آلية الدفع بعدم الدستورية و أثرها في تفعيل العدالة الدستورية

د.عليـــان بوزيـــــــان ، أستاذ محاضر

كلية الحقوق - جامعـــــة تيـــــــــارت

مقدمـــة:

لا يكتسب أي نظام دستوري الطابع الديمقراطي إلاّ إذا كفل للأفراد جميع حقوق المواطنة، وعلى رأسها الحق في التقاضي؛دفاعا عن حقوقهم وحرياتهم أمام مختلف جهات القضاء العادي والإداري والدستوري؛ وبدون هذا الحق المحوري ضمن قائمة حقوق الإنسان تظلّ الحقوق الدستورية غير مضمونة، وغير مشمولة بالحماية القضائية، وعرضة للانتقاص ما بين سلطة تشريعية تقيّد من حدود استعمالها، وسلطة إدارية تتعسف في منع ممارستها بدعاوى حفظ الظلم،ولا يخفى أن وجود القضاء الدستوري، وان كان غير كاف لوحده في تحقيق الاستقرار وخلق الشعور العام بالعدل والإنصاف والحماية الكاملة للحقوق والحريات، يبقى من أهم المعايير الدولية المعتبرة في دولة الحقوق والحريات.

لقد أضحت العدالة الدستورية ركيزة أساسية في تعزيز الحماية القضائية للحقوق والحريات،وقيام الدولة الدستورية التي تكفل للأفراد حق الالتجاء إلى القضاء، ليعرضوا عليه أمرهم ويطلبوا إليه إنصافهم من ظلم أو اعتداء أو انتهاك يعتقدون وقوعه على حقوقهم،[1] ومن ثم فقد سارعت دول كثيرة إلى توسيع حق الإخطار وفق ميكانيزمات خاصة لتمكين جهة القضاء الدستوري من ترقية حماية الحقوق الحريات وتحقيق الأمن القانوني لها،وبهذا أصبحت إقامة عدالة دستورية مستقلة مبدأ أساسياً من المبادئ الدستورية المعاصرة، بل أصبح النص على حق كل فرد في اللجوء للقضاء للطعن في أي تشريع أو قرار أو إجراء مما يتضمن اعتداء على أي

[1] -د/عبد العزيز محمد سالمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، الناشر: سعد السمك للمطبوعات القانونية، القاهرة؛ طبعة 2000؛ ص 179.

من حقوقه أو حرياته معيارا من المعايير الدولية للدستور الديمقراطي، ذلك أن من شأن تحريك الدعوى الدستورية أن تساهم في إقامة العدالة الدستورية، ومن ثمتحقيق الأمن القضائي للحقوق والحريات، مما سيسمح له بالمساهمة في الحضور السياسي لعلمه بالحماية القضائية التي يوفرها القانون. وهي الغاية التي لا تتأتى إلا عبر تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء الدستوري إما بتوسعة جهات الإخطار أمام المجالس والمحاكم الدستورية،وإما بتمكين المتقاضين أمام القضاء العادي والإداري من إثارة الدفع الفرعي بعدم الدستورية، وهو ما دعا الفقه الدستوري إلى وضع نظام قانوني لآلية الدفع بعدم الدستورية، الآلية التي صارت تشتغل عليها غالبية الدساتير المعاصرة، حيث تم الإقرار بها في العديد من الأنظمة المقارنة للمواطنين المتقاضين وفق ضوابط قانونية وقضائية، مما سيستتبع معه إعادة النظر في توسيع نظام الإخطار أمام المجالس والمحاكم الدستورية العربية[2]لصالح الجهات القضائية العليا وفقا لضوابط صارمة لا تسمح إلا بقبول الدفوع الجدية الجديرة بإثارة الدفع بعدم الدستورية والمتعلقة بالحريات الأساسية على الأقل.

وعليه تتحدد إشكالية البحث في دراسة مدى خصوصية آلية الدفع بعدم الدستورية في أنظمة الرقابة الدستورية السياسية على دستورية القوانين عن بقية الدفوع القضائية، وبيان أثر
ذلك في تفعيل العدالة الدستورية في مجال حماية وترقية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مع تطبيق ذلك على النموذج الفرنسي باعتباره المصدر المادي لفكرة الرقابة الدستورية السياسية اللاحقة، ومن أجل معالجة هذه الإشكالية والإحاطة بفروعها نقسم هذه الورقة البحثية إلى عنصرين يخصص الأول لذاتية هذه الآلية، ويخصص الثاني لأثر هذه الآلية في تفعيل العدالة الدستورية.

---

[2]- وكان السيد رئيس المجلس الدستوري الجزائري السابق السيد الطيب بلعيز قد عبر في الكلمة الافتتاحية لليوم الدراسي الذي نظمه المجلس الدستوري يوم الاثنين: 22 أبريل 2013 تحت عنوان" توسيع إخطار المجلس الدستوري" بحضور رئيس المجلس الدستوري فرنسي السيد :جون لوي دوبري حيث أكد فيها أن توسيع إخطار المجلس الدستوري إلى جهات أخرى،"أصبح مطلبا سياسيا وديمقراطيا وقانونيا بهدف تعزيز دور المجلس فيما يتعلق بحماية وترقية حقوق الإنسان، ليس فقط لدى الطبقة السياسية بل أيضا لدى فقهاء القانون، لأن ذلك سيسمح بتعزيز دور المجلس في المساهمة أكثر بمعية مؤسسات أخرى في حماية وترقية الحقوق والحريات" ينظر جريدة الجمهورية ليوم: 2013/04/23 على الرابط http://www.eldjoumhouria.dz

المبحث الأول: ذاتية الدفع بعدم الدستورية في القانون الدستوري المقارن.
المبحث الثاني: أثر تمكين الأفراد من الدفع بعدم الدستورية في تفعيل العدالة الدستورية.

المبحث الأول: ذاتية الدفع بعدم الدستورية في القانون الدستوري المقارن

تتخذ الرقابة على دستورية القوانين أكثر من أنموذج، فمنها الرقابة السياسية ومنها الرقابة القضائية، ولكل من هذين النوعين أكثر من وجه، فمن أوجه الرقابة السياسية ما هو إجباري ومنها ما هو اختياري، كما أن من أوجه الرقابة القضائية ما يمارس عن طريق الدعوى الأصلية بهدف **إلغاء القانون** المخالف للدستور نهائيا، ومنها ما يمارس عن طريق الدفع الفرعي بهدف استبعاد تطبيق القانون المطعون ضده بعدم الدستورية على النزاع المعروض، ومنها ما يتخذ شكل محكمة دستورية مركزية متخصصة،ومنها ما يكون أمام جميع المحاكم، غير أن التفاعل الحاصل فيما بين أنظمة العدالة الدستورية في العالم أظهر للوجود فكرة الرقابة الدستورية المختلطة **بعد إدخال الرقابة عن** طريق آلية الدفع بعدم الدستورية وهي رقابة قضائية محضة لوجود نزاع بين **الأطراف وتبادل للعرائض والمذكرات**.

وهي الفكرة التي صارت تعرف في النموذج الفرنسي **بنظام الرقابة** السياسية اللاحقة على دستورية القوانين عن طريق الدفع بعدم الدستورية،حيث **تحول** المحكمة الدفع المثار أمامها وفقا لشروط إجرائية وموضوعية إلى المجلس الدستوري للنظر فيه، والذي يرسل بقراره إلى المحكمة حتى تستأنف النظر في الدعوى الأصلية، وهذا ما يسمى بالسؤال ذي الأسبقية الدستورية**فإذا** ألغى المجلس الدستوري النص المطعون ضده، صار ملغى بالنسبة للجميع **على خلافظام الدفع الفرعي في** النموذج الأمريكي الذي يقوم على فكرة الامتناع مبدئيا.

لقد مثل التأسيس لهذا الدفعفي فرنسا بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008 **بموجب المادة المعدلة** (61-1) **إضافة** إلى الرقابة السياسية الأصلية **المعروفة بموجب المادة** 61 **من الدستور الفرنسي لسنة** 1958 والتي نظمها **القانون العضوي الفرنسي الصادر في** 1958/04/17 حيث يتم إحالة القوانين **إلى المجلس الدستوري** للنظر في دستوريتها بعد التصويت على القانون من

طرف البرلمان وقبل إصداره من رئيس الجمهورية وهذا ما يعرف بـ **"الإحالة السابقة."**

ومن ثم تبرز ذاتية هذا النوع من الدفع بعد الدستورية عن الدفوع القضائية من جهة، وبتميزه عن فكرة الرقابة الدستورية السابقة باعتبارها رقابة وقائية تجنب إمكانية الطعن فيها بحيث تُصحح قبل إصدارها، مما يمنع معه تمكين الأفراد من الطعن فيها بعدم الدستورية، وهذا من شانه أن يحقق نوعا من الأمن القانوني والاستقرار الدستوري ولو نسبيا؛ إلا أنها في الوقت نفسه تمنع كشف بعض عيوب النص القانوني التي ستبرز عند تطبيقه.[3]

وترتيبا على ما سبق نعالج بالتحليل والمناقشة ذاتية آلية الدفع بعدم الدستورية وفقا للنموذج الفرنسي والقانون المقارن، وبيان كيفية تفعيل هذه الآلية في إطار ما يعرف بالمسألة الدستورية الأولية أمام القضاء العادي والإداري، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول:ذاتية آلية الدفع بعدم الدستورية:

المطلب الثاني:تفعيل المسألة الدستورية الأولية أمام القضاء العادي والإداري

المطلب الأول: ذاتية آلية الدفع بعدم الدستورية

من المقرر أنه على القاضي عندما يخول النظر في نزاع معين ملزم -**ما لم** يمنع بنص صريح- بالفصل في جميع المسائل المادية والقانونية التي يعتبر حلها ضروريا لإصدار الحكم في النزاع، وهذا مقتضى مبدأ **" قاضي الأصل** هو قاضي الفرع"، فلا يحتاج القاضي لقبول الدعوى الفرعية نصا يخوله الاختصاص بالفصل فيها، فكل الدفوع القانونية تكون دائما **مقبولة ومحل مناقشة أمام** القاضي، إذ الفصل في الدفوع هو اختصاص يتقرر بحكم اختصاصه بالدعوى لا بنص خاص في القانون، ويكاد يكون ذلك محل اتفاق بين الفقه والقضاء غير أن الإشكال يثار بخصوص الدفع بعدم الدستورية هل هو يخضع للنظرية

[3]- د/ عيد أحمد غفول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية القاهرة؛ ط2، 2011، ص69

العامة للدفوع القضائية أم انه يتميز بذاتية مستقلة ومغايرة عنها، حيث يرى جانب من الفقه والقضاء عدم خضوع هذا الدفع للقواعد العامة كونه يمس بمبدأ الفصل بين السلطات وأنه ليس في الدستور ما يخول للقاضي مراقبة السلطة التشريعية، بل أن الدستور ضمنيا منع ذلك، بإنشاء المجلس الدستوري وتكليفه بالسهر على حماية الدستور ومن ثم امتلاكه لاختصاص محجوز حصريا له للنظر في الدفع بعدم الدستورية.

وخلافا لهذا الرأي يرى فريق من الفقه خضوع هذا النوع من الدفع للنظرية العامة الدفوع طالما لم يوجد نص قانوني يمنع القاضي من اختصاص مناقشة الدفع بعدم الدستورية، وهو ما يترتب عليه إلزامية قيام القاضي بمناقشة هذا الدفع والرد عليه إيجابا أو سلبا[4]، مستدلين على ذلك بمقتضى إعمال **قواعد** الشرعية الدستورية بأن يصير كل عمل أو قانون أو تنظيم صادر عن إحدى مؤسسات الدولة مطابقا وغير مخالف للدستور، وفقا لمبدأ تدرج القواعد **القانو**نية بتقديم الضمانات التي تضمن تعزيز هذا الاحترام،[5] وآلية ذلك عندهم مبدأ الرقابة على دستورية القوانين كضمانة أساسية لحسن نفاذ القاعدة الدستورية.

وبغض النظر عن أي الوجهتين أسلم وأنسب للعدالة الدستورية، **فإن أغلب** الأنظمة الدستورية تحرص على إعطاء الدفع بعدم الدستورية ذاتية مستقلة عن باقي الدفوع الأخرى من خلال النص عليه استقلالا في النص الدستوري من خلال تضمين دساتيرها الحق في التقاضي أمام القضاء الدستوري كأحد أهم آليات تكريس مبدأ الرقابة على دستورية القوانين بهدف استبعاد أو إلغاء التشريعات المخالفة للإرادة العامة؛ غير أن إنشاء مجلس دستوري أو محكمة دستورية لا يكفي لحماية الدستور من صدور قوانين وتنظيمات ومعاهدات مخالفة له بل لابد من تفعيل هذه الرقابة وهو التفعيل الذي ينطلق من تمكين المواطنين في الطعن بعدم دستورية القوانين وعدم تعقيد إجراءات تحريك الدعوى الدستورية كضمانة لقيام دولة القانون.

---

[4]- محمد رأس العين، الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي، الندوة الوطنية الثانية للقضاء بنادي الصنوبر أيام 25/24/23 فبراير 1991ص 165.

[5]- د/بوكرا إدريس، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، دار الكتاب الحديث ، 2003 ، ص 97 .

الفرع الأول:مفهوم الدفع بعدم الدستورية "المسالة الدستورية ذات الأولوية في فرنسا بموجب التعديل الدستوري**2008"**

إن وجود أسلوبين في الرقابة الدستورية أظهر عمليا تفاوتا في توفير الحماية الفعالة لأحكام الدستور فالرقابة السياسية عن طريق المجالس الدستورية وفقا للنموذج الفرنسي تركز على الرقابة الوقائية السابقة مع حرمان المواطنين من اللجوء إلى المجلس الدستوري، وهذا ما يؤدي إلى ضعف الرقابة ويقلل من أهميتها كضمانة لاحترام الدستور،[6] أي أن هذا الحق مقصور على الهيئات العامة فقط وهذا قبل أن يتدارك المؤسس الدستوري الفرنسي سياسته القضائية سنة 2008 ويوسع حق الدفع الدستوري للمواطنين.[7]

ولا شك أن طبيعة تكوينها وتشكيلتها ستميل إلى تغليب الاعتبارات السياسية على الاعتبارات القانونية كما أن اختيار أعضاء المجلس ستؤدي بداهة إلى تغليب رأي الجهة التي تقوم على اختياره، الأمر الذي جعل هذا الأسلوب غير مرغوب فيه في العديد من الدول التي اتبعته مما دفع **معظم الدول** العربية إلى تفضيل طريق الرقابة القضائية كالدستور البحريني 2002 **والعراقي** 2005 **والمغربي** 2011 **والأردني** 2012 **والسوري** 2012.

وفي المقابل توجد الرقابة القضائية سواء عن طريق مركزية الرقابة التي تمارسها محكمة دستورية عليا أو عن طريق لامركزية الرقابة بواسطة الدفع بعدم الدستورية أمام مختلف الجهات القضائية، وهو الأسلوب الأكثر منطقيا بحكم وظيفة القاضي الذي يقوم بتطبيق القانون على ما يعرض أمامه من منازعات بحيث يكون ملزما بحل التعارض التشريعي عند تعارض قانون عادي مع قانون دستوري بأن يستبعد القانون العادي وينزل حكم

---

[6]- سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، ، ص 146- 147.

[7]- تم إنشاء وسيلة ترشيح مزدوجة من الضمانات: الدائرة القضائية التي تعرض عليها القضية، والمحكمة العليا المختصة - **إما مجلس الدولة أو محكمة النقض- والتي تفصل** في غضون ثلاثة أشهر فيما إذا كان هناك ما يبرر تحويل القضية إلى المجلس الدستوري. وبعد سنة واحدة من تنفيذه في مارس/آذار 2010، أظهر الإصلاح نتائج باهرة. فمن بين 400 حالة درستها المحاكم العليا، أحيلت 120 قضية إلى المجلس **الدستوري، الذي أصدر** 102 **قرارا، بما في ذلك** 22 حكماً بإلغاء تشريع مطعون فيه. ينظر رافاييل هاداس، فرنسا وثورتها القضائية على الرابط

syndicate.org/commentary/hadaslebel11/Arabic http://www.project

الدستور[8]وتتميز بأنها رقابة لاحقة على صدور القانون ونفاذها وليست رقابة سابقة على صدوره وهي بذلك تضمن لكافة المواطنين حرية التقاضي[9]، **وحق** الدفاع، وعلانية الجلسات مما يجعلها رقابة فعالة وحقيقية.

غير أن الإشكال يبقى في تعيين الجهة القضائية **المختصة بالإجابة عن الدفع** الفرعي هل هي نفس الجهة التي أثير أمامها الدفع الفرعي أي جميع المحاكم؛ أم أنها مقصورة على أعلى جهة قضائية في الدولة أم يختص المجلس الدستوري لوحده،وأمام هذه الحال فان حل الإشكال مرتبط بطبيعة النظام **الدستوري في كل دولة** خصوصا في مجال الرقابة على دستورية القوانين؛ سواء عن طريق تحريك دعوى قضائية أصلية أمام محكمة دستورية مختصة دستوريا بالفصل في مدى دستورية القوانين؛ أم عن طريق الدفع أمام القاضي العادي بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه على النزاع؛ ما لم يوجد نص صريح وواضح يمنع القضاء من النظر في رقابة دستورية القوانين.[10]

ومن ثم يعدّ حق الدفع بعدم دستورية القوانين أهم وسيلة دفاعية مقررة ومتفق عليها لدى غالبية الدول التي تتبناه كوسيلة أساسية لتحريك الدعوى الدستورية في الدولة؛ [11]وأن القضاء في عديد الدول اعتمد هذا **المبدأ** وكرس حق القضاء في الفصل فيه، بما في ذلك القضاء الفرنسي بموجب التعديل الدستوري 2008 فلا يسوغ للقضاء أن يعطل الإرادة العامة؛ مما جعل الفقه الفرنسي في شبه إجماع ينادي قبل التعديل السالف الذكر إلى تقرير رقابة القضاء لدستورية القوانين بطريق الدفع.

وعلى العموم يقصد بالدفع بعدم دستورية نص قانوني تلك الطعون التي يتوجه بها أحد الخصوم بصدد نزاع قضائي أمام محاكم مخصوصة؛ بشروط وضوابط من أهمها: أن يكون جدّيا- استبعادا للدفوع الكيدية التي يقصد منها تعطيل وتطويل إجراءات الفصل في الخصومة-؛ وان يتعلق **مضمون الدفع**

---

[8]- د/طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، دراسة مقارنة في الرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، ط2، 1994، ص 61.

[9] - حكم المحكمة الدستورية العليا ،21 **ماي** 1989 في قضية رقم 12 **لسنة** 8 والذي يقضي بكفالة حق التقاضي للأفراد باعتباره الوسيلة التي تكفل حماية حقوقهم وحرياتهم ، مشار إليه في هامش د/طعيمة **الجرف، مرجع**سابق ص307

[10] - د/ يحي الجمل؛ القضاء الدستوري في مصر؛ ص42

[11] - د/ أحمد كمال أبو المجد؛ الرقابة على دستورية القوانين في أمريكا؛ ص512؛ **ود/ أشرف اللمساوي**؛ الشريعة الدستورية؛ ص26

بالنزاع المطروح أمام القاضي، وأن يكون متعلقا بإحدى الحريات العامة وحقوق الإنسان،إضافة إلى شرط ألا يكون القانون المطعون فيه بعدم الدستورية قانونا عضويا لسبق الفصل فيه، وألا تكون المسألة قد تطرق لها **المجلس في مناسبة سابقة**. على أن يشترط في الطعن بعدم دستورية النص التشريعي أن يكون مكتوبا ومسببا ومنفصلا عن بقية إجراءات الدعوى **الأخرى، تحت طائلة عدم القبول**[12]وعندها يجب على القاضي النظر في هذا الطعن مباشرة وفوريا ودون تأخير معلنا "أولويته" على بقية إجراءات الدعوى، وعلى آية دفوع أخرى[13]ثم ينظر القاضي في الطعن **فان كان مقبولا** ومستوفيا للشروط التي وضعها القانون العضوي **في**: 12/10/ 2009 وفحص مدى جديته وجب عليه إحالة القضية إلى محكمة النقض **(إن كان** قاضيا عاديا) **أو مجلس الدولة** (إن كان قاضيا إداريا)؛ ولا يمكنه الاتصال **مباشرة بالمجلس الدستوري**.[14]

أما إذا رفض القاضي إحالة الطعن بسبب كونه غير جدي فان قراره يكون قابل للطعن[15]**وبعد وصول الطعن إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة** حسب الاختصاص يتم إخضاع الطعن لمزيد من الفحص والدراسة خلال مدة لا تتجاوز الثلاثة أشهر بعدها يجب اتخاذ القرار إما بقبول الطعن وهذا يعني إحالته إلى المجلس الدستوري، أو رفضه وهذا يعني منع إحالته إلى المجلس الدستوري وردهُ نهائيا، ويكون قرار محكمة النقض أو مجلس الدولة في هذه الحالة نهائيا وغير قابل للطعن، وهما في ذلك بمثابة قاضي إحالة وسيط بين محاكم الموضوع والمجلس الدستوري؛ كما يمكن أن يكونا **بمثابة محكمة** موضوع إذا أثير الدفع أمامهما لأول مرة.[16]ومسألة تقدير مدى جدية الدفع متروكة لقاضي الموضوع دون أن يوجد معيار متفق عليه؛ **ويمثل** التعديل

---

[12]- د/ منصور محمد أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا؛ دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2012، ص31. ص130، وص138

[13]- د/ عيد أحمد غفول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص138,

[14]- د/يسري محمد العصار، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل **الدستوري لعام** 2008 ، مرجع**سابق**، ص3,

[15]- د/علي عيسى اليعقوبي،"تعديل 23 **تموز** 2008 **الدستوري وأثره في** تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا" على الرابط الالكتروني تاريخ الولوج: 19**جوان**2013
http://hamoudi.org/arabic/dialogue-of-intellenct/22/05.htm

[16]- د/ عيد أحمد غفول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص242

الدستوري الفرنسي الرابع والعشرين لدستور الجمهورية الفرنسية لعام 1958 **المؤرخ في**: 23 **تموز** 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة **التعديل** الأبرز والأهم على الإطلاق في تاريخ التعديلات الدستورية الفرنسية،[17]حيث كشف هذا التعديل عن حقيقة الطبيعة القضائية لعمل المجلس الدستوري المختلف فيها بين النقاد[18]، ووجه الخصوصية فيه إضافته للمادة 61-1 **التي تمثل ثورة صامتة على الرقابة** السابقة لهذا التعديل، والموسعة لجهة إخطار المجلس الدستوري الفرنسي لصالح الأفراد وفقا لضوابط دستورية محددة، من خلال آلية الرقابة اللاحقة" المسألة الأولية".[19]

وقد دخلت هذه المادة حيز النفاذ في الأول من آذار 2010 **بعد** صدور قانونها "**العضوي**" **رقم**: 2009/1523 بتاريخ: 2009/12/10 تطبيقا للمادة 61-1 وتأتي أهمية هذه المادة[20]من حيث منحها الأفراد ولأول مرة في التاريخ الدستوري الفرنسي الحق في الطعن بدستورية الأحكام التشريعية أمام القضاء مباشرة بضوابط تجعل منه نظاما خاصا بفرنسا بامتياز.[21] وبهذا التعديل صار المجلس الدستوري الفرنسي يمارس نوعين من الرقابة الدستورية: الرقابة السابقة من خلال إحالة القوانين على المجلس للنظر في دستوريتها قبل صدور القانون وفق التنظيم الدستوري للجمهورية الخامسة 1958 ، والرقابة اللاحقة من خلال إحالة القوانين على المجلس للنظر في دستوريتها بعد صدور القانون وهو الاختصاص الذي استحدثه التعديل

---

[17]- **د/** عيد أحمد غفول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية القاهرة؛ ط2، 2011، ص133 وما بعدها.

[18]-Xavier Magnon ,la question Prioritaire de constitutionnalité Pratique et Contentieux ;A Jour au 1 novembre 2010 ; P 12.

[19]- **د/** محمد محمد عبد اللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في 23 يونيو2008، بحث منشور بمجلة الحقوق الكويت، العدد الثالث السنة34، *سبتمبر*2010، ص37.

[20] - ARTICLE 61-1. Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

[21]- **د/**علي عيسى اليعقوبي،"تعديل 23 **تموز** 2008 **المستوري** وأثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا" تاريخ الولوج: 19جوان2013على الرابط الالكتروني-http://hamoudi.org/arabic/dialogue-of-intellenct/22/05.htm

الدستوري2008 ، وفضل اختصاص المجلس الدستوري الفرنسي في مجال رقابة الدستورية منذ إنشائه عام 1958 وحتى إقرار التعديل الدستوري 2008، مقصورا على الرقابة السابقة على دستورية القوانين العضوية والعادية، والمعاهدات الدولية، واللوائح الداخلية لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، بالإضافة لرقابة دستورية توزيع الاختصاص بين القوانين واللوائح.

وهي الخطوة التي شرعت العديد من الدول العربية في تكريسها وتفعيلها إما رهبة من شعوبها؛ وإما رغبة منها في تعميق التحول الديمقراطي كما هو الحال مع الدستور العراقي 2005 والتعديل الدستوري الأردني 2011، والدستور المغربي الجديد المعدل في2011 ،[22]وهذا ما صرح به الفصل 133 منه:"تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون،الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق وبالحريات التي يضمنها الدستور .يحدد قانون تنظيمي شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل، ويقابلها نص المادة 60 فقرة 02 من الدستور الأردني:" 2- في الدعوى المظورة أمام المحاكم يجوز لأي من أطراف الدعوى إثارة الدفع بعدم الدستورية وعلى المحكمة إن وجدت أن الدفع جدياً تحيله إلى المحكمة التي يحددها القانون لغايات البت في أمر إحالته إلى المحكمة الدستورية."وهو الدور الذي يعتزم أن يقوم به المؤسس الدستوري التونسي من خلال مشروع الدستور، وبالنسبة للجزائر فان وجود المجلس الدستوري يمنع القاضي الجزائري من نظر الدفع بعدم دستورية، إلا إذا وجد نص دستوري يسمح بذلك وهو ما يطالب به الفقه في ظل شروع الدولة الجزائرية في إجراء تعديل دستوري مرتقب، ومن ثم

[22]- حيث قضت المادة 58، والفصل 129 على التوالي منهما باستحداث المحكمة الدستورية ونصها بالنسبة للدستور الأردني:" 1- تنشأ بقانون محكمة دستورية..."، وبالنسبة للدستور المغربي"تُحدث محكمة دستورية" بدل من المجلس الدستوري، مما يعني تحويل صلاحيات المجلس إلى المحكمة الدستورية، تماشيا مع النموذج الانجلوسكسوني والذي استمدت منه الهندسة الشكلية للدستور المغربي، وهو ما يعتبر ترجمة عملية لإنشاء قضاء دستوري مغربي.

فالطريق معبد في الدول المغاربية على العموم لقيام قضاء دستوري متخصص في مجال حماية الحريات الأساسية.[23]

الفرع الثاني: طبيعة الدفع بعدم الدستورية

يستلزم تكريس مبدأ سيادة الدستور وجوبا أن يتبوأ الدفع بعدم الدستورية مركز الدفع النظامي، لكونه يتوخى مصلحة عامة، ولأن الدعوى الدستورية بطبيعتها هي دعوى عينية، تستهدف مخاصمة قانون، خاصة وأن قواعد **الدستور تسمو** ولا يعلى عليها،[24] ومن ثم يعتبر الفقه الدستوري الدفع بعدم الدستورية من طائفة الدفوع الموضوعية لكونه وسيلة دفاع، بخلاف الدفوع الشكلية التي **تتصل بالإجراءات وتثار قبل الدخول في مناقشة الموضوع؛ وإلاسقط الحق في** الدفع به، علما بأن المصلحة في الدعوى الدستورية مرتبطة بالمصلحة في الدعوى الموضوعية اعتبارا لأن الفصل في الدعوى الموضوعية يتوقف على الفصل في الدعوى الدستورية، ومن ثم فان التكييف الأنسب للدفع بعدم الدستورية والأصلح لحماية الحقوق والحريات أن يكيّف بأنه دفع **موضوعي**[25]وليس من الدفوع الشكلية التي تثار **قبل أي دفع أو دفاع؛** كما أنه أيضا دفع قانوني،[26] يمكن أن يثار **في أي مرحلةٍ من مراحل الدعوى،**[27] **ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، فمتى رأت المحكمة أن الدفع جدي** فإنها

---

[23]- بعيدا عن إشكالية استقلالية أعضاء المحكمة الدستورية، يلاحظ أن المؤسس المغربي حافظ على نفس عدد أعضاء المجلس الدستوري أي اثني عشر عضوا، إلا أنه زاوج بين التعيين والانتخاب، فستة أعضاء يعينهم جلالة الملك من بينهم عضو يقترحه الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى، مما يكرس اعترافا دستوريا بدور العلماء والستة الآخرون ينتخبون من قبل البرلمان المغربي بغرفتيه، ويرى بعض النقاد أن المشرع الدستوري المغربي قد أحسن صنعا حينما أشار إلى ضرورة اختيار أعضاء المحكمة الدستورية من بين الشخصيات المتوفرة على تكوين عال في مجال القانون، وعلى كفاءة قضائية أو فقهية أو إدارية، والذين مارسوا مهنتهم لمدة تفوق خمس عشرة سنة، والمشهود لهم بالتجرد والنزاهة طبقا لمقتضيات الفصل 130 من دستور2011

[24]-د/ مصطفى بن شريف،العوار القانوني في المذكرة المتعلقة بالقانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية ؛ مقال منشور على جزئين بجريدة المساء العدد 2138 بتاريخ: 19 أوت 2013؛ على الرابط http://almassae.ma/node/68653

[25]- رسالة د/ عادل محمد الشريف؛ قضاء الدستورية؛ طبعة سنة 1988؛ ص395 ؛ ود/يحي الجمل؛ القضاء الدستوري في مصر ؛ ص 158.

[26]-د/ مصطفى بن شريف،العوار القانوني في المذكرة المتعلقة بالقانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية ؛ مقال منشور على جزأين بجريدة المساء العدد 2138 بتاريخ: 19 أوت 2013؛ على الرابط http://almassae.ma/node/68653

[27]- د/عبد العزيز محمد سالمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، مرجع سابق؛ ص 182

تؤجل الدعوى وتضرب للخصم أجلاً يختلف من قانون لآخر ليرفع الدعوى بعدم الدستورية، أمام المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري.

وإذا كانت طبيعة الدفع بصفة عامة انه دفع عام يمكن أن يناقشه أي قاض ودون حاجة إلى نص يسمح للقاضي بذلك، فان القضاء مختلف في تقرير ذلك بالنسبة للدفع بعدم الدستورية،[28] ففي القانون الفرنسي يمنع على القاضي قبول الدفع ضد بعض القوانين مثل:القوانين العضوية وقوانين المصادقة على المعاهدات الدولية والقوانين الإستفتائية نظرا لطبيعتها الخاصة.[29]

ومن ثم فلا يمكن وفقا لمبدأ تدرج القوانين وعند تعارض قانون عادي مع الدستور إلا تغليب هذا الأخير، والامتناع عن تطبيق القانون العادي. وهو الاتجاه الذي دافع عنه الفقه والقضاء الدستوري المصري، وأخذت به بعض القوانين المنظمة للمحاكم الدستورية، حيث اعتبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن الدفع بعدم الدستورية يتعلق بالنظام العام، وهذا خلافا لما قررته محكمة النقض، التي استبعدت إثارته لأول مرة خلال مرحلة الطعن بالنقض، إضافة إلى ذلك فان المحكمة الدستورية العليا في مصر تمارس حق التصدي المسند إليها بموجب المادة 29 الفقرة (أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا التي أجازت لها فحص دستورية قانون أو لائحة تلقائيا، بمناسبة نزاع معروض عليها، وهذا على خلاف قاضي الموضوع الفرنسي الذي لا يملك سلطة الدفع التلقائي،كما أن دستور مملكة البحرين أجاز لمحاكم الموضوع أن تحيل على المحكمة الدستورية أيَّ نص قانوني تبين لها عدمُ دستوريته.[30]

---

[28]- وهو ما يفهم من خلال الحكم الصادر عن محكمة مصر الابتدائية بتاريخ 1941/05/1إذ جاء فيه بأن: "للمحاكم جميعها حق الرقابة على دستورية القوانين واللوائح "و كذا الحكم الذي ألغته محكمة الاستئناف، حكم بتاريخ 1943/05/30 وأنكرت فيه حق المحاكم في فحص رقابة دستورية القوانين. وكذا قرار مجلس الدولة المصري في حكمه الصادر بتاريخ1948/02/10: "انه ليس في القانون المصري ما يمنع المحاكم المصرية من التصدي لبحث دستورية القوانين سواء من ناحية الشكل أو الموضوع "محكمة القضاء الإداري، حكم بتاريخ 1948/02/10 القضية رقم 96 مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة، السنة الثانية.

[29]-وجدير بالإشارة التنبيه إلى إمكانية ممارسة المجلس الدستوري الفرنسي للرقابة اللاحقة عن طريق التصدي لقانون سابق بمناسبة تعديله أو التطرق إليه في قانون جديد معروض أمام المجلس، وهو الإجراء المعمول به ابتداء من سنة 1971 التاريخ الذي يعتبره الفقه الفرنسي الميلاد الثاني للمجلس الدستوري الفرنسي.

[30]-د/ مصطفى بن شريف،العوار القانوني في المذكرة المتعلقة بالقانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية ؛ مقال سابق الإشارة إليه على الرابط http://almassae.ma/node/68653

كما يتميز الدفع بعدم الدستورية بأنه ذو طابع قضائي منتج للامتناع، مما سيقيّد القاضي بعدم تطبيق القانون المطعون فيه على النزاع المعروض عليه، على عكس أسلوب الدفع الفرعي المنتج للإلغاء،الذي يترتب عليه إلغاء القانون المخالف للدستور لمساسه بالحقوق والحريات المنصوص عليها فيه، والذي يمارس وفق قواعد خاصة تطبق أمام المحاكم بمختلف درجاتها وأمام محكمة النقض وأمام مجلس الدولة الفرنسي، وهو الاتجاه الذي أخذ به **المشرع الفرنسي في المرسوم رقم** 2010/ 1448 **المؤرخ في** 2010/02/16 ضمن ما يعرف بمسألة الأولوية الدستورية (QPC) **التي** حددت كيفية مباشرة إجراءات الطعن بعدم الدستورية، ومن أهمها الإحالة على محكمة النقض أو مجلس الدولة لممارسة التصفية، إما بقبول الدفع، وفي هذه الحالة تحيله على المجلس الدستوري ليمارس الرقابة المركزية، أو برفضه وبالتالي ترجع الملف إلى المحكمة التي أحالته عليها لمواصلة **النظر في الدعوى**.[31]

ولهذا فلا خلاف بين الفقه الدستوري في أن الدستور- إذا لم يمنع ذلك صراحة في صلبه كما هو الحال في سويسرا- فان القضاء يكون متخصصا بالإجابة عن الدفوع الفرعية متى دفع أحد الأطراف بعدم الدستورية؛ واقتنع القاضي بان الدفع جدي؛ من خلال استبعاد تطبيق القانون المطعون فيه باللادستورية من النزاع المعروض عليه تطبيقا لقاعدة التدرج بين القواعد القانونية في حالة تعارض نص تشريع مع الدستور.

وقد نادي فقه القانون العام في فرنسا، مؤيداً في ذلك باتجاه واسع من بعض التيارات السياسية،[32]بتطبيق نظام الرقابة اللاحقة على دستورية

---

[31]-د/ مصطفى بن شريف، العوار القانوني في المذكرة المتعلقة بالقانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية ؛ مرجع سابق الإشارة إليه.

[32]- ومنهم رئيس الجمهورية فرانسوا ميتيران الذي تقدم في عام 1990 بمشروع لتعديل الدستور يتبنى نظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين عن طريق أسلوب الدفع الفرعي بعدم الدستورية، والذي يجوز تقديمه بواسطة أحد أطراف دعوى قائمة أمام إحدى المحاكم أو الجهات القضائية، ولكن هذا المشروع لم يحظ بالأغلبية التي يستلزم الدستور توافرها لإقراره، وهي أغلبية ثلاثة أخماس أصوات النواب في الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ مجتمعين في هيئة مؤتمر مشترك، وذلك بسبب اعتراض النواب المنتمين للأحزاب الليبرالية الذين لم يرغبوا في أن يتم تعديل دستور الجمهورية الخامسة بناء على مبادرة من الرئيس ميتران الذي كان قبل توليه رئاسة الدولة، من أشد المعارضين لنظام الجنرال ديجول مؤسس هذه الجمهورية وعقب فشل هذه المحاولة للإصلاح الدستوري عاد الفقه للمناداة من جديد بمنح المجلس الدستوري سلطة الرقابة **اللاحقة على** الدستورية بالإضافة إلى سلطته في الرقابة السابقة.، **وفي عام** 2008 تقدم الرئيس ساركوزي، وهو ينتمي إلى التيار الديجولي، بمشروع جديد لتعديل الدستور تنفيذا لوعوده الانتخابية تضمن عدداً من الإصلاحات، من بينها تعديل المادة 61 من الدستور بما يوسع من اختصاصات المجلس الدستوري ويمنح للأفراد حق الدفع بعدم دستورية أحد النصوص التشريعية، بمناسبة دعوى قضائية قائمة أمام إحدى الجهات القضائية، وقد تم إقرار مشروع التعديل الدستوري الجديد بتاريخ 23 يوليو 2008 بالأغلبية التي يتطلبها الدستور، في المؤتمر المشترك للجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ. ينظر/ محمد محمد عبد اللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في 23 يونيو2008، بحث منشور بمجلة الحقوق الكويت، العدد **الثالث السنة**34، سبتمبر2010، ص 17,

القوانين ومنح الأفراد حق اللجوء للمجلس الدستوري عن طريق أسلوب الدفع الفرعي بمناسبة الدعاوي القائمة أمام المحاكم، واستند الفقه في ذلك إلى أن الرقابة اللاحقة أكثر فاعلية من الرقابة السابقة، لأن التطبيق العملي للقوانين هو الذي يكشف عن أوجه مخالفتها للدستور، **كما أن الرقابة اللاحقة تمكن الأفراد** من الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم التي قد تعتدي عليها القوانين، ومن شأن منح المجلس الدستوري سلطة الرقابة اللاحقة على القوانين أن يجعل منه محكمة **دستورية** حقيقية، كما نادى الفقه بالإبقاء، في الوقت ذاته، على نظام الرقابة السابقة على الدستورية باعتبارها رقابة وقائية **يمكن أن تمنع إصدار قانون** وافقت عليه أغلبية نواب البرلمان رغم مخالفته للدستور، ولكن هذه الرقابة غير كافية لأنها يمكن أن تتأثر بالاعتبارات السياسية، كما أنها غير متاحة **أمام الأفراد**.[33]

وحجية تبني خيار الدفع بعدم دستورية نص أو قانون أنه يثير مسألة أولية أساسية لا تستطيع المحكمة التي تنظر موضوع الدعوى أن تفصل فيها ما لم تحسم المسألة الأولية، وهي مسألة دستورية أو عدم دستورية النص المدفوع بعدم دستوريته،ولكن هل كل دفع من أحد أطراف المنازعة بعدم دستورية نص قانوني يؤدي مباشرة إلى تحريك الأمر أمام القضاء الدستوري؟ **لو صح** ذلك لأغرقت المحاكم والمجالس الدستورية بسيل من الدعاوى الدستورية بغير **حدود**، لهذا وضع المشرع قيدا يؤدي إلى نوع من التصفية أو "**الغربلة** " هو **ضرورة أن تقدر المحكمة** التي تدفع أمامها بعدم دستورية نص في قانون أن تقدر تلك المحكمة أن الدفع جدّي، واستبعاد الدفوع الكيدية الواضحة والتي لا يقصد منها غير تعطيل الدعوى، كما أن الدفوع غير المؤثرة **في الفصل** في الدعوى كان يتعلق الدفع بنص لا ينطبق على الواقعة **محل النزاع حتى وإن** ورد في ذلك القانون وجماع الأمر في جدية الدفع أولا ضرورة أن يكون **الفصل في المسألة** الدستورية التي أثارها الدفع لازمة للفصل في الدعوى المطروحة على محكمة الموضوع التي أثير أمامها الدفع وثانيا: أن يكون هناك **شك لدى قاضي الموضوع حول دستورية** النصوص المدفوع بعدم دستوريتها.

وقاضي الموضوع هو الذي يقدّر جدّية الدفع، فهو إن قدر جدية الدفع أخذ الموضوع طريقه إلى المحكمة الدستورية، وإذا قدر عدم جدية الدفع حكم

---

[33]- د/يسري محمد العصار، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل **الدستوري لعام** 2008 ، مجلة الدستورية مصر؛ العدد 16**لسنة** 2008، **ابتداء من ص**17 **على الرابط** http://www.hccourt.gov.eg/elmglacourt/mkal/16/yosryalassar16.htm

برفضه،وهذا الحكم برفض الدفع قابل للطعن فيه بالطرق المقررة للطعن في الأحكام، ولكن يطعن فيه أمام المحكمة الاستئنافية بالنسبة للمحكمة التي رفضت الدفع ولا يطعن فيه أمام المحكمة الدستورية ذلك أن هذه المحكمة ليست جهة طعن بالنسبة إلى محكمة الموضوع وإنما جهة ذات اختصاص أصيل حدده قانون إنشائها .

وقد جاء هذا التعديل لسد ثغرة كانت قائمة قبل إقراره، حيث كان الدستور عمليا يتمتع بحماية قانونية أقل من الحماية التي تتمتع بها المعاهدات وفقا للمادة 55 من الدستور، حيث تملك المحاكم باختلاف أنواعها الامتناع عن تطبيق أي قانون يتعارض مع إحدى المعاهدات، ولكنها لم تكن تملك الحق في الامتناع عن تطبيق القانون الذي يخالف الدستور، إذا كان هذا القانون لم يقض بعدم دستوريته في ظل نظام الرقابة السابقة التي يمارسها المجلس الدستوري ، وذلك نظرا لأن إحالة القوانين له هي إحالة جوازية للجهات التي منحها القانون هذه الرخصة، وليست إجبارية عليها.[34]

ممّا سبق يمكن القول انه منذ الأول من مارس 2010 تاريخ دخول التعديل الدستوري لسنة2008 حيز النفاذ صار المجلس الدستوري الفرنسي باعتباره أنموذج الرقابة السياسية على دستورية القوانين يمارس نوعين من الرقابة الدستورية: الرقابة السابقة من خلال إحالة القوانين على المجلس للنظر في دستوريتها قبل صدور القانون وفق التنظيم الدستوري للجمهورية الخامسة 1958 والرقابة اللاحقة من خلال إحالة القوانين على المجلس للنظر في دستوريتها بعد صدور القانون.

لقد كشف هذا التعديل عن المقاصد المضمرة التي كانت هدفا من قبل واضعي دستور 1958 من وراء استحداث المجلس الدستوري والتي تمثلت في ترشيد النظام البرلماني وتحجيم دور البرلمان وحراسته حتى لا يخرج عن الدور المرسوم له في الدستور من خلال آلية الرقابة السابقة سدا للأزمات السياسية بين البرلمان والحكومة، وليس مقصده الأصلي حماية حقوق وحريات الأفراد، بالرغم من المكانة التي بوّأها لنفسه بين المحاكم الدستورية في هذا

[34]- د/يسري محمد العصار، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2008 ، مرجع سابق، ص3,

المجال الحمائي للحقوق والحريات،[35] لقد كانت فرنسا البلد الأوربي الوحيد الذي لا يسمح دستورها بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين وكانت الرقابة الوقائية التي تُمارس بعد التصويت على القانون في **البرلمان وقبل إصداره من** رئيس الجمهورية السمّة الأبرز التي تميّز الرقابة الدستورية في هذا **البلد**.[36]

ورغم أن هذا التعديل قد حافظ على نفس التسمية والتشكيلة والمهام التقليدية للمجلس الدستوري من حيث كونه صاحب الاختصاص في النظر في دستورية القوانين لكنه أدخل تغييرا جذريا على آلية ممارسة هذا الاختصاص وطرق الإحالة إلى المجلس الدستوري الذي أصبح يمارس مهامه من خلال المزج بين نظامين من الرقابة: **الرقابة السابقة على إصدار القانون وفقا لدستور** 1958 **والرقابة اللاحقة على إصدار القانون** بموجب التعديل الدستوري23 **تموز** 2008.

المطلب الثاني: تفعيل المسألة الأولية أمام القضاء العادي والإداري
" نظام الرقابة اللاحقة في فرنسا"

بالرغم مما تتميز به الرقابة اللاحقة من إجراءات معقّدة وطويلة نسبيا حيث يستغرق الطعن قرابة الستة أشهر للبت فيه فضلا عن كونه يهدد مبدأ الاستقرار القانوني في المجتمع كونه يعرض القوانين إلى الإلغاء بعد تطبيقها؛ إلا أننا لا يمكننا إغفال الفوائد الكبيرة لهذه **الرقابة** من حيث مساهمتها في فسح المجال واسعا لتنظيف النظام القانوني الفرنسي من القوانين غير الدستورية خصوصا إذا علمنا أن نظام (**الرقابة السابقة**)كان جزئيا وقد مارسه **المجلس الدستوري بنسبة** تتراوح ما بين: 10- 15% **فقط من** القوانين المشرعة أما باقي القوانين فلم يتم تمحيصها دستوريا.

[35]- د/ عيد أحمد غفول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص4 وما بعدها
[36]-حاول الرئيس الفرنسي ميتران عدة محاولات لإدخال تعديل دستوري يسمح برقابة لاحقة على القوانين في الفترة (1989-1993) لكن مساعيه لم تكلل بالنجاح لمراجعة مجمل هذه التعديلات؛ خصوصا محاولتي 1990 و1993 ينظر في ذلك: د/ محمد محمد عبد اللطيف، قضاء الدستورية

من جانب آخر فان نقاط الضعف في القانون غالبا ما تظهر بعد تطبيق القانون وليس عند تشريعه وبذلك سوف يتمكن الأفراد من الطعن في القوانين و معرفة عيوبها التي ستبرز من خلال التطبيق العملي للقانون، فضلا عن أن الوقت المحدد للطعن في القوانين في ظل ظلم الرقابة السابقة، أي بعد تشريع القانون وقبل إصداره، قصير جدا و ربما لا يعطي المجال واسعا لدراسة القانون من كافة جوانبه، أما في الرقابة اللاحقة فان الطعن سيكون بهدوء اكبر وبدوافع قانونية أفرزتها ضرورات التطبيق بعيدا عن تأثيرات الرأي العام التي ترافق غالبا مع تشريع القانون.[37]

كل ذلك دفع إلى تبني فكرة الطعن بالدفع بعدم الدستورية أمام القضاء كنوع من الرقابة اللاحقة على القانون المطعون فيه بعدم الدستورية، في ظل امتناع القضاء عن مناقشته لعدم وجود النص، وخروجه عن الاختصاص القضائي بموجب التأسيس الدستوري لمؤسسة المجلس الدستوري كجهة رقابة دستورية القوانين .

الفرع الأول: إجراءات الرقابة اللاحقة في إطار رقابة المجلس الدستوري الفرنسي

وهي الطريقة التي استحدثها تعديل 28 تموز 2008 الدستوري بموجب إضافة المادة 61-1 من الدستور التي تنص على: "عند مناسبة النظر في دعوى مقامة أمام القضاء، ودَفَعَ - أحد أطراف الدعوى -بأن حكما تشريعيا ينتهك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، يستطيع المجلس الدستوري النظر في هذه المسألة بناءا على إحالتها إليه من مجلس الدولة أو محكمة النقض الذّين يتخذان قرارهما خلال فترة محددة ويحدد بقانون عضوي شروط تطبيق هذه المادة) .[38]واستنادا إلى ذلك صدر

---

[37]- وفي هذا الصدد أقر دستور 2011 في المغرب في الفصل 133 على أنه تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية من شأنها أن تمس بالحقوق وبالحريات التي يضمنها الدستور .بحيث يمكن للمواطن المغربي لأول مرة في تاريخ الدستور المغربي الحق في اللجوء إلى المحكمة الدستورية لإثارة عدم دستورية أي قانون من شأنه تطبيقه على نزاع معروض على القضاء أن يمس بحقوقه وحرياته الدستورية الأمر الذي يدرج الدستور المغربي في خانة دساتير الجيل الجديد من حقوق الإنسان أو ما يطلق عليه الأمريكيون بجيل حقوق التدعيم، وتبث المحكمة الدستورية في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين الثانية والثالثة من هذا الفصل، داخل أجل شهر من تاريخ الإحالة. بيد أن هذا الأجل يُخفض في حالة الاستعجال إلى ثمانية أيام، بطلب من الحكومة؛ كما تؤدي الإحالة إلى المحكمة الدستورية في هذه الحالات، إلى وقف سريان أجل إصدار الأمر بالتنفيذ.

[38]- د/ منصور محمد أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا؛ دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2012، ص14.

القانون العضوي[39] الذي أشارت إليه هذه المادة في 10 ديسمبر 2009 الذي سمى هذه الرقابة – مسألة الأولوية الدستورية - (la question prioritaire de constitutionnalité) واختصارا QPC[40]، بموجب المادة الفصل الثاني مكرر والذي احتوى على مادة وحيدة هي المادة 23 بفقراتها ألاثنتي عشر، وسُميت بأولوية النظر في دستورية القوانين ذلك أن الطعن المقدم وفق أحكام هذا القانون له الأولوية على غيره، فعلى القاضي التوقف فورا عن كل إجراءات الدعوى الأخرى وحسم هذا الطعن بقبوله أو رده.[41]ويرى جانب من الفقه[42] أن الترجمة الأصح لها هي:" المسالة الأولية" اعتبارا لأولية رقابة دستورية القوانين على اتفاقية القوانين التي يجوز للأفراد الدفع بها خصوصا الاتفاقيات بموجب الاتحاد الأوربي؛ وقد رتب الفقه على هذا الاختيار تفضيل استخدام الطعن بعدم الدستورية على الدفع بعدم الدستورية وهو الأنسب لمظروف المادة 61-1.

لقد أتاح هذا التعديل ولأول مرة حق الأفراد في الطعن أمام القضاء ضد القوانين العادية والقوانين التنظيمية والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية ويصادق عليها البرلمان زيادة على القوانين الصادرة عن إقليم كاليدونيا الجديدة الخاضعة للسيادة الفرنسية، أما القرارات الرئاسية التي لم يصادق عليها في البرلمان مثل المراسيم والقرارات لخضوعها لرقابة القضاء الإداري، وهو حق مقيد بأن يكون الحكم التشريعي محل الطعن قد انتهك إحدى الحقوق والحريات الأساسية التي كفلها دستور1958، بديباجته وتعديلاته فضلا عن ديباجة الدستور الفرنسي لعام 1946 وإعلان حقوق الإنسان والمواطن 1789 والميثاق البيئي لعام 2004الذي له قيمة دستورية بموجب الإشارة إليه في ديباجة دستور 1958.[43]

---

[39]- أنظر النشرة التوضيحية التي أصدرها المجلس الدستوري لأحكام "مسألة الأولوية الدستورية" (QPC) و المنشورة على الموقع الرسمي للمجلس:
http://www.conseil-constitutionnel.fr

[40]-MICHEL, Verpeaux . Annales droit constitutionnel p 206

[41]-FAVOREU, Louis. Droit constitutionnel p 338

[42]- د/ محمد محمد عبد اللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في 23 يونيو2008، مرجع سابقة، ص47.

[43]- بعد صدور القانون التنظيمي في 2009/12/10 والعديد من المراسيم التنفيذية التي صدرت في 2010 أثيرت العديد من هذه القضايا وصدرت بها أحكام نقّت التشريع الفرنسي من الإحكام

ويثار الدفع بعدم دستورية القانون أمام المحاكم وبمختلف درجاتها - **محاكم الدرجة الأولى أو الاستئناف أو النقض**-وبمختلف أنواعها سواء كانت إدارية تابعة لمجلس الدولة أو عادية تابعة لمحكمة النقض، يستثنى من ذلك المحاكم الجنائية (la cour d'assises) فلا يمكن إثارة الطعن أمامها، ومع ذلك يمكن إثارة الطعن في المراحل التي تسبق إحالة القضية إلى المحكمة الجنائية أي الطعن أمام قاضي التحقيق (le juge d'instruction) **أو المراحل التي تلي المحكمة** الجنائية أي أمام محكمة الاستئناف أو محكمة النقض خصوصا بعد تبني المشرع الفرنسي لمبدأ استئناف أحكام محكمة الجنايات مند **سنة** 2001.[44]

ويستثنى من إثارة الدفع بعدم الدستورية محكمة التنازع؛ و محكمة العدل العليا لمحاكمة رئيس الجمهورية دون محكمة عدل الجمهورية الخاصة بالوزراء فإنها تابعة لمحكمة النقض؛ و**محكمة** الجنايات كأول درجة، و**محاكم** وهيئات التحكيم، والهيئات الإدارية المستقلة.[45] **فإنه** لا يمكن إثارة الدفع أمامها بعدم الدستورية.

وقد بيّن القانون العضوي الفرنسي بتاريخ 2009/12/10 **شروط** نظر الطعن من قبل المجلس الدستوري؛ وهي شروط بعضها خاص بقبول مسالة الأولوية الدستورية عند الدفع بها أمام أول درجة في التقاضي، وشروط خاصة بإحالتها إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة، وشروط خاصة بإحالتها إلى المجلس الدستوري متقاربة منها وتشترك **في ضرورة وجوب**

غير الدستورية التي يمكن أن يحتويها وقوت بشكل كبير حقيقة دولة القانون في فرنسا،وكان السيد رئيس المجلس الدستوري الفرنسي، جان لوي دوبري، خلال زيارته يوم : الاثنين 22 أبريل 2013 للجزائر بمناسبة اليوم **الدراسي**" توسيع إخطار المجلس الدستوري" قد أوضح أن المجلس في الفترة التي ترأسه، كان يتعامل مع أكثر من 200 إخطار سنويا، بعدما كان لا يتجاوز الـ18. مشيرا إلى أنه من بين 155 قرار أصدره، كان 102 قرار ملغيا لقوانين صدرت. **وأضاف**: "أغلبية قراراتنا هي قرارات إلغاء تحمل الطابع الفوري، وهذا العدد الكبير أحدث زلزالا في الوسط **القانوني بفرنسا**." ينظر ملخص التصريح على صفحة جريدة الخبر ليوم **الثلاثاء** 23 أفريل 2013 **على الرابط** http://www.elkhabar.com/ar/politique/332821.html

[44]- **د/** منصور محمد أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا؛ دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2012، ص37.

[45]- **د/** عيد أحمد غفول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي، مرجع سابق،ص 179

تقديم المسألة الأولية في محرر منفصل ومسبب وإلا كان غير مقبول مع حظر إثارته من قبل القاضي زيادة على شروط **أخرى بعد** تصفية الدفوع الدستورية من **طرف محكمة النقض ومجلس الدولة** بعد إعادة التأكد منها.[46]

1-ضرورة أن يكون النص التشريعي محل الطعن متعلق بنزاع **بمناسبة دعوى** مرفوعة أمام إحدى جهات القضاء، حيث يجب إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها، باستثناء المحاكم الجنائية، وإن كان يجوز إثارته أمام قاضي التحقيق، وفي هذه الحالة فإنه يرفع إلى غرفة الاتهام بالمحكمة **المختصة لكي** تنظر فيه و تقرر مصيره. ويمكن تقديم الدفع بعدم الدستورية في أية مرحلة من مراحل التقاضي الدرجة الأولى والاستئناف والنقض، كما يجوز تقديمه أمام مجلس الدولة، ويمكن كذلك إثارة هذا الدفع أمام إحدى المحاكم غير التابعة لجهتي القضاء العادي والإداري، **مثل محكمة تنازع الاختصاص، ومحكمة** العدل العليا التي تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية والوزراء، ولم يبين القانون الجديد ما إذا كان من الجائز تقديم الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري ذاته حينما يفصل في المنازعات المتعلقة بالانتخابات الرئاسية أو التشريعية أو الاستفتاءات، حيث أن دوره في هذه الحالات لا يختلف عن دور أي محكمة من محاكم الموضوع تقوم بإنزال حكم القانون على واقعة معينة.

2- أن يكون الطعن ذا طبيعة جادة[47] أو يثير مسألة جديدة نتيجة تغير الظروف؛ مع **ملاحظة أن** يكون الفحص عن الجدية مختصرا أمام **محكمة الموضوع ومشددا أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة.**[48]

2- وأن لا يكون للمجلس الدستوري قد سبق أن قضى بمطابقته للدستور، يستثنى من ذلك إذا استجدت ظروف واقعية وقانونية جديدة متغيرة[49] ويجب أن يصدر قراره خلال ثلاثة أشهر، ولضمان تبادل الوثائق والإخطارات بين **طرفي** الدعوى يتم فيها تبادل المعلومات إلكترونيا بين الطرفين

---

[46]- د/ منصور محمد أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا؛ دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2012، ص125 وما بعدها .

[47] -Xavier Magnon ,la question Prioritaire de constitutionnalité Pratique et Contentieux ;A Jour au 1 novembre 2010 ; P 240.

[48]- د/ عيد أحمد غفول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص248

[49]- د/ منصور محمد أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا؛ دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2012، ص184 وما بعدها .

المتخاصمين عن طريق البريد الإلكتروني دون اشتراط شكلية مفرطة[50] الذي يتواصلون به مع المجلس لضمان اختصار الوقت، ليحال النزاع إلى جلسه استماع عامة حيث يمكن للمحامين خلالها تقديم مذكراتهم الشفوية، وبعد انتهاء جلسات الاستماع العام يصدر المجلس الدستوري حكمه بعدم دستوريته فانه يقرر إلغاءه وزواله نهائيا من النظام القانوني الفرنسي، ويكتسب القرار حجة مطلقة على طرفي النزاع وفي مواجهة العامة. أما إذا كان القرار يقضي بأن النص يتفق مع الدستور فانه يحتفظ بمكانه في النظام القانوني الفرنسي، ويجب على القضاء تطبيقه،إلا إذا رأى القاضي أن هذا النص لا يتفق مع قوانين الاتحاد الأوربي أو المعاهدات الدولية التي تكون فرنسا طرفا فيها.

4- ويقصد بالأحكام التشريعية التي يجوز التمسك بعدم دستوريتها والتي يدفع احد أطراف الدعوى المنظورة بالأولية الدستورية ضدها القوانين العادية والأوامر التي لها قوة تشريعية وهناك خلاف مدى امتدادالرقابة اللاحقة على الدستورية التي يمارسها المجلس الدستوري إلى القوانين العضوية، والمعاهدات الدولية، والقوانين الاستفتائية[51]، وذلك أن القوانين العضوية تعرض، بشكل وجوبي، على المجلس الدستوري قبل إصدارها لكي يتحقق من مدى مطابقتها للدستور.

أما المعاهدات فإنها لا تخضع للرقابة الدستورية بطريقة الدفع الفرعي نظرا لأنها لا تندرج تحت عبارة "نصوص قانونية لها قيمة التشريع" ، حيث أنها تتمتع وفقا لنص المادة 55 من الدستور بقيمة قانونية أعلى من قيمة التشريع، وإن كانت تخضع للرقابة السابقة التي يمارسها المجلس الدستوري، حيث تجيز المادة 54 من الدستور إحالتها إلى هذا المجلس قبل التصديق عليها لكي يفحص مدي اتفاقها مع الدستور.ويجيز القانون الأساسي إثارة الدفع بعدم الدستورية بمناسبة دعوى مقامة أمام جهة قضائية فان المنطق يقضى بجواز تقديمه أمام المجلس الدستوري حينما يمارس اختصاصه بصفته محكمة

---

[50]- د/ منصور محمد أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا؛ مرجع سابق، ص219 وما بعدها .

[51]- د/ محمد محمد عبد اللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في 23 يونيو2008، مقالةسابقة، ص53 وما بعدها.

موضوع، ومن البديهي أن المجلس لن يحيله في هذه الحالة لمحكمة النقض ولا إلى مجلس الدولة، وفى جميع الحالات يجب تقديم الدفع بعدم الدستورية في مذكرة مستقلة عن صحيفة الدعوى أو الطعن.[52]

ويتبيّن من ذلك أن المحكمة التي يقدم أمامها الدفع لها سلطة تقديرية في فحصه والبتّ فيه سواء أحيل إليه من إحدى المحاكم التابعة لهما أو تم تقديمه أمامهما مباشرة، حيث يمكن لهما رفضه بحجة عدم جديته، أو لأي سبب آخر، أما في حالة قبولهما له فإن عليهما إحالته للمجلس الدستوري خلال مهلة لا تزيد عن ثلاثة أشهر من رفعه إليهما ، ويقوم بفحص الدفع بعدم الدستورية، الذي يرفع إلى محكمة النقض من إحدى المحاكم التابعة لها، دائرة خاصة مشكلة من رئيس المحكمة ورؤساء الدوائر بالمحكمة واثنين من المستشارين في الدوائر المعنية بالدفع.[53]

الفرع الثاني: طبيعة الرقابة اللاحقة في النظام القانوني الفرنسي:

إن مجرد إقرار الدفع بعدم الدستورية في فرنسا يعدّ اعترافا ضمنيا بقصور الرقابة السياسية السابقة، واعتراف بفعالية مبدأ الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين، ومن ثم تبرز ذاتية هذا النوع من الرقابة المصطلح عليها بـ"المسألة الدستورية ذات الأولوية على الطريقة الفرنسية"[54]فهي ذات خصوصية فرنسية مشوبة بحذر وتخوف وتعقيد جعل بعض الفقه الفرنسي يصفها بالمغامرة المؤسساتية غير المحسوبة،خصوصا في مجال فحص مدى جدية الدفع بعدم الدستورية على مرتين"تصفية مزدوجة" أمام محكمة الموضوع وأمام محكمة النقض أو مجلس الدولة كمحكمة إحالة على المجلس الدستوري، مما يجعله شديد الاقتراب من القضاء الشخصي ويبتعد به عن القضاء العيني المعروف في القضاء الدستوري، وهو ما يعد خروجا على مبدأ عينية الدعوى الدستورية.[55]

فالرقابة اللاحقة جاءت لحماية نصوص ومبادئ دستورية معينة، وهي المتعلقة بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور فقط لتمكينهم من الدفاع عن

---

[52]- د/يسري محمد العصار، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2008 ، مرجع سابق، ص3.

[53]- د/يسري محمد العصار، مرجع سابق، ص3.

[54]- Xavier Magnon ,la question Prioritaire de constitutionnalité op ;cit; 9P.

[55]- د/ عيد أحمد غفول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص153

حقوقهم بمناسبة نزاعاتهم المعروضة أمام القضاء بحيث إذا لم تكن لمثير الدفع مصلحة شخصية فلا يقبل دفعه، يؤكد ذلك نص المادة23 من القانون الأساسي المتعلق بالمجلس الدستوري بقولها:" لا يمكن أن يثيره القاضي من تلقاء نفسه"، مما يعني انه ليس من النظام العام، وهذا ما يثير مشكلة في التطبيق العملي لها ذلك أنا القانون العضوي: 2009/12/10 يفرض على القاضي النظر أولا في مطابقة القانون للدستور الفرنسي قبل نظره في مطابقة القانون للمعاهدات أو قوانين الاتحاد الأوربي،وهذا يجعل القاضي الوطني الفرنسي متردد بين: تنفيذ القانون الوطني الذي يفرض عليه أولوية النظر في ملائمة القانون للدستور وبين تنفيذ قانون الاتحاد الأوربي الذي يفرض عليه ملائمة القانون لقوانين الاتحاد الأوربي علما أن قرارات محكمة العدل الأوربية تمنع قضاة الدول الأعضاء من تطبيق أي إجراء يعيق تنفيذ قوانين الاتحاد الأوربي باعتبار أنها تسمو على القوانين الوطنية.[56]

وأمام هذه المشكلة[57]أحالت محكمة النقض الفرنسية في 16 نيسان 2010 هذا الأمر إلى محكمة العدل الأوربية لسؤالها: هل أن"مسألة الأولوية الدستورية" التي يفرضها قانون 10-12-2009 العضوي الصادر استنادا إلى

[56]-ينظر قرار محكمة العدل الأوربية المُتخذ في التاسع من آذار 1978 و القاضي بمنع كل الإجراءات التي تعيق تطبيق قوانين الاتحاد الأوربي.

[57]- تجلت هذه المشكلة بشكل عملي حينما نظرت محكمة النقض الفرنسية في الطعن المقدم في قرار الإبعاد المتخذ ضد شخصين يحملان الجنسية الجزائرية قامت السلطات الفرنسية بتفتيش وثائقهم عند الحدود الفرنسية - البلجيكية ولكونهما لا يحملان وثائق إقامة رسمية في منطقة الاتحاد الأوربي (Schengen) قررت السلطات الفرنسية المختصة في 23 آذار 2010 احتجازهم بهدف إبعادهم إلى الحدود، وقد قدما الجزائريان طعنا إلى المحكمة يتضمن: إن إجراء تفتيش وثائق الإقامة عند الحدود بين دولتين عضوين في الاتحاد الأوربي هو انتهاك لمبدأ حرية التنقل المكفول بموجب (المادة 67 - الفقرة 2 من معاهدة انتظام عمل الاتحاد الأوربي وفي ذلك انتهاك لنص المادة 81-1 من الدستور الفرنسي التي تؤكد مبدأ مشاركة فرنسا لدول الاتحاد الأوربي وأمام هذا الطعن يتوجب على محكمة النقض استنادا إلى قانون 10-12-2009 التنظيمي أن تنظر في النص المطعون في دستوريته أولا من خلال إحالته إلى المجلس الدستوري إن ثبتت جديته، لكن ومن جانب آخر فإن قانون الاتحاد الأوربي الذي له العلوية على هذا القانون التنظيمي يلزم المحكمة بالنظر في ملائمة النص للقانون الأوربي؟ وقد جاء ردّ محكمة العدل الأوربيــة في 22 حزيران 2010 في شقه الثاني عدم قانونية الإجراء المتخذ بحق الجزائريين الذين احتجزتهم السلطات الفرنسية حيث تمنع قوانين الاتحاد الأوربي تفتيش الوثائق على بعد 20 كم من طرفي حدود الدول الأعضاء. لتفصيل أكثر ينظر: http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr

المادة 61-1 من الدستور الفرنسي يتطابق مع مبدأ سمو قانون الاتحاد الأوربي؟ وفي 22 حزيران 2010 جاء ردّ محكمة العدل الأوربية إن أولوية النظر في دستورية القوانين التي ينص عليها هذا القانون ويفرضها على المحكمة لا تتعارض مع القانون الأوربي مادامت الهيئات القضائية الفرنسية الأخرى حرة وفي كل وقت بالرقابة على ملائمة القوانين الوطنية لقوانين الاتحاد الأوربي و تطبيق كل الإجراءات القضائية التي تحمي قوانين الاتحاد، وبذلك تظهر دقة المشرع الفرنسي حينما اختار مفردة (أولوية) التي تعني عدم إهمال لأنواع الرقابة الأخرى، ما يعني وجود أكثر من وسيلة للدفاع عن الحقوق التي يضمنها الدستور على الخيار بين الدفع بعدم الدستورية والدفع بعدم الاتفاقية.[58]

غير أن الجديد في القضاء الدستوري الفرنسي هو المكانة التي صارت تحتلها محكمة النقض بموجب هذا التعديل،حيث باتت تمارس دور المجلس الدستوري بطريقة غير مباشرة من خلال الصلاحية الممنوحة لقضاتها برفض إحالة القانون المطعون فيه إلى المجلس الدستوري مستفيدين من كون قراراتهم نهائيه وغير قابله للطعن،[59]وخير مثال على ذلك قرار محكمة النقض في 7 أيار 2010 حول قانون غيسو[60](Loi Gayssot) الذي يُجرم إنكار وجود أو حجم الجرائم ضد الإنسانية، ومن أبرزها قضية وجود غرف الغاز في معسكرات الاعتقال النازية ضد اليهود، وعندما تم الطعن في هذا القانون على اعتبار انه انتهاك لحرية الاعتقاد والتعبير المكفولة دستوريا، إلا أن محكمة النقض رفضت إحالة هذا الطعن إلى المجلس الدستوري بحجة انه يفتقر إلى الجدّية. وقدتم تقديم العديد من الطعون إلى المحاكم الفرنسية استنادا إلى هذا القانون، ومن أحدث القرارات المتخذة استنادا إلى هذا النوع من الرقابة

---

[58]- د/ عيد أحمد غفول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص167

[59]- د/ منصور محمد أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا؛ دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2012، ص7.

[60]-قانون غيسو هو قانون اعتمد البرلمان الفرنسي في 13 تموز1990، بناءا على اقتراح النائب جان كلود غيسو،ويعد واحداً من عدة قوانين أوروبية تجرم إنكار الهولوكوست، ويعتبر البروفيسور روبير فوريسون أستاذ الأدب الفرنسي بجامعة ليون من أوائل من تعرض للمحاكمة بموجب هذا القانون حيث تم تغريمه وفصله من الجامعة لأنه يعتبر من ابرز منكري قصة الهولوكوست ووجود غرف الغاز في معسكرات الاعتقال النازية.

قرار المجلس الدستوري الفرنسي المتخذ بتاريخ: 4-5-2012 بعدم دستورية المادة 222-33 من قانون العقوبات المتعلقة بتجريم التحرش الجنسي معتبرا أن هذا النص يفتقر إلى التحديد، وبهذا التطور الدستوري الكبير الذي طرأ على مؤسسة المجلس الدستوري لا يمكن معه التسليم بتصنيف الرقابة في فرنسا على أنها رقابة سياسية وفقط،فقد كان النقد الذي يوجه هو اقتصار طلب انعقاد المجلس الدستوري على إخطار كل من (رئيس الجمهورية و رئيس الوزراء و رئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ) لدوافع سياسية.

ولكن بعد إضافة المادة 61-1 إلى الدستور بموجب تعديل 23 تموز 2008 فلم يبق أي أثر لهذا النقد بعد فسح المجال واسعا للأفراد لممارسة الطعن أمام القضاء،أما بخصوص تسمية أعضاء المجلس الدستوري من قبل سلطة سياسية: رئيس الجمهورية (3 أعضاء) ورئيس الجمعية الوطنية (3 أعضاء) ورئيس مجلس الشيوخ (3 أعضاء)، وكون أن الدستور لم يشترط أن يكونوا من القضاة،ففي الواقع العملي يرى بعض الفقه بعدم وجود تلازم بين طبيعة الأعضاء ونوع الرقابة التي يمارسونها، فالرقابة تكون قضائية متى أتخذت الإجراءات المتبعة في إصدار القرارات طابعا قضائيا، من حيث تبادل العرائض والأدلة بين طرفي الدعوى وطابع الجلسات التي تتميز بالردّ والرد المقابل فضلا عن تسبيب القرارات، فالإجراءات المتبعة أمام المجلس الدستوري الفرنسي ذات منحى قضائي، بل أن أعضاء المجلس الدستوري يتم تسميتهم بـ(القضاة الدستوريين) وحتى ذلك التقليد الفرنسي القاضي برفض أي شكل من أشكال الرقابة القضائية على القانون كتعبير الإرادة العامة التي يمثلها البرلمان على اعتبار أنها مقدسة ولا يجوز للقضاء المساس بها، لم يعد مقبولا ولم تبق أي قدسية للقوانين خصوصا بعد القرار الذي يوصف لدى الفقهاء بالقرار الثوري والتاريخي في حياة المجلس الدستوري الفرنسي في 8 /8/ 1985 والذي نص على أن:"القانون يعبر عن الإرادة العامة فقط عندما يحترم الدستور."[61]، وبذلك مثلت الرقابة السياسية اللاحقة للمجلس الدستوري الفرنسي من خلال آلية الدفع بعدم الدستورية

[61]- د/علي عيسى اليعقوبي، " تعديل 23 تموز 2008 الدستوري وأثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا " على الرابط الالكتروني تاريخ الولوج: 19جوان2013 .
http://hamoudi.org/arabic/dialogue-of-intellenct/22/05.htm

بخصوصيتها الفرنسية تطورا بارزا في نظم الرقابة على دستورية القوانين، وهو التطور الذي يستحق التثمين من طرف الفقه والقانون والقضاء في سبيل تحقيق العدالة الدستورية.

ورغم ما أثاره التعديل الدستوري الفرنسي 2008 بخصوص آلية الدفع بعدم الدستورية من جدل فقهي واسع خصوصا في طريقة إعمال المسألة الدستورية ذات الأولوية التي جاءت متميزة عن غيرها "بدعة فرنسية"، فانه قد أحدث أثرا كبيرا على منظومة الرقابة الدستورية في فرنسا، بحيث يمكن القول معه أن فرنسا صارت بالمقارنة مع النموذج الأوربي في القضاء الدستوري الذي ينيط الرقابة بهيئة مركزية متخصصة ذات طبيعة قضائية أقرب منها عن النموذج الأمريكي الذي يمارس القاضي في مختلف الجهات القضائية فيه الرقابة الدستورية بشكل مباشر، بل انه يمارس بآلية إثارة المسألة الأولية حلا وسطا فلا يمكن لكل مواطن أن يلجأ إلى المجلس الدستوري مباشرة وفي نفس الوقت يتعين تمكينه من التمسك بحقوقه بمناسبة منازعة معروضة على المحاكم.[62]

المبحث الثاني: أثر تمكين الأفراد من الدفع بعدم الدستورية في تفعيل العدالة الدستورية

من نتائج التأسيس الدستوري لآلية الدفع بعدم الدستورية في نظم الرقابة السياسية على دستورية القوانين، الاعتراف بحق المواطنين في التقاضي أمام القضاء الدستوري الذي يصير بموجب هذا التأسيس الدستوري ذا مفهوم واسع، بحيث يعد كل قاض أثير أمامه دفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه على النزاع قاضيا دستوريا وفقا للمعيار الموضوعي، وبذلك تقترب الرقابة السياسية من نظم الرقابة القضائية على دستورية القوانين، في الاشتراك في تمكين الفرد من الطعن بعدم دستورية القوانين، مع الاختلاف في إجراءات سيره ووسيلة ذلك.

حيث تعتمد نظم الرقابة القضائية على دستورية القوانين في أمريكا ومصر وفي النموذج الأوروبي للفقيه كيلسن النمساوي التكريس العملي لحق الفرد في اللجوء إلى القضاء الدستوري عن طريق "نظرية الدعوى الدستورية "، وعلى

[62]- د/ محمد محمد عبد اللطيف، مرجع نفسه، ص48.

سبيل المثال يخصص **القانون الدستوري المصري**[63]-بالرغم من عدم اعترافه بالدعوى الدستورية الأصلية- ثلاث وسائل لتحريك الرقابة الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا وهي:الإحالة والدفع والتصدي، فالطريق الأول هو التجاء جهة القضاء من تلقاء نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في دستورية نص لازم للفصل في دعوى منظورة أمام هذه الجهة، وذلك تثبيتاً لالتزام الأحكام القضائية بالقواعد الدستورية الصحيحة.والطريق الثاني الدفع الجدّي من أحد الخصوم أمام إحدى جهات القضاء بعدم دستورية نص في **قانون أو لائحة وعندئذ تؤجل المحكمة نظر الدعوى وتحدد لمن آثار الدفع أجلاً** لرفع الدعوى بنفسه والطريق الثالث تخويل المحكمة الدستورية العليا أن تقضي من تلقاء نفسها- بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة أي من اختصاصاتها، **أما في النموذج الفرنسي المستحدث** بموجب التعديل الدستوري 2008**فان حق الفرد في الطعن بعدم الدستورية** لا يكون أمام المجلس الدستوري مباشرة وإنما أمام القضاء الفاصل في النزاع المعروض، متى تعلق النزاع بقانون ماس بالحقوق والحريات.

وبغض النظر عن هذا الاختلاف في سير إجراء الطعن بعدم الدستورية، فان الفقه الدستوري يثمّن هذا التقارب بين نظم العدالة الدستورية **وبذلك** يصبح النص على "حق كل فرد في اللجوء للقضاء للطعن في أي تشريع أو قرار أو إجراء مما يتضمن اعتداء على أي من حقوقه أو حرياته"[64] **من**

---

[63]- كمثال على الإخطار عن طريق الدفع ينص الدستور المصري في مادته 176 **على أن تتولى المحكمة** الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي:
طريقة الإحالة: إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات **الاختصاص القضائي أثناء نظر** إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في **قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت** الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة.وطريقة الدفع: **إذا دفع أحد** الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات **الاختصاص القضائي** بعدم دستورية **نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة** أو الهيئة أن الدفع جدي، أجّلت نظر الدعوى وحددت لمن **أثار** الدفع موعدًا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الموعد المحدد اعتبر الدفع كأن لم يكن."

[64]-وفي هذا المجال يمكن التمثيل بالفصل 133 **من دستور** 2011 **المغربي الذي قرر حق المواطن المغربي في الدفع** بعدم دستورية أي قانون يراه متعارضا مع مصالحه ؛ تفعيلا للعدالة دستورية حيث تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون،

النصوص اللازمة في التشريعات المعاصرة، فان الذي يجب تثمينه والتأكيد عليه هو الدور الايجابي الذي يقوم به هذا القضاء الدستوري **في إعادة الاعتبار** لخصوصية إشكالية الصراع الأزلي بين السلطة والحرية لصالح حماية حريات المواطنين تجاه السلطة وعدم التعرض لانتهاك حقوقهم وحرياتهم كمظهر من مظاهر تطور المجتمعات الإنسانية، ومن أجل استثمار آلية الدفع بعدم الدستورية في مجال تأمين ممارسة الحريات الأساسية وإضفاء الطابع القضائي على عمل المجلس الدستوري نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: دور العدالة الدستورية في تأمين الحرية الأساسية

المطلب الثاني: اثر الدفع بعدم الدستورية في إضفاء الطابع القضائي على الرقابة الدستورية

المطلب الأول: دور العدالة الدستورية في تأمين الحرية الأساسية

سبق بيان أن العدالة الدستورية ليست مرتبطة بالمحاكم الدستورية ارتباط السبب بالنتيجة،ذلك **أن** القول بوجود عدالة دستورية لا يلزم منه بالضرورة وجود قضاء دستوري متخصص، فقد توجد عدالة دستورية من غير وجود محكمة دستورية؛ مثل ما هو الحال مع المجلس الدستوري الفرنسي الذي يعتمد على أسلوب الرقابة السياسية على دستورية القوانين، فالخصوصية الفرنسية بسبب الظروف السياسية والتاريخية والفلسفية إلى إبعاد القضاء من

أثير أثناء النظر في قضية من شأنها أن تمس بالحقوق وبالحريات، بحيث **يخوّل للمواطن المغربي** لأول مرة في تاريخ الدستور المغربي الحق في اللجوء إلى المحكمة الدستورية لإثارة عدم دستورية أي قانون من شأنه تطبيقه على نزاع معروض على القضاء أن يمس بحقوقه وحرياته الدستورية الأمر الذي يدرج الدستور المغربي في خانة دساتير الجيل الجديد من حقوق الإنسان أو ما يطلق عليه الأمريكيون بجيل حقوق التدعيم ينظر:محمد زين الدين،الأبعاد الحقوقية للمحكمة الدستورية بالمغرب، مقال منشور بصحيفة الخبر المغربية، يوم الأحد 4 **مارس** 2013 **على الشبكة** العنكبوتية على الرابط/http://www.alkhabar.ma

رقابة الدستورية خشية تغوّله على السلطات الأخرى وأصبحت الرقابة السياسية ذات مكانة مرموقة في دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي لعام 1958 وأناط مهمة الرقابة إلى هيئة اسماها المجلس الدستوري في حين كانت الرقابة القضائية ذات خصوصية أمريكية طوال القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين؛ رغم عدم وجود قضاء دستوري متخصص، لكن المحكمة العليا الأمريكية التي هي في قمة التنظيم القضائي أقرت لنفسها حق الرقابة الدستورية منذ عام 1803 في الحكم الشهير الذي حكم به القاضي مارشال في القضية المشهورة ماربوري ضد ماديسون[65] ،ومن هنا يستمد القضاء الدستوري شرعيته وذاتيته من الدور المناط به في صون الدستور وحمايته من أي اعتداء تشريعي أو تنظيمي فباعتبارهالتعبير الأسمى عن إرادة الشعب وسيادته، يلزم أن تحضى أحكامه بالاحترام وقواعده بالسمو، وهو ما يحتاج إلى ضمانات للمحافظة على التوازن بين مختلف السلطات من جهة وللوقوف أمام أي انتهاك محتمل لسلطة ما على الحريات الأساسية، وذلك بتمكين المواطنين بالطعن أمام القضاء ضد القوانين التي تهدر أو تنقص من حرياتهم وحقوقهم العامة.

وجدير بالإشارة أن غالبية الدساتير العربية ركّزت على كفالة الحقوق السياسية والمدنية دستوريا وقضائيا أو ما يعرف حقوق الجيل الأول تحت موجة العولمة السياسية وأغفلت الحماية القضائية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أي حقوق الجيل الثاني، حيث رغم وجود النص القانوني إلا أن تطبيقها رهن بالظروف المادية للدولة، كما أن حقوق الجيل الثالث كالحق في البيئة والتنمية والسلم والتضامن لازالت لم ترق إلى درجة الحقوق الدستورية في بعض الدول العربية، مما يعني افتقاد حقوق هذين الجيلين لأي حماية قضائية لها عند التظلم بانتهاكها، وهو ما يطرح إشكالية كيفية استيعاب مشاكل المواطنين الاجتماعية والاقتصادية وكيفية إنصافهم في ظل عدم تمتع

[65] ماربوري Marbury وهو قاض أمريكي رفع دعوى على المحكمة العليا ضد ماديسون Madison وهو وزير، يطلب فيها إصدار أمر قضائي على ماديسون يقضي بتسليمه قرار تعيينه قاضياً والذي أصدره مجلس الشيوخ وصدق عليه رئيس الدولة في ظل قانون النظام القضائي الذي أصدرها الاتحاديون عام 1801م، ينظر د/ نعمان الخطيب، في النظم السياسية والقانون الدستوري، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1999م، ص551

هذه الحقوق بالحماية القضائية،مما يستوجب على الأقل تمكينهم من الطعن في القوانين التي تمس بحقوق هذين الجيلين بعدم الدستورية إلى غاية تحسن الظروف الاقتصادية والاجتماعية المساعدة على توفير حقوق العدالة الاجتماعية ومن ثم المطالبة بها قضائيا.

الفرع الأول: غاية تفعيل العدالة الدستورية

باعتماد قاعدة الدفع بعدم الدستورية في أسلوب الرقابة السياسية على دستورية القوانين تقل وتضيق دائرة الخلاف بين أسلوبي الرقابة الدستورية القضائية والسياسية؛ بحيث تغدو العدالة الدستورية جامعة لهما وأساسا لحماية الحقوق والحريات العامة.

ويقصد بالعدالة الدستورية **وفقا للمعنى الموضوعي الأكثر تناسبا مع** دساتير الدول العربية التي تنوّعت مابين الرقابة السياسية على دستورية القوانين والرقابة القضائية عليها بأنه :"**الفصل القضائي في المسائل** الدستورية بصرف النظر عن الجهة القضائية التي تمارسه مجلسا كان أم محكمة حيث يطبق القاضي الدستوري في المنازعات الدستورية المعروضة عليه القاعدة الدستورية باعتباره القاعدة القانونية الأسمى في الدولة، **ومن ثم** فكل قاض يطبق قاعدة دستورية على نزاع هو من اختصاصه يمارس قضاء دستوريا[66]، فإذا أسس القاضي منطوق حكمه على قرينة البراءة الأصلية للمتهم يكون قد مارس القضاء الدستوري؛ وهو بهذا يتعدى ممارسة وظيفة سياسية كحارس حدود بين **السلطات العامة** لإقامة العدالة بينها إلى ممارسة وظيفة قضائية محظة تتمثل في تطبيق القانون ممثلا في القواعد الدستورية خصوصا القواعد المتعلقة بالحريات الأساسية؛ وهذا ما يرجح المفهوم الموضوعي لمسمى القضاء الدستوري، على المفهوم الشكلي الذي يرتبط بوجود وعدم **وجود محاكم دستورية**.[67]

---

[66]- د/ عادل بن عبد الله، العدالة الدستورية في النظام القانوني الجزائري؛ مجلة الاجتهاد القضائي؛ **العدد الرابع؛ إصدارات جامعة بسكرة؛** ص293.

[67]- ينظر تفاصيل مفهوم القضاء **الدستوري عند كل من: د/**طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، دراسة مقارنة في رقابة الدستورية، دار النهضة العربية الطبعة الثانية 1994 ، **د/ ماجد راغب الحلو**: القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعيَّة بالإسكندريَّة، 1997، ص11. **ود/**أمين

وتعود مرجعية العدالة الدستورية "الرقابة القضائية على دستورية القوانين" إلى أمريكا بسبب سوابق تاريخية عاشتها الولايات المتحدة الأمريكية؛[68] حيث كانت مستعمرة بريطانية مضطرة للعمل بقوانين البرلمان الانجليزي؛ والخضوع للتاج في أوامره؛ وترتب على ذلك أن **شعر** الأمريكيون بأن من حقهم المطالبة بإبطال ما يرونه غير دستوري أي مع **دستور** 1787؛ فكانوا يطالبون القضاء الأمريكي الحكم بعدم دستورية بعض قوانين البرلمان الانجليزي؛ معتمدين في ذلك على ضرورة وجود سلطة قضائية مستقلة[69] .

وهو ما استغلته المحكمة الاتحادية العليا، وهي المحكمة الأعلى درجة في الولايات المتحدة الأمريكية ولا يمكن مراجعة أي قرار صادر عن المحكمة العليا أمام أية محكمة أخرى؛ ويحمي الدستور استقلالية القضاء في نصه على أن القضاة الفدراليين يبقون في مناصبهم ماداموا حسني السلوك؛ وهي **المحكمة** الوحيدة التي أنشاها الدستور الأمريكي في احتكار الرقابة على دستورية القوانين من خلال قضية ماديسون ضد ماربوري؛[70] حيث حكم القاضي جون

عاطف صليبيا، دور القضاء الدستوري في **إنشاء دولة القانون، دراسة مقارنة**- المؤسسة الحديثة **للكتاب** 2000 ، ص 40.

[68] - د/ رفعت سيد؛ الوجيز في ال**دعوى ال**دستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا وأمريكا؛ مرجع **سابق**؛ ص 141.

[69]- أحمد بن دلاع؛ الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر؛ رسالة ماجستير 1997 ؛ كلية الحقوق جامعة وهران ؛ ص20

[70]- وتتلخص وقائع القضية في كون الاتحاديين أصدروا حركة تعيين بعض القضاة وأغفل وزير الداخلية مارشال؛ تسليم القضاة الجدد أوامر التعيين نظرا لحالة الاستعجال؛ حيث أن القرارات صادق عليها رئيس الجمهورية جون آدامس في ليلة انتهاء مدة رئاسته؛ ليتولى بعده الرئيس توماس جيفر سون؛ مهام الرئاسة؛ والذي انتهز ذلك السهو ليحول دون استكمال إجراءات تعيين أكبر عدد ممكن من القضاة الموالين للحزب المعارض؛ فأصدر تعليماته إلى وزير الداخلية الجديد ماديسون؛ بان يسلم أوامر التعيين إلى بعض القضاة **دون البعض الآخر؛ فكان ماربوري** أحد القضاة الذين صرف النظر عن تعيينهم؛ فلجأ إلى المحكمة الاتحادية العليا؛ مطالبا بأحقيته في التعيين؛ وقد قضت المحكمة بأحقية المدعي في التعيين؛ ولكنها رفضت إصدار أمر إلى وزير الداخلية بتسليم أمر التعيين؛ بحجة أن مهام المحكمة البحث عن مدى دستورية القوانين ومنع التعارض بين القوانين وحق التفسير الدستوري وليس لها الحق في إصدار أوامر أو لحكم عليها؛

مارشال رئيس المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون اتحادي لمخالفته للدستور الاتحادي حيث جاء في تعليل حكمه[71]:"**إن الحق نلتمس عن تمازج** فكرتين؛ سلطـان القضاء ومبدأ سيادة الدستور؛ إن مهمة القضاء هي تطبيق القانون في القضايا المعروضة عليه؛ فإذا وجد في قضية معروضة عليه؛ جملة قواعد قانونية لا يمكن التوفيق بينها؛ فيكون عندئذ أمام الحالة التي نسميها "تنازع القوانين"؛ وفي حالة التنازع بين نص دستوري ونص قانوني يجب على القاضي أن يطبق أحد النصين وبما أن النص الدستوري هو الأعلى فيجب عليه أن يطبقه." وقد لقي هذا القرار معارضة شديدة [72] من كلا السلطتين التنفيذية والتشريعية[73]انتهت فعليا لصالح حكومة القضاة.

وعليه نشأ هذا النوع المتخصص من القضاء وتطور في أمريكا **وانجلترا ابتداء من سنة** 1803 ثم انتقل إلى أوروبا عن طريق دستور النمسا 1920 ثم إلى الدول العربية على رأسها دستور الكويت1962**ثم الدستور المصري**1971 مرورا بالدستور القطري واليمني والسوداني وانتهاء بدساتير الثورة في كل من المغرب والأردن وسوريا في انتظار ما ستسفر عنه تأسيسية الدستور في كل من تونس وليبيا والجزائر عن مصير المجلس الدستوري فيها،

ينظر د/ فوزي أوصديق؛ الوفي في شرح القانون الدستوري؛ ج2؛ نظرية الدستور؛ طبعة 2003 ؛ ص 202 ود/ رمزي الشاعر؛ **القانون الدستوري**؛ط3؛سنة 1982؛ ص 228

[71]- د/ كمال الغالي؛ مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية؛ مطبعة رياض – دمشق؛ 1980؛ ص 155

[72] - حيث صرح حينها الرئيس الأمريكي جاكسون ساخرا منه ومشككا في تنفيذه:" **إن جون** مارشال أصدر حكما فلينفذه إذا كان قادرا على ذلك ". وفي المقابل سئل أحد رؤساء المحكمة العليا **عن معنى الدستور فقال**:"الدستور هو ما نقول" للدلالة على سلطة المحكمة السامية في تقرير ما يعد دستوريا وما يعد مخالفا له" ينظر د/بن سهلة ثاني بن علي؛ المجلس الدستوري بين الرقابيتين السياسية والقضائية - **دراسة مقارنة على ضوء التطور الدستوري في الجزائر-؛ مجلة إدارة؛ الجزائر؛ العدد**22؛ ص 66 .

[73]- د/يحي الجمل؛ القضاء الدستوري في مصر؛ ص 227 وما بعدها ؛ وقد أشار سيادته إلى المكانة الموقرة التي تحضي بها المحكمة العليا في نفوس الأمريكيين إلى درجة أنها صارت إحدى المعالم والمزارات التي يقصدها أنصار الحرية. مرجع نفسه؛ ص 228 .

حيث تشير الاقتراحات إلى تبني أسلوب الدفع بعدم دستورية القوانين أمام الموطنين في كل ما يعد مساسا بأحد الحقوق والحريات الأساسية تماشيا مع التعديل الدستوري الجوهري الذي أقدم عليه **المؤسس الدستوري الفرنسي** سنة 2008 بخصوص توسيع جهات إخطار المجلس الدستوري لصالح المواطنين **وفقا لضوابط محددة**.

الفرع الثاني: خصوصية الرقابة القضائية على دستورية القوانين الماسة بالحقوق والحريات الأساسية.

موضوع المنازعات الدستورية في ظل الرقابة القضائية على دستورية القوانين في جوهره نزاع قانوني محض؛ يتلخص عند غالبية الفقه الدستوري في بيان ما إذا كان المشرع يعمل في إطار اختصاصاته وحدوده المرسومة دستوريا أم أنه خرج عن مقتضى ما يسمح به الدستور؛ وهذا ما قررته صراحة المحكمة العليا في أمريكا في قرار شهير لها سنة 1936 حيث جاء فيه:"إن مهمة القاضي في غاية من البساطة تتلخص في أنه إذا طعن أمام المحكمة بان قانونا ما غير مطابق للنظام الدستوري فعلى السلطة القضائية واجب واحد هو مقارنة النصين والحكم بما إذا كان هناك تعارض **أم لا**." [74]

وعليه فان الوجه القانوني للرقابة القضائية على دستورية القوانين أمر واضح وطبيعي يتناسب مع وظيفة القاضي الأصلية والمتمثلة في الفصل بين **الخصومات والمنازعات**؛- ومنها المنازعات الدستورية- ومن بين هذه **المنازعات الإجابة عن الدفوع المتعلقة** بتنازع قانونين أحدهما أساسي والآخر فرعي، والترجيح بينهما بقواعد التفسير والتي منها قاعدة تدرج القواعد القانونية؛ وبهذا تكون وظيفة الرقابة الدستورية عملا قضائيا وليس سياسيا، فما **دام الدستور** هو القانون الأعلى في الدولة فان النتيجة الطبيعية أن يكون **البطلان** هو الجزاء المقرر لكل قانون أدنى مخالف له.

ولكن ليس دائما تكون الرقابة بهذا الوضوح-المقارنة الحرفية بين **النص الدستوري والنص القانوني**-؛ فقد يضطر القاضي إلى اتخاذ مواقف ذات طبيعة سياسية؛ حيث أن ذكاء المشرع ومهارته يجعله بعيدا عن الوقوع في

---

[74]- مشار إليه عند رسالة د/ علي السيد الباز؛ الرقابة على دستورية القوانين في مصر و أمريكا؛ رسالة دكتوراه 1960؛ ؛ ص 188

تعارض ظاهري مع الدستور وانتهاكه علانية؛ فتكون حينئذ أمام حالة تتطلب التعمق والغوص في فحص مدى وجود انتهاك خفي للدستور من جانب القانون؛ من خلال المقارنة بين نوايا واضعي الدستور ونوايا المشرع؛ كوسيلة لمنع تعسف المشرع في استعمال سلطته التشريعية التقديرية وليس فقط الاكتفاء بالرقابة النصية.[75]

ومنها ينتقد البعض فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين كونها تخرج القاضي عن وظيفته الطبيعية؛ التي يلزمها به مبدأ الفصل بين السلطات، لينتهي إلى ممارسة وظيفة سياسية بعيدة عن تخصصه، من خلال إقحامه في معترك الساحة السياسية؛ وجعله يتقمص شخصية المؤسس الدستوري أحيانا وشخصية المشرع أحيانا أخرى؛ بحيث يضع نفسه **مكان واضعي الدستور**– الذين أصبحوا تحت التراب- ثم يقارن ويوازن ويتخيل الآثار التي ستترتب على القانون؛ ويستخلص في ضوءها مدى تطابقها **مع مقصود المؤسس الدستوري**. الأمر الذي يجعله حتما يقوم بدور سياسي محفوف بالمخاطر خصوصا وانه غير ملم بطبيعة الظروف السياسية المتغيرة والدافعة إلى وضع القانون؛ وبالتالي سيقع القاضي الدستوري في مزالق ستؤثر مستقبلا على مكانة السلطة القضائية في النظام السياسي؛ نظرا لما ستحدثه أحكام القضاء الدستوري المتعلقة بالامتناع عن تطبيق القانون أو الحكم بإلغائه لعدم دستوريته من أصداء في عالم السياسة.

وعلى هذا الأساس قرر الفقه الدستوري أن للرقابة القضائية على دستورية القوانين وجهان وجه قانوني وآخر سياسي؛وليست كما يراها البعض **رقابة** قانونية خالصة بل هي رقابة قانونية وسياسية معا. ومما يؤكد على هذه الطبيعة إنكار بعض الفقهاء الفرنسيين وجود مسمى حقيقة المنازعة الدستورية أمام المجلس الدستوري من أصله لعدم وجود ادعاءات متعارضة ومتقابلة بين خصمين أو أكثر قائمة على أساس المواجهة؛ خصوصا في **حالة** الرقابة الإلزامية كما في الرقابة على دستورية القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان حيث لا يوجد نزاع بين أطراف متعارضة؛ ومع ذلك تحرك الرقابة الدستورية -ولو لم يوجد نزاع حقيقي-؛ لمجرد التحقيق في مدى دستورية القانون العضوي؛ بل أن البعض ينفي فكرة وجود الدعوى الدستورية في حد ذاتها؛ حيث يلاحظ وجود مدعي ولا يوجد مدعى عليه؛ كما أن الطعن

[75]- **نقلا عن رسالة د/** علي السيد الباز؛ الرقابة على دستورية القوانين في مصر ؛ ص 191

يقوم ضد قانون؛ وليس ضد شخص معين، فضلا عن عدم اشتراط وجود مصلحة أو أية أسباب حقيقية ومصالح ذاتية تستهدفها الجهة صاحبة الإخطار من وراء تحريك الرقابة الدستورية.[76]

غير أن ذلك لا يقدح في فعالية الدفع القضائي بعدم الدستورية وفقا للنموذج الفرنسي الذي يتدارك إشكالية إقحام القاضي في مناقشة مسائل سياسية بطبيعتها وتدخله في اختصاص سلطة دستورية مستقلة بذاتها، حيث لا يقوم القاضي وفقا لآلية الدفع بعدم الدستورية بموجب تعديل2008 **إلا** بالتأكد من جدية الدفع بعدم الدستورية ليتم إحالته في الأخير على المجلس الدستوري المختص بإصدار قرار عدم الدستورية.

إن ظاهرة التضخم التشريعي وعدم الكفاءة التي صار يتميز بها العمل التشريعي المعياري، جعل الكثير من الأنظمة الحديثة تدعم عمل البرلمان بتوسيع جهات إخطار المجلس الدستوري نظرا للدور الفعال له في تأمين الوظيفة المعيارية للتشريع، خصوصا فيما يتعلق **بالحقوق والحريات** الأساسية وبتحقيق التوازن بين السلطات من خلال التفسير الدستوري، ورغم ضآلة إنتاج الفقه الدستوري بسبب قلة جهات الإخطار فضلا عن الطابع الاختياري لغالبيتها حيث اثبت واقع التجربة الدستورية الجزائرية، أنها ومنذ تأسيس جهاز المجلس الدستوري بالجزائر 1989 **تم إصدار** ما يزيد عن 330 نص تشريعي إلى غاية نهاية 2011 بين قانون **عضوي وعادي**[77] **وآلاف** النصوص التنظيمية من مراسيم رئاسية و تنفيذية، ولم يخطر المجلس الدستوري لرقابة دستورية هذا الإنتاج التشريعي المعياري الهائل إلا 30 **مرة** فقط بالنسبة للعمل التشريعي أي ما يقارب نسبة 10% فقط، وهي في الغالب إخطارات وجوبيه بمناسبة صدور القوانين العضوية أو الأنظمة الداخلية، ولم يخطر اختياريا إلا بثمان نصوص عادية فقط مع إصدار الباقي بدون أية رقابة وهذا رد على عدم كفاية التنظيم الحالي لآلية الإخطار في تفعيل رقابة

[76]- ينظر د/عمار عباس ونفيسة نجتي ؛ تأثير النظام الإجرائي على رقابة المجلس الدستوري وسبل إصلاحه؛ ص 32

[77]- إحصائيات مستقاة من موقع المجلس الشعبي الوطني، وموقع المجلس الدستوري : www.conseil-constitutionnel.dz ، www.apn-dz.org

المجلس الدستوري، والاستفادة منها في تطوير الوظيفة التشريعية، الأمر الذي يستدعي التفكير في مراجعة تنظيم هذه الآلية.

المطلب الثاني: اثر الدفع بعدم الدستورية في إضفاء الطابع القضائي على الرقابة الدستورية

لقد قطعت العديد من الأنظمة الدستورية الغربية والعربية أشواطا متقدمة في مجال تفعيل العدالة الدستورية، عبر آلية الدفع بعدم الدستورية، أما الدول التي تأخذ بالمجالس الدستورية فيعد النظام الفرنسي بموجب التعديل **الدستوري** 2008 **والمغربي بعد دستور**2011 **أحسن مثل على توسعة إخطار** هذه المجالس.[78]فبالنسبة للتجربة الفرنسية قد عرفت كما سبق توسعا لجهات إخطار المجلس الدستوري الفرنسي ولمرتين: الأولى بالتعديل **الدستوري لسنة** 1974 **الذي مس المادة** 61 **من دستور** 1958، **وفتح المجال أمام** البرلمانيين، بواسطة توقيع **على رسالة إخطار من قبل** 60 نائبا في الجمعية العامة أو 60 شيخا بالنسبة لمجلس الشيوخ[79]، وقد شكل هذا التعديل نقلة نوعية في حياة المجلس الدستوري بإتاحة فرصة للأقلية البرلمانية من تفعيل رقابة الدستورية، والمرة الثانية كانت بموجب تعديل 23 جويلية 2008 **لدستور** 1958**الذي فتح بموجب الفقرة الأولى من المادة** 61 للمواطنين من دخول العدالة الدستورية بطريقة غير مباشرة[80]، بأن أعطاهم حق المنازعة في أي حكم غير دستوري ساري المفعول، من خلال الدفع بعدم الدستورية أثناء تطبيقه أمام جهاز العدالة العادي، وجعل آلية للتصفية قبل إحالة الدفوع بعدم الدستورية على المجلس الدستوري، بتصفيتها أولا من قبل محكمة النقض **ومجلس الدولة**.[81]

---

[78]- د/محمد منير حساني، توسعة حق إخطار المجلس الدستوري للبرلمانيين تأمين للوظيفة التشريعية، على الرابط الالكتروني:
http://arabsfordemocracy.org/democracy/pages/view/pageId/1842

[79]-Béchillon D., Élargir la saisine du Conseil constitutionnel ?, Pouvoirs 2003/2, n° 105, p. 03.

[80]- Roussillon Henry. La saisine du Conseil constitutionnel. Contribution à un débat, Revue internationale de droit comparé. Vol. 54 N°2 .Avril –juin. p. 07.

[81]-Béchillon D., Ibid, p. 06, 07.

ورغم ذلك لم يصل هذا التعديل إلى النموذجين الأمريكي والمصري الرائدين في مجال القضاء الدستوري عن طريق الدعوى الدستورية المعمول به فيهما، ومع ذلك فهو تطور جدير بالاعتبار، وبالإقتداء به في توسعة **الإخطار في الدول التي تأخذ بنظام المجالس** الدستورية كالجزائر وهو ما سار عليه الدستور المغربي وبقفزة نوعية تعدت توسعة جهة الإخطار بموجب **دستور** 1996[82]إلى تحويل طبيعة الرقابة الدستورية المغربية من مجلس إلى محكمة دستورية **بموجب دستور**2011.

الفرع الأول:خصوصية ميكانيزم الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي

كفل تعديل القانون الأساسي المنظم للمجلس الدستوري لجميع الأشخاص **الحق في الدفع بعدم دستورية** نص تشريعي **بمناسبة دعوى مرفوعة أمام** إحدى الجهات **القضائية**، إذا كان هذا النص يعتدي على أحد الحقوق أو إحدى الحريات الأساسية التي يحميها الدستور، وتشمل عبارة جميع الأشخاص :الأشخاص الطبيعية والمعنوية، سواء كانت أشخاصا معنوية **عامة مثل** الهيئات العامة والمؤسسات العامة ووحدات الإدارة المحلية، أو **خاصة مثل** الشركات والجمعيات والاتحادات. ولا تقتصر عبارة جميع الأشخاص **على** الوطنيين وحدهم ، وإنما تشمل كذلك الأجانب، حيث استقرت أحكام المجلس الدستوري على أن الأجانب المقيمين في فرنسا يتمتعون بالحقوق والحريات الأساسية ذات القيمة الدستورية، ما عدا الحقوق التي يقصرها الدستور على الوطنيين وحدهم ، مثل الحق في الانتخاب.

وتطبيقا لذلك يجوز لأطراف أي دعوى قائمة أمام إحدى جهات القضاء الدفع بعدم دستورية النص التشريعي المطبق على الدعوى إذا كان يعتدي على أحد الحقوق والحريات، ويثور السؤال عن مدى إمكانية إثارة هذا الدفع مباشرة

---

[82]- دستور المملكة المغربية، ظهر شريف رقم 1.96.157 **صادر في** 23 **من جمادى الأولى** 1417 **الموافق لـ** 07 **أكتوبر** 1996. **فبموجب الفصل الثامن من الدستور المغربي بأن** " تحال القوانين التنظيمية قبل إصدار الأمر بتنفيذها، والنظام الداخلي لكل من **مجلسي البرلمان** قبل الشروع في تطبيقه إلى المجلس الدستوري ليبت في مطابقتها للدستور وللملك أو الوزير الأول أو رئيس **مجلس النواب** أو رئيس **مجلس** المستشارين أو ربع أعضاء مجلس النواب أو أعضاء مجلس المستشارين أن يحيلوا القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها إلى المجلس الدستوري ليبت في مطابقتها للدستور" حيث مكن للأقلية من ممارسته بتمكينه إياه لربع أعضاء إحدى غرفتي البرلمان، كما أنه لم يقصر ممارسة السلطة التنفيذية للإخطار على شخص رئيس الجمهورية، بل مد ممارسته إلى الوزير الأول،

بواسطة القاضي أو النيابة العامة في الحالة التي لا يتمسك فيها أحد الخصوم بهذا الدفع،وتتوقف الإجابة على هذا السؤال على التكييف القانوني للدفع بعدم الدستورية، فإذا اعتبرناه دفعا متعلقا بالنظام العام فسوف يترتب على ذلك أنه يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، ولو لم يتمسك به أحد أطراف الدعوى، ويؤيد الفقه الفرنسي هذا التكييف باعتبار أن الاعتداء على أحد الحقوق أو إحدى الحريات الأساسية التي يحميها الدستور يعتبر من الأمور المتعلقة بالنظام العام والتي يجوز للقاضي أو النيابة العامة إثارتها مباشرة، أما إذا لم نعتبر هذا الدفع متعلقا بالنظام العام فلن يملك القاضي إثارته إذا لم يتمسك به أحد الخصوم، وهذا الحل الثاني هو الذي تبناه تعديل القانون الأساسي المنظم للمجلس الدستوري.

وفي النموذج الفرنسي الذي تنتهجه الدول التي تتبنى الرقابة السياسية عن طريق المجلس الدستوري فانه رغم أنه لا يزال متأخرا عن مواكبة نظرائه في حماية الحرية الأساسية؛ إلا انه يسير بصفة تدريجية في الأخذ بمقتضيات مبدأ وجاهية الإجراءات الدستورية- وبصفة غير رسمية- ؛ فبالإضافة إلى ما قرره القانون العضوي المنظم لعمل المجلس الدستوري لسنة 1958 من أن المجلس ملزم بتبليغ وإعلام جميع السلطات التي لها حق الإخطار بمضمون الطعن ومحتوى رسالة الإخطار؛ إذا تعلق الأمر بالرقابة الاختيارية ؛ فضلا عن شرط ضرورة تسبيب وتعليل رسالة الإخطار؛ فانه في سنة 1968 لاستطاع المجلس- باجتهاد منه- تمكين الأطراف من حق الدفاع؛ ووصل به الحد سنة 1983إلى دفع السلطة التنفيذية إلى شهر الإخطار في الجريدة الرسمية؛ كما تم الاعتراف بحق الرد للحكومة- على اعتبار أن غالبية مشاريع القوانين ذات مصدر حكومي- من خلال تقديم مذكرات إيضاحية إضافية وجوابية سنة 1994.[83] فلم يجعل تعديل القانون الأساسي المنظم للمجلس الدستوري من الدعوي الدستورية التي استحدثها التعديل الدستوري لعام 2008 دعوى حسبة متاحة لجميع الأفراد، وإنما اشترط لقبول المجلس الدستوري لها أن يتم تحريكها بواسطة دفع فرعي يقدم أثناء نظر إحدى الدعاوى أمام جهة من جهات القضاء، وبشرط أن يستند هذا الدفع إلى أن النص

[83]- ينظر د/ عمار عباس ونفيسة نجتي؛ تأثير النظام الإجرائي على رقابة المجلس الدستوري وسبل إصلاحه؛ ص 38.

التشريعي **المطعون** فيه يتضمن اعتداء على أحد الحقوق أو احدى الحريات الأساسية التي يكفلها الدستور، وبذلك فإن المصلحة في هذه الدعوى تتمثل في المنفعة التي تتحقق من الحكم بعدم دستورية النص الذي اعتدى على هذه الحقوق، ويقيم المشروع صلة بين الدعوى، التي أثير بصددها الدفع بعدم الدستورية، والدعوى الدستورية، عن طريق اشتراط أن يكون هذا النص أساسا للدعوى الموضوعية، وهذا ما يعني أن المسألة الدستورية كي تعد مسألة أولية يجب أن يتم الفصل فيها أولا لكي تتمكن المحكمة من الفصل في الدعوى الموضوعية التي أثير بمناسبتها **الدفع**. وهي إجراءات من شأنها إضفاء الشفافية على الرقابة الدستورية؛ حيث نستطيع القول أن المجلس صار محكمة دستورية حقيقية[84] بحكم ما وصلت إليه إجراءات التحقيق الدستوري من وجاهة وعلانية وشفافية؛ من شأنها مساعدة القاضي الدستوري في الفصل في المنازعة الدستورية يعد التعرف على وجهات نظر جميع الأطراف؛ وتبادلهم للحجج؛ خصوصا وان اجتهاداته تكون مثل اجتهاد القاضي العادي وفقا وطبقا لتقنية **المنطق القضائي**.[85] وعلى هذا يرتبط حق الدفاع بحق التقاضي كونه ضمانة له وعنصرا مكملا له.

إن قصر حق إخطار المجلس الدستوري الجزائري على السلطات الدستورية"رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي **الوطني**"، هو إبعاد للمواطنين من دخول العدالة الدستورية مباشرة، وهو **مقتضى النموذج** للفقيه كيلسن النمساوي لرقابة الدستورية الذي يستلزم **استبعاد** المواطنين عن دخول العدالة الدستورية مباشرة، حيث يعتبر أن رقابة الدستورية هي رقابة سياسية تحرك من قبل الفاعلين في الحياة السياسية، وليست قضائية لتفتح للمواطنين ممارستها أمام جهة قضائية كالنموذج الأمريكي.[86]وفي هذه الحالة لا تحدث إخطارات للمجلس الدستوري **للظرفي**

---

[84] - هنري روسيون، المجلس الدستوري الفرنسي؛ **مرجع سابق ص** 11

[85] - د فوزي صلاح الدين؛ الدعوى الدستورية؛ دار النهضة العربية؛ القاهرة، طبعة 1993؛ ص35

[86] - YELLES CHAOUCHE (B), Le conseil constitutionnel en Algérie, Ducontrôle de constitutionnalité a la créativité normative, OPU, Alger ,1999, p. 17.

مدى دستورية القوانين وهذا ما قد يفتح المجال لوجود قوانين مخالفة للدستور ودرجة الإخطار فيها تكون ضعيفة.

وقد حدد القانون الجديد للمجلس الدستوري الفرنسي مهلة ثلاثة أشهر للفصل في الدفع بعدم الدستورية تبدأ من رفعه إليه ويجب عليه إخطار كل من رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ لتقديم ما قد يرونه من أوجه دفاع، ويصدر المجلس الدستوري قرارا مسببا بشأن مدي دستورية نص القانون المطعون فيه ، وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية، وتجدر الإشارة إلى أن إجراءات الفصل في الدفع بعدم الدستورية تخضع لمبدأ العلانية والمواجهة في جميع مراحلها، سواء أمام محكمة الموضوع، أو أمام محكمة النقض ومجلس الدولة، أم أمام المجلس الدستوري ذاته، ووفقا للقواعد العامة، فإن المجلس الدستوري إذا قضى بعدم دستورية نص في قانون معين ، فإنه يملك أيضا القضاء بعدم دستورية أي نص آخر في القانون ذاته يكون مرتبطا به بشكل لا يقبل الانفصال، وهذا ما استقر عليه قضاء المجلس الدستوري، في إطار رقابته السابقة على الدستورية، وينص القانون الأساسي المنظم لرقابة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي، على أثر القرار الصادر عن المجلس الدستوري، بعدم دستورية النص القانوني المطعون فيه، وانه يعتبر قرارا نهائيا، دون تحديد لمداه هل له اثر مباشر أم رجعي، ويمكن أن يفسر هذا بأن المشرع قد ترك أمر تحديد أثر قرار المجلس الدستوري للمجلس ذاته .[87]

الفرع الثاني: مستقبل العدالة الدستورية في الدول العربية

في ظل خلو بعض الدساتير العربية من الإشارة إلى أية صورة من صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فانه يترتب عليه امتناع القاضي عن مناقشة الدفوع بعدم الدستورية وتطبيق القواعد التشريعية ولو كانت مخالفة للدستور، ومن ثم يرى بعض الفقه انه من الواجب إجرائيا إذا تقدم أحد الأطراف في المنازعة المعروضة على القضاء بدفع متعلق بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه على قضيته، ففي هذه الحالة تتخذ الرقابة على

[87]- د/يسري محمد العصار، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2008 ، مرجع سابق، ص3,

دستورية القوانين شكل دفع، وهو ما يضع القاضي أمام مسألة أولية يجب الفصل فيها قبل الفصل في موضوع النزاع ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، وإن عدم الرد على هذا الدفع يجعل القاضي منكرا للعدالة الفعل الذي تجرمه غالبية التشريعات، ومن هنا تظهر أهمية الرقابة الدستورية في بحث مدى دستورية القوانين وتطابقها مع القواعد الدستورية؛ لكن هذه الضمانة قد تعترضها عوائق كثيرة تحول دون فعاليتها في الرقابة على دستورية القوانين.[88]

وبالتالي فإن التغلب على ذلك لا يمكن أن يتحقق إلا بتدخل القاضي ضمن عمله العادي الذي يفرض عليه استبعاد القانون المخالف للدستور إذا ما دفع أمامه بذلك، ولعل هذا ما تفطن إليه المؤسس الدستوري الفرنسي الذي أقر مؤخرا في التعديل الدستوري الذي تم في 23 جويلية 2008 حلا وسطا لهذا الإشكال بعد أن اعترف بحق الدفع أمام القضاء بعدم دستورية أي نص يتعلق بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور،[89] بحيث إذا اقتنع القاضي بالدفع حق لمجلس الدولة أو لمحكمة النقض أن يحيل كل منهما القضية على المجلس الدستوري.

فرقابة القاضي لدستورية القوانين هنا إنما هي إعمال لحق الدفاع المكرس دستوريا، كما أن القضاء يختص بحماية المجتمع والحريات والحقوق الفردية والجماعية من أي اعتداء عليها، ولو وقع الاعتداء من طرف السلطة التشريعية ذاتها، ويضاف إلى ذلك أن القضاء أساسه الشرعية والتي تتضمن من بين عناصرها القواعد الدستورية، وطالما لم يوجد نص يمنع القاضي من رقابة دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي، فمعنى كل ذلك أن القاضي مختص بالبتّ في هذا الدفع، أي أنه ينزل عند مقتضى مبدأ تدرج القواعد القانونية، الذي يفرض عليه الامتناع عن تطبيق النص التشريعي المخالف

---

[88]- د/ عمار عباس ونفيسة نجتي؛ تأثير النظام الإجرائي على رقابة المجلس الدستوري وسبل إصلاحه؛ مجلة دراسات قانونية الناشر مركز البصيرة العدد2؛ سبتمبر 2008؛ الجزائر، ص 27

[89]- د/ نصر الدين بن طيفور، حدود رقابة القاضي الإداري وأثرها على حماية الحقوق والحريات العامة؛ مقالة ملقاة بالملتقى الدولي حول: دور القضاء الإداري في حماية الحريات الأساسية؛ جامعة الوادي الجزائرسنة 2010؛ ص06

للدستور باعتبارسموه على كل القواعد القانونية في الدولة، فهو يغلب القانون الأعلى ويهمل القانون الأدنى طبقا لمبدأ التدرج.[90]

وفي التجربة الدستورية المصرية ثراء في الإنتاج القضائي الدستوري فإذا كان للأفراد دور والمحكمة الموضوع دور في تفعيل الرقابة فإن للمحكمة الدستورية العليا ذاتها دور مهم من خلال توسعها في استعمال رخصة التصدّي بتفسير النص المنظم لها تفسيرًا واسعًا بما يؤدي إلى التخفيف من شروطها؛ بالعدول عن موقفها من اشتراط أن يكون اتصالها بالنزاع المطروح أمامها مستمرا أو يكون قد تم موافقًا للقانون توسيعًا لنطاق الشرعية الدستورية وحتى يكون التصدي بالإضافة إلى الإحالة والدفع مكملاً بالفعل لدائرة الحماية الدستورية للحق في التقاضي . ويتعين- على المحكمة كذلك- حتى توسع من نطاق رقابتها للدستورية على مراعاة الطابع العيني للخصومة الدستورية؛ ولأن مهمة الأفراد يجب أن تقتصر على مجرد تحريك الطعن فقط دونما اشتراط الاستمرارية؛ وذلك لاتصال الطعن الدستوري الوثيق بالنظام العام والشرعية الدستورية، وحتى تظل للمحكمة الدستورية العليا دائمًا حامية للشرعية وخير سياج لحريات الأفراد وصمام الأمان لهذا البلد.[91]

حيث يلاحظ أن تلك السوابق القضائية ستساهم في دفع المؤسّس الدستوري إلى الاعتراف بحق القضاء في فرض رقابته؛ وهذا ما انتهت إليه غالبية الدساتير التي لم تكن تصرح ولا تمنع؛ بحق القضاء في الرقابة القضائية على دستورية القوانين كالقضاء الأمريكي والقضاء المصري.[92]

---

[90]- بن هني عبد القادر، القضاء والإصلاحات، الندوة الوطنية الثانية للقضاء، نادي الصنوبر أيام : 25/24/23 فبراير 1991 منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية 1993 ص، 133 وما بعدها .

[91] - د/ عبد العزيز محمد سالمان؛ طرق تحريك الدعوى الدستورية والحق في القاضي على الرابط http://www.ikhwanonline.com/Article.asp?ArtID

[92]- فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى حد إلغاء القانون الذي تبين لها عدم دستوريته دون وجود نص يمنحها هذا الاختصاص وذلك في حكم لها سنة 1972 وهو القانون رقم 83 لسنة 69 المتعلق بإعادة تشكيل الهيئات القضائية والذي كان قد عزل استنادا له 169 قاضيا فيما يعرف بمذبحة القضاء ينظر :محكمة النقض المصرية ، حكم عام 1972 نقلا عن شفيق إمام، بعد حكم محكمة النقض الرقابة على دستورية القوانين، إلى أين مركز الدراسات السياسية والإستراتجية ، www.ahram.org. وعلى سبيل المثال ما توصل إليه؛ مما دفع بالمؤسس إلى تقريرها دستوريا من

وزيادة على ذلك يلتزم القاضي بحل إشكالية التعارض القانوني بين النصوص القانونية غير المتساوية في المرتبة الإلزامية هو التزام قانوني ملقى على عاتقه؛ وليس مجرد مزية منه، فهو المفسر والمطبق للقانون بمفهومه الواسع.[93]

لقد ظهرت فكرة الدعوى الدستورية كتكريس للحق في التقاضي أمام القضاء الدستوري في غالبية الدول التي تأخذ بفكرة مركزية الرقابة الدستورية عن طريق محكمة دستورية، فهي وسيلة سلمية للدفاع عن الدستور ووقف الانحراف التشريعي الواقع على الحقوق والحريات.[94] بحيث تنعقد الخصومة الدستورية بمجرد اتصال المحكمة الدستورية به، وبالنظر إلى واقع القانون الدستوري المقارن نجده قد احتوى دولاً تبيح للأفراد حق اللجوء المباشر إلى المحكمة الدستورية العليا، ومثل سويسرا في دستورها الصادر 29 مايو 1874 فيجوز لكل ذي مصلحة حالية أو مستقبلية أن يطعن أمام المحكمة العليا الاتحادية بعدم دستورية القوانين الصادرة من الولايات، ودستور كوبا سنة 1934م ودستور أسبانيا 1931م والدستور الليبي الصادر عام 1953م ودستور السودان الصادر عام 1973م، ودولاً أخرى حرمت الأفراد من اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا، وقصرت هذا الحق على بعض الهيئات، بل هناك دولا سنت لنفسها طريقًا وسطًا فلم يكتف بطريق الدفع الذي يبدي أمام مختلف المحاكم، كما كان الحال أمام المحكمة العليا، وإنما أضافت إليه طريقين آخرين مثل مصر فبموجب نص المادة: 27 و 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر الذي رأى أن يستن:أولهما حق أية محكمة أو أية جهة ذات اختصاص قضائي أن توقف

خلال النص في صلب الدستور على تأسيس المحكمة الاتحادية العليا؛ والمحكمة الدستورية العليا على التوالي.

.ينظر د/علي السيد الباز؛ الرقابة على دستورية القوانين في مصر؛ ص 306 وما بعدها.

[93]- محمد رأس العين، الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي، الندوة الوطنية الثانية للقضاء نادي الصنوبر أيام 23 /24/ 25 فبراير 1991؛ منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية 1993 ، ص 166.

[94] - د/ رفعت سيد؛ الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا وأمريكا؛ الناشر: دار النهضة العربية القاهرة؛ سنة 2009 ؛ص 09.

الدعوى وتحيل الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية، وثانيهم حق المحكمة الدستورية العليا في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصها؛ وذلك طبقًا للمادة 27، وقد رؤى الاكتفاء حاليا بهذه الوسائل الثلاث خشية أن تؤدي إباحة حق الطعن المباشر إلى إساءة استعماله بما يكدس القضايا أمام المحكمة، ويعوقها عن التفرغ لمهامها الجسام، علاوةً على أن الأصل هو مراعاة كافة القوانين واللوائح لأحكام الدستور إلى أن يثور خلاف جدي بشأن عدم دستورية أي نص منها عند طرحه على القضاء لتطبيقه فيعرض أمر الدستورية للبت فيه.

وقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية العليا على القضاء بعدم قبول الدعوى إذا ما رفعت من قبل الأفراد بطريقة مباشرة أي أنها استقرت على أنه لا حق للأفراد في اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا للطعن بعدم الدستورية، فلا تقوم ولاية هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية إلا باتصالها بالدعوى اتصالاً قانونيا طبقًا للأوضاع المقررة في المادتين 27، 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا، الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 اللتين رسمتا سبل التداعي في شأن الدعاوى الدستورية وليس من بينها سبيل الدعوى الأصلية أو الطلبات العارضة التي تقدم للمحكمة مباشرة طعنًا في دستورية التشريعات.وإذا كان البعض من الفقه قد أيَّد اتجاه قانون المحكمة الدستورية بحرمان الأفراد من اللجوء إليها مباشرةً لرفع دعواهم بعدم الدستورية بحجة عدم إغراق المحكمة بسيل من الدعاوى التي قد لا يقصد منها سوى التلذذ في الخصومة وإطالة أمد التقاضي؛ فان الإصلاح الدستوري لما بعد الثورة يقتضي دفعا إلى الاعتصامات الجماعية، اعتماد طريق الدعوى الأصلية إلى جانب الطرق الثلاث الأخرى، لأنه كما يقول د/ عبد العزيز سالمان :" ليس من شأن إساءة استخدام المواطنين لحق أصيل كحق التقاضي في شأن دستورية أو عدم دستورية القوانين وحرمانهم بصفة مطلقة من هذا الحق، بل إن من الواجب أن يتقرر هذا الحق للأفراد وضع بعض الضمانات لعدم إساءة استعمال هذا الحق كأن يشترط فيمن يرفع دعوى أصلية بعدم الدستورية أن يكون في مركز قانوني يمسه النص المطعون عليه على غرار شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، كما يمكن أن

يفرض على الطاعن إيداع كفالة مالية يودعها قبل الطعن أو فرض غرامة مالية كبيرة على مَن يخسر الدعوى؛ مما يحد من عدد الدعاوى بحيث لا يرفع الدعوى إلا من كان جادا ومقتنعًا بعدم دستورية النص الذي يطعن عليه"[95]

وحتى لا تغرق المحاكم والمجالس الدستورية بالقضايا من جراء **ممارسة دعاوى الدفع** بعدم الدستورية يمنع الطعن المباشر من الأطراف، ولا يكون إلا بعد إجراء فحص أولي ذي طابع تقديري لمحاكم الموضوع، **وبأن** يرفع الدفع بعدم الدستورية بموجب طلب إضافي بمعية محام إلى المحكمة التي أثير أمامها الدفع، والتي تتولى فحصه عن طريق ملاحظة ما إذا كان القانون **أو** النص المطعون فيه يتضمن اعتداء على الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور؛ أم لا، فإذا تراءى لها أنه غير جدي فإن لها سلطة رفضه القابل للطعن مع الطعن في الحكم الصادر في الدعوى، أي أنه غير قابل لأن يكون موضوع طعن منفصل عن الطعن في الحكم الصادر في القضية. **وفي حال** تقدير جديته، فإنها توقف الفصل في الدعوى وتحيل القضية على محكمة النقض التي عليها البت في فحص الدفع بعدم الدستورية، خلال أجل معين **حسب حال** كل قضية، تصرح بعده إما بإحالة الطلب على المحكمة الدستورية أو رفضه،مع احترام مبدأ العلانية والمواجهة في جميع مراحل الطعن بعدم الدستورية ويمكن للرقابة **اللاحقة** عن طريق الدفع **أن** تمتد إلى القوانين التي صدرت قبل العمل في **المجلس الدستوري، وكذا** القوانين التي صدرت بعد ذلك، ولم تكن موضوع رقابة وجوبية على أن يعتبر **الحكم الصادر عن المحكمة** الدستورية غير قابل لأي طعن، وينشر في الجريدة الرسمية.[96]

مـما سبق وتلخيصا لهذا المبحث الثاني نقول انه لتأمين الضبط التشريعي للحريات والحقوق يجب توسيع آليات تحريك العدالة الدستورية لتراقب مدى مطابقة القواعد القانونية للقواعد الدستورية السامية، ورغم وجود **ذلك في**

---

[95] - د/ عبد العزيز محمد سالمان ؛ طرق تحريك الدعوى الدستورية **والحق في القاضي على الرابط**.

http://www.ikhwanonline.com/Article.asp?ArtID

[96] -د/ مصطفى بن شريف،**العوار القانوني في المذكرة المتعلقة بالقانون التنظيمي** للدفع بعدم الدستورية ؛ مقال منشور على جزئين بجريدة المساء العدد 2138 بتاريخ: 19 **أوت** 2013؛ **على الرابط** http://almassae.ma/node/68653

الجزائر من خلال الدور الموكل دستوريا إلى المجلس الدستوري، إلا أنه تحتاج إلى التفعيل وتوسيع جهات الإخطار ضمانا لتحقيق العدالة الدستورية، ويتأكد هذا المطلب في ظل اعتماد النظام السياسي في الجزائر على التعددية الحزبية المفتوحة، مما يعني وجود المعارضة السياسية في البرلمان، مما يجعلها بحاجة لقنوات للتعبير عن إرادتها في مواجهة الانفراد الحاد للسلطة التنفيذية بالوظيفة التشريعية في ظل وجود أغلبية برلمانية مريحة لها، فنية المؤسس الدستوري حين أقر بموجب المادة 100 من الدستور أن "واجب البرلمان، في إطار اختصاصاته الدستورية، أن يبقى وفيا لثقة الشعب، ويضلّ يتحسس تطلعاته "، هي أن يجسد البرلمان حين سنه للنصوص القانونية وفاءه للشعب مصدر سلطته وأن يسهر، في نفس الوقت، على تجسيد آماله و تطلعاته ... "[97]

ونظرا للنقائص التي شابت وتشوب آليات عمل الوظيفة التشريعية فان التعويل على الرقابة الدستورية سيضمن على الأقل عدم المخاطرة والإضرار بحقوق وحريات الشعب، ويعطي فرصة للبرلمانيين في المشاركة في العمل التشريعي من خلال تمكينهم على الأقل من دورهم في منع التشريع بالطعن بعدم الدستورية في ظل شبه الإقصاء من دورهم في تقريره بحكم ظلم الأغلبية البرلمانية المهيمنة، وبذلك يكمل الإخطار نقص التمثيل المبني على منطق الأغلبية ويعيد بناء فلسفة الوظيفة التشريعية لسيادة الشعب،[98] ففي ظل محدودية آلية إخطار المجلس الدستوري الجزائري تبقى وظيفة الرقابة البرلمانية معطلة على مستوى التقرير لهيمنة السلطة التنفيذية وضعف الرقابة البرلمانية وعلى مستوى منع صدور تشريعات غير وفية وغير محققة لثقة وتطلعات الشعب عن طريق الدفع بعدم الدستورية ولا بواسطة الدعوى الدستورية.

وفي الأخير فانه يجب حين صياغة القانون العضوي للدفع بعدم الدستورية في حالة اعتماد أسلوب الطعن بعدم الدستورية مغاربيا، احترام المعايير الدولية والمرجعيات الدولية والدساتير المقارنة التي تحكم تفعيل

---

[97]- الرأي رقم: 04/ ر.ق /م. د /98 المؤرخ في 13 يونيو 1998، حول دستورية المواد من 4 إلى 7 و11، 12، 14، 15 و 23 من القانون المتضمن نظام التعويضات و التقاعد لعضو البرلمان، ن. أ.ف. د. ج رقم: 1998/03 .

[98] -FAVOREU (L), Rapport Général Introductif, RIDC, Année 1981, Volume 33, Numéro 2, p. 264.

القضاء الدستوري، وبما لا يتعارض مع المرجعية الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، علما بأن الغاية من دسترة "الدفع بعدم الدستورية" هي حماية الحقوق والحريات، المنصوص عليها في الدستور، وفقا لما هو متعارف عليه عالميا،[99] ولا شك أن توسيع الحق في التقاضي باعتباره المدخل لحماية الحريات الأساسية هو من أهم الآليات الدستورية والقضائية للدفاع عن كافة الحقوق بمختلف أجيالها خصوصا حمايتها من الانحراف التشريعي عن طريق تفعيل الرقابة على دستورية القوانين من خلال تقرير حق المواطن في الطعن بعدم الدستورية ضد كل قانون ماس بحقوقهم وحرياتهم أو يمس بمصلحتهم أو يلحق بهم ضررا وأن خير ضمان لأمن الفرد بعد احترام القانون هو قيام عدالة يباشر في ظلها القاضي ولايته.

وبخصوص النظام الدستوري الجزائري فإن من شأن توسيع جهة الإخطار إلى الوزير الأول؛ والمجموعات البرلمانية؛ والهيئات القضائية العليا في حالة الدفوع المقدمة أمامها بعدم الدستورية من قبل الأفراد ذوي المصلحة خصوصا ضد القوانين الماسة بحقوقهم وحرياتهم الأساسية أن يحقق العدالة الدستورية في النظام الدستوري في الجزائر.

الخاتمـــــــة

لقد أدركت الدول أهمية العدالة الدستورية كمقوم للدولة الديمقراطية، فسارعت في مختلف قارات العالم إلى تأسيس اتحادات ومنظمات دولية وإقليمية للتعاون الدولي بين محاكم القضاء الدستوري، حيث ظهر الاتحاد الدولي للقضاء الدستوري،ثم اتحاد المجالس والمحاكم الدستورية العربية، وأخيرا منظمة الهيئات الدستورية الإفريقية بمسعى من الجزائر سنة 2011، وهو الإدراك الذي يؤكد على العلاقة التي يجب أن توثق وتمتّن بإحكام بين تقرير الحق في التقاضي بكافة عناصره وضماناته وبين الأمن القضائي والدستوري كغاية نهائية للدولة الدستورية، وحتى يعم هذا الأمن القضائي والدستوري، وجب تعدية الحق في التقاضي إلى كل المجالات

[99] د/ مصطفى بن شريف،العوار القانوني في المذكرة المتعلقة بالقانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية ؛ مقال مشار إليه أعلاه

التي تتعرّض فيها الحقوق والحريات للإهدار مهما كان نوعها إلى الحماية القضائية المميزة، وبذلك تكون الدول العربية قد حققت نقلة نوعية في نظامها الدستوري من عصر الدولة القانونية حيث السيادة للقانون باعتباره تعبير عن الإرادة العامة تحت حماية القضاء الإداري الذي يسهر على رقابة المشروعية إلى عصر الدولة الدستورية حيث الدستور هو التعبير عن الإرادة العليا للشعب والحامي للحقوق والحريات الأساسية والقانون الأسمى في الدولة حماية القضاء الدستوري.

لقد كشفت الدراسة أن الرقابة السياسية اللاحقة على دستورية القوانين عن طريق الطعن بعدم الدستورية قد أصبحت حقيقة واقعية في فرنسا، وأن تطبيق هذه الرقابة لا يحل محل الرقابة السابقة التي مازال يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي، وأن مجال إعمال الرقابة اللاحقة يتعلق بالقوانين التي صدرت قبل إنشاء المجلس الدستوري عام 1958، والقوانين التي صدرت بعد هذا التاريخ ولكن لم تكن محلا للرقابة السابقة على الدستورية التي يتولاها المجلس الدستوري، حيث أن تحريك هذه الرقابة الأخيرة جوازي، ومازالت اللوائح الإدارية بعيدة عن رقابة المجلس الدستوري، حيث أن الرقابة على دستوريتها وعلى مشروعيتها من اختصاص القضاء الإداري.

وينتظر رجال القانون في الدول العربية من هذه الخطوة نحو القضاء الدستوري توسيع اختصاصات المجالس الدستورية ومنحها سلطة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين التي لها علاقة بالحقوق والحريات الأساسية، عن طريق الدفع الفرعي حيث تعطى الأولوية للفصل في الدفع بعدم الدستورية على الفصل في أصل النزاع،والتي بموجبها تتولى محاكم الموضوع فحص جدية الدفع بعدم الدستورية من عدمه؛ وفي حال الاستجابة للدفع تحيله على جهة القضاء العالي المختصة، إما محكمة النقض أو مجلس الدولة (القضاء الإداري)، التي بدورها تقرر إحالة الدفع من عدمه على المجلس الدستوري، بوصفه صاحب مركزية الرقابة الدستورية، الذي يعود إليه القرار الفصل النهائي.

إن من شأن تفعيل هذه الآلية أن تسمح بإعادة النظر في دستورية العديد من القوانين، وبما يساهم بشكل أكيد في تنقية منظومة التشريعات التي لم تمر على الرقابة الدستورية من القوانين غير دستورية والتي أفلتت من قبضة

الرقابة السابقة، وفقا لآلية الأولوية الدستورية، وبذلك بدأ القضاء العادي والإداري يشرك تدريجيا في **فرض احترام مبدأ تدرج القواعد** القانونية وما يقتضيه من ضرورة احترام سمو القواعد الدستورية واحترام الدستور إلى **جانب** المجلس الدستوري الحامي الأصلي للدستور في تقدير عدم جدية **الطعون** كما أصبح للأفراد العديد من الضمانات التي تحول دون انتهاك الحقوق والحريات والحفاظ عليها وصار من حق الأفراد **الطعن مباشرة أمام** القضاء في ما يعتقدون انه ينتهك حقوقهم أو حرياتهم. **فإشراك** المواطنين في الإخطار من خلال آلية الدفع بعدم دستورية **النصوص التشريعية** سيرا معا للأنظمة المقارنة سيضمن تفعيلا حقيقيا للعدالة الدستورية **في ضمان جودة العمل** التشريعي المعياري وترقيته.