

جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر ومصر دراسة مقارنة

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص دولة ومؤسسات

إشراف الأستاذ:

د. صدارة محمد

إعداد الطالب :

• تركي حسام

لجنة المناقشة

- 1-أ. قراشة رشيد.....رئيسا
- 2-أ. صدارة محمد.....مقرا
- 3-أ. بن مسعود أحمد.....مناقشا

السنة الجامعية:(2016 - 2017)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تَشْكُر

الحمد لله الذي مكنتنا من إتمام هذا البحث فما كان لثمي وأهلي مجري في ملكه إلا ابتأه :

«إنما أمره إذا أراد شيئاً أن يقول كن فيكون»

فالحمد لله في الأول والحمد لله في الآخر.

ويسعدني في مسهل هذا العمل المتواضع أن أتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى :

الأستاذ المتفرد.

كما لا ننسى موظفي المكتبة المركزية الجامعة طرحت الشكر والتقدير.

وفي الأخير نشكر كل من ساعد من قريب أو من بعيد ولو بكلمة تشجيعية.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَالصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ .

الحمد لله الذي هانا هنذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله .

إله اجز شخصين في هنذا الكوف :

إله الذي خرس في أشملق الإسلام إله والذي العزيز

إله الذي علمسي محبة الناس ، إله الذي رضاها من رضا المول عز وجل ، إله الذي خصمي من اجمل أبناء إله إله

المتالية إله الذي تدعوك بالخير والتجاح إله أسمى الحبيبة .

إله الاستاذ القدير الذي أشرف علي هذا العمل لتواضع ولم يدخل علي بالنصح والتوجيه

إله كل زملائي الذين ورسوا إله كل أساتذتي الأفاضل وبالاحسن الاستاذ

إله كل طلبة العلم وإله وطني الحبيب (جزائر وراح) في الأمن والسلام وحفظه الله .

إله كل من عرف : " حماح "

مقدمة

مقدمة

كان للدول في السابق نشاط تقليدي حيث أنها تتدخل للمحافظة على الأمن الخارجي والداخلي وإقامة العدالة ، ولذلك كان يطلق عليها الدولة الحارسة أما الآن أصبحت الدولة تتدخل في جميع المجالات حيث لم يصبح لها دور تقليدي الحارس أو الحاكم بل أصبح لها دور اجتماعي فتدخلت في اصغر الأمور ، ومع تزايد المشاكل الاقتصادية والاجتماعية وتضخمها احتاج الأمر إلى مزيد من التدخل من قبل الدولة وبالتالي زادت التشريعات التي تنظم ذلك وتوالت التشريعات الفردية والعادية التي تحقق الدور الاجتماعي للدولة .

وفي هذا الكم الهائل من التشريعات تعرضت الضمانات الفردية والحريات العامة والمبادئ الدستورية والفصل بين السلطات إلى اعتداءات عديدة لما تتصف به هذه التشريعات من عجلة وسرعة في صدورها هذا فضلاً عن وفرة التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية بسبب انتشار المبادئ الاشتراكية وتدخل الدولة في العديد من أنشطة الافراد لتوفير حاجاتهم المتجددة والتوسع في سياسة التفويض التشريعي لذلك يجب البحث عن وسيلة لضمان ان السلطة قد راعت حدودها الدستورية المرسومة لها أم لا وهذا هو سبب اختيارنا موضوع (رقابة دستورية القوانين) باعتبارها من اهم الوسائل التي تستطيع ان تردع السلطة التشريعية وتلزمها بالسير في حدود الدستورية وتحقق مبدأ الشرعية باعتبارها الضمان الفعال لحماية الحريات العامة من تعسف السلطة التشريعية في استعمال سلطتها والتأكيد على المبدأ سيادة القانون الذي هو أساس الحكم في الدولة الذي يستوجب عدم خروج القوانين واللوائح على أحكام الدستور ضماناً للالتزام سلطات الدولة بأحكامه فيما يصدر عنها من قواعد تشريعية .

المنهج المتبع:

استناداً إلى طبيعة الموضوع و حتى نتمكن من معالجة الإشكالية المطروحة و الإلمام بمختلف الجوانب المحيطة بها اتبعنا في دراستنا اتبعنا في دراستنا للموضوع المنهج المقارن و ذلك من أجل مقارنة واستبيان مختلف المفاهيم المتعلقة بعناصر البحث

أسباب اختيار الموضوع :

ان القوانين تمتاز بالدقة وتوجهها في معالجة المشاكل الاجتماعية إلا أنها لا تخلو من الخطأ كونها قوانين وضعية ولذا توجب وجود الية لصالح الأفراد للطعن في مدى صحة القوانين وذلك

رجوعاً لمدى تطبيقها للمبادئ الدستورية وقد أخذت الدول بفكرة الرقابة على دستورية القوانين على حسب تشريعاتها الداخلية لذا تتجلى أهمية موضوعنا كونه موضوع ماس بمصالح الأفراد والحقوق التي يكفلها الدستور

الاشكالية: كيف تم تطبيق فكرة الرقابة على دستورية القوانين في ظل النظام الدستوري الجزائري والمصري؟

الخطة:

لمعالجة الموضوع قسمنا الخطة إلى فصلين :

فصل أول تحت عنوان الرقابة على دستورية القوانين يحتوي مبحثين مبحث أول عنوانه أوجه الرقابة على دستورية القوانين ومبحث ثاني تحت عنوان وسائل الرقابة على دستورية القوانين وفصل ثاني عنوانه تجسيد الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر ومصر يتضمن ثلاث مباحث مبحث أول الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر ومبحث ثاني الرقابة على دستورية القوانين في مصر

الفصل الأول

الرقابة على دستورية القوانين

الفصل الأول: الرقابة على دستورية القوانين

إن القواعد التي يحتويها الدستور هي التي تبين الحقوق والحريات العامة في الدولة، وكيفية ممارسة السلطة فيها ومصدرها وانتقالها، وبها تنقيد سلطة الحكام، وفيها الفصل والتوازن بين هيئات الدولة المختلفة، حتى تتحقق حماية مبدأ سيادة القانون الذي تضمن به حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية. ولأنه القانون الأساسي في البلاد فلا تجوز مخالفته من أي جهة، وهذا نتيجة لما يعرف سم والدستور الذي بمقتضاه يعل والدستور على الجميع، فيراعي عند تشريع القوانين أيا كان مصدرها، وإلا عدت غير دستورية ومن ثم يتوجب إلغاؤها أو على الأقل الامتناع عن تطبيقها، لكنه مبدأ-أي سم والدستور- لا يعطي أثره إن لم يكفل احترامه بوسائل يحددها في نصوصه، وتنقيد بها السلطات عند التشريع، وأهم هذه الوسائل هي الرقابة على دستورية القوانين.

وقد عرفت الأنظمة نوعين من الرقابة، تلك التي تتم عن طريق القضاء وأخرى عن طريق هيئة سياسية، اختار المؤسس الدستوري الجزائري هذه الأخيرة كوسيلة للرقابة على دستورية القوانين. لأجل ذلك جاء تقسيم المذكرة إلى ثلاثة أقسام، الأول في مبدأ الرقابة على دستورية القوانين، تعريفها وتقييمها والقسم الثاني في المجلس الدستوري الهيئة التي حولها الدستور الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، والقسم الأخير في دوره في الرقابة على دستورية القوانين تنظيمًا وتطبيقًا. يأتي الدستور في قمة الهرم القانوني وذلك نظراً للأهمية التي تحتلها الدساتير في الأنظمة القانونية ومن هنا جاء الفقه الدستوري بالمبدأ المعروف بسمو الدستور والذي يعني (علو الدستور على سائر القواعد القانونية فإذا ما تعارضت هذه القواعد في روحها أو نصوصها مع الدستور كان النص الدستوري مرجعاً عليها)¹.

وتختلف الدساتير في تحديد الهيئة التي تضطلع بمهمة الرقابة على دستورية القوانين حيث إن منها ما يوكل هذه المهمة إلى هيئة سياسية بينما بعضها الآخر اسند هذه المهمة إلى هيئة قضائية تقوم بالتحقيق من تطابق القانون مع أحكام الدستور وبناء على ذلك سوف ينقسم هذه الفصل إلى مبحثين أتناول في الأول أوجه الرقابة على دستورية القوانين وأخصص الثاني لوسائل الرقابة .

¹ محمد كامل عيد: نظم الحكم ودستور الإمارات 2002 رسالة دكتوراه جامعة دبي سنة 1958. أكاديمية شرطة دبي ص144

المبحث الأول: أوجه الرقابة على دستورية القوانين

يخضع الدستور القانون لقيود معينة بحيث أن هذا الأخير اذا خرج عليها فانه يكون مخالفاً وبالتالي يكون قانون غير دستوري .

وهذه القيود تتمثل في امرين لا ثالث لهما ، الأول الشكل الذي يتطلبه الدستور في القانون الصادر فالدستور يبين الشروط والإجراءات الشكلية التي يجب مراعاتها ، واما القيد الثاني فهو في موضوع القانون وفحواه والذي يجب ان يكون متفقاً مع الدستور وإلا عدا مخالفاً في الموضوع¹ .
ولذلك فان القانون الصادر من السلطة التشريعية ، وحتى يكون بمنأى عن مخالفته الدستور لا يكفي أن يراعي الشكل الذي يتطلبه الدستور في القانون ، وانما يجب ايضاً ان يكون متفقاً مع موضوعه وفحواه .

ولذلك فإن المقام هنا يقتضي تقسيم هذا المبحث الى مطلبين وذلك على النحو التالي هما:

المطلب الأول : المخالفة الشكلية .

المطلب الثاني : المخالفة الموضوعية .

المطلب الأول المخالفة الشكلية

تتمثل المخالفة الشكلية للدستور في امرين هما :

أولاً : مخالفة قواعد الاختصاص .

يقصد بعدم الاختصاص هو (عدم المقدرة من الناحية القانونية على اتخاذ تصرف معين ، نتيجة لانتهاك ومخالفة القواعد المحددة لاختصاص السلطة صاحبة التصرف) .

وترتبط هذه الفكرة بمبدأ الفصل بين السلطات ، حيث يهدف هذا المبدأ الى توزيع الاختصاصات بين سلطات الدولة الثلاثة (التشريعية والتنفيذية والقضائية) على نحو يكفل تحديد المسؤوليات وعدم التداخل في ما بين هذه السلطات .

وتستمد هذه السلطات مصدرها من الدستور ، بحيث انه لا يجوز ان يباشر الاختصاص إلا من قبل الجهة التي حددها الدستور ، وبالتالي فلا يجوز لسلطة منحها الدستور اختصاصاً معيناً ان تفوض غيرها في ممارسة هذه الاختصاصات الابناء على نص صريح فيه .

¹ الدكتور رمزي الشاعر ، رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة ، مطابع دار النشرة، القاهرة، 2004 ، ص 45

وعلى ذلك يرتكز عيب عدم الاختصاص في المجال الدستوري على مخالفة السلطة المختصة بالتشريع لقواعد الاختصاص التي يرسمها الدستور ، وهذا العيب قد يكون عضوياً أو موضوعياً أو زمنياً أو مكانياً¹.

الفرع الأول : عدم الاختصاص العضوي .

1- يتمثل العنصر العضوي أو الشخصي في الاختصاص في ان يصدر

القانون من العضو أو السلطة التي أعطاه القانون ذلك الاختصاص .

2- والاصل هو ان يصدر القانون من السلطة التشريعية والتي يمثلها

البرلمان ، ولا يجوز الخروج على هذا الاصل الا بنص صريح في الدستور .

ولذلك فان السلطة التنفيذية لا يجوز لها ان تتدخل في اعمال التشريع الا اذا تضمن في

اعمال التشريع نصاً يمنحها هذا الحق ، وان كانت بعض الدساتير قد حددت مجالاً

معيناً يشرع فيه البرلمان ومن ذلك الدستور الفرنسي الصادر 1958م والذي وزع الوظيفة التشريعية

بين البرلمان والسلطة التنفيذية ، بحيث أصبحت هذه الأخيرة هي صاحبة الولاية في التشريع ،

واصبح دور البرلمان في ذلك محدداً على سبيل الحصر بحيث اذا شرع في غير المجالات المحددة

دستورياً له اعتبر ما يصدر عنه تشريعاً غير دستوري لمخالفته العنصر العضوي أو الشخصي في

الاختصاص .

الفرع الثاني : عدم الاختصاص الموضوعي :

بعد التأكد من ان التشريع محل الطعن قد صدر من السلطة المختصة به ، يتعين بعدها

التأكد من الاختصاص الموضوعي ، ويقصد به (ان السلطة المختصة بالتشريع قد مارست

اختصاصها التشريعي في الموضوع الذي اسنده اليها الدستور وإلا كان التشريع مخالفاً للدستور

لتخلف العنصر الموضوعي في الاختصاص) .

والدستور المصري الصادر في سنة 1971م التزم الموضوع التقليدي والاصل العام الذي

يسمح لمجلس الشعب بالتشريع في أي موضوع من الموضوعات باعتباره صاحب الاختصاص

الاصيل في التشريع ، ولا يرد على سلطته هذه قيود إلا بعض القيود الموضوعية التي ينص عليها

الدستور كعدم جواز تقرير رجعية القوانين الجنائية مالم تكن اصلح للمتهم ، وعدم الإخلال بحق

التقاضي وغيرها ، حيث إن هذه القيود الموضوعية التي نص عليها الدستور يتوجب على السلطة

¹د رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، مطابع دار النشرة ، القاهرة 2004،ص 464

التشريعية مراعاتها عندما تقوم بمهمتها في سن القوانين ، فلا تخرج عنها وإلا كانت عرضة لتقرير عدم دستورتها من قبل المحكمة الدستورية العليا .

وتكون حالات عدم الاختصاص الموضوعي أكثر ظهوراً عندما تقوم السلطة التنفيذية بممارسة مهمة التشريع كاستثناء من الأصل العام ، حيث تكون مهمتها في هذا المجال محدودة بنصوص دستورية ، حيث ان ذلك يعتبر استثناء املته ظروف واعتبارات معينة لا يجوز التشريع في غيرها أو الخروج على المجال المحدد لها ، فإذا تعددت السلطة التنفيذية المحال لها في الدستور ، فإن ما يصدر عنها يعتبر مشوباً بعيب عدم الدستورية لتخلف العنصر الموضوعي في الاختصاص¹.

2- عدم الاختصاص الزمني :

قد يضع الدستور قيوداً زمنياً على ممارسة اختصاص التشريع من قبل السلطة التشريعية أو من قبل السلطة التنفيذية ، فإذا لم تراخ السلطة التي تقوم بتلك المهمة القيد الزمني وأصدرت التشريع في وقت لم يكن لها حقاً ممارسة هذا الاختصاص ، عندها تكون قد خرجت عن الحد الزمني المحدد دستورياً لإصداره ، وبالتالي يترتب على ذلك مخالفة التشريع للقيد الزمني الذي جاء به الدستور . ومن الفروض التي تحقق فيها تخلف القيد الزمني في الاختصاص إقرار البرلمان لقانون بعد حله أو انتهاء المدة المحددة له في الدستور، أو أن يصدر رئيس الجمهورية تشريعاً في حالة التفويض التشريعي بعد انتهاء المدة الزمنية المحددة لممارسة هذا التفويض ، حيث إن صدور هذا التشريع فيه مخالفة صريحة للقيد الزمني الذي ورد بالدستور لممارسة هذا الاختصاص الاستثنائي من جانب السلطة التنفيذية².

3- عدم الاختصاص المكاني :

تحدد بعض الدساتير مكاناً معيناً تمارس فيه السلطة التشريعية التي تتمثل في البرلمان ، بحيث انه مارس البرلمان هذا الاختصاص خارج النطاق المكاني المحدد في الدستور فان التشريع الذي يصدر في هذه الحالة يكون غير دستوري لمخالفته قواعد الاختصاص المكاني ولذلك نصت المادة (100) من الدستور المصري الصادر عام 1971م على ان (مدينة القاهرة مقر مجلس الشعب ن ويجوز في الظروف الاستثنائية ان يعقد جلساته في مدينة اخرى بناء على طلب رئيس الجمهورية أو أغلبية أعضاء المجلس).

¹ د . رمزي الشاعر ،رقابة دستورية القوانين ، مطابع دار النشر، القاهرة، 2004 ،ص 654

² د . رمزي الشاعر،القضاء الدستوري في مملكة البحرين، مطابع دار النشر القاهرة، 2004 ، ص466

وقد أحالت المادة (205) من هذا الدستور بعد تعديلاته عام 1981 الى المادة (100) فيما يتعلق بمجلس الشورى .

ويفهم من ذلك بان مدينة القاهرة هو المكان الذي حدده الدستور المصري لعقد جلسات مجلس الشعب والشورى إلا انه يلاحظ بان الدستور المصري او رد استثناء هو اذا ما دعت الظروف الاستثنائية التي يقدرها رئيس الجمهورية او غالبية اعضاء مجلس الشعب والشورى ويترتب على مخالفة هذا العنصر المكاني في الاختصاص بطلان التشريع.¹

ثانياً / مخالفة قواعد الشكل الواجب اتباعه .

يمر التشريع بمراحل متعددة حتى يكون دستورياً ، ووفقاً لإجراءات محده وجوهية يتطلبها الدستور يتعين اتباعها ، حيث عدم مراعاة ذلك يترتب عليه ان يصبح التشريع باطلاً يتعين الغاؤه او الامتناع عن تطبيقه

ومن امثلة المخالفات التي تتعلق بالشكل والاجراءات ، ان يصدر التشريع دون موافقة الاغلبية البرلمانية التي حددها الدستور ، أو دون تصديق رئيس الدولة في الاحوال التي يوجب فيها الدستور ذلك.²

ويترتب على مخالفة القواعد الشكلية والاجرائية أن يكون للجهة المنوط بها الرقابة على دستورية القوانين حق مراقبة التشريع وتقرير عدم دستوريته اذا ما تعلق الامر بمخالفة جوهية لتلك القواعد والاجراءات .

والملاحظ بان قواعد الشكل والاجراءات المصاحبة لعملية التشريع قد ترد في الدستور ذاته ، كما انها قد ترد في اللوائح الداخلية للبرلمان .

والفقه انقسم في ذلك الى اتجاهين حيث أن الاتجاه الاول ذهب بان العيب الشكلي يمكن ان يتحقق عند مخالفة التشريع للقواعد الشكلية المتصلة باقتراحه التشريع او اقراره او اصداره سواء كانت تلك القواعد قد وردت في الدستور أو في اللوائح الداخلية للبرلمان فيما ذهب الاتجاه الاخر بان عيب عدم الدستورية لمخالفة الشكل الواجب ارتباطه لا يتحقق الا اذا كانت الشكلية التي خولفت قد ورد النص عليها في الدستور ذاته .

¹ د رمزي الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مطابع دار النشرة ، 2004 القاهرة، ص660.

² د . محمد كامل عبيد ، نظم الحكم ودستور الامارات ، مطابع دار النشرة ، 2004، القاهرة ، ص190 .

فالمعمول عليه في الرقابة الدستورية هو ما ورد من اجراءات في الدستور ، اما ما تضمنه النصوص القانونية الاخرى الاقل مرتبه من قواعد شكلية فان مخالفتها لا تؤدي الى عدم دستوريته

واخيراً فان المحكمة الدستورية وهي بصدد قيامها بفحص العيوب الشكلية في التشريع المطعون بعدم دستوريته لا يتصور ان يكون بحثاً تالياً للخوض في العيوب الموضوعية ، حيث ان المحكمة الدستورية لا تبحث في العيوب الموضوعية الا بعد ان تتأكد من خلو ذلك التشريع محل البحث من المخالفات الشكلية للأوضاع والاجراءات التي تطلبها الدستور ، وذلك لان العيوب الشكلية تتقدم العيوب الموضوعية ، وهذا الأخيرة سوف أتناولها بشيء من التفصيل في المطلب الثاني¹.

المطلب الثاني المخالفة الموضوعية

لا يكفي لاعتبار التشريع دستورياً ان يكون مستوفياً للشكل الواجب اتباعه طبقاً للدستور ، وانما يجب ان يكون ذلك التشريع متفقاً من حيث الموضوع مع المبادئ التي حددها الدستور في اطار القيود التي وضعها لاستعمال السلطة التشريعية لحقها في سن التشريع، وان يصدر ذلك التشريع غير متجاوزاً في غاياته لروح الدستور².

وسوف نقسم دراستنا لهذا الموضوع الى قسمين :

اولاً: مخالفة القيود الموضوعية الواردة بالدستور .

ثانياً: خروج التشريع على روح الدستور .

الفرع الأول : مخالفة القيود الموضوعية الواردة بالدستور.

تتضمن الدساتير عادة العديد من القيود التي لا يجوز للهيئة التشريعية وهي بصدد استعمالها لحقها في التشريع ان تخرج عليها ، ومن هذه القيود على سبيل المثال وليس الحصر إسقاط الجنسية ، ورجعية القوانين الجنائية مالم تكن اصلح للمتهم ، وحق التقاضي ، ومن امثلة هذه القيود التي تضمنها الدستور المصري عام 1971م تحريم إبعاد أي مواطن عن البلاد او منعه من العودة ، وشخصية العقوبة وحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل او قرار إداري من رقابة القضاء.

¹ : د رمزي الشاعر . القضاء الدستوري في مملكة البحرين 2003م ص472. ط 2004 - مطابع دار النشرة القاهرة

² : د محمد كامل عبيد - نظم الحكم في دستور الإمارات ص192. ط 2004 - مطابع دار النشرة القاهرة

وقد تضمن دستور دولة الامارات العربية المتحدة أيضا على هذه القيود والتي يجب ان يراعيها المشرع ومن امثلتها حظر استبعاد أي إنسان ، وتحريم ابعاد أي مواطن أو نفيه من الاتحاد¹. ولذلك فإن التشريع يكون غير دستوري اذا خالف بشكل مباشر نصوصاً وردت بالدستور وكذلك اذا خرج على نطاق التشريع كله الى نطاق اخر جعله الدستور لسلطة اخرى .

وتتضمن المخالفة الدستورية الموضوعية للقيود الواردة بالوثيقة الدستورية ثلاث حالات وهي

أولاً: خروج القانون على قاعدتي العمومية والتجريد في التشريع .

اذا كانت القاعدة ان التشريع هو قاعدة عامة مجردة فانه يترتب على ذلك ان البرلمان اذا اصدر قراراً فردياً وقصد به ان يكون تشريعاً عاماً بعدم الدستورية لعيب في المحل (ويقصد بالعمومية تطبيق التشريع على جميع الحالات المتماثلة وعلى كل الافراد الذين يوجدون في وضع قانوني واحد ، اما التجريد فيقصد به ان يصدر التشريع لكي يطبق على حالات متماثلة بصفة مجردة وليس على حالة معينة بذاتها وبذلك ينتفي التجريد لفرد دون آخر أو مجموعة دون أخرى)².

ولكن لا يمنع من ان يكون التشريع متصفاً بالعمومية والتجريد ان يقتصر تطبيقه على فرد واحد طالماً انه يقبل التطبيق على فرد اخر يخالفه في المركز القانوني الذي ينظمه هذا التشريع ، وكما لا يمنع من اكتساب التشريع صفتي العمومية والتجريد من ان يكون تشريعاً مؤقتاً بمدة محدده كالتشريعات الصادرة في الظروف الاستثنائية .

ويظهر بوضوح انعدام لصفتي العمومية والتجريد في التشريعات التي تحرم طائفه معينة من حق او حرية محدده أو تمنح طائفه من الطوائف امتيازاً خاصاً دون تطبيقه على الطوائف الاخرى رغم تماثل وتساوي المراكز القانونية بينها³.

ثانياً: خروج المشرع على السلطة المقيدة :

¹ : د. محمد كامل عبيد نظم الحكم ودستور الإمارات. رسالة تخرج جامعة دبي 2005 ص193

² رمزي الشاعر - القضاء الدستوري في مملكة البحرين دار النشر البحرينية 2004 ص474

³ د. رمزي الشاعر - القضاء الدستوري مملكة البحرين دار النشر البحرينية 2004 ص471

عندما يباشر المشرع اختصاصه فإنه يجب ان يراعي القيود التي فرضها الدستور، والتي تتراوح بين السعه والتضييق فقد يتولى الدستور صراحة تحديد نطاق موضوع معين تحديداً كاملاً بحيث يحرم المشرع عند مباشرة اختصاصه من أية سلطة تقديرية .

ولقد تضمن الدستور المصري الصادر عام 1971م نصوصاً عديده تتعدم فيها السلطة التقديرية للمشرع ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر المادة 36 (المصادرة العامة للأموال محظورة ولا تجوز المصادرة إلا بحكم قضائي) .والمادة 51 (لا يجوز بإبعاد أي مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها) .

ففي جميع هذه الحالات تكفل الدستور المصري ببيان الاحكام المتعلقة بها والمنظمة لها فلا يستطيع المشرع يستطيع المشرع الخروج على القيود المفروضة فنص المادة 51 من الدستور المصري يمنع ابعاد المواطن المصري او منعه من العودة اليها فهذا النص لم يترك للمشرع أي مجال من أن يمنع المواطن المصري من العودة الى وطنه كان يعطي الادارة الحق في اسقاط الجنسية عن وبالتالي منعه ممن العودة الى وطنه .حيث انه اذا ما صدر مثل هذا القانون يصبح مشوباً بعدم الدستورية .

وهكذا الحال في بقية النصوص التي لم يترك الدستور المصري أي مجال للمشرع سلطة تقديرية على الاطلاق ، حيث انه اذا ما صدر أي قانون غير مراعياً للقيود التي فرضها الدستور فان مصيره يكون الحكم عليه بعدم الدستورية من قبل المحكمة الدستورية العليا¹.

1-السلطة التقديرية للمشرع :

على الرغم من ان هناك قيود تفرضها الدساتير على السلطة التشريعية في تنظيمها لبعض الموضوعات ، إلا انها أي السلطة التشريعية تملك السلطة التقديرية في كثير من الامور . ويقصد بالسلطة التقديرية التي تملكها المشرع (حرية المفاضلة بين بدائل وخيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يهدف اليه ، دون ان يفرض الدستور عليه طريقاً بذاته يجب عليه اتباعه أو توجيهاً محددًا يتعين عليه التزامه) .

1د. رمزي الشاعر ص690 - رقابة دستورية القوانين جامعة عين شمس ط 2005 - مصر .

ومن هنا نجد ان البرلمان يملك سلطة تقديرية عند قيامه بإصدار تشريع ، ولكن يجب عليه ان لايمس اصل الحق أو المبدأ الذي موضوع التنظيم التشريعي ، وذلك حتى لا يكون القانون مخالفاً للدستور .

ولذلك فان السلطة التقديرية من ادق المسائل التي يجب بحثها وذلك لمعرفة ما اذا كان المشرع باستعمالها قد هدف إلى تحقيق المصلحة العامة ام لتحقيق أغراض اخرى بجانب الصالح العام¹ .

الفرع الثاني : خروج التشريع على روح الدستور

- لا يكفي ان يصدر التشريع مراعيًا لما جاء في الدستور من قواعد وقيود ، وانما يجب ايضاً ان يكون هذا التشريع متلائماً مع روح الدستور وما استهدفه هذه الاخير من مقاصد وغايات² .
ولقد كان للفقهاء المصري فضل السبق في ابراز هذه الفكرة من خلال العالم الجليل الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري في بحثه بعنوان (مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية.³

وقد حاول هذا الفقيه قياس فكرة الانحراف التشريعي على نظرية الانحراف الاداري (وقياساً على تعريف الانحراف الاداري حاول وضع معيار الانحراف التشريعي حيث يقول الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري اذا قسنا الانحراف في استعمال السلطة الادارية لقلنا بان المشرع يجب ان يستعمل سلطته التشريعية لتحقيق المصلحة العامة ، فلا يتوخى غيرها ، ولا ينحرف عنها إلى غاية اخرى ، وإلا كان التشريع بالطلاً ، والمعيار هنا ذا شقين :

شقاً ذاتياً وشقاً موضوعياً : فالشق الذاتي يتعلق بالنوايا والغايات التي أضمرتها السلطة التشريعية وقصدت الى تحقيقها بإصدارها تشريعاً معيناً والشق الموضوعي هو المصلحة العامة التي يجب ان يتوخاها المشرع دائماً في تشريعاته ، وكذلك الغاية المخصصة التي رسمت لتشريع معين (⁴.

1 د. رمزي الشاعر القضاء الدستوري في مملكة البحرين ادار النشر البحرينية ط 2004 ص478.

2. محمد كامل عبيد - نظم الحكم ودستور الامارات مرجع سابق ص193

3 د. رمزي الشاعر -القضاء الدستوري في مملكة البحرين مرجع سابق

4. سليمان الطماوي- النظرية العامة للقرارات الادارية دراسة مقارنة جامعة عين شمس ط 2005 - الطبعة السادسة 1911ص39

وقد استبعد الدكتور عبد الرزاق السنهوري فكرة الغرض الذاتي والغايات الشخصية في تصرفات السلطة التشريعية وذلك لعدم استساغة ذلك بالنسبة لهذه السلطة ، وقد اتجه لمعيار موضوعي بحت يتمثل في المصلحة العامة التي يجب ان يهدف اليها المشرع ، وقد حدد خميسة فروض لتطبيقات المعيار الموضوعي وهي :

1- الرجوع الى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معياراً موضوعياً :

ان ا لتشريع بطبيعته قاعدة عامة مجردة ، فاذا جاء البرلمان وهو يمثل السلطة التشريعية واصدر تشريعاً معيناً لا يطبق إلا على حالة فردية فإن مثل هذا التشريع يعتبر معيباً بعيب الاعراف في استعمال التشريعية .

2- مجاوزة التشريع للغرض المخصص له:

وهذا الفرض نادر ، وذلك لأن الدستور قلما يحدد غرضاً بذاته للتشريع والدستور المصري الصادر عام 1923 يضرب مثال لذلك من خلال المادة 15 والتي تحظر على السلطة التشريعية اصدار تشريعاً يعطي الادارة حق انذار الصحف أو وقفها أو الغائها بالطريق الاداري ، إلا اذا كانت الغاية من ذلك هو وقاية النظام الاجتماعي حيث ان وقاية النظام الاجتماعي هي الغاية المخصصة لأي تشريع يوضع لمصادرة الصحف بالطريق الاداري ولذلك فإنه اذا ما صدر تشريع يبيح مصادرة الصحف بالطريق الاداري لغير وقاية النظام الاجتماعي ، فغن مثل هذا التشريع يكون مجاوزاً للغاية المرسومة له ¹

3- كفالة الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية:

يمكن ان نقسم الحقوق والحريات العامة الى نوعين الاول لايقبل التقيد بطبيعته ومن أمثلة ذلك حق المساواة ، وحظر ابعاد المواطن عن بلاده ، وحظر المصادرة العامة للأموال ، فهذه الحقوق لا تقبل التقيد ، فإذا ما صدر تشريع يقيدها كان باطلاً وذلك لمخالفة ذلك التشريع للدستور . اما الموضوع الثاني فإن المشرع يتدخل في تنظيمها وذلك بقصد يتمكن الافراد من التمتع بها دون اعتداء على الغير ، ومن أمثلة هذه الحقوق والحريات حرية الرأي وحق التملك ² ولذلك فإنه اذا ما

¹الدكتور محمد كامل عبيد - نظم الحكم ودستور الإمارات ص194 ط2004 - مطابع دار النشرة القاهرة

² انظر تفصيلاً لهذا الأصول الفكرية للحقوق والحريات العامة للدكتور أنور ارسلان .

صدر تشريعاً يفرض قيوداً كبيرة على حرية القيام بالشعائر الدينية على سبيل المثال كان هذا التشريع باطلاً .

4- احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة أو من غير

تعويض: تحرص الدساتير عادة على تقرير مبدأ عدم رجعية القوانين وذلك احتراماً للحقوق المكتسبة ، ومثال ذلك عدم رجعية قانون العقوبات ، وعد رجعية سائر القوانين الا بنص صريح في التشريع ، فالدستور يحرص على احترام الحقوق المكتسبة بحيث لا يجوز المساس بها في غير ضرورة .¹

5- مخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التي تهيمن على نصوصه

يقوم هذا الفرض على أنه توجد مبادئ تسود الدستور وتهيمن على أحكامه ، وهذه المبادئ هي روح الدستور ويتم استخلاصها موضوعياً من نصوصه المدونة ، ولذلك كان واجب على المشرع أن يلتزم بها عندما يصدر تشريعاً تجنباً من الوقوع في الانحراف في استعمال سلطته الممنوحة له . وقد استقر الفقه والقضاء المصري على أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي في جميع الأحوال رقابة مشروعية وليست رقابة ملائمة ، حيث تقتصر على التحقق من مطابق النص التشريعي المطعون عليه مع النصوص الدستورية، ولم يتمسك الفقه والقضاء المصري بالبواعث التي دفعت المشرع على إقرار نص تشريعي باعتبارها من الملائمات التي يجب تركها للمشروع .²

وقد استهدف الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري من نظريته في الانحراف التشريعي توسيع نطاق الرقابة على دستورية القوانين ، بحيث لا تقف عند حد المخالفة الصريحة والواضحة لنصوص الدستور ، بل تتعدى ذلك الى البحث في بواعث التشريع وملائمته³.

¹ د. سلمان الطماوي- النظرية العامة للقرارات الادارية دراسة مقارنة ط 1991 ص41

²الدكتور رمزي الشاعر - رقابه دستوريه القوانين دراسة مقارنة- ط 2004م ص708

³الدكتور محمد كامل عيد - نظم الحكم ودستور الامارات دار المطبوعات الجامعية ط 2002م ص195

المبحث الثاني: وسائل الرقابة على دستورية القوانين

ان مبدأ علو الدستور يتطلب أن تحترم السلطات العامة التي أنشأها الدستور لاختصاصاتها الدستورية ، وذلك لما لهذا الدستور من سمو وعلو مطلق .
ولكن قد يصبح هذا المبدأ بغير ذي قيمة اذا لم يتحقق نوع من الرقابة على القوانين الصادرة والتأكد من عدم مخالفتها لنصوص الدستور .

ويثور تساؤل هنا وهو اذا كان البرلمان يمثل الشعب هو الذي يقوم بإصدار تلك القوانين .
رغم ذلك الا أنه انتهى الفقه الدستوري ، وكذلك الواقع العملي في أغلب الدساتير ، الى ضرورة ايجاد الرقابة على دستورية القوانين ، وذلك لضمان علو الدستور واحترامه¹
ولكن الفقهاء ما ان اتفقوا على وجوب ايجاد الرقابة على القوانين لضمان دستورتها ، الا أن الفقهاء ما لبثوا أن اختلفوا في الهيئة التي يجب أن تمارس هذه الرقابة فبينما نجد أن البعض ذهب الى إعطاء الهيئة السياسية تلك المهمة نجد أن البعض الآخر أعطى تلك المهمة لهيئة قضائية .
والرقابة على دستورية القوانين تعتبر أنجح الوسائل التي ابتكرها العلم الدستوري لحماية سيادة القوانين.

وقد اختلف القائلون بوجوب رقابة دستورية القوانين في الهيئة التي يمكن أن تتولى الرقابة فبعضهم قالوا بأن يعهد بالرقابة لهيئة سياسية والبعض الآخر قالوا بأن تعهد الى هيئة قضائية
وقبل أن نقوم بشرح كل اتجاه نود أن نلفت النظر الى ملاحظات هامة وهي :
• أن مشكلة الرقابة لا تنحصر أصلا الا في الدول ذات الدساتير الجامدة فالدول ذات الدساتير المرنة لا تعرف رقابة دستورية القوانين ، لان القوانين الدستورية توضع وتعديل لذات الإجراءات التي تتبع في القوانين العادية².

وسوف نقسم هذ المبحث الى مطلبين نخصص الأول منه للرقابة السياسية والثاني للرقابة القضائية

¹النظم السياسية والقانون الدستوري للدكتور محمد رفعت عبد الوهاب والدكتور ابراهيم عبد العزيز . دار المطبوعات الجامعية - 1998م

ص514

²الدكتور عبد العزيز محمد سليمان رقابة دستورية القوانين الطبعة الأولى ط 1995م مطابع دار النشرة القاهرة

المطلب الأول الرقابة السياسية على دستورية القوانين

الفرع الأول: - معنى الرقابة السياسية

الرقابة السياسية هي رقابة وقائية تسبق صدور القانون ومن ثم تحول دون صدوره اذا خالف نصاب الدستور وتقوم بها لجنة سياسية يتم اختيار اعضائها بواسطة السلطة التشريعية أو بالاشتراك مع السلطة التنفيذية ، فالرقابة تمارس على مشروعات القوانين¹.

وتختلف الدساتير في تشكيل هذه الهيئة وذلك حسب ما يأتي به الدستور من تنظيم لذلك ، فقد يتم تشكيل هذه الهيئة بالتعين من جانب البرلمان أو من جانب السلطة التنفيذية، واما بطريق الانتخاب. ويعتبر النموذج البارز للرقابة السياسية هو النموذج الفرنسي ، حيث ان فرنسا أخذت بالرقابة السياسية في دساتيرها وخاصة دستوري سنتي 1958، 1946م .

ولكن هناك دولا أخرى قد تبنت فكرة الرقابة السياسية ومنها الدول التي أخذت بالنزعة الاشتراكية من بعد الحرب العالمية الثانية ومن قبل تفكك الاتحاد السوفيتي وعدول عدد من الدول في شرق أوروبا عن نزعتها الاشتراكية في التسعينات من القرن العشرين².

ومن الدول الغربية التي سارت على نهج النظام الفرنسي دول المغرب العربي ،فالدستور المغربي 1996 أسند مهمة الرقابة على دستورية القوانين لمجلس دستوري ، والدستور الجزائري 1996م نص أيضا على ايجاد مجلس دستوري ، والدستور التونسي 1995م نص على انشاء مجلس دستوري يتولى النظر في مشاريع القوانين التي يعرضها على رئيس الجمهورية من حيث مطابقتها للدستور³

الفرع الثاني : مميزات الرقابة السياسية

تتميز الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة سياسية بأمرين :-

أولا: انها رقابة سابقة على صدور القانون لا تهدف إلى التحقق من مدى دستوريته ، وليست رقابة لاحقة على صدور القانون كما هو الحال عليه في الرقابة القضائية ، وبالتالي فان هذه الرقابة تهدف الى الحيلولة دون صدور القانون المخالف للدستور

¹د- عبد العزيز محمد سلمان رقابة دستورية القوانين الطبعة الأولى ط 1995م مطابع دار النشرة القاهرة

²د. إبراهيم عبد العزيز شيخا القانون الدستوري نظريته العامة والرقابة الدستورية ط 2004 ص171

³د- رمزي الشاعر - القضاء الدستوري في مملكة البحرين - دراسة مقارنة - 2003م ص2 مطابع دار النشرة القاهرة

ثانياً: وتتميز الرقابة السياسية بأن من يتولاها ليس هيئة قضائية تتكون من قضاة كما هو الحال في الرقابة القضائية، بل يتولى مهمة هذه الرقابة هيئة سياسية ، يكون اختيار أعضائها بواسطة السلطة التشريعية وحدها أو بالاشتراك مع السلطة التنفيذية

ثالثاً: وتتميز الرقابة السياسية بأنه تستمد أساسها من مبدأ الفصل بين السلطات ، باعتبار أن هذا المبدأ يقوم على أنه لا يجوز للسلطة القضائية التدخل في أعمال السلطة التشريعية ، وبهذه الرقابة يتمكن البرلمان من تفادي سيطرة القضاء وتدخله وبالتالي فإن هذه الرقابة تتفادى الصدام بين السلطات¹

الفرع الثالث: عيوب الرقابة السياسية

رغم ما تمتاز به الرقابة السياسية الا أنها تعرضت لسهام النقد من قبل فقهاء القانون وأهم تلك الانتقادات :

أولاً: إن الهيئة السياسية التي تقوم بمهمة الرقابة على دستورية القوانين ليست بمنأى

من الخضوع للنزوات السياسية وهذا يفسد الغاية من تقرير الرقابة²

حيث إن تشكيل هذه الهيئة قد يتم بالتعيين من جانب البرلمان ، أو بالانتخاب من قبل الشعب وبلا شك الأخذ بهذه الطريقة في تشكيل هذه الهيئة يشكل خطورة على استقلال هذه الهيئة وبالتالي حيادها ونزاهتها .

فالهيئة التي يتم تشكيلها بالتعيين من قبل البرلمان تكون عرضة لأن تكون تابعة لها، وبالتالي تفقد السبب من وجودها وهو الرقابة على نشاطه وأما اذا كان التعيين بواسطة السلطة التنفيذية تصبح ملتزمة لتلك السلطة في تعليماتها وبالتالي فإن رقابتها لأعمال السلطة التشريعية مثار لتصادم مستمر بين السلطتين التشريعية والتنفيذية .

وأما اذا كان تشكيل الهيئة بطريق الانتخاب من قبل الشعب فإن ذلك يؤدي الى سيطرة الاتجاهات السياسية ذاتها التي تسيطر على البرلمان وبالتالي تتعدم القيمة من انشائها³.

¹د. محمد رفعت عبد الوهاب والدكتور إبراهيم عبد العزيز الشيخ- النظم السياسية والقانون الدستوري 1998م - دار المطبوعة الجامعية ص 516 ط 2005

²د. محمد كامل عبيد نظم الحكم ودستور الإمارات - - أكاديمية شرطة دبي - ط 2002م ص 164- مطابع دار النشرة القاهرة

³د. محمد فؤاد عبدالباسط ، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، مطابع دار النشرة ، 2002م القاهرة

ثانيا : افتقار القائمين على أمر هذه الهيئة للقدرة الفنية على بحث ودراسة المشاكل القانونية حيث ان هذه الرقابة تتميز بطبقة قانونية خاصة تفترض في القائمين بها ضرورة توافر الكفاءة القانونية لا مكان تحديد مدى تطابق القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية مع أحكام الدستور .

ثالثا : كيفية تشكيل هذه الهيئة ، حيث أنه حتى يمكن أن تتحقق الفاعلية لما تقوم به ، لابد أن تتوفر لدى أعضائها الحيطة والاستقلال عن باقي السلطات ، ولكن بما أن هذه الهيئة يتم تشكيلها بواسطته فانه وبلا شك سوف تكون متأخرة باتجاهات الأغلبية في البرلمان وكذلك اذا كان تشكيلها من خلال السلطة التنفيذية فإنها سوف تكون تابعة لها تأتمر بأوامرها ، وأما اذا كان تشكيل هذه الهيئة عن طريق الانتخاب الشعبي فان هذه الهيئة وباعتبارها ممثلة للشعب لتتازع غيرها من الهيئات العامة وسوف تحاول اخضاعها لإرادتها مما يؤدي الى خلق تصادم بينها وبين غيرها من السلطات في الدولة¹

المطلب الثاني: الرقابة القضائية

نظراً للانتقادات التي ساقها الفقهاء للرقابة السياسية ، والتي اثبتتها الواقع العملي ، اتجه الفقه الدستوري الى الرقابة القضائية كملاد لضمان دستورية القوانين ، من خلال ما تتصف به هذه الرقابة الحيطة والاستقلالية ، وعدم تأثر اعضائها بالأهواء السياسية ، والتكوين القانوني الذي يؤهلهم لممارسة دورهم على اكمل وجه .

والرقابة القضائية يقصد بها (ان يتولى القضاء فحص دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان ، للتحقق من مطابقتها أو مخالفتها لقواعد الدستور)².

ولذلك فان الفرق بين الرقابة السياسية والرقابة القضائية في ان الاول سابقة على صدور القانون اما الثانية فإنها تفترض صدور ذلك القانون الغير دستوري لكي تتمكن من ممارسة دورها في الرقابة وبالتالي فإن الرقابة القضائية تعطي القاضي الحق في التحقق من تطابق القانون مع أحكام الدستور ، لكي يقف على مدى التزام البرلمان للاختصاصات وكما ان فرنسا هي المثال البارز للرقابة السياسية فانه في المقابل تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية هي مهد نشأة النظام القضائي في الرقابة على دستورية القوانين .

¹ -د- محمد كامل عبيد ، نظم الحكم ودستور الامارات ،أكاديمية شرطة دبي ، مطابع دار النشرة، 2002م ،القاهرة، ص16

² .د- محمد رفعت عبدالوهاب ود. ابراهيم عبدالعزيز شيخا، النظم السياسية والقانون الدستوري 1998م ،ص522

وكما انه لينظر لفرنسا بأنها المثال البارز للرقابة السياسية في المقابل فإن الولايات المتحدة الأمريكية هي الأخرى تعتبر مهد لنشأت النظام القضائي للرقابة على دستورية القوانين¹. وسوف أتناول في هذا المطلب الثاني صور الرقابة القضائية تم سلطات المحكمة عند دستورية القوانين وأخيراً تقييم الرقابة على دستورية القوانين.

الفرع الأول: صور الرقابة على دستورية القوانين:

يعرض الفقه الدستوري طريقتين لممارسة الرقابة القضائية على دستورية القوانين وهما:

أولاً: الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية :

حيث انه في هذه الطريقة تكون الرقابة مركزية فيعهد الرقابة لجهة قضائية واحده يكون الحق للمواطن رفع دعوى أصلية مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا او المحكمة العليا ، ففي هذه الصورة يقوم صاحب الشأن بمهاجمه القانون الذي يدعي عدم دستوريته طالباً إلغاءه لمخالفته نصوص الدستور وهكذا فإن هذه الطريقة تتميز بأنها طريقة هجومية وليست دفاعية . بمعنى ان صاحب الشأن لا ينتظر لحين تطبيق ذلك القانون الذي يراه بأنه غير دستوري بل يبادر بالطعن فيه ، كما يتميز الحكم الصادر من المحكمة انه يكون حاسم لمسالة دستورية القانون بصفه نهائية فلا يجوز إثارة عدم دستوريته مرة أخرى.

والدول التي تأخذ بهذه الطريقة تخصص محكمة دستورية تتولى الفصل في دستورية القوانين، حيث ان هذه المحكمة قد تكون محكمة دستورية عليا وقد تكون المحكمة العليا وذلك طبقاً لما ينص عليه دستور كل دولة .

ومن الدول التي تأخذ دساتيرها بطريقة الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية دستور سويسرا ودستور اسبانيا 1931م ودستور ايطاليا وتأخذ كل هذه الدساتير بنظام المحكمة الدستورية العليا المختصة في رقابة دستورية القوانين².

و تتميز هذه الطريقة التي تكون الرقابة فيها مركزية بأنها تتجنب ما قد يثيره لامركزية الرقابة من إشاعة القلق وعدم الاستقرار في المعاملات والمراكز القانونية ، وذلك من خلال تضارب احكام المحاكم في دستورية أو عدم دستورية قانون بعينه ،فضلاً عن ذلك فإن اخذ الدولة بمركزية الرقابة على دستورية القوانين من خلال محكمة خاصة ينشئها الدستور خارج نطاق السلم القضائي من

¹ د . رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مطابع دار النشرة ، 2004 ، القاهرة ، ص93

² د. محمد رفعت عبدالوهاب ود. ابراهيم شيخا،النظم السياسية والقانون الدستوري ، مطابع دار النشرة ، 2005 القاهرة ، ص526

شأنه أن يؤدي الى رفع شبهة الخروج على مبدأ الفصل بين السلطات التي يثيرها عادة تعرض المحاكم العادية لأعمال السلطة التشريعية ، خصوصاً في ظل انظم الدستورية التي تقوم على ذلك المبدأ¹.

ثانيا :الرقابة عن طريق الدفع بعدم مسؤولية القوانين .

ويعني أنه بمناسبة رفع قضية أو نزاع ما أمام القضاء، ورأى أحد الأطراف أن القاضي قد يطبق قانونا معيناً على هذا النزاع، فيدفع (أي يحتج) أن أمام القاضي أن هذا القانون غير دستوري إذا كان يفتقد ذلك، فيتصدى القاضي للنظر في هذا الدفع فإذا تبين له أن القانون المطعون فيه غير دستوري فعلا، فلا يطبقه على النزاع ويستعبده دون أن يلقيه، ويترتب عن ذلك.

1- هذه الدعوى المرفوعة أمام القاضي لا تتعلق بالرقابة على دستورية القوانين وأيضا تثار وتطرح مسألة مدى دستورية قانون معين قد يطبق على هذا النزاع بصفة عارضة أو استثنائية فقط إذن فهي ليست دعوى للقانون.

2- لا يتعرض القاضي الى بحث مسألة دستورية القوانين أو عدم دستورتها الا اذا دفع أحد أطراف الخصومة بذلك من أجل الدفاع عن نفسه ولاستبعاد تطبيق القانون

3- إذا ما تبين للقاضي أن القانون الذي دفع به أحد الاطراف قانون غير دستوري فإنه لا يطبق في ذلك النزاع فقط ، ولذلك فهو لا يستطيع إغائه وهذا بين أن أثر هذا النوع من الرقابة أثر محدود بالمقارنة مع الرقابة عن طريق الدعوى حيث لا يتجاوز أثر نطاق الدعوى المرفوعة أمام القاضي

4- هذه الرقابة أساسها مبدأ تدرج القواعد القانونية وضرورة خضوع القواعد الدنيا للقواعد العليا

- ظهرت الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع في الولايات المتحد الامريكية بصفة تلقائية وتم تكريسها منة طرف المحكمة الامريكية العليا سنة 1803 بمناسبة قضية «ماربوري ضد ماديزون» وقد لعب القاضي مارشال دور حاسم في إقرارها وانتهجت دول أخرى هذا المنهج مثل كندا ، أستراليا ، المكسيك ، وعدة دول من أمريكا اللاتينية

ثالثا : الرقابة عن طريق الدفع الفرعي :

¹د. عثمان عبدالملك الصالح، الرقابة القضائية امام المحكمة الدستورية في الكويت ، مجلة الحقوق ، 1986 جامعة الكويت ،ص20

في هذه الطريقة القضائية لا ترفع دعوى أصلية مباشرة لإلغاء القانون لعدم دستورية ، وإنما يثور دستورية القانون بطريقة فرعية اثناء نظر قضية أصلية معروضه امام احدى المحاكم . (1)

حيث ان في هذه الطريقة يفترض وجود دعوى امام محكمة جنائية أو مدنية أو ادارية وهناك قانون معين مطلوب تطبيقه في هذا النزاع حينئذ يقوم الخصم بالمطلوب تطبيق القانون عليه بالدفع بعدم دستورية ذلك القانون .

فإذا ما تأكد قاضي الموضوع من جدية ذلك الدفع وأنه يخالف الدستور ، فلا يقوم بإلغاء ذلك القانون ، وإنما فقط يمتنع عن تطبيقه في القضية المطروحة .

ولذلك فان القانون يبقى قائماً وموجود بل وأكثر من ذلك يمكن لمحكمة أخرى ان تطبق ذات القانون في قضية اخرى اذا لم يدفع بعدم دستوريته (من الناحية النظرية ولكن من الناحية الواقعية فان المحكمة التي قضت بعدم دستوريته تمتنع عن تطبيقه في النزاع وكذلك في المنازعات الاخرى ، وقد تمتنع ايضاً المحاكم الاخرى عن تطبيقه اذا كان الحكم صادر من محكمة عليا) . (2)

ولذلك فان طريقة الدفع الفرعي هي طريقة دفاعية تستهدف فقط استبعاد تطبيق القانون في قضية ما ولا تستهدف الغاءه .

والرقابة عن طريق الدفع الفرعي بما تتضمنه من امتناع القاضي عن تطبيق القانون المخالف للدستور يمكن ان يأخذ بها كل قاضي او أية محكمة حيث انه بعكس الحال عما هو الطريقة الاولى كما لاحظنا بان الامر مقصور على محكمة دستورية او المحكمة العليا ، ولذلك فان الدفع الفرعي لا يحتاج لقيام المحكمة لذلك الدور في الرقابة الى وجود نص دستوري ، لان من جوهر وطبيعة القاضي ان يرجح كفة الدستور باعتباره التشريع الأعلى عند تعارضه مع قانون ادنى ، لان النص الاعلى يقدم على النص الادنى عند تعارضهما ، ولذلك أخذت المحاكم الامريكية في الولايات المتحدة بهذه الطريقة رغم عدم نص الدستور الامريكي عليها والولايات المتحدة الأمريكية هي مهد ومنشأ طريق الدفع الفرعي في الرقابة ودستورية القوانين .

وأهم ما تتميز به هذه الرقابة أنها لا تعرض مع مبدأ الفصل بين السلطات .

رابعاً : الرقابة عن طريق الدفع المقترن بدعوى عدم الدستورية (الجمع بينهما) :

1 - الدكتور عادل الضبيطائي ، مرجع السابق ، ص 497 .

2 - علي السيد باز ، المرجع السابق ، ص 503 .

هناك دساتير تبنت الجمع بين الطريقتين الالغاء والامتناع، حيث انه يمكن اثناء نظر دعوى قضائية يراد فيها تطبيق قانون معين ان يدفع احد افراد الدعوى بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه في هذه الدعوى امام ذات المحكمة التي تنظر فيها ، فلا تتعرض المحكمة للفصل في هذا الدفع بل توقف نظر الدعوى ، ويحال الطعن بعدم الدستورية القانون الى محكمة أخرى تختص بالفصل في دستورية القوانين، ويكون للحكم الصادر حجية مطلقة عامة .

ومن الدول التي أخذت بهذا الاسلوب مصر، حيث تنفرد المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح ويمكن الطعن بعدم الدستورية امام المحكمة الدستورية العليا بأحد الاساليب التالية :

- 1- دفع احد الخصوم بعدم دستورية قانون معين : فاذا رأت المحكمة ان الدفع جدي تؤجل نظر الدعوى وتحدد لمن اثار الدفع مدة معينة لرفع الدعوى امام المحكمة الدستورية العليا .
- 2- الاحالة من المحكمة النذور امامها النزاع : ويكون ذلك في حالة ما اذا استشعرت المحكمة اثناء نظر احدى الدعاوى عدم دستورية نص قانوني لازم للفصل في الدعوى تتوقف نظر الدعوى وتحيل الاوراق بعدم رسوم الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها
- 3- تتصدى المحكمة الدستورية العليا مباشرة ك فقد ترى المحكمة أثناء ممارسة اختصاصها ان القانون المتصل بالنزاع غير دستوري وتتصد له وتفحصه¹

خامسا : شروط إثارة الدفع بعدم دستورية قانون أمام الجهات القضائية

إن رفع الدعوى الدستورية بطريق الدفع الفرعي هي أكثر الأساليب شيوعاً لتحريك الدعوى الدستورية، وتكون بأن يدفع أمام قاضي الموضوع بعدم دستورية قانوني منسجم الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور، وهنا لإيجاب مبديا لدفع إلى دفعه تلقائيا بل لا بد أن يتأكد القاضي أولا من توفر شروط، وذلك تطبيقا لأحكام للمادة 188 من التعديل الدستوري 2016، التي تحدد شروط تطبيقا لدفع بعدم دستورية قانون ساريا لمفعول ، يراد تطبيقه بشأن نزاع معروض على المحكمة، في حالة الادعاء من صاحب المصلحة ان الحكم التشريعي الذي سنطبق على النزاع يستتج من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور.

والمتمثلة فيما يلي

¹النظم السياسية والقانون الدستوري للدكتور محمد رفعت عبد الوهاب والدكتور ابراهيم شيخا -1998م - ص528 ط 2005 مطابع دار

أ_ ان يكون الدفع بعدم دستورية قانون من احد أطراف الدعوى:

كل مدع أو مدعى عليه في قضية معروضة على المحكمة. رغم ان النص الدستوري لم يحدد اطراف الدعوى، هل المقصود هما لاصليين اما لانضمامين؟ وهل يجوز للنيابة العامة وللجمعيات ان يمارسوا الدفع بعدم دستورية القوانين امام محاكم الموضوع؟ وهل يجوز للمتدخل التبعي كما يجوز للمتدخل الأصيل في الدعوى، أن يثير الدفع بعدم دستورية القوانين؟ .

ب_ ان يكون الدفع يستند الى حق او حرية مضمونة دستوريا :

والغرض من اقامة الدفع حماية الحق او الحرية بتقريرها اذا ما نوزع فيها ،فالحق والحرية وجهان لعملة واحدة ،هذه الحقوق قد تكون فردية وقد تكون جماعية ، وبالرجوع الى ديباجة الدستور نجدها تنص في الفقرة 12 على أن :” أن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الاساس بالذي يضمن الحقوق والحريات الفردية.....”. ولقد وسع التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 في مجال الحقوق والحريات وهذا في إطار تدعيم دولة الحق والقانون ونال هذا المجال بذلك حصة الأسد من هذا التعديل

ج_ الطابع الجديد للدفع بعدم الدستورية:

يجب ألا يكون قد سبق صدور قرار من المجلس الدستوري في موضوع الدفع بعدم الدستورية مرتبطة بموضوع الدعوى ذاتها، وهذا تطبيقاً لمبدأ حجية الشيء المقضي به. وهذا من منطلق أن قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن بما في ذلك طلب إعادة النظر.

د_ الطابع الجدي للدفع بعدم دستورية القانون :

يجب التأكد من الطابع الجدي للدفع بعدم الدستورية، خاصة في حالة تعسف بعض المتقاضين في استعمال حق الدفع بعدم الدستورية، مما قد يترتب عنه “اختناق” المجلس الدستوري، علماً أن هذه الأخير يتسم بمحدودية أعضائه (12 عضو)، وتشكيله من هيئة واحدة، فضلاً عن ممارسته لمهام أخرى استشارية وفي الطعون الانتخابية. (1)

ويذهب رأي فقهي إلى أن المقصود بالطابع الجدي أن يكون الدفع متصلاً بموضوع النزاع، ويقصد بذلك أن تكون مسألة الدستورية المثارة متعلقة بنصوص قانون من القوانين أو اللائحة التي يمكن تطبيقها على الدعوى الأصلية على أي وجه من الوجوه، وأن الحكم بعدم الدستورية سيفيد منه صاحب الشأن في الدعوى المنظورة، وعلى ذلك فإذا أتضح للقاضي أن القانون أو اللائحة المطعون بعدم

¹ - علي السيد باز ، المرجع السابق ، ص 474.

دستوريتها لا تتصل بالنزاع المعروض عليه قرر رفض الدفع بعدم الدستورية، واستمر في نظر الدعوى الموضوعية دون التفات المسألة الدستورية. (1)

و يستشف من القراءة المتأنية للمادة 188 من الدستور، استبعاد خيار الطعن المباشر امام المجلس الدستوري، فهذا الطعن يتعين أن يمر بجواب عن طريق الطعن غير المباشر امام محكمة الموضوع العادية، كما هو ألسان في اغلب الأنظمة الدستورية المقارنة (فرنسا، اسبانيا...)، والسؤال المطروح هل تحيل محاكم الموضوع الدفع بعدم الدستورية، مباشرة لى المجلس الدستوري، أم لا بد م نوضع وسيلة للتصفية قبل عرض الأمر على القضاء الدستوري؟. من خلال المادة 188 من الدستور، والقانون الداخلي للمجلس الدستوري، اقرب ازدواجية التصفية، امام محاكم الموضوع، يتم إحالتها أمام مجلس الدولة والمحكمة العليا.

_ الاقتراحات والتوصيات

_ اقتراح إحداث هيئة صلبا لمحكمة العليا ومجلس الدولة للنظر في وجاهة الطعن .

_ يشترط لقبول الدفع بعدم الدستورية أن يتوافر للمدعى فيها مصلحة قانونية وشخصية مباشرة، والتي تعنى بإيجاز شديد أن يكون قد أصابه ضرر فعلى من جراء تطبيق النص التشريعي غير الدستوري عليه.

_ إحداث غرفة للتصفية ثالثة بالمجلس الدستوري لكن قضاتها لا يجب أن يشاركوا فيما بعد في البت في الدفع بعدم الدستورية. ان ضغط الملفات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية التي قد تحال الى المحكمة العليا ومجلس الدولة يستلزم إيجاد منهجية موحدة لمراقبة جدية الدفع بعدم الدستورية، وبالرجوع إلى النظام الفرنسي يلاحظ أن هذه التجربة أبان تعنو لتفادي تضار بالاجتهاد القضائي ، بين مجلس الدولة والمحكمة العليا حول إحالة أو عدم إحالة ملفات الدفع الى المجلس الدستوري ، ولتدارك هذه المعضلة يفضل إحداث غرفة للتصفية ثالثة بالمجلس الدستوري لكن قضاتها لا يجب ان يشاركوا فيما بعد في البت في الدفع بعدم الدستورية. (2)

¹ - الدكتور المظفر ، المرجع السابق ، ص 110 .

² - هذا النظام المجدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 6 اوت 2000 وهو يلغي ويعوض نظام المؤرخ في 07 اوت 1987 الذي يجدد اجراءات عمل مجلس الدستوري المعدل والمتمم .

المطلب الثالث: أنواع الرقابة على دستورية القوانين

لأن الرقابة على دستورية القوانين هي ضمان احترام الدستور من قبل السلطات العمومية فهي تتم بأسلوبين من الناحية القانونية، رقابة قضائية ورقابة سياسية.

الفرع الأول: الرقابة القضائية

و يقصد بها قيام سلطة قضائية بمباشرة الرقابة على دستورية التشريعات وبعبارة أخرى أن يسند إلى جهة قضائية فرض رقابتها على ما تصدره السلطة التشريعية من قوانين، ويجد هذا النوع من الرقابة أساسه في حق الأفراد في حماية حقوقهم وحررياتهم التي أقرها الدستور في مواجهة السلطة العامة في البلاد، وتكون وظيفة القضاء الفصل في المنازعات التي تحصل بين الأفراد فيما بينهم وبينهم وبين الدولة¹.

أولاً: أشكال الرقابة القضائية:

و تتخذ الرقابة القضائية شكلين من أشكال القضاء:

1- شكل القضاء العادي: أيجوز للمحاكم العادية النظر بدستورية القوانين بناء على دعوى ترفع إليها.

2- شكل القضاء المختص: بمعنى لا يجوز النظر بدستورية القوانين إلا من قبل محاكم مختصة. وقج اختلفت تطبيقات هذا الشكل من دولة إلى أخرى. إذ اتفقت الدساتير على وجود محكمة مختصة. واختلفت في الجهة أو الأشخاص الذين يحق لهم تقديم الطعون والجهة التي يجوز الطعن بقراراتها، فمثلاً في سويسرا نص الدستور السويسري على أحقية المواطن بتقديم طلب إلى المحكمة المختصة للنظر بدستورية قانون ما. يصدر من المجلس التشريعي المحلي دون القرارات الصادرة من المجلس الاتحادي².

و في مصر حدد قانون المحكمة الدستورية العليا في المادتين (27،29) وسائل تحريك الرقابة على دستورية القوانين أمام المحكمة، وهي ثلاث وسائل: أولها الإحالة من المحكمة التي تنظر موضوع النزاع، ثم التصدي من جانب المحكمة الدستورية العليا من تلقاء نفسها. كما أن القانون أتاح الفرصة للأفراد العاديين في تحريك الرقابة على دستورية القوانين وذلك بالدفع بعدم الدستورية.

¹ديندارالشيخاني، الرقابة على دستورية القوانين. المجلة الإلكترونية العراقية. www.dasin.org/makalaat

²مناضل جاسم، الرقابة الدستورية وتعجيل الدستور في الدستور العراقي، شبكة النبا المعلوماتية www.nabaa.org - الخميس 11 آب 2005م،

هذا واختصاصات المحكمة الدستورية العليا محددة، حيث يأتي في مقدمتها اختصاص المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين، بالإضافة إلى التفسير، أو الفصل في تنازع الاختصاص أو تنفيذ الأحكام القضائية المتناقضة.

و في ما يلي لمحة عن صور الرقابة القضائية وتقديرها كنوع من أنواع الرقابة على دستورية القوانين.

أولاً: صور الرقابة القضائية:

هذا والرقابة القضائية تأخذ الصور التالية: رقابة عن طريق الإلغاء ورقابة عن طريق الامتناع.

1- الرقابة عن طريق الإلغاء:

و تعرف أيضا بالرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، وهي رقابة تقوم بها هيئة تشكل خصيصا لذلك وتكون في النظام الذي يسند فيه صراحة البث في دستورية القوانين إلى محكمة في البلاد، وصورتها أن يتم رفع دعوى من طرف الأفراد أو هيئات يطالب فيها بإبطال قانون غير دستوري، فيلغي حكمها القانون المخالف للدستور، سواء كان الحكم سابق على صدور القانون أو بعد صدوره ودخوله حيو التطبيق ويكون إلغاؤه ساريا على الماضي والمستقبل ولا يرتب أي أثر ويسري على الجميع، أفراد وسلطات.¹

2- رقابة امتناع:

و يقصد بها امتناع المحكمة عن تطبيق القانون المخالف للدستور، دون الحكم عليه بالإلغاء. وتأخذ ثلاثة صور:

أ- **الدفع بعدم الدستورية:** وتكون في حال ما طرح في نزاع تطبيق قانون معين، فيطعن الطرف الآخر بعد دستورية القانون، وسمي بطريق الدفع الفرعي لأن الطعن في القانون لا يكون هو الموضوع الرئيسي للدعوى بل الطعن بعدم الدستورية يأتي وسيلة لدفع حكم معين بناء على القانون، فيدفع الطرف المتضرر من الحكم بعدم الدستورية، ولا يسري إلا بالنسبة لأشخاص النزاع موضوع الدعوى ولا يلزم كافة الأفراد ولا حتى ذات المحكمة² إذا عرض عليها نزاع مشابه ما لم يدفع أحد الأطراف بعدم الدستورية

¹لمين شريط، (المرجع السابق)ص145

²السعيد بو الشعير، (المرجع السابق)ص206

ب- الأمر القضائي: ومعناه أنه يحق لأحد الأفراد أن يطلب من القضاء إصدار حكم بإيقاف تنفيذ قانون ما على أساس أنه غير دستوري، وتعرف هذه الطريقة بأنها وسيلة هجومية، هدفها تجنب تنفيذ القانون على اعتبار أنه مخالف للدستور، ذلك أنه في حال اتخاذ إجراء معين من الهيئة التنفيذية تجاه أحد المواطنين تمهيدا لتطبيق قانون معين أو تنفيذ ذلك القانون، لهذا الأخير أن يطلب إيقاف تنفيذ القانون المراد تطبيقه، لنا قد يلحق به من ضرر، فإذا ثبت لدى المحكمة عدم دستورية القانون، تصدر أمرا قضائيا إلى الموظف المختص بالامتناع عن تنفيذ ذلك القانون في هذه الحالة يكون على الموظف تنفيذ الامر القضائي الصادر إليه وإلا عد مرتكبا لجريمة يطلق عليها احتقار المحكمة¹.

ج- الحكم التقريري: والذي بمقتضاه يكون للشخص أن يطلب من المحكمة أن تصدر حكما تقرر فيه ما إذا كان القانون الذي سيطبق عليه دستوريا أم لا، فتصدر المحكمة حكما تقريرا عن طريقا لإعلان القضائي تبين فيه رأيها في القانون² وفي هذه الحالة يتم الفصل في موضوع بناء على حكم المحكمة بالنسبة لدستورية القانون من عمده.

ثانيا: تقدير الرقابة القضائية:

و يكون بمعرفة مميزاتها والمآخذ التي جاءت عليها.

مع ملاحظة أن المنتصرين للرقابة القضائية قد عدو محاسنها وردوا من خلالها على المناوئين لها بجملة مميزات جاء فيها رد ما اعتبره غيرهم عيوباً في هذا النوع من الرقابة وتفصيل ذلك كما يلي:

1. مميزاتها: تميزت الرقابة القضائية بما يلي:

- كونها تسند الرقابة إلى جهة قضائية واحدة فذلك يعني وحدة الحلول القضائية بشأن دستورية القوانين. ومن ثم الاستقرار في المعاملات القانونية.

- السلطة التشريعية مخولة دستورا بالتشريع، ومخالفتها له فيما تصدره لا يمتد ليشمل تطبيق القانون المخالف، لأن الرقابة القضائية تمنع تنفيذه لما تراه مخالف للدستور، ولا يعني ذلك منافاة مبدأ الفصل بين بين السلطات، ولا يعتبر اعتداء على اختصاصات السلطة التشريعية ذلك أن

¹ إبراهيم عبد العزيز شيحا، المبادئ الدستورية العامة، (الإسكندرية منشأ المعارف 2006) ص 262

² الذنبيات، (المرجع السابق)، ص 193

احترام اختصاص السلطة التشريعية ما احترمت هي الدستور ومن ثم فمخالفتها للدستور يجعلها تذهب إليه خارج عن الدستور ومن ثم غير محترم¹.

- القاضي هو الأقدر على بحث مدى مطابقة القانون للدستور، نظرا لتكوينه القانوني وبحكم الإجراءات القضائية والعلانية والمناقشة الحضورية وتسبب الأحكام هذه كلها تجعل الرقابة القضائية وسيلة لحماية الدستور.²

-أنها تعطي للأفراد حق الطعن بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه، ومن ثم تعتبر سلاح لحماية الدستور وكفالة احترامه.

2- مآخذ على الرقابة القضائية:

و قد اخذ على الرقابة القضائية ما يلي:

-أن الرقابة القضائية تعتبر تدخلا في أعمال السلطة التشريعية وبالتالي اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات.

-الرقابة القضائية خارجة عن وظيفة القاضي، وهي تطبيق القانون، وليس تقييمه والحكم عليه، وهي بذلك تجعل القضاء سلطة سياسية³.

-القانون يكون صادر من نواب الأمة وهم ممثلها والمعبين عن إرادتها، والقضاة معينون من طرف السلطة التنفيذية، وفي إسناد الرقابة إليهم تغليب إدارة السلطة التنفيذية على إدارة الأمة.

الفرع الثاني: الرقابة السياسية

و يقصد بها، أن يسند الفصل في دستورية التشريعات إلى جهة سياسية سواء كان مجلسا دستوريا أم غرفة في البرلمان، ويكون دوره فحص القوانين قبل صدورها وتقرير مدى مطابقتها لأحكام الدستور ويأتي حكمها تثبيتا لأحكام القانون أو ملغيا له، كما وقد تأتي هذه الرقابة بعد صدور القانون، ومثل الرقابة القضائية فللرقابة السياسية صور ولها مميزات وعليها مآخذ:

أولا- صورها:

الرقابة السياسية على دستورية القوانين وهي ان تقوم بها هيئة ذات صبغة سياسية أو تقوم بها الهيئة التشريعية فيحد ذاتها.

¹السعيد بو الشعير، (مرجع سابق)ص9ص241

²لمين شريط،(مرجع سابق)ص145

³ماجد الحلو، (مرجع سابق)ص441

1- الرقابة عن طريق المجلس الدستوري: هو هيئة عرفت أول ما عرفت بفرنسا غاية إنشائها، النظر في مطابقة التشريعات التي تصدرها الهيئة المختصة لأحكام الدستور، تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، والوقوف دون تعدي سلطة على اختصاص سلطة أخرى، وقبل ذلك حفظ الحقوق والحريات للأفراد في مواجهة السلطة العامة، لذا تعرف بأنها سلطة وقائية. و تتشكل هذه الهيئة عموماً من أعضاء معينون أو منتخبون أو منهما معان ولا يمنع من اشتراك السلطة القضائية، إذ عادة ما يشترك البرلمان والسلطة التنفيذية في تشكيل هذه الهيئة¹، مع تجديد أعضائه دورياً جزئياً بحيث يعاد تعيين بعض أعضائه كل مدة معينة من الزمن، مما يسمح بتداول العضوية في المجلس بحسب الأغلبية التي يؤول إليها الحكم.

2- رقابة عن طريق البرلمان: وهي ميزة الأنظمة الاشتراكية، إذ يعهد بالنظر في مطابقة التشريعات لأحكام الدستور إلى الجهة المصدرة للقانون، هذا النوع من الرقابة فيه ضمان للاستقرار التشريعي في البلاد إذ أنه يمنع التضارب بين الآراء تقادي سوء التفاهم بين السلطات². فهي رقابة ذاتية مما يجعل الأمل في فعاليتها ضعيف كون الرقابة هنا تنصب على التشريعات التي يصدرها البرلمان في حد ذاته، وبها يجمع بين صفتي الخصم والحكم.

ثانياً- تقدير الرقابة السياسية:

و نعني بذلك مميزاتها وعيوبه.

1- مميزات الرقابة السياسية:

تميزا الرقابة السياسية بمميزات يذكرها المنتصرون لها فيما يلي: -هي رقابة سابقة على صدور القانون مما يجعلها أكثر فعالية من غيرها التي يكون دورها لاحقاً لصدور القانون، وهي بالتالي تمنع خرقاً للدستور قبل وقوعه، بمنعها إصدار القوانين المخالفة له. -الرقابة على دستورية القوانين تغلب عليها السمة السياسية، فهي قانونية في موضعها سياسية من حيث آثارها الأمر الذي يتناسب مع الطابع السياسي للهيئة التي يخول لها هذه المهام. -إسناد الرقابة إلى هيئة مستقلة فيه ضمان لمراعاة مبدأ الفصل بين السلطات.

2- عيوبها:

¹المين شريط، (مرجع سابق)ص149

²السعيد بو الشعير، (مرجع سابق)ص200

- كون الرقابة تقوم بها جهة سياسية، فهذا يعني خضوعنا للجهات السياسية التي ينتمي إليها أعضاؤها أو تلك التي عينتهم، ومن ثم تكون في كثير من الأحيان أداة في يد السلطة التنفيذية ضد السلطة التشريعية¹.
- الرقابة على دستورية القوانين تتطلب الكفاءة والاختصاص، ولا تكون إلا لمن يمتلك مؤهلات قانونية، وهو غير متوفر في الرقابة السياسية كون أعضائها هم غالبا رجال سياسة فقط.
- أسلوب الرقابة يؤدي غالبا إلى حرمان الأفراد من حق الطعن بعدم الدستورية أمام هيئات الرقابة ويجعله مقصورا على الهيئات العامة دون الأفراد².
- هذا وعن كان لكل من نوعي الرقابة مآخذ إلا أن ذلك لا ينفي مالها من دور في تدعيم سم والدستور على القوانين مما يحقق الغاية منها وإن اختلفت الأساليب.

¹لمين شريط،(مرجع سابق)ص150

²إبراهيم شيحا،المبادئ الدستورية العامة،(الإسكندرية منشأ المعارف2006) ص231

خلاصة الفصل

وبعد دراستنا للرقابة في الجزائر توصلنا إلى أن الرقابة في الجزائر تمثلت في المجلس الدستوري كما أنها تجسدت في دستور 1963 لكن لم يتم العمل بها ثم غابت آليات الرقابة في دستور 1976 وكما أن دستور 1989 حاول تكريس دولة القانون أما دستور 1996 فقد أعطى دور أكثر فعالية لمهمة الرقابة على دستورية القوانين ويعد المثال الناجح لفكرة الرقابة في تاريخ الدساتير الجزائرية على الرغم من نقائص المجلس الدستوري يبقى الهيئة المكلفة على حماية الدستور .

الفصل الثاني

تجسيد الرقابة على دستورية القوانين في

الجزائر ومصر

تمهيد

سعى المشرع الجزائري وكذلك المشرع المصري على النهج الذي سار عليه باقي المشرعين حيث حاول كلا المشرعين تجسيد الرقابة على دستورية القوانين من خلال هيئة تعنى بذلك تعرف بالمجلس الدستوري و عليه سنحاول من خلال هذا الفصل التطرق إلى حيثيات الرقابة على دستورية القوانين فمن خلال المبحث الأول نتناول الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر و في المبحث الثاني الرقابة على دستورية القوانين في مصر

المبحث الأول: الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر

لأن الجزء هو الذي يعطي الصفة القانونية للقاعدة، فإن الحكم بعدم دستورية القوانين التي تصدر مخالفة للقواعد الدستورية هو الذي يضيف على هذه الأخيرة صفة الإلزام و يميزها عن غيرها من القواعد القانونية و الوسيلة في ذلك ممارسة الرقابة على دستورية التشريعات التي تصدر في البلاد.

المطلب الأول: الرقابة في ظل دساتير

الفرع الأول : الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور 1963

تقرر إنشاء مجلس دستوري في ظل دستور 1963 رغم أنه لم ينشأ في الواقع ولم يتحقق لعدة أسباب

أولاً: تكوين المجلس الدستوري

يتكون المجلس الدستوري حسب المادة 63 من دستور 1963 من سبعة أعضاء يتم اختيارهم على النحو التالي:

_الرئيس الأول للمحكمة العليا.

_رئيسا الغرفتين المدنية والإدارية في المحكمة العليا.

_ثلاث نواب يعينهم المجلس الوطني كـممثلين للسلطة التشريعية.

_عضو يعينه رئيس الجمهورية.

_أما رئيس المجلس ينتخبه الأعضاء من بينهم وليس له صوت مرجح.

ثانيا: إخطار المجلس الدستوري

الإخطار أو إخطار المجلس هو إعطاء الضوء الأخضر أو الإذن للمجلس الدستوري بمراقبة القوانين الصادرة من السلطة التشريعية أو الأوامر التنفيذية و إن صح اللفظ هو تحريك المجلس أو تشغيله ويتم ذلك عن طريق أو من اختصاص رئيس المجلس الشعبي الوطني أي لرئيس المجلس الوطني أي لرئيس المجلس الوطني إخطار المجلس حسب المادة 64 من دستور 1963

ثالثا: اختصاصات المجلس الدستوري

لمجلس الدستوري أن يفصل في دستورية القوانين الصادرة عن المجلس الشعبي الوطني (الغرفة الأولى للبرلمان) من جهة والأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية من جهة أخرى (décrit) وهذا حسب المادة 64 من دستور 1963 (المادة 64 : يفصل المجلس الدستوري في دستورية القوانين و الأوامر التشريعية بطلب من رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الوطني) و من الملاحظ أن هذه الرقابة المنصوص عليها في المادة المذكورة آفا نقول أن المجلس الدستوري تميز بقلة المهام المخولة إليه أو بنسبة اختصاصاته و عدم توسيعها لرقابة مطابقة ، المعاهدات للدستور، و النزاع الانتخابي وغير ذلك.

الفرع الثاني: الرقابة في ظل دستور 1976

يعد دستور 1976 انه الدستور الجزائري¹ الوحيد الذي لم يتضمن موضوع الرقابة على دستورية القوانين على الإطلاق وهذا تأثرا بالفكر الاشتراكي من جهة ولكون نظام الحكم عن طريق الحزب الواحد تجسد بصورة قوية في هذا الدستور الذي ابتعد مبدئيا عن العمل بمبدأ الفصل بين السلطات و أخذ بمبدأ وحدة السلطة.

¹ الدستور الجزائري 1976 الصادر بموجب الأمر 97/76 المؤرخ في 07 نوفمبر 1976

وقد نصت مادة من مواد الدستور أن رئيس الجمهورية هو حامي الدستور أي أنه يملك عرض النص لقراءة ثانية إذا تبين له أن النص مخالف للدستور خلال أجل 30 يوم من تاريخ استلامه من المجلس الشعبي الوطني ولكن الرئيس لا يصرح بمخالفته الدستور بل قد يفهم من إحالة النص إليه رغبة الرئيس في إعادة صياغة النص وفق مقتضيات الدستور وإحالة النص للمرة الثانية ليست مرتبطة بأنه مخالف للدستور فقط بل ينجر عنه أمور أخرى أي عدم وجود نص صريح.

فرئيس الجمهورية يملك عرض النص للقراءة الثانية ليتكفل بضمان احترام الدستور.

ولعل عدم إقرار فكرة الرقابة الدستورية من طرف دستور 1976 يرجع إلى طبيعة الدستور ذاته ذلك أن إجراءات تعديل الدستور مرنة فبموجب المادتين 191-192 يعرض مشروع تعديل الدستور من طرف رئيس الجمهورية على المجلس الشعبي الوطني للموافقة عليه بأغلبية الثلثين وبسبب مرونة إجراءات التعديل فالنص الدستوري يحتل نفس المرتبة التي يحتلها التشريع وبالتالي لا يتحقق التفوق للدستور، ومن جهة أخرى وبالرجوع لنص الفقرة الثانية من المادة 127 من دستور 1976 فإن المجلس الشعبي الوطني «يستوحي مبادئ الميثاق الوطني والتي يجعلها حيز التطبيق في عمله التشريعي» ومن هنا يتضح خضوع المشرع للميثاق الوطني وليس للدستور وقد كرست هذا المادة 06 من الدستور التي نصت على «الميثاق الوطني هو المصدر الأساسي لسياسة الأمة وقوانين الدولة.» فقد كانت هذه الأحكام غير كفيلة بضمان احترام الدستور لأنها لم تضع آليات عملية لضمان احترام الدستور وبسبب التجاوزات على الدستور والتي لوحظت بمناسبة الموافقة على بعض القوانين من طرف المجلس الشعبي الوطني طالبت بعض الأصوات داخل هيئات حزب جبهة التحرير الوطني الحزب الحاكم بإحداث هيئة تكلف بمراقبة دستورية القوانين وقد ترجم هذا المطلب في اللائحة السياسية التي صادق عليها المؤتمر الخامس لحزب جبهة التحرير الوطني المنعقد من 12 ديسمبر 1983 وقد نصت اللائحة «يدعو المؤتمر إلى إنشاء هيئة عليا تحت إشراف الأمين العام للحزب رئيس الجمهورية للفصل في دستورية القوانين لتضمن احترام الدستور وسموه.»

المطلب الثاني: الرقابة على دستورية القوانين في ظل الدستور الجزائري

الفرع الأول: الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور 1989

لعل في دستور 1989¹ تبنى المؤسس الدستوري صراحة فكرة الرقابة الدستورية ونص على إحداث مجلس دستوري في نص المادة 153، ويعتبر دستور 1989 القفزة التي أحدثها المشرع وهذا يعود إلى الأوضاع العالمية وإسقاط النظام الاشتراكي وانتهاج الجزائر للنظام الرأسمالي والانتقال من دستور برنامج إلى دستور عمل ومحاولة لتكريس لدولة القانون.

أولاً: تشكيلة المجلس الدستوري:

يتكون المجلس الدستوري حسب المادة 154 من سبعة أعضاء:

-عضوان يعينهما رئيس الجمهورية.

-عضوان ينتخبهما المجلس الشعبي من بين أعضائه.

-رئيس المجلس الدستوري يعينه رئيس الجمهورية لفترة واحدة مدتها ستة سنوات غير قابلة للتجديد.

ثانياً: إخطار المجلس الدستوري

نصت المادة 156 على أن الإخطار يكون إما من طرف رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي⁽²⁾ الوطني) فقط) سواء قبل إصدار القانون أي رقابة سابقة أو بعد صدور القانون رقابة لاحقة.

ثالثاً: اختصاصات المجلس الدستوري:

قد أعطيت لهذا المجلس عدة مهام أهمها تلك المرتبطة بوظيفة السهر على مراقبة دستورية القوانين والتنظيمات ففي حالة ما إذا تم إخطاره قبل صدور القانون يدلي برأي غير ملزم أما إذا تم إخطاره

¹ دستور 1989 الصادر بتاريخ 28 /11/ 1989

² -احمد وافي بو بكر ادريس ، النظرية العامة للدولة و النظام السياسي الجزائري للدولة في ظل دستور 1996.

بعد صدور القانون فإنه يصدر قرارا يترتب عنه إلغاء الأحكام المخالفة للدستور من هذا النص ابتداء من تاريخ قرار المجلس المادة 159 من الدستور «إذا قرر المجلس الدستوري أن نصا تشريعا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس».

ويعد المجلس الدستوري في ظل دستور 1989 منذ تأسيسه أصدر عدة اجتهادات سواء آراء أو قرارات هامة لها الأثر الهام في إبراز المبادئ المرتبطة سواء بالحريات أو بمبدأ الفصل بين السلطات كما أنه قام بتأدية دور المحكمة الانتخابية بالإضافة إلى مهامه الاستشارية في بعض الحالات ثم معاينة حالة شغور رئاسة الجمهورية وتولي رئيسه لرئاسة الدولة عند الاقتضاء.

الفرع الثاني: الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور 1996 (إعطاء دور أكثر فعالية لمهمة الرقابة)

أحدثت التعديلات التي طرأت على دستور 1996¹ تغييرا في تشكيلة ومهام المجلس الدستوري وقد كانت التعديلات تهدف إلى تحقيق توازن أحسن لسير المؤسسات بإحداث نظام الثنائية في تشكيل البرلمان بإنشاء مجلس الأمة ونظام الازدواج القضائي وإنشاء مجلس للدولة كمؤسسة قضائية، بالإضافة للأخذ بمفهوم القوانين العضوية لأول مرة في التاريخ الدستوري للجزائر كما نصت المادة 163 من الدستور على إنشاء المجلس الدستوري «يؤسس مجلس دستوري يكلف بالسهر على احترام الدستور».

أولا: تشكيلة المجلس الدستوري:

حسب المادة 164 يتكون المجلس الدستوري من تسعة أعضاء وهم:

ثلاثة أعضاء من بينهم رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية.

¹ دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 438/ 96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996

اثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني.

اثنان ينتخبهما مجلس الأمة.

عضو تنتخبه المحكمة العليا.

عضو ينتخبه مجلس الدولة.

مدة العضوية 06 سنوات غير قابلة للتجديد ويحدد نصف عدد أعضاء المجلس الدستوري كل ثلاث سنوات.

ثانيا: إخطار المجلس الدستوري

نصت المادة 166 على أن الإخطار يتم إما من طرف رئيس الجمهورية أو من طرف رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة.

ولإشارة فإنه رغم توسيع الإخطار لمجلس الأمة بعد التعديل الدستوري فإنه يبقى عاجزا عن تحقيق التوازن فهو لم يوسع الإخطار للسلطة القضائية لتحقيق التوازن بين المؤسسات ومن جهة لا يوسع الإخطار لمجموعة من النواب في البرلمان من أجل تحقيق التوازن بين الأغلبية والأقلية داخل البرلمان من جهة ثانية فهذا يؤدي إلى بعض القوانين تفلت من الرقابة الدستورية إذا ما تخطى أصحاب سلطة الإخطار عن استعمال سلطتهم وقد يؤدي ذلك إلى صدور قوانين مخالفة للدستور وينهدم بذلك بناء دولة القانون التي تقوم على مبدأ سمو الدستور.⁽¹⁾

ثالثا: اختصاصات المجلس الدستوري

نتلخص اختصاصات المجلس الدستوري بموجب المادة 165 في مراقبة:

¹ - هنري روسيون ، المرجع السابق، ص 96.

أ/القوانين العضوية:وهي المنصوص عليها بموجب المادة 123من الدستور فبعد المصادقة عليها من طرف البرلمان يخطر رئيس الجمهورية المجلس الدستوري لملائمة أو عدم ملائمة المشروع مع الدستور فإذا كان رد المجلس الدستوري إيجابيا فهنا يستكمل إجراءات الصدور أما أ/القوانين العضوية:وهي المنصوص عليها بموجب المادة 123من الدستور فبعد المصادقة عليها من طرف البرلمان يخطر رئيس الجمهورية المجلس الدستوري لملائمة أو عدم ملائمة المشروع مع الدستور فإذا كان رد المجلس الدستوري إيجابيا فهنا يستكمل إجراءات الصدور أما إذا اتضح أن نصا من نصوصه مخالف للدستور فهنا إما عدم مباشرة إجراءات الصدور إذا كان كل القانون مخالف للدستور أو الاستغناء على النص المخالف للدستور إذا كان نصا واحدا أو أن يطلب رئيس الجمهورية من البرلمان إعادة النظر في القانون.

ب/النظام الداخلي لغرفتي البرلمان:يتصل المجلس الدستوري بموجب الفقرة الثالثة من المادة 165في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور ويرجع ذلك إلى كون النظام الداخلي يتعلق بتنظيم السلطات التشريعية والذي يجب أن يكون مخالفا للدستور وإلا وقع في سير المؤسسات الدستورية¹.

ج/المعاهدات الدولية:بموجب المادة 97من الدستور يوقع رئيس الجمهورية اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم،وهذا النوع من المعاهدات لا تعرض على البرلمان ليوافق عليها إلا بعد أن يتلقى رأيا من المجلس الدستوري حولها،وهذا يعني أن إخطار المجلس الدستوري ،بالنسبة لهذا النوع من المعاهدات إجباري الرقابة قبل عرضها على البرلمان وبعد التوقيع عليها، وحرص المؤسس الدستوري على عرض هذه المعاهدات على المجلس الدستوري ناجم عن الرغبة في حماية الدستور لأن هذا النوع من المعاهدات مرتبطة ومتعلقة باستقلال الدولة وسيادتها وقد أكدت المادة 80من الدستور على«أن الشعب يختار لنفسه مؤسسات غايتها المحافظة على الاستقلال الوطني ودعمه».

كما نصت المادة 13 منه على أنه«لا يجوز البتة التنازل أو التخلي عن أي جزء من التراب

¹ علي السيد باز ، المرجع السابق ، ص 586 .

الوطني».

ولإشارة فإن إخطار المجلس الدستوري بالنسبة لهذه المجالات الثلاث «القوانين العضوية، الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان، اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم.» يتم من طرف رئيس الجمهورية، وهذا بتصريح نص المادة 165 من الدستور.

د/القوانين العادية: يمكن أن تتم مراقبة القوانين بطريقة اختيارية سابقة أو لاحقة وهذا نظرا لعدم اشتراط رأي المجلس الدستوري لإصدار القانون العادي وفي حالة تدخل المجلس في هذا الإطار فإنه يصهر على مطابقة النصوص مع الدستور فإذا وقع الإخطار قبل صدور القانون يصدر المجلس الدستوري رأيا وذلك قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أما إذا وقع الإخطار بعد صدور القانون يصدر المجلس الدستوري قرار ملزما يترتب عنه، وحسب نص المادة 169 من الدستور فقدان هذا النص أثره من يوم إقرار المجلس الدستوري أي إلغاء النص المخالف للدستور.

ه/التنظيمات: تتمثل رقابة التنظيمات (النصوص) التي يصدرها رئيس الجمهورية بموجب سلطته التنظيمية المستقلة التي يستمدّها من المادة 125 من الدستور «يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون.» ورغم نص هذه المادة فإن المجلس الدستوري منذ إنشائه بموجب دستور 1989 لم يمارس اختصاص في هذا المجال بسبب عزوف رئيس المجلس الشعبي الوطني ثم رئيس مجلس الأمة عن ممارسة صلاحياتها في الإخطار. و/المجلس الدستوري كمحكمة انتخابية: نصت المادة 163 على «يسهر المجلس الدستوري على صحة عليات الاستفتاء وانتخاب رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية ويعلن نتائج هذه العمليات.» إن مراقبة صحة الاستشارات السياسية تشمل على دراسة التشريعات) بالنسبة للانتخابات الرئاسية) والطعون وتمتد كذلك إلى مراقبة حسابات الحملة الانتخابية.

كما يصدر قرارات تتعلق بإستخلاف أعضاء في البرلمان على أثر شغور مقاعدهم بسبب الوفاة أو الاستقالة أو حدوث مانع قانوني لهم.

ي/المجلس الدستوري كسلطة استشارية: في حالة الطوارئ، أو الحصار يقوم رئيس الجمهورية باستشارة رئيس المجلس الدستوري المادة 91 « يقرر رئيس الجمهورية، إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة، ورئيس الحكومة، ورئيس المجلس الدستوري،⁽¹⁾ ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع.

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

أما في الحالة الاستثنائية فيتم استشارة المجلس الدستوري وذلك حسب المادة 93 من الدستور « يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها.

ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء.

تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية.⁽²⁾

ويجتمع البرلمان وجوبا.

تنتهي الحالة الاستثنائية، حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها». ونفس الأمر في حالة حصول مانع لرئيس الجمهورية وفي حالة وفاته أو استقالته حسب المادة 88 الفقرة الثالثة « وفي حالة استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته، يجتمع المجلس الدستوري وجوبا ويثبت الشغور النهائي لرئاسة الجمهورية».

1 - علي السيد باز ، المرجع السابق ، ص 586 .

2 - دكتور عبد الرزاق السهوري ، عنوان الكتاب مخالفة التشريع للدستور و انحراف استعمال السلطة ، مجلة مجلس الدولة ، عدد يناير سنة 1952 ، ص 1 إلى ص 116 .

وإذا اقترنت استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته بشغور رئاسة مجلس الأمة يتولى المجلس الدستوري مهام رئيس الدولة وهذا حسب ما نصت عليه المادة 88 « وإذا اقترنت استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته بشغور رئاسة مجلس الأمة لأي سبب كان، يجتمع المجلس الدستوري وجوبا، ويثبت بالإجماع الشغور النهائي لرئاسة الجمهورية وحصول المانع لرئيس مجلس الأمة. وفي هذه الحالة، يتولى رئيس المجلس الدستوري مهام رئيس الدولة. يضطلع رئيس الدولة المعين حسب الشروط المبينة أعلاه بمهمة رئيس الدولة طبقا للشروط المحددة في الفقرات السابقة و في المادة 90 من الدستور. ولا يمكنه أن يترشح لرئاسة الجمهورية.»

ويستشار أيضا في حالة تمديد الفترة النيابية حسب المادة 102 من الدستور...«لا يمكن تمديد مهمة البرلمان إلا في ظروف خطيرة جدا لا تسمح بإجراء انتخابات عادية.

ويثبت البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا هذه الحالة بقرار، بناء على اقتراح رئيس الجمهورية واستشارة المجلس الدستوري.»

وكذلك في حالة التعديل الدستوري الذي نصت عليه المادة 176 « إذا ارتأى المجلس الدستوري أن مشروع أي تعديل دستوري لا يمس البتة المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، وحقوق الإنسان والمواطن وحرّياتهما، ولا يمس بأي كيفية التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية، وعلل رأيه، أمكن لرئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري مباشرة دون أن يعرضه على الاستفتاء الشعبي، متى أحرز ثلاثة أرباع (3/4) أصوات أعضاء غرفتي البرلمان.»

الفرع الثالث : الرقابة بالدفع بعدم دستورية القوانين أمام المحكمة العليا دستور

2016

يعتبر الدفع بعدم دستورية القوانين آلية جديدة للرقابة في المنظومة القانونية الجزائرية، نصت عليها المادة 188 من دستور 2016،¹ في الفصل الاول من الباب الثالث تحت عنوان الرقابة .متأخرة بذلك قياسا مع العديد من الدول ، كالولايات المتحدة الأمريكية و فرنسا . واسبانيا ، و ألمانيا.

ومن خلال تحليل للمادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2008 من منظور مقارنة مرتكزة على حماية الحقوق و الحريات، يمكن من استخلاص ان المشرع الدستوري حدد للمجلس الدستوري مهمة تتجاوز مجرد حماية النظام الدستوري الموضوعي ، و ذلك عبر إدراج المشرع الدستوري لأول مرة آليا تتمكن من حماية الحقوق و الحريات من طرف المحكمة عبر تمكين الأطراف في حال نزاع قضائي من الولوج إلى المجلس الدستوري في حال الدفع بعدم دستورية اذا كان القانون الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق و الحريات التي يضمنها الدستور .

وإدراكا من المشرع الدستوري الجزائري بالأهمية الحيوية لهذه الآلية من الرقابة في تحقيق العدالة الدستورية و كفالة الحقوق و الحريات للأفراد ، وفي بناء دولة عصرية ، فقد نص في التعديل الدستوري لسنة 2016 ، على الأخذ بأسلوب الدفع بعدم الدستورية وبذلك فحق إحالة القوانين غير الدستورية على المجلس الدستوري لم يعد قصرا على الطبقة السياسية، بل أصبح من حق المتقاضين أيضا من خلال قانون الدفع بعدم الدستورية، مما يشكل ثورة حقوقية و نقلة نوعية و خطوة حاسمة في النظام الدستوري الجزائري.

وبالرجوع إلى الفقه الدستوري المقارن ومقارنته بالأنموذج الجزائري، نجد أنا لنصوص الدستورية المحددة في المادة 188 من الدستور الجزائري “ليست بشكل دقيق دفع ابعدم الدستورية،- l’exception- الذي يفترض ” أن القاضي العادي المختص بالنظر في الدعوى الأصلية مختص أيضا بالبت في الدعوى الدستورية كما هو الحال في التجربة الأمريكية ” . في حين أن الأمر يتعلق

¹ التعديل الدستوري 2016 الصادر بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06/03/2016

بمسالة فرعية - préjudicielle - تلزم القاضي الذي أثرت أمامه بالتوقف عن البث في الدعوى الأصلية و انتظار صدور قرار عن القاضي الدستوري المختص في حسم النزاع” .

و أمام تأخر صدور القانون العضوي الذي يحدد كيفية و شروط ممارسة الدفع بعدم الدستورية، نجد أنفسنا مجبرون على وضع سيناريو محتمل لكيفية تمتع المواطن بهذا الحق و ذلك من خلال دراسة تحليلية لمواد الدستور المتعلقة بالموضوع، وكذا مقارنة بالأنظمة القانونية المختلفة وبناء عليه ، فإن هناك عدة نتائج يمكن استخلاصها من خلال هذه المادة 188 من الدستور، منها:

1_ إعطاء حق جديد يمكن للمتقاضي من الدفاع عن حقوقهم و حرياتهم المضمونة دستوريا ، من خلال الولوج غير المباشر للقضاء الدستوري مما يشكل نقلة نوعية لتحقيق عدالة دستورية مواطنة (دسترة حق المواطن). (1)

إن لجوء المواطنين بطريقة الادعاء أو الدفع إلى القضاء الدستوري مُعترف بها ليوم في غالبية البلدان، وحتى في أكثر الدول العربية باستثناء لبنان. (2) النموذج المعياري الأكثر دلالة، خارج سياق المراجعة الشعبية المفتوحة و الشكوى ، هو الدفع بحسب النظام الفرنسي الجديد QPC مع آليات غريبة. يتميز النهج الفرنسي الجديد اليوم “ببساطته وسرعته وفاعليته و إدارته بشجاعة و حكمة و مسؤولية تجنباً لعدم الاستقرار الاجتماعي و الحقوقي” .

و بذلك فحق إحالة القوانين غير الدستورية على المجلس الدستوري لم يعد قاصراً على الطبقة السياسية، بل أصبح من حق المتقاضين أيضاً من خلال قانون الدفع بعدم الدستورية، مما يشكل ثورة حقوقية و نقلة نوعية وخطوة حاسمة في النظام الدستوري الجزائري.

2_ استبعد بوضوح الطعن المباشر أمام المجلس الدستوري حيث يتعين أن يمر هذا الطعن وجوبا عن طريق المحكمة العليا و مجلس الدولة .”وفا خلاف النموذج الألماني حيث جاء في المادة الأولى من القانون الأساسي الألماني “ان الحقوق الأساسية تلزم السلطة التشريعية و التنفيذية و القضائية و لها

1 - عادل الطيطياني ، المرجع السابق ، ص 491 .

2 - المرجع نفسه ، ص 493 .

نفاذ مباشر كقوانين واجبة التطبيق"، في حين وضحت مواد أخرى الإجراءات الواجبة الإلتباع التي تتيح للأفراد تقديم دعوى دستورية مباشرة أمام المحكمة الدستورية إذا ما انتهك حق من حقوقهم". (1)

كما أجاز الدستور الإسباني في الفقرة الثانية من المادة (161) منه رفع الدعوى الدستورية المباشرة بواسطة الفرد أمام المحكمة الدستورية الإسبانية بسبب مخالفة الحقوق و الحريات المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة (53) من الدستور وهي الحقوق و الحريات العامة المنصوص عليها في الفصل الأول من الباب الثاني من الدستور، و يتوافر هذا الحقل كل شخص طبيعي أو قانوني له مصلحة مشروعة ، وكذلك الحال لمحامي الشعب، و جوهر الرقابة على دستورية القرارات من خلال الدعوى المباشرة التي يرفعها الأفراد يتمثل في أن المدعى ينقل قضيتها لموضوعية مباشرة إلى المحكمة الدستورية دون أن يتوسط في ذلك قرار من المحكمة العادية أو قرار من أية سلطة أخرى 3_ان هذا التعبير سيمسك ذلك بالأساس وظيفة القاضي العادي او الاداري، الذي كان مهمته فقط تطبيق القانون، حيث سيصبح على القاضي من الان فصاعدا اصدار احكام تتعلق بالتصريح بمدى جدية الدفع بعد مدستورية قانون. (2)

4_حصر الدفع بعدم الدستورية في القانون المتعلق بالحقوق و الحريات المكفولة دستوريا مستبعدا إمكانية الطعن في دستورية القرارات الإدارية و الأحكام القضائية. فلا يكفي أن النص التشريعي مخالف للدستور، حيث يتوجب أن هذا النص التشريعي محل الطعن ينتهك الحقوق و الحريات المضمنة دستوريا.

5_أن يوجه الدفع إلى القانون الذي سيطبق في النزاع أي الذي له انعكاس مباشر على مآل الدعوى المعروضة على المحكمة المختصة .

6_خطر فردنة القانون individualisation du droit منخل الفتح المراجعة القضاء الدستوري للمواطنين كافة، بدون آليا تنصيفية، مع ما قد يستتبع ذلك من تضخم و تجاوز. مع الاقرار بضرورة

1 - الدكتور زكي محمد النجار ، المرجع السابق ، ص 240 .

2 - الدكتور سعيد بو شعير ، مرجع سابق ، ص 425 .

ان تكون العدالة الدستورية في خدمة المواطن، تطرح المبالغة في المراجعة الفردية و انطلاقاً من الاختبار اشكاليات تنظيمية عديدة. تنمي العولمة الهويات الفردية و الجماعية و ايضاً الحاجة المزيد من الصلة الاجتماعية و التضامن .

7_ تلعب المحاكم دور المرشح (المصفى) التي يحول دون الإثقال من أعباء المجلس الدستوري عبر غريبة الطلبات لاستبعاد تلك تشويها المجاوزات أو التكرار، لكن الطريقة غير المباشرة لها سيئة واضحة تتمثل في توقف فعاليتها على نحو كبير على قدرة تلك الهيئات على تحديد الأحكام العامة التي قد تكون مخالفة للدستور، و رغبتها في تقديم طلبات إلى المجلس الدستوري.¹

الفرع الرابع: مبدأ الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر .

يتحدد مفهوم الرقابة بمعرفة مدلول و أحوال الرقابة على دستورية القوانين.

أولاً: تحديد مصطلح الرقابة على دستورية القوانين

هي التحقق من مخالفة القوانين للدستور، تمهيدا لعدم إصدارها إذا لم تصدر أو إلغائها أو الامتناع عن تطبيقها إذا كان قد تم إصدارها.²

فهي وسيلة يكفل بها المؤسس الدستوري ضمان أن تكون القوانين الصادرة من السلطة التشريعية و التنفيذية غير مخالفة للدستور. وقد جاء في نص المادة 162 من الدستور 89 المعدل و المتمم بمرسوم 97، بمعنى: "تطابق العمل التشريعي و التنفيذي مع الدستور".

فمبدأ سم و الدستور يعني احترام قواعده، و إلا عدت مجرد نصائح يمكن بمنتهى اليسر أن تتحى جانباً.³

¹ الدكتور سعيد بو شعير ، مرجع سابق ، ص 425 .

² ماجد راغب الحل و النظم السياسية و القانون الدستوري (الإسكندرية منشأ المعارف 2005)ص438

³ عبد الحميد الشواربي، شريف جاد الله، شائبة عدم دستورية و مشروعية قرار إعلان و مد حالة الطوارئ و الاوامر العسكرية (الإسكندرية منشأ

المعارف 2000)ص186

و تطابق العمل التشريعي مع أحكام الدستور يعني ضمان الحريات و الحقوق المنصوص عليها بين دفتيه، فحق التشريع و إن كان مقررا للهيئة التشريعية إلا ان ذلك لا يعني أن تتعدى على غيرها من السلطات المحددة في الدستور .

و السلطة التنفيذية يجب أن تكون أعمالها و تصرفاتها متفقة مع أحكام الدستور ، و إلا كانت غير مشروعة و جديرة بالإلغاء¹. ثم إن الرقابة على دستورية القوانين هي سمة الدساتير الجامدة إذ فيها حماية لأحكامها في مواجهة النصوص الأخرى موضع التطبيق الفعلي من أي خرق أو إعتداء². بينما الدساتير المرنة فلا تدعي الحاجة للحديث عن الرقابة فالقانون المخالف يعتبر تعديلا له³

ثانيا: أحوال الرقابة

الرقابة على دستورية القوانين تأخذ الأحوال التالية: فهي إما أن تكون رقابة داخلية أو رقابة خارجية⁴. فيكفي أن يشوب وضع القانون أو صدوره أو تنفيذه إحدى هذه الحالات، فيعتبر حينها محل رقابة، و من ثم يكون اعتبار هذه التشريعات غير موجودة من الوجهة القانونية أو الامتناع عن تنفيذها في الرقابة القضائية أو مدعاة لإخطار الهيئة المختصة بالرقابة في الرقابة السياسية. هذا و هناك من يرى أن الرقابة على دستورية القوانين تقتصر فقط على مدى مطابقة القانون للدستور من الجانب الموضوعي (المادي) دون الجانب الشكلي الذي حدده الدستور لإصداره. ففي هذه الحالة لا يعتبر قانونا بالمعنى الصحيح و يكون في حكم العدم⁵.

و هو رأي يتماشى مع النظم التي تأخذ بالرقابة القضائية في أحد نوعيها و هي رقابة الامتناع حيث يمتنع القضاء عن تطبيقه بما يملكه من حق، أما الرقابة السياسية فلا يمنع ن يكون هناك رقابة

¹إبراهيم عبد العزيز شيحا، المبادئ الدستورية العامة (الإسكندرية منشأ المعارف 2006)ص204.

²الامين شريط، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات الدستورية (الجزائر.ديوان المطبوعات الجامعية 2002م)ج1،ص142

³محمد كمال الدينان، النظم السياسية و القانون الدستوري (ط1 الدار العلمية الدولية و دار الثقافة الأردن 2003)ص188

⁴Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel. Ed.Montchrestien Paris 5e edition.P131

⁵إبراهيم شيحا، مرجع سابق

الشكلية منها و الموضوعية، لأنها كما سنرى هي رقابة سابقة على صدور القانون و كونها سابقة فهي تشمل أيضا الجانب الشكلي فيه:

1- الرقابة الخارجية:

و تعرف أيضا بالشكلية تكون للأسباب التالية:

أ- عدم مراعاة قواعد الاختصاص:

ذلك أن المؤسسة التشريعية هي صاحبة الاختصاص في التشريع، و يسند إصداره إلى المؤسسة التنفيذية، و من ثم فالأصل عدم تدخل أي منهما في اختصاص الأخرى مادام الدستور لم يقيد ذلك الاختصاص، كأن ينص على تفويض المؤسسة التنفيذية حق التشريع او يعطي لرئيس السلطة التشريعية حق إصدار القوانين التي لم يصدرها رئيس الدولة خلال مدة معينة، فالاختصاص هنا مورس وفقا للدستور و إذا خالفت إحدى المؤسسات أحكام الدستور بأن اعتدت على اختصاصات غيرها، فإن عملها يعد خروجاً عن إدارة السلطة التأسيسية و يعتبر عمل غير دستوري¹. و في هذا التطبيق الفعلي لمبدأ الفصل بين السلطات التي تتبناها الأنظمة الديمقراطية.

ب- خرق الإجراءات:

و يعني صدور التشريع غير مستوف للإجراءات القانونية، كأن يصدر البرلمان قانوناً اعترض عليه رئيس الجمهورية، و رده المجلس بناء على موافقة أغلبية ثلثي الحاضرين و ليس ثلثي الأعضاء جميعاً، أو تطبيق القانون قبل انقضاء المدة المقررة دخوله حيز التنفيذ². و على سبيل المثال القوانين

¹السعيد بو الشعير، القانون الدستوري و النظم السياسية المقارنة، ح1: النظرية العامة للدولة و الدستور(الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية

1999م) ص191

²محمد حسام لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء الفقه و أحكام القضاء الكتاب الأول، نظرية القانون(القاهرة، ط1993) ص2-

1994م) ص107

و التنظيمات التي ينص الدستور الجزائري صراحة¹. على وجوب عرضها على المجلس الدستوري قبل إصدارها، فوجوبية الرقابة السابقة على هذا النوع من القوانين و التنظيمات يعني مخالفة هذا الإجراء فيه سبب قوي و حكم صريح بعدم دستورتيتها.

2- الرقابة الداخلية:

و تسمى أيضا الموضوعية و تأخذ الحالات التالية:

أ- خرق أحكام الدستور:

و يقصد به أن التشريعات إذا صدرت يجب أن تراعي المبادئ الأساسية في الدستور و نعني بها الحريات و الحقوق فإذا صدر تشريع و فيه خروج عن روح و مقتضى الدستور، كان تشريعا غير دستوري. هذا الخرق له صورتان، الأولى: خطأ في القانون: و يكون عندما يسيء المشرع إلى المبادئ و الحريات التي جاء الدستور لحمايتها، إما بالخروج عنها أو إكراها. و الثانية: خطأ في الواقعة عندما لا يوفق في تقدير قواعد الدستور في المجالات التي تخضع عادة للسلطة التقديرية². لذلك كان الدور الأساسي للرقابة على دستورية القوانين هو حماية الحريات و الحقوق التي ينص عليها الدستور في مواجهة أي اعتداء، حتى و إن كان من السلطة صاحبة الاختصاص بالتشريع أولا، و مراعاة ما يعرف بمبدأ التدرج و الذي يعني به: "أن لا يخالف التشريع الأدنى التشريع الأعلى". كما هو الحال بالنسبة للتشريعات الفرعية التي بناء على هذا المبدأ يجب أن تصدر غير مخالفة للتشريع و من باب أولى أن لا تخالف الدستور.

ب- إساءة استعمال السلطة:

و يعني بها الحالة التي يوظف فيه البرلمان المال و السلطة لغايات غير تلك التي أسندت له بسببها، و تنقرر الرقابة بالتحقيق في الشكاوي التي تقدم إلى الجهات المختصة، و يكون موضوعها تجاوز في الإجراءات، بمعنى استعمال إجراءات لغايات غير تلك التي رسمها الدستور.

¹المادة 165 دستور 1996

²P136. Dominique Rousseau, OP Cit

و التشريع الفرنسي، يذهب إلى إلزام السلطة التنفيذية بموجب القانون رقم 587/79 بشأن دوافع التصرفات الإدارية، بأن تشرح بدون تأخير للأفراد أو للهيئات الأسباب التي دفعتها إلى اتخاذ إجراء إداري معين أو إصدار لوائح أو أنظمة إدارية معينة إذا ترتب على ذلك الإجراء أو تلك اللوائح نتائج ليست في صالح هؤلاء الأفراد، أو تلك الهيئات، و لاشك بأن الغاية من مثل هذا القانون هو أن تكون الأسباب التي دفعت السلطة التنفيذية إلى اتخاذ قرار معين تحت سمع و بصر الأفراد و حتى يطمئنوا إلى عدم تجاوز تلك السلطة لحدودها المقررة بموجب القانون و بالتالي عدم اعتدائها على حقوقهم¹.

المطلب الثالث: المجلس الدستوري في التشريع الجزائري

الرقابة على دستورية القوانين اقتترنت بالمجلس الدستوري في النظم التي تأخذ بالرقابة السياسية كما هو الحال في الجزائر.

نبذة تاريخية

عرفت الرقابة على دستورية القوانين تدور منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، و قد مرت بمراحل عدة ميزت الساحة التشريعية في البلاد و هي كالاتي: الأولى قبل دستور 1989، و الثانية بعد دستور 1989.

الفرع الأول-المجلس الدستوري قبل دستور 89:

يعود أول ظهر للمجلس الدستوري بعد الاستقلال إلى دستور 63 إذ نص في المادة: 63، على إنشاء المجلس الدستوري يتشكل من سبعة أعضاء، و هم الرئيس الأول للمحكمة العليا و رئيسا غرفتي المدنية و الإدارية الذين يمثلون السلطة القضائية، و من ثلاثة نواب يعينهم المجلس الوطني

¹ماجدر راجب الحلو، (المرجع السابق)

يمثلون السلطة التشريعية و أخيرا عضوا واحد يعينه رئيس الجمهورية و ينتخب رئيس المجلس من بين الأعضاء¹.

و أسند له في المادة 64 منه، مهمة الفصل في دستورية القوانين و الأوامر التشريعية بطلب من رئيس الجمهورية أو من رئيس المجلس الشعبي الوطني. لكنه. بقي مجرد حبر على ورق للظروف التاريخية المعروفة.

بعدها جاء دستور 76 و لم يظهر للمجلس الدستوري أي أثر من بين المؤسسات الدستورية المكونة للسلطة في البلاد، إذ لم يكن هناك نص صريح في الرقابة على دستورية القوانين، كون

الدولة آنذاك تبنت النظام الاشتراكي و نظام الحزب الواحد الذي كان مبتعدا عن مبدأ الفصل بين السلطات². و اكتفى المشرع بإسناد مهمة المحافظة على الحريات و الحقوق للقضاء (م164)³. و للإشارة فإن مؤتمر جبهة التحرير الوطني المنعقد ما بين 19 و 22 ديسمبر 1883، دعا في توصياته إلى إنشاء هيئة عليا للفصل في دستورية القوانين ضمانا لاحترام الدستور و تدعيما لشرعية القوانين و سيادتها⁴

ثانيا- المجلس الدستوري بعد 89

بعد التعديل الدستوري لسنة 1989 و الإصلاحات التي عرفها النظام في الجزائر بما فيها إقرار التعددية الحزبية، و تبني مبدأ الفصل بين السلطات، تم إنشاء المجلس الدستوري (م153)، يتكون من سبعة أعضاء اثنان منهم يعينهم رئيس الجمهورية، و اثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، و اثنان تنتخبهما المحكمة العليا من بين أعضائها، على أن يعين رئيس الجمهورية رئيس المجلس الدستوري، و تكون مدة العضوية ست سنوات غير قابلة للتجديد(م154) من الدستور، و التنظيمات

¹لمين شريط، (المرجع السابق)ص152

²لمين شريط، (المرجع السابق)ص153

³السعيد بو الشعير،(المرجع السابق)ص213

⁴مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري و النظم السياسية(الجزائر دار النجاح للكتاب2005)ص109

و رقابة صحة الاستشارات السياسية الوطنية، بموجب قرار أو رأي بناء على إخطار من رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني (م156) بالإضافة إلى صلاحيات استشارية¹. و قد عدل و تم بالمرسوم الصادر في 28 نوفمبر 1996، بحيث حاول المشرع تدارك النقائص التي جاءت في دستور 89، فأصبح عدد أعضائه تسعة (م164) و أقر فكرة القوانين العضوية و نظم العلاقة بين البرلمان و الحكومة و سير غرفتي البرلمان و قوانين الأحزاب، برقابة سابقة على إصدارها بناء على إخطار من رئيس مجلس الأمة أيضا. بالإضافة إلى رئيس الجمهورية و رئيس المجلس الشعبي (م165)

1- النصوص التأسيسية للمجلس الدستوري

أنشئ المجلس الدستوري بموجب دستور 23 فبراير 1989م فقد جاء في المادة 153 منه: يؤسس مجلس دستوري و يكلف بالسهر على احترام الدستور.

و عضد بنظام يحدد إجراءات سير عمل المجلس:

- المرسوم الرئاسي رقم 89-143 المؤرخ في محرم 1410 هـ الموافق 7 أوت 1989م، الذي يبين القواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري و القانون الأساسي لبعض موظفيه، عدل وتمم:

- بموجب مداولة مؤرخة في 18 شعبان 1417 هـ الموافق ل 29 ديسمبر سنة 1996م و نشر في العدد 3 من الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية بتاريخ 3 رمضان 1417 هـ الموافق ل 12 يناير 1997

- و المرسوم الرئاسي رقم 01-102 مكرر مؤرخ في 27 محرم عام 1422 هـ الموافق 2 أبريل سنة 2001م

¹بوكرا إدريس، تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الاستقلال من خلال الوثائق و النصوص الرسمية، القسم الثاني (الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية 1994) ص 228-229

- و المرسوم الرئاسي رقم 02-157 مؤرخ في 3 ربيع الأول عام 1423 هـ الموافق ل 16 ماي 2002م
- و المرسوم الرئاسي رقم 04-105 مؤرخ في 15 صفر 1425 هـ الموافق ل 5 أبريل 2004م¹
- بالإضافة إلى الامر 97-07 المؤرخ في شوال عام 1417 هـ الموافق ل 6 مارس 1997م المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات.
- الامر 97-09 المؤرخ في 27 شوال 1417 هـ الموافق ل 6 مارس 1997م المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية.
- المقرر المؤرخ في 11 يناير 1993م المتضمن التنظيم الداخلي للمصلحة الإدارية للمجلس الدستوري.

2- تنظيم و صلاحيات المجلس الدستوري

حدد المرسوم الرئاسي رقم 98-143 المؤرخ في محرم 1410 هـ الموافق لأوت 1989م القواعد الخاصة بتنظيم المجلس و القانون الأساسي لبعض موظفيه حيث نص على وجوب تحديد أعضاء المجلس بمرسوم رئاسي ينشر في الجريدة الرسمية بمجرد تعيينهم أو انتخابهم مع العلم أن المجلس يتكون من تسعة أعضاء ثلاثة من بينهم رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية و اثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني و اثنان ينتخبهما مجلس الأمة، و عضو واحد تنتخبه المحكمة العليا، و عضو ينتخبه مجلس الدولة، على ان يتوقف هؤلاء بمجرد انتخابهم أو تعيينهم عن ممارسة أي عضوية أو أي وظيفة أو تكليف، هذا و رئيس المجلس يعين لمدة ست سنوات و يتولى أعضاء المجلس مهامهم المدة نفسها مرة واحدة على ان يحدد نصف الأعضاء كل ثلاث سنوات(م164 من الدستور).

و تتحدد صلاحيات المجلس في الفصل في الرقابة على دستورية القوانين و المعاهدات و الاتفاقات و التنظيمات و في مطابقة القوانين العضوية و النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان

¹تنظيم المجلس الدستوري: النصوص التي تسري عليه. www.conseil.constitutionnel.dz

للدستور (م165) و يبدي رأيه وجوبا بعد أن يخطر رئيس الجمهورية في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان. و يكون رأيه ملزما إذ ارتأى عدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية فلا يتم التصديق عليها، و يكون ملزما فيصدر رئيس الجمهورية قانونا بتعديل الدستور دون عرضه على الاستفتاء الشعبي متى أحرز ثلاثة أرباع أصوات أعضاء غرفتي البرلمان و لم ير في المجلس مساسا بالمبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري(م176).⁽¹⁾

كما يضطلع المجلس أيضا بمراقبة صحة عمليات الاستفتاء و انتخاب رئيس الجمهورية و الانتخابات التشريعية، و يكون الإجراء المتبع كتابيا و سريا إذ يفصل فيها في جلسة مغلقة وفق قاعدة النصاب المحددة و بأغلبية أعضائه، و يكون صوت رئيس المجلس مرجحا في حال تساوي الأصوات. كما يدرس صحة الترشيحات لمنصب رئيس الجمهورية حيث تودع لديه تصريحات الترشح للنصب حسب الشروط المنصوص عليها في المادة:73 من الدستور و يعلن نتائج هذه العمليات (م163) من الدستور.⁽²⁾

و يدرس الطعون التي ترفع إليه وفق الشروط و حسب الإجراءات المتضمنة في نظام الانتخابات، كما يراقب حسابات الحملة الانتخابية يصدر قرار تتعلق باستخلاف أعضاء في البرلمان على إثر شغور المقاعد بسبب الوفاة أو استقالة أو حدوث مانع قانوني.⁽³⁾

بالإضافة إلى ذلك يتمتع المجلس بصلاحيات ذات الطبيعة الاستشارية في الحالات الاستثنائية، كما في حالة حدوث مانع أو شغور رئاسة الجمهورية أو استقالة، و يتدخل في المسار الانتخابي المتعلق برئيس الجمهورية و ذلك في حالة وفاة أحد المترشحين للانتخابات الرئاسية في الدور الثاني، أو نسخة أو حدوث أي مانع آخر له، يستمر رئيس الجمهورية

1. 108- Yelles Chaouche Bachir, P.

2- Ibid , p 105.

3 - شعبان احمد رمضان ، المرجع السابق ، ص 499 .

القائم أو من يمارس مهام رئاسة الدولة في ممارسة مهامه إلى غاية الإعلان عن انتخاب رئيس الجمهورية. في هذه الحالة، يمدد المجلس الدستوري مهلة إجراء هذه الانتخابات لمدة أقصاها ستون (60) يوما. (1)

و كذلك تمديد عهدة البرلمان حيث تنص م 102: "لا يمكن تمديد مهمة البرلمان إلا في ظروف خطيرة جدا لا تسمح بإجراء انتخابات عادية. و يثبت البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا هذه الحالة بقرار، بناء على اقتراح رئيس الجمهورية و استشارة المجلس الدستوري."

و يبدي رأيه عندما يستشير رئيس الجمهورية قبل تقرير الحالة الاستثنائية (م/93/2 دستور):

"يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها. ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني و رئيس مجلس الأمة و المجلس الدستوري، و الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن و مجلس الوزراء."

وله دور الملاحظ في الحالات التالية:

المادة: "إذا استحال على رئيس الجمهورية أن يمارس مهامه بسبب مرض خطير و مزمن، يجتمع المجلس الدستوري وجوبا، و بعد أن يتثبت من حقيقة هذا المانع بكل الوسائل الملائمة، يقترح بالإجماع على البرلمان التصريح بثبوت المانع. في حالة استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته يثبت الشغور النهائي لرئاسة الجمهورية."

للعلم فإن هذه الحالة لم ينص عليها دستور 89 وقد حدث أن اقترنت استقالة الرئيس في عام 1992 بشغور البرلمان بسبب الحل أصدر على إثرها المجلس الدستوري بيان 11 جانفي 1992 يثبت فيه الشغور النهائي لرئاسة الجمهورية و كلف المؤسسات المخولة بالسلطات الدستورية.

1 - عادل الطيطياني ، المرجع السابق ، ص 482-483 .

كما يضطلع رئيس المجلس الدستوري بتقديم الاستشارة في حال تقرير حالة الطوارئ او تقرير حالة الحصار، كما يتولى مهام رئيس الجمهورية في حال اقتران شغور رئاسة الجمهورية بشغور مجلس الأمة م88 من الدستور¹.

دور المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين للمجلس الدستورية، فكيف نظمت الرقابة التي أسندت له، و ما هي تطبيقاتها في الفقه الدستوري؟ ثم كيف تقيم منذ صدور دستور 96؟ و من ثم يكون هذا المبحث من ثلاث مطالب الأول في تنظيم الرقابة على دستورية القوانين و الثاني في تطبيقات الرقابة. و الأخير يكون يعرض ملاحظات حول الرقابة على دستورية القوانين.

¹دستور الجزائر الصادر 23 فبراير 1989 المعدل و المتمم بتاريخ 28 نوفمبر 1996م

المبحث الثاني : الرقابة على دستورية القوانين في الدستور المصري

يمكن القول ان الرقابة على دستورية القوانين في مصر تنقسم الى مرحلتين الأول وهي قبل انشاء المحكمة الدستورية العليا والمرحلة الثانية هي بعد انشاء المحكمة الدستورية العليا ولذلك سوف أقسم هذا المبحث الى مطلبين أتناول في الأول وضع الرقابة قبل انشاء المحكمة الدستورية العليا وأتناول في المطلب الثاني الرقابة بعد إنشاء تلك المحكمة مبينا الاختصاص وطرق الطعن واثر الحكم الصادر منها.

المطلب الأول : الرقابة الدستورية القوانين قبل انشاء المحكمة الدستورية العليا:-

لم تعرف مصر الرقابة على دستورية القوانين على مستوى دساتيرها سوى في ظل الدستور الصادر عام 1971م، أو أن كافة الدساتير السابقة لأعوام 1923م، 1930م، 1956م، 1964م قد التزمت الصمت ازاء تلك المشكلة.

ولذلك كان هناك تساؤل حول ما اذا كان القضاء حق في ممارسة الرقابة على القوانين والتأكد من عدم مخالفتها للدستور ، وكذلك حول ما اذا كان ذلك الحق قد تقرر للقضاء فما هو الأثر المترتب على صدور حكم بعد دستورية قانون ما ، وهل هذا الدور تمارسه جميع أنواع المحاكم لامركزية الرقابة أم أن هناك جهة قضائية واحدة فقط يوكل لها ذلك الاختصاص(مركزية الرقابة)¹ كل تلك التساؤلات التي كانت تطرح كان الاجابة عليها تأتي من اجتهادات الفقه والقضاء دون أن تحد لها نص يحسدها.

صمت المشرع عن تنظيم الرقابة و كنتيجة طبيعية لجمود الدساتير المصرية وسموها على ما عداها من القوانين دفع ذلك الأمر الفقه والقضاء للتعرض لمسألة مدى حق القضاء في اجراء هذه الرقابة اذا ما دفع أمامه بعدم دستورية قانون ما واجب التطبيق.

¹د- مصطفى محمود عفيفي - رقابة دستورية القوانين في مصر والدول الأجنبية - الطبعة الأولى - جامعة عين شمس. ص 23

الفرع الأول: رأي الفقه:-

اختلف الفقه في ذلك ، فذهب البعض الى عدم حق القضاء في القيام بذلك ، بينما الرأي الغالب للفقهاء ذهب الى أن الرقابة هي جزء من وظيفة القضاء وبالتالي يجوز للقضاء أعمالها.

أولا : الرأي المعارض:-

نظرا لخلو الدساتير المصرية من مص يقرر حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين قبل دستور 1971م ذهب قلة من الفقهاء المصريين الى أنه ليس للمحاكم القيام بذلك ، وقد استند هؤلاء الفقهاء في ذلك بالحجج التالية:-

- 1- ان عدم استقلال القضاة المصريين في تعييناتهم وتأديبهم ونقلهم نظرا لتبعية السلطة التنفيذية تجعلهم غير قادرين على القيام بذلك الدور الذي يتطلب الاستقلالية.
- 2- لائحة ترتيب المحاكم المصرية كانت تنص على منع المحاكم من تأويل الأوامر الادارية وفق تنفيذها ، ولذلك فان المنطق يقتضي الى وجوب تقريرها بالنسبة للقوانين الصادرة من المشرع حيث ان القوانين هي أسمى مرتبة من الأوامر الادارية.
- 3- ان اعمال مبدأ الفصل بين السلطات ، يقتضي بأن يختص القضاء في تطبيق القوانين وليست الحكم عليها حيث ان ذلك يعتبر من قبيل تدخل السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية¹

ثانيا : الرأي المؤيد:-

إذا كان الرأي المعارض لا يمثل سوى قلة من الفقهاء الذين عارضوا قيام القضاء بالرقابة على القوانين و التأكيد من دستورتيتها فان الغالبية العظمى من الفقهاء ذهبوا الى حق القضاء بذلك وفندوا ما جاء به الفقهاء المعارضين من حجج ، فمن حيث استنادهم على المادة 15 من لائحة ترتيب

¹د- ابراهيم عبد العزيز شيخا -النظم السياسية والقانون الدستوري المصري - 2000م ص745 وما بعدها.

المحاكم لمنع الرقابة على دستورية القوانين بحجة كونها أسمى من الأمر الإداري ، فان المنطق يحتم أيضا منع القضاء من مراقبة قانونية اللوائح استنادا الى نفس الحجة وهو ما لا يتبعه الفقه والقضاء إذا أجمعا على أن المحاكم حق بحث قانونية اللوائح.

ومن حيث استنادهم الى مبدأ الفصل بين السلطات للقول بعدم جواز الرقابة في مصر فان ذلك يعتبر قياس مع الفارق لاختلاف النصوص واختلاف الظروف حيث ان النصوص التي جعلت القضاء الفرنسي وبعض الفقهاء الفرنسيين يمنعون المحاكم من القيام برقابة دستورية القوانين لا وجود لها في القوانين المصرية .

وأما من حيث أن القضاء يتم تعيينهم بواسطة السلطة التنفيذية ، فان ذلك لا يؤثر على استقلال السلطة القضائية ، حيث أن تجارب كثير من الدول أثبتت على أنه ليست العبرة بطريقة الاختيار والتعيين وانما هي بمدى قدرة السلطة التنفيذية بالتدخل في سؤن القضاة بعد تعيينهم ، ولذلك فانه إذا لم يحدث أي تدخل بعد التعيين لم يكن لطريقة التعيين أي أثر على استقلال القضاة .¹ وبعد أن فند الفقهاء المؤيدين للأسانيد والتي استند إليها المعارضين لممارسة الرقابة على دستورية القوانين ، أوردوا الحجج التي تؤيد موقفهم وهي:-

1- أن الدستور يمثل أسمى القواعد القانونية في الدولة ، والقضاء ملزم باحترام جميع قوانين الدولة ، ولذلك فإذا ما حصل هناك تعارض أمامه بين قانونان ، أصبح ملزماً بأن يطبق القانون الأسمى ، وبالتالي فإذا تعارض قانون مع الدستور وجب تطبيق الدستور دون القانون ، وهذا يدخل في نطاق اختصاص القاضي ، فهو لا يلغي القانون العادي وإنما يمتنع عن تطبيقه ويطبق القانون الأعلى وهو العمل القانوني المطلوب من القاضي.

2- وكذلك من ناحية مبدأ المشروعية رأي الفقه أن حرمان القضاء من حق مباشرة الرقابة على دستورية القوانين يعد مخالفاً لمبدأ المشروعية بل وانه يتعارض مع منطق الحكومة الشرعية

¹د. رمزي الشاعر - المرجع السابق ص276

التي تقوم على خضوع السلطات الحاكمة بأسرها لمبدأ شرعية تصرفاتهم ، سواء كانت هذه التصرفات قوانين أو لوائح أو قرارات.

الفرع الثاني : موقف القضاء المصري:

إذا كان أغلب الفقه الدستوري ذهب إلى حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، إلا أن موقف القضاء وقف موقف المتردد ولم يفصح عن رأيه في أحكامه ، ولذلك اختلف رجال الفقه في تأويل تلك الأحكام حيث اعتبرها البعض مؤيدة والبعض الآخر معارضة لحق القضاء في الرقابة. وقد كان أول حكم صدر من القضاء العادي يقرر فيه بصراحة ذلك الحق هو الحكم الصادر من محكمة مصر الابتدائية الأهلية في أول مايو عام 1941 حيث ذهبت إلى انه للمحاكم مطلق الحرية في بحث دستورية القوانين⁽¹⁾

إلا أن محكمة الاستئناف التي استؤنف الحكم أمامها لم توافق المحكمة الابتدائية على رأيها وذلك من خلال حكمها الصادر عام 1943.

وإذا كان القضاء العادي قد ظل متردداً في بسط الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلا انه أقر لنفسه ذلك الحق من خلال حكم النقض الصادر عام 1952 الدائرة الجنائية حيث رفضت المحكمة تطبيق قانون من قوانين الإجراءات الجنائية وذلك لخروجه من قاعدة عدم رجعية قوانين العقوبات المقررة في دستور عام 1923

المطلب الثاني : رقابة المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين

صدر الدستور المصري المعمول به إلى يومنا هذا في 11 سبتمبر عام 1971 ، وقد نص هذا الدستور على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين ونص

¹ - سليمان محمد الأساليب المختلفة للرقابة الدستورية ، قوانين عن الشعبية المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية ، المطبعة العالمية القاهرة مصر العدد 2 ديسمبر 1990 ، ص 07 .

كذلك الدستور على أن المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة بذاتها في مصر مقرها مدينة القاهرة.

ولذلك فإن الدستور المصري أخذ بمركزية الرقابة حيث انه خصص محكمة واحدة فقط أناط لها القيام بذلك العمل ونص الدستور في المادة 175 على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين و اللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية ، وذلك كله على الوجه المبين في القانون ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها) ومن خلال هذه المادة نجد بأن الدستور لم يفصل الإجراءات التي تتبع في المحكمة الدستورية وانما ترك ذلك الأمر للقانون الذي سوف يصدر لاحقاً وربما كان السبب في ذلك هو أن المادة 192 من الدستور المصري أعطت المحكمة العليا مواصلة ممارسة اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين لحين تشكيل المحكمة الدستورية العليا.¹

والدستور المصري الصادر عام 1971م وقانون المحكمة الدستورية العليا كلامهما وأوضح اختصاصات هذه المحكمة ، وطرق الطعن أمام هذه المحكمة ، وكما حدد الأثر المترتب على حكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا.

ولذلك سوف نخصص هذا المطلب الثاني لتناول هذه الموضوعات الثلاثة على النحو الآتي:
أولاً : اختصاص المحكمة الدستورية العليا .

ثانياً : طرق الطعن امام المحكمة الدستورية العليا

ثالثاً: أثر حكم المحكمة الدستورية العليا

أولاً : اختصاص المحكمة الدستورية العليا:

¹إبراهيم درويش - المرجع السابق ص255 وما بعدها.

نصت المادة 25 من الدستور المصري عام 1971 على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين و تتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون و يبين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة و ينظم الإجراءات التي تتبع أمامها و لقد جاء قانون المحكمة الدستورية العليا عام 1979م محدد اختصاصها في الآتي:

أ) الرقابة دون غيرها على دستورية القوانين و اللوائح.

ب) الفصل في تنازع الاختصاص لتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي وذلك إذا رفعت الدعوى في موضوع واحد أمام جهتين منها ، ولم تتخلى أحدهما عن نظرها أو إذا تخلت الجهتين عنها ج) الفصل دون غيرها في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين متناقضين صادر

أ أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها.

د) تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا ما أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي تفسيرها .¹

وهناك رأي في الفقه كان يفضل بأن يشمل إلى جانب تلك الاختصاصات اختصاص بمحاكمة رئيس الجمهورية والوزراء ونواب الوزراء والفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب والشورى ، حيث أصحاب هذا الرأي (من بينهم الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر) يهدفون إلى حماية الدستور ومبادئه .²

¹ د . إبراهيم محمد حسنين - مرجع سابق ص92

² د. رمزي الشاعر - مرجع سابق ص330

والاختصاص الذي يعنينا من اختصاصات المحكمة الدستورية العليا هو اختصاصات المحكمة الدستورية العليا هو اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين حيث انه هو موضوع البحث وقد أوضح قانون المحكمة الدستورية العليا أن هذه المحكمة هي المختصة وحدها بهذه الرقابة، حيث أنها تتصدى من تلقاء نفسها للقانون بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ، أو إذا تبين لإحدى المحاكم عند نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص قانوني حيث أنها إذا ما تبينت جدية ذلك فإنها لا تفصل في دستورية ذلك القانون وإنما تحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية وتحدد ميعاد لمن أثار ذلك الدفع ليرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا.

ولذلك فإن المحاكم أو الهيئات القضائية أرجأت البت في دستورية قانون إذا ما أثير ذلك أمامها ، بل أن المحكمة الدستورية وحدها تتفرد بذلك وهذه المركزية في الرقابة لا شك بأنها تكفل الاستقرار في المعاملات القانونية ، ويحقق الوحدة فرع تفسير وتطبيق القواعد الدستورية ويساعد على بث الانسجام في الصرح التشريعي.

ولكن قصر الاختصاص على جهة قضائية واحدة وهي المحكمة الدستورية العليا ، لا يعني أن جهات القضاء الأخرى قد فقدت كل سلطة لها في هذا المجال ، إذ يملك قاضي محكمة الموضوع تقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية.

حيث انه إذا ما دفع أحد الخصوم أمام قاضي الموضوع بعدم دستورية قانون فإن هذا الأخير لا يحيل أمر البت في دستورية القانون المطعون فيه إلى المحكمة الدستورية العليا تلقائياً ، وان تطبيق القانون المطعون في دستوريته أمر لازماً في الدعوى القائمة .

أما إذا ثبت للقاضي على وجه اليقين انه لاشبهة في دستورية القانون أو أن الدفع غير مؤثر في الفصل في الدعوى ، أو انه ليس للقانون محل الدفع صلة بالمنازعة موضوع الدعوى ، فانه من حقه أن يرفض الدفع وان يفصل في الموضوع .

ولا يكون لمن دفع بعدم الدستورية حق الالتجاء إلى المحكمة الدستورية العليا في هذه الحالة ،
وان كان له أن يقوم بالطعن بالطرق المقررة أي الاستئناف أو النقض .¹

ثانيا. طرق الطعن أمام المحكمة الدستورية العليا

وفقا لنظام المحكمة الدستورية العليا توجد ثلاث طرق لتحريك الرقابة أمامها وهي:-

-1- الدفع الفرعي بعدم الدستورية:-

حيث أن أثناء نظر دعوى مرفوعة أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي يجوز للخصوم الدفع بعدم دستورية نص في قانون يراد تطبيقه في الدعوى .وفي هذه الحالة يكون للمحكمة أن تقوم بتقدير جدية الدفع من عدمه ، فإذا رأت جدية الدفع ، فإنها تؤجل نظر الدعوى وتمدد لمن أثار الدفع من الخصوم ميعادا لا يتجاوز ثلاثة أشهر لدفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا. والمقصود بالجدية التي تطلبها القانون المنظم للمحكمة الدستورية العليا أمرين أساسيين. فيجب أن يكون الفيصل في مسألة الدستورية منتجا ، وثانيا يجب أن تحتمل مدى مطابقة القانون للدستور اختلافا في وجهات النظر.

أي أن تكون المطاعن الدستورية المدعى بها في شأن النص لها ما يظاهاها وهو ما يعني جديتها من وجهة نظر مبدئية ، وهذا الأمر متروك لقاضي الموضوع وذلك حتى يستبعد الدفوع التي تهدف إلى التسويف وإضاعة الوقت وإهدار العدالة وحق الأفراد في الالتجاء إلى المحكمة الدستورية العليا منوط بدفع يبدي بعدم دستورية نص قانون أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص المرفوعة أمامها الدعوى ، ولذلك فإن الأفراد لا يحق لهم اللجوء مباشرة إلى المحكمة العليا للطعن في عدم دستورية نص قانوني بدعوى أصلية.

3- الإحالة جديدة من جانب المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي:

¹ د . رمزي الشاعر - النظام الدستوري المصري - القاهرة 2000 - ص514 وما بعدها.

وهذه الطريقة لم تعرفها مصر من قبل لتحريك عدم الدستورية ، فقانون المحكمة العليا المعمول به قبل صدور قانون المحكمة الدستورية العليا لم ينص عليه (1)

حيث ان في هذه الطريقة يكون للمحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي من تلقاء نفسها أن تحيل مسألة الدستورية الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها.

ولذلك فانه وبغض النظر ما إذا كان الخصوم أم المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي قد أبدوا ذلك الدفع بعدم الدستورية أم لا ، وكذلك أيضا بصرف النظر عن مصالح الخصوم الذين قد لا يجديهم تقرير عدم الدستورية في بعض الحالات ، وهذا بلا شك يتفق مع طبيعة عمل قاضي الموضوع والتي تتطلب منه تغليب القاعدة الأعلى على القاعدة الأدنى عند التعارض بينهما ، وبالتالي فان قاضي الموضوع إذا قدر أن هناك تعارض بين نص تشريعي ونص في الدستور فهنا لا يمكن أن تغل يده عن تطبيق القاعدة الأعلى والتي تتمثل هنا في الدستور ، مما يجعل حق المحاكم في إحالة النصوص التشريعية التي يتراءى لها مخالفتها للدستور إليها حقا حتميا ، وذلك ضمانا لسلامة تطبيق القاعدة القانونية (2)

ويجب أن يكون الفصل في مسألة الدستورية التي تقرر محكمة الموضوع إحالتها إلى المحكمة الدستورية منتجا في الدعوى المنظورة أمامها ، أي أن يكون القانون المطعون في دستوريته متصل بموضوع النزاع ، فلا يجوز أن تكون الإحالة من محكمة الموضوع سبيلا لنظر مدى دستوريته نص لا يطبق في الدعوى الموضوعية أولا تتحقق مصلحة للخصوم من القضاء بعدم دستوريته. حيث إن إسناد الرقابة الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا لا يهدف الى الفصل في خصومة قضائية تكون فيها المصلحة نظرية صرفة كتلك التي تكون هدفها تقرير حكم الدستور مجردا في موضوع معين لأغراض أكاديمية أو أيديولوجية ، أو كنوع من التغيير في الفراغ عن وجهة نظر شخصية ، أو لتوكيد سيادة القانون في مواجهة صور من الإخلال بمضمونه لا صلة للطاعن بها ،

1 - علي السيد باز ، المرجع السابق ، ص 394 .
2 - أرزقي محمد سيبب، المرجع السابق ، ص 255 .

و إنما يكون إسناد الرقابة من خلال الترضية التي تقضيها أحكام الدستور عند وقوع عدوان على الحقوق التي كفلها ، ومن ثم تكون هذه الرقابة لمواجهة أضرار واقعية بغية ردها وتصفية آثارها القانونية¹

4- تعرض المحكمة الدستورية العليا لمسألة الدستورية من تلقاء نفسها:-

أعطى المشروع المصري المحكمة الدستورية العليا من خلال قانونها الحق في أن تتعرض للنظر في دستورية أي نص قانوني من تلقاء نفسها أي دون الحاجة إلى إقامة دعوى من أحد الخصوم بعد دفع من أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم ، ودون حاجة أيضا إلى إحالة مسألة الدستورية من إحدى المحاكم .

ولا شك أن إعطاء المحكمة الدستورية العليا هذا الحق أمر منطقي حيث أنه إذا كان قانون هذه المحكمة سمح لجميع هذه المحاكم حق الإحالة فانه من أولى الاعتراف بذلك الحق للمحكمة الدستورية العليا وإذا كان قانون هذه المحكمة أعطى حق ممارسة الرقابة الدستورية ، إلا أنه وضع ضوابط يجب مراعاتها من قبل المحكمة الدستورية العليا عند التصدي لبحث مسألة الدستورية وهي:-
أ- . أن يكون نص القانون قد عرض للمحكمة بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها ، ولذلك يكون للمحكمة إذا تبين إذا تبني لها مخالفة نص في قانون لأحكام الدستور أن تتعرض لمسألة الدستورية من تلقاء نفسها ودون حاجة إلى أن يطلب منها الخصوم.

ب- أن يتصل نص القانون الذي تتعرض له المحكمة ببحث دستوريه بالنزاع المطروح عليها وهي تباشر أي من الاختصاصات التي حولها الدستور أو قانون المحكمة الدستورية العليا ولذلك فإنها لا تستطيع أن تتعرض لدستورية نص قانوني لا يتصل بالموضوع الذي تنظره المحكمة ، فهذه الأخيرة ليست سلطة مراجعة كافة النصوص القانونية.

1- إبراهيم عبد العزيز شيخا - النظم الدستورية والقانون الدستوري 2000 منشأة المعارف بالإسكندرية - ص770 وما بعدها

ج- أن لا تتعرض المحكمة لموضوع دستورية النص إلا بعد اتباع الإجراءات المقررة للدعاوى الدستورية المنصوص عليها في قانون المحكمة الدستورية العليا.¹

المطلب الثالث: أثر حكم المحكمة الدستورية العليا:

تتميز الاحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا بالأهمية البالغة وذلك لما يترتب عليه من أثر بالغ الأهمية من حماية مبدأ الشرعية الدستورية في الدولة وفي المحافظة على خصائص القواعد القانونية العامة والمجردة والتي يثبت دستوريتها ، ولذلك فإن الاحكام الصادرة منها تعتبر أحكام نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن فالأحكام التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا تمثل احكام كل من محكمتي أول آخر درجة في مجال اختصاصها في ان واحد. نظراً لأهمية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا لذلك فإن قانون هذه المحكمة جاء مرتباً على صدور هذا الحكم الحجية المطلقة بحيث يكون هذا الحكم عنواناً للحقيقة وبالتالي لا يمكن الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن ، وبالتالي فإن القانون المطعون بعدم دستوريته يعتبر كأن لم يكن فالحكم الصادر يكون ذو حجية عامة ومطلقة ، يؤدي الى انتهاء النزاع حول دستورية القانون بصفة نهائية ، وبالتالي لا يسمح في المستقبل بإثارة هذه المشكلة من جديد²

ولذلك فإن الاحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن ملزمة بجميع المحاكم المصرية ، سواء في ذلك المحاكم العادية او المحاكم الادارية ، وكما تعد ملزمة أيضاً للسلطة التشريعية ، بحيث يجب عليها القيام بإلغاء النص القانوني الذي قضى بعدم دستوريته أو تقوم بتعديله بحيث يكون متناسباً مع الحكم الصادر.

كما تعد ملزمة للسلطة التنفيذية ، بحيث يجب عليها عدم تطبيق نص القانون الذي قضى بعدم دستوريته ومراعاة ذلك الحكم الصادر عند قيامها بإصدار اللوائح ، وبالإضافة الى ذلك فإن الحكم

¹د- إبراهيم درويش - القانون الدستوري النظرية العامة والرقابة الدستورية - دار النهضة العربية - القاهرة. 2004م ص 272

²د. مصطفى محمود عفيفي - رقابة الدستورية في مصر والدول الاجنبية - دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة . الطبعة الاولى - مكتبة سعيد رأفت - جامعة عين شمس

الصادر يكون ملزماً لجميع الافراد والهيئات في الدولة ، فهم ملزمون قانوناً بعدم التعامل وفقاً للنص المحكوم بعدم دستوريته ، سواء أكانوا خصوماً في الدعوى الدستورية ام لا .

وحسناً فعل المشرع المصري بأخذه بالمركزية في الرقابة على دستورية القوانين،، حيث ان أناط هذا الاختصاص بمحكمة واحدة فقط في مصر تكون هي الفيصل في تقرير دستورية القانون من عدمه ، وهذا إدراكاً منه بخطورة الدور الذي تقوم به هذه المحكمة ، وذلك بعكس ماكان يجري عليه في السابق حيث كان العرف القضائي في مصر يعطي هذا الاختصاص لجميع المحاكم ولهذا فان الاحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في قانون لها حجية مطلقة ، تحسم الخصومة بشأن عدم الدستورية حسماً قاطعاً مانعاً من نظر أي طعن يثور من جديد بشأنها ، مما يوجب على المحكمة الدستورية أن تحكم بعدم قبول الدعوى المطعون فيها على نص تشريعي سبق ان قضت بعدم دستوريته .¹

ويعتبر الحكم الذي يصدر من المحكمة الدستورية برفض الدعوى الدستورية ، حكم برفض الدعوى المطعون فيها بعدم دستورية نص تشريعي بالتالي فإن هذا الحكم لا يصدر إلا من المحكمة الدستورية العليا ذاتها ، فلا تختص به إية محكمة في السلم القضائي بما في ذلك محكمة النقض ، وهذا امر طبيعي يتفق مع عدم اختصاص هذا القضاء بالدعاوى الدستورية في اطار ما نص عليه الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا.

ولذلك فإن الحكم برفض الدعوى الدستورية المطعون فيها بعدم دستورية هذا القانون هو الوجه الآخر للقضاء بعدم دستورية هذا القانون ، حيث إن المحكمة الدستورية العليا قد تقضي فيما يرفع أمامها من دعاوى فحص الدستورية ، بعدم دستورية النص المطعون فيه اذا تبين لها انه مخالف للدستور ، وكذلك قد تقضي برفض الدعوى الدستورية بعد ان يتضح لها أن النص المطعون فيه ، يخالف أحكام الدستور التي استندت إليها صحيفة الطعن كما انه لا يخالف أي نص دستوري آخر.

¹ -د. رمزي الشاعر - القضاء الدستوري في مملكة البحرين - دراسة مقارنة - 2003م - 185 وما بعدها.

خاتمة

خاتمة

تلعب الرقابة على دستورية القوانين دوراً فعالاً، نظراً لارتباطها المباشر بالفصل في مدى تطابق القوانين للدستور.

إن الأخذ بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين من شأنه حفظ الدستور وحمايته و إقرار القاعدة "سمو الدستور" و إبعاد لآثار الحكم الدكتاتوري و فرض الشعب لإرادته، و بما أن الدستور هو قانون فإن مهمة رقابته يجب أن توكل إلى هيئة قضائية لأنها أثبتت نجاحها و مع اعتماد الجزائر على النظام المختلط فإنها تسعى إلى رقابة أحسن.

و على الرغم من نقائص المجلس الدستوري يبقى الهيئة المكلفة بالسهر على حماية الدستور. وقد توصلنا إلى النتائج التي توصلنا إليها هي :

1- هناك طريقتين للرقابة على دستورية القوانين وهي الرقابة السياسية (السابقة) والرقابة القضائية (اللاحقة) وإذا كان قد ثبت نظرياً وعملياً الدور الفعال الذي تقوم به الرقابة القضائية في حماية الدستور فإنه يجب عدم الإغفال عن الدور الذي يمكن ان تلعبه الرقابة السياسية وذلك بتفعيل دور البرلمان في الدولة عندما يتم عرض مشروع قانون عليه 2- لاشك إن إنشاء محكمة دستورية تعنى بالرقابة على دستورية القوانين يعتبر من حيث المبدأ كسباً يستحق التقدير لان في وجود هذه المحكمة يعتبر ضماناً للحقوق والحريات العامة التي جاء بها الدستور

3- أن الأخذ بمركزية الرقابة بحيث تعنى محكمة واحدة بالفصل بدستورية القوانين أفضل من نظام اللامركزية في الرقابة لأنه يتجنب ما قد يترتب على نظام اللامركزية من إشاعة القلق وعدم الاستقرار في المعاملات والمراكز القانونية حيث تتضارب أحكام المحاكم في دستورية أو عدم دستورية قانون بعينية هذا بالإضافة إلى أن جزاء الإلغاء المرتبط بمركزية الرقابة يرفع الإشكالات التي قد تترتب على مجرد امتناع المحكمة من تطبيق قانون معين في قضية معروضه عليها مع بقائه رغم ذلك قائماً في ما عداها ومنتجاً لجميع آثار نفاذه .

4- نظراً لما تمثله الأحكام الصادرة من المحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين لذلك من الاوفق زيادة عدد أعضاء الذين تشكل منهم المحكمة وذلك حتى تصدر الأحكام الخاصة بدستورية القوانين بأغلبية تتفق مع أهمية الحكم بعدم دستورية القوانين .

و في الأخير نقترح جملة من التوصيات تتمثل في :

- 1- ضرورة إعطاء الدستور قيمته ومكانته الحقيقية والعمل على التحسيس ونشر ثقافة أن الدستور لا بد أن يحترم مهما كانت الظروف و تجنب التعديلات الكثيرة
- 2- ضرورة تكريس احترام الديمقراطية و القيم الديمقراطية و تجنب الانقلابات العسكرية و الفوضى السياسية
- 3- تفعيل الرقابة بثتى أنواعها السياسية والبرلمانية والشعبية
- 4- تفعيل دور المجتمع المدني في بناء دولة القانون
- 5- تفعيل دور القضاء الرقابي
- 6- ضرورة توسيع جهات اخطار المجلس الدستوري

قائمة المراجع

المراجع

المصادر

- الدستور الجزائري
- الدستور المصري

الكتب

- 1- د. محمد رفعت عبد الوهاب والدكتور إبراهيم عبد العزيز الشيخ- النظم السياسية والقانون الدستوري 1998م دار المطبوعة الجامعية ط 2001 .
- 2-المستشار :محمد فتحي نجيب : التنظيم القضائي المصري ط1 سنة 1998
- 3- الدكتور : مصطفى أبوزيد فهمي : الدستور المصري ط سنة 1998
- 4- د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة - للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة - الطبعة السادسة - 1991- جامعة عين شمس.
- 5- د- مصطفى محمود عفيفي - رقابة دستورية القوانين في مصر والدول الأجنبية - الطبعة الأولى - جامعة عين شمس ط 2005
- 6- د. إسماعيل مرزة - مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي - دار الفنون للآداب والنشر - الطبعة الثالثة 2004 .
- 7- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا- المبادئ الدستورية العامة - الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت - 1982
- 8- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا- النظم السياسية والقانون الدستوري- منشأة المعارف بالإسكندرية 2000
- 9- د. محمد فؤاد عبدالباسط - ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية - دار المعارف الاسكندرية - 2002م
- 10- د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة - للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة - الطبعة السادسة - 1991- جامعة عين شمس .
- 11- د. ابراهيم درويش - القانون الدستوري النظرية العامة والرقابة الدستورية - 2004م - دار النهضة العربية - القاهرة.

المحاضرات

- المستشار: احمد ممدوح عطية رئيس المحكمة الدستورية العليا في محاضرة بعنوان "دراسة تحليلية مقارنة حول المحكمة الدستورية العليا يوم 23\12\1979 بدعوة من الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع - نشرت بمجلة مصر المعاصرة العدد 375.

المجلات والبحوث والرسائل

- النشرة التشريعية العدد السابع يولية سنة 1971 و العدد الخامس مايو سنة 1978 .
- الدكتور: احمد كمال ابو المجد " الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والاقليم المصري - رسالة دكتوراه جامعة القاهرة سنة 1958.
- الدكتور : عبد العزيز محمد سالمان - رئيس نيابة النقض - في قيود الرقابة الدستورية - رسالة دكتوراه الطبعة الاولى سنة 1998 ص 131
- د. عثمان عبدالمك الصالح - الرقابة القضائية امام المحكمة الدستورية في الكويت - - مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الكويت -1986-
- المستشار : احمد هبة - في- موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية الطبعة الاولى سنة 1988.
- قانون رقم 48\1979 باصدار قانون المحكمة الدستورية العليا.
- الموسوعة الدستورية - المستشار حسن الفكهاني - مبادئ و احكام المحكمة الدستورية العليا خلال 25 عاما - الجزء الثالث - الطبعة الاولى 1995 - 1996.
- الاستاذ الدكتور يحيى الجمل فقيه دستوري (جامعة القاهرة) مصر
- . مجلة المحامي - العدد 69 - 70 - 2003 رئيس التحرير المحامي عمران بورويس

انترنت

Wikipedia.org-
Wikisuriy.org-

مراجع أخرى

- محاضرات القانون الدستوري للأستاذ الدكتور أمين العضيلة /جامعة مؤتة
- محاضرة للأستاذ الدكتور محمد الحموري حول التعديلات الدستورية

- بحث بعنوان أنظمة الرقابة الدستورية لدكتور يحيى الجمل / المقدمة ،المبحث الثالث
الرقابة الدستورية في ألمانيا.

الفهرس

الصفحة	المحتويات
	بسملة
	التشكرات
	الإهداء
أ- د	مقدمة
الفصل الأول : الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر	
02	تمهيد
03	المبحث الاول : أوجه الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر
03	المطلب الاول: المخالفة الشكلية (قواعد الشكل والاختصاص)
07	المطلب الثاني: المخالفة الموضوعية
13	المبحث الثاني : وسائل الرقابة على دستورية القوانين
14	المطلب الاول : الرقابة السياسية على دستورية القوانين
16	المطلب الثاني: الرقابة القضائية.
23	المطلب الثالث : أنواع الرقابة على دستورية القوانين
الفصل الثاني تجسيد الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر ومصر	
31	تمهيد
32	المبحث الأول: الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر
32	المطلب الأول: الرقابة في ظل الدساتير
35	المطلب الثاني: الرقابة في ظل دساتير القانون
45	المطلب الثالث المجلس الدستوري في التشريع الجزائري
55	المبحث الثاني: الرقابة على دستورية القوانين في الدستور المصري
55	المطلب الاول: الرقابة الدستورية القوانين قبل انشاء المحكمة الدستورية العليا العليا
58	المطلب الثاني : رقابة المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين
64	المطلب الثالث : أثر حكم المحكمة الدستورية العليا
68	خاتمة
71	المراجع

