



جامعة د. طاهر مولاي - سعيدة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



أثر الدفع بعدم الدستورية على مبدأ سمو الدستور

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون اداري

- تحت إشراف الأستاذ:
د. حمادو دحمان

- إعداد الطالب:
- حاكم قويدر

أعضاء لجنة المناقشة

- 1- د. رقراقي محمد زكرياء رئيسا
- 2- د. حمادو دحمان مشرفا و مقررا
- 3- د. بن علي عبدالحميد مناقشا

السنة الدراسية: 2018 - 2019



بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

قال الله تعالى:

" نرفع درجات من نشاء وفوق كل ذي علم عليم "

صدق الله العظيم

(سورة يوسف، الآية 76)

شكر وعرهان

الحمد لله الذي نستعين به وعليه نتوكل وتتوفيق منه سبحانه وتعالى استطعنا انجاز هذا العمل وأعتز بالفضل لأهله وعملا بقوله صلى الله عليه وسلم " من صنع إليكم معروفا فكافئوه فان لم تجدوا ما تكفئوه فادعوا له حتى تروا أنه قد كافأتموه " لهذا لا يسعني إلا أن أتقدم بخالص الشكر إلى أستاذنا المحترم المشرف على هذه المذكرة، الأستاذ "حمادو حمان" الذي فتح لنا صدره الرحب وجاد علينا بتوجيهاته السديدة وأعطانا وقته الثمين حيث تفضل بقبوله الإشراف على هذه المذكرة رغم كثرة أعبائه وانشغالاته فلم يمنعه ذلك من الاطلاع على كل صغيرة وكبيرة في هذا البحث فجزاه الله عنا خير جزاء.

الشكر والتقدير إلى جميع أعضاء لجنة المناقشة لقراءتهم هذه المذكرة وخدمتهم العلم، نفعنا الله بكم وبعلمكم .

كما أتقدم بشكري الجزيل إلى كل أساتذة وعمال إدارة كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة الدكتور طاهر مولاي وعلي رأسهم الأستاذ "حمادي ميلود" فله منا كل التقدير والاحترام.

حاجم قويدر

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع:

إلى روح والدتي الكريمة .

إلى أبيي الغالي الذي علمني أن الحياة علم وأخلاق وأن الصبر مفتاح النجاح.

إلى التي ساندتني ووقفت بجانبني طيلة انجاز هذا العمل رفيقة دربي زوجتي .

إلى أبنائي زينب نور الهدى ، يوسف ، فاطيمة الزهراء .

إلى إخوتي .

إلى الزملاء والأصدقاء ، طلاب القانون العام وباقي التخصصات .

إلى جميع أساتذة وعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الدكتور طاهر

مولاي.

إلى من أحب القلب ومد اليد ، وإلى كل من كان لنا في قلبه شأنا.

نحمد الله عز وجل أن انعم علينا بإتمام هذا البحث .

فندرجو منك ربنا التوفيق لنا جميعا ، انك ولي ذلك والقادر عليه

- حاكم قويدر -

يرتبط وصف الدولة القانونية بمدى احترام والتزام جميع السلطات والأفراد بالدستور، الذي يمثل قمة الهرم القانوني في الدولة والمجسد لإدارة المجتمع في تنظيم وتسيير مؤسساته والضامن للحقوق والحريات، ولقد كانت بداية ظهور الدساتير في نهاية القرن الثامن عشر ولو أن فكرتها التي جاءت على يد بعض الفلاسفة كانت أسبق من تجسيدها، ولكن سموها ارتبط أساساً بالدساتير الجامدة التي تتبع في تعديلها اجراءات خاصة تختلف عن تعديل القوانين العادية، رغم أن هذا الجمود قد يكون بدرجات متفاوتة وذلك حسب هذه الإجراءات¹.

ويعد مبدأ سمو الدستور من أهم الركائز التي تقوم عليها دولة القانون في الدول الديمقراطية حالياً وذلك باحترام السلطين التشريعية، والتنفيذية للقواعد الدستورية في أعمالها التشريعية واللائحية حفاظاً على الشرعية الدستورية².

ومن أجل ذلك يتأكد خضوع السلطات الثلاث في الدولة (التشريعية، التنفيذية، القضائية) بوجود رقابة على دستورية القوانين بغض النظر عن كون نظام الدولة برلمانياً أو رئاسياً¹، كما تأتي هذه الرقابة كنتيجة حتمية لمبدأ تدرج التشريع الذي يندرج عنه مبدأ سمو الدستور مبدئاً وواقعاً².

¹: موريس دوفرجه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، الأنظمة السياسية الكبرى، ترجمة د/ جورج سعد، الطبعة الأولى المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، بيروت، 1993، ص 157 و159.

²: أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون "دراسة مقارنة" المؤسسة المدينة للكتاب، طرابلس، ليبيا، 2002، ص 164 وما بعدها.

ويقودنا مبدأ سمو الدستور في الدولة الى التسليم بمبدأ آخر يطلق عليه مبدأ سيطرة أحكام القانون، أو مبدأ المشروعية، ويقصد بهذا المبدأ خضوع الحكام والمحكومين لسيطرة أحكام القانون إذ لا يجوز لأي هيئة أو فرد أو سلطة عامة أو خاصة أن تقوم بأي تصرف مخالف للقانون، فهذا المبدأ يفرض على الجميع احترام أحكام القانون، وبتعبير آخر فإن مبدأ سمو الدستور يعد مظهر من مظاهر علو أو سيطرة أحكام القانون، فالحكومة الديمقراطية تصبح حكومة مستبدة إذا لم تراعى فيها هذا المبدأ، وإن جوهر هذا المبدأ يكون في خضوع الجميع سواء كانوا حكام أو محكومين لحكم القانون، وإنه ليس لأي سلطة أو شخصية أن تفرض أو تقوم بتصرف مخالف لأحكام القانون، وأن تكون للدستور أو لأحكامه سيطرة كاملة³.

وفي هذا المجال تطرح مسألة سمو الدستور واحترامه من طرف الأفراد والسلطات، وبهذه الصفة يعلو على من سواه من النصوص القانونية⁴.

ولضمان حماية حقوق الأفراد وحررياتهم فإن "مونتشيكو" يرى أن الدولة يجب أن تقوم على أساس مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات ذلك في كتابه "روح القوانين" والفكرة الأساسية التي عالجها هي إساءة استعمال السلطة لهذا لا يمكن أن تتجمع سلطة التشريع وسلطة التنفيذ في يد

1: ابراهيم درويش، القانون الدستوري، النظرية العامة والرقابة الدستورية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 ص 148

2: ابراهيم درويش، نفس المرجع، ص 146، 148.

3: ابراهيم شيحا، المبادئ الدستورية العامة، الدار الجامعية للطبع والمنشورات، بيروت، 1982، ص 179

4: الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، د،م،ج، الطبعة الثانية، 2002، ص 375.

شخص واحد¹، لأن ذلك يؤدي الى ولادة الظلم والطغيان، لكي نقضي عليها يجب أن توزع الوظائف بين ثلاث سلطات تراقب كل واحدة منها الأخرى، ثم يدعم ذلك بوجود دستور مكتوب يمتاز بالسمو ويختتم بإقرار رقابة تطابق القوانين مع الدستور فيما يعرف بالرقابة على دستورية القوانين.

يمكن القول أن الرقابة على دستورية القوانين تعتبر أنجع الوسائل التي ابتكرها الفقه الدستوري لحماية سيادة القوانين، مما جعلها تمثل مرتبة هامة بين الموضوعات التي حظيت باهتمام كبير لدى الفقه الدستوري، اذا كان الرأي قد اختلف في الفقه الدستوري بين مؤيد لمبدأ الرقابة على دستورية القوانين وبين معارض لها، فإن الغالبية العظمى تذهب الى وجوب هذه الرقابة² وحتى القائلون بوجوب الرقابة على دستورية القوانين، حيث اختلفت مواقفهم في الهيئة التي تناط أو تتولى هذه الرقابة، بناء على ذلك فالأنظمة المقارنة اختلفت في توجهاتها بين من تتخذ الرقابة عن طريق هيئة سياسية وبين من يفضل الرقابة عن طريق هيئة قضائية، وهناك أيضا الأنظمة التي أخذت بكلا نوعي الرقابة، وقد أخذت الولايات المتحدة الأمريكية بالرقابة القضائية على دستورية القوانين والتي تعتبر مهذا لها، أما فرنسا فتعتبر الوطن الأم للرقابة السياسية على دستورية القوانين، والتي يتولها جهاز مستقل يسمى المجلس الدستوري.

¹ : محمد المجدوب، القانون الدستوري والنظام السياسي، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 106
² : عبد العزيز سلمان، رقابة دستورية القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 1995، ص 69.

وقد تبني النظام الجزائري الرقابة السياسية على دستورية القوانين، وكان ذلك في أول دستور في الجزائر سنة 1963، نص على إنشاء المجلس الدستوري الذي لم ير النور لتعليق العمل بهذا الدستور كلياً، بعدها جاء نظام ذو توجه اشتراكي لم يكن لهاته المؤسسة الدستورية مكان الى غاية أكتوبر 1988 اضطر المشرع الجزائري الى تغيير نظام القانوني وهذا التغيير حمله دستور 1989 الذي نص على إنشاء مجلس دستوري.

يعتبر المجلس الدستوري من مستحدثات دستور 1989 وقد مر بعديد من تعديلات والتغيرات أخرها ما جاء به التعديل الدستوري 2016.

وعلى ما سبق ذكره قمنا باختيار موضوع أثر الدفع بعدم الدستورية على مبدأ سمو الدستور كون أن آلية الدفع بعدم الدستورية آلية جديدة اعتمدها المشرع الجزائري في قانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 ، المتضمن التعديل الدستوري للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين من خلال منح الأفراد (أطراف النزاع أو الخصومة القضائية) الحق في هذا الدفع، والذي يشكل ثورة هامة لتحقيق عدالة دستورية وهو الأمر الذي يجعل المواطن في قلب أهم معادلة تحصن حقوقه وحرياته بما يترتب على ذلك من إشاعة ثقافة مجتمعية تتفاعل مع الرقابة على دستورية القوانين بشكل ايجابي وتكرس وعي المواطن بحقوقه والتزاماته.

تكمن أهمية الدراسة في أن الدفع بعدم الدستورية من أهم المواضيع الجديدة بالبحث ولاهتمام، خاصة أن الجزائر قد تبنت المنهج الذي اتبعته فرنسا في مجال الرقابة على دستورية القوانين، وذلك من خلال إنشاء المجلس الدستوري كهيئة لضمان سمو الدستور.

فالتعديل الجديد لدستور 1996 الصادر سنة 2016 قد أشار الى المجلس الدستوري كهيئة تسهر على احترام الدستور وذلك حسب المادة 182¹، وقد اشار في نص المادة 188² من هذا الدستور .

مما سبق ذكره يمكننا طرح الاشكالية الجوهرية على النحو التالي : ما مدى فعالية الدفع بعدم الدستورية في تكريس مبدأ سمو الدستور؟

كما يمكننا طرح اشكاليات فرعية تتمثل فيما يلي : ما هو مفهوم مبدأ سمو الدستور؟ وما معنى الدفع بعدم الدستورية ؟

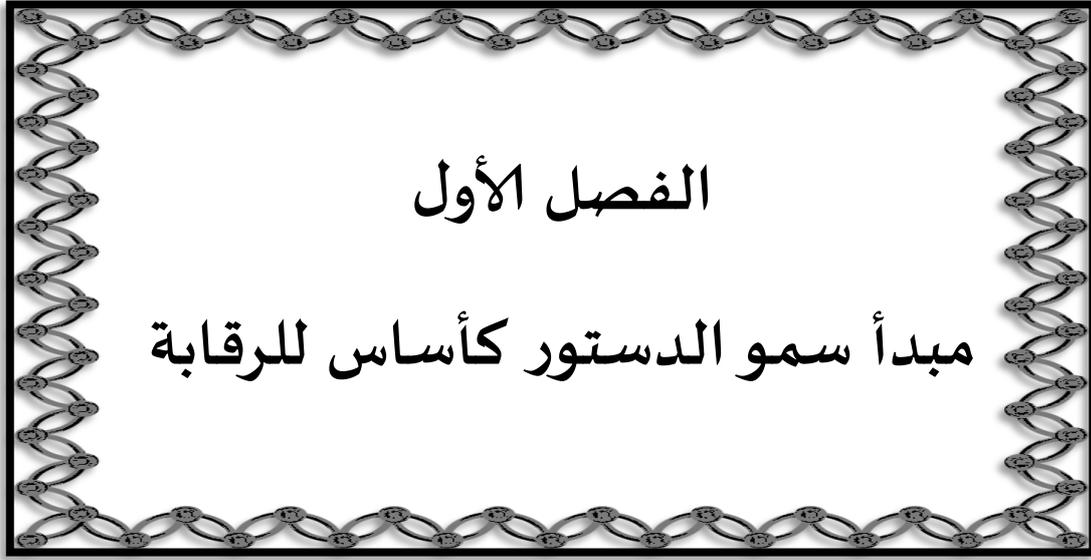
ولمعالجة هذه الاشكالية اعتمدنا في دراستنا على المنهج التاريخي الذي يتماشى ومتابعة مفهوم مبدأ سمو الدستور، وكذلك مفهوم الدفع بعدم الدستورية، الى جانب ذلك استعملنا المنهجين الوصفي والاستقرائي باستقراء بعض النصوص الدستورية.

1: انظر المادة 182 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المؤرخ في 8 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.ج العدد 61، المعدل بمقتضى القانون رقم 03/02 المؤرخ في 14 مارس 2002، ج.ر.ج.ج العدد 25، المعدل بمقتضى القانون 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.ج العدد 16، المعدل بمقتضى القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ر.ج.ج، العدد 14.

² : انظر المادة 188 من الدستور الجزائري المعدل والمتمم، سالف الذكر.

من خلال دراستنا لهذا الموضوع واجهتنا عدة صعوبات يمكن اختزالها في ندرة المراجع التي تناولت الدفع بعدم الدستورية، كونه موضوع جديد على المستوى الوطني، بإضافة الى صعوبة جمع المعلومات التي لها علاقة بالموضوع وتعقيدها وندرتها، فضلا عن تأخر صدور النصوص القانونية المحددة لكيفية ممارسة الدفع بعدم الدستورية .

وسعيا منا الى تحقيق أهداف هذه الدراسة والإحاطة بأكبر قدر ممكن من عناصر الإجابة تم تقسيم البحث الى فصلين، نتطرق في **الفصل الأول** الى مبدأ سمو الدستور كأساس للرقابة، أما **الفصل الثاني** سنتحدث على إجراءات الدفع بعدم الدستورية والآثار المترتبة عليه.



الفصل الأول : مبدأ سمو الدستور كأساس للرقابة .

من خلال هذا الفصل سنتطرق الى مبحثين ، المبحث الأول سنتحدث على مفهوم مبدأ سمو الدستور ، أما المبحث الثاني سنتحدث على كفالة احترام مبدأ سمو الدستور.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ سمو الدستور.

يعتبر الدستور أسمی القوانين في الدولة وهو الذي يحوز أعلى مرتبة فيها ولهذا وجب احترامه من طرف الجميع.

إن احترام الدستور من طرف جميع الأنظمة المعاصرة مرتبط بمبدأ تدرج القوانين ويقتضي هذا مبدأ خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى. ولما كان الدستور يأتي في أعلى هرم التدرج القانوني وجب على المشرع أن يتقيد بأحكامه، ويستوي الامر كذلك بالنسبة لأعمال الحكومة التي يجب أن تكون في نطاق ما هو محدد لها في الدستور، وهكذا فإن الدستور يجد نفسه في مركز أعلى ويفرض بالتالي على جميع المؤسسات احترام أحكامه.¹

وتأسيسا على ما سبق ذكره سنتعرض للمقصود بمبدأ سمو الدستور في المطلب الاول، ثم الى الاستثناءات الواردة على مبدأ سمو الدستور في المطلب الثاني.

¹ - بوكرا إدريس، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، بدون طبعة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003

المطلب الأول: المقصود بمبدأ سمو الدستور.

يقصد بمبدأ سمو الدستور علو القواعد الدستورية وسيادتها على سائر القواعد القانونية الأخرى في الدولة، ولا يسود مبدأ سمو الدستور إلا في ظل النظم الديمقراطية، أما في الدول ذات الحكومات الاستبدادية التي لا تخضع لدستور ولا تتقيد بالقانون، فمن الطبيعي ألا يجد هذا المبدأ أي مكان له.¹ وبناء على ما سبق، سنتطرق إلى تعريف مبدأ سمو الدستور في الفرع الأول، ثم إلى نشأة وتطور مبدأ سمو الدستور في الفرع الثاني، ثم إلى مظاهر سمو الدستور في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف مبدأ سمو الدستور.

إن المقصود من ذلك أن الدستور هو القانون الوضعي الأسمى والأعلى في الدولة بالنسبة لمختلف القوانين الأخرى السائدة فيها، وهذا يعني أن جميع الأفراد وكل المؤسسات والهيئات في الدولة، مهما كانت طبيعتها وبالتالي الحكام والمحكومين على حد سواء، يجب أن يخضعوا ويلتزموا بأحكامه وأن يعملوا على احترامه، وأن كل النصوص القانونية مهما كانت طبيعتها ودرجتها لا يجب أن تكون مخالفة له، تحت طائلة عدم دستورتها، هذا السمو يتجلى في عدد من المظاهر الموضوعية أو المادية (السمو المادي) والمظاهر الشكلية (السمو الشكلي).²

¹ - باسم صبحي بشناق، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الخامسة، الجامعة الإسلامية، غزة فلسطين 2017، ص 246.

² - الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 138.

ويظهر مبدأ سمو الدستور من خلال تنظيم السلطات العامة في البلاد، ففي الجزائر على سبيل المثال، تتولى السلطة التشريعية اختصاص التشريع المخول لها في الدستور في الحدود التي ينظمها هذا الأخير، ويجب أن تكون هذه السلطة معبرة عن إرادة الشعب أثناء سنها للقوانين وعدم المساس بحقوقهم وحررياتهم بإلغائها أو الانقاص منها. ثم السلطة التنفيذية التي تكفل بتنفيذ القوانين التي تسنها السلطة التشريعية حسب الشكليات التي يحددها الدستور. ووصولاً إلى السلطة القضائية التي تتولى السهر على تطبيق القوانين، والذي يشكل حماية لهذا المبدأ كاختصاص مخول لها من طرف الدستور بذاته، وعليه فإن النظام القانوني للدولة بأكمله محكوم بقواعد الدستور مما يتطلب ويتوجب سمو، وعلوه، ويتصل مبدأ سمو الدستور بمبدأ المشروعية لأنه يدعمه ويقويه ويوسع من نطاقه لأنه يتطلب خضوع الحكام والمحكومين لقواعده من ناحية وخضوع التشريعات واللوائح والقرارات النافذة في الدولة لاحكامه من ناحية أخرى.¹

ومما سبق يتبين لنا أن سمو الدستور ذو صبغة مزدوجة، فمن ناحية يجد سمو الدستور تبريراً له بالنظر إلى مضمون أو موضوع القواعد الدستورية، وهذا السمو الموضوعي يتوافر لكافة أنواع الدساتير المكتوبة منها والعرفية، وسواء أكانت مكتوبة في نصوص جامدة ووفقاً لإجراءات خاصة أم مقررة في قوانين عادية. ومن ناحية أخرى فإن سمو الشكلي للدستور يستند إلى الطريقة والاجراءات التي يتم بها وضع لتعديل القواعد الدستورية.

¹ - إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، تمازج القوانين في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013، ص146.

لذا فإن سمو الشكلي، لا يتحقق إلا بالنسبة للدساتير المكتوبة الجامدة، حيث لا يتصور سمو الشكلي في الدساتير العرفية، حيث يكون نظام الحكم مستمدا من قواعد دستورية عرفية متحررة من الشكل والاجراءات الخاصة باصدارها وتعديلها. وفي هذه الحالة فإنه لا يتوافر لهذه القواعد الدستورية بطبيعتها ضمانات تكفل سيادتها في مواجهة السلطة التشريعية، التي يمكنها أن تعدل أو تلغي القواعد الدستورية، مما يقضي على مضمون مبدأ سمو الدستور من الناحية الشكلية. إلا أن هذا لا يكفي لضمان احترام القواعد الدستورية، بل يتعين أن يكون هناك آلية للرقابة على خضوع الهيئات المختلفة لأحكام الدستور¹.

الفرع الثاني: نشأة وتطور مبدأ سمو الدستور.

إن فكرة سمو الدستور تعود في أصلها النظري إلى كتابات مفكري العقد الاجتماعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر، ثم ظهرت على صعيد الواقع بعد انتصار كل من الثورة الأمريكية وكذا الثورة الفرنسية.²

ويرتكز مبدأ سمو الدستور على التمييز بين القوانين الدستورية والقوانين العادية من خلال معيارين، أولهما الموضوعي، وثانيهما الشكلي.

¹ - صباح موسى المومني، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة تحليلية في ضوء التعديلات الدستورية، الطبعة الأولى،

الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص 29 30.

² - صباح موسى المومني، المرجع السابق، ص 27.

وكان الدستور الأمريكي لعام 1787 أول دستور ينص على مبدأ سمو الدستور، حيث أكدت المادة (2/6) منه على هذا المبدأ: " هذا الدستور وقوانين الو.م.أ التي تصدر فيما بعد طبقا له، وجميع المعاهدات المبرمة، والتي ستبرم تحت سلطة الولايات المتحدة الأمريكية القانون الأعلى للبلاد، وسيلزم بذلك قضاة في كل ولاية، ولا يلتفت لأي شيء يكون مخالفا لهذا في دستور أو قوانين أي ولاية. "

ونجد هذا المبدأ مقرا أيضا في دستور كندا لسنة 1982 في القسم السابع (م (1/152): " يعتبر دستور كندا القانون الأعلى في كندا ويلغي أي قانون يتعارض مع بنود هذا الدستور... " وقد تضمن هذا المبدأ كذلك في المادة 02 من دستور جنوب افريقيا لسنة، 1996 بالنص على: " هذا الدستور هو القانون الأعلى للجمهورية وأي قانون أو تصرف يخالفه فهو لاغ وباطل ويجب تنفيذ جميع الالتزامات المفروضة بموجبه. "

أما في الدستور الجزائري فقد نصت عليها دياحة دستور 1996 المعدل والمتمم التي تقرر ما يلي: " فالدستور يجسم عبقرية الشعب خاصة، ومرآته الصافية التي تعكس تطلعاته، وثمره إصراره، ونتاج التحولات الاجتماعية العميقة التي أحدثتها وبموافقته عليه يؤكد بكل عزم وتقدير أكثر من أي وقت مضى سمو القانون. "

إن الدستور فوق الجميع والقانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويحمي مبدأ اختيار الشعب، ويضفي الشرعية على ممارسات السلطات، ويكفل

الحماية القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية ويتحقق فيه تفتح الانسان بكل أبعاده.¹

الفرع الثالث: مظاهر سمو الدستور.

عندما يتحدث الفقه عن سمو الدستور فإن حديثهم يتضمن جانبين لهذا السمو، جانبا موضوعيا وآخر شكليا. فالأول، يستند في سموه إلى موضوع القواعد الدستورية ومضمونها والتي تدور بصفة رئيسية حول نظام الحكم في الدولة والسلطات العامة فيها حيث تشكيلها وتحديد اختصاصاتها وعلاقتها بعضها ببعض من ناحية، وبالأفراد من ناحية أخرى.

أما الثاني، فهو الذي يرتبط بالشكل والإجراءات التي توضع بها القواعد الدستورية وبالتالي يحقق هذا السمو إلا إذا كان الدستور مكتوبا وجامدا، ومن ثم فهو يختلف من دولة إلى أخرى باختلاف النظام الدستوري فيها، وباختلاف الأساليب والإجراءات التي توضع بها الدساتير أو تعدل.

ومن خلال ماسبق ذكره سنتطرق إلى صور السمو الدستوري من خلال التعرض إلى السمو الموضوعي ثم إلى السمو الشكلي.

¹ - راجع ديباجة دستور 1996، كما أكد هذا المبدأ أيضا دستور 1989، بينما في كل دستور 1963 و1976 يعد الميثاق الوطني هو القانون الأعلى.

أولاً : السمو الموضوعي للدستور والآثار المترتبة عنه.

سنتطرق من خلال هذه الجزئية الى مفهوم السمو الموضوعي للدستور ، بعدها سنتحدث على الآثار المترتبة عنه .

أ- مفهوم السمو الموضوعي للدستور.

يتحقق سمو القواعد الدستورية وعلوها على ماعداها من القواعد القانونية من الناحية الموضوعية في كون الدستور هو الأصل والمصدر لكل نشاط قانوني في الدولة فكان من الضروري أن يكون أعلى من جميع أشكال هذا النشاط¹، ويتجلى السمو الموضوعي للدستور وعلوه وسيادته على كل ماعاده من قواعد قانونية في الدولة في مظهرين أساسيين

أن الدستور هو السند الشرعي لوجود الهيئات الحاكمة في الدولة وهو الذي يحدد اختصاصاتها، ومن هنا كان على كافة السلطات والهيئات الحاكمة الخضوع لأحكام الدستور خضوعاً تاماً واحترام أحكامه في كل ما يصدر عنها من أعمال وتصرفات، بحكم سموه وعلوه عليها، اذ هو الذي أنشأها ومنحها اختصاصاتها.²

أما المظهر الثاني فهو الذي يحدد الفكرة القانونية السائدة في الدولة، باعتبار أن الدستور هو الذي يتضمن الفكرة التي تمثل الاطار القانوني العام للدولة المتعلق بكافة النشاطات التي تقوم

¹ - باسم صبحي بشناق، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الخامسة، الجامعة الإسلامية، غزة فلسطين 2017، ص 247.

² - عبد الغاني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، مطبعة الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص 540

بها، فيكون على الهيئات الحاكمة الالتزام بأحكام الدستور، سواء من الناحية السياسية أو الاقتصادية، الاجتماعية.¹

وعلى ذلك فكل نشاط يخرج عن حدود هذا الإطار أو يخالفه يعتبر باطلاً ولكن ذلك لا يعني تحريم كل الاتجاهات والتصورات الفلسفية المناقضة للدستور، لأن الدساتير في النظم الديمقراطية لا تحرم ظهور الاتجاهات المخالفة للفكرة الرسمية التي تتبناها ولكن لا تتحول إلى اتجاه رسمي أو أساسي للدولة إلا من خلال الطريق الذي رسمه الدستور.²

ب- الآثار المترتبة على سمو الموضوعي للدستور:

كما سبق الذكر فإن لسمو الموضوعي للدستور عدة آثار يمكننا ذكرها في مايلي :

- تدعيم وتوسيع مبدأ المشروعية أو سيادة القانون:

مبدأ المشروعية يعني خضوع الجميع في الدولة حكماً كانوا أو محكومين لقواعد القانون ومبدأ علو الدستور من الناحية الموضوعية يأتي ليؤكد وعمق مبدأ المشروعية بتوسيع نطاقه ومداه، فلا يستهل احترام الكافة لقواعد القوانين وحدها، بل أيضاً وفي القمة احترام قواعد الدستور الأعلى الذي يغدو قمة النظام القانوني كله، ولكن يجب أن نلاحظ أن اتساع مبدأ المشروعية بإدخال قواعد الدستور في نطاق هذا المبدأ ووضعها في القمة، يرجع إلى سمو وأهمية موضوعات

¹ - علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الصادق، عمان، الأردن، 2011، ص 305.

² - نزيه رعد، القانون الدستوري العام، المبادئ العامة والنظم السياسية، الطبعة الثانية، مؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان 2008، ص 108، 109.

القواعد الدستور، كما سبق القول. أما من الناحية الجزاء الوصفي والقيمة الرسمية، ليس للعلو الموضوعي للدستور في ذاته أثر ملزم إزاء القوانين العادية الصادرة عن البرلمان.

فالمعيار الموضوعي يكفل للدستور علو أدبيا من حيث القيمة الإجتماعية والمعنوية، أما من الناحية الرسمية، فهذا المعيار وحده لا يكفي بذاته لإعطاء الدستور قيمة وصفية ملزمة بالنسبة وفي مواجهة قوانين البرلمان.

تتمثل في أن الصفة الدستورية لا ترتبط فقط بوثيقة الدستور المكتوب، أي أن هذه الصفة ليست قاصرة على قواعد وحدها، بل تنسحب تلك القيمة الدستورية أيضا على عدد من القواعد التي قد لا يتضمنها صلب الدستور المكتوب.¹

- منع تفويض الاختصاصات الدستورية :

عندما يمنح الدستور إحدى الهيئات أو السلطات الحاكمة اختصاصا محددًا فلا تملك هذه الهيئة أو السلطة الحق في تفويض هذا الاختصاص إلى هيئة أو سلطة أخرى، إلا إذا سمح الدستور بذلك، كما سنرى لاحقا. فالدستور عندما منح هيئة أو سلطة معينة الحق بممارسة اختصاص معين، فإنه لا يمنحها امتيازًا، وإنما عهد إليها ذلك لما تتمتع به من ضمانات على منحها إياه بطريقة اختيارها بوسائل عملها.

بيد أنه تجدر الإشارة هنا، وبالرغم من النتيجة السابقتين إلا أن السمو الموضوعي للدستور الذي يتحقق لجميع أنواع الدساتير تبقى أهميته محصورة أكثر مما هي في المجال السياسي في المجال القانوني، أي أن خرق أو مخالفة هذا المبدأ لا يترتب سوى آثار سياسية دون الآثار

¹ - محمد رفعت الوهاب، رقابة دستور القوانين، المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، 2008، ص 17، 18.

القانونية، كإلغاء العمل القانوني المخالف لأحكام الدستور. ولكي يحقق سمو الدستور أثر قانوني إضافة للأثر السياسي الناجم عن السمو الموضوعي، لا بد أن يتحقق للدستور السمو الشكلي.¹

إن القواعد الدستورية تؤسس لفكرة دولة القانون فهي الأساس لكل فروع القانون وبدونها لا يمكن القول أن هناك دولة القانون. وتدعيم وتأكيد مبدأ الشرعية والمشروعية، واتساع نطاقها باعتبارها أحد ضمانات بناء دولة القانون وأحد المقومات الأساسية التي تقوم عليها القواعد الدستورية، حيث يصبح التصرف ولو كان صادرا عن سلطات الدولة باطلا وغير شرعي وبمجرد من القيمة القانونية إذا خالف الأحكام المضمنة في القواعد الدستورية، ومن ثم ينقل من سلطات قانونية إلى سلطات فعلية يستند إلى القوة المادية.²

وتشكل القواعد الدستورية قفصا قانونيا للحكام لا يتجاوزون حدوده، فهم يؤدون وظيفة حددتها هذه القواعد على أساس أنهم لا يمارسون حقا شخصا يملكونه وإنما سلطة مخولة لهم بموجب هذه القواعد، وبناء على ذلك لا يجوز للحاكم أن يفوض غيره في مباشرة اختصاصه إلا إذا أجاز الدستور صراحة ذلك.³

ولا يرتب السمو الموضوعي سوى أثر سياسي محض يتمثل في رد الفعل السياسي والاجتماعي الذي يحدثه داخل المجتمع، وبالتالي فهو لا يرتب أية آثار قانونية مثل إلغاء العمل

¹ - عصام علي الدبس، الوسيط في النظام الدستوري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014 ص381.

² - غازي كرم، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار كراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص270.

³ - أنس محمد أرزقي، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الأول، دار الأمة، الجزائر، 1998، ص219.

القانوني المخالف للقواعد الدستورية بيد أنه في الدول ذات الوعي السياسي والتي يلعب فيها الرأي العام دورا كبيرا فإنه يؤدي إلى نتائج سياسية بالغة الأهمية وبالغة الخطر مما قد يصل إلى حد الثورة ذاتها على أساس أن انتهاك هذا المبدأ.

ثانيا: السمو الشكلي للدستور والآثار المترتبة عنه.

كما ذكرنا سابقا ان لسموالدستور صورتين وقد بينا السمو الموضوعي له، فانه هناك سمو شكلي وهذا ما سنتطرق له من خلال مايلي:

أ- مفهوم السمو الشكلي للدستور.

يقصد بالسمو الشكلي للدستور أن القواعد الدستورية لا يتم وضعها أو تعديلها أو إنؤها إلا باتباع إجراءات محددة و مختلفة عن تلك المعتمدة في وضع وتعديل وإنهاء القواعد القانونية الأخرى والهدف من ذلك هو حماية القواعد الدستورية والمحافظة على ثباتها واستقرارها. وهذا السمو لا يظهر إلا في الدول ذات الدساتير المكتوبة الجامدة.¹

فالقواعد الدستورية توضع وتنشأ وفقا لاجراءات خاصة بها من طرف السلطة التأسيسية بينما تكون جميع السلطات التي ينشئها الدستور سلطات مؤسسة، وفيما يتعلق باجراءات تعديلها وإنائها فيتم ذلك بمبادرة من طرف رئيس الجمهورية وأعضاء البرلمان ثم عرضها على الاستفتاء الشعبي.

¹ - قزو محمد أعلي، دروس في الفقه الدستوري والنظم السياسية، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 167.

ب- الآثار المترتبة على السمو الشكلي للدستور.

إن القواعد الدستورية نظرا لاجراءات وضعها وتعديلها تعد من النظام العام أصلا، فلا يمكن مخالفتها بقاعدة تشريعية عادية ولا بحكم أو رأي قضائي. فالسمو الشكلي يتحقق فقط بالنسبة للدساتير المكتوبة والجامدة تأسيسا على ارتباطه بالشكل والاجراءات. جمود القواعد الدستورية يؤدي إلى جعل قواعده ثابتة ومستقرة، وهذا الثبات هو نسبي لأن إطلاقه يتجافى والمنطق والتطور، فهو يقتصر على ضرورة اتباع اجراءات خاصة عند تعديلها بما يكفل استقرار الدستور، وعدم جعله وسيلة في يد الحكام يفسرونه حسب أهوائهم ونزواتهم الشخصية.¹

عدم جواز إلغاء القواعد الدستورية إلا بقوانين مماثلة، ولكن كاستثناء يكفي إلغاء القواعد الدستورية في الظروف غير العادية نتيجة اندلاع ثورة أو وقوع انقلاب.

يترتب على السمو الشكلي آثار قانونية بحثة عن طريق تحريك ما يسمى بالرقابة على دستورية القوانين كآلية تحمي قواعد الدستورية من إصدار أو التصديق على قوانين تتعارض معها سواء بطريقة وقائية قبل اصدار القواعد الدستورية أو بطريقة علاجية ويكون ذلك بعد اصدارها.²

- عدم جواز مخالفة القوانين العادية:

¹ - سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 189، 190.

² - صبري محمد السنوسي، الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 71.

فعلو الدستور طبقا للمعيار الشكلي هو الذي يصنع الدستور من الناحية القانونية في قمة تدرج القواعد القانونية في الدولة، نظرا للعلو المطلق للسلطة التي وضعته وهي السلطة التأسيسية، ونظرا أيضا لصعوبة اجراءات تعديله، وينتج عن ذلك عدم جواز مخالفة القوانين العادية لقواعد الدستور، لأنه طبقا لهذا المعيار الشكلي القوانين العادية تصدر عن البرلمان وهي سلطة أنشأها الدستور وأقل مستوى بالتالي من السلطة التأسيسية واضعة الدستور كما أن القانون يعدل بالإجراءات والأغلبية العادية (نصف الحاضرين البرلمان + عضو واحد)، ومن ثم لا يجوز لأي قانون عادي أو أي نص من نصوصه أن يخالف أو يناقض نصا دستوريا ورد في الدستور الأعلى.¹

– علو قواعد الدستور على ما يسمى بالقوانين الأساسية أو العضوية:

العلو المطلق لقواعد الدستور لا يتحقق فقط إزاء القوانين العادية، بل يتحقق أيضا بالنسبة لما يسمى في فرنسا «القوانين الأساسية» أو العضوية، وإنما أوجدها دستور 1958 الحالي في فرنسا.

– ضرورة تحقيق رقابة على دستورية القوانين:

ينتج عن العلو الشكلي لقواعد الدستور من الناحية القانونية على القوانين العادية، وعلى القوانين العضوية أو الأساسية حث توجد كما في الدستور الفرنسي أنه من الضروري أن تتحقق

¹ – محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 21.

رقابة على دستورية القوانين التي يقرها البرلمان لأنه بدون هذه الرقابة لن يكون هناك ضمان لاحترام الدستور من جانب السلطة التشريعية، وجزء مخالف القانون العادي (أو العضوي) لقاعدة من قواعد الدستور هو بطلان القانون أو نص القانون المخالف للدستور، أو على الأقل امتناع المحاكم من تطبيق القانون المخالف للدستور.

وفي الحقيقة إن عدم نص الدستور صراحة على نظام لرقابة دستورية القوانين يعتبر من قبيل القصور أو السهو، لأنه طالما أن الدستور جامد يتطلب لتعديل نصوصه اجراءات خاصة مشددة وأكثر صعوبة من اجراءات تعديل القانون العادي فيكون منطقيا وضروريا تنظيم الدستور بنص صريح للرقابة على دستورية القوانين لضمان احترامها لنصوص الدستور.¹

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ سمو الدستور.

إن مضمون مبدأ سمو الدستور هو قوة القواعد الدستورية وتفوقها على باقي القواعد والقوانين الأخرى من حيث قيمتها ومرتبها في سلم تدرج القوانين، بحيث يطبق هذا المبدأ في الظروف العادية التي تكون فيها الدولة مستقرة من كل جوانبها وليست مهددة بأي خطر سواء كان طبيعيا أو بشريا، إلا أنه يوجد استثناء يطرأ على هذا المبدأ والذي يقضي على تفوق الدستور وهي حالة ضرورة، التي تكون فيها الدولة مهددة بخطر عكس الظروف الطبيعية. ففي

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 25.

حالة الضرورة قد يبطل العمل بمبدأ سمو الدستور بهدف تفادي الاستثنائي الواقع، وحماية لكيان الدولة وسلامة الشعب.¹

ونص على حالة الضرورة الدستور الفرنسي في عام 1958 المعدل والمتمم في المادة 16 كما يلي: " إذ تعرضت مؤسسات الجمهورية أو استقلال الدولة أو وحدة أراضيها أو تنفيذها لالتزاماتها الدولية لخطر داهم وجسيم وحال توقفت السلطة العامة عن حسن سير عملها المنتظم، يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التي تقتضيها هذه الظروف بعد استشارته الرسمية رئيس الوزراء ورئيسي مجلسي البرلمان والمجلس الدستوري. ويوجه خطابا للأمة ويعلمها حول هذه الإجراءات ".²

أما في الجزائر فقد نص عليه الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم في المادة 105 منه : " يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، والوزير الأول، ورئيس المجلس الدستوري ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع.

ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا...²

¹ - إسماعيل جابوري، نظرية الظروف الاستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري الجزائري، دفا تر السياسة والقانون، العدد الرابع عشر، ورقة، 2016، ص32.

² - المادة 105 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم، سالف الذكر.

أما المادة 107 منه : " يقرّر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهدّدة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسّساتها الدّستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها. ولا يتّخذ مثل هذا الإجراء إلاّ بعد استشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدّستوريّ، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء. تخوّل الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتّخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسّسات الدّستورية في الجمهورية.

ويجتمع البرلمان وجوبا.

تنتهي الحالة الاستثنائية، حسب الأشكال والإجراءات السّالفة الذكر التي أوجبت

إعلانها".¹

الفرع الأول: مفهوم حالة الضرورة كاستثناء على مبدأ سمو الدستور.

حالة الضرورة استثناء يرد على مبدأ سمو الدستور ويقيده، فهذه الأخيرة تستمد أساسها من القاعدة الرومانية القديمة التي تقضي بأن: "سلامة الشعب فوق القانون" لأن مبادئ وأحكام الدستور وضعت تطبيق في الظروف العادية والطبيعية للدولة ولتنظيم ممارسة السلطة في الدولة بهدف الحد من سلطات الحاكم وتحديدتها وتقديمها وإيجاد نوع من التوازن بين السلطات العامة

¹ - المادة 107 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم، سالف الذكر.

للدولة وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، وبغرض تحقيق المصلحة العامة وخدمة الشعب.¹ ولكن عندما تطرأ في الدولة ظروف استثنائية تهدد تواجدتها ووحدتها وسلامتها مثل الحروب الأصلية أو الخارجية، أو الإرهاب أو العصيان المسلح، أو حتى الأزمات الاقتصادية أو الكوارث الطبيعية مثل الزلزال والبراكين والأوبئة القابلة للانتشار.²

فحالة الضرورة قائمة على أساس تواجد ظرف استثنائي يستوجب جمع وتركيز كل السلطات والاختصاصات في يد هيئة واحدة، أو جهاز واحد يعمل على تفادي الضرر الحال المهدد للدولة، وعليه فيتم الإقرار بهذه الحالة عند وجود خطر جسيم وحال يضع سلامة الدولة في ضيق يتطلب لتخطيه اتخاذ إجراءات عاجلة لدرء الخطر حفاظاً على سلامة الأمة والدولة دائماً، فهذه الأسباب المذكورة هي التي تبرر وتفسر نظرية الضرورة وبالتالي تفسر خروج السلطات العامة والاختصاصات المخولة لها في الدستور في أوقات الأزمات لكون السلامة قبل القانون وأولى منه.³ وغالباً ما تكون السلطة التنفيذية هي التي تجمع السلطات في يدها⁴، بحيث تتولى سلطة التشريع وإصدار المراسيم إلى حال مرور الخطر الذي تستند إليه حالة الضرورة، وبمجرد زوال الظرف الاستثنائي يجب العودة إلى ما كان الحال عليه قبل بدأ الخطر بمعنى أن تمارس كل سلطة اختصاصها مثلما هو منصوص عليه في الدستور.⁵

¹ - أمير حسن حاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكوين للعلوم الإنسانية، المجلد الرابع عشر، العدد الثامن، العراق، 2008، ص 344، 345.

² - إسماعيل جابوري، المرجع السابق، ص 32، 33.

³ - إسماعيل جابوري، المرجع السابق، ص 37، 40.

⁴ - محمد جابر، للضرورة أحكام، تنظيم التشريع في غيبة البرلمان وآثاره في الحقوق والحريات الأساسية، المبادرة المصرية للحقوق الشعبية، مصر 2015، ص 08.

⁵ - على هادي حميدي الشكرابي وإسماعيل صعصاع غيدان البدير، التنظيم القانوني لأنظمة الاستثناء، (دراسة مقارنة) مجلة المحقق الحالي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، العراق، السنة السادسة، ص 26، 28.

الفرع الثاني: طبيعة حالة الضرورة.

تستمد حالة الضرورة أساسها من كتابات الفقهاء وأكثرهم الفقهاء الألمان، يرى هيجل أن الدولة هي التي تتولى وضع وسن القوانين من جهة ومن جهة أخرى تخضع الدولة لهذه القوانين، التي تضعها بذاتها تحقيقاً للمصلحة العامة، فإذا كان التعدي على هذه القوانين ومخالفتها هو الجواب لتحقيق حماية الأفراد والدولة فلبد من التعدي عليها ومخالفتها. أما الفقيه جيلينك فتحدث عن نظرية الضرورة في قوله أنه من الأمور الطبيعية أن تواجه الدولة حالات تفرض عليها اتخاذ تدابير فورية لتحل الحكومة محل السلطة التشريعية لتفادي الأضرار التي قد تحصل.¹

أولاً- الفقه الألماني:

يسلم الفقهاء الألمان بأنها نظرية قانونية تترتب عنها عدة آثار منها :

1- أعمال السلطات في ظل الأزمة تعتبر مشروعة ولو كانت مخالفة للدستور ويفهم من ذلك إباحة مخالفة نصوص الدستور في هذه الظروف. حرية السلطات في ظل الأزمة أو الخطر في اتخاذ كل التدابير الإجراءات اللازمة التي تراها مناسبة لدرء هذا الخطر ولو كانت خارجة عن اختصاصاتها أو كانت مخالفة للأحكام ومبادئ الدستور.²

2- وكون نظرية الضرورة نظرية قانونية ينتج عنها عدم التعويض عن الأضرار التي تلحق بالأفراد بسبب أعمال الضرورة والتدابير المتخذة مثل الأضرار التي قد تلحق بممتلكاتهم، لأن النظرية قانونية كما سبق ذكره، ومشروعة ومنصوص عليها، وتستمد أساسها من أنه إلى جانب

¹ - أمير حسن جاسم، المرجع السابق، ص 341.

² - فارس حامد عبد الكريم، مبدأ سمو الدستور ونظرية الضرورة في الأوقات العصيبة للدولة، 2008، ص 3 (تم الاطلاع

عليه يوم 23 أبريل 2017) <http://www.incitaq.com/pages/viewpage.p1dpid=6985>

القانون المكتوب الذي تعمل به الدولة هناك قانون عرفي يعطي لها الحق في اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للمحافظة على سلامتها بما في ذلك مخالفة القواعد القانونية.

ثانياً- الفقه الفرنسي:

اختلف العقد الفرنسي حول طبيعة حالة الضرورة أما أغلبيتهم فيسلم بأنها نظرية سياسية على غرار الأقلية الذين صنفوها على أنها ذات طبيعة قانونية مثل الفقيه موريو. إن الفقه الفرنسي شدد ووضع شروط قاسية لتطبيقها على عكس أصحاب الطبيعة السياسية فهؤلاء يرون أن الأعمال التي يقوم بها السلطات العامة أثناء حالة الضرورة تعد غير مشروعة لأن السلطة التنفيذية ملزمة باحترام مبدأ المشروعية سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية. ففي فرنسا يمكن للإدارة أن تتفادى المسؤولية التي تقع عليها جراء مخالفتها للقانون بعرض الإجراءات المتخذة أمام البرلمان، وتطلب منه العفو بواسطة قانون يعرف في فرنسا على أنه قانون التنظيمات، ثم يعود القرار النهائي في مدى ضرورة اتخاذ هذه الإجراءات من عدمها إلى القضاء وحده¹، وبالتالي يترتب عن المفهوم السياسي بعض الآثار وهي كالاتي:

إن نظرية الضرورة مقيدة بشرط تواجد ظرف استثنائي، كما يجب أن تكون الإجراءات المتخذة لدرء الخطر متناسبة مع حالة الضرورة ولا تتجاوزها الإجراءات الاستثنائية المتخذة في حالة الضرورة تخضع لرقابة القضاء الفرنسي، انتهاء مفعول الإجراءات الاستثنائية بانتهاء ظرف الاستثنائي.²

ثالثاً- الفقه الإسلامي:

¹ - فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 4.

² - فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 05.

إن نظرية الضرورية منصوص عليها في القرآن الكريم والسنة النبوية، ومقتضاها الحفاظ على الضروريات الخمس، وهي حفظ الدين، النفس، المال، العقل، والنسل.¹ فمن أجل الحفاظ على هذه الضروريات ترفع صفة المنع والتحریم عن بعض المخالفات الشرعية سواء كان الخطر متيقنا منه أو ظنا راجعا بحدوثه،² وتقوم هذه النظرية في الفقه الإسلامي على قواعد أساسية هي:

1- المشقة تجلب التسيير: ومن أدلة هذه القاعدة قوله تعالى في الآية رقم 185 من

سورة البقرة: «...يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر...»

2- لا ضرر ولا ضرار: سنده حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»

معناه أن الضرر لا يزول بالضرر وأنه درعه المفاسد أولى من جلب المصالح وأنه لا يأس من تفادي ضرر كبير بإحداث ضرر آخر أصغر منه.³

المبحث الثاني: كفاءة احترام مبدأ سمو الدستور.

تعتبر الرقابة على دستورية القوانين من أهم الوسائل التي تكفل ضمان احترام الدستور والقوانين من قبل السلطات العمومية .

وقد اتبعت في هذا الشأن طرق مختلفة لتكوين وتشغيل الهيئات التي أسندت لها مهمة

الرقابة على دستورية القوانين، بل أن البعض من الدول لم يأخذ اطلاقا بهذه الفكرة استنادا إلى

¹ - الضروريات الخمس في الإسلام، الدين، النفس، العقل، المال، العرض ، فحفاظا على هذه الخمس أباح الله عز وجل حرق بعض المخطورات، مثلا أبا ح أكل لحم الخنزير عند الجوع المههد بالموت وعدم تواجد أي طعام حلال غيره.

² - القرآن الكريم، سورة الحج الآية 78: "وما جعل عليكم في الدين من حرج"

³ - صحيح البخاري، الحديث الثاني وثلاثون، حديث الرسول صلى الله عليه وسلم، رواه ابن ماجه " لا ضرر ولا ضرار".

أن دور المحاكم يقتصر على تطبيق القوانين ولا يمتد إلى الرقابة على أعمال الهيئات الأخرى، والحكم على القوانين بأنها خاطئة أو صحيحة نظرا لأن مهمة القاضي هي تطبيق القانون المجسد لإدارة عامة.¹ أما أغلبية الدول التي أخذت بهذه الفكرة وقعت في اختلاف بشأن طبيعة الهيئة السياسية المسندة لها مهمة الرقابة، فهناك من أسندها إلى هيئة قضائية تقوم بالرقابة القضائية، وهناك من أسندها إلى هيئة سياسية تقوم بالرقابة السياسية القضائية على دستورية القوانين. وستعرض إلى الرقابة القضائية في المطلب الأول، ثم إلى الرقابة السياسية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

يقصد بالرقابة القضائية على دستورية القوانين تلك التي تتولى القيام بها هيئة قضائية لا تختص فقط بالنظر في مدى تطابق القرارات الإدارية للقانون وإنما تتعدى ذلك إلى مراقبة مدى مطابقة القانون للدستور. ويمكن القول بأنه بالرغم من تنوع صور الرقابة القضائية في الدول المختلفة إلا أنه يمكن حصرها في نوعين اثنين هما الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية، والرقابة القضائية عن طريق الدفع.²

الفرع الأول: الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية.

الرقابة القضائية عن طريق الدعوى، تعني أنه بالإمكان رفع دعوى قضائية ضد القانون معين على أساس أنه غير دستوري، وهذا أمام محكمة مختصة بالنظر في مثل هذه الدعاوى.

¹ - سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، النظرية العامة للدولة والدستور، طرق ممارسة السلطة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 1992، ص 167.

² - سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص 175.

فالرقابة القضائية عن طريق الدعوى تتمثل إذن في أن كل مدعي، سواء فردا أو هيئة، يرى أو يعتقد أن قانونا معيناً غير دستوري وأنه متضرر منه أو له مصلحة في إلغائه أو حسبما يحدد الدستور ذلك، فيحق له أن يرفع دعوى قضائية أمام محكمة أو أية جهة قضائية يحددها الدستور نفسه، يلتزم فيها الحكم بإلغاء ذلك القانون.¹

ونظرا لخطورة هذه الرقابة فإن الدساتير تحدد الجهة التي تختص بالنظر فيها فلا تترك الأمر لكل المحاكم، بل تسنده إلى محكمة قضائية عليا مثل سويسرا في دستورها لسنة 1874 أو إلى محكمة دستورية خاصة كإيطاليا في دستورها الصادر في 27 ديسمبر 1947 وألمانيا الاتحادية في دستورها الصادر في سنة 1949 والتي أصدرت في 1956 عدم دستورية إنشاء الحزب الشيوعي الألماني (K.P.D) وإن كانت في سنة 1970 قد أقرت دستورية المعاهدات التي أبرمتها حكومة فيلي براندت مع الدول الشرقية الاشتراكية، ودستور الكويت لسنة 1962.²

وتتميز هذه الطريقة في الرقابة عن طريق الدفع بكونها تعتبر وسيلة هجومية يستخدمها الفرد للقضاء على القانون قبل تطبيقه عليه، مستندا في ذلك على حقه المستمد من الدستور في رفع تلك الدعوى، ويترتب على هذا النوع من الرقابة مجموعة من الخصائص نذكر منها :

¹ - الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 115.

² : سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 176.

1- هذه الرقابة لا توجد إلا إذا نص عليها الدستور نفسه وحدد شروط ممارستها بالنسبة للمدعين الذين يكونوا أفرادا ، أو سلطة وطنية، أو محلية، أو غير ذلك.

2- هذه الرقابة لا يمكن أن تمارس إلا من طرف جهة قضائية معينة يحددها الدستور نفسه كأن ينشئ محكمة دستورية خاصة لهذا الغرض أو يخول هذا الاختصاص إلى المحكمة العليا في الدولة.

3- هذه الرقابة قد تكون سابقة إذا كانت مقصورة على سلطات عليا في الدولة أو لاحقة إذا امتدت إلى الأفراد، وعادة ما تكون محدودة بأجل معين بعد صدور القانون تحقيقا لإستقرار المعاملات القانونية.

4- هذه الجهة القضائية لا تقوم بالرقابة على دستورية القوانين إلا بناء على دعوى ترفع أمامها المحكمة قد تلغي القانون كليا أو جزئيا، أو ترفض الدعوى وتبقي القانون على حاله إذا كان مطابقا للدستور.

5- إذا حكمت بإلغائه فإن أثر الإلغاء يسري على الماضي والمستقبل ولا يترتب عن ذلك القانون أي أثر، كما يسري الحكم بالنسبة للجميع في الدولة سواء كانوا أفرادا أو سلطات مهما كانت طبيعتها.¹

اولا: اختصاص المحكمة العليا بالرقابة على دستورية القوانين.

¹ - الأمين شريط، المرجع السابق، ص 115، 116.

يعهد الدستور في هذه الحالة الى محكمة العليا في النظام القضائي القائم في الدولة مباشرة مهمة الفصل في دستورية القوانين، بجواز مالها من اختصاصات قضائية أخرى وبذلك لا تكون هناك حاجة الى انشاء محكمة متخصصة بفحص دستورية القوانين، ويتحقق هذا الأسلوب سيرالأمور بطريقة طبيعية، تبعا للنظام القضائي القائم في الدولة حيث تتولى المحكمة العليا الموجودة بالفعل هذه المهمة.

كما أن الحكم الصادر من هذه المحكمة لا يؤدي الى اثاره حساسية السلطة التشريعية مثلما يحدث في حالة انشاء محكمة خاصة بدستورية القوانين، باعتبار أنها محكمة قد أنشأت خصيصا لرقابتها.

من أمثلة الدساتير التي جعلت من الرقابة على دستورية القوانين من اختصاصات المحكمة العليا في النظام القضائي، دستور سويسرا الصادر سنة 1874، ودستور كولمبيا لسنة 1886، ودستور كوبا سنة 1934، ودستور الصومال لسنة 1960 والدستور السوداني الصادر سنة 1973.

ثانيا : انشاء محكمة دستورية متخصصة.

تنشئ دساتير غالبية الدول التي تطبق الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية محكمة خاصة للقيام بهذه المهمة، وقد أخذت بهذا الأسلوب عدد من دساتير الدول الأوربية. ومن بين هذه الدساتير، دستور النمسا الصادر سنة 1920 وكذلك دستورها لسنة 1945 والدستور

الاسباني لسنة 1931، ودستور تشيكوسلوفاكيا لسنة 1920، والدستور الايطالي الصادر سنة 1947 ودستور جمهورية المانيا الاتحادية الذي صدر سنة 1949، ودستور تركيا لسنة 1961.

ومن الدساتير العربية، دستور العراق لسنة 1925، والدستور السوري سنة 1950 ودستور الكويت الصادر سنة 1962.¹

وفي مصر انشأت المحكمة العليا سنة 1969 لتختص بالفصل في دستورية القوانين، ثم نص دستور سنة 1971 على انشاء المحكمة الدستورية العليا في الفصل الخامس من الباب الخامس منه، في المواد 174 وما بعدها.

وقد صدر القانون رقم 48 لسنة 1979 بانشاء المحكمة الدستورية العليا وجعلها مختصة دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح من ناحية، وتفسير النصوص القانونية من ناحية اخرى .

ومما لا شك فيه أن اسناد مهمة الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية الى محكمة دستورية متخصصة له مزاياه، حيث تتوافر في المحكمة عنصر الكفاءة والتخصص لفحص دستورية القوانين التي تطرح امامها، كما أن المحكمة تكون هيئة قضائية مستقلة في قيامها بمهمتها المحددة بالدستور.

¹: عبد الغاني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية والقانون الدستور ، بدون طبعة ، منشأة الناشر ، الإسكندرية، مصر ، 1997، ص 422.

بيد أن بعض يشير الى ما قد يحدث من صدام بين هذه المحكمة المتخصصة والسلطة التشريعية لما قد يثيره انشاء هذه المحكمة من حساسيات لديها باعتبارها رقابية على عملها وخاصة في حالة افراط

هذه المحكمة وتشددتها في القيام بمهمتها.¹

الفرع الثاني: الرقابة القضائية عن طريق الدفع.

تتم هذه الرقابة بعد إصدار القانون وتمارس بواسطة الدفع في الدعوى، ويكون هذا في صورة أو حالة وجود نزاع معروض على القضاة، فيدفع أحد الخصوم بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه على هذا النوع وهنا يقوم القاضي المعروض عليه النزاع بفحص دستورية، فإذا تحقق من عدم دستورية القانون يمتنع عن تطبيقه ولا يقوم بإلغائه وهذا لا يمنع تطبيق القاضي لنفس القانون في حالات أخرى، وعلى كل حال فإن القانون يظل قائماً إلى أن يلغى بقانون آخر.²

إن الرقابة القضائية عن طريق الدفع تشترط في الطاعن أن يكون له مصلحة مشروعة في منع تطبيق القانون المخالف عليه، كما نلاحظ أنه ووفقاً لهذا الأسلوب فإن حق فحص دستورية القوانين وكأصل عام يتقرر لكافة المحاكم القضائية على اختلاف درجاتها.

¹: عبد الغاني بسيوني عبد الله ، المرجع السابق ، ص 423 .

²: حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، بدون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع الحجار، عنابة، 2003، ص 110.

ويرى الفقهاء المؤيدون للرقابة القضائية عن طريق الدفع مزايا متعددة لهذا الأسلوب وبالمقابل فإن هذا الأسلوب لم ينجح من نقد بعض الفقهاء، والواقع أن معظم الانتقادات التي وجهت لأسلوب الدفع الفرعي، هي في حقيقتها مزايا للرقابة عن طريق الدعوى الأصلية والعكس صحيح، ومن بعض هذه المزايا نذكر مايلي:

1- تتميز الرقابة بأسلوب الدفع الفرعي بأنها تدخل في صميم عمل القاضي، كما أنها أقل عنفاً وأكثر مرونة من أسلوب الدعوى الأصلية، فصاحب الشأن لا يطلب إلغاء القانون بل غاية ما في الأمر هو أنه يطلب عدم تطبيق القانون عليه في الدعوى المنظور أمام القاضي.¹

2- فإذا ما تبين للمحكمة أن القانون مخالف للدستور، فإنها لا تقرر بطلانه بطلاناً عاماً، بل تكتفي بمجرد الامتناع عن تطبيقه في الدعوى المطروحة أمامها.

3- إن هذا الأسلوب لا يؤدي إلى إثارة سياسية المشرع، فالقاضي لا يبادر بالهجوم بل إن دوره دفاعي، إذا يقتصر حكمه على منع تطبيق القانون غير الدستوري، وليس الحكم بإلغائه.

4- كما يرى بعض الفقهاء أن من مميزات أسلوب الدفع الفرعي أنه يظل قائماً في حالة سقوط الدستور أو تعديله، مادام أن الدستور الجديد لم يتضمن منع القضاء من مباشرة الرقابة، أما الرقابة بواسطة أسلوب الدعوى الأصلية فإنهما تسقط بسقوط الدعوى الذي تقرر، وذلك نظراً لاستحالة تقريرها دون نص دستوري.²

¹: صباح موسى المومني، المرجع السابق، ص 78، 79.

²: صباح موسى المومني، المرجع نفسه، ص 78، 79.

الفرع الثالث: الرقابة عن طريق الحكم التقريري.

هذا الأسلوب من الأساليب التي عرفتها الولايات المتحدة الأمريكية هو الحكم المقرر للحق وإذا كان هناك شك والجدل بشأن إستعمال أمر المنع كوسيلة لرقابة دستورية القوانين فإن الشك والجدل بشأن هذا الأسلوب كان أكبر وأوسع بحيث ظلت المحاكم ترفض الأخذ به لمدة ويلة ثم أخذت به ومع ذلك ظلت المحكمة العليا في رفضها للحكم التقريري لمدة طويلة بعد ذلك.¹

وظهر هذا الأسلوب من الرقابة على دستورية القوانين أول الأمر سنة 1918 ومؤدي هذه الطريقة أن الفرض يلجأ للمحكمة طالبا منها إصدار حكم يقرر ما إذا كان القانون مراد تنفيذه دستوري أم غير دستوري والنتيجة الأولى ناجمة عن هذا الطلب هي توقف الموظف المختص عن تطبيق هذا القانون فإذا كان دستوريا نفذه أما إذا كان مخالفا للدستور يمتنع عن تنفيذه.

وتتميز الأحكام التقريرية بكونها ليست مرتبطة بدعوى أصلية كما هي حالة الدفع وإنما ترفع استقلال عن أية دعوى وتختلف عن الأمر القضائي في كونها لا تشترط وجود ضرر وشيك يرغب الفرد في تفاديه، فضلا عن خلوها من عنصر الأمر بالتنفيذ ولا تعتمد على منازعة، وإذا كانت محاكم الولايات المتحدة قد اتبعت هذا الأسلوب 1918 فإن محكمة الإتحادية العليا لا تأخذ بهذه الطريقة استنادا إلى طلب اصدار الحكم التقريري لا ينطوي على أية منازعة، إلا أنه في ما بعد تراجعت عن موقفها وأقرت استخدام هذه الطريقة حفاظ على ولايتها، وفي سنة 1934 صدر القانون الاتحادي للأحكام التقريرية الذي يمنع المحاكم الولايات سلطة إصدار تقارير

¹: محمد عبد العزيز سلمان، رقابة دستورية القوانين، طبعة الأولى، دار الفكر العربي سنة 1995، ص 182.

تتعلق بدستورية القوانين وعرض ذلك القانون أمام المحكمة الاتحادية العليا سنة 1937 في قضية شركة " أنتا" للتأمين فحكمت بدستورية.¹

وإذا كان بعض الفقه في الولايات المتحدة الأمريكية قد ذهب إلى أن هذه الأحكام التقريرية تشابه إلى حد كبير مع الآراء الاستشارية وكذا مع الدعاوى الغير منتجة التي لا ينازع أحد في ميولها، إلا أن الغالبية من الفقه قد ذهبت إلى أن الحكم التقريري هو حكم بات ملزم لأطراف الدعوى بخصوص النزاع الصادر فيه، وهو في هذا يختلف عن حكم في الدعوى غير المنتجة وعن الآراء الاستشارية فالحكم في الدعوى غير المنتجة هو مجرد تقرير نظري لا تتأثر به حقوق الأفراد.

كذلك الحال في الرأي الاستشاري فهو مجرد تقرير لحكم القانون في بعض الوقائع التي لم تصبح موضوع خصومة حقيقية بين الأفراد، كما أنه غير ملزم في مستقبل العلاقة بين هؤلاء الأطراف.

والواقع أن المحكمة العليا في الولايات المتحدة لم تأخذ إلا بالرأي الأول الذي يعتبر الحكم التقريري من قبيل الآراء الاستشارية أو الدعاوى غير منتجة.²

المطلب الثاني: الرقابة السياسية على دستورية القوانين.

¹: سعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 210، 211.

²: عبد العزيز محمد سليمان، المرجع السابق، ص 182.

ترجع نشأة الرقابة السياسية على دستورية القوانين إلى عهد الثورة الفرنسية، عندما أنشأ دستور السنة الثانية الجمهورية الفرنسية مجلساً خاصاً للقيام بهذه المهمة، واستمرت فرنسا في تطبيق أسلوب الرقابة السياسية حتى يومنا هذا، وستتطرق إلى تعريف الرقابة السياسية في الفرع الأول .

الفرع الأول: تعريف الرقابة السياسية.

يقصد بالرقابة السياسية تلك الرقابة التي تقوم بها هيئة سياسية ينص الدستور على إنشائها تكون مهمتها التحقق من مطابقة أعمال السلطات العامة للدستور، أي أن اختصاصها رقابة دستورية القوانين قبل إصدارها.

ويمثل هذا الأسلوب نوعاً من الرقابة الوقائية السابقة على إصدار القانون، أي أنها رقابة على مشروع القانون، وبديهيها فإن الرقابة السياسية لا تنشأ إلا بنص دستوري ينظمها وذلك خلافاً للرقابة القضائية التي تنشأ بمقتضى نص دستوري وقد تنشأ حتى في غياب ذلك النص.

وقد أخذ بأسلوب الرقابة على دستورية القوانين من قبل هيئة سياسية الكثير من دساتير الدول ذات النزعة الاشتراكية، ومن ذلك الدستور السوفياتي لعام 1936، وكذلك الدستور الصيني عام 1954، ولا بد أن نذكر هنا أن بعض الفقهاء يعد الرقابة الوقائية السابقة غير مقتصرة على الرقابة السياسية بل إنها قد تكون قضائية أيضاً.¹ وهي من المظاهر الأساسية للنفوذ العقدة الدستورية فهي الضمير بالنسبة لجميع القوانين.²

¹: صباح موسى المومني، المرجع السابق، ص 60

²: فوزي أوصديق، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، القسم الثاني، دار الكتاب الحديث مصر، 2003، ص

كما عرفها الدكتور سعيد بوشعير: " بأنها الرقابة التي تقوم بها هيئة ذات طابع سياسي وهي عادة ما تكون رقابة "وقائية" أي تسبق صدور القانون وتحول دون إصداره إذا كان مخالفًا للدستور، وقد يكون لهذه الهيئة مجرد رأي استشاري مثل اللجنة الدستورية التي أنشأت بموجب دستور فرنسا لسنة 1946، ويترتب على قرارها بعدم دستورية قانون ما إجهاض هذا القانون وبالتالي الامتناع عن إصداره، غير أن الاختلاف في كل الهيئة السياسية التي يعهد اليها الدستور بهذه المهمة قد تشعب ويمكن رده إلى ثلاث اتجاهات.

الاتجاه الأول:

ويتولى فيه شخص واحد مهمة التأكد من عدم مخالفة القانون للدستور من الناحية الموضوعية، وقد أخذ بهذا الاتجاه الدستور البرازيلي سنة 1973 حيث نص على حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على مشروعات القوانين لعد دستورتها.

الاتجاه الثاني:

وهو الذي أخذت به العديد من الدساتير الصادرة في الدولة الإشتراكية ويقضي مباشرة الرقابة على دستورية القوانين بواسطة الهيئة التشريعية ذاتها، ومن ذلك ما نص عليه دستور الصين

الشعبية الصادر سنة 1954، إذ عهد إلى جمعية الصينية لنواب الشعب، وهي التي تتولى السلطة التشريعية بمهمة الرقابة دستورية القوانين .

الإتجاه الثالث:

وهوالذي عهد بمهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة خاصة، ولقد أخذ بهذا الحل الدستور الجمهورية الرابعة الفرنسي، دستور سنة 1946 وكذلك دستور الجمهورية الخامسة دستور سنة 1958.¹

وهوالذي عهد بمهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة خاصة، ولقد أخذ بهذا الحل الدستور الجمهورية الرابعة الفرنسي، دستور سنة 1946 وكذلك دستور الجمهورية الخامسة دستور سنة 1958.²

الفرع الثاني: صور الرقابة السياسية.

إن للرقابة السياسية صور متعددة، وقد نصت دساتير الدول التي أخذت بالرقابة السياسية على الصورة التي تكون بها هذه الرقابة.

المراقبة بواسطة السلطة التشريعية ذاتها ويظهر ذلك في الدستور البلغاري سنة 1947، فقد نصت المادة (25) منه على اختصاص السلطة التشريعية ذاتها بحق تبحث ما إذا كانت الشروط التي يتطلبها الدستور في القانون قد روعيت، وما إذا كان القانون مخالفا للدستور.

¹: حسن عثمان محمد، النظم السياسية والقانون الدستوري، الجزء 2، الدار الجامعية، بيروت، طبعة 1989، ص 78.

²: حسن عثمان محمد، المرجع نفسه، ص 78.

إن الرقابة بواسطة رئيس السلطة التشريعية تجسدت كذلك في دستور السويد لسنة 1806 الذي نص على حق رئيس المجلس النيابي في منع التصويت على مشروع قانون غير دستوري.

الرقابة بواسطة بعض أعضاء السلطة التشريعية، ومن الأمثلة على ذلك ما نص عليه الدستور الفرنسي لعام 1946 على أن تشكل اللجنة الدستورية من بين أعضاء الجمعية الوطنية وأعضاء مجلس الجمهورية.

وكذلك نص الدستور الألباني الصادر عام 1946، والدستور التشيكوسلوفاكي عام 1948 ودستور ألمانيا الديمقراطية على مثل ذلك.

الرقابة بواسطة رئاسة الدولة أو رئاسة الحزن الحاكم في الدولة ومثال ذلك الدستور السوفيياتي سنة 1924 الذي نص على اسناد الرقابة إلى رئاسة اللجنة المركزية التنفيذية وكذلك المحكمة العليا.¹

الفرع الثالث: مزايا وعيوب الرقابة السياسية.

للرقابة السياسية على دستورية القوانين مزايا وعيوب سنتطرق أولاً إلى مزايا الرقابة السياسية أما ثانياً سنحاول ذكر بعض العيوب.

أولاً: مزايا الرقابة السياسية.

لا شك في أن للرقابة السياسية السابقة مميزات لا يمكن انكارها وهي:

¹: صباح موسى المومني، المرجع السابق، ص 61، 62.

الرقابة السياسية رقابة سابقة على اصدار القانون، لذا فهي أجدها نفعا من الرقابة اللاحقة لارتكازها على مبدأ الوقاية خير من العلاج، فهي وقائية تحول أصلا دون صدور العمل غير الدستوري، وتمنع بعد صدوره الجدل حول دستوريته.

إن منح الاختصاص الرقابة الدستورية لهيئة سياسية يتيح للبرلمان الفرصة للمساهمة في شكليتها وهو ما يجعله أكثر تقبلا لقراراتها، مما يجنبنا الصراع المحتمل بين التشريعية والمحاكم التي تراقب الدستورية في دول الرقابة القضائية لدستورية القوانين.

كذلك فإن الرقابة على الدستورية وإن كانت من حيث موضوعها عملية قانونية فإنها من حيث الآثار المترتبة عليها، عملية سياسية، فالهيئة التي تسند إليها الرقابة ستصبح سلطة عليا داخل الدولة وبالتالي لا يتم اتخاذ أي قرار مهم إلا برضاها وموافقتها، ونظرا للطابع السياسي للآثار المترتبة على الرقابة، بيد ومن المنطقي أن نعهد بها إلى هيئة سياسية.¹

ثانيا: عيوب الرقابة السياسية.

انتقد رجال الفقه الدستوري الرقابة السياسية بشدة، وقد كان معظم هذا النقد موحها إلى المجلس الدستوري الفرنسي الذي يجسد هذه الرقابة وذلك للأسباب التالية :

إن الأخذ بنظام الرقابة السياسية يشكل خطرا سياسيا كبيرا، إذ أن وضع مهمة الرقابة في أيدي هيئة سياسية قد يؤدي لخضوعها للنزوات السياسية والأهواء والأطماع التي يمكن أن تخضع لها الهيئات السياسية الأخرى ، كما أن هيئات الرقابة السياسية لن تستطيع إيجاد ذاتها عن التأثير بالتيارات السياسية والحزبية وذلك بحكم طبيعتها السياسية، ولكن ذلك النقد قد وجه للرقابة السياسية، من واقع استقرار تجارب الرقابة السياسية في فرنسا ، حيث يجب أن لا نغفل

¹: صباح موسى المومني، المرجع السابق، ص 62، 63.

الظروف التي مورس فيها ذلك النوع من الرقابة ، وهو الحكم الدكتاتوري في عهد نابليون الأول ونابليون الثالث.

للرقابة طبيعة قانونية لا تنكر، فهي عمل فني قانوني، مما يحتم أن تقوم بأعبائها عناصر تتوفر فيها مؤهلات فنية، وكفاية قانونية، قادرة على تفاهم المشاكل ، والتأكد من مطابقة القوانين للدستور وهذا لا يتوفر في أعضاء الهيئات السياسية.تؤدي الرقابة السياسية غالبا إلى حرمان الأفراد من الطعن بعدم الدستورية أمام هيئات الرقابة السياسية ، رغم أنهم الأكثر تضررا من القوانين والأعمال غير الدستورية ، ذلك أن تحريك الرقابة السياسية يكون بواسطة سلطات عامة فقط.¹

¹: صباح موسى المومني، المرجع السابق، ص 64.

الفصل الثاني

إجراءات ممارسة الدفع بعدم الدستورية

والآثار المترتبة عليه

الفصل الثاني : إجراءات ممارسة الدفع بعدم الدستورية والآثار المترتبة عليه.

من خلال هذا الفصل سنتطرق الى مفهوم الدفع بعدم الدستورية في المبحث الأول ، اما في المبحث الثاني سنتحدث على تنظيم المجلس الدستوري وأثار قراراته على الدفع بعدم الدستورية.

المبحث الأول: مفهوم الدفع بعدم الدستورية.

يعتبر الدفع بعدم الدستورية إجراء قضائي تتبلور من خلاله الرقابة البعدية على دستورية النصوص القانونية، هذا النموذج من الرقابة يعد من المستجدات نص التعديل الدستوري 2016 ، وبهذا الحدث في مسار الرقابة الدستورية يأخذ النظام الدستوري الجزائري منطلقا يتجه به نحو المدرسة الأمريكية وبعض الأنظمة الأوروبية وكذا مصر، في منح الأفراد هذه الحق لممارسة الرقابة البعدية الهادفة إلى سمو القواعد الدستورية، وذلك بالطعن في النص غير الدستوري وبالمقابل حافظ على مركزية هذه لإجراء أمام المجلس الدستوري عند إخطاره من قبل الهيئات القضائية العليا (مجلس الدولة ، المحكمة العليا) ضمن المادة 188 من الدستور.

ونظرا لحدثة هذا الإجراء دستوريا لم نجد تعريفا في الفقه الجزائري، بل عرفه المجلس الدستوري الفرنسي بأنه «حق يخول كل طرف في رفع دعوى أمام المحكمة المدنية أو الإدارية أو الجنائية بل 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»¹.

¹: دستور 1996 ، المعدل والمتمم ، سالف الذكر.

ويحال طلب الدفع بعد الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعد التحقق من شروط وكيفيات سنتطرق إليها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف ونشأة الدفع بعدم الدستورية.

بالرغم من أن أنجع وسيلة لصياغة سمو الدستور تكمن في إسناد حق رفع الطعن بعدم دستورية القوانين للأفراد وأن ذلك من شأنه أن يساهم في إرساء وتدعيم أسس دولة القانون إلا أنه لم يعترف للمواطن في الجزائر بحق منازعة دستورية قانون ما كطريقة من طرق الدفاع عن حقوقه وحرياته العامة إلا في ظل التعديل الدستوري الأخير، أين وسع المؤسس الدستوري حق الطعن المتقاضين، إذ يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعى أحد الأطراف النزاع أمام جهة قضائية إن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مصير النزاع يمس بالحقوق والحرريات التي يضمنها الدستور.

الفرع الأول: تعريف الدفع بعدم الدستورية.

لدفع عموماً عدة معانٍ في اللغة نذكر منها: التنمية و الإزالة بقوة: فيقال رفعته رفعا، أي نحيتة فالدفع¹، قال الله تعالى: ² (للكافرين ليس له دافع) ، ومؤدي ذلك أنه لا يملك (لا

¹: ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثامن، دار صادر، بيروت، 2003، ص 87.

²: الآية الثانية من سورة المعراج.

يقدر) أحد إزالة العذاب عن الكافرين¹، الرد: ومنه دفعت القول، أي رددته بالحجة، ودفعت الوديعة إلى صاحبها رددتها إليه، الانتصار: ومنها دافع عنه، أي حامي عنه وانتصر له ومنه الدفاع في القضاء².

أما عن تعريف الدفع اصطلاحاً ، فهناك من رأى بأنه³ « جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب عن دعوى خصمه ، بقصد تفادي الحكم له بما يدعيه سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها أو موجهة إلى أصل حق المدعى به الى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكرها إياها» ، وهناك من ذهب إلى أنه⁴ «عبارة عن وسيلة للدفاع في الدعوى ويهدف من ورائها الخصم التخلص من الدعوى إما بشكل نهائي أو بشكل جزئي»

في حين قد عرفه البعض بأنه⁵ «هو ما يجيب به الخصم على طلب خصمه قصد تفادي الحكم به أو تأخير هذا الحكم ويعتبر، كقاعدة عامة وسيلة في يد المدعي عليه للرد على دعوى المدعي، وتمكينه من الاعتراض عليها أو على إجراءاتها».

¹: منصور عبد الله الطوالي، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام، الطبعة الأولى، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص13.

²: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004، ص 289.

³: أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافقات ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص11.

⁴: فضل آدم فضل الميسري، قانون المرافقات الليبي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011، ص 312.

⁵: محمد أمقران بوشبير، قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008، ص 142.

إذن الدفع بعدم الدستورية هو إجراء يتقدم به المدعي في دعوى موضوعة 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 تشريع¹

كما يقصد بالدفع بعدم دستورية نص قانوني تلك الطعون التي يتوجه بها أحد الخصوم بصدد نزاع قضائي أمام المحاكم مخصومة بشروط وضوابط.²

كذلك الدفع بعدم الدستورية هو عبارة عن وسيلة قانونية تخول أطراف الدعوى إمكانية إزاحة أي قانون يمس حقوقهم وحررياتهم التي يضمنها لهم الدستور، يراد تطبيقه في النزاع أمام المحاكم العادية والمتخصصة ، والمحكمة الدستورية أثناء بثها في كل قضية تتعلق بانتخاب أعضاء البرلمان.³

وكذلك الدفع بعدم الدستورية هو وسيلة من وسائل الدفاع التي يسعى إحدى الخصوم من خلالها الاعتراض على النص التشريعي المزمع تطبيقه بواسطة إحدى الجهات القضائية نظرا لمخالفته الدستور.⁴

¹: عبد الحق بلفقيه، قراءة في الفصل 133 من الدستور الدفع بعدم الدستورية بتاريخ 2016/12/05.

<http://www.hespress.com/opinions/235230htni>

²: عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري الجزائر، العدد 02،

2013 ص 71

³: خالد الدك، الدفع بعد دستورية القوانين والخيار الأنسب للمغرب، بتاريخ 2016/12/05.

<http://www.droitentreprise.orgweb>

⁴: عصمت عبد الله الشيخ، مدى استغلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات دار النهضة العربية القاهرة، 2003، ص 130.

وعلى ضوء ما ذكرت يمكن تعريف الدفع بعدم الدستورية بأنه : وسيلة دفاعية بحق بمقتضاها للخصوم ذوي الصفة والمصلحة الطعن في دستورية النص التشريعي أمام الجهة القضائية التي تتجه لتطبيقه في النزاع المعروض عليها ، وذلك بهدف استبعاد الحكم به عليهم عن طريق إما إلغائه (كما هو عليه الحال في فرنسا¹ والجزائر) أو الامتناع عن تطبيقه (مثلما هو معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية²) متى ثبتت مخالفته للدستور.

الفرع الثاني: نشأة الدفع بعدم الدستورية .

لقد ظهرت فكرة الرقابة السياسية منذ 1796، لكن لم يكتب لما التجسيد ولاقى اقتراح الفقيه سيزر sieyes بمناسبة اجتماعات أعضاء الجمعية التأسيسية لإعداد دستور السنة الثالثة لثورة 1795³ الرفض³ وباءت فكرة المجلس المحافظ عند إعداد مشروع دستور السنة الثامنة للثورة في عهد الإمبراطور نابليون بالفشل.

ولقد رفضت محكمة النقض الفرنسية الخوض في الدعاوي التي تستند إلى عدم الدستورية وكان ذلك واضحا منذ قرارها الصادر في 11 أبريل 1833 بأن القانون الذي تمت مناقشته وصدر بالطرق المرسومة لا يمكن أن يكون محل مهاجمة أمام المحاكم بدعوى عدم الدستورية وقد استمرت

¹: المادة 62 من الدستور الفرنسي في فقرتها الثانية التي تنص على أن (النص الذي يصرح بعدم دستوريته على أساس المادة (61-1) يعتبر لا غيا اعتبارا من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري أو من تاريخ لا حق يحدده هذا (القرار)

²: حسني بوديار، المرجع السابق، ص 111.

³: سعد العصفور ، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، 1980 ، ص

محكمة النقد الفرنسية ذاتها في هذا الاتجاه ولقي هذا القضاء في فرنسا برمته حذو محكمة النقض وحكم بعدم قبول الدعاوى التي تستند إلى عدم دستورية القانون.

والواقع أن القضاء الفرنسي عندما امتنع عن المراقبة دستورية القوانين لم يكن تقصيرا منه، بل كان التزاما منه ببعض النصوص التشريعية التي تحول بينه وبين هذه الرقابة فضلا عن بعض الحجج التاريخية والفلسفية ومن هذه النصوص نص المادة الحادية عشرة من قانون تنظيم القضاء الصادر عام 1790 والتي تمنع المحاكم من أن "تشارك على نحو مباشرة أو غير مباشرة في ممارسة السلطة التشريعية أو أن تعرقل قرارات الهيئة التشريعية أو أن توقف نفاذها"

وكذلك المادة 127 من قانون العقوبات التي تؤتم "القضاة الذين يتدخلون في ممارسة السلطة التشريعية سواء بإيجاد لوائح تتضمن أحكاما تشريعية أو بمنع أو إيقاف أو أكثر أو بالتداول فيما إذا كان يجب نشر القوانين أو نفاذها، وبالإضافة إلى هذه النصوص القانونية يوجد إرث تاريخي منع القضاء الفرنسي من النظر في رقابة دستورية القوانين هذا الإرث متمثل في تصرفات المحاكم الفرنسية القديمة والتي كانت تسمى البرلمانات - قبل الثورة - والتي كانت تعرقل القضاة باعتبارهم معوقين وراغبين في التغول على اختصاصات السلطات الأخرى وأدى هذا كله إلى تيار قوي لإعطاء القضاء حق رقابة دستورية القوانين.

ولقد وجد هذا التيار الرفض سند له كذلك في تلك الآراء الفلسفية التي قامت على مفهوم معين لمبدأ الفصل بين السلطات والذي يحول بين كل سلطة أخرى، ويرى بموجب ذلك أن رقابة القضاء لدستورية القوانين التي يصدرها البرلمان هو اعتداء على هذا المبدأ وإهدار له، كما استقى

ذلك التيار الرافض بعض حججه من الفقه الفرنسي وبالأخص من أفكار جان جاك روسو، والفقيه دوجي والفقيه موراس ، فروسويري أن القانون هو تظهر من تظاهرات إرادة الأمة، هذه الإرادة التي يعبر عنها البرلمان والتي يتصور أن يرأفها أحد أو أن يرها أحد إلى الصواب ذلك أن الصواب مفترض فيمن يعبرون عن إرادة الأمة ، وقد أخذت المادة الثالثة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن عام 1789 بهذا المعنى عندما نصت على أن " القانون هو التعبير الحر والرسمي للإرادة العامة" وإذا كان البرلمان هو المعبر عن الإرادة العامة فإنه لا يسوغ للقضاء أن يعطل هذه الإرادة بحجة النظر في دستورية هذه القوانين.

كما يذهب الفقيه الفرنسي الكبير دوجي إلى أن النتيجة المنطقية لفكرة النيابة تؤدي إلى أن إرادة مؤولا النواب، باعتبارها إرادة الأمة نفسها ، لا يمكن أن تراقبها إرادة أخرى تعتبر اسمي منها بحكم مراقبتها لها وفي مقابل أنصار السيادة البرلمانية والتي ترفض الرقابة الدستورية وجد أنصار سمو الدستور الذين لا يرون معنى لسمو الدستور في عدم وجود حماية لما أسموه بالشرعية الدستورية والتي تقتضي أن يكون هناك جزاء دستوريا في مقابل كل هدر للدستور.¹

لقد كان إنشاء اللجنة الدستورية بموجب دستور 1946 محاولة للتوفيق بين أنصار السيادة البرلمانية وأنصار سمو الدستور أملا أن يسمح إنشاء هذه اللجنة بسد فراغ الرقابة على دستورية القوانين الذي كان قائما قبل ذلك.

ولا يمتد اختصاص اللجنة لفحص دستورية القوانين في ظل جميع أحكام الدستور وإنما يقتصر ذلك على الأبواب العشرة الأولى منه والمتعلقة بتنظيم السلطات العامة ويخرج من نطاق

¹ محمد كامل ليله القانون الدستوري ، بدون سنة الطبع ، جامعة عين شمس ، 1967 ، ص 125 .

الرقابة الباب الحادي عشر المتعلق ببيان الإجراءات الواجب إتباعها عند تعديل الدستور وكذلك مقدمة الدستور أيضا والتي تحوي النصوص الخاصة بكفالة الحقوق و الحريات¹ .

المطلب الثاني: شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية.

من بين المواد الجديدة والمهمة التي جاء بها التعديل الدستوري لسنة 2016 نجد المادة 188 منه والتي حملت معها تطور بارزا وتحولا مهما نحو السماح المجلس الدستوري الجزائري بأن يصبح وبشكل فعلي حاميا للحقوق والحريات المضمونة دستوريا وحارسا لها من أي اعتداء تشريعي قد يطلها، وذلك من خلال تمكين ذوي الشأن من إخطاره بشكل غير مباشرة بواسطة أما المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ولهذا بعد تأكدهما من جدية الشبهات حول وجود انتهاكات تشريعية واقفة على الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، والتي تكون قد تمت إثارتها من قبل الخصوم أثناء النظر في قضاياهم أمام الجهات القضائية المختلفة.

بحيث تنص المادة 188 على أنه: (يمكن إخطار المجلس الدستوري بعدم الدستورية على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مال النزاع فينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي)²

¹: محمود صبحي علي السيد، الرقابة على دستورية اللوائح، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا ودول مجلس التعاون الخليجي،

الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017، ص15.

²: المادة 188 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم ، سالف الذكر.

وبالرجوع كذلك للقانون العضوي رقم 16/18 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية يمكننا استقراء نص المادة 188 وكذا القانون العضوي في ما يلي.

الفرع الأول : الإجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية.

لقد حددت المادة 215 من الدستور الجزائري المعدل والمتمم تاريخ سريان آلية الدفع بعدم الدستورية بعد انقضاء أجل 3 سنوات من تاريخ سريان الأحكام الدستورية الجديدة الصادرة سنة 2016¹، ولذلك فإن هذا الأجل سينقضي في 08 مارس 2019. وابتداء من هذا التاريخ الأخير يمكن لأي متقاضى طرف في خصومة مدنية أو إدارية أو جزائية، أن يلتمس من الجهة القضائية المطروح أمامها دعواه إخطار المجلس الدستوري للنظر في مدى مطابقة الحكم التشريعي المحتج به من قبل خصمه (مادة من قانون أو من أمر أو من مرسوم تشريعي) للدستور.

ولا شك أن هذه الآلية الجديدة ستدعم بشكل غير مسبوق حريات المواطن. ويثار الدفع بعدم الدستورية أمام الجهة القضائية من قبل أحد أطراف الدعوى (دعوى مدنية أو إدارية أو جزائية) الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. وقد نصت المادة 4 من القانون العضوي نصت صراحة أنه لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي². لكن السؤال الذي يمكن طرحه في هذا الإطار، هل يجوز للنيابة العامة إثارة الدفع بعدم الدستورية لاسيما إن كانت طرفا أصليا في

¹ : المادة 215 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم ، سالف الذكر.

² : المادة 04 من القانون العضوي 18-16 المؤرخ في 25 ذو الحجة عام 1439هـ الموافق ل 5 سبتمبر سنة 2018م، الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، ج،ر،ج،ج، العدد 54.

الدعوى ؟ فالقانون العضوي لم يذكر هذه الحالة، وبالتالي فيرجع للقضاء تحديد دور النيابة العامة وتحديد مدى إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية.

يفصل في الدفع بعدم الدستورية من قبل المجلس الدستوري الذي يمكنه وحده إلغاء الحكم التشريعي المعارض عليه. ويجب أن يتعلق الدفع بعدم الدستورية بـ "حكم تشريعي" أي نص يتضمنه قانون عضوي أو قانون عادي أو أمر أو مرسوم تشريعي تم التصديق عليه من قبل البرلمان. وحتى في حالة ما إذا كان الحكم التشريعي قد ألغي ولكنه لا يزال ينطبق على النزاع فإنه يمكن أن يكون محل دفع بعدم الدستورية حسب المجلس الدستوري الفرنسي في مجال الدفع الفرعي بعدم الدستورية (Question prioritaire de constitutionnalité)، وهو ما يعادل الدفع بعدم الدستورية، واعتبر أنه من حق أي متقاض منازعة نطاق تطبيق تفسير قضائي مستقر ومن ثمة يمكن للمجلس الدستوري مراقبة مدى مطابقة هذا التفسير الذي كرسته محكمة النقض (المحكمة العليا) أو مجلس الدولة مع الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور وعند الضرورة يمكنه التصريح بأن هذا القضاء المستقر المفسر لحكم تشريعي ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

الفرع الثاني : إجراءات تقديم الدفع بعدم الدستورية.

إن رفع الدعوى الدستورية عن طريق الدفع هي أكثر الأساليب شيوعاً لتحريك الرقابة الدستورية وتكون بالدفع أمام قاضي الموضوع بعدم دستورية قانون يمس بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور، وعلى هذا يجب هذا الدفع مجموعة من الإجراءات وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 188 من الدستور الجزائري وكذا القانون العضوي 16/18 المتعلق بشروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية.

وبناء على ما سبق يجدر بنا التطرق للشروط المتعلقة بممارسة الدفع بعدم الدستورية (أولاً)، ثم التطرق إلى تسوية الدفع بعدم الدستورية (ثانياً).

أولاً- شروط المتعلقة بممارسة الدفع بعدم الدستورية.

سنتطرق إلى الشروط الشكلية المتعلقة بممارسة الدفع بعدم الدستورية، ثم بعدها إلى الشروط الموضوعية المتعلقة بممارسة الدفع بعدم الدستورية.

1- الشروط الشكلية المتعلقة بممارسة الدفع بعدم الدستورية:

لكي يقبل الدفع بعدم الدستورية، يجب توفر بعض الشروط الشكلية وهي:

يثار الدفع بعدم الدستورية بصفة فرعية أي بمناسبة خصومة مطروحة أمام الجهة القضائية. وبالتالي لا يمكن أن يمارس بطريقة أصلية أي عن طريق دعوى مستقلة بذاتها موضوعها الدفع بعدم الدستورية، ويمكن إثارة هذا الدفع في أي حالة كانت عليها الدعوى وحتى لأول مرة في الاستئناف أو في الطعن بالنقض¹.

ولا يجوز إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية غير أنه يمكن إثارته عند استئناف الحكم الصادر عن محكمة الجنايات. ويثار الدفع بعدم الدستورية إما من طرف الخصم نفسه إن كانت الجهة القضائية المثار أمامها الدفع محكمة، ولكن إذا أثير الدفع أمام المجلس القضائي أو المحكمة الإدارية أو المحكمة العليا أو مجلس الدولة فإنه يقدم لزوماً من طرف المحامي².

يجب تقديم الدفع بعدم الدستورية بمذكرة مكتوبة ومنفصلة عن باقي المذكرات المدفوعة في الملف وهذه المذكرة تكون مسببة الكل تحت طائلة عدم القبول.

ويجوز للقاضي إثارة عدم قبول الدفع بعدم الدستورية لغياب مذكرة منفصلة ومسببة من تلقاء نفسه مع أنه يمكن للأطراف تصحيح هذا الإجراء أمام المحكمة الإدارية، فإن القاضي يكون ملزماً بتطبيق المادة 843 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فلا يمكنه التصريح بعدم القبول إلا

¹ : المادة 02 من قانون 16/18، سالف الذكر.

² : المادة 03 من قانون 16/18، سالف الذكر.

بعد مطالبة الخصوم بمناقشة الوجه الذي أثاره تلقائيا مما سيسمح للأطراف تصحيح الإجراء الذي أغفل بتقديم مذكرة منفصلة ومسببة¹.

2 - الشروط الموضوعية للدفع بعدم الدستورية:

طبقا للمادة 8 من القانون العضوي رقم 16/18 المؤرخ في 2 سبتمبر 2018 فإن قبول الدفع بعدم الدستورية يخضع لثلاثة شروط :

- أن يتوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع، وأن يشكل أساس المتابعة.
- ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري في أسباب ومنطوق أحد قراراته، وهذا الشرط يطبق حتى في حالة ما أثير وجه جدي يثبت المساس بالحقوق والحريات الدستورية. وبالعكس من ذلك فإن تغير الظروف يتيح إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية على حكم تشريعي سبق وأن صرح بمطابقته للدستور.
- أن يتسم الوجه المثار بالجدية. تفحص الجهة القضائية ما إذا كان الوجه المثار تدعيما للدفع بعدم الدستورية هو وجه جدي وهذا طبعا لتفادي الوسائل التسويقية التي ترمي فقط إلى ربح الوقت. كما قد يؤدي إلى إغراق المحاكم بالقضايا غير الجدية والتي قد تؤدي إلى تعطيل الفصل في القضايا المرفوعة وإهدار حقوق المتخاصمين. ويجب إذا للطرف أو للمحامي أن يشرح بوضوح في المذكرة المنفصلة التي يثير فيها الدفع بماذا يمس الحكم التشريعي المعترض عليه الحقوق و الحريات التي يضمنها الدستور.

ثانيا- تسوية الدفع بعدم الدستورية:

بمجرد إخطارها بالدفع بعدم الدستورية فإنه يجب على الجهة القضائية الفصل فورا وبقرار مسبب في إرسال هذا الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة وذلك بعد استطلاع رأي النيابة

¹: المادة 843 من قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج،ر، عدد21 لسنة 2008.

العامّة أو محافظ الدولة حسب طبيعة الجهة القضائية. قد تكون الجهة القضائية تضم مساعدين غير قضاة (المحكمة الاجتماعية، المحكمة التجارية...) وفي هذه الحالة فإنها تفصل في إرسال الدفع بعدم الدستورية دون حضور المساعدين.

وإذا استوفيت الشروط التي ذكرناها سالفًا فإن الجهة القضائية توجه قرارها بإرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب طبيعة النزاع مرفقا بعرائض الأطراف ومذكراتهم خلال عشرة أيام من صدور هذا القرار ويبلغ هذا القرار الذي لا يكون قابلا لأي طعن إلى الأطراف.

وفي حالة إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ترجى الجهة القضائية الفصل في النزاع إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري في حالة ما أحيل هذا الدفع إلى هذا الأخير للفصل فيه. ومع ذلك فإن قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة لا يترتب عليه وقف التحقيق كما يمكن للجهة القضائية اتخاذ أي تدبير مؤقت أو تحفظي تراه مناسبا¹. ولا ترجى الجهة القضائية الفصل في الدعوى بعد اتخاذها قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية عندما يكون شخص محروم من حريته بسبب الدعوى أو عندما تهدف هذه الدعوى إلى وضع حد للحرمان من الحرية أو كذلك عندما ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال².

وفي حالة إذا ما رفضت الجهة القضائية إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة فإنها تصدر قرارا يقضي بذلك، ويبلغ هذا القرار إلى الأطراف اللذين يمكنهم الاعتراض عليه ولكن فقط بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه. ويجب أن

¹ : المادة 10 من القانون 16/18 ، سالف الذكر.

² : المادة 11 من القانون 16/18 ، سالف الذكر.

تقدم الاعتراض في قرار رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية بموجب مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة وذلك تحت طائلة عدم القبول¹.

ثالثا - الإجراءات المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة.

نصت المادة 13 من القانون 16/18 المحدد لشروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية على أن المحكمة العليا أو مجلس الدولة يفصلان في إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري في أجل شهرين من تاريخ استلام الإرسال الصادر عن الجهة القضائية التي أثير أمامها هذا الدفع. وتتم هذه الإحالة إذا توفرت الشروط سالفه الذكر.

أما المادة 14 من القانون سالف الذكر فقد نصت على انه عندما يثار الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة مباشرة فإن الجهة القضائية المعنية تفصل على سبيل الأولوية في إحالة هذا الدفع على المجلس الدستوري في أجل الشهرين.

ويوجه قرار إرسال الدفع بعدم لدستورية إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة اللذين سيستطلعان فورا رأي النائب العام أو محافظ الدولة ويمكن الأطراف من تقديم ملاحظاتهم المكتوبة².

ويصدر قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة بتشكيكة يرأسها رئيس كل جهة قضائية، وعند تعذر ذلك يرأسها نائب الرئيس، وتتشكل من رئيس الغرفة المعنية وثلاثة مستشارين يعينهم حسب الحالة الرئيس الأول للمحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة. ويرسل إلى المجلس الدستوري القرار المسبب للمحكمة العليا أو مجلس الدولة عند إحالة الدفع إليه، ويرفق بهذا القرار مذكرات وعرائض الأطراف³.

¹ : المادة 09 من القانون 16/18 ، سالف الذكر.

² : المادة 15 من القانون 16/18، سالف الذكر.

³ : المادة 16 من القانون 16/18، سالف الذكر.

وكما هو الشأن أمام باقي الجهات القضائية، فعند إحالة الدفع بعدم الدستورية المثار مباشرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة إلى المجلس الدستوري من قبل هاتين الجهتين القضائيتين فإنه يجب على المحكمة العليا أو مجلس الدولة إرجاء الفصل إلى حين البت في الدفع بعدم الدستورية إلا إذا كان المعني محروما من الحرية بسبب الدعوى، أو عندما تهدف هذه الدعوى إلى وضع حد للحرمان من الحرية أو إذا كانا ملزومين قانونا بالفصل في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال.¹

يتم إعلام الجهة القضائية التي أرسلت الدفع بعدم الدستورية بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة ويبلغ للأطراف في أجل عشرة أيام من تاريخ صدوره. وإذا لم تفصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في أجل الشهرين من تاريخ استلامها قرار الإحالة فإن الدفع بعدم الدستورية يحال تلقائيا للمجلس الدستوري.

المبحث الثاني: تنظيم المجلس الدستوري وأثار قراراته على الدفع بعدم الدستورية.

¹ - المادة 18 من القانون 16/18، سالف الذكر.

لقد مر المجلس الدستوري الجزائري بعدة تعديلات وذلك لاعتباره هيئة مستقلة الهدف من انشائه حماية الدستور، ولأجل كان لابد من تنظيم هيكله وتحديد سير عمله، كما أن لقراراته عدة آثار خاصة على الدفع بعدم الدستورية، وهو ما سنتعرض اليه من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول: تنظيم المجلس الدستوري الجزائري .

إن تشكيلة المجلس الدستوري هي المصدر الأساسي لفعالية الرقابة الدستورية بشكل كبير بالإضافة إلى القواعد المتعلقة بأعضائه والمتعلقة أساسا بالواجبات المنوطة بهم، كلها عوامل تساهم بشكل أو بآخر في قوة أو ضعف هذا الجهاز، وعليه سنحاول التطرق بالتفصيل إلى هاته النقاط وذلك على الشكل التالي:

الفرع الأول: تشكيل المجلس الدستوري الجزائري.

أصبح المجلس الدستوري في ظل دستور 1996 يتألف من تسعة أعضاء، ثلاث أعضاء من بينهم رئيس المجلس الدستوري يعينهم رئيس الجمهورية، واثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، واثنان ينتخبهما مجلس الأمة، وعضو واحد تنتخبه المحكمة العليا، وعضو ينتخبه مجلس الدولة¹، كل ذلك كان نتيجة التغييرات التي أتى بها المؤسس الدستوري في دستور 1996 لاسيما مع تبني الازدواجية في السلطة التشريعية (المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة) وكذا الازدواجية القضائية من خلال (المحكمة العليا، ومجلس الدولة). إلا أن هذه التشكيلة قد عرفت توسيعا مجددا وذلك بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 حيث تم زيادة عدد الأعضاء ليصبح 12 عضوا، أربعة أعضاء من بينهم رئيس المجلس الدستوري، ونائب المجلس يعينهم رئيس الجمهورية، واثنان ينتخبهما

¹ - المادة 164 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم ، سالف الذكر.

المجلس الشعبي الوطني، واثنان ينتخبهما مجلس الأمة، واثنان تنتخبهما المحكمة العليا، واثنان ينتخبهما مجلس الدولة.¹

ويظهر من كل ما سبق أن تشكيلة المجلس الدستوري هي مزيج بين أسلوب التعيين، وأسلوب الانتخاب، هذا الأخير الذي يعتبره البعض يستجيب لرغبة المفكر النمساوي "هانز كالسن" الذي كان يجذب إدماج النظام الانتخابي في اختيار أعضاء المجلس الدستوري من بين البرلمانيين، وذلك تفاديا لطرح مشكلة مشروعية القضاة الدستوريين.²

كما أن المجلس الدستوري وعلى الرغم من اعتباره ذو طابع سياسي، فإنه يضم أعضاء ممثلين للسلطة القضائية، وهي دلالة واضحة على مساهمة القضاء في الرقابة على دستورية القوانين بصفة عامة والتنظيمات بصفة خاصة. فالرقابة الدستورية هي مسألة قانونية في المقام الأول، وبالتالي فإن اشتراك ممثلين عن الأجهزة القضائية في تشكيلة المجلس الدستوري تبدو مسألة حتمية لا اختيارية، لما يتمتع به القضاة من كفاءة وخبرة في تفسير القوانين وتطبيقها.

إن المجلس الدستوري الجزائري هو هيئة مستوحاة من النموذج الفرنسي - مع بعض الفوارق - والذي يعتبره البعض³ هيئة ذات طابع سياسي مكلف بالرقابة على دستورية القوانين، فطريقة تشكيله التي أقرها المؤسس الدستوري، منذ أن وضع أول دستور للجزائر تضيف الطابع السياسي عليه، فيما يرى البعض الآخر⁴ أن المجلس الدستوري الجزائري ذي طبيعة قضائية معتمدا في ذلك

¹ - المادة 183 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016 المتضمن التعديل الدستوري، سابق الإشارة إليه.

² - للمزيد حول المسألة، أنظر: محمد بجاوي، المجلس الدستوري، صلاحيات، إنجازات وآفاق"، مجلة الفكر البرلماني، العدد الخامس، مجلة يصدرها مجلس الأمة، الجزائر، أفريل 2004، ص.37.

³ - مسعود شيهوب، الرقابة على دستورية القوانين، النموذج الجزائري، الملتقى الوطني حول إشكاليات تطبيق المادة 120 من الدستور، الوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان، الجزائر، 2004. ، ص.5.

⁴ - أحمد وافي، بوكرا إدريس، النظرية العامة للدولة والنظام السياسي الجزائري في ظل دستور 1989، المؤسسة الجزائرية للطباعة، الجزائر، 1992، ص.132.

على تضمين تشكيلته قضاء المحكمة العليا ومجلس الدولة بالإضافة إلى طريقة عمله والإجراءات التي يتبعها كسرية المداولات والشكل الذي تصدر من خلاله آرائه وقراراته.

وفي ظل هذا الجدل، فإننا نعتقد أن المجلس الدستوري له طبيعة خاصة تختلف عن باقي المؤسسات الدستورية الأخرى، على اعتبار أن المؤسس الدستوري حاول الجمع بين مزايا الرقابة السياسية، وكذا الاستعانة بعنصر الاختصاص من خلال منح السلطة القضائية مجسدة في المحكمة العليا ومجلس الدولة حق العضوية في المجلس، لاسيما وأن الرقابة الدستورية متعلقة أساسا بفحص دستورية القوانين، وبذلك فهي تندرج في إطار اختصاص القضاة.

الفرع الثاني : مدة العضوية أعضاء المجلس الدستوري الجزائري.

نصت المادة 183 من التعديل الدستوري 2016 في الفقرتين الأخيرتين " ...يعين رئيس الجمهورية رئيس المجلس الدستوري ونائبه لفترة واحدة مدتها 8 سنوات، يضطلع أعضاء المجلس الدستوري بمهامهم مرة واحدة مدتها ثماني سنوات، ويجدد نصف أعضاء المجلس الدستوري كل أربع سنوات.¹

يتضح أن مدة العضوية في المجلس الدستوري هي ثماني سنوات غير قابلة للتجديد أي لفترة واحدة لكن يتم تجديد بالنصف كل أربع سنوات ومعنى هذا أن التجديد جزئي الأول على اثر أربع سنوات لا يشمل رئيس المجلس الدستوري الذي يمارس مهامه لمدة ثماني سنوات.²

وحسب الفقرة الأخيرة من ذات المادة 183 من الدستور، يتم خروج ستة أعضاء من المجلس يكون بدورهم قد قضوا مدة أربع سنوات فقط في أداء مهامهم، وهذا يطرح اشكال عن كيفية التي يستخرج بها هذا النصف من الأعضاء ؟ وهذه المسألة تطرح فقط في التجديد الجزئي

¹ ف4 و5 من المادة 183 من التعديل الدستوري 2016

² صالح بلحاج، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الجزائر (من الاستقلال الى اليوم) ديوان المطبوعات الجامعية،

الجزائر، 2002، ص 311

الأول، أما بعد ذلك في نهاية كل أربع سنوات، يكون هناك أعضاء أتموا الثماني سنوات والمؤسس الدستوري الجزائري أخذ في حل هذه المألة باستعمال ما يعرف بالقرعة لاستخراج نصف الأعضاء وفي التجديد الأول هذا ما نصت عليه المادة 214 من التعديل الدستوري 2016.

الفرع الثالث: واجبات أعضاء المجلس الدستوري الجزائري.

إن مسألة نجاح المجلس الدستوري في أداء مهامه مرهون بمجموعة من العوامل أهمها استقلالية أعضائه، على غرار ما هو الحال بالنسبة للقضاة. فالاستقلالية تشكل أهم خاصية في الأنظمة الدستورية، وتتجسد من خلال تجرد أعضاء المجلس الدستوري من كل ميول سياسية أو حزبية، والحياد في مواجهة السلطات الثلاث (التشريعية والتنفيذية والقضائية)، وهذا ما سنتطرق إليه في الفقرة الموالية.

وحتى يضطلع أعضاء المجلس الدستوري بمهامهم على أكمل وجه وفي كنف الاستقلالية والحياد فقد نص الدستور الجزائري وكذا النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري على مجموعة من القواعد التي يجب أن يلتزم بها أعضاء المجلس الدستوري¹، والتي سنتطرق إليها في النقاط التالية:

أ- تنافي الجمع بين عضوية المجلس الدستوري والوظائف الأخرى:

تتنافى العضوية في المجلس الدستوري مع الوظائف الأخرى، فصفة العضوية في المجلس تتنافى مع كل نشاط آخر، وهذا ما نص عليه الدستور الجزائري في المادة 183 فقرة 3 بقولها "بمجرد انتخاب أعضاء المجلس الدستوري أو تعيينهم يتوقفون عن ممارسة أي عضوية أو أي وظيفة أو تكليف أو مهمة أخرى، أو أي نشاط آخر أو مهنة حرة"، وهذا حتى يتفرغ أعضاء المجلس الدستوري كلية لمهمتهم ويتحررون من قيود وظائفهم السابقة، لاسيما في الحالات التي يكونون

¹ - المداولة المؤرخة في 06 أبريل سنة 2016 المتعلقة بالنظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، ج.ر.ج.ج. العدد 29.

فيها يمارسون مهام نيابية في البرلمان¹، كما أن ذلك سيجعل أعضاء المجلس الدستوري يتفرغون لمهامهم في المجلس بشكل يعود بالفائدة على أعمال المجلس خصوصا وأن أعماله ذات طابع تقني محض تحتاج إلى التركيز والتفرغ.²

ب- واجب التحفظ:

يتعين على أعضاء المجلس الدستوري التقيد بواجب التحفظ وعدم اتخاذ أي موقف علني في المسائل المتعلقة بمداولات المجلس الدستوري³، ويظهر أن الهدف من وراء فرض هذا الالتزام على أعضاء المجلس الدستوري يتمثل في ضمان حياد أعضاء المجلس الدستوري، وكذا إضفاء المصدقية على آراء وقرارات المجلس.

يفرض واجب التحفظ على أعضاء المجلس الدستوري، الامتناع عن الكشف عن أسرار المداولات وما دار في الجلسات المغلقة من نقاش والوجهة التي اتخذها صوت كل عضو، بالإضافة إلى ضرورة تجنب إبداء رأي علني أو استشارات وفتاوى تتعلق بقضايا ومسائل تبقى إمكانية عرضها على المجلس الدستوري للبت فيها قائمة.

ومن هنا ليس لأعضاء المجلس الدستوري المشاركة في التجمعات أو التظاهرات التي تكتسي طابعا سياسيا، الشكل الذي يعطي إجماعا، أو يُؤوّل على أنه موقفا لعضو المجلس الدستوري في مسألة معينة.

وهذه النقطة الأخيرة تحيلنا إلى واجب آخر يقع على أعضاء المجلس الدستوري واجب التقيد به ألا وهو منع الانتماء إلى الأحزاب السياسية.

¹ - المادة 03 من القانون العضوي 12-02 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتعلق بحالات التنافي مع العهدة البرلمانية، ج.ر.ج.ج. العدد 01.

² - ثمة استثناء في قاعدة التنافي، مفاده إمكانية مشاركة أعضاء المجلس الدستوري في الأنشطة العلمية والفكرية، إذا كانت لهذه المشاركة علاقة بمهام المجلس الدستوري ولا يكون لها تأثير على استقلاليتهم ونزاهتهم مع وجوب الحصول على ترخيص من رئيس المجلس الدستوري. وهذا حسب المادة 78 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، سابق الإشارة إليه.

³ - المادة 76 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، سابق الإشارة إليه.

ج- منع الانضمام إلى الأحزاب السياسية:

قصد تكريس مبدأ الحيادية أو الاستقلالية المفروضة على أعضاء المجلس الدستوري منعت المادة 10 من القانون العضوي رقم 04-12 والمتعلق بالأحزاب السياسية¹ أعضاء المجلس الدستوري من الانخراط في الأحزاب السياسية. وهذا ما أكدته كذلك المادة 77 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري بقولها في فقرتها الثانية بقولها: "... كما يتعين عليهم قطع أي صلة مع أي حزب سياسي طيلة عهدتهم، طبقاً لأحكام القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية"، وفي ذلك إشارة واضحة لا لبس فيها من مسألة المشاركة السياسية لأعضاء المجلس الدستوري، وفي ذلك حماية من كل الضغوط التي تمارس عليهم من طرف القيادة السياسية في الحزب أو القاعدة نتيجة انتماءاتهم السياسية، كما أن المنع من الانخراط في الأحزاب السياسية يضمن استقلالية وحياد أعضاء المجلس الدستوري.

المطلب الثاني : اجراءات عمل المجلس الدستوري الجزائري وأثار قراراته.

إن المجلس الدستوري الذي يستعد للفصل في القضايا المتصلة بالدفع بعدم الدستورية والذي أضاف إلى موقعه الإلكتروني صفحة جديدة بعنوان " الدفع بعدم الدستورية" سيصادق بلا شك على نظام داخلي يحدد إجراءات عمله عند فصله في الدفع بعدم الدستورية وهو النظام الداخلي الذي نصت عليه ضمناً المادة 22 من القانون العضوي 16/18 المؤرخ في 2 سبتمبر 2018 .

الفرع الأول : اجراءات عمل المجلس الدستوري الجزائري

¹ - القانون رقم 04-12 المؤرخ في 12 يناير 2012، المتعلق بالأحزاب السياسية. ج.ر.ج.ج، العدد 02.

عند إخطاره بالدفع بعدم الدستورية فإن المجلس الدستوري يعلم فوراً رئيس الجمهورية كما يعلم رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول الذين يمكنهم توجيه ملاحظاتهم للمجلس الدستوري حول هذا الدفع.

وطبقاً لأحكام المادة 189 الفقرة 2 من الدستور فإن المجلس الدستوري يصدر قراره خلال الأشهر الأربعة التي تلي تاريخ إخطاره ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة أشهر بناء على قرار مسبب يبلغ إلى الجهة القضائي صاحبة الإخطار.

وتكون جلسات المجلس الدستوري علنية وهذا من باب إضفاء الشفافية على أعماله، غير أنه يمكنه عقد جلسات سرية في الحالات المحددة في نظامه الداخلي، ويمكن للأطراف بواسطة محاميهم ولممثل الحكومة تقديم ملاحظاتهم وجاهايا.

الفرع الثاني: آثار قرارات المجلس الدستوري في مجال الدفع بعدم الدستورية.

بعد إخطاره بالدفع بعدم الدستورية يمكن للمجلس الدستوري إما التصريح بمطابقة الحكم التشريعي للدستور أو بالعكس التصريح بعدم مطابقته للدستور.

ففي الحالة الأولى، فإن الحكم التشريعي يحتفظ بمكانه في النظام القانوني الداخلي وتلتزم حينئذ الجهة القضائية المطروح أمامها الدعوى وصاحبة الإخطار بعدم الدستورية تطبيق هذا الحكم التشريعي، مع الأخذ بعين الاعتبار التحفظات التفسيرية التي يكون قد أبداه المجلس الدستوري عند فصله في الدفع.

قرار المجلس الدستوري يفرض كذلك على كل السلطات العمومية وعلى كل السلطات الإدارية والقضائية.

وفي الحالة الثانية التي يقضي فيها المجلس الدستوري بعدم مطابقة الحكم التشريعي للدستور فإن هذا الحكم التشريعي يفقد كل آثاره ويختفي من النظام القانونية. لترك الوقت الكافي للبرلمان لتصحيح عدم دستورية الحكم التشريعي الملغى فإنه يمكن للمجلس الدستوري أن يقضي بأن النص التشريعي غير الدستوري يفقد أثره لا من يوم صدور قرار المجلس الدستوري ولكن ابتداء من اليوم الذي يحدده في هذا القرار (المادة 191 الفقرة 2 من الدستور). قرار المجلس الدستوري هو قرار نهائي غير قابل لأي طعن.

وتنص الفقرة الثانية من المادة 191 من دستور 1996 المعدل والمتمم على أن: "إذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن هذا النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري."

ويلاحظ من خلال المادة السابقة أن المؤسس الدستوري استعمل مصطلح "قرار" كنتيجة لممارسة الرقابة في مجال الدفع بعدم الدستورية على نص تشريعي، في حين انه يصدر "رأي" في حالات أخرى بمناسبة ممارسته لدوره في الرقابة على دستورية النصوص القانونية، وهو ما طرح تساؤل مهم حول القوة القانونية لهذا "القرار" بالمقارنة مع "الرأي"، الذي قد يوحي استعمال المؤسس الدستوري له إلى اعتباره غير ملزم عكس القرار الصادر عن المجلس الدستوري في مسائل أخرى.

لقد ذهب جانب من الفقه¹ إلى القول أن هذه الآراء ذات طبيعة استشارية وبالتالي غير ملزمة من الناحية القانونية في معظم الحالات، ولكنها من الناحية المعنوية واجبة الاحترام والإتباع، إذ لا يعقل أن سلطة من سلطات الدولة تقبل على إصدار نص ما تعلم مسبقاً أنه غير دستوري،

¹ - ملين شريط، المرجع السابق، ص.155.

وأن الرأي العام يعلم ذلك، ويعلم موقف المجلس الدستوري منه. وفي نفس السياق يرى البعض¹ أنه يمكن القول أن آراء المجلس الدستوري ملزمة، ومقتزنة بجزء ضمني معنوي مستمد من المهمة الأساسية الموكلة للمجلس الدستوري في ضمان احترام الدستور. هذه المهمة التي تمنحه سلطة حماية إرادة المؤسس الدستوري من أي مخالفة أو اعتداء² حتى لو كان ذلك من طرف رئيس الجمهورية أو الوزير الأول كمثلين للسلطة التنفيذية، التي تبقى سلطة من السلطات الدستورية التي لا يمكن في أي حال من الأحوال أن تعلق على الدستور، باعتبارها تستمد وجودها وصلاحيتها منه. لكن وعلى الرغم مما يوحي به استعمال المؤسس الدستوري لمصطلح "رأي" إلا أن نتائج رقابة المجلس الدستوري ملزمة سواء كانت في شكل رأي أو قرار، وإلا ما الداعي لممارستها أصلاً. فقد أزلت المادة 191 من الدستور في فقرتها الثالثة كل اللغظ حول إلزامية قرارات وأراء المجلس الدستوري، ولم تجعل الرأي مقتزناً بجزء ضمني معنوي فقط يفهم من سياق النصوص، بل أضفى عليه قوة وإلزامية للكافة. حين تأكيدها على أن آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية. وأكد على ذلك النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري من خلال نص المادة 91 منه على أن: "آراء وقرارات المجلس الدستوري نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية طبقاً للمادة 191 (الفقرة 3) من الدستور."

وعليه تكون قرارات المجلس الدستوري ملزمة لكافة السلطات في الدولة بما فيها السلطة التنفيذية وفي هذا الخصوص يرى البعض³ أن المؤسس الدستوري كان بإمكانه تجنب مثل هذا

¹ - بوسطلة شهرزاد، مدور جميلة مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع، مارس 2008، ص.360.

² - بن مالك بشير، الاختصاص التنظيمي للسلطة التنفيذية في الجزائر على ضوء دستور 28 نوفمبر 1996، مذكرة ماجستير في القانون العام، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية 1998-1999، ص.238.

³ - صالح بلحاج، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص.325.

هذا وقد نصت المادتان 6 و 7 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لسنة 2016 على حالتين يتم فيهما إعادة النص التنظيمي غير الدستوري أو المتعدي إلى الجهة المخطرة

وقد عاجلت المادة (6)¹ حالة ما إذا تم الحكم من طرف المجلس الدستوري بعدم دستورية مادة أو نص من التنظيم (مستقل أو تنفيذي)، وكان هذا النص ليس بالإمكان فصله عن بقية أحكام ذلك المرسوم المستقل محل الإخطار. في هذه الحالة يعاد النص الذي ورد ضمنه الحكم المعني إلى الجهة التي قامت بالإخطار .

أما المادة (7)² فقد عاجلت حالة ما إذا تطلب أمر الحكم في دستورية نص من التنظيم محل الرقابة الدستورية متعدد على مجال غير مخصص له، التصدي إلى نصوص أخرى لها علاقة بالتنظيم محل الإخطار أو الأحكام التي تصدى لها، ولم تقم جهات الإخطار بإخطار المجلس الدستوري بشأنها. وكانت عملية فصلها عن النص من شأنها أن تمس بنيته كاملة، وفي هذه الحالة يتم إعادة النص إلى الجهة التي قامت بالإخطار.

¹ - تنص المادة 6 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لسنة 2016، سابق الإشارة إليه. على أن: " إذا صرح المجلس الدستوري بعدم دستورية حكم أخطر بشأنه وكان هذا الحكم في نفس الوقت، غير قابل للفصل عن باقي أحكام النص المخطر بشأنه، فإن النص الذي ورد ضمنه الحكم المعني يُعاد إلى الجهة المخطرة."

² - تنص المادة 7 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لسنة 2016، سابق الإشارة إليه. على أن: "إذا اقتضى الفصل في دستورية حكم التصدي لأحكام أخرى لم يُخطَر المجلس الدستوري بشأنها ولها علاقة بالأحكام موضوع الإخطار، فإن التصريح بعدم دستورية الأحكام التي أخطر بها أو تصدى لها وترتب عن فصلها عن بقية النص المساس بنيته كاملة، يؤدي في هذه الحالة إلى إعادة النص إلى الجهة المخطرة."



الخاتمة

ان مبدأ سمو الدستور من أهم المبادئ التي تقوم عليها دولة القانون ومن أهم المبادئ التي به تنظم الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية في الدولة، وبهذا ترتب وتنظم العلاقات الرابطة بين السلطات العامة. وعليه، فان دور الدستور كما بيناه من المستحيل الاستغناء عنه وإلا تناقضت واختلقت القوانين في نصوصها وقواعدها وعمت الفوضى وكثرت الانتقادات وساد الخراب.

ونظرا لأهمية الدستور فانه من الطبيعي ومن المنطقي اقتترانه بصفة سمو، ليتمكن من تحقيق الأغراض والأهداف المسطرة والتي وضع من اجلها، كي لا يلقي أي منافسة من غيره من القوانين وعليه فقد تم انشاء هيئة تختص بالرقابة والحرس على سموه و علوه، فالجزائر اعتمدت المجلس الدستوري كآلية للرقابة والذي نص عليه أول دستور للجزائر المستقلة، يسهر على حماية الدستور ويمنع الاعتداء عليه بكل الوسائل المخولة له، لكنه عرف صعوبات في ممارسة مهامه وكذا محدودية رقابته بسبب اغفال بعض النقاط الهامة.

ان المؤسس الدستور حاول أن يمحو ويقضي على النقائص الموجودة فيه بإتباع خطوات المؤسس الدستوري الفرنسي، من خلال تعديله لأكثر من مرة لتشكيلة البشرية للمجلس ومحاولة التوسيع من الهيئات المخولة حق إخطار المجلس الدستوري، لضمان نجاعة رقابته وحماية الدستور والحقوق والحريات الأساسية للأفراد، كما أنه خطى خطوة معتبرة في التعديل الدستوري 2016

الخاتمة

بإدخال آلية الدفع بعدم الدستورية الى المنظومة القانونية الجزائرية وبالتالي تجاوز عقبة في موضوع

الرقابة الدستورية يتوخى منها تحقيق الأهداف التالية:

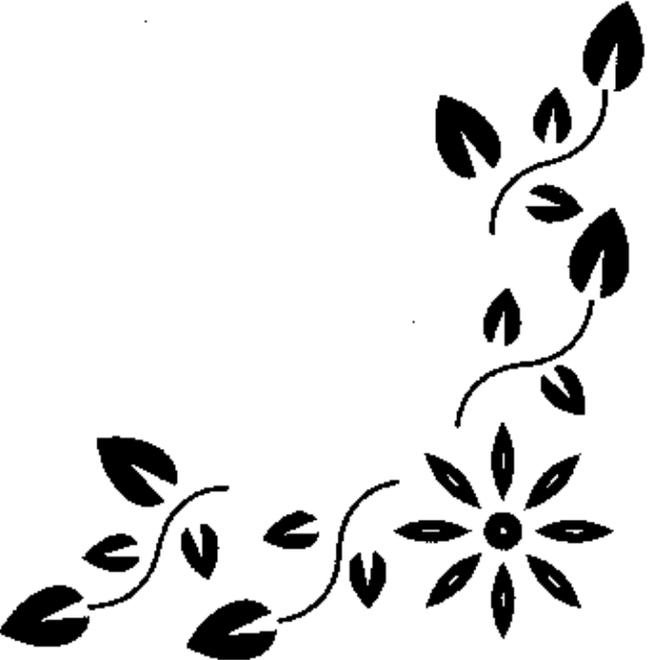
تطهير النظام القانوني من المقتضيات المخالفة للدستور بمنح حق جديد للمتقاضين وارجاع مكانة للدستور في قمة النظام القانوني، وتجاوز الإطار الضيق للمراقبة القبليّة والنواقص المرتبطة بها، والمتمثلة في كونها مراقبة مجردة وإثارها محصورة في الدائرة السياسية.

سرعة البث في الطعون بخصوص الدعاوى الدستورية المنفصلة عن دعاوى الموضوع، كما تخلص الدراسة في هذا الشأن الى ان الدفع بعدم الدستورية في النظام الجزائري تتميز بأنها دعوى مستقلة منذ لحظة اثارها الى حين البث فيها من قبل المجلس الدستوري عن باقي مكونات الدعوى الأصلية، كما يعتبر الدفع بعدم الدستورية دعوى لا تتعلق بالنظام العام بل حق للطرف، ولا يجوز للقاضي اثارته من تلقاء نفسه، كما أنه ليس بدعوى رئيسية بل أصبح نزاعاً رئيسياً، حينما تتم الإحالة على المجلس الدستوري وأخيراً ان الدفع بعدم الدستورية دعوى موضوعية وليست شخصية، حيث اللجوء الى المجلس الدستوري يبقى على مراقبة مجردة للنص، باقتصار فحصه لمدى مطابقة مقتضيات التشريعية للدستور، دون الحسم في النزاع القائم بين الأطراف، والجدير بالذكر أن الآثار الناتجة عن التصريح بعدم الدستورية، تتجاوز الطابع الفردي للدعوى المحالة على المجلس الدستوري، إذ ان النص الملغى تطل آثاره كل الذين يطبق عليهم المقتضى التشريعي المطعون فيه.

الخاتمة

ان اصدار المشرع الجزائري للقانون العضوي المنظم لشروط وكيفيات ممارسة الدفع بعدم الدستورية يستدعي منه مراجعة قوانين الاجراءات المدنية الادارية والجزائية والقوانين المنظمة لهيئات القضاء العادي والإداري حتى تتكيف مع المعطى الجديد.

وختاما وبغض النظر على مختلف الجوانب الايجابية والسلبية التي تم استخلاصها من قراءة النصوص المتعلقة بإجراء الدفع بعدم الدستورية فان المؤشر الرئيسي لنجاعة العدالة الدستورية من خلال هذا الاجراء هو لقيمة المضافة التي سيقدمها المجلس الدستوري كقاضي حقوق لتثبيت وترسيخ الحقوق الأساسية في الثقافة القانونية الجزائرية.



قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً- قائمة المصادر.

- ✓ القرآن الكريم.
- ✓ الحديث الشريف.
- ✓ الدساتير.
- 1- الدستور الجزائري لسنة 1996 المؤرخ في 8 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.ج العدد 61، المعدل بمقتضى القانون رقم 03/02 المؤرخ في 14 مارس 2002، ج.ر.ج.ج العدد 25، المعدل بمقتضى القانون 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.ج العدد 16، المعدل بمقتضى القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ر.ج.ج، العدد 14.
- 2- الدستور الفرنسي المؤرخ في 4 أكتوبر 1958 المعدل والمتمم.
✓ النصوص القانونية.
- 3- القانون العضوي 02-12 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتعلق بحالات التناهي مع العهدة البرلمانية، ج.ر.ج.ج. العدد 01.
- 4- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج العدد 21. الصادر في 2008/04/23.
- 5- القانون رقم 04-12 المؤرخ في 12 يناير 2012، المتعلق بالأحزاب السياسية. ج.ر.ج.ج، العدد 02.
- 6- القانون العضوي رقم 16/18 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018، المنظم لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، ج.ر.ج.ج، العدد 54.
- 7- المداولة المؤرخة في 06 أبريل سنة 2016 المتعلقة بالنظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، ج.ر.ج.ج. العدد 29.

ثانيا- قائمة المراجع.

أ: الكتب العامة :

1. أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافقات، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
2. أحمد وافي، بوكرا إدريس، النظرية العامة للدولة والنظام السياسي الجزائري في ظل دستور 1989، المؤسسة الجزائرية للطباعة، الجزائر، 1992.
3. الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2005.
4. أنس محمد أرزقي، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الأول ، دار الأمة، الجزائر، 1998.
5. إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، تمازج القوانين في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ، مصر،
6. باسم صبحي بشناق، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الخامسة، الجامعة الإسلامية، غزة فلسطين 2017.
7. بوكرا إدريس، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، بدون طبعة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003
8. حسن عثمان محمد، النظم السياسية والقانون الدستوري، الجزء 2، الدار الجامعية، بيروت، طبعة 1989.
9. حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، بدون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع الحجار، عنابة، 2003.
10. سعد العصفور ، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1980.
11. سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، النظرية العامة للدولة والدستور، طرق ممارسة السلطة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1992.
12. سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999.

قائمة المصادر والمراجع

13. صالح بلحاج، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2010.
14. صبري محمد السنوسي، الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
15. عبد الغاني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، مطبعة الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر.
16. عبد الغاني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستور، بدون طبعة، منشأة الناشر، الإسكندرية، مصر، 1997.
17. ع صام علي الدبس، الوسيط في النظام الدستوري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.
18. عصمت عبد الله الشيخ، مدى استغلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات دار النهضة العربية القاهرة، 2003.
19. علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الصادق، عمان، الأردن، 2011.
20. غازي كريم، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار كراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
21. فضل آدم فضل الميسري، قانون المرافقات الليبي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011.
22. فوزي أوصديق، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، القسم الثاني، دار الكتاب الحديث مصر، 2003 .
23. قزو محمد أعلي، دروس في الفقه الدستوري والنظم السياسية ، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
24. لمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثانية، الجزائر 2002.
25. مجد الدين الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الطبعة الأولى، الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت 2005.

قائمة المصادر و المراجع

26. محمد جابر، للضرورة أحكام، تنظيم التشريع في غيبة البرلمان وآثاره في الحقوق والحريات الأساسية، المبادرة المصرية للحقوق الشعبية، مصر 2015
27. محمد كامل ليله، القانون الدستوري، جامعة عين شمس، 1967.
28. محمد أمقران بوبشير، قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008.
29. منصور عبد الله الطوالية، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام، الطبعة الأولى، دار يفا العلمية للنشر والتوزيع عمان، 2010.
30. نزيه رعد، القانون الدستوري العام، المبادئ العامة والنظم السياسية، الطبعة الثانية، مؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان 2008.
- ب : الكتب الخاصة.**
- 1- صباح موسى المومني، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة تحليلية في ضوء التعديلات الدستورية، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2017.
- 02- محمد رفعت الوهاب، رقابة دستور القوانين، المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهريّة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، مصر، 2008.
- 03- محمد عبد العزيز سلمان، رقابة دستورية القوانين، طبعة الأولى، دار الفكر العربي، سنة 1995.
04. محمود صبحي علي السيد، الرقابة على دستورية اللوائح، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا ودول مجلس التعاون الخليجي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017.
05. مسعود شيهوب، الرقابة على دستورية القوانين، النموذج الجزائري، الملتقى الوطني حول إشكاليات تطبيق المادة 120 من الدستور، الوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان، الجزائر، 2004

➤ الرسائل والمذكرات.

- 1- بن مالك بشير، الاختصاص التنظيمي للسلطة التنفيذية في الجزائر على ضوء دستور 28 نوفمبر 1996. مذكرة ماجستير في القانون العام، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية 1998-1999.

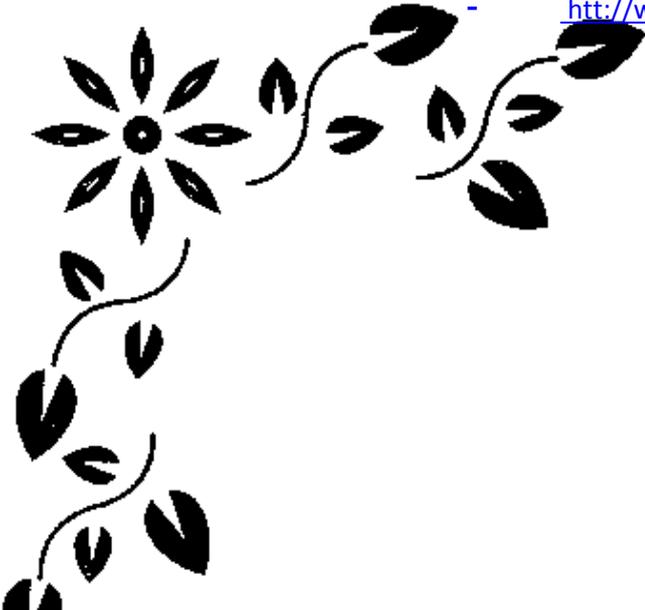
➤ المقالات:

قائمة المصادر و المراجع

- 1- إسماعيل جابوري، نظرية الظروف الاستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري الجزائري، دفا تر السياسة والقانون، العدد الرابع عشر، ورقلة، 2016.
 - 2- أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكوين للعلوم الإنسانية، المجلد الرابع عشر، العدد الثامن، العراق، 2008.
 - 3- محمد بجاوي، المجلس الدستوري، صلاحيات، إنجازات وآفاق"، مجلة الفكر البرلماني، العدد الخامس، مجلة يصدرها مجلس الأمة، الجزائر، أبريل 2004.
 - 4- بوسطلة شهرزاد، مدور جميلة مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع، مارس 2008.
 - 5- نوري مرزة جعفر، المجلس الدستوري الجزائري بين النظرية والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4، سنة 2000.
 - 6- عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري الجزائر، العدد 2، 2013.
 - 7- على هادي حميدي الشكراوي وإسماعيل صعصاع غيدان البدير، التنظيم القانوني لأنظمة الاستثناء، (دراسة مقارنة) مجلة المحقق الحالي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، العراق، السنة السادسة.
- **المواقع الالكترونية.**
- عبد الحق بلفقيه، قراءة في الفصل 133 من الدستور الدفع بعدم الدستورية بتاريخ 2016/12/05.
 - <http://www.hespress.com/opinions/235230htni>
 - فارس حامد عبد الكريم، مبدأ سمو الدستور ونظرية الضرورة في الأوقات العصيبة للدولة، 2008،

ص 3 (تم الاطلاع عليه يوم 23 أبريل 2017)

- <http://www.incitaq.com/pages/viewpage.p1dpid=6985>





ملخص :

تقوم دولة القانون على عدة ركائز أهمها الرقابة على دستورية القوانين التي تهدف لضمان سمو الدستور، باعتباره أعلى قانون في الدولة، ينظم السلطات ويحدد الحقوق والحريات، ولما كانت هذه الأخيرة دائمة التعرض للانتهاك تحول هدف الرقابة إلى حمايتها هدفا ذا أولوية بالغة، وكان اعتماد المؤسس الدستوري لآلية، المنصوص عليها في المادة 188 من القانون 16-01 المتضمن تعديل الدستور الجزائري لعام 2016 تعطي للمتقاضي

ملخص

سلطة الدفاع عن الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، وهي تحقق مجموعة من الآثار القانونية تتمثل أساسا في تجاوز عقبات التمثيل الشعبي وذلك عند عدم تطابق إرادة المواطنين مع إرادة الممثلين المنتخبين فيما يخص التشريع، بإلغاء النص غير الدستوري، كما يمتد الأثر إلى تأسيس علاقة قانونية بين القضاء العادي والمجلس الدستوري من خلال تحريك رقابة الدستورية عن طريق الإحالة من طرف مجلس الدولة أو المحكمة العليا، وهو ما يفعل الرقابة البعدية للمجلس الدستوري.

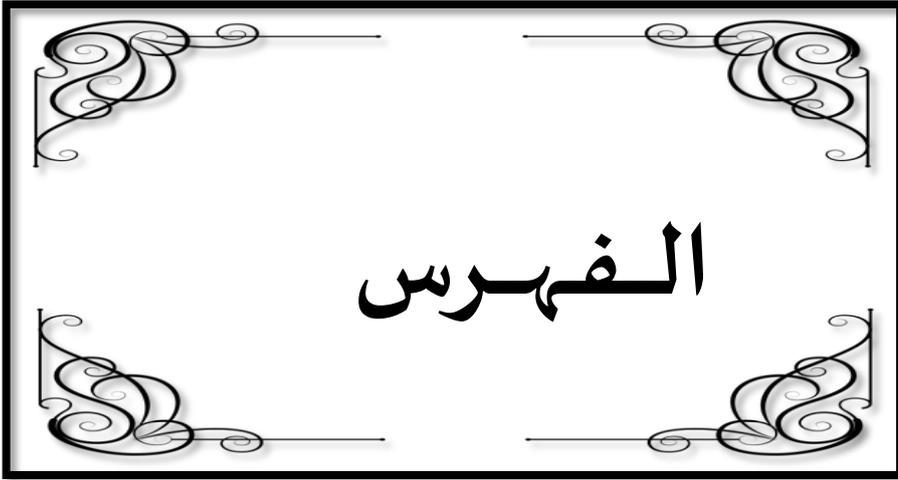
Résumé : L'état de droit se base sur plusieurs piliers. Et le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois reste le plus important, car il vise à assurer la suprématie de la Constitution autant que loi suprême de l'Etat, il organise la réglementation des autorités et définit les droits et les libertés. Alors que ce dernier vulnérable à la violation, sa protection et son control devient une priorité. Le mécanisme: "exception d'inconstitutionnalité" à l'occasion d'un procès, prévu par 'article 188 de la Loi 16-01 portant la révision Constitutionnelle algérienne en 2016 , est une preuve d'importance donné par le législateur algérien a ce sujet important , ce mécanisme réalise contrôle par voie d'exception est un nouveau mécanisme par lequel, un prévenu peut invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi et ainsi échapper à une condamnation , et il a des effets juridiques.

Premièrement il permet de surmonter plusieurs obstacles entravent la représentation populaire.

Deuxièmement il mit en place une relation juridique entre la juridiction (ordinaire et administrative) et le conseil constitutionnel, par un nouveau rôle de saisir ce dernier à travers le processus de renvoi par le conseil d'Etat ou la cour suprême au conseil.

Mots clés: exception d'inconstitutionnalité, contrôle de la constitutionnalité, rôle, protection, les droits et les libertés.





الفهرس

الصفحة

قائمة الموضوعات

البسملة

الشكر و العرفان

الإهداء

01

المقدمة

الفصل الأول : مبدأ سمو الدستور كأساس للرقابة

08

المبحث الأول: مفهوم مبدأ سمو الدستور

09

المطلب الأول: المقصود بمبدأ سمو الدستور

09

الفرع الأول : تعريف مبدأ سمو الدستور

11

الفرع الثاني : نشأة وتطور مبدأ سمو الدستور

13

الفرع الثالث : مظاهر السمو الدستوري

14

أولا : السمو الموضوعي للدستور والآثار المترتبة عنه

14

أ : مفهوم السمو الموضوعي للدستور

15

ب : الآثار المترتبة على مبدأ السمو الموضوعي للدستور

18

ثانيا : السمو الشكلي للدستور و الآثار المترتبة

18

أ : مفهوم السمو الشكلي للدستور

19

ب : الآثار المترتبة على مبدأ السمو الشكلي للدستور

21

المطلب الثاني : الاستثناءات الواردة على مبدأ سمو الدستور

23

الفرع الأول : مفهوم حالة الضرورة كاستثناء على مبدأ سمو الدستور

25

الفرع الثاني : طبيعة حالة الضرورة

25

أولا : الفقه الألماني

26

ثانيا : الفقه الفرنسي

27

ثالث : الفقه الإسلامي

29

الفرع الأول : الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية

31

أولا: اختصاص المحكمة العليا بالرقابة على دستورية القوانين

32

ثانيا : إنشاء محكمة دستورية متخصصة

33

الفرع الثاني : الرقابة القضائية عن طريق الدفع

35	الفرع الثالث: الرقابة القضائية عن طريق الحكم التقريبي
37	المطلب الثاني: الرقابة السياسية على دستورية القوانين
37	الفرع الأول: تعريف الرقابة السياسية
40	الفرع الثاني: صور الرقابة السياسية
41	الفرع الثالث: مزايا وعيوب الرقابة السياسية
41	أولا: مزايا الرقابة السياسية
42	ثانيا: عيوب الرقابة السياسية
	الفصل الثاني : إجراءات ممارسة الدفع بعدم الدستورية والآثار المترتبة عليه
44	المبحث الأول : مفهوم الدفع بعدم الدستورية
45	المطلب الأول : تعريف ونشأة الدفع بعدم الدستورية
45	الفرع الأول : تعريف الدفع بعدم الدستورية
48	الفرع الثاني : نشأة الدفع بعدم الدستورية
51	المطلب الثاني : شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية
52	الفرع الأول: الاجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية
53	الفرع الثاني : اجراءات تقديم الدفع بعدم الدستورية
54	أولا: شروط المتعلقة بممارسة الدفع بعدم الدستورية
56	ثانيا : تسوية الدفع بعدم الدستورية
57	ثالثا : الإجراءات المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة
59	المبحث الثاني : تنظيم المجلس الدستوري وأثار قرارته على الدفع بعدم الدستورية
59	المطلب الأول : تنظيم المجلس الدستوري الجزائري
62	الفرع الثالث : واجبات أعضاء المجلس الدستوري الجزائري
64	المطلب الثاني : إجراءات عمل المجلس الدستوري الجزائري وأثار قراراته
65	الفرع الأول : إجراءات عمل المجلس الدستوري الجزائري
65	الفرع الثاني : أثار قرارات المجلس الدستوري في مجال الدفع بعدم الدستورية

الفهرس

71

الخاتمة

75

قائمة المصادر و المراجع

ملخص

83

فهرس