

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: علوم إدارية

بغنوان

رقابة القاضي الدستوري على عيوب التشريع

تحت إشراف الأستاذ

بلجيلالي خالد

من إعداد الطالبتين

بوشريط جويذة

بن عيسى دنية

السنة الجامعية: 2015/2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# شكر و تقدير

«و من يتق الله يجعل له مخرجا و يرزقه من حيث لا يحتسب و من يتوكل على الله فهو حسبه إن الله بالغ أمره قد جعل الله لكل شيء قدرا»

صدق الله العظيم

لا يطيب الليل إلا بشكرك، ولا يطيب النهار إلا بطاعتك، و لا تطيب اللحظات إلا بذكرك، ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك، ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك، اللهم إنا نسألك الرضا و العفو يا ذا الجلال و العزة.

إلى من بلّغ الرسالة، و أدى الأمانة، إلى نبي الرحمة و نور الهدى محمد<sup>س</sup>.

إلى من كلّهم المولى عز و جل بالوقار و الاحترام، إلى م علمنا العطاء دون انتظار، إلى من نحمل اسمه بكل افتخار و ستبقى كلماته نجوما نختدي بها إلى الأبد الوالد الكريم.

إلى معنى العطف و بسمة الحياة و سر الوجود الأم الغالية.

إلى من أعطاهم الله الدرجة الرفيعة، وإلى من استووا مع الرسل في مهمة أداء و تبليغ الرسالة، إلى كل

الأساتذة الكرام دون استثناء، بالأخص الأستاذ الفاضل "بلجيلالي خالد"، وإلى كل أساتذة كلية

الحقوق.

# إهداء

إلى الحبيب المصطفى صلى الله عليه و سلم مسك ختام الانبياء و المرسلين الذي جعل الله من رسالته نور يضيء الأمة.

إلى من جعل الله رضاهما من رضاه و جعل من أجمل المخلوقات التي أوجدها في كونه العظيم ، وجعل الكلمات و العرفان لا يكفیان لشكرهما، ولأرقام لا تحصى عطائهما، الوالدين الغاليين. والدي الذي زرع الأمل و الثقة في نفسي ورسم لي المستقبل بدعوته و حبه لي، كان أنيسا و صديق مشواري الدراسي أطال الله في عمره.

أمي الحبيبة قرة عيني التي لا أرى المستقبل و الأمل إلا من عينها، أعطتني من روحها و عمرها حبا يفيض دفئا و حنانا، كانت معي في أفراحي و أحزاني أطال الله في عمرها.

إلى أزهار النرجس التي تفيض حبا و طفولة أخي الصغير طيب، وابنة أخي الكتكوتة ملاك و أبناء أختي لطفي و ياسر، وإلى علي عبد المجيد، و إلى كل إخوتي الأعزاء و أقاربي و أعز صديقاتي خاصة وافية، وفوزية، وحنان، وأمينة، وعائشة.

يسرني أن أضع بين أيديكم ثمرة جهدي و عملي المتواضع، وأتمنى أن يكون هذا العمل مصدر نفع للطلاب المقبلين في مشوارهم الدراسي.

كما لي الشرف أن أهدي هذا العمل إلى كل الأساتذة الأفاضل و إلى الأستاذ الفاضل المشرف بلجيلالي خالد بكل احترام و تقدير.

إلى كل زملائي الذين عشت معهم أحلى اللحظات و الأيام و بالأخص زملائي في تخصص منازعات.

# جريدة

# إهداء

الحمد لله و الصلاة و السلام على خير الأنام سيدنا خاتم الأنبياء و المرسلين محمد عليه ألف سلام.

أهدي ثمرة جهدي إلى الوالدين الكريمين و إلى كل الأساتذة المحترمين.

وأخص بالذكر الأستاذ الفاضل بلجيلالي الذي لم ييخل علينا بما لديه و ساعدنا في انجاز عملنا.

و إلى رفيقتي و توأم روحي، و التي كانت سندي طيلة سبعة سنوات من المشوار الدراسي

صديقتي "بورواقة عائشة"

و إلى كل إخوتي(محمد، ساعد، ربيع، نصر الدين، فايز)

و إلى أختي الوحيدة(وئام بشرى)

والى كل رفقائي، ورفيقاتي (جويدة، فتيحة، خيرة شريف، خيرة زوييدة، وداد، مريم)، و إلى كل زملائي

و زميلاتي الأدبيين تخصص دراسات بلاغية و النحوية ماستر1، والى كل من وسعهم قلبي و لم تسعهم

مذكرتي.

# لنسيئة

مقدمة

## مقدمة:

يقتضي مبدأ خضوع الدولة للقانون خضوع كل من الحكام و المحكومين و جميع السلطات في الدولة للقوانين القائمة في الدولة كما يعد سمو قواعد الدستورية ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية من أهم مقومات الدولة.

فمبدأ سمو الدستور يراد منه سمو الدستور على قمة هرم النصوص القانونية في الدولة مما يقتضي احترام النصوص القانونية الأدنى لأحكام الدستور ، سواء من الناحية الشكلية بالنظر إلى ما تحتوي قواعد و إجراءات خاصة أو من الناحية الموضوعية بالنظر إلى ما تحويه من أحكام موضوعية. لذلك فإن تطور القوانين من حيث طبيعة الموضوع و الشكل و آلية التشريع ألقى بظلاله على تطور الضمانات الدستورية، و ذلك لما يتمتع به القانون من قوة إلزامية تصل أحيانا إلى حد فرض قيود على الحريات الشخصية إن لم تكن في إنهاء حياة الإنسان.

لذا فإن توفير أفضل وسيلة لآلية التشريع سارت بخطوات مهمة اتجاه توسيع المشاركة الشعبية في إصدار التشريعات، ومنها وجود البرلمانات أو مجالس النواب، ولكن قد يصدر قانون معبر عن وجهة نظر الأغلبية البرلمانية ، التي لا تعني بالضرورة أنها ممثلة للأغلبية الشعبية<sup>1</sup>، لأن السيادة البرلمانية المستمدة من الإرادة الشعبية لا تعلوها أية هيئة فلا وجود لهيئة تسمو على ممثلي الشعب، لأن القانون لا يعبر عن الإرادة الشعبية إلا في إطار احترام الدستور<sup>2</sup>، و قد يكون القانون أو القرار فيه خرق للمبادئ الدستورية، إلا أن الفقه الدستوري و الواقع العملي في أغلب الدساتير ، ذهبوا إلى ضرورة إيجاد الرقابة على دستورية القوانين، وذلك لضمان سمو الدستور و احترامه في حين أن الفقهاء ما لبثوا أن اختلفوا في الهيئة التي يجب أن تمارس هذه الرقابة<sup>3</sup>. فالبعض منهم ذهبوا إلى أن هذه الرقابة تقوم بها هيئة سياسية قبل صدور التشريع (الرقابة السابقة)، وتعتبر فرنسا مهد هذا النوع من الرقابة.

<sup>1</sup> --أنظر، حناشي أمينة، الرقابة على دستورية القوانين، مذكرة الليسانس في العلوم القانونية و الإدارية، جامعة 08 ماي 1945،

قالمة، 2014/2013، 2005، ص 6

<sup>2</sup> --أنظر، مجلة النائب، العددان 6/5، الجزائر، 2005، ص 31.

<sup>3</sup> -- أنظر، زيج أحمد توفيق زيد الكيلاني، الطعن في دستورية القوانين، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة النجاح الوطنية، في نابلس، فلسطين 2012، ص 1.

والبعض الآخر انتهج الرقابة القضائية على دستورية القوانين فهي إحدى الوسائل الحديثة والضرورية اللازمة لضمان حسن نفاذ القواعد الدستورية، فالقوانين التي تصدر مخالفة للدستور تعتبر باطلة و لا يعتد بها.

و الملاحظ على المؤسس الدستوري الجزائري بأنه تأثر بالدستور الفرنسي في انتهاج الرقابة السياسية على دستورية القوانين ، حيث تم إنشاء المجلس الدستوري في ظل الدساتير الجزائرية المستقلة على الرفع من عدم ممارسته لأسباب معينة في دستور 1963 ، وعدم تبني هذه الفكرة في ظل دستور 1976 الذي تجسد فيه نظام الحزب الواحد بشكل محدد.

غير أنه تم تعديل هذه الهيئة بشكل أوسع من خلال إقرار التعديلات الدستورية التي مسته في ظل دستور 2008 ، وكذا التعديل الدستوري الجديد الحالي لسنة 2016<sup>1</sup>، الذي عمل على تركيز دور المجلس الدستوري كهيئة دستورية سياسية، من خلال توسيع و تحديد تشكيلته و اختصاصاته، وكيفية رقابته التي تشهد تطورا ملحوظا عبر الزمن، خاصة أن التجربة المصرية غنية في مجال الرقابة على دستورية القوانين أو الطعن في دستورية القوانين. و تتجلى أهمية دراسة موضوع " رقابة القاضي الدستوري على العيوب التي تشوب التشريع " بالنظر إلى أهمية هذه موضوع الرقابة الدستورية في نطاق القانون الدستوري.

كما تبدو أهمية هذه الدراسة في الدور الذي تلعبه الرقابة على دستورية القوانين في النظم الدستورية المقارنة حماية للدساتير من انتهاكات السلطات المختلفة في كل دولة ولا سيما السلطة التشريعية، وهو يعد ضمانا فعالة ، كذلك كحماية لحقوق الأفراد و حرياتهم العامة.

لذا تبدو أهمية البحث في موضوع " رقابة القاضي الدستوري على العيوب التي تلحق التشريع في الجزائر، و كذلك معرفة موقف المشرع الجزائري من موضوع الرقابة على دستورية القوانين و مدى حجية الحكم المترتب على الحكم بعدم الدستورية.

كما أن التجربة الدستورية في الجزائر في المجال حديثة الأمر الذي ترتب عليه قلة الأحكام القضائية خاصة فيما يتعلق بالعيوب الموضوعية، ففهم الرقابة الدستورية في مصر و غيرها من الدول سوف يساهم إلى حد كبير في إثراء التجربة الجزائرية للسير على هديها و أخذ العبرة منها، وسوف

<sup>1</sup> \_أنظر، قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016 يضمن التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996، الجريدة الرسمية ، العدد 14 المؤرخة في 7 مارس 2016.

يكون له نتائجه العلمية و بصفة خاصة في ظل عمل المجلس الدستوري الذي نأمل أن يكون له دور كبير في ذلك.

كذلك يهدف هذا البحث بشكل أساسي إلى التعرف على موضوع الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، وكذا التعرف على موقف القضاء الجزائري من هذا النوع من الرقابة، و الجهة التي يُحوّل إليها النظر في الرقابة على دستورية القوانين، وكذلك التعرف على أوجه أو مجالات الرقابة التي يمارسها القاضي على عيوب التشريع<sup>1</sup>.

إن السلطة التشريعية هي الجهة الأساسية المختصة في سن القوانين، بحيث يجب عند إصدار هذه القوانين مراعاة الدستور الذي يعتبر أساس التشريعات في أي بلد كان، ومن هنا قد تطرأ في بعض الأحيان إشكالية أو تناقض بين التشريع الأساسي و العادي "القانون" وهنا تتمثل إشكالية البحث في آليات الرقابة على دستورية هذا القانون وصولاً على التحقق من دستورية هذا القانون ، ومدى مطابقته للنصوص الدستورية، وهل هناك نظام قانوني كامل يحافظ على سيادة الدستور من تجاوزات القوانين؟

و على هذا هناك عدة تساؤلات مطروحة على ضوء هذا البحث و هي:  
 ما هي الرقابة على دستورية القوانين؟ و من هي الجهة المخولة بممارسة تلك الرقابة على عيوب التشريع؟ وما أسباب الطعن بعدم دستورية القوانين؟  
 و الحقيقة أن موضوع "رقابة القاضي الدستوري على العيوب التي تلحق التشريع" يطرح لنا إشكالية أساسية حول ما هو دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيوب التي تلحق التشريع؟  
 و ما هي حدود تلك الرقابة؟

و للإجابة على هذه الإشكالية توجب علينا إتباع عدة مناهج للبحث العلمي ، منها المنهج التحليلي، وذلك بتحليل الآراء الفقهية و القضائية التي تناولت بالدراسة موضوع الرقابة الدستورية على القوانين الصادرة عن المشروع، وكذا استقراء النصوص القانونية الدستورية للسلطة التي تنظم موضوع الرقابة الدستورية على القوانين و الاعتماد على المنهج التاريخي لتتبع التطورات التي شهدتها موضوع الرقابة الدستورية على القوانين للوقوف على دور القاضي في الدستور في الرقابة الدستورية على العيوب التي تلحق بالتشريع، و أخيراً تم الاعتماد على المنهج المقارن للاستفادة من تجارب الدول

<sup>1</sup> - أنظر، زيد أحمد توفيق زيد الكيلاني، المرجع السابق، ص 6.

المقارنة و من بين الصعوبات التي واجهتنا في بحثنا حول "دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيوب التي تلحق بالتشريع"، قلة المراجع المتخصصة في النظام الدستوري الجزائري ، حتى و إن كانت هناك عدة دراسات و أبحاث، إلا أنها لم تتناول موضوع "دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيوب التي تلحق بالتشريع بصفة دقيقة و مستقلة، و من بين هذه المؤلفات على سبيل المثال:

فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003.

و أمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية المقارنة، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2011.

و غيرها من المؤلفات التي تناولت هذا الموضوع بشكل مختصر.

و من أجل بيان دور القاضي الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين في النظام الدستوري، وسوف نتطرق إلى بيان الأسس العامة للرقابة على دستورية القوانين (الفصل الأول)، ثم نتناول بالدراسة أسباب الطعن بعدم دستورية القوانين، أي أوجه الدستورية على القوانين (الفصل الثاني).

### الفصل الأول: الأسس العامة للرقابة على دستورية القوانين

المبحث الأول: ماهية الرقابة الدستورية

المطلب الأول: مفهوم الرقابة على دستورية القوانين

الفرع الأول: تعريف الرقابة على دستورية القوانين

الفرع الثاني: مبررات الرقابة على دستورية القوانين

المطلب الثاني: نشأة الرقابة على دستورية القوانين

الفرع الأول: نشأة الرقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية

الفرع الثاني: نشأة الرقابة الدستورية في فرنسا

الفرع الثالث: نشأة الرقابة الدستورية في الجزائر

المبحث الثاني: أساليب ممارسة الرقابة على دستورية القوانين

المطلب الأول: الرقابة السياسية

الفرع الأول: تعريف الرقابة السياسية

الفرع الثاني: نشأة الرقابة السياسية

الفرع الثالث: مزايا و عيوب الرقابة السياسية

المطلب الثاني: الرقابة القضائية

الفرع الأول: تعريف الرقابة القضائية

الفرع الثاني: نشأة الرقابة القضائية

الفرع الثالث: طرق الرقابة القضائية

الفرع الرابع: مزايا و عيوب الرقابة القضائية

الفصل الثاني: أسباب الطعن بعدم دستورية القوانين

المبحث الأول: رقابة القاضي الدستوري على العيوب التي تشوب التشريع

المطلب الأول: رقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص

الفرع الأول: تعريف عدم الاختصاص

الفرع الثاني: صور عيب عدم الاختصاص

المطلب الثاني: رقابة القاضي الدستوري على عيب الشكل و الإجراءات

الفرع الأول: تعريف عيب الشكل و الإجراءات

الفرع الثاني: مجال عيب الشكل و جزاء تخلفه

المبحث الثاني: رقابة القاضي الدستوري على العيوب الموضوعية التي تشوب التشريع

المطلب الأول: رقابة القاضي الدستوري على كل من عيب المحل والسبب في التشريع

الفرع الأول: عيب المحل

الفرع الثاني: عيب السبب

المطلب الثاني: عيب الانحراف بالسلطة التشريعية

الفرع الأول: مقدمة الدستور

الفرع الثاني: ملائمة التشريع لروح الدستور

الخاتمة

قائمة المصادر و المراجع

الفهرس

# الفصل الأول

الأسس العامة للرقابة على دستورية القوانين

### الفصل الأول

#### الأسس العامة للرقابة على دستورية القوانين

الواقع العلمي لأغلب الدساتير انتهى إلى ضرورة إيجاد الرقابة على دستورية القوانين و ذلك لضمان سمو الدستور واحترامه ومن خلال ممارسة هذه الرقابة تستطيع الحكم على التشريعات وبيان مدى دستورتها فالقوانين الصادرة من السلطة التشريعية ينبغي أن تكون متوافقة مع القانون والدستور من حيث الشكل والموضوع لهذا السبب يتم فرض ما يعرف بالرقابة الدستورية على التشريعات والقوانين وسنحاول التطرق في المبحث الأول إلى مفهوم الرقابة الدستورية بحيث نتناول في المطلب الأول : تعريف الرقابة الدستورية وفي المطلب الثاني: نشأة الرقابة الدستورية.

## المبحث الأول: ماهية الرقابة على دستورية القوانين

من خلال هذا المبحث سنحاول دراسة مفهوم الرقابة على دستورية القوانين بحيث قسمنا المبحث إلى مطلبين بحيث نعالج في (المطلب الأول) تعريف الرقابة على دستورية القوانين أما في (المطلب الثاني) سنتحدث عن نشأة الرقابة على دستورية القوانين.

## المطلب الأول: مفهوم الرقابة على دستورية القوانين

حيث نقصد بها حماية الدستور من أي خرق محتمل من قبل السلطات التشريعية و سنحاول في هذا المطلب أن نتطرق إلى جملة التعاريف المتباينة للرقابة على دستورية القوانين.

## الفرع الأول: تعريف الرقابة على دستورية القوانين

تعد الرقابة على دستورية القوانين من المظاهر الأساسية لتنفيذ القاعدة الدستورية فهي الضمير بالنسبة لجميع القوانين أي عدم الخروج عن روح و منطق المبادئ الدستورية رغم ذلك يوجد انتقاء لهذه المؤسسة ، و لقد ظهر هذا الاتجاه لدى بعض الكتاب الأمريكيين بحكم تعطيله للديمقراطية إلا انه يلاحظ على أرض الواقع فعالية الرقابة على دستورية القوانين و بالأخص أثناء حالة " الضرورة " أو " الاستعجال " أو " الظروف الاستثنائية " كما أن أهميته تظهر في ظل الدول الحديثة و خاصة مع تشابك مصالح الناس أين تتضارب القوانين المنظمة لتلك المصالح المتعددة<sup>1</sup>.

فالرقابة على دستورية القوانين تهدف أساسا إلى منع صدور نصوص قانونية مخالفة للدستور فهي وسيلة فعالة لحماية الدستور من أي خرق أو اعتداء و تكريسا لمبدأ سموه على غيره من النصوص الأخرى موضع التطبيق الفعلي<sup>2</sup>.

كما أنها تعد التزام السلطات العامة في الدولة و على رأسها السلطة التشريعية بأحكام الدستور ذلك أن مبدأ سمو الدستور يصبح غير ذي قيمة قانونية إذا لم تلتزم السلطات العامة باحترام أحكامه ولامتناع عن مخالفته كما أن الرقابة الدستورية هي نتيجة لمبدأ سمو الدستور و هي تعني وجود هيئة سياسية أو قضائية مهمتها مراقبة مدى دستورية القوانين إذا وجدتها غير دستورية إذا أعلنت بطلانها. فهي رقابة وقائية تهدف إلى منع صدور قانون مخالف لأحكام الدستور حيث أن حماية الدستور أو الرقابة على دستورية القوانين تعني خضوع جميع النصوص و القواعد و الأحكام له و التي تقل عنه درجة كما

<sup>1</sup> - أنظر فوزي أو صديق : الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري ، الجزء 1، الطبعة 1، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2003، ص 184.

<sup>2</sup> - انظر أمين شريط: الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية المقارنة ، الطبعة 7، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2011، ص 142.

تهدف هذه الحماية أيضا إلى جعل تصرفات السلطات العامة منسجمة مع أحكام الدستور و لا تخالف مضمونه و روحه مما يجعل الدستور قفصا للحكام و حجة عليهم.

أما بالنسبة للمحكومين فان حماية الدستور تعد أحد مقومات الدولة القانونية بحيث أي تصرف مخالف للقانون صادر عن السلطات الحكومية يجب اعتباره مجرد أمن القيمة القانونية فإذا كان مخالف للقانون الأعلى (الدستور)<sup>1</sup>، و الرقابة في ابسط تعريف لها هي العملية التي عن طريقها يمكن أن نجعل أحكام القانون و ترد مطابقة مع أحكام الدستور فتقول أن الدستور هو الوثيقة التي تتضمن القواعد التي تنظم العلاقات بين السلطات و توضح طبيعة عمل كل سلطة يضمن مدى الحقوق و الحريات العامة و بهذا المعنى يتضمن الدستور مبادئ تسمو على جميع القواعد و يجب أن يتقيد بها ما عداها من القواعد القانونية سواء كانت مكتوبة . فلو صدر قانون من السلطات المختصة يعد هذا القانون غير دستوري و عملية توقيع الجزاء يطلق عليها " رقابة دستورية القوانين " هذا هو المعنى البسيط للرقابة كمادة في ذاتها بغض النظر عن الجهة التي توقع هذا الجزاء وما إذا كانت جهة سياسية أم هيئة قضائية<sup>2</sup>. و مما سبق يمكن القول أن حماية الدستور تتمثل في مجموعة من الوسائل القانونية الموجهة لضمان تطابق أحكام القانون العادي مع الدستور أي أن كل قاعدة قانونية تظهر في الدولة يجب أن تكون منسجمة مع محتوى الدستور وهو ما يطلق عليه التطابق الموضوعي أما التطابق الشكلي أو الخارجي هو ضرورة صدور القاعدة القانونية في دولة وفقا للإجراءات و الكيفيات التي يفرضها الدستور أي ضرورة أن تأتي القاعدة القانونية من الجهة التي منحها الدستور حق سن القواعد القانونية أما إذا قامت سلطة تبين تلك القواعد، و لم تتمتع بذلك الاختصاص فإن القاعدة في هذه الحالة غير متطابقة مع الدستور خارجيا.

<sup>1</sup> -انظر محمد أرزقي نسيب ، أصول القانون الدستوري و النظم السياسية ، الجزء 1 . شركة دار الأمة للطباعة و النشر و التوزيع. الجزائر 1998 ، ص 221-222.

<sup>2</sup> - انظر عبد العزيز محمد سلمان ، الرقابة على دستورية القوانين ، الطبعة 1 دار الفكر العربي . مصر 1995 ، ص 32.

والواقع أن الدستور بصفته وثيقة موضوعة من قبل الأفراد (أعضاء السلطة المؤسسة) يتضمن احتمال اعتداء الحكام على أحكامه بالرغم مما يدرج فيه من قواعد محددة لتصرفات الممارسين للسلطة و رغم هذا فإن الحكم كثيرا ما يتجاوز نصوصه.

و الرقابة على دستورية القوانين تعتبر من أنجع الوسائل التي ابتكرها العلم الدستوري لحماية سيادة القوانين، و قد اختلف الرأي في الفقه الدستوري بين مؤيد لرقابة دستورية القوانين و معارض لها ، إن الغالبية العظمى تذهب إلى وجوب هذه الرقابة ، حيث أن القائلون بوجوب رقابة دستورية القوانين اختلفوا في الجهة أو الهيئة التي يمكن أن تتولى الرقابة و بالنظر في الأنظمة الدستورية المقارنة يجدها تنقسم إلى اتجاهين : اتجاه يعهد بالرقابة إلى هيئة سياسية واتجاه آخر يعهد بها إلى جهة قضائية ، فالرقابة لا تتأثر أصلا إلا في الدول ذات الدساتير الجامدة لأن الدول ذات الدساتير المرنة لا تعرف رقابة دستورية القوانين باعتبار أنه يمكن للقوانين العادية أن تعدل نص دستوري فالقانون المعني بالرقابة هو ذلك الذي صدر معينا بعيب شكلي أو موضوعي و يتعين على القاضي أن يمتنع عن تطبيقه و هذا ما جاء به الفقهاء و القضاء ، سواء كان الدستور مرنا أو جامدا لذلك يقتصر بحث دستورية القوانين على القانون الذي قد استوفى شروط صحته شكلا و لكنه جاء مخالفا للدستور من حيث الموضوع بحيث يجب أن تشير إلى سمو الدستور سواء من الجانب الموضوعي أو الشكلي ، و يكون عديم القيمة إذا لم ينظم جزاء قانونيا على الخروج عليه فلا بد لكي يتحقق هذا العلو للدستور أن ينظم جزاء قانونيا على خروج المشرع العادي على أحكام الدستور و هو ما يعرف "برقابة دستورية القوانين" و بدون هذه الرقابة الفعالة تصبح أحكام الدستور معرضة للانتهاك والمخالفة و التعديل بدون جزاء .

فالرقابة على دستورية القوانين من أهم ضمانات نفاذ القاعدة الدستورية و ضمانة فعالة لحماية علو الدستور<sup>1</sup> ، فهي تبحث مخالفة القانون للدستور تمهيدا لاتخاذ الإجراء اللازم نحو كفالة احترام أحكامه في

<sup>1</sup>-انظر عبد العزيز محمد سلمان ، المرجع السابق، ص 64 - 69.

حالة المخالفة ، و ذلك إما بالامتناع عن إصدار القانون إذا كان لم يصدر و إما بعدم تطبيقه أو بإلغائه في حالة صدوره<sup>1</sup>.

أما في الفقه الدستوري المقارن نجد أن مبدأ حماية الدستور أو القوانين يستلزم خضوع القانون الأدنى للقانون الأعلى مما يترتب عليه خضوع القانون لقواعد الدستور و لا شك أن فاعلية حماية الدستور تنعدم إذا لم توجد الوسائل الضرورية لتثبيت سمو الدستور و التأكد من مدى التزام أحكام القوانين العادية لإرادة المؤسسة و على هذا الأساس تخلص الى ان الرقابة على دستورية القوانين تتضمن معنيين معنى سياسي ، و معنى قانوني.

**المعنى السياسي :** ففي إطار هذا النوع من المراقبة فإن المشكل يتعلق بمراقبة قانون آت من السلطة التشريعية و هو عمل تشريعي يمارسه مجلس منتخب ومن هذه الزاوية ، فإن القانون يعد تعبيراً عن الإرادة العامة فالحكم بعدم دستورية القانون يشكل في حد ذاته تحدياً لتلك الإرادة العامة، والصعوبة في هذا المجال تتمثل في تحديد الهيئة الكفيلة بمنع صدور القانون و من مخالفة الدستور، فإذا أسندت هذه المهمة إلى سلطة منتخبة ، فقد يظهر هذا الإجراء ديمقراطياً لأنه يعكس لنا الإرادة الجماعية أيضاً و لكن مثل هذا الإجراء قد ينقلب إلى وسيلة إضعاف السلطة التشريعية، حيث تقوم مقام تلك الهيئة الرقابية المنتخبة مما يحول من فكرة الرقابة على سلامة انسجام أحكام القانون الدستوري إلى حسابات و مناورات سياسية .

**المعنى القانوني :** الرقابة في هذا السياق هي عملية فنية قانونية بحثة كما قد يعتقد أن المكلف بالرقابة هو خبير و بالتالي فإن التخوف من الميول و الاتجاهات السياسية و دورها في إمكانية انحراف الرقابة عن أهدافها يكون ضئيلاً، و مهما يكن من الأمر فإن الرقابة على دستورية القوانين قضية تتمثل بتأثير الفلسفة السائدة في المجتمع و بالنتيجة يمكن أن تتنوع من نظام إلى آخر حسب التأثيرات التي تتجاذب مع نظام الدولة.

<sup>1</sup>- أنظر ماجد رجب الحلو ، القانون الدستوري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 2008، ص 303 .

## في الدول الاشتراكية:

كانت دولها تدعي بأنها دولة قانونية تخضع السلطات العامة في الدول الاشتراكية للقانون القائم وبالتالي فغن عملها وفقا لذلك كان بالمشروعية و أن مبدأ تدرج القوانين محترم طبقا لأحكام الدستور ، فمبدأ حماية الدستور في الدول الاشتراكية لا يقوى أمام الغاية الاشتراكية ، مما يعطي سلطات الدولة إمكانية تخطي أي نص يتعارض مع الهدف الاشتراكي فضلا عن عجز النصوص الدستورية في تلك الدول عن الصمود أمام قوانين الجدلية المادية التي تعد بالنسبة لتلك الدول الشرعية العليا.

## في الديمقراطية الغربية :

الرقابة على دستورية القوانين في مفهومها الغربي لا تشكل حد على إمكانية خروج سلطات الدولة على الدستور الذي يعكس القيم الأساسية والأهداف العليا (الشرعية) و هو أمر يصعب تصوره في ظل دولة يعود إليها إنشاء و تقويم نظامها القانوني و مهما يكن من الأمر فإن اعتبار رقابة دستورية القوانين كضمان قانوني يكفل احترام الدستور في المجتمع من طرف سلطات الدولة، الأمر لا يزيل الشكوك بل التخوف من احتمال الاعتداء على القواعد الدستورية من طرف سلطات الدولة ذاتها و ذلك لسبب بسيط أن هذه الضمانة " الرقابة على دستورية القوانين " تقع داخل النظام القانوني للدولة المحددة من قبلها.

فحماية الدستور في الفقه القانوني الغربي تهدف إلى الإبقاء على سيادة الشعب المجسدة في الوثيقة الدستورية كأعلى قيمة و إرادة في المجتمع التي لا ينبغي أن تعارضها إرادة أية جهة كانت و هذا تماشيا مع فكرة وحدة السيادة في المجتمع<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> - انظر ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق.

أما في الفقه الإسلامي:

إن فكرة الرقابة على دستورية القوانين كضرورة حتمية باختلاف مصادرها الأمر الذي يجعل من القرآن في قمة الهرم القيمي و هو يؤكد طبيعة المجتمع الإسلامي و تميزه عن غيره من المجتمعات الأخرى إذا هو مجتمع نصي أنشأته النصوص القرآنية كما جاء في قوله تعالى: " و لتكون منكم أمة يدعون إلى الخير...<sup>1</sup> " و قوله عز و جل: " كنتم خير أمة أخرجت للناس...<sup>2</sup> ".

وهذا الإخراج القرآني للمجتمع الإسلامي يعني تزويده بنظام قانوني متفرد في مصدرته و توجيهاته ثم تأتي السنة و في المرتبة الثالثة الإجماع كتعبير عن إرادة الله غير المباشرة عن طريق الأئمة المتوفرين بالطبع على شروط الاجتهاد و بالنتيجة فإن الرقابة على دستورية القوانين في المجتمع الإسلامي تخضع لآلية تختلف عن نظيرتها في النظام الأخير ينصب الاهتمام على ضرورة توافق النصوص القانونية الأدنى من أحكام الدستور حتى تبقى الإرادة العليا في المجتمع محترمة و من أجل هذا فإن الدولة الحديثة تقيم لغرض مؤسسات و أدوات تكلف بالسهر على حماية النظام القانوني الذي يوجد الدستور في قمة هرمه. بينما في النظام الإسلامي ضرورة احترام القانون الأسمى مهمة لا تقوم بها الدولة فقط ، بل أوكلت كذلك إلى أفراد المجتمع و ذلك في نطاق الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر الذي يعد واجبا على كل فرد من أفراد المجتمع ، كما تؤكد نصوص عديدة من القرآن و السنة<sup>3</sup>.

بعبارة أخرى فإن النظام القانوني الإسلامي هو الذي يحدد أهداف الدولة الإسلامية و كيفية المحافظة على علو دستورها و من هنا يمكن أن نستخلص مبررات عديدة للرقابة على دستورية القوانين.

<sup>1</sup> - الآية 104 من سورة آل عمران.

<sup>2</sup> - الآية 110 من سورة آل عمران.

<sup>3</sup> - أنظر محمد ارزقي نسيب، المرجع السابق، ص 223-232.

## الفرع الثاني: مبررات الرقابة على دستورية القوانين

إن القاعدة القانونية الأدنى تحترم و تخضع للقاعدة القانونية العليا طبقاً لمبدأ سلمية القواعد القانونية و بالنظر إلى أن الدستور يحتل صدارة هرم النظام القانوني فلا يعقل أن تكون القواعد القانونية الأخرى مخالفة له و من اجل منع حدوث أو وقوع أية مخالفة للدستور ينبغي القيام بمراقبته للتأكد من مدى دستورية القوانين .

إن الدستور يتضمن قواعد قانونية صادرة عن صاحب السيادة في الدولة (الشعب أو الأمة) و هو السلطة التأسيسية (أو المؤسسة) بينما القواعد الأخرى تصدر عن سلطات مؤسسة و منشأة من طرف صاحب السيادة نفسه بموجب الدستور بناء على ذلك فإنه لا يمكن للسلطات المؤسسة أن تخالف إرادة صاحب السيادة المسيطرة في الدستور لكن رغم قوة و سلامة هذه المبررات فإن الرقابة على دستورية القوانين ليست نظاماً حتمياً أو معمولاً به في كافة البلدان.

فهناك كثير من البلدان لا تعمل بالرقابة على دستورية القوانين منها معظم البلدان الاشتراكية سابقاً و كذلك الجزائر في دستور سنة 1976 و تونس و غيرها من البلدان النامية و كان سبب ذلك في الفكر الاشتراكي أن إرادة الطبقة التي يعبر عنها من خلال المجالس التشريعية لا يمكن أن تعرقل أو تجمد ، و إذا كان الدستور يعبر عن هذه الإرادة في مرحلة معينة ، فإن هذه الإرادة متغيرة و متطورة ، ولذا تكون القوانين البرلمانية أصدق وأقرب إلى هذه الإرادة من الدستور و بالتالي لا يمكن إلغاؤها بحجة أنها مخالفة للدستور بل يجب تعديل أو إلغاء هذه الأخيرة ، هذا الاتجاه منتقد بشدة لأنه يؤدي إلى تلاعب الحكام بالدساتير بحجة أن القوانين تعبر عن إرادة الشعب في حين أن الشعب هو المتضرر الأول من هذا التلاعب.

أما في البلدان النامية ، فإن عدم الأخذ بالرقابة على دستورية القوانين مرجعه إلى الطبيعة التسلطية لأنظمة الحكم و رغبة الحكام في رفض أية رقابة عليهم و من ثم ترك مجال أوسع لحرية التصرف و الحكم مثلما يشاؤون أو على ضوء الظروف التي تحيط بهم.

والواقع أن حداثة الدولة النامية و عدم استقرارها الاجتماعي و الاقتصادي و الثقافي و عدم الالتحام و تأكد وحدتها كدولة متجانسة في تركيبها الاجتماعية بسبب المرحلة الاستعمارية كل ذلك أدى إلى عدم الاستقرار السياسي و التي رفضت وجود سلطة سياسية مركزية قوية في حاجة إلى صلاحيات واسعة و حرية كبيرة في التصرف و التحرك مما انتهى عمليا ليس فقط إلى انعدام الرقابة أو عدم فاعليتها إن وجدت بل عدم وجود الدساتير نفسها أو إلى فاعليتها و فاعليتها إن وجدت هي أيضا. لكن هذه المعطيات حتى وإن كانت و جبهة على العموم فلا ينبغي أن تشكل مبرر للتخلص من القانون و أن تقعد المواطنين في أية دولة نامية على النضال من أجل تحقيق دولة القانون التي تحترم فيها الدستور و تحقق فيه الرقابة على أعمال الحكام و من هذه الزاوية فإن الرقابة على دستورية القوانين لا تتحقق من خلال طرقها القانونية المعروفة و هي الرقابة القضائية و الرقابة السياسية فقط ، بل توجد أساليب و أشكال أخرى لمحاربة صدور قوانين غير دستورية منها نشاط الأحزاب التي تكون في المعارضة بمختلف مظاهرها و هناك الرقابة الشعبية من خلال وسائل الإعلام و كذلك العمل و الإنتاج الفكري وكذلك الحياة الجموعية... إلخ.

أما من الناحية القانونية و مثلما اشرنا إلى أن الرقابة على دستورية القوانين تتم بأسلوبين: رقابة قضائية و رقابة سياسية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر أمين شريط ، المرجع السابق ، ص 142- 143 .

## المطلب الثاني: نشأة الرقابة الدستورية

يذهب العديد من فقهاء الدستور إلى القول بأن الرقابة على دستورية القوانين نشأة من أجل تأكيد سمو القانون و قد كانت وليدة عدة عوامل و جاءت نتيجة عدة أفكار.

## الفرع الأول: نشأة الرقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية

يميل كثير من الشراح إلى القول بأن الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية جاءت وليدة النظام الاتحادي و إليه وحده يرجع الفضل في نشأتها و يميل آخرون إلى المبالغة في قيمة قضية *Marbury Madison* باعتبارها أول بوادر الرقابة الصريحة على الدستورية و نحن من جانبنا لا ننكر قيمة النظام الاتحادي و أثره على الرقابة ، كما أن لها حق و فضل على مبدأ الرقابة بيد أننا لا ننسى أن هناك سوابق و أفكار سبقت قيام الإتحاد و كان لها أكبر أثر في أن تتقبل العقلية الأمريكية فكرة الرقابة على دستورية القوانين بل إن لها الأثر الحاسم ، ونصت العهود التي منحها التاج لبعض المستعمرات على أن التشريعات التي تصدرها المجالس النيابية للمستعمرات لا يجوز أن تتعارض مع القانون الإنجليزي و لا مع ما يصدره البرلمان في شأن تلك المستعمرات من قوانين و غلا كانت باطلة هذه الرقابة التي لم تكن تقتصر على الجانب القانوني قد مهدت سبيل الفكر الأمريكي لقبول مبدأ الرقابة على دستورية القوانين عندما تتحول المستعمرات إلى ولايات فضلا عن ذلك فإن المجلس المخصوص لم يكتف بذلك بل اعتبر نفسه محكمة استئنافية لأحكام الجهات القضائية للولايات و عن طريق ذلك أراد الأمريكيون أن تعرض قضاياهم أمام محكمة عليا للبت فيها نهائيا ، و يذهب بعض الشراح من الفقه الأمريكي إلى أن مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين قد عرفته الولايات قبل قرنين من الزمن سابقة على واقعة *Marbury* و إن أفكار *John Marshal* في هذه القضية لم تكن سوى جزء من التقليد القانوني لذلك الزمن مشتق من التجربة الاستعمارية و الثورية على حد سواء.

وقد كان لآراء اللورد Coke و آثارها في الفكر السياسي الأمريكي فإننا ننقل هنا نص عبارته التي قررها :

« And it appears in our books , that in many cases , the common law will control acts of parliament , and same times adjudge them to be utterly void ; for when and act of parliament is against common right and reason or repugnant or impossible to be performed the common law will control it and adjudge such acts to be void »

ومن هذا اللفظ الواضح تعتبر آراء Coke من الأسباب الهامة التي مهدت السبيل لتقرير الرقابة على دستورية القوانين.

و هذه من بين الأفكار التي كان لها أكبر الأثر في التمهيد لفكرة الرقابة على دستورية القوانين حيث أصبحت جوهرية النظام الدستوري في أمريكا<sup>1</sup> ، وهناك عامل آخر لم تكن الرقابة على دستورية القوانين لتصل إليه إلى ما وصلت إليه لولا وجود النظام الاتحادي الذي جمع بين الولايات فالدولة التي تدخل نظام في إتحاد أيا كان نوع الإتحاد تحتاج إلى أن تنظم بصورة يقينية كيفية توزيع السلطات بينها و بين دولة الإتحاد و لهذا تحرص هذه الدول على إيجاد الضمانات الكافية و الكفيلة بتحقيق هذا التنظيم المقصود و يأتي في مقدمة هذه الضمانات .

وجود هيئة قضائية عليا يكون من اختصاصها الفصل فيما يمكن يثور من منازعات بين الولايات الأعضاء في الإتحاد الأوروبي

الإتحاد على ضوء التفسير السليم وهذا هو ما فعلته الولايات المتحدة في بادئ الأمر غير واضح المعالم ، ولم تكن اختصاصات لكل من الولايات و دولة الإتحاد واضحة ، وكانت مشكلة تحديد

<sup>1</sup> - أنظر عبد العزيز محمد سلمان ، رقابة دستورية القوانين ، دار الفكر العربي ، مصر ، الطبعة 1 ، 1995 ، ص 163 .

الاختصاصات إحدى المشاكل الرئيسية التي كانت أمام مؤتمر فيلادلفيا، وعلى الرغم من تدعيم الإتحاد و جعله اتحاداً مركزياً.

أن مشكلة توزيع الاختصاصات بقيت غير واضحة رغم العديد من الاقتراحات التي قدمت في هذا الشأن ، ومن هنا كان الإتحاد عامل من العوامل التي أدت إلى قيام الرقابة و جعلت ممارسة القضاء لها أمراً لا مفر منه للاحتفاظ بالتوازن بين الحكومة المركزية وتعتبر الرقابة على دستورية القوانين في الدول الاتحادية أمراً ضرورياً<sup>1</sup> ، بل حتمياً و بدونها لا تقوم للإتحاد قائمة فإذا لم توجد الوسيلة التي تكفل نفاذ هذا التوزيع للاختصاص و التي تمنع الولايات من الافتئات على الحكومة المركزية.

و لم يرد في الدستور الأمريكي أية إشارة إلى دستورية القوانين و الرقابة عليها سواء كان بالإجازة أو المنع أو حتى الجهة التي يمكن أن تمارس الرقابة ، أو حتى الجهة التي يمكن أن تمارس الرقابة إلا إذا كان القضاء أخذ على عاتقه هذه المهمة من خلال السماح للمحاكم العادية القيام بذلك و لذا نجد أن كافة المحاكم العادية كانت أم تابعة للولايات الأعضاء لها صلاحية تقدير مدى دستورية كافة الأعمال الصادرة عن السلطات العامة سواء كانت قوانين أم أنظمة<sup>2</sup> .

ولعل أول إقرار تاريخي لمبدأ حق القضاء الأمريكي في سبق إنشاء المحكمة الاتحادية العليا عندما رفضت محكمة ولاية رود إيلاند في تلك السنة تطبيق قانون أصدره البرلمان .

<sup>1</sup> - أنظر سعد عصفور، القانون الدستوري، الجزء الأول، بدون دار نشر، 1954 ص 132

<sup>2</sup> - أنظر أسامة أحمد الحناينة ، الرقابة الدستورية ، دراسات الشريعة و القانون ، المجلد 40 ، العدد 1 ، 2013 ، ص 261\_262.

## الفرع الثاني: الرقابة الدستورية في فرنسا

إذا كان الدستور الأمريكي قد سكت على الرقابة القضائية فلم يجزها و لم يمنعها فإن الدساتير الفرنسية منذ نشأتها تحرم القضاء أن يراقب دستورية القوانين و الواقع أن هذه الموقف الذي اتخذته الدساتير الفرنسية قد جاء متناقض تماما مع الإيديولوجية السائدة لديهم ، و التي بمقتضاها تعلقو و تسمو القواعد الدستورية من الناحية ، من الناحية المنطقية هو إلزام القضاء بأن يطبق هذه القواعد السامية إذا تعارضت معها قواعد أدنى ، لكن الدساتير الفرنسية لم تسير هذا المنطق ، كانت أولى محاولات الرقابة السياسية و أقدمها ، هو المشروع الذي قدمه به الفقيه الفرنسي Sieyes أثناء وضع دستور السنة الثالثة للجمهورية سنة 1795 كان يتضمن إنشاء هيئة محلفين دستورية مهمتها التحقق من مطابقة القوانين العادية للدستور ، و في دستور 1952 أنشأت هيئة سياسية سميت مجلس الشيوخ المحافظة على الدستور ، وهي رقابة سابقة عن إصدار القوانين و قبل إرسالها إلى رئيس الدولة لإصدارها ، وقد توسعت اختصاصات هذا المجلس و أصبح من حقه إلغاء القوانين التي يثبت عدم دستورتها لكن هذه الاختصاصات لم تكن في الواقع سوى اختصاصات نظرية و لم يمارس المجلس منها شيئا فلم يعرف عنه خلال مدة بقاءه أن ألغى قانونا عرض عليه لعدم دستورته إلى أن جاء الدستور الصادر في 1875 الذي ظل قائما حتى سقط بقيام حكومة المارشال Pétain في بداية الحرب العالمية الثانية، ثم دستور 1946 تضمن النص على إنشاء اللجنة الدستورية و مهمة اللجنة تنحصر في البحث عما إذا كانت القوانين التي وافقت عليها الجمعية الوطنية تقضي إجراء تعديل دستوري و قد كان القضاء في البداية يلتزم بعدم جواز مناقشة المحاكم لدستورية القوانين من الناحية الشكلية أو من الناحية الموضوعية فليس للمحاكم أن تتأكد من قانون قد صدر صحيحا طبقا لإجراءات و شروط شكلية يتطلبها الدستور<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر عبد العزيز محمد سلمان المرجع السابق ، ص 109-208.

### الفرع الثالث: نشأة الرقابة الدستورية في الجزائر

لقد ظهرت الرقابة الدستورية مع صدور أول دستور للجمهورية الجزائرية فقد نصت المادة 63 من دستور 1963 على إنشاء مجلس دستوري يتكون من 7 أعضاء:

- الرئيس الأول للمحكمة العليا .
  - رئيس الغرفة المدنية و الإدارية لمحكمة العليا .
  - ثلاث نواب أعضاء في المجلس الوطني يختارهم المجلس الوطني .
  - عضو يعينه رئيس الجمهورية.
- و يقوم أعضاء المجلس بانتخاب رئيسهم من الأعضاء<sup>1</sup>.

كما و حددت المادة 64 من الدستور مهمة المجلس الدستوري في القيام بمراقبة دستورية القوانين والأوامر التشريعية بعد إخطاره من طرف رئيس الجمهورية أو من طرف رئيس المجلس الوطني و يلاحظ أنه رغم قصر تجربة الدستور الذي لم ترى كثير من أحكامه النور و حداثة الدولة الجزائرية فإن إدخال المؤسس الدستوري لفكرة الرقابة الدستورية على القوانين يعبر عن الرغبة في إعطاء السمو للدستور على الرغم قلة المهام التي أنيطت بالمجلس الدستوري<sup>2</sup>.

أما الدستور الجزائري الصادر سنة 1976 لم ينص صراحة على مبدأ الرقابة على دستورية القوانين غير أنه أسند مهمة المحافظة على حريات و حقوق الأفراد للقضاء ، و فضلا عن ذلك نجد أنه أقر طريقة خاصة لتعديل الدستور تختلف عن تلك المتبعة في تعديل القوانين و ذلك باشتراط إجراءات خاصة ونصاب معين من الأصوات لإقرار التعديل الدستوري و هو ما يؤكد سموه عن غيره من النصوص مما يستدعي الأخذ بنظام الرقابة على دستورية القوانين<sup>3</sup> ، وأعطيت مهمة ضمان احترام الدستور لرئيس

<sup>1</sup> - أنظر المادة 63 من دستور 1963.

<sup>2</sup> - أنظر بوبكرا إدريس ، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية دار الكتاب الحديث، الجزائر . بدون طبعة سنة 2003، ص 113.

<sup>3</sup> - سعيد بوشعير ، القانون الدستوري و النظم السياسية المقارنة ، الجزء 1 ، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، سنة 200، ص 130.

الجمهورية بموجب نص الفقرة 3 المادة 111 منه و هو حامي الدستور ، لكن لم يبين الدستور آليات الحماية التي يعمل به رئيس الجمهورية ليضمن و يتكفل باحترام الدستور، والرجوع لنص المادة 155 من دستور 1976 ، نلاحظ أن رئيس الجمهورية يمارس حق الاعتراض على القوانين التي يصوت عليها المجلس الشعبي الوطني فله نتيجة لذلك ان يطلب قراءة ثانية لنص القانون خلال 30 يوما من تاريخ استلامه من المجلس الشعبي الوطني و يمكن على ضوء نص هذه المادة أن يمارس رئيس الجمهورية مهمة احترام الدستور ، فله أن يعرض النص لقراءة ثانية إذا تبين له أن النص مخالف للدستور دون أن يصرح بذلك صراحة فإن المجلس الشعبي الوطني قد يفهم من إحالة النص إليه رغبة الرئيس في إعادة صياغة النص وفقا لمقتضيات الدستور و بالطبع فإن إحالة النص لقراءة ثانية ليس كلها مرتبطة بمخالفة الدستور و لكن فقط أمكن لنا استنتاج ذلك دون وجود نص صريح.

إن رئيس الجمهورية ليملك هذه الآلية (عرض النص للقراءة الثانية) ليتكفل بضمان احترام الدستور. و لم تبين لنا تجربة دستور 1976 استعمال رئيس الجمهورية لنص المادة 155 في هذا الإطار ولعل عدم إقرار فكرة الرقابة الدستورية من طرف دستور 1976 يرجع لطبيعة الدستور، أما في دستور الجزائر لسنة 1989 تبنى المؤسس الدستوري صراحة فكرة الرقابة الدستورية و نص على إحداث مجلس دستوري في نص المادة 153 ، ويتكون من 7 أعضاء و قد أعطيت لهذا المجلس من طرف رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني سواء قبل إصدار القانون (رقابة سابقة) أو بعد صدوره (رقابة لاحقة) ، وفي هذه الحالة ما إذا تم إخطاره قبل صدور القانون فإنه يصدر قرار يترتب عنه إلغاء الأحكام المخالفة للدستور من هذا النص ابتداء من تاريخ إقرار المجلس الشعبي الوطني المادة 159 و للإشارة إن المجلس الدستوري منذ تأسيسه أصدر عدة اجتهادات سواء آراء أو قرارات هامة لها الأثر الهام في إبراز المبادئ المرتبطة سواء بجرية الأفراد و مبدأ الفصل بين السلطات<sup>1</sup> ، أحدث دستور 1996 تعديلات على دستور 1989 حيث غير تشكيلة و مهام المجلس الدستوري ، و قد كانت تلك التعديلات تهدف

<sup>1</sup> - أنظر ريكارة نبيل ، المجلس الدستوري بين السياسية و القانون ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1997 ، ص 85.

لتحقيق التوازن لسير المؤسسات بإحداث نظام الثنائية في تشكيل البرلمان بإنشاء مجلس الأمة و نظام  
الازدواج القضائي، و إنشاء مجلس للدولة كمؤسسة قضائية بالإضافة للأخذ بمفهوم القوانين العضوية  
لأول مرة في التاريخ الدستوري الجزائري و قد انعكس هذا للتوسيع في تشكيل المجلس الدستوري و في  
جهة الإحطار و كذا في الصلاحيات التي كلف بها المجلس الدستوري<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر معمر ماردون ، بحث حول الرقابة على دستورية القوانين ، منتديات ستار تايمز 2010/05/20 الساعة 02:41.

## المبحث الثاني: أساليب ممارسة الرقابة على دستورية القوانين

و لمعرفة أساليب الرقابة الدستورية على القوانين سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث نتطرق في (المطلب الأول) إلى الرقابة السياسية على دستورية القوانين، ثم نتطرق في (المطلب الثاني) إلى الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

## المطلب الأول: الرقابة السياسية

نحاول في هذا المطلب التطرق إلى مفهوم الرقابة السياسية و كيفية نشأتها و تطورها مع تبيان العيوب و المزايا التي تلحقها.

## الفرع الأول: تعريف الرقابة السياسية

يقصد بها إنشاء هيئة خاصة لغرض التحقق من مدى مطابقة القانون للدستور قبل صدوره فهي رقابة وقائية، وهذا النوع من الرقابة يتماشى وعمل السلطة التشريعية، ذلك أن مجموع أعضاء هذه الهيئة أو بعضهم معين من قبل هذه السلطة مما يجعل عملية الرقابة غير غريبة على البرلمان<sup>1</sup>، و تختلف صلاحيات الهيئة المكلفة بالرقابة من دولة إلى أخرى، ومن أبرز الأنظمة التي اعتمدت هذا الأسلوب الأنظمة الاشتراكية<sup>2</sup>.

و كما سبق أن أشرنا، الرقابة السياسية هي رقابة وقائية تسبق صدور القانون، ومن ثم تحول دون صدوره إذا خالف نصا من نصوص الدستور أو إذا شابه عيب من عيوب التشريع و تقوم بها هيئة سياسية و تختلف الدساتير في تشكيل هذه الهيئة و ذلك حسب ما يأتي به الدستور من تنظيم، لذلك فقد يتم تشكيل هذه الهيئة بالتعيين من جانب البرلمان أو من جانب السلطة التنفيذية أو بطريقة الانتخاب و يعتبر النموذج البارز للرقابة السياسية.

كما أسلفنا ذكر النموذج الفرنسي حيث أن فرنسا أخذت بهذا النوع من الرقابة في دساتيرها خاصة دستور 1946-1958، و من الدول الغربية التي سارت على نهج النظام الفرنسي دول المغرب العربي، فالدستور المغربي سنة 1996 أسند مهمة الرقابة على دستورية القوانين للمجلس الدستوري، كما هو الأمر في النظام الجزائري.

<sup>1</sup> - سعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 198-200.

<sup>2</sup> - بوكرا ادريس، الوجيز في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 99.

## الفرع الثاني: نشأة الرقابة السياسية

ترجع الرقابة السياسية *contrôle politique* على دستورية القوانين إلى عهد الثورة الفرنسية، عندما أنشأ أول دستور في السنة الثامنة للجمهورية مجلسا خاصا للقيام بهذه المهمة و استمرت فرنسا في تطبيق السياسة حتى اليوم ، و قد أخذت بعض الدول بهذه الصورة خاصة الدول الاشتراكية و تعد الرقابة السياسية رقابة وقائية لأنها سابقة على صدور قوانين و تعمل على توخي وقوعها في مخالفة الدستور، وقد أخذت العديد من الدول عن فرنسا هذه الصورة من الرقابة مع الاختلاف بين دستور وآخر ، فأخذ الاتحاد السوفيتي السابق بهذه الرقابة في دستور 1977 و جعل الرقابة من اختصاص السلطة التشريعية ، كما أخذ دستور ألمانيا الديمقراطية عام 1949 وبلغاريا في 1947 والصين في دستور 1954 ، وقد أناط الدستور الفرنسي مهمة الرقابة إلى هيئة أسماها المجلس الدستوري ، وقد دفع فرنسا غلى الأخذ بهذه الرقابة التفسير الذي ساء الفقه الفرنسي في فهم نظرية فصل السلطات و كذلك بوصف البرلمان هو المعبر عن سيادة الأمة و أن القانون عن هذه الإرادة ، فهذان أمران حالا بين فرنسا و بين الأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين و قد ظهرت فكرة الرقابة السياسية على دستورية القوانين أول الأمر خلال إعداد دستور السنة الثالثة للثورة الفرنسية و كان بين أعضاء الجمعية التأسيسية المناط لما وضع ذلك الدستور الفقيه *Siyes* و لقد اقترح هذا الفقيه إنشاء هيئة محلفين دستورية تكون مهمتها رقابة أعمال السلطة التشريعية ، ولقي هذا الاقتراح معارضة شديدة و لم يكتب له أن يرى النور، كما أخذت فرنسا بهذه الرقابة في دستور عام 1852 و عهد بمهم الرقابة إلى مجلس الشيوخ و أناط الدستور الفرنسي الصادر عام 1958 مهمة الرقابة إلى هيئة أسماء المجلس الدستوري تتكون من نوعين من الأعضاء ، تسعة أعضاء يتم تعيينهم من قبل رئيس الجمهورية و رئيس الجمعية الوطنية و رئيس مجلس الشيوخ كما يضم المجلس رؤساء الجمهورية السابقون للاستفادة من خيراقتهم التي اكتسبوها من خلال خدمتهم ، أما رئيس المجلس فيعين من بين أعضاء المجلس من قبل رئيس الجمهورية، و يعد التعديل الدستوري الذي تم في 29-10-1974 الذي يتناول إمكانيات مراجعة المجلس

الدستوري انطلاقاً من المادة 61 من الدستور أحد أهم التعديلات التي حصلت خلال الجمهورية الخامسة في اتجاه تحصين الدولة و قد أكمل بالتعديل الذي تم في 1992<sup>1</sup> .

غير أن نجاح هذه الطريقة في فرنسا لا يعني نجاحها في الدول الأخرى التي اتبعتها فقد أدى دعم استقلال الهيئة المختصة بالرقابة على الدستورية إلى انتفاء الموضوعية و الحياد عنها فضلاً عن عدم فعاليتها ولا سيما أن تحريك هذه الرقابة يقتصر على السلطات العامة فلا يسمح للأفراد بمباشرتها رغم أنهم الأكثر تضرراً من الأعمال غير الدستورية<sup>2</sup> .

<sup>1</sup>- انظر عبد العزيز سلمان ، رقابة دستورية القوانين ، المرجع السابق ، ص 68.

<sup>2</sup>- انظر نسرين طلبه، الرقابة على دستورية القوانين ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، قسم القانون العام، جامعة دمشق، 2011، ص 498 .

### الفرع الثالث: مزايا وعيوب الرقابة السياسية

من مزاياها ، أنها رقابة سابقة على صدور القانون لا تهدف إلى التحقق من مدى دستوريته القضائية و بالتالي فإن هذه الرقابة تهدف إلى الحيلولة دون صدور القانون المخالف للدستور ، هي رقابة تمنع من الخضوع للنزوات السياسية وهذا يبين الغاية من تقرير الرقابة الدستورية للقوانين ، ذلك أن الرقابة ما قررت غلا لتضع حدا للطغيان السياسي للسلطات التشريعية ، و تكون عقبة في سبيل الانزلاق وراء النزوات السياسية ، كما يشير الفقيه الدستوري إلى أن الرقابة السياسية على دستورية القوانين تتفق مع طبيعة عمل السلطة التشريعية ، والذي تتدخل فيه اعتبارات سياسية مع اعتبارات قانونية لان الرقابة على الدستورية هي مسألة قانونية في موضوعها و سياسية في آثارها فإنه من الأوفق أن تباشرها هيئة سياسية يقوم بتشكيلها البرلمان و تتكون من أعضائه أساسا تلاقيا للعوامل الحساسة و التحدي و محاولة السيطرة المتبادلة.

و لا الرقابة السياسية على الجوانب القانونية فحسب إنما تمتد لتشمل الجوانب السياسية المحيطة بالعمل محل الرقابة و تقدير مدى الآثار المترتبة على الرقابة سواء من حيث دستورية هذا العمل أو من حيث ملائمتها.

ثم إن الرقابة السياسية كما قلنا هي رقابة سابقة وقائية غالبا ما تحول أصلا دون صدور غير دستوري ، وتمنع حدوث جدل بعد صدوره حول دستوريته و تفاديا لخطر تضارب الأحكام القضائية الذي يحدث في حالة الأخذ برقابة الإمتناع مما يضاعف من فاعلية هذه الرقابة ، أما فيما يخص عيوب الرقابة السياسية فإن أهمها:

قد لا تتوفر لدى القائمين على الرقابة السياسية القدرة الفنية و الخبرة الكافية لمباشرة الرقابة الدستورية علاوة على عدم تمتعهم بضمان الحياد و الاستقلال و إذا كان تحريك الرقابة يعود للسلطة التنفيذية أو التشريعية فإن ذلك يؤدي إلى إقامة الطعن في دستورية القوانين على اعتبارات سياسية أكثر من إقامتها على اعتبارات قانونية و موضوعية، وإذا كانت الرقابة تمارس بشكل تلقائي من قبل هيئة الرقابة و ذلك كجزء من متطلبات العملية التشريعية و ذلك يخلق من الهيئة الرقابية مشروعاً آخر لأن

القانون لا يمكن ان يصدر دون موافقتها و في هذا الشأن يقول الدكتور منذر الشاوي :<sup>1</sup> " من هنا كان خطر الرقابة السياسية أكبر من خطر الرقابة القضائية لأن تدخل القضاة في العمل التشريعي هو تدخل استثنائي، فالقاضي لا ينظر في دستورية قانون ما إلا إذا أثرت هذه المسألة من قبل الغير بينما تدخل هيئة رقابية سياسية في العمل التشريعي تدخل منهجي على دستورية القوانين لا تضمن علوية الدستور وهذا هو المعنى الذي تتضمنه هذه الصورة من الرقابة، فتارة تعطي الأولوية للقابضين على السلطة احتكار تحريك الرقابة و تارة تعطي الأولوية أو يجب أن تعطى بحكم المنطق لهيئة لرقابة<sup>1</sup>، ومن جهة أخرى إن هذه الهيئة السياسية يقتصر عملها على فحص مطابقة القانون للدستور و هي في عملها سوف تكون مبالغة لتقديم تبرير سياسي للقرار المتخذ، فقد يعتقد أعضاء هذه الهيئة أن القانون غير مطابق للدستور و لكن يرفضون إلغاءه لأنهم أعطوه تقديرا سياسيا و قد يعتبر القانون مطابقا للدستور ولكن يرفضون و يبحثون عندئذ عن إلغاءه متجاوزين بذلك إرادة البرلمان و بالتالي فإن مصير القانون لا يتحدد وفق مطابقته للدستور و لكن وفق مطابقة محتواه مع الاختيارات السياسية لأعضاء الهيئة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- أنظر ناصر طاهر المحنة، الرقابة على دستورية القوانين، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، العراق 2008، ص 189.

<sup>2</sup>- بوكرا ادريس ، الوجيز في القانون الدستوري، المرجع السابق ص 100.

### المطلب الثاني: الرقابة القضائية

من خلال هذا المطلب سنحدد مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين و كذا التطرق إلى نشأتها و الطرق التي تتم من خلالها ممارسة هذا النوع من الرقابة.

#### الفرع الأول: تعريف الرقابة القضائية

هي رقابة تباشرها جهة قضائية مهمته البحث في مدى اتفاق هذا القانون مع أحكام الدستور باعتباره القانون الأسمى في الدولة و معرفة فيما إذا كان البرلمان المخول بين القوانين قد التزم الحدود التي رسمها له الدستور أم أنه قد جاوزها و خرج عليها، لذا من الطبيعي أن يعهد بالرقابة على دستورية هيئة قضائية يتوافر في إعطائها التكوين القانوني السليم و العميق و لها من النزاهة و الحياء و الحيرة والاستقلال و التجرد ، إضافة إلى ما يقدمه القضاء من حقوق الدفاع و علانية الجلسات بما يجعل من الرقابة ضماناً أكيدة تحقق الاحترام للنصوص القانونية الدستورية في وظيفة القاضي إلا تطبيق القوانين على ما يعرض أمامه من منازعات و هو يفصل فيها وفقاً لتدرج القواعد القانونية ، بمعنى أنه إذا وجد النص التشريعي الذي يحن جبهه أمامه يتعارض مع قاعدة أعلى منه في الدستور، فإنه ملزم بإنزاله حكم الدستور و استبعاد تطبيقه<sup>1</sup>.

و عملية الرقابة تبدأ من تفسير النص أو النصوص الدستورية المدعى مخالفتها و الوقوف على حقيقة معناها أو تحديد المعنى الحقيقي للنص الدستوري و على ضوء هذا التفسير يقرر القاضي ما إذا كان القانون قد خالف الدستور حقيقة أم لا<sup>2</sup>.

فالرقابة القضائية هي الرقابة القانونية الأكثر تطبيقاً في دول العالم و هي تقوم على أساس تدخل جهاز القضاء لإصدار حكم بمدى توافق أو عدم توافق تشريع ما مع القانون الأسمى و هو الدستور، فهذا لا يمليه منطق العدالة و المشروعية بصفة كاملة.

<sup>1</sup> - زيد أحمد توفيق زيد الكيلاني، الطعن في دستورية القوانين، دراسة مقارنة مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين 2012.

<sup>2</sup> - عبد العزيز محمد سلمان ، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة 1، 1995، ص 74.

## الفرع الثاني: نشأة الرقابة القضائية

لقد كانت الولايات المتحدة الأمريكية السابقة إلى هذه الرقابة، ثم تبعتها العديد من الدول في أوروبا بعد الحرب العالمية الأولى (المرحلة الأولى).

و قد نص عليها الدستور النمساوي سنة 1920 (المرحلة الثانية) و بدرجة أقل لدى بعض الدول إلا أنها عرفت انتشارا بعد الحرب العالمية الثانية (الدفعة الثانية).

ويلاحظ أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية لم يتضمن نصا يقر حق المحاكم في الرقابة على دستورية القوانين، ولكن تقرر هذا الحق من خلال الممارسة اليومية للقضاء و تأييد الفقه له و الولادة لهذه الرقابة كانت عسيرة بحيث لم تقرر دفعة واحدة ، بل وجدت اجتهادات قبل نشأة الاتحاد الأمريكي، ومن ذلك حكم محكمة ولاية New Jersey " سنة 1780 " حيث قضت ببطلان القانون لعدم استوفائه شرطا شكليا و هو صدور حكم بتشكيل هيئة محلفين من ستة أعضاء ، مخالفا لما استقر عليه العرف الدستوري من تكوين هيئة المحلفين من اثني عشر عضوا، و كذلك حكم محكمة Rhode Island " في سنة 1786 " حيث قضت بعدم دستورية قانون يلزم التعامل بالنقود الورقية مخالفا بذلك دستور الولايات و حكم محكمة North Caroline الصادر في سنة 1987، وقضت بعدم اعتراف بملكية العقارات المشتراة من بين ما صدر من أموال خصوم الثورة.

وقد قوبلت هذه الأحكام باستغراب نتيجة الدور المتحرر للقاضي آنذاك و تخلف الذهنيات مما تسبب في مساءلة الهيئة القضائية الصادر للحكم من طرف المجلس التشريعي للولايات و تراجع الأهالي في تجديدهم ثقتهم للقضاة ، أي عدم انتخابهم للولاية المقبلة، ولم تعرف فكرة " الرقابة على دستورية القوانين " دفعة قوية إلا بعد نشوء المحكمة الاتحادية العليا فالحكم الصادر سنة 1803 من طرف رئيس المحكمة John Marshall في قضية Malebury VS Madisson كانت أول خطوة لإقرار هذه الرقابة<sup>1</sup>.

1- فوزي أوصديق ، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ج2، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003، ص 200-201 .

و منذ ذلك الوقت المحكمة العليا رفضت أكثر من تسعين قانونا فيدراليا بحجة عدم الدستورية والمئات من مشاريع النصوص مقدمة من طرف الولايات.

ومن الدول العربية التي أقرت إنشاء محكمة دستورية عليا، العراق في دستورها الصادر سنة 1925 و دستور الصومال سنة 1963 ودستور جمهورية مصر العربية الصادر سنة 1971 و دستور السودان الصادر سنة 1973 و الدستور السوري الصادر سنة 1973.

فمن إيجابيات هذه الرقابة هو حيادة القضاء الناتج من التخصيص القانوني الذي يؤهلهم للقيام بهذه الرقابة ، وقد تمارس هذه الرقابة من طرف هيئة أو هيئات ن كما أن حق تحريك الدعوة يختلف من نظام دستوري إلى آخر <sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: طرق الرقابة القضائية

تمارس الرقابة القضائية عن طريق صورتين: الصورة الأولى هي الرقابة عن طريق الدعوى ، أما الصورة الثانية فهي الرقابة عن طريق الدفع أو الامتناع.

#### الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية:

الرقابة عن طريق الدعوى ، تعني أنه بالإمكان رفع دعوى قضائية ضد قانون معين على أساس أنه غير دستوري ، و هذا أمام محكمة مختصة بالنظر في مثل هذه الدعاوي. فالرقابة القضائية عن طريق الدعوى تتمثل إذن في أن كل مدعي سواء كان فردا أو هيئة يرى أو يعتقد أن قانونا معيناً غير دستوري و أنه متضرر منه أوله مصلحة في إلغائه أو حسبما يحدد الدستور ذلك، فيحق له أن يرفع دعوى قضائية أمام محكمة أو أي جهة قضائية يحددها الدستور بنفسه، يلتمس فيها الحكم بإلغاء ذلك القانون<sup>2</sup>.

حيث تتولى المحكمة المختصة ببحث الأمر ، فإذا تحققت من المخالفة حكمت ببطلان هذا القانون و إلغائه، و بذلك ينتهي أمره بالنسبة للكافة و لا تثار مسألة دستورية مرة أخرى، و نظرا لخطورة الدور

<sup>1</sup>- فوزي أوصديق، الوابي في شرح القانون الدستوري الجزائري، نفس المرجع، ص 204 .

<sup>2</sup>- د. أمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية المقارنة، ط7 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2011، ص 145 .

الذي تقوم به المحكمة في هذه الحالة ، يعهد بهذا النوع من الرقابة إلى محكمة واحدة، وذلك لتجنب تضارب الأحكام إذا ما عهد بهذه المهمة إلى عدد من المحاكم و غالباً ما تسند إليه هذه الرقابة إلى محكمة دستورية مختصة بذلك<sup>1</sup>.

و يعتبر القانون بعد ذلك كأن لم يكن ولا يجوز الاستناد إليه بعد ذلك و حكم المحكمة الصادر بإلغاء ملزم بالنسبة للمحاكم الأخرى و بالنسبة لباقي السلطات ، و من شأن هذا الإلزام تصفية النزاع مرة واحدة و بصفة نهائية حول دستورية هذا القانون بما لا يسمح بإشارة النزاع من جديد بصدده الحالات الجزئية التي يحكمها القانون، و لأهمية هذا الطريق و خطورته كان من الصعوبة بالنسبة للدول التي أخذت بهذه الطريقة أن تعهد بها إلى المحاكم العادية على اختلاف درجاتها، فليس من المصلحة أن تترك مثل هذه الدعوى إلى أي قاض في الدولة لذلك تتجه غالبية الدول الآخذة بهذا النظام إلى تخصيص محكمة واحدة تكفل الدستور بتحديدتها<sup>2</sup>.

و لا يمكن تقرير حالة البطلان إلا بنص صريح عليها في الدستور<sup>3</sup>.

وتتميز هذه الطريقة بكونها تعتبر وسيلة هجومية يستخدمها الفرد للقضاء على القانون قبل تطبيقه عليه، مستندا في ذلك على حقه المستمد من الدستور في رفع تلك الدعوى على أن هذا الحق و إن كان مستمداً أو مقرراً في الدستور إلا أنه مقيد بشرط يتمثل في تطبيق هذا القانون سيمس بمصلحته أو يحمّل ذلك<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- مصطفى صالح العمادي ، التنظيم السياسي و النظام الدستوري، ط2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن 2011 ص،41.

<sup>2</sup>- د.عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص75-76.

<sup>3</sup>- د.سليمان محمد الطماوي، النظم السياسية و القانون الدستوري(دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، مصر 1988، ص37.

<sup>4</sup>- سعيد بو الشعير، القانون الدستوري و النظم السياسية المقارنة، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000، ص203.

### الرقابة عن طريق الدفع:

يعني هذا الطريق أنه مناسبة رفع قضية أو نزاع ما أمام القضاء و رأى أحد الأطراف أن القاضي قد يطبق قانونا معيناً على هذا النزاع ، فيدفع ( أي يحتج ) أمام القاضي أن هذا القانون غير دستوري، إذا كان يعتقد ذلك فيتصدى القاضي للنظر في هذا الرفع، فإذا تبين له أن القانون المطعون فيه غير دستوري فعلاً، فلا يطبقه على النزاع و يستبعده دون أن يلغيه<sup>1</sup>.

فهذا النوع من الرقابة لا ينص عليه الدستور و إنما يستند من صفة الدستور فإذا كان جامدا ولم يمنع القضاء من ممارسة تلك الرقابة صراحة حق له ممارستها عن طريق الدفع و القول بغير ذلك يعني هدم فكرة مبدأ دستورية القوانين و وضع الدستور في نفس المرتبة مع القوانين الأخرى، مما يتنافى و جمود الدستور الذي يختلف عن القوانين الأخرى من حيث أنه المصدر الأساسي للقوانين.

و الرقابة عن طريق الدفع أو الامتناع تقتصر على تطبيق القانون المطعون فيه إذا كان مخالفاً للدستور دون إلغائه، و بذلك يكون القضاء في هذه الحالة مخيراً بين الدستور و القانون العادي فيفصل الأول و يستبعد الثاني مما يحقق مبدأ الفصل بين السلطات، و تتميز الرقابة عن طريق الدفع بلا مركزيتها و إن كانت المحكمة هي الفاصل الحقيقي في المسألة الرقابة لكونها أعلى درجة، فضلاً عن إلزامية أحكامها للمحاكم الأخرى ، الأمر الذي يجعل أحكامها قريبة من الدعوى الأصلية ، لأن المشرع يبادر إلى إلغاء النص أو تعديله.

فالرقابة عن طريق الدفع لا تمارس إلا بناء على طلب من جهة و أن حكمها لا يلغي القانون و لو كان مخالفاً للدستور من جهة أخرى<sup>2</sup>.

و الحقيقة أن طريقة الدفع بعدم دستورية القوانين ليست الإجراء الوحيد بل هناك وسائل أخرى يستطيع بموجبها الأفراد الطعن في دستورية القوانين أمام المحاكم و منها الأمر القضائي و الحكم التقريري.

<sup>1</sup> - د. أمين شريط، المرجع السابق ، ص 146.

<sup>2</sup> - سعيد بو الشعير ، المرجع السابق ، ص 204-206.

### الرقابة عن طريق الأمر القضائي:

يمكن لبعض المحكم أن تصدر أمرا قضائيا بعدم تنفيذ نص قانوني لعدم دستورية بناء على دفع بعض الحضور لما سيلحق لهم من أضرار ولا يمكن تعويضها نتيجة خلقه لمراكز قانونية<sup>1</sup>، وظهر هذا الأسلوب في إنجلترا ثم في الولايات المتحدة الأمريكية وهو يمثل في طلب الأفراد من المحكمة أن تصدر أمرا بوقف تنفيذ قانون معين ضده على أساس انه غير دستوري، وهنا تنظر المحكمة في هذا الطلب فإذا تبين لها انه مؤسس تستطيع إصدار أمر إلى الموظف الذي يريد تطبيق القانون على الشخص تأمره بالتوقف عن التنفيذ<sup>2</sup>.

بحيث يتميز أسلوب الأمر القضائي في أن الفرد يهاجم القانون للتحقق من دستورية، دون انتظار تطبيقه عليه ، وبذلك توفر هذه الطريقة للأفراد ضمان أكثر.

### الرقابة عن طريق الحكم التقريري:

ظهر هذا الأسلوب من الرقابة على دستورية القوانين أول الأمر في سنة 1918، حيث يلجأ الفرد للمحكمة طلبا منها إصدار حكم يقرر ما إذا كانا القانون المراد تطبيقه أو تنفيذه عليه دستوري أم غير دستوري ، تتميز الأحكام التقريرية بكونها ليست مرتبطة بدعوة أصلية كما في حالة الدفع ، وإنما ترفع استقلالا عن أية دعوى وتختلف عن الأمر القضائي في كونها لا تشترط وجود ضرر وشيك يرغب الفرد تفاديه ، فضلا عن خلوها من عنصر الأمر بالتنفيذ ولا تعتمد علا منازعة<sup>3</sup>.

فهذا الأسلوب شبيهه في حدود كبيرة بالأسلوب السابق و هو أيضا قليل الاستعمال<sup>4</sup>.

و نخلص إلى أن الرقابة عن طريق الدفع تتميز بالمرونة من جهة و لا تخضع إلا نادرا للأهواء السياسية ، كما أنها لا تتعدى على اختصاصات السلطة التشريعية كما هو الحال في الرقابة عن طريق

<sup>1</sup>- فوزي أوصديق ، المرجع السابق، ص215 .

<sup>2</sup>- أمين شريط، المرجع السابق، ص147-148 .

<sup>3</sup>- سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص209 .

<sup>4</sup>- د. أمين شريط، المرجع السابق، ص148.

الدعوى الأصلية، فالرقابة عن طريق الدفع تقتصر على الامتناع عن تنفيذ القانون غير الدستوري دون الحكم لإلغائه<sup>1</sup>.

### الفرع الرابع: مزايا و عيوب الرقابة القضائية

تتميز الرقابة القضائية بعدة مزايا و عيوب أهمها:

#### أولاً: مزايا الرقابة القضائية:

- يضمن هذا الأسلوب معالجة دستورية القوانين بعيدا عن الاعتبارات السياسية إذ يقوم القاضي بفضلها بفحص مطابقة القانون للدستور بروح قانونية غير أن هذا السند لا يصلح دائما و في جميع الظروف فقد تمارس الرقابة في ظروف صعبة تمر بها الحياة الوطنية للبلد، فالمشكل المعروض على القاضي قد يخرج عن إطاره القانوني البحت ، أي إطاره التقني و يكون مشكلا سياسيا خطيرا يهدد البلد فتكون الأنظار كلها منصبة نحو القاضي، و هنا يصعب عليه التجرد من الاعتبارات السياسية و الفصل بكل موضوعية.
- خضوع هذا الأسلوب للإجراءات القضائية المعروفة، رفع دعوى المواجهة بين الخصوم و تعديل الأحكام و علانيتها.
- يضمن هذا الأسلوب الحياد و الاستقلال الذي يتمتع بها القضاة عن كل سلطة سياسية.
- يجعلهم بعيدين عن ضغوطها و تأثيراتها و يقبلها المواطنون لأنها تكتسي مصداقية أحسن.

#### ثانيا: عيوب الرقابة القضائية: من بين العيوب التي تشوب الرقابة القضائية:

- المساس بمبدأ الفصل بين السلطات.
- خروج القاضي عن وظيفته أي تطبيق القانون و ليس تقييمه أو الحكم عليه.
- تشكل اعتداء على سيادة البرلمان المعبرة عن إرادة الأمة و بالتالي الاعتداء على سيادة الأمة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> \_ سعيد بو الشعير، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية، دار الكتاب الحديث، الجزائر 2003، ص104.

<sup>2</sup> \_ د. بوبكرا ادريس، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية، دار الكتاب الحديث، الجزائر 2003، ص104.

## الفصل الثاني

أسباب الطعن بعدم دستورية القوانين

(أو أوجه الرقابة على دستورية القوانين)

يخضع القانون إلى مجموعة من القيود التي حددها الدستور، سواء كان ذلك فيما يتعلق بالشكل، أو الاختصاص، أو الموضوع الذي ينظم القانون، فالدستور هو الذي يبين المراحل التي يمر به القانون، والهيئة التي تملك و صفه و إصداره و القيود الموضوعية التي يجب أن يقف عند حدودها و لا يتخطاها هذا من ناحية، كما أنه من ناحية أخرى إذا كانت السلطة التشريعية لها سلطة تقدير المصلحة العامة، وهي منطقة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، إلا أن ذلك يجب أن يتخطى روح الدستور، و إلا عد القانون في هذه الحالة مشوباً بعدم الدستور و عليه يمكننا رد أوجه عدم الدستورية التي على أساسها تجعل القانون محلاً للإلغاء و للحكم بعدم الدستورية من قبل القاضي الدستوري إلى العيوب الشكلية أو العيوب الموضوعية<sup>1</sup>.

ومن أجل ذلك قسمنا هذا الفصل إلى بحثين، حيث نتناول كل عيب من هذه العيوب في بحث مستقل (المبحث الأول) رقابة القاضي الدستوري على العيوب الشكلية التي تشوب التشريع أما في (المبحث الثاني) سوف نتطرق إلى رقابة القاضي الدستوري على العيوب الموضوعية التي تشوب التشريع.

<sup>1</sup> - أنظر، حمدي العجمي، مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2009، ص143.

## المبحث الأول

## رقابة القاضي الدستوري على العيوب الشكلية التي تشوب التشريع.

حتى يكون التشريع دستوريا يجب أن يصدر مستوفيا لشروطه الشكلية الخاصة بإجراءات سن التشريع، وكذا أهم قواعد الاختصاص في مجال إصدار التشريع. وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث الذي قسمناه إلى مطلبين، نتطرق إلى عيب الاختصاص في (المطلب الأول) أما عيب الشكل و الإجراءات في (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: رقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص:**

و هنا سنحاول تبيان عيب عدم الاختصاص تحليلا و تفسيرا و كذا تبيان أهم صور عيب عدم الاختصاص في إصدار التشريع.

**الفرع الأول: تعريف عدم الاختصاص:**

يقصد بعدم الاختصاص هو (عدم المقدرة من الناحية القانونية على اتخاذ تصرف معين نتيجة لانتهاك و مخالفة القواعد المحددة لاختصاص السلطة صاحبة التصرف)<sup>1</sup>.

كما يقصد بعدم الاختصاص هنا مخالفة النص اللائحي أو التشريعي لقواعد توزيع الاختصاص التي وضعها الدستور، فلو صدرت لائحة من رئيس الجمهورية في غير الحالات الضرورية في مجال جعله الدستور من اختصاص البرلمان كمجال الحقوق و الحريات العامة. كانت اللائحة مشوبة بعيب عدم الاختصاص، و إن صدر من مجلس الشعب في نطاق خص به الدستور السلطة التنفيذية، كإصدار القرارات الفردية التنفيذية، كان هذا القانون غير دستوري لعدم الاختصاص<sup>2</sup>.

فالأصل أن ينص الدستور على اختصاصات معينة و محددة لكل سلطة، فالسلطة التشريعية مهمتها وضع التشريع و السلطة التنفيذية مهمتها تنفيذ القانون و السلطة القضائية تطبق القانون، ففي بعض الأحيان قد يستحوذ التنفيذ على اختصاصات غير منصوص عليها دستوريا و بالتالي نكون أمام مخالفة قواعد الاختصاص أي الاعتداء على صلاحيات سلطة معينة بدون تنصيب قانوني واضح، وفي المقابل يجوز تفويض صلاحيات التسريع للسلطة التنفيذية بشرط التنصيب عليها صراحة، فقد نص دستور 22 نوفمبر 1976 في المادة 153 على أنه لرئيس الجمهورية أن يشرع فيم بين دورة المجلس الشعبي الوطني في أول دورة مقبلة، و في بعض الأحيان الأخرى نتيجة لظروف معينة غير عادية تمر بها البلاد. وهذا ما

<sup>1</sup>- أنظر، رمزي شاعر، القضاء الدستوري المصري في مملكة البحرين، دراسة مقارنة، الناشر الدولي، القاهرة 2003، ص 464.

<sup>2</sup>- أنظر، ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2007، ص 316.

نص عليه المشرع الجزائري في الدساتير التي تعاقبت بعد دستور 1976، ومن بين هذه الدساتير التي نصت على ذلك الدستور الحالي للجزائر أي دستور 2016 في مادته 142.

و قد يبيح الدستور أو قانون أساسي ما، سلطة التشريع لهيئة معينة، وهذا ما انتهجته الجزائر بعد فبراير 1992، ففي المداولة رقم 02/92/م.أ.د/ المؤرخة في 14 أبريل 1992، تقرر العمل بالمراسيم ذات الطابع و بالتالي أصبح المجلس الأعلى للدولة من خلال رئيسته يتخذ جميع التدابير التشريعية اللازمة لضمان استمرارية الدولة و تنفيذ برامج الحكومة حتى يعود السير العادي للمؤسسات و النظام الدستوري، فالأصل إذن التنصيب الدستوري على هذا الاستثناء من القاعدة العامة حتى لا تقع في مخافة قواعد الاختصاص<sup>1</sup>.

و ترتبط فكرة عدم الاختصاص بمبدأ الفصل في السلطات بحيث أوكل الدستور إلى سلطة من السلطات العامة في الدولة أمورا محددة على نحو يكفل تحديد المسؤوليات و عدم التداخل و الاحتكاك فيما بين هذه السلطات.

و تستمد هذه السلطات مصدرها من الدستور بحيث أنه لا يجوز أن يباشر الاختصاص إلا من قبل الجهة التي حددها الدستور، و بالتالي لا يجوز لسلطة منحها الدستور اختصاصا معيناً أن تفوض غيرها في ممارسة هذه الاختصاصات إلا بناء على نص صريح فيه<sup>2</sup>.

فأناط بالسلطة التشريعية سلطة سن التشريع في البلاد، و الخروج على هذا الأصل يقتضي نصا صريحا في الدستور، كما أناط بالسلطة التنفيذية مهمة تولي أعمال التنفيذ و هي أعمال تقوم على حالات فردية ذاتية لا تدخل بينها و بين القواعد العامة المجردة، و الخروج عن هذا الأصل أيضا يقتضي نصا صريحا في الدستور، و كذلك الحال إذا جاوز القضاء حد الفصل في الخصومات، و قرر في حكم من أحكامه قواعد عامة مجردة فلا تكون لهذه القاعدة من القوة إلا بقدر ما تكون تعبيرا صحيحا عن

<sup>1</sup>-أنظر فوزي أوصديق، شرح القانون الدستوري الجزائري، ج2، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003، ص 219-220.

<sup>2</sup>-أنظر، رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص 464.

القانون ذاته، فإذا لم تكن كذلك فهي باطلة، ولا يجوز لمحكمة أخرى مخالفتها، بل تجوز المخالفة من المحكمة التي قررتها.

ومن ناحية أخرى، إذا جاوزت السلطة التشريعية الدائرة المختصة لها فتصدت لأعمال إدارية مما تدخل في صميم أعمال التنفيذ، وأطلقت في شأنها يد التشريع دون سند من أحكام الدستور، كان عملها محلاً للبطلان، كما أنه إذا تعدت السلطة التنفيذية نطاق أعمالها المحددة في الدستور و أصدرت تشريعا ما في غير الحالات المقررة لها كان تشريعا باطلا جديرا بالإلغاء، أما سلطتها في إصدار تشريعات معينة في الحالات الاستثنائية التي حولها فيها الدستور ذلك، فمقيدة بحدود تنبسط رقابة القضاء على مدى التزامها بها، و يتبلور مفهوم الاختصاص يعني عدم القدرة على إتيان تصرف معين من الناحية القانونية، وفكرة الاختصاص تعتبر أساس القانون العام كله في العصر الحديث<sup>1</sup>.

أما فكرة الاختصاص في المجال الدستوري تعني ألا يباشر الاختصاص إلا من الجهة التي عينها الدستور لممارسته، فالحلل في مباشرة الاختصاص الدستوري غير جائز بحسب الأصل، ومع ذلك فإن الدستور يجيز استثناء الحلل في ممارسة الاختصاصات الدستورية في الأحوال المحددة بعينها.

و تقوم فكرة الاختصاص في المجال الدستوري على أربعة عناصر، شأنها في ذلك شأن فكرة الاختصاص في المجال الإداري.

<sup>1</sup> - أنظر، عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، ط1، دار الفكر العربي، مصر، 1995، ص 329-330

## الفرع الثاني: صور عيب عدم الاختصاص:

و هذا العيب قد يكون عضويا أو موضوعيا أو زمانيا أو مكانيا.

## أولا: عدم الاختصاص العضوي (الشخصي):

يتمثل العنصر العضوي أو الشخصي في الاختصاص في أن يصدر القانون من العضو أو السلطة التي أعطاه القانون ذلك الاختصاص.

و الأصل هو أن يصدر القانون من السلطة التشريعية و التي يمثلها البرلمان و لا يجوز الخروج على هذا الأصل إلا بنص صريح في الدستور.

و لذلك فإن السلطة التنفيذية لا يجوز لها أن تتدخل في أعمال التشريع إلا إذا تضمن في أعمال التشريع نص يمنحها هذا الحق و إن كانت بعض الدساتير قد حددت مجالا معيناً يشترط فيه البرلمان و من ذلك الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958، والذي وزع الوظيفة التشريعية بين البرلمان و السلطة التنفيذية، بحيث أصبحت هذه الأخيرة هي صاحبة الولاية في التشريع، وأصبح دور البرلمان محددًا في ذلك على سبيل الحصر، بحيث إذا شرع في غير المجالات المحددة دستوريا له، اعتبر ما يصدر عنه تشريعا غير دستوري لمخالفته العنصر العضوي أو الشخصي في الاختصاص<sup>1</sup>.

كما أن لرئيس الجمهورية دورا في عملية التشريع، وهذا الدور يتسع ليتضمن حالات تتعلق بسلطته في إصدار قرارات لها قوة القانون، و عيب عدم الاختصاص قد يكون ظاهريا، وفي بعض الأحيان قد يكون خفيا، كما إذا أقر التشريع من قبل السلطة المختصة بسنه، ثم يتبين بعد ذلك أن هذه السلطة قد نشأت على خلاف أحكام الدستور، أي شابها عيب دستوري في تكوينها، يستدعي بحث الأثر المترتب على ما تصدره من تشريعات، ويمكن أن نعرض تجسيدا واقعيا لعيب عدم الاختصاص الخفي من خلال استرجاع القضية رقم 131 التي أودعت قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 1984/12/23، تنفيذًا لما قرره الدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا بجلسة 1984/12/01، من تحديد ميعاد للطاعن

<sup>1</sup>- أنظر رمزيشاعر، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة، مطابع دار النشر، القاهرة، 2004، ص 654.

غايته آخر يناير 1985 لرفع دعوى بعدم دستورية القانون 38 لسنة 1972 في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون 114 لسنة 1983 على أساس مخالفة النصوص المطعون فيها لمبدأ المساواة و تكافؤ الفرص و أحكام المواد (3،5،8،11،12،40،46،47،57،62،88،93) من الدستور، وطبقا لهذه النصوص فقد ثارت الشكوك حول التكوين الدستوري لمجلس الشعب الذي جرى انتخابه وفقا لأحكام نصوص قانون الانتخاب الطبيعية، وهي أحكام القانون 38 لسنة 1972 المعدل بالقانون 114 لسنة 1983، لما أدت إليه بعض هذه الأحكام من خلل في تحديد نطاق الدوائر الانتخابية و مكوناتها و عدد أعضائها، و لفرضه اختيار النساء وجوبا ضمن قوائم احد وثلاثين دائرة انتخابية، وحرمانه المستقلين من الترشح، وهو ما يتبلور جميعه في الإخلال بالمساواة و تكافؤ الفرص و الخروج عن أحكام الدستور، وفي ظل هذه الشكوك حول دستورية مجلس الشعب سارعت الحكومة و أصدرت تشريعا جديدا هو القانون 188 لسنة 1986، بتعديل بعض أحكام القانون 38 لسنة 1972، في شأن مجلس الشعب و تعديلاته، وذلك بغرض استبدال أحكام جديدة بالأحكام الطعنية في القانون رقم 114 لسنة 1983 المشار إليه تواجه المخالفات التي اعتورت هذه الأحكام و تدرؤها، بيد أن هذا التدخل التشريعي لم يمنع المحكمة الدستورية العليا من الاستمرار في نظر دستورية النصوص المطعون بعدم دستورتها رغم إلغائها بأحكام التعديل المستحدث، وذلك استنادا إلى ما استقر عليه قضاؤها من أن إلغاء القانون لا يحول دون قبول الطعن بعدم دستوريته ممن طبق عليه ذلك القانون خلال فترة نفاذه و ترتب بمقتضاه آثار قانونية بالنسبة له بحيث تتوافر له مصلحة شخصية في الطعن بعدم دستوريته و قد انتهت المحكمة من نظر هذا الطعن بجلستها المنعقدة بجلسة 1987/05/16 حيث قضت بعدم دستوريته<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص 232.

## ثانيا: عدم الاختصاص الموضوعي:

و يعني قيام إحدى السلطات في الدولة بممارسة التشريع خارج إطار الاختصاص الممنوح لها دستوريا، منها مثلا: قيام رئيس الجمهورية بالتشريع في المواضيع التي لم يمنحها له الدستور، أو أن يقوم الوزير الأول أو وزير أو رئيس الوزراء بالتشريع أو إصدار قوانين دون أن يكون له هذا الاختصاص الدستوري<sup>1</sup>.

وبعد التأكد من أن التشريع محل الطعن قد صدر من السلطة المختصة به، يتعين بعدها التأكد من الاختصاص الموضوعي و يقصد به: أن السلطة المختصة بالتشريع قد مارست اختصاصها التشريعي في الموضوع الذي أسنده إليها التشريع وإلا كان التشريع مخالفا للدستور، لتخلف العنصر الموضوعي في الاختصاص.

و الدستور المصري الصادر في سنة 1971، التزم الموضوع التنفيذ و الأصل العام الذي يسمح لمجلس الشعب بالتشريع في أي موضوع من الموضوعات باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل و لا يرد على سلطته هذه القيود إلا بعض القيود الموضوعية التي ينص عليها الدستور، كعدم جواز رجعية القوانين الجنائية ما لم تكن أصلح للمتهم و عدم الإخلال بحق التقاضي و غيرها، حيث إن هذه القيود الموضوعية التي نص عليها الدستور يتوجب على السلطة التشريعية مراعاتها عندما تقوم بمهمتها في سن القوانين، فلا تخرج عنها و إلا كانت عرضة لتقرير عدم دستورتها من قبل المحكمة الدستورية العليا، وكما هو الحال في الدستور الجزائري.

و تكون حالات عدم الاختصاص الموضوعي أكثر ظهورا عندما تقوم السلطة التنفيذية بممارسة مهمة التشريع كاستثناء من الأصل العام، حيث تكون مهمتها في هذا المجال محدودة بنصوص دستورية، حيث أن ذلك يعتبر استثناء أملته ظروف و اعتبارات معينة لا يجوز التشريع في غيرها أو الخروج على

<sup>1</sup>- أنظر، عمار كوسة، محاضرات في القضاء الدستوري، جامعة محمد لامين دباغين سطيف2، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015/2014، ص96.

المجال المحدد لها، فإذا تعدت السلطة التنفيذية المجال المحدد لها في الدستور، فإن ما يصدر عنها يعتبر مشوب بعيب عدم الدستورية بتخلف العنصر الموضوعي في الاختصاص.

### ثالثاً: عيب عدم الاختصاص الزمني:

قد يضع الدستور قيوداً زمنياً على ممارسة اختصاص تشريع من قبل السلطة التشريعية أو من قبل السلطة التنفيذية، فإذا لم تراعي السلطة التي تقوم بتلك المهمة القيد الزمني، وأصدرت التشريع في وقت لم يكن حق ممارسة هذا الاختصاص، عندها تكون قد خرجت عن الحد الزمني الذي جاء به الدستور كما في الدستور الجزائري، ومن الفروض التي تحقق فيها القيد الزمني في الاختصاص، إقرار البرلمان لقانون بعد حله أو انتهاء المدة المحددة له في الدستور، أو أن يصدر رئيس الجمهورية تشريعاً في حالة التفويض التشريعي بعد انتهاء المدة الزمنية المحددة لممارسة هذا التفويض، حيث إن صدور هذا التشريع فيه مخالفة صريحة للقيد الزمني الذي ورد بالدستور لممارسة هذا الاختصاص الاستثنائي من جانب السلطة التنفيذية<sup>1</sup>.

و مثال ذلك أن يقوم المكلف بإصدار القوانين بإصدارها بعد فوات المدة المحددة لها دستورياً، فالدستور غالباً ما ينص على مدة لإصدار القوانين بعد المصادقة عليها من السلطة التشريعية<sup>2</sup>.

### رابعاً: عيب عدم الاختصاص المكاني

تحديد بعض الدساتير مكاناً معيناً تمارس فيه السلطة التشريعية، التي تتمثل في البرلمان، بحيث أنه يمارس البرلمان هذا الاختصاص خارج النطاق المكاني المحدد له في الدستور، فإن التشريع الذي يصدر في هذه الحالة يكون غير دستوري لمخالفته قواعد الاختصاص المكاني<sup>3</sup>، ويتجلى هذا العنصر المكاني فيم استقرت عليه الدساتير المصرية المتعاقبة من جعل مكان ممارسة السلطة التشريعية من قبل مجلس الشعب بمدينة القاهرة، وهذا ما نصت عليه المادة 100 من دستور سنة 1971، من أن مدينة القاهرة مقر

<sup>1</sup> - أنظر، رمزي شاعر، القضاء الدستوري المصري في مملكة البحرين، دراسة مقارنة، الناشر الدولي، القاهرة، 2003، ص 466.

<sup>2</sup> - أنظر، عمار كوسة، المرجع السابق، ص 96.

<sup>3</sup> - أنظر، رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 660.

مجلس الشعب، ويجوز في الظروف الاستثنائية أن يعقد جلساته في مدينة أخرى بناء على طلبات رئيس الجمهورية أو أغلبية أعضاء المجلس، واجتماع مجلس الشعب في غير المكان المعد له غير مشروع والقرارات التي تصدر فيه باطلة، فإذا ما عقد مجلس الشعب جلساته في غير مدينة القاهرة، ولم تكن هناك أي ظروف استثنائية، فإن ما يصدر عنه يعتبر باطلا<sup>1</sup>.

و أخيرا فإن المحكمة الدستورية و هي بصدد قيامها بفحص العيوب الشكلية في التشريع المطعون بعدم الدستورية، حيث أن المحكمة الدستورية لا تبحث في العيوب الموضوعية إلا بعد أن تتأكد من خلو ذلك التشريع محل البحث في المخالفات الشكلية تتقدم العيوب الموضوعية و هذه الأخيرة سوف تتناولها بشيء من التفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

### المطلب الثاني: رقابة القاضي الدستوري على عيب الشكل و الإجراءات:

و هنا سنحاول تبيان الشكلية و أهم القواعد الشكلية الخاصة بإجراءات سن التشريع، و كذا مجال عيب الشكل و مناط تحقيقه، كما سنتطرق إلى جزاء تخلف الشكل.

### الفرع الأول: تعريف عيب الشكل و الإجراءات:

للكشكالية في القانون عدة معاني، وفي نطاق الصياغة القانونية تعرف الشكلية: " بأنها الصورة الخارجية التي يظهر بها مضمون القانون و على هذا النحو قد يتخذ مضمون القانون شكل القاعدة القانونية أو المعيار القانوني أو المبدأ القانوني، وقد يراد بالشكلية عنصر الخارجي يشترط القانون إضافته إلى واقعة قانونية حتى تنتج آثارها سواء كان هذا الأثر يرتب التزام أو واجب قانوني أو إنشاء حق أو مركز قانوني أو تعديله أو انقضاؤه، كاشتراط نشر القانون في "الجريدة الرسمية" لنفاذه في مواجهة الكافة<sup>2</sup>، أي نشر

<sup>1</sup>-أنظر، عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص232.

<sup>2</sup>-أنظر، زيد أحمد توفيق زيد الكيلاني، الطعن في دستورية القوانين، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2012، ص78.

القوانين و القرارات الصادرة عن السلطات المركزية، لأن لها صفة المرسوم، فوسيلة العلم بالقرارات التنظيمية هي النشر في الجريدة الرسمية<sup>1</sup>.

و اشتراط الشكلية في بعض العقود لصحتها، وكذا اشتراط الكتابة أو النشر بالنسبة لبعض القرارات الإدارية حتى تنتج آثارها كما هو الحال في المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>2</sup>.  
و كذا النشر في "الصحف اليومية" للقرارات الصادرة في السلطات المركزية، كما يقصد بعبء الشكل و الإجراءات مخالفة القانون للقواعد القانونية الشكلية و الإجرائية لإصداره والتي حددها الدستور، منها مثلا طريقة المصادقة عليه كالأغلبية المطلوبة لقبوله و عدم أخذ رأي جهة معينة قبل إصداره أو المصادقة عليه، كما هو الحال في بعض القوانين العضوية في دول معينة التي تتطلب أخذ رأي مجلس الدولة "مثلا مصر".

فالتشريع يمر بمراحل متعددة حتى يكون دستوريا، و وفقا لإجراءات محددة و جوهرية يتطلبها الدستور يتعين إتباعها، حيث عدم مراعاة ذلك يترتب عليه أن يصبح التشريع باطلا يتعين إلغاؤه أو الامتناع عن تطبيقه، ومن أمثلة المخالفات التي تتعلق بالشكل و الإجراءات أن يصدر التشريع دون موافقة الأغلبية البرلمانية التي حددها الدستور أو دون تصديق رئيس الدولة في الأحوال التي يوجب فيها الدستور ذلك، ومثالا على ذلك نص المادة 154 و المادة 192 من دستور 1976، و يترتب على مخالفة القواعد الشكلية و الإجراءات أن يكون للجهة المنوط بها الرقابة على دستورية القوانين حق مراقبة التشريع و تقرير عدم دستورية إذا ما تعلق الأمر بمخالفة جوهرية لتلك القواعد و الإجراءات<sup>3</sup>.

أما الشكلية الدستورية فيقصد بها مجموعة الإجراءات و الأوضاع التي يتطلبها الدستور أوجب على السلطة التشريعية إتباعها و مراعاتها و هي بصدد سن التشريع، فقواعد الشكل التي من شأنها أن تجعل

<sup>1</sup> -أنظر، رزاق ليزة دلال، عيب الشكل و الغجرات في القرار الإداري، مذكرة ماستر في الحقوق قانون غداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2013، ص23.

<sup>2</sup> -أنظر، عمار كوسة، المرجع السابق، ص96.

<sup>3</sup> -أنظر، فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ج2، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص220.

النص غير مشروع هي تلك القواعد الجوهرية التي يمكن أن يؤثر إغفالها في جوهر النص، والقواعد الشكلية التي ترد في الدستور تكون غالباً من هذا النوع<sup>1</sup>، وهي مصاحبة لعملية التشريع كما قد ترد في اللوائح الداخلية للبرلمان.

فأهم مسائل الشكل في التشريع تلك الإجراءات التي أوجبها الدستور بالنسبة للإستصدار، من اقتراح و إقرار و إصدار وهذه الإجراءات نجد أسسها مدونة في الدستور، ونجد تفصيلاً لها في اللائحة الداخلية لمجلس الشعب (البرلمان).

و انقسم الفقه في ذلك إلى اتجاهين حيث أن الاتجاه الأول ذهب إلى أن العيب الشكلي يمكن أن يتحقق عند مخالفة التشريع للقواعد الشكلية المتصلة بإقتراحه التشريع أو إقراره أو إصداره، سواء كانت تلك القواعد قد وردت في الدستور، أو في اللوائح الداخلية للبرلمان.

فيما يذهب الاتجاه الآخر بأن عيب عدم الدستورية لمخالفة الشكل الواجب ارتباطه لا يتحقق إلا إذا كانت الشكلية التي خولف قد ورد النص عليها في الدستور ذاته، فالمعمول عليه في الرقابة الدستورية هو ما ورد من إجراءات في الدستور، أما ما تضمنته النصوص القانونية الأخرى الأقل مرتبة من قواعد الشكلية فإن مخالفتها لا تؤدي إلى عدم دستورتها.

و لا تقبل إثارتها أمام القضاء الدستوري و لا يحكم بعدم دستورية التشريع على أساسها، والمحكمة الدستورية عندما تتصدى لبحث دستورية تشريع معين فإنها لا تنظر موضوع التشريع إلا إذا ثبت لديها سلامة من حيث الشكل، ذلك أن البحث في الشكل يأتي أولاً و هذا يعني ضرورة أن تعرض القضاء الدستوري للمخالفات الدستورية الموضوعية يحمل في طياته براءة التشريع من العيوب الشكلية<sup>2</sup>.

و يثور هنا تساؤل عن الدستور الذي يرجع إليه في أمر الشكل و الإجراء، هل هو الدستور القائم وقت الفصل في النزاع المعروض؟ أم هو الدستور الذي صدر القانون المطعون فيه بالمخالفة الشكلية في ظله؟

<sup>1</sup>- أنظر، ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص 316.

<sup>2</sup>- أنظر، رمزي شاعر، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 663.

و لا يمكن عقلا أن يطلب من تشريع صدر في ظل دستور انتهت حياته ان يكون متفقا مع الإجراءات الشكلية في الدستور الجديد ذلك أنه يتصور مثلا أن يقيم الدستور الذي صدر في ظله التشريع مجلسا نيابيا واحدا، هو وحده صاحب الاختصاص في التشريع و يوافق المجلس على ذلك التشريع بإجراءات سليمة، ثم يأتي الدستور الجديد فيقيم مجلسين نيابيين و يطعن على التشريع الصادر في ظل الدستور القديم بأنه لم يمر على المجلسين فهذا الطعن غير منطقي، ولا مقبول، ولا معقول، بحيث يجب على المحكمة البت في عدم صحة التشريع بسبب المخالفة الشكلية كان عليها الامتناع عن تطبيقه وتقف مهمة القاضي في هذه الحالة عند عدم تطبيق النص القانوني المعيب شكلا و ذلك في الدعوى المطروحة أمامه، ولكنه لا يقضي ببطلان هذا القانون أو إلغائه.

ولقد أوجد الفقه أمثلة كثيرة من قضاء مجلس الدولة الفرنسي على الشكليات التي لم يعتبرها المجلس من الشكليات الجوهرية المؤثرة على سلامة القرار، مثل الحكم على صحة الانتخابات على الرغم من عدم السماح لعدد قليل من الأفراد بالتصويت على خلاف القانون إذا كان عددهم من قلة بحيث لم يكن من شأنه أن يؤثر موضوعا على النتيجة النهائية.

كما قد تبدو الشكلية مظهرا من مظاهر الرقابة المتبادلة بين السلطة التشريعية والتنفيذية، وكذا وجوب تصديق و إصدار قانون من السلطة التنفيذية لنفاده مما يتيح لها الاعتراض على مشروع القانون بعد المصادقة عليه ما يترتب عدم إمكانية و نفاذه بعد ذلك إلا بناء على الأغلبية الخاصة.

و حكمة ضرورة إدراج الأعمال التشريعية في جدول الأعمال قبل مناقشتها هو تجنب اتخاذ أعمال تشريعية جوهرية في غياب عدد مؤثر من الأعضاء بعد أن تم تقديم اقتراح القانون من قبل عدد من الأعضاء تبدو في التأكد من جدية و أهمية المقترح قبل اتخاذ سلسلة من الإجراءات تتطلب وقتا ثميناً، بحيث لو كان لديهم علم مسبق بجدول الأعمال لحضروا جميعا و صوتوا، فضلا عن تمكين الأعضاء عن التهيؤ لما تتطلبه هذه الأعمال من استشارة مسبقة من ذوي الاختصاصات من قبل اتخاذ موقف منها بالتصويت عليها من عدمه.

و قد وجدت الشكلية في الشرائع القانونية القديمة و لا زالت موجودة بحيث تختلف الشكلية الحديثة عن القديمة في أنها معقولة و منطقية و أكثر مرونة، ولأنها لا تكفي لوحدها لترتب الأثر القانوني بل يجب تقترن بالإرادة السليمة غير مشوبة بعيب من عيوب الرضا، فالإرادة هي التي يقع عليها الشكل و تعد الشكليات الحديثة مجرد طقوس تمارس ممارسة عمياء، بعد أن تمكنت البشرية في تطورات لاحقة في التمييز بين مضارها و منافعها.

و لقد ميز الفقه و القضاء المعاصر بين الأشكال و الإجراءات الجوهرية و غير الجوهرية التي ترتب البطلان على القرارات أو عدم بطلانها، و لا يوجد معيار ثابت لما هو جوهري أو غير جوهري من الأشكال و الإجراءات، وإنما يعتمد تقدير ذلك على الذكاء و الحدس و الفهم الصحيح لطبيعة الأشياء و منطقتها و الغايات المرجوة منها.

إلا أن بعض الدساتير في الأنظمة المقارنة قد تضمنت بعض الإشكالات المتنوعة من الإجراءات الشكلية، فمنها ما يتعلق بتحديد زمن معين للقيام بتصرف، كما هو الحال في دستور جمهورية العراق 2005<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، رعد ناجي، النظرية العامة في القانون الدستوري و النظام الدستوري في العراق، دون مكان النشر، بغداد، 1990، ص 254.

## الفرع الثاني: مجال عيب الشكل و جزاء تخلفه:

هنا سنتناول المجال الذي يمس عيب الشكل و الجزاء المترتب على تخلفه.

## أولاً: مجال عيب الشكل:

إن مجال عيب الشكل يكون في الإجراءات الشكلية التي تحيط بعملية سن التشريع، بداية بالاقترح ثم الإقرار ثم الإصدار و كذا العملية التشريعية التي يقوم بها رئيس الجمهورية عملاً بالمواد الدستورية. أما الإجراءات الشكلية الخاصة بالتعديلات الدستورية، فإنها تكون خارج نطاق البحث، ولا يتصور أن يكون محلاً للرقابة الدستورية، إذ أنه بإتمام إجراءات التعديل الدستوري يصبح الجزء محل التعديل جزء من الدستور و يأخذ حكمه و مرتبته و بالتالي لا يتصور الطعن في دستوريته، أما عن مناط تحقيق عيب الشكل، فإن هذا العيب يتحقق بخرق التشريع للإجراءات الشكلية الواردة في الدستور دون سواه من القواعد الواردة في أدوات قانونية أخرى أدنى مرتبة، فالدستور هو أسمى القواعد الآمرة، وهو وحده الذي يجب الاحتكام إليه في تقرير بطلان التشريع أو صحته، أما ما تتضمنه النصوص القانونية الأخرى الأقل مرتبة من الدستور لنصوص اللوائح الداخلية للبرلمان من قواعد شكلية في شأن اقتراح النصوص التشريعية و لإقرارها و إصدارها، فإن مخالفتها لا تؤدي إلى عدم دستوريته، كذلك فإن التحقق من مخالفة التشريع للأوضاع و الإجراءات الشكلية في الدستور، إنما يتم على ضوء أحكام الدستور الذي صدر التشريع المعني في ظله، وليس بالرجوع إلى أحكام الدستور القائم.

إذا كانت المحكمة الدستورية العليا و من قبلها المحكمة العليا قد استقرت على أن رقابتها على دستورية التشريعات إنما تتم على ضوء الدستور القائم و ليس بالرجوع إلى أحكام الدستورية النافذة عند صدور هذه التشريعات، فإن هذا القضاء لا ينصف بداهة إلى غير العيوب الموضوعية، باعتبار أن القيود التي يفرضها الدستور في شأن مضمون التشريع، والتي يتعين على المحكمة الدستورية العليا تطبيقها لا تستمد إلا من أحكام الدستور القائم و الذي يستهدف بتقرير أن تتحاذى معها جميع التشريعات ما كان منها سابقاً على الدستور، وما كان منها لاحقاً على العمل به، والاعتبار السابق لا يصدق في شأن العيوب الشكلية، فهذه العيوب يستحيل أن تتحدد بالرجوع إلى الدستور القائم، ذلك أن الأوضاع

و الإجراءات الشكلية تصاحب العملية التشريعية من بدايتها إلى نهايتها، ولا تكون السلطة التشريعية مخاطبة إلا بأحكام الدستور الذي فرض هذه الأوضاع، فإن هي اتبعتها و نزلت عليها أصبح التشريع الصادر عنها مبرراً من العيوب الشكلية و خاليا منها، و الواقع أنه لو قبل بتطبيق أحكام الدستور القائم في شأن الأوضاع و الإجراءات الشكلية التي فرضها بالمغايرة للأوضاع و الإجراءات الشكلية كان الدستور النافذ عند سن التشريع قد قررها لا ينتهي الأمر إلى إبطال كل تشريع بالمخالفة للأوضاع الشكلية في الدستور القائم، و من أوضاع ما كان للسلطة التشريعية التي أقرت التشريع المطعون عليها أن تتقيد بها لخلو الدستور النافذ عن سن التشريع المطعون عليه منها ، و من ثم يكون الخلل في الرأي أن تأتي بمخالفة شكلية لم تكن لها قائمة عند إقرار السلطة التشريعية للتشريع المطعون عليه<sup>1</sup>.

### ثانيا: جزاء تخلف الشكل:

إذا ما خرج التشريع على أحد الإجراءات الشكلية المقررة في الدستور، فإن جزاء هذا الخروج اعتبار القانون غير دستوري، ولا يكون هذا النص و القانون محلا للتطبيق من اليوم التالي لنشر الحكم و قد اتجه رأي الفقه إلى التفرقة بين الإجراءات الشكلية الواردة في الدستور جاعلا بعض منها جوهرية، والبعض الأخر غير جوهرية، و البعض الثالث تردد بين هذا و ذاك، وأسماها بالإجراءات محل النظر، وجعل البطلان جزاء للخروج عن الإجراءات الجوهرية دون سواها.

ولقد أسس هذه التفرقة على الغاية التي تغياها من كل إجراء، و قد أعطى صاحب هذا الرأي أمثلة لحالات يكون فيها الإجراء جوهرية، منها:

- أنه إذا نظر أحد المجلسين مشروع قانون في غير دور الانعقاد أو نظره مجلس الشيوخ أو مجلس النواب المنحل.
- كذلك إذا اجتمع المجلس دون أن تحضر الأغلبية المطلوبة، فإذا ما أقر المجلس تشريعا، فإن مثل هذا التشريع يعتبر باطلا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>-أنظر، عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص 337.

<sup>2</sup>-أنظر، زيد أحمد توفيق زيد الكيلاني، المرجع السابق، ص 81.

كذلك أعطى الفقيه أمثلة لحالات يكون فيها الإجراء غير جوهري، منها:

- إذا تأخرت اللجنة التي أحيل إليها مشروع القانون أكثر من شهر فإن هذا التأخير لا يكون موجبا للبطلان.

- كذلك عدم إحالة الاقتراح إلى لجنة الاقتراحات قبل لجنة الموضوع و كذا أخذ الرأي في مشروع قانون على المبدأ و المواد معا.

- إقرار مجلس النواب مشروع قانون من حيث المبدأ و المواد معا، ثم أخذ الرأي بالاسم على مجموع المشروع في الجلسة ذاتها لا في الجلسة التالية، فإن هذا لا يكون موجبا للبطلان.

كما أعطى الفقيه الكبير -الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري- أمثلة لحالات الإجراء فيها محل النظر، ومنها أنه أعدت الحكومة مشروع قانون لتقدمه إلى البرلمان وحب تقديمه في صورة مرسوم بمشروع قانون، فيوافق عليه مجلس الوزراء و يرضيه رئيس الجمهورية كما هو الحال في التشريع الجزائري، ثم يقدم إلى البرلمان لإقراره، وقد أعطى سيادته مثالا آخر للإجراءات التي هي محل نظر و هي أنه إذا أعدت الحكومة مشروع قانون لتقديمه إلى البرلمان، وحب عليها أولا أن تعرض هذا المشروع على قسم التشريع لمجلس الدولة لصياغته، فإذا هي لم تعرضه و استصدرت المرسوم بمشروع القانون و قدمته إلى البرلمان فأقره و صادق عليه الملك أو رئيس الجمهورية أن يكون التشريع باطلا بسبب عدم عرضه على قسم التشريع بمجلس الدولة؟

و في إجابته على هذا التساؤل يذهب بعض الفقهاء إلى بطلان التشريع في حالة عدم العرض استنادا لما نص عليه قانون مجلس الدولة صريح في وجوب أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين، فأى مرسوم بمشروع قانون لم يصفه قسم التشريع يكون باطلا من ناحية الشكل، فإذا بني على هذا المرسوم تشريع، كان هذا التشريع باطلا أيضا، وما بني على الباطل فهو باطل، ولا يقدر في صحة هذا الرأي أن البرلمان هو صاحب التشريع كما هو منصوص عليه في الدساتير السابقة للجزائر و حتى في

الدستور الحالي لسنة 2016 وفقا للمادة 112<sup>1</sup> منه، وله صلاحيات غير المنصوص عليها في تلك المادة، ونذكر على سبيل المثال المواد التالية، 115، 140، 141 من الدستور الحالي للجزائر<sup>2</sup>.

و لا يمكن إبطال التشريع الذي لم يسبق عرض مشروعه على مجلس الدولة، و أن المخالفة الدستورية التي تتحقق بها الرقابة لا تتحقق إلا بالخروج على أحكام الدستور وحدها دون غيرها من القوانين و اللوائح، فإذا تعارضت نصوص تشريعية مع نصوص أخرى، فإن هذا التعارض لا يشكل مخالفة دستورية، ولا يجوز النهي عليها أمام المحكمة الدستورية، فالنصوص الدستورية هي أسمى القواعد الآمرة في البيان القانوني للدولة، و لها جميعها مكان الصدارة، لا فرق في ذلك بين نص و آخر و لو كان لبعض القواعد أهمية قصوى و للأخرى أهمية دنيا، لكان حقيقيا بالمشرع الدستوري أن يخرج هذه النصوص الأخيرة من صلب الوثيقة الدستورية، ولقد أحسن أحد الفقهاء في صياغة هذا المبدأ، فيما يتعلق بالإجراءات الشكلية التي قررها الدستور حين قال: "إن كل ما جاء في الدستور يعتبر من الشكليات الأساسية أو الجوهرية التي يترتب على عدم مراعاتها للبطلان، وذلك خلافا لبعض التشريعات الأخرى مثل اللائحة الداخلية التي لا تعد و أن تكون تنظيما اختياريا وضعه المجلس بمحض إرادته و يستطيع أن يعدل عنها إلى غيرها عندما يريد، ولذلك فإن ما ورد فيها من إجراءات لا يمكن اعتبارها من الشكليات الأساسية التي يترتب عن عدم مراعاتها للبطلان"<sup>3</sup>.

و خلاصة القول أن الإجراءات الشكلية المقررة بموجب الدستور واجبة الإلتباع جميعا، للتمايز بينها و لا فرق بين قاعدة و أخرى، و أن المحكمة الدستورية هي المختصة وحدها في بحث توافق التشريعات مع الإجراءات الشكلية المقررة في الدستور<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-أنظر المادة 112 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، المؤرخ في 6 مارس.

<sup>2</sup>-أنظر المواد(115،140،141) من الدستور الجزائري المعدل لسنة 2016، المؤرخ في 06 مارس 2016.

<sup>3</sup>-أنظر، مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري و رقابة دستورية القوانين، منشأة المعارف الإسكندرية، 1985، ص198.

<sup>4</sup>-أنظر، عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص 340-341.

و في الأخير سنعطي بعض الأمثلة لآراء و قرارات المجلس الدستوري الجزائري على بعض القوانين، ومن آراء قرارات المجلس الدستوري حول مطابقة دستورية القوانين الرأي رقم 08 /رق.ع/م.د/99 مؤرخ في 05 ذي القعدة عام 1419 الموافق ب 21 فبراير سنة 1999 ، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة و عملهما و كذا العلاقة الوظيفية بينهما و بين الحكومة للدستور، بناء على إخطار من رئيس الجمهورية طبقا لأحكام المادة 165 (الفقرة الثانية) فبعد الاستماع إلى المقرر من حيث الشكل: اعتبار القانون العضوي و قبل الفصل في مطابقته شكلا وموضوعا للدستور من أن المصادقة على هذا القانون قد تمت من حيث الشكل وفق للإجراءات المنصوص عليها في المادة 123 من الدستور 1996. واعتبر أن عدم ذكر المادة 123 من الدستور ضمن تأشيرة القانون العضوي، موضوع الإخطار لا يمكن اعتباره سوى سهوا من المشرع مما يقتضي تداركه بإدراج هذه المادة ضمن تأشيريات القانون العضوي<sup>1</sup>.

ونجد كذلك قرار رقم 02/ق.أ.م.د/2000 مؤرخ في 22 ذي القعدة على 1420 الموافق 27 فبراير سنة 2000 يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97\_15 المؤرخ في 24 محرم عام 1418 الموافق 31 مايو سنة 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى بناء على إخطار رئيس الجمهورية طبق لأحكام المادة 166 من الدستور و لاسيما المواد 15.18 (الفقرة الثانية)، 78 (البند التاسع). 79 الفقرة الأولى 111 (الفقرة الثانية) 122 (البند العاشر)، 163 (الفقرة الأولى) 165 (الفقرة الأولى) 166.167 (الفقرة الأولى) و 179.169 يقرر في التصريح بان موضوع الإخطار غير دستوري و ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية<sup>2</sup>.

وكذلك أعطى المجلس الدستوري رأيه في سنة 2001 حين تعلق الأمر بالقرار رقم 01/02 المؤرخ في 8 شوال عام 1421 الموافق ل 03 يناير سنة 2001، وفقا للعريضة التي قدمها بركات بحوص يقرر

<sup>1</sup> -أنظر، مجلو الفقه الدستوري الجزائري، رقم 4، الجزائر، 1999، ص 9.

<sup>2</sup> - أنظر، مجلو الفقه الدستوري الجزائري، رقم 5، الجزائر، 2000، ص 7.

المجلس الدستوري ما يأتي قبول الطعن في الشكل<sup>1</sup>، فالمجلس الدستوري الجزائري كانت له آراء و قرارات كثيرة و متعددة حول مطابقة بعض القوانين العضوية للدستور وصولا إلى ما هو عليه في الوقت الحالي.

---

<sup>1</sup> - أنظر، مجلو الفقه الدستوري الجزائري، رقم 6، الجزائر، 2000، ص 32.

### المبحث الثاني: رقابة القاضي الدستوري على العيوب الموضوعية التي تشوب التشريع

لا يكفي لاعتبار التشريع دستوريا أن يكون مستوفيا للشكل الواجب اتباعه طبقا للدستور وإنما يجب أن يكون ذلك التشريع متفقا من حيث الموضوع مع المبادئ التي حددها الدستور في إطار القيود التي وضعها لاستعمال السلطة التشريعية لحقها في سن التشريع، وأن يصدر ذلك التشريع غير المتجاوز في غاياته لروح الدستور.

ومن أجل معرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيوب الموضوعية التي تشوب التشريع سوف نتطرق أولا إلى مخالفة القيود الموضوعية الواردة في الدستور (المطلب الأول)، ثم خروج التشريع عن روح الدستور (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: رقابة القاضي الدستوري على كل من عيب المحل والسبب في التشريع

يتعين أن يكون محل التشريع متفقاً مع مضمون الدستور ملتزماً بالضوابط والقيود التي تضعها القواعد الدستورية، كما يكون محل التشريع عبارة عن قواعد عامة ومجردة، ويتعين كذلك مراعاة الحالة الواقعية والقانونية التي من أجلها أصدر القانون.

#### الفرع الأول: عيب المحل

إنّ محل التشريع هو موضوعه وهو المركز القانوني الذي تتجه إرادة المشرع إلى إحداثه، وهو إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغائها، فالتشريع الذي يسن بشأن الخدمة العامة يكون مضمونه خلق مراكز قانونية متعددة منها المركز القانوني للموظف العام والعام والرئيس الإداري وطبيعة تسلم التدرج الوظيفي وواجبات وحقوق الموظف وغير ذلك من المراكز القانونية.

ويتعين أن يكون محل التشريع متفقاً مع مضمون الدستور ومبادئه العامة ملتزماً بالضوابط والقيود التي تضعها القواعد الدستورية منها مبدأ المساواة أمام القانون ومبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون ومبدأ استقلال القضاء... وغير ذلك من المبادئ الدستورية، فإن منح القانون على سبيل المثال موظفي جهة إدارية معينة امتيازات وحقوق تفوق ما منح لغيرهم من موظفي إدارات الدولة الأخرى، من دون مبررات واقعية أو قانونية يكون سنداً للتمييز، فإن المشرع يكون بذلك قد خرج من مبدأ دستوري مهم وهو مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، وهذا هو العيب الذي يلحق محل التشريع أو مضمونه<sup>1</sup>، ويتمثل عيب المحل أيضاً في صدور قوانين لا تتفق والأحكام التي قررتها نصوص الدستور، ويعتبر أهم أوجه عدم الدستورية من الناحية العملية وذلك لأن الغالبية العظمى من أوجه المخالفة تتعلق بفحوى ومضمون القاعدة الدستورية ذاتها، وبصفة خاصة ما يتصل منها بالحقوق الأساسية المعترف بها للأفراد لذلك فعلى

<sup>1</sup> - أنظر محمد كامل عبيد، نظم الحكم ودستور الإمارات دراسة تحليلية مقارنة لدستور الإمارات، أكاديمية شرطة دبي، 2000، ص

الرغم مما هو مقرر من أن الأصل في المشرع أنه يملك سلطة تقديرية فإن الدستور في بعض الأحيان يفضل تقييد سلطة المشرع بضوابط دستورية.

استقر القضاء الدستوري في عديد من أحكامه على أنه عندما يتمتع المشرع بالسلطة التقديرية في تنظيم الحقوق فإنه يصبح بلا معقب عليه في تقديره، مادام أن الحكم التشريعي الذي قرر تلك الحالات قد صدرت به قاعدة مجردة لا تنطوي على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية ولا تهدر نص في الدستور<sup>1</sup>.

فالمحل هو الأثر القانوني الذي يهدف إلى تحقيقه القانون ولا شك أن محل القانون يجب أن يكون متفقا مع نصوص الدستور، وإن ركن المحل يعد من الأركان الأساسية الموضوعية التي تترتب على تخلفها القضاء بعدم الدستورية، والأمثلة كثيرة في هذا الصدد، فمبدأ المساواة بين المواطنين كما ذكرنا سابقا أو المواطنة الذي يحظر التمييز بين المواطنين لأسباب تتعلق بالجنس أو الأصل أو العرق أو الديانة هو أساس التشريع، ولذا نجد الكثير من الأحكام القضائية التي تقضي بعدم الدستورية لمخالفة التشريع لهذا المبدأ المهم، ونوه السنوسي إلى أن المقصود بالمساواة بين الأفراد ليست المساواة النظرية أو الفعلية بل المساواة بين من تماثلت مراكزهم القانونية، فلا شك أن المشرع تحقيقا لمقتضيات الصالح العام له سلطة تقديرية في وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية للأفراد، بحيث إذا تساوت هذه المراكز القانونية وجب إعمال مبدأ المساواة<sup>2</sup>، ويتعين في محل التشريع أن يكون متفقا مع مضمون الدستور ملتزما بالضوابط والقيود التي تضعها القواعد الدستورية، كما يتعين أن يكون محل التشريع عبارة عن قواعد عامة ومجردة والواقع أن محل التشريع هو موضوعه، ويتعين أن يكون هذا الموضوع أو المحل متفقا مع الحدود والضوابط الموضوعية التي قررها الدستور، وإذا كان من المقررات أن الأصل في المشرع أنه يملك سلطة تقديرية، إلا

<sup>1</sup> - أنظر سلمان عبد العزيز محمد، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995، ص 217.

<sup>2</sup> - أنظر صبري السنوسي، أركان صحة التشريع " التشريعات لا بد أن تتوافر فيها عناصر شكلية وموضوعية، القاهرة، مقال، صحيفة الأيام، العدد 9365 بتاريخ 2014/11/29.

أنه في أحيان محدودة تكون سلطة المشرع مقيدة كما ذكرنا آنفا وفقا لما ينص عليه الدستور ويفرضه، وقد استقر القضاء الدستوري في العديد من أحكامه على أنه عندما يتمتع المشرع بالسلطة التقديرية في تنظيم الحقوق فإنه يصبح تقديره صائب ولا تعقيب عليه في تقديره مادام أن الحكم التشريعي الذي قرر لتلك الحالة قد صدرت به قاعدة مجردة لا تنطوي على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية، ولا تهدر نص في الدستور والسلطة التقديرية لا تعني السلطة المطلقة وإنما تعني أنها سلطة يمارسها المشرع في نطاق الدستور وفي إطار أحكامه، ولكن المشرع في هذا الإطار الدستوري يملك الحرية في المفاضلة بين العديد من البدائل والخيارات دون أن يفرض عليه التزام طريق معين أو خيار بذاته مادامت تلك البدائل والخيارات تدخل ضمن الإطار الذي رسمه الدستور.

أضف إلى ذلك أن السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع مهما اتسعت لا تصل إلى حد إهدار أصل الحق الذي قرره الدستور أو حتى الانتقاص من ذلك الحق، بل إنها لا تعد وأن تكون تنظيما للحق لا عدوانا عليه أو إهدارا له، وفي هذا الصدد تردد في القضاء الدستوري أنه إن كان الأصل في سلطة التشريع عند التنظيم للحقوق أنها سلطة تقديرية، وأن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقييد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور<sup>1</sup>.

ومن ثم إن تنظيم المشرع لحق المواطنين في الانتماء إلى الأحزاب السياسية ومباشرتهم للحقوق السياسية لا ينبغي أن يعصف بهذه الحقوق، الأمر الذي تحتم إخضاعه لما تتولاه المحكمة من رقابة دستورية، وهكذا نجد أن محل التشريع مهما بلغت السلطة التقديرية للمشرع يجب أن يظل في إطار الأحكام والقيود التي فرضها الدستور، فإن خرجت النصوص التشريعية عن القواعد الموضوعية التي فرضها الدستور أصابها عيب عدم الدستورية في محلها وفي موضوعها الذي أرادت أن تنظمه.

أما إذا كانت السلطة مقيدة عند المشرع فثمة حالات فرض فيها الدستور قواعد وقيود وضوابط على تلك السلطة بحيث توشك السلطة التقديرية أن تختفي وتحل محلها السلطة المقيدة والبالغة التقييد، فثمة

<sup>1</sup> - أنظر بسمه رزق، الاختصاص الدستوري للمحكمة الدستورية العليا، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مقال نشر بتاريخ.

حالات يكون فيها محل التشريع ممكنا ولكن سلطة المشرع مقيدة فإذا أقر المشرع الدستوري أن حرية الرأي مكفولة وأن الإنسان له الحق في التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون، فإن المشرع العادي إذ يتعرض لتنظيم الحق في حرية الرأي يجد نفسه مقيدا بما يفرضه الدستور ، فإن تجاوز تنظيمه لهذا الحق حدود التنظيم إلى الانتقاص من الحق ذاته أو اهداره فإنه عندئذ يكون التشريع معيبا ويخضع للرقابة الدستورية ويحكم في هذه الحالات بعدم دستورية النص أو النصوص التي تنقص أو تهدر الحق في حرية التعبير انتقاصا يخل بالأصل الذي قرره الدستور.

كذلك إن المشرع الدستوري إذ يقرر أن الانتخابات أو الاستفتاءات تجري تحت إشراف أعضاء هيئة قضائية يلتزم المشرع العادي بأن يراعي عندما ينظم هذا الأمر بقانون وأن يكون ذلك الإشراف حقيقيا وأن يقوم به أعضاء من الهيئة القضائية، ولا يلزم أن يكون المشرفون من القضاة وحدهم ذلك لأن مفهوم هيئة قضائية أوسع من مفهوم القضاة ، إذ أنه يمتد ليشمل أعضاء قضاة والنيابة الإدارية فضلا عن أعضاء مجلس الدولة ولكن المشرع لا يملك أن يجعل عملية الانتخاب أو الاستفتاء تحت إشراف موظفين إداريين وتكون سلطة المشرع العادي محدودة ومقيدة بالأسس والضوابط التي وضعها المشرع الدستوري، فإذا حاد عنها المشرع كان عمله معيبا ومخالفا للدستور وعلى أي حال وأيما كانت سلطة المشرع تقديرية أو مقيدة فإنه يتعين على تلك السلطة أن تلتزم بما يفرضه الدستور وما وضعه من أسس وضوابط، فإن خرج المشرع عن تلك الأسس والضوابط كان تصرفه معيبا بعدم الدستورية بسبب عيب في المحل<sup>1</sup>، ومن بين صور عيب المحل مخالفة مبدأ سمو الدستور، القواعد التي يتضمنها النظام القانوني للدولة ليست في مرتبة واحدة وإنما هي مراتب متدرجة ويترتب على ذلك أن كل قاعدة ينبغي أن لا تخالف القاعدة التي تعلوها في المرتبة، وعلى هذا النحو يمثل النظام القانوني في الدولة بأنه الهرم الذي تقف على قمته القواعد الدستورية، ومن جانب آخر إن الدستور هو الذي ينشأ سلطات الدولة المختلفة وهو الذي يحدد

<sup>1</sup> - أنظر حسين، العيوب الدستورية التي تشوب القوانين واللوائح وتؤدي إلى الحكم بعدم الدستورية، مقال نشر بموقع رجل مصر في منتدى القانون العام، الساعة 13:00، سنة 2000.

اختصاصاتها وكذلك طبيعة العلاقة بين كل سلطة وأخرى، هاتين الخاصيتين تجعلان منه ذو سمو عرف في الفقه القانون الدستوري بمبدأ سمو الدستور.

ويراد بمبدأ سمو الدستور علو القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية المطبقة في الدولة، وهذا يعني أنّ أي قانون تصدره الدولة يجب ألا يكون مخالفاً للدستور، ويراد بسمو الدستور أيضاً أنّ النظام القانوني للدولة بأكمله يكون محكوماً بالقواعد الدستورية، وأنّ أية سلطة من سلطات الدولة لا يمكن أن تمارس إلا من قبل الهيئة التي حولها إياها الدستور وبالحدود التي رسمها، ويعتبر مبدأ سمو من المبادئ المسلم بها في فقه القانون الدستوري حتى في حالة عدم النص عليه في صلب الوثيقة الدستورية، ووحدت فكرة سمو الدستور أساسها في كتابات مفكري نظرية العقد الاجتماعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر، إلا أنه لم يترسخ كمبدأ إلا بعد انتصار الثورتين الأمريكية والفرنسية.

وسمو الدستور قد يكون سمو موضوعياً وقد يكون مادياً أو شكلياً - **السمو الموضوعي** - وهو الذي يتقرر للقواعد القانونية بحسب طبيعتها وليس بحسب الشكل والإجراءات المتبعة في سنّها أو تعديلها، وللسمو الموضوعي الدستوري موضوعين هما: الدستور هو الذي يبيّن النظام القانوني للدولة واتصاله بإيديولوجية معينة لرسم الإطار السياسي والاجتماعي والاقتصادي، وبالتالي فهو الذي يحدد أوجه أنشطة الدولة وأبعادها والتزامات السلطات فيها والحدود التي يجب ألا تتعداها وإلا كان عملها باطلاً، وإنّ الدستور هو المنشئ للسلطات ويحدد اختصاصاتها ووظائفها وهذا الالتزام مرّده إلى قواعد متميزة وهي القواعد التي يجب ألا تخالف وتكون هي المرجع والسند لكل القواعد الأخرى<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر نعمان أحمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009 ،

أما السمو الشكلي: إذا كان السمو الموضوعي يستند على مضمون القواعد الدستورية وجوهرها لذلك فإنه يتصور في كل الدساتير مكتوبة أو غير مكتوبة، جامدة أو مرنة، فإن السمو الشكلي يستند إلى شكل هذه القواعد ودستوريتها<sup>1</sup>.

إنّ مبدأ سمو الدستور لا ينتج أثره إلا بوجود رقابة على دستورية القوانين، ولا يمكن تنظيم هذه الرقابة ما لم يتحقق السمو الشكلي والموضوعي، وتتضمن الدساتير عادة العديد من القيود الموضوعية التي لا يجوز مخالفتها من طرف الهيئة التشريعية وهي بصدد استعمالها لحقها في التشريع، ومن هذه القيود على سبيل المثال ( شخصية العقوبة وعدم رجعية القوانين الجنائية ما لم تكن أصلح للمتهم) والقيود تتراوح بين السعة والضيق، فقد يتولى الدستور صراحة تحديد نطاق موضوع معين تحديدا كاملا بحيث يحرم المشرع عند مباشرته من أية سلطة تقديرية، فإن حظر الدستور رجعية القوانين وأقدمت السلطة التشريعية على سن قوانين تجيز الأثر الرجعي في هذه القوانين، فإن السلطة هنا تكون قد شرعت في موضوع لا تملك التشريع فيه.

<sup>1</sup> - أنظر عمار كوسة، محاضرات في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص 22.

## الفرع الثاني: عيب السبب

هو من الأركان الموضوعية، فالسبب هو الحالة القانونية أو الواقعية التي من أجلها يصدر القانون، والأصل كما وسبق أن ذكرنا أنّ سلطة المشرع تقديرية في إصدار التشريعات غير أنّها في بعض الأحيان تكون مقيدة.

من هنا اختلفت رقابة القضاء الدستوري على هذا العنصر، فحين تكون سلطة المشرع تقديرية يتمتع المشرع بسلطة أكبر في تنظيم الموضوع واختيار توقيته ومع هذا سلطة المشرع في التنظيم لا تصل بأي حال من الأحوال إلى إهدار الحقوق أو الانتقاص منها، إلا بالقدر المسموح به دستوريا وبذات الضوابط والحدود التي يرسمها المشرع الدستوري، أما عندما تكون سلطة المشرع مقيدة فإن مخالفة المشرع لهذا التقيد تبدو واضحة ومثال التقيد عندما ينص المشرع الدستوري على أن إبعاد المواطنين أمر محذور هنا لا يملك المشرع مخالفة ذلك، وركن السبب يرتبط ارتباطا وثيقا بركن الغاية، فحينما لا يكون للقانون سبب يبرر إصداره يبدوا الانحراف أو يظهر تخلف ركن السبب ويصبح معيبا هذا القانون<sup>1</sup>، وتعتبر رقابة القاضي الدستوري على عنصر السبب في التشريع الذي يشتمل على عناصر وهي الواقعية التي تبرر تدخل المشرع بإصدار التشريع والتكييف القانوني لهذه الواقعة والتناسب بين الإجراءات التي اختارها المشرع والذي يمثل ركن المحل في التشريع والغاية التي استهدفها التشريع وهي المصلحة العامة بوجه عام أو صورة مخصصة منها على حسب الأحوال<sup>2</sup>.

وكلما كانت الرقابة القضائية على ركن الغاية نادرة أو ضعيفة كانت الرقابة أيضا على ركن السبب ضعيفة ولهذا لا نجد تركيزا من الفقه أو القضاء في تناول هذا الجانب<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر صبري السنوسي، بحث حول أركان صحة التشريع" التشريعات لا بد أن تتوفر فيها عناصر شكلية وموضوعية، القاهرة، صحيفة الأيام، العدد 9365، بتاريخ 29 نوفمبر 2014.

<sup>2</sup> - أنظر سيبري محمد العصار: رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مقال بدون تاريخ.

<sup>3</sup> - أنظر صبري السنوسي: المرجع السابق.

## المطلب الثاني: عيب الانحراف بالسلطة التشريعية

المشرع أثناء إصداره للتشريعات يجب عليه مراعاة عدّة حدود وضوابط ويجب أن يستهدف تحقيق المصلحة العامة، وإلا أعتبر القانون مشوباً بعيب الانحراف باستعمال السلطة التشريعية أو انحراف تشريعي، وهذا ما سنحاول معالجته في هذا المطلب.

لا يكفي أن يصدر التشريع مراعيًا لما جاء في الدستور من قواعد وقيود، وإنما يجب أن يكون هذا التشريع متلائمًا مع روح الدستور وما استهدفه من مقاصد وغايات فضلًا عن المبادئ العامة التي تضمنتها مقدمة الدستور.

## الفرع الأول: مقدمة الدستور

اختلف الفقهاء في القيمة القانونية لمقدمة الدستور، فرأى البعض أن قوتها الإلزامية تفوق قوة الدستور نفسه ويجب أن يراعيها المشرع وهو بصدد سن التشريعات، ويرى آخرون أن لها نفس القيمة التي تتمتع بها نصوص الدستور، ويذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى التفرقة بين المبادئ التي جاءت بها مقدمة الدستور وصيغت على شكل قواعد قانونية بالمعنى الصحيح، وبين الأخرى التي صيغت على شكل توجيهات وأهداف، ومثل أعلا للدولة والمجتمع، ويعطي للأولى صفة القواعد القانونية الدستورية الإلزامية، بينما يحرم الثانية من أية قوة قانونية ويعطيها مجرد قيمة أدبية، ونرى أن إعمال الكلام أولى من إهماله وأن المشرع منزّه عن اللغو كما هو مقرر في قواعد التفسير، فلما كان الأمر استخلاص قاعدة دستورية ممكنة من مقدمة الدستور فينبغي إعمالها، فما وضعت المقدمة عبثًا ويمكن أن يؤدي القضاء الدستوري من خلال أحكامه دورًا مهمًا في استخلاص القواعد الدستورية من مقدمة الدستور.

## الفرع الثاني: ملائمة التشريع لروح الدستور

إنَّ عيب الانحراف التشريعي يتعلق أساساً بالغاية من التشريع، وهي المصلحة العامة دائماً ولا يتصور تحقق هذا العيب حينما يمنح الدستور سلطة تقديرية للمشرع في مجال معين من التشريع. ذلك أنَّ السلطة التقديرية هي التي تتيح الخيار بين عدّة حلول ووسائل، وينبغي على المشرع أن يراعي المصلحة العامة دون سواها حتى لا يقع في عيب الانحراف التشريعي<sup>1</sup>.

وإذا كان الفقه في القضاء الإداري عرف عيب الانحراف بالسلطة منذ ابتدع مجلس الدولة الفرنسي دعوى الإلغاء ودعوى الانحراف كسبب لإلغاء القرارات الإدارية، فإن هذا العيب حديث في الفقه الدستوري ويعتبر الدكتور السنهوري من الأوائل اللذين عالجوا هذا الموضوع في إطار القانون الدستوري في مقاله "مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية".

وهذا المقال يعتبر العمدة في هذا الموضوع، وعيب الانحراف التشريعي يتعلق أساساً كما ذكرنا بالغاية من التشريع، أي يتعين أن يستهدف مصلحة عامة، فإذا استغنى أو لم يتضمن هذا التشريع تحقيق مصلحة عامة من أجل تحقيق مصلحة فرد أو حزب أو مجموعة ما أو استهدف الإضرار بفرد أو مجموعة ما بذواتهم أو فئة معينة على غير ما تقتضيه المصلحة العامة، فالتشريع هنا ينطوي على الانحراف بالسلطة التشريعية لغير ما أقامها عليه الدستور، وإذا كانت الغاية من التشريع تحقيق مصلحة عامة، ينجو هذا التشريع من عيب الانحراف بالسلطة التشريعية، أما إذا كان لا يستهدف المصلحة العامة فيقع في هذا العيب<sup>2</sup>، وإذا كان عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية متعلق بالغاية من التشريع وكونها تستهدف تحقيق المصلحة العامة دون سواها، فإن هو انحراف عنها لحقه عيب الانحراف بالسلطة، إلا أن هذا العيب لا صلة له بالبواعث التي تدفع المشرع لسن هذا التشريع في وقت معين أو عدم سنه ولا

<sup>1</sup> - أنظر سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية "دراسة مقارنة"، ط6، جامعة عين الشمس، مصر، 1991، ص39.

<sup>2</sup> - أنظر حسين القانوني ، العيوب الدستورية التي تشوب القوانين واللوائح والتي تؤدي إلى الحكم بعدم الدستورية، المرجع السابق .

شبهة في أن البواعث تؤثر على الغايات ولكن الرقابة الدستورية تنصرف إلى الغايات دون البواعث، ذلك لأن البحث في البواعث ينصرف إلى النوايا وهي أمر يخرج عن إمكانية التقدير الموضوعي<sup>1</sup>. إضافة إلى ذلك فإن عيب الانحراف باستعمال السلطة من العيوب القصدية وأساسه أن تكون لدى السلطة التشريعية عند إصدارها للقانون قصد الإساءة لاستعمال السلطة والانحراف بها، ويتعلق هذا العيب كما قلنا بالغاية أو الهدف من التشريع فلا يتحدد بمعيار ذاتي شخصي وإنما يتحدد بمعيار موضوعي يعتمد على وقائع مادية تظهر الانحراف بالسلطة التشريعية وبالمثال إذا استهدف التشريع الانتقام أو توقيع جزاء على من حاول انتقاد إحدى السلطات، فسنت السلطة التشريعية تشريعا يؤدي للتكيل به<sup>2</sup>.

كما لا يجوز للقضاء أن يتجاوز ظاهر النص ويبحث عن البواعث الحقيقية التي دفعت إلى إصداره، وقد اجتهد الفقه في محاولة إيجاد معيار موضوعي يقيس عليه الغاية من التشريع، وهذا المعيار رغم عموميته ورغم ما قد يثور حوله من اختلاف في الاجتهاد هو معيار المصلحة العامة للجماعات في وقت معين، ولكن إذا حول الدستور للمشرع السلطة التقديرية لتنظيم الحقوق والحريات فيجب على المشرع أن لا ينحرف عن الغرض الذي قصد إليه الدستور، وهو كفالة الحقوق والحريات العامة في حدودها الموضوعية، فإذا أنقضها المشرع أو انتقص منها وهو في صدد تنظيمها كان تشريعه معيبا أو مشوبا بالانحراف<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، زيد أحمد توفيق زيد الكيلاني، الطعن في دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2012، ص45.

<sup>2</sup> - أنظر، جعفر محمد أنس قاسم، الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة تطبيقية"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1998، ص62-63.

<sup>3</sup> - أنظر، حسين القانوني، العيوب الدستورية التي تشوب القوانين واللوائح والتي تؤدي للحكم بعدم الدستورية، المرجع السابق.

## خاتمة:

الخلاصة التي يمكننا الوصول إليها من خلال دراستنا لموضوع دور القاضي الدستوري في الرقابة على العيوب التي تلحق التشريع قسمنا البحث إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول الأسس العامة للرقابة على دستورية القوانين بينما تناولنا في الفصل الثاني أسباب الطعن بعدم دستورية القوانين (أو أوجه الرقابة على دستورية القوانين)، ومن بين النتائج المستخلصة أن الرقابة الدستورية على القوانين تعد من مقومات الدولة القانونية، وكضمانة فعالة لحماية أحكام الدستور و حماية الحقوق و الحريات العامة.

لقد اختلف الفقه الدستوري و النظم الدستورية المقارنة حول الجهة التي لها صلاحية ممارسة الرقابة على دستورية القوانين (فرنسا) حيث حول الاتجاه الأول الرقابة الدستورية إلى هيئة سياسية تحت غطاء المغزى السياسي لهذه الرقابة و ذلك خدمة للأهداف السياسية التي يتوخاها أعضاء هذه الهيئة، وهذا ما ولّد مخاوف تتمحور أساسا حول احتمالات انحراف هذه الهيئة نحو الرقابة الملائمة و عدم الاكتفاء بالرقابة القانونية (الرقابة الشرعية)، خاصة أنه من الصعب ضمان استقلالية أعضائها.

بينما ذهب الرأي الثاني إلى منح صلاحية الرقابة الدستورية على القوانين إلى هيئة قضائية كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، فالرقابة القضائية و هي التي تباشر مهمة البحث في مدى اتفاق هذا القانون مع أحكام الدستور باعتبار القانون الأسمى في الدولة و معرفة ما إذا كان البرلمان المخول بسن القوانين قد التزم الحدود التي رسمها له الدستور أو أنه قد تجاوزها و خرج عليها، لذا تكتسي القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في الدعوى الدستورية بالقوة القانونية الملزمة بكافة السلطات العامة، و الجهات الإدارية و الغير، وذلك بالنظر إلى الحجية المطلقة لآراء و قرارات المجلس الدستوري تطبيقا للمادتين 141 و 191 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

كما أن رقابة القاضي الدستوري على العيوب الشكلية تنصب أساسا حول الرقابة على مدى احترام المشرع و هو بصدد سن التشريعات العضوية فيها و العادية لقواعد الاختصاص المحددة دستوريا و كذا التقيد بالقواعد الشكلية و الإجرائية التي يتطلبها الدستور لسن و إصدار القوانين المختلفة.

إن العيب الذي قد يلحق بعنصر الاختصاص في التشريع، قد يكون عيب عدم الاختصاص المكاني أو الشخصي أو عيب عدم الاختصاص العضوي، أو عيب عدم الاختصاص الزماني، على القاضي الدستوري التأكد من مدى احترام المشرع لقواعد الاختصاص التي تعد من النظام العام.

أولا :القوانين

1. دستور 1963

2. دستور 1976

3. دستور 2016

ثانيا : الكتب و المؤلفات

1. أمين شريط،الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 7، سنة 2011.

2. بوبكرا ادريس،الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية، دار الكتاب الحديث، بدون طبعة، 2003.

3. جعفر محمد أنس قاسم، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة،دار النهضة العربية، القاهرة 1998.

4. حمدي العجمي، مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية، ، طبعة 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2009.

5. رعد ناجي، النظرية العامة في القانون الدستوري و النظام الدستوري، في العراق، بغداد 1990.

6. رمزي شاعر، القضاء الدستوري المصري، مملكة البحرين، دراسة مقارنة ، القاهرة ، بدون طبعة،2003.

7. رمزي شاعر، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النشر، القاهرة 2004.

8. عبد العزيز محمد سلمان، الرقابة على دستورية القوانين، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر 1995.

9. فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الجزء 1، الطبعة 1، 2003.

## قائمة المصادر و المراجع

10. محمد أرزقي نسيب، أصول القانون الدستوري و النظم السياسية، شركة دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، الجزء 1، بدون طبعة، 1998.
11. محمد كامل عبيد، نظام الحكم و دستور الإمارات ، دراسة تحليلية مقارنة لدستور الإمارات، أكاديمية الشرطة، دبي 2000.
12. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2008.
13. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري و رقابة دستورية القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية 1985.
14. مصطفى صالح العماوي، التنظيم السياسي و النظام الدستوري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن 2011.
15. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية و القانون الدستوري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2009.

### ثالثا: المذكرات

#### أ- أطروحة الدكتوراه:

1. نسرین طلبه، الرقابة على دستورية القوانين، قسم القانون العام، جامعة دمشق.

#### ب- مذكرات الماجستير و الماجستير:

1. ديکارة نبیل، المجلس الدستوري بين النيابة و القانون، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين 2012.
2. ناصر طاهر المحنة، الرقابة على دستورية القوانين، مذكرة ماجستير في القانون العام، العراق 2008.
3. رزاق لبزة دلال، عيب الشكل و الإجراءات في القرارات الإدارية، مذكرة ماستر في القانون الإداري، بسكرة 2013/2014.

رابعاً : المحاضرات

1. عمار كوسة، محاضرات في القضاء الدستوري، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015/2014.

خامساً: المقالات

1. أسامة أحمد العناينة، الرقابة الدستورية، الدراسات التشريعية و القانون، سنة 2013، مجلد العدد 1.
2. بسمة رزق، الإختصاص الدستوري للمحكمة الدستورية العليا"الرقابة القضائية على دستورية القوانين"، 2009/07/15 القاهرة.
3. حسين القانوني، العيوب الدستورية التي تشوب القوانين و اللوائح التي تؤدي إلى الحكم بعدم الدستورية، منتدى القانون العام 2000.
4. سيرى محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر و فرنسا على التناسب في التشريع، سنة 2001.
5. صبري السنوسي، أركان صحة التشريع"التشريعات لا بد تتوافر فيها عناصر شكلية و موضوعية، صحيفة الأيام، العدد 936، تاريخ 2014/11/29.
6. معمر ماردون، الرقابة على دستورية القوانين، بتاريخ 2010/05/20.

البسمة

شكر و تقدير

إهداء

مقدمة.....أ،ب،ج،د

## الفصل الأول

- 02..... الأسس العامة للرقابة على دستورية القوانين
- 03..... المبحث الأول: ماهية الرقابة على دستورية القوانين
- 04..... المطلب الأول: مفهوم الرقابة على دستورية القوانين
- 04..... الفرع الأول: تعريف الرقابة على دستورية القوانين
- 10..... الفرع الثاني: مبررات الرقابة على دستورية القوانين
- 12..... المطلب الثاني : نشأة الرقابة الدستورية.....
- 12..... الفرع الأول: نشأة الرقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية.....
- 15..... الفرع الثاني: نشأة الرقابة الدستورية في فرنسا.....
- 16..... الفرع الثالث: نشأة الرقابة الدستورية في الجزائر.....
- 19..... المبحث الثاني: أساليب ممارسة الرقابة على دستورية القوانين
- 20..... المطلب الأول: الرقابة السياسية.....
- 20..... الفرع الأول: تعريف الرقابة السياسية.....
- 21..... الفرع الثاني: نشأة الرقابة السياسية.....
- 23..... الفرع الثالث: مزايا و عيوب الرقابة السياسية.....
- 25..... المطلب الثاني: الرقابة القضائية.....
- 25..... الفرع الأول: تعريف الرقابة القضائية.....
- 26..... الفرع الثاني: نشأة الرقابة القضائية.....

27..... الفرع الثالث: طرق الرقابة القضائية.....

31..... الفرع الرابع: مزايا و عيوب الرقابة القضائية.....

## الفصل الثاني

33..... أسباب الطعن بعدم دستورية القوانين.....

34..... المبحث الأول: رقابة القاضي الدستوري على العيوب التي تشوب التشريع.....

35..... المطلب الأول: رقابة القاضي الدستوري على عيب عدم الاختصاص.....

35..... الفرع الأول: تعريف عدم الاختصاص.....

38..... الفرع الثاني: صور عيب عدم الاختصاص.....

42..... المطلب الثاني: رقابة القاضي الدستوري على عيب الشكل و الإجراءات.....

42..... الفرع الأول: تعريف عيب الشكل و الإجراءات.....

47..... الفرع الثاني: مجال عيب الشكل و جزاء تخلفه.....

53..... المبحث الثاني: رقابة القاضي الدستوري على العيوب الموضوعية التي تشوب التشريع.....

54..... المطلب الأول: رقابة القاضي الدستوري على كل من عيب المحل والسبب في التشريع.....

54..... الفرع الأول: عيب المحل.....

60..... الفرع الثاني: عيب السبب.....

61..... المطلب الثاني: عيب الانحراف بالسلطة التشريعية.....

61..... الفرع الأول: مقدمة الدستور.....

62..... الفرع الثاني: ملائمة التشريع لروح الدستور.....

64..... خاتمة.....

66..... قائمة المصادر و المراجع.....

69..... فهرس المحتويات.....