كعلنية الجلسات وحضور المحامين والوجاهية وحق الدفاع وسرية المداولات، كما أن لهما نفس القوة الملزمة. ودليل عدم أهمية الاختلاف في التسمية بين الحكم والقرار بعدم الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية هو أن المؤسس الدستوري الجزائري حتى بعد تعديله الأخير لسنة 2020 وتبني نظام الرقابة الدستورية عن طريق محكمة دستورية، إلا أنه احتفظ بمصطلح "القرار الصادر عن المحكمة الدستورية" ولم يغيره إلى مصطلح "الحكم".¹

إذن يتضح مما سبق أن الحكم بعدم الدستورية من قبيل الأحكام القضائية الصادرة بشأن دعوى دستورية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية أو التنظيمية المدعى مخالفتها للدستور، وهو حكم بإبطال قانون أو بإبطال قاعدة قانونية، بحسب الأحوال، فصحة النصوص القانونية تستصحابها ولا تزالها إلا إذا صدر قرار أو حكم من الجهة المكلفة بمراقبتها بمخالفتها للدستور، وهذا الحكم قد يكون صادرا بتقرير بطلان تشريع برمته أو قد يكون صادر بتقرير بطلان نص قانوني فيما تضمنه من قاعدة أو حكم تشريعي أو تنظيمي، ومن ثمة ينبغي التمييز بين صور الحكم بعدم الدستورية.²

إن الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري بصفة عامة تأخذ 03 صور هي الأحكام البسيطة الخالصة الغير مركبة والتي تنتج أثرها بغير شرط أو تحفظ، وهناك الأحكام الوسيطة وهي التي تصدرها الجهة المكلفة بالرقابة الدستورية في الأحوال التي تريد فيها أن تتفادى الحكم بعدم الدستورية لأسباب ترتبها وتقدرها منها المحافظة على الأمن القانوني، وهناك الأحكام الاستبدالية وهي أقرب لأن تكون مكملة للنصوص التشريعية لأنها تكمل

¹ المادة 198 ف4 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج.

ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

² عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص 40.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

بالتفسير الذي يقرره القاضي الدستوري ما تتطوي عليه هذه النصوص من نقص تشريعي مع بقاء مبنى النصوص قائماً.¹

أما الحكم بعدم الدستورية فيأخذ صورتين: إما بطلان التشريع أو اللائحة بطلانا كلياً والذي يندرج ضمن الأحكام البسيطة، أو الحكم بعدم الدستورية الجزئية بمعنى الإلغاء الجزئي الذي يندرج تحت طائفة الأحكام الوسيطة.

أولاً: بطلان التشريع بطلانا كلياً

قد يؤدي الحكم بعدم الدستورية إلى بطلان التشريع بطلانا كلياً، فيصبح منعماً برمته وليس له وجود قانوني، ومرد هذا البطلان يرجع دائماً إلى مخالفة الدستور سواء مخالفة شكلية بالخروج عن القواعد المقررة لسنه أو إصداره أو نشره أو المتعلقة بالاختصاص، أو كانت المخالفة موضوعية تنتهك مبادئ الدستور وقواعده فيما كفلته أو نظمته من حقوق وحريات دستورية، أو فيما شرعته من حماية آمرة لمصالح مشروعة جوهرية للفرد والمجتمع.² والغالب في الأمر أن العيب الدستوري الشكلي يشوب التشريع برمته، ففي حالة صدوره مشوباً بمخالفة الأوضاع الشكلية والإجرائية أو قواعد الاختصاص المقررة في الدستور، فإنه لا بد على القاضي الدستوري أن يحكم بعدم دستوريته برمته بمعنى إبطال التشريع في كل نصوصه، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1985/05/04 إذ حكمت بعدم دستورية القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، وذلك لمخالفته المادة 147 من الدستور، إذ لم تتوافر عند إصدار رئيس الجمهورية له، في غيبة مجلس الشعب، ظروف توجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير تبرر استعمال رئيس الجمهورية لسلطة التشريع استثناءً.³

وفي حكم آخر لها، حكمت بعدم دستورية القانون رقم 53 لسنة 1999 المتضمن قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية بسبب عيب دستوري شاب إجراءات سن هذا القانون، وقد شمل هذا العيب القانون المذكور بتمامه، ومن ثم فقد قضت المحكمة الدستورية بعدم دستوريته برمته، وقد تمثل هذا العيب في عدم عرض مشروع هذا القانون على مجلس

¹مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة)، عالم الحكمة، بغداد، 2009، ص 98-105.

² عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص 42-49.

³ حكم المحكمة الدستورية العليا في 1985/05/04 في القضية رقم 28 لسنة 2 ق.د، الحكم جاء بناء على إحالة من محكمة الموضوع حسب المادة 29 الفقرة "أ" من قانون المحكمة الدستورية العليا.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

الشورى لأخذ رأيه فيه رغم كونه في مصاف القوانين المكلمة للدستور بما يجعله مخالفا للمادة 195 من الدستور.¹

ومن أمثلة الإبطال الكلي للقانون في النظام الفرنسي، قضى المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في 24 أكتوبر 2012 بعدم دستورية كل القانون المتعلق بتعبئة الأراضي العامة لصالح الإسكان وتعزيز الالتزامات بإنتاج السكن الاجتماعي وذلك لأنه لم تتم مناقشته وفقا للإجراءات المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة 42 من الدستور، وبالتالي تم اعتماده وفقا لإجراء مخالف للدستور.²

وفي المقابل، فقد قرر المجلس الدستوري الجزائري عدم دستورية الأمر رقم 97-15 المؤرخ في 31 ماي 1997 المتعلق بالقانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى وأبطله كليا، وذلك لمخالفته أحكام الدستور لاسيما المواد 15 ف 1، 18 ف 2، 78 البند التاسع، 79 الفقرة 1 و 101 ف 2 منه، إذا فقد قرر عدم دستورية قانون بأكمله لمخالفته لأحكام الدستور فيما يخص عيب المحل.³

وقد يتم إبطال التشريع كليا بناء على دفع بعدم الدستورية خاصة إذا تعلق الأمر بالعيوب الشكلية، وهذا الأمر جائز بالنسبة لنظام الدفع القائم بمصر وحتى بتونس لأنهما لم يقيدا الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي وإنما قانون بصفة عامة، لكن الأمر لا يمنع من الحكم بعدم دستورية قانون بأكمله بناء على دفع بعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي واحد منه في حالة ما إذا كان القانون برمته يحتوي على حكم واحد أو قاعدة واحدة مع تفصيلاتها⁴، أو كانت الأحكام التشريعية أو التنظيمية الأخرى تابعة له ولا يمكن فصلها عنه، وهو ما سنراه عند الحديث عن الإلغاء الجزئي أي الحكم بعدم دستورية جزء أو قاعدة من القانون.

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 153 لسنة 21 ق.د الصادر في 2000/06/03.

² Décision n° 2012-655 DC du 24 Octobre 2012, loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social (non-conformité totale).

³ قرار المجلس الدستوري الجزائري رقم 02/ق. أم/د 2000 المؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1420 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2000 يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97-15 المحدد للقانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى، موجود بأرشيف المجلس الدستوري على الموقع الإلكتروني:

<https://www/cour-constitutionnelle/dz>

⁴ مثلا الأمر رقم 97-15 المتعلق بمحافظة الجزائر الكبرى يحتوي حكما تشريعيًا واحدا هو تقسيم الجزائر العاصمة إلى محافظة الجزائر الكبرى و 28 دائرة حضرية و 29 بلدية عادية.

ثانياً: أحكام بعدم الدستورية الجزئية (بطلان قاعدة تشريعية)

أحكام الإلغاء الجزئي هي الأحكام التي ينصب منطوق الحكم فيها بعدم الدستورية على جزء من النص التشريعي أو التنظيمي المطعون عليه، إذ قد ينتهي القاضي الدستوري إلى أن جزء من أجزاء القانون أو بعض أحكامه تتعارض مع الدستور في حين أن سائر أجزائه المتبقية تكون خالية تماماً من كل عيب دستوري، فلا يملك القاضي إلا القضاء بعدم دستورية الأجزاء المتعارضة مع الدستور وحدها دون أن يمس حكمه سائر أجزاء القانون المتفقة مع الدستور، وتصدق هذه القاعدة سواء أكانت الأجزاء المتفقة مع الدستور فقرات من نص قانون واحد أو كانت نصوصاً من تشريع يتضمن عدة نصوص مستقلة.¹

إن النص التشريعي قد ينص على قاعدة تشريعية واحدة (نقصد بالنص التشريعي كل من التشريع العضوي والعادي والفرعي) ولكن أحياناً أخرى قد يحتوي أكثر من قاعدة تشريعية، وعلى العكس، قد تتوزع القاعدة التشريعية بين أكثر من نص فلا يستوعبها كلها نص واحد.

بالنسبة للنص التشريعي المحتوي لقاعدة تشريعية واحدة وحكم بعدم دستوريته، فإنه لا مشكلة في تقرير بطلانه لأنه فرض بسيط، لكن الأمر يصبح معقداً إذا احتوى النص التشريعي أكثر من قاعدة ينص عليها أو يتضمنها وطعن فيه بعدم الدستورية، وفي هذه الحالة قد يضطر القاضي الدستوري إلى الحكم على هذه القواعد بأحكام مختلفة تتراوح بين المطابقة وعدم الدستورية، كذلك الأمر معقد في حالة ما إذا كانت القاعدة التشريعية موزعة مثلاً بين نصين تشريعيين في قانون واحد أو قانونين ويتم الطعن في نص واحد وليس في كلا النصين الذين تتوزع بينهما القاعدة، فما هو الحل في هذه الحالة؟

1. الفرض البسيط: في هذه الحالة يحتوي النص التشريعي قاعدة واحدة لم ينص إلا عليها ولا يتضمن غيرها، فإذا اعتري النص عيب مخالفة الدستور تقرر بطلانه برمته في كل ما نص عليه، ومثال ذلك حكم المحكمة الدستورية في 1995/12/02 بعدم دستورية نص المادة 89 من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 49 لسنة 1972 بشأن تنظيم الجامعات، حيث نصت هذه المادة على قاعدة تشريعية واحدة جاءت كما يلي: "مع مراعاة حسن سير العمل في القسم وفي الكلية أو المعهد، يجوز الترخيص لعضو هيئة التدريس في إجازة

¹ مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، مرجع سابق، ص 102.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

خاصة بدون مرتب، لمرافقة الزوج المرخص له في السفر إلى الخارج لمدة سنة على الأقل، ويكون الترخيص بقرار من رئيس الجامعة بناء على طلب عميد الكلية أو المعهد بعد أخذ رأي مجلس القسم المختص"، وقد دفع المدعي (مدرس لجراحة العظام بكلية الطب) بعدم دستورية هذه المادة فيما تضمنته من عدم جعل إجازة مرافقة الزوج المرخص له بالسفر أمراً وجوبياً على جهة الإدارة، وكذلك فيما تضمنته من عدم النص على ألا تقل هذه الإجازة عن مدة بقاء الزوج في الخارج، وبعد فصل المحكمة الدستورية العليا في موضوع الدفع قررت عدم دستورية المادة 89 من قرار رئيس الجمهورية رقم 49 لسنة 1972 ككل كونها تخالف أحكام المواد 09-10-11-12-13-40-49 من الدستور.¹

2. فرض النص الحاوي أكثر من قاعدة: قد يحتوي النص التشريعي أكثر من قاعدة ينص عليها أو يتضمنها إما صراحة من خلال العبارات والألفاظ أو ضمناً في فحواه وروحه، وفي هذه الحالة قد يقرر القاضي الدستوري عدم دستورية قاعدة واحدة دون القواعد الأخرى، مثال ذلك الفقرة 03 من المادة 82 من قانون المحاماة الصادر بالقانون 17 لسنة 1983² تحمل في سطورها ثلاث قواعد نص عليها المشرع صراحة: أولى هذه القواعد تبين ما يجب الاعتداد به في تقدير أتعاب المحامي، أما القاعدة الثانية والثالثة فتفرض إحداها التزاماً على الموكل بألا تقل أتعاب محاميه عن 5% من قيمة ما حققه المحامي من فائدة لموكله في العمل موضوع طلب التقدير، أما القاعدة الأخرى فتفرض ألا تزيد الأتعاب عن عشرين في المائة من القيمة المذكورة.

وقد طعن أمام المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة 82 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983، غير أنها قضت بانحصار نطاق الطعن على الفقرة 03 من هذه المادة والتي تحوي القواعد الثلاث التي أشرنا إليها أعلاه، بل وحكمت بعدم دستورية القاعدة الأولى فيما يتعلق بالعناصر التي تدخل في تقدير أتعاب المحامي وبالذات عنصر الاعتداد بملاءة الموكل والقاعدة الثانية فيما قرره من ألا تقل الأتعاب المستحقة عن 5% من قيمة ما حققه المحامي من فائدة لموكله في العمل موضوع التقدير لمخالفتها لأحكام المادة 34 من الدستور، دون أن يمتد الحكم بعدم الدستورية إلى القاعدة الثالثة إذ أن

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 33 لسنة 15 ق.د بتاريخ 1995/12/02، متواجد على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية: <http://www.scourt.gov.eg>

² المادة 82 من قانون المحاماة الصادر بالقانون 17 لسنة 1983 تحتوي أربع فقرات.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

مضمون هذه القاعدة لا يحول بحكمه دون استتزال أية مبالغ من أتعاب المحامي عندما يكون الموكل قد أداها للوكيل كلما قام الدليل عليها.¹

وبناء على ما تقدم، فإنه ليس حتما مقضيا أن يقرر القاضي الدستوري عدم دستورية النص التشريعي برمته، فقد قضى المجلس الدستوري الجزائري في قراره الصادر في 10 فبراير 2021 بعدم دستورية الفقرة الأولى والثانية من المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دون الفقرة 03 منها.²

وفي حكم آخر للمحكمة الدستورية العليا، قضت بعدم دستورية ما تضمنه نص تشريعي من قاعدة لم ينص عليها صراحة ولكنها مستفادة ضمنا من فحواه وروحه، وعليه حكمت بعدم دستورية المادة 236 من قانون التجارة (الملغى) فيما تضمنته من جواز أن يكون مأمور التفليسة³ عضوا بالمحكمة الابتدائية التي تفصل في التظلم في الأوامر التي أصدرها بشأن التفليسة، فالمادة 236 من قانون التجارة الملغى جاء نصها كالآتي: "ولا يقبل التظلم من الأوامر التي تصدر عن مأمور التفليسة إلا في الأحوال المبينة في القانون، ويرفع التظلم في الأحوال المذكورة للمحكمة الابتدائية"، حيث أنها لم تنص صراحة على أنه يجوز للمأمور أن يكون من بين أعضاء المحكمة التي تنظر في التظلم من الأوامر الصادرة عنه، ولكنها لم تمنع ذلك صراحة لذلك من المحتمل أن يحدث ويكون ضمن أعضاء المحكمة التي تفصل في التظلم ضد القرار الصادر عنه وهو ما يخل بمبدأ حياد القاضي، وقد خلصت إلى استنتاج هذه القاعدة من فحوى نص المادة 236، فعبارة هذا النص لم تتضمن ذكرا لهذه القاعدة، ولأجل ذلك لم تحكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة 236 برمتها بل قصرت قضاءها بعدم الدستورية على ما تضمنته هذه المادة من جواز أن يكون مأمور

¹ لمزيد من التفصيل أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 23 لسنة 14 ق.د الصادر في 1994/02/12 متواجد على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية:

<http://www.scourt.gov.eg>

² قرار المجلس الدستوري الجزائري رقم 01/ق م د/د ع 21 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1442 هـ الموافق 10 فبراير سنة 2021، متواجد بأرشيف المجلس على الموقع الإلكتروني:

<https://www/cour-constitutionnelle/dz>

³ التفليسة هي مجموع أموال التاجر المفلس، ويقال أصيبت الشركة بالتفليس بمعنى أعلن عن خسارتها وعدم قدرتها على استمرار أعمالها.

تعريف ومعنى تفليس في معجم المعاني الجامع-معجم عربي عربي-منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://www.almaany.com>

تم الاطلاع عليه يوم 2023/01/18 على الساعة 15:56.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

التقليسة عضوا بالمحكمة الابتدائية التي تفصل في التظلم من الأوامر التي أصدرها بشأن التقليسة.¹

3. فرض القاعدة التشريعية الموزعة بين أكثر من نص: قد يحدث أن تتطافر عدة نصوص أو مواد لصياغة قاعدة تشريعية موحدة كما هو الشأن بالنسبة للمادة 27 من القانون رقم 136 لسنة 1981 المتعلق ببعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، والتي تشكل مع المادة 07 من نفس القانون قاعدة تقضي بإعفاء الأماكن المؤجرة لاستعمالها في أغراض لا تدخل في نطاق النشاط التجاري أو الصناعي أو المهني الخاضع للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية أو الضريبة على المهن غير التجارية من نسبة الزيادة في القيمة الإيجارية المقررة بالمادة 07 من القانون المشار إليه بالنسبة للأماكن المؤجرة لغير أغراض السكنى المنشأة حتى 09 سبتمبر 1977. وقد نصت المادة 07 على هذه الزيادة وحددت نسبتها المئوية تحديدا متفاوتا بتفاوت تاريخ إنشاء المكان، أما المادة 27 فقد أخضعت الأماكن المستعملة لأغراض غير تجارية أو صناعية أو حرفية أو مهنية لأحكام تخص أصلا المباني المؤجرة لأغراض السكنى على الرغم من أن هذه الأماكن مؤجرة لغير أغراض السكنى.

وعند الجمع بين المادتين 07 و27 من نفس القانون ولدت قاعدة تشريعية تقضي بإعفاء الأماكن المستعملة في أغراض غير تجارية أو صناعية أو حرفية أو مهنية من الزيادة في الأجرة، تلك الزيادة التي وضع المشرع قاعدتها في المادة 07 من القانون في صورة قاعدة عامة²، ثم عاد واستثنى من هذه القاعدة العامة الأماكن المستعملة في أغراض غير تجارية أو صناعية أو حرفية أو مهنية من الزيادة في الأجرة.

إذاً، فقد وضع المشرع المصري قاعدة تشريعية موزعة بين المادة 07 والمادة 27 من القانون السالف ذكره، وقد كان لهذه الصياغة التشريعية صدى على أحكام المحكمة الدستورية العليا، حيث دفع أحد ملاك المباني المؤجرة لغير أغراض السكنى - والمستعملة

¹ أنظر أيضا في حكم آخر للمحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في 1998/03/07 في القضية رقم 162 لسنة 19 ق.د حيث قضت بعدم دستورية نص الفقرة 03 من المادة 26 من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة وذلك فيما لم تتضمنه من وجوب سماع أقوال العضو في مرحلة التحقيق.

² نصت المادة 07 من القانون رقم 136 لسنة 1981 على أنه: "اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون، تزداد في أول يناير من كل سنة أجرة الأماكن المؤجرة لغير أغراض السكنى المنشأة حتى 09 سبتمبر سنة 1977 زيادة دورية ثابتة بواقع نسبة من القيمة الإيجازية المتخذة أساسا لحساب الضريبة على العقارات المبنية في ذات وقت الإنشاء حتى ولو أدخلت عليها تعديلات جوهرية.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

في أغراض لا تدخل في نطاق النشاط التجاري أو الصناعي أو المهني الخاضع للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية أو الضريبة على المهن غير التجارية - بعدم دستورية المادة 27 من القانون رقم 136 لسنة 1981 لأنها قمت بإعفاء هذا النوع من المباني المؤجرة من الزيادة في الأجرة على الرغم من أنها مخصصة لغير أغراض السكنى وخلقت بذلك معاملة تمييزية بين طائفتين من الملاك انتظمتهم أسس موحدة تجعلهم يقفون على قدم المساواة وكان يتعين إخضاعهم لقاعدة قانونية موحدة مجردة، بحيث تتصرف الزيادة في الأجرة المنصوص عليها في المادة 07 إلى جميع ملاك المباني المؤجرة لغير أغراض السكنى دون إنشاء وأياً كانت طبيعة النشاط الذي يتم ممارسته فيها.

ولما كان مطروحا على المحكمة الدستورية العليا الطعن في إعفاء هذه الأماكن من الزيادة في الأجرة وحرمان ملاكها منها، فقد كان منطقيا ألا تحكم بعدم دستورية المادة 27 كلها وإنما تحكم فقط بعدم دستورتها في نطاق معين يتحدد بالنسبة إلى تطبيق ما تضمنته المادة 07 من زيادة الأجرة، وهذا ما راعته المحكمة في صياغتها الدقيقة لمنطوق حكمها.¹

الفرع الثاني: نتائج الحكم بعدم الدستورية في مجال نسخ وإبطال القواعد القانونية²

إن الحكم بعدم دستورية نص قانوني (حكم تشريعي أو تنظيمي) يلغي قوة نفاذ هذا النص مهما كانت صورة زواله (نسخا أو إبطالا)، حيث يعد الحكم بعدم الدستورية طريقا قضائيا لانقضاء القاعدة التشريعية يترتب عليه زوال فعاليتها، وسواء تعلق الأمر بنسخ القانون أو فقدان أثره أو توقف العمل به فالنتيجة واحدة وهي تحيته من النظام القانوني الساري في الدولة وتفتيته منه، كما أن الحكم بعدم الدستورية قد يؤدي ليس فقط إلى زوال القاعدة محل الطعن بل وقد يمتد أثره ليشمل انقضاء قواعد قانونية أخرى سواء بطريقة مباشرة إعمالا لأصول النسخ الضمني، وقد يصل الأمر إلى إلغاء قانون بأكمله انطلاقا من تقرير عدم دستورية قاعدة قانونية واحدة منه.³

¹ لمزيد من التفصيل أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في 1989/04/29 في الدعوى رقم 21 لسنة 07 ق.د.

عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص 65-68.
² النسخ هو إلغاء القانون وإنهاء سريان العمل به وتجريده من قوته الملزمة ابتداء من تاريخ الإلغاء، أما الإبطال فهو اعتبار القانون كأن لم يكن، أي بطلان جميع آثاره القانونية التي رتبها بما فيها تلك التي ترتبت في الماضي.

أنظر: أرشيف الشؤون القانونية Startimes.com تم الاطلاع عليه يوم: 2022/09/13 على الساعة 16:59.
³ عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص 139.

أولاً: الحكم بعدم دستورية نص قانوني يلغي قوة نفاذه ويزيل آثاره القانونية

إن أول تساؤل يثور في هذا الشأن يتعلق بمسألة مفادها: هل أن الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي يؤدي إلى إلغاء هذا النص من النظام القانوني للدولة دون الحاجة إلى تدخل السلطة التشريعية - أو التنظيمية في حالة الحكم بعدم دستورية نص تنظيمي أو كما يسمى لائحة بمصر - أم أن أثر هذا الحكم يقتصر على إيقاف قوة نفاذ هذا النص بحيث تمتنع السلطات عن تطبيقه دون إلغائه؟ ويتوجب عندها على السلطة التشريعية أن تبادر إلى إلغائه أو تعديله بذات الصيغة التي تلغى بها النصوص القانونية أو تعدل؟

لقد اختلف الفقه بشأن الأمر¹، حيث ذهب اتجاه منه إلى أن الحكم بعدم الدستورية سواء في عهد المحكمة العليا أو الآن في ظل المحكمة الدستورية العليا يلزم محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته دون إلغائه، حيث يبقى القانون من الناحية النظرية والمجردة قائماً حتى يلغيه المشرع، إلا أنه يفقد قيمته من الناحية التطبيقية، لأن جميع المحاكم سوف تمتنع عن تطبيقه إعمالاً للحجية المطلقة للحكم بعدم الدستورية. لكن هذا الرأي قد فاتته حقيقة أن سائر سلطات الدولة أيضاً ملزمون بعدم التعامل على أساس النص المحكوم بعدم دستوريته ويقع عليهم قانوناً واجب عدم تطبيقه، بما يعني أن النص قد زالت فعاليته القانونية، ومن ثم يكون قد ألغي، فإذا كان الإلغاء بأثر رجعي فقد أبطل واعتبر كأن لم يكن²، وهو ما كان مقرراً بالفعل منذ عهد المحكمة العليا بمصر وظل الوضع متحققاً في ظل قانون المحكمة الدستورية العليا، حيث أن الحكم بعدم دستورية نص قانوني يلغي قوة نفاذه، ويغدو معدوماً من الناحية القانونية ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة، وهو ما أكدته المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا والتي تقضي بأنه يترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم، وإذا ما تعلق الحكم بنص جنائي اعتبرت الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن، إذن فالحكم الصادر بعدم الدستورية يترتب عليه إلغاء قوة نفاذ النص المقضي

¹ زينب شريف نعمة، شاكر جميل ساجت، أثر الحكم بعدم دستورية التشريعات الضريبية (دراسة مقارنة)، مجلة المعهد، 7ع، 2021، ص 365.

² عزيزة الشريف، القضاء الدستوري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 117؛ رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 613. أشار إليهم: عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص 142، الهامش رقم 01.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

بعدم دستوريته، وبالتالي لا يمكن تطبيقه من قبل جميع السلطات، وفي حالة إبطاله بأثر رجعي يعتبر كأن لم يكن وتلغى جميع آثاره القانونية منذ تاريخ صدوره.

أما موقف المؤسس الدستوري الجزائري من الآثار التي يحدثها الحكم بعدم الدستورية، فقد نصت عليه المادة 198 من الدستور المعدل في 2020 والتي جاء فيها أنه: "إذا قررت المحكمة الدستورية أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري على أساس المادة 195 أعلاه، يفقد أثره من اليوم الذي يحدده قرار المحكمة الدستورية".

أي أنه في حالة الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي من طرف الأفراد عن طريق القضاء، واعتبرت المحكمة الدستورية أنه غير دستوري يفقد أثره القانوني أي أنه يصبح عديم المفعول بحيث لا يحدث آثار قانونية من اليوم الذي تحدده المحكمة الدستورية. ومن خلال ما تقدم يتضح بأن اختيار المؤسس الدستوري لعبارة "فقدان الأثر القانوني" هو نمط يفيد الإلغاء¹، أي بمعنى إنهاء قوة نفاذ القاعدة القانونية بالنسبة للمستقبل وتجريد الأحكام التشريعية أو التنظيمية التي تم الحكم بمخالفتها للدستور من قوة نفاذها لتفقد خاصية الإلزام التي تتسم بها جميع القواعد القانونية.

إن استعمال المؤسس الدستوري الجزائري لعبارة "فقدان الأثر القانوني" يعتبر طريقة ذكية لإبعاد شبهة التدخل في صميم اختصاص المشرع بإلغاء القواعد القانونية سارية المفعول عن القاضي الدستوري الذي ينحصر دوره في عزل آثار الحكم التشريعي أو التنظيمي وجعله غير مرتب لآثاره القانونية بداية من التاريخ الذي يحدده في قراره.² ونفس الموقف اتخذه الدستور الفرنسي بموجب المادة 62 منه وفق تعديل 2008 حيث نصت الفقرة الثانية منها على أن النص الذي يصرح بعدم دستوريته على أساس المادة 61-01 يعتبر لاغيا اعتبارا من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري أو من تاريخ لاحق يحدده هذا القرار، ويحدد المجلس الدستوري الشروط والحدود التي يجوز فيها إعادة النظر في الآثار التي رتبها هذا النص، ويقابلها في ذلك الفصل 134 من دستور المغرب التي نص على أنه: "... يُنسخ كل مقتضى تم التصريح دستوريته على أساس الفصل 133 من الدستور ابتداء من التاريخ الذي حددته المحكمة الدستورية في قرارها".

¹ عرف الأستاذ "حسن كيرة" إلغاء القاعدة القانونية بأنه: "إنهاء سريانها ومنع العمل بها ابتداء من هذا الإنهاء". راجع في هذا الخصوص: حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، 1974، ص 342.

² فائزة جروني، قيطوبي أسامة، مرجع سابق، ص 235-236-237.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

أما الفصل 123 من دستور تونس لسنة 2014 فقد كان أكثر وضوحا عندما نص في فقرته الأخيرة على أنه في حالة ما إذا قضت المحكمة الدستورية بعدم الدستورية فإنه يتوقف العمل بالقانون في حدود ما قضت به.

إن إلغاء النص أو نسخه أو فقدان أثره القانوني أو توقيف العمل به كلها عبارات تدل على أن القانون أو الحكم التشريعي أو التنظيمي أو المقتضى - أو أيا كان اسمه - المحكوم بعدم دستوريته يفقد قوة نفاذه وإلزاميته في مواجهة كافة السلطات بدءاً من تاريخ صدور الحكم بذلك كقاعدة عامة.

أما عن إشكالية بقاء النص المحكوم بعدم دستوريته من الناحية النظرية على الرغم من زوال قوة نفاذه وعدم تطبيقه من الناحية القانونية والعملية، وانتظار تدخل المشرع لإلغائه، فمن وجهة نظرنا المتواضعة تعتقد أن الحكم بعدم الدستورية يفيد الإلغاء وليس فقط الامتناع عن التطبيق بمعنى آخر اعتبار النص المحكوم بعدم دستوريته غير موجود بالنسبة للمستقبل كقاعدة عامة، لكن ذلك لا ينفى ضرورة تدخل المشرع لتعديله بما يتوافق مع الدستور أو تغييره كلياً حتى لا يحدث فراغ قانوني، طبعاً مع بقاء آثاره التي رتبها في الماضي قائمة - كقاعدة عامة - أما إذا ما قرر القاضي الدستوري عدم دستورية نص قانوني وإلغاء جميع آثاره بما فيها التي حدثت في الماضي ففي هذه الحالة نسميه إبطالاً وينعدم معه وجود النص من أساسه وكأنه لم يكن وسواء تدخل المشرع أم لم يتدخل فهذا النص القانوني ينعقد كلياً من الناحية القانونية والعملية وحتى النظرية.

وللتوضيح أكثر، فإن المشرع الفرنسي كلما قرر المجلس الدستوري الفرنسي عدم دستورية حكم تشريعي يسعى جاهداً إلى تعديله أو استبداله في أقرب وقت كما هو الحال بالنسبة لأول قرار للمجلس الدستوري الفرنسي الذي قرر فيه عدم دستورية المادة 26 من القانون رقم 734-1981 بشأن تعديل قانون المالية لسنة 1981، والمادة 68 من القانون رقم 1576-2002 بشأن تعديل قانون المالية لسنة 2002 باستثناء الفقرة 07 منها، والمادة 100 من القانون رقم 1666-2006 بشأن قانون المالية لسنة 2007 باستثناء الفقرة 05 منها، فعلى الرغم من أن المجلس الدستوري قد أعلن في قراره أن إلغاء هذه الأحكام

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

التشريعية يسري اعتبارا من الأول من يناير لسنة 2011 إلا أن المشرع الفرنسي لم يتهاون عن مهمته وقام بسن قانون المالية لسنة 2011.¹

حيث أعادت المادة 211 منه تنظيم الأحكام المتعلقة بمعاشات المحاربين القدامى وضحايا الحرب بما يتوافق مع الدستور، مشيرة في الأخير إلى أن هذه الأحكام لن تدخل التنفيذ إلا ابتداء من 01 جانفي 2011 كما هو مقرر في قرار المجلس الدستوري الفرنسي، وتجدر الإشارة إلى أنه قد صدر قرار بشأن تطبيق المادة 211 من قانون المالية لسنة 2011.²

وكمثال آخر على وجوب تدخل المشرع لتعديل أو استبدال الحكم التشريعي أو التنظيمي المقضي بعدم دستورية، نجد المشرع الجزائري - رغم تأخره كثيرا - قد عمد إلى تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية تطبيقا لقرار المجلس الدستوري رقم 01 الصادر في 10 فيفري 2021 والقاضي بعدم دستورية الفقرة 01 و02 من المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تمنع استئناف الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها 200.000 دج، وتم بالفعل صدور القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 المعدل والمتمم للقانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتم تعديل المادة 33 من القانون 08-09 بموجب المادة 02 من القانون 22-13 لتتوافق مع قرار المجلس الدستوري حيث جاء نصها كالتالي: "تفصل المحكمة في جميع الدعاوى بأحكام قابلة للاستئناف".

ثانيا: إلغاء القاعدة العامة يستتبع عنه سقوط الاستثناء منها

إن إلغاء القاعدة العامة التي يتضمنها الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي تقررت عدم دستوريته، سيؤدي حتما إلى سقوط الاستثناء منها، ذلك أن كل استثناء يفترض دوما قيام القاعدة العامة التي يخرج منها، ومثال ذلك ما حكمت به المحكمة الدستورية العليا في جلسة 03 أبريل سنة 1993، حيث قضت بعدم دستورية نص البند (أ) من المادة 15 من قانون الهيئات لرعاية الشباب والرياضة الصادر بالقانون رقم 77 لسنة 1975، وذلك فيما تضمنته من عدم جواز الحجز على أموال هذه الهيئات، ومما جاء في مضمون حكمها أن المشرع المصري - في مجال

¹Loi n° 2010-1657 du 29 Décembre 2010 de finances pour 2011.

C.F : <https://www.legifrance.gouv.fr>

² Décret n° 2010-1691 du 30 Décembre 2010 pris en application de l'article 211 de la loi n° 2010-1657 du 29 Décembre 2010 de finances pour 2011, JORF n° 0303 du 31 Décembre 2010.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

تطبيق أحكام القانون رقم 77 لسنة 1975 - قرر قاعدة عامة واستثناء منها، أما القاعدة العامة فحاصلها امتناع الحجز على أموال الهيئات الخاصة لرعاية الشباب والرياضة جميعها (في كافة مكوناتها وعناصرها) ولا استثناء من هذه القاعدة إلا أن يكون الدين الذي يراد التنفيذ بموجبه مستحقا للدولة وناشئا عن ضرائبها ورسومها، أما غير الدولة من الدائنين فقد عطل المشرع - بالنص المطعون عليه - ضمانهم العام بأكمله وحال بينهم وبين اقتضاء ديونهم من هذا الضمان في أي من عناصره، وأهدر القيمة العملية لأية أحكام قضائية يكون هؤلاء قد حصلوا عليها، وأعاق تنفيذ مضمونها وأخل بمبدأ التكافؤ في المعاملة القانونية بين الدائنين المتماثلة مراكزهم القانونية، وجاوز حدود سيادة القانون وخضوع الدولة لأحكامه، ومال بولاية السلطة القضائية هابطا برسالتها في أداء العدالة، ومن ثم يقع النص التشريعي في حومة مخالفة أحكام المواد (40-64-65-68-72-165) من الدستور.¹

وأضافت المحكمة الدستورية العليا أن بطلان القاعدة العامة التي تضمنها النص التشريعي المطعون عليه، والتي تتمثل في عدم جواز الحجز على أموال الهيئات الخاصة لرعاية الشباب والرياضة جميعها، يعني بالضرورة سقوط الاستثناء منها، ومن ثم تكون قاعدة عدم جواز الحجز - سواء في أصلها أو في مجال الاستثناء منها - غير قائمة من الناحية الدستورية وهو ما يتعين الحكم به.²

ثالثا: سقوط القواعد القانونية المبنية على القاعدة المحكوم بعدم دستورتها

يسقط النص التشريعي، سواء تم الحكم بعدم دستوريته أم لا، إذا كان لا يمكن تصور وجوده مستقلا ومنفصلا عن نص تشريعي آخر تم الحكم بعدم دستوريته، سواء كان النصان في ذات القانون أم في قانونين مختلفين.³

هناك نصوص لا يستقيم بقاؤها ولا تطبيقها إلا مرتبطة بنصوص تم القضاء بعدم دستورتها، بحيث ينعدم أساسها بالحكم بعدم دستورية النصوص التي تقوم منها مقام الأساس، والسقوط في هذه الحالة ليس جزءا يقضي به القضاء الدستوري على مخالفة النص التشريعي للدستور، بل هو في حقيقته إلغاء نص تشريعي بأثر رجعي لزوال أساسه الذي

¹المزيد من التفصيل أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 02 لسنة 14 ق.د بجلسة 03 أبريل سنة 1993، متواجد على الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة:

<http://www.scourt.gov.eg>

تم الاطلاع عليه يوم: 2022/09/18 على الساعة 19:49.

²أنظر أيضا: حكم المحكمة الدستورية رقم 06 لسنة 15 ق.د بجلسة 15/04/1995 حيث سقط الاستثناء سقوط قاعدة الحظر التي فرضها النص المطعون عليه والذي تم الحكم بعدم دستوريته.

³ عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص 145.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

كان يقوم عليه، فلو أن هذا النص (الأساس) ألغي بأثر فوري مباشر لسقط أيضا بأثر فوري مباشر بالنسبة للمستقبل النص الذي يعتبر نتيجة منطقية له، لأنه مرتبط به فلا يُتصور وجوده بدون، وإذا ما أُبطل هذا النص (الأساس) بأثر رجعي فإن النص الذي يعتبر نتيجة منطقية له ينهار ويزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن.¹

إن سقوط النص التشريعي القائم على نص آخر تقررت عدم دستوريته هو سقوط بقوة القانون، ومن الناحية المنطقية لا يتطلب الحكم بعدم دستوريته نص تابع لنص آخر - تم القضاء بعدم دستوريته - حتى يسقط النص التابع.

وقد يتقطن القاضي الدستوري إلى سقوط النص التشريعي فيقضي بسقوطه، وهو ما ذهبت المحكمة الدستورية العليا إليه في حكمها الصادر في 07 ديسمبر 1991 حيث دفع المدعي بعدم دستورية القانون رقم 09 لسنة 1986 المتعلق بتصحيح أوضاع العاملين بهيئة قناة السويس وذلك لأنطوائه على أثر رجعي أفصحت عنه مادته الأولى²، وذلك بتحسينها التسويات التي انقضت عليها عشر سنين دون أن يقره مجلس الشعب بالأغلبية الخاصة التي تتطلبها المادة 187 من الدستور بالنسبة للقوانين المتضمنة أثرا رجعيا، و قد تفتنت المحكمة الدستورية العليا إلى أن المادة الثانية من نفس القانون³ لا يمكن تصور وجودها مستقلة أو منفصلة عن المادة الأولى بالنظر إلى ارتباطها ارتباطا لا يقبل التجزئة، وبالتالي وجب سقوطها بسقوط المادة الأولى، ويلحقها البطلان تبعا لإبطال المادة الأولى، مما يتوجب معه الحكم بعدم دستورية القانون رقم 09 لسنة 1986 برمته.⁴

وقد لا يتقطن القاضي الدستوري إلى القضاء بسقوط النص التشريعي، بل وقد لا يتقطن إلى القضاء بسقوط لائحة تبعا لقضائه بعدم دستورية القانون الذي صدرت هذه اللائحة لتنفيذه، ومع ذلك فإن هذه اللائحة تسقط فورا بقوة القانون ولو لم يقض القاضي

¹ عصام أنور سليم، المرجع نفسه، ص. 156، 155.

² تنص المادة الأولى من القانون رقم 09 لسنة 1986 المتعلق بتصحيح أوضاع العاملين بهيئة قناة السويس على أنه: "مع عدم الإخلال بالأحكام النهائية، تعتبر صحيحة التسويات التي أجرتها هيئة قناة السويس للعاملين بالهيئة الموجودين في خدمتها في 31 ديسمبر سنة 1974 متى كانت مطابقة لأحكام قرار مجلس إدارة الهيئة الصادر في هذا الشأن بتاريخ 12 مايو سنة 1976".

³ تنص المادة 02 من القانون رقم 09 لسنة 1986 السالف الذكر على أنه: "ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره".

⁴ حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 07 ديسمبر 1991 في القضية رقم 31 لسنة 09 ق.د، متواجد على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية:

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

الدستور بسقوطها، ومثال ذلك ما قضت به المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها الصادر في 03 يونيو لسنة 2000 حيث حكمت بعدم دستورية قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية رقم 153 الصادر سنة 1999 بتمامه، ولكنها لم تفصل في مصير اللائحة التنفيذية لهذا القانون الصادرة بقرار وزيرة التأمينات والشؤون الاجتماعية رقم 242 لسنة 1999، إلا أن المنطق السليم يقتضي سقوط هذه اللائحة التنفيذية لأنها صدرت إعمالاً للمادة الخامسة من القانون رقم 153 المتعلق بقانون الجمعيات لسنة 1999، والذي تم الحكم بعدم دستوريته بتمامه، فهي متفرعة عنه، والفرع يأخذ حكم الأصل، فلا يمكن تصور بقاء الفرع دون أصله حيث يزول بزواله.¹

رابعاً: السقوط بطريق التسلسل

قد يكون هناك تشريع يحيل في أحد نصوصه على حكم منصوص عليه في تشريع آخر، فإذا حُكم بعدم دستورية النص المحال إليه في التشريع الآخر، فإنه لا مرأى من أن مصير النص المحيل في التشريع الأول هو السقوط حتماً حتى ولو لم يتم القضاء بسقوطه من طرف القضاء الدستوري.

وكمثال على ذلك، المادة الرابعة من القرار بقانون رقم 15 لسنة 1963 (المتعلق بحظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما في حكمها) التي نصت على أن يؤدي إلى ملك الأراضي المشار إليها في المادة الثانية² تعويض يقدر وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952³ مع مراعاة الضريبة السارية في 09 سبتمبر 1952. وفي 06 يونيو سنة 1998⁴ قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية المادة 05 من المرسوم بقانون رقم 178 المنظمة لكيفية تقديم التعويض القانوني الواجب

¹ عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص 161.

راجع أيضاً: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في 03 يونيو 2000 في الدعوى رقم 153 لسنة 21 ق.د، بشأن عدم دستورية القانون رقم 153 لسنة 1999 المتضمن قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية.

² وهي الأراضي الزراعية، وما في حكمها من الأراضي القابلة للزراعة والبور والصحراوية المملوكة للأجانب، وقت العمل بهذا القرار بقانون، والتي آلت بموجبه ملكيتها إلى الدولة.

³ كانت تنص المادة 05 من المرسوم بقانون 178 لسنة 1952، قبل الحكم بعدم دستورتها، على أن يكون لمن استولت الحكومة على أرضه، وفقاً لأحكام هذا القانون، الحق في تعويض يعادل عشرة أمثال القيمة الإيجارية لهذه الأرض، وتقدر القيمة الإيجارية بسبعة أمثال الضريبة الأصلية المربوطة بها الأرض.

⁴ لمزيد من التفصيل راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 28 لسنة 6 ق.د بجلسة 06 يونيو (جوان) 1998، متوفر على الموقع الإلكتروني للمحكمة:

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

على الدولة لمن استولت على أرضه، وهذه المادة الخامسة هي التي تتصرف إليها إحالة المشرع المصري في القرار بقانون رقم 15 لسنة 1963، فإذا كان قد حكم بعدم دستورتها فإن النص المحيل إليها يكون سقط أي زال بأثر رجعي تبعا لإبطال النص المحال إليه بأثر رجعي، نظرا للحكم بعدم دستوريته.¹

كما أن المحكمة الدستورية العليا في ذات الحكم، قضت بسقوط المادة 06 من المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 تبعا لعدم دستورية المادة 05 منه لأنها مرتبطة بها، وقضت أيضا بسقوط المادة 05 من القرار بقانون رقم 127 لسنة 1961 تبعا لعدم دستورية المادة 04 منه - التي تم الحكم بعدم دستورتها أيضا انطلاقا من الحكم بعدم دستورية المادة 05 من المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 لأنها متصلتان ببعضهما - وذلك في مجال تطبيقها في شأن التعويض المقدر على أساس الضريبة العقارية.

وفي حكم فريد من نوعه لمحكمة النقض المصرية² استندت فيه على الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا القاضي بعدم دستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم 150 لسنة 1964 فيما نصت عليه من أيلولة أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين، الذين فرضت عليهم الحراسة طبقا لأحكام قانون الطوارئ إلى ملكية الدولة، وعدم دستورية المادة 04 من قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة رقم 69 لسنة 1974 فيما نصت عليه من تعيين حد أقصى لما يرد إلى الأشخاص الذين شملتهم الحراسة وأسرهم.³

وقد بنت محكمة النقض المصرية حكمها على ذلك، باعتبار أنه لما كان القانون رقم 69 لسنة 1974، بما يتضمنه من حكم المادة 20، قد قام في أساسه على حكم المادة 02 من القانون رقم 150 لسنة 1964 والتي آلت بموجبها أموال الخاضعين للحراسة إلى الدولة، وهدف بأحكامه إلى تسوية الأوضاع الناشئة أساسا عن هذه الأيلولة، ولما كان قد حكم بعدم دستورية هذه المادة 02 من القانون رقم 150 لسنة 1964، فإن هذا الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية قد أورد قاعدة قضائية ذات حجية مطلقة في مواجهة الكافة مفادها أن الأموال المملوكة للأفراد المفروض عليها الحراسة، استنادا لقانون الطوارئ لازالت باقية على

¹ عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص ص 162-163.

² الطعن رقم 1348 لسنة 50 قضائية، بجلسة 1984/04/29، الدوائر المدنية، مجموعة أحكام محكمة النقض للسنة 35، قاعدة 218، ص 1139. موجود على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية: <https://www.cc.gov.eg>

تم الاطلاع عليه يوم: 2022/09/25 على الساعة: 15:47.

³ راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في 1981/05/16 في القضية رقم 05 للسنة الأولى ق.د.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

ملك صاحبها، وبناء على ذلك يترتب على هذه القاعدة انعدام الأساس الذي قام عليه حكم المادة 20 من القانون رقم 69 لسنة 1974 التي كانت تحظر التصرف في الأموال المفرج عنها مؤقتا، وكانت تعتبر كل تصرف فيها قبل الإفراج النهائي عديم الأثر قانونا.

لقد أقامت محكمة النقض المصرية حكمها¹ انطلاقا من المنطق الذي يقضي بأنه إذا تقرر بطلان وعدم دستورية المادة 02 من القرار بقانون رقم 150 لسنة 1964²، والتي تمثل القاعدة الأساس، فإنه ينبغي على ذلك الحكم بعدم الدستورية سقوط القاعدة المنصوص عليها في المادة 20 من القانون 69 لسنة 1974 سقوطا تلقائيا مستقادا حتما وضمنا من ذات الحكم بعدم دستورية المادة 02 من القرار بقانون رقم 150 لسنة 1964.³

وفي حكم آخر للمحكمة الدستورية العليا المصرية بناء على إحالة من المحكمة الإدارية العليا⁴ للفصل في دستورية نص الفقرة الأولى من المادة 03 مكرر ونص المادة 03 مكرر 02 من القانون رقم 107 لسنة 1976 بإنشاء صندوق تمويل مشروعات الإسكان الاقتصادي المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1978، حكمت المحكمة الدستورية بعدم دستورية كل من الفقرة الأولى من المادة 03 مكرر ونص المادة 03 مكرر 02 من القانون السالف الذكر، وتبعاً لذلك قضت بسقوط أحكام الفقرة الثانية من المادة 03 مكرر والمادة 03 مكرر (01) والمادة 03 مكرر (03) والمادة 03 مكرر (04) والمادة 03 مكرر (05)، بالإضافة إلى سقوط البند 04 من المادة 36 من قانون الإدارة المحلية الصادر بالقانون رقم 43 لسنة 1979 والمعدل بالقانون 50 لسنة 1981 لارتباطه ارتباطاً وثيقاً بأحكام التنظيم التشريعي لضريبة الأرض الفضاء التي تم الحكم بعدم دستورتها وسقوط البعض الآخر منها، على سند أن خضوع الأرض الفضاء التي لا تغل دخلاً لضريبة سنوية مستمرة بواقع 02% من قيمتها، وزيادة هذه القيمة بمقدار 07% سنوياً حتى نهاية السنة السابقة مباشرة على استحقاق الضريبة يؤدي لا محالة إلى استغراق الضريبة قيمة الأرض الفضاء ذاتها في وقت غير بعيد، وهو ما يعني في الحقيقة مصادرتها بالمخالفة للمادة 36 و38 من الدستور، حيث نص البند 04 من المادة 36 من قانون الإدارة المحلية على أن تكون حصيلة هذه

¹ رفض النقض.

² استعمال مصطلح البطلان في محله لأن الحكم بعدم دستورية المادة 02 من القرار بقانون 150 لسنة 1964 والمادة 04 من القانون رقم 69 لسنة 1974، حسب ما جاء في منطوق الحكم، ينسحب أثره إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم، بأثر رجعي، باستثناء ما استقر من مراكز وحقوق بحكم حائز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم.

³ عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص 166-167-168-169.

⁴ بجلسة 07 نوفمبر 1987 في الطعن رقم 908 لسنة 32 ق.د.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

الضريبة مورداً من موارد الخاص بتمويل مشروعات الإسكان الاقتصادي والذي ينشأ بكل محافظة.

إذاً، فعدم دستورية النص الضريبي (الضريبة) يستتبع عنه سقوط النصوص المرتبطة به، فالفقرة 02 من المادة 03 مكرر تحدد الجهات التي لا تخضع الأراضي الفضاء المملوكة لها لهذه الضريبة، وتنظم المادة 03 مكرر (01) مواعيد أداء الضريبة، وتبين المادة 03 مكرر (03) كيفية حصر الأراضي الخاضعة للضريبة، وتحظر المادة 03 مكرر (04) صرف تراخيص البناء أو البناء أو إقامة مبان على هذه الأراضي أو شهر التصرفات التي تتناولها إلا بعد تقديم ما يفيد سداد الضريبة، وتقضي المادة 03 مكرر (05) بوقف استحقاق الضريبة متى تم البناء على الأرض أو شغل وربط بالضريبة على العقارات المبنية أو خضعت للضريبة على الأرض الزراعية، وكما أشرنا أعلاه فالبند 04 من المادة 36 من قانون الإدارة المحلية يجدد مآل ومجال الاستفادة من حصيلة هذه الضريبة، لذلك من المنطقي سقوطه هو الآخر.¹

خامساً: عدم دستورية المصادرة يستتبع عنه زوال جميع آثارها

يقصد بالمصادرة الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء²، كما تعرف بأنها الاستيلاء على مال المحكوم عليه وانتقال ملكيته إلى الدولة بدون أي تعويض وتفرض من قبل السلطة القضائية في الدولة، فهي إذاً أخذ الأموال الخاصة من صاحبها من قبل الدولة جبراً عليه وبدون عوض وقد يكون ذلك نتيجة تجاوز أو أخذ حق الغير عقوبة له، أو قد يكون نتيجة سلطان ظالم يأخذ حق الغير بدون رضاه.³

¹ لمزيد من التفصيل راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 05 لسنة 10 ق.د. بجلسة 19 جوان 1993، متواجد على الموقع الإلكتروني للمحكمة:

<http://www.scourt.gov.eg>

تم الاطلاع عليه يوم: 2022/09/26 على الساعة: 16:24.

² المادة 15 من قانون العقوبات الجزائري المعدل بالقانون رقم 06-23 الصادر في 20 ديسمبر 2006 قبل استبدالها بموجب القانون رقم 02 لسنة 2020 المتضمن تعديل بعض أحكام القانون رقم 11 لسنة 2004 المتضمن قانون العقوبات.

³ حاتم عبد الله شويش، المصادرة وتطبيقها بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، المجلد 04، 16ع، تموز 2013، ص 320.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

إن الحكم بعدم دستورية المصادرة¹ يترتب عنه لا محالة زوال جميع الآثار المترتبة عنها، وقد استقرت المحكمة الدستورية العليا المصرية على ذلك ففي حكمها الصادر بجلسة 1991/04/06 في الدعوى رقم 21 لسنة 11 ق.د. قضت بعدم دستورية البند (ب) من المادة 09 من قرار محافظ السويس رقم 107 لسنة 1983 بشأن صيد الأسماك الطازجة بميناء الأتكة لموسم 1984/1983، والذي نص في مضمونه على مصادرة الأسماك موضوع المخالفة ووسيلة النقل²، على اعتبار أن المصادرة غير دستورية لتقريرها بغير حكم قضائي عملاً بالمادة 36 من الدستور، بالإضافة إلى أن فرض عقوبة على الشروع في نقل أسماك داخل محافظة السويس دون تصريح من مديرية التموين بواسطة المادة 09 (ب) جاء مخالفاً لحدود الاختصاص وكذا المادة 66 من الدستور التي تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون.

وتلا ذلك حكم آخر للمحكمة الدستورية العليا في نفس اليوم بجلسة 1991/04/06 في الدعوى رقم 16 لسنة 11 ق.د.³ حكمت فيه بعدم دستورية البند (ب) من المادة 11 من قرار محافظ السويس رقم 107 لسنة 1983 الذي ينص على أن يصرف من حصيلة بيع الأسماك المصادرة في حدود 50% للقائمين بالضبط، وبررت حكمها بأن قضاء المحكمة ببطلان المصادرة وبطلان العقوبة التي تضمنها القرار المشار إليه لمخالفته المادة 36 و66 من الدستور يستتبع عنه زوال جميع الآثار التي ترتبت عن أعمالهما بما في ذلك مكافأة الضبط التي قضى النص المطعون عليه⁴ بصرفها على القائمين عليه والتي لا يتصور قيامها إلا مرتبطة بالمصادرة والتي تعتبر في النزاع الراهن باطلة.

¹ تجدر الإشارة إلى أن المصادرة نوعان: مصادرة عامة تتمثل في تجريد المحكوم عليه في جميع ما يملكه أو نسبة معينة من ماله، ومصادرة خاصة تنصب على مال معين بالذات، ومحل المصادرة هو البضائع أو المنتجات والنقود والأمتعة والأدوات والعجلات التي استخدمت في ارتكاب الجريمة وقد يكون عقاراً في حالة المصادرة العامة أو الإدارية. لمزيد من التفصيل راجع: إكرام فالح أحمد الصواف، الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية الخاصة (دراسة مقارنة)، ط1، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 81-84؛ راهم فريد، تدابير الأمن في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مذكرة ماجستير في القضاء الجنائي، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة باجي مختار، عنابة 2006/2005، ص 47-48-49-50.

² الدعوى رقم 21 لسنة 11 ق.د. في جلسة 1991/04/06.

³ الدعوى رقم 16 لسنة 11 ق.د. بجلسة 1991/04/06، موجودة على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية

<http://www.scourt.gov.eg>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/09/28 على الساعة 17:08

⁴ - البند "ب" من المادة 11 من قرار محافظ السويس رقم 107 لسنة 1983.

سادسا: إشكالية حدوث فراغ قانوني نتيجة الحكم بعدم الدستورية

قد يحدث أن ينتج عن الدفع بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي (لائحي) بطلان العمل التشريعي بتمامه أو اللائحة، ولا تعتبر النصوص التي ينظمها - من زاوية العيوب الموضوعية - مهددة بتمامها إلا في إحدى الحالتين:

أولهما: إذا كان فصل النصوص التي حكمت المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري بعدم دستورتها عما سواها متعذرا، وكان ملحوظا أنها مترابطة فيما بينها ومتصلة في أجزائها ببعضها البعض.

ثانيهما: إذا كان متعذرا بعد الحكم بعدم دستورية النصوص المخالفة للدستور أن تكفل النصوص المتبقية الوفاء بمقاصد التشريع وغاياته.¹

ومثال ذلك: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في 1993/01/02 القاضي بعدم دستورية المادة 05 من المرسوم بقانون رقم 98 لسنة 1945 المتعلق بالمتشردين والمشتبه فيهم، حيث اعتمدت المحكمة الدستورية على القاعدة أعلاه وحكمت بسقوط أحكام المواد 06-13-15 من نفس المرسوم بقانون لأنها مرتبطة بالمادة 05 وتعتبر مترتبة عليها ولا قوام لها بدونها ولا يتصور إعمالها في غيابها وما كان المشرع ليقرها بمعزل عن المادة 05 أو استقلالا عنها.²

إن القانون المحكوم بعدم دستوريته قد يكون قد ألغى قانونا سابقا عليه أو نصوصا سابقة عليه، فهل يعتبر القضاء بعدم دستوريته عودة ما ألغى إلى السريان باعتباره قانونا؟ وبعبارة أخرى هل يعتبر ما كان قد وقع من إلغاء كأن لم يكن بأثر رجعي؟

فعلى سبيل المثال، حكمت المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية رقم 153 لسنة 1999 بتمامه³، وقد نصت المادة السادسة منه على إلغاء قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر بالقانون رقم 32 لسنة 1964، كما نصت على إلغاء كل نص يخالف أحكامه، وبما أن المحكمة قضت بعدم دستورية قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية لسنة 1999 بتمامه فهذا يعني زوال المادة

¹ عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 97.

² راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 03 لسنة 10 ق.د. بجلسة 02 يناير 1993 الموافق لـ 09 رجب سنة 1413هـ، موجود على الموقع الإلكتروني للمحكمة:

<http://www.scourt.gov.eg>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/10/05 على الساعة 16:11.

³ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 153 لسنة 21 ق.د. بجلسة 2000/06/03.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

06 منه واعتبارها غير دستورية، وبالتالي عودة قانون الجمعيات والمؤسسات الصادر سنة 1964 للتطبيق من جديد بما أن المادة التي ألغته زالت وأبطلت بأثر رجعي منذ صدور قانون الجمعيات لسنة 1999، وبهذه الطريقة لا يوجد فراغ قانوني بل تعود الجمعيات إلى أوضاعها القانونية التي كانت عليها قبل اتخاذ إجراءات توفيق أوضاعها وفقا للقانون الملغى.¹

يمكن القول أن هذا الحل مقبول مؤقتا ريثما يتم سن قانون جديد ينظم الجمعيات والمؤسسات، لكن هل يطبق هذا الحل أيضا في حالة الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة وليس كل القانون أو اللائحة؟ هل تعود الحياة إلى النص المقابل في القانون القديم الملغى بالقانون الكائن به النص الذي حكم بعدم دستوريته؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تأتي بعد التطرق إلى مثال عن حكم للمحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة 15 من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1983، والتي كانت تنص في فقرتها الأولى على أنه لا يجوز لمن ولى الوزارة أو شغل منصب مستشار بإحدى الهيئات القضائية، وأساتذة القانون بالجامعات المصرية أن يمارس المحاماة إلا أمام محكمة النقض وما يعادلها ومحاكم الاستئناف وما يعادلها ومحاكم الجنايات ومحكمة القضاء الإداري، كما نصت في فقرتها الثانية على ألا يسري هذا الحظر على المحامين المقيدون لدى غير هذه المحاكم وقت صدور هذا القانون، أما الفقرة الثالثة منها قضت على أن يقع باطلا كل عمل يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة.²

هنا الإبطال في الحكم الصادر بعدم دستورية المادة 15 من قانون المحاماة يعد جزئيا ينصب على بعض نصوص هذا التشريع الذي يظل قائما ومن ثم يظل إلغائه للتشريع السابق عليه باقيا على حاله، ولا يعود بذلك التشريع السابق إلى النفاذ بل لا بد من البحث عن القاعدة الواجبة التطبيق على أساس أعمال النصوص المتبقية من التشريع والتي لم يتم الحكم بعدم دستورتها، وفي هذه الحالة بالذات فإنه بتقريب نصوص قانون المحاماة مبتورا

¹ إبراهيم درويش، آثار الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات، جريدة الأهرام، 09 يونيو 2000، ص 31؛ أشار إليه: عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص. ص 174-175، هامش رقم 01.
² حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 06 لسنة 13 ق.د، بجلسة 16 مايو سنة 1992، أحكام المحكمة بالجريدة الرسمية ع 23 في 04 يونيو 1992، ص 1261 وما بعدها. متواجد على الموقع الإلكتروني:

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

منه المادة 15 المحكوم بعدم دستورتها، يتضح أن المحامي المقبول للمرافعة أمام محكمة النقض سواء كان قد سبق أن ولى الوزارة أو شغل منصب مستشار أو منصب أستاذ للقانون بالجامعات المصرية أم لا، يكون جائزا له الاشتغال بجميع أعمال المحاماة.¹

المطلب الثاني: حجية القرار أو الحكم بعدم الدستورية عن طريق الدفع

يقصد بحجية الأحكام القضائية بصفة عامة حيازتها الاحترام سواء أمام المحكمة التي أصدرتها، أو أمام المحاكم الأخرى، فإذا رفع أحد الخصوم ذات الدعوى التي سبق وفُصل فيها مرة أخرى يتعين عدم قبولها، وإذا ما أثير ما سبق وقضي به أمام القضاء للتدليل به في موضوع منازعة أخرى، فيجب التسليم به دون بحثه مجدداً أو التطرق لمضمون ما قضي به في الدعوى المستدل بها.²

فالأحكام القضائية تحوز حجية الشيء المحكوم به، ويقصد بهذه الحجية القرينة القانونية الغير قابلة لإثبات العكس والتي مؤداها أن الحكم قد صدر صحيحاً من ناحية الشكل والموضوع، ويعد حجة على ما قضي به ولو كان قابلاً للطعن فيه، فتكون هذه الحجية مؤقتة تزول إذا ما تم إلغاء الحكم وتثبت إذا أصبح باتاً.³

أما حجية الأحكام والقرارات الصادرة في الدعوى الدستورية بصفة عامة فتعني عدم إثارة النزاع المتعلق بالنص القانوني الصادر بشأنه حكم في الدعوى الدستورية مرة أخرى أمام القضاء الدستوري سواء كان مجلساً دستورياً أو محكمة دستورية.⁴

وتكمن أهمية تحديد مدى حجية الأحكام أو القرارات الصادرة بعدم الدستورية في مادة الدفع بعدم الدستورية في اتصالها بمسألة تنفيذ الحكم بعدم الدستورية - أو القرار - ومدى إلزاميته في مواجهة أطراف الدفع بعدم الدستورية والغير بما في ذلك السلطات العامة.

¹ عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص. 182، 183.

² فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 1993، ص 235؛ أشار إليه: أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، تغير الظروف وأثره على حجية الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة)، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الدولي الرابع بكلية الشريعة والقانون بطنطا بعنوان "التكييف الشرعي والقانوني للمستجدات المعاصرة وأثره في تحقيق الأمن المجتمعي"، المنعقد في الفترة ما بين 11 إلى 12 أغسطس 2021، منشور بعدد خاص بالمؤتمر العلمي الدولي الرابع، الجزء الثالث، ص 14.

³ أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁴ أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

الفرع الأول: حجية الحكم أو القرار بعدم الدستورية بين الإطلاق والنسبية

إذا كانت القاعدة العامة في الأحكام القضائية بوجه عام (القضاء الشخصي) أنها تحوز حجية نسبية يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدر بشأنها الحكم وعلى ذات النزاع الذي فصل فيه محلا وسببا، فإن الأحكام والقرارات الصادرة بعدم الدستورية لا تشملها هذه القاعدة على إطلاقها، وإنما هناك تفاصيل تختلف باختلاف النظم الدستورية في القانون المقارن، حيث يتم تحديد أثر الحكم وحجيته في ضوء السلطات الممنوحة للجهة المختصة برقابة الدستورية على القوانين¹، وعموما ينقسم الحكم الصادر بعدم الدستورية من حيث نطاق حجيته إلى نوعين:

أولاً: الحجية النسبية للحكم الصادر بعدم الدستورية في مادة الدفع بعدم الدستورية

تمثل الحجية النسبية الأصل في كافة الأحكام القضائية، إلا أن مجالها في الغالب هو أحكام محكمة أول درجة، وهي حجية تثبت لجميع الأحكام في نطاق درجتها القضائية ولو كانت قابلة للطعن فيها، لكن إعمالها في مجال الدفع بعدم الدستورية يقتصر على بعض الأنظمة الدستورية فقط وعلى رأسها النظام المطبق في الولايات المتحدة الأمريكية الذي يسمح للجهة القضائية المختصة برقابة الدستورية بالامتناع عن تطبيق القانون الذي يتبين لها عدم دستوريته على النزاع المطروح عليها على أن يحوز حكمها حجية نسبية لا تتجاوز حدود النزاع الذي كان معروضا أمامها مما يسمح - نظريا - بإمكانية إعادة تطبيق القانون المقضي بعدم دستوريته في نزاع آخر²، وهو ما رددته المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية عام 1936 في قضية *United States V. BULTER* من أنه: "لا يجب أن يساء فهم مهمة المحكمة في الرقابة على دستورية القوانين، إذا كثيرا ما يقال إن المحكمة تبطل القوانين المخالفة للدستور وهو قول غير صحيح، إذ كل ما تفعله المحكمة أنها تضع النص الدستوري إلى جوار النص القانوني المطعون فيه لتحدد حقيقة ما بينهما من توافق أو تعارض، فإذا فصلت في هذه المشكلة وثبت عليها نتيجتها في خصوص الدعوى المعروضة أمامها فقد انتهت مهمتها بالنسبة للقانون"³.

¹ مها بهجت يونس الصالحي، مرجع سابق، ص 121.

² محمد ميلاد الدويس، آثار الحكم بعدم الدستورية على القانون المطعون فيه، مداخلة أقيمت بالندوة الدولية الموسومة بعنوان "الولوج إلى العدالة الدستورية"، مرجع سابق، ص 219.

³ حكم المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية في قضية *United States V. BULTER* (1936)، US1، 297. على الموقع الإلكتروني: <http://supreme.justia.com> تم الاطلاع عليه يوم: 2022/10/06 على الساعة:

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

ولكن مع ذلك تجدر الإشارة إلى أنه وقع تضارب في الآراء حول حجية أحكام المحكمة الاتحادية الأمريكية بخصوص الدفع بعدم الدستورية انطلاقاً من الطبيعة الخاصة للنظام القضائي الأمريكي الذي يقوم على السوابق القضائية والذي يفرض على المحاكم الدنيا احترام أحكام المحاكم العليا، وبما أن المحكمة الاتحادية العليا تتربع على قمة هرم التنظيم القضائي في الو.م.أ فإن لها الكلمة النهائية بخصوص الرقابة على دستورية القوانين - الدفع بصفة خاصة - حيث يترتب على قضائها بعدم دستورية قانون ما يعادل إبطال أو إلغاء ذلك القانون، فعلى الرغم من عدم إبطاله فعلياً إلا أنه يصبح في حكم الملغى بما أن المحاكم الدنيا تلتزم بالامتناع عن تطبيقه وتتجاهله، كما تغفل مجموعات القوانين الأمريكية على الإشارة إليه، فتتحول الحجية النسبية إلى حجية مطلقة من الناحية الفعلية.¹

ولكن المحكمة الاتحادية العليا قد تعدل عن قضائها السابق إذا ما تغيرت الظروف فتقرر دستورية بعض القوانين التي سبق وأن حكمت بعدم دستورتها من ذلك مثلاً ما حدث عام 1972 عندما قررت المحكمة عدم دستورية عقوبة الإعدام، ثم عادت وقررت دستورتها فيما بعد عام 1972 وهو الأمر الذي يتفق مع فكرة الحجية النسبية لا المطلقة.

إن عدول المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية عن بعض أحكامها السابقة بات مألوفاً حتى بالنسبة للدول التي تقرر الحجية المطلقة لأحكامها بعدم الدستورية²، ويمكن القول بأن هناك نوعين من الحجية بالنسبة لأحكام المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية الصادرة في مجال الدفع بعدم الدستورية، حجية مطلقة في مواجهة المحاكم الأدنى درجة من المحكمة

¹ سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص 386؛ Ogg (F) and Ray(O), Introduction to American Government, 10th Ed, New York, 1951, p 28.

ويقول الدكتور "يحي الجمل" بهذا الصدد: "من الناحية العملية فإن التزام سائر المحاكم بما قضت به المحكمة العليا من امتناع تطبيق نص قانوني معين يؤدي في النهاية إلى الحكم بالموت الفعلي على هذا النص القانوني". يحي الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 66. أشارت إليهم: مها يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، مرجع سابق، ص 124.

أنظر كذلك حكم المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية في قضية NORTON V. SHELBY Country حيث ذهبت إلى أن: "التشريع المخالف للدستور ليس في الحقيقة قانوناً على الإطلاق فهو لا ينشئ حقوقاً، أو يترتب واجبات ولا يمنح حماية، ولا ينشئ وظيفة، وهو من الناحية القانونية منعدم القيمة تماماً وكأنه لم يصدر أصلاً".

NORTON V. SHELBY Country, 118 U. S 425 (1886) راجع الحكم على الموقع الإلكتروني: <http://supreme.justia.com> تم الاطلاع عليه يوم: 2022/10/06 الساعة 16:54.

² لمزيد من التفصيل حول حجية الحكم الصادر بعدم الدستورية في الو.م.أ راجع: إبراهيم محمد حسنين، مرجع سابق، ص 285 وما بعدها.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

الاتحادية وحتى السلطات العامة بحيث تمتنع عن تطبيق ما تم الحكم بعدم دستوريته، وبالمقابل تحوز نفس الأحكام بعدم الدستورية حجية نسبية بالنسبة للمحكمة الاتحادية العليا التي يمكنها العدول عن أحكامها لاحقاً.

ثانياً: الحجية المطلقة للحكم الصادر بعدم الدستورية في مادة الدفع بعدم الدستورية

إن الحجية المطلقة للحكم أو القرار الصادر بعدم الدستورية تتعدى أطراف النزاع القضائي ليحتج بها في مواجهة كافة ولو لم يكونوا طرفاً في النزاع الذي صدر بمناسبة الحكم، وهو ما يجعل من الحكم الصادر بعدم الدستورية في هذه الحالة دليلاً من أدلة الإثبات، وعادة ما ينص المؤسس الدستوري على هذه الحجية في متن الدستور، فنجد الدستور المصري المعدل في 2019 قد نص في المادة 195 منه على أن الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة، وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم¹، وهو ما أكدت عليه أيضاً المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن قراراتها ملزمة ونهائية²، ومؤدى ذلك أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية - وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص القانونية المطعون فيها بعيب دستوري - تكون لها حجية مطلقة بحيث تكون ملزمة لجميع السلطات بما فيها كل المحاكم المصرية.³

وقد استقرت المحكمة الدستورية العليا المصرية على هذا المبدأ بحيث تحكم بعدم قبول الدعوى المطعون فيها على نص تشريعي أو لائحة سبق وقضت بعدم دستوريته.

أما بالنسبة لحجية قرارات المجلس الدستوري الفرنسي بعدم الدستورية في نطاق مسألة الأولوية الدستورية فقد نصت المادة 62 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل في 2008 على أن قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي طعن وهي ملزمة للسلطات العامة

¹ المادة 195 من الدستور المصري المعدل في 23 أبريل 2019 بعد إعلان موافقة الشعب عليه في الاستفتاء وصدور قرار الهيئة الوطنية للانتخابات رقم 38 لسنة 2019.

متوافر على الموقع الإلكتروني "منشورات قانونية": <http://manshurat.org> تم الاطلاع عليه يوم 2022/10/09 على الساعة 14:38.

² المادة 48 التي تنص على أن أحكام المحكمة نهائية وغير قابلة للطعن، والمادة 49 من القانون رقم 48 لسنة 1979 المتعلق بالمحكمة الدستورية العليا المصرية المعدل والمتمم وفق أحدث تعديل بالقانون رقم 78 لسنة 2019 الصادر في 26 يونيو 2019.

³ أشرف فايز اللساوي، مرجع سابق، ص 72.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

ولجميع السلطات الإدارية وهو ما يدل على تمتع قرارات المجلس الدستوري الفرنسي بعدم الدستورية بالحجية المطلقة في مواجهة الكافة.

وبخصوص حجية قرارات المحكمة الدستورية المغربية فهي تجد سندها الدستوري وتستمد قوة نفاذها من الفصل 134 من دستور 2011 الذي نص على أن قراراتها لا تقبل أي طريق من طرق الطعن وتلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية، وهو ما يفيد تمتع القرار الصادر عن المحكمة الدستورية المغربية بعدم الدستورية في مجال الدفع - خاصة - بالحجية المطلقة.

أما دستور تونس المعدل في 2022 فقد نص الفصل 129 منه على أن قرارات المحكمة الدستورية ملزمة لجميع السلطات، فهل هذا يعني تمتعها بالحجية المطلقة؟ حتى الفصل 60 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية لم ينص على الحجية المطلقة بصفة صريحة بل اكتفى المشرع التونسي فيه بالإشارة إلى أن المحكمة إذا قضت بعدم دستورية قانون أو أحكام من قانون توقف العمل به في حدود ما قضت به تجاه الكافة، وبما أن الإلزامية في مواجهة الكافة تعتبر النتيجة المترتبة على الحجية المطلقة، فإنه يمكن القول بأن قرار عدم الدستورية الصادر عن المحكمة الدستورية التونسية يحوز حجية مطلقة.

تعتبر حجية إعلان عدم الدستورية مرتبطة بالحجية التي تتمتع بها قرارات المجلس الدستوري الجزائري - سابقا - والمحكمة الدستورية - حاليا - وهي التي تقرر وتؤمن فعالية حقيقية لمشاركته السلبية في التشريع، وفي هذا الصدد تكفل المؤسس الدستوري بضمان حجية إعلان المجلس - المحكمة الدستورية حاليا - لعدم الدستورية بقرار، حيث نصت الفقرة 03 من المادة 191 من الدستور المعدل سنة 2016 على أن قرارات وآراء المجلس الدستوري تكون نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية، وهو ما أكدت عليه الفقرة الخامسة من المادة 198 من الدستور المعدل سنة 2020.¹

¹ تجدر الإشارة إلى أن المادة 198 من الدستور الجزائري وفق آخر تعديل له في 2020 الأخير قد نصت على أن قرارات المحكمة الدستورية تكون نهائية وملزمة لجميع السلطات ولم تتحدث عن الآراء فهل يعني ذلك أن المؤسس الدستوري تخلى عن مصطلح الآراء أم أنه أدخله ضمنا في مصطلح القرارات؟ إذا ما رجعنا للمادة 198 فإنه حتى في ظل الرقابة الدستورية السابقة تصدر المحكمة الدستورية قرارات ولعل السبب في الاستغناء عن مصطلح الآراء يرجع إلى أنه يتعلق أكثر بوظيفة المجلس الدستوري كهيئة سياسية أكثر من المحكمة الدستورية باعتبارها هيئة قضائية فالقاضي لا يصدر رأيا وإنما حكما أو قرارا.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

وبهذا يكون المؤسس الدستوري الجزائري قد منح حجية واضحة لقرارات المحكمة الدستورية بعدم الدستورية بفعل عملية تطبيق آلية الدفع بعدم الدستورية وهي حجية مطلقة، ودليل ذلك أنه من بين شروط تقديم الدفع عدم سبق الفصل فيه من قبل المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية حالياً.¹

وعليه فإن قرارات المحكمة الدستورية تتمتع بحجية الشيء المقضي به وبمجرد صدورها تعد غير قابلة للطعن فيها²، وهو أمر بديهي وضروري ذلك أن قرارات المحكمة الدستورية إذا لم تكتسب حجية الشيء المقضي به أو إلزامية قراراتها بإعمال آلية الدفع بعدم الدستورية فلا جدوى من هذه الآلية، ولا جدوى من الرقابة الدستورية ذاتها.³

الفرع الثاني: القيمة القانونية للحكم أو القرار الصادر بعدم الدستورية

إن الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع تسمح بإلغاء القانون المخالف للدستور، ومن أهم المبادئ التي تسعى إليها هي تكريس مبدأ حجية أحكام الهيئة المكلفة بالرقابة، ومؤدى ذلك أنه عند عرض حكم تشريعي أو تنظيمي تبحث الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية في الأحكام السابقة لترى إذا ما كان نفس الحكم التشريعي أو التنظيمي قد عرض عليها من قبل، وحينئذ تتبع نفس المبدأ وتؤكد نفس الحكم، شريطة أن يتوقف الحكم على نفس الظروف.

¹ المادة 21 من القانون العضوي رقم 19-22 المؤرخ في 25 يوليو 2022 الذي يحدد إجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية ج.ر.ج.ع 51 الصادرة في 31 يوليو 2022.

² رمضان فاطمة الزهراء، دراسة حول جديد التعديلات الدستورية في الجزائر 2016، مرجع سابق، ص 219.

³ طيبي عمرو سعاد، مرجع سابق، ص 344.

لقد كان للتعديل الدستوري بموجب القانون رقم 16/01 دور في تحديد القيمة القانونية لأراء وقرارات المجلس الدستوري فعلى الرغم من أن النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 16/04/2012، ج.ر.ج.ع 26 الصادرة في 03/05/2012 المعدل والمتمم لاحقاً قد نص على ذلك مسبقاً في المادة 54 منه إلا أنه لم يتم الإشارة إلى ذلك إلا بموجب المادة 191-03 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري ج، ر، ج، ع، 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

لمزيد من التفصيل راجع: يامة إبراهيم، انعكاسات التعديلات الدستورية المتعلقة بالمجلس الدستوري الجزائري على ضمان حقوق وحريات الأفراد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، ع1، 2017، ص 179؛

أنظر أيضاً: صافي حمزة، الضوابط القانونية للدفع بعدم الدستورية (قراءة تحليلية في القانون العضوي 18-16)، مرجع سابق، ص 130؛ عبيد ريم، واقع الرقابة الدستورية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 في الجزائر، مجلة المفكر، ع15، جوان 2017، ص 243.

إن الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية الأردنية يتمتع هو الآخر بحجية مطلقة في مواجهة الكافة فهو نهائي وملزم لجميع السلطات، وهو ما أكدته الفقرة 01 من المادة 59 من الدستور الأردني المعدل سنة 2011، ج.ر.للمملكة الأردنية الهاشمية، ع 5117 الصادرة بتاريخ 01 تشرين الأول سنة 2011.

كذلك الأمر بالنسبة للمحكمة العليا الليبية التي نصت في المادة 31 من قانونها رقم 06 لسنة 1982 على أن المبادئ التي تقررها في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم والهيئات الأخرى.

أنظر في ذلك: حميد محمد عبد السلام القماطي، مرجع سابق، ص 05.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

لقد تمت الإشارة سابقا إلى أن الحكم بعدم الدستورية أو القرار بعدم الدستورية يحوز غالبا الحجية المطلقة لأنه يتعلق بمنازعة قانون وليس أشخاص في حد ذاتهم، وقد أكدت معظم الدساتير على إلزامية أحكام وقرارات الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية وعدم قابليتها للطعن، لكنها لم ترتب جزاء على مخالفتها والخروج عنها، فهل هذا ينقص من قيمتها وإلزاميتها؟

تكتسي الأحكام الصادرة عن الهيئات المكلفة بالرقابة الدستورية أهمية بالغة لما يترتب عليها من آثار، سواء بالنسبة لحماية مبدأ الشرعية الدستورية في الدولة، أو فيما يتعلق بالمحافظة على خصائص القواعد القانونية أو اللائحية العامة والمجردة والملزمة، تلك التي تثبت دستورتها، أو سواء فيما يتصل بأوضاع ومراكز الأشخاص القانونية العامة والخاصة في المجتمع والمتوقفة على نوعية الحكم أو القرار الصادر عن المجلس أو المحكمة الدستورية، وعلى هذا الأساس يكون الحكم بعدم الدستورية الصادر بناء على الدفع بعدم الدستورية - بصفة خاصة - ملزما ويتمتع بالصيغة النهائية والباتة حتى ولو لم يوجد نص يرتب الجزاء المترتب على مخالفته والخروج عنه.¹

إن الحجية المطلقة للحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي تعني اعتباره غير موجود وهي حقيقة قضائية يحتج بها في مواجهة الكافة كقاعدة عامة مجردة وملزمة لهم تفرض عليهم أجمعين واجبا قانونيا بعدم التعامل على أساس النص المحكوم بعدم دستوريته، فهذه القاعدة تتمتع بما تتمتع به القواعد القانونية من سيادة في المجتمع، ومن ثم فهي قاعدة قانونية ملزمة للكافة ولجميع السلطات في الدولة والمحاكم قاطبة تفرض عليهم الخضوع لها وعدم تجاوزها، فتحظر عليهم تطبيق النص القانوني المحكوم بعدم دستورية.² وبناء على ما تقدم، فليست المحاكم وحدها هي الملزمة قانونا بعدم تطبيق النص القانوني المحكوم بعدم دستوريته، بل هو شأن سلطات الدولة جميعها دون استثناء، حيث يتعين على السلطة التشريعية بمجرد صدور حكم بعدم دستورية نص تشريعي أو تشريع

¹ عبيد عدنان عاجل، الزهيري، ميسون طه حسين، الطبيعة القانونية للقضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلبى للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 08 ع02، 30 يونيو / حزيران 2016، ص 555. أكدت المحكمة الاتحادية العليا بالعراق في أحد قراراتها على إلزامية أحكامها وقراراتها حيث جاء في أحد قراراتها أنه: "... قرار المحكمة يعتبر وحدة متكاملة بحديثه وأسانيده والفقرة الحكيمة ولا يمكن تجزئتها فضلا عن ذلك أن قراراتها باتة وملزمة للسلطات كافة طبقا لنص المادة 94 من دستور جمهورية العراق لعام 2005...."

قرار المحكمة الاتحادية العليا / تفسير / رقم 113، بتاريخ 2013/10/30 موجود على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا للعراق: www.iraqfsc.iq/t.2013 تم الاطلاع عليه يوم: 2022/10/10 على الساعة 15:29.

² عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص 78.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

بأكمله أن تلتزم باحترام هذا الحكم وتسارع إلى تعديل النصوص التي تقرر عدم دستورتها، أو تبادر إلى سن تشريع جديد ينظم ذات المجال الذي كان ينظمه التشريع السابق، على أن تراعي وهي بصدد القيام بذلك أحكام الدستور وقواعده حتى لا يكون عملها عرضة للبطلان مرة أخرى، كما يقع على عاتقها ألا تتقاعس عن القيام بذلك لأنه يعد نوعاً من عدم الاحترام الكامل للأحكام الدستورية.

كما أن الالتزام باحترام الحكم بعدم الدستورية الصادر بناء على دفع بعدم الدستورية يشمل أيضاً السلطة التنفيذية فهي ملزمة بعدم تطبيق نص القانون أو اللائحة الذي تقرت عدم دستوريته، بالإضافة إلى التزامها بالتدخل لتعديل الأحكام غير الدستورية أو إقرار لائحة بديلة تتلافى العوار الدستوري الذي لحق اللائحة المحكوم بعدم دستورتها.¹

إن إلزامية الحكم الصادر بعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي لا يتوقف على السلطات العامة في الدولة ومؤسساتها، بل تمتد ليشمل الناس والأشخاص جميعاً فهم ملزمون قانوناً بعدم التعامل وفقاً للحكم التشريعي أو التنظيمي المحكوم بعدم دستوريته، باعتباره حجة عليهم، ولو لم يكونوا خصوماً أو أطرافاً في الدفع بعدم الدستورية الذي على أساسه تم الحكم بعدم الدستورية، فليس لزاماً إدخالهم حتى يسري عليهم الحكم أو القرار بعدم الدستورية.

كما أن هذا الالتزام يمتد إلى الهيئة نفسها التي أصدرت الحكم أو القرار بعدم الدستورية، فلا يمكنها التراجع عنه مستقبلاً²، ولكن ماذا إذا تغيرت الظروف القانونية والواقعية التي على أساسها تم الحكم بعدم دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي؟ فهل هذا يعني إمكانية استعادته من جديد وتطبيقه؟ وهل يؤثر ذلك على الحجية المطلقة التي يتمتع بها الحكم بعدم الدستورية؟

الفرع الثالث: أثر تغير الظروف على الحكم أو القرار الصادر بعدم الدستورية

إن مفهوم تغير الظروف الذي من الممكن أن يؤثر على حجية الحكم أو القرار الصادر في الدعوى الدستورية يتضمن جانبين:

¹ أشرف فايز اللماوي، مرجع سابق، ص 73؛ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 295.

² لمزيد من التفاصيل، راجع: أحمد صالح عاطف، طبيعة الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، قسم القانون، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2004.

الأول: تغير الظروف الواقعية

ويشمل أي تطور في السياق الاقتصادي والاجتماعي والسياسي وحتى الأخلاقي بالإضافة إلى ما يفرضه التقدم التكنولوجي العلمي، حيث يمكن تعريف الظروف الواقعية بأنها: "تلك الظروف المتصلة بالواقع والتي ينشأ في ظلها النص القانوني، سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية".¹

وبمعنى آخر هي تغير السبب الدافع لسن النص القانوني من قبل السلطة التشريعية.

الثاني: تغير الظروف القانونية

إذا كانت السلطة التشريعية مطالبة بمراعاة الظروف الواقعية السائدة وقت سنها للنص القانوني، فإنه يتوجب عليها أيضا في المقابل مراعاة الظروف القانونية المصاحبة لسن النص القانوني، فالتشريع يجب أن يصدر متوافقا مع القواعد القانونية العليا في البلاد المتجسدة في الدستور الصادر عن السلطة التأسيسية، ومن ثم إذا قامت السلطة التأسيسية بتعديل بعض مواد الدستور فإنه ينبغي على السلطة التشريعية تعديل النصوص القانونية بما يتوافق مع التعديلات الدستورية الجديدة حتى لا تقع في عيب المخالفة الدستورية، كذلك الحال عليه إذا تم تجديد الدستور كله.

كما أن الظروف القانونية المصاحبة لسن النص القانوني تشمل المبادئ والتفسيرات الدستورية التي تقرها الجهة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين أثناء نظرها في الدعاوى الدستورية المرفوعة إليها، ومن ثم فإن تحول هذه الجهة عن هذه المبادئ أو تلك التفسيرات يعد من قبيل التغير في الظروف القانونية.²

إن القول بإمكانية إعادة النظر في الحكم الصادر في الدعوى الدستورية والذي يحوز حجية مطلقة قد يدفع إلى الاعتقاد بأن ذلك سيؤدي إلى زعزعة الاستقرار القانوني وثبات القاعدة القانونية التي يفترض فيها أن تظل ملزمة للناس كافة في كل مكان وزمان لضمان استقرار العلاقات التي تحكمها هذه القاعدة، ولكن بمجرد الإمعان أكثر في الموضوع يتبين أن المساس بحجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية نتيجة تغير الظروف هو ما يؤدي إلى الاستقرار القانوني، وذلك لعدم سريان نصوص قانونية غير متوافقة مع الظروف الواقعية والقانونية الجديدة المتفقة مع تطور المجتمع، خاصة عندما يتعلق الأمر بالحكم بدستورية

¹ أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، مرجع سابق، ص 25.

² أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، مرجع سابق، ص. ص 28، 29.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

النص القانوني المطعون في دستورية، وإعادة طرح مسألة دستوريته من جديد والمساس بحجية حكم الرفض السابق (بمعنى قرار دستورية النص محل الطعن) لا يعد من قبيل انتهاك الاستقرار القانوني الذي تتمتع به حجية هذا الحكم، لأن القول بغير ذلك يقود إلى القول ببقاء نصوص قانونية في البناء القانوني للدولة غير متوافقة مع الظروف القانونية والواقعية الجديدة.¹

إن إعادة النظر في دستورية نص قانوني سبق للجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين أن أصدرت حكماً أو قراراً بدستوريته، سبب تغير الظروف الواقعية أو القانونية التي صدر في كنفها القانون أو النص محل الطعن، أمر مقبول من الناحية المنطقية والعملية وقد أخذت بذلك معظم الدول التي تعمل بنظام الدفع بعدم الدستورية - باعتباره موضوع الدراسة - فالمرجع الفرنسي أقر بنظرية تغير الظروف وإمكانية إعادة النظر في دستورية حكم تشريعي سبق وأن قرر المجلس الدستوري مطابقتها للدستور في الفقرة الثانية من المادة 23-02-02 من القانون العضوي 2009-1523 المتعلق بتطبيق المادة 61-01 من الدستور.²

كذلك الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي أقر بنظرية تغير الظروف في المادة 21 الفقرة 03 منها من القانون العضوي 2009-19 الذي يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.³

لكن ماذا عن أثر تغير الظروف على النصوص القانونية المقضي بعدم دستورتها في ظل رقابة الدفع بعدم الدستورية اللاحقة؟

يترتب على الحكم الصادر بعدم الدستورية نص في قانون أو لائحة إما عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم وهو أثر مباشر فوري أو انعدام آثاره القانونية بالنسبة للماضي أيضاً وهو أثر رجعي، أو تحدد الجهة المكلفة بالرقابة الدستورية تاريخاً آخر لسريان الحكم وهو أثر مستقبلي، فإذا تم تقرير أثر رجعي للحكم بعدم الدستورية فإن النصوص القانونية المحكوم بعدم دستورتها تخرج من النسيج التشريعي للدولة نهائياً بالنسبة للماضي

¹ أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، مرجع سابق، ص. 37، 38.

² Art 23-02 de la Loi organique n° 2009-1523 du 10 Décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-01 de la constitution: «... Sauf changement des circonstances ».

³ تنص الفقرة 03 من المادة 21 من القانون العضوي 2009-19 المؤرخ في 25 يوليو 2002 الذي يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، ج.ر.ج.ع 51 الصادرة في 31 يوليو 2022، ص 09، على أنه: "..... ألا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية، باستثناء حال تغير الظروف".

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

والمستقبل، أما إذا تم تقرير أثر مباشر للحكم بعدم الدستورية فإن هذه النصوص تخرج من النسيج التشريعي للدولة بالنسبة للمستقبل، مع الاعتراف بآثارها في الفترة السابقة على الحكم بعدم الدستورية، ومن ثم فإن تغير الظروف الواقعية أو القانونية بما يجعل النص القانوني الذي حكم بعدم دستوريته دستوريا لا يكون له أثر على حجية الحكم الصادر بعدم الدستورية، وعليه لا يتم استعادة النصوص المقضي بعدم دستوريته¹.

فعلى سبيل المثال إذا ما تغيرت الظروف القانونية مثلا باستحداث دستور جديد أو تعديل دستوري جزئي، وجعلت هذه النصوص الدستورية من النصوص القانونية المقضي بعدم دستوريته موافقة للدستور، فإن ذلك لا يؤثر على حجية الأحكام والقرارات الصادرة بعدم الدستورية، بل يعد هذا التغيير في الظروف القانونية خطابا للمشرع لإعادة سن القوانين المحكوم بعدم دستوريته والتي أضحت موافقة للنصوص الدستورية الجديدة، أو سن غيرها من القوانين بما يتفق وهذا التغيير.

وما يبرر عدم المساس بحجية الأحكام أو القرارات الصادرة بعدم الدستورية، بعد صدور النصوص الدستورية الجديدة، هو أن هذه النصوص يجب أن تسري بأثر مباشر لا رجعي، ويعتبر نقض الأحكام أو القرارات الصادرة بعدم الدستورية بمثابة تعارض مع مبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعي، وبناء عليه فإن النصوص القانونية المحكوم بعدم دستوريته تخرج من النظام القانوني للدولة ولا تعود للحياة من تلقاء نفسها بعد تغير الظروف ولا يمكن للقضاء الدستوري نفسه المساس بحجية أحكامه بعدم الدستورية، ولا سبيل لعودة هذه النصوص القانونية إلا بذات الأداة التي وضعت بها وهي السلطة التشريعية مراعاة لمبدأ الفصل بين السلطات².

ويعد ما قضت به المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 37 لسنة 09 قضائية دستورية³ مثالا على ما سبق ذكره، حيث حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة 05 مكرر من القانون رقم (38) لسنة 1972 المتعلق بمجلس الشعب المعدل بالقانون رقم 188 لسنة 1986، وذلك فيما تضمنته من النص على أن يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية، ولكن تم فيما بعد تعديل نص المادة 62 من دستور 1971 بموجب تعديلات 2007 بما يسمح بأن يأخذ القانون بنظام الجمع بين النظام الفردي ونظام القوائم الحزبية، وبالتالي تصبح

¹ أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، مرجع سابق، ص. 56، 57.

² أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، مرجع سابق، ص. 59، 60.

³ حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 37 لسنة 09 ق.د الصادر في 19 مايو 1990.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

المادة 05 مكرر من القانون المتعلق بمجلس الشعب المعدل في 1986 التي تم الحكم بعدم الدستورية متوافقة مع المادة 62 من الدستور المصري ل المعدل سنة 2007، ولكن ذلك لا يعني عودتها للتطبيق والنفوذ على اعتبار تغير الظروف القانونية، وليس من شأنه المساس بحجية الحكم الذي صدر قبل إجراء هذا التعديل، بل من المفترض على المشرع أن يسن تشريعا آخر للانتخابات بالقائمة النسبية ليطمأن ويتوافق مع هذا التعديل، ولها أن تعيد سن نفس النص القانوني الذي حكم بعدم دستوريته (المادة 05 مكرر من قانون مجلس الشعب المعدل والمتمم) من جديد بنفس الإجراءات التي تتم بها العملية التشريعية، ولا يعد ذلك خروجاً عن الحجية المطلقة لأحكام وقرارات الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية ما دامت الظروف القانونية والواقعية التي كانت سببا في صدور الحكم أو القرار بعدم الدستورية قد زالت.

قد يحدث أن تقرر الهيئة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين تاريخاً مستقبلياً لسريان الحكم أو القرار بعدم الدستورية، وهو ما يعني أن النصوص التي تقرر عدم دستورتها تكون قابلة للتطبيق حتى التاريخ المحدد لسريان الحكم أو القرار بعدم الدستورية، كما هو مطبق من قبل المجلس الدستوري الفرنسي¹ والجزائري والمحكمة الدستورية الجزائرية حالياً.² فماذا يحدث لو أن الظروف القانونية أو الواقعية قد تغيرت خلال الفترة التي تبقى فيها النصوص القانونية المحكوم بعدم دستورية قائمة إلى غاية حلول تاريخ سريان الحكم بعدم دستورتها؟ هل يمكن أن تستمر حتى بعد نهاية هذه الفترة؟

قد يتبين للوهلة الأولى أن الإجابة على هذا السؤال واضحة وبسيطة وتتمثل في بقاء النصوص القانونية المحكوم بعدم دستورتها نافذة حتى بعد حلول التاريخ المحدد لنفاذ الحكم أو القرار الصادر بعدم دستورتها، بما أن الظروف القانونية أو الواقعية التي كانت سببا في عدم دستورتها قد زالت، ولكن تطبيق هذه الفكرة مستحيل وصعب لأنه لا توجد آلية بواسطتها يتم التقرير بأن النصوص القانونية المحكوم بعدم دستورتها تضحى دستورية وفقاً للظروف القانونية أو الواقعية الجديدة، كما أنه لا توجد جهة مختصة تقرر ذلك، ضف إلى ذلك أن المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية متى صدر قرار أو حكم عنهما بعدم دستورية نصوص قانونية معينة،

¹ C. F : Olivier DORD, La loi OGM devant le conseil constitutionnel ou la dissémination de la jurisprudence A.C, AJDA, 2008, p 1614.

Article 62 de la constitution française de 1958 telle que modifiée en 2008.

² المادة 198 الفقرة الرابعة من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

يكونان بذلك قد استنفذا ولايتهما، حتى ولو حدد تاريخ مستقبلي لسريان الحكم أو القرار الصادر بعدم الدستورية، فهذا التحديد متعلق بنفاذ الحكم بعدم الدستورية فقط.¹

المبحث الثاني: تنفيذ الحكم أو القرار بعدم الدستورية من حيث الزمان وتأثيره على مبدأ الأمن القانوني

تقوم آثار الأحكام القضائية - بصفة عامة - في فقه قانون الإجراءات القضائية على فكرتين أساسيتين:

أولها أن الأحكام تحسم النزاع على أصل الحق المتنازع فيه، فتمتتع سائر المحاكم بما فيها المحكمة التي أصدرت الحكم عن إعادة النظر فيما قضي به، وهو ما يفيد تمتع الحكم بالحجية.

والفكرة الثانية تتجلى في أن الأحكام القضائية لا تنشئ - كقاعدة عامة - حقوقاً للمتنازعين، وإنما تبين ما كان لهم من حقوق نشأت قبل رفع الدعوى وبمقتضى السبب الذي أنشأها، وبالتالي فالحكم لا ينشئ حقاً جديداً لم يكن موجوداً، وليس من شأنه تجديده، وإنما يكشف عنه ويقويه وينشئ لصاحبه بعض المزايا.²

وعلى الرغم من بساطة هاتين الفكرتين إلا أنه من الصعب تطبيقهما بالنسبة للآثار المترتبة على الحكم أو القرار بعدم دستورية نص قانوني، ويرجع ذلك إلى أهمية التشريعات وما تتضمنه من قواعد قانونية عامة ومجردة لها آثارها التي تمتد إلى جميع المخاطبين بها والتي تنشئ مراكز قانونية وحقوقاً تتسم بالثبات، وبالتالي فإن الآثار المترتبة على إبطالها إذا ما ثبت مخالفتها للدستور بعيدة في مداها³ وتمس مراكز قانونية وحقوقاً قد نشأت بالفعل في ظلها، خاصة إذا ما تم إبطالها بأثر رجعي، الأمر الذي سيؤدي حتماً إلى المساس بمبدأ الأمن القانوني ومقوماته الأساسية.

إن الحكم أو القرار الذي تصدره الجهة المكلفة بالرقابة الدستورية والذي تقضي فيه بعدم دستورية قانون له تأثير على النظام القانوني، لاسيما إذا أخذ المشرع بقاعدة الأثر الرجعي والتي تؤثر سلبياً على مبدأ الأمن القانوني لصالح مبدأ المشروعية، ولهذا السبب اتجهت

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 136 لسنة 05 ق.د الصادر في 17 مارس 1984.

² أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 739 وما بعدها.

³ خليفة سالم الجهمي، حجية الأحكام الدستورية وآثارها (دراسة تحليلية مقارنة)، ص 28، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

معظم النظم لتقرير قاعدة الأثر الفوري أو المباشر للحكم أو القرار الصادر بعدم الدستورية، والتي يمكن النظر إليها من زاويتين مختلفتين:

الأولى: أنها تحقق قدرا من التوازن بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني.

والثانية: أنها تؤثر سلبا على مبدأ المساواة طالما أنها تجعل القانون المخالف الدستور

باطلا منذ لحظة صدور الحكم وصحيا قبل صدور الحكم.

إن تمسك الجهة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين سواء بالأثر الفوري أو الأثر

الرجعي دون تعديل أو تقييد سيؤدي حتما إلى الجمود بل إنه سيؤثر سلبا على توازن النظام

القانوني، لذلك لا بد من تدخل القاضي الدستوري لإضفاء نوع من المرونة في تطبيق الأثر

الزمني لأحكامه الصادرة بعدم الدستورية.

لطالما أثار موضوع النطاق الزمني لأثر الحكم الصادر بعدم دستورية قانون جدلا

واسعا، وقد تزايدت أهمية هذا الجدل بعد إقرار أهم آلية لحماية حقوق الأفراد الأساسية

والمتمثلة أساسا في الدفع بعدم الدستورية، خاصة بالنسبة للدول التي تبنت هذا النظام مؤخرا

على غرار فرنسا والجزائر وشقيقاتها المغرب وتونس، ذلك أن تحديد الأثر الزمني للحكم بعدم

الدستورية بناء على دفع يقدمه الأفراد سيؤثر بالدرجة الأولى على حقوق وحريات الأفراد من

جهة وعلى مبدأ الأمن القانوني من جهة أخرى، فما هي القاعدة التي تبناها المؤسس

الدستوري الجزائري بالنسبة للأثر الزمني للقرار الصادر بعدم الدستورية بناء على دفع قدمه

أحد أطراف الدعوى؟ وما هو موقفه في مجال الموازنة بين سلطته في الحكم بعدم دستورية

نص قانوني أو تنظيمي على أساس المادة 195 من الدستور المعدل سنة 2020، وحق

الأفراد في التمتع بقدر كاف من الثبات والاستقرار لمراكزهم القانونية واحترام حقوقهم

المكتسبة؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تستوجب الوقوف عند تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم

بعدم الدستورية سواء كان مباشرا أو رجعيا وذلك في مطلب أول، ثم التطرق إلى مدى

الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية ومبدأ الأمن القانوني في مطلب ثان، كل ذلك من

خلال الاستعانة ببعض الأنظمة الدستورية المقارنة في هذا المجال.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

المطلب الأول: النطاق الزمني لسريان الحكم أو القرار بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي

يقصد 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، أو يكون لها أثر رجعي في بعض الحالات.¹

ولقد اختلفت سياسة المشرع في دول العالم التي أخذت بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين - خاصة عن طريق الدفع - في هذا الشأن ما بين مقرر لقاعدة الأثر المباشر للحكم أو القرار الصادر بعدم الدستورية، ومقرر لقاعدة الأثر الرجعي، في حين اعتنقت بعض الدول أسلوباً يجمع بين هاتين القاعدتين معا على اعتبار إحداهما القاعدة والأخرى استثناء عليها.

ويرجع الاختلاف في سياسة المشرع إزاء تحديد أثر الحكم بعدم الدستورية إلى اختلاف منهج الدول في تحديد طبيعة هذا الحكم وما إذا كان يعد حكماً منشأ لعدم الدستورية حيث يكون لهذا الحكم أثراً مباشراً يطبق بأثر فوري من تاريخ صدور الحكم بعدم الدستورية على العلاقات والأوضاع المستقبلية، أم أن الحكم بعدم الدستورية يعد حكماً كاشفاً عن مخالفة النص المقضي بعدم دستوريته منذ صدوره لأحكام الدستور، بحيث يكون لهذا الحكم أثر رجعي يرتد إلى تاريخ صدور النص المقضي بعدم دستوريته، وليس تاريخ الحكم بعدم الدستورية.²

الفرع الأول: الأثر المباشر لعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي

يقصد بالأثر النتيجة والحاصل من الشيء، أو العلامة، وهو في القانون النتيجة المترتبة على التصرف.³

أما من الناحية الاصطلاحية فإن فكرة الأثر الفوري للقرار أو الحكم الصادر بعدم الدستورية مستمدة من القواعد العامة المعروفة في تطبيق القواعد القانونية والتي تقتضي كأصل عام تطبيق القوانين ابتداء من اليوم التالي لنشرها بالجريدة الرسمية أو من التاريخ الذي يحدده القانون لسريان أحكامه، وبالتالي فإن أحكام هذا القانون لا تسري على الحالات

¹ دعاء محمد إبراهيم بدران، نفاذ أحكام المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017، ص 295.

² مها بهجت يونس الصالحي، مرجع سابق، ص 181.

³ هزيل جلول، مرجع سابق، ص. ص 185، 186.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

القائمة قبل إصداره، وإنما تطبق فقط على كل الوقائع والأشخاص المخاطبين بها وعلى الحالات التي وقعت عقب نفاذ القانون بصفة فورية ومباشرة¹، وتأسيسا على ما سبق، يتلخص مفهوم قاعدة الأثر الفوري للحكم أو القرار الصادر بعدم الدستورية في أنه: "عندما يقرر القاضي الدستوري إلغاء القاعدة القانونية المخالفة للدستور، فإن هذا القرار يسري بأثر فوري أو مباشر، أي منذ لحظة إصدار الحكم أو القرار ويستمر ذلك إلى المستقبل، حيث تظل القاعدة القانونية المخالفة للدستور مطبقة على القضايا والمظاهر التي تحدث بشكل مسبق على الحكم أو القرار الصادر بعدم الدستورية، وبمفهوم المخالفة فإن القاعدة القانونية المخالفة للدستور تختفي من النظام القانوني منذ لحظة إصدار الحكم أو القرار فصاعداً، وبذلك لا تطبق على القضايا والمواقف التي تحدث بعد إصدار الحكم"².

إن الأخذ بقاعدة الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية يعني أن الحكم الصادر بعدم دستورية النص التشريعي أو التنظيمي المطعون فيه له أثر موجد ومحدث ومنشئ، وهذا المنطق في تحدي آثار الحكم بعدم الدستورية يعتمد على أفكار الفقيه "KELSEN"، فالنظام القانوني من وجهة نظره هو نظام اختصاصات مستمدة جميعاً من مصدر واحد، والذي يقوم على أساسه صحة كل القواعد وسلامتها ووحدتها المنطقية، والقواعد التي تشكل جزءاً من هذا النظام لا يمكن أن تكون باطلة منذ قيامها ووجودها وإنما تكون فقط قابلة للإلغاء، وحتى الحكم بإلغائها فإن القانون كان سارياً ولم يكن باطلاً منذ البداية، وبالتالي فإن الحكم الذي يقرر عدم الدستورية هو حكم إنشائي يحدث أثراً إنشائياً عندما يلغي قانوناً قائماً³.

من مميزات الطبيعة المباشرة للحكم الصادر بعدم الدستورية المحافظة على فكرة الأمن القانوني التي تعتبر أحد أهم الأسس التي يقوم عليها بناء دولة الحق والقانون التي تخضع فيها جميع سلطات الدولة لحكم القانون، وذلك بالموازنة مع مبدأ المشروعية باعتبار أن هذا الحكم يسري على الحاضر والمستقبل فقط⁴.

¹ هزيل جلول، المرجع نفسه، ص 202.

² عصام سعيد عبد العبيدي، سريان أحكام القضاء الدستوري من حيث الزمان (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع1، العدد التسلسلي 29، السنة 08، مارس 2020، ص 267.

³ J. C. BEGUIN, Le contrôle de la constitutionnalité des lois en R. F.A, Economica, Paris, 1982, p 219.

⁴ عصام سعيد عبد العبيدي، مرجع سابق، ص 267؛ رمضان فاطمة الزهراء، إشكالية الاختيار بين الأثر المباشر والرجعي لقرارات المجلس الدستوري الجزائري الصادرة في إطار المادة 2/191 من دستور 2016، مرجع سابق، ص 10.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

ويمكن القول بأن الاتجاه الغالب في النظم القانونية يأخذ بقاعدة الأثر الفوري للحكم الصادر بعدم الدستورية، ومن ضمن ذلك معظم الدول الأوربية كالنمسا في دستورهما الصادر سنة 1920 حيث نصت الفقرة الخامسة من المادة 140 منه على أنه: "يدخل الإلغاء حيز النفاذ بعد انقضاء يوم النشر"¹، وكذلك الدستور البولندي لعام 1997.²

فضلا عن ذلك، ينص دستور رومانيا لعام 1991 على أنه: "تتوقف فعالية القوانين والأنظمة المحكوم بعدم دستورتها بعد خمسة وأربعين يوما من تاريخ نشر قرار المحكمة الدستورية، وذلك إذا لم يقر البرلمان أو الحكومة بتصحيح النصوص المخالفة للدستور لكي تتطابق مع الدستور قبل نهاية هذه الفترة، كما أنه خلال هذه الفترة يعطل تطبيق النصوص المخالفة للدستور بواسطة القانون".³

أما الدستور الفرنسي، فإنه يترتب على تقرير المجلس الدستوري الفرنسي بأن حكما تشريعيا مخالف للدستور - تطبيقا للمادة 61-01 من تعديل 23 يوليو 2008 - إلغاء ذلك النص القانوني اعتبارا من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري أو من تاريخ لاحق يحدده هذا القرار⁴، بمعنى أن الحكم بعدم الدستورية يسري بأثر فوري مباشر من تاريخ نشر القرار كأصل عام.

وفي المقابل، فقد أخذت بعض الدول العربية بقاعدة الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية مثل الدستور الأردني الذي نص على أن أحكام المحكمة الدستورية - تكون نافذة بأثر مباشر ما لم يحدد الحكم تاريخا آخر لنفاذه.⁵

كما نص الدستور البحريني لسنة 2002 على أنه: "يكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة أثر مباشر"، وأكد على ذلك قانون المحكمة الدستورية البحرينية.⁶

¹ نصت كذلك الفقرة 07 من المادة 140 من الدستور النمساوي لسنة 1920 على أنه: "يستمر تطبيق القانون على الظروف التي أحدثها قبل الإلغاء".

² المادة 190 الفقرة 03 من دستور بولندا الصادر في 1997 تنص على أنه: "يصبح حكم المحكمة الدستورية نافذ المفعول من يوم نشره".

³ المادة 147 فقرة 01 من دستور رومانيا لسنة 1991.

⁴ المادة 62 الفقرة 02 من الدستور الفرنسي المعدل في 23 يوليو 2008.

⁵ المادة 59 الفقرة الأولى من الدستور الأردني الصادر في 1952 والمعدل في 2011.

وتقابلها المادة 15 الفقرة "ب" من قانون المحكمة الدستورية الأردنية رقم 15 لسنة 2012.

⁶ المادة 106 الفقرة 02 من دستور البحرين الصادر في 14 شباط/فبراير 2002، والمادة 31 من قانون المحكمة الدستورية البحرينية رقم 27 لسنة 2002 والتي جاء فيها بأنه: "... ويكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، في جميع الأحوال، أثر مباشر، ويمتنع تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم..."

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

أما الدستور المغربي لسنة 2011، فقد نص بموجب الفصل 134 منه على أن ينسخ كل مقتضى تم التصريح بعدم دستوريته على أساس الدفع بعدم الدستورية ابتداء من التاريخ الذي حددته المحكمة الدستورية في قراراتها، أي أن سلطة تقرير النطاق الزمني لأثر الحكم الصادر بعدم الدستورية تعود للقاضي الدستوري المغربي وحده، فيمكنه تقرير أثر مباشر فوري أو مستقبلي أو حتى رجعي، وكذلك فعل المؤسس الدستوري التونسي عندما نص في الفصل 123 منه على أنه: "إذا قضت المحكمة الدستورية بعدم الدستورية فإنه يتوقف العمل بالقانون في حدود ما قضت به".¹

فقد ترك مسألة تحديد النطاق الزمني للقاضي الدستوري نفسه، لكن الفصل 60 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية قد أضاف في فقرته الأولى عبارة "دون أن يكون له مفعول رجعي على الحقوق المكتسبة أو على القضايا السابق الحكم فيها بصفة باتة"، وهذا إن دل على شيء فهو يدل على إمكانية تقرير الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية لكن ذلك لا يتم إلا بمراعاة مبدأ الأمن القانوني ومقتضياته.

يمكن القول بأن الاتجاه الغالب في النظم الدستورية يقرر الأخذ بقاعدة الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية لما تتمتع به من مزايا لاسيما تحقيقها نوعا من التوازن بين مبدأ الأمن القانوني ومبدأ المشروعية، لكن هل يمكن قول نفس الشيء عن المؤسس الدستوري الجزائري؟ أو بعبارة أخرى متى يبدأ احتساب الأثر الزمني لفقدان الحكم التشريعي أو التنظيمي لآثاره القانونية بسبب الحكم عليه بعدم الدستورية بناء على دفع يقدمه أحد أطراف الدعوى؟ وهل أخذ المؤسس الدستوري الجزائري بقاعدة الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية كما فعل نظيره الفرنسي، أم كان له رأي آخر؟

أولا: موقف المؤسس الدستوري إزاء قاعدة الأثر المباشر للحكم بعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي

بالرجوع إلى المادة 198 من الدستور المعدل سنة 2020 والتي تنص على أنه: "إذا قررت المحكمة الدستورية أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري على أساس المادة 195 أعلاه، يفقد أثره من اليوم الذي يحدده قرار المحكمة الدستورية"²، يتضح أن سلطة تحديد

¹ الفقرة 02 من الفصل 123 من الدستور التونسي الصادر في 2014.
² الفقرة 04 من المادة 198 من الدستور الجزائري المعدل في 2020 تبنت نفس الصياغة التي وضعت بها ف 02 من المادة 191 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري ج، ر، ج، ع، 14، المؤرخة في 07 مارس 2016، مع إضافة مصطلح "أو تنظيميا" واستبدال المجلس الدستوري بالمحكمة الدستورية.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

النطاق الزمني لسريان الحكم بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي تعود للمحكمة الدستورية، فهل هذا يعني بأن القاضي الدستوري الجزائري يمكنه تقرير أثر فوري أو مستقبلي أو حتى رجعي بعدم الدستورية حسب كل حالة معروضة عليه؟ أم أنه سيأخذ بقاعدة واحدة؟ أو يجعل للنطاق الزمني قاعدة عامة واستثناء؟

لقد ذهب غالبية أساتذة القانون الدستوري بالجزائر¹ إلى القول بأن المؤسس الدستوري الجزائري قد تبنى قاعدة الأثر المباشر للقرار الصادر بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي وذلك بالمقارنة مع المادة 62-ف2 من الدستور الفرنسي المعدل في 2008، على اعتبار أن المؤسس الدستوري الجزائري عادة ما يلجأ إلى الاقتداء بنظيره الفرنسي، لكن إذا ما قارنا حرفياً نص المادة 62-ف2 ونص المادة 198-ف4 نجد أن المؤسس الدستوري الفرنسي قد استعمل عبارات واضحة توحي بأنه اختار قاعدة الأثر الفوري المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية على أساس المادة 61-1 من الدستور واستثناء يمكنه تأجيل سريانها إلى المستقبل. أو سحب آثار قراراته إلى الماضي²، في حين أن المؤسس الدستوري الجزائري كان غامضاً في صياغته للمادة 198-ف4 ولا يوجد ما يدل على أنه تبنى قاعدة الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية، فصياغته عامة يمكن أن تضم في ثناياها إمكانية إقراره أثراً مباشراً، أو رجعياً، إلا أنه بالرجوع إلى القرارات الصادرة من المجلس الدستوري سابقاً أو المحكمة الدستورية حالياً في مجال الدفع بعدم الدستورية يتضح أن القاضي الدستوري قد اختار قاعدة الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية³، ولا يوجد لغاية اليوم قرار للمحكمة الدستورية أقرت فيه سريانه وانسحابه إلى الماضي⁴.

¹ رمضان فاطمة الزهراء، إشكالية الاختيار بين الأثر المباشر والرجعي لقرارات المجلس الدستوري الجزائري الصادرة في إطار المادة 191/2 من دستور 2016، مرجع سابق، ص 21؛ رمضان فاطمة الزهراء، الدور الجديد للمجلس الدستوري في تحقيق الأمن القانوني استناداً للمادة 191-02 من الدستور الجزائري لسنة 2016، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، المجلد 03، ع01، جوان 2018، ص 36؛ يامة إبراهيم، مرجع سابق، ص 180؛ هزيل جلول، مرجع سابق، ص 202.

² L'article 62-02 de la constitution de France 1958 modifié en 2008 dispose que : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-01 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil Constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil Constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

<http://www.legifrance.gouv.fr>

³ أول قرار للمجلس الدستوري الجزائري قرر فيه فقدان الحكم التشريعي لأثره فوراً، القرار رقم 01/ق.م. د.د.ع.د/19 مؤرخ في 23 ربيع الأول عام 1441هـ الموافق 20 نوفمبر 2019.

⁴ تم الاطلاع على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية الجزائرية يوم 2023/01/19 على الساعة 22:42.

لكن حبذا لو أن المؤسس الدستوري الجزائري كان أكثر توضيحا وتفصيلا فيما يتعلق بتحديد النطاق الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية بناء على دفع مقدم في إطار المادة 195 من الدستور المعدل سنة 2020.¹

على الرغم من أن الأثر الفوري للحكم أو القرار الصادر بعدم الدستورية يعمل على إحداث التوازن العادل بين مبدأ الأمن القانوني ومبدأ المشروعية من خلال سريانه على الحاضر والمستقبل دون أن يمس بالمراكز القانونية التي تشكلت في الماضي، فإن ذلك لا ينفى إحداثه نوعا من التجزئة في تطبيق مبدأ المشروعية من حيث أن القانون المحكوم بعدم دستوريته يعد معيبا في الحاضر والمستقبل فقط ويكون صحيحا بالنسبة للماضي، ولأجل تحقيق نوع من المساواة والعدل بين مختلف المراكز والأوضاع القانونية، تلجأ الدول التي أخذت بقاعدة الأثر المباشر للحكم أو القرار الصادر بعدم الدستورية إلى إعمال بعض الاستثناءات على القاعدة العامة.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على قاعدة الأثر المباشر

بداية ينبغي التمييز بين الأثر الفوري والأثر المستقبلي للحكم الصادر بعدم الدستورية، فالأثر المستقبلي لا يمكن أن يعد قاعدة عامة في أي نظام قانوني، وإنما يقرر من الجهة المكلفة بالرقابة الدستورية على سبيل الاستثناء، وذلك من خلال قيامها بتأجيل آثار أحكامها إلى تاريخ لاحق تحدده بناء على سلطتها التقديرية، وقد نص الدستور الفرنسي في تعديل 2008 على هذا الاستثناء، حيث قرر سريان قرار المجلس الدستوري بأثر فوري بالنسبة للقرارات الصادرة عنه بعدم دستورية حكم تشريعي إعمالا للمادة 61-01 واستثناء يمكن للمجلس الدستوري أن يحدد في قراره تاريخا لاحقا لنفاذه²، وفي هذه الحالة يظل الحكم

¹ لقد صرح السيد "فنيش" رئيس المجلس الدستوري الجزائري خلال افتتاحه لأشغال الملتقى الدولي حول "معالجة آثار قرارات المجلس الدستوري حول الدفع بعدم الدستورية" بأنه: "على الرغم من كون الحكم الصادر عن المجلس الدستوري بالإلغاء يعد ملزما وغير قابل للطعن من طرف أي سلطة، إلا أنه تبقى هناك مسألة الأثر الزمني الخاص بتطبيق الحكم بحيث يقع على المجلس تحديد ما إذا كان الأثر القانوني لهذا الحكم فوريا أو مؤجلا"، ومن خلال هذا التصريح الذي تضمن في الأخير عبارتي "فوري" و"مؤجل" يتضح أن رئيس المجلس الدستوري - سابقا - يرمي من خلال تصريحه إلى أن الحكم بعدم الدستورية يسري بأثر مباشر وليس بأثر رجعي.

elkhabar.com/20:42-27/11/2009

أنظر مقالنا بعنوان:

MAHI Wassila, HAFDI Souad, Legal security between ruling of Unconstitutionality and the immediate and direct effect (a comparative study), journal of politic and law, V13, N° 01, 2021, p 580.

² المادة 62-ف2 من الدستور الفرنسي المعدل في 2008.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

التشريعي المخالف للدستور نافذا إلى غاية اليوم الذي حدده المجلس الدستوري، ويقع على المشرع في هذه الفترة العمل على تعديل النص القانوني لتجنب الفراغ التشريعي وفي حالة عدم تنفيذه لهذا الواجب خلال الفترة المحددة له، فإن النص القانوني يفقد قوته وآثاره القانونية.¹

وقد تعددت القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي التي حدد من خلالها تاريخا لنفاذ القرارات الصادرة عنه بعدم الدستورية في نطاق تطبيق مسألة الأولوية الدستورية²، في حين لم يقرر بعد لا المجلس الدستوري الجزائري سابقا ولا المحكمة الدستورية حاليا أثرا مستقبليا للقرارات الصادرة بعدم الدستورية في مادة الدفع، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أنها ضئيلة³، ولم تستدع الحاجة بعد لتأجيل سريان نفاذها لأجل محدد. وفي القضاء الدستوري المقارن منح الدستور النمساوي لسنة 1920 للمحكمة الدستورية سلطة تقييد الأثر الفوري أو المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية، وذلك بتأجيل آثار حكم الإلغاء بشرط ألا يتجاوز هذا التأجيل 18 شهرا.⁴

ونفس الأمر حدث مع الدستور البولندي لسنة 1997 حيث أجاز للمحكمة الدستورية تحديد موعد آخر لنهاية القوة الملزمة للقانون المعياري، بشرط ألا تتجاوز هذه الفترة الزمنية

¹ عصام سعيد عبد العبيدي، مرجع سابق، ص 271.

² C. F : Décision n° 2022-999 QPC du 17 Juin 2022, non-conformité totale effet différé : « Le conseil constitutionnel décide que : Article 2- La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1^{er} prend effet dans les conditions fixées au paragraphe 13 de cette décision ».

Le paragraphe 13 de cette décision stipule ce qui suit : « En l'espèce, l'abrogation immédiate des dispositions déclarées inconstitutionnelles aurait pour effet de priver les parties du droit d'interjeter appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction sur le fondement de l'article 82-03 du code de procédure pénale. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, il y a lieu de reporter au 31 Mars 2023 la date de leur abrogation ».

C. F aussi : La décision n° 2021-978 QPC du 11 Mars 2022 non-conformité totale effet différé.

Décision n° 2021-972 QPC du 18 Février 2022 non-conformité totale effet différé.

Décision n° 2021-952 QPC du 03 Décembre 2021.

Décision n° 2021-947 QPC du 19 Novembre 2021.

Décision n° 2021-949/950 QPC du 24 Novembre 2021.

³ هناك قراران فقط صرح فيهما المجلس الدستوري الجزائري بعدم الدستورية وقضى فيهما بفقدان الحكم التشريعي لآثره فورا وهما:

القرار رقم 01/ق.م. د.د.ع.د/19 مؤرخ في 23 ربيع الأول عام 1441 هـ الموافق 20 نوفمبر 2019.

القرار رقم 01/ق.م. د.د.ع.د/21 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1442 هـ الموافق 10 فبراير 2021.

⁴ المادة 140 فقرة 05 من الدستور النمساوي لسنة 1920.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

18 شهرا بالنسبة للقانون العادي، أو 12 شهرا بالنسبة لأي قانون معياري آخر، وقد أوجب الدستور البولندي على المحكمة الدستورية أن تأخذ رأي مجلس الوزراء حول تحديد تاريخ نهاية القوة الملزمة للقانون المعياري المعني في حالة تضمن الحكم القضائي عواقب مالية غير منصوص عليها في الموازنة.¹

أما القانون الأساسي الهنغاري لسنة 2011 فعلى الرغم من أخذه بالأثر الفوري للحكم الصادر بعدم الدستورية إلا أنه سمح للمحكمة الدستورية بإمكانية الانحراف عن القاعدة العامة بتقرير أثر مستقبلي للحكم الصادر بعدم الدستورية متى بررت ذلك بحماية الحقوق الأساسية والأمن القانوني وبشكل خاص مصلحة مهمة للكيان المبادر بالإجراءات.²

وفي خصوص الدساتير العربية، فقد نص دستور الأردن لسنة 1952 على أن تكون أحكام المحكمة الدستورية نافذة بأثر مباشر ما لم يحدد الحكم تاريخا آخر لنفاذه³، وهو ما أكده قانون المحكمة الدستورية الأردنية لسنة 2012 بنصه على أن يكون الحكم الصادر عن المحكمة نافذا بأثر مباشر ما لم يحدد الحكم تاريخا آخر لنفاذه، ومؤدى ذلك تمتع المحكمة الدستورية بسلطة تقديرية في منح المشرع فترة من الوقت لإصلاح القوانين التي قضى بعدم دستورتها وتعديلها لتتوافق مع الدستور، ذلك أن بطلان هذه القوانين سيسري في هذه الحالة من التاريخ اللاحق الذي ستحدده المحكمة الدستورية في حكمها.⁴

كما نص دستور مملكة البحرين لسنة 2002 على أن يكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة أثر مباشر، ما لم تحدد المحكمة تاريخا لاحقا⁵، وهو ما أكده قانون المحكمة الدستورية البحرينية لاحقا⁶، هذا وقد بينت المذكرة التفسيرية للدستور البحريني لعام 2002 بأن ما صدر من تصرفات أو قرارات تنفيذيا للقانون الذي حكم بعدم

¹ المادة 190 فقرة 03 من الدستور البولندي لعام 1997.

² عصام سعيد عبد العبيدي، مرجع سابق، ص 271.

³ المادة 59 ف 1 من الدستور الأردني لسنة 1952 المعدل في 2011.

⁴ الجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية الأردنية إذا ما قضت بعدم دستورية أكثر من نص في القانون أو النظام، فإن لها أن تفرق في تاريخ نفاذ حكمها بين نص وآخر وفق ما تراه مناسبا، فقد تحكّم بعدم دستورية نصين من نفس القانون تقرر لأحدهما أثرا مباشرا فوريا والآخر تجعله ذا أثر رجعي.

أنظر: المادة 15 ف (د) من قانون المحكمة الدستورية الأردنية لعام 2012 رقم 15 الصادر بتاريخ 2012/10/06.

⁵ المادة 106 ف 2 من دستور مملكة البحرين لسنة 2002.

⁶ المادة 31 من قانون المحكمة الدستورية البحرينية رقم 27 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 2002.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

دستوريته يظل قائماً حتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية أو التاريخ اللاحق الذي حددته المحكمة لسريانه.¹

بالإضافة إلى إمكانية تقرير تاريخ لاحق لسريان الحكم أو القرار الصادر بعدم الدستورية كاستثناء على القاعدة العامة المتمثلة في الأثر المباشر والفوري، يمكن للجهة المكلفة بالرقابة الدستورية أن تقرر استثناء أثراً رجعياً للحكم الصادر بعدم الدستورية عندما ترى ضرورة لذلك، وقد أشار إلى ذلك الدستور النمساوي لعام 1920²، عندما نص على أن القانون المحكوم بعدم دستوريته يستمر تطبيقه على الظروف التي أحدثها قبل الإلغاء، إلا إذا قررت المحكمة في حكم البطلان الذي تصدره خلاف ذلك.

كذلك الشأن بالنسبة للقانون الأساسي الهنغاري لعام 2011³، الذي أخذ هو الآخر بقاعدة الأثر الرجعي لأحكام المحكمة الدستورية في حالة ما إذا نتج عن الإلغاء تخفيض أو إسقاط العقوبة أو تقييد المسؤولية الجنائية، بحيث يتعين على المحكمة الدستورية أن تأمر بمراجعة الإجراءات الجنائية المبرمة بقرار نهائي مبني على النظام الباطل أو الملغى.

هذا وقد تمت الإشارة سابقاً إلى أن التعديل الدستوري الفرنسي لسنة 2008 قد نص على إمكانية قيام المجلس الدستوري بتحديد الشروط والقيود التي يجوز فيها إعادة النظر في الآثار التي رتبها النص المقضي بعدم دستوريته، ومؤدى ذلك إمكانية انصراف تنفيذ القرار الصادر بعدم الدستورية إلى الماضي، ويمكن تصور هذه الحالة مثلاً في وجود أحكام قضائية نهائية سابقة لتاريخ قرار المجلس الدستوري، استندت على المقتضى التشريعي الذي فصل فيه المجلس الدستوري بعدم دستوريته، ولكن تلك الأحكام النهائية لم يتم تنفيذها بعد، فيقرر المجلس الدستوري منع تنفيذها.⁴

¹ شعبان أحمد رمضان، النظام الدستوري البحريني طبقاً لأحدث التعديلات الدستورية لعام 2012، دار الكتب القانونية، مصر، الإمارات، 2014، ص 480؛ أشار إليه: عصام سعيد عبد العبيدي، مرجع سابق، ص 273.

² المادة 140 فقرة 07 من الدستور النمساوي لسنة 1920.

³ يسمى أيضاً دستور المجر أو القانون الأساسي للمجر، اعتمده البرلمان في 18 أبريل 2011 وأصدره الرئيس بعد أسبوع، ودخل حيز النفاذ في 01 يناير 2012.

⁴ علي قاسم ربيع، مرجع سابق، ص 185.

C. F :

- Mathieu DISANT, Les effets dans le temps des décisions QPC, Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, n° 04, dossier (Le conseil constitutionnel : trois ans de QPC), Juin 2013.

Sur le site de conseil constitution de la France : <https://www.conseil-constitutionnel.fr> 30/10/2022 à 15 :25.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه يمكن للمجلس الدستوري الفرنسي أن يقرر أثراً مؤجلاً بأثر رجعي إجرائي لقراره الصادر بعدم الدستورية في مادة الدفع بعدم الدستورية¹، ذلك من خلال إجبار المشرع على النص بأثر رجعي في حالة التشريع الجديد يكون ساري المفعول بالشروط التي يحددها المجلس الدستوري على الإجراءات التي أمر المجلس بإيقافها.²

وفي نفس السياق نصت المادة 15 في فقرتها (ج) من قانون المحكمة الدستورية الأردنية لعام 2012 على أنه في حالة ما إذا قضت المحكمة بعدم دستورية نص يفرض عقوبة فإن الأحكام التي قضت بالإدانة استناداً لذلك النص يتوقف تنفيذها وتنتهي آثارها الجزائية.³

كذلك الأمر بالنسبة لدستور مملكة البحرين الصادر في 14 فبراير 2002⁴، والمادة 31 من قانون المحكمة الدستورية البحرينية رقم 27 لسنة 2002، حيث يستخلص منهما تبني فكرة الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية في المجال الجنائي على إطلاقها دون قيود أو ضوابط سواء تعلقت هذه الأحكام بالنصوص العقابية أو نصوص تنفيذ، أو متعلقة بالإجراءات الجنائية إذا ما شابها عيب عدم الدستورية، وسواء كانت هذه الأحكام باثة أم غير باثة، ويرجع السبب في تبني فكرة الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية في المجال الجنائي إلى كون الأحكام الصادرة بالإدانة تمس مباشرة بالحرية الشخصية للفرد باعتبارها أهم الحقوق التي يعتز بها الفرد، فإذا اتضح بأن النص الذي طبق عليه غير

- Marthe FATIN, Rouge STEFANINI, Les effets des décisions du Conseil Constitutionnel en matière de QPC, Evolutions et limites du contrôle de constitutionnalité – regard croisé entre les expériences françaises et est - européennes, HALID, France, 2018.

أنظر في تعريف الأثر الرجعي: Nullité

Xavier MAGNON, La modulation des effets dans le temps des décisions des juges constitutionnels, consulté sur le site : <http://publications.ut-capitole.fr> 30/10/2022 à 16 :21.

¹ L'effet différé avec rétroactivité procédurale imposé.

C. F : Marthe FATIN, Rouge STEFANINI, op.cit., p 09.

² Paragraphe 12 de la décision n° 2010-01 QPC du 28 Mai 2010.

³ تنص الفقرة (ج) من المادة 15 من قانون المحكمة الدستورية الأردنية لسنة 2012 على أنه: "إذا قضت المحكمة بعدم دستورية نص يفرض عقوبة، فيوقف تنفيذ الأحكام التي قضت بالإدانة استناداً لذلك النص، وتنتهي آثارها الجزائية.

⁴ المادة 106 فقرة 02 من دستور مملكة البحرين الصادر في 14 فبراير 2002 موجود على الموقع الإلكتروني: <http://hrlibrary.umm.edu> تم الاطلاع عليه يوم: 2022/10/31 على الساعة 15:45.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

دستوري، فإنه من العدل تغليب الحرية الشخصية على حجية الأحكام الجنائية إعمالاً لمبدأ الشرعية.¹

أما عن المؤسس الدستوري الجزائري فقد سبق الإشارة إلى أن المادة 198 غير واضحة وأعطت سلطة تقديرية واسعة للمحكمة الدستورية في تحديد تاريخ بدء سريان الأثر الزمني للقرار الصادر بعدم الدستورية في مادة الدفع بعدم الدستورية، لكن القرارين الصادرين عن المجلس الدستوري الجزائري بعدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في الفقرة 1 و2 من المادة 416 من ق. إ.ج. ج²، وعدم دستورية الفقرة 1 و2 من المادة 33 من ق. إ.ج. م. إ³، قد تضمنتا صراحة فقدان هذه الأحكام التشريعية لقوة نفاذها ولآثارها فوراً، ومؤداه تبني الأثر الفوري للقرار الصادر بعدم الدستورية، لكن ذلك لا ينفي إمكانية تقرير قاعدة الأثر الرجعي استثناءً في الحالات التي ستعرض مستقبلاً على المحكمة الدستورية.

وجدير بالذكر أن المجلس الدستوري الجزائري قام بإعمال قاعدة الأثر النافع للقرار الصادر بعدم الدستورية في مادة الدفع بعدم الدستورية، استثناءً بنظيره الفرنسي، حيث أكد المجلس الدستوري الفرنسي على مبدأ الأثر النافع (Effet utile) وذلك بمناسبة مراقبته لمطابقة القانون العضوي المتعلق بتطبيق مقتضيات المادة 61-01 من الدستور الفرنسي⁴، ويقتضي هذا المبدأ أنه في حالة تقرير عدم دستورية المقتضى التشريعي محل المسألة الأولية للدستورية فإن ذلك يرجع بالفائدة على الإجراءات القضائية التي أثرت في ظلها مسألة الأولوية الدستورية، وبعبارة أخرى فإن القرار القاضي بعدم دستورية مقتضى تشريعي لمساسه بالحقوق والحريات يعود بالنفع على المتقاضى الذي قام بتحريك المسألة الدستورية، فهذا هو المقصود من الأثر النافع وهو أمر منطقي طالما أن الهدف من هذا النوع من

¹ شعبان أحمد رمضان، النظام الدستوري البحريني طبقاً لأحدث التعديلات الدستورية لعام 2012، مرجع سابق، ص 484؛ أشار إليه: عصام سعيد عبد العبيدي، مرجع سابق، ص 274.

² القرار رقم 01/ق.م. د/د.ع.د/19 المؤرخ في 20 نوفمبر 2019.

³ القرار رقم 01/ق.م. د/د.ع. د/21 المؤرخ في 10 فبراير 2021.

⁴C. F : Décision du conseil constitutionnel française n° 2009-595 DC du 03 Décembre 2009 ; Mathieu DISANT, Les effets dans temps des décisions QPC du conseil constitutionnel, op.cit. ; Marthe FATIN, Rouge STEFANINI, op.cit., p 08 et au-delà ; Samy BENZINA, Les effets des décisions QPC d'inconstitutionnalité et les libertés, le conseil constitutionnel est-il le gardien des libertés ? : Actes du colloque de Poitiers, 25 Octobre 2019, Press universitaires juridiques de Poitiers, France, 2021, coll « Actes et colloque », p. 07 à 33.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

الرقابة هو حماية حقوق الأفراد وحررياتهم المقررة لهم دستوريا بصفة عامة، وحماية حقوق المتقاضى الذي أثار الدفع بصفة خاصة.¹

ولقد كان أول قرار للمجلس الدستوري الفرنسي تجسيدا حقيقيا لهذا المبدأ²، حيث أكد فيه على أنه يمكن للهيئات القضائية تأجيل الفصل في القضايا المطروحة عليها إلى غاية تاريخ 01 جانفي 2011 في الدعاوى التي يتوقف النظر فيها على تطبيق الأحكام المقرر عدم دستوريته، ومن جهة أخرى على المشرع اتخاذ التدابير اللازمة لوضع نصوص جديدة في ذلك الشأن، كي يتم تطبيقها على تلك الدعاوى وذلك ابتداء من تاريخ قرار المجلس الدستوري، والأمر نفسه ينطبق على الدعوى التي أثيرت مسألة الأولوية الدستورية بمناسبة الفصل فيها وذلك حتى يتمكن صاحب الدفع من الاستفادة في أثر القرار بعدم دستورية الحكم التشريعي الذي كان سيطبق عليه.³

وكذلك الشأن بالنسبة لأول قرار للمجلس الدستوري الجزائري⁴، حيث جاء في منطوقه أنه يسري قرار عدم دستورية الفقرة 1 و2 من المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية على كل الأحكام الجزائية التي لم تستنفذ آجال الاستئناف عند تطبيق أحكام المادة 416، ويشمل هذا القرار أيضا القضية التي أثير بمناسبة الدفع لأنها لم تستنفذ بعد آجال الاستئناف بها، وهو ما يعد تطبيقا لمبدأ الأثر النافع، ونفس المبدأ قرره المجلس الدستوري الجزائري في قراره الصادر في 10 فيفري 2021 عندما أكد فيه على أن أثر الحكم

¹ علي قاسم ربيع، مرجع سابق، ص 188.

²Décision n° 01-2010 QPC du 28 Mai 2010.

³C.F : Décision du Conseil Constitutionnel Français n°2010-10 QPC du 02 Juillet 2010.

فيموجب هذا القرار اعتبار المجلس الدستوري الفرنسي المادة 90 من القانون التأديبي والعقوبات للبحرية التجارية غير دستورية، وأكد على أن إلغاء هذه المادة يسري أثره ابتداء من تاريخ نشر قرار المجلس، ولكنه أشار في قراره إلى أن إلغاء النص المذكور يكون له أثر ويطبق على كل المخالفات التي لم يفصل فيها بشكل نهائي بتاريخ نشر قرار المجلس الدستوري.

C.F aussi :

- Décision du Conseil Constitutionnel Français n° 2021-971 QPC du 18 Février 2022, paragraphe 20 : « D'autre part, aucun motif ne justifié de reporter la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité. Celle-ci intervient donc à compter de la date de publication de la présente décision. Elle est applicable aux instances introduites à cette date et non jugées définitivement ».

- Décision n° 2014-404 QPC du 20 Juin 2014, paragraphe 14 : « Considérant d'autre par, qu'afin de préserver l'effet utile de la présente décision, ... »

Consulter le site : www.conseil-constitutionnel.fr

⁴ القرار رقم 01/ق.م.د/ع.د. 19/ المؤرخ في 20 نوفمبر 2019.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

التشريعي المخالف للدستور والوارد في الفقرة الأولى والثانية من المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يسري على جميع الأحكام المدنية التي لم تستنفذ آجال الاستئناف عند تطبيق أحكام المادة 33، بما في ذلك طبعاً القضية المعروضة والتي بمناسبةها أثير الدفع بعدم الدستورية.¹

في الأخير يمكن القول بأن أعمال مبدأ الأثر النافع للقرار الصادر بعدم الدستورية ما هو إلا صورة من صور الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، ذلك أن سريان القرار الصادر بعدم الدستورية على الدعاوى التي رفعت قبل صدوره والتي لم يصدر بشأنها حكم نهائي يحوز حجية الشيء المقضي به يشبه كثيراً الاستثناء الوارد على مبدأ عدم رجعية القوانين بحيث يسري القانون بأثر رجعي على الدعاوى التي رفعت قبل صدوره والتي مازالت مطروحة أمام المحكمة ولم يصدر حكم نهائي بشأنها.²

وعليه، فإن المجلس الدستوري الجزائري قد عمل استثناء قاعدة الأثر الرجعي للقرارات الصادرة عنه بعدم الدستورية في مادة الدفع بعدم الدستورية، سعياً منه لتحقيق الفائدة المرجوة من الدفع بالنسبة لمثيرها والتي تتعلق أساساً بحماية حقوقه وحرياته الأساسية من أي انتهاك يخالف الدستور الذي كفلها له.³

ولكن تبقى مسألة وضوح المادة 198 من الدستور المعدل سنة 2020 أمراً ضرورياً ومطلوباً، بحيث يقع على المؤسس الدستوري إعادة صياغتها بشكل مفصل، أو على الأقل كان لزاماً على المشرع العضوي - من باب أولى - أثناء صياغته لأحكام القانون العضوي رقم 19-22 المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية أن يحدد بدقة آثار القرار الصادر بعدم الدستورية في مادة الدفع بعدم الدستورية والاستثناءات الواردة عليه مع إقرار الضوابط اللازمة للحفاظ على التوازن بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، كما فعل نظيره المؤسس الدستوري الفرنسي في إطار المادة 62 من دستور 1958 المعدل في 2008.

¹ القرار رقم 01/ق.م.د/د.ع.د/21 المؤرخ في 10 فبراير 2021.
² جلاب عبد القادر، غوتي الحاج قوسم، مبدأ عدم رجعية القوانين كآلية لتحقيق الأمن القانوني، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 04، ع01، ديسمبر 2018، ص 78.
³ بوزيد بن محمود، النظام القانوني للدفع بعدم الدستورية في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 6، ع1، جوان 2020، ص 452.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

الفرع الثاني: الأثر الرجعي لعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي

من المعلوم أن الأحكام القضائية بصفة عامة لا توجد ولا تنشئ الحق وإنما تبينه وتعلن عنه وتكشف عن وجوده، وبالتالي فإن أثرها يرتد إلى وقت سابق على صدورها، ونفس الشيء يحدث بالنسبة للأحكام الصادرة عن الهيئات المكلفة بالرقابة الدستورية حين تفصل بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي معين، فإنه يترتب على قرارها إلغاء ذلك النص وبطلانه منذ تاريخ صدوره وليس من تاريخ صدور الحكم بعدم دستوريته، وهذا ما يعرف بالأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، فهي لا تنشئ هذا البطلان وإنما تقرر شيئاً قائماً بالفعل في ظل الدستور القائم، فالنص باطل منذ وجوده لأنه وجد مخالفاً للدستور.

أولاً: تعريف الأثر الرجعي للحكم أو القرار الصادر بعدم الدستورية

يمكن تعريف الأثر الرجعي على أنه ذلك القرار الذي يظهر مفعوله وتطبيقه على فترة زمنية تعود إلى ما قبل استصداره.¹

وبعبارة أخرى يمكن القول بأن الأثر الرجعي هو الاستناد إلى ظروف سابقة وإحلالها على الوقت الحاضر.²

أما الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية فيقصد به: "أن القانون المحكوم بعدم دستوريته يعتبر منعدم القيمة القانونية من وقت صدوره لا من وقت صدور الحكم، أي أن أثره ينسحب على كافة المراكز القانونية التي نشأت بموجبه وعلى الأوضاع والحقوق والواجبات التي تقررت في ظله".³

ومن الدول التي اعتنقت قاعدة الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية توجد إيطاليا وألمانيا والبرتغال⁴، وليبيا حيث أخذت المحكمة العليا الليبية بالأصل المقرر من أن الأحكام القضائية تعتبر كاشفة، فهي لا تستحدث قانوناً جديداً أو مركزاً أو وضعاً قانونياً لم يكن موجوداً من قبل، وعلى هذا الأساس فإن الحكم بعدم دستورية قانون أو لائحة ينتج عنه

¹ إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية، 2003، ص. ص 451، 450؛ أشار إليه: سوز حميد مجيد، الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، مجلة قه لآي زانست العلمية، المجلد 4، ع3، لبنان، فرنسا، أربيل، كردستان، العراق، صيف 2019، ص 439.

² رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، ط5، دار النهضة العربية، 2005، ص 621؛ أشار إليه سوز حميد مجيد، الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 277؛ أشارت إليه: رمضان فاطمة الزهراء، إشكالية الاختيار بين الأثر المباشر والرجعي، مرجع سابق، ص 15.

⁴ المادة 282 الفقرة الأولى من دستور البرتغال سنة 1976.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

انعدام قيمته بأثر رجعي من يوم صدوره، وفي ذلك قررت المحكمة العليا الليبية بأن: "أحكام المحكمة بعدم دستورية تشريع أو بعض نصوصه ذات طبيعة كاشفة تؤدي إلى انعدام أثر هذا التشريع أو النص".¹

وفي حكم آخر لها يدل على اعتناقها لقاعدة الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، ما أوردته إحدى دوائر النقض المدني بها في حكمها الصادر بتاريخ 2013/04/24 بأنه: "متى قضت المحكمة العليا بعدم دستورية نص تشريعي، تعين على جميع المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها الامتناع عن تطبيقه على الوقائع والمراكز القانونية المطروحة عليها، حتى ولو كانت سابقة على صدور هذا الحكم بعدم الدستورية، باعتباره قضاء كاشفا عن عيب لحق النص منذ نشأته بما ينفي ترتيب أي أثر من تاريخ نفاذه، وهو ما تمليه الطبيعة العينية للدعوى الدستورية".²

وهذا ما يستفاد أيضا مما جاء في حكمها الصادر بتاريخ 2015/08/27 بأنه: "يترتب على الحكم بعدم دستورية قانون أو نص فيه عدم جواز تطبيق ذلك القانون أو النص المحكوم بعدم دستوريته على الوقائع المطروحة، واعتبار ذلك النص أو القانون بمثابة العدم".³

لقد استقرت الولايات المتحدة الأمريكية فقها وقضاء على أن الحكم الصادر بعدم الدستورية هو حكم كاشف، فإذا اكتشفت المحكمة أن ذلك العمل التشريعي يتعارض مع الدستور فمعنى ذلك أنه لم يكن قانونا بالمدلول الفني إذ يشترط حتى تكتسب أعمال السلطة التشريعية صفة القانون أن تكون صادرة في الحدود التي رسمها لها الدستور من ناحية الشكل والموضوع معا، ويترتب على ذلك أن الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية مطلق ويعد القانون منعدم القيمة من صدوره، وقد عبرت المحكمة الاتحادية العليا عن ذلك في حكمها الصادر عام 1886 في قضية (NORTON V. SHELBY) بقولها: "إن التشريع المخالف

¹ الطعن المدني رقم 55/568 ق جلسة 2011/11/12، غير منشور؛ أشار إليه: حميد محمد عبد السلام القماطي، مرجع سابق، ص12.

² الطعن المدني رقم 56/2102 ق جلسة 2013/04/24 غير منشور؛ أشار إليه: خليفة سالم الجهمي، حجية الأحكام الدستورية وأثارها (دراسة تحليلية مقارنة)، ص 39، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <http://supremecourt.gov.ly> تم الاطلاع عليه يوم: 2022/11/02 على الساعة 16:49.

³ الطعن المدني رقم 57/1314 ق جلسة 2015/08/27، حكم غير منشور؛ أشار إليه: خليفة سالم الجهمي، حجية الأحكام الدستورية وأثارها (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع نفسه، نفس الصفحة، هامش رقم 84. وتجدر الإشارة إلى أن قانون المحكمة العليا الليبية رقم 06 الصادر في 1982/05/25 لم يشر إلى النطاق الزمني لتطبيق الحكم الصادر بعدم الدستورية.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

للدستور ليس في الحقيقة قانونا على الإطلاق فهو لا ينشئ حقوقا، ولا يترتب واجبات، ولا يمنح حماية، ولا ينشئ وظيفة وهو من الناحية القانونية منعدم القيمة تماما وكأنه لم يصدر أصلا".¹

وقد أعملت المحكمة الاتحادية الأمريكية قاعدة الأثر الرجعي في معظم أحكامها منها حكمها في قضية A.L.A. SCHECHTER POULTRY CORPORATION V. United States حيث قررت براءة المتهمين استنادا إلى عدم دستورية قانون الإصلاح الصناعي وما يترتب على ذلك من سقوط التنظيم اللائحي الصادر في ظلّه.²

أما التشريع المصري، ونظرا لأهمية الموضوع، فقد ورد النص على أثر الحكم بعدم الدستورية من حيث الزمان في الفقرة الثالثة من المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديله³، والتي جاء نصها كآتي: "ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم".

إن ظاهر النص يوحي بأن الحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة في التشريع يسري بأثر مباشر، ذلك أن عبارة "عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم" تفيد بأن سريان هذا الحكم يبدأ من يوم نشره لا من يوم صدور النص المخالف للدستور وهو ما استقر عليه القضاء الدستوري المقارن⁴، لكن المحكمة الدستورية العليا المصرية كان لها رأي آخر، فقد استقرت على تفسير هذه الفقرة تفسيرا يؤكد اعتناقها للأثر الرجعي للأحكام الصادرة عنها بعدم الدستورية، ومثالها ما ورد في الحكم التالي: "الحكم بعدم الدستورية يعني تجريد النص من القوة التنفيذية له من تاريخ صدوره، وأن ما ورد بنص المادة 49 من قانون المحكمة من أن النصوص القانونية المحكوم بعدم دستورتها لا يجوز تطبيقها اعتبارا من اليوم التالي لنشر الأحكام الصادرة بشأنها في الجريدة الرسمية، لا يعني أن لهذه الأحكام أثرا مباشرا لا تتعدها، وأنها بذلك لا ترتد إلى الأوضاع والعلائق السابقة عليها، ذلك أن كل ما قصد إليه هذا القانون بنص المادة 49 المشار إليها، لا يعدو أن يكون تجريد النصوص

¹ NORTON V. SHELBY Country, 118US425(1886),consulté le 03/11/2022 à 15 :38. sur le site : <https://supreme.justea.com/federal/us>.

² A. L. A SCHECHTER POULTRY corporation V. United States, 295 US 495 (1935). Consulté sur le site : <https://supreme.justea.com/federal/us/> le 03/11/2022 à 15 :46.

أنظر في هذا الصدد أيضا: مها بهجت يونس الصالحي، مرجع سابق، ص 370؛ حكم المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية بعدم دستورية قانون الحد الأدنى للأجور الذي اعتبرته كأن لم يكن في 1923.

³ قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979.

⁴ المادة 62 من الدستور الفرنسي المعدل في 2008.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

القانونية التي قضي بعدم دستورتها من قوة نفاذها التي صاحبها عند إقرارها، أو إصدارها لتفقد بالتالي خاصية الإلزام التي تتسم بها القواعد القانونية جميعا، فلا يكون من بعد ثمة مجال لتطبيقها".¹

ثم صدر بعد ذلك القرار بقانون رقم (168 لسنة 1998) وقام بتعديل الفقرة الثالثة من المادة 49 بإضافة فقرة جديدة لها، وأصبحت تنص على أنه:

"ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في 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 أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص".

ما يلاحظ على هذا التعديل أنه لم يحسم هو الآخر الخلاف المثار بشأن تفسير الفقرة 03 من المادة 49 قبل التعديل، كما أنه كما أنه لم يضع حلا لمشكلة الأثر الرجعي للحكم ويحسم الأمر فيه، حتى أنه قد زاد الطين بلّة بعبارة: "ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر"، ضف إلى ذلك أن هذا التعديل قد ميز بين الأحكام الغير ضريبية والأحكام الضريبية، ومن جهة أخرى ميز بين الأحكام الغير ضريبية التي تحدد لها المحكمة تاريخا آخر وبين التي لا تحدد لها تاريخا آخر، وفي سياق ثالث ميز في الأحكام الضريبية بين التي تسري بأثر رجعي بالنسبة للمدعي فقط وبين التي تسري بأثر مباشر بالنسبة للغير.

وردا على ما ورد في القرار بقانون، جاء في المذكرة الإيضاحية لقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 168 لسنة 1998 أنه: "وقد أدى الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي لأحكام المحكمة في غير المسائل الجنائية إلى صعوبات متعددة في مجال التطبيق....، وعلاجا لمشكلات الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي في مثل هذه الحالات التي تكشف عنها التجربة.... فقد رُوي تعديل الفقرة 03 من المادة 49 من قانون المحكمة

الدستورية الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 بما يكفل تحقيق الأغراض الآتية:

أولا: تخويل المحكمة سلطة تقرير أثر غير رجعي لحكمها.

ثانيا: تقرير أثر مباشر للحكم بنص القانون إذا كان متعلقا بعدم دستورية نص ضريبي.

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 22 لسنة 18 ق.د بجلسة 1996/11/30.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

ثالثا: وحسما لأي خلاف في شأن ما إذا كان الأثر المباشر للأحكام الصادرة ببطلان نص ضريبي ينسحب إلى ذي المصلحة في الخصومة الدستورية، عن طريق الدفع، أو عن طريق الإحالة أو التصدي، فإن الفائدة العملية للخصومة الدستورية يتعين أن يجنيها كل ذي شأن فيها من أطرافها، ضمانا لفعالية حق التقاضي ولأن الترضية القضائية هي الغاية النهائية لكل خصومة قضائية¹.

الواضح من هذه المذكرة أنها تؤكد على رجعية أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية كأصل عام، مع إمكانية تقرير أثر يسري بدء من تاريخ لاحق تحدده مبدأ الأثر النافع للمتقاضين، إضافة إلى استثناء الأحكام بعدم دستورية النصوص الضريبية من سريانها بأثر رجعي حيث تقرر لها أثر مباشر دون أن يحول ذلك من استعادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص، أي أن للحكم أثرا رجعيا بالنسبة للخصم وحده في هذه الحالة²، مع الإبقاء على سريان الحكم بعدم دستورية نص جنائي يتعلق بالإدانة بأثر رجعي. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على ثبات موقفها هذا حينما قضت بأن: "الأصل في الحكم الصادر بعدم دستورية نص غير جنائي أن يكون له أثر رجعي ينسحب إلى الأوضاع والعلاقات التي يتصل بها ويؤثر فيها حتى ما كان منها سابقا على نشره في الجريدة الرسمية"³.

ثانيا: مبررات الاعتراف بالأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية

إن الاعتراف بالطبيعة الكاشفة للحكم الصادر بعدم الدستورية وانسحابه إلى الماضي تقرره جملة من المبررات أهمها:

1. **الطبيعة الكاشفة للحكم:** إن الأحكام الصادرة من الهيئات الدستورية ذات طبيعة كاشفة، فهي حينما تقضي بعدم دستورية تشريع أو لائحة معينة لا تحدث جديدا ولا تنشئ مركزا أو وضعاً لم يكن موجودا من قبل، بل إنها تقرر شيئا قائما فعلا وتكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء وترده إلى مفهومه الصحيح الذي

¹ أنظر: الجريدة الرسمية العدد 28، بتاريخ 12 يوليو 1998.

² رجب حسن عبد الكريم، الإطار الدستوري لأثر وحجية حكم المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، ع02، ص 506، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://jdl.journals.ekb.eg>

³ حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 32 لسنة 37 ق.د جلسة 2016/05/07، والدعوى رقم 23 لسنة 37 ق.د جلسة 2016/11/05، منشوران على الموقع الإلكتروني للمحكمة:

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

يلتزمه منذ صدوره، الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعة القرار الكاشفة. فالنص التشريعي أو اللائحي الباطل لمخالفة الدستور هو باطل منذ وجوده لأنه منذ هذا الوجود كان مخالفاً للدستور وبالتالي ينسخ عنه الوصف القانوني وتتعدى قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره، لأن عيب عدم الدستورية كان مصاحباً لنشوء النص التشريعي أو اللائحي وحكم المحكمة كان كاشفاً عن هذا العيب.¹

2. **جدية الدفع بعدم الدستورية:** بالنسبة للدول التي تأخذ بالرقابة الدستورية بطريقة الدفع الفرعي، فإن الحكم بعدم الدستورية لكي يكون جدياً أو منتجاً يجب أن تكون المسألة الدستورية المثارة متعلقة بنصوص قانون أو لائحة يراد تطبيقها على الدعوى الأصلية، وأن الحكم بعدم الدستورية ينبغي أن ينتفع منه صاحب الشأن في دعواه المرفوعة موضوعياً عليه، وعليه فإن إعمال الأثر الرجعي من شأنه أن يدعم الفائدة العملية التي يربوها الخصم من دعواه الدستورية، فالمنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري هي منازعات تدور حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي، لا يصبح لزاماً على قاضي الموضوع - الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته - أن يطبق القانون نفسه بعد الحكم بعدم دستوريته ولا يتحقق لمبدي الدفع أي فائدة عملية، مما يجعل الحق في التقاضي - وهو من الحقوق العامة التي كفلها الدستور - بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد، فإذا لم تتقرر هذه الرجعية فستجد محكمة الموضوع نفسها ملزمة بتطبيق النصوص المقضي بعدم دستوريته على النزاع المعروض عليها لأنها تتعلق بوقائع سابقة على الحكم بعدم الدستورية، وتلك لاشك نتيجة شاذة ياباها المنطق، وتتعارض مع الحكمة من رقابة الدستورية.²

3. **الطبيعة العينية للدعوى الدستورية:** إن تقرير الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية يرجع إلى الطبيعة العينية للدعوى الدستورية، إذ توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها، ومن ثم فإذا ما قضت الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية بعدم دستورية قانون معين، فمعنى ذلك أن هذا القانون قد ولد مخالفاً للدستور منذ صدوره

¹ رمزي الشاعر، النظرية العامة في القانون الدستوري، مطبوعات جامعة الكويت، 1972، ص 613؛ أشارت إليه: رمضان فاطمة الزهراء، إشكالية الاختيار بين الأثر المباشر والرجعي، مرجع سابق، ص 15؛ هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 276.

² سالم روضان الموسوي، الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية (أحكام المحكمة الاتحادية العليا نموذجاً)، مقال منشور في جريدة الحوار المتمدن، ع3899، بتاريخ 2012/11/02 على الساعة 20:12، على الموقع الإلكتروني الخاص بها: <http://www.ahewar.org> تم الاطلاع عليه يوم: 2022/11/07 على الساعة 16:13.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

وليس من لحظة صدور الحكم، وهذا الأمر يتطلب تطبيق الحكم بأثر رجعي، إذ لا يتصور أن يكون القانون دستوريا في المدة التي تسبق صدور الحكم وغير دستوري من لحظة صدوره، وهذا من شأنه تطبيق نص غير دستوري على الحالات السابقة على الحكم بعدم الدستورية، وهو ما يناقض الطبيعة العينية للدعوى الدستورية والتي يعد سريان الحكم الصادر على الكافة أحد أهم النتائج المترتبة عليها بما في ذلك الماضي.¹

4. **ضمان الحق في التقاضي:** يحق لكل فرد اللجوء إلى القضاء لعرض مطالبه بغية الحصول على حقوقه كاملة وفقا للقانون، فالغاية النهائية التي يحققها حق التقاضي تتمثل في جبر الأضرار التي لحقت بصاحب الحق من جراء الاعتداء عليه، ولأن إعمال الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية هو الذي يحقق للطاعن للفائدة العملية من دعواه الدستورية، فإنه يكون بذلك محققا للفائدة المرجوة من الخصومة القضائية في دعواه بعدم دستورية النص اللائحي أو التشريعي، والقول بخلاف ذلك يجعل حق التقاضي غير مجد ومجردا من مضمونه ولا يحقق الغاية من إقراره.²

5. **تحقيق مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون ومبدأ المشروعية:** إن الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية أمر يفرضه مبدأ المساواة، إذ لا يجوز التمييز بين المواطنين الذين تتساوى مراكزهم القانونية، وإذا كانت القاعدة القانونية عامة ومجردة تحكم علاقات الكافة وتنظم معاملاتهم، فإنه يقع لزاما أن يتساوى المواطنون كافة في شأن تطبيق الحكم بعدم الدستورية من حيث الزمان، فالقول بأن القانون المخالف للدستور يبقى دستوريا في الماضي، ويعتبر غير دستوري في الحاضر والمستقبل فقط ينجر عنه استفادة بعض المواطنين من الحكم بعدم الدستورية دون سواهم، الأمر الذي يؤدي إلى تمييز بين المواطنين لا يستند إلى مبررات عملية.³

¹ جواد الهنداوي، الرقابة على الدستورية وضرورة ممارستها من قبل مجلس دستوري، المؤسسة الوطنية للتنمية والتطوير، عمان، بدون تاريخ نشر، ص 27؛ ومؤلفه القانون الدستوري والنظم السياسية، العارف للمطبوعات، بيروت، 2010، ص 434؛ أشار إليه: أحمد علي عبود الخفاجي، الأثر الزمني للحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بإلغاء القانون غير الدستوري، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي 13 الذي تقيمه كلية القانون، جامعة أهل البيت، نيسان 2017، ص 07، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://abu.edu.iq> تم الاطلاع عليه وتحميله يوم: 2022/11/09 على الساعة 14:28.

² رمضان فاطمة الزهراء، إشكالية الاختيار بين الأثر المباشر والأثر الرجعي، مرجع سابق، ص 16؛ عامر زغير محيسن، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، مجلة مركز دراسات الكوفة، ع18، العراق، 2010/09/30، ص 09.

³ أحمد علي عبود الخفاجي، مرجع سابق، ص 07.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

ضف على ذلك أنه من مقتضيات مبدأ المشروعية عدم جواز تطبيق النص المخالف للدستور منذ صدوره.

المطلب الثاني: الموازنة بين الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ومبدأ الأمن

القانوني

يعتبر الأمن القانوني من المفاهيم التي يحرص كل نظام سياسي وقانوني العمل على توفيرها وإرسائها، ذلك أنها تعتبر من مبادئ دولة الحق والقانون التي من سماتها الأساسية سيادة القانون وضمان حماية ناجعة للحقوق والحريات الأساسية للأفراد، ويعتبر هذا المبدأ أحد أهم مقومات دولة الحق والقانون الحديثة القائمة على سيادة القانون ومؤداه أن تلتزم السلطات العمومية بضمان قدر من الثبات للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية كي يتمكن الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدي من القواعد والأنظمة القانونية القائمة بإعمالها وترتيب أوضاعهم على ضوءها، دون التعرض لتصرفات مباغته تهدم توقعاتهم المشروعة وتزعزع أوضاعهم القانونية.¹

واعتباراً من أن القانون هو الوسيلة المتحكمة في خلق المراكز القانونية وتحديثها وإلغائها، فإن الأمن القانوني يقوم على جودة ومعيارية القانون ومدى استقراره، ويوفر أي نظام دستوري آليات سياسية وقانونية لضمان معيارية القانون وسلامته، ورقابة القضاء الدستوري لمدى دستورية العمل التشريعي تأتي في نفس الإطار، فهي ليست برقابة سياسية على ما يحتويه القانون، بل رقابة مطابقة قانونية للقانون مع المبادئ الدستورية التي يفترض فيها السلامة والصحة، لذا فهي رقابة لمماثلة عمل المشرع لنماذج المعيارية.

إن الهيئة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين وهي تمارس وظيفتها الدستورية، فإن أحكامها الصادرة بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي مضي على تطبيقه فترة من الزمن، تقتضي تنفيذها بأثر رجعي تطبيقاً لمبدأ المشروعية، لكن ليس إلى الحد الذي يُغيّب مبدأ استقرار المراكز القانونية التي ترتبت على تطبيق النص التشريعي أو التنظيمي غير الدستوري، ومبدأ الحقوق المكتسبة التي هي الأخرى من دعائم دولة الحق والقانون²، ودونما

¹ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط2، دار الشروق، 2002، ص84.
² لمزيد من التفصيل حول مبدأ الأمن القانوني راجع: بوزيد صبرينة، الأمن القانوني لأحكام قانون المنافسة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018، ص 21-69.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

أن يؤدي ذلك إلى غلّ يد القاضي الدستوري عن أداء مهامه في تحقيق الإصلاحات الدستورية التي تفرضها عليه طبيعة الوظيفة الملقاة على عاتقه.

وبناء على ما تقدم ذكره، فإن القاضي الدستوري ملزم بتحقيق نوع من الموازنة بين سلطة الحكم بعدم دستورية النصوص التشريعية والتنظيمية محل الرقابة وما يتضمنه من إمكانية تقرير أثر رجعي، وبين حق الأفراد في الركون إلى قدر كاف من الثبات والاستقرار في مراكزهم القانونية واحترام حقوقهم المكتسبة في ظل النص المحكوم بعدم دستوريته¹، فكيف يمكن تحقيق هذه الموازنة؟

إن تحقيق تلك الموازنة ليس بالأمر الهين، لذلك يلاحظ أن بعض تشريعات الدول التي أخذت برجعية الحكم بعد الدستورية قد وضعت قيوداً للحد من ذلك لاعتبارات تتعلق بمقتضيات الأمن القانوني، لكن قبل التطرق إلى ذلك لابد من توضيح مفهوم الأمن القانوني ومتطلبات تحقيقه في الفرع الأول، ثم العروج على القيود التي وضعتها بعض الدول للحد من الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، طبعاً مع توضيح موقف المؤسس الدستوري الجزائري والمحكمة الدستورية من كل ذلك في الفرع الثاني من هذا المطلب

الفرع الأول: مفهوم مبدأ الأمن القانوني

لقد تزايد الاهتمام بالأمن القانوني خاصة خلال الآونة الأخيرة لارتباطه بعدة مجالات ذات أهمية في المجتمع، ولعل تحقيق الأمن القانوني في أي دولة يعتبر المدخل الرئيس لتأمين الأمن الاجتماعي والاقتصادي وما يتبعه من استقرار في المجال السياسي ومن ثم استقرار المراكز القانونية للهيئات العامة والأفراد الطبيعية².

لقد ترسخ مبدأ الأمن القانوني في ألمانيا منذ 1961 غداة الحرب العالمية الثانية كنتيجة لنظرة جديدة أصبحت تطبع العلاقة بين الدولة والمواطن تقوم على مفهوم "دولة الحق والقانون"³، حيث أكدت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية هذا المبدأ في قرارها الصادر بتاريخ 1961/12/19 والذي جاء فيه أن: 'الأمن القانوني، كعنصر ضروري لمبدأ دولة الحق والقانون، يفترض أن يستطيع المواطن توقع التدخلات الممكنة للدولة في مجالها

¹ عامر زغير محيسن، مرجع سابق، ص 201.

² خالد روشو، دور القاعدة الدستورية في إرساء الأمن القانوني، المجلد 3، ع 1، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، جوان 2018، ص 109.

³ Sylvia CALMES, du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire en français, édit Dalloz, Paris, 2001, p12.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

المحامي قانونا وتتخذ أحكاما مناسبة يجب أن تمكنه من الاطمئنان إلى أن تصرفه المطابق للقانون الساري سيعترف به وبكل النتائج القانونية التي ارتبطت به مسبقاً¹، فبالنسبة للمواطن فإن الأمن القانوني يتجلى قبل كل شيء في حماية الثقة².

لقد اعتبرت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية الأمن القانوني بمثابة مبدأ دستوري على الرغم من عدم النص عليه صراحة في دستور ألمانيا، وعلى خلاف ذلك فقد نص الدستور الإسباني لسنة 1978 عليه صراحة في الفقرة الثالثة من الفصل 9 منه³، وسرعان ما انتقلت فكرة الأمن القانوني إلى المستوى الأوروبي حيث تم الاعتراف به دولياً كمبدأ للنظام القانوني للمجموعة الأوروبية مع السوابق القضائية لمحكمة العدل للمجموعة الأوروبية منذ عام 1962 وذلك فيحكمها **Bosch** الصادر في 6 أبريل 1962⁴، ثم في السبعينيات⁵. وفي عام 1981 أصدرت هذه المحكمة نفسها حكم **DURBECK**⁶، الذي استندت فيه إلى مبدأ التوقع المشروع القريب من مبدأ اليقين القانوني، وقد طبقته كذلك المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من جانبها في أحكامها⁷، مؤكدة على ضرورة التوقع القانوني وإمكانية التنبؤ به كمطلب للأمن القانوني، لينفذ المبدأ بعد ذلك تدريجياً إلى دول أوروبا منها

¹ Paraskevi MOUZOURAKI, le principe de confiance légitime en droit allemand, français et anglais : un exemple de convergence des droits administratifs des pays européens, édit BRUYLANT, Bruxelles, 2011, p.48.

² Jean-François BOUDET, La Caisse des dépôts et consignations, histoire, statut, fonction, Les Logiques Juridiques, 2006. p. p. 27 et 28.

³ تنص الفقرة 3 من الفصل 9 من الدستور الإسباني لسنة 1978 على أنه: "إن الدستور يضمن مبدأ المشروعية، وتراتبية القواعد القانونية ونشرها وعدم رجعية المقترضات العقابية التي ليست لصالح الأفراد أو كونها تحد من حقوقهم أو الأمن القانوني ومسؤولية السلطات العمومية ويحمي جميع هذه المبادئ من أي عمل تحكيمي.

⁴ Arrêt BOSCH du 6 avril 1962, 61961CJ0013 - EN - EUR-Lex - European Union
تم الاطلاع عليه يوم 22 جانفي 2023 على الساعة 16:45 > <https://eur-lex.europa.eu> > legal-content

⁵ محكمة العدل الأوروبية، 14 يوليو 1972، القضية 57 / 69.

Voir : Patrick MICHAUD, Principe de sécurité juridique et droit fiscal, Le Conseil d'État confirme le principe de sécurité juridique, lequel peut s'appliquer en droit fiscal interne, Etudes Fiscales Internationales, Février 2012, p. 2.

Sur le site web : <https://www.etudes-fiscales-internationales.com>, le 14/11/2022 à 15 :48

⁶ C.J.C.E, n° C-112/80, Arrêt de la Cour, Firma Auton DÜRBECK (5 mai 1981), <https://op.europa.eu>, le 14/11/2022 à 16 :07

⁷ SUNDAY Times (26 avril 1979), Documents officiels de l'affaire sont disponibles sur le site Web suivant :

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584>

AFFAIRE HENTRICH c. France (Requête n°13616/88) ARRÊT, STRASBOURG, 22 septembre 1994.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

فرنسا، التي خصص مجلس الدولة فيها تقريره لسنة 1991 لمناقشة فكرة الأمن القانوني، إلا أنه لم يعترف بالمبدأ قضائياً إلا بمناسبة نظره في قضية KPMG Société بتاريخ 2006/03/24¹.

أولاً: تعريف الأمن القانوني وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له

إن مصطلح الأمن² القانوني ذو مفهوم قديم، أين كانت إصابته وبلوغه دائماً مبلغة من طرف الفقه، وتطور مع الوقت، إذ أن الفيلسوف "هوبز" كان من أبرز الأوائل الذين حددوا ضرورة ضمان الأمن القانوني، وبعد ذلك تم الاعتراف بهذا المبدأ بالإجماع واشتهر مفهومه³، لكن رغم أهمية هذا المبدأ القديم المتجدد الثوب والجوهر إلا أنه لم يحظ بتعريف المشرعين له، الأمر الذي جعل المسألة تقع على عاتق الفقه والقضاء في إيجاد تعريف له.

1- التعريف القضائي للأمن القانوني

قد عبرت العديد من الاجتهادات القضائية الحديثة على مبدأ الأمن القانوني من بينها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بقولها: "حيث أن القانون ليتحقق فيه الأمن يجب أن يكون ممكن الولوج وتوقعياً"⁴، كما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي في تقريره العام لسنة 2006 الذي جاء في بعض أجزائه ما يلي: "فكرة الأمن القانوني تعني التزام السلطة العامة بتحقيق قدر من الثبات للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية بهدف توفير الأمن والطمأنينة لجميع أطراف العلاقات القانونية فهو تعبير عن المناخ

¹ CE, Ass, 24mars2006, Société KPMG, disponibles sur le site Web suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr>, le 14/11/2022 à 16 :41.

²الأمن لغة هو الاستقرار والاطمئنان، ويقال أمن منه أي سلم منه، والأمن ضد الخوف، ويعرف المفكر الفيروز آبادي الأمن بقوله: "الأمن والأمن كصاحب ضد الخوف، أمن كفرح أماناً وأماناً بفتحهما وأماناً وأمنة محركتين، وإمناً بالكسر، فهو أمن وأمين بكسر الميم، كفرح وأمير، ورجل أمنة كهزمة ويحرك أمنة كل أحد في كل شيء"، قلت: ومعنى الأمن المراد هنا هو الطمأنينة التي يستقر عليها حال الإنسان فتزِيل خوفه.

الفيروز آبادي، القاموس المحيط، بيروت، مقدمة الرسالة، 1987م، 197/4؛ أشار إليه: تلعيش خالد، بن حاج الطاهر محمد، الأمن القانوني أساس دولة الحق والقانون في الجزائر، مقال منشور ضمن الكتاب الجماعي بعنوان "الأمن السياسي ضمان لقيام دولة القانون في الجزائر"، مرجع سابق، ص 52.

³Par exemple, SALEILLES, au début du XX siècle le nomme « La certitude juridique », A. ZARADNY, Codification et Etat de droit, Thèse Doctorat, Université Paris 2, 2011, p.471.

أشار إليه: دويني مختار، مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه، مجلة الدراسات الحقوقية، ع 5، جوان 2016، ص 25.

⁴د. رمضان فاطمة الزهراء، الدور الجديد للمجلس الدستوري في تحقيق الأمن القانوني استناداً إلى المادة 2/191 من الدستور الجزائري لسنة 2016، المجلد3، عدد1، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، جوان 2018، ص30.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

السياسي الذي يضمن المعالجة القانونية الدائمة والمواكبة لكل التحولات الاجتماعية والاقتصادية التي قد تضر بالاستقرار الاجتماعي.¹

وقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي أن مبدأ الأمن القانوني هو مبدأ القانون الذي يهدف إلى حماية المواطنين من الآثار الجانبية السلبية للقانون، وخاصة التناقضات وتعقيد القوانين واللوائح، أو كثرة التغييرات، وقد استعمله للحد من احتمالات رجعية القوانين والحفاظ على جودة القانون.²

2- التعريف الفقهي للأمن القانوني

الأمن القانوني يمكن أن يعني الأمن بواسطة القانون، كما يمكن أن يعني أمن القانون³، ويعرفه الفقه بأنه: " كل نظام قانوني للحماية هادف إلى تأمين (دون بغتة) التنفيذ الأمثل للالتزامات، ويقصي أو على الأقل يقلص الشك أو الريب في تطبيق القانون.⁴" يبدو أن هذا التعريف يعتبر الأمن القانوني مسألة خاصة بأطراف العقد فقط حين أنه مبدأ لا يهم فقط مجال العقود. وفي تعريف آخر للأمن القانوني يقصد به: "المثل الأعلى

¹ د. رمضان فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص31.

² Le Conseil constitutionnel utilise l'exigence de sécurité juridique pour limiter les possibilités de rétroactivité de la loi ; et il utilise également cette exigence pour tenter de sauvegarder la qualité de la loi.

Consulté par : M. olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, La sécurité juridique (Le point de vue du juge constitutionnel), exposé fait à l'occasion de l'accueil de hauts magistrats Brésiliens, le 20 septembre 2005, p.2, publié sur le site web de conseil constitutionnel de France.

Pourtant, le Conseil constitutionnel, s'il a bien cité la sûreté comme l'un des droits de l'homme (132 DC du 16 janv. 1982, 164 DC du 29 déc.1983 et 254 DC du 4 juillet. 1989), n'en a pas tiré une conséquence directe sur une loi soumise à son examen. À plus forte raison il n'a jamais utilisé l'expression « sécurité juridique » pour en faire profiter l'individu. Plus exactement, l'expression n'apparaît qu'une fois (373 DC du 9 avr. 1996), au profit non d'une personne mais de la délibération d'une assemblée locale. Michèle De SALVIA, La sécurité juridique en droit constitutionnel français, Cahier du conseil constitutionnel, n° 11, Dossier : Le principe de sécurité juridique, Décembre 2001.

Voir aussi : Pierre PUISSOCHET, Hubert LEGAL, Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, Cahier du conseil constitutionnel, n° 11, Dossier : Le principe de sécurité juridique, Décembre 2001.

Sur le site web :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr>

³ أحمد عبد الحسيب السنتريسي، دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، دار الفكر الجامعي، 2018، ص20.

⁴ G. Cornu, Vocabulaire juridique ; Montchrestien ; PUF.1987.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

الذي يجب أن يتوجه نحوه القانون بإصدار قواعد متسلسلة ومتراطة ومستقرة نسبيا ومتاحة لكي تسمح للأفراد بوضع توقعات.¹

ويراد بالأمن القانوني: " هو غاية القانون وقيمة معيارية وظيفته تأمين النظام القانوني من الاختلالات والعيوب التشريعية الشكلية والموضوعية، وهو ما يستدعي سن تشريعات يجب أن تتسم بالوضوح في قواعدها وأن تكون واقعية ومعيارية"² ويقصد بفكرة الأمن القانوني "وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية لغرض إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية بغض النظر عما إذا كانت أشخاص قانونية خاصة أم عامة بحيث تستطيع هذه الأشخاص ترتيب أوضاعها وفقا للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها دون أن تتعرض لمفاجآت أو أعمال لم تكن بالحسبان صادرة عن إحدى سلطات الدولة الثلاث، ويكون من شأنها هدر كامل للاستقرار أو زعزعة روح الثقة والاطمئنان بالدولة وقوانينها."³ كما عُرف مبدأ الأمن القانوني بأنه: "التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة؛ به إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة، بحيث تتمكن هذه الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدى من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها، وترتيب أوضاعها على ضوء منها دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغته صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار."⁴

¹M.CABRILLAC, Le Dictionnaire du Vocabulaire juridique, in, T. PIAZZON, la sécurité juridique ; Defrénois, édit L'Extensio, 2010, p61.

²مصطفى بن شريف، فريد بنته، الأمن القانوني والأمن القضائي، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية على الموقع التالي:

<https://www.maghress.com/assabah/16760>

أشارت إليه: هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 206.

³محمد الخضراوي، الأمن القضائي في التجربة المغربية على الرابط:

<https://press.marocs.net/t3457-topic-12>

أشار إليه: د. بواب بن عامر، الأمن القانوني من خلال قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 01/6، المجلد 3، عدد 2، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، جوان 2018، ص 18.

⁴يسرى العصار، الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء الدستورية، مجلة الدستورية، ع3، السنة الأولى، يوليو

2003، ص 51 وما بعدها؛ أشارت إليه: هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 206.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

وعُرف أيضا بأنه: " كل ضمانة وكل نظام قانوني للحماية يهدف إلى تأمين ودون مفاجآت حسن تنفيذ الالتزامات وتلافى أو على الأقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون". بمعنى آخر الأمن القانوني هو جودة نظام قانوني يضمن للمواطنين فهماً وثقةً في القانون في وقت معين هو قانون المستقبل.¹

إن جميع محاولات تعريف الأمن القانوني تشترك في أنه يندرج ضمن حقوق الإنسان بل يعتبر أحد أهم هذه الحقوق وفي نفس الوقت يعتبر العامل الأساسي لضمان هذه الحقوق وحمايتها، فبدون منظومة قانونية قوية لن يكون لحقوق الإنسان تواجد في الواقع.²

3- تمييز الأمن القانوني عن المفاهيم المشابهة له

قد تتشابه فكرة الأمن القانوني مع غيرها من الأفكار والقواعد القانونية، حيث توجد مصطلحات حديثة ظهرت إلى جانب المعنى التقليدي للأمن القانوني من بينها:

الأمن الاقتصادي: يتحقق بتوفير البيئة المناسبة لنمو الأعمال التجارية وزيادة الاستثمار الوطني والأجنبي الذي يعتبر دعامة أساسية للتنمية، وذلك لأنه يشكل إضافة إلى الطاقة الإنتاجية وزيادة في الثروات لما في ذلك من أثر في إشباع الحاجات وتوفير الخدمات.³ وهناك الأمن الفكري، والذي يتمثل في حماية فكر المجتمع وعقائده من أن ينالها عدوان أو ينزل به أذى لأن ذلك من شأنه أن يقضي على ما لدى الناس من شعور بالهدوء والطمأنينة والاستقرار ويهدد حياة المجتمع، وهو يعني كذلك الأمان والاطمئنان في مصادر تلقي الفكر وإعماله وسلامة تلك المصادر وأن تكون موثوقة، وكذلك حماية المجتمع من كل فكر ضال منحرف يدعو للجريمة والتطرف والإرهاب.⁴

ضف إلى ذلك الأمن النفسي والاستقرار الأسري، والأمن البيئي المتمثل في الحصول على بيئة نظيفة خالية من التلوث، والذي يستوجب تحقيقه مشاركة أفراد المجتمع في حماية البيئة من خلال إتباع وسائل تضمن ذلك⁵، وأيضا الأمن الغذائي الذي يقوم على فكرة العناية بالأطعمة والمنتجات الغذائية داخل المجتمع من أجل منع أية تأثيرات سلبية لتلك الأطعمة على صحة أفراد

¹ عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الحقوق المغربية، ع7، 2009، ص. 3 ، منشور على موقع دار المنظومة العربية ، وكذلك يمكن تحميله من الموقع الإلكتروني التالي: https://droitarabic.com/2019/08/pdf_39.html

² عبد الحق لخداري، مبدأ الأمن القانوني ودوره في حماية حقوق الإنسان، عدد37، مجلة الحقيقة، بدون سنة نشر، ص222.

³ هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 205.

⁴ رفعت عيد السيد، مبدأ الأمن القانوني دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص17.

⁵ هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 206.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

المجتمع¹، والأمن الصحي من خلال الوقاية والحماية من الأمراض والعدوى مما يوفر حياة آمنة. بل وعلاوة على ذلك نجد الأمن المعلوماتي من مخاطر الجريمة الإلكترونية والأمن العسكري والعلمي والسياسي.. إلخ.

كل هذه تعتبر من صور الأمن إلا أنها لا تكفي منفردة لتحقيق معنى الاستقرار لذلك فإن أهم شرط لتحقيقها جميعا هو ضمان استقرار المنظومة القانونية وتحديد المراكز القانونية بصورة واضحة دون خلط أو غموض أو عدم يقين.²

أ- تمييز فكرة الأمن القانوني عن الأمن الشخصي

يقصد بالأمن الشخصي حماية شخص الإنسان في حياته من الناحية المادية والمعنوية ويدخل في إطاره تطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بحيث لا جريمة ولا عقوبة بغير نص والأخذ بقرينة البراءة التي تعني أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته³، في حين أن فكرة الأمن القانوني تحمي الأوضاع القانونية للإنسان من أي تعد من قبل إحدى سلطات الدولة.

ب- تمييز الأمن القانوني عن الحق في الأمن المادي

يقصد بالأمن المادي مجموع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي ينص عليها الدستور والتي تعد الدولة ملزمة بكفالتها للأفراد كحق العمل أو حق الضمان الاجتماعي والرعاية الصحية.... فبينما تضع مثل هذه الحقوق والحريات التزامات على عاتق الدولة في حدود إمكانياتها المادية ووفقا لمبدأ المساواة أمام القانون، الدولة ملزمة بحماية المراكز القانونية للفرد التي حصل عليها وفقا لقواعد قانونية نافذة تتمتع بقرينة الصحة.

إذاً، فالأمن المادي يحتاجه الأفراد لحماية أملاكهم وظروف حياتهم، بينما الأمن القانوني هو ما يهم القانون في حد ذاته، أي أمن القانون وأمن الحقوق الشخصية للأفراد.⁴

ج- الأمن القانوني والأمن القضائي

يعد مفهوم الأمن القانوني والأمن القضائي من المفاهيم الحديثة التي ابتدعها الفكر القانوني والقضائي، ويتطلبها الواقع العملي حالياً، لاسيما عندما يتعلق الأمر بتقييم نظام

¹ هانم أحمد محمود سالم، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

² حافظي سعاد مدى الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية دراسة على ضوء التعديل الدستوري 2016 والقانون العضوي 18-16، مجلة الحقوق والحريات، ع 7، جامعة تلمسان، مخبر حقوق الإنسان والحريات الأساسية، 2018.

³ اعتمد المؤسس الدستوري هذا المبدأ في المواد 59/58/56 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري ج، ر، ج، ع، 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

⁴ بوزيد صبرينة، قانون المناقصة (لا أمن قانوني أم تصور جديد للأمن القانوني؟)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 45، قالة، الجزائر، 2016/2015، ص 5.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

قانوني أو قضائي معين¹، ويمكن القول بأن الأمن القضائي هو الثقة في المؤسسة القضائية وما تصدره من أحكام أثناء قيامها بوظيفتها، وهو يرتبط بصفة أساسية بوظيفة القضاء المتمثلة في السهر على توحيد الاجتهاد وخلق وحدة قضائية.²

والأمن القضائي له علاقة وطيدة بالأمن القانوني، إذ أن هذا الأخير يعتبر من المبادئ الشاملة التي تطوي تحت غطائها أنواع أخرى ذات علاقة به وعلى رأسها الأمن القضائي الذي يعتبر بمثابة آلية لحماية مبادئ الأمن القانوني من خلال الحرص على تطبيق القانون وضمان الحقوق والحريات³ وفي نفس الوقت يشكل عدم استقرار الاجتهاد القضائي خطورة كبيرة على الأمن القانوني، و الأمن القضائي يتحقق عند انتشار الثقة في القضاء التي تعكسها استقلالية السلطة القضائية، جودة الأحكام، سرعة الفصل في النزاعات، تنفيذ الأحكام القضائية ضد الإدارة لأن الغاية من الأمن القضائي هو ضمان سيادة القانون والتي تعتبر غاية الأمن القانوني بصفة عامة.⁴

4- موقف المشرع الجزائري من مبدأ الأمن القانوني

جاء التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 الخاضع للاستفتاء الشعبي بعدة مبادئ وأحكام مستحدثة أراد أن يؤكد من خلالها على وجوب احترام حقوق الأفراد وحرياتهم ومنع أي اعتداء عليها من قبل سلطات الدولة، وقد حرص أشد الحرص على تنبيه البرلمان لأخذ حذره أثناء صياغته للنصوص التشريعية مع ضرورة التزامه بمعايير الجودة والدقة والوضوح، وهو ما توجي به المادة 34 من نص الدستور وفق آخر تعديل له، والتي ذكرت بصريح العبارة مبدأ الأمن القانوني، حيث جاء نصها كالاتي: "تحقيقاً للأمن القانوني، تسهر الدولة، عند وضع التشريع المتعلق بالحقوق والحريات على ضمان الوصول إليه ووضوحه واستقراره."⁵

¹ هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 204.

² لوشن دلال، بوعقال فتيحة، الأمن القضائي بين ضمانات التشريع ومخاطر الاجتهاد، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع12، جانفي 2018، ص 295.

³ هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 209؛ قلوثة سامية، تحقيق استقرار القوانين بالأمن القضائي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 3، ع 1، 2020، ص 335.

⁴ هانم أحمد محمود سالم، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁵ الفقرة الأخيرة من المادة 34 من الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

يبدو من خلال هذه المادة أن المؤسس الدستوري الجزائري قد قام بدسترة مبدأ الأمن القانوني من أجل التأكيد على أهميته وقيمه الدستورية¹، مما لا يدع مجالاً للشك أمام سلطات الدولة التي يقع على عاتقها واجب احترامه والسهر على تحقيقه خاصة عندما يتعلق الأمر بالحقوق والحريات، وعلى الرغم من أنه لم يعرف الأمن القانوني لكنه أشار إلى متطلبات تحقيقه المتمثلة في ضمان الوصول إلى التشريع، وضوح القاعدة القانونية واستقرارها، وهو ما سيتم معالجته في العنوان الموالي.

ثانياً: أسس ومتطلبات الأمن القانوني

يقضي مسمى الأمن القانوني تحقق مجموعة من المبادئ أو يمكن اعتبارها شروطاً لتجسيده، حيث يمكن أن يقسم مضمون الأمن القانوني إلى ثلاث مقتضيات أو متطلبات فرعية تسمح بتحديد محيطه ونطاقه²، وتتمثل فيما يلي:

1- عدم رجعية القوانين

يقصد بهذا المبدأ عدم انسحاب القوانين الجديدة على الماضي واقتصارها على حكم المستقبل. ويتفق رجال القانون على أنه مبدأ قانوني يقضي بعدم سريان القانون على أحداث قد وقعت قبل إصداره بمعنى أن يكون له أثر مباشر³، وذلك لأن الأصل في القاعدة القانونية سواء أكانت قانوناً أم لائحة أنها توضع لتنظيم شؤون الأفراد على نحو تمكنهم من اكتساب الحقوق عن طريق التواجد في مراكز قانونية عامة أو مراكز ذاتية لا يجوز التعرض لها إلا بالطريق الذي يحدده القانون، وهذا التنظيم يقضي تطبيق القاعدة القانونية على كل الروابط القانونية القائمة وقت نفاذها وإن كانت قد نشأت قبل هذا التاريخ⁴.

وقد حرص المؤسس الدستوري على النص على عدم رجعية القوانين صراحة بمقتضى المادة 43 من الدستور المعدل في 2020 والتي جاء فيها ما يلي: "لا إدانة إلا بمقتضى

¹ وهو ما أكدته أيضاً ديباجة الدستور المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 الصادر في 30 ديسمبر 2020، ج. ر. ج. ع 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020، بنصها على أنه: "يكفل الدستور الفصل بين السلطات والتوازن بينها واستقلال العدالة والحماية القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية وضمان الأمن القانوني والديمقراطي".
² إن هذه العناصر لا تستنفذ ولا تستهلك مفهوم الأمن القانوني وإنما تشكل أهم أوجهه ومظاهره؛ أشار إلى ذلك: دويني مختار، مرجع سابق، ص 29.

³ راجع في هذا الخصوص: جلاب عبد القادر، مبدأ عدم رجعية القوانين كآلية لتحقيق الأمن القانوني، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 4، ع 1، ديسمبر 2018، ص 73؛ حسن كبره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1969، ص 340؛ علاء عبد المتعال، مبدأ جواز الرجعية وحدودها في القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ النشر، ص 9.

⁴ رفعت عيد السيد، مبدأ الأمن القانوني دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، مرجع سابق، ص 17.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم"¹، وأكدته أيضا أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية من ذلك ما قضت فيه بعدم دستورية نص المادة الرابعة من القانون رقم 82 لسنة 2000 فيما نصت عليه من سريان أحكامه على أعضاء هيئة التدريس الذين عينوا أساتذة متفرغين قبل تاريخ العمل به، وجاء في حيثيات حكمها أن: "وحيث إنه عن النعي بعدم دستورية نص المادة الرابعة من القانون رقم 82 لسنة 2000 فيما نصت عليه من سريان أحكام هذا القانون "على أعضاء هيئة التدريس الذين عينوا أساتذة متفرغين قبل تاريخ العمل به"، فإن مؤدى هذا النص وبعد أن قررت المادة الأولى من هذا القانون تعديل حكم المادة 121 من قانون تنظيم الجامعات المشار إليه، وكان هذا التعديل يسري بأثره الفوري المباشر، على الأستاذ المتفرغ ليصبح بقاءه في العمل موقوتا ببلوغه سن السبعين هو إنهاء خدمة الأساتذة المتفرغين الذين جاوزوا سن السبعين عند العمل بالقانون رقم 82 لسنة 2000، أي إعمال حكم النص الطعين بأثر رجعي على من كان قد استقام مركزه القانوني كأستاذ متفرغ بعد بلوغه سن السبعين.

وحيث إنه، ولئن كان القانون رقم 82 لسنة 2000، ومن أحكامه النص الطعين، عند عرضه كمشروع قانون على مجلس الشعب، قد أخذ الرأي النهائي عليه نداء بالاسم وحصل على الأغلبية الخاصة المنصوص عليها في المادة 187 من الدستور لإعمال حكمه بأثر رجعي، فإن استيفاءه هذه الشكلية لا يترتب عليه، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة عصمة أحكامه الموضوعية من الخضوع للرقابة التي تباشرها هذه المحكمة على دستورية القوانين.

وحيث إن الحكم الموضوعي الذي تضمنه هذا النص هو إنهاء خدمة الأساتذة المتفرغين الذين جاوزوا سن السبعين وقت العمل بالقانون 82 لسنة 2000 بعد أن كان قد اكتمل مركزهم القانوني كأساتذة متفرغين قبل العمل به.

وحيث إن النعي على هذا الحكم الموضوعي بمخالفته للدستور هو نعي صحيح، ذلك أن هذا الحكم قد وقع في حمأة المخالفة الدستورية من وجهين متساندين، الأول: هو أن النطاق الذي يمكن أن يرتد إليه الأثر الرجعي للقانون، هو ذلك الذي يعدل فيه التشريع من مراكز

¹ من الجدير بالذكر أن استبعاد الرجعية خاصة في الأمور الجنائية تتفق عليه معظم الدول كما هو الحال بالنسبة للمادة 30 من الدستور السوري والمادة 179 من الدستور الكويتي، المادة 124 من الدستور البحريني والمادة 112 من الدستور اليمني، والمادة 95 من الدستور المصري 2014 المعدل والمتمم، والفصل 28 من الدستور التونسي 2014 المعدل والمتمم.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

قانونية لم تتكامل حلقاتها، وبالتالي لم تبلغ غايتها النهائية متمثلة في حقوق تم اكتسابها وصار يحتج بها تساندا إلى أحكام قانونية كانت نافذة، إذ في هذا النطاق يبقى المركز القانوني قابلا للتدخل التشريعي، تدخلا قد يزيد أو يزيل من آمال يبني عليها صاحب المركز توقعاته، فإذا تقرر الأثر الرجعي في غير هذا النطاق، وامتد إلى إلغاء حقوق تم اكتسابها فعلا وصارت لصيقة بأصحابها، وفقا لأحكام قانونية كفلت حمايتها والاحتجاج بها في مواجهة الكافة، كأثر لنفاذ هذه الأحكام، فإن الأثر الرجعي للقانون يكون بذلك قد تحول إلى أداة لإهدار قوة القوانين السابقة ومكانتها من الاحترام الذي يجب كفاله لها طوال الفترة التي كانت نافذة فيها وهو الأمر الذي يتصادم مع أحكام المادتين 64 و65 من الدستور اللتين تتصان على أن "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة" وأن "تخضع الدولة للقانون...".

أما الوجه الثاني لمخالفة النص الطعين للدستور، فهو مساسه بإحدى الحريات الأساسية التي كفلها الدستور للمواطنين كافة وهي حرية البحث العلمي، ذلك أن هذه الحرية هي من الحريات التي لا تنفصل ولا تنفصم عن شخص الباحث العلمي، فلا مفارقة بينها وبينه ولا يتصور لها كيان أو وجود استقلالا عنه، وإذا كان جوهر هذه الحرية هو مطلق الحرية على نحو غير نهائي، لأن أي قيد عليها مهما هان، إن هو إلا نفي لها، وأية عقبة في طريقها ولو ضؤلت ليست إلا عدوانا عليها، ولازم ذلك أن أعمال حكم النص الطعين بأثر رجعي في حق مجموعة من الأساتذة المتفرغين بحسبانهم باحثين علميين وهم بذلك محور وكيان حرية البحث العلمي، وإنهاء خدمتهم بعد كسبهم للحق في البقاء في خدمة الجامعات بعد سن السبعين، هو أمر من شأنه زعزعة أوضاعهم العملية، وزلزلة كياناتهم العلمية، وهو ما يتصادم مع نص المادة 49 من الدستور الذي لم يكتف بكفالة حرية البحث العلمي للمواطنين قاطبة، وعلى نحو مطلق، وبلا أي قيد، وإنما أضاف إلى ذلك تقرير التزام على الدولة بتوفير وسائل التشجيع اللازمة لتحقيق حرية البحث العلمي، تقديرا من المشرع الدستوري بأن ثمره هذه الحرية هي التقدم العلمي كمفتاح أمل واحد ووحيد لاستعادة مصر مكانها ومكانتها الحضارية، فإذا جاء النص الطعين واستبدل بكفالة وسائل تشجيع البحث العلمي، زعزعة وزلزلة أوضاع فئة بارزة من الباحثين العلميين، فإنه يكون قد خالف موجبات الدستور، ويتعين القضاء بعدم دستوريته في نطاق ما وقع فيه من مخالفة.¹

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 131 لسنة 22 ق.د. بجلاسة 7 يوليو 2002.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

إن مبدأ عدم رجعية القوانين وإن كان يتوخى أصلاً حماية الأمن القانوني للأفراد، باعتبار أن تحصين المراكز القانونية المكتملة العناصر ضد المساس بها يعتبر هدفاً مقصوداً ابتداءً من فرضه، إلا أن هذه الحماية ينبغي موازنتها بالمصلحة العامة التي قد تتطلب السماح للسلطة المختصة بإقرار قانون يطبق بأثر رجعي، لذلك يلجأ المشرع إلى إيراد استثناءات على القاعدة العامة-على سبيل الحصر-توجب سريان النصوص القانونية بأثر مباشر، ومن ثم لا يجوز التوسع في هذه الاستثناءات أو القياس عليها، وتتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي:

النص الصريح على الرجعية: نصت المادة 165 من دستور جمهورية مصر لسنة 2014 المعدل والمتمم على أنه: "إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب عليها من آثار."

إن المشرع لا يلجأ إلى تقرير رجعية قانون ما إلا إذا رأى في ذلك تحقيقاً للمصلحة العامة كالقواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة فلا يجوز للأشخاص مثلاً التمسك بحقوق بعدما أصبحت مخالفة للنظام العام والآداب العامة، ونظراً لخطورة الأثر الرجعي للقانون فإنه يجب أن ينص عليه المشرع صراحة¹، والقاعدة العامة في فرنسا ومصر ولبنان أن تحديد الرجعية لا يكون إلا بقانون، فلا يجوز نفاذ القرار الإداري مثلاً في الماضي بغير ترخيص من المشرع نظراً لمساس هذا الأثر الرجعي بالحقوق المكتسبة.²

القانون الجنائي الأصلح للمتهم: يقصد بهذا الاستثناء أن تنسحب القوانين الجنائية الجديدة على الماضي فتخضع لها الجرائم التي ارتكبت قبل نفاذها إذا كانت أصلح للمتهم³، فهو القانون الذي ينشئ للمتهم مركزاً أو وضعاً أفضل له من القانون المفترض تطبيقه عليه، فقد يزِيل هذا القانون الجديد وصف الجريمة عن الفعل الذي ارتكبه أو على الأقل يخفف من

¹ جلاب عبد القادر، غوثي حاج قوسم، مرجع سابق، ص 77.

² رائد محمود يوسف العدوان، نفاذ القرارات الإدارية بحق الأفراد، دراسة مقارنة بين الأردن ومصر، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2013، ص 92؛ أشار إليه: جلاب عبد القادر، غوثي حاج قوسم، المرجع نفسه، ص 78.

³ جلاب عبد القادر، غوثي حاج قوسم، مرجع سابق، ص 79.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

شدة العقوبة التي كانت مقررة له، أو يقرر وجها للإعفاء من المسؤولية أو سببا للإباحة أو لامتناع العقاب دون أن يلغي الجريمة ذاتها أو يخفف العقوبة¹، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الاستثناء في قانون العقوبات المعدل والمتمم في المادة الثانية منه التي تنص على أنه: "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة."² ويشترط لاستفادة المتهم من القانون الأصح ويسري عليه بأثر رجعي أن يكون ذلك قبل صدور الحكم النهائي، أي قبل استنفاد طرق الطعن.

القوانين التفسيرية: قد يتدخل المشرع بإصدار قانون مفسر لقانون سبق وأن أصدره ولكن غموضه قد صعب من عملية تنفيذه ما اضطر المشرع إلى تفسيره، ويطلق على القانون الجديد الذي يصدره المشرع في هذه الحالة القانون التفسيري، هذا الأخير يتضمن قواعد كاشفة عن الحقيقة التي أرادها المشرع منذ تاريخ سريان القانون الغامض، فالقانون التفسيري لا يأتي بجديد ولا ينشئ مراكز أو أوضاع قانونية جديدة، وكنتيجة لذلك فإن هذا القانون التفسيري يسري بأثر رجعي على الوقائع التي تخضع للقانون الغامض، كما أنه يسري على الدعاوي التي رفعت قبل صدوره شريطة ألا يكون قد صدر فيها حكم نهائي غير قابل للطعن.

2- فكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة

إن قابلية توقع القاعدة القانونية أو ما يعرف بمبدأ التوقع المشروع هو محل الأمن القانوني الذي يتعين وجوده كأساس له، فتطبيق القاعدة القانونية يجب أن ينظر إليه من زاويتين: زاوية السلطة المصدرة للقاعدة، وزاوية المخاطبين بها، فالسلطة التشريعية يتعين عليها أن تراعي في القاعدة كل ما يمس معرفتها وتماسكها وسهولة فهمها ووصولها إلى المعنيين بها، أما زاوية المخاطبين بالقاعدة فيجب أن يؤخذ بالحسبان هل كان باستطاعة الأفراد المعنيين -بالنظر إلى معلوماتهم المهنية- توقع القاعدة القانونية أم لا.³

¹ هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 40.

² كذلك المشرع الفرنسي قد أخذ بالاستثناء المتمثل في القانون الأصح للمتهم في المادة 112-1 من قانون العقوبات الفرنسي رقم 92-683 الصادر في 1992/7/22 المعدل والمتمم وفق آخر تعديل له بموجب القانون رقم 2020-1672 الصادر في 24 ديسمبر 2020، ونفس الأمر بالنسبة للمشرع المصري فقد نص في المادة الخامسة من قانون العقوبات رقم 58 لسنة 1938 المعدل بالقانون رقم 147 لسنة 2006 المعدل والمتمم وفق آخر تحديث له في 2021/6/13 على هذا الاستثناء، في حين أن المؤسس الدستوري التونسي قد نص عليه في صلب الدستور في الفصل 28 من دستور 2014 المعدل والمتمم وذلك بصريح العبارة "حالة النص الأرفق للمتهم".

³ رفعت عيد سيد، مرجع سابق، ص 109.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

ويقصد بهذا المبدأ التزام الدولة بعدم مباغطة الأفراد أو مفاجأتهم بما تصدره من قوانين أو قرارات فردية تخالف توقعاتهم المشروعة والمبنية على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القائمة التي تتبناها سلطات الدولة.¹ لذلك يجب أن يتوافر في النص القانوني الوضوح وسهولة الفهم وثبات في الزمن لتتحقق جودته وبالتالي تعزيز ثقة المخاطبين به، بدل الإفراط في الإحالة على النصوص التنظيمية وتعليق نفاذ صدورها، وبالمقابل يجب تفسير النص القانوني من طرف السلطة التنفيذية بما يتوافق مع روح القانون ليصون بذلك الحقوق والحريات لهذا يرتبط الأمن القانوني ارتباطا وثيقا بالأمن القضائي.²

إن التوقعات التي يتعين على الأفراد مراعاتها تستمد من عدة وسائل، منها: الأنظمة القانونية القائمة وسياسات الدولة المعلنة رسميا والوعود المقدمة من الحكومة والتأكيدات والتقارير الصادرة عنها كأن تعد الحكومة مثلا- في إطار اجتماعات رسمية ومعلنة عبر صحف وطنية أو أية وسيلة أخرى معترف بها قضائيا- بألا يتضمن مشروع القانون المزمع إصداره أحكاما تزيد من أعباء الضريبة، ثم يصدر القانون على خلاف هذا الوعد، فإذا كانت الدولة تتبع ناظم السوق الحر، فإنه على الأفراد أن يتوقعوا صدور تشريعات تسير في هذا الاتجاه، كما أن إحالة القانون مهمة وضع أحكامه حيز التنفيذ إلى لائحة تنفيذية يعني توقع الأفراد صدور هذه اللائحة في أي وقت، بيد أنه إذا احتوت اللائحة التنفيذية على أحكام جديدة تخالف بها القانون، فإنه يجوز لصاحب المصلحة أن يتمسك بمخالفة اللائحة لمبدأ التوقع المشروع.³

وقد أكد القضاء الدستوري على هذا المبدأ، خاصة الأوروبي، فحسب المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فإن قابلية توقع القانون تتضمن أنه: "لا يمكن النظر إلى قاعدة قانونية ما كقانون إلا إذا تم الإعلان عنها بدقة كافية تسمح للمواطن بضبط سلوكه وفقها"⁴، وتطبيقا لذلك تم إدانة الحكومة الفرنسية من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكمها

¹ احمد براك، الأمن القانوني/ www.alquds.com/news/article/view/id/2

أشار إليه: د. بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 20.

² نص عليه في الدستور الجزائري المعدل في 2016 في المادة 157 منه "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية".

³ رفعت عيد السيد، مبدأ الأمن القانوني دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، مرجع سابق، ص 112.

⁴ CEDH, 26 avril 1979, SUNDAY Times c/R. Uni. A.30, Les grands arrêts de la cour EDH.PUF. 2003, n°49.

أشار إلى ذلك: رفعت عيد السيد، المرجع نفسه، ص 115، هامش رقم 1.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

الصادر بتاريخ 24 أبريل 1990، ومرجع ذلك أن القواعد القانونية المتعلقة بمراقبة الهواتف في فرنسا، والتي كانت مطبقة قبل صدور القانون الحالي المنظم لهذا الموضوع بتاريخ 10 يوليو 1991 لم تكن واضحة ودقيقة وفي متناول علم الأفراد المخاطبين بأحكامها.¹ وبالمثل أعلنت المحكمة الدستورية الألمانية في قرارها الصادر في 31 مارس 2006 بأن بعض أحكام قانون المبادرات والطلبات والتصويتات الشعبية كانت مخالفة لدستور هامبورج وانتهاكها للثقة المشروعة أو مبدأ التوقع المشروع. أما القضاء الدستوري المصري فقد طبقه بطريقة ضمنية دون الاعتراف به صراحة، خاصة في المجال الضريبي حيث يعتبر عدم تحديد وعاء الضريبة على نحو صريح يسمح للأفراد المكلفين بأدائها بالوقوف عليه وتحديد موقفهم المالي منها إخلالا بمبدأ التوقع المشروع.²

3- حماية واحترام الحقوق المكتسبة

الحق المكتسب هو وضع شرعي بموجبه تتحسن المنفعة التي حصل عليها الشخص جراء قانون أو قرار إداري من الإلغاء أو التعديل وتعتبر حماية الحق المكتسب محل تنازع بين كل من مبدأ الأمن القانوني ومبدأ المشروعية حيث يقضي الأول بعدم اضطراب الحقوق التي يحصل عليها الأشخاص وتحسينها، بينما يرمي الثاني إلى سحب كل قرار غير مشروع مهما رتب من حقوق.³

ويقصد باحترام الحقوق المكتسبة عدم جواز الانتهاك أو التعدي على حق من حقوق الأفراد الشرعية، والحائز عليه بطريقة قانونية أو بموجب قرار أو حكم نهائي من طرف الغير سواء - أكان هذا الغير يمثل سلطة عامة مهما كان نفوذها في الدولة أو شخص طبيعي آخر - خاصة إذا كانت تتعلق بالحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها بالدستور، كحق الملكية وحق الجنسية مثلا.⁴

¹ رفعت عيد السيد، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

² أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 9 لسنة 17 ق.د. بجلسة 7 سبتمبر 1996 وحكمها الصادر في الدعوى رقم 43 لسنة 13 ق.د. بجلسة 6 ديسمبر 1993.

³ شول بن شهرة، الأمن القانوني كقيمة جاذبة للاستثمار الأجنبي في الجزائر، المجلد 3، عدد 2، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، ديسمبر 2018، ص 4.

أنظر أيضا: بهاء الدين إبراهيم، د. عصمت عدلي، يارا إبراهيم الدسوقي، حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص 32.

⁴ Michèle De SALVIA, La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la cour Européenne des droits de l'homme, C.C.C N°11, 2001 ; www.conseil-constitutionnel.fr, visité le 21/11/2022 à 14 :53.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

والى جانب ما سبق ذكره يتطلب تحقيق مبدأ الأمن القانوني أيضا تطبيق مبدأ المساواة ووضوح القواعد القانونية ودقتها وبساطة مصطلحاتها ليسهل فهم مقاصدها وأهدافها على المخاطبين بها، زيادة عن تسهيل الولوج إلى القضاء وكفالة الحق في التقاضي، ناهيك عن عدم تقرير أثر رجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، وإذا ما تم ذلك لابد على المشرع والقضاء الدستوري إيجاد نوع من التوازن بين مبدأ الرجعية الذي يتطلبه مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني.

الفرع الثاني: تقييد الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية تحقيقا لمبدأ الأمن القانوني
إن الإطلاق في تطبيق الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية يؤدي إلى صعوبات متعددة في المجال العملي لها من بينها الإخلال بمراكز قانونية امتد زمن استقرارها، وتحميل الدولة بأعمال مالية تتوء بها خزينتها بما يضعفها في مجال تحقيق مهامها التنموية والنهوض بالخدمات والمرافق العامة التي تمس بمصالح المواطنين في مجموعهم، ولأجل ذلك عادة ما يقرر المشرع وضع ضوابط للحد من الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية للموازنة بينه وبين مبدأ الأمن القانوني.¹

وتعني فكرة الموازنة بين رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية وفكرة الأمن القانوني المواءمة والمصالحة بين قابلية الحياة القانونية للتطور والتغيير من ناحية، وحق الأفراد في ضمان الثبات والاستقرار النسبي لمراكزهم القانونية وما ينشأ لهم من حقوق في ظلها من ناحية أخرى، من خلال الموازنة بين مبدأ المشروعية باعتباره مرآة العدالة وتطبيقا لسيادة القانون ومبدأ الأمن القانوني الذي تفرضها لمصلحة العامة في أحيان عدّة أي أنها مواءمة بين متطلبات المشروعية من جهة واعتبارات ضمان حقوق الأفراد وحماية مراكزهم القانونية من انهيارات مفاجئة يكن لهم يد في إنشائها من جهة ثانية.²

إن فكرة الأمن القانوني ما هي إلا استثناء تلجأ الدول إلى مراعاتها في ظروف وأحداث خاصة يصبح فيها احترام مبدأ المشروعية عائقا أمام تحقيق مصلحة الجماعة لذا تلجأ بعض تشريعات الدول إلى تطبيق مبدأ المشروعية في مجال الرقابة على دستورية القوانين بشكل

¹ هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 96.

² خديجة سرير الحرتسي، الموازنة بين الدفع بعدم دستورية القوانين ومبدأ الأمن القانوني (دراسة مقارنة بين الدستورين الجزائري والبحريني)،

مجلة جيل الدراسات المقارنة، ع5، ص 95، المقال منشور على الموقع الإلكتروني: <http://jilrc.com>، تم الاطلاع عليه يوم 2022/11/21 على الساعة 15:41.

عامر زغير محيسن، مرجع سابق، ص 207.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

جزئي من خلال منع النص المحكوم بعدم دستورية بالنسبة للمستقبل فقط وعض النظر عن تطبيقاته في الماضي وما أحدثه من آثار ومراكز قانونية وبالقدر اللازم لضمان فكرة الأمن القانوني، والموازنة في هذا المعنى تقترب من مفهوم المشروعية الاستثنائية التي تقر بها غالبية الدول عند حدوث الأزمات الطارئة.

بما أن مبدأ الأمن القانوني يمثل استثناء على مبدأ المشروعية، فإنه لا يمكن اللجوء إلى الموازنة بينه وبين مبدأ رجعية أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية إلا إذا توفرت الشروط الآتية:

1. إذا كان إلغاء النص المحكوم بعدم دستوريته بأثر رجعي من لحظة صدوره يؤدي إلى إحداث أضرار بمصالح الأفراد ومراكزهم القانونية أكثر من الفائدة المتحققة من تطبيقه.

2. أن يكون عدم تطبيق مبدأ المشروعية من خلال الحد من أثر الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للماضي بالقدر اللازم لحماية فكرة الأمن القانوني.¹

إن مفهوم الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني لا يعني بالضرورة مراعاتهما معا في كل قضية تعرض على الهيئة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين، بل ينصرف إلى معنى الترجيح بين المبدأين من خلال الأخذ بأحدهما وطرح الآخر وفقا لمعطيات كل قضية والظروف المحيطة بها، بمعنى آخر حتى وإن حدد المشرع الاستثناءات الموضوعية على الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية فإن الأخذ بها من عدمه يعود للسلطة التقديرية للقاضي الدستوري وهو الذي يزن ويقيم حيثيات كل قضية وظروفها ويقرر بعد ذلك ترجيح أحد المبدأين دون الخروج عن المصلحة العامة.²

أولاً: القيود التشريعية للحد من الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية

يقتضي إعمال فكرة الأمن القانوني الحد من الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، وهو ما قامت به تشريعات بعض الدول التي أخذت بالأثر الرجعي، فقد نص المشرع المصري مثلاً في المادة 49 من قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا في فقرتها الثالثة المعدلة بالقرار بقانون الصادر من طرف رئيس الجمهورية رقم 168 لسنة 1998 على أنه: "يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر، على أن الحكم بعدم دستورية

¹ عامر زغير محيسن، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

² عامر زغير محيسن، المرجع نفسه، ص209

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص.

فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن.¹

لقد ذهب بعض الفقه إلى أن القاعدة العامة بعد تعديل هذه الفقرة أصبحت الأثر المباشر وعدم الرجعية وذلك في المفهوم الظاهر للنص²، إلا أنه بالرجوع إلى أحكام المحكمة الدستورية العليا بعد التعديل نجدها قد أكدت على الأثر الرجعي في أحكامها كقاعدة عامة³. أما الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ فهي:

1- تقرير الأثر المباشر بالنسبة لعدم دستورية النصوص الضريبية⁴ وذلك للاعتبارات العملية المتعلقة بصالح الخزينة العامة التي ستضطر في حالة إبطال المحكمة لضريبة بأثر رجعي إلى رد حصيلتها التي أنفقتها في مجال تغطية أعبائها إلى الذين دفعوها من قبل مما يعجزها عن مواصلة تنفيذ خطتها في مجال التنمية، وهي نتيجة غير مقبولة تحت أي ظرف، فمن غير الممكن أن يقبل المشرع، في سبيل حماية الشرعية الدستورية، بإهدار الاستقرار التشريعي وما يترتب على ذلك من انعكاسات خطيرة على الكيان الاقتصادي والاجتماعي للدولة، ومن هذا المنطلق كان مفهوماً حرص المشرع على تحديد الأثر الفوري للحكم الصادر بعدم دستورية التشريعات الضريبية دون ترك أي مجال لأعمال السلطة التقديرية

¹ جاء في المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم 168 لسنة 1998 الصادر بتعديل الفقرة الثالثة من المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا تبريراً لهذا التعديل انه: ".....وتحقيقاً للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع والحفاظ على أمنه اجتماعياً واقتصادياً وهي أمور يرتبط كل منها بالآخر برابطة وثيقة، فقد رئي تعديل حكم الفقرة الثالثة من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 بما يكفل تحقيق الأغراض التالية:

أولاً: تخويل المحكمة سلطة تقرير أثر رجعي لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها وقدرة الخطورة التي تلازمها.

ثانياً: تقرير أثر مباشر للحكم إذا كان متعلقاً بعدم دستورية نص ضريبي..."

² راجع في هذا الخصوص: شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 668 وما بعدها.

³ أنظر: الحكم الصادر بجلسة 2003/1/12 في القضية رقم 192 لسنة 21 ق.د، مجموعة أحكام المحكمة-الجزء العاشر، ص 898.

⁴ إن المحكمة الدستورية الألمانية غالباً ما تفرض الأثر المستقبلي لإعلان التعارض وبشكل خاص في القضايا المتعلقة بالقانون الضريبي، وبشكل مخالف فإن الأثر المستقبلي يبقى استثنائياً إلى حد كبير في سوابق المحكمة العليا الإسبانية.

أنظر لمزيد من التفصيل: عصام سعيد عبد العبيدي، سريان أحكام القضاء الدستوري من حيث الزمان، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 8، ع 1، العدد التسلسلي 29، مارس 2020، ص 264.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

للمحكمة في تحديد أثر آخر في ضوء الرخصة المخولة لها،¹ ولا يستثنى من هذه الحالة إلا المدعي الذي دفع بعدم دستورية النص الضريبي أمام محكمة الموضوع، أو المدعي والمدعى عليه في حالة الإحالة المباشرة من محكمة الموضوع أو الشخص الذي سيستفيد من المحصلة النهائية للحكم بعدم دستورية النص الذي تصدت له المحكمة الدستورية، حيث يحق لهم استرداد جميع أموالهم التي سبق وأن دفعوها كضريبة للخرينة العامة للدولة تطبيقاً لنص ضريبي مخالف لحكم الدستور، في حين يحرم من هذا الحق باقي الأفراد الذين لم يكونوا طرفاً في الدعوى على الرغم من أنهم دفعوا الضريبة استناداً إلى نفس النص المقضي بعدم دستوريته. وفي هذه الحالة لا بد من الإشارة إلى أن لفظ المدعي يتسع ليشمل كل من اتصلت دعواه بالمحكمة الدستورية مستوفية لشروطها القانونية وقت صدور الحكم بعدم دستورية النص الضريبي، أي كل من طعن في ذات النص لكن لم تنظر فيه المحكمة لعدم حلول الأجل، أما من اتصلت دعواهم بالمحكمة بعد صدور الحكم فلا يحق لهم الاستفادة من الأثر الرجعي للحكم.²

على الرغم من أن قاعدة الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي بالنسبة للمدعي تتفق تماماً مع مبدأ الشرعية الدستورية وتضفي الحماية المالية والاقتصادية للأفراد والخرينة العامة، إلا أنه يؤخذ على المشرع المصري أنه قد فرق بين المدعي الذي استطاع أن يرفع دعوى عدم الدستورية أمام المحكمة وغيره من المكلفين الذين لم تسعفهم أوضاعهم لاتخاذ الإجراءات القانونية الخاصة بنظر الدعوى أو لاعتقادهم بأن النص الضريبي موافق لأحكام الدستور، وهو ما يتنافى مع المبدأ الدستوري القاضي بأن النظام الضريبي يقوم على مبدأ العدالة الاجتماعية.³

إعمالاً لقواعد التفسير الضيق، فإن نطاق الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي لا يمتد إلى الأمور الأخرى التي قد تتشابه معه كالرسوم، فهذه الأخيرة تطبق عليها القاعدة العامة لنص المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية بعد التعديل والتي تجيز

¹إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، القاضي الدستوري ورقابته للتشريعات الضريبية، دراسة تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2012، ص. ص 100، 101؛ أشارت إليه: زينب شريف نعمة، شاكركم جميل ساجت، أثر الحكم بعدم دستورية التشريعات الضريبية، دراسة مقارنة، مجلة المعهد، ع 7، 2021، ص 360.

²رمضان صديق محمد، الضرائب بين الفكر المالي والقضاء الدستوري، بدون دار النشر، القاهرة، 1997، ص 168؛ أشارت إليه: زينب شريف نعمة، شاكركم جميل ساجت، المرجع نفسه، ص 362.

³فايز السيد جاد اللساوي، أشرف فايز اللساوي، المحكمة الدستورية العليا، ط 1، شركة ناس للطباعة، بدون مكان النشر، 2002، ص 141؛ أشارت إليه: زينب شريف نعمة، شاكركم جميل ساجت، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

للمحكمة تحديد تاريخ آخر لسريان الحكم، مما يعني أن أمرها يعود للسلطة التقديرية للمحكمة الدستورية التي قد تؤجل سريان الحكم إلى المستقبل أو تقضي بسريان أثر الحكم فيها إلى الماضي.

وأخيراً، فإن الحكم بعدم دستورية النصوص الضريبية قد يكون له في بعض الأحيان أثر رجعي، وذلك في الحالة التي يكون فيها النص ركناً من أركان جريمة جنائية، فلا شك من أن الحكم بعدم دستورية هذا النص من شأنه هدم الركن المادي لجريمة التهرب الضريبي المبنية على هذا النص، ومن ثم فإن الحكم الصادر بالإدانة استناداً إلى هذا النص يعتبر كأن لم يكن تطبيقاً للفقرة الرابعة من نص المادة 49.¹

2- الاستثناء المتعلق بالحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدور الحكم بعدم الدستورية بحكم حاز قوة الأمر المقضي به وهي صفة لا تثبت إلا للأحكام النهائية التي استنفذت طرق الطعن العادية أو بانقضاء مدة التقادم، وهو ما ذهب إليه قضاء المحكمة الاتحادية العراقية عندما قضت بعدم رجعية قراراتها بالنسبة للأحكام المكتسبة للدرجة القطعية حيث قضت: "ويكون القرار قد اكتسب الدرجة القطعية وليس من صلاحية المحكمة الاتحادية العليا النظر في حجية القرارات المكتسبة درجات البتات."²

لابد من الإشارة إلى أن المراكز والحقوق تكتسب إما عن طريق حكم حائز قوة الأمر المقضي به، أو عن طريق انتهاء مدة التقادم، فبالنسبة للطريق الأول ينبغي التمييز فيه بين الحكم الحائز حجية الأمر المقضي به والحائز قوة الأمر المقضي به.

¹ رجب حسن عبد الكريم، الإطار الدستوري لأثر وحجية حكم المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 7، ع 2، ملحق ديسمبر، ص 506.

² أنظر القرار الصادر عن المحكمة الاتحادية 5 / اتحادية / 2006 في 29/5/2006، منشور على موقع المحكمة الاتحادية.

www.irqjudicature.org

حيث قضت بأنه: "لدى التدقيق والمداولة من قبل المحكمة الاتحادية العليا وجد أن المدعي قد أنصبت دعواه على الطعن بالقرار الذي أصدرته هيئة الطعن -التمييزي- لدعوى الملكية العراقية المرقم 7410 / تمييز / 2005 والمؤرخ في 5/3/2006 وطلب فيه نقض القرار المذكور و القرار بإعادة تملكه للدار موضوع الدعوى، وقد وجدت هذه المحكمة أن دعوى المدعي غير واردة قانوناً، حيث أن القرار الذي أصدرته اللجنة القضائية لهيئة دعوى الملكية العراقية في محافظة بغداد المرقم ب 495011 والمؤرخ في 19/10/2005 والذي تمت المصادقة عليه من قبل قسم الطعن-التمييز- في هيئة دعوى الملكية العراقية بقرارها المرقم ب 7410 / تمييز / 2005 والمؤرخ في 5/3/2006 وبذلك يكون القرار قد اكتسب الدرجة القطعية وليس من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا النظر في صحة القرارات المكتسبة لدرجة البتات، لأن ذلك يعني خلق طريق من طرق الطعن في الأحكام القضائية وهذا غير جائز، لأن طرق الطعن وجدت حصراً وبموجب تشريع وإذا ما أريد إضافة طريق جديد للطعن بها فيلزم أن يكون ذلك تشريعاً. وعليه قرر رد دعوى المدعي وتحمله مصاريف الدعوى وصدر القرار بالاتفاق في 2/ جمادى الأولى / 1427 هـ الموافق 29/5/2006 م.

أشار إلى ذلك: سوز حميد مجيد، مرجع سابق، ص 444.

إن قوة الأمر المقضي به متعلقة بالجانب الشكلي للحكم القضائي، بحيث تمنحه قوة إجرائية معينة تحول دون قابليته للطعن بأي طريق من طرق الطعن العادية، سواء بصوره غير قابل لها أو لاستنفادها أو لانقضاء مواعيدها دون ممارستها. أما الحجية فهي متعلقة بمضمون الحكم حيث تحصنه من معاودة فحصه بدعوى مبتدأة ومجددة، وبالتالي فهو يكتسبها ولو كان ابتدائيا.¹

إن الحكم الناتج مرتبط بالخصومة في حد ذاتها حيث يمنع الاستمرار في هذه الخصومة بأي طعن، أما الحجية فمجالها يتحقق خارج هذه الخصومة، ومفادها تقادي تكرارها بواسطة دعوى مبتدأة ومجددة بذات الخصوم وبالنسبة لنفس الموضوع والسبب.²

وبهذا فإن حجية الحكم الجنائي تقتضي عدم جواز محاكمة المتهم من جديد عن ذات الواقعة التي سبق محاكمته عنها وصدر بشأنها حكم قطعي.

بالرجوع إلى المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديلها يلاحظ أن المشرع المصري استعمل مصطلح "قوة الأمر المقضي به"، في حين أن التعديل الأخير لهذه المادة لم يشر إلى الحقوق المكتسبة وإنما ترك الأمر بيد القاضي الدستوري هو الذي يحدد متى يكون الأثر مباشرا حالاً أو مستقبلاً ومتى يكون رجعياً.

بالنسبة إلى مفهوم الأحكام القضائية المكتسبة لقوة الأمر المقضي فيه، فقد وضحته المحكمة الدستورية العليا في أحد أحكامها حيث أكدت على أن الحكم بعدم الدستورية لا يطال الحقوق والمراكز التي قد استقر أمرها في ظل القانون المحكوم بعدم دستوريته، وذلك بناء على حكم قضائي يتوافر فيه شرطان هما: أن يكون الحكم باتاً استنفذ طرق الطعن جميعها، وأن يكون صادراً قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا.³

¹ جمال الطاهري، حجية الأمر المقضي في المادة المدنية، محاولة حد وتحديد، دراسة تأصيلية مقارنة مركزة في القانونين المغربي والفرنسي للدفع بسبق الفصل ونطاق تطبيقه، ط1، 2011، ص. ص 58؛ أشار إليه: معزي أمال، حجية الشيء المقضي به وحق المحكوم عليه في طلب إعادة النظر، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد ب، ع 47، جوان 2017، ص 412.

² لقد جاء نص المشرع الجزائري في المادة 338 من القانون المدني صريحاً في هذا المعنى، إذ قرر أن: "الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقص هذه القرينة..." والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد تعامل مع الحجية كقرينة قاطعة وتناولها ضمن القرائن القانونية من خلال الفصل الثالث من الباب السادس من القانون المدني.

³ أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 22 لسنة 18 ق.د ب جلسة 30 نوفمبر 1996 والذي جاء فيه أن: "إذا كان قضاؤها مبطلاً لنص غير جنائي، فإن أثره الرجعي يظل جارياً، ومنسحباً إلى الأوضاع والعلاقات التي اتصل بها مؤثراً فيها، حتى ما كان منها سابقاً على نشره في الجريدة الرسمية، ما لم تكن الحقوق والمراكز التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي توافر فيه شرطان: أولهما: أن يكون باتاً وذلك باستنفاد طرق الطعن جميعها. ثانيهما: أن يكون صادراً قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا، ومحمولاً على النصوص القانونية عينها التي قضى ببطولتها.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

وقد عرض أمر أثر حكم المحكمة الدستورية العليا على العلاقات السابقة على صدوره والتي استقرت بحكم نهائي على دوائر محكمة النقض وقد اتجه بعضها إلى الاكتفاء بصدور حكم نهائي، وهذا ما يحول دون إعمال محكمة النقض للأحكام الدستورية التي تصدر أثناء نظرها للطعون المتداولة أمامها، بينما اتجه البعض الآخر إلى اشتراط أن يكون هذا الحكم باتاً أي استنفذ طرق الطعن بما فيها الطعن بالنقض، وهذا ما يسمح بتطبيق وإعمال أثر حكم المحكمة الدستورية أثناء نظر الطعون المعروضة أمام محكمة النقض، وقد عرض هذا الخلاف على الهيئة العامة للدوائر المدنية بمحكمة النقض وأصدرت حكمها في 17/5/1999 أخذت فيه بالرأي الأخير. وبالتالي فإن الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا تكون نافذة الأثر على الطعون المنظورة أمام محكمة النقض¹.

وفي الكويت، على الرغم من أن النصوص التشريعية التي قررت قاعدة الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية جاءت على إطلاقها دون أن يرد عليها أي قيد، فإن المحكمة الدستورية الكويتية قد حدثت من إطلاق هذه القاعدة وقيدتها بعدم المساس بالحقوق والمراكز القانونية التي استقرت بناءً على أحكام قضائية باتة تكون محمولة على النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته، وهو ما قرره لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية الكويتية في حكمها الصادر بتاريخ 24 / 12 / 2004 في الطعن رقم 4 / 2004 بقولها أنه: "من المسلم به -كأصل عام - أنه ولئن كان إبطال النص التشريعي لعدم دستوريته هو تقرير بزواله ووجوده منذ نشأته، وبما مؤداه امتناع تطبيقه بعد إبطاله، إلا أن أثر ذلك لا ينسحب على الحقوق والمراكز القانونية التي استقرت بناءً على أحكام قضائية، متى كان هذا القضاء محمولاً على النص الذي قضي بإبطاله، كما لا يستطيل هذا الأمر إلى تقرير انعدام تلك الأحكام، أو إلى إهدار حجيتها أو إنكارها أو نقضها أو المساس بها"². وفي إسبانيا فإن الإلغاء من قبل المحكمة الدستورية الإسبانية لا يوفر أساساً قانونياً لمراجعة الإجراءات المنتهية "الأحكام القضائية الحائزة لقوة القضية المقررة" باستثناء الإجراءات

¹ الأثر الرجعي للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

تم الاطلاع عليه يوم 2022/11/28 على الساعة 12:00.
سناء سيد خليل، النظام القانوني المصري ومبادئ حقوق الإنسان، شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية (برنامج الأمم المتحدة الإنمائي) دون سنة نشر، ص 62؛ أشار إليه: عصام سعيد عبد العبيدي، مرجع سابق، ص 258.
² عز الدين الديناصور، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 582-585؛ عصام سعيد عبد العبيدي، مرجع سابق، ص 263.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

الجنائية أو النزاع الإداري المتعلق بإجراء الجزاء الذي من خلاله يستلزم إلغاء القاعدة المطبقة إما: لتخفيض الجزاء أو العقوبة أو للاستثناء، الإعفاء، أو تحديد المسؤولية.¹

أما بالنسبة لإيطاليا فيستثنى من قاعدة الأثر الرجعي العلاقات القانونية التي استقرت بشكل قاطع من خلال حكم قضائي نهائي أو بالتقادم، كما أن للمحكمة الدستورية أن تُقيّد قاعدة الأثر الرجعي بوسيلتين: الأولى تسمى بعدم الدستورية الطارئة أو التدخلية (Intervening Unconstitutionality) حيث يسري الحكم بأثر فوري أو مباشر عند ظهور أحداث معينة، كحدوث تغيير في البيئة المالية والاقتصادية أو الاتجاهات والمواقف الاجتماعية، أما الوسيلة الثانية فهي عدم الدستورية المؤجلة (Deferred Unconstitutionality) أو كما تسمى بالأحكام التحذيرية والتيمن خلالها تقوم المحكمة الدستورية بتأجيل الإعلان عن عدم الدستورية بمنحها للمشرع فترة محددة من الوقت ليتصرف قبل أن يصبح التشريع لاغياً، أو بعبارة أخرى ترسل المحكمة الدستورية رسالة للمشرع الذي يجب عليه أن يعدل القانون أو النظام ليتجنب الإلغاء وآثاره السلبية وبشكل خاص على الخزينة العامة. وينبغي القول بأن هذه الاستثناءات مقررة بواسطة المحكمة الدستورية الإيطالية من دون أساس دستوري أو قانوني يخولها بذلك.²

تجدر الإشارة إلى أنه في بلجيكا تتميز أحكام الإلغاء الصادرة من المحكمة الدستورية البلجيكية بالرجعية المطلقة، ذلك أن القانون الخاص بالمحكمة الدستورية البلجيكية لعام 1989 قد وفّر إمكانية إلغاء الأحكام القضائية النهائية والباتة للمحاكم الإدارية والمدنية والجنائية، لا بل فإنه حتى أحكام المحكمة العليا البلجيكية-أي محكمة النقض-وأحكام مجلس الدولة البلجيكي يمكن أن تُلغى إذا ما استندت على القاعدة الملغاة.³

أما بشأن اكتساب الحقوق بانقضاء مدة التقادم التي تستثنى من الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية في مصر، فإنها تبرز في مجالات عديدة منها المجال الضريبي، فمثلاً نصت المادة 174 من قانون الضرائب على الدخل رقم 157 لسنة 1981 على أنه:

¹Article (4) /1 from Organic Law on Constitutional Court of 3 October 1979 :

<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-en.PDF>, (last visited 6/11/2018).

²أشار إليه: عصام سعيد عبد العبيدي، مرجع سابق، ص 256.

³عصام سعيد عبد العبيدي، مرجع سابق، ص 265.

³عصام سعيد عبد العبيدي، المرجع نفسه، ص 257.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

"يسقط حق الحكومة بالمطالبة بما هو مستحق لها بمقتضى هذا القانون بمضي خمس سنوات"، وكذلك أشارت المادة 175 من القانون ذاته بأنه: "يسقط حق الممول في المطالبة باسترداد الضرائب التي دفعت بغير وجه حق بمضي خمس سنوات"، وبذلك لا يمتد أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية بأثر رجعي، إذا كان حق المطالبة قد سقط بانقضاء مدة التقادم، أي في حالة مضي مدة التقادم المقررة قانوناً دون أن يطالب صاحب الحق به.¹

ينبغي الإشارة إلى نقطة مهمة تتعلق بالأثر الرجعي لأحكام الإدانة التي نصت عليها المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية، حيث قد تثار مشكلة إذا ما كان الحكم بعدم الدستورية قد أصاب نصاً جنائياً لمصلحة متهم كان قد طبق عليه وصدر تطبيقاً له حكم جنائي حائز لقوة الأمر المقضي فيه، فهذه المشكلة لم تعرض على المحكمة الدستورية، ولكن يمكن إيجاد حل لها من خلال إعمال عدم رجعية نصوص التجريم إلا إذا كانت أصلح للمتهم، وبذلك فإن الحكم بعدم دستورية نص جنائي أصلح للمتهم يطبق بأثر مباشر وليس بأثر رجعي، على أساس أن القاضي العادي ملزم بتطبيق القانون الأصلح للمتهم، وهذه الحالة تعتبر استثناء هي الأخرى على مبدأ رجعية الحكم الصادر بعدم دستورية نص جنائي بالإدانة.²

3- تخويل المحكمة الدستورية العليا سلطة تقرير أثر غير رجعي لحكمها - أي أثر فوري أو مستقبلي - في ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى الدستورية، التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها وقدرة الخطورة التي تلازمها، وهذا يعني في نظر الفقه أن عبارة - ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر - التي وردت بالمادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية بعد تعديلها لا تقتضي حتماً حصر الرخصة الممنوحة للمحكمة الدستورية بترتيب الأثر المباشر للحكم، بل تمتد إلى إعطاء مهلة معينة تقدرها المحكمة، ويترتب بعدها أثر الحكم لكي ترتب الحكومة أوضاعها في ضوء هذا الأثر، أو لكي تعطي للسلطة التشريعية مهلة لتفادي الآثار الناجمة عن إصدار هذه الأحكام، فإذا انقضت هذه المهلة رتب الحكم أثره اعتباراً من اليوم التالي لانقضاء هذه المهلة، فضلاً عن ذلك فإنه يجب على المحكمة الدستورية إذا رأت منح هكذا مهلة أن تحدد في حكمها ما إذا كان الحكم

¹ رمضان صديق محمد، الضرائب بين الفكر المالي والقضاء الدستوري، دون دار نشر، دون مكان نشر، 1997، ص. ص.
192، 196؛ أشار إليه: عصام سعيد عبد العبيدي، المرجع نفسه، ص 258.

² عصام سعيد عبد العبيدي، مرجع سابق، ص 259.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

يسري بأثر مباشر بعد انقضاء هذه المهلة أم بأثر رجعي بحسب الأصل، فتكون فائدة المهلة هي تمكين المشرع من معالجة نتائج هذا الحكم، أو تمكين المراكز القانونية السابقة على إصدار الحكم من اكتساب حجيتها واستقرارها البات طبقاً للقانون.¹

ثانياً: لجوء القاضي الدستوري إلى نظرية الأوضاع الظاهرة

تعد نظرية الأوضاع الظاهرة إحدى النظريات القضائية التي أنشأها القضاء للمواءمة بين الاعتبارات المختلفة التي تحيط بالمنازعات الواقعية المعقدة التي تضع أمامه حقائق الحياة العلمية وتثير الكثير من الفروض التي تأبى الخضوع للمنطق القانوني المجرد، ويقصد بالظاهر في نظرية الأوضاع الظاهرة المركز الواقعي الذي يتخذ صورة المركز القانوني رغم أنه في الحقيقة ليس كذلك ويستتبع خطأ بشأنه.²

وطبقاً لنظرية الظاهر، وبتوافر شروطها تأخذ التصرفات القائمة على مراكز ظاهرة نفس الآثار القانونية للتصرفات المستندة إلى المراكز القانونية الصحيحة التي تعتبر التصرفات الظاهرة تقليداً لها³، وقد كان لجوء القاضي الدستوري إلى نظرية الأوضاع الظاهرية المعمول بها في نطاق القانون الإداري وسيلة للتوفيق بين الأمن القانوني ورجعية الأحكام الدستورية، كما هو الحال بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا المصرية حيث أصدرت حكمها في 19 مايو 1990⁴ بعدم دستورية المادة الخامسة - مكرراً - من القانون رقم 38 لسنة 1972 في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم 188 لسنة 1986 فيما تضمنته من النص على أن يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردي، ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية، حيث خلصت المحكمة في قرارها إلى القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه لمخالفته لمبدأ المساواة بين المرشحين لانتخابات البرلمان.

¹ عصام سعيد عبد العبيدي، المرجع نفسه، ص 260.

² عاطف نصر مسلمي على، نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه. جامعة عين شمس، 1992، ص 1؛ أشارت إليه: هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 111.

³ ماجد راغب الحلو، نظرية الظاهر في القانون الإداري، مجلة الحقوق والشريعة، ع 1، السنة الأولى، جامعة الكويت، 1980، ص 49؛ أشارت إليه: هانم أحمد محمود سالم، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁴ حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 37 لسنة 9 ق. د جلسة 19/05/1990، منشور بالجريدة الرسمية ع 22 مكرر في 1990/6/3، ومتوفر على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا:

<https://scourt.gov.eg>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/12/17 على الساعة 13:13.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

ولما كان مجلس الشعب القائم آنذاك قد تم تشكيله بناء على هذا النص التشريعي المخالف للدستور، فإن المحكمة رتبت على ذلك بطلان تشكيل هذا المجلس وبأثر رجعي، ولكنها وفي الوقت ذاته قضت بأن هذا البطلان لا يستتبع إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات، وما اتخذه من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية، بل تظل تلك القوانين والقرارات والإجراءات قائمة على أصلها من الصحة، ومن ثم تبقى صحيحة ونافاذة، وذلك ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستورياً، أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة

الدستورية العليا إن كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بني عليه هذا الحكم، وهذا يعني أن تقرير المحكمة الدستورية لهذا الاستثناء على الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية هو لمنع حدوث انهيار قانوني إذا ما سقطت القوانين التي أقرها مجلس الشعب من قبل.

إن هذا الحكم يشبه إلى حد كبير نظرية الموظف الفعلي¹ أو الموظف الظاهر² المعمول بها في القانون الإداري والقضاء الإداري، حيث اعترف القضاء الإداري الفرنسي والمصري³ وحتى الجزائري بصحة بعض التصرفات الصادرة عن بعض الأشخاص الذين لم يصدر قرار تعيينهم في الوظيفة العامة من السلطة المختصة أو من كان قرار تعيينهم معيباً، كما هو الحال بالنسبة لنواب مجلس الشعب في الحكم الصادر أعلاه، على أن الموظف الفعلي وليد ظروف استثنائية مثل الحروب والثورات، إعمالاً لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد، في حين أن وجود الموظف الظاهر يكون لحماية الجمهور في الظروف العادية

¹ يمكن تعريف الموظف الفعلي بأنه: "شخص لم يصدر قرار بتعيينه في الوظيفة العامة أو صدر قرار ولكنه صدر معيباً، وقام بممارسة بعض التصرفات أو الاختصاصات المعهودة لموظف عام".

أشار إليه: شريف يوسف خاطر، الوظيفة العامة، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2011، ص 10.

² يمكن تعريف الموظف الظاهر بأنه: "ذلك الشخص الذي لا يعتبر موظفاً عاماً أصلاً أو غير مختص بممارسة العمل الوظيفي إما لعدم توليه الوظيفة أو بطلان توليه للوظيفة أو الاستمرار غير المشروع في الوظيفة أو ممارسة الاختصاص الظاهر للغير حسن النية من موظف قانوني".

وتزول صفة الموظف عن هذا الشخص برجوع الإدارة في قرار التعيين أو بإلغائه بحكم قضائي لعدم مشروعيته.

أسعد طه أحمد، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء، مذكرات لطلبة دبلوم القانون، جامعة الزاوية، ص 13؛ إسماعيل أحفيظه إبراهيم، أهمية دور الموظف العام في سير المرفق العام، مجلة العلوم القانونية والشرعية، ع 1، السنة الأولى، ديسمبر 2012، ص 90.

أشار إليهما: عبد الله منصور الشائبي، نظرية الموظف الفعلي، والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء، مجلة العلوم القانونية والشرعية، ع 8، بدون سنة النشر، ص. ص 91، 92.

³ فقد اعتمد مجلس الدولة المصري بفكرة الظاهر في مجال إثبات الجنسية باعتباره وسيلة لإثبات الجنسية المصرية القائمة على حق الدم، وأن الحالة الظاهرة تمثل قرينة قضائية على أن هذه القرينة ليست ذات حجية مطلقة. أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1956/11/10 في القضية رقم 355 لسنة 2 قضائية، متوفر كاملاً على الموقع الإلكتروني:

<https://quadaya.net>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/12/17 على الساعة 12:55.

الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

لخطأ في توليه الوظيفة وليس لظروف استثنائية¹، ولكن كلا الصفتين يعتد بهما في القانون والقضاء حماية للجمهور حسن النية المتعامل معهما، وهذا هو الهدف الأساسي الذي دفع القضاء الدستوري المصري إلى تبني هذه النظرية ذلك أن مجلس الشعب يضطلع بمهمة سامية هي تمثيل إرادة الشعب ووضع القوانين فلا يتصور أن تلغى جميع القوانين التي أصدرها المجلس والتي استقر العمل بها ونتج عنها مراكز قانونية وحقوق مكتسبة، فقط لأن طريقة تشكيل المجلس كانت بناء على قانون ثبت لاحقا أنه غير دستوري، وبهذه الطريقة يعتبر تبني نظرية الأوضاع الظاهرة استثناء على رجعية الحكم بعدم الدستورية من أجل حماية استقرار الأمن القانوني، وهو الفعل الصواب من وجهة نظرنا.

وتجدر الإشارة إلى أن حكم المحكمة الدستورية العليا لسنة 1990 لم يكن الأول والأخير الذي اعتمدت فيه على نظرية الأوضاع الظاهرة²، فقد أصدرت بتاريخ 8 يوليو لسنة 2000 حكما قضت فيه بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة 24 من القانون رقم 73 لسنة 1956 المتعلق بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، قبل تعديله بالقانون رقم 13 لسنة 2000، وذلك فيما تضمنته من جواز تعيين رؤساء اللجان الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية، وقد جاء في حكمها أن إجراء انتخابات لمجلس الشعب بناء على نص تشريعي قضى بعدم دستوريته يؤدي إلى اعتبار المجلس المذكور باطلان إلا أن هذا البطلان لا يستتبع البتة إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من إجراءات خلال المدة السابقة على تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية، حيث تظل هذه القوانين والأعمال صحيحة ومنتجة استنادا إلى نظرية الأوضاع الظاهرة وقرينة الصحة التي تتمتع بها الأعمال والقرارات، طبعاً ما لم يتم إلغاؤها أو تعديلها من طرف الجهة المختصة دستورياً أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم يصدر من المحكمة الدستورية إن كان لذلك وجه آخر غير ما بني عليه هذا الحكم.³

إن تفسير هذا الاستثناء، المبني على نظرية الأوضاع الظاهرة، من الأثر الرجعي لدى المحكمة يعود بالدرجة الأولى إلى اعتبارات عملية جوهرية تتعلق أساساً بضرورة الحفاظ على

¹ عبد الله منصور الشائبي، مرجع سابق، ص92.

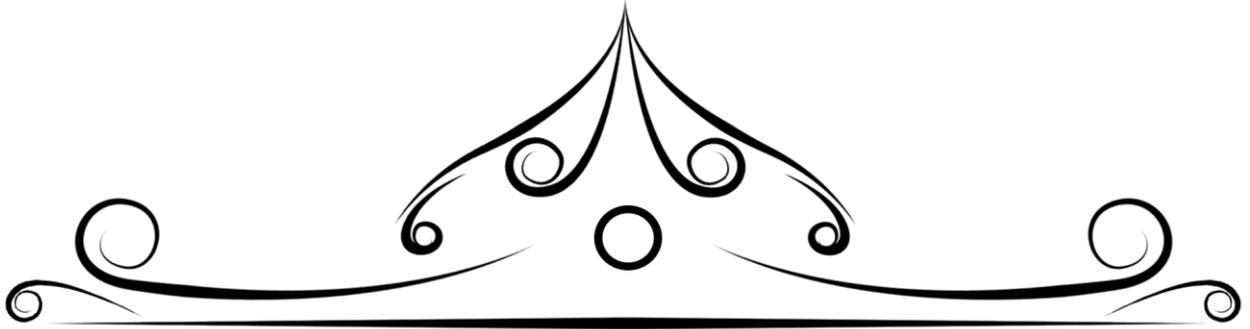
² أنظر أيضاً حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 20 لسنة 34 ق. د بجلسة 2012/6/14، منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا: <https://scourt.gov.eg>

³ أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 11 لسنة 13 ق. د بجلسة 8 يوليو سنة 2000، متوفر على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية: <https://scourt.gov.eg> تم الاطلاع عليه يوم 2022/12/17 على الساعة 13:40.

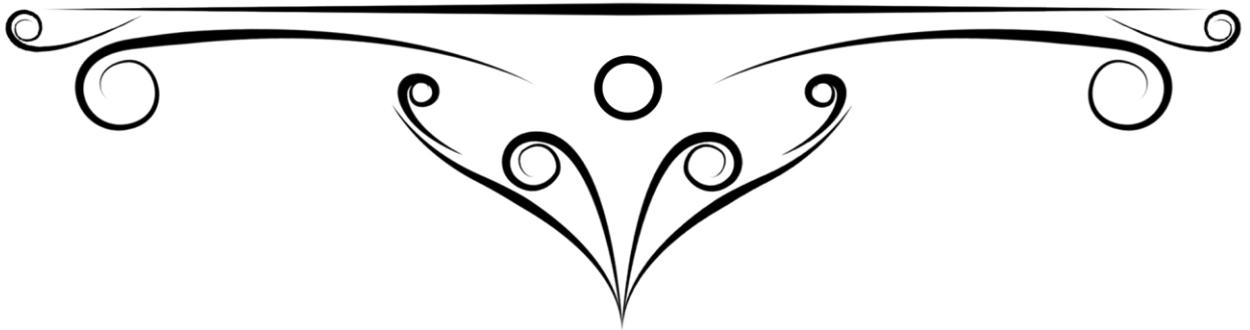
الفصل الثاني: مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

الاستقرار السياسي للدولة وتقادي حدوث انهيار دستوري نتيجة إبطال قوانين وقرارات وإجراءات مجلس الشعب المحكوم ببطلان تشكيله، والذي سيؤثر حتماً على مبدأ الأمن القانوني، ويعتبر هذا النوع من الأحكام مثالا رائعا لحسن السياسة القضائية في المجال الدستوري خاصة، فهي نموذج لما ينبغي أن تكون عليه الأحكام في المسائل المتعلقة بالسلطات العامة في الدولة وضمانات الحقوق والحريات تجاهها، فهي تأكيد لسيادة القانون وإعلاء لمبدأ المشروعية الذي يستلزم خضوع الجميع للقانون بما في ذلك السلطات العامة في الدولة وعلى رأسها السلطة التشريعية، وتبعاً للحكم الصادر سنة 1990 أصدر رئيس الجمهورية بمصر في سبتمبر عام 1990 قراراً بدعوة الناخبين للاستفتاء على حل مجلس الشعب استناداً للمادة 136 من دستور 1971 الملغى وجاءت نتيجة الاستفتاء آنذاك بالموافقة المطلقة على حل مجلس الشعب، وتم حله فعليا في 12 أكتوبر 1990، وتمت دعوة الناخبين لانتخاب أعضاء جدد لمجلس الشعب في 29 نوفمبر عام 1990 وذلك وفقا للقرار بقانون رقم 201 لسنة 1990 الخاص بمجلس الشعب.¹

¹ هانم أحمد محمود سالم، مرجع سابق، ص 148.



الخاتمة



إن البحث في موضوع آلية الدفع بعدم الدستورية باعتبارها ضمانة قانونية لحماية الحقوق والحريات الأساسية يعد بحثا محوريا مهما في مجال القانون الدستوري بصفة عامة، باعتباره يكشف عن أهم مواضيعه وهي دولة الحق والقانون وعن تجسيدها من خلال حماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية من جهة ، ومن جهة أخرى يبرز كيفية تعامل المؤسس الدستوري والمشرع الجزائري مع هذا المقتضى أو الإجراء الدستوري الحديث نسبيا بالنسبة للنظام القانوني الجزائري كونه تبنى هذه الآلية مع بداية سنة 2016 ، بالإضافة إلى سعيه نحو تجسيد دولة قانونية ذات شرعية دستورية خاصة في مجال الحقوق والحريات، فمكانة الدولة داخل المجتمع الدولي ترتقي كلما كان تجسيدها للحقوق والحريات قويا وفعالا وناجحا. ولقد أوصلتنا دراسة هذا الموضوع ومقارنة عناصره ومعطياته مع القوانين الدستورية المقارنة أمثال القانون الفرنسي والمصري والمغربي والتونسي وحتى نظام الدفع الفرعي بالولايات المتحدة الأمريكية، والتي خدمت هذا الموضوع وساهمت في إثرائه، إلى عدد من الاستنتاجات المهمة والتي يمكن عرضها كالتالي:

* إن الدفع بعدم الدستورية الذي اعتمده المؤسس الدستوري الجزائري ذو طبيعة خاصة تجمع بين مميزات الرقابة الدستورية المنتجة للإلغاء والرقابة الدستورية المنتجة للامتناع، فهو دفع موضوعي لا ينتمي إلى طائفة المسائل الأولية ولا إلى طائفة المسائل الفرعية ولكنه يحمل صفات كل منها، كإرجاء الفصل في الدعوى الأصلية إلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية، واشتراط الجدية فيه وتأثيره على الدعوى الموضوعية القائمة، واعتباره من المسائل العارضة بمعنى من عوارض الخصومة، وهو ليس من النظام العام ولكنه يتميز ببعض صفاته كإمكانية إثارته في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، فهو حق عام لكل متقاض تتعرض حقوقه وحرياته للانتهاك بمناسبة النظر في دعوى أمام القضاء يكون طرفا فيها.

* لم يعرف المشرع الجزائري الدفع بعدم الدستورية وترك المسألة للفقه، وقد أجمعت غالبية التعريفات التي وضعها فقهاء القانون الدستوري خاصة بأنه وسيلة تمكن أطراف الدعوى بمناسبة الدعاوى القائمة أمام إحدى جهات القضاء من اللجوء إلى المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري ، لكن بطريقة غير مباشرة بهدف الاعتراض على حكم تشريعي أو تنظيمي سيطبق على الدعوى، على أساس أنه ينتهك أحد الحقوق أو الحريات التي يضمنها

الدستور، فهي وسيلة مفتوحة تسمح لكل شخص له مصلحة جدية بمعارضة دستورية قانون ما أو الطعن فيه أمام القضاء باعتباره طرفا في الدعوى لكن وفق شروط محددة.

*معظم التشريعات التي أقرت آلية الدفع بعدم الدستورية ربطت بين مكنة الدفع بعدم الدستورية وبين حماية الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، فلا سبيل للدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة، وإن كان سيطبق على النزاع ويتوقف عليه مآله، ما لم يشكل تطبيقه انتهاكا لأحد حقوق أو حريات مثير للدفع بعدم الدستورية.

*حتى يتمكن الفرد من الدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة لا بد أن يتمتع بصفة المتقاضي، أي لا بد له أن يكون طرفا في دعوى موضوعية قائمة أمام القضاء وله مصلحة في عدم تطبيقه على النزاع المعروض مهما كانت صفته سواء مدعي أو مدعى عليه أو متدخلا أو مدخلا أو مستأنفا أو معترضا بالنقض أو معترضا بصفة شخصا خارجا عن الخصومة، فلا بد له من صلة قانونية بالدعوى الموضوعية والقانون أو اللائحة المطبقة على النزاع والتي تمثل أساس له يتوقف عليها مآله، لذلك فالدفع بعدم الدستورية تتصف بأنها وسيلة غير مباشرة للأفراد تسمح لهم بإثارة مسألة الدستورية.

*إن نطاق الدفع بعدم الدستورية يتحدد من خلال النصوص القانونية المنظمة لشروطه وإجراءاته، ومن خلال قرارات الهيئة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين التي تكشف عن اتجاهاتها ومواقفها، وبالرجوع إلى القواعد المنظمة لآلية الدفع بعدم الدستورية سواء في فرنسا(القانون الأساسي 2009-1523)، أو الجزائر(القانون العضوي 22-19)، أو المغرب(مشروع القانون التنظيمي الملغى رقم 15-85)، يمكن القول بأن القاضي الدستوري ينظر فقط في العيوب التي أثارها الخصوم دون سواها، بحيث لا مجال لتطبيق القاعدة العامة التي تقتضي بأنه على القاضي الدستوري الفصل في عدم الدستورية الخارجية قبل الفصل في الموضوع، مثلما هو معمول به في مصر، لأنه وفقا لهذا النظام لا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ما لم يثرها الخصوم، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن آلية الدفع بعدم الدستورية تم إقرارها كأداة لحماية حقوق وحريات الأفراد من الانتهاكات التي قد تطالها نتيجة تطبيق حكم تشريعي أو تنظيمي مخالف للدستور، وبالتالي يمكن إثارة دفع بعدم دستورية أي حكم تشريعي أو تنظيمي لمواجهة كافة المخالفات المنتهكة لحقوق وحريات الأفراد سواء كان ذلك بسبب مخالفتها لقواعد الاختصاص الايجابي أو السلبي بما في ذلك

الامتناع التشريعي والإغفال التشريعي مثلا لمبدأ المساواة أو إحدى الضمانات القانونية المقررة لتحقيقه، وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي ومجلس الدولة الفرنسي على ذلك عندما تم اعتبار الإغفال التشريعي أحد الأسانيد التي يمكن التمسك بها لإثارة مسألة الأولوية الدستورية ولكن فقط في حالة تضرر حق من الحقوق أو حرية من الحريات التي يضمنها الدستور، ولا شك أن المحكمة الدستورية الجزائرية ستتبنى هذا الموقف مستقبلا في قراراتها الصادرة في مجال الدفع بعدم الدستورية، ولعل قرارات المجلس الدستوري الجزائري سابقا والمحكمة الدستورية الجزائرية حاليا خير دليل على اتجاه القاضي الدستوري الجزائري نحو تبني موقف المجلس الدستوري الفرنسي خاصة أنهما قد باشرا بطريقة غير مباشرة رقابتهما على صور الإغفال التشريعي لمبدأ المساواة والتقاضى على درجتين.

* إن سن القانون أو اللائحة وفق إجراءات وشكليات مخالفة للدستور، على الرغم من أنه يمكن إلغاؤه لهذه الأسباب واعتباره غير دستوري، إلا أنه لا يمكن الاحتجاج بمخالفتها عند الدفع بعدم دستورتها إلا إذا تم إثبات أنها تنتهك أحد الحقوق أو الحريات التي يضمنها الدستور، والأمر نفسه بالنسبة لركن السبب في التشريع سواء كان عاديا أو فرعيا فلا يهم عدم توضيح أسبابه لأنه غالبا ما يفصح المشرع عن أسباب وهمية وغاياته الحقيقية ليست ما أفصح عنه، في حين أن الركن الحيوي في التشريع والذي يعتبر معقل المخالفات التي تقع على الحقوق والحريات يتمثل في عنصر المحل والغاية بالإضافة إلى على التناسب بين أدوات تنظيم الحق أو الحرية وتقييدها وبين المصلحة العامة.

* لا يمكن الوقوف بالرقابة على دستورية القوانين عند مجرد المقابلة الحرفية بين نصوص التشريع ونصوص الدستور، وإلا فقدت تلك الرقابة الدستورية أهميتها، ولذلك يجب على القاضي الدستوري البحث عن الغاية الحقيقية من وراء سن التشريع ورقابته في هذه الحالة ليست رقابة ملائمة وإنما هي من قبيل رقابة المشروعية الدستورية، فهو لا يراقب ضرورة التشريع من عدمها ولا يتدخل في السياسة التشريعية للمشرع وإنما يبحث فقط عن غاية المشرع الحقيقية من وراء سنه لتشريع ما، والتي قد تظهر من خلال مثلا فكرة الخطأ الظاهر في التقدير أو مبدأ التناسب، فالبحث في غاية المشرع الحقيقية هو بحث في الانحراف التشريعي، والمشرع في استعماله لسلطته التقديرية في اختيار وترجيح الوسائل والبدائل والخيارات يتعين عليه أن يتغيا المصلحة العامة دون سواها، فإن هو انحراف عنها

وابتغى غيرها لحقه عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية الذي يتعين على القاضي الدستوري مراقبته.

إن شرط توافر الجدية يعتبر معيارا تقديريا غير مستقر وواضح وقد يكون تقدير الطبيعة الجادة للمسائل محلا لتقديرات مختلفة من جانب القضاة، ومع ذلك يمكن القول بأن استجماع الشروط الموضوعية لقبول الدفع بعدم الدستورية يفضي في الأخير إلى تحقيق شرط الجدية في الدفع بعدم الدستورية.

* إن الوجه الأول لحماية الحقوق والحريات هو إضفاء الطابع الدستوري عليها، ويكون ذلك بإدراجها ضمن وثيقة الدستور وكفالاته لها، وقد ساهم القضاء الدستوري في توسيع مفهوم الكتلة الدستورية للحقوق والحريات، وكل ما يدخل ضمنها يمكن أن يحتج به من خلال الدفع بعدم الدستورية.

* إن موضوع الدفع بعدم الدستورية يتناسب كثيرا مع موضوع الحقوق والحريات الأساسية التي يعترف بها الدستور ويضمنها، فهو حق يسمح للأفراد بالدفاع عن حقوقهم وحرياتهم ضد أي انتهاك، وقد أحسن المؤسس الدستوري الجزائري اختيار عبارة الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، ذلك لأنها تفتح المجال لجميع الحقوق والحريات التي اعترف بها الدستور سواء بصريح العبارة في مواده أو بطريقة ضمنية

* إن إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية ضمن المنظومة القانونية الجزائرية يعتبر خطوة مهمة نحو تعزيز حماية الحقوق والحريات تحقيقا لأسمى مميزات دولة الحق والقانون ، وقد بدأ المجلس الدستوري هذه المهمة تم تسليم الشعلة إلى المحكمة الدستورية بعد ذلك والتي أصدرت 29 قرارا في مجال الدفع بعدم الدستورية في عامها الأول من تنصيبها وقرارين في بداية عامها الثاني، ويعتبر ذلك إنجازا لا بأس به بالمقارنة مع جاراتها المحكمة الدستورية المغربية والتونسية اللتان على الرغم من أنهما أسبق في الوجود منها إلا أنهما لم تباشرا فعليا الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع باستثناء الدفع الذي رفضت المحكمة الدستورية المغربية النظر فيه بحجة أن القانون التنظيمي المنظم لشروطه وإجراءاته لم يصدر بعد، لكن هذه الآلية أثبتت نجاعتها أمام المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية المصرية في ضمانها الحماية الأمثل للحقوق والحريات، والقرارات الصادرة في هذا المجال خير دليل وبرهان.

*بخصوص بعض العبارات التي استعملها كل من المؤسس الجزائري والمشرع الجزائري، فقد أصاب في بعضها وخاب في بعضها الآخر، على سبيل المثال عبارة حكم تشريعي أو تنظيمي كانت في محلها فالحكم قد يضم نصين أو قانونين أو مادتين أو فقرة واحدة أو فقرتين، وعبارة التي يضمنها الدستور تخدم الغاية التي من أجلها أوجد المؤسس الدستوري الجزائري هذه الآلية ضمن منظومتنا القانونية كونها لا تحصر طائفة الحقوق والحريات التي تشملها حماية هذه الآلية في زاوية ضيقة تتجلى فقط فيما نصت عليه الوثيقة الدستورية، أما عن بعض الملاحظات المتعلقة باستعمال المصطلحات القانونية فلا بد على المؤسس الدستوري أن يعيد النظر في استعماله لها مثل مصطلح الإخطار الذي يعتبر سياسيا أكثر منه قضائيا ولا يتماشى مع طبيعة الدفع بعدم الدستورية القضائية وكذا طبيعة الجهة المكلفة بالرقابة الدستورية حاليا، ألا وهي المحكمة الدستورية، كما لا بد له من الفصل في شأن الاختيار بين عبارة الإعلام والإشعار والتبليغ، أو على الأقل توضيح سبب توظيفه لكل منها.

*إن القانون العضوي رقم 22-19 المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية الجزائرية قد اهتم ببعض النقاط التي لم ينص عليها القانون العضوي 16-18، كإمكانية التدخل في الدفع بعدم الدستورية على مستوى محاكم الموضوع، وتأكيد بصريح العبارة على عدم إمكانية الدفع بعدم الدستورية من طرف النيابة العامة بعدما أثارت هذه النقطة جدالا واسعا في ظل القانون العضوي 16-18، كذلك سمح بإثارة الدفع بعدم الدستورية حتى أمام المحكمة الجنائية الابتدائية بعدما كان ذلك غير ممكن بالقانون الملغى رقم 16-18، لكنه بالمقابل قد أهمل عدة جوانب وإجراءات ضرورية كان لا بد من الإشارة إليها مثل الجانب الشكلي لمذكرة الدفع بعدم الدستورية والبيانات التي يجب أن تشتمل عليها، بالإضافة إلى التأكيد على ضرورة تمكين رئيس الجمهورية من تقديم ملاحظاته إلى جانب الأطراف الأخرى المعنية بالدفع.

* إن تعديل 2020 الدستوري جاء ببعض الإيجابيات أهمها:

- إدراج الأحكام التنظيمية ضمن نطاق الدفع بعدم الدستورية والذي من شأنه تعزيز حماية الحقوق والحريات من الانتهاكات، خاصة أن التنظيمات أصبحت تهيمن على العملية التشريعية مقارنة بالبرلمان، هذه التنظيمات التي عادة ما تفلت من الرقابة الدستورية كونها لا تخضع إلا للرقابة الاختيارية والمقيدة بشهر واحد من تاريخ نشرها (المادة 190 من الدستور المعدل سنة 2020)، فهي الأكثر خطورة على الحقوق والحريات كونها تنظم مسائل الضبط الإداري ، وكذلك المراسيم التنفيذية التي أضحت تتعدى حدود تنفيذ القانون لابد من إيقافها عند حدها.

- تغيير المؤسس الدستوري للصياغة الواردة في نص المادة 188 من الدستور المعدل في 2016 التي جاءت عامة وكان نصها كالاتي (يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور)، وأصبح نصها كالاتي (بحقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور) بموجب المادة 195 من الدستور المعدل في 2020 ، وهكذا أصبحت أكثر دقة وتتعلق فقط بحقوق وحريات مثير الدفع نفسه ولا تحتمل التعميم.

* لقد أعطى المؤسس الدستوري الجزائري للمحكمة الدستورية السلطة التقديرية في تقرير الوقت الذي يسري فيه أثر الحكم بعدم الدستورية، ولم يحدد بدقة إذا ما كان الحكم بعدم الدستورية يسري بأثر رجعي أو مباشر أو مستقبلي، لكنه بالرجوع إلى قرارات المجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا يلاحظ أنهما تبنيا الأثر المباشر مع إعمال قاعدة الأثر النافع لمثير الدفع بعدم الدستورية، لكن ذلك لا يمنع المحكمة الدستورية مستقبلا من تقرير الأثر الرجعي استثناء في بعض الحالات، لأنه لا توجد مادة صريحة تمنعها من ذلك.

* في الأخير يمكن القول بأن تشكيلة المحكمة الدستورية الجزائرية تشكيلة بعيدة عن ترجيح كفة السلطة التنفيذية والعضوية في المحكمة الدستورية فهي عضوية قائمة على الكفاءة العلمية، وهو ما سيساعد كثيرا في تعزيز آلية الدفع بعدم الدستورية والإسهام في نجاحها في المهمة التي وجدت لأجلها، ألا وهي حماية الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

إن اطلعنا على موضوع الدفع بعدم الدستورية عن قرب ومعاينة قواعده وأحكامه شكل لنا نظرة عامة عن محدداته ومعالمه، وعلى إثر ذلك يمكننا طرح الاقتراحات التالية:

* ضرورة تكوين القضاة والمحامين وعقد اللقاءات والورشات العلمية لطلبة الحقوق في موضوع الدفع بعدم الدستورية وهذا بالتنسيق مع المحكمة الدستورية.

* تعزيز ثقافة الفرد ووعيه بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور بالتعاون مع كافة المؤسسات العمومية ومؤسسات المجتمع المدني والمؤسسات التعليمية وصولاً إلى الفرد في حد ذاته، وهو ما بدأت المحكمة الدستورية الجزائرية في تطبيقه حيث انطلقت في حملات تحسيسية عبر ولايات الوطن، كما عقدت اتفاقيات تعاون مع المحاكم الدستورية التابعة لبعض الدول بغرض تبادل الخبرات وتكوين موظفيها كالأردن والعراق.

* عدم الإكثار من المصطلحات المتشابهة أو المتقاربة أثناء صياغة المواد المتعلقة بشروط وإجراءات الفصل في الدفع بعدم الدستورية على جميع المستويات، خاصة إذا تعلق الأمر بإجراء واحد، فقد لا تحمل المصطلحات -خاصة القانونية منها- نفس المعنى وهو ما قد يؤدي إلى تأويلات أخرى للمادة المشرع في غنى عنها، وقد تؤدي إلى صعوبة تطبيقها.

* إعادة صياغة المادة 195 من الدستور المعدل سنة 2020 والتخلي عن مصطلح الإخطار، لتصبح كالاتي: "تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع بعدم الدستورية، وذلك بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في الدعوى أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع يمس بحقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور".

* السماح للمحكمة الدستورية بإمكانية تصديها لدستورية أحكام تشريعية أو تنظيمية أخرى غير التي تم إثارتها من خلال الدفع بعدم الدستورية، وكذلك الأمر نفسه بالنسبة لقاضي الموضوع من خلال إعطائه مكنة إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه كما هو مطبق في مصر.

* وضع نموذج شكلي لمذكرة الدفع بعدم الدستورية حتى يكون موحدًا ويسهل على مثير الدفع تقديمها، خاصة إذا لم يستعن بمحام.

* لا بد على المؤسس الدستوري أن يوضح بدقة النطاق الزمني لسريان أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية، حماية للحقوق والحريات وخاصة مثير الدفع، فحتى لو اختار الأثر المباشر

فإن بعض الحالات تتطلب العمل بقاعدة الأثر الرجعي استثناءً أو تأجيل سريان الحكم بعدم الدستورية إلى أجل لاحق، فالأمر يتطلب التفصيل أكثر في هذه النقطة كما فعل المشرع المصري، خاصة أن الأمر يتعلق بحماية الحقوق والحريات الأساسية من جهة وتحقيق الأمن القانوني ومتطلباته من جهة أخرى.

*توضيح المقصود بجرائم القانون العام الواردة في المادة 35 من النظام المحدد لقواعد المحكمة الدستورية، وتحديد الحالات التي يمكنها أن تمس بالنظام العام أو الآداب العامة والتي تؤدي إلى عقد جلسات الدفع بعدم الدستورية بشكل سري، على الأقل على سبيل المثال لا الحصر لتكوين تصور عام حولها.

*تحديد الرسم القضائي الذي يجب تسديده من قبل مثير الدفع، وذلك في صورة وديعة يمكن له استعادتها في حالة قبول الدفع والحكم فيه بعدم الدستورية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: باللغة العربية:

1-المصادر:

أ: القرآن الكريم:

-سورة يس.

-سورة البقرة.

-سورة المائدة.

-سورة الأنبياء.

-سورة الحجرات.

-سورة الشورى.

ب: القواميس والمعاجم:

-ابن منظور، لسان العرب، ج12، بيروت، ط 1994.

-ابن منظور، لسان العرب، الجزء 8، دار صابر، بيروت، 2003.

-ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأفرقي، لسان العرب، ج 7.

- بطرس البستاني، قطر المحيط، مكتبة لبنان.

-لسان العرب، ج 11.

- مجد الدين الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2005.

- مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط، ج1، ط4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة.

ج: الدساتير و القوانين:

1-الدساتير والقوانين الوطنية للجمهورية الجزائرية:

*الدساتير:

1-الدستور الجزائري الصادر في 08 سبتمبر 1963، ج. ر. ج. ج. ع64 الصادرة في 10 سبتمبر 1963.

2-الدستور الجزائري الصادر في 22 نوفمبر 1976، ج. ر. ج. ج. ع94 الصادرة في 24 نوفمبر 1976، المعدل بموجب القانون رقم 79-06 المؤرخ في 7 يوليو 1979، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 80-01 المؤرخ في 12 يناير 1980، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 88-22 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتضمن نشر التعديل الدستوري الذي وافق عليه الشعب في استفتاء 13 نوفمبر 1988، ج. ر. ج. ج. ع45 المؤرخة في 5 نوفمبر 1988.

3-الدستور الجزائري الصادر في 23 فبراير 1989 ، ج. ر. ج. ج. ع 9 المؤرخة في 1 مارس 1989، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج. ر. ج. ج. ع 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج. ر. ج. ع 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج. ر. ج. ج. ع 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

4-القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري ج، ر، ج، ج، ع 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

5-المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج. ر. ع. 82 الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

***المعاهدات والاتفاقيات الدولية:**

-إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر بقرار من الجمعية التأسيسية الوطنية في 26 أغسطس 1789.

-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في جلستها العامة الـ 183 المنعقدة بباريس في 10 ديسمبر 1948 بموجب القرار رقم 217 ألف/د-3.

-إعلان الحق في التنمية المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 41/128 المؤرخ في 4 ديسمبر 1986.

-الميثاق العربي لحقوق الإنسان اعتمد من قبل القمة العربية السادسة عشر التي استضافتها تونس في 23 مايو/ أيار 2004، موجود نسخة منه على الموقع الإلكتروني لمكتبة حقوق الإنسان

بجامعة منيسوتا: <http://hrlibrary.umn.edu>

***القوانين العضوية:**

1-القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة والذي يحدد اختصاصاته وقواعد عمله، المؤرخ في 30/05/1998، ج. ر. ج. ج. ع 37 مؤرخة في 1/06/1998 المعدل بالقانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 23/07/2011، ج. ر. ج. ج. ع 43 المؤرخة في 3/08/2011، المعدل بالقانون العضوي رقم 18-02 المؤرخ في 4/03/2018، ج. ر. ج. ع 15 مؤرخة في 7/03/2018، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 22-11 المؤرخ في 9 جوان

- 2022 المتعلق بتنظيم مجلس الدولة وسيره واختصاصاته، ج. ر. ج. ج. ع 41 الصادرة في 16 جوان 2022.
- 3- القانون العضوي رقم 4-11 المؤرخ في 21 رجب 1425 الموافق ل 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج. ر. ج. ج. ع 57 الصادرة في 8 سبتمبر 2004.
- 4- القانون العضوي 5-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي، ج. ر. ج. ج. ع 51، 2005 المؤرخة في 20 يوليو 2005، المعدل بالقانون العضوي 17-6 المؤرخ في 27 مارس 2017، ج. ر. ج. ج. ع 20 مؤرخة في 29 مارس 2017، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 22-10 المؤرخ في 9 جوان 2022، ج. ر. ج. ج. ع 41 الصادرة في 16 جوان 2022.
- 5- القانون العضوي 11-12 المؤرخ في 26 يوليو 2011 الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، ج. ر. ج. ج. ع 42 الصادرة في 31 يوليو 2011.
- 6- القانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 12 /01 /2012، ج. ر. ع 1 المؤرخة في 14 /01 /2012، المعدل بالأمر رقم 21-01 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالانتخابات الصادر في 10 مارس 2021، ج. ر. ج. ج. ع 17 الصادرة في 10 مارس 2021.
- 7- القانون العضوي رقم 12-03 المؤرخ في 12 يناير 2012 الذي يحدد كفاءات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، ج. ر. ج. ج. ع 1، الصادرة في 14 يناير 2012.
- 8- القانون العضوي رقم 12-04، المتعلق بالأحزاب السياسية، المؤرخ في 12 /01 /2012، ج. ر. ع 2 المؤرخة في 15 /01 /2012.
- 9- القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439/2 سبتمبر 2018 المحدد لشروط وكفاءات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، ج. ر. ج. ج. ع 54 الصادر في 5 سبتمبر 2018.
- 10- القانون العضوي رقم 22-12 المؤرخ في 27 جوان 2022 الذي يحدد طرق انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء وقواعد تنظيمه وعمله، ج. ر. ج. ج. ع 44 المؤرخة في 27 جوان 2022، المعدل للقانون العضوي المتعلق بتشكيله المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته.
- 11- القانون العضوي رقم 22-19 المحدد لإجراءات وكفاءات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية المؤرخ في 25 يوليو 2022، ج. ر. ج. ج. ع 51 الصادرة في 31 يوليو 2022.

*القوانين العادية والأوامر:

- 1-الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الملغى، ج. ر. ع 47، المؤرخة في 9 جوان 1966.
- 2-الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 21-11 المؤرخ في 25 غشت سنة 2021، ج. ر. ج. ج. ع 65 الصادرة في 26 غشت 2021.
- 3- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل بالقانون رقم 11 لسنة 2004 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 الصادر في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02 لسنة 2020.
- 4-الأمر رقم 71-28 المؤرخ في 22 أبريل 1971 المتضمن قانون القضاء العسكري المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-14 المؤرخ في 29 يوليو 2018.
- 5-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 7-5 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج. ر. ج. ج. ع 31.
- 6-القانون رقم 83-03 المؤرخ في 5 فيفري 1983 المتعلق بحماية البيئة المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية البيئة والتنمية المستدامة، ج. ر. ج. ع 43 الصادرة في 20 يوليو سنة 2003.
- 7-القانون رقم 85-02 المؤرخ في 26 يناير 1985 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالأمر رقم 21-11 المؤرخ في 25 غشت 2021، ج. ر. ج. ج. ع 65 الصادرة في 26 غشت 2021.
- 8-القانون رقم 88-28 المؤرخ في 19 جويلية 1988 المعدل بالقانون رقم 90-14 المؤرخ في 2 يونيو 1990، ج. ر. ع 23، المؤرخة في 6 يونيو 1990 المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-30 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، المعدل والمتمم بالأمر 96-12 المؤرخ في 9 ذي القعدة 1410/جوان 1996، ج. ر. ع 36 المؤرخة في 25 محرم والذي تم تعديله لاحقا بموجب القانون رقم 22-06 المؤرخ في 25 أبريل 2022 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، ج. ر. ج. ج. ع 30 الصادرة في 27 أبريل 2022.
- 9-القانون رقم 89-02 المؤرخ في 7 فيفري 1989، المعدل بالقانون رقم 09-3 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المعدل والمتمم بالقانون 18-9 المؤرخ في 10 يونيو 2018 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر. ع 35، مؤرخة في 13 جوان 2018، المعدل والمتمم

بالقانون رقم 22-18 المؤرخ في 24 يوليو 2022، ج. ر. ج. ج. ع 50 المؤرخة في 28 يوليو 2022.

10- القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحكمة الإدارية واختصاصاتها المؤرخ في 30/05/1998، ج. ر. ج. ج. ع 37 مؤرخة في 1/06/1998.

11- الأمر رقم 06-03 المتضمن قانون الوظيفة العامة المؤرخ في 15 يوليو 2006 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 22- 22 الصادر في 18 ديسمبر 2022، ج. ر. ج. ج. ع 85 الصادرة في 19 ديسمبر 2022.

12- القانون رقم 07-06 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتنميتها، ج. ر. ج. ج. ع 31 الصادرة في 1 مايو سنة 2007.

13- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية الجزائي المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2020، ج. ر. ج. ج. ع 48 الصادرة في 17 يوليو 2020.

14- القانون رقم 11-02 المؤرخ في 17 فبراير 2011، يتعلق بالمجالات المحمية في إطار التنمية المستدامة، ج. ر. ج. ج. ع 13 الصادرة في 28 فبراير سنة 2011.

15- القانون رقم 12- 6 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتعلق بالجمعيات، ج. ر. ج. ج. ع 2 الصادرة في 15 يناير 2012.

*المراسيم:

المراسيم الرئاسية:

-المرسوم الرئاسي رقم 5-279 المؤرخ في 14/08/2005 المتضمن إصدار النظام الداخلي للمحكمة العليا، ج. ر. ج. ج. ع 55، الصادرة في 15/08/2005.

-المرسوم الرئاسي رقم 22-93 المؤرخ في 2022 يتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المحكمة الدستورية، ج. ر. ج. ج. ع 17 الصادرة في 8 مارس 2022.

المراسيم التنفيذية:

مرسوم تنفيذي رقم 98-356 المؤرخ في 14/11/1998 يحدد كيفية تطبيق أحكام القانون 98-02 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 11-195 المؤرخ في 22/05/2011، ج. ر. ج. ج. ع 29 مؤرخة في 22/05/2011.

-المرسوم التنفيذي رقم 11/262 المؤرخ في 20/07/2011 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للتسيير المدمج للموارد المائية، ج. ر. ج. ج. ع 43 الصادرة في 30 يوليو 2011، والذي تم

استدراك بعض أحكامه في 26 أكتوبر 2011، ج. ر. ج. ج. ع 59 الصادرة في 26 أكتوبر 2011.

***المقررات:**

-المقرر الصادر في 11 أبريل 2022 الذي يحدد التنظيم الداخلي لهياكل المحكمة الدستورية وأجهزتها، ج. ر. ج. ج. ع 25 الصادرة في 12 أبريل 2022.

***الأنظمة الداخلية:**

1-النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري المؤرخ في 7 رمضان 12/1440 ماي 2019 ، ج. ر. ج. ع. 42، المؤرخة في يونيو 2019، المعدل بمداولة صادرة عن المجلس الدستوري مؤرخة في 18 صفر 17/1441 أكتوبر 2019.

2-النظام الداخلي لمجلس الدولة الصادر في 27 أكتوبر 2019 بالجريدة الرسمية عدد 66.

3-النظام الداخلي للمحكمة الدستورية المؤرخ في 10 صفر 1444 الموافق ل 6 سبتمبر 2022، موجود على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية:

<https://www.cour-constitutionnelle.dz> :

4-النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 04 بتاريخ 22 جانفي 2023.

***المحاضر والمداولات:**

1-محضر الجلسة العلنية 67 المنعقدة يوم الإثنين 18 يونيو 2018(صباحا)، الفترة التشريعية 8، دورة البرلمان العادية 2017-2018، الجريدة الرسمية لمناقشات المجلس الشعبي الوطني رقم 77، السنة 2، بتاريخ 3 يوليو 2018، ص6.

2-المداولة المؤرخة في 23 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 28 نوفمبر 2021 المتعلقة بقواعد عمل المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية موجودة على مستوى الموقع الإلكتروني

للمحكمة الدستورية: <https://www.cour-constitutionnelle.dz>

***الآراء والقرارات القضائية:**

1/قرارات المجلس الدستوري:

1-قرار المجلس الدستوري الجزائري رقم 01-89 المؤرخ في 20 أوت 1989 المتعلق بقانون الانتخابات، ج. ر. ج. ج. ع 36، مؤرخة في 30 أوت 1989.

2-قرار المجلس الدستوري الجزائري رقم 02/89 المؤرخ في 30/08/1989 والمتعلق بالقانون الأساسي للنائب.

نشرية أحكام الفقه الدستوري الجزائري الصادرة عن المجلس الدستوري لسنوات 1989-1996-الجزائر، 1996.

<https://www.conseil-constitutionnel.dz/index.phd/ar->

3-قرار المجلس الدستوري الجزائري رقم 02/ق. أ/م د/2000 المؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1420هـ الموافق لـ 27 فبراير 2000 يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97-15 المحدد للقانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى.

4-قرار المجلس الدستوري الجزائري رقم 01/ق. م د/ د ع د/ 19 مؤرخ في 23 ربيع الأول عام 1441 الموافق 20 نوفمبر سنة 2019، وقراره رقم 02/ق. م د/ د ع د/ 19 مؤرخ في 23 ربيع الأول عام 1441 الموافق 20 نوفمبر سنة 2019، موجود على الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة الدستورية، بأرشيف المجلس الدستوري:

<https://cour-constitutionnelle.dz>

5-القرار رقم 02 ق م د/ د ع د /20 المؤرخ في 8 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 23 ديسمبر 2020.

6-قرار المجلس الدستوري الجزائري رقم 01/ق م د/د ع د/21 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1442هـ الموافق 10 فبراير سنة 2021.

7-القرار رقم 16/ق.م.د/21 المؤرخ في 26 رجب عام 1442 الموافق 10 مارس سنة 2021 المتعلق بمراقبة دستورية الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، متواجد في أرشيف المجلس على الموقع الإلكتروني:

<http://www.cour-constitutionnelle.dz>

8-قرار المجلس الدستوري رقم 02/ق.م. د.د.ع. د/21 المؤرخ في 5 غشت 2021 المتضمن تمديد أجل الفصل في ملف الدفع إلى أربعة أشهر.

9- قرار المجلس الدستوري رقم 03/ق. م د/ د ع د/ 21 المؤرخ في 22 محرم عام 1443 الموافق 31 أوت 2021 المتضمن تمديد أجل الفصل في الدفع بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 633.

2/ آراء المجلس الدستوري:

1-رأي المجلس الدستوري رقم 01/ر.أ.ق. عض.م.د/97، الصادر في 06 مارس 1997.
2-رأي المجلس الدستوري رقم 04/ 98 المؤرخ في 13 /06 /1998 حول دستورية المواد من 4 إلى 7 و 11، 12، 14، 15 و 23 من القانون المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو

البرلمان، أحكام الفقه الدستوري الجزائري، المجلس الدستوري 1998، رقم 3، الجزائر. ومن أرشيف المجلس، آراء 1998.

<https://www.cour-constitutionnelle.dz>

3- رأي المجلس الدستوري الجزائري رقم 2/1 ليوم 2002/04/03 المتعلق بدسترة الأمازيغية كلغة وطنية.

4- رأي المجلس الدستوري رقم 01/ر.ق.ع/م د/04 المؤرخ في 5 فبراير سنة 2004، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل المتمم للأمر رقم 97-07 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات

5- رأي المجلس الدستوري الجزائري رقم 08/01 المؤرخ في 2008/11/07 المتعلق بتعديل الدستور فيما يخص توسع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة.

6- رأي المجلس الدستوري الجزائري رقم 05/ر.م. د/ 11 المؤرخ في 22 ديسمبر 2011 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد كفاءات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة رقم 12-03 للدستور، منشور على أرشيف المجلس الدستوري بالموقع الإلكتروني:

<https://www.cour-constitutionnelle.dz>

7- رأي المجلس الدستوري رقم 02/ر.م. د/12 المؤرخ في 8 يناير سنة 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام.

8- رأي المجلس الدستوري رقم 03/ر.ق.ع/م. د/ 18 المؤرخ في 20 ذو القعدة عام 1439 هـ، الموافق ل 2 غشت 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكفاءات تطبيق الدفع بعدم الدستورية للدستور الصادر بالجريدة الرسمية عدد 54 مؤرخة في 5 سبتمبر 2018.

3/قرارات المحكمة الدستورية:

1-قرار المحكمة الدستورية رقم 01/ق.م د / د ع د / 21 المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 28 نوفمبر 2021، موجود على موقع الإلكتروني: <https://www.cour-constitutionnelle.dz>

2-القرار الصادر عن المحكمة الدستورية رقم 02/ق.م د/د ع د/ 21 المؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 5 ديسمبر سنة 2021.

3-قرار رقم 03/ق. م د/د ع د/21 مؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 5 ديسمبر 2021.

4-قرار رقم 01/ق. م د/د ع د/22 مؤرخ في 26 جانفي 2022، ج. ر. ج. ج. ع 34.

5-قرارات المحكمة الدستورية رقم 2، 3، 4، 5، 6، 7، 8، 9، 10، 11، 12، 13، 14، 15،

16، 17، 18، 19، 20، 21، 22 الصادرة في 26 جانفي 2022، ج. ر. ج. ج. ع 34.

6-قرار المحكمة الدستورية رقم 23/ق. م د/د ع د/22 المؤرخ في 26 جانفي 2022، ج. ر. ج. ع 34.

القرارات منشورة بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 54، ومتواجدة على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية:

<https://www/cour-constitutionnelle/dz>

7-قرار المحكمة الدستورية رقم 04 ق. م. د/ر م د/22 مؤرخ في 29 ذي القعدة 2022، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، للدستور، موجود في الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية:

<https://cour-constitutionnelle.dz>

8-قرار المحكمة الدستورية رقم 28/ق. م د/د ع د/22 المؤرخ في 23 مارس 2022، ج. ر. ج. ع 54، ومتواجد على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية:

<https://www/cour-constitutionnelle/dz>

9-قرار المحكمة الدستورية رقم 29/ق. م. د/2022 المؤرخ في 25 مايو 2022 المتضمن الدفع بعدم دستورية المادة 20 من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج. ر. ج. ج. ع 55.

10-قرار رقم 30/ق. م. د/د ع د/22 المؤرخ في أول ربيع الثاني عام 1444 الموافق 26 أكتوبر 2022 يتعلق بالدفع بعدم دستورية المواد 815 و 826 و 904 و 905 و 906 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، ج. ر. ج. ج. ع 06 الصادرة في 31 جانفي 2023.

11-قرار رقم 31/ق. م. د/د ع د/22 المؤرخ في أول ربيع الثاني عام 1444 الموافق 26 أكتوبر 2022 يتعلق بالدفع بعدم دستورية المادة 43 من قانون البلدية رقم 11-10، ج. ر. ج. ج. ع 06 الصادرة في 31 جانفي 2023.

4/قرارات المحكمة العليا:

1-قرار المحكمة العليا رقم19/00016 الصادر بتاريخ 26 ديسمبر 2019، متوافر على الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا

<https://www.corsupreme.dz>

2-قرار الإحالة الصادر عن المحكمة العليا رقم 20/00004 الصادر بتاريخ 03/09/2020، متوافر على الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا

<https://www.corsupreme.dz>

3-القرار رقم 00005 الصادر في 13/10/2020 متوافر على الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا

www.coursupreme.dz

4-قرار المحكمة العليا رقم 00006 الصادر بتاريخ 13/10/2020 موجود على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://droit.mjjustice.dz>

5-قرار المحكمة العليا رقم 21/00001 الصادر بتاريخ 18/03/2021 موجود على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://droit.mjjustice.dz>

6-قرار المحكمة العليا رقم 21/00002 الصادر بتاريخ 05/04/2021 موجود على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://droit.mjjustice.dz>

7-قرار المحكمة العليا رقم 00005 الصادر في 26/04/2021، موجود على الموقع الإلكتروني التالي: www.coursupreme.dz

8-قرار الإحالة تحت رقم الفهرس 21/00007 الصادر في 12 سبتمبر 2021.

5/القرارات الصادرة عن مجلس الدولة:

-قرار مجلس الدولة رقم 00001 /22 الصادر في 15/06/2022، والقرار رقم 22/00002 الصادر في 15/06/2022.

2-الدساتير والقوانين الأجنبية:

2-أ-الدساتير:

-دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971، المعدل والمتمم في 2014 المعدل والمتمم في 2019 بقرار الهيئة الوطنية للانتخابات رقم 38 لسنة 2019 بإعلان موافقة الشعب على التعديلات التي أدخلت عليه بالاستفتاء في 23 أبريل 2019.

- الدستور المغربي المراجع بتاريخ 1 يوليوز 2011، ج.ر.ع 5964 مكرر الصادرة في 20 يوليو 2011، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 91-11 الصادر في 29 جويلية 2011، ج.ر.ع 5964 مكرر المؤرخة في 30 جويلية 2011.

- الدستور التونسي الصادر في 27 جانفي 2014، الرائد الرسمي لجمهورية تونس ع45، المعدل والمتمم.

-الدستور الأردني الصادر في 1952 المعدل والمتمم في 2011، ج. ر للمملكة الأردنية الهاشمية، ع 5117 الصادرة بتاريخ 01 تشرين الأول سنة 2011.

-دستور البحرين الصادر بتاريخ 06/12/1973 المعدل والمتمم في 14 فبراير 2002 موجود على الموقع الإلكتروني: <http://hrlibrary.umm.edu>

-دستور جمهورية العراق المؤقت لسنة 1970.

-دستور جمهورية العراق الصادر في 28 كانون الأول من عام 2005 بجريدة الوقائع العراقية عدد 4012.

-دستور دولة قطر الدائم الصادر في 8 يونيو 2004.

-دستور الجمهورية العربية السورية المعدل في فبراير 2012، موجود على الموقع الإلكتروني:

<https://www.constituteproject.org>

-الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل بموجب القانون 2008-724 المؤرخ في 23 جويلية.

-دستور الو.م. أ لسنة 1787 وتعديلاته.

-دستور الاتحاد السوفيتي المعتمد في 7 أكتوبر 1977 المعدل والمتمم إلى غاية 2014.

-الدستور البرتغالي المعتمد في 02 أبريل 1976 المعدل والمتمم في 2005.

-دستور إيطاليا الصادر في 27 /12 /1947.

-دستور ألمانيا الفيدرالية القانون الأساسي ليون 23 /05 /1949.

-الدستور الإسباني الصادر في 9 /12 /1931.

-الدستور الإسباني لسنة 1978.

2-ب-القوانين:

*النصوص القانونية للجمهورية التونسية:

-القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 30 جوان 1999- المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص.

<https://majles.marsad.tn>

-القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر يتعلق بالمحكمة الدستورية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 98، المؤرخ في 8 ديسمبر 2015، www.Justice.gov.tn

-القانون عدد 23 الصادر في 24 جويلية 1968 المتعلق بإعادة تنظيم قانون المرافعات الجنائية المعدل بالقانون عدد 5 لسنة 2016 المؤرخ في 16 فيفري 2016.

-القانون عدد 74 لسنة 2003 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار.

-الأمر الرئاسي عدد 117 لسنة 2021 المؤرخ في 22 سبتمبر المتعلق بالتدابير الاستثنائية المؤرخ في 22 سبتمبر 2021، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع 86، الصادرة في 2021/09/22.

*النصوص القانونية للمملكة المغربية:

-قانون التنظيم القضائي المغربي المؤرخ في 15 يوليو 1974 المعدل في 17 غشت 2011.
-القانون رقم 3-80 الصادر الأمر بتنفيذه بالظهير الشريف رقم 1.6.07 المؤرخ في 14/02/2006 المعدل في 26 أكتوبر 2011، المتعلق بمحاكم الاستئناف الإدارية بالمغرب.

-قانون المسطرة المدنية المغربي، ظهير الشريف بمثابة قانون رقم 447-1.74 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 سبتمبر 1974)، ج. ر. ع 3230 مكرر بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 سبتمبر 1974)، ص 2741، المعدل والمتمم بتاريخ 26 أغسطس 2019، ثم بتاريخ 22 يوليو 2021.

-الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.338 بتاريخ 24 جمادى الثانية 1394 (15 يوليو 1974) المتعلق بتنظيم محاكم الجماعات ومحاكم المقاطعات تنظيمها واختصاصاتها.
-ظهير الشريف رقم 139.14.1 صادر في 16 من شوال 1435 (13 أغسطس 2014) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 13.066 المتعلق بالمحكمة الدستورية، ج. ر. ع 6288 بتاريخ 8 ذو القعدة 1435 (4 سبتمبر 2014)، ص 6661.

القانون التنظيمي رقم 066.13 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.139 الصادر في 16 شوال 1435 (13 أغسطس 2014) المتعلق بالمحكمة الدستورية المغربية، الجريدة الرسمية ع 6288.

مشروع القانون التنظيمي المغربي الملغى رقم 15-86 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور.

***النصوص القانونية لجمهورية مصر العربية:**

-قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1938 المعدل بالقانون رقم 147 لسنة 2006 المعدل والمتمم وفق آخر تحديث له في 2021/6/13.

-قانون الإجراءات الجنائية رقم 150 لسنة 1950 وفق آخر تعديل له في 5 سبتمبر 2020 بالقانون رقم 189 لسنة 2020.

-قانون هيئة قضايا الدولة رقم 75 الصادر في 12 أغسطس 1963، ج.ر.ع 180 المعدل بالقانون رقم 2 لسنة 2002 الصادر في 2002/01/13.

-قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 الصادر بتاريخ 09 /05 /1968 المعدل والمتمم بالقانون رقم 191 لسنة 2020، ج. ر. ع 36 مكرر(ب) ، الصادر في 05 /09 /2020.

<https://www.manshurat.org>

-القانون رقم 48 لسنة 1979 المتعلق بالمحكمة الدستورية العليا المصرية، الجريدة الرسمية، ع 36، الصادرة بتاريخ 6 سبتمبر 1979، المعدل بالقانون رقم 168 لسنة 1998، المعدل بموجب مرسوم قانون سنة 2011، المعدل بالقانون رقم 78 في 26 يونيو 2019، المعدل والمتمم بالقانون رقم 191 لسنة 2020.

-قرار محافظ السويس رقم 107 لسنة 1983.

***قوانين جمهورية فرنسا:**

- ميثاق البيئة الفرنسي 2005.

-القانون الأساسي رقم 93-1252 الصادر في 23 نوفمبر 1993 الخاص بمحكمة عدل الجمهورية بفرنسا.

-قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي القانون رقم 70-683.

-قانون العقوبات الفرنسي رقم 92-683 الصادر في 22/7/1992 المعدل والمتمم وفق آخر تعديل له بموجب القانون رقم 2020-1672 الصادر في 24 ديسمبر 2020.

النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 4 فيفري 2010.
*قوانين دولة فلسطين:

-قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية رقم 3 لسنة 2006
*قوانين دولة الكويت:

-قانون المحكمة الدستورية الكويتية 1973/14.
*قوانين المملكة الأردنية الهاشمية:

-قانون المحكمة الدستورية الأردنية رقم 25 لسنة 2012، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، عدد 5161، صادرة في 7 جوان 2012.
*قوانين دولة ليبيا:

-قانون المحكمة العليا الليبية رقم 6 - 1982 الصادر في 1982/05/25 المعدل بالقانون رقم 17 / 1994.

2-ج-القرارات القضائية والتقارير:
*بالنسبة للمملكة المغربية:

-تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان الصادر في 14 مارس 2022، دورة أبريل 2022، السنة التشريعية الأولى 2021-2022.

قرار المحكمة الدستورية المغربية رقم 18-70 المؤرخ في 6 مارس 2018، الجريدة الرسمية المغربية عدد 6455 الصادر في 12 مارس 2018، ص 1493 الخاص بمطابقة القانون التنظيمي 15-86 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة:

<https://www.cour-constitutionnel.ma>

*بالنسبة لجمهورية تونس:

-تقرير لجنة التشريع العام حول مشروع القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية، مجلس نواب الشعب بتونس، نوفمبر 2015، ص 20. التقرير منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://majles.marsad.tn>

-قرار إنشاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 14 لسنة 2014 المؤرخ في 18 أبريل 2014.

-قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 2017-1 بتاريخ 11 أبريل المتعلق بمشروع القانون الأساسي عدد 34 لسنة 7المورخ في 28 أبريل 2017.

*بالنسبة لجمهورية مصر العربية:

1-حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 13 لسنة 1 قضائية دستورية بجلسة 16 فبراير 1980.

2-حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 05 لسنة 01 ق.د الصادر في 16 مايو 1981.

3-القضية رقم 03 لسنة 01 قضائية دستورية بجلسة 1983/06/25.

4-حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 136 لسنة 05 ق.د الصادر في 17 مارس 1984.

5-حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في الدعوى رقم 67 لسنة 04 قضائية دستورية بالجلسة المنعقدة في 02 فبراير 1985، موجود بموقع مكتبة حقوق الإنسان بجامعة ميسوتا الإلكتروني:

<https://www.hrlibrary.unan.edu>

6-حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 28 لسنة 02 قضائية دستورية الصادر في مارس 1985.

7-حكم المحكمة الدستورية العليا في 1985/05/04 في القضية رقم 28 لسنة 2 ق.د، الحكم جاء بناء على إحالة من محكمة الموضوع حسب المادة 29 الفقرة "أ" من قانون المحكمة الدستورية العليا.

8-الدعوى رقم 09 لسنة 8 ق.د بتاريخ 1987/06/06.

9-حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في 1989/04/29 في الدعوى رقم 21 لسنة 07 ق.د.

10-حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 37 لسنة 9 ق.د بجلسة 19/05/1990، منشور بالجريدة الرسمية ع 22 مكرر في 1990/6/3.

11- حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم 04 لسنة 12 ق.د الصادر بتاريخ 09 أكتوبر 1990.

12-الدعوى رقم 21 لسنة 11 ق.د في جلسة 1991/04/06.

13-الدعوى رقم 16 لسنة 11 ق.د بجلسة 1991/04/06.

- 14- حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 07 ديسمبر 1991 في القضية رقم 31 للسنة 09 ق.د.
- 15- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 06 للسنة 13 ق.د، بجلسة 16 مايو سنة 1992، أحكام المحكمة بالجريدة الرسمية ع 23 في 04 يونيو 1992.
- 16- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 03 للسنة 10 ق.د بجلسة 02 يناير 1993 الموافق لـ 09 رجب سنة 1413هـ.
- 17- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 02 للسنة 14 ق.د بجلسة 03 أبريل سنة 1993، متواجد على الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة:
- <http://www.scourt.gov.eg>
- 18- القضية رقم 15 للسنة 14 ق.د جلسة 15 ماي 1993.
- 19- حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 15 مايو 1993 في القضية رقم 18 للسنة 13 ق.د.
- 20- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 05 للسنة 10 ق.د بجلسة 19 جوان 1993.
- 21- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الطعن رقم 10 للسنة 14 ق.د الصادر بتاريخ 19 جوان 1993.
- 22- حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في الدعوى رقم 43 للسنة 13 ق.د بجلسة 6 ديسمبر 1993.
- 23- حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 23 للسنة 14 ق.د الصادر في 12/02/1994، موجودة على الموقع الإلكتروني: <http://qadaya.net>
- 24- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 13 للسنة 15 ق.د الصادر بتاريخ 17 ديسمبر 1994.
- 25- حكم المحكمة الدستورية الصادر في 14/1/1995 في القضية رقم 16 للسنة 15 ق.د بشأن قانون التأمين الاجتماعي؛ حكم المحكمة الدستورية رقم 40 الصادر في 1995/9/2 في القضية رقم 40 للسنة 16 ق.د، بشأن قانون التأمين الصحي للطلاب.
- 26- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 23 للسنة 16 ق.د الصادر في 18 مارس 1995، منشور بمجموعة أحكامها، الجزء السادس.
- 27- حكم المحكمة الدستورية رقم 06 للسنة 15 ق.د بجلسة 15/04/1995

28- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر يوم الاثنين 03 جويلية 1995 في الدعوى رقم 25 للسنة 16 قضائية دستورية.

29- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 8 للسنة 16 ق.د، المنعقدة بالجلسة العلنية في الخامس من أغسطس/ أوت (السبت) سنة 1995، على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا:

<https://www.sccourt.gov.eg>

30- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 28 للسنة 17 ق.د الصادر بتاريخ 02 ديسمبر 1995.

31- حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 33 للسنة 15 ق.د بتاريخ 1995/12/02

32- حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 4 ماي 1996 في القضية رقم 6 للسنة 17 ق.د.

33- حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 22 للسنة 18 ق.د بجلسة 1996/11/30.

34- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 9 للسنة 17 ق.د بجلسة 7 سبتمبر 1996.

35- حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 34 للسنة 15 قضائية دستورية الصادر بجلسة 04 يناير 1997.

36- حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 1998/2/7 في القضية رقم 19 ق.د، منشور على الموقع الإلكتروني: <https://scourt.gov.eg>

37- حكم للمحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في 1998/03/07 في القضية رقم 162 للسنة 19 ق.د.

38- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 28 للسنة 6 ق.د بجلسة 06 يونيو (جوان) 1998.

39- حكم المحكمة الدستورية العليا رقم 56 الصادر في 1997/11/15 للسنة 18 ق.د، منشور بمجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء 8، من أول مايو 1996 إلى آخر يونيو 1998، طبعة 2000.

40- القضية رقم 15 للسنة 18 قضائية دستورية، المنعقدة جلستها بتاريخ 02 يناير 1999 الموافق لـ 14 رمضان 1419هـ، الحكم متوافر على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية، وعلى الموقع الإلكتروني لمحكمة حقوق الإنسان بجامعة منيسوتا:

<https://www.hrlibrary.unan.edu>

41- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في 03 يونيو 2000 في الدعوى رقم 153 لسنة 21 ق.د، بشأن عدم دستورية القانون رقم 153 لسنة 1999 المتضمن قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية.

42- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 11 لسنة 13 ق. د بجلسة 8 يوليو سنة 2000.

43- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 131 لسنة 22 ق.د بجلسة 7 يوليو 2002.

44- الحكم الصادر بجلسة 2003/1/12 في القضية رقم 192 لسنة 21 ق.د، مجموعة أحكام المحكمة-الجزء العاشر.

45- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 221 لسنة 24 ق. د، بتاريخ 2005/03/13.

46- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 20 لسنة 34 ق. د بجلسة 2012/6/14، منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا: <https://scourt.gov.eg>

47- حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 32 لسنة 37 ق.د بجلسة 2016/05/07.

48- الدعوى رقم 23 لسنة 37 ق.د بجلسة 2016/11/05، منشوران على الموقع الإلكتروني للمحكمة:

<https://www.scourt.gov.eg>

49- الدعوى رقم 160 لسنة 33 ق. د، المنعقدة بالجلسة العلنية يوم السبت الثاني من مارس 2019، ج. ر. ع 10 مكرر (ب) مؤرخة في 11 مارس 2019.

50- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1956/11/10 في القضية رقم 355 لسنة 2 قضائية، متوفر كاملا على الموقع الإلكتروني: <https://quadaya.net>

51- نقض مصري، جلسة 05 مارس 1968، الطعن رقم 364، السنة 33 ق، مجموعة المكتب الفني رقم 19.

52- نقض مصري، جلسة 25 أبريل 1978، الطعن رقم 545، السنة 44 ق، مجموعة المكتب الفني مقني بن عمار، أعمال السيادة كاستثناء عن اختصاص القضاء وتطبيقاتها في مواد الجنسية (دراسة في القانون الجزائري والمقارن)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، 2013/2012، بحث منشور، رقم 29.

53-الطعن رقم 1348 للسنة 50 قضائية، بجلسة 1984/04/29، الدوائر المدنية، مجموعة أحكام محكمة النقض للسنة 35، قاعدة 218، ص 1139. موجود على الموقع الإلكتروني

لمحكمة النقض المصرية: <https://www.cc.gov.eg>

54-حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 13757 للسنة 79 قضائية - اقتصادي، جلسة

2015/01/21. على الموقع الإلكتروني: www.cc.gov.eg

*بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية:

-حكم المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية في قضية United States V. BULTER (1936)، US1.

على الموقع الإلكتروني: <http://supreme.justia.com>

حكم المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية بعدم دستورية قانون الحد الأدنى للأجور لسنة 1923.

-قضية براون سنة 1954.

-قضية "شابيرو" ضد طومسون 1969 الحكم موجود على الموقع الإلكتروني:

<https://law.justia.com%20thompson%20v.%20shapiro%2C%20394u.s%2>

[0%28supreme%20court%29%20618%20%281969%29/](https://law.justia.com%20thompson%20v.%20shapiro%2C%20394u.s%20%28supreme%20court%29%20618%20%281969%29/)

*القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري اللبناني:

1-قرار المجلس الدستوري اللبناني رقم قرار رقم 4-2002 الصادر بتاريخ 2002/7/15، القرار

موجود على الموقع الإلكتروني: <https://www.cc.gov.lb>

2-قرار المجلس الدستوري اللبناني رقم 01/2005 الصادر بتاريخ 2005/08/06 بإبطال القانون

رقم 279 والصادر في 19 تموز 2005.

*القرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العراقية:

1-قرار المحكمة الاتحادية العليا / تفسير / رقم 113، بتاريخ 2013/10/30 موجود على الموقع

الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا للعراق: www.iraqfs.iq/t.2013 تم الاطلاع عليه يوم:

2022/10/10 على الساعة 15:29.

*القرارات الصادرة عن محكمة العدل الأوروبية:

محكمة العدل الأوروبية، 14 يوليو 1972، القضية 57 / 69.

*القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي والمحاكم الفرنسية:

1. قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 01-2010 QPC فهو متواجد على الموقع

الإلكتروني الرسمي له:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr>

2. قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم QPC 2018-737 الصادر في 5 أكتوبر 2018.
3. القرار رقم 2010-6 المؤرخ في 11/06/2010 على الموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري الفرنسي

<https://www.conseil-constitutionnel.fr>

4. قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 03 ديسمبر 2009 تحت رقم 595-2009.
5. القرار الأول لمحكمة النقض تحت رقم 12030 الصادر في 31 ماي 2010.
- أما القرار الثاني لمحكمة النقض فهو تحت رقم 12041-12042-12043-12044-12047 الصادر في 4 جوان 2010.

2- المراجع:

أ-الكتب:

أ-1-الكتب العامة:

1. إبراهيم أحمد خليفة، الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
2. إبراهيم عبد العزيز شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
3. إبراهيم محمد درويش، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
4. إبراهيم محمود الليدي، ضمانات حقوق الإنسان أمام المحاكم الجنائية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.
5. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج2، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة الطبع.
6. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.
7. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط7، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985.
8. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1989.
9. أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

10. أحمد سرحال، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ط1، دار الحداثة، بيروت، 1980.
11. أحمد عبد الحسيب السنتريسي، دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، دار الفكر الجامعي، 2018.
12. أحمد فاضل حسين العبيدي، ضمانات مبدأ المساواة في بعض الدساتير العربية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
13. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 1999.
14. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط2، دار الشروق، 2002.
15. أحمد مسلم، أصول المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.
16. أحمد مفيد، النظرية العامة للقانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دراسة في الدولة والدستور وأنظمة الحكم الديمقراطي وآليات المشاركة السياسية، ط2، بدون دار وبلد النشر، 2015.
17. أحمد مليجي، اختصام الغير وإدخال الضامن في الخصومة، ط2، مكتبة دار الفكر العربي، القاهرة، 2003.
18. إكرام فالح أحمد الصواف، الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية الخاصة (دراسة مقارنة)، ط1، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
19. الشافعي أبو راس محمد، القضاء الإداري، مكتبة النصر، القاهرة، 1975.
20. العام رشيدة، المجلس الدستوري الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
21. أمينة مصطفى النمر، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1990.
22. بن ملحة الغوثي، القانون القضائي الجزائري، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000.
23. بهاء الدين إبراهيم، عصمت عدلي، يارا إبراهيم الدسوقي، حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018.
24. بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
25. بوبشير محمد أمقران، النظام القضائي الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
26. بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

27. بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء 1، ط1، 2011.
28. بوضياف عمار، النظام القضائي الجزائري، دار الريحانة، الجزائر، 2008.
29. بوضياف عمار، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
30. بوضياف عمار، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
31. ثروت عبد العال أحمد، الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
32. جابر إبراهيم الرّاوي، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ط 1، دائرة وائل للطباعة والنشر، عمان، 1999.
33. جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
34. -حازم صادق، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
35. حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، سلطة الضبط الإداري في الظروف العادية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
36. حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، 1974.
37. حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1969.
38. حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم، عنابة، 2003.
39. حلمي الحجار، هاني الحجار، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية (دراسة مقارنة)، ج1، ط7، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.
40. خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات، تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2017.
41. رابح سانة، محاضرات في الحريات العامة، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2018.
42. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
43. رمضان فاطمة الزهراء، دراسة حول جديد التعديلات الدستورية في الجزائر 2016، دار النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، 2017.
44. زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، ج1، ط1، دار بلال، لبنان، 2014.

45. سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة القضائية (دراسة تحليلية لسلطة الإدارة في إصدار اللوائح التنفيذية واللوائح المستقلة ومدى سلطة القضاء في الرقابة عليها بالمقارنة مع فرنسا)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982.
46. سامي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان، ط 3، دار الكتاب الجديدة المتحدة، لبنان، 2004.
47. سعاد الشراوي، النظم السياسية في العالم المعاصر تحديات وتحولات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
48. سعاد بن سرية، مركز رئيس الجمهورية في تعديل 2008، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
49. سعدي محمد الخطيب، حقوق الإنسان وضماناتها الدستورية (في اثنين وعشرين دولة عربية، دراسة مقارنة)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
50. سعيد بوالشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، طبعة محينة، دم. ج، الجزائر، 2018.
51. سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2015.
52. سليمان بن أحمد العليوي، الدعوى القضائية بين الشريعة والأنظمة الوضعية، ط 1، مكتبة التوبة، الرياض، السعودية، 2012.
53. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة)، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966.
54. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1986.
55. سليمان محمد الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988.
56. شريط أمين، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ط 7، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011.
57. شريف يوسف خاطر، الوظيفة العامة، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2011.
58. شعبان أحمد رمضان، أثر انقضاء المصلحة على السير في إجراءات دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
59. صلاح الدين فوزي أحمد، المجلس الدستوري الفرنسي، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

60. ضرسة عبد الوهاب، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظرية والتطبيق، دار هومه، الجزائر 2005.
61. طعيمة الجرف، رقابة القضاء وأعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.
62. عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2001.
63. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، مجلد 1، ط 1، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، بغداد، 2015.
64. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، شروط قبول الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
65. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
66. عبد العظيم عبد السلام، حقوق الإنسان وحرياته العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
67. عبد الكريم الطالب، التنظيم القضائي المغربي (دراسة عملية)، ط 6، مكتبة المعرفة، مراكش، 2020.
68. عبد المنعم أحمد الشراوي، نظرية المصلحة في الدعوى، ط 1، مكتبة عبد الله وهبة عبيد، مصر، 1947.
69. عبد المنعم البدرابي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، بيروت، طبعة 1966.
70. عبد الناصر أبو سهدانة، حسين إبراهيم خليل، موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري، ط 1، المركز القومي للدراسات القانونية، القاهرة، 2012.
71. عبد الناصر عبد الله أبو سهدانة، مبادئ الخصومة الإدارية (دراسة تحليلية في ضوء أحدث الآراء الفقهية)، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012.
72. عبد الوهاب العشماوي ومحمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، دار الفكر العربي، مصر، مارس 1957.
73. عزاي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، دراسة مقارنة في تحديد مجال كل من القانون واللائحة، ج 1، دار الغرب للنشر والتوزيع، 2009.

74. عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
75. عصام علي الدبس، القانون الدستوري (القسم الأول)، ط 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011.
76. عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
77. علاء عبد المتعال، مبدأ جواز الرجعية وحدودها في القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ النشر.
78. علي عبد الله جاسم العرادي، تفويض الاختصاص التشريعي (دراسة تأصيلية تحليلية في الدستور البحريني والدساتير المقارنة)، ط 1، معهد البحرين للتنمية السياسية، 2019.
79. علي مجيد حسون العكيلي، الحماية الدستورية للسلطة التنفيذية في الدساتير المعاصرة، ط 1، المركز القومي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017.
80. عمر حوري، القانون الدستوري، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
81. عوض أحمد الزغبى، أصول المحاكمات المدنية، ج 2، ط 2، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
82. عوض محمد، تعليقات على أحكام القضاء (دراسة نقدية لبعض أحكام محكمة النقض)، دار الشروق، القاهرة، 2017.
83. عيد أحمد الغفلول، عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، بدون بلد النشر، 2001.
84. عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
85. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، طبعة 2011.
86. فضل آدم فضل المسيري، قانون المرافعات الليبي، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011.
87. فهد أبو العثم السنور، القضاء الدستوري بين النظرية والتطبيق، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016.
88. قادري عبد العزيز، حقوق الإنسان، ط 6، دار هومه، الجزائر، 2006.

89. كريم يوسف أحمد كشاكش، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
90. كوسه عمار، أبحاث في القانون الدستوري، دار هومه، 2018.
91. كوسه فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، دار هومه، الجزائر، 2013.
92. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
93. مايا محمد نزار أبودان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
94. محمد إبراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، ط2، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010.
95. محمد الصغير بعلي، الوجيز في الإجراءات القضائية الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2010.
96. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
97. محمد الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ط1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، 2005.
98. محمد حسين سالم صقر، ذياب بن مقبل الشراري، مبادئ حقوق الإنسان، ط1، دار المسيرة، عمان، 2017.
99. محمد رضا بن حماد، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2016.
100. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري (المبادئ الدستورية العامة)، دراسة النظام الدستوري المصري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
101. محمد سليمان الهلالات، حقوق الإنسان ضماناتها ومبررات قيودها في الدستور الأردني والتشريع المقارن، ط1، دار الثقافة، عمان، 2016.
102. محمد عبد العال الساري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، مطبعة الإسراء، بدون مكان وسنة النشر.
103. محمد عصفور، ميثاق حقوق الإنسان العربي ضرورة قومية ومصيرية (الديمقراطية وحقوق الإنسان في الوطن العربي)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت 1983.
104. محمد عطية محمد فودة، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

105. محمد ماهر أبو العينين، الدفوع في نطاق القانون العام، الكتاب الثاني، دار أبو المجد للطباعة، الهرم، طبعة 2004.
106. محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للطلبات العارضة، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1984.
107. محمود محمد حافظ، الوجيز في القانون الدستوري، ط3، بدون دار وبلد النشر، 1999.
108. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج 2 (التقاضي أمام القضاء المدني)، دون دار النشر ومكان النشر، 1989.
109. محيو أحمد، المنازعات الإدارية، ترجمة فايز أنجاق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
110. مدحت صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستور في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، 2004.
111. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ج1، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
112. مصطفى أبو زيد فهمي، قضاء الإلغاء (شروط القبول، أوجه الإلغاء)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
113. مصطفى أبو زيد فهمي، مبادئ الأنظمة السياسية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
114. مصطفى قلوش، المبادئ العامة للقانون الدستوري، ط4، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 1995.
115. معتز القرقوري، النظام السياسي التونسي، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2020.
116. منذر الشاوي، القانون الدستوري، مطبوعات جامعة بغداد، 1970.
117. منذر الشاوي، القانون الدستوري (نظرية الدستور)، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981.
118. نبيل إسماعيل عمر، أصول المحاكمات المدنية، ط1، الدار الجامعية، بيروت، 1996.
119. نبيل إسماعيل عمر، أحمد خليل وأحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998.

120. عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مطبعة Encyclopédie، الجزائر، بدون تاريخ النشر.
121. نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون إج.م. إ، دار الهدى، الجزائر، 2008.
122. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
123. نعمان أحمد الخطيب، الوجيز في النظم السياسية، ط2، دار الثقافة، عمان، 2011.
124. هاني علي الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط3، دار الثقافة، الأردن، 2011.
125. هدى مجدي، النظام القضائي وقواعد المرافعات المدنية والتجارية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، 2018.
126. هنري روسيون، المجلس الدستوري، ترجمة محمد وطفة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ط1، بيروت، لبنان، 2001.
127. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية (دراسة تأصيلية لقواعد الخصومة في قانون المرافعات)، دار الفكر العربي، 1978.
128. وجدي راغب، مرجع محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج 2 (التقاضي أمام القضاء المدني)، دون دار النشر ومكان النشر، طبعة 1990.
129. وحيد رأفت، وايت إبراهيم، القانون الدستوري، المطبعة المصرية، مصر، 1937.
- أ-2-الكتب المتخصصة:
1. إبراهيم سيد أحمد، الدفع بعدم الدستورية وإشكالاته العملية فقها وقضاء، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.
2. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 2000.
3. إبراهيم محمد علي، المصلحة في الدعوى الدستورية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
4. أشرف فايز اللساوي، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات في إطار التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2009.
5. إكرامي بسيوني عبد الحي الخطاب، القاضي الدستوري ورقابته للتشريعات الضريبية، دراسة تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2012.

6. بن سالم جمال، دعوى الدفع بعدم الدستورية بين التأصيل والتأسيس والممارسة (النموذج الجزائري)، ط1، بيت الأفكار، الجزائر، 2020.
7. تريعة نواره، آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر ومصر (دراسة مقارنة) مؤلف جماعي بعنوان "تحقيق الأمن السياسي ضمان لقيام دولة القانون"، بدون دار نشر، جامعة الجبيلي بونعامة، خميس مليانة، بالتعاون مع مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، جانفي 2020
8. تلعيش خالد، بن حاج الطاهر محمد، الأمن القانوني أساس دولة الحق والقانون في الجزائر، مؤلف جماعي بعنوان "تحقيق الأمن السياسي ضمان لقيام دولة القانون"، بدون دار نشر، جامعة الجبيلي بونعامة، خميس مليانة، بالتعاون مع مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، جانفي 2020
9. حافظي سعاد، التنظيم الدستوري والقانوني للحقوق والحريات الأساسية في الجزائر وآليات كفالتها، دار هومه، الجزائر، جوان 2018.
10. حميد إبراهيم الحمادي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة (دراسة مقارنة مع تشريعات جمهورية مصر العربية ودولة الكويت ومملكة البحرين)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011.
11. دعاء محمد إبراهيم بدران، نفاذ أحكام المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017.
12. رفعت عيد السيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
13. رفعت عيد السيد، مبدأ الأمن القانوني دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
14. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين (دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، دار التيسير، القاهرة، 2004.
15. رواب جمال، شروط الدفع بعدم دستورية القوانين، مؤلف جماعي بعنوان "تحقيق الأمن السياسي ضمان لقيام دولة القانون"، بدون دار نشر، جامعة الجبيلي بونعامة، خميس مليانة، بالتعاون مع مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، جانفي 2020
16. زكري محمد النجار، فكرة الغلط البين في التقدير في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

17. شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولية (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2015.
18. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر 2000.
19. شيرزاد شكري طاهر، اختصاص القضاء الدستوري برقابة دستورية اللوائح (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2018.
20. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
21. طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
22. عبد الحق بلفقيه، دعوى الدفع بعدم دستورية نص تشريعي ما بين رؤية المشرع المغربي وتدخل القاضي الدستوري (دراسة مقارنة)، ط2، مطبعة سبارطيل، طنجة، المغرب، 2019.
23. عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995.
24. عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 2016.
25. عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
26. -عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
27. -علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، 1978.
28. غسان مدحت الخيري، الرقابة القضائية على القوانين، ط1، دار الياقوت للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
29. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، بدون دار النشر، بدون مكان النشر، 2004.
30. محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، سلسلة الدراسات الدستورية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2013.
31. محمد المنجي، دعوى عدم الدستورية (التنظيم القانوني والإجرائي لدعوى عدم الدستورية)، مراحل الدعوى من الدفع وتحرير الصحيفة إلى صدور الحكم، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

32. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
33. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
34. محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2013.
35. محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
36. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستورية القوانين (دراسة تطبيقية)، الكتاب الأول (التطور التاريخي لفكرة الانحراف)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.
37. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته (دراسة تطبيقية)، الكتاب الثاني (تطورات الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع والانحراف التشريعي)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.
38. محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا (الدعوى الدستورية، دعوى تنازع الاختصاص الوظيفي، دعوى تنفيذ حكمين متعارضين، إجراءات هذه الدعاوى)، عالم الكتب للنشر، القاهرة، 1989.
39. محمود أحمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية (آثاره وحججه وتنفيذه)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005/2004.
40. محمود صبحي علي السيد، الرقابة على دستورية اللوائح (دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
41. مدحت أحمد محمد يوسف غنايم، الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الأنظمة اللاتينية (مصر وفرنسا)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.
42. مسراتي سليمة، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر على ضوء دستور 1996 واجتهادات المجلس الدستوري الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، 2012.
43. مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، ط1، مكتبة سعيد رأفت، جامعة عين شمس، 1990.

44. منصور محمد أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
45. منير عبد المجيد، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001.
46. مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة)، عالم الحكمة، بغداد، 2009.
47. هانم أحمد محمود سالم، ضمانات تحقق الأمن القانوني ودور المحكمة الدستورية العليا في كفالاته (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2021.
48. يعيش تمام شوقي، أسامة غربي، مقتضيات إثارة الدفع بعدم الدستورية في النظامين الجزائري والفرنسي (دراسة مقارنة)، مؤلف جماعي بعنوان "تحقيق الأمن السياسي ضمان لقيام دولة القانون"، بدون دار نشر، جامعة الجبالي بونعامة، خميس مليانة، بالتعاون مع مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، جانفي 2020
- ب- رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير:
- ب-1- رسائل الدكتوراه:
1. أحمد إيمان، دور آلية الدفع بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات، أطروحة دكتوراه في القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2022/2021.
2. بالجيلالي خالد، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017.
3. بن دحو نور الدين، السلطة التنظيمية المستقلة كآلية مدعمة لمركز رئيس الجمهورية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.
4. بن سالم جمال، القضاء الدستوري في الدول المغاربية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، 2015.
5. حافظي سعاد، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية والدولية بين النص والواقع، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2015.
6. حبشي لرزق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2012.

7. حميداتو خديجة، الإخطار بعدم الدستورية في الدول المغاربية (تونس - الجزائر - المغرب)، أطروحة دكتوراه تخصص تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2019/2018.
8. دجال صالح، حماية الحريات ودولة القانون، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010/2009.
9. زاير إلهام، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات الأساسية على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016، أطروحة دكتوراه في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2019-2020.
10. سعوداوي صديق، سمو الدستور في التشريع الجزائري بين النص والتطبيق، أطروحة دكتوراه في القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018/2019.
11. سكاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
12. صافي حمزة، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات السياسية في دول المغرب العربي، دكتوراه في القانون العام، تخصص مؤسسات دستورية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020/2019.
13. صحراوي مهار، مجالي القانون والتنظيم في دساتير الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2017-2018.
14. عتوتة سميرة، الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعرييج، 2020-2021.
15. محمد عبد السلام مخلص، نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1981. متوفرة على الموقع الإلكتروني التالي: stv4.eulc.edu.eg
16. ناصر بن سيف بن سالم بن سعيد الحوسني، الأحكام الدستورية المتعلقة بالسلطات العامة في الدولة في ظل النظام الأساسي للدولة العماني (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق سعيد حمدين، 2019-2020.

17.نبالي فطة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة (مجال ممدود وحول محدود)، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008-2009.

ب-2-مذكرات الماجستير:

1. أحمد صالح عاطف، طبيعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، قسم القانون، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2004.

2. بلمهيدي إبراهيم، المجالس الدستورية في دول المغرب العربي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2009.2010.

3. بوزيد صبرينة، قانون المنافسة (لا أمن قانوني أم تصور جديد للأمن القانوني؟)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 45، قالمة، الجزائر، 2015/2016.

4. تدمرتازا عمر، الحريات العامة والمعايير القانونية، مذكرة ماجستير في القانون العام، فرع القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001/2002.

5. حافظي سعاد، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007/2008.

6. حسين جبر حسين الشويلي، الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق، 2008.

7. حمد عبد الله علي عبد الله الساعدي، الدفع بعدم الدستورية في دولة الإمارات العربية المتحدة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، أبريل 2020.

8. ذواوي عادل، السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012-2013.

9. ذبيح ميلود، مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدستوري، كلية الحقوق، باتنة، 2006.

10. زروقي عمار وليد، المسائل العارضة أمام القاضي الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 15 جويلية 2012.

11. راهم فريد، تدابير الأمن في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مذكرة ماجستير في القضاء الجنائي، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة باجي مختار، عنابة 2005.
12. شباب برزوق، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012.
13. عروس مريم، النظام القانوني للحريات العامة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1999.
14. علي عبد الله جاسم حسين العرادي، مبدأ التناسب في التشريع والرقابة على دستوريته (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون العام، القانون الدستوري، كلية الحقوق، جامعة البحرين، مملكة البحرين، مارس 2014.
15. عمر حمزة التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقا لقضاء المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 (دراسة تحليلية مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2010.
16. فاديا إبراهيم جاسم، دور الدستور في إرساء دولة القانون، مذكرة ماجستير في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة حلب، 2011.
17. فادي نعيم جميل علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2011.
18. فراحي عاشور، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة في قانون الاج. م. ا، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009.
19. قصي أحمد محمد الرفاعي، تحريك الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة القدس، كلية الحقوق، 2006.
20. كريوعات أحمد، حماية المجلس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014-2015.
21. لوافي سعيد، الحماية الدستورية للحقوق السياسية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون الدستوري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010/2009.

22. محمد بن محمد، حماية المجلس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، ماجستير في القانون العام، تخصص حقوق الإنسان والحريات العامة، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، 2014/2015.
23. محمد بوسلطان، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012.
24. محمد عباس محسن، المصلحة في الدعوى الدستورية، رسالة مقدمة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2006.
25. ممدوح محمد عارف الشياب، الدعوى الدستورية بين الرقابة السياسية والرقابة القضائية (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، كانون الثاني 2015.
26. هزيل جلول، الصفة والمصلحة في المنازعة الدستورية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2014.
27. ياسر علي إبراهيم نصار، التدخل والإدخال، دراسة تحليلية مقارنة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني والمصري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2014.
- ج-المقالات:
1. إبراهيم براهيم مختار، رقابة الدفع بعدم الدستورية الأسس والمبررات في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع10، جوان 2018.
2. أحسن غربي، المحكمة الدستورية في الجزائر، المجلة الشاملة للحقوق، مجلد1، ع1، جوان 2021.
3. أحسن غربي، آلية إخطار المحكمة الدستورية في الدستور الجزائري، مجلة دفاتر المتوسط، المجلد 6، ع 1، جوان 2021.
4. أحمد فتحي سرور، حدود ولاية القضاء العادي في المسألة الدستورية، المجلة الدستورية، المحكمة الدستورية العليا، ع6، القاهرة، 2004.
5. أممرستي محمد أمين، مسراتي سليمة، الرقابة الدستورية على القوانين (دراسة مقارنة)، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 4، ع14، جانفي 2019.

6. الذهبي بدر، حق الدفع بعدم الدستورية بين الدستور المغربي والنموذج الألماني، ع 38/37، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد بعنوان "القضاء الدستوري بالمغرب"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2004.
7. الطيبي عبد الرشيد، دور الهيئات القضائية في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2019.
8. العربي وردية، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة وفقا للتعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 2، ع 2، 2017.
9. العيد عبد القادر قاسم، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، مجلة إدارة، المجلد 10، ع 1، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2000.
10. المنصوري عبد الله، ضوابط الرقابة على دستورية القوانين في الفقه الدستوري المقارن (النموذج المصري)، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، ع 38/37 بعنوان "القضاء الدستوري بالمغرب المحكمة الدستورية وتظم الرقابة على دستورية القوانين"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2004.
11. أمين شريط، مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري الجزائري، مجلة المجلس الدستوري، ع 1، سنة 2013.
12. أوكيل محمد أمين، نظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية في القوانين المقارنة وافق تطبيقه في الجزائر، مجلة صوت القانون، العدد 8، سنة 2017.
13. أوكيل محمد أمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر (دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي)، حوليات جامعة الجزائر، ع32، ج2، جوان 2018.
14. -أونيسي ليندة، ضمانات نفاذ القواعد الدستورية في الجزائر، مجلة المفكر، المجلد 9، ع1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، جانفي 2014.
15. أونيسي ليندة، التعديل الدستوري 2016 وأثره في تطوير الرقابة الدستورية في الجزائر، المجلد 3، عدد 2، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، جوان 2016.
16. أونيسي ليندة، المحكمة الدستورية في الجزائر (دراسة في التشكييلة والاختصاصات)، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، ع 28، جامعة محمد خيضر بسكرة، نوفمبر 2021.
17. إياد خلف محمد جويعد، إيمان عبيد كريم، الحماية التشريعية للحريات العامة، مجلة أبحاث للعلوم السياسية، ع 23، الجامعة المستنصرية كلية العلوم السياسية، العراق، 31 ديسمبر 2013.

18. إيرين هدى، الدفع بعدم دستورية القوانين في نماذج دول المغرب العربي وفرنسا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، م 55، ع4، ديسمبر 2018.
19. بالجيلالي خالد، الاختصاص السلبي للمشرع والرقابة الدستورية عليه (دراسة مقارنة)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع7، جوان 2017.
20. باهي هشام، ماحي وسيلة، ضوابط الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء وفقا لأحكام القانون العضوي 16/18، المجلد 7، ع2، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2020.
21. بدير يحيى، بن مشيه ضياء دنيا زاد، سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات بين التقييد والتقدير، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، ع 3، جامعة زيان عاشور، الجلفة، سبتمبر 2018.
22. برقوق عبد العزيز، مقارنة في رصد منهج المجلس الدستوري في توسيع الكتلة الدستورية، دفا تر السياسة و القانون ، ع 9 ، جوان 2013.
23. بركات محمد، عوارض الخصومة في ظل القانون 08-09، مجلة الفكر، المجلد 7، ع1، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر.
24. بلطرش مياسة، ديباجة الدستور في القانون الدستوري المقارن ووفقا للتعديل الدستوري الجزائري لعام 2016، م.ج.ع.ق.إق.س، م 55، ع 3، سبتمبر 2018.
25. بلمهدي إبراهيم، آلية الدفع بعدم الدستورية في أحكام تعديل الدستور الجزائري 2016، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 3، ع1، 2017.
26. بن بغيلة ليلي، دعوى الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 استئناسا بالتجربة الفرنسية، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع12، ديسمبر 2017.
27. بن حمو الطاوس، لبيض ليلي، واقع الرقابة الدستورية على الأوامر التشريعية في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، ع 9، جامعة زيان عاشور بالجلفة.
28. بن دراح علي إبراهيم، سالمى عبد السلام، مناهضة المجلس الدستوري الجزائري في توسع الكتلة الدستورية(دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مجلد 10، ج 2، ع 2، جوان 2017.
29. -بن زيان أحمد، حاحة عبد العالي، نظام تصفية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر والأنظمة المقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، ع 2، 2019.
30. بن سالم جمال، حق المواطن في إخطار المجلس الدستوري (النموذج الفرنسي)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع 9، جامعة البليدة، 2017.

31. بن سالم جمال، معالجة الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد 7، ع2، نوفمبر 2020.
32. بن سالم جمال، الانتقال من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية في الجزائر (تغيير في الشكل أم في الجوهر)، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، ع 2، 2021.
33. بن سعيد صبرينة، قراءة في أثر التعديلات الدستورية الجزائرية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، ع 2، 2016 .
34. بن صديق فتيحة، هاملي محمد، الدفع بعدم الدستورية في النظام الدستوري الجزائري: مؤشر التوجه نحو الرقابة القضائية على دستورية القوانين، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، ع2، 2021.
35. بن علي زهيرة، استحداث المحكمة الدستورية بدلا من المجلس الدستوري في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 58، ع4، 2021.
36. بن عودة حسكر مراد، الدفع القضائي بعدم الدستورية كضمانة لنفاذ القواعد الدستورية للحقوق والحريات، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 2، 2019.
37. بن مالك بشير، مساهمة المجلس الدستوري في حماية مبدأ المساواة أمام القانون في الجزائر، مجلة إدارة، منشورات مركز التوثيق والبحوث الإدارية، ع1، الجزائر، 2001.
38. بو طيب بن ناصر، هبة العوادي، تطور الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية في الدول المغاربية، الجزائر نموذجا، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 14، أكتوبر 2016.
39. بو عبدلي جمال، الحماية الدستورية لحرية التعبير في الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، ع 2، 2018.
40. بواب بن عامر، الأمن القانوني من خلال قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 01/6، المجلد 3، عدد 2، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، جوان 2018.
41. بوبترة علي، ضوابط الرقابة على دستورية القوانين في كل ممارسات المجلس الدستوري الجزائري، مجلة الفكر البرلماني، ع5، أبريل 2004.
42. بودة محمد، جدلية العلاقة بين السلطات الدستورية في حماية الحقوق والحريات، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد، المجلد 6، ع 1، وهران، 2014.
43. بوراس عبد القادر، تاج لخضر، الدفع بعدم الدستورية في الدستور الجزائري بين المكاسب والآفاق (مقارنة بالتجربة الفرنسية)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، جوان 2018.

44. بوزيد بن محمود، دور المجلس الدستوري الجزائري في مجال الحقوق والحريات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، ع1، أبريل 2019.
45. بوزيد بن محمود، النظام القانوني للدفع بعدم الدستورية في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 6، ع1، جوان 2020.
46. بوسلطان محمد، إجراء الدفع بعدم الدستورية (آفاق جزائرية جديدة)، مجلة المجلس الدستوري، ع8، سنة 2017.
47. بوسماحة نصر الدين، القضاء الدستوري و القضاء العادي: علاقة مبهمة في خدمة دولة القانون (النموذج الجزائري على ضوء تعديلات 2016)، مجلة القانون، المجتمع و السلطة، ع 6، جامعة وهران 2 (محمد بن أحمد)، 2017.
48. بوعش وافية، قيمة حقوق الإنسان بين مبدئي التدرج وعدم التجزئة، م. ج. ع. ق. إق. س، م 54، ع 5، 2017.
49. بومدين محمد، مبررات الاعتراف للقضاء الجزائري بدوره في الرقابة على دستورية القوانين وتحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 8، ع4، 2019.
50. بومدين محمد، مدى التزام المجلس الدستوري الجزائري بمتطلبات الطابع القضائي للدفع بعدم الدستورية من خلال نظامه الصادر في 2019، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 8، ع1، جوان 2020.
51. تبينة حكيم، آلية الدفع بعدم الدستورية من الرقابة المجردة المسبقة إلى الرقابة الفعلية اللاحقة للحقوق والحريات (دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي)، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، ع3، جوان 2020.
52. تقيمت مرياما، دور المحامي في إثارة الدفع بعدم الدستورية، مجلة المحامي، ع 32، 2019.
53. جلاب عبد القادر، غوتي الحاج قوسم، مبدأ عدم رجعية القوانين كآلية لتحقيق الأمن القانوني، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 04، ع01، ديسمبر 2018.
54. جمال العزوزي، تأملات أولية في مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية القوانين، المجلة المغربية للحكمة القانونية والقضائية، عدد 1، مطبعة الأمنية، الرباط، 2016.
55. جهاد ضيف الله الجازي، وقت توافر شرط المصلحة في دعوى الإلغاء (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد42، ع1، 2015.

56. حاتم عبد الله شويش، المصادرة وتطبيقها بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، المجلد 04، ع 16، تموز 2013.
57. حافظي سعاد مدى الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية دراسة على ضوء التعديل الدستوري 2016 والقانون العضوي 18-16، مجلة الحقوق والحريات، ع 7، جامعة تلمسان، مخبر حقوق الإنسان والحريات الأساسية، 2018.
58. حبيب عبيد العماري، نجاة كريم جابر عباس الشمري، السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع تجاه الدفوع (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 27، ع 1، 2019.
59. حديبي فؤاد، السلطة التشريعية في الو.م.أ بين الإطلاق والتقييد، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 4، ع 1، 2018.
60. حسين عبد الدايم صابر محمد علي، رقابة الإغفال ووسائل معالجتها في القضاء الدستوري وأثرها على الإصلاح التشريعي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع 79، مارس 2022.
61. حمريط كمال، الدفع بعدم الدستورية في التعديل الدستوري الجزائري 2016 (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 3، ع 1، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018.
62. حمودي محمد، ما ينو جيلالي، أحكام معالجة ونظر المجلس الدستوري الجزائري لدعوى الدفع بعدم الدستورية، مجلة الأستاذ الباحث، المجلد 5، ع 1، 2020.
63. حميداتو خديجة، محمد بن محمد، الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016، دفاتر السياسة والقانون، ع 18، جانفي 2018.
64. خالد خلف عبد ربه الدروع، خلدون فوزي، إبراهيم قندح، المحكمة الدستورية في الأردن بين النص والاجتهاد والفقهاء المقارن، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 1، المجلد 1، ج 2، ع 3، 2017.
65. خالد روشو، دور القاعدة الدستورية في إرساء الأمن القانوني، المجلد 3، ع 1، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، جوان 2018.
66. دراجي بالخير، عادل زياد، حدود سلطات الضبط الإداري لحماية الحقوق والحريات الفردية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، ع 2، سبتمبر 2019.
67. دويني مختار، مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه، مجلة الدراسات الحقوقية، ع 5، طباعة مكتبة الرشاد، الجزائر، سيدي بلعباس، جوان 2016.
68. ذواوي عادل، الدفع بعدم الدستورية كآلية لحماية المكلفين بالضريبة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 16، جوان 2017.

69. رجب حسن عبد الكريم، الإطار الدستوري لأثر وحجية حكم المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 7، ع 2، ملحق ديسمبر.
70. رحموني محمد، رحلي سعاد، حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، دفاثر السياسة والقانون، المجلد 11، ع 1، السنة 11، جانفي 2019.
71. رحموني محمد، يامة إبراهيم، مستجدات المراجعة الدستورية لسنة 2016 لبعض الحقوق والحريات وأثرها على ضمان استقرار مبدأ المساواة، مجلة البحوث السياسية والإدارية، المجلد 6، ع 2، 2017.
72. رداوي مراد، مساهمة المجلس الدستوري الجزائري في حماية الحقوق والحريات، مجلة المفكر، المجلد 12، ع 2، جانفي 2017.
73. رمضان فاطمة الزهراء، إشكالية الاختيار بين الأثر المباشر والرجعي لقرارات المجلس الدستوري الجزائري الصادرة في إطار المادة 191/2 من دستور 2016، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 5، ع 12، جوان 2018.
74. رمضان فاطمة الزهراء، الدور الجديد للمجلس الدستوري في تحقيق الأمن القانوني استنادا للمادة 191-02 من الدستور الجزائري لسنة 2016، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، المجلد 03، ع 01، جوان 2018.
75. رمضان فاطمة الزهراء، قاسمي حميد، المسألة الدستورية في الجزائر: لتكريس الإصلاحات الديمقراطية أم لتسوية الأزمات الداخلية؟ مجلة تنوير، ع 7، سبتمبر 2018.
76. رمضان فاطمة الزهراء، منهج القاضي الدستوري الجزائري في ضبط المشرع من الاعتداء على الحقوق والحريات وفق التعديل الدستوري لسنة 2020، مجلة أبحاث، المجلد 06، ع 01، 2021.
77. رواب جمال، الدفع بعدم دستورية القوانين (قراءة في نص المادة 188 من الدستور الجزائري)، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 4، ع 1، جوان 2017.
78. زرايعية عبد اللطيف، التنظيم القضائي في الجزائر بعد 1996، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد 5، ع 1، مارس 2020.
79. زغودي عمر، بدير يحي، سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات بين التقييد والتقدير، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع 2، جوان 2015.

80. زيان محمد أمين، الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء آلية جديدة لتحقيق العدالة الدستورية (القانون المصري نموذجاً)، مجلة المفكر، المجلد 14، ع2، جوان 2019.
81. زياني نوال، لزرق عائشة، الحماية الدستورية للحق في البيئة على ضوء التعديل الدستوري الجزائري 2016، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 1، ع 1، 2016.
82. زينب شريف نعمة، شاكر جميل ساجت، أثر الحكم بعدم دستورية التشريعات الضريبية (دراسة مقارنة)، مجلة المعهد، ع7، 2021.
83. ساوس خيرة، المصلحة الجماعية للنقابات والجمعيات، مجلة القانون المجتمع والسلطة، المجلد 5، ع1، جامعة السانوية، وهران، "محمد بن احمد"، 2016.
84. سعوداوي صديق ، الحق في الدستور، مجلة صوت القانون، ع 1، أبريل 2014.
85. سعودي نسيم، كمال عبد الوهاب، الدفع بعدم الدستورية كآلية لحماية الحقوق والحريات على ضوء التعديل الدستوري الأردني لسنة 2011، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 19، جوان 2018.
86. سعودي نسيم، الدفع بعدم الدستورية على ضوء التعديل الدستوري الأردني لسنة 2011، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 9، مارس 2018.
87. سعودي نسيم، التجربة الفرنسية في المسألة الدستورية الأولية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، ع1، أبريل 2019.
88. سعودي نسيم، سلطات المحكمة العليا الأمريكية في مجال الرقابة الدستورية بين النظرية والتطبيق، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 5، ع1، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، مارس 2020.
89. سعيد سالم المظلوم، الحدود الدستورية والقانونية المقيدة لأعمال الضبط الإداري، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، م16، ع2، 2019.
90. سعيداني لوناسي ججيقة، ولد احمد تنهان، أثر المسألة الاستعجالية الدستورية QPC على النظام القانوني الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع7، جامعة خنشلة، جانفي 2017.
91. سلوى فوزي الدغيلي، المبادئ فوق الدستورية بين الشرعية والمشروعية والديمقراطية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، ع2، جوان 2019.
92. سليم نعيم خضير الخفاجي، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية، مجلة أهل البيت عليهم السلام، ع8.

93. سماعين لعبادي، الرقابة عن طريق الدفع كآلية استجابة لمتغيرات الواقع الدستوري في الدول المغاربية، مجلة الشريعة والقانون، ع 81، السنة 34، يناير 2020.
94. سوز حميد مجيد، الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، مجلة قه لأي زانست العلمية، المجلد 4، ع3، لبنان، فرنسا، أربيل، كردستان، العراق، صيف 2019.
95. شربال عبد القادر، دولة القانون والديمقراطية في الجزائر، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، عدد خاص بأشغال الملتقى الوطني حول موضوع مؤشرات الحكم الراشد وتطبيقاتها المنعقد يومي 06 و07 أبريل 2011، ع1، 2012.
96. شرماط سيد علي، لجلط فواز، ضوابط الشكلية لتحريك الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلد 1، ع 10.
97. شعشوع قويدر، الضمانات الدستورية للحقوق الاقتصادية في التعديل الدستوري الجزائري 2016، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، ع 5، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت، جوان 2018.
98. شورش حسن عمر، لطيف مصطفى أمين، الموازنة بين أثر الحكم بعدم الدستورية والحقوق المكتسبة (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 3، ع 1، 2020.
99. شول بن شهرة، الأمن القانوني كقيمة جاذبة للاستثمار الأجنبي في الجزائر، المجلد3، عدد2، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، ديسمبر 2018.
100. صافي حمزة، الضوابط القانونية للدفع بعدم الدستورية (قراءة تحليلية في القانون العضوي 18-16)، حوليات جامعة الجزائر، الجزء 1، العدد33، مارس 2019.
101. صديق سهام، الانحراف التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، ع02، 2019.
102. صواق عبد الرحمن، الدفع بعدم الدستورية في المواد الجزائية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، ع1، 2019.
103. طيبي عمروش سعاد، توسيع سلطة إخطار المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين (تحديات ورهانات)، حوليات جامعة الجزائر، ع3، ج1، مارس 2019.
104. طيبي عيسى، المجلس الدستوري الجزائري في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 (علاقة التركيب بالأداء)، مجلد التراث، المجلد 1، الجزء 2، ع 23، ديسمبر 2018.

105. طيب أحمد ، قراءة في البيئة السياسية لتكريس حق المواطن في الدفع بعدم دستورية القوانين في الجزائر على ضوء القانون العضوي 18-16، مجلة دراسات وأبحاث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 11، عدد 2، جوان 2019، السنة 11.
106. عادل الططباي، شرط المصلحة في الدعوى الدستورية، ع 1، مجلة الحقوق الكويتية، 2003.
107. العام رشيدة، المجلس الدستوري (تشكيل وصلاحيات)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع7، فيفري 2005.
108. عامر زغير محيسن، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، مجلة مركز دراسات الكوفة، ع18، العراق ، 2010/09/30.
109. عائشة لزرقي، لعيداني سهام، الدفع بعدم الدستورية كآلية إخطار لتفعيل دور المجلس الدستوري في مجال الحقوق والحريات، مجلة تنوير، ع 4، ديسمبر 2017.
110. عباسه دربال صورية، دور الإخطار في تفعيل الرقابة الدستورية على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016، مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، م1، ع1، جويلية 2017.
111. عبد الحق بلفقيه، القضاء الدستوري بالمغرب (دراسة مقارنة)، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، ع 37/38، 2004.
112. عبد السلام نور الدين، أثر استقلالية القضاء على الحريات العامة في دولة القانون، مجلة دراسات قانونية، المجلد 10، ع 21، أوت 2014.
113. عبد الله منصور الشائبي، نظرية الموظف الفعلي، والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء، مجلة العلوم القانونية والشرعية، ع 8، بدون سنة النشر.
114. عبيد ريم، واقع الرقابة الدستورية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 في الجزائر، مجلة المفكر، ع15، جوان 2017.
115. عبيد عدنان عاجل، الزهيري، ميسون طه حسين، الطبيعة القانونية للقضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 08 ع02، 30 يونيو / حزيران 2016.
116. عتوتة سميرة، دوار جميلة ، المستجد في مجال آلية تحريك الرقابة على دستورية القوانين على ضوء الإصلاحات الدستورية الجزائرية لسنة 2020، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 8، ع 2، جامعة خنشلة، 2021.

117. عراش نور الدين، الدفع بعدم الدستورية كآلية لتفعيل الدور الرقابي للمجلس الدستوري بعد التعديل الدستوري لسنة 2016، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، ع3، 2019.
118. عصام بن حسن، المحكمة الدستورية، قراءات في دستور الجمهورية الثانية، أعمال ملتقى الدستور الجديد للجمهورية التونسية أيام 8، 9، 10 مارس 2014، منشورات مدرسة الدكتوراه بكلية الحقوق بصفاقس، ع4، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014.
119. عصام بن حسن، في مراقبة المحكمة الإدارية لدستورية القوانين عن طريق الدفع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، ع 2، سبتمبر 2019.
120. عصام سعيد عبد العبيدي، سريان أحكام القضاء الدستوري من حيث الزمان (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع1، العدد التسلسلي 29، السنة 08، مارس 2020.
121. عصام علي الدبس، رقابة دستورية الأنظمة المستقلة (دراسة مقارنة)، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، ع24، 2010.
122. عقل عقل، سمو الدستور والرقابة الدستورية في بعض الدول العربية، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري، المجلد 5، لبنان، 2011.
123. علاء محي الدين مصطفى، حق الأفراد في اللجوء للمجلس الدستوري الفرنسي في ضوء دستور 1958 وتعديلاته في 2008، مجلة الشريعة والقانون، السنة 29، ع 61، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، يناير 2015.
124. علي قاسم ربيع، المسألة الأولية الدستورية وأثرها من حيث الزمان، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 13، عدد 1، بدون تاريخ النشر.
125. علي هادي عطية الهلالي، فحص الدستورية بآلية التصدي، مجلة القانون للبحوث القانونية، جامعة ذي قار، العراق، ع9، 2019.
126. علي هادي عطية، إشكالية قبول المصلحة المحتملة في الطعون الدستورية وتطبيقاتها في الطعن بعدم دستورية النصوص الضريبية (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق، ع 1، السنة الخامسة، 2013.
127. عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، ع2، الجزائر، 2013.
128. عليان بوزيان، عبد القادر بوراس، أثر الدفع بعدم الدستورية في تحقيق الأمن القضائي لحقوق المواطنة، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 15، ع2، 2018.

129. عليان بوزيان، أثر الإحالة القضائية للدفع بعدم الدستورية على عقلنة رقابة دستورية القوانين الماسة بالحقوق والحريات، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، ع2، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، فبراير 2019.
130. عليان بوزيان، مظاهر الانحراف الدستوري ومدى الرقابة عليه بين الدستور الجزائري والقضاء الدستوري المقارن، المجلة الدولية للقانون، ع1، 2019.
131. عمار عباس، نفيسة بختي، تأثير النظام الإجرائي على رقابة المجلس الدستوري وسبل إصلاحه، مقالة منشورة بمجلة دراسات قانونية، العدد 2، 2008.
132. عمار عباس، انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين ومدى مساهمته في تنقية النظام القانوني من القوانين الماسة بالحقوق والحريات في الدساتير المغاربية (الجزائر-تونس والمغرب نموذجا)، عدد 7، مجلة المجلس الدستوري، 2016.
133. عمارة فوزي، غرفة الاتهام بين الاتهام والتحقيق، مجلة العلوم الإنسانية، مجلد "ب"، ع 30، جامعة منوري قسنطينة، ديسمبر 2008.
134. عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق، المجلد 17، ع2، 2001.
135. عمورة محمد، الدفع الأولية والمسائل الفرعية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، ع5، جانفي 2017.
136. عنان أمال، مساهمة الدفع بعدم الدستورية في الكشف عن عدم الكفاءة السلبية للبرلمان، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، ع01، أبريل 2021.
137. عيد أحمد الحسبان، قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، ع 48، 2011.
138. عيشة بوزيدي، الدفع بعدم دستورية القوانين في التشريع الجزائري، مجلة السياسة العالمية، المجلد 3، ديسمبر 2019.
139. غانس حبيب الرحمان، سي موسى حمزة، الإطار الناظم للرقابة الدستورية، مجلة الباحث للدراسات القانونية، المجلد6، ع 1، جانفي 2016.
- 140.
141. غربي علي، الحقوق والحريات العامة وحدود ممارستها في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 7، ع 2، 2020.

142. فائزة جروني، قيطوبي أسامة، أثر قرار المجلس الدستوري الجزائري في مجال الدفع بعدم الدستورية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع2، تيزي وزو، 2019.
143. قرناش جمال، قلوش الطيب، تأملات في أعمال السيادة على ضوء محطات القضاء الإداري، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد 05، ع1، مارس 2020.
144. قزلان سليمة، أبرز الملامح الأساسية لآلية الدفع بعدم الدستورية في ظل المراجعة الدستورية الأخيرة لسنة 2016 (دراسة مقارنة، فرنسا نموذجاً)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع1، مارس 2017.
145. قزلان سليمة، الهيئات القضائية العليا كشريك للمجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حالياً) في ممارسة الرقابة الدستورية بصفتها قاضي إحالة في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلد6، نوفمبر 2021.
146. قلوثة سامية، تحقيق استقرار القوانين بالأمن القضائي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 3، ع 1، 2020.
147. قماش دليلة، ترقية حق التقاضي (من الازدواجية القضائية إلى القضاء الدستوري في التشريع الجزائري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 56، ع 1، 2019.
148. قيرع سليم، بشراوي أحمد، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مجلة البحوث السياسية والإدارية، ع 10.
149. كايس شريف، دور المحاكم الدستورية الإفريقية في حماية النظام الدستوري، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، ع 06، 2017.
150. كريد محمد صالح، طالبي حليلة، الطعن بالنقض ضد أحكام المحاكم العسكرية في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، ع 16، 2018.
151. كمون حسين، رقابة الدفع بعدم الدستورية في ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016 بين الفعالية والمحدودية، مجلة المستقبل لدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، ع 2، ديسمبر 2019.
152. كيلالي زهرة، دور المشرع العادي في تفعيل الحقوق والحريات الدستورية، معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي، ع5، غليزان، ديسمبر 2015.
153. لجلط فواز، شرماط سيد علي، الشكالية في رسالة إخطار المجلس الدستوري، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، ع 5، ديسمبر 2018.

154. لزرق عائشة، العيداني سهام، الدفع بعدم الدستورية كآلية إخطار لتفعيل دور المجلس الدستوري في مجال الحقوق والحريات، عدد 4، مجلة تنوير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة2، ديسمبر 2017.
155. لشهب حورية، الرقابة السياسية على دستورية القوانين، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 3، ع4، مارس 2008.
156. لصلح نوال، خصوصية الدعوى الدستورية في التشريع الجزائري (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، ع2، سبتمبر 2019.
157. لعقون عفاف، شريط ولید، نظرية أعمال السيادة في الجزائر (قناعة أم تقليد؟)، المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 13، ع4، السنة 13، جويلية 2021.
158. لعیدی خيرة، وافي حاجة، الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 7، ع13، جوان 2019.
159. لوشن دلال، بوعقال فتيحة، الأمن القضائي بين ضمانات التشريع ومخاطر الاجتهاد، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع12، جانفي 2018.
160. ماز حسن، القضاء الدستوري طريق نحو الديمقراطية (دراسة في التجارب الدستورية المقارنة)، مجلة البدر، المجلد 6، ع1، جانفي 2014.
161. مجدي الشارف محمد الشبعاني، الدور السياسي للقاضي الدستوري، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، ع1، جوان 2017.
162. محمد بن أعراب، منال بن شناف، آلية الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية المقارنة، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 10، ع02، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2018.
163. محمد كحلولة، المراقبة الدستورية في الجزائر في إطار عمل المجلس الدستوري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع3، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1990.
164. محمد واصل، أعمال السيادة والاختصاص القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، ع02، 2006.
165. مروان محمد محروس المدرس، اختصاص المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 14، ع2، ديسمبر 2017.

166. مسعودي عودة، غربي أسامة، تعزيز منظومة حقوق الإنسان في الجزائر بموجب التعديل الدستوري لسنة 2020، مجلة دراسات وأبحاث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 13، ع 4، السنة 13، جويلية 2021.
167. مصطفى محمود إسماعيل، المسألة الأولية الدستورية في التشريع الفرنسي (دراسة مقارنة بالنظام القانوني المصري)، المجلة الدولية لفقهاء والقضاء والتشريع، المجلد 2، ع 1، 2021.
168. معزوز علي، مظاهر تدويل الدساتير الوطنية في مجال الحقوق والحريات الأساسية من خلال هيمنة المصادر الدولية، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35، عدد خاص، 2021.
169. معزي أمال، حجية الشيء المقضي به وحق المحكوم عليه في طلب إعادة النظر، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد ب، ع 47، جوان 2017.
170. منصور إبراهيم العتوم، أثر زوال المصلحة على السير في دعوى الإلغاء في ضوء اجتهادات القضاء الإداري والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، ع 49، يناير 2012.
171. منصور مولود، أي نظام أفضل لحماية الحريات العامة (المسألة الأولية الدستورية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 51، ع 3، سبتمبر 2014.
172. موزاوي عقيلة، المؤسسات الدستورية الجزائرية الفاعلة في ترشيد الحكم وفق دستور 2016، المجلد 4، ع 1، مجلة الدراسات القانونية، جانفي 2018.
173. ميريام أكرور، كتلة الدستورية (من تشكل المفهوم إلى تحديات التطبيق)، مجلة الاجتهاد القضائي، مجلد 12، ع 2، أكتوبر 2020.
174. ناجي البكوش، إرساء المحكمة الدستورية، دراسات قانونية، ع 22، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
175. نادية خلفة، المواطنة كمؤشر للديمقراطية وكمسألة دستورية (الجزائر نموذجا)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 09، باتنة، 2016.
176. نبالي فطة، آثار التعديل الدستوري على اجتهاد المجلس الدستوري (بين التكريس والإلغاء)، المجلة النقدية للحقوق والعلوم السياسية، م 12، ع 1، مايو 2017.
177. نسرين طلبة، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، ع 1، 2011.
178. نهلة محمد مصطفى جندي، مفهوم المواطنة والأسس التي تقوم عليها في ألمانيا ومصر، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 52، ع 4، مايو 2021.

179. نوار بدير، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، سلسلة أوراق عمل بير زيت للدراسات القانونية، ع 5، وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بير زيت، مدينة القدس، كانون الأول/ديسمبر 2017.
180. هوارى ليلي، الرقابة القضائية على سلطات الإدارة في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية، مجلة القانون، ع 3، جوان 2012.
181. وسن حميد رشيد، الرقابة على أعمال السيادة (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع2، السنة 12، 2020.
182. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع9، أبريل 2016.
183. يامة إبراهيم، انعكاسات التعديلات الدستورية المتعلقة بالمجلس الدستوري الجزائري على ضمان حقوق وحرريات الأفراد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، ع01، 2017.
184. يسرى العصار، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2008، مجلة الدستورية، ع 16، السنة 4، أكتوبر، 2009.
185. يعيش تمام شوقي، حمزة صافي، الإطار الناظم للمحكمة الدستورية التونسية في ضوء دستور 2014، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، ع 3، ديسمبر 2018.
186. يعيش تمام شوقي، أحكام تقديم الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2020 بين متطلبات التأصيل الدستوري وتجليات التأطير القانوني (دراسة مقارنة)، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، ع1، مارس 2021.
187. يوسف أريبدو، نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي، مجلة الفقه والقانون، ع17، المغرب، 2017.

د-المحاضرات:

1. بو جلال صلاح الدين، محاضرات في قانون حقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة سطيف 2، 2013، 2014، منشورة.
2. الجزء 1 من مادة المرافعات الكويتي المدنية والتجارية لطلاب كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكتاب الثاني، منشور من قبل مذكرات وتث الجامعية على الفايسبوك في 27 سبتمبر 2013، تم الاطلاع عليه يوم 8 جانفي 2021 على الساعة 16:07 على الموقع

التالي: <https://courdebordjbouarreridij.mjustice.dz>

3. حاجي حياة، الدفوع الشكلية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، محاضرة ملقاة في إطار التكوين المستمر للقضاة، وزارة العدل، أبريل 2009.

4. شوقي سمير، محاضرات في حقوق الإنسان، أقيمت على طلبة السنة الأولى حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، منشورة.

<https://fsjes.usmba.ma>

5. كوسه عمار، محاضرات في القضاء الدستوري أقيمت على طلبة الماستر 02 تخصص منازعات القانون العمومي، 2015/2014.

6. معيفي لعزیز، محاضرات في القانون الدستوري، لطلبة السنة الأولى، قسم التعليم الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2017/2016، ص 21 وما بعدها، منشورة على الموقع الإلكتروني الآتي: تم تحميلها يوم 2022/06/14 على

<http://elarning.univ-bejaia.dz>.16:12 الساعة

7. نادية الهواس، محاضرات في المفاهيم الأساسية للقانون العام ملقاة على الفوج(د)، السداسية الأولى، مسلك القانون، كلية العلوم القانونية والإقوالاج، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المغرب، 2013/2012؛ موجودة على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr>

8. يحيوي أنيسة، محاضرة بعنوان "إجراءات رفع الدعوى"، أقيمت في إطار التكوين المحلي المستمر لموظفي أمانة الضبط للسنة القضائية 2006/2005، يوم 2006/05/30، وزارة العدل، مجلس قضاء برج بوعرييج، محكمة المنصورة، متوافرة على الرابط التالي:

<https://courdebordjbouarreridij.mjustice.dz>

تم الاطلاع عليه يوم 14 أوت 2021 على الساعة 21:37.

هـ-المدخلات والمقالات المنشورة على المواقع الإلكترونية:

هـ-1-المدخلات:

1. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، تغير الظروف وأثره على حجية الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة)، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الدولي الرابع بكلية الشريعة والقانون بطنطا بعنوان "التكييف الشرعي والقانوني للمستجدات المعاصرة وأثره في تحقيق الأمن المجتمعي"، المنعقد في الفترة ما بين 11 إلى 12 أغسطس 2021، منشور بعدد خاص بالمؤتمر العلمي الدولي الرابع، الجزء الثالث.

2. أحمد علي عبود الخفاجي، الأثر الزمني للحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بإلغاء القانون غير الدستوري، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي 13 الذي تقيمه كلية القانون، جامعة أهل البيت، نيسان 2017؛ منشور على الموقع الإلكتروني: <http://abu.edu.iq>
3. أسعيد إهراي، ورقة تقديمية للندوة المنظمة من طرف المحكمة الدستورية المغربية بالشراكة مع أكاديمية المملكة المغربية تحت عنوان "الولج إلى العدالة الدستورية (الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين)"، مراكش، 28 سبتمبر 2018.
4. أوراق عمل بشأن مشاركة الهيئة السنوية في فعاليات مؤتمر المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية لعام 2015 التابع لمجلس وزراء العدل العرب، جامعة الدول العربية، بيروت، 3-2015/08/5، المحور الثاني: دور هيئة قضايا الدولة في المنازعات الإدارية.
5. إيرابن نوال، حق المواطن المغربي في إخطار القاضي الدستوري، مداخلة في إطار فعاليات الملتقى الوطني الموسوم بالرقابة الدستورية في النظام الدستوري الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2 (على لونيبي).
6. بلمبارك أمجد، الدفع بعدم دستورية القوانين أمام قاضي الموضوع، مداخلة مقدمة خلال اليوم الدراسي حول الدفع بعدم دستورية القوانين بنادي المحامين، سطيف، يوم 2018/01/19.
7. بوسعدية رؤوف، غبولي منى، شروط رفع الدعوى الاستعجالية لوقف تنفيذ القرارات الإدارية، أعمال الملتقى الوطني الخامس "قضاء وقف تنفيذ القرارات الإدارية"، المنظم يومي 25-26 ماي، مطبعة السخري، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، المركز الجامعي بالوادي، 2011.
8. جمانة محمد الطاهر، الدفع بعدم الدستورية كآلية لإخطار المجلس الدستوري الجزائري في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016، مداخلة أقيمت في اليوم الدراسي المتعلق بأثر الإصلاحات الدستورية على النظام الجزائري بتاريخ 23 ماي 2017 بكلية الحقوق والعلوم السياسية.
9. حميد محمد عبد السلام القماطي، أثر الحكم الصادر عن القضاء الدستوري، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات المؤتمر العلمي للمحاكم والمجالس الدستورية العربية بعنوان "تحديات الواقع والإصلاحات الممكنة في ضوء المتغيرات الإقليمية"، المنعقد في الأردن في 28-29 فبراير 2016، ص 15، متوافر نسخة منها على الموقع الإلكتروني: <http://supremecourt.gov.ly> تم تحميلها يوم 2022/06/05 على الساعة 16:59.
10. دعلاش عبد الكريم (رئيس مجلس قضاء قسنطينة)، معالجة الدفع بعدم الدستورية من قبل قاضي الموضوع، مداخلة أقيمت بمناسبة الندوة الوطنية حول الدفع بعدم دستورية القوانين، المركز الجزائري الدولي للمؤتمرات (عبد اللطيف رحال)، يوم 10 ديسمبر 2018.

11. دلالي عبد الجليل، توسيع آلية إخطار المجلس الدستوري كمسار لتعزيز الرقابة الدستورية في التعديل الدستوري لسنة 2016، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني حول آليات حماية الدستور كأساس لبناء دولة القانون في الجزائر، بجامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، يوم 25 أبريل 2019.
12. دور النيابة العامة في المنازعات المدنية والإدارية والدستورية في دولة فلسطين، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر 12 لرؤساء إدارات وهيئات قضايا الدولة في الدول العربية، بيروت، في 22-24/8/2016، منشورة على الموقع الإلكتروني: carjj.org
13. روابحي محمدي (رئيس غرفة بمجلس الدولة)، الإجراءات المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة في مادة الدفع بعدم الدستورية، عرض مقدم خلال الندوة الوطنية حول الدفع بعدم الدستورية المنعقدة بالجزائر، يومي 10 و11 ديسمبر 2018.
14. سعودي نسيم، ضوابط الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، مداخلة مقدمة للملتقى الوطني حول آليات حماية الدستور كأساس لبناء دولة القانون في الجزائر بجامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، يوم 25 أبريل 2019.
15. ضيف محمد، المجلس الدستوري (المحاكمة الدستورية، إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري)، مداخلة مقدمة للندوة الوطنية حول موضوع "الدفع بعدم الدستورية القوانين"، من تنظيم وزارة العدل بالتعاون مع مكتب الأمم المتحدة للتنمية بالجزائر، بالمركز الدولي للمؤتمرات "عبد اللطيف رحال"، يومي 10 و11 ديسمبر 2018.
16. عبد الرشيد طيبي، دور الهيئات القضائية في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، مداخلة أقيمت خلال الندوة الدولية المنعقدة بالمجلس الدستوري حول حماية الحقوق والحريات، يومي 23 و24 فبراير 2020، منشورة على الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا: www.coursupreme.dz
17. لهادي لوعيل عضو هيئة الدفع بعدم الدستورية تحت إشراف السيد الطاهر ماموني الرئيس الأول للمحكمة العليا، مداخلة بعنوان "الدفع بعدم الدستورية ودوره في حماية الحقوق والحريات"، منشورة على الموقع الإلكتروني "المحامي": <https://elmouhami.com>
18. ماحي وسيلة، شافي محمد عبد الباسط، طبيعة الدفع بعدم الدستورية بوصفها آلية لحماية الحقوق والحريات (دراسة على ضوء تعديلات بعض الدساتير العربية)، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي الأول الموسوم بـ (الدساتير في الدول العربية وواقع التغيير في المجتمع - قراءة عابرة للتخصص)، بالمكتبة المركزية الجامعية سيدي بلعباس، يومي 09/10 مارس 2020.

19. ماموني الطاهر "الرئيس الأول للمحكمة العليا"، حق المواطن في الوصول إلى القضاء الدستوري في الجزائر، مداخلة ملقاة بمناسبة الملتقى الدولي المنظم من المحكمة الدستورية والموسوم بحق المواطن في الوصول إلى القضاء الدستوري في ضوء الأنظمة المقارنة، يومي 5 و6 ديسمبر 2022.

متوافر على الموقع الإلكتروني التالي: <https://carjj.org>

20. محمد الحافي، التوسع في فئات الطاعنين ومراجع الطعن باب ولوج إلى العدالة الدستورية، أعمال الندوة الدولية المنظمة من طرف المحكمة الدستورية للمملكة المغربية بالشراكة مع أكاديمية المملكة المغربية بعنوان: "الولج إلى العدالة الدستورية - الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين"، المملكة المغربية، مراكش، 27-28 شتبر 2018.

21. محمد عبد النباوي، كلمة تقديمية أقيمت ضمن فعاليات أعمال الندوة الدولية المنظمة من طرف المحكمة الدستورية المغربية مع أكاديمية المملكة المغربية بعنوان "الولج إلى العدالة الدستورية، الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين.

22. مولاي علي، دور مجلس الدولة في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي الأول للمحكمة الدستورية الجزائرية الموسوم ب "حق المواطن في الوصول إلى القضاء الدستوري في ضوء الأنظمة المقارنة، بقصر الأمم، الجزائر، يومي 5 و6 ديسمبر 2022.

23. ورقة تقديمية للندوة المنظمة من طرف المحكمة الدستورية المغربية بالشراكة مع أكاديمية المملكة المغربية تحت عنوان "الولج إلى العدالة الدستورية (الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين)"، مراكش، 28 سبتمبر 2018، ص 13.

24. ورقة مقدمة من وفد جمهورية مصر العربية إلى المؤتمر العالمي الثاني حول العدالة الدستورية تحت عنوان "إطالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ضوء مبدأ الفصل بين السلطات، بالبرازيل، ريودي جانيرو، يومي 16 و18 يناير 2011، منشورة على الموقع الإلكتروني التالي:

[https://www.venice/co/int/WCCJ/Rio/Papers/EGY_Supreme_Court_ARA.](https://www.venice/co/int/WCCJ/Rio/Papers/EGY_Supreme_Court_ARA.pdf)

[pdf](#)

تم تنزيله يوم 27 جوان 2022 على الساعة 14:27.

هـ-2- المقالات المنشورة على المواقع الإلكترونية:

مقالات منشورة على المواقع الإلكترونية مع ذكر أسماء المؤلفين:

1. إبراهيم بن عيسى العيسى، النظام والتنظيم... ما الفرق بينهما؟ جريدة العرب الدولية، موجود على الموقع الإلكتروني التالي: <https://aleqt.com> تم الاطلاع عليه يوم 4 جانفي 2021 على الساعة 19:42.

2. آية الوصيف، تعريف الدعوى المدنية والقضائية (عناصرها، الفرق بين الدعوى والمطالبة القضائية)، 1 مارس 2017، اطلع عليها يوم 2020/12/16 على الساعة 13:23. موجودة على الموقع الإلكتروني: www.mohamah.net

3. إيثار موسى، الفرق بين صحيفة الدعوى وعريضة الدعوى في ضوء القانون المصري، استشارات قانونية على موقع محاماة نت، 10 يونيو 2019، موجود على الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.mohamah.net>

4. خالد أحمد عثمان، نظرية أعمال السيادة والقضاء الإداري، منشور في صحيفة الاقتصادية الإلكترونية، وفق آخر تحديث للصفحة في 23 يناير 2011، متوفرة على الموقع الإلكتروني: <http://ar.jurispedia.org> تم الاطلاع عليها يوم 2022/08/18 على الساعة 17:37.

5. خديجة سرير الحرتسي، الموازنة بين الدفع بعدم دستورية القوانين ومبدأ الأمن القانوني (دراسة مقارنة بين الدستورين الجزائري والبحريني)، مجلة الدراسات المقارنة، ع 5، المقال منشور على الموقع الإلكتروني: <http://jilrc.com>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/11/21 على الساعة 15:41.

6. خليفة سالم الجهمي، حجية الأحكام الدستورية وآثارها (دراسة تحليلية مقارنة)، ص 28، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://supremecourt.gov.ly/uploads/2019/1> تم الاطلاع عليه يوم 2022/10/19

على الساعة 15:45.

7. خليفة سالم الجهمي، شرط المصلحة في الدعوى الدستورية (دراسة تحليلية مقارنة)، أطلع عليه يوم 7 جانفي 2021، على الساعة 15:12 على الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.Khalifasalem.wordpress.com>

8. خليفة سالم الجهمي، طرق تحريك الرقابة الدستورية (دراسة تحليلية مقارنة)، أبحاث ودراسات المحكمة العليا الليبية. تم الاطلاع عليه على الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.supremecourt.gov> يوم 2021/08/21 على الساعة 21:13.

9. رجب حسن عبد الكريم، الإطار الدستوري لأثر وحجية حكم المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، ع02، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://jdl.journals.ekb.eg>
10. الزكراوي محمد، الدفع بعدم دستورية قانون ساري المفعول المحال على أنظار المحكمة الدستورية، موجود على الموقع الإلكتروني التالي: <https://elmouhami.com> تم الاطلاع عليه يوم 28/11/2017
11. سالم روضان الموسوي، الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية (أحكام المحكمة الاتحادية العليا نموذجاً)، مقال منشور في جريدة الحوار المتمدن، ع3899، بتاريخ 2012/11/02 على الساعة 20:12، على الموقع الإلكتروني الخاص بها: <http://www.ahewar.org>
12. سلام مكي، روح الدستور، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <https://www.iraqfsc.iq/news.4333>
- يوم 2019/04/24 على الساعة 09:36 وتم الاطلاع عليه يوم: 2022/07/20 على الساعة 17:09.
13. صالح الدعيس، التحقيق الجنائي (ماهيته وقواعده)، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <https://policecolleg-ye.com> تم الاطلاع عليه يوم 2022/12/21 على الساعة 12:48.
14. عبد العزيز سالم، أسلوب إجراءات إصدار الحكم الدستوري، مقال منشور على موقع الأرشيف الرقمي " منشورات قانونية" يوم الجمعة 1 أكتوبر 2021، تم الاطلاع عليه يوم 2021/11/17 على الساعة 15:36 على الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.manshurat.org>
15. عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الحقوق المغربية ، ع7، 2009 ، منشور على موقع دار المنظومة العربية ، وكذلك يمكن تحميله من الموقع الإلكتروني التالي: https://droitarabic.com/2019/08/pdf_39.html
16. عبد النبي مصدق، مقال بعنوان: لماذا تأخر تنصيب المحكمة الدستورية في تونس، 14 يونيو 2018 منشور على الموقع الإلكتروني: www.maghrebvoices.com تم الاطلاع عليه يوم 2021/11/22 على الساعة 15:22.

17. عمار التراكوي، مبدأ المشروعية، علم الفقه، المجلد 06، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ص 292 وما بعدها، المقال منشور على موقع الموسوعة العربية: <https://www.arab-ency.com.sy/law/details/25913>

18. فارس حامد عبد الكريم، أسباب الطعن بعدم الدستورية، بحث متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://iraker.dz/maqalat24/destor.htm>

تم الاطلاع عليه يوم 2022/06/29 على الساعة 16:19.

19. مارتن كيبي، براون ضد مجلس التعليم، مسائل النظام القانوني للولايات المتحدة، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي: <https://eferrit.com> تم الاطلاع عليه يوم 2022/03/28 على الساعة 15:57.

20. مازن ليو راضي، أدهم عبد الهادي، حيدر، بحث عن مدخل حقوق الإنسان، موجود على الموقع الإلكتروني: <https://saudi-lawyers.net> تم الاطلاع عليه يوم 2023/01/16 على الساعة 12:20.

21. محمد براهيم، الدعوى القضائية في التشريع الجزائري (طبيعتها وشروط مباشرتها)، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.brahimi-avocat.com> تم الاطلاع عليه يوم 15 جانفي 2021 على الساعة 15:27.

22. مصطفى بن شريف، قراءة أولية في مشروع القانون التنظيمي 15-86 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية. موجود على موقع العلوم القانونية Maroc Droit.com تم الاطلاع عليه بتاريخ 7 جانفي 2021، على الساعة 18:47.

23. كلمة ألقاها رئيس المحكمة الدستورية السيد "عمر بلحاج" بمناسبة تنصيب المحكمة الدستورية، منشورة على الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.conseil-constitutionnel.dz> تم الاطلاع عليه يوم 9 جانفي 2022 على الساعة 14:32.

مقالات منشورة على المواقع الإلكترونية بدون ذكر أسماء المؤلفين:

1. الأثر الرجعي للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، مقال منشور تم الاطلاع عليه يوم 2022/11/28 على الساعة 12:00، على الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.bibliotdroit.com/12/2021>

2. الإشعار في قانون العمل، متواجد على موقع حماة الحق، تم نشره يوم 25 ماي 2020، والاطلاع عليه يوم 2021/12/22 على الساعة 15:59 على الموقع الإلكتروني التالي: <https://jordan-lawyer.com>
3. أصول صياغة المذكرات القانونية، تم الاطلاع عليه يوم 18 فيفري 2021 على الساعة 9:50 على الرابط التالي: <https://www.ibitihelmounira.wixsite.com>
4. التحقيق القضائي في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <https://kimouchenabila.unblog.fr> تم الاطلاع عليه يوم 2022/06/14، على الساعة 16:32.
5. التنظيم القضائي التونسي تم الاطلاع عليه يوم 14 مارس 2021 على الساعة 14:43 على الموقع الإلكتروني: www.justice.gov.tn
6. تعريف وترجمة مصطلح محاكمة باللغة العربية، ميم للأعمال تم الاطلاع عليه يوم 2021/02/24 على الساعة 14:53 على الموقع الإلكتروني التالي: www.meemapps.com
7. تعريف ومعنى تقليد في معجم المعاني الجامع-معجم عربي عربي-منشور على الموقع الإلكتروني: <https://www.almaany.com> تم الاطلاع عليه يوم 2023/01/18 على الساعة 15:56.
8. تقديم المحكمة الدستورية لإجراءات العمل" موجود على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية <https://www.cour-constitutionnelle.dz>
9. صفحة فرنسا في الجزائر AMBASSADE DE FRANCE EN ALGERIE ومتوفرة على الموقع الإلكتروني التالي: <http://dz.ambafrance.org> تم الاطلاع عليها يوم 2022/05/15 على الساعة 16:28.
10. طريقة صياغة مذكرة دفاع في مصر، تم الاطلاع عليها يوم 27 أوت 2021 على الساعة 19:24 على الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.lawyeregypt.net>
11. في الفرق بين النص التنظيمي (المرسوم) والقانون التنظيمي، موجود على الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.amja.ma>
- تم نشره يوم 23 أكتوبر 2018 وتم الاطلاع عليه يوم 4 جانفي 2021 على الساعة 19:40.
12. قانون في المغرب يتيح للمواطنين الطعن في دستورية القوانين (مجلس النواب يصادق بالإجماع على مشروع قانون هو الأول من نوعه يسمح للمواطنين بالاعتراض على عدم دستورية

القوانين)، بقلم محمد ماموني العلوي، الخميس 2022/04/28، متوافر على الموقع الإلكتروني: alarab.co.uk، تم الاطلاع عليه يوم: 2022/05/31 على الساعة 16:23.

13. ما الفرق بين الإعلام والإشعار والإنذار للشيخ الشعراوي بتاريخ 31 جويلية 2018، تم الاطلاع عليها يوم 2021/12/22 على الساعة 15:45 على الموقع الإلكتروني: www.youtube.com

14. مجلة القضاء والقانون المقارن، الأنظمة القضائية الدولية (لمحة عن التنظيم القضائي في فرنسا) بقلم يوسف في 17 أكتوبر 2018، تم الاطلاع عليه يوم 28 فيفري 2021 على الساعة 14:30 على الموقع الإلكتروني: www.magallah.com

15. مجموعة المكتب الفني مقني بن عمار، أعمال السيادة كاستثناء عن اختصاص القضاء وتطبيقاتها في مواد الجنسية (دراسة في القانون الجزائري والمقارن)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، 2013/2012، بحث منشور.

16. محاكم الاستئناف التجارية (الاختصاصات، الإجراءات، الآجال، طرق الطعن)، منظمة الحريات للتواصل بين موظفي قطاع العدل بالمغرب، 24 يوليو 2014، على الساعة 1:01am مأخوذ من الموقع الإلكتروني التالي: <https://Alhoriyatmaroc.yoo7.co> تم الاطلاع عليه يوم 4 مارس 2021 على الساعة 13:44.

17. مراحل سير القضية، مجلة المختبر القانوني تم الاطلاع عليه يوم 2021/02/24 على الساعة 14:57 على الموقع الإلكتروني التالي: www.labodroit.com

18. معنى إخطار في قواميس ومعاجم اللغة العربية، تم الاطلاع عليه يوم 2023/01/11 على الساعة 14:59 من خلال الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.arabdict.com>

19. معجم المعاني الجامع (عربي - عربي) وفي قاموس الكل (عربي - عربي)، على الموقع الإلكتروني: almany.com

و-المواقع الإلكترونية:

- 1- <https://www.cour-constitutionnelle.dz>
- 2- <https://www.conseil-constitutionnel.dz/index.php/ar->
- 3- www.coursupreme.dz
- 4- <https://droit.mjustice.dz>
- 5- <https://www.cour-constitutionnel.ma>
- 6- <https://www.sccourt.gov.eg>
- 7- <https://www.cc.gov.eg>
- 8- <http://supreme.justia.com>
- 9- <https://www.cc.gov.lb>

- 10- [conseil constitutionnel \(modifiée\) disponible sur le lien:http://www.conseil-constitutionnel.Fr/conseil-constitutionnel/bank-mm/textes/ordonnance 58-1067.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.Fr/conseil-constitutionnel/bank-mm/textes/ordonnance%2058-1067.pdf)
- 11- <http://www.legifrance.gouv.fr>
- 12- <https://eur-lex.europa.eu › legal-content › 22/01/2023> à 16:45
- 13- <https://op.europa.eu>, le 14/11/2022 à 16 :07
- 14- <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584>
- 15- <https://www.etudes-fiscales-internationales.com>, le 14/11/2022 à 15 :48
- 16- <http://publications.ut-capitole.fr> 30/10/2022 à 16:21.
- 17- www.iraqfsc.iq/t.2013. 15:29 على الساعة 2022/10/10 تم الاطلاع عليه يوم:
- 18- <https://www.amja.ma> 4 /01/2021 à 19 :40.
- 19- <https://www.almerja.com> 4/01/2021 à 19 :19.

ثانيا: باللغة الأجنبية

1/La liste des sources :

1- Les lois constitutionnelles :

-La constitution de France 1958 modifié en 2008 <http://www.legifrance.gouv.fr>

2-Les lois :

A- Les lois française :

1-Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution, Journal Officiel du 11 décembre 2009, p.21373, @ n° 1.

²Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le [conseil constitutionnel \(modifiée\) disponible sur le lien:http://www.conseil-constitutionnel.Fr/conseil-constitutionnel/bank-mm/textes/ordonnance 58-1067.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.Fr/conseil-constitutionnel/bank-mm/textes/ordonnance%2058-1067.pdf)

3-Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004-art.14JORE10 mars 2004 en vigueur le 1^{er} octobre 2004.

5-code de procédure pénale.

6-Loi n° 2010-1657 du 29 Décembre 2010 de finances pour 2011.

C.F : <https://www.legifrance.gouv.fr>

B- Les lois Espagnoles :

-Organic Law on Constitutional Court of 3 October 1979 :

<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-en>. PDF, (last visited 6/11/2018).

C- Les lois de Bavaria :

-The Bavarian Law of Pharmacies of 16 June 1952.

3-Les décrets :

Les décrets français :

1- Décret n° 75-1123 du 05/12/1975 portant de Code de procédure civile, JORF n° 0285, du 09/12/1975 ; Dernière modification 2021-01-01.

²Décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant l'application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution.

www.legifrance.gouv.fr

3-Décret n° 2010- 149 du 16 février 2010 relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le conseil d'état, la cour de cassation et le conseil constitutionnel. <https://www.legifrance.gouv.fr>

4-Décret n° 2010-1216 du 15 octobre 2010.

5-Décret n° 2010-1691 du 30 Décembre 2010 pris en application de l'article 211 de la loi n° 2010-1657 du 29 Décembre 2010 de finances pour 2011, JORF n° 0303 du 31 Décembre 2010.

4- Les arrêtés F.R:

1-Décision 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, JORF n° 0041 du 18/02/2010, texte n° 74.

Sur le lien : <https://www.legifrance.gouv.fr>

2-Arrêté du 24 février 2010 fixant les modalités d'application du décret n° 2010-166 du 22 février 2010 relatif à la sécurité des jouets, JORF n° 0055 du 6 mars 2010, permet de le voir sur:legifrance.gouv.fr

³ Décision 2011-120 ORGA-21 juin 2011, modifiant le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

4- Jugements et décisions judiciaires :

A/1- Les décisions du conseil constitutionnel FR:

1-Décision n° 67-31 DC du 26 Janvier 1967, sur le site : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

2-Décision n° 71-44 du 16 juillet 1971.

Disponible sur le site suivant :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm>, consulté le 7/10/2021-14 :47.

3-Décision n° 84-179 DC du 12 Septembre 1984.

4-Décision n° 84-181 DC du 11 Octobre 1984, www.conseil-constitutionnel.fr

5-Décision n° 86-218 DC du 18 Novembre 1986.

6-DC n° 86-225 du 23 Janvier 1987, en ligne sur le site : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

7-Décision n° 90-283 DC du 08 Janvier 1991, loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.

8-C. C. Décision n° 2009-595 DC du 03 Décembre 2009.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr>

9-C. C. Déc. ,28 Mai 2010, n° 2010-1 QPC.

10- Décision du Conseil Constitutionnel Français n° 2010-10 QPC du 02 Juillet 2010.

11-C.C. déc. ,6 aout 2010, n °2010 -30/34/35/47/48/49-50 QPC, M. Miloud K et autres.

12-Décision n° 2010-28 QPC du 17 Septembre 2010.

13-Décision n° 2010-45 QPC du 06 Octobre 2010, Non-conformité totale - effet différé.

14-Décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010 C.G.T-F. O

15-Décision n° 2012-226 QPC du 06 Avril 2012.

¹⁶ Décision n° 2012-655 DC du 24 Octobre 2012, loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social (non-conformité totale).

17- Décision n° 2014-404 QPC du 20 Juin 2014 Consulter le site : www.conseil-constitutionnel.fr

18-Décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018.

19-Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018.

20-Décision n° 2021-947 QPC du 19 Novembre 2021.

21-Décision n° 2021-949/950 QPC du 24 Novembre 2021.

22-Décision n° 2021-952 QPC du 03 Décembre 2021.

23-Décision n° 2021-972 QPC du 18 Février 2022 non-conformité totale effet différé.

24-Décision n° 2021-978 QPC du 11 Mars 2022 non-conformité totale effet différé.

25-Décision n° 2022-992 QPC du 13 mai 2022

26-Décision n° 2022-999 QPC du 17 Juin 2022, non-conformité totale effet différé

9. J. C. BEGUIN, Le contrôle de la constitutionnalité des lois en R. F.A, Economica, Paris, 1982.
10. Olivier DORD, La loi OGM devant le conseil constitutionnel ou la dissémination de la jurisprudence A.C, AJDA, 2008.
11. Jaques ROBERT, Jean DUFFAR, Droits de l'homme et libertés fondamentales, 6^{ème} éd, édit Montchrestien EJA, Paris, 1996.
12. Bernard HENRY, la procédure devant le conseil constitutionnel. In la question prioritaire de constitutionnalité sous la direction de Dominique ROUSSEAU, édit l'Extensio, Gazette de Palais, 2010.
13. Philip BELLOIR, La question prioritaire de constitutionnalité, 1^{er} éd, édit harmattan, 2013.
14. Nathalie DELEUZE, Aude BERTRAND- Mirkovic, Introduction générale au droit: le droit objectif, les droits subjectifs, l'action en justice, édit Studyrama, France, 2005.
15. Bennoit DELANNY, L'indispensable de droit constitutionnel, 2^{em} éd, édit Studyrama, France, 2004.
16. Philippe ARDANT, Institutions politiques et droit constitutionnel, 16^{em} éd, édit L. G. D. J, France.
17. Mathieu DISANT, Droit de la question prioritaire de constitutionnalité-cadre juridique-pratique jurisprudence, édit Lamy, 2011.
18. Henry ROUSSILLON, Pierre ESPLUGAS, Le conseil constitutionnel, 7^{em} éd, édit DALLOZ, 2011.
19. Guy CARCASSONNE, Olivier DUHAMEL, QPC la question prioritaire de constitutionnalité, 2^{em} éd avec Aurélie DUFFY, édit Dalloz, 2005.
20. Arnaud LIPOZ, Soulever (chapitre 1, La question prioritaire de constitutionnalité. IN la question prioritaire de constitutionnalité). Sous la direction de Dominique ROUSSEAU, édit l'Extensio, Gazette du Palais, 2010.
21. Julien BONNET, Pierre Yves GAHDOUN, La question prioritaire de constitutionnalité, PUF, Paris, 5/2014.
22. Guy CARCASSONNE, Olivier DUHAMEL, QPC La Question Prioritaire de Constitutionnalité, 2^{em} éd avec Aurélie DUFFY, édit DALLOZ, 2015.
23. CUCHEE et VINCENT, Précis de procédure civile et commercial, 10 éd, édit DALLOZ, 1994.
24. André TUNC, Suzanne TUNC, Le système constitutionnel des Etat Unis d'Amérique, T2 (le système constitutionnel actuel), Domat-Montchrestien, Paris, 1954.
25. G. VEDEL et P. DELVOLVE, Droit administratif, 12^{ème} éd, édit P.U.F, 1992.
26. Michel FROMENT, La justice constitutionnelle dans le monde, édit Dalloz coll. Connaissance du monde, Paris, 1996.
27. LUCHAIRE (F), Le conseil constitutionnel et le gouvernement des juges, édit P.U.F, Paris, 1980.
28. ROUSSILLON (H), Le conseil constitutionnel, 4^{ème} éd, édit Dalloz, 2001.
29. Philippe ARDANT, Institutions politiques et droit constitutionnel, édit DELTA, 16^{ème} éd, LIBAN, 2004.
30. CORNU. G, Vocabulaire juridique, P.U.F, Paris, 1992.
31. George SCHMITTER, L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives, A.I.J.C, édit Economica, 1989.
32. CADART. J : Institutions politiques et droit constitutionnel, édit LGDJ, Paris, 1975.
33. Jean-François BOUDET, La Caisse des dépôts et consignations, histoire, statut, fonction, Les Logiques Juridiques, 2006.

B- Les articles :

1. Michèle De SALVIA, La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la cour Européenne des droits de l'homme,
2. Marc GUILLAUME, La QPC, Justice et cassation, revue annelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, 2010.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr>

3. Veine JEAN, Luc WANSMAN, Rapport d'information sur l'évaluation de loi organique n°2009 -1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution, assemblée national n° 2838.
4. Michèle De SALVIA, La sécurité juridique en droit constitutionnel français, Cahier du conseil constitutionnel, n° 11, Dossier : Le principe de sécurité juridique, Décembre 2001.
5. Jean Pierre PUISSOCHET, Hubert LEGAL, Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, Cahier du conseil constitutionnel, n° 11, Dossier : Le principe de sécurité juridique, Décembre 2001.

Sur le site web :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr>

6. Dominique BROURG, La charte française de l'environnement quelle efficacité. R.vertigo, volume 6,n° 2, septembre 2005.
7. Amandine CAPITANI, la charte de l'environnement, un leurre constitutionnel, R.F. D. C, n° 63/205.
8. Patrick MICHAUD, Principe de sécurité juridique et droit fiscal, Le Conseil d'État confirme le principe de sécurité juridique, lequel peut s'appliquer en droit fiscal interne, Etudes Fiscales Internationales, Février 2012.

Sur le site web :

<https://www.etudes-fiscales-internationales.com>, le 14/11/2022 à 15 :48

10. MAHI Wassila, HAFDI Souad, Legal security between ruling of Unconstitutionality and the immediate and direct effect (a comparative study), journal of politic and law, V13, N° 01, 2021.
11. Mathieu DISANT, Les effets dans le temps des décisions QPC, Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, n° 04, dossier (Le conseil constitutionnel : trois ans de QPC), Juin 2013.
12. Sur le site de conseil constitution de la France : <https://www.conseil-constitutionnel.fr>
13. Xavier MAGNON, La modulation des effets dans le temps des décisions des juges constitutionnels, consulté sur le site : <http://publications.ut-capitole.fr> 30/10/2022 à 16 :21. 2022/10/31
14. Samy BENZINA, Les effets des décisions QPC d'inconstitutionnalité et les libertés, le conseil constitutionnel est-il le gardien des libertés ? : Actes du colloque de Poitiers, 25 Octobre 2019, Press universitaires juridiques de Poitiers, France, 2021, coll « Actes et colloque ».
15. Jean Louis DEBRÉ, La question prioritaires de constitutionnalité, revue du conseil constitutionnel Algérien, n° 2, 2013.
16. Agnès ROBLOT-TROIZIER, Trois ans de (QPC) Nouveaux Cahier du Conseil Constitutionnel, n°40, Juin 2013. <http://www.conseilconstitutionnel.fr>
17. James BRADLEY THAYER, The origin and scope of the American Doctrine of constitutional Law, Harv. L. R, vol 7, n° 3 , 25 October1893.
18. Régis FRAISSE, la question prioritaire de constitutionnalité devant le juge administratif, C. J. F. I, n°59 premier trimestre 2009.
19. Carlos BERNAL PULIDO, The migration of Proportionality across Europe, New Zealand Centre for Public Law and contributors Faculty of Law Victoria, v 11, number 2, University of Wellington PO Box 600 Wellington New Zealand, December 2013.

20. Dieter GRIMM, Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence, U.T.L.J, 57-02, 2007
21. Pnina Alon-SHERKER, Guy DAVIDOV, Applying the principle of Proportionality in employment and labour law contexts, Mc Gill Law Journal, tome 59-02, 2014.
22. Jean Louis DEBRE, Qu'est – ce que le QPC ? www.conseil_constitutionnel.fr

C- Les séminaires :

1. Jean Louis DEBRÉ, les premières questions prioritaires devant le conseil constitutionnel, une intervention donnée à l'université de Aix-en – Provence, le 26 novembre 2010.
2. Marc BOSSUYT, Riet LEYSEN et Bernadette RENAULD, séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnel et instances équivalentes, rapport de conférences mondiales sur la justice constitutionnelle, Rio de Janeiro, 16-18 janvier 2011.
3. M. olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, La sécurité juridique (Le point de vue du juge constitutionnel), exposé fait à l'occasion de l'accueil de hauts magistrats Brésiliens, le 20 septembre 2005 ,publié sur le site web de conseil constitutionnel de France.
4. Samy BENZINA, Les effets des décisions QPC d'inconstitutionnalité et les libertés, le conseil constitutionnel est-il le gardien des libertés ? Actes du colloque de Poitiers, 25 Octobre 2019, Press universitaires juridiques de Poitiers, France, 2021, coll « Actes et colloque »

الملاحق

ملحق رقم 1:

مراسلة رئيس مجلس الأمة حول الملاحظات المبداءة حول الدفع بعدم الدستورية

المجلس الدستوري
الرئاسة
صندوق بريد 214
رقم التسجيل: 214

رقم 53 / 2019

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
مجلس الأمة
5 - جرد 2019

إلى السيد رئيس المجلس الدستوري

الموضوع : ف/ت قرار إحالة الدفع بعدم الدستورية.
المرجع : - مراسلتكم رقم 548/م د/ر المؤرخة في 24 جوان 2019
- مراسلتكم رقم 402/م د/ر المؤرخة في 20 أوت 2019.

المجلس الدستوري
الأمانة العامة
مصلحة كتابة الضبط
صندوق بريد 214
رقم التسجيل: 214

عطفًا على المراسلتين المشار إليهما في المرجع أعلاه، وطبقًا لأحكام المادة 21 (الفقرة 2) من القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 2 سبتمبر 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، وبعد الاطلاع على الملاحظات المكتوبة المقدمة من قبل رئيس المجلس الشعبي الوطني، يشرفني أن أبلغكم أن المادة 416 (الفقرة الأولى) من قانون الإجراءات الجزائية صياغتها الحالية "متضاربة" مع:

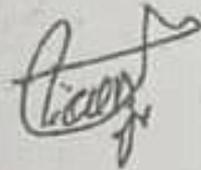
- مبدأ التضاضي على درجتين في المسائل الجزائية المنصوص عليه في المادة 160 (الفقرة 2) من الدستور؛
- المادة الأولى (المطلة السابعة) من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتممة بموجب المادة 02 من القانون رقم 17-07 المؤرخ في 27 مارس 2017، والتي تنص على "أن لكل شخص حكم عليه، الحق في أن تنظر قضيته جهة قضائية عليا".

واعتماداً لما سبق، فإننا نوافق المجلس الشعبي الوطني فيما أمناه من ملاحظات، ونؤكد على مقترح تعديل نص المادة 416 (الفقرة الأولى) من قانون الإجراءات الجزائية على النحو الآتي:
 "تكون قابلة للإستئناف:
 1- الأحكام الصادرة في مواد المصح".

ويبقى للمجلس الدستوري الموقر صاحب الاختصاص، واسع النظر للنصل في قضية الحال.

وتنضّلوا، السيد الرئيس، بقبول فائق عبارات التقدير والاعتبار.

صالح قوس حليل
 المجلس الشعبي الوطني بالنيابة





ملحق رقم 2:

استدعاء لحضور الجلسة العلنية للفصل في الدفع بعدم الدستورية


 الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
المجلس الدستوري

الأستاذين فركان محند وتكلمت مريامة
 القاتمين في حق السيد حامدي عبد العزيز

الإسير العام
 رقم: 872/م.ع.

24 07 2019

الموضوع: استدعاء لحضور الجلسة العلنية

طبقا للمادة 22 من القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، والمادة 20 (الفقرة 3) من النظام المؤرخ في 12 مايو 2019 المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، المعدل والمتمم، يشرفني أن أبلغكم بأن تاريخ الجلسة العلنية المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية رقم 01-2019 د ع د قد تم تحديده بيوم 13 نوفمبر 2019 على الساعة التاسعة صباحا، وذلك بمقر المجلس الدستوري الكائن بشارع 11 ديسمبر 2019، الأبيار، الجزائر.

وعليه، أدعوكم لحضور هذه الجلسة مرفقين بموككم السيد حامدي عبد العزيز، لإبداء ملاحظاتكم الشفوية

تفضلوا بقبول فائق التقدير

الأمين العام
 محمد شريف



ملحق رقم 3:

تبليغ الملاحظات المكتوبة المقدمة من قبل رئيس مجلس الأمة والوزير الأول


 الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
المجلس الدستوري

الأمين العام

رقم: 706/م.ج.

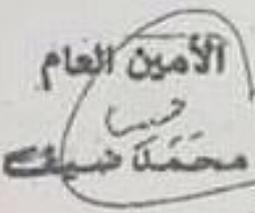
26 4 2019

السيد حمادي عبد العزيز
 القلم في حقه الأستاذين فركان محند وتكلمت مريمة

الموضوع: تبليغ الملاحظات المكتوبة العاسة بالدفع بعدم الدستورية.

طبقا للمادة 13 (الفقرة 2) من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري،
 يشرفني أن أبلغكم نسخة من الملاحظات المكتوبة المقدمة من قبل كل من السيد
 رئيس مجلس الأمة بالنيابة، وكذا السيد الوزير الأول، بعد إشعارهما بقرار إحالة
 الدفع بعدم الدستورية الذي تلقاه المجلس الدستوري من المحكمة العليا، والمؤرخ
 في 17 يوليو 2019.

تفضلوا سيدي بقبول فائق التقدير


 الأمين العام
 محمد شيك
 

ملحق رقم 4:

وثيقة مكتوبة لملاحظات الوزير الأول حول الدفع بعدم الدستورية


الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المجلس الدستوري
 الأمانة العامة
 معلمة كلية للخط
 يعمل في تاريخ: 07 سبتمبر 2019
 د. سجل:

الوزير الأول
 رقم الوثيقة: 2.5.7.2019.و.أ.

05 سبتمبر 2019

رئيس المجلس الدستوري

المجلس الدستوري
 الرئاسة
 وصول في تاريخ: 7 سبتمبر 2019
 رقم السجل: 425

الموضوع: بخصوص قرار إحالة دفع بعدم الدستورية.
المرجع: مراسلتكم رقم 350 بتاريخ 24 جويلية 2019.

لقد تفضلتم، بموجب مراسلتكم المشار إليها في المرجع أعلاه، بموافقتنا
 بنسخة من قرار إحالة دفع بعدم الدستورية، صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 17 جويلية
 2019، وذلك قصد إنشاء ملاحظتنا بهذا الخصوص، وفقا للإجراءات المنصوص عليها
 ضمن القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 2 ديسمبر 2018، الذي يحدد شروط
 وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، لاسيما المادة 21 منه.

في هذا الإطار، يشرفني أن أوافيكم، فيما يأتي، بملاحظتنا بخصوص حالة الدفع بعدم
 الدستورية هذه:

- الدفع بعدم الدستورية هو ضمانات جديدة من ضمانات تعزيز دولة القانون وحماية
 الحقوق والحريات والمحكمة العادلة، تم تكريسها بموجب التعديل الدستوري الأخير
 لسنة 2016 (المادة 188)، وهو يشكل خطوة نوعية نحو تكريس المعايير الدولية
 والممارسات المثلى في هذا المجال، وقد دخل حيز النفاذ بتاريخ 07 مارس 2019.
- يمثل الدفع بعدم الدستورية في حق أي طرف في محاكمة أن يتطلب النظر في مدى
 دستورية الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع، إذا ارتأى أن هذا الحكم
 التشريعي ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.
- يتضح من دراسة قرار الإحالة هذا بأن الدفع بعدم الدستورية تم إرساله إلى المحكمة
 العليا في شكل مذكرة من طرف مجلس قضاء بجاية، بعد إثارته كتابيا من قبل أحد
 المتقاضين (المدعو حامدي عبد العزيز)، في إطار استئنافه للحكم الصادر ضده عن
 المحكمة الابتدائية (محكمة أميزور-بجاية) بتاريخ 12 فيفري 2019، والقاضي بإدانته
 بجنحة السب (ضد المدعوة جند شتيقة) ومعاقبته بغرامة مالية لألفين قدرها
 20.000 دج.

وجه عدم الدستورية المثار يتعلق بكون المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية تحرم المتهم من حقه في استئناف حكم المحكمة الابتدائية، نظرا لأن مبلغ الغرامة المالية لا يتجاوز سقف 20.000 دج، حيث تنص هذه المادة وفق مسيقتها المعدلة والمتممة سنة 2017 (القانون رقم 07-17 المؤرخ في 27 مارس 2017 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية) على أنه: "تكون قابلة للاستئناف: 1- الأحكام الصادرة في مواد الجنيح إن قصت بمقتضى حبس أو غرامة تتجاوز 20.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي و 100.000 دج بالنسبة للشخص المعنوي والأحكام بالبراءة (...).

• هذه المادة تتعارض حسب المعنى مع الدستور، الذي تنص المادة 160 منه صراحة على أنه "يضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ويحدد كيفية تطبيقها".

• حيث أن المادة 160 من الدستور أقرت التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية كما في عام دون الإشارة إلى أي استثناء، مكرمة إياه بذلك كحق دستوري جديد، أدرج بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016.

• حيث أن المادة 160 أحوالت كذلك إلى مجال القانون ضمان الممارسة الفعلية لهذا الحق، مع تحديد كيفية ذلك.

• حيث أن الصيغة الحالية للمادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية المعلومون في مطابقتها للدستور هي الصيغة الجديدة التي تم تبنيها في إطار تعديل هذا القانون سنة 2017، والذي تمت المبادرة به قصد مطابقة قانون الإجراءات الجزائية مع الحقوق والالتزامات الجديدة التي أقرها التعديل الدستوري لسنة 2016.

• حيث أنه بمناسبة هذا التعديل لقانون الإجراءات الجزائية، ارتأت الحكومة وأيدها في ذلك المشرع، في إطار ما أقره إياه المؤسس الدستوري من صلاحية تحديد كيفية تطبيق المادة 160 من الدستور المذكورة أعلاه، وأخذا بعين الاعتبار نص وروح مختلف الأحكام الدستورية الهادفة إلى تكريس الحقوق والحريات وتوفير ضمانات المحاكمة العادلة، بأن يؤثر ممارسة هذا الحق من خلال إحاطته بشروط موضوعية ارتأى أنها لا تمس بجوهر هذا الحق، بل تهدف إلى الحد من النجوى المفرط والآلي إلى الاستئناف من طرف المتقاضين، وبالتالي تخفيف العبء على المجالس القضائية وضمان حسن سير مرفق القضاء.

بناء على ما سبق، فإن دراسة النسخ بعدم الدستورية المثار تفيد بأنه يكتسي طابع الوجاهة، وأن الهدف المرجو من خلال تأطير ممارسة حق الاستئناف في العادة الجزائية قد يصطدم بأحكام المادة 160 من الدستور.

بنا، ويبقى للمجلس الدستوري وأوسع النظرة، في إطار ما أقر له من صلاحيات بموجب دستور والقانون العضوي رقم 18-18 المذكور أعلاه، للفصل في مدى مطابقة المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية للدستور.

وتفضلوا، العبد ورئيس المجلس الدستوري، بقبول فائق عبارات التقدير والاحترام.

لوزير الأول
 عبد الحفيظ بن حوي
 المجلس الدستوري

ملحق رقم 5:

تبليغ الملاحظات المكتوبة المقدمة من طرف رئيس المجلس الشعبي الوطني للأطراف


المجلس الدستوري

الرئيس

رقم 2/44/404

المسيد حامدي عبد العزيز

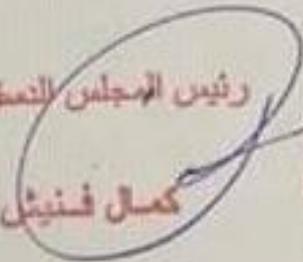
القائم في حقه الأستاذين فركان محند وتعلميمت مريامة

الموضوع: تبليغ الملاحظات المكتوبة الخاصة بالدفع بعدم الدستورية.

طبقا للمادة 13 (الفقرة 2) من النظام المؤرخ في 12 مايو 2019 المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري. يشرفني أن أبلغكم نسخة من الملاحظات المكتوبة المقدمة من قبل رئيس المجلس الشعبي الوطني. بعد إشعاره بقرار إحالة الدفع بعدم الدستورية الذي تلقاه المجلس الدستوري من المحكمة العليا. والمؤرخ في 17 يوليو 2019.

وطبقا للمادة المذكورة أعلاه، يمكنكم الرد على هذه الملاحظات المكتوبة قبل يوم 9 سبتمبر 2019. وهذا عن طريق إيداعه لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري الكائن مقره بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار، الجزائر. أو إرساله على رقم الفاكس الآتي: 023 25 38 13.

تفضلوا سيدي بقبول فائق التقدير


رئيس المجلس الدستوري
كامل فنيش



ملحق رقم 6:

نموذج لقرار إحالة الدفع بعدم الدستورية صادر عن المحكمة العليا تحت رقم

.19/00003

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

قرار

أصدرت المحكمة العليا بالجلسة العلنية المنعقدة بالمحكمة العليا الكائن مقرها بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار الجزائر بتاريخ السابع عشر من شهر جويلية سنة ألفين وتسعة عشر وبعد المناقشة القانونية القرار الآتي نصه

رقم الملف: 19/00003
رقم الملف: 19/00003

قرار بتاريخ:
2019/07/17

لغوية:
عمدي عبد العزيز

معد:
بعد غبطة

1: محمدي عبد العزيز
السكن: قرية سلوانة بلدية سمعون ولاية بجاية
و الوكيل عنه الأستاذ (4): فرحان محند - تقسيمت مريانة المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا
المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا الكائن مقره بـ 09 شارع عبد القادر بجاية

طاعن

من جهة

المعد:

1: بعد غبطة
السكن: قرية سلوانة بلدية سمعون ولاية بجاية
مطعون ضده

من جهة أخرى

**** المحكمة العليا ****

في جلستها العلنية المنعقدة بتاريخ السابع عشر من شهر جويلية سنة ألفين وتسعة عشر بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار الجزائر العاصمة -
فصلا في إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري محل القرار الصادر عن مجلس قضاء بجاية الغرفة الجزائرية بتاريخ 2019/06/12 ، أصدرت القرار الآتي بيانه:

- بعد الإطلاع على الدستور.
- بعد الإطلاع على المواد 5 و 8 و 9 و 13 و 15 و 16 و 19 من القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 2018/09/02 الذي يحدد شروط و كليات الدفع بعدم الدستورية.
- بعد الإطلاع على الأمر الصادر عن السيد الرئيس الأول بتاريخ 2019/07/02 تحت رقم 160 المحدد لتاريخ الجلسة و تشكيلة الفصل في الدفع بعدم الدستورية - بعد الإطلاع على مجموع أوراق الملف.
- بعد تمكن الأطراف من تقديم ملاحظتهما المكتوبة.

المعد: 19/00003
المعد: 19/00003

معد: 4

- بعد الاستماع إلى السيد/ المستشار المقرر الهادي لوعيل في ثلاثة تقاريره المكتوب، وإلى السيد/ زبير خالو المحامي في تقديم طلباته المكتوبة.
- بعد المناقشة القانونية.

حيث أنه بموجب القرار الصادر عن مجلس قضاء بجاية بتاريخ 2019/06/12 فيهرس رقم 19/0001 القاضي بإرسال الدفع بعدم دستورية مادة قانونية مع عرض الأطراف و مذكراتهم إلى المحكمة العليا يستخلص منه أن المتهم حامدي عبد العزيز تمت متابعتة أمام محكمة امزور بجرم الضرب و الجرح العمدي و السب و التتم و صدر ضده حكم بتاريخ 2019/02/12 قضى ابتدائيا بدانته بجنحة السب و معاقبته بعشرين ألف دينار . و بناءا على إستئنافه المرفوع بتاريخ 2019/02/19 أثار عن طريق محاميه الشركة المدنية للأستاتين فركان محمد العربي و تلميت مرهالة دفعا مكتوبا بتعلق بعدم دستورية نص المادة 416 المعطل و المتمع من قانون الإجراءات الجزائية التي تحرم موكلهما من رفع إستئناف في الحكم الصادر ضده بالنظر إلى العقوبة المحكوم بها عليه المقدرة بعشرين ألف دينار غرامة نافذة ، و هو النص الذي يتعارض مع المادة 160 من الدستور الجزائري التي تنص على أنه يحسن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية.
حيث بتاريخ 2019/06/26 ورد ملف إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا و سجل تحت رقم 141.
حيث لم يلقم أي واحد من الطرفين بمذكرة بملاحظاته المكتوبة بالرغم من تمكنه من ذلك.
حيث أن النيابة العامة قدمت طلبات مكتوبة التمس فيها إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري.

** وعليه فإن المحكمة العليا**

في الشكل :

حيث أن عرض الدفع بعدم الدستورية على المحكمة العليا ورد وفقا للأشكال و الإجراءات المنصوص عليها قانونا.

في الموضوع:

حيث أنه من المقرر قانونا طبقا للمادة 8 من القانون العضوي رقم 18-16 المنكور أعلاه ، يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية بتوافر الشروط التالية:

1. إذا كان يتوقف على الحكم التشريعي المعارض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المثبته.

2. ألا يكون هذا الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغير الظروف.

3. أن يتسم الوجه المثار بالجديّة.

حيث أن نص الفقرة 1 من المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية المعارض عليه ينص على أنه:

((تكون قابلة للإستئناف:

1- الأحكام الصادرة في مواد الجنيح إذا قضت بعقوبة حبس أو غرامة تتجاوز 20.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي و 100.000 دج بالنسبة للشخص المعنوي

و الأحكام بالزيادة...))
 حيث أن الحق الدستوري المدعى بانتهاكه من طرف الحكم التشريعي المعارض عليه منصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 160 من الدستور التي تنص ((...يمنس القانون التفاضلي على درجتين في المسائل الجزائية و بعدد كيفية تطبيقها))
 حيث أن الحكم التشريعي للمادة 416 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم المعارض عليه يتوقف عليه الفصل في قبول أو عدم قبول استئناف المتهم المعارض ، و أن هذا الحكم التشريعي لم يسبق أن صرح المجلس الدستوري بمطابقته للدستور، كما أن الوجه المطار يتسم بالجنبة لكون الحكم التشريعي المنكور لا يجيز للمحكوم عليه في مادة الجرح استئناف عقوبة الغرامة التي تساوي أو تقل عن عشرين ألف دينار (20.000 دج) إذا كان شخصا طبيعيا و الغرامة التي تساوي أو تقل عن مائة ألف دينار (100.000 دج) إذا كان شخصا معنويا، من شأنه أن يمس بحق التفاضلي على درجتين في المسائل الجزائية المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 160 من الدستور ، مما يتعين معه التصريح بإحالة الدفع إلى المجلس الدستوري للفصل فيه.
 حيث أن المصاريف القضائية تبقى محفوظة.

** فلهذه الأسباب **

قررت المحكمة العليا:

في الشكل:

قبول عرض إرسال الدفع بعدم الدستورية شكلا.

في الموضوع:

1. إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري.
2. ترسل نسخة من هذا القرار مرفقا بمذكرات و عرائض الأطراف إلى المجلس الدستوري طبقا للمادة 17 من القانون العضوي رقم 16-18.
3. يحظر مجلس قضاء بجاية المعارض عليه الملف و يبلغ الأطراف بهذا القرار طبقا للمادة 19 من القانون العضوي رقم 16-18.
4. إبقاء المصاريف القضائية محفوظة.

ينفذ هذا القرار بعناية و بسعي من النيابة العامة لدى المحكمة العليا، وتبلغه إلى الأطراف وتحاط به علما الجهة القضائية التي أرسلت الدفع بعدم الدستورية ، للإشارة إلى أعلاه.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من قبل المحكمة العليا
 المترتبة من السادة :

لقد الرئيس رئيسا	بوزياتي نذير
رئيس غرفة مستشارا	سمير محمد
مستشار (ة) مقرر (ة)	لوعيل الهادي
مستشار (ة)	أمقران خليفة

ملحق رقم 7:

ملاحظات رئيس المجلس الشعبي الوطني حول الدفع بعدم الدستورية

المجلس الدستوري
الأمثلة العلة
مصلحة كخفية المنبسط
وصول في تاريخ: 08 أوت 2019
رقم التسجيل: 186

المجلس الدستوري
الرئاسة
وصول في تاريخ: 08 أوت 2019
رقم التسجيل: 186

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
المجلس الشعبي الوطني
الجزائر في / 07 أوت 2019

السيد رئيس المجلس الدستوري

المرجع: مراسلتكم رقم 349/م د / ر المؤرخة في 24 جويلية 2019

الموضوع: ف/ي إشعار بقرار إحالة دفع بعدم الدستورية

السيد رئيس المجلس الدستوري،
عظما على مراسلتكم المذكورة في المرجع أعلاه، وعملا بأحكام المادة 21 (الفقرة 2) من القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 2 سبتمبر 2018 الذي يحدد شروط وكنهيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، يشرفني أن أرسل إليكم فيما يلي مجموعة من الملاحظات المكتوبة عن الموضوع المذكور أعلاه:

1. لقد بينت المادة 188 من الدستور سبب إخطار المجلس الدستوري بناء على إحالة المحكمة العليا أو مجلس الدولة: "عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور".

2. ومن بين هذه الحقوق والحريات ما نصت عليه المادة 160 (فقرة 2) من الدستور المعدل سنة 2016: "يضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ويحدد كنهيات تطبيقها".

كما نصت المادة الأولى (المطلة السابعة) من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدلة والمتممة بالمادة 02 من القانون رقم 17-07 المؤرخ في 27 مارس 2017، على: "أن لكل شخص محكم عليه، الحق في أن تنتظر في قضيته جهة قضائية طليا".

3. وبالنظر إلى نص المادة 416 من الأمر رقم 155-66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية. المعدلة بالمادة 11 من القانون رقم 07-17 المذكور أعلاه، بعد صدور دستور 2016، فإنها حرمت من الاستئناف الذي يصدر ضده الحكم في مواد الجنح بغرامة تساوي أو تقل عن 20.000 دج، كما هو الحال في القضية المطروحة أمام المجلس الدستوري، كما أنها حرمت الطرف الآخر (الضحية) من الاستئناف والذي يطلق عليه "القصور التشريعي في حماية الضحية".
وهذا يعتبر مساس بحق المتقاضى على درجتين في المسائل الجزائية التي يضمنها الدستور (المادة 160 فقرة 2).

4. وفي الأخير، وطبقا للمادة 21 (الفقرة 2) من القانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 الذي يحدد شروط وكميات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، والمادة 12 من النظام المحدث لتواعد عمل المجلس الدستوري والمؤرخ في 12 ماي 2019، فإننا نلاحظ عدم دستورية المادة 416 من الأمر رقم 155-66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدلة والمتممة، مع أن التعديلين اللذين عرفهما قانون الإجراءات الجزائية قد تم سنتي 2017 (القانون رقم 07-17 المؤرخ في 27 مارس 2017) و 2018 (القانون رقم 06-18 المؤرخ في 10 جوان 2018)، أي عقب صدور دستور 2016، ولم يطابقا مضمون هذه المادة مع أحكام المادة 160 (الفقرة 2) من الدستور، فخرمت المتقاضى وكذا الضحية من الاستئناف.

ويمكن تعديل مضمون المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية وصياغتها كما يأتي:
"المادة 416: تكون قابلة للاستئناف:
- الأحكام الصادرة في مواد الجنح،
.....(بدون تغيير)."

تفضلوا، السيد رئيس المجلس الدستوري، بتقبل فائق التقدير والاحترام.

سليمان شنين
رئيس المجلس الشعبي الوطني



الفهرس العام

02 مقدمة

الباب الأول:

الأحكام العامة لآلية الدفع بعدم الدستورية والحقوق والحريات الأساسية

10..... تمهيد

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لآلية الدفع بعدم الدستورية والحقوق والحريات الأساسية

15 المبحث الأول: مفهوم الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع وطبيعتها القانونية

15 المطلب الأول: التعريف بالرقابة الدستورية عن طريق الدفع

15 الفرع الأول: نشأة وتطور نظام الدفع بعدم الدستورية

22 الفرع الثاني: المقصود بالطعن بعدم الدستورية عن طريق الدفع

30 أولاً: خصائص الدفع بعدم الدستورية

34 ثانياً: أهداف الدفع بعدم الدستورية

38 المطلب الثاني: أسس الدفع بعدم الدستورية وطبيعته القانونية

39 الفرع الأول: الأسس التي يقوم عليها الدفع بعدم الدستورية

39 أولاً: مبدأ سمو الدستور

44 ثانياً: مبدأ الفصل بين السلطات

47 ثالثاً: مبدأ المشروعية وسيادة القانون

50 رابعاً: تعزيز حماية الحقوق والحريات أساس تبني آلية الدفع بعدم الدستورية

50 الفرع الثاني: التكييف القانوني لآلية الدفع بعدم الدستورية

51 أولاً: من حيث كون الدفع بعدم الدستورية دفعا شكلا أو موضوعيا

54 ثانياً: من حيث كون الدفع بعدم الدستورية مسألة أولية أم مسألة فرعية

58 ثالثاً: من حيث تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام أم لا

62	المبحث الثاني: مفهوم الحقوق والحريات الأساسية.....
63	المطلب الأول: تعريف الحقوق والحريات الأساسية.....
63	الفرع الأول: الحق والحرية لغة واصطلاحا.....
64	الفرع الثاني: الحق والحرية عند الفقه ورجال القانون.....
66	الفرع الثالث: علاقة الحق بالحرية.....
66	الفرع الرابع: تعريف الحقوق والحريات الأساسية وتمييزها عن الحريات العامة.....
72	المطلب الثاني: مصادر الحقوق والحريات الأساسية وتصنيفاتها.....
73	الفرع الأول: المصادر التي تستمد منها الحقوق والحريات الأساسية وجودها.....
73	أولاً: المصادر الدينية.....
74	ثانياً: مصادر مستمدة من المواثيق الدولية والقارية.....
75	ثالثاً: مصادر مستمدة من التشريع الداخلي.....
76	الفرع الثاني: تصنيف الحقوق والحريات الأساسية.....
76	أولاً: من حيث الأهمية.....
77	ثانياً: على أساس مكونات الفرد كعنصر بشري.....
77	ثالثاً: تصنيف الحقوق والحريات على أساس العدد.....
78	رابعاً: تصنيف الحقوق والحريات على أساس الأجيال:.....

الفصل الثاني

نطاق ممارسة الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع

83	المبحث الأول: الأسباب الموجبة للطعن بعدم الدستورية.....
83	المطلب الأول: أوجه المخالفة الشكلية للدستور.....
84	الفرع الأول: الرقابة الدستورية على عيب عدم الاختصاص.....
89	الفرع الثاني: الرقابة الدستورية على مخالفة الشكل.....
91	المطلب الثاني: أوجه المخالفة الموضوعية للدستور.....

92	الفرع الأول: العيب الذي يلحق محل التشريع.....
93	الفرع الثاني: الرقابة الدستورية على عيب السبب والانحراف التشريعي.....
93	أولاً: عيب السبب في التشريع:.....
94	ثانياً: عيب الانحراف التشريعي.....
100	الفرع الثالث: أوجه عدم الدستورية التي يمكن إثارتها من خلال الدفع بعدم الدستورية.....
104	المبحث الثاني: حدود ممارسة الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع.....
104	المطلب الأول: الرقابة تتم في إطار الدستور واعتماد قرينة الدستورية.....
105	الفرع الأول: الرقابة الدستورية تتم في إطار الدستور.....
109	الفرع الثاني: اعتماد قرينة الدستورية أثناء ممارسة الرقابة الدستورية.....
110	المطلب الثاني: عدم امتداد الرقابة الدستورية إلى ملاءمة التشريع أو أهدافه وبواعثه.....
111	الفرع الأول: الامتناع عن التعرض إلى ضرورة التشريع أو عدم ضرورته.....
111	الفرع الثاني: هيئة الرقابة لا تراقب ملاءمة التشريع ولا حكمته.....
122	الفرع الثالث: امتناع القاضي الدستوري عن التعرض للنشاط السياسي وأعمال السيادة.....

الباب الثاني

النظام القانوني والإجرائي للدفع بعدم الدستورية في القانون الجزائري والأنظمة المقارنة

141	تمهيد.....
-----	------------

الفصل الأول

ضوابط وإجراءات قبول الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع

136	المبحث الأول: الشروط المتعلقة بصاحب الدفع والجهة القضائية المثار أمامها.....
136	المطلب الأول: الأشخاص المؤهلون لإثارة الدفع بعدم الدستورية.....
137	الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في صاحب الدفع.....
138	أولاً. ضبط المصطلحات.....
142	ثانياً: الصفة والمصلحة في الدعوى الدستورية عن طريق الدفع وأهلية إثارته.....

166	الفرع الثاني: مدى أحقية إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل أطراف أخرى والقاضي نفسه
166	أولاً: التدخل والإدخال في الخصومة
172	ثانياً: النيابة العامة وإمكانية الدفع بعدم الدستورية.....
177	ثالثاً: إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل القاضي نفسه
184	المطلب الثاني: طبيعة الجهة القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية
188	الفرع الأول: الجهات القضائية المسموح بإثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها في القانون الجزائري
188	الفرع الثاني: الجهات القضائية المخصصة لإثارة مسألة الأولوية الدستورية أمامها في القانون الفرنسي
195
196	أولاً: محاكم القضاء العادي.....
197	ثانياً: محاكم القضاء الإداري
197	الفرع الثالث: إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية في القانون المغربي والتونسي والمصري
204
214	المبحث الثاني: المقتضيات القانونية المتعلقة بشكل وموضوع الدفع بعدم الدستورية
214	المطلب الأول: شكل الدفع بعدم الدستورية
217	الفرع الأول: الفرق بين صحيفة الدعوى ومذكرة الدفع:
219	الفرع الثاني: مواصفات مذكرة الدفع بعدم الدستورية.....
219	أولاً: يجب أن يقدم الدفع بعدم الدستورية في مذكرة مكتوبة
221	ثانياً: تقديم المذكرة بصفة منفصلة
222	ثالثاً: أن تكون مذكرة الدفع بعدم الدستورية مسببة ومعلقة
227	المطلب الثاني: شروط قبول الدفع بعدم الدستورية من الناحية الموضوعية.....
228	الفرع الأول: ارتباط الدفع بدعوى أصلية في الموضوع
228	الفرع الثاني: أن ينصب الدفع بعدم الدستورية على نص قانوني يتوقف عليه مآل النزاع
229	أولاً: تحديد النصوص القانونية التي يمكن أن تكون محلاً للدفع بعدم الدستورية

- ثانيا: وجوب تطبيق النص (الحكم التشريعي أو التنظيمي) محل الدفع على المنازعة أو الإجراء أو يشكل
 243 أساسا للمتابعة.
- الفرع الثالث: أن يمس الحكم التشريعي أو التنظيمي بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا: 247
- أولا: تعريف الكتلة الدستورية 249
- ثانيا: رصد منهج المجلس الدستوري الجزائري في توسيع الكتلة الدستورية 253
- الفرع الرابع: الطبيعة الجدية والجديدة للدفع بعدم الدستورية: 257
- أولا: أن يتسم الوجه المثار بالجدية 257
- ثانيا: الطابع الجديد للدفع بعدم الدستورية: 263

الفصل الثاني

تصفية وإحالة طلبات الدفع بعدم الدستورية على القاضي الدستوري وإجراءات فصله فيها

- المبحث الأول: آلية التصفية القضائية المكرسة في الأنظمة الدستورية المقارنة والقانون الجزائري 273
- المطلب الأول: نظام تصفية الدفع بعدم الدستورية على درجة واحدة 274
- الفرع الأول: إحالة الجهة القضائية الدفع إلى المحكمة الدستورية 274
- أولا: الإحالة الفورية للدفع دون فحص جديته 274
- ثانيا: التصفية الذاتية للدفع بعدم الدستورية على مستوى المحكمة الدستورية 276
- الفرع الثاني: رفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية بعد فحص جدية الدفع من قبل القاضي 279
- أولا: فحص شروط وجدية الدفع أمام محكمة الموضوع 279
- ثانيا: رفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية بدون إحالة الدفع من الجهات القضائية 280
- المطلب الثاني: نظام تصفية الدفع بعدم الدستورية على درجتين 281
- الفرع الأول: النموذج المغربي لنظام تصفية الدفع بعدم الدستورية 281
- أولا: مسطرة تصفية الدفع قبل إقرار عدم دستورتها من قبل المحكمة الدستورية 282
- ثانيا: قرار المحكمة الدستورية المغربية برفض نظام التصفية: 287
- الفرع الثاني: نظام تصفية الدفع بعدم الدستورية في القانونين الفرنسي والجزائري 288

- أولاً: تصفية مسألة الأولوية الدستورية في القانون الفرنسي 289
- ثانياً: تبني المشرع الجزائري لنظام ثنائية المصفاة 293
- المبحث الثاني: البت في الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء الدستوري 317
- المطلب الأول: أحكام البت في الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم الدستورية 318
- الفرع الأول: إجراءات سير الدعوى الدستورية عن طريق الدفع ونظرها أمام المحكمة الدستورية المصرية 319
- أولاً: قيد الدعوى الدستورية 320
- ثانياً: الإعلان والتعقيب وتهيئة الدعوى للفصل فيها 320
- ثالثاً: الفصل في الدعوى الدستورية وأنواع الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا 321
- الفرع الثاني: آليات الفصل في دستورية القانون محل الدفع أمام المحكمة الدستورية التونسية والمغربية 327
- أولاً: مسطرة الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية المغربية: 328
- ثانياً: البت في الدفع بعدم دستورية قانون أمام المحكمة الدستورية التونسية 332
- المطلب الثاني: إجراءات معالجة الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري الفرنسي والقاضي الدستوري الجزائري 335
- الفرع الأول: الأحكام المطبقة أمام المجلس الدستوري الفرنسي للبت في المسألة الاستعجالية الدستورية QPC 336
- أولاً: قيد مسألة الأولوية الدستورية وإعلام ذوي الشأن بها 337
- ثانياً: التزام المجلس الدستوري بإجراءات المحاكمة العادلة ونظام الجلسات 338
- الفرع الثاني: الفصل في الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الدستوري الجزائري قبل وبعد التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 350
- أولاً: الأحكام المطبقة أمام المجلس الدستوري لمعالجة الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 351

ثانيا: أحكام معالجة الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية بموجب المادة 195 من الدستور
المعدل سنة 2020 369

ثالثا: أحكام معالجة الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية في ظل القانون العضوي 22-19-375

الباب الثاني

دور آلية الدفع في حماية الحقوق والحريات الأساسية والتوفيق بين رجعية الحكم بعدم الدستورية ومبدأ
الأمن القانوني

تمهيد..... 402

الفصل الأول:

مدى مساهمة آلية الدفع بعدم الدستورية في تقوية النظام القانوني من النصوص الماسة بالحقوق والحريات
الأساسية

المبحث الأول: الحقوق والحريات الأساسية بين الدسترة والتفعيل القانوني 397

المطلب الأول: تدوين الحقوق والحريات وتنظيمها في المجال الدستوري 397

الفرع الأول: ظاهرة دسترة الحقوق والحريات، أسبابها ونتائجها 398

الفرع الثاني: أساليب تدوين وإقرار الحقوق والحريات في الدستور 400

الفرع الثالث: تنظيم الحقوق والحريات في المجال الدستوري 404

الفرع الرابع: مضمون الحقوق والحريات الأساسية في دستور الجزائر 409

المطلب الثاني: سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات 418

الفرع الأول: الانفراد التشريعي بمسألة تنظيم الحقوق والحريات 418

الفرع الثاني: حدود اختصاص المشرع في تنظيم الحقوق والحريات ومدى تدخل السلطة التنظيمية في ذلك

..... 424

الفرع الثالث: مدى تدخل السلطة التنفيذية في مجال تنظيم الحقوق والحريات 434

المبحث الثاني: دراسة تطبيقية لمدى مساهمة الدفع بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات الأساسية

..... 437

المطلب الأول: تقدير دور الرقابة الدستورية عن طريق الدفع في حماية الحقوق والحريات 439

الفرع الأول: تطبيقات الدفع الفرعي في الو. م. أ في مجال الحقوق والحريات.....	440
الفرع الثاني: أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية تأكيد على مدى فعالية الدفع في حماية الحقوق والحريات الأساسية.....	442
أولاً: حماية المحكمة الدستورية العليا لحق الإنسان في الإقامة والتنقل وحرية المسكن	442
ثانياً: حماية المحكمة الدستورية العليا لحرية الإنسان في الزواج.....	444
ثالثاً: حماية المحكمة الدستورية العليا لحرية الإنسان في التعاقد.....	444
رابعاً: حماية المحكمة الدستورية العليا لحرية الرأي والبحث	446
الفرع الثالث: مسألة الأولوية الدستورية بفرنسا ضمانات فعالة لحماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية	450
أولاً: مسألة الأولوية الدستورية إجراء فعال لتكريس مبدأ المساواة.....	452
ثانياً: إقرار المجلس الدستوري الفرنسي لمبدأ شخصية وفردية العقوبة.....	453
ثالثاً: مساهمة مسألة الأولوية الدستورية في تعديل قانون الإجراءات الجزائية وحماية حقوق المخاطبين به	454
رابعاً: تكريس مسألة الأولوية الدستورية للحقوق والحريات المنصوص عليها في إعلان حقوق الإنسان لسنة 1946.....	456
خامساً: مسألة الأولوية الدستورية ضمانات حقيقية لحقوق الجيل الثالث:.....	456
المطلب الثاني: تعزيز دور المجلس الدستوري في مجال الحقوق والحريات من خلال آلية الدفع بعدم الدستورية واستحداث محكمة دستورية.....	458
الفرع الأول: اجتهادات المجلس الدستوري الجزائري في مجال الحقوق والحريات الأساسية قبل إقرار نظام الدفع بعدم الدستورية.....	459
الفرع الثاني: قرارات المجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حالياً في مجال الدفع بعدم الدستورية دعامة أساسية للحقوق والحريات.....	462

الفصل الثاني

مدى الموازنة بين رجعية الحكم بعدم الدستورية وتحقيق الأمن القانوني

المبحث الأول: آثار الحكم أو القرار بعدم الدستورية ومدى حجيته	475
--	-----

- المطلب الأول: النتائج المترتبة على الحكم بعدم دستورية قانون 476
- الفرع الأول: صور الحكم بعدم الدستورية 477
- أولاً: بطلان التشريع بطلانا كلياً 479
- ثانياً: أحكام بعدم الدستورية الجزئية (بطلان قاعدة تشريعية) 481
- الفرع الثاني: نتائج الحكم بعدم الدستورية في مجال نسخ وإبطال القواعد القانونية 485
- أولاً: الحكم بعدم دستورية نص قانوني يلغي قوة نفاذه ويزيل آثاره القانونية 486
- ثانياً: إلغاء القاعدة العامة يستتبع عنه سقوط الاستثناء منها 489
- ثالثاً: سقوط القواعد القانونية المبنية على القاعدة المحكوم بعدم دستورتها 490
- رابعاً: السقوط بطريق التسلسل 492
- خامساً: عدم دستورية المصادرة يستتبع عنه زوال جميع آثارها 495
- سادساً: إشكالية حدوث فراغ قانوني نتيجة الحكم بعدم الدستورية 497
- المطلب الثاني: حجية القرار أو الحكم بعدم الدستورية عن طريق الدفع 499
- الفرع الأول: حجية الحكم أو القرار بعدم الدستورية بين الإطلاق والنسبية 500
- أولاً: الحجية النسبية للحكم الصادر بعدم الدستورية في مادة الدفع بعدم الدستورية 500
- ثانياً: الحجية المطلقة للحكم الصادر بعدم الدستورية في مادة الدفع بعدم الدستورية 502
- الفرع الثاني: القيمة القانونية للحكم أو القرار الصادر بعدم الدستورية 504
- الفرع الثالث: أثر تغير الظروف على الحكم أو القرار الصادر بعدم الدستورية 506
- المبحث الثاني: تنفيذ الحكم أو القرار بعدم الدستورية من حيث الزمان وتأثيره على مبدأ الأمن القانوني
- 511
- المطلب الأول: النطاق الزمني لسريان الحكم أو القرار بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي 513
- الفرع الأول: الأثر المباشر لعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي 513
- أولاً: موقف المؤسس الدستوري إزاء قاعدة الأثر المباشر للحكم بعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي
- 516
- ثانياً: الاستثناءات الواردة على قاعدة الأثر المباشر 518

526	الفرع الثاني: الأثر الرجعي لعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي
526	أولاً: تعريف الأثر الرجعي للحكم أو القرار الصادر بعدم الدستورية
530	ثانياً: مبررات الاعتراف بالأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية
533	المطلب الثاني: الموازنة بين الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ومبدأ الأمن
534	الفرع الأول: مفهوم مبدأ الأمن القانوني
536	أولاً: تعريف الأمن القانوني وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له
542	ثانياً: أسس ومتطلبات الأمن القانوني
549	الفرع الثاني: تقييد الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية تحقيقاً لمبدأ الأمن القانوني
550	أولاً: القيود التشريعية للحد من الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية
558	ثانياً: لجوء القاضي الدستوري إلى نظرية الأوضاع الظاهرة
562	الخاتمة
571	قائمة المصادر والمراجع
638	الملاحق

الملخص:

يعتبر الدفع بعدم الدستورية جزءًا مهمًا من النظام القانوني، لأنه يساعد على ضمان حماية المواطنين من القوانين أو اللوائح التي قد تنتهك حقوقهم، وهو يقوم على مبدأ أن أي قانون أو لائحة يجب ألا تنتهك الحقوق الدستورية للمواطنين، وحتى يتم قبول الدفع بعدم الدستورية يجب أن يكون الفرد قادرًا على إثبات أن القانون أو اللائحة تنتهك حقوقه الدستورية، وأن هذا الانتهاك قد تسبب في ضرره.

وهو ما دفع بالمؤسس الدستوري الجزائري إلى تبنيه بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، ثم أضاف عليه بعض التعديلات بموجب تعديل 2020 الدستوري استجابة إلى مطالب وتوصيات رجال القانون الدستوري.

تتمحور هذه الدراسة حول النظام القانوني والدستوري والإجرائي للدفع بعدم الدستورية في القانون الجزائري مع الاستعانة بتجارب بعض الأنظمة الدستورية المقارنة، مع التعرف على أهم التغييرات التي أدخلها المؤسس الدستوري الجزائري على هذه الآلية في تعديل 2020، وتوضيح دور المحكمة الدستورية في هذا المجال بالإضافة التي ستقدمها بحكم أنها هيئة قضائية، مع تسليط الضوء على دور هذه الآلية في تعزيز حماية الحقوق والحريات الأساسية، ومدى توافق الحكم بعدم الدستورية بناء على دفع بعدم الدستورية مع مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه.

الكلمات المفتاحية: الدفع بعدم الدستورية، الجدية، التصفية القضائية، الحقوق والحريات الأساسية، رجعية الحكم بعدم الدستورية، الأمن القانوني، مبدأ الأثر النافع.

Abstract :

Anti Constitutionality Exception is considered as a major part of the judiciary system, because it helps to guarantee the protection of the citizens from laws or pleas that may endanger their rights. It stands on the basis that any law or plea must not interfere with the constitutional rights of the citizens. Therefore, before accepting the anti constitutionality exception, the individual must be able to prove that the law or the plea is interfering with his constitutional right, this latter causing him harm in return. This reason is what pushed the Algerian legislator to highlight it in the Constitutional amendment of the year 2016, and then adding some corrections in the constitutional reform of 2020 as a response to the demands and recommendations of the constitutional law members.

This study revolves around the application of anti constitutionality exception on the Algerian judiciary, constitutional and procedural law while reflecting on the experience of certain constitutional laws in comparison, identifying through out the way the most important changes that the Algerian legislator added to this mechanism in the correction of 2020. This work also identifies the role of the constitutional court in this field with all the additions it may provide as a judicial body. This will shed light on the role of this mechanism in strengthening the protection of rights and basic needs, and the level of accordance between judging with anti constitutionality after the application of anti constitutionality exception with the basis of judicial security and the aspects that ensure it

Key words : Anti constitutional exception, seriousness, judicial liquidation, fundamental rights and freedoms, retroactivity of judgement with anti constitutionality, legal security, principle of beneficial effect.

Résumé :

Le recours à l'inconstitutionnalité est une partie importante du système juridique, parce qu'elle contribue à assurer la protection des citoyens contre les lois ou règlements susceptibles de porter atteinte à leurs droits, elle est basée sur le principe qu'aucune loi ou réglementation ne doit violer les droits constitutionnels des citoyens, pour qu'une exception d'inconstitutionnalité soit recevable, l'individu doit être en mesure de prouver que la loi ou le règlement a violé ses droits constitutionnels, et que la violation lui a causé un préjudice.

Cela a incité le fondateur constitutionnel algérien à l'adopter dans le cadre de l'amendement constitutionnel de 2016, puis à y ajouter quelques modifications dans le cadre de l'amendement constitutionnel de 2020 en réponse aux demandes et aux recommandations des juristes constitutionnalistes.

Cette étude se concentre sur le système juridique, constitutionnel et procédural de défense de l'inconstitutionnalité en droit algérien, à l'aide des expériences de certains systèmes constitutionnels comparés, tout en identifiant les changements les plus importants que le fondateur constitutionnel algérien a introduits dans ce mécanisme dans l'amendement de 2020, et clarifiant le rôle de la Cour constitutionnelle dans ce domaine et l'ajout qu'elle apportera en vertu de Il s'agit d'un organe judiciaire, soulignant le rôle de ce mécanisme dans le renforcement de la protection des droits et libertés fondamentaux, et la mesure dans laquelle une décision d'inconstitutionnalité fondée sur une demande d'inconstitutionnalité est compatible avec le principe de sécurité juridique et les conditions de sa mise en œuvre

Les mots clés : Argument d'inconstitutionnalité, sévérité, liquidation judiciaire, libertés et droits fondamentaux, jugements d'inconstitutionnalité rétroactifs, sécurité juridique, principe d'effet bénéfique.