مـــقـــدمـــة

إن العمل بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين،يهدف إلى تحقيق غاية سامية تتمثل في حماية مبدأ سمو الدستور،هذا الأخير الذي يعد الأساس في بناء دولة القانون،والقاعدة الأساسية التي يرتكز عليها النظام القانوني،وهو الضامن للحقوق والحريات العامة والمقرر لآليات حمايتها،ومن ثم فقد تميز الدستور بطبيعة خاصة تضفي عليه السيادة والسمو بحسبانه كفيل الحقوق والحريات،وأساس نظامها وبالتالي تكتسب أحكامه مقام الصدارة بين قواعد النظام العام،باعتبارها أسمى القواعد الآمرة التي يتعين على الدولة التزامها في تشريعاتها،وفي قضائها وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية،دون إعمال أي تميز بين السلطات العامة في مجال الإلتزام بها.

وفي هذا السياق لا يمكن أن يتحقق ذلك السمو،إلا بضمان مراقبة مدى التزام القوانين باحترام أحكام الدستور،مما دفع إلى تكريس التقاضي الدستوري،وأبرز صوره الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

ويختص القضاء الدستوري بفحص دستورية القوانين،سواء بمعناها الشكلي أو بمعناها الموضوعي،وذلك بغرض التحقق من مطابقتها لأحكام الدستور،على أساس أن الدستور هو الوثيقة الأعلى في المنظومة القانونية للدولة،وهذا يستوجب الالتزام بسن القانون في إطار الدستور،وتجنب أي مخالفة له،وذلك تحت طائلة توقيع الجزاء المتمثل في الحكم بعدم دستوريته ومن ثم إلغائه.

ويشمل نطاق الرقابة القضائية على دستورية القوانين،مختلف الأحكام التشريعية والتنظيمية،بحيث ورد هذا المصطلح عاما بدون تقيد،وطبقا للأصل المقرر في التفسير أن العام يجري على عمومه،ما لم يرد ما يخصصه، والمطلق يعمل به على إطلاقه ما لم يكن ثمة ما يقيده،ومؤدى ذلك أن الرقابة الدستورية تستغرق جميع النصوص القانونية،وأي تخصيص أو تقيد لها يكون متعارضا مع الدستور.

وفي هذا المجال لا ينعقد اختصاص القضاء الدستوري للفصل في الدعوى الدستورية إلا طبقا للأوضاع المقررة قانونا،والمحددة في أربع طرق هي كالآتي:الدعوى الدستورية

المباشرة،الدفع بعدم الدستورية،الإحالة،وأخيرا التصدي،وما يميز كل هذه الأساليب أنها لا تباشر إلا على النص القانوني بعد دخوله حيز النفاذ،ومهما كان تاريخ صدوره.

ومن جانب آخر،وبغية الوصول إلى النجاعة في تكريس ضمانات حماية الحقوق والحريات،سارت الدول إلى تكريس حق الفرد في التقاضي الدستوري،عن طريق تمكينه من إثارة مسألة عدم دستورية القوانين،وبذلك تم تقرير حقه في الدفع بعدم الدستورية.

وتماشيا مع تكريس هذه الضمانة القانونية،وتجسيدها على مستوى النصوص القانونية،والممارسة العملية في مجال القضاء العادي والقضاء الدستوري،عمد المؤسس الدستوري الفرنسي إلى تعديل الدستور المؤرخ في 1958/10/04 بالقانون رقم 2008/742 تحت مسمى"تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة"،وأبرز التعديلات المستحدثة تعلقت بالمادة 61 منه التي أضيفت لها فقرة جديدة(فقرة 1) تجيز للمتقاضي على مستوى مختلف الجهات القضائية،بإثارة سؤال الأولوية الدستورية واختصارها QPC ضد الحكم التشريعي المراد تطبيقه على النزاع،متى تبين له أن فيه مساسا بحقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور،وهذا التوجه الجديد في النظام القانوني الفرنسي يشكل خروجا عن التقاليد الفرنسية في مجال الرقابة على دستورية القوانين التي كانت مقصورة على السلطات العامة،إلا أن هذا التعديل لم يكن بغرض تجاوز نظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين،بل كان لتحقيق هدف أسمى وهو الاعتراف بحق الفرد إلى جانب السلطات العامة في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين،لضمان الدفاع عن حقوقه وحرياته التي يكفلها الدستور،بالإضافة إلى أن عيوب القانون لا تظهر إلا بعد دخوله حيز النفاذ.

أما بالنسبة للمؤسس الدستوري المغربي والجزائري،فقد تبنى كل منهما نفس الآلية التي كرسها نظيرهما الفرنسي، ولكنهما إعتمدا تسمية مخالفة وهي الدفع بعدم دستورية القوانين ولهذا الغرض أصدر كلاهما قوانين منظمة لشروط وإجراءات ممارستها،لكن بالنسبة للتجربة المغربية،فقد اقتصر الجانب القانوني المنظم للدفع بعدم دستورية القوانين،على سن مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بشروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من التعديل الدستوري لعام 2011 والذي صادق عليه كل من المجلس الحكومي بتاريخ 2016/01/21،والمجلس الوزاري بتاريخ 2016/02/06،وبتاريخ 2016/07/04 تم إحالته

على مجلس النواب وقد صادق هذا المجلس بالإجماع في قراءة ثانية على النسخة النهائية للمشروع بتاريخ 2017/08/08،بعد إحالته عليه من طرف مجلس المستشارين وقرار المحكمة الدستورية رقم 70/18 المؤرخ في 2018/03/06 الذي قضى بعدم دستورية العديد من مواد هذا المشروع.

وترتيبا على ذلك أضحى القضاء الدستوري في التشريعات محل المقارنة،مختصا للفصل في الدفوع بعدم الدستورية وسؤال الأولوية الدستورية،التي تثار بمناسبة التقاضي أمام جهات القضاء العادي،بحيث أن تلك الدفوع تمر على نظام ازدواجية التقييم المبدئي لها،أو ما يصطلح عليه في تلك التشريعات بنظام التصفية،بغرض استخلاص جدية الدفوع بعدم الدستورية،قبل إحالتها على القضاء الدستوري،وتعتمد جهات القضاء العادي على إتباع نظام التصفية القائم على التحقق من شروط قبول الدفوع بعدم الدستورية، بناء على ما قرره القانون المنظم لها،والتي تنقسم إلى شروط شكلية وأخرى موضوعية،فالأولى تقتضي وجوب تقديم الدفع بعريضة مكتوبة ومعللة ومستقلة عن عريضة افتتاح الدعوى الأصلية،أما الثانية فإنها تقتضي بيان الحكم التشريعي أو التنظيمي محل الدفع بعدم الدستورية،وعدم سبق الفصل بدستوريته،ما لم تتغير ظروف القانون أو الواقع،مع بيان الطابع الجدي للدفع،والحق والحرية التي انتهكها النص المطعون فيه،أما عن باقي الشروط الشكلية المتعلقة بالصفة والمصلحة والميعاد فقد أحالت التشريعات محل المقارنة بشأنها للقواعد العامة بما لا يتعارض مع نصوص القانون المنظم للدفع بعدم الدستورية وسؤال الأولوية الدستورية.

وفي هذا السياق لم يتقيد المجلس الدستوري الفرنسي،بالنص القانوني الذي قصر إثارة سؤال الأولوية الدستورية على القوانين أو ما اصطلح عليه بالحكم التشريعي،بل عمل على توسيع نطاقه ليمتد ويشمل أيضا التفسير القضائي المستقر للقانون،وهو ما أطلق عليه المجلس الدستوري الفرنسي تسمية **(القانون الحي)**،بالإضافة إلى إمكانية إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد الإغفال التشريعي،ومؤدى ذلك أن المجلس الدستوري اعتبر أن تقصير البرلمان في تنظيم مسألة ما تندرج ضمن اختصاصه التشريعي من شأنها المساس بالحق أو الحرية التي يضمنها الدستور.

وبالنتيجة لذلك فإن الكتلة التشريعية،التي تشكل نطاق سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا عرفت تنويعا في نطاقها،فلم يعد محصورا على النصوص القانونية،على عكس التجربتين الجزائرية والمغربية.

كما أن هذه التشريعات استبعدت من نطاق الدفوع بعدم الدستورية وسؤال الأولوية الدستورية ما يصطلح عليه بالتعديلات الدستورية والقوانين الإستيفتائية بناء على مصوغات قانونية وأخرى تاريخية.

ومن جانب آخر فإن المحاكم،في إطار التصفية للدفع بعدم الدستورية وسؤال الأولوية الدستورية ،يحظر عليها توجيه أوامر بشأن تصحيح عريضة الدفع،كما لا يجوز لها إثارته تلقائيا على أساس أن الدفع بعدم الدستورية وسؤال الأولوية الدستورية لا يتعلق بالنظام العام،بل هو دفع ذو طابع خاص،وأن المحاكم تخضع لنظام التبعية للمحاكم العليا أي أن الدفع بعدم الدستورية وسؤال الأولوية الدستورية لا يثار أمام كل المحاكم،بل يقتضي الأمر تبعيتها للمحاكم العليا سواء كانت المحكمة العليا أو مجلس الدولة وتعد المحاكم وسيطا لإحالة الدفع وسؤال الأولوية الدستورية على المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري.

ويعتمد المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية بشأن الفصل في الدفوع بعدم الدستورية وسؤال الأولوية الدستورية على منهج التفسير،لاستخلاص معنى النص القانوني المطعون فيه،ومدى مطابقته للنص الدستوري المدعى مخالفته،كما أنه يعتمد على حماية قرينة الدستورية باستخدام تقنية التحفظات،التي تزيل عن النص شبهة عدم الدستورية،وإذا قرر عدم دستورية النص القانوني فإنه يقضي بإلغائه وهنا يقتصر الأمر على إلغاء قوة نفاذ ذلك النص،لأن الجهة المعنية بإلغائه تتمثل في المشرع احتراما لقاعدة توازي الأشكال،ومبدأ الفصل بين السلطات.

وقد يترتب على هذا الإلغاء قيام حالة الفراغ التشريعي،لعدم وجود نص قانوني آخر يعوض النص الملغى،في هذه الحالة تم اعتبار القرار بعدم الدستورية مصدرا للقانون أي أنه يسد حالة الفراغ التشريعي في انتظار تدخل المشرع لاستبداله بنص آخر.

وبالنسبة للتجربة الجزائرية،فقد عرفت تكريس تعديلين دستورين لعام 2016 و2020،وكلاهما قائم بذاته وهذا ترتب عنه وجوب معالجة مسألة الدفوع بعدم الدستورية،بناء على هذين التعديلين،بالإضافة الى معالجة الدفوع التي تثار في ظل وجود هذين التعديلين الدستورين،وهو ما يصطلح عليه بالرقابة الدستورية في ظل تعاقب الدساتير،لتحديد النص الدستوري الذي على أساسه تتم الرقابة فيما إذا كان النص النافذ وقت إثارة الدفع،أو النص الجديد.

ومن جانب آخر فإن كل من المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية في التشريعات محل المقارنة،قد راعيا في ترتيبهما لآثار القرار بعدم الدستورية إعمال فكرة الأمن القانوني كقيد على ذلك،بما يحافظ على استقرار المراكز القانونية وحماية الحقوق المكتسبة،ويعد القرار الصادر عنهما بعدم الدستورية ذا طابع ملزم ونهائي ويترتب عن الإخلال بتنفيذه قيام عقبات قانونية تقتضي تدخلهما للفصل فيها وهو ما يعرف بمنازعات التنفيذ المترتبة عن قرارات القضاء الدستوري في مجال الدفوع بعدم الدستورية،والتي تختلف عن منازعات التنفيذ في مجال القضاء العادي.

وفي هذا الإطار وتماشيا مع الضمانات المقررة للمتقاضين،في حق الحصول على التعويض جبرا للضرر الذي أصابهم من خطأ المرفق العام،تم توظيف هذه الضمانة في مجال القضاء الدستوري بغرض تكريس حق المتقاضي في الحصول على التعويض عن القانون المقضي بعدم دستوريته.

أهمية الدراسة:

لدراسة هذا الموضوع أهمية عملية تتمثل في:

-استخلاص مزايا وعيوب ممارسة الدفع بعدم الدستورية وسؤال الأولوية الدستورية من ناحية الممارسة القضائية،ومحاولة إعطاء حلول وتصورات منطقية لأوجه القصور التي تحول دون فعالية هذه الآلية.

-أما الأهمية النظرية فتتمثل في بحث الجوانب القانونية لآلية ممارسة الدفع بعدم الدستورية على مستوى التشريع الجزائري بغرض الوصول إلى تحديد مدى توفق المشرع في تكريس

حق المتقاضي في ممارسة هذه الآلية والضمانات التي كفلها لنجاعتها مقارنة بنظيره الفرنسي والمغربي.

أسباب اختيار الموضوع:

ورد اختيار هذا الموضوع لأسباب ذاتية وأخرى موضوعية تتمثل فيما يلي:

*الأسباب الذاتية تتمثل في:

-التعمق في دراسة عناصر هذا الموضوع على مستوى ثلاث تشريعات مختلفة، لاستخلاص عيوب ومزايا كل تجربة ومحاولة إسقاط نتائج التجربة الفرنسية على التجربة الجزائرية لحداثتها لاسيما على مستوى ما توصل له المجلس الدستوري الفرنسي .

-استخلاص تصورات وضوابط مختلفة وفعالة لحماية حقوق وحريات الفرد عبر ممارسة هذه الآلية.

*أما الأسباب الموضوعية فتتمثل في:

-بالنظر لحداثة التجربتين الجزائرية والمغربية في مجال تقرير ممارسة الدفع بعدم الدستورية،مما يقتضي البحث في النصوص القانونية والأحكام القضائية ،التي أصدرها القاضي الدستوري ومدى تجسيدها لتصورات المؤسس الدستوري في تكريس هذه الآلية والعوائق التي يمكن أن تعترض ممارستها.

-إرتباط هذا الموضوع بمجال القضاء الدستوري ،والطابع النهائي لقراراته وحجيتها المطلقة ،وبالتالي البحث في مدى اعتبار هذه القرارات كمصدر للتشريع.

-معالجة منازعات تنفيذ القرار الصادر بعدم الدستورية وما يميزها عن منازعات التنفيذ العادية.

-البحث في مسألة إمكانية تكريس حق التعويض عن الأحكام التشريعية المقضي بعدم دستوريتها.

أهداف الدراسة:

تستهدف الدراسة بشكل أساسي التعرف على واقع الرقابة القضائية،عن طريق آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر مقارنة بين النظامين القانونين الفرنسي والمغربي،وذلك بغرض الوصول إلى عدة أهداف والمتمثلة في:

-التعرف على موقف القضاء الجزائري من موضوع الدفع بعدم الدستورية،من خلال تتبع الأحكام الصادرة عنه في هذا المجال،وإجراء المقارنة بينها وبين الأحكام القضائية الصادرة في النظامين القانونين المعتمدين للمقارنة.

-تحديد إجراءات ممارسة الدفع بعدم الدستورية وشروط قبوله ومدى تجسيدها لمقومات التقاضي الدستوري.

-تحديد حجية القرار الفاصل في الدفع بعدم الدستورية، والأثر القانوني المترتب عنه ،وابراز كافة الإشكالات العملية والقانونية المترتبة على قرار عدم الدستورية والاشكالات المترتبة عن تنفيذه.

حدود الدراسة:

تمتد الحدود الزمنية لهذه الدراسة لتشمل بحث وتحليل آلية ممارسة الدفع بعدم الدستورية،وذلك بدراسة ثلاث تعديلات دستورية في الدول محل المقارنة ،فبالنسبة للجزائر تشمل التعديل الدستوري لكل من عام 2016 و2020،أما بالنسبة لفرنسا تشمل التعديل الدستوري لعام 2008 ،وبالنسبة للمغرب تشمل التعديل الدستوري لعام 2011،بالإضافة إلى دراسة القوانين العضوية المنظمة لهذه المسألة في كل دولة على حدا وتشمل بالنسبة للجزائر القانون العضوي رقم 16/18 المحدد لشروط وكيفيات الدفع بعدم دستورية القوانين،و بالنسبة لفرنسا تشمل القانون رقم 1523 لسنة 2009 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور وبالنسبة للمغرب تشمل مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المحدد لشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية القانون.

أما عن الحدود المكانية فإنها تقتصر على دراسة ثلاث دول وهي: الجزائر و فرنسا والمغرب.

الدراسات السابقة:

بالنظر لما لموضوع الدفع بعدم الدستورية، من أهمية فقد تم معالجته من باحثين في مختلف الدول العربية والأجنبية ومن بين هذه الدراسات على سبيل المثال:

-دراسة عبد الحق بلفقيه لعام 2019 بعنوان دعوى الدفع بعدم الدستورية بين رؤية المشرع المغربي وتدخل القاضي الدستوري،وهي عبارة عن كتاب وعالجت هذه الدراسة تصورات المشرع المغربي لآلية الدفع بعدم دستورية القوانين في ظل الفصل 133 من التعديل الدستوري لعام 2011 وكذا في إطار مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 في نسخته الأخيرة المتعلق بشروط وإجراءات ممارسته،وأبرزت شروط وإجراءات ممارسته وتحديد المقصود بالمقتضيات التشريعية التي تشكل نطاق هذا الدفع،ثم عالجت تدخل المحكمة الدستورية عند إبدائها لرأيها بشأن مطابقة مشروع القانون التنظيمي المبين أعلاه مع الدستور،والتي توصلت إلى تقرير عدم دستورية عدة مواد منه،واقترحت تصورا مغايرا لنظام التصفية للدفوع بعدم الدستورية،ثم خلصت الدراسة إلى:

-أن نظام التصفية الذي تبناه المؤسس الدستوري المغربي من شأنه المساس بالإصلاح الدستوري الذي كرسه الفصل 133 من الدستور القائم على تمكين الفرد من اللجوء الى القضاء الدستوري.

-دراسة محمد أتركين لعام 2013 بعنوان دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية،وهي عبارة عن كتاب وعالجت هذه الدراسة الإطار القانوني للدفع بعدم الدستورية في فرنسا في إطار القانون رقم 2009/1523 والمراسيم الصادرة تنفيذا له،وتطرقت إلى إبراز عدة مفاهيم أوردتها المادة 23 من هذا القانون والمادة 1/61 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008،كما عملت على مناقشة اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي حول المسائل التي أغفلها المشرع عند تنظيمه لهذه الآلية،وخلصت هذه الدراسة إلى:

-ابراز عدة تصورات بشأن نجاح هذه الآلية في النموذج الفرنسي،من اهمها إمكانية تحول المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية،بالإضافة إلى تنويع الآثار المترتبة على القرار بعدم الدستورية.

-دراسة عبد السلام زوير لعام 2020 بعنوان الدفع بعدم الدستورية في التشريع المغربي،وهي عبارة عن أطروحة دكتوراه وعالجت موضوع الدفع بعدم الدستورية في المغرب،في إطار مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المحدد لشروط وإجراءات ممارسته،بإبراز خصائص هذا الدفع وشروط وإجراءات ممارسته،ثم تطرقت إلى تصورات المحكمة الدستورية بشأن كيفية ممارسة هذا الدفع في ظل المشروع الجديد بناء على القرار الذي أصدرته بشأنه،ثم وضعت تطبيقات الدفع بعدم الدستورية في عدة نصوص قانونية يمكن أن تكون مجالا لممارستها في المستقبل وخلصت الدراسة إلى:

-ضرورة إصدار القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم الدستورية لتكريس الممارسة الفعلية لهذه الآلية.

-الاقتداء بالمجلس الدستوري الفرنسي فيما يتعلق بإدارة جلسات الفصل في الدفوع بعدم الدستورية.

-النص على إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية ضد كل نص قانوني بصرف النظر عن شكل إصداره.

وبعد عرضنا للدراسات السابقة وبيان أهم النتائج التي خلصت إليها،فإننا نؤكد بأن هذه الدراسات قد ركزت على دراسة موضوع الدفع بعدم دستورية القوانين في ظل قانونين هما القانون الفرنسي والقانون المغربي من خلال بحثها للجانب المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية القوانين وبعض الآثار المترتبة عنه أما معالجتنا لهذا الموضوع فإنها ستكون في ظل ثلاث قوانين مقارنة وهي القانون الجزائري والقانون الفرنسي والقانون المغربي وسترتكز الدراسة على معالجة هذا الموضوع من عدة جوانب من خلال دراسة مفهوم الدفع بعدم دستورية القوانين وكذا تحليل المصطلح الذي إعتمده المشرع الفرنسي في تكريسه للرقابة القضائية على دستورية القوانين والمتمثل في سؤال الأولوية الدستورية ومن ثم تحديد أي

المصطلحين دقة وتكريسا لحق المتقاضي في اللجوء إلى القضاء الدستوري، ثم تحديد الشروط والإجراءات المعمول بها ضمن هذه التشريعات فيما يتعلق بإثارة الدفع بعدم دستورية القوانين وكذا تحديد مدلول الكتلة الدستورية والتشريعية التي تحدد نطاق الدفع بعدم الدستورية في ثلاث(03) دول مختلفة وهي الجزائر وفرنسا والمغرب،بالإضافة الى بيان مدلول الكتلة الدستورية للحقوق والحريات الي تجيز للمتقاضي اثارة الدفع في حال المساس بها،والبحث في مدلول مصطلح الجدية وضوابط ومعاير استخلاصه،وبيان النطاق الزمني والموضوعي لقرار عدم الدستورية وأهم الإشكالات القانونية المترتبة عنه،مع ابراز تقنيات القاضي الدستوري في ترتيب آثار القرار بعدم الدستورية،وكذلك التطرق الى معالجة مسألة على درجة من الأهمية وتتعلق بمنازعات التنفيذ في مجال القضاء الدستوري،ثم أخيرا معالجة الحق في التعويض عن تقرير عدم الدستورية للحكم التشريعي أو التنظيمي المطعون فيه.

إشكالية الدراسة:

من مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات كإحدى ركائز الحكم في الدولة الحديثة أن تتوزع السلطات بين ثلاث هيئات فتتولى إحداها سلطة التشريع وتناط بالأخرى سلطة التنفيذ وأما الثالثة فتختص بالفصل في المنازعات،فإذا كان مبدأ المشروعية يفرض على السلطات الثلاث أن تعمل كل منها في إطار من إلتزامها بنصوص الدستور فإنه قد يطرأ في بعض الحالات إشكالية أو تناقض بين التشريع الأساسي"الدستور" والتشريع العادي وبذلك يبقى مبدأ المشروعية مبدأ نظريا مجردا ما لم يقترن بجزاء فعال وتنظيم يكفل التزام هذه السلطات بمضمون الدستور ويقيدها بحدوده وتسهر على تطبيقه سلطة خاصة مستقلة.

وبناء على ما تقدم تتمثل إشكالية الدراسة في الكشف عن واقع هذه السلطة المستقلة في الجزائر المنوط بها الرقابة على دستورية القوانين من حيث ممارسة المتقاضي لآلية الدفع بعدم دستورية القوانين والإجراءات اللازمة للفصل فيها،ومما سبق تتلخص إشكالية الدراسة في الإجابة عن السؤال الرئيسي التالي:إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تكريس حق الأفراد في الدفع بعدم دستورية القوانين مقارنة بالتشريعين الفرنسي والمغربي؟

وتتفرع عن الإشكالية الرئيسية عدة تساؤلات فرعية تتمثل في:

-ما المقصود بالدعوى الدستورية؟.

-ما المقصود بالدفع بعدم الدستورية وسؤال الأولوية الدستورية؟.

-ماهي الجوانب الإجرائية المقررة قانونا لمباشرة سؤال الأولوية الدستورية ؟

-ما المقصود بنظام التقييم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية ؟

-فيما تتمثل طرق اتصال القضاء الدستوري بسؤال الأولوية الدستورية ؟.

-كيف تصدى القضاء الدستوري في الدول محل المقارنة للفصل في سؤال الأولوية الدستورية ؟.

-هل يمكن إثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأن التفسير القضائي المستقر للحكم التشريعي؟.

-فيما تتمثل علاقة القاضي الدستوري بالسلطات العامة والهيئات القضائية والإدارية في نطاق سؤال الأولوية الدستورية ؟

-فيما يتمثل النطاق الموضوعي والزمني لقرار عدم الدستورية وكيف تعامل القضاء الدستوري مع الإشكالات المترتبة على آثار قرار عدم الدستورية؟

-هل يعتبر مبدأ الأمن القانوني معيارا لإعمال الأثر الرجعي لقرار عدم الدستورية؟.

-كيف يتعامل القاضي الدستوري مع مسألة تحديد تاريخ سريان قرار عدم الدستورية في ظل تعاقب الدساتير.

-ما مدى اعتبار قرار عدم الدستورية مصدرا للقانون؟.

-هل يمكن تصور إمكانية تكريس نظام التعويض على القرار الصادر بعدم الدستورية؟

-كيفية معالجة المؤسس الدستوري لمنازعات التنفيذ المترتبة على قرار عدم الدستورية؟

منهجية الدراسة:

تقوم هذه الدراسة على المنهج الوصفي وإستخدامها الأسلوب التحليلي للنصوص القانونية التي نظمت الدفع بعدم الدستورية وسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات محل المقارنة سواء وردت في الوثيقة الدستورية أو في تشريعات المكملة من أجل إستخلاص رؤية المشرع في معالجته للنظام القانوني لهذه الآلية ومدى تكريسه حق المتقاضي في ممارستها،وكذا إعتمدت الدراسة على المنهج المقارن في الوقت ذاته من خلال وصف واقع الدفع بعدم الدستورية وسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات محل المقارنة،وعقد مقارنة للوقائع الخاصة بذلك وتحليلها،مع بيان ما بينها من أوجه التشابه والاختلاف،لاسيما في مجال معالجة تدخل المجلس الدستوري الفرنسي لتوسيع نطاق الكتلة الدستورية للأحكام التشريعية التي يجوز الطعن فيها بالإضافة إلى ضرورة عقد مقارنة بين المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية الجزائرية في معالجة كل منهما للأثار المترتبة على صدور قرار بعدم دستورية القانون المطعون فيه وبيان النطاق الزمني والمكاني لآثار هذا القرار ومدى تكريس كل منهما حق المتقاضي في الإستفادة من حق التعويض عن الضرر الناتج عن إلغاء الحكم التشريعي او التنظيمي المطعون فيه.

وبغرض التوصل للإجابة عن الإشكالية الرئيسية للموضوع فقد قسمت هذه الدراسة إلى:

ثلاث أبواب تم عرضها ضمن فصول،تتناسب مع موضوعات كل باب،مع مراعاة التسلسل التاريخي والفكري والقانوني لموضوع الدفع بعدم الدستورية في التشريعين الجزائري والمغربي وسؤال الأولوية الدستورية في التشريع الفرنسي، وتم اختتامها بفصل تضمن تقييم موضوع الدراسة وإبراز أهم النقائص الموجودة مع إجراء قراءة في بعض القرارات الصادرة بعدم الدستورية،وبالتالي تضمن الباب التمهيدي:معالجة النظام القانوني للدعوى الدستورية،أما الباب الأول خصص لمعالجة إجراءات سؤال الأولوية الدستورية أمام القضاء العادي،والباب الثاني خصص لمعالجة إجراءات سير سؤال الأولوية الدستورية أمام القضاء الدستوري.

البـــــاب التمهيدي

النظام القانوني للدعوى الدستورية

الباب التمهيدي:النظام القانوني للدعوى الدستورية.

اتبعت معظم الدول النظام القانوني القائم على إدراج نوعين من القضاء هما :القضاء العادي والقضاء الدستوري، ويتميز هذا الأخير عن الأول في كون الدستور هو المحدد لمركزه ،من حيث عدة عناصر تتمثل في وجوده وتنظيمه واختصاصاته.

ويعتبر الدستور هو الوثيقة الأسمى لكل دولة، التي تعمل على كفالة الحقوق والحريات الأساسية، وعماد الشرعية الدستورية وأساس نظامها، كما أنه يمثل المرجعية المحددة للاختصاصات بين السلطات العامة الثلاث، التشريعية والتنفيذية والقضائية، تجسيدا لمبدأ الفصل بين السلطات في صورته المرنة.

وإذا كان خضوع الدولة بجميع سلطاتها لمبدأ سيادة الدستور، مقرر على وجه الوجوب كأساس لكل نظام ديمقراطي، وهو ما يلزم كل السلطات التقيد بنصوص الدستور، أثناء مباشرة اختصاصاتها المحددة على وجه الحصر.

ولكن برغم كل ما هو مكرس بموجب الدستور، قد تتجاوز السلطات العامة حدود اختصاصها وهذا من شأنه إلحاق ضرر بحق أو مركز قانوني أو حرية أساسية للأفراد والتي كفل الدستور الحماية القانونية لها عن طريق وسيلة أساسية، تتمثل في مباشرة الدعوى، كآلية للتقاضي، أي تحريك عنصر الحماية القضائية للحقوق والحريات الأساسية المكفولة دستوريا وتباشر هذه الحماية من قبل الأفراد، عن طريق ما يصطلح عليه في مجال القضاء الدستوري، بالدعوى الدستورية، والتي تعد وسيلة دفاع عن مبدأ سمو الدستور وإلزام السلطتين التنفيذية والتشريعية على التقيد بأحكامه أثناء ممارسة اختصاصها التشريعي، بالإضافة إلى أنها وسيلة لحماية الحقوق والحريات، وتمارس الدعوى الدستورية بموجب أربع (04) آليات هي: الإحالة، التصدي، الدفع الفرعي بعدم الدستورية،والدعوى المباشرة، وقد أدرج المشرع الفرنسي إلى جانب هاته الآليات ما يصطلح عليه بسؤال الأولوية الدستورية.

وقد اعتمدت التشريعات المختلفة نمط الرقابة القضائية المركزية، باعتبارها أكثر نجاعة من الرقابة القضائية اللامركزية، بسبب أن هذه الأخيرة يترتب عنها إطالة مدة النزاع، وعدم الاستقرار في المعاملة القانونية.

ولتحديد النظام القانوني للدعوى الدستورية، يقتضي الأمر تحديد مفهومها، وذلك بإبراز تعريفها وخصائصها، ونطاقها و أساليب تحريكها طبقا للآليات المبينة أعلاه، ثم التطرق إلى بيان أنواع الأحكام الصادرة بشأنها وعليه قسمت هذا الباب إلى فصلين على النحو المبين أدناه:

الفصل الأول:ماهية الدعوى الدستورية.

الفصل الثاني: انواع الحكم بعدم الدستورية.

الفصل الأول: مفهوم الدعوى الدستورية.

على إثر مباشرة الفرد لحقوقه وحرياته الأساسية المكفولة دستوريا، قد يتفاجئ باعتداء المشرع(سواء كان السلطة التشريعية أو التنفيذية) عن طريق تشريع على حقه أو حريته، فلا يترتب على ذلك الاعتداء مجرد المساس بالحق أو الحرية الفردية، بل يتعداه إلى تعطيل سريان القاعدة الدستورية، التي تلزم المشرع باحترام الحقوق والحريات الفردية، وهذا ما دفع بالمؤسس الدستوري في كل من الجزائر وفرنسا والمغرب، إلى كفالة عنصر الحماية القضائية لتلك الحقوق والحريات عن طريق تكريس حق التقاضي.

ومن منطلق أن المركز القانوني للفرد، يتضمن منحه سلطة المطالبة باستيفاء منفعة أو مصلحة مشروعة، إلا أن إمكانية فشله في الحصول على هذه المكنة قائمة، ومنه كان لصاحب المصلحة أن يتمسك بحق إلزام من بيده سلطة منحه حقوقه المكتسبة، بموجب مركزه القانوني بالعدول عن الاعتداء الذي مس حقه أو حريته، فإذا امتنع هذا الأخير ترتب عن ذلك نشوء خصومة تستوجب عرضها على سلطة مستقلة تتميز بالحياد وهي– السلطة القضائية – وذلك بغرض الوصول إلى تحقيق مصلحة فردية تتمثل في حمل الخصم على الالتزام بالعدول على اعتدائه.

أي أن المركز القانوني للفرد، يسمح له بممارسة الدعوى القضائية اللازمة للحكم بإلزام من تحمله القاعدة القانونية التي كرست ذلك المركز القانوني بواجب القيام بعمل أو الامتناع عنه، وذلك عن طريق حمل الخصم على تنفيذ التزامه القانوني حتى يتمكن صاحب المصلحة من استيفائها، وبالتالي فالدعوى هي عبارة عن سلطة قانونية أو مكنة مكرسة للفرد بمقتضاها يلجأ للقضاء طلبا لحماية حقه المعتدى عليه، ومنه فمصدر الدعوى هو واقعة الاعتداء.

وبتطبيق هذا المفهوم على الدعوى الدستورية، نصل إلى اعتبارها وسيلة اختيارية خولها القانون لصاحب الحق في اللجوء إلى القضاء لإيقاع الجزاء الذي يقرره القانون، على إخلال المشرع بالواجب الذي تتضمنه القاعدة الدستورية.

وللدعوى الدستورية طبيعة قانونية خاصة وتتحدد هذه الطبيعة بعدة خصائص.

كما تمارس الدعوى الدستورية بعدة آليات ولكل آلية خصوصية وشروط لممارستها، وسنعالج ضمن هذا الفصل مفهوم الدعوى الدستورية و أساليب تحريكها على النحو التالي:

المبحث الأول:مفهوم الدعوى الدستورية.

المبحث الثاني: أساليب تحريك الدعوى الدستورية.

المبحث الأول:مفهوم الدعوى الدستورية.

تهدف الدعوى الدستورية، إلى رفع الاختلاف القائم بين التشريع المخالف للدستور وما كان عليه أن يكون التشريع الصادر طبقا لما يقرره الدستور، فإذا كان القانون الصادر عن السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية من شأنه المساس بالمركز القانوني والمصالح المقررة لأحد الأفراد، بشكل يجعل هذا القانون مصدرا للاعتداء على هذا المركز، ففي هذه الحالة تنشأ لصاحب المركز القانوني مصلحة أكيدة في اللجوء إلى القضاء عن طريق الدعوى الدستورية للحصول على حكم يضمن رد الاعتداء عن طريق إبطال أثر القانون المخالف للدستور، وهذا راجع للخصائص التي تتميز بها الطبيعة القانونية للدعوى الدستورية عن باقي الدعاوى القضائية، ومنه نتطرق ضمن هذا المبحث إلى إيراد تعريف للدعوى الدستورية ثم تحديد طبيعتها القانونية وخصائصها بالتفصيل المبين أدناه:

المطلب الأول:تعريف الدعوى الدستورية.

حرصت الدساتير المعاصرة، على النص صراحة على تقرير الحقوق والحريات العامة للأفراد وحمايتها، ولكفالة هذه الحقوق والحريات من جوانبها العملية، أوجدت هذه الدساتير الآلية التي تعمل على تحقيق ذلك، فإذا احتدم النزاع بين الدولة وأفرادها بسبب القوانين الصادرة عنها والتي قد يرى الأفراد أنها تقيد حريتهم أو تعتدي على حقوقهم المضمونة دستوريا وتحول هذا النزاع إلى صراع معها، فإن وجود هيئة الرقابة على دستورية القوانين يجيز تحول هذا الصراع من طبيعته السياسية إلى حلول قانونية توفرها هذه الهيئة لأطرافه، وتتولى هيئة الرقابة إعادة صياغة المسائل المتنازع عليها، ويكون الحكم الصادر عنها منهيا للنزاع.

وقد كفل الدستور حق التقاضي لكل من يدعي أن نصا تشريعيا انتهك حقه أو حريته المضمونة دستوريا، ووسيلة ذلك رفع الدعوى الدستورية عن طريق الدفع بعدم دستورية الحكم

التشريعي المراد تطبيقه على النزاع، وللإحاطة بمفهوم الدعوى الدستورية يتعين التطرق إلى التعريفات التي أدرجت لها ثم استخلاص التعريف الذي يتماشى وطبيعتها القانونية.

الفرع الأول:معنى الدعوى الدستورية:

تعرف الدعوى الدستورية بمفهومها العام بأنها الدعوى المتعلقة بأحد المسائل التي ينظمها الدستور، وترفع أمام المحكمة الدستورية المختصة في الدولة، أما طبقا لمفهومها الخاص فيقصد بها دعوى دستورية القوانين، أي الدعوى القائمة على مخاصمة القانون المخالف للدستور، بموجب دعوى أصلية يرفعها الطاعن أمام القضاء وبعد فحص القانون المطعون بعدم دستوريته تقضي المحكمة إما بعدم الدستورية او بالدستورية. [1]

وتعرف الدعوى الدستورية أيضا بأنها:"وسيلة قانونية يستطيع الشخص بواسطتها اللجوء الى المحاكم للحصول على إعتراف بحقه، وعند الاقتضاء لصيانته، وذلك على أساس أن المدعي أثناء سريان الدعوى وتقديم الطلبات العارضة، تتشكل عنده قناعة بعدم دستورية نص قانوني من النصوص المراد تطبيقها في الدعوى القضائية، مما يدفعه إلى إثارة الدفع بعدم الدستورية للنص المراد تطبيقه على تلك الدعوى لمساسه بحق من حقوقه الدستورية" [2].

كما تعرف أيضا بأنها: "ذلك الإجراء القانوني الذي من خلاله يتمكن صاحب المصلحة وغيره من اللجوء الى المحكمة الدستورية، طالبا منها التدخل من أجل تأمين حقه أو حريته التي تم انتهاكها سواء من جراء اصدار تشريع أو عمل قانوني من قبل السلطة التنفيذية أو عمل قضائي، وذلك بعد استنفاذ كافة الاجراءات القانونية العادية أو غير العادية سواء كانت

---

[1]–سالم روضان الموسوي،عدم دستورية القوانين بين الانحراف التشريعي والمخالفة الدستورية وأثره في الأحكام القضائية دراسة تطبيقية مقارنة،مكتبة صباح،الكرادة بغداد،2020،ص.ص210–211.

[2]–عبد الحق بلفقيه،دعوى الدفع بعدم دستورية نص تشريعي مابين رؤية المشرع المغربي وتدخل القاضي الدستوري دراسة مقارنة،ط2،مطبعة سبارطيل،طنجة،2019،ص19.

تلك الاجراءات أمام الجهة التي أصدرت العمل أو أمام الجهات القضائية ذات الاختصاص مع التقيد بالشروط والآجال التي حددها المؤسس الدستوري" [1]

وعرفت أيضا بأنها: "وسيلة اختيارية خولها القانون لصاحب الحق في اللجوء الى القضاء لايقاع الجزاء الذي يقرره القانون على إخلال البرلمان بالواجب الذي تنطوي عليه القاعدة الدستورية"، فهذه الدعوى تهدف إلى رفع الإختلاف بين ما أتاه البرلمان من تشريع مخالف للدستور، وما كان عليه أن يأتيه من اصدار تشريع يحترم الدستور، وذلك بتقوية الحالة التأثيرية التي تولدها لدى أعضاء البرلمان القيمة الاجتماعية التي يقوم عليها الواجب القانوني، متى لم تكن هذه الحالة التأثيرية من القوة بحيث تجتذب أعضاء البرلمان نحو التنفيذ التلقائي لذلك الواجب، فإذا كان القانون الصادر من السلطة التشريعية من شأنه أن يمس المركز القانوني والمصالح المقررة لأحد الأفراد على صورة تجعل من هذا القانون مصدرا للاعتداء على هذا المركز، ففي هذه الحالة تقوم لشاغل المركز القانوني مصلحة أكيدة في اللجوء للقضاء عن طريق الدعوى الدستورية ليحصل منه ما يضمن رد الاعتداء أو ما يجدد الاعتراف بحقه.[2]

–نستخلص من التعريفات السابقة بأن الإخلال القائم في الدعوى الدستورية يتعلق بنصوص الدستور، التي تتمتع بسموها عن القواعد القانونية الأدنى درجة في الدولة، ولا يرتكب ذلك الإخلال من قبل الفرد بل مرتبط بالسلطة التشريعية، التي تحاول من خلال ممارستها لاختصاصها التشريعي التجاوز على نصوص الدستور الذي خولها تلك الصلاحية وبالنتيجة يترتب عن ذلك الإخلال سن تشريع مخالف للدستور.

وهذا ما يترتب عنه اعتبار الدعوى الدستورية وسيلة القضاء الدستوري، هذا الأخير الذي يقصد به مجموعة القواعد القانونية المستخلصة من أحكام المحاكم في المجال الدستوري

---

[1]–محمد علي حسونة،الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية عبر الدعوى الاحتياطية في النظم الدستورية المعاصرة،ط1،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2018،ص82.

[2]–رفعت عيد سيد،الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2004،ص.ص190 ،191.

وهذا على أساس أن القضاء يضطلع بدور هام في انشاء قواعد القانون الدستوري، لاسيما في الدول التي تتبنى نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين. [1]

وحسب رأي الباحث فإنه يخلص الى اعتبار الدعوى الدستورية بأنها: وسيلة قانونية إجرائية أجازها الدستور لصاحب الحق للمطالبة بإبطال نص تشريعي أو تنظيمي أو اجتهاد قضائي مستقر للمحاكم العليا لمخالفته نص دستوري، أو بمعنى آخر هي دعوى تهدف إلى حماية القواعد الدستورية وصيانتها من الإعتداء عليها، من طرف السلطة التشريعية أو أي سلطة أخرى لها الحق في إصدار تشريعات عامة ومجردة، باعتبار أن هذه القواعد هي التي تحدد الإطار العام لنظام الحكم في الدولة وتحدد أيضا حقوق الأفراد وحرياتهم.

وقد تم الإشارة إلى أن الدعوى الدستورية تشمل الإجتهاد القضائي المستقر للمحاكم العليا وهو ما يصطلح عليه بالقانون الحي طبقا للتجربة الفرنسية وسنتطرق الى شرحه في الباب الأول لهذه الدراسة.

الفرع الثاني:خصائص الدعوى الدستورية.

للدعوى الدستورية خصائص تميزها عن سائر الدعاوى القضائية الأخرى، وذلك نتيجة لطبيعة الحق الذي تحميه، وتتمثل هذه الخصائص فيما يلي:[2]

1-أنها مكنة دستورية لحماية الحقوق والحريات الأساسية:

والمقصود بذلك أنه لا يمكن الأخذ بهذا الأسلوب، إلا إذا نص المؤسس الدستوري على ذلك وتبرير ذلك مرتبط بأن ممارسة أي اختصاص أو صلاحية من قبل سلطة عامة لا بد أن يكون مستندا لنص، وهذا النص لا يمكن أن يكون أقل مرتبة من النص الذي يمنح الاختصاص الذي بموجبه صدر العمل، طالما أننا نتحدث عن أعمال صادرة عن السلطة التشريعية والتنفيذية والتي تمارس صلاحيتها استنادا إلى قواعد دستورية، وهي قواعد توزيع الاختصاص، بمعنى أنها قواعد اسناد دستورية، فيترتب على ذلك أن المحكمة الدستورية لا

---

[1]-ماجد راغب الحلو،النظم السياسية والقانون الدستوري منشأة المعارف،الاسكندرية،2000،ص427.

[2]-محمد علي حسونة،مرجع سابق،ص82.

يمكنها قبول دعوى لم ينص عليها المؤسس الدستوري، ويحدد هذا النص أصحاب الحق أو الصفة في رفعها.

2-ترفع الدعوى الدستورية من قبل أشخاص محددة.

لقد حدد المؤسس الدستوري الأشخاص المخول لهم رفع الدعوى الدستورية، وهم الأفراد الذين لحقهم ضرر يمس أحد حقوقهم أو حرياتهم أو هيئات عامة، يخولها المؤسس الدستوري هذا الحق، كالمدافع عن الشعب ووزير الادعاء العام كما هو الحال في اسبانيا.

3-ضبط الهيئة المختصة بالفصل في الدعوى الدستورية.

تعتبر المحكمة الدستورية، هي الجهة المختصة بالفصل في الدعوى الدستورية في معظم التشريعات المقارنة.

4-المحل في الدعوى الدستورية.

لكل دعوى محل، ويقصد بمحل الدعوى الدستورية الفردية جميع الأعمال القانونية النهائية الصادرة عن السلطات العامة ذات الصلة بالحقوق والحريات الأساسية، التي أصبغ عليها المؤسس الدستوري الحماية الدستورية، ومعنى ذلك أن نطاقها يشمل الأعمال الإدارية والتشريعية ، وأن محلها يتحدد بنصوص دستورية خاصة نظرا للطابع الاستثنائي لها.

5-انتهاك الحق أو الحرية الأساسية.

بمعنى المساس بالحق محل الحماية الدستورية، حتى تتمكن المحكمة الدستورية من بسط رقابتها على مخالفة النص القانوني المراد تطبيقه على النزاع لأحكام الدستور، ويعد هذا الشرط جوهريا لتفادي النظر في طعون غير جدية، وبالتالي لا يجوز قبول سوى تلك الدعاوى التي ترفع في مواجهة القانون الذي أضر بصفة فعلية ومباشرة بحقوق ملتمس الدعوى الدستورية. [1]

[1]- محمد علي حسونة،مرجع سابق،ص.ص82 إلى 87.

6-رفع الدعوى الدستورية خلال الآجال المحددة دستوريا.

هذا العنصر يتضمن نوع التنظيم الزماني لامكانية اللجوء الى المحكمة الدستورية، بواسطة الدعوى الدستورية، ويختلف ذلك الأجل من دولة إلى أخرى، وهذا القيد لرفع الدعوى الدستورية له ما يبرره من الناحية الواقعية، ومن الناحية التنظيمية، والفنية، فمن الناحية الواقعية لا يمكن في جميع الحالات أن يترك الأمر للفرد لاختيار وسيلة الحماية، مما يشكله ذلك من امكانية ضياع الحقوق عندما يفضل الفرد اللجوء مباشرة الى المحكمة الدستورية أما من الناحية التنظيمية فإن هذه الضوابط تشكل نوعا من التخفيف عن المحكمة الدستورية فلا يصل اليها الا العدد القليل بعد اتباع نظام تصفية الدفوع.

بعد تحديد تعريف الدعوى الدستورية وخصائصها نتساءل عن الطبيعة القانونية لها هل تعتبر دعوى قضائية عادية أم لها طبيعة قانونية خاصة، هذا ما سنعالجه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني:الطبيعة القانونية للدعوى الدستورية.

لم تحدد التشريعات الدستورية الطبيعة القانونية للدعوى الدستورية، ويرجع سبب ذلك حسب اعتقاد الباحث لتوجه المؤسس الدستوري لافساح المجال للفقه والقضاء، لتحديد تلك الطبيعة، على أساس أن التكيف القانوني ليس من عمل المؤسس الدستوري، وإنما يعد عملا قضائيا يتم تكريسه من خلال الاجتهادات القضائية.

وباعتبار أن الدعوى الدستورية في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين تمارس بعدة طرق، فإما أن تكون عن طريق دعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية، أو عن طريق الدفع بعدم الدستورية بمناسبة النظر في دعوى مرفوعة أمام القضاء، أو عن طريق الإحالة من محكمة الموضوع، أو التصدي من قبل المحكمة الدستورية، وسنفصل هذه الطرق بالشرح في المبحث الثالث من هذا الفصل، فإذا قدمت الدعوى عن طريق الدفع أو الإحالة أوالتصدي فإنه يثور تساؤل عن طبيعة الدعوي التي سوف ترفع أمام القضاء الدستوري، خاصة بعد أن تبين أن تحريك الرقابة ليس عن طريق الدعوى المباشرة.

أما إذا ما قدمت الدعوى بالطريق المباشر أمام المحكمة الدستورية، فإن هذه الدعوى أيضا تمتاز عن الدعاوى القضائية، أنها تختصم النصوص التشريعية، ولا تخاصم البرلمان وعلى

ضوء ذلك فإن الدعوى الدستورية تكون ذات طبيعة خاصة، وكذلك ذات طبيعة مستقلة وإلى جانب ذلك فهي في حال الدعوى المباشرة ذات طبيعة مختلطة (عينية وشخصية)، وبالتالي وانطلاقا من أساليب ممارسة الدعوى الدستورية تعددت آراء الفقه بشأن الطبيعة القانونية لها بين ثلاث مواقف، تتمثل في أنها تعتبر دعوى قضائية ذات طبيعة خاصة، دعوى مختلطة، طريق الطعن الطبيعي بالنسبة للقوانين واللوائح، دعوى مستقلة، مؤكدة لمبدأ سمو الدستور ونتطرق لها على النحو المبين أدناه:

الفرع الأول:الدعوى الدستورية دعوى قضائية ذات طبيعة خاصة:

فهي دعوى قضائية، لأنها تفصل فيها محكمة مشكلة تشكيلا قضائيا، لا يخالطها عنصر سياسي، كما أنها تشمل أسلوب الدعوى القضائية الاعتيادية، لانه يمكن اقامتها من طرف مدعي ضد مصلحة على مدعى عليه، وتتم بموجب دفع أو طلب طبقا لما حدده القانون. [1]

كما أن الطابع القضائي لهذه الدعوى، يتضح من خلال خضوعها من حيث إجراءات رفعها واتصالها بالجهة الدستورية، الى أحكام قانونية محددة، ليست بالضرورة الأحكام التي تخضع لها الدعاوى القضائية الأخرى، بل تختلف الأحكام المنظمة للدعوى الدستورية طبقا للأوضاع المتبعة أمام القضاء الدستوري، وتبعا لذلك تتنوع أساليب ممارسة الدعوى الدستورية ونجملها في ثلاث طرق(دفع بعدم الدستورية والإحالة والتصدي). [2]

أما كونها ذات طبيعة خاصة، فيرجع الأمر الى أن بعض التشريعات جمع في الدعوى الدستورية بين خصائص أسلوب الدعوى، وبعض خصائص أسلوب الدفع بعدم الدستورية فمن ناحية كونها دعوى يشترط في الدعوى الدستورية أن تكون هناك دعوى موضوعية أثير بشأنها دفع بعدم الدستورية، وأن الفصل فيه لازم للفصل في موضوع الدعوى، ففي هذه الحالة عندما يتأكد قاضي الموضوع من أن الدفع بعدم الدستورية يتصف بالجدية، فإنه يرجئ الفصل في النزاع، ويحيلها على المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الجهة التي

---

[1]–سالم روضان الموسوي،مرجع سابق،ص213.

[2]–نبيلة عبد الحليم كامل،الرقابة القضائية على دستورية القوانين (القضاء الدستوري)،دار النهضة العربية،القاهرة،2005،ص51.

يتبعها، أو يمنح الفرد أجلا لرفع الدعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية، وبالتالي فهي ليست دعوى ابتدائية بل دعوى في أعقاب دفع أثير أمام قاضي الموضوع، وثبتت له جدية الدفع وكان لازما للفصل في موضوع الدعوى المعروضة أمامه[1].

ومن ناحية كونها دفع نجد أن الدفع المثار ترك بعض خصائصه على طبيعة الدعوى الدستورية، بحيث لا يجوز للمدعي بعد أن يحدد له قاضي الموضوع ميعادا لرفع الدعوى أن يطلب من المحكمة الدستورية الغاء النص المطعون فيه أو إعلان بطلانه، فكل ما تملكه المحكمة الدستورية هو الفصل في المسألة الدستورية، بأن تقرر بأن النص المطعون فيه مخالف أو غير مخالف للدستور، ثم تنتقل السلطة لقاضي الموضوع الذي يفصل في موضوع الخصومة، بناء على ما توصل له حكم المحكمة الدستورية، وعليه وتبعا لتعدد أساليب ممارسة الدعوى الدستورية، سنحاول استخلاص الطبيعة القانونية لها وذلك حسب الأسلوب الذي تمارس به بالتفصيل المبين أدناه:

ففي مجال الدفع بعدم الدستورية، يعتبر هذا الأخير هو الوسيلة التي بواسطتها يتصل النزاع في المسألة الدستورية بالمحكمة الدستورية، غير أنها لا تفصل في الدفع ذاته، ولكن محكمة الموضوع التي قررت جدية ذلك الدفع أو أنه قائم على أساس، فتحيل ملف ذلك الدفع إلى المحكمة الدستورية، أو أنها صرحت للمدعي الدافع أن يرفع دعواه بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية خلال أجل معين، لا تزيد عن المدة التي قررها القانون، فتكون هذه الدعوى الدستورية ذات طبيعة خاصة، فهي ليست الدعوى التي أقيمت أمام قاضي الموضوع، الذي قبل ذلك الدفع، وليست الدعوى الأصلية المنظورة أمام قاضي الموضوع الذي أحال من تلقاء نفسه المسألة الدستورية المتعلقة بالنصوص اللازمة للفصل في الدعوى الأصلية.

وكذلك في مجال التصدي، فهي ليست ذات الدعوى التي تتصدى لها المحكمة الدستورية، بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها، وتتصل وترتبط بالدعوى الدستورية المثارة أمامها.

ففي الحالة الأولى تكون صياغة الدعوى الدستورية غير صياغة الدفع، وإن كانت ترتبط بذات النصوص التي أثيرت أمام قاضي الموضوع.

---

[1]–طعيمة الجرف،القضاء الدستوري،دراسة مقارنة في رقابة الدستورية،ط2،القاهرة،1994،ص.ص233–234.

وفي الحالة الثانية تحتاج الإحالة من قاضي الدعوى الأصلية، إلى صياغة قانونية من قبل هيئة المفوضين وكذلك الحال إذا تصدت المحكمة الدستورية، و في كل الأحوال تبدي هيئة المفوضين بها في المسالة الدستورية فتكون الدعوى الدستورية في هذه الأحوال ذات طبيعة خاصة.

وبالتالي نستخلص تبعا لما تقدم بأنها ليست دعوى مباشرة، بل هي دعوى في إطار دفع أثير أمام قاضي الموضوع، وثبت للقاضي جديته، أو أنه قائم على أساس أن الفصل فيه لازم للفصل في موضوع النزاع المعروض أمامه. [1]

كما أن الدفع يعكس طابعه على طبيعة الدعوى الدستورية ،على أساس أنه يترتب عنه وقف الفصل في الدعوى الأصلية، وبعد أن يتم الفصل في المسألة الدستورية، تنتقل السلطة إلى قاضي الموضوع الذي له أن يفصل في موضوع الخصومة، بناء على مضمون حكم المحكمة الدستورية. [2]

الفرع الثاني: دعوى مختلطة(عينية و شخصية):

درج الفقه على تقسيم الدعاوى إلى نوعين هما:الأولى تصنف ضمن طائفة الدعاوى الشخصية، اما الثانية وتصنف ضمن طائفة الدعاوى العينية، ومرد ذلك التصنيف مؤسس على طبيعة الحق المدني، بمعنى أنه إذا كان موضوع الدعوى حقا شخصيا كانت الدعوى شخصية، ومثالها دعوى إلزام المستأجر بدفع الأجرة أو إلزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة وإذا كان موضوع الدعوى حقا عينيا كانت الدعوى عينية، ومثالها دعوى الاستحقاق والأصل المعمول به بشأن إعمال هذا التقسيم أنه يرد بشأن الدعاوى التي يكون موضوعها حقوقا مالية سواء كانت عينية أو شخصية، ولكن يجري تعميم هذا التقسيم حتى ولو لم يكن موضوع الدعوى حقا عينيا أو حقا شخصيا بالمعنى الدقيق.

---

[1]–طعيمة الجرف،مرجع سابق،ص235.

[2]–رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية،القاهرة ،2004،ص 202.

وكما هو معلوم فإن نطاق الدعاوى الشخصية، لا يمكن حصره على أساس أن الحقوق الشخصية لا مجال لحصرها، بخلاف الدعاوى العينية فهي محصورة، لأن الحقوق العينية وردت محصورة في صورة حقوق [1] ، ويمكن أيضا التطرق إلى التقسيمات التقليدية للدعوى ويؤسس كل تقسيم منها على ضابط خاص، فبحسب معيار طبيعة الحق الذي تستند إليه تقسم الدعوى إلى ثلاث(03) أصناف وهي: عينية وشخصية و مختلطة، أما حسب معيار موضوع ذلك الحق أي طبيعة الشيء الذي تقام الدعوى للحصول عليه، فتقسم إلى منقولة وعقارية، وهذان التقسيمان متداخلان، بمعنى أن الدعوى العينية أو الشخصية قد تكون عقارية أو منقولة، والدعاوى العينية العقارية تنقسم هي الأخرى من حيث الغرض المقصود منها إلى دعاوى الحق ودعاوى الحيازة.[2]

والدعاوى العينية ووردت على سبيل الحصر، وهي دعوى الملكية (دعوى الاستحقاق ودعوى الحيازة والدعوى بتقرير أو نفي حق الارتفاق أو الانتفاع أو الاستعمال أو السكن أو الحكر ودعوى الرهن) أما الدعاوى الشخصية لا يمكن حصرها ويرجع ذلك إلى أعمال مبدأ سلطان الإرادة) [3] .

أما بشأن الدعوى الدستورية فإذا كان هناك اتفاق حول الطبيعة العينية للدعوى الدستورية إلا ان الاختلاف يثور عند محاولة تشخيصها بأنها دعوى شخصية، فقد اتجه الفقه الى اعتبارها دعوى عينية لم ترصد في الأصل لحماية حقوق شخصية للأفراد، وإنما لتحقيق الشرعية الدستورية عن طريق اختصام قوانين غير دستورية، وإذا كان من شأن ذلك أن يترتب عنه توافر نوع من الحماية الجدية لمصالح الغير فإن ذلك لم يكن مقصودا بذاته، بل كان من قبيل النتيجة المترتبة على حماية مبدأ الشرعية الدستورية في مواجهة السلطة التشريعية ومنه فالدعوى الدستورية تعتبر طعنا عينيا في القانون، يبنى على المصلحة العامة التي يجب أن تسود الأعمال التشريعية، وإذا ما سمح للأفراد بتحريكها عن طريق الدفع بعدم الدستورية،

---

[1]–محمد ابراهيم،أصول المرافعات المدنية،نظرية الدعوى،دار العلوم للطباعة،بدون مكان النشر،2010/2009،ص63.

[2]–عصام عبد الوهاب السماوي،الدعوى الدستورية في القانون اليمني والقانون المصري دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة اسيوط،2013،ص197.

[3]–وجدي راغب فهمي،مبادئ القضاء المدني قانون المرافعات،دار النهضة العربية،القاهرة،2001،ص158.

فليس ذلك إلا رغبة من المؤسس الدستوري في أن يجعل من الأفراد رقباء على السلطات العامة تحقيقا لسيادة القانون.

وعليه وطالما كان جوهر الطعن بالدستورية، هو النعي على دستورية القانون المطعون فيه، فإن الدعوى الدستورية لا تكون من نوع القضاء الدستوري الشخصي، لأنها لا تمثل خصومة تتعلق بحقوق شخصية مثل دعوى التعويض، ولا تثير منازعة بين خصمين دائن ومدين، بل تمثل القضاء العيني بحكم أنها مجرد مخاصمة للقانون المخالف للدستور، بقصد رده الى حكم الدستور حماية للشرعية الدستورية، وبمعنى آخر أن صاحب الدعوى لا يختصم السلطة التشريعية المصدرة للقانون المطعون فيه وإنما يختصم القانون ذاته.

وترتيبا على ذلك، فلا يجوز للسلطة التشريعية أن تطالب رافع الدعوى الدستورية بتعويض مقابل رفع دعوى بعدم دستورية أحد تشريعاتها، متى صدر حكم من المحكمة بدستورية هذا التشريع، ويرجع ذلك إلى أن الدعوى الدستورية لا تولد خصومة يتصارع فيها طرفين هما المدعي والسلطة التشريعية. [1]

ومن جانب آخر، فإن الطبيعة العينية للدعوى الدستورية تتطرق إلى سلطة القاضي الذي لا يتقيد بالأسباب التي تمسك بها الطاعن في دعواه، بل يتجاوز هذه الأسباب، باحثا عن أسباب أخرى أغفل المدعي ذكرها، ومفاد ذلك أن القاضي الدستوري يبحث القانون المطعون فيه على كافة أوجهه، ويحيطه بأسانيد وأسباب غير تلك التي أثارها الخصم، أي أن القاضي الدستوري يتأكد من سلامة القانون من جميع العيوب وأوجه البطلان، وعلى هذا الأساس تتمتع أحكام المحكمة الدستورية بحجية مطلقة، سواء انتهت تلك الأحكام إلى عدم دستورية القانون المطعون فيه، أو إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس.[2]

بينما ذهب جانب آخر من الفقه، الى اعتبار أن الدعوى الدستورية هي دعوى مختلطة بحجة أنه إذا كان القانون هو إيضاح السلطة التشريعية عن إرادتها في ممارسة اختصاصاتها الدستورية، بقصد التفاعل مع المراكز القانونية القائمة أو بقصد إنشاء مراكز قانونية جديدة

---

[1]–رفعت عيد سيد،مرجع سابق،ص193.

[2]- عصام عبد الوهاب السماوي،مرجع سابق،ص198.

فإن اختصام هذا القانون نعي على إرادة أعضاء السلطة التشريعية، مما يشكل من الناحية الواقعية اختصام هذه السلطة، كما أن الرقابة على الدستورية في حقيقتها نوع من الرقابة على السلطة التشريعية، حتى يحترم الدستور في مواجهة أصحاب المراكز القانونية، ولتحقيق هذه الغاية أنشئت محكمة مختصة في المسائل الدستورية، ولا تنتمي إلى التنظيم القضائي العادي، وبالتالي فهذا يمثل دليلا على أن الدعوى الدستورية تهدف إلى حماية المراكز القانونية المقررة للأفراد. [1]

ويتساءل أصحاب هذا الرأي عما إذا كانت الدعوى الدستورية تعد دعوى عينية خالصة، غايتها حماية الشرعية الدستورية لرد اعتداء أصاب مركز فردي، كما هو الحال بالنسبة للقضاء الشخصي، فلماذا لم يعتبرها الفقه أو القضاء من دعاوى الحسبة، فمن خلال دعوى الحسبة تتعدد فرص تعقب القوانين المخالفة للدستور أمام المحكمة الدستورية، كما تتوسع دائرة المرخص لهم بتقديم طعن الدستورية، وفي هذا كله تحقيق لمبدأ الشرعية الدستورية الذي هو مناط الدعوى الدستورية.

ولا يجوز الاحتجاج بمقولة أن تكيف الدعوى الدستورية بأنها دعوى حسبة، سيترتب عنه اختفاء شخص المدعي، ومن ثم يبدو القاضي وكأنه تعرض للنزاع تلقائيا، وهذه النتيجة تتعارض مع قاعدة اتصال القاضي بالنزاع من خلال أطرافه، ذلك أنه في الدعوى الدستورية يجوز للقاضي الدستوري أن يتصدى تلقائيا لفحص مدى دستورية أي نص تشريعي أو تنظيمي غير معروض على المحكمة متى كانت له صلة بالنزاع المطروح عليها، رغم أن التصدي مرتبط بقيام نزاع يتخذ شكل خصومة قضائية، تتناقض من خلالها مصالح أطرافها بحيث تبقى الخصومة القضائية المعروضة هي الأصل، وأن الفصل عن طريق التصدي في دستورية بعض النصوص ذات الصلة بالنزاع المطروح لا يتأتى إلا تبعا، ذلك أنه إذا لم يوجد هذا النزاع فلا يكون لرخصة التصدي سندا يسوغ اعمالها، بالرغم من ذلك كله إلا أن تصدي المحكمة للمسألة الدستورية يحركها فكرة المصلحة العامة، وليست المصلحة الشخصية لأطراف الخصومة المعروضة،وهذا التصور لفكرة التصدي يجعلها استثناءا، على قاعدة عدم تجاوز القاضي لطلبات أطراف الخصومة.

---

[1]- رفعت عيد سيد،مرجع سابق،ص.ص193 -194.

وبالتالي فإن اعتبار الدعوى الدستورية دعوى حسبة، يجعلها شبيها بالرقابة السياسية التي تباشرها السلطة التشريعية على أعمال السلطة التنفيذية، ومن جانب آخر ستضطر السلطة التشريعية إلى فتح مكتب لها داخل المحكمة الدستورية، يتولى الدفاع عن كل تشريعاتها المتهمة بمخالفتها للدستور، وبالتالي سيصعب عليها التوفيق بين أداء وظيفتها التشريعية ومتابعة الدعاوى المرصودة لقوانينها.

ولتفادي هذا المشكل، استوجب الأمر اشتراط توفر عنصر المصلحة الشخصية والمباشرة لدى الطاعن لأن المصلحة الشخصية، هي دعامة الدعوى الدستورية، وتمثل غايتها وما تحقيق الشرعية الدستورية في القانون المطعون فيه سوى وسيلة لإحاطة هذه المصلحة بالحماية.[1]

وتتمثل حجج الرأي القائل بالطبيعة المختلطة للدعوى الدستورية فيما يلي:

1-صحة التفسير الذي يعتبر أن الدعوى الدستورية تخاصم القانون المطعون فيه، ولكن القانون يعبر عن إرادة السلطة التشريعية في ممارسة اختصاصها الدستوري، بقصد التفاعل مع المراكز القانونية القائمة، أو بقصد إنشاء مراكز قانونية جديدة، غير أن اختصام هذا القانون دليل على اختصام السلطة التشريعية في حد ذاتها والنعي عن إرادة أعضائها.

2-تكريس الرقابة على دستورية القوانين بمقتضى الدستور، واسنادها إلى جهة مختصة بالفصل فيها دليل على ممارسة نوع من الرقابة على السلطة التشريعية لالزامها باحترام الدستور، في مواجهة أصحاب المراكز القانونية، ولتحقيق هذا الغرض أنشأت هيئة متخصصة في المسائل الدستورية، لا تنتمي إلى التنظيم القضائي ضمانا لعدم إثارة فكرة عدم تدخل المحكمة بنشاطها في مجال السلطة التشريعية، وتفادي الاعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات، وهذا ما يدل على أن الدعوى الدستورية تهدف إلى حماية المراكز القانونية المقررة للأفراد، وضمان مصالحهم ضد تعسف السلطة التشريعية، وخروجها بشأنها عن مقتضى الدستور.

[1]- رفعت عيد سيد،مرجع سابق،ص.ص193 و194.

وبالتالي خلصوا إلى أن الدعوى الدستورية تعتبر دعوى مختلطة، تجمع بين الطبيعة العينية المتمثلة في الشرعية الدستورية(حيث يختص القاضي بتنقية التشريع من عيوب مخالفته للدستور)، والطبيعة الشخصية المتمثلة في ذاتية المركز القانوني الذي تحميه هذه الدعوى.

ولكن حسب وجهة نظر الباحث فإن الدعوى الدستورية تعد دعوى عينية، محلها النصوص التشريعية وذلك على أساس المبررات التالية:

➢أنها لا تخاصم الأشخاص واضعي القانون، كما أنه لا يجوز للطاعن في بعض التشريعات المطالبة بالتعويض في حال الحكم بعدم دستورية القانون المطعون فيه ويستمر التشريع نافذا رغم رفع الدعوى بعدم الدستورية ويعود الاختصاص فقط للقضاء الدستوري لتقرير إضفاء قرينة الدستورية على كل قانون مطعون فيه .

➢بالإضافة إلى أن الحكم الدستوري، لا تقتصر آثاره بصورة مباشرة في المراكز القانونية لرافع الدعوى، بقدر ما يعتبر دليلا ليستند عليه قاضي الموضوع لاسقاط النص القانوني المحكوم بعدم دستوريته عن الدعوى الأصلية، أما إذا حكم بدستوريته فإن ذلك لا يؤثر البتة في الإسناد القانوني لقاضي الموضوع على النص المقضي بدستوريته، وبالتالي فالدعوى الدستورية هي ذات طبيعة عينية تحمي الشرعية الدستورية، وهذا ما يجعلها تتدرج ضمن نطاق القضاء الموضوعي أو العيني ويقتصر موضوعها على اختصام النص القانوني المعيب بإحدى العيوب الدستورية.

الفرع الثالث:الدعوى الدستورية هي الطريق الطبيعي للطعن في القوانين:

معنى ذلك أن الفرد إذا ما أراد أن يطلب من القاضي الدستوري، الحكم بعدم دستورية نص في قانون ما يعتبره مخالفا للدستور، فعليه أن يستعمل طريق الدعوى الدستورية على أساس أن تلك الدعوى تعد تجسيدا لفكرة الرقابة على دستورية القوانين، كما أنها تعد الطريق الطبيعي للحصول على حكم بعدم دستورية القوانين المخالفة للدستور، ومنه يمكن اعتبار الدعوى الدستورية هي طعن القانون الدستوري ضد جميع القوانين، ولا يقوم شك حول وجوب قبولها ما لم يصرح الدستور بغير ذلك. [1]

[1]– رفعت عيد سيد،مرجع سابق،ص.197

الفرع الرابع:الدعوى الدستورية دعوى مستقلة وتؤكد مبدأ سمو الدستور.

بمعنى أنها ليس دعوى عارضة أو دعوى فرعية، بل تعد دعوى قائمة بذاتها ومستقلة عن دعوى الموضوع، وذلك لأنها تستهدف موضوعا مغايرا لموضوع الدعوى الموضوعية، وتهدف إلى فصل التعارض المدعى به بين نص تشريعي ونص دستوري[1]،أما الدعوى الموضوعية فهي في أغلب حالاتها تتعلق بحقوق شخصية مدعى بها في نزاع قائم يتعلق بإثبات تلك الحقوق والمطالبة بحمايتها عند وقوع عدوان عليها.[2]

ومنه لا تعد الدعوى الدستورية طعنا في قضاء محكمة الموضوع، ولا تعد محكمة الموضوع صاحبة اختصاص في نظر تلك الدعوى، مالم يجز لها الدستور ذلك الاختصاص.

وباعتبار أن الدعوى الدستورية دعوى مستقلة عن دعوى الموضوع، إلا أن هناك حتمية تقتضي وجود ارتباط بين الدعويين الدستورية والموضوعية حيث يشترط أن يكون الفصل في الدفع بعدم الدستورية لازما للفصل في الدعوى الموضوعية، وهذا هو مبرر إرجاء محكمة الموضوع الفصل في النزاع، إلى حين الفصل في الدفع بعدم الدستورية، كما أن المصلحة في الدعوى الدستورية، وهي شرط لقبولها مناطها ارتباط المصلحة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الفصل في المسألة الدستورية مؤثرا في الطلب الموضوعي المرتبط بها ولكن تبقى لكل دعوى منهما ذاتيها ومقوماتها، ذلك أنهما لا تتحدان في شروط قبولهما، وتختلفان في موضوعهما، فالدعوى الدستورية مناطها الفصل في التعارض المدعى به بين نص تشريعي ومخالفته للدستور، مما يترتب عنه إلحاق ضرر يحق أو حرية فردية، في حين أن الدعوى الموضوعية مناطها الفصل في حقوق معينة من حيث إثباتها أو نفيها عند وقوع الاعتداء عليها[3].

أما بالنسبة لكون الدعوى الدستورية تؤكد مبدأ سمو الدستور، فمرده أن هذه الدعوى تختلف عن الدعوى العادية، من حيث ان مناط الخصومة هو تعارض النصوص القانونية

---

[1]–أحمد صالح صالح عاطف،الدعوى الدستورية في النظام القانوني اليمني دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون،قسم القانون العام،كلية الحقوق،جامعة عين شمس،2009،ص143.

[2]–إبراهيم محمد علي،المصلحة في الدعوى الدستورية،دار النهضة العربية،القاهرة،بدون سنة نشر،ص56.

[3]– عبد العزيز محمد سالمان ،إجراءات الدعوى الدستورية،الجزء الأول،دار سعد سمك،القاهرة،2015،ص800.

المطعون فيها مع الاحكام التي تضمنها الدستور، مما يستفاد منه سمو الدستور على القوانين الوطنية تكريسا لقاعدة تدرج القواعد القانونية في المرتبة، وبالتالي فاختصاص المحكمة الدستورية يشمل مراقبة تلك النصوص المخالفة للدستور عبر الدعوى الدستورية الممارسة عبر آلية الدفع بعدم الدستورية.[1]

المبحث الثاني: أساليب تحريك الدعوى الدستورية.

إن نماذج القضاء الدستوري بشأن تنظيم تحريك الرقابة على دستورية القوانين، تتفرع إلى أربع نماذج تتمثل فيما يلي:الدعوى الدستورية الفردية،الدفع الفرعي بعدم الدستورية،الإحالة،التصدي، و سؤال الأولوية الدستورية، وسوف نتعرض في هذا المبحث إلى دراسة أسلوبين هما الإحالة والدعوى الدستورية الفردية،بشكل مفصل بينما نعالج أسلوب الدفع بشكل مقتضب ونرجئ الحديث عن أسلوب التصدي و سؤال الأولوية الدستورية لحين التطرق لهما بالتفصيل اللازم في الباب الثاني من هذه الأطروحة .

المطلب الأول:نموذج الدعوى الدستورية الفردية.

تشكل الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية محورا رئيسيا في الدراسات الدستورية وقد كرس القضاء الدستوري المقارن اجتهاداته في سبيل تكريس وسائل لتفعيل تلك الحماية بالإضافة إلى النص عليها صراحة في الوثائق الدستورية، مع تكريس مبدأ الفصل بين السلطات، وتبعا لذلك تشكل الدعوى الدستورية الفردية أو ما يصطلح عليها أيضا بالطعون الفردية المباشرة، إحدى تلك الوسائل، وعليه سأحاول تفصيل هذه الدعوى ببيان مفهومها وطبيعتها القانونية، وكذا نظامها القانوني، وإعمالا لذلك قسمت هذا المطلب إلى فرعين هما:

-تعريف وشروط الدعوى الدستورية الفردية.

-مقومات الدعوى الدستورية الفردية وأثر الحكم الصادر عنها.

[1]-حلمي أماني عمر،الدعوى الدستورية دراسة فقهية قضائية في ضوء احكام المحكمة الاتحادية العليا بدولة الامارات العربية المتحدة والمحكمة الدستورية العليا بمصر،مقال منشور بمجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية،جامعة الاسكندرية،ع2017،2 ،ص22.

الفرع الأول: تعريف وشروط الدعوى الدستورية الفردية.

باعتبار الدعوى الدستورية الفردية إحدى تطبيقات الدعوى الدستورية الأصلية، فإننا سنعالج ضمن هذا الفرع مدلول الدعوى الدستورية الفردية (أولا) ثم الشروط المقررة قانونا لقبولها(ثانيا).

أولا:مدلول الدعوى الدستورية الفردية:

ترجع مسألة ابتداع الدعوى الدستورية الفردية إلى المؤسس الدستوري الألماني، واعتبرها كمرحلة أخيرة لتعزيز الحقوق والحريات الأساسية [1]، إلى جانب ذلك أقر بعض المؤسسين الدستورين بحق الفرد في التقاضي مباشرة أمام المحكمة الدستورية، وفق إجراءات قضائية ميسرة عن طريق ما يصطلح عليه بالدعوى الدستورية الفردية، أو ما يسميه بعض الفقه دعوى ضمان الحقوق [2]، وتؤسس هذه الدعوى على المطالبة بحماية الحقوق والحريات الأساسية في مواجهة الأعمال المادية والتشريعات العادية و حتى القرارات الإدارية والأحكام القضائية الصادرة عن السلطات العامة، وبالنسبة للأحكام القضائية والقرارات الإدارية يشترط فيها أن تكون نهائية أي استنفذت طرق الطعن، ولا يوجد مجال للتشكيك فيها إلا عن طريق الدعوى الدستورية الفردية، والمقصود بهاته الأخيرة أنها تلك "الوسيلة الدستورية التي تقرر لأحد الأشخاص الطبيعية والمعنوية حق اللجوء مباشرة الى المحكمة الدستورية بدعوى يتضرر منها من التصرفات والأعمال الصادرة عن السلطات العامة، والتي تمثل انتهاكا لأحد حقوقه الأساسية ملتمسا منها التدخل من أجل حماية حقه أو حريته التي تم انتهاكها سواء من جراء إصدار تشريع أو عمل قانوني من قبل السلطة التنفيذية أو عمل قضائي بشرط استنفاذ كافة طرق التقاضي العادية والغير عادية." [3]

وقد تعددت التعاريف التي أوردها الفقه بشأن الدعوى الدستورية المباشرة، فقد عرفت بأنها:

---

[1]–عبد العزيز محمد قطاطو،الدعوى الدستورية الفردية لحماية الحقوق والحريات الأساسية دراسة مقارنة،ط1،دار الحكمة بغداد،2016،ص40.

[2]–عيد أحمد غفلول،دعوى ضمان الحقوق في القانون الدستوري المقارن،المجلة القانونية والاقتصادية،كلية الحقوق،جامعة الزقازيق،ع26،2009 ،ص13.

[3]عبد العزيز محمد قطاطو،مرجع سابق،ص41.

" دعوى مستقلة يمنح الحق في إقامتها لكل سلطة وبصفة مباشرة أمام المحكمة المخولة اختصاص الفصل فيها، وذلك بغرض المطالبة بإلغاء التشريع المشوب بعيب عدم الدستورية، دون انتظار تطبيقه عليها وذلك نظرا لما يسببه هذا التشريع من أضرار محققة الوقوع." [1]

ما يعيب هذا التعريف أنه اعتبر الدعوى الدستورية المباشرة عبارة عن آلية جوازية يقتصر حق مباشرتها على السلطات العامة في الدولة، وهذا ما يتعارض مع التشريعات التي كرست بموجب دساتيرها حق مباشرتها من قبل الأفراد وبالتالي لا يمكن قصر ممارسة هذه الدعوى على جهة معينة فقط.

كما عرفت أيضا بأنها:" الدعوى التي يقيمها صاحب الشأن أمام المحكمة المخولة صلاحية الفصل فيها طبقا للدستور والقانون وبصفة مباشرة مطالبا بإلغاء التشريع المطعون بعدم دستوريته، دون انتظار تطبيقه عليه وهذا نظرا للضرر المحقق الوقوع الذي قد يترتب عنه".

الملاحظ على هذا التعريف أنه وسع من مفهوم الدعوى الدستورية المباشرة، كونه استعمل مصطلح ذا طابع مطلق، وهو صاحب الشأن، ويستخلص منه جواز مباشرتها من كل ذي مصلحة سواء كان من الأفراد أو السلطات العامة. [2]

وعليه يمكن حسب رأي الباحث القول ان الدعوى الدستورية الفردية هي: تلك الدعوى التي يقيمها ذوي الشأن من الأفراد، بصفة أصلية ومباشرة أمام الجهة المخول لها صلاحية الفصل فيها، استنادا لأحكام الدستور، وذلك بغرض المطالبة بإلغاء القانون المشكوك في دستوريته، دون الانتظار الى غاية تطبيقه عليهم، نظرا لما قد يسببه هذا القانون من أضرار محققة الوقوع، وذلك ابتغاء المحافظة على المشروعية الدستورية وحماية الحقوق والحريات الأساسية التي يضمنها الدستور.

---

[1]–أماني عمر حلمي،الوجيز في القانون الدستوري بدولة الإمارات العربية المتحدة،بدون طبعة،دار الشتات للنشر والبرمجيات،مصر –الإمارات،بدون سنة نشر،ص237.

[2]–رحاب خالد حميد أحمد،الدعوى الدستورية المباشرة في ظل دستور جمهورية العراق لسنة 2005،دراسة مقارنة،رسالة ماجيستر في القانون العام،كلية القانون،جامعة بغداد،2018،ص10.

وتبعا لذلك يعتمد تحريك الرقابة الدستورية طبقا لنموذج الدعوى الدستورية الفردية، بتخويل صاحب المصلحة في رفع الدعوى الدستورية مباشرة أمام القضاء الدستوري للطعن في القانون المخالف للدستور، مؤسسا إياه على استيفاء أحد الأسباب الشكلية أو الموضوعية المتعلقة بعيوب عدم الدستورية دون أن تقتضي هذه الآلية اتباع قيد سابق على مباشرتها، أو بمعنى أخر لا تقتضي وجود دعوى موضوعية تتصل بالمسألة الدستورية المثارة في تلك الدعوى، وتوصف هذه الآلية بأنها وسيلة هجومية تسمح لصاحب المصلحة بمخاصمة القانون حتى قبل تطبيقه عليه ويكفي أنه تحققت بشأنه الأوضاع اللازمة لاصداره ونفاذه وبالتالي اعماله ضمن القوانين المعمول بها في الدولة [1].

وتكمن خصائص هذه الدعوى فيما يلي:

1-ان التكيف القانوني للدعوى للدستورية يدرجها ضمن الدعاوى الاحتياطية، وهذا يترتب عنه تحديد وقت اللجوء إليها، وبالتالى فلا يجوز رفعها إلا في الفترة اللاحقة لاستنفاد كافة طرق الطعن المتاحة للأفراد، كما لا يجوز اللجوء إليها ابتداء ما لم يتم استنفاد كافة طرق التقاضي الأخرى، سواء منها العادية أو الإدارية أو الدستورية بواسطة الدعوى الأصلية من قبل الجهات المختصة بتحريكها، والتي حددها الدستور ومنحها هذا الحق.

2-لا يكفي استنفاد كافة طرق الطعن وإنما يستلزم ذلك أن يكون هناك انتهاك لحق من الحقوق التي يكفلها الدستور، لأن الحكمة التي توخاها المشرع الدستوري من الإقرار بوجود الدعوى الدستورية الفردية لحماية الحقوق والحريات الأساسية ستنتفى في حال كفاية الوسائل الأخرى للحماية.

3-أن التسليم باعتبار الدعوى الدستورية دعوى احتياطية، يحقق حماية إضافية للحقوق والحريات الأساسية، في الحالات التي لا تكون فيها رقابة على الأحكام القضائية النهائية، وبالتالي يجوز للأفراد اللجوء لهذه الوسيلة ضد كل الأعمال القانونية التي لا تقبل الطعن إما لطبيعتها وإما لفوات المدة المحددة للطعن.

---

[1]-عزيزة الشريف،دراسة في الرقابة على دستورية التشريع،مطبوعات جامعة الكويت،1995،ص166.

4-تعد الحماية الدستورية للحقوق الأساسية، سواء من خلال الدعوى الأصلية أو الدعوى الفردية أسمى وسائل حماية الحقوق الأساسية، وذلك لعدم إمكانية الطعن في الأحكام الصادرة في تلك الدعاوى أمام أي جهة أخرى، وهذا نابع من سمو الهيئة التي تختص بها وسمو القواعد التي تسهر على حمايتها.

5-نظرا لاعتبار الدعوى دعوى دستورية احتياطية ، فإن الآثار المترتبة على البت فيها، لا تختلف عن آثار الأحكام الدستورية في الدعاوى الدستورية الأصلية، أو الدفوع الدستورية من حيث الحكم بإلغاء القانون المخالف للقواعد الدستورية، ويكون له قوة الشيء المقضي به في مواجهة الكافة.

ثانيا:شروط قبول الدعوى الدستورية الفردية:

يقتضي الأمر لممارسة الدعوى الدستورية الفردية، وجوب استيفاء مجموعة من الشروط نجملها فيما يلي:

1-تكريس هذه الآلية على مستوى النصوص القانونية:وذلك بغرض ضمان حق الفرد في اللجوء مباشرة الى هيئة الرقابة الدستورية، للمطالبة بإلغاء القانون الذي يمس بحقوقه وحرياته.

2-استنفاذ طرق الطعن بالنسبة للأحكام القضائية، والقرارات الإدارية، بحيث تصبح موصوفة بالطابع النهائي.

3-وجوب رفع هذه الدعوى ضد القوانين النافذة فقط.

4-وجوب استيفاء شرط المصلحة:تعد الدعوى الدستورية الفردية كغيرها من الدعاوى القضائية التي تستوجب أيضا اخضاعها لشروط قبول الدعوى، وفي مقدمتها الشرط المتعلق باستيفاء شرط المصلحة في الطاعن، تحت طائلة عدم القبول ومناط هذه المصلحة يتجسد بوجوب اثبات المساس بأحد الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور للطاعن. [1]

[1]-عبد العزيز محمد قطاطو،مرجع سابق،ص.ص75-78-122.

الفرع الثاني:مقومات الدعوى الدستورية الفردية وأثر الحكم الصادر عنها:

إن الدعوى الدستورية الفردية تؤسس على مقومات تميزها عن غيرها من الدعاوى القضائية، كما أن الفصل فيها يتم بموجب حكم، يرتب أثرا قانونيا، وعليه سنعالج هاتين المسألتين ضمن عنصرين على النحو المبين أدناه:

-مقومات الدعوى الدستورية.

-أثر الحكم الصادر عن الدعوى الدستورية الفردية.

أولا: مقومات الدعوى الدستورية:

من خلال التعريف الذي أوردناه سابقا للدعوى الدستورية يمكننا من خلاله استخلاص مقومات الدعوى الدستورية الفردية المتمثلة فيما يلي:

1-الدعوى الدستورية الفردية مكنة لحماية الحقوق والحريات الأساسية.

إن ممارسة الفرد لحق التقاضي المباشر أمام المحكمة الدستورية للمطالبة بإلغاء القانون الغير الدستوري، مقيد بوجود نص دستوري يكفل له هذا الحق، وذلك على أساس أن الاختصاصات التي تمارسها السلطات العامة، يتعين أن يكون منصوصا عليها، ولا يمكن أن يكون ذلك النص أدنى مرتبة من النص الذي يمنح الاختصاص الذي بموجبه صدر العمل، وطالما أن السلطات العامة تباشر اختصاصاتها بموجب النصوص الدستورية وهي نصوص توزيع الاختصاص بينها، وبالتالي فإنها تمثل قواعد إسناد دستورية وهذا ما يترتب عنه عدم قبول الدعوى ما لم ينص عليها المؤسس الدستوري، كما يستوجب أن يبين ذلك النص أصحاب الصفة والمصلحة في مباشرة تلك الدعوى. [1]

[1]-محمد فؤاد عبد الباسط،ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية،منشأة المعارف،الاسكندرية،2002،ص416.

2-أطراف الدعوى الدستورية الفردية.

تتباين الدول التي تبنت آلية الدعوى الدستورية الفردية في تحديد الأطراف التي لها الحق في مباشرة هذه الدعوى، فمنها من منح حق مباشرتها للأفراد والأشخاص المعنوية، ودول أخرى خولت هذا الحق لأطراف دعوى الموضوع التي صدر بها حكم نهائي، بالإضافة إلى المدافع عن الشعب، ووزير الإدعاء العام بشأن الطعن على الأعمال الإدارية والأحكام القضائية. [1]

3-الجهة المختصة بالفصل في الدعوى الدستورية الفردية.

تتولى الأطراف المخولة حق مباشرة الدعوى الدستورية الفردية صلاحية مباشرتها أمام الجهة التي حددها الدستور، وهي غالبا ما يصطلح عليها المحكمة الدستورية .

4-نطاق الدعوى الدستورية الفردية.

المقصود بنطاق الدعوى هو الأعمال القانونية، وجميع الأعمال الصادرة عن السلطات العامة ذات الصلة بالحقوق والحريات الأساسية، والتي أضفى عليها المؤسس الدستوري الحماية الدستورية، هذا ما يتبين منه أن نطاق هذه الدعوى يتحدد بموجب نصوص دستورية بحكم الطابع الاستثنائي للدعوى، وهذا مرده إلى ان الأصل العام بشأن نطاق الدعوى الدستورية الأصلية الذي يتحدد بالأعمال التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل، أو الأعمال التي لها قوة القانون، والصادرة عن السلطة التنفيذية استنادا الى صلاحياتها التشريعية الاستثنائية، على خلاف الدعوى الدستورية الفردية فإن نطاقها أوسع من ذلك بحيث تشمل جميع الأعمال القانونية ذات الطابع النهائي بصرف النظر عن الجهة الصادرة عنها، وبالتالي يشمل نطاقها كل الأعمال الإدارية والتشريعية والقضائية [2] ،ونفصل تلك الأعمال على النحو التالي:

---

[1]-عبد العزيز محمد قطاطو،مرجع سابق،ص45.

[2]- عبد العزيز محمد قطاطو،مرجع سابق،ص47.

*الأعمال البرلمانية:

تصنف الأعمال الصادرة عن السلطة التشريعية إلى صنفين:الأول أعمال ذات طابع تشريعي(قوانين)، والثاني أعمال لا تكتسب قوة القانون وتتعلق فقط بالتنظيم الداخلي للسلطة التشريعية[1]، وتندرج كل تلك الأعمال ضمن نطاق الدعوى الدستورية الفردية بغرض حماية الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها بمقتضى الدستور، ونعالج تلك الأعمال كل على حدا بالتفصيل المبين أدناه:

1- الأعمال القانونية:

إن الهدف الذي تسمو اليه الدعوى الدستورية الفردية يتمثل في حماية الحقوق والحريات الفردية، وبالتالي فإن سمو الدستور، يمكن أن يتحقق من خلال إحالة القانون المشكوك بعدم دستوريته من قبل قاضي الموضوع، سواء تلقائيا أو بناء على طلب أحد الأطراف في الدعوى المنظورة أمامه، عندما يتعلق الأمر بعمل من الأعمال التشريعية البرلمانية. [2]

حيث أن تحقيق الانسجام بين القواعد الدستورية، وغيرها من القواعد القانونية الأخرى داخل المنظومة القانونية يقتضي وجود آلية الدعوى الدستورية، وإذا كان هذا هو الأصل العام في الدول التي تأخذ بمركزية الرقابة الدستورية من خلال محكمة مستقلة، فإن بعض الدول ومنها النمسا وألمانيا وسويسرا وأسبانيا قد أخضعت هذه الأعمال للدعوى الدستورية الفردية، كوسيلة استثنائية وأخيرة لحماية الحقوق الأساسية المحمية دستوريا. [3]

ويمكن اللجوء إلى الدعوى الدستورية الفردية في حال عدم إمكانية اللجوء إلى أي مكنة دستورية أخرى لحماية الحقوق والحريات الأساسية، ويمكن تصور وجود مثل هذه الحالة، إذا ما انتهت المدة المحددة لتحريك الدعوى الدستورية الأصلية، بعد انتهاء المدة المحددة من تاريخ نشر القانون، أو في حالة عدم تطبيق القانون من قبل القضاء، ففي هذه الحالة إذا

---

[1]-عيد الحسبان،الرقابة على الأعمال البرلمانية الغير تشريعية دراسة مقارنة،مجلة الشريعة والقانون،جامعة العين،ع20،جانفي2004،ص191.

2-عيد الحسبان،الضمانات القضائية لحماية المقتضيات الدستورية دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الأول، ع1، جانفي 2004،ص348.

[3]-عبد العزيز قطاطو،مرجع سابق،ص48.

كان القانون ينتهك حقا أساسيا يمكن لصاحب المصلحة اللجوء إلى المحكمة الدستورية، لطلب إلغائه بواسطة الدعوى الدستورية الفردية.

وكذلك فإنه من الممكن أن تحرك الدعوى الدستورية الفردية، للطعن بعدم دستورية الامتناع التشريعى حيث أكد مشروع القانون الأساسي للمحكمة الدستورية الإسبانية على إمكانية الرقابة على الامتناع التشريعى [1]، كما أن اجتهاد المحكمة الدستورية قد استقر على إمكانية الأخذ بالرقابة على الامتناع خاصة إذا تباطأ المشرع في التدخل لإصدار قانون تنظيم الحقوق والحريات .

وخلاصة القول، فإن الدعوى الدستورية الفردية وضعت كنظام محكم للتحقق من التزام المشرع بالنصوص الدستورية نصا وروحا لضمان سمو الدستور بشكل عام، واحترام النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات الأساسية بشكل خاص، وذلك من خلال إرساء ودسترة الدعوى الدستورية الفردية كمكنة دستورية استثنائية وأخيرة، لتعزيز وترسيخ الحماية الدستورية للحقوق الأساسية من تعسف وانحراف السلطة التشريعية سواء كان عملا تشريعية أم لا.

2-الأعمال البرلمانية الغير تشريعية: [2]

وتتضمن القرارات والنشاطات والأعمال الصادرة عن السلطة التشريعية و التي لا تكتسب وصف القانون، الا انها قد تنتهك الحقوق والحريات الأساسية التي أضفى عليها المؤسس الدستوري الحماية بواسطة الدعوى الدستورية الفردية، وبالتالي في حال وقوع الانتهاك بواسطة تلك الأعمال، فإنه يجوز الطعن فيها عن طريق الدعوى الدستورية، خلال أجل معين من تاريخ اكتسابها الطابع النهائي.

---

[1]-المادة 1/7 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية الأسبانية .

-عيد أحمد الغفلول،الرقابة القضائية السابقة على دستورية المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية،القاهرة،1999،ص 129.

-أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 2000، ص 189.

[2]-عبد العزيز محمد قطاطو،مرجع سابق،ص49.

*أعمال السلطة التنفيذية:

يختص القضاء الدستورى كقاعدة عامة، بحماية الحقوق والحريات الأساسية في مواجهة تجاوزات السلطة التنفيذية، والأصل في حماية الحقوق والحريات الأساسية ضد تعسف الإدارة وأعمالها أنها من اختصاص جهة القضاء الإداري باعتباره المدافع التقليدي عن الحريات العامة، وله خبرة في ذلك، مثلما هو حال مجلس الدولة في فرنسا، وإذا خولت المحكمة الدستورية صلاحية النظر في الدعاوى الدستورية المتعلقة بانتهاك الحقوق الدستورية الفردية فإن ذلك من شأنه أن يسمح بحماية هذه الحقوق، ويؤكد قيمتها الدستورية، ويمكن القول بأن إقرار رقابة دستورية في مجال الحقوق الفردية، ستساهم في حالة اتسامها بالفاعلية في تعزيز احترام الحقوق والحريات الأساسية، ومنها على وجه الخصوص كرامة الفرد وحريته لكن لا يجب أن يكون الطعن الدستوري المتاح للأفراد طعنا عاديا إضافيا، لأنه يحتمل في هذه الحالة أن تخطر المحكمة الدستورية بعدد كبير من القضايا، الأمر الذي يتطلب وضع شروط لقبول الدعوى الدستورية بعناية بالغة، منها مثول أصحاب المصلحة أمام تلك الجهة وفقا للإجراءات المتعلقة بالدعاوى العادية. [1]

وباعتبار ان المدد المحددة لرقابة المشروعية أو الملائمة التي يمارسها القضاء الادارى قد تنقضي مما يترتب عنه انتفاء الحماية المطلوبة للحقوق الأساسية، الأمر الذي يترتب عنه عدم جواز الطعن فيها أمام أي جهة أخرى، واستثناء من ذلك اجازت بعض الأنظمة الدستورية لاصباغ الحماية الدستورية لتلك الحقوق بموجب دعوى فردية يباشرها المتضرر خلال مدة محدودة من اكتساب الحكم الطابع النهائي. [2]

ومن منطلق أن الدعوى الدستورية الفردية هي استثناء على الأصل العام، مما ترتب عنه تدخل المشرع لتحديد نطاقها بالنسبة لأعمال السلطة التنفيذية على سبيل الحصر، بحيث تشمل القرارات الإدارية والأعمال القانونية، والأعمال المادية للسلطة التنفيذية، أو لأي من الأجهزة التابعة لها أو عمالها وموظفيها، واستنادا على هذا التحديد فإن هذه الأعمال تخضع

---

[1]–عبد العزيز محمد قطاطو،مرجع سابق،ص51.

[2]–عبد المنعم محفوظ،علاقة الفرد بسلطة الحريات العامة وضمانات ممارستها،دار الهناء للطباعة،القاهرة،دون سنة نشر،ص144.

للرقابة من قبل المحكمة الدستورية بواسطة الدعوى الدستورية الفردية في حال استنفاد طرق الطعن الإدارى.

*** أعمال السلطة القضائية:**

أحيانا ما تؤدي الأحكام الصادرة عن السلطات العامة، أو تطبيق القانون على الأفراد إلى المساس بأحد حقوقهم وحرياتهم الأساسية التي يكفلها الدستور، كما أن الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم قد تؤدي إلى ذات النتيجة، الأمر الذي أدى إلى لجوء بعض النظم الدستورية المقارنة لإخضاع تلك التصرفات القضائية للرقابة الدستورية من خلال دعوى استثنائية، يرفعها ذو المصلحة لحماية تلك الحقوق والحريات أمام القضاء الدستورى، حيث وضعت حماية دستورية استثنائية للحقوق الأساسية من خلال الدعوى الدستورية الفردية.

وبالتالي فإن محل الدعوى الدستورية الفردية في هذه الحالة يتمثل في العمل أو الامتناع الصادر عن الجهة القضائية، وبذلك يستوجب استنفاذ كل طرق الطعن القضائي، كما يجب أن يكون الانتهاك اللاحق بالحق أو الحرية ناتجا بصفة مباشرة عن عمل أو امتناع الجهة القضائية باستقلالية عن الوقائع والاجراءات المرفقة بالدعوى القضائية في الموضوع والناتجة عن الإنتهاك أو المساس بالحق.

ثانيا:أثر الحكم الصادر عن الدعوى الدستورية الفردية.

تعتبر الدعوى الدستورية الفردية إحدى الوسائل الدستورية، التي يمكن من خلالها تفعيل الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية، وذلك من خلال إثارة موضوع مدى مشروعية النظام الذي تم تبنى العمل استنادا إليه، أو مدى دستورية القانون الذي صدر العمل بمقتضاه، أو مدى صحة تطبيق النظام أو القانون إذا ثبتت مشروعية الأول(النظام) ودستورية الثاني (القانون)، وطالما أن الدعوى الدستورية الفردية لا تخرج عن هذا الاطار مما يترتب عنه عدم الاختلاف بين الآثار المترتبة على الفصل فيها والآثار المترتبة عن الفصل في الدعوى الدستورية الأصلية، أو الدفوع الدستورية، إلا فيما يتعلق ببعض الجوانب خاصة تلك المتعلقة بنطاق الدعوى الدستورية الفردية السابق الإشارة لها، باعتباره أكثر

اتساعا بحيث يشمل أعمال السلطة الإدارية والسلطة القضائية، إذا ما كان هناك انتهاكا للحقوق الأساسية من جراء اتخاذ تلك الأعمال.[1]

ويعني ذلك أن للحكم الصادر في الدعوى الدستورية الفردية الحجية المطلقة للشيء المقضى به، سواء في مواجهة السلطات العامة في الدولة (بما فيها المحاكم) في حالة صدوره بقبول الطعن و إدانة انتهاك الحق المدعي انتهاكه، أو في مواجهة رافع الدعوى والغير في حالة انتهاء المحكمة إلى عدم وجود انتهاك لحقوق المدعي.

واستنادا على ما سبق، فإننا سنحاول التطرق بإيجاز الى الآثار المترتبة على الفصل في الدعوى الدستورية الفردية، وذلك بالتطرق ابتداء الى أن المحكمة الدستورية ومن خلال هيئاتها، تدقق الدعوى شكلا، فإما أن تقبلها أو تردها في حال عدم توافر شروطها، وخاصة شرط استنفاد كافة طرق الطعن سواء منها العادية أو الإدارية، أما إذا توافرت شروطها فإنها تقرر قبول الدعوى، وتباشر التدقيق في موضوعها، ومن خلال تدقيق المحكمة لموضوع الدعوى الدستورية الفردية، يمكن لها أن تصدر حكما يكون محله واحدة أو أكثر من الحالات التالية:

* الحكم بإلغاء القرار، أو العمل، أو الحكم الذي يؤدي إلى تقييد التمتع بالحقوق والحريات الأساسية مع تحديد آثار الحكم و أبعاده، أو الاعتراف بالحقوق والحريات العامة وفقا للمضمون المعلن دستوريا.

* الاعتراف بالحق أو الحرية العامة بما يتفق مع المحتوى الدستوري أو استعادة الطاعن لحقه أو لحريته العامة بشكل كامل.

* إعادة الحق أو الحريات لصاحبها بشكل كامل، من خلال تبني الوسائل اللازمة لتحقيق ذلك.[2]

هذا فيما يتعلق بالآثار المباشرة للفصل في الدعوى الدستورية الفردية، أما الآثار غير المباشرة فأهمها أن الدعوى الدستورية الفردية قد تؤدي إلى مسألة البحث في دستورية قانون ما، حيث أنه إذا تبين للهيئة المختصة أثناء تدقيقها للدعوى الدستورية الفردية، أن القانون

---

[1]–عبد العزيز محمد قطاطو ،مرجع سابق،ص64.

[2]- عبد العزيز محمد قطاطو ،مرجع سابق،ص64.

يمس أحد الحقوق الأساسية أو الحريات العامة، فإنها تحيل الأمر إلى المحكمة بهيئتها العامة لبحث دستورية القانون الذي صدر استنادا إليه العمل محل الدعوى الدستورية الفردية بحيث إذا ثبتت عدم دستوريته تصدر حكم بعدم دستورية القانون وهنا لا يكون له أثر رجعي، بل أثر مباشر حيث لا يعمل بالنص المقضي بعدم دستوريته من تاريخ الحكم بعدم الدستورية، وهو ما يعني أن للحكم أثرا منشئا ، ولا يكون لهذا الحكم أثرا رجعيا إلا في حالة الحكم بعدم دستورية نص يقرر عقوبة ما، ونص إدارى يقرر جزاء ما في هذه الحالة يكون الحكم في الدعوى قابلا لإعادة التماس إعادة النظر استنادا إلى حكم المحكمة الدستورية . [1]

المطلب الثاني:نموذج الدفع بعدم الدستورية.

وتتمثل هذه الطريقة في أن الدعوى الدستورية تمارس بموجب دفع فرعي، يتقدم به أحد الخصوم في دعوى تنظر أمام أحد الجهات القضائية، ويؤسس الدفع على عدم دستورية النص التشريعي أو التنظيمي المراد تطبيقه على النزاع، ففي هذه الحالة يختص قاضي الموضوع بفحص أولي لجدية الدفع فإذا ما تحقق شرط الجدية أصدر قرارا بإرجاء الفصل في الدعوى الموضوعية، والإحالة على المحكمة الدستورية، أو يمنح الطاعن أجلا لرفع الدعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية.

ونظرا لأهمية الدفع باعتباره آداة لحماية النص الدستوري من مخالفة التشريع الأدنى له، كما أنه وسيلة لنقل الدعوى الدستورية من محكمة الموضوع إلى المحكمة الدستورية بالفصل فيها، فسنتطرق ضمن هذا المطلب إلى معالجة الدفع ضمن عنصرين هما:

- تعريف الدفع بعدم الدستورية.

- تحديد طبيعته القانونية.

[1]-عبد العزيز محمد قطاطو ،مرجع سابق،ص64.

الفرع الأول:تعريف الدفع بعدم الدستورية:

يقتضي تحديد تعريف الدفع بعدم الدستورية معالجته ضمن عنصرين هما:

-تحديد مدلول القانون المعني بمجال الدفع بعدم الدستورية.

-تحديد المقصود بالحكم في مجال الدفع بعدم الدستورية.

أولا-تحديد مدلول القانون المعني بمجال الدفع بعدم الدستورية:

عملا بمبدأ الفصل المرن بين السلطات الثلاث: التشريعية والتنفيذية والقضائية، الذي يقتضي التعاون والرقابة المتبادلة، لتسهيل تسير شؤون الدولة ولهذا التعاون مظاهر مختلفة تتعدد حسب طبيعة نظام الحكم في الدولة، ومن أبرز تلك المظاهر مايتصل بعلاقة السلطتين التشريعية والتنفيذية في مجال التشريع، من خلال مباشرة السلطة التنفيدية في بعض الحالات صلاحيات من اختصاص السلطة التشريعية والمتمثلة في إصدار النصوص التنظيمية. [1]

ومن خلال هذه الصورة بالتحديد، تثور مسألة تحديد مدلول القانون المعني بمجال الدفع بعدم الدستورية بمعنى آخر، أهمية التميز في الأعمال التشريعية بين العمل الصادر عن السلطة التشريعية، وذلك الصادر عن السلطة التنفيذية، ولحسم هذا الخلاف أثر مهم، في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين وبموجبه يتحدد مجال الرقابة، وقواعد الاختصاص القضائي التي تحكم ولاية المحكمة الدستورية، أو المجلس الدستوري بمناسبة الطعن في القوانين لمخالفتها الدستور، وقد ظهر معيارين فقهيان للتميز بين القوانين كأعمال تشريعية صادرة عن السلطة التشريعية، وبين القوانين كأعمال تشريعية صادرة عن السلطة التنفيذية هما المعيارين الشكلي والموضوعي،ثم نتطرق إلى موقف القضاء ونعالج ذلك على النحو المبين أدناه:

[1]-عبد الحق بلفقيه،دعوى عدم دستورية نص تشريعي بين رؤية المشرع المغربي وتدخل القاضي الدستوري،دار سبارطيل،طنجة 2019، ص.ص 19-20.

1-المعيار الشكلي:

من مؤيدي هذا المعيار الفقيه الفرنسي(Carre de Malberg)، ويستند هذا المعيار في التميز بين القوانين كأعمال تشريعية صادرة عن السلطة التشريعية، وبين القوانين كأعمال تشريعية صادرة عن السلطة التنفيذية، بالنظر للجهة مصدرة العمل، بصرف النظر عن مضمونه، وتبعا لذلك يعد العمل التشريعي الصادر عن السلطة التشريعية، قانونا سواء كان منشئا لمراكز قانونية عامة، كقوانين تنظيم أوضاع العاملين، أم كان متعلقا بمراكز قانونية خاصة، أم بمجالات فردية، كالقوانين الخاصة بمنح التزامات المرافق العامة، ويكون العمل التشريعي الصادر عن السلطة التنفيذية بمثابة مراسيم وأوامر تشريعية.

ومنه فالمعيار الشكلي بمعناه الواسع، ليس معيارا عضويا فقط يقتصر على الجهة مصدرة العمل، بل يركز أيضا على الشكل الذي يصدر فيه ذلك العمل والإجراءات المتبعة عند إصداره، وتتجلى أهمية هذا المعنى الواسع في الوقت الذي تندمج فيه السلطات، فعندئذ يمكن الاعتماد على قواعد الشكل والإجراءات للتمييز بين مختلف الأعمال بعد أن اتحدت سلطة إصدارها، ومع بساطة هذا المعيار وسهولته ويسره في مجال التمييز بين الأعمال التشريعية إلا أنه لم يسلم من الانتقادات لذا نادى فريق آخر من الفقهاء بمعيار اخر للتمييز هو المبين أدناه.

2-المعيار الموضوعي:

طبقا لهذا المعيار فإن التميز بين الأعمال التشريعية، يقتضي الاعتماد على طبيعة التشريع ومضمونه بصرف النظر عن السلطة التي أصدرته، وعن الشكليات المتبعة لإصداره واعتمد هذا المعيار من طرف المدرسة الواقعية بقيادة (Duguit) وانتهت إلى أن القاعدة العامة الموضوعية، هي أساس تميز العمل التشريعي، ويعتبر هذا المعيار أقرب للواقع لاستناده على تحليل العناصر الجوهرية للتشريع بصرف النظر عن صفة القائم به. [1]

[1]-عبد الحق بلفقيه،مرجع سابق، ص.ص 22-25.

3-اتجاه القضاء الدستوري في تحديد مدلول القانون المعني بالرقابة:

لتحديد مدلول القانون في مجال رقابة القضاء الدستوري، وهل المقصود به المعنى الفني لذلك المصطلح أم أنه ينصرف إلى مطلق القواعد القانونية بما تحتويه من صفة العمومية والتجريد، وبالتالي إدخال النصوص التنظيمية وإدراجها ضمن الرقابة يتحقق ذلك عن طريق التصدي للتشريعات الخاضعة لرقابة القضاء الدستوري في بعض الأنظمة الدستورية المقارنة كالنموذج الأمريكي والنموذج المصري ونعالجها بالتفصيل الموضح أدناه:

-موقف المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية من تحديد مدلول القانون المعني بالرقابة الدستورية:

يعتمد النظام الأمريكي وحدة النظام القضائي، إذ لا يوجد نظام إداري متخصص على نسق النظم اللاتينية يفصل في مدى شرعية القرارات الإدارية، مما انعكس على تبني المحاكم المختلفة بسط رقابتها على شرعية ودستورية تلك القرارات، كما تمارس الرقابة الدستورية على أنشطة السلطات العامة، سواء الصادرة من الكونجرس أو من السلطات التشريعية للولايات والقرارات الإدارية تنظيمية كانت أو فردية بما فيها القرارات الرئاسية، فضلا عن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأدنى درجة في السلم القضائي حال الطعن فيها أمام المحاكم الأعلى درجة، ولا يخرج بذلك عن نطاق الرقابة سوى الأعمال السياسية.[1]

وباعتبار المحكمة الاتحادية العليا صاحبة الاختصاص فيما يتعلق بتفسير الدستور، ومدى اتفاق القوانين مع الدستور الاتحادي، مما جعلها تعتمد على المعيار الموضوعي، عند رقابتها للتشريعات المطعون بعدم دستوريتها، ويتضح ذلك من خلال رقابتها الدستورية للقوانين الفيدرالية، وقوانين الولايات واللوائح والقرارات الإدارية بما فيها القرارات الرئاسية.

[1]-شعبان أحمد رمضان،ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين،دار النهضة العربية،القاهرة، 2000،ص281.

-موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر من تحديد مدلول القانون في مجال الرقابة الدستورية:

تختص المحكمة الدستورية المصرية، بمراقبة القوانين واللوائح سواء كانت لوائح ادارية عادية أم لوائح لها قوة القانون كاللوائح التفويضية الصادرة عن رئيس الجمهورية، بموجب تفويض من مجلس الشعب وكذلك لوائح الضرورة التي يصدرها رئيس الجمهورية.

ثانيا- تحديد المقصود بالحكم في مجال الدفع بعدم الدستورية :

يعتبر الحكم الصادر في مجال الدعوى الدستورية، حكم قضائي صادر في دعوى قضائية ويخضع لقواعد نظرية الأحكام في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك حسب التسمية التي تبناها المشرع الجزائري، وتنتمي الدعوى الدستورية إلى طائفة القضاء العيني لتوجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستوري، والحكم في الدعوى الدستورية هو إعلان لفكر القاضي الدستوري إزاء المسألة الدستورية ويكون بأحد الأمرين:إما برفض الطعن الموجه للنص التشريعي ومنه إقرار دستوريته، وإما قبول الطعن والقضاء بعدم دستوريته، وهو حكم قطعي بموجبه تستنفذ المحكمة ولايتها بشأن ما فصلت فيه.

ويعتمد القاضي الدستوري، في مجال الرقابة على دستورية التشريع المطعون بعدم دستوريته على تحديد المسألة الدستورية محل البحث، ويشترط أن يكون الحكم في هذه المسألة لازما للفصل في الطلبات المطروحة أمام محكمة الموضوع، وتفترض سلطة القاضي الدستوري عند تحديد المسألة الدستورية التحقق من الأوضاع الشكلية للتشريع قبل فحص عيوبه الموضوعية. [1]

ثم تأتي المرحلة الثانية، التي يتطرق فيها القاضي الدستوري لبحث التشريع، من الناحية الموضوعية لمعرفة مدى تطابقه، أو تعارضه مع الدستور، وذلك عن طريق تفسير النص التشريعي وتفسير النص الدستوري، والمطابقة بينهما دون أن يتجاوز القاضي الدستوري مهمته القضائية، لأنه لا يفسر الدستور حسب أرائه الشخصية، بل وفقا لضوابط محددة ثم تأتي مرحلة الحكم في المسألة الدستورية إذ يفصل بشأن مدى مطابقة التفسير الذي حدده

[1]-عبد الحق بلفقيه،مرجع سابق،ص.ص31 -33.

للنص التشريعي أو التنظيمي مع التفسير الذي منحه للنص الدستوري فإذا توصل إلى أن النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته مطابق للدستور حكم برفض الدعوى الدستورية أما إذا كان غير مطابق للدستور حكم بعدم دستوريته.[1]

الفرع الثاني:الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية.

تتميز الدعوى الدستورية بطابعها الخاص، وتقتضي ورودها ضمن دفع بعدم الدستورية، بمناسبة نزاع معروض على القضاء، والدفع المحرك للدعوى الموضوعية هو الآخر دفع من طبيعة خاصة، فهو ليس من الدفوع الشكلية، كما أنه يغاير في بعض جوانبه سمات الدفوع الموضوعية، فهو من الدفوع القانونية الخالصة.

وبخصوص مدى تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام، يقوم هذا الأخير على أساس فكرة الشرعية الدستورية التي يتولى القضاء الدستوري مراقبتها لضمان أن تكون النصوص التشريعية المطعون فيها مطابقة لأحكام الدستور، وبمجرد قيام شبهة عدم الدستورية أمام المحكمة فلا يجوز لها إعمال نص تشريعي مخالف للدستور ويستوجب عليها إحالة الأمر إلى المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية حسب الحالة للفصل فيه[2]، وبالتالي يعتبر الدفع بعدم الدستورية من النظام العام، بحيث يجوز إثارته تلقائيا من قبل محكمة الموضوع وأيا كانت المدة التي انقضت على صدور التشريع أو التنظيم المخالف للدستور مادام يراد تطبيقه على نزاع قائم، كما أن إثارته جائزة في أي مرحلة كانت عليها الدعوى حتى ولو كانت أمام المحكمة العليا، بالإضافة إلى أن الحكم الصادر في الدعوى الدستورية ذو حجية على الكافة.[3]

---

[1]–عبد الحق بلفقيه،المرجع نفسه،ص33.

[2]–عبد العزيز محمد سالمان،إجراءات الدعوى الدستورية،الجزء الأول،ط1،دار سعد سمك،القاهرة،2015،ص.ص227 و229.

[3]–عوض محمد عوض،مدى تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام،مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية،ع2016،1ص1241.

المطلب الثالث:الإحالة.

تعد الإحالة أحد الأساليب المقررة قانونا لممارسة الدعوى الدستورية وسنتولى ضمن هذا المطلب الإحاطة بمفهوم الاحالة من قبل محكمة الموضوع ضمن عنصرين هما:

-تحديد مدلول الإحالة.

-ضوابط الإحالة.

الفرع الأول:تحديد مدلول الإحالة.

ينصرف مدلول الإحالة الى قيام المحكمة أو الجهة ذات الاختصاص القضائي تلقائيا بإحالة ما يتصل بالنزاع المعروض عليها، من النصوص اللازمة للفصل فيه، والتي تقدر من وجهة نظر مبدئية مخالفتها للدستور، إلى الجهة الدستورية(المحكمة الدستورية او المجلس الدستوري) للفصل في صحتها او الغائها .

ويتضح مما سبق أن الإحالة تقتضي أن يكون النص القانوني لازما للفصل في النزاع، وقيام شبهة عدم الدستورية، وتتولى المحكمة أو الجهة ذات الاختصاص القضائي الفصل فيها طبقا لما يدل عليه ظاهر الأمر في النصوص دون التعمق في فحص شبهة عدم الدستورية.
(1)

الفرع الثاني:ضوابط ومقتضيات الإحالة.

نتطرق ضمن هذا الفرع الى بيان ضوابط الإحالة ضمن العناصر المبينة أدناه كالآتي:

-ضوابط الإحالة.

-مقتضيات الإحالة.

-بيانات قرار الإحالة وعدم جواز العدول عنه.

---

[1]-محمد علي سويلم،مبادئ الخصومة الدستورية دراسة مقارنة،ط1،منشأة المعارف،الاسكندرية،2019،ص175.

أولا:ضوابط الإحالة.

يستلزم على محكمة الموضوع قبل تقرير وقف الفصل في الدعوى الأصلية المعروضة عليها واحالتها على القضاء الدستوري بغرض الفصل في المسألة الدستورية المثارة على مستوى محكمة الموضوع، أن تراعي ضوابط صحة الإحالة وتتمثل هذه الأخيرة فيما يلي:

1-أن تتحقق محكمة الموضوع قبل الإحالة من أن النص الذي ثار الشك بشأن مخالفته للدستورلازم للفصل في الدعوى الأصلية، وهذا الضابط تراقبه محكمة الموضوع من خلال تحققها من توافر المصلحة لدى الطاعن، ويتحقق هذا الشرط باستيفاء عنصرين هما:الأول أن يقوم الدليل على أن ضررا واقعيا قد أصاب الطاعن، والثاني أن يكون هذا الضرر مرده النص المطعون فيه، وبالتالي اذا تبين لمحكمة الموضوع ان المركز القانوني للطاعن سيتغير بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه قبل مباشرتها فإنها تتوصل الى ان النص المطعون فيه لازم للفصل في الدعوى الأصلية.

2-عدم سبق صدور حكم بشأن دستورية النص المطعون فيه موضوع قرار الاحالة وذلك مؤسس على عدم جواز تكرار الطعن بعدم دستورية نفس النص، بالاضافة الى ان القرار الصادر عن المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري ملزم للكافة.

3-التحقق من أن الدعوى الأصلية لا يمكن الفصل فيها بدون الفصل في دستورية النص محل الاحالة، فإذا وجدت طريقة أخرى للفصل فيها تعين اللجوء اليها دون بحث المسألة الدستورية المثارة.

4-الاحالة غير مقيدة بميعاد معين:بمجرد أن يتبادر الى قاضي الموضوع الشك بشأن القانون المراد تطبيقه على النزاع فلا يكون مقيدا بأجل لاحالته على القضاء الدستوري.

5-تتم الاحالة بارسال مستندات الملف الى القضاء الدستوري بدون رسوم.[1]

[1]-عبد العزيز محمد سالمان،اجراءات الدعوى الدستورية،الجزء1،ط1،دار سعد سمك،القاهرة،2015،ص.ص421- 424 -426.

ثانيا مقتضيات الاحالة.

وتتمثل هذه المقتضيات فيما يلي:

1-امكانية الإحالة اثناء الفصل في الدعوى الاستعجالية:يتعلق الأمر بالتساءل عن امكانية إثارة المسألة الدستورية سواء عن طريق الاحالة أو الدفع بعدم الدستورية بمناسبة الفصل في الدعوى الاستعجالية المعروضة على قاضي الموضوع(طلبات وقف التنفيذ).

ان سلطة محكمة الموضوع بخصوص طلبات وقف التنفيذ، تنحصر في تحديد مقومات وقف التنفيذ من حيث جديته وتعذر تدارك نتائج التنفيذ، الا أنه بالإمكان إثارة المسألة الدستورية بمناسبة النظر في طلبات وقف التنفيذ(الدعوى الاستعجالية) على أساس أن المسألة الدستورية في مثل هذه الحالة ترجمة لتوفر ضابط الوسائل الجدية المتمثلة في رجحان الغاء القرار موضوعا، فإذا استوفى الطلب الشرط الآخر لوقف التنفيذ المتمثل في النتائج التي يتعذر تداركها ،تقضي المحكمة بالاحالة أو بقبول الدفع الجدي وبوقف تنفيذ القرار موضوع الدعوى الاستعجالية. [1]

ثالثا-بيانات قرار الاحالة وعدم جواز العدول عنه:

يجب ان يتضمن قرار الاحالة بيان النص التشريعي المشكوك في دستوريته، والنص الدستوري المدعى مخالفته وأوجه المخالفة.

وإذا توصلت محكمة الموضوع الى ان النص الذي يحكم النزاع مشوب بعيب دستوري وأصدرت قرارا باحالة الملف الى المحكمة الدستورية للفصل في دستوريته، فإنها تكون ملزمة بهذا القرار ولا يجوز لها اتخاذ أي اجراء أو حكم بشأن الدعوى الأصلية، يترتب عنه العدول عن قرار الاحالة، لان محكمة الموضوع متى شكلت اقتناعها بوجود شك حول عدم دستورية النص المطعون فيه، تكون ملزمة بوقف الفصل في النزاع واحالة الأمر الى المحكمة الدستورية وتكون ملزمة أيضا بتربص صدور قرار عن هذه الأخيرة بشأن دستوريته من عدمها وان هذا القرار غير قابل للطعن فيه أي يكتسب طابعا نهائيا.

---

[1]-عبد العزيز محمد سالمان،مرجع سابق،ص427.

بعد تطرقنا الى عرض أساليب ممارسة الدعوى الدستورية، وبيان مدلولها ومقوماتها نورد بإيجاز أبرز أوجه الاختلاف بين أهم أسلوبين:وهما أسلوب الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين و الدعوى الأصلية بعدم الدستورية ونجملها في الآتي:

1-اختلاف طبيعة الإجراءات القانونية والمواعيد التي يقتضيها الدفع بعدم الدستورية فتقوم محكمة الموضوع المثار أمامها الدفع، باستبعاد القانون المخالف للدستور نسبيا، أي أن حجية الحكم تكون نسبية وفق أسلوب الدفع، بينما تكون مطلقة بالنسبة للدعوى الأصلية بعدم الدستورية حيث يبقى الحكم المستبعد نافذا أمام نفس المحكمة والمحاكم الأخرى في مختلف المنازعات، أما الإلغاء عن طريق الدعوى الأصلية يترتب عنه البطلان المطلق للقانون الملغى أمام جميع المحاكم.

2-اختلاف المحكمة المختصة ففي اسلوب الدفع الفرعي فإن القاضي يستبعد القانون المخالف من خلال سلطته في تفسير القانون، وايجاد حل للتنازع الواقع بين النص القانوني والنص الدستوري، وهو ما يتعين اسناده لمحاكم الموضوع وفقا للقانون المعمول به في كل نظام، أما في أسلوب الدعوى الأصلية فإن الحكم بإلغاء القانون المخالف للدستور وبطلانه يقتضي تركيز سلطته في محكمة واحدة مختصة، وذلك نظرا للأثار القانونية المترتبة عن حكم الإلغاء.

الفصل الثاني:انواع الحكم بعدم الدستورية.

باعتبار أن الدفع بعدم الدستورية يستند الفصل فيه إلى الإجراءات المقررة بشأن الدعاوى القضائية، وان كان يختلف عن باقي الدفوع الأخرى المقررة قانونا، كونه لا يندرج ضمن الدفوع الشكلية أو الموضوعية بل له طابع خاص وسيأتي تفصيل هذه المسألة في الباب الأول من هذه الدراسة.

وبالنتيجة لمبدأ اعمال الفصل فيه الى الإجراءات القضائية المقررة امام القضاء العادي والتي تنتهي بصدور حكم قضائي، اما أن يكون منشأ للحق أو كاشفا عنه، وبإسقاط هذه المسألة على الدفع بعدم الدستورية يتبين أن دعوى الفصل فيه هي الأخرى تنتهي بصدور ثلاث (03) أنواع من الأحكام في الأنظمة الدستورية المختلفة تتمثل في:

-الأحكام البسيطة.

-الأحكام الوسيطة.

-الأحكام الاستبدالية.

المبحث الأول:الأحكام البسيطة.

وهي الأحكام الخاصة، أي غير مركبة والتي تنتج أثرها بغير شرط أو تحفظ وتتخذ صورتين هما:الأحكام بعدم الدستورية والأحكام برفض الدعوى الدستورية.

المطلب الأول:الأحكام بعدم الدستورية:[1]

وهي الأحكام المتضمنة إعلان أو منطوق بعدم الدستورية، وتترتب على مثلها نتائج خطيرة بالنسبة للنص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته، وتختلف هذه الأثار حسب نظام الرقابة المتبع في الدولة، ففي الدول التي تأخذ بنظام الرقابة السابقة، يعد منطوق الحكم بعدم الدستورية عائقا دون اصدار النص التشريعي المخالف للدستور، بينما في الدول التي تأخذ

[1]- حمد جمال عثمان جبريل،أثر الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية،القاهرة،2000 ص19.

بنظام الرقابة اللاحقة، يعد منطوق الحكم بعدم الدستورية محددا لابقاء أو حذف النص التشريعي من النظام القانوني للدولة.

وفي بعض الدول لا تقضي المحكمة الدستورية ببطلان التشريع أو الغائه، وانما تتوقف سلطتها عند حد إهمال القاضي لحكم القانون الغير دستوري، والامتناع عن تطبيقه في الدعوى المعروضة عليه، كما هو الشأن في أمريكا، وفي دول أخرى كون منطوق الحكم منطويا على الغاء او ابطال النص التشريعي المخالف للدستور، ومقتضى ذلك بطلان النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته، منذ صدوره(الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية) وأمثلة ذلك ايطاليا والكويت بينما يقتصر منطوق الحكم في دول اخرى على اعلان عدم الدستورية مع بقاء سريان النص التشريعي حتى تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية(الأثر الفوري للحكم بعدم الدستورية)كالنمسا [1]، فالأصل ان الحكم بعدم الدستورية في النمسا يبدأ نفاذه من يوم نشره ولا يرتد إلى الماضي (المادة 139 – 140 من الدستور النمساوي الصادر سنة 1920) ، إلا أن المشرع الدستوري في تعديل 1975 اعطى للمحكمة الدستورية سلطة تقديرية تستطيع بمقتضاها ان تعطي للحكم بعدم الدستورية أثراً رجعياً تقدر مداه[2].

المطلب الثاني:الأحكام الدستورية برفض الدعوى الدستورية:

إذا لم يتبين للمحكمة في النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته بناء على الأسباب التي قدمها الخصوم، شائبة عدم الدستورية، في هذه الحالة على المحكمة الدستورية أن تقضي برفض الدعوى[3]، وتختلف الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية في مضمونها حتى وان اتحدت في جوهرها السلبي، ففي سويسرا يصدر الحكم بعدم اعلان عدم الدستورية، بينما

---

[1]–محمد جمال عثمان جبريل،مرجع سابق،ص19.

–محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر ، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص21.

–عثمان عبد الملك الصالح ، الرقابة القضائية امام المحكمة الدستورية في الكويت ، ط1 ، مطابع كويت تايمز ، اصدار مجلة الحقوق ، كلية الحقوق – جامعة الكويت – ، 1986 ،ص 30.

[2]–يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق ، ص72.

[3]–عز الدين الدناصوري،و عبد الحميد الشواربي،الدعوى الدستورية، ط1، منشأ المعارف، الاسكندرية، 2002، ص27.

يصدر بعدم القبول، أورفض الدعوى أو الطعن ،أو برفض المسألة الدستورية كما هو الشأن بفرنسا ومصر.[1]

المبحث الثاني:الأحكام الدستورية الوسطية والأحكام الاستبدالية.

المستقر عليه في الممارسة القضائية، أنه بعد استيفاء الدعوى الدستورية لشروط قبولها الشكلية والموضوعية فإنه يتم وضعها للمداولة التي تتوج بصدور حكم أو قرار حسب التسمية التي تعتمدها الدول، وهذا الأخير يصنف ضمن عدة أنواع، وكل نوع يعكس البنية التي اعتمدها القضاء الدستوري بشأن الحكم الذي أصدره كما أنه يعلن عن وجهة نظر القضاء الدستوري في معالجته لمختلف الدعاوى الدستورية المعروضة عليه وعليه سنعالج ضمن هذا المبحث أنواع الأحكام التي يصدرها القضاء الدستوري بصفة عامة على النحو المبين أدناه:

المطلب الأول:الأحكام الدستورية الوسطية.

وهي الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية في حالة ما قررت تفادي الحكم بعدم الدستورية، حسب الأسباب التي تقدرها منها المحافظة على الأمن القانوني، و تعني فكرة الأمن القانوني ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية، من اشخاص قانونية عامة وخاصة، وتتمثل فكرة الأمن القانوني في اربع صور هي :

-عدم رجعية القوانين .

-وضرورة احترام الحقوق المكتسبة للافراد التي استمدوها بطريق مشروع من القوانين القائمة.

-ووجوب التزام الدولة – في التشريعات التي تصدرها – بعدم مفاجئة الافراد أو مصادمة توقعاتهم المشروعة .

-وجوب تقرير ضوابط للاثر الرجعي للاحكام الصادرة من القضاء الدستوري وهو بصدد ممارسة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين.[1]

[1]-أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ،دار الشروق،2000، ص300

ويعتبر هذا النوع من الأحكام، بمثابة استراتيجية معتمدة من قبل القضاء الدستوري، لتفادي أسلوب الرقابة التقليدي المتمثل في تقرير دستورية، أو عدم دستورية القانون، وذلك من خلال إنشاء مستويات متدرجة لعدم الدستورية، ومن خلال تلك الأحكام يمكن للقضاء إلزام المشرع من إعادة فحص القانون وتنقيحه، بما يتوافق مع إحدى الصور التالية:الأحكام المطابقة بشرط التفسير، الأحكام بعدم الدستورية الجزئية، الأحكام المشروطة،وذلك دون الإعلان عن عدم دستورية القانون [2] ، وسنعالجها بالتفصيل المبين أدناه:

الفرع الأول:الأحكام المطابقة بشرط التفسير:

الأصل في هذه الأحكام أنها من قبيل الأحكام الصادرة بعدم الدستورية، غير أن اقترانها ببعض التحفظات التي يعد التقيد بها شرطا لدستوريتها، يدرجها في عداد الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية، وتعتمد المحكمة في هذا النوع من الأحكام على منهج تفسير معين لتفادي الحكم بعدم الدستورية، سواء انصب المنهج على تفسير القاعدة الدستورية أو القاعدة القانونية التشريعية[3]، فالقضاء الدستوري في كل من ايطاليا وفرنسا وألمانيا يستعمل وسائل تفسيرية معينة، لتفادي إبطال القانون كلما أمكن تفسيره بطريقة تجعله موافقا لأحكام الدستور، وذلك حفاظا على وحدة النظام القانوني وضرورة خضوع القاعدة الدنيا للقاعدة الأعلى منها والتقيد بأحكامها مع ما يقتضيه ذلك من توفيق بينهما.

وهذا النوع من الأحكام يعد خروجا عن الأصل العام، المقرر في رقابة الدستورية المحصورة في نطاق تقرير دستورية القانون المطعون فيه من عدمه، وذلك بإدراج نمط استثنائي مفاده تقرير دستورية النص محل الرقابة بشرط مراعاة التفسير الذي تراه المحكمة موافقا لأحكام الدستور ،وتتخلص الفائدة المترتبة عن هذا الأسلوب في: تفادي المشاكل العملية الناجمة عن الحكم بعدم دستورية القانون كعدم الاستقرار في المراكز القانونية،كما أن المحكمة الدستورية الايطالية من خلال الموازنة بين النصوص محل الرقابة والمبادئ الدستورية

---

[1]–يسري محمد العصار، الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية ، مجلة الدستورية، ع3، السنة الاولى، يوليو 2003 ،ص.ص51–52.

[2]–شعبان أحمد رمضان، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص455.

[3]–أحمد فتحي سرور، مرجع سابق ، ص300.

اعتمدت النمط من الأحكام المطابقة مع التحفظ بإعلانها أن القانون يكون دستوريا بشرط احترام التفسير الذي تراه المحكمة، مع تأكيدها أن أي تفسير آخر يجعله مناقضا للدستور.[1]

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن السند القانوني لذلك النمط يندرج ضمن سلطة القاضي في التفسير، باعتباره آداة لممارسة الرقابة وذلك من خلال توضيحه للعلاقة بين النص التشريعي وأحكام الدستور حتى تكون القوانين الصادرة متوافقة معه.

الفرع الثاني:الأحكام بعدم الدستورية الجزئية(أحكام الإلغاء الجزئي):

يقتصر منطوق هذا النوع من الأحكام على تقرير عدم الدستورية على جزء من النص التشريعي أو التنظيمي المطعون فيه، فقد تنتهي المحكمة بعد فحصها للقانون أن جزء منه يتعارض مع نصوص الدستور، بينما تكون بقيت الأجزاء لا تتضمن أي عيب دستوري ففي هذه الحالة تقرر فقط عدم دستورية الجزء المشوب بعيب عدم الدستورية مع بقاء باقي الأجزاء الأخرى من القانون سارية المفعول، طالما أنها تقبل التجزئة عن الجزء المقضي بعدم دستوريته، ويكون تطبيقها على النزاع فعالا حتى ولو تم إعمالها على نحو جزئي وفي حدود ما شرعت له، ودون الخروج عن القواعد المتعلقة بتطبيقها وتفسيرها، وفي المقابل فإن تقرير بطلان القانون برمته، لا يكون إلا في حالتين هما:تعذر فصل النص المقضي بعدم دستوريته عما سواه، أو قصور النصوص المتبقية عن الوفاء بمقاصد التشريع وغايته.[2]

وقد عبرت المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية عن هذه القاعدة بوضوح في حكمها الصادر عام 1924 في قضية"DORCHY V KANSAS " إذا جاء فيه:(أن الجزء السليم من القانون لا يمكن اعتباره منفصلا عن الأجزاء المخالفة للدستور، إلا إذا تحقق فيه شرطان:أولهما أن يتضح أنه يستطيع وحده إنتاج أثر قانوني،والثاني أن يظهر أن المشرع لو علم بسقوط الأجزاء المخالفة للدستور لاختار مع ذلك بقاء هذا الجزء). [3]

---

[1]–شعبان أحمد رمضان ،مرجع سابق ، ص442.

[2]–عبد الحق بلفقيه،مرجع سابق،ص.ص45 – 47.

[3]–محمد صلاح عبد البديع السيد،الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2000،ص21.

الفرع الثالث:الأحكام المشروطة:

وهي الأحكام التي تدعو المشرع إلى تعديل النص التشريعي المطعون فيه بما يتفق مع الدستور أو التي تقرر مجرد الإعلان بعدم مطابقة القاعدة القانونية الواردة بالنص للدستور، دون الحكم بعدم الدستورية ويترتب عنه عدم تطبيق القاعدة القانونية المقضي بعدم دستوريتها، وقد استحدثته المحكمة الدستورية الألمانية لأسباب تتعلق بالنظام الدستوري وهي المحافظة على الأمن القانوني .

الأمر الذي يحتم الإبقاء على سريان القاعدة الغير دستورية لمدة انتقالية لتفادي أية نتائج تمس النظام الدستوري، وعلى المشرع في هذه الحالة مطابقته للدستور وعليه عند إجراء التعديل الدستوري بأن يضع القواعد المناسبة التي تسري على الماضي احتراما لمبدأ المساواة أمام القانون.[1]

ومنه فإن هذا النمط يعتمد فقط على الحكم بإعلان عدم دستورية القانون دون إبطاله ودون تحديد آثار هذا الحكم، إلا أن المحكمة الدستورية الألمانية ميزت بين آثار الحكم بالبطلان وآثار الحكم بعدم الدستورية، فجعلت الحكم الأول كاشفا لعدم صحة التشريع منذ وضعه وجعلت الحكم الثاني منشئا لإلغاء النص الغير دستوري من يوم صدور ذلك الحكم.[2]

المطلب الثاني:الأحكام الاستبدالية:

وتتميز هذه الأحكام بطابع خاص كونها تقترب إلى اعتبارها أحكام مكملة للنصوص التشريعية لأنها تكمل بالتفسير الذي تقرره المحكمة ما تتضمنه هذه النصوص من نقص تشريعي مع بقاء مبنى النص التشريعي، أي أن المعنى هو الذي يتغير و يكتمل بالتفسير

---

[1]–احمد فتحي سرور ،مرجع سابق، ص301

[2]–مها بهجت يونس الصالحي،الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه،تخصص قانون عام،كلية القانون،جامعة بغداد،2006،ص49.

الذي يجعل النص يقرأ محمولا على معناه الجديد الذي وضعه له الحكم وذلك لتجنب القضاء بعدم الدستورية.[1]

ويترتب عن اتباع المنهج الاستبدالي في التفسير صدور هذا النوع من الأحكام، ويتميز هذا المنهج باستيفاء متطلبات مبدأ الدستورية، وذلك بهدف مزدوج هو تجنب استخلاص قاعدة مخالفة للدستور، أو جزء من النص التشريعي المطعون فيه واستخلاص قاعدة أخرى تتفق مع المتطلبات الدستورية، ولا يعد النص مخالفا للدستور بعد خضوعه لهذا النوع من منهج التفسير، بمعنى أن تفسير النص الذي ينتهي بمطابقته للدستور يعد شرطا لهذه الدستورية وطالما أن ذلك التفسير كان خطوة لازمة للرقابة الدستورية على النص فإنه يعد ملزما وحجة بكل ما يتمتع به الحكم من إلزامية وحجية.[2]

---

[1]–إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2003، ص459.

2–أحمد فتحي سرور، مرجع سابق ، ص279.

خلاصة الباب التمهيدي

خلصنا من خلال دراسة النظام القانوني للدعوى الدستورية، بأن هذه الأخيرة تعد آلية قانونية ذات طابع إجرائي تجيز للمتقاضي اللجوء إلى القضاء الدستوري للمطالبة بإلغاء القانون أو التفسير القضائي المستقر له، على أساس أنه يمس بأحد حقوقه أو حرياته التي يكفلها الدستور، ولهذه الدعوى عدة خصائص قانونية تميزها عن دعاوى القضاء العادي، بالإضافة إلى انفرادها بطبيعة قانونية تجعلها ذات طابع عيني مستمد من فكرة حمايتها للشرعية الدستورية ومخاصمة القانون المخالف للدستور.

وتختلف أساليب مباشرة الدعوى الدستورية باختلاف الآليات المكرسة في دساتير الدول ولكن أبرز هاته الآليات هي آليتي:الدفع بعدم الدستورية،والدعوى الدستورية المباشرة.

وبمناسبة توصل القضاء الدستوري بالدعوى الدستورية بصرف النظر عن الطريقة التي مورست بها، فإنه ينعقد اختصاصه بالتصدي للفصل في موضوعها والذي يكلل في نهاية الإجراءات المتبعة أمامه بإصدار قرار يعكس وجهة نظر القاضي الدستوري من خلال بحثه موضوع الدعوى الدستورية.

وبطبيعة الحال فإن القرار الفاصل في الدعوى الدستورية حتى ولو كان متشابها مع بقية الأحكام الصادرة في مجال القضاء العادي، إلا أنه ينفرد بخصوصية عنها تنعكس من خلال الطابع القانوني الخاص به، والحجية المنوطة به وطابعه الإلزامي، كما أن القضاء الدستوري كثيرا ما يتدخل في مجال تحديد التكيف المناسب للقرار الدستوري من خلال إعمال تقنية التحفظات في سبيل انقاض النص القانوني من شبهة عدم الدستورية.

الباب الأول:إجراءات الفصل في سؤال الأولوية الدستورية أمام القضاء العادي

الباب الأول:إجراءات الفصل في سؤال الأولوية الدستورية أمام القضاء العادي.

اعتمد المؤسس الدستوري الجزائري على تكريس الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وذلك عن طريق إدراج حق الفرد في اللجوء إلى القضاء الدستوري، تحت مصطلح الدفع بعدم دستورية القوانين، وهو نفس المصطلح الذي كرسه أيضا المؤسس الدستوري المغربي على عكس نظيرهما الفرنسي،الذي أطلق على هذه الآلية تسمية سؤال الأولوية الدستورية إلا أن مصطلح الدفع بعدم دستورية القوانين تميز بعدم الدقة، وآثار عدة تساءلات بشأن تحديد مدلوله، وطابعه القانوني ان كان يندرج ضمن الدفوع الشكلية أو الدفوع الموضوعية، على عكس المشرع الفرنسي الذي حسم هذه المسألة واعتبر أن سؤال الأولوية الدستورية مجرد مسألة فرعية يفصل فيها وفقا لنظام الأولية واستبعدها من نطاق الدفوع القانونية ومبرر ذلك ان القاضي الذي يثار أمامه سؤال الأولوية الدستورية غير مختص بالفصل فيها، على عكس الدفع في مجال القضاء العادي الذي يؤسس على فكرة أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع.

ومن جانب آخر فإن التشريعات محل المقارنة توصلت الى إعتبار كل من سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية غير متعلقين بالنظام العام، على أساس أن هذه الرخصة مخولة فقط للمتقاضي لحماية حقوقه وحرياته التي يكفلها الدستور، وحظرت الإثارة التلقائية لها من طرف المحاكم، كون أن هذه المحاكم تعد وسيطا لإحالة سؤال الأولوية الدستورية أو الدفع بعدم الدستورية على المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري، وينحصر اختصاصها في التحقق من شروط قبولهما، أو ما يصطلح عليه بنظام التصفية، وأهم شرط تراعيه المحاكم هو جدية سؤال الأولوية الدستورية أو الدفع بعدم الدستورية حتى تحيلهما على الجهة المختصة خلال الآجال المقررة قانونا.

ولا ينعقد الاختصاص لكل المحاكم حتى تفصل في شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية أو الدفع بعدم الدستورية، ومناط ذلك إعمال التشريعات موضوع المقارنة، نظام التصفية القائم على فكرة اثارة سؤال الأولوية الدستورية أو الدفع بعدم الدستورية، أمام المحاكم التابعة للمحكمة العليا أو مجلس الدولة، أي أن معيار التبعية هو المعمول بها في هذا المجال وهذا ما يقتضي ضبط المصطلح المناسب في هذا الشأن، بين اصطلاح المحاكم والجهات

القضائية واللجان الادارية ذات الاختصاص القضائي بما يتماشى مع الآلية التي اعتمدتها تلك التشريعات، وبالنتيجة لما تقدم سنعالج ضمن هذا الباب المسائل المبينة أعلاه ضمن فصلين هما:

-نشأة ومفهوم سؤال الأولوية الدستورية و الدفع بعدم الدستورية.

-الجوانب الإجرائية لسؤال الأولوية الدستورية أمام محاكم الموضوع والمحاكم العليا.

الفصل الأول:نشأة ومفهوم سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية.

إن ضبط المدلول الدقيق الذي يتماشى مع التقنية التي تعكس حقيقة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في التشريعات موضوع المقارنة، يقتضي البحث في أسباب ومبررات تكريسها لمعرفة السبب من وراء منح الفرد الحق في التقاضي الدستوري الغير مباشر، وسبب اختلاف هذه التشريعات في استعمالها لمصطلحين مختلفين:هما سؤال الأولوية الدستورية على النحو الذي وظفة المؤسس الدستوري الفرنسي والدفع بعدم الدستورية على النحو الذي وظفه كل من المؤسس الدستوري الجزائري والمغربي، رغم أنهم أجمعوا على مسألة واحدة وهي حق الفرد في اللجوء الى القضاء الدستوري بطريقة غير مباشرة وذلك بممارسته لأحد تلك الآليتين على مستوى المحاكم، وبالتالي فإن البحث في غاية المشرع من جراء تكريس هذا الحق سيمكن الباحث من استخلاص المدلول الصحيح لحق الفرد في ممارسة هذا النوع من القضاء في اطار الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وتبعا لما تقدم سنعالج ضمن هذا الفصل نشأة سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية في التشريعات محل المقارنة (مبحث أول)،ثم نتبعه بدارسة مفهوم سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية حسب المعمول به في تلك التشريعات(مبحث ثاني).

المبحث الأول:نشأة سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية:

إن الدراسة لموضوع سؤال الأولوية الدستورية شملت ثلاث(03) دول كالآتي:الجزائر،فرنسا،المغرب، وبطبيعة الحال لكل دولة من هذه الدول أسبابها الخاصة في اعتناق آلية الرقابة القضائية على دستورية القوانين كنوع من التغير في نظام اخطار القضاء الدستوري بشأن القوانين المخالفة للدستور والذي كان مقصورا فقط على السلطات العامة، بينما استبعدت الفرد من ممارسة حق التقاضي الدستوري لأن الرقابة الدستورية في هذه الدول ولمدة زمنية معتبرة اقتصرت على رقابة دستورية مشاريع القوانين أو ما يصطلح عليه برقابة المطابقة والتي تعرض فيها تلك المشاريع على رقابة المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري لابداء رأيه بشأن مطابقتها للدستور من عدمه، ولم تشمل الرقابة على القانون بعد نفاذه، وحسب ما هو مستقر عليه فإن عيوب الدستورية لا تظهر إلا بعد وضع القانون موضع التنفيذ وهذا السبب الرئيسي الذي دفع الدول محل المقارنة الى اعادة النظر في نظام

الرقابة الدستورية، وكما دأبت عليه الدراسات الفقهية والأكاديمية في معالجتها للمسائل المتعلقة بالنشأة أو التطور التاريخي، فإنها تراعي الفترة الزمنية في أسبقية ظهور المسألة في دولة ما، وبالنتيجة لما تقدم أعلاه واسقاطا على الفترة الزمنية لظهور سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية في الدول محل المقارنة، والتي كانت الأسبقية في ظهورها على مستوى فرنسا،ثم المغرب،ثم الجزائر،فإنه لزاما على الباحث احترام هذا التسلسل الزمني في أسبقية تنظيم هذه المسألة ونشؤنها القانوني،ومنه سنعمل على دراسة نشأة المسألة الدستورية ذات الأولية على مستوى هذه الدول،ضمن ثلاث مطالب حسب نظام الأسبقية في النشأة على النحو المفصل أدناه.

المطلب الأول: نشأة سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا.

ساهم المجلس الدستوري الفرنسي في الدفاع عن حقوق وحريات الافراد على الرغم من محدودية دوره في الرقابة على دستورية القوانين، والطابع السياسي لمهمته بمقتضى دستور 1958، الا انه تمكن من تكريس وضع مناسب بين المحاكم الدستورية في أكثر الدول ديمقراطية، وذلك راجع الى عدة عوامل ابرزها ما يتمتع به أعضاؤه من ضمانات القضاة وكذلك اكتساب قرارته الحجية المطلقة في مواجهة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية.

وعلى الرغم من ذلك، تعرض نظام الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا، لعدة انتقادات بحكم استبعاده الأطراف الرئيسية في هذا المجال وهم(المحاكم والأفراد أصحاب المصلحة) وافتقاده ايضا لمقومات الرقابة القضائية على دستورية القوانين، بالإضافة الى بروز فرنسا كدولة شاذة بين الدول الأوروبية، خصوصا بعد تحريك نظام الوحدة الأوروبية وظهور الهيئات القضائية الأوروبية التي تسمح نظمها للأفراد من الدول الأعضاء في المؤسسات الأوروبية، بمهاجمة قوانينهم الوطنية أمامها بهدف الافلات من تطبيقها عليهم.

وهذا ما أدى الى ظهور الدراسات الفقهية التي ساهمت في حمل السلطات الفرنسية على ادراج مجموعة من المحاولات التشريعية لاصلاح نظام الرقابة على دستورية القوانين بالإضافة إلى تأثيرها على المحاكم الفرنسية، لاسيما المجلس الدستوري على نحو جعلها تخرج عن مقتضيات الرقابة السابقة على دستورية القوانين عن طريق قبول الفصل في الدفع

بعدم دستورية تشريعات سبق ودخلت حيز التطبيق، متجاوزة بذلك نصوص الدستور والقانون الأساسي المتعلق بالمجلس الدستوري والتي لم تكن تجز حتى عام 2008 الا الرقابة على دستورية التشريعات التي لم تصدر بعد.

وبالتالي فإن محاولات إصلاح نظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين بفرنسا، تنقسم إلى نوعين هما:محاولات تشريعية وأخرى قضائية،وبصرف النظر عن أسبقية احداهما في الظهور على الأخرى فإننا سنتعرض ضمن هذا المطلب إلى دراسة اسباب استبعاد العمل بالرقابة القضائية على دستورية القوانين (فرع أول)، ثم نتطرق الى محاولات تبني هذا النظام الجديد من الرقابة بابراز كل من المحاولات التشريعية و القضائية (فرع ثاني).

الفرع الأول:دواعي استبعاد الرقابة القضائية في مرحلة ماقبل التعديل الدستوري لسنة 2008.

ان الاتجاه الرافض لفكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مثله كل من القضاء الفرنسي بفرعيه العادي والإداري ،وكذلك الفقه واعتمد على حجج معينة، لتدعيم موقفه والتي نجملها في العناصر التالية:

أولا:الحظر بنصوص تشريعية.

تضمن القانون الفرنسي على بعض النصوص التشريعية التي حظرت على القضاء إجراء الرقابة على دستورية القوانين، مثل المادة 11 من قانون التنظيم القضائي الصادر سنة 1890، والتي تنص على ما يلي:

"ليس للمحاكم بصفة مباشرة أو غير مباشرة أن تقوم بأي عمل من أعمال السلطة التشريعية وأن لا تمنع تنفيذ القوانين أو اصدارها".

وكذلك المادة 03 من التشريع الصادر في 08سبتمبر 1891 والتي نصت على أنه:

"ليس للمحاكم أن تتدخل في أعمال السلطة التشريعية ولا تمنع تنفيذ القوانين أو إلغائها" وهذا ما نصت عليه أيضا المادة 128 من قانون العقوبات الفرنسي التي نصت على معاقبة القضاة الذين يتدخلون في عمل السلطة التشريعية. [1]

ويرجع الفقه تقرير هذه النصوص القانونية من قبل رجال الثورة الفرنسية إلى الشك في جهات القضاء، حتى لا تعيق تنفيذ القوانين الثورية الجديدة بحجة عدم اخضاعها لأحكام الدستور وحتى لا يقف القضاء عقبة إزاء الاصلاحات الثورية، وقد انتهى ذلك الفقه إلى أن الرغبة كانت واضحة لدى مشرعي هذه القوانين لاستبعاد كل فكر يتجه إلى إسناد الرقابة على دستورية القوانين للقضاء.[2]

ثانيا:اعتبار القانون التعبير الحر والرسمي للإرادة العامة للأمة.

واعتمد أنصار هذا الاتجاه على اعتبار القانون يمثل التعبير الحر والرسمي للإرادة العامة للأمة، وهي الفكرة التي حرصت الثورة الفرنسية على تكريسها في اعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، ولما كانت هذه الإرادة ذات سيادة بمعنى سلطة عليا فليس ثمة ما هو أعلى منها، ومنه فلا يجوز فرض أية رقابة عليها، وبالتالي لا يمكن مراقبة القانون باعتباره آداة التعبير عن هذه الإرادة، وأن الرقابة اللاحقة يترتب عنها المساس بمبدأ الأمن القانوني، كونها قد تؤدي إلى تقرير عدم دستورية عدة تشريعات مطبقة حتى ولو كانت قديمة. [3]

ثالثا:مبدأ الفصل بين السلطات.

وقد استند أنصار هذا الاتجاه على مبدأ الفصل بين السلطات ،الذي يقتضي حصر وظيفة القضاء في الحكم بمقتضى القوانين أي تطبيقها، وليس رقابتها وفحص مدى

---

[1]–هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر مع تحليل للأحكام الدستورية في البلدين، دار النهضة العربية،القاهرة،2006 ،ص99.

[2]–ابراهيم عبد العزيز شيحا،المبادئ الدستورية العامة،منشأة المعارف،الاسكندرية،2006،ص.ص267،266.

[3]–عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس،رقابة الملائمة في القضاء الدستوري دراسة مقارنة،رسالة لنيل درجة الدكتواره في الحقوق،كلية الحقوق قسم القانون العام،جامعة عين شمس،2011،ص126.

–ابراهيم عبد العزيز شيحا،المرجع نفسه،ص268.

دستوريتها،وأن منح القضاء حق الرقابة الدستورية من شأنه أن يجعل منه سلطة سياسية تسمو على سائر السلطات في الدولة، وتمارس عملا سياسيا لا ينسجم وطبيعة العمل القضائي.[1]

وعليه فإنه لا يجوز للقضاء مراقبة دستورية القوانين وبحث أعمال السلطة التشريعية التي منحها الدستور مهمة التشريع، والا كان في تقرير تلك الرقابة تعديا على السلطة التشريعية التي تملك الاختصاص بتقدير مطابقة القانون لأحكام الدستورمن عدمه، باعتبارها المعبرة عن الإرادة العامة للأمة.

وقد اعتبر الفقيهesmein أن ممارسة القضاء للرقابة الدستورية على القوانين، يشكل تعديا على السلطة التشريعية من طرف السلطة القضائية.

وتبعا لما سبق من الاعتبارات الموضحة أعلاه، لم يقر القضاء الفرنسي العادي والإداري حق مراقبة دستورية القوانين،ورفض من جانبه الامتناع عن تطبيق القانون المخالف لأحكام الدستور.

ومنذ عام 1833 استقر القضاء العادي على اعتبار الفصل في دستورية القوانين مسألة تخرج عن اختصاصه، وعلى إثر ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها بعدم ولايتها في النظر في الطعون المقدمة أمامها بعدم دستورية القوانين، ومنها الحكم المؤرخ في 1833/05/11 والحكم المؤرخ في 1833/03/24.

وقد استقر القضاء الإداري أيضا على مسايرة توجه القضاء العادي، فقرر مجلس الدولة في الحكم المؤرخ في 06نوفمبر1932 أنه في ظل الوضع الحالي للقانون العام في فرنسا، لا يمكن إثارة هذه الوسيلة–رقابة دستورية القوانين–أمام المجلس.[2]

---

[1]–ابراهيم عبد العزيز شيحا ،مرجع سابق،ص268.

[2]–ابراهيم عبد العزيز شيحا،مرجع سابق،ص.ص269–270.

الفرع الثاني:أسباب وأهداف تبني نموذج سؤال الأولوية الدستورية.

ذهب غالبية الفقه في فرنسا أمثال duguit ,hauriou-geze إلى وجوب منح القضاء اختصاص الرقابة على دستورية القوانين، على أساس عدم وجود مانع يحول دون تقرير ذلك الاختصاص لجهة قضائية، على الرغم من عدم تضمن الدساتير الصادرة قبل الثورة على نصوص تنظم هذه الرقابة، وقد استند هذه الفقه في تدعيم رأيه على حجج تدحض حجج الاتجاه الرافض لفكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين ونجملها في الآتي:

1-الرقابة على دستورية القوانين لا تتعارض وسمو الإرادة العامة للأمة.

إن تقرير الرقابة على دستورية القوانين لا تتعارض وسمو الإرادة العامة للأمة المتمثلة في القانون، بل أن إجراء هذه الرقابة يترتب عنه احترام هذه الإرادة وتأكيدها.[1]

وقد رد بعض الفقه على الحجة القائلة بأن القانون هو تعبير عن الإرادة العامة للأمة، وأن هذه الإرادة ذات سيادة، وبالتالي لا يجوز فرض رقابة عليها، بأن هذه الحجة تؤسس على أساس صوري ومرده نظرية العقد الاجتماعي لجون جاك روسو، والقانون لا يبنى على التصورات بل على الحقائق ولضمان إحترام المبادئ الأساسية والاجتماعية السائدة في الدولة، والحيلولة دون أن يكون القانون آداة استبداد[2]، تعين إجراء الرقابة على دستورية القوانين وإعلان عدم تطابق القانون مع أحكام الدستور، وهذا بغرض كفالة إحترام إرادة الأمة الممثلة حقيقة في الدستور ويكفل لها السمو دون أن يعتبر ذلك اعتداء عليها.

2-رقابة الدستورية لا تتضمن خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات.

إن إقرار الرقابة الدستورية لا يضمن خرق مبدأ الفصل بين السلطات، كما لا يشكل اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية على أساس أن اختصاص القضاء برقابة دستورية القوانين هو ما تقتضية وظيفة القاضي، دون أن يعد ذلك تجاوزا لحدود عمله، لأنه من طبيعة عمله الفصل في المنازعات المعروضة عليه، وتبيان حكم القانون بشأنها، فإذا ما وجد تعارضا

---

[1]-ابراهيم عبد العزيز شيحا،مرجع سابق،ص271.

[2]-عبد الحميد متولي،القانون الدستوري والأنظمة السياسية،بدون دار نشر،1966،ص207.

مابين القانون المراد تطبيقه على النزاع والدستور وجب عليه ترجيح الدستور، باعتباره القانون الأسمى على القانون العادي [1]، وفي هذه الحالة فإن القاضي يعمل على تقرير حكم الدستور والعمل به دون حكم القانون العادي، وهذا كله لا يترتب عنه تجاوز القاضي لاختصاصه أو انتهاك مبدأ الفصل بين السلطات.

بالإضافة إلى أن القاضي لا يحكم بإلغاء القانون المخالف للدستور، بل يقتصر دوره على استبعاده مرجحا حكم الدستور، والقاضي لا يمارس ذلك تلقائيا بل بموجب دفع من قبل أحد الخصوم في الدعوى المرفوعة أمامه، ومنه فقيام القضاء بإجراء الرقابة على دستورية القوانين لا يشكل أي اعتداء على السلطة التشريعية.

3-استنفاذ أغراض النصوص التشريعية المانعة لرقابة دستورية القوانين.

ان النصوص التشريعية العادية التي استند عليها الفقه الفرنسي المناهض لفكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، لا تحول في الوقت الحالي دون ممارسة القضاء لذلك الاختصاص، لأن المشرع الفرنسي في تلك الفترة لم يقصد من اصدار تلك النصوص سوى منع المحاكم من التدخل في شؤون السلطة التشريعية، الذي اعتادت عليه قبل الثورة وبالتالي وضعت تلك النصوص في ظروف تاريخية، كان ينظر فيها مشرعي الثورة نظرة شك تخوفا من وقوفه في وجه الاصلاحات الثورية، فيقضي بعدم دستورية القوانين الجديدة التي تحمل معالم الاصلاح المنشود.

وحسب الفقه فقد استنفذت هذه النصوص أغراضها، وزال موجب الأخذ بها بسبب زوال الظروف التي قررت من أجلها ومنه لا يسوغ التذرع بها، للحيلولة دون قيام القضاء بممارسة رقابة الدستورية، وبالتالي لا يوجد مانع تشريعي يحول دون وجود هذه الرقابة.[2]

وسنتعرض في العناصر الموالية لمحاولات اعتماد نظام المسألة الدستورية ذات الأولية.

---

[1]-ابراهيم عبد العزيز ،مرجع سابق،ص.ص272-273.

[2]- ابراهيم عبد العزيز شيحا،مرجع سابق،ص.ص274،275.

أولا:الاصلاحات التشريعية:مضامين المشاريع الإصلاحية المقدمة قبل تعديل23جويلية2008.

في الفترة السابقة على عام 2008 حاول الفرنسيون اصلاح نظام الرقابة على دستورية القوانين المعتمد في نظامهم الدستوري، وذلك عن طريق تعديل نصوص دستور 1958 وتمحورت هاته المحاولات في فكرة إدراج الأفراد في معادلة الرقابة على دستورية القوانين إما بصورة غير مباشرة عن طريق السماح لممثليهم في البرلمان بتحريك الرقابة السابقة على دستورية القوانين العادية والمعاهدات الدولية، وهو ما تم عامي 1974 و1992، واما بصورة مباشرة عن طريق محاولتين فاشلتين لتعديل الدستور في عامي 1990 و1993 للعمل بأسلوب سؤال الأولوية الدستورية.[1]

وعلى الرغم من محاولتي العمل بأسلوب سؤال الأولوية الدستورية لعامي 1990 و1993 إلا أنهما تعدان الأساس التي أسست عليه المحاولة الناجحة للعمل بهذا الأسلوب عام 2008.

وسنتطرق في هذا العنصر، الى مضامين المشاريع الاصلاحية المقدمة قبل تعديل 23 جويلية2008 وطبيعة النقاشات التي واكبت الاعمال التحضيرية، للقانون التنظيمي المتعلق بالفصل61-1من الدستور، ومساهمة الغايات المرجوة من سؤال الأولوية الدستورية طبقا للمصطلح الذي تبناه النموذج الفرنسي في تحديد طبيعته القانونية وقواعد عمله.

1-مرحلة المشاريع المستبعدة:

توجد عدة مشاريع كان يصبوا واضعيها الى إقرار آلية سؤال الأولوية الدستورية كتغير في النظام القانوني الفرنسي يخول الفرد حق اخطار المجلس الدستوري بشأن عدم دستورية القوانين السارية المفعول ونتطرق لها بالتفصيل المبين أدناه:

أ-تعديل أسلوب تحريك الرقابة السابقة على دستورية القوانين والمعاهدات الدولية في عامي 1974 و1992.

[1]- عيد أحمد الغفلول،الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة،دار النهضة العربية،القاهرة،2010،ص92.

توجب المادة 61 من دستور 1958 عرض القوانين الأساسية والأنظمة الداخلية المنظمة لعمل السلطة التشريعية بمجلسيها ،على المجلس الدستوري، لبحث مدى دستوريتها،بعد تمام التصويت عليها،وقبل إعتمادها بصورة نهائية،وبالتالي فإن هذين النوعين من التشريعات يخضعان للرقابة الوجوبية من قبل المجلس الدستوري.

ويكمل السبب الأساسي الذي دفع واضعي دستور 1958 ،الى اخضاعهما للرقابة الوجوبية، هو منع أي محاولة من جانب السلطة التشريعية لتعديل الدستور، أو الإضافة إلى أحكامه ،عن طريق القوانين الأساسية أو السيطرة على الإجراءات التشريعية، والعمل البرلماني بأكمله، من خلال تضمين الأنظمة الداخلية لمجلسي السلطة التشريعية ما يؤدي إلى ذلك.

وبالرجوع إلى المادتين61 و54 من الدستور، فقد أجازتا لمجموعة من السلطات السياسية التي حددتها على سبيل الحصر، أن تطلب متى رأت ضرورة لذلك، تدخل المجلس الدستوري لبحث مدى دستورية القوانين العادية ،والمعاهدات الدستورية،قبل إصدار القانون أو الارتباط بالمعاهدة بصفة نهائية،وبالتالي فرقابة المجلس الدستوري هذا الصنف الأخير من التشريعات تعد رقابة جوازية.

وعليه الى غاية عام 1974 ،اقتصر حق تحريك الرقابة الجوازية على دستورية القوانين العادية والمعاهدات الدولية، على السلطات التالية:رئيس الجمهورية ،والوزير الأول، ورئيس مجلس الشيوخ، ورئيس الجمعية الوطنية.[1]

ثم منح هذا الحق لستين(60) عضوا بالجمعية الوطنية وستين عضوا (60) بمجلس الشيوخ،في عام 1974 بالنسبة للقوانين العادية وفي عام 1992 بالنسبة للمعاهدات الدولية،ويرجع سبب حرمان أعضاء البرلمان من حق تحريك الرقابة على دستورية القوانين العادية حتى عام 1974 وعلى دستورية المعاهدات الدولية حتى عام 1992 في سياق توجه سياسة واضعي دستور 1958 الى ترشيد النظام البرلماني إلى الدرجة التي تضعف دور البرلمان، في إدارة شؤون الدولة على المستويين الداخلي والخارجي، عن طريق غلق باب المجلس الدستوري أمام البرلمانين،حتى لا يتمكنوا من الاحتجاج على السياسة الداخلية

[1]- عيد أحمد الغفلول،مرجع سابق،ص.ص92.93.

للسلطة التنفيذية، التي تترجم في صيغة قوانين عادية، تتحكم في سنها ،بما لها من هيمنة على الإجراءات التشريعية،وعلى السياسة الخارجية التي تتحكم فيها ،بمقتضى الدستور وتترجمها في شكل معاهدات على المستوى الدولي.

وبالتالي فإن واضعي دستور 1958، أرادوا استخدام المجلس الدستوري كوسيلة لصالحهم بالنسبة للقوانين الأساسية والأنظمة الداخلية للبرلمان، التي تضعف بشأنها السلطة التنفيذية وفي المقابل أرادوا أن لا يكون للمجلس أي دور بالنسبة للقوانين العادية والمعاهدات الدولية، التي يتعاظم دور السلطة التنفيذية بشأنها ويمكن تبريرها بأغلبية بسيطة في البرلمان، ويكون من الأفضل حرمان البرلمانين على وجه الخصوص المعارضين من الإعتراض عليها عن طريق حرمانهم من تحريك الرقابة على دستوريتها أمام المجلس الدستوري.

إلا أن التوجه نحو منح أعضاء البرلمان ،سلطة تحريك الرقابة على دستورية القوانين العادية عام 1974 وعلى المعاهدات الدولية عام 1992، يعكس تغير المفاهيم حول العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، وكذا الانفتاح نحو نظام للرقابة على دستورية القوانين يكرس حق الأفراد فيه، ولو بصورة غير مباشرة،عن طريق ممثليهم في البرلمان.[1]

ونتطرق الى تلك المحاولة السابق الإشارة اليها في عنصرين هما:

-منح أعضاء البرلمان الحق في تحريك الرقابة على دستورية القوانين العادية عام 1974.

- منح أعضاء البرلمان الحق في تحريك الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية عام 1992.

❖ منح أعضاء البرلمان الحق في تحريك الرقابة على دستورية القوانين العادية عام 1974:

كان رئيس الجمهورية في هذه الفترة هو "فاليري حيسكار ديستان"،من المؤيدين لفكرة تعديل أسلوب الرقابة على القوانين العادية، ففي رسالته الموجهة إلى البرلمان بتاريخ 1974/05/03 مفادها(أنه من المناصرين لتدوال السلطة السياسية وأنه يقع على عاتقه

[1]-عيد أحمد الغفلول،مرجع سابق،ص.ص92.93.

بحكم كونه رئيسا للدولة،واجب السهر على احترام مؤسسات الجمهورية الخامسة،وأن تداول السلطة السياسية لن يتحقق دون السماح للمعارضة بلعب دورها وتحمل مسؤوليتها)،وقد تقدم رئيس الجمهورية بمشروع القانون رقم 18 لسنة 1974 الى الجمعية الوطنية بغرض تعديل المادة 61 من دستور 1958،للسماح لستين عضوا بالجمعية الوطنية،ولمثلهم في مجلس الشيوخ،بتحريك الرقابة على دستورية القوانين العادية أمام لمجلس الدستوري، والإجازة لهذا الأخير بحق التصدي تلقائيا بمناسبة قيامه بوظيفته كقاضي لدستورية القوانين،للفصل في دستورية أي نص تشريعي يقدر أنه ينتهك حقوق وحريات الأفراد،إلا أن الجمعية الوطنية أقرت المشروع فقط في جانبه المتعلق بمنح البرلمانين حق تحريك الرقابة أمام المجلس دون الجزء المتعلق بمنح هذا الأخير رخصة التصدي لإثارة دستورية النصوص التشريعية،ثم تم الموافقة على مشروع تعديل الدستور بعد إدخال بعض التعديلات عليه ووافق عليه البرلمان بتاريخ 1974/10/26،وتجسد في صورة التشريع الدستوري رقم74-904 المعدل للمادة 61 من الدستور.

ويرى "لوئيك فليب" بأن المحرك الرئيسي لطلب تعديل الدستور، بغرض إفساح المجال للبرلمانين بتحريك الرقابة أمام المجلس الدستوري هو المجلس ذاته،الذي تبنى منذ نشأته سياسة قضائية كرسته كأحد أبرز الهيئات القضائية، دفاعا عن حقوق وحريات الأفراد الأساسية عن طريق التوسيع المستمر لمرجعيته في الرقابة على دستورية القوانين [1].

❖ منح أعضاء البرلمان الحق في تحريك الرقابة على دستورية القوانين على المعاهدات الدولية عام 1992:

اعتبر المجلس الدستوري أن تعديل المادة 61 من دستور 1958 خلال عام 1974 على نحو يجيز لأعضاء البرلمان طلب تحريك الرقابة السابقة على دستورية القوانين العادية كافيا للسماح لهم بطلب تدخله لبحث مدى دستورية المعاهدات الدولية، وذلك عن طريق الطعن بعدم دستورية قوانين التصديق عليها، مما يترتب عنه بطريقة غير مباشرة بحث دستورية المعاهدات الدولية ذاتها، إلا أن الفقه الفرنسي لم يكتفي بذلك وظل يطالب بالسماح لأعضاء البرلمان باستعمال المادة 54 من الدستور من أجل طلب إخضاع المعاهدات مباشرة لرقابة

[1]-عيد أحمد الغفلول، مرجع سابق،ص.ص94-95.

المجلس الدستوري، مما ترتب عنه تعديل المادة 54 عام 1992، وأصبح لستين عضوا من البرلمان الفرنسي بمجلسيه حق الطلب من المجلس الدستوري التدخل لبحث مدى دستورية المعاهدات بمقتضى تلك المادة المعدلة.

ب–محاولة العمل بسؤال الأولوية الدستورية في عامي 1990 و1993.

تعد مناسبتا تعديل دستور الجمهورية الخامسة والمؤرخة بسنتي1990 و1993 مناسبة صائغة لإدراج سؤال الأولوية الدستورية من الصلاحيات المخولة للمجلس الدستوري، لقد كان إرث ثقافة حكومة القضاة، وسيادة القانون وتعبيره عن الإرادة العامة والتخوف من عدم الاستقرار القانوني، عقبات أمام قبول فكرة سؤال الأولوية الدستورية، مما جعل فرنسا استثناء قياسا بالتجارب التي تنهل من الإرث الدستوري الأوروبي، وإن كانت هذه المبررات لا تخفي صراعا بين الأغلبية الرئاسية، وأغلبية مجلس الشيوخ لدرجة أنه رهن نجاح قانون سؤال الأولوية الدستورية بالانتقال من مرحلة تعايش الأغلبيات إلى مرحلة انسجام الأغلبيات الموجودة في البرلمان ورئاسة الجمهورية وتتمثل المشاريع الاصلاحية المستبعدة فيما يلي:

❖ مشروع ميتران بادينتر لسنة1990:

في إطار الاحتفال بالمئوية الثانية لإعلان الحقوق والمواطن لسنة1789 سيقنع روبير بادينتر الذي كان رئيسا للمجلس الدستوري الرئيس الفرنسي فرنسوا ميتران بأهمية إدراج الرقابة البعدية في الدستور الفرنسي وهو ماعكسه مشروع المراجعة الدستورية1990/03/23 ،حين اقترح رئيس الجمهورية تعديل المواد 61،62،63 بمبرر واضح هو(أن غياب الرقابة الدستورية البعدية غير مقبول بالنسبة لدولة مثل فرنسا).[1]

وقد تضمن مشروع التعديل الدستوري بيان الأسباب الآتية(... إن نظامنا القانوني لحماية الحقوق والحريات، يمكن تطويره وتحسينه لفائدة المواطنين،ولهذه الغاية نقترح استكمال المراقبة الدستورية للقوانين القائمة حاليا...،فالقانون بمجرد إصدار الأمر بتنفيذه لا يمكن الاحتجاج بعدم دستوريته أمام المجلس الدستوري، أو المحاكم الإدارية والقضائية التي ترفض

[1] - Projet de la loi constitutionnelle portant révision des articles 61-62 et 63 de la constitution et le contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception n1203 déposé a l'assemblée nationale le30/03/1990,in http//www.senat.fr/événement//révision/pjlc90.html.

ممارسة هذا النوع من المراقبة عن طريق سؤال الأولوية الدستورية، كما أن المقتضيات التشريعية التي لم يتم فحصها من قبل المجلس الدستوري، تبقى ملزمة بالرغم من أنها يمكن أن تحمل شكوكا حول مدى مطابقتها للدستور، هذه الثغرة غير مقبولة لبلد مثل فرنسا فالعديد من الدول الأوروبية قد حلت هذا الإشكال من خلال إرساء عبر الدستور مراقبة مزدوجة للدستورية، الأولى عن طريق دعوى ممارسة من قبل السلطات العامة، والثانية عبر سؤال الأولوية الدستورية يمارس بمناسبة دعوى قضائية وبمبادرة من الأطراف أو القاضي، وذلك لتمكين كل متقاضي أن يكون شريكا مباشرا في الحماية القانونية لحقوقه الأساسية، يظهر من الضروري وطبقا للإرادة التي عبر عنها رئيس الجمهورية في مناسبتي 14 جويلية و26أوت 1989 إرساء نظام للرقابة عن طريق سؤال الأولوية الدستورية يهم الحقوق الأساسية والضمانات المخولة للأفراد في ممارسة حرياتهم العامة) [1] .

وكانت الصيغة التعديلية المقترحة للمادة 61 والتي تتضمن للمرة الأولى الإشارة إلى المراقبة البعدية تنص على أن"مقتضيات القانون التي تهم الحقوق الأساسية المعترف بها دستوريا لكل فرد يمكن أن تحال على المجلس الدستوري عن طريق آلية سؤال الأولوية الدستورية بمناسبة دعوى جارية أمام المحكمة" مما جعل الكثير من مكونات الفقه الدستوري تتكون عند عنصرين، مضمنين في هذا المقترح الأول ويتمثل في الإحالة على الحقوق والحريات، وهي مسألة جديدة في القانون الفرنسي الأخير عبر الإشارة الصريحة إلى فكرة سؤال الأولوية الدستورية .

أما التعديلات المقترحة للمادة 63 من الدستور، والمتعلقة بالقانون التنظيمي للمجلس الدستوري فتقدم تدقيقات أساسية بخصوص الإجراءات المتبعة بشأن هذه الآلية بنصها على أن:"هذا القانون التنظيمي يحدد ... الشروط التي تتم بمقتضاها الإحالة على المجلس الدستوري من قبل مجلس الدولة، ومحكمة النقض" وهنا تم الإشارة لأول مرة لمسألة التصفية الإلزامية من قبل المحاكم العليا بحيث أن الإحالة على المجلس الدستوري لا تتم بشكل مباشر من طرف المحاكم أو الأفراد، ولكن في أعقاب معالجة جدية سؤال الأولوية الدستورية

[1] -Projet de la loi constitutionnelle portant révision des articles 61-62 et 63 de la constitution et le contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception n1203 déposé a l'assemblée nationale le30/03/1990,in http//www.senat.fr/événement//révision/pjlc90.html.

من طرف مجلس الدولة أو محكمة النقض هذا التصور للتعديل برز في مقدمة مشروع القانون الدستوري، بكونه صيغ في استحضار لهواجس عدم إثقال الإجراءات القضائية أو إطالتها وعدم إغراق المجلس الدستوري بدون جدوى وعدم المساس باستقرار العلاقات القانونية. [1]

هذا المشروع تم تبنيه من قبل الجمعية الوطنية بتاريخ 1990/04/25، دون تعديلات ملموسة عليه وقد عرض على مجلس الشيوخ الذي وافق عليه في 1990/06/14 بعد ادخال تعديلات عليه، وبقراءة ثانية للمشروع بواسطة الجمعية الوطنية بتاريخ 1990/06/21 ، وفي 28 من نفس الشهر من قبل مجلس الشيوخ لم يتفق المجلسان على قراءة واحدة للمشروع، وذلك راجع لمنطق مجلس الشيوخ الراغب في حصر نطاق الرقابة البعدية للدستورية على المقتضيات التشريعية الموضوعة قبل سنة 1974 والتي لم تعدل منذ ذلك التاريخ، والحد من الفراغ الناتج عن التصريح بعدم دستورية قانون نافذ من خلال استشراف قوانين خاصة بالمقتضيات التشريعية المقضي بعدم دستوريتها، تقتضي إحالتها خلال أجل 08أيام على البرلمان مع منح أولوية الفصل للجمعية الوطنية وتخصيص أجل 20 يوما لكلا المجلسين.[2]

وتكمن أسباب فشل هذا المشروع في طبيعة الظروف السياسية، التي جعلت الأغلبية اليمينية بمجلس الشيوخ لا ترغب في إنجاح مشروع مقدم من قبل رئيس يساري، وكذلك لوجود عداء قوي لفكرة الاعتراض على القوانين الجارية، من منطلق المخاطر التي يمكن أن تتولد عن غياب الأمن القانوني.

وقد تضمن هذا المشروع المصحوب بمشروع قانون أساسي ثلاث مواد أريد منها تعديل المواد 61 و62 و63 من الدستور على النحو المشار إليه أعلاه، وذلك بهدف تمكين الأفراد من المساهمة في تحريك الرقابة على دستورية القوانين التي دخلت حيز التطبيق وتمس بحقوقهم التي يضمنها الدستور طبقا للنظام الأتي:

---

[1]–محمد أتركين،دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية الاطار القانوني والممارسة القضائية،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2013، ص.ص14 إلى 16.

[2] -Mathieu disant, droit de la question prioritaire de constitutionnalité, cadre juridique pratique jurisprudentielle, édition lamy,paris ,2011,p15.

-بإمكان كل طرف في قضية منظورة أمام أحد المحاكم العادية أو الإدارية، باستثناء محاكم الاستئناف ومحاكم الجنايات اثارة سؤال الأولوية الدستورية ،بشأن الحكم التشريعي المطبق في الدعوى إذا كان من شأنه المساس بحقوقه التي يكفلها الدستور.

-تختص محكمة الموضوع بتقدير مدى جدية سؤال الأولوية الدستورية من عدمه،وإذا قدرت عدم جديته رفضته وفصلت في النزاع الأصلي، أما إذا استخلصت جديته فيجب عليها إحالته إما إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة بحسب ما إذا كانت محكمة عادية أو إدارية.

-تختص محكمة النقض أو مجلس الدولة حسب الحالة، ببحث مدى جدية سؤال الأولوية الدستورية خلال أجل 03 أشهر من تاريخ إحالته إليها، وإذا قدرت جديته أحالته إلى المجلس الدستوري للفصل فيه خلال أجل 03أشهر من تاريخ إحالته إليها،ولا يكتسب الحكم الصادر بعدم دستورية الحكم التشريعي محل سؤال الأولوية الدستورية أثرا رجعيا.

-يمكن اثارة سؤال الأولوية الدستورية لأول مرة أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة،وعند استنتاج جديته،يحال على المجلس الدستوري بالطريقة المشار إليها سابقا. [1]

إلا أن الملاحظ على هذا المشروع عدم تكريسه آلية اللجوء المباشر من قبل الفرد للمجلس الدستوري، بل أجاز له ذلك بطريق غير مباشر عن طريق محكمة النقض أو مجلس الدولة بالإضافة إلى عدم قبول سؤال الأولوية الدستورية إلا في حالة انتهاك التشريع المراد تطبيقه على النزاع للنصوص الدستورية المنظمة لحقوق مثير ذلك السؤال التي يضمنها الدستور مع استبعاد حالات عدم الدستورية الأخرى الناتجة عن انتهاك التشريع لأي نص في الدستور وبالتالي لا يمكن للفرد اثارة مسألة دستورية التشريع لمجرد أنه مخالف للدستور حتى ولو كانت له مصلحة شخصية في استبعاده من النزاع.

2-مشروع لجنة العميد فيدل لسنة1993:

على إثر الانتخابات التشريعية لسنة 1993 أعلن الرئيس الفرنسي فرانسوا ميتران عن رغبته في إجراء تعديلات على بعض نصوص الدستور المنظمة للسلطات العامة،وتقدم

[1] - Rapport remis au président de la république le15 février 1993 par le comité consultative pour la révision de la constitution,journal official de la république francaise ,IN,http://mjp.univ-perp.fr/France/vedel1993.pdfpp2548-2549.

بمشروع قانون دستوري رقم 1993/231 يتضمن تعديل أحكام المواد 65 من الدستور المتعلقة بتشكيل المجلس الدستوري و57 بهدف اصلاح نظام التعارض بين عضوية المجلس الدستوري وبعض الوظائف الأخرى، و61 بهدف العمل بسؤال الأولوية الدستورية بالإضافة إلى مواد أخرى، وتم فحص هذا المشروع من قبل اللجنة الاستشارية لتعديل الدستور التي ترأسها العميد جورج فيدل، ثم نوقش هذا المشروع في مجلس الوزراء بتاريخ 1993/03/10 وطلب الرئيس فرانسوا من تلك اللجنة الاستشارية التفكير في مختلف التعديلات الممكن إدراجها في الدستور، ووجهت لها رسالة الرئيس تحديد المهام بمايلي:

"... لا شيء من الآن فصاعدا يحد من استكمال مشروع المراجعة الدستورية الذي وجهته للبرلمان سنة 1990 للسماح للمواطنين باللجوء للمجلس الدستوري في الحالة التي يقدرون فيها أن قانونا مصادق عليه مخالف لحرياتهم ...".

وستعيد اللجنة التأكيد على أن"مقترحاتها ترمي إلى حماية الحقوق الأساسية لكل شخص وأنها تعيد أخذ مجموع المقتضيات المقدمة سنة 1990 إلى البرلمان حيث يمكن اللجوء إلى المجلس الدستوري بناء على طلب من المتقاضي من قبل مجلس الدولة أو محكمة النقض حول مسألة فرعية مثارة أمام محكمة تتعلق بمدى دستورية قانون". [1]

وفي تقريره كان فيدل مناصرا لقانون من هذا القبيل، وسيقترح صياغة جديدة للفقرة الأولى من المادة 61 من الدستور تنص على أن"المقتضيات القانونية التي تمس بالحقوق الأساسية المقررة دستوريا لكل مواطن يمكن أن تحال على المجلس الدستوري، بمناسبة دعوى جارية أمام المحكمة يتم اللجوء إلى المجلس الدستوري، بطلب من المتقاضي، وعبر إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض أو أي محكمة تتبع لأي منهما".

كما اقترحت اللجنة "أنه من الضروري ترك أجل سنتين للبرلمان قصد معالجة القوانين السابقة على الإصلاح والتي تظهر شكوك حول دستوريتها" وأوصت "بأن لا يسمح القانون

[1] - Rapport remis au président de la république le15 février 1993 par le comité consultative pour la révision de la constitution,journal official de la république francaise ,IN,http://mjp.univ-perp.fr/France/vedel1993.pdfpp2548-2549.

التنظيمي الذي يحدد الإجراءات باللجوء إليها أمام محاكم التحقيق وأن تستعمل في المادة الجنائية أمام غرفة الإتهام لكي لا تثار المسألة الفرعية أمام محكمة الجنايات."[1]

وسيأخذ مشروع المراجعة الدستورية لـ1993/03/10 بهذا المقترح الذي سيعرف مآل سابقه حيث اعتبرت الأغلبية اليمينية أنه ليست هناك أي حالة إستعجال لتبني هذا المشروع قياسا بالصعوبات التي يمكن أن يثيرها.

وفيما يتعلق بتعديل أسلوب الرقابة على دستورية القوانين فقد تبنى هذا المشروع ما تضمنه المشروع المقترح عام 1990، من إقرار اثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأن التشريعات الماسة بالحقوق والحريات، إلا أن وجه الإختلاف بينهما يكمن في أنه تضمن حكما انتقاليا أضيف إلى نهاية المادة 93 من الدستور، مفاده تعليق سؤال الأولوية الدستورية المقترح ادخاله عن طريق تعديل المادة 61 من الدستور،لمدة عامين من تاريخ إقرارها بالنسبة للتشريعات الموجودة سابقا، حتى يتمكن البرلمان خلال هذه المدة من إعادة النظر فيها لضمان تطابقها مع الدستور، في حين يتم العمل بسؤال الأولوية الدستورية بمجرد إقراره بالنسبة للتشريعات الصادرة بعد العمل به.[2]

3-مقدمات دسترة المسألة الدستورية:

شكل النقاش حول الديمقراطية، وسؤال إصلاح مؤسسات الجمهورية الخامسة، فرصة لإعادة خيار دسترة قاعدة سؤال الأولوية الدستورية وذلك تزامنا مع وصول نيكولا ساركوزي إلى رئاسة الجمهورية وتشكيل لجنة بالادور الموكول لها التفكير في تحديث وإعادة التوازن للمؤسسات الدستورية الفرنسية، ونتطرق لمقدمات دسترة سؤال الأولوية الدستورية على النحو الأتي بيانه:

[1]- Rapport remis au président de la république le15 février 1993 par le comité consultative pour la révision de la constitution,journal official de la république francaise ,IN,http://mjp.univ-perp.fr/France/vedel1993.pdfpp2548-2549.

[2]-محمود أحمد زكي،الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجيته وتنفيذه في ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا حتى أفريل 2004،ط2،دار النهضة العربية،القاهرة،2005،ص158.

أ-خطاب ساركوزي لـ12 يوليوز 2007.

ألقى الرئيس ساركوزي بتاريخ12جويلية2007 خطابا حول " la démocratie irréprochable" بمدينة epinal وأعلن بموجبه عن إنشاء لجنة التأمل والمقترحات حول تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة وإعادة التوازن بينها، وذلك تحت رئاسة إدوار بالادير وعرفت بلجنة بلادير أيضا مكلفة بالتفكير في تحديث المؤسسات، وبخصوص سؤال الأولوية الدستورية أعتبر الرئيس ساركوزي أن هناك مفارقة تتمثل في كون المواطنين الفرنسيين بإمكانهم الاعتراض على القوانين الفرنسية أمام المحاكم الأوروبية ولكنهم لا يتمكنون من الطعن في دستوريتها أمام المحاكم الفرنسية، وأن هذه الامكانية يتعين الاعتراف بها للمواطنين لأن ذلك سيشكل تقدما في موضوع الحريات، لكن يجب تحويل المجلس الدستوري إلى مجلس أعلى ويجب أن يأخذ الاجتهاد القضائي مكانا أعلى من القانون. [1]

ب-تقرير لجنة بلادير.

في رسالة تحديد المهام الموجهة من قبل رئيس الجمهورية في 18جويلية2007 إلى رئيس لجنة التفكير والاقتراح حول تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة وإعادة التوازن لها نجد إحالة ضمنية على المراقبة البعدية للدستور، لكنها أكثر دقة من خطابepinal (ستعالجون الشروط التي بمقتضاها سيكون المجلس الدستوري مدعو للفصل بناء على طلبات المواطنين في دستورية القوانين الجارية، أصوات تتعالى في بلادنا تتأسف لكون فرنسا هي الدولة الوحيدة الكبرى ديمقراطيا حيث المواطنون لا يتمكنون من اللجوء إلى القضاء الدستوري، وأن بعض المبادئ الدولية لها ثقل أكبر وتأثير على قوانيننا أكثر من المبادئ الدستورية نفسها). [2]

وقد تقدمت لجنة بلادير بتاريخ 2007/10/29 بتقرير الى رئيس الجمهورية تضمن رؤيتها لتحقيق الهدف الذي أنشئت من أجله.

[1] -Discours du président de la république Nicolas sarkozy a Epinal ,le jeudi 12/07/2007 ;in http://www.bfdc.org/article-11334863.html.
[2] -Guy carcassonne,Olivier duhamel,qpc la question prioritaire constitutionnelle ,textes réunis, par aurélie Duffy-meunier ,dalloz,paris,2011,p26.

وشكل هذا التقرير نقطة الانطلاق لإرساء مجموعة من الاجراءات التشريعية التي ترتب عنها موافقة البرلمان بمجلسيه بتاريخ 2008/07/21 على التشريع الدستوري رقم 724 لسنة 2008، المتعلق بتحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة، والذي أدرج تعديلات على عدة مواد من دستور 1958 منه المادة 61 للعمل بأسلوب سؤال الأولوية الدستورية بشأن التشريعات المخالفة للنصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وذلك عن طريق إضافة فقرة جديدة وهي الفقرة الأولى لتكريس ذلك الغرض.

وبالتالي فإن لجنة بلادير لم تتردد في إعادة انتاج الأفكار التي تم صياغتها سواء في سنة 1990 أو سنة 1993، فبعد أن ذكرت بالأسباب التي تبرر إدراج سؤال الأولوية الدستورية في المراجعة المقبلة وملامح هذا الاصلاح (القوانين السابقة عن سنة 1958 وبعض النصوص التي تم وضعها بعد ذلك ولأسباب مختلفة غير مقصودة وفي بعض الأحيان سياسية لم تكن موضوع إحالة على المجلس الدستوري وأنها أدخلت للنظام القانوني عنصر اضطراب والذي يمكن أن يحد من إمكانية تمتع المواطنين بكامل حقوقهم، والغاية من الاصلاح تمكين المتقاضين من اثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام القاضي بعدم مطابقة المقتضيات التشريعية المطبقة عليهم للدستور، وتكليف القاضي بالإحالة على المجلس الدستوري وفقا لشروط محددة وأنه من الطبيعي أن لا تثار سوى المبادئ الدستورية المتعلقة بالموضوع، حيث أن المتقاضي لا يمكنه التصرف كمحامي للقوانين، أو احترام الاختصاص لكل من المشرع، أو السلطة التنظيمية، وأنها استبعدت من منطق تفكيرها المنطق القائل بوجود تساؤلات كبيرة تطرح بخصوص تحديد طرق وآليات هذا النوع من مراقبة مدى تطابق القانون للدستور، و لم يتم الأخذ بالمبرر الذي بمقتضاه أن هذا الطريق القانوني الإضافي يقدم تهديدا للأمن القانوني وأن تصحيح هذا الخطأ القانوني لا يحصن من الأمن الذي يستفيد منه المتقاضي.

وتبعا لذلك اقترحت هذه اللجنة صيغة جديدة للمادة 61 من الدستور بالمضمون الآتي:

"يمكن للمجلس الدستوري بمناسبة دعوى جارية أمام محكمة أن تحيل عليه عن طريق سؤال الأولوية الدستورية ، ولغاية تقدير مدى مطابقة القانون للحقوق والحريات المضمونة دستوريا ويتم اللجوء للمجلس الدستوري بناء على طلب من المتقاضي وفق شروط محددة من قبل

القانون التنظيمي عبر إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض والمحاكم التابعة لها أو أي محكمة لا تتبع لأي منهما".[1]

ج–مشروع القانون العضوي لسؤال الأولوية الدستورية.

شكل القانون التنظيمي المتعلق بسؤال الأولوية الدستورية لحظة توفيقية بين طموحات وإكراهات متعددة، اعتمدت إدخال إجراءات جديدة على الثقافة القانونية الفرنسية، مع المحافظة على القواعد المؤسساتية الكبرى، مع اعتماد نظام استثنائي للتصفية، وفي التوظيف المختلف لسلطة التعديل مابين مجلس الشيوخ والجمعية الوطنية ، وقد اعتمد القانون التنظيمي على الاعتبارات التالية:

- واجب مراعاة التوازنات المؤسساتية.

اعتمدت رغبة المشرع على إدخال آلية سؤال الأولوية الدستورية إلى المنظومة القانونية الفرنسية دون احداث تغيرات في النظام القاوني القائم، ودون الإخلال بطبيعة التوازنات المؤسساتية المتمثلة في وجود هرم قضائي برأسين مجلس الدولة ومحكمة النقض ومجلس دستوري غير منتسب إلى الهيكلة القضائية ملزم بمقتضى آلية سؤال الأولوية الدستورية أن يدخل في حوار مع مكوناتها، بالإضافة إلى وجود قاعدة تخصص القضاة التي تجعل القاضي العادي قاضي مراقبة احترام القانون للاتفاقيات الدولية والقاضي الدستوري محتكر لاختصاص الفصل في دستورية القوانين.

وأن التعبير عن مسألة مراعاة التوازنات الدستورية تضمنه خطاب وزيرة العدل الفرنسية Mihéle Alliot Marie أثناء تقديمها لمشروع القانون التنظيمي المتعلق بالفصل 61 بالجمعية الوطنية وقد جاء فيه (...أرسى القانون التنظيمي آلية سؤال الأولوية الدستورية في انسجام مع القانون الفرنسي ... سؤال الأولوية الدستورية لا يعيد النظر في نظامنا القضائي حيث تمت المحافظة على تخصص المحاكم وأن الاختيار الذي تم القيام به لا يسمح لأي محكمة بالبت في دستورية قانون ما من خلال المحافظة للمجلس الدستوري على سلطة

[1]–محمد أتركين،دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية الإطار القانوني والممارسة القضائية،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2013،ص.ص19 إلى 23.

إصدار هذه القرارات، ومنه يبقى كل واحد في دائرة اختصاصه، فالمحاكم العادية كما الإدارية تتحقق من مدى مطابقة القواعد الوطنية للمبادئ الدولية، في حين أن المجلس الدستوري يختص بشكل حصري في مراقبة مدى مطابقة القانون للدستور، كما تم المحافظة على التوازن بين المحاكم بحيث لا يتعلق الأمر بجعل المجلس الدستوري مجلس أعلى مميز، فمراقبته تبقى مجردة ولا تمس بموضوع القضية، ويبقى في حدود سؤال الأولوية الدستورية المثار، وحتى في حالة ضرورة تعاون مختلف المستويات للحسم في المسألة، فإن كل من مجلس الدولة ومحكمة النقض تبقى محاكم سيادية ويجب احترام اختصاص مختلف المحاكم وتخصصها). [1]

-التخوفات الفقهية.

لقد شكل التقليد القانوني الفرنسي المؤسس على اعتبار القانون تعبيرا عن الإرادة العامة منطلقا للتساؤل حول مدى إمكانية قبول سؤال الأولوية الدستورية في السياق الفرنسي، وحول مدى اكتمال شروط تأسيسه وهل المبادئ المهيكلة للنظام القانوني الفرنسي وعلى الخصوص التنظيم القضائي الموروث عن تاريخ طويل تساعد على ذلك؟.

كل هذه التساؤلات رتبت نوع من القلق المعرفي اتجاه آلية سؤال الأولوية الدستورية على أساس أنها ستضعف القيمة المعيارية للدستور، وذلك من خلال تزايد عملية مراقبة القانون بالإضافة إلى عدم ضرورتها لأنها تطرح إشكال التعايش مع الرقابة القبلية طبقا للفصل 61من الدستور، في وقت استكملت فيه فرنسا بناء دولة القانون بشكل عام عن طريق القانون الاتفاقي، كما أنها تؤدي إلى جعل سؤال الأولوية الدستورية في مواجهة المقتضيات التشريعية الموضوعة قبل سنة 1958، كما أن إدارجه ضمن النظام القانوني الفرنسي لم يراعي فيه تركيبة المجلس الدستوري والتي تقتضي اصلاح عميق.[2]

كما أن العديد من الآراء الفقهية اعتمدت في تحفظها على آلية سؤال الأولوية الدستورية على مجموعة من الأسباب المتمثلة في:

---

[1]-محمد اتركين،مرجع سابق، ص.ص 23-24.

[2]-محمد اتركين،مرجع سابق، ص.ص 25-26.

-انتقاد اختيار المشرع الفرنسي لآلية تصفية تسمح بالإحالة على المجلس الدستوري بمبادرة مطلقة من مجلس الدولة أو محكمة النقض، وأنه نظام لا يوجد في أي دولة تمارس سؤال الأولوية الدستورية في أوروبا، فقد تم ممارسته بشكل مؤقت في ألمانيا، قبل التخلي عنه سنة 1956، ولا وجود له في كل من إيطاليا وبلجيكا واسبانيا، حيث أن المحاكم الدستورية نفسها تبت في قبول الدعوى، وفق اجراءات خاصة بها، كما أنه سيقود المجلس الدستوري إلى التنازل عن جزء من وظيفته في المراقبة الدستورية، فعبر تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية المحال عليه ،سيتحول قضاة محكمة النقض ومجلس الدولة إلى قضاة دستورين يمارسون نوعا من المراقبة الدستورية القبلية.

-إطالة مدة الفصل في النزاع، فإثارة سؤال الأولوية الدستورية يستتبع إحالته لتقدير أساسه إلى المحكمة العليا التابعة لها المحكمة التي تتوقف عن الفصل في الدعوى الأصلية ولا يمكنها استئناف مسار الدعوى، إلا بعد صدور قرار المجلس الدستوري.

-مخاطر النزاع في تقدير القانون نفسه من قبل المجلس الدستوري والقاضي العادي في ممارسته على التوالي للمراقبة الدستورية والمراقبة الاتفاقية للقانون.

-الانعكاسات السلبية المحتملة على المراقبة القبلية للدستور، والتي تتمثل في تحييد مزايا المراقبة القبلية والتي تتميز بسرعتها وبسطاتها، من خلال التصريح بإلغاء قانون لم يطبق بعد لا يثير أي إشكال كما أنها أكيدة من خلال أن القانون الغير دستوري، لا يمنح له الزمن الكافي لإنتاج آثاره.

- التحفظات البرلمانية.

تشكل الأعمال التحضيرية لمشروع القانون التنظيمي المتعلق بالفصل 61 من الدستور صورة لطبيعة التحفظات البرلمانية على الصيغة الحكومية للمشروع، والتي تبلورت إما في شكل تعديلات أو بقيت في جزء منها عبارة عن أسئلة معلقة، أو تم التخلي عنها بمرور المشروع، وفق نظام الصكوك من الجمعية الوطنية إلى مجلس الشيوخ.

وإجمالا يمكن إيراد التحفظات البرلمانية التي صيغت في شكل تعديلات في النقاط التالية:

-توسيع قانون سؤال الأولوية الدستورية ليشمل ليس فقط المقتضيات التشريعية الموضوعة في أعقاب دستور 1958، بل كل المقتضيات التشريعية السابقة عن ذلك التاريخ، والتي تشكل جزء من البناء القانوني الفرنسي، وهذا التوسيع كان ضد رغبة الحكومة، التي كانت ترغب في أن تقتصر المقتضيات المعنية على تلك الصادرة عن برلمانات الجمهورية الخامسة فقط، وتمثلت الغاية من ذلك التعديل في تحقيق أهداف الرقابة البعدية، والمتمثلة أساسا في تطهير الاحتياط التشريعي من النصوص المشوبة بعيب عدم احترام الحقوق والحريات المضمونة دستوريا.

-تليين شروط إحالة سؤال الأولوية الدستورية من قبل قاضي الموضوع على المحكمة العليا التي يتبع لها، وذلك باستبدال الصيغة الواردة في المشروع الحكومي، التي تنص على أن يكون المقتضى المطعون فيه يتحكم في نتيجة التقاضي، بمعنى أن المقتضى المطعون فيه يطبق على النزاع أو يشكل أساس المتابعات.

-التنصيص على أن قاضي الموضوع يبت في سؤال الأولوية الدستورية دون أجل.[1]

-جعل قانون سؤال الأولوية الدستورية يكرس ضمانات للمتقاضين، لذلك تم التشديد على ضرورة تعليل كل القرارات القضائية المرتبطة بمسار هذه المسألة، وعقلنة آجالها وذلك لتفادي السقوط في معضلة بطئ العدالة.

-إدراج قوانين كاليدونيا الجديدة ضمن المقتضيات المعنية بسؤال الأولوية الدستورية.

-إزالة إكراه التحفظ وفق مقتضيات المادة 88(1) من الدستور، والذي ينص على أن"تشارك الجمهورية في الإتحاد الأوروبي الذي يتشكل من دول إختارت بحرية أن تمارس مجتمعة مع بعض اختصاصاتها بموجب معاهدة الإتحاد الأوروبي، والمعاهدة المتعلقة بعمل الإتحاد الأوروبي ،مثلما انبثق عن المعاهدة الموقعة في لشبونة بتاريخ 2007/12/13".

-البت وبالأولوية في سؤال الأولوية الدستورية قياسا بدعوى مطابقة القانون للالتزامات الدولية والجماعية لفرنسا، وذلك استنادا إلى التجربة البلجيكية التي وضعت قانون مؤرخ في

---

[1]-محمد اتركين،مرجع سابق،ص.ص27-29.

12 جويلية2009 ،ينص على منح أولية معالجة سؤال الأولوية الدستورية على المسائل الاتفاقية، وكذلك تأسيسا على الرأي الذي أبداه مجلس الدولة البلجيكي في 2009/03/03 حين اعتبر أن" الدول عندما تحافظ على اختصاص محاكمها بمراقبة مدى مطابقة قواعد القانون الوطني مع القانون الجماعي، فإن الاجتهاد القضائي في قضية simmenthal لا يبين منه أن يحظر ليس فقط، الابقاء على الرقابة الدستورية، لكن أيضا تنظيم معالجة المسألة المطروحة على القاضي الذي تمت الإحالة عليه، خصوصا إلزامه بالبدء في معالجة مدى مطابقة الدستور للقاعدة الوطنية" .

وعليه خلصت الأعمال التحضيرية إلى عدم وجود أي تعارض بين منح سؤال الأولوية الدستورية والاجتهادات القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، خصوصا خلال اجتهادها المبلور في قضيتيsimmenthal وMecanarte، والغاية من إدراج الأولية هو منح مزايا لهذه الآلية الجديدة ضمانا لنجاحها في مواجهة اعتياد المواطن على الدعوى الاتفاقية ضمن القضاء الفرنسي.

-إعادة صياغة المعيار الثالث للإحالة بخصوص المحاكم العليا، الذي أصبح ينص على أن سؤال الأولوية الدستورية يشكل إما مسألة جديدة أو ذات طابع جدي.

-إلزام مجلس الدولة ومحكمة النقض، بالفصل في سؤال الأولوية الدستورية الذي يثار لأول مرة أمامهما ضمن أجل 03أشهر كحد أقصى، والتنصيص على إحالة سؤال الأولوية الدستورية بشكل مباشر على المجلس الدستوري في حالة عدم الفصل فيه ضمن الأجل المحدد له.[1]

ثانيا:المحاولات القضائية.

جعل دستور 1958 من المجلس الدستوري الجهة الوحيدة المكلفة بالرقابة على دستورية التشريعات في مرحلة سابقة على دخولها حيز التطبيق، إلا أن نظام الرقابة السابقة على دستورية التشريعات في فرنسا ترتب عنه نوع من الاحتقان لدى المتقاضين والمحاكم الفرنسية، بسبب وجود تشريعات مخالفة للدستور خصوصا من بين القوانين العادية التي

[1]-محمد أتركين ،مرجع سابق،ص.ص29 إلى 32.

تخضع للرقابة الجوازية، وعلى وجه الخصوص القوانين التي صدرت قبل منح أعضاء البرلمان الحق في تحريك الرقابة السابقة على دستورية القوانين العادية في عام 1974.

بحيث أن المتقاضين الفرنسين يجوزوا لهم إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام الهيئات القضائية ذات الطابع الأوروبي، عند وقوع انتهاك من قوانينهم الوطنية لحقوقهم وحرياتهم التي تضمنها الإتفاقيات الأوروبية المتعلقة بحقوق الإنسان، وهي ذات الحريات التي يضمنها الدستور الوطني، في حين من المستحيل عليهم اثارة مسألة دستورية هذه القوانين أمام محاكمهم الوطنية.[1]

-موقف المحاكم الفرنسية من مسألة الرقابة على دستورية القوانين السابق دخولها حيز النفاذ:

ونتطرق في هذا العنصر إلى بيان موقف المحاكم الفرنسية من مسألة الرقابة على دستورية القوانين السابق دخولها حيز النفاذ وذلك في 03 عناصر على النحو الأتي بيانه:

1-المجلس الدستوري والرقابة على دستورية القوانين التي دخلت حيز النفاذ.

اعتمد التوجه المبدئي القائم لدى المجلس الدستوري منذ نشأته عام 1959 على رفض رقابة دستورية القوانين النافذة، سواء خضعت لرقابته السابقة أو لم تخضع عملا بمقتضى الرقابة السابقة على دستورية القوانين.

إلا أن المجلس الدستوري تجاوز هذا المبدأ في عدة مسائل، وذلك اعتبارا من عام 1985 بحيث اتخذ من رقابته السابقة على دستورية القوانين مدخلا للحكم بعدم دستورية قوانين أخرى نافذة.

ونتعرض لذلك ضمن عنصرين نسردهما كالآتي:

-اعمال المجلس الدستوري لقرينة الدستورية التي تتمتع بها القوانين التي دخلت حيز النفاذ.

---

[1]-عيد أحمد غفلول،الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة،مرجع سابق،ص107.

-حالات قبول المجلس الدستوري لبعض أسئلة الأولوية الدستورية ابتداء من عام 1985.

1-1 اعمال المجلس الدستوري لقرينة الدستورية التي تتمتع بها القوانين التي دخلت حيز النفاذ.

طبقا لدستور 1958 يختص المجلس الدستوري بالفصل في صحة الانتخابات التشريعية، ويشرف على سلامة إجراءات الانتخابات الرئاسية، ويفحص الطعون فيها، ويشرف أيضا على صحة عمليات الاستفتاء العام ويعلن نتائجه، بالإضافة الى الرقابة السابقة على دستورية التشريعات.

وتدخل المجلس الدستوري كقاضي انتخابات ينصب على تشريعات سبق ودخلت حيز النفاذ وتدخله يتم بناء على طلب من أصحاب المصلحة من الأفراد، سواء كانونا ناخبين أو مترشحين، وفي هذه الحالة بالذات يمكن تصور إثارة مسألة دستورية التشريعات النافذة وهو ما حدث بالفعل لكنها قوبلت بالرفض من قبل المجلس، على أساس أن رقابته لدستورية القوانين هي رقابة سابقة وليست لاحقة.

وعلى هذا النحو درج المجلس الدستوري حتى عام 1985 على التقيد بحرفية نص الفقرة الثانية من المادة 61 من الدستور، والمواد من17 إلى23 من القانون الأساسي الصادر بإنشائه المؤرخ في1959/11/07 والتي تمنحه الاختصاص فقط برقابة دستورية التشريعات بمجرد إقرارها من البرلمان، إما بصورة وجوبية أو بموجب طلب من بعض السلطات السياسية. [1]

وفي عام 1988 قبل المجلس الدستوري الفصل في مسألة دستورية نص تشريعي انتخابي ينتهك الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ويتضمن على مخالفة للمادة 55 من دستور 1958 التي تعلي المعاهدة على القوانين الداخلية.

ويمثل هذا القضاء استثناء على مبدأ مستقر في قضاء المجلس الدستوري منذ عام 1975 مفاده أن مخالفة القانون الداخلي للإتفاقية الدولية لا يعني بالضرورة مخالفة القانون للدستور.

---

[1]-محمد عبد اللطيف،القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات(1999-2004)،دار النهضة العربية،القاهرة،2005،ص171.

إلا أن قضاء المجلس قد تغير بالضرورة من هذه المسألة بمقتضى التعديلات التي طرأت على المادة 88 من الدستور الفرنسي، والتي ترتب عنها ضرورة صدور التشريعات الفرنسية بالتوافق مع القواعد الاتفاقية المنبثقة من المعاهدات المنظمة للاتحاد الأوروبي بما يعني إدراج هذه المعاهدات ضمن مرجعية المجلس في الرقابة على دستورية القوانين. [1]

1-2 حالات قبول المجلس الدستوري لبعض أسئلة الأولوية الدستورية ابتداء من عام 1985.

اعتبارا من عام 1985 تغير موقف المجلس الدستوري من مسألة الرقابة على دستورية القوانين السابق دخولها حيز النفاذ، وذلك عن طريق استعماله سلطته في التفسير بالطريقة التي تسمح له بقبول الفصل في مسألة دستورية التشريعات النافذة بمناسبة الفصل في الطعون بعدم دستورية التعديلات على هذه التشريعات،متى رفعت هذه الطعون في تاريخ سابق على دخول هذه التعديلات في التطبيق في إطار ما يمارسه المجلس من رقابة سابقة على دستورية القوانين عملا بالمادة 61 من الدستور والقانون المنشئ له.

وفي تاريخ سابق على عام 1985 اتخذ المجلس من حالات تدخله بناء على طلب من الوزير الأول لحماية مجال اللائحة من تدخل التشريع البرلماني عملا بالمادة37 من الدستور، مدخلا لتطوير رقابته على بعض التشريعات التي سبق وأن دخلت حيز النفاذ متجاوزا بذلك الدور الذي حدده له الدستور بمقتضى المادتين 34 و37 منه كحارس على البرلمان أكثر من كونه رقيبا على دستورية القوانين ونتطرق الى ماسبق ذكره في عنصرين كالتالي:

***المسائل الدستورية ذات الأولية التي قبلها المجلس مستخدما سلطته في التفسير.**

أصدر المجلس الدستوري حكمه المؤرخ في 1985/01/25 يتعلق بقضية Etat d'urgence en nouvelle calédonie"، وبموجبه أقر إمكانية اثارة مسألة دستورية تشريع سبق ودخل حيز النفاذ بمناسبة طعن قدم في الميعاد وذلك في إطار نظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين، بعدم دستورية تشريع آخر صادر بتعديل التشريع الأول أو

[1]-محمد عبد اللطيف،القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات(1999-2004)،نفس المرجع،ص171.

تكملته أو التأثير في مجال تطبيقه، وذلك في مجال توجه جديد للمجلس كان قد شرع فيه في تاريخ سابق على عام 1985. [1]

وتتخلص وقائع تلك القضية بأن المفوض السامي للجمهورية في إقليم كاليدونيا الجديدة أصدر قرار بإعلان حالة الطوارئ في الإقليم استنادا إلى القانون 821/84 المؤرخ في 1984/09/06 بشأن توسيع مجال تطبيق قانون 1955/04/30 المنظم لحالة الطوارئ، ليشمل الإقليم المشار إليه، وبما أن قانون الطوارئ لا يسري لأكثر من 15 يوما إلا بقانون صادر من البرلمان، مما دفع الحكومة بالتقدم إلى البرلمان بمشروع قانون لتمديد حالة الطوارئ في كاليدونيا الجديدة، ووافق البرلمان على هذا التمديد بقانون مؤرخ في 1985/01/25، وبنفس يوم صدور هذا القانون طلب أعضاء البرلمان من المعارضة اليمينية من المجلس الدستوري بحث مدى دستوريته، مؤسسين هذا الطلب على أساس ان هذا القانون قد صدر تطبيقا للقانون المؤرخ في1955/04/30 بشأن حالة الطوارئ، والقانون المؤرخ في 1984/12/06 بشأن مد نطاق تطبيق قانون الطوارئ ليشمل إقليم كاليدونيا الجديدة الذي صدر بالمخالفة للدستور، وذلك حسب وجهة نظر البرلمانين الطاعنين على أساس أنه لم يسبقه استطلاع رأي الأجهزة النيابية في الإقليم ولم يقدم ضمانات قضائية كافية لمواجهة انتهاك حقوق وحريات سكان الإقليم بواسطة سلطة الطوارئ.

والمقصود بذلك أن طلب بحث مدى دستورية قانون تمديد حالة الطوارئ المؤرخ في 1985/01/25، تضمن اثارة مسألة دستورية قانون سبق وأن دخل حيز النفاذ ويتعلق الأمر بالقانون رقم 821/84 المؤرخ في 1984/09/06 بشان توسيع مجال تطبيق قانون الطوارئ المؤرخ في عام 1955 ليشمل إقليم كاليدونيا الجديدة.[2]

وقد قضى المجلس الدستوري بدستورية قانون تمديد حالة الطوارئ، الذي خضع لرقابته في ذات اليوم الموافق عليه من قبل البرلمان، عملا بنظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين الا أن المبدأ الجديد الذي أقره مفاده امكانية اثارة مسألة دستورية قانون سبق وأن دخل حيز النفاذ بمناسبة الفصل في طعن بعدم دستورية تشريع صدر بتعديله أو بتكملته أو كان من

1 -Décision du conseil constitutionnel,N2 85-187du25/01/1985,R P43.
2 -L.favoreu et L.philip,les grandes décisions du conseil constitutionnel,édition 09,dalloz,paris,p608.

شأنه أن يؤثر في مجال تطبيقه، طالما قدم هذا الطعن في المواعيد المقررة عملا بالمادة 61 من الدستور.[1]

وقد اعتبر المجلس الدستوري أنه إذا كان من الممكن قبول الإعتراض على دستورية تشريع سبق ودخل في التطبيق بمناسبة بحث مدى دستورية الأحكام التشريعية التي تعدله أو تكمله أو تؤثر في مجال تطبيقه، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للتشريعات التي تصدر لمجرد وضع التشريع السابق عليها موضع التنفيذ.

[2]وبالتالي فإن المجلس الدستوري لم يستثني من إمكانية اثارة مسألة دستورية القوانين التي سبق ودخلت حيز التطبيق –في مثل هذه الحالة السابقة–إلا في حالة كون القانون الجديد المطعون في دستوريته بمجرد موافقة البرلمان عليه وقبل دخوله في التطبيق ليس سوى آداة لتسهيل تنفيذ القانون السابق، بحيث لا يجوز القول بأنه يعدله من الناحية الموضوعية أو يكمله بأحكام موضوعية جديدة، أو يؤثر في مجال تطبيقه، بحيث تتأثر المراكز القانونية للمخاطبين بأحكامه.

وبتاريخ 1989/07/25 أصدر المجلس الدستوري حكما آخر يؤكد قضائه السابق وقد أهمل الإشارة إلى استثناء القوانين التي تصدر تطبيقا لقوانين سابقة من أن تكون سببا لقبول مسألة دستورية هذه الأخيرة، وإن كان لم يقرر التجاوز على هذا الاستثناء بصورة صريحة فقد اكتفى بالتأكيد على أن القانون الجديد يمكن أن يفسح المجال أما قبول مسألة دستورية قانون آخر سبق ودخل في التطبيق، إذا كان قد صدر لتعديله أو تكملته أو كان من شأنه أن يؤثر في مجال تطبيقه.

وبمقتضى هذا الحكم المشار إليه أعلاه، كرس المجلس الدستوري للمرة الأولى حقه في التصدي لبحث مدى دستورية نص آخر من القانون الذي سبق وأن دخل حيز التطبيق حتى وإن لم يطلب منه الطاعن بحث مدى دستوريته، ففي هذا الحكم طلب النواب الطاعنون من المجلس الحكم بعدم دستورية القانون الصادر بتوسيع مجال تطبيق البند 09 من المادة 15

[1] - L.favoreu et L.philip,les grandes décisions du conseil constitutionnel,édition 09,dalloz,paris,p608.

-Dominique rousseau,droit du contentieux constitutionnel,montchrestien,paris,1995,pp177-179

[2] -Dominique rousseau,droit du contentieux constitutionnel,opcit,p178.

من الجزء التشريعي من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة، ولم يكتفي المجلس ببحث مدى دستورية البند المطلوب بحث مدى دستوريته بمقتضى إجراءات الرقابة السابقة بل تصدى لبحث مدى دستورية بقية بنود المادة المذكورة، على الرغم من أنه انتهى الى دستوريتها ودستورية البند الخاضع للرقابة.

ويتضح بموجب التوجه السابق للمجلس الدستوري سعيه للخروج المحدد له بمقتضى دستور 1958 كشريك في مسألة تحجيم دور البرلمان، لكي يبدو وكأنه محكمة دستورية ولكنه قوبل دائما بمنطق الرقابة السابقة على دستورية القوانين، فيما تتضمنه على وجه الخصوص من قرينة الدستورية التي تكتسبها القوانين التي دخلت حيز التطبيق في مجال نظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين التي يمارسها المجلس. [1]

***المسائل الدستورية المستمدة من انتهاك القانون للمجال المخصص للائحة بمقتضى المادة 37 من الدستور.**

حددت المادة 34 من الدستور على سبيل الحصر المسائل التي يختص البرلمان بالتشريع فيها، أما مجال اللائحة فهو يمتد إلى كل ما يخرج عن نطاق القانون، كما أقرت المادة 37 من الدستور على نوع من الحماية القضائية للاختصاص اللائحي للحكومة عن طريق السماح للوزير الأول بطلب تدخل المجلس الدستوري لتصفية النظام الدستوري الفرنسي من التشريعات التي امتدت إلى مجال اللائحة بعد تاريخ دخول الدستور في التطبيق حتى ولو انتهى المجلس الدستوري الى ان المواضيع التي تنظمها هذه التشريعات لها الطالع اللائحي وفق التنظيم الذي أرسته المادتين 34 و37 من الدستور، أمكن للحكومة معاودة التشريع فيها بواسطة اللائحة.

فقد نصت المادة 37 من دستور 1958 على أن"المسائل التي لا تدخل في نطاق القانون تكون لها صفة لائحية".

[1]–محمد السيد زهران،الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا،مجلة ادارة قضايا الحكومة،العدد الثاني،السنة 14أفريل/يونيو 1970،ص298.

ويجوز تعديل النصوص ذات الشكل التشريعي التي تنصب على هذه المسائل بمرسوم بعد أخذ رأي مجلس الدولة.

على أنه لا يجوز تعديل النصوص ذات الشكل التشريعي الصادرة بعد تطبيق هذا الدستور بمرسوم، إلا إذا قرر المجلس الدستوري أن لها صفة لائحة بالتطبيق لنص الفقرة السابقة.

وطبقا لهذا النص يجوز للمجلس الدستوري مراقبة مدى دستورية النصوص التشريعية التي سبق ودخلت في التطبيق وذلك استنادا الى المادتين 34 و37 من الدستور، بموجب طلب من الوزير الأول صاحب السلطة اللائحية بمقتضى المادتين 20 و21 من الدستور.

إلاّ ان الهدف من الإجازة للمجلس الدستوري التدخل في مثل هذه الحالة ليس حماية حقوق وحريات الأفراد، بل يكمن في حماية طريقة توزيع الاختصاص التشريعي بين البرلمان والحكومة طبقا لدستور 1958، وبالذات حماية المجال اللائحي المخصص للسلطة التنفيذية بمقتضى هذا الدستور من تدخلات البرلمان. [1]

وقد اعتمد المجلس الدستوري على المادة 37 من الدستور كوسيلة لتطوير رقابته على دستورية القوانين التي سبق ودخلت في التطبيق الى الحد الذي يتجاوز الهدف الأصلي من الفقرة الثالثة من نفس المادة، والمتمثل في تكريس المجلس الدستوري كآلية لرفع الصفة التشريعية عن كل ما يصدر من البرلمان من تشريعات في المجال اللائحي للحكومة بهدف اضفاء الصفة اللائحية عليها وبالتالي السماح للحكومة بتعديلها أو بالتشريع في مجالها عن طريق اللائحة.

وبمقتضى حكمه رقم 68/35 المؤرخ في 1968/01/30 تحرك المجلس بموجب طلب من الوزير الأول استنادا الى الفقرة الثالثة من المادة 37 من الدستور،لرفع الصفة التشريعية على قانون صدر بتاريخ1960/12/23 يحظر على هيئة الإذاعة والتلفزيون الفرنسية التي تعد جزء من الإدارة العامة أن تضيف إلى مصادر تمويلها مصادر جديدة دون الترخيص بذلك من البرلمان،في صورة قانون،ففي هذا الحكم لم يتخذ المجلس الدستوري موقفا من المسألة

[1]–محمد السيد زهران،مرجع سابق،ص298.

المعروضة عليه بما يتماشى مع رغبة الوزير الأول الرامية إلى افساح المجال له لإصدار اللوائح اللازمة لتنويع مصادر تمويل تلك الهيئة، بل تمثل موقفه في القضاء بأن بعض أحكام قانون 1960/12/23(الذي دخل بالفعل في التطبيق ولم يعرض على المجلس لمراقبة دستوريته قبل اصداره) يتعارض مع الدستور، لصدور هذه الأحكام بعد دخول دستور 1958 في التطبيق، و ورودها على مسائل تخرج عن المجال المخصص للقانون عملا بالمادة 34 من نفس الدستور [1]دون أن يرفع المجلس الصفة التشريعية عنها بالطريقة التي تسمح للحكومة بالتشريع في موضوعها بطريق اللائحة.

2-محكمة النقض والرقابة على دستورية القوانين التي دخلت في التطبيق.

تميزت محكمة النقض الفرنسية بموقفها في الدفاع عن الحقوق والحريات الفردية في مواجهة ما تتخذه جهة الإدارة من تشريعات فرعية في شكل لوائح لا تختلف عن القوانين البرلمانية إلا من حيث الشكل، وذلك قبل ظهور نظام الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية أو الرقابة على دستورية القوانين.

فقد اتخذت هذه المحكمة مع بداية القرن 19 موقفا واضحا وحازما من مسألة أشبه بمسألة الرقابة على دستورية القوانين التي دخلت في التطبيق، وتتعلق بمسألة فحص مشروعية اللوائح الإدارية، وذلك بمناسبة المنازعات المفصول فيها من قبل المحاكم وقد أقرت بحق المحاكم في الامتناع عن تطبيقها في حالة عدم مشروعيتها، وبالتالي عندما طرحت مسألة الرقابة على دستورية القوانين التي دخلت في التطبيق بسبب حالة الاحتقان القانوني المترتبة عن نظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين، كانت محكمة النقض أسبق الجهات القضائية الفرنسية في التصدي لها وحسمها عن طريق الامتناع عن تطبيق القوانين الغير دستورية بمناسبة تطبيقها ونتطرق إلى ذلك بالتفصيل من خلال العنصرين التالين:

[1] - Dominique rousseau,droit du contentieux constitutionnel,montchrestien,paris,1995,pp181-180

-امتناع المحاكم الخاضعة لرقابة محكمة النقض عن تطبيق اللوائح الغير مشروعة منذ بداية القرن 19.

حظر القانون المؤرخ في 16 و1790/08/24 على المحاكم الخاضعة لرقابة محكمة النقض التدخل في شؤون الإدارة العامة ومن الفصل في القضايا التي تكون الجهات الإدارية طرفا فيها، كون هذا القانون أقر مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والهيئات القضائية فقد نصت المادة 13 منه على أن"الوظائف القضائية مستقلة وتظل دائما منفصلة عن الوظائف الإدارية، وعلى القضاة وإلا اعتبروا مرتكبين لجريمة الخيانة العظمى ألا يتعرضوا بأي وسيلة كانت لأعمال الهيئات الإدارية وألا يستدعوا أمامهم رجال الإدارة لأسباب تتصل بأدائهم لوظائفهم".[1]

الا أن محكمة النقض اعترفت للمحاكم القضائية بالحق في تفسير اللوائح والتأكد من مشروعيتها بمناسبة تطبيقها على المنازعات المعروضة عليها، واستبعادها من حكم هذه المنازعات دون الغائها، وهذا ما حدث في السنوات الأولى للقرن 19 لاسيما من قبل القضاء الجنائي.[2]

-قبول سؤال الأولوية الدستورية أمام المحاكم الخاضعة لرقابة محكمة النقض.

طرحت مسألة العلاقة بين القوانين العادية والمعاهدات الدولية على الجهات القضائية الفرنسية، واتجهت إلى إعلاء المعاهدات الدولية التي ارتبطت بها فرنسا على القوانين العادية الفرنسية السابقة عليها طبقا للمادة 55 من دستور 1958، والتي تنص على أن"المعاهدات والاتفاقات التي يتم التصديق أو الموافقة عليها يكون لها بمجرد نشرها قوة أعلى من قوة القوانين شريطة أن يطبق الطرف الآخر ما فيها".

أما بالنسبة لعلاقة المعاهدة الدولية بالقانون الوطني اللاحق عليها، فقد شكلت تحديا للمحاكم الفرنسية، وفي مقدمتها المجلس الدستوري، وقد عرضت عليه هذه المسالة عام 1975 في

---

[1]-عيد أحمد الغفلول،الدفع بعدم مشروعية القرارات الإدارية دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،2005،ص50.

[2]-حلمي عز الدين الدقدوقي،رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري دراسة مقارنة،دار المطبوعات الجامعية،1989،ص186.

إطار الرقابة على دستورية القوانين التي يضطلع بممارستها، الا أنه لم يتخذ بشأنها موقفا محددا بوصفه قاضيا لدستورية القوانين، على أساس أنه قضى بموجب حكمه المؤرخ في 1975/01/15 أن مخالفة القانون الداخلي للمعاهدة لا يعني بالضرورة مخالفة القانون للدستور رافضا بصفة ضمنية اتخاذ موقف معين من مسألة مدى مراقبة دستورية قانون لاحق على المعاهدة ومخالفا لأحكامها بالرجوع إلى المادة 55 من الدستور التي تؤكد سمو المعاهدات على القانون الداخلي دون تحديد ما إذا كان هذا القانون سابقا عليها أم لاحقا لها، وقد استخلص من موقفه آنذاك بأنه ترك هذه المسألة للمحاكم كي تعالجها تحت رقابة محكمة النقض ومجلس الدولة، ثم أصدر حكميه المؤرخين 1986/09/03 و1989/12/29 أكدا بموجبهما أنه"إذا لم يكن بالإمكان إقرار سمو المعاهدات على القوانين الداخلية في إطار الرقابة على دستورية القوانين فيجب إقراره بواسطة المحاكم تحت رقابة محكمة النقض ومجلس الدولة". [1]

وقد استجابت محكمة النقض إلى قرار المجلس الدستوري المؤرخ في 1975/01/15 وأعلنت سمو المعاهدة على القانون الداخلي الفرنسي اللاحق عليها، والذي دخل بالفعل في التطبيق بموجب حكمها المؤرخ في 1975/05/24 وذلك استناد الى نص المادة 55 من الدستور التي تعلي المعاهدات الدولية على القوانين الوطنية وذلك في إطار تكريس نظام الرقابة الاتفاقية التي تعني مراقبة مدى انسجام القوانين الفرنسية مع أحكام المعاهدات الدولية التي تم التصديق عليها أو إقرارها بصورة صحيحة، مادام الطرف الآخر فيها يطبقها بحسن نية عملا بمبدأ المعاملة بالمثل، في حين كرس مجلس الدولة هذا المبدأ بموجب حكمه المؤرخ في 1989/10/20.[2]

وبالتالي بمقتضى ذلك الحكم الذي أصدرته محكمة النقض المؤرخ في 1975/05/24 استقر قضاء محكمة النقض والمحاكم الخاضعة لرقابتها على ممارسة رقابة الاتفاقية واستبعاد تطبيق القوانين الداخلية اللاحقة على المعاهدات الدولية والمخالفة لها ولرقابة

---

[1]–عيد أحمد الغفلول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة،مرجع سابق،ص.ص124–125.

[2] -chambre mixte,24/05/1975,société des cafés jacques vabre,dalloz,1975,p497,conclusion touffait.

الاتفاقية التي ارستها محكمة النقض ذات الآثار المترتبة على الرقابة على دستورية القوانين بأسلوبٍ سؤال الأولوية الدستورية،سواء من حيث الطبيعة أو من حيث الآثار.

فرقابة الاتفاقية من نفس طبيعةٍ سؤال الأولوية الدستورية، وذلك بحكم اشتراكهما في الأساس القانوني الذي يعتمد عليه القاضي ويتمثل في مخالفة القانون الخاضع للرقابة لقواعد الدستور الوطني، بصورة مباشرة في حالةٍ سؤال الأولوية الدستورية وبصورة غير مباشرة في حالة رقابة الاتفاقية، على أساس أن مخالفة القانون الوطني الفرنسي للمعاهدة الدولية يعتبر في ذات الوقت مخالفة غير مباشرة للمادة 55 من الدستور التي تجعل المعاهدة تسمو على القوانين الوطنية.

كما يشترك كل من رقابة الاتفاقية و سؤال الأولوية الدستورية من حيث الآثار، ويتمثل في الحكم بعدم دستورية النص التشريعي الخاضع للرقابة، الا أنه هذا الحكم يكتسب الحجية النسبية للأمر المقضي به فيما يخص رقابة الاتفاقية، لكن بالنسبةٍ لسؤال الأولوية الدستورية يكتسب الحجية النسبية للأمر المقضي به اذا فصلت فيه جميع محاكم الدولة في اطار رقابة الامتناع، ويكتسب الحجية المطلقة للأمر المقضي به اذا فصلت فيه محكمة متخصصة بعد اثارته أمام محكمة الموضوع، وذلك في ظل نظام مركزية الرقابة على دستورية القوانين. [1]

3-موقف مجلس الدولة من الرقابة الدستورية اللاحقة.

انطلاقا من سنة 1961 توجه موقف مجلس الدولة الفرنسي إلى قبول فكرة الرقابة على دستورية التشريعات المطلوب منه تطبيقها على النزاعات المعروضة عليه، وتأكد هذا الإتجاه عام 1989 بمقتضى حكمه الصادر في قضية نيكولو ونتطرق لدراسة هذا التوجه عبر العنصرين التالين:

-مبدأ عدم اختصاص مجلس الدولة في الفصل فيٍ سؤال الأولوية الدستورية.

-الاستثناءات على مبدأ عدم اختصاص مجلس الدولة بالفصل فيٍ سؤال الأولوية الدستورية.

---

[1]-عيد أحمد الغفلول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة،مرجع سابق،ص.ص127-128.

*–مبدأ عدم اختصاص مجلس الدولة بالفصل فيٍ سؤال الأولوية الدستورية:

إن القضاء المستقر لمجلس الدولة الفرنسي حتى قبل دخول دستور 1958 حيز النفاذ مؤسس على مبدأ رفض مراقبة دستورية القوانين، وقد أصدر عدة أحكام رفض فيها الفصل في دستورية الأعمال التشريعية التالية:

–القوانين الصادرة عن البرلمان طبقا للإجراءات التشريعية المعتادة.

–القوانين الصادرة عن حكومة فيشي، خلال الفترة التي حكمت فيها فرنسا بين عامي 1940 إلى 1944 وذلك في آواخر عهد الجمهورية الثالثة.

–المراسيم الصادرة عن الحكومة المؤقتة للجمهورية الفرنسية أثناء فترة الاحتلال الألماني خلال الحرب العالمية الثانية.

–المراسيم التفويضية التي تتخذها الحكومة استنادا الى المادة 38 من دستور 1958 طالما أن البرلمان وافق عليها بعد اصدارها صراحة أو ضمنا.

–القرارات الواقعة على مسائل ذات طبيعة تشريعية التي يتخذها رئيس الجمهورية استنادا الى سلطاته بمقتضى المادة 16 من دستور 1958.

وقد كرس مجلس الدولة أسس هذا القضاء بموجب حكمه المؤرخ في1936/11/06 بشأن قضية Arrighi،وبموجبها ميز بين فرضين هما: [1]

–**الفرض الأول:**وبموجبه لا يتوسط القانون بين الدستور والقرار الإداري الخاضع لرقابة المجلس، ففي هذه الحالة واعتمادا على أحكام الدستور يمكن للمجلس مراقبة دستورية القرار الإداري، بالرجوع مباشرة لأحكام الدستور، ورقابة المجلس ضمن هذا الفرض هي رقابة عن طريق اثارةٍ سؤال الأولوية الدستورية بشأن التشريعات الفرعية .

[1]–عيد أحمد الغفلول الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة،مرجع سابق،ص130.

-**الفرض الثاني:**يتعلق بالحالة التي يصدر فيها القرار الإداري استنادا الى القانون وليس إلى الدستور، ففي حالة خضوع القرار لرقابة مجلس الدولة فإنه يبحث في مدى مخالفته للقانون حتى يقضي بإلغائه في حال تحقق تلك المخالفة، وحتى ولو كان القانون الذي صدر القرار استنادا له مخالف للدستور، وهذا الطرح مؤسس على فكرة أن الغاء القرار بسبب صدوره استنادا على قانون غير دستوري مؤداه اضفاء وصف القاضي الدستوري على مجلس الدولة وهو الأمر الذي يتجاوز اختصاصه كقاضي للمشروعية الإدارية.

ويمكن الاستدلال بالحكم الصادر عنه بتاريخ 1968/03/01 والذي بموجبه كرس قضائه برفض مراجعة مدى تطابق احد القوانين مع معاهدة ارتبطت بها فرنسا ودخلت حيز النفاذ في تاريخ سابق على صدور ذلك القانون، وقد التمس مثيرٍ سؤال الأولوية الدستورية تقديم المعاهدة على القانون الفرنسي في مجال النزاع المعروض على مجلس الدولة تأسيسا على المادة 55 من دستور 1958 السابق الإشارة إلى نصها، إلا ان المجلس رفض الاستجابة لهذا المسألة،على اساس انه يترتب عنها تدخله في مراقبة دستورية القوانين فتقديم المعاهدة على القانون مفاده تقرير عدم توافق القانون مع معاهدة سابقة عليه اعمالا للمادة 55 من الدستور [1] وبالتالي لا يختص المجلس بالرقابة الدستورية.

*-الاستثناءات على مبدأ عدم اختصاص مجلس الدولة بالفصل فيٍ سؤال الأولوية الدستورية:

بموجب حكمه المؤرخ في1989/10/20 المتعلق بقضية nicolo تغير موقف مجلس الدولة بشأن علاقة المعاهدة الدولية بالقانون الوطني اللاحق عليها، وذلك نحو اعمال سلطته في استبعاد القانون الوطني المخالف للمعاهدة، وهذا ما يدل على أنه يراقب بطريق غير مباشر دستورية القوانين بعد دخولها حيز النفاذ[2] ، على أساس أن مرجعيته في اعلاء المعاهدة على القانون لم تكن مستمدة من المعاهدة ذاتها بل من نص المادة 55 من دستور 1958 الذي يضفي على المعاهدة قيمة قانونية تسمو على القانون. [3]

[1] -CE,10/03/1968,syndicats générale de fabricants des semoules de France,r p,149,conclusion nicole questioux.
[2] -G.Braibant,le contrôle de la constitutionnalité des lois par le conseil d'etat,mélages gérard conac,economica,2001,pp185.
[3] -B.Genevois,note sous l'arrêt nicolo,A.F.D.A,1989,p813.

وبالتالي نستخلص بأن الاطار القانوني الحالي المنظمٍ لسؤال الأولوية الدستورية في فرنسا تضمن تعديل المادة 1/61 من الدستور، وصدور مجموعة من التشريعات العادية والتنظيمية والعضوية لوضع هذا التعديل موضوع التطبيق، وتتمثل تلك التشريعات في ما يلي:

-القانون الاساسي رقم1523-2009 المؤرخ في 2009/12/10 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور، والذي قضى المجلس الدستوري بتطابقه مع الدستور بموجب حكمه رقم 595 لسنة 2009 المؤرخ في2009/12/03.[1]

وبمقتضى هذا القانون الأساسي أضيف الى الباب الثاني من القانون الأساسي المتعلق بالمجلس الدستوري رقم 1067 المؤرخ في1980/11/07 فصلا جديدا، هو الفصل الثاني مكرر المتضمن مادة وحيدة من اثني عشر فقرة تتمثل في المادة 23 المتعلقةٍ بسؤال الأولوية الدستورية والتي نظمت شروط واجراءات هذا السؤال.

-المرسوم الرئاسي رقم 148-2010 المؤرخ في 2010/02/16 بشأن تطبيق أحكام القانون الأساسي رقم 1523-2009 المتعلق بتنفيذ المادة 1/61 من الدستور، ويتضمن هذا المرسوم الذي دخل حيز النفاذ في اول مارس 2010 ثمانية(08)مواد ادخلت تعديلات الى القانون المدني، وقانون الإجراءات المدنية، وقانون الاجراءات الجنائية، وقانون السلطة القضائية، وقانون العدالة الادارية، وهذا لتفعيل تطبيق التعديل الدستوري المتعلق بممارسةٍ سؤال الأولوية الدستورية.

-المرسوم الرئاسي رقم 149-2010 المؤرخ في 2010/02/16 المتعلق باستمرار العمل بالمساعدة القضائية المقررة للمتقاضين في صور الاعفاء من المصاريف القضائية أو الاستعانة بمحام على نفقة الدولة، بمناسبة فحص سؤال الأولوية الدستورية من قبل محكمة النقض أو مجلس الدولة، أو بمناسبة الفصل فيها من طرف المجلس الدستوري.[2]

---

[1] -Décision du conseil constitutionnel n2,595-2009,du3-12-2009.

منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية بتاريخ 2009/12/11 ويمكن الاطلاع عليه عبر الموقع الالكتروني التالي:
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les décisions/acces-par-date/décisions2009/2009-595-dc/décision-n-2009-595-dc-du-03-désembre-2009.46691-html.

[2]- منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية بتاريخ 2010/02/18 ويمكن الاطلاع عليه عبر الموقع الالكتروني التالي:

Htpp://data.over-blog.com/xxxyyy/1/18/50/53/decret-aide-juridictionnelle, pdf.

كما نستخلص بأن فرنسا جعلت من نظامٍ سؤال الأولوية الدستورية وفقا لنموذج خاص بها، وذلك انطلاقا من التسمية الخاصة به وهيٍ سؤال الأولوية الدستورية، بمعنى أن له الأولوية في المعالجة القضائية من طرف المحاكم على أية دفوع أخرى قد تثار في الدعوى الموضوعية المطروحة على المحكمة، وعلى الفصل في الدعوى الموضوعية ذاتها.

الفرع الثالث:الغايات المترتبة عن سؤال الأولوية الدستورية.

إن إدخال هذه الآلية إلى المنظومة القانونية الفرنسية قد اقترن بتجاوز عقبة سيكولوجية في موضوع مراقبة دستورية القوانين لتحقيق الغايات التالية:

1-منح حق جديد للمتقاضين.

2-تطهير النظام القانوني من المقتضيات المخالفة للدستور.

3-التذكير بمكانة الدستور في قمة النظام القانوني.

وإلى جانب هذه المبررات التي تقدم عادة لتفسير الإدراج المتأخر لآليةٍ سؤال الأولوية الدستورية في الدستور الفرنسي لـ23 جويلية2008، فإن أسباب أخرى موضوعية كانت دافعا لذلك التحول ويمكن إجمالها في مايلي:

1-تجاوز مايسميه روبير مادينتر الرئيس السابق للمجلس الدستوري حالة القصور الدستوري بالنسبة للمواطن الفرنسي ، الذي كان يحق له الدفع بعدم مطابقة التشريع الوطني للمعاهدات الدولية خصوصا فيما يتعلق بالقانون الجماعي، في حين كان محروما من حق اثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأن مطابقة تشريعه الوطني للدستور.

2-تجاوز الإطار الضيق للرقابة القبلية والنقائص المرتبطة بها متمثلة في كونها رقابة مجردة وإثارتها محفوظة في الدائرة السياسية.[1]

[1]- محمد أتركين،دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية الاطار القانوني والممارسة القضائية،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2013،ص.ص34-36.

3-التعبير عن نوع من الوطنية القانونية أمام امتداد دعوى الاتفاقية إلى السلوك العادي للمواطنين ووجود القوانين الفرنسية تحت رحمة الاجتهادات القضائية للمحاكم الأوروبية وابتعاد النظام القضائي الفرنسي عن تكريس أولية الدستور لفائدة سمو المعاهدة والاتفاقية الدولية.

ومنه فإن تلك المبررات هي التي تفسر الأفضلية القانونية الممنوحة لسؤال الأولوية الدستورية حتى يتمكن من منافسة الدعوى الاتفاقية وتظهر هذه الأفضلية في مايلي:

1-سرعة الفصل بخصوصٍ سؤال الأولوية الدستورية الذي يبقى في حدود آجال معقولة دون أن تتجاوز مدته القصوى سنة، في حين أن أجل فصل محكمة العدل بالاتحاد الأوروبي يصل في المعدل إلى سنتين.

2-طبيعة الآثار الناتجة عن التصريح بعدم الدستورية، التي تتجاوز الطابع الفردي للدعوى المحالة على المجلس الدستوري، لكي تمس كل اللذين يمكن أن يطبق عليهم المقتضى التشريعي المطعون فيه.[1]

المطلب الثاني:نشأة الدفع بعدم دستورية القوانين في المغرب.

نفس الأمر كرس على مستوى التجربة المغربية بحيث كان هناك رفض لمسألة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وتم الابقاء على نظام الرقابة الدستورية السابقة على مشاريع القوانين لعدم أسباب، ومنه نتطرق ضمن هذا المطلب إلى بيان أسباب عدم تبني المشرع المغربي للرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين ضمن الفرع الأول ثم نتطرق إلى أسباب تكريسه لتلك الرقابة في الفرع الثاني.

الفرع الأول:أسباب عدم تكريس الرقابة القضائية قبل التعديل الدستوري لعام 2011.

باستقراء النظام الدستوري المغربي ما قبل تعديل دستور 2011 يتبين منه أنه هناك عوامل ساهمت في استبعاد نموذج الرقابة القضائية اللاحقة على الدستورية، وبالتالي قصرت دور

[1]-محمد أتركين،دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية الاطار القانوني والممارسة القضائية،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2013،ص.ص34-36.

القضاء على تطبيق القانون دون مراقبة دستوريته، وهذا مرده إلى دور الملك في مراقبة دستورية القوانين وتكريس نظرية الإمامة وانعكاس أثرها على علاقة الملك بالرقابة الدستورية بالإضافة إلى تكريس حصانة الظهير الشريف من قبل الاجتهاد القضائي المغربي وهذا ما سنتطرق له بالتفصيل ضمن العناصر التالية:

-مكانة الملك في مجال رقابة دستورية القوانين.

-إنكعاس نظرية الإمامة على اختصاص الملك برقابة الدستورية.

-تحصين الظهير الملكي من الرقابة الدستورية.

أولا:مكانة الملك في مجال رقابة دستورية القوانين.

بحكم خصوصية النظام الدستوري المغربي من حيث مكانة المؤسسة الملكية فيه، ذلك ما دفع المؤسس الدستوري إلى مراعاة هذه المكانة أثناء اختياره النموذج الرقابي الذي يتماشى مع تلك الخصوصية، واعتبر أن الرقابة القضائية اللاحقة على الدستورية لا تنسجم مع تلك الخصوصية لأن طابعها البعدي يثير عدة إشكالات، منها الاشكال المتعلق بقابلية اعادة الرقابة على الظهير الملكي الذي بموجبه يصدر القانون البرلماني، علما أن الملك هو المختص بالرقابة على دستوريته، كما أنه يعد قاضيا بالإضافة إلى المرتبة المكرسة للظهير الملكي في النظام القانوني المغربي.

وتبرز مكانة الملك في النظام القانوني المغربي من خلال تكريس القضاء حصانة للظهير الملكي، واعتباره أيضا بمركز القاضي الأعظم، انطلاقا من تجسيد نظرية الإمامة وهذا ما انعكس على اختصاصه بمراقبته دستورية القوانين وتكريس آليات لذلك.

وباستقراء التحليل الفقهي المغربي لهذه المكانة الملكية، يتبين منه أن الآليات التي يستمد منها الملك اختصاصه بمراقبة دستورية القوانين متعقلة باختصاصه بحل البرلمان وطلب القراءة الجديدة، وإصدار القانون، وإحالة القانون على المجلس الدستوري.

كما أن ظهير الأمر بتنفيذ القانون يتضمن معنى الرقابة على دستورية القوانين، فبالرجوع إلى الفصل 19 من دستور 1996 خول الملك صلاحية السهر على احترام الدستور فظهير

تنفيذ القانون يدل على أن القانون مطلق للدستور، ويسري هذا الأمر على مسألة القراءة الجديدة والإحالة على الاستفتاء.[1]

بالإضافة إلى أن الدستور أسند للملك صلاحية مراقبة كل أجهزة الدولة، بما فيها مراقبة العمل الحكومي من خلال المجلس الوزاري، وكذا مراقبة دستورية التشريع البرلماني عبر سلطة الأمر بإصدار القوانين و بمقتضى الفصل 19 من الدستور يضطلع بمهمة السهر على احترام الدستور.

ويتولى المجلس الدستوري مراعاة احترام أولوية المؤسسة الملكية باعتبار الملك أمير المؤمنين.[2]

ثانيا:إنعكاس نظرية الإمامة على اختصاص الملك برقابة الدستورية.

انعكست نتائج نظرية الإمام على اختصاص الملك في النظام المغربي، وذلك من خلال تخويله صلاحية ممارسة القضاء، بالإضافة إلى إحاطته بعصمة الإمام بإضفاء القدسية الشخصية والدستورية والقانونية والسياسية، وبالتالي لا يجوز فيه افتراض الخطأ وقد كرس الفصل 23 من الدستور هذه النظرية عندما نص على أن الملك مقدس ولا تنتهك حرمته.[3]

ومن جانب آخر سادت فكرة أن القضاء فوضه الله للإمام، وأن السلطة القضائية فوضت للقضاة بموجب سلطة الملك، وقد احتفظ الملك بصفات الخلافة الإسلامية وبالرجوع إلى أهل

---

[1]- عبد الحق بلفقيه،دعوى الدفع بعدم دستورية نص تشريعي ما بين رؤية المشرع المغربي وتدخل القاضي الدستوري دراسة مقارنة،ط2،مكتبة سبارطيل،طنجة المغرب،2019،ص.ص62،61.

[2]–عبد الحق بلفقيه،المرجع نفسه،ص.ص62.

[3]–نور الدين أحشاش،الرقابة على دستورية القوانين في المغرب دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،جامعة محمد الخامس،كلية الحقوق الرباط أكدال،السنة الجامعية 2001،2000،ص133.

–عبد اللطيف أكنوش،السلطة والمؤسسات السياسية في مغرب اليوم والأمس،مكتبة بروفانس ،الدار البيضاء،1988،ص123.

السنة فإن صلاحية الخليفة تتمثل في ضمان أداء واجبات الإسلام على الخصوص السهر على تنفيذ قوانين الإسلام [1] وبالتالي يعتبر الخليفة حائزا للسلطة القضائية.

ثالثا:تحصين الظهير الملكي من الرقابة الدستورية.

كرس الفصل 19 من دستور 1996 سيطرة الطبيعة الملكية على الناحية السياسية والدستورية وانعكس ذلك على مبدأ الفصل بين السلطات، باعتباره مجرد معيار شكلي ويكيف على أنه عملية لتوزيع السلطات، الإ أن سلطة الملك مستثناة من عملية فصل السلطات باعتبارها تسمو على السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية[2]،وتصل مسألة سمو سلطة الملك إلى سموه على الدستور، وبالتالي فممارسته سلطة التشريع بمقتضى الظهير طبقا للدستور لا يجوز أن تكون موضوعا للطعن بشأنها، وهذا معناه اكتساب الظهير الملكي الطابع النهائي، وتحصينه من مجال الطعن، وذلك على أساس إنعدام النص الدستوري الذي يجيز إمكانية الرقابة على دستوريته وهذا راجع لكون الهيئة المختصة بالرقابة الدستورية لا تسمو على سلطة الملك الذي يعتبر المشرع الأول والأسمى وموجه الحياة السياسية والبرلمانية والدينية.

وبالتالي نستخلص مما سبق أن القيمة الدستورية للظهير وتحصينه من الرقابة الدستورية مرتبطة بالسلطة الملكية باعتبار أن الملك واضع الدستور، وهو يسمو على هذا الدستور كما أن التشريع تتقاسمه عدة سلطات تتمثل في البرلمان(القانون العادي)، والحكومة (القوانين التنظيمية)، والملك بموجب الظهائر التي تتخذ ثلاث أصناف وهي:مراسيم، قوانين، نصوص تنظيمية. [3]

انطلاقا من الإعتبارات السابق بيانها تم استبعاد نموذج الرقابة القضائية على دستورية القوانين لتعارضها مع سمو السلطة الملكية والقيمة الدستورية للظهير الملكي.

---

[1]–مصطفى قلوش،النظام الدستوري المغربي المؤسسة الملكية،الجزء الأول،بدون دار نشر،1997،ص13 .

[2]–مصطفى بن شريف،الرقابة على دستورية القوانين في المغرب الرقابة السياسية والرقابة القضائية،المجلة المغربية للسياسات العمومية،دستور 2011 النص والسياق،ع2012،8،ص161.

[3]–عبد الحق بلفقيه،مرجع سابق،ص66.

الفرع الثاني:أسباب التوجه نحو تكريس الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين.

تم استحداث الفصل 133 من الدستور كمحاولة لاستبعاد معيقات النظام الرقابي السابق، والتأثر بتكريس منح الفرد حق الولوج للقضاء الدستوري عن طريق الدفع بعدم الدستورية، وكذا تكريس دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات والمحافظة على سمو الدستور، بحيث نص هذا الفصل على اختصاص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون أثير أثناء النظر في قضية وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق على النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور .

وبالتالي فإدراج هذه الآلية في النظام المغربي ساهم في تجاوز عقبة النموذج السابق للرقابة على الدستورية.

الفرع الثالث: الغاية من إعمال آلية الدفع بعدم دستورية القوانين:

تتمثل هذه الغاية فيما يلي:

1-منح حق جديد للمتقاضين.

2-تطهير النظام القانوني من المقتضيات المخالفة للدستور.

3-إسترجاع مكانة الدستور في قمة النظام القانوني.

4-تجاوز الإطار الضيق للرقابة القبلية والنقائص المرتبطة بها، باعتبارها رقابة مجردة وإثارتها مقصورة في الجهات السياسية.

5-سرعة الفصل في دعوى الدفع بعدم الدستورية ضمن آجال معقولة.

6-طبيعة الآثار المترتبة عن الحكم بعدم الدستورية وتجاوزها الطابع الفردي للدعوى المحالة على المحكمة الدستورية ليشمل هذا الأثر كل ما يمكن أن يطبق عليه المقتضى التشريعي المطعون فيه.[1]

[1]-مذكرة المجلس الوطني لحقوق الإنسان بخصوص مشروع القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية،مارس 2013،ص4.

وبالتالي تكمن الغاية في حماية الحقوق والحريات من تجاوزات التشريع، وتنعدم قيمة التشريع بمجرد خرقه حقوق الإنسان،وكذلك تضمن آلية الدفع بعدم الدستورية القضاء على مسألة تحصين القانون من الرقابة الدستورية بعد دخوله حيز النفاذ لأن عيوب القانون تظهر في مجال التنفيذ .

المطلب الثالث:نشأة الدفع بعدم دستورية القوانين في الجزائر.

إن العمل بألية الدفع بعدم الدستورية لم تكن ممكنة قبل التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016، حيث خلت جميع الدساتير السابقة من أي مادة تجيز حق الفرد في اللجوء الى القضاء الدستوري سواء عن طريق دعوى أصلية، أو بموجب دفع فرعي بعدم الدستورية بالإضافة إلى أن الجهات القضائية الأخرى(القضاء العادي والإداري) كانت مستبعدة من الفصل في مسألة دستورية القانون المراد تطبيقه على النزاع المعروض عليها.

وبالتالي يمثل التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016 نقلة نوعية في مجال الرقابة على دستورية القوانين بموجب المادة 188، باستحداثه الية الدفع بعدم الدستورية طبقا للتموذج الجزائري، وهو بذلك قد كرس حق لجوء المواطن للعدالة الدستورية، وبالتالي انتهج المؤسس الدستوري الجزائري نفس المنهج لنظيره الفرنسي بخصوص هذه المسألة، مع اختلاف في التسمية الخاصة بهاته الآلية، وهذا ما سيأتي بيانه في الفصول اللاحقة.

وتأسيسا على ما سبق بيانه، فإن هذا التعديل يندرج ضمن توجهات الدولة إلى تعزيز المنظومة التشريعية، بتدابير قانونية جديدة تكرس الضمانات الأساسية في مجال الحقوق والحريات الأساسية للمواطن، وحماية حقوق وسيادة القانون وكفالة العدالة، ومساواة الجميع أمام القضاء، وتحقيق المحاكمة العادلة، وكذا مسايرة التطور الذي طرأ على مختلف الأنظمة القانونية عالميا. [1]

[1]–المناقشة البرلمانية لمشروع القانون العضوي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية المنعقدة بتاريخ 2018/06/18،الجريدة الرسمية للمناقشات،المجلس الشعبي الوطني،السنة الثانية رقم 77،المؤرخة في 2018/07/03،ص3.

المبحث الثاني: مفهوم سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية:

بالنظر الى اختلاف التشريعات موضوع المقارنة في توظيف المصطلح المعبر عن تكريس الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين، بحيث استخدم المؤسس الدستوري الفرنسي مصطلح سؤال الأولوية الدستورية، بينما استخدم نظيريه المغربي والجزائري مصطلح الدفع بعدم الدستورية، و لذا للاحاطة بالمصطلحين يتعين تحديد مدلول وطبيعة ومقتضيات سؤال الأولوية الدستورية، والدفع بعدم الدستورية وذلك بغرض التوصل الى تحديد المصطلح الأدق، والذي يتماشى مع خصوصية هذه الرقابة في التشريعات موضوع المقارنة، ومنه فإننا سنعالج ضمن هذا المبحث تعريف سؤال الأولوية الدستورية و الدفع بعدم الدستورية في التشريعات محل المقارنة(مطلب أول)، ثم نعالج الطبيعة القانونية لكل منهما (المطلب الثاني)، ثم نتطرق الى مقتضياتهما (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مدلول مصطلح الدفع بعدم الدستورية و سؤال الأولوية الدستورية:

ان المستقر عليه قانونا وقضاء أن حق التقاضي مكفول للأفراد بموجب الدستور، إلا أن ممارسة هذا الحق يستوجب أن يتم طبقا للإجراءات القانونية، لهذا الغرض تولى المشرع تنظيم فكرة الدعوى والحق فيها، باعتبارها الوسيلة القانونية الوحيدة للحصول على الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية، وممارسة حق التقاضي ليس مقصورا على المدعي فقط بل يمتد ليشمل حق المدعى عليه في الدفاع عن حقه ومركزه القانوني، في مواجهة إدعاء المدعي ووسيلته في ذلك هي ابداء الدفوع.

ومن المبادئ الأساسية التي يؤسس عليها أي نظام قضائي هو مبدأ إحترام حقوق الدفاع وحرية الدفع، وتتمثل وسائل الدفاع المقررة قانونا فيما يصطلح عليه بالدفوع وهذه الأخيرة تهدف الى تفادي الحكم بما يدعيه الخصم، ومن هذا الجانب عرف الفقه الدفع بأنه "الإجراء أو الوسيلة التي يتقدم بها الخصم إلى القاضي ردا على طلب خصمه بقصد تفادي الحكم عليه بما يدعيه هذا الخصم، سواء أكانت هذه الوسيلة موجهة إلى شكل الطلب أو الخصومة

التي نشأت عن تقديمه، أو كانت موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى حق الخصم في استعمال دعواه منكرا إياه". [1]

وبالتالي وكما سبق بيانه، فإن المؤسس الدستوري الفرنسي استعمل مصطلح سؤال الأولوية الدستورية، في حين أن المؤسسين الجزائري والمغربي استعملا مصطلح الدفع بعدم الدستورية ونحاول من خلال هذا المطلب تحديد المدلول الاصطلاحي لهذين المصطلحين واستخلاص المصطلح الأدق التي يتماشى مع نموذج الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في التشريعات الثلاث موضوع المقارنة.

الفرع الأول: تعريف الدفع بعدم الدستورية.

جرت العادة على استعمال مصطلح الدفع في مجال اجراءات القضاء العادي والاداري، وينصرف مدلوله الى كل الوسائل القانونية التي يستعملها الخصم في الرد على الطلبات التي أبداها الخصم الآخر، وهذا بغرض التوصل الى استبعاد الحكم لصالح هذا الخصم وسواء أثير هذا الدفع في ما يتعلق بموضوع الدعوى، وهو ما يطلق عليه بالدفوع الموضوعية أو أثير ضد اجراءاتها وشكلياتها، وهو ما يطلق عليه بالدفوع الشكلية[2] ومن هذه الناحية سنبحث تعريف الدفع بعدم الدستورية ضمن عنصرين هما:

-مدلول الدفع بعدم الدستورية.

-الفرق بين الدفع بعدم الدستورية وغيره من الدفوع.

أولا:مدلول الدفع بعدم الدستورية:

يعرف الدفع بعدم الدستورية بأنه:"الوسيلة التي بموجبها يطرح المتقاضي موضوع الرقابة على دستورية القوانين، وذلك بمناسبة الفصل في الدعوى الموضوعية التي يكون طرفا فيها فإذا ما تبين له ان القانون المراد تطبيقه عليها مخالف للدستور تعين عليه ان يبين

[1]-أحمد أبو الوفا،نظرية الدفوع في قانون المرافعات المدنية والتجارية،ط6،منشأة المعارف،الاسكندرية،1994،ص12.

[2]-أحمد أبو الوفا،نظرية الدفوع في قانون المرافعات المدنية والتجارية،ط8،منشأة المعارف،الاسكندرية،2012،ص.ص9-10.

للمحكمة المثار امامها الدفع أوجه المخالفة الدستورية فإذا ما تبين لها جدية الدفع احالته على الجهة المختصة ويكون قرراها برفض الدفع لعدم جديته قابلا للطعن. [1]

وعرف بأنه أيضا بأنه:"إجراء يتقدم به المدعي في دعوى موضوعية أمام إحدى المحاكم الموضوعية ويطعن بمقتضاه بعدم دستورية نص أو نصوص قانونية، لها ارتباط بالدعوى المعروضة أمام تلك المحاكم وفقا للإجراءات القانونية المعمول بها حسب كل تشريع". [2]

ومن جانب آخر عرف بأنه:"الوسيلة القانونية التي يثيرها أحد خصوم المنازعة في شأن نص أو مقتضى قانوني بمناسبة خصومة قائمة أمام محكمة الموضوع بعدم مطابقة أحكامه مع النص الدستوري إذا كان تطبيقه في موضوع الخصومة سيمس بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات المكفولة دستوريا". [3]

كما عرف بأنه:"وسيلة قانونية يختص بمباشرتها أصحاب المصلحة بمناسبة قيام نزاع قضائي معروض على أحد محاكم الموضوع أو المحاكم العليا التابعة لها، والغرض منه هو تأجيل الفصل في الدعوى الأصلية أو وقف الفصل فيها لحين الفصل في الدفع الفرعي على أساس أن الفصل في الدعوى الأصلية يتوقف عليه، أي وجوب قيام ارتباط بين الدفع المثار والدعوى الأصلية وهو ما يلزم المحكمة الفصل في مسألة قانونية تتصل بالدستور قبل الفصل في الدعوى الموضوعية وهذا ما يقيدها بوجوب تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية. [4]

كما عرفت المادة 02 مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية القانون في المغرب، الدفع بعدم دستورية القانون بأنه:" الوسيلة القانونية التي

---

[1]–يحي الجمل،القضاء الدستوري في مصر،دار النهضة العربية،القاهرة،2000،ص88.

[2]–محمد العلوي،الدفع بعدم دستورية القوانين في التشريعين المقارن والمغربي،منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية المغرب،مارس يونيو 2013،ص61.

[3]–جمال رواب،الدفع بعدم دستورية القوانين(قراءة في نص المادة 188 من الدستور الجزائري)،مجلة الدراسات الحقوقية،المجلد الرابع،ع1،جامعة طاهر مولاي،سعيدة،ص36 يمكن الاطلاع عليها عبر الموقع الالكتروني:https://www.asjp.cerist.dz،تاريخ الاطلاع 2020/04/05،على الساعة10:00صباحا.

[4]–بن شريف مصطفى،التشريع ونظم الرقابة على دستورية القوانين،مطبعة بني إزناسن،سلا المغرب،2016،ص120.

يثير بواسطتها أحد أطراف الدعوى أثناء النظر فيها، عدم دستورية قانون يعتبره ماسا بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور. [1]

يتبين لنا من خلال استقراء التعريفات السابقة اجماعها على ان الدفع بعدم الدستورية يثار بمناسبة دعوى موضوعية قائمة أمام إحدى المحاكم يجوز للخصوم الدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه على تلك الدعوى، وعلى المحكمة أيا كانت درجتها أن تقرر الامتناع عن تطبيق ذلك القانون متى استخلصت بصفة ظاهرية شبهة عدم الدستورية، وذلك من خلال فحصها جدية الدفع المثار فإذا ما تبين لها جديته أحالته على الجهة المختصة.

والملاحظ من التعاريف المبينة أعلاه أنها تنطبق على المقتضيات التي تطلبها كل من المشرع الجزائري والمغربي بشأن ممارسة الدفع بعدم الدستورية.

وعليه نخلص إلى أن الدفع بعدم الدستورية هو آلية قانونية اجرائية يجوز بموجبها للمتقاضي الاعتراض على القانون المراد تطبيقه على الدعوى الموضوعية(الاصلية) من قبل محكمة الموضوع على أساس مخالفته لأحكام الدستور.

ثانيا:الفرق بين الدفع بعدم الدستورية وغيره من الدفوع:

إن وجه التشابه بين الدفع بعدم الدستورية وغيره من الدفوع، أنه يجب أن يتمسك به الخصم أمام المحكمة المعروض عليها النزاع وذلك قبل مناقشة موضوع الدعوى، إلا أن للدفع بعدم الدستورية خصائص تميزه عن هذه الدفوع يمكن إجمالها فيما يلي:

1-الدفع بعدم الدستورية لا يقتصر التمسك به على المدعى عليه، كما هو الشأن بالنسبة لباقي الدفوع، بل يجوز إثارته أيضا من طرف المدعي وأيضا النيابة العامة متى كانت طرفا أصليا في الدعوى ضمن الحالات المحددة قانونا.

[1]-مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 في نسخته الأخيرة بتاريخ 2014/02/14 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون في المغرب.

2-لا يجوز للمحكمة المثار أمها الدفع بعدم الدستورية الفصل فيه بل يتعين عليها التحقق من استيفاء شروطه، وإحالته على الجهة المختصة بذلك، في حين أن الدفوع الأخرى تختص المحكمة المثارة أمامها بالفصل فيها .

3-إن الدفع بعدم الدستورية يجوز إثارته أمام جميع المحاكم، على اختلاف درجاتها ويؤول الفصل فيه إلى جهة دستورية سواء كانت محكمة دستورية أو مجلس دستوري، كما هو الشأن بالنسبة للتشريعات موضوع المقارنة.

4-يتصف الدفع بعدم الدستورية ببساطة إجراءته، ويجيز للجهة الدستورية حسم المسألة من خلال إصدار قرار تحدد بموجبه أساس الحكم في الدعوى الأصلية التي أثير بمناسبتها هذا الدفع. [1]

نستخلص مما سبق بيانه أن الدفع بعدم الدستورية لا يندرج ضمن تصنيف الدفوع المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك على أساس أنه لا يعد دفعا شكليا، ولا يمكن إعتباره دفعا موضوعيا، ولا حتى دفعا بعدم القبول، ومبرر ذلك أنه يتعلق بعدم دستورية حكم تشريعي يراد تطبيقه على الدعوى المعروضة على القضاء، وبالتالي لا يؤثر على قبولها من عدمه بقدر ما يؤثر على الحكم التشريعي الواجب تطبيقه على الدعوى ومن هذا الجانب لا يمكن الاصطلاح عليه بمصطلح الدفع.

الفرع الثاني: تعريف سؤال الأولوية الدستورية:

بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد استخدم مصطلح سؤال الأولوية الدستورية، واختصارها هو QPC، والمقصود بها أنها تعد رقابة لاحقة على إصدار القانون تجيز للفرد بمناسبة دعوى معروضة على مستوى أحد المحاكم بإثارة مسألة دستورية القانون المراد تطبيقه على تلك الدعوى، اذا كان هذا القانون يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وبالتالي فهي

[1]-عبد السلام زوير،الدفع بعدم الدستورية في التشريع المغربي دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،جامعة مولاي اسماعيل،المغرب،2020-2021،ص.ص80-81.

رقابة مفتوحة أمام جميع المتقاضين وأمام جميع الجهات القضائية في أي وقت من مراحل تطبيق القانون[1]

ما نستخلصه من التعريف السابق أن سؤال الأولوية الدستورية يقتصر فقط على الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

كما يمكن تعريف سؤال الأولوية الدستورية بأنه: "تلك المسألة التي تكون محل منازعة وينبغي الفصل فيها قبل الفصل في الدعوى الأصلية التي يرتبط بها والتي لا يمكن مع ذلك للقاضي المنظور أمامه الدعوى أن يفصل فيها بحيث ينبغي أن يوقف الفصل في الطلب الأصلي، لحين الفصل في السؤال الأولي من جانب القاضي المختص".[2]

وبالنتيجة لما تقدم أعلاه، وحسب وجهة نظر الباحث فإننا نحبذ ما تبناه المشرع الفرنسي بشأن اصطلاح سؤال الأولوية الدستورية، لأنه أدق من مصطلح الدفع بعدم الدستورية للأسباب التي سنوضحها عند التطرق إلى الطبيعة القانونية لسؤال الأولوية الدستورية وعليه سأعتمد في هذه الدراسة على استعمال مصطلح سؤال الأولوية الدستورية لأنه المصطلح الذي يتماشى مع خصوصية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين التي تبنتها التشريعات الثلاث موضوع المقارنة.

المطلب الثاني:الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية و سؤال الأولوية الدستورية:

إن الطبيعة القانونية لكل من الدفع بعدم الدستورية و سؤال الأولوية الدستورية يقصد بها تحديد نوعهما إن كانا يمثلان دفعا شكليا أو موضوعيا، وكذا مدى تعلقهما بالنظام العام وقد اختلفت الأراء الفقهية بشأن هذه الطبيعة لا سيما تعلق كل من الدفع و سؤال الأولوية الدستورية بالنظام العام.

فبالنسبة لمسألة تحديد طائفة الدفوع التي يندرج ضمنها الدفع بعدم الدستورية، ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الدفع بعدم الدستورية من الدفوع الموضوعية، على أساس أنه يتعلق

---

[1] -Dominique rousseau,le procès constitutionnel, revue pouvoir, n137,seul, paris,2011,p48.

[2] – مدحت أحمد محمد يوسف غانم،الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الأنظمة اللاتينية مصر وفرنسا،ط1،المركز القومي للإصدرات القانونية،القاهرة،2014 ،ص.ص94-95.

بإرساء القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، ويبدى في أي حالة تكون عليها الدعوى [1] أما جانب آخر يرى بأن الدفع لا ينتمي إلى الدفوع الموضوعية ،أو الدفوع الشكلية، بل يندرج ضمن مفهوم الدفوع الفرعية، وهي الدفوع التي تستهدف تأجيل الخصومة، أو وقفها لحين الفصل في مسألة أولية، يتوقف عليها الفصل في موضوع النزاع، وبمعنى آخر أن يكون الفصل في المسألة التي يتضمنها الدفع لازما للفصل في الدعوى الموضوعية، وبالتالي فالدفع بعدم الدستورية يعتير مسألة أولية أساسية بحيث لا يمكن لمحكمة الموضوع الفصل في النزاع ما لم تحسم تلك المسألة الأولية والمتعلقة بدستورية أو عدم دستورية النص المطعون فيه. [2]

أما بخصوص مسألة تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام، فإنها تقتضي التطرق إلى مسألة الدفوع المتعلقة بالنظام العام في مجال القضاء العادي، وذلك بغرض استنباط النظام القانوني لهذه الدفوع واسقاطه على مجال الدفع بعدم الدستورية للوصول إلى تحديد تعلقه بالنظام العام من عدمه.

فالمسقر عليه أن القضاء العادي درج على استعمال فكرة النظام العام لإثارة بعض الدفوع بصفة تلقائية لتعلقها بالنظام العام، هذه الأخيرة تخضع لنظام قانوني خاص يجعل منها استثناء على القواعد العامة للدفوع القضائية، بحيث يمكن للخصوم إثارتها في أي مرحلة من مراحل التقاضي دون التقيد بميعاد معين، كما يجوز للقاضي إثارتها تلقائيا، كما أن هذه الدفوع المتعلقة بالنظام العام تمثل استثناء على مبدأ التزام القاضي بعدم الحكم بما لم يطلب منه، أو بأكثر منه، ولا يوجد تعريف لهذه الدفوع على المستوى القضائي، لكن الفقه حاول تعرفيها، ففي مجال القضاء الإداري عرفت بأنها "الدفع الذي يكون على درجة من الأهمية بحيث إذا لم يبالي به القاضي فلن يكون قد أدى مهمته المتمثلة في القضاء وفقا لما تمليه قواعد القانون الأساسية" [3] أما في مجال الإجراءات المدنية عرفت بأنها "الدفع

---

[1]–البكري محمد عزمي،الدفوع في قانون المرافعات في ضوء الفقه والقضاء طبقا لأحدث التعديلات الصادرة بالقانون رقم 18 لسنة 1999،الجزء6،دار محمود للنشر والتوزيع،القاهرة،2000،ص32.

[2]–يحي الجمل،مرجع سابق،ص.ص137،136.

[3]–عيد أحمد الغفلول،فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية دراسة مقارنة،ط3،دار النهضة العربية،القاهرة،2006،ص17.

المستمد من انتهاك أحكام قانون صدر بالأساس لتحقيق مصلحة المجتمع في مجمله" [1] أما في المجال الجنائي تعرف بأنها "كل دفع مستمد من انتهاك القواعد المتعلقة بالسير المنتظم للهيئات القضائية وبالمبادئ الأساسية للملاحقة الجنائية والإدانة القضائية وبكل ما هو أساس من حقوق الدفاع" [2]، ونظرا لعدم دقة التعريفات السابقة اتجه الفقهين jean marie auby، rolland drago إلى وضع تعريف يقترب من فكرة النظام العام والذي يستند إلى فكرة النظام القانوني للدفوع المتعلقة بالنظام العام، أي الخصائص المميزة لها فحسب وجهة نظرهما يقصد بتلك الدفوع"هي الدفع الذي يمكن أن يثار للمرة الأولى أمام القاضي حتى ولو لم يقدم بمناسبة الطلب الأصلي ويمكن تقديمه دون التقيد بمواعيد، كما أنه يثار للمرة الأولى امام قاضي الاستئناف وقاضي النقض". [3]

المستخلص من التعريف السابق أن الدفع المتعلق بالنظام العام في مجال القضاء الإداري له خصائص بموجبها يتم تميزه عن غيره من الدفوع المتعلقة بالنظام العام في مجالي القضاء المدني والجنائي ونجملها فيما يلي:

-جواز إثارة الدفع في أي مرحلة من مراحل التقاضي دون التقيد بميعاد معين.

-التزام القاضي بالتصدي لهذا النوع من الدفوع بصفة تلقائية.

-عدم جواز العدول عن ذلك الدفع من قبل الخصوم.

وبالتالي ونظرا لغياب تعريف دقيق وشامل للدفع المتعلق بالنظام العام مما يقتضي الاعتماد على نظامه القانوني، أي الخصائص المميزة له من أجل استخلاصه، وهذا حسب ما انتهى إليه الفقهين jean marie auby، rolland drago،ونتطرق إلى هذه الخصائص بشيء من التفصيل على النحو المبين أدناه:

1-جواز إثارة الدفع في أي مرحلة من مراحل التقاضي دون التقيد بميعاد معين.

---

[1]-عيد أحمد الغفلول،فكرة النظام العام الدستوري، مرجع سابق،ص18.

[2]-عيد أحمد ابراهيم سلامة الغفلول،فكرة النظام العام الدستوري وأثرها على تحديد نطاق الدعوى الدستورية،دار النهضة العربية،القاهرة،2004،ص18.

[3] -jean marie auby، rolland drago ,traité du contentieux administratif,tome I,paris,1984,p241.

ويقصد بهذه الخاصية جواز إثارة الدفع المتعلق بالنظام العام من قبل الخصوم وبصفة تلقائية من قبل قاضي الموضوع، دون التقيد بالمواعيد الإجرائية لإثارة الدفوع في مجال الدعوى الموضوعية، كما يجوز إثارته في أي مرحلة من مراحل التقاضي.

2- عدم جواز العدول عن ذلك الدفع من قبل الخصوم.

مبرر عدم جواز تنازل الخصوم عن الدفع المتعلق بالنظام العام بعد إثارته مستمد من مسألة تعلقه بالنظام العام ذاته، وهي تمثل استثناء على مبدأ قبول القاضي بانقضاء الخصومة القضائية سواء بالتنازل عنها من قبل المدعي أو بوقوع صلح بين الأطراف.[1]

3-التزام القاضي بالتصدي لهذا النوع من الدفوع بصفة تلقائية.

الأصل العام المعمول به في مجال الإجراءات القضائية هو أن الخصومة ملك للخصوم وهذا ما يترتب عنه التزام القاضي بما يطلبه منه الخصوم، وعدم جواز الحكم بأكثر مما طلب منه، وإلا كان متجاوزا لحدود وظيفته القضائية، وبالتالي فإن طلبات الخصوم هي التي تحدد نطاق الخصومة القضائية، وتشل كل من الطلبات الأصلية، و الطلبات العارضة و الطلبات المقابلة، ولا يملك القاضي صلاحية تعديلها أو استحداث طلبات جديدة، إلا أن الاستثناء الوارد على هذا الأصل العام يتعلق بالدفع المتعلق بالنظام العام والذي يستوجب على القاضي إثارته تلقائيا حتى ولو لم يثره الخصوم، وهذا على أساس وجوب احتياط القاضي لمقتضيات النظام العام، أثناء النظر في الدعوى المعروضة عليه [2] إلا أن التزام القاضي بإثارة هذا الدفع مقيد بضرورة توافر شرطين الأول يتعلق بوجوب استخلاص الدفع من ملف الدعوى الموضوعية المعروضة على القاضي، والثاني أن يكون الدفع حاسما للفصل في تلك الدعوى.

---

[1]- عيد أحمد ابراهيم سلامة الغفلول،مرجع سابق،ص.ص23-24.

[2]-عيد أحمد ابراهيم سلامة الغفلول،مرجع سابق،ص24.

وبمجرد قيام الشك لدى القاضي حول توفر هذين الشرطين ففي هذه الحالة يجب عليه الامتناع عن إثارة الدفع، وبالتالي لا يجوز له اللجوء إلى إجراء تحقيق إضافي لإزالة ذلك الشك. [1]

بعد التطرق إلى مسألة النظام العام في مجال القضاء العادي، مما يستوجب بحثها في مجال القضاء الدستوري، وذلك بعرض الاتجاهات التي أدرجت بشأن الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية، وكذا موقف التشريعات محل المقارنة من هذه المسألة، ثم الوصول إلى إبراز موقف الباحث اتجاه هذه المسألة والتي سأعتمد عليها في مجالين ، كمبرر لبيان سلطة كل من قاضي الموضوع والقاضي الدستوري في التصدي لإثارة الدفع بعدم الدستورية، وكذا انعكاس مسألة تعلق الدفع بعدم الدستورية من عدمه على تحديد نطاق الدعوى الدستورية، وعليه سأتطرق إلى بيان ذلك على النحو التالي:

-موقف الاتجاهات الفقهية من مسألة تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام.

-موقف التشريعات موضوع المقارنة من مسألة تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام.

-موقف الباحث من مسألة تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام.

الفرع الأول:موقف الاتجاهات الفقهية من مسألة الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية:

اختلف الفقه بشأن الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية ومدى تعلقه بالنظام العام، وترتب عن ذلك ظهور اتجاهين نتطرق لهما كالآتي:

-الإتجاه الأول:عدم تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام.

-الإتجاه الثاني: تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام.

أولا-الإتجاه الأول:عدم تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام.

يؤسس هذا الإتجاه موقفه على عدم تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام على أساس عدم جواز اثارته تلقائيا من طرف المحاكم، باعتباره حقا مقصورا على المتقاضين وأنه لا يجوز إثارته لأول مرة أمام المحاكم العليا.

---

[1]-عيد أحمد الغفلول،فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية دراسة مقارنة،مرجع سابق،ص70.

ثانيا–الإتجاه الثاني: تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام:

يؤسس هذا الاتجاه على ان الدفع بعدم الدستورية يعد متعلقا بالنظام العام على أساس أنه يتعلق بالوجود الدستوري للنص المراد تطبيقه على الدعوى الموضوعية[1]، إلا أن هذا الاتجاه المؤيد لانتماء الدفع بعدم الدستورية للنظام العام، اختلف بشأن الضابط الذي على أساسه يتحدد مدى تعلق هذا الدفع بالنظام العام، فجانب منهم أسس الضابط على نوع المصلحة التي يهدف الدفع لحمايتها، فيكون الدفع متعلقا بالنظام العام إذا كان يهدف إلى حماية مصلحة عامة، اما اذا استهدف حماية مصلحة خاصة فلا ينطبق عليه وصف تعلقه بالنظام العام، بينما أسس البعض الآخر الضابط على أهمية المصلحة التي يستهدف الدفع حمايتها، بصرف النظر عن نوعها و لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تحديد أهمية المصلحة حسب كل حالة، اما التوجه الأخير أسس الضابط على مدى قابلية التصرف في الحق المراد حمايته بالدفع، فاذا كان من الحقوق التي يجوز التصرف فيها ولاسيما التنازل عنها كان متعلقا بالنظام العام، وفي الحالة العكسية لا يكون متعلقا به، فمتى تعلق الدفع بمخالفة قواعد قانونية تحمي حقوقا ومصالح عامة يعتبر دفعا متعلقا بالنظام العام على أساس أن تلك الحقوق والمصالح لا يجوز التصرف فيها، ومثال ذلك الدفوع المتعلقة بمخالفة نصوص التجريم ومواعيد الطعن، أما إذا كان الدفع متعلقا بمخالفة قواعد قانونية تحمي حقوق شخصية للخصوم ففي هذه الحالة يكون بعضها متعلقا بالنظام العام مع استبعاد البعض الآخر منها، وهذا مؤسس على مدى قابلية الحق للتصرف فيه، ومثال ذلك خرق حقوق الدفاع او محاكمة المتهم على واقعة لم تكن محلا للمتابعة، كلها دفوع تتعلق بالنظام العام ومؤدى ذلك حتى وإن كانت مبنية على المساس بحق شخصي للمتهم، إلا أن ذلك المساس لم يقتصر على حقه الشخصي فقط بل وقع على حق آخر من الحقوق العامة وبالتالي يجوز التمسك به من طرف كل ذي مصلحة، بما فيه المتهم حتى ولو سبق له

---

[1]–عوض محمد عوض،مدى تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام،بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية،ع1،2016،ص1247.

يمكن الاطلاع عليه عبر الموقع الالكتروني التالي:http://search.mandumah.com/Record/820482 تاريخ الإطلاع 2020/05/09 ساعة الإطلاع 10 صباحا.

التنازل عنه صراحة أو ضمنيا، اما الدفع المؤسس على حماية مصلحة خاصة للخصوم فلا يكون متعلقا بالنظام العام ويجوز له التنازل عنه، ومثالها عدم سماع المحكمة لشهود الاثبات، وبالتالي فإن هذا التوجه الأخير يقوم على معيار الحق المراد حمايته بواسطة الدفع والذي يعتبر حقا عاما لا صلة له بحق شخصي للخصم، كما ان هذا الحق ذو اهمية لتعلقه بالدستور، كما أنه يتعلق بكل الأفراد الذين لا يجوز لهم التنازل عن أحكامه متى قامت لهم مصلحة بشأنه، بالإضافة إلى أن أحكام القضاء الدستوري ذات حجية مطلقة بشأنه وتسري في مواجهة كل السلطات والأشخاص، وهذا ما يستخلص منه ان الدفع سواء بالنظر إلى طبيعة الحق الذي يهدف إلى حمايته، أو بالنظر إلى أثر الحكم الصادر بشانه، يعد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام لانه يتعلق بالوجود الدستوري للنص المراد تطبيقه على النزاع. [1]

الفرع الثاني:موقف التشريعات موضوع المقارنة من مسألة الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية.

ونتطرق ضمن هذا الفرع إلى بيان موقف كل من التشريع الجزائري والفرنسي والمغربي بشأن الطبيعة القانونية لسؤال الأولوية الدستورية، والدفع بعدم الدستورية حسب الاصطلاح الذي تبنته الدول محل المقارنة، وذلك من خلال ابراز نوع طائفة الدفوع القانونية التي أدرجت ضمنها وكذا مدى تعلقها بالنظام العام وسيتم تفصيل ذلك ضمن عنصرين هما:

-الطبيعة القانونية لإجراء سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا.

-الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية في الجزائر و المغرب.

[1]-عوض عوض محمد،مقال حول مدى تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام،منشور بمجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية،ع1،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية،2016،ص.ص1247،1246،يمكن الاطلاع عليه عبر الموقع الالكتروني التالي:http://search.mandumah.com/Record/820482 تاريخ الإطلاع 2020/05/09 ساعة الإطلاع 10 صباحا.

أولا–الطبيعة القانونية لإجراء سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا:

أصبح المجلس الدستوري الفرنسي مع التزامه بالفصل في سؤال الأولوية الدستورية الذي يحال إليه سواء من محكمة النقض أو مجلس الدولة بمثابة محكمة،وذلك بالمفهوم الدقيق لهذا المصطلح، ذلك أن استحداث نظام سؤال الأولوية الدستورية يندرج ضمن تكريس حقوق جديدة للمواطنين، وبالتالي يستوجب أن ينطبق على المجلس الدستوري في ممارسته لهذه الوظيفة الجديدة معايير القضاء، ولاسيما على ضوء الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمادة 1/6 منها، حيث تقتضي هذه المادة عدة مبادئ: وهي حياد القضاء، في حين أن المجلس الدستوري الفرنسي أو بعض أعضائه يمكن أن يكون لهم نصيبا في إعداد قانون موضوع الإحالة لعدم الدستورية، مبدأ المواجهة مما يقتضي إرساء قواعد إجرائية ووجود وظيفة المحامي أمام المجلس الدستوري، إلى جانب المدة المعقولة التي يجب أن تتوافق مع إجراء تصفية سؤال الأولوية الدستورية من جانب مجلس الدولة أو محكمة النقض، أي إقامة قضاء دستوري جديد من حيث تشكيله ومن حيث القواعد الإجرائية المنظمة لسير الدعاوى بصفة عامة.

وتثار عدة تساؤلات بخصوص الطبيعة القانونية لسؤال الأولوية الدستورية، ومن أهمها:هل هو من الدفوع الشكلية أو الموضوعية؟، وهل يصنف ضمن موضوع الدفع بعدم الدستورية؟ وهل أن إجراءاته تعكس حقيقة الرقابة البعدية؟، وهل هو دفع إجرائي أو مسألة أولية للفصل في النزاع؟

لتحديد الطبيعة القانونية لسؤال الأولوية الدستورية تعين مقارنته بأوجه الدفوع المعمول بها في مجال قانون الاجراءات المدنية، وبإعمال هذه المقارنة يتبين ان سؤال الأولوية الدستورية ليس من قبيل الدفوع الشكلية المتعلقة بعدم الاختصاص، والبطلان، والارتباط بين دعويين، وارجاء الفصل، وهي الدفوع التي يجب اثارتها قبل ابداء أي دفع في الموضوع كما انه ليس من قبيل الدفوع الموضوعية، ومؤدى ذلك ان سؤال الأولوية الدستورية يجوز اثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، كما لا يعد طلبا أصليا بعدم الدستورية لانه يجوز اثارته في مرحلة الاستئناف في حين ان المادتين 563 و564 قانون اجراءات مدنية لا تجيز ابداء طلبات أصلية في مرحلة الاستئناف.

[1] أما بشأن مسألة النظام العام في القضاء الدستوري فالملاحظ أن الفقه الفرنسي انقسم الى عدة اتجاهات بخصوصها، فالاتجاه الأول يؤسس وجهته على اعتبار أن جميع الدفوع أمام القضاء الدستوري متعلقة بالنظام العام، بحيث أن القاضي الدستوري ملزم من تلقاء نفسه بإثارة أي دفع يتعلق بتطبيق الدستور بجميع نصوصه، ومبادئه، دون استبعاد أي نص أو أي مبدأ منها، أما الاتجاه الثاني فإنه يقصر نطاق فكرة النظام العام أمام القضاء الدستوري على الشروط الشكلية الجوهرية التي يستلزم الدستور توافرها في القوانين، بالإضافة إلى الحقوق والحريات الأساسية التي نص عليها الدستور، ويترتب على هذا أن القاضي الدستوري يجب عليه أن يتصدى من تلقاء نفسه – في إطار الدعوى الدستورية – ويثير أي دفع متعلق بهذه المسائل وحدها، وإذا وجد أية مخالفة لهذه القواعد في القانون المعروض عليه فإنه يقضي بعدم دستوريته سواء أكان الطاعن قد أثار هذه المخالفة من عدمه، ولكن الاتجاه الثالث قائم على فكرة عدم التوسع في فكرة النظام العام أمام القضاء الدستوري ولا يوافق على هذا الاتجاه على مد نطاق هذه الفكرة إلى جميع الحقوق والحريات الأساسية التي نص عليها الدستور، بل قصر نطاق فكرة النظام العام على أهم الحقوق والحريات الأساسية التي ينص عليها الدستور والتي يقررها القاضي الدستوري وفقا للسياسية القضائية التي يعتنقها. [2]

ولكن الراجح بشأن سؤال الأولوية الدستورية أن الفقه الفرنسي يجمع بأن ذلك السؤال كما هو محددة في المادة 61 من الدستور، لا يعتبر بشكل دقيق دفعا بعدم الدستورية الذي يفترض أن القاضي المختص بالفصل في الدعوى الأصلية مختص أيضا بالفصل في سؤال الأولوية الدستورية، كما هو حاصل في التجربة الأمريكية، في حين أن الأمر يتعلق بمسألة فرعية تلزم القاضي المثارة أمامه بالتوقف عن الفصل في الدعوى الأصلية، وانتظار صدور قرار عن القاضي الدستوري المختص في حسم النزاع وتجعل القاضي الدستوري يفصل في المسألة طبقا لمنطق القضاء الموضوعي، حيث لا يحاكم أية وضعية خاصة بل يفصل في علاقة الحكم التشريعي المطون فيه بالنص الدستوري، مما يجعل من سؤال الأولوية

1–يسرى محمد العصار،التصدي في القضاء الدستوري، دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999 ص.ص23–24.

2–يسرى محمد العصار،المرجع نفسه،ص24.

الدستورية دعوى قانونية وليست واقعية مرتبطة بوضعية معينة، الأمر الذي يبعدها بالتالي جوهريا عن خصائص الرقابة البعدية عن طريق حفاظها على قاعدتي التجريد والعمومية المتعلقة بالرقابة الدستورية السابقة . [1]

كما أن سؤال الأولوية الدستورية اشترط القانون المنظم له رقم 2009/1523 أن يقدم في وثيقة خاصة منفصلة، وعدم السماح للقاضي بإثارته من تلقاء نفسه، وفي كون المجلس الدستوري يفصل في السؤال وفق منطق القضاء الموضوعي حيث لا يحاكم أية وضعية خاصة وإنما يفصل في علاقة المقتضى التشريعي المعني بالنص الدستوري، يجعل منه دعوى قانونية، وليست واقعية مرتبطة بوضعية متغيرة، مما يترتب عنه وجود اختلاف بين الدعوى المرفوعة في الموضوع ومراقبة دستورية القوانين، مما يبعده موضوعيا عن خصائص الرقابة البعدية من خلال محافظته على قاعدتي التجرد والموضوعية المرتبطتين بالمراقبة القبلية للدستور، وعليه وجب التطرق إلى شرح هذه المسألة ضمن عنصرين الآتي بيانهما وهما:

-سؤال الأولوية الدستورية والمسألة الأولية للفصل في الموضوع.

-ذاتية سؤال الأولوية الدستورية.

1-سؤال الأولوية الدستورية والمسألة الأولية للفصل في الموضوع.

يستخلص من المادة 1/61 من التعديل الدستوري لعام 2008، والقانون الأساسي الصادر عام 2009 بشأن أحكام تطبيق هذه المادة، تعريف بسيط لسؤال الأولوية الدستورية كسبب قانوني يقوم على التمسك بمناسبة دعوى منظورة أمام محكمة تتعلق بمحكمة النقض أو مجلس الدولة بأن نص تشريعي موضوع التطبيق يشكل إعتداء على الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، بمعنى أن الأمر يتعلق بمطالبة القاضي بأن يطرح على القاضي الدستوري مسألة أولية بغرض التحقق من مطابقة النص محل النزاع مع الدستور، وذلك على أساس أن كل من المشروع الدستوري في تكريسه لرقابة الدستورية اللاحقة بموجب المادة

[1] -Mathieu, Bertrand,la question prioritaire de constitutionnalité, une nouvelle voie de droit a propos de la loi organique du 10 décembre et la décision du conseil constitutionnel n2009/595 DC,la semaine juridique ,édition général n52,21 décembre 2009,p2.

1/61 من الدستور وكذا القانون الأساسي بشأن شروط تطبيق هاته المادة قد اتجها–في عبارات الضمان القانوني– نحو إقامة إجراء يتسم بالوضوح، والبساطة وينأى عن آلية الدفع الإجرائي الذي يترك لتقدير قاضي الموضوع، تأسيسا على أن هذا الدفع لا يحقق استقرارا في حين أن آلية الإلغاء الخاصة برقابة الدستورية اللاحقة تستهدف ضمان تجانس مجموع النصوص التشريعية. [1]

وقد أوضح مقرر القانون الأساسي بشأن تطبيق المادة 1/61 أن"الدفع الإجرائي بشأن رقابة القانون مع المعاهدة يمكن أن يشكل مصدرا لعدم المساواة بين المتقاضين حيث أن قرار القاضي العادي الذي يحكم بمخالفة نص مع قاعدة اتفاقية، لا تكون له من حيث المبدأ الا حجية نسبية للأمر المقضي فيما بين أطراف النزاع، بعبارة أخرى أن النص الذي يستبعد في نزاع يستمر في تطبيقه بالنسبة للآخرين مما يعد مصدرا لعدم المساواة بين المواطنين".

وبالتالي فإن المصطلح الشائع للدفع بعدم الدستورية، لا يتلائم للدلالة على الإجراء الذي أرساه التعديل الدستوري في المادة 1/61 منه، فإحالة المسألة الدستورية للمجلس الدستوري عن طريق تدخل مجلس الدولة أو محكمة النقض،راجع إلى أن قاضي الموضوع لا يمكن أن يفصل في موضوع مسألة عدم الدستورية،اعمالا للمبدأ التقليدي والذي بمقتضاه أن قاضي الدعوى هو أيضا قاضي الدفع.

ومنه فالمادة 1/61 من التعديل الدستوري لعام 2008 كرست إنشاء آلية السؤال الأولي على أساس أنه مسألة تطرح أمام قاضي الموضوع بمناسبة دعوى وضرورية لحل النزاع، ولكن لا يمكن أن يتم الفصل فيها من قبل قاضي الموضوع نفسه بل يجب إحالتها للقاضي الأعلى الذي يتبعه، ثم بصفة احتمالية إلى المجلس الدستوري الذي يفصل في تلك المسألة، وبالتالي بمقتضى المادة 1/61 لا يمكن الحديث سوى عن سؤال أولي أو عن إجراء فرعي لرقابة دستورية القانون، لأن تعبير الدفع بعدم الدستورية لا يستقيم استعماله الا إذا كان لقاضي الموضوع أن يفصل بنفسه في المنازعة الدستورية وإذا كانت مسألة الدستورية مسألة إجرائية وليس موضوعية.

---

[1]–مدحت أحمد محمد يوسف غانم،الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الأنظمة اللاتينة مصر وفرنسا،الطبعة1،المركز القومي للإصدرات القانونية،القاهرة،2014،ص.ص93–94.

وتبعا لما تقدم يتفق سؤال الأولوية الدستورية مع المسألة الأولية باعتباره استثناء على المبدأ الذي بمقتضاه أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، فالطبيعة الأولية تستمد فقط من واقع أن المسألة الأولية يجب حسمها من جانب القاضي المختص(القاضي الدستوري)، وما يعزز هذا الطرح أن القانون الأساسي المؤرخ في 2009/12/10 يكرس مبدأ وقف الفصل باعتباره الآلية التي تحكم إجراء المسألة الأولية على أساس أن ذلك المبدأ الذي مقتضاه أن القاضي الذي يتحقق من وجود مسألة أولية يستوجب عليه وقف الفصل في الموضوع حين صدور القرار من السلطة المختصة للفصل في السؤال الأولي الذي يحال إليه، كما أن القرار القضائي الفاصل في السؤال الأولي يفرض على قضاء الإحالة –القاضي العادي أو الاداري–وهذا مستخلص من نص المادة 62 من الدستور "لا تقبل قرارات المجلس الدستوري أي طريق للطعن وأنها تفرض على السلطات العامة وعلى كافة السلطات الإدارية والقضائية".

2–ذاتية سؤال الأولوية الدستورية.

إن سؤال الأولوية الدستورية لا يخضع للإجراء العادي للمسألة الأولية في كافة نتائجه ذلك أن المادة 1/23 من القانون الأساسي المؤرخ في 2009/12/10 بشأن تطبيق المادة 1/61 من التعديل الدستوري تمنع كل من قاضي الموضوع والمحكمة العليا لجهتي القضاء من طرح مسألة الدستورية مباشرة على المجلس الدستوري، ذلك أن كل من محكمة النقض ومجلس الدولة هما جهة إحالة وتصفية لقبول سبب عدم الدستورية التي يثيرها الخصوم لذا يمكن النظر في سؤال الأولوية الدستورية على أنه بمثابة وسيلة أو سبب دفاع موضوعي يتجه عن طريق الخصم إلى كسب دعواه، وبالتالي فسؤال الأولوية الدستورية من منظور أنه وسيلة دفاع يقترب أكثر من الدفع بعدم المشروعية الذي يندرج في طائفة الأسباب التي لها علاقة بموضوع التصرف القانوني[1]

الا أنه لا يمكن الاعتماد على هذه المقارنة القائمة بين سؤال الأولوية الدستورية والدفع الإجرائي أو الدفع بعدم المشروعية لاعتبارين هما:

[1] -Borzeix,A,la question prioritaire de constitutionnalité :exception de procédure ou question préjudicielle,Gazette du palais,28fév au 2mars2010,p21.

-في مجال سؤال الأولوية الدستورية لا يجوز للقاضي إثارته تلقائيا والحلول محل الخصوم بشأنه وهذا ما يدل على أنه ليس من النظام العام.

-طبقا للمادة9/23 من القانون الأساسي المشار إليه لا يترتب عن انقضاء الدعوى الأصلية والتي بمناسبتها أثير سؤال الأولوية الدستورية أي تأثير على فحص الملف، وبالتالي يستمر المجلس الدستوري في فحص ذلك السؤال، وعليه فقد كرست المادة 1/61 علاقة منفصلة بين الفصل في الدعوى الأصلية وسؤال الأولوية الدستورية الذي أثير بمناسبة تلك الدعوى أي أن مصير هذا السؤال غير متوقف على بقاء الدعوى الأصلية قائمة أمام محكمة الموضوع.[1]

والواقع أن حماية الحقوق والحريات الأساسية التي يكفلها الدستور، لا يمكن أن تعبر على حق شخصي بمفهوم الرخصة القانونية،إلا إذا عهد النظام القانوني للفرد امكانية اطلاق الاجراء عند الاعتداء على هذه الحقوق والحريات بقانون غير دستوري الذي يسفر عن الغاء القانون الغير دستوري، لذا يمكن النظر الى سؤال الأولوية الدستورية على أنه يعد طعنا موضوعيا وفرديا لإلغاء قانون، فهو طعن يستهدف تحريك رقابة مجردة لنص تشريعي على ضوء الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور والتي تسفر طبقا للمادة 62 من الدستور على إلغاء القاعدة التشريعية محل الطعن والتي يتقرر عدم دستوريتها.

وبالتالي يمكن اثارة سؤال الأولوية الدستورية لأول مرة في مرحلة الاستئناف، كما أنه يؤول أثناء اثارته أمام التحقيق الجنائي لقضاء تحقيق ثاني درجة لتقدير مدى جدية هذا السؤال.[2]

وعليه نجمل خصائص سؤال الأولوية الدستورية في أربع نقاط وهي:

-أنه دعوى منفصلة منذ لحظة إثارتها إلى حين الفصل فيها من قبل المجلس الدستوري عن باقي المكونات القانونية للدعوى الأصلية.

-عدم تعلق تلك الدعوى بالنظام العام بل حق للأطراف ولا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه.

---

[1]-مدحت أحمد محمد يوسف غانم،مرجع سابق،ص.ص97-98.

[2]-مدحت أحمد محمد يوسف غانم،مرجع سابق،ص98.

-كما أنها ليست دعوى أصلية بل هي دعوى تابعة وتصبح نزاعا رئيسيا عندما تتم الإحالة على المجلس الدستوري.

-كما أنها دعوى موضوعية وليست شخصية، ذلك أن اللجوء إلى المجلس الدستوري يبقي على مراقبة مجردة للنص باقتصار بحثه لمدى مطابقة المقتضيات التشريعية للدستور دون الحسم في النزاع القائم بين الأطراف.[1]

ثانيا- الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية في الجزائر و المغرب:

بالاطلاع على المواد 188 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016 المعدلة بموجب المادة 195 من التعديل الدستوري لعام 2020، وكذا القانون العضوي رقم 16/18 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية، وكذلك الفصل 133 من التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 ، ومشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 في نسخته الأخيرة المؤرخة في 2018/02/14 ، يتبين منها أن الدفع بعدم الدستورية لا يكتسب معنى الدفع الذي يقتضى أن يتولى قاضي الموضوع الفصل فيه على أساس أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، بل يعتبر مسألة فرعية تلزم قاضي الموضوع بإرجاء الفصل في الدعوى الأصلية إلى غاية صدور قرار المحكمة الدستورية، وبالتالي فالدفع بعدم الدستورية لا يعد من قبيل الدفوع الشكلية لأن مضمونه يتعلق بمقابلة النصوص التشريعية المطعون فيها بأحكام الدستور، كما أنه لا يعد من الدفوع الموضوعية لعدم ارتباطه بمسألة الوقائع.

الفرع الثالث: موقف الباحث من مسألة الطبيعة القانونية لسؤال الأولوية الدستورية:

حسب رأي الباحث فإنه يؤيد موقف التشريعات موضوع المقارنة، بخصوص عدم انتماء سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية إلى طائفة الدفوع الشكلية أو الموضوعية، وبالتالي يبقى مجرد مسألة أولية، أو إجراء فرعي يقتضي ارجاء الفصل في الدعوى الموضوعية، لحين الفصل في تلك المسألة الأولية المتعلقة بدستورية أو عدم دستورية النص المطعون فيه والتي على أساسها يتوقف مآل الفصل في الدعوى الموضوعية

[1]-محمد أتركين،دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية الاطار القانوني والممارسة القضائية،مطبعة النجاح الجديدة الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2013 ، ص.ص32 إلى34.

بسبب وجود تلازم بينهما، وبالتالي حسن ما فعل المشرع الفرنسي عندما أطلق على هاته الآلية تسمية سؤال الأولوية الدستورية لأن الدفع يقتضي أن يكون القاضي المختص بالفصل فيه هو قاضي الموضوع وهو الأمر الغير الوارد بشأن الدفع بعدم الدستورية، وعليه اخترنا الاعتماد في هاته الدراسة على مصطلح سؤال الأولوية الدستورية باعتباره الأدق وحبذا لو يتبى كل من المشرع الجزائري والمغربي نفس التسمية.

لكن بالنسبة لمسألة تعلق سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية بالنظام العام نجد اجماع كل من المشرع الفرنسي والجزائري والمغربي على استبعاد تعلقهما بالنظام العام ويتبين ذلك من خلال النص على حرمان قاضي الموضوع من التصدي لإثارتها تلقائيا وهذا ما دفعنا للتساءل عن أسباب استبعاد هذه التشريعات الثلاث لسؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية من نطاق النظام العام؟.

من هذه الزاوية فقد سبق التطرق إلى الخصائص أو بشكل أدق الى النظام القانوني الذي يجعل من الدفع متعلقا بالنظام العام، وذلك أثناء معالجة موضوع الدفع المتعلق بالنظام العام في مجال القضاء العادي، وهذا بغرض اسقاطها على سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية، وقد خلصنا إلى أن الدفع المتعلق بالنظام العام يقوم على 03 خصائص وهي:جواز إثارته في أي مرحلة من مراحل التقاضي، وعدم جواز التنازل عنه من قبل الخصوم، والتزام القاضي بإثارته تلقائيا، وببحث هذه الخصائص في مجال سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة، يتبين منها بأن المشرع في الدول الثلاث محل المقارنة استعمل العبارات التالية: ويجوز إثارته لأول مرة أمام جهة الاستئناف والنقض،وكذلك عدم جواز التنازل عنه من طرف الطاعن متى أحيل على القاضي الدستوري، بالإضافة إلى أن التشريع الفرنسي خول النيابة العامة صلاحية إثارة سؤال الأولوية الدستورية تلقائيا متى كانت طرفا أصليا، كما أن المجلس الدستوري الفرنسي تصدى تلقائيا لإثارة سؤال الأولوية الدستورية في مجال المنازعة الانتخابية، كل هذه المسائل تعزز تعلق سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية بالنظام العام وهذا من منطلق اعمال تلك التشريعات للنظام القانوني للدفوع المتعلقة بالنظام العام في مجال القضاء العادي على سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية، وبالتالي حسب رأي الباحث فإن هذه

التشريعات وقعت في تناقض عند تنظيمها لهاته الآلية وذلك من خلال استبعادها من طائفة الدفوع المتعلقة بالنظام العام، وفي نفس الوقت أضفت عليها خصائص هذا النوع من الدفوع.

وبالنتيجة لما تقدم نؤيد مسألة انتماء سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية إلى النظام العام على أساس المبررات التالية:

1-إن الشرعية الدستورية التي تتولى المحكمة أو المجلس الدستوري مراقبة التقيد بها غايتها ضمان أن تكون النصوص القانونية مطابقة لأحكام الدستور، وتحتل هذه الشرعية قمة البنيان القانوني للدولة، وتتمثل في خضوع الدولة للقانون والتزامها بضوابطه، وبالتالي لا يجوز لأي جهة قضائية مهما كانت درجتها إعمال نص قانوني لازم للفصل في النزاع متى تبين لها عدم مطابقته للدستور، وذلك من خلال اعتمادها على بحث ظاهر سؤال الأولوية الدستورية أو الدفع بعدم الدستورية المثار على مستواها لاستخلاص شبهة عدم الدستورية دون اللجوء إلى البحث المعمق بشأنها، ذلك أن قيام هذه الشبهة يستوجب عليها التأكد من صحتها عن طريق عرضها على الجهة المختصة برقابة الدستورية باعتبارها صاحبة الاختصاص للفصل في سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية، وبالتالي لا يمكن لأي جهة قضائية إغفال أو تجاوز شبهة عدم الدستورية بل هي ملزمة ببحثها لتعلقها بالنظام العام.

2-ما يعزز أيضا انتماء سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية للنظام العام هو إتاحة إثارتهما في التشريعات موضوع المقارنة لأول مرة أمام محكمة النقض، والتي لا يمكنها الاعتراض عن بحثها على أساس أن رقابتها تنحصر على مسائل القانون وأن مرجعها في هذه الرقابة هو النصوص التشريعية المعمول بها عند الفصل في الطعون المعروضة عليها، حتى ولو كانت معيبة لمخالفتها الدستور، وهذا ما يناقض التزامها بالخضوع للقانون والدستور، ووجوب اعلاء الشرعية الدستورية، وأن تكون لأحكام الدستور الصدارة على القواعد الأدنى منها، وبالتالي فإن ممارستها الرقابة القانونية على محاكم الموضوع يقتضي منها التزامها بالخضوع لأحكام الدستور وضمان حماية الشرعية الدستورية.

وكخلاصة لهذه المسألة نخلص إلى القول بأن سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدك الدستورية يتعلقان بالنظام العام، وهذا على أساس أنه ينطبق عليهما ذات النظام القانوني للدفوع المتعلقة بالنظام العام، بالإضافة إلى أنهما يقومان على أساس فكرة الشرعية الدستورية مما يجعلهما متعلقة بالنظام العام، بحيث يجوز إثارتهما مهما كانت المدة التي انقضت على صدور التشريع المخالف للدستور، طالما أنه يراد تطبيقه على نزاع قائم بالإضافة إلى الحجية المطلقة التي يكتسبها الحكم بعدم الدستورية.

ونجمل تبعا لذلك خصائص سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية في التشريعات محل المقارنة فيما يلي :

1-استقلالية سؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية عن موضوع الدعوى الأصلية ويتبين ذلك من خلال اشتراط تقديمهما بموجب مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومعللة، وبمجرد قبولهما يتعين على محكمة الموضوع توقيف الفصل في الدعوى الأصلية طبقا لما نصت عليه القوانين المنظمة لهما في فرنسا والمغرب والجزائر.

2-عدم انتماءهما لطائفة الدفوع الشكلية ،على أساس أنهما يهدفان إلى فحص مطابقة الأحكام التشريعية المطعون فيها مع الدستور، ويترتب على ذلك جواز إثارتهما في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وأمام أي محكمة بصرف النظر عن درجتها في هرم النظام القضائي، بشرط تبعيتها للمحكمة العليا أو مجلس الدولة.

3-عدم انتمائهما أيضا الى طائفة الدفوع الموضوعية ولا يرتبطان بمسائل واقعية ومنه يجوز إثارتهما ولو لأول مرة أمام محكمة النقض.

4-أنهما مسألة فرعية، ويقتضيان وجود دعوى أصلية ويصبحان دعوى أصلية بمجرد توصل المحكمة أو المجلس الدستوري بهما.

5-والخاصية الأخيرة تم استخلاصها حسب وجهة نظر الباحث المؤيدة لتعلقهما بالنظام العام على النحو التالي:وجوبية إضفاء طابع تعلقهما بالنظام العام، وجواز اثارتهما تلقائيا من

طرف قاضي الموضوع، على عكس ما كرسته التشريعات موضوع المقارنة، التي حظرت الاثارة التلقائية لهما من قبل قاضي الموضوع وجعلتهما غير مرتبطان بالنظام العام.[1]

[1]–عبد الحق بلفقيه، دعوى الدفع بعدم دستورية نص تشريعي ما بين رؤية المشرع المغربي وتدخل القاضي الدستوري،ط2،مكتبة سبارطيل،طنجة المغرب،2019،ص83.

الفصل الثاني: الجوانب الإجرائية لسؤال الأولوية الدستورية أمام محاكم الموضوع والمحاكم العليا.

ترتب عن إقرار سؤال الأولوية الدستورية في التشريعات الثلاث محل المقارنة التسليم بنظام الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين، وهذا الأخير يمارس في تاريخ لاحق على دخول التشريع الخاضع للرقابة حيز النفاذ، وقد نظمت الجوانب الإجرائية لسؤال الأولوية الدستورية في فرنسا بموجب المادة 23 من القانون الأساسي المتعلق بالمجلس الدستوري،المضافة بالمادة الأولى من القانون الأساسي رقم 2009/1523 بشأن تطبيق الفقرة الأولى من المادة 61 من دستور 1958 المضافة بالتعديل الدستوري لعام 2008 أما في المغرب فقد نظمت بموجب مشروع القانون رقم 86/15 المتعلق بتحديد شروط واجراءات تطبيق الفصل 133 من دستور 2011 ،وفي الجزائر نظمها القانون العضوي رقم 16/18 المؤرخ في 2018/09/02 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

وباعتبار أن سؤال الأولوية الدستورية هو أحد آليات ممارسة الدعوى الدستورية ويتحقق ذلك بمناسبة الفصل في الدعوى المطروحة امام المحكمة، أين يثير احد الخصوم مسألة دستورية القانون المراد تطبيقه على النزاع، وقد يثار هذا السؤال ايضا تلقائيا من طرف القاضي المختص بالفصل في النزاع باعتبار سؤال الأولوية الدستورية متعلق بالنظام العام وبمجرد تحقق القاضي من جديته يصدر حكمه بإرجاء الفصل في النزاع الأصلي لحين الفصل في ذلك السؤال على أساس أنه لا يجوز له تطبيق قانون مشكوك في دستوريته.

وعليه وباعتبار ان التشريعات محل المقارنة أخذت بأسلوب سؤال الأولوية الدستورية واستخدمت تقنية التقيم المبدئي لتقدير جديته (واطلقت عليه التشريعات موضوع المقارنة مصطلح التصفية)، وجعلته اختصاص مشترك بين محاكم الموضوع والمحاكم العليا التابعة لها، لذا سنتطرق ضمن هذا الفصل إلى دراسة اجراءات التقييم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية أمام محاكم الموضوع(مبحث أول) ثم نتطرق إلى دراسة إجراءات إعادة التقييم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية أمام المحاكم العليا (مبحث ثاني).

المبحث الأول:اجراءات التقييم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية أمام محاكم الموضوع:

بالاطلاع على القوانين المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية على مستوى الدول محل المقارنة، يتبين منها أنها كرست نظام التقيم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية على مستوى جهتين قضائيتين هما:محاكم الموضوع(كدرجة أولى)،والمحاكم العليا التابعة لها (كدرجة ثانية) لهذا التقيم وقد اطلقت عليه تسمية نظام التصفية .

لقد نصت المادة 23 المضافة بموجب المادة 01 من القانون الأساسي رقم 2009/1523 بشأن تطبيق الفقرة الأولى من المادة 61 من دستور 1958 المضافة بالتعديل الدستوري لعام 2008،على الجوانب الإجرائية لسؤال الأولوية الدستورية في مرحلته الأولى أمام محكمة الموضوع المختصة بالفصل في النزاع الأصلي المثار بشأنه سؤال الأولوية الدستورية سواء من حيث المحاكم التي يجوز إثارة السؤال أمامها، وسلطات محكمة الموضوع بشأنه وكيفية التصرف فيه، أو من حيث موضوع سؤال الأولوية الدستورية ،كما نص ذات القانون على إلزامية الفصل بالأولية في ذلك السؤال قياسا بالمسألة الجماعية التي تتعلق بفحص مدى مطابقة القانون للالتزامات الدولية لفرنسا، على أن يكون الفصل فيها دون أجل، مع وجوب تعليل قرارات الإحالة ورفض الإحالة،وتوقيف الفصل في الدعوى الأصلية في حالة الإحالة مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها صراحة في القانون التنظيمي التي تجيز إمكانية الفصل في الدعوى الأصلية دون انتظار مآل الدعوى الفرعية.

ونفس الشيء كرسه كل من التشريعين الجزائري والمغربي ومن خلال عرض تلك الجوانب الإجرائية سيتبين لنا أن سؤال الأولوية الدستورية نظم في القانون الفرنسي بطابع خاص يختلف عن معظم الدول التي تعمل بهذه الآلية، وهذه الخصوصية تبناها ايضا كل من التشريع الجزائري والمغربي وسنعالج هذا الموضوع ضمن العناصر التالية:

-ضوابط تطبيق سؤال الأولوية الدستورية.

-المحاكم المعنية بسؤال الأولوية الدستورية.

-سلطة قاضي الموضوع إزاء سؤال الأولوية الدستورية و نظام التقيم المبدئي له.

المطلب الأول:ضوابط تطبيق سؤال الأولوية الدستورية.

سنبين في هذا المطلب الشروط المتعلقة باثارة سؤال الأولوية الدستورية والتي تنقسم الى شرط شكلي وشروط موضوعية، ثم نبين الاجراءات المتبعة بشأن الاحالة، والحكم الصادر فيها لننتهي الى بيان قاعدة أولوية الفصل في سؤال الأولوية الدستورية كل ذلك سيتم تفصيله ضمن العناصر التالية:

-شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية.

-اجراءات الإحالة والحكم الصادر بشأنه.

-الفصل وفقا لقاعدة الأولوية.

الفرع الأول:شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية:

من المبادئ المستقرة في نظم الرقابة على دستورية القوانين أن الدعوى الدستورية تتميز بطابعها العيني، كما أن الدفع بعدم الدستورية في هذه النظم يعد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام يثيرها القاضي تلقائيا في أي مرحلة كانت عليه الدعوى حتى ولو تنازل صاحب المصلحة عن حقه في إثارة الدفع، إلا أن المشرع الفرنسي تبنى منهج مغاير للنظم التي اخذت بنظام الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين، ذلك أنه قصر الحق في إثارة سؤال الأولوية الدستورية على أطراف الدعوى وحظر على قاضي الموضوع اثارته تلقائيا.

بالإضافة إلى أن البند الأول من المادة 23 -1 من القانون التنظيمي رقم 2009/1523 اشترط لقبول دعوى سؤال الأولوية الدستورية وجوب استيفاء عدة شروط تنقسم الى نوعين شروط شكلية وأخرى موضوعية، وهو نفس المنهج الذي اتبعه كل من المشرعين الجزائري والمغربي .

وهذا ما يستوجب التطرق إلى دراسة شروط ممارسة سؤال الأولوية الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة، ومنه سوف نتطرق للشروط الشكلية الواجب توفرها بشأنه، ثم نعرض الشروط الموضوعية الواجب توافرها لقبوله.

إلا يتعين الإشارة قبل الخوض في دراسة شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية إلى أن المحكمة الدستورية في المغرب توصلت بموجب قرارها رقم 70/18 المؤرخ في 2018/03/06 بشأن البت في مطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بشروط واجراءات الدفع بعدم الدستورية للدستور الى ان المواد10 و06 من نفس المشروع غير مطابقة للدستور، على أساس أن المشرع أخطأ عندما أسند اختصاص الفصل في قبول شروط الدفع بعدم الدستورية لمحاكم المملكة دون المحكمة الدستورية مدعما ذلك الخيار بتحصين قرار الرفض الصادر عن محاكم اول درجة وثاني درجة وكذا محكمة النقض من أي طعن. [1]

وعليه فإن التشريعات موضوع المقارنة اتفقت على ان دراسة هذه الشروط يندرج ضمن اختصاص المحكمة التي أثير امامها سؤال الأولوية الدستورية، لكن الاختلاف وقع في التجربة المغربية على النحو المبين ادناه وقد أفردنا عنصرا لدراسة قرار المحكمة الدستورية المتعلق بمراقبة مطابقة مشروع القانون رقم 86/15 المتعلق بالدفع بعدم دستورية قانون وسنكتفي هنا بدراسة الشروط كما اوردها مشروع القانون.

أولا–الشروط الشكلية:

أورد المشرع الجزائري شرط الشكلي واحد يتعلق بشكل عريضة اثارة سؤال الأولوية الدستورية فقد نصت المادة 06 من القانون التنظيمي رقم 16/18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية على أنه"يقدم الدفع بعدم الدستورية تحت طائلة عدم القبول بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة".

وبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أورد هو الآخر شرطا شكليا واحد يتعلق بشكل عريضة اثارة سؤال الأولوية الدستورية ولم يرد نص تشريعي أو تنظيمي يقتضي شروط شكلية أخرى ويتمثل هذا الشرط الشكلي في وجوب اثارة سؤال الأولوية الدستورية بمذكرة مكتوبة منفصلة

[1]–قرار المحكمة الدستورية المتعلق بالبت في مطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون ،ملف عدد:024–18،قرار رقم 70/18،المؤرخ في 2018/03/06 والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 2018/03/12،ص09.

ومعللة طبقا لما نصت عليه المادة 1/23 من القانون الأساسي رقم 1523 لسنة 2009 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور .

أما في التشريع المغربي فقد نصت المادة 05 من مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 في نسخته الأخيرة على "أن تكون مذكرة الدفع مقدمة بصفة مستقلة،وأن تكون موقعة من قبل المعني أو محامي مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب وان يؤدى عنها بأمانة ضبط المحكمة المثار أمامها الدفع ما لم يتم استفادة من تقدم بها بالمساعدة القضائية وديعة ....."

[1] الملاحظ باستقراء المواد أعلاه،أن كلها أوجبت أن يثار سؤال الأولوية الدستورية بموجب مذكرة مكتوبة ومستقلة ومعللة، والمقصود بمصطلح المذكرة هو الوثيقة أو الطلب الذي بموجبه يثير المتقاضي سؤال الأولوية الدستورية أثناء سريان الدعوى الموضوعية، وسنفصل هذا الشرط الشكلي لاحقا.

ومنه وطالما أن التشريعات محل المقارنة لم تشر إلى شروط شكلية أخرى، ما عدا الشرط المشار إليه أعلاه، إلا أن المادة04 من مشروع القانون رقم 86/15 المتعلق بتحديد شروط واجراءات تطبيق الفصل 133 من التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 نصت على أنه"تطبق أمام المحاكم المثار أمامها الدفع بعدم دستورية قانون قواعد قانون المسطرة المدنية وقانون المسطرة الجنائية وكذا أي مقتضى اجرائي آخر منصوص عليه في نصوص خاصة حسب الحالة مع مراعاة أحكام هذا القانون التنظيمي"، كما نصت المادة05 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 المؤرخ في 2018/09/02 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية على أنه"مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون العضوي تطبق أحكام قانون الاجراءات المدنية والادارية وقانون الاجراءات الجزائية أمام الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية".

[1]–محمد بوسلطان،إلياس صام،القانون العضوي 16/18 المؤرخ في 2018/09/02 يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية"تعليق مادة مادة"،النشر الجامعي الجديد،تلمسان،الجزائر،2020،ص101.

وباستقراء المادتين أعلاه يتبين أن سؤال الأولوية الدستورية يخضع للشروط الشكلية الأخرى المنظمة للدفوع في مجال قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية من حيث تقديمها من صاحب الصفة و المصلحة وضمن الميعاد القانوني.

وتبعا لذلك فإن الشروط الشكلية تنقسم إلى نوعين :الأولى شروط عامة، أما الثانية فهي شروط خاصة بعريضة سؤال الأولوية الدستورية، وقبل التطرق لتفصيل هذه الشروط تعين ابداء الملاحظات التالية بخصوص الاحالة الى قانوني الاجراءات المدنية والإدارية وقانون الاجراءات الجزائية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القانون المنظم لسؤال الأولوية الدستورية ونبديها كالآتي:

*تختص الجهة الدستورية سواء كانت محكمة دستورية أو مجلس دستوري دون سواها بتقدير اعمال أحكام قانوني الاجراءات المدنية والإدارية وقانون الاجراءات الجزائية على اجراءات سير الدعوى الدستورية مع مراعاة الخصائص العامة المنظمة لاجراءات هذه الدعوى وتتمثل فيما يلي:

-يجب ان يكون طابعها التبسيط والسرعة في الحسم، والبعد عن اطالة امد الفصل في الدعوى الدستورية بما يكفل سرعة الفصل فيها .

-اتصاف هذه الاجراءات بالايجابية، بحيث يكون للجهة القضائية دور ايجابي في توجيهها والتحكم في سيرها.

-يتعين تخويل الجهة الدستورية سلطة تقديرية بشأن ابتكار الاجتهاد القضائي، وابتداع حلول مناسبة بخصوص سير الاجراءات على مستواها، دون ان تكون ملزمة بحرفية النص القانوني، بل يتعين منحها حرية ارساء القواعد وتقرير الاجراءات الملائمة لطبيعة الأوضاع التي تنظم المسائل المندرجة ضمن ولايتها القضائية على أساس أن قضائها ليس مجرد قضاء تطبيقي بل هو قضاء انشائي. [1]

وتبعا لما وضح أعلاه سنفصل هاته الشروط كما هو مبين أدناه:

[1]-محمد علي سويلم،مبادئ الخصومة الدستورية دراسة مقارنة،ط1،منشأة المعارف،الاسكندرية،2019،ص292.

1-الشروط الشكلية العامة:

تتعلق هذه الشروط بأصحاب الحق في إثارة سؤال الأولوية الدستورية وتقتضي القواعد العامة لرفع الدعوى القضائية وجوب توفر شرطي الصفة والمصلحة في أطراف الخصومة القضائية، بالاضافة الى وجوب قيدها ضمن الأجل القانوني المحدد، فهل يشترط سؤال الأولوية الدستورية مثل هذه الشروط في الطرف الذي قدمه؟.

من المعلوم في مجال الإجراءات المدنية والإدارية أن الخصومة القضائية المدنية والادارية عبارة عن ظاهرة اجرائية يتسع نطاقها بالتدخل والإدخال في الخصام، كما يتسع موضوعها بالطلبات الأصلية والمقابلة والعارضة، أي أن هناك أطراف أصليون للدعوى وآخرون منظمون، والمقصود بالطرف الأصلي كل من المدعي والمدعى عليه في مجال الدعوى القضائية المدنية والادارية ،أما الطرف المنظم فهو المتدخل والمدخل في الخصام، اما الدعوى الجنائية فإن أطرافها في العادة محصورين في المتهم والضحية والنيابة العامة والمسؤول المدني، وبالرجوع إلى مجال سؤال الأولوية الدستورية نجد أن المادة 01 من مشروع القانون التنظيمي المغربي رقم 86/15 السابق بيانه نصت على أنه"يحدد هذا القانون التنظيمي شروط واجراءات الدفع بعدم دستورية قانون ساري المفعول يراد تطبيقه بشأن دعوى معروضة على المحكمة يدفع أحد أطرافها..."، كما أن المادة 05من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 المشار إليه أعلاه،نصت على أنه" يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية... من قبل أحد الأطراف الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور"، اما القانون الأساسي الفرنسي رقم 1523 لسنة 2009 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور، و كذا المرسوم الرئاسي رقم 148 لسنة 2010 الصادر تنفيذا له فقد نصت المادة1/23 منه أيضا على مصطلح أطراف الدعوى مما يفهم منه أن المواد السابقة استوجبت اثارة سؤال الأولوية الدستورية من قبل أحد أطراف الدعوى الأصلية، ولكن الملاحظ أن كل من المشرعين الجزائري و الفرنسي استعملا مصطلح الأطراف دون تحديد المقصود به وبالتالي ورد هذا المصطلح بصيغة العموم على

عكس المشرع المغربي الذي حدد المقصود بأطراف الدعوى أصحاب الحق في اثارة سؤال الأولوية الدستورية، وهم حسب المادة 02 من مشروع القانون رقم 86/15 كل من المدعي والمدعى عليه في الدعاوى المدنية، والمتهم والمطالب بالحق المدني أو المسؤول المدني في الدعاوى العمومية، وهنا يطرح التساؤل عن إمكانية اثارة سؤال الأولوية الدستورية من قبل كل أطراف الدعوى الأصلية حسب مفهومها الوارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجرءات الجزائية والذي سبق التطرق إليهم أعلاه، أم يقتصر فقط على بعض الأطراف؟ الاجابة على هذا التساؤل تقتضي منا التفصيل في هذه المسألة على النحو المبين أدناه:

- **إثارة سؤال الأولوية الدستورية من قبل الأطراف الأصليون في الدعوى الموضوعية(الأصلية):**

بطبيعة الحال أن سؤال الأولوية الدستورية يتصور إثارته من قبل المدعي أو المدعى عليه أو المتهم أو الضحية، وبالتالي لا وجود لأي إشكال بشأن إثارته من قبل هؤولاء الأطراف.[1]

- **إثارة سؤال الأولوية الدستورية من قبل الأطراف المتدخلين والمدخلين في الدعوى الأصلية:**

إن التساؤل الذي أوردناه أعلاه يتعلق بأطراف أخرى، وهم المتدخل والمدخل في الخصام والنيابة العامة، والحكومة، فبالنسبة للتدخل في الخصومة فهو على نوعين: **الأول** هو التدخل الأصلي أو الهجومي، والمقصود به المطالبة بحق شخصي للمتدخل في مواجهة أطراف الخصومة بحيث يطلب الحكم له في مواجهتهم بطلب يرتبط بالدعوى الأصلية، أما **الثاني** فهو التدخل الانضمامي فقد تقرر لكل ذي مصلحة الانضمام لأحد الخصوم حتى لا يخسر

[1]- حسام محمد حمدي عبد الفتاح الفضالي،الدفع بعدم الدستورية كوسيلة لاتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية،أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق،قسم القانون العام،جامعة الاسكندرية ،2017، ص.ص80،79.

دعواه، ومجاله مقصور على ابداء المتدخل أوجه دفاعه لتأييد طلب الخصم الذي تدخل إلى جانبه دون المطالبة بحق لنفسه [1].

وطالما أن القوانين العضوية رقم 86/15 و16/18 و2009/1523 لم تتضمن أحكام خاصة بالتدخل،يفهم من ذلك أن سؤال الأولوية الدستورية يسري بشأنه الأحكام الخاصة بالتدخل في مجال الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا ما يستخلص من نص المواد02 و05 و1/23 من القوانين العضوية المشار إليها أعلاه،إلا أن هذا السريان مقيد بألا يترتب عنه وجود تعارض بين القانون العضوي المنظم لسؤال الأولوية الدستورية وتطبيق مواد قانون الاجراءات المدنية والإدارية وقانون الاجراءات الجزائية في المسائل التي لم يرد بشأنها نص ينظم مجال سؤال الأولوية الدستورية.

ويشترط في المتدخل أو المدخل في الخصومة أن تتوفر فيه المصلحة ويفسر مدلول هذه المصلحة بشأن سؤال الأولوية الدستورية بوجوب قيام ارتباط بينه وبين مصلحة الخصم الذي قبل تدخله في الدعوى الأصلية المثار بشأنها سؤال الأولوية الدستورية، وأن يكون للحكم الصادر بشأن ذلك السؤال الأولوي أثر على الطلبات التي أبداها هذا الخصم في الدعوى الأصلية.

وبالنسبة لمسألة إثارة سؤال الأولوية الدستورية من قبل المتدخل أو المدخل في الخصام يثار تساءل بشأن وجوب الفصل في مسألة قبول التدخل أو الإدخال في الخصام قبل الفصل في قبول سؤال الأولوية الدستورية ؟، بمعنى هل الجهة القضائية المثار أمامها سؤال الأولوية الدستورية من قبل المتدخل أو المدخل في الخصام ملزمة باحترام الترتيب المتعلق بالفصل في قبول الإدخال أول التدخل، قبل الفصل في قبول سؤال الأولوية الدستورية ؟

[1]–حسام محمد حمدي عبد الفتاح الفضالي،مرجع سابق، ص80.

إن المنطق القانوني السليم وحسب ما درج عليه العمل القضائي فإن الجهة القضائية ملزمة باحترام الترتيب المتعلق بالفصل أولا في مسألة قبول الإدخال أو التدخل في الخصام قبل الخوض في مناقشة قبول سؤال الأولوية الدستورية الذي آثاره المدخل أو المتدخل في الخصام، وذلك على أساس أن الفصل بالأسبقية في قبول التدخل أو الإدخال يترتب عنه إعطاء مركز قانوني لهذا الشخص، أي التحقق من أنه صاحب صفة ومصلحة في التدخل أو الإدخال في الخصام، كما أنه يترتب على عدم قبول التدخل و الإدخال رفض سؤال الأولوية الدستورية الذي آثاره هذا الأخير وذلك لانعدام الصفة فيه، وعلى فرض أن الجهة القضائية لم تفصل في مسألة قبول الإدخال أو التدخل وفصلت في سؤال الأولوية الدستورية وأحالته على المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري حسب الحالة، فإن كل منهما يكون ملزما بالفصل في ذلك السؤال الأولوي دون النظر في شروط قبول الإدخال أو التدخل في الخصام على مستوى الجهة القضائية التي أثير على مستواها ذلك السؤال، وهذا مؤاده أن الجهة الدستورية لا تعد درجة أعلى للتقاضي ولا تراقب أحكام باقي الجهات القضائية.

ومن جانب آخر يتعين الإشارة إلى أنه يجوز للمدخل أو المتدخل في الخصام إثارة ذات سؤال الأولوية الدستورية التي سبق للمدعي أو المدعى عليه إثارته وصدر قرار الجهة القضائية المعروض عليها الدعوى الأصلية قضى برفضه، أو أصدرت هذه الجهة قرارا بإحالته على الجهة الدستورية، ومبرر ذلك غياب النص القانوني الذي يحظر أي طرف في الدعوى من إثارة أكثر من سؤال أولوية الدستورية في الدعوى الأصلية الواحدة، وبالتالي يرى الباحث أنه من الضروري تنظيم هذه المسألة بنص قانوني صريح يقتضي عدم جواز إثارة سؤال الأولوية الدستورية لأكثر من مرة واحدة في نفس الدعوى تفاديا لإساءة استعمال هذا الحق، واستغلاله لتعطيل الفصل في الدعوى الأصلية بطريقة تعسفية.

➢ **إثارة سؤال الأولوية الدستورية من قبل النيابة العامة:**

الملاحظ أن النقاشات البرلمانية في فرنسا أجمعت على اختصاص النيابة العامة بإثارة سؤال الأولوية الدستورية متى كانت طرفا أصليا في الدعوى [1] على عكس الحكومة وخلال الأعمال التحضيرية استبعدت اختصاص النيابة العامة بإثارة سؤال الأولوية الدستورية سواء بصفتها طرفا أصليا أو منضما للدعوى، وأسست ذلك على مسألة أن النيابة العامة مختصة فقط بإبداء الرأي حول تطبيق القانون (المادة 424 قانون اجراءات مدنية). [2]

إلا أن الرئيس الأول للمحكمة العليا vincent lamanda أثار موقفا مخالفا بمناسبة الإدلاء برأيه في الموضوع مفاده"أن النيابة العامة وحتى وإن لم تكن طرفا أصليا في الدعاوى الا انه يجوز لها دائما التدخل في الدعوى بصفتها طرفا مساعدا فيها، وبالتالي يجب الاعتراف لها في جميع الحالات بإثارة المسألة الدستورية." [3]

أما jean luc warsmann رئيس لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بالجمعية الوطنية فكان من رأيه أن النيابة العامة لها دائما الحق في إبداء رأيها حول تطبيق القانون عندما تكون طرفا أصليا في الدعوى، وكذلك يجوز لها التدخل عندما تكون طرف منظما في الدعوى لإبداء هذا الرأي سواء بسبب طبيعة المسألة موضوع الدعوى، كما هو الشأن بالنسبة لقضايا النسب والوصاية على القاصر حسب المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية أو بمبادرة منها[4] عندما تقدر أن لتدخلها ضرورة عملا بالمادة 426 من نفس القانون، أو عندما يقرر قاضي الموضوع إحالة القضية عليها في الحالات المحددة بالمادة 427 من

---

[1] -Marc guillaume,la question prioritaire de constitutionnalité,dalloz, France,2019,p25

[2] -Jean-luc warsman,fait au nom de la commission des lois constitutionnelles,de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de la loi organique n1599,p48.

[3] –تقرير WARSMANN, J-L،الصادر عن لجنة القوانين الدستورية والتشريعية والاستفتاء بالجمعية الوطنية رقم 1898،ص.48. يمكن الاطلاع عليه في موقع المجلس الدستوري الفرنسي.

4–تقرير WARSMANN, J-L،الصادر عن لجنة القوانين الدستورية والتشريعية والاستفتاء بالجمعية الوطنية رقم 1898، المرجع نفسه، ص.ص47–48.

نفس القانون وبالتالي وجب الاعتراف لها بالحق في إثارة المسألة الدستورية ذات الأولية في مثل هذه الحالات.[1]

وبالرجوع إلى المذكرة المعدة من قبل وزارة العدل بشأن تقديم سؤال الأولوية الدستورية فقد نصت على أن النيابة العامة متى كانت طرفا في الدعوى فيجوز لها إثارة سؤال الأولوية الدستورية [2]، دون أن تميز بين الصفة الخاصة بالنيابة كطرف أصلي وكطرف منظم وهذا الموقف الذي حددته المذكرة قريب من موقف رئيس المحكمة العليا المشار إليه أعلاه، كما أن المحامي العام لدى المحكمة العليا أدلى خلال جلسة الاستماع إليه بالجمعية الوطنية برأيه التالي:"إذا كانت النصوص صامتة بخصوص إمكانية إثارة النيابة العامة لسؤال الأولوية الدستورية أمام قاضي الموضوع، فإنه يمكن القول بأن أي سؤال أولوية الدستورية لم يثر من طرفها إلى غاية اليوم".[3]

ومنه فلم يظهر حق النيابة العامة في إثارة سؤال الأولوية الدستورية في النصوص المنظمة لها، إلا أن المادة 23 فقرة 2 من القانون الأساسي المتعلق بالمجلس الدستوري أوجبت على محكمة الموضوع المثار أمامها سؤال الأولوية الدستورية إحالته إلى النيابة العامة للحصول على رأيها فيه عندما لا تكون طرفا أصليا في الدعوى المثار بشأنها ذلك السؤال،و نفس الشيء مكرس في التشريعين المغربي والجزائري .

ففي التجربة المغربية وبالرجوع الى القرار المؤرخ في 2018/03/06 الصادر عن المحكمة الدستورية حول مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 يتبين منه "أن المآخذ على نص المادة 02 من ذلك المشروع والمحددة لتعريف القانون وأطراف الدعوى ومدلول الدفع أنها لم تدرج النيابة العامة ضمن أطراف الدعوى الذين يجوز لهم إثارة سؤال الدفع بعدم الدستورية ،في حين أن الفصل 133 من الدستور ينص على أطراف الدعوى بشكل عام وأنه لبيان

---

[1]–تقرير WARSMANN, J-I،الصادر عن لجنة القوانين الدستورية والتشريعية والاستفتاء بالجمعية الوطنية رقم 1898،نفس المرجع،ص48.

[2]-Circulaire conjointe DACS/DACG du 24/02/2010 relative a la présentation de la question prioritaire de constitutionnalité ;BOMJL ,n2010-02 du 30/04/2010 IN Circulaire.legifrance.gov.fr/pdf/2010/03/cir - 30585.pdf,p6.

[3] -Jean –claude marin,procureur général prés la cour de cassation ,in Jean-Jacques urvoas :rapport d'information, يمكن الاطلاع عليه في موقع المجلس الدستوري الفرنسي . p144

المقصود بأطراف الدعوى يجب الرجوع إلى قانوني المسطرة المدنية والجنائية وإلى نصوص أخرى خاصة، والتي تجعل من النيابة العامة إلى جانب أطراف أخرى تتوفر على شرطي الصفة والمصلحة، وبالنظر إلى أن النيابة العامة تعد طرفا في الدعوى العمومية وفي الدعوى المدنية فإنه وتفعيلا للمبدأ الدستوري المنصوص عليه في الفصل06 حول دستورية القوانين الأمر الذي يلزمها بإثارة الدفع بعدم الدستورية ضد أي قانون تعتريه شبهة عدم الدستورية، مما يجعل تلك المادة تخالف الفصل 133 من الدستور "[1] وطبقا لهذا القرار تصبح النيابة العامة طرفا من أطراف الدعوى التي يجوز لها إثارة الدفع بعدم الدستورية.

وهذا القرار قد استخلص دور النيابة العامة في إثارة الدفع بعدم الدستورية في التشريع المغربي بناء على دورها في مجال الدعوى العمومية، والدعوى المدنية، ففي مجال الدعوى المدنية وذلك من خلال استقراء الفصول من 06 إلى 10 من قانون المسطرة المدنية وبموجبها يتبين أن النيابة العامة يمكن أن تكون طرفا أصليا أو طرفا منظما وذلك طبقا للفصل 06، ويجوز لها مباشرة كل طرق الطعن وذلك بمناسبة تدخلها بشكل تلقائي بصفتها مدعي أو مدعى عليه في الحالات المحددة طبقا للقانون وذلك حسب ما أورده الفصل 07 كما أنها تتدخل كطرف منظم في كل القضايا التي يوجب القانون تبليغها لها حسب الفصل 09، وأيضا في القضايا التي تلتمس النيابة العامة التدخل فيها بعد اطلاعها على الملف أو بمناسبة الاحالة التلقائية للقضية عليها من طرف القاضي، وفي هذه الحالات يحظر عليها استعمال طرق الطعن طبقا للفصل 08، وحضور النيابة العامة للجلسات يكون وجوبيا متى كانت طرفا أصليا وفي باقي الحالات الأخرى يكون حضورها اختياريا حسب الفصل 10.

أما في مجال الدعوى العمومية تعد النيابة العامة خصما أصليا فهي من تتولى تحريك ومباشرة الدعوى العمومية وتحضر الجلسات، وتتولى تمثيل الحق العام والمطالبة بتطبيق القانون. [2]

---

[1]–قرار المحكمة الدستورية المتعلق بالبت في مطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون ،ملف عدد:024–18،قرار رقم 70/18،المؤرخ في 2018/03/06 والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 2018/03/12،ص.ص4 و5.

[2]–عبد العزيز النويضي،المحكمة الدستورية ومسألة الدفع بعدم دستورية القوانين،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2019،ص.ص 169–170.

تأسيسا على الدور المناط بالنيابة العامة في مجال الدعويين العمومية والمدنية نتساءل عن مدى إمكانية إثارتها لسؤال الأولوية الدستورية ؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تفرض علينا التميز بين المركز القانوني للنيابة العامة كطرف أصلي ومركزها القانوني كطرف منظم، ففي الحالة الأولى عندما تكون النيابة العامة طرفا أصليا، لاسيما في مجال الدعوى العمومية، فليس من المتصور أن تثير سؤال الأولوية الدستورية لأنها حركت الدعوى العمومية ضد المتهم على أساس مقتضى تشريعي تريد تطبيقه عليه، وبالتالي لن تلجأ الى اثارة سؤال الأولوية الدستورية لاستبعاد ذلك المقتضى الذي يشكل أساسا للمتابعة الجزائية، بالإضافة إلى أن النيابة العامة تعمل على الدفاع عن القانون الساري المفعول وبالتالي قصر دورها في مجال سؤال الأولوية الدستورية على إبداء الرأي بشأنه بعد تبلغيها به.

أما في التشريع الجزائري فإن المادة 02من القانون العضوي رقم 16/18 لم تدرج النيابة العامة ضمن أطراف الدعوى التي لها حق إثارة سؤال الأولوية الدستورية، وبالتالي لا يختلف الأمر عن ما هو مكرس في التشريع المغربي.

وحسب رأي الباحث، أن سبب عدم الاعتراف للنيابة العامة بسلطة إثارة سؤال الأولوية الدستورية مرده أنها تعمل على المطالبة بتطبيق القوانين السارية المفعول، وعلى أساسها تباشر مهامها، لاسيما في مجال المتابعة الجزائية، ولذلك قصر دورها في مجال سؤال الأولوية الدستورية على ابداء الرأي بشأنه بعد تبليغها به ويتعين أن يكون هذا الرأي مكتوبا ومسببا وبموجبه تملك حرية معارضة سؤال الأولوية الدستورية أو تأيده أو تترك النظر لمحكمة الموضوع.

وبالتالي رجح حصر دور النيابة العامة في الحرص على تطبيق القانون سواء كانت طرفا أصليا أو منظما ويبقى دورها في مجال سؤال الأولوية الدستورية يسوده هاجس احداث التوازن بين امكانية توفيقها بين الدور الرئيسي لها المتمثل في السهر على تطبيق القانون والدور المراد منحه لها في مجال اثارة سؤال الأولوية الدستورية بصفة تلقائية لهذا السبب لم

يضفى عليها وصف الطرف صاحب الحق في اثارة ذلك السؤال على اساس ان الدور الرئيسي لها هو تطبيق القانون.

- **إثارة سؤال الأولوية الدستورية من قبل الحكومة:**

نصت القوانين العضوية السابق ذكرها المتعلقة بسؤال الأولوية الدستورية في كل من فرنسا والمغرب والجزائر على مسألة إخطار الحكومة بشأن سؤال الأولوية الدستورية المثار لابداء ملاحظاتها بشأنه، وقد يفهم من سياق ظاهر هذه النصوص أن المشرع قد حصر الحكومة في مركز المدعى عليه في مجال الدعوى الدستورية التي حركت عن طريق اثارة سؤال الأولوية الدستورية، ومن هذا المنطلق يكون لها موقف المدافع عن التشريعات التي أصدرتها أو ساهمت في المشاركة في إصدارها ويترتب عن ذلك بالتبعية عدم جواز إثارتها لسؤال الأولوية الدستورية، ولكن حسب رأي الباحث فإن هذا الفهم للنص يجانب الصواب لأن الحكومة حتى وان كانت هي مصدرة المقتضى التشريعي المطعون فيه، أو المشاركة في اصداره فيبقى من حقها إثارة سؤال الأولوية الدستورية وهذا من منطلق إعلاء الشرعية الدستورية وسيادة القانون، كذلك أن سؤال الأولوية الدستورية المثار من قبل الحكومة يشكل مجالا لتدخل القاضي الدستوري لرفع التعارض في المصالح القائمة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وذلك يتصور في حال اعتداء السلطة التشريعية على الاختصاص الدستوري المحدد للسلطة التنفيذية.

وبالنسبة للوضع في الجزائر فقد نصت المادة 193 من التعديل الدستوري لعام 2020 على أنه لا تمتد ممارسة الاخطار المبين في الفقرتين الأولى والثانية إلى الإخطار بالدفع بعدم الدستورية،ويتعلق الاخطار حسب نفس المادة الفقرتين الاولى والثانية منها بكل من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الاول أي هناك استبعاد صريح للحكومة من إخطار المحكمة الدستورية بموضوع سؤال الأولوية الدستورية.

مما سبق توصلنا إلى أن قبول سؤال الأولوية الدستورية يخضع للقواعد العامة المتعلقة بقبول الدفوع المقررة في مجال الإجراءات القضائية، والمتمثلة في وجوب تقديمه من قبل صاحب الصفة والمصلحة في الآجال المقررة، ولم يتضمن القانون العضوي الفرنسي رقم 1523 لسنة 2009 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور ولا المرسوم الرئاسي رقم 148لسنة 2010 الصادر تنفيذا له، وكذا القانون الجزائري رقم 16/18 ومشروع القانون المغربي رقم86/15 أحكام خاصة في هذا المجال بل أشارت إلى تطبيق قانون الإجراءات المدنية وقانون الإجراءات الجزائية .

وعليه وفي غياب أحكام خاصة بتحديد أطراف الدعوى الموضوعية التي لها الحق في إثارة سؤال الأولوية الدستورية مما يعني اتاحة المجال لإثارته لكل شخص كان خصما في الدعوى الموضوعية متى استوفى شرطي الصفة والمصلحة، وقدمها ضمن الأجل المحدد بحيث يجوز للأطراف في الدعوى والمتدخلين أيضا اثارة مسألة دستورية الحكم التشريعي متى تضمن انتهاكا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور [1]ومنه سنتطرق بالتفصيل لدراسة الشروط الشكلية العامة المتمثلة في: الصفة والمصلحة والميعاد .

1-1-شرط الصفة:

هذه الأخيرة يقصد بها أن[2] تنسب الدعوى إيجابا لصاحب الحق في الدعوى وسلبا لمن يوجد الحق في الدعوى في مواجهته، فهي تميز للجانب الشخصي للحق في الدعوى وفي الغالب وبمجرد إثبات الحق أو المركز القانوني وحدوث الإعتداء عليه،تثبت الصفة في الدعوى ذلك أن الدعوى التي تنشأ عن الإعتداء على حق معين تكون لصاحب هذا الحق في مواجهة المعتدي [3] ، وبالتالي فالصفة تنصرف إلى أصحاب الحماية القانونية المطلوبة للدفاع عن حقوقهم ومراكزهم القانونية ويستوي أن ترفع الدعوى من الشخص صاحب الحق أو المركز القانوني أو ممن ينوبه، وبالنسبة لسؤال الأولوية الدستورية فإن الصفة تثبت للخصم في الدعوى الموضوعية المثار بشأنها سؤال الأولوية الدستورية سواء كان مدعي أو

[1] -r.grand,l'intervention et la demande de sursis a statuer au cours de la qpc,AJDA2011,p757.

[2] –عبد العزيز محمد سالمان،إجراءات الدعوى الدستورية،ط1،الجزء الثاني ،دار سعد سمك،مصر،2015،ص853.

[3] –خليفة سالم الجهمي،رقابة دستورية القوانين في ليبيا ومصر والكويت والبحرين دراسة تحليلية مقارنة،منشأة المعارف،الاسكندرية،2018،ص298.

مدعى عليه أم متدخلا فيها أو لمن خوله القانون صفة التقاضي للتمسك بحق غيره بسبب حلوله محل الطرف الأصلي للحق في الدعوى كالوكيل والولي الشرعي على القاصر. [1]

ويستخلص من ذلك أن الصفة في سؤال الأولوية الدستورية ليست ذات معنى عام بل قيدها القانون بمعنى محدد، فليس كل صاحب حق يعتبر من ذوي الصفة أمام القضاء بل هي محصورة في خصوم الدعوى الموضوعية، سواء كانوا أشخاص طبيعية أو معنوية وذلك على أساس أن لكل طرف في الدعوى الموضوعية مصلحة في الدفاع عن الشرعية الدستورية تجيز له حق اثارة سؤال الأولوية الدستورية.

وقد أجازت التشريعات محل المقارنة لكل الأشخاص الحق في اثارة سؤال الأولوية الدستورية وذلك بمناسبة الفصل في دعوى معروضة امام احدى الجهات القضائية، ويشمل مصطلح جميع الأشخاص الشخص الطبيعي وكذا الشخص المعنوي ولا يقتصر على المواطنين فقط بل يشمل حتى الاجانب المقيمين على ارض الدولة، وهذا ما ذهب إليه التشريعي الفرنسي والذي خول حق اثارة سؤال الأولوية الدستورية للاجانب المقيمين بفرنسا على أساس تمتعهم بكافة الحقوق والحريات الاساسية ذات القيمة الدستورية، باستثناء الحقوق المقصورة بموجب الدستور على الموطنين كالحق في الانتخاب. [2]

1-2- شرط المصلحة:

أما بالنسبة لشرط المصلحة فلم يتضمن القانون المنظم لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات محل المقارنة الإشارة إليه صراحة، ولم يحدد أي تعريف له ولكن أضفى عليه معيار خاص يتناسب وطبيعة سؤال الأولوية الدستورية، مما يعني أن المصلحة في مجال سؤال الأولوية الدستورية ليست ذاتها المصلحة المستقر العمل بها في مجال الدعوى القضائية العادية، وهذا ما يستوجب الرجوع للقواعد العامة ممثلة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تشترط رفع الدعوى من صاحب المصلحة، وهذا بغرض ابراز مفهوم

---

[1]-كاظم عباس حبيب،الدفع بعدم دستورية القوانين،مكتبة صباح،الكرادة،بغداد،2013،ص66.

[2]-عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس،رقابة الملائمة في القضاء الدستوري دراسة مقارنة،أطروحة دكتواره في الحقوق،كلية الحقوق قسم القانون العام،جامعة عين شمس،2011،ص136.

المصلحة وأوصافها القانونية بغية استخلاص الفارق بينها وبين المصلحة في مجال سؤال الأولوية الدستورية .

فالمصلحة بصفة عامة تعرف بأنها: "الفائدة التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته كلها او بعضها." [1] ويتفق هذا التعريف مع قاعدة لا دعوى بغير مصلحة باعتبار المصلحة مناط الدعوى والضمان لجديتها وعدم الخروج عن الغاية التي حددها القانون لها وهي كونها وسيلة لحماية الحق. [2]

وحدد القانون أوصاف معينة للمصلحة تتمثل في أن تكون قانونية وشخصية ومباشرة وقائمة.

[3]أما المصلحة في مجال سؤال الأولوية الدستورية فلم يرد بشأنها تعريف قانوني ولكن عرفها الفقه بأنها "المنفعة التي تتحقق من الحكم بعدم دستورية النص التشريعي الذي انتهك الحقوق والحريات التي يحميها الدستور."

وبتحليل النصوص المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية المتمثلة في نص المواد 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523، و02 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 ،و02 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 نستنتج منها أن المشرع اشترط استيفاء شرط المصلحة عندما قيد إثارة سؤال الأولوية الدستورية بأن يكون الحكم التشريعي تضمن اعتداء على الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وأن عبارة أن يكون الحكم التشريعي طبق على النزاع أو يراد تطبيقه عليه يفهم منها أن يكون هناك انعكاس للقرار بعدم الدستورية على مآل الفصل في الدعوى الموضوعية، وهذا ما جعل المشرع ينص على ان الحكم التشريعي محل سؤال الأولوية الدستورية المثار هو الذي طبق او بصدد تطبيقه على الدعوى الموضوعية، وهذا ما يعكس الارتباط بين المصلحة في الدعوى الموضوعية ، والمصلحة في سؤال الأولوية الدستورية وسنفصل المسألة أكثر على النحو المبين أدناه.

---

[1]–صلاح الدين فوزي،الدعوى الدستورية،دار النهضة العربية،القاهرة،1993،ص10.

[2]–شعبان أحمد رمضان،أثر انقضاء المصلحة على السير في دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية في النظام القانوني المصري،دار النهضة العربية،القاهرة،2009،ص7.

[3]–عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، مرجع سابق،ص137.

[1] وعليه فإن ما يميز سؤال الأولوية الدستورية عن باقي الدعاوى والدفوع الأخرى بشأن شرط المصلحة يكمن في أن الحق الذي يحميه سؤال الأولوية الدستورية هو حق يكفله الدستور، والإعتداء الواقع عليه هو عمل للمشرع يتجسد في نصوص القانون محل ذلك السؤال، وبوقوع الإعتداء تنشأ المصلحة التي تخول صاحب الحق اتخاذ إجراءات سؤال الأولوية الدستورية، إلا أنه لا يكفي لتوفر شرط المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية مجرد إنكار أحد الحقوق المنصوص عليها في الدستور، أو وجود خلاف حول مضمون هذا الحق بل يجب أن يكون النص التشريعي محل سؤال الأولوية الدستورية بتطبيقه على المدعي قد أخل بأحد الحقوق التي كفلها الدستور،على نحو يلحق به ضررا مباشرا ،[2]كما يشترط أن يكون الحكم في سؤال الأولوية الدستورية لازما للفصل في الدعوى الموضوعية، فإذا لم يكن الاخلال بالحقوق المدعى بها في الدعوى الموضوعية عائد مباشرة إلى النص التشريعي محل سؤال الأولوية الدستورية أو أن الفصل فيه غير لازم للفصل في الدعوى الموضوعية فإن المصلحة في الدعوى تنتفي، ومنه تتجرد طلبات الخصم صاحب سؤال الأولوية الدستورية من الحماية القانونية، وهذا ما يصطلح عليه بارتباط المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية بالدعوى الموضوعية وتندرج المسائل المشار إليها أعلاه ضمن المعيار الخاص لشرط المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية وعليه سنفصل أوصاف المصلحة في مجال سؤال الأولوية الدستورية ضمن عنصرين هما:

-ارتباط المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية بالمصلحة في الدعوى الموضوعية.

-ان تكون المصلحة قانونية وشخصية ومباشرة وقائمة.

أ-ارتباط المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية بالمصلحة في الدعوى الأصلية:

اعتمد المشرع في التشريعات محل المقارنة على اسلوب سؤال الأولوية الدستورية كوسيلة لتحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وتمارس هذه الآلية من قبل الفرد امام

---

[1]-خليفة سالم الجهمي،مرجع سابق،ص307.

[2]-رفعت عيد سيد،الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2004،ص334.

-منير عبد المجيد،أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح،منشأة المعارف،الاسكندرية،2001،ص35.

محكمة الموضوع والذي يثير مسألة أولية مفادها عدم دستورية النص المراد تطبيقه على النزاع المعروض أمامها، فتتولى هذه الأخيرة احالتها على الجهة المختصة(المحكمة العليا أو مجلس الدولة) لاعادة تقيم جدية تلك المسألة للمرة الثانية، وهو ما يسمى بنظام التصفية وفي حال تقدير جدية المسألة الأولية تتولى الجهة المختصة السابق ذكرها احالتها على المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية حسب الحالة.

وهذه الآلية تقتضي وجود دعوى موضوعية معروضة على احدى الجهات ذات الاختصاص القضائي [1]وتقتضي التشريعات محل المقارنة بأن مناط المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية يستوجب وجود ارتباط بينه وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وأن يكون من شأن الحكم في سؤال الأولوية الدستورية التأثير فيما أبدي من طلبات في الدعوى الموضوعية.

المستخلص من ذلك أن للمصلحة في سؤال الأولوية الدستورية وجهان هما:

-الوجه الأول:الارتباط بالمصلحة في سؤال الأولوية الدستورية.

الوجه الثاني:مدى تأثير الحكم في سؤال الأولوية الدستورية على الحكم في الدعوى الموضوعية.

-الوجه الأول:الارتباط بالمصلحة في سؤال الأولوية الدستورية.

سبق القول أن اسلوب سؤال الأولوية الدستورية يقتضي وجود دعوى أصلية ويختص قاضي الموضوع دون سواه بتقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية ولزومه للفصل في الدعوى الأصلية.

-الوجه الثاني:مدى تأثير الحكم في سؤال الأولوية الدستورية على الحكم في الدعوى الأصلية.

هذه المسألة في الأصل تتولاها محكمة الموضوع، الا أن المجلس الدستوري حسب ما تبناه المشرع الفرنسي والمحكمة الدستورية حسب ما تبناه المشرع الجزائري والمغربي لا بد أن

[1]-صلاح الدين فوزي،الدعوى الدستورية،دار النهضة العربية،القاهرة،1993،ص156.

تتأكد من أن الفصل في سؤال الأولوية الدستورية لازما للفصل في الطلبات المطروحة أمام محكمة الموضوع، ويتحقق ذلك من خلال البحث في توفر شرط المصلحة اللازم لقبول سؤال الأولوية الدستورية.

وبالتالي يتعين أن يكون الحكم الصادر في سؤال الأولوية الدستورية مؤثرا فيما انتهت إليه محكمة الموضوع بشأن الطلبات الموضوعية المرتبطة به، فإذا انعدمت هذه الصلة كان سؤال الأولوية الدستورية غير مقبول حتى ولو كانت شبهة عدم الدستورية واضحة للمحكمة ولتوفر هذا الاتصال الموضوعي بين سؤال الأولوية الدستورية والدعوى الأصلية يتعين استيفاء شرطين هما:

-وجود ضرر.

-أن يكون مرد الضرر راجع للنص موضوع سؤال الأولوية الدستورية.

-وجود ضرر[1]:

يتعين على مثير سؤال الأولوية الدستورية إقامة الدليل على أن ضررا واقعيا قد أصابه ويجب أن يكون هذا الضرر مباشرا مستقلا بعناصره ممكنا إدراكه ومواجهته بالحل القضائي وليس مجرد ضرر نظري بما مؤداه أن الرقابة على الدستورية يجب أن تكون مجالا لمواجهة أضرار واقعية بغرض ردها وتصفية آثارها القانونية.

-أن يكون مرد الضرر راجع للنص موضوع سؤال الأولوية الدستورية:

يستوجب ذلك أن يكون مصدر الضرر هو النص موضوع سؤال الأولوية الدستورية ،فإذا لم يكن النص قد طبق على المدعي أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو أن الاخلال بالحقوق المدعى بها لا يعود له، فإن المصلحة الشخصية المباشرة تصبح منتفية على أساس أن إبطال النص محل سؤال الأولوية الدستورية لا يترتب عنه نشوء أية منفعة للمدعي يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل فيه كما كان عليه عند رفعها، ويترتب على انتفاء

[1]-دعاء الصاوي يوسف،القضاء الدستوري ،دار النهضة العربية،القاهرة،2014،ص178.

الصلة بين الضرر والنص المطعون فيه انتفاء الصلة بين سؤال الأولوية الدستورية والدعوى الموضوعية ومنه يتعين الحكم بعدم قبوله.[1]

الا ان التساءل يطرح بشأن كيفية قيام الارتباط بين سؤال الأولوية الدستورية والدعوى الموضوعية؟.

ان تبيان هذا الارتباط في اسلوب سؤال الأولوية الدستورية كآلية لتحريك الدعوى الدستورية يقتضي دراسة الفرق بين الدعوى الدستورية والدعوى الموضوعية، ثم تحديد مفهوم ذلك الارتباط، ثم تحديد مدلول سؤال الأولوية الدستورية الجدي ومعياره، وذلك بغرض ابراز الفرق بينه وبين مسألة المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية وهذا ما سنعالجه على النحو الآتي:

***الفرق بين الدعوى الدستورية والدعوى العادية واستخلاص مدلول الارتباط بينهما:**

إن أول مظهر للاختلاف بين الدعويين الدستورية والموضوعية، يكمن في موضوع كل منهما،فموضوع الدعوى الدستورية هو الحقوق الدستورية، بحيث تتعرض لمدى اخلال الحكم التشريعي المطعون فيه بالحقوق الدستورية،في حين يتعلق موضوع الدعوى الموضوعية بالحقوق المدعى بها في نزاع موضوعي يتعلق باثباتها أو نفيها.

أما المظهر الثاني للاختلاف فإنه يكمن في الطبيعة القانونية للدعويين، فالدعوى الدستورية كما سبق بيانه ذات طابع عيني،بينما الدعوى الموضوعية قد تكون شخصية كما قد تكون عينية.

والوجه الأخير للاختلاف يكمن في الجهة المختصة بالفصل في الدعويين، فالدعوى الدستوري يسند اختصاص الفصل فيها الى جهة واحدة، تتمثل إما في المجلس الدستوري أو

---

[1]–محمد عبد الله مغازي محمود،نظرية المصلحة في الدعوى الدستورية،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة المنوفية،2000،ص.ص249 إلى 251.

–دعاء الصاوي يوسف،مرجع سابق،ص178.

المحكمة الدستورية، بينما الدعوى الموضوعية فإنها ترفع أمام جهات قضائية مختلفة سواء كانت ادارية أو عادية. [1]

كما تقتضي كل من الدعوى الدستورية والدعوى العادية استيفاء ثلاث أركان هي:الأطراف والمحل والسبب، إلا أن الارتباط بينهما ليس بالمفهوم المعمول به في مجال الدعاوى القضائية العادية، كما لا يتضمن اتحاد هاتين الدعويين في كافة العناصر السابق الإشارة إليها،لأن تحقق الاتحاد في كافة العناصر يترتب عنه ادماجهما في دعوى واحدة وبالتالي يقصد بالارتباط بينهما وجود صلة حتمية بين هاتين الدعويين بمعنى أن يكون الحكم في الدعوى الدستورية منتجا ولازما للفصل في الدعوى الموضوعية، كما يشترط أن يكون مآل الفصل في هذه الأخيرة موقوفا على الحكم الصادر في الدعوى الدستورية وعلة موقفنا من عدم جواز تطبيق مفهوم الارتباط في مجال الاجراءات القضائية العادية على مفهوم الارتباط بين الدعوى الدستورية والموضوعية مؤداه اختلاف عنصر المحل لكلا الدعويين، فالمحل في الدعوى الموضوعية مضمونه هو إثبات أو نفي الحق المدعى به أما محل الدعوى الدستورية يتعلق بالمقتضى التشريعي المطعون فيه[2] وبالتالي فإنه باستقراء المواد 05 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 التي نصت على(أن يكون القانون موضوع الدفع هو الذي تم تطبيقه أو يراد تطبيقه من لدن المحكمة في الدعوى أو المسطرة أو يشكل أساسا للمتابعة حسب الحالة) والمادتين08 و02 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18بنصها على (أن يكون الحكم التشريعي يتوقف عليه مآل النزاع أو يشكل أساس المتابعة)، وكذا المادة 2/23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 نصت على(أن يكون الحكم التشريعي المطعون فيه يطبق على النزاع أو يشكل أساس إجراءات المتابعة)، ومنه فالمستخلص هو اجماع هذه المواد على توظيف عبارة أن القانون سيطبق على النزاع أو يشكل أساس المتابعة الجزائية، وبموجبها يتضح أن الارتباط القائم بين كل من الدعوى الدستورية والدعوى الموضوعية مستمد من كون أن المقتضى التشريعي المطعون بعدم دستوريته يراد تطبيقه على الدعوى الموضوعية وأن الفصل في هاته الأخيرة متوقف على تقرير دستورية ذلك المقتضى من عدمه.

---

[1]–محمد عبد الله مغازي محمود،مرجع سابق،ص.ص246–247.

[2]–محمد عبد الله مغازي محمود،مرجع سابق،ص246.

***مدلول جدية سؤال الأولوية الدستورية ومعياره:**

إن سؤال الأولوية الدستورية يثير مسألة أولية أساسية لا يمكن لمحكمة الموضوع الفصل في الدعوى الأصلية ما لم تحسم تلك المسألة الأولية والمتمثلة في دستورية أو عدم دستورية النص محل سؤال الأولوية الدستورية، الا ان المحكمة المثار أمامها سؤال الأولوية الدستورية لا تستجيب له الا إذا قدرت جدية السؤال وسنفصل مسألة جدية سؤال الأولوية الدستورية كشرط أساسي لقبولها لاحقا، الا أننا سنعالجه ضمن عنصر شرط المصلحة بإيجاز يرتبط بها للتفرقة بين جدية سؤال الأولوية الدستورية وعنصر المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية.

وبطبيعة الحال فقد اختلف الفقه بشأن مدلول جدية سؤال الأولوية الدستورية ،فاتجه رأي إلى أنه ينبغي تفسير شرط تقدير القاضي لجدية ذلك السؤال المثار أمامه بعدم دستورية القانون على أنه استبعاد القاضي للدفوع التي تبدو من ظاهرها أنها كيدية بقصد تعطيل الفصل في الدعوى،والدفوع التي تبدو غير مؤثرة في الفصل في الدعوى أو أن يكون القانون محل سؤال الأولوية الدستورية لا صلة له بالمنازعة في موضوع الدعوى.[1]

اما جانب من الفقه يرى أن تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية ، يعني أنه على القاضي التأكد من مطابقة القانون المطعون فيه للدستور من عدمه،بحيث اذا تيقن من دستورية القانون وأنه لا وجه للطعن في عدم دستوريته كان من سلطته رفض سؤال الأولوية الدستورية.[2]

أما الفقيه محسن خليل يعتبر أن الجدية يقصد بها أن يتبين للمحكمة من البحث الظاهري للنص أن هناك أسباب معقولة ترجح عدم دستوريته.

وطالما أن تحريك الدعوى الدستورية مرتبط بتقرير جدية سؤال الأولوية الدستورية وبالتالي وجوبية البحث في علاقة قبول ذلك السؤال بحسم الدعوى الموضوعية، وقد بين الفقه أن جدية ذلك السؤال يقصد بها عدم انطوائه على التسويف والمماطلة أو عدم رغبة المدعي في

---

[1]–علي السيد الباز،الرقابة على دستورية القوانين في مصر،دار الجامعات المصرية،الاسكندرية،1978،ص556.

[2]–طعيمة الجرف،القضاء الدستوري،ط2،القاهرة،1994،ص144.

تعطيل حسم الدعوى،أو قد تعني تأثير سؤال الأولوية الدستورية في الفصل في الدعوى أو وجوب الصلة بالمنازعة موضوع الدعوى، أو وجود شبهة ظاهرة حول عدم الدستورية أو أن يكون الفصل في سؤال الأولوية الدستورية منتجا أو أن يحتمل موضوع دستورية القانون المطعون فيه من عدم دستوريته خلافا فقهيا وأن يكون الرأي بعدم الدستورية هو المرجح.[1]

وحسب رأي الباحث فإن تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية يجب أن يستند على ثلاث ضوابط يجب على قاضي الموضوع مراعاتها عند بحثه لجدية ذلك السؤال وهي:

-على المحكمة التحقق من عدم كيدية سؤال الأولوية الدستورية، وأنه ليس وسيلة لتعطيل الفصل في دعوى الموضوع، وانتفاء الاضرار بالخصم نتيجة هذا التعطيل.

-أن يكون الفصل في سؤال الأولوية الدستورية المثار منتجا للفصل في الدعوى الموضوعية، بمعنى أن النص المدفوع بعدم دستوريته يمكن تطبيقه على النزاع، وأن الحكم بعدم الدستورية سيستفيد منه من آثار سؤال الأولوية الدستورية.

-ان تتكرس لدى القاضي شبهة قوية حول دستورية النص محل سؤال الأولوية الدستورية لان الاصل في النصوص القانونية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور، ولا يشترط أن يسود لدى القاضي فكرة ترجيح أن المجلس الدستوري إذا رفع اليه الامر سيقضي بعدم الدستورية، لان اشتراط ذلك يترتب عنه اشراك محكمة الموضوع في تقدير دستورية القوانين، وهذا الاختصاص مناط فقط بالمجلس أو المحكمة الدستورية.

كما أن جدية سؤال الأولوية الدستورية مرتبطة بالعلاقة بين قبوله وتأثيره في حسم الدعوى الموضوعية وليس البحث في الدستورية بدلالة أنها لو كانت مرتبطة بالأخير لا كان قاضي الموضوع ينتقص من اختصاص القاضي الدستوري، وكذا اهدار أهمية وحدة الرقابة الدستورية من حيث المركز، وبالتالي فالجدية ترتبط بمسألة إجرائية تتمثل في أن يكون سؤال الأولوية الدستورية منتجا في الدعوى الموضوعية وأن تبقى محكمة الموضوع متربصة لقرار المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية حسب الحالة، ولا يمكنها الفصل في الدعوى الموضوعية بمجرد تقديرها جدية سؤال الأولوية الدستورية كون الصلة يجب أن تكون

[1]-إبراهيم محمد علي،مرجع سابق،ص78.

مستظهرة بين قبولها جدية سؤال الأولوية الدستورية وحسم الدعوى الموضوعية وهنا لا يتعدى دورها تقدير النصوص القانونية ذات الصلة، وبالتالي فالدعوى الدستورية التي حركت بموجب آلية سؤال الأولوية الدستورية لا ترتب أثرا مباشرا في مركز الطاعن، بل ترتب أثرا مباشرا في حسم الدعوى الموضوعية، كما أن نطاق سؤال الأولوية الدستورية مؤطر ومرتبط بحدود المسألة الدستورية الذي اقتنعت بجديتها محكمة الموضوع وهو ما يؤشر إلى أن العلاقة تكمن بين سؤال الأولوية الدستورية وحسم الدعوى الموضوعية ولا دخل لمركز الطاعن الشخصي [1]، بما يؤشر إلى عدم دقة استحضار المصلحة الشخصية وتأطيرها بإطار العلاقة بين الطاعن الذي اقتنعت محكمة الموضوع بجدية سؤاله وبين نطاق الدعوى الدستورية، كون المصلحة بهذا الوصف ليست شخصية بل هي مصلحة موضوعية تهدف إلى حسم الدعوى الموضوعية من خلال حسم سؤال الأولوية الدستورية دون التقيد بمركز الطاعن فقط.

وبالتالي يتبين لنا وجه الفرق بين الجدية في سؤال الأولوية الدستورية ، والمصلحة في سؤال الأولوية الدستورية فالأولى(الجدية في السؤال) تتصل بالدلائل التي تقوم معها شبهة قوية على مخالفة النص التشريعي المطعون فيه للدستور،وتقدير تلك الشبهة يندرج ضمن اختصاص قاضي الموضوع ، أما الثانية وهي (المصلحة في السؤال) فإن مناطها مؤسس على أن يكون سؤال الأولوية الدستورية المثار لازما للفصل في الطلب الموضوعي المرتبط بها.[2]

وعليه فإن مظاهر الارتباط بين الدعوى الدستورية والدعوى الموضوعية تتمثل في:

-اتحاد الخصوم في كل من المسألة الدستورية والدعوى الموضوعية:لتحقق مسألة الارتباط بينهما يشترط أن يكون الطاعن هو أحد أطراف الدعوى الموضوعية،ويترتب عن انتفاء تلك الصلة عدم قبول المسألة الدستورية.

---

[1]-علي هادي عطية الهلالي،المباحث الموضحة لذاتية شرط المصلحة في تحريك الدعوى الدستورية،ط1،المركز العربي للنشر والتوزيع،القاهرة،2018،ص.ص65 و66.

[2]- عبد العزيز محمد سالمان،إجراءات الدعوى الدستورية،الكتاب الأول،الجزء الثاني،دار سعد سمك،القاهرة،ص890.

-تأثير الحكم الصادر في سؤال الأولوية الدستورية على مآل الدعوى الموضوعية:يجب أن يكون الحكم الفاصل في سؤال الأولوية الدستورية مؤثرا بشأن الطلبات الموضوعية المرتبطة بالدعوى الأصلية(دعوى الموضوع)،فإذا انتفى ذلك الأثر ترتب عنه عدم قبول سؤال الأولوية الدستورية حتى ولو كانت شائبة عدم الدستورية قائمة .

وتأسيسا على ما سبق فإن معيار تحقق الارتباط بين سؤال الأولوية الدستورية والدعوى الموضوعية يتمثل في تحقق مسألتين هما:

وجود ضرر، وأن يكون ذلك الضرر ناشئا عن المقتضى التشريعي المطعون فيه.

*وجود الضرر:يتعين على الطاعن ان يقيم الدليل على ان ضررا واقعيا قد انتهك أحد حقوقه وحرياته المحمية دستوريا،ويشترط في هذا الضرر الواقعي أن يكون مباشرا ومستقلا ممكنا ادراكه ومواجهته بالحلول القضائية.

*أن يكون الضرر ناشئا عن المقتضى التشريعي المطعون فيه:وهذا ما يقتضي قيام العلاقة السببية بين الضرر الناشئ والمقتضى التشريعي المطعون بعدم دستوريته،وتنتفي تلك العلاقة في عدة صور تتمثل في أن المقتضى التشريعي لم يطبق على الطاعن أو كان من غير المخاطبين بأحكامه،أو أن الاخلال بالحقوق على النحو الذي يدعيه لم ينشئ عن المقتضى المطعون فيه،وفي هذه الحالة ينتفي الارتباط بين المصلحة في الدعوى الدستورية والمصلحة في الدعوى الموضوعية وعلة ذلك انتفاء المنفعة العملية التي كانت ستعود على الطاعن من الغاء المقتضى التشريعي في حال تقرير عدم دستوريته. [1]

ب-المصلحة يجب ان تكون قانونية وشخصية ومباشرة وقائمة.

المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية هي **مصلحة قانونية،** أي يصونها ويحميها الدستور،أو بمعنى آخر أن يكون موضوعها التمسك بحق أو مركز قانوني كفله الدستور.

ويتميز سؤال الأولوية الدستورية عن الدعوى العادية وباقي الدفوع الأخرى في مجال تحديد شرط المصلحة في أن الحق الذي يحميه سؤال الأولوية الدستورية مكفول بموجب الدستور

[1]-عبد العزيز محمد سالمان،إجراءات الدعوى الدستورية،مرجع سابق،ص890.

وان الاعتداء الواقع على هذا الحق هو من عمل المشرع ويتجسد في نصوص القانون المطعون بعدم دستوريته، وبوقوع هذا الاعتداء تنشأ المصلحة التي تخول صاحب الحق اتخاذ اجراءات سؤال الأولوية الدستورية وفقا للاجراءات المقررة قانونا.

وبناء على ذلك اذا وجد ان نصوص الدستور تحمي نوع المصلحة المطلوبة تحققت صفة القانونية في المصلحة، والحكمة من ذلك أن وظيفة القضاء الدستوري هي حماية الشرعية الدستورية وبالتالي حماية الحقوق والمراكز القانونية التي كفلها الدستور.[1]

الا أنه تجدر الإشارة إلى أن الحقوق التي تستند عليها المصلحة في مجال سؤال الأولوية الدستورية والتي تبرر وصف القانونية، غير محددة في الدستور على وجه الدقة، على عكس الحقوق التي تحميها الدعوى العادية، وفي هذه الحالة يبرز دور القاضي الدستوري في تحديد مدلول الحقوق الدستورية وهذا ما يترتب عنه إما اتساع أو ضيق مفهوم قانونية المصلحة. [2]

أما المقصود **بالمصلحة الشخصية المباشرة** في الدعوى العادية أن يكون المدعي هو صاحب الحق المراد حمايته أو من يقوم مقامه، أما في مجال سؤال الأولوية الدستورية فتتحقق خاصية المصلحة الشخصية المباشرة بأن يكون النص التشريعي المدفوع بعدم دستوريته من شأنه أن يلحق ضررا مباشرا بالمدعي إذا طبق عليه، فإذا لم يكن النص التشريعي محل ذلك السؤال غير قابل للتطبيق على المدعي أو كان من غير المخاطبين بأحكامه أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها غير متعلق به فإن المصلحة الشخصية المباشرة تكون منتفية.

وبالتالي فإن شخصية المصلحة تقتضي أن يكون رافع الدعوى في حالة قانونية خاصة بالنسبة للتشريع موضوع سؤال الأولوية الدستورية من شأنها أن تجعله يؤثر فيها تأثيرا مباشرا، أي أن يكون التشريع المذكور قد مس بحق المدعي أو مركزه القانوني بصفة مستقلة

---

[1]–ابراهيم محمد علي، المصلحة في الدعوى الدستورية،دار النهضة العربية،القاهرة،بدون سنة نشر،ص.ص113-114-115.

[2]–محمد عبد الله مغازي محمود،مرجع سابق،ص242

ومتميزة، كما أن المصلحة المباشرة تتمثل في أن يكون التشريع موضوع سؤال الأولوية الدستورية قد أثر تأثيرا مباشرا في المركز القانوني للمدعي بحيث يكون معلوما أنه سينال فائدة جراء الحكم بعدم دستورية المقتضى التشريعي.[1]

وباعتبار ان التشريعات محل المقارنة اشارت ضمنا الى شرط المصلحة الشخصية بنصها على وجوب أن يمس النص محل سؤال الأولوية الدستورية بأحد الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور وهذا ما يستشف من نص المواد 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 والمادة 02 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 والمادة 02 من مشروع القانون المغربي رقم 86/15 المتعلقة بتنظيم سؤال الأولوية الدستورية في تلك التشريعات، وبالتالي نستخلص بأن المصلحة الشخصية المباشرة تتحقق باستيفاء عنصرين يجب توفرهما معا وهما:

-حدوث ضرر واقعي للمدعي من جراء تطبيق النص المختصم في سؤال الأولوية الدستورية.

-قيام علاقة سببية بين الضرر المدعى وقوعه والنص محل سؤال الأولوية الدستورية.

***حدوث ضرر واقعي للمدعي من جراء تطبيق النص المختصم في المسألة الدستورية:**

يتعين على الطاعن ان يقيم الدليل على ان ضررا واقعيا قد لحق به، ويستوي أن يكون الضرر قد وقع بالفعل أو على وشك الوقوع، ويشترط أن يكون الضرر مستقلا بعناصره ظاهرا وواضحا ومنفصلا عن مجرد مخالفة الدستور وممكنا ادراكه ومواجهته بالحلول القضائية، فلا يجوز أن يكون كل ضرر هو مخالفة النص محل سؤال الأولوية الدستورية للدستور، بل يلزم أن يكون بالإضافة إلى ذلك قد أحدث ضررا للطاعن وعبء الإثبات يقع على هذا الأخير.

---

[1]-خليفة سالم الجهمي،مرجع سابق،ص.ص308 و309.

-شيرزاد شكري طاهر،اختصاص القضاء الدستوري برقابة دستورية اللوائح دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2019،ص149.

***قيام علاقة سببية بين الضرر المدعى وقوعه والنص محل المسألة الدستورية:**

بمعنى أنه لولا النص لما وجد الضرر،وأن يكون الضرر حقيقيا وواضحا. [1]

أما المقصود بأن تكون **المصلحة قائمة** وحالة هو وقوع ضرر بالفعل على الحق أو المركز القانوني المراد حمايته سواء اكان ذلك الضرر وشيكا يهدده، أم كان قد وقع فعلا، فيتحقق الضرر الذي يبرر حق الالتجاء للقضاء، ولكن استثناء عن الأصل قد اجاز القانون بالنسبة للدعوى العادية أن تكون المصلحة محتملة، ويقصد بهذه الأخيرة وجود حق أو مركز قانوني محمي بموجب نصوص قانونية الا أن الاعتداء عليه لم يتحقق وهو مسألة محتملة الوقوع آجلا بناء على أسباب قائمة حالية. [2]

والفائدة من اقرار هذه الأخيرة هو دفع ضرر محدق أو التوثيق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع، وبالتالي نكون امام دعوى لم يقع بشأنها الضرر فعلا ولكن يحتمل وقوعه، لكن بالنسبة للمصلحة المحتملة في مجال سؤال الأولوية الدستورية لم ينص القانون عليها وهناك من أجازها لقبول تلك الدعوى بناء على عدة مبررات تتمثل في:

-مراعاة الغرض الذي قررت من أجله المصلحة المحتملة والمذكور أعلاه ،كما أنها تتفق والطبيعة العينية للدعوى الدستورية وما تهدف اليه من اعلاء الشرعية الدستورية،واهدار النصوص المخالفة للدستور.

-أن مباشرة الدعوى الدستورية موقوف على اشتراط ضرر الطاعن في إقامة هذه الدعوى،فضلا على أن اشتراط المصلحة فيها يلغي التميز بين معنى المفهومين، إذ يكفي أن يكون المدعي صاحب مصلحة في إقامة الدعوى فإن استبان أن النص القانوني محل سؤال الأولوية الدستورية غير دستوري،لأضحى بمثابة عمل غير مشروع أو اعتداء قد يكون سبب

---

[1]-عبد العزيز محمد سالمان،مرجع سابق،ص889.

-شعبان أحمد رمضان،أثر انقضاء المصلحة على السير في دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية في النظام القانوني المصري،دار النهضة العربية،القاهرة،2009،ص67.

[2]-علي هادي عطية،اشكالية قبول المصلحة المحتملة في الطعون الدستورية وتطبيقاتها في الطعن بدستورية النصوص الضريبية دراسة مقارنة،مقال منشور بمجلة رسالة الحقوق،كلية القانون،جامعة كربلاء،السنة الخامسة،ع2013،1،ص.ص124-125.

ضررا لمن نفذ بحقه، ونتيجة لذلك يكون صاحب المصلحة مضرورا، أو قد لا يكون التأثير الذي أحدثه في المركز القانوني للطاعن قد بلغ درجة الضرر، أما إذا كان الطاعن متضررا من النص محل سؤال الأولوية الدستورية فإنه يكون صاحب مصلحة كون نطاق الضرر يستوعب معنى المصلحة وليس العكس.[1]

أما بالنسبة لموقف المشرع في التشريعات محل المقارنة، نجد أنه في التشريع الجزائري نصت المادة 02 من القانون العضوي رقم 16/18 على أن"...الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ..."

أما في التشريع الفرنسي نصت المادة 02/23 على أن" الحكم التشريعي المطعون فيه يطبق على النزاع أو يشكل أساس المتابعات..."

وفي التشريع المغربي نصت المادة 05 من مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 على أن "...يكون المقتضى التشريعي موضوع الدفع هو الذي تم تطبيقه أو يراد تطبيقه من لدن المحكمة في الدعوى أو المسطرة أو يشكل أساسا للمتابعة حسب الحالة..."

باستقراء المواد أعلاه يتبين منها أنها فرقت بين وضعين للحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية المثار وهما:إما ان يكون الحكم التشريعي قد طبق على الدعوى الموضوعية أو يراد تطبيقه، فالحالة الأولى تدل على المصلحة الحالة التي يرمي بموجبها الطاعن إلى رد الضرر الواقعي من جراء تطبيق النص عليه، أما الحالة الثانية وحسب ما يوحي به الفهم الظاهر لعبارة(يراد تطبيقه) أن المشرع أجاز قبول المصلحة المحتملة لإثارة سؤال الأولوية الدستورية والتي مفادها أن الضرر لم يقع بعد وإنما محتمل الوقوع، وبالتالي يثار سؤال الأولوية الدستورية بغرض تفادي وقوع الضرر.

ومنه فالمصلحة المشترطة في حالة سؤال الأولوية الدستورية يجب أن ترتبط بالدعوى الموضوعية التي بمناسبتها أثير ذلك السؤال، بدلالة عدم قبول سؤال الأولوية الدستورية الذي لا يؤثر في نتيجة الدعوى الموضوعية أو الغير منتج فيها، مما يقتضي عدم قبول المصلحة المحتملة في إثارة سؤال الأولوية الدستورية، وهذا على أساس اشتراط معيار الارتباط بين

---

[1]–علي هادي عطية الهلالي،مرجع سابق،ص.ص104 و105.

المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية والمصلحة في الدعوى الموضوعية مما يستوجب تحقق الضرر فعلا من النص المطعون فيه،على نحو لا يمكن معه تصور الضرر المحتمل في ظل الارتباط القائم بين الدعوى الموضوعية و سؤال الأولوية الدستورية. [1]

لكن حسب راي الباحث أن المصلحة المحتملة كافية أيضا لاثارة سؤال الأولوية الدستورية، ونستدل بما ذهب اليه الأستاذ علي هادي عطية في مجال كفاية شرط المصلحة المحتملة للطعن بعدم دستورية النص الضريبي، فالنص الضريبي محل الطعن سيطبق على المخاطبين به خلال مدة زمنية معينة ويسهل الجزم بتأثيره والضرر المترتب عنه وقت نفاذه أو اعماله عليهم، فلا جدال في وقوعه أو مساسه بحق الطاعن وهذا ما يصطلح عليه بالمصلحة الواقعية المؤسسة على احتمالية حصوله حتى وان كان من الصعب تقدير الضرر.

ومثال ذلك إذا صدر قانون المالية للسنة الحالية 2022 وتم النص على سريانه في السنة المالية المقبلة 2023 ،وتضمن فرض ضريبة على نشاط معين مخالفة لما تضمن قانون المالية السابق،بما ترتب عنه اخلال بمبدأ المساواة بين المكلفين بها ففي هذه الحالة هل تكون المصلحة محتملة أم حالة للطاعن؟.

ففي هذا الفرض أكيد سيؤسس الطعن على احتمالية المصلحة، وقبول هذا الطعن يؤسس على حماية الشرعية الدستورية وحماية المركز القانوني للطاعن [2] .

وللتوصل الى الوجهة الراجحة بشأن موقف المؤسس الدستوري في التشريعات موضوع المقارنة من مسألة المصلحة المحتملة، كشرط لقبول سؤال الأولوية الدستورية يتعين تحليل النصوص الدستورية والقانونية لهذه الدول، وقد توصلنا الى ان هذه النصوص لم تنص صراحة على مصطلح المصلحة وانما أشارت له ضمنا بإحالتها على القواعد الاجرائية العامة في قانون الاجراءات المدنية فيما لم يرد به نص خاص في القوانين المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية، وقد سبق الاشارة الى تلك النصوص التي نصت على ذلك وكذلك

---

[1]–رفعت عيد سيد،مرجع سابق،ص.ص333–334.

[2]–علي هادي عطية،مرجع سابق،ص126.

استعملت مصطلح أطراف الدعوى الوارد بموجب المواد 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 و02 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 و02 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18، وتوظيف هذا المصطلح دلالة على الاشارة إلى أصحاب المصلحة في إثارة سؤال الأولوية الدستورية، ولكن بقي الغموض قائما بشأن الطبيعة القانونية للمصلحة المقررة لاثارة ذلك السؤال والتي لم تجزم بشأنها النصوص الدستورية والقانونية، ولذا حاول الباحث استنباط هذه المصلحة من خلال المصطلحات التي وظفها المؤسس الدستوري والمتعلقة بمصطلح الحكم التشريعي المراد تطبيقه على النزاع بمعنى اننا أمام قانون نافذ (ساري المفعول)، وتعبير النفاذ ينصرف الى بيان المعنى الفني للمصلحة ولا يوجد مانع قانوني لقبول المصلحة المحتملة، كما أن القواعد العامة المكرسة بموجب قانون الاجراءات المدنية والإدارية تجيز قبول المصلحة المحتملة بشأن الدعاوى القضائية العادية وبالتالي فإن الأمر لا يقتضي وجود نص قانوني صريح لقبولها في مجال سؤال الأولوية الدستورية .

وبمعنى أدق فالمصلحة هي المنفعة التي يسعي الطاعن للحصول عليها من وراء الحكم بعدم الدستورية وبالنتيجة له الغاء الحكم التشريعي المطعون فيه، وبالتالي فإن اثارة مسألة دستورية حكم تشريعي نافذ تتطابق مع مفهوم المصلحة على هذا النحو، والنفاذ يتحقق بنشره في الجريدة الرسمية للدولة الا ان تأثيره في المركز القانوني للطاعن لم يتحقق بصفة فورية (آنية)، وعليه لا يمكن استبعاد اثارة سؤال الأولوية الدستورية على أساس أن الضرر أو الاعتداءلم يتحقق بعد، لان مصطلح النفاذ لا يمكن تفسيره على وجوب توفر المصلحة الحالة لقبول سؤال الأولوية الدستورية بصفة دائمة بل أحيانا قد تكون المصلحة محتملة.[1]

وبالفعل فإن المصلحة المقررة بشأن سؤال الأولوية الدستورية كما سبق بيانه يشترط فيها الارتباط بالمصلحة في الدعوى الموضوعية المثار بمناسبتها على نحو يقتضي أن يكون الفصل في الأول لازما للفصل في الثانية بل أن مآل الثانية موقوف على الأول، بدليل رفض سؤال الأولوية الدستورية الذي ليس له تأثير على الدعوى الموضوعية لانتفاء عنصر

[1]-رفعت عيد سيد،الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2004،ص.ص341 و342.

الارتباط واللزوم، لكن ذلك لا يمنع قبول المصلحة المحتملة لانه حسب وجهة نظر الباحث فالعبرة بالطبيعة القانونية لسؤال الأولوية الدستورية ذا الطابع العيني كما سلف شرحه في الباب التمهيدي، كما أنه يجمع بين تحقيق مصلحتين هما :حماية الشرعية الدستورية(المصلحة الموضوعية) والمراكز القانونية للطاعنين (المصلحة الشخصية)، وعليه يكفي في ظل غياب الضرر الشخصي الحال للطاعن(المصلحة الحالة) الاستناد الى المصلحة الموضوعية التي يحميها سؤال الأولوية الدستورية لاثارته على اساس مصلحة محتملة، لان الغرض هو حماية الشرعية الدستورية وسمو الدستور، وما يؤيد هذا الرأي هو تقرير المشرع الفرنسي والجزائري عدم جواز التنازل عن سؤال الأولوية الدستورية المثار تأكيدا منه للمصلحة الموضوعية له.

ونتساءل عن مدى توفر المصلحة عند تعديل أو إلغاء النص موضوع سؤال الأولوية الدستورية ؟.

تنتفي المصلحة إذا قام المشرع بعد إثارة سؤال الأولوية الدستورية بتعديل أو إلغاء النص التشريعي موضوع ذلك السؤال، وتقتضي هذه الحالة أن يكون التعديل أو الإلغاء بأثر رجعي بحيث يكون الحكم الصادر في سؤال الأولوية الدستورية بدون فائدة، أما إذا كان التعديل أو الإلغاء بأثر مباشر أي بالنسبة للمستقبل فقط فإن المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية تبقى قائمة، فإلغاء المشرع لقاعدة قانونية بذاتها لا يحول دون الطعن فيها من طرف من طبقت عليه خلال فترة نفاذها وترتبت بمقتضاها آثار قانونية بالنسبة إليه تتحقق بإبطالها مصلحته الشخصية المباشرة، ذلك أن الأصل في تطبيق القاعدة القانونية هو سريانها على الوقائع التي تتم خلال الفترة من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها، فإذا عدلت بقاعدة قانونية جديدة سرت هذه الأخيرة من الوقت المحدد لنفاذها ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها،وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من القاعدتين،فالمراكز القانونية الناشئة في ظل القاعدة القانونية القديمة وترتبت آثارها خلال فترة نفاذها تبقى هي المطبقة عليها.[1]

إلا أن القاعدة السابقة يرد عليها استثنائين هما:

[1]–رفعت عيد سيد،الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2004،ص.ص341 و342.

-انتفاء المصلحة في اثارة سؤال الأولوية الدستورية وذلك إذا ترتب عن النص الجديد سواء كان بالإلغاء أو التعديل تحقيق ما يطلبه الطاعن بشأن ما أثاره بخصوص مسألة عدم دستورية ذلك النص.

-انتفاء المصلحة في اثارة سؤال الأولوية الدستورية إذا ترتب على الغاء أو تعديل النص موضوع سؤال الأولوية الدستورية تعديل في إجراءات التقاضي التي تسري بأثر فوري على الاجراءات والدعاوى التي لم يفصل فيها قبل تاريخ سريانها، ومرد ذلك هو (السريان الفوري للقوانين المنظمة لاجراءات التقاضي) . [1]

1-3- شرط ميعاد إثارة سؤال الأولوية الدستورية:

جرت العادة في مجال الدعاوى القضائية العادية على تحديد أجل معين يستوجب رفع الدعوى خلاله، وهذا بغرض الحفاظ على استقرار المراكز القانونية والجزاء المترتب عن مخالفة ذلك الميعاد عدم قبول الدعوى لرفعها خارج الأجل القانوني، إلا أنه في مجال سؤال الأولوية الدستورية لم يشترط كل من المشرع الجزائري والفرنسي والمغربي أجلا لإثارة سؤال الأولوية الدستورية أثناء سريان الدعوى الموضوعية المثار بمناسبتها، بل اجاز اثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى، إلا أن تحديد ميعاد لممارسة سؤال الأولوية الدستورية بالغ الأهمية وذلك بغرض ترشيد هذه الممارسة من طرف المتقاضين ومنع التعسف في استعمالها ويمكن أن يحدد هذا الأجل بمدة شهر من تاريخ تقديم مذكرة سؤال الأولوية الدستورية على مستوى كل مرحلة من مراحل التقاضي، وهذا لضمان حسن سير المف القضائي لأن غياب تحديد الميعاد قد يجيز إثارة سؤال الأولوية الدستورية بعد أن تكون الجهة القضائية قد تطرقت إلى مناقشة الموضوع أو اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق.

واذا تم إثارة سؤال الأولوية الدستورية بعد إقفال باب المناقشات للدعوى ووضعها في المداولة، ففي هذه الحالة يخضع الأمر للسلطة التقديرية للجهة القضائية لتقرير إعادة القضية للجدول وقبول مذكرة اثارة سؤال الأولوية الدستورية وهذا ما هو مجسد في التشريعات

[1]-حسام محمد حمدي عبد الفتاح الفضالي،الدفع بعدم الدستورية كوسيلة لاتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية،أطروحة دكتوراه في الحقوق،قسم القانون العام،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية،2017،ص169.

محل المقارنة، فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي [1] الذي صرح بأنه في سبيل حسن سير العدالة يمكن للجهة القضائية أن تختار إعادة فتح المناقشة وقبول دراسة ملف سؤال الأولوية الدستورية [2]، وهو نفس التوجه الذي اعتمدته محكمة النقض الفرنسية التي تعتبر أن هذه المسألة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي والتي لا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا من حيث وجوب التعليل. [3]

أما بالنسبة للاجل المتعلق بدراسة سؤال الأولوية الدستورية يتبين أنه باستثناء مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 الذي اشترط بموجب المادة 6منه وجوب تحقق المحكمة المثار امامها سؤال الأولوية الدستورية من استيفاء شروطه خلال أجل 8 أيام تسري من تاريخ إثارته، ولم ينص المشرع الجزائري والفرنسي على أجل لدراسة سؤال الأولوية الدستورية، وتركا المجال متاحا لمحكمة الموضوع لدراسته دون تقيدها بأجال محددة أما بالنسبة لاحالة سؤال الأولوية الدستورية على الجهة المختصة فقد نصت المادة 6 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 على ان المحكمة تكون ملزمة بعد تحققها من توفر شروط سؤال الأولوية الدستورية بإحالته خلال أجل 8أيام يسري من تاريخ إيداع مذكرة تلك ذلك السؤال، أما المادة 02/23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 المتعلق بتطبيق المادة 1/61 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 فقد نصت على أنه يجب إحالة سؤال الأولوية الدستورية إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة داخل أجل 08 أيام من تاريخ صدوره ، أما القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 فقد نصت المادة7 منه على انه تفصل الجهة القضائية فورا وبقرار مسبب في ارسال سؤال الأولوية الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ومنه يستخلص من تلك النصوص السابقة عدم تقيد إثارة سؤال الأولوية الدستورية بأجل معين، بل اقتصرت على تحديد أجل لاحالة سؤال الأولوية الدستورية على الجهة المختصة ضمن أجل 8أيام في كل من التشريعين المغربي والفرنسي أما التشريع الجزائري فاستعمل مصطلح الفورية في تقرير الاحالة من عدمها دون تقيد

---

[1]–قرار عدد 323758 بتاريخ 2010/05/19،المنشور في الموقع الإلكتروني لمجلس الدولة الفرنسي.

[2]–قرار مجلس الدولة الفرنسي عدد338199 بتاريخ2011/01/28،المنشور بالموقع الإلكتروني للمجلس.

[3]–قرار الغرفة المدنية الثانية محكمة النقض رقم 09/15034 المؤرخ في 2010/04/15،والمنشور بالموقع الإلكتروني لمحكمة النقض الفرنسية.

محكمة الموضوع بأجل معين للاحالة، و حسب رأي الباحث حسن ما فعله المشرع المغربي والفرنسي عندما حدد قيدا لمحكمة الموضوع للاحالة ويتعين على المشرع الجزائري التدخل باعتماد معيار الأجل في احالة سؤال الأولوية الدستورية على الجهة المختصة لأن مصطلح الفورية قد يختلف اعماله من طرف الجهات القضائية لعدم وجود معيار دقيق يضبط هذا المصطلح.

2-الشروط الشكلية الخاصة.

اشترط المشرع الفرنسي بموجب الفقرة الأولى من المادة 23 من القانون الأساسي تقديم سؤال الأولوية الدستورية في مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة،ثم صدر المرسوم الرئاسي المؤرخ في 2010/02/16 بشأن تطبيق القانون الأساسي المؤرخ في 2010/12/10 المتعلق بتطبيق المادة 61-1 من الدستور والمعدل للقانون الأساسي للمجلس الدستوري وتضمن النص على الإجراء الشكلي في الفقرات03،04،09،15،من المادة 721 من الجزء اللائحي من تقنين القضاء الإداري،وفي الفقرة 02من المادة 126 من الجزء اللائحي من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية،ثم أضيف هذا الإجراء في الفقرات 21،22،24،29 من المادة 49 من الجزء اللائحي من تقنين الإجراءات الجنائية.

وطبقا للنصوص السابقة، فقد نص المشرع الفرنسي على ضرورة تقديم سؤال الأولوية الدستورية في مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة تحت طائلة عدم القبول، بمعنى أنه لا يجوز تقديم سؤال الأولوية الدستورية مع الطلب الأصلي، ولا يجوز تقديمه مع طلب آخر أو دفع آخر يختلف عنه في الطبيعة والمضمون، وكذلك يجب أن يكون سؤال الأولوية الدستورية مسببا أي مبررا لأسباب تقديمه من حيث انتهاك النص القانوني الواجب التطبيق على النزاع للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

(1) والمقصود بالمنفصلة أنها تكون مستقلة عن النزاع الرئيسي من جهة ومن جهة أخرى تقدم بموجب وسائل خاصة بالنقاش الدستوري، أما التعليل فإنه ينصرف إلى تبيان عدم

---

[1]-محمد أتركين،دعوى الدفع بعدم الدستورية،الإطار القانوني والممارسة القضائية،مطبعة النجاح الجديدة،2الدار البيضاء،المغرب،2013ص.ص56-57.

دستورية المقتضى التشريعي المطعون فيه وأن يكون التعليل كافيا ومستفيضا حتى تتمكن المحكمة من مراقبة جدية سؤال الأولوية الدستورية، ومنه فالتحليل المحرر طبقا لعبارات عامة من قبيل غموض المقتضى التشريعي أو عدم الأمن القانوني لا يستجيب لشرط التعليل كما يشترط تحديد الحقوق والحريات المضمونة دستوريا والتي يدعى أن المقتضى التشريعي خرقها.

وقد بررت تلك الشكلية بموجب القرار الصادر عن المجلس الدستوري رقم 2009/595 مفاده"عبر فرض أن يكون سؤال الأولوية الدستورية المثار من أن مقتضى تشريعيا يمس الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور تقدم في وثيقة منفصلة ومعللة فإن إرادة المشرع ترمي إلى تسهيل فحص سؤال الأولوية الدستورية وتمكين المحكمة المثار أمامها من البت في أقصر الآجال لغاية عدم تعطيل الإجراءات في حالة ما إذا كان هذا السؤال ستتم إحالته على مجلس الدولة أو محكمة النقض". [1]

وحسبRégis Fraisse فإنه يجب أن تتضمن عريضة الطعن تحديد المقتضى التشريعي بدقة هل يتعلق الأمر بمادة أو ببند، وكيف يتم تطبيق المقتضى على النزاع، حيث أن العريضة التي تطرح سؤال الأولوية الدستورية يجب أن تحتوي على تعليل متعلق بتطبيق المقتضى المطعون فيه على النزاع إضافة إلى التحقق من كون المقتضى التشريعي المطعون فيه لم يتم التصريح بمطابقته للدستور من قبل المجلس الدستوري. [2]

وتطبيقا لذلك قضى المجلس الدستوري بموجب حكمه المؤرخ في 2009/12/03 رقم 2009/595 بشأن بحث دستورية القانون الأساسي بشأن تطبيق المادة 61-1 من الدستور بضرورة تقديم سؤال الأولوية الدستورية في مذكرة مكتوبة ومنفصلة مبررا ذلك بأن المجلس لا اختصاص له بالنسبة لموضوع الدعوى الذي أثير بشأنها سؤال الأولوية الدستورية وأن اختصاصه ينصب فقط على بحث سؤال الأولوية الدستورية في الحدود التي وردت في

[1] -Décision n595/2009DC du03/12/2009 ,loi organique relative a l'application de l'article 61-1 de la constitution.
[2] - Régis Fraisse :la question prioritaire de constitutionnalité devant le juge administratif ,le courrier juridique des finances et de l'industrie ,n59 première trimestre 2010 ,IN. يمكن الاطلاع عليه على الموقع الالكتروني التالي http://www.economie .gouv.fr/files/directions services/daj/cjfi/2010/cjfi59.pdfpp3-4.

المذكرة التي قدمت فيها، ولذا وجب أن تحال إليه هذه المذكرة فقط منفصلة عن النزاع الأصلي،باعتبار أنها محور سؤال الأولوية الدستورية المعروضة عليه.

والملاحظ أن المشرع الفرنسي قد تشدد في الالتزام بهذا الاجراء بضرورة تقديم سؤال الأولوية الدستورية في طلب مستقل ومنفصل ومسبب، وحظر قيام القاضي بتنبيه المتقاضين لتصحيح شكل عريضة سؤال الأولوية الدستورية وذلك طبقا للمادة 771-4 من قانون القضاء الإداري، وضرورة الحكم برفضها إذا لم تقدم في الشكل الذي نص عليه المشرع.

وتبعا لذلك يجب أن تتضمن عريضة سؤال الأولوية الدستورية بيان المقتضى التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى مخالفته وأوجه المخالفة وذلك تحت طائلة عدم القبول، باعتبار أن هذه العناصر تعد بيانات جوهرية يتحدد بموجبها جدية سؤال الأولوية الدستورية المثار، وذلك مراعاة لقرينة الدستورية لمصلحة القوانين وحتى يتاح لذوي الشأن ومن بينهم الحكومة التي أوجبت القوانين العضوية المتعلقة بسؤال الأولوية الدستورية في كل من فرنسا والمغرب والجزائر إخطارها بسؤال الأولوية الدستورية المثار لإبداء ملاحظاتها، وبالتالي فالغرض المستهدف من هذه الشكلية الخاصة هو تفادي التجهيل بالمسائل الدستورية التي يثيرها سؤال الأولوية الدستورية وضمان حق الدفاع والتعقيب لكل أطراف الدعوى الدستورية.

أما في المغرب فقد نصت المادة 05 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية على أنه "يجب إثارة الدفع بعدم الدستورية بواسطة مذكرة مكتوبة تحت طائلة عدم القبول وتراعى فيه عدة شروط ومنها أن تكون المذكرة مستقلة وان تكون موقعة من قبل الطرف المعني أو من قبل محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية النافذة، وأن تؤدى عنها بأمانة ضبط المحكمة وديعة تحدد قيمتها حسب درجة المحكمة المثار أمامها الدفع ويعفى من استفاد بالمساعدة القضائية من ايداعها وان تتضمن المقتضى التشريعي موضوع الدفع بعدم الدستورية الذي يعتبر صاحب الدفع أنه يمس الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور،مع بيان أوجه الخرق أو الانتهاك أو الحرمان من الحق أو الحرية التي يضمنها الدستور."

يفهم من المادة 05 أعلاه أن مبرر تقديم سؤال الأولوية الدستورية بموجب مذكرة مستقلة مرده اختلاف موضوع سؤال الأولوية الدستورية عن مضمون الدعوى الموضوعية، وعدم اختصاص محكمة الموضوع بالفصل في سؤال الأولوية الدستورية المثار، وهذا ما يقتضي فصلهما، بالإضافة إلى وجوب تقديم وسائل خاصة بالنقاش الدستوري، أما علة التسبيب مفادها إقامة الدليل على أن المقتضى التشريعي محل سؤال الأولوية الدستورية من شأن تطبيقه انتهاك الحق أو الحرية التي يضمنها الدستور وأوجه الضرر التي أصابت الطاعن وكل ذلك بغرض تمكين محكمة الموضوع من استخلاص الطابع الجدي لسؤال الأولوية الدستورية [1] ، والشرط الأخر هو توقيعها من قبل الطرف المعني أو محام لان التوقيع يعد من الشروط الشكلية في الدعاوى المدنية حسب ما نص عليه الفصل 31 من قانون المسطرة المدنية "ترفع الدعوى إلى المحكمة الإبتدائية بمقال مكتوب موقع عليه من طرف المدعي أو وكيله أو بتصريح يدلي به المدعي شخصيا ....." [2] كما يعد التوقيع من وسائل الإثبات الأساسية التي يراد بها تعين صاحبه وتأكيد الإلتزام بما ورد فيه [3] ، وبالرجوع الى قرار المحكمة الدستورية الصادر بشأن مشروع القانون العضوي رقم 86/15 يتبين بموجبه أن القاضي الدستوري اعتمد تفسيرا خاصا للتوقيع من طرف المحامي،بحيث إعتبر أنه "يتعين تفسير الاختيار الوارد في المادة 05 من مشروع القانون رقم 86/15 بأن الدفع بعدم الدستورية يتبع الدعوى الأصلية بخصوص ما تقتضيه في موضوع الاستعانة بمحام في الحالة التي توجب ذلك في الدعوى الأصلية،في حين يبكون للمعني بالأمر الحق في توقيع مذكرة الدفع إذا كانت الدعوى الأصلية التي أثير بمناسبتها معفية من تطبيق قاعدة الاستعانة الوجوبية بمحام...." [4] وبالتالي فالاستعانة بمحام يعد مسألة اختيارية للطاعن حسب ما تقتضيه بعض الدعاوى الموضوعية من وجوبية الاستعانة بمحام،والشرط الشكلي الآخير هو

---

[1]–بوشامة اسلامة،الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء المغربي،مقال منشور في مجلة الشؤون القانونية والقضائية،عدد03،مكتبة دار السلام،بدون سنة النشر،ص.ص208–209.

[2]–محمد نويري،دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات الأساسية بالمغرب دراسة تحليلية مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،جامعة محمد الأول،2018/2017،ص334.

[3]–محمد حسين منصور،قانون الإثبات،الدار الجامعية الجديدة،ط1،الاسكندرية،2002،ص82.

[4]–قرار المحكمة الدستورية المغربية رقم 70/18 المؤرخ في 2018/03/06 بشأن مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بتحديد شروط وإجرءات الدفع بعدم دستورية قانون،ج ر،عدد6655،ص1494.

ايداع وديعة تحدد قيمتها حسب درجة المحكمة المثارة أمامها الدفع ولكن هذا الشرط يتنافى والغاية المقررة من سؤال الأولوية الدستورية والمتمثلة في تطهير المنظومة القانونية من المقتضيات التشريعية المخالفة للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، بالإضافة إلى أن القرار الصادر بعدم الدستورية يستفيد من آثره كل المخاطبين بأحكامه وهذا يقتضي إعفاء الدافع من تقديم أي وديعة.

أما بالنسبة للوضع في التشريع الفرنسي والجزائري فقد تضمن القانون المنظم لسؤال الأولوية الدستورية في كل منهما النص على إمكانية الرجوع إلى القواعد العامة المكرسة في قانون الإجراءات المدنية والادارية و قانون الإجراءات الجزائية فيما لم يرد بشأنه نص خاص بخصوص تنظيم سؤال الأولوية الدستورية، وعليه وأمام عدم النص الصريح على مسألة الاستعانة بمحام ودفع رسوم مقابل اثارة سؤال الأولوية الدستورية مما يتيح المجال بشأن سؤال الأولوية الدستورية لتطبيق النصوص المنظمة للدعوى الأصلية بخصوص وجوبية التمثيل بمحامي على مستوى بعض الجهات القضائية عند إثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستواها وكذا دفع رسوم التقاضي او الاعفاء من تسديدها في حال الاستفادة من نظام المساعدة القضائية (مجانية التقاضي).

كما أجاز المشرع المغربي على غرار نظيره الفرنسي والجزائري للمحكمة بأن تتذر مثير سؤال الأولوية الدستورية بتصحيح الإجراءات المتعلقة بإثارة ذلك السؤال على مستواها داخل ميعاد محدد بأربعة(04) أيام تسري من تاريخ تقديم المذكرة الكتابية المتعلقة بسؤال الأولوية الدستورية، وهذا ما نصت عليه المادة 06 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 المحدد لشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية.

وبالنسبة للجزائر فقد نصت المادة 06 من القانون العضوي رقم 16/18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية على أن"يقدم الدفع بعدم الدستورية تحت طائلة عدم القبول بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة".

وبالتالي فقد أعملت المادة 06 أعلاه ما هو مكرس في التشريعين الفرنسي والمغربي بشأن الكتابة والاستقلالية والتعليل لعريضة سؤال الأولوية الدستورية ،وبالنسبة للمذكرة المكتوبة

يتبين أن هذه المسألة تتعلق بإجراءات التقاضي المكتوبة والشفهية على أساس أن المادة 09 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري نصت على أن"الأصل في إجراءات التقاضي أن تكون مكتوبة" وهذا ما يبرر عدم جواز الاثارة الشفهية لسؤال الأولوية الدستورية ولم تقتضي المادة 06 شكلية معينة بخصوص الكتابة، وهذا ما يقتضي إعمال أحكام المادة 08 قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري بنصها على أنه"يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول"، وبالتالي يشترط أن تكون مذكرة سؤال الأولوية الدستورية ذات طابع مكتوب باللغة العربية، أما بخصوص مسألة أن تكون المذكرة منفصلة مفادها أن تكون تلك المذكرة منفصلة عن عريضة افتتاح الدعوى الموضوعية أو عريضة الاستئناف أو الطعن بالنقض حسب الجهة التي أثيرت أمامها تلك المسألة، والغاية من ذلك هو تمكين الجهة القضائية ان تحدد على وجه السرعة معالجة شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية في أقرب الآجال، وتسهيل إحالته على الجهة الثانية لإعادة تقيمه(التصفية للسؤال الأولوي)، أما عن مسألة التسبيب فمبررها تحديد الحكم التشريعي الذي يدعي الطاعن أنه ينتهك الحقوق والحريات المضمونة بموجب الدستور وبيان أوجه الانتهاك والضرر اللاحق به وهذا بغرض استخلاص الطابع الجدي لسؤال الأولوية الدستورية.

وأجمعت التشريعات الثلاث محل المقارنة على أن الجزاء المقرر لعدم استيفاء سؤال الأولوية الدستورية للشرط الشكلي بعناصره مجتمعة على النحو السابق بيانه هو تقرير عدم قبول سؤال الأولوية الدستورية شكلا.

مما سبق يتبين لنا اتفاق التشريعات محال المقارنة، بشأن الشرط الشكلي لاثارة سؤال الأولوية الدستورية مع اختلاف أورده التشريع المغربي بشأن الاستعانة بمحام وايداع الوديعة.

ويتلخص الغرض من تقرير الشرط الشكلي الخاص السابق بيانه في وجوب ابداء سؤال الأولوية الدستورية بشكل واضح خال من الابهام، وأن يكون الحكم التشريعي محل هذه المسألة محددا، ولم يتضمن أي تجهيل بمضمونه أو مواده المدعى مخالفتها للدستور وكذا بيان أوجه عدم الدستورية، والحق أو الحرية المكفولة دستوريا المدعى مساسها بمقتضى ذلك الحكم، كل ذلك بغرض أن تتوفر لدى المحكمة المثار على مستواها سؤال الأولوية الدستورية

العناصر الكافية حتى تستخلص بطريقة أولية مدى جدية ذلك السؤال دون أن تفصل بشكل نهائي في مسألة دستوريته من عدمها، بمعنى آخر أن محكمة الموضوع تجري مقابلة أولية بين الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية وأحكام الدستور المدعى مخالفتها ومن ثم ترجيحها جدية سؤال الأولوية الدستورية وتتمتع بالاستقلالية في تقديرها لهذه الجدية، وذلك على أساس أن الموضوع يندرج ضمن سلطتها التقديرية التي تمارس من خلالها نوعا من التقيم الأولي لمضمون سؤال الأولوية الدستورية وتقدير أسسه.

ثانيا-الشروط الموضوعية.

بالنسبة لفرنسا نصت المادة 61-1 من الدستور وكذلك المادة 23-2 من القانون العضوي المؤرخ في 2009/12/10 بشأن تطبيق المادة 61-1 على الشروط الموضوعية الواجب توفرها لقبول سؤال الأولوية الدستورية والمتمثلة في:أن يكون النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته مطبقا على النزاع أو الإجراءات المترتبة عليه، أو يمثل أساسا للمسألة القضائية، ولم يسبق الحكم بدستوريته ما لم تتغير الظروف، وجدية سؤال الأولوية الدستورية .

وفي الجزائر نصت المادة 188 من التعديل الدستوري لعام 2016 والمادة 08 من القانون العضوي رقم 16/18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية على الشروط الموضوعية الواجب توفرها لقبول سؤال الأولوية الدستورية والمتمثلة في:أن يكون الحكم التشريعي يتوقف عليه مآل النزاع أو يشكل أساس المتابعة، وأن لا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور ما عدا في حال تغير الظروف، وأن يتسم الوجه المثار بالجدية.

اما بالنسبة للمغرب فان دراسة الشروط الموضوعية لسؤال الأولوية الدستورية لها طابع خاص لاننا سندرسها على ضوء مشروع القانون العضوي رقم 86/15 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية وكذا قرار المحكمة الدستورية رقم 18/70 المؤرخ في 2018/03/12 المتعلق برقابة مطابقة ذلك المشروع والذي انتهى الى تقرير عدم دستورية العديد من مواده:

وعليه فقد نصت المادة 05من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 في نسخته الأخيرة على الشروط الموضوعية الواجب توفرها في سؤال الأولوية الدستورية والمتمثلة في:أن يتضمن المقتضى التشريعي موضوع المسألة الدستورية الذي يعتبر الطاعن أنه يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وان يكون ذلك المقتضى هو الذي تم تطبيقه أو يراد تطبيقه على النزاع من لدن المحكمة في الدعوى او المسطرة أو يشكل أساسا للمتابعة، ان لا يكون قد سبق البت في مطابقته للدستور ما لم تتغير الأسس التي تم بناء عليها البت المذكور.

الا ان الملاحظ بشأن المادة 05 اعلاه أن المحكمة الدستورية بموجب قرارها رقم 70/18 المؤرخ في 2018/03/12 صرحت بعدم مطابقة المادة 05 للدستور، فيما نصت عليه بخصوص المقتضى التشريعي والحقوق والحريات ،على أساس أن ماتضمنته تلك المادة من شأنه أن يحول مرحلة التحقق من استيفاء سؤال الأولوية الدستورية لبعض الشروط المتعلقة باتصاله بالدعوى الأصلية ومدى تضمينها البيانات المتطلبة في أي دعوى واداء الوديعة الى مراقب أولي للدستورية، لان الحسم النهائي قي الطبيعة التشريعية للمقتضى القانوني المطعون فيه، وتحديد قائمة الحقوق والحريات المضمونة دستوريا يعد من الاختصاصات الأصيلة للمحكمة الدستورية، والتي تنفرد بها وهذا ما يقتضي من المشرع حصر نطاق الشروط التي يتحقق القاضي من استيفائها بمناسبة اثارة سؤال الأولوية الدستورية في تلك التي لا تشكل عناصر تقدير اولي للدستورية. [1]

وتبعا لذلك سندرس هذه الشروط في التشريعات موضوع المقارنة وبالنسبة للتجربة المغربية ندرسها على النحو الذي تضمنه مشروع القانون العضوي رقم 86/15 وسنفرد عنصرا لاجراء قراءة تحليلية للقرار رقم 17/80 ورأينا الشخصي بشأنه.

[1]–قرار المحكمة الدستورية رقم 70/18 المؤرخ في 2018/03/06 المتعلق بالبت في مطابقة المشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 للدستور،مرجع سابق،ص.ص09-10-11.

1-صلة الحكم التشريعي بالنزاع المعروض على القضاء:

ففي الجزائر نصت المادة 02 من القانون العضوي رقم 16/18 على أنه"يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية ....من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور".

ونصت المادة 195 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020 أنه يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية...عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور."

وتعد المادة 195 المبينة أعلاه معدلة للمادة 188 من التعديل الدستوري لعام 2016 والتي كانت تنص على أنه "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية ....عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور."

أما في فرنسا نصت المادة 61-1 أعلاه أنه بمناسبة دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم ودفع بأن حكما تشريعيا ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، جاز إحالتها للمجلس الدستوري بناء على قرار من محكمة النقض أو مجلس الدولة حسب الحالة على أن يصدر قراره خلال مدة محددة.

وأكدت المادة 23 فقرة 1 من القانون العضوي رقم 2009/1523 على هذا المعنى بالنص على"أنه أمام المحاكم التابعة لمجلس الدولة أو محكمة النقض يقدم سؤال الأولوية الدستورية المستمد من إنتهاك أي حكم تشريعي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور في مذكرة مكتوبة ومسببة،وذلك تحت جزاء البطلان، ويمكن إثارة ذلك السؤال للمرة الأولى في مرحلة الاستئناف ولا يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه".

اما في المغرب وبالرجوع الى المادة 02 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 حددت أن القانون الذي يدفع أحد أطراف الدعوى بأنه يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور هو كل مقتضى ذو طابع تشريعي يراد تطبيقه في دعوى معروضة على المحكمة ويدفع

طرف من أطرافها بأن تطبيقه سيؤدي إلى خرق أو انتهاك أو حرمان من حق من الحقوق أو حرية من الحريات التي يضمنها الدستور .

وأضافت المادة 05 من نفس المشروع أن يكون المقتضى التشريعي موضوع الدفع هو الذي تم تطبيقه أو يراد تطبيقه من قبل المحكمة في الدعوى أو المسطرة أو يشكل أساسا للمتابعة حسب الحالة.

ويتبين باستقراء المواد أعلاه أن موضوع سؤال الأولوية الدستورية يمكن أن يكون كل –حكم تشريعي–،أو–مقتضى تشريعي– أو تنظيمي من شأنه المساس بحق أو حرية لمثير الطعن من الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، الا ان الملاحظ على تلك المواد أنها استعملت عبارة غير دقيقة وبها من السعة ما يسمح بالإمكان من إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد أي حكم أو مقتضى تشريعي أو تنظيمي بمناسبة نزاع مطروح على قاضي الموضوع، حتى ولو لم توجد صلة بين الحكم التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنزاع المعروض على القاضي سوى أنه أثير عند الفصل في النزاع وكان يمس بحق من الحقوق التي يضمنها الدستور.

كما يستفاد من عبارة المقتضى الذي يراد تطبيقه على النزاع أو الذي تم تطبيقه إمكانية اثارة سؤال الأولوية الدستورية في مقتضى تشريعي أو تنظيمي أي مواد من قانون معين سيطبق أو سبق تطبيقه على الدعوى الموضوعية وبالتالي يجوز إثارة ذلك السؤال بشأنها في أي مرحلة من مراحل التقاضي، كما يستفاد من عبارة يراد تطبيقه إمكانية إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد مقتضى تشريعي أو تنظيمي لم يطبق بعد على الدعوى الموضوعية وعليه يتعين علينا تحديد مدلول الحكم أو المقتضى التشريعي والتنظيمي بدقة وذلك بالرجوع إلى التجربة الفرنسية باعتبارها المصدر الذي أخذ منهما المشرعين الجزائري والمغربي. [1]

خارج مجال الرقابة على دستورية القوانين جرى الفقه على اتباع كل من المعيارين الشكلي والموضوعي للتميز بين الاعمال التشريعية، فبإعمال المعيار الشكلي والذي يتبناه الفقيه

[1]- عبد الحق بلفقيه،دعوى الدفع بعدم دستورية نص تشريعي ما بين رؤية المشرع المغربي وتدخل القاضي الدستوري،ط2،مطبعة سبارطيل،طنجة المغرب،2019،ص24.

الفرنسي Carre de malberg،فإن التفرقة بين الأعمال التشريعية تؤسس على على النظر إلى الجهة مصدرة العمل وكذا الشكليات والاجراءات المتبعة بشأنها بصرف النظر عن مضمونه، وبموجبه يتعين التفرقة بين القوانين كأعمال تشريعية صادرة عن السلطة التشريعية وبين التنظيمات التي تصدرها السلطة التنفيذية، وبالتالي فإن العمل التشريعي الصادر عن السلطة التشريعية يعد قانونا بصرف النظر إن كان منشئا لمراكز قانونية عامة أو متعلقا بمراكز قانونية خاصة أو بمجالات فردية،أما العمل التشريعي الذي تصدره السلطة التنفذية فإنه ينطبق عليه وصف التنظيم(اللائحة).[1]

أما حسب المعيار الموضوعي ومن أنصاره Duguit فإن التفرقة بين الأعمال التشريعية يؤسس على مسألة طبيعة ومضمون العمل التشريعي في حد ذاته بصرف النظر عن الجهة التي أصدرتها والشكليات والإجراءات المتبعة بشأنها وهو المعيار الأقرب للصواب على أساس أنه يستند إلى العناصر الجوهرية للأعمال التشريعية دون التقيد بصفة القائم بها. [2]

الا انه في مجال سؤال الأولوية الدستورية فالملاحظ أن مصطلح الحكم التشريعي في فرنسا أثار الملاحظات التالية:

أ–غموض النصوص القانونية: كما هو الشان بالنسبة للمادة 1/61 من الدستور لم يتضمن القانون العضوي المؤرخ في 2009/12/10 أي تفاصيل حول مفهوم الحكم التشريعي الذي من الممكن ان ينتهك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، مما يجعل هذا المصطلح بحاجة الى توضيح لان بعض الاعمال لا يمكن ان تكون موضوعا سؤال الأولوية الدستورية .

ب–حكم تشريعي وليس قانون باكمله: اقترحت لجنة بلادور اتاحة المجال للمجلس الدستوري للنظر في سؤال الأولوية الدستورية "بغرض جعله" لتقييم مدى توافق قانون ما مع

---

[1]–عبد الحق بلفقيه،مرجع سابق،ص24.

–مها بهجت يونس الصالحي،الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون،بيت الحكمة،العراق،2009،ص80.

[2]- سليمان محمد الطماوي،النظرية العامة للقرارات الإدارية،ط4،الفكر العربي،القاهرة،1976،ص180.

الحقوق والحريات الأساسية المعترف بها في الدستور لأسباب مفهومة، وقد"استعيض عن الحكم التشريعي بكلمة قانون باعتبارها اكثر عمومية، وبالتالي لا يمكن اثارة عدم دستورية القانون ككل بل يجب ان تكون المسألة موجهة لمادة او جزء منها وعلى المحاكم التأكد من استناد المتقاضين ومحاميهم الى الحكم التشريعي ذي الصلة، وان لا يقبلوا اثارة عدم دستورية قانون مجمل.

ج- الاحكام التشريعية المرتبطة أو المجتمعة او ذات الصلة: اعترف كل من مجلس الدولة ومحكمة النقض بأن سؤال الأولوية الدستورية يثار ضد الاحكام التشريعية المرتبطة او ذات الصلة بالاحكام التشريعية المطبقة على الدعوى الأصلية، وكلاهما ايضا يعترف بقبول سؤال الأولوية الدستورية المرفوع ضد مواد القانون عندما ينتج تعريف الوضع القانوني المطعون فيه نتيجة لهذه المجموعة من المواد. [1]

وبالتالي فإن التعميم المرادف لمصطلح الحكم التشريعي يترتب عنه امكانية اعمال عدة معاير لتحديد مفهومه سواء خلال المعيار الشكلي(وهو ذلك النص الذي يتخذ شكل القانون) أو من خلال المعيار المادي(كل نص مندرج في مجال القانون)، أو من خلال تحليل معياري(كل مقتضى له قوة التشريع بصرف النظر عن شكله)، وهذه العمومية في ادراج مصطلح غير دقيق ترتب عنها طرح تساؤل بشأن المقصود بالحكم التشريعي الذي يمكن ان يكون محلا لسؤال الأولوية الدستورية ؟ وهل يشمل هذا التعبير الأحكام التشريعية التي تتضمنها القوانين العضوية والقوانين التي وافق عليها الشعب في الإستفتاء والمراسيم بقوانين واللوائح والقرارات التنظيمية؟، أم أنه يقتصر فقط على القوانين الصادرة عن البرلمان وفقا للإجراءات التشريعية العادية؟، وهل يقتصر على الأحكام التشريعية الصادرة في ظل الجمهورية الخامسة منذ عام 1958 أم يمتد نطاقه ليشمل التشريعات الصادرة قبل هذا التاريخ؟.[2]

فالبنسة للمقصود بالحكم التشريعي فقد تقدمت الحكومة بمشروع قانون أساسي لتطبيق المادة 1/61 من الدستور يتضمن تحديدا دقيقا لمفهوم الحكم التشريعي الذي يجوز الطعن فيه بعدم

[1] -Xavier magnon,la question prioritaire de constitutionnalité,principes généraux pratique et droit du contentieux,2e édition,lexis nexis,paris,2013,p43.
[2] -Mathieu disant :droit de la question prioiritaire de constitutionnalité,cadre juridique,pratiques jurisprudentielle,lamy,2011, p33

الدستورية، بحيث اشترط ذلك المشروع بأن يكون من شأن الحكم التشريعي محل سؤال الأولوية الدستورية أن يترتب عنه حسم النزاع أو يؤدي إلى سلامة الإجراءات المتبعة بشأنه أو يمثل أساسا للمتابعة القضائية.

إلا أن غرفتي البرلمان اعترضت على تلك الصيغة على أساس أنها تضيق من نطاق سؤال الأولوية الدستورية، وبالتالي لا تجيز إثارته الا بالنسبة للأحكام التشريعية المؤدية حتما الى حسم النزاع أو صحة الإجراءات أو تكون أساس المتابعة القضائية دون غيرها من الأحكام التشريعية المطبقة على النزاع طالما أنه يمكن الفصل فيه دون الفصل في مدى دستوريتها. [1]

وبالتالي فقد تقدم مجلسي البرلمان باقتراح مفاده اعادة صياغة هذه المادة على نحو قائم على تحديد علاقة الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية بالدعوى الأصلية المعروضة على قاضي الموضوع، لذا وردت المادة 2/23 من القانون العضوي المؤرخ في 2009/12/10 على أن يكون الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية مطبقا على النزاع، أو الاجراءات المتبعة بشأنه، أو يمثل أساس المتابعة القضائية، وعلى هذا النحو قضى مجلس الدولة ومحكمة النقض بعدم جواز إحالة سؤال الأولوية الدستورية الى المجلس الدستوري طالما كان الحكم التشريعي المطعون فيه غير مطبق على الدعوى الأصلية المعروضة على قاضي الموضوع، [2]

ومنه يتبين لنا ان العلاقة القائمة بين الحكم التشريعي والدعوى الموضوعية المثار مسألة دستوريته بمناسبتها تتمثل في كون ذلك الحكم التشريعي مطبقا على النزاع، أو الاجراءات المتبعة بشأنه، أو يمثل أساس المتابعة القضائية، وهذا مفاده ان المادة 2/23 اعلاه لم تستوجب ان يكون الحكم التشريعي لازما للفصل في الدعوى الموضوعية وهذا يحسب لصالح المؤسس الدستوري الفرنسي لانه وسع من نطاق تطبيق المادة 1/61 من التعديل الدستوري لعام 2008 وبالتالي لم يقصرها على الأحكام التشريعية التي تكون لازمة للفصل

---

[1]–عيد أحمد غفلول،الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة، دار النهضة العربية،القاهرة،2011،ص.222.

[2] -CE,qpc,2juin,Assoc,pensionnés civils et militaires en nouvelle-calédonie :req. N326444 ;CE,9juil 2010,momont et Assoc,req n339398 :cass,qpc,29/09/2010 n10-15.674.

في الدعوى الموضوعية التي اثير بمناسبتها سؤال الأولوية الدستورية وهذا ما يتماشى مع خاصية عينية سؤال الأولوية الدستورية وحماية الشرعية الدستورية من كل اعتداء يمس بالحقوق والحريات الدستورية، وعلى نفس المنهج سار كل من المؤسس الدستوري المغربي والجزائري.

وعليه يتعين على مثير سؤال الأولوية الدستورية ان يحدد بدقة الحكم التشريعي المطعون فيه وان يكون مطبقا على النزاع او الاجراءات او يشكل اساسا للمتبعة القضائية ويخضع التحقق من توفر شرط الصلة بين الحكم التشريعي والدعوى الموضوعية لاختصاص محاكم الموضوع والمحاكم العليا التابعة لها سواء كانت مجلس الدولة او محكمة النقض.

وبالنتيجة لذلك فان هذا الشرط يخرج عن اختصاص المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية وبمعنى ادق انه لا يختص المجلس الدستوري الفرنسي من التحقق من كون الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية مطبقا على الدعوى الموضوعية التي اثير بمناسبتها ذلك السؤال الأولوي. [1]

وعلى نفس المنوال سارت المحكمة الدستورية الجزائرية، على عكس المحكمة الدستورية المغربية والتي توصلت بموجب قرارها رقم 70/18 المتعلق برقابة مدى مطابقة مشروع القانون رقم 86/15 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية الى عدم مطابقة المادة 5 منه للدستور وهي المادة المحددة لشروط الدفع بعدم الدستورية على اساس ان التحقق من استيفاء هذه الشروط يدخل ضمن اختصاص المحكمة الدستورية.

كما يجوز أن تكون النصوص التشريعية التي لا تنتمي الى نفس القانون موضوعا واحدا لسؤال الأولوية الدستورية ويتم احالتهم الى المجلس الدستوري معا لحسم موضوع دستوريتهم بشرط وجود ارتباط بينهم غير قابل للتجزئة، وان تكون هذه النصوص مطبقة على الدعوى الموضوعية التي اثير بمناسبته سؤال الأولوية الدستورية الذي يشمل تلك النصوص، وهذا ما استقر عليه المجلس الدستوري الفرنسي بعد أن جزم في مسألة اختصاصه بالفصل في مدى دستورية النصوص التشريعية ذات الارتباط والمطبقة على الدعوى الموضوعية، كما بين انه

[1] -CC,décision n2010-1 QPC ,du 28/5/2010.

اذا توصل كل من مجلس الدولة او محكمة النقض الى قيام عنصر الارتباط بين اكثر من نص تشريعي وكانت مطبقة على النزاع أو الاجراءات أو تشكل أساسا للمحاكمة ففي هذه الحالة لا يجوز للمجلس الدستوري التعليق على ذلك أو اعادة البحث في هذه الصلة. [1]

إلا أن ما تم بيانه اعلاه لا يخول اثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأن نصوص تشريعية متشابهة أو متقاربة مع النصوص التشريعية المطبقة على الدعوى الموضوعية، وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي بشأن أمر احالة المادة 40 من قانون المعاشات المدنية والعسكرية الى المجلس الدستوري لتقرير مدى اتفاقها مع الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، فقضى مجلس الدولة بعدم جواز استناد الطاعن الا على المادة 42 من المرسوم المؤرخ في 2003/12/26 والتي صدرت على أساس المادة 3 من الأمر رقم 993/45 المؤرخ في 1945/05/17 وتوصل الى ان المادة 40 المبينة اعلاه المثار مسألة عدم دستوريتها حتى وان كانت متشابهة ومقاربة للغاية مع النص التشريعي الواجب التطبيق على النزاع فانها لم تكن مطبقة على الدعوى الموضوعية. [2]

وقد بين مجلس الدولة الفرنسي على أنه يندرج ضمن مفهوم الأحكام التشريعية المطبقة على الدعوى الموضوعية نص تشريعي غير ساري المفعول، أي لم يدخل بعد حيز النفاذ ويتعلق الامر بالنص التشريعي الذي يصدر وتحدد له مدة معينة لبدأ العمل به، ولكن قد تعمد بعض الجهات الادارية الى تطبيقه قبل حلول الاجل المحدد لدخوله حيز النفاذ، ففي هذه الحالة يعد هذا النص مطبقا على الدعوى الموضوعية [3]

أما فيما يتعلق بنطاق سؤال الأولوية الدستورية أي تحديد الأحكام التشريعية التي تصلح أن تكون محلا له فقد أورد jean jacques heyst رئيس لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بمجلس الشيوخ في التقرير رقم 387 الذي أعدته اللجنة تحت اشرافه حول مشروع قانون تعديل الدستور، أن مشروع تعديل الدستور الذي تقدمت به الحكومة إلى البرلمان كان

---

[1]–اسماعيل محمود علي،مرجع سابق،ص259.

[2] -Conseil,d'etat ,décision du 16/07/2010,n327420.

[3]–اسماعيل محمود علي ،مرجع سابق،ص260.

ينص في المادة 26 منه على قصر إعمال سؤال الأولوية الدستورية على الأحكام التشريعية الصادرة بعد العمل بدستور 1958.[1]

وقد وافقت الجمعية الوطنية على هذا الحكم دون تعديل حسبما ورد بالتقرير رقم 892 الذي أعدته لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بالجمعية الوطنية تحت إشراف رئيسها jean luc warsmann حول مشروع تعديل المادة 61 من الدستور.[2]

في حين أن مجلس الشيوخ لم يوافق على ما ورد بمشروع الحكومة إلا بعد تعديله بالصورة التي تسمح باثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد القوانين السابقة على دخول دستور 1958 حيز النفاذ.[3]

ثم اتفق المجلسان على تعديل المادة 23 من مشروع التعديل بحيث يمكن ان يكون محلا لسؤال الأولوية الدستورية أي حكم تشريعي ذي قيمة تشريعية سواء صدر بعد العمل بالدستور أو قبل العمل به، بمعنى دون التقيد بتاريخ دخوله حيز النفاذ سواء كان ذلك قبل تاريخ دخول دستور 1958 في النفاذ، أو بعد هذا التاريخ، ويتبين ذلك بمقتضى التقرير رقم 387 الذي أعدته لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بمجلس الشيوخ برئاسة jean jacques heyst حول مشروع تعديل الدستور، والذي سجل اجماع المجلسين أثناء الأعمال التحضيرية لمشروع تعديل الدستور على أن الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري بأسلوب سؤال الأولوية الدستورية يجب أن تنصب على كل عمل ذي قيمة تشريعية سواء صدر بعد العمل بدستور 1958 أم قبل العمل به، بما في ذلك القرارات بقوانين الصادرة في زمن الجمهورية الثالثة والمراسيم الصادرة خلال فترة المقاومة ضد الاحتلال الألماني من عام

[1] -J-J Hyest,rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation,du suffrage universel,du règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle,adopte par l'assemblée nationale,de modernisation des institutions de la verépublique,n387,senat,session ordinaire de 2007-2008,p176. http://www.sénat.fr/ran/107-387/107-3871pdf.

[2] -J-l WARSMANN,rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le rapport de loi constitutionnelle(n820)de modernnsatuion des institutions de la ve république ,n892,assemblée nationale,treiziéme législature,p535. http://www. assemblée nationale.fr/13/pdf/rapports/n892.pdf.

[3] -S.Brondel,le sénat adopte en la modifiant la question prioritaire de constitusionnalité,ajda,2009,n34,p1865.

1940 الى غاية عام 1944، أو مراسيم المادة 92 من دستور 1958 التي صدرت خلال الفترة الانتقالية فيما بين عامي1958 و1959.[1]

وبالنسبة للقوانين التي تتضمن مقتضيات تتعلق بنصوص أخرى غير تلك المحددة في مجال القانون وتكتسب طابعا تنظيميا والأمر يتعلق بالقوانين الموضوعة قبل دخول دستور 1958 حيز النفاذ، بالضبط في فترة عدم اعمال الحدود المادية بشأن الاختصاص التشريعي بحيث أجاز الفقه بأن تكون تلك المقتضيات ذات الطبيعة التنظيمية المادية محلا لسؤال الأولوية الدستورية. [2]

وللإشارة فقد نتج خلاف بين كل من محكمة النقض ومجلس الدولة والمجلس الدستوري بشأن التشريعات الملغاة [3]حيث انتهت محكمة النقض بموجب حكمها المؤرخ في 2010/06/15 الى رفض سؤال الأولوية الدستورية بالنسبة للتشريعات الملغاة [4] بينما قبل مجلس الدولة بموجب حكمه المؤرخ في 2010/05/18 مسألة دستورية هذه التشريعات[5]، وانتهى المجلس الدستوري في حكمه المؤرخ في 2010/09/25 رقم 55-2010 بجواز اثارة سؤال الأولوية الدستورية بالنسبة للأحكام التشريعية التي كانت مطبقة على النزاع وقت قيامه الأمر الذي ترتب عنه عدول محكمة النقض عن اتجاهها وأخذها بوجهة النظر التي أرساها المجلس الدستوري في حكمه المؤرخ في 2010/09/28[6].

وقد كرس مجلس الدولة بموجب حكمه المؤرخ في 2000/07/15 معاير بشأن مفهوم النص المطبق على النزاع بحيث قضى بأن النص التشريعي حتى يكون مطبقا على النزاع يستوجب استيفائه إحدى الحالات التالية وتتمثل في مايلي:

أن يكون النص مطبقا من طرف الإدارة، أو يكون موضوعا للطلب القضائي يهدف بموجبه المتقاضي إلى الحصول على استفادة منه، أو يستند عليه الخصوم لتأييد الأوجه المثارة أمام

1-انظر التقرير الذي اعده jean jacque hyest،رئيس لجنة الشؤون الدستورية والتشريع والاستفتاء بمجلس الشيوخ،حول مشروع تعديل دستور (تقرير رقم 387)،السابق ذكره،ص176.

2-Jerome roux,contre quels textes soulever la question prioritaire de constitutionnalité ,2012,p35

3 -mathieu(b),question prioritaire de constitutionnalité, la jurisprudence(mars 2010 novembre 2012),lexis nexis,2012,p31.

4 -cass.15 juin 2010,n^{0}12085 et25juin 2010, n^{0}12109.

5 -C.E,18 mai 2010,commune de dunkerque.

6 - cass.com,2septembre 2010, n^0 1002.

محاكم الموضوع أو النقض [1] ، وقد كرس في حكمه المؤرخ في2010/09/24 هذه المعاير.

وتبعا لما سبق أعلاه فالقوانين العادية التي يسنها البرلمان الفرنسي وفقا للإجراءات التشريعية العادية في المجالات التي يختص بالتشريع فيها طبقا للمادة 34 من دستور 1958ستخضع لسؤال الأولوية الدستورية باستثناء القوانين التي خضعت لرقابة المطابقة من قبل المجلس الدستوري في تاريخ سابق على دخولها حيز النفاذ، وذلك بناء على طلب من السلطات الدستورية التي يجوز لها تحريك الرقابة بشأنها أمام المجلس الدستوري، وبالتالي يعد حكم المجلس الدستوري بعدم مخالفتها للدستور قرينة على دستوريتها طيلة فترة بقائها في النظام القانوني وتتحصن من نطاق سؤال الأولوية الدستورية، وهذا ما نصت عليه المادة 23 من القانون العضوي للمجلس الدستوري بعد تعديله عام 2009، وبالتالي اذا اصدر المجلس الدستوري في اطار رقابة مطابقة القانون العادي للدستور(الرقابة السابقة) قرارا قضى بدستوريته فإن هذا القرار يكتسب حجية مطلقة ويصبح ذلك القانون مكتسبا قرينة الدستورية كأصل عام ما لم تتغير الظروف التي تجيز اثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد نفس ذلك القانون، ولكن هناك ثلاث ضوابط يجب توفرها للتمسك بقرينة الدستورية للقانون العادي الذي خضع للرقابة السابقة على دستورية القوانين وبحجية القرار القاضي بدستوريته وتتمثل في:

*اقتصار الحجية على النص التشريعي الذي كان محلا للرقابة السابقة على دستورية القوانين ولا تمتد الى باقي نصوص القانون.

*نطاق الحجية يقتصر فقط على القاعدة الدستورية التي تم بحث دستورية النص التشريعي طبقا لها.

*عدم تغير المجلس الدستوري تفسيره للقاعدة الدستورية بعد صدور قراره.

وفي حال تخلف أحد هذه الضوابط جاز إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد أي نص تشريعي حتى ولو سبق للمجلس الدستوري تقرير مطابقته للدستور في اطار الرقابة السابقة على دستورية القوانين. [1]

[1]–أحمد منصور،الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2012،ص276.

كما يلحق بالقوانين العادية التي تخضع للرقابة السابقة من المجلس الدستوري المراسيم بقوانين ومختلف اللوائح التي تصدرها الحكومة في اطار المادة 37 من الدستور، على أساس أنها تتضمن قواعد عامة ومجردة ولم تخضع للرقابة السابقة من قبل المجلس الدستوري والقرارات التي تصدر عن الحكومة وتخضع لرقابة البرلمان طبقا للمادة 38 و47 فقرة 1 من الدستور الفرنسي. [2]

ويختلف الأمر بالنسبة للقوانين الأساسية والانظمة الداخلية للبرلمان بمجلسيه والقوانين الاستفتائية على النحو التالي:

-فبالنسبة للقوانين العضوية يحكمها مبدأ عدم خضوعها لنطاق سؤال الأولوية الدستورية لأنها لا تدخل حيز النفاذ إلا بعد خضوعها للرقابة الوجوبية السابقة التي يمارسها المجلس الدستوري بعد الموافقة عليها من طرف البرلمان، وهذا حسب نص المادة 23 السابق ذكرها والتي نصت أنه "تحظر على محكمة الموضوع التي أثير أمامها سؤال الأولوية الدستورية احالته على محكمة النقض أو مجلس الدولة لإعادة بحث مدى جديته واحالته إلى المجلس الدستوري إذا كان متعلقا بحكم تشريعي سبق وأعلن المجلس الدستوري عدم مخالفته للدستور في اطار ما يمارسه من رقابة سابقة على الدستورية".

وباعتبار ان جميع القوانين العضوية التي سنها البرلمان الفرنسي منذ الانتهاء من اقامة الجمهورية الخامسة وبعد مباشرة مهامها بتاريخ 1959/02/04 قد خضعت للرقابة الوجوبية على دستورية القوانين، وبالتالي لم تدخل حيز النفاذ الا بعد الاعلان عن مطابقتها للدستور وهذا ما يدل على انها لا يمكن ان تشكل موضوعا لسؤال الأولوية الدستورية.

بالإضافة إلى مبررات أخرى تتمثل في أن القوانين العضوية تشكل جزءا مندمجا من المبادىء المرجعية لمراقبة دستورية القوانين، وبالتالي من الأجدر استبعادها من مجال سؤال الأولوية الدستورية الذي يبقى محصورا فقط في القوانين العادية، كما أن هذه القوانين ذات

---

[1] -Paul,cassia,le renvoi préjudiciel en appréciation de constutitionnalité,une question d'actualité,RFDA ,septemre 2008,,dalloz, p897.

2-شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولية دراسة مقارنة،دار الفكر والقانون،المنصورة،2015،ص.ص73-74.

صلة بالقوانين المتعلقة بتنظيم العلاقة بين السلطات العامة ولا تهتم بمسألة الحقوق والحريات المضمونة دستوريا. [1]

الا أن هناك نوع من القوانين العضوية التي اتخذت بموجب المادة 92 من دستور عام 1958 هذه الأخيرة أسندت للحكومة اختصاص اقامة مؤسسات الجمهورية الخامسة عن طريق مراسيم تصدر في مجلس الوزراء بعد اخذ رأي مجلس الدولة، الا ان المادة 92 لم تحدد طبيعة تلك المراسيم، غير أنه وباعتبار هذه المراسيم قوانين عضوية كونها صدرت بأمر الدستور لانشاء وتنظيم وتحديد أسلوب سير مؤسسات الدولة، وهي نفس المواضيع التي تنظم بموجب قوانين عضوية بالمفهوم المحدد بالمادة 46 من الدستور المتعلقة بالقوانين العضوية، وبالتالي فإن القوانين العضوية التي صدرت في شكل مراسيم في الفترة بين 1958/10/04 و1959/02/04 استنادا إلى المادة 92 من دستور 1958بهدف إقامة مؤسسات الجمهورية الخامسة يمكن أن تكون محلا لسؤال الأولوية الدستورية، على أساس أن هذه المراسيم لم تخضع لرقابة المجلس الدستوري الذي صدر القانون المنظم له في 1958/11/07، ولم يباشر مهامه باعتباره من مؤسسات الجمهورية الخامسة الا بعد 1959/02/04. [2]

وللاشارة فإن ادراج القوانين العضوية الصادرة اعمالا للمادة 92 من الدستور ضمن مجال سؤال الأولوية الدستورية يدل على تغير المجلس الدستوري منهجه لانه كان يتخذها مرجعا لرقابته على دستورية الانظمة الداخلية للبرلمان في بداية عهده، أي أنها كانت مدرجة ضمن مصادر الشرعية الدستورية. [3]

وبمناسبة تدخل المجلس الدستوري لحسم هذا الخلاف بشأن شمول نطاق سؤال الأولوية الدستورية للقوانين العضوية من عدمه اعتبر أن القانون العضوي يندرج ضمن المقتضيات التشريعية المشار اليها بموجب المادة 1/61 من الدستور، وبالتالي يجوز أن يشمله نطاق

[1] -Jean-luc warsman :le projet de la loi organique n1599 relatif a l'application de l'article 61-1 de la constitution p44.

[2] –عيد أحمد غفلول،الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي،مرجع سابق،ص151.

[3] –عيد أحمد غفلول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي،ص.152

سؤال الأولوية الدستورية [1]، وبموجب قراره المؤرخ في 2012/10/05 رقم 2012/278 نظر المجلس لاول مرة في القوانين العضوية ويشمل الأمر القانون العضوي المنظم لوضعية القضاة الموضوع طبقا للمادة 92 من الدستور ولم يسبق أن خضع للرقابة السابقة على دستورية القوانين. [2]

أما بخصوص القوانين التي كانت محل استفتاء من قبل الشعب ووافق عليها، فللمجلس الدستوري موقف ثابت بشأن خضوعها لرقابة الدستورية السابقة مفاده عدم اختصاصه بمراقبة دستوريتها، ولا مناط لقياسها على القوانين العادية التي يسنها البرلمان على الرغم من التشابه بينها وبين القوانين العادية قررته المادة الأولى من دستور 1958 بنصها على أن"السيادة الوطنية ملك للشعب ويمارسها بواسطة ممثليه وعن طريق الاستفتاء العام"،وبموجب القرار الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي رقم 62/20 المؤرخ في 1962/11/06 قضى فيه بعدم اختصاصه بالفصل في مدى دستورية موافقة الشعب في الاستفتاء على انتخاب رئيس الجمهورية بالاقتراع المباشر، كما قضى بموجب قراره المؤرخ في 1992/09/23 رقم 213-92 بعدم اختصاصه بمراقبة دستورية موافقة الشعب في الاستفتاء على قانون التصديق على اتفاقية ماستريخت3 الخاصة بالاتحاد الأوروبي وهو قانون أخضعه رئيس الجمهورية للاستفتاء بمقتضى سلطته المقررة بموجب المادة 11 من الدستور [3] .

أما بشأن خضوع القوانين الاستفتائية لنطاق سؤال الأولوية الدستورية فحتما سيقضي المجلس الدستوري بعدم اختصاصه بالفصل في مسألة دستوريتها.

وبخصوص الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان فلا يمكن ان يثار بشأنها سؤال الأولوية الدستورية، وهذا بحكم خضوعها للرقابة السابقة من قبل المجلس الدستوري، أي أنها تتمتع بقرينة الدستورية التي تحصنها من امكانية إثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأنها، بالإضافة إلى أن هذه الأنظمة على عكس القوانين العضوية فقد صدرت مباشرة بعد الدور المقرر

1 -Novembre2012 :loi organique et qpc,IN www.conseil-constitutionnel.fr.

2 -décision n2012-278 qpc du 05/10/2012,Mme Elisabeth B(condition de bonne moralité pour devenir magistrat)

3-عيد أحمد غفول،الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي،مرجع سابق،ص188.

للمجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين على اثر صدور القانون العضوي المنظم له في 1958/11/07.

وعليه يتعين بعد هذا الإجمال تفصيل الأمر بتحديد النصوص التي تكون محلا لسؤال الأولوية الدستورية من عدمه على النحو التالي:

- **جواز إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد أي نص تشريعي دون أية قيود:**

من المعلوم ان هناك ثلاث انواع من القيود تتمثل في القيد الزمني، والمادي، والعضوي، الا انه لا مجال لاعمالها بشأن سؤال الأولوية الدستورية ، بحيث يجوز اثارة هذه الأخيرة دون التقيد بقيد زمني أي بصرف النظر عن تاريخ صدور القانون (نفاذه)، بمعنى أنه لا يشترط ان يكون القانون سابقا او لاحقا على تاريخ التعديل الدستوري لعام 2008 والذي كرس العمل بسؤال الأولوية الدستورية، نفس الشيء بالنسبة للقانون العضوي المحدد للعمل به وبالتالي فإن المادة 1/61 لم تستبعد النصوص التشريعية السابقة على صدور دستور الجمهورية الخامسة من مجال تطبيق سؤال الأولوية الدستورية. [1]

وفي هذا الشأن قضى المجلس الدستوري الفرنسي أنه يمكن الاستناد على إغفال المشرع لممارسة اختصاصه بغرض دعم أو تأييد سؤال الأولوية الدستورية وذلك في الحالة التي يؤثر فيها على حق أو حرية مضمونة في الدستور، إلا أن هذا الإغفال لا يمكن تصوره على نص تشريعي سابق على الدستور الصادر عام 1958. [2]

أما عن القيد المادي فيقصد به جواز إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد أي نص تشريعي مهما كان موضوعه،مع مراعاة بعض التحفظات المحددة.

وفيما يخص القيد العضوي أو الشكلي يقصد به جواز إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد أي نص تشريعي بصرف النظر عن الجهة التي أصدرته و إجراءات إصداره، ومع مراعاة الطبيعة التشريعية للنص فإنها لا تقتضي حصره في نطاق القانون الصادر عن البرلمان بل يشمل نصوص تشريعية أخرى لا تصدر عن البرلمان وهذا ما نناقشه ضمن عنصرين هما:

---

[1]–أحمد منصور ،مرجع سابق،ص.ص63،62.

[2] -c.c,décision17/09/2010,n2010-28qpc association sportive football club de metz « texte sur salaires » xavier magnon, ,p260.

*الكتلة التشريعية التي تندرج ضمن نطاق سؤال الأولوية الدستورية.

*الكتلة التشريعية المستثناة من نطاق سؤال الأولوية الدستورية.

1-1: الكتلة التشريعية التي تندرج ضمن نطاق سؤال الأولوية الدستورية:

بالنسبة لفرنسا يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد النصوص التي لم تخضع للرقابة الدستورية، ومثالها القانون الجنائي المعمول به في أول مارس 1994، كما يجوز إثارته أيضا ضد النصوص التي خضعت للرقابة السابقة من قبل المجلس الدستوري وهذا في الحالات التالية:

-تغير الظروف القانونية والواقعية والتي تجيز المنازعة بشأن قرينة دستورية النص الذي سبق وأن تقرر مطابقته للدستور.

-صدور تحفظ تفسيري من المجلس الدستوري بشأن قانون محل إصدار وقرر مطابقته للدستور المقترن بالتفسير التحفظي بشأنه، أو أن المجلس الدستوري يمد بطريقة غير مباشرة هذا التحفظ إلى نص تشريعي سابق ومشابه لم يحل إليه وقت إصداره . [1]

كما يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية بالنسبة للقوانين الصادرة عن إقليم كاليدونيا الجديدة وهو إقليم خاضع للسيادة الفرنسية، وذلك طبقا للمادة الثالثة من القانون العضوي المؤرخ في 2009/12/10 بشأن تطبيق أحكام المادة 61 من الدستور. [2]

كما يخضع لسؤال الأولوية الدستورية التفسيرات القضائية للأحكام التشريعية، حيث وافق المجلس الدستوري الفرنسي في حكمه المؤرخ في 2010/10/06 على منح الحق لكل متنازع في اثارة سؤال الأولوية الدستورية فيما يتعلق بالتفسيرات القضائية للأحكام القضائية للأحكام التشريعية متى تضمنت انتهاكا للحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور، ونجد أن مجلس الدولة قد وافق على الحق في إثارة سؤال الأولوية الدستورية في حكمه المؤرخ في 16 يوليو 2010، أي قبل صدور حكم المجلس الدستوري بعدة أشهر ولكنه رفض إحالته

---

[1]-أحمد منصور،مرجع سابق،ص.ص81،78.

[2]-شريف يوسف خاطر،مرجع سابق،ص75.

للمجلس الدستوري على أساس أنه هذه التفسيرات القضائية للأحكام التشريعية لا تتضمن انتهاكا للحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور.[1]

ونجد أن محكمة النقض في حكمها المؤرخ في 2010/05/19 رقم 09-70-161 رفضت وصف التفسيرات القضائية للأحكام التشريعية بأنها بمثابة أحكام تشريعية طبقا للمادة 61-1 من الدستور، كما لا يتوافر فيها وصف الجدية، ولكنها عدلت عن ذلك الاتجاه بعد صدور حكم المجلس الدستوري المؤرخ في 2010/10/06 وذلك في حكمها المؤرخ في 2010/11/30 رقم 10-16-828، بحيث أجيز للمتقاضين اثارة مسألة دستورية التفسيرات القضائية للأحكام التشريعية طبقا للمادة 61-1 من الدستور، كما قضى المجلس الدستوري بموجب قراره المؤرخ في 2011/04/08 رقم 2011-120 بأن تفسير قاضي الموضوع أو قاضي الدرجة الأولى للأحكام التشريعية دون التصديق عليها من قضاء النقض لا يجوز اثارة مسألة دستوريتها طبقا للمادة 61-1 من الدستور .

أما بالنسبة للقوانين التي تضمنت مقتضيات تتعلق بمواد أخرى غير تلك المحددة في مجال القانون وتحمل طابعا تنظيميا، وهي الحالة التي تنطبق على القوانين الموضوعة بشكل قبلي على دخول دستور 1958حيز التنفيذ، أي خلال الفترة التي لا يمكن فيها الاختصاص التشريعي يعرف حدودا مادية، فإن بعض الفقه يرى أن هذه المقتضيات ذات الطبيعة التنظيمية المادية يمكن أن تكون موضوع سؤال الأولوية الدستورية.

ولتحديد مدلول المقتضيات التشريعية المعنية بموضوع سؤال الأولوية الدستورية يتعين الرجوع إلى مذكرة وزارة العدل الفرنسية التي حددت ماهو مدمج في المقتضيات التشريعية فيما يلي:

-القوانين السابقة على دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958 وهي إرادة تتوافق مع غاية الأمن القانوني المتبعة من طرف القانون العضوي لسؤال الأولوية الدستورية والرامية إلى تصفية النظام القانوني من القوانين المخالفة للدستور.

-القوانين الموضوعة بعد دخول دستور الجمهورية الخامسة حيز التنفيذ.

---

[1]-شريف يوسف خاطر،مرجع سابق،ص.ص76-77.

-القوانين العضوية.

-حالة القوانين العضوية المتخذة على أساس الفصل 92 في وضعيته الأصلية، ويتعلق الأمر باللوائح التنظيمية التي اتخذتها الحكومة في الفترة الممتدة من سنة 1958 إلى سنة 1959 لإرساء مؤسسات الجمهورية الخامسة والتي منحها الدستور وفق الصيغة الأصلية للفصل 92 قوة القانون والتي يجب اعتبارها مقتضيات تشريعية بالمعنى الوارد في الفصل 61 من الدستور وبالتالي يمكن أن تكون موضوع سؤال الأولوية الدستورية. [1]

وبالتالي نستنتج أنه يمكن أن يثار سؤال الأولوية الدستورية في مواجهة أي مقتضى تشريعي بصرف النظر عن الجهة التي تقدمت به وإجراءات المصادقة عليه، وتاريخ نشره أو سريان مفعوله، أو إذا كان سابقا أو لاحقا على نشر التعديل الدستوري المؤرخ في 2008/07/23 ودخول القانون المتعلق بتطبيق الفصل 61 من الدستور حيز التنفيذ، كما أن تعبير المقتضى التشريعي يمكن أن يفهم سواء من خلال المعيار الشكلي، أو المعيار المادي، أو من خلال تحليل معياري (كل مقتضى له قوة التشريع بصرف النظر عن شكله).

وللإشارة توجد مسألة على درجة من الأهمية تتعلق بإثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد الإغفال التشريعي ونعالجها في العنصر المبين أدناه:

- **مدى جواز إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد الإغفال التشريعي:**

هاته المسألة في غاية الأهمية وتتعلق في حال تجاهل المشرع لاختصاصه، أو ما يصطلح عليه بعدم الاختصاص السلبي للمشرع ،أو الاغفال التشريعي، وعليه فإن الإغفال التشريعي ذا ارتباط وطيد بالسلطة التشريعية وما يصدر عها من نصوص قانونية بحيث أن مخالفتها لأحكام الدستور تتحقق من زوايتين وهما إما جراء مخالفة المشرع لاختصاصه أو جراء امتناعه عن مباشرة اختصاصه . [2]

---

[1]-محمد أتركين ،الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية،الإطار القانوني والممارسة القضائية،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2013،ص44.

[2]-السيد علي محمد الغماري،الدور الإنشائي للقاضي الدستوري دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة المنوفية،2018،ص445.

ويستمد الأساس القانوني لهذا المصطلح، من مبدأ الانفراد التشريعي ومؤداه انفراد السلطة التشريعية بوظيفة التشريع والتزامها بالتدخل تشريعيا، كلما اقتضى الدستور ذلك وإلا عدت ممتنعة عن مباشرة اختصاصها، كما يجب عليها عدم التفريط في تفويض اختصاصها التشريعي إلى السلطات الأخرى، الإ أن التطور الحديث في الدساتير الحالية راع التخفيف من آثار مبدأ الانفراد التشريعي، عن طريق التفرقة بين كل من الانفراد التشريعي المطلق والانفراد التشريعي النسبي، فالأول يقصد به التزام السلطة التشريعية بنفسها بالتنظيم التشريعي المتكامل للمسائل التي تندرج ضمن اختصاصهادون تدخل من السلطة التنفيذية في هذا المجال.

أما الثاني فيقصد به عند قيام السلطة التشريعية بتنظيم العناصر الأساسية للمسألة التي تندرج في اختصاصها مقتصرة على وضع القواعد العامة والأسس الرئيسية لها تاركة المجال للسلطة التنفيذية لمعالجة مسائل محددة في هذا الشأن. [1]

وقد ظهر اتجاه فقهي مؤسس على عدم جاوز التفرقة بين صورتي الانفراد السابق بيانهما ومبرره في ذلك أن الأمر يتعلق فقط بوجود درجات متفاوتة للانفراد التشريعي، فدرجة استئثار السلطة التشريعية بتسوية مسألة معينة تتفاوت حسب طبيعة هذه المسألة .

وما إذا كان من المستحسن حسب وجهة نظر المصلحة العامة اشراك السلطة التنفيذية في تسويتها من عدمه، وذلك استناد إلى دلالات عبارات النصوص الدستورية التي غالبا لا تتضمن تفرقة بين نوعي مبدأ الانفراد التشريعي، فعلى وجه المثال إذا اقتضى الدستور تنظيم مسألة معينة بموجب قانون فإن هذه العبارة تفيد اختصاص السلطة التشريعية بمفردها في تنظيم هذه المسألة، أما إذا اقتضى الدستور تنظيم المسألة بناء على قانون فإن هذه العبارة تفيد إمكانية قيام السلطة التشريعية بأن تحيل للسلطة التنفيذية تنظيم جوانب معينة في تلك المسألة،وبالتالي فإن عبارتي "بقانون" و"بناء على قانون" التي توظفها معظم الدساتير تعدان

---

[1]–عيد أحمد غفلول،فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة،ط2،دار النهضة العربية،القاهرة،2003،ص.ص80–81.

–محمد فريد المشليخ،رقابة القضاء الدستوري للنقص التشريعي دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،بدون سنة نشر،ص190.

أكثر دلالة من الناحية اللغوية والدلالة الفنية على تحديد درجة تدخل السلطة التنفيذية في تسوية المسألة،أو بمعنى أدق تحديد درجة استئثار السلطة التشريعية في تنظيمها. [1]

وهذا الاتجاه أصاب عندما نادى بوجوب الرجوع الى عبارات الدستور لاستخلاص درجة انفراد السلطة التشريعية باختصاصها التشريعي، إلا أنه جانب الصواب بتبنيه فكرة أن العبارات التي أشار اليها لا يترتب عنها التفرقة بين نوعي الانفراد التشريعي.

وبالاطلاع على دساتير الدول محل المقارنة في هذه الدراسة نجدها أنها تضمنت مادة أو مادتين تحدد المجالات التي تختص السلطة التشريعية بالتشريع فيها أي كرست مبدأ الانفراد التشريعي المطلق بموجب نص دستوري،وعليه نتطرق الى بيان مدلول الإغفال التشريعي كما هو موضح أدناه:

-تعريف الإغفال التشريعي:

للإحاطة بمصطلح الإغفال التشريعي يتعين الرجوع الى التعريفات الفقهية التي منحت له على النحو المبين أدناه:

أن المقصود بالإغفال التشريعي: عدم قيام المشرع بسن تشريع معين كان من المفروض عليه أن يتولاه بالتنظيم طبقا لأحكام الدستور وأن يكون من شأن ذلك الإغفال إهدار لحق أو حرية يضمنها الدستور، أو بمعنى آخر هو كل ما تجاهله المشرع بمناسبة تنظيمه لأحد المواضيع الواردة بالوثيقة الدستورية مما يترتب عنه الحد من فعالية الموضوع محل التنظيم وعدم تكريس النص الدستوري بشأنه بسبب ذلك القصور وهذا الإغفال يترتب عنه الانتقاص من الحماية الدستورية للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور [2]

---

[1]-عيد أحمد غفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة ،مرجع سابق،ص83.

[2]-جواه عادل العبد الرحمن،الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي دراسة تحليلية مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،2016،ص20.

-علي هادي عطية الهلالي،المحكمة الاتحادية العليا ودورها في بناء دولة المؤسسات دراسة تطبيقية مقارنة،مكتبة القانون المقارن،2019،ص206.

كما عرف أيضا الاغفال التشريعي أو ما يطلق عليه بعض الفقه الفرنسي عدم الاختصاص السلبي للمشرع بأنه هو قصور المشرع في تنظيم أحد المسائل التي نص عليها الدستور على نحو يترتب عنه تجاهل تنظيم أحد الجوانب الذي لا يكتمل إلا بموجبها مما يترتب عنه عدم التنظيم الشامل للموضوع بكل جوانبه واهدار أحكام الدستور بشأنه، وهذا التعريف يندرج على مصطلح الاغفال التشريعي لان مصطلح عدم الاختصاص السلبي للمشرع معناه تنازل المشرع عن اختصاصه التشريعي لأحد السلطات بمعنى التخلي عن الاختصاص. [1]

الملاحظ على التعريفات السابقة أنها حصرت الإغفال التشريعي في زواية القصور الذي يشوب النص القانوني بمعى أدق في زواية السلوك الايجابي للمشرع القاصر على الإحاطة بجوانب الموضوع، إلا أن الباحث يرى أن الإغفال التشريعي أيضا يمكن أن يتحقق من زواية السلوك السلبي للمشرع عن طريق تعمده إغفال معالجة موضوع معين بصفة كلية أو جزئية.

مما تقدم نستخلص أن الإغفال التشريعي يقصد به القصور الذي يشوب النصوص القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية وذلك بمناسبة تنظيمها أحد المجالات التي نص عليها الدستور إما بصفة عمدية أو عن إهمال، كما قد ينشأ هذا الإغفال كأثر لانعدام النصوص القانونية بسبب امتناع المشرع عن تنفيذ التزامه الدستوري بالتشريع مما يترتب عنه وقوع حالة من الفراغ التشريعي تشكل مخالفة للدستور، أو انتقاصا للحقوق والحريات التي يكفلها الدستور.

ومن هذا المنطلق نتساءل هل يشكل الإغفال التشريعي مجالا لاثارة سؤال الأولوية الدستورية ؟.

وبحكم غياب الاجتهاد الدستوري في كل من المغرب والجزائر فإننا بحثنا في الاجتهاد الدستوري الفرنسي لايجاد اجابة وافية للتساءل الذي طرحناه أعلاه.

---

[1]–جواه عادل العبد الرحمن،مرجع سابق،ص57.

فبالرجوع الى القرار الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي رقم 2010/3 يتبين بموجبه أن تجاهل المشرع للمادة 34 من الدستور الفرنسي الذي يحدد المجال المحفوظ للقانون فإنه يندرج ضمن سؤال الأولوية الدستورية إذا مس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. [1]

ما يستخلص باستقرائنا القرار أعلاه، أن علة إجازة المشرع الفرنسي إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد الإغفال التشريعي مبرره وجود انتقاص من الحماية الدستورية للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، بسبب ذلك الإغفال وهو المبرر الذي يتماشى مع خصوصية سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا كونه ذا طابع شخصي أكثر من الطابع العيني، لأن اثارته مرهونة بوجود انتهاك للحق أو الحرية التي يضمنها الدستور، وبالتالي كلما تحقق الانتهاك أو الانتقاص في تنظيم الحق أو الحرية جاز اثارت سؤال الأولوية الدستورية وهو ما ينطبق أيضا على الوضع في التشريعين المغربي والجزائري من جواز اثارته ضد اغفال المشرع تنظيم أحد المسائل طبقا لأحكام الدستور، وذلك على أساس أن كل منهما تبنى نفس مبرر إثارة سؤال الأولوية الدستورية بموجب المادتين 02 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 والمادة 02 من القانون العضوي رقم 16/18.

وبخصوص الوضع في التشريع المغربي بشأن ضبط مدلول المقتضى التشريعي فقد نص الفصل 133 من التعديل الدستوري على أنه"تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون،أثير أثناء النظر في قضية وذلك من أحد الأطراف بأن القانون الذي يطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور"

وبالتالي قد استعمل الفصل 133 أعلاه مصطلح القانون دون تحديد دقيق مما أثار الغموض بشأنه ثم صدر مشروع القانون العضوي رقم 86/15 بغرض ادراج تخصيص لمفهوم القانون الذي أدرج في الفصل 133 أعلاه فقد نصت المادة 02 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 بأن القانون الذي يدفع احد أطراف الدعوى بأنه يمس الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور هو "كل مقتضى ذو طابع تشريعي يراد تطبيقه في دعوى معروضة على المحكمة ويدفع طرف من أطرافها بان تطبيقه سيؤدي الى خرق أو انتهاك او حرمان حق من الحقوق او حرية من الحريات التي يضمنها الدستور".

[1] -Décision n2010-3 qpc du 28/05/2010 يمكن الإطلاع عليه بموقع المجلس الدستوري الفرنسي

وأضافت المادة 05 من نفس المشروع "بأن يكون المقتضى التشريعي موضوع الدفع هو الذي تم تطبيقه او يراد تطبيقه من قبل المحكمة في الدعوى او المسطرة أو يشكل اساسا للمتابعة حسب الحالة".

وفي غياب اجتهاد المحكمة الدستورية بشأن تحديد مدلول المقتضى التشريعي الذي يشكل موضوعا لسؤال الأولوية الدستورية ، وعليه نعرض لمفهوم المقتضيات التشريعية التي يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضدها طبقا للتشريع المغربي وذلك قياسا على ما أوردته مذكرة وزارة العدل الفرنسية السابق الاشارة لها كالتالي:

– القانون العضوي حسب ما يصطلح عليه في التشريع المغربي على الرغم من أن هذا القانون يخضع للرقابة الدستورية السابقة قبل اصداره،الا أنه يجوز اعادة النظر في دستوريته رغم سبق الفصل فيها متى توفر شرط تغير الظروف وهذه نقطة تشابه بين التشريعات محل المقارنة.

–القانون العادي:ان النصوص القانونية طبقا للتشريع المغربي بمعناها الواسع التي ستطبق في النزاع مهما كانت مسطرة تبنيها سواء كانت ظهيرا شريفا أو مرسوما ملكيا تعد بمثابة قانون عادي تبناه البرلمان،بصرف النظر عن تاريخ اعتماده طالما أن النص الدستوري يتحدث عن القانون الذي طبق أو يراد تطبيقه في النزاع.

[1]–مراسيم بقوانين التي تصدر عن الحكومة طبقا للفصلين 70 و 81 من التعديل الدستوري لعام 2011 ،وهي المراسيم التي تصدر في إطار التفويض الذي يمنحه البرلمان للحكومة للتشريع بمقتضى مراسيم، وذلك لاتخاذ تدابير يختص القانون عادة باتخاذها ويجري العمل بها بمجرد نشرها، وذلك خلال ظرف محدود من الزمن ولغاية معينة بالضبط،مع وجوب عرض هذه المراسيم على البرلمان للمصادقة عليها عند انقضاء الميعاد المحدد في قانون الإذن لانه قبل المصادقة عليها تعد أعمال إدارية، ومنه لا يجوز الطعن فيها الا بموجب طرق الطعن المقررة بشأن القرارات الإدارية، وكذلك الشأن بالنسبة للمراسيم التي تصدرها

[1]– أمحمد حجاجي،الرقابة على الدستورية دراسة في الأنظمة الدستورية المقارنة النظام الدستوري المغربي،ط1،منشورات مجلة العلوم القانونية،مطبعة الأمنية،الرباط،2018،ص204.

الحكومة خلال الفترة الفاصلة بين دورات البرلمان طبقا للفصل 81 من التعديل الدستوري لعام 2011 الذي يجيز للحومة إصدار مراسيم قوانين بعد الاتفاق عليها مع اللجان التي يعنيها الأمر في كلا المجلسين ويلزم أيضا عرض هذه المراسيم على البرلمان للمصادقة عليها خلال دورته العادية الموالية. [1]

والملاحظ أن هذه المراسيم تنظم مجالات تندرج ضمن اختصاص المشرع الا أنها تعد مراسيم مؤقتة كونها تصدر خلال الفترة الفاصلة بين دورات البرلمان، أو بإذنه خلال مدة محددة، غير أن ذلك مشروط بأن يتم باتفاق مع اللجان التي يعنيها الأمر في مجلسي البرلمان، بالنسبة لما يقتضيه الفصل 81 من التعديل الدستوري لعام 2011، بالإضافة إلى وجوب عرضها على البرلمان للمصادقة عليها في كلا الحالتين في دورته العادية لاتخاذها بالنسبة للمراسيم المتعلقة بالفصل 81 السابق الذكر وخلال الدورة الموالية لانتهاء الميعاد المحدد في قانون الإذن بالنسبة للمراسيم المتعلقة بالفصل 70 من التعديل الدستوري لعام 2011، وبالتالي تعد هذه المراسيم بمثابة قانون وتدخل حيز النفاذ قبل المصادقة عليها من البرلمان كما أنها لا تخضع للرقابة السابقة على الدستورية، وبالتالي قد تمس حقوق وحريات الأفراد المكفولة بمقتضى الدستور،مما يثير التساؤل عن إمكانية أن تكون محلا لإثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأنها؟ [2]

اعتبر جانب من الفقه بأنه يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية بالنسبة للمراسيم بقوانين الصدار بمقتضى الفصلين 70 و81 من التعديل الدستوري لعام 2011 ولكن بشرط وهو أن يتم عرضها على البرلمان ومصادقته عليها بمعنى وجوب صدورها في شكل قوانين طبقا للصيغة العادية بعد مصادقة البرلمان عليها ونشرها في الجريدة الرسمية، وقد أسس هذا الفقه رأيه على قرار المجلس الدستوري في المغرب رقم 144 المؤرخ في 2014/09/18 ومفاده"أن مراسيم القوانين لا يخضع اعتمادها لكامل مسطرة التشريع المقررة في الدستور... ولا تكتسب صيغة قانون إلا بعد المصادقة عليها من قبل البرلمان بمجلسيه في الدورة العادية

---

[1]–عبد السلام زوير،الدفع بعدم الدستورية في التشريع االمغربي دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،جامعة مولاي اسماعيل،2020–2021،ص.ص172–173.

[2]–عبد السلام زوير،المرجع نفسه،ص173.

الموالية لصدورها...مما يجعلها غير مندرجة ضمن اختصاص المحكمة الدستورية المحدد بموجب الفصل 132 من الدستور" [1] .

إلا أن هذا الاتجاه الفقهي تعرض للانتقادات التالية:

-إن عموم مصطلح قانون الوارد في الفصل 133 من التعديل الدستوري لعام 2011 ورد بمفهومه الواسع سواء كان حسب المعيار الشكلي أو المادي، وبالتالي انعدام أي مانع يحول دون إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد هذه المراسيم وذلك بمجرد إصدارها ودخولها حيز النفاذ، وحتى قبل المصادقة عليها من طرف البرلمان (والتي تتم لاحقا)، وذلك مبرره أن الغرض من هذه المراسيم هو تفادي وجود فراغ تشريعي يؤثر على المعاملات القانونية.[2]

-تعتبر هذه المراسيم بمثابة قانون وتندرج في مجل التشريع بإقرار الحكومة ذاتها طالما أنها استندت على هذه المسطرة في سنها، بالإضافة إلى تأثيرها في مراكز الأفراد، وبالتالي لا يمكن اعتبارها مجرد أعمال إدارية قابلة للطعن فيها بمقتضى طرق الطعن في القرارات الإدارية على أساس أنها ليست قرارات تنظيمية، ومثل هذا التوجه يترتب عنه تحصينها من أي طعن طالما أنه لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري كونها ليست قرارات تنظيمية، كما لا يمكن إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضدها طبقا لهذا التوجه وهذا ما يخالف فلسفة التعديل الدستوري لعام 2011 التي تقتضي عدم تحصين أي حكم تشريعي من إمكانية خضوعه للرقابة الدستورية.

-لا يمكن التسليم بمسألة أن المراسيم بقوانين التي تنظم مجالات تندرج ضمن القانون لا تكتسب صيغة قانون إلا بعد المصادقة عليها من طرف البرلمان، رغم أنها دخلت حيز النفاذ وتم تطبيقها وترتبت عليها آثار حتى قبل المصادقة عليها، بالإضافة إلى أنها تصدر بناء على تفويض من البرلمان للحكومة للإذن لها باتخاذ هذه المراسيم سواء في إطار قانون

---

[1]-أمحمد حجاجي،مرجع سابق،ص204.

-محمد الساكت،الرقابة على دستورية الظهائر الشريفة،منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية،العدد الخاص رقم 18 حول القضاء الدستوري المغربي المستجدات والأفق،مطبعة الأمنية ،الرباط،2019،ص128.

[2]-عبد السلام زوير،مرجع سابق،ص174.

الإذن الذي منح به تلك الإمكانية للحكومة، أو بعد موافقة اللجان المعنية بالأمر في البرلمان على المراسيم بقوانين، المتعلقة بحالة الضرورة خلال الميعاد الفاصل بين دوارات البرلمان. [1]

-أن قرار المجلس الدستوري الذي أسسس عليها هذا الإتجاه موقفه صدر قبل تفعيل مقتضيات الفصل 133 من التعديل الدستوري لعام 2011 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية وقبل تنصيب المحكمة الدستورية التي حلت محل المجلس الدستوري.

ونخلص بناء على ما سبق، إلى أنه اذا تمت المصادقة على المراسيم بقوانين من طرف البرلمان فإنه يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضدها، على أساس أنها قانون صادق عليه البرلمان، وليس كمرسوم صدر من الحكومة خلال المدة الفاصلة بين دوراته أو في إطار التفويض، وبالتالي ترد رقابة المحكمة الدستورية عليهما معا وهذا ما أقره المجلس الدستوري سابقا في أحد قراراته ومفاده" أنه إحالة قانون يقضي بالمصادقة على مرسوم بقانون إلى المجلس الدستوري لفحص دستوريته يستوجب النظر في القانون والمرسوم بقانون معا لأنهما كونان كلا لا يتجزأ" [2] ، وهذا على خلاف ما استقرت عليه المحكمة الدستورية بموجب قرارها المؤرخ في 2020/06/04 وبموجبه فصلت في الطعن الذي تقدم به فريق الأصالة والمعاصرة ويتعلق بالمادة 04 من القانون العضوي لقانون المالية التي تنص على

---

[1]-عبد المجيد مليكي،التقيد الدستوري لحق دعوى الإلغاء الإدارية،نشرة قرارات محكمة النقض،الغرفة الإدارية،ع18،مطبعة الأمنية،الرباط،2014،ص79.

[2]-قرار المجلس الدستوري سابقا الذي حلت محله المحكمة الدستورية بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2011،عدد37/94 المؤرخ في 1994/08/16،والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 4271 بتاريخ 1994/09/07 والذي اعتبر بموجبه المجلس الدستوري أن القانون رقم 33/93 القاضي بالمصادقة على المرسوم بقانون غير مطابق للدستور،لأن المرسوم بقانون قد وافقت على مشروعه لجنة المالية والتخطيط والتنمية الجهوية بمجلس النواب في 1992/09/28،وكان يمكن إصداره يتاريخ 1992/10/08،الا أنه لم يصدر إلا بتاريخ 1992/10/13،أي بعد انقضاء المدة الفاصلة بين دورتين التي كان يمكن للحكومة إصداره فيها،وحيث يستتبع ذلك أن القانون رقم 33/93 القاضي بالمصادقة على المرسوم بقانون يكون قد تم إقراره دون مراعاة أحكام الفصل 54 من الدستور،ومن ثم يتعين القضاء بعدم مطابقته للدستور." وللمزيد من التفصيل ينظر مرجع يحي حلوي،المجلس الدستوري وتوسيع الرقابة على الدستورية،منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية،عدد خاص رقم 18 حول القضاء الدستوري المغربي المستجدات والآفاق،ط1،مطبعة الأمنية،الرباط،2019،ص.ص14-17.

أنه لا يمكن تغير قانون المالية إلا بقانون مالية تعديلي ويخضع لذات المسطرة،وفي ظل جائحة كوفيد 19 اتخذت الحكومة بعض التدابير منها رفع سقف التمويلات الخارجية بطريقة استثنائية[1] لأن تمريره بموجب الإجراءات العادية يحتاج إلى إجراءات طويلة منها المجلس الوزاري ثم انعاكسات ذلك على باقي المواد المالية، وأمام ظروف الجائحة لجأت الحكومة إلى مرسوم بقانون لتغير مادة في قانون المالية وتوصلت المحكمة الدستورية بموجب قرارها أعلاه أنه لا يجوز أي داعي للظر في مضمون القانون وعليه القانون المصادق على المرسوم بقانون لا يتضمن ما يخالف الدستور وكان من المفروض على المحكمة الدستورية أن تنظر في مواد القانون برمته وخاصة تلك التي رفعت سقف الاقتراض الخارجي للقول بدستوريتها من عدمه. [2]

وعليه يشترط حتى تندرج تلك المراسيم بعد المصادقة عليها ضمن نطاق سؤال الأولوية الدستورية أن تتعلق بالمساس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور طبقا للفصل 133 منه.

-بالنسبة للظهائر والمراسيم الملكية: يعد الظهير الشريف المكنة التي بموجبها يمارس الملك اختصاصه التشريعي والتنظيمي والاداري طبقا لما نص عليه الفصل 42 من التعديل الدستوري لعام 2011، بنصه على أنه "يمارس الملك هذه المهام المحددة بالفصل 42 بمقتضى ظهائر من خلال السلطات المخولة له صراحة بنص الدستور"ويمارس الملك وظيفته التشريعية بموجب الفصلين 41 و42 من تعديل دستور 2011، وذلك سواء أثناء غياب البرلمان أو حتى في ظل قيامه[3] ويمكن الإشارة إلى وجود ثلاث أنواع من النصوص تتمثل في:

*الظهائر الملكية التي تتضمن قواعد قانونية إما في شكل ظهائر عادية أو ظهائر بمثابة قوانين والصادرة خلال الفترات التالية:

---

[1]-قرار عدد20/106،م د الصادر في الملف رقم 20/057 بشأن المرسوم بقانون رقم 26/20 بالمصادقة على المرسوم بقانون رقم 20/320 المؤرخ في 2020/04/07 المتعلق بتجاوز سقف التمويلات الخارجية.

[2]-عبد السلام زوير ،مرجع سابق،ص176.

[3]-مصطفى بن شريف،التشريع ونظم الرقابة على دستورية القوانين،ط1،سلسلة الوعي القانوني،منشورات الزمن،مطبعة بني أزناسن،سلا،المغرب،2015،ص151.

-فترة الحماية الممتدة من 1912 إلى غاية 1955.

-الفترة الانتقالية بعد حصول المغرب على الاستقلال وإلى غاية إقرار أول دستور فيه مابين 1955 و1962.

-الفترة التي تم الإعلان خلالها عن حالة الاستثناء ما بين 1969 و1970.

-الفترة الانتقالية اللاحقة لدستور 1970 ما بين 1970 و1972.

-الفترة الانتقالية اللاحقة لدستور 1972 مابين 1972 و1977.

-فترة الفراغ التشريعي اللاحقة لانتهاء الولاية النيابية الثالثة،أي ما بين 1983 و1984.

-الفترة الانتقالية اللاحقة للمراجعة الدستورية لسنة 1992 أي مابين 1992 و1993.

*المراسيم الملكية المتضمنة قواعد قانونية والصادرة خلال الفترات التالية:

-الفترة الانتقالية اللاحقة لصدور دستور 1962 أي خلال سنة 1963.

-فترة حالة الاستثناء المعلنة عام 1965 وقبل اللجوء خلالها إلى مسطرة الظهير الشريف وتتعلق بالفترة ما بين 1965 و1969.

-بعض المراسيم المحدودة التي كان يصدرها الملك خلال فترة حالة الاستثناء وخلال الفترة الانتقالية اللاحقة لدستور 1970،والمتضمنة قواعد قانونية . [1]

*الظهائر والمراسيم الصادرة عن الملك خلال مختلف الولايات التشريعية،والتي تتضمن مقتضيات تشريعية في المجالات التي تعتبر من صميم الاختصاص المحفوظ للملك في مختلف الدساتر من دستور عام 1962 لغاية لتعديل الدستوري لعام 2011،(الفصلين 41 و42).

الملاحظ أن الظهائر والمراسيم المبينة أعلاه تتضمن أحكام تشريعية وبالتالي يثار التساءل عن مدى إمكانية إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضدها؟

[1]- عبد السلام زوير ،مرجع سابق،ص.ص179-180.

علل جانب من الفقه بأن سلطة الملك تتميز بالسمو وأنها تعو على الدستور ولا يجوز الطعن فيها عندما تختص بوظيفة التشريع عن طريق إصدار الظهائر الملكية بمقتضى الدستور، فالظهير يستمد سموه القانوني الكامل وحصانته القانونية الكاملة من منزلة السلطة المصدرة، بل أن حصانة الظهير ومركزه ينسحبان ليس فقط على المعاير التي يضعها الملك فحسب بل تمتد إلى المعاير التي تقررها الأجهزة الأدنى منها البرلمان إذا تمت المصادقة عليها وإصدارها بظهير، وتوصل جانب من هذا الاتجاه إلى أن المقتضيات الدستورية لها قيمة قانونية أدنى من تلك التي يتمتع بها الظهير لا سيما وأن الدستور لا يدخل حيز النفاذ إلا بعد إصداره بظهير مثله مثل القوانين البرلمانية. [1]

وحسب وجهة نظر الباحث فإن هذا الاتجاه غير مؤسس على أساس قانوني منطقي لأن الدساتير الحالية تهدف إلى منح الأولوية لحماية الحقوق والحريات، وبالتالي فإنه من الجائز إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد الظهائر والمراسيم الملكية طبقا لمقتضيات الدستور خاصة الفصل 133 منه ومشروع القانون العضوي رقم 86/15 المحدد لشروط وإجراءات ادفع بعدم الدستورية وذلك للإعتبارات التالية:

-إن اختصاص الملك وشرعيته الدستورية يستمدها من الدستور وبالتالي فإن إصداره للظهائر أو المراسيم يكون بناء على أحكام الدستور.

-غياب نص في الدستور يمنع الرقابة الدستورية على الظهائر الشريفة والمراسيم الملكية كما أن التعديل الدستوري لعام 2011 كرس رقابة دستورية عامة بدون تخصيص، وبالتالي تمارس هذه الرقابة على القانون بمفهومه العام، ويشمل كل القوانين بدون تخصيص مما يدل على أن الرقابة عن طريق إثارة سؤال الأولوية الدستورية تشمل أيضا الظهائر الشريفة والمراسيم الملكية لأنها تعتبر قوانين .

---

[1]-نور الدين شحشاح،الرقابة على دستورية القوانين في المغرب دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون العام،جامعة محمد الخامس،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،أكدال،الرباط،2000-2001،ص117.

-محمد أشركي،الظهير الشريف في القانون العام المغربي،ط1،دار الثقافة،الدار البيضاء المغرب،1983،ص131.

-تعتبر النصوص التشريعية الصادرة في صيغة ظهير شريف أو مرسوم ملكي منظمة لمجالات تتعلق بالحقوق والحريات وبالتالي لا يجوز تحصينها من نطاق سؤال الأولوية الدستورية .

-أن المادة 02 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 المحدد لشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية حددت المقصود بمصطلح قانون بأنه كل مقتضى ذو طابع تشريعي يراد تطبيقه في دعوى معروضة على المحكمة وبالتالي يفهم مصطلح القانون بمفهومه الواسع مهما كان شكله وطبيعته ويعد الظهير الشريف بمثابة قانون.

-إن إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد الظهير الشريف أو المرسوم الملكي لا يترتب عنه المساس بسلطة الملك بل يهدف فقط إلى تقرير دستوريتها من عدمه طالما أنها تنظم مجالا يندرج ضمن مجالات القانون، لاسيما أن الفصل 114 من التعديل الدستوري لعام 2011 نص على أنه"تكون المقررات المتعلقة بالوضعيات الفردية الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية قابلة للطعن بسبب الشطط في استعمال السلطة أمام أعلى هيئة قضائية إدارية بالمملكة" وبطبيعة الحال فالملك هو الذي يرأس المجلس الأعلى للسلطة القضائية طبقا للفصل 115 من نفس التعديل الدستوري وبالتالي فإن هذه القرارات تخضع للطعن القضائي رغم أنها صادرة عن المجلس الذي يترأسه الملك، وهو ما تم تأكيده في المادة 101 من القانون العضوي المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية، وهذا ما يؤكد بأن نية المؤسس الدستوري مؤسسة على جواز السماح بممارسة الطعون وعدم وجود أي تحصين ضد أي قانون. [1]

أما في التشريع الجزائري فقد نصت المادة 02 من القانون العضوي رقم 16/18 على أنه"يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور"

وأضافت المادة 195 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020 امكانية إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد الحكم التنظيمي، والملاحظ أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح

[1]-عبد السلام زوير ،مرجع سابق،ص184.

الحكم التشريعي والحكم التنظيمي وكلاهما أيضا آثار العديد من الغموض وبالتالي يقتضي الأمر تحديد مدلولهما.

[1] وتبعا لذلك فإنه من الصعوبة ضبط مدلول مصطلح الحكم التشريعي سواء بناء على المعيار العضوي، وذلك على أساس تعدد السلطات التي تشترك في سن الأحكام التشريعية وهما البرلمان والسلطة التنفيذية، كما يصعب تحديد مفهومه بناء على المعيار المادي على أساس أن امكانية تدخل المشرع لتنظيم كل المجالات بصفة عامة، وعليه يمكن الاقتصار على تحديد الحكم التشريعي بأنه كل حكم له قوة القانون، بمعنى أنه ذلك الحكم الذي له قوة خاصة وهي قوة القانون، وباعتبار أن سؤال الأولوية الدستورية يعد وسيلة لمنازعة عدم دستورية القوانين، الا أنه وبموجب المادة 188 من التعديل الدستوري لعام 2016 فإن موضوع سؤال الأولوية الدستورية يجب أن يكون حكما تشريعيا تضمنه القانون وليس القانون في حد ذاته، وهذا ما قرره المجلس الدستوري الجزائري حسب تسميته السابقة بأن فصل بين القانون والحكم التشريعي المنبثق عنه، وهذا معناه أن النص القانوني يتضمن مجموعة من الاحكام وهذا ما نستخلصه من نص المادة 02 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري أنه"إذا صرح المجلس الدستوري أن القانون المعروض عليه يتضمن حكما غير مطابق للدستور ولا يمكن فصله عن باقي أحكام هذا القانون لا يتم اصدار هذا القانون"[2] وبالتالي فإن الحكم التشريعي يقتصر على مضمون القاعدة التشريعية وليس النص التشريعي كله، بينما ذهب اتجاه اخر للقول بان الحكم التشريعي حسب المعيار الشكلي والموضوعي هو النص المصادق عليه من طرف البرلمان سواء كان قانون عادي أو أمر، اذن يتبين لنا بناء على ما سبق تفصيله بشأن مفهوم الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية أنه يشمل مختلف القوانين التي لم يسبق خضوعها للرقابة الدستورية السابقة، بشرط أن تكون سارية المفعول(دخلت حيز النفاذ) بصرف النظر عن الجهة الصادرة عنها والإجراءات المتبعة بشأن المصادقة عليها وإصدارها وتاريخ نشرها.

---

[1]–محمد بوسلطان والياس صام،القانون العضوي 16/18 المؤرخ في 2018/09/02 يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،النشر الجامعي الجديد،تلمسان،2020،ص48.

[2]–النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 2016/04/06،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،ع29،المؤرخة في 2016/05/11.

ومنه فإنه على غرار المؤسس الدستوري الفرنسي والمغربي فإن المؤسس الدستوري الجزائري قد وسع من نطاق سؤال الأولوية الدستورية على اثر التعديل الدستوري لعام 2020، ليشمل أيضا المجال التنظيمي، ومن جانبنا نؤيد ما كرسه هذا التعديل كونه يتفق مع الاعتبارات التي تؤسس عليها آلية سؤال الأولوية الدستورية التي تهدف إلى فحص ومراجعة النصوص التي لم تخضع لنظام الرقابة السابقة، ونقصد بها النصوص المشمولة بالرقابة الجوازية على غرار القوانين والتنظيمات، ولكن الإشكال يتعلق بتحديد مجال الحكم التنظيمي، فهل ينصرف مدلوله الى المراسيم الرئاسية، أم يمتد أيضا ليشمل المراسيم التنفيذية التي تندرج ضمن تطبيق القوانين؟، استقر الفقه المقارن المناصر لفكرة امتداد مجال الرقابة الدستورية الى جميع انواع التنظيم واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية،"أن القاعدة المستقرة هي أن العام يحمل على عمومه والمطلق يجري على اطلاقه بحيث لا يجوز تخصيص العام بدون مخصص، وبما أن كلمة السلطة التنظيمية وردت في الدستور بلفظ العموم فإن تخصيصها باللوائح التي لها قوة القانون فقد يكون مخالفا لنص الدستور الصريح كما ان توسيع الرقابة الى اللوائح أمر تقتضيه الاعتبارات العملية تأكيدا لسيادة القانون لما لبعض هذه اللوائح من أهمية وبخاصة ما ينظم منها حرية المواطنين وأمنهم."[1] وبالتالي إذا جاز التسليم بتصورات الفقه المقارن بشأن مسألة المجال التنظيمي الذي يتوافق مع أصول الرقابة الدستورية في دول ما، إلا أن هذا التصور غير متاح للتطبيق على مجال سؤال الأولوية الدستورية في الجزائر ومبرر ذلك يكمن في مايلي:

-أن مسألة رقابة دستورية التنظيمات في النظام الدستوري قبل التعديل الدستوري لعام 2020 كانت تندرج ضمن نطاق الرقابة السابقة، وذلك حسب المادة 186 من التعديل الدستوري لعام 2016 بنصها على أن:"يفصل المجلس الدستوري برأي في دستورية المعاهدات

---

[1]-عطية أحمد ممدوح،دراسة مقارنة وتحليلية حول قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979،مجلة مصر المعاصرة،الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع،المجلد 70،عدد 375،1979،ص32.

-حميد ابراهيم الحمادي،الرقابة على دستورية القوانين في دولة الامارات العربية المتحدةدراسة مقارنة مع تشريعات جمهورية مصر العربية ودولة الكويت ومملكة البحرين،المركز القومي للاصدارات القانونية،القاهرة،2001،ص36.

والقوانين والتنظيمات"، إلا أنه بموجب التعديل الدستوري لعام 2020 أصبحت التنظيمات تندرج ضمن مجال الرقابة اللاحقة طبقا للمادة 195 منه.

-ان مدلول التنظيمات حسب المادة 195 يقتصر فقط على المراسيم الرئاسية التي لها قوة القانون والتي تكون سببا لاثارة سؤال الأولوية الدستورية، على أساس أن كل من رئيس الجمهورية والبرلمان كجهات إخطار للمحكمة الدستورية في الجزائر يملكان سلطة حماية المجال المخصص لهما في التشريع المحجوز والمقيد للبرلمان بموجب القوانين والقوانين العضوية، أو التنظيم الممتد والواسع لرئيس الجمهورية خارج نطاق التشريع، وهو الأمر الذي لا يسري على المراسيم التنفيذية كونها لا تندرج ضمن الرقابة الدستورية وتخضع فقط لرقابة القضاء الإداري(رقابة المشروعية).

وتأسيسا على ما سبق فإنه حسب وجهة نظر الباحث أن المقصود بالحكم التنظيمي حسب المادة 195 من التعديل الدستوري لعام 2020 هو المراسيم الرئاسية التي لها قوة النصوص التشريعية الصادرة عن البرلمان، دون أن يشمل مدلوله المراسيم التنفيذية كونها لا تكتسب قوة النص التشريعي وحتى التنظيمي الصادر عن رئيس الجمهورية، وفي هذه الحالة يصطلح على المراسيم الرئاسية "المراسيم التنظيمية المستقلة"، لأنها لا ترتبط بالنص التشريعي بل تنافس مجالاته، على غرار المراسينم التنفيذية التي ترتبط بالضرورة بنص تشريعي أو مرسوم رئاسي وبالتالي يصطلح عليها "بالتنظيم التنفيذي".

ومن جانبا ندعوا المؤسس الدستوري الجزائري الى اضافة مصطلح "مستقل" الى عبارة "الحكم التنظيمي" الوارد في المادة 195 لرفع الغموض الذي شابه، وتبقى المسألة متروكا لغاية صدور القانون العضوي المتعلق بسؤال الأولوية الدستورية تطبيقا لمقتضيات المادة 195.

1-2 الكتلة التشريعية المستثناة من نطاق سؤال الأولوية الدستورية:

طبقا للتشريع الفرنسي نجملها فيما يلي:

-القوانين الأساسية(العضوية): فقد عبر Bruno Genvois خلال لقائه بلجنة القوانين الدستورية بالجمعية الوطنية برفضه أن تكون موضوع سؤال الأولوية الدستورية ،قائلا أنه منذ 20سنة رافع على ضرورة اقصاء القوانين العضوية من مجال المسألة الدستورية لأن القوانين

العضوية تشكل جزءا مندمجا من المبادئ المرجعية لمراقبة دستورية القوانين، ومنه فالأجدر عدم اخضاعها لنطاق سؤال الأولوية الدستورية الذي يتعين بقائه محصورا في القوانين العادية، وإلى جانب ذلك المبرر يوجد مبرر آخر أكثر اقناعا والمستنتج من كون القوانين العضوية خاضعة للمراقبة الدستورية بشكل إلزامي، بالإضافة إلى كون القوانين العضوية تتعلق بصفة عامة بالقوانين التي تنظم العلاقة بين السلطات العامة والتي لا تتعلق بشكل أساسي بالحقوق والحريات المضمونة دستوريا.

وقد تدخل المجلس الدستوري الفرنسي لحسم الموضوع واعتبر أن مقتضى من القانون العضوي هو مقتضى تشريعي بالمعنى الوارد في الفصل 61 من الدستور ويمكن أن يشكل موضوع سؤال الأولوية الدستورية، وبموجب قراره رقم 2012/2278 المؤرخ في 2012/10/05 نظر المجلس الدستوري لأول مرة في القوانين العضوية ويتعلق الأمر بالقانون العضوي المنظم لوضعية القضاة الموضوع طبقا للفصل 92 من الدستور والذي لم يسبق للمجلس الدستوري أن فصل في مدى مطابقته للدستور في إطار الرقابة القبلية.

-الأنظمة الداخلية للبرلمان: كما لا يخضع لنطاق سؤال الأولوية الدستورية الانظمة الداخلية للبرلمان لأنها تخضع لنظام الرقابة الدستورية الوجوبية السابقة، ومنه تخرج عن نطاق تطبيق المادة 61-1 من الدستور.

-القرارات الرئاسية التي لم يصادق عليها البرلمان، والمراسيم والأوامر والقرارات الفردية فلا تكون محلا لسؤال الأولوية الدستورية لأنها تعد أحكاما تنظيمية وتخضع لرقابة القضاء الإداري، عدا الأحكام الإدارية المنصوص عليها في المادة 111-5 من التقنين الجنائي الفرنسي، حيث يتولى تقدير مشروعيتها القضاء الجنائي وكذلك اللوائح المرتبطة بالنزاع المعروض عليه.[1]

-الا ان المجلس الدستوري الفرنسي مؤخرا توصل بموجب قراريه الأول رقم 2020-843 المؤرخ في 2020/05/28 والثاني رقم 2020-852/851 المؤرخ في 2020/07/03 الى خضوع القرارات الصادرة عن الحكومة المنصوص عليها في المادة 38 من الدستور و التي

[1] https://www.conseil-constitutionnel.fr/décision/2020/2020843QPC.htm.
- https://www.conseil-constitutionnel.fr/décision/2020/2020851-852QPC.htm.

لم تقدم للبرلمان للمصادقة عليها بعد انقضاء الأجل المحدد قانونا لها قيمة تشريعية بمفهوم المادة 1/61 من التعديل الدستوري لعام 2008 بمعنى انها تندرج ضمن الكتلة التشريعية التي يجوز سؤال الأولوية الدستورية ضدها . [1]

-الاتفاقيات الدولية أو أعمال الإتحاد الأوروبي لا تكون محلا لسؤال الأولوية الدستورية لأنه لا يشملها نص المادة 61-1 من الدستور و لا أحكام القانون العضوي المؤرخ في 2009/12/10 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور.

-القوانين الاستفتائية:ويقصد بالاستفتاء الشعبي عرض أحد المسائل التي تتخذها الحكومة سواء تعلقت بمشروع دستور، أو مشروع قانون، أو معاهدة، أو أحد التصرفات الهامة على هيئة الناخبين، إلا أن القوانين التي تتم الموافقة عليها عن طريق الاستفتاء الشعبي تثير تساءلا بشأن قيمتها القانونية فهل تكتسب نفس القيمة القانونية للقوانين العادية أم تكتسب قيمة أعلى باعتبار أنها صادرة مباشرة عن الشعب؟. [2]

إن مسألة القيمة القانونية للقوانين الاستفتائية تحيلنا أيضا إلى مسألة على درجة من الأهمية وتتعلق بمدى قابليتها لإثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأنها.

انقسم الفقه الفرنسي بشأن القيمة القانونية للقوانين الاستفتائية الى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يعتبر تلك القوانين ذات قيمة قانونية، تفوق قيمة القانون العادي، وبرر موقفه على أساس أن القوانين الاستفتائية صادرة مباشرة عن السيادة الوطنية.

الاتجاه الثاني: يعتبر أن القوانين الاستفتائية لها نفس القيمة القانونية للقانون العادي، وبرر موقفه على أساس ان الاستفتاء الشعبي وسيلة مشابهة للطريق البرلماني فيما يتعلق بإصدار القانون، وبالتالي لا يترتب على الاستفتاء الشعبي اضفاء أي قيمة قانونية خاصة على

[1] -https://www.conseil-constitutionnel.fr/décision/2020/2020843QPC.htm.
- https://www.conseil-constitutionnel.fr/décision/2020/2020851-852QPC.htm.

[2] -تركي سطام المطيري،الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر والكويت،أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية الحقوق،قسم القانون العام،جامعة القاهرة،2008،ص150.

القانون الموافق عليه تبعا له، بل يبقى بنفس المرتبة مع القانون العادي وخاضعا لنفس القيود المتعلقة باصداره لاسيما ما تعلق بعدم مخالفته للدستور. [1]

أما بشأن قابليتها لاثارة سؤال الأولوية الدستورية فقد استقر الوضع في فرنسا بأن القوانين الصادرة عن طريق الإقرار من طرف الشعب الفرنسي على اثر الاستفتاء والتي تعد تعبيرا مباشرا عن السيادة الوطنية، لا يمكن أن تكون محلا لإثارة سؤال الأولوية الدستورية على أساس أن المادة 1/61 من الدستور تتعلق فقط بالقوانين التي يتم التصويت عليها من طرف البرلمان. [2]

و لقد استثنى بعض الفقه المقتضيات التشريعية التي تمت المصادقة عليها عن طريق الاستفتاء من مجال سؤال الأولوية الدستورية، وهو ذات الموقف الذي عبرت عنه أشغال الجمعية الوطنية مستحضرة في ذلك موقف المجلس الدستوري الرافض لمراقبة دستورية المقتضيات التشريعية المصادق عليها في أعقاب الاستفتاء، وأن القوانين المعنية بموجب الفصل 61من الدستور هي القوانين المصادق عليها من طرف البرلمان، وليس تلك المتبناة من قبل الشعب الفرنسي في أعقاب استفتاء مراقب من قبل المجلس الدستوري طبقا للمادة 60 والتي تشكل تعبيرا مباشرا للسيادة الوطنية. [3]

وحتى في ظل الرقابة السابقة على دستورية القوانين، استقر المجلس الدستوري الفرنسي على استبعاد القوانين الموافق عليها عن طريق الاستفتاء من نطاق رقابته، مؤسسا توجهه على مسألة ان تلك القوانين تمثل التعبير عن السيادة الوطنية.[4]

الا أن الباحث يرى خلاف ذلك، على أساس أن الاستفتاء الشعبي لا يضفي على القوانين حصانة تحول دون تصحيح عيوب عدم الدستورية، التي قد تعتريها فعلى فرض ان ذلك القانون صدر مشوبا بعيب عدم الدستورية فإن اجراء الاستفتاء لن يترتب عنه تصحيح

---

[1]–تركي سطام المطيري،المرجع نفسه،ص151.

[2] -c.c,décision,n 62-20 du 06/11/1962,p27 et décision n92-313 du23/09/1992,p94.

[3]–محمد اتركين،الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية الاطار القانوني والممارسة القضائية،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2013ص.ص40 إلى 42.

[4]–هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر مع تحليل للأحكام الدستورية في البلدين، دار النهضة العربية،القاهرة،2006 ،ص88.

ذلك العيب، حتى ولو أن الشعب قد حل محل السلطة التشريعية في سن القانون، الا ان ذلك القانون يخضع لما يخض له القانون العادي لان الشعب ملزم هو الآخر بعدم مخالفة أحكام الدستور والعمل بخلاف ذلك يترتب عنه تعديل الدستور بخلاف الطرق المقررة، ومنه حتى ولو اختلفت إجراءات إصدار كل من القانون العادي والقانون الاستفتائي، ومعيار الاختلاف قائم على حلول الشعب محل السلطة التشريعية في سن القانون، إلا أنه لا يمكن للشعب أن يمارس اختصاصا بشأن اصدار الدستور أو تعديله، وهذا ما نؤسس عليه بأن القانون الاستفتائي لا يكتسب وصف الدستور، بل يبقى مجرد قانون، والاولى عدم تحصينه من مجال اثارة سؤال الأولوية الدستورية متى خالف احكام الدستور، بالإضافة إلى ان الدستور يسمو على باقي التشريعات سموا شكليا وسمو موضوعيا وهو ما لا يتحقق بشأن القانون الاستفتائي كونه فقط يتمتع بالسمو الشكلي.

اذن ما نستخلصه بشأن القوانين الاستفتائية مايلي:

-ان الوصف القانوني الذي يكتسبه الاستفتاء هو أنه رخصة مخولة لرئيس الجمهورية الا أنه لا يجوز الاستناد عليه للتحلل من الواجب المتعلق باحترام أحكام الدستور.

-لا يضفي الاستفتاء الشعبي على القانون الموافق عليه بموجبه القيمة القانونية المقررة للنصوص الدستورية، بل يبقى ذلك القانون مكتسبا مرتبة أدنى من الدستور ووجوبية التزامه بعدم مخالفة أحكامه.

-الاستفتاء الشعبي ليس اجراء لتطهير القوانين من عيوب عدم الدستورية، ولا يترتب عليه تحصين القانون من مجال الرقابة الدستورية.

(1)-قوانين التصديق على المعاهدات والاتفاقيات الدولية: بموجب القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2010/05/14 رقم 312305 اعتبر هذا الأخير أنه لا يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد قانون رخص بالمصادقة على اتفاقية دولية، وذلك على أساس أنه لا يتحقق بشأنه الشرطين الأخرين المتعلقين بإثارة سؤال الأولوية الدستورية ذلك أنه بحكم طبيعته لا يمس الحقوق والحريات وينحصر مجاله فقط في الترخيص لمصادقة قبلية وحسب

[1]- منصور محمد أحمد،الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2012،ص87.

موضوعه فهو لا يطبق على النزاع بل تتمثل وظيفته في اجازة دخول المعاهدة الدولية الى القانون الوطني.

وقد قرر هذا الاستثناء بناء على عدة معاير تتمثل في:

-نص المادة 55 من الدستور التي جعلت الاتفاقية الدولية تسمو على القانون.

-اعمال احدى قواعد القانون الدولي العام وهي قاعدة المعاهدة شريعة المتعاقدين التي نصت عليها الفقرة 14 من مقدمة دستور 1946 .

-اعمال مبدأ الحصانة الدستورية للاتفاقيات الدولية المصادق عليها والمنشورة والمعمول بها ويمتد هذا المبدأ الى الاتفاقيات الأوروبية والأعمال والقرارات الموارة عن الاتحاد الأوروبي. [1]

كما ان المعاهدات والاتفاقيات الدولية لا تندرج ضمن نطاق سؤال الأولوية الدستورية على اساس ان لها قيمة قانونية تسمو على قيمة التشريع طبقا للمادة 55 من الدستور، بالاضافة الى خضوعها قبل التصديق عليها لرقابة المطابقة للدستور من قبل المجلس الدستوري طبقا للمادة 54 من الدستور، وقد توصل المجلس الدستوري الفرنسي بموجب قراره المؤرخ في 2010/07/22 رقم 2010-17/4 أن"التظلم الذي يزعم عدم توافق الحكم التشريعي مع التزامات فرنسا الدولية لا يمكن اعتباره طعن بعدم الدستورية، ولا يمكن للمجلس الدستوري المقيد بالمادة 1/61 من الدستور مراقبة مطابقة الأحكام المطعون فيها مع الالتزامات الدولية لفرنسا". [2]

-النصوص الدستورية الإجرائية المتعلقة باجراءات تقديم مشاريع أو اقتراحات القوانين والتصويت والموافقة عليها أي أن عدم الدستورية الشكلية لا تكون محلا لسؤال الأولوية الدستورية.

---

[1]-منصور محمد أحمد،مرجع سابق،ص87.

[2] - Xavier magnon,la question prioritaire de constitutionnalité,principes généraux pratique et droit du contentieux,2e édition,lexis nexis,paris,2013,p96.

-النصوص الدستورية المحددة لتوزيع الاختصاص بمباشرة الوظيفة التشريعية للدولة ومثالها المادة 34 من الدستور المحددة للمجالات المحجوزة للتشريع البرلماني، وبالتالي اذا صدر التشريع مخالفا لأحكام هذه المادة لا يمثل سببا لاثارة سؤال الأولوية الدستورية الا في الحالات التي يؤثر فيها تجاوزها بشكل مباشر على حق الطاعن، بالإضافة إلى ان صدور القانون في المجال المخصص للسلطة التنفيذية، أو العكس لا يترتب عنه إجازة إثارة سؤال الأولوية الدستورية، إلا في حالة ما اذا كان تدخل السلطة التنفيذية في مسألة يقتضي فيها الدستور وجوب تدخل السلطة التشريعية للتشريع بشأنها كضمانة من ضمانات الحقوق والحريات.

-الحقوق الدستورية التي صاغها المجلس الدستوري في شكل مبادئ عامة أو أهداف ذات قيمة دستورية وبموجبها يتوجه المجلس بالخطاب إلى المشرع بضرورة العمل على اشباعها ويكون التزامه بذلك مجرد التزام ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة، وبالتالي اذا خالف المشرع أي من هذه المبادئ لا يترتب عن ذلك اعتباره مخالفا لمبدأ دستوري ينظم حقا أو حرية أو يضمنه الدستور بصورة مباشرة ودقيقة[1] ومن بين تلك المبادئ التي تضمنها قضاء المجلس الدستوري ما يلي:

*الحفاظ على مقتضيات النظام العام.

*حماية مختلف اتجاهات التعبير الاجتماعي والثقافي في المجتمع الفرنسي.

*حسن ادارة العدالة.

-القوانين الدستورية والتعديلات الدستورية:

[1] -B-faure,les objectifs de valeur constitutionnel :une nouvelle catégorie juridique,R.F.D.C,1995,pp45-77.
-Anne levade,l'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après :réflexions sur une catégorie juridique introuvable, mélanges pierre pactet,dalloz ,2003,pp687-702.
-F.luchaire,bréves remarques sur une création du conseil constitutionnel :l'objectif de valeur constitustionnelle,R.F.C.C ,2005,pp675-684.
-محمد عبد اللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا،التعديل الدستوري في 23 يوليو 2008،بحث منشور في مجلة الحقوق،جامعة الكويت،ع3 لسنة 34 سبتمبر 2010،ص.ص15-16.

ان تعديل الدستور طبقا للاجراءات المنصوص عليها في الدستور والإلتزام بها مسألة ضرورية، غير أنه ومع التزام سلطة تعديل الدستور بالضوابط المقررة لتعديل أحكام الدستور الا أن ما يعتبر تعديلا دستوريا من خلال التقيد بتلك الاجراءات قد لا يعتبر دستوريا من طرف القضاء الدستوري، وذلك تأسيسا على مضمون التعديلات الدستورية وليس فقد الالتزام بالقيود الشكلية المقررة بموجب الدستور، وهذا ما قد يترتب عنه اضفاء وصف عدم الدستورية على التعديل الدستوي. [1]

فمن المعلوم أنه لا يمكن المنازعة في مدى مطابقة نص دستوري مع الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور عن طريق سؤال الأولوية الدستورية.

ولكن هل هذا الحظر من مجال سؤال الأولوية الدستورية يمتد ليشمل ايضا التعديلات الدستورية، فباستقراء التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 يتبين بأنه لم يتضمن أي نص يشير إلى إمكانية إثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأن التعديلات الدستورية [2] وهو نفس المبدأ الذي كرسه دستور 1958، واستقر اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي في ظل دستور 1958–في اطار الرقابة الدستورية السابقة– على عدم اختصاصه بالرقابة على التعديلات الدستورية على أساس أن المادة 61من دستور 1958 منحته فقط صلاحية رقابة دستورية القوانين العادية والأعمال المؤسساتية عندما تحال عليه طبقا للشروط التي حددتها تلك المادة بالاضافة الى عدم وجود أي نص دستوري يخوله سلطة مراقبة مراجعة الدستور، بالاضافة الى ان المادة 61 اعلاه خولته فقط سلطة مراقبة دستورية القوانين ولم تشر تلك المادة الى مصطلح القوانين الدستورية (التعديلات الدستورية)، والملاحظ ان المجلس الدستوري اعمل معيار التفسير الضيق لنص المادة 61 من دستور 1958 لاستخلاص عدم اختصاصه بالرقابة على تلك التعديلات.

---

[1]–خلفية محمد مفرح المطيري،القيود الإجرائية والموضوعية للتعديلات الدستورية والرقابة القضائية عليها دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه،تخصص قانون عام،كلية الدراسات العليا،قسم القانون العام،جامعة العلوم الإسلامية العالمية،2017،ص89.

[2]–وليد محمد الشناوي،الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية دراسة مقارنة،دار الفكر والقانون،المنصورة،2013،ص.ص76–77.

–محمد عبد العال،القضاء الدستوري المقارن،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية،2017،ص.ص191–192.

-Décision du conseil constitutionnel,n2003-469 DC,26/0/2003.

وفي هذا المجال قضى المجلس الدستوري الفرنسي بموجب قراره المؤرخ في 1962/11/16 بأنه لا يتمتع باختصاص الرقابة على التعديلات الدستورية التي يتم تبنيها بطريق الاستفتاء وهو ذات التوجه الذي كرسه بموجب قراره المؤرخ في 2003/03/26 ومفاده عدم اختصاصه بالرقابة على التعديلات الدستورية التي يتبناها البرلمان. [1]

وبالتالي استبعدت هذه التعديلات الدستورية التي تقرها غرفتي البرلمان منعقدة في هيئة مؤتمر من نطاق سؤال الأولوية الدستورية،وذلك على أساس التبرير الذي ساقه ايضا المجلس الدستوري الفرنسي والمتمثل في أن القواعد الدستورية ليس من شأنها المساس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، بالاضافة الى ان هذه التعديلات بعد اقرارها تصبح قوانين دستورية، وتشكل جزء من الدستور، وان المجلس الدستوري لا يختص برقابة قواعد الدستور، بل اختصاصه يشمل رقابة دستورية القوانين العادية او العضوية التي يقرها البرلمان. [2]

وهو نفس التوجه الذي كرسه أيضا المجلس الدستوري في إطار سؤال الأولوية الدستورية أين أكد هذا المبدأ أيضا، بحيث قضى في قراره المؤرخ في 2014/04/25 بأن"القوانين التي تقر عن طريق الاستفتاء لا تراقب من قبله، فالمادة 61-1 هي التي اعتمدها الشعب عن طريق الاستفتاء وهي التعبير المباشر عن السيادة الوطنية، ومنه فإن أي نص من نصوص الدستور تم إقراره عن طريق الاستفتاء لا يختص المجلس الدستوري بمراقبة دستوريته." [3]

وبناء على ما تقدم يتبين أن المجلس الدستوري الفرنسي قصر اختصاصه على مباشرة السلطات المكرسة له طبقا للدستور مع استبعاد أية رقابة من طرفه على التعديلات الدستورية.

---

1 -CC décision,n1962-20 DC,16novembre,1962.

يمكن الاطلاع عليه من خلال الموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري الفرنسي.

-CC décision,n2003-469,DC,26 mars2003

يمكن الاطلاع عليه من خلال الموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري الفرنسي.

2 -CC,décision ,n2003-469 DC,du26/03/2003.

يمكن الاطلاع عليه من خلال الموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري الفرنسي

3 -cc,25/04/2014,n 2014-392 qpc,JORF du 27/04/2014 p 7360.

ولكن حسب وجهة نظر الباحث فإنه يرى أنه اذا كان مبرر استبعاد التعديلات الدستورية من مجال الرقابة الدستورية السابقة، مؤسس على انعدام النص الدستوري الذي يخول المجلس الدستوري صلاحية الرقابة عليها، فإنه في ظل الرقابة اللاحقة لا يجد هذا الأساس مبرره لان المادة 1/61 من التعديل الدستوري لعام 2008 اجازت إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد كل حكم تشريعي ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وبالتالي هل يمكن ان يشكل نص المادة 1/61 من التعديل الدستوري لعام 2008 أساسا دستوريا لاختصاص المجلس الدستوري الفرنسي بالرقابة على التعديلات الدستورية ؟ أو بمعنى أكثر دقة هل يمكن اعتبار التعديلات الدستورية من ضمن الأحكام التشريعية التي تندرج في في نطاق سؤال الأولوية الدستورية ؟.

وبالتالي إذا أدرجت تلك التعديلات ضمن مدلول الحكم التشريعي فإنه يترتب على ذلك اختصاص المجلس الدستوري الفرنسي بالرقابة عليها، دون الحاجة إلى وجود نص دستوري آخر يخوله صلاحية ذلك على اعتبار أنه مختص بموجب المادة 1/61 من التعديل الدستوري لعام 2008 بالرقابة على الاحكام التشريعية التي تثير سؤال الأولوية الدستورية عند وجود انتهاك لحق او حرية يضمنها الدستور، ونسوق المبررات التي تؤكد بأن التعديلات الدستورية تندرج ضمن الحكم التشريعي بالمدلول السابق شرحه وبالتالي تعتبر قانون وتتمثل فيما يلي:[1]

–تعد التعديلات الدستورية قانونا من الناحية الشكلية لانها تأخذ شكل القانون، ويتبين ذلك من خلال التسمية التي تطلق عليها سواء اصطلح عليها بالقانون الدستوري أو القانون المعدل للدستور، كما يتم نشرها في الجريدة الرسمية تحت عنوان قوانين، وما يعزز هذا الرأي هو نص المادة92 من دستور فرنسا لعام 1958 التي تضمنت عبارة صريحة مفادها ان الدستور يعد قانونا بذكرها انه ينفذ هذا القانون بمثابة دستور الجمهورية والمجتمع، وتبعا لذلك فإن المؤسس الدستوري كيف الدستور بأنه قانون. [2]

[1]–وليد محمد الشناوي، مرجع سابق،ص85.

[2] -Dominique rousseau, droit du contentieux constitutionnel,mentchrestien,paris,9e ed,p182.

وبالتالي وباعتبار ان الرقابة الدستورية اللاحقة ذات طابع موضوعي، أي لا ترد على اجراءات وشكليات اصدار القانون، وانما مناطها هو انتهاك حكم تشريعي لاحد الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، فإنه تأسيسا على ذلك يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية اذا ما تبين أن قانونا دستوريا(تعديل دستوري) قد انتهك احد الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، أو قد خالف القيود الموضوعية المتعلقة بمجال الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور والغير قابلة للتعديل.

أما في التشريع الجزائري والمغربي تتمثل القوانين المستثناة من نطاق سؤال الأولوية الدستورية فيما يلي:

فبالنسبة للتشريع الجزائري فإن القوانين المستثناة من نطاق سؤال الأولوية الدستورية تتمثل في:

-التعديلات الدستورية وهو نفس التوجه الذي كرسه المؤسس الدستوري الفرنسي (غياب نص دستوري يجيز الرقابة الدستورية عليها).

-الأوامر غير مصادق عليها طبقا للمادة 142 من التعديل الدستوري تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان.

-القرارات الإدارية والمراسيم التنفيذية : على أساس أنها تصرفات إدارية تخضع للرقابة القضائية أمام القضاء الإداري، وتستثنى من نطاق الرقابة الدستورية، وذلك مرده أن القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص في الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وبالتالي لا تندرج ضمن المقصود بالحكم التنظيمي الوارد في المادة 195 من التعديل الدستوري لعام 2020،على النحو السابق بيانه.

-القوانين العضوية:على أساس خضوعها للرقابة السابقة على دستورية القوانين طبقا للمادة 190 من التعديل الدستوري لعام2020، وهذا ما يستخلص أيضا من نص المادة 08 من القانون العضوي رقم 16/18 السابق ذكره، التي أوجبت لاحالة سؤال الأولوية الدستورية على المحكمة العليا أو مجلس الدولة ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور باستثناء حالة تغير الظروف.

-القوانين العادية:التي خضعت للرقابة الدستورية السابقة بناء على إخطار المجلس الدستوري السابق من الجهات الرسمية المحددة بموجب المادتين 190 و193 من نفس التعديل الدستوري وهي رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول،ورئيس الحكومة و40 نائبا أو 25 عضوا في مجلس الأمة .

-القوانين الاستفتائية:تبنى المشرع الجزائري نفس التوجه الخاص بالمشرع الفرنسي بشأن استبعاد القوانين الاستفتائية من نطاق سؤال الأولوية الدستورية ، ولم يسبق للمجلس الدستوري الجزائري السابق أن فصل في مدى دستورية تلك القوانين.

أما بالنسبة للتشريع المغربي فإن القوانين المستثناة من نطاق سؤال الأولوية الدستورية تتمثل في:

-التعديلات الدستورية: نصت المادة 174 من التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 على أنه"للملك بعد استشارة رئيس المحكمة الدستورية أن يعرض بظهير على البرلمان مشروع مراجعة بعض مقتضيات الدستور..... وتراقب المحكمة الدستورية صحة اجراءات هذه المراجعة وتعلن نتيجتها." وبالتالي فلم يسند المؤسس الدستوري صراحة للمحكمة الدستورية اختصاص الرقابة على التعديلات الدستورية بل دورها مقصور فقط على مراقبة صحة اجراءات المراجعة للدستور واعلان نتائجه.

وبالتالي يكون للباحث نفس الموقف، بشأنها والذي شرحناه على مستوى التشريع الفرنسي ونضيف له ما يسانده في التشريع المغربي حسب تحليلنا لنص المادة 175 من التعديل الدستوري لعام 2011 وضعت قيود موضوعية لا يجوز المساس بها بموجب التعديل الدستوري، وبالتالي فإن مخالفة تلك القيود من قبل السلطة التأسيسية بموجب التعديل الدستوري يترتب عنه انتهاكها للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور ومنه جواز اثارة سؤال الأولوية الدستورية بسبب ذلك ويتعين الرجوع الى ما نصت عليه المادة 175 لتحديد القيود الموضوعية التي فرضتها على التعديل الدستوري بحظر تعديل بعض نصوص الدستور بنصها:" لا يمكن أن تتناول المراجعة الأحكام المتعلقة بالدين الإسلامي وبالنظام الملكي

للدولة، وبالاختيار الديمقراطي للأمة وبالمكتسبات في مجال الحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور".

-المعاهدات الدولية:على أساس أن المعاهدات الدولية لا تندرج ضمن عبارة النصوص القانونية التي لها قيمة التشريع، بل تتمتع طبقا لديباجة التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 بقيمة قانونية أعلى من قيمة التشريع، كونها المؤسس الدستوري جعلها تسمو على القانون الوطني فور نشرها. [1]

مما سبق يتبين أن التشريعات موضوع المقارنة ،قد أجمعت على عدة مسائل كالآتي:

-فيما يخص الأحكام التشريعية الخاضعة لمجال سؤال الأولوية الدستورية ،هي ذاتها تقريبا في كل من الجزائر وفرنسا والمغرب.

-الأحكام التشريعية المستبعدة من نطاق سؤال الأولوية الدستورية أيضا يوجد إجماع من طرف تلك التشريعات بشأنها.

ولكن هناك تميز للمؤسس الدستوري الجزائري، كونه كرس بموجب التعديل الدستوري لعام 2020 توسيع نطاق سؤال الأولوية الدستورية ليشمل الحكم التنظيمي أيضا.

أما فيما يخص الرقابة على التعديلات الدستورية والتي كانت هي الأخرى محل اجماع من هذه التشريعات على استبعادها من مجال سؤال الأولوية الدستورية لأسباب غير منطقية وغير قانونية، فمن وجهة نظر الباحث نقترح تعديل المادة 61 من التعديل الدستوري الفرنسي والمادة 195 من التعديل الدستوري الجزائري والمادة 133 من التعديل الدستوري المغربي على النحو الآتي:

يمكن اخطار المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية أيضا بسؤال الأولوية الدستورية المثار بشأن دستورية التعديلات الدستورية على أن يتم هذه الإخطار بعد إقرار تلك التعديلات من طرف البرلمان بصفة نهائية وقبل القيام بطرح مشروع هذه التعديلات على الاستفتاء".

---

[1]-أمحمد حجاجي،دور القضاء الدستورية في توجيه وتأطير الأعمال القانونية للمشرع دراسة في ضوء الرقابة على الدستورية،أطروحة دكتواره في القانون العام،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طات،جامعة الحسن الأول،2016،ص132.

وكملاحظة فإن التعديلات الدستورية بعد إقرارها من طرف البرلمان تعد بمثابة قوانين ولا ترقى إلى درجة النصوص الدستورية إلا بعد تمام الاستفتاء عليها.

1-3 مدى امكانية اثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأن الاجتهاد القضائي المستقر للحكم التشريعي:

وبعد عرض الأحكام التشريعية التي تشكل نطاق سؤال الأولوية الدستورية وتلك المستثاة منه، فإنه من الضروري التطرق إلى معالجة مسألة أخرى على درجة من الأهمية بحيث أثارت مسألة الطعن في أحكام تشريعية استقر العمل بها منذ مدة طويلة كما أن تطبيقها قد أسفر عن تفسير قضائي معين لها في اتجاه محدد ومن منطلق التفسير القضائي المستقر عليه بشأن حكم تشريعي معين يتساءل الباحث عن مسألة مدى جواز إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد التفسير القضائي المستقر عليه بشأن الحكم التشريعي؟.

إن الإجابة على التساءل المبين أعلاه، تدفعنا للحديث عن سابقة ابتكرها المجلس الدستوري الفرنسي يطلق عليها اصطلاح القانون الحي في مجال سؤال الأولوية الدستورية، ثم نتطرق إلى موقف كل من المشرع المغربي والجزائري من هذا البناء الفكري المرتبط بمسألة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، ومدى تبنيه لفكرة القانون الحي، وبالتالي سنعالج هذه المسألة من خلال العناصر التالية:

-مفهوم القانون الحي في مجال سؤال الأولوية الدستورية.

-تطبيق القانون الحي في مجال سؤال الأولوية الدستورية.

* مفهوم القانون الحي في مجال سؤال الأولوية الدستورية:

إن المقصود بفكرة القانون الحي، هو نشوء توجه قضائي ثابت بشأن تفسير القانون بحيث يشكل هذا التوجه القاعدة الأساسية في الرقابة الدستورية،وبالتالي يقدر المجلس الدستوري استحالة استبعاد هذا التفسير الثابت للقانون، وبالتالي يصبح مصدرا لقضائه ويفصل المجلس في مطابقة هذا التفسير الثابت أو القانون الحي للدستور. [1]

[1] -J.J,pardini,la jurisprudence constitutionnelle et les faits,cahiers du cours,cons.const,n8,2000.

تبعا لهذا التعريف للقانون الحي يمكن استخلاص الخصائص الثلاث التالية:

-الخاصية الأولى: القانون الحي هو التفسير القضائي الثابت للقانون، أو بمعنى آخر هو توجه قضائي في تفسير القانون، إلا أن هذا المعنى لا يترتب عنه قيام ارتباط بين القانون الحي والمنهج المتبع من طرف المحاكم العليا في النظام القضائي بشأن تفسير الحكم التشريعي، لأن ذلك الارتباط بين كل من القانون الحي والتفسير يتحقق بتوفر التوجه القضائي بصرف النظر عن منهج تفسير الحكم التشريعي أو مضمون التفسير.

-الخاصية الثانية:يمثل القانون الحي التطبيق القضائي للحكم التشريعي.

-الخاصية الثالثة:القانون الحي يعكس نمط من التعاون بين قضاء المجلس الدستوري والمحاكم العليا ومظهره أن يأخذ المجلس الدستوري بعين الاعتبار التفسير القضائي الثابت وامكانية تبنيه وتنازل المجلس عن تفسير الحكم التشريعي المحال عليه بطريقة مستقلة [1]كما يتجلى هذا التعاون في اتخاذ المجلس الدستوري من التفسير القضائي الثابت للحكم التشريعي أساسا لتقدير دستوريته.

وبغرض الإحاطة الدقيقة بمصطلح القانون الحي يرى الباحث أنه من الضروري التميز بين مسألتين هما:النص التشريعي، والقاعدة التشريعية، وهذا التميز كان وليد التساءل عن نطاق سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا، أي تحديد الأحكام التشريعية التي تندرج ضمن مجال سؤال الأولوية الدستورية والسبب راجع الى عدم دقة وغموض مصطلح الحكم التشريعي الذي أدرجته المادة 1/61 من الدستور، وتم التوصل إلى إبراز هذا التميز من خلال إدراج تعريف للمصطلحين، فالنص التشريعي يقصد به نص القانون وهذا النص يؤخذ بمفهوم لغوي، أي وثيقة تتضمن صياغات لغوية نصية وتحتوي على مضامين قاعدية والنص التشريعي حتى يكون مفهوما يحتاج إلى تفسير له، وأما القاعدة التشريعية فإنها تعد تعبيرا يحيل إلى نتيجة عملية تفسير النص التشريعي، أو المضمون، أو المحتوى الذي يمكن أن يستخرجه المفسر من النص المحتوي، بالإضافة إلى ذلك فالنص التشريعي قد يتضمن

[1] -C.Severino,un an de droit vivant devant le conseil constitutionnel,constitutions,2012,p43.

قاعدة تشريعية واحدة أو أكثر وقد لا يتضمنها وذلك عند تجرد النص من أي خطاب ملزم للأفراد.[1]

مما سبق يتضح أن القانون الحي وليد الإرتباط المزدوج بين نظامين هما: الأول:التفسير الثابت للحكم التشريعي من قبل المحاكم العليا، والثاني إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد الحكم التشريعي الذي رتب ذلك التفسير، أي أن سؤال الأولوية الدستورية لا يثار فقط ضد الحكم التشريعي المجرد كما أصدره البرلمان بل تمتد إلى التفسير القضائي الثابت له.

***تطبيق فكرة القانون الحي في مجال سؤال الأولوية الدستورية:**

إن المعمول به حاليا في النظام الفرنسي هو إخضاع التفسير القضائي للحكم التشريعي لإجراءات سؤال الأولوية الدستورية، وهو ما يصطلح عليه بالقانون الحي(le droit vivant) ويرجع أصل هذه التسمية إلى الفقه الايطالي، وقد نتج هذا النظام عن عدة تطورات لاجتهاد محكمة النقض ومجلس الدولة والمجلس الدستوري ونتطرق لها بالتفصيل المبين أدناه:

-موقف محكمة النقض من مسألة القانون الحي:

انقسم موقف محكمة النقض بشأن هذه المسألة إلى توجهين هما:

-التوجه الرافض إحالة التفسير القضائي للحكم التشريعي لرقابة المجلس الدستوري:

في بداية الأمر رفضت محكمة النقض إحالة سؤال الأولوية الدستورية من أجل مطابقة تفسيرها القضائي للحكم التشريعي للدستور، وقد أسست هذا التوجه على ثلاث(03)مبرارات تتمثل فيما يلي:

الأول:مستمد من صياغة المادة 1/61 من الدستور ومفادها عدم جواز إحالة سؤال الأولوية الدستورية إلى المجلس الدستوري إلا بصدد قيام اعتداء على الحقوق والحريات التي كفلها الدستور من حكم تشريعي، فإذا نتج الإعتداء عن التفسير الذي قررته المحكمة للحكم

[1]-محمد محمد عبد اللطيف،القانون الحي ورقابة الدستورية،دار الفكر والقانون،المنصورة،2019،ص.ص24-25.

التشريعي انتفى وجه إثارة سؤال الأولوية الدستورية لعدم استيفاء شروطها حسب المادة 1/61 من الدستور. [1]

الثاني:مرتبط بطبيعة اختصاص التفسير القضائي، فالمحكمة تعتبر أن هذا التفسير يندرج ضمن سلطة القاضي وبالتالي يستبعد من مجال الخضوع لرقابة سلطة أخرى. [2]

الثالث:مستمد من الأعمال التحضيرية للقانون الأساسي رقم 1523 المؤرخ في 2009/12/10 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور،على إثر انطلاق المناقشة البرلمانية للقانون السابق الذكر على مستوى مجلس الشيوخ تم إدراج تعديل على النص الأصلي لمشروع القانون بغرض إمكانية ممارسة الرقابة على الحكم التشريعي وعند الاقتضاء كما فسره القضاء [3]، إلا أن مآل هذا التعديل كان بالرفض بناء على طلب المقرر والحكومة كما أنه بمناسبة جلسات الاستماع التي نظمتها اللجنة التشريعية في 2009/09/01 أشار أحد النواب بأن الاصلاح لا يستهدف ممارسة رقابة مطابقة قضاء مجلس الدولة أو محكمة النقض للدستور. [4]

وقد تعرض موقف محكمة النقض لعدة انتقادات أهمها: أنه يدرج التميز بين الحكم التشريعي والتفسير القضائي له، وهذا ما يتعارض مع فكرة اندماج التفسير القضائي مع الحكم التشريعي، وهذا الأمر سلمت به محكمة النقض عندما رفضت إجراء تعديل زمني للعدول عن التفسير القضائي في أحكامها. [5]

وقد قررت بصريح العبارة في أحكامها أن التمسك بالأمن القانوني لا يجوز أن يترتب عنه نشوء حق مكتسب في قضاء مستقر وهذا مؤسس على مبدأ أن تطور القضاء يندرج ضمن سلطة القاضي في تطبيق القانون. [6]

---

[1] -Cass crim qpc,19/05/2010,n9-82-582,D 2010,p1352.
-Cass Ass plen 08/09/2010,n10-60189 qpc,crim19/05/2010,n9-70161-qpc.

[2] -Cass,Ass,plen 31/05/2010,n9-70716.

[3] –محمد محمد عبد اللطيف، القانون الحي ورقابة الدستورية،مرجع سابق،ص40.

[4] -Cite in ph,thery,de la question prioritaire de constitutionnalité comme révélateur des mentalités :la cour de cassation demeure et ne se rend pas… RTD ,civ,2010,p810.

[5] -F,Chénedé,qpc :le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction d'adoption au sein d'un couple homosexuel,D,2010,p2744.

[6] -Civ,1er ,21/03/2000,n9811982,D2000,593,note CH,Atias,RTD,civ,2000,obs,N,Molfessis:soc25/06/2003,n01-46479.

فالمبدأ هو رجعية التفسير التشريعي فالقضاء الجديد يطبق فورا على المراكز السابقة على الدعاوى المنظورة لأن ذلك التطبيق يتم على وقائع سابقة، وبالتالي يترتب عنه رجعية القاعدة.[1]

وبالتالي إذا ميز القضاء بين الحكم التشريعي وتفسيره القضائي، فإن الأثر المترتب عنه هو استبعاد اخضاع جزء كبير من القانون المتمثل في التفسير القضائي للرقابة الدستورية وحصر مسألة التفسير في نطاق المحاكم العليا له على وجه التحديد محكمة النقض، ومنه تقديس هذا النشاط ومنحه الأفضلية على مصير القانون. [2]

-التوجه المؤيد إحالة التفسير القضائي للحكم التشريعي لرقابة المجلس الدستوري:

وقد عدلت محكمة النقض عن موقفها السابق على إثر صدور قرار المجلس الدستوري المؤرخ في 2010/10/06 ،وأدرجت التفسير القضائي المستقر للحكم التشريعي ضمن نطاق سؤال الأولوية الدستورية.

-موقف مجلس الدولة من مسألة خضوع التفسير القضائي للحكم التشريعي للرقابة الدستورية:

رفض مجلس الدولة إحالة التفسير القضائي للحكم التشريعي الى المجلس الدستوري وأسسه على توجه مخالف لما اعتمدته محكمة النقض، مفاده أن التحليل الذي ينتهجه المجلس يترتب عنه إجراء تفسير محيد للقانون، مما يؤدي إلى مطابقة الحكم التشريعي للدستور، وبالتالي ينتفي مبرر إحالة سؤال الأولوية الدستورية إلى المجلس الدستوري فقد توصل المجلس في أحد قرارته إلى أن النصوص التي فسرها في قرار سابق لا تمثل أية صعوبة خاصة في التفسير، بحيث تكون مصدرا لعدم الأمن القانوني وذلك بالنظر إلى غموضها أو ما تتصف به من تناقض أو لكونها غير مفهومة. [3]

---

[1] -P.deumier,jurisprudence,répertoire de droit civil 2017,n12 et s.

[2] -F ,Chénedé,opcit p2744.
-N,Molfessis,la jurisprudence supra,constitutionnem,JCP éd,2010,p1039.

[3] -CE,25/06/2010,n326363,voir également,CE19/05/2010,n33825,M,theron,conel,guyomar,gaz,pal,27/05/2010,p23,I,1716 :23/06/2010,n33595,v

-موقف المجلس الدستوري الفرنسي في تكريس فكرة القانون الحي:

كرس المجلس الدستوري للمتقاضي الحق في المنازعة في المجال الفعال الذي يمنحه تفسير قضائي مستقر للحكم التشريعي، وعليه يتعين التطرق إلى قراره المؤرخ في 2010/10/06 الذي يعتبر الركيزة الأولى لنشأة فكرة القانون الحي في مجال سؤال الأولوية الدستورية والذي صدر على إثر رفض محكمة النقض بموجب حكمها المؤرخ في 2007/02/20 التبني البسيط لصالح شريك مثلي على أساس أنه من شأنه نقل السلطة الأبوية للمتبني، وحرمان الأم البيولوجية من جميع حقوقها على الطفل بالمخالفة للمادة 365 قانون مدني. [1]

إلا أنه في كلتا الحالتين لم تثر مسألة التميز بين الشريكين فطبقا للمادة 365 قانون مدني قد يكون للمتبني في مواجهة المتَبنى كل حقوق السلطة الأبوية ما لم يكن زوجا لأب أو أم المتبنى وضمن هذه الحالة تشارك السلطة الأبوية بينهما مشاركة، غير أن محكمة النقض توصلت إلى إدراج تفسير للمادة 365 قانون مدني مفاده أن تفسيرها على النحو السابق بيانه لا يتضمن اعتداء على الحق في الحياة الخاصة والعائلية، أو على مبدأ عدم التميز المنصوص عليهما في المادتين 08 و04 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. [2]

مما ترتب عنه إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد المادة 65 قانون مدني على أساس أنها تخالف الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، وأسس الطاعن ذلك على سببين هما:

*الأول مخالفة المادة 365 قانون مدني الحق في إقامة حياة عائلية طبيعية وهو الحق المعترف به بموجب الفقرة 10 من مقدمة دستور 1946، كما أنها تخالف أيضا مبدأ عدم التميز المنصوص عليه في المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

*السبب الثاني يتمثل في مسألة التميز بين طبيعة الروابط التي تجمع الشريكين متزوجان من عدمه، دون التميز طبقا للتوجه الجنسي لهما وهو الذي يعتد به وهذا ما أحالته محكمة النقض إلى المجلس الدستوري وطرحت السؤال التالي:هل اختلاف المعاملة بين الأطفال

---

oir,pdeumier,qpc :la question fondamentale du pouvoir d'interprétation(A propos du contrôle de l'interprétation de la loi)RTD civ,2010,p508.

[1] -Cass,1er civ,20/02/2007,n04-15-676,Bull,2007,I,n70-20,fev2007,n0615,647,Bull,2007,I,n71.

[2] -Civ,1er,19/12/2007,n0621369,d,2008,obs,F,Luxembourg,note,L.Mauger,Vielpeau,aj fam,2008,obs,f,chénedé.

المنصوص عليها في المادة 365 قانون مدني طبقا لما إذا كان المتبني متزوجا من عدمه لا يتضمن إعتداء على المبدأ الدستوري للمساواة. [1]

و بموجب القرار الصادر عن المجلس الدستوري المؤرخ في 2010/10/06 توصل إلى أن سؤال الأولوية الدستورية ليس على منوال التصور الذي تبنته محكمة النقض على أنه ينحصر فقط ضمن حدود نص المادة 365 قانون مدني، بل يمتد ليشمل المجال الذي منحه تفسير المحكمة لهذا النص، وهو المعني بنطاق الرقابة الدستورية، وباعتبار المجلس ليس ملزما بالتقيد بحرفية عبارات الإحالة قرر ممارسة الرقابة الدستورية، ليس فقط في نطاق مبدأ المساواة بل شملها طبقا للحق في اقامة حياة عائلية طبيعية [2]، وقد جسد هذا القرار أول اعتراف منه بفكرة القانون الحي، ليدرج هذا الحق تبعا لذلك ضمن حيثية خاصة عرفت باسم ((حيثية المبدأ)) ومضمونها مفاده أنه:"لكل متقاضي من خلال طرح سؤال الأولوية الدستورية الحق في المنازعة في دستورية المجال الفعال الذي يمنحه تفسير قضائي مستقر لهذا النص". [3]

وقد كرس المجلس الدستوري حق المنازعة في دستورية التفسير القضائي المستقر للحكم التشريعي على الأسس التالية:

[4]–أن تبني نظام سؤال الأولوية الدستورية ترتب عنه استحداث رقابة لاحقة ومجردة للحكم التشريعي، إلا أنه كرس حق للمتقاضي في المنازعة في دستورية حكم تشريعي يطبق على النزاع، وبالنتيجة لم يدرج هذا النظام حق المتقاضي في المنازعة في قاعدة معينة في المجال المجرد النظري الذي يكون منفصلا عن تطبيقه في المنازعة أمام القاضي العادي، فالحكم التشريعي ذاته قد لا يكون مخالفا للدستور، بل أن وجه المخالفة تحقق بموجب التفسير

[1] -Cass,qpc,8/7/2010,n10385,A j fam,2010,p390,obs,F,Chénedé RTD civ,2010,p544,obs,j.hauser.
[2] -F,Chénedé,qpc :le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle,D2010,p2744 et s.
[3] -C.C,06/10/2010,n39qpc,I ,Gallmeishre,adoption simple:l'article 365 du code civil conforme a la constitution,D2010,n35,p2293,D ?Rousseau,l'art italien qu conseil constititionnel :les désicions des 6 et 14/10/2010,gaz,pal27/10/2010,n293,p12,F.Chénedé :qpc ;le contrôle de l'interpritation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel,D2010,p2744 ,A,Basset,question prioritaire de constitutionnalité et risque de conflits d'interprétation,droit et société ,2010,n82,p713.
[4]- محمد محمد عبد اللطيف، القانون الحي ورقابة الدستورية،مرجع سابق،ص45.

القضائي الذي منح له، وهذا ما يستوجب فسح المجال للمتقاضي للمنازعة في دستورية ذلك التفسير.

ومنه فالملاحظ باستقراء قرار المجلس الدستوري الفرنسي المؤرخ في 2010/10/06 استعماله عبارة المنازعة في دستورية المجال الفعال الذي يمنحه تفسير قضائي مستقر للحكم التشريعي، وهذا ما يقتضي تحديد مدلول المجال الفعال للحكم التشريعي وعلى وجه التحديد المادة 365 قانون مدني، فهذا المدلول المتعلق بالمجال الفعال يقصد به في الاصطلاح القانوني المجال الذي تطبق فيه قاعدة قانونية بطريقة فعالة [1]، أي على نحو حقيقي وملموس.

واستعمال هذا المصطلح تقتضي التميز بين مسألتين هما: الرقابة على الحكم التشريعي والرقابة على مجاله الفعال أو تفسره القضائي، وللتوضيح فإن الرقابة الممارسة على المادة 365 قانون مدني، كانت تستهدف التحقق حسب تصورات محكمة النقض من أن التميز بين أطفال التبني بالنظر إلى السلطة الأبوية لم يكن مخالفا للمبدأ الدستوري للمساواة، وبالمقابل فالرقابة على المجال الفعال للمادة 365 قانون مدني معناها كما أراد الطاعن بحث ما إذا كان التفسير القضائي المستقر لمحكمة النقض وهو حظر تبني الطفل القاصر لشريك أو معاشر مخالف للدستور، وهذا المجال الفعال هو ما يجب أن يكون محلا للرقابة الدستورية. [2]

وعليه فإن محكمة النقض لم تقم بالتميز بين الأطفال طبقا للسلطة الأبوية، أي طبقا لما اذا كان التبني قد تم بواسطة الشريك أو المعاشر لوالدهم الطبيعي ولكن في ضوء أثرها وهو من حيث المبدأ حظر تبني طفل قاصر من الشريك أو المعاشر .

وتأسيسا على ما تقدم، وبعد أن تطرقنا إلى مساهمة المجلس الدستوري الفرنسي في إبتكار فكرة القانون الحي فمن الضروري التطرق إلى مصادره.

فباستقراء تجربة المجلس الدستوري الفرنسي فإنه يفرد للقانون الحي، مصدرا واحدا يتمثل في المصدر القضائي، وبالتالي يستبعد المصدر الإداري من نطاقه.

[1] -G,Cornu,vocabulaire juridique,PVF,2014,mot ‘portée’.
[2] -F,Chénedé,op cit,p2744.

ومنه فالمقصود بالمصدر القضائي للقانون الحي: هو التفسيرات القضائية الثابتة للحكم التشريعي التي تخضع لرقابة الدستورية.

ويتعين استيفاء التفسير القضائي لعدة شروط حتى يدرج المجلس الدستوري على الأخذ به وتتمثل هذه الشروط في أن يكون التفسير القضائي مستقرا، وأن يكون صادرا على المحاكم العليا، وأخيرا أن يشكل التفسير قضاءا إنشائيا ونفصل هاته الشروط كما هو مبين أدناه:

- **الشرط الأول:استقرار التفسير القضائي:**

ومفاد هذا الشرط ينصرف إلى أن يكون التفسير القضائي الذي يتكون منه القانون الحي مستقرا ،أو ثابتا، وهذا ما يقتضي تحديد مدلول القضاء المستقر أو الثابت.

ولتحقق مسألة استقرار القضاء، يجب توفر عنصرين هما:عنصر التكرار، وعنصر الاستمرار، بمعنى أن لا يكون قد تم العدول عنه [1]، وباعتبار أن القانون الحي يشكل تفسيرا قضائيا مستقرا يفترض وحدة التطبيقات، وبالتالي ففي مواجهة تطبيقات متباينة لا يمكن تحقق مسألة القانون الحي. [2]

وبالتالي لا يستلزم الأمر أن يكون مضمون جميع التفسيرات القضائية لنص تشريعي واحد متماثلة، ومنه يكفي وجود توجهات راجحة بوضوح في القضاء أو سلسلة مستمرة من التقريرات الموحدة. [3]

ومن هذا المنطلق يتولى المجلس الدستوري تحديد ما اذا كانت التفسيرات القضائية للنصوص الخاضعة للرقابة الدستورية، تشكل قضاءا مستقرا من عدمه، كما تراعي المحاكم العليا في فرنسا التحقق من وصف تفسيرها القضائي بالمستقر، وفي بعض الأحيان يستخدم مجلس الدولة صياغة تبين أن الحكم الذي يشكل بداية للتفسير القضائي المستقر [4] أما

[1] -V.Coq,qu'est-ce que la jurisprudence constante ,RFDA,2014,p223.
[2]- G.Zagrebelsky,la doctrine du droit vivant,ADC,1988,p61.
[3] -TH,Di Manno,précité,p32 et 33.
[4] -CE,1er oct2014,n38557(cette interprétation jurisprudentielle constante depuis une décision du conseil d'état n173998 du 10/06/1996.)

محكمة النقض فتشير فقط إلى وجود صفة التفسير القضائي المستقر للتفسير أو نفي هذه الصفة عنه. [1]

وعلى الرغم من أن عنصر التكرار أي تعدد التطبيقات هي شرط مفترض لتحقق القضاء المستقر، الا أنه يجوز أن يكون حكم قضائي واحد مكونا قضاء مستقرا [2]،وهذا ما أقره المجلس الدستوري عندما أكد أن حكما واحدا يكفي بأن يشكل تفسيرا قضائيا مستقرا.

الا أنه قد لا يتحقق شرط التفسير القضائي المستقر، فطبقا لقضاء محكمة النقض إذا كان لكل متقاضي الحق في المنازعة في المجال الفعال الذي يمنحه تفسير قضائي لنص تشريعي، إلا أنه يستجوب أن يكون ذلك التفسير محل إحالة على المحاكم العليا المختصة وعند انعدام التفسير المستقر من محكمة النقض فإنه يتعين المنازعة في تفسير القانون طبقا لطرق الطعن العادية، وانطلاقا من تأكيد محكمة النقض للتفسير الذي يكون محلا للمنازعة في دستوريته، فإنه يمكن التمسك بسؤال الأولوية الدستورية. [3]

وتبعا لذلك، فإن دور المحكمة يقتصر على وظيفة تفسير القانون فالاحالة لا تكون جائزة الا من تاريخ تفسيرها للقانون.

وهذا التوجه الذي انتهجته محكمة النقض تعرض للإنتقاد على أساس أنه في حالة عدم وجود قضاء مستقر، وعلى الرغم من أن المتقاضي اقتصر على التمسك بسؤال الأولوية الدستورية دن الإشارة إلى القضاء المستقر، فذلك الأمر يترتب عنه استبعاد إحالة سؤال الأولوية الدستورية لكنه يتيح المجال فقط للمجلس الدستوؤي لإعمال تحفظاته في التفسير. [4]

[1] -Cass,civ,1er ,13/02/2013,n12-19354,SOC,13/07/2016,n16-10459,(il n'existe pas,en l'état d'interprétation jurisprudentielle constante).
[2] -PH.jestaz,la jurisprudence constante de la cour de cassation,in l'image doctrinal de la cour de cassation,la doe,fran,1994,p207.
[3] -Cass,1er civ,13/02/2013,n12-19354.
[4] -B.Mathieu,jurisprudence relative a la question prioritaire de constitutionnalité,31/01 et 29/04/2013,JCP éd.G,n22-27 mai 2013,p1079.

➢ **الشرط الثاني:صدور التفسير القضائي المستقر عن المحاكم العليا:**

استقر قضاء المجلس الدستوري الفرنسي على حصر القانون الحي محل سؤال الأولوية الدستورية في نطاق التفسير القضائي الصادر عن المحاكم العليا، وهذه المحاكم في فرنسا تمثلها كل من محكمة النقض ومجلس الدولة.

الا أنه لا يشترط في التفسير القضائي المستقر، صدوره عن التشكيلة الأعلى للمحكمة العليا فيكفي صدوره عن دوائر محكمة النقض [1] أو من الأقسام الفرعية في مجلس الدولة. [2]

ويستخلص مما سبق ان التفسير القضائي لقضاة الموضوع مستبعد من مجال القانون الحي فبموجب القرار الصادر عن المجلس الدستوري المؤرخ في 2011/04/08 رفض بحث دستورية تفسير قانون دخول وإقامة الأجانب وحق اللجوء[3]، الذي منحته له المحكمة الوطنية لحق اللجوء فطبقا لذلك لا يكون للطعن الذي يرفعه الأجنبي طالب اللجوء والذي أخطر بقرار الوكالة الفرنسية لحماية اللاجئين وعديمي الجنسية أثر موقف على سلطة الإبعاد القسري، وقد أسس المجلس قراره على أن قضاء تلك المحكمة لم تتم إحالته إلى مجلس الدولة الذي له بحكم موقعه على قمة القضاء الإداري التحقق من أن هذا القضاء يحدد الحق في الطعن، وفي ضوء هذه الظروف لا يمكن أن يشكل هذا القضاء تغيرا في الظروف يكون من طبيعته إعادة النظر في دستورية النصوص المطعون فيها [4] ،مع مراعاة التدرج القضائي، كما أنه يتميز بالوضوح في تحديد مصار القانون الحي، وقد قصر هذه المصادر على قضاء المحاكم العليا، الا أنه ليس من المستبعد أن يترتب عن ذلك القضاء حرمان المتقاضي من حق المنازعة في التفسيرات القضائية للمحاكم الأدنى، وذلك بالنظر إلى استحالة الطعن فيها أمام المحاكم الأعلى، ومثالها فيما يخص الحكم الصادر عن المحكمة الوطنية لحق اللجوء لم يكن باستطاعة مثير سؤال الأولوية الدستورية وهو أجنبي أبعد عن الأراضي الفرنسية قادرا على استمرار التقاضي في فرنسا ورفع الطعن في حكم تلك المحكمة أمام مجلس الدولة.

---

[1]-Cass,1er civ,20/02/2007,n06-15657,Cass,crim,5/12/1963,n69-18000,Soc,16/05/1979,n77-12855.
[2] -CE,3e et 8e sous-sections,27/07/2009,n295637.
[3] -Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).
[4] -CC,8/4/2011,n120qpc.

ولكن حسب وجهة نظر الباحث أنه ليس من الوجوب تدخل محكمة النقض أو مجلس الدولة، والفصل في مسألة تطبيق القانون لاعتبارها قانونا حيا، إذ لا يوجد مانع من نشوء قاعدة حية دون أن تكون نتاجا لقضاء المحاكم العليا، وذلك على أساس أن العنصر الحاسم في تكوين القانون الحي ليس وظيفة أو درجة المحكمة التي تنشئه، ولكن درجة التوافق حول التفسير القضائي للقانون، وبالتالي يمكن اعتماد التفسير الصادر عن قاضي الموضوع طالما أن هذا التفسير القضائي تم تأيده بشكل واسع وخصوصا في ظل انعدام اصدار المحاكم العليا قضائها بشأن موضوع التفسير.

- **الشرط الثالث:استبعاد القضاء الإنشائي من مجال القانون الحي:**

مرد استبعاد القضاء الإنشائي من مجال القانون الحي مؤسس على أساس أن سؤال الأولوية الدستورية يستهدف رقابة النصوص التشريعية فقط، إلا أن توسيع نطاق الرقابة وامتدادها إلى التفسير القضائي أيضا لا يعني اخضاع كل القواعد القانونية للرقابة الدستورية، بل أنها مقصورة فقط على الطعن في القانون مع مجاله الفعال الناتج عن التفسير القضائي له. [1]

وبالتالي فالرقابة على المجال الفعال أو التفسير القضائي تقتضي وجوب التميز بين نوعين من القضاء:الأول قضاء نشأ من تفسير النص والثاني قضاء نشأ خارج أي نص وهو ما يصطلح عليه بالقضاء الإنشائي.

وقد حدد المجلس الدستوري على إثر إجازته المنازعة في التفسير القضائي للنص التشريعي من خلال سؤال الأولوية الدستورية بأن قرار البرلمان لا يجيز إثارة سؤال الأولوية الدستورية الذي يرتبط بقضاء لم يتطور على أساس النص التشريعي، ومثال ذلك نظرية عمل الأمير في القانون الإداري التي لا تقبل المنازعة فيها من خلال سؤال الأولوية الدستورية لانها لا ترتبط مباشرة بأي نص تشريعي.[2]

[1] -P,Deumier,jurisprudence,répertoire de droit civil,nov,2017,p170.

[2]- محمد محمد عبد اللطيف، القانون الحي ورقابة الدستورية،مرجع سابق،ص55.

وعليه يتعين التميز بين القضاء الدستوري المستقر للنص التشريعي الذي يشكل أساسا للرقابة الدستورية، وبين القضاء الإنشائي المستبعد منها وهذا ما يحيلنا إلى ضرورة عرض معيار التميز بينهما على النحو المبين أدناه:

إن معيار إعمال التفرقة بين التفسير القضائي المستقر، والقضاء الإنشائي يتعلق بدرجة الإرتباط لكلاهما بالنص التشريعي، فمتى كانت العلاقة مباشرة نكون أما التفسير القضائي أما إذا كانت غير مباشرة نكون أمام قضاء إنشائي، وعلى هذا النحو استقرت محكمة النقض الفرنسية على قبول سؤال الأولوية الدستورية المقترح والذي لا يجوز تعديله متى كان لا يتضمن أي نص تشريعي يحتمل أن يؤدي مجاله الفعال إلى الاعتداء على مبدأ الأمن القانوني المكفول بالمواد 2 و4 و5 و6 و16 من اعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 . [1]

إلا أنه لا يمكن إعمال هذا المعيار على وجه الديمومة وذلك على أساس أن الإشارات الواردة في مقدمات الأحكام، والتي تتضمن الإشارة إلى النص القانوني، أو المبدأ، لا تكفي للتميز بين التفسير القضائي للنص الذي يمكن المنازعة فيه والقواعد القضائية المستثناة من مجال الرقابة الدستورية، لأن المبادئ قد ترتبط بروابط قد تكون غير وثيقة بالنص، بالإضافة إلى أن بعض القواعد قد تستمد جزئيا من مبدأ قضائي وجزئيا من تفسير نص تشريعي [2]كما أن القضاء قد يعمل على إجراء بناء متناسق من النصوص التي يقوم بتحديد تطبيقاتها المتبادلة، وبالتالي نكون بصدد مسألة لا يمكن الفصل بشأنها بين النص التشريعي وسلطة القضاء الإنشائي، ونتطرق إلى حكم الغرفة المدنية بمحكمة النقض المؤرخ في 2011/12/08 لإبراز تلك الصعوبة، فسؤال الأولوية الدستورية تضمن إخضاع دعاوى التعويض عن الاعتداءات على الحياة الخاصة طبقا للمادة 09 من القانون المدني للقواعد العامة الإجرائية وقد استند هذا القضاء من الناحية الشكلية بصفة مباشرة على المادة 09 من القانون المدني وقانون 1881 ولا يوجد أي مبدأ يضفي على هذا التفسير بعدا انسانيا، الا أن محكمة النقض قررت عدم قبول سؤال الأولوية الدستورية على أساس انه مؤسس على المنازعة في المادة 09 من القانون المدني والذي يعد نص موضوعي يتعلق باخضاع

[1] -Cass,soc,03/07/2014,n14-40-026,d2014,p1504.
[2] -Cass,soc,08/04/2010,n0843050,D2010,p1085.

القضاء لهذه الدعاوى للقواعد العامة الإجرائية، مع عدم وجود نصوص خاصة ومن دون المنازعة في نصوص محددة تنظم مدة تقادمها، وكذلك عدم تطبيق المادتين 65 و53 من القانون المؤرخ في 1881/07/29. [1]

ونذكر على سبيل المثال بعض تطبيقات القضاء الإنشائي المستبعد من مجال الرقابة الدستورية كما هي مبينة على النحو التالي:

-المنازعة في القاعدة القضائية، التي تجيز إلزام الغير استنادا إلى مسؤوليته بتعويض شخص عن جزاء مالي له وصف العقوبة من دون تحديد النص التشريعي الذي يكون من شأن مجاله الفعال تطبيقا لهذه القاعدة الاعتداء على المبدأ الدستوري بشأن شخصية العقوبة المنصوص عليه في المادتين 8 و9 من اعلان حقوق الانسان والمواطن. [2]

-المنازعة في قضاء يخضع دعاوى التعويض عن الاعتداء على الحياة الخاصة طبقا للمادة 09 قانون مدني للقواعد العامة في الاجراءات وليس للقواعد المنصوص عليها في قانون 1881 لان تلك المادة تمثل نص موضوعي قضي بمطابقته للدستور من قبل المجلس الدستوري عدة مرات. [3]

ومنه فالملاحظ مما تقدم أن القضاء القائم على الفصل بين التفسير القضائي المستند على النص التشريعي والقضاء الانشائي الذي لا يستند إليه، قد تعرض للنقد على أساس أن القضاء يحاول دائما الربط بين التطورات القضائية، وأسانيد من النصوص مهما كانت بعيدة عنها، بالفعل أن بعض الأحكام في فرنسا تؤسس على مبادئ مستمدة من إشارات الحكم الا أنها في النهاية يمكن أن تنتهي إلى نص، ويبدو من الاستحالة تحديد العلاقة الحقيقية القائمة بين القضاء والنص وقت نشوئه، غير أنها تكون أكثر وضوحا بالنظر إلى ممارسة الرقابة الدستورية على القضاء، كما يؤدي عدم إخضاع القضاء الإنشائي، لتلك الرقابة إلى اضفاء الحصانة عنه على الرغم من غياب نص قانوني يكرس ذلك وخاصة أنه قد يتعارض مع المبادئ الدستورية. [4]

[1] -P ,Deumier,l'interpétation,entre « disposition législative » et « régle jurisprudentielle »,RTD civ,2015,p84.
[2] -Cass,Ire civ,27/09/2011,n11-13488,vai également :Cass,soc,09/07/2014,n14-40026.
[3] -Cass,1er civ,08/12/2011,n11-40070,d2012,p765,note dreger ;RTD civ,2012,p89.
[4] -N,Regis,obs,soc,20/02/2013,n12-140095,gaz pal,19/10/2013,n292,p10.

مما سبق نستخلص أن المصدر الاداري والمتمثل في السلوك الواقعي المتكرر من الادارة بشأن تطبيق القانون، لا يصلح أن يكون مصدرا للقانون الحي في فرنسا، فبالرجوع الى قرار المجلس الدستوري المؤرخ في 2011/10/21 المتعلق بالتكاليف التي يقع على الخصم انفاقها ولا ترد ضمن حساب النفقات التي يتحملها الطرف الخاسر، حيث نازع المدعون في دستورية المادة 2/800 من قانون الاجراءات الجنائية التي كانت تنص بعد تعديلها بموجب قانون 2000/06/15 على أنه(يجوز للمحكمة حين تقرر أن لا وجه أو الإفراج أو البراءة أن تمنح الشخص المحال للمحاكة بناء على طلبه مبلغا ماليا تحدده على سبيل التكاليف التي تحملها وتحيل تلك المادة إلى مرسوم من مجلس الدولة مهمة تحديد شروط تطبيقها، واستند دفاع المدعين أمام المجلس إلى ضرورة الأخذ بعين الإعتبار تطبيق ذلك المرسوم من جانت السلطة اللائحية بمعنى أنه يتعين على المجلس ممارسة رقابة على المجال الفعال الذي منحته السلطة اللائحية بمناسبة تطبيق النص التشريعي.

الا أن المجلس رفض طلب المدعين وقرر أنه بالنظر إلى الإحالة الواردة في المادة 2/800 من قانون الإجراءات الجنائية إلى مرسوم يصدر بعد أخذ رأي مجلس الدولة بتحديد شروط تطبيقها فهي لا تخالف مبدأ المساواة ولا يختص المجلس الدستوري بفحص الإجراءات اللائحية الصادرة تطبيقا لهذه المادة. [1]

وقد أخذ المجلس الدستوري بشأن رفضه فحص دستورية المادة 2/800 اعلاه في الاعتبار شروط التطبيق الواردة في النصوص اللائحية، ذلك أن تفسير النص التشريعي من قبل محكمة النقض أو مجلس الدولة لا يمكن أن يتساوى مع تطبيقه من قبل السلطة الإدارية على أساس أن تفسير النص التشريعي لا ينفصل عنه، بل يندمج فيه أما تطبيق القانون فيتميز عنه ويمكن مراقبته من قبل القضاء المختص اذا لم يكن متطابقا مع القانون. [2]

[1] -CC,21/10/2011,n190 qpc,AJPmais 2012,n3,p168,note J.b .Perriers.procédure,2002,p27,note A.S CHavent-Leclére. »qu'il n'appartient pas au conseil constitutionnel d'examiner les mesures réglementaires prise pour l'application de cet article ».

[2] -CC,14/10/2010,n52qpc.

كما يستبعد المجلس الدستوري أيضا التفسيرات التي تقدمها الحكومة [1]كما تستبعد محكمة النقض من مجال القانون الحي التفسيرات التي درجت عليها إدارة الضرائب[2] أو التعليمات الإدارية الضريبية [3] .

و بعد استعراض موقف المجلس الدستوري الفرنسي في تكريس نظام القانون الحي في نطاق سؤال الأولوية الدستورية بموجب قراره المؤرخ في 2010/10/06 وذلك بعد فترة وجيزة من تكريس نظام سؤال الأولوية الدستورية في 2010/03/01، نستخلص اذن من تجربة القانون الحي في مجال سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا حسب ما اكده المجلس الدستوري بقراراه رقم 2010-39، وكذا القرار رقم 2010-52 ان الرقابة التي يتولاها القاضي الدستوري على الاجتهاد القضائي للمحاكم العليا لا يمكن تفسيرها من جانب تحول القاضي الدستوري الى جهة استئناف لقرارات محكمة النقض او مجلس الدولة او إعادة النظر في قرارته، ومرد ذلك ان القاضي الدستوري لا يندرج ضمن التنظيم القضائي العادي بل هو قاضي الدستور(حارس الدستور) طبقا للسلطات المقررة له بموجب الدستور، وبالتالي فالرقابة على تفسيره للحقوق والقانون طبقا لما قرره الدستور يعزز مسألة أن الرقابة ترد على التطبيق الفعلي للأحكام التشريعية من طرف المحاكم في نطاق مدى احترام ذلك التطبيق، بمعنى تفسير المحاكم للأحكام التشريعية في اطار الضمانات الدستورية للحقوق والحريات، وبالتالي فالرقابة في هذه الحالة ليست ذات طابع مجرد محصور على القانون فقط [4] بل تشمل فكرة الرقابة على تفسير الاجتهاد القضائي الثابت للحكم التشريعي الذي يراد تطبيقه على المتقاضين ويمس بأحد حقوقهم وحرياتهم الدستورية.

ومما تقدم فإن العلة من منح صلاحية اثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد تفسير قضائي ثابت في حال انتهاكه للحقوق والحريات المكفولة دستوريا، هو تكريس الضمانات من الناحية العملية، حسب ما استهدفه المؤسس الدستوري ،وحسب ما هو مكرس عالميا ان التفسير القضائي سواء صدر عن محاكم دولية أو عن أجهزة دولية تتولى الاشراف على حسن تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان المصادق عليها من طرف الدول يقتضي

[1] -Cass,3e civ,25/09/2013,n13-140046,D,2013,p2275.
[2] -Civ,3e,25/09/2013.
[3] -L.Vapaille,la doctrine administrative fiscale,l'harmattan,2000.
[4] -Bertrand mathieu,Dominique rousseau :les grandes décisions de la qpc Ed LGDJ,2013,p128.

تدخل المحكمة او المجلس الدستوري اذا ما اثير سؤال الأولوية الدستورية ضد تفسير الحكم التشريعي بغرض التوصل الى التفسر الصحيح له والملزم للجميع على اساس ان التفسير الذي تم تطبيقه على الطاعن يخالف الضمانات الدستورية [1] .

وتبعا لذلك فإنه من الضروري التطرق إلى موقف كل من المحكمة الدستورية في المغرب والجزائر بشأن تبني نظام القانون الحي في مجال سؤال الأولوية الدستورية والملاحظ بتفحصنا القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الجزائري حسب تسميته سابقا وكذا على مستوى الفقه أن مسألة القانون الحي لا تزال مجهولة حتى الآن، ونفس الشيء في المغرب على مستوى الفقه لان المحكمة الدستورية لم تفصل بعد في سؤال أولوية الدستورية لأي نص تشريعي لعدم صدور القانون المنظم له.

2- عدم سبق الحكم بدستورية النص المطعون فيه مالم تتغير الظروف.

طبقا للتشريع الجزائري نصت المادة 08من القانون العضوي رقم 16/18 على أنه"يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية إذا تم استيفاء الشروط التالية:أن لا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء تغير الظروف".

أما طبقا للتشريع الفرنسي فإن المادة 23 /2 من القانون العضوي بشأن تطبيق المادة 61-1 من الدستور، تقتضي عدم سبق الحكم بتطابق الحكم التشريعي المطعون فيه مع الدستور وذلك في أسباب ومنطوق القرار الصادر من المجلس الدستوري خلال رقابته السابقة على دستورية القوانين ما لم تتغير الظروف.

وبالنسبة للتشريع المغربي نص الفصل 134 من التعديل الدستوري لعام 2011 على انه"لا يمكن اصدار الأمر بتنفيذ مقتضى تم التصريح بعدم دستوريته على أساس الفصل 132 من الدستور ولا تطبيقه وينسخ كل مقتضى تم التصريح بعدم دستوريته على أساس الفصل 133 من الدستور ابتداء من التاريخ الذي حددته المحكمة الدستورية في قراراها".

---

[1]-عبد العزير النويضي،المحكمة الدستورية ومسألة الدفع بعدم دستورية القوانين،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2019،ص.ص124-125.

وقد نصت المادة 05 من مشروع القانون رقم 86/15 أن "لا يكون قد سبق البت في بمطابقة المقتضى التشريعي محل الدفع للدستور ما لم تتغير الأسس التي تم بناء عليها البت المذكور".

فالمستخلص من المواد أعلاه أن مفاد هذا الشرط أنه عند صدور حكم بدستورية نص تشريعي يكتسب ذلك النص قرينة الدستورية، أو ما يطلق عليه الفقه الفرنسي براءة الدستورية، وبالتالي لا يخضع من حيث المبدأ العام لرقابة الدستورية ولا يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية بعد ذلك إلا إذا تغيرت الظروف الواقعية أو القانونية بشكل يجعل النص غير دستوري، مما يمكن الخصوم في الدعوى من اثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأنه، ومنه يستطيع قاضي الموضوع إحالة سؤال الأولوية الدستورية لمجلس الدولة أو محكمة النقض حسب الحالة متى توفرت باقي الشروط.[1]

ونظرا لحداثة موضوع سؤال الأولوية الدستورية في كل من التشريعين الجزائري والمغربي وانعدام الاجتهاد القضائي للمحكمة الدستورية في كلا الدولتين بشأن مفهوم مصطلح تغير الظروف، فإنه يتعين الاستعانة بالاجتهاد القضائي للمجلس الدستوري الفرنسي بغرض استخلاص المقصود بتغير الظروف ونوضح هذا المفهوم كما هو مبين أدناه:

-يعرف مصطلح تغير الظروف: بأنه هو ذلك الاستثناء من الوضعيات القانونية المكتسبة بشكل مشروع وتؤدي إلى إعادة النظر في دستورية مقتضى تشريعي سبق للمجلس الدستوري أن صرح بمطابقته للدستور، بمعنى آخر أنها التغير الذي يطال الأوضاع القانونية والمرتبطة بأحد العناصر القانونية المحيطة بقرار المطابقة الصادر عن المجلس الدستوري ويخص بشكل رئيسي ثلاث وضعيات:الأوضاع التشريعية،الأوضاع القضائية،الأوضاع الدستورية.[2]

---

[1]-محمد عبد اللطيف،المجلس الدستوري في فرنسا،التعديل الدستوري في 23 يوليو 2008،بحث منشور في مجلة الحقوق،جامعة الكويت،ع3 لسنة 34 سبتمبر 2010،ص 68 .

[2]-محمد اتركين،الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية الاطار القانوني والممارسة القضائية،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2013،ص.ص58 إلى 61.

وتغير الظروف، يمكن أن ينصرف إلى تغير ظروف القانون ،أو الواقع، وقد عرفه المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم 2009/595 بأنه "التغيرات الطارئة منذ القرار الأخير على المبادئ الدستورية المطبقة على ظروف القانون أو الواقع والتي تؤثر على المقتضى التشريعي المنتقد".

وحمل قرار المجلس الدستوري رقم 595-2009 ثلاث(03) تدقيقات لهذا المفهوم وهي:

الأول يكمن في المبادئ الدستورية المطبقة.

والثاني في التغير الكامن في ظروف الواقع التي تؤثر على فعالية المقتضى التشريعي المطعون فيه.

والأخير مخافة إفراغ هذا المعيار من أي قيمة فلا يمكن تأويل تغير ظروف الواقع وكأنها تحيل على الظروف الفردية والخاصة بالمحاكمة.

إلا أن شرط عدم جواز إعادة الطعن على حكم تشريعي سبق الحكم بدستوريته من المجلس الدستوري لاكتسابه الحجية المطلقة مقيد بعدة ضوابط تتمثل في:

-أن الحجية المطلقة للقرار السابق بالدستورية تقتصر فقط على القرار الدستوري الذي استند إليه في بحث دستورية النص التشريعي، بمعنى أنه لو صدر قرار من المجلس الدستوري بدستورية حكم تشريعي طبقا لنظام الرقابة السابقة لقاعدة دستورية معينة فلا يجوز خضوعه مرة أخرى لنظام الرقابة على الدستورية عن ذات الحكم وعن ذات النص التشريعي لسبق الفصل فيه.[1]

إلا أنه يجوز طرح الموضوع من جديد عن ذات النص التشريعي، ولكن استنادا لقاعدة دستورية أخرى غير التي سبق واستند إليها المجلس في قراره السابق، فلا يجوز الدفع بسبق الفصل في الموضوع، والتذرع بالحجية لاختلاف الأساس الدستوري في الحالتين.

---

[1]-أحمد عبد الحسيب النتريسي،إشكاليات الرقابة على دستورية القوانين في ظل تعاقب الدساتير،بحث منشور في المؤتمر الدولي الرابع العشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة،بعنوان مستقبل النظام الدستوري للبلاد،المنعقد بكلية الحقوق جامعة المنصورة،أفريل 2012.

–عدم إعمال الحجية إلا بالنسبة للنص التشريعي الذي كان محلا للرقابة السابقة دون غيره من نصوص القانون.

ومفاد ذلك أنه إذا حركت الرقابة السابقة على دستورية القوانين على نص معين بالذات، فإن الحجية تقتصر فقط على ذلك النص، دون أن تمتد إلى باقي النصوص التي لم تشملها الرقابة السابقة ومنه يجوز خضوعها للرقابة اللاحقة.

–التمسك بالحجية المطلقة لقرار المجلس الدستوري ما لم يتغير تفسير المجلس الدستوري للقاعدة الدستورية التي سبق وأن استند عليها في قراره السابق.

أما فيما يتعلق بعبارة تغير الظروف التي وردت عامة دون تحديد في النص والتي تبرر اثارة سؤال الأولوية الدستورية رغم سبق صدور قرار من المجلس الدستوري بدستورية النص، فقد ورد الحكم المؤرخ في 2009/12/03 عن المجلس الدستوري الفرنسي والذي فسر مصطلح تغير الظروف التي يترتب عن تغيرها اعتبار النص التشريعي المنظور أمام القضاء غير دستوري، بأنها الظروف القانونية المتمثلة في التغير الذي يمكن أن يطرأ على القاعدة الدستورية التي سبق وأن قضى المجلس بدستورية الحكم التشريعي استنادا عليها أو الظروف الواقعية التي من شأنها أن تؤثر في النص المطعون بعدم دستوريته بالشكل الذي يجعله متعارضا مع الدستور، إلا أنه في جميع الحالات لا يجب تفسير تغير الظروف الواقعية على أنه التغير في الظروف الفردية لمقدم الدفع والخاصة بالدعوى المعروضة على محكمة الموضوع".[1]

وتطبيقا لذلك قضى المجلس الدستوري في حكمه المؤرخ في 2010/02/02 بأن التقيد بدستورية الحكم التشريعي السابق صدوره يكون في إطار الأسباب والمنطوق الذي أشار إليه القرار، فإذا أضيف للنص السابق الحكم بدستورية أحكام تشريعية أخرى فإن ذلك لا يحول دون اثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأنها نظرا لأن منطوق القرار السابق لم يشمل الأحكام

[1]–محمد عبد اللطيف،رقابة الدستورية اللاحقة في فرنسا،مقال منشور في مجلة الدستورية،ع16،السنة السابعة،أكتوبر 2009،ص25.

-C. C .Dec, 3 Decembre 2009- 595- DC, Loi Organique relative a l'application l'article 6.1- 1de la constitution.

الجديدة التي أدخلت على النص [1] وفي حالة عدم تأكيد مجلس الدولة في سبق الحكم بدستورية النص المطعون بعدم دستوريته فإنه يفضل إحالته للمجلس الدستوري لبحث ذلك الموضوع، [2] وفي هذه الحالة الأخيرة إذا تبين للمجلس الدستوري سبق الحكم بالدستورية طبقا لنظام الرقابة السابقة الوجوبية أو الجوازية أو طبقا لنظام الرقابة اللاحقة عن طريق سؤال الأولوية الدستورية فإنه يقضي بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها مالم يكن هناك نص تشريعي لم يسبق له بحث دستوريته، كما قضى المجلس الدستوري في حكمه المؤرخ في 2012/02/10 بعدم قبول سؤال الأولوية الدستورية طبقا للمادة 61-1 من الدستور في حالة أن النص التشريعي المطعون فيه لم يصدر بعد أو كان سؤال الأولوية الدستورية متعلقا بنص تنظيمي(لائحي).

كما قضى مجلس الدولة بأنه في حالة صدور حكم المجلس الدستوري بدستورية نص تشريعي أضيف لأحكام تشريعية سابقة عليه فإنه لا يحول دون قبول سؤال الأولوية الدستورية ضد الأحكام التشريعية السابقة على صدور قرار المجلس الدستوري، بمعنى آخر لو أنه أضيفت فقرة جديدة لنص تشريعي وقضى المجلس الدستوري بدستورية هذه الإضافة الجديدة فإن هذا لا يحصن النص القديم، بحيث يمكن إثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأنه أمام محكمة الموضوع متى توفرت باقي الشروط التي نص عليها القانون العضوي المؤرخ في 2009/12/10.

كما قضى مجلس الدولة وأيده في ذلك المجلس الدستوري بأنه يعتبر بمثابة تغير في الظروف الواقعية أو القانونية حالة تعديل نص المادة التي سبق وقضى المجلس الدستوري بدستوريتها، أو تغير اتجاه المجلس الدستوري، ومنه يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأن النص الجديد طبقا للمادة 61-1 من الدستور متى توفرت الشروط التي نص عليها القانون العضوي المؤرخ في 2009/12/10.[3]

---

[1] - Cons.const.2/07/2010,section française de l'observatoire international des prisons :n2010-9qpc ;CE ?QPC ?23/07/2010.2010 .Monnot :req.n340114.

[2] -CE,qpc,09/07/2010,px Mathieu,req,n339081 :préc.note24 ;Cons.const.29/09/2010,px M :n2010-44 qpc§9.

[3] -شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية دراسة مقارنة،دار الفكر والقانون،المنصورة،2015،ص.ص150 إلى 153.

إلا أن القرار الصادر عن المجلس الدستوري رقم 2009-595 المؤرخ في 2009/12/03 المذكور أعلاه، لم يكن على درجة كافية من الوضوح مما ترتب عنه ادراج تفسيرات فقهية لمفهوم تغير الظروف، وخلصت إلى أن مصطلح تغير الظروف يقصد به التغيرات التي لها مدى عام(تغير في القواعد الدستورية، أو تغير في الظروف الواقعية أو القانونية التي من شأنها التأثير في مدى دستورية المقتضى التشريعي المطعون فيه) وبالتالي تستبعد الظروف الخاصة بالمتقاضي، ومنه فإن التغير في الظروف القانونية يتعلق بالحالة التي يحدث فيها تعديل دستوري فينشأ فرض بين اعلان دستورية المقتضى التشريعي والمنازعة اللاحقة عليه، وكذلك التطورات في التفسير القضائي للقواعد المطبقة، أو التطورات القاعدية التي من شأنها المساس بمدى دستورية أي مقتضى تشريعي ونقصد بها التغيرات الناشئة عن الاتفاقيات الدولية، أما بالنسبة للتغير في الظروف الواقعية فإنها تشمل تطور السياق الاقتصادي والاجتماعي والسياسي [1] ونفصل هذه التغيرات كالتالي:

*تغير النص الدستوري:يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية في الحالة الناشئة عن تعديل الدستور الذي ترتب عنه تغير في بعض الأحكام التشريعية على نحو اصبحت فيه مخالفة للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور [2]بمعنى آخر أن تغير الظروف بعد التعديل الدستوري لا يتعلق الا بمجال الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور .

*تغير ظروف القانون العادي: ومن الحالات التي يتحقق فيها ذلك التغير ما يلي:

-التغير الوارد في مضمون الحكم التشريعي:وقد يكون مرد هذا التغير راجع للمشرع وهذا ما كرسه القرار الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي رقم 2017/694 المؤرخ في 2018/03/02، وبموجبه ألغى احكام تشريعية من القانون الجنائي على اساس سبق دراسة مسألة دستوريتها بسبب تغير الظروف، وبالرغم أن القرار كان له أثر مؤجل الا انه الزم المحاكم الجنائية بوجوب تسبيب القرارات الصادرة عنها المتعلقة بالعقوبة في الاحكام الصادرة في القضايا الجارية والمستقبلية.

[1] - Xavier Magnon, La Question Prioritaire de Constitutionnalite Pratique et Contentieux, A Jour au ler Novembre 2010. P. 236

[2] -Samy benzina ,léffectivité des décisions qpc du conseil constitutionnel éditions LGDJ lextensio p137.

كما ان التفسير القضائي المستقر الصادر عن المحاكم العليا يندرج أيضا ضمن تغير ظروف القانون، ونوضح هذه المسألة من خلال ما توصل إليه المجلس الدستوري الفرنسي بموجب قراره رقم 2011-120 المؤرخ في 2011/04/08 بأنه على فرض أن الاجتهاد القضائي الصادر عن محكمة النقض جرد حكما تشريعيا في مجال قانون ودخول وإقامة الأجانب من الحماية على نحو أصبح مخالفا للضمانات الدستورية فإننا نكون بصدد تغير في ظروف القانون.

-التغير الوارد في اجتهاد المحكمة أو المجلس الدستوري:ويتحقق هذا الفرض في الحالة التي تلجأ فيها المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري إلى إعمال اجتهاد سابق لها للتحجج بوجود تغير في الظروف وعلى أساسه تجيز إعادة دراسة دستورية حكم تشريعي سبق لها أن قررت دستوريته، وهذا ما كرسه القرار رقم 125-2011 الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي وبموجبه اعتمد على قرار سابق أصدره بتاريخ 2010/07/30 رقم 22/14-2010 وفيه قضى بعدم دستورية أحكام تشريعية من القانون الجنائي كانت تحرم الشخص الموضوع تحت الحراسة من حق الاستفادة من محام وتوصل الى اعتباره أنه يشكل تغيرا في ظروف القانون يبرر له إعادة دراسة الأحكام التشريعية المحالة عليه.

*بالاضافة الى ذلك فالمستقر عليه في المغرب فإن توصيات الأجهزة الدولية لحقوق الانسان تندرج ضمن تغير ظروف القانون:على هذا النحو الذي يتم الاعتماد على الدستور المغربي والفقه الدولي والدستوري واجتهاد المحكمة الدستورية للتوصل بأن توصيات جهاز دولي يشكل تغيرا في ظروف القانون وتقتضي أن تكون محلا لسؤال الأولوية الدستورية ضد المقتضيات التشريعية المخالفة للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور أو تلك التي تكرسها الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف المغرب.[1]

وبالتالي فكل توصية صادرة من الاجهزة الدولية لحقوق الانسان تقتضي من المملكة المغربية ادراج تعديل أو الغاء تشريع مخالف لضمانات حقوق الإنسان أو غير كاف لحمايتها أو لادراج المعايير اللازمة للتمتع بها صلح أن يكون محلا لسؤال الأولوية الدستورية لاسيما اذا امتنعت الدولة عن اتخاذ الاجراءات اللازمة لاصلاح ذلك التشريع، ومبرر قبول سؤال

[1]-عبد العزيز النويضي،مرجع سابق،ص.ص159-160.

الأولوية الدستورية في هذه الحالة مؤسس على عدة مسائل تتمثل في تفعيل دياجة الدستور ومضمون الحقوق على النحو الذي فسرتها الأجهزة الدولية أو بناء على التوصيات التي تقتضي تفعيلها، والقيمة الالزامية للتوصية مستمدة في هذا المجال من مبادئ القانون الدولي والمتمثلة في مبدأ تنفيذ الالتزامات بحسن نية والتزام المملكة المغربية في ديباجة الدستور "بتعهدها بتنفيذ ما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات ....."

*أما في فرنسا تعتبر قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من قبيل التغير في ظروف القانون:فبتاريخ 2014/08/20 أحالت الغرفة الجنائية بمحكمة النقض سؤال الأولوية الدستورية يتعلق بقرار صادر عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قضى بإدانة فرنسا عام 2009 بتهمة خرق أحكام تشريعية من قانون الجمعيات بسبب الاجتهاد المستقر الذي تبنته محكمة النقض منذ عام 1999 لخرقه حق الجمعيات التي لها مقر في الخارج من حق التقاضي في فرنسا . [1]

وقد عللت محكمة النقض هذه الاحالة على النحو التالي:

(Attendu qu'a supposer que cette disposition ait été déclaré intégralement conforme a la constitution par la décision du conseil constitutionnel n77-44 du 16/07/1971 ,la décision de la cour européenne des droits de l'homme du 15/01/2009(ligue du monde islamique et organisation mondiale du secours islamique c.france) est de nature a constituer un changement de circonstance de droit.) [2]

أما تغير ظروف الواقع: ولتوضيحها يمكن الاطلاع على قرار المجلس الدستوري الفرنسي المؤرخ في 2010/07/30 رقم 22/14-2010 فبموجبه توصل الى تقرير عدم دستورية بعض الاحكام التشريعية من القانون الجنائي من خلال اعمال القاضي الدستوري عدة اعتبارات تتلعلق باحصائيات ومعلومات بشأن بمجموعة من تدابير الوضع تحت الحراسة وعدد ضباط الشرطة القضائية الذين لهم سلطة اتخاذ هذا التدبير الخطير على

[1]-عبد العزيز النويضي،مرجع سابق،ص160.

[2] -http://www.courdecassation.fr/jurisprudence-2/questions-prioritaire-constitutionnalité-3396/4789-20-30060.html.

الحرية الفردية وهذا بغرض تكوين رأيه حول البيئة التي تطبق فيها الاحكام التشريعية وان يقيم المفعول الحقيق لها في النطاق الماضي والحاضر. [1]

ويمكن الإشارة في هذا المجال إلى أنه قد سبق للمجلس الدستوري الفرنسي أن قبل الفصل من جديد في مدى دستورية بعض مقتضيات قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على الرغم من أنه سبق له وأن صرح بمطابقتها للدستور، مؤكدا بأنه:"حيث أنه يستخلص من أحكام الفقرة الثالثة من المادة 2/23 من مرسوم 1958/11/07 والفقرة الثالثة من المادة 5/23 أنه لا يجوز استفتاء المجلس الدستوري في مسألة سؤال الأولوية الدستورية يخص حكما سبق له اعتباره بقرار منه نصا وحيثيات موافقا للدستور إلا إذا تغيرت الظروف وباعتبار أنه تم اللجوء إلى المجلس الدستوري عملا بالفقرة الثانية من المادة 61 من الدستور بشأن قانون 2004/03/02، وأن أصحاب الالتماس احتجوا خاصة بمخالفة أحكام المادتين 1 و14 من هذا القانون للدستور وأن المجلس الدستوري في حيثيات قراره المؤرخ في 2004/03/02 قد نظر بوجه خاص في المادة الأولى "التي تدرج في الكتاب الرابع من قانون أصول المحاكمات الجزائية بابا هو الباب الخامس والعشرون بعنوان الإجراءات المنطبقة على الإجرام والجنوح المنظم"،وتتضمن المادة 706/73 من قانون أصول المحاكات الجزائية أن المجلس الدستوري قد نظر في حيثيات قراره المذكور نفسه في الأحكام المتعلقة بالحبس على ذمة التحقيق في الجرائم والجنح المنظمة ومن ضمنها الفقرة الأولى من المادة 14 التي تنبثق عنها الفقرة السابعة من المادة 63-4 من قانون الاجراءات الجزائية،وأن المادة 02 من منطوق هذا القرار أعلنت أن المادتين 01 و14 متوافقتان مع الدستور، وبالتالي تكون الفقرة السابعة من المادة 04/36 والمادة 706/73 من قانون الاجراءات الجزائية متطابقتين مع الدستور بموجب قرار من المجلس الدستوري نصا وحيثيات ونظرا لغياب أي تغير في الظروف منذ اتخاذ القرار المذكور في 2004/03/02 المتعلق بمكافحة الإجرام والجنوح المنظم،فإنه لا يمكن للمجلس النظر مجددا في هذه الأحكام بشأن

[1] -Décision n2010-14/22 qpc du 30/07/2010.

المواد 62 و63 و1/63 و4/63 الفرات من 02 إلى 06 والمادة 77 من قانون الإجراءات الجزائية" [1] .

3-جدية المسألة الدستورية.

يجري تحريك الرقابة على دستورية القوانين بطريق سؤال الأولوية الدستورية من خلال إثارته من قبل أحد الخصوم في دعوى معروضة أمام محكمة الموضوع بشأن الحكم التشريعي المراد تطبيقه على النزاع، ويعد سلوك هذا الطريق وسيلة دفاعية لا هجومية وغير مباشرة لتحريك الرقابة الدستورية ويجوز ابداءها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، كما اعتبر سؤال الأولوية الدستورية من المسائل الأولية التي تهدف إلى وقف الفصل في الخصومة لحين الفصل في مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في الدعوى الأصلية، وبذلك تكون من اختصاص القضاء الدستوري وبالرجوع إلى القوانين العضوية رقم 2009/1523 15و/86 و16/18 المتعلقة بسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة فقد نصت على ارجاء الجهة القضائية الفصل في النزاع الى غاية توصلها بقرار محكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية بشأن سؤال الأولوية الدستورية المثار.

ويستخلص باستقراء القوانين العضوية رقم 2009/1523 و86/15 و16/18 بأن قاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية بخصوص وقف الدعوى لحين الفصل في سؤال الأولوية الدستورية اللازم للفصل فيها، أو بمعنى أكثر وضوح بشأن سؤال الأولوية الدستورية الذي يضمن مسألة أولية من اختصاص المجلس الدستوري وتتحقق هذه السلطة من خلال اعماله مبدأ التقييم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية المثار، او ما يصطلح عليه بعنصر جدية سؤال الأولوية الدستورية، وبالتالي نتساءل فيما يكمل الاختلاف بين نظرة قاضي الموضوع لمسألة جدية سؤال الأولوية الدستورية ونظرته إلى الدفوع الأخرى التي تثير مسائل أولية؟ لاسيما وأن مصطلح تقدير الجدية ليس محصورا على موضوع سؤال الأولوية الدستورية بل

[1]-قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم qpc22/14-2010،بتاريخ 30 تموز 2010،المنشور في الموقع الإلكتروني للمجلس.

جرى القضاء على اعتماده كأساس للمسائل الأولية،وهل فحص الجدية يتعلق بالتحقق من توفر شروط إثارة سؤال الأولوية الدستورية.

إن سلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية تختلف عن سلطته في تقدير جدية المسائل الأولية للأسباب التالية:

-شمول سؤال الأولوية الدستورية بحكم طبيعته بتنظيم خاص من حيث إثارته، والجهة المختصة بالفصل فيه وكيفية الفصل فيه خروجا عن القواعد العامة، وأحيانا بتطبيق هذه القواعد بما لا يتعارض مع طبيعته.

-اشتراك سؤال الأولوية الدستورية مع غيره من المسائل الأولية في تأثيره على المراكز القانونية للخصوم في الدعوى الأصلية، لكنه يتجاوز ذلك إلى إستهداف إلغاء النص المطعون فيه بحكم أثره العام الذي يتجاوز حدود الدعوى الأصلية وأطرافه.[1]

وللوصول إلى تحديد ضوابط تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية تعين أولا تحديد مدلوله بعرض مختلف التعريفات التي وردت بشأنه، ثم تميزه عن بعض المصطلحات المشابهة له وركزتها على مصطلح المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية ،ثم إبراز الغاية التشريعية المقررة من وراء النص على شرط الجدية .

أ-المدلول الفقهي والقضائي لجدية سؤال الأولوية الدستورية:

نصت المادة23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523على وجوب جدية سؤال الأولوية الدستورية دون تحديد معاير وضوابط تقدير الجدية من عدمها، ومبرر ذلك أن المشرع غر مختص بوضع التعريفات، بل هو اختصاص منوط بالفقه والقضاء، وذلك من خلال دراسة ظروف كل دعوى على حدا وتقدير مدى توافر جدية سؤال الأولوية الدستورية دون التقيد بجمود وحرفية النص القانوني.

[1]-عبد الكريم حسن رجب،ضوابط تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية،مقال منشور بمجلة البحوث القانونية والإقتصادية،المجلد 16،عدد28،أكتوبر 2008،كلية الحقوق جامعة المنوفية،ص.ص43 إلى 45.

ومن بين التعريفات الفقهية التي أدرجت لموضوع جدية الدفع بأنه ذلك الدفع الذي لا يستهدف إطالة أمد الدعوى الموضوعية، مما يفيد استبعاد الدفوع الكيدية التي تستهدف تعطيل الفصل في النزاع لعدم جديتها ،ومثالها أن يتم الدفع بعدم دستورية قانون لا صلة له بموضوع الدعوى.[1]

بينما عرفه جانب آخر من الفقه بأن المقصود به: ينصرف إلى أمرين أساسين هما: أولهما أن يكون الفصل في سؤال الأولوية الدستورية منتجا، ومعنى ذلك أن يكون القانون المثار عدم دستوريته متعلقا بموضوع النزاع، وثانيهما أن يحتمل القانون محل سؤال الأولوية الدستورية اختلافا في وجهات النظر بمعنى أن لا يكون موضوع الدستورية محسوما وظاهرا للعيان.[2]

وقد اتجه البعض الآخر للقول بأن مفهوم جدية سؤال الأولوية الدستورية يتحدد كما هو الشأن في إيطاليا بتوفر الشرطين التاليين:

-أن يكون الفصل في سؤال الأولوية الدستورية منتجا للفصل في الدعوى الأصلية.

-ألا يكون سؤال الأولوية الدستورية قائما على أساس ظاهر، أي يكفي أن يكون سؤال الأولوية الدستورية محل شك.[3]

في حين قرر جانب آخر من الفقه بأن المقصود به أن يكون مناط الفصل في سؤال الأولوية الدستورية ذا تأثير في الفصل في الدعوى الموضوعية وأن يولد ذلك السؤال لدى قاضي الموضوع شكا حول سؤال الأولوية الدستورية المثار، ويبقى أمر موضوعي يختص قاضي الموضوع بتقديره.[4]

---

[1]-علي الباز،الرقابة على دستورية القوانين في مصر،دار الجامعات المصرية الإسكندرية،1978،ص556.

[2]-رمزي الشاعر،النظرية العامة للقانون الدستوري،مطبوعات جامعة الكويت،الكويت،1978،ص529.

[3]-محمد زهران،الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا،بحث منشور في مجلة قضايا الحكومة،العدد الأول،2014،ص.ص134-135.

[4]-صلاح الدين فوزي،الدعوى الدستورية،دار النهضة العربية،القاهرة،2010،ص92.

بينما يرى البعض الآخر بأنه يكفي لتحقق جدية سؤال الأولوية الدستورية أن تثار لدى محكمة الموضوع شكوك حول دستورية القانون المراد تطبيقه على النزاع، أما مسألة أن يكون سؤال الأولوية الدستورية منتجا أو مؤثرا في الدعوى الموضوعية فإنه يرتبط بشرط المصلحة في الدعوى ولا علاقة له بجدية السؤال مما يقتضي عدم الخلط بينهما.[1]

أما عن التعريفات التي وضعها القضاء الدستوري لمفهوم جدية سؤال الأولوية الدستورية نجد من بينها تعريف المحكمة الدستورية العليا بمصر الذي حدد بأن المقصود من جدية سؤال الأولوية الدستورية هو"وجود دلائل تقوم معها شبهة قوية على مخالفة النص المطعون فيه لأحكام الدستور،وأن تقدير تلك الشبهة لا يدخل ضمن اختصاص قاضي الموضوع وحده،وإنما يؤول الأمر في النهاية إلى المحكمة الدستورية لتفصل في تلك الشبهة لتقرير مدى صحتها أو فسادها"[2]

وتأسيسا على ما سبق فإن المستخلص من التعريفات المبينة أعلاه هو اتفاقها على وجوب أن يكون تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية مؤسسا على الركائز التالية:

-أن لا يكون سؤال الأولوية الدستورية كيديا.

-أن يكون سؤال الأولوية الدستورية مؤثرا على الفصل في الدعوى الأصلية.

-أن تكون مسألة دستورية القانون محل شك.

ومنه وتبعا لما تقدم حاولنا ضبط مفهوم جدية سؤال الأولوية الدستورية بعد أن تبين لنا أنه ينصرف إلى مسألتين أساسيتين هما:

-الأولى أن يكون الفصل في سؤال الأولوية الدستورية منتجا للفصل في الدعوى الموضوعية، بمعنى ان يكون الحكم التشريعي المطعون فيه مرتبطا بموضوع النزاع، والأخرى أن يكون سؤال الأولوية الدستورية غير مؤسس على أساس ظاهر، أي يكفي أن كون سؤال الأولوية الدستورية محل شك وهي مسألة مناطة باختصاص قاضي الموضوع

---

[1]-عادل الطبطبائي،المحكمة الدستورية الكويتية،تكوينها واختصاصاتها واجراءاتها دراسة تحليلية مقارنة،ط1،جامعة الكويت،مجلس النشر العلمي،لجنة التأليف والتعريب والنشر،2005،ص33.

[2]-المحكمة الدستورية العليا المصرية،القضية رقم27 جلسة1998/11/17،مجلة هيئة قضايا الدولة،ع1999،43،ص45.

بغرض استبعاد الدفوع الكيدية، وعلى هذا النحو استخلصنا مفهومين لجدية سؤال الأولوية الدستورية ناتجين عن المسألتين المذكورتين أعلاه، وهما المفهوم الشخصي للجدية والمفهوم الموضوعي لها ونتطرق لهما على النحو المبين أدناه:

-المفهوم الشخصي لجدية سؤال الأولوية الدستورية:

سبق القول أن يكون الفصل في سؤال الأولوية الدستورية منتجا للفصل في الدعوى الموضوعية المثارة بمناسبتها، وأن يكون ذلم السؤال متصلا بموضوع النزاع، والمقصود بذلك أن يكون سؤال الأولوية الدستورية المثار متصلا بالحكم التشريعي المراد تطبيقه على الدعوى الموضوعية، بالإضافة إلى استفادة صاحب الشأن من الحكم له بعدم الدستورية بشأن سؤال الأولوية الدستورية الذي أثاره، وحتى تتمكن محكمة الموضوع من اتصال الحكم التشريعي المطعون فيه بالدعوى الموضوعية يتعين عليها التحقق من أمرين هما:

الأولى مفاده وجود ضرر واقعي لحق الطاعن، وأن يكون مرد ذلك الضرر ناتجا عن الحكم التشريعي المطعون فيه على النحو الذي يكون فيه ذلك الحكم قد أخل بأحد الحقوق التي كفلها الدستور على نحو ألحق بالمدعي ضررا مباشرا، وهذا ما يقتضي توفر شرطين مجتمعين هما: الأول أن يقيم الطاعن الدليل على أن ضررا واقعيا قد لحق به، وأن يكون هذا الضرر مباشرا مستقلا بعناصره ممكنا إدراكه ومواجهته بالحل القضائي، أما الثاني مفاده أن يكون مرد الضرر إلى الحكم التشريعي المطعون فيه بما يفيد قيام علاقة سببية بينهما تحتم أن يكون الضرر المدعى به ناشئا عن ذلك الحكم التشريعي ومترتبا عليه، فإذا لم يكن الحكم التشريعي قد طبق على الطاعن أو كان من غير المخاطبين بأحكامه أو كان قد استفاد من مزاياه أو أن الاخلال بالحقوق التي يدعيها غير مترتب عليه فإن المصلحة الشخصية تكون منتفية،على أساس أن إلغاء الحكم التشريعي في هذه الحالة لن يحقق للطاعن أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في سؤال الأولوية الدستورية عما كان عليه قبل إثارته.[1]

[1]-حسام محمد حمدي عبد الفتاح الفضالي،الدفع بعدم الدستورية كوسيلة لاتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية،2017،ص.ص88-89.

-المفهوم الموضوعي لجدية سؤال الأولوية الدستورية.

إن الشرط الثاني لتوافر الجدية أن تحتمل مطابقة الحكم التشريعي للدستور اختلافا في وجهات النظر وضرورة وجود شبهة مخالفة ذلك الحكم التشريعي لأحكام الدستور، أي أن يكون سؤال الأولوية الدستورية مؤسسا على مظاهر تعززها، وهذا ما يثبت جديتها من وجهة نظر مبدئية، إلا أن هذا لا يعني أن يتولى قاضي الموضوع التحقق من عدم الدستورية بشأن الحكم التشريعي محل سؤال الأولوية الدستورية حتى يحيله على الجهة المختصة، بل الأمر مقصور على أن يكون هناك شأن بشأن الدستورية لتقدير مدى جدية سؤال الأولوية الدستورية يفسر في جانب عدم الدستورية، وبالتالي يكفي أن يتحقق قاضي الموضوع من أن مسألة عدم الدستورية مؤسسة على سند ليوقف الفصل في الدعوى الموضوعية ويصدر قرار الاحالة على الجهة الثانية للتصفية. [1]

ب-تميز جدية سؤال الأولوية الدستورية عن شرط المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية:

يتعين وضع الحدود الفاصلة بين جدية سؤال الأولوية الدستورية وبعض المصطلحات التي قد تتداخل بها وأبرزها شرط المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية ، بحيث أن أساس تقدير قاضي الموضوع لجدية سؤال الأولوية الدستورية تنظمه القوانين العضوية رقم 2009/1523 ،و86/15 و16/18 المتعلقة بسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات محل المقارنة، بينما المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية تنظمها القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

فالمصلحة ليست فقط شرطا لقبول الدعوى بل هي أيضا شرط لقبول سؤال الأولوية الدستورية، والمصلحة بصفة عامة تتمثل في الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلبه، إلا أن مناط المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية يتمثل في كون النص المطعون فيه لازما للفصل في الدعوى الأصلية ومنتجا فيها، وبغير ذلك تنتفي المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية والتي لا يتصور وجودها إذا لم يكن الخصم سوف يستفيد من القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه.

---

[1]-حسام محمد حمدي عبد الفتاح الفضالي،مرجع سابق،ص94.

وقد حددت المحكمة الدستورية العليا في مصر المصلحة في الدعوى الدستورية بأنها تلك المصلحة الشخصية المباشرة التي لا يكفي لتحققها أن يكون النص التشريعي المطعون فيه مخالفا للدستور،بل يستوجب أن يكون النص بتطبيقه على المدعي قد ألحق به ضررا مباشرا.

بمعنى أن الدعوى الدستورية باعتبارها من القضاء العيني لا تستوجب بالنسبة لها أن يكون الطاعن قد أسس سؤال الأولوية الدستورية على حق شخصي اعتدي عليه، بل يتعلق الامر بمراكز قانونية أو موضوعية وينحصر ادعاء الطاعن فيها بوجود نص قانوني مخالف لقواعد الدستور، كما أن الحق الذي تحميه الدعوى الدستورية مكفول دستوريا والاعتداء الواقع عليه هو عمل للمشرع يتجسد في نصوص القانون المطعون بعدم دستوريتها،وبوقوع الاعتداء تنشأ المصلحة التي تخول لصاحب الحق اتخاذ اجراءات سؤال الأولوية الدستورية.

ولا يكفي لاستيفاء شرط المصلحة مجرد انكار أحد الحقوق المنصوص عليها في الدستور،أو وجود خلاف حول مضمون هذا الحق بل يجب أن يكون النص القانوني محل سؤال الأولوية الدستورية بتطبيقه على الطاعن قد أخل بأحد الحقوق التي كفلها الدستور على نحو يلحق به ضررا مباشرا. [1]

وبالتالي فالمصلحة في سؤال الأولوية الدستورية تستهدف حماية الشرعية الدستورية وكفالة السيادة والسمو للدستور،وذلك عن طريق اهدار النص القانوني المخالف للدستور.

وباعتبار أن المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية شرط لقبولها، فإن التحقق من توفرها من طرف قاضي الموضوع يسبق تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية وفي حالة عدم توافر المصلحة فإنه لا يقضي برفض السؤال لعدم جديته بل يقضي بعدم قبوله.[2]

---

[1]–ابراهيم محمد علي،المصلحة في الدعوى الدستورية،دار النهضة العربية،القاهرة،ص.ص من57–الى 60.

[2]–عبد الكريم حسن رجب، ضوابط تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية،مقال منشور بمجلة البحوث القانونية والإقتصادية،المجلد 16،عدد28،أكتوبر 2008،كلية الحقوق جامعة المنوفية،ص.ص46–47.

وعليه نستخلص بأن لزوم النص المطعون بعدم دستوريته للفصل في الدعوى الموضوعية وتعلقه بالحق المدعى به وأن يكون منتجا للفصل فيه أمر يتعلق بالمصلحة في سؤال الأولوية الدستورية ويختلف في مجاله عن جدية سؤال الأولوية الدستورية.

ج–الغاية التشريعية من إقرار شرط الجدية.

يتبين من استقراء القوانين العضوية المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات محل المقارنة، أن المشرع بنصه على موضوع الجدية كشرط لقبول ذلك السؤال استند على غاية تشريعية معينة وذلك بغرض ضمان حسن سير الإجراءات بصورة عادلة، مع وجوبية الإلتزام أيضا بمقاصد المشرع من وراء النص دون التوسع في تفسيره سواء من قبل المتقاضين أو من قبل المحكمة المثار أمامها سؤال الأولوية الدستورية أو المحال عليها.

ومنه فإن الحكمة التشريعية المقررة من خلال النص على شرط الجدية نجملها فيما يلي:

–تجنب إساءة استعمال المتقاضي لحقه في إثارة سؤال الأولوية الدستورية وذلك بغرض إطالة أجل الفصل في الدعوى ويتحقق ذلك عن طريق إشتراط جدية سؤال الأولوية الدستورية.

–ضمان عدم إثقال كاهل المحاكم والمجلس الدستوري بسؤال الأولوية الدستورية دون نظر مسألة جديته لأن ذلك السؤال سيترتب عنه إرجاء الفصل في الدعاوى الموضوعية لحين الفصل في مدى دستورية النص المطعون فيه، كما أن المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية لن يتمكنا من الفصل في سؤال الأولوية الدستورية المحال عليهما على وجه السرعة المطلوبة بسبب تكدس تلك الأسئلة مما يترتب عنه عرقلة سير مرفق القضاء.

–يترتب عن احالة سؤال الأولوية الدستورية مباشرة على المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية دون فحص مطابقته للشروط القانونية من طرف جهة مختصة التقليل من مكانة المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية كهيئة رقابة على دستورية القوانين ويجعلهما في حالة انعقاد دائم لنظر مسائل ليست ذات أهمية.

–تكريس شرط الجدية لا يعني بالضرورة عرقلة وصول سؤال الأولوية الدستورية إلى المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية أو رفض ذلك السؤال المستوفي للشروط القانونية والذي يحتوي على جدية في مضمونه دون تبيان أسباب الرفض، لأن الأحكام الصادرة برفض إحالة ذلك السؤال على المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية تقتضي تسبيبا دقيقا وترجع وجوبية التسبيب إلى كون القاضي الفاصل في جدية سؤال الأولوية الدستورية يستعمل سلطة تقديرية واسعة لاستخلاص الجدية من عدمها، في غياب النص القانوني الذي يحدد المعايير المستند عليها لتقدير شرط الجدية.

وما يمكن استخلاصه من خلال هذه الاعتبارات، أن التقيد بالحكمة التشريعية من النصوص والإجراءات التنظيمية المقررة من طرف المشرع ،لا يترتب عنه بالضرورة تصعيب مهمة المتقاضين في الوصول إلى المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية، فعلى هاتين الجهتين ترك أثر إيجابي في نفوس المواطنين عن طريق تكريس القاعدة العامة وهي قبول سؤال الأولوية الدستورية المثار.

د–معاير تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية.

تتمثل هذه المعايير المعمول بها في مجال تحديد جدية سؤال الأولوية الدستورية فيما يلي:

–المعاير الفقهية.

–المعاير القضائية.

***المعاير الفقهية:**

بغرض إرساء الأسس التي يتعين على المحاكم اتباعها لتقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية اتجه معظم الفقه إلى اعتبار لزوم النص المطعون في دستوريته للفصل في الدعوى الأصلية أساسا لجدية سؤال الأولوية الدستورية، بالإضافة إلى أساس آخر مرتبط بمدى اتفاق النص محل ذلك السؤال مع نصوص الدستور وفي هذا المجال فقد عبر عن ذلك الأستاذ رمزي الشاعر بقوله "ترى أن معنى الجدية التي تطلبها المشرع ينصرف إلى مسألتين أساسيتين فيجب أولا أن يكون الفصل في سؤال الأولوية الدستورية منتجا أي أن يكون القانون

المطعون بعدم دستوريته متصلا بموضوع النزاع،ويجب ثانيا أن تحتمل مدى مطابقة القانون للدستور اختلافا في وجهات النظر".

كما عبر عن ذلك الأستاذ محمود عاطف البنا بقوله"وجدية سؤال الأولوية الدستورية تعني ابتداء–أن يتعلق سؤال الأولوية الدستورية بنص من شأنه أن يطبق على المسألة محل النزاع أي أن يكون الفصل في سؤال الأولوية الدستورية المثار لازما للفصل في الدعوى المطروحة على محكمة الموضوع المثار أمامها سؤال الأولوية الدستورية، ويعني ثانيا قيام شك لدى قاضي الموضوع حول دستورية النصوص المطعون بعدم دستوريتها" [1]،إلا أن ذلك الاتجاه الفقهي دمج شرط المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية في جديتها واعتبرها أحد العنصرين لتقدير تلك الجدية.

غير أنه سبق تبيان الفرق بين شرط المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية وجدية ذلك السؤال، ويترتب عن انتفاء المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية عدم قبوله غير أنها ليست عنصرا من عناصر عدم جديته.

وعليه سنتطرق للأسس الأخرى التي كرسها الفقه لتقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية.

–المعايير الفقهية الأخرى:

انقسم الفقه إلى اتجاهين فيما يتعلق بتكريس معايير مخالفة الأسس السابق بيانها أعلاه بغرض ضبط سلطة قاضي الموضوع بشأن تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية، فالاتجاه الأول وسع من سلطة القاضي في تقديره جدية السؤال والثاني ضيق تلك السلطة وسنعرض الاتجاهين على النحو المبين أدناه:

[1]–رمزي الشاعر،النظرية العامة للقضاء الدستوري،مرجع سابق،ص580.

-الإتجاه الموسع من سلطة قاضي الموضوع.[1]

يستند هذه الاتجاه لاعتبار سؤال الأولوية الدستورية ذا طابع جدي، الى وجوب أن يتبين للمحكمة من خلال البحث الظاهري للنص أن هناك أسباب معقولة ترجح عدم دستوريته،بينما هناك جانب آخر ذهب لأبعد من ذلك في توسيع تلك السلطة، بالقول أنه"على القاضي أن يتأكد من مطابقة القانون المطعون فيه أو عدم مطابقته للدستور ،بحيث إذا تيقن من دستورية القانون،وبأنه لا وجه للطعن بعدم دستوريته كان من سلطته رفض سؤال الأولوية الدستورية."

لكن الملاحظ على هذا الاتجاه حسب رأي الباحث، أنه أفرط في التوسيع من سلطة القاضي في تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية، فالرأي الأول اعتمد على الترجيح بعدم الدستورية كمعيار لتقدير الجدية، مما يترتب عنه تجاوز حدود اختصاص قاضي الموضوع والتدخل في اختصاص كل من المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري ، بالإضافة إلى أن ذلك الترجيح يقتضي التعمق في سؤال الأولوية الدستورية وهو ما يتنافى مع مسألة البحث الظاهري التي تبناها هذا الرأي.

أما الرأي الثاني الذي اعتمد على مطابقة القانون محل سؤال الأولوية الدستورية للدستور معيارا للجدية، يترتب عنه حلول قاضي الموضوع محل المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري في رقابة دستورية القوانين، وبالتالي يفرغ النصوص القانونية المنظمة لاختصاص المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية من مضمونها.

الاتجاه الثاني:المضيق من سلطة قاضي الموضوع. [2]

حاول معظم الفقه التضييق من سلطة القاضي في تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية من خلال اعتماد ضابط واحد لتقدير الجدية مفاده الشك حول دستورية النصوص المطعون بعدم دستوريتها، ومعنى ذلك أنه يكفي أن يتوفر لدى قاضي الموضوع شك في دستورية النص دون اشتراط وصول ذلك الشك إلى درجة ترجيح عدم الدستورية.

---

[1]-عبد الكريم حسن رجب،مرجع سابق،ص57.

[2]-عبد الكريم حسن رجب،مرجع سابق،ص58.

وإذا كان هذا الاتجاه من شأنه الاحتفاظ للمجلس الدستوري والمحكمة الدستورية باختصاصهما الحصري في رقابة الدستورية، إلا أنه يعاب عليه مرونة مصطلح الشك في دستورية النص، بالإضافة إلى أن نفس قاضي الموضوع الذي يتولى تقدير الجدية هو الذي يقدر توفر الشك بشأن دستورية النص من عدمه، بالإضافة إلى اختلاف الأسباب التي تثير الشك بعدم دستورية النص من طرف قاض إلى آخر، بمعنى أن ما يقتنع به أحد القضاة من أسباب تتعلق بذلك الشك لا يترتب عنها بالضرورة إقتناع قاضي آخر الأمر الذي يترتب عنه ضرورة وجود معيار آخر لتقدير توافر الشك بعدم دستورية النص .[1]

ومنه نستخلص مما سبق عجز الفقه في وضع معيار حاسم لضبط سلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية وهو ما يقتضي التطرق إلى دور القضاء في إرساء ضوابط تقدير جدية ذلك السؤال وهو ما يمثل الجانب العملي لهذا الموضوع وسنعمل على تبيانها بالتفصيل المبين أدناه:

*** المعاير القضائية:**

نتطرق ضمن هذا العنصر إلى ابراز تصورات التشريعات موضوع المقارنة حول الضابط أو المعيار المقيد لسلطة قاضي الموضوع بشأن عنصر الجدية على النحو المبين أدناه:

لا يتصل المجلس الدستوري في فرنسا أو المحكمة الدستورية بالمغرب والجزائر إلا بنوع واحد من سؤال الأولوية الدستورية وهو ذلك السؤال الذي قدر قاضي الدعوى الأصلية جديته، لكن السؤال الذي يطرح هل تمكن المشرع في كل من الجزائر وفرنسا والمغرب من وضع ضوابط لتقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية ؟، وهل تمكن من صياغة معيار محدد لضبط سلطة قاضي الموضوع في تقدير تلك الجدية؟.

حاولنا الاجابة عن تلك الأسئلة من خلال استعراض ضوابط تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية، ثم التطرق إلى معيار تقدير تلك الجدية .

---

[1]–عبد الكريم حسن رجب،مرجع سابق،ص.ص58–59–60.

العنصر الأول: ضوابط تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية:

تقسم ضوابط تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية إلى نوعين :

الأول:يتعلق بشروط قبول سؤال الأولوية الدستورية التي تعين على قاضي الموضوع التحقق من توفرها في ذلك السؤال قبل التحقق من جديته.

الثاني:نطاق سلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية.

-شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية:

-الشرط الأول: يتعلق بورود سؤال الأولوية الدستورية على قانون بمعناه الموضوعي لأن اختصاص المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية مقصور على النصوص القانونية وعليه فإن انصراف سؤال الأولوية الدستورية إلى غير ذلك يلزم قاضي الموضوع بعدم قبوله.

وضمن هذا المعنى فإن المجلس الدستوري الفرنسي أو المحكمة الدستورية المغربية والمحكمة الدستورية بالجزائر ينحصر اختصاصهما في مجال مباشرتهما الرقابة القضائية الدستورية على النصوص القانونية أيا كان موضوعها، أو نطاق تطبيقها، أو الجهة التي أقرتها، أو أصدرتها، فلا تنبسط ولايتهما في شأن الرقابة القضائية على الدستورية، إلا على القانون بمعناه الموضوعي باعتباره منصرفا إلى النصوص القانونية التي تتولد عنها مراكز عامة مجردة سواء وردت هذه النصوص القانونية بالتشريعات الأصلية التي أقرتها السلطة التشريعية، أم تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود سلطتها التي أناطها الدستور بها ولا تتجاوز رقابتهما غير ذلك من النصوص. [1]

-الشرط الثاني:تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية اختصاص مقصور على قاضي الموضوع.

بمعنى أن تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية مناط باختصاص قاضي الموضوع من أجل استبعاد المسائل الكيدية، كما أن القاضي عنده تقديره لجدية ذلك السؤال يأخذ في اعتباره من

[1]-محمد صلاح عبد البديع السيد،قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا،ط2،دار النهضة العربية،القاهرة،2004،ص200.

ناحية ضرورة أن يكون الفصل في سؤال الأولوية الدستورية لازما للفصل في الدعوى الموضوعية ومن ناحية أخرى ضرورة قيام شك حول دستورية النص المطعون بعدم دستوريته. [1]

-الشرط الثالث:يتعلق بتوفر شرط المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية.

المقصود بالمصلحة في سؤال الأولوية الدستورية هي الفائدة التي يتحصل عليها المتقاضي من الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه، فلا يكفي لقيام المصلحة الشخصية المباشرة التي تعتبر شرطا لقبول سؤال الأولوية الدستورية أن يكون النص التشريعي المطعون فيه مخالفا في ذاته للدستور، بل يتعين أن يكون هذا النص بتطبيقه على المدعي قد أخل بأحد الحقوق التي كفلها على نحو ألحق به ضررا مباشرا إذا كان ذلك، فإن شرط المصلحة المباشرة يغدو متصلا بالحق في الدعوى، ومرتبطا بالخصم الذي أثار سؤال الأولوية الدستورية وليس بهذا السؤال في حد ذاته منظورا إليه بصفة مجردة، وهو بذلك يعد محددا لفكرة الخصومة في الدعوى الدستورية مبلورا نطاق سؤال الأولوية الدستورية الذي يدعو هذه المحكمة للفصل فيه ومؤكدا ضرورة أن تكون المنفعة التي يقرها القانون هي محصلتها النهائية ومنفصلا دوما عن مطابقة النص التشريعي المطعون فيه للدستور أو مخالفته لقيوده ونواهيه، ومستلزما أبدا أن يكون الفصل في سؤال الأولوية الدستورية موطئا للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة به والمطروحة أمام محكمة الموضوع.

ولا تفصل المحكمة الدستورية او المجلس الدستوري في الخصومة الدستورية بناء على معطياتها النظرية، بل استنادا على جوانبها العملية وبالقدر اللازم للفصل في الدعوى الأصلية، وهو ما يستوجب على قاضي الموضوع قبول سؤال الأولوية الدستورية المتعلق بالدعوى الأصلية فقط.

ولتحقق الضرر الواقع على من آثار سؤال الأولوية الدستورية من جراء النص المطعون بعدم دستوريته، يتعين ان تتوفر فيه المصلحة الشخصية المباشرة أي أن يكون الضرر متصلا

1-محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر،مرجع سابق،ص200.

مباشرة بالنص المطعون فيه، أما إذا اتصل الضرر بالتطبيق الخاطئ له فإنه يترتب عن ذلك انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة في الطعن.

-الشرط الرابع عدم تضمن سؤال الأولوية الدستورية تجهيل بالمسائل الدستورية [1]

إن سؤال الأولوية الدستورية يعد ادعاءا بمخالفة نص قانوني للدستور ودعوة قاضي النزاع لوقف الفصل فيه حتى يتم حسم أمر سؤال الأولوية الدستورية.

ويتحقق التجهيل بالمسائل الدستورية عند إغفال ذكر النص المطعون بعدم دستوريته، وأوجه المخالفة مما يحول دون إعمال قاضي الموضوع سلطته في تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية، لذا يشترط ان تتضمن عريضة الاحالة على المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعي مخالفته وأوجه المخالفة.

-نطاق سلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية وتتمثل فيمايلي:

*يحظر على قاضي الموضوع التصريح بالطعن بعدم دستورية نص لم يطعن بعدم دستوريته،ولم يكن سؤال الأولوية الدستورية محلا لتقديره.

ان الطعن بعدم دستورية النص الذي لم يكن محل سؤال الأولوية الدستورية سبق اثارته يكون مجاوزا للنطاق الذي يحدد به سؤال الأولوية الدستورية الذي تدعى هذه المحكمة للفصل فيه بما مؤاده إنتفاء اتصال الدعوى الماثلة بشقها الخاص بالطعن على ذلك النص بالمحكمة الدستورية او المجلس الدستوري إتصالا مطابقا للأوضاع التي رسمها قانونها، والتي لا يجوز الخروج عنها بوصفها ضوابط جوهرية فرضها المشرع لمصلحة عامة مما يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى بالنسبة إليها.

*عدم جواز عدول القاضي عن قراره بتقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية.

تتمثل القاعدة العامة فيما يتعلق بتقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية أنه لا يجوز لقاضي الموضوع متى أصدر قراره بتقدير جدية ذلك السؤال العدول عنه، وهو ملزم بارجاء الفصل

[1]-عبد الكريم حسن رجب،مرجع سابق،ص.113

في الدعوى الأصلية إلى حين الفصل في ذلك السؤال من المحكمة الدستورية او المجلس الدستوري[1] والمقصود بالعدول في مجال القضاء الدستوري بأنه تحول واضح في الحلول القضائية وأنه تحول غير مفروض وكلي أو جذري، وبمعنى أكثر دقة هو احلال ارادي واضح ومؤكد لحكم جديد محل حكم آخر في موضوع الدعوى نفسها وحيثياتها السابقة. [2]

وأساس هذا التقيد مناطه أن المحكمة الدستورية او المجلس الدستوري تمثل القضاء الطبيعي لسؤال الأولوية الدستورية، ولأن القواعد التي ينظمها الدستور هي التي يتعين ترجيحها في النزاع الموضوعي متى عارضتها قاعدة قانونية أدنى وذلك طبقا لمبدأ خضوع الدولة للقانون، وبالتالي فالنتيجة المترتبة على هاته القاعدة مفادها أنه إذا عدل قاضي الموضوع عن حكمه بجدية سؤال الأولوية الدستورية وتطرق للفصل في موضوع الدعوى الأصلية وانتهت بصدور الحكم، فإن المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري يواصلان النظر في الدعوى الدستورية دون التقيد بالحكم الصادر في الدعوى الأصلية، ويتعين على القاضي الفصل من جديد على ضوء حكمها الصادر في الدعوى الدستورية.[3]

[4] *عدم جواز الفصل بحكم نهائي بشأن جدية سؤال الأولوية الدستورية.

معنى ذلك أن تقدير محكمة الموضوع جدية دستورية نص قانوني لازم للفصل في الدعوى الأصلية المعروضة عليها لا يقتضي التعمق في بحث سؤال الأولوية الدستورية، ولا الفصل فيه بموجب حكم نهائي، بل يبقى الفصل بشأنه من اختصاص المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية الذي يملكان سلطة تقييم سؤال الأولوية الدستورية وأبعاده وفقا للمناهج التي يتبعانها بهذا الشأن.

---

[1]–احمد منصور،اجراءات الدعوى الدستورية،دار النهضة العربية،القاهرة،بدون سنة نشر،ص99.

[2]–هديل محمد حسن المياحي،العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية الحقوق،جامعة النهرين،2015،ص65.

[3]–حسام محمد حمدي عبد الفتاح الفضالي،مرجع سابق،ص.ص117–118.

[4]–أحمد منصور محمد، اجراءات الدعوى الدستورية ،مرجع سابق،ص97.

العنصر الثاني: معيار تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية.

بالإضافة إلى الضوابط التي تضبط سلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية، فهناك معيار لإلزامه أيضا عند تقدير جدية ذلك السؤال، لأن الضوابط حددت فقط نطاق ممارسة قاضي الموضوع تقدير جدية السؤال وتم تأسيس معيار تقدير الجدية على عنصرين هما:

-التقييم المبدئي للطعون الدستورية.

-عدم التعمق في سؤال الأولوية الدستورية. [1]

ان الفصل في علاقة النص المطعون فيه بالنزاع الموضوعي ، يندرج ضمن مسائل القانون إلا أن تقدير محكمة الموضوع جدية الطعون الموجهة إلي المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري هو ما يدخل في نطاق سلطتها التقديرية التي تباشر من خلالها نوعا من التقيم المبدئي لمضمون هذه الطعون وسلامة أسسها.

ويستخلص من ذلك أن تقدير قاضي الموضوع لجدية سؤال الأولوية الدستورية لا يقتضي التعمق فيه وأنه لا يفصل فيه بحكم قطعي يترتب عنه انهاء ولاية المحكمة الدستورية او المجلس الدستوري باعتبارهما صاحبة الاختصاص في تقرير بطلان النصوص القانونية أو صحتها، بعد أن يسلطان عليها ضوابط الرقابة على الشرعية الدستورية وتفحصها على ضوء مناهجهما ومعايرهما.

ويتضح أن العنصرين المعتمدين كمعيار لتقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية متكاملين ومتلازمين، فالتقيم المبدئي يقتضي عدم التعمق، واجتماعهما، معا يقتضي ان يقتصر دور قاضي الموضوع بشأن مسألة جدية سؤال الأولوية الدستورية على البحث الظاهري للطعن الموجه للنص ليستنبط التعارض القائم بينه وبين الدستور، وبالتالي فإن التعمق في بحث سؤال الأولوية الدستورية من قبل قاضي الموضوع يتعارض مع البحث الظاهري.

---

[1]-عبد الكريم،ضوابط تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية،مقال منشور بمجلة البحوث القانونية والإقتصادية،المجلد 16،عدد28،أكتوبر 2008،كلية الحقوق جامعة المنوفية،ص119.

مما تقدم أعلاه يثار التساؤل عن كيفية تعمق قاضي الموضوع في تقدير الجدية؟.

إن ذلك التعمق يتضح فيما يلي:

-عرض مفهومه الخاص للعبارات الواردة بالنص الدستوري المطعون بعدم دستوريته.

-محاولة إصباغ النص القانوني بعنصر التوافق مع نصوص الدستور، عن طريق البحث في إرادة المشرع، أو إنزال تفسير حكمي عليه، يخالف ظاهره بغرض نفي شبهة مخالفة الدستور عنه.

أما عن محاولة دراسة شرط جدية سؤال الأولوية الدستورية في الجزائر و فرنسا والمغرب، يتبين أنه يشترط لاحالة سؤال الأولوية الدستورية إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة أن يغلب عليه الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه من قبل المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية، بمعنى أن لا يكون سؤال الأولوية الدستورية مجرد من صفة الجدية وهو الشرط الذي نصت عليه المادة 2/23 البند 3 السابق ذكرها والغرض من فرض ذلك الشرط مرتبط بتفادي فكرة المماطلة في إطالة أمد التقاضي، بل يجب أن يكون السبب من ورائه حقيقيا وجادا، وأن النص المطبق على النزاع يمثل فعلا انتهاكا لحق أو حرية تتعلق بالطاعن ويتضمنها الدستور.

ومنه يترك لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية من عدمه مع الخضوع لرقابة القضاء في حالة رفضها، والطعن على قرار الرفض يكون عند الطعن على الحكم في الدعوى الاصلية،حيث لا يجوز الطعن على قرار رفض الاحالة منفصلا.

حيث قضى بأنه اذا ترتب على تفسير القضاء للنص المطعون فيه بعدم الدستورية إزالة شبهة عدم الدستورية،فإن سؤال الأولوية الدستورية يصبح بغير ذي جدوى [1] .

[1] -CE,qpc,19/05/2010,théron,req.n331025 :lebon T.168 ;AJ pénal2010.350.

وكذلك الامر اذا تم اللجوء الى تفسيرات قضائية سابقة للنص المطعون بعدم دستوريته وكان من شأنها ازالة الغموض عن شبه عدم الدستورية، فإن القاضي سيحكم برفض سؤال الأولوية الدستورية لعدم جديته. [1]

وكذلك قضى بموجب قراره المؤرخ في 2010/05/31 رقم 09-70-716 برفض سؤال الأولوية الدستورية لعدم الجدية في حالة وضوح النص التشريعي وعدم الشك في دستوريته.

ويكون سؤال الأولوية الدستورية ذا طابع جدي، اذا تحقق قاضي الموضوع من انه ليس وسيلة لتعطيل الفصل في الدعوى والسعي للاضرار بالخصم نتيجة ذلك التعطيل أي أنه ليس مسألة كيدية. [2]

وتتولى محكمة الموضوع تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية من خلال أمرين:الأول ان يكون سؤال الأولوية الدستورية منتجا للفصل في الدعوى الأصلية، والامر الثاني رجحان الحكم بعدم دستوريته من جانب المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية.[3]

بعد استعراض مسألة تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية، تبين لنا أن قاضي الموضوع يملك بمناسبة تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية سلطة فحص النص المطعون بعدم دستوريته، وان اختلفت تلك السلطة اتساعا أو ضيقا.

وعليه وترتيبا على ما تقدم فإننا نتساءل عن مدى إكتساب قاضي الموضوع بموجب النصوص القانونية والدستورية سلطة تفسير النص المطعون بعدم دستوريته، وإلى أي مدى تمتد تلك السلطة؟، وهل تساهم الاعتبارات العملية القائمة على عدم إغراق المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية بالدعاوى الكيدية في دعم هذا التفسير؟.

الإجابة على هذا التساؤل تتلخص فيما يلي:

---

[1].CE,qpc,25/06/2010,Mortagne,req.n326363 ;CE,qpc,16/07/2010,SCI LA SAULAIE,reqn334665 ;CE,qpc,21/10/2011,Groupement des entreprises de services a la personne du languedoe-Roussillon,erq.n351424 :ADJA2011.2427.note sa-batakakis.

[2]–أحمد كمال أبو المجد،دراسات في القانون الدستوري،بدون دار نشر،1987،ص142.

–فتحي فكري،القانون الدستوري،الكتاب الأول،المبادئ الدستورية العامة،بدون دار نشر،2001،ص230.

[3]–شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية دراسة مقارنة،دار الفكر والقانون،المنصورة،2015،ص.162.

-إرادة المشرع لم تتجه إلى منح قاضي الموضوع سلطة في وزن دستورية النص المطعون بعدم دستوريته، بمعنى أن فهم عبارات النص لا تتم بمعزل عن النصوص المحيطة به وسلطة قاضي الموضوع يستمدها من القوانين العضوية لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات محل المقارنة، كما أن المشرع أغفل وضع تنظيم لتقدير الجدية من طرف محاكم الموضوع، وبالتالي هل يقتضي الأمر من هذه الأخيرة الوصول إلى إقتناع بعدم دستورية النص محل سؤال الأولوية الدستورية، أم تكتفي فقط بالبحث الظاهري عن عدم الدستورية دون تجاوز ولاية المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية صاحبا الاختصاص الأصيل في إقرار عدم دستورية النص محل سؤال الأولوية الدستورية؟، وذلك شبيه بعمل قاضي الاستعجال عند اعتماده على البحث الظاهري من مستندات الملف عن عنصر الاستعجال دون المساس بأصل الحق.

-كذلك فإن الدستور حصر سلطة وزن دستورية النصوص القانونية، في جهة واحدة فقط تتمثل في المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية.

-عدم جواز الاستناد على الاعتبارات العملية، لتعطيل أحكام الدستور بمعني:تتقيد سلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية للقوانين باعتبارات عملية تتمثل في:

-عدم تعطيل الفصل في الدعوى، وعدم إغراق المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية بمسائل كيدية، إلا أن تلك الاعتبارات لا يجوز الاستناد إليها لتعطيل أحكام الدستور بحجة استحالة تطبيقه، ومنه تبقى سلطة قاضي الموضوع جد ضيقة عند تقديره مسألة الجدية ويجب أن تتم بعيدا عن تقدير دستورية النصوص، فسؤال الأولوية الدستورية الغير جدي هو المسألة الظاهرة الفساد، وفي جميع الحالات فإن تقدير الجدية تنطلق من قاعدة مفادها أن الأصل في سؤال الأولوية الدستورية هو الجدية.[1]

-كذلك فإن الدستور اتبع نظام مركزية الرقابة على دستورية القوانين، وذلك من خلال حصر تلك الصلاحية لاختصاص المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية.

---

[1]- عبد العزيز محمد سالمان، إجراءات الدعوى الدستورية،الجزء الأول،ط1،دار سعد سمك،مصر،2015،ص191.

وبالتالي فعلي قاضي الموضوع عند تقدير عنصر الجدية أن يقتصر على فحص توفر شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية، والتجهيل بسؤال الأولوية الدستورية.

[1]ومن خلال ما تم عرضه يمكن القول بأن عملية تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية من جانب محكمة الموضوع ليست مجرد عملية ذهنية منطقية، بل تقتضي اعتماد عدة خطوات عملية يتعين على القاضي أن يبحثها ويصل من خلالها الى اجابات على عدة تساؤلات تطرح عليه، وهي خطوات متدرجة تدرجا منطقيا وتتم على النحو الآتي:

-أن يستخلص القاضي ان النص محل سؤال الأولوية الدستورية لازم للفصل في الدعوى الموضوعية المعروضة عليه، أو على الأقل من شأنه أن يؤثر عليها بأي شكل بحيث بموجبه يتغير المركز القانوني للطاعن بعد الفصل في سؤال الأولوية الدستورية عما كان عليه قبلها، وهذه المسألة مرتبطة بمقتضيات قرينة الدستورية التي تقتضي وجود دعوى موضوعية سابقة على إثارة سؤال الأولوية الدستورية واشتراط عنصر التلازم بين الموضوعين بحيث لا يمكن الفصل في الدعوى الموضوعية إلا بعد الفصل في ذلك السؤال الأولي. [2]

-لا يشترط تأثير سؤال الأولوية الدستورية على الدعوى الموضوعية برمتها بل يكفي التأثير على أحد جوانبها الشكلية أو الموضوعية.

-التحقق من توفر شرط المصلحة الشخصية المباشرة للطاعن وارتباطها بالدعوى الموضوعية.[3]

-على القاضي البحث في مدى امكانية الفصل في النزاع دون التعرض سؤال الأولوية الدستورية، فالمبدأ الذي يحكم عمل قاضي الموضوع عند فحصه جدية سؤال الأولوية الدستورية يتمثل في أنه لا يمارس رقابة أصلية على أعمال السلطة التشريعية، بل حقه في بحث دستورية القوانين مستمد من وظيفته الأصلية وهي الفصل في المنازعات، وبالتالي اذا كان بامكانه الفصل في النزاع على أي أساس آخر بعيد عن سؤال الأولوية الدستورية وجب

---

[1]-عبد العزيز محمد سالمان، إجراءات الدعوى الدستورية،مرجع سابق،ص191.

[2]-حسين جبر حسين الشويلي،قرينة دستورية التشريع دراسة مقارنة،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2018،ص242.

-عبد العزيز محمد سالمان، المرجع نفسه،ص192.

[3]-عبد العزيز محمد سالمان، المرجع نفسه،ص192.

عليه اعماله كما في حالة وجود دفوع شكلية الى جانب سؤال الأولوية الدستورية تعين عليه وجوبا الفصل في الدفع الشكلي قبل التعرض لسؤال الأولوية الدستورية، لأن الدفع الشكلي في حال ما اذا كان مؤسس يترتب عنه انهاء النزاع الموضوعي دون الفصل في سؤال الأولوية الدستورية، كما بامكانه ايضا اللجوء الى تفسير النص محل سؤال الأولوية الدستورية تفسيرا يبعده عن ذلك السؤال الأولوي او اذا استخلص انعدام الضرر المدعى به من قبل المتقاضي او كان النص سبق له وان تمسك بعدم دستوريته.[1]

-المام قاضي الموضوع بقضاء المجلس الدستوري بشأن القرارات الصادرة عنه حول موضوع سؤال الأولوية الدستورية، أي على القاضي التحقق ان كان المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية قد صدرا عنهما قضاء موضوعي بشأن القانون محل سؤال الأولوية الدستورية من عدمه،و مفاد ذلك تجنب طول اجراءات التقاضي، لأن صدور قرار المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية بعدم دستورية القانون محل سؤال الأولوية الدستورية أو العكس يجعل من ذلك السؤال غير جدي تلقائيا، وذلك على أساس عدم جواز الحكم بدستورية أو عدم دستورية النص مرتين، وبكتسب قرار المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية الحجية المطلقة بعد الفصل في سؤال الأولوية الدستورية. [2]

-تفسير الشك لصالح عدم الدستورية:يترتب على مجرد أن يثار لدى قاضي الموضوع الشك بشأن القانون محل سؤال الأولوية الدستورية بأنه مخالف للدستور مع استيفاء باقي الشروط الأخرى له، اضفاء طابع الجدية عليه، حتى وان تساوت أمامه مسألتي الدستورية وعدم الدستورية وجب ترجيح كفة عدم الدستورية، لان الشك في هذه الحالة يفسر لصالح عدم الدستورية، أي بمعنى ان القاضي لا يتقيد بقرينة الدستورية عند فحص جدية سؤال الأولوية الدستورية بل عليه عند قيام حالة الشك أن يفسره في جانب عدم الدستورية لانه في جميع الحالات تقدير مبدئي، والمقصود بالشك في هذه الحالة احتمال مخالفة المقتضى التشريعي المطعون بعدم دستوريته لأحكام الدستور، أي أن يكون سؤال الأولوية الدستورية المدعى به

---

[1]-عبد العزيز محمد سالمان، إجراءات الدعوى الدستورية ،مرجع سابق،ص.ص196-197.

[2]-عبد العزيز محمد سالمان، المرجع نفسه،ص202.

بشأن المقتضى التشريعي محل ذلك السؤال له ما يؤكده بناء على وجهة نظر مبدئية، بحيث يفسر الشك في دستورية ذلك المقتضى إلى جانب عدم الدستورية. [1]

مما سبق تبين للباحث أن تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية لا يمكن اعتباره فصلا في مسألة دستورية القانون، بل سلطة قاضي الموضوع مقصورة على إجراء تقيم مبدئي لسؤال الأولوية الدستورية المثار وذلك بغرض الوصول الى جديته، وبالتالي فالسؤال الذي لا يستوفي شرط الجدية يعتبر حسب رأي الباحث بمثابة السؤال المؤسس على نص قانوني لا يطبق على الواقعة موضوع الدعوى الأصلية،أو أن الطاعن لم يبين النص الدستوري محل المخالفة أو العكس، ولا يعد رفضه من قبل قاضي الموضوع حكما بدستورية القانون لأن الحكم الصادر في هذه الحالة برفض سؤال الأولوية الدستورية لا يتضمن بحث مدى مخالفة النص القانوني للدستور بل يؤسسه على عدم استيفاء شروط ذلك السؤال.

4-انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

وقبل التطرق الى تحديد مفهوم الحقوق والحريات التي يحميها الدستور، يتعين تحديد المقصود بالكتلة الدستورية كاطار لاستخلاص الحقوق والحريات من قبل القضاء الدستوري مع الاشارة الى ان التشريعات محل المقارنة لم تدرج مصطلح الكتلة الدستورية في الاجتهادات الدستورية، وبالتالي بقيت هذه الفكرة محصورة في النطاق الفقهي.

ويقصد بمدلول الكتلة الدستورية :مجموعة المبادئ والقواعد ذات القيمة الدستورية التي يجب احترامها كما تفرض احكامها على السلطة التشريعية او التنفيذية، وبصفة أكثر شمولية على كل السلطات بما فيها القضائية والادارية [2].

---

[1]-عبد العزيز محمد سالمان، إجراءات الدعوى الدستورية ،مرجع سابق ،ص215.

-رمزي الشاعر،رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر،مطابع دار التيسير ،القاهرة،2004،ص396.

[2]-امين عاطف صليبا،دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون،المؤسسة الحديثة للكتاب،طرابلس،لبنان،2002،ص241.

كما عرفت الكتلة الدستورية بأنها:مجموع القواعد القانونية التي تشير اليها العدالة الدستورية لممارسة رقابتها الدستورية[1].

غير ان مفهوم الكتلة الدستورية ينطوي على مدلولين:الأول واسع والآخر ضيق،فالمدلول الواسع يقصد به:مجموع القواعد القانونية ذات القيمة العليا التي يعمل المجلس الدستوري على ضمان احترامها، أما المدلول الضيق يقصد به مجموع المبادئ والقواعد ذات القيمة الدستورية التي يجب ان تحترمها السلطة التشريعية [2] .

وباعتبار ان نصوص الدستور تكون مقتضبة ومختصرة فيما يتعلق بالحقوق والحريات مما دفع القضاء الدستوري للتوسع في معاني هذه النصوص،عن طريق ربطها بمضامين بعض النصوص الوطنية كمقدمات الدساتير او ببعض المبادئ ذات القيمة الدستورية او ببعض المبادئ فوق الدستورية والتي تستمد جذورها اما في نص الدستور أو في اعلانات حقوق الانسان العالمية والمعاهدات الدولية المتعلقة بالحقوق .

وعليه سنوضح **مكونات** الكتلة الدستورية كما يلي:

-الدستور كمرجعية لتحديد الحقوق والحريات:يعتبر الدستور هو المرجعية الرئيسية في تحديد الحقوق والحريات التي يكفلها .

-المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية:تعد المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية من ابتداع واجتهاد القضاء الدستوري، الذي منح بعض المبادئ قيمة دستورية، تعادل قيمة النصوص الدستورية، وقد وجدت هذه المبادئ من أجل حماية الحقوق الأساسية للإنسان، الا ان هذه الحقوق تفتقر الى وجود تعريف لها منبثق عن النص الدستوري، بحيث ان القاضي الدستوري لا يفترض فيه انشاء حقوق أساسية جديدة، بل هو ملزم وفي اطار سلطته في تفسير النصوص استخلاص ما تفرضه تلك المبادئ ذات القيمة الدستورية [3] ،وتبعا لذلك فإنها تختلف عن المبادئ الدستورية الصريحة لان هذه الأخيرة تستخلص مباشرة من النصوص الدستورية أما المبادئ ذات القيمة الدستورية فإنها تستخلص بطريق التفسير من خلال هذه

[1] -Benoit de launay,l'indispensable au droit constitutionnel ,stygrama,2édition,p42.
[2] -Kamel gazier,le pouvoir de révision constitutionnelle,presse universitaire de septenrtion,1997,p314.
[3] -امين عاطف صليبا ،مرجع سابق،ص.ص251-252.

النصوص،على عكس الأولى التي لا تحتاج الى تفسير بسبب وضوحها [1] وبالتالي فالمبادئ ذات القيمة الدستورية موجودة في النصوص الدستورية لاسيما نصوص مقدمات الدستور وما ترتبط بها من اعلانات ومواثيق تتعلق بحماية الحقوق والحريات ،وهذا ما كرسه المشرع الفرنسي .

–المبادئ فوق الدستورية:يعرفها جانب من الفقه بأنها جميع المبادئ التي لا يمكن للمؤسس الدستوري تعديلها أو المساس بها، الا ان هذا التعريف مقصور فقط على المبادئ المستقاة من النص الدستوري [2]دون ان يمتد ليشمل المبادئ المستقاة من اعلانات الحقوق العامة او الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

وتصنف هذه المبادئ تبعا لمصدرها الى صنفين هما:

–المبادئ فوق الدستورية ذات المصادر الوطنية:ويتضمنها النص الدستوري ذاته كما هو الشأن بالنسبة للمادة 89 من الدستور الفرنسي لعام 1958 التي تحظر المساس بنظام الحكم الجمهوري في فرنسا بأي شكل من الأشكال، وبالتالي فالمؤسس الدستوري ليس له صلاحية تعديل هذه المادة .

–المبادئ فوق الدستورية ذات المصادر الاجنبية:وتنبثق هذه المبادئ من نصوص خارج الدستور وتعلو على الدستور، وتقابلها الحقوق الطبيعية لدى اصحاب نظرية القانون الطبيعي، والمذهب الفردي واعلانات الحقوق العالمية والاتفاقيات والمعاهدات الدولية ولكن التسليم بهذا الصنف من المبادئ يتعارض مع مبدأ سمو الدستور.

ولتفصيل المسألة في نطاق التشريعات الثلاث محل المقارنة وجب التطرق لدراسة مدلول الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور بغية استخلاص الكتلة الدستورية للحقوق والحريات التي يعد انتهاكها من قبل الحكم التشريعي يشكل مجالا لسؤال الأولوية الدستورية ونفصلها على النحو التالي:

---

[1]–أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 2000،ص262.

[2]–امين عاطف صليبا،مرجع سابق،ص245.

4-1 الكتلة الدستورية للحقوق والحريات موضوع سؤال الأولوية الدستورية في الجزائر:

نصت المادة 02 من القانون العضوي رقم 16/18 أنه"يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية.....من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور".

وعليه فإن المشرع الجزائري ربط سؤال الأولوية الدستورية بمجال الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وهذا يقتضي تحديد الكتلة الدستورية للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور الجزائري وتشكل مجالا لاثارة ذلك السؤال وتتمثل فيما يلي:

[1]-الديباجة:تضمنت الفقرة الأخيرة من ديباجة التعديل الدستوري لعام 2016 على أنه"تشكل الديباجة جزء من هذا الدستور"، وهذا ما يضفي عليها طابع الإلزام ومرتبة أسمى على الأحكام الأخرى للدستور.

-الحقوق والحريات المكرسة بموجب المواد من 32 الى 73 من الدستور:ان معيار العالمية هو الذي اتبعه المؤسس الدستوري الجزائري عند نصه على الحقوق والحريات التي يتمتع بها المواطنون، وبالتالي كرسها من حيث الشكل والمضمون على النحو المكرس في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان ،لاسيما حقوق الإنسان المنتمية للجيل الثالث، وطبقا للمادة 38 من التعديل الدستوري لعام 2016 تشكل الحقوق والحريات الأساسية ،تراثا مشتركا بين جميع الجزائريين والجزائريات، وطبقا للمادة 39 من نفس التعديل الدستوري كرست حق الدفاع الفردي والجماعي عن الحقوق والحريات الأساسية للإنسان والحريات الفردية والجماعية ونذكر بعض تلك الحقوق والحريات الأساسية على سبيل المثال منها: عدم انتهاك حرمة الإنسان (المادة 40 من نفس التعديل الدستوري)،حرية التعبير وانشاء الجمعيات والاجتماع (المادة 48 من نفس التعديل الدستوري)والحق في الرعاية الصحية(المادة 66 من نفس التعديل الدستوري) ومن بين حقوق الإنسان المنتمية للجيل الثالث مايلي:الحق في البيئة

[1]- محمد بوسلطان والياس صام،القانون العضوي 16/18 المؤرخ في 2018/09/02 يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،النشر الجامعي الجديد،تلمسان،2020،ص62.

(المادة 68 من نفس التعديل الدستوري)،وحماية حقوق المستهلكين(المادة 43 من نفس التعديل الدستوري).

-مبادئ وأهداف ميثاق الأمم المتحدة:طبقا للمادة 31 من التعديل الدستوري لعام 2016،فإن الجزائر تتبنى مبادئ وأهداف ميثاق الأمم المتحدة،هذا المبدأ يترتب عنه توسعة الكتلة الدستورية للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور الجزائري، إلى كل ما هو منصوص عليه في ميثاق الأمم المتحدة ،مبادئا وأهدافا سواء تضمنتها أحكام أخرى من الدستور، أو لم تتضمنها،الا ان الطابع الواسع لمصطلحي مبادئ وأهداف ميثاق الأمم المتحدة رغم أن المادتين 01 و02 من نفس الميثاق عملت على تعدادها الا انه من الصعب حصرها،وقد أشارت المادة 01 منه الى ضرورة تطوير وتشجيع احترام حقوق الانسان والحريات الأساسية دون تفرقة على أساس الجنس، أو العرق أو اللغة أو الدين،وهذا ما يلزم الجزائر من الناحية الدستورية، تبعا لذلك باحترام كل ما يمكن استنباطه من حقوق وحريات من ميثاق الأمم المتحدة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة. [1]

وانطلاقا من الاختصاص المناط بالمجلس الدستوري المتعلق بتفسير الدستور وضبط الكتلة الدستورية فإنه يصبح مؤهلا للبحث في هذه المبادئ والأهداف بغرض تحديد الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

ونسجل أيضا غياب أي اجتهاد للمجلس الدستوري الجزائري حسب تسميته السابقة، إلى ما يفيد تضمين الأهداف ذات القيمة الدستورية ضمن مجال الكتلة الدستورية لحماية الحقوق والحريات.

4-2 الكتلة الدستورية للحقوق والحريات محل سؤال الأولوية الدستورية في التشريع الفرنسي:

نصت الفقرة الأولى من المادة 1/61 من تعديل دستور 1958، والمادة 23 من القانون العضوي المتعلق بتنظيم المجلس الدستوري على وجوب أن ينتهك الحكم التشريعي الحقوق

[1]-محمد بوسلطان والياس صام،مرجع سابق،ص62.

والحريات التي يضمنها الدستور، أي أن اعمال سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا مرهون بوجوب انتهاك الحكم التشريعي محل ذلك السؤال لحق أو حرية يضمنها الدستور للخصم المعني بها.

وبالتالي فإن سؤال الأولوية الدستورية يكتسب طابع الجدية متى استند على انتهاك الحكم التشريعي أو التفسير القضائي له للقواعد الدستورية المتضمنة للحقوق والحريات الفردية، وهذا يستخلص منه إدراج التشريعات محل المقارنة موضوع سؤال الأولوية الدستورية ضمن مجال القضاء الشخصي، وبالتالي ابعادها عن مبدأ عينية الدعوى الدستورية التي تبنته التشريعات الأخرى، ومؤدى ذلك أن انعدام المصلحة الشخصية للطاعن يترتب عنه رفض سؤال الأولوية الدستورية، بمعنى أن عدم انتهاك الحكم التشريعي محل ذلك السؤال لحق أو حرية يضمنها الدستور للطاعن بالذات تنتفي معه المصلحة الشخصية لإثارة سؤال الأولوية الدستورية ويترتب عنه رفضها، وهذا الرأي مستخلص باستقراء المادة 23 من القانون العضوي الفرنسي للمجلس الدستوري والمادة 03 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 وكذا حسب القانون العضوي الجزائري رقم 16/18، وكلها حظرت على قاضي الموضوع اثارة سؤال الأولوية الدستورية تلقائيا، وهذا يثبت ان ذلك السؤال وفقا للتشريعات موضوع المقارنة ليس من النظام العام.

ويمكن تفسير استبعاد سؤال الأولوية الدستورية من نطاق مبدأ عينية الدعوى الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة كونها تعمل بنظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين، وهذه الرقابة تحقق هذا المبدأ بحيث أنها تكرس خصائص الدعوى الدستورية الأصلية بعدم الدستورية، ولا تقتضي وجود مصلحة شخصية للسلطات العامة صاحبة الاختصاص في تحريكها،على عكس سؤال الأولوية الدستورية الذي يقتضي تلك المصلحة.

وباعتبار أن سؤال الأولوية الدستورية ليس من الدفوع العامة التي يشمل نطاقها أي اعتداء من جانب المشرع، بل يقتصر نطاق تطبيقه على الحالات التي ينتهك فيها المشرع الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، و الملاحظ أن المواد المشار إليها أعلاه استعملت عبارة الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وهذا التعبير أيضا محل للغموض لان تلك المواد لم تحدد مجال هذه الحقوق والحريات، وهذا ما يؤدي الى التوسع في تفسيرها فهل

يقصد بها الحقوق الأساسية؟، وهل مدلولها قاصر على تلك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور بالمفهوم الشكلي أم بالمفهوم الموضوعي؟، اي يمتد نطاقها ليشمل الحقوق والحريات المكرسة بموجب الوثائق الأوروبية أو الدولية النافذة في فرنسا،وتلك التي استخلصها المجلس الدستوري مستخدما سلطته في التفسير؟.

ان البحث في مدلول الحقوق والحريات التي يحميها الدستور يقتضي التعرض إلى تحديد مفهوم الحقوق والحريات الأساسية، وكيفية استخلاصها هل تكون مقصورة على نصوص الدستور فقط، أم يمكن استخدام ما يطلق عليه بالكتلة الدستورية.

-مفهوم الحقوق والحريات الأساسية:

ان اصباغ مصطلح الأساسية على الحقوق والحريات راجع الى الفترة التي كانت فيها حقوق الإنسان في الجيل الاول لها كحقوق مدنية وسياسية، الا ان هذا المضمون تطور على اثر ظهور الجيلين الثاني والثالث لحقوق الانسان، وتكمن الصعوبة في وضع معيار لاستخلاص ما يمكن اعتباره حقوق أساسية بالمعنى القانوني، وبالتالي فإن الحماية الدستورية للحقوق المستقاة من اعلانات حقوق الانسان هي التي تساهم في كشف الطابع الاساسي لها، وذلك مؤاده ان اضفاء الحماية الدستورية على الحقوق يعد الوسيلة الوحيدة لمنح تلك الحقوق قيمة أعلى من القيمة التي يمنحها التشريع العادي ورفعها الى قمة النظام القانوني، وبالتالي فإن الحقوق والحريات التي تتمتع بالحماية المستمدة من المبادئ الدستورية تكتسب طابعا اساسيا وهناك من يعتبر الحقوق والحريات الاساسية،هي تلك التي تستمد الحماية بالنص عليها في الدستور حيث يعوض مصطلح الاساسية بالدستورية،وحينها يطلق عليها تسمية الحقوق والحريات الدستورية.[1]

كما يتعين الإشارة الى أن الحقوق الدستورية هي بصفة أساسية حقوق الفرد في مواجهة الدولة، وليست حقوق الأفراد في مواجهة بعضهم البعض، وهذا يدل على أن الحقوق الأساسية قابلة للتطبيق على العلاقة بين الدولة والأفراد، وليس لها أثر مباشر على العلاقات

[1]- وليد محمد الشناوي،الطعون الدستورية الفردية دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة،دار الفكر والقانون،المنصورة،2019،ص59.

الاقتصادية والاجتماعية الخاصة، الا ان الأفراد قد يشكلون مصدرا محتملا للخطر على الحقوق المكفولة دستوريا بذات الدرجة التي تمثلها السلطات العامة على تلك الحقوق، وهذا على أساس أن الأفراد يمكنهم الاستفادة من حقوقهم الأساسية على نحو يمثل تدخلا في مجالات الأطراف الأخرى، وهذه المجالات محمية دستوريا [1] وهذا يترتب عنه بروز مفهوم مزدوج لطبيعة الحقوق من ناحية التميز بين الحقوق الذاتية(الشخصية السلبية) والحقوق الموضوعية (الايجابية)، فالأولى تؤسس على حماية الفرد في مواجهة الدولة، أما الثانية تمثل الحقوق في التنفيذ الفعال للاستقلال الشخصي والحريات الشخصية أي وجوب اتخاذ اجراءات الحماية اللازمة، وهذا يترتب عليه التزامين في مواجهة الدولة هما امتناع الدولة عن انتهاكها للحقوق بالإضافة الى توفير الحماية للأفراد من أعمال الغير وضمان تمتع الأفراد بحقوقهم المكفولة دستوريا [2] .

وعليه فإن تحديد مفهوم الحقوق والحريات الأساسية يعد مسألة صعبة، كما سبق الاشارة اليه، لما تتضمنه الفكرة من غموض وصعوبة في تحديد مضمونها، وللوصول الى تحديد نطاق الحقوق والحريات الدستورية موضوع سؤال الأولوية الدستورية يتعين الرجوع الى التجربة الفرنسية أولا ، ثم التطرق الى التجربتين المغربية والجزائرية لذلك يثور التساؤل حول موقف المشرع والفقه والقضاء الفرنسي من وضع معيار معين لتحديد ما يعتبر من الحقوق والحريات الأساسية وما لا يعتبر كذلك.

-نطاق الكتلة الدستورية للحقوق والحريات موضوع سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا:

تعد الكتلة الدستورية أحد أبرز أدوار القضاء الدستوري في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية وظهرت هذه الأخيرة نتاجا لاجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي واستوحيت من مصطلح"كتلة المشروعية" الموظفة في القانون الاداري للدلالة على مجموع النصوص القانونية التي تؤسس عليها الرقابة على دستورية القوانين، وبموجبها عمل المجلس

---

[1]-وليد محمد الشناوي،الطعون الدستورية الفردية دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة،مرجع سابق،ص59.

[2]-وليد محمد الشناوي،المرجع نفسه،ص60.

-هالة أحمد سيد أحمد المغازي،دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات الشخصية،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية،ص284.2004

الدستوري على الانفتاح على نصوص ووثائق قانونية اخرى تتنصل من القيود الدستورية التي تفرضها وثيقة الدستور، وتمثل القواعد القانونية المرجعية التي يستند اليها المجلس الدستوري في ضمان الحقوق والحريات الاساسية المحصورة في نصوص وثائق قانونية معينة [1] وسنعمل على توضيح هذه الكتلة الدستورية للحقوق والحريات موضوع سؤال الأولوية الدستورية كما هو مبين ادناه:

بغرض استخلاص نطاق الحقوق والحريات موضوع سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا تعين الرجوع الى مختلف التوجهات التي ظهرت بشأن تحديد مدلول الحقوق والحريات على النحو التالي:

-موقف المشرع من وضع معيار لتحديد الحريات الأساسية:

بالاطلاع على دستور الجمهورية الثالثة الصادر عام 1875 لم يتضمن الإشارة إلى الحقوق والحريات الأساسية، ثم جاء دستور الجمهورية الرابعة وأكدت ديباجته بصفة رسمية على الحقوق والحريات التي تضمنها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789 وأضافت له ما يسمى بالمبادئ الرسمية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية، كما أضيف ميثاق البيئة الصادر عام 2004 لمقدمة دستور فرنسا الحالي، و ورد ذلك نتيجة تأثير قوانين الاتحاد الأوروبي على النظام القانوني الفرنسي الداخلي وتأثر القضاء الفرنسي بالاتجاهات الحديثة للمحكمة الأوروبية وقوانين الاتحاد الأوروبي خاصة المتعلقة بحماية الحقوق والحريات الأساسية.[2]

وبصدور الدستور الفرنسي الحالي وهو دستور الجمهورية الخامسة الصادر عام 1958 فقد أشار في ديباجته إلى حقوق الإنسان التي أشار إليها الاعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن وإلى ديباجة دستور عام 1946، وأنشأ المجلس الدستوري الذي تولى الرقابة على دستورية القوانين.

---

[1]–محمد نويري،دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات الأساسية بالمغرب دراسة تحليلية مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،جامعة محمد الأول،وجدة،2017،ص.ص200–201.

[2]- شريف يوسف خاطر،المسألة الدستورية دراسة مقارنة،دار الفكر والقانون،المنصورة،2015،ص.ص90 –91.

ويتبين أن المؤسس الدستوري الفرنسي أشار إلى اصطلاح الحريات العامة والفردية في عدة مواضع، كما هو الحال في المادة 34 من الدستور المتعلقة بالحريات العامة وأحال المؤسس الدستوري للمشرع العادي سلطة تحديد الضمانات الأساسية التي يتمتع بها المواطنون، كما أحال المؤسس الدستوري للقانون سلطة تحديد المبادئ الأساسية لحرية إدارة الجماعات المحلية، والمادة 66 من الدستور قضت بأن السلطة القضائية تتولى حماية الحريات الفردية وذلك من خلال تنظيمها بقانون.

وبعد أن نصت المادة 34 على المبادئ الأساسية لحرية إدارة الجماعات المحلية، نصت المادة 72 من الدستور على أن هذه الجماعات تتم إدارتها بحرية من خلال مجلس منتخب ومنه فإن دستور فرنسا لم ينص على اصطلاح الحريات الأساسية رغم تعديده العديد من الحقوق والحريات العامة.

وبالتالي فإن انتهاك المشرع للحقوق والحريات التي نص عليها الدستور الفرنسي أو الحقوق والحريات التي نص عليها الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن أو قوانين الجمهورية، أو الحقوق والحريات التي نصت عليها مقدمة دستور 1946، أو ميثاق البيئة الصادر عام 2004 والمضاف لمقدمة دستور 1958 بالتعديل الدستوري 2008 يخول الحق لرافعي الدعوى أمام القضاء العادي أو الإداري بإثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد هذا التشريع لما فيه ممن انتهاك لهذه الحقوق التي نظمها الدستور أو الاعلان الفرنسي أو قوانين الجمهورية أو مقدمة دستور 1946 أو ميثاق البيئة الصادر عام 2004.

والملاحظ أن المؤسس الدستوري الفرنسي لم يضع تعريفا محددا للحقوق والحريات الأساسية مما أثار خلافا في الفقه والقضاء حول تحديد ما يعتبر من الحقوق والحريات الأساسية وما لا يعتبر كذلك.[1]

-موقف الفقه من وضع معيار لتحديد الحقوق والحريات الأساسية.

لقد ظهرت صفة الأساسية في فرنسا حديثا لتميز بعض الحقوق والحريات ذات الأهمية الخاصة عن غيرها من الحقوق والحريات العامة، ولقد أطلق الفقه الفرنسي صفة الأساسية

[1]-شريف يوسف خاطر،مرجع سابق،ص.ص92 -93.

على بعض الحقوق والحريات، ولتحديد مصطلح الحريات الأساسية يطرح التساؤل التالي لماذا يوصف الحق أو الحرية بأنه أساسي؟.

يصف بعض الفقه الحق أو الحرية بأنه أساسي استنادا إلى موضوعه وهو الإنسان،على أساس أن موضوع الحق أو الحرية يتعلق بالإنسان، أي يكون ملازما له فالحقوق والحريات الأساسية في هذه الحالة تطبق على كل المواطنين والأجانب،ومنه تصبح تلك الحقوق ضرورية لازدهار الفرد وكرامته وشخصيته داخل المجتمع ويمكن الاحتجاج بها في مواجهة السلطة العامة.

أما جانب من الفقه يصف الحق أو الحرية بأنه أساسي استنادا إلى مصدره وبموجبه تنقسم مصادر الحق إلى مصادر قانونية وأخرى غير قانونية، فالأولى تتمثل في نصوص الدستور والتشريعات العادية والاتفاقيات الدولية، أما الثانية فتتمثل في الإنسان والحيوان والأشياء ويرى جانب من الفقه الفرنسي بأن الحقوق الأساسية المنظمة في الدستور نظرا لأهميتها الخاصة تتميز عن غيرها من الحقوق والحريات التي وردت في التشريعات العادية أو التي لها قيمة دستورية.

إلا أن هذا الاتجاه تعرض للنقد على أساس أن اعتبار الحقوق الأساسية تتساوى مع حقوق الإنسان غير مؤسس لأن الحقوق الأساسية تعتبر جزء من حقوق الإنسان،كما أن اعتبار الحقوق الأساسية تطبق على كل إنسان باعتباره كائنا اجتماعيا غير مؤسس هو الآخر لأن بعضا من هذه الحقوق لا يطبق إلا على مجموعة من البشر كالقصر والمستهلكين.[1]

يتبين مما سبق أن موقف الفقه السابق لم يحدد بدقة مفهوم الحقوق والحريات الأساسية وهل هي نفسها الحقوق والحريات العامة أم أنها تختلف عنها؟.

-كما يتبين من استقراء آراء الفقه أن الحريات الأساسية تكون أكثر اقترابا للقانون الدستوري من القانون الإداري،ومنه فالحريات الأساسية ترتبط ارتباطا وثيقا بالقواعد التي تفوق القواعد العادية لترقى إلى مصاف القواعد الدستورية،أما الحريات العامة فإنها ترتبط ارتباطا وثيقا بالقواعد المحددة بالدستور والقانون العادي معا،ومنه فالمستفيد من الحريات الأساسية هم

[1]- شريف يوسف خاطر ،مرجع سابق،ص.ص93-94.

الأفراد فقط أما المستفيد من الحريات العامة هم الأفراد والأشخاص المعنوية العامة والخاصة.

وبالتالي فإنه طبقا للأعمال التحضيرية والتقارير البرلمانية التي أعدتها لجنتا الشؤون الدستورية والتشريع والاستفتاء بمجلس الشيوخ والجمعية الوطنية حول مشروع القانون الأساسي المتعلق بتطبيق المادة 61-1 من الدستور يتبين منها أن عبارة الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور الواردة بالفقرة الأولى من المادة 61 من الدستور تشير فقط الى الحقوق والحريات التي تضمنتها النصوص الدستورية بالمعنى الشكلي، أي التي ورد النص عليها في صلب الدستور أو في مقدمته، كإعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي ومقدمة دستور 1946 والحقوق والحريات التي نصت عليها قوانين الجمهورية وميثاق البيئة المدرج بالدستور الفرنسي بمقتضى تعديل 2008. [1]

مع الأخذ بعين الاعتبار تأثير قوانين الاتحاد الأوروبي وأحكام المحكمة الأوروبية على القضاء الفرنسي خاصة فيما يتعلق بتقرير مسؤولية الدولة في حالة انتهاك الحقوق والحريات الأساسية التي تضمنها القوانين والاتفاقيات الأوروبية باعتبار فرنسا عضو ضمن الاتحاد الأوروبي.[2]

-موقف القضاء من وضع معيار للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

نتيجة لعدم وجود تعريف فقهي أو تشريعي محدد للحقوق والحريات الأساسية فقد لجأ القضاء إلى استخدام مصطلح الحقوق والحريات الأساسية في أحكامه لإضفاء حماية خاصة عليها، إما استنادا للنص عليها في الدستور أو الإشارة إليها في مقدمة الدستور وإعلانات الحقوق، أو استنادا لاضفاء قيمة دستورية لها-مع عدم النص عليها-،من جانب القضاء الدستوري.

فبالنسبة لموقف القضاء الدستوري،لا يوجد خلاف حول القيمة الدستورية للحقوق والحريات التي تم النص عليها صراحة في الدستور.

[1] -Giummarra(S) et Guerrini (M),le contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité,aix en Provence,2012,p9.
[2] -Jaureguiberry,l'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle a posteriori, RFDA 2013,p10.

ولكن إذا لم ينص الدستور على حماية خاصة لإحدى الحقوق والحريات هنا يبرز تدخل القضاء الدستوري،حيث أقر المجلس الدستوري بالقيمة الدستورية للحقوق والحريات التي تضمنها الاعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن،وكذلك المبادئ الدستورية المعترف بها في قوانين الجمهورية والتي تضمنتها مقدمة دستور 1946.[1]

وبمناسبة صدور قوانين الطب البيولوجي الصادرة عام 1994 انتهز المجلس الدستوري الفرصة، وأقر بأن مبدأ حماية الكرامة الإنسانية مبدأ ذو قيمة دستورية، وذلك استنادا إلى ديباجة دستور 1946 التي أحالت إليها ديباجة دستور 1958 [2] كما استخلص المجلس الدستوري عدة حقوق دستورية غير منصوص عليها صراحة في الدستور، وأضفى عليها حماية دستورية مثل الحق في الحياة الخاصة[3] والحق في الحصول على مسكن ملائم [4]وذلك استنادا للمادة 66 من الدستور الخاصة بحماية الحريات الفردية.

ويتضح من خلال عرض أحكام القضاء الدستوري الفرنسي أنه يقر بالقيمة الدستورية للحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، ويتوسع في تفسير مفهوم الحقوق والحريات التي تم النص عليها صراحة لإضفاء قيمة دستورية للحقوق والحريات التي لم يرد النص عليها صراحة في صلب الدستور أو ديباجته.

ونتيجة لاتساع مفهوم الحقوق والحريات الأساسية من جانب القضاء الدستوري فقد اتجه القضاء الإداري إلى توفير حماية قضائية خاصة لهذه الحقوق والحريات.

ففي مجال نظرية الاعتداء المادي من جانب الإدارة، فإنه يشترط لتدخل القاضي الإداري لحماية الحريات الأساسية وجود اعتداء وقع على الحرية، ولأول مرة استعمل مجلس الدولة الفرنسي مصطلح الحريات الأساسية في حكمه المؤرخ في 1961/04/08 وبموجبه وصف القاضي الإداري الحرية بأنها أساسية ليس على أساس أنه تم النص عليها في الدستور فقط، بل إستنادا أيضا إلى أهميتها الخاصة والحماية الخاصة المقررة لها [5] كما

---

[1]–أحمد فتحي سرور،الحماية الدستورية للحقوق والحريات،دار الشروق،2000،ص65.

[2] -Conc.constit,27/07/1994,déc.n94-343-344 DC,Rev.francaise de droit constitutionnel n20 décembre 1994,p799,note L.favoreu ;D1995,comm,p299,note L.favoreu ;GAJC,12 éd,dalloz,2003,n47,p852.

[3] -Cons.constit,13/8/1993 déc n93-325 DC,Rec,p539.

[4] - Cons.constit,19/01/1995,déc n94-359 DC,J.O,1995,p1166.

[5]–شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية دراسة مقارنة،دار الفكر والقانون،المنصورة،2015،ص.108.

اعتبر القضاء أن الحرية التي يتدخل المشرع العادي ويضع لها حماية خاصة في قانون خاص، تعتبر حرية أساسية تستحق الحماية القضائية في مجال نظرية الاعتداء المادي من جانب الإدارة. [1]

إلا أن جانب من الفقه الفرنسي اعتبر أن الاخذ بالحماية التشريعية الخاصة للحرية من أجل اضفاء صفة الأساسية عليها، لم يترتب عنه وضع معيار محدد ودقيق لتعريف الحريات الأساسية في مجال نظرية الاعتداء المادي.[2]

وبالنتيجة لذلك وبعد التطرق لموقف القضاء الفرنسي لبيان مفهوم الحقوق و الحريات الأساسية، يتبين أن هذه الأخيرة تمثل الحريات المنصوص عليها صراحة في ديباجة الدستور ونصوصه، كما يطلق مصطلح الحقوق والحريات الأساسية على الحقوق و الحريات التي أضف عليها القضاء الدستوري قيمة دستورية استنادا لنصوص الدستور وديباجته واعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي ونتعرض الى تفصيل التطبيقات القضائية لسؤال الأولوية الدستورية كما هو موضح أدناه:

-التطبيقات القضائية لسؤال الأولوية الدستورية طبقا للمادة 61-1 من الدستور.

على إثر تطبيق نظام سؤال الأولوية الدستورية اعتبارا من تاريخ 2010/03/01 طرحت على القضاء عدة قضايا تتعلق بسؤال الأولوية الدستورية استنادا الى الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، سواء المنصوص عليها صراحة في الدستور، أو التي تضمنتها مقدمة الدستور ، كإعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي ومقدمة دستور 1946 وما نصت عليه قوانين الجمهورية من حقوق وحريات وكذلك ميثاق البيئة الصادر عام 2004 والذي ضم الى الدستور في 2008.

وقد صدرت عدة أحكام أكدت إصباغ وصف الحق أو الحرية طبقا لمفهوم المادة 61-1 من الدستور على الحالات التي ينتهكها المشرع العادي للدستور الفرنسي، وعلى سبيل المثال يعتبر من الحقوق والحريات التي يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأن التشريع

[1] .-C.Goyard,la compétence des tribunaux judiciaires en matière administratve,montchrestien,1962,p444.
[2] -S.Guillon-couddray,la voie de fait administrative et le juge judiciaire,Th,paris IL,2002,p102.

التي ينتهكها مبدأ حرية إدارة الجماعات المحلية طبقا للمادة 72 من الدستور [1] ،كما قضي بأن الحق في الحماية القضائية للحرية الفردية المنصوص عليه بالمادة 66 من الدستور يعتبر من الحقوق والحريات التي يجوز إثارة سؤال أولوية الدستورية بشأن تشريع يتضمن انتهاكا له[2] .

وكذلك الأمر بالنسبة للحق في التفكير[3] وحرية التعبير[4] من الحقوق والحريات الدستورية التي تخضع لمفهوم المادة 61-1 من الدستور.

كما يعتبر من الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور المبادئ التي أقرتها قوانين الجمهورية ومنها الحرية النقابية[5] والحق في تخفيف العقوبة الجنائية على صغار السن. [6]

كما قضى المجلس الدستوري ومجلس الدولة الفرنسي بأن عدم ممارسة المشرع لاختصاصه(وهو ما يعرف بالاختصاص السلبي للمشرع) لا يترتب عنه إثارة سؤال الأولوية الدستورية المنصوص عليه بالمادة 61-1 من الدستور، ما لم يتضمن موقف المشرع السلبي انتهاكا لإحدى الحقوق والحريات الخاصة بالطاعن ويتضمنها الدستور.

وعلى العكس من ذلك صدرت عدة أحكام من القضاء الدستوري والإداري برفض سؤال الأولوية الدستورية لعدم توافر عنصر الاعتداء على الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، والتي تعتبر شرطا جوهريا لإثارة سؤال الأولوية الدستورية. [7]

وبموجب القرار المؤرخ في 2010/05/12 رقم 2010-605 قضى المجلس الدستوري بأن سؤال الأولوية الدستورية لا تثار ضد مخالفة الاتفاقية الدولية للقانون الداخلي، على أساس أنه يمكن للقضاء العادي والاداري ممارسة هذه الرقابة.

---

[1]-شريف يوسف خاطر،مرجع سابق،ص115.

[2] -CE,qpc,24/09/2010,Danielle A,req,n339110 :AJDA2010.
[3] -Cons.const17/06/2010,SARL l'office central d'accession au logement :n2010-26 qpc §6.
[4] - Cons,const,06/10/2010,Mathieu pitte ;n2010-45 qpc §6.
[5] -Cons.const28/05/2010,Union des familles en europe :n2010-3 qpc.
[6] -Cons.const 06/08/2010,Jean C,et a :n2010-20/21 qpc§6.

[7]-شريف يوسف خاطر،مرجع سابق،ص. 117.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بموجب حكمه المؤرخ في 2010/07/09 رقم 339854 بأن صدور تشريع بمخالفة أحكام المادة 34 من الدستور والمتعلقة بالعلاقة بين البرلمان والحكومة بشأن توزيع الاختصاص بمباشرة الوظيفة التشريعية للدولة لا تندرج ضمن الحق أو الحرية الوارد في مفهوم الحقوق والحريات التي نصت عليها المادة 1/61 من الدستور وعليه لا يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأن مخالفة هذا التشريع لأحكام المادة 34 من الدستور، ما لم يتضمن التشريع المخالف لأحكام المادة 34 مساسا مباشرا للحقوق والحريات الخاصة بمثير سؤال الأولوية الدستورية، ففي هذه استقر القضاء الاداري والدستوري على قبول سؤال الأولوية الدستورية طبقا للمادة 1/61 من الدستور، وهذا ما ورد بموجب بعض القرارات وهي كالتالي: 2010/06/18 رقم 2010-5 و2011/01/28 رقم 2010-95،و2011/06/17 رقم 2011-134.

كما لا يعد محلا لسؤال الأولوية الدستورية المخالفة الشكلية أو الإجرائية للتشريع[1] أو مخالفة المشرع للأحكام الخاصة بالمجلات التي خصصها المؤسس الدستوري للتشريع الأساسي.

وتبعا لما تقدم نرى أنه من الضروري للوصول إلى المقصود بالمادة 23 فيما يخص الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، تعين الرجوع إلى الموقفين المستخلصين بمقتضى المؤتمر المنظم من طرف وزارة العدل الفرنسية المؤرخ في 2009/02/16 بعنوان "le contrôle de constitutionnalité pour voie préjudicielle en France :quelle pratique »،والذي انعقد لمناقشة أبعاد تطبيق المادة 61 من الدستور للعمل بسؤال الأولوية الدستورية، فالموقف الأول اعتبر ان المقصود بتلك العبارة أن تكون مرجعية سؤال الأولوية الدستورية هي مجموعة القواعد الدستورية التي تكونت شيء فشيئا استنادا إلى قضاء المجلس الدستوري والتي يتخذ منها هذا الأخير مرجعا له في الرقابة السابقة على دستورية القوانين منذ عام 1958، وعلى اعتبار أن هذه المجموعة الدستورية تضم مبادئ تضمنتها وثائق أخرى غير الوثيقة الدستورية، ومنه فإن مفهوم الدستور في هذه الحالة يقصد به الدستور بالمفهوم الموضوعي.

[1] -Cons.const 22/07/2010,Alain C ;n2010-4/17 qpc §7.

أما الموقف الآخر يرى أن تلك العبارة تقتصر على النصوص الدستورية بالمفهوم الشكلي، بما فيها النصوص التي يشير أو يحيل إليها الدستور والتي تضمن حقوق وحريات الأفراد والتي تفرض على المشرع التزاما محددا بعدم مخالفتها أو التشريع على غير مقتضاها، وبالتالي لا يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد حكم تشريعي معين، استنادا إلى نص دستوري موجود بالدستور، لا يتعلق بموضوع الحقوق والحريات مباشرة حتى ولو كان الحكم التشريعي المطعون فيه ينتهكه صراحة، طالما أنه لا يمكن تفسير الموضوع على أنه انتهاك الحق أو حرية للطاعن، أو استنادا إلى نص موجود خارج الدستور، ولم يشر إليه الدستور صراحة ولو كان ينتهك حقا أو حرية للطاعن. [1]

وقد ساد الموقف الثاني ضمن أشغال المؤتمر المذكور حسب ما بينه التقرير المعد من طرف الأستاذة laureline fountaine [2].

كما أنه سيطر على مشروع القانون العضوي بشأن تطبيق المادة 61 من الدستور، وقد كرس في النص النهائي لهذا القانون المؤرخ في 2009/12/10 رقم 1523 لسنة 2009.

وباستطلاع الأعمال التحضيرية والتقارير البرلمانية التي أعدتها لجنتا الشؤون الدستورية والتشريع والاستفتاء بمجلس الشيوخ والجمعية الوطنية ،حول مشروع القانون الأساسي بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور، وكذا المناقشات التي دارت في هذين المجلسين، فإن عبارة الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور الواردة بالمادة 61 من دستور1958 تقتصر فقط على الحقوق والحريات التي تضمنتها النصوص الدستورية بالمعنى الشكلي سواء بصفة مباشرة وإما عن طريق الإشارة إلى نصوص أخرى خارج الدستور، كنصوص الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن، أو نصوص مقدمة

---

[1]–أنظر تقرير أعدته الأستاذة laureline fountaine، بعنوان:

comte rendu analytique… et pédagogique du colloque du :
16/02/2009,organise par le ministére de la justise,l'umr 0201 institut louis favoreu-gerc-cdpc-ieia et l'association francaise de droit constitutionnel.

ويمكن الاطلاع عليه بالموقع الالكتروني:http://www.unicaen.fr/recherche/mrsh/files/crexception.pdf.

[2]–أنظر تقرير أعدته الأستاذة laureline fountaine، بعنوان:

comte rendu analytique… et pédagogique du colloque du 16/02/2009,organise par le ministére de la justise,l'umr 0201 institut louis favoreu-gerc-cdpc-ieia et l'association francaise de droit constitutionnel.

ويمكن الاطلاع عليه بالموقع الالكتروني:http://www.unicaen.fr/recherche/mrsh/files/crexception.pdf.

دستور1946 أما تلك الحقوق والحريات التي تضمنتها وثائق أخرى وطنية أو دولية فلا يمكن الاستناد عليها لاثارة سؤال الأولوية الدستورية بالمعنى الذي قصدته الفقرة 1من المادة 61،والفقرة 1 من المادة 23 من القانون الأساسي المتعلق بالمجلس الدستوري.[1]

[2]وعليه فإنه يمكن الاستناد إلى النصوص الدستورية الآتي بيانها بشأن سؤال الأولوية الدستورية وتتمثل في:

1-النصوص الدستورية الوضعية أو الدقيقة الضامنة للحقوق والحريات التقليدية والتي تلقي على عاتق المشرع التزاما محددا بتحقيق نتيجة مؤداها عدم إهدار الحق أو الحرية، وعلى سبيل المثال المادة الأولى من الدستور التي تضمن التعددية وحرية التعبير في المسائل السياسية والمادة 66 منه التي تجعل السلطة القضائية حارسة للحرية الفردية وغيرها من الحقوق والحريات.

2-النصوص ذات القيمة الدستورية ،التي تشير إليها مقدمة دستور 1958،والواردة بالإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789، وبمقدمة دستور 1946 التي تشير إلى المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية.

3-النصوص الدستورية المتعلقة بالبيئة،والتي تضمنها ميثاق البيئة المدرج بالتعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008.

وعلى الرغم من ذلك فإن منهج المجلس الدستوري في اطار الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين مؤسس على ان يكون الحكم التشريعي محل الطعن مؤسس على انتهاك التشريع أو جزء منه لأي حق أو حرية فردية، وقد اسفر قضائه عن تحديد قائمة بالحقوق والحريات التي

1-عيد أحمد الغفلول،الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي،في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 734 لسنة 2008،دار النهضة العربية،القاهرة،2011،ص202.

[2] --L-favoreu,les normes de référence,in »le conseil constitutionnel et les partis politique,travaux de l'association francaise des constitutionnalistes,journée d'études du 13/03/1987,aix-en-provence/paris,P.U.A.M/economice,1988.pp96 et ss.
- L-favoreu,ls libertés protégées par le conseil constitutionnel,in »la cour europeenne des droits de l'homme et le conseil constitutionnel »actes du colloque des 20-21 janvier,motpellier,1989,pp37 et ss.
-محمد عبد اللطيف،القضاء الدستوري الفرنسي في خمس سنوات(1999-2004)،دار النهضة العربية،2004،ص76-77.

تستند في مرجعيتها الى نصوص دستور 1958 او إلى النصوص التي تشير إليها مقدمته والمتمثلة في نصوص الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن ونصوص مقدمة دستور 1946 وتضم هذه القائمة الحقوق والحريات التالية:

أ-الحقوق والحريات الأساسية التقليدية واهمها:

*حرية التجمع،بمقتضى قرار المجلس المؤرخ في 1971/04/16 رقم 71-44.

*مبدأ المساواة،بمقتضى قرار المجلس المؤرخ في 1973/12/27 رقم 73-51.

*الحق في الحياة،بمقتضى قرار المجلس المؤرخ في 1975/01/15 رقم 74-54.

*الحرية الفردية بمقتضى قرار المجلس المؤرخ في1981/01/20/19 رقم 81-127.

ب-المبادىء الأساسية للقانون الجنائي:وتتضمن هذه المبادىء مجموعة من الحقوق الأساسية في المجالين الموضوعي(قانون العقوبات) والإجرائي(قانون الإجراءات الجزائية) ووردت هذه الحقوق في الحكم الصادر عن المجلس الدستوري المؤرخ في 19-20 جانفي 1981 بشأن قضية sécurité et liberté، ثم تتابعت أحكامه بهذا الشأن الى غاية استكمال قائمة الحقوق الأساسية المعترف بها للأفراد في هذا المجال وأهمها مايلي:

--مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

-مبدأ شخصية العقوبة.

-حقوق الدفاع والحق في الاستعانة بمحام.

-الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. [1]

وبالتالي فسؤال الأولوية الدستورية في هذه الحالة مرتبط بمجموعة الحقوق والحريات التي اهتم بها القانون الدولي لحقوق الانسان بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية وأقرتها جميع الدساتير ذات النزعة الاجتماعية التي لم تعد تعتبر الدولة مجرد دولة حارسة بل دولة متدخلة

[1]-عيد أحمد غفلول،الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي،في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 734 لسنة 2008،مرجع سابق،ص.ص162،161.

في حياة الأفراد، وقد انعكس ذلك على الدور السلبي الذي كان للدولة في مجال الحقوق والحريات من مجرد تنظيم حقوق وحريات الأفراد التقليدية بالطريقة التي لا يترتب عنها مصادرتها أو منع الأفراد من التمتع بها، الى دور ايجابي يتمثل في ضرورة التدخل في حياة الأفراد بصورة فعالة من اجل اشباع حاجاتهم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. [1]

وقد درج المجلس الدستوري الفرنسي بداية من منتصف السبعينات في ادخال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ،ضمن نطاق الحقوق الأساسية، بالمعنى الذي يؤكد حجيتها في مواجهة المشرع العادي وتتمثل أهم هذه الحقوق في قضاء المجلس الدستوري فيما يلي: [2]

-الحق في الرعاية الصحية بمقتضى حكميه المؤرخين في 1975/01/15 و1978/01/18.

-الحرية النقابية بمقتضى حكمه المؤرخ في 1982/10/22.

-الحق في العمل بمقتضى حكمه المؤرخ في 1983/05/28.

-حق الانسان في حياة عائلية طبيعية بمقتضى حكمه المؤرخ في 12-13 اوت 1993.

[3] وبالتالي هي تلك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور بالمعنى المحدد بموجب المادتين 61 من الدستور و01/23 من القانون الأساسي المتعلق بالمجلس الدستوري والتي يمكن أن تكون محلا لإثارة سؤال الأولوية الدستورية .

---

[1] -J-f,flaus :les droits sociaux dans la jurisprudence du conseil constitutionnel,revue de droit social,1982,p652 et ss.

-انور رسلان،الحقوق والحريات في عالم متغير،دار النهضة العربية،القاهرة،1992،ص55.

[2] -عيد أحمد غفلول،مرجع سابق،ص.163

[3] -عيد أحمد الغفلول،الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي،في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 734 لسنة 2008،مرجع سابق،ص167.

-تقرير warsmann I-j،رقم1898،الصادر عن لجنة القوانين الدستورية والتشريعية والاستفتاء بالجمعية الوطنية رقم 1898،ص.ص46و47.

-التقرير الختامي للمؤتمر الذي نظمته وزارة العدل الفرنسية يوم 2009/02/16،والذي أعدته laureline fountaine،مرجع سابق.

ومنه يستخلص مما تقدم أنه لا يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد أي حكم تشريعي مخالف لأي نص دستوري غير منظم أو ضامن للحقوق والحريات بصورة مباشرة ودقيقة التي من شأنها أن تجعل الحق أو الحرية من الحقوق والحريات التي يمكن الاحتجاج بها في مواجهة المشرع .

ومما تقدم تبين ان نطاق الحقوق والحريات التي تكون محلا لسؤال الأولوية الدستورية لا يمتد الى ما تضمنته المواثيق الدولية والأوروبية المتعلقة بحقوق الانسان والتي تعتبر فرنسا طرفا فيها، وبالتالي قد يفهم من ذلك عدم امكانية ضمان عدم خضوع المتقاضين الفرنسيين للقوانين الوطنية التي قد تتضمن انتهاكا لحقوقهم وحرياتهم التي تضمنها تلك المواثيق المشار اليها.

وللإشارة فإنه من المعلوم أن المواثيق الدولية والاقليمية لحقوق الانسان قد ترتب للفرد حقوقا لا يضمنها الدستور الفرنسي، واعمالا للمادة 55 من الدستور لعام 1958 التي تنص على أن"المعاهدات والاتفاقيات التي يتم التصديق أو الموافقة عليها وفقا للأوضاع المقررة يكون لها بمجرد نشرها قيمة أعلى من قيمة القوانين العادية شريطة تطبيقها بواسطة الطرف الآخر فيها".

وباعتبار أن فرنسا تعمل بأسلوب رقابة الاتفاقية التي تمارسها المحاكم الفرنسية، وهي تقريبا مشابهة لأسلوب سؤال الأولوية الدستورية، حيث تتم بالرجوع إلى أحكام الدستور وليس أحكام المعاهدات، وفي تاريخ لاحق على دخول القانون في التطبيق أثناء نزاع معروض أمام إحدى المحاكم. [1]

وبالتالي كانت رقابة الاتفاقية وسيلة لحماية الحقوق والحريات المضمونة للفرد بموجب المواثيق الدولية والاقليمية المتعلقة بحقوق الانسان، وبعد تبني أسلوب سؤال الأولوية الدستورية لم يرد أي نص يفيد انهاء لجوء المحاكم الفرنسية للعمل برقابة الاتفاقية على الرغم

---

[1] -Cassia et Saulnier-cassia,contrôle de constitutionnalité a posteriori et contrôle de conventionalité de la loi :une coexistence,dalloz,2008,n3,pp166-176.

-L.burgorgue-larsen,question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité, RFDA,2009,no4,pp787-799.

من أن المجلس الدستوري الفرنسي أدرج التعهدات الدولية لفرنسا ضمن القواعد المعتبرة مرجعا للرقابة على الدستورية بأسلوب سؤال الأولوية الدستورية وهذا بموجب قراره المؤرخ في 2009/12/03 رقم 2009/595 الذي تضمن خطابا موجها الى محاكم الموضوع ومحكمة النقض، ومجلس الدولة، حيث تضمن الحيثية رقم 12 و20 التي وردتا كالتالي:

الحيثية رقم 12 نصها كالتالي:

(En tout état de cause, la juridiction doit lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative ,d'une part aux droits et libertés garantis par la constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France ,se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au conseil d'état ou a la cour de cassation)

الحيثية رقم 20 نصها كالتالي:

(En tout état de cause,le conseil d'état ou la cour de cassation doit lorsqu'il est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative ,d'une part aux droits et libertés garantis par la constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France ,se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au conseil constitutionnel).

وبالتالي وتبعا لما تقدم فإن النظام الفرنسي كفل للمتقاضين الخيار بين اتباع أسلوب سؤال الأولوية الدستورية أو مباشرة رقابة الاتفاقية للدفاع عن حقوقهم التي يضمنها الدستور أو اتفاقيات حقوق الانسان التي تعتبر فرنسا طرفا فيها، كما ان سؤال الأولوية الدستورية يتسع نطاقها ليشمل حماية الحقوق والحريات المكفولة بموجب الدستور الفرنسي، وكذا المواثيق الدولية لحقوق الانسان النافذة في فرنسا.[1]

ومنه فقد توجه جانب من الفقه الى انه لا يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد القواعد الدستورية التي صاغها المجلس الدستوري في شكل أهداف ذات قيمة دستورية على

[1]-مصطفى محمود اسماعيل علي،وسائل تحريك الدعوى الدستورية دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في الحقوق،قسم القانون العام ،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية،2020،ص96.

أساس أنها لا تعتبر من القواعد الدستورية الضامنة للحقوق والحريات الخاصة بالأفراد، بل هي مبادئ قررها المجلس الدستوري، وخاطب بها المشرع على سبيل التوصية والاختيار للالتزام بها ،وعليه فإذا خالف المشرع أحد هذه الأهداف، فليس من الصائغ، القول بوجود اعتداء على حق أو حرية يضمنها الدستور ،ومن بين هذه الأهداف الحفاظ على مقتضيات النظام العام ،والمحافظة على التعددية في التعبير وحسن ادارة العدالة. [1]

وحسب القرار الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي رقم 3-2010 فقد قضى بأنه يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد الأهداف ذات القيمة الدستورية، ويتبين ذلك بموجب القضية المتعلقة باتحاد الأسر في أوروبا والتي كانت موضوع قرار إحالة لمجلس الدولة بتاريخ 2010/04/14 ومضمونها مايلي:

((أثارت الجمعية، خرق هدف ذي قيمة دستورية ،متمثل في تعددية تيارات التفكير والرأي، المستخلص من قبل المجلس الدستوري، أنه في هذه الحالة لم يناقش مسألة مدى جواز رفع دعوى دستورية تأسيسا على أهداف ذات قيمة دستورية، بل ذهب مباشرة الى مناقشة موضوع المسألة ،معتبرا أن تعدد تيارات التفكير والرأي ليس له قيمة دستورية، الا في مجال الحياة السياسية(المادة04 من الدستور) والاعلام(المادة 34 من الدستور)، في حين أن الحكم التشريعي المطعون فيه يوجد خارج هذين المجالين)) . [2]

ثم في قراره رقم 4/17-2010 اعتبر ان تجاهل الاهداف ذات القيمة الدستورية لا يمكن في حد ذاته أن يثار بدعم من سؤال الأولوية الدستورية على أساس الفصل 1/61 من التعديل الدستوري لعام 2008. [3]

و مما سبق يتبين لنا ان المجلس الدستوري الفرنسي استطاع ان يؤسس كتلة دستورية خاصة ومتعددة المراجع تمكنه من اعتمادها كمرجعية قانونية للحقوق والحريات الأساسية، ولم يعتمد على ما ورد بنصوص الدستور من حقوق وحريات، بل توسع في اضفاء قيمة دستورية على عدة حقوق وحريات، من خلال اعمال منهج التفسير الواسع لبعض نصوص الدستور في

---

[1]-مصطفى محمود اسماعيل علي،مرجع سابق،ص96.

[2] -DC n 3-2010 qpc du 28/05/2010.

[3] - DC n 2010-4-17 qpc du 22/07/2010.

استخلاص حقوق وحريات أخرى غير منصوص عليها في الدستور، او ديباجته، وأجاز أن تكون محلا لسؤال الأولوية الدستورية طبقا للمادة 66 من الدستور المتعلقة بحماية الحريات الخاصة، ولكن ما يعاب عليه انه حصر نطاقها بنصوص الدستور، وبعض الوثائق القانونية الخاصة بفرنسا، واستبعد منها المواثيق الدولية، بحجة ان فرنسا تعمل بنظام الراقبة الاتفاقية.

وحسب وجهة نظر الباحث: فإنه من الضروري على المجلس الدستوري التوسع في مرجعيته القانونية السابقة الذكر وذلك باعتماد المواثيق الدولية ضمنها لان اعمال رقابة الاتفاقية ليس مانعا من اثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد الحكم التشريعي الذي ينتهك حقا او حرية تضمنتها المواثيق الدولية التي صادقت عليها فرنسا.

ومن جانب آخر وحسب تصورنا للطبيعة القانونية لسؤال الأولوية الدستورية فإنه لا يمكن الأخذ فقط بالتصور الذي تبناه المؤسس الدستوري الفرنسي عندما أضفى عليها طابعا شخصيا فقط ، ومظهره هو انتهاك الحكم التشريعي للحق أو الحرية التي يضمنها الدستور أي ترجيح كفة المصلحة الشخصية للأفراد بغرض حماية حقوقهم وحرياتهم، وبالتالي عدم قبول اي سؤال للأولوية الدستورية لا يتعلق بخرق او مساس الحكم التشريعي لنصوص الدستور الحامية للحقوق والحريات، بل وتماشيا مع الطابع العيني له فإنه يجوز اثارته ضد أي حكم تشريعي تضمن انتهاكا لنص أو مبدأ دستوري، بصرف النظر عن مضمونه وهذا ما يتماشى مع منطق تغليب المصلحة العامة الأولى بالحماية والتي تقتضي استبعاد أي حكم تشريعي يمس أو يخرق نصوص الدستور.

4-3 نطاق الكتلة الدستورية للحقوق والحريات موضوع سؤال الأولوية الدستورية في التشريع المغربي:

إن الفصل 133 من التعديل الدستوري لعام 2011 نص على أنه"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 والحريات التي يضمنها الدستور".

ويستخلص من النص اعلاه وجوب مساس المقتضى التشريعي بحق أو حرية يضمنها الدستور حتى يمكن اثارة سؤال الأولوية الدستورية، وهذا ما يقتضي تحديد مدلول الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور حسب ما هو مستقر عليه في التجربة المغربية.

ان تحديد الحقوق والحريات التي يشكل خرقها من طرف المقتضيات التشريعية أو التفسيرات القضائية الممنوحة لتلك المقتضيات، يقتضي منا تحديد قائمة الحقوق والحريات المكفولة بموجب الدستور المغربي، ومكانة الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب على النحو التالي:

أ-المجال الواسع للحقوق الدستورية في دستور 2011:

ان الحقوق المضمونة في دستور 2011 تتجاوز ما تضمنه الباب الثاني من الدستور على أساس أنها تشمل مبادئ وحقوق منصوصا عليها في الديباجة والأبواب الأخرى.

*في الديباجة:تعد الديباجة وثيقة غير منفصلة عن الدستور،بل هي جزء متصل به وخضعت لذات المراحل التي مر بها الدستور واقراره،وبالتالي لها قوة الدستور ذاته. [1]

[2] وبموجب التعديل الدستوري لعام 2011 فصل في مسألة القيمة القانونية لديباجة الدستور، وقرر بأنها جزء لا يتجزأ من الدستور، وبالتالي أضفى عليها قيمة دستورية شأنها شأن القواعد الدستورية الأخرى التي تضمنها الدستور، وبالتالي أصبحت تشكل مرجعا أساسيا للقاضي الدستوري، ومرد ذلك أن الديباجة تتضمن التزامات ضمنية بحقوق أساسية انطلاقا من مبادئ المشاركة والتعددية والنص على أن المملكة المغربية العضو العامل النشيط في المنظمات الدولية تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات، وتؤكد تشبثها بحقوق الانسان كما هي متعارف عليها عالميا ،وقد تجسدت الإحالة على ديباجة الدستور، بموجب القرار الصادر عن المجلس الدستوري المغربي المتعلق بالرقابة على الدستورية بعد انتخابات 2011/11/25 فقد تضمن إحدى حيثياته"وحيث .....أن

---

[1]-محمد علي سويلم،مبادئ الخصومة الدستورية دراسة مقارنة،ط1،منشأة المعارف،الاسكندرية،2019،ص364.

[2]-أمحمد حجاجي،الرقابة على الدستورية دراسة في الأنظمة الدستورية المقارنة النظام الدستوري المغربي،ط1،منشورات مجلة العلوم القانونية،مطبعة الأمنية،الرباط،2018،ص211.

الدستور إلى جانب المبادئ الدستورية التي تضمنها في مجال ممارسة المواطنين والمواطنات لحقوقهم السياسية،جعل من المشاركة والتعددية من مرتكزات الدولة الحديثة التي تسعى إلى توطيد وتقوية مؤسساتها ...." [1]

كما تلتزم المملكة بحماية منظومتي حقوق الانسان والقانون الدولي الانساني، والنهوض بهما والاسهام في تطويرهما، مع مراعاة الطابع الكوني لتلك الحقوق وعدم قابليتها للتجزئة، وتلتزم بجعل الاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة وهويتها الوطنية الراسخة تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية والعمل على ملائمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك تلك المصادقة.

كما تضمنت الديباجة أنها تشكل جزءا لا يتجزأ من هذا الدستور،وبالتالي تجيز الديباجة للمتقاضي إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد أي مقتضى تشريعي يتبين له أنه ينتهك مبادئ التعددية أوالمساواة، كما تجيز اثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأن الحقوق والحريات التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب ولاسيما في اطار التفسير الذي تعطيه الأجهزة الدولية والاجتهادات القضائية التي تفسر تلك الحقوق.

*أبواب الدستور:

على سبيل المثال تضمن الباب الاول مبادئ أخرى، تشكل مرجعية لإثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد أية مقتضيات مخالفة للدستور،أو التفسير المستقر لها، والذي يشكل انتهاكا للحقوق التي يضمنها الدستور، ومثالها الفصل الثالث والمتعلق بمبدأ حرية ممارسة الشؤون الدينية لكل شخص،ومبدأ المساواة أمام القانون ومبدأ سمو القواعد الدستورية،ومبدأ عدم رجعية القانون(الفصل السادس).

كما تضمن الباب الثاني حقوق أخرى، ومثالها تمتع المرأة والرجل على قدم المساواة بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية ،الحق في الحياة،الحق في الحرمة الجسدية والعقلية والنفسية ،قرينة البراءة والحق في محاكمة العادلة.

---

[1]–قرار رقم 817/11 المتعلق بالقانون التنظيمي رقم 27/11 المتعلق بمجلس النواب،ج،عدد5987 المؤرخ في 2011/10/27 ،ص5084.

وفي هذا المجال فإنه من الضروري التطرق إلى امكانية اثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب، فباستقراء مذكرة المجلس الوطني لحقوق الانسان بشأن الدفع بعدم الدستورية تبنى هذا الأخير فكرة توسيع نطاق سؤال الأولوية الدستورية وذلك من خلال إعمال مفهوم واسع لعبارة الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، والغرض من ذلك هو إدراج الحقوق والحريات المعترف بها عالميا بما فيها المكرسة بموجب الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف المغرب.[1]

وبغرض تحديد صور الانتهاك للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، تعين الرجوع الى الملاحظات العامة لاجهزة رصد المعاهدات لمعرفة التفسير المكرس من قبل تلك الاجهزة لمختلف الحقوق المتضمنة في تلك الاتفاقيات، ومحاولة المقارنة بين التفسير المكرس من قبل تلك الاجهزة للحقوق مع المقتضيات التشريعية المخالفة للحقوق التي يضمنها الدستور .

وما نستلخصه اذن ان الكتلة الدستورية للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور والتي تتدرج ضمن نطاق سؤال الأولوية الدستورية تتمثل في:

-الدستور وابوابه بشان الحقوق المكرسة فيهم.

-الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف المغرب.

-تفسير الحقوق الواردة بالتعليقات العامة التي تضطلع بها اجهزة الاشراف على حسن تطبيق هذه الاتفاقيات.

-اجتهادات المحاكم الدولية والاقليمية كالمحكمة الاوروبية لحقوق الانسان ومحكمة عموم الدول الامريكية والمحكمة الافريقية لحقوق الانسان بشأن اجتهاداتها المتعلقة بكل الحقوق،وكذلك اجتهادات المحاكم الجنائية الدولية بخصوص تدقيق عناصر الجرائم التي تختص بمتابعة ومحاكمة مرتكبيها.

---

[1]-عبد العزيز النويضي،المحكمة الدستورية ومسألة الدفع بعدم دستورية القوانين،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2019،ص136.

-اجتهادات المحاكم المغربية في مجال الحقوق والحريات بما فيها المحكمة الدستورية والمحاكم الادارية . [1]

ولم يشر القرار رقم 80/17 الصادر عن المحكمة الدستورية بشأن مطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية مع الدستور إلى مسألة الأهداف ذات القيمة الدستورية، وبالتالي لا يزال الغموض يكتنف إمكانية إدراجها ضمن الكتلة الدستورية لحماية الحقوق والحريات.

وعليه وبعد عرض الكتلة الدستورية للحقوق والحريات محل سؤال الأولوية الدستورية في التشريعات محل المقارنة، توصلنا إلى أن التشريع الفرنسي حدد موقفه بشأن استبعاد المعاهدات الدولية من نطاق سؤال الأولوية الدستورية، على غرار المشرعين الجزائري والمغربي وهذا ما يدفعنا للتساؤل بشأن امكانية إثارة ذلك السؤال ضد الاتفاقيات العالمية التي صادقت عليها الجزائر والمغرب فهل يمكن ادراجها ضمن الكتلة الدستورية للحقوق والحريات موضوع سؤال الأولوية الدستورية ؟

أو بمعنى آخر اذا تم المصادقة على المعاهدة الدولية طبقا للاجراءات المقررة بموجب الدستور واصبحت بذلك جزء من النظام القانوني للدولة،فهل يمكن إدراجها ضمن الكتلة الدستورية للحقوق والحريات موضوع سؤال الأولوية الدستورية ؟.

بالرجوع الى التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 ،فقد نص على المعاهدات الدولية ضمن ديباجته،وجعلها تسمو بعد المصادقة عليها على التشريعات الوطنية، والعمل على ملائمة هذه التشريعات مع ما تقتضيه تلك المصادقة، نفس الشيء كرسه التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016.

والتساءل الذي طرحناه يهدف الى ايجاد تصور مستقبلي حول امكانية اللجوء الى اثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد حكم تشريعي ينتهك حقا او حرية لم ينص عليها الدستور،بل تضمنتها المواثيق الدولية المصادق عليها من طرف المغرب والجزائر، وبمعنى ادق البحث عن حقوق وحريات جديدة غير مدرجة في الدستور.

[1]-عبد العزيز النويضي،مرجع سابق،ص.ص139-140.

إن الإجابة عن هذا التساءل تقتضي استجلاء موقف الفقة بشأنه، ومنه فقد استقر الفقه على استبعاد المعاهدات والاتفاقيات الدولية من نطاق سؤال الأولوية الدستورية وذلك على أساس أنه لا يندرج ضمن اصطلاح "نصوص قانونية لها قيمة التشريع"،لأنها لها قيمة قانونية أعلى من قيمة التشريع حتى وان كانت تخضع للرقابة السابقة على دستورية القوانين،حيث تم احالتها الى الجهة الدستورية(المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري) قبل التصديق عليها لفحص مدى مطابقتها للدستور. [1]

إلا المؤسس الدستوري الجزائري تفطن لهذه المسألة بموجب المادة 190 من التعديل الدستوري لعام 2020 بنصها على أنه"تفصل المحكمة الدستورية بقرار حول توافق القوانين والتنظيمات مع المعاهدات.."

وبالتالي يستخلص من هذا النص أن المؤسس الدستوري فسح المجال للمحكمة الدستورية لتفصل بموجب قرار بشأن تطابق القوانين والتنظيمات مع المعاهدات في اطار الرقابة السابقة أو اللاحقة،أي أن التعديل الدستوري لعام 2020 اعتبر المعاهدات الدولية عنصرا من عناصر الكتلة الدستورية وهي المرة الأولى التي تتاح فيها مثل هذه المسألة.

وعليه وحسب وجهة نظر الباحث: أنه لا يمكن قصر حماية الحقوق والحريات على ما يضمنه الدستور، بل يتعين توسيع نطاق كتلتها الدستورية لتشمل تلك المنصوص عليها في المواثيق الدولية،وهذا يقتضي إدراج نص في التشريعات موضوع المقارنة مفاده:"جواز إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد أي حكم تشريعي ينتهك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور أو الحقوق والحريات المماثلة لها".

وبعد تفصيلنا لكل الشروط المتعلقة بقبول سؤال الأولوية الدستورية نتطرق الى بيان أهم الإشكالات المترتبة عنه في العنصر المبين أدناه.

1–محمد علي سويلم،مبادئ الخصومة الدستورية دراسة مقارنة،ط1،منشأة المعارف،الاسكندرية،2019،ص35.

5-الاشكالات المترتبة عن شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية:

لا يحال سؤال الأولوية الدستورية المثار أمام المحاكم بصفة تلقائية من طرفها على المحكمة العليا أو مجلس الدولة ،إلا بعد التحقق من استيفائه الشروط المتعلقة بقبوله حسب القانون المنظم له في كل من فرنسا والمغرب والجزائر، ويجب ان تتوفر تلك الشروط مجتمعة معا والمتمثلة في:

-أن المقتضى المطعون فيه يطبق على النزاع أو المتابعات أو الإجراءات.

-أنه لم يسبق للمجلس الدستوري أو المكمة الدستورية، أن صرح في حيثيات ومنطوق قراره بمطابقة المقتضى المعني للدستور ،باستثناء حالة تغير الظروف.

-أن سؤال الأولوية الدستورية غير مجرد من الطابع الجدي.

-وجود انتهاك أو مساس بحق أو حرية يضمنها الدستور. [1]

وقد علق المجلس الدستوري الفرنسي على هذه الشروط للإحالة بموجب قراره رقم 2009/595 المؤرخ في 2009/12/03 بأنه"وحيث أنه من جهة فإن الشروط التي تحدد إحالة المسألة الدستورية ذات الأولية ليس فيها أي تجاهل للمادة 61 من الدستور وأن الشرط المنصوص عليه في المادة 23 مطابق للبند الأخير من المادة62 من الدستور والذي ينص على أن قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي طعن وهي ملزمة لجميع السلطات العامة ولجميع السلطات القضائية والإدارية مع استثناء حالة تغير الظروف التي تقود إلى أن مقتضى تشريعي تم التصريح بمطابقته للدستور في حيثيات قرار المجلس الدستوري ومنطوقه قد وضع من جديد لفحص مدى دستوريته بمبرر التغيرات الطارئة من تاريخ قراره السابق سواء في معاير الدستورية المطبقة أو في ظروف القانون أو الواقع التي تطال مدى دستورية المقتضى التشريعي المنتقد".

[1]-محمد اتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية،الاطار القانوني والممارسة القضائية،ط1،مطعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،2013، ص.ص56 إلى 58.

وبتفحص الشروط المتعلقة بالإحالة أو قبول سؤال الأولوية الدستورية فإنها تثير ملاحظتين هما:

-الملاحظة الأولى:يعتبر الطابع الجدي المعيار الأكثر صعوبة وخطورة في التقدير على أساس أنه يحول القاضي العادي إلى قاضي دستوري [1] ،ويمنحه سلطة تقديرية تتجاوز اختصاصه كوسيط للإحالة على اعتبار أن القاضي ملزم وفقا لهذا الشرط بالفصل في صلب المسألة. [2]

-الملاحظة الثانية:الحذر الكبير الذي تعاملت به الأعمال التحضيرية للقانون العضوي الفرنسي المتعلق بسؤال الأولوية الدستورية مع مفهوم تغير الظروف نجد أن الفقيه Bemard Mathieu عبر أثناء جلسة الاستماع إليه بالجمعية الوطنية عن تخوفاته من إمكانية أن يثير المتقاضي تغير الظروف لكي يعطل عمليا معيار غياب تصريح بمطابقة الدستور، الشيء الذي يسمح للقاضي بتقدير ما إذا كان مقتضى قد سبق للمجلس الدستوري أن صرح بمطابقته للدستور،يمكن أن يتم الطعن فيه من جديد بمبرر تغير ظروف الواقع مما سيدخل عنصرا في التقدير بخصوص إحالة المسألة والذي يمكن أن يكون مصدر غياب الأمن القانوني أو انعدامه،كما اعتبر مقرر لجنة القوانين الدستورية بمجلس الشيوخ Hugues Portelli،أن الأخذ بعين الاعتبار تغير ظروف الواقع يثير الكثير من التساؤلات ويؤدي إلى خطرين هما عدم الاستقرار القانوني ،وتقدير موضوع المسألة الدستورية من قبل القاضي في وقت يعود فيه هذا الاختصاص إلى المجلس الدستوري،واقترح أن يكون اللجوء إلى تغير الظروف استثنائيا وأنه سيكون مقبولا لو تعلق الأمر بانصرام عقود عديدة على تبني المقتضى التشريعي المطعون فيه. [3]

---

[1] -Sébastien brameret ,la motivation des décisions d'irrecevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité par le conseil d'état in,un an qpc,revue petites affiches n89,5/5/2011,numéro spécial p18.

[2] -Xavier philippe,la question prioritaire de constitutionnalité a l'aube d'une nouvelle ére,puaix-marseille,2010, p78.

-Jean-luc warsman,le projet de la loi organique n1599,relatif a l'application de l'article 61-1 de la constitution,op cit,p52.

[3] -Hugues portelli,rapport fait au nom de commission des lois constitutionnelles,de législation,du suffrage universel,du règlement et d'administration générale sur le projet de la loi organique ,adopté par l'assemblée nationale,relatif a l'application de l'article 61-1 de la constitution ,sénat n637,seconde session extraordinaire de 2008-2009,p43.

ومنه فقد طبق المجلس الدستوري الفرنسي مفهوم تغير الظروف بشأن سؤال الأولوية الدستورية بموجب قراره رقم 14/22-2010 المؤرخ في 2010/07/20 المتعلق بالحراسة النظرية، أين حلل مفهوم تغير ظروف الواقع أو القانون، فبعد أن اعتبر الجريمة والجريمة المنظمة والجنح المتعلقة بالحق العام يمكن أن تخضع لأنظمة مختلفة دون أن يمس ذلك أو يخرق مبدأ المساواة، وانطلاقا من الحيثيات 15 إلى 18 من ذات القرار،وقد اعتبر المجلس الدستوري أنه ومنذ قراره المؤرخ في 1993/08/11 تم تسجيل تعديلات سواء تلك المرتبطة بتعديل القوانين الجنائية، وكذلك التغير الذي طال شروط تفعيلها، إضافة إلى تحليل تطورات الممارسة المرتبطة بالحراسة النظرية، وخلص إلى مايلي:"... أن هذه التطورات قد ساهمت في ابتذال اللجوء إلى الحراسة النظرية بما في ذلك في حالة المخالفات البسيطة وقوت من أهمية مرحلة التحقيق البوليسي في تشكيل العناصر والأسس التي بمقتضاها يحاكم الشخص،فأكثر من 790 ألف إجراء للحراسة النظرية قد تم تقريره سنة 2009، وأن هذه التغيرات في القانون وفي الواقع تبرر إعادة فحص المقتضيات المطعون فيها". [1]

ولكن مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف الواقع ألا يؤدي إلى إعتبار سؤال الأولوية الدستورية ليس دعوى موضوعية وغير منفصل عن الوقائع الذي دفعت إلى إثارته؟، فقدأجاب Mithieu Disant أن ظروف الواقع ليست بشكل كلي دون تأثير على البت في الدستورية و أن المجلس الدستوري كما كان دائما منتبها في إطار المراقبة القبلية للحالات التي تساهم فيها ظروف الواقع، وبأشكال مختلفة في تقدير معنى المقتضيات التشريعية فإن الواقع يبقى دائما حاضرا لأنه يساهم في صياغة القانون.[2]

أما بخصوص المواضيع القانونية التي أثيرت عبر آلية سؤال الأولوية الدستورية فبعد مرور 03سنوات على إعمالها شكل القضاء الضريبي أهم موضوع لذلك السؤال أمام المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، حيث وصل عدد القرارات المتعلقة بالموضوع 728 قرارا من مجموع 1537 الصادرة عن المحاكم نفسها أما المحاكم العادية فإن المجالات التي

[1] Décision n2010-14/22 qpc du 30/07/2020,M.daniel wet autre.
[2] -Mathieu dissant ,droit de la question prioritaire de constitutionnalité,cadre juridique,pratique jurisprudentielles,lamy,2011,p107 .

عرفت إثارة عدد كبير من قرارات الإحالة فتتعلق بالقانون المدني، وقانون الحماية الاجتماعية، وقانون العمل وقانون الجنسية للأجانب... .[1]

الفرع الثاني:اجراءات الإحالة والآجال المقررة للفصل.

نعالج ضمن هذا الفرع الإجراءات المتعلقة بالإحالة والأجال المقررة للفصل فيها بالتفصيل المبين أدناه:

أولا: اجراءات الإحالة.

ففي التشريع الفرنسي نصت المادة 23 على أنه تفصل محكمة الموضوع بقرار مسبب دون التقيد بميعاد محدد،في إحالة سؤال الأولوية الدستورية إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض،ويوجه قرار إحالة سؤال الأولوية الدستورية عليهما خلال أجل 8أيام من تاريخ صدوره مصحوبا بمذكرات وطلبات الأطراف،ولا يمكن الطعن في هذا القرار بأن طريق من طرق الطعن.

أما في التشريع المغربي نصت المادة 06 من مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 أنه "إذا تحققت المحكمة من استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 05 من نفس المشروع وجب عليها إحالة مذكرة الدفع الى محكمة النقض داخل أجل أقصاه 08 أيام من تاريخ إيداعها".

وفي التشريع الجزائري نصت المادة07 من القانون العضوي رقم 16/18 على أنه"تفصل الجهة القضائية فورا وبقرار مسبب في إرسال الدفع بعدم الدستورية الى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة"

كما نصت المدة 09 من نفس القانون على أنه"يوجه قرار ارسال الدفع بعدم الدستورية مع عرائض الأطراف ومذكراتهم الى المحكمة العليا أو مجلس الدولة خلال 10 أيام من صدوره ويبلغ الى الاطراف ولا يكون قابلا لأي طعن"

[1]–محمد أتركين،مرجع سابق،ص64.

ويفهم من المواد أعلاه أن الإحالة تتم من طرف محكمة الموضوع بموجب قرار قضائي مسبب بعد التحقق من استيفاء شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية دون أن تتقيد المحكمة بأجل معين لاصداره ،الا انها مقيدة بأجل معين لارسال قرار الاحالة على الجهات المعنية وحدد هذا الأجل في التشريعين المغربي والفرنسي بـ08 أيام وفي التشريع الجزائري حدد بأجل 10 أيام.

وبالنسبة لقرار الإحالة فهو محصن من طرق الطعن فيه، وذلك لتفادي اطالة الفصل في النزاع، إلا أن قرار رفض الإحالة يمكن الطعن فيه بمناسبة الطعن في الحكم الفاصل في الدعوى الأصلية المثار بشأنها سؤال الأولوية الدستورية.

وقد أثارت مسألة تحديد أجل لقاضي الموضوع في فرنسا للفصل في سؤال الأولوية الدستورية نقاشا بين الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، فقد ذهبت الأولى إلى إدراج تعديل على صيغة المشروع يقضي بضرورة إلزام القضاة المثارة أمامهم سؤال الأولوية الدستورية بالفصل فيه دون أجل وإدخال أجل أقصاه شهرين، وفي حالة انقضاء الأجل دون فصل يمكن للمتقاضي خلال أجل شهر إحالة ذلك السؤال بشكل مباشر إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض [1]، وقد عبر مجلس الشيوخ عن رأيه من هذا التعديل بأن"إرساء أجل ضاغط على قضاة الموضوع للبت في إحالة سؤال الأولوية الدستورية على المحاكم العليا ،يمكن أن يؤدي إلى آثار عكسية للغايات المرجوة منه،فعبر تشجيع المحاكم على ترك الآجال سيتم إرساء وبالجملة أسئلة الأولوية الدستورية المثارة دون معالجة شروط قبولها، وسيؤدي ذلك إلى إغراق المحاكم العليا بالنزاعات القضائية". [2]

ولذا لم تحدد المادة 23 من القانون العضوي أي أجل لقاضي الموضوع للفصل في سؤال الأولوية الدستورية، كما لم يعتبر المجلس الدستوري غياب التنصيص على أجل مشوبا بعيب عدم الدستورية على اعتبار ان المادة 62 من الدستور ،لا تفرض آجالا إلا بخصوص مجلس الدولة ومحكمة النقض، فالمؤسس الدستوري قد منح للمشرع هامشا واسعا ،هذا الأخير الذي

[1] - Hugues portelli , rapport fait au nom de commission des lois constitutionnelles,de législation,du suffrage universel,du règlement et d'administration générale sur le projet de la loi organique ,adopté par l'assemblée nationale,relatif a l'application de l'article 61-1 de la constitution ,sénat n637,seconde session extraordinaire de 2008-2009,p23.

[2] - Hugues portelli,op cit,p29.

اختار عبارة بدون أجل والتي تعني الفصل في أسرع الآجال الممكنة دون حصر إصدار الحكم في أجل محدد، وقد سبق للمجلس الدستوري بموجب قراره رقم 2003/438 المؤرخ في 2003/11/20 أن عرف عبارة (بدون أجل) بأنها تعني داخل أقصر الآجال. [1]

أما على مستوى الممارسة في النظام القضائي الفرنسي، فإن معدل آجال الفصل في الأسئلة الأولوية الدستورية أمام قاضي الموضوع وتحديدا تلك التي تم إحالتها في نهاية المطاف على المجلس الدستوري، تراوحت بالنسبة للمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية بين 32 يوما سنة 2010 و43 يوما سنة 2011 و55 يوما سنة 2012 وهو ما يعني معدل 40 يوما خلال ثلاث سنوات من إعمال قانون سؤال الأولوية الدستورية. [2]

إلا أن القانون العضوي حدد أجلا بخصوص إحالة سؤال الأولوية الدستورية على المحكمة العليا التابع لها قاضي الموضوع في حالة استيفائها للشروط وذلك في أجل 08 أيام من تاريخ إصدار قرارها غير أنه طبقا للمادة 5-126 من القانون المدني والمادة 26-49 من القانون الجنائي فإن قاضي الموضوع غير ملزم بإحالة سؤال الأولوية الدستورية يطعن وبالحيثيات نفسها في مقتضى تمت إحالته سابقا على محكمة النقض أو مجلس الدولة ويتم ترجمة عدم الإحالة بموجب قرار بوقف الفصل في الموضوع معللا بوجود مسألة مشابهة وليس قرارا قضائيا برفض الإحالة. [3]

-طبيعة قرارات الإحالة ورفض الإحالة.

ان قاضي الموضوع ملزم من الناحية القانونية أن يبين في قرار الإحالة مدى استجابة سؤال الأولوية الدستورية للشروط المنصوص عليها قانونا ،وتعليلا خاصا في حالة قرار الرفض، ينصرف إلى تبيان المعيار الغير متوفر في ذلك السؤال وأدى إلى رفضه فعلى سبيل المثال، إذا كان قرار رفض الإحالة مبنيا على أن المقتضى سبق التصريح بمطابقته

[1] -Marc guillaume,qestion prioritare de constitutionnalité,dalloz,2019,p15

[2] -Jean jacques urvoas,raport d'information déposé en application de l'article 145 du règlement par la commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'adminisration générale de la république,assemblée nationale,n1022,du 14/05/2013,p28.

يمكن الاطلاع عليه بموقع الجمعية الوطنية للبرلمان الفرنسي.

[3] -محمد اتركين،مرجع سابق،ص.67.

للدستور، فمن الواجب الإشارة في صلب قرار الرفض إلى مراجع قرار المجلس الدستوري الذي فصل في المقتضى التشريعي المعني. [1]

وللإشارة فإن قرار الإحالة كما سبق بيانه، لا يخضع لأي طعن، وقرار رفض الإحالة لا يمكن أن يكون موضوع دعوى مستقلة وتم تبرير ذلك على أساس: أن هذه القرارات ليست سوى إجراء تمهيدي[2] أو اجراءات للإدارة القضائية [3]تم معارضة الوصف القانوني الأخير من قبل Mithieu Disant معتبرا أن اعتبار قرار بإحالة أو رفض إحالة سؤال الأولوية الدستورية يعد إجراءا للإدارة القضائية فإنه مفهوم أعمال الإجراءات التي تتم قبل النطق بالحكم لضمان حسن الفصل في الدعوى ،ولكنها لا تفصل في أي طعن ولا تمس بحقوق أطراف النزاع، وهي أعمال ليست منفصلة عن الإجراءات القضائية ولا يمكن أن تكون موضوع طعن قضائي، كما أن القرارات التي تفصل في إحالة سؤال الأولوية الدستورية لها طبيعة خاصة وهي" décision avant dire droit" [4]

وبالتالي يمكن القول أن قرار الإحالة لا يعد إجراء من إجراءات إدارة الدعوى،بل يعتبر حكم قضائي يؤثر على حقوق الخصوم ،ويكتسب الحجية المطلقة(قوة الشيء المقضي به)،ومنه لا يمكن إعادة نظره من قبل ذات محكمة الموضوع أثناء فصلها في الطلبات والدفوع المتعلقة بالدعوى،ومرد ذلك أن تلك الحجية تؤسس على القاعدة الإجرائية المتعلقة بعدم جواز النظر في نزاع سبق الفصل فيه، إلا أنه يمكن إثارة نفس سؤال الأولوية الدستورية بمناسبة الفصل في الطعن في الحكم الفاصل في دعوى الموضوع التي أثير بشأنها ذلك السؤال وذلك عن طريق الطعن في القرار الصادر برفض الإحالة على المحكمة العليا أو مجلس الدولة.[5]

أما حسب وجهة نظر الباحث: بخصوص تحصين قرار رفض الإحالة الصادر عن المحاكم العليا من طرق الطعن، فلا يوجد ما يؤسس هذا التوجه الذي تبنته التشريعات

---

[1]–محمد اتركين،مرجع سابق،ص67.

[2] - Hugues portelli ,op cit,p59.

[3] -jerome roux,contre quels textes soulever la question prioritaire de constitutionnalité,lextensi-la gazette du palais,coll,guide pratique,1ere éd,2010,p12.

[4] -Mathieu disant,op cit,pp101,102.

[5]–عيد أحمد غفلول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي،في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 734 لسنة 2008،دار النهضة العربية،القاهرة،2011،ص234.

موضوع المقارنة، وبالرغم من ان التشريعين الفرنسي والمغربي نصا على توجيه قرار رفض الاحالة أو كما أطلق عليه المشرع المغربي قرار رد سؤال الأولوية الدستورية الى المحكمة والمجلس الدستوري دون تبيان الغرض من هذا التوجيه، ومن جانبنا نرى أنه من الضروري رفع التحصين على قرار رفض الاحالة لانه يترتب عنه اعاقة وصول سؤال الأولوية الدستورية الى القاضي الدستوري ويتحقق ذلك عن طريق انشاء هيئة فحص أسئلة الأولوية الدستورية على مستوى المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري تختص بالنظر في الطعن في قرارات رفض الاحالة الصادرة عن المحكمة العليا ويتم ذلك الطعن عملا بالقواعد المقررة بقانون الاجراءات المدنية والإدارية بموجب عريضة طعن تتضمن هوية المعني وتوقيع محاميه مع بيان أوجه الطعن والحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية المثار وأوجه مخالفته للدستور على أن ترفق العريضة بنسخة من قرار رفض الاحالة .

فإذا توصلت هذه اللجنة الى جدية سؤال الأولوية الدستورية واستيفائه الشروط المقررة قانونا تصدت بإلغاء قرار رفض الاحالة، ومن ثم إصدار قرار بإحالة سؤال الأولوية الدستورية على المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري حسب الحالة، أما إذا تبين لها عدم جديته أصدرت قرار بتأيد قرار رفض الاحالة المطعون فيه.

ومن جهة أخرى تبين لنا ان التشريعات موضوع المقارنة قد قيدت حق الطعن في قرار رفض الاحالة الصادر عن محكمة الموضوع مع الحكم الفاصل في الموضوع، بمعنى آخر انه يجوز الطعن في قرار رفض الاحالة الذي تصدره محكمة الموضوع أمام المحاكم العليا التابعة لها ،سواء كانت محكمة النقض أو مجلس الدولة ولكن ليس بصفة مستقلة، بل يجب انه يكون بمناسبة الطعن بالاستئناف أو النقض في الحكم الصادر في موضوع الدعوى الموضوعية على أساس أن سؤال الأولوية الدستورية يمارس في اطار دعوى موضوعية مما يقتضي حتى في حالة رفض احالته أن يكون الطعن في هذا القرار مرتبطا بنزاع موضوعي يتمثل في موضوع الطعن ذاته سواء كان استئنافا أو طعنا بالنقض.

وهذا من جانبنا أيضا يعد قيدا اجرائيا يترتب عنه طول مدة التقاضي للفصل في سؤال الأولوية الدستورية لان وجوبية مباشرة هذا السؤال في اطار دعوى موضوعية حسب رأينا يتعلق بالمرحلة الأولى وهي مباشرة هذا السؤال، أما الطعن في القرارات المتخذة بشأنه فلا

يقتضي مثل هذا القيد الاجرائي، وبالتالي وطالما أن هناك مبدأ استقلالية الدعوى الموضوعية عن سؤال الأولوية الدستورية لاختلاف موضوعهما واجراءاتهما فإنه من الضروري تكريس مبدأ استقلالية الطعن في قرار رفض الاحالة الصادر عن محكمة الموضوع عن الحكم الفاصل في الدعوى الموضوعية، ويتأتى ذلك عن طريق الطعن فيه مباشرة أمام المحاكم العليا التي ذكرناها، لان التشريعات موضوع المقارنة تعمل بنظام ازدواجية التصفية لسؤال الأولوية الدستورية وقد يعتبر الحل الذي عرضناه يتماشى مع قواعد المحاكمة العادلة فمن غير المنطقي تقيد الطعن .

ثانيا-الآثار المترتبة عن الإحالة والاستثناءات الواردة.

ونعالج الآثار المترتبة عن قرار الإحالة حسب ما ورد في التشريعات محل المقارنة، ثم نعالج الاستثناءات الواردة عليه بالتفصيل المبين أدناه:

1-الآثار المترتبة عن الإحالة:

المبدأ العام المحدد طبقا للتشريعات موضوع المقارنة أنه بموجب الفقرة الأولى من المادة 23 من القانون العضوي الفرنسي، والمادة 07 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 ، والمادة10 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 أن قاضي الموضوع عند إحالته سؤال الأولوية الدستورية يتعين عليه التوقف عن الفصل في الدعوى الأصلية وهو ما يطلق عليه (الوقف التعليقي للدعوى)، بغرض تربص قرار مجلس الدولة أو المحكمة العليا أوقرار الهيئة الدستورية(المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية)عند الإحالة عليه.

والوقف التعليقي للدعوى يعد وقفا قضائيا أي أنه لا يتحقق بقوة القانون بمجرد توفر سببه بل يجب أن يصدر حكم قضائي بوقف الدعوى، ولا تسري آثار الوقف إلا من تاريخ صدور ذلك الحكم [1] ، ويتحقق هذا الوقف كلما تبين للمحكمة تعليق الفصل في الدعوى الموضوعية

[1]-رمزي سيف،الوسيط في النظرية العامة للقانون الدستوري،ط3،دار النهضة العربية،1983،ص45.

-أحمد السيد صاوي،الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية،دار النهضة العربية،2004،ص.ص612-613.

على الفصل في مسألة أولية يتوقف عليها مآل الفصل في تلك الدعوى، ولكن بشرط أن تكون هذه المسألة لا تندرج ضمن الاختصاص الوظيفي أو النوعي للمحكمة [1] .

وحسب ما تقدم أعلاه، فإن التأجيل في هذه الحالة يعد أمرا وجوبيا قرره القانو وهو متعلق بالقيام بعمل قضائي يتمثل في صدور القرار عن الجهات المختصة ولا يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، بل هو أمر تقتضيه قواعد العدالة والتطبيق السليم للقانون، لأنه لا معنى لاستمرار المحكمة في نظر الدعوى الأصلية وتحكم فيها بموجب حكم تشريعي مطعون فيه بعدم الدستورية .

وعليه حتى تقرر المحكمة الوقف التعليقي للدعوى الموضوعية يتعين عليها التحقق من استيفاء شروطه والمتمثلة فيما يلي:

الشرط الأول:إثارة مسألة أولية:

المقصود بالمسألة الأولية: تلك المسألة التي يتوقف عليها مآل الفصل في الدعوى الأصلية، وذلك مرده أن الفصل في المسألة الأولية يعتبر مفترضا ضروريا للفصل في الدعوى الموضوعية، وهذا يفسر بوجوب قيام الارتباط بين موضوع الدعوى الأصلية والحكم الفاصل في المسألة الأولية.

الشرط الثاني:عدم اختصاص محكمة الموضوع بالفصل في المسألة الأولية:

الأصل العام أن محكمة الموضوع عند الفصل في الطلبات الأصلية تختص أيضا بالطلبات أو الدفوع المرتبطة بها،إلا أنه في مجال سؤال الأولوية الدستورية وعلى الرغم من وجود ارتباط بين الدعوى الموضوعية والمسألة الأولية التي يثيرها سؤال الأولوية الدستورية والمتمثلة في عدم دستورية الحكم التشريعي محله غير أن محكمة الموضوع لا تملك

[1]– أحمد السيد صاوي، مرجع سابق،ص613.

الاختصاص للفصل في تلك المسألة الأولية ،لكونها اختصاص أصيل للمحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري.[1]

الشرط الثالث:صدور حكم بوقف الدعوى الموضوعية:

وهذا الشرط مفاده أن الوقف التعليقي للدعوى الموضوعية لا يتحقق بقوة القانون أي لا يتم بمجرد تحقق المحكمة من قيام حالة الارتباط بين الدعوى الموضوعية و سؤال الأولوية الدستورية ، وبالإضافة إلى اقتناعها بجدية سؤال الأولوية الدستورية بل يلزم وجوبا أن يكون بأمر من المحكمة.

ويخلص الباحث تبعا لما تقدم إلى المسائل القانونية التالية:

1-ان الحكم بالوقف التعليقي للدعوى ذا طابع نهائي،على أساس أنه يعد عذرا مانعا من مباشرة الدعوى الموضوعية.

2-السلطة الجوازية للمحكمة في الحكم بالوقف التعليقي للدعوى الموضوعية موقوفة على استنباطها جدية سؤال الأولوية الدستورية.

3-تقرير وقف الدعوى الموضوعية مرده خروج المسألة الدستورية الأولية التي يثيرها سؤال الأولوية الدستورية عن الاختصاص النوعي لمحكمة الموضوع.

4-أن مناط الحكم بوقف الدعوى الموضوعية تعليقا على المسألة الدستورية الأولية التي أثارها الطاعن والتي تكون مرتبطة بموضوع الدعوى الموضوعية ويتوقف عليها مآل الفصل فيها.[2]

أما بالنسبة لمدة الوقف التعليقي للدعوى الموضوعية، فالملاحظ باستقراء المادة 23 من القانون العضوي الفرنسي المنظم لسؤال الأولوية الدستورية أنها لم تحدد أجل معين لوقف

---

[1]-أحمد صالح صالح عاطف،الدعوى الدستورية في النظام القانوني اليمني دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون،قسم القانون العام،كلية الحقوق،جامعة عين شمس،2009ص281.

[2] - H-Portelli rapport fait au nom de commission des lois constitutionnelles,de législation,du suffrage universel,du règlement et d'administration générale sur le projet de la loi organique ,adopté par l'assemblée nationale,relatif a l'application de l'article 61-1 de la constitution ,sénat n637,seconde session extraordinaire de 2008-2009,p46.

الدعوى بانقضائه يمكن لمحكمة الموضوع استئناف الفصل في الدعوى الأصلية، غير ان مشروع القانون العضوي بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور كان يحدد مدة وقف الفصل في الدعوى بـ06أشهر من تاريخ إحالة سؤال الأولوية الدستورية من محكمة الموضوع إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض.[1]

وكان من شأن اعتماد تلك المدة تخويل محكمة الموضوع إعادة الفصل في الدعوى الأصلية بعد إنقضاء أجل 06 أشهر من تاريخ قرار الإحالة الصادر عنها دون التقيد بمصير سؤال الأولوية الدستورية امام مجلس الدولة أو محكمة النقض أو أمام المجلس الدستوري، غير أن هذا لم يعتمد من قبل البرلمان، وبالتالي الزمت محكمة الموضوع بانتظار القرار الصادر عن تلك الهيئات لتعيد الفصل في الدعوى الأصلية.

وبالنسبة لكل من المشرعين الجزائري والمغربي فقد كرسا كلاهما نفس توجه المشرع الفرنسي بشأن تربص محكمة الموضوع قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المحكمة الدستورية في حالة الاحالة عليها.

وتبعا لذلك تبقى الدعوى الموضوعية المثار بشأنها سؤال الأولوية الدستورية موقفة لحين زوال سبب الوقف المتمثل في الفصل في ذلك السؤال من قبل الجهة المختصة.

ولكن لا يفهم مما سبق أن كل سؤال الأولوية الدستورية يقابله صدور حكم بالوقف التعليقي للدعوى الموضوعية، لأن هناك حالات تكون فيها محكمة الموضوع ملزمة بالفصل في الدعوى الموضوعية رغم اصدارها قرار الاحالة وهذا ما يمثل الاستثناءات الواردة عن المبدأ العام ونتطرق لها في العنصر الموالي:

2-الاستثناءات الواردة على الإحالة:

نفصل هاته الاستثناءات حسب ما ورد في التشريعات محل المقارنة، ونتطرق لها بالتفصيل المبين أدناه:

[1] -H-Portelli rapport fait au nom de commission des lois constitutionnelles,de législation,du suffrage universel,du règlement et d'administration générale sur le projet de la loi organique ,adopté par l'assemblée nationale,relatif a l'application de l'article 61-1 de la constitution ,sénat n637,seconde session extraordinaire de 2008-2009,p46.

-الاستثناء الأول: بالنسبة للتشريع الجزائري نصت المادة 11 من القانون العضوي رقم 16/18 على أنه"لا ترجئ الجهة القضائية الفصل في الدعوى عندما يكون شخص محروم من الحرية بسبب الدعوى أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية وعندما ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال".

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فلا يمكن للمحكمة التوقف عن الفصل إذا كان الشخص معتقلا على ذمة الدعوى أو إذا كانت هذه الأخيرة ترمي إلى وضع حد لإجراء المنع من الحرية وهو ما يعكسه البند الثاني من المادة 23 أعلاه، ولا يمكن وقف الفصل في الدعوى عند وجود شخص محروم من حريته على ذمة الدعوى أو إذا كان من شأن الفصل فيها إنهاء إجراء سالب للحرية.

بينما في التشريع المغربي نصت المادة 08 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 على أنه"لا توقف المحكمة الفصل في الدعوى في الحالات التالية:إجراءات التحقيق في المجالين المدني والجنائي،اتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية الضرورية،اتخاذ الاجراءات القانونية المناسبة متى تعلق الأمر بتدبير سالب للحرية،عندما ينص القانون على أجل محدد للبت في الدعوى أو البت على سبيل الاستعجال،إذا كان الإجراء يؤدي الى إلحاق ضرر بحقوق أحد الأطراف يتعذر إصلاحه".

وعليه ولتوضيح هاته المسألة ونظرا لغياب الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري والمغربي بشأن موضوع سؤال الأولوية الدستورية، تعين الاستعانة بالممارسة على مستوى التشريع الفرنسي، فبالرجوع إلى التقرير الذي أعدته لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بالجمعية الوطنية،أثناء الأعمال التحضيرية للقانون العضوي بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور،قد أورد مبرر هذا الاستثناء ويتمثل في الرغبة في عدم تأخير القرار الذي من شأنه انهاء سلب الحرية، وبموجبه يمكن للقاضي اتخاذ قرار الإفراج دون التقيد بمآل سؤال الأولوية الدستورية الذي قرر إحالته، إلا أنه يجوز له إعادة النظر في قرار

الإفراج متى تبين له أن سؤال الأولوية الدستورية غير جدي أو قضي بدستورية النص محل ذلك السؤال .[1]

ويسري هذا الاستثناءأيضا في مواجهة كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة، وهذا ما اخذت به التشريعات الثلاث موضوع المقارنة، فإذا كان قاضي الموضوع أحال إليهما دون إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية وأصدر حكمه بشأنها، ثم طعن صاحب الشأن بالنقض في ذلك الحكم، فالمبدأ أن المحكمة العليا ومجلس الدولة ملزمان بإرجاء الفصل في الطعن بالنقض إلى حين الفصل في سؤال الأولوية الدستورية من طرفهما أو من قبل المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية، الا في الحالات الاستثنائية المشار إليها شأنهما شأن قاضي الموضوع.

-الاستثناء الثاني: ورد بصيغة الإمكانية ويتعلق الأمر بإمكانية الاستمرار في الفصل في الدعوى إذا كان القانون ينص على الفصل داخل أجل محدد، أو على سبيل الاستعجال وهو ما نص عليه البند الثالث من المادة 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم1523-2009 والمادة 08 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 والمادة 11 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 ففي هذه الحالة يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية امام قاضي الموضوع، ولكنه غير ملزم بفحص ذلك السؤال فحصا كاملا بل يمكنه احالته الى مجلس الدولة أو المحكمة العليا حسب الحالة لفحصه استنادا لحالة الاستعجال المتعلقة بالدعوى الاصلية. [2]

-الاستثناء الثالث: يبقى اختياريا ويتعلق بالحالة التي يكون فيها للتوقف عن الفصل في الدعوى نتائج سلبية على حقوق الأطرافى يتعذر معها إصلاحها، وفي هذه الحالة فإن المحكمة التي تقرر الإحالة يمكنها أن تفصل في النقاط التي يجب أن يحسم فيها وبشكل فوري، وهو ما كرسه البند الرابع من المادة23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 بنصها على أنه"عندما يكون من شأن ايقاف البت في الدعوى الاضرار بحقوق أحد أطرافها على نحو لا يمكن اصلاحه،يسوغ للمحكمة التي تقرر احالة سؤال

---

[1]-J-L warsmann،تقرير رقم 1898،مرجع سابق،ص65.

[2]-محمد اتركين،مرجع سابق،ص70.

الأولوية الدستورية البت في القضايا التي يجب الفصل فيها وبشكل فوري" [1]ونفس الموضوع كرسته المادة 8 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 والمادة 11 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18.

وبالتالي نستخلص بأن التشريعات الثلاث موضوع المقارنة اتفقت على الاستثناءات المذكورة أعلاه التي لا يترتب عنها وقف الفصل الدعوى، وأضاف إليها التشريع المغربي استثنائين آخرين هما: إجراءات التحقيق في المجالين المدني والجنائي، واتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية الضرورية.

إلا أن الملاحظ من خلال استقراء هذه الاستثناءات، أنه يترتب عنها فرضية إمكانية صدور حكم في الموضوع، دون انتظار موقف المحاكم العليا، وكذلك قرار المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية عند الإحالة عليهما،إلا أنه احتياطا لهذا الأمر نص البند الخامس من المادة 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 أنه"إذا قرر قضاة الموضوع الاستمرار في الفصل في الدعوى دون انتظار قرار مجلس الدولة أو محكمة النقض أو قرار المجلس الدستوري في حالة إحالة سؤال الأولوية الدستورية إليه وطعن بالنقض في الحكم الصادر في الدعوى وجب إيقاف الفصل في الطعن إلى حين صدور القرار بشأن سؤال الأولوية الدستورية ".

كما نصت المادة 11 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 أنه في حالة ما إذا فصلت الجهة القضائية الابتدائية دون انتظار القرار المتعلق بسؤال الأولوية الدستورية وتم استئناف قرارها فإن جهة الاستئناف وجب عليها ارجاء الفصل فيها، الا في الحالات الاستثنائية السابق ذكرها كما نصت المادة 12 من نفس القانون انه في حالة الطعن بالنقض وكان قضاة الموضوع قد فصلو في الدعوى دون انتظار القرار المتعلق بسؤال الأولوية الدستورية وجب ارجاء الفصل في الطعن بالنقض، الى غاية الفصل في ذلك السؤال الا انه لا يجوز للمحكمة العليا ومجلس الدولة الفصل في الطعن، اذا تعلق الامر بالاستثناءات السابق الاشارة اليها وحتى عندما تحيل هاتين الجهتين موضوع سؤال الأولوية الدستورية على

[1] -Marc-guillaume, qestion prioritare de constitutionnalité,dalloz,2019,p20.

المحكمة الدستورية توقف الفصل اذا تعلق الامر بتلك الاستثناءات حسب المادة 18 من نفس القانون.

ومنه وبالرجوع الى التشريع الفرنسي فإن البند الخامس من المادة 23 أعلاه علق عليه المجلس الدستوري بتأويل تحفظي بموجب قراره رقم 2009/595، معتبرا أن"العبارة الأخيرة من البند الأخير من المادة 23 يمكن أن تقود إلى إصدار قرار نهائي بخصوص الدعوى التي بمناسبتها تمت إحالة سؤال الأولوية الدستورية على المجلس الدستوري دون إنتظار بته فيها، واذا تعارض هذا القرار مع حكم المجلس الدستوري، فإنه يجوز لصاحب الشأن إعادة رفع دعوى جديدة، يطالب فيها بتطبيق حكم المجلس الدستوري، على أساس أنه لا العبارة الأخيرة من الفقرة الثالثة أو الخامسة من المادة 23، ولا قوة الشيء المقضي به من شأنهما حرمان المتقاضي من جواز التقدم بدعوى جديدة،يؤخذ فيها حكم المجلس الدستوري في الحسبان،ومن حيث أنه في حدود هذا التحفظ لا تكون هاتان الفقرتان من المادة 23 متعارضتين مع الدستور".

يفهم من هذا القرار أنه وفي هذه الفرضية فإن هذه المقتضيات وكذلك حجية الشيء المقضي به لا تحد من امكانية المتقاضي من تقديم دعوى جديدة، وذلك بغرض الأخذ بعين الاعتبار قرار المجلس الدستوري. [1]

ومن جانب آخر فقد توصلت المحكمة الدستورية في المغرب بموجب قرارها المؤرخ في 2018/03/16 بشأن مشروع القانون العضوي رقم 86/15 بخصوص المواد 7 و08 و13 أنها غير دستورية، وذلك على أساس أنه في حال عدم اتخاذ محكمة الموضوع قرار وقف الفصل في الدعوى الأصلية، واستمرار الفصل عندما يتعلق الأمر بالاستثناءات التي كرستها المادة 08 من مشروع القانون رقم 86/15 فإن المواد المذكورة اعلاه لم تكرس مقتضيات تضمن للمتقاضي رفع دعوى جديدة للمطالبة بترتيب الآثار على قرار المحكمة الدستورية في

[1]–محمد اتركين،مرجع سابق،ص،72.

الموضوع باعتبار حجيتها وحتى يستفيد الأطراف المعنية من الأثر المترتب على القرارات المتعلقة بالغاء المقتضيات المطعون فيها. [1]

ففي هذا القرار عالجت المحكمة الدستورية الاشكالية المتعلقة بكيفية التوفيق بين مسألتين هما:الأولى استمرار محكمة الموضوع في الفصل في الدعوى الأصلية المعروضة عليها دون التقيد بالحالات الاستثنائية المنوه عنها أعلاه، أما الثانية تتعلق بضمان تفعيل القرار اللاحق الصادر عن المحكمة الدستورية بشأن سؤال الأولوية الدستورية القاضي بعدم دستورية الحكم التشريعي محل ذلك السؤال والذي يكتسب حجية مطلقة طبقا للمادة 134 من التعديل الدستوري لعام 2011.

ومنه فانعدام الأساس القانوني المؤطر لهذه الاشكالية، يعد حسب وجهة نظر المحكمة الدستورية مساسا بحق الأطراف المعنية في الاستفادة من الاثر المترتب على اعمال قرارها بعدم الدستورية،وقررت عدم دستورية المواد 7 و8 و13 ودعوة المشرع للتدخل بوضع أحكام تنظيمية ضمن مشروع القانون العضوي رقم 86/15 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية تخول للمتقاضي تقديم دعوة جديدة تجيز له ترتيب الآثار القانونية لقرار عدم الدستورية في الموضوع ، وهذا نفس التوجه الذي انتهى اليه المجلس الدستوري الفرنسي.

ولكن حسب وجهة نظر الباحث ان ما توصل اليه المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية المغربية هو أمر صائب ولكن نبدي تحفظنا على فكرة رفع دعوى جديدة للاستفادة من اثار قرار عدم الدستورية، لانه وطالما ان الدعوى الأصلية لم يصدر فيها حكم نهائي حائز لقوة الشي المقضي فيه ففي هذه الحالة يمكن للمتقاضي (مثير سؤال الأولوية الدستورية)، الاستفادة من تلك الاثار من خلال مباشرة طرق الطعن في الحكم الفاصل في الدعوى الأصلية، وذلك بغرض استدارك الموضوع وتصحيح الحكم الذي أسس على حكم تشريعي قضي بعدم دستوريته،أما رفع دعوى جديدة من قبل المتقاضي فهو حل يخص الفرضية التي يثار فيها سؤال الأولوية الدستورية مباشرة على مستوى المحكمة العليا أو مجلس الدولة و يصدر احدهما قرار باحالته الى الهيئة الدستورية(مجلس دستوري أو

[1]–عبد العزيز النويضي،المحكمة الدستورية ومسألة الدفع بعدم دستورية القوانين،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2019،ص179.

محكمة دستورية) وفي نفس الوقت يواصلان الفصل في موضوع الدعوى الأصلية المقيدة على مستواهما باصدارهما قرار نهائي بشأن هذه الأخيرة، أي عدم اصدار قرار بوقف الفصل فيها (عدم التقيد بالحالات الاستثنائية السابق بيانها)، وبالتالي فان القرار النهائي الصادر عن هاتين الجهتين القضائيتين لا يحول دون حرمان المتقاضي من رفع دعوى جديدة للاستفادة من اثار قرار عدم الدستورية وهذا ما انتهى اليه المجلس الدستوري الفرنسي بموجب قراره المؤرخ في 2009/12/03 رقم 2009/595 .

الفرع الثالث: سؤال الأولوية الدستورية وفق قاعدة الأولية:

طبقا للفقرة الخامسة من المادة 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 التي تنص على أنه "حين يتم اللجوء إلى المحكمة لإثارة وسيلة للطعن في مدى مطابقة مقتضى تشريعي من جهة للحقوق والحريات المضمونة دستوريا ومن جهة أخرى للالتزامات الدولية لفرنسا يتم البت بالأولية في إحالة سؤال الأولوية الدستورية على مجلس الدولة أو محكمة النقض".

ومنه فسؤال الأولوية الدستورية يتم الفصل فيه بشكل أولي قياسا بباقي النزاعات الأخرى خصوصا تلك المتعلقة بالتحقق من مدى مطابقة القانون للإتفاقيات والالتزامات الدولية لفرنسا [1]فالأولية هنا مرتبطة بمعالجة الوسائل المثارة ، فعيب عدم دستورية مقتضى تشريعي يجب أن تتم معالجته قبل السبب المثار بخصوص عدم المطابقة للاتفاقية الدولية وأن تعبير الأولية الذي أدخله البرلمان لتبيان فحص الأسباب يعود إلى كون الدستور يوجد في قمة النظام القانوني الداخلي وبالنتيجة فإنه السؤال الأولى الذي يجب فحصه. [2]

وبموجب القرار رقم 2009/595 المؤرخ في 2009/12/03 اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي بأن إكراه الأولية يرمي فقط إلى ضمان تنظيم الفصل في الدعاوى، ونتيجة لذلك فهو لا يتعارض مع الالتزامات الدولية لفرنسا، وحيث أن إلزام معالجة المسائل الدستورية

[1] -Héléne apchain,la qpc et le contrôl de conventionalité :complémentaire ou antagonisme ,in www.credho.org.
[2]-jacqueline de guillenchmidt,intable ronde animé par virginie saint-james ;in le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux, la question prioritaire de constitutionnalité,numéro 17/2007, p102.
يمكن الاطلاع عليه عبر الموقع التالي:
https://www.cairin.info

بالأولية قبل المسائل المثارة بعدم مطابقة المقتضيات التشريعية للالتزامات الدولية لفرنسا فإن المشرع قصد بذلك ضمان احترام الدستور، والتذكير بمكانته في قمة النظام القانوني الداخلي، وأن هذه الأولية لها أثر إلزامي وحيد هو تنظيم معالجة المسائل المثارة أمام المحكمة المعنية دون أن يحد من اختصاص هذه الأخيرة بعد تطبيق المقتضيات المتعلقة بسؤال الأولوية الدستورية بالسهر على احترام مبدأ سمو الاتفاقيات والمعاهدات المصادق عليها على القانون.

وهو نفس التوجه كرسه كل من المشرعين الجزائري والمغربي بشأن الفصل وفقا لقاعدة الأولية.

المطلب الثاني:المحاكم التي يمكن إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمامها:

قبل الخوض في مسألة المحاكم التي يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستواها، تعين في البداية الإشارة أن كل من التشريعين الفرنسي والمغربي استعملا مصطلح المحكمة في حين استعمل المشرع الجزائري مصطلح الهيئة القضائية، بالإضافة الى ان هناك جهات ادارية ذات اختصاص قضائي وهذا الاختلاف في توظيف المصطلحات، دفعنا الى وجوب التميز بين الهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائي واللجان الادارية ذات الاختصاص القضائي، ثم معالجة الوضع على مستوى التشريعات الثلاث موضوع المقارنة.

الفرع الأول:التميز بين الهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائي واللجان الادارية ذات الاختصاص القضائي:

انقسم الفقه الى اتجاهين بشأن المعيار المعمول به بخصوص التفرقة بين الهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائي واللجان الادارية ذات الاختصاص القضائي، فذهب اتجاه منهم إلى إعمال المعيار الموضوعي ومضمونه أن القرار يكون قضائيا إذا فصل بشأن خصومة بين طرفين حول مسألة قانونية مما يترتب عنه اضفاء قوة الشيء المحكوم به عليه، بينما اعتمد بعضهم على إعمال المعيار الشكلي ومفاده النظر إلى الجهة مصدرة

القرار فإذا صدر عن جهة قضائية نكون بصدد قرار قضائي واذا صدر عن جهة ادارية نكون بصدد قرار اداري. [1]

بينما الرأي الراجح يرى وجوبية الاستناد على أحكام القانون المنظم للهيئة الصادر عنها القرار، والمحدد لولايتها، وذلك لاستنباط غرض المشرع ان كان يرمي الى انشاء هيئة ذات اختصاص قضائي أو العكس، ويقتضي ذلك أيضا الجمع بين المعيارين الشكلي والموضوعي كقرائن لاستخلاص نية المشرع من مجموع النصوص المنظمة للهيئة، بالاضافة الى اعتماد ما يشير اليه المشرع صراحة أو ضمنا من النص لاستخلاص تلك النية وهناك معايير يتعين اعمالها حتى نكون امام هيئة قضائية، تتمثل في:

تشكيلتها التي تضم قضاة فقط، وانعدام قيد التبعية الرئاسية لسلطة تعلو عنها، واعمال الاجراءات والضمانات المكرسة على مستوى المحاكم والتي تكون مقررة لفائدة المتقاضين ومثالها حق الدفاع ومبدأ الوجاهية والعلنية، هذا كله اعمال للمعيار الشكلي، أما فيما يخص المعيار الموضوعي فيتحقق من خلال نص المشرع على ان تختص الجهة القضائية بالفصل في منازعات بين الخصوم محددة كل منهم وان يكون القرار الصادر عنها ذا طابع كاشف للحق وليس منشئ له. [2]

مما سبق يتبين ان هناك ضوابط يتعين اتباعها، للقول بأن الجهة ذات اختصاص قضائي ومن ثم تندرج ضمن الهيئات القضائية التي يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستواها وتتمثل في مايلي:

1-تحديد اختصاص الهيئة بموجب قانون، مما يترتب عنه استبعاد اضفاء الطابع القضائي على الأعمال الصادرة عن جهة ينظم اختصاصها بوسيلة تشريعية أدنى من القانون.

2-ان يغلب على تشكيلة الهيئة العنصر القضائي مع وجوب توفير ضمانات الاستقلال والحياد لأعضائه.

---

[1]-هشام محمد فوزي،رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر مع تحليل للأحكام الدستورية في البلدين،دار النهضة العربية،القاهرة،2006،ص.ص274-275.

[2]-محمد نصر الدين كامل،اختصاص المحكمة الدستورية العليا،عالم الكتب،القاهرة،1989،ص.ص89-90-91.

3-اكتسابها ولاية الفصل في المنازعات بموجب احكام حاسمة لا تقبل المراجعة من جهة غير قضائية.

4-تكريس الضمانات القانونية اللازمة للاجراءات المتبعة على مستواها ومنها حق الدفاع والوجاهية وغيرها من الضمانات. [1]

الفرع الثاني:تنظيم التشريعات موضوع المقارنة لمسألة المحاكم المثار امامها سؤال الأولوية الدستورية:

تقتضي الاعتبارات المنطقية اسناد اختصاص الفصل في سؤال الأولوية الدستورية الى كل المحاكم بصرف النظر عن درجتها واختصاصها، بغرض اجراء تقييم مبدئي لذلك السؤال المثار على مستواها قبل احالته على القاضي الدستوري، حتى لا يثقل كاهله بالمسائل الدستورية الكيدية، وكذا احترام مركزية الرقابة الدستورية، وهو ما عبر عنه المؤسس الدستوري في الدول محل المقارنة بنظام التصفية ونحن نعارض هذا المصطلح لعدم دقته من الناحية القانونية وبالتالي سندرس تنظيم تلك الدول لمسألة تنظيمها الجهات المختصة باثارة سؤال الأولوية الدستورية امامهاعلى النحو المبين أدناه:

-على مستوى التشريع الفرنسي:

فطبقا للتشريع الفرنسي تم عرض إصلاح رقابة دستورية القوانين ضمن الأعمال التحضيرية على أنها تهدف إلى منح حق جديد للمتقاضي، ونصت المادة1/61 من الدستور، على أنه يمكن إثارة سؤال الأولوية الدستورية أثناء رفع الدعوى أمام المحكمة، ويترتب على ذلك اتاحة المجال لإمكانية إثارة هذا السؤال على نطاق واسع، كما نصت المادة1/23 من القانون العضوي رقم 2009/1523 على أنه يمكن إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام المحاكم الخاضعة لولاية مجلس الدولة أو محكمة النقض، ويفهم من النصين أن الأمر لا يتعلق فحسب بالمحاكم العادية فقط، بل يشمل أيضا المحاكم المتخصصة أو الموضوعية أو الاستئنافية،أو العليا، غير أن الملاحظ أن المشرع الفرنسي ادرج معيار تبعية المحكمة

[1]-مصطفى محمود اسماعيل علي، وسائل تحريك الدعوى الدستورية دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في الحقوق،قسم القانون العام ،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية،2020،ص122.

لاختصاص مجلس الدولة أو محكمة النقض، كشرط لإثارة سؤال الأولوية الدستورية وهذا ما يترتب عنه استبعاد جهات قضائية أخرى ،لا يمكن إعمال ذلك المعيار بشأنها.

ويتعلق سبب اعمال معيار تبعية محاكم الموضوع الى مجلس الدولة أو محكمة النقض ،هو ادراج المشرع الفرنسي لنظام التصفية على مستوى تلك الهيئتين [1]

إلا أن هناك محاكم لا تنتمي إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض، كما أنه لا يمكن إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام محكمة الجنايات عندما تقضي في أول درجة بل تثار امام محكمة الجنايات الاستئنافية.

وقد فسر مصطلح المحاكم المشار اليه بالمادة 1/61 من الدستور، اعتبارا الى الفهم القانوني الفرنسي، دون ان يتم تأويلها لكي لا تمتد الى السلطات الادارية المنظور اليها كمحاكم طبقا للمادة 1/06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان والحريات الأساسية. [2]

بالإضافة إلى وجود الهيئات الإدارية المستقلة المختصة بالفصل في منازعات معينة بمقتضى نصوص خاصة، وتتميز قراراتها بطابع إداري وتكسب قراراتها الطابع القضائي عند توقيعها عقوبات إدارية، وبالتالي تكون محلا للطعن فيها بالإلغاء، كما يمكن طلب إعادة النظر في قراراتها المتضمنة عقوبات إدارية أمام محاكم القضاء العادي أو الإداري حسب الحال وبمناسبة ممارسة الطعن بالإلغاء أو إعادة النظر في قراراتها فهل يمكن للمتقاضي إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمامها.

وعليه نتطرق ضمن هذا الفرع إلى بيان المحاكم المعنية باثارة سؤال الأولوية الدستورية أمامها ثم تلك المستثناة منها.

أولا:المحاكم التي يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمامها.

ونتطرق ضمن هذا العنصر إلى تبيان المحاكم التي يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمامها والمنتمية إلى القضاء الإداري ثم نتطرق الى تلك المنتمية إلى القضاء العادي.

[1] -Marc guillaume,la question prioritaire de constitutionnalaité,op cit,p4 .
[2] -Jean marc sauvé,vice-président du conseil d'état ,IN jean luc warsman ;le projet de la loi organique n1599 relatif a l'application de l'article 61-1 de la constitution, op cit,p94.

1-محاكم القضاء الإداري:

أي محكمة تخضع لرقابة مجلس الدولة الفرنسي يجوز للمتقاضي إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمامها،ويشمل القضاء الإداري الفرنسي على صنفين من المحاكم وهما: محاكم القانون العام، والمحاكم الادارية المتخصصة، فالأولى ذات اختصاص عام وتختص بالفصل في المنازعات الإدارية، وتتضمن حاليا المحاكم الإدارية، ومحاكم الاستئناف، ومجلس الدولة أما الثانية تختص بالفصل في منازعات إدارية ذات طبيعة خاصة ومحددة بموجب نصوص تشريعية على سبيل الحصر، وتشمل على سبيل المثال:مجالس القضاء الإداري، مجلس الغنائم، وغيرها، وعليه نتطرق الى بيان هذه المحاكم بشيء من التفصيل على النحو المبين أدناه:

أ-المحاكم الإدارية العامة:

بتاريخ1953/09/03 صدر القانون المتعلق بإعادة تنظيم القضاء الإداري وبموجبه غيرت تسمية هذه المجالس وذلك اعتبارا من اول جانفي 1954 أصبحت تسمى بالمحاكم الإدارية، واصبحت صاحبة الولاية العامة في المنازعات الادارية باعتبارها محاكم أول درجة [1]ويجوز الطعن في احكامها بالاستئناف امام مجلس الدولة كما حددت الصلاحيات الحصرية لمجلس الدولة بأن أصبح قاضي استئناف وقاضي نقض بالنسبة للأحكام الصادرة من المحاكم الادارية أو من المحاكم الادارية المتخصصة.

وبموجب القانون المؤرخ في 1987/12/31 أعيد تنظيم القضاء الاداري الفرنسي وسحب من مجلس الدولة اختصاصه كقاضي استئناف، واسند الى محاكم استحدثها القانون المشار اليه، ويصطلح عليها بمحاكم الاستئناف الإدارية وتختص بالفصل في استئناف الاحكام الصادرة عن المحاكم الادارية ويجوز الطعن بالنقض في احكامها امام مجلس الدولة باعتباره محكمة النقض. [2]

[1]-شريف يوسف خاطر،المسألة الدستورية دراسة مقارنة،دار الفكر والقانون،المنصورة،2015،ص120.

[2]-شريف يوسف خاطر،المرجع نفسه،ص121.

ب–المحاكم الادارية المتخصصة:

تختص بالفصل في منازعات ادارية ذات طبيعة خاصة ومحددة بموجب نصوص تشريعية على سبيل الحصر، وتخضع بعض الاحكام الصادرة عنها للطعن بالاستئناف امام محاكم الاستئناف الادارية، والبعض الآخر للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة[1] وتشمل هذه المحاكم ما يلي:

–المحاكم الادارية الخاصة والتي تخضع أحكامها للطعن بالاستئناف أمام محاكم الاستئناف الإدارية أو أمام مجلس الدولة:وتشمل ما يلي:

*مجلس القضاء الإداري: يختص بالفصل في المنازعات الادارية ،في اطار أقاليم ما وراء البحار الفرنسية،وتعتبر صاحبة الولاية العامة بشأن هذه المنازعات ذات الطابع المحلي، واختصاصها محدد على سبيل الحصر بالنسبة لبعض المنازعات التي تعتبر الدولة طرفا فيها والان يوجد مجلسين فقط واحكامهما قابلة للطعن بالاستئناف امام مجلس الدولة.

*مجلس الغنائم: انشأ بموجب القرار بقانون المؤرخ في 1875/05/08 وأعيد تنظيمه بالقرارات بقوانين المؤرخة في 1861/11/28 و1917/12/19 و1939/09/2 وتخضع احكامه للطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة، وهذا الأخير يصدر بشأنه رأيا استشاريا وليس حكما قضائيا ويحال الرأي الى رئيس الجمهورية الذي يصدر في المسألة قرارا يعد بمثابة حكم قضائي.

*لجان تعويض الفرنسيين المجردين من أموالهم وممتلكاتهم في المستعمرات الفرنسية السابقة:نظمت بموجب القانون المؤرخ في 1970/07/15 وتستأنف أحكامها أمام محاكم الاستئناف الادارية.

*اللجان المختصة بالفصل في طلبات التعويض عن أضرار الحرب:تم انشائها بموجب القانون المؤرخ في1946/10/28 وحتى عام 1962 كانت تخضع أحكامها للطعن بالنقض أمام لجان أعلى تسمى اللجان العليا للتعويض عن أضرار الحرب،وفي عام 1962 حل مجلس الدول محل تلك اللجان وبموجب القانون المؤرخ في 1972/10/30 ألغي الطعن

[1]-G.peiser,contentieux administratif,dalloz,1995,pp21 etss.

بالنقض في الأحكام الصادرة عن تلك اللجان،وأصبحت أحكامها تخضع للطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة. [1]

-هيئات التحكيم:تختص بالفصل في بعض المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص المعنوية العامة وينظمها قانونين: الأول صدر في 1906/04/17 ،والثاني في 1946/04/08 وتخضع أحكامها للطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة.

-المحاكم الادارية الخاصة التي تخضع أحكامها للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة:

وتختص هذه المحاكم بالفصل في منازعات ادارية محددة،وتندرج ضمن المحاكم التي تخضع لرقابة مجلس الدولة طبقا للمادة 01/23 من القانون العضوي المتعلق بالمجلس الدستوري وتخضع الأحكام الصادرة عنها للطعن بالنقض أمام المجلس، وأهمها مايلي:

[2] *محكمة المحاسبات:بموجب المادة47 من دستور 1958 فإنها تختص بمعاونة البرلمان والحكومة في مراقبة تنفيذ القوانين المالية،وذلك من خلال ممارسة نوعين من الاختصاصات الأول تمثل الاختصاصات الادارية وتندرج ضمن الرقابة على القائمين على تنفيذ القوانين المالية من رجال الادارة العامة،أما الثانية فتمثل الاختصاصات القضائية وتندرج ضمن مراجعة الحسابات العمومية للجهات الادارية والجهات المعتبرة أموالها أموالا عامة،وتصدر أحكاما بالغرامة في حال ثبوت عجز في ميزانية المحاسب المسؤول،وتخضع الأحكام الصادرة عنها للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة بالاضافة إلى أن بعض القرارات الصادرة عن رئيسها تعد قرارات ادارية وتخضع للطعن بالالغاء،كما توجد أيضا محاكم المحاسبات الاقليمية وتخضع أحكامها للطعن بالاستئناف أمام محكمة المحاسبات.

-محكمة التأديب المالي:تم انشائها بموجب القانون المؤرخ في 1948/09/25 وأعيد تنظيمها بالقانون المؤرخ في 1971/07/13 وتختص بالفصل في المخالفات المالية المتعلقة

---

[1]-عيد أحمد الغفلول،الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة،مرجع سابق،ص.ص172-173.

[2]-عيد أحمد غفلول، المرجع نفسه،ص.ص174-175.

بتنفيذ الميزانية العامة للدولة وبميزانيات الأشخاص المعنوية العامة الأخرى،وتصدر أحكاما بالغرامة المالية وتخضع أحكامها للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة.

وتوجد أيضا أجهزة ادارية ذات اختصاص قضائي، تصدر في المنازعات الخاضعة لولايتها أحكاما قضائية طبقا للمعيار المادي وطبقا للمادة 1/23 من القانون الاساسي المتعلق بالمجلس الدستوري يجوز اثارة المسألة الدستورية ذات الأولية على مستواها، وتنقسم هذه الاجهزة الى أجهزة مؤقتة وأخرى دائمة ومثال الأجهزة الدائمة نذكر ما يلي:

*مجالس النقابات المهنية:تختص هذه المجالس باصدار قرارات ذات طبيعة ادارية، ويمكن الطعن فيها بالالغاء كما تتولى اصدار قرارات ذات طبيعة قضائية يمكن الطعن فيها بالنقض امام مجلس الدولة.

*لجنة البنوك:وتكتسب قراراتها طابع قضائي ،وتخضع للطعن فيها بالنقض امام مجلس الدولة عندما تصدر بعقوبات تأديبية في حق العاملين في المجال البنكي طبقا لاحكام القانون المؤرخ في 1987/01/24.

*اللجنة المختصة بالفصل في طعون اللاجئين: ان القرارات الصادرة عنها ذات طابع قضائي ويطعن فيها بالنقض امام مجلس الدولة. [1]

-امكانية إثارة سؤال الأولوية الدستورية امام القاضي الإداري للأمور المستعجلة:

أثناء المناقشات التحضيرية للقانون العضوي المتعلق بسؤال الأولوية الدستورية تم التوصل إلى أن كل من القاضي المؤقت وقاضي الاستعجال معنيان بالمادة 1/61 من الدستور، وبالتالي فالمادة 3/23 تخول المحكمة المعنية "أن تقرر دون انتظار القرار بشأن سؤال الأولوية الدستورية وهي إذا نص القانون على أنها تفصل خلال فترة محددة أو في حالة الاستعجال"، ومنذ الأشهر الأولى من تنفيذ إجراء الرقابة اللاحقة أكد مجلس الدولة أنه يمكن بالفعل إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام القاضي الاستعجالي، وذلك في إطار

[1]-عيد أحمد الغفول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة،مرجع سابق،ص.ص175-176.

المادة L,521/1(الاستعجالي المتعلق بوقف التنفيذ) و521/2 L(الاستعجالي المتعلق بالحريات) من قانون الإجراءات الإدارية. [1]

وطبقا للمبادئ العامة التي تحكم الاجراء الاداري المتنازع عليه، فإن اختصاص القاضي المنفرد للحكم في سؤال الأولوية الدستورية خلال النظر في قضايا إجراء الاستعجال ليس حصريا وهذا يعني أن القاضي الاستعجالي بإمكانه دائما أن يقرر الإحالة على هيئة جماعية كل القضايا التي يرى أنها تستحق العديد من المناقشات، أي أنه في هذه الفرضية يتم دراسة سؤال الأولوية الدستورية خلال هيئة جماعية، كما كان يتعين على مجلس الدولة ان يحدد طرق التميز بين الإحالة الطارئة، والمتطلبات المرتبطة بفحص سؤال الأولوية الدستورية طالما أن الأحكام التنظيمية لم تعالج هذه المسألة، ومع ذلك وبعد بعض التردد فإن الأساليب النهائية التي تم اعتمادها بالكاد تشجع لدعم تطبيق سؤال الأولوية الدستورية على التدابير الاستعجالية، وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا بأنه لا حاجة للفصل في سؤال الأولوية الدستورية في حال رفض طلب اتخاذ التدابير المؤقتة لعدم وجود حالة الاستعجال،وهذا من شأنه أن يحث الطرفين على طرح هذه المسألة أمام القاضي الرئيسي، وكما كان متوقعا ضمن الأعمال التحضيرية للقانون العضوي، وخاصة أن القاضي الاستعجالي مطلوب منه النطق دون تأخير بالإحالة على مجلس الدولة،في حين أن مقدم الطلب غير ملزم في اطار الاستعجال–الحرية برفع دعوى الالغاء أمام القاضي الرئيسي ،عند استخدام الاجراء طبقا للمادة 521/2 L من قانون الاجراءات الادارية. [2]

2–محاكم القضاء العادي.

ويقصد بها المحاكم الخاضعة لرقابة محكمة النقض،وتشمل محاكم الاستئناف،محاكم أول درجة وتنقسم هذه الأخيرة إلى 3أنواع مدنية وجنائية ومتخصصة كالمحاكم التجارية والعمالية فهي محاكم متخصصة.

1–مصطفى محمود اسماعيل علي،مرجع سابق،ص145.

2–عيد أحمد غفلول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة،مرجع سابق،ص.177

*محكمة النقض:تمثل هذه المحكمة قمة هرم النظام القضائي العادي، ويناط بها اختصاص الفصل في الطعون بالنقض في الاحكام الصادرة من المحاكم لقضائية الجنائية والمدنية، طبقا للشروط المحددة قانونا بالاضافة الى مسائل أخرى تختص بالفصل فيها ،وعلى هذا النحو لا تعد درجة من درجات التقاضي وليست محكمة وقائع بل هي محكمة قانون وبالتالي لا تفصل في المنازعات المعروضة عليها من جديد بل تراقب مدى صدور الحكم المطعون فيه بالنقض بالتوافق مع القانون وذلك بغرض توحيد تطبيق القانون من حيث تفسيره وتطبيقه.

*محاكم الاستئناف:يقدر عددها بثلاثون محكمة وتختص بالفصل في طلبات استئناف الاحكام الصادرة عن محاكم اول درجة وكذلك تختص بالفصل في بعض المنازعات الاخرى بمقتضى نصوص قانونية. [1]

*محاكم أول درجة:وتعد صاحبة الولاية القضائية بالفصل في المنازعات المعروضة لاول مرة على مستواها وتصنف الى 3 انواع:محاكم مدنية وجنائية ومتخصصة.

-المحاكم المدنية:وهي الأخرى تصنف الى نوعين محاكم جزئية ومحاكم ابتدائية فالأولى تختص من حيث المبدأ بالفصل في المنازعات التي لا تزيد قيمتها عن 7600 يورو وكذلك تختص بالفصل في المنازعات الاخرى حتى ولو زادت قيمة النزاع عن المبلغ المذكور اما النوع الثاني (المحاكم الابتدائية) فانها تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بحقوق الاسرة وبالملكية العقارية ومنازعات اخرى محددة قانونا.

-المحاكم الجنائية:وتختص بالفصل في الجرائم الجنائية المرتكبة بالمخالفة لقانون العقوبات الفرنسي والقوانين المكملة له وتشمل محاكم الجنايات ومحاكم الجنح ومحاكم المخالفات .

-والى جانب هذه المحاكم توجد محكمة عدل الجمهورية وتختص بالمحاكمة الجنائية للوزراء الا انها تعد من المحاكم التابعة لمحكمة النقض، التي تختص بالفصل في الطعون بالنقض

[1]-عيد أحمد الغفلول،الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة،مرجع سابق،ص178.

في الاحكم الصادرة عنها وبالتالي تندرج ضمن طائفة المحاكم التي يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستواها .

-المحاكم المتخصصة وتنتمي هذه المحاكم الى جهة القضاء العادي، وتختص بالفصل في نوع معين من المنازعات مثالها المحاكم التجارية (تفصل في المنازعات بين التجار) والمجالس العمالية . [1]

-المحاكم العسكرية:يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستوى المحاكم العسكرية باعتبارها من المحاكم الخاضعة لرقابة محكمة النقض طبقا للمادة 01 من قانون القضاء العسكري بنصها على ان القضاء العسكري والمتمثل في محاكم الجيش والمحاكم الاقليمية لقوات الجيش تصدر الأحكام العسكرية باسم الشعب وتحت رقابة محكمة النقض .

ثانيا:المحاكم التي لا يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمامها.

يتبين باستقراء الأعمال التحضيرية لمشروع تعديل الدستور الفرنسي والاعمال التحضيرية لمشروع القانون العضوي بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور بعد تعديلها ان مبرر استثناء بعض المحاكم من مجال سؤال الأولوية الدستورية مؤسس على معيار شكلي يتمثل في عدم خضوعها لرقابة كل من مجلس الدولة ومحكمة النقض، إلى جانب معيار موضوعي يتمثل في عدم وجود دعاوى معروضة عليها تتعلق بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وبعضها الآخر ليست ذات تشكيل قضائي بحت بل تضم شخصيات عامة وقد تضم أفرادا من الشعب كمحاكم الجنايات. [2]

وتتمثل تلك المحاكم المستثناة في ما يلي:محكمة التنازع،ومحكمة العدل العليا،ومحكمة الجنايات،ومحاكم وهيئات التحكيم،والهيئات الإدارية المستقلة ونفصل هاته المسألة على النحو الكبين أدناه:

-محكمة التنازع:

---

[1]-مصطفى محمود اسماعيل علي،مرجع سابق،ص145.

[2]-شريف يوسف خاطر،مرجع سابق،ص125.

تختص محكمة التنازع بالفصل في تنازع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري ممثلتين في مجلس الدولة ومحكمة النقض، وقد أثير بالجمعية الوطنية موضوع اثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام محكمة التنازع وذلك بمناسبة مناقشة تعديل المادة 61 من الدستور المعدل عام 2008،وذلك بمقتضى ما طالب به بعض أعضاء الجمعية الوطنية من ضرورة اتخاذ النص المقترح إضافته إلى المادة 61 موقفا صريحا بشأن موضوع سؤال الأولوية الدستورية أمام المحاكم التي لا تتبع محكمة النقض أو مجلس الدولة.

وقد تضمن تقرير لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بالجمعية الوطنية، ردا على هذا الموضوع مفاده"أن محكمة التنازع تفصل على وجه الخصوص في التعارض بين الأحكام النهائية الصادرة بعدم الاختصاص من جهتي القضاء العادي والإداري في مسألة واحدة، بغرض عدم الوقوع في شبهة إنكار العدالة،وبهذه الصفة لا يعرض عليها مطلقا مسائل تتعلق بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور،وفي ظل هذه الظروف يكفي أن يذكر النص محكمة النقض ومجلس الدولة للإشارة إلى أن سؤال الأولوية الدستورية يثار فقط أمام المحاكم التي تتبع أي منهما".[1]

ولكن يمكن ان يثار تساءل يتعلق بحكم التفسير المعطى للحكم التشريعي من قبل محكمة التنازع فهل يمكن أن يكون موضوعا لاثارة سؤال الأولوية الدستورية ؟

إن استبعاد محكمة التنازع من اجراءات سؤال الأولوية الدستورية يحتاج إلى إعادة التفكير ففي المقام الأول فإن محكمة التنازع تعد مرجعية أولية، وقد يشار إلى رفض الولاية القضائية لا سيما عندما يقرر المحافظ رفع النزاع ولا يحدد النظام القضائي المختص بطريقة مجردة للنزاع الرئيسي، ويعد الاختصاص القضائي هو الحاسم بالنسبة لموضوع الدعوى وقد يعتمد على شرط قانوني موضوعي يحدد نتيجة النزاع، وبعبارة أخرى فإن الولاية القضائية قد تعتمد على التفسير الفقهي الذي تعتمده محكمة التنازع لحكم تشريعي، ويكون تفسيرا ثابتا اذا اعتمده مجلس الدولة أو محكمة النقض، ويمكن عندها اثارة سؤال الأولوية الدستورية فعلى سبيل المثال أعطت محكمة التنازع بموجب قرارها المؤرخ في 2012/12/17 رقم 3867

1-تقرير J-L WARSMANN،رقم 892،مرجع سابق،ص44.

تفسير للمادة L1-141 من قانون التنظيم القضائي ما اذا كان يتعلق بمسؤولية الدولة أم لا بسبب الخدمة العامة للعدالة.

-محكمة العدل العليا.

تتم المحاكمة الجنائية لرئيس الجمهورية أمام محكمة العدل العليا، ولا يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية أمامها طبقا للمعيار الشكلي المتعلق بعدم خضوعها لرقابة كل من مجلس الدولة ومحكمة النقض،لأن أحكامها نهائية وغير قابلة للطعن أمامهما أو أمام أي جهة قضائية أخرى. [1]

-محاكم وهيئات التحكيم.

أ-محاكم التحكيم:لا تملك هذه المحاكم صلاحية إحالة سؤال الأولوية الدستورية على الجهات المختصة، لأنها لا تملك نوعية الاختصاص القضائي ويتجلى ذلك من خلال الأعمال التحضيرية للقانون العضوي المتعلق بتطبيق المادة1/61 من الدستور،ومن ناحية أخرى فإن الطعون ضد قراراتها تتم أمام محكمة قضائية وقد يكون مصحوبا بسؤال الأولوية الدستورية وحسب الرئيس الأول لمحكمة النقض(Vincent lamanda) الذي برر معارضته اثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستوى هيئات التحكيم برأيه الذي أبداه على مستوى لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بالجمعية الوطنية، ومفاده "من ناحية أولى عدم تبعية هيئة التحكيم لمحكمة النقض فضلا على ان المحكم لا تقوم بينه وبين الدولة أي علاقة فانه بذلك لا يتبع النظام القضائي الرسمي فيها، وطبقا لما يؤكده قضاء محكمة النقض فإن المحكمين يستمدون سلطاتهم من اتفاق الاطراف فقط وليس من السلطة العامة، وبالتالي لا يتبعون نظام المحاكم، ومن جانب آخر فان المحكم يعد قاض خاص وبهذه الصفة يحظر عليه مطالبة محكمة نظامية بالفصل في احدى مسائل القانون الخاضعة له كما ان محكمة عدل الجماعة الأوروبية لا تعترف لاطراف النزاع الخاضع لتحكيم بالحق في اثارة المسائل

[1]-أحمد منصور،الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا،دار النهضة العربية،القاهرة،2012،ص49.

الأولية أمام المحكم وبالنتيجة لذلك فان هيئات التحكيم ناتجة عن اتفاق الاطراف ولا تعد من محاكم دول الاعضاء.) [1]

ب-المحكمة العليا للتحكيم:أنشئت بموجب القانون المؤرخ في 1950/02/11 المتعلق بالاتفاقية الجماعية واجراءات تسوية منازعات العمل الجماعية ويترأس هذه المحكمة نائب رئيس مجلس الدولة أو من طرف رئيس قسم بمجلس الدولة ولا تعتبر جهة قضائية، وبالتالي لا يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستواها لانها تختص بالفصل في النزاع المعروض عليها المتمثل في الطعن بالالغاء في قرار المحكم استناد الى اتفاق الاطراف.

ج-لجنة تحكيم الصحفيين:بتاريخ 2021/03/09 أعلنت الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض قبول سؤال الأولوية الدستورية محال عليها من طرف لجنة تحكيم الصحفيين وبعد اجراء تحليل مفصل للاختصاص القضائي للجنة المذكورة تبين أنها مخولة بسلطات قضائية بموجب القانون، ويتم تشكيلها بموجب الشروط التي ينص عليها القانون وتصدر قرارات المحاكم التي يمكن تنفيذها بمجرد الايداع في أمانة المحكمة، وذلك دون التنفيذ المسبق ومنه يتعين النظر اليها كجهة قضائية خاضعة لولاية محكمة النقض، وبموجب القرار الصادر عن المجلس الدستوري المؤرخ في 2012/05/14 رقم 2012-243/244/245//246 قرر أن لجنة التحكيم للصحفيين والمحكمة المختصة بتقييم التعويض المستحق للصحفي الذي يتقاضى أجرا تتجاوز فيه أقدميته 15 عاما فإنها مختصة أيضا بتخفيض أو إلغاء التعويض في جميع حالات الخطأ الجسيم، أو تكرار الخطأ الصحفي، وان لجنة التحكيم الخاصة بالصحفيين تتألف بصورة مشتركة من طرف محكميين تعينهم منظمات مهنية لأرباب العمل والموظفين لهذا الغرض،ويترأس اللجنة موظف أو قاض ممارس أو متقاعد من خلال اسناد تقييم هذا التعويض إلى هذه المحكمة المتخصصة تتشكل من أشخاص تعينهم منظمات مهنية فقد انصرفت نية المشرع إلى أن يأخذ بعين الاعتبار خصوصية هذه المهنة في التقييم عندما ينتهي عقد العمل من المبالغ المستحقة لأقدم الصحفيين أو الذين يتهمون بارتكاب

[1]-عيد أحمد الغفلول،الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة،مرجع سابق،ص190.

خطئ جسيم أو أخطاء متكررة، وبالنتيجة لذلك يتعين رفض الشكوى التي تدعي انتهاك مبدأ المساواة أمام المحاكم.[1]

مما سبق يستخلص مما سبق انه لا يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام هذه الهيئات، لأن المحكم يعتبر قاض خاص وكذلك هيئة التحكيم وليس لهما علاقة بالدولة على أساس عدم خضوعهما لأي نظام قانوني مماثل لنظام الدولة،ولا تربطهما علاقة بالمحاكم العليا ممثلة في مجلس الدولة ومحكمة النقض،وقد خلصت محكمة النقض بموجب قرارها المؤرخ في 1986/11/18 رقم 10912/85 إلى أن المحكمين يستمدون سلطتهم من رضاء الأطراف وليس من السلطة العامة وبالتالي الأمر يتعلق بقضاء خاص ذو مصدر اتفاقي. [2]

بالإضافة إلى عدم أهلية المحكم لأن تعرض عليه دعوى عمومية ليفصل في مسألة قانونية كما أن المحكمين وهيئات التحكيم غير مدرجين في تنظيم المحاكم في مجال القضاء العادي.

ولعل السبب الحقيقي في استبعاد هذه الهيئات وبعض المحاكم الاخرى،هو تكريس المؤسس الدستوري نظام ازدواجية التصفية لسؤال الأولوية الدستورية مما جعله يتبع نظام تبعية المحاكم المثار على مستواها لمحكمة النقض او مجلس الدولة حتى يكون لهذين الجهتين الرأي الفاصل في تقدير مدى جدية سؤال الأولوية الدستورية تمهيدا لاحالته على المجلس الدستوري.

وبالنتيجة نستخلص ان استبعاد هذه الجهات المبينة أعلاه، كان بسبب اعمال عائق اجرائي وهو عدم تبعيتها لمحكمة النقض او مجلس الدولة، مما يحول دون تمكن هاتين الجهتين من اعمال نظام التصفية على مستواهما،وبالتالي على فرض سلمنا بامكانية اثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستوى الجهات المستثناة فانها تصبح جهة مختصة بالاحالة مباشرة على

---

[1]- عيد أحمد الغفلول،الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة،مرجع سابق،ص193.

[2] -jean louis nadal,an XILLE législature,compte rendu de la commission des loi n63,p30.

المجلس الدستوري، دون مرورها بمحكمة النقض او مجلس الدولة لانعدام معيار التبعية بينهما .

ولكن حسب وجهة نظر الباحث فإن مثل هذا العائق كان من الأجدر على المؤسس الدستوري تجازوه عن طريق انشاء الية وسيطة بين كل من محكمة النقض ومجلس الدولة وباقي المحاكم والجهات التي حظر اثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستواها، مما يخولها بعد قبولها لذلك السؤال المثار على مستواها احالته عليهما عبر الالية الوسيطة بينهما وبالتالي تبقى كل من محكمة النقض ومجلس الدولة هما صاحبي الاختصاص في الاحالة النهائية على المجلس الدستوري .

-محكمة الجنايات كمحكمة درجة أولى.[1]

هناك محكمة جنايات ابتدائية وأخرى استئنافية، وقد نصت المادة 23 من القانون العضوي رقم2009/1523 إلى عدم جواز إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام محاكم الجنايات عندما تفصل في الدعوى باعتبارها محكمة أول دجة، ولكن سؤال الأولوية الدستورية يثار على مستوى محكمة الجنايات الاستئنافية، وذلك عند استئناف حكم محكمة الجنايات الصادر في أول درجة ويثار ذلك السؤال بموجب مذكرة مرفقة بطلب الاستئناف على أن ترفع هذه المذكرة في الحال إلى محكمة النقض.

هذا الاستثناء بررره المجلس الدستوري بموجب قراره المؤرخ في 2009/12/03 رقم 2009/595 بما مفاده "حيث أن البند الرابع من المادة 23 -1يمنع تقديم سؤال الأولوية الدستورية أمام محكمة الجنايات،ونفس السؤال بالامكان إثارته خلال التحقيق الجنائي الذي يسبق الدعوى الجنائية كما أنه يمكن اثارته بمناسبة استئناف حكم ابتدائي صادر عن محكمة الجنايات، أو عن طريق الطعن بالنقض في قرار استئنافي لمحكمة الجنايات الذي يحال مباشرة على محكمة النقض، وقد أخذ المشرع بعين الاعتبار لمصلحة الإدارة الجيدة للعدالة خصوصيات تنظيم محكمة الجنايات وسريان الدعوى أمامها، وأنه في اطار هذه الشروط فإن

[1]- محمد أتركين،مرجع سابق،ص51.

منع تقديم سؤال الأولوية الدستورية أمام محكمة الجنايات لا يتجاهل الحق المقرر من قبل المادة 1/61 من الدستور. [1]

وترجع أسباب حظر سؤال الأولوية الدستورية أمام محكمة الجنايات للأسباب التالية:

-تتضمن تشكيلة محاكم الجنايات على عناصر غير قضائية باعمال نظام المحلفين ضمن التشكيلة.

-اجازت المادة 23 من القانون العضوي رقم 2009/1523 إمكانية إثارة سؤال الأولوية الدستورية خلال مرحلة التحقيق السابقة على الفصل في الموضوع بواسطة محكمة الجنايات باعتبارها محكمة أول درجة، حيث نصت تلك المادة أنه:

"إذا أثير سؤال الأولوية الدستورية في مرحلة التحقيق الجنائي وجب إحالته إلى محكمة التحقيق الجنائي من الدرجة الثانية". [2]

ويستوجب هذا النص بالتالي ألا تكون القضية وصلت إلى مرحلة المحاكمة أمام محكمة الجنايات كحكمة أول درجة،إلا بعد حسم جميع المسائل الإجرائية والموضوعية السابقة على الفصل في الموضوع.

-امكانية الطعن بالاستئناف في حكم محكمة الجنايات الدرجة الأولى،وبالتالي على مستوى الاستئناف يمكن للمتقاضي اثارة سؤال الأولوية الدستورية وهذا ما يغنيه عن إثارته أمام محكمة الجنايات الدرجة الأولى.

-إمكانية الطعن بالنقض في الحكم الصادر عن محكمة الجنايات الاستئنافية و ذلك بمناسبة الطعن بالنقض يمكن إثارة سؤال الأولوية الدستورية طبقا للمادة 23 أعلاه.

يستخلص مما سبق أنه يحال سؤال الأولوية الدستورية للدراسة من طرف غرفة التحقيق على أساس أن قاضي التحقيق لا يملك سلطة إلغاء أي إجراء من اجراءات التحقيق، ويتفق ذلك الاختيار مع مبدأ تحقيق توازي الاختصاصات عن طريق منح غرفة التحقيق باعتبارها

---

[1]-محمد أتركين،مرجع سابق،ص51.

[2]-تقرير H.Portelli رقم 637 مرجع سابق،ص37.
تقرير L.Warsmann رقم 1898،مرجع سابق،ص49..

المحكمة المختصة بالنظر في صحة الإجراءات اختصاص تقدير مدى تأثير سؤال الأولوية الدستورية على صحة وقانونية الإجراءات، وقد برر المشرع التقييد المتعلق بعدم جواز إثارة ذلك السؤال أمام محكمة الجنايات كدرجة أولى بإشارته إلى التشكيل الخاص بها، والمصلحة المرتبطة بكون المسائل القانونية والإجرائية منظمة قبل بدء الدعوى الجنائية [1]

-الهيئات الإدارية المستقلة.

بمناسبة مناقشة مشروع القانون العضوي بشأن تطبيق المادة 61 من الدستور، ثارت على مستوى غرفتي البرلمان الفرنسي مسألة إمكانية إثارة سؤال الأولوية الدستورية بمناسبة نظر إحدى الهيئات الإدارية المستقلة لنزاع يندرج ضمن اختصاصها، وتم تكريس الحل المتمثل في عدم جواز إثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستواها، ولكن يمكن لصاحب الشأن اثارته ضد أي حكم تشريعي يمس بحقوقه أو حرياته التي يضمنها الدستور بمناسبة الفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية الصادرة عن تلك الهيئات، أو بمناسبة الطعن في قراراتها القضائية المتضمنة عقوبات إدارية.[2]

إلا أنه طبقا للمادة 06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تكيف هذه السلطات على أنها محاكم على اساس سلطتها في توقيع الجزاء، وكذا على نظامها الذي يؤكد استقلالها وتشكيلها، ولكن طبقا للنظام الداخلي لا تعد هذه السلطات محاكم بمفهوم المادة 1/61 من الدستور، والمادة 23 من القانون العضوي رقم 2009/1523 حتى وان كانت قراراتها قابلة للطعن أمام مجلس الدولة، إلا أنها لا تندرج ضمن محاكم القضاء الإداري ولا تتبع بالمعنى الضيق مجلس الدولة، كما أن اختصاصاتها القضائية لا تجعلها تعزز من مسألة عدم تبعيتها لمحكمة النقض أو مجلس الدولة، بالإضافة إلى أن سلطتها الجبرية اتجاه القائمين

---

[1]–أحمد منصور،الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا،مرجع سابق،ص.ص39،38.

[2]-تقريرWARSMANN, J-I،الصادر عن لجنة القوانين الدستورية والتشريعية والاستفتاء بالجمعية الوطنية رقم 1898،مرجع سابق،ص.ص42 و43.

-تقريرH.portelli،الصادر عن لجنة القوانين الدستورية والتشريعية والاستفتاء بمجلس الشيوخ رقم 637،مرجع سابق،ص20.

بأعمال في نطاق القانون الخاص تتقيد بمبدأ دستوري يتعلق بحماية الحرية الفردية عن طريق السلطة القضائية طبقا للمادة 66 من الدستور [1]

ولكن هناك استثناء يتعلق بامكانية اثارة سؤال الأولوية الدستورية امام لجنة العقوبات التابعة للسلطة الرقابية الاشرافية، وهذا الاحتمال ليس مترتبا عن النصوص المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية ولا عن قرار المجلس الدستوري، بل هو ناجم عن لجنة العقوبات نفسها مما يمنحها طابعا مشكوكا فيه، فمن خلال القرار المؤرخ في 2011/05/13 اعترفت بنوعية الولاية القضائية، وبالتالي امكانية فحص سؤال الأولوية الدستورية المثار على مستواها وقد علق على هذا الامر في فرنسا بانها جهة قضائية لا مجال للاعتراض على استقلاليتها وهذا القرار ليس له مثيل بحكم أنه لم يسبق لأي سلطة إدارية مستقلة أخرى أن فصلت في مثل هذه المسألة، حتى أن سلطة AMF والتي تتضمن أيضا لجنة الجزاءات على مستواها والتي تتكون من قضاة محترفين فقد رفضت مثل هذا التوجه بموجب قرارها المؤرخ في 2009/09/21،وأشارت ألى أن لجنة الجزاءات AMF،لا تنتمي فقط إلى النظام القضائي الجنائي ولكن علاوة على ذلك لا يمكنها أن تكون ملزمة في محاولتها وصف الخرق الاداري بموجب امر بحفظ القضية.

وتبعا لما تم بيانه وحسب رأي الباحث: وباستقراء الأعمال التحضيرية لمشروع تعديل المادة 61 من الدستور،والقانون العضوي رقم 2009/1523 بشأن تطبيق هذه المادة،يتبين أن المشرع استبعد بعض المحاكم من امكانية إثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستواها تكمن في رغبة المشرع الفرنسي بأن تختص الجهات القضائية العليا ممثلة في مجلس الدولة ومحكمة النقض كجهة ثانية لنظام تصفية سؤال الأولوية الدستورية بإعادة تقدير مدى جديته، ولا يتحقق هذه الغرض إلا إذا أحيل عليهما ذلك السؤال من جهات تتبع لهما وبالتالي الأمر يتعلق بعائق إجرائي، ويمكن التغلب عليه بتكريس جهة تختص بإرسال ما يثار من مسائل دستورية أولية أمام المحاكم المستثناة على محكمة النقض أو مجلس الدولة ولما لا منح هذه المحاكم اختصاص تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية بنفسها ومن ثم الإحالة على المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية.

---

[1]–أحمد منصور،مرجع سابق،ص.ص50–51.

-على مستوى التشريع المغربي:

نصت المادة 03 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 على أنه"يمكن أن يثار الدفع بعدم دستورية قانون أمام مختلف محاكم المملكة،وكذا أمام المحكمة الدستورية مباشرة بمناسبة البت في الطعون المختلفة المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان كما يمكن إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة ثاني درجة أو أمام محكمة النقض".

باستقراء المادة 03 أعلاه فإنها وظفت مصطلح محاكم المملكة والذي يقتضي ضبط مدلوله وتحديد الجهات التي تندرج ضمن محاكم المملكة.

يتبين إذن حسب المادة 03 أعلاه أنه يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام الجهات التالية:محاكم أول درجة ومحاكم الدرجة الثانية(محاكم الاستناف) ومحكمة النقض والمحكمة الدستورية،وبالتالي لا يجوز إثارتها أمام المجالس التأديبية،على أساس أنها هيئات ليست قضائية وقراراتها قابلة للطعن فيها أمام القضاء الإداري [1] ،وبالتالي تبنى المشرع المغربي نفس التوجه الذي كرسه المشرع الفرنسي بهذا الشأن، إلا أنه يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد القانون المنظم لها إذا كان لا يضمن استقلالها ، وهذا ما كرسه القرار الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي المؤرخ في 2010/07/02 رقم 10-2010 بمناسبة سؤال الأولوية الدستورية الذي أثاره بعض ربان مراكب صيد على إثر المخالفات الزجرية المحررة ضدهم من قبل تشكيلة محاكم تجارية بحرية وتضمن السؤال المثار عدم دستورية تشكيلة تلك المحاكم على أساس أنها تضم موظفين تابعين لإدارة الشؤون البحرية وهذا ما يخالف مبدأ استقلال القضاء، وبالتالي يترتب عنه الاخلال بمبدأ المحاكمة العادلة،(وقد توصل المجلس الدستوري إلى تقرير عدم دستورية الحكم التشريعي المتعلق بتشكيل المحاكم التجارية البحرية بالتحديد المادة 90 من قانون التأديب والزجر الخاص بالملاحة التجارية،وسبب ذلك على أن عضوين من خمس الاعضاء المشكلين لها يعدان موظفان تابعان للسلطة الحكومية مما يترتب عنه الاخلال بمبدأ الاستقلال ويستوجب أن تكون تشكلية هذه المحاكم مثل نظيرتها المحاكم الزجرية العادية وذلك من تاريخ نشر قرار

[1]-عبد العزيز النويضي،مرجع سابق،ص165.

المجلس الدستوري،مع وجوب سريان الغاء المادة 90 على كل المخالفات التي لم تحكم نهائيا في تاريخ نشر القرار). [1]

وبالنسبة للمحاكم العسكرية(المحكمة الدائمة للقوات المسلحة الملكية) وطالما أن مصطلح محاكم ورد بصيغة العموم في مشروع القانون العضوي رقم 86/15 المحدد لشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية مما يجعل الأمر يتعلق بكل محاكم المملكة المغربية حسب ما هي منظمة في القانون المتعلق بالتنظيم القضائي، وبالتالي يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستواها .

أما بالنسبة لمؤسسات الحكامة وتشمل(المحاكم المالية،ومجلس المنافسة والمجلس الأعلى للإتصال السمعي البصري ومؤسسة الوسيط) وهي جهات شبه قضائية(تمارس اختصاصات قضائية)،وبالنسبة للمحاكم المالية مثالها المجلس الأعلى للحسابات ففي اطار اختصاصه القضائي يتولى في مجال التأديب معاقبة كل مسؤول أو موظف بأحد الأجهزة الخاضعة لرقابته في حال ارتكابه لأحد المخالفات المنصوص عليها في الفصول 54 و55 و56 من مدونة المحاكم المالية،وذلك بعد رفع القضية اليه من طرف النيابة العامة لدى المجلس إما تلقائيا أو بناء على طلب من السلطات المؤهلة قانونا والمحددة بموجب المادة 57 من ذات المدونة.

وقد أكد المجلس الدستوري المغربي الطبيعة القضائية للمجلس الأعلى للحسابات بموجب قراره رقم 13/924،ومفاده" أن المجلس الأعلى للحسابات الذي يضمن الدستور استقلاليته،طبقا لأحكام الفقرة الأولى من الفصل 147 منه يعد هيئة ذات صيغة قضائية يصدر مقررات قضائية بمقتضى الفصل 148 من الدستور...". [2]

وفي هذا الإطار اعتبر جانب من الفقه الفرنسي أن المحاكم المالية تشكل جهة قضائية متخصصة ضمن القضاء الإداري ولهذا الغرض قام المشرع الفرنسي بإدراج تعديل بمقتضى القانون العضوي رقم 2009/1523 المؤرخ في 2009/12/10 على الفقرة الثانية من

[1] -Décision n2010-10qpc du 02/07/2010 يمكن الاطلاع عليه على الموقع التالي:
http://www.conseil-constitutionnel.fr/décistion/2010/2010-10 qpc.htm.

[2]–قرار صادر بتاريخ 2013/08/22 عن المجلس الدستوري بالمغرب سابقا والمنشور على موقعه الإلكتروني.

الفصل 142(L.O142.2)من مدونة المحاكم المالية التي تنص على أنه"يخضع نقل سؤال الأولوية الدستورية إلى مجلس الدولة من قبل محكمة منصوص عليها في هذه المدونة للقواعد المحددة في المواد من 1/23 إلى 3/23 من الأمر رقم 58/1067 المؤرخ في 1958/11/07 المتضمن القانون العضوي للمجلس الدستوري، وبنفس المحكمة المالية تحال القضية على النيابة العامة بمجرد إثارة سؤال الأولوية الدستورية بأن حكم تشريعي يمس بالحقوق والحريات المضمونة بمقتضى الدستور لكي تبدي وجهة نظرها" [1] ،وبالتالي لا يوجد ما يمنع من إثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستوى هذه الجهات القضائية.

وبخصوص مجلس المنافسة والمجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري، فإنهما لا يختلفان عن سائر الجهات القضائية بخصوص إمكانية إثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستواهما.

وبشأن مؤسسة الوسيط فقد نص عليها الفصل 162 من التعديل الدستوري لعام 2011،بأن" الوسيط مؤسسة وطنية مستقلة ومتخصصة،مهمتها الدفاع عن الحقوق في نطاق العلاقات بين الإدارة والمرتفقين،والاسهام في ترسيخ سيادة القانون وإشاعة مبادئ العدل والإنصاف وقيم التخليق والشفافية في تدبير الإدارات والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية والهيئات التي تمارس صلاحيات السلطة العمومية." وقد نص القانون المنظم لها رقم 14/16 [2] على أن هذه المؤسسة تختص بتلقي الشكاوى الصادرة عن الأشخاص الطبيعية والاعتبارية وسواء كانوا مغاربة أو أجانب من جراء تضررهم من تصرفات الإدارة،والذي يكون مخالفا للقانون [3] .

[1] -Aurélien Baudu,une voie d'action peu attractive devant certaines juridictions :l'exemple des juridictions financiéres » in « la qpc,le proces et ses juges,l'impact sur le proces et l'architecture juridictionnelle »,sous la direction de emmanuel cartier,édition dalloz,paris 2013,p76.

[2]–الصادر بموجب ظهير شريف رقم 1.19.43 بتاريخ 2019/03/11 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6765 بتاريخ 2019/04/01 ص1722.

[3]–المادة 11 من القانون14/16 المبين أعلاه.

ومن هذا المنطلق فإن مؤسسة الوسيط لا تعد محكمة أو جهة شبه قضائية، بل تبقى مجرد هيئة استشارية تبدي ملاحظات وتوصيات بموجب تقاريرها،وهذا ما أكدته محكمة النقض ،وبالتالي لا يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستواها . [1]

أما بالنسبة للمجلس الأعلى للسلطة القضائية فيتعلق الامر في الحالة التي ينعقد فيها كمجلس تأديبي فإنه يطبق المواد من 85 الى 100 من القانون المنظم له،وبالتالي تتبع بشأنه الإجراءات القضائية والقرارات الفردية الخاصة بوضعية القضاة، من بينها القرارات التأديبية الصادرة عنه قابلة للطعن أمام الغرفة الإدارية بمحكمة النقض طبقا للمادة 101 من القانون التنظيمي له، إلا أنه يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية في بعض المقتضيات التشريعية المتعلقة بالقانون العضوي المنظم له أو في التفسير الصادر عن المجلس الأعلى كمجلس تأديبي، وعلى الرغم من القرارات الصادرة عنه في هذه الحالة ذات طابع إداري صادرة عن جهة إدارية، الا انه وبالنظر إلى اعماله في مجال التأديب ضمانات المحاكمة العادلة الأمر الذي يترتب عنه اصباغه بوصف الهيئة القضائية على النحو الذي فسرته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المشرفة على تطبيق العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والتي فسرت الفقرة الاولى من المادة 14 من العهد في الفقرة 18 من التعليق العام الذي ورد بعبارة(الهيئة القضائية هي تلك المنشأة بحكم القانون ومستقلة عن السلطتين التنفيذية والتشريعية أو تتمتع في بعض الدعاوى باستقلال قضائي يمكنها من الفصل في مسائل قانونية بواسطة اجراءات ذات طابع قضائي). [2]

ومن هذا المنطلق كرس المجلس الوطني لحقوق الإنسان مفهوم الهيئة القضائية تبعا للملاحظة العامة رقم 32 للجنة الوطنية المشرفة على تطبيق العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية المشار إليها أعلاه. [3]

---

[1]–قرار محكمة النقض بالمغرب عدد 3/1296 المؤرخ في 2017/11/23 ملف عدد 2017/3/4/469 والمذكور في مرجع العربي محمد مياد،مدى إلزامية توصية مؤسسة وسيط المملكة التعليق على قرار محكمة النقض عدد 3/1296 المؤرخ في 2017/06/23،مجلة الوكالة القضائية للملكة،عدد2018،1،ص99.

[2]–عبد العزيز النويضي،مرجع سابق،ص.ص166–167.

[3]–مذكرة المجلس الوطني لحقوق الإنسان حول المحكمة الدستورية 2013،ص7،الهامش 7.

مما سبق نستخلص أن كل من المجلس الأعلى للسلطة القضائية كجهة تأديبية والمجالس التأديبية الموجودة على مختلف الجهات تندرج ضمن محاكم المملكة.

وبالنسبة لإثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام قاضي التحقيق والغرفة الجنحية(يصطلح عليها بغرفة الاتهام في الجزائر)،فالملاحظ أن مشروع القانون العضوي رقم 86/15 المحدد لشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية لم ينص على هذا الموضوع بشكل صريح،بمعنى أنه لم ينص على حظر إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام قاضي التحقيق أو قاضي الأحداث أو الغرفة الجنحية أو خلال إجراء تحقيق في الدعوى المدنية،عند فصلها في الاستئناف المقدم ضد أوامر قاضي التحقيق،بل نص فقط في المادة 08 منه على أنه لا يترتب عن إثارة سؤال الأولوية الدستورية إيقاف الفصل في الدعوى متى تعلق الأمر بإجراءات التحقيق في المجالين المدني والجنائي،مما يستخلص منه بمفهوم المخالفة جواز إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام تلك الجهات القضائية ،غير أن هذه الجهة تواصل الفصل في القضية المعروضة عليها رغم إثارة ذلك السؤال على مستواها وعليها الفصل فيه والتحقق من توفر شروطه لتصدر قرارا بإحالته على الجهة المختصة، بمعنى أن هذه الجهات تواصل الفصل في القضايا المعروضة عليها دون التقيد بمآل الفصل في سؤال الأولوية الدستورية. [1]

-على مستوى التشريع الجزائري:

نصت المادة 02 من القانون العضوي رقم 16/18 على أنه"يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور،كما يمكن أن يثار هذا الدفع للمرة الأولى في الاستئناف أو الطعن بالنقض اذا تمت إثارة هذا الدفع أثناء التحقيق الجزائي تنظر فيه غرفة الاتهام".

[1]- عبد السلام زوير، الدفع بعدم الدستورية في التشريع االمغربي دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،جامعة مولاي اسماعيل،2020-2021،ص223.

ونفس الشيء بالنسبة للتشريعين الفرنسي والمغربي، فإن مصطلح الجهات القضائية الذي وظفته المادة 02 من القانون العضوي رقم 16/18 أثار إشكالية تتعلق بعدم دقة هذا المصطلح، وبالتالي عدم ضبط الجهات القضائية المعنية بإثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستواها، والسبب في هذه الاشكالية راجع إلى أن المادة 02 استعملت مصطلحين هما المحاكمة والنزاع، وكلاهما أوسع نطاقا من مصطلح الجهات القضائية التابعة للنظامين القضائيين العادي والإداري.

ولتوضيح المقصود بالجهات القضائية المعنية بسؤال الأولوية الدستورية على مستواها يتعين التطرق الى نص المادة 02 من القانون العضوي رقم 11/05 المؤرخ في 2005/07/17 المتعلق بالتنظيم القضائي ومضمونه أنه"يشمل التنظيم القضائي النظام القضائي العادي والنظام القضائي الاداري ومحكمة التنازع" وبالتالي سنفصل الجهات القضائية التابعة للقضاء العادي وتلك الجهات القضائية التابعة للقضاء الإداري:

– الجهات القضائية التابعة للقضاء العادي:

بموجب المادة 03 من نفس القانون العضوي رقم 05–11 السابق الاشارة له تنص أنه"يشمل النظام القضائي العادي كل من المحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم".

*المحاكم:طبقا للمادة 32 قانون الاجراءات المدنية والادارية تعتبر المحاكم هي الجهات القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام ويمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب قضائية متخصصة وتعد بمثابة أول درجة للتقاضي طبقا للمادة 10 من القانون العضوي رقم 11/05.

*المجالس القضائية:طبقا للمادة 34 قانون الاجراءات المدنية والادارية والمادة 05 من القانون العضوي رقم 11/05 تعد المجالس القضائية جهة استئناف في الأحكام الصادرة عن المحاكم وكذلك في جميع الحالات الأخرى المنصوص عليها قانونا.

*المحكمة العليا:طبقا للمادة 349 قانون الاجراءات المدنية والادارية تعد المحكمة العليا أعلى جهة قضائية في هرم النظام القضائي العادي ولا تشكل درجة من درجات التقاضي بل

هي جهة طعن بالنقض في الأحكام الفاصلة في الدعاوى المفصول فيها على مستوى المحاكم والمجالس القضائية.

– الجهات القضائية التابعة للقضاء الإداري:

يشمل النظام القضائي الإداري طبقا للمادة 04 من القانون العضوي رقم 11/05 كل من مجلس الدولة وال حاكم الادارية.

*المحاكم الإدارية:طبقا للمادتين 800 و801 قانون الاجراءات المدنية والادارية تعد هذه المحاكم صاحبة الولاية العامة في المنازعات الادارية وتختص بالفصل في الدرجة الأولى بحكم قابل للاستئناف في جميع المنازعات التي تكون الدولة أو الولاية أو احدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.

*مجلس الدولة:لمجلس الدولة عدة أوصاف فهو يعتبر درجة تختص بالفصل في أول وآخر درجة في المنازعات التي تكون السلطات الإدارية المركزية طرفا فيها،ويعتبر درجة ثانية للتقاضي في المنازعات المتعلقة بالاستئناف في الأحكام الصادرة عن المحاكم الادارية،كما يعتبر جهة طعن بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية طبقا للمواد 901،902،903 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

–الجهات القضائية الجزائية المتخصصة :وتشمل جهتين قضائيتين هما محاكم الجنايات والجهات القضائية العسكرية بالنسبة لمحاكم الجنايات فقد كرست المادة 160 من التعديل الدستوري لعام 2016 مبدأ التقاضي على درجتين على مستواها وبالتالي هناك محاكم جنيات ابتدائية ومحاكم جنايات استئنافية.

[1]وقد نصت المادة 03 من القانون العضوي رقم 16/18 على أنه لا يجوز إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية، الا انه يجوز اثارته امام محكمة الجنايات الاستئنافية،وبذلك حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي عندما حظر سؤال الأولوية الدستورية على مستوى محكمة الجنايات الابتدائية، وحاولنا استخلاص أسباب ذلك من خلال

[1]- أنظر المادة 03 من القانون العضوي رقم 18/16 المؤرخ في 2018/09/02 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية في التشريع الجزائري.

استقراء الأعمال التحضيرية للبرلمان والأسباب المقدمة من طرف الحكومة، بالإضافة الى المناقشات العلنية لمشروع القانون العضوي رقم 16/18 من قبل البرلمان،فتبين أن تلك الأسباب متعلقة بتعقيد إجراءات تشكلية تلك المحكمة كونها تشكيلة ذات طابع مختلط وكذا خصوصية الاجراءات المتبعة على مستواها، وعلى وجه الخصوص مبدأ استمرارية المناقشات التي تنفرد بها تلك المحكمة، بالاضافة الى الضمانات المكرسة للمتهم على مستوى محكمة الجنايات بموجب القانون العضوي رقم 16/18. [1]

فمن ناحية التشكيلة،وباعتبار أنها تجمع بين القضاة والمحلفين، فإنه يصبح من الصعب على المحلف استيعاب موضوع سؤال الأولوية الدستورية كونه ذا طابع قانوني تقني معقد.

-من ناحية خصوصية الاجراءات المطبقة على مستواها:من أهم تلك الخصوصية وجوبية احترام مبدأ استمرارية المناقشات الى غاية صدور الحكم،طبقا للمادة 285 قانون الاجراءات الجزائية المعدل ويستثنى فقط أوقات الراحة للتشكيلة لايقاف المحاكمة .

وتكريسا لمبدأ الاستمرارية في المناقشات الشفوية والمداولات لغاية صدور الحكم، وتفادي تعطيل سير المحاكمة الجنائية من قبل المتهمين أجاز المشرع اثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام محكمة الجنايات الاستئنافية بشرط الفصل فيه قبل فتح باب المناقشات بموجب مذكرة مكتوبة ترفق بالتصريح بالاستئناف، و الغرض من ذلك المبدأ هو ضمان حسن سير العدالة ،وكذا ما تستدعيه المصلحة العامة من وجوب الفصل في المسائل القانونية والإجرائية قبل فتح جلسات المحاكمة الجنائية، وبالتالي لا يجوز لهذه المحكمة الانشغال بمسألة جانبية قد تعيقها عن الفصل في القضية الجنائية لان تعطيل المناقشات تترتب عنه ضياع الأدلة أو التأثير فيها أو نسيان بعض الوقائع أو تغيرها.[2]

-ومن ناحية الضمانات الممنوحة للمتهم على مستواها: لتفادي تعطيل المحاكمة الجنائية على مستوى محكمة الجنايات الابتدائية منح المشرع للمتهم المتابع جنائيا قبل انعقاد محكمة

---

[1]-موجز محضر الجلسة العلنية 67 لمناقشة مشروع القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية المنعقدة يوم 2018/06/18 يمكن الاطلاع عليه على موقع المجلس الشعبي الوطني الجزائري.

[2] -Etienne verges, procédure pénale, revue de science criminelle et de droit pénal comparé,dalloz,2011/3,n3,p678.

-Marc guillaume, la question prioritaire de constitutionnalité, in justice et cassation, revue annuelle, des avocats au conseil d'état et a la cour de cassation,2010,p10.

الجنايات الابتدائية، وبالتحديد في مرحلة التحقيق الجنائي امكانية اثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام قاضي التحقيق، وعليه فإن اختصاص الفصل فيه يكون من اختصاص غرفة الاتهام.[1]

أما بالنسبة للجهات القضائية العسكرية: فإن القضاء العسكري طبقا للأمر رقم 28/71 المؤرخ في 1971/04/22 المتضمن قانون القضاء العسكري المعدل والمتمم، يمارس من طرف جهات قضائية عسكرية تحت رقابة المحكمة العليا.

ويشمل القضاء العسكري بموجب المادة 03 مكرر من نفس الأمر السابق محاكم عسكرية ومجالس استئناف عسكرية، فإذا أثير سؤال الأولوية الدستورية على مستوى قاضي التحقيق العسكري، فإن اختصاص الفصل فيه يؤول الى غرفة الاتهام لان المادة 10 مكرر من نفس الامر السابق ،أحالت الى تطبيق أحكام قانون الاجراءات الجزائية المتعلقة بغرفة الاتهام على غرفة الاتهام لدى مجلس الاستئناف العسكري .

المطلب الثالث:سلطة قاضي الموضوع إزاء سؤال الأولوية الدستورية و نظام التقيم المبدئي له.

نتطرق ضمن هذا المطلب إلى دراسة سلطة قاضي الموضوع اتجاه سؤال الأولوية الدستورية ضمن ثلاث عناصر يمكن اجمالها كالتالي:

-عدم جواز الاثارة التلقائية لسؤال الأولوية الدستورية

-عدم امكانية تعديل سؤال الأولوية الدستورية.

-عدم جواز العدول عن القرار المتعلق بتقرير جدية سؤال الأولوية الدستورية.

-بالإضافة الى دراسة نظام التقيم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية الذي اعتمدته التشريعات موضوع المقارنة.

---

[1]-أنظر المادة 02 من القانون العضوي رقم 18/16 المؤرخ في 2018/09/02 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية في التشريع الجزائري.

الفرع الأول:سلطة قاضي الموضوع إزاء سؤال الأولوية الدستورية:

إن دارسة سلطة قاضي الموضوع إزاء سؤال الأولوية الدستورية تقتضي التطرق للعناصر المبينة أدناه:

أولا:عدم جواز الاثارة التلقائية لسؤال الأولوية الدستورية.

من المبادئ المستقر عليها في النظم التي كرست نظام الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين أن الدعوى الدستورية ذات طابع عيني، وأن الدفع بعدم الدستورية متعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز للقاضي إثارته تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى حتى ولو تنازل صاحب المصلحة عن اثارته، إلا أن المشرع الفرنسي تجاوز تلك المبادئ المستقر عليها من خلال إعماله خاصية مغايرة لها تؤسس على تضيق مفهوم المصلحة في سؤال الأولوية الدستورية، وذلك من خلال قصره الحق في إثارة هذا الأخير على أطراف الدعوى المعروضة أمام قاضي الموضوع، أي أنه أدرج سؤال الأولوية الدستورية ضمن نطاق القضاء الشخصي وهذا ما يتعارض مع الطابع العيني للدعوى الدستورية، وتأسيسا على ذلك حظر المشرع الفرنسي على القاضي الفرنسي سواء قاضي موضوع أو قاضي الاستئناف أو النقض إثارة سؤال الأولوية الدستورية تلقائيا، بحيث حظرت المادة 23 فقرة 1 من القانون العضوي رقم 2009/1523 على القاضي اثارة سؤال الأولوية الدستورية تلقائيا، ورغم أن التعديل الدستوري للمادة 61 تضمن إضافة فقرة جديدة لها وذلك بتاريخ 2008/07/23 إلا أنه لم يشر إلى ذلك الحظر، وعندما عرض على المجلس الدستوري مشروع القانون العضوي رقم 2009/1523 بشأن تطبيق المادة 61-1 من الدستور تعرض لهذا الحظر المنصوص عليه في نهاية المادة 23 فقرة 1 من المشروع، وأقر أن حظر القضاء من إثارة سؤال الأولوية الدستورية لا يتعارض مع الدستور [1] وهو نفس التوجه الذي تبناه كل من المشرعين المغربي والجزائري.

---

[1]-شريف يوسف خاطر ،مرجع سابق،ص132- 139.

-أنظر القانون العضوي رقم 2009/1523 المنظم لسؤال الأولوية الدستورية في فرنسا.

وعليه فإن سلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية تحكمها عدة ضوابط في مقدمتها أنه لا يجوز له إثارة ذلك السؤال تلقائيا من طرفه، وهذا ما يسقط عن سؤال الأولوية الدستورية خاصية تعلقه بالنظام العام، وقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي هذا الحظر بموجب قراره رقم 595 لسنة 2009المؤرخ في 2009/12/03 معترفا أنه من شأنه أن يمنع محكمة الموضوع من التصدي لإثارة سؤال الأولوية الدستورية وليس في ذلك ما يتعارض مع القواعد العامة في الإجراءات أمام القضاء.

ومبرر هذا الحظر أن سؤال الأولوية الدستورية حق مكرس للمتقاضين، ومن ثم لا يمكن للقاضي استخدامه لصالحه، كما يجوز للمتقاضي إلى جانب آلية سؤال الأولوية الدستورية إعمال رقابة الاتفاقية والتي لا تزال معمول بها في فرنسا، وتسمح هذه الأخيرة للمتقاضي الدفاع عن حقوقه في مواجهة التشريعات الوطنية ليس بالرجوع إلى الدستور الوطني بصورة مباشرة بل استنادا على الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان النافذة بفرنسا وأهمها الإتفاقيات ذات الطابع الأوروبي. (1)

كما أن السبب الآخر لحرمان قاضي الموضوع من إثارة سؤال الأولوية الدستورية ورد أثناء مناقشة مشروع القانون العضوي رقم 2009/1523 بشأن تطبيق المادة 61 من الدستور ومفاده أن منح القاضي هذا الحق يترتب عنه اعتداء على اختصاص المجلس الدستوري باعتباره الجهة الوحيدة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين في فرنسا أيا كان أسلوب تحريكها. (2)

وهذا يدل على رغبة المشرع الفرنسي في عدم إدراج سؤال الأولوية الدستورية ضمن طائفة الدفوع المتعلقة بالنظام العام. (3)

واعتبر البعض أن هذا المسلك للمشرع الفرنسي يترتب عنه اهدار مبدأ عدالة التقاضي. (4)

---

[1] -M.Guillaume, question prioritaire de constitutionalité,chaiers du conseil constitutionnel , pp9-10. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf

[2] -تقريرWARSMANN, I-j،الصادر عن لجنة القوانين الدستورية والتشريعية والاستفتاء بالجمعية الوطنية رقم 1898،مرجع سابق،ص.47.

[3] -M.Verpeaux,la question préjudicielle de constitutioonalité et le projet de la loi organique,AJDA,2009,p1474..

[4] -L.Briand,la question prioritaire de constitutionnalité et les règles du procès équitable,1898 gazette du palais, janvier2010 ,p17.

ونفس التوجه تبنته المحكمة الدستورية بالمغرب بموجب قرارها رقم 80/17 المؤرخ في 2018/03/06 الذي تضمن تعليله للمواد 06 و10 و11 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 بأنها"تجعل من محاكم الموضوع ومحكمة النقض مختصين برقابة الدستورية والتي هي اختصاص حصري للمحكمة الدستورية،لانها تخولهم الحسم في الطبيعة التشريعية للمقتضى القانوني المعني وتحديد قائمة الحقوق والحريات المحمية دستوريا وتجعل من الهيئة المختصة داخل محكمة النقض بمنحها تقدير جدية الدفع من عدمها تمارس رقابة سلبية على الدستورية". [1]

وبالرجوع الى الموقف الذي تبناه المجلس الوطني لحقوق الإنسان المغربي في المذكرة التي أعدها بخصوص مشروع القانون العضوي رقم 86/15 المنصوص عليه في الفصل 133 من التعديل الدستوري لعام 2011، أنه ضمن أحد بنودها العبارة التالية:"للأطراف وحدها إثارة الدفع بعدم الدستورية ولا يجوز للقاضي إثارته بصفة تلقائية"، وقد تبنى نفس الموقف للمجلس الدستوري الفرنسي رقم 2009/595 المؤرخ في 2009/12/03 المتعلق باستبعاد إثارة سؤال الأولوية الدستورية بصفة تلقائية من قبل قاضي الموضوع وأسس ذلك على أن المادة 1/61 من الدستور تنص على أن" حكما تشريعيا يخرق الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور " وهذا لا يتقرر إلا من جانب أطراف الدعوى.[2]

أما في التشريع الجزائري فالبرجوع الى مناقشة المجلس الدستوري للقانون العضوي رقم 16/18 فأسس مبرر استبعاد قاضي الموضوع من اثارة سؤال الأولوية الدستورية على مسألة الحفاظ على حياد القاضي الذي يفصل في النزاع حسب ما تشير إليه المادة 188 من التعديل الدستوري لعام 2016 بمنحها حق اثارة ذلك السؤال لأطراف الدعوى [3] ونفس الشيء كرسته المادة 195 من التعديل الدستوري لعام 2020 .

---

[1]–عبد العزيز النويضي،مرجع سابق،ص175.

[2]–أمحمد حجاجي، الرقابة على الدستورية دراسة في الأنظمة الدستورية المقارنة النظام الدستوري المغربي،ط1،منشورات مجلة العلوم القانونية،مطبعة الأمنية،الرباط،2018،ص200.

[3]–موجز محضر الجلسة العلنية 67 لمناقشة مشروع القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية المنعقدة يوم 2018/06/18 يمكن الاطلاع عليه على موقع المجلس الشعبي الوطني الجزائري.

وحسب رأي الباحث: أنه يتعين على التشريعات الثلاث موضوع المقارنة، أن تمنح قاضي الموضوع مكنة إثارة سؤال الأولوية الدستورية تلقائيا، وبالتالي إدارجه ضمن الدفوع المتعلقة بالنظام العام، ومؤدى هذا ان الخبرة التي يضطلع بها قاضي الموضوع والتي تمكنه من كشف التشريعات محل الشك بعدم دستوريتها وارجاء الفصل في الدعوى لحين صدور قرار المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية بشأن سؤال الأولوية الدستورية ومن غير المنطقي اعمال نص غير دستوري بمجرد أن الخصم أغفل إثارة سؤال الأولوية الدستورية وفي ذلك تغليب للجانب الشخصي على الدعوى الدستورية وإهدار مبدأ العينية بشأنها.

كما أن محدودية سلطة قاضي الموضوع بشأن سؤال الأولوية الدستورية نستخلصها من خلال فحصه للشروط الشكلية لذلك السؤال، ففي فرنسا حظرت المادة771 من الجزء اللائحي من قانون العدالة الإدارية على القاضي الإداري تنبيه الأطراف لضرورة تصحيح طريقة تقديم سؤال الأولوية الدستورية وذلك عند غياب الشكل المتعلق بتقديمها بموجب مذكرة مسببة ومنفصلة، وهذا بصفة ضمنية عن طريق استثناء سؤال الأولوية الدستورية من نطاق المادتين 611 و612 من نفس القانون التي تجيز للقاضي تنبيه الأطراف إلى تصحيح الطلبات والدفوع.

كما أوجبت المادة 49 من الجزء اللائحي من قانون الإجراءات الجنائية على القاضي الجنائي ضرورة التصدي تلقائيا لاستنتاج تخلف شرط تقديم سؤال الأولوية الدستورية بموجب مذكرة منفصلة ومسببة والحكم بعدم قبولها،ونفس الشيء كرسته المادة 126 من الجزء اللائحي من قانون الاجراءات المدنية بالنسبة للقاضي المدني.

ونفس المبدأ أيضا كرسه المشرع الجزائري بموجب القانون العضوي رقم 16/18 .

أما في التشريع المغربي فقد تبنى المشرع المغربي توجها مختلفا لنظيره الفرنسي والجزائري، بحيث أجاز بموجب المادة 06 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 للمحكمة أن تنذر مثير سؤال الأولوية الدستورية بتصحيح اجراءات ممارسته أمامها داخل أجل لا يتجاوز 04 أيام من تاريخ تقديم المذكرة الكتابية بشأن ذلك السؤال.

وحسنا فعل المشرع المغربي بمنحه لقاضي الموضوع سلطة تنبيه الطاعن إلى تصحيح طريقة إثارة سؤال الأولوية الدستورية على أساس أن هذه المسألة تندرج ضمن الدور الايجابي لقاضي الموضوع حسب ما هو مكرس في قانون الاجراءات المدنية والادارية سواء في التشريع الجزائري أو الفرنسي، وبالتالي لا مبرر لحرمانه من القيام بهذا الدور في نطاق سؤال الأولوية الدستورية.

ثانيا:عدم امكانية تعديل سؤال الأولوية الدستورية.

ان الطابع السلبي هو المضفى على مسألة إمكانية تعديل سؤال الأولوية الدستورية من قبل قاضي الموضوع ومفاد ذلك أنه لا يملك صلاحية تعديل ذلك السؤال في مضمونه وتنحصر سلطته فقط في التحقق من توفر شروط قبوله حسب ما هو محدد بموجب القانون العضوي المنظم له، وكذا امكانية تعديل تكيف سؤال الأولوية الدستورية واضفاء التكيف الصحيح على أساس أنه يملك صلاحية ابداء تقديره بشأنه لكن دون التركيز على الصياغة المأخوذ بها من جانب الطرف الذي أثار ذلك السؤال.[1]

وبالتالي فإن التعديل على النحو المبين سابقا يجيز للقاضي بيان المقتضى التشريعي محل سؤال الأولوية الدستورية المثار من قبل المتقاضي، دون أن تتعدى سلطته إلى إعمال مقتضى تشريعي آخر محل المقتضى المطعون فيه، كما لا يجوز له اقتراح دراسة للمقتضى المطعون فيه بشأن أي حق أو حرية لم يشملها سؤال الأولوية الدستورية المثار، أي أنه مقيد بالحق أو الحرية التي يدعي المتقاضي أنها انتهكت بسبب المقتضى التشريعي المطعون فيه، ومنه فالقاضي يملك فقط صلاحية توضيح المقتضى التشريعي المستند عليه من طرف المتقاضي بشأن سؤال الأولوية الدستورية المثار من جانبه. [2]

وبالتالي لا يملك قاضي الموضوع في التشريعات موضوع المقارنة صلاحية إعادة صياغة سؤال الأولوية الدستورية المثار أمامه والذي سيعرضه في قرار الإحالة على المحكمة العليا التابع لها، وذلك على أساس أنه لا يملك صلاحية إثارة سؤال الأولوية الدستورية تلقائيا

---

[1]- أحمد منصور،الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا،مرجع سابق،ص160.

[2]–أحمد منصور،المرجع نفسه،ص.ص160–161.

والسبب في عدم تمتعه بصلاحية تعديل الصياغة أسس في فرنسا على أساس التخوف من تغير طبيعته وأن صلاحيته مقصورة في التحقق من توفر شروط قبوله كما حددها القانون العضوي وهو الرأي الذي تبناه رئيس محكمة النقضVincent Lamanda.

هذا التوجه أكدته الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض في قرارها رقم 2559 المؤرخ في 2010/12/14 حيث اعتبرت أنه"... إذا كان بإمكان القاضي إعادة صياغة سؤال الأولوية الدستورية بجعله أكثر وضوحا أو لتصويب وصفها الحقيقي فإنه لا يحق له تغيره".[1]

إلا أن هناك رأي مخالف لهذا التوجه يتمثل في الاقتراح الذي تضمنته مذكرة وزارة العدل الفرنسية بشأن طريقة صياغة قرار الاحالة تضمن مايلي:"أن يكون سؤال الأولوية الدستورية المحال بارزا بشكل واضح في منطوق القرار، ومن الأفضل إعادة صياغته عوض احالته بالصيغة التي قدم بها"، الا ان ذلك الاقتراح اقترن بالتحفظ التالي:"إعادة صياغة سؤال الأولوية الدستورية في قرار الإحالة يجب أن لا يكون مناسبة لتعديل جوهره، فإذا كان قاضي الموضوع يمتلك حق تقدير السؤال المعروض عليه ويتوفر بالضرورة على امكانية منحه التوصيف المناسب له بدون التوقف عند الشكل الذي قدم فيه، فإن اعادة الصياغة يجب أن لا تقوده الى استبدال المقتضى المطعون فيه بآخر، أو اقتراح فحص المقتضى المطعون فيه في علاقة مع حق أو حرية دستورية غير تلك التي أثارها الطرف الطاعن." [2]

والملاحظ مما سبق هو قصور نظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في التشريعات موضوع المقارنة لعدم السماح للقاضي بإثارة سؤال الأولوية الدستورية نظرا لما يتمتع به القاضي من خبرة في حماية القاعدة الدستورية من انتهاكات السلطة التشريعية.

ثالثا: عدم جواز العدول عن القرار المتعلق بتقرير جدية سؤال الأولوية الدستورية.

لا يجوز لقاضي الموضوع العدول عن قراره المتعلق بتقرير جدية سؤال الأولوية الدستورية لأنه ملزم له، ويترتب عنه التزامه بانتظار صدور قرار المحكمة او المجلس الدستوري بشأن السؤال المثار باعتباره فاصلا في موضوعها وكاشفا عن صحة دستورية

[1] -recevabilité des questions prioritaire de constitutionnalité, in www.courdecassation.fr.
[2] -Circulaire conjointeDACS/DACG ,du24/02/2010 relative a la présentation de la question prioritaire de constitutionnalité,op cit,p13.

المقتضى التشريعي المطعون فيه أو عدم دستوريته، وملزما لمحكمة الموضوع بإعمال أثره على الدعوى الأصلية المعروضة عليها والمتعلقة بسؤال الأولوية الدستورية المثار بمناسبتها وهذا ما يفسر الارتباط القائم بين سؤال الأولوية الدستورية والدعوى الموضوعية، بما مؤداه أن مجرد اتصال المحكمة الدستورية او المجلس الدستوري بسؤال الأولوية الدستورية يترتب عنه عدم جواز الفصل في الدعوى الموضوعية الا بعد صدور القرار الفاصل في سؤال الأولوية الدستورية .

الفرع الثاني: نظام التقيم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية:

يقوم هذا النظام على أن كل سؤال الأولوية الدستورية أثير أمام إحدى الجهات القضائية لا يمكن أن تتم الإحالة بشأنه بشكل تلقائي على الجهة الدستورية، بل يقتضي الأمر وضع آلية لتقيم سؤال الأولوية الدستورية لتقرير احالته على الجهة الدستورية من عدمه، وبالتالي سنبحث هذا النظام من خلال تحديد مدلوله والنموذج الذي اعتمده المشرع في الدول محل المقارنة.

أولا:مدلول نظام التقيم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية:[1]

اصطلح المشرع الفرنسي على نظام التقيم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية تسمية نظام التصفية(filtrage du qpc).

وهي نفس التسمية التي اعتمدها كل من المشرع المغربي والجزائري، ويؤسس هذا النظام على أن كل سؤال للأولوية الدستورية أثير أمام إحدى الجهات القضائية فإن هذه الأخيرة تختص بالتحقق من استيفاء ضوابط قبوله، بالإضافة الى التحقق من جديته، فمتى تحققت من هذه الأمور تصدر قرار بوقف الفصل في الدعوى الأصلية المعروضة عليها كما تصدر قرار بإحالة هذا السؤال على المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة، ثم تختص هذه الأخيرة بالتحقق من جدية سؤال الأولوية الدستورية فمتى تبين لها جديته تصدر قرار بإحالته على الجهة الدستورية المختصة بالفصل في مدى دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه.

1-أنظر القوانين العضوية المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات محل المقارنة.

ثانيا :أنواع نظام التقيم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية:

هناك نموذجين من نظام التقيم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية وهما: نظام التقيم المبدئي المزدوج، ونظام الإحالة المباشرة على الجهة الدستورية، فالنظام الأول يقوم على توزيع الاختصاص بين محاكم الدرجة الأولى(محاكم الموضوع) ومحاكم الدرجة الثانية وسبق شرحه أعلاه، ولذا سندرس النظام الثاني المتعلق بالإحالة المباشرة على القضاء الدستوري حيث أن هذا النظام يؤسس على قيام محكمة الدرجة الأولى بعد تحققها من جدية سؤال الأولوية الدستورية المثار على مستواها تتولى إصدار قرار بوقف الفصل في الدعوى الأصلية المعروضة عليها وإصدار قرار آخر بإحالة سؤال الأولوية الدستورية إلى الجهة الدستورية المختصة بالفصل فيها، وهذه الإحالة تكون مباشرة أي دون المرور على وسيط (المحكمة العليا ومجلس الدولة)، ومن حسنات هذا النظام أنه يتيح المجال للمحاكم لممارسة نوع من التقييم المبدئي وإحالة سؤال الأولوية الدستورية ذا الجدية على المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري، كما أنه يساهم في تقليص مراحل التقيم المبدئي لهذا السؤال وقصرها على المحكمة المثار على مستواها دون المرور على نظام المحكمة العليا ومجلس الدولة مما يساهم في تسهيل الإجراءات وتبسيطها على مستوى الجهات القضائية، كما يجيز استئناف القرار الصادر برفض سؤال الأولوية الدستورية إلى جانب الحكم الفاصل في الدعوى الأصلية،وذلك تكريسا لمبدأ المحاكمة العادلة والتقاضي عى درجتين. [1]

إلا أن سلبيات هذا النظام تتمثل في تحول محكمة الدرجة الأولى إلى قاضي دستوري عندما تقرر رفض إحالة سؤال الأولوية الدستورية المثار أمامها على الجهة الدستورية وإغراق الجهة الدستورية بالمسائل الدستورية وتعطيل الفصل في الملفات المعروضة على المحاكم بسبب المسائل الدستورية، بالإضافة إلى إمكانية ظهور اختلاف بين محاكم الدرجة الأولى

1- عبد السلام زوير،الدفع بعدم الدستورية في التشريع المغربي دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،جامعة مولاي إسماعيل،المغرب،2020-2021،ص.ص147-149.

والجهة الدستورية بشأن بعض المفاهيم والمقتضيات بسبب عدم وجود وسيلة لتنظيم التعاون بينهما وتقريب وجهات النظر بينها أو توحيدها.[1]

وقد تبنى المشرع الفرنسي ونظيره الجزائري نظام التقيم المبدئي المزدوج، نفس الشيء كرسه المشرع المغربي في المشروع الأول للقانون رقم 86/15 المحدد لشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية، الا أن المحكمة الدستورية بالمغرب بموجب قرارها رقم 70/18 المتعلق برقابة دستورية مشروع القانون رقم 86/15 اعتبرت أن ذلك الاختيار مخالف لأحكام الدستور و ألزمت الأخذ بنظام الإحالة المباشرة على المحكمة الدستورية وهذا التوجه للمحكمة الدستورية من نظام الإحالة سندرسه عند التطرق الى العنصر الخاص بقراءة لقراراها رقم 70/18.

المبحث الثاني:نظام التقيم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية أمام المحاكم العليا(الدرجة الثانية للتقيم).

برر المدافعون على تبني المشرع الفرنسي نظام ازدواجية التصفية على أساس أنه يضمن تكريس الحفاظ على التوازن المؤسساتي من حيث الحفاظ على مكانة مجلس الدولة ومحكمة النقض على هرم النظام القضائي، بالإضافة إلى التأكيد الحصري لاختصاص المجلس الدستوري بالرقابة على دستورية القوانين، وأن العمل بهذا النظام يساهم في تفادي اثقال المجلس الدستوري بأسئلة الأولوية الدستورية التي تفتقد لطابع الجدية [2]إلا أن منتقدي هذا النظام يرفضونه على أساس أنه يعطل الإجراءات القضائية ويطيل أمدها لأنه يحظر على القاضي الذي أثير أمامه سؤال الأولوية الدستورية إمكانية احالته مباشرة الى المجلس الدستوري [3]،بالاضافة الى تحكم كل من مجلس الدولة ومحكمة النقض في مجال الاصلاح، ويجعل من القضاة العادين قضاة دستورين سلبين أو قضاة دستورين ابتدائين في حال رفضهم سؤال الأولوية الدستورية المثار على مستواهم، وعند تقديرهم جدية ذلك السؤال

---

[1]–عبد السلام زوير ،مرجع سابق،ص149.

[2] -Michel grienenberger-fass :les filtres juridictionnels dans la question préalable en appréciation de constitutionnalité ,préfiguration d'un contrôle diffus de constitutionnalité petites affiches n212,23/10/2009,pp24-25.

[3] -lauréline fontaine,le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France :quelles pratiques compte rendue analytique, critique et pédagogique du colloque du16/02/2009,organisé a paris par le ministère de la justice, LUMR 6201,institu louis favoreu –GERC-CDPC-IEIA et l'association française de droit constitutionnel ,in www.unicaen.fr/recherche/mrsh/crdfed/3702,p5.

واحالته الى الجهة التي يتبعونها حسب الحالة فانهم يمارسون نوع من الرقابة الدستورية القبلية. [1]

وقد توصلت المحكمة الدستورية في المغرب بموجب قرارها رقم 80/17 الى عدم مطابقة المادة 10 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 للدستور، وذلك على أساس أن نظام التصفية المكرس على مستوى محكمة النقض يترتب عنه عدم مركزة الرقابة الدستورية وانتقاص استئثار المحكمة الدستورية من صلاحية الرقابة البعدية للدستور وحرمانها من ممارسة اختصاصها كاملا عبر دفعها لمباشرة النظر في موضوع المسائل المقبولة دون رقابة شكلية عليها. [2]

وحسب وجهة نظر الباحث : وبصرف النظر عن ايجابيات أو سلبيات نظام التصفية فإنه يتبين على عكس قضاة الموضوع الذين يتعاملون مع سؤال الأولوية الدستورية على أساس أنهم قضاة لقبول السؤال ووسطاء لاحالته فإن المحاكم العليا توجد في مواجهة اختصاصين، فهي تتصرف كقاضي لقبول سؤال الأولوية الدستورية إذا أثير أمامه لأول مرة في مرحلة النقض، وكقاضي للتصفية للتحقق من استيفاء السؤال المحال عليه لشروط قبوله قبل اللجوء للمجلس الدستوري والمحكمة الدستورية.

وترتيبا على ذلك فإن الية اتصال المحاكم العليا بسؤال الأولوية الدستورية تتم بأسلوبين هما:

-الأول:بمجرد قيام قاضي الموضوع بالفصل في سؤال الأولوية الدستورية وتقرير قبوله يحيله بموجب قرار إحالة إلى محاكم عليا ممثلة في مجلس الدولة ومحكمة النقض حسب الحالة، وتتولى هاتين الجهتين إعادة تقييم جدية السؤال واصدار قرار إما برفضه وإعادة الموضوع لمحكمة الموضوع لاستكمال الفصل في الدعوى الموضوعية، أو قبوله وإحالته للمجلس

---

[1]-محمد أتركين،مرجع سابق،ص55.

[2]-قرار المحكمة الدستورية المتعلق بالبت في مطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون ،ملف عدد:024-18،قرار رقم 70/18،المؤرخ في 2018/03/06 والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 2018/03/12،ص.ص09-11.

الدستوري على أن لا يتعدى ذلك أجل 03أشهر من تاريخ إحالة الموضوع إليها من جانب محكمة الموضوع. [1]

-الثاني: إثارة سؤال الأولوية الدستورية لأول مرة أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض باعتبارهما قاضيان أول وآخر درجة أو بمناسبة نظر الطعن بالنقض أمامهما، ففي هذه الحالة يمارس كل منهما ذات السلطات تقريبا التي قامت بها محكمة الموضوع في فحص شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية، ولكن القرار الذي يصدر عنهما يكون نهائيا وغير قابل للطعن سواء صدر بقبول سؤال الأولوية الدستورية مع الإحالة على المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية حسب الحالة أو برفضه، ومن ثم الاستمرار في نظر الطعن الأصلي أو الدعوى الأصلية باعتبارهما جهة نقض أو قاضي أول وآخر درجة على حسب الحالة. [2]

لذا فإن القواعد التي تنظم سؤال الأولوية الدستورية أمام قاضي الموضوع سيعاد التنصيص عليها بخصوص القواعد الضابطة للإجراءات أمام المحاكم العليا، مع تميز يتعلق بمعايير الإحالة وإلزامية الفصل داخل أجل محدد، ونتطرق ضمن هذا المبحث لدور المحكمة العليا ومجلس الدولة كقاضي درجة ثانية لإحالة سؤال الأولوية الدستورية، ثم نعالج دورهما كقاضي أول درجة لنظر ذلك السؤال ضمن مطلب اول وبعد ذلك نتطرق الى اجراءات الفصل في سؤال الأولوية الدستورية على مستواهما ضمن مطلب ثاني.

المطلب الاول: سؤال الأولوية الدستورية أمام المحاكم العليا.

تختص المحاكم العليا ممثلة في كل من مجلس الدولة والمحكمة العليا في دراسة سؤال الأولوية الدستورية المحال عليها من قبل محاكم الموضوع وذلك باعتبارها درجة ثانية للتقيم المبدئي أو بدراستها كدرجة أولى للتقيم المبدئي، وذلك في حالة اثارة سؤال الأولوية الدستورية لاول مرة على مستواها، وبعد تحققها من شروط قبوله فإنها تصدر قرارا بإحالته على المجلس الدستوري و المحكمة الدستورية حسب الحالة، ويكون ذلك القرار مسببا ويترتب عن الاحالة التزامها بوقف الفصل في الدعوى الموضوعية المعروضة عليها وتربص قرار المحكمة الدستورية او المجلس الدستوري، الا في حالات استثنائية لا تكون فيها ملزمة بوقف

[1] -H.labayle,question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle :ordonner le dialogue des juges,RFDA 2010 ,p659.
[2] -M.ch,de montecler,recevabilité d'une qpc devant le juge de cassation,AJDA,2012,p1482.

الفصل رغم احالتها سؤال الأولوية الدستورية على المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري وتتمتع المحاكم العليا بسلطة تقديرية واسعة بشأن بحثها سؤال الأولوية الدستورية سواء المثار على مستواها أو ذلك المحال عليها من محاكم الموضوع، وبالتالي يجوز لهم رفض هذا السؤال أو قبوله تبعا لسلطتهم التقديرية دون أن يكونوا مقيدين بقرار الاحالة الصادر عن محاكم الموضوع، بل هو الآخر يخضع لتقديرهم سواء بتأيده أو الغائه والفصل من جديد في شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية ولا يقع عليهما أي التزام بوجوبية احالة سؤال الأولوية الدستورية على المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية في حال ما أحيل عليهما بموجب قرار احالة من محاكم الموضوع، وذلك على أساس أن ذلك القرار غير مقيد لهما، بالاضافة الى أن مسألة الاحالة من طرفهما على المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية ذات طابع جوازي وغير مقرونة بأي جزاء قانوني، وعليه سنفصل في هذا المطلب الدور المنوط بالمحاكم العليا باعتبارها درجة ثانية لتقيم سؤال الأولوية الدستورية (الفرع الأول) وكذا باعتبارها درجة اولى لسؤال الأولوية الدستورية (فرع ثاني).

الفرع الأول:اختصاص مجلس الدولة ومحكمة النقض كقاضي ثاني درجة لاحالة سؤال الأولوية الدستورية.

نتطرق ضمن هذا الفرع الى دراسة الاختصاص المنوط بالمحاكم العليا ممثلة في كل من مجلس الدولة ومحكمة النقض كدرجة ثانية لنظام التقيم المبدئي بشأن سؤال الأولوية الدستورية وذلك من خلال التطرق الى العناصر التالية:

-إعادة تقيم شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية.

-التصرف في سؤال الأولوية الدستورية.

أولا:إعادة تقيم شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية.

إن المعمول به في التشريعات الثلاث موضوع المقارنة أنه في حالة قبول سؤال الأولوية الدستورية من جانب محكمة الموضوع، تقوم بإحالته إلى مجلس الدولة أو المحكمة العليا، ويتولى كل منهما إعادة تقيم شروط قبوله من جديد والتصرف فيه .

فطبقا للمادة 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور يتولى كل من مجلس الدولة أو محكمة النقض التحقق قبل إحالة سؤال الأولوية الدستورية على المجلس الدستوري من استيفائه للشروط التالية:

-أن الحكم التشريعي المطعون فيه يطبق على النزاع أو المتابعات أو الإجراءات.

-أنه لم يسبق للمجلس الدستوري وباستثناء حالة تغير الظروف أن صرح في حيثيات ومنطوق قراره بمطابقة المقتضى المعني للدستور.

-أن سؤال الأولوية الدستورية يتمثل مسألة قانونية جديدة أو ذات طابع جدي.

وفي التشريع المغربي نصت المادة 10 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 على أنه"يحال الدفع بعدم دستورية قانون المثار أمام محكمة أول درجة أو محكمة ثاني درجة،حسب الحالة إلى الرئيس الأول لمحكمة النقض...ويشعرا فورا الوكيل العام للملك لدى هذه المحكمة بالإحالة واذا اثير الدفع لاول مرة امام محكمة النقض بمناسبة قضية معروضة امامها فإن هذه المحكمة تفصل في الدفع مباشرة طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 05 من نفس القانون....".

أما في التشريع الجزائري نصت المادتين 07 و14 من القانون العضوي رقم 16/18 على مايلي:"تفصل الجهة القضائية فورا وبقرار مسبب في ارسال الدفع بعدم الدستورية الى المحكمة العليا او مجلس الدولة بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة." "عندما يثار الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة مباشرة يفصلان على سبيل الأولوية في احالته على المجلس الدستوري ..."[1]

ومنه يتبين باستقراء المواد أعلاه أن دور المحكمة العليا أو مجلس الدولة في هذه الحالة مقصور على اعادة التحقق من استيفاء شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية وهي الشروط السابق تحليلها امام محاكم الموضوع مع اختلاف بسيط يتعلق بشرط جديد والمتمثلة في:

1- أنظر القوانين العضوية المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات محل المقارنة.

-أن الحكم التشريعي المطعون فيه يطبق على النزاع أو المتابعات أو الإجراءات.

-أنه لم يسبق للمجلس الدستوري او المحكمة الدستورية وباستثناء حالة تغير الظروف أن صرح في حيثيات ومنطوق قراره بمطابقة المقتضى المعني للدستور.

-أن سؤال الأولوية الدستورية يمثل مسألة قانونية جديدة أو ذات طابع جدي.

فبالنسبة للشرطين الأول والثاني فقد سبق شرحهما عند تطرقنا للجوانب الاجرائية لسؤال الأولوية الدستورية أمام قاضي الموضوع، أما بالنسبة للشرط الثالث فهو يقترب من الشرط الذي نصت عليه المواد الخاصة بشروط قبول سؤال الأولوية الدستورية أمام محاكم الموضوع، والمتمثل في جدية ذلك السؤال، ولكن يختلف عنه في أنه يواجه فرضية كون سؤال الأولوية الدستورية يثير مسألة قانونية جديدة تحتاج إلى خبرة مجلس الدولة أو المحكمة العليا.

وبالتالي الدور الذي يقوم به كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة بخصوص إعادة تقيم سؤال الأولوية الدستورية يطلق عليه نظام التقيم المبدئي المزدوج لهذا السؤال الأولوي.

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في إحدى اجتهاداتها أن الشرط الضروري لجدية سؤال الأولوية الدستورية يكمن في تدقيق مضمونه،وهو ما ذكرت به الغرفة الجنائية بالمحكمة ذاتها في 2010/12/14 بخصوص مسألة تطعن في مقتضيات المادة 1-511 من مدونة البيئة"وحيث أن هذا السؤال الأولوي قد قدم في تعابير عامة مما لا يسمح لمحكمة النقض بمراقبة طابعه الجديد أو الجدي." [1]

أما بالنسبة لتعبير السؤال الأولوية الجديد فإنه وبالرجوع للمناقشات البرلمانية حول مشروع القانون العضوي الفرنسي رقم 1523 لسنة 2009 بشأن تطبيق المادة 61-1 من الدستور، يتضح لنا أن تقرير لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية والاستفتائية بمجلس الشيوخ شبهت فكرة سؤال الأولوية الدستورية الجديد المنصوص عليه في الفقرة 4من المادة 23 من مشروع

[1]-محمد اتركين،مرجع سابق،ص.75

القانون بفكرة تغير الظروف القانونية، والتي سبق وأن تطرقنا لها بالشرح عند الحديث عن شرط عدم سبق الحكم بدستورية المقتضى التشريعي المطعون فيه ما لم تتغير الظروف. [1]

لذا فإن معنى أن سؤال الأولوية الدستورية ليس جديا ليس ألا يحال الى المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية، بل يمكن أن يثير مسألة جديدة حتى ولو لم تكن جدية ومنه تحال الى المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية للفصل في سؤال الأولوية الدستورية [2]بحيث يمكن اعتبار ذلك السؤال جديدا إذا كان ناتجا عن تغير الظروف الدستورية حتى ولو لم يكن المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية قد حسمها من قبل لا في اطار رقابته السابقة على الدستورية ولا في اطار استخدام سلطته في تفسير نصوص الدستور أثناء ممارسته هذه الرقابة، ومن ثم يكون من الأفضل أن يترك لمجلس الدولة أو للمحكمة العليا السلطة في تقدير هذه المسألة الجديدة، و بالرجوع الى النصوص الدستورية المطعون عليها بمخالفة النص التشريعي لها وذلك بعيدا عن محكمة الموضوع لتفادي اللبس بينها وبين شرط كون سؤال الأولوية الدستورية ليس خاليا من الجدية التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون العضوي رقم 2009/1523.[3]

وعليه وطالما أن فكرة المسائل الجديدة تشبه فكرة تغير الظروف القانونية، وبالتالي فهي المعيار الذي يبرر لمحاكم الموضوع ولمحكمة النقض ومجلس الدولة، بحث سؤال الأولوية الدستورية بشأن نصوص تشريعية سبق للمجلس الدستوري او المحكمة الدستورية أن قضى بمطابقتها مع الدستور، وذلك نتيجة لتغير الظروف القانونية بالشكل الذي يجعل هذه النصوص غير دستورية، بعد أن كانت دستورية وقت خضوعها للرقابة السابقة من قبل المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية وذلك كاستثناء من أحد شروط إحالة سؤال الأولوية الدستورية من محاكم الموضوع إلى مجلس الدولة أو المحكمة العليا أو من أي منهما إلى المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية والمتمثل في ضرورة ألا يكون الحكم التشريعي محل الدفع قد سبق للمجلس الدستوري والمحكمة الدستورية أن قضى بتطابقه مع الدستور.[4]

---

[1] -Brondel S,qpc sur l'octroi d'un titre de séjour a un étranger pacsé avec un français ,AJDA,2013 p443,note sur l'arret du conseil d'état,22-02-2013,re,n364341,AJDA2013,p443.

[2] -P.bon, premières questions, premières précisions, RFDA-2010,p679.

[3] -شريف يوسف خاطر،مرجع سابق،ص.187.

[4] -H-Portelli،تقرير لجنة القوانين الدستورية والتشريعية والاستفتاء بمجلس الشيوخ،رقم 637،مرجع سابق،ص49.

ومنه تعد المسألة الجديدة المعيار البديل للطابع الجدي فقد حرص المجلس الدستوري الفرنسي بموجب قراره المؤرخ في 2009/12/03 تحت رقم 2009/595 بشأن القانون العضوي رقم 1523 لسنة 2009 على أن تقدير المسألة الجديدة الواردة في الفقرة الرابعة من المادة 23 من مشروع القانون، ينبغي أن يتم بالرجوع إلى المقتضى التشريعي المدعى انتهاكه بالحكم التشريعي محل سؤال الأولوية الدستورية المثار، وما إذا كان من شأنه أن يجعل من الموضوع الذي يثيره يشكل مسألة جديدة من عدمه، وليس بالرجوع للحكم التشريعي ذاته، لأن القول بغير ذلك يعني أن أي حكم تشريعي لم يتخذ منه المجلس الدستوري موقفا من قبل سيكون بمثابة مسألة جديدة، وبالتالي إغراق المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية بأسئلة الأولوية الدستورية.[1]

وبالاطلاع على قرار المجلس الدستوري الفرنسي المذكور أعلاه، نستخلص منه أن المشرع اعتبر المسألة الجديدة والتي من شأنها إحالة سؤال الأولوية الدستورية إلى المجلس الدستوري في حالة توافر الشروط الأخرى تتعلق بتفسير نص دستوري لم يرد في أحكام المجلس الدستوري تفسيرا له، ومنه يقع الإلتزام على كل من مجلس الدولة أو محكمة النقض بإحالة سؤال الأولوية الدستورية للمجلس الدستوري باعتباره المختص بتفسير نصوص الدستور، كما أن غياب التطبيق للنص الدستوري يمكن أن يكون محلا لإثارة سؤال الأولوية الدستورية وكذلك الوضع في حالة صدور مبدأ دستوري جديد عن المجلس الدستوري يعتبر بمثابة مسألة جديدة تتطلب إحالة سؤال الأولوية الدستورية بشأنه للمجلس الدستوري.[2]

كما ان المشرع الفرنسي في القانون العضوي رقم 2009/1523 قد منح مجلس الدولة ومحكمة النقض السلطة التقديرية لتقدير مدى جدية سؤال الأولوية الدستورية ومدى حداثة الموضوع المثار بشأن ذلك السؤال، بحيث ترك المشرع لكل من مجلس الدولة ومحكمة النقض الحق في احالة سؤال الأولوية الدستورية حتى ولو لم يكن ذا طابع جدي وذلك متى تبين لهما الفائدة المرجوة من احالته للمجلس بشأن وضع تفسير للنص الدستوري الذي لم يطبق من قبل أو لم يرد له تفسير. [3]

---

[1]-Cons.constiti,3désembre2009,n595-2009.

[2]- شريف يوسف خاطر،مرجع سابق،ص189.

[3] -Cons,const,1/04/2011,Xavier p ;n2011-113/115qpc.

هذا التوضيح من قبل المجلس الدستوري علقت عليه مصلحة الدراسات بمحكمة النقض بما يلي:"مفهوم المسألة الجديدة يثير الكثير من التساؤلات سواء بخصوص دلالاته أو مضمونه فهذا المفهوم يمكن أن يظهر وكأنه بدون فائدة وتكرار لغياب معيار فحص قبلي للمجلس الدستوري للمقتضى المطعون فيه...،إن محكمة النقض ومجلس الدولة ليس ملزمين بإحالة سؤال الأولوية الدستورية على المجلس الدستوري إلا في حالة تقديم سؤال يقتضي تأويل نص أو مبدأ دستوري لم يسبق للمجلس الدستوري أن طبقه وهو ما يمكن أن يظهر و بشكل عملي في حالات محدودة." [1]

وقد طبقت محكمة النقض(الغرفة المدنية الأولى) معيار المسألة الجديدة لأول مرة بتاريخ2010/11/16 في إحالة لها على المجلس الدستوري، قصد الفصل في مسألة طرح مقدموها بموجبها الأسئلة التالية:الفصول 144 و75(البند الأخير) من القانون المدني هل هي متعارضة في تطبيقها مع ديباجة دستوري 1946 1958 في حدها من حرية المواطن الفرنسي في إبرام عقد الزواج المثلي؟ وألا تتعارض المقتضيات ذاتها مع المرجعيات الدستورية نفسها في منعها القاضي الترخيص لزواج شخصين من نفس الجنس؟، وقد اعتبر قضاة الغرفة المدنية الأولى أن هذه الأسئلة تشكل اليوم موضوع نقاش واسع داخل المجتمع خصوصا مع تطور القيم والاعتراف بزواج أشخاص من نفس الجنس من قبل تشريعات العديد من الدول الأجنبية، كما أنها تقدم طابعا جديدا بالمعنى الذي أعطاه المجلس الدستوري لهذا المعيار البديل في الإحالة.[2]

وللاشارة فإن اعادة تقيم شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية من طرف محكمة النقض، بالنسبة للمسائل المحالة عليها من المحاكم الخاضعة لرقابتها لا تسري على المسائل المحالة اليها من الدوائر الاستئنافية لمحكمة الجنايات، لان المشرع اجاز منذ عام 2010 الطعن بالاستئناف على احكام محكمة الجنايات، ومنه استثنى المشرع من نظام سؤال الأولوية الدستورية عدم جواز اثارته امام محكمة الجنايات، لان احكامها خاضعة للطعن بالاستئناف امام الدوائر الاستئنافية بمحكمة الجنايات، وبالتالي لو أثير سؤال الأولوية

[1] -la question prioritaire :analyse développé, cour de cassation service de documentation des études et de rapport (bureau du droit constitutionnel)in www.courdecassation.fr/.../questions-prioritaires.../ questions-priorit…p6.
[2] -Le caractère sérieux ou nouveau du moyen de constitutionnalité ,in www.cour decassation.fr,p2.

الدستورية امام هذه الدوائر الاستئنافية الجنائية فتتم احالته فورا بالحالة التي عليها وبدون دراسة من هذه الدوائر لمحكمة النقض التي تتولى دراستها لأول مرة، ومن ثم لا يخضع سؤال الأولوية الدستورية المقدم امام الدوائر الاستئنافية بمحكمة الجنايات للتقيم المزدوج لشروط القبول كما هو الشأن بالنسبة للمحاكم الخاضعة لرقابة محكمة النقض.[1]

وتطبيقا لذلك اصدرت محكمة النقض عدة احكام تبين فيها أنه بعد الغاء المقتضى التشريعي أو تعديله والمطعون بعدم دستوريته ولم يظهر فيه ما يوصف بجدية سؤال الأولوية الدستورية ، ومن ثم رفضت ذلك السؤال وأحالته لمحكمة الموضوع[2] وأحيانا يتضح للمحكمة عدم جدوى سؤال الأولوية الدستورية نتيجة لاثارته عدة مرات عن ذات النص دون جدوى ومن ثم تم رفض السؤال لعدم جدواه. [3]

كما انه يمكن لمجلس الدولة تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية من خلال تفسير المقتضى المطعون بعدم دستوريته، أو اللجوء للتفسيرات القضائية السابقة الصادرة عنه، لبحث مدى جدية السؤال من عدمه، كما يمكنه استخلاص ان سؤال الأولوية الدستورية غير جديد وبالتالي رفض احالته للمجلس الدستوري، بحيث تولى مجلس الدولة التقيم النهائي لسؤال الأولوية الدستورية والتأكد من مدى جديته وما اذا كان يثير مسألة جديدة من عدمها، كما لا يجوز اعادة سؤال الأولوية الدستورية امام مجلس الدولة عن ذات الاحكام التشريعية التي سبق لمحكمة الموضوع ان رفضت سؤال الأولوية الدستورية المثار بشأنها.[4]

وباستقراء الفقرة 4من المادة 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 يستخلص بموجبها أن كل من مجلس الدولة ومحكمة النقض ملزمان بضرورة الفصل في سؤال الأولوية الدستورية خلال 03أشهر من تاريخ احالته عليهما من طرف محكمة الموضوع، ولم تشر المادة 23 الى وجوب الزام مجلس الدولة ولا محكمة النقض بعودة سؤال الأولوية الدستورية لمحكمة الموضوع خلال مدة معينة في حالة رفضه لعدم جديته، الا ان

---

[1] -CE,qpc,18/07/2011,assoc,France nature environnement,req,n340539,AJDA2011.1524.

[2] -Cass,qpc,15/06/2010 :pourvoi n09-17-283.
-CE,qpc,21/09/2011,MG,et a ;req n350385 :AJDA,2011.1814.
-CE,qpc23/07/2012,synd,déf,fonctionnaires,req,n356381 :AJDA2012.1483.

[3] -Civ.3^{e},qpc,26/05/2011,n10-25-923,Civ.3^{e},qpc15/12/2011,n11-400-75,etre considérée in fine comme sérieuse(civ .3^{e} qpc 15/03/2012,n11-23-323).

[4] -شريف يوسف خاطر،مرجع سابق،ص.192.

مضمون الفقرة 3 من نفس المادة توحي ضمنيا بضرورة الالتزام بمدة 03أشهر كونها نصت على أنه عندما يحال سؤال الأولوية الدستورية توقف محكمة الموضوع الفصل في الدعوى حتى استلام قرار مجلس الدولة أو محكمة النقض بشأنه أو قرار المجلس الدستوري في حالة احالتها اليه، ويستخلص من ذلك ان مجلس الدولة ومحكمة النقض ملزمان باحالة سؤال الأولوية الدستورية الى محكمة الموضوع خلال 03أشهر في حال رفض سؤال الأولوية الدستورية لتقديرها عدم جديته.

وقد نصت الفقرة 07 من المادة 23 على ذلك الالتزام صراحة،بنصها على أنه يرسل قرار مجلس الدولة أو محكمة النقض بإحالة سؤال الأولوية الدستورية الى المجلس الدستوري مسببا ومصحوبا بمذكرات وطلبات الأطراف، ويتسلم المجلس الدستوري نسخة من قرار مجلس الدولة أو محكمة النقض المسبب بعدم احالة ذلك السؤال اليه.

وفي حال عدم صدور قرار من مجلس الدولة أو محكمة النقض خلال الأجل المنصوص عليه في الفقرتين 4 و5 من المادة 23 يحال سؤال الأولوية الدستورية الى المجلس الدستوري بقوة القانون بعد انقضاء ذلك الاجل،ويبلغ قرار مجلس الدولة او محكمة النقض الى محكمة الموضوع التي احالت سؤال الأولوية الدستورية كما يخطر بها الأطراف خلال أجل 08أيام من تاريخ صدوره.

وبالاطلاع على الأحكام المنصوص عليها في الجزء اللائحي لتقنين القضاء الإداري، وتقنين الإجراءات المدنية الخاصة بالاجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض بشأن سؤال الأولوية الدستورية نجدها تقتضي الآتي:

بعد ارسال الطلب الى مجلس الدولة أو محكمة النقض من جانب محكمة الموضوع يخطر الأطراف والوزير المختص والوزير الأول بطلب الاحالة المرسل من محكمة الموضوع على أن يمنح كل منهما أجلا لا يتجاوز شهر من تاريخ علمهما بقرار الاحالة لتقديم ملاحظتهم على قرار الاحالة، ويجوز في حالة الضرورة تقصير هذا الميعاد بقرار من رئيس المحكمة أو من يفوضه في ذلك، على أن تقدم الملاحظات المرسلة من الأطراف بواسطة محام مقبول أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض و أن يتضمن قرار الاحالة المرسل من محكمة

الموضوع الى مجلس الدولة او محكمة النقض ملفا مكتوبا عليه سؤال الأولوية الدستورية ويتضمن الأحكام التشريعية التي تحتوي انتهاكا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور والأسباب والدوافع والأسانيد التي تبرر سؤال الأولوية الدستورية. [1]

وطالما أننا عرضنا مسألة تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية على مستوى كل من قاضي الموضوع والمحاكم العليا، وجب بيان الفرق في تقدير جدية ذلك السؤال من طرف كل منهما، إن هذا الفارق ورد في عرض أسباب المشروع القانون العضوي بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور، حيث وردت عبارة أن محكمة الموضوع ستقوم وهي بصدد تقدير مدى جدية سؤال الأولوية الدستورية بإجراء تقيم مختصر له، في حين أن مجلس الدولة ومحكمة النقض يتمتعان بسلطات أكبر بهذا الشأن [2]على نحو أثار التخوف لدى البعض من فصلهما فعليا في سؤال الأولوية الدستورية قبل إحالته على المجلس الدستوري وهذا ما نتطرق له في الفرع الثاني على النحو المبين أدناه.

ثانيا–التصرف في سؤال الأولوية الدستورية.

لقد نظم المشرع الفرنسي كيفية تصرف مجلس الدولة ومحكمة النقض في سؤال الأولوية الدستورية وذلك بموجب الفقرة 06 من المادة 23 من القانون العضوي رقم2009/1523 بشأن تطبيق المادة 61–1 من الدستور، حيث تقتضي تلك الفقرة بأن يتلقى الرئيس الأول لمحكمة النقض قرار محكمة الموضوع بإحالة سؤال الأولوية الدستورية الى محكمة النقض ويخطر به النائب العام فور استلامه، ونفس الشيء كرسه التشريعين الجزائري والمغربي.

ولهذا الغرض تشكل محكمة النقض تشكيلا خاصا لاعادة فحص سؤال الأولوية الدستورية طبقا للشروط الواردة بالفقرة الرابعة من ذات المادة على أن تشكل محكمة النقض من الرئيس الأول للمحكمة ورؤساء دوائرها المختلفة فضلا عن اثنين من المستشارين أعضاء الدائرة المعنية بسؤال الأولوية الدستورية (أي أعضاء محكمة الموضوع التي أحالت سؤال الأولوية الدستورية)، ويمكن للرئيس الأول لمحكمة النقض أن يفوض أحد رؤساء

---

[1]–شريف يوسف خاطر،مرجع سابق،ص195.

[2]-J-L WARSMANN،تقرير رقم 1898،مرجع سابق،ص51.

دوائرها لرئاسة المحكمة أثناء فحص سؤال الأولوية الدستورية، كما يمكن له أن يأمر بتشكيل المحكمة تشكيلا آخر برئاسته وعضوية رئيس الدائرة المعنية(التي أحالت السؤال) وأحد مستشاري هذه الدائرة، وفي جميع الأحوال يمكن لرؤساء الدوائر أن يفوضوا من يحل محلهم في تشكيل المحكمة من مستشاري لدوائر التي يترأسونها.[1]

ولم تتطرق المادة 23 الى تشكيل مجلس الدولة في حالة فحصه لسؤال الأولوية الدستورية المحال إليه من محكمة الموضوع، وبالتالي تطبق القواعد العامة بشأن تشكيل مجلس الدولة عندما يصدر أحكامه المنصوص عليها بالمادة 1/132 من تقنين القضاء الإداري.

وبموجب المرسوم الرئاسي رقم 148-2010 المؤرخ في 2010/02/16 المتعلق بتطبيق القانون العضوي رقم 1523 المؤرخ في 2009/12/10 بشأن تطبيق المادة 61-1 من الدستور تم وضع اجراءات تفصيلية تبين كيفية تصرف مجلس الدولة ومحكمة النقض في سؤال الأولوية الدستورية، وذلك من خلال اضافة أحكام عديدة للقسم اللائحي لقوانين الاجراءات الجنائية والإجراءات المدنية والتقنين الاداري وتنظيم السلطة القضائية.

ولقد بينت القوانين المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة كيفية التصرف في ذلك السؤال من جانب مجلس الدولة أو محكمة النقض، وذلك من خلال ثلاث فروض بعد فحص شروط قبوله وهي:

-الفرض الأول:استيفاء شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية أمام مجلس الدولة أو المحكمة العليا، وفي هذه الحالة يجب عليهما إحالتها للمجلس الدستوري للفصل في سؤال الأولوية الدستورية، وذلك قبل انقضاء أجل معين من تاريخ الاحالة عليهما من محكمة الموضوع أو من تاريخ إثارة السؤال أمامهما لأول مرة مصحوبا بمذكرات وطلبات الأطراف.

-الفرض الثاني:في حال عدم استيفاء شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية المحال اليهما من طرف محكمة الموضوع أو المثار أماهما لأول مرة، ففي هذه الحالة يعاد السؤال الى

[1]-أنظر القانون العضوي رقم 2009/1523 المؤرخ في 2009/12/03 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور الفرنسي.

محكمة الموضوع لكي تستأنف نظر الدعوى الموضوعية من جديد، على أن يخطر المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية بنسخة من هذا القرار. [1]

وعليه يترتب على ذلك عدم امكانية اثارة سؤال الأولوية الدستورية مرة أخرى أمام المجلس الدستوري أو أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بالنسبة لفرنسا، وذلك بناء على حيازة الحكم الصادر عن مجلس الدولة أو محكمة النقض الحجية المطلقة التي لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، ولكن يمكن لصاحب المصلحة بعد مضي فترة زمنية أن يعيد إثارة سؤال الأولوية الدستورية من جديد، وذلك بطريقة مختلفة استنادا لتغير الظروف أو الاعتماد على وجود مسألة جديدة تستحق الاحالة للمجلس الدستوري[2] وبالنسبة للتشريعين الجزائري والمغربي فلا مانع من إعادة طرح نفس سؤال الأولوية الدستورية من جديد بعد مرور مدة زمنية ويؤسس على فكرة تغير الظروف أيضا على نفس النحو المكرس في التشريع الفرنسي.

–الفرض الثالث:حالة انتهاء المدة المقررة قانونا للإحالة دون اتخاذ قرار من مجلس الدولة أو المحكمة العليا بالتصرف في سؤال الأولوية الدستورية، ففي هذه الحالة يجب ان يحال السؤال بقوة القانون من قلم كتاب مجلس الدولة أو قلم كتاب المحكمة العليا الى المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية للفصل فيه. [3]

وفي جميع الحالات يجب ان يصدر قرار مسبب من مجلس الدولة او المحكمة العليا بالتصرف في سؤال الأولوية الدستورية، وأن يبلغ هذا القرار الى محكمة الموضوع التي أحالت السؤال والى الاطراف خلال أجل معين من تاريخ صدوره. [4]

وطبقا للنصوص الخاصة بمجلس الدولة والمحكمة العليا بشأن سؤال الأولوية الدستورية نجد أن مجلس الدولة أو المحكمة العليا غير ملزمين باحالة سؤال الأولوية الدستورية الى المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية في حالة سبق احالة ذات الموضوع وذات الاسباب

---

[1] -J-B,Perrier,le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la cour de cassation,RFDA,2011,p711 ;P TURK,l'affaire Huchon :le mécanosme de la question prioritaire de constitutionnalité en action,RFDA,2011,p723.

[2] -Crim,qpc,19/01/2011,n10-85.159 :Bull.crim,n11 ;D2011 ,800 obs,lavric,note perrier;RSC2011,423,obs,danet.

[3] -Cons.const,16/12/2011,Noel c :n2011-206 qpc.

[4] -P-O,caille,exercice du recours en cassation et contestation d'un refus de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité AJDA,2011,p1209.

من قبل للمجلس الدستوري او المحكمة الدستورية، ومنه يجوز لمجلس الدولة أو المحكمة العليا الانتظار لحين صدور قرار المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية بشأن سؤال الأولوية الدستورية السابق احالته اليهما من قبل. [1]

الفرع الثاني:مجلس الدولة ومحكمة النقض كقاضي أول درجة لنظر سؤال الأولوية الدستورية.

في هذه الحالة تتصرف المحاكم العليا المبينة أعلاه كجهات لقبول سؤال الأولوية الدستورية المثار لأول مرة على مستواها، وليس كقاضي للتقيم المبدئي بشأنه، وبالتالي فإن القواعد المنظمة لاثارته على مستوى المحاكم العليا باعتبارها درجة أولى بشأنه هي نفسها القواعد المتعلقة بإثارته على مستوى محاكم الموضوع، إلا أن مظاهر الاختلاف بينهما تكمن في معاير الاحالة ووجوب الفصل ضمن ميعاد قانوني محدد، وقد نظمت المادة 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 أحكام إثارة سؤال الأولوية الدستورية لأول مرة أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض بنصها أنه يمكن لأول مرة إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد الأحكام التشريعية التي تتضمن انتهاكا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور وذلك بمناسبة دعوى منظورة أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض بما في ذلك الطعن بالنقض، على أن يقدم سؤال الأولوية الدستورية في مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة وإلا كان غير مقبول ولا يجوز لمجلس الدولة أو محكمة النقض إثارته تلقائيا.

وفي التشريع المغربي نصت المادة 2/10 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 أنه "اذا اثير الدفع لاول مرة امام محكمة النقض بمناسبة قضية معروضة امامها فإن هذه المحكمة تفصل في الدفع مباشرة طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 05 من نفس القانون....".

وانه طبقا للمادة 11 من نفس المشروع رقم 86/15 تفصل الهيئة التي يعينها الرئيس الاول لمحكمة النقض في جدية الدفع بموجب مقرر معلل ضمن اجل 03 اشهر سواء من تاريخ الاحالة عليها او من تاريخ اثارته على مستواها وتتم الاجالة بعد استيفاء الشروط الم

[1] -P.bon,Premiéres questions, premières précisions, RFDA2010,p679.

الا ان الملاحظ حسب قرار المحكمة الدستورية رقم 80/17 المؤرخ في 2018/03/06 بشأن البت في مطابقة مشروع القانون العضوي رقم 86/15 للدستور أنه توصل الى عدم دستورية المادة 11 من ذلك المشروع على اساس ان تقدير الجدية الموكول للهيئة المحدثة بمحكمة النقض من شأنه ان يحول هذه الهيئة الى مراقب سلبي للدستورية، بالنظر الى صعوبة تحديد العناصر المشكلة للجدية وارتباط تقديرها بالموضوع وليس بالشكل.

أما في التشريع الجزائري نصت المادة 14 من القانون العضوي رقم 16/18 على أنه"عندما يثار الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة مباشرة يفصلان على سبيل الأولوية ...ضمن الاجل المنصوص عليه في المادة 13 والمحدد بشهرين من تاريخ استلام الارسال الخاص بهذا الدفع"، وتتم الاحالة بعد استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 08 حسب ما نصت عليه المادة 13 من نفس القانون.

وتبعا لذلك نستخلص أنه يتعين على كل من مجلس الدولة والمحكمة العليا الفصل في سؤال الأولوية الدستورية وفقا لقاعدة الأولوية، وعليهما إصدار قرارهما خلال الأجل المحدد قانونا والذي حدد بميعاد 03أشهر من تاريخ اثارة ذلك السؤال في التشريعين الفرنسي والمغربي وبميعاد شهرين من تاريخ إثارته في التشريع الجزائري، ويحال ذلك السؤال إلى المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية متى توفرت الشروط المنصوص عليها قانونا .

وبمجرد اتصال المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية به يوقف كل من مجلس الدولة أو المحكمة العليا الفصل في الدعوى الأصلية إلى غاية الفصل فيه من جانب المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية، مع مراعاة الاستثناءات المتعلقة بكون صاحب الشأن محبوسا على ذمة الدعوى، أو كان القانون يحتم على مجلس الدولة والمحكمة العليا الفصل في الدعوى ضمن أجل محدد، أو كان لازما عليهما الفصل في الدعوى على سبيل الاستعجال طبقا للقانون، ومنه نتطرق بالتفصيل إلى دراسة سؤال الأولوية الدستورية على مستوى هذه الهيئات عندما يثار امامها لاول مرة على النحو المبين أدناه:

-شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية.

-الآجال المقررة للفصل والاحالة .

-الآثار المترتبة على الاحالة والاستثناءات الواردة.

أولا-شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية.

طالما أن المحاكم العليا في هذه الحالة شأنها شأن محاكم الموضوع تتصرف كقاضي لقبول سؤال الأولوية الدستورية عندما يثار أمامها لأول مرة عليها بمناسبة الطعن بالنقض لذا فقد استلزم المشرع في فرنسا والمغرب والجزائر توفر ذات الشروط المتعلقة بقبول سؤال الأولوية الدستورية على مستوى قاضي الموضوع، والتي سبق لنا التطرق اليها، وترتب عن اشتراط نفس الشروط لقبول ذلك السؤال على مستوى قضاة الموضوع عدم قبول محكمة النقض الفرنسية سؤال الأولوية الدستورية المثار بمناسبة النقاش التواجهي وليس بموجب مذكرة مستقلة [1] ، بالإضافة إلى رفض مذكرة إضافية تتضمن إثارة سؤال الأولوية الدستورية بشكل لاحق على ايداع المستشار المقرر لتقريره [2]،كما رفضت مذكرات تتضمن اثارة سؤال الأولوية الدستورية مودعة بعد انقضاء الأجل القانوني المقرر لايداع عريضة الطعن. [3]

ثانيا-الآجال المقررة للفصل والإحالة.

طبقا للتشريع الفرنسي يملك مجلس الدولة ومحكمة النقض أجل 03 أشهر للفصل في سؤال الأولوية الدستورية، وهو نفس الأجل المقرر سواء عندما يحال السؤال عليه من قبل قاضي الموضوع ويتصرف كقاضي للتقيم المبدئي، ففي هذه الحالة يفصل كل منهما في إحالة السؤال على المجلس الدستوري في أجل 03 أشهر من تاريخ التوصل طبقا للمادة 23 ، أو حينما يتم إثارة السؤال لأول مرة أمامهما فإنهما يملكان أيضا أجل 03أشهر لاتخاذ القرار ويحتسب ذلك الأجل من تاريخ تقديم السؤال حسب البند الثالث من المادة 23، وهو نفس الأجل الذي قرره التشريع المغربي للفصل في سؤال الأولوية الدستورية، أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد حدده بأجل شهرين.

وفي حالة انقضاء هذا الأجل دون أن يتم الفصل في سؤال الأولوية الدستورية إما من قبل مجلس الدولة أو المحكمة العليا، فإن السؤال يحال بقوة القانون على المجلس الدستوري وهذا

[1] -Cass,qpc 05/07/2010,n12134,pourvoi n10-90-052.
[2] -Crim,qpc29/09/2010,n5447 pourvoi n10-80-582.
[3] -soc,qpc15/12/2010,n2557 pourvoi n08-44-569.

ما نص عليه البند الأول من المادة 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 "إذا لم يفصل مجلس الدولة أو محكمة النقض في الآجال المحددة في البندين الرابع والخامس تحال المسألة على المجلس الدستوري." نفس المسألة نصت عليها المادة 12 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15، وكما نصت المادة 20 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 على ذات الأمر، وهو ما يفيد اجماع التشريعات موضوع المقارنة على الاحالة التلقائية لسؤال الأولوية الدستورية في حال عدم الفصل فيه من قبل المحاكم العليا ضمن الأجل القانوني. [1]

ويتم تأويل عدم فصل المحاكم العليا في الأجل القانوني، إما لكونه نتيجة الإغراق بسبب تعدد الإحالات وكثرتها مما لا يسمح لها بالفصل داخل الأجل القانوني المقرر، أو أنه يعبر عن طريقة لإحالة النظر في مسألة قبول الطلب أو رفضه إلى المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية.

ثالثا:الآثار المترتبة عن الإحالة والاستثناءات الواردة.[2]

بمجرد إحالة سؤال الأولوية الدستورية على المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية يتوقف كل من مجلس الدولة أو المحكمة العليا حسب الحالة عن الفصل في الدعوى الأصلية وذلك إلى حين فصل المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية في السؤال المعروض عليه.

وللاحالة في التشريعات موضوع المقارنة نظام قانوني خاص بها يتمثل في مايلي:

1-قصر الاحالة على محكمة العليا او مجلس الدولة، ولا يجوز لمحاكم الموضوع احالة سؤال الأولوية الدستورية تلقائيا الى المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية، لانه كما سبق بيانه ان المؤسس الدستوري في كل من فرنسا والمغرب والجزائر اخذ بنظام ازدواجية التقيم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية وجعل من المحاكم العليا (مجلس الدولة والمحكمة العليا) هما الجهتين المختصتين بالاحالة .

---

[1]-محمد اتركين،مرجع سابق،ص77.

[2]-أنظر القوانين العضوية المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات محل المقارنة.

2-تباشر الاحالة من طرف المحكمة العليا ومجلس الدولة بمناسبة اثارة احد الخصوم سؤال الأولوية الدستورية أي لا توجد الاحالة التلقائية من طرف هاتين الجهتين في حال اكتشافهما وجود احكام تشريعية مشكوك في دستوريتها بدون ان يكون ذلك موقوفا على أحد الخصوم.

إلا أن القاعدة أعلاه المكرسة بموجب القوانين المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية في فرنسا والمغرب والجزائر ترد عليها استثناءات، يصوغ بمقتضاها لكل من مجلس الدولة أو المحكمة العليا عدم التوقف عن الفصل في الطعن وتتمثل في:

-إذا كان المدعي محروما من حريته بسبب الدعوى.

-إذا كان القانون ينص على أجل محدد للفصل في طلب النقض.

-إذا كان مجلس الدولة أو المحكمة العليا ملزمين بالفصل على سبيل الاستعجال.[1]

وهي نفس الآثار التي سبق شرحها عند تطرقنا لسؤال الأولوية الدستورية أمام قاضي الموضوع من حيث المبدأ العام والاستثناءات الواردة عليه.

ومنه وبعد التطرق إلى تفصيل نظام التقيم المبدئي على مستوى محاكم الموضوع والمحاكم العليا فإنه يتعين علينا ابداء وجهة نظر الباحث بشان هذا النظام على النحو التالي:

-ان الخاصية المتعلقة بسرعة الفصل في سؤال الأولوية الدستورية والفصل فيه طبقا لقاعدة الاولية على مستوى المحاكم العليا من شأنه التأثير على مسار الفصل في الدعوى الأصلية من خلال اطالة امد الفصل فيه، لان الاجل القانوني الذي منح لهذه المحاكم من اجل دارسته لشروط قبول ذلك السؤال والمحدد بثلاث اشهر كما حدده المشرعين الفرنسي والمغربي، وشهرين كما حدده المشرع الجزائري يترتب عنه وقف الفصل في الدعوى الأصلية، وبالتالي إهدار حقوق المتقاضين لانه لم يتبين وجود أي غاية مشروعة من اعمال الدرجة الثانية للتقيم المبدئي، وبالنتيجة لذلك يبقى مجرد اعادة دراستها لشروط سؤال الأولوية

[1]-أنظر القوانين العضوية المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات محل المقارنة.

الدستورية وهذا ما يقتضي وجوبية التخلي عن هذه الإزدواجية وربح الوقت والذي يتحقق من خلال الاحالة المباشرة من محكمة الموضوع الى المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري.

[1]وقد اقترحت المحكمة الدستورية بالمغرب بموجب قرارها رقم70/18 المتعلق بالبت في مطابقة مشروع القانون العضوي رقم 86/15 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون، حصر نطاق الشروط التي يتحقق القاضي من استيفائها بمناسبة اثارة سؤال الأولوية الدستورية في تلك العناصر التي لا يترتب عنها تقدير أولي للدستورية، واحداث هيئة على مستوى المحكمة الدستورية كفيلة بارساء نظام التقيم المبدئي على مستواها يحدد قانون تنظيمي تشكيلتها وضوابط عملها وذلك تحقيقا للمرونة المتطلبة الكفيلة بالوصول الى الغايات المرجوة من آلية سؤال الأولوية الدستورية.

-ان هذا النظام يحول دون وصول المتقاضي الى قاضيه الطبيعي وهو القاضي الدستوري وذلك بتكريس ثنائية وسائط إحالة سؤال الأولوية الدستورية، وبالتالي يكفي اتباع نظام الدرجة الأولى للتقيم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية.

-التخوف من تحكم المحاكم العليا في احالة سؤال الأولوية الدستورية الى الجهة المختصة ،وتحول قضاتها الى قضاة دستورين ابتدائيين وممارسين للرقابة الدستورية السابقة على قبول سؤال الأولوية الدستورية من خلال التعمق في تقدير جدية ذلك السؤال.

-اضفاء الطابع النهائي على القرار الصادر عن محكمة العليا او مجلس الدولة برفض احالة سؤال الأولوية الدستورية على المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية، وذلك عن طريق تحصينه من طرق الطعن يتعارض مع دور المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري باعتبارهما الجهتين المخولتين بالعمل على مراعاة احترام الدستور من قبل السلطات العامة وهي الصلاحية التي تقتضي احترام المبدأ الدستوري المتعلق بتوزيع الاختصاصات بين السلطة القضائية والمجلس الدستوري والمحكمة الدستورية باعتبارهما هيئة مستقلة مختصة

---

[1]-قرار المحكمة الدستورية المتعلق بالبت في مطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون ،ملف عدد:024-18،قرار رقم 70/18،المؤرخ في 2018/03/06 والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 2018/03/12،ص10.

بالفصل في دستورية الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية المثار، وبالنتيجة لذلك يجب على كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة في حالة رفض احالة سؤال الأولوية الدستورية ان ترسل نسخة من القرار المسبب لرفض الاحالة الى المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية حتى يتسنى لهما الاطلاع على احترام تلك الجهات القضائية لاختصاصها. [1]

وقد تضمنت المادة 11 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 المتعلق بشروط الدفع في التشريع المغربي النص على أنه"يوجه مقرر محكمة النقض برد الدفع بعدم دستورية قانون الى المحكمة الدستورية..." ولكنها لم تبين الغرض من توجيه ذلك المقرر للمحكمة الدستورية، وبالتالي هل ذلك التوجيه هو لمجرد اخطار المحكمة الدستورية بالنتيجة التي توصلت لها محكمة النقض بشأن تقيمها شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية ام بغرض فرض رقابة المحكمة الدستورية على قرار رفض الاحالة من حيث تقيم محكمة النقض شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية ؟ ، على عكس التشريع الجزائري والفرنسي الذين لم يشر الى ذلك.

وحسب وجهة نظر الباحث فان ارسال قرار رفض الاحالة الى المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية ليس فقط لإعلامهما بنتيجة التقييم التي اجرته المحاكم العليا على شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية بل بغرض مباشرة الرقابة على قرار رفض الاحالة المسبب، واستخلاص مدى توفر شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية، فمتى تحقق من ذلك جاز له طلب ملف سؤال الأولوية الدستورية المثار بغرض الفصل فيه، وهذه هي النتيجة الحتمية المرجوة من ارسال قرار رفض الاحالة له، وهذا ما يضمن بقاء سؤال الأولوية الدستورية ضمن اختصاص كل من المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية وبانعدام الفصل فيه يصبح توصله بقرار رفض الاحالة بدون جدوى وسلطة المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري في مراجعة قرار رفض الاحالة لا يمكن تفسيرها بانهما جهة رقابية على الاعمال القضائية للمحاكم العليا، لان الامر يتعلق بمسألة دستورية يختصان بمفردهما للفصل فيها

[1]–رفعت عيد،اطلالة على الدفع بعدم الدستورية في تشريعات مصر ودول المغرب العربي والكويت دراسة تحليلية نقدية،بدون دار نشة ،2020،ص73.

بالاضافة الى ان القرار الصادر برفض الاحالة لم يصدر عن الغرف التابعة للمحكمة العليا والمشكلة طبقا للقانون المتعلق بتنظيم المحكمة العليا، بل فصلت فيه هيئة يشكلها الرئيس الأول للمحكمة العليا طبقا للمادة 16 من القانون العضوي رقم 16/18 المتعلق بالدفع في التشريع الجزائري و المادة 11 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 المتعلق بالدفع في التشريع المغربي، وبالتالي فإن هذا القرار لا يحوز الحجية لان الحجية تكون للقرارات الصادرة عن غرف محكمة النقض، كما ان محكمة النقض لا تعد على هرم النظام القضائي بالنسبة لسؤال الأولوية الدستورية ، بل هي درجة من درجات التقاضي التي يجوز اثارته على مستواها، وتبقى كل من المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري هما على هرم القضاء الدستوري بشأن هذا السؤال والقرار الصادر عنهما بشأنه هو الذي يحوز الحجية .

المطلب الثاني:التميز بين نظام التقيم المبدئي على مستوى محاكم الموضوع والمحاكم العليا. [1]

وباستقراء المادة 5/23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523، والمادة 10 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15، والمادة 14 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18، يتبين بموجبها أن المشرع وضع تميزا بين النظام القانوني لسؤال الأولوية الدستورية أمام مجلس الدولة والمحكمة العليا لأول مرة، و سؤال الأولوية الدستورية أمام محكمة الموضوع، كما أنه يوجد تشابه بينهما، وسنعالج ذلك ضمن فرعين الأول نتطرق فيه إلى أوجه الاختلاف والثاني إلى أوجه التشابه .

الفرع الأول:أوجه الاختلاف بين سؤال الأولوية الدستورية أمام محاكم الموضوع وأمام المحاكم العليا.

-من حيث أجل الفصل:

بالرجوع إلى المادة 5/23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 فقد ألزمت مجلس الدولة ومحكمة النقض بضرورة الفصل في سؤال الأولوية الدستورية المثار أمامهما لأول مرة خلال 03أشهر من تاريخ تقديمه إليهما، إلا أن الفقرة الثانية منها لم تلزم محكمة

[1]-أنظر القوانين العضوية المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات محل المقارنة.

الموضوع المثار أمامها ذلك السؤال بالفصل فيه خلال أجل محدد، وبالنسبة للمشرع المغربي هو الأخر حدد أجل 03 أشهر للفصل، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حدده بشهرين.

-من حيث توسيع مجال سؤال الأولوية الدستورية:

أجازت المادة 5/23 المبينة أعلاه لأصحاب المصلحة اثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد حكم تشريعي يتضمن انتهاكا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور أو المعاهدات الدولية التي تعتبر فرنسا طرفا فيها، في حين أجازت المادة 1/23 لأصحاب المصلحة اثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام محاكم الموضوع أثناء نظر دعوى عدم دستورية الأحكام التشريعية التي تتضمن انتهاكا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، دون الإشارة للمعاهدات الدولية التي وقعت عليها فرنسا كما هو الشأن في الفقرة الخامسة من تلك المادة، أما حسب التشريع المغربي والجزائري فيتبين أنهما أجازا إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام محاكم الموضوع والمحاكم العليا ممثلة في مجلس الدولة والمحكمة العليا اذا كان الحكم التشريعي المطعون فيه يمس أحد الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور دون الإشارة الى امكانية اثارة سؤال الأولوية الدستورية على أساس المساس بالحقوق والحريات المكرسة بموجب الإتفاقيات الدولية .[1]

وبرر بعض الفقه ان غاية المشرع الفرنسي من وراء اجازة اثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تعد فرنسا طرفا فيها وذلك على مستوى المحاكم العليا بمناسبة النظر في سؤال الأولوية الدستورية المثار على مستواها أنها تتثمل في التخفيف من نظام رقابة الاتفاقية التي كانت تمارسها كل المحاكم الفرنسية قبل العمل سؤال الأولوية الدستورية، وان المكان الافضل لتنظيم هذه الرقابة يكون على مستوى المحاكم العليا بسبب التشابة الواضح بين وسيتلي رقابة الاتفاقية وسؤال الأولوية الدستورية من حيث الطبيعة والآثار. [2]

-من حيث اشتراط بعض الشروط:

---

[1]- عيد أحمد الغفلول،الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة،مرجع سابق،260.

[2]-عيد أحمد الغفلول، المرجع نفسه،ص260.

اشترطت المادة 5/23 المبينة أعلاه أن يكون سؤال الأولوية الدستورية المثار لأول مرة أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض الفرنسية يمثل مسألة جديدة أو يتسم بالجدية، في حين اكتفت الفقرة الثانية من نفس المادة بأن يكون السؤال المثار أمام محاكم الموضوع غير خالي من الجدية، وقد وضحنا الفرق بين المفهومين، وما منحه المشرع من سلطة تقديرية لمجلس الدولة ومحكمة النقض في تقدير المسألة الجديدة التي يثيرها سؤال الأولوية الدستورية لإحالتها أو عدم إحالتها للمجلس الدستوري بحيث يمكن للقضاء القيام بتفسير النص محل ذلك السؤال أو الاعتماد على التفسيرات القضائية السابقة لإبعاد شبهة عدم الدستورية عن النص التشريعي محله، ونفس التوجه تبناه المشرع الجزائري، أما المشرع المغربي فقد نص في المادة 10 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 انه عند إحالة سؤال الأولوية الدستورية لأول مرة أمام محكمة النقض فإنها تفصل فيه طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 05 من نفس القانون، ولم يشر إلى مسالة الطابع الجديد لسؤال الأولوية الدستورية المثار لأول مرة أمام محكمة النقض.

الفرع الثاني:أوجه التشابه بين سؤال الأولوية الدستورية أمام محاكم الموضوع وأمام المحاكم العليا.

تتمثل أوجه التشابه فيما يلي:

-يعتبر سؤال الأولوية الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة من الدفوع الغير متعلقة بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز للقاضي إثارته تلقائيا سواء كان قاضي موضوع أو قاضي النقض.

-يشتركان أيضا في شكليات قبول سؤال الأولوية الدستورية من حيث وجوب تقديمه بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة تحت طائلة عدم القبول [1]وهذا ما أجمعت بشأنه التشريعات محل المقارنة، مع اختلاف بالنسبة للمشرع المغربي الذي أضاف شرطي التوقيع من قبل محام وايداع وديعة.

[1] -CE, qpc,24/09/2010,decurey,req,no 341685:préc,note17;soc14/12/2010:no10-40-050,cass,plén,20/05/2011,CE,qpc,16/07/2010,sté de brasseries et casinos »les flots bleus »,req,no339292,préc,note 4.

-وجوب استيفاء الشرطين المنصوص عليهما بمقتضى المادة 2/23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523، والمادة 05 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 والمادتين 02 و08 من القانون العضوي رقم 16/18، وكذا المادة 195 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020 سواء أثير سؤال الأولوية الدستورية أمام محاكم الموضوع أو أمام مجلس الدولة ومحكمة النقض وهما الشرطين المتعلقين بكون الحكم التشريعي أو التنظيمي محل ذلك السؤال مطبق على النزاع، وألا يكون قد صدر حكم من المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية قضى بدستوريته في اطار ما يمارسه كل منهما من رقابة سابقة ما لم تتغير الظروف.

-اعمال ذات المبدأ المنصوص عليه بموجب القوانين المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة بشأن وقف الفصل في الدعوى على مستوى محاكم الموضوع والمحكمة العليا ومجلس الدولة، وذلك لحين الفصل في ذلك السؤال من جانب المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية، مع مراعاة الاستثناءات المتعلقة بكون صاحب الطعن محبوس على ذمة الدعوى، أو وجوبية الفصل في الدعوى خلال مدة معينة، أو وجوبية الفصل فيها على سبيل الاستعجال طبقا للقانون.

خلاصة الباب الأول

من خلال دراسة إجراءات الفصل في سؤال الأولوية الدستورية أمام القضاء العادي، يتبين لنا أن تبني التشريعات موضوع المقارنة لهذه الآلية لم يكن وليد الصدفة، بل كان ناتجا عن عدة محاولات تولدت عن تدخل رجال القانون والجهات القضائية لتعزيز حق الفرد في ممارسة التقاضي الدستوري بما يواكب التطورات على الصعيد الدولي، وبعد تكريس هذا الحق في التقاضي على مستوى دساتير الدول محل المقارنة، نجدها اختلفت في توظيف المصطلح القانوني الذي يعكس رؤيتها بشأن التقاضي الدستوري من قبل الفرد، بحيث ساد التوافق بين المؤسس الدستوري الجزائري ونظيره المغربي في استعمال مصطلح الدفع بعدم دستورية القوانين، بينما سلك المؤسس الدستوري الفرنسي منحا مختلفا عنهما باستعماله مصطلحا مغايرا تماما أطلق عليه سؤال الأولوية الدستورية وقد خلصنا إلى اعتبار التسمية التي وظفها المؤسس الدستوري الفرنسي تشكل المصطلح الأدق والأكثر تصويبا لنمط التقاضي الدستوري من قبل الأفراد، لأننا لسنا أمام دعوى دستورية قائمة بذاتها بل أمام مسألة أولية أو فرعية أثيرت بصدد النظر في دعوى أصلية مهما كان موضوعها، وبالتالي فإن القاضي المختص بالتحقق من شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية ليس هو ذاته المختص بالفصل فيها وهذا ما يعزز أننا لسنا بصدد دفع بمفهومه القانوني، على أساس أن القاضي المختص بالفصل في الدفع هو نفس القاضي المختص بالفصل في الدعوى الأصلية المثار بمناسبتها ذلك الدفع.

ومن جانب آخر خلصنا إلى أن التشريعات محل المقارنة أجمعت على تبسيط إجراءات ممارسة سؤال الأولوية الدستورية، وذلك من خلال اشتراطها تقديمه بموجب عريضة مكتوبة معللة ومنفصلة عن عريضة افتتاح الدعوى الأصلية، كما أنها أجمعت على عدم النص على الشروط الشكلية الأخرى المتعلقة بالصفة والمصلحة ودفع الرسوم القضائية والاستفادة من المساعدة القضائية، ولم تنظم مسألة جواز ممارسته من طرف المدخلين والمتدخلين في

الخصام، وأحالت بشأنها على القواعد العامة في قانون الاجراءات المدنية والإدارية باستثناء المشرع المغربي الذي نص على فكرة ايداع وديعة والاستفادة من المساعدة القضائية بالإضافة إلى أنها توافقت في موضوع تجريد سؤال الأولوية الدستورية من الصفة الخاصة بتعلقه بالنظام العام، وبررت ذلك على أساس أنها مكنة محصورة في المتقاضي فقط، ولا يجوز للمحاكم أن تثيره بصفة تلقائية، وحصر البعض من هذه التشريعات على أن دور النيابة العامة بشأن هذه المسألة محصور في إبداء رأيها على عكس ما كرسه النموذج الفرنسي الذي خولها حق إثارة سؤال الأولوية الدستورية متى كانت طرفا أصليا.

وفي هذا السياق عمدنا إلى التطرق إلى شرح فكرة على درجة من الأهمية تتعلق بفكرة النظام العام في القضاء الدستوري وكذا في القضاء العادي لاستخلاص مكوناتها والاعتماد على اسقاطها على فكرة تعلق سؤال الأولوية الدستورية بالنظام العام، وخلصنا إلى أن التشريعات موضوع المقارنة تبنت الجوانب القانونية لفكرة النظام العام في مجال القضاء العادي عندما أجازت إثارة سؤال الأولوية الدستورية لأول مرة أمام المحاكم العليا(مجلس الدولة والمحكمة العليا)،الا أنها جردته من فكرة النظام العام وحرمت القاضي من سلطة اثارته وجعلته مجرد وسيط للإحالة.

وبخصوص الكتلة التشريعية المحددة لنطاق سؤال الأولوية الدستورية فإنها تقتصر على النصوص القانونية التي لها قوة القانون بصرف النظر عن الجهة المصدرة لها وتوصل المؤسس الدستوري الجزائري بمقتضى المادة 195 من التعديل الدستوري لعام 2020 الى توسيع نطاقها لتشمل الحكم التنظيمي، أي المراسيم الرئاسية، اما في ما يتعلق بضابط الجدية لقبول سؤال الأولوية الدستورية تبين أن هذه التشريعات اعتمدت على مصطلح فضفاض وغير دقيق بما يترك سلطة تقديرية واسعة أمام المحاكم في استخلاصه، وبالنتيجة لذلك اتاحة المجال لتضارب مواقفها في استخلاص هذا الشرط، وهذا من شأنه أن يولد عدم المساواة بين المتقاضين في قبول سؤال الأولوية الدستورية الذين يثيرونه نتيجة عدم وجود ضوابط ومعايير تقيد المحاكم في فهمها لعنصر الجدية، وهذا ما يقتضي وجوب تدخل القضاء الدستوري في تكريس اجتهاده في بيان هذه المعايير والضوابط بحيث يكون دور القاضي مقصورا على استخلاص شبهة عدم الدستورية دون الجزم في مسألة دستورية الحكم

التشريعي أو التنظيمي من عدمه، وهو ما يشابه عمل القاضي الاستعجالي في استخلاصه عنصر الاستعجال بناء على ظاهر المستندات بدون المساس بأصل الحق.

بالإضافة إلى أن سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا ذا طابع خاص عما هو مكرس في الدول الأوروبية، فالمؤسس الدستوري الفرنسي قيد ممارسته بشرط أضفى عليه تلك الخصوصية عندما اشترط أن يكون الحكم التشريعي المطعون فيه يمس بالحق أو الحرية التي يضمنها الدستور، بمعنى أدق أن الكتلة الدستورية للحقوق والحريات التي تشكل نطاق سؤال الأولوية الدستورية محصورة فيما نص عليه الدستور ولا يتعداه إلى الحقوق والحريات المكفولة بموجب المواثيق العالمية، ومبرر هذه الخصوصية أن النظام الفرنسي يعمل بنظام رقابة الاتفاقية وهو السبب الذي جعل المؤسس الدستوري يقصر سؤال الأولوية الدستورية على وجود اعتداء مس الحق أو الحرية التي كفلها الدستور فقط، ولم يتفطن المؤسس الدستوري الجزائري في ظل تعديل دستور 2016 وكذا نظيره المغربي أثناء نقلهما للتجربة الفرنسية المتعلقة بهذا الشأن إلى هذه الخصوصية فكرس كل منهما نفس الشرط المبين أعلاه، والذي نتج عنه حرمان المتقاضي من اثارته ضد الحقوق والحريات التي تنص عليها المواثيق العالمية المصادق عليها وبرر الفقه ذلك على أن المعاهدات الدولية بعد المصادقة عليها تسمو على التشريع بينما القانون المنظم لسؤال الأولوية الدستورية في المغرب والجزائر ينص على الطعن ضد حكم تشريعي، إلا أن المؤسس الدستوري الجزائري تدارك هذا الأمر في ظل التعديل الدستوري لعام 2020 عندما نصت المادة 190 منه على إمكانية إخطار المحكمة الدستورية بشأن توافق القوانين والتنظيمات مع المعاهدات وهذا ما يوحي إدراج المعاهدات التي صادقت عليها الجزائر ضمن نطاق الكتلة الدستورية التي يمكن الاستناد عليها لفحص دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي المطعون فيه.

أما بشأن تعزيز قرينة الدستورية كأساس يقيد القضاء الدستوري في الحكم بعدم دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي المطعون فيه، وضعت التشريعات محل المقارنة شرطا مؤداه عدم جواز سبق الفصل في دستورية الحكم التشريعي ما لم تتغير الظروف،وهو المصطلح الذي شابه الغموض الى حين أن تدخل المجلس الدستوري الفرنسي موضحا مفهومه وميز بينه وبين شرط الطابع الجديد لسؤال الأولوية الدستورية، بالإضافة إلى أن

مصطلح الحكم التشريعي في حد ذاته كان محل نقد لغموضه ولحد الآن لم يصدر عن القضاء الدستوري في الجزائر والمغرب أي اجتهاد يوضح الكتلة التشريعية التي تشكل نطاق سؤال الأولوية الدستورية على غرار الوضع في فرنسا أين تدخلت وزراة العدل وضبطت قائمة بشأن ذلك بموجبها تم استبعاد عدة أحكام تشريعية من نطاق سؤال الأولوية الدستورية وفي مقدمتها التعديلات الدستورية، والقوانين الاستفتائية بناء على مبررات غير منطقية، وقد عملنا على تفنيدها وإبراز موقف الباحث بشأنها بناء على مصوغات قانونية ومنطقية.

وفيما يتعلق بسلطة محكمة الموضوع بشأن تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية فقد تبين لنا أنها مقتصرة فقط على إجراء تقيم مختصر لذلك السؤال، بحيث تكون سلطتها مقصورة على التحقق فقط من توفر شروط قبوله بغرض تقرير إحالته للجهات المعنية من عدمه، وهذا ما يجعل منها وسيطا للإحالة على مجلس الدولة والمحكمة العليا، على غرار هذين الأخرين الذين يملكان صلاحية إعادة تقيم جدية سؤال الأولوية الدستورية باعتبارهما جهة ثانية للتقيم المبدئي له، كما يمكن إثارته لاول مرة أمامهما بمناسبة الطعن بالنقض.

الا ان الملاحظ من طرف الباحث هو عدم فعالية نظام ازدواجية التقيم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية، لان هذا النظام على مستوى المحاكم العليا لا يقوم على معاير مخالفة لما تتبعه محكمة الموضوع بشأن تقيمها لذلك السؤال، والاختتلاف الوحيد بينهما يتمثل في المدة حيث أن المحاكم العليا ملزمة بأجل 03أشهر لدراسة ذلك السؤال في كل من التشريعين الفرنسي والمغربي وبأجل شهرين في التشريع الجزائري، في حين أن محاكم الموضوع غير مقيدة بأجل للفصل فيه كما هو مكرس في التشريعين الفرنسي والجزائري باستثناء التشريع المغربي الذي حدد لها أجل 08 أيام للفصل فيه، وكذا بشأن حجية قرار الرفض، فالقرار الصادر عن المحاكم العليا نهائي أي غير قابل للطعن ويترتب عنه عدم جواز اثارة نفس السؤال من جديد، على عكس قرار الرفض الصادر عن محاكم الموضوع بحيث يجوز الطعن فيه أمام المحاكم العليا بمناسبة الطعن في الحكم الصادر في الدعوى الأصلية المثار بشأنها سؤال الأولوية الدستورية، وبالتالي كان على المشرع في التشريعات محل المقارنة التخلي عن نظام ازدواجية التقيم المبدئي لعدم فعاليته، وما يترتب عنه من طول الاجراءات وان يكفل لقاضي الموضوع دراسة سؤال الأولوية الدستورية وفقا للمعاير التي ادرجناها في

هذه الدراسة، عند حديثنا عن شرط جدية سؤال الأولوية الدستورية ومتى تبين له جديته أحاله مباشرة على المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية حسب ما هو متبع في التشريعات محل المقارنة.

كما استخلصنا أن الدول محل المقارنة أوردت استثناءات على ارجاء الفصل في سؤال الأولوية الدستورية، ومن بينها عدم ارجاء الفصل في الدعوى الاستعجالية، لكنها أغفلت معالجة مسألة تتعلق بحق المتقاضي فيما يتعلق بكيفية استفادته من القرار الصادر من طرف القضاء الدستوري في حال تقريره عدم دستورية ذلك الحكم التشريعي الذي كان أساس الفصل في الدعوى الاستعجالية، وهي المسألة التي تصدى لها المجلس الدستوري الفرنسي وكرس اجتهاده بشأنها والذي مفاده رفع ذلك المتقاضي دعوى جديدة للاستفادة من آثر قرار عدم الدستورية.

الباب الثاني:إجراءات سير سؤال الأولوية الدستورية أمام القضاء الدستوري.

الباب الثاني:إجراءات سير سؤال الأولوية الدستورية أمام القضاء الدستوري.

ترتب عن تطبيق سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا والمغرب والجزائر إعادة النظر في هوية المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية، وانتقالهما من مؤسسة ذات خصوصية إجرائية بعلاقة مقتصرة على السلطتين التشريعية والتنفيذية إلى مؤسسة مطالبة بالدخول في حوار مع السلطة القضائية واعتمادها نظام إجرائي قريب من تلك المتبعة أمام هذه الأخيرة، وهذا ما انعكس عنه اقتباس المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية لأول مرة قواعد المحاكمة العادلة بغرض إعمالها ضمن نظامهما الداخلي، وبموجبها كرس مبدأ الوجاهية، وانتقلا من نظام المداولات المغلقة إلى نظام الجلسات العلنية، ومنح الغير الخارج عن النزاع إمكانية التدخل وأن يضع على قدم المساواة السلطات السياسية كما الأطراف خلال كل مراحل الدعوى.

وهذا ما يدفع للتساؤل عن الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري الفرنسي وهل لا يزال جهازا ضابطا لسير المؤسسات الدستورية؟، وهل تركيبته الحالية تتوافق مع قضائية الإجراءات المتتبعة أمامه؟.

بالرجزع للقوانين المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية فقد نظمت الفقرات من 08 إلى 12 من المادة 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 النظام القانوني لسؤال الأولوية الدستورية أمام المجلس الدستوري الفرنسي، والمواد من 14 الى 23 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 اجراءات سؤال الأولوية الدستورية أمام المحكمة الدستورية والمواد من 21 الى24 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 إجراءات سؤال الأولوية الدستورية امام المحكمة الدستورية والتي كان يطلق عليها المجلس الدستوري سابقا، وسنعالج إجراءات سير ذلك السؤال على مستوى هذه الهيئات ضمن ثلاث فصول:الأول يتعلق بنطاق سؤال الأولوية الدستورية ، والثاني يتعلق بمسار الفصل في سؤال الأولوية الدستورية، والثالث يتعلق بتقييم سؤال الأولوية الدستورية.

الفصل الأول:نطاق سؤال الأولوية الدستورية امام القضاء الدستوري:

تتم إحالة سؤال الأولوية الدستورية إلى المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية وفقا للطريقيتين العاديتين وهما: إما بموجب قرار بالإحالة صادر عن مجلس الدولة أو المحكمة العليا ضمن اجل معين حدد بـ03أشهر من تاريخ تسلمهما ذلك السؤال من محكمة الموضوع أو من تاريخ إثارته أمامهما لأول مرة طبقا للتشريع الفرنسي والمغربي وذلك حسب للمادتين 23 من القانون رقم1523 لسنة 2009 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور و11 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 والذي حدد بأجل 03 أشهر، بينما حدد بأجل شهرين طبقا للتشريع الجزائري حسب المادة 13 من القانون العضوي رقم 16/18، وإما بقوة القانون(الإحالة التلقائية)، كما قد يتصلان به بطرق أخرى وذلك عن طريق اعمال القاضي الدستوري رخصة التصدي، أو عن طريق الطعن مباشرة أمامهما.

وطالما أن التشريعات موضوع المقارنة أقرت نظام سؤال الأولوية الدستورية، فهل يملك المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية حق التصدي تلقائيا للأحكام التشريعية الغير دستورية وهل يمكن إثارة سؤال الأولوية الدستورية لأول مرة أمامها؟.

ومن جانب آخر تلتزم هذه الهيئات الدستورية باخطار جهات محددة قانونا باتصالها بسؤال الأولوية الدستورية في حالة الاحالة عليها.

ومنه سنحاول دراسة هذه المسألة بالتفصيل ضمن العناصر التالية:

-طرق اتصال القضاء الدستوري بسؤال الأولوية الدستورية والإلتزام بإخطار السلطات العامة بذلك.

-مسار الفصل في سؤال الأولوية الدستورية.

المبحث الأول:طرق اتصال القضاء الدستوري بسؤال الأولوية الدستورية والإلتزام بإخطار السلطات العامة .

إن المألوف أن المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية في المغرب والجزائر يتصلون بسؤال الأولوية الدستورية بواسطة وسيلتين هما: بموجب قرار بالإحالة، أو بقوة القانون، وسنبحث عن مدى إمكانية تصدي هذه الهيئات تلقائيا للنصوص التشريعية الغير الدستورية أو إمكانية إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمامهما مباشرة بالتفصيل المبين أدناه:

المطلب الأول: طرق اتصال القضاء الدستوري بسؤال الأولوية الدستورية .

نعالج ضمن هذا المطلب كيفية توصل القضاء الدستوري في التشريعات محل المقارنة بسؤال الأولوية الدستورية بعد مروره على نظام التقيم المبدئي لها من طرف القضاء العادي وهناك طرق نص عليها القانون صراحة وأخرى استخلصها القضاء الدستوري ونعالجها على النحو المبين أدناه:

-الاتصال عبر الآليات المقررة قانونا.

-الاتصال عن طريق التصدي والإثارة المباشرة لسؤال الأولوية الدستورية.

الفرع الأول: الاتصال عبر الآليات المقررة قانونا.

يحال سؤال الأولوية الدستورية من مجلس الدولة أو المحكمة العليا بقرار إحالة صادر عنهما متى توفرت الشروط الإجرائية والموضوعية لقبوله، سواء كان السؤال محالا لأي منهما من محكمة الموضوع أو أثير أمامهما لأول مرة بمناسبة نظر الطعون في الأحكام أو الدعاوى الأصلية.[1]

ففي حالة استيفاء شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية يصدر قرار الإحالة ضمن أجل 03أشهر من تاريخ إحالته إلى مجلس الدولة أو المحكمة العليا من جانب محكمة الموضوع أو خلال 03أشهر من تاريخ إثارة السؤال لأول مرة أمام مجلس الدولة أو المحكمة العليا

[1] -J-Roux,de la décision de renvoi a la décision du conseil constitutionnel,lpa,25juin2009,n126,pp42-52.

وهذا حسب التشريعين الفرنسي والمغربي بينما تكون الاحالة محددة بأجل شهرين في التشريع الجزائري.

ويتعين أن يكون قرار الإحالة مسببا ومصحوبا بمذكرات وطلبات الأطراف،مع إخطار محكمة الموضوع التي أثير أمامها سؤال الأولوية الدستورية بقرار الإحالة وكذلك الأطراف خلال أجل 08أيام من تاريخ صدوره.

وبمجرد صدور قرار إحالة سؤال الأولوية الدستورية إلى المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية يترتب عن ذلك وقف الفصل في الدعوى الموضوعية المنظورة أمام محكمة الموضوع المثار أمامها، أو أمام مجلس الدولة والمحكمة العليا وهذا في حالة إثارته أمام أي منهما، إلا في الحالات الاستثنائية والتي سبق لنا توضحيها.

كما يمكن أيضا اتصال المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية بسؤال الأولوية الدستورية بقوة القانون(بصفة آلية)، فقد ثار التساؤل حول الوضع المترتب في حالة عدم قيام مجلس الدولة أو المحكمة العليا بإحالة سؤال الأولوية الدستورية إلى المجلس الدستوري الفرنسي خلال الأجل المحدد بـ03أشهر طبقا للفقرتين 04 و05 من المادة 23 من القانون العضةي رقم 2009/1523.

[1]فبمناسبة عرض مشروع القانون العضوي على لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بالجمعية الوطنية لم يتضمن أي نص يلزم مجلس الدولة أو محكمة النقض بإحالة سؤال الأولوية الدستورية إلى المجلس الدستوري خلال مدة محددة، وبالتالي أثير النقاش حول ضرورة النص على مدة معينة في إحالة سؤال الأولوية الدستورية إلى المجلس الدستوري حيث اقترحت لجنة أساتذة القانون الدستوري التي استمعت لها اللجنة حول مشروع القانون العضوي بأن يكون اتصال المجلس الدستوري بسؤال الأولوية الدستورية بطلب يتقدم به الطرف الذي أثاره إلى المجلس الدستوري، غير أن الأمين العام للمجلس الدستوري

[1] - Guillaume.M ,question prioritaire de constitutionnalité,cahiers du conseil constitutionnel, n29 octobre2009,p12.

هذا المقال منشور على الموقع الالكتروني للمجلس الدستوري الفرنسي المبين أدناه:

http://www. conseil constitutionnel.fr/ conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/qpc-textes-applicables-et-premieres-decisions.52730.html.

M.Guillaume اقترح ضرورة إحالة سؤال الأولوية الدستورية بصورة تلقائية من مجلس الدولة أو محكمة النقض إلى المجلس الدستوري في حالة عدم الفصل فيه خلال مدة محددة على اعتبار أن ذلك جزاء عدم الفصل في السؤال، على أن تتم الإحالة من قلم كتاب مجلس الدولة أو محكمة النقض إلى قلم كتاب المجلس الدستوري أي قلم كتاب إلى قلم كتاب.[1]

وبعد عدة مناقشات بين الأعضاء اعتمدت وجهة نظر السيدM.Guillaume وورد النص في الفقرة السابعة من المادة 23 من القانون العضوي بأنه في حالة انقضاء أجل 03 أشهر دون إتخاذ قرار من جانب مجلس الدولة أو محكمة النقض بالتصرف في سؤال الأولوية الدستورية يترتب عنه في هذه الحالة إحالته بقوة القانون من قلم كتاب مجلس الدولة أو قلم كتاب محكمة النقض إلى المجلس الدستوري للفصل فيه.

وعندما عرض مشروع القانون على المجلس الدستوري بشأن بحث مدى دستوريته أصدر حكمه بدستورية الفقرة السابعة من المادة 23 من مشروع القانون العضوي رقم 2009/1523 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور، حيث قضى بأنه "ومن حيث النص في الفقرة السابعة من المادة 23 على إحالة سؤال الأولوية الدستورية بقوة القانون إلى المجلس الدستوري بعد مضي 03أشهر دون الفصل فيه من مجلس الدولة أو محكمة النقض، فإن المشروع العضوي يكون قد التزم بأحكام المادة 1/61 من الدستور التي تلزم مجلس الدولة ومحكمة النقض بالتصرف في سؤال الأولوية الدستورية خلال مدة محددة [2] وهو ذات الحل الذي تبناه كل من المشرعين المغربي والجزائري.

ففي التشريع المغربي وبموجب قرار المحكمة الدستورية رقم 18/70 المتعلق برقابة دستورية مشروع القانون العضوي رقم 86/15 المحدد لشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية وعلى إثره تم تعديل مشروع هذا القانون بالنص على إحداث هيئة تقيم سؤال

1-Guillaume.M ,question prioritaire de constitutionnalité,cahiers du conseil constitutionnel, n29 octobre2009,p12.

هذا المقال منشور على الموقع الالكتروني للمجلس الدستوري الفرنسي المبين أدناه:

http://www. conseil constitutionnel.fr/ conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/qpc-textes-applicables-et-premieres-decisions.52730.html.

2-عيد أحمد غفلول،الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي،في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 734 لسنة 2008،دار النهضة العربية،القاهرة،2011،ص280.

الأولوية الدستورية على مستوى المحكمة الدستورية تختص في اجراء تقيم لجدية ذلك السؤال المحال من طرف الجهات القضائية أو المثار مباشرة على مستوى المحكمة الدستورية وحدد لهذه الهيئة أجل 15 يوما يسري إما من تاريخ توصلها بملف سؤال الأولوية الدستورية المحال عليها للفصل فيه، أو من تاريخ إثارتها لأول مرة أمام المحكمة الدستورية بمناسبة الطعون الانتخابية المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان، ففي حال انقضاء الأجل دون أن تفصل هذه الجهة في ملف سؤال الأولوية الدستورية فإنه يحال بقوة القانون إلى المحكمة الدستورية مشكلة بكل أعضائها للفصل فيه.

الفرع الثاني: الاتصال عن طريق التصدي والإثارة المباشرة لسؤال الأولوية الدستورية.

سنعمل ضمن هذا الفرع على بيان الطرق الأخرى لإمكانية توصل المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري بسؤال الأولوية الدستورية على النحو المبين أدناه:

أولا-اعمال رخصة التصدي أمام القضاء الدستوري:

ان نطاق سؤال الأولوية الدستورية على مستوى المحكمة الدستورية و المجلس الدستوري يتحدد طبقا للنصوص الدستورية إما بتوصل تلك الهيئتين بها عن طريق قرار الإحالة من طرف المحاكم العليا أو احالته بقوة القانون على النحو السابق بيانه، أو عن طريق اعمال رخصة التصدي أو اثارة سؤال الأولوية الدستورية مباشرة امام المحكمة الدستورية كما نص عليه صراحة الفصل 133 من التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 في غياب نص مماثل لذلك في التشريعين الفرنسي والجزائري.

وللتصدي مفهومين عام وآخر خاص، وسنحاول تفصيل مدى اعمال الاجتهاد الدستوري لرخصة التصدي في نطاق سؤال الأولوية الدستورية في غياب النص الصريح في كل من التشريعين الجزائري والفرنسي، وكذا تحليل نص الفصل 133 من التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 الذي اجاز اثارة سؤال الأولوية الدستورية مباشرة امام المحكمة الدستورية بمناسبة الطعون الانتخابية البرلمانية.

وترتيبا على ما تقدم فإن رخصة التصدي التي يباشرها القاضي الدستوري اما أن تكون بموجب نص دستوري أو بناء على إعمال سلطته التقديرية في غياب النص الصريح الذي

يخوله اختصاص اثارة بعض المسائل الدستورية على أساس تعلقها بالنظام العام، وهذا استثناء من الأصل العام المقرر في مجال القضاء العادي المتعلق بأن نطاق الدعوى يتحدد بناء على طلبات ودفوع الخصوم وأنه لا يجوز للقاضي الحكم بما لم يطلب منه، الا أنه في مجال القضاء الدستوري لا يمكن إعمال هذا الأصل العام على اطلاقه بل أنه تتسع فكرة التصدي على أساس توسع فكرة النظام العام في هذا المجال، وكذلك بالنظر الى الدور المنوط بالقاضي الدستوري المؤسس على رقابة مدى تطابق الأحكام التشريعية مع الدستور [1]وسنحاول اسقاط هذه المسألة على التشريعات الثلاث موضوع المقارنة بتفصيل موقفها من سلطة القاضي الدستوري في التصدي على النحو التالي:

***بالنسبة للتشريع الفرنسي:**

يتبين بموجب المادة 61 من تعديل دستور 2008 والمادة 23 من القانون العضوي رقم 2009/1523 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور أنها قصرت ممارسة سؤال الأولوية الدستورية أمام محاكم الموضوع أو اثارته لأول مرة أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض، دون الإشارة لامكانية اثارته بصفة مباشرة امام المجلس الدستوري، أو إمكانية تصدي المجلس الدستوري تلقائيا للنصوص التشريعية الغير دستورية عند ممارسته لأي من اختصاصاته.

وبمناسبة الأعمال التحضيرية المنعقدة لمناقشة التعديل الدستوري للمادة 61 بإضافة الفقرة الأولى لها وكذا المناقشات البرلمانية لمشروع القانون العضوي رقم 2009/1523 بشأن تطبيقها لم تثر مسألة إمكانية قيام المجلس الدستوري بمناسبة الفصل في سؤال الأولوية الدستورية المحال له من مجلس الدولة أو محكمة النقض التصدي لإثارة عدم دستورية أي نص تشريعي يعرض له، لأن مشروع الفقرة الأولى من المادة 61 من الدستور كما تقدمت به الحكومة كان يتعلق أساسا حول فرضية قيام المتقاضين أمام أي من محاكم جهة القضاء

---

[1]–خالد فتحي محمد أبو زيد،دور القاضي الدستوري في النظام القانوني في الدولة دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة المنصورة،2020–ص.ص363–364.

–عادل محمود أحمد عمار،الدور السياسي والقانوني للقاضي الدستوري،أطروحة دكتواره في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة المنوفية،2019،ص302.

العادي أو الإداري بإثارة مسألة دستورية نص تشريعي ثم إحالة سؤال الأولوية الدستورية إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة لإعادة تقدير مدى جديته، وإحالته بعد ذلك للمجلس الدستوري للفصل فيه بعد استيفاء شروط الإحالة، وعليه فقد استخدم مشروع الفقرة المذكورة"عبارة بمناسبة دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم"، وهي ذات العبارة التي كرستها المادة 61 بعد اعتمادها.[1]

إلا أن الأمين العام للمجلس الدستوري السيدM.Guillaume ذهب في تعليقه على سؤال الأولوية الدستورية بأنه يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام المجلس الدستوري ويجوز له التصدي للنص التشريعي الغير دستوري بمناسبة أداء مهمته كقاضي انتخابات بحيث يتصرف في هذه الحالة كقاضي موضوع دون التزامه بإحالة سؤال الأولوية الدستورية لمجلس الدولة أو محكمة النقض لتقدير مدى جديته، حيث يتولى المجلس الدستوري فحص الموضوع من حيث شروطه الإجرائية والموضوعية والفصل فيه متى كان يتضمن انتهاكا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.[2]

كما استقر جانب من الفقه الفرنسي ومنهم جيوم دراجو منذ زمن طويل قبل نفاذ التعديل الدستوري لعام 2008 على فكرة أساسية مفادها أن جميع الدفوع أمام القضاء الدستوري تتعلق بالنظام العام ويملك القاضي الدستوري سلطة إثارة أي دفع يتعلق بتطبيق الدستور بجميع نصوصه ومبادئه دون استبعاد أي نص أو مبدأ منها [3]، ويعرف بعض الفقه الفرنسي الدفع المتعلق بالنظام العام في مجال قانون الاجراءات المدنية بأنه"الدفع الذي يستند إلى وجود مخالفة لقانون يتعلق بتنظيم المجتمع ويكون قد صدر من أجل تحقيق مصلحة المجتمع في مجموعه والهدف من هذا الدفع هو وضع نهاية لهذه المخالفة لأن استمرارها من

---

[1]–عيد أحمد غفول،فكرة النظام العام وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية دراسة مقارنة،ط2،دار النهضة العربية،القاهرة،2006،ص282.

[2] - Guillaume.M ,question prioritaire de constitutionnalité,cahiers du conseil constitutionnel, n29 octobre2009,p12.

هذا المقال منشور على الموقع الالكتروني للمجلس الدستوري الفرنسي المبين أدناه:

http://www. conseil constitutionnel.fr/ conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/qpc-textes-applicables-et-premieres-decisions.52730.html.

[3]–يسرى محمد العصار،التصدي في القضاء الدستوري دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى،دار النهضة العربية،القاهرة،1999،ص25.

شأنه أن يضر بالمصلحة العامة للمجتمع" [1] ، أما مفهوم النظام العام في مجال القضاء الدستوري فينصرف مدلوله إلى كونه المسألة المستوحاة من مخالفة قانون أعد أساسا لمصلحة المجتمع ويجري تنفيذ هذه المسألة عندما تكون مصلحة المجتمع على الأقل قد تأثرت بالحفاظ على القرار. [2]

وحسب رأي الباحث: فإن الوجهة التي أبداها الأمين العام للمجلس الدستوري على النحو المبين سابقا صائبة ونؤيدها، على أساس أنه بإمكان المجلس الدستوري قبول سؤال الأولوية الدستورية المثار أمامه أو التصدي له بمناسبة ما يمارسه من اختصاصات خاصة تلك التي تتعلق بالقوانين الصادرة دون الخضوع للرقابة الوجوبية، لأن الوضع بعد التعديل الدستوري لعام 2008 كرس الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، وبالتالي لم يعد من المستصاغ تقبل موقف المجلس الدستوري السابق القائم على عدم جواز التعرض للقوانين التي تم تطبيقها ودخلت حيز النفاذ، بالإضافة إلى أن مجال سؤال الأولوية الدستورية بفرنسا محدود بحماية النصوص الدستورية الضامنة للحقوق والحريات دون غيرها من نصوص الدستور المنظمة لموضوعات أخرى، وعلى وجه الخصوص تلك المنظمة لقواعد توزيع الاختصاصات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية والتي أنشئ المجلس الدستوري من أجل الحفاظ عليها كشكل من أشكال التوازن بين السلطات أقره دستور 1958.

[3]وفي هذا الإطار فقد صدر حكم للمجلس الدستوري في 2012/01/12 يتعلق بمنازعات الانتخابات التي يختص المجلس الدستوري بالفصل فيها باعتباره قاضي أول وآخر درجة حيث تم تم اثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام المجلس يتعلق بعدم دستورية المادة 289 من قانون الانتخابات لما تتضمنه من انتهاك للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

وفي هذا الحكم تعرض المجلس الدستوري للنص التشريعي المطعون فيه، وانتهى بأن النص لا يتضمن انتهاكا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور وقضى بدستورية ذلك النص.

---

[1]–يسرى محمد العصار،مرجع سابق،ص16.

[2]–حاتم صبحي عبد الفهيم عبد الله الوكيل،سلطة القاضي الدستوري في التصدي دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق،قسم القانون العام،جامعة بني سويف،2019،ص16.

[3] -Cons,const.12janv.2012,sénat,loiret,n2011-4538.

وقبله الحكم المشار إليه أعلاه، أصدر المجلس الدستوري الفرنسي القرار رقم 2011/174 المؤرخ في 2011/10/06 ، وتتلخص وقائعه بأن المجلس أحيل عليه سؤال الأولوية الدستورية من قبل الغرفة الأولى المدنية على مستوى محكمة النقض وتعلق بمطابقة الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور التي تضمنتها المواد 2/3213 و3/3213 من مجموع قانون الصحة العامة، الا ان المجلس تصدى تلقائيا للمادة 1/3213 من نفس القانون وأسس ذلك على أنه طبقا لنصوص المادة 2/312 من مجموع قوانين الصحة العامة في الصياغة السابقة للقانون رقم 2011/803 المؤرخ في 2011/06/05 والمتعلق بحقوق وحماية الأشخاص الذين يعالجون نفسيا، وتحمل نفقاتهم في حالة الخطر الذي يهدد سلامة الأشخاص طبقا للرأي الطبي أو ما يقدمه العمدة، أو مفوض الشرطة، الذين يوقفون الأشخاص الذي يدل تصرفهم على اضطرابات عقلية واضحة، فإن كل الإجراءت المؤقتة اللازمة والمصاريف الخاصة بهم خلال 24 ساعة في مؤسسات الدولة، والتي تقتضي عند اللزوم صدور قرار تلقائي بدخولهم المستشفى طبقا للمادة 1/3213 واذا لم يوجد قرار من ممثل الدولة فإن الإجراءات المؤقتة تكون لاغية خلال 24 ساعة .

-وعليه قرر المجلس الدستوري مايلي:

يتعين بشأن المادة 1/3123 و2/3213 من مجموع قوانين الصحة العامة، الغاء عبارة(أو في حالة عدم وجود إعلان عام) على أساس مخالفتها للدستور.

الزيادات الخاصة بالمادة 2/3213 والمادة 3/3213 من مجموع قوانين الصحة العامة تعتبر مطابقة للدستور.[1]

ومنه فالمستخلص أن المجلس الدستوري الفرنسي أسند لنفسه اختصاص ممارسة آلية التصدي في غياب النص القانوني الذي يمنحه ذلك الاختصاص، الا ان ما يستقرأ من خلال قراريه المذكورين أعلاه أنه لإعمال رخصة التصدي من طرفه يتعين توفر ضوابط محددة تتمثل في مايلي:

[1] -http://www.conseil. constitutionnel.fr/ conseil. Constitutionnel/France.

-ارتباط النص المتصدى له بسؤال الأولوية الدستورية المحال على المجلس الدستوري:بمعنى أن ممارسة المجلس الدستوري لآلية التصدي لدراسة مدى دستورية حكم تشريعي يكون بمناسبة الفصل في ذلك السؤال المحال عليه، وكذا وجود ارتباط بينه وبين الحكم التشريعي المتصدى له، وان يكون لازما للفصل فيه.

-عدم التقيد بميعاد معين للتصدي.

-تعد شبهة عدم الدستورية هي المعيار الذي يستند اليه القاضي الدستوري لممارسة التصدي.

ومنه نتعرض للأساس القانوني لمباشرة المجلس الدستوري الفرنسي لرخصة التصدي فيما يلي:

ان سلطة المجلس الدستوري الفرنسي في مباشرته لرخصة التصدي بمفهومه العام القائم على وجود ارتباط غير قابل للانفصال بين الحكم التشريعي المطعون فيه والنص التشريعي المتصدى له تؤسس على المادة 22 من الأمر المنظم للمجلس الدستوري رقم 58/1067 المؤرخ في 1958/11/07، والتي نصت على أنه: "وفي الأحوال التي يقرر فيها المجلس الدستوري أن النص التشريعي المعروض عليه يتضمن نصا يتعارض مع الدستور ويكون هذا النص غير قابل للانفصال عن باقي نصوص القانون فلا يجوز اصدار هذا التشريع".[1]

وهذه المادة كان المجلس الدستوري يستند عليها في اطار الرقابة السابقة على دستورية القوانين، ومفادها انه في حالة قيام تعارض بين نص تشريعي مع أحكام الدستور وكان غير قابل للانفصال عن باقي نصوص التشريع فإن النتيجة المترتبة على تقرير عدم دستوريته تتمثل في عدم اصدار التشريع بأكملهه، وذلك على أساس الارتباط القائم بين النص المقضي بعدم دستوريته وباقي نصوص التشريع.

[1]- يسري محمد العصار،التصدي في القضاء الدستوري دراسة تحليليلة مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى، دار النهضة العربية،القاهرة،1999،ص54.

وهذا الأساس القانوني المتمثل في نص المادة 22 قابل للتطبيق في مجال سؤال الأولوية الدستورية ويمكن للمجلس الدستوري الاستناد عليه للتصدي لبحث عدم دستورية كل نص تشريعي مرتبط بالحكم التشريعي موضوع ذلك السؤال المعروض عليه أو بمناسبة النظر في الطعون الانتخابية.

كما أنه في اطار الرقابة السابقة على دستورية القوانين باشر المجلس الدستوري الفرنسي التصدي بالمفهوم الخاص، اي قيام ارتباط بين النص المتصدى له والحكم التشريعي المطعون فيه على نحو قابل للانفصال والتجزئة، وسنوضح هذه المفاهيم الخاصة بالتصدي بدقة لاحقا، وقلما استخدم المجلس الدستوري هذا النوع من التصدي والأساس القانوني الذي يستند عليه في مباشرته هذا النوع من التصدي مؤسس على التفسير الموسع الذي تبناه بشأن المادة 22 من الأمر المنظم للمجلس الدستوري المؤرخ في 1958/11/07.[1]

وقد أيد الفقه هذه السياسة التي تبناها المجلس الدستوري الفرنسي على أساس أن رقابة المجلس الدستوري للنصوص القانونية لا تقتصر على النصوص المطعون فيها بل تتجاوزها لتشمل باقي النصوص الأخرى في نفس القانون، وذلك متى تبين له تعارضها مع نصوص الدستور، أو اعتدائها على الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وهذا مرده اختلاف الدعوى الدستورية عن الدعوى العادية، كون القاضي الدستوري هو المختص بتحديد نطاق الدعوى والمسائل المثارة فيها، أي لا مجال لاعمال مبدأ ان القاضي لا يفصل فيما لم يطلب منه وان نطاق الدعوى يحدده الخصوم. [2]

وبالتالي فإن التصدي بالمفهوم الخاص الذي مارسه المجلس الدستوري الفرنسي قاصر على التصدي لنصوص تكون واردة في ذات التشريع المطعون فيه، بمعنى لا يتصدى لنص خارج النص المطعون فيه.

---

[1]–يسري محمد العصار،التصدي في القضاء الدستوري دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى،مرجع سابق،ص54.

[2]–مصطفى محمود اسماعيل علي، وسائل تحريك الدعوى الدستورية دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في الحقوق،قسم القانون العام،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية،2020،ص433.

وتبعا لما تقدم وطالما أن المجلس الدستوري الفرنسي قد مارس صلاحية التصدي بمفهومه العام والخاص في اطار الرقابة السابقة على دستورية القوانين، فلا يوجد ما يمنع من مباشرتها في اطار سؤال الأولوية الدستورية حتى في غياب نص قانوني صريح، لان الوظيفة الأساسية له هي الرقابة على دستورية القوانين ومراعاة الغاية من اعمال نظام التصدي هو تطهير المنظومة القانونية من القوانين المخالفة للدستور، دون ان يكون ذلك مقصورا على طلب من الافراد في اطار مباشرتهم لسؤال الأولوية الدستورية.

***أما في التشريع الجزئري والمغربي:**يتبين انعدام النص الدستوري وغياب الاجتهاد الدستوري فيما يخص امكانية اعمال القاضي الدستوري سلطته في التصدي، سواء بمناسبة الطعون الانتخابية أو بمناسبة سؤال الأولوية الدستورية المعروض عليه .

الا ان غياب النص الدستوري في كل من المغرب والجزائر لا يحول دون ممارسة القاضي الدستوري لرخصة التصدي، على أساس أنه الحامي للشرعية الدستورية والأجدر إثارة عدم الدستورية أسوة بما انتهجه القاضي الدستوري الفرنسي، ولكن مباشرته لهذا التخصص يكون هو الأخر محددا بضوابط تتمثل في مايلي:

*ممارسة رخصة التصدي من قبل القاضي الدستوري تتم بصفة تلقائية و لا يقتصر مجالها على الفصل في سؤال الأولوية الدستورية المثار، بل يكون بمناسبة الفصل في المنازعات الدستورية المعروضة عليه سواء في اطار الرقابة على دستورية القوانين أو في اطار الطعون الانتخابية.

*ارتباط النص المتصدى له بالنزاع الدستوري(سواء كان في اطار الرقابة الدستورية أو الطعون الانتخاية) المعروض على القاضي الدستوري، بمعنى قيام ارتباط بين النص المتعلق بالنزاع المعروض على القاضي الدستوري والنص المتصدى له. [1]

*لا يمكن تفسير التصدي الذي مارسه القاضي الدستوري بأنه تقرير منه بشكل حاسم عدم دستورية النص المتصدى له، بل لا يعدو ذلك مجرد وجهة نظر مبدئية بشأن النص

[1]- محمد صلاح عبد البديع السيد،قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العلياط2،القاهرة،2004،ص213.

المتصدى له.[1] وهذا الشرط مفاده وجود منازعة دستورية مطروحة على مستوى المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري مستوفية لشروط قبولها، ثم يتحقق عنصر الارتباط بين هذه المنازعة والنص القانوني موضوع التصدي، وان يكون الفصل في دستورية هذا النص المتصدى له ذا أثر على الفصل في المنازعة الدستورية القائمة أمامها.

*أن يكون مناط التصدي هو عدم الدستورية وليس مجرد تقرير الدستورية، وذلك لان قرينة الدستورية ترتبط بالحكم التشريعي استصحابا للأصل وهو الدستورية المقررة لصالح النصوص القانونية. [2]

*تأثير الفصل في دستورية النص المتصدى له على النزاع الدستوري، بمعنى قيام علاقة منطقية بين النزاع الدستوري ومسالة دستورية النص المتصدى له، على نحو يقتضي انه في حال الحكم بالغاء هذا النص أو تقرير دستوريته ذا أثر على مآل الفصل في النزاع الدستوري. [3]

ثانيا:إثارة سؤال الأولوية الدستورية مباشرة أمام القضاء الدستوري وامكانية ممارسة التصدي بمناسبته:

بالنسبة لمسألة امكانية اثارة سؤال الأولوية الدستورية مباشرة على مستوى المجلس الدستوري الفرنسي أو المحكمة الدستورية بالجزائر فلا مجال لاعمالها، على أساس أن المؤسس الدستوري في هاتين الدولتين لم يكرس آلية الطعن الدستوري المباشر من قبل الأفراد وبالتالي لا مجال لاعماله .

---

[1]–محمد صلاح عبد البديع السيد،قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا،مرجع سابق،ص213.

[2]–محمد فؤاد عبد الباسط،ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية،منشأة المعارف،الاسكندرية،2002،ص.ص552–553.

[3]–خالد عبد النور محمد البركاني،الدعوى الدستورية والحكم فيها دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه،جامعة أسيوط،2013،ص45.

الا انه وباستقراء المادة 188 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016 والتي تنص"يمكن اخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على احالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة،عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة امام جهات قضائية ان الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق الحريات التي يضمنها الدستور" وهو نص مطابق للماد 61 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008.

وقد عدلت المادة 188 بالمادة 195 من التعديل الدستوري لعام 2020 بنصها على أنه"يمكن اخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على احالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة،عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة امام جهة قضائية ان الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور"

وحسب هذا التعديل لم تعد المادة 195 مطابقة لنص المادة 61 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008، وذلك من جانبين هما أن سؤال الأولوية الدستورية يشمل أيضا الحكم التنظيمي، على خلاف فرنسا التي لم تكرس ذلك وعوض مصطلح المجلس الدستوري بالمحكمة الدستورية.

[1]ومنه يتبين من الفهم الظاهري للنصين اعلاه عدم جواز اثارة سؤال الأولوية الدستورية امام القاضي الدستوري مباشرة، بل ان اتصاله بذلك السؤال يتم بموجب احالة من المحكمة العليا او مجلس الدولة واشتراط ارتباطه بدعوى موضوعية، الا انه لا يصوغ الاستناد على المادتين 188 و1/61 للقول بعدم جواز اثارة سؤال الأولوية الدستورية امام القاضي الدستوري كقاضي موضوع، على اساس ان ضوابط اعمال تلك الالية المقررة بموجب المادتين 188 و1/61 لا مجال لتصورها في فرض اختصاص القاضي الدستوري كقاضي موضوع، وعند مسايرة حظر اثارة سؤال الأولوية الدستورية امام القاضي الدستوري معناه ان هناك نصوص تعلق بالحقوق (حق الانتخاب مثلا) لا يجوز اثارة ذلك السؤال بشأنها لان المنازعة في دستوريتها محصورة في اختصاص القاضي الدستوري، وبالتالي لا مجال لاعمال شروط

[1]- رفعت عيد،إطلالة على الدفع بعدم الدستورية في تشريعات مصر ودول المغرب العري والكويت دراسة تحليلية نقدية،2020بدون دار نشر،ص74.

المادتين 188 و1/61 بشان وجود دعوى موضوعية امام احدى المحاكم، ومنه و عند انعقاد اختصاص القاضي الدستوري للنظر في المنازعة الانتخابية يغير دوره من قاضي دستوري الى قاضي موضوع يختص بالفصل في سؤال الأولوية الدستورية المثار امامه ولا يجوز له الامتناع عن الفصل فيه بحجة انعدام قرار الاحالة من قبل المحكمة العليا او مجلس الدولة، لان الاحالة تعد اجراء قرره المؤسس الدستوري بشأن ذلك السؤال الذي يحال امام محاكم الموضوع، وهذا ما يقتضي اختلاف الاجراء عندما يتعلق الامر باختصاص القاضي الدستوري كقاضي موضوع. [1]

وحسب وجهة نظر الباحث فإنه يؤيد الرأي السابق لوجاهته ويتعين اعمال آلية اثارة سؤال الأولوية الدستورية مباشرة من قبل الافراد امام المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري في التجربتين الجزائرية والفرنسية بناء على ما عرضناه اعلاه من مبررات منطقية.

وعلى خلاف المؤسس الدستوري المغربي الذي أجاز امكانية إثارة سؤال الأولوية الدستورية مباشرة أمام المحكمة الدستورية بمناسبة الطعون الانتخابية البرلمانية حسب المادة 03 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 المحدد لشروط واجراءات الدفع بعدم الدستورية وسنفصل هذه المسألة على النحو المبين أدناه.[2]

ان كل من المؤسس الدستوري الفرنسي والمغربي وكذا الجزائري منح المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية صلاحية الفصل في الطعون الانتخابية، وكذا الفصل في مدى صحة عمليات الاستفتاء، وهذا ما يترتب عنه اضفاء صفة محكمة موضوع على كل منهما وبالتالي فهل يجوز اثارة سؤال الأولوية الدستورية أمامهما باعتبارهما محكمة موضوع بشأن المنازعات المبينة اعلاه؟

لم يتضمن القانون رقم 2009/1523 ولا القانون رقم 16/18 المنظم لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعين الجزائري والفرنسي ما يفيد امكانية اثارة سؤال الأولوية الدستورية

---

[1]–رفعت عيد،إطلالة على الدفع بعدم الدستورية في تشريعات مصر ودول المغرب العري والكويت دراسة تحليلية نقدية،مرجع سابق،ص74.

[2]-المادة 03 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 المحدد لشروط واجراءات الدفع بعدم الدستورية في المغرب.

مباشرة على مستوى المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية بمناسبة الفصل في المنازعات التي أشرنا اليها أعلاه، ولهذا سنعرض موقف الفقه وموقف الباحث من هذه المسألة.

-موقف الفقه:

أسس جانب من الفقه رأيه بخصوص هذه المسألة الى ان المادة 1/61 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 لم تتضمن ما يفيد جواز اثارة سؤال الأولوية الدستورية مباشرة على مستوى المجلس الدستوري كما لم تمنعه صراحة، ولكن حسب المعنى الحرفي لهذه المادة يتبين انها حددت المحاكم التي يجوز اثارة ذلك السؤال على مستواها، ولم تورد ضمنها المجلس الدستوري كما انها بينت طريقة توصل المجلس الدستوري بذلك السؤال وذلك عن طريق قرار بالاحالة صادر عن محكمة النقض او مجلس الدولة وهذا ما يستنتج منه عدم جواز اثارته مباشرة على مستواه. [1]

واذا تعلق الأمر باختصاص المجلس بمسألة معينة، أو ما يصطلح عليه بالولاية القضائية بشأن النزاعات المندرجة ضمن اختصاصه فإنها لا تتقرر الا بموجب نص صريح، كما ان المجلس الدستوري الفرنسي سبق له في اطار الرقابة السابقة على دستورية القوانين الجزم على عدم اختصاصه بمناسة الفصل في منازعات الانتخابات البرلمانية طبقا للمادة 59 من الدستور بالنظر في مسألة مطابقة التشريع للدستور، وعلى هذا الأساس رفض سؤال الأولوية الدستورية المثار بخصوص هذه المنازعات . [2]

وأضاف اتجاه فقهي آخر ان المبرر من وراء استبعاد اثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستوى المجلس الدستوري بصفة مباشرة تكمن في الاسباب التالية:

-الطابع المعقد للمنازعة الانتخابية والمدة الطويلة التي تستغرقها للفصل فيها على مستوى المجلس الدستوري تقتضي عدم جواز اثارة سؤال الأولوية الدستورية بمناسبة الفصل في مثل هذه المنازعات لتفادي ارهاق اعضاء المجلس الدستوري.

---

[1] -محمد محمد عبد اللطيف،المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في 23 يوليو 2008،بحث منشور في مجلة الحقوق،جامعة الكويت ع3،السنة 34،الكويت،2010،ص57

[2] -CC,décision n88-1082 DC,AN,du 21/10/1988.

-التخوف من احتمال كون بعض اعضاء المجلس الدستوري قد سبق لهم الفصل في مسألة قبول سؤال الأولوية الدستورية بصفتهم قضاة انتخابين، اي نفس الاعضاء يشاركون في تشكلية المجلس اثناء النظر في قبول سؤال الأولوية الدستورية وكذلك اثناء الفصل في الطعن الانتخابي . [1]

-موقف الباحث من هذه المسألة:

باعتبار أنه لا يوجد نص صريح يحظر اثارة سؤال الأولوية الدستورية مباشرة على مستوى المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية باعتباره قاضي موضوع بمناسبة الفصل في الطعون الانتخابية وصحة عمليات الاستفتاء، فلا يوجد اذن ما يمنع من ذلك لان المادة 1/61 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008، وكذا المادة 195 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020 رهنت ممارسة سؤال الأولوية الدستورية بوجود نزاع موضوعي وطالما اننا بصدد منازعات موضوعية يفصل فيها المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية والتي يتحول فيها كل منهما الى محكمة موضوع فبمفهوم المخالفة فإنه يصبح كلاهما مختصا باثارة سؤال الأولوية الدستورية المتعلق بتلك المنازعات عملا بالمادتين 1/61 و195، هذا من جهة ومن جهة اخرى وتماشيا مع المهمة الأسمى للمجلس الدستوري والمحكمة الدستورية باعتبارهما حامي الحقوق والحريات والشرعية الدستورية فمن غير المنطقي ان يمنعا من اثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستواهما بمناسبة المنازعات الموضوعية المبينة سابقا فاذا كان اختصاصهما بمناسبتها هو الفصل في مدى صحة العملية الانتخابية او الاستفاتية مع القانون، فمن الأولى ان ينعقد ايضا اختصاصهما بالفصل في سؤال الأولوية الدستورية المتعقلة بها ولا يمكن التسليم بحجج واهية لحرمانهما من هذا الاختصاص بداعي ان العملية الانتخابية او الاستفتائية ذات طابع معقد وفيها ارهاق لاعضائه، لان التسليم بهذا القول معناه الاخلال بمبدا المساواة بين المتقاضين بحرمان فئة المتقاضين في هذا النوع من المنازعات (الانتخابية والاستفتائية) من اثارة سؤال الأولوية الدستورية، وقد يرد جانب معارض لرأي الباحث بالقول بعدم امكانية تصور اثارة هذا السؤال بشان الطعن الانتخابي

[1]-منصور محمد أحمد،الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا،دار النهضة العربية،القاهرة،2012،ص.ص57-58.

على أساس أن قانون الانتخابات هو من القوانين الأساسية التي تخضع لرقابة المطابقة مع الدستور بصفة وجوبية فيكون ردنا في هذه الحالة، هو ان المادة23 من القانون العضوي الفرنسي رقم2009/1523 والمادة 08 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 نصت كل منهما على مسالة تغير الظروف، وبموجبها يصبح القانون الانتخابي الذي عرض لرقابة المطابقة مع الدستور قابلا لاثارة سؤال الأولوية الدستورية ضده متى تغيرت الظروف بعد دخوله حيز النفاذ، وذلك على أساس أن رقابة المطابقة التي خضع لها وردت على مشروع قانون، ومن جانب آخر يتعلق بالحجة والتي مفادها احتمال مشاركة احد اعضاء المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية في مسألتي قبول سؤال الأولوية الدستورية وكذا مشاركته في المنازعة الانتخابية فمثل هذه الحجة يمكن تفاديها من قبل المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية باعتمادهما تنظيم معين في ادارة جلساتهما وتوزيع الصلاحيات بين اعضائهما.

ونفس التصور الذي خلصنا اليه بشان المجلس الدستوري الفرنسي فإنه ينطبق على المحكمة الدستورية الجزائرية طبقا للتسمية التي اطلقت عليها بموجب التعديل الدستوري لعام 2020.

أما بالنسبة للمؤسس الدستوري المغربي: الذي حذا حذوا مغايرا لكل من المؤسسين الدستوريين الفرنسي والجزائري عند–ما نص الفصل 133 من التعديل الدستوري لعام 2011 وكذا المادة 03 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 المحدد لشروط واجراءات الدفع بعدم الدستورية على إمكانية إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام المحكمة الدستورية مباشرة بمناسبة الفصل في الطعون الانتخابية البرلمانية، بمعنى أن اثارة ذلك السؤال مقيد بوجود طعن موضوعي يتعلق بانتخاب أعضاء البرلمان، وهذا ما يتماشى مع خصوصية سؤال الأولوية الدستورية في التشريع المغربي، اسوة بالمشرع الفرنسي الذي جعل منه مجرد مسألة أولية وليس دفع فرعي، وبالتالي وبناء على ذلك هل تلتزم المحكمة الدستورية بمناسبة الطعن الانتخابي المتعلق بانتخاب اعضاء البرلمان بالمقتضى التشريعي المطعون فيه فقط أم يجوز لها اعمال آلية التصدي عن طريق إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد نصوص أخرى تنطبق على الطعن الانتخابي المرفوع اليها؟.

إن التساءل الذي طرحناه يقودنا إلى الحديث عن جواز تصدي المحكمة الدستورية تلقائيا كمحكمة موضوع بمناسبة فصلها في الطعون الانتخابية البرلمانية حسب المادة 03 من

مشروع القانون العضوي رقم 86/15 لاثارة سؤال الأولوية الدستورية المرتبط بالمقتضى المطعون فيه، وكذا نمطي التصدي وهما التصدي بالمفهوم العام والتصدي بالمفهوم الخاص، وعليه فإنه في البداية علينا اولا استيضاح مفهومي التصدي ثم التطرق الى سلطة المحكمة الدستورية في اثارة سؤال الأولوية الدستورية عندما تصبح محكمة موضوع.

-أنواع التصدي في مجال القضاء الدستوري:

***التصدي بالمفهوم العام:**

مفاده امتداد سلطة القاضي الدستوري بمناسبة الفصل في سؤال الأولوية الدستورية المتعلق بالمقتضى التشريعي المثار بموجب الطعن الانتخابي البرلماني المباشر امامه الى دراسة مدى دستورية مواد أخرى تندرج ضمن ذلك المقتضى التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية المثار، وذلك على أساس وجود ارتباط غير قابل للانفصال بين المقتضى التشريعي المطعون فيهوالنص المتصدى لدراسته [1] وبالتالي فالمحكمة الدستورية لا تقصر سلطتها الرقابية على فحص دستورية مادة أو بعض مواد المقتضى التشريعي المطعون فيه بل يمتد اختصاصها ليشمل كل مواد هذا القانون على أساس أنها غير قابلة للانفصال عن بعضها، وإذا قررت أن المقتضى التشريعي المطعون فيه مخالف للدستور وفي نفس الوقت توصلت إلى وجود ارتباط بين ذلك المقتضى ونص آخر يتضمنه فإنها تقضي بعدم دستورية المقتضى التشريعي برمته، تأسيسا على فكرة ارتباط تلك النصوص على نحو لا يقبل الانفصال، وهو ما يصطلح عليه بعدم الدستورية بالتبعية، كما قد تحكم بسقوط النصوص المرتبطة بالمقتضى التشريعي المطعون فيه والمقضي بعدم دستوريته [2] وفي هذه الحالة الأخيرة يتوصل القاضي الدستوري إلى أن النصوص المرتبطة بالمقتضى المقضي بعدم دستوريته أصبحت بدون موضوع على إثر الحكم بعدم الدستورية، بمعنى ان يكون النص

---

[1]-يسرى محمد العصار، التصدي في القضاء الدستوري، دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999،ص51.

[2]-حاتم صبحي عبد الفهيم عبد الله الوكيل، سلطة القاضي الدستوري في التصدي دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق،قسم القانون العام،جامعة بني سويف،2019،ص10.

-عيد أحمد ابراهيم سلامة الغفلول،فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية،،دار النهضة العربية،2004،ص144.

المرتبط بالمقتضى التشريعي المقضي بعدم دستوريته قد صدر استنادا الى ذلك المقتضى المقضي بعدم دستوريته، ويتصور ذلك في حالة المقتضى التشريعي الذي يتضمن أصل واستثناء، فإذا أثير سؤال الأولوية الدستورية ضد البند الأول من المقتضى الذي يمثل الأصل العام وقضي بعدم دستوريته فإن الاستثناء الذي يتضمنه البند الثاني من نفس المقتضى يسقط لانه أصبح بدون موضوع بعد تقرير عدم دستورية البند الأول.

وأما عن عدم قابلية النصوص للانفصال فإنها تتجلى في مظهرين هما:

-تعذر فصل النصوص المقضي بعدم دستوريتها عن بعضها، على نحو كان ملحوظا عند إقرار المشرع لتلك النصوص بحكم الارتباط القائم بينها [1] وهذا ما يثبت الوحدة العضوية لتلك النصوص، مما يجعل من المستحيل الفصل بينها، وفي هذه الحالة فإن الأصل أن الفصل بينها يخضع لإرادة السلطة التشريعية [2]

-اذا كانت النصوص المتبقية من المقتضى التشريعي المقضي بعدم دستوريته لا يمكنها تحقيق غاية المشرع ومقاصده. [3]

*التصدي بالمفهوم الخاص:

هو امتداد سلطة القاضي الدستوري بمناسبة الفصل في سؤال الأولوية الدستورية المتعلقة بالمقتضى التشريعي المثار بموجب الطعن الانتخابي البرلماني المباشر امامه الى دراسة مدى دستورية مواد أخرى سواء كانت تندرج ضمن نفس المقتضى التشريعي موضوع ذلك السؤال المثار أو ضمن مقتضى آخر، دون أن يكون هناك ارتباط بينها وبين المقتضى التشريعي المطعون فيه[4]، ويكفي أن يتوصل القاضي الدستوري إلى أن الفصل في

---

[1]-صلاح الدين فوزي،قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية ،مرجع سابق،ص100.

[2]-السيد علي محمد الغماري،الدور الإنشائي للقاضي الدستوري دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة المنوفية،2018، ص156.

[3]-رمزي طه الشاعر، رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر،مطابع دار التيسير،القاهرة،2004،ص465.

[4]-صلاح الدين فوزي،الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية،القاهرة،2010،ص97.

دستورية النص المتصدى له ذا أثر للفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليه(الطعن الانتخابي) .

مما سبق يتضح ان الفرق بين التصدي بالمفهوم العام والتصدي بالمفهوم الخاص هو معيار مدى قيام حالة الارتباط أو الانفصال بين المقتضى التشريعي المطعون فيه وباقي مواده.

أما بالنسبة لسلطة المحكمة الدستورية في إثارة سؤال الأولوية الدستورية باعتبارها محكمة موضوع فإننا نفصلها على النحو المبين أدناه:

بالنسبة لسلطة المحكمة الدستورية المغربية بشأن إثارة سؤال الأولوية الدستورية عندما تصبح محكمة موضوع بمناسبة الفصل في الطعون الانتخابية البرلمانية، فإنه طبقا للمادة 02 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 التي أجازت إثارة سؤال الأولوية الدستورية مباشرة أمام المحكمة الدستورية عند الفصل في الطعن الانتخابي البرلماني، لكنها لم تشر إلى سلطة المحكمة الدستورية في التصدي تلقائيا لدراسة مدى دستورية نصوص قانونية أخرى سواء كانت تندرج ضمن المقتضى التشريعي المطعون فيه، أو في تشريع آخر وذلك بمناسبة الفصل في الطعن الانتخابي المثار أمامها.

وهناك من ذهب للقول بأن للمحكمة الدستورية سلطة التصدي تلقائيا لاثارة سؤال الأولوية الدستورية المتعلق بالمقتضى التشريعي المراد تطبيقه على النزاع الموضوعي(الطعن الانتخابي) حتى في غياب الطعن المباشر، ومبرر ذلك أنها تفصل في الطعن الانتخابي باعتبارها محكمة موضوع بحثا عن العناصر الواقعية للنزاع المعروض عليها وكذا النصوص القانونية الواجب تطبيقها بشأنه، ويستوجب عليها قبل الفصل في هذه الجوانب البحث في المسائل الدستورية المتعلقة بمدى دستورية المقتضى التشريعي المراد تطبيقه على النزاع الموضوعي[1].

ولكن حسب وجهة نظر الباحث فإنه يرى أنه في غياب النص القانوني الذي يجيز للمحكمة الدستورية المغربية بمناسبة الفصل في الطعن الانتخابي البرلماني المثار امامها

[1]–يسرى محمد العصار، التصدي في القضاء الدستوري، دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى، مرجع سابق،ص50.

مباشرة مكنة التصدي من تلقاء نفسها لبحث دستورية نصوص أخرى مرتبطة بالمقتضى التشريعي المطعون فيه سواء وردت ضمن نفس المقتضى او في تشريع آخر فإن ذلك لا يحول دون ممارستها رخصة التصدي، طالما أن المحكمة الدستورية تعد القاضي الطبيعي للفصل في هذا الطعن، كما انها صاحبة الولاية العامة في مجال رقابة دستورية القوانين [1]بالإضافة إلى أن المادة 03 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 جعلت من المحكمة الدستورية محكمة موضوع عند الفصل في الطعن الانتخابي وأجازت اثارة سؤال الأولوية الدستورية مباشرة أمامها بمناسبة ذلك الطعن، ففي هذه الحالة فإن المعيار المعمول به هو ان المحكمة الدستورية باعتبارها محكمة موضوع ملزمة بالتحقق من شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية المثار، ولاسيما شرط الجدية المؤسس بناء على ما توصلنا اليه في الباب الأول من هذه الأطروحة على ضوابط تتمثل في: وجود شبهة عدم الدستورية، وأن يكون النص المتصدى له مرتبطا بالمقتضى التشريعي المطعون فيه، ولازما للفصل في النزاع الموضوعي(الطعن الانتخابي)، وتبعا لذلك فإنه يتعين ان يعهد لهذه المحكمة بسلطة التصدي لاي نص يتبين لها عدم دستوريته أثناء الفصل في الطعن الانتخابي ويتعين ان تمارس المحكمة الدستورية مثل هذا الاختصاص طبقا للضوابط التالية المبينة بالتفصيل الموضح أدناه:

[2]ضوابط ممارسة المحكمة الستورية في المغرب لرخصة التصدي:

-ممارسة رخصة التصدي بمناسبة ممارسة المحكمة الدستورية لاختصاصها المتعلق بالفصل في الطعون الانتخابية، أو الفصل في سؤال الأولوية الدستورية.

-ارتباط النص المتصدى له بالنزاع المعروض على المحكمة الدستورية، اي قيام ارتباط بين النص المتصدى له والحكم التشريعي المطعون فيه، ولا يشترط ان يكون النص المتصدى له لازما للفصل في موضوع النزاع المعروض عليها، وذلك بغرض تجنب التضيق من نطاق

---

[1]-المادة 03 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 المحدد لشروط واجراءات الدفع بعدم الدستورية في المغرب.

[2]- محمد صلاح عبد البديع السيد،قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون واحكام المحكمة الدستورية العليا،ط3،دار النهضة العربية،القاهرة،2004،ص.ص212-213.

ممارسة رخصة التصدي فالاكتفاء بمجرد قيام صلة بين النصين المتصدى له والمطعون فيهيترتب عنه اتساع مباشرتها لرخصة التصدي.

-استخدام المحكمة الدستورية لرخصة التصدي،لا يعني بالضرورة أنها قررت بشكل قاطع عدم دستورية النص المتصدى له ،بل ذلك التصدي يبقى مجرد وجهة نظر مبدئية،وانه عند نظرها للنزاع سواء المتعلق بالرقابة الدستورية،او الطعن الانتخابي لا تكون ملزمة بهذه الوجهة.[1]

وبناء عليه يتبين مما سبق، أن اثارة سؤال الأولوية الدستورية على مستوى المحكمة الدستورية في المغرب مرهون بوجود طعن موضوعي، وهو طعن انتخابي برلماني ويمكنها في غياب النص القانوني أثناء ممارسة اختصاصها الموضوعي المتعلق بالطعن الانتخابي البرلماني مباشرة سلطتها كمحكمة دستورية والتصدي لشبهة عدم دستورية أحد المقتضيات التشريعية المرتبطة بالمقتضى التشريعي المطعون فيه والذي يتصل بالطعن الانتخابي المعروض عليها، وبالتالي فالمعيار المعمول به في مباشرة سلطة التصدي هو اتصال النص المتصدى له بالنزاع الموضوعي وبالمقتضى التشريعي المطعون فيه. [2]

المطلب الثاني: الالتزام بإخطار السلطات العامة في الدولة بالاتصال بسؤال الأولوية الدستورية.

لقد ألزمت المادة 8/23 من القانون العضوي رقم 2009/1523 بوجوب قيام المجلس الدستوري الفرنسي بإخطار كل من رئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ، بأمر اتصاله بسؤال الأولوية الدستورية حتى يتسنى لهؤلاء إرسال ملاحظاتهم إليه حول ذلك السؤال.

---

[1]-محمد صلاح عبد البديع السيد،قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون واحكام المحكمة الدستورية العليا،مرجع سابق،ص213.

[2]-صبري محمد السنوسي محمد،اختصاص المحكمة الدستورية كمحكمة موضوع دراسة مقارنة،ط3،دار النهضة العربية،القاهرة،2013،ص63.

وإذا كان النص التشريعي محل سؤال الأولوية الدستورية من تشريعات إقليم كاليدونيا الجديدة فإن المادة 8/23 من القانون العضوي رقم 2009/1523 يفرض على المجلس الدستوري الفرنسي أن يبلغ أمر اتصاله بسؤال الأولوية الدستورية إلى كل من رئيس حكومة كاليدونيا الجديدة (ممثل الدولة في الاقليم رئيسي مجلسي برلمان الإقليم ورئيس الكونجرس الذي يضم هذين المجلسين).

ولم يكن مشروع القانون العضوي الفرنسي الذي تقدمت به الحكومة يتضمن سوى البند الأول من الفقرة الثامنة للمادة23، إلا أن المناقشات داخل البرلمان بمجلسيه الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ أظهرت رغبة شديدة من جانب الأعضاء في إضافة البند الثاني فوافق المجلسان على ذلك.[1]

كما أن المادة 16من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية في المغرب قد نصت على أنه"تقوم المحكمة الدستورية بعد إحالة مسألة دستورية قانون إليها أو إثارته أمامها،بتبليغه فورا إلى رئيس الحكومة،ورئيس كل مجلس من مجلسي البرلمان وإلى الأطراف".

في حين نصت المادة 21 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية في الجزائر على أنه"يعلم المجلس الدستوري فورا رئيس الجمهورية عند إخطاره طبقا لأحكام المادة 188 من الدستور كما يعلم رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول الذين يمكنهم توجيه ملاحظاتهم للمجلس الدستوري حول الدفع بعدم الدستورية المعروض عليه".

وعليه فإن الهدف من قيام المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية بإخطار السلطات العامة المنصوص عليها بموجب البندين الأول والثاني من الفقرة الثامنة من المادة 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 ،والمادة 16 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 ،والمادة 21 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18، هو تمكين هذه السلطات

---

[1]–H–Portelli،تقرير لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بمجلس الشيوخ،رقم 637،مرجع سابق،ص53.

–J-L-Warsmann،تقرير لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بالجمعية الوطنية،رقم 1898،مرجع سابق،ص81.

من تقديم ملاحظاتها حول سؤال الأولوية الدستورية، ولكن الملاحظ على هذه المواد أنها حددت على سبيل الحصر السلطات العامة الأشخاص التي يجب اخطارها من طرف المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية، وبالتالي لا يجوز لأي شخص أو هيئة أخرى التدخل في الإجراءات الخاصة بسؤال الأولوية الدستورية على مستوى المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية.

ولهذا الغرض أضيفت إلى لائحة الإجراءات المتبعة أمام المجلس الدستوري الفرنسي بعض الأحكام الإجرائية اللازمة لتنفيذ الفقرة الفقرة الثامنة من المادة 23، بالإضافة الى الفقرة العاشرة من نفس المادة التي أقرت للمرة الأولى مبدأ الوجاهية وحضور المرافعات، والذي لم يكن مكرسا في إطار الرقابة السابقة على دستورية القوانين، والتي لم تكن تتطلب العلنية ولا حضور المرافعات.

ونفس الشيء مكرس في القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 الذي نصت المادة 22 منه على أنه"تكون جلسة المجلس الدستوري علنية الا في الحالات الاستثنائية المحددة في النظام المحدد لقواعد عمله"،وكذلك المادة 20 من مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 في المغرب بنصها على أن" الجلسة أمام المحكمة الدستورية علنية ما عدا في الحالات التي تقرر فيها المحكمة سرية الجلسة طبقا لنظامها الداخلي".

وعليه فقد نصت المادة الأولى من لائحة الإجراءات امام المجلس الدستوري الفرنسي على ضرورة أن يخطر المجلس أطراف سؤال الأولوية الدستورية والسلطات العامة المحددة بالفقرة الثامنة من المادة 23 من قانون المجلس بحالات اتصاله بسؤال الأولوية الدستورية، على أن يتضمن هذا الإخطار الميعاد الذي يمكنهم خلاله التقدم بملاحظاتهم ومذكراتهم كتابة بشأن ذلك السؤال، وفي مرحلة لاحقة يقوم المجلس بإبلاغ طلبات ومذكرات الأطراف حول موضوع السؤال إلى السلطات العامة، كما يبلغ الأطراف بملاحظات هذه السلطات بغرض تمكينهم جميعا من الرد بالمذكرات المتبادلة، كما يمكن للمجلس طلب عقد جلسات استماع لممثلي

السلطات العامة المعنية ولبقية الأطراف بغرض استكمال التحقيق في السؤال تمهيدا لاصدار حكمه فيه.[1]

لكن باستقراء الحل المكرس بموجب المادة 8/23 يتبين منه أن المشرع الفرنسي لم يتخلص بعد من منطق الرقابة السابقة على دستورية القوانين، بحيث تعد هذه المادة امتداد لمواد أخرى بالقانون العضوي رقم 58/1056المتعلق بالمجلس الدستوري[2]، فالمادة 18 منه تلزم المجلس الدستوري بإبلاغ رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة ورئيسي مجلسي البرلمان في إطار ما يمارسه من رقابة سابقة على دستورية القوانين عملا بالمادة 2/61 من الدستور.

المبحث الثاني:مسار الفصل في سؤال الأولوية الدستورية.

لقد نظمت الفقرات من 09 إلى 12 من المادة 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور مسار الفصل في سؤال الأولوية الدستورية أمام المجلس الدستوري الفرنسي، بالإضافة إلى نصوص أخرى موجودة بالقانون العضوي المنظم لعمل المجلس، وكذا لائحة الإجراءات المتبعة أمامه، وفي التشريع الجزائري فقد نظمها القانون العضوي رقم 16/18، أما في التشريع المغربي فقد نظمها مشروع القانون العضوي رقم 86/15 وبمقتضى تلك النصوص يتحدد موقف المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة بشأن ثلاث مسائل نستعرضها كالآتي:

-عدم قبول التنازل عن سؤال الأولوية الدستورية.

-إجراءات الفصل في سؤال الأولوية الدستورية.

-مساهمة القانون الحي في تجديد نطاق سؤال الأولوية الدستورية وتحديد ضوابطه.

المطلب الأول: عدم قبول التنازل عن سؤال الأولوية الدستورية.

[1] -M-Guillaume,le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité lpa,23/02/2010,n28,p3.

[2] -J-L-Warsmann ، تقرير لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بالجمعية الوطنية،رقم 1898،مرجع سابق ،ص80.

-H-Portelli ، تقرير لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بمجلس الشيوخ،رقم 637،مرجع سابق ،ص53.

نصت المادة 9/23 من القانون العضوي رقم 2009/1523 بأنه"لا يترتب على انقضاء الدعوى التي أثير فيها سؤال الأولوية الدستورية لأي سبب كان أية نتائج على الفصل في السؤال بواسطة المجلس الدستوري".

كما نصت المادة 23من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 على أنه "لا يؤثر انقضاء الدعوى التي تمت بمناسبتها إثارة الدفع بعدم الدستورية لأي سبب كان على الفصل في الدفع بعدم الدستورية الذي تم إخطار المجلس الدستوري به"

فباستقراء المادتين أعلاه، يتبين منهما أنها كرست مبدأ جد هام يتماشى مع طبيعة سؤال الأولوية الدستورية، مفاده أن انقضاء الدعوى الأصلية–المثار بشأنها ذلك السؤال –لا يترتب عنه التأثير على الفصل فيه من قبل المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية بل يكون ملزما باستمرار الفصل فيه مهما كانت أسباب انقضاء هذه الدعوى، وذلك استنادا إلى مبدأ عينية الدعوى الدستورية، وإلى أن سؤال الأولوية الدستورية حتى وإن كان حقا للطرف الذي أثاره في الدعوى الأصلية، إلا أن الهدف منه هو حماية أحكام الدستور في مواجهات التشريعات الأدنى منه،وهذا ما يقتضي عدم الربط بينه وبين الدعوى الأصلية وذلك بمجرد توصل المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية بملف ذلك السؤال.

بالإضافة إلى أن فكرة عدم قبول التنازل عن سؤال الأولوية الدستورية مؤسسة على مراعاة مبدأ استقلال سؤال الأولوية الدستورية على الدعوى الموضوعية المثار بمناسبتها، وبالتالي فإن انقضاء الدعوى الموضوعية سواء بالتنازل عنها أو لأي سبب آخر لا يرتب أية نتائج على مآل ذلك السؤال، كما أن التنازل عن هذه الأخيرة لا يكون له أية نتيجة على وقف الفصل فيه من قبل المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية ذبقا لما هو مكرس في التشريعين الفرنسي والجزائري طالما أنهما توصلا بقرار الاحالة.[1]

وللإشارة فإنه في النموذج الفرنسي لم تتضمن الأعمال التحضيرية لمشروع القانون العضوي رقم 2009/1523 المعروض على الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ من جانب

[1]-H-PORTELLI،تقرير رقم 637، تقرير لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بمجلس الشيوخ،رقم 637،مرجع سابق ،ص45.

الحكومة هذه الفقرة من ضمن فقرات المادة 23 منه، إلا أن السيد JEAN-Luc- warsmann رئيس لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بالجمعية الوطنية الذي اقترح الفصل بين الدعوى الأصلية المثار بشأنها سؤال الأولوية الدستورية وبين الفصل فيه من قبل المجلس الدستوري، وذلك استنادا إلى موقفه المدافع على فكرة إضفاء الصفة العينية على سؤال الأولوية الدستورية باعتباره من أهم أهداف تعديل المادة 61 من الدستور في عام 2008 للعمل بهذه الآلية [1]واستند في ذلك إلى ما سبق أن قضى به المجلس الدستوري في حكمه رقم 386-96 بشأن الرقابة السابقة على دستورية القوانين، ومفاده أنه لا يحق لأي من السلطات المختصة بتحريك الرقابة السابقة أمام المجلس الدستوري أن تطلب سحب الطلب الذي سبق وأن تقدمت به الى المجلس للفصل في مدى دستورية تشريع معين[2]

وبناء على هذه الأسانيد أضيفت الفقرة التاسعة للمادة 23 من مشروع القانون المعروض على مجلسي البرلمان، بحيث لا يترتب عن انقضاء الدعوى الأصلية التي أثير بشأنها سؤال الأولوية الدستورية أيا كان سبب الانقضاء أي أثر على الفصل فيه بواسطة المجلس الدستوري، وذلك احتراما لمبدأ عينية الدعوى الدستورية، وتأكيدا لما سبق وأرساه المجلس الدستوري فيما يتعلق بعدم جواز سحب طلب رقابة دستورية تشريع معين سبق وأن تقدمت به إحدى السلطات المختصة بتقديمه.

وعندما عرض على المجلس الدستوري مشروع القانون العضوي رقم 2009/1523 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور، أضفى بموجب حكمه رقم 595-2009 الصادر بشأن ذلك القانون، قيمة دستورية على الفقرة التاسعة من المادة 23 منه، معتبرا أن مبدأ الفصل بين الدعوى الأصلية و سؤال الأولوية الدستورية التي أثير فيها من حيث عدم تأثير انقضاء هذه الدعوى على ضرورة الاستمرار في الفصل فيه يتفق مع حكم المادة 62 من الدستور التي تمنح أحكام المجلس الحجية المطلقة في مواجهة السلطات العامة في الدولة، وفي

---

[1]-H-PORTELLI،تقرير رقم 637، تقرير لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بمجلس الشيوخ،رقم 637،مرجع سابق ،ص45.

-J-L-WARSMANN- تقرير لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بالجمعية الوطنية،رقم 1898،مرجع سابق،ص81.

-M-Guillaume,question prioritaire de constitutionnalité,dalloz,2019,pp30-31.

[2]-Con.constitut,30 décembre1996-Décision n96-386 DC,loi de finances rectificative pour 1996,journal officiel du 31 décembre 1996,p19567.

مواجهة المحاكم الإدارية والقضائية، كما أنه يتفق مع حكم الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون رقم2009/1523 التي تجعل من عدم سبق الحكم بتطابق النص محل سؤال الأولوية الدستورية مع الدستور شرطا لقبوله ومن ثم إحالته على المجلس الدستوري للفصل فيه، لأن معنى تحقق هذا الشرط أن الحكم التشريعي موضوع ذلك السؤال لم يخضع من قبل لرقابة المجلس الدستوري، وبالتالي يجدر بالمجلس بحث مدى دستوريته إعمالا للشرعية الدستورية.[1]

إلا أن المشرع المغربي حذا حذوا مغايرا لنظيره الفرنسي والجزائري، فقد نصت المادة 09 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 على أنه"إذا تنازل المدعي عن دعواه وكان مثير الدفع هو المدعى عليه،فإن المحكمة تشهد على التنازل،مع مراعاة أحكام المادة 121 من قانون المسطرة المدنية،ولا يجوز إحالة الدفع بعدم دستورية قانون إلى المحكمة الدستورية إذا تم التنازل عن الدعوى التي أثير بمناسبتها الدفع ولا يمكن التنازل عن الدفع بعدم دستورية قانون بعد صدور قرار محكمة النقض بقبول الدفع وإحالته إلى المحكمة الدستورية".

بمعنى أن المشرع المغربي أجاز التنازل عن سؤال الأولوية الدستورية قبل صدور قرار الإحالة من محكمة النقض، ولكن حسب وجهة نظر الباحث أنه لا يمكن إعمال المسطرة المدنية في جانبها المتعلق بالتنازل عن الدعوى الموضوعية على سؤال الأولوية الدستورية وهذا بحكم الطابع العيني له، وكذا اتصاله بالشرعية الدستورية، وعدم اقتصاره على حق شخصي للطاعن بل يتعلق بحق موضوعي الا وهو مدى دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه وبالنتيجة لذلك فلا يجوز التنازل عنه .

[2]كما أن المشرع المغربي أغفل تنظيم الحالة المتعلقة بالتنازل عن الدعوى الأصلية و سؤال الأولوية الدستورية من طرف مثيره، ونفس الشيء بالنسبة لتنازل الطاعن عن الطعن الانتخابي المتعلق بانتخاب أعضاء البرلمان و سؤال الأولوية الدستورية المثار مباشرة أمام

[1] -J-Roux,la question prioritaire de constitutionnalité a la lumière de la décision du conseil constitutionnel du 03 décembre2009-2010 revue du droit public 1,p233.
-M-Guillaume, question prioritaire de constitutionnalité,op cit,p31.

[2]- قرار المجلس الستوري رقم 937 المؤرخ في 2014/05/29،"المجلس الستوري،الجامع لمبائ وقواعد القضاء الستوري المربي"،مطبعة الأمنية،الرباط،بدون سنة نشر،ص26.

المحكمة الدستوورية بمناسبة الطعون الانتخابية المتعلقة بأعضاء البرلمان، ففي هذه الحالة يتعين إعمال القواعد العامة التي تراعي خصوصيات الطعن الانتخابي وأن الدعوى الدستورية تعد دعوى عينية تهدف لضمان سمو الدستور وحماية الحقوق والحريات التي يضمنها، وهذا ما ينسجم ما كرسه الاجتهاد القضائي السابق للمجلس الدستوري المغربي في إطار الرقابة الدستورية السابقة ومفاده أن"إحالة القوانين على المجلس الدستوري لا ترمي إلى تحقيق مصلحة خاصة بالجهة المحيلة للقانون،بل تهدف إلى ضمان إحترام مبدأ سمو الدستور،الذي يعد بموجب فصله السادس من المبادئ الملزمة وتبعا لذلك فإن مآل القوانين المحالة على المحكمة الدستورية للفصل في مطابقتها للدستور، من طرف الجهات المحددة في الفقرة الثالثة من الفصل 132 منه،لا يمكن التقيد فيه بالإرادة المنفردة للجهة المحيلة للقانون،الأمر الذي يتعين معه رفض الطلب..." [1]

ومن جانب الباحث فإنه يؤيد الموقف الذي كرسه المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري من حيث الفصل بين الدعوى الأصلية المثار بشأنها سؤال الأولوية الدستورية كونه هو الأقرب إلى منطق عينية الدعوى الدستورية، والأصلح لحماية أحكام الدستور، كما أنه يعد تأكيدا للحجية المطلقة للأحكام الدستورية، واحتراما لسمو أحكام الدستور التي لا يجوز لسلطة أدنى مخالفتها واستمرار النص المخالف دون الفصل فيه حتى ولو أن الدعوى الأصلية انقضت لأي سبب كان.

[1]–قرار المجلس الستوري رقم 937 المؤرخ في 2014/05/29،"المجلس الستوري،الجامع لمبائ وقواعد القضاء الستوري المربي"،مطبعة الأمنية،الرباط،بدون سنة نشر،ص26.

المطلب الثاني:إجراءات الفصل في سؤال الأولوية الدستورية.

تعتبر الأوضاع الإجرائية المتعلقة بالفصل في سؤال الأولوية الدستورية متعلقة بالنظام العام، لان المشرع قصد منها تحقيق مصلحة عامة بغرض تنظيم التداعي في ذلك السؤال بالإجراءات المحددة له.

ومنه فقد نصت المادة 10/23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور المتعلق على أنه:"يفصل المجلس الدستوري في سؤال الأولوية الدستورية خلال أجل 03أشهر من تاريخ طلب انعقاده لهذا الغرض،ويمنح الأطراف الفرصة للتقدم بملاحظاتهم حول ذلك السؤال،وتكون جلسات المجلس علنية،إلا في الحالات الاستثنائية التي تحددها اللائحة الداخلية للمجلس الدستوري".

ونصت المادة 2/195 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020 على ان المحكمة الدستورية تفصل في سؤال الأولوية الدستورية خلال أجل 04 أشهر التالية لاخطارها ويمكن تمديد هذه المدة مرة واحدة لمدة أقصاها 04 أشهر بناء على قرار مسبب من المحكمة ويبلغ الى الجهة القضائية صاحبة الاخطار، كما نصت المادة 22 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 على ان جلسات المجلس علنية كاصل عام ويتم تمكين الأطراف الممثلين من قبل محاميهم وممثل الحكومة من تقديم ملاحظاتهم بشكل وجاهي.

كما نصت المادة 21 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 على أنه"تبت المحكمة الدستورية في الدفع بعدم دستورية قانون داخل أجل 60يوما ابتداء من تاريخ إحالة الدفع إليها أو من تاريخ إثارته لأول مرة أمامها".كما نصت المادة 20 من نفس المشروع على ان الاصل في جلسات المحكمة الدستورية أنها علنية .

ومنه يتضح أنه بموجب المواد أعلاه، كرس المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية لأول مرة في تاريخ فرنسا والمغرب والجزائر نظام الوجاهية وحضور المرافعات وعلنية الجلسات، وذلك من خلال تمكين أطراف الدعوى الدستورية الناتجة عن سؤال الأولوية الدستورية من حق تقديم ملاحظاتهم ومذكراتهم بشأن ذلك السؤال إلى المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية

خلال الأجل الذي يحدده كل منهما، وهذا المبدأ لم يطبق بعد بشأن الرقابة السابقة على دستورية القوانين التي يضطلع المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية بممارستها أيضا. [1]

وسنعالج ضمن هذا المطلب كيفية فصل المجلس والمحكمة في سؤال الأولوية الدستورية وتكريسهما قواعد المحاكمة العادلة وامكانية التدخل في الدعوى الدستورية ضمن العناصر التالية:

-تلقي ملف الإحالة.

-غرفة التقيم المبدئي على مستوى المحكمة الدستورية بالمغرب.

-تقنية التفسير وأجل الفصل.

-توسيع دائرة الأطراف وإثارة مآخذ جديدة.

الفرع الأول:تلقي ملف الإحالة واحترام قواعد المحاكمة العادلة:

نتطرق ضمن هذا الفرع إلى معالجة ملف الإحالة، وتجسيد قواعد المحاكمة العادلة على النحو المبين أدناه:

أولا: تلقي ملف الإحالة.

في التشريع الفرنسي فإنه طبقا للبند الأول من المادة 23 من القانون العضوي رقم 2009/1523 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور وفي حالة قبول سؤال الأولوية الدستورية من قبل مجلس الدولة أو محكمة النقض، يتلقى المجلس الدستوري قرار الإحالة المعلل الصادر عن أحدهما مصحوبا بطلبات ومذكرات الأطراف، وبمقتضى القرار الصادر عن المجلس الدستوري رقم 2009/595 والذي بموجبه أعاد تأكيد ذات المضمون السابق الذكر بأن إعتبر"أن المجلس الدستوري غير مختص بأن يعرف عن الدعوى التي بمناسبتها طرحت سؤال الأولوية الدستورية إلا المذكرة المنفصلة والمعللة إضافة إلى المذكرات والمستنتجات الخاصة بهذا السؤال والتي يجب أن تحال عليه".

1-تحليل للنصوص القانونية المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات محل المقارنة.

أما في التشريع الجزائري فقد نصت المادة 17 من القانون العضوي رقم 16/18 على أنه"يرسل الى المجلس الدستوري القرار المسبب للمحكمة العليا أو مجلس الدولة عند إحالة الدفع إليه مرفقا بمذكرات وعرائض الأطراف".

بينما في التشريع المغربي نصت المادة 11من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 على أنه"يحال مقرر محكمة النقض إلى المحكمة الدستورية مرفقا بمذكرات ومستنتجات الأطراف كما يبلغ الى المحكمة التي أثير أمامها الدفع".[1]

مع الإشارة أن المجلس الدستوري الفرنسي يضم أسئلة الأولوية الدستورية التي تتعلق بالمقتضى التشريعي نفسه، وهو ما قام به لأول مرة في فحص مدى مطابقة المادة 7 من قانون الانتخابات للدستور وبرره طبقا للتعليل الآتي:"إن السؤالين المحالين ينصرفان إلى المقتضى التشريعي نفسه لذا فإن هناك ما يبرر ضمهما والإجابة عنهما بقرار واحد"، ونفس الشيء كرسه المشرع المغربي بنص المادة 17 مكرر من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 على أنه"يمكن للمحكمة الدستورية بصفة تلقائية أو بطلب من أحد الأطراف ضم الدفوع بعدم الدستورية المتعلقة بنفس المقتضى التشريعي أو بمقتضى مرتبط به." ولم يتضمن القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 النص على مسألة ضم أسئلة الأولوية الدستورية المتشابهة.

وبالرجوع إلى البند الأول من المادة 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 نجدها قد حددت مقتضيات إجرائية خاصة بالحالات التالية:

-في حالة رفض سؤال الأولوية الدستورية من قبل محكمة النقض أو مجلس الدولة، يتعين إحالة نسخة من القرار المعلل بالرفض الصادر عن أحدهما إلى المجلس الدستوري.

-حالة إنقضاء أجل 03أشهر دون فصل مجلس الدولة أو محكمة النقض في سؤال الأولوية الدستورية مما يترتب عنه إحالته وجوبا على المجلس الدستوري، إلا أن هذه المسألة لم تنظم وفقا لإجراءات خاصة على الرغم من الدورين المنوطين بالمجلس الدستوري في هذه الحالة

[1]-تحليل للنصوص القانونية المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات محل المقارنة.

فالأول المتمثل في التصدي بقبول أو رفض الطلب، والثاني المتمثل في دور المراقب لمدى دستورية المقتضيات المطعون فيها في إطار تصريحه بقبول سؤال الأولوية الدستورية.

وهي نفس المقتضيات التي كرستها المادة 11 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 التي أوجبت توجيه مقرر محكمة النقض المعلل برد سؤال الأولوية الدستورية فورا الى المحكمة الدستورية، وانه يترتب على تقاعس محكمة النقض الناتج عن عدم الفصل في ذلك السؤال ضمن الأجل المحدد بـ03أشهر إحالته تلقائيا على المحكمة الدستورية طبقا للمادة 12 من نفس المشروع.

وفي التشريع الجزائري أيصا كرست نفس المقتضيات بموجب المادة 20 من القانون العضوي رقم 16/18 [1]بنصها على الاحالة التلقائية للمحكمة الدستورية في حالة عدم فصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في سؤال الأولوية الدستورية ضمن الأجل المحدد، ولم يتضمن القانون 16/18 مسألة ارسال قرار رفض سؤال الأولوية الدستورية من المحكمة العليا ومجلس الدولة الى المحكمة الدستورية.[2]

وعليه وباعتبار أن قرارات رفض الإحالة تعتبر أحكام قضائية وليست أعمال ولائية للقضاء، كما أن محاكم الموضوع تخضع للمحاكم العليا التابعة لها (مجلس الدولة والمحكمة العليا) فإننا نثير التساؤل التالي:فيما تتمثل النتائج المترتبة على قرار رفض الإحالة الصادر عن المحاكم العليا بالنسبة لأسئلة الأولوية الدستورية المشابهة لسؤال الأولوية الدستورية الصادر بشأنه قرار رفض الإحالة؟، أو بمعنى آخر هل يمكن لقاضي الموضوع اعتماد تلك النتائج بصدد فحصه قبول سؤال الأولوية الدستورية مشابه لسؤال آخر صدر بشأنه قرار برفض الإحالة إلى المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية؟.

لقد أجمع الفقه الدستوري الفرنسي على أن قرارات عدم الإحالة على المجلس الدستوري لا تملك حجية مطلقة للشيء المقضي به ولا يترتب عنها اعتبار سؤال الأولوية الدستورية قد

---

[1]-أنظر القانونين العضويين رقم 2009/1523 ورقم 16/18 ومشروع القانون رقم 86/15 المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية في كل من فرنسا والجزائر والمغرب.

[2]-أنظر القانونين العضويين رقم 2009/1523 ورقم 16/18 ومشروع القانون رقم 86/15 المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية والدفع بعدم الدستورية في كل من فرنسا والجزائر والمغرب.

تم الفصل فيه، بدليل أنه في العديد من الحالات تم تسجيل تغير في موقف المحاكم العليا من رفض إحالة بعض من أسئلة الأولوية الدستورية إلى قبولها وإحالتها على المجلس الدستوري من جديد، وقد دعم ذلك الموقف بالإجتهاد القضائي لمجلس الدولة والذي أصبغ على تلك القرارات حجية نسبية للشيء المقضي به عند اجتماع ثلاث مسائل وهي:وحدة الأطراف والموضوع والسبب.

إلا أن هناك حالات استندت فيها بعض المحاكم على قرارات رفض الإحالة الصادرة عن المحاكم العليا للتصريح بعدم قبول سؤال الأولوية الدستورية المثار أمامها، من ذلك حالة عدم القبول الصادرة عن محكمة الإستئناف الإدارية Versailles والذي تضمن تعليل حكمها مايلي:"...إن مجلس الدولة اعتبر في قراريه 339854 و317086 بتاريخ 2010/07/09 أن مسألة مطابقة مقتضيات البند3 من المادة 1498من المدونة العامة للضرائب للفصل 34 من الدستور ولمبدأ المساواة في تحمل الأعباء العامة ليست جديدة ولا تقدم طابعا جديا لذا فإنه لم يحل على المجلس الدستوري سؤال الأولوية الدستورية المتعلق بهذه النقطة."

هذا التوجه المعبر عنه من خلال هذا الاجتهاد يترتب عنه إثارة التساؤل التالي:هل يمكن لقاضي الموضوع الاعتماد على قرار الرفض الصادر عن المحكمة العليا التابع لها بخصوص تعليل عدم قبول السؤال المثار أمامه؟أم أن التصريح بالرفض يؤسس على عدم توفر شروط الإحالة مجتمعة المحددة بموجب القانون العضوي؟.

ومنه فطبقا للقانون العضوي الفرنسي رقم2009/1523 فإن قاضي الموضوع لا يمكنه تعليل قراراته بعدم قبول الإحالة على مرجعية قرارات الرفض التي تبقى آثارها محدودة ومحصورة في أطراف الدعوى وقاضي الموضوع الذي أثير أمامه السؤال المعني.

-وطبقا للمادة الأولى من اللائحة الداخلية للمجلس الدستوري الفرنسي يسجل قرار الإحالة الصادر عن مجلس الدولة أو محكمة النقض في الأمانة العامة للمجلس الدستوري،على أن تقوم هذه الأخيرة بإخطار أطراف سؤال الأولوية الدستورية والسلطات العامة المحددة بموجب الفقرة الثامنة من المادة 23 من القانون العضوي رقم2009/1523 وهم: رئيس الجمهورية،

والوزير الأول، رئيس الجمعية الوطنية، ورئيس مجلس الشيوخ، ورئيس حكومة كاليدونيا الجديدة"ممثل الدولة في الاقليم"، ورئيسي برلمان الاقليم، ورئيس الكونجرس الذي يضم هذين المجلسين) بحالات اتصاله بسؤال الأولوية الدستورية وذلك تمهيدا لتقديم ملاحظاتهم بشأنه وذلك حتى ولو لم يشملهم قرار الإحالة.

كما قضى بأنه في حالة عدم حضور الطاعن أمام المجلس الدستوري،يتولى هذا الأخير اللجوء للملف المقدم أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض حسب الحالة، والذي أرسل سؤال الأولوية الدستورية إليه لتقديم ملاحظاته.[1]

وطبقا للمادة 02 من اللائحة الداخلية للمجلس الدستوري الفرنسي يجب تسجيل كل الوثائق والمستندات الواردة للمجلس لدى أمانته العامة، ونصت المادة 03 من نفس اللائحة بأنه على السلطات العامة المعنية والأطراف إمداد الأمانة العامة بالبريد الالكتروني المناسب حتى تتمكن من مراسلتهم بأي وسيلة أخرى مناسبة،وإذا حدد أي من الأطراف ممثلا عنه وجب مراسلة من يمثله.

ويقوم رئيس المجلس بتسجيل القضية بجدول أعمال المجلس،ويحدد أول جلسات نظرها،على أن يخطر السلطات العامة والأطراف المعنية بتاريخ نظر سؤال الأولوية الدستورية ويعين مقرر من بين أعضاء المجلس الدستوري وذلك طبقا للمادة 5 من نفس اللائحة.

وإذا قرر المجلس الدستوري استكمالا للتحقيق في سؤال الأولوية الدستورية تحديد جلسات استماع، تدعى السلطات العامة والأطراف المعنين للحضور ويحدد لها أجلا لتقديم ملاحظاتها، وإذا تقدم شخص ذو صلة بالنزاع بملاحظات على الموقع الالكتروني للمجلس خلال 03أسابيع من إحالة السؤال اليه، فإنه تحال جميع الملاحظات والوثائق المرفقة بها الى السلطات العامة المعنية والأطراف ومنحهم أجلا للرد.

ويضطلع رئيس المجلس طبقا للمادة 8 من نفس اللائحة بسلطة الإشراف على تنظيم الجلسات ويسهر على حسن تنظيمها ويدير المناقشات، وتبث الجلسات علنيا للجمهور بالتلفاز في نطاق المجلس الدستوري، كما يمكن للرئيس بناء على طلب أحد الأطراف أو

[1] -Cons.const.14 oct.2010,Union synd.magistrats administratifs :n2010-54 qpc :cons.const.16 mai 2012,cts L :n2012-247 qpc.

تلقائيا تقيد علنية الجلسات للصالح العام أو حماية مصالح القصر، أو حماية المصالح الخاصة للأفراد.

وحيث قضى المجلس الدستوري بأن رئيس المجلس الدستوري يقرر علنية الجلسات كمبدأ عام، ولكن يمكن أن تكون غير علنية بناء على طلب الأطراف حماية لمصلحة الأفراد مثل عدم إعلان النتائج الطبية الخاصة بالضعف العقلي الناتج عن المرض.[1]

وأثناء نظر الجلسة تتم قراءة سؤال الأولوية الدستورية والتذكير بالإجراءات التي مر بها ويدعى ممثلوا كل الأطراف والأشخاص الذين قبلت مداخلتهم لتقديم ملاحظاتهم الشفوية.

وطبقا للمادة 10 من نفس اللائحة فإن أعضاء المجلس الذين حضروا الجلسات هم وحدهم لهم الحق في حضور المداولة، وتكون هذه المداولات مغلقة دون الاخلال بأحكام المادة 58 من قانون المجلس الدستوري.

كما يجوز تقديم تعليق على المداولة أمام المجلس الدستوري، ويؤشر عليها بالإحالة لباقي الأطراف للإطلاع عليها والرد[2].

ثانيا:احترام قواعد المحاكمة العادلة.

من بين الغايات المعتمدة لإدراج سؤال الأولوية الدستورية في التعديل الدستوري الفرنسي لـ23 جويلية2008 هو الوصول إلى علاقة جديدة بين الدستور والإلتزامات القانونية للبناء الأوروبي، وذلك من خلال تكريس مبدأ سمو الوثيقة الدستورية، كما أن ذلك التعديل جعل المجلس الدستوري في مواجهة إكراه المعاير الأوربية للمحكمة العادلة وسينهي الاستثناء الذي تمتع به في علاقته مع الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان على أساس أنه كانت له وضعية خاصة قياسا بالمحاكم الأوروبية الدستورية، لأنه كان منفلتا عن مراقبة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في مدى إحترام إجراءات المادة 06من الإتفاقية الأوروبية بحكم اختصاصه فقط، وذلك بالفصل في إطار المراقبة القبلية التي تكون فيها الإحالة من

[1] -Cons.const.10 déc.2010,Alain D.et a :n2010-72/75/82 qpc.R.
[2] -Cons.const.2déc.2011,Banque populaire cote d'azur :n2011-200 qpc.

قبل السلطات السياسية ويمارس فيها فعل الرقابة خارج أي نزاع إضافة إلى كونها مراقبة موضوعية تتم خارج وجود أطراف للدعوى، وبمقتضى هذا الاختصاص الجديد أي سؤال الأولوية الدستورية أصبح مطالبا بإعمال قواعد المحاكمة العادلة في الإجراءات المتبعة أمامه بحكم أن المحكمة الأوروبية قد أكدت في قرارها Ruiz Mateos تطبيق المادة السادسة وقواعدها على المحاكم الدستورية.

إن هذا الامتداد لعمل مراقبة المحكمة الأوروبية في موضوع احترام الإجراءات القضائية لقواعد المحاكمة العادلة الى المحاكم الدستورية تم انتقاده من قبل الفقيهLouis Favoreu الذي اعتبر أن المحاكم الدستورية هي آخر معاقل سيادة الدول، فالقاضي الدستوري هو حامي الدستور، ولا يمكن أن يراقب من الخارج ،إلا في إطار دولة فيدرالية أوروبية التي لم يتم إرسائها بعد [1] ، وقد تم مقاومته من العديد من الدول دون أن يؤثر ذلك في تغير اجتهاد المحكمة الأوروبية، فمثلا في مواجهة تعليل الحكومة الألمانية التي اعتبرت "أن مهمة المحكمة الدستورية هي السهر على احترام الدستور، وليس الفصل في حقوق والتزامات ذات طابع مدني، ستذكر المحكمة الأوروبية الحكومة الألمانية بأن وجود المحكمة الدستورية كانت الغاية منه توفير ضمانة إضافية لحماية الحقوق الأساسية للمواطن المضمونة دستوريا ولذا فإنه من حيث المبدأ فإن الإجراءات التي يجب أن تتبع أمام المحكمة الدستورية يجب أن لا تنفلت عن مجال المادة6". [2]

وعليه فإن ملائمة الإجراءات مع قواعد المحاكمة العادلة المنصوص عليها بالمادة 6 أو من خلال ما أصله الإجتهاد القضائي لمحكمة الأوروبية تم استحضاره خلال صياغة قواعد سؤال الأولوية الدستورية من طرف البرلمان، وفي تفكير رئيس المجلس الدستوري وهو ما تعكسه ملامح قضائية الإجراءات التي عبر عنها القانون العضوي وكذلك النظام الداخلي للمجلس الدستوري والتي تجسدت فيما يلي:

---

[1]–محمد اتركين،دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية،الاطار القانوني والممارسة القضائية،ط1،مطعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،2013،ص.ص81 إلى 84.

[2]–محمد أتركين،مرجع سابق،ص84.

1-احترام قاعدة الإجراءات التواجهية:

حيث نصت المادة 23 من القانون العضوي رقم 20096/1523 على أنه"يشعر المجلس الدستوري المحال عليه طبقا لمقتضيات هذه المادة وبشكل فوري رئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيسي الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ الذين يسوغ لهم توجيه ملاحظاتهم إلى المجلس الدستوري حول سؤال الأولوية الدستورية الذي تمت إحالته عليهم".

وعرفت المحكمة الأوروبية في قرارها بتاريخ1993/06/06 الإجراءات التواجهية بأنها"الإمكانية المتاحة لطرف قصد معرفة الملاحظات أو الإطلاع على الوثائق المقدمة من قبل الطرف الآخر إضافة إلى حقه في مناقشتها"، وأضافت في قرار آخر لها المؤرخ في2003/02/21 بأن"ثقة المواطنين في اشتغال العدالة تتأسس من بين أسس أخرى على ضمان إمكانية التعبير بخصوص أي وثيقة موجودة في الملف."

وعندما يكون موضوع سؤال الأولوية الدستورية مقتضى من قانون كاليدونيا الجديدة فإن المجلس الدستوري يخطر أيضا رئيس حكومة كاليدونيا الجديدة،ورئيس الكونجرس ورؤساء مجالس الاقليم على النحو السابق بيانه في العنصر الأول.

وعمليا تتم هذه الإجراءات وفقا للمراحل التالية:[1]

-**إخبار الأطراف والسلطات الأربع**،وفق إشعار يتضمن تحديد التاريخ الذي يمكن من خلاله تقديم الملاحظات الكتابية، وعند الاقتضاء وثائق لتعزيزها وبغية المحافظة على المرونة وعلى القدرة على التكيف مع مختلف الوضعيات لم يحدد النظام الداخلي مدة هذا الأجل لكن من الناحية العملية حدد بـ20 يوما.

-**تبليغ الأطراف والسلطات** بنسخة من الملاحظات والوثائق المعززة لها إن وجدت، وبإمكان هؤولاء أيضا تقديم ملاحظاتهم قبل الأجل الثاني المحدد لهم، والذي عادة ما يكون أقصر من الأجل الأول وعمليا يتراوح ما بين 10 أيام و15 يوم، والملاحظات الثانية لا يمكن أن

[1]- M-Guillaume,le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité lpa,23/02/2010,n28,p4.

يكون موضوعها سوى الإجابة على الملاحظات الأولى التي تم تبليغ نسخة منها للأطراف والسلطات.

-**حدد الفصل الأول من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي**، جزاءات صارمة لعدم احترام الآجال المحددة للأطراف لتقديم ملاحظاتهم، والمتمثلة في عدم إدراجها في القضية وهو إجراء يسري على الملاحظات الأولى والثانية.

وعليه فالغاية من تكريس مبدأ الوجاهية وإن كان يستحضر هاجس مطابقة الإجراءات المطبقة أمام المجلس الدستوري للاجتهادات التي كرستها المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في الموضوع، فإنها تهدف أيضا إلى منح الفاعلين المؤسسين للقانون امكانية الدفاع أمام المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية على المقتضى التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية والذي يشكل دعامة السياسة العامة وعمل الإدارة الموضوعة تحت السلطة والمسؤولية المباشرة للحكومة وادارتها، وتجاوز وضع عدم قدرة أطراف النزاع على لعب دور المدافع الموضوعي على المقتضيات التشريعية المطعون فيها.[1]

2-علنية الجلسات:طبقا للمواد 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم2009/1523 و20 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 والمادة 22 من القانون العضوي الجزائري رقم 16/18فإن الجلسات أمام المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية تكون علنية ماعدا في الحالات الاستثنائية المحددة في النظام الداخلي للمجلس الدستوري والمحكمة الدستورية، وقد حددت الإستثناءات في التشريع الفرنسي بموجب البند 3 من المادة 08 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري على النحو الآتي:"إذا كان ذلك في مصلحة النظام العام"،"أو إذا كانت تتطلبه مصالح القاصرين أو الحياة الخاصة للأفراد" ويكون ذلك الاستثناء بموجب البند ذاته معللا ويكون إما بطلب من الأطراف أو يثيره القاضي تلقائيا.

[1]-محمد اتركين،مرجع سابق،ص89.

وفي التشريع الجزائري نصت المادة 21 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري لسنة 2019على أنه"يجوز لرئيس المجلس الدستوري تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف عقد جلسة سرية اذا كانت العلنية تمس بالنظام العام والآداب العامة." [1]

أما القانون العضوي رقم 066/13 المتعلق بالمحكمة الدستورية بالمغرب لم يحدد حالات عقد جلسات سرية كاستثناء على الأصل العام واكتفت المادة 18 منه بالنص على انه جلسات المحكمة علنية مالم يحدد قانون تنظيمي خلاف ذلك.

أما عن طريقة إدارة الجلسة فإنه يتبع بشأنها تلاوة سؤال الأولوية الدستورية والتذكير بمراحل الإجراءات، كما أن ممثلي الأطراف إن كانوا محامين بمجلس الدولة أو بالمحكمة العليا أو محامين وعند الإقتضاء الأعوان المعينون من قبل السلطات المشار إليها في الفصل الأول مدعون لتقديم ملاحظاتهم الشفوية.

3-الإستعانة بمحامي:أجاز البند 2من المادة 10 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي للأطراف الذين تم قبول ملاحظاتهم التدخل ممثلين بواسطة محامين، ولم ينص النظام الداخلي على شروط معينة بهذا الشأن بحيث يمكن أن يكون المحامي مسجلا فقط بإحدى هيئات المحامين أو أن يكون مقبولا للترافع أمام مجلس الدولة ومحكمة النقض.

أما بخصوص المساعدة القضائية التي استفاد منها المتقاضي أمام القاضي الذي أحال سؤال الأولوية الدستورية، فإنه يبقى مستفيدا منها أمام مجلس الدولة وعند الإقتضاء أمام المجلس الدستوري.[2]

4-تجريح أعضاء المجلس الدستوري:أجازت المادة 4 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي إمكانية امتناع أحد أعضاء المجلس الدستوري عن حضور الجلسة أو المطالبة من قبل كل طرف أو ممثله بتجريح أحد الأعضاء، وذلك بموجب كتاب خاص معلل مرفق بالوثائق التي تبرره،بشرط تسجليه في الأمانة العامة للمجلس الدستوري قبل التاريخ المحدد للتوصل بالملاحظات الأولى.

---

[1]-النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري لسنة 2019، ج ر ع42، مؤرخة في 2019/06/30.

[2]- محمد اتركين،مرجع سابق،ص91.

ويبلغ طلب التجريح إلى عضو المجلس المعني وفي حالة رفضه التنحي يتم الفصل في الطلب من قبل المجلس دون مشاركة العضو أو الأعضاء المعنيين بالتجريح.

وقد نصت المادة 4 على أن"مجرد مساهمة عضو من المجلس الدستوري في وضع مقتضى تشريعي الذي يشكل موضوع سؤال الأولوية الدستورية لا يعد في حد ذاته سببا للتجريح".

5-المساواة بين الأطراف:يراعى مبدأ المساواة بين الأطراف والسلطات العليا الأربع للدولة طبقا للبندين الأول والثاني من المادة الأولى من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي فعندما يحال عليه سؤال الأولوية الدستورية من طرف مجلس الدولة أو محكمة النقض فإنه يشعر الأطراف والسلطات ويمنحهم نفس الأجل لتقديم ملاحظاتهم الكتابية طبقا للبند 03من المادة الأولى، وترسل الملاحظات الأولى أيضا إلى الأطراف والسلطات الذين يملكون نفس الأجل لتقديم ملاحظاتهم الثانية والتي يجب أن ينحصر موضوعها في الإجابة على الملاحظات الأولى حسب البند 4من المادة الأولى، كما أن السلطات والأطراف مدعون لحضور الجلسة ويتمتعون بمبدأ المساواة في التعامل معهم ويجوز لهم الترافع عن مواقفهم والفرق الوحيد يكمن في أن الأطراف لها الحق في الاستعانة بمحام ينوب عنها أما السلطات بإمكانها تعين موظف لهذه الغاية.

6-تعليل قرار المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية:ان البند الأول من المادة 23 من قالانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 نص على أن"قرار المجلس الدستوري يكون معللا"، ونفس الشيء كرسه القانون العضوي الجزائري رقم 16/18 ومشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15، ومنه فإن التعليل قد يستند على نتائج التحقيق الذي يقوم به المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية، والغاية من إجراءات التحقيق التي يقوم بها كل منهما هي تقديم توضيحات بشأن تطبيق المقتضى التشريعي المطعون فيه، فقد استند المجلس الدستوري الفرنسي في عدة مناسبات على طلب معطيات إحصائية من الوزير الأول مثلا في الملف عدد14/22-2010 حول الحراسة النظرية بتقدير تغير الظروف من خلال توظيف المعطيات المتعلقة بحجم الحراسة النظرية ومعدل فتراتها وعدد ضباط الشرطة القضائية وعدد القضايا المحالة على قاضي التحقيق.

ولكن التساءل الذي يطرح ألا يتعارض المنهج المذكور اعلاه مع كون الوزير الأول طرفا في سؤال الأولوية الدستورية؟، لقد أجابMathieu Disant بأن طلب المعطيات من المصالح التابعة للوزير الأول الذي يعد مدافعا عن القانون في سؤال الأولوية الدستورية يمكن أن يكون مفاجئا، وإن كان المجلس الدستوري في حاجة إلى الخبرة في المراقبة الدستورية وإلى المعطيات الضرورية لإتخاذ قراره الذي يجب أن يستحضر آثار قراراته والمخاطر الممكن أن تنتج عنها، لكن من الضروري أن يدرج المجلس الدستوري هذه الإجراءات في إطار منطق التواجهية حين يقدم على عمل مثل هذا الإجراء، فالمجلس يوجه إلى مجموع الأطراف كما سلطات الدولة الإجابة التي توصل بها بناء على طلبه. [1]

وقد شدد رئيس المجلس الدستوري الفرنسي على ضرورة إقتران نتائج التحقيق الذي يقوم به المجلس الدستوري مع احترام اجراءات التواجهية بقوله "...خلال التحقيق لجأ المجلس الدستوري في العديد من المناسبات الى طلب معطيات إحصائية من الوزير الأول،وهو ما يظهر مثلا في سؤال الأولوية الدستورية المتعلق بالحراسة النظرية هذه العناصر استعملها المجلس الدستوري في قراره للوصول إلى تغير الظروف وحين يلجأ المجلس إلى مثل هذا الإجراء في التحقيق فإنه يرسل نتائجه إلى الأطراف وسلطات الدولة حتى تتمكن من الإجابة عليها أو توظف معطياتها لاسيما في الجلسة العامة."

الفرع الثاني:غرفة التقيم المبدئي على مستوى المحكمة الدستورية بالمغرب.[2]

لم ينص التشريع الفرنسي والجزائري على استحداث هيئة على مستوى المجلس الدستوري الفرنسي أو المحكمة الدستورية الجزائرية حسب التسمية التي اعتمدها التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020، الا انه في التشريع المغربي نصت المادة 11 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 على أن تتولى الهيئة التي يعينها الرئيس الأول لمحكمة النقض الفصل في جدية سؤال الأولوية الدستورية بمقرر معلل، إلا أن المحكمة الدستورية

---

[1]–محمد اتركين،مرجع سابق،ص.ص94–95.

[2]- قرار المحكمة الدستورية المتعلق بالبت في مطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون ،ملف عدد:024–18،قرار رقم 70/18،المؤرخ في 2018/03/06 والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 2018/03/12.

عند دراستها لمشروع القانون العضوي رقم 86/15 توصلت بموجب قرارها رقم 18/70 بشأن المواد 06 و10 و11 الى مايلي:"وحيث أن القانون العضوي المعروض على المحكمة الدستورية يكون بهذا قد أرسى نظاما للتصفية على مرحلتين اثنتين إذا أثير الدفع على مستوى محكمتي أول درجة وثاني درجة،وعلى مرحلة واحدة أذا أثير الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض،ويرمي هذا النظام إلى التحقق من توافر شروط معينة(المادة 05 والفقرة الثانية من المادة10)،ويتم في أعقاب ذلك التصريح بقبول أو عدم قبول الدفع،وفي حالة قبوله يحال على هيئة محدثة بمحكمة النقض للبت في جديته(المادة 11)،لتصدر مقررا معللا إما برد الدفع أو بإحالته إلى المحكمة الدستورية.

وحيث أن القانون التنظيمي أسند النظر في قبول سؤال الأولوية الدستورية من عدمه بما يعينه ذلك من البت فيها شكلا لمحاكم التنظيم القضائي للملكة دون المحكمة الدستورية مدعما القرار بتحصين قرارات عدم القبول(محكمتي أول وثاني درجة أو محكمة النقض) أو رد سؤال الأولوية الدستورية (محكمة النقض) من أي طعن .
وحيث أن الفصل 132 من الدستور ينص على أنه:"تمارس المحكمة الدستورية الاختصاصات المسندة اليها بفصول الدستور وبأحكام القوانين التنظيمية....) وان الفصل 133 منه ينص على أنه:"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 والحريات التي يضمنها الدستور)

وحيث أنه بمقتضى أحكام الفصلين 132 و133 من الدستور فإن الدفع بعدم الدستورية اختصاص موكول للمحكمة الدستورية أصلا بمقتضى الدستور وليس وفق القانون العضوي المتعلق به،

وحيث أن إختصاص النظر في سؤال الأولوية الدستورية الموكول للمحكمة الدستورية هو اختصاص عام يشمل النظر في أسئلة الأولوية الدستورية المحالة عليها شكلا وموضوعا وليس في الدستور ما يشرع لتجزئة هذا الاختصاص المندرج في ولايتها الشاملة، ولا أيضا ما يبرر نقله لغير الجهة المحددة له دستوريا،

وحيث أن الدستور حدد حصرا مجال القانون العضوي المعني في موضوع الشروط والإجراءات،بما تضمنته من شكليات تتعلق بإقامة الدعوى وآجالها وإجراءات الدفاع والوجاهية وطبيعة الجلسات والعلاقة بين الدعوى الأصلية والدفع الفرعي،ولم يدرج ما يتعلق بالاختصاص ضمن المواضيع الموكول التشريع بمقتضاه،.....وأن الحسم في الطبيعة التشريعية للمقتضى القانوني المعني وتحديد قائمة الحقوق والحريات المضمونة دستوريا يعد من الاختصاصات التي تنفرد المحكمة الدستورية بممارستها، [1]

ومن جهة أخرى فإن تقدير الجدية الموكول للهيئة المحدثة بمحكمة النقض،يحولها إلى مراقب سلبي للدستورية،بالنظر لصعوبة تحديد العناصر المشكلة للجدية وارتباط تقديرها بالموضوع وليس بالشكل،

وحيث أن نظام التصفية يؤدي إلى عدم مركزة الرقابة الرقابة الدستورية وانتقاص استئثار المحكمة الدستورية بصلاحية الرقابة البعدية للدستور،وحرمانها من ممارسة اختصاصها كاملا عبر دفعها لمباشرة النظر في موضوع الدفوع المقبولة دون رقابة شكلية عليها،....

وحيث أن التوفيق بين الحق في إثارة الدفع بمناسبة قضية معروضة على محكمة ما واختصاص المحكمة الدستورية بالبت شكلا وموضوعا في الدفوع الدستورية المحالة عليها وبين متطلبات النجاعة القضائية وحسن سير العدالة وسرعة البت في الدفوع وإصدار قرارات بشأنها داخل أجل معقول،يقتضي من المشرع حصر نطاق الشروط التي يتحقق القاضي من استيفائها بمناسبة إثارة الدفع في تلك التي لا تشكل عناصر تقدير أولي للدستورية،وفي إحداث آلية كفيلة بإرساء نظام التصفية بالمحكمة الدستورية،يحدد قانون تنظيمي تركيبتها وضوابط عملها،وتأسيسا على ذلك فإن المواد 06 و10 و11 غير مطابقة للدستور." [2]

---

[1]–قرار المحكمة الدستورية المتعلق بالبت في مطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون ،ملف عدد:024–18،قرار رقم 70/18،المؤرخ في 2018/03/06 والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 2018/03/12.

[2]–قرار المحكمة الدستورية المتعلق بالبت في مطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون ،ملف عدد:024–18،قرار رقم 70/18،المؤرخ في 2018/03/06 والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 2018/03/12.

وسبق لنا شرح بعض تصورات هذا القرار وما يهمنا هو المسألة المتعلقة باستحداث غرفة التصفية بالمحكمة الدستورية، ويتعين تحليل هذه القرار على النحو التالي:

-قراءة في القرار الصادر عن المحكمة الدستورية رقم 70/18 ومذكرة المجلس الوطني لحقوق الإنسان:

إن المجلس الوطني لحقوق الإنسان بالمغرب اقترح اتباع منهجين بخصوص نظام التقيم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية يتمثلان في مايلي:

*الإحالة المباشرة إلى المحكمة الدستورية، وذلك عن طريق إنشاء لجنة على مستوى تلك المحكمة يترأسها عضو من أعضاء المحكمة ويعين من طرف رئيسها تضطلع بدور تقييم ودراسة قبول سؤال الأولوية الدستورية ضمن ميعاد محدد بـ10 أيام تسري من تاريخ توصلها بقرار الإحالة ويخضع قبول سؤال الأولوية الدستورية على توفر 03 ضوابط تتمثل في مايلي:

-أن المقتضى التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية المثار سيطبق على النزاع أو على مسطرته.

-عدم سبق الفصل في موضوع مطابقته للدستور بقرار من المحكمة الدستورية ما عدا في حالة تغير الظروف.

-عندما يكون سؤال الأولوية الدستورية مستجدا وذا أساس. [1]

*اعتماد نظام إزدواجية التقيم المبدئي، فالأول يخصص لفحص شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية فعلى اثر اثارة ذلك السؤال على مستوى الجهات القضائية تتولى المحكمة المعنية بالأمر التحقق من استيفاء شروط قبوله، ومتى تأكدت من ذلك تقوم بإصدار قرار بالإحالة على محكمة النقض حسب طبيعة الدعوى، ولا يجوز أن يكون الحكم الصادر عنها محل طعن، ويترتب عنه وقف الفصل في الدعوى الأصلية إلا في حالات استثنائية، وأيضا لا

[1]-مذكرة المجلس الوطني لحقوق الانسان بالمغرب،بشأن القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية،مارس 2013منشورة بموقع الانترنت.

يجوز الطعن في قرار رفض الإحالة إلا بمناسبة الطعن في الحكم الفاصل في موضوع الدعوى الأصلية، وبعد توصل محكمة النقض بملف الإحالة فإنه يتعين عليها الفصل فيه ضمن أجل شهر من تاريخ توصلها بالإحالة، وبموجبه تقرر بمقتضى قرار إحالة سؤال الأولوية الدستورية على المحكمة الدستورية من عدمه، مع وجوب توجيه نسخة للمحكمة الدستورية من قرار محكمة النقض القاضي بعدم الإحالة. [1]

*موقف المحكمة الدستورية من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 :

إن المحكمة الدستورية توصلت بموجب قرارها رقم 80/17 المؤرخ في 2018/03/06 ملف عدد 024/18 المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 2018/03/12 إلى ان تخويل الهيئة المستحدثة على مستوى محكمة النقض صلاحية تقدير جدية سؤال الأولوية الدستورية من شأنه ان يحولها الى مراقب سلبي للدستورية، وذلك بسبب صعوبة تحديد العناصر المشكلة للجدية وارتباط تقديرها بالجدية وليس بالشكل، كما ان نظام التقيم المبدئي الذي تبناه مشروع القانون العضوي رقم 86/15 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية يترتب عنه عدم مركزة الرقابة الدستورية وانتقاص استئثار المحكمة الدستورية بصلاحية مباشرة الرقابة الدستورية اللاحقة، وحرمانها من مباشرة اختصاصها كاملا من خلال اجبارها على الفصل في موضوع سؤال الأولوية الدستورية المقبول دون رقابة شكلية على استيفاء شروطه.

وبالتالي فإن اختصاص المحكمة الدستورية بشأن سؤال الأولوية الدستورية هو اختصاص عام يقتضي الفصل فيها شكلا وموضوعا، ولا يوجد في الدستور ما يجيز تجزئة هذا الاختصاص الذي يندرج ضمن ولايتها كما لا يوجد ما يبرر نقله الى جهة اخرى، وطبقا لذلك فإن اختصاص محكمة النقض ينحصر فقط في: فحص الشروط الشكلية لسؤال الأولوية الدستورية من حيث الصفة والمصلحة و عريضة تقديمه واتصاله بالدعوى الأصلية واداء الرسم القضائي، اي العناصر التي لا يترتب عليها اي تقدير اولي للدستورية.

[1]–عبد السلام زوير،الدفع بعدم الدستورية في التشريع المغربي دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،جامعة مولاي اسماعيل،المغرب،2020–2021،ص.91.

–وبخصوص احداث الية كفيلة بنظام التقيم المبدئي على مستوى المحكمة الدستورية:

فالمحكمة الدستورية عملت على إلزام المشرع لإرساء نظام للتقيم المبدئي من خلال إحداث جهة مختصة بذلك على مستواها، وهذا يندرج ضمن تخوفها من أن تمارس محكمة النقض بصفة خاصة عرقلة للإحالة، أو تضطلع برقابة سلبية للدستورية، بمعنى أن كل سؤال الأولوية الدستورية رفضته محكمة النقض يعد تعبيرا على أن الحكم التشريعي مطابق للدستور .

وبالنسبة للمادة 5 المتعلقة بشروط قبول سؤال الأولوية الدستورية فقد توصلت المحكمة الدستورية الى عدم مطابقتها للدستور .[1]

–أما بشأن تحديد نطاق سؤال الأولوية الدستورية وإعتماد نظرية تغير الظروف:

فقد أرست المحكمة الدستورية بموجب قراراها محل الدراسة مبدأ هام يتعلق بسؤال الأولوية الدستورية وبينت أن صيغة الفصل 133 من التعديل الدستوري لعام 2011 وردت عامة ولم تبين الجهة القضائية التي يمكن أن يثار على مستواها ذلك السؤال، وهذا ما يستشف منه إمكانية إثارته أمام مختلف محاكم المملكة على اختلاف درجاتها، وأيضا أمام المحكمة الدستورية في الاختصاص المخول لها في شكل قضية، أي عند الفصل في المنازعات المتعلقة بالطعون الإنتخابية لأعضاء البرلمان.

[2]وبالتالي فالمحكمة الدستورية أرست فكرة أن القانون المنظم لعمل مجلسي البرلمان رغم خضوعه للرقابة القبلية أي رقابة المطابقة مع الدستور قبل إصداره، إلا أنه يمكن أن يكون محلا لإثارة سؤال الأولوية الدستورية وذلك بمناسبة تغير ظروف القانون أو الواقع –ضرورة ادارج مقتضيات تخول الطاعن من الاستفادة من دفعه:

---

[1]–قرار المحكمة الدستورية بالمغرب رقم70/18،المؤرخ في 2018/03/06،ملف عدد 024/18،المتعلق بفصلها في رقابة دستورية مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون.

[2]- قرار المحكمة الدستورية بالمغرب رقم70/18،المؤرخ في 2018/03/06،ملف عدد 024/18،المتعلق بفصلها في رقابة دستورية مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون.

ففي إطار حماية الحقوق والحريات واعتبارات التصريح للمحكمة الدستورية، بأن الإستثناءات المقررة بموجب القانون العضوي رقم 86/15 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية والتي تجيز للمحكمة المثار أمهامها سؤال الأولوية الدستورية في هذه الحالات الاستثنائية من مواصلة الفصل في الدعوى الأصلية دون الإلتزام بانتظار مآل الفصل فيه، وبالتالي يصدر حكم المحكمة في الدعوى الأصلية ثم يصدر قرار المحكمة الدستورية الفاصل في سؤال الأولوية الدستورية بعدم الدستورية، ويتضمن هذا القرار القضاء بعدم دستورية الحكم التشريعي المستند عليه عند الفصل في الدعوى الأصلية، مما يترتب عنه أن مثير سؤال الأولوية الدستورية لم يستفد من إثارته لذلك السؤال على أساس أنه صدر الحكم استنادا لنفس الحكم التشريعي الذي أثار مسألة عدم دستوريته وصدر قرار بأنه غير دستوري، وتبعا لذلك إعتبرت المحكمة الدستورية أن"... حجية قرارات المحكمة الدستورية الملزمة طبقا للفصل 134 من الدستور،تقتضي من المشرع أن يدرج ضمن الإجراءات المتعلقة بمسطرة الدفع بعدم الدستورية أحكاما تخول للمتقاضين تقديم دعوى جديدة تسمح بترتيب آثار قرار المحكمة الدستورية في الموضوع،في حال مواصلة المحكمة نظرها في الدعوى الأصلية وصدور قرار من المحكمة الدستورية بعدم الدستورية..."وهو نف الموقف الذي تبناه المجلس الدستوري الفرنسي بمناسبة مراقبته لمدى دستورية القانون التنظيمي المتعلق بتطبيق المادة 1/61 من الدستور بشأن المسألة الدستورية ذات الأولية،إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي أبدى فقط تحفظا بخصوص الموضوع على عكس المحكمة الدستورية بالمغرب التي ألزمت تنظيم المسألة في القانون التنظيمي . [1]

موقف الباحث من قرار المحكمة الدستورية:

من وجهة نظر الباحث: يتبين أن الأسباب التي أسست عليها عدم المطابقة لهذه المادة، تتعلق بتخوفات غير مؤسسة قانونا، لان الغاية من اعمال الفصل 133 من التعديل الدستوري لعام 2011 بشأن سؤال الأولوية الدستورية تهدف الى توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والاداري، والقضاء الدستوري فيما يتعلق باجراءات قبول ذلك السؤال، وهذا

[1]–قرار المحكمة الدستورية بالمغرب رقم70/18،المؤرخ في 2018/03/06،ملف عدد 024/18،المتعلق بفصلها في رقابة دستورية مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون.

بحكم الخبرة التي يحوزها قضاة هذه الجهات القضائية، وبالتالي من وجهة نظرنا فإن الأمر لا يتعلق بالاعتداء على اختصاص حصري للمحكمة الدستورية المتعلق بالفصل في مدى دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه، لان قضاة محاكم الموضوع ومحكمة النقض مكلفين فقط ببحث شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية دون الفصل في دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه، وبتمحص هذه الشروط فهي تتعلق بشرط شكلي مرتبط بعريضة تقديم السؤال وشروط موضوعية تتعلق ببيان الحكم التشريعي، وعدم سبق الفصل في دستوريته، وأن لا يخلو من طابع الجدية، وأظن أن هذه الشروط بإمكان القضاة التابعين لمحاكم الموضوع ومحكمة النقض تمحيصها والتحقق من استيفائها،لانها ليست بعيدة عن العمل القضائي لهم القائم على التحقق من شروط قبول الدعوى القضائية والنص المراد تطبيقه عليها وكذا التأكد من جدية الدفوع الشكلية أو الموضوعية التي تثار بهذا الصدد، الا عنصر وحيد قد يكون مستحدثا عن العمل القضائي وهو الطابع الجدي لسؤال الأولوية الدستورية، هذا الأخير لم يحدد بضوابط ومعايير حتى يستطيع القاضي استخلاصه بناء عليها، اذن من وجة نظر الباحث، أن الأمر لا يتعلق من هذه الزاوية بالخشية من الاعتداء على اختصاص القاضي الدستوري، بل يمكن تفنيد هذا التخوف من خلال تدخل المشرع بوضعه معايير وضوابط يتقيد بها قضاة الموضوع ومحكمة النقض عند بحث عنصر الجدية على النحو الذي بيناه في هذه الدراسة، وبالتالي بوجود هذه الضوابط والمعايير يكون القاضي على بينة مسبقا بالدور المنوط به، ويسهل عليه استخلاص عنصر الجدية بما لا يدع مجالا للتذرع من تحوله الى قاضي أولي لرقابة الدستورية، هذا من جانب، ومن جانب آخر وكضمانة لحماية الاختصاص الحصري للقاضي الدستوري كقاضي رقابة على دستورية القوانين، فإننا نرى من الضروري استحداث لجنة على مستوى المحكمة الدستورية تختص بالفصل في قرارات رفض الاحالة الصادرة عن المحكمة العليا في التشريعات محل المقارنة، هذا اذا ابقي على نظام ازدواحية التقيم المبدئي، أما في حالة تبني نظام أحادية التقيم المبدئي على مستوى محاكم الموضوع فإن قرارات رفضها الاحالة تكون أيضا قابلة للطعن امام هذه اللجنة، وما يؤيد وجهة نظرنا ان المادة 11 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية نصت على توجيه قرار رد سؤال الأولوية الدستورية الى المحكمة الدستورية وهذا ما يعد ضمانة لحماية اختصاصها بالرقابة على قرار رفض الاحالة، مما يتيح لها

التدخل لرقابة مدى استيفاء سؤال الأولوية الدستورية لشروط قبوله، وهنا لا يمكن اعتبار المحكمة الدستورية جهة رقابة على محاكم الموضوع أو محكمة النقض لان هذه المحكمة الدستورية تبقى هي الجهة الأعلى فيما يتعلق برقابة دستورية القوانين، وبالتالي لا مجال لاعمال فكرة حجية الشيء المقضي فيه للقرار الصادر عن محكمة النقض، لان هذه الحجية لا تكون الا للقرار الفاصل في موضوع سؤال الأولوية الدستورية والذي تنفرد المحكمة الدستورية باصداره.

وبالنسبة لتمسك المحكمة الدستورية باختصاصها ببحث شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية، فإننا نرى انه يجانب الصواب على أساس ان التفرد بدراسة هذه الشروط يترتب عنه اثقال دورها الرقابي وهي ملزمة بالفصل في موضوع ذلك السؤال ولا حاجة لاعادة التحقق من توفر شروط قبوله التي تم بحثها من طرف المحاكم التي اثير امامها سؤال الأولوية الدستورية، ومنه فإن مثل هذا الرأي للمحكمة الدستورية يندرج ضمن فكرة التزيد على مسألة غير منتجة للفصل في ذلك السؤال، وبالتالي من الأفضل ان تدرس هذه الشروط من قبل المحاكم المثارة على مستواها سؤال الأولوية الدستورية للاسباب التي بيناها سابقا مع استخلاص معاير وضوابط استخلاص عنصر الجدية من قبل محاكم الموضوع .

ومن جانب آخر يبدو ان المحكمة الدستورية ترغب في تحقيق مبدأ الشمولية بشأن سؤال الأولوية الدستورية بحيث تنفرد بدراسة شروط قبوله وكذا الفصل في موضوعه، ولكن من وجهة نظر الباحث أن خصوصية سؤال الأولوية الدستورية لا تقتضي اعمال مبدأ الشمولية بشأنه على مستوى المحكمة الدستورية التي يتعين عليها التفرغ للفصل في الجانب المتعلق بمدى دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه، واظن ان المحاكم على اختلاف درجاتها لها من الخبرة القضائية ما يؤهلها لبحث شروط قبول ذلك السؤال.

أما بالنسبة لنظام التقيم المبدئي وحسب راي الباحث، فإنه يؤيد ما انتهت اليه المحكمة الدستورية بالمغرب بخصوص تصوراتها بشأن نظام التقيم المبدئي، لانه حسب رأي الباحث انه لا فائدة من تكريس نظام ازدواجية التقيم المبدئي على مستوى جهتين قضائتين تنتميان الى القضاء العادي أو الاداري والأفضل اتباع أحد التصورات التالية فسما يخص التجريو المغربية نفصلها على النحو المبين أدناه:

*إما ان تكون هناك درجة واحدة لتقيم سؤال الأولوية الدستورية تسند الى اختصاص محاكم الموضوع (سواء كانت محاكم درجة أولى أو درجة ثانية أو مجلس الدولة و المحكمة العليا)،وهذا يقتضي تحديد المعايير التي تقيدها في استخلاص عنصر الجدية بما لا يجعلها تتجاوز اختصاص الفصل في سؤال الأولوية الدستورية الذي يبقى اختصاصا أصيلا للمحكمة الدستورية، وبالنتيجة لذلك تتم الاحالة المباشرة من هذه المحاكم على المحكمة الدستورية بشأن سؤال الأولوية الدستورية المقبولة.

*الابقاء على نظام ازدواجية التقيم المبدئي، ولكن توزيعه بين محاكم الموضوع المبينة سابقا والمحكمة الدستورية والمجلس الدستوري، وهذا الخيار يقتضي انشاء لجنة فحص سؤال الأولوية الدستورية على مستوى المحكمة الدستورية وتختص هاته اللجنة بتلقي قرارات الاحالة بغرض اعادة التحقق من جانب واحد وهو مدى جدية سؤال الأولوية الدستورية وكذا اختصاصها بنظر الطعون في قرارات رفض الاحالة.

كخلاصة لرأينا بشأن نظام التقيم المبدئي،في التشريعات موضوع المقارنة،نؤكد أن الابقاء على نظام ازدواجية التقيم المبدئي الموزع على جهات قضائية تنتمي الى نفس الجهة سواء كانت قضاء عادي أو اداري،لا يحقق أي جدوى بشأن سؤال الأولوية الدستورية لاننا بينا في هذه الدراسة أوجه التشابه والاختلاف بشان هذا النظام على مستوى محاكم الدرجة الأولى للتقيم، ومحاكم الدرجة الثانية لها وخلصنا الى وجود فروقات بسيطة جدا.

لذا من هذا الجانب نحبذ العمل بنظام أحادية التقيم المبدئي الذي يكون على مستوى محاكم الموضوع بصرف النظر عن درجاتها، لانه هو الأكثر تحقيقا لسرعة التقاضي والفصل ضمن مواعيد معقولة مع وجوبية تحديد المعايير والضوابط التي تعتمدها تلك المحاكم لاجراء التقيم الأولي لاستخلاص عنصر الجدية على نحو لا تعتدي فيه على صلاحية القاضي الدستوري المختص بالفصل في موضوع سؤال الأولوية الدستورية على النحو الذي بيناه في هذه الدراسة بشأن تلك المعايير عند معالجتنا لعنصر الجدية، ثم تتولى هذه المحاكم الاحالة المباشرة على لجنة مستحدثة على مستوى المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري تسمى لجنة فحص جدية سؤال الأولوية الدستورية يناط بها اختصاص اعادة التحقق من مدى اعمال هذه المحاكم للمعايير والضوابط بشأن استخلاصها عنصر الجدية، ولانه شرط

مستحدث على الاختصاص القضائي للمحاكم وفيه جانب دستوري اذا لم يضبط بدقة قد يؤدي الى تحول هذه المحاكم الى قاضي أولي للرقابة الدستورية، و كذا تختص ايضا بالفصل في الطعون المتعلقة بقرارات رفض الاحالة وفي حال تأيد ما توصلت اليه محكمة الموضوع تشكل اللجنة الملف الخاص بسؤال الأولوية الدستورية وتتخذ الاجراءات المتعلقة بالفصل فيه، وبالتالي يكون هناك مزج بين خبرة كل من القضاة العادين والقضاة الدستورين في دراسة التقييم الاولي لسؤال الأولوية الدستورية.

الفرع الثالث: تقنية التفسير وأجل الفصل.

يقتضي هذا الفرع تفصيل مدلول تقنية التفسير وأنواعه،ثم التطرق الى أجال الفصل في سؤال الأولوية الدستورية على النحو المبين أدناه:

أولا: تقنية التفسير.

وفي هذا الإطار فإن القاضي الدستوري ملزم بإعمال آلية التفسير بنوعيه وهما:التفسير الداخلي والتفسير الخارجي ونشرحهما كالآتي:

1-التفسير الداخلي:وهو التفسير الذي يعتمد على ما يضمنه النص محل التفسير،وينقسم إلى نوعين: التفسير اللفظي،والتفسير المنطقي.

-التفسير اللفظي:معناه استخلاص معاني النصوص الدستورية من دلالة ألفاظها وتركيبتها من الناحيتين اللغوية والإصطلاحية،مما يستوجب الاعتماد على ألفاظ النص في اللغة،وفي حالة ما إذا وجد له معنا إصطلاحيا، فيتعين فهمه بهذا المعنى على أساس أن المشرع عندما يستخدم ألفاظ معينة فإنه يستخدمها في معناها الإصطلاحي وليس في معناها اللغوي. [1]

ويتعين على القاضي الدستوري في استخلاصه معنى النص الدستوري محل التفسير استخلاصه من مجموع عبارات النص ككل، وفي حالة وجود لفظ له معنيان لغوي وآخر اصطلاحي،تعين فهمه حسب المعنى الأصلي.

[1]-خالد فتحي محمد أبو زيد،دور القاضي الدستوري في النظام القانوني في الدولة دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة المنصورة،مصر،2020،ص188.

-التفسير المنطقي:يؤسس هذا التفسير على استخلاص المعنى من روح النص ومضمونه،ويتم استعمال القياس والاستنتاج من باب أولى، والاستنتاج بمفهوم المخالفة وتقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد من بعضها (تنسيق النصوص) للوصول إلى هذا الاستخلاص . [1]

2-التفسير الخارجي:وهو التفسير الذي يعتمد على عناصر خارجية عن النص محل التفسير وتشمل مايلي: حكمة التشريع، والأعمال التحضيرية والمصادر التاريخية ونعالجها كالآتي:

-حكمة التشريع:ينصرف معناها إلى الغاية التي يقصد المشرع تحقيقها من وضع النص،وهي عبارة عن المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي يستهدفها من وراء النص. [2]

-الأعمال التحضيرية:يقصد بها مجموعة المناقشات والتقارير، والمستندات التي صاحبت إعداد النص فهي بذلك توضح المعنى الذي قصده المشرع أو المؤسس الدستوري.

-المصادر التاريخية:يقصد بها المصادر التي استقى منها المشرع النص محل التفسير.[3]

وفي هذا السياق يتولى القاضي الدستوري إعمال ثلاث تقنيات في التفسير نذكرها كالأتي:

التفسير المتكامل للنص،التفسير المعاصر للنص،تفسير النص الدستوري الخاص بالحقوق والحريات وفقا للإعلان العالمي لحقوق الإنسان ونوضحها كما هو مبين أدناه:

-التفسير المتكامل للنص الدستوري:ومفادها الاعتماد في تفسير النصوص الدستورية بالنظر إليها كوحدة واحدة متكاملة، فلا يجوز تفسير بعضها بمعزل عن البعض الآخر، بل يجب أن يكون التفسير لها مستندا إلى مجملها، وبالتالي يتم خلق نوع من الاتزان بين كل

---

[1]-جورجي شفيق ساري،إختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير،دار النهضة العربية،القاهرة،1995،ص74.

[2]-خالد فتحي محمد أبو زيد،مرجع سابق،ص193.

[3]-جورجي شفيق ساري،مرجع سابق،ص.ص77-78.

أجزائها،وذلك على ضوء المقاصد التي ابتغاها الدستور لها، ويفهم من ذلك أن تفسير النصوص الدستورية لا ينحصر عند حد النص الدستوري المدعى مخالفته من طرف الحكم التشريعي، بل يمتد إلى النصوص الدستورية كلها على ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها بغرض التوصل إلى تطابق الحكم التشريعي مع الدستور من عدمه. [1]

وباستطلاع قرارات المجلس الدستوري الفرنسي يتبين أنه اعتمد على هذه التقنية بموجب قراره رقم 73-80 المؤرخ في 1973/11/28 وبموجبه توصل إلى تفسير المادة 34 من دستور 1958 طبقا لما تضمنته المادة 66 من نفس الدستور، فالمادة 34 تنص على القواعد المتعلقة بتحديد الجنايات والجنح والعقوبات المقررة لها، وبمفهوم المخالفة فإن تحديد المخالفات والعقوبات المقررة لها من اختصاص السلطة التنظيمية وطالما أن المادة 66 من الدستورلا تجيز الحبس الا في الحالات الواردة في القانون، فمعنى ذلك أن تحديد العقوبة السالبة للحريةلا يكون إلا بموجب قانون، ومنه لا يجوز للسلطة التنظيمية تحديد المخالفات والعقوبات المقررة لها لعدم تضمنها أية إجراءات سالبة للحرية.

-**التفسير** المعاصر للنص الدستوري:وتعتمد هذه التقنية على منح النص الدستوري، تفسيرا صحيحا له وإحياء معانيه على ضوء المعطيات السياسية والاجتماعية حال تطبيقه. [2]

وفي هذا السياق استخلص المجلس الدستوري الفرنسي بعض المبادئ في ضوء التفسير المعاصر للنص الدستوري،واصطلح عليها بالمبائ الضرورية لعصرنا. [3]

وهذا ما يعبر عنه بالدور الإنشائي للقاضي الدستوري الفرنسي عن طريق إنشاء مبادئ دستورية سواء باستعماله التفسيرات التي يمنحها للنص الدستوري، أو الاعتراف بالنصوص الجوهرية للقانون الدستوري المعاصر، وعلى وجه التحديد إعلان حقوق الإنسان والمواطن ومقدمة دستور 1946، كما أنه يعتمد على التفسير الواسع للنص ويمنحه عدة تفسيرات إما أن تكون إنشائية أو بناءة أو موجهة وسيرد معالجتها بالشرح المفصل في هذه الأطروحة عند التطرق لتقنيات تعامل القاضي الدستوري مع قرار عدم الدستورية.

---

[1]-رمزي طه الشاعر،النظرية العامة للقانون الدستوري،دار النهضة العربية،القاهرة،1983 ،ص498.

[2]-خالد فتحي محمد أبو زيد،مرجع سابق،ص.ص201-202.

[3] -Lavroff (D.G),le droit constitutionnel de la vie république,3 ed,dalloz,1999,p202.

-تفسير النصوص الدستورية الخاصة بالحقوق والحريات طبقا للإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

سبق الإشارة إلى أن المجلس الدستوري الفرنسي استقر على أن الكتلة الدستورية للحقوق والحريات تتضمن بالإضافة إلى نصوص الدستور جملة من القواعد والمبادئ الواردة في ديباجة دستور 1946 وإعلان حقوق الإنسان والمواطن ... وهي المبادئ السياسية المعترف بها من قبل قوانين الجمهورية والمبادئ العامة لقانون والمبادئ اللازمة لسايرة روح العصر. [1]

ثانيا:أجل الفصل.

طبقا للمادة 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 يفصل المجلس الدستوري في سؤال الأولوية الدستورية ضمن أجل 03أشهر،ويقتصر دوره بشأنه على التحقق من عدم سبق اصداره قرار بشأن دستورية المقتضى التشريعي موضوع السؤال ولا ينظر من جديد في المقتضى ذاته إلا في حالة تغير ظروف القانون أو الواقع.

وبخصوص مسألة تجاوز المجلس الدستوري الفصل ضمن أجل 03أشهر،أجاب Bernard hémery بأن أجل 03أشهر لم يقترن بأي عقوبة، مما يسمح عند الاقتضاء للمجلس الدستوري ولأسباب مبررة من تجاوزه.[2]

وفي التشريع المغربي نصت المادة 21 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 على أن الفصل في الدفع من قبل المحكمة الدستورية يكون ضمن أجل شهرين من تاريخ إحالة الدفع عليها أو إثارته لأول مرة أمامها.

أما في التشريع الجزائري تفصل المحكمة الدستورية في سؤال الأولوية الدستورية ضمن أجل 04 أشهر التي تلي اخطارها وهذا الأجل قابل للتمديد لمرة واحدة بنفس المدة بموجب

---

[1]-خالد فتحي محمد أبو زيد،مرجع سابق،ص208.

[2]-محمد اتركين،مرجع سابق،ص96.

قرار مسبب من المحكمة ويبلغ الى الجهة القضائية صاحبة الاخطار طبقا للمادة 2/195 من التعديل الدستوري لعام 2020.

والملاحظ أن هذه الآجال تعد ذات طابع تنظيمي ولا يترتب على مخالفتها أي جزاء لان النصوص القانونية المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة لم ترتب أي جزاء على تجاوز المدة المحددة للفصل فيه من قبل المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية.

الفرع الرابع:توسيع دائرة الأطراف وإثارة مآخذ جديدة.

مراعاة للطبيعة الخاصة للرقابة الدستورية البعدية أجازت المادة 06 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي،التدخل في الدعوى الدستورية بشرط أن يبرر هذا الأخير بوجود مصلحة خاصة، وأن يتم التدخل خلال أجل 03أسابيع تسري من تاريخ إحالة سؤال الأولوية الدستورية على المجلس الدستوري. [1]

وقد جسد هذا التوجه لأول مرة بمناسبة قرار المجلس الدستوري رقم 42-2010 المؤرخ في 2010/10/07 حيث تقدمت نقابة CGE-CFE،بمذكرة للتدخل،ولم تكن طرفا في الدعوى الأصلية،وبررت تدخلها بأن الدعوى الأصلية تهتم بإعادة النظر في المزايا التي كانت تستفيد منها باعتبارها نقابة فرعية،وهو ما جعل المجلس الدستوري يقر بتوفرها على مصلحة خاصة للتدخل.

[2]وتتمثل المعاير الموظفة من قبل المجلس الدستوري لتقدير شرط المصلحة الخاصة فيما يلي:

-وجود مسألة مشابهة:وهي الفرضية القائمة على تقديم الغير طالب التدخل بشأن سؤال الأولوية الدستورية أمام محكمة الموضوع أو أمام المحاكم العليا، بشرط أن يكون مشابها للسؤال المحال على المجلس الدستوري، وهو المعيار الذي طبقه المجلس الدستوري في

---

[1]-عبد العزيز النويضي،المحكمة الدستورية ومسألة الدفع بعدم دستورية القوانين،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2019،ص190.

[2]-محمد اتركين،مرجع سابق،ص.ص97 و98.

قراراته رقم 109-2011 المؤرخ في 2011/03/25 و142/145-2011المؤرخ في 2011/06/30.

-وجود مصلحة خاصة تتعلق بالمحافظة على المقتضى المطعون فيه:وهي الحالة التي يكون فيها طالب التدخل أحد الأشخاص الذين يطبق عليهم القانون،وهو ما يقدم بشكل واضح مصلحة مباشرة في المحافظة على المقتضى التشريعي المطعون فيه،وهو المعيار الذي طبقه المجلس الدستوري على الرياضية للألعاب،في الملف رقم 55-2010،المؤرخ في 2010/10/18،حيث أثار الطاعنون احتكار هذه المؤسسة لاستغلال العاب الحظ لفائدتها.

-وجود مصلحة خاصة إما للمحافظة على المقتضى المطعون فيه أو إلغائه.

-حيث أن المتدخل يقدم مصلحة خاصة،غالبا ما تكون ذات بعد وطني إما للمحافظة أو لإلغاء المقتضى التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية.

وعلى إثر تعديل النظام الداخلي للمجلس الدستوري بتاريخ 2011/06/21،أصبح بإمكان الأشخاص الذين تم قبولهم للتدخل لاستيفائهم شرط المصلحة الخاصة أن يتلقوا جميع الوثائق والملاحظات التي عبرت عنها الأطراف الأصلية والسلطات الدستورية الأربع، وأن تبدي ملاحظاتها داخل أجل يحدده المجلس الدستوري، وبالتالي فإن هذا التعديل قنن الممارسة الاجتهادية التي أسس لها المجلس الدستوري بموجب قراره رقم 2010/71 المؤرخ في 2010/11/26 والذي أقر فيه أنه بمجرد قبول تدخل الغير فإنه مدعو إذا رغب في ذلك لإبداء ملاحظاته الشفوية خلال الجلسة العلنية.[1]

وحبذا لو يتبنى المشرع المغربي والجزائري مثل هذا التوجه بخصوص التدخل في سؤال الأولوية الدستورية على مستوى المحكمة الدستورية.

وإلى جانب المآخذ التي يثيرها الأطراف في عريضة الإحالة، فإن هناك مآخذ جديدة يجوز للمجلس الدستوري الفرنسي إثارتها تلقائيا طبقا للمادة 7 من النظام الداخلي ويكرس بشأنها مبدأ الوجاهية من حيث تبلغيها للأطراف والسلطات الدستورية قصد تقديم ملاحظاتهم ضمن

[1] -Juillet-aout2011 :les interventions devant le conseil constitutionnel dans la procédure de qpc in www.conseil. Constitutionnel.fr.

الأجل المحدد لها، وتتم الإشارة في تأشيرات ديباجة قرارات المجلس الدستوري الى الرسائل التي تم بها تبليغ المآخذ المثارة بشكل تلقائي من قبله إلى الأطراف والسلطات.[1]

أما في التشريع المغربي نجد ان الفصل 133 من التعديل الدستوري لعام 2011 وكذا المادة 195 من التعديل الدستتوري الجزائري لعام 2020 وكذا ما تضمنته المادة 02 من القانون العضوي رقم 16/18 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية في الجزائر، والمادة 02 من مشروع القانون العضوي رقم 86/15 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية في المغرب فقد استعملت هذه المواد عبارة (إذا دفع أحد الأطراف) أي ضيقت من دائرة العموم دون تحديد المقصود بعبارة الأطراف، هل هم أطراف الدعوى الأصليون أم المنضمون بالرغم من ان المادة 02 من مشروع القانون العضوي المغربي رقم 86/15 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية فصلت المقصود باطراف الدعوى، لكنها لم تشر الى الطرف المنظم، وامكانية اثارته سؤال الأولوية الدستورية، وبالتالي فإن المتدخل اذا استوفى أوصاف شرط المصلحة المتمثلة في ان تكون شخصية ومباشرة وحالة فإنه يجوز له الانضمام الى أطراف الدعوى المتعلقة بسؤال الأولوية الدستورية، ومناط المصلحة المباشرة في الانضمام هو قيام عنصر الارتباط بينها وبين مصلحة الخصم الذي اثار ذلك السؤال وان يؤثر القرار الفاصل فيه على الطلبات التي ابداها الطرف المنظم(المتدخل).[2]

[1] Jean louis débré,les premières questions prioritaires devant le conseil constitutionnel,26/11/2010,p12.
مقال منشور بموقع المجلس الدستوري الفرنسي.

[2] –محمد صلاح عبد البديع السيد،قضاء الدستورية في مصر،مرجع سابق،ص233.

المطلب الثالث:التزام المجلس الدستوري الفرنسي بالقانون الحي ومساهمته في تجديد نطاق سؤال الأولوية الدستورية وتحديد ضوابطه:

سبق التطرق الى مسألة القانون الحي على مستوى محاكم الموضوع بشرحنا لهذا المصطلح الذي وسع من نطاق سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا ولم تعد مقتصرة فقط على المقتضيات التشريعية، بل توسعت لتشمل التفسيرات القضائية المستقرة للنصوص التشريعية، وسنعالج موضوع مساهمة القانون الحي في تجديد نطاق سؤال الأولوية الدستورية وتحديد ضوابطه كما هو مبين أدناه:

الفرع الأول: التزام المجلس الدستوري الفرنسي بالقانون الحي:

استقر المجلس الدستوري الفرنسي منذ قضائه بشأن سؤال الأولوية الدستورية على التقيد بالتفسير القضائي المستقر للنص التشريعي الخاضع لرقابته أو ما يصطلح عليه بالقانون الحي، وهذا ما يستخلص بموجب حيثية المبدأ التي وردت لأول مرة في قراره رقم 39 لعام 2010 والتي أجاز فيها لكل متقاض المنازعة في المجال الفعال الذي يمنحه القضاء للنص التشريعي.

ولا يقتصر مدلول هذه الحيثية على مجرد المنازعة في دستورية التفسير القضائي بل أن مدلولها يعني على وجه التحديد أن المجال الفعال للقاعدة يحدده قضاء محكمة النقض أو مجلس الدولة، وبالتالي تكرس الحيثية مسألة معنى احترام المجلس للدور التنظيمي لكل من المحكمتين [1]، وتبعا لذلك يقدر المجلس التزامه بتفسير النص التشريعي من احدى تلك المحكمتين، وبالتبعية يرفض أي تفسير آخر مهما كانت الجهة الصادر عنها.

وبالتالي فإن التفسير المستقر للمحاكم العليا لا يكون تعويضه بالتفسير الصادر عن المجلس الدستوري، ويشكل هذا التفسير المستقر لها وصف التفسير الوحيد المعتد به والذي تترتب عنه آثار قانونية، ومؤدى ذلك أن موقف المجلس الدستوري مؤسس على عدم جواز تعدد التفسير التنافسي لنفس النص التشريعي من جهتين مختلفتين الأولى جهة المحاكم العليا والثانية جهة المجلس الدستوري، وبالتالي فإن المجلس الدستوري يلتزم بالتفسير

[1] -P,Deumier,l'interprtation de la loi :quel statut ?quelles interprétation ?quel (s) juge (s) ?quelles limites ? RTD,civ,2011,p90.

المستقر للمحاكم العليا، ولكن هذا لا ينفي صلاحية التعقيب على ذلك التفسير على أساس ان المجلس الدستوري يخضعه فقط لرقابة الدستورية. [1]

وأما عن مسألة ابراز مدى التزام المجلس الدستوري بالتفسير القضائي المستقر فإنها تجسد عن طريق تبيان الأسلوب المتبع من طرفه لتوضيح ذلك الالتزام، ويتحقق ذلك بانتهاجه اربع أساليب هي:**الأول** قائم على استعمال حيثية المبدأ السابق الإشارة اليها، **والثاني** قائم عدم الاكتفاء بتلك الحيثية فقط بل الى جانبها يدرج مضمون التفسير القضائي الذي يشكل القانون الحي والناتج عن التفسير الذي استقرت عليه المحاكم العليا بشأن النص التشريعي كما هو الشأن بالنسبة للاشارة الى قضاء محكمة النقض بشأن النظام الخاص بحوادث العمل للبحارة، أما **الثالث** قائم على عدم ادراج حيثية المبدأ فقط بالاشارة الى قضاء المحاكم العليا في اشارات VISA الحكم وقد يدرج هذا القضاء في صلب الحكم [2]، **والاخير** قائم على ادراج قضاء المحاكم العليا المستقر في صلب الحكم فقط.

وبالتالي اختصر البعض مسألة التزام المجلس الدستوري بالتفسير القضائي المستقر بعبارة أن منهج المجلس الدستوري صريح في التقيد بالقانون الحي. [3]

وعلة هذا الالتزام مستخلصة من مسألة دور القاضي الدستوري في تنظيم الاختصاصات، ومفادها ان تفسير القانون اختصاص مناط بالمحاكم العليا(مجلس الدولة ومحكمة النقض)، وبالتالي لا يدخل ضمن ولاية القاضي الدستوري بل هذا الأخير مختص بتفسير الدستور، ولكن هذا التوزيع في الاختصاص ذا طابع مرن وهذه المرونة تتمثل صورتها في الحالة الاستثنائية التي يلجأ فيها القاضي الدستوري للتفسير بالقدر الذي يكون لازما لتقدير دستورية النص المطعون فيه، ونتيجة لاعمال نظرية القانون الحي في فرنسا انحصر الدور التفسيري للقاضي الدستوري فلا يعمله الا في حالة انعدام التفسير القضائي المستقر للمحاكم العليا، وحينها ينحصر اختصاصه التفسيري بتقدير دستورية النص التشريعي، وهذا ما يجعلنا نستنبط وجود صنفين للتفسير هما:**الأول** تفسير ضروري لتطبيق القانون و**الثاني** تفسير ضروري لتقدير دستورية القانون، وهذا الأخير هو الذي يندرج ضمن

[1] -D,Rousseau,le procès constitutionnel, pouvoirs,2011,n137.p47.

[2] –محمد محمد عبد اللطيف،القانون الحي ورقابة الدستورية،دار الفكر والقانون،المنصورة،2019،ص104–105.

[3] -C,Severino,un an de droit vivant devant le conseil constitutionnel, constitutions,2012,p43.

ولاية القاضي الدستوري وهذا التميز بين صنفي التفسير أصبح مبدأ ثابت في فرنسا وبالتبعية له يحظر على المحاكم العليا تحديد أسلوب تفسير القانون حتى يبقى مطابقا للدستور وهذا الحظر مؤسس على أن تفسير مطابقة النص للدستور من اختصاص المجلس الدستوري [1] وتبعا لذلك فهذا الالتزام مؤسس أيضا على أن مسألة تطبيق القانون من اختصاص القضاء العادي، أما القضاء الدستوري فهو مختص بتطبيق الدستور بغرض التوصل الى تقدير مدى مطابقة القانون له، وبالنتيجة لذلك فالتزام القاضي الدستوري بالتفسير المستقر يشكل نوع من التعاون المستمد من اعتبارات قانونية تتمثل في احترام قواعد توزيع الاختصاص بين القضاء الدستوري والمحاكم العليا. [2]

الفرع الثاني: مساهمة القانون الحي في تجديد موضوع سؤال الأولوية الدستورية وتجديد ضوابطه:

ان القانون الحي في فرنسا اضطلع بدور جد هام انعكس أثره على مجال توسيع نطاق سؤال الأولوية الدستورية وكذا تحديد ضوابط ممارسة الرقابة بشأنه وعليه سنفصل هذه المسألة كالتالي:

1-مساهمة القانون الحي في تجديد نطاق سؤال الأولوية الدستورية:

لم يعد سؤال الأولوية الدستورية مقصورا على النصوص التشريعية، بل اصبح يشمل ايضا التفسيرات القضائية لهذه النصوص، وهذا التوسيع أو التجديد في نطاق سؤال الأولوية الدستورية يقتضي تبيان أنواع التفسير القضائي الذي يشكل محلا لذلك السؤال والتفسير الذي لا يشكل بذاته محلا له. [3]

1-1 التفسير القضائي الذي ساهم في تكوين موضوع سؤال الأولوية الدستورية:

يشكل هذا النوع من التفسير موضوع سؤال الأولوية الدستورية بشكل مباشر وينصرف مدلوله الى اختصاص القاضي الدستوري بتقدير دستورية قضاء المحاكم العليا بشأن القانون

---

[1] -A,Viala,de la puissance a l'acte :la qpc et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme,RDP,2011,p982.

[2] -محمد محمد عبد اللطيف،مرجع سابق، ص110.

[3] -محمد محمد عبد اللطيف،مرجع سابق،ص120.

المحال عليه عن طريق اجراء مقابلته مباشرة وصراحة المبادئ الدستورية، وبمعى آخر فإن هذا التفسير يتعلق بالقانون على النحو الذي فسرته به المحاكم العليا ويشكل هذا التفسير محلا لسؤال الأولوية الدستورية المثار . [1]

وبغرض التوصل الى التوضيح الجيد لهذا النوع من التفسير وجب علينا التطرق إلى قرار المجلس الدستوري الفرنسي المؤرخ في 2011/02/04 والذي تعرض فيه للتفسير القضائي لمحكمة النقض وذلك في إطار دراسة دستورية النص الذي يخول التحقق من سلامة بعض الأسانيد المتعلقة بالملكية في منطقة الخمسين قدما الهندسية[2] فالمادة L.5112-3 من القانون العام لملكية الأشخاص العامة لا تثير أية شكوك تتعلق بمطابقتها للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، الا ان الطاعنون أثاروا مسألة عدم دستوريتها على أساس التفسير الضيق لمحكمة النقض لمجال تطبيقها، وهنا سؤال الأولوية الدستورية لم يثر ضد المقتضى التشريعي بل ضد التفسير المستقر له الذي أقرته محكمة النقض. [3]

ومنه فالمستقرأ من القرار أعلاه وجود انفصال بين المقتضى التشريعي والتفسير القضائي المستقر له، وهذا الانفصال يقتضي وجوبية اجراء مقابلة مباشرة بين التفسير وقاعدة الدستورية.

1-2 التفسير القضائي الذي لا يساهم في تكوين موضوع سؤال الأولوية الدستورية ويساهم في ممارسته فقط:

لا يندرج هذا التفسير ضمن نطاق سؤال الأولوية الدستورية ولكن له انعكاس بطريقة غير مباشرة في مباشرته، ويتضمن هذا التفسير صنفين هما:**الأول** ضروري لسؤال الأولوية الدستورية من خلال التكيف القانوني الذي تتولاه المحاكم العليا، و**الثاني** يشكل امتداد للمقتضى التشريعي موضوع ذلك السؤال ويتعين تفصيل كل نوع على حدا كالأتي:

[1] -C,Severino,la jurisprudence des juridictions suprêmes face a la constitution :du contrôle a l'autocensure, in la question prioritaire de constitutionnalité :approche de droit comparé, bruyant,2014,p158.
[2] -CC,4/02/2011,n96qpc.
[3] -Commentaire conseil constitutionnel,2010-96,p2 ;P.Y.Gahdoun,question prioritaire de constitutionnalité,gaz,pal,2011,n3,p1612.

النوع الأول:التفسير الثابت الذي يشكل المجال الفعال للمقتضى التشريعي عن طريق التكيف القانوني:

تبرز مساهمة التفسير القضائي الثابت في تكوين المجال الفعال للمقتضى التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية عن طريق التكيف القانوني للمحاكم العليا ممثلة في مجلس الدولة أو محكمة النقض، ويتولى المجلس الدستوري إعمال هذا التكيف في مجال الرقابة على دستورية القوانين وسبب ذلك أن هذا التكيف يجيز الوصول الى تطبيق القاعدة الدستورية المرجعية. [1]

وباستطلاع قرار المجلس الدستوري المؤرخ في 2009/07/27 نجده قد كرس هذا النمط من التفسير ونعرض هذا القرار كالتالي:

تعلق القرار بالمنازعة بشأن المادة 01 من القانون المؤرخ في 1941/04/30 والذي يفرض على احدى الشركات دفع مبلغ إضافي للدولة بنسبة 25 بالمائة من ارباحها العامة الاجمالية، وأسست الحكومة دفاعها على أن ذلك الالتزام ذا أصل تعاقدي بين الشركة والدولة وقد سبق لمجلس الدولة الانحياز في تكيف هذا الاقتطاع الى اعتباره اقتطاعا وجوبيا له طابع ضريبي.

وفي هذه الحالة لم يباشر المجلس الدستوري الرقابة على دستورية المقتضى التشريعي الا بعد تحديد وصف الاقتطاع الضريبي، وقد تبنى تكيف القاضي الاداري على أساس أن الاقتطاع من الفرائض الضريبية مهما كانت طبيعتها طبقا للمادة 34 من الدستور، ثم أجرى مقابلة بين ذلك التكيف والمادة 13 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن وتوصل إلى أن المشرع في قانون 1941/04/30 لم يؤسس حكمه بالاقتطاع على معاير موضوعية مقبولة وبالتالي فإن فرض الاقتطاع ورد مخالفا للدستور ويكون بذلك واجب الإلغاء. [2]

وعليه فالمستخلص باستقراء القرار أعلاه، أن التفسير القضائي لم يشكل مصدرا للحكم بعدم الدستورية بل جسد الدعامة الضرورية للرقابة طبقا لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة وبالتالي

---

[1]–محمد محمد عبد اللطيف،مرجع سابق،ص123.

[2] -CC,14/10/2010,n52qpc.

لو أعتبر مجلس الدولة الاقتطاع مجرد التزام تعاقدي فإن مصير سؤال الأولوية الدستورية سيتغير بالضرورة. [1]

النوع الثاني: التفسير القضائي الذي يشكل امتداد للمقتضى التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية:

عادة ما يلجأ المجلس الدستوري بصفة مباشرة إلى إعمال التفسير القضائي الثابت للمقتضى التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية على الرغم من أنه لم يكن محل طلب من الطاعن، وعلة ذلك أن هذا التفسير يشكل امتداد للمقتضى التشريعي المحال إليه أو يتوصل المجلس إلى أن ذلك التفسير عبارة عن إضافة يتعين أخذها بعين الاعتبار للتوصل إلى تقدير مطابقة ذلك المقتضى للدستور. [2]

والغرض من اعمال ذلك التفسير المستقر للمحاكم هو تفادي الحكم بعدم دستورية المقتضى التشريعي على الرغم من أن موضوع سؤال الأولوية الدستورية يتعلق بعدم دستورية مقتضى تشريعي، الا ان القاضي الدستوري يلجأ الى التفسير لذلك المقتضى ويقدر على العكس مطابقة المقتضى التشريعي للدستور تأسيسا على تفسير المحاكم العليا من خلال تطبيقاته الواقعية[3] ، فالتفسير في هذه الحالة لا يشكل أساسا لسؤال الأولوية الدستورية لكنه يساهم في اجراء الرقابة الدستورية عن طريق تخويل القاضي الدستوري صلاحية تقدير دستورية تفسير المقتضى التشريعي بواسطة المحاكم العليا بما يساهم في التوصل الى تقرير مطابقته للدستور [4] .

وباستطلاع القرار الصادر عن المجلس الدستوري المؤرخ في 2012/09/21 المتعلق بالحصانة العقابية لمصارعة الثيران ونعرضه كالتالي:

تعلقت المنازعة بقيام بعض الجمعيات بالطعن في دستورية المادة 1/521 من قانون العقوبات، بشأن الاستثناء الذي تضمنته والمتعلق بمصارعة الثيران من العقاب الجنائي الذي

---

[1] -B,Mathieu,la question de l'interprétation du la loi au cœur de la qpc,JCP,éd,G,2010,n44,p2039.

[2] –محمد محمد عبد اللطيف،مرجع سابق،ص125.

[3] -C,Severino,la jurisprudence des juridictions suprêmes face a la constitution,op,cit,p157.

[4] –محمد محمد عبد اللطيف،مرجع سابق،ص126.

كرسته في حالة ارتكاب القسوة وأعمال العنف الخطرة في مواجهة الحيوانات على ان يقتصر ذلك الاستثناء على الحالات التي يجوز التمسك فيها بتقليد محلي مستمر.

وتوصل المجلس الدستوري الى أن المقتضى التشريعي المحال إليه لا يخالف مبدأ المساواة بالإضافة إلى أن فكرة التقليد المحلي ليست غامضة بل محددة تحديدا كافيا في مواجهة مخاطر التحكيم، وقد أسس المجلس قراره على القضاء الغزير لمحكمة النقض الذي كرس حدودا لهذه الفكرة والتي تعد في الأصل مبهمة، وبالتالي جعلها مطابقة للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. [1]

2-مساهمة القانون الحي في تحديث ضوابط الرقابة بشأن سؤال الأولوية الدستورية:

تبزر مساهمة نظرية القانون الحي في تجديد ضوابط الرقابة الدستورية في مجال سؤال الأولوية الدستورية من ناحيتين هما:الأولى ذات طابع سلبي مؤسسة على استبعاد بعض الأفكار من مجال الرقابة، والثانية ذات طابع ايجابي تتمثل في بيان العناصر التي تشملها الرقابة الدستورية، وعليه نعالج تباعا هذه المسألة بتوضيحها ضمن عنصرين هما:

-المسائل المستثناة من مجال سؤال الأولوية الدستورية للقانون الحي.

-العناصر التي يشملها مجال سؤال الأولوية الدستورية للقانون الحي.

2-1 المسائل المستثناة من مجال سؤال الأولوية الدستورية للقانون الحي:

لا تستلزم مسألة الرقابة على دستورية القانون الحي وجوبية قيام علاقة ترابطية بين الالتزام بذلك القانون من قبل القاضي الدستوري وتكريسه توجه في اتجاه دستورية هذا القانون، كما يستثنى من مجال هذه الرقابة أية رقابة على أحكام قاضي الإحالة.

فالمسألة الأولى:والمتعلقة بعدم الربط بين التزام القاضي الدستوري بالتفسير المستقر ووجود توجه في مجال تقدير دستوريته:مفادها ان التزام القاضي الدستوري بالتفسير القضائي المستقرمؤاده أنه لا يجوز له إعادة النظر فيه، ويستوجب عليه إتخاذ ذلك التفسير أساسا

[1] -CC,21/09/2012,n271qpc ;B.De Lamy,indulto pour la corrida, RSC,2013,n2,p427 ;O.le Bot, exception pénale en matiére de corrida,RFDC ,2013,n93,p194.
-Cass,civ,10/06/2004,n02-17121.

لتقدير الدستورية، الا أنه هذا الالتزام لا يمكن أن يتولد عنه تكوين قرارات مسبقة بشأن دستورية أو عدم دستورية المقتضى التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية ولكن في المقابل يجوز للقاضي الدستوري تفسير ذلك القانون على نحو ما انتهت اليه المحاكم العليا بمعنى أن التفسير المستقر للمحاكم العليا يشكل فقط موضوعا لرقابة الدستورية ويبقى للقاضي الدستوري التقدير الكامل بشأن مطابقة المقتضى التشريعي أو عدم مطابقته للأحكام الدستورية المدعى مخالفتها. [1]

أما المسألة الثانية:والمتعلقة بأن الرقابة على دستورية القانون الحي لا تعد رقابة على أحكام قاضي الإحالة، والمقصود به أن المحاكم العليا على الرغم من اعتراف المجلس الدستوري بحق المتقاضين في المنازعة في التفسير القضائي المستقر في مجال سؤال الأولوية الدستورية الا ان هذا السؤال مقصور فقط على مناقشة دستورية المقتضى التشريعي على النحو الذي فسره القضاء، ولا يمكن أن يمتد الى الرقابة على الأحكام القضائية على أساس أن فرنسا لا تعمل بنظام الطعن المباشر للأفراد والذي يمتد مجاله ليشمل الأحكام القضائية في بعض الدول الذي تبنته، كما أن المجلس الدستوري لا يمثل جهة عليا بالنسبة للأحكام الصادرة عن محكمة النقض ومجلس الدولة وهو ملزم باحترام أحكامهما. [2]

2-2-العناصر التي يشملها مجال سؤال الأولوية الدستورية للقانون الحي:

يساهم القانون الحي في دعم الصفة الواقعية للرقابة الدستورية، أما الصفة الموضوعية لها فتبقى خاضعة للأحكام العامة، وعليه نعالج هذه المسألة بإبراز عنصرين هما:

-شمول مجال سؤال الأولوية الدستورية للتفسير القضائي المستقر.

-تدعيم القانون الحي الطابع الواقعي للرقابة الدستورية.

[1] -C.Severino,un an de droit vivant devant le conseil constitutionnel, constitutions,2012,p43.
[2] -P.Deumier,jurisprudence,op.cit,n165 ;l'interprétation entre disposition législative et règle jurisprudentielle, précité, p84.

2-1 شمول مجال سؤال الأولوية الدستورية التفسير القضائي المستقر :

ان الرقابة الدستورية على التفسير القضائي المستقر ذات طابع محدود، وذلك حسب ما خلص اليه الفقيه G.Dargo، ومفاد ذلك أنها ترد فقط على الخطأ الواضح في التقدير أو بمعنى مغاير أن تكون المخالفة الواضحة للتفسير لقاعدة دستورية صريحة، وبالتالي يكون المجلس الدستوري ملزما بممارسة التقيد الذاتي لتفادي زعزعة قضاء ثابت ومسبب بشكل قوي.

وقد صاغ هذا التوجه تصوره على الحجج التالية:

-وجود قضاء مستقر كرسته محكمة النقض دون الأخذ بعين الاعتبار معيار دستوريته ومؤدى ذلك عدم وجود قاضي دستوري قبل عام 1958، وبالتالي استقر هذا القضاء في ظل الجمهورية الخامسة ولم يواجه بالقواعد الدستورية.

-عدم جواز احالة سؤال الأولوية الدستورية الى المجلس الدستوري الا اذا اقتضت عملية مطابقة المقتضى التشريعي للدستور وجود إضافة زائدة عن مجرد تفسير القانون وهذه الإضافة تتجسد في تقرير عدم الدستورية. (1)

الا أن هذا التوجه لم يكن محلا للتطبيق في القضاء الفرنسي أو على المستوى الفقهي للأسباب التالية:

-أن الفقيهG.Dargo يرى وجوبية البحث عن تفسير مطابق للقانون مع الدستور في حين أن المعمول به على مستوى المجلس الدستوري الفرنسي هو أنه لا يلزم المحاكم العليا بمثل هذا التوجه(البحث عن تفسير مطابق للقانون مع الدستور).

-المعايير القضائية المعمول بها في مجال رقابة دستورية التفسير القضائي ليست أقل تشدد عما هو معمول به في مجال النصوص التشريعية، وان أي محاولة تخالف ذلك يترتب عنها الانقاص من درجة حماية الحقوق والحريات ونشوء مفارقة قاعدية مؤسسة على أن القوانين

---

[1] -G.Drago,question prioritaire de constitutionnalité, pc et jurisprudence constante :fin de partie ?gaz,pal,5-7 juin 2011,p11 et12.

-محمد محمد عبد اللطيف،مرجع سابق،ص134-135.

تخضع لاحترام الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، في حين أن التفسير القضائي لتلك القوانين يستفيد من حصانة دستورية أو من رقابة أقل في مجال سؤال الأولوية الدستورية. [1]

-اعتماد المجلس الدستوري بشأن الرقابة على التفسير القضائي نفس المقتضيات المتبعة بخصوص رقابة الأحكام التشريعية، وبالتالي فالمجلس عند اعمال رقابته على التفسير لا يراقب الخطأ البين في التقدير وعند دراسته سؤال الأولوية الدستورية يتعلق بالمنازعة في رجعية أحكام القضاء، فإنه يتحقق من أن تلك الرجعية لم ترتب أي اعتداء على مركز يكتسب طابع قانوني، وبمحاولة شرحنا المسألة على نحو أكثر دقة نخلص إلى أن الرقابة على دستورية التفسير القضائي المستقر تخضع لذات القواعد العامة المتعلقة بالرقابة الدستورية، ومرد هذا الأمر مرتبط بوجود قدر من التوازن في أساليب الرقابة بشقيها السابق واللاحق وسواء كان موضوعها حكم تشريعي أو تفسير قضائي، وتتجلى مظاهر المساواة بين نوعي الرقابة على التفسير القضائي المستقر والأحكام التشريعية فيما يلي:[2]

*إن تعديل التفسير القضائي قد يشكل تغيرا في الظروف التي تجيز إعادة النظر في دستورية الحكم التشريعي السابق تقرير مطابقته للدستور، وفي هذا الشأن قرر المجلس الدستوري الفرنسي أنه لا يجوز النظر إلى قضاء المحكمة الوطنية لحق اللجوء بشأن تفسير بعض نصوص قانون دخول وإقامة الأجانب وحق اللجوء باعتباره تغيرا في الظروف يجيز إعادة النظر في دستورية النصوص المتنازع فيها. [3]

-في مجال الرقابة على دستورية التفسير القضائي يملك المجلس الدستوري صلاحية الاثارة التلقائية من قبله لسبب محدد لعدم الدستورية، وهذا على خلاف السلطة المخولة له في مجال الرقابة على الأحكام التشريعية، وإعمالا لذلك تولى المجلس الاثارة التلقائية لمسألة عدم الاختصاص السلبي للمشرع وقرر أن مخالفة المشرع لاختصاصه الحصري يمكن ان

---

[1] -محمد محمد عبد اللطيف،مرجع سابق،ص135.

[2] -P.Deumier,jurisprudence,op cit,n175.

-محمد محمد عبد اللطيف،مرجع سابق،ص136.

[3] -CC.8/04/2011,n120 qpc.

يشكل مجالا لسؤال الأولوية الدستورية وعلق هذا الأمر على شرط يتمثل في أن المخالفة يترتب عنها الاخلال بحق أو حرية يضمنها الدستور.[1]

-كرس المجلس الدستوري،مبدأ مفاده أنه أجاز بموجبه تجاوز أوجه عدم الدستورية بشأن سؤال الأولوية الدستورية سواء في مجال رقابة التفسير القضائي أو الحكم التشريعي وتوصل بموجب قراره المؤرخ في 2010/10/06 رقم 39 أن دستورية المادة 365 قانون مدني يتعين بحثها ليس من جانب التميز الذي تقيمه بين الأطفال في مواجهة السلطة الأبوية فقط بل من جانب الحظر الذي تقيمه بشأن تبني طفل قاصر لشريك أو معاشر، هذه الاجازة ناتجة عن فراغ قانوني مفاده عدم وجود نص قانوني يجيز تجاوز أحكام الاحالة أو تحظرها وقد فسر البعض هذه الثغرة القانونية إلى أن المشرع لم يفكر في فرضية يتوفر فيها سؤال الأولوية الدستورية على عدد من أسباب عدم الدستورية ويتوفر بشأن جزء منها الطابع الجدي طبقا لقضاء المحاكم العليا. [2]

-اتحاد الرقابة الدستورية بشأن التفسير القضائي المستقر والأحكام التشريعية بخصوص أسباب عدم الدستورية المتبعة في كلاهما، بمعنى أن القاضي الدستوري عند رقابته دستورية التفسير القضائي يعمل ذات أوجه عدم الدستورية المتبعة بشأن الرقابة على دستورية الأحكام التشريعية، وبموجب القرار الصادر عن المجلس الدستوري رقم 164 المؤرخ في 2011/09/16 تولى المجلس بحث دستورية التفسير القضائي لمحكمة النقض بناء على مبدأ حظر إقامة قرينة الإدانة في المجال الجنائي، الا أنه قرر 03 شروط يجب توفرها معا وهي كالتالي: أن تلك القرائن يجوز إقامتها في الحالة التي تكون قابلة فيها لاثبات العكس وكفالة حق الدفاع ، وأن يترتب على الوقائع ترجيح الإدانة بمعقولية، وهي ذات الشروط التي تتطلب بشأن رقابة الاحكام التشريعية وهذا ما قرره بموجب قراره المؤرخ في 1999/06/16 رقم 411.[3]

---

[1]- CC.1/8/2013 ?N336 QPC.constitutions2013,p592,note Ch,radé et P.Gervier.

[2] -Chénedé,qpc :le contrôle de interprétation jurisprudentielle de l'adoption au sein d'un couple homosexuel,précité,p22744.

[3]-محمد محمد عبد اللطيف،مرجع سابق،ص137.

وبمناسبة إعمال المجلس هذه الشروط على التفسير القضائي لمحكمة النقض، توصل إلى أن النصوص المتنازع فيها تقيم قرينة غير قابلة لاثبات العكس في مجال المسؤولية العقابية،مما يفيد عدم استيفاء أحد الشروط السابقة وهذا ما يجيز للمجلس وضع تحفظ في التفسير.

2-2 تدعيم الصفة الواقعية للرقابة الدستورية:

إن المبدأ المستقر عليه في مجال الرقابة الدستورية أنها ذات طابع مجرد أي لا يسودها أي تغير لأنها تقتصر على مواجهة الحكم التشريعي المطعون فيه مع أحكام الدستور، وبالتالي فالقاضي الدستوري يتولى الفصل في مسائل ذات طابع قانوني غير مرتبطة بمسائل واقعية، وهذا التوجه مؤسس على المعمول به وهو أن القاضي الدستوري قاضي قانون وليس قاضي وقائع، فالقاضي الدستوري يعتمد على الوقائع بشكل ثانوي عند تحليله للنصوص.

وبالتالي يستخلص مما أوردناه سابقا أن الاعتبارات المتعلقة بتطبيق القانون لا يأخذها القاضي الدستوري بعين الاعتبار عند الفصل في سؤال الأولوية الدستورية [1] إلا أن هذه الفكرة التقليدية لا تؤخذ بشكل مطلق، لان الوقائع تشكل جزء هام في عمل القاضي الدستوري وأصبح يأخذها بعين الاعتبار، وهذا ما نستشفه من مسألة تغير الظروف التي تجيز للقاضي الدستوري اعادة النظر في حكم تشريعي سبق أن قرر مطابقته للدستور طبقا لما قررته المادة 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 المؤرخ في 2009/12/10 بشأن تطبيق المادة 61 من الدستور بإضافة المادة 2/23 للامر المؤرخ في 1958/11/07 بشأن المجلس الدستوري.

[1] -CC.30/07/2010 n14/22 qpc.

المبحث الثالث: القرار الصادر بشأن سؤال الأولوية الدستورية.

نصت المادة 2/62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 على أن" الحكم التشريعي المصرح بعدم دستوريته يعد لاغيا من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري،أو من تاريخ لاحق يحدد بموجب ذلك القرار،ويحدد المجلس الدستوري الشروط والحدود التي يجوز فيها إعادة النظر في الآثار المترتبة عن ذلك الحكم وأن قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن،وتفرض على كافة السلطات العامة،وكذلك على الهيئات القضائية والإدارية."

و نص الفصل 134 من التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 على أنه"لا يمكن اصدار الأمر بتنفيذ مقتضى تم التصريح بعدم دستوريته على أساس الفصل 132 من الدستور ولا تطبيقه وينسخ كل مقتضى تم التصريح بعدم دستوريته على أساس الفصل 131 من الدستور ،ابتداء من التاريخ الذي حددته المحكمة الدستورية في قرارها ولا تقبل قرارات المحكمة الدستورية أي طريق من طرق الطعن وتلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية."

كما نصت المادة 198 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020 على أنه"إذا أعتبر نص تشريعي او تنظيمي غير دستوري على أساس المادة 195 من الدستور فإن هذا النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المحكمة الدستورية وتكون قرارات المحكمة الدستورية نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الادارية والقضائية".

وعليه فقد أجمعت دساتير الدول موضوع المقارنة على اضفاء الحجية المطلقة على القرار القاضي بعدم الدستورية، واضفائها لهذه الحجية على القرار بعدم الدستورية و الغاية منه هو انهاء النزاع الذي قد يثار بين الأفراد حول مراكزهم القانونية، وهذا ما يترتب عنه اضفاء الاستقرار على المعاملات والحقوق المكتسبة، إلا أن هذه الدول اختلفت بشأن النطاق الزمني لنفاذ القرار بعدم الدستورية، فقد أجمعت المادتين 134 من التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 والمادة 198من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020 السابق الاشارة اليهما على أن سريان الالغاء بالنسبة للحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته يكون ابتداء من التاريخ

الذي يحدده القرار الدستوري، على عكس المادة 62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 التي رتبت حالتين على أثر القرار الصادر بعدم الدستورية وهما:[1]

الحالة الأولى:الأثر الفوري لنفاذ القرار بعدم الدستورية (الغاء الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته) والذي يكون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

الحالة الثانية:تحديد تاريخ لاحق لنقاذ القرار بعدم الدستورية (الغاء الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته) وبطبيعة الحال يكون هذا التاريخ لاحق على نشر ذلك القرار ومؤدى ذلك أن المجلس الدستوري يملك صلاحية ارجاء اثار القرار بعدم الدستورية انتظارا لتدخل المشرع الأمر الذي يترتب عنه استمرار تطبيق الحكم التشريعي فترة من الزمن بواسطة المحاكم والسلطة التنفيذية.

كما أجازت المادة 2/62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 للمجلس الدستوري الفرنسي أن يحدد الشروط والقيود التي يجوز طبقا لها المساس بالآثار التي أحدثها النص وهذا يدل على أنه يجوز له طبقا لظروف الحال وطبقا لكل حالة على حدا تحديد الأثر الرجعي لكل قرار حتى يتدارك ما يرتبه الأثر الرجعي المطلق وما يترتب عنه من اخلال بالمراكز القانونية المستقرة والحقوق المكتسبة، وبالتالي يختص المجلس الدستوري الفرنسي بوضع ضوابط اعمال الأثر الرجعي. [2]

أما المادتين 191 و134 اعلاه فقد وردتا غامضتين لكونهما لم تحددا بدقة النطاق الزمني لسريان القرار بعدم الدستورية والآثار المترتبة على القرار بعدم الدستورية، وبالتالي هل يكون الإلغاء بأثر مباشر أو بأثر رجعي، أم مستقبلي، لانه حسب تحليلنا فإن القول بان تاريخ السريان يحدده القرار الدستوري يتيح المجال للتأويل بأن القرار بإمكانه أن يمد أثر الإلغاء الى الماضي(الأثر الرجعي) ولو أراد المؤسس الدستوري إعمال الأثر الفوري(المباشر) لنص على أن السريان يكون من تاريخ صدور القرار، ومنه فمثل هذه الآثار لا يجوز افتراضها بل يتعين تنظيمها بصراحة طبقا للدستور، وبالتالي أخضع تحديد

---

[1]-تحليل الباحث للنصوص القانونية المنظمة لسؤال الأولوية الدسورية والدفع بعدم الدستورية في التشريعات محل المقارنة.

[2]-عبد العزيز محمد سالمان،نظم الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة،ط2،دار الفكر الجامعي،القاهرة،2014،ص.ص78-79.

سريان القرار وترتيب أثاره الى الجهة الصادر عنها، وهذا من وجهة نظرنا يعتبر نقص في القانون يجب تداركه بإضافة مادة في القانون المنظم لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعين المغربي والجزائري تحدد بدقة النطاق الزمني لسريان القرار بعدم الدستورية وآثاره.[1]

كما أن تلك التشريعات أغفلت تنظيم آلية تنفيذ القرار بعدم الدستورية في مواجهة السلطات العامة والكافة وعليه سنعالج هذه المسائل بالتفصيل المبين أدناه:

-مفهوم القرار الدستوري.

-إجراءات إصدار القرار الدستوري.

-حجية القرار الدستوري الفاصل في سؤال الأولوية الدستورية.

-نطاق حجية القرار بعدم الدستورية وطرق تنفيذه.

المطلب الأول: مفهوم القرار الدستوري .

إن الغاية من إعمال سؤال الأولوية الدستورية هي اهدار الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته وذلك بغرض استبعاد تطبيقه من نطاق الدعوى الموضوعية التي يتوقف عليها مآلها على القرار الفاصل في ذلك السؤال.

وبحكم الطبيعة الخاصة للقرار الدستوري التي تميزه عن غيره من الأحكام القضائية، فإنه يمر بعدة مراحل لانتاجه(من المرحلة التحضيرية الى الطابع النهائي)،وهذه المراحل تدفعنا للبحث عن كيفية استخلاص القاضي الدستوري للقرار،هذا من جهة ومن جهة أخرى ضرورة ضبط مفهوم مصطلح القرار الدستوري عن طريق تحديد مدلوله وأنواعه ثم بيان طبيعته القانونية، وهي المسائل التي ستتولى بيانها على النحو التالي:

[1]-تحليل الباحث للنصوص القانونية المنظمة لسؤال الأولوية الدسورية والدفع بعدم الدستورية في التشريعات محل المقارنة.

الفرع الأول:مدلول القرار الدستوري.

إن دراسة هذا العنصر يقتضي تحليل العناصر التالية:

-تعريف القرار الدستوري.

-أنواع القرار الدستوري.

أولا-تعريف القرار الدستوري:

وللاحاطة بالقرار الدستوري علينا التطرق الى بيان مفهوم الحكم القضائي واركانه بصفة عامة لاستخلاص ما يميز القرار الدستوري عن الحكم القضائي .

وعليه فإن الحكم القضائي يعرف بأنه: "القرار الصادر عن محكمة في حدود ولايتها القضائية في خصومة بالشكل الذي يحدده القانون للأحكام سواء كانت صادرة في نهاية الخصومة أو أثناء سيرها أو فصل في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية".

ويتألف الحكم القضائي من الأركان التالية:

-الولاية القضائية للمحكمة:بمعنى صدور ذلك الحكم من محكمة مختصة بالفصل في النزاع.

-أن يكون ناتجا عن خصومة قضائية طبقا لما يحدده القانون.

-أن يتضمن الديباجة و بيان الوقائع والأسباب والمنطوق.[1]

اما القرار الدستوري فيعرف بأنه اعلان فكر القاضي الدستوري ازاء سؤال الأولوية الدستورية وهو حكم قطعي بصدوره تستنفذ الهيئة الدستورية سواء كانت مجلس دستوري أو المحكمة الدستورية ولايتهما بشأن ما فصلا فيه. [1]

---

[1]-محمد سعيد عبد الرحمن،الحكم القضائي أركانه وقواعد إصداره،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2011،ص.ص21 -24.

وبالتالي فالقرار الدستوري هو ذلك القرار الصادر بشأن دعوى قضائية وبذلك يخضع للقواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية شأنه شأن الحكم القضائي، وذلك بما لا يتعارض مع طبيعة سؤال الأولوية الدستورية أو الدعوى الدستورية بصفة عامة.[2]

وبناء على التعريفات السابقة يعرف الباحث القرار الدستوري بأنه القرار الصادر عن هيئة دستورية مختصة بنظر الدعوى الدستورية المرفوعة اليها طبقا للاجراءات المحددة قانونا وبمناسبة اختصاصها برقابة دستورية القوانين ويكتسب ذلك القرار طابعا نهائيا ويكون ذا حجية بالنسبة للمسائل الفاصل فيها وبموجبه تستنفذ تلك الهيئة ولايتها القضائية في النظر في موضوع دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه.

وعليه نستنتج ان الحكم القضائي والقرار الدستوري متفقان من حيث الشكل(الاركان) فكلاهما يتضمن ديباجة وبيان الوقائع والاسباب والمنطوق ويصدران عن جهة قضائية مختصة ويفصلان في نزاع معين وان اختلفا من حيث موضوع الخصومة والحجية.

وفيما يلي نتعرض لخصائص القرار الدستوري عن الحكم القضائي العادي كالتالي:

***خلوه من عنصر الالزام:**بمعنى ان القرار الدستوري لا يتضمن أي الزام لأحد أطراف الدعوى على خلاف الحكم القضائي العادي،بل يقتصر مضمون القرار الدستوري على تبيان مطابقة الحكم التشريعي للدستور من عدمه وهذا ناتج عن الطابع العيني الذي يميز سؤال الأولوية الدستورية وان محله يشمل البحث في مدى دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه كما ان الطابع العيني يضفي على ذلم السؤال طابع العمومية ويتعدى نطاقه أطراف الدعوى

---

[1]–رفعت عيد سيد،الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2004،ص399.

[2]–آلاء مهدي مطر،حجية أحكام وقرارات القضاء الدستوري،ط1،منشورات زين الحقوقية،بيروت لبنان،2018،ص52.

الموضوعية المثار بمناسبتها ليشمل كل ذي مصلحة الذي يجوز له التمسك بالقرار الصادر فيه. [1]

***عدم جواز اتباع التنفيذ الجبري بشأن القرار الدستوري:** ما يميز القرار الدستوري عن الحكم القضائي العادي، ان هذا الأخير تتبع بشأنه إجراءات التنفيذ الجبري في حال امتناع المحكوم عليه عن تنفيذه لان ذلك الحكم يتعلق بمركز قانوني اجرائي يتضمن حقوقا والتزامات إجرائية على عاتق أطراف الخصومة ولا يمكن التوصل الى تنفيذه الا باتباع اجراءات التنفيذ سواء كان اختياريا أو جبريا، أما القرار الدستوري لا يخضع تنفيذه الى اجراءات التنفيذ الجبري لانه يكون نافذا من تاريخ صدوره وملزما للكافة وينفذ بمثابة القانون النافذ ولكن في حال الامتناع عن تنفيذه تتبع بشأنه العقوبة الجزائية المقررة لجريمة التقليل من شأن الأحكام القضائية. [2]

***طالب التنفيذ في القرار الدستوري:** ان طالب التنفيذ في القرار الدستوري هو كل شخص صاحب مصلحة، حتى ولو لم يكن طرفا في الدعوى الموضوعية التي أثيرت بشأنها سؤال الأولوية الدستورية فيكون له حق المطالبة بتنفيذ القرار الدستوري وذلك مؤسس على الطابع العيني لسؤال الأولوية الدستورية القائم على حماية الشرعية الدستورية وسمو الدستور أما طالب التنفيذ في مجال الحكم القضاء العادي، هو المحكوم له الذي كان طرفا في الدعوى التي فصل فيها ذلك الحكم [3]،أي لا يجوز للغير الحلول محله في المطالبة بالتنفيذ الا إذا كان وكيلا عنه بموجب وكالة .

---

[1]–سالم روضان الموسوي، عدم دستورية القوانين بين الانحراف التشريعي والمخالفة الدستورية وأثره في الأحكام القضائية دراسة تطبيقية مقارنة،مكتبة صباح،الكرادة بغداد،2020،ص349.

[2]–سالم روضان الموسوي،مرجع سابق،ص350.

–عبد المنعم محفوظ،القضاء الدستوري في مصر،ط1،بدون دار نشر،1991،ص211.

[3]–عبده جميل غصوب،الوجيز في إجراءات التنفيذ،ط1،المؤسسة الجامعية للنشر والدراسات ،بيروت،2013،ص22.

وعليه بعد عرض خصائص القرار الدستوري نتطرق الى بحث خصوصيته في التشريعات موضوع المقارنة، ويتبين باستقراء المواد 62 و134 و191 السابق ذكرها أعلاه أن ما يميز القرار الفاصل في سؤال الأولوية الدستورية أنه ذو طابع ملزم وبات، فبالنسبة لوصف أنه بات فينصرف إلى مدلولين هما:**المدلول الأول:** يتمثل في الطابع القطعي للقرار بمعنى عدم قابليته للطعن، أما **المدلول الثاني:** يتمثل في الطابع النهائي للقرار، أي عدم قابليته لتعديل مضمونه أو تغيره[1]، أما بالنسبة لوصف الإلزامية مفاده تطبيق القرار والخضوع له، أو الإحتجاج بفقراته الحكمية والمطالبة بتطبيقها، والغاية من إضفاء الطابع الإلزامي عليه يتمثل في توحيد تطبيق أحكام الدستور بغرض تحقيق المساواة بين الأفراد ذوي المراكز القانونية المتماثلة .[2]

ويترتب على الوصف الإلزامي تصفية النزاع بشأن عدم دستورية الحكم التشريعي المثار وذلك مرة واحدة وبصفة نهائية بشكل لا يتيح فتح التأويل لاختلاف الاجتهاد، أو الأراء بشأن عدم الدستورية، وبالتالي استنفاذ المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية ولاياتهما بشأن ما توصلا إليه، ولا يجوز لأي شخص إثارة مسألة دستورية الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته، ويلغى ذلك الحكم وتلتزم جميع المحاكم على اختلاف درجاتها بالامتناع عن تطبيقه في كل الدعاوى المعروضة عليها، كما يلتزم المشرع بإعادة النظر في ذلك الحكم التشريعي بتعديله، أو تغيره على نحو يجعله مطابقا للدستور، بالإضافة إلى التزام السلطة التنفيذية بعدم تطبيقه على الحالات الفردية التي تنشأ مستقبلا. [3]

---

[1]–عمار رحيم الكناني،المحكمة الاتحادية العليا ودورها في بناء دولة المؤسسات دراسة تطبيقية مقارنة،مكتبة القانون المقارن،بغداد،2019،ص128.

[2]–علي هادي عطية الهلالي،النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الإتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي،ط1، ،مكتبة السنهوري،بيروت،2017،ص243.

[3]–مها يهجت يونس الصالحي،الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه،تخصص قانون عام،كلية القانون،جامعة بغداد،2006،ص134.

ثانيا-أنواع القرار الدستوري:

إن الحكم القضائي بمفهومه الموسع هو كل حكم صادر عن محكمة في إطار منازعة قائمة بين خصمين أو أكثر [1] أما بمفهومه الضيق فإنه يعرف بأنه إعلان القاضي عن حل معين في إطار خصومة قضائية تتبع بشأنها إجراءات معينة قصد الفصل في النزاع القائم بشأن حق أو مركز قانوني. [2]

وما يهمنا هو القرار الدستوري الذي سبق تعريفه، وفي هذا العنصر نقتصر على بيان أنواعه على النحو التالي:

-القرار بالدستورية.

-القرار بعدم الدستورية.

❖ **القرار بالدستورية:**

إذا توصل القاضي الدستوري إلى أن الحكم التشريعي أو التفسير القضائي المستقر له وهو ما يصطلح عليه بالقانون الحي موضوع سؤال الأولوية الدستورية المثار خال من شائبة عدم الدستورية فإنه يصدر قرار بدستوريته أو ما يسمى بقرار المطابقة الكلية، ففي فرنسا باستثناء قرارارت صرف النظر non lieu والتي يصدرها المجلس الدستوري الفرنسي إذا سبق له أن فصل في نفس سؤال الأولوية الدستورية المثار وأصدر بشأنه قرار بالمطابقة ما لم يتوفر شرط تغير الظروف، والذي يجيز إعادة النظر في سؤال الأولوية الدستورية حتى ولو صدر بشأنه قرار بالدستورية، وذلك على أساس أن هذا القرار يحوز حجية نسبية فقط ويجوز دحضها إذا تغيرت الظروف الواقع أو القانون، وفي حالات قرار صرف النظر لا يعقد المجلس جلسة علنية بل يكتفي فقد بإعلام الأطراف ومثالها القرار المؤرخ في 2018/06/13 رقم 713/714-2018. [3]

---

[1]-آلاء مهدي مطر،مرجع سابق،ص70.

[2]-ابراهيم نجيب سعد،القانون القضائي الخاص،الجزء الثاني،منشأة المعارف،الاسكندرية،1980،ص189.

[3]-عبد العزيز النويضي،المحكمة الدستورية ومسألة الدفع بعدم دستورية القوانين، مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2019،ص206.

ويمكن أن نستدل بقرار المجلس الدستوري الفرنسي المؤرخ في 2016/05/18 الصادر بشأن سؤال الأولوية الدستورية المثار ضد التفسير القضائي المستقر ومفاده:

((أن سؤال الأولوية الدستورية أثير ضد المادة L-442-6 من القانون التجاري بناء على التفسير الذي كرسته محكمة النقض بشأنها،ومفاده أن كل شخص معنوي يستفيد من الاندماج بالضم يمكن أن توقع عليه عقوبة مدنية مالية بسبب ممارسات مقيدة للمنافسة اذا ارتكبها شخص معنوي آخر زال وجوده القانوني في إطار هذا الادماج،وإعتبر الطاعن أن ذلك التفسير القضائي يعد مخالفة لمبدأ شخصية العقوبة وبموجبه لا يطبق العقاب الا على الفعل الشخصي للمخالف.

وتوصل المجلس الدستوري إلى تقرير مطابقة ذلك التفسير المستقر لمحكمة النقض للدستور على أساس ما هو مدرج في المادة 08 من اعلان حقوق الانسان والمواطن لعام 1789 التي تنص على انه لا يجوز للقانون ان ينشئ إلا العقوبات الضرورية ولا يجوز معاقبة أحد إلا طبقا لقانون قائم وصدر قبل ارتكاب الجريمة ويطبق قانونا كما ان المادة 09 منه تنص على أن كل انسان تفترض براءاته إلى أن يحكم بإدانته.

وقد استنبط المجلس بموجب هاتين المادتين أن مبدأ عدم جواز معاقبة شخص إلا عن فعله الشخصي لا يسري فقط على العقوبات التي توقعها المحاكم الجنائية، بل يمتد ليطبق على أي جزاء له طابع العقوبة،واعمال هذا لمبدأ خارج المجال الجنائي يمكن ان يكون محلا لموضوع تلائم بشرط ان يكون مبررا بطبيعة الجزاء والموضوع الذي يعالجه وان يكون متناسبا مع هذا الموضوع، وبالتالي فإن تحديد المادة أعلاه للمسؤول المحتمل عن الجزاءات المالية بأنه كل منتج أو تاجر أو صاحب صناعة أو شخص مسجل في مهنة يكون المشرع قد لجأ الى أنشطة اقتصادية بصرف النظر عن الأشكال القانونية التي تمارس بموجبها هذه الأنشطة،وعليه فإن الاندماج عن طريق الضم للشركة المسؤولة عن الممارسات المقيدة للمنافسة في شركة أخرى لا يترتب عنه نهاية أنشطة الشركة التي تستمر في داخل الشركة الضامة،وبالتبعية يكون الشخص المستفيد من انتقال الشركة المنحلة دون تصفية الوحيد الذي يمكن ان يتحمل بالغرامة المالية التي تستهدف الحفاظ على النظام العام الاقتصادي، وقمع الممارسات المقيدة للمنافسة التي يمكن ان تكون قد

ارتكبت اثناء ممارسة الانشطة الاقتصادية،ومنه فإن المادة أعلاه كما فسرتها محكمة النقض تعد مطابقة للدستور ولا تتضمن أي اعتداء على حق أو حرية يضمنها الدستور.)) [1]

وفي سبيل توصل القاضي الدستوري إلى اصدار قرار بالدستورية أو المطابقة فإنه يعتمد على تطبيق معيارين هما:

-قرينة الدستورية .

-عدم اعمال الرقابة الشاملة.

*معيار قرينة الدستورية :

الأصل العام الذي يعمله القاضي الدستوري عند دراسته للحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية المثار أنه مصحوب بقرينة الدستورية، ومفادها أن كل ما يصدر عن السلطة التشريعية يعد صحيحا ومطابقا للدستور، وبالتالي فالقاضي الدستوري لا يقرر عدم الدستورية الا اذا توفر أمامه عدة اعتبارات هي:

-الشك المعقول:ومعناه أن تقرير عدم الدستورية يقضى به متى كان ذلك واضحا وقاطعا بما لا يترك مجالا للشك بتحقق مخالفة الحكم التشريعي للدستور. [2]

-إعمال المطابقة بشرط التفسير: ويطلق عليه الفقه الفرنسي قرار المطابقة بتحفظ والأصل العام في هذا النوع من هذا القرار بأنه قرار بعدم الدستورية، ولكن بحسب التحفظات المقترنة به والتي تعد شرطا الزاميا يتعين تطبيقها حتى يصبح الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية مطابقا للدستور، وهذا ما يدرجه ضمن القرار بالدستورية على أساس أن القاضي الدستوري انتهج بشأنه تفسيرا جعله بموجبه مطابقا للدستور [3] والغرض من اتباع القاضي

---

[1] -CC,18/05/2016,n542 qpc,RFDC,2017,n109,p231,note N.Catelan,RTD,civ,2016,n3,p628,note H.Barbier.

[2] -أبو المجد أحمد كمال،الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والاقليم المصري،مكتبة النهضة المصرية،القاهرة،1960 ،ص488.

-عادل محمود أحمد عمار،الدور السياسي والقانوني للقاضي الدستوري،أطروحة دكتواره في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة المنوفية،2019،ص277.

[3] -أحمد فتحي سرور،الحماية الدستورية للحقوق والحريات،ط2،دار الشرق،القاهرة،2000،ص300.

الدستوري هذا المنهج هو تفادي إلغاء الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية [1] وبالتالي فإن ذلك التفسير ينصرف الى توجيه السلطات العامة الى ضرورة تطبيقه في الأعمال الصادرة عنهم، ويكمن سبب ذلك في أن القاضي الدستوري يعتبر أن التفسير الذي كرسه هو الوحيد الذي يتعين على السلطات العامة الإلتزام به. [2]

كما يجوز للقاضي الدستوري اصدار هذا القرار بشأن سؤال الأولوية الدستورية المثار ضد تفسير قضائي مستقر وفي هذه الحالة يكون موضوع التحفظات وأثرها، إما إعادة النظر في التفسير القضائي الثابت، أو تكريسه. [3]

-لا يجوز تقرير عدم الدستورية الا بالنسبة لأجزاء الحكم التشريعي المخالفة للدستور الا إذا تحققت مسألة الإرتباط بين تلك الأجزاء وباقي الأجزاء المتبقية من الحكم التشريعي على نحو يحول دون الفصل بينها، ففي هذه الحالة يقرر القاضي الدستوري عدم الدستورية للحكم التشريعي برمته. [4]

***عدم اعمال الرقابة الشاملة:**بمعنى أن القاضي الدستوري عند دراسته لسؤال الأولوية الدستورية المثار لا يمارس رقابة شاملة على الحكم التشريعي موضوع ذلك السؤال ببحث عيوب عدم الدستورية الشكلية والموضوعية، لأنه بصدد رقابة لاحقة على نفاذ القرار، وبالتالي عليه إعمال معيار آخر تقتضيه تلك الرقابة، تماشيا مع خصوصيتها في التشريعات موضوع المقارنة، وتتمثل في التحقق من وجود انتهاك أو انتقاص من الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور بموجب ذلك الحكم التشريعي.

---

[1] -Xavier samuel,es réserves d'interprétation émises par le conseil constitutionnel.

.يمكن الاطلاع عليه عبر الموقع الالكتروني التالي:تاريخ الاطلاع 2020/12/05 على الساعة 03 صباحا.

http://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank-mm/pdf/conseil/reserves.pdf.

[2] -Samy benzina,lévectivité des décisions qpc du conseil constitutionnel, thèse de l'université panthéon-assas paris2,2017 ,p212.

[3] -J.ROUX,qpc,et interprétation jurisprudentielle de disposition législative :le conflit entre la cour de cassation et le conseil constitutionnel a-t-il vraiment pris fin ? LPA,08/07/2011,p8.

[4]-رمزي طه الشاعر ،رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة،مطابع التسيير ،مصر ،2004،ص721.

❖ **القرار بعدم الدستورية:**

ويقصد بالقرار بعدم الدستورية اعلان القاضي الدستوري عن مخالفة الحكم التشريعي لأحكام الدستور. [1]

فإذا توصل المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية إلى تأسيس قناعته بشأن عدم دستورية الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية فإنه يصدر قرار بعدم الدستورية وقد أضفت التشريعات موضوع المقارنة الحجية المطلقة على هذا القرار، ينصرف مدلولها إلى عدم جواز إثارة موضوع دستورية نفس الحكم المقضي بعدم دستوريته من قبل نفس الشخص ولنفس السبب أي أن الحجية تشمل الأطراف والموضوع والسبب. [2]

وبما اننا خلصنا الى ان سؤال الأولوية الدستورية قد ينتهي بصدور قرار بعدم الدستورية يتضمن الافصاح عن عدم المطابقة للدستور، وعدم المطابقة تتخذ في شكلين اما بصدور قرار بعدم المطابقة الكلية أو قرار بالمطابقة الجزئية، فالأول مفاده أن عدم الدستورية تشمل الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية برمته، أما الثاني مفاده أن القاضي الدستوري يعتبر أن بعض أجزاء الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية مخالفة للدستور، ونستدل بقرار للمجلس الدستوري الفرنسي بشأن عدم المطابقة الجزئية وهو القرار رقم 2017/625 المؤرخ في 2017/04/07 ومضمونه كالتالي:

((أثير سؤال الأولوية الدستورية ضد بعض مقتضيات المادة 412 من القانون الجنائي المتعلقة بتعريف المشروع الإرهابي الفردي،على نحو ينافي الدقة ولا يتماشى مع مبدأ شرعية التجريم والعقاب،وأنه يجرم عدة سلوكيات، ولا يتماشى مع مبدأ ضرورة التجريم على أساس أنه يجرم أفعال لا ترقى إلى وصف ارتكاب أفعال ارهابية،ويتولى فرض العقاب على مجرد النوايا بالإضافة إلى عدم استجابته لمبدأ التناسب.

---

[1]–محمد جمال عثمان جبريل،أثر الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا،دار النهضة العربية،القاهرة،2000،ص19.

[2]–الدناصوري عز الدين وعبد الحميد الشواربي،الدعوى الدستورية مع موجز لأحكام المحكمة الدستورية العليا منذ تاريخ انشائها وحتى الآن،منشأة المعارف،الاسكندرية،2002،ص28.

وقد أعمل المجلس الدستوري في قراره التسبيب على النحو التالي:انعدام مخالفة الدستور بشأن مبدئي الشرعية والتناسب،إلا أن بعض العبارات الأخرى في الحكم التشريعي المعني،وهو المادة 421 من القانون الجنائي تجعل تلك المقتضيات التشريعية مخالفة لمبدأ ضرورة التجريم والعقاب،وباستثناء تلك المخالفة تعتبر باقي مقتضيات الحكم التشريعي مطابقة للدستور،بشرط التفسير المدرج في الحيثية رقم 16،وبالنسبة للمقتضيات المخالفة للدستور فإن أثر عدم دستوريتها يسري طبقا للشروط المقررة بموجب الحيثية رقم 22،ومفادها أن عدم الدستورية يسري من تاريخ نشر القرار(إلغاء بأثر فوري)).[1]

الفرع الثاني:الطبيعة القانونية للقرار الدستوري:

حتى نتمكن من تحديد الطبيعة القانونية للقرار الدستوري تعين علينا ابراز المعايير التي تحدد تلك الطبيعة وهي كالتالي:

-معيار العمل القضائي.

-معيار الجهة الصادر عنها.

أولا:معيار العمل القضائي:

حسب الفقيه الفرنسي مارسيل والين (Marcel waline) ،فإن القرار القضائي يتكون من عنصرين هما:الأول عنصر الجواب على سؤال قانوني، والثاني قوة القضية المحكمة للجواب،إلا أن هناك عنصرا ثالثا أضافه الفقيهان ليون هامون "leon hamon" ،وباتريك جويار " Patrick juillard "،ويتمثل في وجود الاعتراض وهذا العنصر يميز بين الأعمال الولائية والأعمال الولائية.

وقد مر معيار العمل القضائي بعدة مراحل، ففي البداية وظف على أساس أنه معيار شكلي أي أنه مؤسس على الجهة الصادر عنها القرار، وتحدد طبيعته بموجب تشكيلة الهيئة الصادر عنها وتبعيتها للسلطة القضائية من عدمها، وفي مرحلة لاحقة وظف على أساس

[1] -Décision n 2017/265 qpc du 07/04/2017.:يمكن الاطلاع عليه عبر الموقع التالي
https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017625QPC.htm

أنه معيار موضوعي يعتمد فيه على تحديد العمل القضائي استناد إلى موضوع القرار ودرجة حسمه للنزاع بين الخصوم طبقا لما يقتضيه القانون ومدى إكتسابه حجية الشيء المقضي به من عدمه، ثم تطور وأصبح معيارا مختلطا يجمع بين خصائص المعيارين السابقين ويستخلص هذا المعيار المختلط عبر عدة قرائن تتمثل في:انعدام التبعية بين الهيئة مصدرة القرار وأية جهة أخرى تفرض عليها الحكم على نحو معين، تكريس ضمانات قانونية لصالح الخصوم، اضفاء الأثر الكاشف للقرار واستبعاد الطابع المنشئ عنه واكسابه حجية الشيء المقضي به. [1]

ثانيا:معيار الجهة الصادر عنها القرار الدستوري:

أسند المشرع الفرنسي اختصاص الفصل في سؤال الأولوية الدستورية للمجلس الدستوري ونفس الشيء سار عليه المشرع الجزائري، في ظل التعديل الدستوري لعام 2016 ولكن بموجب التعديل الدستوري لعام 2020،منح هذا الاختصاص للمحكمة الدستورية وهذا التعديل يسفر عن رغبة المؤسس الدستوري في تجسيد القضاء الدستوري، أما المشرع المغربي فطبقا للتعديل الدستوري لعام 2011 فقد أسند مهمة الفصل في ذلك السؤال للمحكمة الدستورية، والملاحظ أن مصطلح المحكمة الدستورية هو أكثر تماشيا مع نموذج سؤال الأولوية الدستورية على أساس أنه يشكل رقابة لاحقة على صدور الحكم التشريعي وانتقد الفقه تسمية المجلس الدستوري الفرنسي على أساس أنه لا يتماشى مع هذا النوع من الرقابة، ولا داعي للخوض في هذا الجدل الفقهي حول طبيعة المجلس الدستوري ويكفي ان الضمانات والاجراءات التي كرسها المشرع الفرنسي أمام المجلس الدستوري أثناء الفصل في سؤال الأولوية الدستورية تضفي عليه الطابع القضائي حسب وجهة نظرنا.

[1]–محمد نصر الدين كامل،اختصاص المحكمة الدستورية العليا،عالم الكتب،بيروت لبنان،1989،ص.ص87–96.

المطلب الثاني:إجراءات إصدار القرار الدستوري:

وهي الإجراءات التي سبق معالجتها ولا داعي لاعادة تكرارها والملاحظ عليها أنها إجراءات تكرس معاير المحاكمة العادلة، وتضفي الطابع القضائي على الجهة المصدرة للقرار بصرف النظر عن تشكيلتها، ونقتصر ضمن هذا المطلب على بيان كيفية اعداد القاضي الدستوري للقرار الدستوري بالتفصيل المبين أدناه:

-كيفية اعداد القاضي الدستوري للقرار الدستوري.

-بنية القرار الدستوري.

الفرع الأول:كيفية اعداد القاضي الدستوري للقرار الدستوري:[1]

باعتبار ان القاضي الدستوري شأنه شأن القاضي العادي بشأن اتباعهما مراحل لاعداد القرار الدستوري أو الحكم القضائي، وبالنظر الى خصوصية سؤال الأولوية الدستورية مما دفعنا الى البحث عن المراحل التي يعتمدها القاضي الدستوري في استخلاص تصوراته بشأن اتخاذ القرار الفاصل في ذلك السؤال، أو بمعنى أدق "كيفية اعداد أو انتاج القرار الدستوري" وعليه نحلل هذا العنصر بدراسة المسائل التالية:

-دور القاضي المقرر في اعداد مشروع القرار الدستوري.

-برتكولات المداولة في عمل المجلس الدستوري.

المرحلة الأولى: دور القاضي المقرر في اعداد مشروع القرار الدستوري.

تظهر أهمية عمل القاضي المقرر في عمل القضاء الدستوري من خلال اعتبار التقرير الذي يعده يشكل الخطوة الممهدة للمداولة بشأن القرار الدستوري، ويعتمد القاضي المقرر في عمله على مناهج تتضمن جمع المعلومات من وقائع ونصوص مرتبطة بملف سؤال الأولوية الدستورية وتتمثل على سبيل المثال في(تقاير، أسئلة الأولوية الدستورية

[1]- عبد الرحيم المنار اسليمي،مناهج عمل القاضي الدستوري بالمغرب دراسة سوسيو قضائية،ط1،منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية،2006،ص.ص164-165.

مشابهة للسؤال المثار،اجتهادات واراء فقهية)، وبالتالي فإن هذه المناهج تتيح المجال الى اتخاذ قرار دستوري، اما ان يكون نتاجا لتقرير دستوري مدعم بحجج تفتح المجال للمناقشة في المداولة واما أنه سيكون هو نفسه القرار الدستوري ،وهذا مرده الى اختلاف التشريعات موضوع المقارنة، بشأن طبيعة الوثيقة التي يعدها القاضي المقرر، هل هي تقرير أم مشروع قرار دستوري معروض للتصويت عليه [1] وبالتالي فان التقرير هو عبارة عن الوثيقة التوجيهية المحددة للمداولة بشأن القرار الدستوري واحيانا تكون هي ذات القرار المتخذ.

فبعد تعين القاضي المقرر فإنه يباشر عمله وبطبيعة الحال فإن له حدودا لمجالات عمل معين،ومن خلال هذا العمل فإنه يتبع منهجية معينة تتعلق بالمسائل التالية:طريقة عمله ،ومدى امكانية استعانته بمساعدين ،الطبيعة القانونية للوثيقة التي يعدها للمداولة هل هي عبارة عن تقرير ،أو مشروع قرار دستوري؟.

بداية نوضح انه لا توجد اجراءت مكتوبة تنظم عمل القاضي المقرر في مجال سؤال الأولوية الدستورية، وغياب مثل هذا التنظيم مؤاده منحه حرية واسعة في جمع المعلومات المفيدة للفصل في ذلك السؤال.

ويباشر القاضي المقرر مهامه بمجرد توصله بملف سؤال الأولوية الدستورية من قبل رئيس المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية حسب الحالة معتمدا على مؤهلاته الشخصية وكفاءته، وأنه يعتمد على الجمع بين أسلوبي العمل الفردي والعمل الجماعي، اي ان هناك القاضي المقرر الأصلي والقاضي المقرر المساعد فمثلا فرنسا تعمل بنظام المقررين المساعدين الذين يختارهم رئيس المجلس الدستوري على عكس التجربة المغربية والجزائرية لا تأخذ بهذا النظام وتعمل بأسلوب القاضي المقرر الفردي في كل قضية على حدا، ويتمتع القاضي المقرر الأصلي بالصلاحية الكاملة في الحصول على المعلومات المتعلقة بملف المسألة الدستورية عن طريق اتباعه ثلاث مراحل:

*الأولى: جمع ودراسة الوثائق المتعلقة بموضوع المسألة الدستورية المثارة ،سواء كانت نصوص قانونية اجتهاد قضائي ،تقارير اللجان البرلمانية،أحكام المحاكم الدستورية الأجنبية

[1]–عبد الرحيم المنار اسليمي،مرجع سابق،ص166.

الآراء الفقهية والتقارير الادارية ويتولى تمحيصها ودراستها، كما يمكنه اجراء تحقيق في الموضوع بناء على طلب من رئيس المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية.

*الثانية:استجلاء موقف الحكومة بصدد النصوص محل سؤال الأولوية الدستورية والمآخذ التي يراها بشأنه ويكون ذلك بموجب مذكرات مكتوبة من جانب السكريتر العام للحكومة ويتم مناقشتها مع المقرر . [1]

علاوة على ذلك يمكنه الاتصال بالجهات الغير الرسمية ،كالجمعيات والنقابات التي يمسها الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية المثار، كما يمكنه الاستعانة بالأراء والتحليلات الفقهية والاستشارات القانونية التي يطلبها من المختصين أو التي نشرت من جانبهم.

*وكمرحلة أخيرة من عمله يقوم بإعداد تقرير يضمنه عرضا لوقائع الموضوع والمشاكل القانونية التي يثيرها وأوجه الطعن التي يبديها الطاعنون وردوده عليها ايجابا أو سلبا وفي الأخير يصل إلى مشروع القرار الذي يراه مناسبا للفصل في سؤال الأولوية الدستورية والذي يعد نقطة الانطلاق للفصل فيه من جانب الجهة الدستورية(محكمة او مجلس دستوري). [2]

أما بالنسبة للطبيعة القانونية للوثيقة التي يعدها القاضي المقرر فيتبين أن هناك خلط في المصطلح المعتمد بشأنها فأحيانا يطلق عليه تقرير، وأحيانا أخرى مشروع قرار دستوري فأيهما الأدق؟ وبالتالي ما هو الشكل القانوني الذي يمكن اصباغه على الوثيقة التي يعدها القاضي المقرر بشأن ملف سؤال الأولوية الدستورية ؟

للاجابة على هذا التساءل يتعين علينا ابراز مدلول كل من المصطلحين سابقي الذكر:

*فالتقرير يتكون من عدة أجزاء، أولها القانون المنظم لملف سؤال الأولوية الدستورية وثانيها الحجج التي يؤسس عليها كل طرف وجهات نظره بشأن الحكم التشريعي المطعون فيه وقد

---

[1]–عبد الرحيم المنار اسليمي،نفس المرجع،ص.ص182–183.

[2]–شعبان أحمد رمضان أحمد،ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق قسم القانون العام،جامعة اسيوط،2000،ص171.

تشمل ايضا الأسباب التي استخلصها المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية ولم يشر اليها الأطراف.

* أما مشروع القرار الدستوري: فهو عبارة عن وثيقة تنشأ عن التقرير وتعرض للمناقشة من قبل أعضاء المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية حيثية بحيثية،وذلك بغرض تكملتها إما بمقتضيات لم يشر اليها القاضي المقرر أو للتصويت عليها بدون اضافات بعد المناقشة وجرت العادة على توزيع نسخ من مشروع القرار الدستوري على أعضاء المجلس الدستوري الفرنسي قبل المداولة بـ24 ساعة.

أما في التشريعات موضوع المقارنة فالقاضي المقرر يعد تقريرا طبقا لما نصت عليه المادة 17 من القانون التنظيمي رقم 066/13 المتعلق بالمحكمة الدستورية المغربية المؤرخ في 2014/08/13.

وفي التشريع الفرنسي لم يتضمن النظام الداخلي المتعلق بالمجلس الدستوري الفرنسي بشأن سؤال الأولوية الدستورية على أن العضو المقرر يتولى إعداد تقرير، أما في التشريع الجزاري فإنه طبقا للمادة 36 من النظام الداخلي المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لعام 2019 فإن المقرر مكلف بإعداد مشروع قرار.

ومنه وطبقا لما سبق بيانه فإن القاضي المقرر تناط به مهمة البحث عن الأدلة المتعلقة بسؤال الأولوية الدستورية ، وتحقيق الرأي فيه لتسهيل الفصل فيه من قبل المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري،و وتتمثل سلطات القاضي المقرر فيما يلي:

*الاتصال بالجهات المعنية، للحصول على كافة المعلومات اللازمة للفصل في سؤال الأولوية الدستورية أو طلب كافة الوثائق والبيانات التي يراها ضرورية للفصل فيه.

*الاتصال أو الانتقال الى أماكن ذوي الشأن(البرلمان أو الحكومة..)لاستيضاحهم عن بعض الوقائع وتكليفهم بتقديم مستندات ،وغير ذلك من اجراءات التحقيق خلال أجل معين.

وبعد انتهاء عملية البحث والتحضير للفصل في سؤال الأولوية الدستورية يحرر تقريرا يضمنه البيانات التالية:

-تحديد المسائل القانونية المثارة.

-الرأي المبدى من طرف المقرر بشأن هذه المسائل ويجب ان يكون الرأي مسببا.

وللاشارة فإن التقرير الذي يعده القاضي المقرر لا يكتسب طابع الالزام للمحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري، ولهما كل السلطة التقديرية في الاخذ به، أو تبنيهما ما يخالفه، وبالتالي لا أثر له على تكوين اقتناع المحكمة أو المجلس فيما فصلا فيه وان تكوين الاقتناع مؤسس على ما يراه كل منهما كاشفا عن حكم الدستور والقانون، ومنه فالتقرير هو أحد عناصر البحث أو التحقيق الذي تعتمده المحكمة الدستورية او المجلس الدستوري . [1]

كما يكلف القاضي المقرر بحضور الجلسة المنعقدة للفصل في سؤال الأولوية الدستورية وتبين لنا ذلك بالاطلاع على القرار الصادر عن المجلس الدستوري الجزائري، والذي تضمن عبارة بعد الاستماع الى المقرر في تلاوة تقريره بالجلسة. [2]

المرحلة الثانية:برتكولات المداولة في عمل المجلس الدستوري:

تقتضي المداولة اتخاذ الاجراءات التالية:استيفاء النصاب القانوني للاعضاء لانعقاد جلسات المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية، ثم تلاوة التقرير، ثم المناقشة والتصويت والأغلبية التي يتخذ بها القرار الدستوري .

وبالتالي المداولة على مستوى المجلس الدستوري او المحكمة الدستورية ليست ذاتها المتبعة على مستوى القضاء العادي ومردها يتعلق بسببين هما:

-تنوع تشكيلة أعضاء المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية بحيث تضم القضاة والسياسين .

-ان المداولة مجال لطرح مختلف التصورات التي يراها كل عضو حسب الهيئة التي ينتمي اليها.

---

[1]-عبد الرحيم المنار اسليمي،مرجع سابق،ص184.

[2]-قرار رقم 01/ق م د/د ع د/20 مؤرخ في 2020/05/06 المتعلق بالدفع بعدم دستورية المادة 496 النقطة 6 قانون الاجراءات الجزائرية المعدل والمتمم.

وبطبيعة الحال فان المداولة على مستوى هذه الهيئة تخضع لبرتكولات معينة مقررة قانونا تقسم الى نوعين: الأول متعلق بانعقاد الجلسات، والثاني بطريقة تبني القرار الدستوري.

*برتكولات انعقاد الجلسات:تتمثل فيمايلي :

-الاجتماع والمناقشة:يجتمع المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية بناء على دعوة من رئيسها للفصل في سؤال الأولوية الدستورية المعروض عليه، وذلك بعد الاستماع الى تقرير القاضي المقرر .

-النصاب القانوني لصحة المداولة: ولصحة المداولات يجب توفر نصاب قانوني محدد في التشريع الجزاري بـ09 أعضاء على الأقل طبقا للمادة 40 من النظام الداخلي المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لعام 2019[1]، وفي و التشريع المغربي يتمثل في 09اعضاء على الأقل حسب المادة 17 من القانون العضوي رقم 066/13 المتعلق بالمحكمة الدستورية المؤرخ في 2014/08/13، أما في التشريع الفرنسي فلم يتضمن نظامه الداخلي تنظيم هذه المسألة.

-الاغلبية المقررة للتصويت على القرار: ان الأغلبية المقررة لاتخاذ القرار الدستوري تختلف في التشريعات موضوع المقارنة، ففي الجزائر حددت بأغلبية الأعضاء طبقا للمادة 41 من النظام الداخلي المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لعام2019 [(2)]، أما في التشريع الفرنسي فلم يبين النظام الداخلي المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الأغلبية المعتمدة لصدور القرار الدستوري.

[(3)]وفي المغرب حددت بأغلبية ثلثي الأعضاء، وفي حال تعذر توفر هذا النصاب بعد دورتين للتصويت وبعد المناقشة تتخذ القرارات من قبل المحكمة الدستورية بالأغلبية المطلقة لاعضاها، وفي حال التساوي للاصوات يرجح صوت الرئيس، ويمكن ان تكون مداولاتها صحيحة بحضور 06 اعضاء على الاقل في حال لم يتمكن مجلسي البرلمان أو أحدهما من

1-أنظر المادة 40 من النظام الداخلي المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري بالجزائر لعام 2019،حسب تسميته السابقة.

[2]- أنظر المادة 41 من النظام الداخلي المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري بالجزائر لعام 2019،حسب تسميته السابقة.

[3]- القانون العضوي رقم 066/13 المتعلق بالمحكمة الدستورية بالمغرب المؤرخ في 2014/08/13.

انتخاب الاعضاء ضمن الأجل القانوني للتجديد، وفي هذه الحالة تصدر قرارها طبقا لنصاب دون احتساب الاعضاء الذين لم يتم انتخابهم وهذا ما نصت عليه المادة 17 من نفس القانون.

الفرع الثاني:بنية القرار الدستوري:

بالرجوع الى القرار الدستوري الصادر عن المجلس الدستوري الجزائري رقم 01/ق م د/د ع د/20 مؤرخ في 2020/05/06 بان الدفع بعدم الدستورية المثار ضد المادة 496 النقطة 6 من قانون الاجراءات الجزائية المعدل والمتمم، فاننا نلاحظ بأن النموذج المتبع بشأن بنية القرار الدستوري الفاصل في سؤال الأولوية الدستورية أنه يؤسس على شقين هما:الأول الاشارة الى الدفوع التي أسس عليها الطاعن سؤال الأولوية الدستورية المثار وبيان الملاحظات المكتوبة لباقي الأطراف(الحكومة والبرلمان والوزير الأول)، ثم بيان ايضا الملاحظات المكتوبة التي ابداها النائب العام، ثم بيان الحكم التشريعي المطعون فيه تليها ابداء المحكمة الدستورية التعليل المتعلق بمدى دستورية الحكم التشريعي من عدمه بالاستناد على البحث على اوجه الخرق للحق او الحرية التي يضمنها الدستور من عدمها والرد على ما ابداه الطاعن، ثم في الشق الثاني وهو المنطوق الخاص بالقرار تضمنه مايلي:

-اما التصريح بدستورية الحكم التشريعي المطعون فيه أو العكس.

-اعلام رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الامة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، والوزير الأول بهذا القرار.

-نشر القرار بالجريدة الرسمية.

المطلب الثالث: حجية القرار الدستوري الفاصل في سؤال الأولوية الدستورية.

ان الحجية تعد أحد الآثار المترتبة على الحكم القضائي بصفة عامة، والقرار الدستوري بصفة خاصة، كما أنها امتياز يكتسبه كل منهما، وللتوصل الى الحجية المقررة للقرار الدستوري يتعين تحديد مدلول الحجية القضائية بصفة عامة والتي يقصد بها أنها "الحماية القضائية التي يقررها الحكم القضائي للمحكوم له تحول دون اعادة عرض خصمه للخصومة من جديد امام محكمة مماثلة للمحكمة التي أصدرت الحكم القضائي." [1]

وعليه فان الحجية القضائية تعد وسيلة فنية تهدف الى وضع حد للخصومة القضائية أو الدستورية وتعمل على تحقيق دورين هما:الأول دور سلبي يتمثل في امتناع القاضي عن الفصل في الدعوى التي سبق أن صدر فيها حكم حاز قوة الشيء المقضي فيه، وهو دور يقيد كل من القاضي والخصوم، أما الدور الايجابي يتمثل في كفالة احترام ما سبق الفصل فيه. [2]

وترتيبا على ذلك، فالحجية هي التسليم بما تضمنه الحكم القضائي من مسائل فصل فيها، وسلامة الاجراءات المتبعة في إصداره على نحو يحظر فيه على كل خصم كان طرفا في النزاع من إعادة إثارة نفس المنازعة التي تم الفصل فيها بموجب دعوى جديدة تحت طائلة عدم القبول.

[3]أما في مجال القضاء الدستوري فان للحجية دورا هاما كون أحكامه تتعلق بالفصل في مدى مطابقة الحكم التشريعي للدستور من عدمه، وبالتالي فهي متعلقة بالفصل في مسائل قانونية محضة، وتبعا لذلك لا ينحصر مجالها في الحقوق والآثار القانونية بل يتعلق بمجال القواعد القانونية ومدى صحتها او بطلانها وترتيبا على ما تقدم، فقد استقرت اجتهادات القضاء الدستوري على أن نطاق الدعوى الدستورية يتحدد بسؤال الأولوية

---

[1]–بتول مجيد جاسم، حجية القرارات والأراء التفسيرية الصادرة من المحاكم الدستورية دراسة مقارنة،مكتبة السنهوري،بيروت،بدون سنة نشر ،ص90.

[2]–آلاء مهدي مطر ،حجية أحكام وقرارات القضاء الدستوري،ط1،منشورات زين الحقوقية،بيروت،لبنان،2018،ص196.

[3]- آلاء مهدي مطر ،المرجع نفسه،ص196.

الدستورية الذي تم اثارته بمناسبة الفصل في الدعوى الموضوعية، وفي الحدود التي تقدر فيها جدية ذلك السؤال من قبل محكمة الموضوع.

ومنه فالحجية المقررة للقرار الدستوري يقصد بها استنفاذ المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية ولايتهما بشان ما فصلت فيه بشأن سؤال الأولوية الدستورية الذي أثير ضد تطبيق الحكم التشريعي المطعون فيه المراد تطبيقه على النزاع الموضوعي على نحو ينهي النزاع بشان دستوريته من عدمها.

وعادة ما يحدد نطاق الدعوى الدستورية في حيثيات(الأسباب) القرار الدستوري دون ذكرها في منطوقه، وتبرز أهمية هذه الملاحظة في الحالة التي يصدر فيها القاضي الدستوري قرارا بالمطابقة، حيث انه لا يورد بيانا للنصوص القانونية المقضي بدستوريتها، أما في حالة اصدار قرار بعدم الدستورية فإن القاضي الدستوري ملزم بأن يبين في منطوق القرار النصوص القانونية التي قضى بعدم دستوريتها، لذا فإنه في القرار الصادر بالمطابقة يرتبط منطوق القرار بأسبابه التي حددت نطاق الدعوى الدستورية على أساس الارتباط القائم بين الأسباب المنطوق على نحو يحول دون فصلها عنه [1] وعلة ذلك أن الاسباب هي التي تبين فيها النصوص المحددة لنطاق سؤال الأولوية الدستورية وبعد التوصل الى دستوريتها يقتصر منطوق القرار على مطابقتها للدستور دون بيان تلك النصوص.

وعليه سنعالج أنواع القرار الدستوري، وكذا تحديد الأساس القانوني للحجية وضوابط إعمالها، وأجزاء القرار التي تكتسب الحجية وندرسهم على النحو التالي:

-أنواع القرار الدستوري.

-الأساس القانوني لحجية القرار الدستوري.

-ضوابط إعمال الحجية للقرار الدستوري.

-أجزاء القرار التي تكتسب الحجية.

---

[1]-آلاء مهدي مطر،مرجع سابق،ص155.

الفرع الأول:أنواع القرار الدستوري:

سنقصر دراستنا على بيان نوعين من القرارات الدستورية وهما:القرار الصادر بالمطابقة والقرار القاضي بعدم الدستورية .

أولا-حجية قرار مطابقة الحكم التشريعي للدستور:

اجمعت التشريعات موضوع المقارنة على ان القرار الصادر بمطابقة الحكم التشريعي للدستور يحوز على حجية نسبية، وهذا ما استخلصناه باستقراء المواد 23 و05 و02 من القوانين المنظمة لسؤال الأولوية الدستورية في تلك التشريعات، والتي اشترطت ان لا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف القاضي الدستوري باستثناء حالة تغير الظروف، وبالتالي فإن الحجية النسبية لا تعد مانعا لإعادة طرح نفس سؤال الأولوية الدستورية من جديد بناء على أسباب جديدة، لم تكن مثارة من قبل حتى ولو أثيرت من طرف نفس الشخص، ومبرر الحجية النسبية راجع الى الطابع العيني للدعوى الدستورية التي توجه فيها الخصومة إلى الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية فإذا صدر قرار بعدم الدستورية فإنه يرتب أثرا مفاده إلغاء قوة نفاذ النص، أي أنه يصبح معدوما من الناحية القانونية، وبالتالي يؤدي ذلك إلى سقوطه من المنظومة القانونية للدولة وهذا ما يجعله يحوز الحجية المطلقة في مواجهة الكافة، وهذه الخصائص لا تتوفر بشأن قرار المطابقة والذي تقتصر حجيته على أطراف النزاع، ويجوز من جديد إثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأن الحكم التشريعي المقضي بدستوريته. [1]

ثانيا-حجية قرار عدم دستورية الحكم التشريعي:

إن القرار بعدم الدستورية يقصد به بأنه حكم قضائي صادر اما عن المحكمة الدستورية او المجلس الدستوري مقررا بطلان تشريع معين او نص تشريعي معين لمخالفته الدستور. [2]

---

[1]-آلاء مهدي مطر،مرجع سابق،ص.ص161-162.

[2]-عصام أنور سليم،موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون،منشأة المعارف،الاسكندرية،2018،ص40.

ومنه نستخلص باستقراء هذا التعريف ان قرار عدم الدستورية يؤسس على المقومات القانونية التالية:

-أنه حكم قضائي،على أساس أنه يصدر بناء على خصومة قضائية، وهذه الأخيرة تتمثل في الدعوى الدستورية وعلى وجه التحديد سؤال الأولوية الدستورية الذي توجه فيه الخصومة إلى الحكم التشريعي المدعى مخالفته للدستور ويعود اختصاص الفصل فيها إلى المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري.

-أنه حكم يتعلق بالغاء حكم تشريعي مخالف للدستور أي ان قرينة الدستورية أو ما يصطلح عليه بصحة النصوص القانونية تعد قرينة مصاحبة لها ولا تسقط تلك القرينة إلا بموجب قرار بمخالفتها للدستور .

ومنه فالملاحظ أن الفقرة 11 من المادة 23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523 لم تنص على حجية القرار الصادر بشأن سؤال الأولوية الدستورية معتمدة على ما ورد بموجب المادة 2/62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 بهذا الشأن والتي تنص على أن"قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن،وتفرض على كافة السلطات العامة،وكذلك على الهيئات القضائية والإدارية."

ولم تستخدم هذه المادة عبارة الحجية المطلقة للشيء المقضي فيه الا أن عباراتها قاطعة بشأن إرادة المؤسس الدستوري الرامية إلى منح قرار المجلس الدستوري تلك الحجية.

وفي التشريع المغربي نص الفصل 134 من التعديل الدستوري لعام 2011 على أنه"...لا تقبل قرارات المحكمة الدستورية أي طريق من طرق الطعن وتلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية."

بينما نصت المادة 198 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020 على أنه"...تكون قرارات المحكمة الدستورية نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الادارية والقضائية".[1]

[1]- تحليل الباحث للنصوص القانونية المنظمة لسؤال الأولوية الدسورية والدفع بعدم الدستورية في التشريعات محل المقارنة.

وباستقراء المواد أعلاه، يتبين منها أن القرار الصادر بعدم الدستورية يحوز حجية مطلقة يترتب عنها عدم جواز طرح مسألة دستورية الحكم التشريعي من جديد، فإذا قضي بإلغاء الحكم التشريعي فقد قوته التنفيذية وسقط من المنظومة القانونية للدولة، وباعتبار أن النصوص القانونية تخاطب الكافة سواء كانوا الأفراد أو السلطات العامة مما يجعل القرار بعدم الدستورية يخاطب هؤولاء الكافة، وبالتالي فإن الحجية التي يكتسبها القرار بعدم الدستورية كانت نتيجة اعمال التكيف القانوني للدعوى الدستوري في إطار الرقابة اللاحقة والمتمثل في الطابع العيني لها .

وعليه فإن الطابع العيني للدعوى المصاحب للأثر القاعدي للقرار الصادر بشأنها لا يحصر نطاق هذه الحجية في أطراف الدعوى، ومبرر ذلك أن الدعوى الدستوري تستهدف محاكمة النصوص الغير مطابقة للدستور ولا تختصم شخصا معينا ولا يكون لأطراف الدعوى الدستورية أي أهمية إلا في عدهم امتداد للدعوى الموضوعية التي أثير بشأنها سؤال الأولوية الدستورية تعبيرا عن شرط المصلحة الشخصية كشرط شكلي لقبول ذلك السؤال. [1]

ولكن بالنسبة لنطاق الحجية المطلقة هل تقتصر على الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية المثار أم تمتد الى كل حكم تشريعي عالج موضوع مشابه للحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته؟.

[2]دائما نبحث عن الحل بالرجوع إلى الوضع في فرنسا بحكم حداثة التجربة في التشريعين المغربي والجزائري فقد اختلف الفقه الفرنسي بشأن نطاق الحجية المطلقة للقرار بعدم الدستورية وانقسموا إلى اتجهين هما كالأتي:

الاتجاه المؤيد لشمولية الحجية المطلقة.

الاتجاه المعارض لشمولية الحجية المطلقة.

---

[1]–أحمد فتحي سرور،الحماية الدستورية للحقوق والحريات،ط2،دار الشروق،مصر،2000،ص279.

[2]–آلاء مهدي مطر،مرجع سابق،ص163.

***الاتجاه المؤيد لشمولية الحجية المطلقة:**

يسوق هذا الاتجاه الفقهي مبرراته التي أسس عليها موقفه كالتالي:

-ان حجية الشيء المقضي فيه لا تقتصر على القانون المطعون فيه، بل تشمل كل قانون وتقضي بوجوب توافق القوانين مع نص وروح القانون الملغى على أساس الحجية المطلقة.

-لا تتقيد قوة الشيء المقضي فيه على القانون المعروض على المجلس الدستوري، بل تمتد إلى كل القوانين السابقة واللاحقة بمجرد توافر شبهة أو عناصر مشتركة بين هذه القوانين.

-امتناع المحاكم عن تطبيق القانون المقضي بعدم دستوريته على كل الخصومات المعروضة عليها أو المستقبلية دليل على الحجية المطلقة للقرار بعدم الدستورية.

*الاتجاه المعارض لشمولية الحجية المطلقة:

إن الحجية المطلقة للقرار بعدم الدستورية تتعارض مع شروط الدفع بحجية الشيء المقضي به التي تقتضي توفر ثلاث عناصر: هي: وحدة الأطراف، ووحدة الموضوع ووحدة السبب، بالإضافة الى الأثر المترتب على عدم دستورية قانون معين ومحدد بالذات تقتصر فقط على ذلك القانون، ولا يجوز أن تشمل قانون آخر، كما أن الحجية في هذه الحالة تكون نسبية. [1]

الا أنه حسب رأي الباحث فإن الحجية المطلقة للقرار بعدم الدستورية ذات طابع شمولي لكل الأحكام التشريعية التي عالجت موضوع مشابه للحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته.

والمستخلص من اعمال التشريعات موضوع المقارنة الحجية المطلقة على القرار بعدم الدستورية هو حسم النزاع بشأن دستورية الحكم التشريعي مرة واحدة وبصفة نهائية، وبموجبه يستنفذ القاضي الدستوري ولايته للنظر فيه من جديد، وهذا ما يحقق وحدة التطبيق الدستوري داخل الدولة.

[1]-آلاء مهدي مطر،مرجع سابق،ص.ص182-183.

**** حجية قرار المطابقة بتحفظ في التفسير بشأن التفسير القضائي المستقر للمحاكم العليا:**

سنتولى تفصيل هذا النوع من القرار الذي يصدره المجلس الدستوري الفرنسي في مجال سؤال الأولوية الدستورية لاحقا، ولكن نوضح أنه يكتسب حجية مطلقة وملزم لكل السلطات العامة وعلى وجه الخصوص كل المحاكم، لاسيما محكمة النقض ومجلس الدولة اللذين صدر عنهما التفسير القضائي المستقر للحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية المثار، وعلى هذا النحو تلتزم المحاكم عند تطبيقها وتفسيرها للحكم التشريعي بالتحفظ المقترن به، ومخالفة هذا التحفظ يعد من النظام العام، وبالتالي يثيرها القاضي تلقائيا وان الفصل من طرف المحاكم على نحو مخالف للتحفظ يجعلها مرتكبة لخطأ في القانون كما انه ملزم للمشرع، ويتولى المجلس الدستوري رقابة احترام المشرع لذلك التحفظ بمناسبة اقراره للاوامر التي تصدرها السلطة التنفيذية بموجب قانون التفويض طبقا للمادة 38 من الدستور كما يلزم محكمة النقض ومجلس الدولة بالعدول عن تفسيرهما القضائي المستقر والتقيد بالتحفظ، وان امتناعها عن الالتزام به وتطبيقها لتفسيرها من جديد يجعلها مرتكبة مخالفة دستورية، ويقع عليهما ايضا فرض احترام ذلك التحفظ على المحاكم الادنى بمناسبة الطعن في احكام تلك المحاكم على مستواها. [1]

الفرع الثاني:الأساس القانوني لحجية القرار الدستوري:

ان الاساس القانوني الذي تستمد منه حجية القرار الدستوري يتمثل في نصوص الدستور التي تضفي عليه صفة الالزام .

وهناك نظرية للفقيه الألماني فريديريك سافيني"Freidirich savigny " تؤسس على ان الأساس القانوني لحجية القرار الدستوري مستمد من نظرية الحقيقة، ومفادها أن حجية الشيء المقضي به ناتجة عن افتراض أن ما يقرره الحكم يطابق الحقيقة والواقع، وأن الحكم يكون مطابقا للحقيقة على الأصل أن الغير ممن لم يكونوا طرفا في الخصومة يعتبرونه

[1]–محمد محمد عبد اللطيف،القانون الحي والرقابة على دستوريته،دار الفكر والقانون،المنصورة،2019،ص.ص171–172–173.

كذلك كما ان الحجية لا تتعلق بتقرير وقائع بل مناطها تقرير تطبيق القانون على تلك الوقائع، حتى وان كان هذا التطبيق يفترض تقريرا للوقائع فلا تكون له أهمية الا من ناحية تكوين إرادة القانون في موضوع معين، وبالتالي فإن مدلول الحجية ينصرف على القرار الذي أعلن ارادة القانون وكشف عن وقائع سابقة، ومنه تضفى الفاعلية على الحماية القضائية التي قررها الحكم. [1]

وهناك اتجاه فقهي يرى ان اساس الحجية للقرار الدستوري مؤسس على ان الحجية القضائية تعتبر من اعمال الحماية الموضوعية للقواعد القانونية التي تصدر في شكل حكم قضائي كقاعدة عامة، وان طبيعة هذه الحماية تحتاج الى مواجهة بين الخصوم في شكل خصومة قضائية ويصدر الحكم القضائي فاصلا في هذه الخصومة. [2]

ومن باب أولى اضفاء الحجية القضائية على القرار الفاصل في مسألة دستورية القوانين لانه يوفر هذا النوع من الحماية للحقوق والمراكز القانونية التي تتضمنها النصوص الدستورية عن طريق الغاء كل حكم تشريعي يخالف تلك الحماية ويثبت عدم مطابقته للدستور. [3]

الفرع الثالث:ضوابط إعمال الحجية للقرار الدستوري:

باعتبار الحجية من الدفوع المتعلقة بالنظام العام وبالتالي يثيرها القاضي تلقائيا وباعتبار ان القرار الدستوري كما سبق تعريفه هو حكم قضائي، فإنه تنطبق عليه القواعد العامة المتعلقة بالحكم القضائي العادي، لاسيما ما تعلق باكتساب هذا الأخير حجية الشيء المقضي فيه، وما يختلف فيه القرار الدستوري عن الحكم القضائي العادي انه محصن من الطعن ويكتسب الطابع النهائي بمجرد صدوره، ويكتسب بذلك حجية الشيء المقضي فيه ونقصد بذلك القرار بعدم الدستورية الذي له حجية مطلقة طبقا للضوابط المتبعة بشأن الحكم القضائي العادي وتقسم الى ضابطين هما:

---

[1]–آلاء مهدي مطر،مرجع سابق،ص139.

[2]–خالد منير حسن شعير،الأمر الجنائي دراسة تحليلية مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،2006ص283.

[3]–محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية،منشأة المعارف،الاسكندرية،2002،ص854.

-مقومات القرار الدستوري.

-استيفاء عناصر الحجية.

❖ **مقومات القرار الدستوري:**[1]

لاكتساب القرار الدستوري حجية الشيء المقضي فيه يتعين استيفائه عدة معاير تتمثل في:

-صدوره عن هيئة قضائية مشكلة طبقا للقانون:يتعين صدور القرار عن جهة ذات طابع قضائي ولها السلطة على إصدار الأحكام، وتم تشكيلها طبقا للقانون، وينعقد لها ولاية الفصل في المنازعات المعروضة عليها طبقا للاختصاص المخول لها دستوريا.

-الطابع القطعي للقرار بمعنى أنه فصل في الخصومة بشكل نهائي، ويترتب عنه استنفاذ ولاية المحكمة بشأنها.

-صدوره ضمن الولاية القضائية للمجلس الدستوري والمحكمة الدستورية. [2]

❖ **استيفاء عناصر الحجية:**

لاكتساب الحكم القضائي حجية الشيء المقضي فيه بشأن الدعوى التي فصل فيها يتعين تحقق عناصر الحجية، والمتمثلة في وحدة الأطراف والموضوع والسبب، والغاية من وجوب توفر هذه العناصر هو تفادي تناقض الأحكام القضائية بشأن ما فصلت فيه، وان كان القرار الدستوري بعدم الدستوية الذي يكتسب الحجية المطلقة يتطابق معه بشأن العنصر المتعلق بوحدة الموضوع، الا انه يختلف عنه من حيث عدم اشتراط اتحاد الأطراف واتحاد السبب لاكتساب القرار بعدم الدستورية الحجية المطلقة، وذلك على أساس أنه بمجرد صدوره يكون ملزما للكافة، ولا يقتصر على أطراف الدعوى الموضوعية فقط، على عكس الحكم القضائي الذي غالبا ما تقتصر حجيته في مواجهة أطراف الخصومة التي صدر فيها، كما ان عدم اتحاد السبب والمتمثل في اقامة الدليل على الضرر اللاحق بحق أو حرية والذي يختلف من

---

[1]-يوسف سعد الله الخوري،القضاء الإداري مسؤولية السلطة العامة،دار المنشورات الحقوقية،بيروت لبنان،1999،ص273.

[2]-عصام عبد الوهاب محمد السماوي،الدعوى الدستورية بين القانون اليمني والقانون المصري دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه،جامعة أسيوط،2013، ص226.

طاعن الى آخر لا يحول دون تقرير تلك الحجية للقرار بعدم الدستورية لان العبرة فيه هو تحقق وحدة الموضوع والمتمثل في الحكم التشريعي المقضي بعدم دستورية والذي لا يجوز تكرار مسألة مدى دستوريته من جديد.

الفرع الرابع:أجزاء القرار التي تكتسب الحجية:

يتكون القرار الدستوري من 03 أجزاء وهي الوقائع والأسباب (الحيثيات) والمنطوق وتنظم القرار الدستوري كغيره من الاحكام القضائية قاعدة أصولية عامة تقتضي وجوبية تسبيب الأحكام تحت طائلة البطلان، والحكمة من التسبيب هي بيان الاعتبارات العملية والقانونية التي أسس عليها القاضي عقيدته. [1]

وقد جرى العمل القضائي والفقهي أن الحجية تقتصر على منطوق الحكم القضائي ولا تعد الأسباب(الحيثيات) جزء من المنطوق الا بقدر ارتباطها به، وبالتالي هل يمكن اسقاط ذلك على القرار بعدم الدستورية؟.

بداية يتعين الاشارة الى ان المقصود بالمنطوق، هو الجزء من القرار الذي يتضمن النتائج النهائية التي توصلت اليها المحكمة الدستورية او المجلس الدستوري. [2]

أما الأسباب فتعرف بأنها الحجج القانونية والأدلة الواقعية والدعائم الأساسية التي يستند عليها منطوق القرار، وبالتالي لاكتساب المنطوق الحجية القضائية يجب ان يتضمن الفصل في سؤال الأولوية الدستورية المعروض على المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري. [3]

كما أن الأسباب القانونية التي تتضمنها حيثيات القرار الدستوري يكون لها أثر توجيهي نحو المعاني التي تضمنها المنطوق، ومن خلال الحيثيات يكرس القاضي الدستوري التفسير الذي يتمتع بقوة الزامية، وهذا ما يترتب عنه أن حجية القرار الدستوري تتعلق بالنتيجة التي انتهى اليها القاضي الدستوري والتي يجسدها في منطوق قراره، كما تتصرف إلى حيثياته التي

---

[1]–محمد صلاح عبد البديع السيد،قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا،ط3،دار النهضة العربية،القاهرة،2004،ص379.

[2]–بتول مجيد جاسم،مرجع سابق،ص116.

[3]–عصام أنور سليم،موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون،منشأة المعارف،الاسكندرية،2000،ص101.

يتحقق بينها وبين المنطوق ارتباط غير قابل للانفصال(ارتباط وثيق)، وعلى هذا النحو استقر المجلس الدستوري الفرنسي على سريان الحجية لمنطوق وأسباب القرار الدستوري التي تشكل دعامته الضرورية والأساس الذي بني عليه. [1]

كما أن القرار الدستوري كقاعدة عامة يتقيد منطوقه بالأسباب الواردة فيه، وعلى فرض قيام التناقض بين المنطوق والأسباب فإن الحجية تكون للمنطوق.

ويتعين التوسع في تفسير الأسباب المرتبطة بالمنطوق ارتباطا وثيقا لتشمل كل الأسباب التي يتعرض لها القاضي الدستوري في في مجال تحديده للنص الدستوري المدعى بمخالفته، من حيث تفسيره والوقوف على مداه ونطاقه، وكذا الحكم التشريعي المطعون فيه من ناحية تفسيره والوقوف على مراميه وأوجه المخالفة للدستور، وانتهاكه للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، والاطار العام للنصوص وللحقوق والحريات التي تتضمنها تلك النصوص ومضامينها وذلك تماشيا مع وظيفة القاضي الدستوري القائمة على حماية الشرعية الدستورية . [2]

وحسب رأي الباحث فإن الاسباب المرتبطة بالمنطوق تكتسب الحجية للمبررات التالية:

-تعد الأسباب المرتبطة بالمنطوق ارتباطا لا يقبل التجزئة من قبيل العناصر المكملة أو المفسرة للمنطوق.

-طالما أن الأمر يتعلق بتحديد نطاق القرار بعدم الدستورية، أي بيان سؤال الأولوية الدستورية الذي تم الفصل فيه مما يترتب عنه عدم جواز قصر هذا النطاق على المنطوق لان منطوق قرار عدم الدستورية يكون مقتضبا، وينحصر في بيان دستورية أو عدم دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه، بينما الأسباب هي التي تتضمن تفاصيل توصل المحكمة الدستورية او المجلس الدستوري الى اقتناعهما بشأن ما قرراه في المنطوق.

---

[1]-آلاء مهدي مطر،مرجع سابق،ص151.

[2]-بشير علي باز،أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية في ضوء أحكام القرار بقانون 168 لسنة 1998،دار الجامعة الجديدة للنشر،الاسكندرية،2005،ص120.

وطالما أن نطاق الحكم لا يقتصر على ما ورد في منطوقه، وذلك على أساس أن المنطوق لا يتضمن سوى جزء مما قرره القاضي، بينما الجزء الآخر يرد في الحيثيات ويجب أن يتقيد قضاء المحكمة بالأسباب الواردة في الحكم، والقاعدة المقررة كأصل عام في مجال الأحكام القضائية أن الحجية تكتسب للمنطوق ولا تعد الحيثيات جزءا من المنطوق الا بقدر ارتباطها ارتباطا وثيقا به، بحيث ينعدم وجوده بدونها فيصبحان يشكلان وحدة لا تتجزأ أو تتكون منها عناصره الأساسية على نحو تصبح بموجبه تلك الحيثيات مكملة ومفسرة للحكم عندما تحيل المحكمة أو المجلس في منطوقهما إلى أسباب الحكم، أو في حالة الاستناد على عدم دستورية مسائل فرعية لا ترد في منطوق الحكم. [1]

ولضمان تحقق هذه القاعدة يقتضي الأمر قيام ارتباط بين المنطوق والحيثيات وانعدام التعارض بينهما، ففي حالة توفر ذلك التعارض فإن الحجية تثبت للمنطوق دون الحيثيات لان الحيثيات كما سبق بيانه لا تكتسب الحجية الا استثناء اذا ارتبطت بالمنطوق على نحو غير قابل للتجزئة بحيث لا يوجد المنطوق بدونها على نحو تصبح فيه تلك الحيثيات مكملة ومفسرة له. [2]

[1]–مصعب يوسف محمد صالح،أثر الحكم بعدم الدستورية دراسة في النظام الدستوري العراقي والمقارن،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية،2019،ص92.

[2]–مصعب يوسف محمد صالح،المرجع نفسه،ص94.

المطلب الرابع: نطاق حجية القرار بعدم الدستورية وطرق تنفيذه:

ان القرار بعدم الدستورية يمثل المرحلة الأخيرة للفصل في سؤال الأولوية الدستورية وهو واجب النفاذ وملزم للكافة والسلطات العامة، ولا يكون لهذا القرار أي فاعلية إلا بوضعه موضع التنفيذ.

وعليه فقد نصت المادة 62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 والمادة 134 من التعديل الدستوري المغربي لعام 2011، والمادة 198 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020 على أن القرار بعدم دستورية الحكم التشريعي الصادر في مجال سؤال الأولوية الدستورية ذا طابع ملزم في مواجهة السلطات العامة والهيئات القضائية والادارية والكافة وهذا راجع للطبيعة العينية لسؤال الأولوية الدستورية والطبيعة القانونية لمحله وطبقا للنصوص القانونية التي قررت ذلك، وبالتالي تلتزم كل سلطة بالقرار القاضي بعدم الدستورية في حدود اختصاصها وهذا ما يدفعنا للحديث عن العلاقة التي تنشأ بين القاضي الدستوري والسلطات العامة في حدود درجة الالتزام بقراره ودرجة التزام السلطات العامة والهيئات القضائية والادارية به، وعليه فإن نطاق حجية القرار بعدم الدستورية تدفعنا لمعالجته ضمن عنصرين هما كالتالي:

-سريان القرار بعدم الدستورية في مواجهة السلطات العامة.

-علاقة القاضي الدستوري بالسلطات العامة والهيئات القضائية والادارية في نطاق سؤال الأولوية الدستورية.

الفرع الأول:سريان القرار بعدم الدستورية في مواجهة السلطات العامة:

قررت الدساتير في كل من فرنسا والمغرب والجزائر بأن القرار بعدم الدستورية الفاصل في سؤال الأولوية الدستورية ذا طابع ملزم لكل سلطات الدولة والهيئات القضائية والادارية وبالتالي فإن مصطلح السلطات العامة يشمل كل مؤسسات الدولة بما فيها القضاء الدستوري، وعليه تشمل دراستنا لهذا العنصر بيان سمات تنفيذ قرار عدم الدستورية، ثم تحديد كيفية تنفيذه، وهذه الأخيرة تشمل مسألتين: هما القوة التنفيذية للقرار بعدم الدستورية في

مواجهة السلطات العامة، ثم ندرس القوة الإلزامية لهذا القرار في مواجهة القاضي الدستوري ومدى جواز العدول عن قراره.

أولا-الخصائص المميزة لتنفيذ قرار عدم الدستورية واشكالية التعويض عن القوانين الغير دستورية:

انطلاقا من الخصائص التي يتمتع بها القرار بعدم الدستورية على الحكم القضائي الصادر في مجال القضاء العادي أو الاداري والتي انعكست على آلية تنفيذه، وميزت كيفية تنفيذه بأن أضفت عليها طابع مختلف على أساس أن الجهة التنفيذية له تشمل الكافة وكل السلطات العامة في الدولة، مما يجعل عملية تنفيذه تكتسب طابعا سياسيا لان القرار المنفذ يتعلق بحكم تتشريعي قضي بعدم دستوريته، ونستعرض هذه الخصائص على النحو المبين أدناه:

-اختصاص السلطات العامة بتنفيذ القرار بعدم الدستورية:

تتولى السلطات العامة على وجه الخصوص مهمة التنفيذ الخاصة بالقرار بعدم الدستورية، وهذا يدل على أن المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري بعد اصدارهما قرار عدم الدستورية لا يكلفان بمتابعة اجراءات تنفيذه وذلك للأسباب التالية:

-استنفاذ ولاية المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري بعد اصدار القرار:

بمعنى أنه بمجرد اصدار المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري لقرار عدم الدستورية ونشره بالجريدة الرسمية يخرج النزاع من دائرة اختصاصهما، ولا يجوز لهما مباشرة أي اجراء من اجراءات التنفيذ فلا يملكان تبعا لذلك اختصاص مراجعة ماقضت به سواء بتعديله أو أو الرجوع فيه. [1]

[1]-سالم روضان الموسوي،حجية أحكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق وأثرها الملزم دراسة تطبيقية مقارنة،مرجع سابق،ص363.

-الطابع السياسي لتنفيذ القرار:

ان قرار عدم الدستورية محله هو النظر في دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه ويملك القاضي الدستوري سلطة تعطيل قوة نفاذ الحكم التشريعي، وذلك في حال ما تبين له عدم مطابقته للدستور، وبالتالي فان محل الرقابة الدستورية هو الدستور ذاته، وهذا الأخير يمثل المرجعية الأساسية لكافة القوانين، ومنه فإن أهم وظيفة للدستور هي الوظيفة السياسية وهذه الوظيفة السياسية انعكست على تنفيذ قرار عدم الدستورية، وأضفت عليه طابع سياسي حيث تسعى السلطات العامة المتمثلة في السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية الى تنفيذ قرار عدم الدستورية، وسوف نعالج المسألة المتعلقة بالتنفيذ من قبل السلطات العامة والكافة عند تعرضنا لكيفية تنفيذ قرار عدم الدستورية .[1]

-عدم تضمن قرار عدم الدستورية أي الزام لأحد أطراف الدعوى، وانما يقتصر منطوقه على بيان عدم دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه، وهذا على خلاف ما هو مقرر في مجال الأحكام القضائية العادية التي تقتضي اقترانها بشرط صحتها، المتمثل في أن يتضمن منطوقها إما الزام الطرف الخاسر للدعوى بتنفيذ التزام ما أو رفض دعوى المدعي لعدم تأسيسها .

*عدم خضوع قرار عدم الدستورية لاليات التنفيذ المقررة في مجال القضاء العادي والاداري:

وذلك لان سؤال الأولوية الدستورية ذا طابع عيني، بحيث يتعلق محله بالنظر في دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه وليس في اخلال المدعى عليه بأحد التزاماته، وعلى هذا النحو لا يخضع قرار عدم الدستورية لاليات التنفيذ المقررة للحكم القضائي العادي او الاداري بالاضافة الى انه يكتسب حجية مطلقة يمتد نطاقها ليشمل السلطات العامة والكافة .

*عدم الزام المحكوم عليه بالتنفيذ الجبري:

باعتبار ان قرار عدم الدستورية ذا حجة مطلقة، وبالتالي فهو غير موجه لشخص معين، كما انه لا يتضمن الزاما في وجه شخص معين، بل موجه للكافة ويعد هذا القرار نافذا من تاريخ

[1]- سالم روضان الموسوي،المرجع نفسه،ص.ص375-376.

النطق به، ومنه فان مسألة التنفيذ الجبري له غير واردة بشأنه، لانه لا يتصور امتناع أحد عن تنفيذه وكل من يمتنع عن تنفيذه يتعرض للمسائلة القانونية وجميع الاجراءات التي قد تتخذ بناء على الحكم التشريعي المقضي بعدم دستورية تعد غير مشروعة . [1]

أما بالنسبة لكيفية تنفيذ قرار عدم الدستورية والاشكالات المترتبة عليه نفصلها كالتالي:

في غياب النصوص القانونية والدستورية المنظمة لالية تنفيذ القرار بعدم الدستورية مما يتعين اعمال القواعد العامة في هذا الشأن المقررة بموجب قانون الاجراءات المدنية والإدارية في شقه المتعلق بتنفيذ الاحكام الصادرة عن القضاء العادي[2] طالما ان القانون المنظم لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة قد أحال الى قانون الاجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية فيما لم يرد بشأنه نص خاص بخصوص تلك المسالة، وعليه فإن التنفيذ للقرار بعدم الدستورية قد يكون في مواجهة مراكز قانونية سابقة على صدروه ومراكز قانونية لاحقة على صدوره، وسنقسم هذا العنصر الى دراسة القوة التنفيذية لقرار عدم الدستورية والاشكالات المترتبة على تنفيذه على النحو المبين أدناه:

* القوة التنفيذية للقرار بعدم الدستورية في مواجهة السلطات العامة:

يترتب على إعمال الحجية المطلقة للقرار بعدم الدستورية عدم قصر نطاقها على أطراف الدعوى، بل تمتد لتشمل الكافة، أي الغير الذي لم يكن طرفا في الدعوى، وكذلك في مواجهة سلطات الدولة، وبالتالي يكون لها أثر ملزم في مواجهة الكافة، وتبعا لذلك سنعالج القوة التنفيذية للقرار بعدم الدستورية في مواجهة المراكز القانونية اللاحقة على صدوره، وتلك السابقة على صدوره.

---

[1]–سالم روضان الموسوي،حجية أحكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق وأثرها الملزم دراسة تطبيقية مقارنة،مرجع سابق،ص.ص375–376.

[2]–محمود أحمد زكي،الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجيته وتنفيذه،ط2،دار النهضة العربية،القاهرة،2005،ص676.

–عادل محمود أحمد عمار،الدور السياسي والقانوني للقاضي الدستوري،أطروحة دكتواره في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة المنوفية،2019،ص340.

***القوة التنفيذية للقرار بعدم الدستورية في مواجهة المراكز القانونية اللاحقة على صدوره:

يتضمن نطاق القوة التنفيذية للقرار بعدم الدستورية تحديدها في مواجهة السلطات العامة للدولة، ممثلة في السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية ثم في مواجهة الكافة.[1]

***القوة التنفيذية للقرار بعدم الدستورية في مواجهة السلطات العامة:

-القوة التنفيذية للقرار بعدم الدستورية بالنسبة للسلطة التشريعية:

ان السلطة التشريعية ملزمة في اطار سن القوانين بأحكام الدستور فإذا ما صدر قرار يقضي بعدم دستورية القانون الذي سنته فإنها تكون ملزمة بهذا القرار عن طريق التدخل لإلغاء ذلك القانون، وإصدار قانون جديد ينظم نفس الموضوع الذي كان ينظمه القانون الملغى، وبالنظر الى الفراغ التشريعي الذي يرتبه القرار بعدم الدستورية والذي يقتضي تدخل البرلمان لسده دون أن يكون ملزما بأجل معين لتنفيذ ذلك، ومؤدى هذا عدم التقيد بأجل هو تمكينه من وقت مناسب لاتخاذ الاجراءات التي من شأنها أن تمنع وقوعه في شائبة عدم الدستورية، الا انه لا يجوز له التراخي في اصدار القانون الجديد أكثر من الوقت اللازم.[2]

أما في حالة قرار عدم دستورية الصادر بشأن الاغفال التشريعي للمشرع في تنظيم مسألة معينة ففي هذه الحالة تلتزم السلطة التشريعية بالتدخل لانهاء ذلك الاغفال، واعادة تنظيم المسألة المقضي بعدم دستوريتها و التي تقاعست في تنظيمها، أو تعديل النص ليتضمن العناصر المطلوبة فيه.

والملاحظ على القانون المنظم لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة، أنه لم يتضمن مادة تقرر إشعار القاضي الدستوري السلطة التشريعية بضرورة سن تشريع جديد بديل عن الحكم التشريعي الذي تم الغائه، إلا أن غياب مثل هذا النص لا يحول

---

[1]- رفعت عيد سيد،الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2004،ص420.

[2]-رفعت عيد سيد،الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2004،ص420.

دون وفاء السلطة التشريعية بالتزامها الذي يفرضه عليها نص المواد 62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008، و198 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020 والفصل 134 من التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 التي أجمعت على اصباغ القرار بعدم الدستورية بالطابع الالزامي لكل السلطات العامة.

ولكن حسب وجهة نظر الباحث أنه مايعاب على نص المواد 62 و134 و198 السابق الاشارة إليها عدم اعمالها الجزاء المتمثل في المسؤولية السياسية المترتبة على المشرع في حال امتناعه عن التدخل لاتخاذ الإجراءات اللازمة لسد النقص التشريعي في حال الغاء القانون المقضي بعدم دستوريته أو بعض أجزائه، ومن الجانب النظري يبقى القانون الملغى قائما لحين تدخل المشرع لالغائه طبقا لقاعدة توازي الأشكال أي لا يمكن للقاضي الدستوري أن يحل محل المشرع لالغاء ذلك القانون، فهو فقط بموجب القرار بعدم الدستوري ألغى قوة نفاذه، وبالتالي لا يمكن ان تبقى المسألة موقوفة على مبادرة المشرع للتدخل ما لم يكن ملزما بنص صريح يقيده بمعالجة الفراغ التشريعي لسد باب التماطل أمامه.

-القوة التنفيذية للقرار بعدم الدستورية بالنسبة للسلطة التنفيذية:

يتحقق وجه الالتزام بالنسبة للسلطة التنفيذية بشأن القرار بعدم الدستورية إذا كان الحكم التشريعي الملغى يمثل أحد النصوص القانونية الصادرة عنها والتي تندرج ضمن نطاق سؤال الأولوية الدستورية السابق بيانه، فتكون ملزمة هي الأخرى بعدم الإعتداد به واحلال نص جديد يتطابق مع الدستور، أما إذا كان الحكم التشريعي الملغى عبارة عن نص تشريعي فتكون ملزمة بالامتناع عن تنفيذه، ولا تكون مقيدة بتدخل المشرع لالغائه، لان اثر القرار بعدم الدستورية في مواجهتها يكون من تاريخ نشره في الجريدة العامة وبامكانها اعداد مشروع قانون يعالج العيب الدستوري وتقديمه للبرلمان . [1]

كما ان السلطة التنفيذية يتعين عليها التقيد بقرار عدم الدستورية عند شروعها في اصدار قراراتها الادارية، فبمجرد صدور ذلك القرار يجب عليها مراعاة ما قضي به في قراراتها

[1]-أحمد فتحي سرور،مرجع سابق،ص284.

الادارية، والا اتسمت أعمالها بعيب مخالفة القانون المنظم للمحكمة الدستورية والنظام الداخلي للمجلس الدستوري.

وبالنسبة للقرارات الادارية السابق إصدارها والمخالفة لقرار عدم الدستورية فيتعين التفرقة بشأنها بين حالتين:

*الحالة الأولى:عدم انقضاء أجل الطعن بالالغاء:اذا كانت آجال الطعن بالالغاء لا تزال سارية المفعول وجب على الادارة سحب قرارها الذي اصبح متصفا بعدم المشروعية بسبب مخالفته لقرار عدم الدستورية.[1]

*الحالة الثانية:انقضاء اجال الطعن بالالغاء:فان قرار عدم دستورية الحكم التشريعي الملغى يقتضي اعادة فتح ميعاد الطعن من جديد في القرارات الادارية المستندة اليه، وتحصنت قبل صدور ذلك القرار وبناء عليه للادارة سحب القرار، بعد صدور قرار عدم الدستورية وفي حال تقاعسها فإنه يجوز الطعن بالالغاء في قرارها الصريح أو الضمني بالرفض،مع وجوب مراعاة الاستثناء المتعلق بعدم المساس بالحقوق المكتسبة أو المراكز القانونية المستقرة بأحكام نهائية.[2]

-القوة التنفيذية للقرار بعدم الدستورية بالنسبة للسلطة القضائية:

ان وجه الالتزام بالنسبة للمحاكم على مختلف درجاتها وطبيعتها بشأن القرار بعدم الدستورية هو امتناعها عن تطبيق الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته على كل الدعاوى المعروضة عليها، ولا يجوز لها قبول سؤال الأولوية الدستورية أثير حول نفس الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته، باستثناء حالة تغير الظروف وهذا الالتزام يستشف من خلال اشتراط التشريعات موضوع المقارنة أن لا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور ما لم تتغير الظروف. [3]

---

[1]-فتحي فكري،إختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير،دار النهضة العربية،القاهرة،2011،ص198.

[2]-فتحي فكري،مرجع سابق،ص198.

[3]-رفعت عيد سيد،الوجيز في الدعوى الدستورية،مرجع سابق،ص422.

بناء على ما تقدم تبين لنا ان ما يعوز التجربة الفرنسية والمغربية والجزائرية، هو غياب المرجعية القانونية الضابطة لآلية تنفيذ القرار بعدم الدستورية من قبل السلطات العامة، وبيان الإجراءات التي يتعين عليها اتخاذها من قبلها لوضعه موضوع التنفيذ.

-القوة التنفيذية للقرار بعدم الدستورية بالنسبة للكافة:

يتحقق التزام الكافة بالقرار بعدم الدستورية من خلال امتناعهم عن اعمال الحكم التشريعي المقضي بعدم دستورية على التصرفات القانونية اللاحقة على صدوره، وكذا عدم جواز اثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد نفس الحكم، ولكن الملاحظ على نص المواد 62 و134 و198 السابق بيانها انها لم تنص على كون القرار بعدم الدستورية ملزما للاشخاص وهذا ما يستخلص منه ضمنا ان المؤسس الدستوري قصد شمولية اثر ذلك القرار الى الأشخاص، على اساس ما يكتسبه القرار بعدم الدستورية من حجية مطلقة، وباعتبار انه ملزم للسلطات العامة والهيئات القضائية والادارية فهو من باب أولى ملزم للأفراد.

*** القوة التنفيذية للقرار بعدم الدستورية في مواجهة المراكز القانونية السابقة على صدوره:

تثار اشكالية إعمال اثر القرار بعدم الدستورية على المراكز القانونية التي نشأت في ظل الحكم التشريعي قبل الغائه، خاصة إذا طبق القرار بأثر رجعي، أي طريقة تطبيقه بشأن المراكز القانونية السابقة على صدوره، ولكننا آثرنا ارجاء الحديث عن الرجعية في العنصر الموالي لتفصيلها بدقة، وسنقصر دراسة هذه اللإشكالية من زواية طريقة تطبيقه بشأن المراكز القانونية السابقة على صدوره ومدى إعمال نظرية التعويض أمام القضاء الدستوري؟ فعلى فرض صدر قرار بعدم دستورية حكم تشريعي ترتب عنه مساس بحق أو مركز قانوني مكتسب نشأ في ظل لحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته فهل يملك المتضرر حق المطالبة أمام القضاء الدستوري بالتعويض بمقابل لاستحالة التنفيذ العيني المؤسس على اصطدام قرار عدم الدستورية بالحقوق والمراكز القانونية المستقرة قبل صدوره؟

ونضرب مثالا على ذلك مفاده: صدور قرار بعدم دستورية النص المتعلق باكتساب الملكية بالتقادم ،ويرى المتضرر الذي انتزعت ملكيته بطريقة غير قانونية، بناء على القرار السابق انه تضرر وطالب بالتنفيذ بمقابل(التعويض) على اساس استحالت التنفيذ العيني(استرداد

الملكية) لوجود حق مستقر اكتسب في ظل القانون قبل الغائه فما درجة اعمال مثل هذا التصور امام القضاء الدستوري؟

ومنه وقبل الاجابة على هذا التساءل يتعين الاشارة إلى أنه في البداية ساد مبدأ عدم مسؤولية الدولة على أعمال سلطاتها العامة، وذلك بسبب سيطرة مبدأ سيادة الدولة الذي يتنافى مع مبدأ المسؤولية، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن لأي فرد التقاضي للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة تصرفات الدولة، وكانت الدعوى المرفوعة على هذا الأساس ترفض بمبرر تمتع الدولة بالسيادة [1]،ثم تطور الأمر الى تقرير مسؤولية الدولة عن تصرفات سلطاتها العامة، وما يهمنا هو مسؤوليتها عن القوانين الصادرة عن المشرع سواء كان سلطة تشريعية أو سلطة تنفيية، فقد استقر الوضع بالنسبة لهذه المسألة على تقرير مبدأ عدم مسؤولية الدولة على فعل القوانين لاعتبارات عديدة، والاستثناء هو تقرير هذه المسؤولية في حالة وجود نص يقضي بذلك أو قيام المسؤولية بدون خطأ أي على أساس المخاطر او الاخلال بمبدأ المساواة أمام الاعباء العامة، وذلك منذ حكم مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1938/01/24 في قضية لافلوريت.

الا أن التساءل الذي سبق لنا طرحه يتعلق بمدى امكانية تقرير مسؤولية الدولة عن القوانين الغير دستورية، على أساس الخطأ لا سيما بعد تبني المؤسس الدستوري الفرنسي لنظام سؤال الأولوية الدستورية وتأثر نظيريه المغربي والجزائري بهذا النظام؟.

وبالتالي فالاجابة موقوفة على مدى اعمال المؤسس الدستوري لنظام المسؤلية على القوانين في اطار القضاء الدستوري، ولم تتضمن التشريعات موضوع المقارنة اي نص بخصوص هذا الشأن، والظاهر أنها لا تعمل بنظرية التعويض امام القضاء الدستوري على أساس أن سلطة القاضي الدستوري في اطار سؤال الأولوية الدستورية محصورة في مجالين هما: اما تقرير دستورية الحكم التشريعي او عدم دستوريته دون ان يمتد دوره الى البحث عن الاضرار المترتبة على الحكم التشريعي في حال عدم دستوريته، كما ان سلطته لا تمتد لبحث عناصر الدعوى الموضوعية التي أثير بمناسبتها سؤال الأولوية الدستورية، بالاضافة

[1]–شريف يوسف خاطر،مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة للدستور والاتفاقات الدولية دراسة مقارنة،مجلة البحوث القانونية والقضائية،المجلد 3،ع2،الرقم المسلس للعدد54،أكتوبر2013،ص121.

الى ان دعوى التعويض تقتضي اجراء بحث موضوعي بشأن التوصل الى قيام عناصر المسؤولية المتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية.[1]

ولتفصيل هذه المسألة سنعالجها ضمن العناصر التالية:

-مدى مسؤولية الدولة على فعل القوانين.

-التوجه الى اقرار مسؤولية الدولة بدون خطأ عن فعل القوانين.

-تكريس مسؤولية الدولة عن القوانين الغير دستورية.

1-مدى مسؤولية الدولة على فعل القوانين.

سبق الاشارة إلى أن الدولة لم تكن مسؤولة عن فعل القوانين لعدة اعتبارات في مقدمتها ما يتعلق بسيادة الدولة ومبدأ الفصل بين السطات وعمومية وتجريد التشريع وانتفاء الخطأ وعدم وجود قاضي مختص بنظر دعوى المسؤولية الى أن تغير الأمر وتقرر ارساء مبدأ مسؤولية الدولة على فعل القوانين بموجب الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1938/01/14، وبالتالي سنعرض مواقف الفقه والمشرع والقضاء من مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن فعل القوانين كما هو مبين أدناه:

❖ الرأي الفقهي بشأن مبدأ عدم مسؤولية الدولة على فعل القوانين:

أسس الفقه موقفه بشأن تأيده مبدأ عدم مسؤولية الدولة على فعل القوانين على عدة اعتبارات دستورية وقانونية وعملية وسنعالجها كالتالي:

***الأساس المتعلق بالاعتبارات الدستورية لتقرير عدم مسؤولية الدولة:**

تتمثل الاعتبارات الدستورية التي استند اليها الفقه لدعم موقفه الرافض لمسؤولية الدولة على فعل القوانين فيما يلي:سيادة الدولة، مبدأ الفصل بين السلطات، فالبنسبة للاعتبار المتعلق بسيادة الدولة فمنظور الفقه له كأساس مانع لمسؤولية الدولة على فعل القوانين مفاده ان الدولة صاحبة السيادة المطلقة التي تتعارض مع احتمال تحملها التعويض عن

[1]-آلاء مهدي مطر،مرجع سابق،ص260.

التشريعات الصادرة عنها، والمظهر الأساسي للسيادة ينعكس في مجال التشريع، وبالتالي لها الحرية في اصدار مختلف التشريعات ويلزم المواطنين باحترامها وتحمل أعبائها دون الحق لهم في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي قد يترتب على تطبيقها.

ومن هذا المنطلق فإن البرلمان باعتباره نائبا عن الشعب فإنه صاحب الحق في اصدار القوانين دون أن يترتب على ذلك تقرير مسؤولية الدولة عما يصدره من قوانين، اذا ترتب عنها ضرر لغير كونه هو المعبر عن الارادة العامة للشعب. [1]

وتطبيقا لذلك تم النص في المادة 6 من الاعلان الفرنسي لعام 1789 على أن القانون هو تعبير عن الارادة العامة، وتبعا لذلك يعد عملا من أعمال السيادة أو ما يصطلح عليه بالمظهر المثالي للسيادة. [2]

الا ان هذا التوجه الفقهي كان محل انتقاد على أساس أن السيادة لا تتعارض مع المسؤولية وقد توصل الفقيه دوجي الى أن تقرير موضوع السيادة للبرلمان لا يترتب عنه الاعفاء من المسؤولية عن التعويض عن الضرر الناجم عن القوانين للغير [3] كما فسر جانب آخر من الفقه أن السيادة قد تعني عدم الخطأ الا انه يمكن تكريس مسؤولية الدولة على أساس المخاطر، أي بدون خطأ وهذا لا يترتب عنه أي تعارض مع مفهوم السيادة. [4]

***الأساس المتعلق بمبدأ الفصل بين السلطات:**

نصت المادة 03 من الدستور الفرنسي لعام 1791 على عدم جواز تدخل المحاكم في السلطة التشريعية، كما نصت المادة 10 من القانون الصادر في 16 و24 اوت 1790 على انه لا يجوز للمحاكم وقف تنفيذ القانون.

وبالتالي ذهب الفقه الرافض لمسؤولية الدولة على القوانين الى اعتبار أن الدعوى القضائية التي ترفع للمطالبة بالتعويض عن القوانين غير مؤسسة قانونا، لانها تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقتضي حسبهم عدم تدخل السلطة القضائية في صلاحيات

---

[1]–يوسف شرير خاطر،مسؤولية الدولة على القوانين الغير دستورية،مرجع سابق،ص134.

[2] -Duez(P),la responsabilité de la puissance bublique en dehors du contrat,3 éd,1938,p212.

[3] -Duguit (L), de la responsabilité pouvant naitre a l'occasion de la loi,RDP,1910,p640.

[4] -Barthlemy (J),notes parlementaires,RDP,1907,p94.

السلطة التشريعية، وترتب عن ذلك عدم وجود جهة قضائية مختصة بالفصل في مثل هذه الدعاوى. [1]

وانتقد هذا التوجه على أساس أن مبدأ الفصل بين السلطات يؤسس على الفصل المرن بين السلطات الذي يقتضي وجود تعاون ورقابة بينها ، ولا يمكن لهذا المبدأ نفي مسؤولية الدولة على القوانين.

***الأساس المتعلق بالاعتبارات القانونية والعملية:**

تتمثل الاعتبارات القانونية التي اعتمدها الفقه لتكريس عدم مسؤولية الدولة على القوانين في عمومية التشريع وانتفاء الخطأ، اما الاعتبارات العملية فتتمثل في عدم وجود قاض مختص بنظر الدعوى المتعلقة بهذه المسؤولية.

*عمومية التشريع:

حسب الفقيه الفرنسي جون جاك روسو، فإن القانون يعرف بأنه تعبير عن الإرادة العامة في حالتين:الاولى أن القانون يخاطب كل المواطنين، والثانية بأنه تعبير عن السيادة استناد لمصدره الشعبي، بمعنى أنه صادر عن ممثلي الشعب وهو البرلمان، الا أنه لا يمكن الاستناد فقط على الجهة المصدرة للقانون باعتباره تعبيرا عن الإرادة العامة بل يتعين أن يتضمن القانون تنظيما لكل المجتمع، وبالتالي تحقيق السيادة للقانون باعتباره تعبيرا عن الإرادة العامة تعتمد على مُصدره ومضمونه. [2]

وبالنظر الى خاصية العمومية والتجريد التي يتمتع بهما القانون باعتباره يعالج جميع الحالات ويخاطب كل الأشخاص، فلا يتصور أن يسبب ضررا لشخص أو فئة معينة فالضرر الناتج عنه ذا طابع عام، وبالتالي على جميع الأفراد تحمله باعتباره من المخاطر العامة ونظير تواجدهم داخل المجتمع ومن أجل المصلحة العامة، وفي هذه الحالة تنتفي

---

[1]–شريف يوسف خاطر،مسؤولية الدولة عن القوانين الغير دستورية،مرجع سابق،ص145.

[2] -Rousseau (j j),du contrat social,mar-mihel reyfrance,1762,p77..

- Carre de malberg (R) ,la loi expression de la volonté générale,recueil sirey,T.I,1931.

مسؤولية الدولة عن ما ينتج عن القانون بسبب عدم توافر خصوصية الضرر كون الضرر لم يصب شخص معين بالذات أو فئة محددة. [1]

ويذهب الفقيه Barthélemy الى أنه لا يمكن أن تتوفر شروط الضرر القابل للتعويض عنه في ذلك التشريع، على أساس أن التشريع كإجراء عام لا تنشأ بينه وبين الأفراد علاقات مباشرة ولا تتضمن قواعده المساس بالمراكز القانونية لفئة معينة منهم، ولهذا يمكن لبعضهم الاستفادة من قانون معين دون الباقي منهم، وترتيبا على ذلك إذا تعرض التشريع للالغاء أو التعديل فلا ينشأ لهم الحق في المطالبة بالتعويض باعتبار أنهم أصحاب حقوق مكتسبة ودون أن يمنح لغيرهمم الذين لم يستفيدوا من الوضع السابق المطالبة بالتعويض. [2]

الا ان هذه الحجة المبينة أعلاه مفندة من الناحية العملية لانه قد يحدث ضرر عن تطبيق القانون يصيب شخص أو فئة محدودة من الأشخاص، وبالتالي نكون أمام ضرر خاص استثنائي، كما لو صدر قانون حظر ممارسة عمل معين صادر عن فئة محدودة من الأشخاص.

*انعدام الخطأ:

أسس جانب من الفقه انتفاء مسؤولية الدولة على القوانين على موضوع انتفاء ركن الخطأ الموجب لهذه المسؤولية، فالمسؤولية تقتضي لقيامها تحقق أركانها المتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، كما أنها تقتضي من جانب آخر الإخلال بالتزام سابق بصرف النظر عن نوعه سواء كان التزاما قانونيا أو اتفاقيا، وقد توصل هذا الجانب الفقهي الى انتفاء الخطأ من جانب المشرع، بالاضافة الى أنه لم يرد عليه التزام سابق وأخل به حتى تتقرر مسؤوليته في هذا الجانب وبالتالي لا يجوز أن ينسب له أي خطأ .[3]

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد، لان المسؤولية أصبحت تؤسس أيضا على فكرة المخاطر وهذه الأخيرة ركنها الجوهري هو الضرر، وليس الخطأ، وبالتالي يكفي وقوع الضرر للفرد وقيام

---

[1]–شريف يوسف خاطر،مسؤولية الدولة على القوانين الغير دستورية،مرجع سالق،ص.ص149–150.

[2] -Barthelemy (J),notes parlementaires,RDP,1907,p95.

[3]–شريف يوسف خاطر،مسؤولية الدولة على القوانين الغير دستورية،مرجع سابق،ص153.

الرابطة السببية بين هذا الضرر ونشاط الدولة حتى تكون مسؤولة عن التعويض عن ذلك الضرر حتى ولو لم ترتكب أي خطأ.

***الاعتبارات العملية:**نجملها حسب ما ساقه الفقه فيما يلي:

-عرقلة التقدم والاصلاح بسبب التخوف من المسؤولية، مما يترتب عنه احجام الدولة على تطوير القوانين وتحقيق الاصلاحات بموجبها.

-عدم وجود قاض مختص بنظر دعوى المسؤولية عن فعل القوانين، على أساس أن القانون المنظم لعمل المحاكم العادية والادارية، لم يشر الى مثل هذا الاختصاص ،واذا رفعت دعوى من قبيل هذا الشأن سيكون مآلها عدم القبول لانعدام الاختصاص الولائي.

وهذا التصور العملي مفند، بأن المبرر الأول يمكن تفاديه لان التعويض الذي يتم الحكم به للمضرور ليس بالمبلغ الكبير ،ولا يتقرر لكل الاشخاص الحق في المطالبة بالتعويض ،بل يكون مقيدا بضوابط منها جسامة الضرر والخصوصية،اما المبرر الثاني يمكن تفنيده بأنه يمكن تجاوز هذا الفراغ التشريعي المتعلق بعدم وجود قاضي مختص للفصل في دعاوى التعويض الناجمة عن مسؤولية الدولة على القوانين عن طريق احداث تعديل في القانون المنظم لعمل الجهات القضائية، باحداث اختصاصها بالنظر في مثل هذه الدعاوى .

❖ موقف المشرع:

بالنسبة للوضع في فرنسا فالمستقر عليه في المرحلة السابقة على عام 1938 هو تقرير مبدأ عدم مسؤولية الدولة على فعل القوانين، وبالتالي فإن السلطة التقديرية متروكة للمشرع في تقرير منح التعويض من عدمه وفقا لظروف المرفق العام وطبيعة وخطورة الضرر. [1]

❖ موفق القضاء:

في المرحلة السابقة على عام 1938 فالمستقر عليه قانونا وقضاء أن القاضي ملزم بتطبيق النص القانوني في الدعاوى المعروضة عليه، ولا اجتهاد مع صراحة ووضوح النص فمتى

[1] -Brunet (j-f) ,de la responsabilité de l'état législateur,TH,paris,1936,p6.

تضمن القانون نصا يحظر التعويض أو العكس فلا يجوز للقاضي مخالفة هذا النص والاجتهاد بخلاف مضمونه، أي تنعدم سلطته التقديرية في هذه الحالة.

وبالنسبة للوضع في فرنسا قبل عام 1938 فقد فسر سكوت المشرع على منح التعويض على القانون الذي يسبب ضررا للغير بمثابة الرفض لهذه المسألة، كما فسر الفقه هذه المسألة بأنه لا يجوز التعويض عن فعل القوانيين ويترك للمشرع وحده سلطة تقدير منح التعويض في ضوء طبيعة وخطورة الضرر الناتج عن القوانين، وتوفير المصادر المالية لدى الدولة لدفع التعويض. [1]

وكل الدعاوى التي رفعت أمام مجلس الدولة الفرنسي للمطالبة بالتعويض على فعل القوانين في المرحلة السابقة على عام 1938 قوبلت بالرفض، وأسس هذا الرفض على عدم وجود نص صريح يجيز التعويض، أو أن الارادة الضمنية للمشرع لم تتجه إلى منح التعويض وأنه لم يتضح من الأعمال التحضرية للقانون اتجاه نية المشرع الى منح هذا التعويض، كما أن الهدف من التشريع هو تحقيق المصلحة العامة، وعليه لا يجوز التعويض عن الأضرار التي تسببها القوانين في هذه الحالة، أو أن المصلحة العامة محل الحماية غير مشروعة ومنه لا يجوز الحكم فيها بالتعويض. [2]

ولحداثة التجربة في التجربتين المغربية والجزائرية لم يتضح لنا موقف المشرع بشأن مسؤولية الدولة على فعل القوانين، وجل الأحكام كانت تقتصر على التعويض على الأعمال الادارية فقط دون الأعمال التشريعية.

2-التوجه الى اقرار مسؤولية الدولة بدون خطأ عن فعل القوانين(مرحلة ما بعد عام 1938).

ويتعلق الأمر بالمرحلة التي ساد فيها التوجه نحو تقرير مبدأ مسؤولية الدولة على الأعمال التشريعية على أساس المخاطر، وهي المسؤولية التي تؤسس على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، ومنه متى لحق ضرر بالفرد من فعل القانون جاز له

---

[1]-شريف يوسف خاطر،مسؤولية الدولة على القوانين الغير دستورية،مرجع سابق،ص166.

[2]-شريف يوسف خاطر،مسؤولية الدولة على القوانين الغير دستورية،مرجع سابق،ص170.

المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به بسبب القانون الذي حقق فائدة لباقي المواطنين في حين أن المبدأ يقضي أن جميع المواطنين سواسية أمام القانون، ومن جانب آخر اذا كان المشرع يتمتع بصلاحية اصدار أي تشريع لتنظيم موضوع معين فإن ذلك لا يعد مانعا من تعويض صاحب المصلحة المشروعة من جراء الضرر الذي أصابه من هذا التشريع. [1]

وعليه سنتطرق الى بيان موقف الفقه والقضاء من إقرار مسؤولية الدولة على فعل القوانين ثم نستوضح الأساس والضوابط التي قررت لهذه المسؤولية على النحو المبين أدناه:

❖ موقف الفقه والقضاء من إقرار مسؤولية الدولة على فعل القوانين:

ظهرت عدة محاولات فقهية تدعوا الى ارساء مبدأ مسؤولية الدولة على فعل القوانين في ظل عدم وجود نص صريح يجيز ذلك من عدمه، بمعنى آخر حالة صمت المشرع عن تنظيم هذه المسألة، كما أرسى القضاء الفرنسي بعد مرحلة عام 1938 منطق مخالف فيما يخص مسؤولية الدولة في هذه الحالة وهذا ما سنتناول شرحه كالاتي:

** الاتجاهات الفقهية بخصوص إقرار مسؤولية الدولة عن فعل القوانين:

نادى جانب من الفقه الى إمكانية ارساء مسؤولية الدولة عن فعل القوانين على أساس الخطأ، بينما نادى جانب آخر بإمكانية قيام هذه المسؤولية على أساس إثراء الذمة المالية للدولة، بينما توجه اتجاه آخر الى امكانية ارسائها على أساس المخاطر. [2]

-الخطأ كأساس للمسؤولية:

يؤسس جانب من الفقه الفرنسي جواز قيام المسؤولية عن فعل القوانين على أساس أحكام القانون الخاص، فإذا لحق ضرر بأحد المصالح الخاصة بموجب تصرف صادر من الدولة جاز للمضرورة المطالبة بالتعويض على أساس أحكام القانون المدني طبقا للمبدأ الذي مفاده أن كل من سبب ضرر للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض.

وقد تعرض هذا الموقف للنقد على أساس الحجج التالية:

---

[1]-شريف يوسف خاطر،المرجع نفسه،ص176.

[2] -Senkovic (p) ,l'évolution de la responsabilité de l'état législateur sous l'influence du droit communautaire,TH,paris,I,1998,p33.

-اصابة الخزينة العمومية للدولة بالعجز من جراء كثرة التعويضات التي ستقررها للافراد على أساس تصرفات الدولة التي تسبب ضررا للغير.

-تعارض تطبيق هذه النظرية مع ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي في مجال المسؤولية الإدارية، ومنها حكمه المؤرخ في 1873 في قضية بلانكو وبموجبه توصل إلى أن المسؤولية التي تقع على عاتق الدولة بسبب الاضرار التي تلحق بالأفراد بفعل موظفيها لا تخضع للمبادئ المقررة في القانون المدني الذي يحكم العلاقة بين الأفراد. [1]

بينما الفقيه Brunet فقد تجسد موقفه في استحالة إمكانية قبول وقوع الخطأ من قبل المشرع على أساس أنه يمارس حقه حتى ولو صدر منه ضرر جسيم للفرد أثناء ممارسته لهذا الحق وهو اصدار التشريع [2] ،ومن غير المنطقي تصور وقوع خطأ المشرع بصدد ممارسته لاختصاصه التشريعي، كما أن الأعمال التشريعية لا تخضع لأي رقابة قضائية وبالتالي فالمشرع يمارس اختصاصه بدون حدود وبدون مسؤولية.

لكن هذه الانتقادات مفندة بعد تبني المؤسس الدستوري الفرنسي لنظام سؤال الأولوية الدستورية كمظهر للرقابة القضائية على دستورية القوانين.

-إثراء الذمة المالية للدولة كأساس للمسؤولية:

لقد اعتمد الفقيه Beauregard في إرساء مسؤولية الدولة على فعل القوانين على المادة 545 من القانون المدني الفرنسي، ومضمونها عدم جواز اجبار أحد على بيع ممتلكاته الا للمنفعة العامة، على أن يتم تعويضه تعويضا عادلا ومسبقا، وبالتالي فإن قيام مسؤولية المشرع من هذه الناحية تؤسس على نزع الملكية للمنفعة العامة من منطلق أنه لا يجوز للمشرع المساس بالحق في الملكية الخاصة. [3]

والملاحظ ان هذا التوجه الفقهي جانب الصواب، كونه أخطأ في تفسير نص المادة 545 قانون مدني، فالمتضرر بناء على هذه المادة يطالب بإصلاح الضرر ليس على أساس ان

---

[1] -شريف يوسف خاطر،مسؤولية الدوقلة على القوانين الغير الدستورية،مرجع سابق،ص.ص179-180.

[2] -Brunet (j-f),de la responsabilité de l'état législateur,op,cit,p31.

[3] -شريف يوسف خاطر،مسؤولية الدوقلة على القوانين الغير الدستورية،مرجع سابق،ص.183

الدولة قد تم اثرائها بل على أساس الضرر الذي أصابه بسبب نزع ملكيته الخاصة لصالح المنفعة العامة.

وبالاضافة الى أن الفقيه Hauriou أسس امكانية قيام مسؤولية الدولة عن فعل القوانين على أساس نظرية الإثراء بلا سبب طبقا لأحكام القانون المدني [1] ومثال ذلك في حالة صدور تشريع يقرر احتكار ممارسة نشاط معين لصالح الدولة بمفردها وترتب على ذلك اغلاق المحلات التي كانت تمارس هذا النشاط ، ففي هذه الحالة يجوز لأصحاب المحلات مطالبة الدولة بالتعويض على أساس أنها أثريت بلا سبب.

ومن المقرر قانونا أن نظرية الاثراء بلا سبب تؤسس على استيفاء ثلاث أركان وهي:إثراء المدين، افتقار الدائن، وانعدام السبب القانوني للإثراء، الا أن الفقيه Hauriou أدرج تعديلين على هذه النظرية أولهما: جواز تقرير المسؤولية حتى ولو كان الاثرار سببه القانون وهو ما يخالف الركن الثالث لنظرية الاثراء بلا سبب، كما أنه لم يشترط إثراء الدولة لتطبيق هذه النظرية، ويكفي لتوفر هذا الشرط أن يترتب على القانون تقليل أو اقتصاد في النفقات وهو ما يتعارض مع الركن الأول من أركان هذه النظرية .

وقد انتقدت هذه النظرية على أساس عدم جواز تشبيه الدولة بالفرد الذي أثري على حساب الغير، وذلك على أساس أنها تهدف الى تحقيق المصلحة العامة من خلال التشريعات الصادرة عنها. [2]

-المخاطر كأساس للمسؤولية:

لقد أجاز جانب من الفقه إمكانية قيام مسؤولية الدولة على أساس المخاطر، أي بدون خطأ والتي تعد استثناء من نظام المسؤولية على أساس الخطأ.

---

[1] -Hauriou (m),précis de droit adminstartif,1911,p508.

[2] -أنور رسلان،مسؤولية الدولة الغير تعاقدية،دار النهضة العربية،القاهرة،1980،ص41.

-محمد عبد الواحد الجميلي،قضاء التعويض مسؤولية الدولة عن أعمالها الغير تعاقدية،دار النهضة العربية،القاهرة،1995،ص38.

وقد طبقت هذه النظرية من قبل مجلس الدولة الفرنسي عام 1938 في قضية لافلوريت وتقوم هذه النظرية على أساس المخاطر، أي المسؤولية المؤسسة على الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

2-محاولات القضاء من اقرار مسؤولية الدولة عن فعل القوانين:

تمثل قضية لافلوريت الصادر بشأنها الحكم المؤرخ في 1938/01/14 نقطة التحول في موقف مجلس الدولة الفرنسي فقد أجاز هذا الأخير قيام مسؤولية الدولة على فعل القوانين، وتراجع بذلك عن موقفه السابق بخصوص تفسير سكوت المشرع بأنه رفض للتعويض، وتتخلص وقائع هذه القضية فيما يلي:

بتاريخ 1934/06/29 صدر قانون يتعلق بحماية منتجات الألبان ونصت المادة الأولى منه على حظر صناعة الكريمة التي تنتج من غير اللبن الخالص أو الاتجار فيها بأي صورة من الصور،وكانت شركة لافلوريت آنذاك تتولى انتاج نوع معين من الألبان يطلق عليه la Gragiene،ومكوناته تعتمد على اللبن والزيت والبيض وبسبب صدور هذا القانون توقفت الشركة عن مزاولة نشاطها بسبب الأضرار اللاحقة بها بسبب هذا القانون.

فقدمت الشركة طلب الى وزير الزراعة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بها ولم يتم الرد على طلبها لمدة تجاوزت 04 أشهر مما جعلها ترفع دعوى أمام مجلس الدولة بتاريخ 1935/12/08 للمطالبة بإلغاء القرار الضمني من وزير الزراعة برفض منح الشركة تعويضا عن الأضرار التي سببها لها ذلك القانون .

-وبعد المداولة من قبل مجلس الدولة قضى بموجب حكمه المؤرخ في 1938/01/14بأحقية الشركة في التعويض عن الأضرار التي سببها لها القانون وبالنتيجة له الغاء القرار الضمني لوزير لالزراعة برفض التعويض على أساس الاعتبارات والأسانيد القانونية التالية:

-مشروعية النشاطك الذي تمارسه الشركةلان انتاج الجبن من نوع la Gragiene، لا يشكل خطرا على الصحة العامة طبقا للمادة 01 من القانون المؤرخ في 1934/06/29

كونها حرمت صناعة منتجات الألبان من اللبن الخالص كما أن تحريم صناعة الكريمة الا من اللبن الخالص قد أصاب الشركة بأضرار فادحة أدت إلى توقف نشاطها

-خلو نص القانون أو الأعمال التحضيرية له أو حتى فيما يتعلق بالظروف المحيطة بالواقعة ما يدعو الى الاعتقاد بأن المشرع قد قصد تحميل المخاطبين بأحكام هذا القانون هذا العبء الذي يتجاوز الحد المعقول للضرر الواجب تحمله.

-الضرر الذي لحق الشركة نشأ عن صدور هذا القانون والذي كان بهدف حماية المصلحة العامة وبالتالي يستوجب الأمر أن تتحمل الجماعة عبء الضرر. [1]

وذات الاتجاه كرسه مجلس الدولة في حكمه المؤرخ في 2007/02/08 وبموجبه أكد مسؤولية الدولة عن فعل القوانين، وذلك على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة مع ضرورة ألا يظهر من النص ما يوحي بإعفاء الدولة من المسؤولية عن فعل القوانين، وأن يكون الضرر خاصا وبالغ الجسامة، بحيث يفوق القدر المعتاد الذي يمكن أن يتحمله المضرور. [2]

-الأساس القانوني وشروط اقرار مسؤولية الدولة على فعل القوانين:

نتطرق الى تفصيل هذه المسألة على النحو المبين أدناه:

***الأساس القانوني لاقرار مسؤولية الدولة على فعل القوانين:**

تم تكريس مسؤولية الدولة عن فعل القوانين على أساس المخاطر، أي بدون خطأ ويستوجب الأمر استيفاء ركنين لقيام هذه المسؤولية وهما الضرر والعلاقة السببية، ولا يتحمل المضرور عبء اثبات الخطأ من جانب الدولة ولا يجوز لهذه الأخيرة درء المسؤولية عن طريق اثبات عدم ارتكابها أي خطأ، ويكفي تحقق الضرر لكن بضوابط معينة وقيام العلاقة

---

[1] -شريف يوسف خاطر،مسؤولية الدولة على القوانين الغير دستورية،مرجع سابق،ص.ص195-198.

-جوجي شفيق مساري،مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها قضاء التعويض،دار النهضة العربية،القاهرة،2005،ص158.

-محمد ماهر أبو العينين،التعويض عن أعمال اللسلطات العامة،الكتاب الثاني،ط1،المركز القومي للاصدارات القانونية،القاهرة،2013ص942.

[2] -C.E,8 février 2007,M Alain,Req,N279522 ;C,Deffigier,la responsabilté sans faute de l'état pour rupture de l'égalité devant les charges publiques du fait de la loi du 10/07/1976,AJDA,2004,p1941.

السببية بين تصرف الدولة المشروع والضرر وهذا ما يستخلص من حكم مجلس الدولة السابق الاشارة له في قضية لافلوريت.

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي بصفة صريحة الأساس القانوني لقيام مسؤولية الدولة على فعل القوانين على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة في حكمه المؤرخ في 1961/12/01، وتوصل الى استخلاص هذا الأساس من منطلق أنه لم يظهر من نية المشرع ، ولا من الأعمال التحضيرية استبعاد الحق في التعويض. [1]

***شروط قيام مسؤولية الدولة على فعل القوانين:**

لقد توصل القضاء الإداري الفرنسي الى اقرار ضوابط لتقيد قيام مسؤولية الدولة على فعل القوانين، بمعنى أن هذه المسؤولية ليست مطلقة بل تحدها ضوابط لتقرير منح التعويض وتقسم هذه الضوابط إلى نوعين: الأولى تتعلق بالمشرع، والثانية تتعلق بالضرر الذي أصاب المضرور ونعالجهما بالتفصيل التالي:

-الشروط الخاصة بالمشرع:

لا تتحقق مسؤولية الدولة عن فعل القوانين على أساس المخاطر الا في حالة عدم تضمن النص القانوني موضوع المطالبة بالتعويض أو في أعماله التحضيرية أو الظروف والملابسات المحيطة به ما يدل على اتجاه إرادة المشرع الى رفض التعويض عن الضرر الذي سببه القانون للفرد بسبب تطبيقه، وقد توصل الفقيه Laroque الى ان إقرار هذه المسؤولية يقتضي احترام ارادة المشرع في تقرير أو عدم تقرير التعويض عن الأضرار التي يسببها تطبيق القانون للأفراد. [2]

وتبعا لذلك فإن الامر يقتضي التزام المحكمة بالبحث في الإرادة الصريحة او الضمنية للمشرع بغرض تقرير منح التعويض من عدمه، وهذه المسألة تستوجب عدم الاكتفاء بالبحث في ظاهر النص بل تقتضي أيضا البحث في الأعمال التحضيرية للقانون أو من خلال الظروف والملابسات المحيطة بوضعه للبحث عن نية المشرع في منح أو رفض التعويض

[1] -C,E,1/12/1961,la combre,Rec,p674.

[2] -شريف يوسف خاطر،مسؤولية الدولة على القوانين الغير دستورية،مرجع سابق،ص241.

عن الضرر الناتج عن تطبيقه، بالإضافة إلى ضرورة استيفاء الشروط الخاصة بخصوصية الضرر وجسامته. [1]

كما يقتضي الأمر البحث أيضا عن الموضوع والهدف(الباعث) من القانون موضوع المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي ترتبت من جراء تطبيقه، فإذا كان الهدف متعلقا بتحقيق المصلحة العامة من وراء اصدار القانون ففي هذه الحالة يرفض التعويض بناء على هذا المبرر، وذلك على أساس أنه في مجال المسؤولية عن فعل القانون يتم مراعاة اعتبارات التوازن بين المصلحة العامة التي يهدف المشرع الى تحقيقها من وراء اصداره للقانون وبين الأضرار الناجمة عن تطبيق القانون وهي المصلحة الخاصة للأفراد [2] .

-الشروط المتعلقة بالضرر:

يجب أن يتوفر في الضرر المدعى به من جراء تطبيق القانون استيفاء أوصاف عامة وأخرى خاصة، بالإضافة إلى أن يكون على درجة من الجسامة، وسنعالج هذه الأوصاف كالآتي:

-الأوصاف العامة للضرر:

استوجب مجلس الدولة الفرنسي ان تتوفر في الضرر المستوجب للتعويض الأوصاف التالية:ان يكون مباشرا، وحالا، ومؤكدا.

فالضرر المباشر، يقصد به أن ينشأ بصفة مباشرة عن النشاط الصادر عن الدولة على نحو يترتب عنه قيام علاقة سببية بين هذا الضرر وفعل الدولة بأن يكون هذا الفعل هو السبب المباشر في وقوعه.

-أما الضرر الحال والمؤكد، يقصد به وقوعه فعلا وبالتالي يستبعد الضرر الاحتمالي من نطاق التعويض. [3]

---

[1] -Senkovic (p),l'évolution de la responsabilité de l'état législateur sous l'influence du droit communautaire,TH,paris,I,1998,p204.

[2] -Chaumon (c),la responsabilité extra-contractuelle de l'état dans l'exercice de la fonction législateur,RDP,1940,p200.

[3] -شريف يوسف خاطر،مسؤولية الدولة على التعويض عن القوانين الغير دستورية،مرجع سابق،ص248.

-الأوصاف الخاصة للضرر:

تتمثل هذه الشروط في خصوصية الضرر والجسمامة الاستثنائية له، فالضرر الخاص مفاده الضرر اللاحق بشخص واحد أو عدد محدود من الأشخاص، بحيث يكون المضرور في وضع استثنائي لباقي الأشخاص، وبالتالي لا يجوز لأحد أن يدعي أن أصابه ضرر خاص من جراء صدور قانون جديد أضاف أعباء جديدة على عاتق جميع الأشخاص.

وانطلاقا من تاريخ 1984/06/22 أصبح مجلس الدولة الفرنسي يشترط الربط بين خصوصية الضرر وجسامته باعتبارهما ضابطين أساسين للحكم بالتعويض. [1]

أما بالنسبة للجسامة الاستثنائية للضرر، فيقصد بها أن يتضمن الضرر وصفا جسيما بحيث يفرض على المضرور فردا كان أو عدد محدود من الأفراد عبئا جسيما يتجاوز الحدود المعقولة التي تقتضيها الحياة والضرر في ظروفه العادية وفي هذه الحالة فإن تقدير جسامة الضررلا تؤسس على تقدير الآثار الجسيمة له بل يؤخذ فيها أيضا بعين الاعتبار الأسباب الغير عادية التي تسببت في وقوع الضرر، وهذا ما يقتضي البحث في طبيعة الضرر ونوعه وحجمه ونتائجه على نشاط المتضرر، وكذا تحديد ما اذا كان القانون يشكل سببا مباشرا في ايقاف نشاط المضرور، أو تغيره أو تقليله، والبحث أيضا عن المزايا أو الحقوق التي نتجت عن تطبيق القانون، فإذا توفرت هذه الاخيرة انعدم معيار الجسامة وبالتالي تعتمد الظروف والملابسات المحيطة بالضرر كأساس للحكم بالتعويض. [2]

-تجاوز الضرر الحدود المعتادة التي لا يمكنها تحملها:

بموجب الحكم المؤرخ في 2003/07/30 الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية adarc استوجب المجلس ضرورة أن يتجاوز الضرر الحد المعقول الذي لا يمكن أن يتحمله المضرور، ونفس الشيء أكده المجلس في حكمه المؤرخ في 2005/11/2. [3]

---

[1] -C.E,22/6/1984.

[2] -شريف يوسف خاطر،مسؤولية الدولة على التعويض عن القوانين الغير دستورية،مرجع سابق،ص.ص255-256.

[3] -C.E ,02/11/2005.

*شروط أخرى أقرها مجلس الدولة الفرنسي بموجب قراره المؤرخ في 2019/12/24 وتتمثل في:

-أن يكون القانون محل طلب التعويض قد دخل حيز النفاذ: وهذا يفيد أن القانون الذي لم يدخل حيز النفاذ لا يمكن أن يكون سببا للمطالبة بالتعويض، على أساس أن القانون يصبح ملزما للمكلفين به بعد سريانه وبذلك يصبح عملا ماديا. [1]

-أن يكون التعويض عن القانون في الحدود المقررة من المجلس لعدم دستورية القانون:وهذا يدل على أنه لا يجوز اتخاذ أي إجراءات إلا ضمن الحدود المسموح بها بموجب قرار المجلس الدستوري والذي يحدد تأثير إعلان عدم الدستورية بانقضاء الوقت، مما يدل على أنه لا يوجد مانع من التعويض طبقا لقرار المجلس الدستوري الفرنسي حسب الشروط المحددة بحيث أن المجلس قد يرفض كليا أو جزئيا المطالبة بالتعويض في حال عدم الالتزام بتلك الشروط، بمعنى أن مجلس الدولة الفرنسي يمكنه أن يقرر التعويض طالما أنه لا يوجد مانع يحظر ذلك في قرار المجلس الدستوري المتعلق بتقرير عدم الدستورية. [2]

-وجود علاقة سببية مباشرة بين القانون الغير الدستوري والضرر الناشئ:التعويض عن القانون الغير دستوري يشترط قيام علاقة سببية مباشرة بين الضرر الواقع جراء القانون المطبق والمطعون بعدم دستوريته، بمعنى أن لا يكون الضرر احتمالي أو ضررا متوقعا لانه لا مجال للحكم بالتعويض الا عن الضرر المباشر .

-شرط المدة:اشترط مجلس الدولة الفرنسي وجوب التقيد بميعاد معين للمطالبة بالتعويض عن القانون المقضي بعدم دستوريته، وحدد هذا الميعاد بأربع(04) سنوات من تاريخ حصول الضرر الذي يلحق بالأفراد، والغرض من اشتراط شرط الأجل هو الحفاظ على استقرار

---

[1]-زكريا خليل،مسؤولية الدولة عن أعمال التشريع بين المقتضيات القانونية والاجتهاد القضائي،مجلة كلية القانون الكويتية العالمية،محلق خاص بالعدد الثاني،الجزء الثاني،2017،ص389

-سلام عبد الزهرة،نفاذ التشريع العادي،كلية القانون،جامعة بابل،محاضرة منشورة على الموقع الإلكتروني التالي:uobabylon.edy.iq تاريخ الاطلاع 2020/05/26 الساعة 16:00 مساء.

[2]-وفاء داخل أعويطر الكعبي،مسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية،رسالة ماجيستر،كلية القانون،جامعة ميسان،،العراق،2021،ص85.

الأوضاع والمراكز القانونية سواء بالنسبة للدولة أو الأفراد، لاسيما وأن التعويض تترتب عليه التزامات مالية يتعين تغطيتها من جانب الدولة وبقاء المطالبة بالتعويض بدون تحديد مدة معينة من شأنه أن يسبب تجاوز على الأموال المخصصة لالتزامات الإدارة. [1]

أما بالنسبة للوضع في التجربتين المغربية والجزائرية فلم نعثر على تطبيقات عملية تبين الأخذ بالتعويض وتحديد شروطه والأسس التي بني عليها كما فعل المشرع الفرنسي .

ويرى الباحث أنه بالنسبة للتجربتين المغربية والجزائرية، فإنه يمكن الاستناد للشروط العامة والتي تتعلق بوجوب أن يكون الضرر حالا، وبالتالي استبعاد الضرر الاحتمالي، وأن يكون الضرر مباشرا بمعنى ان يكون الضرر نتيجة حتمية ومباشرة للفعل الحاصل، وهذا ما يصطلح عليه بالعلاقة السببية بين الضرر والقانون الغير دستوري، بالإضافة إلى أن يكون الضرر قد أصاب مصلحة مشروعة وان تكون هذه المصلحة غير مخالفة للنظام العام والأداب العامة ومنه لا يمكن اقامة دعوى للتعويض في حال لم تتوفر تلك المصلحة، وهذا ما يدفعنا للقول بأن شروط التعويض عن القانون المقضي بعدم دستوريته لا تختلف عن المبادئ العامة لشروط التعويض، وبالتالي حبذا الاعتماد على الشروط التي قررها قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 2019/12/24 لتقرير مسؤولية الدولة على التعويض عن القوانين الغير دستورية.

3-تكريس مسؤولية الدولة عن القوانين الغير دستورية: [2]

نتطرق في هذا العنصر إلى دراسة مدى امكانية تقرير مسؤولية الدولة على القوانين التي قضى القاضي الدستوري بعدم دستوريتها، لاسيما بعد التعديل الدستوري في فرنسا عام 2008 والتي سنعتمدها في دراستنا بحكم حداثة التجربتين المغربية والجزائرية، وعليه سنعالج هذه المسألة ضمن العناصر التالية:

---

[1]-مقال حول حكم مجلس الدولة الفرنسي في 2019/12/24 حول السماح بالتعويض عن القوانين الغير دستورية متاح على الموقع الإلكتروني التالي.www.iltineraires-avocats.fr: http تاريخ الاطلاع 27/01/2020,الساعة 14:00 زاولا.

[2]- وفاء داخل أعويطر الكعبي،مرجع سابق،ص.ص85-86.

-موقف الفقه والقضاء من تكريس مسؤولية الدولة على القوانين الغير دستورية بعد تعديل دستور 2008 في فرنسا.

-الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعوى المسؤولية عن القوانين الغير دستورية.

***موقف الفقه والقضاء من تكريس مسؤولية الدولة على القوانين الغير دستورية بعد تعديل دستور 2008 في فرنسا:**

في هذا العنصر سنعمل على البحث على التعديل الذي طرأ في النظام الفرنسي على أثر اعماله نظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، أو مايسمى بسؤال الأولوية الدستورية فإذا توصل المجلس الدستوري الفرنسي الى عدم دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه ففي هذه الحالة ما مصير الفرد الذي أصابه ضرر من تطبيق ذلك الحكم النتشريعي هل يجوز له المطالبة بالتعويض، وعلى أي أساس؟.

اقر الاتجاه الفقهي ثلاث حالات للحكم بالتعويض بسبب الحكم بعدم دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه،وهي:

-الحالة الأولى:صدور تشريع أو عدم صدوره وما يترتب على ذلك من اعتداء على الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور بسبب صدوره في الحالة الأولى أو عدم اصداره في الحالة الثانية.

-الحالة الثانية:صدور قانون يمنح بعض الحقوق أو المزايا لبعض الأفراد دون غيرهم قبل الحكم بعدم دستوريته.

-الحالة الثالثة:صدور حكم بعدم دستورية قانون قد صدر لالغاء أو تعديل بعض الحقوق المنصوص عليها في قانون سابق عليه، وبالتالي يطالب المضرور بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة صدور هذا القانون وقبل الحكم بعدم دستوريته. [1]

[1] -M.Disant,la responsabilité de l'état du fait de la loi inconstitutionnelle :prolégoménes et perspectives,RFDA,2012,p1181.

كما نادى الفقه الفرنسي أيضا بوجوب اقرار التعويض على القوانين المقضي بعدم دستوريتها على أساس وقوع خطأ من المشرع ينتج عنه ضرر أصاب الغير، وعليه تنشأ علاقة سببية بين الخطأ والضرر. [1]

وترتيبا على ذلك فإن مخالفة أحكام الدستور يشكل عدم مشروعية دستورية، وبالتالي وقوع خطأ من المشرع، بالاضافة الى أن عدم احترام المشرع للحقوق والحريات الأساسية يشكل خطأ يستوجب التعويض. [2]

وبالرجوع الى موقف الفقيه الفرنسي هوريو في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1912/04/29 وحكمه في 1944/01/02 مفاده أن القانون الغير دستوري يعد خطأ قانوني قابل لاقرار مسؤولية الدولة التشريعية. [3]

كما أن صدور قانون يتضمن انتهاك للحقوق والحريات الأساسية التي يضمنها الدستور يعد تجاوز أو تعسف في استعمال السلطة يقتضي الحكم بعدم الدستورية وتعويض المضرور عن الضرر، وفي هذه الحالة تؤسس المسؤولية على أسس موضوعية باعتبار أن عدم الدستورية تعني الخطأ وكل تصرف خاطئ يستوجب التعويض طبقا لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة بهذا الخصوص. [4]

ومن جانب آخر فإن المسؤولية بدون خطأ(المخاطر) التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي في قضية لافلوريت لا يجوز أن تكون أساسا للحكم بالتعويض على القوانين الغير الدستورية لان نظرية المسؤولية بدون خطأ اعتمدها مجلس الدولة لتعويض المضرورين بسبب التشريع الذي صدر صحيحا ولكن نتج عنه ضرر أصاب الغير، أما الحالة المتعلقة بمسؤولية الدولة على التعويض عن القانون الغير الدستوري فتتعلق بصدور تشريع يتعارض مع الدستور ويقضى بعدم دستوريته بعد سريانه لمدة زمنية معينة وتم الغائه بموجب قرار دستوري، ففي هذه الحالة فإن التعويض عن الضرر يكون عن المدة التي طبق فيها التشريع، أي قبل

[1] -Pacteau(b),la responsabilité publique du fait des lois,la sortie du tunnel ?mélanges en l'honneur de jacqueline morand-deviller ,montchrestien,2007,p487.

[2] –A.fuchs–cessot,le parlement a l'épreuve de l'europe et de la ve république,LGDJ,,coll,T,118,2004,p214..

[3] –M,Houriou,note sur l'arret du conseil d'état,29/04/1912,société premier et henry,S,1923,n3,spéc,p41.

–C.E,2/01/1944,caucheteux et desmonts,RDP,1945,p369.

[4] –C.E,31/08/2009,commune de crégle,AJDA,2009,p1526 ;JCP,2009,I,551,chron,B,plessix.

الحكم بإلغائه دستوريا ويكون ذلك على أساس الخطأ لتوافر عناصر المسؤولية الخطئية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما. [1]

والمسؤولية عن القوانين الغير دستورية ليست ذات طابع مطلق، بل محددة بضوابط تتمثل في صدور قرار بعدم الدستورية، وأن يترتب على تطبيق القانون المقضي بعدم دستوريته ضرر أصاب الغير، وعلاقة سببية بين القانون والضرر، وعليه ينفرد المجلس الدستوري بتحديد قواعد إعمال المسؤولية الإدارية عن القوانين الغير دستورية طبقا للمادة 2/62 من التعديل الدستوري لعام 2008.

***الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعوى المسؤولية عن القوانين الغير دستورية:**

يختص مجلس الدولة الفرنسي بالفصل في دعوى المسؤولية عن القوانين الغير دستورية للأسباب التالية:

-يسري على دعوى المسؤولية نظام المسؤولية الإدارية وذلك بخصوص المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن القانون الغير دستوري، وعليه لا يطبق بشأنها نظام المسؤولية البرلمانية. [2]

-يختص المجلس الدستوري بالفصل في مدى دستورية القانون من عدمه دون أن يختص بالفصل في طلبات التعويض المترتبة على الحكم بعدم الدستورية.

-بموجب الحكم المؤرخ في 2008/03/31 قضت محكمة التنازع في فرنسا بانعقاد الاختصاص لمجلس الدولة بالفصل في المنازعات المتعلقة بمسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية. [3]

---

[1]-شريف يوسف خاطر،مسؤولية الدولة عن التعويض على القوانين الغير دستورية،مرجع سابق،ص282.

[2] - M.Disant,la responsabilité de l'état du fait de la loi inconstitutionnelle :prolégoménes et perspectives,RFDA,2012,p1181.

[3] -T.confil,31/03/2008,société boiron contre le directeur général et le directeur régional de la direction générale des douanes et droits indirects,Req,n c 3631.

–صدور أحكام قضائية عن القضاء الاداري بعد سريان نظام سؤال الأولوية الدستورية بشأن التعويض عن القوانين الغير دستورية أكدت اختصاص القضاء الاداري بالفصل في دعوى المسؤولية عن الضرر الناتج عن القانون الغير دستوري، وذلك على أساس أن التصرفات القانونية الصادرة عن الإدارة كانت تستند الى قانون صدر حكم بعدم دستوريته، ومنه انعدام أساسها القانوني الذي أسست عليه، وبالتالي يجوز للمضرور المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب تلك التصرفات الغير قانونية. [1]

أما في التجربتين المغربية والجزائرية فلا توجد تطبيقات عملية يمكن الاستناد لها لمعرفة الجهة القضائية المختصة بالفصل في طلبات التعويض عن القوانين الغير دستورية.

وبذلك نتوصل الى أنه حسن ما فعل مجلس الدولة الفرنسي عندما قرر قيام مسؤولية الدولة عن القوانين المقضي بعدم دستوريتها، ولكن تبقى مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية تواجه صعوبات في التطبيق لا سيما في التشريعين المغربي والجزائري، وذلك راجع لعدم وجود نص يقضي بذلك، بالإضافة الى عدم تبني المشرع مبدأ التعويض على القوانين الغير دستورية .

وحسب رأي الباحث: فإنه باستقراء القوانين التي نظمت سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا والمغرب والجزائر يتبين أنها تعترف بفكرة خطأ المشرع ولكنها لا تطبق نظام المسئولية عن القوانين في مجال القضاء الدستوري، وقد وظفت نظرية خطأ المشرع في هذا المجال عندما كرست جزاء على خطئ المشرع المتمثل في إلغاء العمل بالحكم التشريعي غير الدستوري لكن دون ان يترتب على ذلك الالغاء تعويض المتضرر عن ذلك الحكم التشريعي فهي بالتالي لا تعترف بنظرية المسؤولية عن القوانين بالرغم من اعتناقها فكرة خطأ المشرع .

[1]-شريف يوسف خاطر،مسؤولية الدولة عن التعويض على القوانين الغير دستورية،مرجع سابق،ص283.

[1]وهناك من ذهب الى أنه لا يوجد ما يمنع اختصاص القاضي الدستوري بنظر دعوى المسؤولية على أساس انه يراقب عمل المشرع من جانب عنصر الخطأ المتمثل في مخالفة القوانين للدستور، ومن جانبنا نؤيده فيما خلص اليه.

وبالرجوع الى الممارسة القضائية على مستوى مجلس الدولة الفرنسي، فقد أجاز التنفيذ بمقابل لقرار عدم الدستورية في هذه الحالة أي عن طريق التعويض عن الأضرار التي رتبها القانون المقضي بعدم دستوريته بشرط توفر الشروط التالية وهي:

-سكوت المشرع عن منح أو منع التعويض.

-خصوصية الضرر المترتب على تطبيق القانون أي وقوعه على عاتق فئة قليلة من الأفراد.

-عدم مخالفة المصالح التي لحقها الضرر للنظام العام والآداب العامة. [2]

وعليه نستنتج أنه لامكانية اعمال نظرية التعويض امام القضاء الدستوري يتعين توفر ضابطين هما:

-إدراج نظام المسؤولية على القوانين ضمن اختصاص القاضي الدستوري في الدستور ذاته.

-تأسيس اختصاص القاضي الدستوري بدعوى المسؤولية على أساس أنه صاحب الاختصاص الأصيل برقابة القانون، فإذا ثبت خطأ المشرع جاز تقرير التعويض عن ذلك متى توفرت باقي عناصر المسؤولية من ضرر وعلاقة سببية. [3]

وتأسيسا على ذلك فإن ما نستخلصه ان الاصل العام هو اعمال قواعد التنفيذ العيني بشأن القرار بعدم الدستورية وذلك بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدوره، ولكن الاستثناء عن ذلك هو اتباع قواعد التنفيذ بمقابل على أساس تعذر التنفيذ العيني لاصطدامه

---

[1]-جبالي حنفي علي،المسؤولية على القوانين،أطروحة دكتوراه،كلية القانون،جامعة عين شمس،القاهرة،1987ص.ص665-666.

[2]-ميادة عبد القادر اسماعيل،الرقابة السابقة على دستورية القوانين،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية،2015،ص32.

[3]-جبالي حنفي علي،مرجع سابق،ص668.

بالحقوق والمراكز القانونية المستقرة، وان هذا التنفيذ بمقابل يتم عن طريق التعويض لكل متضرر من جراء تطبيق الحكم التشريعي المخالف للدستور و الذي تتحمله الدولة على أساس تطبيق نظرية المسؤولية على قوانينها وبصرف النظر عن أثر تطبيق القرار بعدم الدستورية سواء كان بصفة فورية أو رجعية. [1]

ثانيا-القوة الإلزامية للقرار الدستوري في مواجهة القاضي الدستوري ومدى جواز العدول عن قراره:

في هذا المجال يتعين التميز بين نوعين للقرار الدستوري، الاول يتعلق بعدم الدستورية والثاني يتعلق بالمطابقة، ومنه فإن القاضي الدستوري هو الآخر ملزم بما فصل فيه بشأن عدم دستورية الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية وذلك على أساس الحجية المطلقة لهذا القرار، بالاضافة الى ان المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية يمثلان مؤسسة دستورية وقد أشارت المواد 62 و134 و191 الى حجية القرار في مواجهة الهيئات القضائية، وهذا ما يجعل تلك المؤسسة الدستورية تندرج ضمن تلك الهيئات وان الحجية المطلقة في مواجهة القاضي الدستوري تنعكس من خلال التزامه بعدم قبول سؤال الأولوية الدستورية الذي أثير بشأن نفس الحكم التشريعي الذي قضى بعدم دستوريته لسبق الفصل فيه.

إلا ان القرار بمطابقة الحكم التشريعي للدستور يحوز حجية نسبية، وبالتالي سنتطرق الى دراسة القوة الالزامية لقرار المطابقة في مواجهة القاضي الدستورية كأصل عام ومدى جواز العدول عنه.

1-الأصل العام التزام القاضي الدستوري بقرار مطابقة الحكم التشريعي للدستور:

بحكم الحجية النسبية التي يكتسبها قرار المطابقة فإنه يكون ملزما للقاضي الدستوري فيما فصل فيه، ولكن ليس بصفة نهائية اذ اجازت له التشريعات موضوع المقارنة نقض

[1]-حسنين ابراهيم محمد،أثر الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة 24 من قانون مباشرة الحقوق السياسية،دار النهضة العربية،القاهرة،2000،ص636.

قرينة الدستورية التي أضفاها على القرار متى تغيرت الظروف، وفي هذه الحالة يجوز له العدول وهو ما سنعالجه كما هو مبين ادناه.

2-الاستثناء جواز العدول عن القرار:

نتطرق الى تحديد مدلول العدول، وضوابطه، ونطاق اعماله، ومبرراته على النحو المبين أدناه:

**مدلول العدول:ان التعريف المستقر عليه للعدول في مجال القضاء الدستوري أنه تحول واضح في الحلول القضائية وهو تحول غير مفروض وكلي. [1]

كما يعرف بأنه إحلال إرادي واضح ومؤكد لحكم جديد محل حكم آخر بشأن نفس موضوع الدعوى وحيثياتها السابقة. [2]

وحسب وجهة نظر الباحث، ان العدول هو تراجع القاضي الدستوري بصفة واضحة و ارادية عن حل قضائي سابق، وتعويضه بحل جديد بشأن نفس الدعوى.

يتبين لنا باستقراء التعريفات أعلاه أن العدول يتضمن ثلاث عناصر هي:

*الطابع المؤكد والارادي للعدول:ومفاده ان يتم العدول وفق مبدأ قضائي جديد مخالف للأول (بمعنى تعارض كل من الحكمين القديم والجديد)، بالاضافة الى قيام تماثل بين موضوع الدعويين وأسبابهما(الحيثيات) [3] ، ولا يشترط وحدة الخصوم في مجال سؤال الأولوية الدستورية، اي ان اطراف الدعوى في الحكم السابق ليسوا هم اطراف الدعوى في الحكم الجديد . [4]

---

[1]-عبد الحفيظ علي الشيمي،التحول في أحكام القضاء الدستوري،دار النهضة العربية،القاهرة،2008،ص24.

-عادل محمود أحمد عمار،الدور السياسي والقانوني للقاضي الدستوري،أطروحة دكتواره في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة المنوفية،2019،ص.ص348-349.

[2]-محمود أحمد زكي،الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجيته وتنفيذه في ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا حتى أفريل 2004،ط2،دار النهضة العربية،القاهرة،2004ص43.

[3]-عبد الحفيظ علي الشيمي،مرجع سابق،ص25.

[4]-محمود أحمد زكي،الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجيته،،ط1،دار الكتب القانونية،القاهرة،2005،ص43.

وعليه فمجرد تطوير القاضي الدستوري لقضائه السابق على نحو تعديل اسباب القرار دون المساس بالمبدأ السابق لا يعد من قبيل العدول . [1]

أما وضوح المبدأ السابق، مفاده عدم اتصافه بالغموض حتى يستخلص العدول بكل وضوح ويشترط أيضا ان يتم بارادة القاضي الدستوري، فإذا تحقق العدول لسبب خارج عن ارادته كتعديل بعض مواد الدستور الذي يفرض على القاضي الدستوري تعديل قراره السابق في قضية مماثلة على أساس أنه ملزم بتطبيق أحكام الدستور الجديد، ففي هذه الحالة تنتفي فكرة العدول لانتفاء فكرة الاختيار لدى القاضي. [2]

*الطابع الكلي للعدول:مفاده أن يشمل العدول المبدأ القانوني الذي قرره القاضي الدستوري برمته، وبالتالي لا يقتصر العدول على أسباب القرار فلا مجال لاعمال العدول الجزئي.

*اصدار قرار لاحق لتأكيد العدول: ومفاده تأكيد العدول عن طريق اصدار القاضي الدستوري قرار مشابه للقرار الجديد–بموجبه تم العدول عن قرار سابق– بشأن سؤال الأولوية الدستورية مماثل من حيث الموضوع والأسباب.

ومما سبق نستخلص أن **ضوابط اعمال العدول في مجال القضاء الدستوري تتمثل فيما يلي:

–وحدة الموضوع:لتحقق العدول يقتضي قيام اتحاد بين موضوع الدعوى المفصول فيها بموجب المبدأ القضائي الجديد، وتلك المفصول فيها بموجب المبدأ القضائي السابق.

–مرور أجل معين:حتى يتحقق العدول لا بد من كفالة استقرار المبدأ القضائي الجديد بمرور مدة معينة تضمن عدم اعمال المبدأ السابق من قبل القاضي الدستوري.

–انصراف ارادة القاضي الى احداث التعديل:وهذا يقتضي البحث في ارادة القاضي لتحديد ان كان الغرض منها احلال حل قضائي محل الحل السابق، أم كان الغرض منها فقط مجرد

---

[1]–هديل محمد حسن المياحي،العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية الحقوق،جامعة النهرين،2015،ص66.

[2]–هديل محمد حسن المياحي،المرجع نفسه،ص67.

خروج استثنائي عن المبدأ السابق على نحو تقرير استثناء معين عن ذلك المبدأ، فالعدول الاستثنائي لا يعد عدولا لان من شروط العدول ان يكون واضحا ومؤكدا.

-أن يكون العدول تعبير عن التغيرات المجتمعية:بمعنى ان يبرر العدول من طرف القاضي الدستوري على التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والدستورية للمجتمع التي جاءت بفلسفة جديدة مغايرة للفلسفة التي انتهجها القاضي في قراره السابق.[1]

**ان نطاق هذا الاستثناء يتعلق بجواز نقض الحجية النسبية للقرار بمطابقة الحكم التشريعي للدستور، أي نقض قرينة الدستورية التي أضفاها عليه القاضي الدستوري على اثر تقرير مطابقته للدستور، وذلك حسب ما كرسته التشريعات موضوع المقارنة في حالة واحدة وهي نظرية تغير الظروف التي سبق لنا بيانها ولا يمكن اعمال فكرة العدول بشأن القرار بعدم الدستورية على أساس ان الأثر المترتب عنه المعمول به طبقا للتشريعات موضوع المقارنة وهو الغاء الحكم التشريعي المخالف للدستور، وبالتالي إعدام قوة نفاذه من يوم صدور قرار المجلس او من تاريخ لاحق يحدده المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية ولا يجوز اعادة تطبيقه.

** **وحسب وجهة نظر الباحث** يمكن أن نرجع **مبررات اعمال نظرية تغير الظروف** كسبب للعدول عن قرار المطابقة للدستورية الى ما يلي:

-أن التشريعات موضوع المقارنة لا تكرس مبدأ حجية السوابق القضائية المؤسس على الحفاظ على استقرار المعاملات، وعليه فإن حدوث تطورات اقتصادية واجتماعية وسياسية تقتضي مراجعة مسألة دستورية الحكم التشريعي السابق تقرير دستوريته.

-ان لا يترتب عن العدول عن المبادئ التي قررها القرار بالمطابقة انتقاص من حماية الحريات و الحقوق التي يضمنها الدستور، لان القيمة الحقيقية لهذه المبادئ لا تتمثل في حماية حقوق وحريات مثير سؤال الأولوية الدستورية بل تتمثل في حماية حقوق الامة برمتها.

[1]- هديل محمد حسن المياحي،مرجع سابق،ص67.

ومنه نستخلص مما سبق أن نظرية تغير الظروف تهدد الاستقرار القانوني داخل الدولة اذ يصبح الحكم التشريعي الذي قضي بدستوريته مهددا بمخالفته للدستور بناء على تغيرات طرأت لاحقا على صدور القرار القاضي بدستوريته، كما تمس باستقرار الحقوق والمراكز القانونية التي نشأت في ظل الحكم التشريعي على أساس أنه مطابق للدستور ثم يصدر قرار بعدم دستوريته يتسبب في انهيارها.

ومن ناحية أخرى ثارت مسألة تعارض العدول القضائي الدستوري مع مبدأ الأمن القانوني[1]، فمن المعلوم أن أحد أهم متطلبات الأمن القانوني هو تحقيق الاستقرار القانوني وبالتالي فإن كل تغير قضائي يكون مستبعدا لأنه سيهدد الاستقرار القانوني، وباعتبار أن العدول القضائي يقتضي تغيرا في القانون فإن ذلك سيساهم في عدم تحقيق الأمن القانوني وهذا ما يترتب عنه انعدام التوافق بين العدول القضائي الدستوري ومبدأ الأمن القانوني إلا أنه لا يمكن النظر إلى مبدأ الأمن القانوني على أنه عقبة تحول دون تطبيق العدول القضائي الدستوري وذلك لإمكانية التوفيق بينهما من خلال عدة سبل تتمثل في:

-**تطبيق العدول القضائي بشكل محدود واستثنائي،وبصفة مشروعة:**ومفاد ذلك أن تكون قرارات القاضي الدستوري تساهم في تحقيق الثبات والاستقرار وتأكيد المراكز القانونية وليس تهديدها، وبالتالي لم يتم العدول الا استثناء وبشكل محدود له ما يبرره وهذا المبرر يستشف من تغير الظروف.

-**تطبيق العدول القضائي بأثر فوري:** من الاثار السلبية لعدول القضاء الدستوري عن بعض أحكامه هو تطبيقه بأثر رجعي على نحو يهدد الأمن القانوني، بمعنى أن رجعية العدول القضائي الدستوري تعني أن القاعدة الجديدة (الحكم القضائي بالعدول) سوف تطبق على كل الدعاوى المعروضة على القضاء بصرف النظر عن تاريخ نشأة الوقائع المتعلقة بهذه الدعاوى، كما أن هذا العدول سيهدد الأحكام السابقة وزعزع فكرة أن الحكم القضائي هو عنوان الحقيقة، كما سيكون له انعكاس على السلطات العامة والأفراد، فمن ناحية البرلمان يصبح هذا الأخير ملزما بسن القانون بناء على اتجاهات وقرارات القضاء الدستوري، كما أن القضاء بنوعيه العادي والإداري يصبح ملزما بتطبيق الحل الجديد الذي تبناه القضاء

[1]-عبد الحفيظ علي الشيمي،التحول في أحكام القضاء الدستوري،مرجع سابق،ص.ص81-84.

الدستوري، فعلى فرض أن القاضي الدستوري تبنى تفسيرا مغايرا للنص الدستوري بمناسبة فحصه لدستورية القانون فإن هذا التفسير سوف يسري على القاضي عند تطبيقه لهذا القانون وذلك سيكون بأثر رجعي [1] ، وبالتالي فإن اعمال القضاء العادي والاداري للتفسير الجديد للدستور على النحو الذي تبناه القاضي الدستوري على كافة الدعاوى المعروضة أمامه قد يترتب عنه الحاق ضرر بالتوقع المشروع عند الخصوم استنادا إلى أن التفسير الجديد أخل بتوقعهم الخاص بتطبيق القانون وفقا للتفسير القديم للقضاء الدستوري، وهذا ما يترتب عنه الإخلال بالأمن القانوني، وبالنتيجة لذلك أصبح من الضروري البحث عن سبل التوفيق بين العدول في القضاء الدستوري وأثره الرجعي. [2]

وبغية التوصل إلى هذا التوفيق اهتدى الفقه الفرنسي إلى فكرتين هما:إعمال العدول القضائي الدستوري بأثر فوري وامكانية تبني سياسة القوانين المؤقتة على أحكام المبادئ وأحكام العدول القضائي، فبالنسبة لإعمال العدول القضائي الدستوري بأثر فوري فكان لتفادي مسألة الرجعية على الأقل بالنسبة للدعاوى المعروضة على القضاء، والغاية من تطبيق الأثر الفوري في هذه الحالة هي تفادي العدول المفاجئ وأثره السلبي على الخصوم وعلى المشرع وفي نفس الوقت اعمال فكرة التوقع المشروع للقانون، ولهذا الغرض تبنى الفقيه الفرنسي mouly فكرة الاعلانات المنذرة، وبموجب هذه الآلية يصبح بإمكان القاضي أن يضع لنفسه قاعدة جديدة وفي النهاية يقدم حلا مماثلا للحل القديم وهذا مفاده أن العدول القضائي يرتب آثاره على المستقبل فقط [3] أما بالنسبة لإمكانية تبني سياسة القوانين المؤقتة على أحكام المبادئ وأحكام العدول القضائي، فيعود الفضل إلى الفقيه الفرنسي mouly في اعتمادها في اطار التجربة الفرنسية، ويتحدد مضمون هذه الوسيلة في فكرتين:الأولى تؤسس على اعلان المحكمة أو إخطارها للخصوم بأنها سوف تطبق للمرة الأخيرة الحل القديم في القضية المعروضة عليها ومنه يصبح لحكم المبادئ أو حكم العدول القضائي أثر إعلامي(ابلاغي) فقط، والثانية تؤسس على تطبيق حكم المبادئ أو حكم العدول القضائي على القضية المعروضة على المحكمة الا أن أثاره مقصورة على الحالات اللاحقة على هذا

---

[1]–عبد الحفيظ علي الشيمي،التحول في أحكام القضاء الدستوري،مرجع سابق،ص90.

[2]–عبد الحفيظ علي الشيمي،المرجع نفسه،ص91.

[3]–عبد الحفيظ علي الشيمي،التحول في أحكام القضاء الدستوري،مرجع سابق،ص92.

الحكم [1] أي أن آثار الحكم الجديد لا تطبق بأثر رجعي على الماضي بل يطبق بأثر فوري فقط.

وقد أخذت محكمة العدالة للجماعة الأوروبية بهذه الوسيلة في حكمها الصادر عام 1976 وبموجبه قضت بعدم اعمال الأثر الرجعي للقرار على أساس اعتبارات الأمن القانوني المتمثلة في مجموع المصالح العامة والخاصة تقتضي عدم زعزعة مسألة المرتبات والأجور عن الفترات الماضية. [2]

ومنه يترتب على ذلك أن فكرة القانون المؤقت تؤسس على عدم تطبيق النتائج المترتبة على تغير الظروف إلا بالنسبة للحالات الناشئة لاحقا على وجود هذه الظروف الجديدة وهي الفكرة التي تتطابق مع فكرة العدول القضائي لأجل المستقبل، وذلك بغرض احترام مبدأ الأمن القانوني، وعدم المساس بالمراكز القانونية المستقرة وتفادي التحول المفاجئ.

مما سبق نخلص إلى أن العدول في أحكام القضاء الدستوري ينتج بصفة ارادية ناتجة عن تغير ظروف الواقع، أما العدول الإجباري فمرده تغير ظروف القانون ومن أبرزها تعديل الدستور، وفي هذه الحالة يكون القاضي الدستوري ملزما بتطبيق إرادة المؤسس الدستوري لأن العدول الاجباري لا يتعلق بالتفسير الذي منحه القاضي الدستوري للنص وانما يتعلق بإرادة سلطة التعديل للنص.

وعليه فقد توصلنا إلى أنه من بين النتائج المترتبة على العدول القضائي هو مساسه بالأمن القانوني وللتوصل الى اعمال هذا العدول والحفاظ على فكرة الأمن القانوني يتعين تطبيق السياسية التوفيقية بينهما عن طريق تطبيق فكرة العدول بشكل محدود وبصفة استثنائية على ان يكون أثره مقصورا على المستقبل فقط.

---

[1] –عبد الحفيظ علي الشيمي،المرجع نفسه،ص97.

[2] -c.j.c.e,du 8/4/1976,defrenne c/sabena,rec,p454.

ثالثا-التصورات المتوقعة بشأن الامتناع على تنفيذ قرار عدم الدستورية والاشكالات المترتبة عن التنفيذ:

ان الامتناع عن تنفيذ قرار عدم الدستورية لا يندرج ضمن اشكالات التنفيذ لان الاشكال في التنفيذ يعني وجود عقبات قانونية تعترض التنفيذ ويجب ازالتها باللجوء الى المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري، اما الامتناع عن التنفيذ فإنه يعني الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي واجب النفاذ، وبالتالي فالامتناع عن التنفيذ يشكل فعلا مجرما و يجعل كل شخص أو سلطة مرتكبا لجريمة التقليل من شأن الأحكام القضائية ويتعرض للمسائلة القانونية [1] بالاضافة الى ان اشكالات التنفيذ تتعلق بعقبات قانونية تحول دون تنفيذ السند التنفيذي وهذا الامتناع يكون وفقا لثلاث صور كالآتي:

-امتناع أحد السلطات العامة عن تنفيذ قرار عدم الدستورية، فإذا كان الامتناع عبارة عن استمرار الحكومة في تنفيذ الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته فإن اجرائتها الصادرة طبقا له تكون باطلة ومعرضة للالغاء أو النقض عند الطعن فيها أمام جهات القضاء العادي او الإداري، أما في حال عودة البرلمان الى تشريع نفس الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته فإن هذا الحكم التشريعي يكون معرضا للقضاء بعدم دستوريته مرة أخرى ولكن عن طريق إثارة سؤال الأولوية الدستورية جديد لانه أصبح يشكل موضوع جديدا [2]، أما اذا كان الامتناع صادرا من جانب الجهات القضائية على نحو أنها طبقت الحكم التشريعي المقضي بعدم دستورية على النزاع المعروض عليها ففي هذه الحالة فإنه يجوز لصاحب المصلحة وهو (الطرف الذي أثار سؤال الأولوية الدستورية الذي صدر بشأنه قرار عدم الدستورية محل الامتناع) اتباع أحد الحلين وهما:

*اتباع طرق الطعن:في حالة ما اذا كان الحكم القضائي غير نهائي، ففي هذه الحالة يتم الطعن فيها وفقا لطرق الطعن المقررة قانونا.

---

[1]-رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2004.ص445.

-عمرو أحمد حسبو،تنفيذ أحكام عدم دستورية النصوص التشريعية،دار النهضة العربية،القاهرة،2005،ص144.

[2]-محمد عبد العزيز سالمان،رقابة دستورية القوانين،ط1،منشورات دار الفكر العربي،القاهرة،1995،ص391.

*رفع دعوى اشكال في التنفيذ:في حال استيفاء الحكم القضائي الطابع النهائي له، ففي هذه الحالة يجوز لصاحب المصلحة أيضا أن يرفع دعوى اشكال في التنفيذ أمام الجهة القضائية المختصة، ويؤسس دعواه على وجود قرار قضى بعدم دستورية الحكم التشريعي الذي أسس عليه السند التنفيذي.

-أما إذا كان الممتنع أحد القائمين على شؤون الدولة، مثل رئيس الجمهورية أو الملك، أو الوزير الأول أو الوزراء فإنه يكون تحت الرقابة السياسية التي يتمتع بها البرلمان في مجال محاسبة السلطة التنفيذية عند خرقها الدستور. [1]

وعليه يتبين ان هناك نقص تشريعي بشأن آليات تنفيذ قرار عدم الدستورية والتي يجب ان تحدد بموجب قانون، ولا تترك لتفسير واجتهاد الجهة الملتزمة بالتنفيذ، وهذا مرتبط بخصوصية قرار عدم الدستورية منها الطابع العمومي والوظيفة السياسية وتعلقه بتفاصيل الدولة، بالاضافة الى ان التنفيذ احيانا يكون سببا في تحريف غاية القرار بعدم الدستورية أو يتسبب في تعطيله . [2]

وبالنسبة للاشكالات التي تعترض تنفيذ قرار عدم الدستورية، فإنه في غياب النص القانوني المنظم لها على مستوى القضاء الدستوري في التشريعات موضوع المقارنة، فاننا نتساءل عن مدى امكالنية اعمال قانون الاجراءات المدنية والإدارية بشانها ؟ لاسيما وان القانون المنظم لسؤال الأولوية الدستورية في هذه التشريعات اجاز الرجوع الى قانون الاجراءات المدنية والإدارية فيما لم يرد فيه نص، وبالتالي اذا سلمنا بامكانية اعمال قانون الاجراءات المدنية والإدارية بشأن اشكالات التنفيذ على مستوى القضاء الدستوري ففيما تتمثل هذه الاشكالات؟

وللاحاطة بهذا الموضوع سنعالجه من خلال العناصر التالية:

-القواعدة العامة المنظمة لمنازعات التنفيذ.

---

[1]-سالم روضان موسوي،حجية أحكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق وأثرها الملزم دراسة تطبيقية مقارنة،مرجع سابق،ص389.

[2]- سالم روضان موسوي،المرجع نفسه،ص390.

-منازعات التنفيذ في مجال القضاء الدستوري.

1- القواعدة العامة المنظمة لمنازعات التنفيذ:

يتضمن دراسة القواعد العامة لمنازعات التنفيذ التطرق الى بيان المسائل التالية:

-مدلول منازعة التنفيذ.

-الاختصاص بالفصل في منازعات التنفيذ.

-مدى اعتبار العقبات المادية منازعات تنفيذ.

-مدلول منازعات التنفيذ:

في البداية يتعين الإشارة إلى أن المقصود بإشكالات التنفيذ، أو منازعات التنفيذ بشكل عام، هي الوسيلة القانونية التي يعرض بها ذو المصلحة على القضاء ادعاءتهم المتعلقة بجواز أو عدم جواز التنفيذ أو بصحة أو بطلان التنفيذ، أو أي اجراء من اجراءاته أو طلباتهم بالمضي في التنفيذ مؤقتا أو بوقف التنفيذ مؤقتا. [1]

وحسب تصور الباحث أن تلك الاشكالات تتعلق بالعقبات القانونية التي يثيرها كل ذي مصلحة والتي حالت دون تنفيذ قرار عدم الدستورية، وذلك أسوة بما يتعلق باشكالات تنفيذ الحكم القضائي العادي.

-الاختصاص بالفصل في منازعات التنفيذ:

يؤول الاختصاص بالفصل في منازعات التنفيذ الى قاضي الاستعجال .

-مدى اعتبار العقبات المادية منازعات تنفيذ:

إن اشكالات التنفيذ تعد عقبات قانونية تعترض سير التنفيذ وترفع قبل تمامه ويخرج عن مجال هذه المنازعات العقبات المادية التي تعيق التنفيذ سواء كانت من المدنين أو من

---

[1]-عباس محمد محمد زيد،الرقابة على دستورية القوانين في اليمن دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية الحقوق،جامعة القاهرة،2009،ص424.

الغير، كمقاومة التنفيذ بغلق الأبواب أو استعمال القوة لتعطيل مجريات التنفيذ، وبالتالي لا تعد هذه العقبات من قبيل منازعات التنفيذ لأن من صدرت منه لا يستند على حق قانوني بل قصد بموجبها الحيلولة دون التنفيذ، وعليه فإنها لا تعرض على القضاء للفصل فيها بل أن تذليل هذه العقبات يتحقق باللجوء الى السلطة العامة للتنفيذ بواسطة القوة الجبرية، كما لا يعد من قبيل منازعات التنفيذ الاشكالات القائمة بين المكلف بالتنفيذ وطالب التنفيذ لاسباب شكلية ومثالها عدم تبليغ السند التنفيذي للمنفذ عليه قبل مباشرة التنفيذ، أو لأسباب إدارية أو مادية. [1]

2-منازعات التنفيذ أمام القضاء الدستوري:

نعالج منازعات التنفيذ امام القضاء الدستوري ضمن العناصر التالية:

القواعد المنظمة لمنازعات التنفيذ القرار الدستوري.

الامتناع عن التنفيذ لا يشكل مبررا لاقامة الاشكال في التنفيذ.

موضوع منازعات التنفيذ الدستورية.

❖ القواعد المنظمة لمنازعات التنفيذ القرار الدستوري:

وفي غياب النص المنظم لمنازعات النتفيذ بشأن قرار عدم الدستورية فإنه يتعين إعمال القواعد العامة بشأنها المتمثلة في قانون الاجراءات المدنية والادارية بما لا يتعارض وطبيعة سؤال الأولوية الدستورية، وكذا اختصاص المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري والأوضاع المقررة أمامهما، ولا يترتب على رفع المنازعة على مستواهما مباشرة وقف تنفيذ قرار عدم الدستورية، ما لم يأمرا بذلك حتى الفصل في المنازعة، ومعنى ذلك ان منازعة التنفيذ لا يترتب عنها اي اثر فيما يخص وقف تنفيذ قرار عدم الدستورية وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير جدية الأسباب التي اسست عليها المنازعة فمتى تبين له جديتها وان من شأن الاستمرار في تنفيذ قرار عدم الدستورية الحاق ضرر جسيم بطالب التنفيذ يصعب اصلاحه

[1]-عبد العزيز محمد سالمان،الاثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا والمشكلات العملية التي تثيرها،ط2،دار سعد سمك،القاهرة،2002،ص599.

فإنه يقرر وقف التنفيذ للقرار، وعليه فإن وقف التنفيذ لا ينشأ بقوة القانون وبمجرد رفع منازعة التنفيذ بل ينشأ بموجب قرار القاضي الدستوري. [1]

وبالتالي فإنه إعمالا لقانون الاجراءات المدنية والإدارية يتعين تطبيق قواعد منازعات التنفيذ العادية على منازعات التنفيذ الدستورية وأول هذه القواعد هي:

-**الجهة المختصة بالفصل:** إن اختصاص الفصل في منازعات التنفيذ الدستورية يؤول الى كل من المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري على أساس أن الاختصاص بمنازعات التنفيذ يؤول لنفس الجهة التي أصدرت القرار المتنازع في تنفيذه، وباعتبار القرار المتنازع فيه صدر عن المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري فهما المختصان بالفصل في المنازعات المتعلقة بتنفيذه اعمالا للمبدأ القانوني الذي مفاده(قاضي الأصل هو قاضي الفرع). [2]

-**طريقة مباشرة منازعة التنفيذ:**تباشر منازعة التنفيذ الدستورية بموجب عريضة ترفع مباشرة الى المحكمة الدستورية او المجلس الدستوري حسب الحالة، وتودع بأمانة الضبط على مستواهما ويجب ان تستوفي شروطها الشكلية المقررة قانونا، وان يتم تبلغيها للاطراف على النحو المقرر بموجب قانون الاجراءات المدنية والادارية [3]، ويجب أن تتضمن العريضة القرار الصادر بعدم الدستورية المراد تنفيذه، وبيان العقبات التي حالت دون تنفيذه ومستندات الدعوى وصورة عن الحكم القضائي أو القرار (عقبة التنفيذ)، أما بالنسبة للتشريع كعقبة في التنفيذ فيكفي بيانه لأنه ينشر في الجريدة الرسمية ويفترض علم الكافة به، بالإضافة إلى بيان أسماء وألقاب الخصوم وصفاتهم ومحل اقامتهم، وغيرها من البيانات الجوهرية طبقا لما تضمنه قانون الاجراءات المدنية والادارية بشأن بيانات عريضة الدعوى. [4]

---

[1]-رفعت عيد سيد،الوجيز في الدعوى الدستورية،مرجع سابق،ص447.

-صلاح الدين فوزي،الدعوى الدستورية،دار النهضة العربية،القاهرة،1993،ص315.

[2]-تركي سطام المطيري،الجوانب الاجراية في الدعوى الدستورية دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر والكويت،أطروحة دكتوراه،تخصص قانون عام ،كلية الحقوق،جامعة القاهرة،2008،ص553.

[3]-رفعت عيد السيد،المرجع نفسه،ص443.

[4]-مصعب محمد صالح،أثر الحكم بعدم الدستورية دراسة مقارنة في النظام الدستوري العراقي والمقارن،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية،ص136.

-**صاحب الصفة في رفع منازعة التنفيذ**:بداية كل من كان طرفا في سؤال الأولوية الدستورية الذي صدر بشأنه قرار عدم الدستورية المتنازع فيه يكون صاحب صفة في مباشرة دعوى منازعة التنفيذ، وبالتالي تثبت الصفة للمحكوم له، كما تثبت للغير الذي تكون له مصلحة في عدم تطبيق الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته، بمعنى تنفيذ قرار عدم دستورية ذلك الحكم التشريعي لمن لم يكن طرفا في مجال سؤال الأولوية الدستورية الذي صدر بشأنه ذلك القرار، ومبرر ذلك يتمثل في الحجية المطلقة التي يكتسبها قرار عدم الدستورية في مواجهة الكافة. [1]

❖ الامتناع عن التنفيذ لا يشكل مبررا لاقامة الاشكال في التنفيذ:

كما سبق بيانه فإن المقصود بإشكالات التنفيذ هو وجود عقبات قانونية تعترض تنفيذ القرار بعدم الدستورية ويتعين ازالتها باللجوء الى الجهة الدستورية، ولا يشكل الامتناع عن تنفيذ ذلك القرار اشكالا في التنفيذ بل يعد فلا مجرما يجيز لكل ذي شأن الحق في اقامته حتى ولو لم يكن طرفا في سؤال الأولوية الدستورية استنادا الى الحجية المطلقة لقرار عدم الدستورية .

❖ موضوع منازعة التنفيذ الدستورية:

في غياب التحديد التشريعي، واجتهادات المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية بشأن ضبط مدلول منازعات التنفيذ الدستورية فإنه يتعين الاعتماد على تصورات الفقه بشأن تحديده لهذه المنازعات ونوردها كالتالي:

-ظهور عوائق تحول قانونا دون اكتمال تنفيذ قرار عدم الدستورية وهذه العوائق قد تكون مادية أو قانونية، والعبرة بالعوائق القانونية التي تبرر الاشكال في التنفيذ.

-ارتباط العوائق القانونية بمضمون قرار عدم الدستورية.

-ان تكون العوائق القانونية لاحقة على صدور قرار عدم الدستورية.

وسنتولى معالجتعها بالتفصيل التالي:

---

[1]-عصام عبد الوهاب محمد السماوي،الدعوى الدستورية بين القانون اليمني والقانون المصري دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه،جامعة أسيوط،2013،ص471.

-ظهور عوائق تحول قانونا دون اكتمال تنفيذ قرار عدم الدستورية: وهذه العوائق قد تكون مادية أو قانونية، والعبرة بالعوائق القانونية التي تبرر الاشكال في التنفيذ وعلى سبيل المثال تتمثل العواق القانونية فيما يلي:

-صدور قانون جديد يتضمن نفس المقتضيات المصرح بعدم دستوريتها:

مفاد ذك صدور قرار بعدم دستورية حكم تشريعي ثم يقوم المشرع -سواء كان السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية- بإصدار أو إعداد حكم تشريعي جديد يتضمن نفس المقتضيات التي كانت محلا لسؤال الأولوية الدستورية الذي صدر بشأنه قرار عدم الدستورية ومنه هل يجوز لصاحب المصلحة اللجوء الى الجهة الدستورية على أساس أن الحكم التشريعي الجديد يعتبر عقبة في التنفيذ أم يستوجب عليه إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد هذا الحكم؟.[1]

اعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات والاختصاص الحصري للجهة الدستورية في تقدير دستورية النصوص القانونية من عدمها فإذا ما توصلت الى تقرير عدم دستورية النص أصبح لزاما على المشرع التقيد بقرارها، وبالتالي لا يجوز له سن تشريع آخر يحمل ذات المقتضيات المقضي بعدم دستوريتها وعلى ذات الأسس التي أكدت الجهة الدستورية تعارضها مع الدستور، والا عد ذلك اعتداء على السلطات الدستورية المقررة للجهة الدستورية كما يعد ذلك تقليلا من شأن قرارات عدم الدستورية وعدم الالتزام بها. [2]

وتبعا لذلك يجوز لصاحب المصلحة رفع اشكال في التنفيذ ضد الحكم التشريعي الجديد وبالتالي اعمالا للحجية المطلقة للقرار بعدم الدستورية يكون لزاما على المشرع التقيد بمضمون ذلك القرار والعمل على تنفيذه، ولا يجوز له عرقلة نفاذه أو تعطيله أو الحد من أثره

---

[1]- عبد العزيز محمد سالمان،الاثار القانونية لاحكام المحكمة الدستورية العليا والاشكالات القانونية التي تثيرها،مرجع سابق،ص615.

-حمدان حسن فهمي،حجية أحكام القضاء الدستوري وآثارها،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية،2006،ص171.

[2]-عبد العزيز محمد سالمان،الاثار القانونية لاحكام المحكمة الدستورية العليا والاشكالات القانونية التي تثيرها،مرجع سابق،ص615.

-حمدان حسن فهمي،مرجع سابق،ص171.

أو نطاقه عن طريق سن تشريع مخالف لذلك القرار أو يتضمن ذات الأحكام التي كانت في التشريع المقضي بعدم دستوريته، ولا يمكن التحجج بالسلطة التقديرية للمشرع في اصدار القوانين طبقا لإرادته وحسبما يرى باعتبار أن إصدار القوانين وبواعثها من اطلاقات السلطة التشريعية لان ذلك سيترتب عنه افراغ الحجية المطلقة لقرار عدم الدستورية من مضمونه كما أن سلطة المشرع تقف عند حد أحكام القضاء الدستوري والزاميتها للسلطة التشريعية. [1]

-اعتناق المحكمة العليا أو مجلس الدولة تفسيرا يناهض ما قضت به الجهة الدستورية:

على فرض ان المحكمة العليا أو مجلس الدولة تبنيا تفسيرا يخالف ما قضى به قرار عدم دستورية حكم تشريعي معين، ففي هذه الحالة جاز لصاحب المصلحة أن يرفع اشكال في التنفيذ لان هذا التفسير يشكل عقبة قانونية تحول دون تنفيذ قرار عدم الدستورية .

-صدور تشريع جديد يحد من آثار قرار عدم الدستورية أو يلغيه:

ويتصور هذا الفرض في الحالة التي يتقرر فيها اعمال قرار عدم الدستورية بأثر رجعي فيبادر المشرع الى اصدار حكم تشريعي يحاول بموجبه الغاء الاثر الرجعي لقرار عدم الدستورية، أو الحد منه في نطاق معين، وهذا الفرض أيضا يجسد عقبة في التنفيذ للقرار ويتعين تذليلها باللجوء الى الجهة الدستورية.

-استمرار السلطة التنفيذية عن طريق قراراتها في تطبيق نص قانوني سبق وان قضي بعدم دستوريته .

-صدور حكم قضائي ولو كان حكما باتا يعيق تنفيذ قرار عدم الدستورية باستثناء المراكز القانونية المستقرة بحكم نهائي أو بانقضاء مدة التقادم. [2]

ومنه يعتبر القانون الجديد او ما يصدر من قرارات تنفيذا له عقبة من عقبات التنفيذ .

-ارتباط العوائق القانونية بمضمون قرار عدم الدستورية:

---

[1]-مصعب محمد صالح،أثر الحكم بعدم الدستورية،مرجع سابق،ص.ص121-122.

[2]- عصام عبد الوهاب محمد السماوي، مرجع سابق ،ص.ص474-475.

ان شرط الارتباط بين العوائق القانونية التي بموجبها ترفع منازعة التنفيذ ومضمون قرار عدم الدستورية يعد شرطا منطقيا، على أساس أنه يؤدي الى ضبط حدود المنازعة التنفيذية بضوابط ونطاق القواعد القانونية التي تضمنها ذلك القرار ويترتب على تجاوز هذا الارتباط عدم قبول المنازعة . [1]

وبالتالي فان تنفيذ القرار تتحدد صورته وموجباته بمضمون هذا القرار، ونطاقه وآثاره الموضوعية والزمانية، بمعنى كلما كان التنفيذ متعلقا بقرار عدم الدستورية فإن حقيقة مضمونه ونطاق القواعد القانونية التي يضمنها والاثار المترتبة عنها في سياقها وبناء على الصلة الحتمية القائمة بينها هي التي تحدد جميعها شكل التنفيذ وصورته الاجمالية وما يكون لازما لضمان فعاليته. [2]

-ان تكون العوائق القانونية لاحقة على صدور قرار عدم الدستورية:

ان اثارة اسباب عدم الدستورية وتتبع جوانب المخالفة الدستورية القائمة على انتهاك او خرق او مساس الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية بالحق او الحرية التي يضمنها الدستور يقتضي ان تكون تلك الاسباب سابقة على صدور قرار عدم الدستورية، أي ان تلك الاساب السابقة قد اندرجت ضمن أوجه الدفاع التي محصها القاضي الدستوري وابدى وجهة نظره بشأنها، وعليه لا يجوز تأسيس منازعة التنفيذ على أسباب عدم الدستورية السابقة على صدور قرار عدم الدستورية، او بمعنى ادق لا يجوز اثارة اسباب عدم الدستورية بعد صدور ذلك القرار لان الاجازة بذلك يعد بمثابة طعن في قرار عدم الدستورية وليس من قبيل منازعات التنفيذ وهذا ما يتعارض مع الطابع النهائي للقرار وعدم قابليته للطعن.

وعلى هذا الأساس لا يجوز لطالب التنفيذ أن يؤسس منازعة التنفيذ على ان قرار عدم الدستورية (موضوع التنفيذ) باطل لعيب في الاجراءات، أو لعيب موضوعي وذلك على اساس ان القرار اصبح نهائيا وغير قابل للطعن .

---

[1]-رفعت عيد السيد،الوجيز في الدعوى الدستورية،مرجع سابق،445.

[2]-محمد فؤاد عبد الباسط،ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية،منشأة المعارف،الاسكندرية،2002،ص1096.

بالاضافة الى ان القاضي الدستوري عند نظره في منازعة التنفيذ لا يجوز له المساس بحجية قرار عدم الدستورية، لان منازعة التنفيذ لا تعد نوعا من الطعن او التظلم من القرار المراد تنفيذه. [1]

وعليه نستخلص مما سبق أن منازعات التنفيذ الدستورية أساسها ان يكون التنفيذ قد اعترضته عوائق قانونية حالت دون اتمامه، وبالتالي تنصب اشكالات التنفيذ على طلب ازالة تلك العقبات، أو العوائق بقصد انهاء الآثار القانونية المترتبة عليها، ولا يتأتى ذلك إلا بإسقاطها لضمان اعادة التنفيذ الى الحالة السابقة على نشوء تلك العقبات وتتجسد هذه الأخيرة اما في شكل عمل ايجابي يكون مقيدا أو معطلا لما قضى به قرار عدم الدستورية بغرض الانحراف على مضمونه، أو يكون عملا سلبيا الذي يدعيه الطاعن على السلطتين التشريعية والتنفيذية وبموجبه تعمد كل منهما الى تعطيل تنفيذ قرار عدم الدستورية .

الفرع الثاني:علاقة القاضي الدستوري بالسلطات العامة في نطاق سؤال الأولوية الدستورية.

ونفصل ضمن هذا الفرع كيفية تعامل القاضي الدستوري مع السلطات العامة في مجال سؤال الأولوية الدستورية بالتفصيل المبين أدناه:

أولا-علاقة القاضي الدستوري بالسلطة التشريعية:

اتفقت التشريعات موضوع المقارنة على امكانية سريان قرار عدم الدستورية باثر مؤجل عندما نصت المادة 62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 على ان القرار بعدم الدستورية يسري من تاريخ صدوره او من التاريخ الذي يحدده القرار، وكرست المادتين 134 من التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 و198 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020 نفس التوجه عندما نصتا على اعمال ذلك القرار من التاريخ الذي يحدده المجلس الدستوري والمحكمة الدستوري، وفي حالة الأثر المؤجل يصبح المخاطب بالقرار هو المشرع والحكومة(لاشتراكهما في الاختصاص التشريعي) والتزامه يتمثل كما سبق القول بالتدخل

---

[1]-عصام عبد الوهاب محمد السماوي،مرجع سابق،ص478.

-رفعت عيد السيد،الوجيز في الدعوى الدستورية،مرجع سابق،ص446.

لتصحيح الحكم التشريعي الغير الدستوري بناء على التوجيهات التي قدمها القاضي الدستوري.

ومن جانب علاقة القاضي الدستوري بالمشرع، ففي هذه الحالة تتمثل في سلطة القاضي الدستوري في الزام المشرع في حال توصله الى الغاء الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته باثر مؤجل تقرير تطبيق الحكم التشريعي الجديد الذي سيتبناه بشأن القضايا الرائجة فيصبح المشرع ملزما بالنص على ذلك في التشريع الجديد، كما أنه بإمكانه توقيع جزاء الالغاء وتقرير عدم المطابقة للدستور على التشريع الجديد الذي وضعه المشرع دون التزامه بالتفسير الذي وضعه القاضي الدستوري . [1]

والمثال على ذلك قرار المجلس الدستوري الفرنسي المؤرخ في 2010/05/28 بشأن المعاشات العسكرية الخاصة بالاجانب، فقد قرر عدم دستورية الحكم التشريعي وتضمن مايلي:((**حتى يتمكن المشرع من معالجة هذا الخرق للدستور فإن الغاء الحكم التشريعي المعني يدخل حيز النفاذ في 2011/01/01،وحتى يتم الحفاظ على الطابع المفيد لهذا القرار بالنسبة للقضايا الرائجة حاليا يتعين من جهة على المحاكم ان توقف الفصل حتى 2011/01/01 في القضايا التي يتوقف مأل الفصل فيها على ذلك الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته وعلى المشرع ان يقرر بالنسبة للمستقبل تطبيق الاحكام التشريعية الجديدة على القضايا الجارية بتاريخ هذا القرار**)). [2]

وبموجب هذا القرار تدخل المجلس الدستوري الفرنسي في الجدول الزمني للبرلمان وفي مضمون الحكم التشريعي الذي يتعين بشأنه ان لا يقتصر فقط على تصحيح بعض الجوانب بل يشمل معالجة الوضع الذي أنشأته بعض الأحكام التشريعية القديمة وسن أحكام جديدة تطبق بأثر رجعي لصالح المتضررين جبرا للضرر اللاحق بهم. [3]

[1] -samy benzina,léffectivité des décisions qpc du conseil constitutionnel ,édition LGDJ,lextensio,p147-152.

[2] -Décision n2010-1 qpc du 28/05/2010.http://www.conseilconstitutionnel.fr/décition/2010/20101qpc.htm

[3] –عبد العزيز النويضي،المحكمة الدستورية ومسألة الدفع بعدم دستورية القوانين،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2019،ص203.

وبالنسبة لمدلول القضية الجارية، فإنه ينصرف حسب اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي الى تلك القضية التي لم يصدر بشأنها حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، ويعتمد المجلس عند تقرير أثر الالغاء من تاريخ نشر قراره الى الاشارة الى القضايا الجارية عند وقت القرار أي القضايا التي يحكم فيها بشكل نهائي.

وقد وسع المجلس من مفهوم القضايا الجارية لتشمل الطعون التي تتم امام الإدارة عن طريق تقرير حق الاستفادة من الالغاء للطاعنين بادراج عبارات معينة مثالها الضرائب المجادل فيها، بدلا من القضايا التي يحكم فيها بشكل نهائي. [1]

وبموجب قراره رقم 2016/554 استعمل تعبيرا مغايرا يحقق نفس معنى القضايا الجارية التي تشمل الادارة حيث ورد فيه((**تطبيق الالغاء من تاريخ نشر القرار على الغرامات التي فرضت على أساس الحكم التشريعي الملغى من قانون الضرائب قبل تاريخ نشر القرار،أو التي لم يصدر بشأنها حكم نهائي أو التي لا زال بالامكان تقديم تظلم بشأنها**)) [2]

ثانيا–علاقة القاضي الدستوري بالسلطة القضائية:

في القرار رقم 2016/554 السابق بيانه اعلاه، تتضح منه سلطة القاضي الدستوري في علاقته بالقاضي ، وبموجبه فإن القاضي الدستوري قد ألزم القاضي العادي بوقف الفصل في الخصومات التي يتوقف مآل الفصل فيها على تطبيق الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته وذلك الى غاية 2011/01/01، كما الزمه ضمنيا بتطبيق الأحكام التشريعية الجديدة التي سيتبناها المشرع.

ثالثا–علاقة القاضي الدستوري بالسلطة التنفيذية والهيئات الادارية:

ان الجهات الإدارية ملزمة هي الأخرى بالقرار الصادر عن القاضي الدستوري وذلك بمناسبة ممارستها للسلطة التنظيمية، بحيث يتعين ان تكون الأعمال الإدارية المتعلقة بتطبيق القانون مطابقة للقانون وكذلك للتفسير الذي يمنحه القاضي الدستوري للقانون

[1] - samy benzina lévectivité des décisions qpc du conseil constitutionnel, thèse de l'université panthéon-assas paris2,2017 ,p264-266.
[2] -Décision n2016-554 qpc du 22/07/2016.

ويختص القاضي الإداري بمراقبة احترام العمل الإداري للقانون طبقا للتفسير الذي قرره القاضي الدستوري.

وذهب مجلس الدولة الفرنسي الى اعتبار ان العمل الاداري المخالف للتفسير الذي قرره القاضي الدستوري يتعين اثارته تلقائيا من طرف القاضي الإداري لتعلقه بالنظام العام ويتعين فرض جزاء على ذلك العمل الإداري يتمثل في إلغائه. [1]

[1]–عبد العزيز النويضي،مرجع سابق،ص205–206.

الفصل الثاني: النطاق الموضوعي والزمني لقرار عدم الدستورية وتقنيات ترتيب آثاره:

ان الآثار المترتبة على القرار بعدم الدستورية ذات أهمية بالغة كونها ترتب إنعكاسا على عدة مسائل تتمثل في: حماية مبدأ الشرعية الدستورية، والمحافظة على خصائص القواعد القانونية العامة والمجردة والملزمة التي ثبت دستوريتها، أو حماية المراكز القانونية والأوضاع المستقرة .

وتشمل دراسة النطاقين الموضوعي والزمني المترتب على القرار بعدم الدستورية تحديد القرار الذي يصدره القاضي الدستوري بمناسبة دراسته سؤال الأولوية الدستورية المثار ضد كل من الحكم التشريعي والاغفال التشريعي والقانون الحي، ثم تحديد ما اذا كان هذا القرار كاشفا أو منشئا وهذا ما نفصله على النحو المبين أدناه:

-النطاق الموضوعي والزمني لقرار عدم الدستورية.

-تقنيات ترتيب آثار قرار عدم الدستورية.

المبحث الأول: النطاق الموضوعي والزمني لقرار عدم الدستورية.

يترتب على القرار بعدم دستورية آثار مختلفة، منها ما يتعلق بالناحية الزمنية، ومنها ما يتعلق بالناحية الموضوعية وسنعالج هاته الآثار ضمن عنصرين بالتفصيل المبين أدناه:

-النطاق الموضوعي لقرار عدم الدستورية.

-النطاق الزمني لقرار عدم الدستورية.

المطلب الأول:النطاق الموضوعي لقرار عدم الدستورية(الاثار الموضوعية للقرار بعدم الدستورية):

سنعالج الآثار الموضوعية للقرار بعدم الدستورية من خلال ابراز أنماط القرار الصادر في المسائل التالية:

-القرار الصادر بمناسبة سؤال الأولوية الدستورية.

-تحديد الطبيعة القانونية للاثار الموضوعية لقرار عدم الدستورية.

الفرع الأول:القرار الصادر بمناسبة دراسة سؤال الأولوية الدستورية:

يختلف موضوع سؤال الأولوية الدستورية حسب النطاق التي يشمله، فقد يرد على حكم تشريعي، أو اغفال تشريعي، أو قانون حي، حسب ما سبق توضيحه في هذه الدراسة وهذا ما دفعنا الى البحث عن القرار الذي يصدر حسب هذا النطاق.

أولا:أثر القرار الصادر بشأن سؤال الأولوية الدستورية المثار ضد حكم تشريعي:

اتفقت التشريعات محل المقارنة على أن الاثر المترتب على القرار بعدم الدستورية هو الغاء الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته، و لكنها لم تحدد الطبيعة القانونية لهذا الإلغاء، هل يقصد به الغاء الحكم التشريعي أي تعويضه بحكم آخر أم ايقاف قوته نفاذه؟.

وبالتالي يتعين علينا التميز بين مصطلحين هما: إلغاء القانون وإلغاء قوة نفاذ القانون:

إنَّ إلغاء قوة نفاذ القانون يعني مجرد تقرير عدم دستورية الحكم التشريعي لما شابه من عيب عدم الدستورية فقط [1]، أي أن القرار بعدم الدستورية لا يبطل هذا القانون الذي يبقى قائماً من الناحية النظرية، ولكنه يقتصر على إثبات عدم دستوريته لتمتنع محاكم الموضوع من بعد عن تطبيقه، وليعود الأمر في النهاية إلى السلطة التشريعية نفسها التي تختص وحدها

[1]-محمود أحمد زكي، مرجع سابق، ص519.

بإلغائه، أي أن القرار بعدم الدستورية وقبل حصول الإلغاء التشريعي يكون مسقطاً للقانون من مجال التطبيق ومعطلاً له من الناحية العملية فقط. [1]

وباعتبار أن القرار بعدم الدستورية يعدّ ملزماً لكل السلطات العامة، مما يلزم السلطة التشريعية على وجه التحديد التدخل لإلغاء أو تعديل القانون المقضي بعدم دستوريته وبالنتيجة لذلك فإنَ إلغاء قوة نفاذ القانون ينصرف مدلولها الى عدم جواز تطبيقه على الوقائع والمراكز القانونية التي ينظمها، وهو ما يترتب عنه سقوط ذلك القانون من مجال التطبيق، مما يؤدي ضمناً إلى إلغاء القانون وإعدام آثاره، فالقاضي الدستوري تبعا لذلك لا يملك سلطة إلغاء القانون المخالف للدستور وإنما له مجرد تقرير ما شابه من عيب عدم الدستورية فقط. [2]

أما إلغاء القانون يعني سقوط القانون من النظام القانوني للدولة عن طريق دعوى ترفع أمام القضاء من قبل صاحب الشأن المتضرر من تطبيق هذا القانون طالباً من المحكمة إلغاء ذلك القانون لمخالفته للدستور، ولذا فإنه لا يشترط فيه وجود منازعة معروضة أمام القضاء، ومن ثم فإن هذا القانون يُعد ملغىً بمجرد إعلان الحكم بعدم الدستورية من دون أن يتوقف على تدخل السلطة التشريعية لإلغاءه أو تعديله.

ومنه فإنَّ إلغاء قوة نفاذ القانون، يعني أن القاضي الدستوري لا يحكم بإلغاء القانون المخالف للدستور، وإنما يحكم فقط بعدم دستوريته، ولكن آثار هذا القرار تعني من الناحية العملية إلغاء هذا القانون المخالف للدستور وانعدام كل قيمة له، ذلك أن قرار عدم الدستورية ذا حجية مطلقة إزاء الكافة وملزمة لكل سلطات الدولة، كما ينتج عن نشره عدم جواز تطبيق

---

[1]–محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993،ص.ص162–164.

[2]–عادل عمر شريف، قضاء الدستورية – القضاء الدستوري في مصر، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق، ، جامعة عين شمس، 1988، ص470.

القانون المخالف للدستور، وهذا يترتب عنه إلغاء القانون المخالف للدستور رغم عدم التصريح بذلك. [1]

وعليه يتضح التمييز بين (إلغاء القانون) و (إلغاء قوة نفاذ القانون) من خلال علاقتهما بمبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أن إلغاء قوة نفاذ القانون لا يصطدم بمبدأ الفصل بين السلطات بخلاف إلغاء القانون الذي يمثل اعتداءً واضحاً من المحكمة التي أصدرت الحكم بعدم الدستورية على السلطة التشريعية، ويعززه أن التشريع لا يُلغى إلاّ بتشريع من درجته نفسها إعمالاً للقاعدة الخاصة بتقابل الإجراءات.

وأما من الناحية العملية فإنه لا فارق بين إلغاء القانون أو إلغاء قوة نفاذه، ذلك أن إلغاء قوة نفاذ القانون تعني فقدان القانون لقيمته القانونية وصفته الإلزامية، ومن ثم يغدو من الناحية التطبيقية أو العملية ملغياً أو معدوماً، ذلك أنه على جميع السلطات العامة بما فيها المحاكم الامتناع عن تطبيقه مما يعني أن الأمر واحد في النهاية، وهو ما يفسر استخدام العديد من الفقهاء تعبير (إلغاء القانون) و (إلغاء قوة نفاذ القانون) كمترادفات للدلالة على ما يرتبه حكم عدم الدستورية من أثر، وإن كان الأمر يقتضي تدخل السلطة التشريعية لإلغاء أو تعديل القانون غير الدستوري.[2] .

وقد أشار إلى هذا المعنى الدكتور رمضان محمد بطيخ بقوله: ‹‹إنَّ الحكم الصادر بعدم الدستورية لا يترتب عليه إلغاء القانون موضوع هذا الحكم، إذ يظل هذا القانون – رغم ذلك – قائماً إلى أن تلغيه أو تعدله السلطة المختصة بذلك، ولكن نظراً لامتناع كافة

---

[1]–محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1990، ص158.

[2]–أحمد علي عبود الخفاجي،آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه تخصص فلسفة في القانون العام،كلية القانون،جامعة بابل،2015،ص173.

السلطات في الدولة عن إعمال هذا القانون، فإن بقاءه إنما يكون بقاءً نظرياً مجرداً، إذ يفقد قيمته من الناحية التطبيقية ويصبح في حكم القانون الملغى››. [1]

ومنه يتبين مما سبق إن مدلول الالغاء ينصرف الى اعدام قوة نفاذ الحكم التشريعي، أي فقدان قوته الإلزامية من الناحية التطبيقية اعمالا للحجية المطلقة لذلك القرار، وبالتالي سقوطه من مجال التطبيق دون أن يترتب عليه إلغاء ذلك الحكم[2]، لان الالغاء(تعويض حكم تشريعي بحكم تشريعي جديد) هو من اختصاص الجهة المختصة ويبقى ذلك الحكم التشريعي قائما من الناحية النظرية لحين تدخلها لاتخاذ الاجراء المناسب، وبالتالي فالقاضي الدستوري لا يملك سلطة الغاء الحكم المقضي بعدم دستوريته، بل فقط يوقف قوة نفاذه لان مصدر انشاء الحكم التشريعي هو غير مصدر انشاء الحكم بعدم الدستورية، كما ان الحكم التشريعي لا يعدمه الحكم بعدم الدستورية فمن يملك سلطة اصدار الحكم التشريعي هو من يملك سلطة الالغاء . [3]

ومن الناحية العملية، يتحقق التساوي بين الغاء قوة نفاذ الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته، مع الالغاء على اثر سقطوط ذلك الحكم من مجال التطبيق وفقاً للتحديد الذي حددته الجهة المختصة(السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية) ، بحيث يحظر على أي جهة تطبيقه خلافاً للقرار الصادر بعدم دستوريته. [4]

---

[1]–أحمد علي عبود الخفاجي،المرجع نفسه،ص173.

[2]–عزيزة الشريف،القضاء الدستوري المصري،دار النهضة العربية،القاهرة،1990،ص469.

–بشير علي باز،أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية في ضوء أحكام القرار بقانون 168 لسنة 1998،دار الجامعة الجديدة للنشر،الاسكندرية،2005،ص51.

[3]–سالم روضان الموسوي،عدم دستورية القوانين بين الانحراف التشريعي ومخالفة الدستورية وأثره في الأحكام القضائية التطبيقية،دراسة تطبيقية مقارنة،مكتبة صباح،الكرادة،بغداد،2020،ص263.

[4]–عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية – القضاء الدستوري في مصر – ،أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس– ، 1988،ص470.

وبالتالي فإن إلغاء قوة نفاذ الحكم التشريعي، ينصرف مدلوله من الناحية العملية الى إلغاء ذات الحكم، ذلك ان الحكم المقضي بعدم دستوريته سيفقد كل قيمة عملية تطبيقية مما يبرر أنه يصبح وكأنه غير موجود . [1]

وحسب وجهة نظر الباحث فإنه يؤيد التوجه الفقهي السابق بيانه المؤسس على أن القرار بعدم الدستورية لا يترتب عنه إلغاء الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته بل يقتصر أثره على إلغاء قوة نفاذه، وقد أسسنا رأينا على نفس المبررات التي صاغها هذا التوجه والمتمثلة فيما يلي:

-طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات، وقاعدة توازي الأشكال، لا يختص القاضي الدستوري بإلغاء حكم تشريعي سواء صدر عن السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية، لأن منحه مثل هذه السلطة معناه اقرار حقه في الاعتداء على الاختصاص التشريعي لتلك السلطتين، كما أن القانون لا يلغى إلا بقانون من نفس درجته طبقا لقاعدة توازي الأشكال.

-اتحاد مفهوم إلغاء الحكم التشريعي، أو إلغاء قوة نفاذه من الجانب التطبيقي، بمعنى أن انهاء قوة نفاذ الحكم التشريعي، مؤداها فقدان ذلك الحكم للقيمة القانونية والطابع الإلزامي له، وبالتالي يصبح منعدما من الناحية العملية، ويتحقق ذلك عن طريق التزام ذلك كل السلطات العامة و المحاكم بالامتناع عن تطبيقه، وجرت العادة على استعمال مصطلحي إنهاء "قوة نفاذ النص" و " إلغاء النص" كمترادفات للدلالة على ما يرتبه قرار عدم الدستورية من أثر، وإن كان الامر يقتضي تدخل السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية – بحسب نوع التشريع – لإلغاء أو تعديل الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته إعمالاً للحجية المطلقة للقرار بعدم الدستورية لأن ذلك هو من صميم عملها وفقا لأحكام الدستور. [2]

---

[1]-يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية،القاهرة،2000، ص217.

[2]-محمد عبد البديع السيد،قضاء الدستورية في مصر،مرجع سابق،ص411-412.

-محمد عبد اللطيف،إجراءات القضاء الدستوري،دراسة مقارنة بين مختلف النظم القانونية،دار النهضة العربية،القاهرة،1989،ص248.

ثانيا-أثر القرار الصادر بشأن سؤال الأولوية الدستورية المثار ضد الإغفال التشريعي:

يتم معالجة الاغفال التشريعي من طرف القاضي الدستوري عن طريق اصداره قرارا تفسيريا من نوع القرار التفسيري الإنشائي، ويؤسس هذا القرار على تفسير الحكم التشريعي محل سؤال الأولوية الدستورية بشكل يسمح للقاضي الدستوري إما بتضمينه بعض القواعد الإضافية ذات الطبيعة القضائية، وإما باستبدال بعض ما يتضمنه من قواعد بقاعدة أو قواعد أخرى بهدف اكمال النقص الذي يعتريه، وذلك بغرض تفادي الحكم بعدم دستوريته، ويذهب الفقيه Louis favoreau الى أن التفسير الانشائي يضمن الاضافة الى النص ما ينقصه حتى يصبح مطابقا للدستور وذلك بمناسبة تفسيره. [1]

ولا يتحقق هذا الغرض من خلال الاضافة الى النص فقط، بل يتحقق أيضا من خلال اللعب على محتوى النص بما يفضي الى تحوير معناه عن طريق استبدال القاعدة القانونية التي يحتويها بقواعد أخرى يقدر القاضي الدستوري أنها أكثر ملائمة، حتى ولو ترتب على ذلك استبدال ألفاظ النص بأخرى أكثر دلالة على المعنى الجديد، وهذا يدل على أن القرار التفسيري الإنشائي اما ان يكون ذو طابع مضيف كون يضيف الى الحكم التشريعي محل سؤال الأولوية الدستورية أو قد يكون ذا طابع استبدالي أي يستبدل القاعدة التي يحتويها الحكم التشريعي محل ذلك السؤال بقاعدة أخرى. [2]

وبالنظر الى خطورة هذه القرارات على علاقة القاضي الدستوري بالسلطة التشريعية فإن استناده عليها يستوجب عليه الرجوع الى النصوص والمبادئ الدستورية التي تنظم ممارسة السلطة التشريعية لاختصاصها التشريعي بشأن المسألة موضوع الحكم التشريعي الذي يشكل نطاق سؤال الأولوية الدستورية .

ونتطرق الى تفصيل نوعي القرار التفسيري الإنشائي على النحو التالي:

-القرار التفسيري المضيف.

-القرار التفسيري الاستبدالي.

---

[1]-عيد أحمد الغفول،فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة،ط2،دار النهضة العربية،القاهرة،2003،ص289.

[2]-عيد أحمد غفلول،المرجع نفسه،ص290.

***القرار التفسيري المضيف:**

يتضمن القرار التفسيري المضيف تدخل مباشر من القاضي الدستوري لسد النقص الذي يعتري الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية عن طريق تضمينه قاعدة أو عدة قواعد قضائية إضافية بغرض ملائمته على معالجة موضوعه بصفة كاملة وذلك تفاديا للحكم بعدم دستوريته، وبالتالي لا يقتصر دور القاضي الدستوري على مجرد استنتاج النقص الذي يعتري الحكم التشريعي، بل يتعداه الى اكمال هذا النقص من خلال استعماله سلطته في التفسير. [1]

وللقرار التفسيري الإنشائي نوعين هما:القرار المضيف الخالص، والقرار ذا القيمة المضيفة ونتطرق لهما بالتفصيل المبين أدناه:

النوع الأول:القرار المضيف الخالص:

يهدف هذا القرار إلى إعادة تشكيل دلالة الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية دون المساس ببنائه الخارجي أي بألفاظه، ومنه فإن القاضي الدستوري يتولى من خلال هذا القرار اللعب على المعنى الذي ينطوي عليه الحكم التشريعي دون المساس بالوعاء الذي يحمل هذا المعنى والمتمثل في الالفاظ المستعملة لصياغة الحكم التشريعي.

وتأسيسا على ما تقدم فإن لجوء القاضي الدستوري الى اعتماد هذا القرار متى تبين له ان الحكم التشريعي الخاضع لرقابته يتضمن دلالات وقواعد أقل بكثير مما ينبغي أن يحمله طبقا للنص أو المبدأ الدستوري الذي صدر على أساسه، وأن اعتماده على هذا القرار أيضا يكون من أجل ادانة اغفال المشرع تضمين النص قاعدة معينة كان يجب أن يتضمنها ويتولى القاضي الدستوري اضافة هذه القواعد حتى تكتمل دلالة النص على المعنى المطلوب طبقا للدستورر، وعليه وبتقريب التصور لطريقة عمل القاضي الدستوري بشأن هذا القرار فإننا نتصورها وكأن القاضي الدستوري يخضع للرقابة ليس بسبب ما لا يتضمنه من قواعد

[1]–عيد أحمد غفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة،مرجع سابق،ص290.

ولكن بسبب ما يتضمنه من قواعد ولا يكتفي القاضي الدستوري بادانة الاغفال الواقع من المشرع عن تنظيم مسألة معينة بل يتعداه الى قيامه باستكمال هذا النقص التشريعي. [1]

وهناك ضوابط هامة يستند اليها القاضي الدستوري لاستعمال أسلوب القرار المضيف الخالص يرجع الفضل في استخلاصها للفقيه سيلفستري G.silvestri ونوردها كما يلي:

-الاعتراف بالحكم التشريعي الخاضع للرقابة والتأكيد على عدم كفايته لتسوية المسألة التي صدر من أجل تنظيمها مع العمل على تجنب الغائه.

-تحديد ما يجب وما لا يجب أن يتضمنه النص حتى يمكن القول بتطابقه مع الدستور.

-إضافة ما يلزم من قواعد إلى محتوى النص حتى يصبح مطابقا للدستور. [2]

النوع الثاني:القرار التفسيري ذا القيمة المضيفة:

وهو القرار الصادر برفض الطعن ودستورية النص الخاضع للرقابة، ويكون الغرض من استعمال هذا القرار اما بهدف التضيق من نطاق الحكم الذي يحمله النص موضوع سؤال الأولوية الدستورية لجعله أكثر اتساقا مع الدستور وذلك من خلال اعتماده منهج التفسير المقيد أو الضيق، وإما بهدف التوسيع من نطاق الحكم الذي يتضمنه النص وذلك من خلال اعتماده منهج التفسير الانشائي المضيف، وفي كلا الحالتين يصدر قرار بدستورية النص موضوع سؤال الأولوية الدستورية، إلا أن وجه الاختلاف في هاتين الحالتين يتعلق بنمط استخلاص دستورية النص، ففي حالة القرار التفسيري ذي القيمة المضيفة الصادر في اطار المنهج التفسيري المقيد يكون القضاء بدستورية النص عن طريق التضيق من نطاق القاعدة التي يتضمنها، أما في حالة صدور القرار في اطار التفسير الإنشائي المضيف فيكون القضاء بدستورية النص عن طريق التوسيع من نطاق القواعد التي يحتويها. [3]

---

[1]-عيد أحمد غفلول،المرجع نفسه،ص293.

[2]-عيد أحمد غفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة ،مرجع سابق،ص.ص295-296.

[3]-عيد أحمد غفلول،المرجع نفسه،ص.298.

وباسقاط هذه المسألة على التجربة الفرنسية التي اعتمدنا عليها في اطار حداثة التجربة الجزائرية والمغربية، نجد أن المجلس الدستوري الفرنسي اعتمد على القرار التفسيري المضيف بغرض اكمال النقص الذي يعتري بعض النصوص الخاضعة لرقابته وهناك ضابطين ينظمان اختصاصه في هذه الحالة وهما:

-**الضابط الأول:** يستند لجوئه الى هذا القرار في اطار منهج التفسير المحايد الذي يتمثل في قيام القاضي الدستوري بإفراغ النص أو جزء من النص محل سؤال الأولوية الدستورية من مضمونه القاعدي بحيث ينعدم أثره القانوني، أو تحديد التفسيرات التي يحتملها النص ثم استبعاد التفسير الذي من شأن الاحتفاظ به أن يؤدي الى تعارض النص مع الدستور.

-**الضابط الثاني:**فيتمثل فيما أقره المجلس الدستوري لنفسه من حدود في رقابته على دستورية القوانين من شأنها ألا تهدر مبدأ الفصل بين السلطات أو تجره إلى صدام مع المشرع. [1]

وقد قضى المجلس الدستوري بأنه لا يملك أثناء مراقبته لدستورية القوانين "سلطة عامة في التقدير والتقرير تمثل سلطة البرلمان" وأنه يجب "استبعاد أي جدل قضائي حول ملائمات التشريع" و"أن تقدير المصلحة العامة هو من الأمور التي تخص المشرع وحده" [2]

وتبعا لذلك يلجأ المجلس الدستوري الفرنسي إلى إصدار القرار التفسيري المضيف اللازم لسد النقص التشريعي الناتج عن حالات الاغفال التشريعي، بحيث تكون قراراته كافية في ذاتها لسد هذا النقص دون الحاجة لتدخل السلطة التشريعية .

***القرار التفسيري الاستبدالي:**

ويمثل القرار التفسيري الاستبدالي النوع الثاني للقرار التفسيري الانشائي ويعتمده القاضي الدستوري بغرض إكمال النقص الذي يعتري الحكم التشريعي سؤال الأولوية الدستورية بغرض تفادي الحكم بعدم دستوريته، ويتضمن القرار التفسيري الاستبدالي استبدال المعنى الذي يحمله النص بمعنى آخر من طرف القاضي الدستوري حتى ولو اقتضى الأمر

[1] -Xavier philippe,le contrôle de l'opportuaité dans la jurisprudence constitutionnlle et administrative,these,Aix marsaille ,1989,p145.
-Laurent Habib,la notion déerreur manifeste dans la jursprudence du conseil constitutionnel,R.D.P,1986,p695.
[2] -Décision du conseil constitutionnel n 74-54 du 15/01/1975,p19.
-Décision du conseil constitutionnel n84-179 du12/09/1984,p73.
-Décision du conseil constitutionnel n83-162 du 19-20/01/1984,p49.

استبدال ألفاظ النص وعباراته بألفاظ وعبارات أخرى تكون أكثر تعبيرا عن المعنى الجديد وبالتالي فإن هذا النوع من القرار يجسد أقصى درجات استعمال القاضي الدستوري لسلطته في التفسير وهو بصدد القيام بمهمته في الرقابة على دستورية القوانين. [1]

وما يميز القرار التفسيري الاستبدالي عن القرار التفسيري المضيف، ان هذا الأخير يهدف الى سد النقص الذي اعترى النص محل سؤال الأولوية الدستورية من خلال تضمينه قاعدة ذات طبيعة قضائية أي أن مناط تدخل القاضي الدستوري في هذه الحالة هو قاعدة سلبية كان يجب ان يتضمنها النص وكأنه صدر بدونها، في حين ان القرار التفسيري الاستبدالي لايهدف الى سد النقص التشريعي بل ينصب دور القاضي الدستوري بشأنه على قاعدة ايجابية يتضمنها النص بالفعل فيتولى اقصائها مستبدلا اياها بقاعدة أخرى من طرفه، وفي هذا القرار يعتمد القاضي الدستوري على اقصاء القاعدة التي يتضمنها النص واستبدالها بقاعدة اخرى بغرض سد النقص التشريعي الذي اصاب النص بسبب اغفال المشرع تنظيم موضوع معين بشكل يتفق مع نصوص الستور على الرغم من أن ذلك النقص قد نتج مباشرة عن تفسيره من طرف القاضي الدستوري.

وبناء على ما سبق يمكن استخلاص التفرقة بين القرارين المذكورين أعلاه من خلال القول بأن القرار الاستبدالي يتضمن خاصيتين هما:

-**الخاصية الأولى**:وتسمى الخاصية الاستئصالية:ومفادها قيام القاضي الدستوري باستبعاد قاعدة أو جزء من قاعدة يتضمنها النص بما يترتب عنه إنشاء حالة من الفراغ التشريعي.

-**الخاصية الثانية**:وتسمى الخاصية الإنشائية:ومفادها قيام القاضي باستكمال النقص التشريعي المترتب عن عملية الاستئصال التي أجراها ويمكن استخلاصها من صياغة القرار الاستبدالي ذاته.

وفي المقابل فإن القرار المضيف فإنه يتضمن الخاصية الإنشائية دون الخاصية الاستئصالية لانه يؤسس على سد النقص التشريعي الذي اعترى النص، وهذا النقص كان موجودا مسبقا

---

[1]-عيد أحمد غفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة ،مرجع سابق،ص216.

-أحمد فتحي سرور،الحماية الدستورية للحقوق والحريات،ط1،دار الشروق،القاهرة،ص253.

وبالتالي فهو سابق على تدخل القاضي الدستوري وناتج عن عدم احتياط المشرع أو عدم اكتراثه. [1]

أما عن طريقة تطبيق القاضي الدستوري لتقنية القرار التفسيري الاستبدالي فتتحقق عن طريق اصدار قرار بدستورية النص موضوع سؤال الأولوية الدستورية وذلك عن طريق تضمينه إشارات تفسيرية استبدالية تتوقف دستوريته على مراعاتها أثناء تنفيذه.

وبالنسبة للمجلس الدستوري الفرنسي فإنه يعتمد على إصدار قرارا بالتفسير المطابق للدستور لتفادي الاصطدام مع سلطة التشريع، وأصبح يصدر ما يسمى بالقرار الصادر بالدستورية بشرط مراعاة التفسير الاستبدالي، وهاته التقنية يضمنها المجلس الدستوري خطابا تفسيريا استبداليا يحقق الغرض من الرقابة على الاغفال التشريعي دون اللجوء الى الغاء النص أو جزء منه، وحتى يتحقق هذا الغرض فإنه يعتمد على افراغ النص الذي حكم بدستوريته من مضمونه أو بعضه وإعادة تضمينه مضمون آخر أكثر اتفاقا مع الدستور.

ويتمثل الأساس القانوني في انتهاج المجلس الدستوري لهذه التقنية على مقومات تتمثل في علاقته بالمشرع وفي طبيعة الرقابة على دستورية القوانين، فبالنسبة لعلاقته بالمشرع اعتمد المجلس الدستوري على منهج قضائي مفاده البعد عن مقاضاة نية المشرع، أو الظهور بمظهر الرقيب الدائم للمشرع، وأما بشأن طبيعة الرقابة الدستورية فيرى أن تلك الرقابة تربط بين الحكم بعدم دستورية النص وعدم امكانية خروجه الى حيز التطبيق لان النصوص التي قررت عدم دستوريتها لا يمكن اصدارها وبالتالي لا يمكن تطبيقها. [2]

وعليه فإن قرار عدم الدستورية لا يجيز للمجلس مراقبة القواعد التي يتضمنها النص دون أن يترتب عنه المساس بالحكم الذي يتضمنه، وبمعنى آخر أن تقرير عدم الدستورية يترتب عنه اختفاء النص برمته ولاستبعاد ذلك أوجد المجلس الدستوري الفرنسي قرار الدستورية اي رفض الالغاء عن طريق تضمين ذلك القرار شرطا تفسيريا يكون من شأنه استبدال القاعدة الأصلية

---

[1]–عيد أحمد غفلول،فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة،مرجع سابق،ص.ص319–320.

[2]–عيد أحمد غفلول،فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة،مرجع سابق،ص333.

بقاعدة أخرى ويعلق سلامة النص المحكوم بدستوريته على التزام السلطات المعنية بتطبيق ذلك الشرط.

ثالثا-أثر سؤال الأولوية الدستورية المثار ضد قانون حي:

قد ينتهي دراسة سؤال الأولوية الدستورية المثار ضد تفسير قضائي مستقر إلى اصدار القاضي الدستوري قرار بعدم مطابقة الحكم التشريعي للدستور على النحو الذي فسره القضاء المستقر لمحكمة النقض أو مجلس الدولة، ولكن ما يحبذه القاضي الدستوري الفرنسي هو اصدار قرار المطابقة مع التحفظ في التفسير بغرض تجنب الغاء الحكم التشريعي، وفي هذا الجانب نعالج الأثر المترتب على مخالفة التفسير القضائي المستقر لأحكام الدستور وهي مسألة ذات أهمية لان القاضي الدستوري يكون بصدد حكم تشريعي، وتفسير قضائي مستقر له، ففي حالة توصله الى عدم مطابقة التفسير القضائي المستقر فإن الجزاء الذي يطبقه في هذه الحالة هو عدم دستورية الحكم التشريعي وبالتبعية التفسير القضائي المستقر له، أي أنه لا يقرر مباشرة عدم دستورية التفسير القضائي المستقر بل عدم الدستورية يكتسبها هذا التفسير بطريقة تبعية لعدم دستور الحكم التشريعي الذي فسره.

ونستدل بقرار للمجلس الدستوري الفرنسي المؤرخ في 2016/12/02 ومفاده:[1]

((إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد بعض نصوص قانون العمل حسب التفسير الذي منحته لها محكمة النقض وأن المادة L.4614-13 من ذلك القانون تنص على أنه في الحالة التي تقرر فيها لجنة الصحة والسلامة وأوضاع العمل إجراء خبرة يلتزم صاحب العمل بتحمل تكاليف الخبرة،ويجوز لصاحب العمل رفع دعوى أمام القاضي المدني ضد قرار اللجنة للمنازعة في ضرورة الخبرة،وتعين خبير والتكاليف ونطاق الخبرة ومدتها الا انها لم تنص على الأثر الموقف للدعوى، وبالتالي يباشر الخبير مهامه بمجرد قرار اللجنة بالاستعانة به كما يجوز له متابعة عمله على الرغم من رفع الدعوى واستمرار اجراءاتها ولم تحدد المادة أجل معين يلتزم القاضي بالفصل فيه ولم تحدد أيضا من يتحمل تكاليف الخبرة في حالة قيام صاحب العمل بالمنازعة في قرار اللجنة والحصول على حكم بإلغائه.

[1] - Cass,soc,15/05/2013,n11-24218.

وقد فسرت محكمة النقض المادة أعلاه على نحو لا يندرج في مصلحة صاحب العمل،على أس أساس تقريرها تحمل صاحب العمل تكاليف الخبرة حتى في حالة صدور حكم قضائي بإلغاء قرار اللجنة المتعلق بالاستعانة بالخبرة، وبتاريخ 2013/05/15 نقضت حكم محكمة الاستئناف القاضي برفض دعوى خبير للمطالبة بدفع أتعابه بعد الغاء قرار اللجنة وسببت الرفض على أن صاحب العمل هو الملزم بدفع تلك التكاليف حتى في هذا الفرض ولان الخبير لا يملك أية امكانية لتحصيل أتعابه من اللجنة التي عينته بسبب عدم امتلاكها ميزانية لتحمل تلك التكاليف.

واعتبر الطاعن أن المادة أعلاه على النحو الذي فسرته محكمة النقض يخالف الحق في الطعن القضائي الفعال وحرية النشاط لصاحب العمل لانه مهما كانت نتيجة الطعن فسوف يتحمل صاحب العمل تكاليف الخبرة.

وقد توصل المجلس الدستوري إلى تقرير عدم دستورية الحكم التشريعي الذي كان أساسا للتفسير القضائي لمحكمة النقض،وسبب ذلك على أن الجمع بين عدم النص على الأثر الموقف لدعوى صاحب العمل وعدم تحديد مدة للفصل في هذه الدعوى يؤدي في هذه الظروف الى حرمان صاحب العمل من أي حماية لحق الملكية على الرغم من ممارسة حق الطعن،ومنه تخالف الاجراءات المطبقة مبدأ حماية حق الملكية من دون حاجة لبحث العيوب الدستورية الأخرى،وعلل انتهاجه عدم الدستورية لذلك الحكم التشريعي على اساس انه يستحيل تفسيره تفسيرا آخر غير الذي استقرت عليه محكمة النقض،بالاضافة الى استحالة تقرير التفسير المطابق مع التحفظ في التفسير بسبب ان اللجنة لا تملك ميزانية خاصة بها وقابلية قرارها للطعن فيه من صاحب العمل وبالتالي فأي تفسيؤ آخر يترتب عنه أيضا أن يؤدي الى مخالفة الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور،سواء كانت حقوق صاحب العمل أو حقوق الخبير. (1)

الفرع الثاني:تحديد الطبيعة القانونية للاثار الموضوعية لقرار عدم الدستورية:

---

[1]- Cass,soc,15/05/2013,n11-24218.

-محمد محمد عبد اللطيف،القانون الحي ورقابة الدستورية،دار الفكر والقانون،المنصورة،2019،ص.ص182-183.

يقصد بالطبيعة القانونية للاثار الموضوعية لقرار عدم الدستورية تحديد ان كانت ذا اثر كاشف للمخالفة الدستورية، أو منشأ لها، وعليه سنعالج كلا الأثرين على النحو المبين أدناه:

❖ **الأثر الكاشف للقرار بعدم الدستورية :**

يقصد بالأثر الكاشف امتداد القرار بعدم الدستورية الى تاريخ سابق على صدوره[1] ذلك أن الأثر الكاشف يقرر حقا قائما مسبقا دون ان ينشئ وضعا جديدا لان القاضي الدستوري يتحقق أثناء المنازعة من دستورية أو عدم دستورية الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية. [2]

وحتى نتمكن من تحديد درجة انطباق الأثر الكاشف على القرار بعدم الدستورية نتطرق الى القاعدة العامة في مجال الأحكام القضائية بصفة عامة، وذلك لمحاولة اسقاط مضمونها على القرار بعدم الدستورية، ومفاد تلك القاعدة أن الحكم القضائي بصفة عامة له أثر كاشف بمعنى أنه لا يترتب عنه إنشاء الحق بل فقط يقرر واقعة سبق وجوده وباسقاط ذلك على مجال القرار بعدم الدستورية، يتبين لنا أن أثر هذا القرار المتعلق بالغاء الحكم التشريعي غير المطابق للدستور لا يعني إنشاء حالة الالغاء، بل فقط يكشف عن واقعة عدم الدستورية التي صاحبت الحكم التشريعي منذ اصداره أو تاريخ العمل به، وبالتالي فإن الحكم التشريعي المخالف للدستور نشأ باطلا منذ وجوده والقرار بعدم دستورية هذا الحكم كشف فقط عن حالة تعارضه مع الدستور، أو بمعنى أدق الكشف عن العيب الدستوري الذي صاحبه منذ وضعه ومن ثم سقوط الأساس الذي بني عليه. [3]

---

[1]–هشام محمد البدري،حدود الرقابة الدستورية دراسة مقارنة حول هامش رقابة الدستورية في مصر في ضوء التعديلات الدستورية المصرية 2007 والفرنسية 2008،دار الفكر والقانون،القاهرة،2013،ص28.

[2]–محمود أحمد زكي،الحكم الصادر في الدعوى الدستورية،دار الكتب القانونية،القاهرة،2005،ص26.

[3]–عبد العزيز محمد سالمان ، نظم الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة،مرجع سابق ، ص95 .

–رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية،مرجع سابق،ص426.

وتماشيا مع مدلول الأثر الكاشف يقتضي أن يكون القرار بعدم الدستورية ذا أثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور الحكم التشريعي الغير مطابق للدستور وليس تاريخ صدور القرار وبالتالي لا يجوز قصر تطبيق هذا الأثر على الأوضاع والمراكز القانونية المستقبلية فقط وإنما ايضاً بالنسبة للعلاقات والأوضاع السابقة على صدوره، بما مفاده بطلان هذه العلاقات والأوضاع التي نشأت في الماضي استناداً إلى هذا الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته. [1]

ومنه فالأساس الذي بني عليه الأثر الكاشف للقرار بعدم الدستوري يتمثل في أن عيب مخالفة النصوص القانونية للشرعية الدستورية ينشأ مع النص ذاته، ولتحقيق مصلحة مثير سؤال الأولوية الدستورية يتعين إعمال هذا الأثر، فالدعوى الموضوعية التي أثير بمناسبتها ذلك السؤال يتعلق موضوعها بخصومة نشأت غالبا بشأن علاقات وأوضاع سابقة على القرار بعدم الدستورية، وبالتالي فإن استبعاد الأثر الرجعي معناه الزام قاضي الموضوع الذي أرجأ تطبيق الحكم التشريعي بعد أن تبين له وجود الشك في عدم دستوريته بتطبيق ذلك الحكم بعد تقرير عدم دستوريته، وهذا ما لا يتماشى مع المنطق القانوني السليم ويتنافى مع الغاية المقررة من وراء اثارة سؤال الأولوية الدستورية، وكذا لا يحقق مصلحة من أثاره، وهذا يؤكد أن الطبيعة القانونية للقرار بعدم الدستورية باعتباره كاشفا للحقوق و لا يستحدث حقا جديدا أو مراكز قانونية لم تكن موجودة من قبل بل انه يكشف عن حكم الدستور وهو مقرر سلفاً منذ ان تم العمل به . [2]

كما أن مبدأ الأثر الكاشف للقرار بعدم الدستورية مؤسس أيضا على تحقيق مبدأ المساواة امام القانون، هاته المساواة مفادها في مجال القضاء الدستوري عدم جواز التفرقة بين المراكز قانونية السابقة واللاحقة على القرار بعدم الدستورية، كما أن الأثر الكاشف

---

[1]–محمد صلاح عبد البديع السيد،الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، ط1، دار النهضة العربية،القاهرة، 2000،ص.ص9–10.

[2]–رفعت عيد سيد،الوجيز في الدعوى الدستورية،مرجع سابق،ص426 .

–عبد العزيز محمد سالمان،نظم الرقابة على دستورية القوانين،مرجع سابق،ص97.

يضمن أيضا فعالية الرقابة على دستورية القوانين، وتأكيد سيادة القانون من خلال ضمان عدم المساس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور وذلك عن طريق ازالة كل انتقاص شابها سابقا، ومع ذلك فإنه إذا كان الأثر الكاشف في حد ذاته يعكس قيمة دستورية معينة إلا أن إقرار هاته القيمة لا يجوز أن يكون على حساب قيم دستورية أخرى وفقاً لنظام حماية الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة .[1]

وهذا الأثر أخذ به المؤسس الدستوري الفرنسي عندما نصت المادة 2/62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 على أن" الحكم التشريعي المصرح بعدم دستوريته يعد لاغيا ....من تاريخ لاحق يحدد بموجب ذلك القرار،ويحدد المجلس الدستوري الشروط والحدود التي يجوز فيها إعادة النظر في الآثار المترتبة عن ذلك الحكم".

ويستقرأ من هذه المادة أنها توحي الى جواز تطبيق القرار بعدم الدستورية بأثر رجعي.

❖ **الأثر المنشئ للقرار بعدم الدستورية:**

يقصد بالأثر المنشئ أن القرار بعدم الدستورية يسري من تاريخ صدوره أو نشره في الجريدة الرسمية حسب الحالة، ويترتب على ذلك أن كل الآثار التي رتبها الحكم التشريعي قبل تقرير عدم دستوريته تبقى صحيحة وقائمة، وسبب ذلك يتمثل في اقتصار أثر ذلك القرار على المراكز القانونية والحقوق اللاحقة على صدوره أي أن أثره محجوز بالنسبة للمستقبل . [2]
وهذا الأثر هو الذي أخذ به التشريع الفرنسي عندما نصت المادة 2/62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 على أن" الحكم التشريعي المصرح بعدم دستوريته يعد لاغيا من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري" ووفقاً لهذا النص فإن القاعدة العامة هي سريان القرار بعدم الدستورية بأثر فوري، فالحكم التشريعي وان كان غير دستوري الا أنه يظل سارياً

---

[1]–أحمد فتحي سرور ،مرجع سابق،ص332.

[2]–احمد فتحي سرور ،مرجع سابق،ص336.

–محمود أحمد زكي،مرجع سابق،ص27.

حتى تاريخ نشر ذلك القرار، أما المادتين 134 من التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 و198 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020 فجعلت سريانه من التاريخ الذي يحدده ذلك القرار، أي أنهما طبقتا ما سار عليه المؤسس الدستوري الفرنسي بتقريره الأثر الفوري الا انهما جعلتاه بأثر مؤجل اي الاثر الفوري المؤجل الى تاريخ يحدده القاضي الدستوري.

ومن مزايا الأثر المنشئ للقرار بعدم الدستورية المحافظة على فكرة الأمن القانوني أي يحقق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة مما يساعد على إشاعته الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة .

إلا أن من مساوئه إنشاء وضع تناقضي قائم على أساس التفرقة بين المراكز قانونية السابقة على صدوره وتلك اللاحقة على صدوره، فهو يسري فقط على المراكز اللاحقة دون أن يمتد إلى المراكز السابقة، بالاضافة الى ان الأثر المنشأ من شأنه أن يضعف فعالية مباشرة آلية سؤال الأولوية الدستورية فهذه الآلية تهدف إلى حماية الدستور من مخالفة القانون له وهذا الهدف يقلل من إمكانية إصدار قوانين غير دستورية وحتى تثبت الطبيعة المنشئة للقرار بعدم الدستورية فان ذلك يقتضي بقاء تطبيقات القوانين غير الدستورية سارية في الماضي بل ومحصنة من المساس بها وفي ذلك إهدار واضح لمبدأ الشرعية الدستورية. [1]

لذا حاول المؤسس الدستوري الفرنسي الحد من السلبيات الناتجة عن تنفيذ القرار بعدم الدستورية بأثر فوري وذلك من خلال ما يلي:

نصه بمقتضى المادة 62 من التعديل الدستوري لعام 2008 على أنه يجوز للمجلس الدستوري أن يحدد تاريخاً لاحقا لنفاذ قراره الفوري بأن يضمن قراره وفي حدود سلطته التقديرية – بالأثر المستقبلي(الاثر الفوري المؤجل)، وفي هذه الحالة فإن الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته لا ينتج أثره وتزول قوته القانونية بأثر مستقبلي، أي منذ التاريخ

[1]–رفعت عيد سيد،الوجيز في الدعوى الدستورية،مرجع سابق،ص. ص425– 426.

الذي حدده المجلس الدستوري وهذا بغرض منح السلطة التشريعية او الحكومة اجلا للتدخل وتصحيح الوضع القانوني. [1]

المطلب الثاني: النطاق الزمني لنفاذ القرار بعدم الدستورية(الآثار الزمنية لقرار عدم الدستورية).

يقصد بالنطاق الزمني لنفاذ قرار عدم الدستورية، بيان التاريخ الذي تسري فيه آثار هذا القرار،ويحكم هذه الآثار نمطين هما الرجعية والفورية [2] ومسألة السريان الزمني، لا تسري الا بالنسبة للقرار بعدم الدستورية بإعتباره قرارا كاشفا للعيب الدستوري .

واختلاف هذا الأثر المترتب عن القرار بعدم الدستورية ناتج عن محاولة الموازنة بين مبدأ الأمن القانوني والحفاظ على مبدأ المشروعية، فمبدأ الأمن القانوني يقتضي عدم زعزعة المراكز القانونية التي ترتبت عن العمل بالحكم التشريعي الغير دستوري وقت نفاذه، بينما يقتضي مبدأ المشروعية اعدام أثر الحكم التشريعي المخالف للدستور منذ تاريخ صدوره وعدم الاعتداد بالآثار التي ترتبت عنه. [3]

لذا سأعرض هذين الأثرين بالتفصيل المبين ادناه، مع تحديد موقف التشريعات موضوع المقارنة بشأنهما وكيفية معالجتها لأثر القرار بعدم الدستورية.

ان المادة 2/62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 نصت على أن" الحكم التشريعي المصرح بعدم دستوريته يعد لاغيا من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري أو من تاريخ لاحق يحدد بموجب ذلك القرار، ويحدد المجلس الدستوري الشروط والحدود التي يجوز فيها إعادة النظر في الآثار المترتبة عن ذلك الحكم...".

---

[1]–احمد فتحي سرور،مرجع سابق،ص337.

[2]–أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي،اشكاليات الرقابة على دستورية القوانين في ظل تعاقب الدساتير،ط1،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2018،ص897.

[3]–سالم روضان الموسوي،حجية أحكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق وأثرها الملزم دراسة تطبيقية مقارنة،مرجع سابق،ص324.

وأما المادتين 134 من التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 و198 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020 فقد نصتا على سريان القرار بعدم الدستورية من التاريخ الذي يحدده ذلك القرار دون الاشارة الى امكانية اعمال الاثر الرجعي.

وعليه وباستقراء هذه المواد حاولنا تحديد النطاق الزمني للقرار بعدم الدستورية والذي يقتضي بدوره تحديد ان كان تطبيقه يسري بأثر رجعي على العلاقات والأوضاع السابقة على صدوره، أي يمتد أثره إلى الماضي على العلاقات والأوضاع التي تمت وفقاً للحكم التشريعي الذي قضي بعدم دستوريته، وبالتالي تعد هذه العلاقات والأوضاع باطلة لتأسيسها على حكم تشريعي ثبت عدم دستوريته ، أم أن سريانه يكون بأثر فوري يقتصر نطاقه على العلاقات والأوضاع التي تنشأ من تاريخ صدور ذلك القرار، ومنه تبقى العلاقات والأوضاع التي تمت في الماضي وفقاً لذلك الحكم المقضي بعدم دستوريته صحيحة. [1]

يتبين باستقراء المادة 62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 ابداء الملاحظات التالية:

*لقد حددت المادة 62 كأصل عام تاريخ سريان قرار عدم الدستورية وجعلته يسري من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، واستثناء عن ذلك من التاريخ اللاحق الذي يحدده المجلس الدستوري.

*الأصل العام هو تقرير الأثر الفوري لقرار عدم الدستورية وذلك حماية لمبدأ الأمن القانوني مع جواز العمل بالأثر الفوري المؤجل بغرض اتاحة الفرصة للمشرع للتدخل لتصحيح الوضع التشريعي الذي يترتب عن الغاء الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته .

---

[1]–محمد عبد الواحد الجميلي،اثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا،دار النهضة العربية،القاهرة،2002،ص53.

–عبد العزيز محمد سالمان،رقابة دستورية القوانين،ط1، دار الفكر العربي،القاهرة ،1995،ص283.

*اجازة تقرير الأثر الرجعي لقرار عدم الدستورية عندما نصت الفقرة الثانية من المادة 62 على أن المجلس الدستوري يحدد الشروط والضوابط التي يجوز فيها إعادة النظر في الآثار المترتبة عن ذلك الحكم، بمعنى أن للمجلس الدستوري السلطة التقديرية بناء على الظروف المحيطة بكل قضية في تقرير الأثر الرجعي لقراره وان ينظم الآثار المترتبة على الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته قبل النشر أو التاريخ الذي يحدده المجلس بغرض تدارك ما يرتبه الأثر الرجعي المطلق من اخلال بالمراكز القانونية المكتسبة . [1]

أما بالنسبة للمادتين 134 و198 فلم تبين الأثار المترتبة على قرار عدم الدستورية وتركت المجال للسلطة التقديرية للمحكمة الدستورية لتقريرها .

ومنه وبغية الوصول الى تحديد النطاق الزمني لتطبيق القرار بعدم الدستورية تعين البحث في مدى انطباق مدلولي الأثر الكاشف والأثر المنشئ على طبيعة القرار بعدم الدستورية فمدلول الأثر الكشف معناه التقرير أو الكشف عن وجود واقعة سابقة على صدوره تتمثل في مخالفة الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته منذ صدوره لأحكام الدستور، اما مدلول الأثر المنشئ فمعناه أن القرار بعدم الدستورية ينشئ واقعة عدم الدستورية فإذا طبقنا الأثر الكاشف على قرار عدم الدستورية ترتب عن ذلك سريانه بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ صدور الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته، أما اذا طبقنا عليه الأثر المنشئ ترتب عليه أن يكون له أثر مباشر أي يطبق بأثر فوري من تاريخ صدور القرار على العلاقات والأوضاع المستقبلية. [2]

---

[1]–عبد العزيز محمد سالمان،نظم الرقابة على دستورية القوايين دراسة مقارنة،ط2دار سعد سمك،القاهرة2014،ص.ص78–79.

[2]–محمد صلاح عبد البديع السيد ، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر دراسة مقارنة،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2000، ص9.

–صبري محمد السنوسي محمد،اثار الحكم بعدم الدستورية دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،2000،ص. ص92–93 .

والحقيقة ان تقرير قاعدة الأثر الرجعي للقرار بعدم الدستورية هو الحل الذي يتفق مع طبيعة الأحكام القضائية وكونها كاشفة وليست منشئة ، إلا أنه لا يمكن مع ذلك التسليم بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية على إطلاقه ، لأن من شأن ذلك التأثير بطبيعة الحال على الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي استقرت في نطاق الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته.

وعليه سندرس النطاق الزمني للقرار بعدم الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة ببيان الاثر الزمني المترتب عنه .

الفرع الأول:السريان الفوري للقرار بعدم الدستورية:

طبقا للمادة 62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 فقد نصت على السريان الفوري للقرار بعدم الدستورية، ولكن الفورية قد تكون من تاريخ نشر القرار على النحو الذي كرسته المادة 62 من التعديل الدستوري الفرنسي وقد تكون الفورية بتاريخ لاحق يحدده القاضي الدستوري وهو ما نصت عليه نفس المادة، بمعنى ان المؤسس الدستوري الفرنسي جعل القرار بعدم الدستورية كأصل عام يسري بأثر فوري أما ان يكون من تاريخ نشره أو بتاريخ مؤجل، والغرض من التأجيل هو تفادي الآثار السلبية للسريان الفوري ومنح المشرع مدة معينة للتدخل ووضع حكم تشريعي جديد يحل محل الحكم الملغى، كما أن الاجتهادات القضائية للمجلس الدستوري الفرنسي في مسألة اللجوء إلى الإلغاء المؤجل تكشف عن ما يلي:

–مفهوم جماعي إلى حد ما لمبدأ الأمن القانوني:وذلك من حيث أنه يهدف إلى الحفاظ على مجال عمل البرلمان وتجنب الفراغ القانوني، وتلاحظ أولغا مامودي (Olga mamoudy) أن حماية المصلحة العامة لها أهمية قصوى في الاجتهادات القضائية للمجلس الدستوري الفرنسي عندما يقرر سن إلغاء مختلف، غير أن المجلس الدستوري قد يرغب في بعض الحالات النادرة في حماية مصالح خاصة معينة، وسيجري تأكيد هذا التفضيل للقبول

الجماعي للأمن القانوني فيما يتعلق بالتعديل للماضي ويترك المجلس الدستوري طوعا أقصى قدر من الحرية للمجلس الدستوري في تحديد الآثار المستقبلية لقراراته. [1]

أما بالنسبة للمؤسس الدستوري المغربي والجزائري، فلم يحددا بدقة المقصود بعبارة من التاريخ الذي يحدده القرار طبقا لما تضمنته المادتين 134 و191 فهل يقصد بها اعمال الأثر الفوري المؤجل؟.

والملاحظ حسب تحليلنا وباستقراء هذه المواد هو أن المؤسس الدستوري في كل من فرنسا والمغرب والجزائر خول المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري رخصة في تحديد تاريخ آخر لسريان قرار عدم الدستورية، فبالنسبة للتشريع الفرنسي فطبقا للمادة 62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 فقد كرست كاصل عام إعمال الأثر الفوري من تاريخ نشر القرار، واستثناء عنه جواز تراخي تنفيذه في المستقبل لفترة زمنية أبعد من تاريخ نشر القرار وبالتالي فقد اختارت هذه المادة الاثر الفوري والاثر المستقبلي(الاثر الفوري المؤجل).

ولا يوجد ما يمنع من إعمال تنفيذ القرار بأثر رجعي في التشريع الفرنسي لان المادة 62 اعلاه تضمنت فقرة تنص على ان للمجلس الدستوري سلطة تحديد الاثار والحدود التي تجيز له اعادة النظر في الاثار التي رتبها قرار عدم الدستورية، أي ان سريان القرار باثر رجعي يكون موقوفا على ما يقدره المجلس الدستوري بموجب اعمال سلطته التقديرية بناء على الظروف الخاصة المتعلقة بسؤال الأولوية الدستورية الذي يتولى الفصل فيه ومراعاة للعناصر المحيطة به وقدر الخطورة الذي تلازمه، وبالتالي يقدر الظروف التي تتعلق بتنفيذ القرار والخطورة المترتبة عنه.

أما بالنسبة للتشريعين المغربي والجزائري، فلم تحدد المادتين 134 و198 بشكل حاسم تاريخ سريان القرار بعدم الدستورية بمعنى منح المحكمة الدستورية مرونة في اختيار الأثر المترتب عن قرارها طبقا للظروف المتعلقة بكل سؤال الأولوية الدستورية معروض عليها.

ومن وجهة نظر الباحث يمكن أن نفسر الغموض الذي صاحب موقف المؤسسين الدستوريين المغربي والجزائري بشأن الأثر المترتب على قرار عدم الدستورية مرده كما سبق

[1] -Marina benigni, l’application dans le temps des décisions qpc, these doctora en droit,université de lille,2018,p138.

الاشارة له ان قرار عدم الدستورية لا يلغي الحكم التشريعي بل فقط يوقف قوته التنفيذية ويأتي القرار كاشفا عن حقيقة الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته، وبالتالي اذا كان مخالفا للدستور فإنه لا يعد قانونا بالمعنى الفني لهذا المصطلح لان الاعمال التشريعية للسلطتين التشريعية والتنفيذية حتى تكتسب صفة القانون يستوجب ذلك استيفائها للشروط الشكلية والموضوعية المقررة بموجب الدستور، والنتيجة المترتبة على ذلك فإن الأثر المنطقي لقرار عدم الدستورية هو الرجعية فيصبح الحكم التشريعي منعدما من قيمته القانونية من تاريخ صدوره وليس من تاريخ صدور القرار، وعليه فإن هذا الأثر يمتد الى الأوضاع والمراكز القانونية التي نشأت في ظله بحيث لا تجد لها أساسا قانونيا آخر غير الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته، وللتخفيف من آثار الرجعية يتعين تقيدها بضوابط حتى لا تمس بالحقوق والمراكز القانونية المكتسبة، وبالتالي اعمال الاثر الرجعي المقيد لقرار عدم الدستورية وهذه الضوابط تحدد بموجب نص قانوني ولا تترك لتقدير المحكمة الدستورية.

غير أن هذا التصور لا يحول دون إعمال الأثر الفوري متى استدعت ذلك ظروف سؤال الأولوية الدستورية المثار .

[1]ومن جانب آخر وبعد ابداء رأينا المبين أعلاه، فإننا نتطرق إلى مسألة أخرى تتعلق بحالة منح المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية أجلا لتحديد التاريخ الذي يسري فيه قرار عدم الدستورية، فإنه يثار تساءل حول مدى سريان القرار بعدم الدستورية على الوقائع والمراكز والتصرفات التي نشأت في ظل الفترة ما بين تاريخ صدوره والتاريخ المحدد لسريانه؟ فهل تعتبر تلك التصرفات ملغاة على اساس انها بنيت على قانون مقضي بعدم دستوريته أم أن سريان القرار بعدم الدستورية يبدأ من وقت انقضاء التاريخ المحدد في المستقبل لسريانه وبالتالي الاعتراف بصحة تلك التصرفات والوقائع التي تمت في ظل تلك الفترة؟، أم أن المقصود من تراخي بدأ التنفيذ في هذه الحالة هو تمكين المشرع من معالجة آثار القرار بعدم الدستورية، وبالتالي اتاحة المجال أمام الحقوق والمراكز القانونية السابقة على القرار والتي

[1]–علي بشير باز،أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية،مرجع سابق،ص149.

نشأت ولم تكتمل قبل ذلك القرار من اكتساب الاستقرار القانوني من خلال انقضاء آجال التقادم أو حيازتها حجية الشيء المقضي فيه . [1]

إن التشريعات محل المقارنة لم تجزم بشأن التساؤلات المبينة أعلاه، ومنه فإن منح المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري مثل هذه الرخصة لاسيما في حال تراخي تنفيذ القرار لفترة من بعد نشره تترتب عنه عدة مشاكل تفوق في معالجتها ما استهدفه المشرع، وبالتالي من الضرورة توحيد الحلول بغرض تحقيق الاستقرار .

وهذا ما يقضتي وجوبية تعديل هذه المواد السابق ذكرها بضبط الاثار الزمنية المترتبة عنها بدقة لان الامر يتعلق بقواعد قانونية عامة ومجردة وليس تطبيقات فردية تعالجها محاكم الموضوع.

وبالنسبة للمعمول به في التشريع الفرنسي فإن المجلس الدستوري درج على عدم تقرير السريان الفوري للالغاء الا اذا كان الالغاء لا يمس بحكم تشريعي يعد ضروريا لسير النظام القانوني، ومثال ذلك الالغاء الذي يمس بالنظام العام، أو الأمن العام، أو الحقوق والمراكز القانونية المستقرة في ظل الحكم التشريعي القديم.

وتبعا لذلك تم تقرير الأثر الفوري بالاستناد على أفكار الفقيه كلسن، ومفادها أن النظام القانوني عبارة عن نظام اختصاصات مستمدة كلها من مصدر واحد وعلى أساسه تتحقق سلامة جميع النصوص وضمان وحدتها المنطقية، ولا يشمل البطلان النصوص التي تشكل جزء من هذا النظام بل لها قابلية فقط للالغاء، وحتى بالنسبة للقرار بالالغاء فإن معناه ان القانون كان ساريا ولم يكن باطلا منذ البداية، وبالتالي من غير المنطقي اعتبار القرار بعدم الدستورية ذا طابع كاشف كونه يلغي القانون مما يجعله ذا طابع منشئ، ومؤدى ذلك أن العمل الذي يترتب عنه الغاء النص يكتسب نفس اهمية ذلك النص على عكس العمل الذي أنشأه لأول مرة. [2]

---

[1]–ابراهيم محمد حسنين،أثر الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات الأهلية،دار النهضة العربية،القاهرة،2000ص192.

[2]–محمد صلاح عبد البديع السيد،الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر،مرجع سابق،ص.ص32–33.

أما بالنسبة للالغاء بأثر فوري مؤجل، معناه أن الحكم التشريعي الملغى يبقى ساريا الى حين دخول حكم تشريعي جديد حيز النفاذ، بمعنى ان القاضي الدستوري يمنح للمشرع أجلا لتصحيح الوضع، إلا أنه لا مجال لتأجيل الإلغاء بشأن القانون الجنائي لانه لا يمكن للقاضي ادانة شخص بمقتضى حكم تشريعي جنائي غير دستوري، أما قانون الاجراءات الجزائية فيمكن اعمال الالغاء المؤجل بشأنه.[1].

وكذلك لا يجوز تطبيق الالغاء المؤجل بأثر رجعي في المجال الضريبي بالنسبة للقضايا التي ينازع فيها قبل القرار، وبشأن قانون الإجراءات الجزائية(تفادي الغاء مواد الاجراءات الجزائية السابقة).

وعليه نسوق **المبررات** التي اعتمدها المجلس الدستوري الفرنسي للعمل بالإلغاء المؤجل وتتمثل في **الأساس القانوني** الذي استند عليه ونفصله كالتالي:

ان الإلغاء المؤجل مؤسس على المادة 62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 والتي نصت على أن "الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته يلغى من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري أو من تاريخ لاحق يحدده القرار،ويحدد المجلس الدستوري الشروط والقيود التي يمكن وفقها اعادة النظر في الآثار التي أنتجتها الأحكام التشريعية الملغاة".

والملاحظ أن كل من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 وكذا القانون العضوي رقم 2009/1523 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور لم ينظما معاير تطبيق الأثر المؤجل للإلغاء وتركا تطبيقه للسلطة التقديرية للمجلس الدستوري لتجاوز العواقب المفرطة للأثر الفوري، وقد برر ذلك الإلغاء على أساس اعتبارات متعلقة بمراعاة الأمن القانوني أو النظام العام، أو أهداف ذات قيمة دستورية، أو مصلحة المتقاضين، أو المصلحة العامة .

وما يعاب على آلية الالغاء المؤجل عدم استفادة المعني(الذي آثار سؤال الأولوية الدستورية) من الالغاء الفوري لان الحكم التشريعي في حال تأجيل الغائه يبقى ساريا، وهذا ما دفع

---

[1]–عبد العزيز النويضي،المحكمة الدستورية ومسألة الدفع بعدم دستورية القوانين،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2019،ص.ص211–212–213.

المجلس الدستوري الى وضع حلول لاستفادة مثير ذلك السؤال رغم تأجيل الالغاء ونعرضها كالتالي:

[1]–طلب عدم الفصل الى حين دخول الحكم التشريعي الجديد حيز النفاذ:

سبق الإشارة عند تحليل القرار المتعلق بمعاشات العسكرين الأجانب ان المجلس الدستوري الفرنسي وضح ضمنيا بأن تأجيل الإلغاء سيحرم القضايا الجارية من الأثر المفيد ولمعالجة هذا الوضع طلب من المحاكم وقف الفصل الى حين دخول الحكم التشريعي الجديد حيز النفاذ، كما طلب من المشرع سن تشريع يطبق على القضايا الرائجة بأثر رجعي وطبقا لذلك استفاد أصحابها رغم ان الالغاء كان ذا اثر مؤجل.

–ادارج تقنية الالغاء المؤجل مع التفسير المشروط الانتقالي:

وهو ما طبقه المجلس الدستوري في قراره رقم 2019/763 المؤرخ في 2019/02/08 وبموجبه توصل المجلس الى ان الالغاء الفوري للحكم التشريعي المتنازع فيه يترتب عنه حرمان المعتقلين الذين انتهى التحقيق معهم و لم يمثلوا بعد أمام قاضي الحكم من امكانية الاستفادة من التقريب من عائلاتهم وستكون له عواقب مفرطة بوضوح، وحتى يمكن المشرع من معالجة عدم الدستورية يتعين تأجيل الالغاء الى2019/09/01 ولوضع حد لعدم الدستورية المصرح به من تاريخ نشر هذا القرار فإنه بالامكان الطعن في الرأي السلبي الذي يتخذه القضاة بناء على الحكم التشريعي المتنازع فيه امام رئيس غرفة التحقيق طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 4/145 من قانون الاجراءات الجزائية.

وهذا الحل من شأنه منع استمرار الأحكام التشريعية الغير الدستورية في التطبيق لحين تدخل المشرع، وبالتالي يحقق الطابع المفيد لمثير سؤال الأولوية الدستورية.

[1]–عبد العزيز النويضي،مرجع سابق،ص216.

الفرع الثاني:السريان الرجعي للقرار بعدم الدستورية والإشكالات المترتبة عنه:

ان الغاية من سؤال الأولوية الدستورية والقائمة على السعي الى ازالة الحكم التشريعي من النظام القانوني لا تقتصر على الغاء الحكم التشريعي المخالف للدستور بل تمتد إلى إنهاء الآثار والمراكز القانونية المترتبة عليه، وتماشيا مع المنطق فإن الالغاء يكون باثر رجعي يشمل كل المراكز القانونية والأوضاع السابقة التي نشأت في ظل الحكم التشريعي الملغى منذ تاريخ صدوره. [1]

ويعرف الأثر الرجعي بأنه:ارتداد أثر التصرف القانوني الى تاريخ سابق على صدوره أو نفاذه. [2]

أما الأثر الرجعي للقرار بعدم الدستورية يقصد به "مساس الحكم القضائي بما تم في الماضي من تكوين أو انقضاء للمراكز القانونية الذاتية، أو ما توافر من عناصر خاصة بتكوين او انقضاء هذه المراكز، أو ما ترتب عليها من آثار قبل دخوله حيز النفاذ." [3]

كما عرف أيضا بأنه:(ارتداد أثر الحكم القضائي الى تاريخ سابق على صدوره بما يترتب عنه شمول الوقائع السابقة على صدوره". [4]

ونتعرض في العنصر الموالي الى دراسة:

❖ **مسوغات إعمال الأثر الرجعي للقرار بعدم الدستورية:**

هناك عدة مبررات توجب تطبيق الأثر الرجعي للقرار بعدم الدستورية ونجملها فيما يلي:

*ما يفرضه مبدأ المساواة أمام القانون، وبموجبه لا يمكن التميز بين المراكز القانونية المتماثلة على أساس أن المشرع يخاطب الكافة طبقا لما يضعه من نصوص قانونية تنظم

---

[1]–سالم روضان الموسوي،مرجع سابق،ص.ص285 و289.

[2]–هشام محمد البدري،الأثر الرجعي والأمن القانوني،ط1،دار الفكر والقانون،المنصورة،2015،ص15.

[3]–ندى عادل رحمه البطاط،الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة،رسالة ماجيستر في القانون العام،كلية القانون،جامعة ميسان،العراق،2018،ص12.

[4]–أحمد علي عبود الخفاجي،آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية،أطروحة دكتوراه،كلية القانون،جامعة بابل،2015،ص121.

مراكزهم وتعاملاتهم القانونية وذلك لعمومية تلك النصوص التي تقتضي من باب أولى أن لا يكون قرار عدم الدستورية مقتصرا على السريان الفوري له. [1]

*حماية مبدأ المشروعية، والذي يقتضي خضوع كل سلطات الدولة للقانون عند مباشرة الاختصاصات الدستورية المخولة لها، لاسيما السلطة المختصة بالتشريع سواء كانت الحكومة او البرلمان ملزمة بأن يكون النص التشريعي الصادر عنها مطابقا للدستور والا قضي بعدم دستوريته على أساس المخالفة الدستورية وخرق مبدأ المشروعية والتدرج القانوني الواجب مراعاته بشأن التشريع [2]وفرض هذا الجزاء هو الذي يحقق حماية لمبدأ المشروعية باعمال أثره بصفة رجعية تمتد الى تاريخ صدور ذلك التشريع لان الاصل العام ان قرار عدم الدستورية ذا طابع كاشف للعيب الدستوري. [3]

وبالتالي فإن تقرير الاثر الرجعي يوجب ان يشمل نطاقه الأوضاع والمراكز القانونية السابقة على صدوره طالما أن الحكم التشريعي المقضي بعدم دستورية قد أثر عليها.

*حماية الحقوق والحريات، أي حكم تشريعي يتضمن مساس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور يستوجب القضاء بعدم دستوريته بأثر رجعي يمتد الى تاريخ صدوره او دخوله حيز النفاذ، وذلك على أساس أن السلطات العامة لا سيما السلطتين التشريعية والتنفيذية الملزمتين بان لا ينحرف التشريع الصادر عنهما عن الغرض الذي قصده الدستور من كفالة الحقوق والحريات والا كان مشوبا بالانحراف في استعمال الاختصاص التشريعي [4] الا انه يستثنى من اعمال الاثر الرجعي للقرار بعدم الدستورية الحقوق والمراكز القانونية التي نشأت في ظل الحكم التشريعي الملغى والتي حازت قوة الشيء المقضي فيه أو بانقضاء مدة التقادم.

---

[1]–مها بهجت يونس الصالحي،الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون،بيت الحكمة العراقي،بغداد،2009،ص200.

[2]–أمين عاطف صليبا،دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون،المؤسسة الحديثة للكتاب،بيروت،2002،ص79.

[3]–عصام انور سليم،موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون،منشأة المعارف،الاسكندرية،2000،ص129.

[4]–عبد العزيز محمد سالمان،ضوابط وقيود الرقابة الدستورية،ط1،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2011،ص127.

ولم تتضمن المواد 62 و134 و198 ما يفيد صراحة امكانية التطبيق الرجعي للقرار بعدم الدستورية لاسيما الغموض الذي احاط المادتين 134 و198 بالنص على ان سريان القرار يكون من التاريخ الذي يحدده ذلك القرار، أي منح القاضي الدستوري سلطة تحديد تاريخ سريان قراره مما يفتح المجال لتأويل المقصود بعبارة (تاريخا يحدده) او بعبارة اخرى(تاريخ آخر) هل المقصود بها سريانه بأثر فوري أم بأثر رجعي(أي سابقا على التاريخ التالي لنشر قرار عدم الدستورية) ؟.

إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي توصل إلى إمكانية تطبيق قرار عدم الدستورية بأثر رجعي بالنسبة للقضايا الجارية، وهي تلك القضايا التي لم يتم الفصل فيها بشكل نهائي وقد أعرب عنه في قراره المتعلق بإلغاء بطاقة المحاربة، وبموجبه توصل المجلس الدستوري الى إلغاء معيار الجنسية في شروط الحصول على بطاقة المحارب الا أن هذا المعيار لا يطبق على القضايا الجارية، وبالتالي ينطبق الإلغاء في المستقبل على جميع الأشخاص المعنيين، و منه لا يمكن للشخص الذي يفتقر للجنسية الفرنسية أن يطالب بهذه البطاقة حتى ذلك الحين (أي من تاريخ صدور قرار عدم الدستورية)، إلا أن القضايا الجارية ستستفيد من رجعية إضافية فيما يتعلق بتحصيل مبلغ المعاش التقاعدي الناتج عن حيازة بطاقة المحارب وهذا خلافا للحالات الراهنة التي لن تكون قادرة الا على المطالبة بها في المستقبل وليس بأثر رجعي. [1]

وفي نطاق آخر للرجعية يوجد ما يصطلح عليه بالرجعية المتعلقة بالنظام العام(la rétroactivité d'ordre public) وفي قرارين صادرين عن المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 2011/03/25 طبق فيهما الأثر الرجعي من حيث المبدأ(النظام العام) بشأن القضايا الجارية، وبالتالي فإن هذه الرجعية للنظام العام تطبق إذا لم يقم المجلس الدستوري تلقائيا بتحديد أي آثار رجعية في قراره. [2]

[1] - Marina benigni, l'application dans le temps des décisions qpc, these doctora en droit,université de lille,2018,p111.
[2] - Marina benigni,l'application dans le temps des décisions qpc,these de doctore en droit,université de lille,2018,p155.

إلا أنه في هذه الحالة فإن عدم الإشارة إلى الأثر الرجعي يعني عدم وجوده، ولقد أشار المجلس الدستوري الفرنسي إلى ذلك في بيان صادر عنه في أفريل 2011 بشأن الآثار الزمنية المترتبة على قراراته.

مما تقدم نستخلص أنه بموجب المادة 2/62 من التعديل الدستوري لعام 2008 تم منح المجلس الدستوري الفرنسي سلطة تعديل الآثار الزمنية المترتبة على قرار عدم الدستورية سواء بالنسبة للمستقبل أو الماضي تحت مسمى البحث عن الأثر المفيد لقرارات سؤال الأولوية الدستورية بغية تحديد آثارها الجوهرية في أفضل الأحوال، وهذه الآثار الجوهرية تتمثل في إلغاء الحكم التشريعي إلا أنها من حيث المبدأ تعد محدودة زمنيا بالنسبة للمستقبل غير أنه يجوز للمجلس الدستوري تعديلها من خلال سلطة التعديل المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 62 المبينة أعلاه.

وبالتالي سلطة التعديل التي أصبح يتمتع بها المجلس الدستوري الفرنسي في إطار سؤال الأولوية الدستورية تعد سلطة ابتكارية بشكل خاص، وبموجبها يجوز له التوسيع أو الحد من الآثار المترتبة على قراره في هذا المجال، والسبب في ذلك راجع إلى أن المجلس استعمل تقنية التعديل وأظهر قدرا من الابتكار، ولكنه أيضا استعمل تقنية التحفظ التفسيري وكان على قدر من الحذر في توظيف تقنية الأثر الرجعي لقراره بعدم الدستورية نظرا لصعوبة ممارستها والآثار المترتبة عنها، ولهذا السبب يفضل المجلس الدستوري اللجوء إلى الالغاء المؤجل، بمعنى أن قرار عدم الدستورية يدخل في النظام القانوني من تاريخ نشره ولكنه لا يطبق إلا بعد فترة زمنية يحددها المجلس الدستوري، إلا أنه لا يفهم من الالغاء المؤجل تمديد تطبيق الحكم التشريعي الغير دستوري لأن المادة 62 لا تمنح المجلس الدستوري مثل هذه السلطة(تمديد آثار القانون الغير دستوري) بل تمنحه سلطة إلغاء الحكم التشريعي في التاريخ الذي يحدده. [1]

وفي هذا الجاتب تم إثارة سؤال الأولوية الدستورية من طرف عضو عسكري نازع المحافظ على انتخابه مستشارا للبلدية، فأعلن المجلس الدستوري عدم دستورية أحكام المادة L46 من

[1] - Marina benigni, l'application dans le temps des décisions qpc, these doctora en droit,université de lille,2018,p116-133.

القانون الانتخابي وقد قرر المجلس الدستوري تأجيل هذا الإلغاء إلى 2020/01/01 أو إلى التجديد المقبل للمجالس البلدية إذا تدخل قبل هذا التاريخ، وبالنتيجة قد تكون فترة اللإلغاء طويلة لحد ما حسب البلديات.

غير أن الملاحظ على إعمال الإلغاء المؤجل أنه يجعل الجهات القضائية تواجه الصعوبة المترتبة عن التصحيح التشريعي ثم جدول أعمال البرلمان وتوقع عقد دروات استثنائية، وهي عناصر هامة لتحديد الموعد النهائي للإلغاء اذا تزمن مع تاريخ الفاتح من شهر جانفي، أو الفاتح من شهر جويلية، أو الفاتح من شهر أوت، وهذا ما دفع بالمجلس الدستوري الفرنسي إلى تنويع المواعيد منذ نهاية عام 2016 في 31 من شهر ديسمبر، أو 30 من شهر جوان، أو الفاتح من شهر ماي.

ومنه عند اعمال المجلس الدستوري للإلغاء المؤجل فإنه لا يضمن قراره مبررات استخدامه، وبالتالي لا يسعى إلى فرض سلطته في وضع النماذج للمستقبل إلا أن الاستخدام المتكرر منه لهذا الأسلوب بشكل متواتر يعكس مسألة السعي منه إلى احترام مبدأ الأمن القانوني، ومبدأ الفصل بين السلطات من جانب عدم المساس بصلاحيات المشرع، وقد عبر عن ذلك صراحة بأنه لا يتمتع بسلطة تقديرية عامة من نفس طبيعة البرلمان، ويفضل أن يترك له الأمر في مسائل معينة أو في حالة وجود فراغ قانوني، كما أن يقين الفراغ القانوني يثير مسألة الأمن القانوني.

[1] وعلى الرغم من أن المجلس الدستوري الفرنسي لا يذكر صراحة مبدأ الأمن القانوني في قراراته بعدم الدستورية إلا أن اجتهاداته في مسألة ارجاء الآثار تكشف عن مايلي:

–المفهوم الجماعي لمبدأ الأمن القانوني الى حد معين، ويتضح ذلك من خلال أنه يهدف إلى الحفاظ على مجال عمل البرلمان وتجنب الفراغ القانوني، وتلاحظ أولقا مامودي (Olga mamoudy) أن حماية المصلحة العامة لها أهمية قصوى في الاجتهاد القضائي للمجلس الدستوري عندما يقرر سن إلغاء مختلف، إلا أن المجلس الدستوري قد يرغب في بعض

[1] - Marina benigni, l’application dans le temps des décisions qpc, these doctora en droit,université de lille,2018,pp137-138.

الحالات النادرة في حماية مصالح خاصة معينة، وسيجري تأكيد هذا التفضيل للقبول الجماعي للأمن القانوني فيما يتعلق بالتعديل للماضي ويترك المؤسس الدستوري طوعا أقصى قدر من الحرية للمجلس الدستوري في تحديد الآثار المستقبلية لقراراته.

-الاستخدام المتكرر للإلغاء المؤجل:آتاحت التقنية الت قررها المؤسس الدستوري للمجلس الدستوري الاستفادة بسهولة من الآثار المؤجلة ابتداء من شهر مارس 2008، كما أنه يسمح أيضا بتأجيل آثار تحفظات التفسير.

أما بخصوص المحكمة الدستورية في التجربتين المغربية و الجزائرية فحسب وجهة نظر الباحث فإن منحها صلاحية تحديد تاريخ آخر لنفاذ القرار بعدم الدستورية سيدفعها الى مباشرة اختصاص تشريعي أو سياسي وتقدير الملائمة والملابسات ومدى الخطورة وبالتالي الحياد عن دورها الرقابي على دستورية القوانين، بالإضافة إلى الاخلال بمبدأ المساواة بين المراكز القانونية للأفراد المخاطبين بالحكم التشريعي المطعون فيه بحسب ما إذا كان قد طبق عليهم بطريقة لاحقة أو سابقة على التاريخ الذي حدده قرار عدم الدستورية لسريانه.

لكن تماشيا مع عدة اعتبارات فإنه لا يوجد ما يمنع من اعتبار ان المادتين 134 و198 قصدتا اعمال الأثر الرجعي ونوردها كالتالي:

-الأصل العام بالنسبة للحكم القضائي أنه كاشف وبالتالي فالقاضي الدستوري عندما يقرر عدم دستورية الحكم التشريعي لا ينشئ البطلان بموجب قراره، بل يقرر واقعة قائمة مسبقا بمقتضى الدستور باعتبار ان الحكم التشريعي الملغى لمخالفته الدستور يعد باطلا منذ وجوده.

-استبعاد اعمال الأثر الرجعي معناه حرمان مثير سؤال الأولوية الدستورية من الاستفادة العملية من تطبيق قرار عدم الدستورية في دعواه الموضوعية، لان عدم تطبيق الرجعية مضمونه ان محكمة الموضوع ملزمة بتطبيق الحكم التشريعي الملغى على وقائع سابقة على نشر القرار بعدم الدستورية، وهذا ما يناقض الفائدة من اعمال الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين، وبالتالي فإن ايقاف الدعوى الموضوعية وتربص قرار القاضي الدستوري

عند الاحالة عليه يكون بدون جدوى طالما ان من اثار سؤال الأولوية الدستورية لن يستفيد من تطبيق قرار عدم الدستورية على دعواه الموضوعية . [1]

-أن تقرير الأثر الفوري للالغاء ليس معناه عدم امتداد اثره على الحقوق والمراكز القانونية السابقة عليه، ذلك ان مدلول الالغاء الذي وظفته التشريعات موضوع المقارنة يقتصر على تجريد الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته من قوة نفاذه التي صاحبته عند اقراره وان الالغاء له اثر مطلق يشمل تاريخ صدور الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته. [2]

ولكن لاعمال الأثر الرجعي يتعين تحديد النتائج المترتبة عليه وضوابطه ونعالجها كالتالي:

-النتائج المترتبة على الأثر الرجعي للقرار بعدم الدستورية:

إن الأثر الرجعي للقرار بعدم الدستورية تترتب عنه نتيجتين ذاتا أثر بالغ وهما: ازالة الحكم التشريعي المخالف للدستور من تاريخ صدوره، واعادة الحال الى ما كان عليه قبل صدوره ونفصلهما كالتالي:

*ازالة الحكم التشريعي المخالف للدستور من تاريخ صدوره:

اذا توصل القاضي الدستوري الى أن الحكم التشريعي قد خالف الدستور فإنه يصدر قرارا بإلغائه بأثر رجعي يترتب عنه زوال ذلك الحكم التشريعي وما رتبه من آثار قانونية ابتداء من تاريخ صدوره، وبالتالي اعتباره كأن لم يكن واستبعاده من المنظومة القانونية للدولة. [3]

*اعادة الحال الى ما كان عليه قبل صدور الحكم التشريعي الملغى:

يترتب على الغاء الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته بأثر رجعي التزام على عاتق السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية(السلطة المختصة بالتشريع) بإعادة الحال الى ما

---

[1]-رمزي طه الشاعر،النظرية العامة للقانون الدستوري،ط3،دار النهضة العربية،القاهرة،1983،ص.ص614-615.

[2]-محمد صلاح عبد البديع السيد،الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر دراسة مقارنة،مرجع سابق،ص48.

[3]-أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي،الأثر الرجعي في القضائين الإداري والدستوري دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الاسلامية،دار النهضة العربية،القاهرة،2011،ص612.

كان عليه قبل صدوره، وبالتالي فالأثر المترتب على ذلك كأصل عام هو إعادة الطاعن الى مركزه القانوني وكأن الحكم التشريعي الملغى لم يصدر أصلا فيرد له ما فاته ومعاملته على أساس ما كان يستحقه قانونا وكأن ذلك الحكم التشريعي لم يصدر، كما يجب على السلطتين اعادة بناء المراكز القانونية للأفراد التي تأثرت بسبب ذلك اللالغاء. [1]

ومن المعلوم أن ذلك الالغاء يترتب عنه وقوع فراغ تشريعي اذا لم يكن هناك تنظيم مسبق للمجال الذي كان ينظمه الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته، وهذا ما يقتضي تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية لسد ذلك الفراغ عن طريق اصدار قانون جديد ينظم نفس المجال الذي كان ينظمه القانون الملغى، وذلك مرده ان القاضي الدستوري يختص فقط بالتحقق من مسألة الدستورية من عدمها ولا يترتب على قراره بعدم الدستورية وضع نص قانوني جديد . [2]

-ضوابط اعمال الأثر الرجعي للقرار بعدم الدستورية:

ان الطبيعة الكاشفة للقرار بعدم الدستورية قد تصطدم باعتبارات النظام العام وما يفرضه من ضرورة حماية الأمن القانوني في الدولة، ومنه فإن اعمال الاثر الرجعي قد يتسبب في حدوث فراغ قانوني بسبب التخوف من تكرار الغاء الأحكام التشريعية المقضي بعدم دستوريتها، وبالتالي فإن اعمال هذا الأثر يستوجب أن تتولى الدولة الموازنة بين قيم دستورية مختلفة، ومن هذه القيم المصلحة العامة المتمثلة في الاستقرار القانوني، وقدرة الدولة على الاستمرار في اداء مهامها الدستورية، فممارسة الحقوق والحريات لا بد أن تتقيد باعتبارات المصلحة العامة.

---

[1]-هشام محمد البدري،مرجع سابق،ص162.

-أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي،المرجع نفسه،ص.ص626-629.

[2]-محمد فؤاد عبد الباسط،ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية،منشأة المعارف،الاسكندرية،2002،ص931.

-ندى عادل رحمه البطاط، الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة،رسالة ماجيستر في القانون العام،كلية القانون،جامعة ميسان،العراق،2018،ص82.

ويتحقق ذلك من خلال تقيد تطبيق الرجعية بضوابط محددة تتمثل في:

-الأوضاع و المراكز القانونية المستقرة قبل القرار:

يستثنى من نطاق الأثر الرجعي للقرار بعدم الدستورية الحقوق والمراكز القانونية المستقرة عند صدور هذا القرار والتي حازت قوة الشيء المقضي فيه أو بانقضاء مدة التقادم [1] وقد برر هذا الاستثناء على أساس أن الحقوق التي تقرر بموجب القرار بعدم دستورية لا يجوز لها طبقا للقواعد العامة الانتقاص أو المساس بالحقوق المكتسبة طبقاً لحكم تشريعي لم يقضى بعدم دستوريته وقت نفاذه.

وبالتالي فإن قوة الشيء المقضي فيه تقتضي انه إذا كان الحكم القضائي السابق على صدور القرار بعدم الدستورية قد أصبح باتا، أي حائزا لقوة الشيء المقضي فيه فلا يجوز ان يمس القرار بعدم الدستورية بحجية الأحكام الباتة، ومنه فان الأثر الرجعي لا يسري الى الامتداد إلى هذا المجال ، ويتعين اعمال الأثر الفوري للقرار بعدم الدستورية في هذا المجال اما إذا كان الحكم لم يستنفذ طرق الطعن فان القرار بعدم الدستورية يطبق بأثر رجعي ومن ثم يجوز للخصوم الاحتجاج امام محكمة الموضوع المثار أمامها سؤال الأولوية الدستورية للاستفادة من آثار قرار عدم دستورية الحكم التشريعي المراد تطبيقه على النزاع.

أما بالنسبة للمراكز القانونية التي تكون قد استقرت بانقضاء مدة التقادم ففي هذه الحالة يجب الحد من فكرة الرجعية احتراماً للحقوق المكتسبة والمستقرة بمضي المدة . [2]

والملاحظ ان الضابط المذكور أعلاه صائب ومنطقي لأن الحد من فكرة الأثر الرجعي لا يمكن ان يترتب عنه الايقاف الكلي لاثار القرار بمبرر احترام الحقوق المكتسبة، بل يتعين بشأنه الموزانة بين اعتبارين هما: احترام مبدأ الشرعية بما يتضمنه من ضرورة احترام القاعدة

---

[1]-جورجي شفيق ساري،اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير(النطاق والشروط والأثر)،ط3،دار لنهضة العربية،القاهرة،2005،ص289.

[2]-عبد الحميد حسن محمد،حماية الحقوق والحريات في أحكام المحكمة الدستورية العليا،كلية الحقوق،جامعة القاهرة، 1999، ص415.

-طعيمة الجرف،القضاء الدستوري،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،1992، ص294.

الأدنى للقاعدة الأعلى، وإيجاد التوازن بين حماية الحقوق المكتسبة وحماية الشرعية بما يقتضي عدم تطبيق أحدهما تطبيقاً يؤدي إلى إهدار الآخر كلية. [1]

-احترام شرعية الجرائم والعقوبات:

ان الشرعية الدستورية في قانون العقوبات تتحقق بموجب شرعية الجرائم والعقوبات مما يترتب عنه أن الحكم الصادر بالإدانة بالمخالفة لهذه الشرعية لا يكتسب الحجية حتى ولو حاز قوة الشيء المقضي به، وذلك لأن اعتبارات الشرعية الدستورية تتفوق على اعتبارات قوة الشيء المقضي به، وعليه فاذا صدر قرار بعدم دستورية نص ففي هذه الحالة تعد الأحكام الجنائية الباتة التي صدرت استناداً إلى ذلك النص – الذي حكم بعدم دستوريته – كأن لم تكن، وهذا الاتجاه له ما يبرره إذ أن الأحكام الجنائية تمس بطريق مباشر الحرية الشخصية للمواطن فإذا اتضح ان النص الذي طبق عليه كان غير دستوري فالعدالة تقتضي أن يغلب جانب الحرية على جانب حجية الأحكام الجنائية وفي هذا إعمال كامل لمبدأ المشروعية.

لكن إذا كانت القاعدة سالفة الذكر تنطبق بالنسبة للأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة، الا انها لا تصح بالنسبة للأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة والتي صدرت استناداً إلى نص حكم بعدم دستوريته إذ في هذه الحالة يسري القرار بعدم الدستورية بأثر فوري ومباشر، أي من اليوم التالي لنشر القرار في الجريدة الرسمية وذلك إعمالاً لقاعدة تغليب البراءة على الادانة. [2]

-الأمن القانوني:

يعد الأمن القانوني أحد أهم الأسس التي يقوم عليها بناء دولة القانون التي تخضع فيها جميع السلطات العامة للقانون، كما يعد الأمن القانوني واحد من أهم الغايات التي يهدف القانون إلى تحقيقها، وعلى الرغم من أن التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 لم يتضمن النصيص عليه صراحة الإ أنه نص عليه ضمنا في المادة 02 من اعلان حقوق الانسان

---

[1]-بشير علي باز،أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية،مرجع سابق،ص56.

[2]-صبري محمد السنوسي محمد، مرجع سابق ، ص115.

والمواطن الفرنسي الصادر عام 1789 التي أكدت على أن الأمن من الحقوق الطبيعية للفرنسين والغير قابلة لأي مساس [1]،على عكس التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 والذي نص عليه صراحة بموجب المادة 117 منه بنصها"يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون)، أما التعديل الدستوري الجزائري لعامي 2016 و2020 فلم يتضمن أي إشارة إلى هذا المبدأ.

الا ان عدم التنصيص على هذا المبدأ ضمن الدستور، لا يعني تجاهله من طرف المشرع واكتسبت فكرة الأمن القانوني صفة المبدأ في التشريعات الوطنية بموجب الاجتهادات المتواترة لمحكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قرارها المؤرخ في 1961/03/22، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان منذ عام 1979 بموجب قرارها الصادر في قضية Marckx، وقد انتهى فيها القاضي الأوروبي إلى إعتبار الأمن القانوني مبدأ من المبادئ الأساسية التي يجب أن تتوفر في القانون الأوروبي، على الرغم من أن قانون المجموعة الأوروربية والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لم يتضمنا النص على هذا المبدأ كمبدأ ملزم لدول الاتحاد الأوروبي في قوانينها.

وهو الامر الذي دفع المجلس الدستوري الفرنسي للتأثر باجتهاد القضاء الأوروبي الوارد بشأن الامن القانوني، فاعترف بهذا المبدأ من خلال تأكيده على وجوب اتصاف القوانين بالوضوح في معانيها، وان تكون توقعية ومعيارية، وغير متسمة بالرجعية أو بالاغفال القانوني.

[2]وينصرف مفهوم الأمن القانوني إلى ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة

[1] -Michel de saliva,la sécurité juridique en droit constitutionnel francais ,cahiers du conseil constitutionnel n11 (dossier :le principe de sécurité juridique)décembre 2001,p4,https://www.conseil-constituttionnel.fr.

[2]- يسري محمد العصار،الحماية الدستورية للأمن القانوني،مجلة الدستورية،القاهرة،العدد3،السنة الأولى،يوليو 2003،ص51.

الأمن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة بحيث تتمكن هذه الاشخاص من التصرف باطمئنان على هدى من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها باعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها من دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو المساس بهذا الاستقرار، كأن يصدر عن القضاء الدستوري في مجال الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين حكماً بعدم دستورية نص تشريعي يكون ذا أثر رجعي بعد ان طبق هذا النص خلال مدة زمنية معينة ورتب الأفراد أوضاعهم عليه إذ يقتضي إعمال فكرة الأمن القانوني الحد من هذا الأثر الرجعي وضبطه بحيث لا يطغى هدف إرساء دعائم المشروعية الدستورية على ضرورة ضمان الاستقرار للمراكز القانونية واحترام الحقوق المكتسبة للافراد والتي تعد هي الاخرى من دعائم دولة القانون ومن أهم الغايات التي يسعى القانون الى تحقيقها [1] ولتفصيل المسألة أكثر سنعالجها كالتالي:

-الاثر الرجعي وعلاقته بمبدأ الامن القانوني والاستقرار القانوني :

- العلاقة بين إعمال الأثر الرجعي ومبدأ الأمن القانوني:

إن الأصل في القرار بعدم الدستورية هو أنه ذو طابع كاشف وليس منشئ على أساس أنه لا يترتب عنه إنشاء مراكز أو أوضاع قانونية جديدة، بل هو يكشف عن المضمون الصحيح للنصوص الدستورية، وهذا ما يقتضي نفاذه بأثر رجعي وذلك كنتيجة لطبيعته الكاشفة، وبالتالي الغاء الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته بأثر رجعي من تاريخ صدوره فالمشرع أوجب على المحكمة عند توفر قرينة الشك في عدم دستورية الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية الذي يتوقف عليه مآل الدعوى الموضوعية المثار بمناسبتها ايقاف الفصل في هذه الأخيرة، ويتعين عليها تربص قرار القاضي الدستوري عند الاحالة عليه فإذا قضى بعدم الدستورية ولم يكن لهذا القرار أثر رجعي لكان لزاما على

[1]-يسري محمد العصار،الحماية الدستورية للأمن القانوني،مرجع سابق،ص51.

القاضي تطبيق الحكم التشريعي بعد الحكم بعدم دستوريته وهذا ما لايتماشى مع المنطق القانوني السليم. [1]

الا ان فكرة الرجعية لها أثر على كل من مبدأ الأمن القانوني والاستقرار القانوني وهما عقبتان تواجهان القاضي الدستوري لتقرير الرجعية عن قراره ويتعين بداية تحديد مفهوم الأمن القانوني قبل التطرق الى شرح تلك العلاقة.

ويطلق على مبدأ الأمن القانوني، أيضا مبدأ الاستقرار القانوني، ويعد هذا المبدأ أحد أسس الدولة القانونية [2] كما يعد الضمانة والحماية التي تهدف الى استبعاد الريبة أو عدم الاستقرار من المجال القانوني، أو التغير المفاجئ في تطبيق القانون، ويعرف مبدأ الأمن بأنه "ضمان قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار القانوني للمراكز القانونية المختلفة التي توجده وتلتزم به السلطات العامة وذلك بهدف اشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية العامة منها والخاصة، بحيث ترتب أوضاعها طبقا للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها من دون ان تتعرض لمفاجأت لم تكن بالحسبان صادرة عن احدى السلطات يكون من شأنها هدم ركن الاستقرار أو زعزعة روح الثقة". [3]

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد عرفه بأنه"وضوح القواعد القانونية واستقرارها وسهولة التنبؤ بمضمونها" مما يسمح بحماية حقوق المواطنين أثناء تطبيق القانون [4]،حيث تضمن التقرير الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي عند تعريفه لمبدأ الأمن القانوني:بأن"مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يستطيع المواطنون دون عناء كبير تحديد ما هو مباح ،وما هو ممنوع

---

[1]–عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي،مرجع سابق،ص.ص117–118.

[2] -Boris chabanel,la sécurité juridique un enjeu de mangement public pour les collectivités territoriales,eléments de disagnostic et enquete au sein DPSA du grand lyon,janvier 2008,p5.

[3]–يسري محمد العصار،دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،1999،ص.ص245–246.

–يسري محمد العصار،الحماية الدستورية للأمن القانوني،مرجع سابق،ص51

[4] -Conseil d’état ,rapport pulic2006,sécurité juridique et complexité du droit .www.conseil-etat.fr,consulté le 25/12/2017.

من طرف القانون المطبق،وللوصول إلى هذه النتيجة يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومة وألا تخضع في الزمان إلى تغيرات متكررة أو غير متوقعة." [1]

وقد عرفه المجلس الدستوري الفرنسي بأنه مبدا القانون الذي يهدف الى حماية المواطنين من الآثار الجانبية السلبية للقانون وخاصة التناقضات وتعقيد القوانين أو كثرة التغيرات. [2]

أما محكمة النقض الفرنسية فتوصلت بموجب تقريرها لعام 2002-2003 أن المبدأ المتعلق بالأمن القانوني يجد أساسه في مبدأ سيادة القانون الذي يتمتع بقيمة دستورية،ويمكن الاستدلال على مبدأ سيادة القانون من القراءة الشاملة للدستور كمبدأ عام له قيمة دستورية ومبدأ الأمن القانوني المشار اليه ضمنا في الدستور وله مثل المبادئ العامة للقانون الأخرى قيمة دستورية. [3]

وتبعا للتعاريف السابقة يمكن تعريفه بأنه قيد قانوني على كافة السلطات العامة وعلى وجه التحديد السلطة التشريعية، وبمقتضاه تلتزم الدولة بتقدير أكبر قدر كاف من الثبات النسبي للنصوص القانونية بغرض اشاعة الاستقرار والطمأنينة للأفراد والمؤسسات في استمرار تعاملاتها القانونية طبقا لتلك النصوص واستبعاد مبغاتتهم بنصوص قانونية جديدة من شأنها احداث تغير في تلك التعاملات القانونية وفق ذلك.

وما نخلص إليه مما تقدم أن الأمن القانوني هو أحد ركائز دولة القانون لانه أساس القاعدة القانونية وأن مدلول هذا المبدأ يجسد غاية القانون وقيمة معيارية وينصرف دوره الى تطهير النظام القانوني من أي عيب دستوري، وهذا يقتضي سن تشريع يتسم بالوضوح والتوقعية والمعيارية.

---

[1] –هانم أحمد محمود سالم،ضمانات تحقق الأمن القانوني ودور المحكمة الدستورية العليا في كفالة تحققه دراسة فقهية قضائية مقارنة،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2021،ص117.

[2] -https://www.conseil-constitutionnel.fr.

[3] -rapport de la cour de cassation 2002-2003,p.p142-143.

–أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي،دور قاضي الالغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني دراسة مقارنة،دارالفكر الجامعي،الاسكندرية السنة،ص22.

والملاحظ أن هذا التعريف يركز على الجوانب التقنية للأمن القانوني المتمثلة في جودة الصياغة التشريعية وتتعلق هذه الجودة بهدف موضوعي يقترن بضمان حقوق الأفراد لتحقيق الأمن القانوني . [1]

وعليه فإننا يمكن تعريف الأمن القانوني من خلال أهدافه بأن وسيلة لضمان استقرار المراكز والاوضاع القانونية، ويتحقق ذلك من خلال التركيز على جودة الصياغة التشريعية والجوانب الفنية لها المؤسسة على الوضوح والبساطة التي تتميز بها القاعدة القانونية بما يضمن تطبيق مقتضياتها القانونية بطريقة ناجعة وتحقيق الغاية من سنها والمتمثلة في حماية الحقوق والحريات المقررة بموجب الدستور وكفالة ممارستها بالاضافة الى حماية المجتمع واستقرراه من خلال اضفاء عنصر الامن على قواعده القانونية.

وبالتالي فإن مبدا الأمن القانوني يستهدف حماية الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة للافراد والتي اكتسبوها بطريق مشروع بموجب القوانين السارية المفعول، وهذا ما يفرض عدم تقرير سريان النصوص القانونية الجديدة بأثر رجعي، بالإضافة إلى أن مبدا الأمن القانوني يهدف الى حماية التوقعات المشروعة للأفراد من الاصطدام بنصوص قانونية جديدة لم يعلموا بها بها أو انها وصلت الى علمهم ولكنها كانت تتضمن عبارات غامضة حالت دون فهمهم الالتزامات والضمانات التي قررتها لحقوقهم[2]

ومنه فقابلية توقع القاعدة القانونية (مبدأ التوقع المشروع)،هو العنصر المميز لمبدأ الامن القانوني لان تطبيق القاعدة القانونية يتحقق من جانبين الأول من جانب السلطة المصدرة لها والثاني من جانب المخاطبين بها، فالسلطة المصدرة يقع عليها التزام ان تكون القاعدة واضحة وسهل فهمها ووصولها الى المعنيين بها أما من جانب المخاطبين بها يتعين النظر الى مدى استطاعتهم توقع القاعدة القانونية من عدمها، بمعنى أنه يتعين الأخذ بعين الاعتبار إذا ما كان باستطاعة الأفراد المعنين بالنظر إلى معلوماتهم المهنية توقع القاعدة

---

[1]–محمد نويري،القاضي الدستوري وضمان الأمان القانوني بالمغرب تأملات في ملامح تشكل مبدأ الأمن القانوني في الاجتهاد القضائئي الدستوري،مقال منشور بمجلة السياسيات العمومية،2019،بدون عدد،ص226.

[2]–رفعت عيد سيد،مبدأ الأمن القانوني دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري،مقال منشور بمجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية صادرة عن الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية،كلية الحقوق جامعة القاهرة،،ع34،أكتوبر 2013،ص8.

القانونية من عدمها، وهذا يقتضي من المشرع عدم مفاجئة الأفراد بتصرفات مباغتة على نحو لم يتوقعوه ومن شأنها نزع الطمأنينة. [1]

ويعرف مبدأ التوقع المشروع بأنه"عدم مفاجئة الأفراد بتصرفات مباغتة تصدرها السلطات العامة على نحو لم يتوقعه الأفراد ومن شأنها زعزعة الطمأنينية بها".

ومبدأ التوقع لا يحول دون ممارسة البرلمان او الحكومة لاختصاصه التشريعي بحجة التخوف من عدم الحكم على تشريعاته بعدم الدستورية بسبب عدم قدرة المخاطبين بها على توقعها، لان الحل بسيط لتحقيق التوازن بين جانبي تطبيق القاعدة القانونية المذكورين اعلاه فالبرلمان او الحكومة بامكانهما اصدار قاعدة قانونية والنص على عدم نفاذها الا بعد انقضاء مدة زمنية معينة على نشرها في الجريدة الرسمية، مما يخول الفرد الاطلاع على القانون الصادر وترتيب أوضاعه طبقا له، بالاضافة الى امكانية اصدار السلطة المختصة بالتشريع تدابير انتقالية تخول الفرد من الانتقال من وضع قانوني كان قائم بموجب القانون القديم الى وضع قانوني جديد قرره القانون المستحدث. [2]

وحسب المحكمة الأروبية لحقوق الانسان فإن قابلية توقع القانون تتضمن أنه"لا يمكن النظر الى قاعدة قانونية ما كقانون الا اذا تم الاعلان عنها بدقة كافية تسمح للمواطن بضبط سلوكه وفقها." [3]

ومن جانب آخر يتعين الإشارة إلى أنه بإمكان السلطة المختصة بالتشريع سواء كانت البرلمان أو السلطة التنفيذية التخلص من قيد الالتزام بمدأ التوقع عند توافر ثلاث ضوابط تتمثل في مايلي:

---

[1]–رفعت عيد سيد،المرجع نفسه،ص109.

[2]–رفعت عيد سيد،مبدأ الأمن القانوني دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري،مرجع سابق،ص.ص101–102.

[3]–رفعت عيد سيد،المرجع نفسه،ص106.

*أن تكون مخالفة التوقع ناشئة عن ظروف لاحقة لاصدار القاعدة القانونية القديمة فالظروف السابقة أو المعاصرة للقاعدة القديمة لا يترتب عنها إعفاء السلطة من الالتزام بالتوقع،وأن الجهل بها يؤدي إلى التأثير على مضون القاعدة القانونية.

*أن يترتب على الظروف اللاحقة على صدور القاعدة الإضرار بالصالح العام، ولا يقتضي الأمر لاعتبار الظروف الطارئة مؤدية إلى الإضرار بالصالح العام أن يظهر أثرها في القاعدة محل التعديل، بل يكفي أن يكون من شأنها إزدياد احتمال مساس بقاء القاعدة على ما هي عليه بالصالح العام.

*أن يتوفر لدى المخاطبين بالقاعدة العلم بالظروف التي اقتضت هذا التعديل حتى يرتبوا أمورهم طبقا لهذه الظروف الجديدة. [1]

الا ان المجلس الدستوري الفرنسي بموجب قراره المؤرخ في 1997/11/07 قد رفض اسباغ اي قيمة دستورية على مبدأ التوقع المشروع معلنا بموجبه "انه لا توجد أي قاعدة ذات قيمة دستورية تغطي مبدأ الثقة الشرعية" [2]على الرغم من ان مبدأ عدم الوضوح للقاعدة القانونية يعد أحد أسباب عدم الدستورية وطبقه المجلس الدستوري الفرنسي في قراره المؤرخ في 10/06/1998 عندما فرض المجلس الدستوري على المشرع سن قاعدة قانونية بكيفية واضحة ودقيقة بما فيه الكفاية لتلبية متطلبات المادة 34 من الدستور . [3]

أما مبدأ الوضوح لقاعدة القانونية يقصد به امكانية وصول المواطن الى القاعدة القانونية بكل سهولة وهذا يقتضي خلوها من الغموض والابهام وان الوضوح يقتضي ايضا أن لا يكون النص يحتمل أكثر من تفسير.

ومنه فإن مبدأ وضوح القاعدة القانونية ينصب على الشكل الذي يعبر فيه البرلمان عن إرادته في اطار الاختصاص الدستوري المنوط به، وبالتالي فالنصوص التشريعية لاتصاغ في الفراغ، ويلزم الأمر أيضا اتجاه غاية المشرع دوما من خلال صياغته لتلك النصوص إلى

---

[1]–هانم أحمد محمود سالم،ضمانات تحقق الأمن القانوني ودور المحكمة الدستورية العليا في كفالة تحققه دراسة فقهية قضائية مقارنة،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2021،ص.ص118–119.

[2] -CC,n97-391 DC ,7/11/1997.

[3] -CC,n98/401 DC,10/06/1998.

تحقيق المصلحة الاجتماعية، وهذا يقتضي أن تكون العبارات المستخدمة في الصياغة القانونية للنصوص تتسم بالوضوح بحيث تكون سهلة الفهم ولا تحتمل التأويل. [1]

بالإضافة إلى مبدأ الوضوح كأحد عناصر الأمن القانوني فقد استكمله المجلس الدستوري الفرنسي بمبدأ آخر، وهو امكانية الوصول للقاعدة القانونية و سهولة فهمها [2] وهذا ما كرسه بموجب قراره المؤرخ في 1999/12/16، ونفس التوجه كرسه أيضا في قراره المؤرخ في 2002/01/12 واعتبر امكانية الوصول الى القاعدة القانونية وسهولة فهمها يمثل هدفا ذا قيمة دستورية [3]

مما سبق يتين ان المجلس الدستوري الفرنسي ميز بين الطبيعة القانونية لمبدأي وضوح القاعدة القانونية وسهولة الوصول اليها وفهمها، فالأول يعد مبدأ يجد أساسه القانوني في نص المادة 34 من الدستور، بينما الثاني يعد هدفا ذا قيمة دستورية، كما أن المبدأ الثاني(سهولة الوصول الى القاعدة القانونية وفهمها) يفرض على المشرع التزاما أكثر مما يفرضه عليه مبدأ الوضوح فالمشرع ليس ملزما فقط بتوظيف عبارات واضحة ومفهومة بل عليه توظيف العبارات السهلة حتى يستطيع كل من القاضي والأفراد فهمها. [4]

ومبدأ سهولة الوصل إلى القاعدة القانونية وفهمها يجد أساسه في مبدأ المساواة أمام القانون وضمان الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، ويتحقق الاخلال بمبدأ المساواة عند سن المشرع لقانون يصعب على بعض الأفراد الوصول إليه أو فهمه، بالإضافة إلى أن تمتع الأفراد بحقوقهم وحرياتهم الدستورية لن يتحقق إلا إذا تمكنوا من معرفة كافية للقواعد القانونية القابلة لتطبيق عليهم، بمعنى أن مجرد النفاذ للقانون لا يعد في حد ذاته كافيا لضمان هذه الحقوق والحريات بل يلزم الأمر اقتران ذلك النفاذ بإزالة العقبات والعوائق

---

[1]–هانم أحمد محمود سالم،مرجع سابق،ص74.

[2] -f.Luchaire,la sécurité juridique en droit constitutionnel francais,les cahiers du conseil constitutionnel,2001,n11,pp67-69.
M.B,constitution et sécurité juridique ,annuaire international de justice constitutionnelle ,1999,pp155-192.

[3] -CC ,99-421,DC,16/12/1999.

[4]–رفعت عيد سيد،مبدأ الأمن القانوني دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري،مرجع سابق،ص152.

التي من شأنها الحيلولة دون فهم القانون وعلى وجه الخصوص القالب المركب أو المبهم للصياغة القانونية. [1]

وتأسيسا على ذلك فإن مقومات مبدأ الأمن القانوني تتمثل فيما يلي: [2]

-مبدأ عدم رجعية القوانين:المقصود به أن آثار النصوص القانونية تسري بعد نفاذها، بمعنى أن هناك وجهان لسريان القانون الجديد من ناحتي الزمان والمكان هما:

الأول ذا طابع سلبي: ومفاده انعدام أثره الرجعي، والثاني ذو طابع ايجابي:ومفاده الأثر المباشر للقانون الجديد.

ولكن الاستثناء على الاصل العام المتعلق بسريان القانون الجديد بأثر فوري أنه يجوز للصالح العام تقرير سريانه بأثر رجعي وان رجعية القرار بعدم الدستورية يترتب عنها انعدام القيمة القانونية للحكم التشريعي من يوم صدوره وليس تاريخ صدور القرار، بمعنى أن أثره يشمل كافة الحقوق والمراكز القانونية التي نشأت بموجبه. [3]

الا ان اعتبارات المصلحة العامة تقتضي عدم اعماله باثر جعي بغرض ضمان الاستقرار القانوني.

-إحترام الحقوق المكتسبة:يعرف الحق المكتسب بأنه مصلحة مقررة للفرد ويستطيع التقاضي بشأنها اذا ما نوزع فيها طلبا للحماية القضائية. [4]

وبموجب هذا المبدأ لا يجوز للسلطات العامة سلب أحد الحقوق التي اكتسبها الفرد بطريق مشروع طبقا للقانون النافذ متى تعلق بممارسة الحقوق والحريات الأساسية.

---

[1]-هانم أحمد محمود سالم،مرجع سابق،ص.ص75-76.

[2]-يسري محمد العصار،دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري،مرجع سابق،ص244.

-عامر زغير محيسن،الموزانة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية،مجلة مركز دراسات الكوفة،العدد 18،2010، ص202.

[3]-ابراهيم محمد حسنين،الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء،دار النهضة العربية،القاهرة،2000،ص277.

[4]-هديل محمد حسن المياحي،العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية الحقوق،جامعة النهرين،2015،ص167

-فكرة التوقع المشروع(قابلية توقع القواعد القانونية):ومفادها التزام الدولة بعدم مفاجئة الأفراد بما تصدره من قوانين تخالف توقعاتهم المشروعة والمبنية على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القائمة التي تتبناها سلطات الدولة.

-تقيد الأثر الرجعي للقرار بعدم الدستورية:معناه تقيد اعمال الاثر الرجعي لعدم الدستورية بضوابط يكون من شأنها ضمان الأمن القانوني للأفراد الذين شملهم الحكم التشريعي وقت سريانه.[1]

و تؤسس فكرة الأمن القانوني على ضمان حد أدنى من الثبات والاستقرار للعلاقات القانونية سواء اقتصرت على الافراد فيما بينهم او علاقتهم بالدولة، وفكرة الثبات والاستقرار تلزم السلطات العامة عن وضع النصوص القانون المنظمة لمصالح الأفراد(المنظمة لعلاقتهم أو التي تمس بمراكزهم القانونية) ان يكون على نحو مفاجئ.[2]

ويؤثر القضاء على مبدأ الأمن القانوني، على أساس ان الاجتهاد القضائي هو عبارة عن تأويل للقاعدة القانونية ،ويصنف ضمن ابتكار القاضي للقاعدة القانونية،كما ان قرار القاضي الدستوري بعدم دستورية حكم تشريعي أستقر تطبيقه لمدة معينة يؤثر على المراكز القانونية والحقوق المكتسبة في ظله.

-وبشأن العلاقة بين الأثر الرجعي للقرار بعدم الدستورية والأمن القانوني نفصلها على النحو التالي:

إن معالجة مسألة العلاقة القائمة بين الأثر الرجعي لقرار عدم الدستورية،والأمن القانوني تحيلنا إلى الإشارة إلى مسألة على درجة من الأهمية في مجال القضاء الدستوري،وتتعلق بفكرة الإعتبارات العملية التي يتعين على القاضي الدستوري مراعاتها في إصدار قراره بعدم الدستورية،ومرد اهتمام القاضي الدستوري بتلك الاعتبارات مؤاده اهتمامه بإيجاد الحل القانوني الذي من شأنه التوفيق بين هدفين هما:الأول يتمثل في الحفاظ على المشروعية الدستورية، وضمان التزام المشرع بأحكام الدستور في مجال التشريعات التي يصدرها،والثاني

---

[1]-يسري محمد العصار،دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري،مرجع سابق،ص.ص250-251.

[2]-يسري محمد العصار،المرجع نفسه،ص243.

هو حماية مصالح المجتمع واستقراره في مختلف المجالات،ويتجلى تأثير الاعتبارات العملية في مجال الرقابة على دستورية القوانين من خلال عدة مظاهر، تتمثل في إعمال نظرية الأوضاع الظاهرة بغية التقيد من الأثر الرجعي لقرار عدم الدستورية، وكذا احترام الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة السابقة في نشوئها عن صدور قرار عدم الدستورية، وهذه الحالة الأخيرة يصطلح عليها بمبدأ الأمن القانوني [1] ،والدليل على منح المؤسس الدستوري الجهة الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة، سلطة تقديرية في مراعاة الاعتبارات العملية في ترتيبها للآثار المناسبة لقرار عدم الدستورية هو ما تضمنته المواد 62 و134 و198 من دساتير الدول محل المقارنة، بالنص على أن قرار عدم الدستوري يسري من التاريخ الذي يحدده هذا القرار ،على النحو الذي تضمنته المادتة198 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020 والمادة 134 من التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 ،وكذا المادة 62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008، بنصها على ان للمجلس الدستوري سلطة تحديد الاثار والحدود التي تجيز له اعادة النظر في الاثار التي رتبها قرار عدم الدستورية.

وبالتالي من خلال هذا العنصر سنعمل على ابراز دور القضاء الدستوري، في كفالة تحقق مبدأ الأمن القانوني من خلال التزامه بتطبيق الضوابط القانونية، للحد من الأثر الرجعي للقرار الصادر بعدم الدستورية، بحيث يصبح من شأن تطبيق الرجعية للقرار بعدم الدستورية لا ترتب أي مساس أو إخلال بمبدأ الأمن القانوني تبعا للمبررات التالية:

[2]–إعمال الأثر الفوري :للقاضي الدستوري سلطة تقيد الأثر الرجعي لقراره، بناء على بعض الضوابط المتعلقة بحجية الشيء المقضي فيه والتقادم،وهذا بغرض حماية المراكز القانونية المكتسبة قبل صدور قرار عدم الدستورية، بمعنى ان المراكز القانونية والحقوق التي استقرت بموجب أحكام حازت قوة الشيء المقضي فيه أو بانقضاء مدة التقادم ،عند صدور قرار عدم

[1]–يسري محمد العصار،دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري مرجع سابق،ص253.

[2]- هانم أحمد محمود سالم،ضمانات تحقق الأمن القانوني ودور المحكمة الدستورية العليا في كفالة تحققه دراسة فقهية قضائية مقارنة،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2021،ص.ص156 و177 .

الدستورية تستثنى من اعمال الأثر الرجعي لهذا القرار وبالتالي يسري بشأنها بموجب أثر فوري(مباشر).

-الموازنة بين آثار الرجعية للقرار بعدم الدستورية والأمن القانوني:ويقصد بهذه الموازنة الموائمة بين قابلية الحياة القانونية للتطور والتغير من ناحية،ومن ناحية أخرى حق الأفراد في ضمان الثبات والاستقرار النسبي لمراكزهم القانونية والحقوق الناشئة لهم في ظلها،وذلك من خلال الموازنة بين مبدأ الشرعية ومبدأ الأمن القانوني، بمعنى أنها موائمة بين متطلبات مبدأ الشرعية، وبين اعتبارات ضمان حقوق الأفراد وحماية مراكزهم القانونية ،من أي نصوص قانونية جديدة من شأنها ترتيب تغير على تلك المراكز بصورة مفاجئة،فالشرعية تتطلب تصحيح أي عيب دستوري يعتري الحكم التشريعي بصرف النظر عن المدة الزمنية التي مرت على صدوره في حين أن مبدأ الامن القانوني يقتضي الاعتداد بالحكم التشريعي الذي أصبح مخالفا للدستور حفاظا على الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة. [1]

-تطبيق نظرية الأوضاع الظاهرة من طرف القاضي الدستوري:وفي سبيل تحقيق تلك الموازنة، تم التوجه الى إعمال نظرية الأوضاع الظاهرة المعمول بها في مجال القانون الاداري، ويقصد بالظاهر في مجال هذه النظرية المركز الواقعي، الذي يأخذ صورة المركز القانوني رغم أنه في الحقيقة ليس كذلك، ويستتبع خطأ بشأنه،وهذا يعني أن المركز الظاهر هو مركز فعلي،أما المركز الفعلي،فلا يعد دائما مركزا ظاهرا. [2]

وينصرف مدلول المركز القانوني إلى الإشارة إلى مجموعة الحقوق والالتزامات أو مجموعة السلطات والواجبات التي يمكن أن تقرر للفرد،في حين يقصد بمدلول المركز الفعلي ذلك المركز الذي لم يعترف به القانون لسبب معين،راجع لافتقاده أحد العناصر القانونية اللازمة لاضفاء الشرعية عليها وبالتالي يمثل هذا المركز صورا غير مكتملة للمراكز القانونية التي يعترف بها القانون ويتولى تنظيمها. [3]

---

[1]-هانم أحمد محمود سالم،مرجع سابق،ص.ص156-177.

[2]-هانم أحمد محمود سالم،مرجع سابق،ص177.

[3]-عاطف نصر مسلمي علي،نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة عين شمس،1992،ص110.

ومفاد نظرية الأوضاع الظاهرة في مجال القضاء الدستوري أنه اذا قرر القاضي الدستورية عدم دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه فلا يترتب على الغائه اسقاط الآثار التي ترتبت عنه في الفترة من تاريخ سريانه إلى غاية نشر قرار عدم الدستورية في الجريدة الرسمية طبقا للتشريع الفرنسي أو من التاريخ الذي حدده القرار طبقا للتشريعين المغربي والجزائري،أي تبقى كل التصرفات التي نشأت بمقتضاه صحيحة وقائمة الا اذا تقرر الغائها من طرف الجهة المختصة بذلك. [1]

-إمكانية إعمال مسألة الاستعجال بمجال الفصل في المسألة الدستورية ذات الأولية ومفادها أن يختص القاضي الدستوري الى حين الفصل في المسألة الدستورية بوقف تنفيذ الحكم التشريعي المطعون فيه إذا كان يترتب على تطبيقه نتائج يتعذر تداركها ومنها الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة،ومثل هذا الاختصاص لا يقتضي ادراج نص دستوري جديد يقضي بذلك وهذا اعمال لمبدأ من يملك الكل يملك الجزء،بمعنى أن القاضي الدستوري يملك الكل وهو تقرير عدم دستورية الحكم التشريعي فمن الأجدر ايضا انه يملك الجزء وهو وقف تنفيذه.

وبالتالي لا مجال للاحتجاج بقرينة الدستورية لاستبعاد اعمال آلية وقف التنفيذ بحجة أن اثارة المسألة الدستورية ذات الأولية لا يترتب عنها وقف تنفيذ الحكم التشريعي المتعلق بها اعمالا لتلك القرينة،ويدحض هذا الاحتجاج بالشرط المتعلق بجدية المسألة الدستورية ذات الأولي بحيث لا تحال على المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري الا بعد مرورها بنظام ازدواجية التقييم المبدئي لها على مستوى محكمة الموضوع ثم محكمة النقض أو مجلس الدولة حسب الحالة،وبالتالي فإن تعارض قرينة الدستورية مع وقف تنفيذ الحكم التشريعي مفندة بموجب استخلاص عنصر الجدية أي وجود مخالفة للدستور. [2]

---

[1]-رفعت عيد سيد،مبدأ المبدأ القانوني دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري،مقال منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية تصدرها الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية،مقرها كلية الحقوق جامعة القاهرة،ع34،أكتوبر 2013،ص47.

[2]-رفعت عيد سيد، مبدأ المبدأ القانوني دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري،مرجع سابق،ص49.

وباسقاط هذه المسألة على التشريعات موضوع المقارنة، يتبين ان المواد 62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 و134 من التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 و198 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020 ،لم تطبق مبدأ من يملك الكل يملك الجزء ،بل ان مسألة الاستعجال في هذه الدول لها خصوصية تميزها على أساس أنها لم تجعل القاضي الدستوري، هو صاحب الاختصاص بوقف تنفيذ الحكم التشريعي المطعون فيه ،مع أنها منحته صلاحية تحديد تاريخ آخر أو لاحق لسريان قرار عدم الدستورية ،وقد منحت سلطة وقف تنفيذ الحكم التشريعي المطعون فيه على الدعوى الموضوعية التي اثيرت مسألة دستوريته بمناسبتها لمحاكم الموضوع المثار امامها تلك المسألة الدستورية أو المحاكم العليا التابعة لها بمناسبة الطعن في قرار رفض الاحالة الصادر عن محاكم الموضوع،ويتحقق ذلك عن طريق ارجاء الفصل في الدعوى الموضوعية وتربصها قرار المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية حسب الحالة،وبذلك تكون قد تبنت فكرة الاستعجال في مجال المسألة الدستورية ذات الأولية عن طريق الأخذ بوقف التنفيذ الغير المباشر للطعن بعدم الدستورية بمعنى ان قرار ارجاء الفصل يترتب عنه بطريقة غير مباشرة وقف تنفيذ الحكم التشريعي المطعون فيه على الدعوى الموضوعية المراد تطبيقه فيها وذلك حتى لا يستحوذ المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية على معالجة وقف تنفيذ الحكم التشريعي لمواجهة حالات الاستعجال[1].

يتبين مما سبق ان وقف التنفيذ غير المباشر مقصور فقط على الدعوى الموضوعية المراد تطبيقه عليها وبمفهوم المخالفة ان هذا الحكم التشريعي يبقى ساريا بالنسبة للتصرفات القانونية الأخرى أو على فرض أنه اثيرت مسألة دستورية نفس الحكم التشريعي على مستوى محكمتين احدامهما قررت قبول المسألة واحالتها على القاضي الدستوري واصدرت قرار بارجاء الفصل بينما الأخرى رفضتها وأصدرت قرار برفض الاحالة وبعد الطعن فيه تم تأيده وبالتالي فإن المحكمة التي رفضت تطبق ذلك الحكم التشريعي على النزاع المعروض عليها وبالتالي يصبح وقف التنفيذ له بدون جدوى،على اساس التضارب في تطبيق وقف التنفيذ من قبل محاكم الموضوع بناء على سلطتها التقديرية في قبول المسألة الدستورية من عدمها

[1]–محمد فتح الله علام،الاستعجال أمام المحكمة الدستورية العليا،أطروحة دكتوراه في الحقوق،قسم القانون العام،كلية الحقوق،جامعة طنطا،2019،ص.ص274–275.

وبالتالي استفادة متقاضي من وقف التنفيذ دون غيره من المتقاضين الذين طعنوا في نفس الحكم التشريعي بحجة أن طعنهم قد رفض.

ولتفادي مثل هذا التضارب، فإنه من الأحسن الاخذ بوقف التنفيذ المباشر، اي ان تسند الى القاضي الدستوري مهمة وقف تنفيذ الحكم التشريعي المطعون فيه، لحين الفصل في سؤال الأولوية الدستورية المتعلق به لان القاضي الدستوري اذا كان يملك الكل وهو تقرير عدم دستورية الحكم التشريعي فإنه يملك أيضا الجزء وهو وقف تنفيذه.

وهذا التصور يتماشى مع دعوى وقف التنفيذ في القضاء العادي، التي تقتضي وجود دعويين واحدة في الموضوع وأخرى استعجالية ،فيطلب المتقاضي وقف تنفيذ الحكم القضائي مؤقتا، لحين الفصل في دعوى الموضوع،نفس الشيء نطبقه في موضوع المسألة الدستورية ذات الأولية،فإذا اثارها المتقاضي امام محكمة الموضوع فإنه يقدم طلب استعجالي أمام المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية حسب الحالة ملتمسا فيه وقف تنفيذ الحكم التشريعي المطعون فيه، بحجة الأضرار الجسيمة التي يمكن ان يلحقها به ويرجع للقاضي الدستوري سلطة تقدير مدى خطورة المسألة الاستعجالية وبناء عليها يقرر وقف التنفيذ من عدمه ،ويؤسس وقف التنفيذ في حال الاستجابة له على فكرة تفادي الخطر الحال أو تجنب أضرار جسيمة.

وعليه نستخلص أنه اذا صدر قرار بوقف التنفيذ من قبل القاضي الدستوري، فإنه يبقى ساريا لحين فصله في سؤال الأولوية الدستورية، فاذا قبل هذا السؤال من قبل محاكم الموضوع فإن وقف تنفيذ الحكم التشريعي في حال الاستجابة يحقق الطابع العيني لسؤال الأولوية الدستورية،الذي يشمل نفس الاحكام التشريعية المطعون فيها أو الاحكام التشريعية المماثلة لتلك المطعون فيها،وبالتالي لا يحتاج المتقاضين الذين اثاروا مسالة دستورية نفس الحكم التشريعي امام محاكم مختلفة الى استصدار قرار بوقف التنفيذ وبالتالي يستفيد منه كل المتقاضين وجميع الافراد (غير الطاعنين) حتى لا يطبقوه على تصرفاتهم القانونية حتى يفصل القاضي الدستوري في مسألة دستوريته، أما اذا رفضت تلك المسالة الدستورية من قبل محاكم الموضوع يفقد قرار وقف التنفيذ أثره.

وللاشارة فإن وقف التنفيذ في مجال القضاء الدستوري، غير مؤسس على أسباب عدم الدستورية بل يؤسس على الخطر المحدق أو الاضرار الجسيمة ،مثله مثل وقف التنفيذ في القضاء العادي والذي يشترط فيه عدم المساس بأصل الحق واصل الحق في مجال القضاء الدستوري يتمثل في أسباب عدم الدستورية او بمعنى أدق الاخلال أو المساس بحق أو حرية يضمنها الدستور.

ما نستخلصه بشأن عنصر الاستعجال امام القاضي الدستوري، انه لا يحتاج الى نص قانوني يخوله سلطة ايقاق تنفيذ الحكم التشريعي المطعون فيه،بل يتعين عليه الاجتهاد في غياب النص على ذلك استناد الى ان مثل هذه السلطة لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات وانها تحقق الغاية ذات اهمية تتمثل في تدارك اوضاع وخسائر يصعب تداركها بعد تطبيق القرار بعدم الدستورية وبالتالي فوقف التنفيذ ضرورة تحتمها فكرة الامن القانوني حماية للحقوق والمراكز القانونية المستقرة.

أما بالنسبة للعلاقة بين الرجعية والاستقرار القانوني، فتظهر من خلال أثر رجعية القرار بعدم الدستورية على الاستقرار القانوني وان الموازنة بين المبدأين تقتضي الملائمة بين جانبين هما:

-الأولى:مراعاة التطور المستمر للحياة القانونية.

-الثاني:الموزازنة بين مبدأ الاستقرار القانوني، ومبدأ المشروعية فالأول يقتضي ضمان حق الأفراد في الثبات والاستقرار النسبي لمراكزهم القانونية ،والثاني يقتضي التعديل في القواعد القانونية كخاصة ملازمة لها بحكم التطور المستمر لها وكلا المبدأين يعد ضمانة لحماية مبدأ المشروعية وتحقيق العدالة ولا يجوز أن يطغى إحداهما على الآخر.

وبغرض التخفيف من أثر الرجعية على الاستقرار القانوني تم التوصل الى وضع ضوابط لاعماله .

وما نستخلصه أن تقيد الأثر الرجعي للقرار بعدم الدستورية، هو أحد تطبيقات مبدأ الأمن القانوني للتخفيف من آثاره على الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة في ظل الحكم

التشريعي قبل الغائه كما ان تطبيقه لا يكون مجرد اختيار للقاضي الدستوري، بل يتعين أن يكون مؤسسا على ضوابط محددة مسبقا بموجب نص .

كما ان الغموض لا يزال يكتنف فكرة الموازنة ،بين الحق في ضمان الامن القانوني وتقرير الاثر الرجعي للقرار بعدم الدستورية ،بسبب غياب النص القانوني المعالج لهذه المسألة في التشريعات موضوع المقارنة،لذا يتعين على المشرع في هذه الدول أن يتدخل ويقر صراحة رجعية القرار بعدم الدستورية بالضوابط التي سبق بيانها.

وحسب وجهة نظر الباحث فإن منح القاضي الدستوري في التجربتين المغربية والجزائري صلاحية تحديد تاريخ سريان قرار عدم الدستورية فإن هذا التاريخ يمكن ان يكون مباشرا من تاريخ نشر القرار في الجريدة الرسمية،ويمكن ان يكون تاريخا مستقبليا تاليا لتاريخ نشر القرار،بمعنى جواز القرار في المستقبل لفترة زمنية أبعد من تاريخ نشر القرار ويمكن كذلك ان يكون تاريخا محدودا يرتد الى تاريخ آخر في الماضي خلاف تاريخ صدور الحكم التشريعي الملغى والذي توجبه قاعدة الأثر الرجعي .

-وحسب تصوري للنطاق الزمني لسريان القرار بعدم الدستورية فإن الأصل العام هو سريان قرار عدم الدستورية بأثر فوري سواء كان من تاريخ النشر أو مؤجلا على النحو الذي كرسه المؤسس الدستوري الفرنسي،واستثناء على ذلك يجوز ترتيب الأثر الرجعي للقرار مقيد بضوابط تراعى فيها عدة اعتبارات ان لا يكون اعماله خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي الدستوري حسب ملابسات والظروف المحيطة بكل مسألة دستورية على حدا،ودرجة الخطورة الملازمة بها نظرا للأثر الذي قد يرتبه ذلك التقدير على المراكز القانونية للأفراد،وقد يكون التحديد مصبوغا بطابع تحكمي غير مؤسس على معيار قانوني لاختيار تاريخ معين دون غيره،وهذا من شأنه اثارة الجدل حول القيمة القانونية للقرار بعدم الدستورية بالاضافة الى اقامة التميز(الاخلال بمبدأ المساواة) بين المخاطبين بالحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته،بحسب ما اذا كان الحكم التشريعي قد طبق عليهم بطريقة سابقة أو لاحقة على التاريخ الذي يحدده القاضي الدستوري لسريان قراره وهذا يقتضي على المؤسس الدستوري التدخل لاجراء تعديل مضمونه النص صراحة على تطبيق الأثر الرجعي لقرار عدم الدستورية وتحديد ضوابطه بغرض استبعاد مسألة التأويل للنص القانوني المنظم لاثار ذلك

القرار وتضارب الاجتهادات بشأنه وكذا استبعاد السلطة التقديرية للجهة الدستورية في اعماله.

-حدود اعمال الأثر الرجعي لقرار عدم الدستورية(الاشكالات العملية للأثر الرجعي):

ما يعيب التشريعات موضوع المقارنة عدم ضبطها بدقة الاثار الزمنية لقرار عدم الدستورية بشأن نصوص قانونية معينة ،لاسيما التشريعين المغربي والجزائري الذي ترك المجال للقاضي الدستوري في الاخذ بالاثرين الفوري والرجعي حسب سلطته التقديرية ،مما يستوجب دراسة حدود الاثر الرجعي لو أخذ به المشرع في هذه الدول.

ونظرا للآثار الخطيرة على رجعية قرار عدم الدستورية، بشأن بعض الأحكام التشريعية المتعلقة بحياة الأفراد ونظام الدولة مما استوجب تقرير استثناءات على هذا الأثر، وتتعلق على وجه التحديد بالنصوص الضريبية والنصوص الجنائية وسنشرحها كالتالي:

-القرار المتعلق بعدم دستورية النص الضريبي:

نظرا لخطورة الأثر الرجعي في المجال الضريبي، فقد نتصور أن المشرع في الدول محل المقارنة قد يقرر الأثر الفوري للقرار بعدم الدستورية بشأن النص الضريبي المقضي بعدم دستوريته، ومبرر ذلك أن الأخذ بالأثر الرجعي في هذا المجال يترتب عنه التزام الدولة برد كل الضرائب التي حصلتها من المخاطبين بها،مما يعرقلها عن مواصلة المشاريع التنموية وحملها على فرض ضرائب جديدة لسد العجز في ميزانيتها،وكلها آثار خطيرة تؤدي الى هدم الأوضاع القائمة واحداث خلل بميزانية الدولة. [1]

وقد عارض جانب من الفقه اعمال الأثر الفوري لقرار عدم الدستورية ،بشأن النصوص الضريبية بسبب خطورة النتائج المترتبة عليه والمتمثلة في:

-اهدار حقوق الأفراد الذين دفعوا مبالغ الضريبة المقررة عليهم دون وجه حق بموجب نص ضريبي غير دستوري،وبالتالي حرمانهم من استردادها قبل الحكم بعدم الدستورية،وهذا

[1]-محمد صلاح عبد البديع السيد،قضاء الدستورية في مصر،مرجع سابق،ص.ص497-498.

الحرمان يشكل اعتداء على على الملكية الخاصة التي منعت الدساتير نزعها الا للمصلحة العامة وطبقا للقانون.

-إن تقرير هذا النوع من الأثر بشأن نص ضريبي، معناه السماح للسلطة التشريعية بعدم الالتزام بنصوص الدستور في المجال الضريبي، لانه حتى ولو أصدرت نص ضريبي مخالف للدستور فلا يسري عليه الأثر الرجعي لعدم الدستورية ،وبالنتيجة استبعاد رد ما حصلته الدولة من ضرائب بسبب تطبيق القوانين المخالفة للدستور. [1]

ولتفصيل الاشكالات القانونية والعملية، المترتبة على الحكم بعدم دستورية النص الضريبي فإننا سنعالجها ضمن العناصر التالية:

-مدلول النص الضريبي.

-مدى استفادة الغير الذي لم يثر المسألة الدستورية ذات الأولية من قرار عدم الدستورية.

-حالة المسائل الدستورية المثارة على نفس الحكم التشريعي الضريبي.

***مدلول النص الضريبي:**

تعرف الضريبة بأنها فريضة مالية تقتضيها الدولة جبرا من مواطنيها بما لها من سيادة وان انشاء الضريبة والغائها وتعديلها لا يكون الا بموجب قانون. [2]

*** مدى استفادة الغير الذي لم يثر المسألة الدستورية ذات الأولية من قرار عدم الدستورية:**

باعتبار ان قرار عدم دستورية الحكم التشريعي الضريبي، يسري بأثر فوري فمؤدى ذلك عدم استفادة مثير المسألة الدستورية(الطاعن) من آثار هذا القرار ،كون هذه الأخيرة تمتد

---

[1]-صلاح محمد عبد البديع،الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر الكاشف،مرجع سابق،ص116.

-صبري محمد السنوسي،آثار الحكم بعدم الدستورية،دار النهضة العربية،القاهرة،2000،ص139.

-محمود أحمد زكي،مرجع سابق،ص614.

[2]-عبد العزيز محمد سالمان، الاثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا والمشكلات العملية التي تثيرها،ط2،دار سعد سمك،القاهرة،2002،ص498.

للمستقبل فقط ،وبالتالي فإن هذا القرار يطرح اشكالا في التطبيق بخصوص المستفيدين من آثاره، بمعنى آخر احداث وجه للتميز بين المكلف بالضريبة التي سددها واثار مسألة دستورية النص الضريبي الذي ألزمه بها وبين المكلف بالضريبة التي لم يسددها بعد ولم يثر المسألة الدستورية بخصوص ذلك النص،فأيهما له الأحقية في الاستفادة من اثار قرار عدم دستورية الحكم التشريعي الضريبي؟ فإذا أعملنا الاثر الفوري موداه عدم استفادة الطاعن من أثار القرار لانها تشمل الوقائع والمراكز الاحقة على صدور القرار (التطبيق للمستقبل فقط) دون ان تمتد للوقائع والمراكز القانونية السابقة على صدور القرار،ومنه وتفاديا لذلك تعين بشأن هذا الوضع تقرير أثرين الأول اعمال الأثر الرجعي للقرار لصالح الطاعن حتى يستفيد من اثار القرار بعدم الدستورية وشمولها المبالغ المالية التي دفعها بغير حق والثاني تقرير الأثر الفوري للغير (الأشخاص الغير الطاعنين).

ومن هذه الناحية تعين تدخل المؤسس الدستوري والمشرع لتعديل القانون المنظم للمسألة الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة فيما يخص آثار قرار عدم دستورية النص الضريبي مفاده ((ان الأثر المترتب على قرار عدم الدستورية بشأن الحكم التشريعي الضريبي يكون له أثرا فوريا من تاريخ نشر القرار في الجريدة الرسمية وأثرا رجعيا بشأن القضايا الجارية)).

والغرض من هذا التعديل وجوب تقريره بنص قانوني لرفع الغموض الذي اكتنف مضمون المواد 62 و134 و198 من دساتير الدول موضوع المقارنة بخصوص آثار قرار عدم الدستورية بالإضافة إلى الخطورة الناجمة عن تقرير عدم دستورية نص ضريبي على ميزانة الدولة مما يقتضي عدم منح الجهة الدستورية سلطة تقديرية في ترتيب آثار القرار بعدم دستورية النص الضريبي وفي حال إعمال الرجعية يتعين مراعاة ضوابطها السابق بيانها فيما يتعلق بالحقوق والمراكز المستقرة عند صدور قرار عدم دستورية الحكم التشريعي الضريبي سواء بموجب حكم حاز قوة الشيء المقضي فيه أو بانقضاء مدة التقادم.

***حالة المسائل الدستورية المثارة على نفس الحكم التشريعي الضريبي:**

في هذا الفرض يتصور قيام مجموعة من المكلفين بالضريبة بإثارة مسائل دستورية ذات أولية على نفس النص الضريبي امام محاكم موضوع مختلفة وتم الفصل في بعضها وقبوله وعدم الفصل في البعض الآخر فهل إذا صدر قرار بعدم الدستورية للنص الضريبي يستفيد منه كل الطاعنين في هذا الفرض؟

من وجهة نظرنا فإن هذا الفرض يطرح عدة اشكالات تتمثل فيما يلي:

-الاخلال بمبدأ المساواة الناتج عن اختلاف تقدير جدية المسألة الدستورية بين المحاكم المثارة على مستواها:بالنسبة للمسائل الدستورية التي لم يتم الفصل في قبولها من قبل محاكم الموضوع فعلى فرض أن إحدى تلك المحاكم قررت عدم قبول المسألة الدستورية لعدم جديتها في حين أن نفس المسألة المثارة ضد نفس النص الضريبي تم قبولها من طرف محكمة أخرى فهذا سيرتب عنه الاخلال بمبدأ المساواة بين المتقاضين لان استفادة الطاعن من قرار عدم الدستورية للنص الضريبي تتوقف من الناحية الواقعية على مجرد تقدير جدية المسألة الدستورية،وهذا مرده عدم وجود ضوابط ومعايير تقيد المحكمة في تقديرها لجدية المسألة الدستورية وبالتالي يتعين تدخل المؤسس الدستورية بادراج نص يتضمن بيان هذه الضوابط والمعايير على النحو الذي سبق بيانه في هذه الأطروحة بغرض أن يكون التقدير متقاربا بين مختلف المحاكم لتجنب الاخلال بمبدأ المساواة.

-الاخلال الناجم عن سبق الفصل:في حالة اثار مجموعة من المكلفين بالضريبة مسائل دستورية ذات أولية على نفس النص الضريبي على مستوى محاكم مختلفة أو ذات المحكمة وتم الفصل في بعضها وصدر بشأنها قرار بعدم دستورية ذلك النص الضريبي

بينما لا تزال مسائل دستورية على ذات النص لم يتم الفصل فيها من طرف الجهة الدستورية و من طرف محاكم الموضوع ففي هذه الحالة فإن باقي الطاعنين لن يستفيدوا من هذا القرار على أساس أن مير المسائل الدستوية التي أثاروها سيكون عدم القبول لسبق الفصل في دستورية ذات النص الضريبي.

ففي هذه الحالة وبتصفح القانون المنظم لسؤال الأولوية الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة فقد نص على ضم المسائل الدستورية المثارة على نفس النص وهذا يقتضي ارجاء الفصل في المسائل الدستورية المثارة على نفس الضريبي من قبل الجهة الدستورية حتى يتسنى لها ضمها والفصل فيها بقرار واحد لتعميم الاستفادة من آثاره لكل الطاعنين على نفس النص.

[1]–المطالبة باسترداد الضرائب طبقا للقواعد العامة في القانون المدني:كما سبق بيانه فإنه من غير المنطقي ان يسري قرار عدم دستورية النص الضريبي بأثر فوري في مواجهة الطاعن الذي أثار مسألة عدم دستوريته وان اعمال الاثر الفوري في مواجهته يترتب عنه اعدام الفائدة العملية من اثارته لهذه المسألة كما ان نفس النص يصبح له مجالين زمانين يكون صحيحا في احداهما وباطلا في احداهما الآخر في حين ان بطلان النص القانوني لا يتجزء ومن المستحيل ان يصبح العدم موجودا فالنص الذي تقرر بطلانه يصبح في حكم العدم،وهذا مفاده ان قرار عدم دستورية النص الضريبي يؤدي إلى جعل الأساس الذي فرضت عليه الضريبة منعدما وكأنها فرضت بدون نص،وهذا يقتضي استرداد الأفراد للضريبة التي دفعوها استنادا لذلك النص الغير الدستوري حتى ولو لم يكونوا طاعنين ،لان هذا الاسترداد لا يعد أثرا لقرار عدم دستوية النص الضريبي بل تقرره القواعد العامة .

وهذه القواعد تقرر نوعين من الاسترداد هما:

*الاثراء بلا سبب:وهذا الأثراء نص عليه القانون المدني ومفاده أن كل من أثري بدون سبب مشروع على حساب شخص آخر فإنه يكون ملزما بتعويض هذا الشخص في حدود ما أثري فيه عما لحقه من خسارة

*دفع الغير مستحق:ومفاده أن كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده .

[1]–عبد العزيز محمد سالمان،الاثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا والمشكلات العملية التي تثيرها، مرجع سابق،ص.ص514–515.

وبموجب هاتين القاعدتين التي يقررهما القانون المدني تكون الدولة ملزمة برد المبالغ الضريبية المدفوعة للمكلفين بها بعد تقرير عدم دستورية النص الضريبي الذي كان سببا في فرضها .

-القرار المتعلق بعدم دستورية نص جزائي:

ذهب الفقيه دي مانو (Th. Di Manno) ،إلى أنه إذا أعلن المجلس الدستوري عدم دستورية حكم تشريعي جزائي، فإن قراره يجب أن يتخذ بأثر رجعي،في جميع الحالات التي يكون فيها هذا الحكم بمثابة أساس للملاحقة القضائية وإدانة أصبحت نهائية،ويضيف أنه في حالة عدم تنفيذ الحكم الصادر بالكامل فإن إلغاء المجلس الدستوري لهذا الحكم التشريعي الجزائي، سيكون له الأثر المنصوص عليه في المادة 112-4 من قانون العقوبات وبموجب هذا الحكم تتوقف العقوبة عن التنفيذ عندما تكون قد فرضت في الواقع ولم يعد لها بموجب قانون لاحق للحكم طابع الفعل الإجرامي،غير أن المجلس الدستوري الفرنسي لم يتبع هذا المنهج بالنظر إلى العواقب المترتبة عليه مع احترام مبدأ الرجعية في أقل تقدير ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. [1]

وفي القرار الذي أصدره المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 2010/12/10 تحت رقم 2010-72/75/82 المتعلق برقابة المجلس الدستوري الفرنسي على حكم تشريعي ينص على فرض عقوبة إضافية الزامية في حالة الإدانة بالتهرب الضريبي، وهي عقوبة تتمثل في نشر هذه الإدانة،لاسيما في مقر المؤسسات التجارية لدافع الضرائب المعني وفي مبانيها،وتوصل المجلس إلى إلان عدم دستورية ذلك الحكم التشريعي وذهب السيد آلان ندي إلى أن اعمال المادة 4/112 من قانون العقوبات يتعين تعليق كل المنشورات المتعلقة بالإدانات الخاصة بالتهرب الضريبي المستمر أي تطبيق الأثر الرجعي على القضايا الجارية وهذا من الصعب تطبيقه على أساس أنه يجيز لجميع الذين تعرضوا للضرر نتيجة لهذه

[1] -Xavier magnon,la question prioritaire de constitutionnalité,princpes généraux pratique et droit du contentieux,2e édition,lexis nexis,paris,2013,p305.

العقوبة بأن يطالبوا بالتعويض عن ذلك الضرر على الأقل في غياب أي توضيح للمجلس الدستوري بشأن هذه المسألة. [1]

وفي هذا المجال وبشأن هذا النوع من القرار الصادر بشأن نص جزائي يتعين التميز بين القضايا الجارية والقضايا التي صدر بشأنها حكم بات ونفذ.

فبالنسبة للقضايا التي صدر فيها حكم جزائي بات ،وتقرر بشأنها عدم دستورية النص الجزائي التي كان أساس المتابعة والمحاكمة للمتهم المحكوم عليه، ونفذ الحكم عليه وقضى العقوبة المحكوم بها فهذا مستبعد من مجال الاثر المقرر لقرار عدم الدستورية للنص الجزائي ،لان مفعول الحكم الجزائي انتهى بتنفيذ العقوبة المحكوم بها .

اذن ما يهمنا هو القرار الصادر بعدم الدستورية للنص الجزائي بصدد نوعين من القضايا الجزائية وهي:

***القضايا التي لا تزال سارية(القضايا الجارية).**

***القضايا التي صدر فيها حكم جزائي نهائي وفي طور التنفيذ .**

1- القضايا التي لا تزال سارية(القضايا الجارية):

بالنسبة للقضايا الجارية وهي التي لم يصدر فيها بعد حكم جزائي، ووقف الفصل فيها بسبب اثارة المسألة الدستورية ذات الأولية ،فانه من الممكن تقرير الأثر الفوري لقرار عدم الدستورية بشأن نص جزائي الذي سينفذ على هذه القضايا الجارية ،وهذا الاثر مرتبط باعتبارات مستمدة من العدالة التي تقتضي متابعة المتهم وعقابه طبقا للنص الذي خالفه، والذي كان نافذا وقت ارتكابه للجريمة،وبالتالي ليس من العدالة معاقبته طبقا لنص قضي بعدم دستوريته وتم الغائه. [2]

[1] - Xavier magnon,la question prioritaire de constitutionnalité,princpes généraux pratique et droit du contentieux,2e édition,lexis nexis,paris,2013,p305.

[2]-ندى عادل رحمه البطاط،مرجع سابق،ص121.

2- القضايا التي صدر فيها حكم جزائي نهائي وفي طور التنفيذ :

اما بالنسبة للقضايا المفصول فيها بحكم جزائي بات، ووضع موضع التنفيذ بمعنى أن المتهم تم ايداعه رهن المؤسسة العقابية لتنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه، ففي هذه الحالة يثار اشكال مفاده هل الحكم الجزائي المؤسس على الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته، يصبح كأن لم يكن بقوة القانون أم يستوجب إعادة المحاكمة وتقرير أن هذا الحكم كأن لم يكن؟

فهناك من يرى أنه إذا صدر قرار بعدم الدستورية نص جزائي ،الذي كان الاساس الذي أعمله القاضي الجزائي في اصدار ذلك الحكم (موضوع التنفيذ) ،فهنا يتعين تقرير أثر رجعي له على أساس تحقيق المساواة بين المراكز القانونية للمتهمين ،في استفادتهم من اثار قرار عدم الدستورية للنص الجزائي بطريقة رجعية لهذه الفئة المنفذ عليها الحكم الجزائي، فلا يعقل بقاء المتهم المحكوم عليه رهين المؤسسة العقابية على اساس نص قضي بعدم دستوريته، وفي هذه الحالة نشير انه سبق لنا القول ان ضوابط الرجعية لقرار عدم الدستورية احتراما لمبدأ الامن القانوني، الذي يقتضي عدم المساس بالمراكز القانونية المستقرة والتي اكتسبت اما بموجب حكم حاز حجية الشيء المقضي فيه، او بالتقادم ولكن قرار عدم الدستورية للنص الجزائي يمثل استثاء على تلك الضوابط، بمعنى حتى ولو اصبح الحكم الجزائي بات فإنه مشمول باثر الرجعية لقرار عدم دستورية النص الجزائي للاسباب المبينة أعلاه وتعلق الأمر بحرية شخصية للمتهم.

وتبعا لذلك فان الحلول المتصورة لهذه المسألة المبينة أعلاه تتمثل في:

-جواز الطعن في الحكم الجزائي البات، بالتماس اعادة النظر على أساس حدوث أو ظهور وقائع جديدة تضمنها النص تشمل الوقائع المادية والقانونية، وبالتالي فإن قرار عدم دستورية النص الجزائي يعد بمثابة حدوث أو ظهور وقائع قانونية جديدة تجيز قبول التماس إعادة النظر. [1]

[1]-عبد العزيز محمد سالمان،الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا والمشكلات العملية التي تثيرها،ط2،دار سعد سمك،القاهرة،2002، ص247.

-اعتبار الحكم الجزائي البات كأن لم يكن بقوة القانون، ودون الحاجة إلى اتخاذ إجراء آخر ،وفور النطق بقرار عدم الدستورية للحكم التشريعي ،الذي أسس عليه ذلك الحكم الجزائي البات يتم تبليغ النائب العام به لاتخاذ الاجراء المناسب بشأنه،ولنا أن نتساءل عن الية اعمال النائب العام المختص لقرار عدم دستورية الحكم التشريعي الجزائي ؟ ان صلاحية النائب العام بالمحكمة العليا (محكمة النقض)بعد تبليغه بقرار عدم الدستورية أن يكلف جميع المؤسسات العقابية خلال اجل قانوني معين(مثلا لا يتجاوز شهر) بموافاته بكشوف عن أسماء المحبوسين بسبب النص الجزائي المقضي بعدم دستوريته ،مع بيان الجريمة المتابع بها المتهم و العقوبة التي قضاها كل متهم والمدة المتبقى منها، وبناء على ذلك يأمر النائب العام بالافراج فورا على كل متهم حبس بسبب نص جزائي قضي بعدم دستوريته.

فبالرغم من أن الحكم الجزائي يعد من الناحية القانونية كأن لم يكن، لكن من الناحية العملية لا يعتبر كذلك بطريقة تلقائية بل يتعين تقديم التماس اعادة النظر، طبقا للاجراءات المقررة قانونا على أساس أن إعادة المحاكمة هي التي تسمح ببيان ما إذا كانت الإدانة أستندت على الحكم التشريعي الجزائي المقضي بعدم دستوريته من عدمه. [1]

اما بالنسبة للمحبوس بسبب عدة نصوص قضي بعدم دستورية بعضها فاذا كان قضى نصف العقوبة المحكوم بها عليه،جاز للنائب العام له في هذه الحالة تكليفه بالحضور أمام المحكمة المختصة لاعادة محاكمته امام المحكمة المختصة.

كما يمكن ايضا للمحبوس تقديم طلب الافراج أو إعادة محاكمته في الوجهين السابقين للجهة المختصة التي يتعين عليها الفصل في الطلب خلال ميعاد قانوني معين [2] ،وفي هذه الحالة تتصدى الجهة المختصة للفصل في طلب التماس اعادة النظر ،فإذا قبلته تقرر بأن الحكم محل الالتماس كأن لم يكن ولا تقضي بالبراءة أو أي شيء آخر ،أما اذا تبين لها ان

---

[1]-عبد العزيز محمد سالمان،المرجع نفسه، ص.ص318-319.

[2]-حسام محمد حمدي عبد الفتاح الفضالي، الدفع بعدم الدستورية كوسيلة لاتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية،أطروحة دكتوراه في الحقوق،قسم القانون العام،كلية الحقوق،جامعة الاسكندري،2017،،ص.ص211-212.

الحكم الجزائي لم يؤسس على الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته ففي هذه الحالة تحكم برفض الطلب.

وتبعا لذلك فإن الآثار القانونية والعملية المترتبة على اعتبار حكم الإدانة، كأن لم يكن وذلك في حالة قبول التماس اعادة انظر تتمثل في زوال الإدانة بأثر رجعي ،واعتبار المحكوم عليه كأن لم يحاكم وبالتبعية لذلك زوال كل الآثار المترتبة عن الحكم الصادر ضده بأثر رجعي،ويوقف على الفور تنفيذ العقوبات التي ابتدء تنفيذها فإذا كان المحكوم عليه محبوسا بسبب حكم الادانة تم الإفراج عنه فورا،أما اذا لم يبدأ التنفيذ عليه فلا يجوز البدء فيه، وترد له كل مبالغ الغرامة التي دفعها تنفيذا لحكم الادانة اما في حالة عدم تسديدها فلا يجوز مطالبته بها،أو اتخاذ أي إجراء لتنفيذ الحكم عليه في شقه المتعلق بالغرامة،نفس الشيء بالنسبة للأموال المملوكة له والتي تم مصادرتها فإنه يتعين ردها له ما لم تكن تلك المصادرة تشكل تدبيرا احترازيا،فلا ترد له تلك الاموال المصادرة لأنها حيازتها تشكل جريمة،كما ان التعويضات التي قررها حكم الادانه تسقط هي الأخرى بأثر رجعي،ولا تنفذ ضد المحكوم عليه أما في حال تسديدها من طرفه فإن المحكوم له بها ملزم بردها له،لان احتفاظها بها يعد اثراء بلا سبب وعلى فرض أن المحكوم له سلك الطريق المدني للمطالبة بالتعويض عن الجريمة التي ارتكبها المحكوم عليه وأدين فيها بموجب حكم جزائي نهائي ،ثم تقرر عدم دستورية الحكم التشريعي الذي عوقب بموجبه وأصبح ذلك الحكم المدني بالتعويض باتا وبالتالي كيف يمكن الغائه طالما اصبح غير قابل للطعن؟أي كيف تسقط التعويضات التي تقررت بموجبه؟

–في هذه الحالة وطالما أن الحكم بالتعويض أسس على الحكم الجزائي النهائي، وهذا الأخير تبين أنه بني على حكم تشريعي غير دستوري ،وصدر قرار بعدم دستوريته وبالتالي يلغى الحكم الجزائي على النحو الذي بيناه سابقا وترتيا على ذلك الغاء الحكم المدني بالتعويض بالتبعية استنادا الى الغاء الحكم الجزائي الذي كان سببا في تقرير التعويض(النص المجرم للفعل أصبح غير دستوري وبالتالي لا وجه لاستحقاق التعويض).

وبالنسبة للعقوبة التبعية التي قررها حكم الادانة تعين هي الأخرى، ازالتها بأثر رجعي فعلى فرض أن المحكوم عليه عزل من وظيفته تعين إرجاعه لها ،وإذا سلطت عليه عقوبة الحجر

القانوني وباشر على اثرها تصرفا قانونيا وقضي ببطلانه بسبب ذلك الحجر وجب تصحيح التصرف بأثر رجعي.

الا أن القيد الوارد على هذه الآثار من الناحية العملية ،وليس من الناحية القانونية هو استحالة الرجوع على ما تم في الماضي، وبالتالي استقرار ما استحال الرجوع عنه ومثاله نقل ملكية المال المصادرطبقا للقانون تعين الابقاء على التصرف حماية للغير حسن النية. [1]

***مسألة اثر الرجعية لقرار عدم دستورية على القانون الجزائي الأصلح للمتهم:**

هذا الفرض مؤسس على أن المقرر قانونا ان القانون الاصلح للمتهم، يطبق بأثر رجعي استثناء على قاعدة عدم رجعية النصوص الجزاية ،فإذا أثار المسؤول المدني أو الضحية مسألة دستورية ذات أولية ضد نص جزائي أصلح للمتهم (وهي النصوص المتعلقة بانعدام المسؤولية وموانع العقاب...) وصدر قرار قضى بعدم دستوريته بأثر رجعي، فهذا معناه ان محكمة الموضوع(المحكمة الجزائية) يتعين عليها تبعا لرجعية قرار عدم الدستورية للنص الجزائي الاصلح للمتهم (ذي الاثر الملغي للنص) اعمال القانون الجزائي الأسوأ للمتهم،وبالتالي فالحل في هذه الحالة هو سريان قرار عدم الدستورية للنص الجزائي الأصلح للمتهم بأثر فوري، وبالتالي لا يطبق على الجرائم المرتكبة قبل صدوره،وبالتالي يطبق القانون الجزائي الاصلح للمتهم الذي يبقى متمتعا بحماية النصوص التي تقرر عدم المسؤولية أو موانع لعقابه أو ظروفا مخففة للعقوبة،رغم القضاء بعدم دستوريتها اي ان الاثر في هذه الحالة لقرار عدم الدستورية للقانون الاصلح للمتهم يشمل القضايا الجارية ،التي صدر بشأنها حكم بوقف الدعوى لحين صدور قرار المحكمة او المجلس الدستوري بشان دستورية او عدم دستورية القانون الاصلح للمتهم. [2]

كل هذه المسائل يتعين على المشرع والمؤسس الدستوري في التشريعات موضوع المقارنة ضبطها بدقة لان تنفيذ اثر قرار عدم الدستورية في المسائل الجزائية والضريبة، له اثار وخيمة فالاولى تنعكس على حرية المتهم والثانية تنعكس على اقتصاد الدولة وميزانيتها.

---

[1]–عبد العزيز محمد سالمان، الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا والمشكلات العملية التي تثيرها،مرجع سابق،ص.ص321–322.

[2]–حسام محمد حمدي عبد الفتاح الفضالي،مرجع سابق،ص215.

وبناء على ما تقدم يرى الباحث أنه من الضروري مراعاة المسائل المبينة أعلاه، بمناسبة تنفيذ القرار الصادر بعدم الدستورية في المجالين الجزائي والضريبي، بالنص صراحة في القانون المنظم للمسألة الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة ،مفاده سريان قرار عدم الدستورية بأثر رجعي إذا تعلقت بنص جزائي وتصبح قرارات الإدانة الصادرة بموجب النص الجزائي المقضي بعدم دستوريته كأن لم تكن ويتم تبلغيها للنائب العام المختص لاتخاذ الاجراء المناسب،أما إذا تعلق الأمر بنص ضريبي فإن القرار بعدم الدستورية بشأنه يسري بأثر فوري من تاريخ صدور هذا القرار.

ومن جانب آخر فإنه من الضروري معالجة مسألة أثر العدول عن القرار بمطابقة الحكم التشريعي للدستور:

في هذا الفرض تساءلنا أنه اذا عدل القاضي الدستوري عن قراره، بمطالقة الحكم التشريعي للدستور وتوصل الى عدم دستوريته، على إثر تغير الظروف،فهل يطبق قرار العدول بأثر فوري أم بأثر رجعي؟

الاجابة نستقيها بناء على ما عرضناه بشأن علاقة الرجعية، بمبدأي الأمن القانوني والاستقرار القانوني وبحكم التخوف من الآثار الوخيمة التي قد يرتبها قرار العدول في هذه الحالة على النظام القانوني للدولة في حال تقرير تطبيقه بأثر رجعي، والمتمثل في أن يصبح الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته منعدما من تاريخ صدوره وكذا تنعدم كافة المراكز القانونية والحقوق التي اكتسبت بمقتضاه وتنعدم الحقوق والواجبات التي تقررت بموجبه لذا تم التوصل إلى أكثر الحلول نجاعة تتمثل في:

-الأثر الفوري لقرار العدول:في هذه الحالة يقتصر أثر العدول عن قرينة الدستورية التي سبق للقاضي الدستوري اضفائها على الحكم التشريعي، بأن اصبح غير مطابق للدستور على المراكز القانونية اللاحقة على صدوره،اي ان نتائجه تقصر على المستقبل. [1]

[1]-عبد الحفيظ علي الشيمي،التحول في أحكام القضاء الدستوري،دار النهضة العربية،القاهرة،2008 ،ص91.

المطلب الثالث:تاريخ سريان قرار عدم الدستورية في ظل تعاقب الدساتير:

الأصل أن يتعلق الفصل في سؤال الأولوية الدستورية ، بمطابقة الحكم التشريعي المطعون فيه مع نصوص الدستور الذي بموجبه صدر ذلك القانون،لكن هناك مسألة تتعلق بحال تعديل الدستور مثلما حدث في التجربة الجزائرية على إثر التعديل الدستوري لعام 2020،مما يترتب عنه احتمال أن يصبح الحكم التشريعي الصادر في ظل الدستور السابق مخالفا لما تضمنه الدستور الجديد، أو بالعكس أن يكون الحكم التشريعي في ظل الدستور القديم مخالف للدستور، ولم يطعن فيه لحين صدور الدستور الجديد الذي أصبح يطابق مضمون ذلك الحكم التشريعي المطعون فيه،لذا فإنه من الأهمية تحديد التاريخ الذي تسري فيه الرقابة الدستورية في هذه الحالة ،ومنه لا بد من تحديد المعيار الذي على أساسه تحدد عدم الدستورية ،وكذلك بيان التاريخ الذي يسري فيه قرار عدم الدستورية [1]وعليه فإن هذا الوضع يتصور في الجزائر على اثر التعديل الدستوري لعام 2020 ووجود التعديل السابق لعام 2016 ويتحقق هذا الوضع طبقا لحالتين هما:

-الحالة الأولى:إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد الحكم التشريعي الصادر في ظل سريان الدستور الذي صدر طبقا له،ففي هذه الحالة فإن القاضي الدستوري يقرر عدم الدستورية في ظل الدستور الذي صدر الحكم التشريعي طبقا له ومنه فإن سريان قرار عدم الدستورية يكون من تاريخ نفاذ ذلك القرار.

-الحالة الثانية:اثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد حكم تشريعي صادر في ظل دستور غير الدستور النافذ وتتضمن فرضيتين: الأولى أن يكون الحكم التشريعي مطابق لكل من الدستور القديم والدستور الجديد ففي هذه الفرضية لا يطرح أي اشكال ،لان الحكم التشريعي لا يعد مخالفا لأي من الدستورين السابق والنافذ،أما الفرضية الثانية وتتمثل في مخالفة الحكم التشريعي لاحد هذين الدستورين اما السابق أو النافذ [2]وهذه الفرضية متصور وقوعها في

---

[1]-سالم روضان الموسوي،حجية أحكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق وأثرها الملزم دراسة تطبيقية مقارنة،بغداد،2017،ص.ص269-270.

[2]-أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي،الأثر الرجعي في القضائين الاداري والدستوري دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الاسلامية،دار النهضة العربية،القاهرة،864،2011.

الجزائر على النحو المبين أعلاه ولذا ندرسها وفقا للجدل الفقهي المثار بشأنها وقد انقسم الفقه بشأنها الى ثلاث اتجاهات كالتالي:

الفرع الأول:الاتجاه الأول:اسس توجهه على أن العبرة في الرقابة على دستورية القوانين، تكون بمطابقة الحكم التشريعي للدستور النافذ وقت صدور الحكم التشريعي،وهو المعيار الذي تقاس عليه دستورية القوانين النافذة سواء صدرت في ظله أو في ظل دساتير سابقة، فإذا كان الحكم التشريعي مطابق للدستور النافذ فإنه يبقى دستوريا وأصل هذا الاتجاه أن القواعد الدستورية أو القانونية تسري بأثر فوري، ولا تسري بأثر رجعي الا استثناء وذلك بغرض استقرار المعاملات واحترام المراكز القانونية التي رتبت آثارها في ظل الدستور الذي صدر الحكم التشريعي في ظله طالما أنه صدر مطابقا للدستور. [1]

الملاحظ أن هذا الاتجاه ،اعتمد في النظر على دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه، على الأوضاع والشروط المقررة بموجب الدستور،الذي صدر في ظله ذلك الحكم التشريعي،وذلك بصرف النظر عن الدستور القائم .

ولكن حسب وجهة نظر الباحث: يرى ان هذا الاتجاه غير سديد باعماله الدستور القديم ،كمعيار للرقابة على دستورية القوانين ،على أساس أنه يتجاهل أحكام الدستور النافذ (المطبق فعليا) ولا يضمن له الحماية من تجاوز أحكامه بمقتضى الأحكام التشريعية الصادرة قبل سريانه،وهذا معناه الاقرار بتحصين تلك الأحكام المخالفة للدستور النافذ من نطاق اثارة المسألة الدستورية ذات الأولية ضدها وهو ما يعد اخلالا صريحا بمبدأ سمو الدستور.

[1]–محمود أحمد زكي،الحكم الصادر في الدعوى الدستورية–آثاره وحجيته وتنفيذه–ط2،دار النهضة العربية،القاهرة،2004،ص.ص406–407.

الفرع الثاني:الاتجاه الثاني:يؤسس توجهه على أن العبرة في الرقابة الدستورية بالنصوص الدستورية الواردة في الدستور الجديد ،وليس في الدستور السابق الذي صدر في ظله الحكم التشريعي المطعون فيه، لان النصوص والمبادئ الدستورية الجديدة تعد عدولا عن النصوص والمبادئ الدستورية القديمة(الملغاة).[1]

-وحسب وجهة نظر الباحث أن هذا الاتجاب أسس على جانب منطقي،ومن شأنه كفالة حماية الدستور النافذ من الخرق بموجب الاحكام التشريعية السابقة على صدوره، ولكن في نفس الوقت لا يمكن تجاهل الدستور القديم الذي نشأت تلك الأحكام التشريعية في ظله، لان القول بخلاف ذلك يترتب عنه الحكم بعدم دستوريتها بمجرد مخالفتها بعض أحكام الدستور الجديد ،وهذا من شأنه احداث خلل في المنظومة القانونية بشأن الاحكام التشريعية السابق صدورها على سريان الدستور النافذ والتي استقرت بموجبها المعاملات والمراكز القانونية طبقا لها.

الفرع الثالث:الاتجاه الثالث:يؤسس توجهه على أن العبرة في الرقابة الدستورية تقتضي مراعاة كل من نصوص الدستور الذي في ظله صدر الحكم التشريعي المطعون فيه ، وكذا نصوص الدستور الجديد النافذ بمعنى ان يكون صحيحا ومستوفيا لأحكام هذين الدستوريين كما يقيم هذا الاتجاه التميز بين مسألتين هما:عيب عدم الدستورية الأصلي وعيب عدم الدستورية الطارئ، فالأول معناه أن يكون الحكم التشريعي معيب بعدم الدستورية منذ تاريخ صدوره أما الثاني معناه العيب الذي يصيب الحكم التشريعي بعد صدوره بسبب تغير الدستور . [2]

وعليه فإن القاضي الدستوري، له الولاية في النظر في الحكم التشريعي المطعون فيه،حتى ولو صدر في ظل دستور ملغى، أو معدل لاعتبارين هما:الأول أن المعيار المعمول به هو الدستور النافذ وقت اثارة سؤال الأولوية الدستورية ، والتي تستهدف أصلا حماية الدستور،

---

[1]-أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، الأثر الرجعي في القضائين الاداري والدستوري دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الاسلامية،مرجع سابق،ص867.

[2]-أحمد عبد الحسيب السنتريسي،إشكاليات الرقابة على دستورية القوانين في ظل تعاقب الدساتير،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2016،ص90.

بمعنى ان الدستور القائم والنافذ هو الأساس الذي تقاس عليه دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه، والثاني عدم وجود منطق يؤدي الى استبعاد الحكم التشريعي النافذ والصادر في ظل دستور سابق، من نطاق المسألة الدستورية ذات الأولية. [1]

ويرى الباحث ان الاتجاه الثالث سديد ويؤيده للاعتبارات التي قررها،ومن هذا المنطلق فإن تصورنا الخاص بشأن المسألة الدستورية ذات الأولية في ظل تعاقب الدساتير يكون على النحو التالي:

-أن الدستور محل الحماية في ظل تعاقب الدساتير ،هو الدستور النافذ وليس الدستور الذي صدر الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية في ظله ،وبالتالي فالنصوص الدستورية الموضوعية الجديدة هي أساس رقابة دستورية الحكم التشريعي، وليس النصوص الدستورية الموضوعية التي صدر الحكم التشريعي في ظلها،ومبرر ذلك أن سؤال الأولوية الدستورية من حيث مطابقتها مع النصوص الدستورية الموضوعية يخضع لنصوص الدستور النافذ،لأن نظام سؤال الأولوية الدستورية يستهدف حماية الدستور النافذ من مخالفة أحكامه،وتمثل نصوص هذا الدستور المرجعية الدستورية التي يؤسس عليها نظام الحكم وتحدد القيم والمبادئ التي قرر المجتمع اعتناقها.

-رقابة دستورية الحكم التشريعي من الناحية الإجرائية، تتم وفقا للنصوص الدستورية الشكلية المنصوص عليها في الدستور،الذي صدر ذلك الحكم في ظله وليس الدستور النافذ،بمعنى استبعاد النصوص الدستورية الشكلية الجديدة ،ومبرر ذلك أن عيب عدم الدستورية الشكلي لا يتصف بالآصالة لأن الحكم التشريعي يجب أن يصدر طبقا للشكليات والإجراءات المقررة في الدستور الصادر في ظله،فمتى صدر هذا الحكم صحيحا من الناحية الإجرائية، فإنه يتحصن من البطلان حتى ولو اختلفت المسائل الشكلية التي يتطلبها الدستور الجديد بالنسبة له.

---

[1]-سالم روضان الموسوي،حجية أحكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق وأثرها الملزم دراسة تطبيقية مقارنة،مرجع سابق،ص272.

وعليه وحسب رأي الباحث أنه يتعين على المشرعين المغربي والجزائري، اسوة بالمشرع الفرنسي ترتيب الأثر الفوري للقرار بعدم الدستورية والذي يكون نافذا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ،وذلك بغرض حماية الحقوق المكتسبة وفي نفس الوقت يتعين على المشرع في كل من فرنسا والمغرب والجزائر، التدخل بادراج نص يتضمن معالجة الآثر الرجعي الذي يترتب على تطبيق الحكم التشريعي الملغى، ولا يمكن أن يبقى ذلك اختصاصا ينفرد به المجلس الدستوري، لان الأثار المترتبة على القرار بعدم الدستورية تتطلب التوضيح بنص تشريعي وادراج ضوابط اعمال الأثر الرجعي،ولا يمكن أن يكون لكل حالة أثر رجعي خاص بها على النحو الذي تبناه المجلس الدستوري الفرنسي .

وتكريس **الضوابط** يتعين على المشرع في هذه الدول اتباعها ،لإعمال الأثر الرجعي للقرار بعدم الدستورية بغرض الحفاظ على المراكز القانونية المستقرة والحقوق المكتسبة السابقة في نشأتها على تقرير عدم دستورية المقتضى التشريعي .

المبحث الثاني:قرار عدم الدستورية مصدر للقانون وتقنيات ترتيب آثاره .

احتدم النقاش حول الفقه بشأن اعتبار القرار بعدم الدستورية مصدرا للقانون،وتعددت وجهات النظر بهذا الشأن،ومناط اعتبار هذا القرار مصدرا للقانون مرده أنه ينشأ مراكز قانونية جديدة،تستند لها المحاكم في الفصل في المنازعات المعروضة عليها،ومن جانب آخر فإن تعامل القاضي مع الآثار المترتبة على قرار عدم الدستورية لا تكون على نفس المساق بل يعتمد على عدة تقنيات في ترتيب تلك الآثار عن طريق اعمال سلطته لتقديرية ومراعاة الملابسات والظروف المحاطة بكل مسألة دستورية معروضة عليه ومنه سندرس ضمن هذا المبحث تفاصيل ذلك عبر عنصرين هما:

- نطاق اعتبار الحكم بعدم الدستورية مصدرا للقانون.

-تقنيات ترتيب آثار قرار عدم الدستورية.

المطلب الأول:نطاق اعتبار القرار بعدم الدستورية مصدرا للقانون:

هناك توجه فقهي قائم على أن الحكم بعدم الدستورية، يعد مصدرا اصليا للقاعدة القانونية،أي منشئ لها على أساس أن الحكم بعدم الدستورية كاشف عن صحة أو بطلان الحكم التشريعي، محل المسألة الدستورية المثارة،وهذا ما يتماشى مع مبدأ قرينة دستورية التشريع، بمعنى ان الاصل في التشريع انه صحيح ومطابق للدستور،الا اذا قضي بعدم دستوريته،ونعالج هذه المسألة ضمن عنصرين:القرار بعدم الدستورية مصدر للقانون(فرع أول)،ثم نبين موقف الباحث(فرع ثاني).

الفرع الأول: القرار بعدم الدستورية مصدر للقانون:

إن قرار عدم الدستورية تترتب عنه آثار وتلك الآثار تنشأ مراكز قانونية جديدة ،تكون بمثابة قواعد قانونية تستند اليها المحاكم عند التطبيق ويكون سريانها على الجميع وهي كالتالي:

-سقوط الاحكام التشريعية المرتبطة بالحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته،على أساس الارتباط العضوي بينهما،وبالتالي يعد الحكم التشريعي المرتبط بالحكم التشريعي المقضي

بعدم دستوريته، بدون موضوع دون الحاجة الى تشريع جديد، أو حكم دستوري يقضي بذلك ،وتتولى المحاكم استبعاد تطبيقه لان اساسه الذي بني عليه قد ألغي واعدمت قوة نفاذه. [1]

ومنه فالسقوط ليس جزاء تفرضه المحكمة او المجلس الدستوري،على اساس عدم دستورية الحكم التشريعي بل هو جزاء يتحقق بقوة القانون،على اساس ان الحكم التشريعي الساقط قد زال الاساس القانوني الذي اسس عليه ،والمتمثل في- الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته -وبالتالي فإنه على فرض أن قررت المحكمة او المجلس الدستوري سقوط ذلك الحكم التشريعي بالتبعية، للحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته فلن يكون لقرراها سوى أثرا كاشفا عن حقيقة قانونية ،وهي تحقق ذلك السقوط بقوة القانون بالتبعية لاسقاط حكم تشريعي معين، تقوم من الحكم التشريعي الساقط مقام الاساس ولا يتصور وجوده الا ببقائها، [2] ويتصور ذلك في حالة القاعدة القانونية التي تتضمن أصل واستثناء، فإذا قضي بعدم دستورية الفقرة الاولى التي تشكل الأساس بقوة القانون تسقط الفقرة الثانية التي تتضمن الاستثناء.

-واما في حالة ما اذا أحال الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته، على حكم نص آخر مستقل عنه فإن مآله أيضا السقوط ،وحتى ولم يتقرر ذلك بموجب حكم بعدم الدستورية ،وهذا ما يصطلح عليه بالسقوط المتسلسل. [3]

ان سقوط الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته ،يعني انعدام القاعدة القانونية التي تضمنها ومعنى ذلك بشكل أدق ان قرار عدم الدستورية يحظر على الكافة وعلى جميع السلطات العامة، تطبيق القاعدة القانونية التي قرر عدم دستوريتها،ويترتب على ذلك الواجب السلبي العام زوال فعالية القاعدة القانونية المقضي بعدم دستوريتها وبالتالي يشكل ذلك طريقا

---

[1]-سالم روضان الموسوي، حجية أحكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق وأثرها الملزم دراسة تطبيقية مقارنة ،مرجع سابق،ص.ص297-298-299.

[2]- عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون،منشأة المعارف،الاسكندرية،2018،ص156.

[3]-عصام أنور سليم،نفس المرجع،ص158.

لانقضاء القاعدة القانونية وزوال قوتها الملزمة بل أنه قد يتيح المجال لتطبيق قاعدة قانونية أخرى لسد الفراغ التشريعي الذي خلفته القاعدة الملغاة [1]

وبالتالي فقرار عدم الدستورية كما سبق بيانه، يلغي قوة نفاذ القاعدة القانونية من الناحية القانونية والتطبيقية فتسقط تلك القاعدة من المنظومة القانونية للدولة .

ومعنى ذلك أن انعدام القاعدة القانونية بموجب القرار القاضي بعدم دستوريتها، يترتب عنه وجوب سد الفراغ التشريعي المترتب على حالة الانعدام،وهذه المسألة تدفعنا لطرح التساءل التالي هل القرار بعدم الدستوري يترتب عنه بالضرورة نشوء حالة من الفراغ التشريعي؟

-إن الاجابة عن هذا التساءل تدفعنا الى القول بعدم وجود أي فراغ تشريعي، يتولد عن قرار عدم الدستورية على أساس الاعتبارات التالية:

*إعادة احياء القاعدة القانونية القديمة:ومفاد ذلك ان القرار الصادر بعدم دستورية الحكم التشريعي يقتضي من باب الضرورة ،تطبيق القاعدة القانونية التي كانت سارية قبل دخول القاعدة ،التي الغتها حيز النفاذ،وأبطل هذا الالغاء بموجب قرار عدم الدستورية.

وفي هذا الإطار يرى الفقيه كلسن، أنه إذا حل قانون ملغى لعدم دستوريته محل قانون سابق، أو قاعدة قانونية عامة تحكم نفس الموضوع،فمن الأفضل الاعتراف بإعادة القانون السابق، أو القاعدة القانونية السابقة إلى الوضع السابق،بدلا من أن تكون هناك حالة تترك فيها المسألة من دون أي تنظيم. [2]

وباستقراء التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008 ،أو القانون الأساسي المنظم للمسألة الدستورية ذات الأولية،فإنه لم يتضمن كل منهما ما يفيد صراحة الرجوع للعمل بالقانون السابق في قضايا المسألة الدستورية ذات الأولية ،إلا أنه في بعض الأحيان لا يتم استبعاد هذا الاحتمال،والواقع أنه بالرجوع الى التعليق على قانون العمل بشأن التحرش الجنسي رقم 2012-240 ينص على أن المجلس قد عاد إلى تعريف المضايقة الجنسية الناجم عن قانون 1990/07/29،مما يعني أنه بالإمكان إعادة تطبيق القانون السابق في حالة إلغاء

[1]-عصام أنور سليم،مرجع سابق،ص139.

[2] -Marina benigni,l'application dans le temps des décisions qpc,these de doctore en droit,université de lille,2018,p109.

القانون الديد الذي حل محله،على الرغم من أن المجلس الدستوري لم يعلن صراحة على استعادة القانون القديم.

*أن يكون سد الفراغ بوجوب تطبيق القاعدة الناتجة عن أصول تفسير النصوص القانونية، وأصول اللجوء الى المصادر الاحتياطية للقانون،وذلك في حالة خلو التشريع من الحل الواجب التطبيق،وذلك في حالة عدم ابطال الغاء القاعدة القديمة،في حالة الحكم بعدم دستورية قاعدة قانونية واردة في تشريع يعيد تنظيم موضوع برمته من جديد، مع بقاء باقي ذلك التشريع قائما وملغيا لكل التشريع السابق عليه،وبالتالي لا يتم احياء القاعدة الواردة في التشريع السابق المقابلة للقاعدة المحكوم بعدم دستوريتها الواردة في التشريع القائم. [1]

وعليه ففي حالة الاختلاف بين القاعدة المحكوم بعدم دستوريتها ،والقاعدة الواجبة التطبيق بدلا منها فإنه يترتب على ذلك ابطال الحقوق والآثار القانونية التي ترتبت عن القاعدة المحكوم بعدم دستوريتها،على أساس أنها تلغى بموجب الآثار القانونية الجديدة المترتبة على القاعدة الواجبة التطبيق .

*اعمال تقنية التحفظ التفسيري:تعمل المحاكم الدستورية في بعض الأحيان،على إنشاء القانون إما من خلال التحفظ التفسيري،أو على نحو أكثر أصالة من خلال صياغة(القانون الانتقالي)،وتسمح هذه التقنية الأخيرة للقاضي بتعديل الحكم التشريعي مؤقتا،بالنص على نظام ليس هو الحكم الخاضع للرقابة ولا الحكم القديم ،وبعبارة أخرى نوع من التحديد المؤقت يكون الغرض منه تنظيم المسألة لحين صدور التشريع الجديد،وهذا ما سار عليه المجلس الدستوري الفرنسي في إطار المسألة الدستورية ذات الأولية مستعملا تقنية التحفظ التفسيري، بغرض انشاء قاعدة قانونية جديدة تتضمن بدائل تلفت نظر المشرع إلى تنظيم مسألة ما ،ويذكر المجلس الدستوري في موقعه بأن المجلس مخول عندما يجد مخالفة للدستور سلطة تحديد القواعد الانتقالية ،إلى أن يتم تبني إصلاح محتمل لعلاج عدم الدستورية من طرف المشرع وعادة ما يستخدم المجلس هذه التقنية في حالة الإلغاء المؤجل(تأخير سريان الإلغاء لفترة زمنية معينة) حيث يطلب المجلس الدستوري من المشرع، النص على أحكام تشريعية بأثر رجعي تسري على القضايا الجارية التي لم يفصل فيها وقت صدور قرار عدم الدستورية

[1]–عصام أنور سليم،مرجع سابق،ص117.

،ويجمع هذا الحل بين الأثر المفيد للمسألة الدستورية والأمن القانوني والحفاظ على سيادة المشرع [1] .

*التزام جهة التشريع بإصدار قانون جديد كبديل للقانون المقضي بعدم دستوريته:ان فعالية هذه التقنية مشروطة بدرجة التزام المشرع بتوصيات المجلس الدستوري، بشأن المسألة الدستورية التي فصل فيها،ففي القرار رقم 2013-343 لم يترك المجلس الدستوري سوى مدة 03 أسابيع للبرلمان لتصويب عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة L.411-74 من قانون مصائد الأسماك الريفية والبحرية،إلا أن البرلمان لم يرد في غضون المدة الزمنية المقررة له،مما ترتب عنه أن إلغاء الحكم التشريعي أصبح ساريا ووجدت المحاكم نفسها أمام حالة من الفراغ القانوني فكان من الضروري العمل بتقنية القانون الانتقالي(التحفظ التفسيري الانتقالي) من طرف المجلس الدستوري في سياق الإلغاء المؤجل .

*التزام البرلمان بالتدخل لالغاء القانون المقضي بعدم دستوريته،واصدار قانون جديد دون أن يكون ملزما بأجل معين لذلك كما أنه لا يجوز للجهة الدستورية أن تضمن قرارها بعدم الدستورية فقرة تقضي بوجوب اصدار قانون أو نص قانوني لمعالجة حالة الفراغ التشريعي، الناتجة عن قرارها بعدم الدستورية بل تكتفي فقط ببيان عدم الدستورية لأن تلك المسألة لا تندرج ضمن اختصاصها الدستوري بل تندرج ضمن اختصاص جهة التشريع. [2]

وبالتالي فإن تقاعس جهة التشريع عن التدخل بغرض الغاء القانون المقضي بعدم دستوريته، وتعويضه بقانون جديد يدفع إلى تبني الحلول السابقة المبينة أعلاه لتفادي الوقوع في مسألة الفراغ التشريعي.

ومن هذا الجانب وفي غياب نص دستوري يلزم السلطات العامة ،وعلى وجه الخصوص السلطتين التشريعية والتنفيذية كجهتي تشريع على تنفيذ التزامها بسد الفراغ التشريعي ،لاسيما وأن الية احياء القانون القديم ليست صالحة للتطبيق، لأن الغائه كان نتيجة الآثار السلبية المترتبة عنه ليعوض بقانون آخر يعالج تلك الآثار وبالتالي فإن تطبيقه هو تسليم بإلحاق

[1] - Marina benigni,l'application dans le temps des décisions qpc,these de doctore en droit,université de lille,2018,p110..

[2] -مصعب يوسف محمد صالح،أثر الحكم بعدم الدستورية دراسة في النظام الدستوري العراقي والمقارن،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية،ص.ص269-272.

الضرر بالمصالح العامة نتيجة ما رتبه من آثار سلبية ومنه يبدي الباحث الحلول التالية لمعالجة الموقف السلبي للسطات العامة ازاء هذه المسألة على النحو التالي:

*تكريس نص في الدستور، مفاده الزام جهة التشريع بوجوب التدخل لمعالجة الفراغ التشريعي،المتولد عن القرار الصادر بعدم الدستورية، وذلك عن طريق سن قانون جديد، بدلا من القانون المقضي بعدم دستوريته خلال ميعاد قانوني محدد من تاريخ صدور قرار عدم الدستورية.

*تضمين النظام الداخلي المنظم لعمل المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري، في التشريعات موضوع المقارنة نصا مفاده أن يتضمن القرار بعدم الدستورية النص صراحة على الزام جهة التشريع بمعالجة مسألة الفراغ التشريعي المتولدة عن القضاء بعدم دستورية قانونا ما،على أن يجد هذا النص أساسه القانوني من الحجية المطلقة التي يكتسبها قرار عدم الدستورية وطابعه الملزم لكافة السلطات العامة.

نستخلص مما سبق أن قرار عدم الدستورية، يعد مصدرا للقانون ولكن يتعين التنويه على أنه لا يجوز القول بأن هذا القرار مصدر لقاعدة قانونية أوردها القضاء الدستوري،على أساس أن القاعدة القانونية مصدرها محدد إما في السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية،فيما تسنه من قوانين،وبالتالي فقرار عدم الدستورية مصدر للقانون (مصدر للقاعدة القانونية)،ولكنها ليست قاعدة قانونية بل هي قاعدة قضائية ذات حجية مطلقة في مواجهة الكافة نشأت عن قرار صادر من القضاء الدستوري الذي نص المشرع على أنه يعد مصدرا من مصادر القانون.
(1)

[1]–عصام أنور سليم،مرجع سابق،ص167.

الفرع الثاني:موقف الباحث من المسألة:

وتبعا لما تقدم بيانه يرى الباحث أن القضاء الدستوري، يعد مصدرا للقانون حسب الاعتبارات التالية التي نسوقها والمتمثلة في:

*إعمالا للقواعد العامة التي يتضمنها القانون المدني ،يعد القضاء بصفة عامة مصدرا من مصادر القانون يتعين الرجوع اليه عند الحاجة.

*القضاء الدستوري مصدر غير تشريعي للقانون ،لانه يتضمن ارساء قواعد قانونية عامة ومجردة وملزمة.

*تتضمن قرارات القضاء الدستوري، قواعد قانونية كاشفة عن مدى سلامة النصوص القانونية.

أما عن الوضع في التشريعات محل المقارنة، فإننا نستدل بالتجربة الفرنسية لغياب مثل هذا الوضع في التجربتين المغربية والجزائرية، ففي فرنسا أصدر المجلس الدستوري قراره المؤرخ في 2010/07/02 رقم 2010-10 وبموجبه توصل المجلس الى الحلول محل المشرع بشكل استثنائي، عندما قرر وضع قواعد مؤقتة في حالة وجود رقابة، وفي حالة عدم وجود أي نص سابق مطبق،ويتعلق الحكم التشريعي المطعون فيه في ذلك القرار بتشكيل المحاكم البحرية والتجارية ،كما هو منبثق عن المادة 90 من القانون التأديبي والجنائي للبحرية التجارية وإعلان عدم دستورية ذلك الحكم ،لأن المجلس الدستوري لا يتمتع بسلطة تقديرية عامة مشابهة لتلك التي يتمتع بها البرلمان،ومن المنطقي أن يؤدي ذلك الى العودة إلى المشرع من أجل التشكيل الجديد للمحكمة في غضون فترة معينة وإصدار قرار بإلغاء مؤجل،وقد اختار المجلس الدستوري طريقا آخر بأن قرر بنفسه تشكيل الولاية القضائية ،بأن قضى"أنه لكي تمارس المحاكم البحرية التجارية الاختصاص الذي يخوله لها القانون التأديبي والجنائي للبحرية التجارية فإن المحاكم البحرية التجارية تنعقد في تشكيل المحاكم الجنائية بموجب القانون العام"،وبالتالي حل المجلس محل المشرع في وضع القاعدة الواجبة التطبيق بعد صدور القرار الفاصل في المسألة الدستورية المثارة،والحجة الوحيدة التي يحتمل أن تفسر موقف المجلس الدستوري دون الاضطرار إلى استنتاج توجه عام من اجتهاده القضائي ،هي

القول أن الحل الذي يدعوا إليه هو مجرد نقل الدعوى المحددة للبحرية التجارية إلى تكوين القانون العام للمحاكم في المسائل الجنائية، وتؤدي الرقابة على الأحكام المخالفة إلى تطبيق قواعد القانون العام، الا أن الحقيقة تبقى أنه إذا كان المشرع قد نص أصلا على تشكيل محدد للمحاكم البحرية التجارية فإن ذلك كان على وجه التحديد هروبا من القانون العادي ولذلك فإن الأمر متروك للمشرع وليس للمجلس الدستوري للفصل في مبدأ العودة إلى القانون العام أو الحفاظ على تشكيل محدد يراعي المتطلبات الدستورية.[1]

وتوصل المجلس الدستوري بموجب قراره المؤرخ في 2010/07/02 إلى أن إلغاء المادة 90 من القانون التأديبي والجنائي للبحرية التجارية ينطبق على جميع الجرائم التي لم يفصل فيها نهائيا في تاريخ نشر القرار المبين أعلاه،وبناء على ذلك ومن أجل ممارسة الاختصاص الممنوح لهم بموجب القانون التأديبي والجنائي للبحرية التجارية تنعقد المحاكم البحرية التجارية اعتبارا من ذلك التاريخ في تشكيل المحاكم الجنائية للقانون العام. [2]

[1]–قرار صادر عن المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 2010/12/10 رقم 10–2010 يمكن الاطلاع عليه بموقع المجلس.

[2]–قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر بتاريخ 2010/07/02 تحت رقم 2010–10 متاح على موقع المجلس.

المطلب الثاني:تقنيات القاضي الدستوري في التعامل مع اعمال الأثر المترتب على القرار بعدم الدستورية.

في ظل غياب الاجتهاد الدستوري في التجربتين المغربية والجزائرية، التي تساعدنا على استخلاص تقنيات تعامل القاضي الدستوري مع ترتيب الآثار المترتبة على القرار بعدم الدستورية، فإننا نفصل هذه المسألة بالاستعانة بما كرسه القاضي الدستوري الفرنسي بهذا الشأن .

الفرع الأول:تقنيات القاضي الدستوري في معالجة القرار بعدم الدستورية:

بالاطلاع على اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي، يتبين منه أنه عادة ما يتفادى الحكم بعدم دستورية الحكم التشريعي عن طريق توظيف تقنية الاعتبارات العملية ،لتفادي القضاء بعدم دستورية الحكم التشريعي، أو المطابقة بتحفظ مشروط بالتفسير الذي منحه للحكم التشريعي،وبالتالي يلزم السلطات العامة والهيئات الإدارية بذلك التفسير على أساس أنه التفسير الوحيد المقبول،الذي يتعين على باقي السلطات الإلتزام به. [1]

ومرد ذلك هو اعمال قرينة الدستورية لصالح الحكم التشريعي المطعون فيه،ومضمونها يفرض على القاضي الدستوري التزامين هما:الأول:أنه لا يقرر عدم الدستورية إلا إذا كان ذلك واضحا وقاطعيا بحيث لا يثير أي شك وثانيهما:أنه يبحث للحكم التشريعي المطعون فيه التفسير المناسب الذي يصبح بموجبه مطابقا للدستور،وذلك بمنحه أكثر من تفسير أما إذا كان الظاهر من صياغة نصوصه انها لا تتضمن اللبس في فهم معناها ففي هذه الحالة يلتزم بتفسيرها طبقا للمعنى الحقيقي لها. [2]

وقد ظهرت عدة محاولات فقهية لضبط المقصود بالتفسير منها من عرفه بأنه"استظهار إرادة المشرع من ثنايا الألفاظ والعبارات التي يتكون منها النص لامكانية تطبيقه على نحو يلائم

[1] - samy benzina lévectivité des décisions qpc du conseil constitutionnel, thèse de l'université panthéon-assas paris2,2017,p212.

[2] –هشام محمد فوزي،رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر مع تحليل للأحكام الدستورية في البلدين،دار النهضة العربيةالقاهرة،2006،ص629.

تطور الحياة ويحقق النظام القانوني دون المساس بألفاظه وعباراته ودون صرف إرادته عن مقصدها." [1]

كما عرف بأنه"نشاط عقلي وفكري يستخدم فيه المفسر قواعد اللغة والمنطق لتحديد المصلحة التي شرع النص لحمايتها،وذلك للوقوف على ما اذا كانت تلك الالفاظ تتطابق مع المصلحة التي تمثلها القضية المعروضة على القاضي من عدمها." [2]

أما التفسير الدستوري، فلا يقتصر على التفسير الضيق، أي مجرد شرح النصوص الدستورية،من خلال توضيح معنى الكلمات ومدلول الجمل والعبارات بل يقصد به التفسير بالمعنى الواسع أي توضيح مضمون النصوص وتعين حدودها بغرض تطبيقها على المنازعات الدستورية. [3]

انطلاقا من التعريفين السابقين نستخلص أن مصطلح التفسير بصفة عامة ،يقصد به هو توضيح الغموض الذي يعتري النصوص القانونية،أما التفسير الدستوري،فإنه يعتمد على تحقيق غرضين هما:الأول يتمثل في إزالة ما قد يعتري النصوص الدستورية من غموض أو لبس أو التعارض القائم بينها،بغرض انهاء حالة التأويلات المتضاربة بشأنها وبيان المعنى الذي قصده المؤسس الدستوري أو إزالة التعارض بين النصوص.[4]أما الغرض الثاني فيتمثل في الكشف عن الخلفيات والغايات الحقيقية الكامنة وراء النصوص الدستورية سد أي نقص أو فراغ في النصوص الدستورية وذلك على أساس أن الوثيقة الدستورية يستحيل أن تضم كل المبادئ والقواعد التي يمكن أن تنظم التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسسية للمجتمع،وهنا تبرز أهمية التفر الدوري لانه بالاضافة الى القواعد الدتورية الصريحة التي يتضنها الدتور فغه يض جوعة القواعد الضية يتخلصها القضاء الدور خلال استقرائه وفره

---

[1]–جواد الرهيمي،التكيف القانوني للدعوى الجنائية،ط2،المكتبة القانونية للنشر ،بغداد،2006،ص75.

[2]–رفاعي سيد سعد،تفسير النصوص الجنائية دراسة مقارنة،ط2،دار النهضة العربية القاهرة،2008،ص31.

[3]–اسلام ابراهيم شيحا،التفسير الدستوري للحقوق والحريات الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان،مقال منشور بمجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية،جامعة الاسكندرية،ع1،2016،ص104.متاح على موقع دار المنظومة.

[4]–محمد باهي أبو يونس،الاختصاص الأصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية في النظام الدستوري الكويتي،دار الجامعة الجديدة،2008،ص.ص5–9.

للقواعد الدستورية الصريحة والتفسير ف هذه الحالة لا يترتب عنه إنشاء قاعدة دستورية جديدة بل يعني استخلاص حكم معين من مجموعة النصوص الدستورية الصريحة لمواجهة ما اعترى القواعد الدستورية من نقص. [1]

وتبعا لذلك فإن القرار التفسيري، ينصرف مدلوله الى بيان الأحكام التي تتضمنها القاعدة القانونية المطلوب تفسيرها، من خلال القيام بنشاط فكري لاستنباط المضمون القانوني والشرعي، الذي ترتكز عليه القاعدة القانونية طبقا للوسائل التي يملكها المفسر والتي يستمدها من النص القانوني أو بموجب وسائل أخرى خارجة عنه. [2]

وبالتالي عندما تمارس المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري، اختصاص الرقابة القضائية على دستورية القوانين ،فإنه يعتمد على منهج التفسير للنص الدستوري المدعى مخالفته ،والحكم التشريعي المطعون فيه بغرض التوصل الى استنباط مطابقته للدستور من عدمها ،وفي هذه الحالة يصدر قرار بعدم الدستورية أو قرار بالمطابقة بتحفظ تفسيري، ولا يصدر قرار تفسيري بالمفهوم المبين أعلاه، لان التفسير هو اختصاص أصيل للقاضي الدستوري ويمارسه بموجب طلب من الجهات المختصة ويقتصر على بيان الغموض الذي اعترى النص دون الفصل في مسألة دستوريته من عدمها. [3]

والغرض من اعمال تقنية التحفظ في التفسير هو تفادي مخاطر عدم الدستورية،والغاء الحكم التشريعي وبالتالي الحفاظ على ذلك الحكم الذي طبق لمدة زمنية ورتب آثار قانونية ومنه تفادي مشكلة الفراغ القانوني التي يرتبها الالغاء في حال تقرير عدم الدستورية.

---

[1]–اسلام ابراهيم شيحا ،مرجع سابق،ص107

[2]–بتول مجيد جاسم،حجية القرارات والأراء التفسيرية الصادرة من المحاكم الدستورية دراسة مقارنة،مكتبة السنهوري،بيروت،2019،ص35.

[3]–محمد فؤاد عبد الباسط،ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية،منشأة المعارف،الاسكندرية،2002،ص864.

بالإضافة إلى أن هذه التقنية، تساعد القاضي الدستوري في مواجهة سوء صياغة التشريع،ويتحقق ذلك عن طريق البحث في ارادة المشرع الا ان هذا البحث قد يدفع القاضي الدستوري الى اعادة صياغة القانون. [1]

وفي الحالة الأخيرة فإن تطبيق الحكم التشريعي يتم بناء على التفسير الذي قرره المجلس الدستوري الفرنسي وله السلطة اتقديرية في تحديد النطاق الزمني لسريان تفسيره إما بأثر فوري أو مستقبلي أو رجعي. [2]

فإذا قرر سريان الحكم التشريعي المطابق للدستور بتحفظ مشروط بالتفسير من تاريخ نشر القرار فإن نطاقه يشمل الحاضر والمستقبل والقضايا الرائجة والقضايا الجارية.

أما إذا قرر سريانه بأثر رجعي أي من تاريخ نفاذ الحكم التشريعي ،فإن نطاقه يشمل كل الأوضاع والمراكز القانونية التي طبق بشأنها ذلك الحكم التشريعي ما لم يكن الحكم نهائيا،وبالتالي لا مجال لاعماله بشأن الحكم القضائي النهائي المكتسب حجية الشيء المقضي فيه وكذلك بالنسبة للتقادم وسقوط الأجل التي تمت قبل صدور القرار. [3]

وللتحفظ في التفسير عدة انواع فإما ان يكون بناء أو محيدا أو موجها.

*التفسير البناء(المنشئ):ومفاده تكملة نقص الحكم التشريعي حتى يصبح مطابقا للدستور.

ويقرر في هذا الشأن الفقيه Guillaume drago،أن المجلس الدستوري يحوز من خلال تقنية التفسير المنشئ على سلطة تفسيرية منشأة يكمل من خلالها القصور الموجود بالقانون الخاضع لرقابته لتفادي الحكم بعدم دستوريته ويصبح هذا القانون مطابقا للدستور بشرط الالتزام بالتفسير المنشئ الذي قرره له المجلس الدستوري،وفي هذه الحالة لا يكتفي المجلس ببيان كيفية اكمال النقص التشريعي سواء من جانب المشرع أو من جانب السلطات المكلفة

---

[1]–محمد محمد عبد اللطيف، القانون الحي ورقابة الدستورية،دار الفكر والقانون،المنصورة،2019،ص.ص158–159.

2–عبد العزيز النويضي،المحكمة الدستورية ومسألة الدفع بعدم دستورية القوانين،ص207.

[3] - samy benzina,op cit,pp219.

بتطبيق القانون بل يقوم المجلس بإكمال وعلاج ذلك القصور بنفسه من خلال التفسير المنشئ. [1]

*التفسير المحيد(المبطل للمفعول):ومفاده ان يتولى القاضي الدستوري ازالة الآثار الضارة لبعض النصوص من خلال التأكيد على عدم وجود المعنى الذي يبدوا ظاهرا في النص،أو التأكيد على خلوها من أي أثر قانوني.

وفي هذا الشأن يقرر الفقيه Guillaume drago،ان النص محل الرقابة يتم تفسيره من جانب الطاعنين بكيفية تجهله مخالفا للدستور الا ان المجلس الدستوري من خلال تقنية التفسير المحيد يجرد ذلك النص من الأثر الضار بتوضيحه ان النص لا يستفاد منه هذا المعنى مع منحه تفسيرا خاصا يجعله مطابقا لأحكام الدستور وبالتالي استبعاد الحكم بعدم دستوريته.

والصيغة التي يعتمدها المجلس الدستوري بشأن التفسير المحيد هي كالتالي:بسبب طابعها غير المنتج–أي النصوص محل الرقابة–فليس هناك ما يدعو للحكم بعدم دستوريتها أو لاعلان عدم مطابقتها لأحكام الدستور ". [2]

وفي اطار المسألة الدستورية ذات الأولية أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قراره المؤرخ في 2010/06/18 وبموجبه أبدى تحفظا بناء على التفسير باستخدام صيغة تنص على أن "أحكام نص ما لا تمنع" بمعنى أن المجلس يفكر في وضع لم يكن متوقعا أصلا ويضفي معنى إلى الإطار الأصلي.

*التفسير الموجه:وبموجبه يتولى القاضي الدستوري بوضع خطوط ارشادية لكل من تقع عليه مهمة تطبيق القانون الذي تقررت مطابقته للدستور لاسيما المحاكم والمشرع. [3]

---

[1]–شعبان أحمد رمضان أحمد، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين،دار النهضة العربية،القاهرة، 2000، ص452.

[2]–شعبان أحمد رمضان أحمد،المرجع نفسه،ص449.

[3]–محمد محمد عبد اللطيف،القانون الحي ورقابة الدستورية،دار الفكر والقانون،المنصورة،2019،ص.ص152–153–155.

فبالنسبة للقرار التفسيري الموجه للمشرع ،فإن المجلس الدستوري يوظف تلك التقنية بغرض الزام المشرع بإعادة تنقيح النص الخاضع للرقابة، بناء على تفسير المجلس له،تجنبا للحكم بعدم دستوريته،وبالتالي فإن النص التشريعي يكون مطابقا للدستور بشرط احترام التفسير التوجيهي الذي منحه المجلس الدستوري لمضمون ذلك النص،فالمجلس من خلال هذا القرار اراد تحقيق غايتين هما :تجنب الحكم بعدم الدستورية والزام المشرع على احترام المبادئ ذات القيمة الدستورية من خلال اتباعه التفسير التوجيهي.

أما بالنسبة للقرار التفسيري الموجه للجهات الادارية والمحاكم القائمة على تطبيق القانون، مثل الحكومة والمحاكم فبالنسبة للحكومة يتم تحذيرها من اعداد قانون مخالف للتفسير التوجيهي، كما ان المحاكم ومثالها مجلس الدولة ملزم بهذا التفسير ايضا من خلال التزامه بالغاء القرارات الادارية اذا ما تجاوزت ذلك التفسير. [1]

وللحد من الآثار السلبية الناتجة عن تطبيق الأثر الرجعي، المتمثلة في المساس باستقرار النظام القانوني أو الإضرار بمبادئ أو أهداف ذات قيمة دستورية ،فقد تدخل المجلس الدستوري الفرنسي بوضع توجيهات خاصة بالتفسير الذي تبناه، مثالها الاشارة الى ان التفسير يسري على الأوضاع التي نشأت منذ تاريخ ذلك القرار أي بجعل أثر التفسير موجه للمستقبل بغرض الحفاظ على استقرار النظام القانوني. [2]

كما طبق المجلس الدستوري الأثر الرجعي للتفسير المشروط في المجال الضريبي،وذلك بغرض تمكين الملزمين بالضريبة والذين لم ينازعوا في صحة المبالغ المقررة عليها من مباشرة حق الطعن على أساس ما تضمنه القرار من تفسير جديد للحكم التشريعي،أما من سبق له الطعن أمام الإدارة أو التقاضي أمام القاضي الإداري قبل نشر القرار فإنه يستفيد من التفسير الجديد ،وهذا ما كرسه بموجب قراره رقم 2015/473 حيث قضى بموجب الحيثية السادسة منه **((مع مراعاة هذا التفسير والذي لا يطبق الا على الضرائب التي تمت**

---

[1]–شعبان أحمد رمضان أحمد،مرجع سابق،ص.ص446–448.

[2]- samy benzina,op cit,pp223.

المنازعة فيها قبل تاريخ نشر هذا القرار،فإن الأحكام التشريعية المنتقدة لا تخالف مبدأ المساواة أمام القانون)). [1]

أما بخصوص الطبيعة القانونية لقرار المطابقة بتحفظ، والأساس القانوني له فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى اعتبار هذا القرار، بحسب الأصل قرارا بعدم الدستورية،غير أن اقترانه ببعض التحفظات التي يعد التقيد بها شرطا لدستوريته يدرجه في عداد القرار الصادر بالمطابقة للدستور،أي قرار بالدستورية وبالتالي فالتفسير ليس مسألة عارضة، بل هو شرط جوهري لدستورية الحكم التشريعي موضوع المسألة الدستورية ذات الأولية،ويستخلص ذلك من خلال الصيغة التي يستخدمها المجلس الدستوري الفرنسي عندما يقرر أنه"....بشرط مراعاة هذا التفسير المحدد يكون النص محل الرقابة مطابقا للدستور وأن كل تفسير آخر سيجعله متعارضا معه". [2]

وبالنسبة للاساس القانوني للقرار التفسيري بتحفظ ،فبالاطلاع على النصوص الدستورية الفرنسية يتبين خلوها من أي نص يسند للمجلس الدستوري صلاحية اسناد هذا النوع من القرارات، فهي تخوله فقط إما الحكم بدستورية الحكم التشريعي أو الحكم بعدم دستوريته، أما هذا النوع من القرارات التفسيرية بتحفظ فإنه يستمد أساسه القانوني من الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري واستعارته لهذا الهذا الإجراء من بعض النظم المقارنة كإيطاليا وألمانيا ،فهذين النظامين يستعملان الوسائل التفسيرية لتفادي الغاء القانون كلما أمكن تفسيره بطريقة تجعله مطابقا لأحكام الدستور حفاظا على وحدة النظام القانوني ووجوب خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى منها والتقيد بأحكامها مع ما يقتضيه ذلك من توفيق بينهما. [3]

نستخلص مما سبق أن التفسير هو تقنية يعتمد عليها المجلس الدستوري لتجاوز مخاطر الحكم بعدم الدستورية ومن خلالها يعمد إلى الزام المشرع إلى إعادة بحث الحكم التشريعي موضوع سؤال الأولوية الدستورية المثار وتنقيحه حتى يصبح مطابقا لأحكام الدستور كما أن هذه التقنية أيضا تشكل أسلوبا للحوار بين المجلس الدستوري والمشرع بغرض تنمية الروابط

[1] -Décision n5012/473 qpc du26/06/2015.

[2] -شعبان أحمد رمضان أحمد،مرجع سابق،ص.ص440-441.

[3] - شعبان أحمد رمضان أحمد،المرجع نفسه،ص442.

المنتجة بينهما بغرض الزام المشرع بإحترام أحكام الدستور عن طريق التزامه بالتفسير الذي يقرره المجلس الدستوري،والذي يعد قيدا لدستورية الحكم التشريعي موضوع المسألة الدستورية.

أما بالنسبة للاعتبارات العملية فقد كرسها المجلس الدستوري الفرنسي في عدة مجالات مثالها المجال الضريبي:بموجب القرار الصادر عن المجلس الدستوري رقم 2016/555 ومفاده كالتالي:

احالت محكمة النقض بتاريخ 2016/05/24 الى المجلس الدستوري مسألة دستورية ذات أولية تتعلق بنص المادة الأولى من القانون رقم1453/77 المؤرخ في 1977/12/29 والمشار اليها في المادة 228 من قانون الاجراءات الضريبية،وقد فسرت محكمة النقض عبارة(شرط مسبق لقبول الدعوى) الذي تضمنته الفقرة الأولى من هذه المادة على أساس أنه يعد لتحريك الدعوى العامة لقمع بعض المخالفات الضريبية،لايداع شكوى سابقة من مصلحة الضرائب،واعتبر الطاعن ان ذلك ترتب عنه خرق لمبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ استقلال السلطة القضائية .

وقد توصل المجلس الدستوري الى انه((**ينبع من مبدأ استقلال السلطة القضائية التي ينتمي اليها أعضاء النيابة العامة،مبدأ تتولى النيابة العامة طبقا له وبكل حرية في سعيها لحماية مصالح المجتمع تحريك الدعوة العامة امام المحاكم الجنائية،وقضى بأن الأحكام المتنازع فيها كما فسرتها محكمة النقض لا تسبب اخلالا غير متناسب مع هذا المبدأ على أساس 03 عناصر،فبمجرد ايداع الشكوى من مصلحة الضرائب يكون للمدعي العام ان يقرر بحرية تامة مدى ملائمة رفع الدعوى والجرائم التي تتطلب شكوى سابقة من ادارة الضرائب لسير الدعاوى تتعلق بأفعال تضر بالمصالح المالية للدولة وتسبب ضررا في المقام الأول لخرينة الدولة وبالتالي في حالة عد م تمكن الادارة التي تكون قادرة على تقدير خطورة الضرر الذي يلحق بهذه المصالح الجماعية التي يكفلها القانون الضريبي،لا**

تقوم بتقديم شكوى وان غياب تحريك الدعوى العمومية التي تنجم عن ذلك لا يشكل اضطرابا كبيرا للنظام العام،وأن اختصاص تقديم شكوى الزامية سابقة يقع على عاتق الادارة التي تقوم بتحريك الدعوى في اطار احترام سياسة جنائية تحددها الحكومة طبقا للمادة 20 من الدستور وتماشيا مع مبدأ المساواة وعليه قرر المجلس أن عبارة(كشرط مسبق لقبول الدعوى) من المادة المذكورة أعلاه مطابقة للدستور.)) [1]

وباستقراء القرار أعلاه يتبين منه أن المشرع اعمل اعتبارات عملية قدر من خلالها مصلحة الإدارة ممثلة في مصلحة الضرائب ووجوب فرض آليات تمكنها من جباية الضرائب اللازمة وتكون لها سلطة تقدير حالات تدخلها وفي المقابل يكون للنيابة العامة سلطة تقدير مدى ملائمة ذلك التدخل لتحريك الدعوى من عدمه،بالإضافة إلى اجرائه موازنة بين المصالح الخاصة بالجهة الإدارية ومصلحة الممول وبالتالي اشتراط تقديم شكوى من مصلحة الضرائب ضد الممول الممتنع عن سداد الضريبة تشكل شرط ضروري وحجة في مواجهة الممول قبل تحريك الدعوى الجنائية ضده،ويستخلص أن هذا القيد يعد ضمانة للممول في مواجهة ادارة الضرائب وقد ارتأي القاضي الدستوري ملاءمته وتناسبه كقيد على ادارة الضرائب لصالح الممول الضعيف. [2]

وبموجب اعمال الاعتبارات العملية توصل الى مطابقة النص المحال عليه للدستور ،وأسسه على ان غياب تحريك الدعوى العمومية المتعقلة بهذه الحالة ،لا يشكل اخلالا كبيرا بالنظام العام،باعتباره يندرج في نطاق السلطة التقديرة للادارة .

[1] -Décistion n2016/555 qpc du 22/07/2016 disponible sur le site http :www.conseil-constitutionnel.fr

[2] –السيد علي محمد الغماري،الدور الإنشائي للقاضي الدستوري دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة المنوفية،2018،ص.ص681–682.

الفرع الثاني:تقنيات القاضي الدستوري في معالجة القانون الحي:

المتتبع لعمل المجلس الدستوري الفرنسي،يتبين له انه يعتمد آلية التحفظات في التفسير، بشأن التفسير القضائي المستقر للمحاكم العليا(القانون الحي) بغرض جعل ذلك التفسير مطابقا للدستور، بدلا من تقرير عدم دستوريته،عن طريق منحه تفسير يجعله مطابقا للدستور [1] وبالتالي حلول تفسير المجلس الدستوري محل تفسير المحاكم العليا للحكم التشريعي، والغرض من اعمال هذه الالية في هذا المجال هو المحافظة على الحكم التشريعي وتطهيره من التفسير القضائي الذي يجعله مخالفا للدستور.

ولكن التفسير لا يتوقف فقط عند معنى المحافظة على الحكم التشريعي على النحو المشار اليه، أعلاه بل قد تتعدى سلطة المجلس الدستوري في هذا المجال ،الى اعادة النظر في التفسير القضائي المستقر للمحاكم العليا بشأنه، ووضع حكم تشريعي جديد ،وهو ما كرسه بموجب قراره المؤرخ في 2015/12/04 المتعلق بآثار التمثيل التبادلي للأشخاص الخاضعين للضريبة المشتركة بعد الانفصال،واثيرت مسألة الدستورية ضد المادة L.54 A من قانون الاجراءات الضريبية،على النحو الذي فسره مجلس الدولة،وقد حددت تلك المادة النتئج الاجرائية المترتبة على مبدأ الضريبة المشتركة الوجوبية للأزواج والشركاء،وكذلك تنص على مبدأ المسؤولية التضامنية للازواج في مجال الضريبة على الدخل.

وتتضمن تلك المادة قاعدتين هما:الاولى ان لكل من الزوجين صفة في متابعة الإجراءات الخاصة بالضريبة على كل دخل الأسرة،أما الثانية أنها تقيم قرينة غير قابلة لاثبات العكس في موضوع التمثيل التبادلي للازواج وتتمثل في كون الإقرارات والردود والأعمال الإجرائية التي تصدر عن أحد الزوجين أو يتم اعلانها إلى أحدهما يتم الاحتجاج بها في مواجهة الآخر بقوة القانون.

وقد لقيت هاتين القاعدتين توسيع من قبل مجلس الدولة بحيث أصبح النص المتنازع فيه يشكل الاشخاص المنفصلين أو المطلقين.

[1] -A.pizzrusso,procédure et technique de protection des droits fondamentaux, précité, p408.
يمكن الاطلاع على هذا المرجع عبر موقع الانترنت.

وقد توصل المجلس الدستوري الى مطابقة تلك المادة للدستور،ولكنه قرنها بتحفظ راعى فيه أوجه عدم الدستورية التي آثارها الطاعن،على نحو يترتب عنه بنائها من جديد،وبين المجلس ان المادة على النحو الذي فسره مجلس الدولة تقيم قرينة غير قابلة لاثبات العكس بين الاشخاص الخاضعين للضريبة المشتركة في مجال التمثيل التبادلي المتعلق بإجراءات رقابة الضريبة المستحقة على الدخل المكتسب في فترة الضريبة المشتركة،بصرف النظر عن مركزهم العائلي أو روابطهم استناد الى عقد الارتباط المدني،أو مسكنهم أثناء هذه الاجراءات،وبالتالي فالاخطار لاحد هؤولاء الأشخاص لسند تحصيل الضريبة الذي يعد الاجراء الأخير في الاجراءات الضريبية يترتب عنه سريان ميعاد الطعن القضائي في مواجهة كل واحد من هؤولاء الأشخاص.

ومفاد التحفظ في التفسير الذي كرسه المجلس الدستوري أن ضمان الحق في الطعن القضائي الفعال يقتضي أن كل شخص من الأشخاص الخاضعين مسبقا للضريبة المشتركة له الحق في ممارسة الطعن القضائي بشرط اعلام الادارة الضريبية بالتغيير في وضع الحالة المدنية أو روابطه استنادا الى عقد الارتباط المدني،أو مسكنه أو عنوانه عند الاقتضاء،وان النص موضوع المسألة الدستورية يتضمن اعتداء غير متناسب على حق ذوي الشأن في مباشرة الطعن القضائي،طالما ان ميعاد الطعن يمكن سريانه دون نقل سند تحصيل الضريبة الى علم كل واحد من الاشخاص الذين خضعوا من قبل للضريبة المشتركة على الدخل.

مما سبق يتبين بوضوح قيام المجلس ببناء كامل لقاعدتين لم تتضمنهما المادة موضوع المسألة الدستورية المثارة وهما التزام ادارة الضرائب باخطار الزوجين السابقين بسند تحصيل الضريبة وتحديد ميعاد خاص للطعن يمنح لكلاهما. [1]

وقد طبق المجلس الدستوري الفرنسي كل انواع التحفظ في التفسير بشأن التفسير القضائي المستقر للحكم التشريعي(القانون الحي)،ومثاله استعمال التحفظ في التفسير البناء بشأن التفسير القضائي لمحكمة النقض للمادة 8-412.Lوالمادة 12-413.L من قانون

[1] -C.severino,la sanction par le conseil constitutionnel d'une interprétation jurisprudentielle constante contraire a la constitution,RFDC,2016,n106,p494,f.perratien,solidarité fiscale des conjoints, des progres,LPA,24/03/2016,n60,p3.

-محمد محمد عبد اللطيف، القانون الحي ورقابة الدستورية ،مرجع سابق،ص169-170.

التأمينات الاجتماعية ويتعلق باستبعاد البحارة من نظام التعويض عن الخطأ الغير مغتفر لصاحب العمل،وتوصل المجلس الى مطابقة ذلك التفسير للدستور،ولكن قرنه بتحفظ مفاده ان هذين النصين لا يجوز تفسيرهما على انهما يمنعان من المطالبة بالتعويض الاضافي من قبل أحد البحارة أمام محاكم التأمينات الاجتماعية ،وذلك متى تعرض بمناسبة تنفيذ عقد العمل البحري لحادث عن الناتج عن خطأ لا يغتفر من صاحب العمل،وبعد مراعاة التحفظ فإن هذين النصين لا يخالفان مبدأ المسؤولية. [1]

كما طبق التحفظ في التفسير بشأن المسألة الدستورية ذات الأولية التي اثيرت ضد التفسير القضائي الذي قدمته محكمة النقض للمادة 3/93 من قانون 1982/07/29 المتعلق بالاتصالات المسموعة والمرئية،ومفاد تفسيرها انه يجوز محاكمة الشخص الذي اتخذ مبادرة انشاء خدمة اتصالات للجمهور عبر الانترنت بقصد تبادل الاراء في مجالات محددة وقدم نفسه على أساس أنه منتج،وفي هذه الحالة لا يجوز له التمسك بأن الرسائل التي طرحت على الانترنت لم تكن موضوعا لاثبات سابق،ولا ينفي تحديد المسؤول عن هذه الرسائل واعتبر الطاعن ان ذلك التفسير يشكل اعتداء على قرينة البراءة ومبدأ مشروعية الجرائم والعقوبات.

وقد توصل المجلس الى تقرير تحفظ على ذلك التفسير وبموجبه اعتبر أنه لا يجوز تفسير الحكم التشريعي موضوع المسألة الدستورية دون اقامة قرينة غير قابلة لاثبات العكس،في مجال المسؤولية الجنائية،بالمخالفة للنصوص الدستورية بحيث تجعل منشط أو منشئ موقع اتصالات للجمهور عبر الانترنت ويضع تحت تصرفهم رسائل موجهة من مستخدمي الانترنت متوفر علمه بها قبل طرحها على الانترنت وبمراعاة التحفظ يصبح ذلك الحكم التشريعي غير مخالف للمادة 09 من اعلان حقوق الانسان والمواطن. [2]

---

[1] -cc,06/05/2011,n127 qpc,RFDC,2011,n88,p838,note M,badel,droit ouvrier,2011,p609,note St,carré.

[2] –محمد محمد عبد اللطيف، القانون الحي ورقابة الدستورية ،مرجع سابق،ص.ص154-155.

-cc.16/09/2011,n164qpc, JCP éd,2011,n46,p2238,note,E,dreyer,RSC,2011,n3,p647,note J.francillon.

الفرع الثالث:تقنيات القاضي الدستوري في معالجة الاغفال التشريعي:

ان اختصاص القاضي الدستوري، يتعلق بدراسة دستورية الأحكام التشريعية الصريحة والواضحة لتقرير مدى مطابقتها للدستور،كما أن رقابتها كما سبق الإشارة إليه تمتد في إطار المسألة الدستورية ذات الأولية إلى رقابة الإغفال التشريعي إذا تضمن انتهاك أو انتقاص من الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور،وما يهمنا في هذا الجانب هو منهاج تعامل القاضي الدستوري مع الاغفال الدستوري في غياب النص الصريح والواضح الذي يختص برقابته كأصل عام وبغرض تحقيق التوازن بين القاضي الدستوري والمشرع وجدت عدة مناهج يتعبها القاضي الدستوري لمعالجة الاغفال التشريعي وندرسها ضمن عنصرين هما:

-المعالجة الثنائية للاغفال التشريعي.

-المعالجة الفردية للاغفال التشريعي.[1]

❖ **المعالجة الثنائية للاغفال التشريعي:**

يختص القاضي الدستوري بإجراء المعالجة التشريعية، وتنفيذ ما تسفر عنه تلك المعالجة من قرار يعود للمشرع بغرض التدخل لمعالجة ذلك الإغفال،أي أن هذه المعالجة تتم بالمشاركة بين القاضي الدستوري والمشرع،فالمبادرة تكون من طرف القاضي الدستوري غير أن التطبيق يرجع للمشرع بغرض تنفيذ الحل،وتتم هذه المعالجة بأسلوبين هما:

-القرار الكاشف للإغفال التشريعي:

في هذه الحالة ينحصر دور القاضي الدستوري على الكشف عن وجود اخلال دستوري تحقق بسبب ذلك الاغفال التشريعي،ومن ثم اخطار السلطة التشريعية بوجوده، [2] وليس من شأن هذا القرار ترتيب أي أثر الزامي في مواجهة السلطة التشريعية لان هذا القرار يقتصر فقط على الكشف عن الاغفال واخطار السلطة التشريعية ومؤدى ذلك أن هذه الطريقة في

---

[1]-عمار رحيم الكناني،المحكمة الاتحادية العليا ودورها في بناء دولة المؤسسات دراسة تطبيقية مقارنة،مكتبة القانون المقارن،بغداد،2019،ص.ص245-246.

[2]-عبد الحفيظ علي الشيمي،رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،بدون سنة نشر،،ص137.

المعالجة تؤسس على حسن نية المشرع،وبالتالي ففي هذه الحالة لا يصدر قرار بعدم الدستورية ويبقى للسلطة التشريعية سلطة تقديرية مطلقة حيال التجاوب مع القرار الكاشف للإغفال.

-القرار الايعازي لمعالجة الاغفال التشريعي:

ويتميز هذا القرار بأنه أكثر صرامة بسبب استخلاص عدم حسن نية المشرع بشأن الاغفال التشريعي،وامتناعه عن تنفيذ القرار الدستوري المتضمن اخطاره بوجود الاغفال وحسب مدلول الايعاز فإن القرار الايعازي يصدر في عدة صيغ تتضمن نصائح وتوصيات وتوجيهات وطلبات للمشرع،بغرض معالجة ذلك الاغفال [1] وهذا القرار يصطللح عليه في فرنسا بقرار المطابقة بتحفظ وقد سبق شرحه،ويتضمن القرار الصادر من المجلس الدستوري الفرنسي لمعالجة الإعفال التشريعي رفض الطعن بعدم الدستورية وإلان تطابق الحكم التشريعي الخاضع للرقابة مع الدستور،مع تركيز توجيه خطابه إلى المشرع بحثه على عدم التخلي عن اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية في الحالات التي يترك فيها للسلطة التشريعية سلطة تقديرية واسعة لممارسة سلطاته،على نحو تصبح فيه قادرة على تعديل أحكام القانون بالحذف أو الإضافة،فيكون الهدف من هذا الخطاب تذكير هذه السلطة بوجوبية عدم تجاوز حدود اختصاصها،وتذكير المشرع بعدم التخلي عن اختصاصه. [2]

وحسب الظاهر للقرار أنه ينطوي فقط على مجرد تقديم النصح والتوجيه للمشرع الا انه بإمكان القاضي الدستوري صياغته في طابع ملزم للمشرع ومفاده أن يعلمه بأنه إذا بقي النص التشريعي غير مطابق للدستور و لم يتدخل المشرع خلال أجل معين لازالة ذلك الاغفال فإن مصير ذلك النص بموجب قرار لاحق هو تقرير عدم دستوريته،كما قد يتدخل القاضي الدستوري بتحديد وسائل للمشرع لتفادي وقوعه في الاغفال التشريعي. [3]

---

[1]-عمار رحيم الكناني،مرجع سابق،ص248.

[2] -Drago guillaume,l'exécution des décisions du conseil constitutionnel :l'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois,economica,P.U.A M ,1991,.p228-229.

[3]-عبد الحفيظ علي الشيمي،مرجع سابق،ص153.

❖ **المعالجة الفردية للاغفال التشريعي:**

ابتكر القاضي الدستوري هذا النمط من المعالجة على اثر فشل النمط الثنائي السابق الاشارة له ولا تؤسس المعالجة الفردية على توجيه القاضي الدستوري خطابا للمشرع بل تتم يبني القاضي ادستوري للحل وتطبيقه بمفرده وتتم طبقا لأسلوبين هما:

-القرار الاستئصالي(الاستبدالي).

-القرار المكمل.

-الاسلوب الاستئصالي:(الإلغاء الجزئي للحكم التشريعي الغير مطابق للدستور)

في هذه الحالة اذا تبين للقاضي الدستوري،ان الحكم التشريعي في جزء منه مشوب بعيب الاغفال التشريعي، فإنه يصدر قرار بالغاء ذلك الجزء ولا يمتد أثر الإلغاء الى الحكم التشريعي برمته،وهذه الطريقة طبقها المجلس الدستوري الفرنسي، وبالتالي فإن القرار يبنى على استئصال النص التشريعي الضمني الغير مطابق للدستور [1]،ومنه فالالغاء الجزئي يهدف من ورائه القاضي الدستوري الى حماية السلطة التقديرية للمشرع،باعتباره صاحب الاختصاص بمعالجة القصور الذي تضمنه النص التشريعي،دون ان يكون هناك منهج محدد له من قبل القاضي الدستوري وهذه الطريقة تقوم على اعمال القاضي الدستورية عنصر الموازنة بين حماية المشرع وبالضبط السلطة التقديرية له وبين حماية الدستور. [2]

وقد اعتمد المجلس الدستوري الفرنسي على هذا الأسلوب ولكن على نحو مختلف لما هو مكرس في القضاء الدستوري المقارن الذي يقوم على الالغاء الجزئي للنص المخالف للدستور في حين أن المجلس الدستوري الفرنسي يتولى اصدار قرار بدستورية النص الخاضع للرقابة إلا أنه يضمنه في نفس الوقت خطابا تفسيريا استبداليا يحقق الغرض المطلوب من الرقابة على الإغفال التشريعي،دون اللجوء إلى الغاء النص أو جزء منه وهو

---

[1]-محمد فريد المشايخ،رقابة القضاء الدستوري للنقص التشريعي دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،بدون سنة نشر،ص305.

[2]-سليمان الطماوي ،القضاء الإداري،قضاء الإلغاء،المجلد 2،دار الفكر العربي،القاهرة،1976،ص1027.

ما يصطلح عليه في قضاء هذا المجلس بالأحكام الصادرة بالتطابق مع الدستور بشرط مراعاة التفسير الاستبدالي(مراعاة التحفظ). [1]

وبالتالي يمكننا استخلاص الطبيعة القانونية للقرار الاستبدالي على نحو ما هو مكرس في القضاء الدستوري المقارن وفي قضاء المجلس الدستوري الفرنسي ،فالقرار الصادر بالإلغاء الجزئي للنص محل الرقابة حسب ما يكرسه القضاء الدستوري المقارن يعد قرارا بعدم الدستورية في حين أن القرار الاستبدالي الذي يصدره المجلس الدستوري الفرنسي على النحو المبين سابقا فإنه يعد قرارا برفض الطعن بعدم الدستورية.

-القرار المكمل:

في هذه الحالة يصدر القاضي الدستوري قرارا يتضمن تفسير الحكم التشريعي مع الإضافة له الجانب الذي أغفله المشرع حتى يصبح مطابقا للدستور ،دون أن يقضي بعدم دستورية النص محل الإغفال،ومناهج التفسير الذي يعتمدها القاضي بهذا الشأن موزعة على ثلاث أنماط وهي:

-التفسير الانشائي: وغايته سد الفراغ التشريعي للنص عن طريق إعادة تكوين النص الملغى بإضافة القاعدة المغفل عنها ليكون النص موضوع المسألة الدستورية مطابقا للدستور ،فالرقابة في هذه الحالة لا تنصب على القانون لما نص عليه صراحة وإنما تنصب على ما لم ينص عليه القانون لقصور المشرع مما يمكن وصفه بعدم دستورية صمت القانون. [2] وفي فرنسا تبنى المجلس الدستوري الفرنسي أسلوب التفسير المنشئ الذي يرجع الفضل في ظهوره للفقيه (louis favoreu) والذي عرفه بأنه"الإضافة للنص ما ينقصه حتى يصبح مطابقا للدستور وذلك بمناسبة تفسيره"،إلا أن لجوء المجلس الدستوري الفرنسي إلى تطبيق أسلوب قرار التفسيري المنشئ مقيد بضابطين هما:

---

[1]-عيد أحمد غفلول،فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة،مرجع سابق،ص332.

[2]-سرى حارث عبد الكريم الشاوي،آثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية الحقوق،جامعة النهرين،2018،ص266.

*الضابط الأول:إعمال أسلوب التفسير المنشئ يكون في إطار منهج التفسير المحايد،هذا الأخير ينصرف مدلوله إلى قيام القاضي الدستوري بإفراغ النص أو جزء منه الخاضع لرقابته من مضمونه القاعدي بحيث ينعدم أثره القانوني،أو تحديد التفسيرات التي يحتملها النص ثم استبعاد التفسير الذي من شأنه الاحتفاظ به أن يؤدي إلى تعارض النص مع الدستور.

*الضابط الثاني:يتمثل في الحدود التي أقرها المجلس لنفسه في رقابته على دستورية القوانين من شأنها أن لا تهدر مبدأ الفصل بين السلطات أو تؤدي به إلى صراع مع المشرع، ومثال ذلك ما قضى به المجلس الدستوري الفرنسي في مجال مراقبته لدستورية القوانين (عدم امتلاكه سلطة عامة في التقدير والتقرير تماثل سلطة البرلمان) (استبعاد أي جدل قضائي حول ملائمات التشريع). [1]

-التفسير المحايد: ومفاده عدم الاضافة الى النص التشريعي بل يعتمد فقط على تفسير من قبل القاضي الدستوري،أي هو عبارة عن إعادة أو تكرار للعبارات الواردة في النص لتأكيد المقاصد والمعاني التي أوردها المشرع في النص من دون إضافة أو ابتكار لمعاني لم ترد في صيغة النص أو إعادة صياغته بطريقة تخالف النص الصادر عن السلطة التشريعية. [2]

-التفسير التوجهي(الندائي): ويطلق على هذا التفسير في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي اصطلاح (المطابقة الدستورية المشروطة)،أو (المطابقة للدستور بتحفظ)ويعتمد هذا التفسير على توجيه القائمين على تطبيق القانون باتباع منهج معين أو اتباع الضوابط والتحفظات التي قررها القاضي الدستوري خلال تفسيره للنص موضوع الرقابة حتى يصبح ذلك النص مطابقا للدستور. [3]

---

[1]-عيد أحمد غفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة،مرجع سابق،ص.ص301-302.

[2]-سرى حارث عبد الكريم الشواي،نفس المرجع،ص269.

[3]-عبد العزيز محمد سالمان،رقابة الاغفال التشريعي في القضاء الدستوري،بحث يمكن الاطلاع عليه عبر الموقع الالكتروني التالي:

https://e-law.yoo7.com/t232-topic تاريخ الاطلاع 2020/12/05 على الساعة 3 مساء.

مما سبق نستخلص أن دساتير الدول محل المقارنة ،لم تتضمن أي نص يكفل لجهة الرقابة الدستورية ممارسة اختصاصها بالرقابة على الإغفال التشريعي،إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي تمكن في ظل خلو النص الدستوري المكرس لمثل هذا الاختصاص من خلال استعمال سلطته في التفسير أن ينشأ منهجا قضائيا لمواجهة الإغفال التشريعي يتجلى في مظهرين هما:

*المظهر الأول:رقابة حالات الفراغ أو النقص التشريعي التي أفرزها تطبيق القانون بعد دخوله حيز النفاذ والتي يكون سببها إغفال المشرع تنظيم مسألة معينة.

*المظهر الثاني من خلال الاعتماد على قواعد توزيع الاختصاص التشريعي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية المنصوص عليهما في المادتين 34 و37 من الدستور،التي حددت نطاق الانفراد التشريعي للسلطة التشريعية في مجالات معينة،ولا يجوز تفويضها إلى السلطة التنفيذية وبالتالي تمكن المجلس الدستوري الفرنسي من خلال قواعد الاختصاص فرض رقابته على تهرب السلطة التشريعية من مباشرة اختصاصها التشريعي عن طريق التفويض أو الإحالة التشريعية المفرطة للسلطة التنفيذية،كما تجنب إصدار قرار بعدم دستورية النص محل الإغفال التشريعي عن طريق تفضيله ما يسمى بقرار المطابقة بتحفظ (القرار الاستبدالي على نمط المجلس الدستوري الفرنسي المقرون بتحفظات) على النحو السابق بيانه،وهذا ما نأمل أن ينتهجه قضاء المحكمة الدستورية في الجزائر والمغرب. [1]

[1]–سرى حادث عبد الكريم الشاوي،مرجع سابق،ص281.

الفصل الثالث:تقيم تجربة سؤال الأولوية الدستورية.

نهدف بدراستنا لتقيم تجربة سؤال الأولوية الدستورية ،وفقا للتشريعات موضوع المقارنة،بداية بالنموذج الفرنسي وذلك بغرض تجاوز القراءة القانونية الضيقة وذلك بالانفتاح على العمل القضائي للمجلس الدستوري،والتأويلات المقدمة بموجب اجتهاداته والمعنى الذي يقدمه للنصوص القانونية،ومدى تأثير الرقابة اللاحقة على مكانة المجلس الدستوري وعلاقته بالسلطة القضائية ،وكذا البحث في المضامين التعديلية التي قدمتها السلطة التشريعية تزامنا مع ممارسة المسألة الدستورية ذات الأولوية ثم تقيم هذه التجربة في النموذجين المغربي والجزائري.

المبحث الأول:مرتكزات الاجتهاد القضائي للمجلس الدستوري والمحكمة الدستورية.

بالنسبة للتشريع الفرنسي فإن هذه المرتكزات ذات طابع سياسي،وقضائي ولم تلقى الترحيب بمضامينها،ووصف المجلس الدستوري بأنه أصبح أكثر تحكما في اختيارات المشرع،ودون أن يراعي في مناهج عمله خصوصية سؤال الأولوية الدستورية ،قياسا بالرقابة القبلية،كما أن الإبقاء على مقتضى معيب دستوريا والتأجيل الزمني لإلغائه وان يحترم قاعدة دستورية،إلا أنه غير ملائم من ناحية مقومات الدولة،نفس الوضع بالنسبة للتشريعين المغربي والجزائري ونتطرق لدراسة هذه المرتكزات من خلال العناصر التالية:

المطلب الأول:عدم الاختصاص بمراقبة تقدير قاضي الموضوع.

إن المجلس الدستوري الفرنسي أو المحكمة الدستورية بالمغرب والجزائر اعتبروا أن المعيار الأول للإحالة والمتعلق بأن يكون المقتضى مطبقا على النزاع أو على الإجراءات أو يشكل أساسا للمتابعات،يخضع فقد لتقدير المحاكم العليا المختصة بسلطة الإحالة عليهما،ففي قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 1-2010 المؤرخ في 2010/05/28،استبعد المجلس الدستوري نوعين من الطلبات،ترمي إما إلى الفصل في دستورية مقتضيات تشريعية أخرى مطبقة على النزاع،غير تلك التي أحليت عليه،أو عدم تقدير بعض المقتضيات المحالة عليه والتي لم تكن لتطبق على النزاع،فالمجلس الدستوري قد خص قاضي الإحالة بالبحث في مدى تطبيق المقتضى على النزاع،لذلك اعتبر أنه"لا

يعود للمجلس الدستوري الذي أحيلت عليه مسألة دستورية ذات أولوية،إعادة النظر في القرار الصادر عن مجلس الدولة أو محكمة النقض،بتطبيق المادة 5/23 والتي تنص على تطبيق المقتضى من عدمه على النزاع،أو الإجراءات أو يشكل أساسا للمتابعات."

وهذا التوجه مبرر بالنظر إلى وظيفة القاضي الدستوري،وبالتالي فالمجلس الدستوري ليس قاضي النزاع،ويقتصر دوره فقط على مطابقة المقتضى التشريعي مع الدستور،ومنه لا يجوز له التصريح بتطبيق المقتضى المحال عليه على النزاع،وأكد المجلس الدستوري هذا الاجتهاد في قراريه رقم 2010/71 المؤرخ في 2010/11/26،و2012/227 المؤرخ في 2012/03/30.

المطلب الثاني:تكريس حدود العمل بين الرقابة واختصاص التشريع.

يقتصر عمل المجلس الدستوري الفرنسي أو المحكمة الدستورية بالمغرب والجزائر على فعل الرقابة دون امتداده لاختصاص التشريع باعتباره من صلاحيات البرلمان،وبرر المجلس الدستوري الفرنسي ذلك بأنه لا يملك سلطة عامة في التقدير مشابهة لتلك التي يملكها البرلمان،وبالتالي ليس من صلاحيات القاضي الدستوري الإشارة إلى تعديلات الاجراءات الجزائية التي يجب اختيارها لمعالجة عدم الدستورية،[1]وان الغاية من تحديد تاريخ لاحق لنفاذ قرار إلغائه إنما تهدف إلى السماح للمشرع لتقدير الإجراءات التي يجب أن تمنح لتصريحه بعدم الدستورية.[2]

[3]وقد طبق هذه القاعدة في مواجهة البرلمان الوطني،وفي مواجهة برلمان كاليدونيا الجديدة،بتصريحه أن"المجلس الدستوري لا يتوفر على سلطة مماثلة لتلك التي يتوفر عليها برلمان كاليدونيا الجديدة".

إلا أن هذا التأكيد من قبل المجلس الدستوري على عدم امتداد العمل الرقابي إلى الاختصاص التشريعي للبرلمان،قوبل لدى بعض الفقه بأنه يحجب عمليا تحكم المجلس الدستوري في صياغة القانون الجديد،على اعتبار أن العمل التشريعي يبدأ بمبادرة من

[1] -Décision n2010-14/22 qpc du30/07/2010.
[2] - Décision n2010-108 qpc du25/03/2010.
[3] - Décision n2011-208 qpc du13/01/2012.

المجلس الدستوري،وطبقا لجدول محدد من طرفه،بالإضافة إلى تحكمه في تقدير حرية المشرع الذي يتعين عليه الأخذ بعين الاعتبار ملاحظات المجلس الدستوري المعبر عنها في مضمون قراره،ولا تعتبر هذه الخلاصات الفقهية مجرد آراء نظرية على اعتبار أن لجنة القوانين الدستورية والتشريع والاستفتاء بالجمعية الوطنية أقرت بوجود هذا الإكراه بتصريحها أن"البرلمان أصبح مكرها من قبل المجلس الدستوري سواء في تحديد جدول أعماله كما في مضمون تشريعه. [1]

المطلب الثالث:تنويع الأثر الزمني لقرارات إلغاء المقتضى التشريعي.

طبقا للمادة 62 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2008، فإن المقتضى التشريعي المصرح بعدم دستوريته يعد لاغيا من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري،أو من تاريخ لاحق يحدد بموجب ذلك القرار،ويحدد المجلس الدستوري الشروط والحدود التي يجوز فيها إعادة النظر في الآثار المترتبة عن ذلك المقتضى،وبالتالي فإنه بإمكان المجلس الدستوري أن يحدد تاريخا لاحقا لنفاذ قرارات الإلغاء مخالف لتاريخ نشرها،وبالتالي فالمجلس الدستوري يشير في حيثيات القرار إلى تاريخ الإلغاء،والأسباب التي أسس عليها ذلك الحل،والتحديد الدقيق للمقتضيات الملغاة.

كما أن الإلغاء اللاحق للمقتضيات التشريعية،عادة ما يكون بصفة صريحة،في صلب قرار المجلس الدستوري مقترنا بالتأكيد على المبدأ أن أثر التصريح بعدم الدستورية،يمنع على المحاكم تطبيق القانون الملغى،ليس فقط على الدعوى المثار بشأنها المسألة الدستورية ذات الأولوية،بل على كل الدعاوى السارية بتاريخ القرار،وأن أي استثناء على هذا المبدأ يجب أن يكون مضمنا بشكل صريح في حيثيات قرار المجلس الدستوري.

وهناك عدة أساب قدمها المجلس الدستوري لتبرير تأجيل الإلغاء،ومنها على سبيل المثال:

-تمكين المشرع من معالجة اللادستورية المثبتة.[2]

---

[1]-محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية،الاطار القانوني والممارسة القضائية،ط1،مطعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،2013،ص106.

[2] -Décision n2011-208 qpc du13/01/2012.

-تمكين المشرع من تقدير الأثر المناسب إعطاؤه لهذا التصريح بعدم الدستورية.[1]

-الإلغاء الفوري للمقتضيات الغير دستورية يتجاهل أهداف منع الاعتداءات على النظام العام والبحث عن مرتكبي المخالفات،ويؤدي إلى نتائج وخيمة.[2]

ووصفت الآجال المتروكة للمشرع للتدخل قصد وضع مقتضى قانوني جديد،بأنها منطقية وإن تباينت في تحديد مدة التأجيل داخل الزمن لآثار التصريح بعدم الدستورية،ومنه فاختيار تاريخ الإلغاء الفعلي لا يتم اعتباطا،بل يتم باستحضار معطيات معينة،كإكراه وضع قانون للمالية قرارات رقم 2010/01،2010/83،2010/108.

المطلب الرابع:منهج عمل المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية وصعوبة الخروج من نموذج الرقابة السابقة.

لقد حافظ المجلس الدستوري الفرنسي وكذا المحكمة الدستورية في الجزائر والمغرب، على الوسائل التحليلية والقضائية في فحص دستورية المقتضيات التشريعية،من زاوية احترامها للحقوق والحريات المضمونة دستوريا ومنه لم تحدث المسألة الدستورية ذات الأولوية تغيرات عميقة في مناهج عمل المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية.

ولا يتعلق الأمر بعدم القدرة على الابداع ولا بعدم مراعاة خصوصية الرقابة البعدية،قياسا بالرقابة القبلية،بل يعكس وضعا قانونيا ذلك أن الدعوى أمام المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية تبقى مجردة ومنفصلة عن الدعوى الأصلية،وكذا تفضيلهما للاستقرار والأمن القانوني،جعلهما يستعيران من الرقابة القبلية ثلاث مناهج تتمثل في:

-منهج التحقق من وجود مصلحة عامة في عمل المشرع:يقدم الاجتهاد القضائي للمجلس الدستوري الفرنسي في مجال المسألة الدستورية ذات الأولوية،قراءة جديدة للمادة 1/61 من الدستور،فقد أعتبر في العديد من قراراته أن خرق الحقوق والحريات من قبل المشرع لا يشكل خرقا للدستور،مادام هناك مصلحة عامة راع المشرع تحقيقها أو وضعها كغاية للقانون لذا فإن المجلس الدستوري في مراقبته لمدى احترام الحقوق والحريات المضمونة دستوريا سيعمل

[1] - Décision n2011-190 qpc du21/10/2011.
[2] - Décision n2010-14/22 qpc du30/07/2010.

على التحقق من حقيقة هذه المصلحة،ومن كفايتها قياسا بالخرق الذي يتسبب فيه القانون المعني للحقوق والحريات المضمونة دستوريا.

ومن خلال هذا النموذج لقرارات المجلس الدستوري يتضح هذا التوجه فيما يلي:

"وحيث وأنه من جهة إذا كان يمكن للمشرع في أي وقت شاء في نطاق ممارسته لصلاحياته،تعديل نصوص سابقة أو إلغائها عبر وضع بديلة عنها،فإن ذلك مشروط بإتباع هدف كاف للمصلحة العامة،وفي احترام لقرارات العدالة الحائزة لقوة الشيء به وكذا لمبدأ عدم رجعية العقوبات،ومن جهة أخرى فإن العمل المعدل أو المصادق عليه يجب أن لا يتجاهل أي قاعدة،ولا أي مبدأ ذي قيمة دستورية إلا إذا كان هدف المصلحة العامة المستهدف هو نفسه،ذات قيمة دستورية. [1]

وفي إطار المنهج ذاته قد يعمد المجلس الدستوري للتحقق من غياب التفاوت بين أثر القانون المعني والغايات المرجوة منه،ومدى مراعاته أيضا لمبدأ التوفيق بين المصالح المتباينة:

"وحيث أن الطرف المدني ليس في وضعية مماثلة للشخص قيد التحقيق أو النيابة العامة،وأن المقتضى المطعون فيه في حالة غياب طعن من قبل النيابة العامة أن يحد من إمكانية الطرف المدني من إلغاء عبر محكمة النقض لقرارات غرفة التحقيق التي تبت في تشكيل الجريمة ،وفي توصيف الوقائع،وفي صحة الإجراءات في حالة خرقها للقانون وأن الحد من ممارسة الطرف لحقوقه المضمونة وفقا للإجراءات الجنائية أمام محكمة التحقيق وبشكل فعلي يشكل تضيقا غير مبرر لحقوق الدفاع مما يؤدي بالنتيجة بالتصريح بكون المادة 575 من المدونة الجنائية مخالفة للدستور.[2]

-منهج المراقبة الكلية:في إطار الفصل في المسألة الدستورية ذات الأولوية يعتمد المجلس الدستوري إلى توظيف منهج المراقبة الكلية،لدستورية المقتضى التشريعي المطعون فيه،وهذا ما يفيد أن فحص المقتضى التشريعي موضوع المسألة لا يتم من خلال المآخذ الدستورية التي قدمت من قبل الأطراف ولكن أيضا من

[1] -Décision n2010-19/27 qpc du 30/07/2010
[2] --Décision n2010-15/23 qpc 23/07/2010.

خلال مجموع الحقوق والحريات المضمونة دستوريا،ولكن التساؤل الذي يطرح من خلال هذا المنهج يتمثل في:هل الرقابة البعدية لدستورية القانون تتم فقط طبقا للأحكام الدستورية المثارة في عريضة الطعن أم تمتد إلى رقابة دستورية شاملة تشمل كل أحكام الدستور؟وما هو الأساس القانوني لهذا الاختيار المنهجي؟هل يترتب عن الرقابة الشاملة لدستورية المقتضى التشريعي التشكيك في البناء القانوني القائم؟وهل يترتب عن هذا المنهج التعارض مع فكرة الرقابة البعدية القائمة على فرضية أن القانون مطابق للدستور كمبدأ؟.

من المبررات التي ساقها مؤيدوا هذا الاختيار المنهجي لعمل المجلس الدستوري،تتثمل في كونه محكوما بالبحث عن نوع من الأمن القانوني،ولا يترتب إلا من خلال توقيعه القاعدة القانونية واستقرار الوضعيات القائمة،بالإضافة إلى المنهج يخول المجلس الدستوري منح براءة دستورية حقيقية للمقتضى التشريعي المطعون فيه.

في حين استند معارضي هذا المنهج للمبررات التالية:

-أن منهج المراقبة الكلية يتعارض مع منطق الرقابة البعدية المؤسسة على إمكانية ممارستها لمرات عديدة،على عكس الرقابة القبلية التي توظف لمرة واحدة فقط.[1]

-يترتب عن هذا المنهج جعل الرقابة البعدية مجرد دورة استدراكية لرقابة القبلية،لأن منطق الرقابة البعدية يتأسس على إمكانية السماح للمتقاضين بالرجوع للقاضي الدستوري في كل مرة يقدرون فيها أن المقتضى التشريعي يمس بالحقوق والحريات المضمونة دستوريا.

إن ما دفع المجلس الدستوري للإستقرار في اجتهاداته على الإلتزام بمنهج المراقبة الكلية،هو المفاضلة بين الاستقرار والأمن القانوني وحق المتقاضين وبشكل دوري في إثارة المسألة الدستورية ذات الأولوية ،وكان بإمكان المجلس الدستوري الإجابة على المآخذ الدستورية المثارة في عريضة المسألة،وتخويل المتقاضي إذا قدر بأن المقتضى محل الدفع مخالف لحقوق وحريات مضمونة دستوريا غير تلك التي أثيرت من قبل،تحريك المسألة الدستورية ذات الأولوية من جديد. [2]

---

[1]-محمد أتركين،مرجع سابق،ص116.

[2]-محمد أتركين،مرجع سابق،ص117.

-منهج التحفظات التأويلية:

خولت التحفظات التأويلية في إطار الرقابة القبلية تجنب المجلس الدستوري التصريح بعدم دستورية جزء من القانون،وهذا عبر تقنية وضع تأويل يشترط دستوريته،وكرس المجلس الدستوري هذه التقنية بشأن موضوع المسألة الدستورية ذات الأولوية،بموجب قراره رقم 2010/08 المؤرخ في 2010/06/18،الذي تضمن أول تحفظ تأويلي[1]،ليعيد المجلس الدستوري التأكيد على هذا الاختيار المنهجي في قرارات أخرى.

وهنا يطرح التساؤل عن المبرر من إعمال هذه التقنية وتوظيفها في مجال الرقابة البعدية القائمة على رقابة قانون أنتج آثاره ودخل حيز النفاذ؟.

المبرر من نقل تقنية التحفظ التأويلي إلى مجال الرقابة البعدية هو تفادي الوقوع في فراغ قانوني،واستدراك الدستورية التي أغفلتها الرقابة القبلية،واستبعاد الصعوبات المرتبطة بإلغاء المقتضيات التشريعية.[2]

[1] -Décision n2010-08 qpc du18/06/2010.

[2] -محمد أتركين،مرجع سابق،ص118.

المبحث الثاني:انعكاسات سؤال الأولوية الدستورية على مكانة المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية.

ذهب دومينيك روسو إلى "أن التغيرات التي أدخلها سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا هي تلك المتعلقة بالتغير في الثقافة القانونية الفرنسية،فهذه المسألة ستنقل فرنسا من ثقافة القانون إلى ثقافة الدستور،فتاريخ الثقافة القانونية والدستورية الفرنسية أسس على تقديس القانون والذي أعتبر لمدة طويلة عملا غير قابل المساس به،فنحن لا نراقب القانون لأنه التعبير عن الإرادة العامة،فكل مؤسساتنا ستخضع للقانون،فالدستور لم يتم اعتباره سوى نص ثاني،الانتقال من القانون للدستور،يعني الانتقال من سلطة البرلمان –الذي يقوم بصياغة القانون–إلى سلطة القاضي الذي ينطق بالدستور،المرور من ثقافة القانون إلى ثقافة الدستور موجبة بالنسبة للبعض ومع ذلك،فالقانون ليس سوى آلية للأغلبية السياسية فحين أن الدستور يمثل البيت المشترك الذي يعلن عن الحقوق والحريات التي اجتمع حولها الشعب،إن الدستور سيصبح من الآن فصاعدا شأنا للمواطنين ،بحكم أن يستعملونه،سلاحا للدفاع ضد تعسف السلطة،وخصوصا السلطة السياسية،وكذا التغير في الممارسة المهنية بخصوص مهنة القاضي،والذي كان مطالبا منه فقط تطبيق القانون والقضاة من الآن فصاعدا عليهم إصدار أحكام تتعلق بالدستورية،فالقضاة عليهم التصريح بمدى وجود شك جدي حول دستورية القانون،والقدرة على التصريح بذلك،يجب على القضاة أن يقوموا بمعالجة وإن كانت سريعة لدستورية القانون وهو ما كان ممنوعا لحدود الآن"[1]

ويمكن أن نجمل انعكاسات سؤال الأولوية الدستورية على مكانة المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية في ثلاث انعكاسات تتمثل في:

[1] -Dominique rousseau,la réforme de2008,quel enjeux, quelles perspectives ?in le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux :la question prioritaire de constitutionnalité, actes du colloque organisé a limoges le 26/03/210 pulim ;textes réunis par héléne pauliat ,eric négron laurent behtier,p12 .

المطلب الأول:من حوار المؤسسات إلى حوار القضاة:

اعتاد المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية في التشريعات موضوع المقارنة، ضمن الرقابة السابقة على الدخول في حوار مع المؤسسات السياسية، بالنسبة لفرنسا الدخول في حوار مع المؤسسات السياسية للجمهورية الخامسة،والأغلبيات والمعارضة المشكلة لها،واقتصر تدخل تلك الهيئتين في إطار تلك الرقابة خلال الإجراءات التشريعية مباشرة بعد التصويت وقبل إصدار الأمر بتنفيذ القانون،مما جعل صورة حكومة القضاة تتوارى عن عملهما لفائدة الضابط للمجال السياسي ،من خلال تذكيره لمجموع الفرقاء بأولوية الدستور،وبأن السياسة مسيجة بالقانون وأن هذا الأخير ليس تعبيرا عن الإرادة العامة إلا في احترامه للدستور.

إلا أن هذا المعطى تغير بموجب القواعد الجديدة التي حملتها المسألة الدستورية ذات الأولوية، عبر مطالبة المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية في الجزائر والمغرب بالتدخل،بشكل بعدي،في مواجهة قانون ساري النفاذ،وبنظام للتقيم المبدئي يفرض حوار بين المجالس العليا والمجلس الدستوري والمحكمة الدستورية،وتعاونا متبادلا ضمانا للاشتغال الجيد لآلياته،فالمسألة الدستورية ستجعل المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية الموجودتين خارج الجهاز القضائي،وبدون أي رابط تراتبي معه،وفي غياب أي عقوبة على عدم احترام القضاة لحجية الشيء المقضي به لقراراتهم ،مجبرين على الدخول في حوار مع القضاة للوصول إلى توازنات جديدة لم تستشرفها الوثيقة الدستورية،مع استحضار معطى مقارن،يتمثل في كون الرقابة الدستورية البعدية قد أدت في بعض التجارب المقارنة إلى لحظات معارضة بين المحاكم العليا والمحكمة الدستورية،كما هو الحال في التجربة الإيطالية.[1]

[1] -Marc ,Guillaume,l'autorité des décisions du conseil constitutionnel :vers de nouveaux équilibres ?,les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n 30 an2011,p70.

ويترتب عن حوار القضاة بروز نوع من الأزمة الصامتة،قوامها الاختلاف في التقدير والتأويل القانونيين،وهو ما ينعكس على العلاقة بين محكمة النقض والمجلس الدستوري الفرنسي [1]عبر ثلاث مسائل نوردها كالآتي:

الفرع الأول:إحالة محكمة النقض على محكمة العدل بالإتحاد الأوروبي:

بتاريخ 2010/04/16،دعوى فرعية تتعلق بالاستفسار حول مدى مطابقة سؤال الأولوية الدستورية للإتفاقية الأوروبية،ومفاد ذلك أن محكمة العدل بالإتحاد الأوروبي،اشترطت على قضاة الموضوع،كما المحاكم العليا أن تفصل بالأولوية في المسألة الدستورية.

وتضمنت المآخذ والوسائل المثارة في قرار الإحالة مايلي:"يستنتج من المادة 2/23 أن قضاة الموضوع لا يمكنهم أن يبتوا في مدى مطابقة القانون للاتفاقية الجماعية،قبل غحالة المسألة الدستورية وأن المادة 62من الدستور تنص على ان قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي طعن،وأم=نها ملزمة لجميع السلطات العامة،ولجميع السلطات القضائية والإدارية،وهو ما يحرم بالنظر للآثار المترتبة على القانون التنظيمي المؤرخ في 2009/12/10،من إمكانية طرح مسألة فرعية على محكمة العدل للاتحاد الأوروبي،قبل إحالة المسألة الدستورية وفي حالة ما إذا قضى المجلس الدستوري أن المقتضى التشريعي المطعون فيه مطابق للقانون الأوروبي،فإنه لا يمكنهم بشكل لاحق على القرار اللجوء إلى المحكمة الأوروبية عبر مسألة فرعية.

والشيء نفسه انطلاقا من المادة 5/23 بالنسبة لمحكمة النقض التي لا يمكنها في الفرضية ذاتها اللجوء إلى المحكمة الأوروبية،بالرغم من المقتضيات الآمرة للمادة 267 من معادة الاتحاد الأوروبي،ولا الفصل في مطابقة النص لقانون الاتحاد.

مسألة مطابقة القانون التنظيمي المؤرخ في 2009/12/10 لقانون الاتحاد بإلزامه المحاكم بالفصل وبالأولوية في الإحالة على المجلس الدستوري يجب أن يطرح عبر دعوى فرعية،إلى محكمة العدل بالاتحاد الأوروبي.

---

[1]–محمد أتركين،مرجع سابق،ص.ص121 و122.

وبالنظر إلى أنه من جهة الدعوى الأصلية،تضوع موضع تساءل الحد من حرية شخص موجود رهن الاحتجاز،ومن جهة أخرى أن محكمة النقض لا تتوفر إلا على أجل 03أشهر للفصل في إحالة المسألة الدستورية على المجلس الدستوري،وأن هذه العناصر تبرر أن تفصل محكمة العدل بالاتحاد الأوروبي على سبيل الاستعجال."[1]

الملاحظ على موقف محكمة النقض أنها لم تراعي فيه الملاحظات التي أبداها المحامي العام لديها،بالإضافة إلى الملاحظات القانونية التي يثيرها،حيث أن المحامي العام ناصر فكرة رفض إحالة المسألة المعروضة عليه بمبررات "أن المقتضى المطعون فيه وهو البند الرابع من المادة 2/78 من القانون الجنائي قد سبق أن تم التصريح بمطابقته للدستور في حيثيات قرار المجلس الدستوري ومنطوقه،بتاريخ1993/08/05،وأن الإحالة التي يجب الأمر بها هي تلك المتعلقة باللجوء إلى القاضي الدستوري وفق مسألة لا يمكن حلها،وهي التي تستوجب التحقق من مدى مطابقة القانون لاتفاقية دولية وهي العملية التي يرفضها وبشكل مستمر المجلس الدستوري،كما أن الشرط المحدد الفقرة 2من المادة 23 لم يتم استيفاؤه لذا فإنه يجب عدم إحالة المسألة على المجلس الدستوري.[2]

وبناء على الموقف الذي اتخذته محكمة النقض،أقدم مجلس الشيوخ على إدراج تعديل على القانون التنظيمي المتعلق بالمسألة الدستورية ذات الأولوية وذلك بمقتضى القانون التنظيمي رقم 2010/830 المؤرخ في 2010/07/22 المتعلق بتطبيق المادة 65من الدستور،وبموجب اقتراح منhugues portelli،ألغيت اللجنة الخاصة بمحكمة النقض الموكول لها الفصل في المسائل المثارة أمام محكمة النقض أو تلك المحالة عليها من طرف المحاكم التابعة لها. [3]

كما إعتبر Dominique rousseau،أن الدعوى الفرعية لمحكمة النقض غير مؤسسة قانونا للأسباب التالية:

---

[1]-أنظر النص الكامل لقرار الإحالة على الموقع الالكتروني:-http://www.giurcost.org/studi/cass-16 avril-2010-qpc.pdf

[2]-محمدأتركين،مرجع سابق،ص.ص123 و124.

[3]- Jean ,luc,warsmann، الصادر عن لجنة القوانين الدستورية والتشريعية والاستفتاء بالجمعية الوطنية رقم 1898، ص8.

–تجاوزها قواعد قبول سؤال الأولوية الدستورية ،لأنه يجب على محكمة النقض التحقق من أن المقتضى المطعون فيه لم يسبق أن تم التصريح بمطابقته للدستور،في حيثيات قرار المجلس الدستوري ومنطوقه،ففي هذه الحالة فقد سبق للمجلس أن قضى صراحة في قراره المؤرخ في1993/08/05 78/4 من القانون الجنائي مطابقة للدستور،وإذا كانت محكمة النقض في تحققها من قبول المسألة إما أن تحيلها على المجلس الدستوري أو ترفضها،فإنها بهذا القرار ستختار طريقا آخر سيقودها إلى تجاهل تراتبية مبادئ القانون الداخلي.

–لا يوجد ما يمنع المحاكم العليا المعالجة طبقا للقانون الجماعي،وعند الإقتضاء استبعاد المقتضى التشريعي،فالالتزام الوحيد هو احترام الترتيب الكرنولوجي في معالجة الملفين كما هو محدد من قبل المشرع.

–إغفال مبدأ استقلالية الإجراءات،وهو الاجتهاد الذي صاغته المحكمة الأوروبية الذي تقر من خلاله على أن مبدأ أولوية القانون الأوروبي لا يلزم القاضي من إثارة ومن تلقاء نفسه تطبيق مقتضى جماعي في حالة ما إذا وجد في القانون الإجرائي الوطني طريقا للقانون معادلا وفعالا بالنسبة للقاضي.[1]

وعلى إثر قيام المجلس الدستوري بمراقبة دستورية القوانين رد بشكل غير مباشر على إختيار محكمة النقض،فبموجب حيثيات قراره رقم 18 و19 والتي بين فيها عدم اختصاصه بالنظر في مدى مطابقة القانون للمعاهدات الدولية،وأن الالتزام الدستوري لفرنسا بنقل توجهات الإتحاد الأوروبي لقوانينها،لا يمكن أن يثار في حالة الإخلال يه،طبقا لموضوع المسألة الدستورية ذات الأولوية بما مفاده"وحيث أنه يعود للمجلس الدستوري حين يحال عليه قانون يتعلق بنقل إلى القانون الداخلي،توجها جماعيا وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 61 من الدستور،السهر على احترام هذا الالتزام،لكن المراقبة التي يمارسها بهذا الخصوص لها محدودية مزدوجة،من جهة أن نقل هذا التوجيه يجب أن لا يخالف قاعدة أو مبدأ متأصلا في الهوية الدستورية لفرنسا،إلا في حالة ما إذا ارتضى المشرع الدستوري،ومن جهة أخرى فإنه يجب عليه الفصل قبل إصدار الأمر بتنفيذ القانون،داخل الأجل المنصوص عليه في

[1] - Dominique rousseau,David lévy :la cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité :pourquoi tant de méfiance ?gazette du palais,25-27,n115-117,avril2010.

المادة 61 من الدستور،فالمجلس الدستوري لا يحق له اللجوء إلى محكمة العدل بالاتحاد الأوروبي،على أساس المادة 267 من اتفاقية اشتغال الاتحاد الأوروبي وبالنتيجة فإنه لا يحق له التصريح بعدم المطابقة للمادة 1/88 من الدستور،إلا المقتضى التشريعي الغير مطابق وبشكل بين لمضمون التوجه الذي كان يجب أن ينص عليه،وفي كل الأحوال فإنه يعود للمحاكم الإدارية والعادية ممارسة مدى مطابقة القانون للالتزامات الأوروبية لفرنسا،وعند الاقتضاء اللجوء عبر دعوى فرعية إلى محكمة العدل الأوروبية،إلى القانون الداخلي ليس ضمن الحقوق والحريات المضمونة دستوريا،لذا لا يمكن أن يثار في إطار المسألة الدستورية ذات الأولوية".[1]

الفرع الثاني:في حال رفض محكمة النقض إحالة سؤال الأولوية الدستورية على المجلس الدستوري:

ان محكمة النقض لا تعترض فقط على الحرفية المجردة للمقتضى التشريعي،ولكن على التأويل الذي يعطى له من قبل الاجتهاد القضائي فما بين 19 ماي و09 يوليو 2010 أصدرت محكمة النقض 18 قرار برفض الإحالة بمبرر أن "تعابير المادة 1/61 من الدستور تشير إلى أن المسألة التي تحال على المجلس الدستوري هي التي تثير انتهاك مقتضى تشريعي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور،في حين أن المسألة المطروحة تطعن في الحقيقة ليس في دستورية المقتضيات المعنية ولكن في التأويل الذي تقدمه محكمة النقض".[2]

وترتب عن هذا الموقف إتهام محكمة النقض بالحد من تأثير إرادة المشرع العضوي والدستوري،في حماية الحقوق الأساسية للمتقاضين وأن عملها هذا يشكل إنحرافا في الاجتهاد القضائي،[3]بحكم أن المقتضى التشريعي لا يلج للممارسة إلا عبر تأويل القضاة لذا كان من المنطقي أن يحال على القضاء الدستوري المضمون الذي يعطيه الاجتهاد القضائي للنص للتحقق من مدى مطابقته للدستور،وهذا ما ينعته الفقه الإيطالي بالقانون الحي،في حين برر

[1] -Décision n2010-605 d c du 12/05/2010,loi relative a l'ouverture a la concurrence et a la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

[2] -Regis frasse :qpc et interprétation de la loi,in,un an de qpc,rev petites affichages n89,5/05/2011,numéro spécial,p5.

[3] -Jean,luc warsmann،تقرير رقم 1523،مرجع سابق،ص14.

هذا الفقه هذا التوجه بكون محكمة النقض القوية بوجودها الذي يعود لفترة زمنية طويلة،ودورها كحام للحريات الفردية،قلقة من رؤية سلطتها ودورها في تأويل القانون،تابعة للقاضي الدستوري. [1]

وقد أقر المجلس الدستوري بإمكانية طعن المتقاضي في دستورية القانون عن طريق سؤال الأولوية الدستورية ،كما هو معمول من قبل القاضي العادي والقاضي الإداري،طبقا للتعليل التالي:"وحيث أن المادة 61 من الدستور تعترف للمتقاضي بالحق في أن يفحص بموجب الوسيلة المثارة أن مقتضى تشريعيا يتجاهل الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور،وأن المواد2/23 و5/23من اللائحة المؤرخة في 1958/11/07تحدد الشروط التي بمقتضاها يجب أن يحال سؤال الأولوية الدستورية من قبل المحاكم إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض،وترسل إلى المجلس الدستوري وأن المقتضيات ذاتها تنص على أن المقتضى التشريعي المطعون فيه يجب أن يطبق على النزاع أو على الإجراءات وأن في طرحه المسألة الدستورية ذات الأولوية فإن لكل متقاضي الحق في الطعن في دستورية الأثر الفعلي الذي يعطيه التأويل الصادر عن الاجتهاد القضائي القار لهذا المقتضى. [2]

الملاحظ على هذه الحيثية أن المجلس الدستورية اشترط لمراقبة دستورية التأويل القضائي الصادر عن الاجتهاد القضائي،أن يكون مطردا أو مستقرا،[3]وبموجب قرار لاحق أضاف المجلس الدستوري معيار ثاني يتمثل في كون هذا التأويل صادرا عن محكمة عليا.

---

[1]–محمد أتركين،مرجع سابق،ص127.

[2] -Décision n2010-39 qpc du06/10/2010.
- Décision n2010-52 qpc du14/10/2010.

[3] - Décision n2011-120 qpc du08/04/2011.

الفرع الثالث:في حالة رفض إحالة محكمة النقض سؤال الأولوية الدستورية على المجلس الدستوري بناء على مبرر[1]

والمبرر الذي تعتمده بشأن ذلك،أن المقتضيات المطعون فيها قد تم تعديلها أو نسخها مما يترتب عنه افتقادها لشرط الجدية[2]،وبموجب القرار رقم 16-2010 المؤرخ في 2010/07/23 حدد المجلس الدستوري موقفه من هذا الإشكال وتصرف بمنطق قاضي قبول سؤال الأولوية الدستورية بما مفاده"أن القضاي الدستوري بتبنيه المادة 1/61من الدستور،قد اعترف لكل متقاض بالحق بناء على طلبه بمعالجة الوسيلة المثارة من أن مقتضى تشريعيا يتجاهل الحقوق والحريات التي يضمنها له الدستور،وأن التعديل أو النسخ اللاحق للمقتضى المطعون فيه لا يزيل احتمال انتهاك حقوقه وحرياته،ولا ينزع الأثر النافع لهذه الإجراءات التي تبناها المشرع الدستوري وبالنتيجة فإن التعديل أو النسخ اللاحق لا يمكن أن يكون عائقا في حدا ذاته،لإحالة المسألة على المجلس الدستوري بمبرر غياب الطابع الجدي لهذه الأخيرة".[3]

---

[1]-Jean,luc warsmann ،تقرير رقم 1523،مرجع سابق،ص103.

[2] -Philippe E :commentaire de la décision n 2010-16 qpc 23/07/2010,les cahiers du conseil constitutionnel, n30,in www.conseil-constitutionnel.fr,p2.

[3] -Philippe E :commentaire de la décision n 2010-16 qpc 23/07/2010,les cahiers du conseil constitutionnel, n30,in www.conseil-constitutionnel.fr,p2.

المطلب الثاني:أفاق تحول المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية.

سنعالج هذه المسألة أيضا في التعديل الدستوري لعام 2020 بشأن الجزائر وكذا في فرنسا،إن مناقشة التعديل الدستوري لعام2008، يطرح التساؤل عن الصفة الواجب إضفائها على المجلس الدستوري،لاسيما وأنه أصبح المدافع عن الحقوق والحريات كما أنه طور دوره القضائي تحديدا في المادة الانتخابية،من خلال إعماله للإجراءات القضائية العادية وفي مقدمتها مبدأ الوجاهية[1]،والتكريس الدستوري لدوره الرقابي عبر تنويع حالات اللجوء إليه بإقرار الرقابة الدستورية البعدية.

وقد قدمت لجنة القوانين الدستورية والتشريع بالجمعية الوطنية تقريرها الإخباري بمناسبة مرور ثلاث سنوات على دخول قانون المسألة الدستورية ذات الأولوية حيز النفاذ،انطلاقا من أن فكرة نجاح هذه المسألة يترتب عنه إعادة التفكير في دور عمل المجلس الدستوري وطريقته،هذا الأخير الذي طور مناهج وطرق عمله والإجراءات المتبعة أمامه،التي أصبحت تكرس مبدأ الوجاهية.

[2]وقد تضمن التقرير الإقتراحات المبينة أدناه –آخذا بعين الإعتبار المهام الجديدة للمجلس التي تجعله في علاقة مباشرة مع المتقاضين والمحامين ومحكمة النقض،ومجلس الدولة – وتتمثل في:

–تبنى المجلس الوزاري بتاريخ 2013/03/14 مشروع قانون دستوري يقضي بإلغاء البند الثاني من المادة 56 من الدستور،الذي ينص على أن الرؤساء السابقين للجمهورية يعدون بقوة القانون أعضاء بالمجلس الدستوري مدى الحياة،هذا الإلغاء لن يطبق على الأعضاء الحالين.

–عدد الأعضاء التسعة المعينين الذي يظهر بأنه غير كاف ليس بالنظر إلى ضغط العمل الإضافي الناتج عن المسألة الدستورية ذات الأولوية،ولكن أيضا بوجود الإكراه المرتبط

[1]–محمد أتركين،مرجع سابق،ص136.

[2] -Jean Jaques urvoas,rapport d'information, p.p65-66-68

بقاعدة التجرد الموضوعي المطبقة في أي محكمة،التي تؤدي بالنسبة لأعضاء المجلس الدستوري إلى التخلي التلقائي أو الاستجابة إلى التجريح بناء على طلب الأطراف.

-الشروط المتطلبة في عضوية المجلس الدستوري لا تتطلب أي صفة قانونية أو معرفة خاصة بالقانون،وإذا كانت لجنة القوانين بالبرلمان قد أصبحت مطالبة بإبداء رأيها بعد جلسة علنية حول طلبات الترشيح المقترحة من قبل رئيس الجمهورية ورئيسي المجلسين فإن معارضة إحدى الترشيحات تتطلب تجميع أغلبية ثلاثة أخماس الأصوات المعبر عنها.

-تنظيم أشغال المجلس الدستوري،والتي تتطلب تحسينا على أكثر من مستوى عبر الاستلهام من الممارسة الجارية في العديد من المحاكم الأوروبية،حيث إمكانية توزيع ملفات المسألة الدستورية على سبيل المثال،على غرفتين منبثقتين عن المجلس الدستوري،وهو ما يساهم في إمكانية توسيع عدد أعضاء المجلس.

-النص في الدستور وبشكل صريح على مبدأ الوجاهية في الإجراءات المتبعة أمام المجلس الدستوري بشأن القضايا التي يعود له النظر فيها.

-منح إمكانية تحرير الآراء المنفصلة لأعضاء المجلس الدستوري،تنشر وترفق بالقرار المعني،هذا التجديد سيساهم في إغناء النقاشات المعللة داخل المجلس الدستوري،ويدفع هذا الأخير إلى تعليل أفضل لقراراته.

*أما في الجزائر فقد كرس التعديل الدستوري لعام 2020 العمل بالمحكمة الدستورية التي عوضت المجلس الدستوري،وقد حدد هذا التعديل أن المجلس سيبقى يمارس مهامه الى غاية تنصيب هذه المحكمة في اجل لا يتجاوز سنة من تاريخ نشر الدستور في الجريدة الرسمية أي قبل تاريخ 2021/12/29، وبالتالي نتساءل عن مدى تجسيد العمل بنظام المحكمة الدستورية للتعديل الجوهري في التشكيلة والمهام ومناهج العمل؟.أم يقتصر فقط على تعديل شكلي؟.

لقد جسد التعديل الدستوري لعام 2020 إعادة تنظيم المحكمة الدستورية من خلال التشكيلة والمهام ومناهج العمل،فمن حيث التشكيلة فقد حافظت المادة 186 من هذا التعديل على نفس عدد الأعضاء المحدد بـ 12 عضوا الا انها حددت تشكيلة مخالفة لتشكيلة المجلس

الدستوري سابقا،من خلال جعل نصف الاعضاء المحدد بـ06 يتم اختيارهم عن طريق الاقتراع من بين أساتذة القانون الدستوري،ومن ضمن هيئة ناخبة مشكلة من أساتذة القانون على مستوى الجامعات والمراكز الجامعية بالجزائر،وتم التخلي عن عضوية ممثلي غرفتي البرلمان ضمن هذه التشكيلة،وهذا يدل على رغبة المؤسس الدستوري في استبعاد العنصر السياسي من هذه المحكمة مكتفيا بالقضاة والأساتذة،والثلث الأخر للتشكيلة المحدد بـ4 أعضاء يتولى تعينهم من طرف رئيس الجمهورية،والعضوين الأخرين يتم انتخابهما من طرف المحكمة العليا ومجلس الدولة من بين أعضاءهما.

-إذن أصبحت التشكيلة تجمع بين الفقهاء الدستورين والقضاة بغية الوصول الى التناسق والتكامل في عمل هذه المحكمة،أما على مستوى الصلاحيات ولأول مرة أصبحت المحكمة الدستورية تختص بالفصل في توافق القوانين والتنظيمات مع المعاهدات،وهذا يدل على أن المؤسس الدستوري أدرج المعاهدات الدولية المصادق عليها من طرف الجزائر ضمن الكتلة الدستورية التي تشكل نطاق المسألة الدستورية ذات الأولية بمعنى أن ممارسة هذه الآلية لم تعد تقتصر على الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور بل تمتد لتشمل تلك المنصوص عليها في المعاهدات الدولية الت صادقت عليها الجزائر،أما من حيث مناهج العمل فقد أحالت المادة 196 من التعديل الدستوري لعام 2020 على قانون عضوي يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمامها،وحسن فعل المؤسس الدستوري من خلال تكريسه نظام المحكمة الدستورية،لأنه الأكثر توافقا مع آلية المسألة الدستورية ذات الأولية،ولكن لا يمكن الكشف عن عيوبه إلا بعد صدور القانون العضوي المنظم لها،لأن النص الإجرائي هو الذي من شأنه الكشف عن فعالية هذه المحكمة من عدمها.

المطلب الثالث:نظام إصلاح سؤال الأولوية الدستورية.

مقترحات الإصلاح مست عدة عناصر نوردها كالتالي:

الفرع الأول:تحول عمل التقيم المبدئي إلى رقابة دستورية قبلية.

حسب رأي marc guillaume الأمين العام للمجلس الدستوري الفرنسي فإن فرنسا كرست العمل بنظام التقيم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية ، قبل إحالته إلى المجلس الدستوري،حيث يقتصر دور المحاكم العليا ممثلة في مجلس الدولة ومحكمة النقض،تقريرهما ما إذا كان القانون يثير خطر عدم الدستورية،وحتى يتمكنا من ممارسة هذه الوظيفة يجب عليهما الإلتزام بعدم تأويل الدستور،وعليهما فقط تطبيق الاجتهاد القضائي للمجلس الدستوري،وهذا هو معنى الشرط المتعلق بسابقة وجود التصريح بالمطابقة في حيثيات قرار المجلس الدستوري،ومنطوقه حيث أن الأمر لا يتعلق بحجية الشيء المقضي به،ولكن أيضا بحجية الشيء المؤول و في حالة وجود شك للجهتين عليهما إحالة المسألة إلى المجلس الدستوري،وهذا ما يتماشى مع منطق تخصص القضاة على أساس أن قضاة مجلس الدولة والمحكمة العليا ليسوا قضاة دستورين،وأن المجلس الدستوري هو القاضي الوحيد لدستورية القوانين.[1]

وقدم الفقه بعض الأمثلة على قرارات رفض الاحالة للاستدلال على تحول عمل التتقيم المبدئي الذي تقوم به المحاكم العليا إلى نوع من الرقابة القبلية لدستورية المقتضيات التشريعية،مستغلين مبرر غياب معيار الجدية منها على سبيل المثال إعتبار محكمة النقض أن الوسيلة المتخذة من أن المادة 24 مكرر من قانون 29 يوليو 1881 حول حرية الصحافة مخالفة للمبادئ الدستورية المتعلقة بالمساواة بين الجنح والعقوبات،وكذا حرية الرأي والتعبير لا تقدم طابعا جديا،على اعتبار أن عدم تجريم الطعن في الجرائم ضد الانسانية المنتقد يحيل على نصوص تم إدراجها في القانون الوطني،وهي تعرف بشكل دقيق مخالفة الطعن في وجود جريمة أو جرائم ضد الانسانية،كما هي معرفة بموجب المادة 6من نظام المحكمة العسكرية الدولية،الملحق باتفاق لندن الموافق لـ1996/08/08،والتي تم القيام بها

[1]–محمد أتركين،مرجع سابق،ص.ص143 144.

من قبل أعضاء تنظيم إجرامي بمقتضى المادة 06 من نفس النظام،أو من طرف شخص مدان بمقتضى تلك الجرائم،من قبل محكمة فرنسية أو دولية،هذه المخالفة لا تشكل خرقا للمبادئ الدستورية لحرية الرأي والتعبير.[1]

وبالتالي قدمت اقتراحات برلمانية لمجابهة آلية التقيم المبدئي على النحو التالي:

إلغاء معيار جدية سؤال الأولوية الدستورية:فبتاريخ 2010/05/04 تقدمت النائبة marie zimmermann،عضو الجمعية الوطنية باقتراح قانون تنظيمي يهدف إلى إلغاء معيار جدية سؤال الأولوية الدستورية ،ضمن الشروط المتعلقة بقبول المسألة الدستورية ذات الأولوية وفقا للمبررات التالية:"سمح سؤال الأولوية الدستورية منذ وضعه موضع التنفيذ،بحل العديد من النزاعات وإذا كان مجلس الدولة قد مارس دور التقيم المبدئي في احترام كامل لروح القانون التنظيمي،فإن الأمر ليس مشابها بالنسبة لمحكمة النقض،والتي تقدم الدليل على ارادتها السيئة لمحاولتها ممارسة نوع من سلطة الرقابة القبلية للدستور.[2]

ففي 16 أفريل 2010 رفضت محكمة النقض قبول أولية سؤال الأولية الدستورية وأحالت على محكمة العدل بالاتحاد الأوروبي،سؤال مدى مطابقة القانون التنظيمي المؤرخ في 2009/12/10 للقانون الجماعي بخصوص اشتراطه معالجة قبلية للمسألة الدستورية على مدى المطابقة مع القانون الجماعي.

وبتاريخ 2010/05/07 رفضت محكمة النقض إحالة سؤال الأولوية الدستورية تتعلق بقانون gaysot،بحجة أن هذه المسألة تفتقد للطابع الجدي،هذه العرقلة تم رصدها في ألمانيا وترتب عنها إزالة نظام التقيم المبدئي الذي تقوم به المحاكم لفائدة إحالة مباشرة على المحكمة الدستورية.

وهذا مقترح القانون التنظيمي يهدف إلى إزالة المعيار الثالث لنظام التقيم المبدئي من قبل مجلس الدولة أو محكمة النقض،والمتعلق بالطابع الجدي للمسألة الدستورية ذات الأولوية المثارة وعلى عكس ما يمكن التخوف منه فإن هذا التعديل لن يؤدي إلى اغراق المجلس

---

[1]–محمد أتركين،مرجع سابق،ص144.

[2] -proposition de la organique, tendant a faciliter la recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité, présentée par mme marie jo zimmermann,i, http://www.assemblee-nationnal.fr/13/propositions/pion3325.asp.

الدستوري،عبر تطبيق نظام الرفض البسيط،وهو النظام الذي سبق للمجلس الدستوري أن استعمله بخصوص القضاء الانتخابي."[1]

الفرع الثاني:تكريس إجراءات جديدة بشأن قرارات رفض الإحالة على المجلس الدستوري:

لقد تم اقتراح ثلاث آليات لمعالجة هذا الأمر تتمثل في:

-الأولى:تكريس مسألة استئناف قرارات رفض الإحالة،والذي يجيز الطعن أمام المجلس الدستوري ضمن أجل 10 أيام تسري من تاريخ إعلان قرار المحاكم العليا بعدم إحالة المسألة لدستورية ذات الأولوية على المجلس الدستوري.

إلا أن هذا الإقتراح أفرز عدة صعوبات تتمثل في استبعاد العمل بنظام التقيم المبدئي،وهذا يترتب عنه تزايد عدد الاستئنافات المعروضة على المجلس الدستوري بشأن قرارات رفض الإحالة.[2]،وهذا ما يتنافى مع الغاية التي وجدت من أجلها آلية المسألة الدستورية ذات الأولوية والمتمثلة في حماية الحقوق والحريات وبالتالي يتحول المجلس الدستوري إلى جهة استئناف لقرارات محكمة النقض ومجلس الدولة،كما أنه لا يمكن اسناد مسألة التصفية القبلية للمجلس الدستوري طالما أنه سيتولى الفصل في موضوع مدى مطابقة تلك المسألة مع الدستور.

-الثانية:التصدي لقرارات الرفض،وهو الحل الذي يتماشى مع منطق تصدي المجلس الدستوري للمسائل الدستورية الغير محالة عليه من قبل محكمة النقض ومجلس الدولة.

-الثالثة:إرساء آلية لمداولة جديدة من قبل المحاكم العليا،وتكون هذه المداولة بطلب من المجلس الدستوري وتؤطر بآجال نسبية ضيقة،على اعتبار أن المجلس الدستوري يقوم عادة بتحليل المسائل الدستورية ذات الأولوية الغير محالة عليه،[3]

وبالتالي يمكنه معالجة مسائل قد تكون موضوع مداولة جديدة في آجال ضيقة،ولتجنب أن تكون المداولة الجديدة تأكيد للقرار الأول،فإنه يتعين على المحاكم العليا الإعلان عن قرارها

---

[1] -proposition de la organique, tendant a faciliter la recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité, présentée par mme marie jo zimmermann,i, http://www.assemblee-nationnal.fr/13/propositions/pion3325.asp.

[2]-Jean luc warsmann،مرجع سابق،ص18.

[3] -Jean jacque urvoas,op cit,p38.

الجديد بناء على المعيارين الأولين للتصفية،والمتمثلين في مدى تطبيق المقتضى التشريعي المطعون فيه على النزاع،وعدم السبق الفصل في دستوريته،

دون التقيد بالمعيار الثالث المتعلق بجدية الدفع على اعتبار أن طلب مداولة جديدة من قبل المجلس الدستوري،يمكن اعتباره تقديرا جديا للدفع،ويترتب على المداولة الجديدة تخويل المحاكم العليا صلاحية المحافظة على دورها في التصفية،وهذا ما يتطابق بشكل حرفي مع المادة 1/61 من الدستور.[1]

المطلب الرابع:قراءة في بعض القرارات بعدم الدستورية .

قد أصدر المجلس الدستوري الفرنسي عدة قرارات تقضي بعدم الدستورية في نطاق المسائل الدستورية ذات الأولية نفس الشيء بالنسبة للمجلس الدستوري الجزائري في حلته السابقة قبل التعديل الدستوري لعام 2020 الذي عوضه بالمحكمة الدستورية في انتظار صدور النظام المحدد لقواعد عملها،بالإضافة إلى أن المحكمة الدستورية في المغرب وفي ظل مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 (التي لم يصدر بعد) أصدرت أول قرار لها بشأن المسألة الدستورية رقم 80/18 المؤرخ في 2018/06/12.

وعليه سندرس هذه القرارات على ضوء التجربة الجزائرية لأنها هي الأهم والمحور الاساسي في الدراسة ثم التجربة المغربية للسبب المتعلق بعدم صدور القانون المنظم لممارسة آلية المسألة الدستورية ذات الأولية ونتطرق إلى أول قرار صدر عن المحكمة الدستورية في المغرب في ظل مشروع القانون 86/15 وستقتصر الدراسة على بيان العناصر المبينة أدناه:

– مضمون عريضة سؤال الأولوية الدستورية.

– الوضع الخاص بإمكانية ممارسة سؤال الأولوية الدستورية في غياب القانون المنظم لها .

– بنية القرار الفاصل في سؤال الأولوية الدستورية.

–تكيف القرار الصادر بشأن سؤال الأولوية الدستورية.

[1] - Jean jacque urvoas,op cit,p38.

الفرع الاول: مضمون عريضة سؤال الأولوية الدستورية:

بالنسبة للتجربة المغربية فبالرجوع إلى القرار رقم 80/18 السابق بيانه، بشأن المسألة الدستورية ذات الأولية المثارة ضد المادة 265 من المسطرة الجنائية،فقد تضمنت عريضتها مايلي:

-التذكير بمسألة الإعتقال والإتهام،وذكر المقتضيات الاستثنائية التي تجيز للوكيل العام للملك على مستوى محكمة الاستئناف من الإحالة المباشرة على غرفة الجنايات،غياب حالة التلبس.

-انعدام أي مقرر قضائي للإعتقال الاحتياطي لعدم عرض قضية الطاعن على قاضي التحقيق،وبالتالي عدم تمكنه من إثارة الدفع بعدم قانونية اعتقاله أمام غرفة الجنايات.

-أن المادة محل الطعن(265) مكنت الوكيل العام للملك ونائبه من الإمتياز القضائي مع حصر اختصاص النظر فيما ينسب لهما من مخالفات القانون الجنائي لدى الغرفة الجنائية.

-تحديدالأساس القانوني:المتمثل في الإشارة إلى النصوص الدستورية التي كفلت مجموعة من الحقوق والحريات كنص المادة 25،23،6...الإشارة إلى الاتفاقيات الدولية منها المادة 9 ن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية،الإشارة إلى بعض المواد من قانون المسطرة الجنائية.

-أوجه الانتهاك الواردة في المادة 265:وتتمثل في تخصيصها فئة معينة بامتياز استثنائي يترتب عنه خرق مبدأ المساواة أمام القانون،والحرمان من حق التقاضي على أساس أنه وجه شكاية ضد أشخاص يعملون تحت وصاية النيابة العامة وتم حفظها مما ترتب عنه استنفاذ مكنة الدفاع عن حقه أمام القضاء وتسبب اعتقاله التعسفي في حرمانه من حق التقاضي[1].

-بالنسبة للتجربة الجزائرية فبالرجوع الى القرار الصادر عن المجلس الدستوري بتاريخ 2020/05/16 تحت رقم 20/01 فقد تضمت عريضة المسألة الدستورية ذات الأولية المثارة ضد المادة 496 النقطة 6 من قانون الاجراءات الجزائية المعدل والمتمم بيان مايلي:

[1]-عبد الحق بلفقيه دعوى الدفع بعدم دستورية نص تشريعي ما بين رؤية المشرع المغربي وتدخل القاضي الدستوري،ط2،مكتبة سبارطيل،طنجة المغرب،2019،ص.ص165-166.

-بيان النص محل سؤال الأولوية الدستورية ويتعلق بنص المادة 496 نقطة 06 من قانون الاجراءات الجزائية ومفاده:أنه لا يجوز الطعن بالنقض في الأحكام والقرارت الفاصلة في الموضوع الصادرة في آخر درجة في مواد الجنح القاضية بعقوبة غرامة تساوي 50.000دج أو تقل عنها بالنسبة للشخص الطبيعي و20.000دج بالنسبة للشخص المعنوي مع التعويض المدني أو بدونه،الا إذا كانت الإدانة تتعلق بحقوق مدنية باستثناء الجرائم العسكرية أو الجمركية."

-وجه الطعن يتمثل في:حرمان ان النص المبين أعلاه يحرم الطاعن من ممارسة الطعن بالنقض في قرار صادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 2019/03/28 قضى بإدانته والحكم عليه بغرامة مالية نافذة قدرها 20.000دج.

-بيان وجه المخالفة الدستورية:الطعن مؤسس على أن المادة 496 نقطة 06 المبينة أعلاه تخالف نص المادة 2/160 من ادستور التي تكرس حق التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية وكذا المادة 171 فقرتين 1 و3 من الدستور التي تنص على أنه"تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم وتضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع انحاء البلاد ويسهران على احترام القانون."

الفرع الثاني: الوضع الخاص بإمكانية ممارسة سؤال الأولوية الدستورية في غياب القانون المنظم لها .

وهي الوضعية التي قررنا التطرق لها في التجربة المغربية للسبب المتعلق بعدم صدور القانون المنظم للمسألة الدستورية ذات الأولية بغية استخلاص امكانية ممارسة هذه الآلية من عدمها في ظل وجود مشروع القانون 86/15 فقد،فبالنسبة لسؤال الأولوية الدستورية الوارد على المادة 265 من المسطرة الجنائية والتي تنص على مبدأ الامتياز القضائي،والتي آثارها الطاعن على أساس مساسها بأحد حقوقه وحرياته التي يكفلها الدستور،مستندا على نص الفصل 133 من التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 المكرس لحق الفرد في إثارة المسألة الدستورية ذات الأولية في سياق وجود دعوى قضائية جارية،على الرغم من عدم صدور القانون التظيمي رقم 86/15 المنظم للدفع بعدم الدستورية.

ففي هذه الحالة نكون بين وضعية تتعلق بأولوية التطبيق للنص:فهل تكون لنص دستوري وهو الفصل 133 الذي كرس حق إثارة المسألة الدستورية أم للنص المنظم لإجرائتها؟.

حسب وجهة نظر الباحث وتماشيا مع مقتضيات التعديل الدستوري المغربي لعام 2011 والتي جاءت تجسيدا لحق الفرد في ضمان وحماية حقوقه وحرياته وتعزيز حماية الوثيقة الدستورية من كل انتهاك لها بما يؤكد الحفاظ على مبدأ سمو الدستور،فإنه لا يجوز حرمان المتقاضي من إثارة المسألة الدستورية ضد المادة 265 بحجة عدم صدور القانون التنظيمي على أساس أن وظيفة القضاء الدستوري تتعلق بحماية الدستور من كل إنتهاك وبالتالي حماية الحقوق والحريات التي يكفلها،كما أن القاضي الدستوري ليس كالقاضي العادي يطبق القانون على نزاع ما بل هو قاضي منوط به البحث في عيوب عدم دستوريته وتبعا لذلك أصبح له دورا إنشائيا لوضعيات غير منظمة قانونا عن طريق اعمال اجتهاده في المسألة في غياب النص، وبالتالي لا يمكنن التحجج بغياب القانون التنظيمي لأن ذلك تسليم بالسماح بضياع حق الفرد في حماية حقوقه وحرياته،لاسيما وأن المحكمة الدستورية أصدرت قراراها رقم 70/18 بشأن رقابة مطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 مع الدستور وخلصت إلى تقرير عدم دستورية بعض مواده دون أن يلغى هذا المشروع فكان من الأجدر عليها الاستناد على الفصل 133 و القرار 70/18 في دراسة مدى دستورية المادة 265.

بالإضافة إلى وجود عدة تناقضات في هذا الشأن ما بين القاضي العادي والقاضي الدستوري فبناء على ماذا أسس قرار إحالة المسألة الدستورية الخاصة بالمادة 265،طالما أن المبرر الذي اعتمده القاضي الدستوري بشأن عدم قبولها يتعلق بعدم صدور القانون التنظيمي،بمعنى أن قرار الإحالة الصادر عن القاضي العادي أسس على مشروع هذا القانون،وإذا أخذنا بالمبرر الذي ساقه القاضي الدستوري فكان من الأجدر عليه إلغاء قرار الإحالة الذي بني على غير أساس باعتباره الوسيلة القانونية التي تشكل آداة توصله بالمسألة المثارة.

الفرع الثالث:بنية القرار الفاصل في سؤال الأولوية الدستورية.

نتطرق ضمن هذا الفرع إلى دراسة الكتلة الدستورية التي أسس عليها القراراين المبين أعلاه والحيثيات التي ساقها كل منهما .

1-: الكتلة الدستورية والحيثيات التي أسس عليها القرار رقم 80/18:

باستقراء القرار رقم 80/18 يتبين منه أن المحكمة الدستورية إعتمدت في بناءه على الكتلة الدستورية التالية:

-الفصل 133 من التعديل الدستوري لعام 2011.

-المادة 28 من القانون التنظيمي رقم 13.066 المنظم للمحكمة الدستورية ومفادها أن اختصاص هذه المحكمة بشأن الفصل في المسائل الدستورية ذات الأولية موقوف على صدور القانون التنظيمي رقم 86/15 المنظم لها.

وحسب وجهة نظر الباحث وتماشيا مع الدور الإنشائي للقاضي الدستوري فكان عليه توسيع نطاق الكتلة الدستورية في دراسته لسؤال الأولوية الدستورية المتعلقة بالمادة 265 ،وذلك بإدراج قراره رقم 70/18 المتعلق برقابة مطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 للدستور، وكذلك المادة 27 من القانون التنظيمي رقم 066/13 المتعلق بالمحكمة الدستورية والتي تنص على مصير مشاريع القوانين التنظيمية بعد الفصل فيها هذه الأخيرة تنص في فقرتها الثانية على:"غير أنه إذا قضت المحكمة الدستورية بأن قانونا تنظيميا...يتضمن مادة غير مطابقة للدستور ويمكن فصلها من مجموعه،يجوز إصدار الأمر بتنفيذ القانون التنظيمي ...باستثناء المادة المصرح بعدم مطابقتها للدستور." يتبين باستقرار القرار رقم 70/18 المبين أعلاه أنه قضى بعدم دستورية بعض مواد مشروع القانون رقم 86/15 ،إلا أنه سهى عن الفصل في مسألة ما إذا كانت المواد المصرح بعدم دستوريتها يجوز فصلها

عن باقي مواد القانون رقم 86/15 وبالتالي جواز إصدار أمر بتنفيذه،طبقا لما نصت عليه المادة 2/27 المبينة أعلاه.[1]

وفي هذا الصدد علق الأستاذ عبد الحق بلفقيه على أن سهو المحكمة الدستورية عن الفصل في هذه المسألة تداركته بموجب قرارها رقم 80/18المتعلق بإثارة مسألة دستورية المادة 265 والذي قضى بعدم قبول هذه المسألة الدستورية لعدم صدور أمر تنفيذ القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية،وهو ما يوحي ضمنيا بأن المحكمة الدستورية أخذت بالفقرة الأولى من المادة 27 التي تقضي بعدم إصدار القانون التنظيمي في حالة ما إذا كانت مادة منه مصرح بعدم دستوريتها غير قابلة لفصلها عن مجمل ذلك القانون. [2]

ولكن حسب وجهة نظر الباحث أنه لا يمكن الاعتماد على الموقف الضمني للمحكمة الدستورية بناء على ماورد في قرارها رقم 80/18 للقول بأنها أخذت بالمادة 1/27 بشأن عدم قابلية المواد المصرح بعدم دستوريتها للفصل عن مجمل مشروع القانون رقم 86/15، وبالتالي عدم جواز إصدار قرار تنفيذه،لأن مثل هذه المسائل تحتاج إلى فصل صريح من طرف المحكمة الدستورية ولا سيما أن هذا المشروع لم يلغى مما يفيد جواز إصدار أمر تنفيذه طبقا لمقتضيات المادة 2/27 أعلاه.

أما بالنسبة لحيثيات القرار: فالملاحظ باستقراء القرار رقم 80/18 أنه اعتمد على حيثيات عامة مقتضبة بدليل:

-عدم بيان طبيعة الوثائق التي أسس عليها الطاعن مسألة عدم دستورية المادة 265 فجاء القرار مقتصرا على تضمين حيثية مفادها:"بعد الإطلاع على المستندات المدلى بها...".

---

[1]-قرار المحكمة الدستورية المغربية،ملف عدد18/029،رقم80/18،المؤرخ في 2018/06/12،يمكن الإطلاع عليه بموقع المحكمة الدستورية.

-القانون التنظيمي رقم 13.066 المتعلق بالمحكمة الدستورية في المغرب الصادر بموجب ظهير شريف رقم 1.14.139 بتاريخ 2014/08/13 يمكن الإطلاع عليه بموقع الانترنت.

[2]-عبد الحق بلفقيه،مرجع سابق،ص171.

-عدم تحديد أوجه عدم الدستورية التي يدعيها الطاعن فجاء القرار مكتفيا بحيثية مفادها:"..وحيث أن ارتباط الفقرتين الواردتين في الفصل 133 من الدستور،وعلى عكس ما يدعيه الطاعن...".

وبالتالي مثل هذه الحثيات التي اعتمدها القرار لا تعكس إحاطة القاضي الدستوري بواجب التحليل والتأسيس القانوني لقراره الذي يقتضي إدراج عيوب الحكم التشريعي محل المسألة الدستورية والتصدي لها بالمناقشة وبيان الأساس القانوني واعمال منهج التفسير للنصوص الدستورية والقانونية وصولا إلى تأكيد دستورية الحكم التشريعي من عدمه.

2-: الكتلة الدستورية والحيثيات التي أسس عليها القرار رقم 20/01:

باستقراء القرار رقم 20/01 يتبين منه أن المجلس الدستوري الجزائري إعتمد في بناءه على الكتلة الدستورية التالية:

-المادة 2/160 ،7/140 ،171 من الدستور.

-المادتين 02 و5/14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

أما بالنسبة لحيثيات القرار: فالملاحظ باستقراء القرار رقم 20/01 أنه اعتمد على حيثيات واضحة ومصاغة بدقة بدليل:

- بيان طبيعة الوثائق التي أسس عليها الطاعن مسألة عدم دستورية المادة 496 نقطة 6 من قانون الاجراءات الجزائية فجاء القرار متضنا مضمون مذكرة المسألة الدستورية المثارة بشأن المادة محل الطعن المبينة أعلاه،وكذلك بيان مضمون المذكرة الإضافية المدعمة للمذكرة الأولى ،والمحلاظات المكتوبة التي قدمها الطاعن،والأساس الدستوري الذي استند عليه في بيان المخالفة الدستورية ويتمثل في نص المادتين 2/160 و171 فقرتين 1و3 من الدستور.

-تحديد أوجه عدم الدستورية التي يدعيها الطاعن فجاء القرار متضمنا حيثية مفادها"أن المادة 496 نقطة 06 من قانون الاجراءات الجزائية تحرم الطاعن من ممارسة الطعن بالنقض .

-بيان ملاحظات الحكومة والوزير الأول والمجلس الشعبي الوطني والنائب العام بمجلس قضاء الجزائر والأطراف المقدمة بشأن الحكم التشريعي المطعون فيه.

-التذكير بمضمون المادة 496 نقطكة 6 من قانون الاجراءات الجزائية.

-تفسير النصوص الدستورية التي أسس عليها المجلس الدستوري قراره للتوصل الى تقرير دستورية النص المطعون فيه.

-تكريس حيثية استخلاصية للمبرارات التي ساقها المجلس للتوصل الى تقرير دستورية ذلك النص.

وبالتالي مثل هذه الحثيات التي اعتمدها القرار تعكس إحاطة القاضي الدستوري بواجب التحليل والتأسيس القانوني لقراره القائم على إدراج عيوب الحكم التشريعي محل المسألة الدستورية والتصدي لها بالمناقشة وبيان الأساس القانوني واعمال منهج التفسير للنصوص الدستورية والقانونية وصولا إلى تأكيد دستورية الحكم التشريعي من عدمه.

الفرع الرابع:التكيف القانوني للقرار:

بالنسبة للقرار الوحيد الذي أصدرته المحكمة الدستورية المغربية رقم80/18 المؤرخ في 2018/06/12 بمناسبة نظرها في سؤال الأولوية الدستورية ، المتعلقة بنص المادة 265 من قانون المسطرة الجنائية وبموجبه قضت بعدم قبول الدفع المثار على أساس عدم دخول القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية حيز النفاذ.

يتبين باستقراء هذا القرار أنه يندرج ضمن فئة القرارات البسيطة لكونها قرارات غير مركبة تنتج أثرها بغير شرط أو تحفظ وتكون إما في صورة قرار بعدم القبول أو برفض المسألة الدستورية. [1] .

أما بالنسبة للتجربة الجزائرية فيتبين باستقراء القرارات التي صدرت في مجال سؤال الأولوية الدستورية أن هناك تنويع في صيغة القرار الفاصل فيها على النحو المبين أدناه:

[1]-عبد الحق بلفقيه،مرجع سابق،ص161.

-فبالنسبة للقرار رقم 20/01 المتعلق بنص المادة 496 نقطة 06 من قانون الاجراءات الجزائية فإنه يصنف ضمن نمط القرارات البسيطة المبينة أعلاه.

-اعمال تقنية المطابقة الجزئية للدستور،وهذا ما كرسه المجلس الدستوري في قراره رقم 2019/01 المؤرخ في2019/11/20 المتعلق بنص المادة 146 قانون الاجراءات الجزائية عندما قضى بالتصريح بالمطابقة الجزئية للمدة 416 قانون الاجراءات الجزائية للدستور وعدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في المادة 416 في شطرها المحرر "إذا قضت بعقوبة حبس أو غرامة تتجاوز 20.000دج بالنسبة للشخص الطبيعي.".

-اضافة فقرة في منطوق القرار تقضي بسريان أثر القرار بصفة فورية وامتداه ليشمل المسائل الجارية وهو ما كرسه المجلس الدستوري في قراره رقم 21/01 المؤرخ في 2021/02/10 المتعلق بنص المادة 33 قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

خلاصة الباب الثاني

إن اتصال القضاء الدستوري في التشريعات محل المقارنة،حدد بموجب وسائل مقررة قانونا في النص المنظم لشروط وإجراءات ممارسة هذه الآلية،والتي تتمثل في التشريعين الفرنسي والجزائري في:الإحالة بموجب قرار من المحاكم العلياوالإحالة بقوة القانون،وأضاف إليها المشرع المغربي إمكانية إثارة سؤال الأولوية الدستورية مباشرة أمام المحكمة الدستورية بمناسبة انعقاد اختصاصها للفصل في الطعون الانتخابية البرلمانية،إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي كرس اجتهاده الخاص في غياب النص القانوني المتعلق بمكنة الطعن المباشر أمامه بشأن سؤال الأولوية الدستورية أثناء نظره في الطعون الانتخابية البرلمانية،عن طريق تقرير حقه في التصدي بمناسبة الفصل فيها من طرفه لإثارة النصوص الغير دستورية المتعلقة بالمنازعة الانتخابية المعروضة عليه،على غرار المحكمة الدستورية في الجزائر التي لم تكرس بعد مثل هذا التوجه.

وفي إطار هذا السياق خلصنا إلى أن ممارسة القضاء الدستوري في هذه الدول لآلية التصدي يستوجب تقيده بضوابط لإضفاء المشروعية على ممارسته والحفاظ على المنظومة القانونية حتى لا يسود الفراغ التشريعي بشأنها.

وبمجرد توصل القضاء الدستوري بملف سؤال الأولوية الدستورية فإنه يصبح ملزما قانونا بإخطار السلطات العامة في الدولة بذلك،لإبداء ملاحظاتها بهذا الشأن ولم ترتب التشريعات محل المقارنة أي جزاء على إخلال القضاء الدستوري بهذا الالتزام.

وعملت التشريعات محل المقارنة على ضبط مسار وإجراءات الفصل في سؤال الأولوية الدستورية ،على مستوى القضاء الدستوري،وكرست قواعد المحاكمة العادلة بشأنها لاسيما الوجاهية والعلنية واتاحت المجال للتدخل في اطار سؤال الأولوية الدستورية لكل طرف ذي مصلحة،وتبين أن القضاء الدستوري الفرنسي،اعتمد على فكرة القانون الحي،كأساس لإثارة سؤال الأولوية الدستورية ،بحيث أن الأمر لا يقتصر على مجرد الطعن في القانون بل يمتد

ليشمل التفسير القضائي المستقر له،كما أنه كرس اجتهاده بشأن الرقابة على الإغفال التشريعي،بحيث أن تقصير البرلمان في تنظيم مسألة معينة تندرج ضمن اختصاصه يتيح للفرد اثارة سؤال الأولوية الدستورية بشأن ذلك القصور التشريعي،وتبعا لذلك فإن نطاق المسألة الدستورية في فرنسا أكثر تنوع بحيث يشمل ما يلي (النصوص القانونية والتنظيمية،الاجتهاد القضائي المستقر لها،الاغفال التشريعي)،بالإضافة إلى أن المجلس الدستوري الفرنسي استخدم تقنيات التفسير في تحليله للنصوص القانونية المطعون بعدم دستوريتها،ليس فقط كتقنية لتحليل وفهم النص،بل كتقنية لحفاظ على النص في حد ذاته واستبعاده من طائفة عدم الدستورية،عن طريق العمل بتقنيات التفسير المشروط بتحفظ،وقد نجح في توظيف هذه التقنية بحيث أصبحت هذه التحفظات هي المنهج المعمول به،وهذا ما لم نجده في النموذج الجزائري باستقراء القرارات التي أصدرها بشأن الدفوع بعدم الدستورية،فنجد المجلس الدستوري الجزائري يعمل بأسلوب تقرير الدستورية أو عدمها دون ادراج تحفظ من شأنه أن يحافظ على بقاء النص القانوني المطعون فيه بعد إدراج ذلك التحفظ من طرف الجهات المعنية.

وفيما يتعلق بالقرار بعدم الدستورية فقد أجمعت التشريعات محل المقارنة،على طابعه النهائي أي تحصينه من طرق الطعن،وأضفت عليه الحجية المطلقة في مواجهة الكافة،وتلتزم السلطات العامة بوضعه موضع التنفيذ،إلا أنها أغفلت معالجة اشكالية ذات أهمية بالغة تتعلق بمنازعة التنفيذ،في حال قيام عقبة قانونية تحول دون تنفيذ القرار بعدم الدستورية،وقد حاول الباحث ابراز تصوراته بشأن هذه المسألة محاولة لضبطها من الناحية الواقعية وكيفية تصدي القضاء الدستور للفصل فيها.

وفي هذا الإطار نجد أن التشريعين الجزائري والمغربي لم يحددا بنص صريح الآثار المترتبة على قرار عدم الدستورية تاركين المجال لتدخل المحكمة الدستورية في تقدير تلك الآثار،وهذا من شأنه خلق نوع من الغموض والابهام،فيما يتعلق بترتيب آثار النص المقضي بعدم دستوريته،كما أن التشريعات محل المقارنة أغفلت مسألة تنظيم هذه الآثار في مجال نصوص قانونية ذات أهمية تتعلق بالمجال الجنائي والمجال الضريبي بحيث لا يمكن معاملتهما بنفس الأثر المترتب عن القضاء بعدم دستورية النصوص القانونية الأخرى،على

أساس ان الأول يمس حرية المتهم،والثاني يمس اقتصاد الدولة فكان من الأجدر ان يكون النص واضحا بشأن الأثر المترتب عن تقرير عدم دستورية النص الصادر في أحد هذين المجالين.

وترتيبا على ذلك لم تتطرق هذه التشريعات،الى إمكانية العمل بالأثر الرجعي لقرار عدم الدستورية،وغيبت فكرة الأمن القانوني وأثره على قرار عدم الدستورية.

ونظرا للميزة الخاصة بالنموذج الجزائري،الذي واكب فيه سؤال الأولوية الدستورية صدوره في ظل التعديل الدستوري لعام 2016 والذي تبعه التعديل الدستوري لعام 2020،مما جعل الباحث يثير مسألة تاريخ سريان قرار عدم الدستورية في ظل تعاقب الدساير أو بالمعنى الأدق بناء على أي نص دستوري يتم فحص موضوع سؤال الأولوية الدستورية في ظل وجود تعديلين قائمين بذاتهما.

ثم خلصنا إلى تقيم هذه التجربة على مستوى هذه التشريعات بحيث تبين لنا أن القضاء الدستوري لا يملك سلطة الرقابة على تقديرات المشرع في اصداره للنص القانوني،فهو يراقب عيوب الدستورية فقط،كما لاحظنا ان هذه التشريعات لا تزال متأثرة بنموذج الرقابة السابقة عندما اشترطت الزامية اخطار السلطات العامة بموضوع توصل القضاء الدستوري بسؤال الأولوية الدستورية ،كما أنها لم تعمل على تنويع الآثار المترتبة على القرار بعدم الدستورية والتي بقيت مبهمة أمام المتقاضي ومتروكة لتقدير القضاء الدستوري،وأن نظام ازدواجية التقيم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية يعد عديم الفعالية ويؤدي إلى عرقلة وصول المتقاضي للقضاء الدستوري.

الخاتمـــة

وفي ختام هذه الدراسة وبعد معالجتنا لموضوع الأطروحة الموسوم بـ (حق الأفراد في الدفع بعدم دستورية القوانين دراسة مقارنة الجزائر– فرنسا– المغرب) يمكن تلخيص أهم النتائج التي تم التوصل إليها، وتقديم عدد من الاقتراحات كأثر لتلك النتائج، ونوردها كالآتي:

أولاً– النتائج:

1–إن سؤال الأولوية الدستورية ،يكرس إلى حد مقبول التقاضي الدستوري للأفراد في التشريع الجزائري،في إطار الضمانات التي يسعى المؤسس الدستوري الى تجسيدها،والتي تحققت على اثر التعديل الدستوري لعام 2016،وكذا التعديل الدستوري لعام 2020،من خلال استحداث المحكمة الدستورية وتوسيع نطاق سؤال الأولوية الدستورية ليشمل أيضا الحكم التنظيمي(المراسيم الرئاسية) بالإضافة إلى إدراج المعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر ضمن الكتلة الدستورية المحددة للنصوص المستند عليها للفصل في دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي المطعون فيه.

2–في الوقت الذي تكون فيه أحكام القضاء الدستوري أحكاماً باتة وملزمة للسلطات كافة، مما يثير مخاوف السلطات الأخرى وعجزها عن مواجهة أحكامه التي قد لا تلبي طموحات هذه السلطات، كما أن ذلك من شأنه أن يولد انطباعا بأن سلطة هذا القضاء غير مقيدة بخلاف السلطات الأخرى، تأتي ضوابط الرقابة الدستورية لتبديد هذه المخاوف وتزيل تلك التكهنات،وفي مقدمة هذه الضوابط تقيد الرقابة بإطار الدستور، فهو من حدد هذه الرقابة وقيدها بضوابط، ومرجعها الذي يحاكم التشريعات المخالفة له، وبالرغم من جمود دساتير الدول محل الدراسة، إلا أن القضاء الدستوري قد تعامل في أغلب الأحيان مع نصوصه على أنها نصوصاً حية، ولم يطبقها بشكل آلي، ولم ينظر إليها هذا القضاء نظرة واحدة منذ العمل بها بل كان معتمدا على إعادة تفسيرها كلما تصدى للفصل في أسئلة الأولوية الدستورية المحالة عليه، فهذا القضاء لا ينظر إلى النص الدستوري بمعزل عن الواقع، بل يفسر النص الدستوري في ضوء الفكرة القانونية السائدة، وهذه الفكرة قد تتغير من مدة إلى أخرى، فتتغير قراءة النص الدستوري معها ويُفسر بما ينسجم مع التغير الحاصل في هذه الفكرة ويساعد القضاء الدستوري في ذلك صياغة النصوص الدستورية وعموميتها ومرونتها، ويتولى التفسير

توضيح التباين الحاصل في موقف القضاء الدستوري اتجاه القضايا المتشابهة، وهذا ما لاحظناه عند التطرق لموضوع العدول في أحكام القضاء الدستوري، وان سبب ذلك يعود إلى تغير فلسفة الدولة أي فكرتها القانونية السائدة من دولة تسودها النزعة الفردية التي تحد من تدخل الدولة، إلى دولة متدخلة بقدر الضرورات التي فرضتها الظروف.

3-تباين الدول محل المقارنة في توظيف المصطلح الذي يعكس نمط الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين،باستعمال مصطلحين هما: سؤال الأولوية الدستورية ،والدفع بعدم دستورية القوانين،وتم التوصل في هذه الدراسة إلى أن الاصطلاح الأول أكثر دقة من الثاني على أساس أننا أمام مسألة أولية تثار بصدد النظر في دعاوى موضوعية ،وليست دفعا بالمعنى القانوني المعمول به في مجال القضاء العادي،وعلة ذلك عدم اختصاص قاضي الموضوع بالفصل في سؤال الأولوية الدستورية وملزما قانونا في حالة الاحالة على الجهة المختصة بتربص قرارها الفاصل في المسألة الدستورية حتى يتمكن من الفصل في الدعوى الموضوعية المرفوعة أمامه.

4-أدرج المجلس الدستوري الفرنسي ما يصطلح عليه بالقانون الحي أو ما يسمى أيضا بالتفسير القضائي المستقر ضمن نطاق سؤال الأولوية الدستورية ،وبالتالي لم يعد مجالها محصورا في الأحكام التشريعية بل تعداه الى الاجتهاد المستقر للمحاكم العليا.

5-عدم وجود نموذج خاص بالمرجعية التشريعية،التي تشكل نطاق سؤال الأولوية الدستورية على مستوى التجربيتين الجزائرية والمغربية،ولا يزال الغموض على مستواهما يعتري مدلول الحكم التشريعي والحكم التنظيمي الذي يجوز إثارة تلك المسألة بشأنه.

6-أجاز المجلس الدستوري الفرنسي إمكانية إثارة سؤال الأولوية الدستورية ضد الإغفال التشريعي،وهذا ناتج عن اجتهاد المجلس الدستوري في توسيع اختصاصه، الذي أسسه على أن تقصير البرلمان في تنظيم مسألة تندرج ضمن اختصاصه من شأنه أن يلحق ضررا بالحق أو الحرية التي يضمنها الدستور،وهو الأمر المفقود في التجربتين الجزائرية والمغربية.

7-المفهوم الخاص للمصلحة المعمول به في مجال سؤال الأولوية الدستورية ،فهي ليست ذات المصلحة المعمول بها في نطاق القضاء العادي والتي تقتصر على توفر فائدة عملية للمدعي من رفع دعواه القضائية،بل يتعدى مفهومها في مجال سؤال الأولوية الدستورية هذا الفهم التقليدي لشرط المصلحة،وتقوم على عنصر التلازم ومظهره يتجسد في أن يكون

الفصل في المسألة الدستورية ضروريا ولازما للفصل في الدعوى الموضوعية أي أن الفصل في الدعوى الموضوعية موقوف على الفصل في سؤال الأولوية الدستورية

8-استعمل المشرع عنصر الجدية كشرط لقبول سؤال الأولوية الدستورية ،والذي ورد على نحو غير دقيق،دون بيان مدلوله ومعاير استنتاجه من طرف المحاكم للجزم بشأن الطابع الجدي لسؤال الأولوية الدستورية من عدمه،وهذا ما يتيح إعمال السلطة التقديرية للمحاكم في استخلاصه وتضارب الاجتهاد القضائي بشأنه،وبالنتيجة لذلك ضياع الغاية من تكريس حق المتقاضي في إثارة سؤال الأولوية الدستورية ويولد نوع من عدم المساواة بين المتقاضين في قبول ما آثاروه من مسائل دستورية نتيجة اختلاف المحاكم في استخلاصها لعنصر الجدية ،وبالتالي قد يثار نفس سؤال الأولوية الدستورية من طرف عدة متقاضين وقد يحظى بقبوله من طرف محاكم معينة، ورفضها من طرف محاكم أخرى لانعدام ما يضبط اختصاص هذه الأخيرة في كيفية توصلها الى عنصر الجدية.

9-قصر المشرع في الدول محل المقارنة اثارة سؤال الأولوية الدستورية ،على الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور،وأغفل مسألة هامة وهو أن نطاق الحقوق والحريات غير مقصور على ما تضمنته الوثيقة الدستورية،بل يتعداه إلى ما كرسته المواثيق الدولية والإقليمية،وهذا ما وقع فيه كل من المشرع الجزائري والمغربي أثناء نقلهما تجربة المشرع الفرنسي،فهذا الأخير عندما قصر سؤال الأولوية الدستورية على نطاق الحقوق والحريات المكرسة في الدستور،راعى وجود وسيلة أخرى مكرسة في النظام القانوني الفرنسي تتيح للفرد التقاضي بشأن الحقوق والحريات المكرسة في المواثيق العالمية وهو ما يصطلح عليها برقابة الاتفاقية ولكن سرعان ما تدارك المؤسس الدستوري الجزائري هذه المسألة بموجب المادة 190 من التعديل الدستوري لعام2020 بنصها على امكانية اخطار المحكمة الدستورية بشأن توافق القوانين والتنظيمات مع المعاهدات،أي أدرج المعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر ضمن نطاق الكتلة الدستورية المستند عليها لفحص مدى دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي المطعون فيه.

10-لم يتضمن القانون المنظم لسؤال الأولوية الدستورية في الدول محل المقارنة ضبط شروط قبولها بدقة واكتفى بالاحالة الى مواد قانون الإجراءات الجزائية والإجراءات المدنية

بشأن الشروط المتعلقة بالصفة والمصلحة والاستعانة بمحام وتسديد الرسم القضائي،والعمل بنظام التدخل في الخصام.

11-استبعاد سؤال الأولوية الدستورية من نطاق النظام العام عن طريق حرمان المحاكم من اثارتها بصفة تلقائية،على الرغم من أن المشرع في الدول محل المقارنة أضفى عليها الخصائص القانونية للدفوع المتعلقة بالنظام العام في مجال القضاء العادي،عندما أجاز إثارة سؤال الأولوية الدستورية لأول مرة أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة.

11-تبين أن القضاء الدستوري في الدول محل المقارنة، قد استثنى التعديلات الدستورية وقوانين الاستفتاء من نطاق سؤال الأولوية الدستورية ، ويرجع سبب ذلك لعوامل تاريخية وأخرى تتعلق بانعدام النص المكرس للاختصاص بالفصل في مثل هذه المواضيع،وهو ما ذهب إليه جانب كبير من الفقه.

12-أن القرار بعدم دستورية الحكم التشريعي لا يتنافى مع التقيد بقرينة الدستورية، لأن القضاء الدستوري لا يلجأ إلى الحكم بعدم الدستورية،إلا في الأحوال التي تكون فيها مخالفة الحكم التشريعي للدستور واضحة وقطعية، لكن التقيد بتلك القرينة يحد من اللجوء إلى الحكم بعدم الدستورية إلى أقصى حد ممكن كما أن التقيد بها،لا يمنع من تصويب التشريع وجعله مطابقاً للدستور دون الحكم بعدم دستوريته، وذلك من خلال التقنيات التي ابتدعها القضاء الدستوري، والتي تقوم على البحث عن التفسير الذي يجعل التشريع مطابقاً للدستور كلما كان ذلك ممكناً، ويتم ذلك من خلال إعادة قراءة النصين الدستوري والتشريعي للوصول إلى التفسير الذي يجعلهما متطابقين، لأن البت في المسألة الدستورية يقتضي تفسير كل من النص التشريعي المطعون فيه والنص الدستوري الذي يدعي الطاعن مخالفة التشريع له، قبل إصدار القرار، ولكن ذلك لا يكون ممكناً في جميع الأحوال بل في الأحوال التي لا تكون فيها مخالفة التشريع للدستور واضحة وقطعية.

13-إن تقيد القضاء الدستوري بقرينة الدستورية لا يهدف فقط إلى تجنب الصدام مع المشرع، فتجنب الصدام مع المشرع وإن يكن مبرراً معتداً به للتمسك بقرينة الدستورية، بل يعني أن للقضاء الدستوري دور في تصويب التشريع دون الحكم بعدم دستوريته، وأن هناك عدد من المبررات تدفع القضاء الدستوري إلى ذلك، وهذه المبررات هي: مراعاة الاعتبارات العملية، مراعاة الفكرة القانونية السائدة، تغير النظرة إلى عملية صناعة التشريع، تأثر

القضاء الدستوري بالعولمة، وتحقيق الأمن القانوني، وأن القضاء الدستوري يوازن بين المصالح المتعارضة في ضوء هذه العوامل.

14-إن التمسك بقرينة الدستورية لا يعني محاباة القضاء الدستوري للمشرع واصطفافه معه على حساب مصلحة الطاعن، لأن التقيد بقرينة الدستورية كضابط للرقابة سيؤدي إلى خلع المعنى الذي يجعل التشريع مخالفاً للدستور، وهو المعنى الذي يراد تطبيقه على الطاعن والذي يحاول الطاعن التخلص منه، وإحلال معنى جديد للنص المطعون فيه، من خلال اللجوء إلى تقنية التفسير البناء للتشريع، الذي مفاده قيام المحكمة باستنباط قاعدة تشريعية ضمنية بما يتفق مع قصد المشرع وغرضه من إصدار التشريع، أو من خلال التفسير التوجيهي، إذ يوجه القضاء الدستوري الجهات المكلفة بتطبيق القانون المطعون فيه بتطبيقه على نحو معين، أو التحفظات الدستورية، التي تقتضي قراءة وتطبيق التشريع وفق نصوص معينة من الدستور، وبذلك فإن القضاء الدستوري سيحقق أمرين في ذات الوقت هما: الأمر الأول، تجنب الحكم بعدم الدستورية،والأمر الثاني، تحقيق هدف الطاعن في كثير من الأحيان، لأن الطاعن سيطبق عليه التشريع وفق المعنى الجديد الذي أصبغه عليه القضاء الدستوري، وليس المعنى القديم الذي دفع الطاعن لإثارة المسألة الدستورية ذات الأولية.

15-إن الحكم بعدم دستورية التشريع لا يعني عدم التقيد بقرينة الدستورية، أو أن القضاء الدستوري قد أصبح نداً للمشرع، بل يعني أن هذا القضاء قد عجز عن التوصل للتفسير المطابق للدستور، بسبب وجود مخالفة واضحة وقطعية، لا ينفع معها إعادة قراءة النصين الدستوري والتشريعي واستنتاج معان جديدة لأن ذلك سيرهق النصوص ويحملها معان لا تحتملها، وإزاء ذلك لا يبقى أمام القضاء الدستوري سوى طريق واحد لتصويب التشريع وهو الحكم بعدم دستورية النصوص المخالفة للدستور، أو الحكم بعدم دستورية التشريع بأكمله، لفسح المجال أمام المشرع لإعادة تشريعه بالشكل الذي يجعله مطابقاً للدستور.

16-ان المحكمة الدستورية في المغرب والمجلس الدستوري سابقا في الجزائر وفرنسا لم تشر هذه الجهات الدستورية إلى قرينة الدستورية بصورة صريحة، إلا أن غياب المصطلح لا ينفي تطبيق مضمونه إذ ثبت من خلال مراجعة أحكامها أنها تحاول تجنب الحكم بعدم الدستورية من خلال التفسير المطابق للدستور.

17-أغفل القانون المنظم للمسألة الدستورية ذات الأولية،تنظيم مسألة على درجة من الأهمية تتعلق بمنازعات التنفيذ في مجال القضاء الدستوري،لأن قرار عدم الدستورية يعد حكما قضائيا في نهاية المطاف،وقد تثار بشأنه عدة عقبات في مرحلة التنفيذ،نظرا لطابعه الخاص كونه ليس قرارا صادرا في مواجهة أفراد فقط بل يتضمن إلتزاما في مواجهة السلطات العامة،قد يترتب عنه امتناعها عن تنفيذه وبالنتيجة له قيام عقبة في التنفيذ تقتضي تذليلها بتدخل الجهة المختصة.

18-بطبيعة الحال أن تكريس آلية سؤال الأولوية الدستورية سيترتب عنها التوصل إلى تقرير عدم دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه،وهي مسألة حسنة لأنه سيترتب عنها تطهير المنظومة القانونية من عيوب عدم الدستورية،ولكن في سبيل الارتقاء بهذه الألية بشأن النجاعة في ممارستها يقتضي احاطتها بضمانة قانونية أهم وهي تكريس حق المتضرر من هذا الحكم في الحصول على تعويض جبرا للضرر الذي أصابه من جراء تقرير عدم دستورية الحكم التشريعي.

18-عدم ضبط الأثار القانونية المترتبة على قرار عدم الدستورية،ومنح القضاء الدستوري سلطة تقديرية واسعة في ترتيب تلك الآثار،بدون بيان أسبابها وظروف إعمالها،وهذا ما يؤدي الى الغموض بشأنها وعدم توقع الأثر المناسب من قبل المتقاضين.

19-عدم تحديد النطاق الزمني لقرار عدم الدستورية بالنسبة للقضايا الجارية(الغير مفصول فيها) فيما إذا كانت هذه القضايا مشمولة بقرار عدم الدستورية الذي صدر قبل الفصل فيها.

20-عدم تفريد بعض النصوص القانونية بأحكام خاصة بشأن الأثر القانوني المترتب على قرار عدم دستوريتها،ويتعلق الأمر بالنصوص الجزائية والنصوص الضريبية،فالأولى تتعلق بحرية المتهم المحبوس والثانية تتعلق بموارد الدولة واقتصادها،وبالتالي فلن يكون اعمال الأثر الفوري لقرار عدم الدستوري ناجعا في الحالة الأولى لأنه سيولد اختلافا بين المحكوم عليهم المدانين على نفس الحكم التشريعي الجزائي الذي أصبح غير دستوري،فالمتهم الذي آثار مسألة عدم دستورية ذلك الحكم وتقرر عدم دستوريته يستفيد من آثاره بينما المتهم المحكوم عليه بنفس النص والذي لم يثر مسألة دستوريته يقضي العقوبة بناء على نص أصبح غير دستوري،وهذا ما يقتضي إعمال الأثر الرجعي والتنصيص عليه بشكل صريح،بينما في الحالة الثانية فنحن أمام نص ضريبي بموجبه اقتطعت الدولة مبالغ مالية

من المكلفين بالضريبة بناء على نصوص قانونية منظمة لها فإذا أثيرت مسألة الدستورية بشأنها وتقرر عدم دستوريتها فإن الأثر المناسب في هذه الحالة هو اعمال الأثر الفوري حفاظا على خزينة الدولة واقتصادها،مع التنويه الى ضرورة تمكين الطاعن في هذه الحالة من الاستفادة من أثر القرار.

21-يعد الأمن القانوني أحد المعايير التي يؤسس عليها قرار عدم الدستورية،ومظهره يتسجد في حماية الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة،فإذا تقرر إعمال الأثر الرجعي لقرار عدم الدستورية يتعين مراعة مبدأ الأمن القانوني بهذا الشأن فلا تسري هذه الرجعية إلا في نطاق محدود.

22-التصدي للفصل في دستورية النصوص القانونية التي لم تكن محلا للمسألة الدستورية المحالة على القضاء الدستوري،استعملها المجلس الدستوري الفرنسي في غياب أي نص قانوني يكرس له مثل هذا الاختصاص وأسسها على اختصاصه في رقابة دستورية القوانين وحماية الشرعية الدستورية،وهذا ما لا يوجد مثله في التجربتين الجزائرية والمغربية.

23-استبعاد فكرة اثارة سؤال الأولوية الدستورية بصفة منباشرة أمام المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية في الجزائر،على غرار التجربة المغربية التي كرست هذا الأمر بمناسبة الطعون الانتخابية البرلمانية.

ثانياً- الاقتراحات:

*اقتراحات خاصة بشروط قبول سؤال الأولوية الدستورية:

1-تكريس كفاية شرط المصلحة المحتملة لإثارة سؤال الأولوية الدستورية ،والذي يستمد أساسه القانوني من الطبيعة القانونية للدعوى الدستورية ذات الطابع العيني.

2-بالنسبة لمصطلح الحكم أو المقتضى التشريعي محل سؤال الأولوية الدستورية ،وعلى غرار التجربة الفرنسية التي تمكنت من ضبط قائمة الأحكام التشريعية التي تشكل نطاق سؤال الأولوية الدستورية عن طريق تدخل وزارة العدل بوضع مذكرة خاصة بذلك،فإن المنتظر في التجربتين الجزائرية والمغربية العمل على هذا المنهج حتى يسهل للمتقاضي معرفة نطاق الأحكام التشريعية التي يمكنه الاستناد عليها في إثارة تلك المسألة ،ومن جانب آخر تكريس مرجعية تشريعية للمحاكم تعتمد عليها في فحص شروط قبول المسائل الدستورية المثارة على مستواها تجنبا لأي اجتهاد من طرفها.

3-ادراج معايير وضوابط استخلاص عنصر الجدية، بما لا يدع مجالا للشك في فهم مدلوله واستبعاد السلطة التقديرية للمحاكم في التوصل إليه.

4-ادراج التعديلات الدستورية وقوانين الاستيفتاء ضمن نطاق سؤال الأولوية الدستورية.

5-بالنسبة للدعاوى الاستعجالية التي يتم الفصل فيها دون انتظار قرار القضاء الدستوري بشأن سؤال الأولوية الدستورية المثار بمناسبتها،يقتضي الأمر إدراج نص قانوني يكرس حق المتقاضي الذي آثار تلك المسألة من رفع دعوى جديدة للاستفادة من قرار عدم الدستورية في حالة توصل القضاء الدستوري إلى تقرير عدم دستورية النص الذي كان أساسا للفصل في الدعوى الاستعجالية.

*اقتراحات خاصة بممارسة سؤال الأولوية الدستورية:

1-تمكين المتقاضي الذي آثار سؤال الأولوية الدستورية ،من حق الطعن في قرار رفض الإحالة الصادر عن المحاكم العليا والمؤسس على عدم توفر شرط الجدية،بصفة مباشرة على مستوى المحكمة الدستورية.

2-وجوب توسع المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري في استعمال رخصة التصدي لزيادة فاعليتهما في حماية الشرعية الدستورية.

*اقتراحات خاصة بنظام التقيم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية:

1-ضرورة العمل بنظام أحادية التقيم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية ،القائمة على الإحالة المباشرة من طرف المحاكم الى القضاء الدستوري(المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري) لعدم فعالية وجود درجة ثانية لإجراء تقيم مبدئي لذات الأسئلة الأولوية الدستورية التي سبق فحصها على مستوى المحاكم المثارة على مستواها.

2-انشاء هيئة على مستوى القضاء الدستوري يحدد القانون تشكيلتها ونظام عملها،تختص بالنظر في سؤال الأولوية الدستورية المحال على المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري مما يسهل عمل هاتين الهيئتين وتفرغهما للفصل في المسائل ذات الطابع الجدي فقط.

*اقترحات خاصة بالقرار الفاصل في المسألة الدستورية ذات الأولية:

1-ضرورة صياغة الأحكام الصادرة بشأن الدعاوى الدستورية، إذ ينبغي أن تصاغ هذه الأحكام بأسلوب مختلف عن أسلوب صياغة الأحكام الصادرة عن أنواع القضاء الأخرى، بل يفترض أن تصاغ بطريقة تتناسب مع طبيعة القضاء الدستوري، من خلال التعبير عن

مضمون الحكم ببلاغة عالية، وكذلك الإشارة بصورة صريحة في الحكم إلى نوع العيب الذي أدى إلى الحكم بعدم الدستورية، وأن يشار إلى المبادئ الدستورية التي سبق التوصل إليها في أحكام أخرى، أو التركيز على تبرير عدول المحكمة عن مواقفها السابقة، أو استخلاص مبادئ دستورية فرعية من مبادئ الدستور.

2-النص صراحة في القانون المنظم لسؤال الأولوية الدستورية ،على التزام المشرع بالتدخل لإلغاء الحكم التشريعي المقضي بعدم دستوريته،خلال ميعاد معين من صدور قرار عدم الدستورية،وهذا بغرض تأكيد الحجية المطلقة والطابع الملزم لقرارات القضاء الدستورية .

3-النص صراحة في القانون المنظم لسؤال الأولوية الدستورية على الآثار المترتبة على قرار عدم الدستورية،مع ضرورة النص بصفة واضحة على الأثر الرجعي لقرار عدم الدستورية،سواء في المسائل الجنائية أو غيرها مع النص على ضوابط إعمال هذا الأثر،وبالنسبة للمسائل الضريبية النص صراحة على إعمال الأثر المباشر (الفوري) حفاظا على اقتصاد الدولة،والنص على أن المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري يملكان سلطة تقديرية في تقرير الأثر المباشر في بعض المسائل بناء على الظروف الخاصة ببعض المسائل الدستورية ذات الأولية والعناصر المحيطة بها ودرجة الخطورة التي تلازمها.

*اقتراحات خاصة بضمانة التعويض:

1-ضرورة تكريس حق الفرد في الحصول على التعويض،من جراء تقرير عدم دستورية القانون محل سؤال الأولوية الدستورية ،ومنح القضاء الدستوري اختصاص الفصل في طلبات التعويض بناء على قاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع.

*اقترحات خاصة بمنازعة التنفيذ في مجال سؤال الأولوية الدستورية:

1-ضرورة تكريس نص خاص في القانون المنظم لسؤال الأولوية الدستورية ،يعالج منازعات التنفيذ للقرار القاضي بعدم دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه.

2-ضرورة بيان الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات التنفيذ لقرار عدم الدستورية وطريقة تسويتها وما يميزها عن منازعات التنفيذ العادية.

قائمة المصادر و المراجع

أولا:المصادر باللغة العربية:

-النصوص القانونية والتنظيمية:

***الدستور:**

1.دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،المعدل والمتمم،المصادق عليه في استفتاء 2016،بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01/16 المؤرخ في 2016/03/06،المتعلق بإصدار التعديل الدستوري،في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،ج.ر،رقم 14 المؤرخة في 2016/03/07.

2.دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،المعدل والمتمم،المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020،بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المؤرخ في 2020/12/30،المتعلق بإصدار التعديل الدستوري،في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،ج.ر،رقم 82،المؤرخة في 2020/12/30.

3.دستور الجمهورية الفرنسية الديمقراطية الشعبية لعام 2008.

4.دستور المملكة المغربية لعام 2011.

***النصوص التشريعية:**

1.القانون العضوي رقم 16/18 المؤرخ في 2018/09/02 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية في التشريع الجزائري.

2.القانون رقم 2009/1523 المؤرخ في 2009/12/03 بشأن تطبيق المادة 1/61 من الدستور الفرنسي.

3.مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 في نسخته الأخيرة بتاريخ 2014/02/14 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية القانون في المغرب.

4.القانون التنظيمي رقم 13.066 المتعلق بالمحكمة الدستورية في المغرب الصادر بموجب ظهير شريف رقم 1.14.139 بتاريخ 2014/08/13.

5.القانون رقم 14/16 الصادر بموجب ظهير شريف رقم 1.19.43 بتاريخ 2019/03/11 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6765 بتاريخ 2019/04/01.

***النصوص التنظيمية:**

-المراسيم:

1.المرسوم الرئاسي رقم 149-2010 المؤرخ في 2010/02/16، منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية بتاريخ 2010/02/18 ويمكن الاطلاع عليه عبر الموقع الالكتروني التالي:

Htpp://ddata.over-blog.com/xxxyyy/1/18/50/53/decret-aide-juridictionnelle,.pdf.

-القرارات:

1.قرار المحكمة الدستورية المتعلق بالبت في مطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون ،ملف عدد:024-18،قرار رقم 70/18،المؤرخ في 2018/03/06 والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 2018/03/12.

***الأنظمة الداخلية :**

1.النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري المؤرخ في 2016/04/06،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،ع29،المؤرخة في 2016/05/11.

2.النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري لسنة 2019، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ع42،مؤرخة في 2019/06/30.

3.النظام الداخلي المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الفرنسي.

4.المادة 1/7 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية الأسبانية .

***المناقشات البرلمانية:**

1.المناقشة البرلمانية لمشروع القانون العضوي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية المنعقدة بتاريخ 2018/06/18،الجريدة الرسمية للمناقشات،المجلس الشعبي الوطني،السنة الثانية رقم 77،المؤرخة في 2018/07/03.

2.موجز محضر الجلسة العلنية 67 لمناقشة مشروع القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية المنعقدة يوم 2018/06/18 يمكن الاطلاع عليه على موقع المجلس الشعبي الوطني الجزائري.

***التقارير والتوصيات:**

1.مذكرة المجلس الوطني لحقوق الإنسان بخصوص مشروع القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية،مارس 2013.

-الكتب:

***الكتب المتخصصة:**

1.إبراهيم محمد علي،المصلحة في الدعوى الدستورية،دار النهضة العربية،القاهرة،بدون سنة نشر.

2.ابراهيم نجيب سعد،القانون القضائي الخاص،الجزء الثاني،منشأة المعارف،الاسكندرية،1980.

3.أحمد منصور،الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2012.

4.احمد منصور،اجراءات الدعوى الدستورية،دار النهضة العربية،القاهرة،بدون سنة نشر.

5.أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي،اشكاليات الرقابة على دستورية القوانين في ظل تعاقب الدساتير،ط1،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2018.

6.أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي،الأثر الرجعي في القضائين الإداري والدستوري دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الاسلامية،دار النهضة العربية،القاهرة،2011

7.السيد علي محمد الغماري،الدور الإنشائي للقاضي الدستوري دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة المنوفية،2018.

8.امين عاطف صليبا،دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون،المؤسسة الحديثة للكتاب،طرابلس،لبنان،2002.

9.أمحمد حجاجي،الرقابة على الدستورية دراسة في الأنظمة الدستورية المقارنة النظام الدستوري المغربي،ط1،منشورات مجلة العلوم القانونية،مطبعة الأمنية،الرباط،2018.

10. آلاء مهدي مطر،حجية أحكام وقرارات القضاء الدستوري،ط1،منشورات زين الحقوقية،بيروت لبنان،2018.

11. بتول مجيد جاسم، حجية القرارات والأراء التفسيرية الصادرة من المحاكم الدستورية دراسة مقارنة،مكتبة السنهوري،بيروت،بدون سنة نشر.

12. بشير علي باز،أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية في ضوء أحكام القرار بقانون 168 لسنة 1998،دار الجامعة الجديدة للنشر،الاسكندرية،2005.
13. جواه عادل العبد الرحمن،الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي دراسة تحليلية مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،2016.
14. جورجي شفيق ساري،إختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير،دار النهضة العربية،القاهرة،1995.
15. جوجي شفيق مساري،مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها قضاء التعويض،دار النهضة العربية،القاهرة،2005.
16. حسين جبر حسين الشويلي،قرينة دستورية التشريع دراسة مقارنة،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2018.
17. حميد ابراهيم الحمادي،الرقابة على دستورية القوانين في دولة الامارات العربية المتحدةدراسة مقارنة مع تشريعات جمهورية مصر العربية ودولة الكويت ومملكة البحرين،المركز القومي للاصدارات القانونية،القاهرة،2001،
18. حسنين ابراهيم محمد،أثر الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة 24 من قانون مباشرة الحقوق السياسية،دار النهضة العربية،القاهرة،2000.
19. خليفة سالم الجهمي،رقابة دستورية القوانين في ليبيا ومصر والكويت والبحرين دراسة تحليلية مقارنة،منشأة المعارف،الاسكندرية،2018.
20. دعاء الصاوي يوسف،القضاء الدستوري ،دار النهضة العربية،القاهرة،2014
21. رفعت عيد سيد،الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2004.
22. رفعت عيد،اطلالة على الدفع بعدم الدستورية في تشريعات مصر ودول المغرب العربي والكويت دراسة تحليلية نقدية،بدون دار نشة ،2020
23. رمزي الشاعر،رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر،مطابع دار التيسير،القاهرة،2004.

24. سالم روضان الموسوي،عدم دستورية القوانين بين الانحراف التشريعي والمخالفة الدستورية وأثره في الأحكام القضائية دراسة تطبيقية مقارنة،مكتبة صباح،الكرادة بغداد،2020.

25. سالم روضان الموسوي، حجية أحكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق وأثرها الملزم دراسة تطبيقية مقارنة،ط1،دار الوثائق والكتب،بغداد،2017.

26. سالم روضان الموسوي، محمد عبد الواحد الجميلي ، اثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية،القاهرة،2002

27. شعبان أحمد رمضان،ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين،دار النهضة العربية،القاهرة، 2000.

28. شعبان أحمد رمضان،أثر انقضاء المصلحة على السير في دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية في النظام القانوني المصري،دار النهضة العربية،القاهرة،2009.

29. شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولية دراسة مقارنة،دار الفكر والقانون،المنصورة،2015.

30. شيرزاد شكري طاهر،اختصاص القضاء الدستوري برقابة دستورية اللوائح دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2019.

31. صبري محمد السنوسي محمد،اختصاص المحكمة الدستورية كمحكمة موضوع دراسة مقارنة،ط3،دار النهضة العربية،القاهرة،2013.

32. صبري محمد السنوسي محمد،اثار الحكم بعدم الدستورية دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،2000

33. صلاح الدين فوزي،الدعوى الدستورية،دار النهضة العربية،القاهرة،1993.

34. طعيمة الجرف،القضاء الدستوري،دراسة مقارنة في رقابة الدستورية،ط2،القاهرة،1994.

35. فتحي فكري ،إختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير،دار النهضة العربية،القاهرة،2011.

36. عادل الطبطبائي،المحكمة الدستورية الكويتية،تكوينها واختصاصاتها واجراءاتها دراسة تحليلية مقارنة،ط1،جامعة الكويت،مجلس النشر العلمي،لجنة التأليف والتعريب والنشر.

37. عبد الحق بلفقيه،دعوى الدفع بعدم دستورية نص تشريعي مابين رؤية المشرع المغربي وتدخل القاضي الدستوري دراسة مقارنة،ط2،مطبعة سبارطيل،طنجة،2019.
38. عبد العزيز محمد قطاطو،الدعوى الدستورية الفردية لحماية الحقوق والحريات الأساسية دراسة مقارنة،ط1،دار الحكمة بغداد،2016.
39. عبد المنعم محفوظ،القضاء الدستوري في مصر،ط1،بدون دار نشر،1991.
40. عبد العزيز محمد سالمان ،إجراءات الدعوى الدستورية،ط1،الجزء الأول،دار سعد سمك،القاهرة،2015.
41. عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس،رقابة الملائمة في القضاء الدستوري دراسة مقارنة،رسالة لنيل درجة الدكتواره في الحقوق،كلية الحقوق قسم القانون العام،جامعة عين شمس،2011.
42. عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس،رقابة الملائمة في القضاء الدستوري دراسة مقارنة،أطروحة دكتواره في الحقوق،كلية الحقوق قسم القانون العام،جامعة عين شمس،2011.
43. عبد العزير النويضي،المحكمة الدستورية ومسألة الدفع بعدم دستورية القوانين،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2019.
44. عبد الحفيظ علي الشيمي،التحول في أحكام القضاء الدستوري،دار النهضة العربية،القاهرة،2008
45. عبد العزيز محمد سالمان،إجراءات الدعوى الدستورية،ط1،الجزء الثاني ،دار سعد سمك،مصر،2015.
46. عبد العزيز محمد سالمان،الاثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا والمشكلات العملية التي تثيرها،ط2،دار سعد سمك،القاهرة،2002.
47. عبد العزيز محمد سالمان،ضوابط وقيود الرقابة الدستورية،ط1،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2011.
48. عبد الرحيم المنار اسليمي،مناهج عمل القاضي الدستوري بالمغرب دراسة سوسيو قضائية،ط1،منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية،2006.

49. عصام أنور سليم،موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون،منشأة المعارف،الاسكندرية،2018.
50. عز الدين الدناصوري ،وعبد الحميد الشواربي،الدعوى الدستورية،ط1، منشأ المعارف،الاسكندرية، 2002.
51. عيد أحمد الغفلول،الرقابة القضائية السابقة على دستورية المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية،القاهرة،1999.
52. عيد أحمد الغفلول،الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة،دار النهضة العربية،القاهرة،2010.
53. عيد أحمد الغفلول،فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية دراسة مقارنة،ط3،دار النهضة العربية،القاهرة،2006
54. عيد أحمد ابراهيم سلامة الغفلول،فكرة النظام العام الدستوري وأثرها على تحديد نطاق الدعوى الدستورية،دار النهضة العربية،القاهرة،2004.
55. عيد أحمد غفلول،فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة،ط2،دار النهضة العربية،القاهرة،2003.

56. عمار رحيم الكناني،المحكمة الاتحادية العليا ودورها في بناء دولة المؤسسات دراسة تطبيقية مقارنة،مكتبة القانون المقارن،بغداد،2019.
57. علي هادي عطية الهلالي،النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الإتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي،ط1، ،مكتبة السنهوري،بيروت،2017.
58. علي هادي عطية الهلالي،المباحث الموضحة لذاتية شرط المصلحة في تحريك الدعوى الدستورية،ط1،المركز العربي للنشر والتوزيع،القاهرة،2018
59. علي هادي عطية الهلالي،المحكمة الاتحادية العليا ودورها في بناء دولة المؤسسات دراسة تطبيقية مقارنة،مكتبة القانون المقارن،2019.

60. عمرو أحمد حسبو،تنفيذ أحكام عدم دستورية النصوص التشريعية،دار النهضة العربية،القاهرة،2005،

61. عزيزة الشريف،القضاء الدستوري المصري،دار النهضة العربية،القاهرة،1990،
62. كاظم عباس حبيب،الدفع بعدم دستورية القوانين،مكتبة صباح،الكرادة،بغداد،2013،
63. محمد علي حسونة،الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية عبر الدعوى الاحتياطية في النظم الدستورية المعاصرة،ط1،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2018.
64. محمد فؤاد عبد الباسط،ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية،منشأة المعارف،الاسكندرية،2002.
65. محمد علي سويلم،مبادئ الخصومة الدستورية دراسة مقارنة،ط1،منشأة المعارف،الاسكندرية،2019.
66. محمد جمال عثمان جبريل ، أثر الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2000.
67. محمد ماهر أبو العينين،التعويض عن أعمال اللسلطات العامة،الكتاب الثاني،ط1،المركز القومي للاصدارات القانونية،القاهرة،2013.
68. محمد باهي أبو يونس،الاختصاص الأصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية في النظام الدستوري الكويتي،دار الجامعة الجديدة،2008.
69. محمد صلاح عبد البديع السيد ، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر ، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.
70. محمد أتركين،دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية الاطار القانوني والممارسة القضائية،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،المغرب،2013.
71. محمود أحمد زكي،الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجيته وتنفيذه في ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا حتى أفريل 2004،ط2،دار النهضة العربية،القاهرة،2005.
72. محمد عبد اللطيف،القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات(1999-2004)،دار النهضة العربية،القاهرة،2005.
73. محمد بوسلطان،إلياس صام،القانون العضوي 16/18 المؤرخ في 2018/09/02 يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية"تعليق مادة مادة"،النشر الجامعي الجديد،تلمسان،الجزائر،2020.

74. مدحت أحمد محمد يوسف غانم،الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الأنظمة اللاتينية مصر وفرنسا،ط1،المركز القومي للإصدرات القانونية،القاهرة،2014.
75. محمد فريد المشليخ،رقابة القضاء الدستوري للنقص التشريعي دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،بدون سنة نشر.
76. محمد عبد العال،القضاء الدستوري المقارن،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية،2017.
77. محمد محمد عبد اللطيف،القانون الحي ورقابة الدستورية،دار الفكر والقانون،المنصورة،2019.
78. محمد صلاح عبد البديع السيد،قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا،ط2،دار النهضة العربية،القاهرة.
79. مها بهجت يونس الصالحي،الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون،بيت الحكمة،العراق،2009.
80. نبيلة عبد الحليم كامل،الرقابة القضائية على دستورية القوانين (القضاء الدستوري)،دار النهضة العربية،القاهرة،2005.

81. هانم أحمد محمود سالم،ضمانات تحقق الأمن القانوني ودور المحكمة الدستورية العليا في كفالة تحققه دراسة فقهية قضائية مقارنة،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2021،
82. هديل محمد حسن المياحي،العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية الحقوق،جامعة النهرين.
83. هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر مع تحليل للأحكام الدستورية في البلدين، دار النهضة العربية،القاهرة،2006.

84. هشام محمد البدري،الأثر الرجعي والأمن القانوني،ط1،دار الفكر والقانون،المنصورة،2015.
85. هشام محمد البدري،حدود الرقابة الدستورية دراسة مقارنة حول هامش رقابة الدستورية في مصر في ضوء التعديلات الدستورية المصرية 2007 والفرنسية 2008،دار الفكر والقانون،القاهرة،2013.

86. وليد محمد الشناوي،الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية دراسة مقارنة،دار الفكر والقانون،المنصورة،2013.
87. وليد محمد الشناوي،الطعون الدستورية الفردية دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة،دار الفكر والقانون،المنصورة،2019.
88. يسرى محمد العصار، التصدي في القضاء الدستوري، دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
89. يسري محمد العصار،دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،1999.
90. يحي الجمل،القضاء الدستوري في مصر،دار النهضة العربية،القاهرة،2000.

***الكتب العامة:**

1.أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 2000.
2.إبراهيم حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2003 .
3.ابراهيم عبد العزيز شيحا،المبادئ الدستورية العامة،منشأة المعارف،الاسكندرية،2006.
4.أبو المجد أحمد كمال،الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والاقليم المصري،مكتبة النهضة المصرية،القاهرة،1960.
5.أحمد أبو الوفا،نظرية الدفوع في قانون المرافعات المدنية والتجارية،ط6،منشأة المعارف،الاسكندرية،1994.
6.أحمد أبو الوفا،نظرية الدفوع في قانون المرافعات المدنية والتجارية،ط8،منشأة المعارف،الاسكندرية،2012.
7.أحمد كمال أبو المجد،دراسات في القانون الدستوري،بدون دار نشر،1987.
8.أحمد السيد صاوي،الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية،دار النهضة العربية،2004.

9.أمحمد حجاجي،الرقابة على الدستورية دراسة في الأنظمة الدستورية المقارنة النظام الدستوري المغربي،ط1،منشورات مجلة العلوم القانونية،مطبعة الأمنية،الرباط،2018.
10. أماني عمر حلمي،الوجيز في القانون الدستوري بدولة الإمارات العربية المتحدة،بدون طبعة،دار الشتات للنشر والبرمجيات،مصر–الإمارات،بدون سنة نشر.
11. البكري محمد عزمي،الدفوع في قانون المرافعات في ضوء الفقه والقضاء طبقا لأحدث التعديلات الصادرة بالقانون رقم 18 لسنة 1999،الجزء6،دار محمود للنشر والتوزيع،القاهرة،2000
12. انور رسلان،الحقوق والحريات في عالم متغير،دار النهضة العربية،القاهرة،1992.
13. بن شريف مصطفى،التشريع ونظم الرقابة على دستورية القوانين،مطبعة بني إزناسن،سلا المغرب،2016.
14. جواد الرهيمي،التكيف القانوني للدعوى الجنائية،ط2،المكتبة القانونية للنشر،بغداد،2006.
15. حلمي عز الدين الدقدوقي،رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري دراسة مقارنة،دار المطبوعات الجامعية،1989.
16. خالد منير حسن شعير،الأمر الجنائي دراسة تحليلية مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،2006.
17. سليمان محمد الطماوي،النظرية العامة للقرارات الإدارية،ط4،الفكر العربي،القاهرة،1976.
18. سليمان الطماوي ،القضاء الإداري،قضاء الإلغاء،المجلد 2،دار الفكر العربي،القاهرة،1976،
19. رمزي الشاعر،النظرية العامة للقانون الدستوري،مطبوعات جامعة الكويت،الكويت،1978.
20. رمزي طه الشاعر،النظرية العامة للقانون الدستوري،ط3،دار النهضة العربية،القاهرة.
21. رمزي سيف،الوسيط في النظرية العامة للقانون الدستوري،ط3،دار النهضة العربية،1983.

22. رفاعي سيد سعد،تفسير النصوص الجنائية دراسة مقارنة،ط2،دار النهضة العربية القاهرة،2008.

23. فتحي فكري،القانون الدستوري،الكتاب الأول،المبادئ الدستورية العامة،بدون دار نشر،2001.

24. عبد المنعم محفوظ،علاقة الفرد بسلطة الحريات العامة وضمانات ممارستها،دار الهناء للطباعة،القاهرة،دون سنة نشر.

25. عبد العزيز محمد سالمان،نظم الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة،ط2،دار الفكر الجامعي،القاهرة،2014.

26. عبد اللطيف أكنوش،السلطة والمؤسسات السياسية في مغرب اليوم والأمس،مكتبة بروفانس ،الدار البيضاء،1988

27. عبده جميل غصوب،الوجيز في إجراءات التنفيذ،ط1،المؤسسة الجامعية للنشر والدراسات ،بيروت،2013.

28. عبد الحميد متولي،القانون الدستوري والأنظمة السياسية،بدون دار نشر،1966.

29. عزيزة الشريف،دراسة في الرقابة على دستورية التشريع،مطبوعات جامعة الكويت،1995.

30. عثمان عبد الملك الصالح ، الرقابة القضائية امام المحكمة الدستورية في الكويت ، ط1 ، مطابع كويت تايمز ، اصدار مجلة الحقوق ، كلية الحقوق – جامعة الكويت – ، 1986.

31. علي السيد الباز،الرقابة على دستورية القوانين في مصر،دار الجامعات المصرية،الاسكندرية،1978.

32. عيد أحمد الغفلول،الدفع بعدم مشروعية القرارات الإدارية دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،2005.

33. ماجد راغب الحلو،النظم السياسية والقانون الدستوري منشأة المعارف،الاسكندرية،2000.

34. محمد ابراهيم،أصول المرافعات المدنية،نظرية الدعوى،دار العلوم للطباعة،2010/2009،بدون مكان النشر.

35. مصطفى قلوش،النظام الدستوري المغربي المؤسسة الملكية،الجزء الأول،بدون دار نشر،1997.
36. مصطفى بن شريف،التشريع ونظم الرقابة على دستورية القوانين،ط1،سلسلة الوعي القانوني،منشورات الزمن،مطبعة بني أزناسن،سلا،المغرب،2015.
37. محمد عبد الواحد الجميلي،قضاء التعويض مسؤولية الدولة عن أعمالها الغير تعاقدية،دار النهضة العربية،القاهرة،1995.
38. محمد حسين منصور،قانون الإثبات،الدار الجامعية الجديدة،ط1،الاسكندرية،2002.
39. محمد أشركي،الظهير الشريف في القانون العام المغربي،ط1،دار الثقافة،الدار البيضاء المغرب،1983.
40. منير عبد المجيد،أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح،منشأة المعارف،الاسكندرية،2001
41. محمد نصر الدين كامل،اختصاص المحكمة الدستورية العليا،عالم الكتب،القاهرة،1989.
42. محمد سعيد عبد الرحمن،الحكم القضائي أركانه وقواعد إصداره،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2011.
43. محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
44. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1990.
45. نبيلة عبد الحليم كامل ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين – القضاء الدستوري – ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1993 ،
46. وجدي راغب فهمي،مبادئ القضاء المدني قانون المرافعات،دار النهضة العربية،القاهرة،2001.
47. يوسف سعد الله الخوري،القضاء الإداري مسؤولية السلطة العامة،دار المنشورات الحقوقية،بيروت لبنان،1999.

-الأطاريح ورسائل الماجيستر:

1. أحمد صالح صالح عاطف،الدعوى الدستورية في النظام القانوني اليمني دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون،قسم القانون العام،كلية الحقوق،جامعة عين شمس،2009.

2. أحمد علي عبود الخفاجي،آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه تخصص فلسفة في القانون العام،كلية القانون،جامعة بابل،2015

3. أمحمد حجاجي،دور القضاء الدستورية في توجيه وتأطير الأعمال القانونية للمشرع دراسة في ضوء الرقابة على الدستورية،أطروحة دكتواره في القانون العام،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طات،جامعة الحسن الأول،2016.

4. جبالي حنفي علي،المسؤولية على القوانين،أطروحة دكتوراه،كلية القانون،جامعة عين شمس،القاهرة،1987.

5. رحاب خالد حميد أحمد،الدعوى الدستورية المباشرة في ظل دستور جمهورية العراق لسنة 2005،دراسة مقارنة،رسالة ماجيستر في القانون العام،كلية القانون،جامعة بغداد،2018.

6. حاتم صبحي عبد الفهيم عبد الله الوكيل،سلطة القاضي الدستوري في التصدي دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق،قسم القانون العام،جامعة بني سويف،2019.

7. حسام محمد حمدي عبد الفتاح الفضالي،الدفع بعدم الدستورية كوسيلة لاتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية،أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق،قسم القانون العام،جامعة الاسكندرية ،2017.

8. حمدان حسن فهمي،حجية أحكام القضاء الدستوري وآثارها،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية،2006

9. خالد فتحي محمد أبو زيد،دور القاضي الدستوري في النظام القانوني في الدولة دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة المنصورة،2020.

10. خالد عبد النور محمد البركاني،الدعوى الدستورية والحكم فيها دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه،جامعة أسيوط،2013.

11. خلفية محمد مفرح المطيري،القيود الإجرائية والموضوعية للتعديلات الدستورية والرقابة القضائية عليها دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه،تخصص قانون عام،كلية الدراسات العليا،قسم القانون العام،جامعة العلوم الإسلامية العالمية،2017.
12. سرى حارث عبد الكريم الشاوي،آثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية الحقوق،جامعة النهرين،2018.
13. عادل محمود أحمد عمار،الدور السياسي والقانوني للقاضي الدستوري،أطروحة دكتواره في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة المنوفية،2019.
14. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية – القضاء الدستوري في مصر – ،أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس – ، 1988.
15. عاطف نصر مسلمي علي،نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة عين شمس،1992.
16. عباس محمد محمد زيد،الرقابة على دستورية القوانين في اليمن دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية الحقوق،جامعة القاهرة،2009
17. عبد السلام زوير،الدفع بعدم الدستورية في التشريع المغربي دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،جامعة مولاي اسماعيل،المغرب،2020-2021.
18. عصام عبد الوهاب السماوي،الدعوى الدستورية في القانون اليمني والقانون المصري دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة اسيوط،2013.
19. مصطفى محمود اسماعيل علي،وسائل تحريك الدعوى الدستورية دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في الحقوق،قسم القانون العام ،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية،2020.
20. مصعب يوسف محمد صالح،أثر الحكم بعدم الدستورية دراسة في النظام الدستوري العراقي والمقارن،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية،2019.
21. محمد عبد الله مغازي محمود،نظرية المصلحة في الدعوى الدستورية،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة المنوفية،2000

22. محمد نويري،دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات الأساسية بالمغرب دراسة تحليلية مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،جامعة محمد الأول،2018/2017.
23. محمد فتح الله علام،الاستعجال أمام المحكمة الدستورية العليا،أطروحة دكتوراه في الحقوق،قسم القانون العام،كلية الحقوق،جامعة طنطا،2019.
24. مها بهجت يونس الصالحي،الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه،تخصص قانون عام،كلية القانون،جامعة بغداد،2006.
25. تركي سطام المطيري،الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر والكويت،أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية الحقوق،قسم القانون العام،جامعة القاهرة،2008.
26. ندى عادل رحمه البطاط،الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة،رسالة ماجيستر في القانون العام،كلية القانون،جامعة ميسان،العراق،2018.
27. نور الدين شحشاح،الرقابة على دستورية القوانين في المغرب دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون العام،جامعة محمد الخامس،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،أكدال،الرباط،2000-2001.
28. هالة أحمد سيد أحمد المغازي،دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات الشخصية،أطروحة دكتوراه في الحقوق،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية.
29. وفاء داخل أعويطر الكعبي،مسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية،رسالة ماجيستر،كلية القانون،جامعة ميسان،،العراق،2021.

-المقالات:

1. حلمي أماني عمر،الدعوى الدستورية دراسة فقهية قضائية في ضوء احكام المحكمة الاتحادية العليا بدولة الامارات العربية المتحدة والمحكمة الدستورية العليا بمصر،مقال منشور بمجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية،جامعة الاسكندرية،ع2،2017.

2. عيد أحمد غفلول،دعوى ضمان الحقوق في القانون الدستوري المقارن،المجلة القانونية والاقتصادية،كلية الحقوق،جامعة الزقازيق،ع2009،26
3. عيد الحسبان،الرقابة على الأعمال البرلمانية الغير تشريعية دراسة مقارنة،مجلة الشريعة والقانون،جامعة العين،ع20،جانفي2004.
4. عيد الحسبان،الضمانات القضائية لحماية المقتضيات الدستورية دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الأول، ع1، جانفي 2004.
5. عوض محمد عوض،مدى تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام،مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية،كلية الحقوق،جامعة الاسكندرية،ع2016،1.
6. يسري محمد العصار، الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية ، مجلة الدستورية، ع3، السنة الاولى ، يوليو 2003.
7. محمد السيد زهران،الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا،مجلة ادارة قضايا الحكومة،العدد الثاني،السنة 14أفريل/يونيو 1970.
8. نور الدين أحشاش،الرقابة على دستورية القوانين في المغرب دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،جامعة محمد الخامس،كلية الحقوق الرباط أكدال،السنة الجامعية 2001،2000
9. مصطفى بن شريف،الرقابة على دستورية القوانين في المغرب الرقابة السياسية والرقابة القضائية،المجلة المغربية للسياسات العمومية،دستور 2011 النص والسياق،ع2012،8
10. محمد العلوي،الدفع بعدم دستورية القوانين في التشريعين المقارن والمغربي،منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية المغرب،مارس يونيو 2013
11. جمال رواب،الدفع بعدم دستورية القوانين(قراءة في نص المادة 188 من الدستور الجزائري)،مجلة الدراسات الحقوقية،المجلد الرابع،ع1،جامعة طاهر مولاي،سعيدة
12. عوض محمد عوض،مدى تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام،بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية،ع2016،1
13. علي هادي عطية،اشكالية قبول المصلحة المحتملة في الطعون الدستورية وتطبيقاتها في الطعن بدستورية النصوص الضريبية دراسة مقارنة،مقال منشور بمجلة رسالة الحقوق،كلية القانون،جامعة كربلاء،السنة الخامسة،ع2013،1

14. بوشامة اسلامة،الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء المغربي،مقال منشور في مجلة الشؤون القانونية والقضائية،عدد03،مكتبة دار السلام،بدون سنة النشر.
15. محمد الساكت،الرقابة على دستورية الظهائر الشريفة،منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية،العدد الخاص رقم 18 حول القضاء الدستوري المغربي المستجدات والأفق،مطبعة الأمنية ،الرباط،2019.
16. عبد المجيد مليكي،التقيد الدستوري لحق دعوى الإلغاء الإدارية،نشرة قرارات محكمة النقض،الغرفة الإدارية،ع18،مطبعة الأمنية،الرباط،2014.
17. يحي حلوي،المجلس الدستوري وتوسيع الرقابة على الدستورية،منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية،عدد خاص رقم 18 حول القضاء الدستوري المغربي المستجدات والآفاق،ط1،مطبعة الأمنية،الرباط،2019.
18. محمد عبد اللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا،التعديل الدستوري في 23 يوليو 2008،بحث منشور في مجلة الحقوق،جامعة الكويت،ع3 لسنة 34 سبتمبر 2010.
19. أحمد عبد الحسيب النتريسي،إشكاليات الرقابة على دستورية القوانين في ظل تعاقب الدساتير،بحث منشور في المؤتمر الدولي الرابع العشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة،بعنوان مستقبل النظام الدستوري للبلاد،المنعقد بكلية الحقوق جامعة المنصورة،أفريل 2012.
20. محمد عبد اللطيف،رقابة الدستورية اللاحقة في فرنسا،مقال منشور في مجلة الدستورية،ع16،السنة السابعة،أكتوبر 2009.
21. عبد الكريم حسن رجب،ضوابط تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية،مقال منشور بمجلة البحوث القانونية والإقتصادية،المجلد 16،عدد28،أكتوبر2008،كلية الحقوق جامعة المنوفية.
22. محمد زهران،الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا،بحث منشور في مجلة قضايا الحكومة،العدد الأول،2014.
23. زكريا خليل،مسؤولية الدولة عن أعمال التشريع بين المقتضيات القانونية والاجتهاد القضائي،مجلة كلية القانون الكويتية العالمية،محلق خاص بالعدد الثاني،الجزء الثاني،2017

24. شريف يوسف خاطر،مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة للدستور والاتفاقات الدولية دراسة مقارنة،مجلة البحوث القانونية والقضائية،المجلد 3،ع2،الرقم للعدد54،أكتوبر2013.
25. يسري العصار ، الحماية الدستورية للأمن القانوني،مجلة
الدستورية،القاهرة،العدد3،السنة الأولى،يوليو 2003.
26. محمد نويري،القاضي الدستوري وضمان الأمان القانوني بالمغرب تأملات في ملامح تشكل مبدأ الأمن القانوني في الاجتهاد القضائئي الدستوري،مقال منشور بمجلة السياسيات العمومية،2019،بدون عدد
27. رفعت عيد سيد،مبدأ الأمن القانوني دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري،مقال منشور بمجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية صادرة عن الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية،كلية الحقوق جامعة القاهرة،،ع34،أكتوبر 2013.
28. عامر زغير محيسن،الموزانة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية،مجلة مركز دراسات الكوفة،العدد 18،2010
29. اسلام ابراهيم شيحا،التفسير الدستوري للحقوق والحريات الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان،مقال منشور بمجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية،جامعة الاسكندرية،ع1،2016،ص104،متاح على موقع دار المنظومة.
30. رقابة الاغفال التشريعي في القضاء الدستوري،بحث يمكن الاطلاع عليه عبر الموقع الالكتروني التالي:
https://e-law.yoo7.com/t232-topic.
31. سلام عبد الزهرة،نفاذ التشريع العادي،كلية القانون،جامعة بابل،محاضرة منشورة على الموقع الإلكتروني التالي:uobabylon.edy.iq
32.مقال حول حكم مجلس الدولة الفرنسي في 2019/12/24 حول السماح بالتعويض عن القوانين الغير دستورية متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

-القرارات:

1. قرار عدد 323758 بتاريخ 2010/05/19،المنشور في الموقع الإلكتروني لمجلس الدولة الفرنسي.
2. قرار مجلس الدولة الفرنسي عدد338199 بتاريخ2011/01/28،المنشور بالموقع الإلكتروني للمجلس.
3. قرار الغرفة المدنية الثانية محكمة النقض رقم 09/15034 المؤرخ في 2010/04/15،والمنشور بالموقع الإلكتروني لمحكمة النقض الفرنسية.
4. قرار المجلس الدستوري سابقا الذي حلت محله المحكمة الدستورية بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2011،عدد37/94 المؤرخ في 1994/08/16،والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 4271 بتاريخ 1994/09/07.
5. قرار عدد20/106،م د الصادر في الملف رقم 20/057 بشأن المرسوم بقانون رقم 26/20 بالمصادقة على المرسوم بقانون رقم 20/320 المؤرخ في 2020/04/07 المتعلق بتجاوز سقف التمويلات الخارجية.
6. قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 2010-qpc22/14،بتاريخ 30 تموز 2010.
7. المحكمة الدستورية العليا المصرية،القضية رقم27 جلسة1998/11/17،مجلة هيئة قضايا الدولة،ع1999،43.
8. قرار رقم 817/11 المتعلق بالقانون التنظيمي رقم 27/11 المتعلق بمجلس النواب،ج،عدد5987 المؤرخ في 2011/10/27.
9. قرار صادر بتاريخ 2013/08/22 عن المجلس الدستوري بالمغرب سابقا والمنشور على موقعه الإلكتروني.
10. قرار محكمة النقض بالمغرب عدد 3/1296 المؤرخ في 2017/11/23 ملف عدد 2017/3/4/469 والمذكور في مرجع العربي محمد مياد،مدى إلزامية توصية مؤسسة وسيط المملكة التعليق على قرار محكمة النقض عدد 3/1296 المؤرخ في 2017/06/23،مجلة الوكالة القضائية للملكة،عدد2018،1.
11. قرار المجلس الستوري رقم 937 المؤرخ في 2014/05/29،"المجلس الستوري،الجامع لمبائ وقواعد القضاء الستوري المربي"،مطبعة الأمنية،الرباط،بدون سنة نشر.

12. قرار رقم 01/ق م د/د ع د/20 مؤرخ في 2020/05/06 المتعلق بالدفع بعدم دستورية المادة 496 النقطة 6 قانون الاجراءات الجزائرية المعدل والمتمم.
13. قرار المحكمة الدستورية المغربية،ملف عدد18/029،رقم80/18،المؤرخ في 2018/06/12.

ثانيا-المراجع باللغة الأجنبية:

-Les lois :

1. Projet de la loi constitutionnelle portant révision des articles 61-62 et 63 de la constitution et le contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception n1203 déposé a l'assemblée nationale le30/03/1990,in http//www.senat.fr/événement//révision/pjlc90.html.
2. Novembre2012 :loi organique et qpc,IN www.conseil-constitutionnel.fr.
3. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

Ouvrages :

1. L.favoreu et L.philip,les grandes décisions du conseil constitutionnel,édition 09,dalloz,paris,p608.
2. Mathieu disant, droit de la question prioritaire de constitutionnalité, cadre juridique pratique jurisprudentielle, édition lamy,paris ,2011.
3. Guy carcassonne,Olivier duhamel,qpc la question prioritaire constitutionnelle ,textes réunis, par aurélie Duffy-meunier ,dalloz,paris,2011.
4. Dominique rousseau,droit du contentieux constitutionnel,montchrestien,paris,1995.
5. chambre mixte,24/05/1975,société des cafés jacques vabre,dalloz,1975,p497,conclusion touffait.
6. B.Genevois,note sous l'arrêt nicolo,A.F.D.A,1989.
7. jean marie auby، rolland drago ,traité du contentieux administratif,tome I,paris,1984
8. Borzeix,A,la question prioritaire de constitutionnalité :exception de procédure ou question préjudicielle,Gazette du palais,28fév au 2mars2010.

9. Marc guillaume,la question prioritaire de constitutionnalité,dalloz, France,2019.
10. Xavier magnon,la question prioritaire de constitutionnalité,principes généraux pratique et droit du contentieux,2e édition,lexis nexis,paris,2013
11. Paul,cassia,le renvoi préjudiciel en appréciation de constutitionnalité,une question d'actualité,RFDA ,septemre 2008,,dalloz.

12. B-faure,les objectifs de valeur constitutionnel :une nouvelle catégorie juridique,R.F.D.C,1995.
13. Anne levade,l'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après :réflexions sur une catégorie juridique introuvable, mélanges pierre pactet,dalloz ,2003.
14. -F,Chénedé,qpc :le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle,D2010.
15. L.Vapaille,la doctrine administrative fiscale,l'harmattan,2000
16. Samy benzina ,léffectivité des décisions qpc du conseil constitutionnel éditions LGDJ lextensio.
17. Benoit de launay,l'indispensable au droit constitutionnel ,stygrama,2édition.
18. Xavier philippe,la question prioritaire de constitutionnalité a l'aube d'une nouvelle ére,puaix-marseille,2010.
19. G.peiser,contentieux administratif,dalloz,1995.
20. Aurélien Baudu,une voie d'action peu attractive devant certaines juridictions :l'exemple des juridictions financiéres » in « la qpc,le proces et ses juges,l'impact sur le proces et l'architecture juridictionnelle »,sous la direction de emmanuel cartier,édition dalloz,paris 2013.
21. Lavroff (D.G),le droit constitutionnel de la vie république,3 ed,dalloz,1999.
22. Senkovic (p),l'évolution de la responsabilité de l'état législateur sous l'influence du droit communautaire,TH,paris,I,1998.
23. A.pizzrusso,procédure et technique de protection des droits fondamentaux, précité.

Articles :

1. G.Braibant,le contrôle de la constitutionnalité des lois par le conseil d'etat,mélages gérard conac,economica,2001.
2. C.severino,la sanction par le conseil constitutionnel d'une interprétation jurisprudentielle constante contraire a la constitution,RFDC,2016,n106,p494,f.perratien,solidarité fiscale des conjoints, des progres,LPA,24/03/2016,n60.
3. Mathieu, Bertrand,la question prioritaire de constitutionnalité, une nouvelle voie de droit a propos de la loi organique du 10 décembre et la décision du conseil constitutionnel n2009/595 DC,la semaine juridique ,édition général n52,21 décembre 2009.
4. Jean –claude marin,procureur général prés la cour de cassation ,in Jean-Jacques urvoas :rapport d'information.
5. Régis Fraisse :la question prioritaire de constitutionnalité devant le juge administratif ,le courrier juridique des finances et de l'industrie ,n59 première trimestre 2010 .
6. J-J Hyest,rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation,du suffrage universel,du règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle,adopte par l'assemblée nationale,de modernisation des institutions de la verépublique,n387,senat,session ordinaire de 2007-2008.
7. S.Brondel,le sénat adopte en la modifiant la question prioritaire de constitusionnalité,ajda,2009,n34.
8. Jerome roux,contre quels textes soulever la question prioritaire de constitutionnalité ,.2012
9. -mathieu(b),question prioritaire de constitutionnalité, la jurisprudence(mars 2010 novembre 2012),lexis nexis,2012.
10. F.luchaire,bréves remarques sur une création du conseil constitutionnel :l'objectif de valeur constitustionnelle,R.F.C.C ,2005.
11. J.J,pardini,la jurisprudence constitutionnelle et les faits,cahiers du cours,cons.const,n8,2000.
12. C.Severino,un an de droit vivant devant le conseil constitutionnel,constitutions,2012.
13. F,Chénedé,qpc :le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction d'adoption au sein d'un couple homosexuel,D,2010.
14. P.deumier,jurisprudence,répertoire de droit civil 2017,n12 et s.
15. N,Molfessis,la jurisprudence supra,constitutionnem,JCP éd,2010.
16. G,Cornu,vocabulaire juridique,PVF,2014,mot 'portée'.
17. V.Coq,qu'est-ce que la jurisprudence constante ,RFDA,2014.

18. G.Zagrebelsky,la doctrine du droit vivant,ADC,1988.
19. PH.jestaz,la jurisprudence constante de la cour de cassation,in l'image doctrinal de la cour de cassation,la doe,fran,1994.
20. B.Mathieu,jurisprudence relative a la question prioritaire de constitutionnalité,31/01 et 29/04/2013,JCP éd.G,n22-27 mai 2013.
21. P,Deumier,jurisprudence,répertoire de droit civil,nov,2017.
22. P ,Deumier,l'interpétation,entre « disposition législative » et « régle jurisprudentielle »,RTD civ,2015.
23. Bertrand mathieu,Dominique rousseau :les grandes décisions de la qpc Ed LGDJ,2013.
24. Xavier Magnon, La Question Prioritaire de Constitutionnalite Pratique et Contentieux, A Jour au ler Novembre 2010.
25. Kamel gazier,le pouvoir de révision constitutionnelle,presse universitaire de septenrtion,1997.
26. Giummarra(S) et Guerrini (M),le contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité,aix en Provence,2012.
27. -Jaureguiberry,l'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle a posteriori, RFDA 2013.
28. S.Guillon-couddray,la voie de fait administrative et le juge judiciaire,Th,paris IL,2002.
29. C.Goyard,la compétence des tribunaux judiciaires en matière administratve,montchrestien,1962.
30. Dominique rousseau,le procès constitutionnel, revue pouvoir, n137,seul, paris,2011.
31. favoreu,les normes de référence,in »le conseil constitutionnel et les partis politique,travaux de l'association francaise des constitutionnalistes,journée d'études du 13/03/1987,aix-en-provence/paris,P.U.A.M/economice,1988.
32. L-favoreu,ls libertés protégées par le conseil constitutionnel,in »la cour europeenne des droits de l'homme et le conseil constitutionnel »actes du colloque des 20-21 janvier,motpellier,1989.
33. J-f,flaus :les droits sociaux dans la jurisprudence du conseil constitutionnel,revue de droit social,1982.
34. Cassia et Saulnier-cassia,contrôle de constitutionnalité a posteriori et contrôle de conventionalité de la loi :une coexistence,dalloz,2008,n3.
35. L.burgorgue-larsen,question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité, RFDA,2009,no4,

36. Sébastien brameret ,la motivation des décisions d'irrecevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité par le conseil d'état in,un an qpc,revue petites affiches n89,5/5/2011,numéro spécial.
37. -Hugues portelli,rapport fait au nom de commission des lois constitutionnelles,de législation,du suffrage universel,du règlement et d'administration générale sur le projet de la loi organique ,adopté par l'assemblée nationale,relatif a l'application de l'article 61-1 de la constitution ,sénat n637,seconde session extraordinaire de 2008-2009.
38. Jean jacques urvoas,raport d'information déposé en application de l'article 145 du règlement par la commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'adminisration générale de la république,assemblée nationale,n1022,du 14/05/2013.
39. jacqueline de guillenchmidt,intable ronde animé par virginie saint-james ;in le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux, la question prioritaire de constitutionnalité,numéro 17/2007.
40. jean louis nadal,an XILLE législature,compte rendu de la commission des loi n63.
41. Etienne verges, procédure pénale, revue de science criminelle et de droit pénal comparé,dalloz,2011/3,n3.
42. -Marc guillaume, la question prioritaire de constitutionnalité, in justice et cassation, revue annuelle, des avocats au conseil d'état et a la cour de cassation2010.
43. Michel grienenberger-fass :les filtres juridictionnels dans la question préalable en appréciation de constitutionnalité ,préfiguration d'un contrôle diffus de constitutionnalité petites affiches n212,23/10/2009.
44. -lauréline fontaine,le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France :quelles pratiques compte rendue analytique, critique et pédagogique du colloque du16/02/2009,organisé a paris par le ministère de la justice, LUMR 6201,institu louis favoreu .
45. H.labayle,question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle :ordonner le dialogue des juges,RFDA 2010 ,p659.
46. -M.ch,de montecler,recevabilité d'une qpc devant le juge de cassation,AJDA,2012.

47. Brondel S,qpc sur l'octroi d'un titre de séjour a un étranger pacsé avec un français ,AJDA,2013 p443,note sur l'arret du conseil d'état,22-02-2013,re,n364341,AJDA2013.
48. -P.bon, premières questions, premières précisions, RFDA-2010
49. J-B,Perrier,le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la cour de cassation,RFDA,2011,p711 ;P TURK,l'affaire Huchon :le mécanosme de la question prioritaire de constitutionnalité en action,RFDA,2011.

50. P-O,caille,exercice du recours en cassation et contestation d'un refus de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité AJDA,2011.
51. J-Roux,de la décision de renvoi a la décision du conseil constitutionnel,lpa,25juin2009,n126.
52. Guillaume.M ,question prioritaire de constitutionnalité,cahiers du conseil constitutionnel, n29 octobre2009.
53. M-Guillaume,le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité lpa,23/02/2010,n28.
54. J-Roux,la question prioritaire de constitutionnalité a la lumière de la décision du conseil constitutionnel du 03 décembre2009-2010 revue du droit public 1.

55. P,Deumier,l'interprtation de la loi :quel statut ?quelles interprétation ?quel (s) juge (s) ?quelles limites ? RTD,civ,2011,p90.
56. D,Rousseau,le procès constitutionnel, pouvoirs,2011,n137.
57. A,Viala,de la puissance a l'acte :la qpc et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme,RDP,2011.
58. C,Severino,la jurisprudence des juridictions suprêmes face a la constitution :du contrôle a l'autocensure, in la question prioritaire de constitutionnalité :approche de droit comparé, bruyant,2014.
59. Commentaire conseil constitutionnel,2010-96,p2 ;P.Y.Gahdoun,question prioritaire de constitutionnalité,gaz,pal,2011,n3.
60. B,Mathieu,la question de l'interprétation du la loi au cœur de la qpc,JCP,éd,G,2010.
61. P.Deumier,jurisprudence,op.cit,n165 ;l'interprétation entre disposition législative et règle jurisprudentielle, précité.

62. G.Drago,question prioritaire de constitutionnalité, pc et jurisprudence constante :fin de partie ?gaz,pal,5-7 juin 2011.
63. -Chénedé,qpc :le contrôle de interprétation jurisprudentielle de l'adoption au sein d'un couple homosexuel,précité.
64. J.ROUX,qpc,et interprétation jurisprudentielle de disposition législative :le conflit entre la cour de cassation et le conseil constitutionnel a-t-il vraiment pris fin ? LPA,08/07/2011
65. -Duez(P),la responsabilité de la puissance bublique en dehors du contrat,3 éd,1938.

66. Duguit (L), de la responsabilité pouvant naitre a l'occasion de la loi,RDP,1910,p640.
67. Barthlemy (J),notes parlementaires,RDP,1907.
68. Rousseau (j j),du contrat social,mar-mihel reyfrance,1762
69. Carre de malberg (R) ,la loi expression de la volonté générale,recueil sirey,T.I,1931.
70. Brunet (j-f) ,de la responsabilité de l'état législateur,TH,paris,1936.
71. -enkovic (p) ,l'évolution de la responsabilité de l'état législateur sous l'influence du droit communautaire,TH,paris,I,1998.
72. C.E,8 février 2007,M Alain,Req,N279522 ;C,Deffigier,la responsabilté sans faute de l'état pour rupture de l'égalité devant les charges publiques du fait de la loi du 10/07/1976,AJDA,2004.
73. Chaumon (c),la responsabilité extra-contractuelle de l'état dans l'exercice de la fonction législateur,RDP,1940.
74. M.Disant,la responsabilité de l'état du fait de la loi inconstitutionnelle :prolégoménes et perspectives,RFDA,2012.
75. Pacteau(b),la responsabilité publique du fait des lois,la sortie du tunnel ?mélanges en l'honneur de jacqueline morand-deviller ,montchrestien,2007.
76. A.fuchs-cessot,le parlement a l'épreuve de l'europe et de la ve république,LGDJ,,coll,T,118,2004.
77. M,Houriou,note sur l'arret du conseil d'état,29/04/1912,société premier et henry,S,1923,n3,spéc.
78. T.confil,31/03/2008,société boiron contre le directeur général et le directeur régional de la direction générale des douanes et droits indirects,Req,n c 3631.

79. Xavier philippe,le contrôle de l'opportuaité dans la jurisprudence constitutionnlle et administrative,these,Aix marsaille ,1989,
80. Laurent Habib,la notion déerreur manifeste dans la jursprudence du conseil constitutionnel,R.D.P,1986
81. Boris chabanel,la sécurité juridique un enjeu de mangement public pour les collectivités territoriales,eléments de disagnostic et enquete au sein DPSA du grand lyon,janvier 2008,.
82. M.B,constitution et sécurité juridique ,annuaire international de justice constitutionnelle ,1999.
83. Drago guillaume,l'exécution des décisions du conseil constitutionnel :l'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois,economica,P.U.A M ,1991.
84. Dominique rousseau,la réforme de2008,quel enjeux, quelles perspectives ?in le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux :la question prioritaire de constitutionnalité, actes du colloque organisé a limoges le 26/03/210 pulim ;textes réunis par héléne pauliat ,eric négron laurent behtier.
85. Marc ,Guillaume,l'autorité des décisions du conseil constitutionnel :vers de nouveaux équilibres ?,les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n 30 an2011.
86. Dominique rousseau,David lévy :la cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité :pourquoi tant de méfiance ?gazette du palais,25-27,n115-117,avril2010.
87. -Regis frasse :qpc et interprétation de la loi,in,un an de qpc,rev petites affichages n89,5/05/2011,numéro spécial.

Dicésion :

1. Discours du président de la république Nicolas sarkozy a Epinal ,le jeudi 12/07/2007 ;in http://www.bfdc.org/article-11334863.html.
2. -cc,06/05/2011,n127 qpc,RFDC,2011,n88,p838,note M,badel,droit ouvrier,2011,p609,note St,carré.

3. Décision n2010-605 d c du 12/05/2010,loi relative a l'ouverture a la concurrence et a la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.
4. -cc.16/09/2011,n164qpc, JCP éd,2011,n46,p2238,note,E,dreyer,RSC,2011,n3,p647,note J.francillon.
5. Décision du conseil constitutionnel,N2 85-187du25/01/1985,R P43.

6. CE,10/03/1968,syndicats générale de fabricants des semoules de France,r p,149,conclusion nicole questioux.
7. Décision du conseil constitutionnel n2,595-2009,du3-12-2009.
8. Décision n595/2009DC du03/12/2009 ,loi organique relative a l'application de l'article 61-1 de la constitution.
9. CE,qpc,2juin,Assoc,pensionnés civils et militaires en nouvelle-calédonie :req. N326444 ;CE,9juil 2010,momont et Assoc,req n339398 :cass,qpc,29/09/2010 n10-15.674.
10. CC,décision n2010-1 QPC ,du 28/5/2010.
11. Conseil,d'etat ,décision du 16/07/2010,n327420.
12. cass.15 juin 2010,n^{0}12085 et25juin 2010, n^{0}12109.
13. -C.E,18 mai 2010,commune de dunkerque.
14. cass.com,2septembre 2010, n^{0} 1002.
15. décision n2012-278 qpc du 05/10/2012,Mme Elisabeth B(condition de bonne moralité pour devenir magistrat).
16. c.c,décision17/09/2010,n2010-28qpc association sportive football club de metz « texte sur salaires » xavier magnon, ,p260.
17. Décision n2010-3 qpc du 28/05/2010.
18. Décision du conseil constitutionnel,n2003-469 DC,26/0/2003.
19. CC décision,n1962-20 DC,16novembre,1962.
20. CC décision,n2003-469,DC,26 mars2003
21. cc,25/04/2014,n 2014-392 qpc,JORF du 27/04/2014 p 7360.
22. Cass crim qpc,19/05/2010,n9-82-582,D 2010,p1352.
23. Cass Ass plen 08/09/2010,n10-60189 qpc,crim19/05/2010,n9-70161-qpc.
24. Cass,Ass,plen 31/05/2010,n9-70716.
25. Cite in ph,thery,de la question prioritaire de constitutionnalité comme révélateur des mentalités :la cour de cassation demeure et ne se rend pas… RTD ,civ,2010,p810.
26. Civ,1er ,21/03/2000,n9811982,D2000,593,note CH,Atias,RTD,civ,2000,obs,N,Molfessis:soc25/06/2003,n01-46479.
27. CE,25/06/2010,n326363,voir.
28. également,CE19/05/2010,n33825,M,theron,conel,guyomar,gaz,pal, 27/05/2010,p23,I,1716 :23/06/2010,n33595,voir,pdeumier,qpc :la question fondamentale du pouvoir d'interprétation(A propos du contrôle de l'interprétation de la loi)RTD civ,2010

29. -Cass,1er civ,20/02/2007,n04-15-676,Bull,2007,I,n70-20,fev2007,n0615,647,Bull,2007,I,n71.
30. Civ,1er,19/12/2007,n0621369,d,2008,obs,F,Luxembourg,note,L.Mauger,Vielpeau,aj fam,2008,obs,f,chénedé.
31. Cass,qpc,8/7/2010,n10385,A j fam,2010,p390,obs,F,Chénedé RTD civ,2010,p544,obs,j.hauser.
32. CE,1er oct2014,n38557(cette interprétation jurisprudentielle constante depuis une décision du conseil d'état n173998 du 10/06/1996.)
33. -Cass,civ,1er ,13/02/2013,n12-19354,SOC,13/07/2016,n16-10459,(il n'existe pas,en l'état d'interprétation jurisprudentielle constante).
34. Cass,1er civ,13/02/2013,n12-19354.

35. Cass,1er civ,20/02/2007,n06-15657,Cass,crim,5/12/1963,n69-18000,Soc,16/05/1979,n77-12855.
36. CE,3e et 8e sous-sections,27/07/2009,n295637.
37. CC,8/4/2011,n120qpc.

38. Cass,soc,03/07/2014,n14-40-026,d2014,p1504.
39. Cass,soc,08/04/2010,n0843050,D2010,p1085.

40. Cass,Ire civ,27/09/2011,n11-13488,vai également :Cass,soc,09/07/2014,n14-40026.
41. Cass,1er civ,08/12/2011,n11-40070,d2012,p765,note dreger ;RTD civ,2012.
42. N,Regis,obs,soc,20/02/2013,n12-140095,gaz pal,19/10/2013,n292.

43. CC,21/10/2011,n190 qpc,AJPmais 2012,n3,p168,note J.b .Perriers.procédure,2002,p27,note A.S CHavent-Leclére. »qu'il n'appartient pas au conseil constitutionnel d'examiner les mesures réglementaires prise pour l'application de cet article ».
44. CC,14/10/2010,n52qpc.
45. Cass,3e civ,25/09/2013,n13-140046,D,2013,p2275.
46. Civ,3e,25/09/2013.
47. C. C .Dec, 3 Decembre 2009- 595- DC, Loi Organique relative a l'application l'article 6.1- 1de la constitution.

48. Cons.const.2/07/2010,section française de l'observatoire international des prisons :n2010-9qpc ;CE ?QPC ?23/07/2010.2010 .Monnot :req.n340114.
49. CE,qpc,09/07/2010,px Mathieu,req,n339081 :préc.note24 ;Cons.const.29/09/2010,px M :n2010-44 qpc§9.
50. Décision n2010-14/22 qpc du 30/07/2010.
51. CE,qpc,19/05/2010,théron,req.n331025 :lebon T.168 ;AJ pénal2010.
52. CE,qpc,25/06/2010,Mortagne,req.n326363 ;CE,qpc,16/07/2010,SCI LA SAULAIE,reqn334665 ;CE,qpc,21/10/2011,Groupement des entreprises de services a la personne du languedoe-Roussillon,erq.n351424 :ADJA2011.2427.note sa-batakakis.
53. Conc.constit,27/07/1994,déc.n94-343-344 DC,Rev.francaise de droit constitutionnel n20 décembre 1994,p799,note L.favoreu ;D1995,comm,p299,note L.favoreu ;GAJC,12 éd,dalloz,2003,n47,p852.
54. Cons.constit,13/8/1993 déc n93-325 DC,Rec,p539.
55. Cons.constit,19/01/1995,déc n94-359 DC,J.O,1995,p1166.
56. CE,qpc,24/09/2010,Danielle A,req,n339110 :AJDA2010.
57. Cons.const 22/07/2010,Alain C ;n2010-4/17 qpc §7.
58. Cons.const17/06/2010,SARL l'office central d'accession au logement :n2010-26 qpc §6.
59. Cons,const,06/10/2010,Mathieu pitte ;n2010-45 qpc §6.
60. Cons.const28/05/2010,Union des familles en europe :n2010-3 qpc.
61. Cons.const 06/08/2010,Jean C,et a :n2010-20/21 qpc§6.
62. DC n 3-2010 qpc du 28/05/2010
63. DC n 2010-4-17 qpc du 22/07/2010.
64. Décision n2010-14/22 qpc du 30/07/2020,M.daniel wet autre.
65. Décision n2010-10qpc du 02/07/2010.
66. Cons.constiti,3désembre2009,n595-2009.
67. Cons,const,1/04/2011,Xavier p ;n2011-113/115qpc.
68. CE,qpc,18/07/2011,assoc,France nature environnement,req,n340539,AJDA2011.1524.
69. Cass,qpc,15/06/2010 :pourvoi n09-17-283.
70. CE,qpc,21/09/2011,MG,et a ;req n350385 :AJDA,2011.1814.

71. CE,qpc23/07/2012,synd,déf,fonctionnaires,req,n356381 :AJDA2012.1483.
72. Civ.3e,qpc,26/05/2011,n10-25-923,Civ.3e,qpc15/12/2011,n11-400-75,etre considérée in fine comme sérieuse(civ .3e qpc 15/03/2012,n11-23-323).
73. Crim,qpc,19/01/2011,n10-85.159 :Bull.crim,n11 ;D2011 ,800 obs,lavric,note perrier;RSC2011,423,obs,danet
74. Cons.const,16/12/2011,Noel c :n2011-206 qpc
75. Cass,qpc 05/07/2010,n12134,pourvoi n10-90-052.
76. Crim,qpc29/09/2010,n5447 pourvoi n10-80-582.
77. soc,qpc15/12/2010,n2557 pourvoi n08-44-569.
78. CE, qpc,24/09/2010,decurey,req,no 341685:préc,note17;soc14/12/2010:no10-40-050,cass,plén,20/05/2011,CE,qpc,16/07/2010,sté de brasseries et casinos »les flots bleus »,req,no339292,préc,note 4.
79. Cons,const.12janv.2012,sénat,loiret,n2011-4538.
80. CC,décision n88-1082 DC,AN,du 21/10/1988.
81. Con.constitut,30 décembre1996-Décision n96-386 DC,loi de finances rectificative pour 1996,journal officiel du 31 décembre 1996.
82. Cons.const.14 oct.2010,Union synd.magistrats administratifs :n2010-54 qpc :cons.const.16 mai 2012,cts L :n2012-247 qpc.
83. Cons.const.10 déc.2010,Alain D.et a :n2010-72/75/82 qpc.R.
84. Cons.const.2déc.2011,Banque populaire cote d'azur :n2011-200 qpc.
85. CC,4/02/2011,n96qpc.
86. CC,14/10/2010,n52qpc.
87. CC,21/09/2012,n271qpc ;B.De Lamy,indulto pour la corrida, RSC,2013,n2,p427 ;O.le Bot, exception pénale en matiére de corrida,RFDC ,2013,n93,p194.
88. Cass,civ,10/06/2004,n02-17121.
CC.8/04/2011,n120 qpc.
89. CC.1/8/2013 ?N336 QPC.constitutions2013,p592,note Ch,radé et P.Gervier.
90. CC.30/07/2010 n14/22 qpc.
91. CC,18/05/2016,n542 qpc,RFDC,2017,n109,p231,note N.Catelan,RTD,civ,2016,n3,p628,note H.Barbier.
92. C,E,1/12/1961,la combre,Rec.

93. C.E,22/6/1984.
94. C.E,2/01/1944,caucheteux et desmonts,RDP,1945.
95. C.E,31/08/2009,commune de crégle,AJDA,2009,p1526 ;JCP,2009,I,551,chron,B,plessix.
96. c.j.c.e,du 8/4/1976,defrenne c/sabena,rec
97. Décision n2010-1 qpc du 28/05/2010.http://www.conseilconstitutionnel.fr/décition/2010/20101qpc.htm
98. Décision n2016-554 qpc du 22/07/2016.
99. Décision du conseil constitutionnel n 74-54 du 15/01/1975,p19.
100.-Décision du conseil constitutionnel n84-179 du12/09/1984,p73.
101. Décision du conseil constitutionnel n83-162 du 19-20/01/1984,
102. Décistion n2016/555 qpc du 22/07/2016 disponible sur le site http :www.conseil-constitutionnel.fr
103. Décision n2010-14/22 qpc du30/07/2010.
104. Décision n2010-108 qpc du25/03/2010.
105. Décision n2011-208 qpc du13/01/2012.

Theses :

1. Samy benzina,lévectivité des décisions qpc du conseil constitutionnel, thèse de l'université panthéon-assas paris2,2017 .
2. Marina benigni, l'application dans le temps des décisions qpc, these doctora en droit,université de lille,2018.

Rapport :

1. Rapport remis au président de la république le15 février 1993 par le comité consultative pour la révision de la constitution,journal official de la république francaise ,IN,http://mjp.univ-perp.fr/France/vedel1993.pdfpp2548-2549.
2. Jean-luc warsman,fait au nom de la commission des lois constitutionnelles,de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de la loi organique n1599.

3. التقرير الذي اعده jean jacque hyest،رئيس لجنة الشؤون الدستورية والتشريع والاستفتاء بمجلس الشيوخ،حول مشروع تعديل دستور (تقرير رقم 387)

4. تقرير أعدته الأستاذة laureline fountaine، بعنوان:
comte rendu analytique… et pédagogique du colloque du:

16/02/2009,organise par le ministére de la justise,l'umr 0201 institut louis favoreu-gerc-cdpc-ieia et l'association francaise de droit constitutionnel.
5. Philippe E :commentaire de la décision n 2010-16 qpc 23/07/2010,les cahiers du conseil constitutionnel, n30,in www.conseil-constitutionnel.fr.
6. H-Portelli rapport fait au nom de commission des lois constitutionnelles,de législation,du suffrage universel,du règlement et d'administration générale sur le projet de la loi organique ,adopté par l'assemblée nationale,relatif a l'application de l'article 61-1 de la constitution ,sénat n637,seconde session extraordinaire de 2008-2009.

7. Conseil d'état,rapport pulic2006,sécurité juridique et complexité du droit .www.conseil-etat.fr,consulté le 25/12/2017.
8. rapport de la cour de cassation 2002-2003.

Cite wab :

1. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence-2/questions-prioritaire-constitutionnalité-3396/4789-20-30060.html.
2. Héléne apchain,la qpc et le contrôl de conventionalité :complémentaire ou antagonisme ,in www.credho.org.
3. recevabilité des questions prioritaire de constitutionnalité, in www.courdecassation.fr.
4. GERC-CDPC-IEIA et l'association française de droit constitutionnel ,in www.unicaen.fr/recherche/mrsh/crdfed/3702.
5. la question prioritaire :analyse développé, cour de cassation service de documentation des études et de rapport (bureau du droit constitutionnel)in www.courdecassation.fr/.../questions-prioritaires.../ questions-priorit
6. Le caractère sérieux ou nouveau du moyen de constitutionnalité ,in www.cour decassation.fr
7. http://www.conseil. constitutionnel.fr/ conseil. Constitutionnel/France.

8. Juillet-aout2011 :les interventions devant le conseil constitutionnel dans la procédure de qpc in www.conseil. Constitutionnel.fr.

9. Jean louis débré,les premières questions prioritaires devant le conseil constitutionnel,26/11/2010,p12. Sur le cite du conseil constitutionnel francais.
10. Xavier samuel,es réserves d'interprétation émises par le conseil constitutionnel.
11. http :www.iltineraires-avocats.fr,27/01/2020.
12. Michel de saliva,la sécurité juridique en droit constitutionnel francais ,cahiers du conseil constitutionnel n11(dossier:le principe de sécurité juridique)décembre 2001,p4,https://www.conseil-constituttionnel.fr.
13. https://www.conseil-constitutionnel.fr.
14. proposition de la organique, tendant a faciliter la recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité, présentée par mme marie jo zimmermann,i, http://www.assemblee-nationnal.fr/13/propositions/pion3325.asp

الفهرس:

العنوان	الصفحة
مقدمة	**01 إلى 12**
الباب التمهيدي	**15**
الفصل الأول: مفهوم الدعوى الدستورية	**17-16**
المبحث الأول:مدلول الدعوى الدستورية	**17**
المطلب الأول:تعريف الدعوى الدستورية	**18-17**
الفرع الأول:معنى الدعوى الدستورية	**20-19-18**
الفرع الثاني:خصائص الدعوى الدستورية	**22-21-20**
المطلب الثاني:الطبيعة القانونية للدعوى الدستورية	**23-22**
الفرع الأول:الدعوى الدستورية ذات طبيعة خاصة	**25-24-23**
الفرع الثاني:دعوى مختلطة(دعوى عينية ودعوى شخصية)	**25 إلى30**
الفرع الثالث:الدعوى الدستورية هي الطريق الطبيعي للطعن في القوانين	**30**
الفرع الرابع:الدعوى الدستورية دعوى مستقلة وتؤكد مبدأ سمو الدستور	**32-31**
المبحث الثاني:أساليب تحريك الدعوى الدستورية	**32**
المطلب الأول:نموذج الدعوى الدستورية الفردية	**32**
الفرع الأول:تعريف وشروط الدعوى الدستورية الفردية	**33**
أولا: مدلول الدعوى الدستورية الفردية	**33 إلى36**
ثانيا:شروط قبول الدعوى الدستورية الفردية	**36**

الفرع الثاني:مقومات الدعوى الدستورية الفردية وأثر الحكم الصادر عنها	37
أولا:مقومات الدعوى الدستورية	37 إلى42
ثانيا:أثر الحكم الصادر عن الدعوى الدستورية الفردية	42-43-44
المطلب الثاني:نموذج الدفع بعدم الدستورية	44
الفرع الأول:تعريف الدفع بعدم الدستورية	45
أولا:تحديد مدلول القانون المعني بمجال الدفع بعدم الدستورية	45 إلى48
ثانيا:تحديد المقصود بالحكم في مجال الدفع بعدم الدستورية	48-49
الفرع الثاني:الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية	49
المطلب الثاالث:الإحالة	50
الفرع الأول:تحديد مدلول الإحالة	50
الفرع الثاني:ضوابط ومقتضيات الإحالة	50
أولا:ضوابط الإحالة	51
ثانيا:مقتضيات الإحالة	52
ثالثا:بيانات قرار الإحالة وعدم جواز العدول عنه	52-53
الفصل الثاني:أنواع الحكم بعدم الدستورية	54
المبحث الأول:الأحكام البسيطة	54
المطلب الأول:الأحكام بعدم الدستورية	54-55
المطلب الثاني:الأحكام الدستورية برفض الدعوى الدستورية	55-56
المبحث الثاني:الأحكام الدستورية الوسطية والأحكام الاستبدالية	56
المطلب الأول:الأحكام الدستورية الوسطية	56-57

الفرع الأول:الأحكام المطابقة بشرط التفسير	**58-57**
الفرع الثاني:الأحكام بعدم الدستورية الجزئية	**58**
الفرع الثالث:الأحكام المشروطة	**59**
المطلب الثاني:الأحكام الاستبدالية	**60-59**
خلاصة الباب التمهيدي	**61**
الباب الأول:إجراءات الفصل في سؤال الأولوية الدستورية أمام القضاء العادي	**64-63**
الفصل الأول:نشأة ومفهوم سؤال الأولوية الدستورية	**65**
المبحث الأول:نشأة سؤال الأولوية الدستورية	**66-65**
المطلب الأول:نشأة سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا	**67-66**
الفرع الأول:دواعي استبعاد الرقابة القضائية في مرحلة ما قبل التعديل الدستوري لسنة 2008	**67**
أولا:الحظر بنصوص تشريعية	**68-67**
ثانيا:اعتبار القانون التعبير الحر والرسمي للإرادة العامة للأمة	**68**
ثالثا:مبدأ الفصل بين السلطات	**69-68**
الفرع الثاني:أسباب وأهداف تبني نموذج سؤال الأولوية الدستورية	**71-70**
أولا:الاصلاحات التشريعية	**72 إلى88**
ثانيا:المحاولات القضائية	**88 إلى103**
الفرع الثالث:الغايات المترتبة على سؤال الأولوية الدستورية	**104-103**
المطلب الثاني:نشأة سؤال الأولوية الدستورية في المغرب	**104**

الفرع الأول:أسباب عدم تكريس الرقابة القضائية قبل التعديل الدستوري لعام 2011	105-104
أولا:مكانة الملك في مجال رقابة دستورية القوانين	106-105
ثانيا:انعكاس نظرية الإمامة على اختصاص الملك برقابة الدستورية	107-106
ثالثا:تحصين الظهير الملكي من الرقابة الدستورية	107
الفرع الثاني:أسباب التوجه نحو تكريس الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين	108
الفرع الثالث:الغاية من إعمال آلية سؤال الأولوية الدستورية	109-108
المطلب الثالث:نشأة سؤال الأولوية الدستورية في الجزائر	109
المبحث الثاني:مفهوم سؤال الأولوية الدستورية	110
المطلب الأول:مدلول مصطلح الدفع بعدم الدستورية و سؤال الأولوية الدستورية	111-110
الفرع الأول:تعريف الدفع بعدم الدستورية	111
أولا:مدلول الدفع بعدم الدستورية	111 إلى113
ثانيا:الفرق بين الدفع بعدم الدستورية وغيره من الدفوع	114-113
الفرع الثاني:تعريف سؤال الأولوية الدستورية	115-114
المطلب الثاني:الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية بصفة عامة و سؤال الأولوية الدستورية	115 إلى119
الفرع الأول:موقف الاتجاهات الفقهية من مسألة الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية	119
أولا:الاتجاه الأول:عدم تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام	119
ثانيا:الاتجاه الثاني:تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام	121-120

الفرع الثاني:موقف التشريعات موضوع المقارنة من مسألة الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية	121
أولا:الطبيعة القانونية لإجراء سؤال الأولوية الدستورية في فرنسا	122 إلى128
ثانيا:الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية في المغرب والجزائر	128
الفرع الثالث:موقف الباحث من مسألة الطبيعة القانونية لسؤال الأولوية الدستورية	128 إلى132
الفصل الثاني:الجوانب الإجرائية لسؤال الأولوية الدستورية أمام محاكم الموضوع والمحاكم العليا	133
المبحث الأول:إجراءات التقييم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية أمام محاكم الموضوع	134
المطلب الأول:ضوابط تطبيق سؤال الأولوية الدستورية	135
الفرع الأول:شروط سؤال الأولوية الدستورية	136-135
أولا:الشروط الشكلية	136 إلى175
ثانيا:الشروط الموضوعية	175 إلى300
الفرع الثاني:إجراءات الإحالة والآجال المقررة للفصل	300
أولا:إجراءات الإحالة	300 إلى305
ثانيا:الآثار المترتبة عن الإحالة والاستثناءات الواردة	305 إلى314
الفرع الثالث:المسألة الدستورية وفق قاعدة الأولية	315-314
المطلب الثاني:المحاكم التي يمكن إثارة المسألة الدستورية أمامها	315
الفرع الأول:التمييز بين الهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائي واللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي	315 إلى317
الفرع الثاني:تنظيم التشريعات موضوع المقارنة لمسألة المحاكم المثار	318-317

أمامها سؤال الأولوية الدستورية	
أولا:المحاكم التي يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمامها	318 إلى 325
ثانيا:المحاكم التي لا يجوز إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمامها	325 إلى342
المطلب الثالث:سلطة قاضي الموضوع إزاء سؤال الأولوية الدستورية ونظام التقييم المبدئي	342
الفرع الأول:سلطة قاضي الموضوع إزاء سؤال الأولوية الدستورية	343
أولا:عدم جواز الإثارة التلقائية لسؤال الأولوية الدستورية	343 إلى347
ثانيا:عدم إمكانية تعديل سؤال الأولوية الدستورية	348-349
ثالثا:عدم جواز العدول عن القرار المتعلق بتقرير جدية سؤال الأولوية الدستورية	348-349
الفرع الثاني:نظام التقييم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية	349
أولا:مدلول نظام التقييم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية	349
ثانيا:أنواع نظام التقييم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية	350-351
المبحث الثاني:نظام التقييم المبدئي لسؤال الأولوية الدستورية أمام المحاكم العليا(الدرجة الثانية للتقييم)	351إلى353
المطلب الأول: سؤال الأولوية الدستورية أمام المحاكم العليا	353-354
الفرع الأول:اختصاص مجلس الدولة ومحكمة النقض كقاضي ثاني درجة لإحالة سؤال الأولوية الدستورية	354إلى362
أولا:إعادة تقييم شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية	362
ثانيا:التصرف في سؤال الأولوية الدستورية	362إلى365
الفرع الثاني:مجلس الدولة ومحكمة النقض كقاضي أول درجة لنظر	365 إلى367

سؤال الأولوية الدستورية	
أولا:شروط قبول سؤال الأولوية الدستورية	**367**
ثانيا:الآجال المقررة لفصل والإحالة	**368-367**
ثالثا:الآثار المترتبة عن الإحالة والاستثناءات الواردة	**372إلى368**
المطلب الثاني:التمييز بين نظام التقييم المبدئي على مستوى محاكم الموضوع والمحاكم العليا	**372**
الفرع الأول:أوجه الاختلاف بين سؤال الأولوية الدستورية أمام محاكم الموضوع وأمام المحاكم العليا	**374إلى372**
الفرع الثاني:أوجه التشابه بين سؤال الأولوية الدستورية أمام محاكم الموضوع وأمام المحاكم العليا	**375-374**
خلاصة الباب الأول	**380إلى376**
الباب الثاني:إجراءات سير سؤال الأولوية الدستورية أمام القضاء الدستوري	**382**
الفصل الأول:نطاق سؤال الأولوية الدستورية أمام القضاء الدستوري	**383**
المبحث الأول:طرق اتصال القضاء الدستوري بسؤال الأولوية الدستورية والالتزام بإخطار السلطات العامة بذلك	**384**
المطلب الأول:طرق اتصال القضاء الدستوري بسؤال الأولوية الدستورية	**384**
الفرع الأول:الاتصال عبر الآليات المقررة قانونا	**387إلى384**
الفرع الثاني:الاتصال عن طريق التصدي والإثارة المباشرة لسؤال الأولوية الدستورية	**387**

أولا:إعمال رخصة التصدي أمام القضاء الدستوري	387إلى395
ثانيا:إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام القضاء الدستوري وامكانية ممارسة التصدي بمناسبته	395إلى405
المطلب الثاني:الإلتزام بإخطار السلطات العامة في الدولة بالاتصال بسؤال الأولوية الدستورية	إلى405408
المبحث الثاني:مسار الفصل في سؤال الأولوية الدستورية	408
المطلب الأول:عدم قبول التنازل عن سؤال الأولوية الدستورية	408إلى412
المطلب الثاني:إجراءات الفصل في سؤال الأولوية الدستورية	413-414
الفرع الأول:تلقي ملف الإحالة واحترام قواعد المحاكمة العادلة	414
أولا:تلقي ملف الإحالة	414إلى419
ثانيا:احترام قواعد المحاكمة العادلة	419إلى425
الفرع الثاني:غرفة التقييم المبدئي على مستوى المحكمة الدستورية بالمغرب	425إلى435
الفرع الثالث:تقنية التفسير وأجل الفصل	435
أولا:تقنية التفسير	435إلى438
ثانيا:أجل الفصل	438-439
الفرع الرابع:توسيع دائرة الأطراف وإثارة مآخذ جديدة	439إلى441
المطلب الثالث:التزام المجلس الدستوري الفرنسي بالقانون الحي ومساهمة هذا القانون في تجديد نطاق سؤال الأولوية الدستورية وتحديد ضوابطه	442
الفرع الأول: التزام المجلس الدستوري الفرنسي بالقانون الحي	442إلى444

الفرع الثاني:مساهمة القانون الحي في تجديد تجديد موضوع سؤال الأولوية الدستورية وتحديد ضوابطه	444إلى453
المبحث الثالث:القرار الصادر بشأن سؤال الأولوية الدستورية	454إلى456
المطلب الأول:مفهوم القرار الدستوري	456
الفرع الأول:مدلول القرار الدستوري	457
أولا:تعريف القرار الدستوري	457إلى460
ثانيا:أنواع القرار الدستوري	461إلى466
الفرع الثاني:الطبيعة القانونية للقرار الدستوري	466
أولا:معيار العمل القضائي	466-467
ثانيا:معيار الجهة الصادر عنها القرار الدستوري	467
المطلب الثاني:إجراءات اصدار القرار الدستوري	468
الفرع الأول:كيفية إعداد القاضي الدستوري للقرار الدستوري	468إلى474
الفرع الثاني:بنية القرار الدستوري	474
المطلب الثالث:حجية القرار الدستوري الفاصل في سؤال الأولوية الدستورية	475-476
الفرع الأول:أنواع القرار الدستوري	477
أولا:حجية قرار مطابقة الحكم التشريعي للدستور	477
ثانيا:حجية قرار عدم دستورية الحكم التشريعي	477إلى481
الفرع الثاني:الأساس القانوني لحجية القرار الدستوري	481-482
الفرع الثالث:ضوابط إعمال الحجية للقرار الدستوري	482إلى484
الفرع الرابع أجزاء القرار التي تكتسب الحجية	484إلى486

المطلب الرابع:نطاق حجية القرار بعدم الدستورية وطرق تنفيذه	**487**
الفرع الأول:سريان القرار بعدم الدستورية في مواجهة السلطات العامة	**488-487**
أولا:الخصائص المميزة لتنفيذ قرار عدم الدستورية واشكالية التعويض عن القوانين الغير دستورية	**488إلى517**
ثانيا:القوة الإلزامية للقرار الدستوري في مواجهة القاضي الدستوري ومدى جواز العدول عن قراره	**517إلى523**
ثالثا:التصورات المتوقعة بشأن الامتناع عن تنفيذ قرار عدم الدستورية والاشكالات المترتبة عن التنفيذ	**524إلى533**
الفرع الثاني:علاقة القاضي الدستوري بالسلطات العامة في نطاق سؤال الأولوية الدستورية	**533**
أولا:علاقة القاضي الدستوري بالسلطة التشريعية	**533إلى535**
ثانيا:علاقة القاضي الدستوري بالسلطة القضائية	**535**
ثالثا:علاقة القاضي الدستوري بالسلطة التنفيذية والهيئات الإدارية	**536-535**
الفصل الثاني:النطاق الموضوعي والزمني لقرار عدم الدستورية وتقنيات ترتيب آثاره	**537**
المبحث الأول: النطاق الموضوعي والزمني لقرار عدم الدستورية	**537**
المطلب الأول: النطاق الموضوعي لقرار عدم الدستورية	**537**
الفرع الأول:القرار الصادر بمناسبة دراسة سؤال الأولوية الدستورية	**538**
أولا:أثر القرار الصادر بشأن سؤال الأولوية الدستورية المثار ضد حكم تشريعي	**538إلى542**
ثانيا:أثر القرار الصادر بشأن سؤال الأولوية الدستورية المثار ضد الإغفال التشريعي	**543إلى549**

ثالثا:أثر سؤال الأولوية الدستورية المثار ضد قانون حي	549-550
الفرع الثاني:تحديد الطبيعة القانونية للآثار الموضوعية لقرار عدم الدستورية	550إلى555
المطلب الثاني:النطاق الزمني لنفاذ القرار بعدم الدستورية	555إلى558
الفرع الأول:السريان الفوري للقرار بعدم الدستورية	558إلى563
الفرع الثاني:السريان الرجعي للقرار بعدم الدستورية والاشكالات المترتبة عنه	564إلى602
المطلب الثالث:تاريخ سريان قرار عدم الدستورية في ظل تعاقب الدساتير	03-604
الفرع الأول:الاتجاه الأول	604
الفرع الثاني:الاتجاه الثاني	605
الفرع الثالث:الاتجاه الثالث	605إلى607
المبحث الثاني:قرار عدم الدستورية مصدر للقانون وتقنيات ترتيب آثاره	608
المطلب الأول:نطاق اعتبار الحكم بعدم الدستورية مصدرا للقانون	608
الفرع الأول:القرار بعدم الدستورية مصدر للقانون	608إلى613
الفرع الثاني:موقف الباحث من المسالة	614-615
المطلب الثاني:تقنيات القاضي الدستوري في التعامل مع اعمال الأثر المترتب على القرار بعدم الدستورية	616
الفرع الأول:تقنيات القاضي الدستوري في معالجة القرار بعدم الدستورية	616إلى624
الفرع الثاني:تقنيات القاضي الدستوري في معالجة القانون الحي	625إلى627
الفرع الثالث:تقنيات القاضي الدستوري في معالجة الإعفال التشريعي	628إلى633
الفصل الثالث:تقيم تجربة سؤال الأولوية الدستورية	634

المبحث الأول:مرتكزات الاجتهاد القضائي للمجلس الدستوري والمحكمة الدستورية	634
المطلب الأول:عدم الاختصاص بمراقبة تقدير قاضي الموضوع	635-634
المطلب الثاني:تكريس حدود العمل بين الرقابة واختصاص التشريع	636-635
المطلب الثالث:تنويع الأثر الزمني لقررات إلغاء المقتضى التشريعي	637-636
المطلب الرابع:منهج عمل المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية وصعوبة الخروج من نموذج الرقابة السابقة	637إلى640
المبحث الثاني:انعكاسات سؤال الأولوية الدستورية على مكانة المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية	641
المطلب الأول:من حوار المؤسسلا إلى حوار القضاة	643-642
الفرع الأول:إحالة محكمة النقض على محكمة العدل بالإتحاد الأوروبي	643إلى646
الفرع الثاني:في حال رفض محكمة النقض إحالة سؤال الأولوية الدستورية على المجلس الدستوري	647-646
الفرع الثالث: في حال رفض محكمة النقض إحالة سؤال الأولوية الدستورية المجلس الدستوري بناء عى مبرر	648
المطلب الثاني:أفاق تحول المجلس الدستوري الفرنسي إلى محكمة دستورية	649إلى651
المطلب الثالث:نظام إصلاح سؤال الأولوية الدستورية	652
الفرع الأول:تحول عمل التقييم المبدئي إلى رقابة دستورية سابقة	652إلى654
الفرع الثاني:تكريس إجراءات جديدة بشأن قرارات رفض الإحالة على المجلس الدستوري	655-654
المطلب الرابع:قراءة في بعض القرارات عدم الدستورية	655

الفرع الأول:مضمون عريضة سؤال الأولوية الدستورية	**657-656**
الفرع الثاني:الوضع الخاص بإمكانية ممارسة سؤال الأولوية الدستورية في غياب القانون المنظم له	**658-657**
الفرع الثالث:بنية القرار الفاصل في سؤال الأولوية الدستورية	**659إلى662**
الفرع الرابع:التكيف القانوني للقرار	**663-662**
خلاصة الباب الثاني	**664إلى666**
الخاتمة	**667إلى675**
قائمة المصادر والمراجع	**676إلى710**
الملخص	**724إلى726**

الملخص

الملخص بالعربي:

إن إعلاء الشرعية الدستورية وحماية مبدأ سمو الدستور وحماية حقوق وحريات الأفراد،تعد من ضمانات دولة القانون،وبغية تكريس ذلك من الناحية الواقعية،تبنت التشريعات محل المقارنة إدراج تعديل في منظومتها القانونية نص على حق الأفراد في اللجوء إلى القضاء الدستوري،عن طريق ممارسة المسألة الدستورية ذات الأولية ضد الأحكام التشريعية والتنظيمية،التي من شأنها المساس بحق أو حرية يضمنها الدستور ،وذلك بمناسبة تطبيقها على الدعاوى القضائية،وامتد نطاق المسألة الدستورية في فرنسا ليشمل أيضا الإغفال التشريعي والتفسير القضائي المستقر للنصوص القانونية.

وتتسم إجراءات التقاضي بشأن المسألة الدستورية ذات الأولية بالبساطة،وضبطت ممارستها على مستوى مختلف المحاكم التابعة لمحكمة النقض أو مجلس الدولة،في إطار ما يسمى بنظام التقيم المبدئي للمسألة الدستورية ذات الأولية،وحصرت التشريعات محل المقارنة ممارستها في إطار وجود إعتداء على حق أو حرية يضمنها الدستور ،وبالتالي استبعدت من نطاقها الحقوق والحريات المنصوص عليها في المواثيق الدولية والإقليمية.

وعند استيفاء المسألة الدستورية لشروط قبولها وإدارجها في المداولة،يتم الفصل فيها بموجب قرار يقضي إما بتقرير دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي،أو تقرير عدم دستوريته،ويكتسب قرار عدم الدستورية طابعا نهائيا،ويتميز بالحجية المطلقة في مواجهة

السلطات العامة والكافة التي تكون ملزمة بتنفيذه،وفي حال الإخلال بهذا الإلتزام تنشأ منازعة في التنفيذ يختص القضاء الدستوري بالفصل فيها.

ويملك القضاء الدستوري في هذه التشريعات ،سلطة تقديرية واسعة في ترتيب الأثر المترتب على قرار عدم الدستورية حسب ظروف وملابسات كل مسألة دستورية ذات أولية تعرض عليه،كما أنه في ترتيبه لهذا الأثر يكون ملزما بمراعاة مبدأ الأمن القانوني.

وفي هذا السياق فإن القرار بعدم الدستورية يصبح مصدار للقانون،في حال غياب القانون الذي يعوض القانون الملغى، كما أن هذا القرار قد يترتب عنه إحياء القانون القديم ليتم العمل به في مكان القانون الملغى ،بغية سد حالة الفراغ التشريعي، لغاية تدخل المشرع لاستبدال القانون الملغى بقانون جديد.

وبغية تكريس فعالية ممارسة آلية المسألة الدستورية ذات الأولية،فقد توصل مجلس الدولة الفرنسي إلى تقرير أهم ضمانة لها،تتثمل في تقريره حق المتقاضي في الحصول على تعويض جراء الحكم بعدم دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه.

Abstract:

Upholding constitutional legitimacy, protecting the principle of the transcendence of the Constitution and protecting the rights and freedoms of individuals are guarantees of the rule of law, and in order to enshrine this realistically, the legislation in question has adopted the inclusion of an amendment in its legal system that provided for the right of individuals to resort to constitutional justice. By exercising the constitutional question of priority against legislative and regulatory provisions, which would prejudice the right or freedom guaranteed by the Constitution, on the occasion of its application to judicial proceedings, the constitutional issue in France was also extended to include legislative omission and a stable judicial interpretation of legal provisions.

The proceedings on the constitutional issue are simple and have been exercised at the various courts of the Court of Cassation or the Council of State, within the framework of the so-called principled assessment system of the constitutional issue of priority, and the legislation in question has been limited to its practice in the context of an assault on a right or freedom guaranteed by the Constitution, and therefore excluded from its scope the rights and freedoms enshrined in international and regional conventions.

When the constitutional issue meets the conditions for its acceptance and administration in deliberation, it is decided by a decision to either determine the constitutionality of the legislative or regulatory provision, or determine its unconstitutionality, and the decision of unconstitutionality acquires a final character, and is characterized by absolute argument in the face of public authorities and all that are obliged to implement it, and in the event of a breach of this obligation there is a dispute in implementation that the constitutional judiciary is competent to decide on.

In this legislation, the constitutional judiciary has broad discretion in arranging the impact of the unconstitutionality decision according to the circumstances and circumstances of each preliminary constitutional issue before it, and in arranging it is obliged to observe the principle of legal security.

In this context, the decision of unconstitutionality becomes a version of the law, in the absence of a law that compensates for the repealed law, and this decision may result in the revival of the old law to be introduced in the place of the repealed law, in order to fill the state of legislative vacuum, until the intervention of the legislator to replace the law repealed by a new law.

In order to enshrine the effectiveness of the exercise of the mechanism of the constitutional matter, the French Council of State has reached a report of its most important guarantee, which in its report is the right of the litigant to receive compensation for the ruling that the contested legislative provision is unconstitutional.