وزارة التعليم العالي وابحث العلمي

جامعة محمد لمين دباغين-سطيف 2

UNIVERSITE SETIF 2

الكلية: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: حقوق

التخصص: القضاء الدستوري والمنازعات الدستورية

مخبر التوطين: دراسات وأبحاث حول المجازر الاستعمارية

أطروحة

لنيل شهادة دكتوراه في الطور الثالث

إعداد الطالب:

عبد الوهاب شرقي

إشراف الأستاذ:

د.عبد الوهاب كسال

بعنوان

مساهمة القضاء الدستوري في تطوير نظرية الحقوق والحريات الأساسية

بتاريخ: 22 ماي 2021 أمام لجنة المناقشة المكونة من:

- د. بن ورزق هشام، أستاذ محاضر قسم أ، جامعة سطيف 2.....رئيسا
- د. كسال عبد الوهاب، أستاذ محاضر قسم أ، جامعة سطيف 2.....مشرفا ومقررا
- د. ذوادي عادل، أستاذ محاضر قسم أ، جامعة سطيف 2.....ممتحنا
- د. معمري نصر الدين، أستاذ محاضر قسم أ، جامعة سطيف 2.....ممتحنا
- د. سعودي باديس، أستاذ محاضر قسم أ، جامعة أم البواقي.....ممتحنا
- د. جغام محمد، أستاذ محاضر قسم أ، جامعة بسكرة.....ممتحنا

السنة الجامعية: 2020-2021

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أعاننا على اتمام هذه الرسالة، ثم الصلاة والسلام على أشرف خير خلق الله. نتوجه بخالص الشكر والإمتنان للأستاذ المشرف الدكتور كسال عبد الوهاب الذي لم يبخل علينا بالإرشادات اللازمة والملاحظات القيمة التي ساهمت بقدر كبير في إنجاز هذا البحث، كما لا يفوتنا أن نتوجه بالشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم وقبولهم مراجعة ومناقشة هذا العمل المتواضع.

وأيضا نتقدم بجزيل الشكر والتقدير والاحترام للأستاذ الدكتور الفاضل عمار كوسة الذي بدوره كان دعما وسندا في إنجاز هذا البحث، كما نتقدم بجزيل الشكر إلى كل أساتذة كلية الحقوق بجامعة سطيف 2.

وفي الأخير نشكر كل من قدم لنا يد العون سواء من قريب أو من بعيد في إتمام هذه الأطروحة.

والله ولي التوفيق

إهداء

أهدي هذا العمل إلى روح والدي الطاهرة رحمه الله

وإلى الوالدة الكريمة أطال الله في عمرها

كما أهديه إلى روح أخي الطاهرة المرحوم الحاج حسين الذي كان دعما وسندا في مختلف المحطات الدراسية

كما لا أنسى إخوتي وأبناني وأبناء إخوتي جميعا

وكافة الأسرة والأقارب والأصدقاء.

قائمة المختصرات باللغة العربية:

ط: طبعة

د ط: دون طبعة

د ب ن: دون بلد نشر

د س ن: دون سنة نشر

ج ر: جريدة رسمية

ص: صفحة

الو.م.أ: الولايات المتحدة الأمريكية

د د ن: دون دار نشر

إلخ: إلى آخره

قائمة المختصرات باللغة الأجنبية:

DC: Décisions constitutionnelles.

QPC: Question prioritaire de constitutionnalité

Op.cit: Référence précédent

Ibid: mémé référence

CCf: conseil constitutionnelle (Français)

مقدمة

مقدمة:

- **التعريف بالموضوع**

اهتمت جميع الحضارات والمذاهب الانسانية والأديان بحقوق الانسان منذ ظهور المجتمعات البشرية، وتطورت في كنفها عبر الزمان والمكان، فحقوق الانسان إذا هي نتاج التجربة الانسانية على مر العصور، من أجل تحقيق المساواة والحرية والعدالة، ومع ذلك فإن التطور الأهم لحقوق الانسان حدث مع ظهور الدولة. باعتبارها الطرف الرئيس ليس فقط في العلاقات الدولية، ولكن داخليا أيضا في علاقاتها مع الأفراد[1].

وبدأ الاهتمام بالحقوق والحريات الأساسية على المستوى الداخلي للدول نتيجة لحركات التحرر، فظهرت العديد من إعلانات حقوق الانسان مثل: إعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي لعام 1789م، والإعلان الأمريكي لحقوق الانسان وواجبات الانسان سنة 1948م، وغيرها من الإعلانات الأخرى، إلا أن دورها كان محدودا، ولم يحقق طموح البشرية جمعاء.

ونتيجة التطورات التي حصلت على الساحة الدولية في القرن 19 من خلال بناء علاقات ذات طابع عالمي في جميع المجالات، جعلت من الضروري إنشاء علاقات دولية في مجال حقوق الإنسان وحرياته، فجاء الإعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948م ثم العهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بالإضافة إلى الاتفاقيات ذات الطابع الإقليمي، التي تحث على وجوب احترام هذه الحقوق.

ورغم أهمية الاعتراف الدولي بحقوق الانسان، إلا أن ذلك يبقى غير كاف لصيانتها والرقي بها إلى المكانة التي تستحقها، لأنها ذات بعد فلسفي فقط، ما دفع بمعظم الدول إلى دسترة هذه الحقوق والحريات حتى تحظى بحماية أكبر، فرتب هذا الاعتراف الدستوري بتلك الحقوق والحريات اكتسابها للطابع الأساسي، ما منحها أهمية ومكانة مميزة مستمدة من القواعد والمبادئ الدستورية، ما أدى في الأخير إلى ظهور مصطلح الحقوق والحريات الأساسية.

[1]– معزوز علي، حقوق الانسان بين العالمية والخصوصية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2016، ص06.

وقد اختلفت الاتجاهات الفقهية في تحديد المعايير التي يمكن من خلالها تصنيف الحقوق والحريات الأساسية، فاتجه البعض إلى القول بأنها أساسية بناء على معيار علاقتها بالإنسان وآدميته، فكل حق أو حرية له علاقة بآدمية الانسان فهو أساسي، وذهب البعض الآخر إلى أن معيار درجة الحماية هو المعيار الذي يمكن من خلاله تصنيف الحقوق والحريات الأساسية، والقواعد الدستورية هي الأساس في إعطاء هذه الحقوق والحريات القيمة الأساسية.

ورغم دسترة الحقوق والحريات واكتسابها صفة الأساسية، إلا أن دسترتها تبقى غير كافية للنهوض بها وإرسائها، فأصبح من اللازم البحث عن الآلية التي تضمن حمايتها والمحافظة عليها من المساس بها، وهذه الآلية هي اعتماد الرقابة على الدستورية التي يمارسها القاضي الدستوري، وهو ما عملت به مختلف دول العالم باعتمادها للقضاء الدستوري كضامن للحقوق والحريات الدستورية في شكله القضائي أو السياسي، والغاية المرجوة من اقرار هذه الرقابة هي ضمان احترام السلطات الدستورية لحقوق الانسان الأساسية وحرياته التي تعد جوهر النظام الديمقراطي.

وإذا كانت تلك الحقوق والحريات عرضة للانتهاكات والتعدي فإن ذلك يعد مساسا بالمعنى الحقيقي لذلك النظام، الذي لا يعني فقط حكم الشعب، بل أيضا تمتع هذا الشعب وبكل فئاته بالحقوق والحريات الدستورية بشكل فعلي وواقعي، وهذا الأمر لا يمكن تحقيقه من دون ضمانة واقعية وقوية تحقق السمو المادي للدستور، من خلال هذه الرقابة على الدستورية التي تعد رمزا لدولة القانون[1].

ذلك أن أهمية هذا القضاء تظهر في إضفاء القيمة الدستورية لحقوق وحريات ليست ثابتة بالدستور، من خلال اجتهاداته في هذا المجال، وبهذا عمل على ضبط القواعد الدستورية بما يكفل تطوير معانيها ومراميها لكي تساير التغيرات، ويتعاظم دور القاضي الدستوري فلا يقف عند مجرد دسترة الحقوق والحريات بل يتولى تفسيرها بما يمدها بروح الحياة المتجددة المتطورة[2].

[1]– محمد عبد الرحيم حاتم، اتجاهات القضاء الدستوري في مجال الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، ط1، مركز الدراسات العربية، مصر، سنة 2018، ص31.

[2]– باسل عبد الله محمد باوزير، دور القضاء الدستوري في تطوير مفهوم الحقوق والحريات الأساسية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، تخصص قانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، سنة 2008، ص08.

- **أهمية موضوع الدراسة**

ومن خلال ما سبق يستمد هذا الموضوع أهميته نظريا من العناصر التي يعالجها، فهو يتطرق إلى ثلاثة عناصر مهمة في الدراسات الدستورية وهي الدستور، القضاء الدستوري، الحقوق والحريات الأساسية، وتزداد هذه الأهمية في معالجته للقواعد الدستورية التي تعتبر أساسا للشرعية الدستورية، ومن جهة أخرى التطرق للقضاء الدستوري أيا كان شكله باعتباره ألية جد مهمة في المحافظة على العدالة الدستورية والحقوق والحريات الأساسية، وأحد معاير قيام دولة الحق والقانون، كما يستمد أهميته بالنسبة للتجربة الجزائرية التي تعتبر حديثة مقارنة مع الدول الأخرى في هذا المجال. الى جانب الأهمية العملية المتمثلة في الجانب التطبيقي لاجتهادات القضاء الدستوري في تكريس الحقوق والحريات الأساسية وجعلها تتماشى والتغيرات التي قد تحصل وتوسيع نطاق ممارستها.

- **أسباب اختيار الموضوع**

وعليه تظهر الأسباب الموضوعية في اختيارنا هذا البحث كونه من المواضيع المتجددة خاصة في التجربة الجزائرية، حيث تبنت نظام الدعاوى الدستورية حديثا، وكذلك القيمة الدستورية التي يحظى بها كل من القضاء الدستوري والحقوق والحريات الأساسية باعتبارهما معيارين لتصنيف الدول. ومحاولة الالمام بالدور الذي يقوم به القاضي الدستوري في تحقيق التوفيق بين ممارسة السلطة من جهة باعتبارها ضرورة لاستمرار الدولة، وممارسة الحقوق والحريات الأساسية من جهة أخرى. من خلال تسليط الضوء على كيفية مساهمة القضاء الدستوري في تطوير الأسس الدستورية لنظرية الحقوق والحريات الأساسية وخاصة تلك التي تتجاوز كل من القضاء العادي والقضاء الاداري

أما الأسباب الذاتية فترجع إلى تعلق الباحث بالدراسات الدستورية، وخاصة من جانبها القضائي الذي يلعب دور هام في بناء دولة القانون.

- **أهداف الدراسة**

1- توضيح المعنى الفقهي والقضائي للحقوق والحريات الأساسية وإبراز أهم المعايير التي يمكن من خلالها أن تصنف كأساسية.

2- تسليط الضوء على كيفية تطوير الأسس الدستورية لنظرية الحقوق والحريات الأساسية.

3- معرفة كيف تجاوز القضاء الدستوري المصادر الرسمية للحقوق والحريات الأساسية ودوره الانشائي في الوصول إلى مصادر أخرى خارج النصوص الصريحة للدستور.

4-توضيح كيف تعامل القاضي الدستوري مع نظرية الحقوق والحريات الأساسية في سبيل تجسيدها الفعلي من خلال التصدي إلى تجاوزات جهات تعديل الدستور والسلطة التشريعية المكلفة بتنظيم الحقوق والحريات الأساسية.

5- توضيح كيف استطاع القاضي الدستوري أن يجعل من الحقوق والحريات الأساسية تعمل في إطار من التكامل، وإقامة علاقة فيما بينها.

- **الدراسات السابقة**

مع العلم أننا لسنا السباقين في هذه الدراسة في الجزائر، إذ هناك بعض رسائل الماجستير والدكتوراه التي تتناول الموضوع من زوايا معينة تدور في معظمها حول المقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي في هذا المجال، ومنها أطروحة دكتوراه للباحث علي قاسم ربيع بعنوان "الحقوق الأساسية في ظل المنازعات الدستورية" كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، سنة 2019م، وكان موضوع هذه الأطروحة يدور حول المنازعة الدستورية ودورها في حماية الحقوق الأساسية من التجاوزات التي قد تلحق بها من السلطات العامة في الدولة، حيث تطرق في بحثه إلى مكانة الحقوق والحريات الأساسية من الناحية القانونية ودور القاضي الدستوري من خلال الدعوى الدستورية في حمايتها، بالاضافة إلى أطروحة دكتوراه للباحث عبد العزيز برقوق بعنوان "دور الرقابة الدستورية في حماية الحريات العامة" كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة الجزائر سنة 2016/2015، وكان موضوعها يدور حول الآليات التي يعتمدها القاضي الدستوري في حماية الحريات العامة، وتطرق الباحث إلى الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث للقاضي الدستوري في رقابته الدستورية لحماية الحريات العامة.

- **صعوبات الدراسة**

غير أن ما تجدر الإشارة اليه هو الصعوبات التي واجهناها في إعداد هذا البحث من قلة المراجع المتخصصة في التجربة الجزائرية في مجال الحقوق والحريات الأساسية، وأيضا قلة اجتهادات المجلس الدستوري في هذا الشأن، وهذا ما أثر على إثراء البحث في التجربة الجزائرية. بالإضافة إلى

عدم استقرار المنظومة القانونية في الجزائر، وخاصة الدستور الذي تم تعديله ما جعلنا نضطر إلى مواكبة الجديد الذي أتى به التعديل ليمس مختلف جوانب الأطروحة.

- **اشكالية الدراسة**

نظرا للدور الهام والمميز الذي لعبه القضاء الدستوري في مجال الحقوق والحريات الأساسية باعتبارها من المبادئ ذات القيمة الدستورية التي تحظى بحماية دستورية، وهو الجهة المكلفة بالسهر على احترامها، فقام بدور فعال في هذا المجال، حيث بفضل اجتهاداته ساعد على بناء هذه النظرية ووضع لها أسس قوية، ولمعرفة هذا الدور الذي قام به القاضي الدستوري جاء هذا الموضوع لمعالجة الإشكالية التالية: **ما مدى مساهمة القضاء الدستوري في تكريس وتعزيز نظرية الحقوق والحريات الأساسية، والسمو بها نحو جعلها معيارا أساسيا لدولة القانون؟**

- **منهج الدراسة**

وللإجابة على ذلك سنعتمد في بحث هذه الإشكالية على المنهج الوصفي التحليلي، وهذا في معظم أجزاء البحث، من خلال توظيفه في تقديم بعض التعريفات، وفي وصف وتحليل الاجتهادات التي قدمها القضاء الدستوري بخصوص الحقوق والحريات الأساسية للوصول إلى موقفه منها، بالإضافة إلى الطريقة المقارنة التي اعتمدناها في بعض عناصر هذا البحث محاولين معرفة موقف المحاكم والمجالس الدستورية منها في بعض الأنظمة القانونية لبعض الدول، معتمدين في هذه المقارنة بين الطريقة العمودية وأحينا الطريقة الأفقية.

- **خطة الدراسة**

وبغرض الإجابة عن هذه الاشكالية التي يدور حولها موضوع البحث والتطرق إلى مختلف جوانبه، اعتمدنا تقسيم هذا البحث إلى بابين، وكل باب يتضمن فصلين.

حيث جاء الباب الأول بعنوان: **مساهمة القضاء الدستوري في تكريس الحقوق والحريات الأساسية في نطاق القواعد الدستورية**، ويتكون من فصلين، الفصل الأول بعنوان: مفهوم الحقوق والحريات الأساسية وضمانات تكريسها في الدستور، أما الفصل الثاني فجاء بعنوان: دور القضاء الدستوري في توسيع مصادر الحقوق والحريات الأساسية وتفعيل أسسها الدستورية.

وجاء الباب الثاني بعنوان: **مساهمة القضاء الدستوري في تعزيز الحقوق والحريات الأساسية وجعلها معيارا لدولة القانون والديمقراطية**، وهو بدوره ينقسم إلى فصلين، الأول بعنوان: دور القضاء الدستوري في توسيع نطاق الدعوى الدستورية وحدود الرقابة، أما الثاني: القضاء الدستوري يجعل من الحقوق والحريات الدستورية معيارا لدولة القانون ويكرس تكاملها.

الباب الأول

مساهمة القضاء الدستوري في تكريس الحقوق والحريات الأساسية في نطاق القواعد الدستورية

الباب الأول

مساهمة القضاء الدستوري في تكريس الحقوق والحريات الأساسية في نطاق القواعد الدستورية

نظرا للأهمية البالغة التي تحظى بها نظرية الحقوق والحريات الأساسية سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي، ما جعلها تكون محل اهتمام كبير سواء من الجانب الفلسفي أو الجانب القانوني، وما يزيد هذه النظرية أهمية أنها تتصل اتصالا مباشرا بالإنسان وآدميته، لتضمن له حقوقه وحرياته، فحاول كل من القضاء والفقه إعطاء تعريفا لهذه النظرية مستندين بذلك على عدة معايير مثل معيار درجة الحماية ومعيار علاقتها بالإنسان، وحتى لا تبقى الحقوق والحريات الأساسية مجرد عبارات جوفاء أصبح من الضروري اعتماد آليات تضمن قوتها الالزامية، وأهم هذه الآليات دسترتها حتى تستمد قوتها من طبيعة القاعدة الدستورية، وإناطة تكريسها بجهات القضاء الدستوري الذي يعتمد على مجموعة من الوسائل في تكريس هذه النظرية، أهمها رقابة الانحراف الدستوري الذي قد ينال منها، وتفسير قواعد الدستور على ضوء الحقوق والحريات الأساسية، كما يعتبر توسيع مصادرها من أهم الآليات التي تساعد على تكريسها الفعلي.

وحتى تكون الحقوق والحريات الأساسية في مأمن من كل التجاوزات عمل القضاء الدستوري على تفعيل أسسها الدستورية في سبيل تحقيق العدالة الدستورية، والتوازن بين مختلف القيم الدستورية والمصلحة العامة التي تعتبر بدورها قيمة دستورية، ولإظهار الدور الذي يقوم به القضاء الدستوري في تكريس الحقوق والحريات الأساسية على مستوى القواعد ذات الطابع الدستوري، فقد خصصنا لهذا الباب فصلين، الفصل الأول بعنوان مفهوم الحقوق والحريات الأساسية وضمانات تكريسها في الدستور، الفصل الثاني بعنوان دور القضاء الدستوري في توسيع مصادر الحقوق والحريات الأساسية وتفعيل أسسها الدستورية.

الفصل الأول

مفهوم الحقوق والحريات الأساسية وضمانات تكريسها في الدستور

الفصل الأول: مفهوم الحقوق والحريات الأساسية وضمانات تكريسها في الدستور

يعتبر مصطلح الحقوق والحريات الأساسية حديث النشأة لأنه جاء نتيجة اجتهادات القضاء الدستوري، وجاء هذا المصطلح كنتيجة للعلاقة الوطيدة بين الحقوق والحريات وقواعد الدستور، ويذهب البعض إلى سبب اكتساب هذه الفئة من الحقوق والحريات صفة الأساسية هو الدستور وما يتميز به من سمو، وحتى يكون لهذا الصنف من الحقوق والحريات أثرا قانونيا لابد من افرغها في الدساتير، وإناطة مهمة تكريسها إلى جهات القضاء الدستوري باعتباره حام للحقوق والحريات، فكان لهذا الأخير الدور البارز في تكريسها دستوريا وإضفاء الطابع الأساسي عليها، ومن الآليات التي يستعملها في تكريسها في إطار اختصاصه هي رقابة الانحراف الدستوري، وتفسير قواعد الدستور، حيث لا يقتصر تفسيره على حدود النص الدستوري فقط، بل يعتمد أساليبا مختلفة مما يجعله يصل إلى حقوق وحريات أخرى لم ينص عليها الدستور صراحة، ولمعرفة دور القاضي الدستوري في تكريس الحقوق والحريات الأساسية على مستوى القواعد الدستورية سنحاول معرفة ذلك من خلال مبحثين: المبحث الأول تعريف الحقوق والحريات الأساسية وقيمتها الدستورية، المبحث الثاني مساهمة القضاء الدستوري في تعزيز الأسس الدستورية للحقوق والحريات الأساسية.

المبحث الأول: تعريف الحقوق والحريات الأساسية وقيمتها الدستورية

نظرا لحداثة نظرية الحقوق والحريات الأساسية فإنه لا يوجد تعريفا جامعا لهذه النظرية، إلا أن كل من الفقه والقضاء حاولا إعطاء تعريفا لها وكل منهما يعتمد على معايير معينة، وجل التعريفات تطرقت إلى معيار الحماية من منطلق أنها تستمد قوتها من نصوص الدستور، والطابع الأساسي كذلك تستمده من الدستور ذاته، فأصبح من الضروري في هذا المبحث التطرق إلى مدلول الحقوق والحريات الأساسية في (المطلب الأول)، والدساتير أساس للحقوق والحريات الأساسية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مدلول الحقوق والحريات الأساسية

تعالج فكرة الحقوق والحريات الأساسية الحقوق والحريات التي تدخل ضمن وثيقة الدستور وتعتبر من القيم والمبادئ ذات القيمة الدستورية لارتباطها بالدستور، وما تحظى به من حماية مميزة، وباعتبارها من الضمانات القانونية التي تعترف بها النظم القانونية، ومحاولة لمعرفة مدلول هذا النوع سوف نتطرق إلى ثلاثة فروع، الفرع الأول الحق والحرية، الفرع الثاني تعريف الحقوق والحريات الأساسية، الفرع الثالث موقف الفقه من نظرية الحقوق والحريات الأساسية.

الفرع الأول: الحق والحرية

لعل من اصعب المصطلحات التي يمكن التطرق إلى تعريفهما وتحديد مدلولهما هما الحق والحرية، فهما من المفاهيم التي تبدو واضحة جلية للوهلة الأولى، لكن بمجرد أن يحاول الباحث على وضع تعريف لكل منهما تظهر له حالة من الغموض والابهام، ولعل سبب ذلك هو المدلول العظيم لكل من هاتين الكلمتين باعتبارهما من المصطلحات المتطورة مع الزمن، فيختلف الناس في تعريفهما حسب تأثرهم بالحقب الزمنية والمذاهب العقائدية والسياسية[1].

ولمعرفة مفهوم كل من الحق والحرية سوف نتطرق إلى تعريف كل منهما والمواقف الفقهية المختلفة في تحديد العلاقة بينهما.

أولا: الحق

يعرف بعض الفقهاء الحق بأنه:" الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول لشخص على سبيل الانفراد والاستئثار التسلط على شيء، أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر"[2].

---

[1]– باسل عبد الله محمد باوزير، الرسالة السابقة، ص13.

[2]– اسماعيل ابراهيم البدوي، الحريات العامة والحقوق الفردية في الشريعة الاسلامية والنظم الدستورية المعاصرة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، سنة 2016، ص26.

والحق كلمة ذات أصل أخلاقي ظهر عن طريق المعنى القانوني لأنه غالبا يبسط سلطان القوة على ما تستهجنه قواعد الأخلاق من أفعال باعتبار أنها لا تتماشى وضروريات الحياة والتعايش في جماعة.

وكانت أغلبية التوجهات الفكرية في المجتمع الاوربي متأثرة بالاتجاه الفلسفي لأرسطو التي بنيت على وجود نظام طبيعي للعالم محتواه فكرة العدل، ونظرت إلى القانون الوضعي هو الطريقة الأنجع لتحقيق العدل بين أفراد الجماعة وهذه الفلسفة كانت تنظر إلى الحق بأنه هو العدل بحد ذاته[1].

وهناك اتجاهين في تعريف الحق وهما الاتجاه الشخصي والاتجاه الموضوعي.

1- الاتجاه الشخصي في تعريف الحق:

يتزعم هذا الاتجاه كبار الفقهاء في ألمانيا وعلى رأسهم "كيند شايد" و "تسافيني"، وأسس هذا المذهب على قناعة مفادها الربط بين الحق والارادة، فالحق في وجهة نظر هذا المذهب هو عبارة على قدرة إرادية يتسلط بها الشخص – صاحب الحق- في مجال معلوم وضمن أطر معينة.

ومن البديهي أن هذه السلطة يصونها القانون ويقرها، لأن أنصار هذا المذهب يقومون بالربط بين فكرة الحق وبين صاحبه لأنه صاحب إرادة.

وتعرض هذا المذهب للنقد لأنه يخلط بين أمرين مختلفين ومستقلين بين تعريف الحق كفكرة قانونية وبين المبدأ في استخدام هذا الحق وهو ما يتطلب عنصر الارادة[2].

2- الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق:

حاول أصحاب هذا الاتجاه بناء حججهم على وجود فكرة الحق من خلال الهدف من وجوده ينظرون إليه على أساس أنه مصلحة (فائدة) مادية أو أدبية يوفر لها القانون الحماية أو مصلحة لها بعد مالي يحميها القانون، وعرّف بعضهم الحق بأنه: "مكنة أو رخصة قانونية تهدف لمصلحة مشروعة وتخول صاحبها القيام بعمل أو إجبار آخر على القيام به"[3].

---

[1]- مها علي احسان العزاوي، الحقوق والحريات السياسية دراسة مقارنة بين الدساتير العربية والدساتير الغربية، د ط، دار الفكر والقانون، مصر، سنة 2016، ص32.

[2]- عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ط2، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2017، ص14، 15.

[3]- مها علي إحسان العزاوي، المرجع نفسه ص37.

عمل الفقيه "أهرنج" الابتعاد عن ذكر الارادة في تعريفه للحق حتى لا يقع في الخطأ الذي وقع فيه أصحاب المذهب الشخصي ويبتعد عن الانتقادات، كما ركز الفقيه "أهرنج" على عنصر المصلحة باعتبارها هي جوهر فكرة الحق، مبينا أن هذه المصلحة بحاجة إلى الاعتراف القانوني.

بالرغم من أن المذهب الموضوعي ركز على عنصر جديد في تعريفه للحق ويتمثل في المصلحة وحماية القانون، إلا أنه لم يسلم من النقد لأنه عرف الحق بناء على الغاية وكان من الأفضل أن يقدموا تعريفا أساسه جوهر الحق[1].

ثانيا: الحرية

إن تعريف الحرية هو أمر نسبي يختلف باختلاف الزمان والمكان، ولأسباب عديدة لم يكن للحرية تعريف دقيق ونتج عن البحث في تعريف الحرية اتجاهات عديدة ومختلفة مع أنهم في بعض الأحيان يتفقون على عناصر معينة فيها وهذا ما زاد الأمر تعقيدا[2].

وعليه فكرة الحرية من أكثر الأمور غموضا وإبهاما، لذلك اختلفت تعريفاتها، فهناك فريق من الباحثين يعرّفونها :" حرية التصرف للحاكم صاحب السلطان المطلق".

وعرفها فريق ثاني:" هي حرية الناس في اختيار تجب له الطاعة".

كما عرّفها الفلاسفة بأنها:" اختيار الفعل عن روية، مع استطاعة عدم اختياره أو استطاعة اختيار ضده"[3]، وعرف مونيسكيو:" الحرية هي الحق في فعل كل ما تبيحه القوانين"[4].

ويعرفها هوريو Hourriou: "بأنها مجموعة الحقوق المعترف بها والتي تعتبر أساسية عند مستوى حضاري معين، مما يجعل من الواجب حمايتها حماية قانونية خاصة تكفلها الدولة وتضمن عدم التعرض لها وتبين وسائل حمايتها"[5].

---

[1]– عمار بوضياف، المرجع السابق، ص17.

[2]– جعفر عبد السادة بهير الدراجي، التوازن بين السلطة والحرية في الانظمة الدستورية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2009، ص40.

[3]– اسماعيل ابراهيم البدوي، المرجع السابق، ص25.

[4]– موريس نخلة، الحريات، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 1999، ص12.

[5]– مها علي احسان العزاوي، المرجع السابق، ص24.

وعرّف الاعلان الفرنسي لحقوق المواطن لعام 1789 الحرية بأنها:" القدرة على فعل كل مالا يؤذي الآخرين، فممارسة الفرد لحقوقه الطبيعية ليس لها حدود سوى تلك التي تؤمن لبقية أفراد المجتمع التمتع بالحقوق والقانون هو الذي ينظم الحدود"[1].

ثالثا: طبيعة العلاقة بين الحق والحرية

للبحث في طبيعة العلاقة بين الحق والحرية تبرز العديد من الصعوبات في تحديدها، وذلك راجع إلى سبب عدم التوافق بين مختلف الآراء الفقهية التي أعطت تعريفات مختلفة سواء من حيث العناصر المكونة لكل من الحق والحرية، أو من ناحية أيهما أسبق وأشمل، ولهذا سوف نتطرف إلى أهم الاتجاهات الفقهية التي سعت في تحديد طبيعة العلاقة بينهما.

1- الاتجاه الأول

يزعمون أن هناك اختلاف بين الحق والحرية من مبدأ أن الحق جوهره وأساس وجوده هو فكرة الاستئثار، والحق لا يقرر إلا لصاحبه فقط، أي الأشخاص الذين تم الاعتراف إليهم بالحق وتم إقراره قانونا دون غيرهم، كما يرون أن الحرية هي للجميع يتمتع بها كافة الأفراد دون الحاجة إلى الاعتراف القانوني[2] مدعمين حجيتهم بأمثلة، فالملكية تعد حق من منطلق أنه ينفرد بها شخص محدد بذاته أو عدة أشخاص وذلك بعد الاعتراف القانوني، أما التعبير يعتبرونه حرية (حرية التعبير) فهي للكافة دون استثناء[3].

2- الاتجاه الثاني

يرى جون لوك (1632-1704) أن الحق هو الحرية نفسها ومنه يقرر "لوك" أن الناس جميعا قد ولدوا أحرارا، أي أن الانسان يولد حرا كما يولد مزود بالعقل، وتصبح الحرية عند "لوك" هي حالة طبيعية تميز الوجود الانساني بصفة عامة[4].

وتعتبر الحرية حقا فيقال (الحق في الحرية)، وهي جوهر كل حق، هناك حرية الاختيار يتمتع بها صاحبها في تحديد الوسائل والمضامين التي بها يمارس الحق، مثلا حق التعليم هو من الحقوق

---

[1]- محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص296.

[2]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص26.

[3]- عبد العزيز برقوق، دور الرقابة الدستورية في حماية الحريات العامة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، الجزائر، سنة 2015-2016، ص71.

[4]- اسماعيل إبراهيم البدوي، المرجع السابق، ص27.

المعترف بها قانونا وصاحب هذا الحق يملك الحرية في اختيار نوع التعليم والمدرسة التي بها يدرس، وكل من الحق والحرية يمنحان لصاحبهما مكنة أو صلاحية التمتع بها طوعا باختياره[1].

وفي هذا المعنى ، أوضح العميد "قيدل" معتبرا الحرية حق في تعريفه للحرية معتبرها:" هي حق كل فرد في أن يقرر مصيره بنفسه، أي أن يتصرف في مجالات محددة كما يراه مناسبا"[2].

3- الاتجاه الثالث

يحاول هذا الاتجاه التوفيق بين الاتجاهين السابقين، وينطلق مبدئيا من رأي الاتجاه الثاني على أساس أن الحرية هي للجميع دون استثناء، إلا أنه يحاول تقريب وجهات النظر بين الاتجاهين ويجعل الحرية نوع خاص من أنواع الحقوق[3]، أقام أصحاب هذا الاتجاه التوفيقي حججهم على أن هناك حقوق نستطيع أن نطلق عليها مصطلح الحق والحرية في آن واحد وهي الحقوق السلبية التي لا تتطلب تدخل من الغير للتمتع بها مثل حق التنقل فهو حق وحرية في نفس الوقت (حق التنقل، حرية التنقل)، يذهب أنصار هذا الاتجاه التوفيقي أن الحق والحرية يرجعان إلى طبيعة واحدة وأن التفرقة بينهما هي شكلية لا غير، فالحق ماهو إلا مظهر أساسي من مظاهر الحرية[4].

مهما اختلفت الآراء الفقهية في تحديد مفهوم كل من الحق والحرية وطبيعة العلاقة بينهما ففي جميع الأحوال فإن الحريات الديمقراطية من منبع واحد بناء على تقسيمات الحقوق، وما يجعل لهما مركزا قانونيا واحدا، أن كلاهما من واجبات الدولة توفير الحماية لهما على أساس المساواة[5].

الفرع الثاني: تعريف الحقوق والحريات الأساسية

نظرا للاختلافات التي دارت حول إعطاء تعريف الحقوق والحريات الأساسية سواء من الجانب القضائي أو الفقهي وتطرقنا إلى هذه التعريفات من خلال عنصرين، أولا التمييز بين الحقوق والحريات الأساسية والحقوق والحريات العامة، ثانيا أوجه الاختلاف بينهما.

ينظر إلى الحقوق والحريات الأساسية على أساس كونها من الضمانات القانونية التي يحددها ويعترف بها نظام قانوني معين، خاصة إذا كان-هذا الأخير في ذاته يستمد مركزه القانوني وشرعيته

[1]- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط2، دار الشروق، مصر، سنة 2000، ص52.

[2]- موريس نخلة، المرجع السابق، ص71.

[3]- عبد العزيز برقوق، الأطروحة السابقة، ص31.

[4] -باسل عبد الله محمد باوزير، الرسالة السابقة، ص17.

[5]- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع نفسه، ص52.

وقبوله العام من جوهر الحقوق والحريات الأساسية الغير قابلة للتصرف، فالحقوق والحريات الأساسية تضمن للأفراد الخاضعين للنظام القانوني مباشرة وبقوة القانون دون وضع أدنى شروط للتمتع بها[1].

إن الحقوق والحريات الأساسية لا تجسد إلا القيم الأساسية التي لا يمكن للإنسان التخلي عنها أو التصرف فيها، وتعتبر قيم لصيقة بشخص الانسان، وما يمنحها الطابع الأساسي وهو ضرورة تمتع الانسان بها.

وهناك البعض يعتبرونها أساسية ليس لقيمتها وحاجة الانسان إليها، إنما يعتبرونها على أساس درجة الحماية التي تحظى بها. لأنها مدونة في الوثيقة الدستورية هذا ما يجعلها تحظى بمركز أساسي[2].

وهكذا فإن الحقوق الأساسية هي التي تستفيد من حماية القاعدة العليا، مع أنها متصلة بالإنسان ومن خلال هذين المعيارين يمكن أن يكتمل تعريفها[3].

وفي هذا الصدد يعتقد كل من "لويس فوفري" و "أوتو بيفرمان" الحقوقيين أنه لن تكون هناك حقوق أساسية دون أن ينص بوضوح على هذه الحقوق في الدستور أو اتفاقية دولية وأن تكون حمايتها تحت اشراف قضائي من إساءة استخدام المشرع، زيادة على ذلك فقد دحض "لويس فافوري" الشكوك المتعلقة بفردية الحقوق الأساسية، لأنه يذكر أن سلطة هذه الحقوق في التقاضي لا ترتبط بالضرورة بتطبيقها الشخصي لأن الاشراف الدستوري يسمح بحماية الحقوق والحريات الأساسية من انتهاكات السلطة العامة[4].

وعملا بمعيار درجة الحماية يمكن أن تعتبر الحقوق والحريات الأساسية إذا توافرت فيها هذه الشروط، كما أن الحقوق والحريات التي تتمتع بحماية دستورية أو نصوص أوروبية او دولية (معاهدات) بغض النظر عن مدى أهيمتها للإنسان.

---

[1]– محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2017، ص37.

[2]– آلاء محمد الفيلكاوي، دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة، دراسة مقارنة، د ط، المكتب الجامعي الحديث، مصر، سنة 2018، ص84.

[3] -Arnaud REMEDEM, La protection des droits fondamentaux par la cour de justice de l'union européennes, thèse pour le doctorat en droit, université d'Auvergne Clermont, saint Etienne, p05

[4] -Mohamed Mounir HASSANI, constitutional protection of fundamental rights in the Algerian constitutional system, law voice magazine, 6th volume, N °01, Khemiss Miliana university, Algeria, 2019, p316-317

كما تعتبر الحقوق الأساسية تلك الفئة من الحقوق التي يعترف بها الدستور ويقرها صراحة وهو يؤكد على تلك المعايير التي لا يمكن للناس ان يعيشوا دونها بكرامة[1].

والمقصود بالحريات والحقوق الأساسية كما عرفها الفقيه السويسري "أندرياس أوور" في دراسة له في مجلة "Aovoirs" العدد 43، 1987 ص 87 وما يليها، واعتمد في هذا التعريف الوفد الفرنسي إلى المؤتمر الثامن للمحاكم الدستورية الذي عقد في أنقرة من 07 إلى 10 أيار 1990 و" هي مجموعة الحقوق والضمانات التي يعترف بها النظام الدستوري للأفراد في علاقاتهم مع السلطات في الدولة وهذه الحقوق هي أساسية[2].

تعريف امانويل برين (Emmanual Breen) عرفها على أنها:" حقوق الانسان التي تلتزم الدولة على احترامها وفرض احترامها على أساس نصوص القانوني الدولي أو النصوص الدستورية، كما عرفتها "كونستتنس فراو" وهي قاضية في المحكمة الدستورية الألمانية الحقوق الأساسية على أساس معيار اختصاص المحكمة الدستورية الألمانية مستندة على اجتهادها وعرفتها بـ" الحقوق الأساسية هي عناصر لنظام قيم اساسه القانون الأساسي (الدستور الألماني)، لها طابع موضوعي وتسمح إلى تقوية الحماية الشخصية، ومن جهة أخرى تفرض على الدولة التزامات ايجابية لتنمية الحقوق الأساسية"[3].

إن الحقوق والحريات الأساسية[4] تتمتع بحماية أكبر وأشمل وأقوى من حقوق الانسان ذات الصبغة الفلسفية، كما تحتل مركز قانوني يسمو على مركز الحريات العامة[5].

ولا نقصد لكي تصف الحقوق بأنها أساسية لابد من ذكر عبارة أنها أساسية في صلب الدستور بل يكفي أن تكون الموضوعات التي احتواها الدستور، لأنه بمجرد دسترة هذا الحق او الحرية مباشرة

---

[1]– رداوي مراد، مساهمة المجلس الدستوري الجزائري في حماية الحقوق والحريات، مجلة الفكر، العدد 14، المجلد12 ، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ص421.

[2]– وليد عبلا، دراسات في القانون الدستوري اللبناني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2018، ص657.

[3]– علي قاسم ربيع، الحقوق الأساسية في ظل المنازعات الدستورية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2019، ص54.

[4]– وفي ألمانيا تعتبر حقوق أساسية الحقوق التي تهدف إلى حماية حرية الفرد هي مواجهة تدخل السلطة العامة مؤكدة ذلك بقولها:" يمثل فيها الأفراد صفة الدائن يمثل الدولة فيها صفة المدين..."، أنظر: أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص47.

[5]– سعيد بوالشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2017، ص33.

تكتسب صفة الأساسية نسبة للنص الدستوري الذي يحتويها، ومعظم الدساتير لم تفرق بأي شكل من الأشكال بين الحقوق والحريات، التي تتضمنها الوثيقة الدستورية فكلها على صعيد واحد[1].

ولعل الفضل في اضفاء الطابع الأساسي على الحقوق والحريات هو انتشار الدساتير المكتوبة واحتوائها للحقوق والحريات، فأصبحت في الوقت الحالي حقوقا وحريات أساسية، مما حتّم ضرورة توفير الحماية لها، وما يمكن أن يستخلص أن الحقوق والحريات الاساسية هي مدسترة مع توفير الحماية[2].

أولا: التمييز بين الحقوق والحريات الأساسية والحقوق والحريات العامة:

ذهب رأي فقهي إلى أن الحريات العامة "هي مجموعة الحقوق الجوهرية الأساسية التي تعتبر في الدولة الحديثة والليبرالية لازمة لحرية حقيقية" يتضح من هذا المفهوم أنه استعمل تعريفا واسعا للحريات العامة لتشمل كل ما تحتاجه كرامة الانسان من شروط حتى تصان ولا تنتهك[3].

ونظرا لتطور الحياة في مختلف جوانبها جعل الحقوق والحريات هي بدورها تزداد من حيث التنوع تماشيا متطلبات الحياة والمستجدات الحاصلة، والشيء الذي يضفي طابع العمومية على الحقوق والحريات هو تدخل سلطات الدولة لتنظيمها ومعالجتها[4].

ويتغير وصف الحريات العامة بناء لواجب الدولة تجاه هذه الحريات ومدى التزام الدول بحمايتها فتختلف بين الحريات السلبية والحريات الايجابية، فالحرية السلبية هي التي تفرض على الدولة واجب عدم التدخل، أما الحريات الايجابية فهي تلك الحريات التي يتوجب على الدولة التدخل لتنظيمها ووضع الضوابط والأطر لممارستها[5].

وهذا ما يطلق عليه في الفقه الدستوري بالحقوق الدستورية الايجابية والسلبية، فالدساتير قد تتضمن حقوق ايجابية كما قد تتضمن حقوق سلبية، وتعرف الحقوق السلبية في الفقه الألماني بتلك

---

[1]– أحمد كربوعات، حماية المجلس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، مذكرة ماجستير، تخصص حقوق الانسان والحريات العامة، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، سنة 2015، ص69.

[2]– عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دط، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2001، ص162.

[3]– آلاء محمد الفيلكاوي، المرجع السابق، ص76.

[4]– خاموش عمر عبد الله، دور السلطات الثلاث في حماية الحقوق والحريات، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2019 ، ص17.

[5]– حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2012–2013، ص24.

الحقوق الدفاعية تحمي المتمتع بها من كل تجاوزات قد تصدر من سلطات الدولة، وعلى حد قول قضاة المحكمة العليا الأمريكية السابقتين معتبرين الحقوق السلبية بمفهوم مختصر وهو (حق الشخص أن يترك بمفرده) [1].

ولم يكن تعريف الحقوق والحريات العامة مستقرا على حال ويتغير بالاتجاهات الفلسفية فكل اتجاه يعطي مفهوما حسب التوجه الذي يميل إليه، وهذه التوجهات تختلف من حيث اعطاء المعنى الجوهري للحقوق والحريات والضمانات التي يمكن توفيرها حسب كل مختلف الاتجاهات الفلسفية.

1- الحقوق والحريات العامة من منظور الاتجاه الاشتراكي:

إن الحقوق والحريات في النظام الاشتراكي لا يمكن أن تمارس في كل الاتجاهات بالنسبة للمجتمع الاشتراكي وممارسة هذه الحقوق والحريات يكون الغرض منه الوصول إلى أهداف النظام الاشتراكي وتقويته[2]. وظهرت الفكرة الاشتراكية التي تلزم الدول بتحقيق العدالة الاجتماعية بين الأفراد والحياة بتنظيم المجتمع عن طريق التدخل المباشر في تنظيم الملكية الجماعية وإدارة وتسيير المشروعات العامة الانتاجية، وتوجيه الأنشطة الاقتصادية وما يترتب عنه تقييد الحريات الاقتصادية للأفراد، كما ان النظام الاشتراكي يعمل على الغاء الملكية الفردية لوسائل الانتاج[3].

فنظرية المذهب الاشتراكي ترى أن الحقوق والحريات تبنى على أسس، منها تهيئة البيئة الاقتصادية وأن يكون للدولة الدور الايجابي، يجب اعطاء الّاولوية للحريات الاقتصادية والاجتماعية[4].

وحسب نظرية ماركس أنه لا يمكن التجسيد الفعلي لحقوق الانسان وحرياته للحد من اعاقة النشاط الثوري، لأن هذه الحقوق والحريات ماهي إلا امتيازات للطبقة التي يجب القضاء عليها، ويرى أن النظام الاشتراكي[5] هو الذي يحقق مجتمعا خال من الطبقية، وتستطيع الدولة الاشتراكية الاعتراف الفعلي والمعنى الحقيقي بحقوق وحريات الأفراد.

---

[1]- محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية ، المرجع السابق، ص09.

[2]- خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص19.

[3]- اسماعيل ابراهيم البدوي، المرجع السابق، ص37.

[4]- علي قاسم ربيع، الأطروحة السابقة، ص47.

[5]- جاء الدستور الجزائري لسنة 1976 في فصله الثاني يحدد الاتجاه الذي تتبناه الدولة في تلك الفترة وهذا الاتجاه الاشتراكي معبرا عن ذلك بـ: الاشتراكية اختيار الشعب الذي لا رجعة فيه.

فالحرية في منظور الاتجاه الماركسي يمكن أن تتحقق إلا من خلال القضاء على الدولة الطبقية[1].

ومن أجل الوصول إلى أهداف الاتجاه الاشتراكي دعا الكثير من المفكرين منذ القرن 19م إلى تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي، وحماية العمال من استبداد الرأسمالية وكان "سان سيمون" من أكبر المنتقدين إلى أسلوب الملكية الخاصة ونظام الميراث واستبعاد العمال ونادى بأن تكون الدولة هي التي تتولى عملية الاشراف وإدارة الانتاج وتحتكر عمليات الائتمان[2].

كما كانت الحريات السياسية في المنظور الاشتراكي هي نظرة مجردة لا معنى لها وليس لها أية قيمة إذا لم يتم ضمان لقمة العيش الكريمة للفرد، وكانوا يعطون للحريات الاقتصادية والاجتماعية أولوية على باقي حريات والحقوق الأخرى[3].

2- الحقوق والحريات العامة من منظور القانون الطبيعي:

ينظر هذا الاتجاه إلى الحقوق والحريات العامة على أساس أنها حقوق طبيعية للإنسان أي أنها حقوق لصيقة بطبيعة الانسان وبناء على هذه النظرية فإن انصارها يرون أن الانسان صالح وسعيد بطبيعته لا يقوم بأي عمل إلا كان محترما لقانون العقل[4].

تمتد جذور هذه النظرية إلى الفكر اليوناني القديم والفكر والمسيحي يدّعون أنصارها أن هناك قانون طبيعي ومبادئ وقواعد شاملة وثابتة مستوحاة من الله عز وجل والعقل.

ويعتبر غيروسين (Groluis) من الاوائل الذين عملوا على إضفاء فكرة الحرية الشخصية بصياغتها صياغة علمية كانت بمثابة نقطة انطلاقه لنظرية الحقوق الفردية والحريات العامة[5].

وكان أنصار هذا المذهب يزعموا أن هناك نوع من الحقوق لا تحتاج الاعتراف بها من طرف الجهة المختصة بالتشريع لأنها طبيعية فهي متواجدة مع الانسان باعتباره انسانا، كما يعتبرونها من الأساسيات لأن في غيابها لا يستطيع الفرد أن يعيش ويتمتع إذا انعدمت كما يعتبرون أي قانون

---

[1]- رشيدة العام، الحرية الفردية في المذهب الاشتراكي والاجتماعي، مجلة العلوم الانسانية، العدد 10، المجلد 06، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، سنة 2006، ص03.

[2]- اسماعيل ابراهيم البدوي، المرجع السابق، ص39.

[3]- رشيدة العام، المقال نفسه، ص05.

[4]- أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية، د ط، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1995، ص42.

[5]- علي صبري حسن، دور السلطة التشريعية في تقييد الحقوق والحريات العامة (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2019، ص29.

مخالف لها ولا يتماشى معها فهو غير شرعي، هذا ما يجعل من ضرورة احترام القانون الوضعي لهذه الحقوق والحريات، كما تعتبر حدا لا يمكن تجاوزه، ومن واجبات القانون الوضعي أن يوفر كل الضمانات لعدم انتهاك هذه الحقوق الطبيعية[1].

كما تنظر مدرسة الحق الطبيعي إلى القضاء الدستوري أنه هو الجهة المكلفة بحماية الحقوق والحريات الطبيعية مستندة في أن أصل وسبب وضع الدساتير هو حقوق الانسان وهذا ما تطرق إلى العلامة (Louis Favoreu) يرى أن "الحقوق الأساسية لا تتوقف عن اعلانها في الدساتير بل يمكن أن تكون تجسيدا لتفاصيل استخلصها المجتمع من تفاصيل حياته اليومية"[2].

ومصطلح حقوق الانسان في هذه النظرية مفاده أن الحقوق التي يجب أن يتمتع بها كل البشر بالنسبة إلى آدميتهم فهذه الحقوق ليست منحة من الدولة، كما أن الدولة لا تستطيع أن تحرم منها كل آدمي ولديها ضمانات على المستوى الدولي والمحلي[3].

وتعتبر الكرامة الانسانية من أهم الحقوق الطبيعية واللصيقة بالإنسان يولد حرا بكرامته لا يحتاج إلى اعتراف قانوني فهي ثابتة ومتواجدة بوجود الانسان فكل البشر يتمتعون بالكرامة من منطلق أنها متأصلة وطبيعية[4].

3- الحقوق والحريات العامة في نظرية العقد الاجتماعي:

فحوى هذه النظرية أن نشاط الدولة مبني على عقد يربط بين أفراد المجتمع الذين يعيشون في الدولة الواحدة... وهو نظرية قديمة أصلها في الفلسفة اليونانية (أرسطو) وفي القرون الوسطى، وكان توماس هوبز (1588-1679) في نظريته أن الانسان فاسد بطبيعته لا يمكنه أن يعيش منعزلا كما يعتبر أن كل فرد عدوا لكل فرد فهو في حالة حرب شاملة مع أن الانسان لديه غرائز تدفعه للبحث عن السلام خوفا من الموت[5].

---

[1]- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص34.

[2]- الأمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون، دراسة مقارنة، دط، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، سنة 2002، ص283.

[3]- علي معزوز، الأطروحة السابقة، ص25.

[4]- وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الانسانية في القضاء الدستوري (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، دار الفكر والقانون، مصر، سنة 2014، ص75.

[5]- علي صبري حسن، المرجع السابق، ص30.

وكان هوبز من المؤيدين إلى النظام السلطي قائلا:" بأن سلطة الحاكم يجب أن تكون مطلقة لا تحتمل نزاعا". ويبرز تبيني الحكم الاستبدادي المطلب بما أسماه حيوانية الانسان التي لم تنجح المدنية في القضاء عليه، وفي نطاق تطبيق الأفكار السلطية وكان من اسوء النتائج المترتبة عنها هي اختفاء الحريات العامة بمعناها الحقيقي[1].

أما نظرية جون لوك (1632-1704) كان لوك مخالفا لما يعتقده هوبز بخصوص وصف الحالة التي تسود البشرية، فكان لوك من أكبر الفلاسفة الذين ينادون بتقييد سلطة الحاكم والاهتمام بالحريات وغايتها على عكس هويز كان تصوره للإنسان أنه خيّر بطبعه يعيش في حالة سلام وحرية ومساواة مطلقة وفقا للقانون الطبيعي، وكان ينظر إلى العقد الذي يربط بين الحاكم والشعب يجب أن يكون التنازل للحاكم بالقدر الذي يوفر حرية الأفراد وحقوقهم وحمايتهم ولا يمكن التنازل الكلي للحاكم فيما يخص هذه الحقوق والحريات[2].

نظرا للتطورات الحاصلة على المستويات السياسية والاجتماعية والاقتصادية ذهب أنصار مذهب العقد الاجتماعي إلى أن هذا العقد هو أساس وجود السلطة وشرعيتها لأنه يوفر ضمانات حمايتها للحقوق والحريات، وفي القرن 18 ظهرت الحاجة إلى التمسك بالحقوق والحريات الأساسية تحت عنوان حقوق الانسان[3].

4- الحقوق والحريات في المذهب الليبيرالي

والحرية في المفهوم الفقهي الليبيرالي بأنها القدرة على القيام بما أريده، وبالتالي فإن الحقوق الفردية هي وحدها التي تتمتع بقيمة مطلقة وذلك على نحو سلبي، كما يجب أن يمنح الأفراد أكبر فرصة ممكنة حيث لا يعيقهم الآخرون في اختياراتهم، وتكون خالية من التدخل الخارجي من طرف الحكومات أو المواطنين العاديين في حدود إمكانية قيام الآخرين بفعل نفس الشيء، وفي هذا الاتجاه الليبرالي الذي يرى أن الانسان هو حامل الحقوق والحريات والدولة بوصفها سلطة لحمايتها[4].

---

[1]- أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص48.

[2]- الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2011، ص ص39، 40.

[3]- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص34.

[4] -Luis Coté, l'état démocratique fondamentales et défis, presse de l'Université Quebéc, Canada, 2008, p128.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين الحقوق والحريات الأساسية والحقوق والحريات العامة

من الأمور المعتادة أن الفقه والقضاء يستخدم تعبير الحقوق والحريات العامة وفي بعض الأحيان يستعمل مصطلح الحقوق والحريات الأساسية، فماهي أهم مميزات الحقوق والحريات الأساسية عن الحقوق والحريات العامة؟

ما يميز الحقوق والحريات الأساسية أنها محمية دستوريا أو دوليا وأنها تعتبر معيارا هاما في تصنيف الدول من حيث الخضوع للقانون وتستمد من أجيال الحقوق المختلفة سواء الجيل الأول أو الثاني أو الثالث أي من كل الحقوق التي لها علاقة بالحرية Les droits llibertés [1].

كما أن الحقوق والحريات العامة كانت كأصل عام محل حماية في مواجهة السلطة التنفيذية لا غير، بينما الحقوق والحريات الأساسية تتمتع بشمولية الحماية في مواجهة كل السلطات داخل الدولة سواء كانت السلطة التنفيذية أو التشريعية وحتى السلطة القضائية[2].

وتختلف الحقوق والحريات الأساسية عن الحقوق والحريات العامة من حيث الجهة المختصة للفصل في النزاع، فبالنسبة للحقوق والحريات العامة تكون جهات القضاء العادي أو الاداري هي التي تختص بالنظر في حال المنازعات وانتهاك حرية من الحريات العامة، أما الحقوق والحريات الأساسية فالجهة التي يؤول إليها الاختصاص هي جهات القضاء الدستوري سواء كانت محاكم دستورية أو مجالس دستورية، كما يمكن ان يختص بها القضاء الدولي[3].

وإمكانية تطبيق القواعد الدستورية المتضمنة الحقوق والحريات الأساسية مباشرة، وهناك اختلاف بين النظم القانونية فمنها من يرفض التطبيق المباشر للقواعد الدستورية، ومنها من يعمل على تطبيق النص الدستوري مباشرة إذا تعلق الأمر بالحقوق والحريات الدستورية، ومثل ذلك الدستور البرتغالي حسب ما تنص المادة 18 منه:" القواعد الدستورية المرتبطة بالحقوق والحريات تطبق مباشرة وتفرض نفسها على الهيئات العامة والخاصة[4].

إن ارتباط فكرة الحقوق والحريات الأساسية بفكرة حقوق الانسان، لأن الحقوق الأساسية ماهي إلا حقوق الانسان تم ادراجها في المنظومة القانونية الداخلية وافراغها في الدساتير، وهذا الارتباط يؤكد

[1]– بودنة محمد، جدلية العلاقة بين السلطات الدستورية في حماية الحقوق والحريات، حوليات كلية الحقوق، عدد 01، المجلد 06، جامعة وهران 02، الجزائر، سنة 2014، ص59.

[2]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص161.

[3]– آلاء محمد الفيلكاوي، المرجع السابق، ص85.

[4]– بودنة محمد، المقال نفسه، ص69

على عالمية الحقوق والحريات الأساسية من خلال الرجوع إلى أصلها ومادتها الأولى المتمثلة في حقوق الانسان على شكل عهود ومواثيق دولية سواء كانت قارية أو دولية خاصة تلك الحقوق اللصيقة بالإنسان، ولا يمكن أن يتخلى عنها كالكرامة الانسانية، الحق في التحرر من العبودية فكلها مفاهيم يتغلب عليها الطابع الدولي[1].

كما يمكن للحقوق والحريات العامة أن تتحول إلى حقوق وحريات أساسية إذا ما تم دمجها في الدستور أو تضمنها البرلمان بنصوص قانونية تكون الجهة التي تنظر في منازعاتها هي القضاء الدستوري، وسارت الدساتير الحديثة في اتجاه تضمين الحقوق والحريات في صلبها لتكون بعيدة عن إرادة الممارسين للسلطة[2].

الفرع الثالث: موقف الفقه من نظرية الحقوق والحريات الأساسية

اختلف فقهاء القانون الدستوري في تحديد القيمة الدستورية للحقوق والحريات الأساسية، فمنهم من يرى أن هناك تفاوت بينها وليست على درجة واحدة، ومنهم من يرى أنها على مستوى واحد، ولمعرفة موقف الفقه تطرقنا (أولا) الاتجاه المنادي بوجود تمييز بين الحقوق والحريات الأساسية، (ثانيا) الاتجاه المنادي بوحدة الحقوق والحريات الأساسية.

أولا: الاتجاه المنادي بوجود تمييز بين الحقوق والحريات الأساسية

إن الفقهاء الذين يدافعون على فكرة سمو الحقوق الأساسية لأنهم ينظرون إلى هذه الحقوق والحريات أنها متباينة وليست على درجة واحدة، وكانوا يصنفونها على درجات منها من يحتل المرتبة الأولى ومنها من يحتل المرتبة الثانية وأخرى مرتبة ثالثة...الخ، كما يقترحون أنه في حالة تنازع بين نصوص الدستور فإنه يجب تطبيق القواعد الدستورية التي تحتل أعلى مرتبة[3].

يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى احداث تدرج بين النصوص الدستورية التي تنص على الحقوق والحريات معتمدين في ذلك على العامل الزمني معتبرين أن الحقوق التي تمثل الجيل الأول وهي المدنية والسياسية تسمو على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، معتبرين هذه الأخيرة جاءت في مرتبة ثانية بناء على تاريخ ظهورها، الجيل الثالث كالحق في البيئة يحتل المرتبة الثالثة، كما يزعمون

[1]– معزوز علي، الأطروحة السابقة، ص39، 40.

[2]– محمد عبد الحميد حاتم، المرجع السابق، ص296.

[3]– محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية (دراسة تحليلية نقدية)، ط1، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2007، ص124.

أن هناك مبادئ دستورية تعتبر هي الأصل لمبادئ أخرى ما هي إلا امتداد للمبادئ الأولى ومنه يقرون سمو المبادئ الأصلية على المبادئ الفرعية حسب وجهة نظرهم[1].

وقد استند أيضا هذا الاتجاه على ما أقره المجلس الدستوري الفرنسي في ضمانة وحماية الحقوق والحريات الأساسية بالنظر إلى مضمونها ووصولا إلى نتيجة مفادها أن المجلس الدستوري الفرنسي يقيم نوع من التدرج[2] الموضوعي بين نصوص الدستور[3].

ثانيا: الاتجاه المنادي بوحدة الحقوق والحريات الأساسية

ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسي ويمثل الأغلبية أن كل الحقوق والحريات الأساسية هي من مرتبة واحدة ولا يوجد أي تفاوت بينها. فكلها على صعيد واحد، وكانوا ينتقدون الاتجاه المنادي بوجود فوارق بين الحقوق والحريات الدستورية، مقيمين حججهم على قرار المجلس الدستوري الفرنسي في 16 يناير 1982[4]، معتبرين حتى لو فرض المجلس الدستوري نظام الترخيص لبعض الحريات واعفاء البعض الآخر من نظام الترخيص إلا أنه يبقى في الأخير أنه اعترف بالقيمة الدستورية لهذه الحقوق التي فرض فيها الترخيص، معتبرين أن هذا الترخيص ما هو إلا لتحديد درجة الحماية لبعض الحريات ولا يمكن أن يفسر على أساس أنه تدرج بين الحقوق والحريات الأساسية[5].

ويعتمدون أيضا الرأي المنكر لوجود أي تدرج بين الحقوق الأساسية التي تم افراغها في الوثيقة الدستورية أو تلك التي لها قيمة دستورية حتى لو كانت خارج الوثيقة الدستورية مؤسسين حجتهم على مبدأ أن الدستور وحدة واحدة ولا يمكن تجزئته وأن كل النصوص الدستورية هي واحدة مكملة لبعضها

---

[1]– علي قاسم ربيع، الأطروحة السابقة، ص203.

[2]– وما يلاحظ على المؤسس الدستوري الجزائري بخصوص هل هناك تدرج بين النصوص الدستورية أم لا فإن موقفه غامض نوعا ما ففي بعض الأحيان يستعمل مصطلح الحقوق والحريات وفي بعض الأحيان يستعمل مصطلح الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطن، أنظر المادتين 188 و112 من التعديل لدستوري لعام 2016.

[3]– محمد فوزي نويجي، المرجع نفسه، ص125.

[4]– في هذا القرار أعطى المجلس الدستوري الفرنسي تعريفا لحقوق الانسان الطبيعية، مستندا على المادة 2 من اعلان 1789 التي تنص على" إن الهدف من كل اتحاد سياسي هو الحفاظ على حقوق الانسان الطبيعية والتي لا تسقط بالتقادم وهي الحرية والملكية والأمن ..." هذا ما جعل الفقه الفرنسي ينظر إلى أن هذه الحريات التي ذكرها المجلس تعلو وتسمو على باقي الحقوق والحريات الأساسية الأخرى، وللمزيد أنظر:- CC n 81-132- DC D16-01 1988على الموقع الالكتروني: www.conseilconstitutienellte.fr.

[5]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص159.

البعض، ومنه لا يمكن القول أن الاعلان الفرنسي لعام 1789 يسمو على الديباجة أو نصوص الدستور تسمو على الاعلان والديباجة[1].

والاتجاه المنادي بوحدة القواعد الدستورية وجه انتقاداته إلى الاتجاه الاول معتبرا أن فكرتهم كان سببها هو تأثرهم بالظروف السياسية التي أجبرتهم على اعتماد مثل هذه الأفكار، وأن وجهة نظرهم لها بعد سياسي وليس لها أي مبررات قانونية حسب رأي الفقيه الفرنسي "فيليب ترنيير"، كما يضيف الفقه حجة أخرى مفادها أن تدرج القواعد الدستورية من شأنه أن يؤدي إلى عدم دقة القيمة القانونية للقاعدة الدستورية ويجعل منها نسبية تختلف من حيث القوة حتى لو كان مصدرها واحد[2].

لقد ظهرت اختلافات فقهية حول تدرج القواعد الدستورية[3]، وكان لكل جهة وجهة نظر ومبررات يدافعون بها عن أفكارهم، ولكن في الأخير يرجع القرار الصائب إلى جهة القضاء الدستوري التي تتولى صلاحية تفسير النصوص الدستورية والسؤال المطروح: كيف تعامل القضاء الدستوري مع نصوص الدستور؟

والاجابة على هذا السؤال ستكون من خلال المطلب الخاص بمناهج تفسير نصوص الدستور في الفرع الخاص بالمنهج التكاملي لنصوص الدستور.

المطلب الثاني: الدساتير أساس للحقوق والحريات الأساسية

تتأثر الحقوق والحريات بمجرد افراغها في الدستور، حيث تكتسب صفة القاعدة الأساسية، فالحقوق والحريات الأساسية هي حقوق سابقة لوجود الدستور، لكن بمجرد دسترتها تتمتع بالسمو والرفعة فأصبحت تتأثر بالدساتير، وتكتسب قيمتها من قيمة الدستور، وسنوضح من خلال هذا المطلب اهتمام الدول بدسترة الحقوق والحريات الأساسية، ففي الفرع الأول: بعض النماذج للدول الغربية في التكريس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية ، الفرع الثاني: بعض النماذج للدول العربية في التكريس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، الفرع الثالث: التكريس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية في الدساتير الجزائرية.

---

[1]– علي قاسم ربيع، الأطروحة السابقة، ص213.

[2]– محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص107.

[3]– أقام الدستور الاسباني تدرجا بين الحقوق، فحدد نوع من الحقوق يمكن الدفاع عنها مباشرة أمام القضاء عن طريق دعاوى الأفراد ونوعا آخر من الحقوق يقيد المشرع فقط، إلا أنه لا يمكن إثارته أمام القضاء إلا بالطريق الذي يحدده القانون، أنظر: أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص61.

يلعب الدستور الدور المحوري في فكرة الحقوق الأساسية التي تجد أصل وجودها في الدستور في حد ذاته، فهي تتأثر به بما للدستور من بعد قانوني وسياسي[1].

ويحتوي الدستور على صنفين من المبادئ الأولى لها علاقة بتنظيم السلطات العامة للدولة والصنف الثاني حقوق الأفراد وحرياتهم، ومنه يعتبر الدستور هو الضمانة الأساسية لتحقيق التوازن بين ضرورة وجود السلطة السياسية من جهة وحماية الحقوق والحريات من جهة أخرى، ومن أهم النتائج المترتبة على دمج الحقوق والحريات في صلب الدستور هو اكتسابها صفة السمو الذي تستمده من طبيعة القاعدة الدستورية وفي ذلك يقول منظرو الثورة الفرنسية إن "أي دولة لا يضمن دستورها حقوق وحريات الأفراد بالشكل اللازم لا دستور لها"[2].

ولهذا وصل الفقه الدستوري إلى نتيجة لزوم الربط بين القانون الدستوري وبين النظام الديمقراطي الحر، وحتى تكون الوثيقة الدستورية كاملة من جميع الجوانب فإن دورها في النظام الديمقراطي لا يقتصر على شكل الدولة وتنظيم السلطات فقط، كما لم يعد الدستور ينطوي على الجانب السياسي بل يجب أن يتخطى هذه الحدود ويصل إلى درجة سمو الأهداف التقليدية ليصبح عبارة عن صمام أمان للحقوق وحريات الأفراد[3].

وافراغ الحقوق والحريات في الوثيقة الدستورية أصبح يعطيها مجالا شاسعا وفرصة أكبر لتواكب التطورات التي قد تحصل في المجتمع، وبعبارة أخرى إن دسترة حريات الانسان وحقوقه على حد تعبيره (Dominique Rousea) جعلت كل فروع القانون وما يتمخض عنها من قواعد تنظم حقوق الانسان وحرياته ترتبط ارتباطا وثيقا بالدستور[4].

وتكريس الحقوق والحريات في الوثيقة الدستورية هو أساس للحكم العادل ومعيار لمدى شرعية السلطة، لأن المحافظة على حقوق وحريات الأفراد أصبح من واجبات الدول على المستوى الداخلي ويصل إلى حد واجبات المجتمع الدولي[5].

---

[1]– علي قاسم ربيع، الأطروحة السابقة، ص161.

[2]– معزوز علي، الأطروحة السابقة، ص313.

[3]– جعفر عبد السادة بهير الدراجي، المرجع السابق، ص74.

[4]– الأمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص110.

[5]– هاجر العربي، الدستور ومكانة الحقوق والحريات، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، المجلد2، العدد 01، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، سنة 2016، ص181.

ويرجع بعض الباحثين السبب الذي أدى إلى تدويل الدساتير باحتوائها حقوق الانسان هو نتيجة الجرائم البشعة التي ارتكبت أبان الحرب العالمية الثانية، هذا ما جعل المجتمع الدولي يسارع إلى تدارك الوضع والمحافظة على الأمن والسلام للبشرية، والحد من تعسف الدول وجعل أفراد المجتمع داخل الدولة يتمتعون بطيب العيش وتحسين المستوى المعيشي[1].

من المواضيع المهمة التي كانت محل اهتمام المختصون في القانون الدولي لدراستها فهي العلاقة بين القانون الدولي لحقوق الانسان والقوانين الداخلية للدول، إذ يرون أن الهدف الأساسي من وضع هكذا اتفاقيات ليست مجرد تنظيم علاقات ذات طابع دولي، وإنما افراغها وتجسيدها فعليا على مستوى المنظومة القانونية الداخلية للدول، لأن الهدف الأساسي من هذه الاتفاقيات هو حماية حقوق وحريات الأفراد من تسلط السلطات العامة وتنظيم العلاقة بين الحكام والمحكومين[2].

ومن هنا كان على الأنظمة السياسية حماية هذه الحقوق والحريات لأن الأصل في هذه الانظمة وجدت لغرض خدمة الانسان والمواطن وأصبح من واجب هذه الانظمة إدراج حقوق وحريات الأفراد داخل القانون الأسمى وهو الدستور[3].

إن نهاية الحرب الباردة فسحت مجالا واسعا لعمليات التجديد الدستوري لجعله يواكب التطورات الحاصلة داخليا وخارجيا، وهذه المرحلة تميزت بعودة الدول إلى تبني الأنظمة الديمقراطية الفعلية واحترام الحرية، فكان لحقوق الانسان وحرياته الأساسية النصيب الأكبر في الدساتير الجديدة، والاعتراف بهذه الحقوق والحريات يجعل المؤسس الدستوري خاضعا لقواعد القانون الدولي[4].

لذلك حرصت معظم دول العالم على أن تحتوي دساتيرها الحقوق والحريات خاصة المتعلقة بالجيل الأول والمتمثلة في الحقوق المدنية والسياسية، والجيل الثاني وهي الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وظلت الدساتير تساير التطورات وأصبحت تحتوي على الجديد في مجال الحقوق والحريات إلى أن وصلت إلى الجيل الثالث، مثل الحق في البيئة السليمة، والجدير بالملاحظة أن افراغ

---

[1]– شاريهان هيل مخامرة، تدويل الدساتير، رسالة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، سنة 2012–2013، ص ص89، 90.

[2]– زكية بهلول، تطبيق معاهدات حقوق الانسان (دراسة مقارنة)، د ط، دار الفكر والقانون، مصر، سنة 2019، ص13.

[3]– محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص297.

[4]– هيلين تورار، تدويل الدساتير الوطنية، ترجمة المحامي: باسيل يوسف بجك، مراجعة: أكرم الوتري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2016، ص396.

هذه الحقوق والحريات في الدساتير لا يعتبر بالضمانة الكافية، بل لابد من البحث عن السبل الكفيلة التي تصون هذه الحقوق والحريات[1].

ومن النتائج المترتبة على وضع الحقوق والحريات في صلب الدستور[2] هي أنها تصبح قيدا واحدا أمام السلطات العامة لا يمكن تجاوزها، حيث تمارس هذه السلطات صلاحيتها في الاطار الدستوري خاصة فيما تعلق بحقوق وحريات الأفراد، كما تصبح محاطة بقدر كبير من التقدير والاحترام الدستوري لأنها اصبحت محصنة بنص الدستور ولها ضمانة الرقابة على دستورية القوانين[3].

والجدير بالذكر أن المواثيق الدستورية للحقوق والآليات المتعلقة بها يمكن أن تلعب دورا بارزا في المجتمعات التي تعاني من الصراعات، وكذلك بالنسبة للمجتمعات التي تعاني من مشاكل التنمية، كما يمكن من خلال دسترة الحقوق والحريات تحقيق التكامل بين مختلف المصالح، وأيضا تحقق التكافؤ بين الأقليات والأغلبية، وإذا تمت عملية افراغ حقوق الانسان وحرياته في صلب الوثيقة الدستورية بطريقة مثالية فتصبح تمثل الركيزة الأساسية لمجتمع يسوده الاستقرار والأخوة كما يصبح بمثل النموذج الديمقراطي الذي لا تنتهك فيه الحقوق والحريات[4].

الفرع الأول: بعض النماذج للدول الغربية في التكريس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية

في هذا الفرع سوف نتطرف إلى ذكر بعض النماذج للدول الغربية في التكريس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية وهي: فرنسا، إيطاليا، ألمانيا، الولايات المتحدة الأمريكية.

إن الدستور الفرنسي لعام 1946 يحتوي في ديباجته على مجموعة من المبادئ التي تضمن الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تعتبر من الضروريات التي لا يمكن التخلي

---

[1]– هاجر العربي، المقال السابق، ص194.

[2]– جاء في المذكرة التوجيهية للأمين العام للأمم المتحدة بخصوص المساعدة المقدمة من الامم المتحدة لعمليات وضع الدساتير (نيسان/أفريل 2009) في الصفحة الرابعة منها: " ينبغي للأمم المتحدة أن تبذل كل ما بوسعها لدعم وتعزيز عمليات السلام بوضع الدساتير تكون شاملة وتشاركية وشفافة بالنظر إلى التجارب المقارنة وأكثر شمولية والمشاركة الهادفة على شرعية الدساتير" أنظر في ذلك: حقوق الانسان ووضع الدساتير، الأمم المتحدة، حقوق الانسان، مكتب المفوض السامي، نيويورك وجنبيف، 2018 على الموقع: بتاريخ 2020/07/03 https://www.onchr.org

[3]– علي مجيد حسون العكيلي، الحماية الدستورية للحقوق والحريات في ظل حالة الضرورة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، سنة 2015، ص93.

[4]– تزيدك هاز تبدر، الدليل الارشادي عن حقوق الانسان ووضع الدستور، ترجمة نادية عبد العظيم (مركز العقد الاجتماعي) ص07 على الموقع: بتاريخ 2020/07/03 https://www.constitutionnelle.org

عنها، وأكد على الحقوق والحريات التي جاء بها الإعلان الفرنسي لعام 1789 بالإضافة إلى ما سماه المجلس الدستوري الفرنسي بالمبادئ الرسمية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية[1].

كما جاء في الدستور الفرنسي لعام 1958 في ديباجته من خلال الفقرة الأولى منها التي تنص على : "يعلن الشعب الفرنسي بصفة رسمية تمسكه بحقوق الإنسان ومبادئ السيادة الوطنية بالصورة التي حددت بها في إعلان 1789... وكذا تمسكه بالحقوق والواجبات التي أقرها ميثاق البيئة في عام 2004." [2]

وما يمكن ملاحظته أن الدساتير الفرنسية لم تستعمل مصطلح "الحقوق الأساسية" وظلت الحقوق والحريات التي نصت عليها الدساتير وكأنها من غير قيمة قانونية حتى ظهور الجمهورية الخامسة التي ظهر خلالها المجلس الدستوري الذي أصبح يلعب دور الحارس على هذه الحقوق وإضفاء الطابع الأساسي عليها. [3]

وكان "ميشال دوبريه" وهو من المتحمسين في إنشاء المجلس الدستوري الفرنسي وكان من المشاركين في صياغة دستور الجمهورية الخامسة وعبر عن أهدافه قائلا: "إن إنشاء المجلس الدستوري يدل على الرغبة في إخضاع عمل البرلمان للقاعدة العليا التي يمليها الدستور. وبذلك يكون الدستور قد أوجد سلاحا ضد انحراف النظام البرلماني".[4]

أما التحديد الدستوري للحقوق والحريات في الدستور الإيطالي لم يستعمل مصطلح الحقوق الأساسية واستخدم في المادة الثانية منه تعبير حقوق الإنسان غير قابلة للمساس ونص على هذه الحقوق صراحة في المادة 13 منه وما بعدها. إن استعمال الدستور الإيطالي إلى مصطلح "حقوق الإنسان" فإنه وسع من نطاق الحقوق والحريات الأساسية حتى و إن لم ينص عليها الدستور تحت ما يسمى بمصطلح حقوق الإنسان. [5]

---

[1]– حازم صلاح العجلة، الرقابة الدستورية ودورها في حماية الحقوق والحريات الأساسية، رسالة ماجستير تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2001–2002، ص54.

[2]– محمد إبراهيم خيري الوكيل، الدستور الفرنسي، ترجمة لنصوص الدستور الفرنسي وفقا لآخر تعديلاته إلى اللغة العربية والإنجليزية، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية، سنة 2014، ص19.

[3]– علي قاسم ربيع، الأطروحة السابقة، ص87.

[4]– وليد عبلا، المرجع السابق، ص606.

[5]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق ص45.

وينص الدستور الايطالي الصادر عام 1947 المعدل في الجزء الأول منه الباب الأول على حقوق المواطنين وواجباتهم وتبدأ من المادة 13 منه التي تكفل الحرية الشخصية إلى غاية المادة 28 منه فكلها مواد تحتوي على حقوق وحريات أساسية للأفراد تحت عنوان العلاقات المدنية، وجاء الباب الثاني منه بعنوان الحقوق والواجبات الأخلاقية والاجتماعية من المادة 29 إلى غاية المادة 34، وجاء الباب الثالث منه تحت عنوان الحقوق والواجبات الاقتصادية من المادة 35 إلى غاية المادة 47، وجاء الباب الرابع منه تحت عنوان الحقوق والواجبات السياسية من المادة 48 إلى غاية المادة 54[1].

وكان الدستور الفيديرالي الألماني لسنة 1949 نصت المادة 01/01 منه على: "كرامة الإنسان غير قابلة للمساس بها فاحترامها وحمايتها يمثلان واجبا إلزاميا على جميع السلطات".

ونصت المادة 01/02 أيضا من الدستور الفيديرالي الألماني لسنة 1949:" لكل فرد الحق في حرية تطوير شخصيته طالما أنه لا يمس بحقوق الآخرين ولا يخل بالأنظمة الدستورية أو ينتهك قوانين التقاليد والأعراف. [2]

إن الدستور الألماني الاتحادي نص على ما يسمى بالحقوق الأساسية مقتصرا في بيانه على حقوق الانسان الكلاسيكية وهي حقوق وحريات الجيل الأول (المدنية والسياسية) دون ذكر حقوق الجيل الثاني (الاقتصادية والاجتماعية)، إلا أن الطابع الاشتراكي للدولة جعل من المحكمة الدستورية تصل إلى حقوق وحريات الجيل الثاني متأثرة بالنظام الاشتراكي[3].

إن رسوخ وتطور الدستور الأمريكي من جانب الحقوق والحريات واستقراره بقي ساري المفعول منذ نشأته كان بمثابة ذريعة للولايات المتحدة الأمريكية لتبرير عدم تصديقها على الاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الانسان، فهي تعتبر أن دستورها كان أوسع نطاقا وأكثر شمولا في اقراره للحقوق والحريات[4].

---

[1]– دستور إيطاليا الصادر عام 1947 بكل تعديلاته إلى غاية 2012 عن الموقع الالكتروني بتاريخ: 2020/11/15: www.constitutprotect.org .

[2]–محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، المرجع السابق، ص82.

[3]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص45.

[4]– علي معزوز ، الأطروحة السابقة، ص320.

وتجد الحقوق والحريات الدستورية اساسها الدستوري في التعديل التاسع للدستور الأمريكي لسنة 1791 ليؤكد على" ان النص على حقوق معينة في الدستور ولا يجوز أن يفسر على نحو ينكر أو ينقص من الحقوق الأخرى التي يحتفظ بها الشعب"[1].

وينص التعديل الأول لدستور الولايات المتحدة الأمريكية 1791 على حرية ممارسة الشعائر الدينية وحرية التعبير وحرية الصحافة وحق التظاهر وحق طلب التظلم إذا تعرض له أي فرد، وينص التعديل الرابع لعام 1791 على الحق في الأمان وفرض قيود على عملية الاعتقال والتفتيش ونص التعديل السادس لسنة 1791 على مبادئ المحاكمة العادلة[2].

الفرع الثاني: بعض النماذج للدول العربية في التكريس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية

بما أن الدول العربية بدورها تعتبر من أشخاص القانوني الدولي العام، هذا ما يجعلها تتأثر بالمتغيرات سواء على المستوى الدولي أو الداخلي، وحتى تجسد الأنظمة الديمقراطية بمفهومها الصحيح أصبح من الواجب عليها ترك حيز كبير للحقوق والحريات في دساتيرها، وسوف نتطرق إلى كل من: العراق، تونس، مصر، لبنان والمغرب.

إن الدساتير التي عرفتها العراق تقريبا كلها احتوت على الحقوق والحريات منها الدستور العراقي لعام 1925 جعل الباب الثاني منه لاحتواء (حقوق الشعب) هذا إن دل على شيء، إنما يدل على أن نية المؤسس الدستوري العراقي تتجه نحو الاهتمام بالحقوق والحريات منذ أو تجربة.

وجاء دستور جمهورية العراق لعام 2005 حيث جعل من الباب الثاني منه ليتضمن مسألة الحقوق والحريات الأساسية تحت عنوان: "الحقوق الأساسية من المادة 10 إلى غاية المادة 23 منه [3]. وبالرغم من أن الدستور العراقي المؤقت قد جمع الحقوق والحريات الاجتماعية في مادة واحدة، إلا ان الدستور العراقي لعام 2005 قد فصلها تفصيلا بحيث يرفع عنها كل الغموض[4].

---

[1]– محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص299.

[2]– دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر عام 1789 شاملا تعديلاته لغاية عام 1992 على الموقع الالكتروني: https://www.constituteproject.org بتاريخ: 2010/07/02.

[3]– مروة مطاع قحطان العامري، دور القضاء الدستوري في حماية حقوق الانسان في التشريع الأردني والعراقي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، سنة 2019، ص91، 92.

[4]– أزد شير جلال احمد، الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية وضماناتها في الدساتير العربية، مركز الفرات للدراسات على الموقع الالكتروني: https://firatn.com 2020/07/02

أما في الدستور التونسي الجديد لعام 2014 نجده من خلال الديباجة يحاول ان يخلق التوازن بين المرجعية الاسلامية وكونية حقوق الانسان حيث تنص على:" يعتبر تمسك شعبنا بتعاليم الاسلام ومقاصده المتسمة بالتفتح والاعتدال، وبالقيم الانسانية ومبادئ حقوق الانسان الكونية السامية واستلهامها من رصيدنا الحضاري... إلى الكسب الحضاري الانساني..." [1].

وما يلاحظ على المؤسس الدستوري التونسي انه وضع حقوق الانسان في صدارة الدستور باعتبارها أحد الأمور المهمة التي يجب الاهتمام بها، وعبر بمصطلح الكونية اي أنه يعطيها البعد الدولي والطابع العالمي.

كما نص في بابه الثاني على الحقوق والحريات من القصل21 إلى الفصل 49 منه كلها مواد خصصت للحقوق والحريات، وينص الفصل 21 فقرة 02 على "تضمن الدولة للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية والعامة وتهيئ لهم اسباب العيش الكريم".

من خلال الفصول التي تضمنت الحقوق والحريات في الدستور التونسي لعام 2014 تقريبا نصت على جل الحقوق المدنية والسياسة والاجتماعية والاقتصادية والثقافية [2].

ولم يتجاهل المؤسس الدستوري التونسي الجيل الجديد للحق في بيئة سليمة بنص الفصل 45 من الدستور على "تضمن الدولة الحق في بيئة سليمة والمساهمة في سلامة المناخ وعلى الدولة توفير الوسائل الكفيلة بالقضاء على التلوث البيئي"[3].

والدستور المصري لعام 1921 قد نص في مادته 41 على:" أن الحرية الشخصية حق طبيعي"، وهذا النص لا يعني تبني نظرية الحقوق الطبيعية إنما هو حق قانوني في حال تدخل المشرع لتنظيمها[4].

[1]– محمد السماوي، حقوق الانسان في الدساتير العربية الجديدة وسؤال دولة الحق والقانون(المغرب ، تونس، مصر) نموذجا، ط1، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، سنة 2018، ص68.

[2]– أنظر الفصل 21 إلى غاية الفصل 49 من دستور الجمهورية التونسية لعام 2014.

[3]– أنظر الفصل 45 من دستور الجمهورية التونسية لعام 2014.

[4]– أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص43.

ثم جاء الدستور المصري لعام 2014 معتمدا على نفس المبادئ والأحكام وتنص المادة 51 منه على أن" الكرامة حق لكل إنسان ولا يجوز المساس بها، وتلزم الدولة بحمايتها واحترامها"[1].

وما يلاحظ على المؤسس الدستوري المصري لسنة 2014 بخصوص اتفاقيات حقوق الانسان التي صادقت عليها مصر فإنها لا تسمو على التشريعات المحلية وقيمتها القانونية من قيمة التشريعات القانونية بعد المصادقة عليها، وهذا ما نصت عليه المادة 93 من دستور 2014:" تلتزم الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الانسان التي تصدق عليها مصر وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقا للأوضاع المقررة"[2].

وجاء الباب الثالث من دستور مصر لعام 2014 يحتوي على 44 مادة كلها مخصصة للحقوق والحريات المختلفة منها المدنية والسياسة والاقتصادية والاجتماعية والثقافية[3].

وقد نص الدستور اللبناني الصادر في 1926/05/23 بصيغة الأساسية على الحقوق والحريات من المادة 07 إلى غاية المادة 15 منه، حيث نصت هذه المواد على الحق في المساواة والحرية الشخصية وحرية المعتقد وإقامة الشعائر الدنية وحرية التعليم وحرية التعبير...الخ.

كما جاء التعديل الدستوري اللبناني لسنة 1990 نتيجة الظروف التي مرت بها لبنان السياسية والاجتماعية وحاول المؤسس الدستوري اللبناني من خلال هذا التعديل أن يكون اكثر تماشيا مع التطورات الحاصلة، خاصة الاهتمام الكبير بمجال الحقوق والحريات، فجعل من الدستور اللبناني دستورا مفتوحا، حيث نصت الفقرة (ب) من ديباجته على:" أن لبنان تلتزم بمواثيق الأمم المتحدة والاعلان العالمي لحقوق الانسان، كما نص على انتقاء المجلس الدستوري اللبناني كضمانة لحماية الحقوق والحريات"[4].

والواقع أن الحريات الأساسية كانت معترف بها دائما منذ الدستور المغربي الأول لعام 1962 مثل المساواة والحق في التنقل وحرية التعبير والتجمع وحرية تكوين الجمعيات وحرمة المسكن ...الخ،

---

[1]– محمود علي أحمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2016، ص440.

[2]– وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الانسانية في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص72.

[3]– أنظر دستور جمهورية مصر العربية لعام 2011 على الموقع: https://www.constituteproject.org ، بتاريخ: 2010/07/02.

[4]– علي صبري حسن، المرجع السابق، ص41.

إلا أن نظام الحماية له العديد من السلبيات تؤثر على التمتع بمثل هذه الحريات والحقوق[1]، مع العلم أن المغرب صادقت على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عام 1976، كذلك اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1993[2].

جاء الباب الثاني من الدستور المغربي لعام 2011 تحت عنوان الحقوق والحريات الأساسية من الفصل 19 إلى غاية الفصل 40 منه، يعني 21 فصل كلها تضمنت الحقوق والحريات الأساسية وما يميز الدستور المغربي أنه استعمل مصطلح "الأساسية" لجميع الحقوق والحريات وتم ادراج مبدأ المساواة والحق في الحياة كضمانات دستورية للحد من التعسف في عمليات الاعتقال وكذلك حماية الحياة الخاصة وحرية الصحافة[3]، كما فسح المجال للأجانب المقيمين في المغرب للمشاركة في الانتخابات المحلية في إطار القانون، وتطبيقا للاتفاقيات الدولية أو في إطار ممارسة المعاملة بالمثل ...الخ[4]

الفرع الثالث: التكريس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية في الدساتير الجزائرية.

على غرار جميع الدول عملت الجزائر منذ الاستقلال من خلال أول دستور لها الاهتمام بمجال الحقوق والحريات الأساسية، فجعلت من الدساتير الجزائرية المتعاقبة تنظم الدولة والسلطات كذلك تركت مكانة إلى الحقوق والحريات التي تعتبر مهمة في النظام الدستوري الجزائري، ولم يكن الاهتمام بالحقوق والحريات من خلال الدساتير على درجة واحدة بل كانت تتغير وتتأثر بطبيعة نظام الحكم المعتمد في كل فترة وكذلك تتماشى والفكر الايديولوجي السائد في كل مرحلة.

[1] - Hynd Saidi Azbeg, processus de démocratisation et monarchie constitutionnelle au Maroc ,thèse pour obtenir le grade de docteur en droit public, université de bordeaux, France, 2014, p165

[2] - hynd saidi asbeg, op-cit, p133.

[3] – وتركيزا على حرية الصحافة التي هي بدورها شهدت تطورا من خلال حرية التعبير وهذا الاهتمام تزامن مع تولي الملك الجديد نظام الحكم في المملكة، ورغم كل الاصلاحات إلا أن تقارير المنظمات الدولية لا تزال تندد بكبت حرية الصحافة بالمغرب، أنظر في ذلك: hynd saidi asbeg, op-cit, p132

[4] – الدستور المغربي لسنة 2011.

- **الحقوق والحريات الأساسية في دستور 1963:**

من خلال الديباجة لدستور 1963 كانت نية المؤسس الدستوري في تلك الفترة تنصرف نحو الاهتمام بالحقوق والحريات ويتجلى ذلك من خلال تعبيره على السياسة الاجتماعية التي تهدف إلى النهوض بالوضع الاجتماعي والصحي وتنمية الثقافة، وتحسين السكن والحلة والصحية العامة[1].

كما تم ذكر الحقوق السياسية المعترف بها لكل مواطن بالجمهورية تمكنه من المساهمة الفعلية في تشييد البلاد في إطار اختيارات الشعب.

من خلال هذه الفقرة عمل المؤسس الدستوري على الاقرار بالحقوق السياسية معتبرها هي الطريقة التي تسمح للجماهير على حد قوله للمشاركة في بناء مؤسسات الدولة واعتبر الحقوق السياسية هي الطريقة التي تمثل النظام الديمقراطي الحقيقي[2].

جاءت الحقوق الأساسية في دستور 1963[3]، من المادة 12 إلى غاية المادة 22.

ما يلاحظ على الحقوق والحريات التي نص عليها دستور 1963 أنها جاءت مقتضية تجاهلت العديد من الحقوق والحريات الأخرى ولم يتم ذكر العديد منها مثل حق الملكية.

- **الحقوق والحريات الأساسية في دستور 1976:**

في هذه المرحلة تميز النظام السياسي الجزائري بالطابع الاشتراكي، حيث أثر هذا المنهج على جميع القطاعات للدولة وجعل كل السلطات تمارس صلاحياتها مع احترام المبدأ الاشتراكي وهذا الاتجاه اثر تأثيرا كبيرا على حقوق وحريات الأفراد، فأصبحت الاولوية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، أما الحقوق السياسية والمدنية كادت أن تكون متجاهلة في ظل هذا النظام.

في دستور 1976 جاءت الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطن من المادة 39 إلى غاية المادة 73.

غير أن ما ميّز دستور 1976 أنه نص على إمكانية اسقاط الحقوق والحريات الأساسية في المادة 73 منه :" يحدد القانون شروط اسقاط الحقوق والحريات الأساسية لكل من يستعملها قصد

---

[1]– الفقرة: 9 من دستور الجزائر لسنة 1963.

[2]– الفقرة: 11 من دستور 1963

[3]– تنص المادة 11 من دستور 1963 على" توافق الجمهورية على الاعلان العالمي لحقوق الانسان وتنظم إلى كل منظمة دولية تستجيب لمطامح الشعب الجزائري وذلك اقتناعا منها بضرورة التعاون الدولي".

المساس بالدستور أو بالمصالح الرئيسية للمجموعة الوطنية، أو بوحدة الشعب والتراب الوطني او بالأمن الداخلي والخارجي للدولة أو بالثورة الاشتراكية"[1].

والحقوق والحريات في هذه المرحلة كانت مقيدة من جهتين لا يمكن تجاوزهما، الجهة الاولى هي: أحادية الحزب هذا يرتب انعدام الحريات السياسية وحرية التعبير، والجهة الثانية هي: النظام الاشتراكي الذي يعتبر بمثابة الحاجز الذي لا يمكن تجاوزه، ومنه نستطيع القول ان الحقوق والحريات في هذه المرحلة كانت مجرد شكليات لا غير، والغريب في الأمر أن المؤسس الدستوري في هذه الفترة دسترة إمكانية اسقاط الحقوق والحريات الأساسية في سبيل النظام الاشتراكي ولم يحدد هذه الحقوق والحريات التي يمكن اسقاطها، فمن المعلوم أنه توجد حقوق وحريات أساسية لا يمكن التنازل عنها كما أنها لا تسقط ابدا مثل الحق في الحياة والكرامة الانسانية، فالسؤال المطروح لو تعلق الأمر بأحد الحريات الأساسية فكيف يكون التعامل معها وماهي طرق اسقاطها؟

- **الحقوق والحريات الأساسية في دستور 1989:**

شكّل دستور 1989 منعرجا هاما بالنسبة للحريات حيث وضع لها مفهوما خاصا يتماشى والمذهب الليبرالي وما يتطلبه بناء الصرح الديمقراطي، حيث تمت إزالة كل الشوائب والخلفيات الأيديولوجية التي كانت تحاصر الحريات والحقوق في الدساتير السابقة[2].

وكان سبب هذا التحول الهام هو الأحداث التي مرت بها الجزائر في تلك الفترة منها أحداث أكتوبر 1988، التي خرج من خلالها الشعب إلى الشارع مطالبا ضرورة التغيير وفتح المجال لممارسة الحقوق والحريات خاصة السياسية منها، فلم يكن أمام النظام في تلك الفترة إلا انتهاج سياسة التغيير والاصلاح، وأصبح من الضروري أن يبدأ هذا الاصلاح من خلال وثيقة الدستور التي ظهرت في ملامحها بوادر التغيير على جميع الأصعدة والمستويات.

وما يوحي أن المؤسس الدستوري لعام 1989 يتجه نحو الشرعية الدستورية وبناء دولة القانون ما ورد في ديباجة الدستور" إن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي لذي يضمن الحقوق

[1]- أنظر المواد : من المادة 39 إلى غاية المادة 73 دستور 1976.

[2]- علي بن فليس، الحريات الفردية والجماعية في الدساتير الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 35، عدد02، جامعة الجزائر01، سنة 1998، ص52.

والحريات الفردية والجماعية ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب... يتحقق فيه تفتح الانسان بكل أبعاده"[1].

وجاء الفصل الرابع من الدستور لينص على الحقوق والحريات من المادة 28 إلى غاية المادة 56، ونصت المادة 31 منه على" الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطن مضمونة وتكون تراثا مشتركا بين جميع الجزائريين والجزائريات..."

وما يميز هذه التغيرات التي جاء بها هذا الدستور أنه أدخل الدولة في نظام التعددية الحزبية وفسح المجال لانشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي[2].

- **الحقوق والحريات الأساسية في دستور1996:**

في الأصل أن دستور 1996 ما هو إلا تعديل لدستور 1989 جاء ببعض الاضافات في مجال الحقوق والحريات مثل اضافة المادة 31 مكرر التي تنص على ترقية الحقوق السياسية للمرأة وجاءت المادة 42 منه لتعبر بصريح العبارة على حق انشاء الأحزاب السياسية.

- **الحقوق والحريات الأساسية في تعديل الدستور 2016:**

ما يميز التعديل الدستوري لسنة 2016 أنه نص على أن الديباجة تعتبر جزءا لا يتجزأ من الدستور[3].

إن هذا التعديل الأخير في الجزائر للدستور لسنة 2016 جاء محاولة من سلطة التعديل لجعل القواعد الدستورية تتماشى والظروف الراهنة سواء اقتصاديا أو اجتماعيا أو سياسيا، والعمل على دمج بعض الموضوعات المهمة والحساسة في صلب الدستور، وكانت هذه التعديلات ترمي إلى الوصول إلى دستور توافقي يحقق ويجسد تطلعات الشعب الجزائري ويحقق نوع من التطور على مستوى الحقوق والحريات[4].

---

[1]- الفقرة 10 من ديباجة دستور 1989.

[2]- أنظر من المادة: 28 إلى غاية المادة 96 من دستور 1989.

[3]- أنظر القفرة الأخيرة من ديباجة تعديل 2016 للدستور الجزائري

[4]- العمراني محمد لمين، أثر التعديل الدستوري في الجزائر بموجب القانون رقم 01/16 على الحقوق الحريات، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجل 03، العدد 01، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، سنة 2018، ص83.

غير أن المتمعن في محتوى التعديلات التي جاءت في التعديل الأخير لعام 2016 تبين أن الفلسفة المعتمدة من طرف المؤسس الدستوري في اصلاح دستوري شاملا يمس الحياة الاجتماعية والسياسية للبلاد وكما يحاول أيضا الاهتمام بالجانب الاقتصادي من خلال الاضافات التي جاء بها[1].

وجاء الفصل الرابع من الباب الأول في هذا التعديل لكي يكرس الحقوق والحريات من خلال دسترتها، وحاول تطويرها من حيث الكم مقارنة بالدساتير السابقة التي عرفتها الجزائر[2].

والتعديل الدستوري لعام 2016 تضمن من المادة 32 إلى غاية المادة 73 منه كلها تتضمن الحقوق والحريات ، لغرض الاحاطة بكل جوانب الحياة ووضع ضمانات دستورية لعدم انتهاك حقوق وحريات الانسان.

خُصصت المادة 36 من هذا التعديل إلى ضمانات ترقية التناصف بين الرجال والنساء في سوق الشغل وترقية المرأة في مناصب المسؤولية في الهيئات والادارات العمومية وعلى مستوى المؤسسات[3]، بالإضافة إلى حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون كما تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال وتشجيع ازدهار المؤسسات دون تمييز في خدمة التنمية الاقتصادية الوطنية، كما تكفل الدولة ضبط السوق ويحمي القانون حقوق المستهلك[4].

كما اعترف هذا التعديل بالحريات الاكاديمية والبحث العلمي وأضفى عليها الطابع الدستوري، كما تم الاعتراف بالحق في الثقافة وذكرت المواد 48، 49، 50، 51 حرية التعبير وحرية التظاهر السلمي وحرية الصحافة بمختلف أنواعها، والجدير بالذكر أن هذا التعديل وضع ضمانة دستورية لممارسة مهنة الصحافة بالقول:" لا يمكن أن تخضع جنحة الصحفة لعقوبة سالبة للحرية"[5].

ما يلاحظ على التعديل أنه اعتمد على توسيع نطاق الحقوق والحريات فجعلها في مادته 42 التي تعالج موضوع الحقوق والحريات الأساسية.

---

[1]– فاطمة الزهراء رمضاني، جديد الحقوق والحريات وآليات ضمانها وترقيتها في التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، المجلد الرابع، جامعة البليدة 2، الجزائر، سنة 2016، ص153.

[2]– كرنيش بغداد، جديد الحقوق والحريات وآليات ضمانها وترقيتها في التعديل الدستوري الجزائري لعام 1996، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، المجلد الرابع، جامعة البليدة 02، الجزائر، سنة 2016، ص174.

[3]– المادة 36 من التعديل الدستوري لعام 2016.

[4]– حافظي سعاد، التنظيم الدستوري والقانوني للحقوق والحريات الأساسية في الجزائر وآليات كفالتها، د ط، دار هومة، الجزائر، سنة 2018، ص170.

[5]– من المادة 48 إلى غاية المادة 51 من تعديل الدستور لعام 2016.

وما يحسب للمؤسس الدستوري الجزائري في هذا التعديل هو اعتماده آلية الدعوى الدستورية[1] حيث اصبح للأفراد حق اللجوء إلى القضاء الدستوري (المجلس الدستوري) في حال الطعن بعدم دستورية أي نص قانوني بمناسبة منازعة، حيث أصبح بإمكان الأفراد الطعن أمام المجلس الدستوري إذا كان هذا الحكم التشريعي يمس الحقوق والحريات التي يحتويها الدستور، وكان هذا بموجب المادة 188[2] من آخر تعديل لسنة 2016.

- **الحقوق والحريات الأساسية في التعديل الدستوري لسنة 2020:**

نظرا للأحداث التي وقعت في الجزائر مؤخرا، وما يميزها هو الحراك الشعبي الذي انطلق بتاريخ 22 فبراير 2019، وهذا الحراك جاء نتيجة لتردي الأوضاع السياسية في البلاد، وما ترتب عنها من سلبيات في مجال الحياة السياسية، علما أن الفساد لم يقتصر على الجانب السياسي فقط، بل ضرب أطنابه في جميع المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وهذا ما دفع بضرورة اصلاحات عميقة التي بدأت بإدخال تعديلات معمقة في وثيقة الدستور، وكان جانب الحقوق والحريات من أولويات هذا التعديل الأخير الذي تم اقراره عن طريق الاستفتاء.

فجاء الباب الثاني من تعديل الدستور 2020 تحت عنوان: الحقوق الأساسية والحريات العامة والواجبات، وجاء الفصل الأول منه تحت عنوان: الحقوق الأساسية والحريات العامة، وما يمكن ملاحظته أن لجنة صياغة الدستور استعملت مصطلح الحقوق الأساسية وهذا المصطلح لم يكن مدرج في تعديل 2016.

والحقوق الأساسية والحريات العامة في هذا التعديل تبدأ من المادة 34 إلى غاية المادة 77 منه وما ميز هذا التعديل أنه تطرق إلى جانب الحقوق والحريات وخفف من القيود الدستورية والقانونية لممارستها فهو ينتقل من نظام التراخيص إلى نظام التصاريح مثل حرية الاجتماع وحرية التظاهر[3]،

---

[1]- تنص المادة 188 من تعديل 2016 للدستور على "يمكن اخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل انزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنهـا الدستـور"، وتطبيقا لهذه المـادة صدر القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في2018/09/02 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، ج ر عدد 15 لسنة 2018، وعملا بالمادة 26 من هذا القانون العضوي فإنه دخل حيز التنفيذ ابتداء من 2019/03/07.

[2]- أنظر المادة 183 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016.

[3]- المادة 2/52 من تعديل الدستور الجزائري 2020

حق انشاء الجمعيات[1]، الحق في انشاء الصحف والنشريات[2]، بالإضافة إلى الضمانات القضائية لممارسة الحقوق والحريات مثل الفقرة الّأخيرة من المادة 53 التي تص على" لا تحل الجمعيات إلا بمقتضى قرار قضائي، لا تحل الأحزاب السياسية إلا بمقتضى قرار قضائي"[3]، كما جاءت المادة 77 من هذا التعديل لتعطي للمواطن حق تقديم ملتمسات للإدارة بشكل فردي أو جماعي... أو بتصرفات ماسة بحقوقه الأساسية [4]، وما يميز هذا التعديل أيضا أنه استحدث محكمة دستورية [5] مكان المجلس الدستوري لكي تختص بالفصل في مدى دستورية القوانين عن طريق الاحالة بناء على نص المادة 195 [6] منه.

[1]– المادة 53 من نفس التعديل

[2]– المادة 6/54 من نفس التعديل

[3]– المادة 9/57 من تعديل الدستور الجزائري 2020

[4]– المادة 77 من نفس التعديل

[5]– المادة 185 من نفس التعديل

[6]– المادة 195 من نفس التعديل

المبحث الثاني: مساهمـــة القضـــاء الدستـــوري في تعزيـــز الأسس الدستورية للحقوق والحريات الأساسية

رغم إفراغ الحقوق والحريات في صلب الدستور إلا أن هذه العملية ليست كفلية لصيانتها بصورة كافية، فإنها إن لم تجد جهاز يسهر على تكريسها ودفعها نحو التنفيذ، تبقى مجرد نصوص جامدة لا معنى لها، فأصبح البحث عن آليات تكريس هذه الحقوق والحريات أمر ضروري، والقضاء الدستوري بصفته حامي الدستور يعمل على تكريس هذه الحقوق والحريات وإرساءها من خلال اجتهاداته، فأول ما يمكن للقاضي الدستوري ممارسة تكريس هذه الحقوق والحريات الّأساسية هي رقابة الانحراف الدستوري حتى لا تتمكن سلطة التعديل بالانحراف عن الأهداف والمبادئ الدستورية الأصلية، كما يمكنه تكريسها من خلال تفسير قواعد الدستور، ولهذا سنتطرق إلى مطلبين: المطلب الأول رقابة القاضي الدستوري للانحراف الدستوري ضمان لتكريس الحقوق والحريات الأساسية، المطلب الثاني: دور القاضي الدستوري في تكريس الحقوق والحريات الأساسية بتفسير نصوص الدستور.

المطلب الأول: رقابة القاضي الدستوري للانحراف الدستوري ضمان لتكريس الحقوق والحريات الأساسية

نظرا للتغيرات التي قد تحصل في الدولة لسبب من الأسباب فيصبح من الضروري تعديل وثيقة الدستور حتى تتماشى ومتطلبات الشعوب، فتقوم الجهة المخولة دستوريا بالتعديل بإجراء تغييرات تمس مختلف جوانبه، ومنها الحقوق والحريات الأساسية، وحتى لا تنفرد جهة التعديل بهذه المهمة وتخرج عن المبادئ الأساسية أو تحيد عن حقوق وحريات الأفراد فيكون القاضي الدستوري هو الذي يراقب هذه التعديلات حتى لا تخرج عن المصلحة العامة كهدف من هذا التعديل.

وللتطرق إلى هذا الدور الذي يقوم به القاضي الدستوري، خصصنا ثلاثة فروع، الفرع الأول: تعريف الانحراف الدستوري، الفرع الثاني: القيود الواردة على تعديل الدستور، الفرع الثالث: موقف القضاء الدستوري من رقابة تعديل الدساتير.

الفرع الأول: تعريف الانحراف الدستوري

قد تظهر رقابة القضاء الدستوري على مدى دستورية التعديلات أمرا يسوده الغموض ولا يجد مبرراته، لأن رقابة الدستورية يكون موضوعها رقابة القوانين لضمان توافقها وعدم مخالفتها للأحكام والمبادئ ذات القيمة الدستورية[1].

إلا أن رقابة القضاء الدستوري للتعديلات الدستورية قد تجد مبرراتها في رقابته بصفتها الجهة التي أنيط بها عملية تعديل الدستور، فقد تخرج هذه الأخيرة عن تحقيق المصلحة العامة المرجوة، لأن هذه السلطة قد تنفرد بتعديل الدستور يكون ظاهرها المصلحة العليا وباطنها مصالح شخصية ضيقة تخدم مصالح الحكام أو فئات معينة، هذا ما يترتب عنه نتائج وخيمة تضر بحقوق وحريات المجتمع، لذلك نجد البعض يعرف الانحراف الدستوري بـ" ميل الدستور وعدول نصوصه عن فلسفته العامة المتمثلة في تقييد السلطة وحماية الحرية"[2].

والأنظمة الدستورية ليست على موقف واحد بخصوص بسط القضاء الدستوري رقابته على التعديلات الدستورية، فهناك من تجيز هذا النوع من الرقابة وأنظمة أخرى لا تقرها أصلا من منطلق أن الجهة التي تملك سلطة التعديل هي أعلى مرتبة من الجهة التي تمارس الرقابة[3].

والجهة المختصة بتعديل الدستور هي الجهة التي أنيط بها صلاحية التعديل وهي الهيئة التي تقررها السلطة التأسيسية الأصلية لتعديل الدستور[4]، كما أن السلطة التأسيسية المنشأة le pouvoir constituant institué التي تقوم بصلاحياتها الدستورية بناء على النصوص الدستورية التي تحدد لها نطاق تدخلها سواء موضوعيا أو زمنيا، كما أن اختصاصها مقيد بالشروط الشكلية التي ألزمتها بها السلطة الأصلية[5]، وبالتالي على هذه السلطة المكلفة بالتعديل أن تتقيد بكل الشروط الموضوعة من طرف السلطة الأصلية مع العلم أن هذه القيود لا يمكن أن تخلوا الدساتير في مجموعها منها ففي

---

[1]– محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2017، ص175.

[2]– عليان بوزيان، مظاهر الانحراف الدستوري ومدى الرقابة عليه بين الدستور الجزائري والقضاء الدستوري المقارن، المجلة الدولية للقانون، المجلد 2019، العدد المنظم الأول، كلية القانون، دار النشر، جامعة قطر، سنة 2019، ص67.

[3]– محمد باهي أبو يونس، أصول القضاء الدستوري (تنظيم القضاء الدستوري، اختصاص القضاء الدستوري)، دط، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2017.، ص305.

[4]– مولود ديدان، القانون الدستوري والنظم السياسية، دط، دار بلقيس، الجزائر، سنة 2017، ص54.

[5]– محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص11.

بعض الأحيان تنص الدساتير في متنها على المدة الزمنية التي لا يمكن أن تعدل فيها مع تحديد الموضوعات المحضورة من التعديل[1].

من خلال التطرق إلى كل من السلطة الأصلية والسلطة الفرعية فإنه لا يمكن بسط الرقابة على أعمال السلطة الأصلية لأن القضاء الدستوري ليس استثناء لأن السلطة الأصلية هي التي أنشأته فإنه لا يمكن للقضاء الدستوري أن يبسط رقابته على السلطة الأصلية، أما بخصوص الجهة المكلفة بالتعديل (الفرعية) فهي التي يمكن للقضاء الدستوري رقابة أعمالها، أما إذا تم طرح التعديل على الاستفتاء الشعبي فإنه لا يمكن للقضاء الدستوري أيضا بسط رقابته على ما أقره واعترف به الشعب لأنه مصدر السيادة وكل السلطات[2].

الفرع الثاني: القيود الواردة على تعديل الدستور

حتى لا تكون الدساتير عرضة للانتهاكات من طرف جهة التعديل فهي تفرض بعض القيود على هذه العملية لضمان استقرار القاعدة الدستورية، وتخضع إلى شروط معينة وللتطرق إلى هذه القيود، أولا: الحضر الموضوعي ضمان لتكريس الحقوق والحريات الأساسية، ثانيا: القيد الزمني ضمان لاستقرار الحقوق والحريات الأساسية

أولا: الحضر الموضوعي ضمان لتكريس الحقوق والحريات الأساسية

هناك بعض الدساتير تنص في متنها على أنه لا يمكن أن يمس التعديل[3] بعض الموضوعات هذا ما جعل الفقه الدستوري يقيم حجته على هذا الأساس بأن هناك تدرج بين نصوص الدستور معتبرا أن المواضيع التي لا يمكن تعديلها تسمو على باقي النصوص الدستورية الأخرى التي يمكن أن يمسها التعديل، كما قد تختلف هذه النصوص التي لا يمكن تعديلها من دولة إلى أخرى حسب خصوصية كل دولة وما يؤثر فيها من عوامل اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية أو ثقافية[4].

---

[1]– عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، د ط، مركز رينيه–جان دوي للقانون والتنمية، د بلد نشر، د س ن، ص836.

[2]– محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص307.

[3]– بناء على الدراسة التي أجراها البروفيسور أرنيدي جيهارت فيما يخص تعقيد تعديل الدساتير فوصل إلى نتيجة أن هناك خمسة من أكثر الدول تعقيدا في تعديل الدساتير جمودا وهم: أستراليا، كندا، اليابان، سويسرا، الو م أ، أنظر: محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، المرجع السابق، ص177.

[4]– علي قاسم ربيع، الأطروحة السابقة، ص232.

ويطلق على الحظر الموضوعي بالنصوص الدستورية الراسخة[1] وتعرف في الفقه الدستوري الفرنسي "بالنص الراسخ" تحقيقا لبعض الأهداف مثل حماية القواعد الدستورية، الحفاظ على القيم الدستورية السامية، منع الدولة من ممارسة الاستبداد، لأن سلطة تعديل الدستور تعتبر وثيقة الصلة بالمفهوم الدستوري لنظام لدولة، ما يستدعي وضع مثل هكذا قيود لمنع كل محاولات لأي انحراف دستوري[2].

وتعتبر القيود الموضوعية من الاحكام الدستورية التي اعتمدتها الجهة الأصلية التي قامت بوضع وثيقة الدستور (السلطة التأسيسية الأصليةّ)، ونظرا لأهمية هذه الموضوعات التي لا يمكن أن يمسها التعديل اعتبرها بعض الفقه الدستوري بأنها قيد تلتزم به سلطة التعديل لضمان أكبر قدر ممكن للحماية الدستورية خاصة إذا تعلق الأمر بحقوق وحريات الأفراد كما يطلق عليها في بعض الحالات القواعد فوق الدستورية بناء على معيار درجة الحماية المطلقة، وأن سلطة التعديل ماهي إلا مفوضة عن السلطة الأصلية وهذا التفويض لا يمكنه أن يطال مثل هكذا نصوص[3].

ونظرا لخصوصية كل نظام قانوني فإنه لكل نظام حدودا معينة تعتبر خطا لا يمكن تجاوزه من السلطة التي تملك حق تعديل الدستور ومن أمثلة الدساتير التي تضمنت خطرا موضوعيا:

نص الدستور الألماني (القانون الأساسي) لسنة 1949 إلى المحافظة على الشكل الفيدرالي للدولة، ونص على:" تكون غير مقبولة تلك التعديلات الدستورية التي تؤثر على تقسيم الدولة الفيدرالية إلى ولايات ومشاركتهم العملية التشريعية"، كما أكد النص نفسه أنه لا يمكن إجراء أي تعديل ينقص من حق الولايات الألمانية في تمثيلها عن طريق النيابة التشريعية.

---

[1]– كما أن الدستور الألماني قرر أن تكون بعض مواده غير قابلة للتعديل نهائيا ولا يمكن تغييرها إلا بسقوط الدستور وهو ما عبرت عنه بعض الكتابات الفقهية بأنها مبادئ فوق دستورية مثل المادة 01 منه جاءت بعنوان: كرامة الانسان والتزام سلطة الدولة بالحقوق الأساسية، وللمزيد أنظر: محمد فوزي عبد الباري، كيف تحمي الديمقراطية نفسها، مقال منشور في مجلة المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 24، سنة 2013.

[2]– محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، المرجع السابق، ص176.

[3]– ليلى خنوش، رقابة القضاء الدستوري على تعديل الدستور، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد 26، العدد 08، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، سنة 2018، ص537.

ومن خلال هذا النص يتضح أن المؤسس الدستوري الألماني وضع حدود وجعل بعض الموضوعات تتمتع بالحصانة ولا يمكن تعديلها لأنها تتعلق بشكل الدولة والمحافظة على طبيعة النظام الذي تعتمده ألمانيا[1].

على نفس المنوال عمل المؤسس الدستوري البرتغالي على تحديد المسائل التي يقيد فيها التعديل بالنص في مادته 288 بالقول:" يجب ألا تمس قوانين التعديل الدستور ما يلي: الاستقلال الوطني ووحدة الدولة، الشكل الجمهوري للحكومة، الفصل بين المؤسسات الدينية للدولة، حقوق المواطنين وحرياتهم وضماناتهم، حقوق العمال والنقابات..."، ومن خلال هذه الموضوعات التي حددها الدستور البرتغالي محاولا المحافظة على أهم الركائز التي تقوم عليها الدولة حتى لا تكون عرضة للانتهاكات من طرف جهة التعديل[2].

نظرا للأهمية البالغة للحضر الدستوري، جعل هذا الأمر معظم الدول تعتمد هذا الأسلوب لأنه في نظرها هو الأصلح للمحافظة على القيمة القانونية للدستور وموضوعاته التي يحتويها، وعلى غرار معظم دور العالم سلك المؤسس الدستوري الفرنسي نفس النهج واعتمد أسلوب الحظر الموضوعي في المادة 89 من دستور 1958 في آخر فقراتها التي تنص صراحة "لا يجوز مطلقا التعديل أو السير في اجراءاته إذا كان يمس سلامة الوطن ولا يجوز أن يكون الشكل الجمهوري للحكومة موضوع تعديل"[3].

أما بالنسبة للحضر الموضوعي في النظام الدستوري الجزائري يختلف من دستور إلى آخر حسب ما جاء به دستور 1996 تضمنت المادة 178 الموضوعات التي تخرج من نطاق التعديل وهي:

- ✓ الطابع الجمهوري للدولة
- ✓ النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية
- ✓ الاسلام باعتباره دين الدولة
- ✓ العربية باعتبارها اللغة الوطنية والرسمية
- ✓ الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطن

---

[1]– محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، المرجع السابق، ص175.

[2]– المادة 188 من دستور البرتغال الصادر عام 1976 شمالا تعديلاته لغاية 2005 على الموقع الالكتروني: https://www.constituteproject.org، بتاريخ 2020/06/23

[3]– محمد ابراهيم خيري الوكيل، المرجع السابق، ص85.

- ✓ سلامة التراب الوطني ووحدته.
- ✓ العلم الوطني والنشيد الوطني باعتبارهما من رموز الثورة والجمهورية[1].

وجاء التعديل الدستوري لعام 2016 للحفاظ على نفس المواضيع التي اقرها دستور 1996 إلا أنه اضاف موضوعا جديدا ممثلا في إعادة انتخاب رئيس الجمهورية[2] مرة واحدة فقط"[3].

وجاء التعديل الدستوري لسنة 2020 في مادته 223 التي تحدد المجالات التي لا يمكن أن يمسهم التعديل وهي: الطابع الجمهوري للدولة، النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية، الطابع الاجتماعي للدولة، الاسلام باعتباره دين الدولة، العربية باعتبارها اللغة الوطنية والرسمية، تمازيغت كلغة وطنية رسمية، الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطن، سلامة التراب الوطني ووحدته، العلم الوطني والنشيد الوطني باعتبارهما من رموز ثورة نوفمبر 1954المجيدة، عدم تولي عهدتين رئاسيتين متتاليتين أو منفصلتين ومدة كل عهدة خمسة (05) سنوات[4].

ثانيا: القيد الزمني ضمان لاستقرار الحقوق والحريات الأساسية

تعتمد معظم الدساتير في تحديد النطاق الزمني للتعديل فتنص على عدم امكانية اللجوء إلى تعديل الدساتير في فترات زمنية معينة أو تربط القيد الزمني بظروف معينة فيكون هذا القيد يلازم هذه الظروف منذ ظهورها إلى غاية نهايتها مثل الحالات الاستثنائية أو الطوارئ أو الحرب[5].

والقيود الزمنية التي تخص تعديل الدستور فهي من نوعين: الأولى حظر تعديل كافة نصوص الدستور أو بعضها قبل مرور مدة زمنية معينة دستوريا[6]، والثانية هي المدة التي تكون بين اللحظة

---

[1]– المادة 178 من دستور الجزائر لعام 1996.

[2]– يتضح أن إضافة هذا البند أن نية المؤسس الدستوري تنصرف إلى تحقيق مبدأ التداول على السلطة، إلا أن الواقع أثبت عكس ذلك ودليل ذلك هو تمسك الرئيس السابق بالسلطة لمدة 04 عهدات وكان يخطط إلى العهدة الخامسة إلا أن الرقابة الشعبية التي مورست على نطاق واسع في شكل حراك شعبي منعته من ذلك.

[3]– المادة 212 من تعديل الدستور الجزائري لعام 2016.

[4]– المادة 223 من تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016.

[5]– ليلى خنوش، المقال السابق، ص539.

[6]– ينص الدستور البلجيكي الصادر ي 07 فبراير 1831 التي عدلت في 31 يوليو 1984 لا يمكن تعديل الدستور خلال فترة الوصاية على الفترتين، كما نصت المادة 1/138 من الدستور الايطالي على ضرورة وجود فاصل زمني بين القراءة الأولى والثانية لتعديل الدستور بحيث لا تقل هذه المدة عن ثلاثة أشهر، للمزيد راجع: محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص230 وما بعدها.

التي ينعقد فيها العزم على التعديل واللحظة التي يتم فيها الفعل فهي فترة زمنية كافية لمراجعة الأمر ومعالجته من جميع النواحي.

ومن أمثلة الأولى (حظر تعديل كلي أو جزئي لنصوص الدستور) قبل نهاية المدة التي يقررها الدستور في المادة الخامسة من الدستور الأمريكي[1] التي تمنع إجراء تعديل دستوري قبل عام 1808 إذا كان هذا التعديل يمس البندين الأول والرابع من الفصل التاسع من المادة الأولى.

أما النوع الثاني من القيد الزمني أن السلطة التشريعية في مصر لها أن تناقش تعديل الدستور وتقر هذا التعديل بنصاب أغلبية الأعضاء، فإذا لم يتحقق هذا النصاب فإنه لا يمكنها إعادة طلب التعديل لمدة سنة من تاريخ الرفض، أما إذا تحقق النصاب فإن السلطة التشريعية لا تسطيع مناقشة هذا بالتعديل إلا بعد مدة شهر من تاريخ المصادقة على التعديل بالأغلبية المطلوبة[2].

ولم يتجاهل المؤسس الدستوري في الجزائر الحضر الزمني الذي يمنع إجراء أي تعديل في الدستور، وهذا نصت عليه المادة 104 من التعديل الدستوري لسنة 2016 التي تمنع تطبيق مجموعة من المواد الدستورية ومن بينها المادة 212 من الدستور التي تنص على كيفية وإجراءات تعديل الدستور في حالة شغور منصب رئيس الجمهورية، وقد تعمد المؤسس الدستوري حظر التعديل ربما لعدة اعتبارات لأن شغور منصب الرئيس قد يترتب عنه فراغ دستوري وتصبح الدولة في غير مأمن، وحفاظا على تماسك الدولة وبناء مؤسساتها وحقوق وحريات الأفراد، في هذه المرحلة يصبح تعديل الدستور محظورا في هذه الفترة[3].

أما بخصوص التعديل الدستوري لعام 2020 جاءت المادة 96 [4] منه في فقرتها الثانية لتحدد القيد القيد الزمني الذي لا يمكن خلاله المبادرة بإجراءات التعديل والمتعلق بما ورد في المادتين 94 و95 من هذا التعديل الأخير، أما بخصوص شغور منصب الرئيس في هذه المرحلة أيضا لا يمكن اجراء

---

[1]– تنص المادة الخامسة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية:" للكونجرس أن يقترح ادخال تعديلات على هذا الدستور وإذا رأى ثلثا الأعضاء في كل من المجلسين ضرورة لذلك، وله أن يدعو بناء على طلب المجالس التشريعية في ثلثي عدد الولايات باعتبارها جزء من هذا الدستور...بشرط ألا يكون رأي تعديل يوضع قبل العام الثامن من بعد الألف والثمانمائة أي تغيير على البندين الأول والرابع من الفقرة التاسعة من المادة الأولى..."، أنظر: جيروم، أ.بارون، س توماس دينيس، الوجيز في القانون الدستوري، المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، ترجمة: محمد مصطفى غنيم، مراجعة هند البقلي، ط2، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العلمية، مصر، سنة 2002، ص29.

[2]– عوض المر، المرجع السابق، ص838.

[3]– أنظر المادة 104 من تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016.

[4]– أنظر المادة 96 من تعديل الدستور الجزائري 2020.

أي تعديل دستوري كما تنص المادة 220[1] من هذا التعديل الأخير لا يمكن عرض مشروع التعديل الدستوري على الاستفتاء في حالة رفضه مدة الفترة التشريعية.

الفرع الثالث: بسط الرقابة الدستورية على تعديلات الدساتير

من منطلق أن الدستور هو القانون الأساسي في كل دولة وهو الذي يؤسس بناء الدولة سواء من الجانب الشكلي أو الجانب الموضوعي، والدساتير لا تبقى على حال واحد فهي تتأثر بالمتغيرات والمستجدات التي قد تحصل في الدولة هذا ما يستدعي تعديلها، حتى تستطيع أن تتماشى والتطورات الحاصلة، وتحقيق متطلبات الشعوب، ما يجعل تعديل الدساتير أمرا حتميا لا مناص منه، بما أن القضاء الدستوري هو الهيئة الدستورية التي تسهر على حماية سمو وعلوية الدستور فإلى أي مدى يمكن للقضاء الدستوري فرض رقابته على تعديل الدستور؟ علما أن هناك دساتير تنص صراحة على سلطة القضاء الدستوري في رقابة تعديلات الدستور، ودساتير أخرى تنص صراحة على عدم صلاحية القضاء الدستوري في رقابة التعديلات الدستورية[2].

أولا: أمثلة على موقف القضاء الدستوري الرافض لرقابة التعديلات الدستورية

كان قرار المجلس الدستوري الفرنسي واضحا بالنسبة لرقابة تعديل الدستور الذي يتم اقراره عن طريق الاستفتاء الشعبي[3]، وقد أبرر المجلس الدستوري الفرنسي موقفه بالقول أن سلطته الرقابية تقتصر على مشروعات القوانين التي يقررها البرلمان ولا علاقة له بدستورية أي تعديل مصدره الاستفتاء الشعبي مستندا في ذلك على المادة 61 من الدستور الفرنسي الذي تخول له بسط الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية[4]، وعبر على ذلك بالقول: "إن اختصاص المجلس الدستوري محدد بدقة في الدستور، كما لا يمكن تحديده واستكماله إلا بقانون أساسي وفقا للمبادئ المنصوص عليها دستوريا، أنه لا يمكن دعوة المجلس الدستوري للفصل في غير الحالات المنصوص عليها صراحة في الدستور وفي نفس هذا السياق صرح المجلس بـ"اعتبار أن المادة 61 من الدستور تنيط بالمجلس

---

[1]– أنظر المادة 220 من تعديل الدستور الجزائري 2020

[2]– وليد محمد الشناوي، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية (دراسة مقارنة)، دط، دار الفكر والقانون، مصر، سنة 2016، ص59، 60.

[3]– تنص المادة 61 من الدستور الفرنسي على:" يجب عرض القوانين الأساسية قبل إصدارها واقتراحات القوانين المذكورة في المادة 11 قبل عرضها على الاستفتاء ولوائح مجلس البرلمان قبل تطبيقها على المجلس الدستوري الذي يفصل في مدى مطابقتها للدستور"، أنظر: محمد ابراهيم خيري الوكيل، المرجع السابق، ص57.

[4]– عليان بوزيان، المقال السابق، ص114.

الدستوري مهمة تقييم مدى توافق القوانين الأساسية مع الدستور... كما أن المجلس الدستوري لا يستمد من المادة 61 والمادة 89 أو أي حكم آخر من أحكام الدستور سلطة الحكم على مراجعة الدستور"[1].

وبالنسبة للقضاء الدستوري المجري تم الطعن في التعديل الذي مس الدستور في 14 أكتوبر 1997 في القضية رقم (1260/8/1997) أمام المحكمة الدستورية المجرية وقد ادعى الطاعن بأن هذا التعديل لا يتوافق مع الدستور لأنه لا يحترم مبدأ السيادة والأمن القومي اللذين تتضمنها المادة 02 من الدستور المجري، فدفعت المحكمة الدستورية المجرية بعدم الاختصاص لرقابة التعديلات الدستوريةّ، مبررة ذلك أنها لم تجد الأساس الدستوري الذي يخول لها صلاحية رقابة دستورية التعديل الدستوري وصرحت أن مجال اختصاصها لا يسمح لها بالتدخل في رقابة التعديل الدستوري[2].

والمحكمة الدستورية العليا المصرية منذ أن بدأت في ممارسة اختصاصاتها الدستورية[3] اعتمدت سياسة قضائية ناجعة التزمت بموجبها المجالات التي يمكن لها أن تتدخل فيها بخصوص رقابة الدستورية بمجموعة من القيود ترتب عنها نتائج ايجابية خاصة تحقيق التوازن بين حماية مبدأ المشروعية وفي نفس الوقت احترم نطاق تدخلها وعدم تجاوز الوظائف المسندة إليها[4].

وتطبيقا لمبدأ احترام اختصاصاتها وعدم التدخل في المسائل التي تخرج عن نطاق تدخلها، ومن الموضوعات التي أقرت المحكمة الدستورية العليا بعدم النظر إليها هو موضوع التعديل الدستوري، ويتجلى ذلك من خلال قولها:"...وكلا من القانون والدستور قد منحا المحكمة الدستورية العليا اختصاصا متفردا لمراقبة مدى توافق القوانين واللوائح دون غيرها مع نصوص الدستور ومن ثم فإن طلب تعديل نص المادة (76) من الدستور...يخرج من نطاق اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظر الدعوى"[5].

---

[1] -CC n 2003-469 DC du 26/03/2003, cf.site: www.conseilconstitiutionnel.fr

[2]– وليد محمد الشناوي، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، المرجع السابق، ص88.

[3]– إن المحكمة الدستورية العليا المصرية حددت نطاق تدخلها وحدود اختصاصها فقضت بأنه:" من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز للمحكمة الدستورية أن تتنصل من اختصاص ينيط با وفقا للدستور أو القانون أو كليهما...ولا تخوض في اختصاص ليس لها..." انظر: محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص43.

[4]– عبد العزيز سالمان، منهج التقييد الذاتي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 02، سنة 2003، ص04.

[5]– محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص305.

وفي حكم آخر للمحكمة الدستورية العليا المصرية حسمت موقفها بالنسبة إلى رقابة تعديل الدستور معلنة رفضها لمزاولة تلك الرقابة بالقول:" إن الدستور لا يندرج في مفهوم القوانين التي تباشر المحكمة الدستورية العليا الرقابة عليها في نطاق ولايتها المنصوص عليها في صدر المادة (29) من قانونها...وعلى ذلك فإنه في حالة اخضاع الدستور لرقابة هذه المحكمة تكون متجاوزة حدود ولايتها مقومة تُخومها، ومن ثم يخرج عن نطاق اختصاصها"، وأسست المحكمة حكمها بعدم اختصاصها في رقابة تعديل الدستور هو ضمان وحماية مبدأ سمو الدستور"[1].

ثانيا: أمثلة عن موقف القضاء الدستوري الذي مارس رقابة على تعديل الدساتير

بالرغم من أن هناك محاكم دستورية ومجالس دستورية امتنعت عن رقابة التعديلات الدستورية لعدة اعتبارات، لعل أهمها هي المحافظة على المجال الدستوري الذي يحدده اختصاصها، وربما لاعتبارات سياسية، محاولة عدم التصادم مع مؤسسات الدولة الأخرى، وفي نفس الوقت هناك هيئات للقضاء الدستوري بسطت رقابتها على التعديلات الدستورية ربما بحكم النص الدستوري[2] الذي يجيز لها ذلك أو لأنها تستند إلى اختصاصها في حماية الدستور في شكله العام، وسوف نتطرق إلى بعض النماذج التي مارست رقابة التعديلات الدستورية.

بالنسبة للمحكمة الاتحادية العليا الامريكية، في قضية "هولنفسوورث ضد فرجينيا (1798): "قضت المحكمة أن رئيس الولايات المتحدة ليس لديه أي دور رسمي في عملية تعديل دستور الولايات المتحدة الامريكية وأن التعديل الحادي عشر[3] ملزم على القضايا المنظورة بالفعل حتى قبل التصديق عليه". وتدور وقائع هذه القضية أن "هولندسوورت" دفع بعدم مشروعية التعديل الحادي عشر للدستور الامريكي مستندا على فحص التاريخ التشريعي للتعديل تبين أنه لم يتم بعد تقديمه للرئيس من أجل التوقيع عليه، فضلا عن ذلك ادعى هذا الأخير أن هذا التعديل الدستوري لا يمكن أن يطبق على دعواه لأنها سابقة لإقراره.

---

[1]– محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، المرجع السابق، ص201.

[2]– ينص الفصل 120 في فقرته الثانية من الدستور التونسي لعام 2014 على:" تختص المحكمة الدستورية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين الدستورية التي يعرضها عليها رئيس مجلس النواب الشعب حسب ما هو مذكور بالفصل 144 أو لمراقبة احترام اجراءات تعديل الدستور ، الدستور التونسي لعام 2014.

[3]– ينص التعديل الحادي عشر للدستوري الأمريكي على:" لا تعتبر السلطة القضائية التي تتمتع بها الولايات المتحدة على أنها تمتد إلى أية دعوى قانونية، او دعوى إنصاف سبق أن شرع في إقامتها أو الادعاء فيها ضد إحدى الولايات المتحدة، مواطنون من ولاية أخرى أو مواطنون أو رعايا أية دولة أجنبية".

إلا أن المحكمة العليا الأمريكية لم تعتد بحجج المدعي وقضت بأن:" تعديل الدستور الحادي عشر قد تم اعتماده بطريقة دستورية صحيحة..." [1].

وكذلك مارست المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية رقابتها على مدى سلامة التعديلات الدستورية من خلال قضية Coleman V.Milles حيث اقترح الكونجرس في يونيو 1924 تعديلا للدستور سمي بـ "تعديل عمل الطفل"، وكان صاحب المصلحة في هذه الدعوى يستند إلى حجة أن التعديل الذي تم اقتراحه من طرف الكونجرس لم يعد مشروعا بسبب مضي الوقت القانوني ومنه لا يمكن المصادقة عليه من جانب السلطة التشريعية في ولاية كانسا عام 1927.

في هذه القضية رفضت المحكمة حجج المدعي واعتبرت أن المدة الزمنية التي يمكن المصادقة خلالها تعتبر مسائل ذات بعد سياسي ولا يمكن اخضاعها للقاضي.

مما سبق يتضح من تجربة المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية بخصوص رقابة سلامة التعديل الدستوري فإن هذه الرقابة يكون مجالها الجانب الشكلي فقط (سلامة الاجراءات) [2].

وتستمد المحكمة الدستورية الليبية أساسها الدستوري في رقابة التعديلات الدستورية من نص مشروع الدستور 2017 المادة (1/139) ، إن الرقابة الدستورية حسب ما جاء بها مشروع الدستور الليبي هي رقابة شاملة تمس مختلف التشريعات مهما كانت طبيعتها القانونية ولم تستثني حتى التعديل الدستوري من الرقابة الدستورية[3].

وكان للمحكمة الدستورية الليبية دور هام جدا في جعل الرقابة تمتد وتبسط على التعديل الدستوري ويبرز ذلك من خلال الحكم الذي أصدرته بشأن قضية الطعن الدستوري رقم (27 لسنة 59 ق) التي حكمت فيها الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في جلستها بتاريخ 26-2-2013 بعدم دستورية التعديل الدستوري رقم (3) لسنة 2012، حيث صرحت المحكمة الدستورية الليبية " إن كان اختصاص المحكمة العليا يقتصر على رقابة دستورية القوانين وإنه لا يمتد إلى النصوص الدستورية...إلا أنه متى نص الدستور على طريقة معينة واجراءات معينة لتعديل الدستور فإنه يجب

[1]- محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، المرجع السابق، ص193، 194.

[2]- وليد محمد الشناوي، الرقابة القضائية على دستورية التعديلات (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص101.

[3]- سميرة علي جمعة وافي، اختصاصات المحكمة الدستورية في مشروع الدستور الليبي 2017 (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، سنة 2019، ص94.

على السلطة التشريعية التقيد بتلك القيود، ولأنه من اختصاص الدائرة الدستورية التصدي لمراقبة إلى أي مدى التزم المشرع بتلك القيود"[1].

ويجد المجلس الدستوري الجزائري سنده الدستوري في صلاحيته لمراقبة مدى دستورية التعديل الدستوري في نص المادة 210 من التعديل الدستوري لسنة 2016، حيث أن رأي المجلس الدستوري ملزم بالنسبة لتعديل الدستور ووضحت المادة المذكورة آنفا أنه يمكن لرئيس الجمهورية أن يصدر القانون المتضمن تعديل الدستور دون عرضه على الاستفتاء الشعبي مع الالتزام برأي المجلس الدستوري إذا ارتأى ان هذا التعديل لا يمس بالمبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري وحقوق الانسان والمواطن وحرياتهما، كما أن هذا التعديل لا يمس التوازنات الأساسية بين السلطات والمؤسسات الدستورية، ففي هذه الحالات يمكن لرئيس الجمهورية أن يصدره دون عرضه على الاستفتاء[2].

ومن خلال الآراء التي قدمها المجلس الدستوري الجزائري بخصوص رقابته لمدى دستورية تعديل الدستور فإنها شاملة لجميع الجوانب الشكلية والموضوعية فهو يراقب مدى سلامة الاجراءات الواجب اتباعها في عملية التعديل وكذلك الجانب الموضوعي، حيث يتطرق إلى المواد المعدلة بالزيادة والنقصان ويقرر مدى دستوريتها مستندا على الأهداف الدستورية الأصلية وثوابت الأمة ومقومات الدولة التي لا يمكن تجاوزها.

وفي نفس السياق جاء التعديل الدستوري لعام 2020 وأعطى صلاحية رقابة تعديل الدستور إلى المحكمة الدستورية التي حلت محل المجلس الدستوري بموجب هذا التعديل ومن خلال نص المادة 221 من هذا التعديل تستطيع المحكمة الدستورية بسط رقابتها على مشاريع تعديل الدستور[3]، وكانت كل النتائج التي توصل إليها المجلس الدستوري تقريبا لا تمس رتبة الموضوعات الراسخة التي لا يمكن تجاوزها[4].

---

[1]– ليلى خنوش ناجي، المقال السابق، ص533.

[2]– المادة 208 من تعديل الدستور الجزائري لعام 2016.

[3]– أنظر المادة 221 من تعديل الدستور الجزائري لعام 2020.

[4]– أنظر الرأي رقم: 08/01 ر ت د/م د بتاريخ 07 نوفمبر 2008 المتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري والرأي رقم: 16/01/ر ت د/م د مؤرخ في 28 يناير 2016 يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري وللاطلاع على المزيد من الأنظمة الدستورية التي مارست رقابة الدستورية على التعديلات الدستوريـــــة مثل

المطلب الثاني: دور القضاء الدستوري في تكريس الحقوق والحريات الأساسية بتفسير نصوص الدستور

يعتبر تفسير نصوص الدستور من الأساليب الفعالة التي يعتمدها القاضي الدستور في تكريس الحقوق والحريات الأساسية، فمن خلال نص الدستور يستطيع تحقيق العديد من الأهداف تساعده على تكريس الحقوق والحريات الدستورية، حيث لا يعتمد على تفسير واحد بل يجتهد حتى الوصول إلى أهداف وغايات خارج الدستور، وفي بعض الحالات يعتمد على المنهج التكاملي أو التفسير المرن لتكريس الحقوق والحريات الأساسية ولمعرفة دور القاضي الدستوري في هذا الشأن، خصصنا الفرع الأول: التفسير الحرفي لنصوص الدستور، الفرع الثاني: مساهمة القضاء الدستوري في تجسيد مقاصد الدستور بالتفسير الغائي، الفرع الثالث: مساهمة القضاء الدستوري في إعطاء نفس القيمة الدستورية للحقوق والحريات الأساسية بالتفسير التكاملي، الفرع الرابع: مساهمة القضاء الدستوري في جعل الحقوق والحريات الأساسية تواكب التغيرات بالتفسير المرن.

ذهب الفقه إلى أن عملية تفسير النصوص الدستورية هي عملية ذهنية تتولاها جهات معينة استنادا إلى اسس وضوابط ترمي بالدرجة الأولى إلى توضيح ما أبهم من الألفاظ الدستورية وتوضيح النقص الذي يمكن أن يمس أحكام الدستور، أو كما اعتبره البعض بأنه هو شرح النص الدستوري بغرض الوصول إلى الخلفيات الكامنة وراءه والهدف منه[1].

وفي هذا السياق يذهب البعض إلى القول أن التفسير يتطلب عملا إراديا ينطلق من حكم قانوني أو جزء منه للوصول إلى معنى دقيق يضفي على الحكم صفة القاعدة المعيارية ويقصد بعملية التفسير لحكم دستوري أو ذي قيمة دستورية ذلك العمل الذي يقوم به القاضي الدستوري لتحديد معنى الحكم محل التفسير اضفاء الطابع المعياري عليه[2].

ويرى البعض الآخر بأن المعنى الاصطلاحي لتفسير نصوص الدستور إنما ينحصر في القواعد الدستورية محددا معانيها ونطاق تطبيقها يكشف الغموض الذي يسودها أو إزالة التعارض الذي قد يتخللها أو استكمال النقص الذي شابها.

التجربة الايطالية والتجربة الألمانية والتجربة النمساوية راجع في ذلك: عليان بوزيان، المقال السابق، ص113 وما بعدها.

[1]–محمد أبو العثم النسور، القضاء الدستوري بين النظرية والتطبيق، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2016، ص285.

[2]–سعيد بوالشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، المرجع السابق، ص268.

وقد عرفته المحكمة الادارية العليا (الدائرة الدستورية) لدولة الامارات العربية المتحدة بقولها "الأصل أن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير أحكام الدستور إنما ينحصر في تجلية ما يكون قد رأت على النص المطلوب استيضاحه من غموض وليس بغية رفع هذا اللبس وإيضاح ذلك الغموض توصلا إلى تحديد مراد الدستور ضمانا لوحدة التطبيق الدستوري واستقراره"[1].

تعددت مذاهب التفسير ما حمل الفقه أو القضاء الدستوري إلى تبني هذا المذهب أو غيره تبعا لقناعات المرجعية المفسرة أو درجة تطور القضاء الدستوري ومذاهب التفسير هي[2]:

الفرع الأول: التفسير الحرفي لنصوص الدستور

قد يبني القاضي نظرية التفسير الأصولي او الحرفي بحيث لا يتخطى حدود وألفاظ النص الدستوري وينظر إلى معناه باعتباره معنى ثابت وجامد يتحدد وقت اصداره، ووفقا للأصوليين يعتبر المعنى الظاهر الذي يمكن أن يفهم مباشرة من النصوص الدستورية وهو المعنى الذي قصده واضعي وثيقة الدستور[3].

هذا المنهج ميزته الأساسية تكمن في أن التفسير يعتمد على المصادر الرسمية للدستور[4] مما يجعل هنا القاضي الدستوري مقيدا، ومن ثمة يبتعد عن الاعتماد على الاختيارات السياسية والتحولات الحاصلة ويقتصر دور القاضي الدستوري في التفسير الحرفي لنصوص الدستور ولا يمكن أن يخرج على المعنى الحرفي للنص[5].

وبالرغم مما يتصف به هذا المنهج من سهولة وسرعة وحيادية على توفير اليقين والثقة لدى الأطراف والجمهور، إلا أن بساطته في تفسير الدستور تصل به إلى حد السذاجة التي لا يتحقق من

---

[1]–حنظل شريف حسين، وسائل تفسير نصوص الدستور، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 4، السنة التاسعة، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، السنة 2017، ص523.

[2]–محمد علي شحادة، تفسير الدستور بين المشرع والقضاء الدستوري، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2016، ص31.

[3]–محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، المرجع السابق، ص75.

[4]– يرى كلسن:" أنه لا يجوز للمحكمة أن تعتد إلا بالقواعد الدستورية دون غيرها من الاعتبارات القانونية أيا كان مصدرها " ثم يضيف بأن المحكمة الدستورية سوف تكون في حلة تعارض مع نفسها، إذا أرادت أن تضع نفسها فـــوق

الاختصاصات إلى منحت لها أو إذا انتحلت لنفسها الاختصاص بإقامة النظام القانوني وفقا لأحاسيسها القانونيـــــــة، أنظر: علي قاسم ربيع، الأطروحة السابقة، ص130.

[5]–سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص270.

خلالها الهدف من التفسير وهو الوقوف عند المعنى المناسب، فالكلمات لعبارات جامدة، بينما العلاقات التي ينظمها الدستور سواء كانت بين مختلف السلطات أو علاقاتها بالأفراد هي علاقات حية متطورة وتتصف بالمرونة والتطور وهذا ما لا يتحقق في هذا المنهج[1].

والجدير بالذكر أن أنصار نظرية التفسير الحرفي قد دافعوا عن موقفهم بالقول بأن التفسير الحرفي يقلل من تدخل القضاة غير المنتخبين الذين قد يستولوا على السلطة التشريعية المنتخبة، عن طريق تأويل معاني القوانين حسب أهوائهم، وأطلق القاضي "أنطونيت سكاليا" أحد أهم أنصار نظرية التفسير الحرفي على هذه النظرية اسم الأقل شرا، بحث سكاليا على "المعنى الأصلي" الذي اعتبره الفهم الأصلي" للنص، في الوقت الذي تم فيه صياغته والموافقة عليه، ويتلخص المنهج القضائي "لسكاليا" في أنه: "ينظر إلى الأصولية أو الحرفية باختلاف طفيف، بحيث أنه لا يتوقف عند حدود ظاهر النص الدستوري أمامه فقط دون التطرق إلى الموارد الأخرى وثيقة الصلة به، ولكنه في سبيل تفسير النص يسترشد ويستأنس بالأدلة التي ساقها واضع الدستور لحقبة كتابة هذا الأخير"[2].

وسجل التيار الأصولي الحرفي حضوره في الفقه العربي، إذ يرى جانب من الفقه العربي بأنه: "لا يخالجني الشك في أن تطويع الدستور للمتغيرات اللاحقة للعمل به يتصادم مع إرادة السلطة التأسيسية، فالمفروض أن نبحث عن إرادة المشرع لحظة إصداره للقاعدة، لا إرادته لو كان قد وضع النص لحظة الحاجة إلى تفسيره، وإلا نسبنا إلى المشرع ما لم يدر بخلده" [3].

الفرع الثاني: مساهمة القضاء الدستوري في تجسيد مقاصد الدستور بالتفسير الغائي

في هذا الفرع سوف نتطرق إلى كيفية استعمال القاضي الدستوري للمنهج الغائي ودوره في المحافظة على الأهداف الدستورية وعدم الخروج عنها حتى تكون الحقوق والحريات الأساسية تتماشى والأهداف الدستورية.

[1]–نعمان أحمد الخطيب، تفسير نصوص الدستور الأردني (دراسة مقارنة)، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، العد 03، تصدر عن عمادة البحث العلمي وضمان الجودة، الجامعة الأردنية، الأردن، سنة 2019، ص41.

[2]–محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، المرجع السابق، ص76.

[3]–ميسوم طه حسين، فكرة الدستور الحي في الفقه والقضاء والدستوري، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد 27، العدد01، العراق، سنة 2019، ص446.

المنهج الغائي يفسر النصوص الدستورية بالاعتماد على إظهار ما تسعى هذه النصوص إلى الوصول إليه، أو الهدف الذي وجد لأجله النص دون وضع اعتبارات إلى الجانب اللغوي والتقيد بها محاولة الوصول إلى مقاصد النص[1].

يعتمد هذا المنهج على الغاية التي يتوخاها النص، فهنا القاضي يبحث على الحل العادل لكل حالة واقعية معتمدة في ذلك على دقة البصيرة، وقد يفصل روح النص على المعنى اللفظي، خاصة في أوقات الأزمات السياسية والأوضاع غير العادية.

والقاضي الذي يتبع نظرية التفسير القصدي هو في الواقع قاضيا أصوليا ولكنه بدلا من أن يتبع المعنى الأصلي الظاهر للنص الدستوري، يلتزم بقصد ونية واضعو الدستور.

والأمر الذي جعل القضاء الدستوري يستعمل المنهج الغائي لأنه في بعض الأحيان تكون نصوص الدستور تحمل عبارات عامة فضفاضة قد تستوعب أكثر من معنى، الأمر الذي يفرض آليات مختلفة في التفسير للوصول إلى الغاية المنشودة من النصوص الدستورية[2].

ومن خلال المنهج الغائي ينبغي على المفسر أن يستلهم الحاجات التي من أجلها وضعت القاعدة القانونية لإشباعها، لأن القاعدة الدستورية تهدف إلى اشباع حاجات مختلفة والتفسير الغائي يهدف إلى تحقيق مطالب الحياة العملية[3].

إن تحديد حكمة النص الدستوري يساعد على فهم معانيه ومراميه إذا لم تكن ألفاظه واضحة الدلالة على معنى معين.

ومن منطلق أن الدستور وثيقة تقدمية فإنه من المنطق أن يكون تفسير اي نص دستوري في ضوء الهدف والغاية منه ذلك أن اغفال أهداف الدستور ومبادئه العامة في التفسير من شأنه أن يؤدي بالقضاء الدستوري الخروج عن ولايته في التفسير ويؤدي به إلى تعديل نص الدستور بالتفسير المغاير لأهدافه وهو مالا يمكن العمل به بناء على النصوص والأحكام الدستورية[4].

---

[1]–نعمان أحمد الخطيب، المقال السابق، ص45.

[2]–سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص272.

[3]–حنظل شريف حسن، المقال السابق، ص531.

[4]–فهد أبو العثم النسور، المرجع السباق، ص296–297.

ويبرز أنصار المنهج الغائي اعتمادهم لهذا المنهج لأنه من خلاله يمكنهم تجاوز الضعف اللغوي للعبارات التي استعملها واضعو الدستور من جهة، وتحقيق الهدف من وراء وضع النصوص الدستورية في فترة معينة من جانب آخر، بأسلوب قانوني مشروع يتماشى ونصوص الدستور وأهدافه[1].

وكان موقف المحكمة الدستورية المصرية واضحا من هذا المنهج فقد اعتمدته في العديد من تفسيراتها للنصوص الدستورية[2] وفي هذا تقول المحكمة الدستورية العليا في مصر:"... ولا يجوز بالتالي ان تفسر نصوص الدستور بما يبتعد عن الغاية النهائية المقصودة منها... وإنما يتعين دوما أن تحمل مقاصدها بمراعاة أنها وثيقة تقدمية"[3].

ومن تطبيقات المنهج الغائي بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا المصرية قضت بأنه "يتعين أن ينظم القانون أداء الوظيفة الاجتماعية للملكية مهتديا بوجه خاص بالقيم التي تنحاز إليها الجماعة في مرحلة معينة من مراحل تطورها...".

ويبرز اعتماد المحكمة الدستورية العليا في مصر للمنهج الغائي، في ما أكدته المحكمة في اجتهاد لها إذ جاء فيه"...إن مبدأ خضوع الدولة للقانون محددا على ضوء مفهوم ديمقراطي مؤداه، أن لا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدولة الديمقراطية مفترضا... وأن الأصل في النصوص التشريعية في دولة القانون هو ارتباطها عقلا بأهدافها الدستورية باعتبار أن التنظيم التشريعي ليس مقصورا لذاته"[4].

وعملت المحكمة الدستورية على وضع ضوابط قانونية لحماية حق الاقتراع وكفالته لكي يسير المشرع العادي على هداها لا يحيد عنها، وإلا وقع المشرع في دائرة عدم الدستورية ومن أهم هذه القيود ألا يكون تنظيمه لهذا الحق مضيقا من فرص الناخبين في الادلاء بأصواتهم من خلال فرض بعض الشروط الغير موضوعية كما لا يجوز إهدار حقوق أخرى لها علاقة وثيقة بحق الاقتراع مثل حرية التعبير.

---

[1]–نعمان أحمد الخطيب، المقال السابق، ص46.

[2]– وفي القضية رقم 40 لسنة 13 قضائية بتاريخ 1993/12/06 : أكدت المحكمة الدستورية العليا ولايتها في تفسير النص التشريعي فيقتصر على تحديد مضمون النص القانوني المطلوب تفسيره بتوضيحه ما أيهم من ألفاظه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة تحريرا لمقاصد المشرع والغاية من تقريره..." للمزيد انظر: محمد ماهر أبو العينين، موسوعة القضاء الدستوري المصري، الكتاب الأول، ط2، دار روائع القانون، مصر، سنة 2017، ص276 وما بعدها.

[3]–نعمان أحمد الخطيب، المقال السابق، ص46.

[4]–محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص321.

من خلال هذه الأحكام يتضح ان المحكمة الدستورية حفاظا على الأهداف الدستورية وهي دعم المجال الديمقراطي والحريات السياسية وضعت جملة من القيود على المشرع حتى لا يخرج عن الأطر والغايات الدستورية[1].

كما أن المحكمة الدستورية الأردنية بدورها تبنت المنهج الغائي ويتجلى ذلك في حكم لها حيث عبرت تعبيرا صريحا على الغاية التي يسعى إلى تحقيقها المشرع الدستوري بقولها" إن الغاية التي قرر من أجلها المشرع الدستوري انشاء المجالس البلدية والقروية بقانون تتمثل في توفير ضمانات لاستقلال تلك الهيئات وتمتعها بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والاداري"[2].

في قرار للمجلس الدستوري الفرنسي سنة 1982، اعتبرت الحصرية المفرطة للمؤسسات الصحفية التي تصل إلى حد الاحتكار تتنافى مع حق المواطن في التواصل الذي ينص عليه اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي 1789 من خلال صحف متعددة ووسائل اعلام مختلفة التي تعد بحد ذاتها قيمة دستورية مستهدفه، وكذلك حق المواطن بالحصول في سكن لائق منسجما مع حق السكن ومبدأ الكرامة الانسانية، كما قرر المجلس الدستوري الفرنسي عام 1994، علما أن المجلس في تبنيه لمبدأ الأهداف والغايات ذات القيمة الدستورية لم تكن حكرا على المواطن الفرنسي فقط[3].

وفي اجتهاد آخر للمجلس يؤكد فيه على ضرورة احترام الأهداف الدستورية وذلك بقوله "بالنظر إلى أنه من اختصاص المشرع بموجب المادة 34 من الدستور وضع القواعد الخاصة بالضمانات الدستورية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة للتوفيق بين الوضع التكنولوجي الحالي وبين سيطرتهم وممارسة حرية الاتصال عملا بالمادة 11 من اعلان 1789 ... ومن جهة أخرى حماية أهداف القيمة الدستورية التي تمثل في حماية النظام العام واحترام حرية الآخرين والحفاظ على ابعاد التعددية بتيارات التعبير الاجتماعي والثقافي ..." [4]، كما أكد المجلس على ضرورة احترام الغايات الدستورية واعتبرها قيد على المشرع حتى يبقى في الأطر الدستورية وذلك بقوله "ونتيجة لذلك

[1]–محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص736.

[2]– كامل السعيد، النظرية العامة للقضاء الدستوري، دراسة تحليلية تأصيلية توصيفية توجيهية مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2017، ص316.

[3]–نعمان أحمد الخطيب، المقال السابق، ص46.

[4] -CC n 93-33 DC du 21/01/1994, cf.site: www.conseilconstitiutionnel.fr

انتهكت السلطة التشريعية حرية التعبير والاتصال التي لم تكن ضرورية ومتناسبة مع الهدف المنشود"[1].

ومن تطبيقات تحقيق الغاية والهدف المنشود من النصوص الدستوري، ذهب المجلس الدستوري الجزائري في رأيه بخصوص مراقبة مدى دستورية القانون العضوي الذي يحدد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة للدستور، بالقول "... اعتبارا أن تجسيد الأهداف الدستورية مثلما يستمد من روح المادتين 31، 31 مكرر من الدستور يقتضي أن يكون كل حكم قانوني ذي صلة بوضوح القانون العضوي موضوع الأخطار وتحت طائلة التصريح بعدم مطابقته للدستور".

"واعتبارا أن المؤسس الدستوري بتنصيصه في المادة 31 مكرر على أن الدولة تعمل على ترقية الحقوق السياسية للمرأة... فإنه لا يهدف إلى مجرد تسجيل المرأة في القوائم الانتخابية، وهو مالا يشكل في حد ذاته ضمانة كافية لتمثيلها الفعلي في المجالس المنتخبة".

يتضح من هذا الرأي أن المجلس الدستوري يرمي إلى تحقيق الغاية الدستورية[2] التي نصت عليها المادتين 31، 31مكرر من الدستور وهي المشاركة الفعلية في الحياة السياسية[3].

وفيما يخص مراقبة التعديل الدستوري لعام 2016 بالنسبة لتعديل المواد 45، 47، 48 وإضافة المادة 45 مكرر مأخوذة مجتمعة لتناولها لنفس الموضوع.

اعتبر ان تعديل المواد المذكورة أعلاه مع إضافة مادتين جديدتين إلى ضمان المحاكمة العادلة وإقرار المساعدة القضائية والتأكيد على الطابع الاستثنائي للحبس المؤقت في إطار القانون مع اقرار حق الشخص الموقوف للنظر في الاتصال بمحاميه مع وجوب الفحص الطبي.

كما اعتبر أن الأحكام المعدلة والمضافة... تهدف إلى دسترة الاجراءات التي تضمن المساواة أمام العدالة..." [4].

---

[1] - CC n 220-801 DC du 18/06/2020, cf.site: www.conseilconstitiutionnel.fr

[2] – ومن تطبيقات المنهج الغائي في اجتهادات المجلس الدستوري الجزائري، حين اعتبر المجلس أن المؤسس الدستوري يهدف إلى تمكين المواطنين من ممارسة إحدى الحريات الأساسية المكرسة في الدستور والمتمثلة في حرية اختيار موطن اقامته داخل أو خارج التراب الوطني، أنظر رأي رقم 1/ ر.م د/ 12 مؤرخ في 08 جانفي 2012 مراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، جريدة رسمية عدد 02 لسنة 2012.

[3] –رأي رقم 05/ ر.ت/11 السابق ذكره.

[4] –رأي رقم 16/01 ر.ا د/م د المؤرخ في 2016/01/28 يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري لعام 2016، ج رس عدد 01 لعام 2016.

الفرع الثالث: مساهمة القضاء الدستوري في اعطاء نفس القيمة الدستورية للحقوق والحريات الأساسية من خلال التفسير التكاملي

نظرا لما حدث من اختلافات فقهية بخصوص القيمة الدستورية للحقوق والحريات الأساسية وطرحت أسئلة عديدة في هذا الشأن منها: هل الحقوق والحريات الأساسية في مرتبة واحدة؟ أم هي متفاوتة؟ وفي هذا الفرع سوف نتطرق إلى موقف القضاء الدستوري في ما يخص القيمة الدستورية للحقوق والحريات الأساسية بالنسبة لهذا الاختلاف.

يسعى القضاء الدستوري جاهدا للحفاظ على الوحدة العضوية للوثيقة الدستورية باعتماد أسلوب التفسير التكاملي للنصوص الدستورية معتمدا في ذلك على أن النصوص الدستورية تشكل وحدة متجانسة تكمل بعضها البعض ومترابطة لا يمكن الفصل بينها[1].

وهذا يعني أن ينظر إلى النصوص الدستورية باعتبارها وحدة واحدة مكملة لبعضها البعض لا يفسر أي نص منها بمعزل عن النصوص الدستورية الأخرى، هذا ما يؤكد أن عملية التفسير ليست عملية تجزيئية، لا يستند فيها إلى تفسير الألفاظ أو النص المراد تفسيره بشكل منفصل، وأكد غالبية الفقه على هذا الأسلوب بالقول : يجب على القاضي الدستوري أن يحتكم إلى كافة النصوص الدستورية حتى يصل إلى قراره النهائي[2].

وفي هذا المنهج لا يجوز قراءة نصوص الدستور بما يخل بتكاملها واتساقها فيما بينها، ولا يجوز كذلك افتراض أن أجزاء الدستور لا تترابط فيما بينها، أو أنه بالإمكان حذفها أو أن جانبا منها عقيم في معناه أو أن أهدافها متناقضة، بل يجب النظر في نصوص الدستور على أساس أنها متكاملة، ومراعاة أن نصوص الدستور من حيث اللغة أو الترتيب ليس لها الدور الكبير في مجال تحديد اهميتها، فلا يكون كل حق أو حرية إلا أصلا أو مدخلا لغيره أو نتيجة مترتبة عن وجوده[3].

ونظرا لأهمية هذا المنهج الذي يحقق تكامل النصوص الدستورية ويحقق أيضا وحدة الدستور واستقرار المنظومة القانونية عملت جهات القضاء الدستوري في مختلف الدول على اعتماد هذا المنهج ومن أمثلة ذلك:

[1]–حنظل شريف حسين، المقال السابق، ص533.

[2]–فهد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص292، 293.

[3]–عوض المر، المرجع السابق، ص200، 201.

في العديد من اجتهادات المحكمة الدستورية العليا المصرية ما يدل على أنها اعتمدت على أن النصوص الدستورية متكاملة ومترابطة تعمل في إطار وحدة عضوية، فقالت المحكمة "بأن الأصل في النصوص الدستورية أن تؤخذ باعتبارها متكاملة وأن المعاني التي تتولد عنها يجب ان تكون مترابطة بما يرد عنها التناقض أو التنافر"[1]، وفي اجتهاد آخر لها اعتبرت أن نصوص الدستور "لا تتصادم أو تتهادم أو تتنافر فيما بينها ولكنها تتكامل في إطار الوحدة العضوية التي تتضمنها من خلال التوفيق بين مجموع أحكامها وربطها بالقيم العليا التي تؤمن بها الجماعة في مراحل تطورها المختلفة... واعتبار أن لكل نص منها مضمونا ذاتيا ولا ينعزل به عن غيره من النصوص أو ينفيها أو يسقطها بل يقوم إلى جوارها متساندا معها مقيدا بالأغراض النهائية والمقاصد الكلية التي تجمعها"[2].

وما يؤكد أيضا أن النصوص الدستورية هي عبارة عن وحدة متجانسة مكملة لبعضها البعض خاصة في مجال الحقوق والحريات فهناك البعض منها لا يمكن حمايتها أو التمتع بها إلا إذا توافرت الحقوق والحريات الأخرى المرتبطة بها[3]، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية المجرية وذلك بقولها: "أن كفالة خدمات اجتماعية معينة مثل الوصول إلى المأوى في حالة الطوارئ يشكل حدا أدنى من المتطلبات التي يجب على الدولة توفيرها مقابل التزامها باحترام الكرامة" ومن هذا الاجتهاد عملت المحكمة الدستورية المجرية على الربط بين الرفاهية واعتبرتها ضرورية لصيانة الكرامة"[4].

وفي ألمانيا كذلك انتهجت المحكمة الفيدرالية إلى تفسير نصوص الدستور في إطار وحدة واحدة ومثال ذلك فإن تعبير "اجتماعي" الذي أكده القانون الأساسي لألمانيا الاتحادية في المادة 20 والتي اعتبرت أساسا لقواعد يرتبط بها تحقيق أهداف أخرى ويشمل هذا التعريف الضمان الاجتماعي والتوازن الاجتماعي وتوفير شروط تكافؤ الفرص، حيث عملت المحكمة الدستورية الفيدرالية في هذه التعابير وجعلته يرتبط ارتباطا بنصوص دستورية أخرى[5].

---

[1]–أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص164.

[2]–محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص172.

[3]–نص الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب في ديباجته على "وإذ ترى أن التمتع بالحقوق والحريات يقتضي أن ينهض كل واحد بواجباته وإذ تعرب عن اقتناعها بأنه أصبح من الضروري كفالة اهتمام خاص للحق في التنمية وبما أن الحقوق المدنية والسياسية لا يمكن فصلها عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سواء في مفهومها أو في عالميتها..."

[4]–وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الانسانية في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص174.

[5]–حنظل شريف حسين المقال السابق، ص524.

وكذلك الأمر بالنسبة للمحكمة الدستورية الأردنية بمناسبة تفسيرها إلى المادتين 93 و94 من الدستور، حيث استندت المحكمة إلى مواد دستورية أخرى في عملية تفسيرها وذلك بقولها: "بتدقيق النصوص الدستورية ذات الصلة بطلب التفسير والمتعلقة بمبدأ سن القوانين واصدارها أو رفضها أو رفض اعلان بطلانها". استندت في هذا التفسير إلى المواد 25، 31، 91، 92 وهذا ما يدل على أن المحكمة الدستورية الأردنية تجعل من نصوص الدستور وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة[1].

كما كان للمجلس الدستوري الفرنسي العديد من الاجتهادات القضائية التي تؤكد على ترابط وتلاحم النصوص الدستورية رغم الانتقادات العديدة التي وجهت إليه من طرف الفقه الدستوري الفرنسي، معتمدة بعض الحجم من خلال تحليل اجتهاد المجلس، وكانت هذه الآراء الفقهية تزعم أن المجلس الدستوري الفرنسي يعمل بأسلوب تدرج القواعد الدستورية، وأنها ليست على مستوى واحد، ومنهم العميد Favoreu[2].

ومن اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي التي تدل على اعتماد أسلوب وحدة نصوص الدستور وهي مكملة لبعضها البعض قراره الصادر في 1994/10/11 والمتعلق بـ(مؤسسات الصحافة) أكد المجلس" بما أن الأمر يتعلق بحرية أساسية، سيما أن قيمتها تزداد انطلاقا من كون حمايتها هي إحدى الضمانات الأساسية لاحترام سائر الحقوق والحريات والسيادة الوطنية، فإن القانون لا يستطيع تنظيم ممارستها إلا بهدف جعلها أكثر فعالية وأكثر ضمانة ومصالحتها مع القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية".

من خلال هذا الاجتهاد يتضح أن المجلس الدستوري الفرنسي جعل علاقة وطيدة بين حرية الصحافة وبقية الحريات الأخرى وذهب إلى أبعد من ذلك واعتبرها أساس لابد منه بالنسبة للسيادة الوطنية وهذا يدل على أن حرية الصحافة عبارة على مدخل ضروري لممارسة الحقوق والحريات الأخرى[3].

كما اعتمد المجلس الدستوري الجزائري المنهج التكاملي بين مختلف أحكام الدستور الجزائري مجتمعة وذلك من خلال الاستنتاج الكلي لمعنى حكم دستوري بواسطة ربط النصوص الدستورية فيما بينها ويتجلى ذلك في المذكرة التفسيرية بخصوص المادة 181 من دستور 1996 المتعلقة بالتجديد

[1]–كامل السعيد، المرجع السابق، ص365.

[2]–محمد فوزي النويجي، المرجع السابق، ص125.

[3]–علي صبري حسن، المرجع السابق، ص130.

الجزئي لأعضاء مجلس الأمة، بحيث كان إشكالا مطروحا في كيفية تطبيق هذه المادة وما زاد الأمور غموضا هو الثلث المعين من طرف رئيس الجمهورية[1].

إن الفقرة الثانية من المذكرة التفسيرية نصت على" والثابت أن قراءة المادة 181 من الدستور لوحدها قد يثير تأويلات متتابعة، إلا أن قراءتها مع مواد أخرى لها صلة بالموضوع يرفع عنها كل لبس، فبالرجوع إلى المادة 101 نجدها متجانسة معها وهي الأساس الذي يبين تشكيلة مجلس الأمة ونسبة عدد أعضائه المنتخبين والمعينين..." [2].

من خلال هذا الاجتهاد اعترف المجلس الدستوري بأنه لا يمكن تفسير نص المادة 181 من الدستور منفردة، ولا يكتمل معناها والوصول إلى مقاصدها إلا بالانتقال إلى نصوص دستورية أخرى لها صلة بموضوع المادة 181، وهذا يدل على أن المجلس يعترف بتكامل النصوص الدستورية فيما بينها، وحاول المجلس الدستوري عدم الخروج عن المقاصد الدستورية، وهذا ما عبر عنه في هذه المذكرة التفسيرية بالقول "إن هذا التفسير يتماشى مع أحكام الدستور نصا وروحا".

الفرع الرابع: مساهمة القضاء الدستوري في جعل الحقوق والحريات تواكب التغيرات بالتفسير المرن

من منطلق أن الحقوق والحريات الأساسية لا تبقى على حال واحد وتتغير حسب حاجة الانسان إليها، هذا ما دفع بالقاضي الدستوري استعمال الأسلوب المرن في تفسير القواعد الدستورية حتى يتسنى لها مواكبة التطورات الحاصلة وهذا ما سنوضحه من خلال هذا الفرع.

اثنين من الخصائص الرئيسية للدستور تدعو لتدخل قضائي أكثر نشاطا فيه، كما يعتبر هو القانون الأساسي والأول للدولة، حيث يسعى إلى تعميم لغته ومعانيه وأهدافه ومبادئه، هذا ما يدفع بالقاضي الدستوري بالبحث عن التأويل المناسب للقواعد الدستورية سعيا منه للمحافظة على حقوق وحريات الأفراد تجاه السلطات الأخرى[3].

والتفسير المرن للدستور يدل على ضرورة أن تواكب النصوص القانونية كل المستجدات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تحصل بمرحلة لاحقة لنفاذ القواعد الدستورية، هذا يعني لا

---

[1]–كمال جعلاب، دور المجلس الدستوري الجزائري في تفسير الدستور، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 11، العدد09، جامعة الجلفة، الجزائر، سنة 2018، ص47.

[2]–مذكرة تفسيرية لأحكام الدستور المتعلقة بالتجديد الجزئي لأعضاء مجلس الأمة المعينين في الموقع الالكتروني للمجلس الدستوري الجزائري www.conseil-constitutionnel.dz

[3]–محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، المرجع السابق، ص84.

تقديس لإرادة واضع النص المفترضة، لأن تلك الارادة تبقي في حالة تطور مستمر لمواكبة التطورات الحاصلة في المجتمع[1].

لأن نصوص تلك الدساتير وخاصة مقدماتها يلزمها تفسيرا لكي تتماشى مع تطورات المجتمعات وآمالها في الحياة بحرية تامة تطال المجتمعات الديمقراطية بأكملها.

كما أن القاضي الدستوري يجتهد من خلال تفسيره لمضمون القواعد الدستورية على صون تلك القيم المشتركة، لأن هذه القيم وما ينبثق عنها من حريات وحقوق قد عرفت تطورا جذريا يجب تداركه وضرورة التماشي معه[2].

والتحول النوعي الذي حدث في وظيفة ومنهج القضاء الدستوري المقارن في الربع الأخير من القرن الماضي يسمح للقاضي الدستوري أداء الدور المتميز في تدعيم منظومة الحقوق والحريات كمّا وكيفا بالاعتماد على منهج التفسير المفتوح للنصوص الدستورية[3].

كما استند القضاء الدستوري في تفسير نصوص الدستور إلى مدرسة الحق الطبيعي واعتمد في تفسيراته على حقوق الانسان لأن مدرسة الحق الطبيعي تؤكد بأن أجهزة الدولة المعنية لا يمكنها أن تقر القوانين حسب أهوائها بل يجب عليها أن تراعي في ذلك حقوق الانسان وحرياته، بحجة أن هذه الحقوق والحريات سابقة لوجود الدولة في حد ذاتها، ومن هذه الزاوية تنظر هذه المدرسة إلى القضاء الدستوري بأنه حارس لحقوق الانسان وحريته لأن اعتقاد أنصار هذا الاتجاه يعتبرون أن هذه الحقوق والحريات كانت هي السبب الأول لوضع الدساتير المكتوبة، حسب رأي العلامة (Luis Favoreu) وإن الحقوق الأساسية لا تتوقف عند اعلانها من قبل المؤسس (le constituent) بل يمكن أن تكون تجسيدا لتقاليد استخلصها المجتمع من تفاصيل حياته اليومية[4].

أولا: نماذج عن اجتهادات بعض المحاكم الدستورية في التفسير المرن للدستور

في أحد أشهر الاحكام القضائية والتي عبرت فيها المحكمة العليا الامريكية عن الدستور الامريكي كونه وثيقة قانونية حية ونابضة ذات معنى متطور[5] ومتغير نجده في قضية ولاية مسيوري ضد هو لند

---

[1]–محمد علي شحادة، المرجع السابق، ص33.

[2]–أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص295

[3]–عبد العزيز برقوق، الأطروحة السابقة، ص245.

[4]–أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص283.

[5] – لقد ذهب الفقه الأمريكي إلى ان التفسير الواسع والمرن للدستور الأمريكي سمحت له بالقدرة على التجاوب مع مجتمع متطور وقال أنه صفة التحديد تحتل موقع الشرف في القرار الاداري ولكنها تعتبر أمرا قاتلا إذا لحقت دستورا

Missouri V.Hallond حيث ذكر القاضي "أوليفر هولمس" أنه "عندما نتعامل مع بعض الألفاظ التي هي في الأساس قانونا تأسيسيا مثل دستور الولايات المتحدة الأمريكية يجب علينا أن ندرك أن تلك الألفاظ قد تجلب كائنا جديدا إلى الحياة غير ذلك الذي جلبها واضعوها الأوائل، لقد أنزلوا الكثير من الدم والعرق حتى وصلوا إلى مرحلة كتابة الدستور، الذي ولد به كائن اسمه الأمة، هذا الكائن قد طرأ عليه الكثير من المتغيرات وهو بطبيعته عرضة للتطور والتغيير، وبالتالي فالقضايا التي تعرض أمام هذه المحكمة لابد أن يتم النظر فيها وفقا لخبرات القضاة المتراكمة وفي ضوء تجربتهم برمتها، وليس فقط في ضوء ما تم قوله وتعزيزه قبل مئات من الاعوام"[1].

في الولايات المتحدة الأمريكية اتجهت المحكمة الاتحادية العليا منذ بداية السبعينات في مقام تحديد المقصود بالحرية إلى أن فكرتها تتجاوز مجرد التحرر من تقييد حركة الانسان لكي تتضمن تقريبا كل الحقوق التي تهم الفرد، واتجهت المحكمة العليا إلى أن العبارات التي نص عليها التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي بالنسبة إلى شرط استعمال الوسائل القانونية الذي يضمن تطبيق العنصر الموضوعي لمبدأ سيادة القانون (وهو حماية الحقوق والحريات) تنصرف إلى فكرة واحدة تتضمن جميع المصالح ذات القيمة الانسانية والتي تتدرج تحت عنوان حقوق الانسان[2].

لقد طرأ تحول حقيقي جذري في سياسة الاصلاح الذي انتهجته المحكمة العليا إذ تخلت عن النظرية التقليدية في تفسير النصوص الدستورية، وأحجمت فترة لا بأس بها من الزمن عن التوسع في تفسير تلك النصوص، هذا لا يعني أنها تركت الفرصة لباقي السلطات سواء كانت التنفيذية أو التشريعية تتجاوز اختصاصها الدستوري.

وقامت بالتصدي للكونغرس في محاولته لتقييد الحقوق والحريات وركزت المحكمة في القرن العشرين على مبدأ عدم المساس بالحقوق الفردية وحقوق المتهمين وقضايا الحريات والنشاطات السياسية[3].

يريد ان يعيش، أنظر: أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص153.

[1]–محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، المرجع السابق، ص72.

[2]–أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص67.

[3]–مدني عبد الرزاق الكلش، دور المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في حماية الحقوق والحريات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2015، ص66، 67.

وفي قضية (Norton V.Shebly country) اتجهت المحكمة إلى أن "التشريع المخالف للدستور ليس في الحقيقة قانونا على الاطلاق، فهو لا ينشئ حقوقا، أو يرتب واجبات ولا يمنح حماية ولا ينشئ وظيفة وهو من الناحية القانونية منعدم القيمة تماما وكأنه لم يكن"[1].

وكما تعتمد المحكمة الاتحادية الأمريكية تفسيرها لنص دستوري في بعض الاحيان على مبادئ العدالة، ففي قضية "كنيدي ضد لويزيانا"، واسقاط عقوبة الاعدام من جريمة اغتصاب الأطفال، اتجهت المحكمة بأغلبية خمسة أصوات إلى عدم دستورية ذلك المسلك التشريعي الجنائي، وكتب رأي المحكمة عن الأغلبية القاضي كنيدي الذي وصل إلى أن تقرير عقوبة الاعدام عن جريمة بقي المجني عليه فيها حيا لا يعد متناسبا proportional مع الجرم المرتكب، وأن مبادئ العدالة تأبى معاقبة الجاني بعقوبة الاعدام عن جريمة لم ترتب وفاة المجني عليه[2].

والجدير بالذكر أنه في النظام القضائي الأمريكي[3] قد نجد القضاء الدستوري في الغالب يعتمد نظريات تفسير مختلفة وهذا راجع إلى عدة اعتبارات ففي بعض الأحيان يكون تفسير الدستور بناء على المتغيرات الحاصلة سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية كما يتحكم في عملية التفسير الاتجاهات والمذاهب المختلفة التي ينتمي إليها قضاة المحكمة فليسوا على مذهب واحد فكل واحد منهم له اتجاهاته وقناعته بنظريات التفسير المختلفة، كما يمكن للقضاة أن يعتمدوا على قواعد الأخلاق[4] والقانون الطبيعي في عمليات التفسير[5].

---

[1]–آلاء مهدي مطر، حجية أحكام وقرارات القضاء الدستوري، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2019م، ص189.

[2]–حسام فرحات أبو يونس، من قضاء المحكمة العليا الأمريكية في العام القضائي 2007–2008، مجلة المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 14، سنة 2008، ص20.

[3]– لاحظ القاضي "وارن warren " رئيس المحكمة الأمريكية العليا أن تاريخ بلده لم تخط فقط ميادين القتال ولا القوانين الفيدرالية التي أقرها الكونجرس، ولا الجهود التي بذلتها رؤساء الجمهورية المتعاقبين، وإنما دونه كذلك إلى حد كبير قضاة المحكمة العليا الذين صاغوا بأحكامهم منهجا فريدا لتقدمها، أنظر: عوض المر، المرجع السابق، ص83.

[4]– إن الطبيعة الخاصة للنصوص الدستورية تضع القاضي الذي يراقب مدى دستورية النصوص التشريعية في ضوء نصوص الدستور سلطة تقديرية واسعة يكون له في ظلها تأثيرا ممتدا على السياسات العامة للمجتمع في الميادين الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، أنظر: إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، القضاء الدستوري، دراسة تحليلية نقدية مقارنة، ط1، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2011، ص95.

[5]–محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، المرجع السابق، ص98.

من خلال التطرق إلى المناهج المعتمدة في تفسير نصوص الدستور الأمريكي من قبل المحكمة الاتحادية العليا يتضح أن المحكمة في العديد من أحكامها اعتمدت العدول عن تفسيراتها الأولى واتجهت اتجاها مغايرا في نفس القضايا ومثال ذلك في قضية الحق في الاجهاض، ففي بداية الامر المحكمة أقرت الحق في الاجهاض كأحد الحقوق الدستورية التي يكفلها التعديل الرابع عشر من الدستور ورفضت القيود التي أوردتها قوانين ولاية تكساس وجورجيا للتضيق من نطاق ممارسة هذا الحق.

غير أنه لاحقا غيرت المحكمة موقفها تجاه الحق في الاجهاض في عام 1979 في قضية "ويستر" ضد هيئة ضمان الصحة الانجابية، وكذلك في هيئة تنظيم الأسرة لجنوب وشرق ولاية بنسلفانيا ضد كيسي[1].

وإذا عدلت المحكمة العليا نفسها عن أحكامها فهل تظل الحجية للسوابق القضائية ملزمة للمحاكم الأولى أم أن السابقة الجديدة هي التي تعتبر سارية في مواجهة المحاكم والسلطات الأخرى للدولة[2].

ونظام السوابق القضائية ومقتضى هذا النظام أن تلتزم المحاكم لأدنى درجة بأحكام المحاكم الأعلى درجة منها، بحيث تصبح أحكام المحاكم الأعلى درجة ذات حجية مطلقة تسري في مواجهة الكافة، الأمر الذي يجعل الكلمة الأخيرة والفاصلة للمحكمة العليا الاتحادية وتعيد اعلانها بعدم دستورية قانون معين بمثابة الغاءه ويعتبر في حكم العدم[3].

من خلال التفسير عملت المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية من سد القصور الذي شاب الدستور في ظل جملة متغيرات مثل كل منها إشكال بذاته[4].

ويعد النظام الدستوري الألماني نموذج فريد من نوعه في مجال الحقوق الأساسية ويتجلى ذلك من خلال التفصيل الذي جاء به المؤسس الألماني في القانون الأساسي لسنة 1949 والذي احتوى في فصله الاول الحقوق الأساسية من المادة 01 إلى المادة 19 منه مفصلة بشكل واضح وصريح، ويرجع السبب في ذلك هو اعتماد ألمانيا لدستور ديمقراطي وهو دستور فايمار لسنة 1919.

---

[1]–محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، المرجع السابق، ص64، 65.

[2]–اكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، المرجع السابق، ص181.

[3]–المرجع نفسه، ص180.

[4]–سمير داود سلمان، الحماية الدستورية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (دراسة مقارنة)، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2017 ، ص176.

وتعتبر المحكمة الدستورية الألمانية (الفيدرالية) الضامنة والحامية للحقوق والحريات المكرسة في القانون الأساسي – الدستور الألماني– كما تملك المحكمة سلطة واسعة في مجال حماية الحقوق الأساسية[1].

ومن الملاحظ أن المحكمة الدستورية الألمانية تعتمد على التفسير المرن والواسع في تفسير نصوص الدستور ويبرز ذلك من خلال حكمها في قضية الاجهاض على أساس أن المادة 217 من قانون العقوبات لا يجرم الاجهاض الاختياري الذي يتم عن طريق طبيب في مدة لا تتجاوز اثنى عشر أسبوع اللاحقين لحالة الحمل وعبرت في حكمها أن الحق في الحياة لا يقتصر على الانسان فقط بل هو حق لكل كائن حي وأن الاجهاض يعتبر اعتداء على الجنين باعتباره كائن حي وربط هذا الحق (الحق في الحياة) بمفهوم الكرامة الانسانية التي يكفلها الدستور الألماني[2].

وأكدت المحكمة الدستورية الألمانية في هذا السياق أن الحقوق الشخصية ترتبط بحريات غير معروفة وإلى أن وظيفتها من منظور القيمة الدستورية الأسمى: الكرامة الانسانية هي المحافظة على المجال الضيق للحياة الشخصية.

كما أن المحكمة الفيديرالية الألمانية غالبا ما تقر أن حماية الكرامة الانسانية مقرونة بالحماية الدستورية للتطور الحر للشخصية Free development of personality.

وقي العديد من المرات تشير المحكمة إلى أنه: يجب على الدولة أن تترك الفرد متمتعا بمجال داخلي بغرض تمكينه من التطور الحر والمسؤول لشخصيته لأنه في إطار هذا المجال الداخلي يعد الشخص سيد نفسه[3]، وأكدت المحكمة أن: التاريخ الأصلي للنص الدستوري وأفكار واضعي الدستور لم تكن ذات أهمية حاسمة في مقابل الفهم المتطور[4] لتحقيق قيمة الكرامة الانسانية وازدياد الوعي بالتأثير السلبي للسجن مدى الحياة على السجناء ودون امكانية الافراج المشروط[5].

---

[1]–علي قاسم ربيع، الأطروحة السابقة، ص146.

[2]–أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص38.

[3]–وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الانسانية في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص190–199.

[4]– يقول عضو المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية البروفيسور "رينهات نماير": لا يقتصر عمل المحكمة الدستورية الالمانية على تفسير الدستور إنما تطوير فيهنا لنصوص الدستور، أنظر: نعمان أحمد الخطيب، المقال السابق، ص49.

[5]–محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، المرجع السابق، ص105، 106.

والمحكمة الدستورية العليا المصرية تتمسك بحقوق الانسان المسلم بها في الدول الديمقراطية، وقد وصل بها الأمر عملا بهذا المبدأ إلى عدم الوقوف عند معنى الحرية الشخصية المكفولة دستوريا، بل أقرت أنه لا يمكن للتشريعات المساس بالحقوق التي تعتبر وصيلة الثقة بالحرية الشخصية رغم عدم ورودها صراحة في الدستور[1].

وهذا إن كان يدل على شيء فإنه يدل أن القضاء الدستوري المصري ممثلا في المحكمة الدستورية العليا تنتهج منهج التفسير المرن للنصوص الدستورية واعطائها طابع المرونة ومواكبة التغيرات الحاصة على جميع الأصعدة والمستويات، ومن الأحكام التي أقرتها المحكمة صراحة في التفسير الواسع والمرن لنصوص الدستور، حيث قررت أن: "نصوص الدستور لا يجوز أن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ، ولا التعامل مع القيم التي تحتضنها باعتبارها مرتبطة بواقعها الاجتماعي، وإنما يتعين دوما أن تحمل مقاصدها على ضوء أغراضها النهائية، وبمراعاة أن الدستور وثيقة لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية، وأنها في حقيقتها لا تصد عن مجتمعنا الآفاق الرحبة التي يقتضيها تطويره، ولا يمكن تجاهل أن نصوص الدستور لا يمكن عزلها مما يفترض فيها من اتساق مع الأوضاع المعاصرة لتطبيقها، وما يفوق بين مضمونها، والآفاق الجديدة التي ينبغي أن تبلغها"[2].

ومن الأحكام التي أصدرتها بشأن القواعد الدستورية وتفسيرها بشكل موسع هذا ما أكدته المحكمة الدستورية بقولها:"... إن الدستور يتميز بطبيعة خاصة تضفي عليه السيادة والسمو بحسبانه، كفيل الحريات ومؤلفها وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها... فمن حق القواعد الدستورية أن تكون على القمة في البنيان القانوني للدولة وأن تلتزم الدولة بالخضوع إلى أحكامه... بل يتعين فوق هذا أن يكون محتوى التشريع ملتئما مع قواعد الدستور الموضوعية التي تعكس مضامينها القيم والمثل التي بلورتها الإرادة الشعبية..."، من هذا الحكم يتضح أن المحكمة الدستورية العليا تعتمد في تفسير نصوص الدستور على البعد الموضوعي لهذا الدستور وأكدت على وجوب مراعاة الأبعاد الضمنية[3] لنصوص الدستور[4].

---

[1]–أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص69.

[2]–عوض المر، المرجع السابق ص83.

[3]– وكثيرا ما يدل إمعان النظر في بعض الحقوق التي نص عليها الدستور على أن عللها، أو ما واراء القيم، وتتوخاه من الأغراض متوافرة في غيرها من الحقوق التي لا نص عليها ولا تكون النصوص المعترض بها إلا مقضية إلى حقوق جديدة لم يقررها الدستور، أنظر: عوض المر، المرجع السابق، ص92.

[4]–محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص224.

وذهبت المحكمة الدستورية إلى تفسير نصوص الدستور استنادا على مبادئ الديمقراطية ودولة القانون وأكدت على وجوب الالتزام والتقيد بالحقوق الدستورية التي يعد التسليم بها من بديهيات ومبادئ الدولة القانونية المجسدة للنظام الديمقراطي الحديث[1].

وفي حكم لها في مجال تطوير الدستور ومواكبة الجديد من المفاهيم العالمية، حيث اختتمت حكمها قائلة: "بأنه حيث التطور الراهن للحقوق الأساسية للإنسان قد جعل منها جزء لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبتها الأمم المتحضرة كقاعدة للتعامل مع غير المواطنين المقيمين بها وكان التمييز الغير المبرر في مجال مباشرتها- ولو كان مبناه كون من يطلبها أجنبيا يعتبر نقصا لها يخل بالحماية المقررة على صعيد تطبيقها...".

ولعل هذا الحكم يعد نموذجا للدور الذي تقوم به المحكمة الدستورية العليا في تفسير نصوص الدستور خاصة المتعلقة بحقوق الانسان وحرياته، واستجلاء المفاهيم التي يبني ويقوم عليها على نحو يجعله يتطور بشكل تلقائي لمواكبة المستجد من المفاهيم التي تبتنها الأمم المتحضرة والدول الديمقراطية لتلك الحقوق والحريات التي لا يمكن التنازل عنها بأي حال من الأحوال[2].

إذا كان الدستور يتطور من خلال تعديل أحكامه، فإن الجهة التي تمارس الرقابة على الشرعية الدستورية هي تغير في قواعده بصورة رئيسية من خلال أحكامها وتغير ملامح الدستور، فلا تتحفظ على مجال تفسيرها لقواعد الدستور بل يجب أن تعيد بناءها بقدر الضرورة التي تواجهها مع مراعاة وحدة الدولة وتكامل إقليمها[3].

كما تعتمد في تفسيرها إلى نصوص الدستورية مراعاة الاعتبارات العلمية بشكل كبير ومثال ذلك عندما قررت عدم دستورية المادة الخامسة مكرر من القانون رقم (31) لسنة 1972 فيما يخص مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم (188) لسنة 1986 (التي تقرر تطبيق الانتخاب الفردي والانتخاب بالقائمة ترتب عليه بطلان تكوين المجلس منذ انتخابه مع قرارها أنه بطلان انتخاب المجلس لا يترتب عليه بطلان ما أصدره هذا المجلس من قوانين وقرارات وعلى رأي الأستاذ الدكتور

[1]-محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص229.

[2]-محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص819.

[3]-عوض المر، المرجع السابق، ص83

محمود عاطف البنا أن تفسير المحكمة على هذا النحو مخالفا للمنطق القانوني المجرد إنما اعتمدت على الاعتبارات العلمية هدفها المحافظة على الاستقرار وتفادي الانهيار الدستوري..." [1].

وتوسيعا من نطاق ممارسة الحقوق والحريات الدستورية استندت المحكمة في تفسيرها على الشريعة الاسلامية والقانون الطبيعي[2] والمثل العليا عملا بالديباجة، حيث قررت المحكمة أن الحق في التنقل سواء الانتقاص منه أو إهداره هو حق كفله الله عز وجل بقوله تعالى (هُوَ الذّي جَعَلَ لَكُمْ الأَرْضَ ذَلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا). وربط حق التنقل بالتطور الذي قطعته البشرية نحو مثلها العليا وربطه بالحرية الشخصية[3].

وفي كندا امتد تأثير فكرة اعتبار الدستور شجرة حية من الحالات التي اقتضت تفسير الدستور الكندي لعام 1867، وهو الدستور الأقدم والأكثر إجرائية في أحكامه لتشمل تفسير ميثاق الحقوق والحريات لسنة 1982، الذي ينظر إليه دستور كندا الحالي، كما أن المحكمة الدستورية الكندية القضاء الدستوري الكندي ليس لها منهج تفسير واحد للدستور، وهذا الاختلاف ترتب عن اختلافات جوهرية بين تقييمات القضاء الدستوري الكندي بخصوص المبادئ ذات القيم الدستورية. ففي قضية بشأن تأكيد صلاحية السلطة التشريعية الوطنية لإعطاء معنى لمصطلح "الزواج" وضعت المحكمة نهجا باعتباره واحد من التفاسير التقديمية التي تتماشى مع واقع الحياة العصرية.

وما يساعد المحكمة في استخدام ما أسمته "التفسير التقدمي" وما يجعلها تقدم تفسيرات جديدة هي عبارات ميثاق الحقوق والحريات التي تحتوي على معاني كثيرة قابلة لتأويلات متعددة من أمثلة تلك العبارات: (في المجتمع الحر والديمقراطي) [4].

وأما المحكمة الدستورية الأردنية من خلال العديد من اجتهاداتها فإنها لم تقف عند النص الدستوري الصريح فقط، بل اعتمدت أسلوب التفسير الواسع لنصوص الدستور وقد يصل الأمر إلى

---

[1]–حنظل شريف حسين، المقال السابق، ص541.

[2]– أكدت المحكمة الدستورية الكويتية على مبادئ حقوق الانسان التي صاغها الدستور في نصوصه وأغدق عليها الصفة الدستورية السامية وأن إعلان هذه المبادئ ما هو إلا كاشف لإنشاء لها واعتبرت حقوق الانسان بأنها حقوق طبيعية حيث قالت:...إن حقوق الانسان لا يشتغل أي مشرع بإنشائها بل إنه ما يضعه من قواعد في شأنها لا يعدوا أن يكون كاشفا عن حقوق طبيعية أصيلة... " أنظر: محمد عبد الرحيم حاتم، مرجع سابق، ص332.

[3]–محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية، المرجع السابق، ص180.

[4]– محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، المرجع السابق، ص110، 111.

استنادها إلى قواعد العدالة والإنصاف[1]، ورغم عدم تعبيرها الصريح لهذا المبدأ إلا أن أحكامها تشير إلى هذه المبادئ ولو ضمنيا.

وفي مجال تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين ذهبت المحكمة بالقول: "... إن التقاضي مبدأ دستوري أصيل، حيث ترك للمشرع العادي أمر تنظيم هذا الحق شريطة مراعاة الوسيلة التي تكفل حمايته والتمتع به وعدم الإنقاص منه، بل تمكين المواطنين من ممارسة حرياتهم وحقوقهم بما في ذلك حق التقاضي على درجتين".

وقولها "...كما تجد المحكمة أن النص السابق في قانون التحكيم يخالف ما استقر عليه القضاء الدستوري من ضرورة المساواة بين المتقاضين فيما يتعلق بحقهم في النفاذ إلى قاضيهم الطبيعي... بهدف تحقيق العدالة بأحلى صورها فيما بين المتخاصمين..." [2]

وبمناسبة تأكيد المحكمة الدستورية الأردنية بخصوص تمكين المواطنين من حق التقاضي على درجتين استندت على روح الدستور بقولها:"...وإلا كان متجاوزا لحدود التفويض ومخالفا لروح الدستور[3] الذي يضمن تمكين المواطنين من استنفاذ كافة الطرق والوسائل التي تضمن بشكل كامل ومنها حق التقاضي على درجتين..." [4]

ثانيا: نماذج عن اجتهادات بعض المجالس الدستورية في التفسير المرن

في بداية الأمر كان المجلس الدستوري الفرنسي يرفض فكرة ادماج الحقوق والحريات، التي لم ينص عليها الدستور صراحة، وكان لا يعترف بها ولا يقرها ونظرا للتطور الملحوظ على مستوى اجتهادات القضاء الدستوري المقارن تأثر المجلس الدستوري الفرنسي بهذه المناهج التفسيرية وأصبح

[1] – أصبحت المحاكم الدستورية وفقا لما ورد في كتابات الأستاذ "Androw Hardinz" عنصرا أساسيا عند صياغة الدستور باعتبارها داعمة للشرعية الدستورية، كما أصبحت المحكمة الدستورية حاميا وضاحا حيويا للدستور بالعديد من الأمم النامية التي تسعى نحو الديمقراطية. أنظر: محمد حسونة، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية عبر الدعوى الاحتياطية في النظم الدستورية المعاصرة، د ط، دار الفكر الجامعي ، مصر، سنة 2018، ص146.

[2] –نعمان أحمد الخطيب، المقال السابق، ص48.

[3] – أصدرت المحكمة الدستورية الأردنية حكما معبرة فيه أن المادة 51 من قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 أن هذه المادة قد انطوت على مخالفة دستورية واضحة تمس روح الدستور ومبادئه... أنظر كمال السعيد، المرجع السابق، ص453.

[4] –كامل السعيد، المرجع نفسه، ص454.

يعتمد أسلوب التفسير الواسع لنصوص الدستور وأصبح يقوم بدور مميز في تكريس الحقوق والحريات الأساسية باعتماده أسلوب التفسير المفتوح لنصوص الدستور[1].

ومن اجتهادات المجلس الدستوري في التفسير الواسع لنصوص الدستور تفسيره لنص المادة 66 من الدستور الفرنسي بخصوص مبدأ الحرية الشخصية واستخلص منها العديد من الحريات والحقوق الأخرى التي اعتبرها جزء لا يتجزأ منها مثل الحق في الحياة الخاصة والحق في الحصول على مسكن ملائم، كما قام بالربط بين القيم الدستورية والديمقراطية، فقرر أن تعدد تيارات التعبير الاجتماعي الثقافي هو بذاته أحد أهداف القيم الدستورية وأن احترام هذا التعدد هو بحد ذاته شرط لازم لتجسيد الديمقراطية[2].

ويشار إلى أن اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي جعلت من الكتلة الدستورية فضاءا خصبا بالنسبة للحقوق والحريات وأدت إلى ظهور مبادئ جديدة لم تكن مذكورة في الدستور صراحة، ومن أهم نتائج الاجتهادات القضاء الدستوري الفرنسي هو تنظيم العلاقة بين السلطة التشريعية والتنفيذية وجعل مكانة مميزة للسلطة التشريعية وجعلها تتمتع بصلاحيات واسعة في مجال التشريع ورفع عنها بعض القيود المفروضة عليها من قبل السلطة التنفيذية وذلك من خلال تفسيره للمادة 34 من الدستور الفرنسي [3].

بحيث عمل المجلس الدستوري الفرنسي بتفسير فقرات المادة 34 من الدستور تفسيرا واسع فبخصوص التأمين الصحي أو الاجتماعي فسر المجلس الدستوري بصورة واسعة لمفهوم المبادئ الأساسية للتأمين الاجتماعي حيث اعتبر هذا المفهوم لا يقتصر فقط على المبادئ العامة للتأمين الاجتماعي إنما تشتمل حتى المبادئ التي تطبق على الطوائف المختلفة للتأمين الاجتماعي كما اقر المجلس الدستوري بخصوص تقسيم وتوزيع حصص التأمين الاجتماعي بين العاملين والموظفين يكون من اختصاص المشرع وليس عن طريق اللوائح المستقلة وهذا ما يعزز سلطة المشرع في مجال الحقوق والحريات[4].

---

[1]– عبد العزيز برقوق ، الأطروحة السابقة، ص245.

[2]–أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص65.

[3]–حنظل شريف حسين، المقال السابق، ص426.

[4]–عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص551.

وما يؤكد أن المجلس لا يتوقف عند المعنى الضيق للنص الدستوري ويعمل على مسايرة كل التطورات الحاصلة، حيث يجعل أحكامه تنسجم مع المستجدات، واعتبر أن تغير الظروف[1] من المبررات التي تجعل المجلس يراجع أحكامه رغم الطابع الالزامي إليها، وذلك بقوله" لا يجوز للمجلس الدستوري أن يرفع دعوى مسألة الأولوية بخصوص نص سبق أن أعلن توافقه مع الدستور ...باستثناء تغير الظروف ... يشكل هذا القرار تغييرا في الظروف المبررة لمراجعة الأحكام المطعون فيها"[2].

بالنسبة للمجلس الدستوري الجزائري ومواقفه بناء على القراءات الدقيقة لنصوصه وإعطائها المفهوم الصحيح المتطابق مع نية المؤسس ومسايرة التطورات الحاصلة هي من المهام الرئيسية للمجلس الدستوري على اعتبار أن الدستور له روح وله علاقة بمختلف جوانب الحياة طالما كان ساري المفعول.

وعلى رأي الأستاذ السعيد بوالشعير أنه يجب إلحاق التفسير بالنصوص القانونية حتى تبقى ثابتة وعدم إعطاء فرصة للغير في تفسير النصوص القانونية حسب أهوائهم ما يؤثر سلبا على حقوق وحريات الأفراد. [3]

لقد حاول المجلس الدستوري أن يعبر على انتهاجه التفسير الواسع للدستور وهو يراقب مدى دستورية القوانين العضوية للدستور ومن خلال اجتهاداته لم يعتمد المجلس على قواعد الدستور الصريحة فقط في تحديد حقوق وحريات الأفراد، بل اعتمد حتى على المبادئ العامة[4] التي استخلصها من الدستور ذاته، حيث اعترف للمشرع بالسلطة التقديرية التي منحها له المؤسس الدستوري في تحديد

---

[1]–وهذا ما عمل به أيضا المشرع الجزائري، حيث جعل من تغيير الظروف مبررا في مراجعة آراء المجلس الدستوري التي تم الفصل فيها هذا ما ورد في المادة 8–3 من القانون العضوي 18–16 المتعلق بكيفية وإجراءات الدفع بعدم الدستورية "ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حالة تغير الظروف".

[2]- CC n 220-841 QPC du 20/05/2020, cf.site: www.conseilconstitiutionnel.fr

[3]– سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص286، 287.

[4] – كما ذهب المجلس الدستوري في رأيه بخصوص تعديل الدستور العام 2008 إلى الاستناد إلى مبدأ العدالة الاجتماعية فيما يخص المادة 31 مكرر من الدستور حيث اعتبر توسيع حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة مستمد من المطلب الديمقراطي المذكور في الفقرة 08 من الديباجة..... وتحقيق العدالة الاجتماعية والمساواة وحرية الفرد والجماعة. أنظر رأي رقم 01/08 ر.ت.د/م.د يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2008، السابق ذكره.

الشروط القانونية الحاصة بممارسة الحقوق والحريات، إلا أنه يعود إلى المجلس الدستوري سلطة السهر على احترام المبادئ الدستورية.[1]

ومن الآراء التي أصدرها المجلس الدستوري معبرا من خلالها على أنه لا يكتفي بالوقوف عند النص الدستوري الصريح بل يجب على المشرع احترام روح الدستور. وكان هذا بقوله: "اعتبارا أنه إذا كانت معظم أحكام الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات لا تستدعي أية ملاحظة خاصة مطابقتها للدستور، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للنقطة الأولى من البند 14 من المادة 157 من الأمر موضوع الأخطار...، واعتبارا أن كل قانون لاسيما العضوي منه، يجب ألا تتخطى احكامه الحدود الدستورية حتى لا تتعارض مع روح الدستور ذاته". [2]

لقد كان واضحا منذ بداية عمل المجلس الدستوري الجزائري عدم اعتماده التفسير الضيق للنص الدستوري. فبنى المجلس العديد من أحكامه على مبادئ لم ينص عليها الدستور صراحة.

واعتبر المجلس أن استعمال مصطلح(سياسيا) هو مساس بروح الدستور. لذلك توسع في التفسير حيث اعتمد على نص المادة 02/76 من الدستور التي تنص على أن رئيس الجمهورية حامي الدستور[3].

حاول المجلس من خلال رقابته بخصوص مشروع تعديل الدستور لعام 2016 خاصة فيما يتعلق بالحقوق والحريات ربط هذه الحقوق والحريات بمفاهيم أخرى مثل دولة القانون وهو يفحص التعديل الأخير لسنة 2016 فيما يخص المواد 45، 47، 48 مع إضافة المادة 45 مكرر حيث اعتبر أن "إقرار المساعدة القضائية مع التأكيد على الطابع الاستثنائي للحبس المؤقت، كما اعتبر أن هذه التعديلات تسعى إلى دسترة الإجراءات التي تضمن المساواة أمام العدالة وتحقيق الحماية القضائية للحقوق والحريات الأساسية للمواطن وإضفاء الفعالية عليها في دولة القانون". [4]

---

[1]–بوزيد بن محمود، دور المجلس الدستوري الجزائري في مجال الحقوق والحريات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد01، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة حمة لخضر، الوادي، سنة 2019، ص418.

[2]–رأي رقم: 2 ر م.أ.ق ع ض/م.د المؤرخ في 06 مارس 1997 الخاص بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور، جريدة رسمية رقم 12 لسنة 1997.

[3]–إلياس جوادي، دور المجلس الدستوري في رقابة دستورية القوانين وصحة الانتخابات البرلمانية، ، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2019،، ص85.

[4]– الرأي رقم 16/01 ر.ت. د/م.د المؤرخ في 28 يناير 2016 يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري.

من خلال هذا الرأي يتضح أن المجلس جعل العلاقة وطيدة بين الحقوق والحريات الأساسية في بناء دولة القانون، واعتبرها شرطا جوهريا في قيامها.

كما أكد المجلس الدستوري في مذكرته التفسيرية بشأن التجديد الجزئي الأول لأعضاء مجلس الأمة على وجوب احترام معاني الدستور نصا وروحا أي لابد من مراعاة الأهداف الضمنية التي يهدف إليها المؤسس الدستوري ولو لم تكن بصورة صريحة وواضحة هذا ما أكده بقوله "إن هذا التفسير يتماشى مع أحكام الدستور نصا وروحا ومع مبدأ الفصل بين السلطات المستنتج من أحكام الدستور والذي أقره المجلس الدستوري وكرسه المشرع في نصوص عديدة..." [1]

[1]–مذكرة تفسيرية لأحكام الدستور المتعلقة بالتجديد الجزئي الأول لأعضاء مجلس الأمة المعينين السابق ذكرها.

الفصـــــــل الثانـي:

دور القضاء الدستوري في توسيع مصادر الحقوق والحريات الأساسية وتفعيل أسسها الدستورية

الفصل الثاني:

دور القضاء الدستوري في توسيع مصادر الحقوق والحريات الأساسية

وتفعيل أسسها الدستورية

لم يكتف القاضي الدستوري في إطار تكريسه للحقوق والحريات الأساسية بالدستور كمصدرا وحيدا لها بل تجاوز النصوص الدستورية واعتمد على مصادر خارجية أخرى مثل ديباجات الدساتير التي أرسى قواعدها وأصبحت ذات قوة إلزامية في مجال الحقوق والحريات الأساسية، وذهب إلى أبعد من ذلك واعتبر المعاهدات الدولية هي بدورها مصدر للحقوق والحريات الأساسية، وتوسيعا لمصادر الحقوق والحريات الأساسية في إطار اجتهاداته حيث وصل إلى مبادئ دستورية عليا لم ينص عليها الدستور صراحة، وأعطت القيمة لهذه المبادئ في سبيل تكريس الحقوق والحريات الأساسية ولمعرفة الدور الإنشائي للقاضي الدستوري لمصادر الحقوق والحريات الأساسية.

وضمانا لعدم الخروج عن الأهداف الحقيقية مثل هدف العدالة الدستورية وتحقيق التوازن بين مختلف القيم الدستورية والحقوق والحريات الاساسية والمصلحة العامة، عمل القاضي الدستوري على تفعيل الأسس الدستورية التي تعتبر قيدا في مجال التمتع بهذه الحقوق، ولمحاولة معرفة هذا الدور الذي قام به القاضي الدستوري قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول: القضاء الدستوري يوسع من مصادر الحقوق والحريات الأساسية، والمبحث الثاني: دور القضاء الدستوري في تفعيل الأسس الدستورية للحقوق والحريات الأساسية.

المبحث الأول: القضاء الدستوري يوسع من مصادر الحقوق والحريات الأساسية

حتى تمارس الحقوق والحريات الاساسية في نطاق واسع وبصورة أفضل، لم يتوقف القاضي الدستوري عند الدساتير كمصدر وحيد للحقوق والحريات الأساسية، فبفضل اجتهاداته وسع من مصادرها بالاستناد إلى مصادر أخرى خارج الدستور، ويعتمد على هذه المصادر كمصادر رسمية لها نفس قيمة القواعد الدستورية، موسعا بذلك الكتلة الدستورية، ومن أبرز هذه المصادر هي مقدمات الدساتير من خلال اعطاءها القيمة الدستورية والمعاهدات الدولية في مجال حقوق الانسان كما يستند أيضا على المبادئ الدستورية العليا التي يصل إليها عن طريق اجتهاداته، وفي هذا المبحث سوف نتطرق إلى دور القاضي الدستوري في هذا المجال من خلال مطلبين، المطلب الأول: مقدمات الدساتير والمعاهدات الدولية مصدر للحقوق والحريات الأساسية، المطلب الثاني: دور القضاء الدستوري في ارساء مبادئ ذات قيمة دستورية كمصدر للحقوق والحريات الأساسية.

المطلب الأول: مقدمات الدساتير والمعاهدات الدولية مصدر للحقوق والحريات الأساسية

يجعل القاضي الدستوري من مقدمات الدساتير مصدرا من مصادر الحقوق والحريات الأساسية ويعترف لها بالقيمة الدستورية، بالرغم من أن بعض الدساتير لا تقر بالقيمة الدستورية للديباجة إلا أن القاضي الدستوري يستند إليها تكريسا للحقوق والحريات الأساسية، ومن أبرز التجارب التجربة الفرنسية حيث أعطى المجلس الدستوري الفرنسي القيمة الدستورية لديباجة دستور 1946، وأصبح من ذلك الوقت وهو يستند إليها كمصدر للحقوق والحريات الأساسية، كما أن القاضي الدستوري يحتج بالمعاهدات الدولية في مجال حقوق الانسان ويعتبرها مرجعية لتكريس الحقوق والحريات الأساسية، وقسمنا هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول: مساهمة القضاء الدستوري في جعل مقدمات الدساتير مصدرا للحقوق والحريات الأساسية، الفرع الثاني: مساهمة القضاء الدستوري في اعتماد المعاهدات مصدرا للحقوق والحريات الأساسية.

الفرع الأول: مساهمة القضاء الدستوري في جعل مقدمات الدساتير مصدرا للحقوق والحريات الأساسية

في هذا الفرع سوف نتطرق (أولا) تعريف الديباجة، (ثانيا) استناد القضاء الدستوري على ديباجة الدساتير كمصدر للحقوق والحريات الأساسية

أولا: تعريف ديباجة الدساتير

يتجسد شكل الديباجة في الهيكل الذي تظهر فيه، وأسلوب صياغته، وديباجة الدساتير ليست على شكل واحد فهناك دساتير تعتمد أسلوب الديباجة المختصرة وبعض الدساتير الأخرى تكون ديباجتها طويلة نوعا ما، ومن أمثلة الدساتير ذات الديباجة المختصرة دستور فرنسا لعام 1958 والمملكة العربية السعودية وجنوب إفريقيا لعام 1996.[1]

وتتخذ مقدمات الدساتير تسميات قد تكون مختلفة مثل التمهيد، أو الأحكام، أو المبادئ، وغيرها من المصطلحات التي توحي على أن هذا التقديم الذي يخص الدستور هو عبارة على الركيزة التي تحتوي على المبادئ الجوهرية، التي تعتمدها الأمة لتحدد من خلالها الاتجاه المراد تبينيه في تسيير مختلف جوانب الحياة العامة، وتبرز من خلالها المحاور الكبرى التي تعتمدها سبيلا لسياستها وأعمالها[2]، وما تحتويه ديباجة الدساتير فهي تختلف من دستور إلى آخر، فمحتوى الديباجة يتأثر تأثيرا مباشرا بالفلسفة أو التوجهات السياسية التي يعتمدها كل نظام سياسي وتحديد شكل نظام الحكم للدولة[3].

كما تحتوي ديباجة الدستور على القيم أو المبادئ العامة والثوابت الوطنية سواء ما تعلق منها بحقوق وحريات المواطن، أو مبادئ تنظيم السلطات العامة كالاعتراف باعتماد النظام الديمقراطي والفصل بين السلطات والتعددية وغيرها من المبادئ الأخرى.[4]

---

[1]– بلطرش مياسة: ديباجة الدستور في القانون الدستوري المقارن وفقا للتعديل الجزائري لعام 2016، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 55، العدد03، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة2018، ص14.

[2]– محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص134.

[3]– بلطرش مياسة، المقال نفسه، ص15.

[4]– رداوي مراد، مساهمة المجلس الدستوري الجزائري في حماية مبدأ الفصل بين السلطات، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، سنة 2016، ص211.

أما بخصوص القيمة القانونية للديباجة فهناك اختلاف، فالبعض يرى أن الديباجة لا تكسب القيمة القانونية أصلا والبعض الآخر يرى أن الديباجة ماهي إلا جزء من الدستور وتحظى بنفس قيمة القواعد الدستورية الأخرى.

الاتجاه الأول: الغير معترف بالقيمة القانونية للديباجة من أنصار هذا الاتجاه الفقيه "اسمان" الذي يرى أن أحكام الديباجة لا تتمتع بأية قيمة قانونية تذكر، لكونها مجرد قيمة أدبية مع ذلك فإن المشرع يستأنس بها في أحكام الدستور ومختلف القوانين العادية وإذا خالفها المشرع فإنه لا تترتب عليه أيه مسؤولية.[1]

الاتجاه الثاني: يعترف أنصار المدرسة الموضوعية بالحجية القانونية الملزمة للمبادئ الواردة في مقدمة الدستور، شأنها شأن نصوص الدستور الأخرى، ويعتبرونها جزء لا يمكن فصله على الدستور بحجة أن كلاهما يعبران عن إرادة واحدة وهي إرادة السلطة التأسيسية صادرة في وثيقة واحدة وهي الدستور، وكل ما يصدر عن السلطة التأسيسية فإنه يكتسب القيمة القانونية.[2]

الاتجاه الثالث: وهو اتجاه توفيقي حاول تقريب وجهات النظر المختلفة بخصوص القيمة القانونية للديباجة وذلك بالتمييز بين نوعين من المقدمات والاعلانات حسب مضمونها:

- الاحكام التوجيهية: التي تعد مجرد رسم للخطوط العامة لسياسة المشرع الدستوري وهذه الأحكام منحت قيمة أدبية أو معنوية.
- الأحكام الوضعية: وهي التي تنعكس على مواد الدستور والتي تأخذ نفس أحكام المبادئ العامة للدستور، التي يكون لها بليغ الأثر على صلب أحكامه، وتعتبر المرجع في تطبيق هذه المبادئ الدستورية.[3]

[1]– ناصر بوغزالة محمد، قراءة في ديباجة التعديل الدستوري لعام 2016، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر الواد، المجلد 11، العدد02، الجزائر، سنة 2020، ص32.

[2]– رداوي مراد، الأطروحة السابقة، ص214.

[3]– ناصر بوغزالة محمد، المقال نفسه، 216.

ثانيا: استناد القضاء الدستوري على ديباجة الدستور كمصدر للحقوق والحريات الأساسية

سعى القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية ممثلا في المحكمة الاتحادية العليا التي تتبنى ديباجة التعديل الثاني[1]، حيث قضت المحكمة بعدم شرعية قانونا أصدرته العاصمة واشنطن يحظر حمل المسدسات النارية، واعتمدت المحكمة في حكمها على منظورا تاريخيا لتفسير جزء معين من نص التعديل الثاني في الدستور الخاص بتنظيم حمل وحيازة الأسلحة، حيث بررت المحكمة حكمها بأن ديباجة التعديل الثاني التي تؤكد على أهمية وجود الميليشيات المنظمة تنظيما جيدا في "الدولة الحرة " لم تحد أبدا من منطوق النص" لا يجوز انتهاك حق الأشخاص في حيازة وحمل السلاح"[2].

وإذا رجعنا إلى مقدمة دستور فرنسا الصادر في 1958، فنجد أن المجلس الدستوري الفرنسي منذ رجوعه إلى هذه المقدمة من خلال قراره الصادر في 16 يوليو 1971 المتعلق بحرية الجمعيات، بدا المجلس الدستوري في الرجوع بصورة مباشرة لمقدمة دستور 1958، وهو ما شكل في نفس الوقت حماية غير مباشرة للحقوق والحريات، ذلك لأن مقدمة الدستور توسع في مجال القانون ومن ثم تمثل تدعيما ومساندة لتفسير النصوص الدستورية[3].

وقد اعتبر الفقه هذا القرار بمثابة ولادة ثانية للمجلس الدستوري، باعتباره علامة فارقة في تاريخ الاجتهاد الدستوري ونقطة تحول كبير أسست دورا جديدا للمجلس الدستوري الذي لم يعد منذ ذلك التاريخ مجرد حارس لاختصاصات السلطة التنفيذية ضد تجاوزات البرلمان، كما شاء له مؤسسو الجهورية الخامسة، بل أصبح يلعب دور الحامي الحقيقي للحقوق والحريات في مواجهة السلطة العامة[4].

وإذا كان المجلس الدستوري قد رجع بصفة عامة إلى مقدمة دستور 1958 من قراره الشهير الخاص بحرية الجمعيات، فإنه قد رجع لأول مرة إلى مقدمة دستور 1946 من خلال قراره الصادر

---

[1]– تنص ديباجة التعديل الثاني لدستور الولايات المتحدة الأمريكية على "حيث أن وجود قوات شعبية جيدة التنظيم ضروري لأمن أي ولاية حرة، لا يجوز انتهاك حق الناس في اقتناء أسلحة وحملها".

[2]– محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، دط، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2017، ص99.

[3]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص510.

[4]– عبد العزيز برقوق، الأطروحة السابقة، ص208.

في قضية الاجهاض الارادي للمرأة والصادر في 15 من يناير 1975، عندما ذهب المجلس إلى إجازة المشرع للمرأة بالإجهاض الارادي وأنه لا يتعارض مع حماية الطفل منذ بدء الحياة، وقد استقر الفقه الفرنسي على أن رجوع المجلس الدستوري إلى مقدمة الدستور قد تساهم في تطور مفهوم القواعد الدستورية التي تعتبر مرجعا لرقابة الدستورية[1].

وأكد المجلس أيضا دستورية مبدأ حماية الكرامة الانسانية من واقع مقدمة وديباجة دستور 1946 كمبدأ دستوري بمناسبة قانونين 1994 الأول القانون المتعلق بحماية جسم الانسان في مواجهة التبرع واستخدام أعضاءه في العلاج وبمناسبة قانون 1995 يتعلق بالحق في السكن حيث أكد على حق كل إنسان في مسكن لائق حماية للكرامة الانسانية[2].

وقراره الصادر في 16 يوليو 1971 الذي أصدره المجلس الدستوري الفرنسي أحدث انقلابا جذريا في مفاهيم العدالة الدستورية وأسسها إلا أنه جاء بعد مضي 13 عاما من عمر المجلس الدستوري الفرنسي، والتأخير الملحوظ في اعتماد هذا الاجتهاد من قبل القاضي الدستوري الفرنسي ملفت للانتباه مقارنة مع القاضي العدلي الفرنسي، الذي جسد القوة القانونية لمقدمة دستور 1946 بعد سنة واحدة من اقراره "إذ أبطل هذا القاضي بنود وصية مورث ضد وريثه تقضي بحرمان هذا الأخير من الميراث في حال زواجه من يهودية، لأن هذا الشرط مخالف للمادة الأولى من مقدمة دستور 1958 التي تحظر أي تفرقة مبنية على العرق أو الدين أو الاعتقاد[3]".

والقرار الصادر عنه عام 1971 ساهم في اثراء القائمة الدستورية لتشمل بجانب نصوص الدستور ديباجة دستور 1946 وهكذا ينبغي اعتبار أن ديباجة الدستور وبما اشتملت عليه تعد جزءا كاملا من الدستور على غرار نصوص الدستور الأخرى[4].

---

[1] -Luis Favoreu, Thierry S.Renous, Le contentieux constitutionnel des actes administratifs, Edition sirey, paris, 1992, p35.

[2]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص65.

[3]– أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص246، 247.

[4]– آلاء محد الفيلكاوي، المرجع السابق، ص120.

كما تأثر المجلس الدستوري اللبناني بنظيره الفرنسي وأعطى إلى مقدمة الدستور[1] نفس القيمة التي تكسبها النصوص الدستورية، عندما قضى "بأن مقدمة الدستور جزء لا يتجزأ منه وبأن للمبادئ الواردة فيها لها المفعول ذاته لأحكام متن الدستور".

ووسع من نطاق الحقوق والحريات ولم تعد محصورة فقط في الفصل الثاني من الدستور تحت عنوان "في اللبنانيين وحقوقهم وواجباتهم" المواد من 06 إلى 15إذا أضيفت إلى ما هو منصوص عليه في الفصل المذكور ما ورد في الفقرة (ب) من المقدمة فهذه الفقرة جعلت من الدستور اللبناني دستورا مفتوحا على المجتمع الدولي[2].

وهذا الاعتراف بالقيمة الدستورية لمقدمة الدستور اللبناني جاء في قراراته الأولى مثل القرار 95/3[3] بتاريخ 1995/09/18، وصرح المجلس بـ" وحيث أن النظام الدستوري المقرر للسلطة القضائية والمشار إليه في البند (هـ) من مقدمة الدستور يتكامل مع نص المادة 20 من الدستور..."[4]، كما أشار المجلس إلى مقدمة الدستور أيضا في حيثيتين من قراره رقم 96/4 الذي جاء فيه "وحيث أن الفقرة (ج) من مقدمة الدستور تنص بدورها على أن لبنان جمهورية ديمقراطية برلمانية تقوم على احترام الحريات العامة وفي طبيعتها ... دون تمييز أو تفضيل". ولم يقتصر دور المجلس على دمج ديباجة الدستور ضمن الكتلة الدستورية بل ذهب إلى أبعد من ذلك حيث اعتبر وثيقة الوفاق الوطني وأشار المجلس للقيمة الدستورية لمبادئ الطائف في قراره رقم 2002/1 بتاريخ 2002/01/31[5].

وكان للمجلس الدستوري الغابوني موقفا تجاه الديباجة بموجب قراره CC-001 الصادر في 1992/02/28 معتبرا أن الأحكام الواردة في الديباجة لها قيمة قانونية تعادل القيمة القانونية للدستور، وتبنى المجلس الدستوري لدولة النيجر نفس الاعتراف في قراره رقم 010/2002/ الصادر في 2002/01/18 معتبرا أنه امام انعدام نص قانوني صريح للقيمة القانونية لديباجة الدستور فإنه تتم

---

[1] – وكان للمجلس الدستوري اللبناني محطة أخرى فيما يخص الطبيعة القانونية لديباجة الدستور ففي قراره بتاريه 17 أوت 1996 أكد على أن الديباجة جزء لا يتجزأ عن الدستور ولها نفس قيمة القواعد الدستورية وللمزيد أنظر: رداوي مراد، الأطروحة السابقة، ص218 وما بعدها.

[2] – وليد علا، المرجع السابق، ص246.

[3] – أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص246.

[4] – وليد عبلا، المرجع نفسه، ص248.

[5] – محمد علي شحادة، المرجع السابق، ص87.

رقابة ملائمة ومطابقة نص قانوني للدستور، وكذلك وفق المبادئ ذات القيمة الدستورية الواردة في ديباجة الدستور التي تكون مع سواء الدستور ومجموعة الأحكام ذات القيمة الدستورية[1].

وبالرجوع إلى التجربة الجزائرية من خلال التطرق إلى مختلف الآراء والقرارات التي يصدرها المجلس الدستوري نجده قد استند إلى ديباجة الدستور في مناسبتين تتعلق الأولى برأيه المؤرخ في 2000/04/13 ، المتعلق بدسترة الأمازيغية كلغة وطنية، أما المحطة الثانية فهي في رأيه المؤرخ في 2008/11/07 المتعلق بتعديل الدستور بخصوص تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة ، وما يلاحظ على المجلس الدستوري في هذه المرحلة أنه لم يحسم الأمر ويصرح بالقيمة الدستور للديباجة[2].

خلافا للمرحلة السابقة ففي رأي له بخصوص تعديل الدستور لسنة 2016 بتاريخ 2016/01/28 المتعلق بمشروع تعديل الدستور أزال المجلس الدستوري كل الغموض وعبّر تعبيرا صريحا عن القيمة الدستورية لديباجة الدستور حيث اعتبر الديباجة هي التي تضع المبادئ التي تؤسس للدولة والمجتمع، فإنها أصبحت إطارا قانونيا، وذهب إلى أبعد من ذلك واعتبرها مرجعا دستوريا لباقي أبواب الدستور مما يجعلها جزءا من المبادئ الأساسية التي تنظم المجتمع الجزائري[3].

واعتمد المجلس الدستوري الديباجة[4] كأساس لرقابة التعديل الدستوري لعام 2008 حيث صرح باعتبار أن المادة 81 مكرر والحقوق والحريات تهدف إلى ترقية حقوق المرأة، وبالتالي توسيع حظوظ تمثيل المرأة يستمد من المطلب الديمقراطي المذكور في الفقرة 08 من ديباجة الدستور[5].

---

[1]– بلطرش مياسة، ديباجة الدستور بين القانون الدستوري المقارن ووفق التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 55، العدد3، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2018، ص24.

[2]– رداوي مراد، الأطروحة السابقة، ص216.

[3]– رأي رقم 16/01 ر ت د/م د المؤرخ في 28 يناير سنة 2016 يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري.

[4] – وبهذا يكون المؤسس الدستوري الجزائري قد أدخل الديباجة بصفة قطعية في مضمون الكتلة الدستورية لتكون مرجعا يعتمده المجلس الدستوري واعتمد عليه في حالة فصله للمنازعات المعروضة أمامه وللمزيد انظر: رداوي مراد، الأطروحة السابقة، ص218.

[5]– رأي رقم 01/08 ر ت د/م مؤرخ في 2008/11/07 يتعلق بمشروع تعديل الدستور ، ج رسمية عدد 63 المؤرخة المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

الفرع الثاني: دور القضاء الدستوري في اعتماد المعاهدات كمصدر للحقوق والحريات الأساسية

ظلت مسألة حقوق الانسان وحرياته الأساسية محل اهتمام المجتمع الدولي، فوصل إلى العديد من الاتفاقيات والمعاهدات في هذا المجال، والقاضي الدستوري بدوره حول هذه المعاهدات من مجرد فكر فلسفي لا يرتب أي مسؤولية إلى مبادئ ذات قيمة دستورية ومصدر للحقوق والحريات الأساسية، وسنوضح ذلك من خلال اجتهادات القضاء الدستوري.

بالنسبة إلى الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان ونعني بذلك العهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية ، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966، فضلا عن ذلك بعض الاتفاقيات الخاصة بحقوق الانسان فإنها تتميز بذاتها بالصفة الالزامية كجزء من القانون الداخلي[1] بعد اتخاذ الاجراءات الدستورية التي تعطيها هذه الصفة[2].

هناك مجموعة من الدول قد اعتمدت توجها مفتوحا تجاه التعريف الدولي لحقوق الانسان، إذ أن المحاكم الدستورية لهذه الدول أدمجت القانون الدولي لحقوق الانسان في ممارسة الرقابة على الدستورية، وهذه الحالة ناجمة عن نص دستوري وارد سواء في الالتزام بالنسبة للمحاكم وخاصة المحاكم الدستورية لتفسير وتطبيق الأحكام الدستورية المتعلقة بالحقوق الأساسية وفقا للمعاهدات الدولية لحماية حقوق الانسان التي تربط الدولة، أو اختصاص المحكمة الدستورية لمراقبة تطابق القوانين الوطنية مع المعاهدات الدولية[3].

فإدماج جوهر المعاهدة في القانون الداخلي هو مبدأ عام في القانون الدولي والتزام عام باتخاذ اجراءات قانونية تعطي فعالية لحقوق هذه المعاهدة كما أنه مهم جدا لمعاهدات حقوق الانسان، وبما

---

[1] – أما في النمسا فقد أدرجت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان في القانون الدستوري الداخلي، وهذا يسمح للفرد أن يثير الاتفاقية الأوروبية كأساس لشكوى عن عدم دستورية قانون أو عمل إداري ومن ناحية أخرى إن دستور بلغاريا وسلوفينيا منحا المحكمة الدستورية اختصاص الرقابة على القوانين الوطنية للمعاهدات الدولية، للمزيد أنظر: هيلين تورار، المرجع السابق، ص305 وما بعدها. وللمزيد بخصوص القضاء الدستوري الألماني وموقفه من الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الانسان أنظر: محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، مرجع سابق، ص99 وما بعدها.

[2] – أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص73.

[3] – هيلين تورار، المرجع السابق، ص304.

أن الدولة ملتزمة بتنفيذ المعاهدة بحسن نية فلا يتحقق هذا إلا بإدماج جوهرها في القانون الداخلي خاصة وأن فعالية معاهدات حقوق الانسان تعتمد على تطبيقها في القانون الداخلي أساسا[1].

في إطار ادماج القانون الدولي[2] في القوانين الداخلية للدول، نجد بعض الاتجاهات تعطي أولوية للمعاهدة على القانون الدستوري ويذهب هذا الاتجاه إلى أن تعارض المعاهدة الدولية مع الدستور الوطني يجب ألا يؤثر على صحة المعاهدة على الصعيد الدولي وذلك رغبة في تحقيق الاستقرار والأمان للعلاقات القانونية الاتفاقية، ونجد هذا الاتجاه أكثر وضوحا في النظام القانوني الهولندي حيث نصت المادة63 من دستور هولندا لعام 1953 على أنه: "يمكن للمعاهدة أن تخالف أحكام الدستور إذا تطور النظام القانوني الدولي" [3].

كما أعطى الدستور الاسباني للمحكمة الدستورية الاسبانية الاختصاص في تفسير النصوص التي لها علاقة بالحريات والحقوق الأساسية على ضوء المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها اسبانيا، هذا يعني اضفاء الحيوية على الحقوق والحريات الأساسية وجعلها قابلة للتطور بتطور الأعراف الدولية والحماية الدولية لهذه الحقوق والحريات[4].

إذا كانت الشرعية الدستورية للحقوق والحريات ترتكز على الوثيقة الدستورية فإن الشرعية الدولية لحقوق الانسان ترتكز أساسا على كل من ميثاق الأمم المتحدة والاعلان العالمي لحقوق الانسان 1948 والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966 والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية

---

[1]– زكية بهلول، المرجع السابق، ص33.

[2] – كما ان المادة 10 من الدستور الاسباني والمادة 16 من الدستور البرتغالي كانت من الأوائل التي نصت على تفسير الأحكام الدستورية كمرجعية للمعاهدات الدولية في الميدان الخص بحماية الحقوق الأساسية، كما نص الدستور الروماني في مادته 90 الالتزام بتفسير وتطبيق الأحكام الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات وفقا للإعلان العالمي لحقوق الانسان والعهود الدولية، وكان نفس الانجاه بالنسبة لدستور جنوب افريقيا حيث نص من خلال مادتيه 39–1 بأن المحاكم يجب أن تراعى بالقانون الدولي عندما تفسر قانون الحقوق، للمزيد أنظر: هيلين تورار، المرجع السابق، ص304 وما بعدها، كما أن اصلاح عام 1994 المتعلق بحقوق الانسان في الأرجنتين منح الاتفاقية الدولية للطفل مرتبة دستورية في النظام القانوني الارجنتيني (المواد 22 و75 من دستور الأرجنتين)، أنظر: هيلين تورار، المرجع نفسه، ص529

[3]– نبيل عبد الرحمن ناصر الدين، تطبيق القضاء الداخلي لأحكام القانون الدولي، دراسة تطبيقية للجمهورية اليمنية وجمهورية مصر العربية، ط1، المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، سنة 2020، ص218.

[4]– ميسوم طه حسين، المقال السابق، ص451.

والاجتماعية والثقافية 1966 فقد تضمنت هذه الوثائق الدولية الأربع حقوق الانسان مما يجعلها مدونة عالمية لحقوق الانسان، وميثاق الامم المتحدة 1945 لقد أكد مقصد الأمم المتحدة في تعزيز حقوق الانسان والحريات الأساسية[1].

أولا: نماذج عن اجتهادات بعض المحاكم الدستورية في استنادها على المعاهدات

وإذا نظرنا إلى الدستور الألماني نجد أنه في المادة 25 منه قد نص على أن القواعد العامة في القانون لدولي التي تتضمن عناصر حماية حقوق الانسان لها أثر مباشر في الجمهورية الاتحادية الألمانية وتطبيق مباشر في المحاكم الألمانية، وبذلك استخلص الفقه الألماني أن القواعد العامة للقانون الدولي التي تحمي حقوق الانسان لها حتمية دستورية في ألمانيا الاتحادية[2].

كما اعتبرت المحكمة الدستورية الألمانية في قرارها المبدئي 26 آذار/ مارس 1987 اعترفت بأن مضمون ومستوى تطور الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان يؤخذ بعين الاعتبار عند تفسير القانون الأساسي[3]، ومن خلال تفسيرها للفقرة 02 من المادة 59 من القانون الأساسي، أشارت إلى أن المعاهدات الدولية لها نفس مرتبة القانون الاتحادي في التسلسل الهرمي، أما المبادئ العامة للقانون الدولي لها قيمة دستورية أعلى من قيمة القوانين المحلية مستندة في ذلك على المادة 26 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات[4].

أما في جمهورية مصر العربية فإن المحكمة الدستورية العليا في بداية الأمر حددت بعبارات واضحة ومحددة بأن إعلان حقوق الانسان العالمي 1948 لا يعدوا أن يكون مجرد توصية غير ملزمة وليس له قيمة المعاهدات الدولية التي صادقت عليها مصر، وحتى بالنسبة إلى هذه المعاهدات لا تكتسب الطابع الدستوري هذا كمبدأ، وقد أكدت المحكمة العليا المبدأ السابق بصدد النفي على قرار وزير الصحة رقم 295 لسنة 1976 فذهبت المحكمة العليا إلى أن الطعن في هذا القرار لا يشكل خروجا على أحكام الدستور [5].

---

[1]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص69.

[2]– أحمد فتحي سرور، المرجع نفسه، ص71.

[3] – هيلين تورار، المرجع السابق، ص306.

[4] -Cour constitutionnelle fédérale, 15/12/2015, décision 2 BvL 1/12, Revue internationale de droit comparé, vol;68, N2, 2016, p551.

[5]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص235.

وقد عنيت المحكمة الدستورية العليا[1] في مصر في حكمها الصدار في 02 يناير سنة 1993 بالإشارة إلى الحقوق التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية على أساس أن التسليم بالحقوق لا بالقواعد الدولية، في الدولة الديمقراطية يعتبر مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية فالحقوق لها قيمة دستورية باعتبارها مفترضات النظام الديمقراطي، والحقوق يكون استخلاصها بطريق غير مباشر من النظام الديمقراطي للدولة ومن مبدأ سيادة القانون[2].

وترفض المحكمة الدستورية العليا التمييز في مجال التعليم وتستند في ذلك من بين أسانيد أخرى إلى المادة (13) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تشير إلى أن يكون التعليم موجها نحو التطوير الكامل للشخصية الانسانية[3].

ولقد كانت الولايات المتحدة الامريكية من أكثر المدافعين عن الحماية الدولية لحقوق الأفراد بوصفهم كذلك–أي بوصفهم أفراد لهم حقوق وعليهم واجبات– بالنظر إلى فلسفتها في مفهومها الشامل، وكذلك دساتيرها الوطنية[4]، أن للإنسان حقوق ينبغي إعلانها في وثائق للحقوق تضمنها وتكرسها[5]، وموقف المحكمة الاتحادية من إدراج المعاهدات وبخصوص علاقة المعاهدات مع الدستور الدستور الأمريكي الفيدرالي ذاته وعلاقة المعاهدات بالقوانين الاتحادية التي يصدرها الكونغرس، فقد كان هذا محل للتفسير من جانب المحكمة الفيدرالية العليا على اعتبار أن هذه المحكمة هي التي تملك سلطة تفسير نصوص الدستور والمعاهدات الدولية ويتجلى ذلك في قضية بتاريخ 1933/01/23، بخصوص قضية Cook V. united states فقضت المحكمة بـ" طبقا للقانون الدولي فإنه في

---

[1] – على الرغم من أن المحكمة الدستورية العليا قد وضعت القواعد الدولية في مصاف القانون العادي في الهرم القانوني الداخلي إلا أن وبالرجوع إلى أحكامها نجد أنها تستدل وترجع في بعض الأوقات إلى المواثيق الدولية كما جاء في حكمها الصادر في 02 مارس سنة 1996 عندما استعانت المحكمة ببعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان مثل العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966، وللمزيد أنظر: محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص217 وما بعدها.

[2] – أحمد فتحي سرورّ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص74.

[3] – وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الانسانية في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص169.

[4] – حتى عام 1988 لم تصادق الولايات المتحدة الأمريكية على أية اتفاقية أساسية لحقوق الانسان، بحجة أن الدستور الأمريكي قادر على صيانة حقوق وحريات الأفراد، وغيرت موقفها بعد ذلك وأصبحت تصادق بتحفظات لتحافظ على النظرة الفوقية لدستورها ، للمزيد أنظر: معزوز علي، الأطروحة السابقة، ص221 وما بعدها.

[5] – محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص178.

العلاقات بين الدول الأطراف في المعاهدة لا يمكن للقانون الداخلي أن يعلو على شروط المعاهدة"[1]، وفي حكم آخر لها أكدت المحكمة على وجوب احترام القانون الدولي العرفي، ففي قضية FITARTIGA V. PENA-IRALA في عام 1980 قررت المحكمة أن "القانون الدولي العرفي يعتبر مثل القانون العام في الولايات المتحدة، ولكن كقانون اتحادي، وليس هناك أي سبب لعدم النظر في الطلبات الناشئة بموجب القانون الدولي لكونها لا تختلف عن الطلبات التي تنشأ بموجب القوانين الاتحادية الأخرى[2].

كما أن هناك دول ترجح دستورها الداخلي على معاهدات حقوق الانسان الدولية، وهذه الوضعية موجودة في بريطانيا، أساسها تقاليد قضائية وقانونية بريطانية رغم أنها تظهر تفضيلها للقانون الدولي العرفي، ففي سنة 1735م أكد اللورد Chancellor في قضية Barbuit أن القانون الدولي بمفهومه الواسع يشكل جزءا من قانون البلاد، وبعدها أكد هذا الرأي اللورد Blackstone في سنة 1765، حيث أثبت أن القانون الدولي هو جزء من قانون البلاد هذا يعني أن القانون الدولي أصبح يشكل جزءا من القانون الوضعي الداخلي وليس له قيمة مساوية للقانون الداخلي[3].

وفي هذا الصدد صدر قانون حقوق الانسان لعام 1998 لإدماج الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان في القانون المحلي، وعرف هذا بالثورة الدستورية في المملكة البريطانية وبناء على نوعية الحقوق التي جاء بها القانون، فينص البند السادس الفقرة (أ) من هذا القانون على " لا يجوز للسلطة العامة أن تتصرف بطريقة تتعارض مع الحقوق الواردة في الاتفاقية"[4].

والجدير بالذكر أن المعاهدات الدولية لا تكون قابلة للتطبيق في النظام القانوني الانجليزي إلا إذا أدمجت في القانون الداخلي بواسطة تشريع يصدر عن البرلمان ومن ثم أي معاهدة مهما كانت ملزمة لإنجلترا على المستوى الدولي لا تصبح جزءا من قانونها الداخلي إلا إذا صدرت في شكل تشريع هذا كأصل عام ويستثنى من هذا المبدأ الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الانسان فإنها تعتبر قيدا

[1]- نبيل عبد الرحمن ناصر الدين، المرجع السابق، ص159، 160.

[2]- نبيل عبد الرحمن ناصر الدين، المرجع نفسه، ص312.

[3]- زهية بهلول، المرجع السابق، ص135، 136.

[4]- محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، المرجع السابق، ص139-140.

على البرلمان، بحيث لا يمكن لهذا الأخير اصدار ما يخالف هذا النوع من الاتفاقيات مثل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان وحرياته الأساسية لعام 1950[1].

واعتمدت المحكمة الدستورية في جنوب افريقيا عند اصدارها لقراراتها بالنظر في دستورية القوانين ومدى مطابقتها للدستور، كما اعتمدت على النصوص الدستورية وتستعين أيضا بالوثائق الدولية المتعلقة بحقوق الانسان، في حال عدم تعارضها مع قوانينها الداخلية، حيث قامت المحكمة الدستورية في جنوب افريقيا بإلغاء عقوبة الاعدام مؤسسة حكمها على نصوص الدستور لجنوب افريقيا وكذلك الاتفاقيات الدولية، هذا ما يدل على أن القضاء الدستوري في جنوب افريقيا يستند في أحكامه على الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الانسان وهذا ما يوسع من الكتلة الدستورية، ويجعل من الاتفاقيات الدولية مصدرا للحقوق والحريات الأساسية [2].

والمحكمة الدستورية الأردنية بدورها لم تتجاهل العهود والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الانسان، فمناسبة تفسيرها لنص المادتين 2/23 والمادة 120 من الدستور من خلال قرار التفسير 6 لسنة 2013، وعبرت على ذلك بقولها" ... وحيث أن المواثيق والعهود الدولية تؤكد كذلك على حرية تكوين النقابات ومن ذلك ما نصت عليه المادة 4/23 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948... وتؤكد هذا الحق المادة 22 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، ... ولذلك فإن حرية تكوين النقابات والأحزاب السياسية مكفولة بنص المادة 8/ب من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966..." [3].

وبعد تعديل الدستور السويسري في عام 1999 أصبحت القاعدة العامة هي سمو القانون الدولي على القانون الداخلي، حيث أنه من الواضح تضمين قاعدة جديدة في الدستور الفدرالي وبالنسبة للقيمة القانونية للقانون الدولي داخل سويسرا كان محل خلاف، من خلال تعزيز موجه إلى البرلمان أوضح المجلس الفدرالي (le conseil Fédéral) أن القانون الدولي العام لا يشغل مكان أعلى من القانون الدستوري.

---

[1]– نبيل عبد الرحمن ناصر الدين ، المرجع السابق، ص153، 154.

[2]– نوار محمود مصطفى بدير، دور القضاء الدستوري الفلسطيني في حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والادارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، سنة 2016، ص98.

[3]– كامل السعيد، المرجع السابق، ص436.

أما بالنسبة لموقف المحكمة الدستورية في هذا الشأن كان مخالفا تماما لموقف المجلس الفيدرالي حيث اعتبرت القانون الدولي أسمى من قواعد القانون الداخلي[1].

ووفقا للمادة 189[2] من الدستور السويسري الصادر بتاريخ 1999/04/18 فإن المحكمة الاتحادية تحرص بالفصل في الطعون المقدمة ضد الأعمال التي تتضمن مخالفة القانون الاتحادي أو القانون الدولي، علما أن الدستور السويسري عدل بتاريخ 2010/11/28 عن طريق الاستفتاء الشعبي.

ومن خلال حكم المحكمة الدستورية السويسرية بتاريخ 12 أكتوبر 2012 التي قضت فيه بإلغاء القرار الصادر عن المحكمة الادارية لمقاطعة Thurguie بأبعاد أحد الاجانب المقيمين في هذه المقاطعة، رغم استناد القرار على المادة 121 من الدستور وذلك تأسيسا على مخالفة هذا القرار للمعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان التي صادقت عليها الحكومة السويسرية.

إن المحكمة طبقت المبادئ التي تنص عليها هذه المعاهدات والتي تكفل لكل شخص حماية حريته الشخصية والعائلية وعدم المساس بهذه الحرية إلا لضرورات المصلحة العامة الوطنية والنظام لعام.

واستندت المحكمة في هذا الحكم على نص المادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان لعام 1950 التي صادقت عليها سويسرا عام 1974 التي تكفل لكل شخص الحق في احترام الحياة الخاصة العائلية[3].

ثانيا: نماذج عن اجتهادات بعض المجالس الدستورية في استنادها على المعاهدات

في لبنان حسب ما ورد في الفقرة "ب" من مقدمة الدستور اللبناني جعل منه دستورا مفتوحا على المجتمع الدولي، وأتيح للمجلس الدستوري أن يأخذ من المواثيق الدولية ما يحتاج إليه لتعزيز الحقوق والحريات في الداخل كلما أعوزه النص في الدستور وهذه المواثيق هي بالدرجة الأولى الاعلان

---

[1]– محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص210، 211.

[2]– تنص المادة 189 من دستور سويسرا الصادر عام 1999 المعدل عام 2014 بخصوص ولاية المحكمة العليا الاتحادية " تقضي المحكمة العليا الاتحادية في التظلمات بخصوص خرق القوانين التالية: القانون الاتحادي، القانون الدولي، قانون ما بين المقاطعات"، على الموقع الالكتروني: www.constitrproject.org بتاريخ 2020/11/20.

[3]– يسرى محمد العصار، سمو المعادات الدولية بشأن حقوق الانسان على الدستور في سويسرا، مجلة المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد80، لسنة 2016، ص05.

العالمي لحقوق الانسان لعام 1948 والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وقد انضم لبنان إليها عام 1972 وأشار المجلس صراحة في أكثر من قرار إلى هذه المواثيق الدولية بل إلى مواد معينة منها[1].

ونجد أن القضاء الدستوري اللبناني (المجلس الدستوري) كان له الدور الأبرز في اقرار حقوق لم ينص عليها الدستور مستندا في ذلك على التشريعات الدولية ، وتجلى ذلك على سبيل المثال في طعن مقدم من قبل مجموعة من النواب لأبطال (قانون الايجار) الصادر في 2014/05/9 وحيث جاء في حيثيات القرار (...بما أن الحق في السكن هو من الحقوق الدستورية الأساسية، وذلك استنادا إلى التشريعات الدولية واجتهاد دستوري مستمر...لذلك يعتبر توفير السكن للمواطن هدف ذو قيمة دستورية..." [2].

وبعد صدور الدستور التونسي الجديد لعام 2014، تم إنشاء محكمة دستورية لتحل محل المجلس الدستوري الذي كان يتولى فحص مدى دستورية القوانين، ومن اتجاهات المجلس الدستوري التونسي في مجال اعتماد المعاهدات الدولية كمرجعية في رقابته الدستورية ذلك من خلال الرأي رقم 02-2006 الذي أصدره بخصوص مشروع قانون يكفل أحكام مجلة الأحوال الشخصية ويضيف الفصل 66 مكررا الذي يمنح الجدّيّن الحق في زيارة أحفادهما مستندا في ذلك على اتفاقية حقوق الطفل التي صادقت عليها الجمهورية التونسية.

أما بالنسبة للمجلس الدستوري المغربي رغم عدم التعبير الصريح في أحكامه وقراراته بخصوص الاتفاقيات الدولية والاقليمية لحقوق الانسان، إلا أنه اعتمد أهداف هذه الاتفاقيات والمعاهدات ضمنيا ويتجلى ذلك بخصوص ضمانات المحاكمة العادلة والمنصفة بالمحكمة العادية مثل حق الدفاع وقرينة البراءة، كما أكد المجلس أنه من الضروري أن يخضع الحق في الدفاع وغيره من ضمانات المحاكمة العادلة لأكبر قدر من الضمانات[3].

---

[1]- وليد عبلا، المرجع السابق، ص658.

[2]- محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص385.

[3]- أحمد الأشقر، الاجتهادات القضائية العربية في تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان، دراسة وصفية تحليلية، دط، د ب نشر، سنة 2016، ص46.

واعترف الدستور الجزائري صراحة بسمو المعاهدات الدولية على قواعد القانون الداخلي (القانون العادي)، وعليه كانت رعاية المجلس الدستوري للمكانة القانونية لها من خلال اجتهاداته وهو يراقب مدى مطابقة قانون الانتخاب للدستور بهدف التذكير باحترام التسلسل القانوني عملا بما نصت عليه المادة 27 من اتفاقية قانون المعاهدات لسنة 1969 والتي تنص على" أنه لا يجوز لأي طرف أن يستظهر بأحكام قانونه الداخلي لتبرير عدم تنفيذ معاهدة ما..." [1].

وفي أول قرار له يتعلق بقانون الانتخابات لعام 1989، استند المجلس الدستوري صراحة إلى أحكام الاتفاقيات الدولية التي صادقة عليها الجزائر ليؤسس شائبة عدم الدستورية في نصي المادتين (86) و(108) من قانون الانتخابات مذكرا بمبدأ سمو المعاهدة الدولية على القانون طبقا لما تنص عليه المادة 123 من دستور 1989[2].

ولكي يعترف المجلس الدستوري بالقيمة القانونية للمعاهدات الدولية المصادق عليها وتطبيقا للنص الدستوري الذي تستمد منه المعاهدة قوتها القانونية[3] صرح بما يلي:" ...ونظرا لكون اية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تندرج في القانون الوطني...وتخول كل مواطن جزائري ان يتذرع بها أمام الجهات القضائية...مثل ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1966...والميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب..." [4].

يمكن تشبيه هذا الحد أو المعيار الموضوعي الذي وضعه المجلس الدستوري لأي تقييد للحقوق والحريات من طرف المشرع بما ورد في المادة 21 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 وقبل ذلك في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، من أنه لا يجوز أن يوضع من القيود

[1]– بن دراج علي ابراهيم، مساهمة المجلس الدستوري الجزائري في توسيع الكتلة الدستورية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق ولعلوم الانسانية، المجلد 10، العدد 04، جامعة الجلفة، الجزائر، سنة 2017، ص473.

[2]– برقوق عبد العزيز، مقاربة في رصد منهج المجلس الدستوري في توسيع الكتلة الدستورية، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 10، العدد 09، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، الجزائر، سنة 2013، ص03.

[3]– تنص المادة 171 من تعديل الدستور الجزائري لسنة 2020 على "يلتزم القاضي في ممارسة وظيفته بتطبيق المعاهدات المصادق عليها وقوانين الجمهورية...".

[4]– أنظر قرار رقم 1 /ق.ق/مد مؤرخ في 20غشت سنة 1989 يتعلق بقانون الانتخابات.

على ممارسة بعض الحقوق إلا تلك التي تفرض طبقا للقانون وتشكل تدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة[1].

وفي اجتهاد حديث للمجلس الدستوري الجزائري بمناسبة النظر في مدى دستورية المادة 496 من قانون الاجراءات الجزائية التي تمنع الطعن بالنقض في بعض الحالات والمجلس الدستوري يفصل في هذه الدعوى استند إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية مبررا على ذلك بـ" اعتبارا أن احكام العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم....لاسيما المادة الثامنة منه التي تنص على أن تتعهد كل دولة طرف بتنمية النظام القضائي..." [2].

وفي الأخير وصل المجلس إلى نتيجة مفادها أن الطعن بالنقض لا يعتبر من طرق الطعن العادية فهو من غير العادية وصرح بدستورية المادة محل الطعن.

المطلب الثاني: دور القضاء الدستوري في ارساء مبادئ ذات قيمة دستورية كمصدر للحقوق والحريات الأساسية.

ليست كل الحقوق والحريات الأساسية مدونة في وثيقة الدستور، هذا ما جعل القاضي الدستوري يبدع في اجتهاده الانشائي، ويصل إلى جملة من المبادئ مستلهمها من رحم النصوص الدستورية، حتى يتمكن من تغطية شاملة للحقوق والحريات الأساسية، والنتائج التي يصل إليها القاضي الدستوري من اجتهاداته سميت بـ المبادئ الدستورية العليا وأعترف لها القضاء الدستوري بالقيمة الدستورية وأصبحت مرجعية في مجال الحقوق والحريات الأساسية.

وقسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع، الفرع الأول: تعريف المبادئ ذات القيمة الدستورية، الفرع الثاني: موقف الفقه من المبادئ ذات القيمة الدستورية، الفرع الثالث: أثر اجتهاد القضاء الدستوري في ارساء مبادئ ذات قيمة دستورية كمصدر للحقوق والحريات الأساسية.

---

[1]- بوزيد بن محمود، المقال السابق، ص419.

[2]- قرار رقم 01/ق.م.د/د.ع.د/20 مؤرخ في 06-05-2020 يتعلق برقابة مدى دستورية المادة 496 من قانون الاجراءات الجزائية، جريدة رسمية عدد 34، لسنة 2020.

الفرع الأول: تعريف المبادئ ذا القيمة الدستورية

إن المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية وجدت لكي يحمي القاضي الدستوري من خلالها ما يعرف بالحقوق الأساسية للإنسان، هذه الحقوق التي لا يوجد تعريف لها منبثق عن النص الدستوري بحد ذاته، لأنها لصيقة بالإنسان الذي هو اساس لكل الحقوق[1]، وهذه المبادئ يستنبطها القاضي الدستوري من روح الدستور وأهدافه العامة ويعتبرها في اجتهاداته بأنها مبادئ دستورية توازي الدستور ومخالفتها تعتبر مخالفة للدستور في حد ذاته [2].

وتعرف بأنها تلك المبادئ التي لا توجد في الدستور ذاته ، إنما مكانها خارج الدستور وفي الوقت نفسه هي ذات قيمة دستورية، وفي هذا الشأن يذهب الفقه الغربي (الفرنسي الأمريكي) المتمثل في الفقيهين ديكيه، ندريه هولي إلى القول " إن الدستور المكتوب ليس هو كل القانون الأعلى الواجب احترامه، بل هناك مبادئ عليا غير مكتوبة تسمو على كل نص مكتوب فإذا خالف التشريع العادي هذه المبادئ أصبح غير دستوري [3].

وقبل الخوض في تبني القضاء الدستوري لنظرية المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية، وجب التطرق إلى موقف الفقه منها.

الفرع الثاني: موقف الفقه من المبادئ ذات القيمة الدستورية

تعتبر نظرية المبادئ العامة للقانون الاداري من أقوى النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي على الاطلاق ويعرف الفقه الفرنسي هذه النظرية بأنها "عدد من المبادئ التي لا تظهر مصاغة مكتوبة، لكن يعترف بها القضاء باعتبارها واجبة الاتباع من طرف الادارة وإن خالفتها وقعت في عيب انتهاك المشروعية [4].

---

[1]– أمين عاطف صليبا، المرجع السباق، ص251.

[2]– حمريط كمال، دور المجلس الدستوري في حماية مبدأ سمو الدستور، دراسة مقارنة، أطروحة دكتورا، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2019/2018، ص197.

[3]– محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص141.

[4]–سليمان سليم البطارسة، المبادئ العامة للقانون وتطبيقاتها في فرنسا والأردن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 33، العدد01، لعام 2006، تصدر عن عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، سنة 2006، ص177.

تعتبر هذه النظرية ذات منشأ إداري، ويرجع الفضل في نشأتها إلى مجلس الدولة الفرنسي حتى يتمكن من رقابة التصرفات الادارية وفرضها عليه، ويرجع نشأة هذه النظرية إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي الصادرة في 08 مارس 1911 و09 مايو 1913 ثم تأكدت النظرية بحكمه الصادر في 05 مايو 1944 في قضية Dameveuve Tropier gravier من خلال هذا الحكم منح مجلس الدولة الفرنسي لهذه النظرية (المبادئ العامة للقانون) قوة التشريع[1].

وهناك اتجاهات فقهية مختلفة منهم من يجعل من نظرية (المبادئ العامة للقانون) ونظرية المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية لنظرية واحدة لا اختلاف بينهم لأن الهدف من كلا النظريتين هو حماية الحقوق والحريات من تعدي السلطات الادارية والاتجاه الثاني يجعل من نظرية المبادئ العامة ذات القيم الدستورية مستقلة بذاتها وهي من اجتهاد القضاء الدستوري لا القضاء الاداري[2].

وعلى حد تعبير العلامة "جورج قنديل": يجب علينا المزج بين كلا المفهومين.

وعلى حد قول الأستاذ: أحمد عاطف صليبا أن هناك فرق واضح بين المفهومين لأن المبادئ العامة للقانون يمكن ان تزول في اي لحظة أمام نص قانوني صريح يسنه المشرع في إطار اختصاصه، بينما المشرع العادي لا يمكنه أن يتجاوز المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية التـــــــي توصل إليها اجتهاد القضاء الدستوري، لأن هذه المبادئ مستوحاة من صلب الدستور وتفسير النصوص الدستورية هي اختصاص حصري للقاضي الدستوري[3].

وبالنسبة للدكتور السنهوري فإنه يرى أن هناك مبادئ عليا تسود الدستور المصري وتهيمن على جميع أحكامه وهذه المبادئ العليا التي هي "روح الدستور" تستخلص استخلاصا موضوعيا من نصوصه المكتوبة، وهو استخلاص موضوعي محض لأن مرجعية هذا الاستخلاص ليس مبادئ غير مكتوبة وغير محددة، بل مرجعية من نصوص الدستور ذاتها أو بالأحرى من روح الدستور[4].

---

[1]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص516.

[2]– برقوق عبد العزيز، الأطروحة السابقة، ص227.

[3]– أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص256.

[4]–محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2008، ص176.

وهناك اتجاه فقهي آخر يدافع عن وحدة نظرية المبادئ العامة للقانون وهو يحتمل امكانية تطبيق هذه النظرية سواء من قبل القضاء الاداري أو القضاء الدستوري كل حسب اختصاصه، حيث إذا استعملت في مجال القضاء الاداري، فإنها لا تعدوا ان تكون برتبة التشريع العادي، وإذا استعملها القضاء الدستوري فهي تصبح بمترتبة القواعد الدستورية[1].

الفرع الثالث: أثر اجتهاد القضاء الدستوري في ارساء مبادئ ذات قيمة دستورية كمصدر للحقوق والحريات الأساسية.

في هذا الفرع سوف نتطرق إلى أهم الاجتهادات التي وصل إليها القضاء الدستوري في تكريس مبادئ ذات قيمة دستورية واعتبرها كذلك تجسيدا للحقوق والحريات الأساسية وذلك بإبرازها في ما يلي:

أولا: نماذج عن اجتهادات بعض المحاكم الدستورية في إرساءها للمبادئ الدستورية

في اول حكم تصدره المحكمة العليا الاتحادية عام 1803 والذي قضى بعدم دستورية قانون فيديرالي لمخالفته للدستور الأمريكي في قضية (ماريوري) ضد (مارسون) نجد رئيس المحكمة العليا (قاضي القضاة مارشال) يؤسس حق القضاء في الامتناع عن تطبيق القانون الغير الدستوري، ليس على أساس نص مدون وواضح في الدستور الأمريكي، لكن كان ذلك على أساس المبادئ العامة يعني استنادا إلى طبيعة الدستور الأمريكي الجامدة[2].

وفي هذا السياق طرح القاضي" جولد برج " سؤالا أن الحقوق المشمولة بحماية الدستور ليست هي المنصوص عليها وحدها في الدستور فكيف يمكن التعرف على الحقوق الأساسية؟ وأجاب على هذا السؤال قائلا: "يجب أن تنظر المحكمة إلى التقاليد والضمير الجماعي لشعبنا لكي تقرر المبادئ الأساسية، وكذلك تراعي التجربة فيما يتعلق بمتطلبات المجتمع الحر"[3].

كما وصلت المحكمة الاتحادية العليا إلى مبدّأ الوسائل القانونية السليمة[4] من خلال اجتهاداتها بمناسبة ممارسة رقابة الدستورية، حيث يعتبر مبدأ الوسائل القانونية السلمية من أكثر المبادئ خفاء

---

[1]– برقوق عبد العزيز، الاطروحة السابقة، ص229.

[2]–محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص99.

[3]–جيروم أ.بارون، س توماس دينيس، المرجع السابق، ص166.

[4] – ينص التعديل الخاص من الدستور الأمريكي لسنة (1787): لا يجوز أن يحرم الفرد من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون اتباع الاجراءات القانونية الأصولية..." للمزيد راجع: محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، المرجع السابق، ص114 وما بعدها.

في مجال تحديد معناه وأكثرها شمولا على نطاق صور الحرية التي ضمنها الدستور وهو مبدأ وضعته المحكمة للحد من تعسف الحكومة في مواجهة الأفراد، حيث لا يمكنها أن تحرم أي شخص من حياته أو حريته أو ممتلكاته بغير مراعاة الوسائل القانونية ومنع الولايات هي الأخرى من المساس بحريات الأفراد دون اللجوء إلى الاجراءات القانونية، ومبدأ الوسائل القانونية يعتبر قيدا على الحكومة المركزية والولايات في سبيل صيانة حقوق وحريات الأفراد[1].

إن المقصود بأعمال الرقابة الدستورية في الولايات م أ ليس تفسير النص الدستوري في ذاته لتحديد دلالته الفنية، إنما إنزال حكم النص الدستوري على النص محل الرقابة لتحديد مدى دستوريته على ضوء أحكام الدستور وليس تحديد دلالة النص الدستوري في حد ذاته[2].

كما كان للمحكمة الاتحادية العليا الدور البارز في تحديد وابراز بعض المبادئ الدستورية المنبثقة على مبدا الكرامة الانسانية، حيث ربط مبدأ الكرامة الانسانية وحسن عيش كل الأشخاص.

ففي قضية Goldbey فأن القرار الصادر فيها يربط الرفاهية بكرامة حسن العيش المادي وفي قضية Plylerv.Doe ربطت المحكمة كفالة وضمان تعليم الأطفال رغم الاقامة الغير الشرعية في الولايات المتحدة الأمريكية بحسن العيش للأطفال، وأكدت المحكمة أنه ليس بمقدور ولاية تكساس أن تحجب التعليم العام على الأطفال المقيمين بصورة غير شرعية على أراضي الدولة

من هذين الحكمين يبدو أن المحكمة الاتحادية الأمريكية فسرت مبدأ الكرامة تفسيرا واسعا استعملت فيه الجانب الانساني للمحافظة على كرامة وحسن عيش الأفراد على تراب الو م أ[3].

فقد تبنت المحكمة العليا أن كل الحقوق الواردة في اعلان حقوق الانسان –الأمريكية– تعتبر في الغالب من الحقوق الأساسية وتتمتع بالحماية الدستورية وهي نتيجة توصلت إليها المحكمة بالتطبيق على كل حالة بمفردها وهنا كان نتيجة أن التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي يكون سريانه على جميع الولايات الأمريكية ولا يقتصر على المستوى الفيديرالي وحده، حيث توصلت

[1]–محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص807.

[2]–محمد عمار النجار، الاختصاص بتفسير أحكام الدستور، الفصل الأول، التعريف بالاختصاص بتفسير الدستور، مجلة المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 29، لعام 2016، جمهورية مصر العربية، ص06.

[3]–وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الانسانية في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص167، 168.

المحكمة إلى أن كل المبادئ الأساسية للحرية والعدالة تعتبر اساسا لكل المؤسسات المدنية والسياسية[1].

وبالنسبة لحق المتهم في محاكمة علنية وعادلة وفق الأصول الدستورية، أكدت المحكمة أن التأخير والتقديم إلى المحاكمة والذي قد يؤدي بالنتيجة إلى مضاعفة الخطر على المتهم هو انكار للحق الدستوري في محاكمة عادلة وسريعة، وكأن المحكمة الاتحادية الأمريكية جعلت من سرعة (الاجراءات مبدأ دستوري) يتصل مباشرة بمبدأ المحاكمة العادلة حفاظا على حقوق المتهم من التغيرات التي قد تحدث أثناء سير الدعوى مثل وفاة الشهود وغيرها[2].

المحكمة العليا الأمريكية تمثل نموذجا فريدا من بين القضاء الدستوري المقارن في عدم الالتزام في رقابتها الدستورية بنصوص الدستور المكتوبة ، فهي ترى أن هناك مبادئ عليا غير مكتوبة[3] أعلى من الدستور يجب أن تكون قيدا على المشرع سواء قوانين فيديرالية، أو قوانين الولايات، هذه المبادئ تستلهمها من القانون الطبيعي والمذهب الفردي (المبادئ القديمة التي ترجع إلى القانون الانجليزي) [4].

وخطورة استجلاء هذه المبادئ العليا في أمريكا، تكمن في أن القضاة هم الذين يجددون تلك المبادئ وفقا لتقديرهم الخاص، بذلك يصبح القضاة هم المشرعون الحقيقيون ويقيمون بذلك حكومة القضاة، حيث أصبح قضاة المحكمة العليا الاتحادية يعتمدون على الظروف الاجتماعية والسياسية ويستندون في ذلك على روح القانون ومبادئ العدالة والقانون الطبيعي[5].

---

[1]–أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص196.

[2]–مدني عبد الرزاق الكلش، المرجع السابق، ص140.

[3] – إن الدستور الاتحادي لم يعهد إلى المحكمة العليا صلاحية تفسير الدستور، إلا أن موقعها وهي تحتل المرتبة الاولى بالنسبة لباقي الهيئات القضائية الأخرى جعلها تبادر لتفسير الدستور وتعلن عدم دستورية كل قانون مخالف للمبادئ الدستورية وللمزيد أنظر: مدني عبد الرزاق الكلش، المرجع نفسه، ص22.

[4]–محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص188.

[5] – إن الحقوق والحريات الأساسية اكتسبت طابعا شموليا لا علاقة بالإنسان كقيمة موهوبة من خلال اجتهادات كل من القاضي الأمريكي والالماني الذين اعترفا في العديد من المرات أنهما ليسا حراسا للنصوص وما ينتج عنها من مبادئ بل هما حراس لكيان قائم على قيم انسانية ، أخلاقية، ثقافية، تشكل ركائز النظام الاجتماعي وللمزيد أنظر الامين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص281 وما بعدها.

هذه المبادئ التي ليس لها حدود إلا حسب ما تقدره المحكمة في حد ذاتها هذا ما جعل العديد من الفقهاء يرون أن رقابة دستورية القوانين في الو.م.أ جعلت من قضاة المحكمة يخرجون عن اختصاصاتهم ويسيطرون على جميع السلطات[1].

كما أن المحكمة الدستورية العليا المصرية ترسي المبادئ العامة الدستورية من خلال ما تقوم به من استجلاء تلك المفاهيم الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني للدولة، وذلك عن طريق مراجعة الكثير من القيم الدستورية المنصوص عليها في الدستور والوصول إلى مبادئ ذات قيمة دستورية متجاوزة بذلك النصوص الدستورية الصريحة[2].

حيث أرست المحكمة الدستورية العليا منذ انشاءها عام 1979 عددا كبيرا من المبادئ[3] بمناسبة رقابتها على دستورية القوانين واللوائح من أجل حماية الحقوق والحريات العامة واعلاء المشروعية الدستورية، ومن أمثلة المبادئ ذات القيمة الدستورية التي أرستها المحكمة الدستورية العليا وهو مبدأ: عدم دستورية الحرمان من الحقوق السياسية بأثر رجعي، مستندة في ذلك على مبدأ عدم رجعية تطبيق عقوبة جنائية بأثر رجعي، وتطبيقا لذلك قضت بعدم دستورية نص في القانون رقم 33 لسنة 1978 (عقوبة الحرمان من الحقوق السياسية)، وقد التزمت المحكمة بهذا المبدأ قبل ثورة 2011 ومن تطبيقاته الحكم الصادر بتاريخ 2012/06/14 القضية رقم 57 لسنة 34 قضائية[4].

كما وصلت المحكمة الدستورية العليا من خلال تفسيرها إلى نصوص الدستور حيث تستطرد في حكمها الصادر في1992/09/05 بأنه " عملا بالمادة الثانية من الدستور وبعد تعديله في مايو 1980 يدل على أن الدستور ابتداء من تاريخ العمل بهذا التعديل أن السلطة التشريعية ملتزمة بالنصوص الشرعية ولا يمكن لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها،

---

[1]–خاموش عمر عبد الله ، المرجع السابق، ص255.

[2]–محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص590.

[3]– ويرى البعض ان المحكمة الدستورية العليا ووصولها إلى مبادئ دستورية بانها تتعدى إرادة السلطة التأسيسية الأصلية وسط كل هذه الانتقادات فإن المحكمة من خلال اجتهاداتها وصلت إلى العديد من المبادئ ذات القيمة الدستورية مثل مبل التحرر الاقتصادي، مبدأ حماية المشاركة السياسية، مبدأ حماية الأمن الاجتماعي، وللمزيد راجع: محمود علي أحمد مدني، المرجع نفسه، ص791 وما بعدها

[4]–يسرى محمد العطار، التعليق على أحكام المحكمة الدستورية بين الموضوعية العلمية والهوى السياسي، مجلة المحكمة الدستورية العليا، عدد 23، مصر، سنة 2012، ص13.

فهذه الأحكام وحدها التي لا يجوز الاجتهاد فيها بعد أن أقرها الدستور" وبذلك يعتقد أن مبدأ الشريعة الاسلامية طبقا للمعيار الموضوعي اذي اعتمدته المحكمة تدخل ضمن المجموعة الدستورية وتعد مرجعا للقاضي الدستوري، وأي نص يخالف الأحكام الشرعية فإنه يدخل في حومة المخالفة الدستورية.

وبذلك يعتقد أن مبادئ الشريعة الاسلامية طبقا للمعيار الموضوعي الذي اعتمدته المحكمة الدستورية العليا تدخل ضمن المجموعة الدستورية وتعد مرجعا للقاضي الدستوري[1].

وفي اجتهاد آخر لها أكدت على الزامية التقيد بالحقوق الدستورية التي تعد من بديهيات قيام الدولة القانونية المجسد للنظام الديمقراطي الحديث.

وحسب هذا الحكم أنه لا يمكن أن تقوم دولة ديمقراطية بالمعنى الصحيح دون احترام حقوق وحريات الأفراد حيث اعتبرت صيانة الحقوق والحريات الدستورية هي أساس لقيام دولة ديمقراطية[2].

وكذلك في اجتهاداتها أكدت على عدم دستورية نص يمتد ويرتبط بنصوص أخرى، فلكما كانت العلاقة بين نصوص القانون مترابطة وتوجد علاقة بين هذه النصوص فإن الحكم بعدم دستورية نص يمتد هذا الحكم إلى باقي النصوص المرتبطة به.

وهذا المبدأ الذي أرسته المحكمة الدستورية العليا يتفق مع وحدة النصوص معتمدة في ذلك معيار مدى تأثر بنيان النصوص المترابطة، وهذا ما أكدته في حكم لها بخصوص عدم دستورية م/03 مكرر (1)، م/03 مكرر (02) لسنة 1876. [3]

والمحكمة الدستورية العليا في مصر قد اعتمدت المستوى الذي تعتمده الدول الديمقراطية في منظومتها القانونية وفي مجال احترام الحقوق والحريات والهدف من هذه النظرة أنها تربط الديمقراطية بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا وجعلت من هذه الحريات والحقوق ذات صلة قوية بشخص الانسان فتوصلت إلى مبدأ يجب احترامه في تطبيق العقوبات الا تكون العقوبات قاسية أو يترتب عنها اهانة الشخص، كما أن هذه المحكمة اعتمدت التعريف الواسع للحرية الشخصية المكفولة دستوريا[4].

---

[1]– محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص58.

[2]–محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص329.

[3]– إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، المرجع السابق، ص71، 72.

[4]– أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص132، 133.

كما استعملت المحكمة معيار جديد من أجل تقييد سلطة المشرع من مجال الحقوق والحريات الأساسية وهو : الدول المتحضرة، وتجلى ذلك من خلال حكمها فيما يتعلق بالدفع محددة أنه من ضوابط المحاكمة المنصفة، وربطته بكرامة الانسان وحقوقه الأساسية، وهذا من منطلق إيمان الأمم المتحضرة بحرمة الحياة الخاصة وبوطأة القيود التي تنال من الحرية الشخصية[1].

ثانيا: نماذج عن اجتهادات بعض المجالس الدستورية في إرساءها للمبادئ الدستورية

تبنى المجلس الدستوري الفرنسي موقف الرأي الغالب في الفقه الفرنسي من حيث استناده على القيمة التشريعية للمبادئ القانونية العامة، مع أنه لم يقرر ذلك صراحة وهذا لا يحتاج إلى تأييده، عندما أعطى المشرع وحده السلطة في مخاصمة هذه المبادئ القانونية، وقد لجأ المجلس الدستوري لهذه النظرية بمناسبة فصله في الاختصاصات بين القانون واللائحة، وفي نفس العام وصل المجلس الدستوري إلى المبدأ العام وهو عدم رجعية التصرفات الادارية.

وفي عام 1972 وصل المجلس الدستوري الفرنسي إلى مبدأ الحق في الدفاع[2] باعتباره من المبادئ القانونية العامة التي تدخل في اختصاص المشرع[3].

إلا أن عام 1971 كان تاريخا مفصليا في مسيرة المجلس الدستوري الفرنسي فقد سنحت له فرصة مواتية عندما طعن رئيس مجلس الشيوخ في دستورية قانون يكمل أحكام قانون صادر في عام 1901 المتعلق بحرية التجمع[4].

وأهمية الحكم او القرار المشار إليه لعام 1971 أنه تضمن الاعتراف بالقيمة الدستورية للمبادئ الأساسية لقوانين الجمهورية وحكم المجلس الدستوري بإشارته في البداية لدستور 1958 (مقدمة الدستور)، وتقرير عدم دستورية بعض نصوص القانون المطعون فيه استنادا إلى المبادئ

---

[1]–عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص536.

[2] – فمثلا بناءَ على مبدأ المساواة الذي نص عليه الدستور راقب المجلس الدستوري مدى دستورية مبدأ محاكمة المتهمين أما محكمة متعددة القضاة، وبناء على مبدأ حرية الالتزام بالعمل استخلص المجلس الحماية الدستورية ليعرض مظاهر حرية التعاقد، للمزيد أنظر: أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص66 وما بعدها.

[3]–عبد الحفيظ الشيمي، المرجع نفسه، ص522، 523.

[4]–وليد عبلا، المرجع السباق، ص609.

الأساسية المعترف بها بقوانين الجمهورية، ومنذ ذلك الوقت أصبحت مبادئ الحقوق والحريات ذات قيمة دستورية بصورة نهائية[1].

ومنذ ذلك الحين اتجه المجلس الدستوري الفرنسي إلى أن الدستور تندمج فيه مجموعة المبادئ العامة، وبناء على ذلك اعتبر أن بعض النصوص التشريعية مخالفة للدستور مع عدم وجود نص دستوري صريح، هذا يعني ان المجلس أعطى لنفسه صلاحية إنشاء قواعد ذات طابع دستوري جديد لم ترد صراحة في الدستور مثل مبدأ استمرار المرفق العام، ومبدأ احترام حقوق الدفاع، ومبدأ استقلال أساتذة الجامعات وهذا من منطلق أن فكرة حقوق الانسان هي الأساس الموضوعي للشرعية الدستورية[2].

وفي إطار وصول المجلس الدستوري إلى مبادئ وإعطائها القيمة الدستورية في مجال الحقوق والحريات الأساسية، ففي قرار له بتاريخ 2010/09/22 ألزم المشرع باحترام كل المبادئ الدستورية التي ترمي إلى صيانة حقوق وحريات الأفراد وذلك بقوله: "إذا كان للمشرع تعديل القانون بأثر رجعي وإضفاء الشرعية على فعل إداري أو قانون خاص، فإن ذلك يكون بشرط تحقيق المصلحة العامة ... واحترام مبدأ عدم رجعية العقوبات ... أو أي مبدأ ذو قيمة دستورية ... كما أن المصلحة العامة هو نفسه هدف ذو قيمة دستورية ... ". من هذا القرار يتضح أن المجلس الدستوري وصل إلى مجموعة من المبادئ وأضفى عليها طابع القيمة الدستورية مثل مبدأ عدم رجعية العقوبات، مبدأ المصلحة العامة كهدف من التشريع [3].

وفي قرار حديث للمجلس الدستوري وهو يفحص مدى دستورية قانون الهجرة الخاصة للرقابة واللجوء الفعال والاندماج تحت رقم 2018-770 توصل المجلس الدستوري إلى مبدأ جديد وذلك بقوله: "تنص المادة 02 من الدستور على أن شعار الجمهورية هو الحرية والمساواة والأخوة ويشير الدستور أيضا في ديباجته في الفقرة 02 منها على: "المثل الأعلى للحرية والمساواة والأخوة اتضح أن الأخوة مبدأ له قيمة دستورية، ويترتب على مبدأ الأخوة مساعدة الأخرين لأغراض إنسانية بغض النظر عن انتظام إقامتهم في الاقليم الوطني".

---

[1]-محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص102.

[2]-أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانساني في الاجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص136، 137.

[3] - CC n° 210-29/37 QPC du 22/09/2010 . cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

لقد وصل المجلس الدستوري الفرنسي إلى مبدأ جديد هو مبدأ "الأخوة" استنادا إلى هذا المبدأ ألغى المادة من القانون المذكور أعلاه التي تجرم تقديم المساعدات إلى الأجانب المقيمين إقامة غير شرعية واعتبرها مساعدة مشروعة[1].

إن التطبيق الحرفي للنصوص الدستورية هذا ما يغل يد القاضي الدستوري في الوصول إلى مبادئ ذات قيمة دستورية وليس من المنطق أن تبقى صلاحية القاضي الدستوري تدور حول التطبيق الحرفي لنصوص الدستور لأن المبدأ الدستوري في بعض الأحيان يكون قاصرا في تفسير نصوص الدستور والوصول إلى غاية المؤسس الدستوري هذا ما يجعل القاضي الدستوري يجتهد ليصل إلى مبدأ دستوري جديد[2] يتماشى والقضايا المعروضة أمامه للفصل فيها، ومن خلاله يسعى إلى تطبيق مبادئ دستورية أخرى[3].

والمجلس الدستوري الجزائري لم يعتمد على تحديد الحقوق والحريات على قواعد الدستور الصريحة فقط بل اعتمد أيضا على مبادئ عامة استخلصها من الدستور ذاته وذلك من خلال اجتهاداته في العديد من المرات[4].

ولا يتوقف دور المجلس الدستوري عند هذا الحد بل يتخطى ذلك إلى الاستقراء induction وليس الاستنتاج deduction فحسب فقد يطرح عليه نص لا يجد أحكامه في الدستور ولاستنباط مبادئ عامة يطبقها على النص[5].

---

[1] -CC n° 2018-770 DC du 06/12/2018. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

[2]– إن المجلس الدستوري باستعماله مصطلح المبادئ الدستورية بدلا من مصطلح النصوص الدستورية حاول ان يوسع من نطاق الدستور، حيث ألزم المشرع باحترام كل المبادئ سواء تلك المنصوص عليها صراحة أو التي وصل إليها المجلس الدستوري باحترام كل المبادئ سواء تلك المنصوص عليها صراحة أو التي وصل إليها المجلس الدستوري من خلال اجتهاداته محاولا توسيع من نطاق الحدود والضوابط الدستورية التي يجب على المشرع احترامها.

[3]–محمد منير حساني، علاقة الدستورية وتأمينها في الاجتهاد الدستوري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 4، العدد 02، جامعة حسبة بن بولي، الشلف، الجزائر، سنة 2018، ص32.

[4]–بوزيد بن محمود، المقال السابق، ص418.

[5]–سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص280.

ومن أبرز المبادئ[1] ذات لقيمة الدستورية التي استخلصها المجلس الدستوري الجزائري المتعلقة بالحقوق والحريات الفردية والسياسية وأخرى تتعلق بحدود وتدخل السلطة التشريعية في مجال تنظيم لحقوق والحريات العامة، والمبادئ المتعلقة بالهوية الوطنية وتنظيم السلطات واستمرارية الدولة.

حيث استند المجلس الدستوري بخصوص الحقوق والحريات الفردية إلى المبدأ المتعلق بعدم التمييز ومبدأ عدم انتهاك الحياة الخاصة للمواطن[2].

وفي قرار رقم 99/04 اعترف بالسلطة التقديرية التي يمتلكها المشرع في تحديد الشروط القانونية لممارسة الحقوق والحريات الأساسية للمواطنين، وأكد أنه وإن كان لا يملك التدخل في هذا التحديد إلا أنه يعود إليه بصفة خاصة السهر على مطابقة الشروط المذكورة للمبادئ الدستورية[3].

كما يعتمد المجلس الدستوري في بعض الأحيان على روح الدستور والتفسير الواسع لنصوصه وهذا ما صرح به بالنسبة لرقابة المادة 13 من قانون الأحزاب السياسية بحث اعتبر شرط الاقامة لا يتماشى والمبادئ الدستورية[4]، كما ذهب في اجتهاد آخر مكرسا فيه مبدأ الدولة الديمقراطية التي يتوجب عليها أن تكون تشريعاتها لا تتعارض مع النظام الديمقراطي الذي يتيح للأفراد ممارسة كل حقوقهم وواجباتهم الدستورية بالمعنى الصحيح بقوله " ولا يمكن للمشرع ان يجعل من بعض القيود لممارسة هذه الحريات ذريعة لحرمانهم من حقوقهم الدستورية، حيث استعمل عبارة "ضمان أثرها الكامل".

أراد المجلس الدستوري أن يؤكد أن ممارسة الحقوق والحريات الدستورية تكون كاملة غير منقوصة[5]، حيث ذهب المجلس الدستوري من خلال هذا القرار إلى أبعد من الإحتكام إلى المبادئ

---

[1] – وفي القرار رقم 4–ت ق–م د/ 91 مؤرخ في 28 أكتوبر سنة 1991 يتعلق بمدى دستورية الفقرة الثانية من المادة 54 من القانون 92–11 المعدل والمتمم للقانون رقم 89–13 المتضمن قانون الانتخابات الذي ارسى من خلاله المجلس الدستوري مبدأ الممارسة الشخصية للحق الانتخابي الذي يعتبر اساسا سياسيا ومنه صرّح أن الفقرة 02 من المادة 54 ليست مطابقة للدستور .

[2] – نبالي فضة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة مجال ممدود ودور محدود، أطروحة دكتوراه تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، سنة 2010، ص90.

[3] – بوزيد بن محمد، المقال السابق، ص418.

[4] –إلياس جوادي، رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2009، ص86.

[5] –قرار رقم 1–ق–ق–مد المؤرخ في 20 غشت 1989 يتعلق بقانون الانتخابات

الدستورية، حيث جعل من النظام الديمقراطي معيارا وضابطا لرقابته الدستورية في قواعدها القانونية في تقديس واحترام الحقوق والحريات[1].

وفي اجتهاد آخر للمجلس الدستوري، حيث خرج فيه من التفسير الحرفي للدستور، واعتمد على الاعتبارات الاجتماعية والثقافية وخصوصية بعض البلديات التي لا يمكن بطبيعتها أن تعمل بشرط نسبة التمثيل النسوي في نظام القوائم الانتخابية مستندا على الاعتبارات التالية وذلك بقوله "اعتبارا أنه إذا كان المشرع لم يقصد اقصاء المرأة من حق التمثيل في المجالس المنتخبة[2] في هذه البلديات...بسبب القيود الاجتماعية والثقافية"[3].

إن رقابة المجلس الدستوري للقوانين لا تتوقف عند التفسير الضيف والمقابلة الحرفية بين النص الدستوري والنص القانوني المراد فحص مدى دستوريته من أجل الكشف عن التعارض الصريح بينهما بل يتعداه إلى التوسع في تفسير النصوص أين يتطرق إلى المعنى المقصود الذي يرمي إليه المؤسس الدستوري[4].

ومن الملاحظ أن المجلس الدستوري الجزائري يعتمد في رقابة دستورية القوانين من خلال البحث على المبادئ ذات القيمة الدستورية التي لم ينص عليها الدستور من خلال استنتاج واستنباط أحكام جديدة[5].

---

[1]–بوزيد بن محمود، المقال السابق، ص419.

[2] - رأي رقم 01/08 ر.ت.د/م.د مؤرخ في 07 نوفمبر سنة 2008 يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري السابق ذكره. من خلال هذا الرأي اعترف المؤسس الدستوري بمبدأ حرية الشعب في اختيار من يمثله في رقابته للمادة 02/74 من تعديل 2008 حيث صرح ان تعديل المادة 74 يدعم قاعدة حرية الشعب في اختيار ممثليه.

[3]–رأي رقم 05/ر.م.د/11 المؤرخ في 22 ديسمبر 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، السابق ذكره.

[4]–إلياس جوادي، دور المجلس الدستوري في رقابة دستورية القوانين وصحة الانتخابات البرلمانية، المرجع السابق، ص83.

[5]–كمال جعلاب، المقال السابق، ص44.

المبحث الثاني: دور القضاء الدستوري في تفعيل الأسس الدستورية للحقوق والحريات الأساسية

يعمل القاضي الدستوري على تكريس الحقوق والحريات الأساسية من خلال تفعيل الأسس الدستورية، بحيث لا يمكن للمشرع أن يتجاوزها، وأهم هذه الأسس مبدأ المساواة الذي يعتبر ضرورة حتمية في ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، كما يعتبر ضمانة لتكريس العدالة الدستورية، وهو مبدأ يتوسط كل حق أو حرية مدسترة، كما ألزم المشرع باحترام مبدأ التناسب كشرط جوهري للتمتع بالحقوق والحريات الدستورية، ولمعرفة دور القاضي الدستوري في هذا المجال قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول: مبدأ المساواة اساس لتحقيق العدالة الدستورية في ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، المطلب الثاني: دور القضاء الدستوري في تكريس مبدأ التناسب كشرط جوهري للتمتع بالحقوق والحريات الأساسية.

المطلب الأول: مبدأ المساواة اساس لتحقيق العدالة الدستورية في ممارسة الحقوق والحريات الأساسية

يعتبر مبدأ المساواة من أهم المبادئ الدستورية التي ترتكز عليها نظرية الحقوق والحريات الأساسية، ونظرا لأهمية هذا المبدأ زاد الاهتمام به فانتقل من مجرد فكر فلسفي إلى مبدأ دستوري، ويعتبر ضروري في ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، كما هو الأداة للوصول إلى العدالة الدستورية وهذا ما سيتم توضيحه من خلال فرعين، الفرع الأول: تعريف مبدأ المساواة، الفرع الثاني: أثر اجتهاد القضاء الدستوري في تكريس مبدأ المساواة كأساس للعدالة الدستورية.

الفرع الأول: تعريف مبدأ المساواة

المساواة هي الركيزة الهامة والأساسية لتحقيق العدل بين أفراد المجتمع الواحد كما تعتبر المساواة عنصرا جوهريا لا غنى عنه بالنسبة للحريات العامة وفي نفس الوقت المساواة ليست مرادفة لأي حرية من الحريات كما اتجه البعض بدليل أن المساواة ليست هي نفسها حرية إنما تعمل على التساوي والانصاف بين الحقوق والواجبات بين أفراد المجتمع[1].

وقد جعل المفكرون من المساواة المفتاح الرئيس للوصول إلى الديمقراطية الحقيقية تأسيسا على أن المجتمع الذي لا توجد فيه المساواة وتعم فيه روح التفرقة، فهو بمثابة إنكاره التام للحرية وهذا ما

[1]– شحاتة أبو زيد شحاتة، مبدأ المساواة في الدساتير العربية، د د ن، د ب نشر، سنة 2001، ص55.

يتنافى مع الأسس التي تقوم عليها الأنظمة الديمقراطية الحقيقية التي تعمل على حماية حقوق وحريات الأفراد[1].

ويعتبر الكثير من الكتّاب مبدأ المساواة بمثابة حجر الزاوية بالنسبة للحريات العامة والأساس الذي تقوم عليه، وكونه أقوى الضمانات التي تحقق التوازن في الدولة الديمقراطية وتجسيد قوانينها على أرض الواقع، لذا كان من الواجب أن تتبنى الدساتير ،خاصة للدول الديمقراطية الحديثة هذا المبدأ وتجعل منه ركيزة أساسية وجوهرية في نصوصها، وتعترف أن المساواة بين المواطنين دون تمييز مبني على أي شكل من الأشكال، وما يعطي لمبدأ المساواة قيمة حقيقية يجب احترامها هي الثورات التي كانت تهدف إلى تحقيق هذا المبدأ[2].

وذهب بعض الفقهاء إلى أن المساواة هي توأم الحرية، لأن الحرية دون المساواة تصبح الحرية كلمة جوفاء لا معنى لها، وعلى حد رأي "جان جوك روسو" في كتابه عن العقد الاجتماعي أن الحرية لا يمكن أن تبقى بغير المساواة، هذا يعني أن المساواة ملازمة للحرية، ولا يمكن أن تقوم حرية بانعدام المساواة[3].

ولهذا يستخدم مبدأ المساواة لتطبيق جميع القواعد المتعلقة بالحقوق والحريات فهو مبدأ وسيط لتطبيق سائر هذه القواعد ومنه يعتبر مبدأ المساواة من أهم دعائم الدولة القانونية من منطلق أن سيادة القانون مربوطة وجوبا بمبدأ المساواة[4].

إنتقل مبدأ المساواة من الاطار النظري الفكري الفلسفي إلى الاطار القانوني، ونتيجة هذا الانتقال تطور هذا المبدأ في الشكل والمضمون من القاعدة العرفية إلى القاعدة القانونية حتى أصبح يتمتع بحماية دستورية، ويقيد من انحرافات السلطة التشريعية وأصبح يحتل مكانة مرموقة بين القواعد القانونية، وقد اعتمدته الديمقراطيات الحديثة بحيث ربطت إعداد الدساتير بضرورة اعتماد المساواة كمبدأ دستوري يتوجب احترامه[5].

---

[1]– محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص312.

[2]– جعفر عبد السادة بهير الدراجي، المرجع السابق، ص191.

[3]– أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص314.

[4]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص113.

[5]– بوزيد بن محمد، المقال السابق، ص423.

والمفهوم التقليدي لمبدأ المساواة الذي يتمحور شكليا حول عدم التمييز المبني على العرق أو (الدين أو الثقافة) هو من بديهيات الثوابت والمسلمات الدستورية في القانون المقارن، والتي تجاوزها القاضي الدستوري، بحيث عمل جاهدا من خلال اجتهاداته في بناء مسار اجتهادي يتحكم بعملية التشريع بهدف التجسيد العملي الفعلي لمبدأ المساواة خارج المفهوم التقليدي[1].

وقد ساهم القضاء الدستوري في ايضاحه وبلورة مبدأ المساواة، حيث ظهرت عدة اصطلاحات للتعبير عن مبدأ المساواة، فذهب البعض إلى أن المساواة القانونية[2] تنطوي على ثلاثة معان هي: المساواة أمام القانون، والمساواة داخل القانون والمساواة بواسطة القانون[3].

والأساس الدستوري لمبدأ المساواة لم يكن ليوجد لولا اجتهاد القضاء الدستوري في القانون المقارن، إذ كان عبارة على أنه أحد المبادئ القانونية العامة التي ابتدعها القضاء الاداري في معالجته إلى مبادئ المساواة والحرية[4]، واعتمده القضاء الدستوري في بداية النصف الثاني من القرن 20 وتوسع في استعماله كمبدأ أساسي لرقابته الدستورية، والقيمة الأساسية لمبدأ المساواة تمنحه مكانة مزدوجة في النظم القانونية إذ يكون في بعض الأحيان حقا اساسيا وفي بعض الأحيان يكون شرطا لا يمكن التخلي عنه في صيانة الحقوق والحريات[5].

الفرع الثاني: أثر اجتهاد القضاء الدستوري في تكريس مبدأ المساواة كأساس للعدالة الدستورية

في هذا الفرع سوف نتطرف إلى بعض النماذج للقضاء الدستوري التي حولت مبدأ المساواة إلى ضرورة حتمية في قيام الحقوق والحريات الأساسية وذلك من خلال اجتهادات بعض المحاكم الدستورية والمجالس الدستورية.

---

[1]– الأمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص392.

[2] – وتعتبر المساواة القانونية من أهم أنواع المساواة بين الأفراج في الحقوق والواجبات والمساواة القانونية بغرض تطبيق القانون الواحد على جميع أفراد المجتمع دون تفرقة أو تمييز ، للمزيد أنظر: شحاتة أبو زيد شحاتة، المرجع السابق، ص58 وما بعدها.

[3]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص115.

[4]– الأمين عاطف صليبا، المرجع نفسه، ص388.

[5]– محمد منير حساني، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 8، العدد 15، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة الجزائر، سنة 2016، ص190.

أولا: نماذج عن اجتهادات بعض المحاكم الدستورية في تكريس مبدأ المساواة

على إثر صدور قانون الحقوق المدنية لعام 1964 في الولايات المتحدة الأمريكية أصبح لزاما على الولايات العمل جديا على الغاء كافة صور التمييز العنصري في المدارس والاماكن العامة، وقد رأت المحكمة من خلال قضية grlffin عام 1959، إبتداع نظرية جديدة تساعدها على التوسع في تطبيق مبدأ الحماية المتساوية، المنصوص عليها في التعديل الرابع عشر[1] لتجسيد المساواة بين المواطنين في المدارس ومعاهد التعليم.

واعتمدت المحكمة الاتحادية نظرية التأخير الغير المحتمل وذلك بغية تسريع وتيرة تطبيق المساواة بين المواطنين (البيض والسود) ووصلت إلى فكرة جديدة مفادها أن التأخير في إلغاء العنصرية لم يعد مقبولا[2].

ومفهوم المساواة في النظام القانوني الأمريكي في مجالات الحقوق والحريات الأساسية المساواة القانونية التي يسندها المشرع بموجب قانون أي المساواة بين من تتماثل مراكزهم القانونية مع مراعاة الشروط القانونية الموضوعية التي حددها القانون، ومبدأ المساواة أمام القانون ليس بالمطلق بين الأفراد كما أنه ليس مساواة حسابية بحتة فالمشرع يسن قواعد حسب ما يتماشى مع العقل والمنطق.

واكدت المحكمة الاتحادية الأمريكية هذه النظرة إلى المساوة في قضية المدرسة الحرة بشأن انطونيو بولاية إنديانا ضد رودريجويز سنة 1973، حيث خلصت المحكمة إلى أن الحماية المتساوية لا تتطلب مساواة مطلقة أو مزايا متساوية بالضبط[3].

وفي الولايات المتحدة الأمريكية تعتبر ولاية (wyoming) أول ولاية أمريكية تمنح حق الانتخاب للنساء سنة 1869 وباقي الولايات الأخرى ظلت تمنع النساء عن حقهن في الانتخاب لفترة طويلة استنادا إلى حكم المحكمة العليا سنة 1875 الذي يجيز منع النساء من الانتخاب مع أن أحكام التعديل الرابع عشر تسمح بذلك، وفي سنة 1992 نص التعديل التاسع عشر للدستور الاتحادي على

[1] – تنص الفقرة الأولى من التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي الفيدرالي على أنه "لا يجوز لأية ولاية أن تضع أو تطبق أي قانوني نتقص من امتيازات أو ضمانات مواطني الولايات المتحدة، كما ل يجوز أن تحرم أي شخص خاضع لسلطانها من المساواة في حماية القوانين".

[2] – مدني عبد الرزاق الكلش، المرجع السابق، ص154.

[3] – محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص223.

أنه:" لا يجوز للولايات اولا ولاية اخرى أن تنكر أو تنقص من حق الانتخاب لمواطني الولايات المتحدة بسبب الجنس"، وتصدت المحكمة العليا بكل صرامة إلى كل ولاية تخالف هذا التعديل، وأصدرت حكم سنة 1915 يقضي بعدم دستورية عقد اجتماعات في القراءة والكتابة والمعلومات السياسية للسود قبل تشغيلهم في القوائم الانتخابية، حيث اتضح للمحكمة أن هذا الشرط يهدف إلى حرمان السود من حقهم في الانتخابات والترشح[1].

كما أبطلت المحكمة العليا في سنة 1982 قانون ولاية ألاسكا، الذي كان يقرر بتوزيع نسبة من حصيلة إرادات الولاية من صادرتها من النفط والمعادن على سكان الولاية مع شرط الاقامة منذ عام 1950 بإقليم الولاية، واعتبرت المحكمة هذا القانون غير دستوري على أساس أنه يتنافى والمعاملة المتساوية بين المواطنين المكفولة في التعديل الرابع عشر للدستور الاتحادي[2].

كما أكدت المحكمة الاتحادية العليا في قضية سويت ضد بينتر سنة 1950، على أنه يجب على ولاية تكساس أن تقبل الزنوج في كلية الحقوق على مستوى جامعاتها وإما أن تشيد لهم جامعات ومعاهد بنفس المواصفات المماثلة لجامعات البيض.

وفي قضية بروان ضد مجلس التعليم العالي في العام 1954، قضت المحكمة بأنه: "مهما كانت التسهيلات ووسائل الراحة واليسرة لكل من العنصرين الأبيض والأسود فإن التمييز يعد في حد ذاته إهدارا لقاعدة الحماية المتساوية بالنسبة إلى الزنوج ومنه كل قوانين الولايات التي تنص على التفرقة في المدارس العامة، تعد قوانين مخالفة للتعديل الرابع عشر من الدستور"[3].

لقد كان للمحكمة العليا الاتحادية دورا كبيرا في إرساء دعائم مبدأ المساواة من خلال استنادها على التعديل الرابع عشر للدستور الاتحادي حيث أكدت: "أنه يجب على السلطة التشريعية في تنظيمها للحقوق والحريات أن تكفل مبدأ المساواة بين جميع المواطنين حتى الأجانب منهم بضوابطه مع مراعاة الموضوعية في تقسيم أو تفرقة المعاملة"[4].

---

[1]– شورش حسن عمر، الحق في المساواة وموقف القضاء الدستوري منه، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، المجلد 32، العدد الثاني، جامعة بغداد، سنة 2017، ص120.

[2]– سعودي نسيم، سلطات المحكمة العليا الأمريكية في مجال الرقابة الدستورية بين النظرية والتطبيق، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد الخامس، العدد الأول، جامعة زياني عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2020، ص499.

[3]– مدني عبد الرزاق الكلش، المرجع السابق، ص76، 77.

[4]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص226.

كما اعتبرت المحكمة أن الفصل بين البيض والسود يتعارض مع مبدأ المساواة في الحماية القانونية، وصرحت أن الفصل على أساس اللون هو في حد ذاته يؤدي إلى انتفاء المساواة بينهم[1].

كما قضت بعدم دستورية وضع سقف على تمويل الحملات الانتخابية من الموارد الخاصة للمرشحين، وكتب رأي الأغلبية عن المحكمة القاضي "صمويل البتو" حيث استند على السابقة التي أرستها المحكمة في قضية "بكلي ضد فاليو" عام 1976، ورفضت المحكمة فكرة وضع سقف انفاق موحد لجميع المرشحين وهم من مستويات ثراء مختلفة يحقق المساواة بينهم[2].

وفي مصر، استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المساواة أمام القانون ليست مساواة حسابية، بل يملك المشرع بسلطته التقديرية ولمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية تحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون[3].

كما عبرت المحكمة الدستورية العليا في قولها "بأن السلطة القديرية التي يمتلكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق تقيدها قواعد الدستور فلا يجوز تجاوزها، وأنه من المقرر أن الحقوق التي كفل الدستور أصلها لا يجوز تقييدها بما ينال منها"[4].

وأوضحت أيضا أن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون هو المبدأ الذي تمت دسترته في جميع الدساتير التي عرفتها مصر، وهو ركيزة أساسية لغيره من الحقوق والحريات، ويعتبر بهذه المثابة أساسا للعدل والسلام الاجتماعي[5] ويصبح من ثم قيدا على السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال

---

[1]– خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص274.

[2]– حسام فرحات أبو يونس، المقال السابق، ص31.

[3]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص115.

[4]– أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط3، دار الشروق، مصر، سنة 2004، ص231.

[5]– ونجد أن قضاء المحكمة الدستورية الكويتية قد احتج بمبدأ المساواة كسبب للحكم بعدم دستورية القفرة الثانية من قانون رقم (68) لسنة 2015 الذي يحدد تنظيم مكاتب العمالة المنزلية إذ جاء في حيثيات القرار "...مما يكون معه تقييد هذا النشاط باشتراط الحصول على شهادة الثانوية العامة أمرا ينافي قواعد العدالة والمساواة..." وهكذا يكون القاضي الدستوري الكويتي استند إلى مبدأ المساواة باعتباره مبدأ دستوري، أنظر: محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص314.

تنظيم الحقوق والتي لا يجوز بأي حال أن تؤول إلى التمييز بين المراكز القانونية التي تتحدد وفق شروط موضوعية يتكافأ المواطنين خلالها أمام القانون[1].

كما أن القاضي الدستوري المصري (المحكمة الدستورية العليا) إعتمد مفهوم النسبية في المساواة وأكدت أن المساواة أمام القانون تعني المساواة في الحكم في الظروف والمراكز القانونية ويتحدد المركز القانوني للفرد من القواعد العامة القانونية الموضوعية..." [2].

لقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على التمييز بين الحالات التي تحتوي على تمييزا لمبدأ المساواة وحالات أخرى لا تحتوي على تمييز لمبدأ المساواة، وحالات أخرى تتضمن تمييزا ألا يهدر بمبدأ المساواة.

ومن الحالات التي لا تتضمن تميزا لمبدأ المساواة أمام القانون، وفي هذا السياق قضت المحكمة بأن النص على عدم جواز تعديل المرتبات المحددة قانونا تبعا لتعديل الأقدمية لا يفيد تميزا ولا تفرقة في معاملة من يسري عليهم حكمه ممن تماثلت مراكزهم القانونية، حيث جاء النص عاما مجردا شاملا، كافة العاملين ينطبق عليهم هذا النص وحكمت المحكمة بأن هذا النص غير مخالف للدستور[3].

كما أكدت المحكمة الدستورية العليا "أن صور التمييز المجافية للدستور وإن تعذر حصرها إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكيمية من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور..." [4].

ومن مواقفها تجاه مبدأ المساواة من خلال بعض أحكامها حيث أكدت أن مبدأ المساواة أمام القانون يفترض عملا يخل بالحماية القانونية المتكافئة إذا كان منسوبا للدولة سواء من خلال سلطتها التشريعية أم عن تحقيق سلطتها التنفيذية...لا يجوز أن تفرض تغايرا في المعاملة ما لم يكن مبررا بفروق منطقية يمكن ربطها عملا بالأغراض التي يتوخاها العمل التشريعي..." [5].

---

[1]– محمد أمين المهدي، المرجعية التراثية الثقافية للأحكام الدستورية، مجلة المحكمة الدستورية العليا، العدد 21، جمهورية مصر العربية، سنة 2012، ص04.

[2]– محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص316.

[3]– آلاء محمد الفيلكاوي، المرجع السابق، ص279.

[4]– محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص354.

[5]– محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص132.

واعتمدت نظام التمييز الايجابي وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 31 أغسطس 1995 في القضية رقم 08 للسنة القضائية السادسة عشر، حيث قضت برفض الدعوى بعدم دستورية المواد (10، 15، 16) من قانون تأهيل المعاقين رقم 39 لسنة 1975 المعدل عام 1982 والتي اعطت الحق بحجز نسبة (60%) من الوظائف للمعاقين الحاصلين على شهادة التأهيل والمسجلين بمكاتب قوى العاملة[1].

وفي الدعوى القضائية التي تخص العزل السياسي قالت المحكمة الدستورية العليا في حيثيات حكمها، "إن لجنة الانتخابات الرئاسية تعد من قبيل الهيئات ذات الاختصاص القضائي..." [2].

واكدت المحكمة مخالفة القانون لمبدأ المساواة أمام القانون، وذلك بأن ما يميز بين بعض من تقلد وظائف بعينها والبعض الآخر، دون الاستناد إلى معيار موضوعي معتبر.

كما أكدت المحكمة أن ممارسة المواطنين لحقوقهم السياسية خاصة حق الترشح والانتخاب يعد من أهم مظاهر وتطبيقات ممارسة السيادة الشعبية.

واعتبرت أن قانون العزل السياسي وكأنه يسلط عقوبات ويمارس اختصاصات السلطة القضائية التي تعمل بمبدأ لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص[3].

ثانيا: نماذج عن اجتهادات بعض المجالس الدستورية في تكريس مبدأ المساواة

تطرق الأستاذ (Pierre Pactet) إلى دور القاضي الدستوري الفرنسي تجاه مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة الاولى من اعلان الحقوق لعام 1789 والدستور لفرنسي ، هذا المبدأ الذي جعل القضاء الدستوري الفرنسي يصلّ إلى العديد من التفسيرات، حيث تعامل معه بطريقة جد مرنة في مجال الحقوق والحريات مع مراعاة المعايير الموضوعية[4].

حيث يتميز قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في ما يخص مبدأ المساوة بالتنوع إلى حد كبير، والقاعدة العامة أنه إذا كان يجب على المشرع وضع قواعد متماثلة للمراكز المماثلة، إلا أنه

[1]– فهد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص165.

[2]– شورش حسن عمر، المقال السابق، ص126.

[3]– مها علي إحسان العزاوي، المرجع السابق، ص220، 221.

[4]– أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص396.

يجوز له أن يعتمد قواعد مختلفة بغرض تنظيم مراكز مختلفة[1]، أو لأسباب لها علاقة بالمصلحة العامة[2].

وفي النظام الدستوري الفرنسي هناك العديد من النصوص ذات القيمة الدستورية للمساواة في الحقوق مثل المادة السادسة من الاعلان لعام 1789 التي تنص:" وينبغي أن يكون القانون واحدا للجميع سواء كان يحمي أو يعاقب"، كما نصت ديباجة دستور الجمهورية الرابعة على مبدأ المساواة[3]، والمادة الثانية من دستور الجمهورية الخامسة 1958 التي تنص في بندها الرابع: "شعار الجمهورية هو الحرية والاخاء والمساواة"[4].

وتطبيق مبدأ المساواة عن طريق القاضي الدستوري لم يقتصر على مواطن هذه الدولة أو تلك بل وسع من مفهوم هذا المبدأ وأصبح ينظر إليه من زاوية شمولية للإنسان بغض النظر عن مواطنته، الأجانب المقيمين بصورة شرعية على إقليم الدولة، وهذا ما أقره المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم (C.C.89-269Dc 22/1/1990): إن استيعاد الاجانب المقيمين في فرنسا بصورة شرعية عن حقهم بالتقديمات الاجتماعية الاضافية هو أمر يخالف دستورية مبدأ المساواة[5].

وأكد المجلس الدستوري الفرنسي القيمة الدستورية لمبدأ المساواة في قراره الصادر في27 ديسمبر 1973 وذلك في مجال الضرائب، حيث قضى بأن قانون المالية يتجه إلى إقامة تمييز بين المواطنين، ويمثل اعتداء على مبدأ المساواة أمام القانون[6].

---

[1] – واستظهرت المحكمة الدستورية الألمانية العلاقة بين المعاملة القانونية والهدف من القانون في قولها بأن سبب الاختلاف في المعاملة يجب أن يكون موضوعيا ومعقولا، ويراعي طبيعة وذاتية الأوضاع الواقعية محل التنظيم التشريعي، للمزيد أنظر: أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص133 وما بعدها.

[2] – محمد محمد عبد اللطيف، القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات (1999-2004)، دط، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2005، ص76.

[3] – آلاء محمد الفيلكاوي، المرجع السابق، ص255.

[4] – أنظر المادة الثانية من دستور جمهورية فرنسا لسنة 1958.

[5] – أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص394.

[6] – آلاء محمد الفيلكاوي، المرجع تفسه، ص272.

وفي قرار آخر له المؤرخ في 18 تشرين الثاني/نوفمبر 1982، أكد أن لمبدأ المساواة قيمة دستورية تعارض كل تقسيم للناخبين أو المرشحين الى فئات، وهذا لحضر حصص قصوى لتمثيل كل جنس في الانتخابات، وعليه يجب مراجعة الدستور إذا أردنا إقامة التكافؤ[1].

وفي بعض الأحيان توجد ما يسمى بالأهداف المشروعة وما يترتب عنها الإخلال بمبدأ المساواة مثل عملية التصحيح التشريعي التي تقوم بها السلطة التشريعية، بالرغم من أن هذا التصحيح يمس بمبدأ المساواة إلا أنه لا يعتبر غير دستوري في نفس الوقت لا يترتب عنه عدم دستورية التصحيح التشريعي.

وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي هذا المبدأ في حكم 12 يوليو 1995، وذلك بمناسبة بحث مدى دستورية قانون يفرض رسوما تتفاوت حسب المنتفعين، وقضى المجلس أن مثل هذه النصوص لا تحتوي مخالفة للدستور[2].

لقد أصبح مبدأ المساواة مرتبطا بتفاصيل دقيقة تنبثق عن كل مركز قانوني[3] ومن هذا المنطلق لا يمكن الأخذ بمبدأ المساواة بصورة عامة بل يجب على المشرع مراعاة خصوصيات تفرضها التركيبة الاجتماعية والثقافية والقانونية في العلاقة بين تلك الحالات[4].

كما أجاز المجلس إمكانية التمييز الايجابي والذي يشكل قطيعة مع المساواة القانونية لتحقيق مساواة فعلية، حيث حدد المجلس الدستوري المجالات التي يمكن للمشرع اعتماد التمييز الايجابي فيها وهي الوظيفة العمومية والمجال الاقتصادي والمجال الاجتماعي[5].

وكان للمجلس الدستوري متساهلا تجاه مبدأ المساواة أمام الضريبة، على اعتبار أن اختلاف الأنظمة الضريبية يبرر بالحاجة إلى محاربة التهرب الضريبي أو بغية الوصول إلى أهداف اقتصادية أو حالية بحيث لا يمكن لمبدأ المساواة أن يكون عائقا أمام الوصول إلى هذه الأهداف لأنه في بعض

---

[1]– هيلين تورار، المرجع السابق، ص516.

[2]– شورش حسن عمر، المقال السابق، ص127.

[3] – كما أن القضاء الدستوري البلجيكي من خلال قراره بتاريخ 13 أكتوبر 1979 قرر أن مبدأ المساواة لا يحول دون قدرة المشرع على اعتماد قواعد تميز في معاملة بعض الفئات قياسا على معايير تميزها عن غيرها، للمزيد أنظر: أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص363.

[4]– أمين عاطف صليبا، المرجع نفسه، ص412.

[5]– نبالي فظة، الأطروحة السابقة، ص38.

الأحيان يكون المشرع يهدف إلى تحقيق تنمية اقتصادية[1] وغيرها مع الزام المشرع بتطبيق المعايير الموضوعية في هذا المجال[2].

ولم يقتصر دور المجلس في الاعتراف بمبدأ المساواة للأشخاص الطبيعيين فقط، بل ذهب إلى أبعد من ذلك واعترف حتى للأشخاص الاعتبارية بضرورة المساواة فيما بينها، وذلك بقوله" بالنظر إلى أن مبدأ المساواة لا يقل تطبيقه بين الأشخاص الاعتبارية أهمية عن تطبيقه بين الأشخاص الطبيعيين، فإن تجاهل مبدأ المساواة بينهم سيكون بمثابة نقص وإنكار للمساواة بينهم"[3]

كما اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي الامتيازات المالية الممنوحة للصحافة السياسية بأنها دستورية باعتبار أن الصحف اليومية للأخبار والسياسة العامة، تختلف عن الصحف الأخرى وهي الضرورية للممارسة الحقيقية للحرية الواردة في المادة 11 من اعلان 1789[4].

كما تطرق المجلس الدستوري اللبناني إلى مبدأ المساواة أمام القانون في عدة قرارات فقضى بأن هذا المبدأ من المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية وهو يجد أساسه الدستوري في صلب الدستور نفسه خاصة في مقدمة الدستور وفي المادة السابعة منه[5].

تصدى المجلس الدستوري اللبناني لحماية مبدأ المساواة وكانت أولى إطلالاته في هذا المجال تمسكه القوي بهذا المبدأ من خلال الحيثية رقم 8 ن قراره رقم 96/4 بتاريخ 1996/08/07 التي رأى فيها "حيث أن مبدأ المساواة أمام القانون هو مبدأ مقرر بصورة واضحة وصريحة في أحكام الدستور كما في مقدمته التي تعتبر جزءا لا يتجزأ منه".

---

[1] – وفي قرار للمجلس الدستوري الفرنسي رقم (DC.C.C.93-333 21/1/94) قرر أن: "الاصرار على تطوير النشاطات الاقتصادية والمالية الهادفة إلى دعم قطاع البناء إنما تشكل اسبابا وجيهة تحقق من خلالها المصلحة العامة... بحيث لا يشكل ذلك خرق بمبدأ المساواة"، أنظر: أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص416.

[2] – رداوي مراد، مساهمة المجلس الدستوري الجزائري في حماية الحقوق والحريات، مجلة الفكر، العدد 14، المجلد 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، سنة 2001، ص418.

[3] - CC n° 81-132 DC du 16/01/1982, cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

[4] – محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص78.

[5] – وليد عبلا، المرجع السابق، ص660.

وأقر المجلس الدستوري بأن القانون يجب أن يكون واحدا لجميع المواطنين انطلاقا من مبدأ اعطاء كل صور القيمة الاقتراعية ذاتها في مختلف الدوائر الانتخابية من خلال المساواة في محتوى قانون الانتخاب بالنسبة إلى تقسيم الدوائر[1].

واستند القاضي الدستوري اللبناني على هذا المبدأ بالنسبة في المساواة في الحكم بعدم دستورية نص تشريعي وجاء في هذا الاجتهاد:" بما أن مبدأ المساواة يقضي أن يكون القانون واحدا لجميع الأشخاص الواقعين في نفس الوضع القانوني..."[2].

ولم يكتف المجلس بإبطال المادتين 15، 16 من قانون تنظيم التنصت لمخالفتهما لمبدأ المساواة أمام القانون، وتصدى من تلقاء نفسه للمادة الثامنة[3] من القانون رغم عدم الطعن فيها وقضى بعدم دستوريتها لأنها لا تتماشى مع مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون، بحجة أنها ميزت بين المحامين وغيرهم دون أسباب منطقية أو مستمدة من الدستور ولغرض المصلحة العامة مع عدم توفر اختلاف في المراكز القانونية[4].

وفي المجال الضريبي اعتبر المجلس الدستوري "الازدواج الضريبي" الذي يمس فئة من المكلفين بالضريبة على أساس الربح المقطوع دون سواهم ليس له أي مبرر ويمثل خرقا لمبدأ المساواة أمام التكاليف العامة والضرائب ومتعارضا مع الفقرة (ج) من الدستور والمادة 07 من الدستور، ما يستوجب ابطال المادة 17 من القانون 2017/45[5].

وفي قضية المراجعة لإبطال مواد من قانون الانتخابات رقم 96/530 جاء في الحيثية " من حيث أن قانون الانتخابات رقم 96/530 في الفقرة الثانية جديدة من مادته الاولى عندما اعتمد معايير مختلفة في تقسيم الدوائر الانتخابية دون أن يلاحظ أن ذلك حصل على سبيل الاستثناء من القواعد العامة ولأسباب ظرفية يراها المشرع متصلة بالمصلحة العامة العليا، وإن لم يأت على تبريرها

---

[1]– أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص453.

[2]– محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص316.

[3]– إن المادة التي تصدى لها المجلس وأبطلها كانت تنص على " لا يجوز اعتراض المخابرات التي يجر بها المحامون إلا بعد اعلام نقيب المحامين..." للمزيد أنظر: محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص394.

[4]– محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص394.

[5]– وليد عبلا، المرجع السابق، ص816.

يكون قد أخل بمبدأ المساواة أمام القانون، مما يقتضي بالتالي ابطال المادة المذكورة كما اشار في فقرة أخرى مما جعل هذا القانون مخالفا لمبدأ المساواة الذي نصت عليه المادة السابعة من الدستور[1].

وأعطى المجلس الدستوري اللبناني معنى دقيقا لمبدأ المساواة أمام القانون في قراره رقم 2000/1 في المراجعة بعدم دستورية القانون رقم 163 بتاريخ 1999/12/28 الخاص بنقل الملحقين الاغترابين من ملاك وزارة المغتربين إلى ملاك وزارة الخارجية وذلك بقوله " بما أن مبدأ المساواة أمام القانون هو من المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية ومؤداه أن يكون القانون واحدا في معاملة الجميع دون ما فرق أو تمييز، إلا أنه ينبغي بوسع المشرع أن يخرج عن هذا المبدأ أو يميّز في المعاملة بين المواطنين إذا وجد هؤلاء في أوضاع قانونية مختلفة[2] أو إذا اقتضت المصلحة العامة[3] ذلك شرط أن يكون هذا التمييز في المعاملة متوافقا مع غاية القانون"[4].

وعمل المؤسس الدستوري الجزائري منذ الاستقلال على دسترة مبدأ المساواة في مختلف الدساتير التي عرفتها الجزائر في 1963 ودستور 1976 ودستور 1989 ودستور 1996 وفي آخر تعديل دستوري لسنة 2016، وفي تعديل دستور 2020[5].

يتضح من النصوص الدستورية التي اهتمت بالمساواة كمبدأ أساسي أن له قيمة دستورية في النظام الدستوري الجزائري، وما له من أثر في حماية حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي قد تمس هذه الحقوق والحريات الأساسية[6].

---

[1]– محمد علي شحادة، المرجع السابق، ص84.

[2] – إن المجلس الدستوري اللبناني ايضا عمل بنسبية مبدأ المساواة مع مراعاة اختلاف المراكز القانونية ، راجع القرار رقم2012/02 بتاريخ 2012/12/17 حول طلب ابطال القانون رقم 2012/244 الصادر بتاريخ 2012/11/13 الخاص بترقية مفتشين من المديرية العامة للأمن الوطني.

[3] – إن مسألة تخطي مبدأ المساواة تحت عنوان المصلحة العامة تصدى لها أيضا القاضي الدستوري البلجيكي حين تطرق في أحد قراراته رقم (n75/97) حيث أقر أنه من واجب الدولة السهر على المصلحة العامة وللأفراد الحق في المحافظة على مصلحتهم الشخصية..." للمزيد راجع: أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص417

[4]– محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص402.

[5]– تنص المادة 32 من تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016 " كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس او الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي". وتنص المادة 78 من تعديل 2016 "كل المواطنين متساوون في أداء الضريبة".

[6]– بوزيد بن محمود، المقال السابق، ص424.

واضطلاع المجلس الدستوري مهمة ضمان احترام وتطبيق مبدأ المساواة بمعناه الصحيح، تماشيا مع النصوص الدستورية بكل أبعادها، ولكي يجعل منه المجلس كمرجعية في رقابة التشريع في مجال الحقوق والحريات، ومن خلال الرجوع إلى اجتهادات المجلس الدستوري نجد أن نسبة تدخلاته بخصوص فكرة المساواة تبدوا مرتفعة نوعا ما[1].

تتجلى سياسة المجلس الدستوري في ضمان الحق في المساواة من خلال تقييم مدى تجسيد مبدأ المساواة في القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية وتخضع إلى رقابة المجلس الدستوري وخاصة تلك التي تكون في شكل قوانين عضوية[2].

ومن تطبيقات المجلس الدستوري بالنسبة لمبدأ المساواة، حيث اعترف بأن مبدأ المساواة المنصوص عليه دستوريا يلزم المشرع بأن بخضع الأشخاص المتواجدين في أوضاع مختلفة لقواعد مختلفة، وأن يضع الأشخاص المتواجدين في أوضاع مماثلة لقواعد مماثلة، وذلك بقوله "وباعتبار أن المشرع منح عضو البرلمان معاش التقاعد وفق شروط وكيفيات مختلفة عن تلك التي يخضع لها أصحاب الوظائف السامية في الدولة يكون قد أخل بمبدأ المساواة"[3].

يتضح من هذا الرأي الذي صدر عن المجلس الدستوري أنه ألزم المشرع باحترام مبدأ المساواة مستندا في ذلك على الوضعيات القانونية للأشخاص فكلما تماثلت الوضعيات وجب احترام ألا تكون فوارق بينهم، واعتبر أعضاء البرلمان لا يمكن تمييزهم عن أصحاب الوظائف السامية في الدولة لأنهم في وضعية قانونية واحدة والمعيار الذي اعتمده المجلس الدستوري هو تماثل الوضعيات القانونية.

من خلال رقابة المجلس الدستوري الجزائري على دستورية المواد 4 إلى 7 و11، 12، 14، 15، 23 من القانون المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان صرّح بـ "اعتبارا مع ذلك أنه إذا كان مبدأ المساواة لا يتنافى مع اقرار أحاكم تراعى فيها خصوصيات بعض البرلمانيين لاختلاف الظروف التي يتواجدون فيها، لاسيما ما تعلق بالنواب الممثلين للجالية الوطنية المقيمة بالخارج، فإنه يجب على

---

[1]– راودي مراد، المقال السابق، ص426، 427.

[2]– محمد منير حساني، الحماية الدستورية في النظام الدستوري الجزائري، دفتر السياسة والقانون، المجلد 8، العدد 15، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، سنة2016، ص191.

[3]– رأي رقم 12/ر.ق/م د/1 مؤرخ في 13 شوال 2001 يتعلق بالرقابة على دستورية القانون رقم....، المؤرخ في...، المتضمن القانون الأساسي لعضو البرلمان، جريدة رسمية رقم 09 لسنة 2001.

المشرع ألا يحدث أوضاعا متباينة بين البرلمانيين تقوم على معايير غير موضوعية وغير عقلانية من شأنها أن تمس بمبدأ المساواة واعتبر بالنتيجة أن المشرع بإقراره تعوضين مختلفين أحدهما لعضو البرلمان والأخر للنائب الممثل للجالية الوطنية بالخارج يكون قد اخل بمبدأ المساواة"[1].

يتضح من هذا الرأي أن المجلس الدستوري يرى أن التمايز في المعاملة لا يمكن قبوله إلا إذا قام على معايير منطقية وعقلانية.

وبخصوص حرية تأسيس الأحزاب السياسية أكد المجلس الدستوري على ضرورة مراعاة المشرع لمبدأ المساواة، حيث اعتبر أن شرط الحصول على الجنسية الجزائرية الأصلية والمكتسبة منذ عشر سنوات ومن إقامة منتظمة على التراب الوطني يعتبر تنافيا مع مبدأ المساواة والمكرس دستوريا[2].

وبمناسبة فحص المجلس الدستوري مدى دستورية القانون العضوي الذي يحدد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، حيث اعتبر أن مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور لا يتعارض مع اقرار قواعد مختلفة، عندما يكون لمعيار الاختلاف علاقة مباشرة بموضوع القانون الذي يضعه والناتج عن حتمية دستورية، وكذلك مبدأ المساواة لا يتعارض مع اقرار قواعد مختلفة يوجدون في أوضاع مختلفة[3].

من خلال هذا الرأي يتضح أن المجلس الدستوري أجاز للمشرع أن يراعي معيار اختلاف المراكز القانونية في سن القواعد القانونية مع مراعاة الحتمية الدستورية، واعتبر المشرع لم يخرج عن مبدأ المساواة في حال توافرت مثل هذه الشروط، ويتضح حسب رأي المجلس الدستوري أن مبدأ المساواة يتجسد بمعناه الحقيقي، إلا إذا كان المخاطبون متواجدون في أوضاع مماثلة، وإذا اختلفت المراكز القانونية يمكن للمشرع مخاطبة المعنيين كل حسب المركز القانوني الخاص به[4].

---

[1]– رأي رقم 04/ ر.ق/م.د/98 مؤرخ في 1998/07/13 حول دستورية بعض المواد من القانون رقم....المؤرخ في.... المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان، جريدة رسمية عدد 43 لسنة 1998، ص05.

[2]– بوزيد بن محمود، المقال السابق، ص426.

[3]– رأي رقم 05/ر م د/11 بتاريخ 2011/12/22 لمراقبة القانون العضوي الذي يحدد توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، ج ر عدد1 لسنة 2012

[4]– نبالي فضة، المجلس الدستوري والحق في المساواة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 46، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، سنة 2009، ص398.

وتجسيدا لمبدأ المساواة بين المواطنين، اعتبر المجلس الدستوري في مناسبة اخرى أن اعفاء المشرع للأساتذة الجامعيين والأطباء من حالات التنافي مع مهامهم البرلمانية فيه مخالفة للدستور، لأنه أحدث وضعا يخالف الدستور، لأنه أحدث وضعا مميزا بين النواب مقاربة بأصحاب وظائف مماثلة، رغم أن نية المشرع كانت موجة نحو تمكين أصحاب هذه الوظائف من مواصلتها بالنظر إلى طبيعتها وحاجة المجتمع إليها[1].

واعتبر المجلس الدستوري أن ذلك يعد مساسا بمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 29[2] من الدستور والمادة 31 منه التي خولت المؤسسات ضمانة الأمر الذي يستوجب التصريح بعدم مطابقة المادتين 3، 4 والمادة 5 من القانون العضوي موضوع الإخطار للدستور[3].

المطلب الثاني: دور القضاء الدستوري في تكريس مبدأ التناسب كشرط جوهري للتمتع بالحقوق والحريات الأساسية.

كل القيم الدستورية بمختلف أنواعها لها نفس الأهمية، وحتى لا يتم إهمال بعض القيم أو جوانب منها، عمل القاضي الدستوري على تكريس مبدأ التناسب كضمان للاحتفاظ بالحقوق والحريات الأساسية في مواجهة القيم الدستورية الأخرى، ويعتبر مبدأ التناسب أهم ضامن لتحقيق التوافق والتوازن، ومنه أصبح مبدأ التناسب ضرورة حتمية في مجال الحقوق والحريات الأساسية، وهذا ما سيتم توضيحه من خلال فرعين، الفرع الأول: تعريف مبدأ التناسب ، الفرع الثاني: أثر اجتهاد القضاء الدستوري في تكريس مبدأ التناسب للحقوق والحريات الأساسية.

[1]– عمار عباس، دراسات دستورية في اسناد السلطة وممارستها، د ط، النشر الجامعي الجديد، الجزائر، سنة 2017، ص39.

[2] – وفي اجتهاد آخر للمجلس الدستوري الجزائري احتج بالمادة 29 التي تؤكد أن كل المواطنين سواسية أمام القانون وكذلك بأحكام المادة 31 من الدستور التي تجعل من هذه المؤسسات ضمان مساواة المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات، للمزيد راجع الرأي رقم 03/م.د/11 مؤرخ في 2011/12/22 جريدة رسمية رقم 01 بتاريخ 2012/01/04 مراقبة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات

[3]– انظر الرأي: 04/ر.م.د/ 11 المؤرخ في 2011/12/22 لمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد حالات التنافي مع العهدة البرلمانية للدستور، ج ر رقم01 بتاريخ 2012/01/14.

الفرع الأول: تعريف مبدأ التناسب

بالرغم من أهمية فكرة التناسب التي تحتل مكانة هامة على مستوى كل فروع القانون إلا أنها في نفس الوقت فكرة يصعب تعريفها تعريفا دقيقا بالرغم من سهولة الوصول إلى الغاية منها لأنها علاقة توافق ومعقولية بين مسألتين أو أكثر.[1]

وقد نشأ مبدأ التناسب لكي يكون معبرا للوصول إلى التوازن ضمانا لوحدة النظام القانوني في حماية الحقوق والحريات وللمصلحة العامة، ولتحقيق هذا التناسب لابد من وجود علاقة منطقية ومتلاحمة بين مختلف القواعد القانونية، وبين مختلف العناصر للقاعدة المنطقية الواحدة ويمكن تحقيق التناسب من خلال التجانس والتوازن، ومن أبرز الأمثلة التي يمكن الاستدلال بها في مجال التناسب هي نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني[2]

كما يشير البروفيسور "آن ليفايد" :"إن ممارسة كل حرية تعني ضمنا فرض قيود تسمح بتنفيذها الفعال في إطار اجتماعي، حتى الحريات الأكثر حماية لا يمكنها التملص من الإطار القانوني"[3].

ومبدأ التناسب يعتبر قيدا على المشرع في مجال الحقوق والحريات بحيث يجب أن يكون تقييد الحقوق والحريات يدور حول مقاصد الدستور وغاياته فكل القوانين التي تحتوي على قيود تعسفية وتجافي نصوص الدستور ومنه يجب على المشرع اعتماد مبدأ التناسب حتى لا يخرج عل الغايات الدستورية.[4]

ومن الواضح أيضا أن رقابة التناسب تتجه في حقيقة الأمر إلى السلطة التقديرية للمشرع، حيث يمكن للقاضي الدستوري من خلالها التطرق إلى العلاقة بين النص التشريعي والمبادئ الأساسية

[1]– خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص259.

[2]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص91.

[3] -Vincent THIBAUD, Le raisonnement du juge constitutionnel, thèse en vue de l'obstination su Doctorat en droit, université Lumière Lyon 2, France, 2011, p166.

[4]– علي صبري حسن، المرجع السابق، ص126.

التي نص عليها الدستور، كما يتطرق القاضي الدستوري إلى الوسائل المستخدمة والغاية المستهدفة من التشريع. [1]

كما يمكن اعتبار التناسب هو التوفيق بين أي نص باعتباره أداة قانونية تستعملها الدولة في تنظيم موضوعات معينة وبين حقوق الأفراد سواء كانت منصوص عليها صراحة في الدستور أو تضمنتها المبادئ الأساسية والقواعد والأحكام التي أتى بها الدستور ولو بطريقة غير مباشرة. [2]

وعندما يستعمل القاضي الدستوري معيار التناسب، فإنه يضع جسرا بين صنع القرار في المحاكم وصنع القرار في السلطة التشريعية، فالتناسبية تدعوا إلى مشاركة تداولية بخصوص الحقوق الدستورية، كما يعتبر التناسب مذهبا يتم بواسطته تحقيق متطلبات العدالة، وذلك عن طريق التجانس العظيم مع قانون الحقوق الدستوري، فالعدالة ليست مترادفة مع القانون بل هي الجهة التي تسهر على سلامة القانون من خلال نقده وتقييمه في المجتمع. [3]

وكان مبدأ التناسب محل اهتمام المجتمع الدولي وهذا ما نصت عليه الإعلانات الدولية في مجال حقوق وحريات الأفراد، حيث اشترطت المادة الخامسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 عدم تعريض الإنسان للعقوبات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة[4]، وأيضا ما جاء به العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية حيث أكد على مبدأ عدم خضوع أحد لعقوبات قاسية أو غير

---

[1]– خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص260.

[2]– فهد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص209.

[3]– عصام سعيد عبد العبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 08، العدد29، المجلات الأكاديمية العلمية العراقية، العراق، سنة 2019، ص245، على الموقع الإلكتروني: https://www.iasj.net بتاريخ: 2020/08/08.

[4] – تنص المادة 21 من الدستور الروسي فقرة 01 على : "كرامة الفرد تحميها الدولة ولا يجوز خفضها على أية ضرورة" وتنص الفقرة الثانية من نفس المادة على :"لا يمكن إخضاع أي فرد لتدابير عنيفة أو تعذيبية أو معاملته أو مجازاته بطريقة وحشية أو محكة بالكرامة الإنسانية أو إخضاعه بغير رضاه– لتجربة طبية أو عملية..." أنظر: عوض المر، المرجع السابق، ص1056.

إنسانية أو ماسة بالكرامة في المادة السابعة منه، وحظر المساس بحرية أحد مالم تكن هناك أسباب تدعوا إلى ذلك. [1]

كما نصت المادة 2/82 من اتفاقية حقوق الإنسان والحريات الأساسية بروما في 04 نوفمبر/تشرين الثاني 1950 على "لا يجوز للسلطة العامة أن تتعرض لممارسة هذا الحق إلا وفقا للقانون وبما تمليه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي و الجمهور أو الرخاء الاقتصادي للمجتمع أو حفظ النظام ومنع الجريمة أو حماية الصحة العامة والآداب أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم." [2]

وعملا بما جاءت بها الاتفاقية الأوروبية في مجال التناسب قضت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بأنه يمكن للمشرع أن يضع القواعد التي تنظم حرية نقل الأفكار والآراء وأن يضع جزاءات في حال مخالفتها بقصد ضمان فاعليتها أو التوازن بينها وبين القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية. [3]

ويعتبر الغرض المناسب مرحلة لتقييم صحة الإجراء التشريعي، مع ضرورة ملاحظة بأنه ليس كل غرض يمكن أن يبرر القيد على الحق الدستوري، وبناء على الغرض المناسب فإنه يجب أن يكون غرض الإجراء التشريعي مناسبا وهو يتوجب توافرا لأساس الدستوري سواء صراحة أو ضمنيا. [4]

ويحظى هذا المبدأ في الوقت الحاضر بمكانة عليا في فقه اللجنة المعنية بحقوق الإنسان حيث أقرت بمناسبة معالجتها لحرية التنقل أن :"الفقرة 3 من المادة 12 تشير بوضوح إلى أنه لا يكتفي أن تخدم القيود الأغراض المسموح بها فيجب أن تكون ضرورة لحمايتها كما يجب أن تتماشى التدابير التقييدية مع مبدأ التناسب.." [5].

---

[1]– أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص171.

[2]– محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، المرجع السابق، ص192.

[3]– أحمد فتحي سرور، المرجع نفسه، ص171.

[4]– عصام سعيد عبد العبيدي، المقال السابق، ص253.

[5]– خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات، تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، سنة 2017، ص96، على الموقع الالكتروني: www.idea.int بتاريخ:2020/08/09

الفرع الثاني: أثر اجتهاد القضاء الدستوري في تكريس مبدأ التناسب للحقوق والحريات الأساسية.

من خلال هذا الفرع سوف نتطرق إلى بعض اجتهادات القضاء الدستوري سواء كانت صادرة محاكم أو مجالس دستورية لبعض الدول لمعرفة أهمية التناسب في تنظيم الحقوق والحريات الأساسية.

أولا: نماذج عن اجتهادات بعض المحاكم الدستورية في تكريس مبدأ التناسب

عملت المحكمة الاتحادية الأمريكية على تطبيق مبدأ عقلانية الإجراء التشريعي والغرض منه حتى يساهم الإجراء التشريعي في تحقيق الغاية المنشودة دون النيل من حقوق وحريات الأفراد ومثال على ذلك قضية (Craigu. Boren) سنة 1976 إذ حكمت المحكمة الاتحادية الأمريكية بعدم دستورية قانون لإحدى الولايات يميز بين الجنسين لمصلحة الإناث، لأن هذا القانون يحدد حدا أدنى لعمر الذكور يمنع تحته بيع الخمور لهم. بالرغم من أن الولاية لها مصلحة مهمة في سلامة حركة المرور إلا أنها لم تقدم إثبات التمييز بين الجنسين كانت بصورة جوهرية بهذا الهدف الهام. [1]

ورغم أن المحكمة العليا الأمريكية لم تتعرض إلى مدى دستورية عقوبة الإعدام إلا أنها وضعت على تطبيق هذه العقوبة قيودا مهمة[2]، ويتجلى ذلك في قضية "أنكينز ضد فيرجينيا" حيث قضت المحكمة بأن إعدام المجرمين المتأخرين عقليا هي "عقوبة قاسية وغير عادية ومحظورة بموجب التعديل الثامن[3] من دستور الولايات المتحدة الأمريكية". وفي هذا الحكم استندت المحكمة على الممارسات المتبعة في بعض الولايات للوقوف على كيف تتطور معايير اللياقة والملائمة في توقيع العقوبات التي تميز المجتمعات الناضجة[4]، اعتبرت المحكمة إعدام المتأخرين عقليا غير مناسب ولا يمكن من خلاله الوصول إلى الهدف الحقيقي من تطبيق العقوبة.

---

[1]– عصام سعيد عبد العبيدي، المقال السابق، ص256.

[2]– أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص177.

[3] – ينص التعديل الثامن من الدستور الفيدرالي الأمريكي على:"...لا يجوز طلب كفالات باهظة ولا انزال عقوبات قاسية وغير مألوفة ".

[4]– محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، المرجع السابق، ص87.

وضعت المحكمة العليا الأمريكية ضوابط الجزاء الجنائي باعتباره أحد ركائز مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وأكدت على أنه يجب أن يكون ضروري ومتناسب مع الأفعال المرتكبة، وألا يكون قاسيا دون مبرر. وألا يشوبه غموض ويجب أن يتماشى وضمانات شرط الوسائل القانونية السليمة. [1]

وقضت المحكمة العليا بأن ارتكاب شخص لجريمة تزوير في سجل عاما. لا يسوغ توقيع عقوبة عنها مدتها السجن مع الأشغال الشاقة 15 عاما يقضيها المسجون مقيدا بالسلاسل الحديدية في قدمية ومعصميه زيادة عن حرمانه من كل حقوقه السياسية وإخضاعه لمراقبة الشرطة بعد انتهاء مدة العقوبة. [2]

وفي مجال فرض القيود على المشرع لاستعمال ضوابط عقلانية في تنظيم الجرائم والعقوبات وأعطت المحكمة تعريفا واسعا للعقوبة القاسية وذلك بقولها :"إن العقوبة القاسية لا تنحصر في أشكالها البربرية غير الانسانية ولكنها تشمل كذلك عقوبة تفقد بصورة ظاهرة تناسبها مع الجريمة محلها وذلك بالنظر إلى عوامل مختلفة يندرج تحتها طول مدتها أو شذوذها."

وأكدت المحكمة على ضرورة احترام المعايير التالية:

- درجة خطورة الجريمة ومبلغ اندفاع العقوبة.
- حظر كل جزاء يختل في إطار المفاهيم المعاصرة تناسبه بصورة ظاهرة مع خطورة الجريمة أو جسامتها. [3]

كما طبقت المحكمة الاتحادية العليا رقابة التناسب في مجال تنظيم التجارة الكامنة التي تكون في حالة غياب تشريع الكونجرس وتنظيم الولايات التجارة فيما بينها، حيث أكدت المحكمة أنه يتوجب على الولايات تحقيق الموازنة ويجب أن يكون تشريع الولاية مبني على علاقة عقلانية بين هدف الولاية

[1]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص329.

[2]– عوض المر، المرجع السابق، ص1039.

[3]– عوض المر، المرجع نفسه، ص1039، 1040.

المشروع والوسائل المختارة لتحقيق هذا الهدف. وبناء على هذا المعيار يكون القانون سليما ما لم يكن العبء المفروض على التجارة بين الولايات أعظم وزنا مقارنة بالمصلحة التي تعود للولاية. [1]

ودافعت المحكمة العليا على مبدأ شخصية العقوبة فقضت بعدم دستورية قانون يقضي باعتبار الوالدين مسؤولين جنائيا عن الجرائم التي يرتكبها أولادهم القصر معتبرة أن مجرد وجود صفة الأبوة لا تعد بذاتها جريمة. [2]

وعلى حد قول القاضي "هوايت" : "فإنه عندما ينظم قانون ما مجالات حساسة من الحرية فإن المحاكم تطبق مقياسا للفحص الدقيق لمراجعة الحق الأساسي المحمي بفقرة الحرية في التعديل الرابع عشر. ويجب أن يخدم القانون مصلحة قهرية للولاية، ويجب ألا يكون هناك وسيلة[3] أقل حزما متاحة للولاية..." [4]

وأكد كبير القضاة "مارشال" أن للكونجرس سلطة إصدار كافة التشريعات الضرورية والمناسبة من أجل تنفيذ السلطات السابقة وكل السلطات الأخرى المخولة بموجب الدستور لحكومة الولايات المتحدة ، أو أية إدارة تابعة لها. واستند القاضي مارشال على المادة الأولى الفقرة 08[5] الفقرة الفرعية 18. [6]

والمحكمة الدستورية الألمانية بدورها اعتمدت أسلوب رقابة التناسب لرقابة السلطة التقديرية للمشرع في تنظيم الحقوق والحريات العامة، حيث أصدرت حكما بتاريخ 1979/06/19 جاء فيه: "إن واجب لضمان السير الفعال للقضاء الجنائي يستجيب لمصلحة عامة ذات طابع دستوري لكن هذا

---

[1]– عصام سعيد عبد العبيدي، المقال السابق، ص263.

[2]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص326.

[3] – في الولايات المتحدة الأمريكية تعوض اختيار التناسب آلية الموازنة رغم الاختلاف الموجود بين هاتين الآليتين على مستوى نشأتها التاريخية وسياقاتها القضائية والإيديولوجية فإنهما يحيلان في جوهرهما إلى نفس الغاية. أنظر: خالد المجاري، مرجع سابق، ص97.

[4]– جيروم أ. بارون، س. توماس دينيس، المرجع السابق، ص166.

[5]– تنص الفقرة الفرعية 18 من الفقرة الثامنة من المادة الأولى من الدستور الأمريكي على" سن جميع القوانين التي تكون ضرورية ومناسبة لكي توضع السلطات آنفة الذكر موضع التنفيذ، وجميع السلطات الأخرى التي ينيطها هذا الدستور بحكومة الولايات المتحدة، أو بأي إدارة أو موظف تابع لها.

[6]– جيروم أ. بارون، س. توماس دينيس، المرجع نفسه، ص86.

الواجب لا يؤدي إلى استمرار إجراءات الدعوى دون اعتبار المبادئ الدستورية الأخرى والتي من المحتمل أن تكون متقابلة أو متعارضة... في مثل هذه الحالات يوجد بين المبدأين الدستوريين المتعارضين الأولوية أو الأفضلية بشكل مطلق في مثل هذا الموقف لابد من تطبيق رقابة التناسب..."[1]

وعملا بهذا المبدأ ذهبت المحكمة الدستورية الألمانية إلى تطبيق مبدأ التناسب من خلال الدعوى الدستورية الاحتياطية التي رفعت من قبل السيد "إيرك لوث" ضد حكم المحكمة الفيدرالية المدنية وفي هذه القضية حكمت المحكمة الدستورية الألمانية لصالح رافع الدعوى الدستورية الاحتياطية، وقضت ببطلان حكم المحكمة الفيديرالية المدنية واستندت في هذا الحكم على عدم توافق الحكم المدني مع الحق الأساسي في حرية التعبير المعترف به دستوريا ووصلت إلى نتيجة مفادها أنه يجب تعزيز الحقوق والحريات الأساسية وتقوية الرابطة لتلك الحقوق وأثرها على السلطة التقديرية للمشرع والتي يتجلى دورها بوضع التفصيلات المتعقلة بتوضيح كيفية ممارسة تلك الحقوق. [2]

وفي حكم صادر عنها بتاريخ 15 ديسمبر 1965 أكدت على القيمة الدستورية لمبدأ التناسب وعبرت على ذلك بالقول: "مبدأ التناسب يعد نتيجة ضرورة لمبدأ الدولة الدستورية... ومن ثم لا يجوز تقييد هذه الحرية إلا بالقدر الذي لا غنى عنه لحماية المصلحة العامة."[3]

وبالنسبة لصلة الإجراء المقيد والهدف المراد منه تؤكد المحكمة الدستورية الألمانية أنه يجب أن يكون الإجراء يساهم في الوصول إلى الغرض المنشود[4]، وإلا حكمت المحكمة بعدم دستورية هذا الإجراء لمجافاته مبدأ التناسب والعقلانية. [5]

---

[1]– خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص264.

[2]– عيد أحمد الحسبان، المقال السابق، ص460.

[3]– خاموش عمر عبد الله، المرجع نفسه، ص265.

[4] – قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية ((satirc. la Turquie(n.36192/03) بوجود تدخل يسمح به القانون وكان الهدف منه مشروعا وهو حماية المحيط غير أن إجراء الانتزاع لم يرافقه دفع تعويض، وعلى هذا الأساس اعتبرت المحكمة أن الاجراء غير مناسب مع الهدف المشروع الذي يسعى إلى تحقيقه..." أنظر خالد المجاري ، مرجع نفسه، ص106.

[5]– خالد الماجري، المرجع السابق، ص101.

كما نص الدستور السويسري على هذا المبدأ في المادة (03/36) منه بالقول :"يجب أن يتناسب كل تقييد لحق أساسي مع الهدف المنشود"، إلا أن هذا لا يعني أنه إذا لم تتطرق الدساتير إلى ذكر مبدأ التناسب كمبدأ دستوري يجب على المشرع احترامه وهذا ما عملت به المحاكم الدستورية والمجالس الدستورية في مختلف الدول. [1]

ففي قرار للمحكمة الفيديرالية السويسرية بتاريخ 08 أكتوبر/تشرين الأول 1975 قضت المحكمة بأن منع المومسات من ممارسة مهنتهن على الطريق العام نهارا في جميع أنحاء جنيف، يعتبر مخالف لحرية الصناعة والتجارة. فالإجراء يهدف فعلا إلى تحقيق هدف من أهداف المصلحة العامة، وهو حماية الساكنة وخاصة القصر من المشاهدة، واعتبرت المحكمة أن هذا القرار ملائم إلى حد ما، ولكن كان بإمكان المشرع استعمال وسائل بديلة أقل تطفلا على الحرية لأن المنع التام يعتبر حرمان نهائي. [2]

وفي مجال التبرع بالأعضاء البشرية لفائدة المرضى قضت المحكمة الفيديرالية السويسرية بأن الحرية الشخصية وحق الشخص في التصرف بحرية في جسده وتقرير مصير جثته هي حق يجب أن توازن مع المصالح الخاصة للأشخاص الذين يحتاجون إلى زرع هذه الأعضاء. [3]

وفي هذا السياق ذهبت المحكمة الدستورية السويسرية مؤكدة على ضرورة احترام مبدأ التناسب وذلك بقولها: "لا يجوز للمصلحة العامة أن تمس حقا أساسيا مالم يكن لها ثقل كبير يفوق المصالح الخاصة التي تواجهها وعلى ذلك يجب موازنة المصلحة العامة بالانتظام في الدراسة مع مصالح الطالب في أن يعيش مع أسرته وفقا لمعتقداته الدينية". [4]

وعلى ضوء هذا الحكم رأت المحكمة أن التربية الرياضية وإن كانت تمثل جزءا مهم في التعليم الذي توفره الدولة إلا أن هذا الهدف لا يتعطل تحقيقه بشدة إذا أعفي الطالب من دروس السباحة

---

[1]– علي صبري حسن، المرجع السابق، ص127.

[2]– خالد الماجري، المرجع السابق، ص105.

[3]– خالد الماجري، المرجع نفسه، ص87.

[4]– علي صبري حسن، المرجع نفسه، ص128.

المختلطة. وأضافت المحكمة أنه لم يثبت لها أن الإعفاء من دروس السباحة المختلطة سوف يؤثر على نظام التعليم وفعاليته في المدرسة. [1]

ومارست المحكمة الدستورية الإيطالية سلطتها في مجال رقابة التناسب بناء على معيار الضرورة والتناسب في التجريم فأكدت على انه من واجبات المشرع أن يراعي التوازن بين المصالح المحمية بالتجريم وبقية الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور حتى تكون الحماية الجنائية لا تتعارض مع النظام الدستوري، كما فرضت المحكمة الدستورية الإيطالية رقابتها على نصوص العقاب من حيث الإفراط في العقاب الغير مبرر وحرصت المحكمة على اعتماد معيار العقلانية في نصوص العقوبات.[2]

ويتجلى دور المحكمة الدستورية الإيطالية في بسط رقابتها لتكريس مبدأ التناسب في مجال حق الإضراب حيث حاولت المحكمة لتحقيق التوازن بين مختلف الحقوق والحريات المكفولة دستوريا حيث شددت المحكمة على ضرورة التوفيق بين متطلبات حماية حق الإضراب والحقوق والأهداف الدستورية الأخرى المنبثقة عن المصالح العامة للدولة والتي تتمتع بضمانات مباشرة مكفولة دستوريا مباشرة. [3]

واستنادا إلى المادة 40 من الدستور الإيطالي قضت المحكمة الدستورية الإيطالية بعدم دستورية المادة 503 من قانون العقوبات المطبق على الإضراب السياسي الذي لا يرمي إلى زعزعة النظام السياسي للدولة أو التأثير على سلطات الدولة الدستورية التي تعبر عن السيادة الشعبية[4]

وتم الاعتراف بمبدأ التناسب في النظام القانوني الكندي لأول مرة في قضية (R.V.Oakes). في هذه القضية استندت المحكمة على المادة 01 من الميثاق الكندي للحقوق والحريات، الذي يعطي للحكومة صلاحية تقييد الحقوق والحريات الدستورية إلى حد معين شرط العمل بمبدأ التناسب ، وأرست المحكمة العليا الكندية بوادر التناسب من خلال إلزام الحكومة بـ:

---

[1]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، المرجع السابق، ص106.

[2]– أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص176.

[3]– أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص350.

[4]– أمين عاطف صليبا، المرجع نفسه، ص351.

- يجب أن يكون الإجراء المعتمد من قبل الحكومة لا يتعارض والهدف الذي يرمي إليه الإجراء.
- يجب على الحكومة أن تستعمل المفاضلة حتى تصل إلى الإجراء الأقل تقييد للحقوق والحريات.
- يجب أن يكون هناك تناسب بالمعنى الضيق للكلمة بين الأضرار المترتبة عن الإجراء والمزايا الناتجة عن تحقيق الهدف المنشود. [1]

ويتضح جليا دور المحكمة الدستورية الكندية في التأكيد على مبدأ التناسب من خلال قضية "بينير" وهذه القضية تخص قانون المواطنة الكندية الذي ينص على أن الأشخاص المولودين في الخارج من أب كندي قبل تاريخ 15 فبراير/شباط 1977 من حقهم الحصول على الجنسية بمجرد تقديم طلب. أما إذا كانوا مولودين لأم كندية فإنهم يخضعون إلى بعض الإجراءات المعقدة مثل التحقيق الأمني وأداء القسم ولاحظت المحكمة أن هذا القانون لم يراعي معيار العقلانية مع الهدف المنشود مؤكد أن الأطفال المولودين لأم كندية أقل شأنا مقارنة مع أولئك المولودين لأب كندي. [2]

كما قضت المحكمة الدستورية الإسبانية بأنها تعترف للمشرع بأن ينفرد بتحديد المصالح القانونية الواجب حمايتها وتحديد السلوك المعاقب عليه. وكذلك وضع التناسب بين الجريمة والعقوبة. وفي هذا الشأن عبرت المحكمة الدستورية الإسبانية بـ: "إساءة استخدام حرية التعبير لأغراض انتخابية وإن كانت تعتبر غير مشروعة، إلا أن العقوبة المقررة لها يجب أن تكون في أضيق الحدود". [3]

وفي قرار آخر للقاضي الدستوري الإسباني رقم($n^0$59/9029/3/90) حيث عبر بـ: "على أن الأحكام الجزائية التي أنزلت بحق المتظاهرين تعتبر تعسفية ولو كانت غايتها حماية حق دستوري آخر وهو حق التنقل، طالما أن المتظاهرين لم يشكلوا خطرا على الأشخاص والممتلكات."

[1]– خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص266.

[2]– خالد الماجري، المرجع السابق، ص101.

[3]– أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص175.

يتضح أن القضاء الدستوري بدافع على حق التظاهر ويلزم المشرع باعتماد مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة. حيث قرر أن العقوبة التي قررها المشرع في حق المتظاهرين هي عقوبة قاسية ولا تتماشى مع طبيعة الجرم. [1]

وقضت المحكمة الدستورية الإسبانية بأن القيود المفروضة على ممارسة الحقوق الأساسية يجب تفسيرها وتطبيقها في إطار ضيق، ولا يجوز التوسع في ذلك لغرض المحافظة على المصالح والحقوق الدستورية المكفولة، كما قضت أن العقوبة المقررة في المادة 380 من قانون العقوبات الإسباني تؤدي بعدم تناسبية وأهداف هذا النص أو مع كرامة السلوك الإنساني إلى التعارض مع الحق في الحرية، فهو جزاء ينتج عنه تضحية غير مفيدة وجسيمة للحرية. [2]

والمحكمة الدستورية العليا المصرية بدورها يقع عليها عبء مراقبة مشروعية الضرورة والتناسب. ففي حالة إقدام المشرع على اعتماد طرق لا تتماشى ومبدأ التناسب ولا تتفق مع الأهداف الدستورية . تدخلت المحكمة للتصدي لتجاوزات المشرع التي قد تمس بالحقوق والحريات الأساسية المكفولة دستوريا. [3]

ومبدا التناسب يجعل من المشرع إذ يفاضل بين حلول مختلفة في مسألة معينة يجب أن يختار الأنسب لتنظيم العلاقات القانونية ويحقق الأهداف المرجوة من التشريع واتخاذ تلك الإجراءات. [4]

وقد ميزت المحكمة الدستورية العليا بين معيار التناسب لتحقيق الردع العام ومعيار لتحقيق الردع الخاص. فبخصوص الردع العام تتدرج العقوبة بناء على خطورة الجريمة، أما الردع الخاص فإنه يتحدد من خلال علاقة منطقية تربطها مباشرة مع من ارتكبها بناء على عوامل موضوعية لها علاقة بالجريمة مباشرة وأكدت المحكمة على هذا بالقول :"يتعين دائما استظهارها إذا كان النص

[1]– أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص357.

[2]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص506.

[3]– أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص173.

[4]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص832.

الطعين يلتزم إطارا منطقيا للدائرة التي يعمل فيها، كافلا من خلالها تناغم الأغراض التي يستهدفها..."[1].

وفي نطاق الضريبة قررت المحكمة في حكم لها بتاريخ 13-05-2005 مؤكدة على احترام مبدأ التناسب بقولها "إن حق الدولة في اقتضاء الضريبة ينبغي أن يقابل بحق الملتزمين بها وفق أسس موضوعية... ولا يجوز أن تعتمد الدولة في استفاء دين الضريبة إلى تقرير جزاء على الإخلال بها مجاوزا الحدود المنطقية التي تقتضيها صون مصلحة الضريبة، وإلا كان هذا الجزاء غلوا وإفراطا منافيا بصورة ظاهرة لضوابط الاعتدال ومتعارضا مع العدالة الاجتماعية." [2]

كما أكدت المحكمة على عدم فرض قيود جائرة على الحقوق والحريات وذلك بقولها " إن الدستور أعلى قدر الحرية الشخصية واعتبرها من الحقوق الطبيعية الكامنة في النفس البشرية الغائرة في أعماقها... وبمراعاة أن القوانين الجنائية قد تفرض على هذه الحرية بطريق مباشر أو غير مباشر أخطر القيود وأبلغها أثرا. فإن دستورية النصوص الجنائية تحكمها مقاييس صارمة تتعلق بها وحدها... فالدستور يكفل دوما للحقوق التي نص عليها الحماية من جوانبها العملية لا من معطياتها النظرية." [3]

وحتى تكون النصوص الجنائية التي تتضمن عقوبات قد تمس حريات الأفراد اشترطت المحكمة الدستورية العليا مايلي: "كلما كان النص الجنائي بغيضا أو عاتيا. إذا كان متصلا بأفعال لا يجوز تجريمها، أو مجافيا بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسبا مع الجريمة، كان هذا الجزاء غير مبرر. ذلك أن السلطة التي يملكها المشرع في مجال التجريم حدها قواعد الدستور. فلا يؤثم أفعالا في غير ضرورة اجتماعية ولا يقرر عقوبتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة". [4]

وكأن المحكمة الدستورية العليا استعملت شرط الضرورة كقيد على المشرع حتى يتمكن من تجريم نوع من الأفعال وتصبح غير قانونية، كما ألزمته بالعقوبة لا بد أن تكون تتناسب مع الضرورة. وما يتضح أن الضرورة هي المعيار المعتمد في تجريم الأفعال وتحديد العقوبة على حد رأي المحكمة.

---

[1]- أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص182.

[2]- عبد العزيز برقوق، الأطروحة السابقة، ص334.

[3]- محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص833.

[4]- عوض المر، المرجع السابق، ص1063.

ولم يقتصر دور المحكمة الدستورية العليا على رقابة العقوبات الجنائية وإلزام المشرع باحترام مبدأ التناسب، بل جعلت من العقوبات المدنية[1] والتأديبية هي بدورها تحظى بوجوب مراعاة التناسب وذلك بقولها : "مناط شرعية الجزاء– جنائيا أم مدنيا أم تأديبيا– أن يكون متناسبا مع الأفعال التي أثمها المشرع أو حظرها، أو قيد مباشرتها. ذلك أن الأصل في العقوبة هو معقوليتها ولا يكون التدخل بها إلا بقدر لزومها..." [2]

وفي حكم لها رفضت فيه الطعن بعدم دستورية المواد(10، 15، 16) من القانون رقم 39 لعام 1975 الخاص بتأهيل المعوقين مؤكدة على مبدأ التناسب وذلك بقولها "الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منطويا على تقسيم أو تصنيف أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزايا التي يمنحها لفئة دون غيرها... أن تتوفر علاقة منطقية بين الأغراض المشروعة التي اعتنقها المشرع في موضوع محدد وفاء بمصلحة عامة لها اعتباراتها..." [3].

ثانيا: نماذج عن اجتهادات بعض المجالس الدستورية في تكريس مبدأ التناسب

رغم أن فكرة التناسب لم تكن غائبة تماما في اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي إلا أن حضورها كان محتشما ولم تكن مبدأ أصلي ثابت في اجتهاداته في بداية الأمر، حيث عبر المجلس في العديد من اجتهاداته في حرصه على مراقبة التناسب والتوازن بين احترام الحق السياسي والغرض الذي يبرر تحديده معلنا وذلك بقوله :" القانون الذي يحد من حق... لا يجب أن يقتصر على وضع القيود على ممارسة هذا الحق بل يتعين أن يضبط اجراءات توفر في حد ذاتها جملة من الضمانات توازن بين مقتضيات احترام هذا الحق والأساس الذي يبرر تحديده بحسب ما يقدره المشرع وبرقابة المجلس الدستوري" [4].

---

[1] – وفي مجال حرية التعبير قضت المحكمة أنه لا يجوز تقييد حرية التعبير بأغلال تعيق ممارستها سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على نشرها أو عن طريق العقوبة التي تتوخى قمعها. وذلك على أساس أنه إذا كفل الدستور حقا من الحقوق، فإن القيود عليه لا يجوز أن تنال من محتواه إلا بالقدر وفي الحدود التي نص عليها الدستور. أنظر : أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، المرجع السابق، ص101.

[2]– عوض المر، المرجع السابق، ص1062.

[3]– خاموش عمر عبد الله، المرجع، المرجع السابق، ص267.

[4]– خالد المجاري، المرجع السابق، ص97.

أتيح للمجلس الدستوري الفرنسي الفرصة لكي يبسط رقابته على تقسيم الدوائر الانتخابية على غرار ما قامت به المحكمة الأمريكية العليا، وكانت التجربة الأولى التي أقر فيها المجلس مبدأ التناسب في تحديد الدوائر الانتخابية عام 1976. مبطلا بذلك قانون لم يحترم المساواة بين الدوائر والدوائر الأخرى..." [1] .

وفي هذا السياق أكد المجلس على:"...يجب على المشرع منع انتهاكات النظام العام اللازمة لحماية الحقوق والمبادئ ذات القيمة الدستورية، ومن ناحية أخرى ممارسة الحقوق والحريات" كما اعتبر المجلس أن أساسيات الرقابة الدستورية التي تستند إلى منطق متأصل في فهمه ضمان الحقوق والحريات كجزء من النظام الدستوري للتعبير عن الارادة العامة [2].

وفي إطار التوفيق بين الحقوق والحريات الأساسية والقواعد الأخرى ذات القيمة الدستورية نجد أشهر قرارات المجلس في هذا المجال ما أكد عليه بخصوص ضرورة التوفيق بين ممارسة الحق في الإضراب وبين مبدأ استمرار المرفق العام حيث استند المجلس في هذا الاجتهاد على مقدمة دستور 1946 وذلك بقوله "عندما وضع هذا النص فقد قصد واضعوا الدستور بيان أن الحق في الإضراب يعد مبدأ دستوريا. لكن له حدود يملك المشرع الصلاحية لرسمها، مع التوفيق الضروري بين الدفاع عن المصالح المهنية حينما يكون الإضراب وسيلة لذلك وحماية المصلحة العامة التي يضر بها الإضراب..." [3].

وذهب المجلس الدستوري أنه في حال عدم وجود تناسب ظاهر بين الجريمة والعقوبة المترتبة عنها، فليس للمجلس الدستوري أن يحل تقديره الشخصي محل تقدير المشرع بخصوص ضرورة العقوبة المترتبة على الجرائم. [4]

---

[1]– المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، دور القضاء الدستوري في بناء دولة الحق في لبنان، بيروت، 2017، ص313 على الموقع الالكتروني: www.arabruleoglaw.org بتاريخ: 2020/07/15.

[2] -Vincent THIBAUD, op cit, p166

[3]– محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص154.

[4]– أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص181.

وفي قرار له بتاريخ 07 أوت 2014 وهو يراقب مبدأ الضرورة والتناسب مع العقوبة صرح بـ " باعتبار أن الهدف الرئيسي لإعادة الإدماج الذي يسعى إليه الإكراه الجنائي حسب رأي المدعين... وبالنظر إلى المادة 61 من الدستور لا تمنح المجلس الدستوري سلطة عامة في التقدير والقرار من نفس طبيعة تقدير البرلمان...إنه إذا كانت الحاجة إلى العقوبات المصاحبة للجرائم تقع ضمن تقدير المشرع، فإنه يتعين على المجلس الدستوري ضمان عدم وجود تفاوت واضح بين المخالفة والعقوبة التي تم توقيعها..." [1].

وفي قرار آخر حديث بتاريخ 07 أوت 2020 وهو يراقب مدى دستورية قانون تنظيم الاجراءات الأمنية بحق مرتكبي الجرائم الإرهابية[2] بانتهاء عقوبتهم وبخصوص واجب المشرع في مراعاة التناسب صرح بـ :"...في حين ان المجال مفتوح للمشرع لاتخاذ تدابير أمنية على أساس الخطورة الخاصة وتقييمها على أساس أدلة موضوعية... بشرط ألا يكون أي تدبير قد ألحق ضررا بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا...وتكون شروط تنفيذ هذه التدابير ومدتها ملائمة ومتناسبة مع الهدف للمتابعة..." [3].

والمجلس الدستوري الجزائري بدروه تطرق في العديد من اجتهاداته إلى فكرة التناسب ومراقبة نطاق الملائمة التي يمارسها المشرع وعبر عنها بفكرة المعايير الموضوعية والعقلانية ويتجلى ذلك في رأيه بخصوص نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان حيث عبر المجلس بعدم احترامها لمعايير موضوعية وعقلانية. [4]

وفي مجال ممارسة الحق النقابي وتأكيد المجلس الدستوري على أن يحترم هذا الحق ولا يمكن للمشرع وضع القيود التي يمكن ان تحول دون ممارسته عبر المجلس الدستوري على ذلك بـ "اعتبارا أن

---

[1] -CC n° 2014-696 DC du 07 aout 2014 , cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

[2]– ذهب جانب من الفقه في أوروبا إلى أن طريقة التوفيق في التشريع بين اجراءات مكافحة الإرهاب وما تطلبه هذه الإجراءات من مساس بالحقوق والحريات تأخذ شكل «منزلق للدستور» يحركه القضاء الدستوري بحسب الحالات المعروضة عليه في اتجاه أكثر تساهلا في الاتجاه الذي يحركه في الحالات العادية... أنظر محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص305. وما بعدها.

[3] -CC n° 2020-805 DC du 07 Aout 2020, cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

[4]– عبد العزيز برقوق، الأطروحة السابقة، ص337.

المشرع ضيق في المادة 1/35 من القانون العضوي موضوع الإخطار... من حرية ممارسة القاضي لحقه النقابي... اعتبارا أنه إذا كان للمشرع الحق في وضع شروط لممارسة الحق النقابي نظرا لخصوصية المهنة القضائية إلا أنه لا يستطيع تقييد هذا الحق الدستوري."[1]

[1]– رأي رقم 02/ ر.ت.ع/ م.د/04 بتاريخ 22أوت2004، لمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء للدستور، جريدة رسمية عدد 57 لسنة 2004.

خلاصة الباب الأول

نستخلص من الباب الأول أن نظرية الحقوق والحريات الأساسية ترتبط ارتباطا وثيقا بالدستور، وهذا ما يجعلها ترقى إلى قمة الهرم القانوني، وتستمد قيمتها من خلال أهيمتها بالنسبة للفرد وموقعها في الدستور، كما يعتبر القضاء الدستوري بصفته المختص في السهر على سمو الدستور، هذا ما يجعل منه يحدث العيديد من التغييرات على الحقوق والحريات الأساسية، ومن أهم هذه التغييرات هو تكريسها الفعلي على مستوى النصوص ذات الطابع الدستوري باعتبارها صمام أمان لها، كما لا يكتفي القاضي الدستوري بهذه الآلية ويذهب إلى أبعد من ذلك ويقوم بالتوسيع من نطاق ممارستها بوسيلة تفسير الدستور، حيث يحدد قيمتها الدستورية ويطور أسسها الدستورية خارج النصوص الصريحة للدستور، كما يعمل على توسيع مصادرها بفضل اجتهاداته خارج الأطر الدستورية، والجدير بالذكر أن القاضي الدستوري يعطي البعد الدولي لنظرية الحقوق والحريات الأساسية ويتجلى ذلك من خلال عدم تعارض اجتهاداته مع العهود والمواثيق الدولية لحقوق الانسان، كما أنه يضع لها جملة من الضوابط الدستورية محددا بها المسار الصحيح للحقوق والحريات الدستورية حتى لا تكون محل انتهاك مبررات المصلحة العامة أو النظام العام.

الباب الثاني:

مساهمة القضاء الدستوري في تعزيز الحقوق والحريات الأساسية وجعلها معيارا لدولة القانون والديمقراطية

الباب الثاني:

مساهمة القضاء الدستوري في تعزيز الحقوق والحريات الأساسية وجعلها معيارا لدولة القانون والديمقراطية

رغم أن تكريس الحقوق والحريات الأساسية في القواعد الدستورية له أهمية كبيرة بما يجعلها في مرتبة قانونية مميزة، وقيمتها من قيمة الدستور، إلا أن تنظيمها يعود إلى جهات التشريع سواء السلطة التشريعية أو التنفيذية، هذا ما يجعلها في غير مأمن وقد تتعرض إلى إهدارها، أو الانقاص منها، فأصبح من واجب القاضي الدستوري تعزيز هذه الحقوق والحريات بآلية الحماية من خلال الدعاوى الدستورية، وحتى تكون هذه الحماية فعالة ومجدية لابد أن تكون شاملة لمختلف جوانب التشريع، سواء الشكلية أو الموضوعية ،بالاضافة إلى رقابة تقاعس المشرع لأنه يؤثر سلبا على الحقوق والحريات الأساسية، رغم هذا الدور الذي يقوم به القاضي الدستوري في تعزيزها، إلا أن صلاحيته ليست بالمطلقة، فهو بدوره يخضع إلى معايير تحديد الاختصاص ولا يمكن أن يتجاوزها، فهناك حدود دستورية يقف عندها مثل الأعمال السيادية، وعدم رقابته لملائمة التشريع، هذا ما يجعل سلطته محدودة، ما يؤثر سلبا على فعالية الرقابة التي يمارسها ، ولم يقتصر دور القاضي الدستوري على تعزيز حماية الحقوق والحريات الأساسية، بل ذهب إلى أبعد من ذلك وجعلها شرط من شروط بناء دولة القانون والديمقراطية، كما جعلها متكاملة فيما بينها ومتلاحمة.

وللتطرق إلى هذا الدور الذي يقوم به القاضي الدستوري من خلال هذا الباب قسمناه إلى فصلين، الفصل الأول: دور القضاء الدستوري في توسيع نطاق الدعوى الدستورية وحدود الرقابة، الفصل الثاني: القضاء الدستوري يجعل من الحقوق والحريات الأساسية معيارا لدولة القانون ويكرس تكاملها.

الفصل الأول

دور القضاء الدستوري في توسيع نطاق الدعوى الدستورية وحدود الرقابة

الفصل الأول: دور القضاء الدستوري في توسيع نطاق الدعوى الدستورية وحدود الرقابة

تعتبر الدعوى الدستورية من أكثر الوسائل التي يعتمدها القاضي الدستوري في حماية وتعزيز الحقوق والحريات الأساسية وحتى تكون هذه الآلية ناجعة اعتمد القاضي الدستوري مبدأ شمولية رقابة التشريع في مجال الحقوق والحريات الأساسية، هذا ما يمكنه من النظر إلى مختلف جوانب التشريع ، ومن أجل سد كل المنافذ أمام المشرع حتى يكون تشريعه في الأطر الدستورية عمل القاضي الدستوري على توسيع نطاق الدعوى الدستورية حتى يتمكن كل صاحب مصلحة في اللجوء إلى الطعون الشكلية أو الموضوعية للتشريع، ولم يقف القاضي الدستوري عند هذا الحد بل ذهب إلى فحص جوانب أخرى في التشريع مثل الاختصاص السلبي للمشرع أو ما يسمى بالإغفال التشريعي، حتى يكوسن التشريع منظما للحقوق والحريات من جميع الجوانب دون إغفال، رغم هذا الدور الذي يقوم به القاضي الدستوري إلا أن هناك حدود تفرض عليه التوقف عندها وهذا ما يؤثر سلبا على دوره في تعزيز الحقوق والحريات الأساسية، ومحاولة لمعرفة نطاق اختصاصه وحدود الرقابة قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول: القضاء الدستوري يكرس مبدأ شمولية الرقابة لتعزيز الحقوق والحريات الأساسية، المبحث الثاني: دور القضاء الدستوري في رقابة الاغفال التشريعي وحدود الرقابة.

المبحث الأول: القضاء الدستوري يكرس مبدأ شمولية الرقابة لتعزيز الحقوق والحريات الأساسية

إن عملية تنظيم الحقوق والحريات الأساسية تسند إلى جهات التشريع سواء السلطة التنفيذية أو التشريعية، هذا ما يجعلها قد تتعرض إلى الانتهاكات بسبب أغلبية برلمانية أو هيمنة سلطة سياسية، فأصبح من اللزوم توفير رقابة فعالة على هذه الجهات حتى تحافظ الحقوق والحريات الأساسية على طبيعتها وأبعادها الدستورية، لهذا كرس القاضي الدستوري مبدأ شمولية الرقابة للتشريع المنظم للحقوق والحريات الأساسية، وهذا ما يساهم في توسيع نطاق الدعوى الدستورية كآلية لحماية الحقوق والحريات الأساسية، فالقاضي الدستوري ألزم المشرع بإحترام الجانب الشكلي والموضوعي لتعزيز الحقوق والحريات الأساسية، وهذا ما سيتم توضيحه من خلال مطلبين، المطلب الأول: القاضي الدستوري يجعل من العيوب الشكلية أساسا للدعوى الدستورية، المطلب الثاني: القاضي الدستوري يجعل من العيوب الموضوعية أساسا للدعوى الدستورية.

المطلب الأول: القاضي الدستوري يجعل من العيوب الشكلية أساسا للدعوى الدستورية تعزيزا للحقوق والحريات الأساسية

تنص الدساتير على جملة من الاجراءات والمراحل يجب على المشرع التقيد بها في عملية سنه للقوانين ، وإذا خالف المشرع هذه الاجراءات دخل في دائرة عدم الدستورية، لأنها مكفولة دستوريا، والقاضي الدستوري بدوره حامي الدستور من جهة وحامي الحقوق والحريات من جهة أخرى له أن يتصدى إلى مثل هذا التقصير ويبطل التشريع، فاتحا بذلك المجال في توسيع الدعوى الدستورية تعزيزا للحقوق والحريات، وسنوضح هذا الدور الذي يقوم به القاضي الدستوري في أربعة فروع، الفرع الأول: تعريف عيب الشكل والاجراء، الفرع الثاني: القاضي الدستوري يجعل الشكل والاجراء قيد على المشرع لتعزيز الحقوق والحريات الأساسية، الفرع الثالث: تعريف عيب عدم الاختصاص وصوره ، الفرع الرابع: القضاء الدستوري يجعل من عيب الاختصاص قيد على المشرع لتعزيز الحقوق والحريات الأساسية.

الفرع الأول: تعريف عيب الشكل والاجراء

ترتكز فكرة الشكل والاجراءات في المجال الدستوري على التقيد بكل الاجراءات الشكلية التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية وهي تمارس اختصاصها التشريعي وقد اتفق الفقه في المجال

الدستوري أن الجهة التي تتولى رقابة مدى دستورية التشريع لها أن تراقب الجانب الاجرائي والشكلي للقوانين[1].

ويقصد بعيب الشكل أن يصدر القانون، على خلاف الاجراءات التي أوجبها الدستور في كل مراحل صنع القانون ابتداء من مرحلة الاقتراح والاعداد لمرحلة الاقرار أو مرحلة الاصدار[2].

وحتى يكون التشريع دستوريا، فإنه يمر بمحطات عدة، وتترتب على عدم استيفاء الاجراءات الشكلية والاجراءات التي يحددها الدستور أن يصير باطلا يجب الغاؤه[3].

كما أن الدساتير لا تضع القيود الشكلية المطلوبة في النصوص القانونية في مكان واحد وإن كانت متفرقة المواضيع لا يمكن تجاهلها ولا يمكن إزالة عنها الصفة الضابطة من الجانب الاجرائي بالنسبة للنصوص القانونية، لأن القيود الدستورية كلما توافر عنصر الاجراء فيها تكون شكلية بطبيعتها وملزمة للمشرع[4].

ويرى "فالين " أن سن التشريع يقتضي اجراءات معينة فيها ضمان للحريات الفردية فلا شك أن في استلزام صدور قيد على الحرية من سلطة معينة يعد اتباع اجراءات مرسومة مسبقا ويكون ضروري وملزم يقلل من الافراط في فرض القيود على الحرية[5].

رغم الأهمية البالغة للشروط الشكلية والاجرائية في العملية التشريعية، إلا أن هذه الشروط في بعض الأحيان تكون متفرقة بين النصوص الدستورية ونصوص قانونية عضوية أو عادية، هذا ما جعل الفقه الدستوري يعتمد اتجاهات مختلفة بالنسبة للقيمة القانونية التي لا يمكن تجاوزها واعتبرت أخرى أنها ليست جوهرية بإمكان السلطة التشريعية تجاوزها دون ترتيب أية مسؤولية[6].

---

[1]– حمريط كمال، الاطروحة السابقة، ص166.

[2]– محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص139.

[3]– فهد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص222.

[4]– عوض المر، المرجع السابق، ص166.

[5]– علي صبري حسن، المرجع السابق، ص137.

[6]– كامل السعيد، المرجع السابق، ص189.

أولا: الاتجاه الأول

وهذا الاتجاه يذهب إلى رأي مفاده أن الاجراءات والشروط الشكلية التي وردت في نص الدستور لها قيمة دستورية إذا فهي جوهرية لا يمكن تجاوزها، أما ما ورد في نصوص غير دستورية فهي لا تعتبر جوهرية[1].

ثانيا: الاتجاه الثاني

هذا الاتجاه يعتبر أن كل الشروط الشكلية والاجرائية جوهرية سواء تم التطرق إليها في النصوص الدستورية أو الأنظمة الداخلية لغرف السلطة التشريعية، وكانت عبارة على نصوص قانونية أخرى سواء كانت عادية أو كانت عضوية[2].

ولمعرفة القيمة القانونية للشروط الاجرائية والشكلية سوف نتطرق إلى موقف القضاء الدستوري في هذا العيب الذي قد يشوب التشريع.

الفرع الثاني: القاضي الدستوري يجعل الشكل والاجراء قيدا على المشرع لتعزيز الحقوق والحريات الأساسية

من خلال هذا الفرع سوف نتطرق إلى بعض اجتهادات القضاء الدستوري التي يؤكد فيها ضرورة احترام الشكلية والاجراءات في عملية التشريع بغية التوسيع من نطاق الدعوى الدستورية في مجال الحقوق والحريات الأساسية

أولا: نماذج عن اجتهادات القضاء الدستوري في بعض الدول الأخرى فيما يخص رقابة الشكل والاجراء

بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا المصرية قد نوهت بأن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية هي من مقوماتها، فلا تقوم إلا بها ولا يكتمل وجودها اصلا في غيبتها لتفقد بتخلفها وجودها كقواعد قانونية تتوفر لها خاصية الالزام.

والسائد أن العيب الشكلي الذي يشوب التشريع برمته، ومن ثم فلا بد أن تحكم المحكمة بعدم دستوريته برمته[3].

---

[1]– حمريط كمال، الأطروحة السابقة، ص166.

[2]– كامل السعيد، المرجع السابق، ص189.

[3]– عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2018م، ص39.

وما أكدته في بعض أحكامها ومنها حكم قضت فيه" بأن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن الطعون الشكلية المواجهة إلى النصوص القانونية هي تلك تقوم في مبناها على مخالفة هذه النصوص للأوضاع الاجرائية التي تطلبها الدستور سواء في ذلك ما كان منها متصلا باقتراحها أو اقرارها أو اصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية..." [1].

كما تؤكد المحكمة على ضرورة احترام الشروط الشكلية في العملية التشريعية وذلك بقولها: "إن الطعن بعدم دستورية نص اتفاقية دولية أنما يطرح بحكم اللزوم توافر متطلبات الشكلية التي ألزمتها المادة 151 من الدستور ليكون لها قوة القانون وذلك فيما يتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة"، فأصبح من المؤكد أن اي قاعدة قانونية لا تخضع إلى الاجراءات الشكلية مثل النشر لأنها لا تحتوي على إخطارا كافيا بمضمونها ولا بشروط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها التي اعتبر الدستور توافرها شرطا لجواز استعمالها في تنظيم الحقوق والحريات. [2]

وفي إطار المحافظة على الجانب الإجرائي والتشكيلي للتشريع حكمت أيضا بعدم دستورية القانون رقم 53 لسنة 1999 بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية والسبب هو عيب دستوري مس إجراءات سن هذا القانون وهذا العيب يتمثل في عدم عرض مشروع هذا القانون على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيه. [3]

كما جاء في حيثيات إحدى اجتهاداتها "أن الأصل في الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا على دستورية النصوص التشريعية إنها رقابة شاملة لا تقتصر على العيوب الموضوعية... وإنما تمتد هذه الرقابة بوصفها رقابة مركزية... إلى المطاعن الشكلية التي تقوم في مبناها على مخالفة نص تشريعي للأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور..." [4]

وفي حكم للمحكمة الدستورية البحرينية بتاريخ 2005/06/13 بخصوص ضرورة الشكل والإجراءات التي نص عليها الدستور أكدت على وجوب احترامها وذلك بقولها: "إن كل قاعدة قانونية

---

[1]– محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص345.

[2]– عوض المر، المرجع السابق، ص168.

[3]– عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص40.

[4]– محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص156.

لا تكتمل في شأنها الأوضاع الشكلية[1] التي تطلبها الدستور فيها كتلك المتعلقة باقتراحها وإصدارها وشروط نفاذها، إنما تفقد مقوماتها باعتبارها كذلك فلا يستقيم بنيانها. وكان تطبيقها في شأن المشمولين بحكمها مع افتقارها لقوالبها الشكلية لا يتوافق ومفهوم الدولة القانونية..." [2]

كما تعتبر المحكمة الدستورية البحرينية نشر القوانين والقرارات في الجريدة الرسمية شرط شكلي جوهري ، كما اعتبرت تحرير القوانين باللغة العربية شرط شكلي يجب على المشرع احترامه وأكدت على هذا بقولها: "لما كان ما تقدم وكان القرار المطعون فيه لم يتم نشره في الجريدة الرسمية فضلا عن أن إثبات النشر يقع على المدعي عليهما، ولم يقدما ما يدل على نشره وصدر باللغة الإنجليزية أي بغير اللغة العربية وهي اللغة الرسمية للدولة طبقا للدستور... ومؤدى ذلك ان نشر القاعدة القانونية ضمان لعلانيتها وذيوع أحكامها واتصالها بمن يعنيهم أمرها... وكان هذا النشر يعتبر كافلا لمعرفتهم على ماهيتها ونطاقها...وحيث أن حاصل القول مما تقدم جميعا أن القرار المطعون فيه يعد مخالفا للأوضاع الشكلية الدستورية السائدة وقت صدوره وهي مخالفة تنحدر به إلى درجة العدم ، مما يتعين القضاء بعدم دستوريته." [3]

وفي لبنان نص الدستور اللبناني في مادته 34 على: "لا يكون اجتماع المجلس قانونيا ما لم تحضر الأكثرية من الأعضاء الذين يؤلفونه وتتخذ القرارات بغالبية الأصوات كما نصت المادة 36 من الدستور اللبناني على طريقة التصويت واشترطت المناداة على الأعضاء بأسمائهم وبصوت عال".

ومن خلال المادتين السابقتين وصل المجلس الدستوري اللبناني في قرار رقم 2017/5 مفاده هو مبدا الشفافية في التشريع، وللوصول إلى هذا المبدأ لابد أن يتقيد المشرع بالشروط التكميلية الواردة في الدستور، واعتبر المجلس الدستوري اللبناني أن المادة 36 من الدستور ليست مجرد قاعدة تكميلية فقط

[1] – استقر قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق على الغاء القوانين لمخالفتها قواعد الشكل والاجراء، ذلك في حالة عدم تقديم مشروع القانون من قبل مجلس الوزراء وفي حالة اقتراح مشروع القانون من قبل إحدى لجان مجلس النواب، للمزيد أنظر: آلاء مهدي مطر، المرجع السابق، ص133.

[2] – يوسف عيسى الهاشمي، رقابة دستورية القوانين واللوائح وتطبيقاتها في مملكة البحرين والدول العربية والأجنبية، ط1، المكتب الحديث، مصر، سنة2014، ص174.

[3] – يوسف عيسى الهاشمي، المرجع نفسه، ص172، 173

بل هي مرتبطة جذريا بطبيعة النظام الديمقراطي البرلماني، واعتبره شرط ضروري لاجراء المراقبة والمحاسبة في مثل هذه الأنظمة[1].

كما اعتبر المجلس الدستوري اللبناني الشروط الشكلية والاجرائية في سن القوانين ضرورية لا يمكن التخلص منها وإلا كان العمل التشريعي غير دستوري.

وما يوحي أن المجلس الدستوري الفرنسي يجعل من احترام الاجراءات في عملية التشريع قيدا على المشرع قوله:" فإن القانون الذي أقره البرلمان حتى يتم إصداره، ليس فقط من أجل الحكم على تطابقه للدستور، بل وأيضا من أجل التطرق إلى ما إذا كان هذا القانون قد تم إعداده وفقا لقواعد القيمة الدستورية المرتبطة بالإجراء التشريعي". واعتبر المجلس القيمة الدستورية المرتبطة بالإجراء التشريعي هي التي وردت صراحة في الدستور، أو المشار إليها في أحد أحكامه[2].

والمجلس حريص تجاه مسألة الاجراءات التشريعية، ويتماشى هذا الموقف مع الاتجاه الفقهي الأوسع، وهو يعكس الرغبة في ضمان جودة القانون وتحقيق أهداف القيمة الدستورية لإمكانية الوصول إلى القانون ووضوحه، لذلك فإنها تتخذ كامل التدابير لتقييد نطاق آلية المسألة ذات الأولوية المتعلقة بالدستور والرقابة السابقة للتشريع هي التي دفعت المجلس إلى تعزيز سيطرته على الاجراءات البرلمانية من خلال الرقابة المسبقة [3].

رغم تأكيد المجلس الدستوري الفرنسي على ضرورة احترام الجانب الإجرائي والشكلي في إعداد القوانين، إلا أنه في بعض الأحيان يعفي المشرع من بعض الإجراءات الواردة في المادة 46 من الدستور الفرنسي بسبب ظروف استثنائية والحالات المستعجلة وهذا ما أكده المجلس في قرار له بتاريخ 26 مارس 2020 بخصوص قانون عضوي للطوارئ للتعامل مع وباء كوفيد 19 وذلك بقوله: "بالنظر إلى الظروف الخاصة للقضية لا يوجد سبب للحكم على ان هذا القانون الأساسي قد تم اعتماده بالمخالفة لقواعد الإجراءات المنصوص عليها في المادة 46 من الدستور." [4]

[1]– وليد عبلا، المرجع السابق، ص809.

[2] -Vincent THIBAUD, op cit, p166

[3] -Olivier BONNEFIV, les relations entre parlement et conseil constitutionnel, thèse présenté pour obtenir le grade de doctorat, université de bordeaux, France, 2015, p234.

[4] -CC n° 2020-799 DC du 26 mars 2020. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

وفي هذا الصدد يدعو المجلس إلى إحالة أي نص لا يتفق اجراء اعتماده مع المتطلبات الدستورية، وبالنسبة للمعارضة فإن المظالم الاجرائية تشكل أداة استراتيجية للتأثير على العملية التشريعية، فهم لديهم كل المصلحة في أن يكونوا جزءا من الحركة القانونية الناشئة حول نوعية القانون[1].

ثانيا: موقف المجلس الدستوري الجزائري من العيوب الشكلية والاجرائية

إن رقابة المجلس الدستوري الجزائري في مجال دستورية القوانين وخاصة العضوية منها لأن المتصفح والباحث في اجتهاداته كلها تقريبا تدور حول القوانين العضوية والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان التي يعتبر الإخطار فيها إجراء جوهري ولازم ولا يمكن تجاهله، وإلا كانت هذه القوانين لا تكتمل أصلا، ومن خلال قرارات وآراء المجلس الدستوري الجزائري فأول ما يستهل به عملية الرقابة هي الجانب الشكلي، هذا يعني أن التشكيلة والاجراءات ضرورية لسلامة القوانين، والأمثلة كثيرة ومتعددة في اجتهادات المجلس سنذكر منها بعض الأمثلة.

رأي المجلس بخصوص مطابقة القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي للدستور حيث بدا المجلس في الجانب الشكلي" وأعتبر أن القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي موضوع الاخطار أودع مشروعه رئيس الحكومة[2] مكتب المجلس الشعبي الوطني بعد أخذ رأي مجلس الدولة وفقا للمادة 119 من الدستور، كما عبر المجلس على أن هذا القانون العضوي كان محل مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وحصل على النصاب القانوني المطلوب سواء من الغرفة الأولى أو الثانية"، وفي الأخير انتهى المجلس إلى الرأي التالي في الجانب الشكلي: "إن اجراءات الاعداد والمصادقة على القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي موضوع الاخطار جاءت تطبيقا لأحكام المادتين 2/119 والمادة 123 الفقرة (03) فهي مطابقة للدستور"[3].

---

[1] -Olivier BONNEFIV, op cit, p236.

[2] – تنص المادة 113 من الدستور الجزائري لسنة 1996:" لكل من الوزير الأول والنواب حق المبادرة بالقوانين، تكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة إذا قدمها (20) عشرون نائبا، كما تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد الأخذ برأي مجلس الدولة، ثم يودعها الوزير الأول مكتب المجلس الشعبي الوطني".

[3] – رأي رقم 01/ ر ق ع/م.د/05 بتاريخ 17 يوليو 2005 لمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي للدستور، جريدة رسمية عدد 51 لسنة 2005، ص03.

يعتبر اجراء استشارة مجلس الدولة اجراء جوهري ودستوري بالنسبة لمشاريع القوانين حسب نص المادة 119 من دستور 1996، هذا ما جعل المجلس الدستوري في رأي له بخصوص مدى دستورية القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء وحيث اعتبره المجلس غير دستوري لأنه لم يحترم اجراء استشارة مجلس الدولة[1].

والمجلس الدستوري الجزائري في بداية الأمر اعتبر ان استشارة مجلس الدولة تقتصر فقط على مشاريع القوانين دون الاوامر ويتضح ذلك في رأيه بخصوص فحصه للقانون العضوي الخاص بمجلس الدولة (98-01)، حيث اعتبر ان استشارة مجلس الدولة لأوامر رئيس الجمهورية ليست بالدستورية وقضى بعدم دستورية المادة الرابعة من القانون السابق ذكره[2].

وبعد التعديل الدستوري لسنة 2016 اصبحت الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية تخضع إلى استشارة مجلس الدولة وذلك بموجب المادة 142 من التعديل الدستوري لعام 2016 التي تنص على:" لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة"[3].

وتطبيقا لهذه المادة جاء تعديل القانون العضوي 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وعمله بموجب القانون العضوي رقم 02/18 حيث اعتبر المجلس بأن "المواد 4 و36 و41 من القانون العضوي محل الاخطار، الذي يوسع بموجب المادة 142 الفقرة الأولى منه الاختصاصات الاستشارية لمجلس الدولة إلى مشاريع الأوامر المتخذة على هذا الأساس"، واعتبر المجلس الدستوري "أن المشرع العضوي له وفقا لأحكام المادة 01/112 من الدستور صلاحية اعداد القانون والتصويت

[1]- حمريط كمال، الأطروحة السابقة، ص168، وللمزيد أنظر: رأي رقم 13/ ر ق ع/ م.و/02 بتاريخ 16 نوفمبر 2002 المتعلق بمطابقة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء للدستور، جريدة رسمية رقم 76 لسنة 2002.

[2]- أنظر رأي رقم 06/ رق ع/م د/98 بتاريخ 19 مايو 1998 مراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وعمله للدستور، جريدة رسمية رقم 37 لسنة 1998.

[3]- المادة 142 من تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016.

عليه بكل سيادة... في إطار احترام الشروط والاجراءات المحددة بموجب المادة 141 من الدستور..."[1].

وجاءت المادة 04 من القانون العضوي 18-02 المعدل والمتمم للقانون 98-01 الخاص بمجلس الدولة لتنص على:" يبدي مجلس الدولة رأيه في مشاريع القوانين ومشاريع الأوامر، حسب الشروط التي يحددها هذا القانون العضوي والكيفيات المحددة في نظامه الداخلي"[2].

بناء على تعديل الدستور لسنة 2016 وتطبيقا لما جاء به القانون العضوي 18-02 السابق ذكره أصبحت الاوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية تخضع إلى اجراءات شكلية وجوبية وهذا الاجراء له قيمة دستورية حسب ما ورد في المادة 142 من تعديل 2016 للدستور، عكس ما كان في السابق يستطيع الرئيس أن يشرع بأوامر دون شروط شكلية خاصة في الحالات العادية، ونحن بدورنا نثمن مثل هكذا اجراءات لأن التشريع بأوامر أصبح ينافس المشرع في حد ذاته وأصبحت معظم التشريعات بموجب أمر خاصة ما تعلق منها بالقوانين التي تؤثر تأثيرا مباشرا على حريات الأفراد وحقوقهم.

الفرع الثالث: تعريف عيب عدم الاختصاص وصوره

في هذا الفرع سوف نتطرق إلى تعريف عيب عدم الاختصاص وصوره من خلال أربعة عناصر، أولا: عيب عدم الاختصاص العضوي، ثانيا: عيب عدم الاختصاص الموضوعي، ثالثا: عيب عدم الاختصاص الزماني، رابعا: عيب عدم الاختصاص المكاني.

تعتبر فكرة الاختصاص من ركائز القانون العام ويتجه بعض الفقه إلى أن عنصر الاختصاص هو أساس هذا القانون وجوهره، وذهب البعض إلى تشبيه عنصر الاختصاص بالأهلية التي تمكن صاحبها بمزاولة كل تصرفاته القانونية هذا يعني أنه من فقد الاختصاص فقد القدرة على

[1]- رأي رقم 01/ ر ق ع/ م د/ 18 مؤرخ في 13 فبراير 2018 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 1998/03/30 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور، جريدة رسمية عدد 15 لسنة 2018، ص03.

[2]- المادة 04 من القانون العضوي رقم 02/18 المؤرخ في 04 مارس سنة 2018 يعدل ويتمم القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، جريدة رسمية عدد 15 سنة 2018، ص07.

مزاولة كل التصرفات القانونية. وتستمد فكرة الاختصاص وجودها من مبدأ الفصل بين السلطات الذي يوفر الاستقلالية في ممارسة الاختصاصات لكل سلطة. [1]

وعيب الاختصاص من العيوب الشكلية التي قد تصيب التشريع بغض النظر عن الجهة التي أصدرته، سواء كانت من السلطة التشريعية وهي الأصل في التشريع أو من رئيس الجمهورية بناء على تفويض يسمح به الدستور أو بناء على نصوص الدستور إذا كانت تجيز ذلك. [2]

ومن المعلوم أن عملية سن القوانين داخل الدولة لا تكون حكرا على جهة معينة بل تختلف الجهات التي تملك إصدار القوانين. هذا ما يولد تعارض وخلاف بين السلطات المختصة وهذه الأخطاء يمكن أن تكون عفوية، أو على أساس الخطأ المتعمد [3] ، كما أن صور عيب عدم الاختصاص هي: عيب عدم الاختصاص العضوي وعدم الاختصاص الموضوعي وعيب عدم الاختصاص المكاني والزماني.

أولا: عيب عدم الاختصاص العضوي

ويتحقق هذا النوع في حالة صدور قانون أو تنظيم أو لائحة من عضو أو سلطة غير مختصة لم يمنحها الدستور هذا الاختصاص[4]، كما أنه لا يمكن لأي سلطة مختصة أن تتنازل على اختصاصها أو تفويضه إلا بالقدر الذي يسمح به الدستور. [5]

إن الاختصاص العضوي في التشريع بالغ الأهمية لهذا عملت مختلف الدساتير لتحديد الجهات المختصة بهذه العملية، فمثلا في الجزائر ينص الدستور المعدل عام 2016 في مادته 112: "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة" [6]،

[1]– علاء عبد الحسن العنزي طالب، الحدود الموضوعية للاختصاص التشريعي للبرلمان بموجب قواعد مدونة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد8، العدد01، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، سنة 2016، ص477.

[2]– محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص129.

[3]– حبشي لزرق، الأطروحة السابقة، ص41.

[4]– باهي محمد أبو يونس، المرجع السابق، ص338.

[5]– حبشي لزرق، الأطروحة نفسها، ص42.

[6]– أنظر المادة 112 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016، والمادة 114 من تعديل الدستوري الجزائري 2020.

ونص المادة 142 من الدستور على أن: "لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة". [1]

ثانيا: عيب عدم الاختصاص الموضوعي

وبتحقق عيب عدم الاختصاص الموضوعي إذا خرجت السلطة المختصة بسن التشريع على الموضوعات المحددة دستوريا، التي يمكن لها أن تشرع في إطارها، والاختصاص الموضوعي يحتم على السلطة التشريعية أن تراعي خاصية العمومية والتجريد في قوانينها، فلا يمكنها إصدار قرارات فردية أو تنظيمية تخرج على مجال اختصاصها. [2]

وتحديد الاختصاص على أساس العنصر الموضوعي الغرض منه هو تحديد أسس ومعايير الاختصاص بين مختلف هيئات الدولة وتختلف صور عيب عدم الاختصاص الموضوعي بين عدم الاختصاص الإيجابي الذي يعتبر تدخل السلطة في غير مجالها وعيب الاختصاص السلبي أن تمتنع السلطة المختصة من القيام بالمهام المنوطة بها دستوريا[3]، لأن احترام مبدأ الفصل بين السلطات وتحديد اختصاص كل سلطة على حدى يقلل من السيادة المطلقة للسلطات داخل الدولة، كما أن اجتماع وظيفة التنفيذ والتشريع في يد سلطة واحدة قد يؤدي إلى سن قوانين مغرضة قد تؤثر سلبا على حقوق الأفراد وحرياتهم. [4]' علما أن فرض سمو الدستور إلزام السلطات كل واحدة وفق اختصاصها الدستوري باحترام قواعده الآمرة يختلف باختلاف الوسائل والضوابط التي يضعها الدستور. [5]

[1]– أنظر المادة 142 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016.

[2]– محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص133.

[3]– حمريط كمال، الأطروحة السابقة، ص174.

[4]– جعفر عبد السادة بهير الدراجي، المرجع السابق، ص189.

[5]– الأمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص183.

وعلى سبيل المثال: نص الدستور الجزائري على المجالات التي يمكن للسلطة التشريعية أن تمارس عملية التشريع في نطاقها وهذا ما جاءت به المادة 140 من تعديل الدستور سنة 2016. كما يمكن أن تشرع بموجب فوانين عضوية في مجالات محددة دستوريا وهذا ما نصت عليه المادة 141 من الدستور. [1]

ونص الدستور الأمريكي على أنه "من صلاحية الكونغرس تشريع وقوننة الأصول الواجب اعتمادها في التجارة الخارجية مع بقية الدول وفي التجارة البينية بين الولايات وحتى مع القبائل الهندية". [2]

فالدساتير هي التي تحدد المجالات التي يمكن للسلطات أن تشرع فيها كل حسب اختصاصه وكل تجاوز من هذه السلطات يصبح القانون الذي سنته معيب يعيب عدم الاختصاص.

ثالثا: عيب عدم الاختصاص الزماني

قد يكون الزمن هو القيد المفروض على السلطة التشريعية، أو التنفيذية بحيث لا يمكن لها سن القوانين في فترة زمنية معينة، ويكون هذا التشريع باطلا على اساس أن السلطات لم تحترم القيد الزمني المفروض عليها لممارسة اختصاصها[3].

ومن الحالات التي يحدث فيها تخلف العنصر الزمني لاقرار قوانين والسلطة المختصة سواء كانت تنفيذية أو تشريعية غير مختصة زمنيا كانتهاء العدة التشريعية او انتهاء العهدة الرئاسية[4]، أو تقوم السلطة التشريعية بعقد دورة خارج المدة الزمنية التي حددها الدستور مع عدم توافر دواعي وأسباب الدورات الاستثنائية، فإذا قام البرلمان بإعداد قانون قبل دعوته رسميا كان القانون معيبا بعدم الاختصاص الزمني[5].

[1]– أنظر المادتين 140، 141 من تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016، والمادتين 139، 140 من تعديل الدستور الجزائري لعام 2020.

[2]– الأمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص187.

[3]– حبشي لزرق، الأطروحة السابقة، ص43.

[4]– فهد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص227.

[5]– محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص343.

او يقوم رئيس الجمهورية بعملية التشريع بأمر ولم يحترم القيد الزمني والبرلمان منعقد ولم تحل العطلة البرلمانية بعد، يعتبر هذا خرقا للدستور لأن رئيس الجمهورية يشرع بموجب أمر خلال العطل البرلمانية والبرلمان في حالة شغور وهذا ما نصت عليه المادة 142 من الدستور الجزائري[1].

رابعا: عيب عدم الاختصاص المكاني

يقصد بعدم الاختصاص المكاني قيام السلطة التشريعية بسن قانون يتجاوز الاختصاص الاقليمي، هذا يعني إذا قامت السلطات المختصة بعملية التشريع خارج نطاقها الجغرافي المحدد دستوريا فهي تخترق الاختصاص المكاني وكان تشريعها لا معنى له[2].

كما يكون التشريع معيب بعيب عدم الاختصاص المكاني أذا أصدرت التشريعات في غير مكان انعقادها الرسمي المحدد دستوريا ومثال ذلك ما نص عليه الدستور المصري لسنة 2014 في مادته 114 بقولها" مقر مجلس النواب مدينة القاهرة ويجوز له في الظروف الاستثنائية عقد جلساته في مكان آخر بناء على طلب رئيس الجمهورية...واجتماع المجلس على خلاف ذلك وما يصدر عنه من قرارات باطل"[3].

وكذلك نص الدستور اللبناني في مادة 26 على" بيروت مركز الحكومة ومجلس النواب".

من خلال هذه المادة يتضح أن العاصمة بيروت هي مركز لمجلس النواب فهي تحدد المكان الذي يجب على مجلس النواب أن يعقد فيه جلساته مع أنها تحدد مكان انعقاد مجلس النواب في الحالات الاستثنائية، فلا يجوز للمجلس أن ينعقد في مدينة أخرى كما يجب أن يكون انعقاده ببيروت في المبنى والمكان ذاتهما المخصصين له أصلا[4].

[1]– أنظر المادة 142 من الدستور الجزائري لعام 2016، والمادة 142 من تعديل الدستور لعام 2020

[2]– حمريط كمال، الأطروحة السابقة، ص177.

[3]– محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص344.

[4]– آلاء مهدي مطر، المرجع السابق، ص132.

الفرع الرابع: القضاء الدستوري يجعل من عيب عدم الاختصاص قيد على المشرع لتعزيز الحقوق والحريات الأساسية.

لقد مارس القضاء الدستوري في مختلف دول العالم رقابة على عيب عدم الاختصاص بمختلف صوره، محاولا الزام المشرع بالتقيد بالضوابط الدستورية التي تحدد نطاق تدخل المشرع سواء عضويا أو زمانيا، أو مكانيا أو موضوعيا.

بالنسبة للمجلس الدستوري اللبناني في احد قراراته تحت رقم 2014/07 وهو يراقب مدى دستورية قانون تمديد ولاية مجلس النواب، حيث اعلن المجلس الدستوري أنه" وجد نفسه امام واقع ألزم عليه اتخاذ القرار برد الطعن، لأن القانون صدر ونشر في الجريدة الرسمية –أي قبل انتهاء ولاية المجلس– بتسعة ايام فقط، كما صرح المجلس الدستوري انه رفض هذا الطعن ولم يلغي قانون التمديد لاعتبارات منها: تفادي الفراغ الدستوري لأن في هذه المرحلة ولاية رئاسية خالية"[1].

ومن خلال هذا القرار يتضح أن المجلس الدستوري اللبناني لم يلغي قانون تمديد ولاية مجلس النواب، معتبرا ان هذا القانون صدر في مدة زمنية ولو كانت وجيزة قبل نهاية العهدة، والسبب الرئيسي لعدم الغاءه هو تفادي فراغ دستوري يحدث داخل الدولة فيرتب نتائج قد تمس بأمن وسيادة الدولة.

أما عن المجلس الدستوري الفرنسي في قرار له بتاريخ 17 يناير 2002 قضى بعدم دستورية النص الوارد في المادة الأولى من القانون الخاص بإقليم LA CORSE والذي يسمح للمشرع الخروج عن القواعد الناقدة على أن يتخذ البرلمان في وقت لاحق النصوص المناسبة، واعتبر المجلس الدستوري الفرنسي في هذا القرار أن المشرع تجاوز اختصاصه ومارس صلاحيات ممنوحة للسلطة التأسيسية، كما أنه لا يجوز للبرلمان تفويض صلاحياته[2] خارج الاطار الدستوري[3].

كما صرح بمناسبة رقابته لنص المادة 154 من قانون الميزانية لعام 2002 التي نصت على انشاء لجنة تختص باستخدام الاعتمادات المدرجة في الفصل الخاص بالصناديق الخاصة لميزانية

---

[1]– وليد عبلا، المرجع السابق، ص796.

[2] – قرر المجلس الدستوري الفرنسي عدم دستورية النص الوارد في تشريع يحيل إلى السلطة التنفيذية تحديد الحدود القصوى لشبكة الكابلات المخصصة لخدمة الاذاعة والتلفزيون المرخص باستثمارهما لأحد الأفراد يعتبر غير دستوري، وذلك يتعلق الأمر بأخذ الضمانات المقررة لممارسة حرية نقل الأفكار، مما يدخل في اختصاص التشريع وحده، أنظر: أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص408.

[3]– محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص43، 44.

الادارات العامة التابعة لرئيس الوزراء ومع منح هذه اللجنة جملة صلاحيات وحيث اعتبر المجلس هذه المادة غير دستورية لأن المشرع تجاوز اختصاصه وتدخل في اختصاص السلطة اللائحية[1].

وذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية في العديد من أحكامها إلى الزام الجهات المنوط بها عملية التشريع باحترام توزيع الاختصاص فيما بينها، فقضت المحكمة :" أنه لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تمدد نطاق سريان أحكام الباب الثاني من القانون رقم 106 لسنة 1976 في شأن توجيه وتنظيم اعمال البناء على غير النطاق المكاني المحدد في هذا الباب وإلا كان عملها منتحلا سلطة التشريع وصادرا من غير السلطة المختصة دستوريا بإصداره"[2].

إن المؤسس الدستوري المصري لم يجعل من سلطة التشريع حكرا على السلطة التشريعية بل منح إلى السلطة التنفيذية مزاولة بعض الصلاحيات التشريعية في إطار التفويض الدستوري الممنوح لها، وتطبيقا لذلك" قضت المحكمة بدستورية المادة 32 من القانون رقم 182 لسنة 1960 التي رخصت للوزير المختص (وزير الصحة) بتعديل الجداول الملحقة بهذا القانون بالحذف أو بالإضافة... ذلك تأسيسا على المادة 66 من الدستور"[3].

وفي الولايات المتحدة الأمريكية فصلت المحكمة الاتحادية العليا الامريكية في قضية شركة "يانجرتاون للألواح المعدنية والأنابيب" ضد "سوبر" (قضية الاستيلاء على الصلب 1952)، رأت المحكمة أن استيلاء الرئيس "ترومان" على مصانع الصلب خلال الحرب الكورية لمنع اضراب معطل للعمل إجراء غير دستوري، ذكر القاضي "بلاك" باسم المحكمة أن الكونجرس رفض الاستيلاء وعلى حد رأي المحكمة أن عملية الاستيلاء "هذه وظيفة صانعي قوانين الأمة وليست سلطتها العسكرية".

وكان القاضي "بلاك" في هذه القضية يؤكد على سلطة الكونجرس في صنع القوانين مؤكدا على أنه ليس من صلاحيات الرئيس أن يشرع ويحل محل الكونجرس[4]، ووصلت المحكمة إلى نتيجة مفادها عدم دستورية قرار الرئيس تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات فلا يجوز للسلطة التنفيذية[5] ممثلة

---

[1]– محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص47.

[2]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص408.

[3]– أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص60.

[4]– جيروم اوبارون، س توماس دينيس، المرجع السابق، ص128.

[5]– بناء على تفويض تشريعي من الكونجرس إلى الرئيس الأمريكي روزفيلت قام هذا الأخير باتخاذ جملة من برامج الاصلاح داخل البلاد وأصدر العديد من القوانين واللوائح غير ان المحكمة الاتحادية العليا أبطلت الكثير من القوانين

في رئيس الولايات المتحدة الأمريكية أن يغتصب اختصاص أصيل ارتبط بالسلطة التشريعية بناء على الدستور[1].

وبالرغم من أن الدساتير الجزائرية المتعاقبة لم تنص صراحة على مبدأ الفصل بين السلطات إلا أن المجلس الدستوري وصل إلى هذا المبدأ الدستوري من خلال اجتهاداته أكد على أن هذا المبدأ يرمي إلى تحديد عمل كل سلطة، والحد من القابضين عليها وضمانات ذلك بموجب تبني سمو الدستور والرقابة على دستورية القوانين[2].

ولعب المجلس الدستوري الدور البارز في محافظته على مبدأ الفصل بين السلطات، وحاول ان يحدد لكل سلطة صلاحياتها الدستورية وأن يحدد مجالات تدخل كل سلطة وخاصة السلطات التي تمارس صلاحيات متشابهة فهو الذي يعمل على منع تجاوز هذه السلطات لصلاحياتها الدستورية[3].

ومن اجتهاداته التي تفطن فيها إلى ضرورة احترام توزيع الاختصاصات تماشيا والمبادئ الدستورية رأيه بخصوص فحص مدى دستورية قانون الانتخابات لسنة 2012، حيث اعتبر المجلس "أنه إذا كان للمشرع بمقتضى المادة 2/98 من الدستور ان يعد القانون ويصوت عليه بكل سيادة...بالمقابل يتعين على المجلس الدستوري أن يتأكد عند ممارسة صلاحياته الدستورية من ان المشرع قد احترم توزيع الاختصاصات كما نص عليها الدستور[4].

وفي رأيه بخصوص رقابة مدى دستورية النظام الداخلي لمجلس الأمة لسنة 2017 "اعتبر المجلس الدستوري أن هذا التوزيع للاختصاصات أساسه مبدأ الفصل بين السلطات المكرس صراحة في المادة 15 من الدستور، والذي يقضي بأن كل سلطة لا يمكنها التدخل إلا في المجال الذي حدده لها الدستور بدقة..." .

التي أصدرها الرئيس روزفيلت على سندات التفويض الممنوح له من الكونجرس غير دستوري. للمزيد انظر: محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، مرجع سابق، ص144.

[1]– محمود علي احمد مدني، المرجع السابق، ص122.

[2]– عمار عباس، المرجع السابق، ص41.

[3]– عبد الرزاق بحري، مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية، مجلة الدراسات القانونية، العدد01، المجلد 06، جامعة يحي فارس المدية، الجزائر، سنة 2020، ص165.

[4]– رأي رقم 03/ ر م د/ 11 مؤرخ في 2011/12/22 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور، السابق ذكره.

"اعتبر أن النظام الداخلي لمجلس الأمة بإقراره احكاما تتطلب ..... تدخل سلطات أخرى يكون قد أخل بهذا المبدأ"[1].

وبمناسبة رقابة المجلس الدستوري الجزائري على مدى دستورية القانون الأساسي لعضو البرلمان أكد على وجوب احترام الاختصاصات الموزعة دستوريا وذلك بقوله:" واعتبارا أن المؤسس الدستوري ينص صراحة بموجب الفقرة الأولى من المادة 125 من الدستور أن المسائل غير المخصصة للقانون يعود الاختصاص فيها للسلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية[2].

–واعتبارا بالنتيجة أن المشرع حين أدرج المواضيع المذكورة أعلاه ضمن هذا القانون يكون قد خالف مبدأ افصل بين السلطات..." [3].

المطلب الثاني: القاضي الدستوري يجعل من العيوب الموضوعية أساسا للدعوى الدستورية تعزيزا للحقوق والحريات الأساسية

تطبيقا لمبدأ شمولية الرقابة الذي أقره القاضي الدستوري في سبيل تعزيز الحقوق والحريات الأساسية، بسط رقابته على محل التشريع أو موضوعه، حتى يتقيد المشرع بالقيود الدستورية ولا يخرج عنها حفاظا على جوهر الحقوق والحريات الأساسية، وهذه الفكرة يرجع أصلها إلى نظرية القرار الاداري أو ما يطلق عليه الانحراف بالسلطة، وتعزيزا للحقوق والحريات الأساسية عمل بها القاضي الدستوري حتى يتقيد المشرع بالمبادئ الدستورية الصريحة والضمنية التي أقرها القاضي الدستوري، وسوف نوضح ذلك من خلال فرعين، الفرع الأول: رقابة محل التشريع ضمان لجوهر الحقوق والحريات الأساسية، الفرع الثاني: رقابة الانحراف التشريعي ضمان لجوهر الحقوق والحريات الأساسية.

---

[1]– رأي رقم 02/ ر ت د/م د/17 مؤرخ في 25 يوليو سنة 2017 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي لمجلس الأمة، جريدة رسمية، عدد 49، سنة 2017.

[2] – إن المؤسس الدستوري الجزائري منح السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية، حيث جعل من مجالات التشريع للسلطة التشريعية مقيدة بمجالات محددة حصريا، وجعل من السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية على نطاق واسع وهنا نصت عليه المادة 143 من الدستور: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون."

[3]– رأي رقم 12/ر.ق/م د/ 01 بتاريخ 2011/01/13 الرقابة على دستورية القانون رقم... المؤرخ في ....المتضمن للقانون الأساسي لعضو البرلمان، السابق ذكره.

الفرع الأول: رقابة محل التشريع ضمان لجوهر الحقوق والحريات الأساسية

محل التشريع هو موضوعه أو المراكز القانونية التي ينشئها المشرع أو يعدل فيها بالاضافة أو الحذف، وحتى لا يتمكن من الخروج على المبادئ الدستورية إرساءا للحقوق والحريات الأساسية، فإن رقابة القاضي يسعى من وراءها إلى المحافظة على جوهر الحقوق والحريات ويكون التشريع أكثر فعالية في حمايتها، وهذا ما سنوضحه من خلال هذا الفرع.

يقصد بالمحل موضوع القانون أو فحوى نصوصه، ويقصد به أن يخالف التشريع النص الدستوري الذي يضع للمشرع الأطر والغايات التي يرمي النص الدستوري إلى تحقيقها مثل خروج المشرع عن المبادئ الدستورية سواء الصريحة أو الضمنية. [1]

ونعني بالمحل مضمون القانون وعلى حد رأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري هذا العيب يعيب مخالفة الدستور بالمعنى الضيق، وما يميز عيب المحل عن عيب الانحراف التشريعي أن هذا الأخير يستعمله المشرع في مخالفة المفهوم الواسع للنصوص الدستورية، أما عيب المحل قد يخالف المعنى الضيق للنص[2]

واعتمد القضاء الدستوري في رقابة محل التشريع قياسا لعيب المحل الذي يصيب القرار الإداري[3]. ويعرف محل القانون بموضوعه أو مضمونه ويتحقق عيب محل التشريع إذا خالف المشرع النصوص الدستوري التي ترسم للمشرع سلطة مقيدة في التشريع. [4]

إن موضوع التشريع هو المركز القانوني الذي تتجه نحوه إرادة المشرع، وهو إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغائها. إن التشريع الذي يسن بغرض الخدمة العامة يكون مضمونه خلق مراكز قانونية للمخاطبين به. [5]

مع العلم أن سلطة المشرع تجاه محل التشريع تختلف باختلاف القيود المفروضة عليه من خلال نصوص الدستور، أي أنها كلما كانت هذه الضوابط الدستورية مرنة محددة تحديدا دقيقا وصارما من

[1]– آلاء مهدي مطر، المرجع السابق، ص134.
[2]– محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص144.
[3]– يوسف عيسى الهاشمي، المرجع السابق، ص176.
[4]– حمريط كمال، الأطروحة السابقة، ص178.
[5]– عبد العزيز برقوق، الأطروحة السابقة، ص290.

أجل تحقيق نتيجة معينة وكان النص الدستوري يفرض على المشرع طريقة خاصة لا يمكنه الخروج عنها، فكانت سلطة المشرع مقيدة ولا يمكنه الخروج على النصوص الدستورية. [1]

تؤكد المحكمة الدستورية العليا المصرية على وجوب احترام الجانب الموضوعي للتشريع وعدم الخروج على المبادئ الدستورية والاتجاهات التي رسمها الدستور في العملية التشريعية وذلك بقولها: "بأن قواعد الدستور في جوانبها الموضوعية هي التي تعكس القيم والمثل التي بلورتها الإرادة الشعبية وكذلك الأسس التي تنظم الجماعة وضوابط حركتها، فإذا جاوزتها النصوص القانونية المطعون عليها، صار إبطالها لازما".[2]

كما قضت المحكمة بأن الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها على تقرير الحريات والحقوق العامة في صلبها قصدا من المشرع الدستوري أن يكون النص عليها في الدستور قيدا على المشرع العادي فيما يسنه من قواعد وأحكام وفي حدود ما أراده الدستور لكل منها من حيث إطلاقها أو جواز تنظيمها تشريعيا، فإذا خرج المشرع فيما يقرره من تشريعات على هذا الضمان الدستوري بأن قيد حرية أو حقا ورد في الدستور مطلقا أو اهدر أو انقص منه تحت ستار التنظيم الجائز دستوريا، وقع عمله التشريعي مشوبا بعيب مخالفة الدستور. [3]

وفي اجتهاد آخر لها في إطار احترام المبادئ الدستورية وعدم الخروج على القيود الدستورية في العملية التشريعية وحدود ممارسة كل سلطة لاختصاصاتها وذلك بقولها: "إنما سعيا ردّها إلى أحكام الدستور تغليبا لها على ما دونها وتوكيدا لسموها على ما عداها لتظل الكلمة العليا للدستور باعتباره القانون الأساسي الأعلى الذي يرسي القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم فيحدد للسلطات ...صلاحيتها واضعا الحدود التي تقيد أنشطتها مقررا الحقوق والحريات العامة مرتبا ضمانتها... فيجب دوما أن يعلوا الدستور ولا يعلى عليه وأن يسمو ولا يسمى عليه".[4]

---

[1]– عوض المر، المرجع السابق، ص173.

[2]– يوسف عيسى الهاشمي، المرجع السابق، ص179.

[3]– محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص8، 9.

[4]– عوض المر، المرجع نفسه، ص172، 173.

وأكدت على احترام القيود الدستورية الموضوعية بقولها "إن الطبيعة الآمرة لقواعد الدستور وعلوها[1] على ما دونها من القواعد القانونية، وضبطها للقيم التي ينبغي أن تقوم عليها الجماعة... تقضي إخضاع القواعد القانونية جميعها وأيا كان تاريخ العمل بها لأحكام الدستور القائم لضمان اتساقها والمفاهيم التي أتى بها، فلا تتفرق هذه القواعد في مضامينها بين نظم مختلفة يناقض بعضها البعض مما يحول دون جريانها وفق الضوابط ذاتها التي يتطلبها الدستور القائم...كشرط لمشروعيتها الدستورية."

وقد استقر القضاء الدستوري الأردني منذ نشأته على التأكيد من اجل حماية الحقوق والحريات الدستورية وعدم السماح للمشرع بالخروج على القيود الدستورية وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية الأردنية في حكمها رقم 02 لسنة 2013 بقولها: "... بالرجوع إلى المادة (1/128) من الدستور نجد أنها تنص على أنه لا يجوز أن تؤثر القوانين التي تصدر بموجب هذا الدستور لتنظيم الحقوق والحريات على جوهر هذه الحقوق أو تمس أساسيتها...".

وما يمكن الوصول إليه من خلال هذا النص أنه فرض قيودا على المشرع لحماية الحقوق والحريات وإن الصلاحيات الممنوحة للمشرع ماهي إلا تفويضا يكون في حدود النصوص الدستورية لتنظيم الحقوق والحريات. [2]

ويتجلى دور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في رقابة محل التشريع من خلال حكمها الذي أبطلت من خلاله نص المادة (273/ثانيا من قانون الجمارك رقم 23 لسنة 1984) لأن هذه المادة تعارض مبادئ الحقوق والحريات المكفولة دستوريا ومست وقيّدت حرية الآخرين المنصوص عليها دستوريا، وجاء في هذا الحكم:"...أن الفقرة (ب) أولا من المادة (37) من الدستور تنص على أنه: لا يجوز توقيف أحد أو التحقيق معه إلا بموجب قرار قضائي"، وحيث أن الفقرة(أ) من البند(ثانيا) من المادة(237 من قانون الجمارك رقم (23) لعام 1984 قد نصت على : يصدر قرار التوقيف من

[1] – وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 12-07-1958 قضت بـ: "إن القانون لا يكون دستوري إلا إذا خالف نصا دستوريا قائما أو خرج على روحه ومقتضياته ومرد ذلك أن الدستور هو القانون الأعلى فيما يقرره، لا يجوز أن تهدره أداة أدنى". أنظر حسن مصطفى البحري، القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة، ط1، د د ن، سنة 2017، ص26.

[2] – فهد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص428.

المدير العام أو من يوكله بذلك...، لذا فإن النص المذكور سابقا جاء متعارض ومخالف لنص الدستور..." [1].

وكذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 12 اتحادية/20/2 في 2012/06/14 حيث قضت المحكمة بعدم دستورية نص المادة 03 من القانون رقم 26 لسنة 2009 قانون تعديل قانون الانتخابات رقم 16 لسنة 2005 واعتبرت المحكمة في هذا الحكم أن تحويل صوت الناخب بدون إرادته من المرشح الذي انتخبه إلى مرشح قائمة أخرى لم يصوت عليه الناخب أصلا يعتبر تعديا على حقوقه الدستورية ويشكل مخالفة لنص المادة 20 من الدستور العراقي التي تنص على: "للمواطنين رجالا أو نساء حق المشاركة في الشؤون العامة والتمتع بالحقوق السياسية بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشح". [2]

وتعتبر المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية هي السباقة في اعتماد رقابة دستورية القوانين ومن خلال اجتهاداتها يتضح أنها تسعى دوما إلى المحافظة على سمو القواعد الدستورية وعلوها، وهو ما أكده القاضي "مارشال" بالقول: "بالتأكيد واجب السلطة القضائية تحديد المقصود بالقانون على حالات معينة يجب عليهم بالضرورة شرح وتفسير القانون ... وإذا نظرت المحكمة إلى الدستور باعتباره القانون الأساسي الذي يعلوا ويسمو على أي قانون عاديا للسلطة التشريعية. وبالتالي فالدستور ليس القانون العادي هو الواجب التطبيق في القضية إذا تعارضا." [3]

وحسب ما ذكر "جوفيرنر موريس" وهو مندوب ولاية بنسلفانيا وهو من أكبر المدافعين على اعتماد الرقابة الدستورية والمحافظة على سمو الدستور الفيديرالي وما أكده في مؤتمر كتابة الدستور قائلا "إنه لا يستطيع تصور أن السلطة القضائية قد تنظر إلى قانون مخالف للدستور باعتباره مشروعا واجب النفاذ..." [4].

[1]– محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص334.

[2]– جابر عواد فرحان، الحكم بعدم الدستورية وأثره في حماية الحقوق والحريات في مصر والعراق، أطروحة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، سنة 2019، ص314.

[3]– محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، المرجع السابق، ص50.

[4]– محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص39.

ومرة أخرى يؤكد القاضي "مارشال" على ضرورة احترام القواعد الدستورية ووجوب التقيد بها وذلك بقوله: "حقيقة أن الدستور هو التعبير عن الإرادة الشعبية ومن ثم تعلوا قواعده كل أعمال السلطات الحكومية بما فيها الكونجرس وهكذا فإن الدستور أعلى درجة من القانون العادي ومن ثمة القوانين التي تخالف الدستور تكون لاغية باطلة." [1]

ففي قضية Trop ضد Dulles سنة 1958 قضت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية بأن : "القضاة أقسموا على احترام الدستور ولهذا فإن قوانين الكونجرس تقاس بمعايير الدستور وبالتالي تطبيق ضمانات الدستور لحماية حقوق وحريات الأفراد أمر واجب على القضاة وبدون ذلك تصبح قواعد الدستور مجرد نصيحة وغير ملزمة." [2]

وبخصوص رقابتها على مدى دستورية محل التشريع فهناك العديد من الاجتهادات التي أقرت فيها وجوب تماشي محل التشريع والقواعد الدستورية ومن أمثلة ذلك رقابتها على سريان القوانين العقابية بأثر رجعي، وينجلي ذلك في قضية Murphy ضد Ramsey سنة 1885 فقضت بـ:" أنه لا يجوز أن يدان شخص عن أفعال كانت مؤثمة وقت ارتكابها، ثم ألغي المشرع تجريمها بأثر رجعي يرتد إلى اللحظة التي حظر فيها ارتكابها. [3]

الفرع الثاني: رقابة الانحراف التشريعي ضمان للأهداف الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية.

عادة يكون المشرع ليس مقيد بنصوص دستورية تحدد توجهاته فتكون في هذه الحالة السلطة التقديرية للمشرع واسعة نوعا ما، وخوفا من استغلال المشرع لهذه السلطة وينال من الحقوق والحريات الأساسية بإخراجها عن أهدافها الأصلية فيتصدى القاضي الدستوري إلى هذا الانحراف من خلال رقابته الدستورية وهذا ما سنوضحه من خلال هذا الفرع.

قياسا على القرارات الادارية التي قد يصيبها الانحراف بالسلطة الادارية يجوز أيضا ان يطبق هذا العيب فيصيب القوانين بالانحراف بالسلطة التشريعية، وعيب الانحراف التشريعي مثل الانحراف

[1]– جيروم أ. بارون، س توماس دينيس، المرجع السابق، ص50.

[2]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص103.

[3]– محمود علي أحمد مدني، المرجع نفسه، ص296.

بالسلطة الادارية وهو مربوط بعنصر الغاية من التشريع، كما هو الحال بالنسبة للقرارات الادارية ان تكون تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة من أجل غل يد الادارة العامة من الانحراف عن المقاصد المنشودة من اتخاذ القرار الاداري[1].

لقد سار العلامة عبد الرزاق السنهوري في بحثه بعنوان" مخالفة التشريع للدستور أو الانحراف في استعمال السلطة التشريعية" على نفس المنهج الذي اعتمده فقهاء القانون العام – الاداري بخصوص القرار الاداري فجعل من التشريع والقرار الاداري شيئين متماثلين من حيث مخالفة التشريع للدستور، ومخالفة القرار الاداري للقانون، والجدير بالذكر أن العلامة يستخدم مصطلح الانحراف بدلا من مصطلح التعسف[2].

وما يميز عيب محل التشريع عن الانحراف التشريعي أن عيب المحل يتحقق في كون التشريع إذا كانت سلطة الجهة المنوط بها عملية التشريع مقيدة ومحددة فإذا تجاوزتها اعتبر ان المحل وقع في دائرة عدم الدستورية، والفضاء المناسب للسلطة التشريعية التي تنحرف بالتشريع وتخرج عن الأهداف التي وضع لأجله إذا كانت هذه الأخيرة ليست مقيدة تملك سلطة تقديرية يمكن من خلالها أن تكسب حرية اختيار التشريع الذي تراه مناسبا[3].

كما طرح الفقيه "هارولد لاسكي" تساؤلا مهما وهو" أن أغلب التشريعيات التي تصدر عن البرلمان من المؤكد أنها تخدم فئة أو طبقة معينة[4] أو هيئة وهذا حد فاصل بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة لهذه الطوائف أو الهيئات"[5].

كما يمكن أن يتحقق الانحراف التشريعي إذا خالفت النصوص القانونية مبادئ دستورية معترف بها وليست مدونة في الدستور لأن هذه المبادئ الدستورية عامة واستقرت في ضمير القاضي وفي الفكر الديمقراطي كله، مثل حقوق الانسان ، وحتى وإن لم تكن هذه المبادئ الدستورية مدسترة،

[1]– محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص358.

[2]– كامل السعيد، المرجع السابق،ص208.

[3]– محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص153.

[4] – إن مدرسة الحق الطبيعي وفقا لتصدرها أن الأكثرية البرلمانية تنحرف في استعمال الغايات والأهداف بإسم الديمقراطية ويبتعد عن أهدافها الحقيقية لتصبح مجرد سلطة الأكثرية، لهذا تعترف هذه المدرسة شرعية دون القاضي الدستوري وفي الحد من تحكم الأكثرية البرلمانية، أنظر: أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص256.

[5]– حمريط كمال، الأطروحة السابقة، ص182.

يكمن اعتبارها اساسا للطعن بعدم الدستورية في حالة مخالفة المشرع للمقاصد الدستورية وانحرافه في عملية التشريع لأن تدوينها ما هو إلا تقرير للواقع الاجتماعي الذي لا يحتاج إلى التأكيد[1].

ويعتبر كل نص قانوني مخالف للدستور هو انحراف من السلطة التشريعية عن الاطار المحدد لها، وهذا الانحراف يولد حق لأصحاب المصلحة في الدعوى الدستورية في سلوك طريق الطعن في هذا النص أمام جهات القضاء الدستوري وهذا ما يطلق عليه بالوسائل السلمية في رد انحراف السلطة التشريعية[2].

والانحراف التشريعي لا يتضمن مخالفة مباشرة من المشرع لظاهر نصوص الدستور إنما يحتوي مخالفة لروح الدستور وفحواها او مقاصدها، فهو عيب يحتاج لتقصي وتدقيق لأنه لا يظهر لأول وهلة، لأنه يرتبط بغايات القانون ومقارنتها بأهداف الدستور او نصوصه[3].

ويكون من الصعب في حالة الانحراف التشريعي اثبات إساءة استعمال المشرع لسلطته التقديرية والابتعاد عن تحقيق الغايات الدستورية لأنه كأصل عام القاضي الدستوري لا يراقب السلطة التقديرية للمشرع، وهذا ما يعتبر عائقا أمام القاضي الدستوري في الوصول إلى نية ومقاصد المشرع[4]، وتطبيقا للنظرية العامة للقرار الاداري تأثر القاضي الدستوري بمنهج القاضي الاداري في فحص مدى مشروعية القرار، فإنه يكون عيب الانحراف بالتشريع من آخر ما يلجأ إليه القاضي الدستوري[5].

ومن المسلم به أن السلطة التشريعية وهي تقوم بصلاحياتها التشريعية وهي تعلم كل العلم أن كل تشريع تصدره ستقوم جهات القضاء الدستوري بفحصه والبحث عن مدى دستورية سوف تعمل جاهدة على احترام أحكام الدستور والابتعاد عن كل ما يمكن أن يعيب عملها[6].

---

[1]– فهد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص424.

[2]– خاموش عمر، المرجع السابق، ص234.

[3]– محمد باهي ابو يونس، المرجع السابق، ص260.

[4]– نبالي فضة، الأطروحة السابقة، ص318.

[5]– محمد باهي أبو يونس، المرجع نفسه، ص368.

[6]– محمد علي شحادة، المرجع السابق، ص69.

أولا: نماذج عن اجتهادات بعض المحاكم الدستورية في رقابة الانحراف التشريعي

رغم التعبير الصريح من المحكمة الدستورية العليا المصرية أنها لا تراقب السلطة التقديرية للمشرع ولا تراقب ملاءمة السلطة التشريعية، هذا كأصل عام اعترفت به المحكمة في العديد من قراراتها، إلا أن هذا لا يعني أن سلطة المشرع مطلقة في العملية التشريعية بل يجب عليه أن يحترم الضوابط الدستورية وخاصة في مجال الحقوق والحريات.

وفي هذا تقول المحكمة "...وإن كان الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق والحريات أنها سلطة تقديرية وأن الرقابة القضائية على دستورية التشريعات لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها إلا أن هذا لا يعني اطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور..." [1]

واعتبرت أن المصلحة الاجتماعية غاية نهائية لكل تشريع وإطار لتحديد معناه وفي هذا السياق أكدت المحكمة:" أن النصوص التشريعية لا تصاع في الفراغ ولا يجوز....عن واقعها محددا بمراعاة المصلحة العامة المقصودة منها... ويفترض أن المشرع رقى إلى بلوغها متخذا من صياغته للنصوص التشريعية سبيلا إليها ومن ثم تكون هذه المصلحة الاجتماعية غاية نهائية لكل نص تشريعي وإطار لتحديد معناه"[2].

وفي حكم آخر لها في مجال ممارسة المواطنين لحقوقهم السياسية خاصة حق الترشح والانتخاب اعتبرتها المحكمة انها من أهم مظاهر وتطبيقات ممارسة السيادة الشعبية واكدت أن ممارسة المشرع لسلطته التقديرية في تنظيم نلط الحقوق رهنا بالتقيد بالحدود والضوابط التي نصت عليها الوثيقة الدستورية وتضحي كفالتها، وضمان حق كل مواطن في ممارستها وفق قواعد موضوعية لا تنال جوهرها أو تنقص منها، أو تؤثر في بقائها أو تتضمن عصفا بها، فهي التزاما دستوريا على عاتق المشرع لا يملك منه فكاكا، وإلا وقع ما يسنه خروجا عليها في حومة المخالفة الدستورية[3].

كما مارست المحكمة الدستورية الأردنية رقابة الانحراف التشريعي على السلطة التشريعية وذلك من خلال حكمها بخصوص الطعن المتعلق بعدم دستورية اعتماد أجر المثل في تعديل قيمة الايجار بداعي أنه يلحق اجحافا بالمستأجر: "حيث اعتبرت المحكمة أن هذا يرجع إلى السلطة

[1]– محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص364.

[2]– أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص170.

[3]– محمود علي احمد مدني، المرجع السابق، ص87.

التقديرية للمشرع، إلا أنها لاحظت أن الطريقة التي اعتمدها المشرع في تقدير الأجر العادل ليست هي المثلى وكان بإمكان المشرع أن يعتمد طريقة أخرى لتقدير الأجر العادل حسب ما يراه متلائما مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية عند اعتماد أية وسيلة أخرى بمثل هذا التقدير"[1].

وفي بداية الأمر لم تراقب المحكمة العليا الأمريكية الانحراف التشريعي، رغم هذا التردد والامتناع الصادر عنها في مراقبة الانحراف التشريعي والسلطة التقديرية للمشرع، إلا أنه فيما بعد بتوافر مجموعة من العوامل جعلت من المحكمة تمارس رقابة ملاءمة السلطة التشريعية، تطرقت المحكمة الاتحادية العليا إلى فكرة الغرض التشريعي الحقيقي من خلال رقابتها على ما يسمى عند الفقه الأمريكي" التشريع المستتر" (covert legislation) وله العديد من الصور حيث يستتر الكونغرس وراء اختصاصاته الدستورية ليقوم بممارسة اختصاصات أخرى لا يسمح بها الدستور أصلا سواء كانت صراحة أو ضمنية[2].

ومن أمثلة رقابتها للسلطة التقديرية للمشرع قضية "هامر ضد داجنهارت" 1918، حيث انتهت المحكمة إلى أن " القانون الفيدرالي الذي يقيد شحن سلع ينتجها أطفالا بين الولايات يعد قانونا غير دستوري لأنه يمثل انتهاك للسلطة المخولة للولايات، حيث وصلت إلى نتيجة مفادها أنه بالرغم من أن للكونغرس سلطة كافية لتنظيم التجارة بين الولايات فإن هذه السلطة مقيدة بالتعديل العاشر".

ووفقا لوجهة النظر فإن السلطة المخولة للولايات تحد من السلطات الممنوحة للحكومة الفيدرالية[3].

كما هو الحال أيضا في قضية "بيلي ضد شركة دروكسل" لعام 1922، وترجع وقائع هذه القضية إلى عام 1919 عندما فرض الكونجرس ضريبة مقدارها 10% على صافي الأرباح السنوية التي تحققها المناجم والمحاجر والمصانع التي تستغل الأطفال دون السن القانوني للعمل، وذهبت المحكمة إلى تفسير القانون محاولة الوصول إلى الغاية الحقيقة من سن هذا التشريع، هل هو اجراء ضريبي عادي أم هو عقوبة لكل من يشغل الأطفال[4].

---

[1]– فهد ابو العثم النسور، المرجع السابق، ص430.

[2]– حمريط كمال، الأطروحة السابقة، ص184.

[3]– جيروم أ بارون، س توماس دينيس، المرجع السابق، ص89.

[4]– حمريط كمال، الأطروحة نفسها، ص184، 185.

اعتبرت المحكمة الضريبة الفيديرالية على عمل الأطفال ضريبة غير دستورية على أساس أن تأثيرها المانع والمنظم وهدفها كان واضحا وكانت عقوبات القانون تستمد قوتها عن طريق المعرفة الجنائية لصاحب العمل، وقد أكد كبير القضاة "تافت" بعبارة لاذعة " أن المعرفة القانونية ترتبط بالعقوبات وليس بالضرائب".

رغم اعتراف المحكمة الاتحادية في هذه المرحلة أن نية المشرع هي وضع عقوبة لا ضريبة، أما في العصر الحديث ومن خلال قضية الولايات المتحدة ضد كارنجر سنة 1953 أكدت المحكمة أنه ليس للمحاكم اية صلاحية لتقييد سلطة فرض الضرائب ويمتنع على المحكمة أن تجري تحقيقها لكي تكشف الدوافع التنظيمية المختلفة[1].

ومن تطبيقات المحكمة الاتحادية العراقية حول الانحراف التشريعي، قرار المحكمة القاضي بعدم دستورية القانون رقم (16) سنة 2005 الذي قضت المحكمة بعدم دستوريته على أساس الانحراف التشريعي حيث جاء في الطعن على المادة (15 ثانيا) من القانون لمخالفتها المادة 49 من الدستور التي أشارت إلى أن مجلس النواب يتكون من عدد من الأعضاء بنسبة مقعد واحد لكل مائة ألف نسمة من نفوس العراق يمثلون الشعب العراقي بأكمله، في حين أن المادة (15) من قانون الانتخابات محل الطعن اعتمدت الناخبين المسجلين في السجلات في كل محافظة وقضت المحكمة أن المادة (15) من قانون الانتخاب تتعارض مع المادة 49 من الدستور[2].

رغم أن الكثير من الباحثين في القانون الدستوري العراقي يعتبرون هذا الحكم للمحكمة الاتحادية العراقية في الغاء المادة 15 من قانون الانتخابات ذلك راجع إلى الانحراف في استعمال السلطة وخروج المشرع على الأهداف العامة وفي نفس الوقت هناك بعض الباحثين يضعون هذا الحكم في خانة عيب المحل معبرين أن القضاء بعدم دستوريته هو سبب عيب المحل وليس عيب الغاية[3].

ثانيا: نماذج عن اجتهادات بعض المجالس الدستورية في رقابة الانحراف التشريعي

بالنسبة المجلس الدستوري الفرنسي وموقفه من الانحراف التشريعي، في بداية الأمر لم يتقبل المجلس الدستوري الفرنسي فكرة نقل نظرية الانحراف التشريعي التي أنشأها مجلس الدولة في المجال

[1]– جيروم أ بارون، س توماس دينيس، المرجع السابق، ص96.

[2]– علاء عبد المحسن العنزي طالب، المقال السابق، ص483.

[3]– علاء عبد المحسن العنزي طالب، المقال نفسه، ص485.

الاداري إلى المجال الدستوري واعتمدها وما يؤكد ذلك أن المجلس الدستوري الفرنسي رفض لأكثر من مرة رغم الطلبات المقدمة من الجهات المعنية[1].

والمجلس الدستوري يلجأ إلى رقابة الانحراف الدستوري إلا عند الحاجة، فهو نادرا ما يستعمله في مواجهة المشرع، وحتى يمارس هذا النوع من الرقابة، يجب أن يصل الخطأ الظاهر إلى حد الوضوح الكامل، كما يصعب اعلان عدم الدستورية في مثل هذه الحالات[2]، لكن في سبيل تحقيق فكرة الدستورية المثالية والتي تعرفها بشكل واضح المادة 16 من إعلان 1789م بناء على مفهوم وقيمة الدستور ، وهذا ما عمل به المجلس من منطلق النص الدستوري الذي ينص على:" يعلن الشعب الفرنسي تمسكه بحقوق الانسان ومبادئ السيادة الوطنية"، وما يدفع المجلس إلى ممارسة مثل هذه الرقابة (الانحراف التشريعي) لأنه يعتبر التعبير التشريعي عن الإرادة العامة يشكل أساسا ديمقراطيا، فضلا على أن هناك صلة بين نشر مبدأ الدستورية ضد القانون، وبين تطوير فكرة أساسية وهي الديمقراطية الدستورية[3].

عمل المجلس الدستوري الفرنسي بفكرة الخطأ الظاهر في التقدير وكان ذلك في قراره الصادر في 08 أوت 1985 بخصوص:"" قانون تطوير إقليم "كاليفورنيا الجديدة" حيث لم يتردد المجلس الدستوري في اعلان لعدم الدستورية مستندا على وجود خطأ ظاهر في التقدير وقضى بعدم دستورية المادة الثامنة من القانون محل الرقابة بسبب وجود خطأ في التقدير بالنسبة لتقسيم الدوائر الانتخابية لانعدام التناسب"[4].

وفي حكم آخر المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 2002/01/12 "اعتبر أن وضوح القانون[5] مبدا دستوري وأن هذا المبدأ أصله المادة 34 من الدستور الفرنسي لسنة 1958، وأكد على أن مبدأ وضوح القانون يعني عدم غموض الفاظه وللربط بين مبدأ وضوح القانون والمادة 34 من الدستور

---

[1]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص365.

[2] -Vincent THIBAUD, op cit, p156-157

[3] -Vincent THIBAUD, ibid, p157

[4]– برقوق عبد العزيز، الأطروحة السابقة، ص330.

[5] – بخصوص مبدأ وضوح القانون الذي وصل إليه المجلس الدستوري الفرنسي أنظر قراره رقم:
CCn°2013-676 DC , du 09-octobre-2013 ; Cf , site : www.conseil-consituttionell.fr

الفرنسي في ذلك يرى المجلس أن الوضوح يرجع إلى ضرورة حماية أصحاب الحقوق ضد أي تفسير يخالف الدستور، أو مخاطر التحكم"[1].

ومن تطبيقات رقابة الانحراف التشريعي من طرف المجلس الدستوري الفرنسي للسلطة التشريعية حكمه المؤرخ في 2002/12/18" فيما تضمنه من الغاء دين بـ 16 مليار الذي كان صندوق forec مدينا به للمنظمات الاجتماعية للتمويل عام 2000 مستندا في حكمه هذا على أن الرغبة في معالجة الصعوبات المالية للصندوق لا تشكل هدفا لتحقيق مصلحة عامة كافية تبرر الاخلال وبأثر رجعي بنتائج تنفيذ سنة منتهية"[2].

إن الهدف الأساسي من التشريع هو تحقيق المصلحة العامة بشكل كاف وكان المجلس الدستوري في أحكامه يسعى دوما إلى مواجهة السلطة التشريعية حتى تتقيد بالأهداف التي ترمي إليها النصوص الدستورية، وهذا ما يبرز في قرار المجلس تحت رقم 91-302 مؤرخ في 1991/12/30" بمناسبة مراقبة قانون المالية واعتبر المجلس في هذا القرار أن التفرقة المقررة في هذا القانون غير مبررة لاعتبارات المصلحة العامة التي لها علاقة بالموضوع"[3].

ومن تطبيقات رقابة المجلس الدستوري اللبناني للانحراف التشريعي قراره رقم 2017/5 وذلك بقوله "ان المادة 11 من القانون المطعون فيه مخالفة للدستور بسبب افتقارها للوضوح، وهذه ليست المرة الاولى التي يؤكد فيها المجلس على ضرورة وضوح التشريع ، كما تطرق المجلس في قرارين سابقين، القرار رقم 2002/03 بتاريخ 2002/07/10 والقرار 2005/1 بتاريخ 2005/08/06 واكد من حلالهما على ضرورة وضوح النص التشريعي وجعل من وضوح القانون مبدأ دستوري لا يمكن للمشرع تجاوزه "معتبرا أن غموض التشريع وعدم وضوحه قد يؤدي إلى تحريف نية المشرع أو الانحراف عنها ويخرج عن مسار الأهداف التي وضع لأجلها"[4].

ويقول المجلس" وبما أنه إذا الدستور ينيط بالمشرع حق وضع القواعد العامة، التي توفر الضمانات الأساسية للحقوق والحريات التي ينص عليها، لكي يتمكن الأفراد من ممارسة هذه الحريات

---

[1]- لعروسي أحمد، دور القاضي الدستوري في تحقيق العدالة التشريعية، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد01، جامعة مولاي الطاهر ، سعيدة، الجزائر، سنة 2018، ص103.

[2]- محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص58.

[3]- علي قاسم ربيع، الأطروحة السابقة، ص469.

[4]- محمد عبلا، المرجع السابق، ص824.

فإنه ينبغي للمشرع أن يعمل على التوفيق والمواءمة في احترام هذه الحريات من جهة والحفاظ على النظام العام من جهة ثانية..."[1].

على غرار القضاء الدستوري في الدول الأخرى، كان للمجلس الدستوري الجزائري العديد من المحطات في رقابة السلطة التقديرية للمشرع، حيث اعترف المجلس الدستوري الجزائري في آرائه أن المشرع كأصل عام يملك سلطة سن القوانين من منطلق انهاء اختصاص دستوري أصيل له، مع كل هذا حاول المجلس الدستوري التدخل للحد من هيمنة هذه السلطة حتى لا تستطيع أن تنتهك حقوق وحريات الأفراد تحت غطاء اختصاصها أو مخالفة الأهداف الدستورية وتبعد عن تحقيق المصلحة العامة التي تعتبر الغاية الأساسية من العملية التشريعية.

واعتبر المجلس أنه ليس من اختصاصه التدخل في تحديد الشروط القانونية الخاصة بممارسة الحقوق والحريات الأساسية للمواطنين، إلا أنه يعود إليه بصفة خاصة السهر على مطابقتها للمبادئ الدستورية[2].

ومن تطبيقات المجلس الدستوري الجزائري على رقابة الانحراف التشريعي في رأيه رقم 07-98 المؤرخ في 24 مايو سنة 1998، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاص محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، حيث اعتبر المجلس أن المشرع في صياغته للمادة 14 التي تنص على "يحدد النظام الداخلي قواعد تسيير محكمة التنازع ...، واعتبر المجلس أن هذه المادة يسودها غموض وهذا الغموض قد يؤثر سلبا في فهم النص ويكون مخالفا لإرادة المؤسس الدستوري"[3].

وكذلك في الرأي رقم 04/ ر ق/ م د98 المؤرخ في 1998/07/13 اعتبر المجلس الدستوري أن المشرع حين أقر القاعدة الحسابية للتعويض الأساسية الشهرية يكون قد اعتمد طريقة حسابية مغايرة لتلك المطبقة على المرتبات والأجور، واعتبر انه إذا كان ليس من اختصاص المجلس الدستوري أن يحل محل المشرع في اختيار طريقة الحساب المعتمدة، إلا أنه يتحقق من أن طريقة الحساب المعتمدة لا تفضي إلى المساس بمبدأ المساواة.

---

[1]- خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص273

[2]- نبالي فضة، الأطروحة السابقة، ص319.

[3]- بوزيد بن محمد، احترام أصول الصياغة التشريعية في ضوء اجتهادات المجلس الدستوري الجزائري، دفاتر السياسية والقانون، المجلد 12، العدد10، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، سنة 2020، ص51.

رغم اعتراف المجلس الدستوري للمشرع في اختيار طريقة حساب التعويضية الشهرية إلا أنه ألزمه بالمبادئ الدستورية وعدم الخروج من الغايات التي يرمي إليها الدستور"[1].

ومن خلال القرار رقم 4-ق ق د/91" اعترف المجلس الدستوري الجزائري مرة أخرى أن السلطة التشريعية بالسلطة التقديرية في وضع الشروط التي تراها مناسبة في العملية التشريعية معبرا على ذلك بالقول: "ونظرا لأنه ليس من اختصاص المجلس الدستوري التدخل في تحديد الشروط القانونية الخاصة بممارسة الحريات والحقوق الأساسية للمواطنين، إلا أنه يعود إليه بصفة خاصة السهر على مطابقتها للمبادئ الدستورية"[2].

من هذا الاجتهاد للمجلس الدستوري يتضح أن سلطة المشرع ليست مطلقة في اعداد القوانين وخاصة المرتبطة بحقوق وحريات الأفراد فيجب على المشرع في اعدادها أن يلتزم بالضوابط الدستورية، ولا يمكن له أن يخرج عن تحقيق الأهداف العامة ودعم وتكريس الحقوق والحريات الدستورية ويجعلها أكثر فعالية.

وفي اجتهاد حديث للمجلس الدستوري الجزائري بعد التعديل الدستوري لسنة 2016، حيث أصبح للأفراد الحق في الطعن بعدم دستورية الحكم التشريعي بناء على ما جاءت به المادة 188 [3] من التعديل الدستوري لعام 2016، والقانون العضوي رقم 18-16 الذي يحدد شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية.

ويعتبر هذا الاجتهاد في أول دعوى دستورية ينظر إليها المجلس لدستوري ويفصل فيها وكانت بخصوص نص المادة 416 من قانون الاجراءات الجزائية التي تنص على عدم امكانية الاستئناف في الغرامات التي تقل على 20.000 دج في المواد للجنح.

حيث اعتبر المجلس الدستوري أن حق التقاضي على درجتين مكفول دستوريا ولا يمكن للمشرع الانقاص أو تقييد الحقوق والحريات مع أن هذا الأخير يملك صلاحية تنظيمها وعبر المجلس الدستوري على ذلك بالقول" واعتبارا أنه إذا كان من اختصاص المشرع تحديد هذه الكيفيات فإنه مقابل

---

[1]- الرأي رقم 04/ رق/م.د/المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان، السابق ذكره.

[2]- قرار رقم 4-ق.ق..د/91 مؤرخ في 28 أكتوبر 1891 يتعلق بالفقرة الثانية من المادة 54 من القانون رقم 91-17 المؤرخ في 15 أكتوبر 1991 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 89-13 المؤرخ في 01 أوت 1989 المتضمن قانون الانتخابات.

[3]- أنظر المادة 188 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

ذلك يعود للمجلس الدستوري وله وحده تقدير مدى دستوريتها بالنظر إلى الحقوق المضمونة دستوريا، والتحقق من أن هذه الكيفيات الاجرائية لا تمس بحق التقاضي على درجتين".[1]

واعتبر أن المؤسس الدستوري حين نص على أن القانون يضمن التقاضي على درجتين يقصد الزام المشرع ضمان ممارسة هذا الحق، دون أن تفرغه تلك الكيفيات من جوهره، وأعتبر أن المادة 416 في شطرها المتعلق بالشخص الطبيعي تتعارض مع الدستور لاسيما المادة 2/160 منه"[2].

وحسب ما جاء في هذا القرار أن كل من رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة بالنيابة من خلال مذكرة أنه يمكن للمجلس الدستوري إعادة صياغتها وهذا بعد الاقرار بعدم دستوريتها إلا أن المجلس الدستوري امتنع عن اعادتها وصياغتها واعتبر أنه لا يمكن أن يحل محل المشرع في سنه للقوانين مستندا في ذلك على مبدأ توزيع الاختصاص بين السلطات والمؤسسات.

والملاحظ عن النتيجة التي وصل إليها المجلس الدستوري في امتناعه على صياغة المادة والنظر في هذه المادة أنه يتناقض في قراراته وآرائه لأن تجربته الرقابية أثبتت أنه في العديد من المرات يعمل على اعادة صياغتها[3] سواء كان ذلك على مستوى الألفاظ أو المعاني، وكأنه يحل محل المشرع ويكمل النقص الذي يمس النصوص القانونية ويعيد صياغة النصوص القانونية ومثال ذلك رأي رقم 02/رق ع/م د/19 في 2019/09/14 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي 16-10 المؤرخ في 2016/08/25 المتعلق بنظام الانتخابات للدستور ج رسمية رعدد 55، لسنة 2018، بخصوص الفقرة رقم 4 من المادة 141 من القانون العضوي محل الإخطار.

[1]- أنظر القانون العضوي 18-16 المحدد لشروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية، السابق ذكره.

[2]- قرار رقم 01/ق.م د/د ع د/19 مؤرخ في 20 نوفمبر 2019، جريدة رسمية عدد 77 لسنة 2019.

[3] - ومن الأمثلة التي قام فيها المجلس الدستوري الجزائري بإعادة صياغة النصوص القانونية خلال فحصه لمدى دستوريتها، رأي رقم 01/ ر.ق.ع/ م.د/19 مؤرخ في 2019/09/14 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالسلطة الوطنية المستقلة للدستور، جريدة رسمية عدد 55 لسنة 2019، وذلك في المادة 11 من القانون محل الاخطار، حيث اعتبرها مطابقة جزئيا للدستور وقام بإعادة صياغتها.

المبحث الثاني: دور القضاء الدستوري في رقابة الإغفال التشريعي وحدود الرقابة

يعمل القاضي الدستوري على جعل الحقوق والحريات الأساسية تمارس على أكمل وجه من خلال رقابته للإغفال التشريعي، لأنه في بعض الأحيان يتقاعس المشرع على تنظيم حقوق وحريات مكفولة دستوريا، هذا ما يشكل فراغ تشريعي وتصبح الحقوق والحريات في دائرة الانتهاك والاهدار، وهذا ما يؤثر سلبا على إكتمال الحق أو الحرية، واختلفت مناهج القضاء الدستوري في التصدي لهذا المسألة، رغم الدور الكبير الذي يقوم به القاضي الدستوري في سبيل إرساء الحقوق والحريات الأساسية إلا أنه بدوره يخضع إلى بعض القيود تجعل من صلاحيته محدودة ما ينعكس سلبا على فعالية الرقابة، وإرساء الحقوق والحريات الأساسية ، وهذا ما سنوضحه من خلال مطلبين، المطلب الأول: رقابة الاغفال التشريعي ضمان لعدم إهدار الحقوق والحريات الأساسية، المطلب الثاني: حدود الرقابة الدستورية تحد من فعالية الحقوق والحريات الأساسية

المطلب الأول: رقابة الاغفال التشريعي ضمان لعدم إهدار الحقوق والحريات الأساسية

يعتبر الاغفال التشريعي أثر مترتب على عدم قيام جهة التشريع باختصاصتها الدستورية على أكمل وجه، هذا ما يسبب انعكاسات سلبية في مجال الحقوق والحريات الأساسية ما يجعل من القاضي الدستوري يتصدى إلى هذا النقص بتنبيه المشرع بذلك وفي بعض الحالات يحل محل المشرع ويقوم بتدارك هذا النقص وهذا ما سنوضحه من خلال ثلاثة فروع، الفرع الأول: تعريف الاغفال التشريعي وصور الرقابة عليه، الفرع الثاني: تمييز الاغفال التشريعي عن عدم الاختصاص السلبي، الفرع الثالث: الدور المضيف للقاضي الدستوري برقابته للإغفال التشريعي

الفرع الاول: تعريف الاغفال التشريعي وصور الرقابة عليه

في هذا الفرع سوف نتطرق إلى تعريف الاغفال التشريعي وموقف النظم الدستورية منه.

أولا: تعريف الإغفال التشريعي

حاول بعض الفقه تحديد معنى هذا المصطلح باعتبار الفكرة اعتمدت في ظهورها على اجتهاد الفقه الدستوري، وعرفه الاستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي بقوله: "يقصد بالإغفال التشريعي المجرد عدم تخلي المشرع عن اختصاصه لصالح أي سلطة أخرى ومنه فهو عبارة عن سكوت – إغفال تشريعي –

غير مصحوب بتنازل السلطة التشريعية عن صلاحياتها الدستورية المتمثلة في التشريع لأي سلطة أخرى"[1].

ويقصد بالإغفال التشريعي أو ما يسمى بالسكوت التشريعي: وهو سكوت المشرع عن تنظيم موضوع من الموضوعات الواردة بالوثيقة الدستورية، أن المشرع وهو بمناسبة إعداد قانون ما. أغفل التطرق إلى أحد جوانبه، مما يؤدي إلى الحد من فعالية الموضوع محل التنظيم من جهة وإهمال تطبيق النص الدستوري من جهة أخرى[2].

والمشرع إذا نظم الحقوق والحريات بناء على نصوص الدستور فإن دوره يجب أن يكون كاملا غير منقوص[3] ويقوم بإعداد القوانين بدقة عالية ومفصلة لضمان موازنة الحقوق والحريات والمراكز القانونية للأفراد مع مراعاة مقتضيات النظام العام والمصلحة العامة، أما إذا حدث سهو من المشرع فهذا لا يعني أن الأمر المهمل أو الذي سكت عنه غير موجود، ويمكن الاعتراف بهذا الحق حتى لو أغفله المشرع[4].

ويتحقق الإغفال التشريعي الذي يمكن أن يكون محل رقابة من القضاء الدستوري، إذا أغفل المشرع أحد الموضوعات المسندة إليه دستوريا، سواء عمدا أو إهمالا،- غير مكتمل – أي يكون الموضوع قاصرا عن الإحاطة بكافة جوانبه مما يترب عنه الإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم[5].

---

[1]– كيلالي زهرة الرحمان، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية علية – دراسة مقارنة – مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2012، 2013م، ص14.

[2]– خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص241.

[3] – يؤدي القضاء الدستوري دورا في حماية البرلمان نفسه، فالوظيفة التشريعية يجب أن تمارس كاملة، وأن يذهب فيها البرلمان حتى النهاية فلا يمكن للمشرع أن يسن القوانين ناقصة، ويترك للسلطة التنفيذية إكمالها خاصة القوانين التي تحمي الحقوق والحريات الأساسية، للمزيد انظر: محمد علي شحادة، المرجع السابق، ص69.

[4]– محمد بوسلطان، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، سنة 2011م، 2012م، ص131.

[5]– إطلالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ورقة مقدمة من وفد جمهورية مصر العربية إلى المؤتمر العالمي الثاني حول العدالة الدستورية – ريودي جانيرو – البرازيل 16 – 18 يناير 2011م، ص11. على الموقع: www.venice.cce.int بتاريخ: 2020/07/05.

مع أن الإغفال التشريعي لا يؤدي بالضرورة إلى عدم وجود قاعدة قانونية، بل بالعكس من ذلك قد يؤدي إلى وجود قاعدة سلبية " Norme négative" لها مدلول معين هو النهي عن أداء واجب أو رخصة[1].

وكل مخالفة للدستور سواء تعمدها المشرع أو انزلق إليها بغير قصد يتعين قمعها، كما أن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها، لابد من توفير الحماية من الجانب العملي وليس من معطياتها النظرية ويقرر هذه الحماية في الضمانة الدستورية لحقوق المواطنين وحرياتهم، وهنا يأتي دور المشرع لممارسة صلاحياته حتى يجسد الممارسة العملية والفعلية لهذه الحقوق والحريات[2].

ويشترط في الإغفال التشريعي ليرتب أثره في عدم الدستورية أن يكون جاء عن عمد من المشرع أم عن خطأ وهو ليس جزاء أو عقابا للمشرع على غفلته، إنما هو عبارة عن جزاء على النقص التشريعي في التنظيم وعدم الإحاطة بكل جوانب المسألة – والقضاء الدستوري ليس سلطة تعلو المشرع ولا هو سلطة رئاسية عليه لكن هذه الرقابة تكون في إطار مبدأ الفصل بين السلطات الذي يحتم التوازن فيما بينها[3]، والأصل هو نفاذ[4] كافة الحقوق والحريات وما دور المشرع إلا بغرض تحقيق المزيد من فعالية الحق أو الحرية[5].

---

[1]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص229.

[2]– عبد العزيز محمد سلمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مجلة المحكمة الدستورية العليا، العدد 15، سنة 2009م، جمهورية مصر العربية، ص11.

[3]– محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص330

[4] – كذلك مارست المحكمة الدستورية البحرينية رقابة الإغفال التشريعي، إذ قضت بعدم دستورية المادة (20) من مشروع قانون المرور للدستور منعت منح رخصة السياقة للأجانب المقيمين على إقليم دولة البحرين واعتبرت أن هذا النص أغفل حق الأجانب في التنقل والسفر وهذا يعتبر خرقا لأحكام الدستور. وهذا القرار صادر في 2014/07/10، وللمزيد انظر: حيدر طالب الإمارة، آثار الإغفال التشريعي الاجتماعية – دراسة مقارنة – مجلة العلوم القانونية، المجلد 34، العدد 02، كلية الحقوق، بغداد، العراق، سنة 2019م، ص35.

[5]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص342.

لأن القانون يكون بمثابة أداة تنفيذية للدستور، شأنه في ذلك شأن التشريع الذي يحتاج إلى لائحة لغرض تنفيذه، فالإغفال التشريعي في نظر الفقه يتحقق عندما يخالف المشرع الالتزامات التي يفرضها عليه الدستور أو أنه لم يقم بها على أكمل وجه[1].

قررت بعض النظم الدستورية صراحة على فتح باب الرقابة الدستورية على امتناع المشرع مثل: البرتغال، المجر، فقد نص الدستور البرتغالي على حق كل من رئيس الجمهورية والأومبد سمان، ورؤساء الجمعيات الإقليمية في أن يطلب من المحكمة الدستورية التحقق من عدم الدستورية إذا لم يتخذ المشرع التدابير التشريعية اللازمة، كما أجاز الدستور المجري إمكانية رقابة امتناع المشرع[2].

ومن الأمثلة التي تؤكد أن الإغفال التشريعي هو عبارة عن إخلال بالتزامات دستورية ما نصت عبيه المادة 02/62 من الدستور البرتغالي أنه يقع على المشرع التزام بإنشاء وتوسيع وحماية المتنزهات العامة وحماية القيم الثقافية والفنية والتاريخية، وما تقضي به المادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958م: "أن القانون يحدد القواعد الخاصة بالحقوق المدنية والضمانات الممنوحة للمواطنين لممارسة حرياتهم العامة[3].

ثانيا: صور الرقابة على الإغفال التشريعي

1- الصورة الأولى:

يقتصر دور القاضي الدستوري في هذه الحالة على مجرد الكشف عن وجود الإغفال التشريعي، ودوره لا يتجاوز البحث عن وجود الإغفال التشريعي دون أن يحكم بعدم دستورية هذا الحكم التشريعي ويقتصر دوره في إخطار السلطة التشريعية بذلك[4]، دون أن يلزم المشرع بضرورة التحرك التشريعي لإعادة النظر في هذه النقائص التي تشوب العملية التشريعية.

وقد سلك الدستور البرتغالي لسنة 1976م هذا المنهج والتشريعات الدستورية للبرازيل، دستور جنوب إفريقيا لسنة 1996م، حيث اعتمد واضعو الدستور كما وصفها بعض الفقه بحق فعالية هذه

[1]- كيلالي زهرة الرحمان، المذكرة السابقة، ص15.

[2]- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص226.

[3]- كيلالي زهرة الرحمان، المذكرة نفسها، ص15.

[4]- خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص245.

الرقابة واعتبروها أنها تقليل من فعالية الرقابة الدستورية وهي قيد على القاضي الدستوري حيث لا يستطيع التدخل المباشر لسد الثغرات التي يمكن أن يحدثها المشرع.

وتبنى الدستور البرازيلي سنة 1988 آلية الرقابة على الإغفال التشريعي صراحة في نصوصه، من خلال المادة 103[1] منه حيث شملت الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي وغياب الاجراءات الإدارية التي تختص بها السلطة الإدارية، ما يلاحظ على الدستور البرازيلي أنه وسع من نطاق الرقابة لتشمل حتى الإجراءات الإدارية من خلال توجيه خطاب للسلطات الإدارية، ويبقى دور القاضي الدستوري البرازيلي لا يتعدى دعوة السلطة التشريعية وإخطارها بهذا النقص الذي يعيب نصوص القانون، أما فيما يخص سكوت السلطات الإدارية فقد حددت مدة 30 يوما من أجل اعتماد الإجراءات الإدارية[2].

2- الصورة الثانية:

في هذه الصورة لا يقتصر دور القاضي الدستوري على مجرد الكشف عن الإغفال التشريعي بل يصدر حكما يتضمن إيعازا إلى السلطة التشريعية بضرورة التدخل كما يعمل القاضي الدستوري على تحديد الطرق والوسائل التي تمكن المشرع من تدارك هذا النقص[3].

ومن أمثلة الأحكام المتضمنة إيعازا في القضاء الدستوري المجري حيث لم ينص الدستور المجري صراحة على سلطة القاضي الدستوري في رقابة الإغفال التشريعي وأحال تنظيمها إلى القوانين وبموجب القانون 29 سنة 1989 المنظم لاختصاصات المحكمة الدستورية المجرية وحدد هذا القانون اختصاص المحكمة برقابة الإغفال التشريعي، ونصت المادة 49 من قانون المحكمة السابق ذكره: "... إذا استنتجت المحكمة الدستورية بناء على طلب من أي شخص أو من تلقاء نفسها أن الهيئة التشريعية قد تنكرت لواجباتها بصورة تؤدي إلى انتهاك الدستور ... بضرورة التدخل للوفاء بواجباتها مع تحديد تاريخ معين للقيام بذلك".

---

[1]- تنص الفقرة 10 من المادة 103 من الدستور البرازيلي لعام 1988 المعدل على "عند النظر في عدم دستورية قاعدة قانونية أو اجراء تنظيمي بشكل مجرد تستدعي المحكمة الاتحادية العليا النائب العام لاتحاد الدفاع عن القانون أو النص المعترض عليه".

[2]- كيلالي زهرة الرحمان، المذكرة السابقة، ص121.

[3]- خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق ص246.

يبدو أن القضاء الدستوري المجري يتميز بجرأة كبيرة وفعالية أكبر حيث ألزم المشرع بالقيام بصلاحياته الدستورية مع توسيع الإخطار حتى للأفراد وحق التصدي الذي تتمتع به المحكمة ووضع القيد الزمني للمشرع ليتدارك ما أغفله من نصوص قد تسبب خللا في حريات الأفراد ومخالفة لقواعد الدستور[1].

وفي ألمانيا ذهبت المحكمة الدستورية الاتحادية في بعض أحكامها إلى توجيه نداء إلى المشرع لوضع قواعد قانونية مثل أنه في عام 1969 بعد مضي عشرين عاما على نشر الدستور الاتحادي الألماني انتهت المحكمة الألمانية إلى أنه مضى وقت كاف كان يسمح للمشرع باستيفاء واجبه المنصوص عليه صراحة بوضوح في الدستور[2].

وقد لجأت المحكمة الدستورية الإيطالية والإسبانية إلى هذا الحل بحيث تكون القوانين المنطوية على الإغفال التشريعي دستورية بصورة مؤقتة وفي ذات الوقت يخطر المشرع وتنذر بأنه إذا ظلت على حالها دون تدخل إيجابي خلال فترة زمنية معقولة لتدارك هذا النقص التشريعي فإن ذلك سوف يؤدي إلى الحكم بعدم دستوريته في المرة القادة.

الفرع الثاني: تمييز الإغفال التشريعي عن عيب عدم الاختصاص السلبي

في هذا الفرع سوف نتطرق إلى التمييز بين الاغفال التشريعي وعيب عدم الاختصاص السلبي، حيث يكون هذا الأخير هو إنكار المشرع إلى اختصاصاته نهائيا، أما الاغفال فإن المشرع لا يصدر القوانين مكتملة لتوفي بالغرض المطلوب منها.

وللتمييز بين الإغفال التشريعي وعيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع يجب التطرق إلى تعريف الاختصاص السلبي.

وفقا لقواعد توزيع الاختصاص تلزم كل سلطة من السلطات العامة في الدولة ممارسة اختصاصاتها الدستورية، وبناء على هذا فإنه يجب على السلطة التشريعية القيام باختصاصاتها التشريعية دون التخلي عن بعض هذه الاختصاصات لإحدى السلطات الأخرى خاصة التنفيذية،

[1]– كيلالي زهرة الرحمان، المذكرة السابقة، ص120.

[2]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص228.

ويتحقق عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع من خلال الامتناع عن ممارسة الوظيفة التشريعية بصفة كلية أو الإفراط في عمومية القوانين والإحالة للسلطة التنفيذية لتكملتها، أو الإفراط في التفويض التشريعي[1].

والتفويض التشريعي في بعض الأحيان يكون في الحالات غير العادية، حيث يتنازل المشرع عن جزء من اختصاصاته لصالح السلطة التنفيذية، وهذا ما يتصدى له القضاء الدستوري وجعل التفويض التشريعي يخضع الى ضوابط وقيود دستورية.

وقد حرصت المحكمة الدستورية المصرية العليا على تحديد ضوابط التفويض التشريعي بقولها "لا يشترط لسلامة التفويض وصحته أن تطرأ ظروف استثنائية تبرره، وأن يكون محدد المدة ...".

أو يكون عدم اختصاص سلبي غير مقرون بتفويض تشريعي يحصل عندما يتخلى المشرع عن اختصاصه دون إحالته إلى سلطة أخرى[2].

إن الإغفال التشريعي يتميز عن عدم الاختصاص السلبي من حيث الأول يعتبر سلوكا سلبيا من المشرع (امتناع) أما الثاني فهو سلوك إيجابي ويتمثل في اعداد وسن القوانين إلا أنها ناقصة لا تضمن ممارسة الحقوق والحريات على أتم وجه.

ويبرز أيضا الاختلاف من حيث سلطة القاضي الدستوري وآلية رقابية.

بالنسبة للإغفال التشريعي يطلق على الأحكام التي يصدرها القاضي الدستوري بالأحكام المضيفة، أما بالنسبة لعدم الاختصاص السلبي فتسمى بالأحكام الايعازية[3].

وفي الأحكام الايعازية لا يقتصر دور القاضي الدستوري على مجرد الكشف عن وجود إغفال تشريعي، بل يخاطب المشرع ويوجه إليه نداء لسد هذا العجز أو الإغفال مع إمكانية توجيه أوامر وفي

[1]– بالجيلالي خالد، الاختصاص السلبي للمشرع والرقابة الدستورية عليه – دراسة مقارنة – مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 02، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، سنة 2017م، ص75.

[2]– كيلالي زهرة الرحمان، المذكرة السابقة، ص27.

[3]– بالجيلالي خالد، المقال نفسه، ص78.

النهاية ليس هناك إلزام أو فرض على السلطة التشريعية وفي بعض الأنظمة يمنح المشرع مدة زمنية وحالة عدم الامتثال يفقد النص قوته القانونية وبطلانه بسبب القصور[1].

لكي يتم تحديد الإغفال التشريعي من قبل المشرع، تبنت بعض النظم القانونية الرقابة عليه، كما اعترف القضاء الدستوري في بعض النظم القانونية الأخرى بحقه في هذه الرقابة في حالة غياب النص الصريح عليها، (كما هو الحال بالنسبة لمصر، فرنسا، إيطاليا، إسبانيا، ألمانيا، واختلفت النظم الدستورية والقانونية بشأن الرقابة على الإغفال التشريعي[2]، وهناك دساتير أشارت في حال الامتناع التشريعي بالرقابة علية، وفي هذه الحالة يقر الدستور صراحة بحق الرقابة على الإغفال التشريعي واتخاذ التدابير اللازمة لوضع القواعد الدستورية موضع التطبيق، وهناك بعض الدساتير لم تنص صراحة على رقابة الإغفال التشريعي، قصد واضعي الدساتير في بعض الدول إرساء فلسفة تعطي للمشرع صلاحية أكبر تجاه القواعد الدستورية، حيث يصبح من واجب المشرع تطوير القواعد الدستورية والعمل على تجسيدها وإعطاء المشرع فضاء كبير من الحرية في اختصاصاته التشريعية[3].

لقد عرفت الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي تطورا ملحوظا، فبعد أن كان القضاء الدستوري ممتنعا عن رقابتها باعتبار أن امتناع المشرع تدخل في نطاق سلطته التقديرية وطور موقعه، وأصبح ينظر إلى الإغفال التشريعي هو مخالفة للدستور[4]، وتختلف النظم القانونية في طريقة تحريك رقابة الإغفال التشريعي[5] فهناك من يسند حق التصدي المباشر للإغفال التشريعي، أو بناء على طلب

---

[1]– عادل عامر، ظاهرة الإغفال التشريعي، على الموقع www.diwanalarab.com بتاريخ 2020/04/04.

[2]– خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص243.

[3]– محمد حسن عبد الله، معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي في القانون الوضعي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة بابل، العراق، سنة 2015م، ص218.

[4]– عادل عامر، الموقع الالكتروني نفسه.

[5] – لم يترك المشرع الدستوري في البرتغال بموجب المادة (2/283) من دستور لسنة 1976م الحق للأفراد في تحريك رقابة الامتناع التشريعي، كما منعه على قاضي الموضوع وحتى المحكمة الدستورية نفسها، أما في دستور جنوب إفريقيا لسنة 1996م الذي يسمح بموجب التشريع الوطني وقواعد المحكمة الدستورية، الحق لأي شخص متى تحقق بمطلبه مصلحة العدالة، فضلا عن منح المحكمة حق التصدي وإذا لم يقدم البرلمان بالتزاماته الدستورية، للمزيد انظر: محمد حسن عبد الله، المقال نفسه، ص584 وما بعدها.

أي فرد سواء يشغل منصب سياسي أم كان فردا عاديا[1]، وموقف القضاء الدستوري من موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي الكلي يتفق مع الاتجاه الفقهي المؤيد لخضوع هذا الأخير لرقابة الدستورية، ويتجلى ذلك في كل من قضاء المحكمة الدستورية المصرية والمجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية بجنوب إفريقيا، حيث يمكن للقاضي الدستوري استخلاص القواعد الضمنية من خلال رقابة التي يمارسها على القانون[2].

الفرع الثالث: الدور المضيف للقاضي الدستوري برقابته للاغفال التشريعي

ضرورة تدخل القاضي الدستوري في إرساء الحقوق والحريات الأساسية تجعله يتدخل لتدارك النقص الذي يعيب التشريع، وكأنه يحل محل المشرع ويقوم بعملية التصحيح التشريعي، وكأنه يشارك المشرع في هذه الحالات في سبيل صيانة الحقوق والحريات الدستورية وهذا ما سنوضحه من خلال هذا الفرع.

أولا: نماذج عن اجتهادات بعض المحاكم الدستورية في رقابة الاغفال التشريعي

إن السكوت التشريعي لا يدخل في نطاق الملاءمة التشريعية، ومن ثم يخضع لرقابة الدستورية[3] ودليلا على ذلك تصرح المحكمة الدستورية العليا بأن "... تنظيم الحقوق منوط بالمشرع ...إلا أن تدخله يغدو عزيمة إذا ما دعاه الدستور إلى تنظيم حق من الحقوق، كما هو الحال بالنسبة لحق التقاضي، فإذا امتنع أو أدى مسلكه إلى الإخلال بهذا الحق كان ذلك مخالفا للدستور"[4].

كما أقرت المحكمة في أحد أحكامها بالقول " ... إذا كان الدستور قد خول السلطة التشريعية أصلا سلطات سن القوانين ... إلا أنه لا يعصمها من الخضوع للرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة

[1]– خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص243.

[2]– كيلالي زهرة الرحمان، المذكرة السابقة، ص39.

[3] – يمكن الطعن بعدم دستورية امتناع المشرع عن إصدار قانون ينظم مدة وأسباب الحبس الاحتياطي... أو عن تنفيذ العقوبات التي ألغيت بعد تنفيذها بحكم بات أعمالا للمادة 45 من الدستور المصري لسنة 2014 انظر: محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص336.

[4]– محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص336.

الدستورية العليا في شأن دستوريتها وهي رقابة غايتها إيصال ما يكون منها مخالفا للدستور ولو كان ذلك من زاوية الحقوق التي أهدرتها ضمنيا[1]..."[2].

ومن الأحكام واضحة الدلالة في رقابة المحكمة الدستورية العليا للإغفال التشريعي حكمها الصادر بشأن المحميات الطبيعية بجلسة 1994/10/01 في القضية الدستورية رقم 20 لسنة 15 قضائية، حيث أكدت على إغفال نشر خريطة المحميات التي تبين حدود كل محمية من شأنه أن يجهل بالركن المادي لجريمة الاعتداء على المحميات لما يفقد التجريم خاصية اليقين ويجعله مخالفا للدستور، وقضت بعدم دستورية المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 450 لسنة 1986 بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة جب علبه بالبحر الأحمر[3].

وأيضا من الأحكام التي تطرقت من خلالها المحكمة الدستورية العليا في ما يخص الإغفال التشريعي في القضية الدستورية رقم 3 لسنة (1 قضائية بجلسة 25 يونيو لسنة 1983) التي طعن فيها بعدم دستورية القرار بقانون رقم 104 لسنة 1964 بأيلولة ملكية الأراضي الزراعية التي تم الاستيلاء عليها طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 الخاص بالإصلاح الزراعي والقرار بقانون رقم 127 لسنة 1961 المعدل له، إلى الدولة دون مقابل[4]، وأسندت المحكمة على دعامة رئيسية مفادها أن القرار بقانون المقضي بعدم دستوريته قد أغفل تقرير حق الملاك في التعويض عن أراضيهم المستولى عليها[5].

ولم يقتصر حكم المحكمة على إبطال المادة الأولى منه فقط بل تم الحكم بعدم دستوريته برمته، بناء على أن المادة الأولى لا يمكن فصلها عن باقي نصوص القانون الأخرى[6].

---

[1] – ولم يقتصر دور المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على الإغفال التشريعي فقط بل ذهبت الى أبعد من ذلك حيث أنها تراقب قاعدة لم ينص عليها التشريع صراحة وتصل المحكمة الى مثل هذه القواعد من فحوى المواد محل الرقابة أي القاعدة التي اتجهت إليها إرادة المشرع ضمنا بصورة غير مباشرة، انظر: عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص54 وما بعدها.

[2] – كيلالي زهرة الرحمان، المذكرة السابقة، ص121.

[3] – عبد العزيز محمد سلمان، المقال السابق، ص26.

[4] – ألاء مهدي مطر، المرجع السابق، ص324.

[5] – عبد العزيز محمد سلمان، المقال نفسه، ص27.

[6] – ألاء مهدي مطر، المرجع نفسه، ص325.

كما وضعت المحكمة الدستورية العليا المبدأ العام بصدد سلطة المشرع في سن القوانين وتنفيذ إرادة المشرع الدستوري، ونصت على هذا المبدأ في عبارات واضحة وصريحة " إن سن القوانين هو ما تختص به السلطة التشريعية مباشرة وفقا للدستور في إطار وظيفتها الأصلية ..."[1].

كما أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكما قاضية فيه بعدم دستورية نصين تشريعيين في نطاق معين ،فحكمت بعد دستورية نص المادة 25 من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة.

ولم تحكم المحكمة بعدم دستورية المادة 25 بأكملها لكن فيما تضمنته من قاعدتين أبرزتهما المحكمة في منطوق حكمها، وفي هذا الحكم حكمت بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة 26 من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة. وأستندت في هذا الحكم على عدم النص على وجوب سماع أقوال العضو في مرحلة التحقيق[2].

وفي إطار مواجهة المحكمة الدستورية العليا للإغفال التشريعي الذي قد يقع فيه المشرع حكمها الصادر بتاريخ 2002/11/03 في القضية رقم 70 لسنة 18 قضائية، حيث قضت بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة 29 من القانون 49 لسنة 1977 في مجال تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فيما لم يتضمنه النص على إنهاء عقد الإيجار الذي يلتزم المؤجر بتحرير لمن لهم الحق في شغل العين، بإنهاء إقامة آخرهم بها سواء بالوفاة أو بالترك[3].

يلاحظ أن رقابة الإغفال التشريعي للمحكمة الدستورية العليا لا يؤدي إلى بطلان النص التشريعي في مواد التجريم والعقاب عملا بمبدأ الشرعية الجنائية التي تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي سابق، إذا كان الهدف من هذه الرقابة هو الوصول إلى جريمة أو عقوبة جديدة لم يتطرق إليها المشرع، حيث لا يترتب على هذا البطلان الوصول إلى تجريم أو عقوبة لم يرد به نص تشريعي، لأنه من غير الممكن من خلال الرقابة الدستورية أن نستخلص المحكمة الدستورية نصا تشريعيا بأثر رجعي وإلا أصبحت المحكمة تحل محل المشرع[4].

---

[1]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص345.

[2]– عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص59.

[3]– عبد العزيز محمد سلمان، المقال السابق، ص29.

[4]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص236.

ومارست المحكمة الاتحادية العليا في العراق الرقابة على دستورية القوانين كوسيلة لضمان الحريات والحقوق المنصوص عليها دستوريا، فألغت العديد من النصوص التشريعية لمخالفتها القواعد الدستورية المتضمنة على الحقوق والحريات الأساسية[1].

ونصت المادة 93 من دستور العراق لعام 2005 على أن المحكمة الاتحادية العليا تختص بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة.

كما أشار النظام الداخلي للمحكمة رقم (01) لسنة 2005 في الفصل الثاني منه في المواد (3، 4، 5، 6) فقد وردت عبارة " البت في شرعية نص قانوني أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات ...الخ" وبالتالي يمكن للمحكمة الاتحادية العليا فحص مدى دستورية القوانين من مختلف الجوانب، وهذا الفحص مس حتى الإغفال التشريعي الذي قد يصدر عن المشرع[2].

ومن تطبيقاتها في رقابة الإغفال التشريعي، وعملا بالدستور العراقي لعام 2005 في مادة 41 تنص على حرية الالتزام بالأحوال الشخصية للأفراد حسب دياناتهم ومذاهبهم ومعتقداتهم، وألزم المشرع بتنظيمها بموجب قانون إلا أن المشرع لم يصدر هذا القانون، ولقد انتبهت المحكمة الاتحادية العليا إلى هذا الفراغ التشريعي الذي يعود سلبا على ممارسة مثل هذه الحريات المكفولة دستوريا.

وجرى الطعن بعدم دستورية المادتين 40 و43 من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 حيث اشترطت المحكمة لتطبيق المادتين صدور قانون ينظم هذه المسألة[3].

والقرار رقم (6/ اتحادية /2010) في 2010/03/03 والمتعلق بتنظيم كوتا الأقليات حيث جاء فيه "... إشعار السلطة التشريعية بتشريع نص جديد يكون موافقا لأحكام المادة 14 و15 من الدستور باعتبار المقاعد المخصصة من الكوتا للمكون الصائبي كافة ضمن دائرة انتخابية واحدة..."[4].

---

[1]– محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص333.

[2]– سمير داود سلمان، الإغفال التشريعي وإمكانية الرقابة القضائية عليه في العراق، مجلة العلوم القانونية، المجلد 21، العدد 04، جامعة بغداد، العراق، سنة 2019، ص102.

[3]– حيدر طالب الإمارة، المقال السابق، ص35.

[4]– خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص251.

ولم تكتف المحكمة الاتحادية العليا في العراق بالحكم بعدم الدستورية للقوانين، أو إشعار السلطة التشريعية بذلك القصور التشريعي، بل تعدت إلى ما يسمى الاستبدالية[1]، فهي أحكام مكملة للنصوص التشريعية، لأنها تكمل بالتفسير الذي تصل إليه المحكمة الدستورية وما تنطوي عليه هذه النصوص من نقص تشريعي، ويعتبر حكم المحكمة عبارة عن تكملة للفراغ التشريعي[2].

ومن تطبيقاتها أيضا لهذه الطريقة في رقابتها الدستورية[3] قرارها الصادر مستندة على المادة 44 من الدستور العراقي لعام 2005 التي تنص على حرية التنقل والسفر داخل العراق وخارجه والإبعاد والنفي والحرمان من حق العودة إلى الوطن، إذ ذهبت في قرارها الصادر سنة 2014 وبسبب عدم وجود قانون جديد ينظم هذه الحقوق والحريات الدستورية تفطنت المحكمة للإغفال التشريعي في هذا الشأن، وحكمت ب(... إن حرمان المواطن الذي فقد جواز سفره من الحصول على جواز سفر جديد يتعارض مع المادة (44 أولا) من الدستور ولهذه الأسباب تعتبر المادة (10/ خامسا /ج) من قانون جوازات السفر رقم 32 لسنة 1999 غير دستورية ...)[4].

وفي اجتهاد آخر للمحكمة الاتحادية العراقية حسب ما ورد في حكمها رقم 13 اتحادية 2007 في 2007/07/31 المتعلق بحق المواطن في التمثيل بمجالس المحافظات، إذ اعتمدت المحكمة في حكمها إلى القواعد التي تلحق تفسير أي مادة في التشريع ما يتطلب دراسة كل مواد ذلك التشريع للوصول إلى فلسفة وغاية ذلك التشريع الذي أراده المشرع من الدستور.

واستندت المحكمة على نص المادة 04/49 من الدستور العراقي التي تضمن نسبية التمثيل السنوي وألا تكون أقل من الربع من عدد أعضاء النواب، والمحكمة ترى أنه هذا ما يجب العمل به في مجالس المحافظات استنادا لوحدة الهدف ولوحدة الاختصاصات في المجال التشريعي.

---

[1] – وكذلك من تطبيقات منهج الاستبدالية في رقابة الدستورية المحكمة الدستورية الإيطالية بخصوص عدم دستورية المادة 313 من قانون العقوبات، حيث أن المحكمة بعد الإيصال الجزئي للنص أقامت قاعدة قانونية جديدة، للمزيد انظر: ألاء مهدي مطر، المرجع السابق، ص141 وما بعدها.

[2] – ألاء مهدي مطر، المرجع نفسه، ص141.

[3] – قرار رقم (13/اتحادية /2007) في (2007/07/31) بخصوص فرض نسبة تمثيل للنساء في قانون المحافظات وفقا للمادة 14 من الدستور، فقرار المحكمة يعد مثابة نص مكمل لقانون المحافظات والتي تتعلق بفرض نسبة كوتا النسائية في مجلس المحافظات، انظر: خاموش عمر عبد الله، مرجع سابق، ص247.

[4] – حيدر طالب الإمارة، المقال السابق، ص36.

ويتضح من هذا الحكم أن المشرع لم يضع النصاب للتمثيل النسوي في مجالس المحافظات خلافا لمجلس النواب المنصوص عليه قانونا، إلا أن المحكمة الاتحادية في هذا الشأن اعتمدت على أساس القياس مستعملة في ذلك معياري الهدف والاختصاص وأقرت بنسبة الربع حتى لمجالس المحافظات مستندة على النص الدستوري الذي يضمن نصاب الربع للتمثيل النسوي[1].

كما مارست المحكمة الاتحادية رقابة الإغفال التشريعي مع إلزام المشرع من خلال الرقابة الايعازية مثل: القرار رقم 10/اتحادية / 2009 في 2009/05/26 الذي أوعز لجنة التعديلات الدستورية بالتطرق إلى كيفية انتخاب رئيس مجلس النواب أو أحد نائبيه في حالة شغور المنصب وكذلك القرار 59 /اتحادية/ 2011 في 2011/11/21 الذي أوعز للسلطة التشريعية باعتماد الآراء الفقهية لكافة المذاهب الإسلامية عند إصدار تشريع ينظم الأحوال الشخصية[2].

وفي النمسا إذا كانت حالات الإغفال الصادرة من المشرع لا يمكنها أن تكون عموما موضوع طعن أمام المحكمة الدستورية، فإنه يمكن إحالة الأحكام التطبيقية الناقصة (جزئيا) على المحكمة كما هو الشأن بالنسبة للمواضيع المتعلقة بتوزيع الاختصاصات التشريعية بين الفيديرالية والولايات بموجب المادة 12 من الدستور، إذا كان قانون الولاية لا يتماشى مع الأهداف الجوهرية للقانون الفيديرالي إلا بصفة جزئية، وإذا كان الإغفال مخالفا للأحكام الجوهرية ولا يكون الدستور في هذه الحالة هو المرجعية الأساسية إنما سمو القانون الفدرالي على قانون الولايات[3].

وقضت المحكمة الدستورية النمساوية أن إغفال المشرع مراعاة التغيرات الواقعية الناجمة عن تعديل قانون الأسرة، يمكن أن ينشئ وضعا منافيا للمساواة ،الأمر الذي يؤدي إلى أي قاعدة كانت بحسب الأصل مطابقة للمساواة ، أصبحت مخالفة لهذا المبدأ بالنسبة إلى التعويضات (المقررة للأرامل والمحالين على المعاش)[4].

---

[1]– مروة قحطان العامري، الرسالة السابقة، ص112.

[2]– سالم روضان الموسوي، دور القضاء الدستوري العراقي في معالجة النقص التشريعي، على الموقع: www.m.ahewar.org 08/04/2020/11:00.

[3]– هلمت ستوينبرجر، نماذج عن القضاء الدستوري، اللجنة الأولية لتطبيق الديمقراطية على الموقع: www.venic.coe.int ، ص 23 بتاريخ 2020/07/21.

[4]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص228.

تقوم المحكمة الدستورية النمساوية باستجلاء النصوص القانونية من النص بهدف سد الفراغ التشريعي الذي يعيب القوانين العادية التي تخضع لرقابتها حتى تجعلها أكثر دستورية لتفادي الحكم بعد الدستورية أو ما يسمى "بالقواعد المتممة للقانون" مثل حكمها الصادر في 29 نوفمبر 1985 وهي تعالج مدى دستورية قانون الانتخابات النمساوي بأكمله بخصوص ما لم يتضمنه النص على إسقاط حق مباشرة حق الانتخاب بالنسبة لبعض الفئات تمثل قوى سياسية استنادا إلى المادة 03 من القانون المنظم لحالات المنع من مباشرة الحقوق السياسية وأحكام المادة 01/09 معاهدة فيينا 1955، وذهبت المحكمة في هذا الحكم إلى " القواعد ذات القيمة الدستورية تفرض واجبا دستوريا على المشرع العادي بضرورة النص على هذا المنع في قوانين الانتخاب..."[1].

والأمر الذي يثير الجدل هو حق القاضي الدستوري في النمسا في تحديد مهلة معينة[2] من خلالها يعتبر القانون المحكوم بعدم دستوريته، أو جزء منه نافذا ومطبقا لمدة لا تزيد عن 08 أشهر، ماعدا الحالة التي حكم فيها بعدم دستورية هذا النص.

إن هذا المنهج الذي سلكه القاضي الدستوري النمساوي قد يحدث اضطرابات وخللا في المنظومة القانونية، فكيف يمكن تطبيق قانون غير دستوري لمدة طويلة، هذا ما يجعل قاضي الموضوع ملتزما بتطبيق قانون غير دستوري[3].

ثانيا: نماذج عن اجتهادات بعض المجالس الدستورية في رقابة الإغفال التشريعي

مارس المجلس الدستوري الفرنسي رقابته على الإغفال التشريعي، متأثرا بمنهج مجلس الدولة الفرنسي من مراقبة القرارات الإدارية السلبية، وذهب الفقه الفرنسي إلى اعتبار امتناع المشرع هو في

---

[1]– كيلالي زهرة الرحمان، المذكرة السابقة، ص146.

[2] – وتنص المادة 40 فقرة 06 من الدستور النمساوي: "إذا تم إلغاء قانون بدعوى أنه غير دستوري عن طريق حكم صادر من المحكمة الدستورية فإن الأحكام القانونية التي ألغاها القانون الذي أعلنت المحكمة عدم دستوريته يصبح نافذة مرة أخرى ما لم ينص حكم المحكمة خلاف ذلك..." للمزيد انظر: دستور النمسا الصادر عام 1920 أعيد العمل به عام1945 شاملا تعديلاته عام 2013 على الموقع الالكتروني: https://www.Constituteproge.org بتاريخ2020/07/21.

[3]– إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، المرجع السابق، ص215.

حد ذاته الاختصاص السلبي معتبرين أن عدم الاختصاص السلبي يشبه تماما الاختصاص الإيجابي الذي يمارسه المشرع عن طريق سن قوانين تخرج عن اختصاصه[1].

يستطيع المجلس الدستوري الفرنسي من خلال آلية التفسير الإنشائي أن يملك سلطة تفسيرية خلاقة يمكنه من خلالها أن يكمل النقص والقصور الموجود في القانون – إن المجلس الدستوري الفرنسي لا يكتفي بإكمال النقص التشريعي – إنما يقوم من خلال التفسير الإنشائي بعلاج هذا القصور من خلال إكمال النقص[2].

من خلال صلاحية المجلس الدستوري في رقابة مدى مطابقة القوانين للدستور، لم تقتصر رقابته للمشرع على النصوص والعبارات المكتوبة فحسب، بل مارس رقابة الإغفال الذي قد يقع فيه المشرع، وألزمه بالقيام بعمله حسب ما يمليه الدستور[3].

وللمجلس الدستوري الفرنسي العديد من الاجتهادات التي تفطن من خلالها إلى إغفال المشرع إلى بعض الضوابط التي يتوجب اعتمادها لأجل إكمال الفانون[4] ومن أمثلة لك قراره رقم 351 لسنة 2013 بتاريخ 25 أكتوبر 2013 المتعلق برقابة الضريبة المحلية عن الإعلانات الخارجية ،ففي هذا القرار صرح المجلس: " أنه من خلال عدم تحرير طرق استرداد الضريبة المحلية عن الإعلانات الخارجية، تجاهل المشرع مدى الكفاءة التي يملكها من المادة ... من الدستور". وأقر المجلس عدم دستوريتها لأن المشرع أغفل الطرق التي يمكن استعمالها في استرداد الضرائب[5].

---

[1]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص229.

[2]– ليلى خنوش ناجي: دور القاضي الدستوري في الإصلاح التشريعي، بحث مقدم الى مؤتمر (الإصلاح التشريعي طرق نحو الحكومة الرشيدة ومكافحة الفساد) الذي أقامته مؤسسة النبأ للثقافة والإعلام وجامعة الكوفة كلية القانون نيسان 2018، على الموقع الالكتروني: http//:m.annabaa.org يوم 2020/04/09.

[3]– أحمد فتحي سرور، المرجع نفسه، ص229.

[4] – إن المجلس الدستوري الفرنسي يؤكد على مبدأ فعالية القانون، بحيث يجب أن يكون التشريع يصون الحقوق والحريات على أكمل وجه وتأكيدا لهذا المبدأ في قرار صادر بتاريخ 1994/10/11 والمتعلق ب: مؤسسات الصحافة أكد المجلس الدستوري: "بما أن الأمر يتعلق بحرية أساسية، بينما أن قيمتها تزداد انطلاقا من كون حمايتها هي إحدى الضمانات الأساسية لاحترام سائر الحقوق والحريات والسيادة الوطنية، فإن القانون لا يستطيع تنظيم ممارستها إلا بهدف جعلها أكثر فعالية وأكثر ضمانة". انظر: علي صبري حسن، المرجع السابق، ص130.

[5] -CC n° 2013 – 315 QPC du 25.10.2013. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

كما أصدر المجلس الدستوري قرار شهير (C.C 94 – 345 DE 29 Guillet 1994) حيث أبطل من خلال هذا القرار بعض مواد القانون المتعلق باعتماد اللغة الفرنسية المنصوص عنها في المادة الثانية من الدستور الفرنسي دون غيرها في وسائل الإعلام وأبطل هذه المواد مستندا على وجوب عمل المشرع بين التوفيق بين نصوص الدستور وإعلان حقوق الإنسان والمواطن.

من خلال إبطال هذه النصوص وإلزام المشرع بمراعاة إعلان حقوق الإنسان والمواطن، وكأن المجلس الدستوري يرى أن المشرع أغفل الإعلان ولم يستعمله كمرجعية في سن هذا القانون[1].

وقضى بعدم دستورية المادة 02 من القانون الخاص بحماية الأشخاص الطبيعيين في مواجهة المعالجة الآلية للبيانات الشخصية، وقد رأى المجلس الدستوري عدم دستورية هذا النص، لأنه فيما يتعلق بموضوع الوكالة المشار إليها وشروطها، لم يقم بأي تحديد، كما أنه غامض فيما يخص الجرائم التي يطبق عليها اصطلاح " Fraude" ... ولا يذكر شيء عن القيود التي يمكن أن ترتبط بحفظ البيانات الخاصة بالإدانة[2].

وفي هذا السياق أصدر القرار رقم 86-217 بتاريخ 1986/09/19 قضى فيه المجلس بعدم دستورية المواد 39، 41 من القانون المتعلق بحرية الاتصالات بسبب عدم مراعاة مبدأ التعددية في مجال الاتصالات السمعية والبصرية واستنادا إلى المادة 34 من الدستور... يكون المشرع قد تنكر لاختصاصه الوارد في المادة 34 من الدستور، حيث أن حاصل ذلك وسبب ما أصاب القانون من نقص ... فإن أحكام المواد 39، 41 لا تكفي في ذاتها للحفاظ على التعددية بالمعنى السابق ... وبالتالي وجب إعلان عدم تطابق المادتين 39 و41 من القانون الخاضع للرقابة مع الدستور"[3].

لقد كرس المجلس مبدأ عدم رجعية الأحكام الجزائية، سواء كانت صادرة من القضاء الجنائي أو من سلطة أخرى، إذ أصدر المجلس الدستوري في قراره رقم: (378-96) في 1998/01/21 قيدا عاما في مجال عدم رجعية النصوص العقابية، فقد قضى بعدم دستورية قانون مكافحة الإرهاب في أقاليم ما وراء البحار المسمى بقانون (Debré)، لأنه تضمن نصا يسمح سريان أحكام هذا القانون قبل 90 يوما من تاريخ نفاذه في هذه الأقاليم مستندا في ذلك على أن المشرع قد أغفل مبدأ عدم رجعية

[1]– أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص339.

[2]– محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص51.

[3]– كيلالي زهرة الرحمان، المذكرة السابقة، ص168.

النصوص العقابية الواردة في نص المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي، الذي يملك نفس القيمة القانونية لقواعد الدستور الفرنسي[1].

وفي مجال قانون العقوبات قرّر المجلس الدستوري عدم دستورية النص، الذي يمتنع فيه المشرع عن تحديد الجرائم بصورة كافية. مما يمس بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات[2].

وفي 18 يناير سنة 1985 قضى بعدم دستورية المادة 01/208 من النص المعروض عليه ،على أساس أنه لم يحدد عناصر الجريمة التي تهدف إلى المعاقبة عليها، وهي جريمة اختلاس خاصة تحت اسم "malversation "، المجلس الدستوري اعتبر أن المشرع أغفل عناصر الجريمة ولم ينص عليها[3].

وفي الجزائر كان لاستحداث القوانين العضوية بمقتضى دستور 1996، واشتراط خضوعها لمراقبة المطابقة الوجوبية، إضافة إلى الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان دورا كبيرا في توسيع تدخلات المجلس الدستوري، وانتهز المجلس الدستوري الجزائري هذه الفرصة ليؤكد قدرته في المحافظة على سمو الدستور وصيانة الحقوق والحريات الدستورية[4].

ولعل من أهم الأساليب التي يعتمد عليها القاضي الدستوري الجزائري في الرقابة على دستورية القوانين هو أسلوب التحفظات البناءة، أو الانشائية لمواجهة حالات الإغفال التشريعي للمشرع وحثه على التدخل إلى معالجة النقص الذي يمس القانون، ذلك من خلال إصدار نوع من الأحكام تسمى بالأحكام التوجيهية أو التفسيرية البناءة أو الإنشائية، أو الأحكام التفسيرية المجردة، أو المحايدة، أو يعتمد على أسلوب عدم الدستورية[5].

ومن تطبيقات الفراغ التشريعي في المنظومة القانونية الجزائرية نجد الدستور ينص على وجوب تنظيم بعض المسائل بموجب قوانين عضوية إلا أن المشرع يبقى صامتا ولا يحرك ساكنا ولا

---

[1]– حيدر طالب الإمارة، المقال السابق، ص42.

[2]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص230.

[3]– أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص200.

[4]– عمار عباس، المرجع السابق، ص35.

[5]– بالجيلالي خالد، المقال السابق، ص84.

يقوم بواجباته الدستورية، ومع كل هذا فإن المجلس الدستوري لم يتدخل بأي شكل من الأشكال لسد هذا الفراغ التشريعي، وما يمكن ذكره لهذه الحالات:

لقد نص كل من دستور 1996 والتعديل الدستوري لعام 2016 في المادة 177 من آخر تعديل على: يحدد قانون عضوي تشكيلة المحكمة العليا للدولة وتنظيمها وسيرها وكذلك الإجراءات المطبقة، رغم الإغفال الكلي وعدم تشريع أي قانون لهذه المسألة إلا أن المجلس لم يتدخل[1].

وما يمكن إثارته أيضا بخصوص الإغفال التشريعي وما حصل مؤخرا في المجلس الشعبي الوطني، حيث تم سحب الثقة من رئيس المجلس الشعبي الوطني وقعت إشكالية انتخاب رئيس جديد، لأن رئيس المجلس الذي سحبت منه الثقة احتج بموجب المادة العاشرة من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني[2] التي حددت حالات شغور المنصب والاستقالة أو العجز أو التنافي، أو الوفاة، وهذه المادة لم تتضمن حالة سحب الثقة من الرئيس، هذا ما جعل هذا الأخير يحتج بها كأساس قانوني في مواجهة نواب المجلس. لأن المادة المذكورة أعلاه لم تنص على حالة سحب الثقة وكيفية اختيار رئيس في هذه الحالة[3].

وبالرجوع إلى القانون العضوي 12-01 المتعلق بالانتخابات في مادته رقم 165 التي أعطت حق الطعن في صحة عمليات التصويت بالنسبة لانتخابات المجالس البلدية والمجالس الولائية أمام المحكمة الإدارية بخصوص قرارات اللجنة، ونصت الفقرة الخيرة من المادة 165 المذكور أعلاه على "يمكن أن تكون قرارات اللجنة محل طعن أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا"، دون ذكر الآجال التي يمكن للطاعن خلالها تقديم طعنه القضائي، رغم أن هذا القانون عضوي إلا أن المشرع أغفل هذه

[1]– انظر المادة 158 من دستور الجزائر لسنة 1996، والمادة 177 من تعديل الدستور الجزائري لعام 2016، ونص عليها التعديل الدستوري لعام 2020 في مادته 183.

[2] – رغم أن هذا النظام تم فحصه من المجلس الدستوري بالرأي رقم 10/ (ر، ن، د)– 2000 بتاريخ 2000/05/13 جريدة رسمية رقم 46، بتاريخ 2000/07/30 ص03.

[3]– انظر المادة رقم 10 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني لسنة 2000.

الآجال، كما أغفل الآجال التي يمكن للمحكمة الفصل فيها، ولم يتدارك المشرع هذا النقص التشريعي وصدر القانون ودخل حيز التنفيذ عدة سنوات حتى تم إلغاؤه نهائيا"[1].

إن دور المجلس الدستوري في مجال رقابة الصياغة القانونية يحمي مصالح الجميع أفرادا ومؤسسات لأن النص القانوني إذا كانت صياغته مبهمة وغير واضحة[2] سيؤدي إلى خرق القواعد الدستورية من جهة ويخلق اضطرابات في ممارسة الحقوق والحريات المكفولة دستوريا للأفراد[3].

وفي بعض الأحيان لا يقتصر دور القاضي الدستوري (المجلس الدستوري الجزائري) على الكشف أو تنبيه المشرع لتدارك النقص الحاصل، ففي بعض الحالات يقوم بتصحيح وتوظيف المصطلحات المناسبة التي تتماشى والنصوص الدستورية ومن أمثلة ذلك عندما راقب القانون العضوي الذي يحدد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنفتحة حيث صرح بـ" فيما يتعلق بعنوان القانون العضوي موضوع الإخطار والمادة الأولى منه مأخوذتين معا لاتحادهما في العلة مع اعتبار أن القانون العضوي موضوع الإخطار جاء تحت عنوان " كيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة"، دون الإشارة إلى عبارة الحظوظ اعتبار أن المادة 31 مكرر من الدستور تنص على: "... بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة واعتبارا أن عدم التقيد بحرف المادة يعد سهوا يتعين تداركه في العنوان وفي نص المادة الأولى... تماشيا مع المادة 31 مكرر من الدستور"[4].

كما أن دور المجلس الدستوري قد يصل إلى حد صياغة النصوص القانونية التي يعتبرها ناقصة ولا تؤدي الغرض المطلوب منها، ففي هذه الحالة يصبح شريك في العملية التشريعية لأن

---

[1]– انظر المادة 165 من القانون العضوي رقم 12–01 المتعلق بالانتخابات الصادر بتاريخ 2012/01/12، جريدة رسمية عدد 01، لعام 2012، ص30.

[2] – من أهم الإشكاليات العملية التي وقعت مؤخرا هي قراءة المادة 139 من القانون العضوي 16–10 المتعلق بالانتخابات حيث تعددت قراءات هذه المادة بخصوص إبداع التصريح بالترشح لرئاسة الجمهورية، إلا أن تعديل هذا القانون بموجب القانون العضوي 08/19 وإضافة عبارة شخصيا أزال الغموض الذي كان يدور حول هذه المادة. انظر القانون رقم 08/19 المؤرخ في 2019/10/14 المعدل والمتمم للقانون 16–10 المتعلق بالانتخابات، جريدة رسمية عدد 55 لعام 2019، ص18.

[3]– سويلم محمد، مساهمة المجلس الدستوري في جودة القاعدة القانونية العضوية من خلال رقابة المطابقة، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 11، العدد 02، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، سنة 2019، ص24.

[4]– رأي رقم 05 /ر.م.د/11 بتاريخ 2011/12/22 لمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة للدستور، السابق ذكره.

صياغته تستمد وجودها وقوتها من طبيعة الآراء التي يصدرها، فهي نهائية وملزمة لجميع السلطات ومن تطبيقات صياغة المجلس الدستوري للنصوص القانونية، بخصوص رقابته للقانون العضوي رقم 19-07 المؤرخ في 2019/09/14 المتعلق بالسلطة الوطنية المنتقلة للانتخابات.

فيما يخص المادة 11 من القانون العضوي محل الإخطار التي تنص على تدخل السلطة المستقلة تلقائيا في حالة خرق أحكام هذا القانون أو أحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات.

واعتبر بالنتيجة أن حصر مجال تدخل السلطة المستقلة في حالة خرق قانونها العضوي أو قانون الانتخابات دون النص على بقية القوانين والأحكام التنظيمية ذات الصلة، فاعتبر المجلس الدستوري أن هذا سهوا يتعين تدركه، وفي نفس الوقت قام المجلس بإعادة صياغة المادة وأضاف عبارة "الأحكام التنظيمية ذات الصلة"[1].

وبمناسبة رقابته للقانون العضوي رقم 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله وما تفطن إليه المجلس الدستوري، فعبارات نصوص خاصة الواردة ضمن الفقرات: 9، 10، 11 من المادة 02 من القانون موضوع الإخطار يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع وعملهم واختصاصاتهم الأخرى، واعتبر بالنتيجة اعتماد اختصاصات أخرى لمجلس الدولة بالإحالة إلى نصوص خاصة دون تحديد طابع ومضمون هذه النصوص، يكون المشرع العضوي قد أغفل مجال اختصاصاته في هذا الموضوع[2].

وفي رأي آخر للمجلس الدستوري لمراقبة مدى مطابقة القانون المعدل والمتمم للأمر 07/07 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالانتخابات للدستور، حيث اعتبر المجلس الدستوري أن استعمال كلمة قانون في المادة الأولى التي تضمنت التعريف بموضوع ومضمون القانون العضوي ... فإن ذلك يعود إلى القانون العادي وليس القانون العضوي[3].

---

[1]- رأي رقم 01/ر.ق.ع/ م-د/ 19 مؤرخ في 2019/09/14 يتعلق بمراقبة القانون العضوي المتعلق بالسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات للدستور، السابق ذكره.

[2]- حبشي لزرق، الأطروحة السابقة، ص249.

[3]- رأي رقم 01/ر ق ع/ م د/04 مراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للأمر رقم 97-07 المؤرخ في 1997/03/06 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالانتخابات للدستور، ج ر عدد 09 لسنة 2004.

فيما يخص المادة 05 (المطة 05) من القانون العضوي 10/16 المتعلق بالانتخابات: اعتبر المجلس الدستوري أن المشرع استخدم كلمة "الحجز" مجردة من طابعها القضائي، وبذلك قد أغفل النص على إجراء قضائي جوهري من شأنه إضفاء طابع الشرعية القانونية على الحجز الذي دونه يعد اعتداء على الحريات الفردية.[1]

المطلب الثاني: حدود الرقابة تحد من فعالية الرقابة الدستورية للحقوق والحريات الأساسية

رغم الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها القاضي الدستوري في تكريس وإرساء الحقوق والحريات الأساسية، إلا أنه يخضع إلى جملة من القيود قد تحد من دوره في تعزيز الحقوق والحريات باعتباره يخضع إلى مبدأ توزيع الاختصاص، فهناك حدود لا يمكن أن يتجاوزها لعدة اعتبارات وخاصة السياسية منها، وتعتبر الأعمال السيادية التي تصدر من السلطات العليا للدولة في إطار التنظيم السياسي من العوائق التي تحول بينه وبين الرقابة الدستورية تحت عنوان: مبدأ الفصل بين السلطات ، وهذا ما سنوضحه من خلال فرعين، الفرع الأول: نظرية أعمال السيادة تحد من فعالية الرقابة الدستورية للحقوق والحريات الأساسية، الفرع الثاني: عدم رقابة ملائمة التشريع وانعكاساتها السلبية على الحقوق والحريات الأساسية.

الفرع الأول: نظرية أعمال السيادة تحد من فعالية الرقابة الدستورية للحقوق والحريات الأساسية

في سبيل استمرار الدولة وقيام مؤسساتها يتوجب في بعض الأحيان اتخاذ قرارات من السلطات العليا وتكون لها أبعاد سياسية مرتبطة بسيادة الدولة سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي، وهذا ما قد يكون مبررا لإبعاد مثل هذه الأعمال على الرقابة الدستورية، مما يؤثر سلبا على حقوق وحريات الأفراد، وهذا ما سنوضحه من خلال هذا الفرع، أولا: التعريف بأعمال السيادة، ثانيا: القاضي الدستوري لا يراقب أعمال السيادة.

[1] – رأي رقم 02/ ر ق ع/ م، د/ 16 مؤرخ في 11 غشت 20/6 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور، جريدة رسمية عدد، 50 لسنة 2016، ص05.

أولا: التعريف بأعمال السيادة

يقصد بأعمال السيادة طائفة من أعمال السلطة التنفيذية لا تخضع لرقابة القضاء، ولا تكون محلا لمنازعة قضائية بحيث لا يمكن أن تتعرض للإلغاء أو وقف التنفيذ أو تعويض، وأعمال السيادة في هذا الإطار تعتبر خروجا على مبدأ المشروعية الذي يلزم خضوع الجميع للقضاء حكاما ومحكومين[1].

وتعتبر نظرية أعمال السيادة من وضع القضاء الإداري الفرنسي وبدأ ظهورها حين رفض مجلس الدولة الفرنسي التصدي لبعض الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية وأطلق عليها بأعمال السيادة، وقد أرجع جانب من الفقه أن سر ظهور هذه النظرية راجع إلى السياسة السليمة والمرنة التي اعتمدها مجلس الدولة الفرنسي في سبيل بقاءه واستمراريته[2].

ومن المؤكد أن نظرية أعمال السيادة تتعرض بصورة مباشرة أو غير مباشرة لحقوق الأفراد وحرياتهم، ولهذا السبب تعرضت هذه النظرية إلى انتقادات فقهية بصورة عامة، ولهذا حاول القضاء الإداري الحد من تطبيق هذه النظرية[3].

وعادة يكون إبعاد أعمال السلطات عن الرقابة القضائية بناء على اعتبارات سياسية، التي تقتضي بسبب طبيعة هذه الأعمال لأن لها علاقة مباشرة بسلطة الدولة ونظامها السياسي أو لها علاقة بسيادة الدولة على المستوى الداخلي أو الخارجي وكذلك رعاية المصالح العليا للدولة والمحافظة على كيان الدولة[4].

وأعمال السيادة تعتبر أهم استثناء على مبدأ سيادة القانون، كما أنها تعتبر اجحافا بحق التقاضي ويترتب عنها موانع التقاضي بكل معانيها وصورها وهي أخطر ما تملكه الجهات الإدارية،

---

[1]– حمريط كمال، الأطروحة السابقة، ص205.

[2]– عمار بوضياف، القرار الإداري دراسة تشريعية قضائية فقهية، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2007م، ص67.

[3]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص626.

[4]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، 220.

لأن هذه النظرية تعطي صلاحيات واسعة لسلطات الدولة باسم الباعث السياسي ويكون محصنا من أي رقابة قضائية وهذا ما يترتب عنه آثار سلبية خاصة إذا تعلق الأمر بحقوق الأفراد وحرياتهم[1].

ويذهب الدكتور محمد حافظ بقوله: "إلى أن هذه النظرية تعتبر صدى للصراع الابدي بين السياسة والقانون تتجسم فيها نتيجة ذلك الصراع من غلبة وانتصار للسياسة وتسليم وخنوع القانون، ومن ثم لا تكون مبرراتها سوى أسباب سياسية واعتبارات عملية ...دون اعتبار تلك النظرية وصمة في جبين القانون العام وثغرة في البناء القانوني وانشاء حقيقيا من مبدأ الشرعية"[2].

ولم تبقى نظرية أعمال السيادة في شكلها بل تطورت هذه النظرية في منظور المجلس الدولة الفرنسي، ويتجلى ذلك من خلال تخلي مجلس الدولة الفرنسي على معيار الباعث السياسي الذي كان يعتبر أساسا لهذه النظرية، وعدول المجلس على هذا المعيار لا يعني أنه تخلى على هذه النظرية نهائيا وإنما بقي مجلس الدولة محتفظا بها، مما دفع كل من القضاء والفقه للبحث عن معايير جديدة يمكن من خلالها الوصول إلى الأعمال السيادية وما يميزها عن غيرها من أعمال أخرى[3].

1- معيار الباعث السياسي:

مضمون هذا المعيار أنه إذا كان العمل الصادر عن السلطة التنفيذية أساسه بواعث سياسية، فإنه يصبح محصنا من الرقابة القضائية وإذا لم يتضمن العمل الإداري أو التشريعي بعد سياسي فإنه يصبح عملا قابلا للخضوع أمام الرقابة القضائية[4].

2- معيار طبيعة العمل أو موضوعه:

نظرا لقصور المعيار السابق في تحديد الأعمال السيادية عن غيرها، تم اعتماد معيار طبيعة العمل أي اننا نكون أمام أعمالا سيادية إذا كانت السلطة التنفيذية تقوم بتنفيذ الدستور، أما إذا كانت

[1]- محمود علي أحمد المدني، المرجع السابق، ص768.

[2]- فهد أبو العثم السنور، المرجع السابق، ص194.

[3]- عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص627.

[4]- عمار بوضياف، القرار الإداري دراسة تشريعية قضائية فقهية، المرجع السابق، ص68.

تقوم بتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية لا تكون أمام عمل سيادي، وهو ما يسمى بطبيعة العمل بالنسبة للفقه[1].

إلا أن هذا المعيار بدوره تعرض إلى النقد لأنه يجعل من النصوص الدستورية وسيلة للتهرب من الخضوع للرقابة القضائية تحت عنوان الأعمال السيادية، لأنه في بعض الأحيان يكون عمل السلطة التنفيذية هو عبارة على تطبيق مباشر لقاعدة دستورية فتصبح هذه الأعمال الإدارية محصنة من الرقابة القضائية ويزداد الأمر خطورة إذا كان النص المطبق له علاقة بالحقوق والحريات[2].

عمل الفقه على حصر ما يسمى بأعمال السيادة في أربعة مجالات على سبيل الحصر، تم الوصول إليها من خلال اجتهادات القضاء الإداري الفرنسي، وهي الأعمال الخاصة بالعلاقة التي تربط السلطة التشريعية بالسلطة التنفيذية، والأعمال المتعلقة بالعلاقات الخارجية للدولة والهيئات الأجنبية، والأعمال التي لها علاقة بالمجال الحربي، وبعض الأعمال المرتبطة بالأمن الداخلي[3].

واقتداء بما جاء به القضاء الإداري في مجال نظرية أعمال السيادة، لم يكن القضاء الدستوري بدوره غائبا في هذا المجال، لقد تبنى القضاء الدستوري نظرية أعمال السيادة ولكن في إطار اختصاصه وهو رقابة التشريع، ومن خلال اجتهادات القضاء الدستوري في هذا الشأن سوف يتضح موقفه من هذه النظرية.

ثانيا: القاضي الدستوري لا يراقب أعمال السيادة

استعملت المحكمة الدستورية العليا نظرية أعمال السيادة كبديل لنظرية الأعمال السياسية، والجدير بالذكر أنه جانب من الفقه المصري يعارض تبني المحكمة الدستورية العليا هذه النظرية مبررا موقفه أن من نطاق هذه النظرية إلى القضاء الدستوري هو عملية لا تستقيم مع الأسس الفنية التي تقوم عليها هذه النظرية[4].

[1]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص627.

[2]– عمار بوضياف، المرجع السابق، ص69.

[3]– عبد العزيز برقوق، الأطروحة السابقة، ص147.

[4]– آلاء مهدي مطر، المرجع السابق، ص112.

ولكن رغم هذه الآراء الفقهية إلا أن المحكمة الدستورية العليا عملت بهذه النظرية، وعملا بمبدأ الفصل بين السلطات قضت المحكمة بـ "...خروج أعمال السيادة عن ولاية القضاء يعد أحد صور التطبيق الأمثل لأعمال المفهوم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يوجب إقامة توازن دقيق بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية... إن إعمال المفهوم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات والاستجابة للمحكمة التي اقتضت استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء بوجه عام... إذ جرى هذا النوع من القضاء في هذه الدولة على استبعاد الأعمال السياسية من اختصاصه ومن نطاق هذه الرقابة القضائية"[1].

وفي آخر اجتهادات المحكمة الدستورية العليا ما يلاحظ أنها استعملت تعبير الأعمال السياسية وفي بعض الأحيان تستعمل مصطلح أعمال السيادة، أو المصطلحين على أساس أنهما مترادفين، ففي حكم لها سنة 1993م عبرت على ذلك بالقول: "إذا كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح تجد أساسها كأصل عام في مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة لأحكامه، إلا أنه يرد استثناء هو استبعاد الأعمال السياسية في مجال هذه الرقابة القضائية تأسيسا على..."[2].

وما يؤكد أيضا اعتراف المحكمة الدستورية العليا بنظرية الأعمال السيادية والعمل بها، قضت بأن: " العبرة من التكييف القانوني ما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها هي بطبيعة هذه الأعمال ذاتها، التي يجمعها إطار عام هي أنها تصدر عن السلطة العليا للدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها مع احترام الحقوق والحريات التي كفلها الدستور وتنظيم علاقاتها الخارجية[3] بينها وبين الدول الأخرى... والمرد في ذلك إلى السلطات التقديرية للقضاء وحده"[4].

---

[1]– محمد باهي أو يونس، المرجع السابق، ص310.

[2]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص645، 646.

[3] – في بعض الأحيان تعتبر المحكمة الدستورية العليا المصرية المعاهدات من أعمال السيادة التي لا يجوز للقضاء أن يراقبها، والمحكمة الدستورية العليا قد أجرت تفرقة داخل المعاهدات معتبرة البعض منها من أعمال السيادة إذا تعلق الأمر بمصالح الدولة الخارجية وعلاقاتها الدولية...". انظر محمد عبد الرحيم حاتم: المرجع السابق، ص128.

[4]– محمود علي أحمد علاني: المرجع السابق، ص769.

وكأن المحكمة الدستورية العليا من هذا الاجتهاد تحاول وضع المعايير[1] التي يمكن استعمالها لتحديد الأعمال السياسية، حيث اشترطت معيارا عضويا يتجسد في السلطات العليا للدولة التي تملك صلاحيات سياسية، وشروط موضوعية تتمثل في تحقيق مصلحة عامة ذات بعد سياسي، وجعلت قيدا على هذه السلطات وهو الحقوق والحريات التي يجب مراعاتها في اتخاذ مثل هذه القرارات، كما أرجعت السلطة التقديرية للقضاء في تحديد الأعمال السيادية متى توافرت الشروط المطلوبة.

ومن اجتهاداتها في مجال نظرية السيادة حين اعتبرت قرارا رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب عملا سياسيا يخرج من نطاق رقابتها، وذلك بقولها: "إن قرار رئيس الجمهورية رقم 404 لسنة 1990م بشأن دعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب... وهو يعد بهذه المثابة من أبرز الأمور التي تتعلق بممارسة سلطة الحكم، ومن ثم يعتبر من الأعمال السياسية التي تتحمل السلطة التنفيذية كامل المسؤولية السياسية بصدد إجرائها بغير معقب من القضاء... وبذلك ينتفي اختصاص المحكمة بنظر الدعوى"[2].

ربما يكون سبب إبعاد الأعمال السياسية عن الرقابة القضائية هو افتقار القضاء إلى بعض الآليات التي تمكنه من بسط هذه الرقابة على الأعمال السياسية وهو ما يستدل من حكم لها وكأنها تصرح أن المسائل السياسية لها آلياتها الخاصة، لأنها تستلزم ملائمات وما يحيطها من اعتبارات يصعب أن تكون موضوعا للمجادلة في جلسات علنية[3].

وما يوحي بذلك قولها: "...إن استبعاد الأعمال السياسية من ولاية القضاء الدستوري إنما يأتي تحقيقا للاعتبارات السياسية التي تقتضي النأي بها عن نطاق الرقابة القضائية لدواعي الحفاظ على

---

[1] – حاول قضاء مجلس الدولة المصري أن يحدد ماهية أعمال السيادة وذلك بقوله: "ومن حيث أن عبارة أعمال السيادة الواردة في المادة (06) لا تنصرف إلا إلى الأعمال التي تتصل بالسياسة العليا للمحافظة على سيادة الدولة وكيانها من الداخل والخارج، ذلك لأن النص ورد في صدر المادة على الأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلسي البرلمان والتدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة والأعمال الحربية والعلاقات السياسية... وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة". انظر: فهد أبو العثم النسور: المرجع السابق، ص204، 205.

[2] – عبد العزيز برقوق: الأطروحة السابقة، ص151.

[3] – محمد باهي أو يونس، المرجع السابق، ص311.

الدولة... ورعاية مصالحها العليا هذا إلى النظر فيها والتعقيب عليها يستلزم توافر معلومات وضوابط وموازين تقدير لا تتاح للقضاء، فضلا عن عدم ملاءمة طرح هذه المسائل علنا في ساحاته"[1].

ويرجع تبني المحكمة الاتحادية العليا لنظرية الأعمال السيادية في زمن مبكر منذ عام 1803م، حيث صرح كبير القضاة مارشال في قضية ماربيري ضد مادسيون أن هناك نوعان من القضايا الدستورية لا تستطيع المحاكم الفيديرالية أن تنظر فيها، لأنها من الموضوعات السياسية، وفي عام 1821م صرح أيضا كبير القضاة مارشال في قضية كوهيني ضد فرجينيا بقوله: "ليس لنا الحق في أن نرفض ممارسة الاختصاص القضائي الممنوح لنا أكثر من اغتصاب الحق الذي لم يعط لنا"[2].

وقد ميز القاضي مارشال بين الأعمال السياسية التي تنحصر عنها رقابة القضاء، والأعمال المعينة التي يحث القانون على اتخاذها، وينظم كيفية وآلية اتخاذها التي يمتد اختصاص المحاكم ليشمل مراجعتها ورقابتها، وبناء على تقييم القاضي مارشال، رفض تسليم الوظيفة القضائية لماربوري هو عملا يقع ضمن الفئة الأخيرة، أي أن المحكمة لها صلاحية مراجعة ومراقبة مثل هذه الأعمال[3].

والمحكمة الاتحادية العليا الأمريكية بدورها اعتبرت أن الأعمال السياسية هي نتيجة طبيعية لبعض المبادئ الدستورية، مثل مبدأ الفصل بين السلطات باعتباره مبدأ نظمه الدستور حيث أعطى للسلطة القضائية الفصل في المنازعات وأعطى الجهات السياسية معالجة المسائل ذات البعد السياسي، كما اعتبرت المسائل الخارجية تخرج من نطاق رقابة القضاء، كما أن هناك بعض المسائل تحتاج إلى اتخاذ قرار ناتج من موازين محددة وعناصر تقديرية لا يملك القضاء القدرة على تقديرها[4].

وبخصوص إبعاد الأجانب اعترفت المحكمة الاتحادية العليا أنها تخضع لتقدير الدولة بناء على رؤيتها السياسية وعلاقاتها الخارجية بالدول الأخرى سواء في زمن السلم أو الحرب، وفي هذا الشأن قضت المحكمة في قضية هاريسياد سنة 1952م بأن بقاء الأجنبي في أرض الوطن مهما طال فهو رخصة من الدولة وليست حقا، وبالتالي ليس للقضاء أي دور في رقابة قرارات الإبعاد والقوانين التي تنظمه، معتبرة أن مشكلة الإبعاد من الأمور التي ترتبط مباشرة بالعلاقات الخارجية أو إدارة شؤون

[1]– محمد باهي يونس، المرجع نفسه، ص311.

[2]– حمريط كمال: الأطروحة السابقة، ص207.

[3]– محمد عبد العال: القضاء الدستوري المقارن، المرجع السابق، ص49.

[4]– آلاء مهدي مطر، المرجع السابق، ص111.

الحرب أو المحافظة على النظام السياسي والدستوري للبلاد. وليس للقضاء أن يتدخل في مثل هذه المسائل[1].

وفي مجال المعاهدات الخارجية للدول[2] من خلال قضية جولد ووتر ضد كارترسه سنة 1979م اعتبرت المحكمة أن إنهاء الرئيس لمعاهدة ما من جانب واحد مسألة تستطيع الطرق السياسية التابعة للحكومة التصرف فيهما تماما.

ليست كل الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية هي أعمال سياسية، فإذا كانت هذه الأعمال تمس الحقوق والحريات فإن الرئيس في الولايات المتحدة الأمريكية يمكن أن يكون مدعى عليه وهذا ما يتضح في قضية الولايات المتحدة ضد نيكسون سنة 1974م اعتبرت المحكمة أنه يمكن مطالبة رئيس الدولة بأن يستجيب للعملية القضائية، وحقيقة أن الرئيس كان مدعى عليه لا يجعل مسألة امتيازات الاتصالات السرية غير صالحة للعرض على القضاء[3].

كما قضت المحكمة الاتحادية العليا سنة 1973م بأن قرار تكوين قوة نظامية سواء كان صادر عن السلطة التنفيذية بصفة منفردة أو بمعية السلطة التشريعية، سواء تعلق هذا الأمر بإعداد هذه القوة أو كل ما يخصها من تجهيز وتدريب فهذا كله يعتبر من الأعمال السياسية التي تخرج من نطاق اختصاص المحكمة[4].

أما المجلس الدستوري الفرنسي فلا يمكن تأكيد موقفه بخصوص نظرية أعمال السيادة لأنه لم يعبر تعبيرا صريحا تجاه هذه النظرية، ولكن ما يمكن قوله هو العمل الضمني بهذه النظرية، من خلال الدفع بعدم الاختصاص في بعض المسائل التي تعرض عليه وهذا ما يتفق مع منهج مجلس الدولة الذي يحكم بعدم تعرضه للمسائل ذات البعد السيادي أو السياسي.

---

[1]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص782.

[2]– إن مجال الشؤون الخارجية ومجال الأمن القومي، ومسألة ممارسة سلطة الحرب، وعمليات تعديل القوانين ليست هي الزاد التقليدي للمحاكم، ولكنها تشمل اليوم الجوهر الحقيقي لمبدأ المسألة السياسية، انظر: جروم أ.بارون، س، كوماس دينيس، المرجع السابق، ص84.

[3]– جيروم أ. بارون، س. توماس دينيس، المرجع نفسه، ص83.

[4]– محمود علي أحمد المدني، المرجع نفسه، ص784.

ومن ناحية ثانية إن عدم اختصاص المجلس الدستوري بالفصل في أعمال السيادة يستنتج من صلاحياته الاستشارية مثل القرار الخاص بإعمال المادة 16 من الدستور حيث رفض المجلس رقابة مثل هذه الأعمال لأنه لا يوجد نص يجيز له ذلك[1].

ويرجع البعض عدم اعتماد المجلس الدستوري الفرنسي لهذه النظرية وإنكاره إياها وذلك راجع إلى الدور الواسع للمجلس الدستوري في حماية حقوق المواطن وحرياته الأساسية، فإذا اعترف المجلس بهذه النظرية فإنه سوف يكون غير قادر على مراقبة الأعمال التي تمس الحقوق والحريات إذا صنفت من أعمال السيادة[2].

وقد حدد قانون المحكمة الدستورية الكويتية في مادته الأولى والسادسة مجال اختصاصها بتفسير الدستور وممارسة الرقابة الدستورية واستثنى منها الأعمال السيادية التي تخرج من نطاق ولاية المحكمة، وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة الدستورية الكويتية في أحد اجتهاداها معرفة أعمال السيادة بـ "وحيث أن الدفع المبدئي من الحكومة بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى لتعلقها بعمل من أعمال السيادة فهو في محله ذلك أن أعمال السيادة كما عرفها القضاء هي تلك التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة... ويندرج ضمن أعمال السيادة استعمال السلطة التنفيذية لحقوقها المتعلقة بالتشريع... وإذا كانت نظرية أعمال السيادة هي في الأصل قضائية المنشأة إلا أنها غدت ذات أساس تشريعي في بعض الدول ومنها الكويت..."[3].

والأساس التشريعي لأعمال السيادة في الكويت هو قانون التنظيم القضائي رقم 23 سنة 1990م حيث منع المشرع الكويتي من خلال هذا القانون المحاكم من بسط رقابتها على الأعمال السيادية، وهذا المنع يخص كل الجهات القضائية[4].

بالنسبة للمجلس الدستوري الجزائري فمن الاطلاع على اجتهاداته في المجالات التي يمارس فيها اختصاصاته لا يوجد ما يثبت أنه تبنى نظرية الأعمال السيادة وربما ذلك راجع إلى عدم الدفع أمام المجلس الدستوري بخصوص التنظيمات التي يصدرها رئيس الجمهورية والأوامر، وبالرغم أنه لا يوجد

[1]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص640.

[2]– محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص127.

[3]– فهد أبو العثم النسور، المرجع السابق، ص206، 207.

[4]– محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع نفسه، ص131.

أساس تشريعي لنظرية أعمال السيادة[1] في التشريع الجزائري، ومن أهم الأسباب التي أثرت سلبا على اجتهادات المجلس الدستوري هي حصر جهات الإخطار في يد بعض السلطات الدستورية دون غيرها، وما يلاحظ أن المؤسس الدستوري الجزائري تفطن إلى هذا النقص وعمل على فتح باب الدفع بعدم الدستورية أما الأفراد بموجب نص المادة 188[2] من تعديل الدستور لسنة 2016م.

كان التنظيمات التي يصدرها رئيس الجمهورية في مجال اختصاصه التنظيمي[3] محصنة من الرقابة القضائية في نص المادة 188 من تعديل الدستور 2016، حيث كانت تخضع إلى الرقابة الدستورية إلا الأحكام التشريعية دون التنظيمات، إلا أن التعديل الدستوري الجديد لعام 2020 أصبحت التنظيمات قد تكون محل دعوى دستورية وهذا ما جاءت به المادة 195 منه "يمكن اخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على ... عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة... أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوق وحريات التي يضمنها الدستور"[4].

الفرع الثاني: عدم رقابة ملاءمة التشريع وانعكاساتها السلبية على الحقوق والحريات الأساسية

مبدأ الفصل بين السلطات يفرض كأصل عام استقلالية السلطة التشريعية ويجعلها صاحبة الاختصاص الأصيل في سن القوانين وصاحبة السلطة التقديرية في ممارسة صلاحياتها هذا ما يحتم على القاضي الدستوري احترام هذا المبدأ وعدم التدخل في ملاءمة التشريع وبواعثه ويبقى دوره مقتصرا فقط على المطابقة بين القوانين والدستور، وهذا ما سنوضحه في هذا الفرع.

أولا: تعريف السلطة التقديرية للمشرع

الأصل العام أن الجهة المختصة بالتشريع تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في سن القانون لأنها تستمد هذه السلطة من نصوص الدستور في حد ذاته، ويستعمل المشرع هذه الرخصة كلما توفرت

[1]– أما بالنسبة للقضاء الإداري فقد تطرق إلى نظرية الأعمال السيادية من خلال اجتهاد للغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 07-01-1984م وذلك بقولها: "متى ثبت أن القرار الحكومي القاضي بسحب الأوراق المالية من فئة 500 دج وكذا القرار الوزاري المحدد لقواعد الترخيص والتبديل خارج الأصل هما قراران سياسيان يكتسبان طابع أعمال الحكومة..." .أنظر: عمار بوضياف، القرار الإداري، المرجع السابق، ص72.

[2]– انظر المادة 188 من تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016م.

[3]–أنظر المادة 143 من تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016، والمادة 141 من تعديل الدستور لعام 2020

[4]–أنظر المادة 195 من تعديل الدستور الجزائري لسنة 2020.

دواعي المصلحة العامة وفي الوقت الذي يراه مناسبا ورقابة الملاءمة لا يمكن التحدث عنها في الغالب إلا بصدد اختصاص يمارس بناء على سلطة تقديرية، وهذا ما جعل بعض الفقه يجعل من مصطلح الملاءمة مرادفا لمصطلح السلطة التقديرية[1].

ويقصد بملاءمة التشريع مدى ضرورة التشريع وحاجة المجتمع له ومدى ملاءمة تدخل المشرع لتنظيم أمر معين بتشريع معين، ومدى ملاءمة الوقت الذي تم فيه سن التشريع ومدى ملاءمة الحلول التي اختارها المشرع لموضوعات معينة[2]، ويذهب بعض الاتجاه الفقهي بأن دور القاضي الدستوري لا يتجاوز مجرد المقابلة بين نصوص القانون أو اللائحة المخالفة للدستور مع القواعد الدستورية وليس أمام القاضي الدستوري إلا تطبيق القاعدة الدستورية وينظر مدى دستورية التشريع فقط[3].

كما يعبر بعض الفقهاء عن قاعدة امتداد الرقابة الدستورية إلى ملائمات التشريع وبواعثه بقولهم أن المحكمة لا تمارس على القوانين إلا رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد قاصرة على الأمور الدستورية وتستبعد من هذه الرقابة ما يدخل ضمن الاختصاص التقديري للسلطة التشريعية سواء من حيث الملاءمة أو بواعث التشريع[4].

رغم امتناع القضاء الدستوري على رقابة ملاءمة التشريع التي تستقل بها السلطة التشريعية، وهذا الامتناع لا يجعل سلطة التشريع حرة طليقة في إصدار ما تراه مناسبا، وهذه الحرية ليست بالأمر المطلق، بل لابد أن تخضع إلى الضوابط الدستورية وإلا اعتبرت مخالفة لنصوص الدستور[5].

فالقاضي الدستوري مهما كانت صلاحياته التي يمارسها في سبيل المحافظة على مبدأ سمو الدستور فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يحل محل المشرع ويشرع في مكانه ففي مثل هذه الحالات يمكن أن يدخل القاضي الدستوري في دائرة الخروج عن الاختصاص الممنوح له دستوريا.

وعلى حد قول الدكتور "علي السيد الباز" أن: "امتداد الرقابة على الدستورية إلى مجال السلطة التقديرية الممنوحة للمشرع سوف يؤدي بالضرورة إلى تحول هذه الرقابة من رقابة مشروعية إلى رقابة

---

[1]– باسل عبد الله محمد باوزير، الرسالة السابقة، ص84.

[2]– محمد عبد الرحيم حاتم: المرجع السابق، ص118.

[3]– إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، المرجع السابق، ص84.

[4]– خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص268.

[5]– باسل عبد الله محمد باوزير، الرسالة نفسها، ص77.

ملاءمة، وهذا الوضع سيؤدي إلى اغتيال النظام القانوني في أساسه...وبالتالي سوف يقدّر القضاء بواسطة الرقابة مدى ملاءمة تقدير السلطة التشريعية للحلول التي تبنتها بواسطة القوانين الموضوعة ... فتقوم بتشريع القوانين بالشكل الذي يمكنها من إهدار آثار أحكام القضاء ولا سيما بعدم دستورية قوانينها..."[1].

ثانيا: القاضي الدستوري لا يراقب ملاءمة التشريع

في بداية الأمر كانت المحكمة الدستورية العليا المصرية مترددة في بسط رقابتها على ملاءمة التشريع، حيث اعترفت بالسلطة التقديرية للمشرع في سن القوانين ويتجلى ذلك في الدعوى الدستورية رقم 11 لسنة 1972م، في هذه القضية صرحت المحكمة أن ولايتها لا تمتد إلى مناقشة البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره، لأن ذلك كله يدخل في اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق[2].

وفي اجتهاد آخر للمحكمة الدستورية العليا تؤكد فيه أنه لا يمكن أن تراقب ملاءمة التشريع كأصل عام لأنها تعتبره من مظاهر السلطة التقديرية للمشرع وذلك بقولها: "ملاءمة التشريع والبواعث على إصداره من إطلاقات السلطة التشريعية ما لم يقيدها الدستور ويحدد ضوابط معينة..."[3].

وفي حكم آخر لها أكدت على: "أن الأصل في سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها وتكون تخوما لها لا يجوز اقتحامها وتخطيها ... ولا يجوز للمحكمة أن تزن بمعايير الذاتية السياسية التي انتهجها المشرع في موضوع معين، ولا أن تناقشها أو تخوض في ملاءمة تطبيقها عملا ... ولا أن تقيم خياراتها محل عمل السلطة التشريعية"[4].

[1]– محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص121.

[2]– خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص273.

[3]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص364.

[4]– عبد العزيز برقوق، الأطروحة السابقة، ص298.

واعتبرت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية أن السلطة التقديرية للمشرع هي اختصاص أصيل بها[1] ولا يمكن للمحكمة أن تتدخل وتراقب التشريع من حيث الملاءمة ويتجلى ذلك في قضية "فلنشير" التي صدر حكمها سنة 1810م، حيث عبرت المحكمة بـ: "إذا كان التشريع مستوفيا لكافة الشروط والأشكال القانونية فإن المحكمة لا تستطيع أن تؤيد الخصوم في طعنهم بعد دستورية ذلك القانون بحجة أنه صدر عن بواعث غير شريفة، أثرت على بعض أعضاء الهيئة التشريعية التي سنت القوانين"[2].

وهذا ما أكده كبير القضاة "سنون" بالقول: "منطقيا أن وظيفة المحكمة ليست التحقق من هدف أو دافع الكونجرس في تنظيم التجارة بين الولايات، حيث أن هذه مسائل خاصة لتقدير الهيئة التشريعية التي لم يضع الدستور أي قيد على ممارستها كما أنه ليس للمحاكم أية رقابة عليها..."[3].

والأصل العام أن المحكمة العليا الاتحادية لا تصدر أحكاما بعدم دستورية التشريع لمجرد أنه ليس عادل أو ضعيف أو يشكل سياسة عامة سيئة، فالأساس الوحيد لتعزيز عدم دستورية تشريع معين هو أن يكون حرفيا[4] منتهكا للدستور فالرقابة لا تمتد إلى بواعث التشريع أو الملاءمة[5].

واتجه المجلس الدستوري الفرنسي نحو عدم بسط رقابته لملائمات التشريع يتضح من خلال قرارته التي صرح من خلاله أنه لا يملك صلاحية رقابة السلطة التقديرية للمشرع محددا نطاق رقابته بصورة

---

[1] – لقد قضت المحكمة العليا بعد إنشائها سنة 1969م بأن: "ولايتها لا تمتد الى مناقشة وملاءمة التشريع أو البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره، لأن ذلك يدخل كله في صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق". انظر: رائد أحمد صالح قنديل، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دط، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2010، ص157.

[2]– خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص271.

[3]– جيروم أ. بارون، س. توماس دينيس، المرجع السابق، ص91.

[4] – وضعت المحكمة العليا الأمريكية لنفسها بعض الضوابط تتقيد بها حتى لا تنتهك السلطة التشريعية، منها عدم تعرض المحكمة للمشكلة الدستورية إلا إذا كان ذلك ضروريا، اعتماد قرينة تقضي بأن الأصل في كل التشريعات مربوطة بقرينة الدستوري، ولا يمكنها التعرض الى مسألة رقابة الدستورية إلا إذا كان هذا التعارض واضحا... انظر: إيناس محمد البهجي، الرقابة الدستورية على القوانين، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، سنة 2013، ص138.

[5]– محمود علي أحمد المدني، المرجع السابق، ص63..

مقيدة، مستندا في ذلك على أن الدستور لم يمنحه سلطة تماثل سلطة المشرع، وأنه لا يملك أن يجعل من تقديره يحل محل تقدير المشرع[1].

ويؤكد المجلس الدستوري الفرنسي أيضا أن المادة 61 من الدستور لم تمنح المجلس سلطة شاملة في التقدير أو اتخاذ قرارات تماثل سلطة البرلمان[2].

ويبرر ذلك في القضية المتعلقة بمسألة سياسة الدولة لتأميم المشرعات الخاصة وفي بداية عام 1972م صوت البرلمان على قانون يتجه نحو تأميم بعض المشرعات دون البحث عما إذا كان المشروع أو الشركة المؤممة تحوز احتكار فعلي أو اكتسابه لخاصية موقف عام وطني.

وبناء على هذا النص طلبت المعارضة البرلمانية من المجلس الدستوري مستندة على أن المشرع لا يملك إقرار عمليات التأميم متجاهلا ما نصت عليه الفقرة التاسعة من مقدمة دستور 1946م، وفي هذه القضية أكد المجلس الدستوري على عدم امتداد رقابته لملائمات التشريع باستبعاد وجود أي خطأ ظاهر في تصرف المشرع[3].

وفي قرار آخر بتاريخ 27 نوفمبر 2015م صرح أيضا أن الضوابط الدستورية التي تحكم اختصاصه لا تسمح له ببسط رقابته على السلطة التقديرية للمشرع وذلك بقوله: "...إن المادة 01/61 من الدستور لا تمنح المجلس الدستوري سلطة عامة للتقدير والقرار من نفس طبيعة سلطة البرلمان، ولكنها تمنحه فقط الاختصاص للفصل في مطابقة الأحكام التشريعية المقدمة إلى المجلس الدستوري، فحص الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، أنه إذا كانت ضرورة العقوبات المصاحبة للجرائم تقع ضمن تقدير المشرع فإنه يتعين على المجلس الدستوري ضمن عدم وجود تفاوت واضح بين المخالفة والعقوبة المفروضة..."[4].

وكان المجلس الدستوري اللبناني دوما في اجتهاده يعلن على عدم بسط رقابته على ملاءمة التشريع ومن اجتهاداته التي أكد فيها حدوده الرقابية وعدم خوضه في السلطة التقديرية للمشرع ليكون

---

[1] – عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص36.

[2] – خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص272.

[3] – عبد الحفيظ الشيمي، المرجع نفسه، ص362.

[4] –CC n° 2015-501 QPC du 27 novembre 2015... cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

بعيدا عن الصراعات، حيث رد مراجعة إبطال في الأساس ضد القانون رقم 163 الصادر بتاريخ 1999/12/28 والخاص بنقل الملحقين الاغترابين من ملاك وزارة الاغترابيين الى ملاك وزارة الخارجية وذلك بقوله: "وبما أن المشرع ... أن يفرض ما يراه مناسبا من شروط لملأ المراكز في ملاكات الإدارات العامة بالاستناد الى المؤهلات المطلوبة... ويبقى له تعديل هذه الشروط إضافة أو إلغاء، كما له إلغاء فئات من الوظيفة العامة أو ضم فئات لبعضها... وفق المصلحة العامة والأداء الوظيفي"[1].

وفي هذا الشأن يقول المجلس الدستوري اللبناني: "بما أنه إذا الدستور ينيط المشرع حق وضع القواعد العامة، التي توفر الضمانات الأساسية للحقوق والحريات التي ينص عليها لكي يتمكن الأفراد من ممارسة الحريات فإنه ينبغي للمشرع أن يعمل على التوفيق والمواءمة بين احترام هذه الحريات من جهة والحفاظ على النظام العام من جهة ثانية..."[2].

والمجلس الدستوري الجزائري بدوره صرح في العديد من آرائه على عدم تدخله في سلطة المشرع التقديرية احتراما لمبدأ الفصل بين السلطات واحتراما للصلاحيات الدستورية التي تتمتع بها السلطة التشريعية، إلا أن المجلس جعل من الامتناع على رقابة السلطة التقديرية كأصل عام يجوز بسط الرقابة عليه إذا ما تبين أن المشرع لم يحترم القواعد الدستورية والمبادئ ذات القيمة الدستورية، ومن أمثلة ذلك، رأيه بخصوص مراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، حيث صرح أنه: "إذا كان لا يعود للمجلس الدستوري أن يحل محل المشرع في تقديره لمدى اختيار النسب التي حددها والتي هي من اختياره السيد، إلا أنه يعود بالمقابل أن يتأكد من أن هذه النسب ليس من شأنها تقليص حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة"[3].

ويتجلى أيضا اعتراف المجلس الدستوري للمشرع بصلاحياته في اختيار وقت ودوافع التشريع، من خلال رأيه الخاص بمراقبة مدى مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات لسنة 2017 وذلك بقوله: "اعتبارا أنه إذا كان من صلاحية المشرع أن يضمن القانون العضوي موضوع الإخطار،

---

[1]– محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص39.

[2]– خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص273.

[3]–رأي رقم 05/ ر.م.د/ 11 المؤرخ في 2011/12/22 الخاص بمراقبته القانون العضوي الذي يحدد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، السابق ذكره.

وما يراه ملائما من شروط عند إعداد قوائم الترشيحات، فإنه يعود بالمقابل للمجلس الدستوري عند إخطاره التأكد من أن هذه الشروط لا تتعارض مع أي حكم دستوري"[1].

كما صرح وهو يفحص مدى دستورية المادة 54 من القانون رقم 17/91 الخاص بقانون الانتخابات بأنه: " ليس من اختصاص المجلس الدستوري التدخل في تحديد الشروط القانونية الخاصة بممارسة الحريات والحقوق الأساسية للمواطنين".

وفي إطار اعترافه للمشرع بالسلطة التقديرية صرح المجلس: "... ليس من اختصاص المجلس الدستوري أن يحل محل المشرع في طريقة حساب التعويض..."[2].

[1]–رأي رقم 02/ر.م.د/ 07 المؤرخ في 23 يوليو 2007 لمراقبته مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للأمر رقم 97–07 المؤرخ في 1997/03/06 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور، جريدة رسمية عدد 48 لسنة 2007.

[2]– رداوي مراد، الأطروحة السابقة، ص132.

الفصل الثاني

القضاء الدستوري يجعل من الحقوق والحريات الأساسية معيارا لدولة القانون ويكرس تكاملها

الفصل الثاني: القضاء الدستوري يجعل من الحقوق والحريات الأساسية معيارا لدولة القانون ويكرس تكاملها

لم يجعل القاضي الدستوري الحقوق والحريات الأساسية تبقى في نطاقها الكلاسيكي وعلاقتها بالانسان فقط، بل وسّع من نطاق وظائفها وأصبحت معيارا يتماشى والمفهوم الحديث للدولة، فجعل منها معيارا للدولة الحديثة ودولة القانون، حيث أصبح يصنف الدول القانونية والديمقراطية بمدى احترامها للحقوق والحريات الأساسية في مختلف الجوانب سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو ثقافية، كما عمل على توحيد هذه الحقوق والحريات في إطار التكامل في ما بينها، حيث أصبح التمتع بالحقوق والحريات الأساسية مرهونا بتكاملها، ويشترط حقوق معينة لقيام حقوق أخرى، كما أنه لم يفرق بينها لأي سبب من الأسباب سواء من حيث تاريخ ظهورها أو علاقتها بأدمية الإنسان وجعلها تسير في إطار التكامل والتناسق، وهذا ما سنوضحه من خلال هذا الفصل في مبحثين، المبحث الأول: القضاء الدستوري يجعل من الحقوق والحريات المدنية والسياسية معيار لدولة القانون والديمقراطية، المبحث الثاني: القضاء الدستوري يكرس حتمية العلاقة بين مختلف أجيال الحقوق والحريات الأساسية.

المبحث الأول: القضاء الدستوري يجعل من الحقوق والحريات المدنية والسياسية معيار لدولة القانون والديمقراطية

هناك معايير تصنف بها الدول للتمييز بين دولة القانون واحترام الديمقراطية والدكتاتوريات، هذا ما جعلها تتسارع لتحظى بتصنيف يجعل لها مكانة بين أعضاء المجتمع الدولي، ومن أهم هذه المعايير احترام وتقديس حقوق وحريات الأفراد، فكان للقاضي الدستوري الدور البارز عن طريق اجتهاداته لوضع معايير دولة القانون وأهمها الحقوق والحريات الأساسية، فأصبح يشترط النهوض بها كمعيار لدولة القانون والديمقراطية، ومن خلال هذا المبحث سنوضح كيف يعتمد القاضي الدستوري هذا المعيار في تصنيفات الدول من خلال مطلبين، المطلب الأول: الحقوق والحريات المدنية معيار لدولة القانون في منظور القضاء الدستوري، المطلب الثاني: الحقوق والحريات السياسية معيار للديمقراطية في منظور القضاء الدستوري.

المطلب الأول: الحقوق والحريات المدنية معيار لدولة القانون في منظور القضاء الدستوري

تعتبر الحقوق المدنية هي الأول من حيث الظهور وما زاد هذا النوع أهمية هو صلتها المباشرة بالفرد، فمن خلالها يتمكن الفرد بالتمتع بحقوقه الطبيعية التي لا يمكن أن تسقط في كل الحالات هذا ما يجعل منها حاجزا أمام السلطات العامة مثل الحق في الكرامة الانسانية والحق في الحياة...الخ، والقاضي الدستوري بدوره جعل منها معيارا لدولة القانون التي تخضع إلى مبدأ المشروعية واحترام حقوق وحريات الأفراد، هذا ما سنوضحه في هذا المطلب من خلال اجتهادات القاضي الدستوري في مجال الحقوق والحريات المدنية معتبرها معيارا لدولة القانون، وسنتطرق إلى الحريات التالية: حق التنقل، سرية المراسلات، حرمة المسكن، الحق في الكرامة الانسانية، حرية المعتقد، الحق في الاجهاض، الحق في الزواج، الحق في أن تنسى.

الفرع الأول: تعريف الحقوق المدنية:

وتشمل الحقوق المدنية الحق في الحياة والحرية، والحق في السلامة والأمن والحق في الكرامة عدم الرق والاستعباد والحق في الخصوصية حرمة المراسلات وحرمة المسكن والحق في التنقل والحق في الاقامة.

أولا: حرية التنقل شرط لممارسة الحقوق والحريات الأساسية الأخرى

إن الحق في التنقل أو الحرمان منه ضمن الحدود الاقليمية والدولية يترتب عنه آثار مهمة قد تمس بالحقوق الأساسية الأخرى المحددة في الوثيقة الدستورية، ففي حالة تعرض الفرد إلى الاضطهاد

السياسي أو الديني الذي تمنعه من ممارسة حقوقه الأخرى وحرياته التي لها صلة مباشرة في بحرية التنقل مثل حقوقه الدينية والحقوق السياسية وحرمانه من العمل أو التعليم...الخ[1].

وما يميز حرية التنقل انها تحظى بحماية دستورية وتستمد قوتها من النصوص الدستورية بحيث تنص معظم الدساتير على ممارسة هذه الحرية في إطار القانون[2].

وقد تأثرت هذه الحرية بسبب تطور المجتمعات في مختلف جوانب الحياة فأصبح من الواجب على المشرع أن يساير هذه التطورات، كما أصبح من واجب القاضي الدستوري السهر على حماية هذا الحق من التجاوزات التي قد تلحق به[3].

بما أن القاضي الدستوري هو الجهاز المكلف بحماية الحقوق والحريات الأساسية فكان موقف المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية من حرية التنقل، باعتبارها صورة من صور الحياة الأساسية التي يتمتع بها المواطنون بموجب التعديل الرابع عشر من الدستور الأمريكي.

بالرغم من أن حرية التنقل ليست من الحقوق المنصوص عليها دستوريا صراحة إلا ان المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية وصلت إلى هذا الحق وأقرته من خلال قضية شابير ضد تومبسون سنة 1969 لحق الانتقال بين الولايات ووصلت إلى نتيجة مفادها إلى أن شرط الولاية على المقيمين داخلها مدة زمنية معينة حتى يتمكنوا من الحصوص على امتيازات معينة هو شرط غير دستوري، واسندت المحكمة أنه لا يجود تمييز بين المواطنين بناء على المدة التي يقضيها في الولاية[4].

كان موقف المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية غير ثابت بالنسبة لشرط الاقامة للاستفادة من بعض الامتيازات ففي بعض الأحكام تقرر دستورية شرط الاقامة وكان ذلك من خلال قضية "ماكرثي" ضد لجنة الخدمة المدنية في فيلاديلفيا، ففي هذه القضية أيدت المحكمة قانون يطلب من مستخدمي المدنية ان يكونوا من سكانها الدائمين، كما أيدت المحكمة قانون الاقامة من أجل التعليم المجاني وذلك في قضية "مارتينيز ضد باينوم"[5].

---

[1]–مها علي احسان محمد الغزاوي، الحق في التنقل (دراسة مقارنة بين الدساتير العربية)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، سنة 2014، ص59.

[2]–حافظي سعاد، المرجع السابق، ص20.

[3]–أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص314.

[4]–محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص452.

[5]–جيروم أ.مارون، س توماس دينيس، المرجع السابق، ص227.

كما كان للمجلس الدستوري الفرنسي الدور البارز في الاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية الذهاب والاياب معتبرها أحد المبادئ الدستورية وكان يصنفها من ضمن الحريات الفردية وهذا حسب تفسيره الواسع للمادة 66 [1] من الدستور الفرنسي لعام 1958[2].

ويعتبر المجلس من الهيئات المدافعة على الحق في التنقل ففي قرار له رقم: 107-79 DC بتاريخ 12 تموز 1979 صرح بأن:" حرية التنقل هي مبدأ يتمتع بالقيمة الدستورية". والمجلس الدستوري الفرنسي يتعامل بجدية مع حرية التنقل وكان دائما يتصدى للقوانين التي قد تنقص من ممارسة هذه الحرية، فقام بإبطال قانون يرخص بسحب جواز السفر للمواطنين الفرنسيين بطريقة تعسفية أو لأسباب تابعة للضريبة[3]، كما ألغى قانونا يفرض الإذن المسبق لتنقل المواطن الفرنسي على الأراضي الفرنسية[4].

وبخصوص قانون يجيز تحصيل بعض الرسوم مقابل المرور على الطرقات الوطنية والمحلية، دفع أعضاء الجمعية أمام المجلس الدستوري بعدم دستوريته لأنه يتعارض مع مبدأ مجانية المرور، معتبرين أن مبدأ مجانية المرور هو مبدأ أساسي معترف به بواسطة قوانين الجمهورية، إلا أن المجلس اعترف بمبدأ مجانية المرور بالقضية الدستورية دون الاعتراف له بأنه من المبادئ المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية[5].

ونظرا لما يشهده العالم اليوم من مشاكل صحية أثرت على جميع قطاعات الدولة والافراد على حد السواء، وبسبب جائحة كورونا في هذه السنة (2020)، قام المشرع الفرنسي بسن قانون حالة الطوارئ، بغرض المحافظة على الصحة العامة، والتحكم في هذا الوباء الخطير، وبسبب عدم انتهاء هذه الجائحة عمل المشرع الفرنسي على تمديد حالة الطوارئ في البلاد، وذلك بموجب قانون تمديد هذه الحالة، وعرض هذا القانون على المجلس الدستوري على اساس أنه يمس حقوق وحريات الأفراد بصورة مباشرة خاصة حق الذهاب والاياب.

---

[1]- تنص المادة 66 من الدستور الفرنسي لعام 1958 "لا يجوز القبض على أحد أو حبسه إلا وفقا للقانون، تكفل السلطة القضائية باعتبارها حامية الحرية الفردية احترام هذا المبدأ وفق الشروط المنصوص عليها في القانون".

[2]-عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص256-257.

[3]-أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص 214-215.

[4]-علي صبري حسن، المرجع السابق، ص162.

[5]-عبد الحفيظ الشيمي، المرجع نفسه، ص157.

وكعادة المجلس الدستوري الفرنسي المحافظة على الحريات الفردية ومنها حق التنقل وهو يفحص مدى دستورية قانون الطوارئ للأسباب الصحية التي لحقت بفرنسا، وذلك بقوله:" لا يستبعد الدستور امكانية قيام المشرع بحالة الطوارئ الصحية والأمر متروك له في هذا السياق للتوفيق بين هدف القيمة الدستورية لحماية الصحة واحترام الحقوق والحريات المعترف بها لجميع المقيمين في اراضي الجمهورية ومن بين هذه الحقوق والحريات حرية القدوم والذهاب وهي عنصر من عناصر الحرية الشخصية...".

كما أن المجلس الدستوري الفرنسي من هذا القرار اعترف للمشرع بالتشريع لإعلان حالة الطوارئ لكن قيده بإلزامية التوفيق بين مختلف المبادئ الدستورية واحترام حرية التنقل معترفا بها لكل المقيمين وليس الفرنسيين فقط، واعتبر حرية التنقل من عناصر الحرية الشخصية[1].

وكان ايضا للمحكمة الدستورية العليا المصرية بليغ الأثر في المحافظة على حرية التنقل وعبرت على ذلك بقولها:" إن الاقامة التي يعينها الدستور في مادته الخمسين هي التي ينال تقييدها أو منعها من الحق في التنقل سواء بالانقاص منه أو اهداره، وهو كذلك من الحقوق التي تتكامل بها الشخصية الانسانية التي تعكس حمايتها التطور الذي قطعته البشرية نحو مثلها العليا... ويعتبر من جهة أخرى متصلا بالحرية الشخصية معززا لصونها من العدوان..." [2]

أعطت المحكمة الدستورية المصرية مفهوما واسعا لحق التنقل وجعلته من المثل العليا التي لا يمكن المساس بها.

وذهبت المحكمة الاتحادية العليا العراقية في مجال حماية حرية التنقل من خلال قراراها رقم 308/34 "أن الدستور قد كفل الحرية للعراقي بالسفر والتنقل داخل العراق وخارجه دون قيد او شرط، كما لا يجوز تقييد هذه الحرية بنص في قانون...استنادا إلى أحكام المادة (2/أولا/ج) من الدستور".

إلا أن هذا الحكم الذي أصدرته المحكمة الاتحادية العليا العراقية معبرة فيه ان حرية التنقل مستندة على الدستور العراقي ليس لها اي قيود، وتعرض هذا الحكم للنقد لأن المحكمة تجاهلت بعض

[1]- بخصوص حماية المجلس الدستوري الفرنسي للحق في التنقل انظر:
CC.n^{O}2020-800 DC . du 11 mai 2020. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

[2]–آلاء محمد الفيلكاوي، المرجع السابق، ص308.

نصوص الدستور التي تعطي الحق للمشرع في فرض بعض القيود لممارسة مختلف الحريات وأن الحريات ليست مطلقة[1].

وأكدت المحكمة الاتحادية العليا العراقية على الحقوق المدنية المعترف بها دستوريا للأفراد منها حق التنقل ويبرز ذلك في اجتهاد لها بخصوص الطعن في قرار صادر عن مجلس النواب العراقي لرفع الحصانة على أحد النواب بسبب زيارته إلى اسرائيل، لكن المحكمة استندت إلى الدستور العراقي الذي يكفل حرية التنقل داخل العراق وخارجه دون قيد واعترفت بحق التنقل رغم الظروف السياسية المتوترة التي تعرفها العراق في تلك المرحلة، إلا أن المحكمة الاتحادية العليا رجحت ممارسة الحقوق والحريات الدستورية والشرعية الدستورية على مصالح البلاد العليا[2].

أما بخصوص المجلس الدستوري الجزائري بدوره تطرق إلى الحق في الذهاب والاياب معتبره حقا دستوريا يجب على المشرع احتواءه وعدم فرض شروط تصل إلى حد المساس بهذا الحق، ويظهر ذلك من خلال رأيه بخصوص مراقبة مدى دستورية القانون العضوي المتعلق بالإعلام في سنة 2012 معبرا على ذلك بالقول:" اعتبارا أن المطة 5 من المادة 23 من القانون العضوي المتعلق بالأعلام موضوع الاخطار يشترط في المدير مسؤول أي نشرية دورية يكون مقيما في الجزائر.

واعتبارا أنه سبق للمجلس الدستوري عند مراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور... واعتبارا بالنتيجة أن المطة 5 من المادة 23 المذكورة أعلاه والمتضمنة شرط الإقامة بالجزائر تعتبر غير مطابقة للدستور"[3].

وفي رأي له بخصوص شرط الاقامة في تولي المناصب، الشرط الذي جاء به تعديل الدستور بخصوص شروط الترشح لمنصب رئاسة الجمهورية وهو الاقامة الدائمة بالجزائر دون سواها لمدة 10 سنوات على الأقل واعتبر أن هذا الشرط لا يمس البتة المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري ولا حقوق الانسان والمواطن وحريتهما[4].

---

[1]–علي صبري حسن، المرجع السابق، ص165.

[2]–محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص373.

[3]–رأي رقم 02/ ر م د/ 12 مؤرخ في 08 يناير 2012 لمراقبة القانون العضوي المتعلق بالإعلام للدستور، جريدة رسمية رقم 02 لسنة 2012.

[4]–رأي رقم 16/01/ر.ت.د/م.د/ مؤرخ في 28 يناير سنة 2016 جريدة رسمية رقم 06 لعام 2016.

بالرغم من أن المجلس الدستوري الجزائري اعتبر أن شرط الاقامة لتقلد بعض المناصب البسيطة مثل مديرة نشرية دورية أو رئيس حزب سياسي يعتبر غير دستوري وانتهاكا لحرية الذهاب والاياب، لكن بالنسبة لمنصب رئيس الجمهورية من خلال رأيه بخصوص تعديل الدستور لسنة 2016[1]، اعتبر شرط الاقامة الدائمة لمدة 10 سنوات على الأقل لا ينتهك المبادئ العامة ولا الحقوق والحريات ربما اصدر مثل هذا الحكم بناء على طبيعة منصب الرئيس فهو منصب حساس ومهم جدا، دائما اعطاء فرصة للمقيمين هذه المدة لهم يكونون أكثر دراية بشؤون المجتمع الجزائري.

ثانيا: احترام الحياة الخاصة معيار لسيادة القانون

احترام الخصوصية يعمل على مستويين سياسي وشخصي، ويصنف بأنه أحد الوظائف الدستورية في أي نظام ديمقراطي، كما أن الحق في الخصوصية يمنع القائمين على السلطة من مراقبة خصوصية الأفراد بشكل مفرط ينال من هذا الحق، وقد يتحقق التعدي على الخصوصية في عدة صور منها التحقيقيات الجنائية، أو عن طريق التحقق من الاتصالات الارهابية لصالح الأمن القومي، أو عن طريق استخدام المعلومات الشخصية التي تحوزها الدولة[2].

ومع ذلك فإن حجج النظام العام التي تدعم استخدام التكنولوجيا يجب أن تقوم بوزنها دائما مقابل حقوق الفرد الذي تتعرض خصوصيته للانتهاك، كما يجب على الدولة أن تصدر قوانين تمنع الهيئات خاصة مثل مؤسسات الاعلام الاخبارية من التدخل في خصوصيات الأفراد[3].

من المسلّم به أن احترام الحرية الشخصية لا تقصر على شخص الانسان بل تتعدى إلى كل ما يعتبر خصوصي في حياته مثل المسكن الذي يعتبر المكان الذي يشعر فيه الانسان بالراحة كما يعتبر سرية المراسلات من عناصر الحياة الخاصة التي يتوجب الحفاظ على سريتها قدر الامكان لأنها لا تنقص أهمية على حرمة المسكن، إلا أن حرمة المراسلات والحق في الكرامة الانسانية، حرية

[1] – تنص المادة 55 من تعديل الدستور لسنة 2016 على:" يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية أن يختار بحرية موطن إقامته وأن يتنقل عبر التراب الوطني، حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له. لا يمكن الأمر بأي تقييد لهذه الحقوق إلا لمدة محددة وبموجب قرار مبرر من السلطة القضائية". وفي ذلك أنظر أيضا المادة 49 من تعديل الدستور الجزائري لسنة 2020.

[2] -Andrew Le sueur, Javan Herberg, Principles of public law, Gavendish publiching, London, Sydney,1st edition, 1995, p437

[3] -Ibid, p439.

المعتقد ، الحق في الزواج، الحق في الاجهاض، الحق في أن تنسى، وتكون مقيدة في بعض الحالات بسبب مبررات النظام العام[1].

1-سرية المراسلات أساس لحرمة الحياة الخاصة

تعتبر الرسائل مهما كان نوعها ترجمة مادية لأفكار شخصية، أو مسائل خاصة لا يجوز لغير مصدرها أو من توجهت إليهم الاطلاع عليها، وإلا كان ذلك انتهاكا لحرمة المراسلات واحترام حرية المراسلات، لا يتعلق بالاطلاع عليها وكشفها فقط بل يتعدى إلى منع اعدامها واخفائها أيضا[2].

بالنسبة للقضاء الدستوري في فرنسا لكي يتصدى إلى انتهاكات المشرع لسرية المراسلات يجب أن يدقق إذا كان المشرع قد انتهك هذه السرية أم لا، كما وضع المجلس الدستوري ضوابط المحافظة على هذا الحق[3].

وفي قرارا له بتاريخ 27 أكتوبر 2017 في هذا القرار اعتبر المجلس أن:" الحرية المنصوص عليها في المادة 02 من اعلان حقوق الانسان والمواطن تشمل حرية الحياة الخاصة ومن ثم فإن جمع وحفظ المحادثات وكذا الاطلاع ونشر المعلومات الشخصية[4] يجب ان تكون مبررة بمقتضيات المصلحة العامة بشكل يتم تطبيقيها بالملائمة والتناسب مع الأهداف التي يستوجب المشرع الوصول إليها"[5].

في اجتهاد آخر له مؤكدا على احترام خصوصية الافراد وعدم انتهاكها وتطبيقا لهذا منع المجلس ادراج بعض البيانات في استمارات خاصة بالحالة المدنية وهي عبارة ولد من أب أو أم غير

---

[1]-طرفة الحاج، الحماية الدستورية لحقوق الانسان في سورية، رسالة ماجستير كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة حلب، سنة 2011، ص177.

[2]-ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 2008، ص419.

[3]-أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص319.

[4] - "يضمن القانون الفرنسي رقم 801 لسنة 2004 الخاص بحماية البينات الشخصية تعريف للبيانات الشخصية في المادة الثانية منه حيث عرفها بأنها:" يعتبر بيانا شخصيا اي معلومة تتعلق بشخص طبيعي محددة هوية أو من الممكن تحديد هويته بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، سواء تم تحديد هويته بالرجوع إلى رقمه الشخصي أو بالرجوع إلى أي شيء يخصه". أنظر: سامح عبد الرحمن التهامي، ضوابط معالجة البيانات الشخصية، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الكويتي، مجلة القانون الكويتية العالمية، العدد 09، السنة الثانية، سنة 2015، ص401. على الموقع بتاريخ 2020/07/08 https://journal.kilaw.edu.kw

[5]-علي قاسم ربيع، الأطروحة السابقة، ص498.

معروف أو مجهولي الاسمين معتبرا أن ادراج مثل هكذا عبارات يعتبر مساسا بالحياة الشخصية، واطلاع الغير على خصوصيات شخصية[1].

وبخصوص قانون الطوارئ الصحية في فرنسا لعام 2020 صرح بعض النواب أن هذا القانون يتضمن على مواد قد تنتهك حرمة الحياة الخاصة منتقدين على وجه الخصوص عدم وجود تدابير كفيلة لإخفاء الهوية في حالة جمع البيانات على المصابين بداء كوفيد 19، كذلك أن هذه البيانات سوف تكون في متناول الجميع ويكون الوصول إليها بسهولة.

وفي هذا السياق عبر المجلس بالقول:" ويترتب على الحق في احترام الحياة الخاصة أن جمع البيانات الشخصية وتسجيلها وحفظها والتشاور بشأنها وابلاغها يجب أن يكون مبررا بسبب المصلحة العامة وتنفيذها بطريقة مناسبة... عندما يتعلق الأمر بالبيانات الشخصية ذات الطبيعة الطبية يجب مراعاة اليقظة الخاصة في اجراء هذه العمليات وتحديد شروطها، كما أكد المجلس انه لا يمكن تنفيذ جمع البيانات الشخصية ومعالجتها ومشاركتها إلا بالقدر الضروري تماما للحد من covid-19"[2].

وفي الولايات المتحدة الأمريكية لم ينص الدستور الفيدرالي صراحة على حرية الحياة الخاصة لكن بفضل اجتهادات المحكمة العليا الأمريكية استطاعت أن تصل إلى مجموعة من الحريات الشخصية ألزمت المشرع بالتقيد بهم. وجعلت من التنصت الذي لا يستند إلى دعائم قضائية غير دستوري وينجلي ذلك من خلال وضع أجهزة تنصت ومراقبة داخل المنازل دون إذن قضائي مسبب ودون ضرورة اعتبرته خرقا لحرية الحياة الخاصة وفي هذا الشأن قضت:" بأن إخفاء أجهزة المراقبة الإلكترونية داخل منزل أحد الأشخاص يعد اعتداء على حرمة الحياة الخاصة، بحسبان أن القيود التي يفرضها المشرع الدستوري على القبض والتفتيش تتعلق بالأشخاص لا بالأماكن." [3]

وينظر بعض القضاة إلى إخفاء أجهزة المراقبة الإلكترونية داخل عقار باعتباره اقتحاما ماديا لمبناه يتعارض مع الدستور والبعض الآخرون يرونه أنه بمثابة العدوان على حرية الحياة الخاصة من

[1]–طرفة الحاج، الرسالة السابقة، ص171.

[2]- CC .n °2020-800 DC . du11 mai 2020. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

[3]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص450.

منطلق أن القيود الواردة في الدستور بخصوص الضبط والتفتيش هي تتعلق بالأشخاص، ومنه يكون الإذن القضائي هو أساس صحة مثل هذه العمليات. [1]

وقضت المحكمة العليا الاتحادية:" بأن ما ينشر من التقارير والأخبار الكاذبة عن أشخاص بما يشوه سمعتهم يعتبر إخلالا بالحق في خصوصية حياتهم..." [2]

وقضت المحكمة بتاريخ 12 ديسمبر 1967 بأن الحماية تتوقف أيضا في مواجهة التنصت التليفوني، وبعض القضاة في المحكمة العليا الأمريكية وصفوا التنصت بأنه عمل غير شرعي ووصفه البعض بأنه عمل قذر. وأن الدليل المستمد منه هو ثمرة شجرة مسمومة. [3]

وفي قضية أخرى تتعلق بالتنصت اعتبرت المحكمة أن التنصت على المكالمات الهاتفية انتهاك للحرية والخصوصية وحكمت المحكمة بعدم دستورية قانون ولاية نيويورك الذي يسمح بذلك. وأكدت المحكمة أن التنصت على المكالمات الهاتفية يشكل تفتيشا ويحتاج إلى إذن قضائي. وشرح القاضي وليام أ.د دوغاس الفكرة معبرا بـ:" أن واضعي الدستور لم يكن بوسعهم أبدا أن يتصوروا تنصتا على المكالمات الهاتفية لأنهم لم يكن لهم أية فكرة على الهاتف في وقت وضع الدستور، وعندما يكون التنصت هو عبارة على تفتيش يمكن التوسع في تفسير نية واضعي الدستور في الحفاظ على خصوصية المنزل." [4]

كما كان للمحكمة الدستورية العليا المصرية الدور المحوري في حماية الطابع الخصوصي للإنسان مؤكدة على أن:" ثمة مناطق في الحياة الخاصة لكل فرد تمثل أغوارا لا يجوز النفاذ إليها، وينبغي دوما إلا يقتحمها أحد ضمانا لسريتها وصونا لحرمتها. ودفاعا لمحاولة التلصص عليها أو اختلاس بعض جوانبها." [5]

---

[1]–عوض المر، المرجع السابق، ص120.

[2]–محمود علي أحمد المدني، المرجع السابق، ص451.

[3]– محمد نصر محمد، حق الانسان في حماية حياته الخاصة في القانون الدولي والتشريعات الداخلية، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 1433هـ، ص133.

[4]– ميسون طه حسين، المقال السابق، ص453،

[5]–محمد نصر محمد، المرجع نفسه، ص132.

وفي إطار المحافظة على الحرية الشخصية قررت المحكمة الدستورية العليا المصرية: "أن الحرية الشخصية لا ينافيها أن يفرض المشرع في «دائرة بذاتها» قيودا على الأشخاص الذين «يقعون في محيطها» تغير من الصورة التي أرادوا الظهور بها لجزء من ملامح شخصيتهم.

من خلال هذا الحكم الذي أقرته المحكمة الدستورية العليا المصرية يتضح أنها وسعت من ممارسة الحرية الشخصية ووصلت إلى نوع جديد من الحريات الشخصية وهو حرية ظهور الأفراد بالصورة التي يحبونها ويختارونها مع احترام الآداب العامة والنظام العام، وأيدت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية هذا الموقف وأقرت هذه الحرية. [1]

أما بالنسبة للمحكمة الدستورية الألمانية فقد قضت بدورها بعدم دستورية القيود التي أوردها نص تشريعي على سرية المراسلات، وحكمت بعدم دستورية السماح بمراقبة المراسلات والمحادثات دون إخطار صاحب الشأن بالتدابير التي اتخذت ضده وبعدم دستورية تجاهل الضمانات القضائية ومنح لجنة البرلمان هذه الصلاحية. [2]

والمجلس الدستوري الجزائري في مسيرته الاجتهادية عادة كان يراقب مدى دستورية القوانين العضوية لأن هذه الأخيرة يعتبر الإخطار فيها أمر وجوبي ويتم فحصها من طرف المجلس الدستوري قبل إصدارها. أما القوانين العادية فهي عادة لا تمر على المجلس الدستوري لمراقبتها بسبب عدم إخطاره بذلك وهناك اجتهاد للمجلس الدستوري بمناسبة رقابية دستورية التعديل الدستوري لعام 2016. وتنص المادة 46 من التعديل : لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه ويحميها القانون.

وجاء التعديل الدستوري لعام 2016 بضمانات جديدة لحرمة الحياة الخاصة حيث دسترة الضمانات القضائية من خلال الإضافة التي جاء بها: "لا يجوز بأي شكل المساس بهذه الحقوق دون أمر معلل من السلطة القضائية ويعاقب القانون على انتهاك هذا الحكم."

---

[1]–عوض المر، المرجع السابق، ص1222.

[2]–أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص483.

وللمزيد من المعلومات بخصوص موقف المجلس الدستوري الفرنسي بخصوص حماية سرية المراسلات أنظر :
-CC.n° 2017-753- DC du-08.septembre 2017. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

وتنص على "حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون، ويعاقب على انتهاكه." [1]

أما بالنسبة لموقف المجلس الدستوري من هذا التعديل بالإضافة خاصة الضمانات القضائية فإن المجلس ثمن هذا التعديل واعتبر أن هذه التعديلات لا تتعارض البتة مع حقوق الإنسان والمواطن. [2]

وبخصوص حماية الأشخاص الطبيعيين في معالجة المعطيات في المنظومة القانونية الجزائرية صدر القانون رقم 18-07[3] بهذا القانون. يكون المشرع قد جعل بعض القيود والشروط لحماية هذا الحق الشخصي المهم، كما ساهم في تشجيع الأشخاص على التعاملات الالكترونية وشكل بذلك أداة لحماية الكرامة الانسانية والحياة الخاصة. وهذا ما نصت عليه المادة 02 منه:" يجب أن تتم معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي مهما كان مصدرها أو شكلها في إطار احترام الكرامة الانسانية والحياة الخاصة والحريات العامة، وألا تمس بحقوق الأشخاص وشرفهم وسمعتهم." [4]

كان على المشرع الجزائري أن ينظم مثل هكذا مسائل بقانون عضوي وحتى يرتقي بها إلى المكانة التي تليق بها، لأن الحق في الكرامة يحظى بحماية دستورية. والقانون العضوي بطبيعته يكون قادر على توفير حماية أكثر، كما أنه يخضع إلى رقابة الدستورية الوجوبية التي تزيده جودة وتدعم تحقيق أهدافه.

2-حرمة المسكن من عناصر الحرية الشخصية

يعرف المسكن على أنه: "هو كل مكان مسكون فعلا أو معدا للسكن سواء كان الشخص يقيم فيه بصفة دائمة أو مؤقتة سواء كان مالكا أو مستأجرا أو يقيم فيه برضا صاحبه ولو دون مقابل...".

---

[1]-أنظر المادة 46 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016، والمادة 47 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020.

[2]-أنظر رأي رقم 16-01/ ر.ت.د/ م.د. المؤرخ في 2016/01/28 السابق ذكره.

[3] - صدر القانون رقم 18-07 المؤرخ في10 يونيو 2018 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، جريدة رسمية عدد 34 لسنة 2018، طبقا لنص المادة 46 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

[4]-تومي يحيى، الحماية القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي على ضوء القانون رقم 18-07 دراسة تحليلية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، سنة 2019، ص1524.

نظرا إلى أن القاضي الدستوري هو الذي أوكلت له مهمة السهر على احترام حقوق وحريات الأفراد الأساسية فأصبح من الواجب عليه الوقوف في وجه كل من يحاول أن ينال من حقوق وحريات الأفراد، وفي مجال حرمة المسكن، ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى الحكم بعدم دستورية البند (1) من المادة (3) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (162) لسنة 1958 بخصوص الطوارئ، الذي خول لرئيس الجمهورية القبض والاعتقال وتفتيش الأشخاص والأماكن دون قيد معتبرة أن هذا النص يخالف المادة 44 من دستور عام 1971 التي أقرت حرمة المسكن وأكدت المحكمة أنه: "لا يجوز التوسع في تطبيق قانون الطوارئ واعتبرت الاعتقال والتفتيش دون إذن قضائي مسبب يكون قد أهدر حريات المواطنين الشخصية واعتدى على حرية مسكنهم، ويمثل خرقا لمبدأ سيادة القانون الذي يعد أساس الحكم في الدولة. لا يجوز لسلطات الدولة العامة التي رسم لها الدستور وظائفها أن تتعداها " [1].

وحددت الضمانات الدستورية التي يتمتع بها الحق في حرمة المسكن والحق في حرمة الشخص فقالت:" إن المشرع الدستوري قد فرق بين تفتيش الأشخاص وتفتيش المساكن فيما يتعلق بضرورة أن يتم التفتيش في الحالتين بأمر قضائي... وقد استثنت المادة 41 من الدستور هذه الضمانات حالة التلبس بالجريمة بالنسبة للقبض على الشخص وتفتيشه..." [2].

وتجعل المحكمة الدستورية العليا في مصر من حرمة المسكن التي نضمها الدستور بإطلاق لا تخصيص فيه إلى خليط من الحقوق والحريات التي نص الدستور عليها، إذ تعتبرها من الحريات الشخصية وكذلك تمتد إلى حرمة الحياة الخاصة استنادا إلى أن المسكن هو مكان سر الفرد. [3]

وفي هذا السياق ذهبت المحكمة العليا الأمريكية في قرار لها بتاريخ 24 حزيران 2014، حيث وصلت إلى نتيجة أن التعديل الرابع من الدستور الأمريكي ينص على أنه:" لا يجوز المساس بحق الناس في ان يكونوا آمنين في أشخاصهم ومنازلهم ومستنداتهم ومقتنياتهم من أي تفتيش أو احتجاز غير معقول، ولا يجوز اصدار مذكرة بهذا الخصوص إلا في حال وجود سبب معقول معزز باليمين

[1]–عاصم خليل، نوار بدير، دور المحاكم الدستورية والمحاكم العليا في تحديد ملامح الحق في الخصوصية وضمان احترامه من قبل باقي سلطات الدولة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 09، السنة الثانية، سنة 2015، ص162. على الموقع : يوم 2020/07/08 https://journal.kilaw.edu.kw

[2]–أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الاجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص208.

[3]–عوض المر، المرجع السابق، ص1218.

والتأكيد، وتبيين بالتحديد المكان المراد تفتيشه والأشخاص والأشياء المراد احتجازها". وهذا التعديل يتطبق أيضا على تفتيش أجهزة الهاتف المتنقل مما يعني ضرورة الحصول على أمر تفتيش للقيام بذلك.

والمعروف على الدستور الأمريكي أنه يتميز بالمرونة ومسايرة التطورات هذا ما يعمل به قضاة المحكمة العليا الأمريكية، فمن خلال التعديل الرابع الذي فسّر وأصبح يطبق على الهواتف النقالة التي ظهرت حديثا[1].

وفي هذا الشأن قضت المحكمة الدستورية الايطالية أن حرمة المسكن تشمل حرمة ما يجري بداخله فإن صدر أمر قضائي بتفتيش المسكن، فإنه لا يمكن السماح بتصوير ما بداخله باستخدام آلة فيديو تصوير، لأن الأمر بتفتيش المسكن لا يسمح في ذاته بالمساس بحرمة المحادثات الشخصية بل لابد من أمر قضائي يسمح بتسجيل تلك المحادثات[2].

والمجلس الدستوري الفرنسي بدوره له العديد من الاجتهادات في شأن حرمة المسكن باعتباره عنصر جوهري من عناصر الحريات الشخصية، ففي أحد قراراته أكد المجلس الدستوري على " شرط أن يصدر التصريح بهذه العمليات من السلطة القضائية وأن يقترن تنفيذ هذه الاجراءات بضمانات اجرائية مناسبة... وأن يكون القرار مكتوبا وسببا محددا تكييف الجريمة التي يجري البحث عن أدلتها، وعنوان الأماكن... وأخيرا فقد حدد المشرع بأن هذه العمليات لا يجوز أن يكون موضوعها سوى البحث وإثبات الجرائم المستهدفة، وإلا فإنها تكون باطلة بطلانا من النظام العام..." [3].

من خلال هذا الاجتهاد يتضح أن المجلس يوسع من نطاق الضمانات لتمكين عناصر الأمن من تفتيش المنازل حيث اشترط الضمانات القضائية ممثلة في التصريح وكذلك اشترط جملة من الشروط وأكد على أنها ضرورية وكأنه يحيط هذه الحرية بسياج متين حتى لا يتم اختراقه.

وبمناسبة فحصه لقانون حالة الطوارئ لسنة 2017، وبالضبط في المادة 01/08 منه التي تخول للمحافظ أن يأذن لضباط الشرطة بقرار مسبب تحت مسؤوليتهم للقيام بفحص الهوية والتفتيش

[1]–عاصم خليل، نوار بدير، المقال السابق، ص163.

[2]–أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص484.

[3]–محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص105.

البصري وتفتيش الأمتعة وكذا فحص المركبات المتداولة أو متوقفة على الطريق السريع العام أو في الأماكن التي يمكن للجمهور الوصول إليها.

حيث صرح في هذا الأمر:" يجب على المحافظ أن يحدد الأماكن بدقة، وكذلك المدة من ناحية أخرى، وبخصوص الضمانات المطبقة على عمليات التفتيش التي تتم في إطار قضائي... وبناء على ذلك لم يكفل المشرع التوازن بين هذه القيمة الدستورية لصون النظام العام... والحق في الخصوصية، وبالتالي يجب اعلان أن الأحكام المطعون فيها غير دستورية[1].

من خلال اجتهاداته فإنه اصبح يعترف للحرية الفردية بالقيمة الدستورية مستندا في ذلك على المواد الأولى والثانية والرابعة من اعلان حقوق الانسان الفرنسي لعام 1789 وهذا ما جعل الفقه الفرنسي ينتبه إلى هذا التحول للمجلس الدستوري باعترافه للحرية الفردية أنها ترد إلى المبادئ المعترف بها من خلال قوانين الجمهورية كما نبه الفقه الفرنسي أن الحرية الفردية في وجه نظر المجلس الدستوري هي من اعلان 1789 والمادة 66 من الدستور الفرنسي ودور المجلس أصبح شبه مهجورا[2].

3- الحق في الكرامة الانسانية امتداد للحق في الحياة

يرى فقهاء القانون المقارن أن الكرامة الانسانية قد بدأت تغزوا الأنظمة القانونية الغربية، وقد تطور هذا المفهوم ليصل إلى حد الشمولية والحتمية، كما يعتبر أساسا تقوم عليه الأنظمة القانونية الحديثة، ونظرا إلى التطور الملحوظ على مستوى دسترة حقوق وحريات الأفراد، أصبحت الأنظمة وكأنها تتنافس فيما بينها بخصوص النهوض بالكرامة الانسانية[3].

ظهر مفهوم الكرامة الانسانية في نهاية الحرب العالمية الثانية بسبب الجرائم البشعة المرتكبة في ذلك الوقت ضد الانسان والتي تمس الجنس البشري لذا كانت النصوص الدولية[4] تعطي لهذا الحق

---

[1]- CC .n° 2017-677 QPC-du-01.09 2017. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

[2]-عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص252.

[3]-وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الانسانية في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص41.

[4] - أشارت اتفاقية جنيف لعام 1926 الخاصة بالرق في المادة الثانية منها:" يمنع الاتجار بالرقيق والمعاقبة عليه، كما اشارت الفقرة ب من نفس المادة على: "أكدت على العمل تدريجيا وبسرعة من أجل القضاء على الرق بجميع صوره وأشكاله". أنظر : علي محمد حسون العكيلي، المرجع السابق، ص117

أولوية كبرى بغرض وضع حد للإهانات التي تعرض لها الانسان[1]، ونصت العديد من الدساتير الوطنية بعد الحرب العالمية الثانية على مصطلح الكرامة الانسانية مثل دستور المكسيك وجمهورية ميانمار في المانيا وفيلندا البرتغال ايرلندا وكوبا...، إلا أن استخدام مصطلح الكرامة في تلك المرحلة غير منتظم بالشكل الذي يليق بمفهوم الكرامة ذات البعد الانساني[2].

نظرا للأهمية البالغة إلى كرامة الانسان هذا ما جعل معظم دساتير العالم[3] تهتم بهذا الحق وما يمكن ملاحظته أن الدستور الفرنسي يعتبر استثناءا من بقية دساتير دول العالم الأخرى لأن هذا المصطلح لم يرد صراحة في الدساتير الفرنسية، ولهذا يرى بعض الفقه أنه في فرنسا "لم يتجسد مبدأ الحق في الكرامة إلا بفعل الاجتهاد". ورغم وصول المجلس الدستوري إلى هذا المبدأ إلا أنه جاء متأخرا مقارنة بالدول الأخرى ويتجلى ذلك في قراره التشهير رقم (CC.343-344DC 27/07/94 هذا القرار الذي وضع له العلامتان (Favorev) و(Philip) عنوانا إضافيا:

«droit constitutionnel de libertés dignité de la personne humaine »

رغم أن هذا الانجاز يحسب إلى المجلس الدستوري الفرنسي إلا أن العلامة روسو انتقده بسبب تأخيره[4].

هذا القرار يدور حول مراجعة قانون احترام جسم الانسان وقانون التبرع بعناصر ومنتجات جسم الانسان واستخدامها، حيث اعترف المجلس من هذا القرار بالقيمة الدستورية لكرامة الانسان وذلك بقوله" في أعقاب انتصار الشعوب الحرة على الأنظمة التي حاولت الاستعباد للحط من قدر الانسان يعلن الشعب الفرنسي مرة أخرى أن لكل إنسان دون تمييز ...حقوق مقدسة وغير قابلة للتصرف، ويتضح من ذلك أن... الحفاظ على كرامة الانسان ضد جميع أشكال الاسترقاق والانحطاط هو مبدأ ذو قيمة دستورية..." [5]

---

[1]–نبالي فضة، الأطروحة السابقة، ص20.

[2]–وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الانسانية في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص23.

[3] – تنص المادة 40 من التعديل الدستوري لسنة 2016 في الجزائر على:" تضمن الدولة عدم انتهاك حرية الانسان، ويخطر أي عنف بدني أو معنوي أو أس مساس بالكرامة المعاملة القاسية أو اللاانسانية أو المهنية يقمعها القانون".

[4]–أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص323.

[5] -CC n° 94-343/344 DC du 27/07/1994 cf site: www.conseilconstitutienellte.fr.

من خلال هذا الاجتهاد الذي يعتبر ابتكارا في مجال الحريات والحقوق الأساسية، استطاع القاضي الدستوري الوصول إلى شروط جديدة فرضت وجودها عن طريق التقدم التكنولوجي وتجدد الأجيال ويبقى القاضي الدستوري بمثابة صانع الحقوق والحريات حتى إذا لم تنص عليها الدساتير صراحة[1].

ولم يبق مفهوم الكرامة الانسانية مقتصرا فقط على المعنى الكلاسيكي القديم وهو التحرر من العبودية، فعملت جهات القضاء الدستوري في بعض الدول على الربط بين الكرامة الانسانية والحق في الحياة، وهذا ما وصلت إليه المحكمة الدستورية في جنوب افريقيا، حيث فحصت المحكمة الحق في الحياة والحق في الكرامة الانسانية من زاوية واحدة، وارتأت المحكمة إن مقتضيات السياسة العامة للدولة مثل الحفاظ على النظام العام والاستقرار الاجتماعي، والانتصار إلى المجني عليهم التي يجعل الدولة تطبق قانون الاعدام على الجاني، لا تبرر الانتهاكات التي تقع على حق هؤلاء الجناة في الحياة وفي الكرامة الانسانية، إذا تم تطبيق عقوبة الاعدام عليهم[2].

وكان للمحكمة الاتحادية العليا الأمريكية دورها أيضا في التصدي إلى كل تجاوز يمس الكرامة الانسانية ففي قضية (Ric v.Cayetana) راقبت مدى دستورية قانون صادر عن ولاية هاواي يقرر قصر الحق عن التصويت على مواطني هاواي.

وأعلنت المحكمة ان هذا القانون يعتبر انتهاكا للتعديل الخامس عشر[3]، وأكدت المحكمة على أحد الأسباب الرئيسية التي دعت إلى معاملة التمييز العرقي باعتباره محظورا كما أنه يحط من كرامة وقيمة الشخص، وذلك بالحكم عليه بالنظر إلى أسلافه، وليس النظر إلى ماهو جدير به وما يتمتع به من صفاته الأساسية...". من خلال هذا الحكم عملت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية على رابط بين المعاملة المتساوية والكرامة الانسانية ولا تتحقق الكرامة إلا بالمساواة[4].

---

[1]– أمين عاطف صليباّ، المرجع السابق، ص325.

[2]– محمد عبد العال، الهيكل الدستوري الحقوق والحريات الأساسية، المرجع السابق، ص31.

[3] – ينص التعديل الخامس عشر الفقرة 01 من الدستور الفيدرالي الأمريكي:" لا يجوز للولايات المتحدة ولا لأي ولاية منها حرمان مواطني الولايات المتحدة من حقهم في التصويت أو الانقاص لهم من هذا الحق بسبب العرق أو اللون أو حالة رق سابقة".

[4]– وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الانسانية في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص119، 120.

وقد عملت المحكمة الدستورية العليا المصرية على توسيع مفهوم حرمة الحياة الخاصة فربطت بين المحاكمة المنصفة والكرامة الانسانية وذلك بقولها:" تتثمل ضوابط المحاكمة المنصفة في مجموعة من القواعد المبدئية التي تعكس مضامينها نظاما متكاملا الملامح بتوخي بالأسس التي يقوم عليها صون كرامة الانسان وحماية حقوقه الأساسية..." [1].

والمحكمة العليا الهندية لم تتردد في المحافظة على الكرامة الانسانية وابتدعت ما يسمى بـ "أندر الحالات" التي فيها فقط يطبق الاعدام وذلك بقولها" الطبيعة الحقيقة والملزمة في الكرامة الانسانية يستوجب مقاومة سلب الحياة عن طريق القوانين الوضعية، ذلك أن هذا لا يجب إلا في أندر الحالات التي يكون التبديل فيها غير متاح بشكل لا حيل فيه"[2].

4- حرية المعتقد معيار للتحضر

يقصد بحرية المعتقد حق الانسان في اختيار العقيدة التي يقتنع بها وحقه في دعوة غيره إلى اعتقاد ما يؤمن شريطة أن تكون هذه الدعوة بالحسنى بعيدة عن العنف، وحق الإنسان في ألا يجبر على عقيدة لا يريدها، وألا يتدخل فيما يعتقد غيره [3].

ويرى البعض الآخر أن حرية العقيدة هي حق الإنسان في اختيار الدين الذي يرضاه من غير إكراه وأن يجعل أساس اختياره التفكير السليم وأن يحمي الدين الذي ارتضاه فلا يفكر على خلاف ما يرضيه[4].

وحرية المعتقد تعتبر من أهم الحريات التي يتمتع بها الفرد ، ولهذا السبب عملت معظم الدول إلى جعل هذا الحق يرتقي إلى مصاف الحقوق الأساسية وخاصة الدول التي تتبنى الأنظمة الديمقراطية وحتى العلمانية منها، إلا وتضمنت دساتيرها حرية المعتقد[5].

وتعتبر حرية الاعتقاد من الحقوق الشخصية الملازمة لشخص الإنسان، ولذلك تنص غالبية الدساتير على حرية الاعتقاد الديني وحرية ممارسة شعائر الأديان بشرط ألا تتعارض مع النظام العام

---

[1]-محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص442.

[2]-محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، المرجع السابق، ص33.

[3]-ابراهيم كمال محمد، ضوابط الحرية الدينية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، د ط، دار الكتب والدراسات العربية، مصر، سنة 2016، ص 18.

[4]-ابراهيم كمال ابراهيم، حرمة العدوان على الدين، د ط، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2015، ص72.

[5]-أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص 333.

والآداب العامة في الدولة، وقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 في المادة 18 منه على حرية الاعتقاد الديني[1] .

وبخصوص حرية المعتقد يقول العلامة(F.luchaire) قوله: "إن حرية المعتقد هي واقع لا يمنحه القانون وبالتالي لا يمكن أن يلغيه أو يحد منه". فحرية المعتقد كما يراها الفقه الفرنسي والإيطالي على حد سواء هي حرية واقعها يقوم على مبدأ عدم التمييز بين الأفراد على أساس المعتقد الديني[2].

ومن أجل التكريس الفعلي لحرية المعتقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها مؤكدة على ذلك بقولها : "إن المشرع قد التزم في جميع الدساتير المصرية مبدأ حرية العقيدة وإقامة الشعائر الدينية باعتبارها من الأصول الدستورية الثابتة المستقرة في كل بلد متحضر، فلكل إنسان أن يؤمن بما شاء من الأديان والعقائد التي يطمئن إليها ضميره وتسكن إليها نفسه...." [3].

من هذا الاجتهاد للمحكمة الدستورية العليا المصرية ركزت تركيزا كبيرا على حرية المعتقد واعتبرتها من النصوص الدستورية الثابتة وربطها بمفهوم التحضر.

أما بالنسبة لممارسة الشعائر الدينية أكدت ذات المحكمة على ذلك بالقول:" إن حرية العقيدة لا يجب فصلها عن حرية ممارسة الشعائر الدينية وهو ما حمل الدستور على أن يضم هاتين الحريتين في جملة واحدة جرت بها مادته السادسة والأربعون بما نصت عليه من أن حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية مكفولتان وهو ما يعني تكاملهما وأنهما شيئان لا ينفصلان..." [4].

أما موقف المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية بخصوص حماية حرية العقيدة تعزز منذ عام 1947 حين أصدرت حكما على لسان رئيسها "هيغول بلاك" بينت فيه أن الفقرتين الخاصتين بالدين تنطبقان على الولايات، وكان ذلك في قضية افرسون ضد مجلس التعليم العالي ومنذ تلك الحقبة أصبح

---

[1]–راشد فهيد المري، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في وقت السلم، د ط، دار النهضة العربية، مصر، سنة2015، ص188.

[2]–أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص 334.

[3]– إسلام فؤاد معوض، الموظف العام وممارسة الحقوق والحريات العامة، دراسة تحليلية وتأصيلية على ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، ط1، منشأة المعارف، مصر، سنة 2018، ص188.

[4]–عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص284، 285.

للمحكمة العليا موقف خاص بالنسبة لأحكامها المتعلقة بحرية العقيدة في مجال صلاحياتها لحماية الحريات والحقوق الفردية[1].

وفي قضية دالاس ضد جافري سنة 1985 قضت المحكمة العليا الاتحادية الامريكية بعدم دستورية قانون في ولاية ألاباما ينص على " فترة الزام الصمت لمدة دقيقة واحدة من أجل التأمل او الصلاة الاختيارية... وانتهت المحكمة إلى أن الغرض الوحيد لسن هذا القانون هو أن يعرب عن مساندة الولاية لأنشطة الصلاة لمدة دقيقة واحدة في بداية كل يوم دراسي، واعتبرت المحكمة أن هذا القانون ينتهك مبدأ الحياد التام للحكومة تجاه الدين"[2].

إذا كانت حرية الاعتقاد والانتماء الديني مكفولة في دستور الولايات المتحدة الأمريكية من خلال التعديل الأول للدستور الأمريكي[3] واستنادا إلى الدستور، ألغت في عام 1978 قانون ولاية "تينسي" الذي يخطر على الوزراء ورجال الدين على حد سواء من الاشتراك في التجمع الدستوري، حيث قضت المحكمة: " إن اشتراط القانون على الأفراد عدم انتمائهم للكنيسة شرط يؤهلهم للاشتراك في مفاوضات التجمع الدستوري وهو في حقيقته خرقا للدستور الأمريكي". وأجمع قضاة المحكمة التسعة على عدم دستورية هذا القانون"[4].

رغم تظاهر المحكمة الاتحادية الأمريكية بدعم وتكريس حرية العقيدة وإقامة الشعائر الدينية في العديد من اجتهاداتها، إلا أن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة للمسلمين، حيث حكمت بعدم السماح للمسلمين للقيام بشعائرهم الدينية داخل السجن مبررة ذلك بدواعي أمنية وكان هذا الحكم في عام 1987، وما يتناقض مع هذا الحكم أنها سمحت لأصحاب ديانات أخرى بممارسة شعائرهم الدينية مثل السجناء البوذيين واليهود والمسيحيين[5].

---

[1]–مدين عبد الرزاق الكلش، المرجع السابق، ص93.

[2]–محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص438

[3] – ينص التعديل الأول من الدستور الفيدرالي الأمريكي لسنة 1878 على أنه:" لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص بإقامة دين من الأديانّ أو منع حرية ممارسته..." انظر: محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، المرجع السابق، ص34..

[4]–مدين عبد الرزاق الكلش، المرجع نفسه، ص94.

[5]– المرجع نفسه، ص95.

أما بالنسبة للمحكمة الدستورية الايطالية فإنها أكدت على وجوب احترام الدولة لحرية الدين حسب ما نص عليه الدستور الإيطالي، حيث اعتبرت أن حرية الاعتقاد هي إمتداد لكرامة الفرد، كما تعتبر جانب أساسي من الحرية الشخصية ويجب ضمان ذلك لجميع الطوائف الدينية [1].

وكما ان المحكمة الدستورية لجنوب افريقيا من خلال القاضي (ساكس) في هذا الأمر بأن الدولة يجب عليها قدر الامكان تجنب وضع افراد الجماعات الدينية (الطوائف) تحت أعباء كثيرة ينتج عنها إلزامهم بالاختيار أو المفاضلة بين الالتزام بحدود القانون الاخلاص لمعتقداتهم[2].

ولكي يضفي المجلس الدستوري الفرنسي الطابع الدستوري على حرية الرأي والضمير فقد كان عليه الاختيار بين الاستناد على الفقرة 05 من المادة 10 من إعلان 1789م والفقرة 05 من ديباجة دستور 1946 أو المادة 01 فقرة 02 من دستور عام 1958 التي تنص " أن الجمهورية تحترم كل المعتقدات"، وفضل المجلس أن تكون هذه الحرية هي مبدأ أساسي تعترف به قوانين الجمهورية... حتى يكون هذا المفهوم شاملا يضمن كل الآراء الدينية والفلسفية والسياسية والاجتماعية، وإدراج أي ذكر لهذه الآراء في ملفات المسؤولين فهو عمل غير دستوري[3].

وفي إطار حماية حرية المعتقد بصفته حق دستوري من جهة وحرية مهمة في حياة الانسان من جهة أخرى قررت المحكمة الدستورية الاسبانية :" إن حرية المعتقد لها وجهان: وجه خارجي يفرض على المواطن أن يتصرف بحرية بما لا يتعارض مع معتقدات الآخرين من المواطنين، ووجه داخلي يؤمن له ضمانة دائرة خاصة ، ولا يجوز لأي سلطة عامة أن تنتهك هذه الدائرة الخاصة او تلزم المواطن بأعمال تخالف معتقداته الشخصية"[4].

ولم يتوقف القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات الفردية عند نصوص الدستور فقط بل ذهب إلى أبعد من ذلك من خلال الوصول إلى مفاهيم جديدة واضفى عليها الطابع الدستوري تعزيزا للحريات الفردية وسد كل المنافذ أمام جهات التشريع حتى لا تستطيع النيل من هذه الحقوق والحريات عن طريق اجتهاداته المبنية على أساس التفسير الواسع لقواعد الدستور، بحيث كرّس حقوق

[1] -Cour constitutionnelle italienne, 23/02/2016, Revue internationale de droit comparé, vol;68, N3, 2016, p841-842.

[2]–أحمد حسني علي الأشقر، الأطروحة السابقة، ص87.

[3] -Dominique ROUSSEUA et al, Droit du contentieux constitutionnel, 11edition, entièrement refondue,2016, p641.

[4]–أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص333، 334.

وحريات جديدة لم ينص عليها الدستور صراحة واعتمدت كحقوق وحريات أساسية ومن بين هذه الحقوق والحريات الحق في الاجهاض، حق الانسان في أن ينسى، حق الزواج.

5-الحق في الاجهاض بين الحرية الشخصية والحق في الحياة الخاصة

إن الحق في الاجهاض في الأنظمة القانونية التي تعترف به كمبدأ دستوري في مجال الحقوق الفردية، يصنف من أكثر الحقوق المثيرة للجدل، وذلك بسبب قوة حجج كل من المؤيد إلى هذا المبدأ والمعارض فكلها تعتبر حجة واحدة يستخدمها كلا الاتجاهين فلهذا اشتد الخلاف وزادت المواقف في هذا الموضوع، فمنهم من يعترف به كحق للمرأة في التصرف في حياتها الخاصة ومنه من يعتبره تعدي على الحق في الحياة بالنسبة للجنين[1].

بالنسبة للمحكمة الدستورية الفيديرالية الألمانية ركزت على حق الجنين في الحياة وتسمح المحكمة بالإجهاض في بعض الحالات مؤكدة على:" إن حياة الجنين تعد قيمة دستورية يجب على الدولة حمايتها"، وعرضت عليها في مسألة الاجهاض قضيتين فحكمت بـ:" إن حياة الجنين يجب أن تفصل على حق النساء في التقرير الذاتي لمصيرهن بناء على ترتيب الأولويات الدستورية، والحقيقة أن الأجنة البشرية جديرة بالتمتع بالحقوق وتستحق احتراما أخلاقيا كاملا سواء من الدولة أو من الأفراد"[2].

رغم اهتمام المحكمة الدستورية الألمانية بالحقوق الفردية للأفراد، إلا أنه من وجهة نظر هذه المحكمة أن هذه الحقوق والحريات الفردية لا يمكنها أن تصل إلى حرمان الجنين من العيش فقدمت حياة الجنين على حق المرأة في الحرية الشخصية.

والمحكمة البرازيلية بدورها استعملت سلطتها في توسيع نصوص الدستور لتتجاوز بذلك القواعد التشريعية ، حيث تصل في بعض الأحيان إلى استجلاء حقوق وحريات لم ينص عليها الدستور صراحةّ، حيث أباحت للمرأة بوقف حملها حالة عدم رغبتها فيه دون تحميلها أي مسؤولية، مع العلم أن القانون الجنائي البرازيلي يعاقب على جريمة الاجهاض إلا في حالات خاصة[3] مثل صحة الأم أو

---

[1]-محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، المرجع السابق، ص60.

[2]-وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الانسانية في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص108.

[3] – في بولندا نص القانون الصادر في آذار/ مارس 1993 على الحالات التي يجوز للمرأة من خلالها الاجهاض وهي (حياة المرأة مهددة بخطر، إذا كان الجنين مشوها، إذا كانت قد تعرضت للاغتصاب أو الزنا من المحارم) وناشد

الحمل الناتج على السلوك الجنائي. مستندة في هذا الحكم على خصوصية المرأة وحق المرأة في عدم تعرضها لمعاملة غير انسانية[1].

أما بالنسبة لموقف المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية[2] بالنسبة للإجهاض، فقد تعرضت إلى العديد من القضايا، وكان لها في كل قضية وجهة نظر معينة، ففي بداية الأمر من خلال قضية "رو ضد وابدو" وقضية "دو ضد بولتون" اعترفت المحكمة أن الاجهاض من الحقوق الدستورية التي يكفلها التعديل الرابع عشر من الدستور، ورفضت القيود الواردة في قوانين ولاية تكساس وجورجيا لممارسة حق الاجهاض، معتبرة أن حق الاجهاض يدخل في نطاق حق المرأة في الخصوصية.

وبعد مدة زمنية معتبرة اعتبرت المحكمة أن القيود التي وضعها المشرع في ما يخص الاجهاض بالدستورية، ويجب ان تكون هناك دواعي صحية ضرورية وفي الأخير اعترفت المحكمة بحق الولايات في اعتماد ما تراه مناسبا من القيود والتدابير بغرض توفير حماية الطفل (الجنين) طوال فترة الحمل [3].

والمجلس الدستوري الفرنسي بدوره تطرق إلى الحق في الاجهاض وذلك من قراره الشهير الذي استند فيه على ديباجة دستور 1946 بقوله "... إلا أن القانون المتعلق بالانهاء الطوعي للحمل يحترم حرية الأشخاص الذين يدعون إلى اللجوء لوقف الحمل أو المشاركة فيه سواء كان ذلك في حالة ضائقة، أو كسبب علاجي، وبالتالي أنه لا ينتهك مبدأ الحرية المنصوص عليها في المادة 02 من اعلان حقوق الانسان والمواطن ومنه هذا القانون لا يتعارض مع النصوص التي يشير إليها دستور 1958 في ديباجته ولا يتعارض مع أي مواد دستورية"[4].

البعض بتوسيع نطاق الاجهاض مثل الضيق المالي أو العائلي ولكن الرئيس البولندي استعمل صلاحياته ورفض مثل هذه الاقتراحات. أنظر: هيلين تورار، المرجع السابق، ص518.

[1]–عصام خليل، نوار بدير، المقال السابق، ص164.

[2] – وللاطلاع على اجتهادات المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية في مجال الحق في الاجهاض أنظر: جيروم .أ. بارون، س توماس دينسن، مرجع سابق، ص164 وما بعدها.

[3]–محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، المرجع السابق، ص65، 66.

[4] – CC n° 74-54 DC du 15.01.1975 cf site: www.conseilconstitutienellte.fr.

5- الحق في الزواج حرية شخصية

إن حرية الزواج من أهم الحريات الشخصية ويشمل هذا الحق الحرية في اختيار الزوج وتوقيت هذا الزواج دون فرض قيود وشروط معينة، والحق في الزواج اعترفت به جميع الشرائع السماوية والمواثيق الدولية[1]، والدساتير الوضعية في بعض الأحيان، ولا يعتد بأي قيد على الزواج سوى تلك الضوابط الشرعية التي تنظم العقد[2].

وفي هذا الشأن قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية القوانين التي تحد من حرية اختيار الزوج وحرية اختيار التوقيت المناسب للزواج وهذا بمناسبة الدفع بعدم الدستورية في نص الفقرة الثانية من المادة (105) من قانون التأمين الاجتماعي رقم 1975/79 فأكدت المحكمة على حرية الزواج بالقول:" لا يجوز التدخل تشريعيا في علائق الزواج للحد من فرص الاختيار... ما لم تكن القيود التي فرضها المشرع... بفائدة في بواعثها إلى مصلحة جوهرية لها ما يظاهرها يسوغ تنظيم الحرية الشخصية بما لا يهدم خصائصها، ذلك ان تقييد الحرية الشخصية لغير مصلحة جوهرية لا تغتفر... ولا يجوز للمشرع ولغير مصلحة جوهرية، أن يركن إلى سلطته التقديرية ليحدد على ضوئها من يتزوج ولا يتدخل في أغوار هذه العلاقة"[3].

وبهذا الحكم المميز للمحكمة الدستورية العليا المصرية حقيقة تكون المحكمة قد حسمت الأمر بالنسبة للحق في الزواج حين أكدت أن هذا الحق هو من أحد مظاهر الحق في الخصوصية ويحظى بذات الحماية التي تتمتع بها بقية الحقوق والحريات الأساسية الاخرى[4].

أما بالنسبة للمحكمة الاتحادية الأمريكية فهي بدورها وصلت من خلال اجتهاداتها إلى الحق في الزواج رغم أن الدستور الأمريكي لم ينص عليه صراحة، واعتبرته من القيم التي تحظى بالقيمة الدستورية وذلك بقولها:" بأن قرار الزواج يدخل ضمن القرارات الشخصية المشمولة بالحماية الدستورية في إطار حق الخصوصية..."

---

[1] – تنص المادة 02/23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن " تكون المرأة ابتداء من سن بلوغ الزواج حق معترف به في التزوج وتأسيس اسرة.

[2]–إسلام فؤاد معوض، المرجع السابق، ص78.

[3]–اسلام قؤاد معوض، المرجع نفسه، ص78.

[4]–باسل عبد الله محمد باوزير، الرسالة السابقة، ص156.

وفي هذا الشأن قضت بعدم دستورية قانون يمنع الزواج من أجناس مختلفة بين السود والبيض، وأعلن كبير القضاة "وارين بأن:" حرية الزواج كانت معترف بها منذ زمن بعيد باعتبارها واحدة من الحقوق الشخصية الحيوية اللازمة للسعي نحو السعادة من جانب الأفراد الأحرار، والزواج أحد الحقوق المدنية الأساسية للإنسان وهو أساسي لوجودنا ذاته وبقائنا"[1].

6- الحق في أن تنسى حق أساسي جديد

نظرا للأهمية القصوى لحرمة حياة الانسان الخاصة من جميع جوانبها، هذه الأهمية جعلت من رجال السياسية والقانون يدعون إلى ضرورة حق الفرد في طلب أن ينسى باعتباره حقا انسانيا جديد ويكون ذلك عن طريق اخفاء كل ما قد يكون ضارا للفرد خاصة في مجال المعلومات التي قد يطول نشرها مدة زمنية كبيرة فيصبح من حق صاحب المصلحة طلب إزالة هذه المعلومات من المواقع الالكترونية ووسائل الاتصال الاجتماعي خاصة الحديثة منها[2].

وتعتبر اسبانيا من الدول التي اهتمت بحق الانسان في أن ينسى واعتبرته حقا لصيقا بالشخصية ويبرز ذلك في قضية "شركة كوجغل ضد كوسيتيجا" سنة 2014، وترجع وقائع هذه القضية أنه في عام 1998 نشرت إحدى الصحف بناءا على تصريح وزارة العمل والشؤون الاجتماعية تقرير حول مجموعة العقارات التي سوف تباع بالمزاد العلني بسبب تزايد ديون ملاكها، وقام أحد الملاك الذي نشر اسمه في التقرير، وفوجئ هذا الأخير أن إسمه لازال في معالج البحث جوجل، وتقدم المعني إلى الشركة بطلب سحب اسمه من بين أسماء القائمة مقدما شكوى إلى الهيئة الاسبانية لحماية البيانات[3].

وعن طريق اجراءات التقاضي والاستئناف وصلت القضية إلى المحكمة الدستورية الاسبانية التي بدورها علقت حكمها على صدور توجيها من محكمة العدل للاتحاد الاوروبي وصدر الحكم عن محكمة العدل التابعة للاتحاد الاوروبي بتحميل مستغلي محركات البحث مسؤولية معالجة البيانات

[1]-محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص481.

[2]-محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، المرجع السابق، ص77.

[3]-محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص83، 84.

الشخصية التي تظهر على صفحات الويب المنشورة من قبل اطراف ثالثة، لذلك إذا كان موضوع البحث لا يريد ان ينبثق عن البيانات يحق له أن يطلب إزالتها[1].

أما عن موقف المحكمة الاتحادية الامريكية من خلال قضية سيدس ضد مؤسسة إين أر للنشر عام 1940 عبرت المحكمة صراحة عن رفضها لتقييد حرية الرأي والتعبير بداعي أنه للإنسان الحق في أن ينسى وترجع حيثيات هذه القضية إلى السيد "سيدمن" الذي رفع ضد الشركة المذكورة أعلاه انها نشرت أخبارا عنه معتبرها تدخل في مجال حياته الخاصة وهو لا يريد أن يطلع عليها الناس ويسعى أن تدخل في طي النسيان، لكن المحكمة قدمت ممارسة حرية الرأي والتعبير على إدعاءه مدعمة حكمها بأن هذه المعلومات تعود بالفائدة على المجتمع[2].

المطلب الثاني: الحقوق والحريات السياسية معيار للديمقراطية في منظور القضاء الدستوري

نتيجة لحركات التحرر التي تشهدها الدول للحد من تعسف الحكام أصبح من الضروري فتح المجال أمام الجميع للمشاركة في بناء مؤسسات الدولة وتسيير الشأن العام، بواسطة الحقوق والحريات السياسية، التي أصبحت الأفضل في الحد من السلطة، وللحريات السياسية صور من أهمها حق الانتخاب والترشح وإنشاء الأحزاب السياسية وحرية الرأي والتعبير، هذا الصنف أصبح يعتبر معيارا للدولة الديمقراطية بناء على مدى احترامها وتكريسها لمثل هذه الحقوق، والقاضي الدستوري بدوره لم يكن غائبا في تفعيلها حيث اعتبرها شرطا ومعيارا في تصنيف الدول الديمقراطية وهذا ما سنوضحه في هذا المطلب من خلال أربعة فروع، الفرع الأول: تعريف الحقوق السياسية، الفرع الثاني: حق الترشح والانتخاب في منظور القضاء الدستوري أساس بناء الديمقراطية، الفرع الثالث: الأحزاب السياسية أساس للمشاركة السياسية في منظور القضاء الدستوري، الفرع الرابع: حرية الرأي والتعبير ركيزة للمجتمعات الديمقراطية في منظور القضاء الدستوري.

[1]–للناس الحق في النسيان الالكتروني تحكم محكمة الاتحاد الأوروبي ضد قوقل، على الموقع الالكتروني: https://makdsecurity.sopho.com تاريخ الدخول: 2020/07/12.

[2]–محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الاساسية، المرجع السابق، ص87.

الفرع الأول: تعريف الحقوق السياسية

الحقوق والحريات السياسية وجدت منذ القدم ولكنها أخذت صورة مختلفة وتمت ممارستها بعدة أشكال تتأثر بطبيعة الأنظمة الحاكمة وكانت هذه الحريات محل اهتمام المفكرين القدامى باعتبارها من الوسائل الناجعة للحد من تعسف الحكام. [1]

ويقصد بالحقوق السياسية التي يمكن عن طريقها يشارك المواطنين في شؤون الحكم بصورة مباشرة أو غير مباشرة وهي تكون إما حق انتخاب أو حق ترشح علما أن التمتع بمثل هذه الحقوق يكون إلا للمواطنين دون سواهم، أي أنه لا يمكن للأجانب ممارسة مثل هذه الحقوق بمعنى الذي يحملون جنسية الدولة [2]، كما أن الحريات السياسية تسمح للإنسان أن يمارس أنشطة معينة بصورة عامة وعلى مستوى جماعي مثل تشكيل الأحزاب السياسية أو تكون بشكل فردي مثل عملية الانتخاب. [3]

وللوصول إلى معنى دقيق إلى الحقوق والحريات السياسية وهل هي من ضمن حقوق الإنسان لابد من معرفة الفرق بين الحقوق السياسية وحقوق الإنسان والحقيقة أن الفرق ليس واضح بصورة كبيرة إلا أنه يمكن تمييز حقوق الإنسان بأنها لا يشترط فيها الجنسية عكس الحقوق السياسية فهي لا يتمتع بها إلا من يتمتع بالجنسية، مع العلم أن المجتمع السياسي الداخلي يتأثر تأثيرا مباشرا بكل التحولات التي تطرأ على المستوى الدولي. [4]

[1]– مها علي إحسان الغزاوي، المرجع السابق، ص19.

[2]–شحاته أبوزيد شحاته، المرجع السابق، ص221.

[3]–حافظي سعاد، المرجع السابق، ص88.

[4]–هيلين تورار، المرجع السابق، ص421.

إن ارتباط عملية المشاركة السياسية ومجال حقوق الإنسان هذا يبنى على كيفية تعامل السلطات مع الشعب في المشاركة وبناء الصرح السياسي للدولة، تحت شعار الديمقراطية التي تساعد على تنمية العمل بالطريقة السياسية مع العلم أن الربط الحقيقي بين فتح المجال لممارسة الحقوق والحريات السياسية يتطلب وجود نظام سياسي يشجع المشاركة السياسية وأكبر ضامن لهذا الحق هو الدستور الذي يضفي الطابع الديمقراطي على الدول. [1]

وتعتبر الحقوق السياسية من أهم الضمانات التي تكفل حقوق الأفراد وحرياتهم داخل المجتمع وهي تضمن حق الانتخاب وحق الترشح وحق إنشاء الأحزاب السياسية وحق الانضمام إليها وحرية الرأي والتعبير. [2]

والحقوق والحريات السياسية تجد أساسها في المواثيق الدولية مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 حيث نصت المادة 11 منه على: "لكل شخص حق المشاركة في إدارة الشؤون العامة لبلده إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يختارون في حرية"

ونصت المادة 150 بـ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على :"أن ينتخب وينتخب في انتخابات نزيهة تجرى دوريا بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري بما يضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين". [3]

وقد أصبحت الديمقراطية القائمة على التعددية الحزبية وتداول السلطة بناء على انتخابات حرة ونزيهة واحترام الحقوق والحريات الأساسية نظاما عالميا ومبدأ من مبادئ القانون الدولي. [4]

إذا كانت الجهود الدولية كلها تبذل في سبيل الوصول إلى أنظمة ديمقراطية تكون قادرة على حماية حقوق وحريات الأفراد، وفتح المجال أمام الشعوب في بناء مؤسسات دولهم عن طريق المشاركة السياسية الفعلية، وحتى لا تبقى الديمقراطية مجرد شعارات جوفاء لا معنى لها لابد من توفير ضمانات لتحقيق الديمقراطية المثلى، ومن بين هذه الضمانات على المستوى الداخلي للدول هو القضاء الدستوري الذي يسهر على حماية الحقوق والحريات. فإلى أي مدى يمكن للقضاء الدستوري

[1]–خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص53.

[2]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص655.

[3]–أنظر المادة 11 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948، والمادة 150 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

[4]–أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص26.

صيانة هذه الحقوق والحريات من خلال اجتهاداته وهل يرتقي بالحقوق السياسية إلى الهدف الحقيقي من اعتمادها أم لا؟

وللإجابة على هذه الأسئلة لابد من التطرق إلى اجتهادات القضاء الدستوري في هذا المجال لمعرفة مدى تأثيره في استقرار الحياة السياسية.

الفرع الثاني: حق الترشح والانتخاب في منظور القضاء الدستوري أساس بناء الديمقراطية

في هذا الفرع سوف نوضح كيف جعل القاضي الدستوري من حق الانتخاب والترشح ضرورة حتمية لتفعيل البناء الديمقراطي.

وفي هذا السياق كانت للمجلس الدستوري اللبناني العديد من المحطات في مجال الدفاع عن حق الانتخاب والترشح . فبعد فترة وجيزة تمكن المجلس الدستوري اللبناني من النظر في مدى دستورية قانون انتخاب أعضاء مجلس النواب وقرار يخص تمديد ولاية المجالس البلدية واللجان القائمة بأعمال المجالس البلدية وقانون تمديد ولاية المختارين، ومن خلال مسيرته في رقابته لحق الانتخاب والترشح وصل إلى مجموعة من النتائج أهمها:

إن الديمقراطية تقوم على مشاركة الشعب في سير الحياة العامة وفي إدارة الشؤون العامة، كما اعتبر حق المواطن في أن يكون ناخبا ومنتخبا هو من الحقوق الدستورية الذي يجسد المبدأ الديمقراطي الذي يرتكز عليه النظام الدستوري اللبناني.

كما صرح أن حق الاقتراع مبدأ دستوري يتولد عنه مبدأ آخر هو مبدأ الدورية في ممارسة الناخبين لحقهم في الاقتراع والذي ترتب عنه دعوة الناخبين لممارسة حقهم في الانتخابات بصورة دورية كما اعتبر دورية الانتخابات مبدأ دستوري لا يمكن المساس به.

وتدعيما للحقوق والحريات السياسية اعتبر المجلس الدستوري اللبناني أن الترشح للانتخابات له صفتين مدني ودستوري وكل قيد يأتي من المشرع على ممارسة هذا الحق يجب أن يفسر بصورة ضيقة. [1]

ولم يتوقف المجلس الدستوري اللبناني عند اعترافه بالقيمة الدستورية لحق الانتخاب وحق الترشح بل ذهب إلى أبعد من ذلك واعتبرهما ركيزة قيام الدولة الديمقراطية. [2]

---

[1]–وليد عبلا، المرجع السابق، ص654، 655.

[2]–أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص446.

واعتبرت المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية أن حق الانتخاب والترشح من مقومات الديمقراطية في المجتمع الأمريكي[1]، ويبرز ذلك في قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد كلاسيك سنة 1941 بالقول أن: "حق التصويت هو اختيار للفرد وهو أحد مقومات الديمقراطية للمجتمع وبالتالي فإن تقييد هذا الحق يخالف الحكم النيابي، إذ أن حق الشعب في الاقتراع لا يجوز إنكاره ولا يجب أن يكون هناك تحكم ولا تمييز أو إلغاء لحق التصويت المحمي دستوريا." [2]

وذهبت المحكمة الاتحادية إلى القول بأن حق الانتخاب والترشح عن طريقهما تنمو الحياة السياسية وتدار دفة الحكم وترعى مصالح الجماعة كما اعتبرت أن حق الانتخاب والحق في الترشح من الواجبات اللازم القيام بهما. [3]

وفي قضية هارير ضد مجلس الانتخابات بولاية فرجينيا بخصوص مؤهلات التصويت لاحظ القاضي "دوجلاس" العلاقة الوثيقة للتصويت بحقوق التعديل الأول الصريحة ، إنه لم يعتبر من الضروري النص على حق التصويت وصرح أنه:" إذ أنه يكفي القول أنه بمجرد منح حق الانتخاب للناخبين فلا يجوز أن توضع خطوط لا تتفق مع فقرة الحماية المتساوية ولا يمكن للولايات ان تحدد مواصفات الناخب التي تميزه بصورة مؤذية".

وأن حق التصويت حق اساسي والتصنيفات التي تقيده لابد ان تفحص بدقة وتحدد بعناية ومنه فإن الثروة ودفع رسم ليس لها أية علاقة بحق المرء في المشاركة في العملية الانتخابية وضريبة التصويت تنتهك الحماية المتساوية"[4].

---

[1] – في عام 1776 عبّر إعلان الاستقلال الأمريكي على مثل أعلى للمساواة بين الناس فقد قال: "إننا نؤمن بهذه الحقائق لأن من البديهي أن كل الناس قد خلقوا سواسية وأن حقوقهم وواجباتهم متساوية... في ظل حكوماتهم التي تسعى جاهدة إلى حمايتهم وتعزيز دورهم في انتخاب ممثليهم عن طريق التصويت والمشاركة في الحياة السياسية بشكل عادي"، وللمزيد أنظر: مدين عبد الرزاق الكلش، المرجع السابق، ص161.

[2]–محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص752.

[3]–محمود على أحمد مدني، المرجع نفسه، ص749.

[4]–جيروم.أ.بارون، س. توماس دينيس، المرجع السابق، ص230.

وعملا بقواعد الدستور المصري كان للمحكمة الدستورية العليا المصرية دور كبير في المحافظة على حقوق المواطنين سواء في الانتخابات أو الترشح وفي هذا المجال أصدرت العديد من الأحكام القضائية تحث فيها على وجوب احترام دعائم الديمقراطية وشفافية الحياة السياسية[1].

ففي حكم لها في 08 تموز/يوليو 2000 اعتبرت أن احترام الحق في الترشح والحق في الانتخاب من مظاهر الديمقراطية وذلك بالقول:" أن الأهداف التي رمى الدستور إلى بلوغها بما تطلبه في المادة 88 من أن يتم الاقتراع تحت اشراف أعضاء هيئة قضائية... وفي أن تكون السيادة للشعب باعتباره وحده مصدر السلطات، وهي ضمان لحق الترشح الذي يتكامل مع حق الانتخاب وبهما معا تتحقق ديمقراطية النظام ..." [2].

من خلال هذا الحكم يتضح جليا أن المحكمة الدستورية العليا المصرية جعلت لزوم الترابط بين حق الانتخاب والترشح مؤكدة على أنهما متكاملان وهي الوسيلة المثلى للديمقراطية التي يمكن من خلالها تجسيد الارادة الشعبية في بناء مؤسسات الدولة، وهما رمزين للديمقراطية.

إن القضاء الدستوري المصري يستند في بناء الديمقراطية ودولة القانون على العملية الانتخابية ويؤكد على ضرورة احترام المشرع حق الانتخاب وحق الترشح باعتبارهما ركيزة أساسية لتجسيد مبدأ السيادة الشعبية[3].

كما مارس المجلس الدستوري الجزائري الرقابة على الحق في الترشح والانتخاب بداية من مدى مطابقة القوانين العضوية الخاصة بالانتخابات للدستور قرر المجلس الدستوري الجزائري عدم دستورية المواد التي يتضمنها قانون الانتخابات لسنة 1997 التي تسمح بتصويت أحد الزوجين عن الآخر إذا اثبت ذلك بالدفتر العائلي وبطاقات الانتخاب، وفي هذا الرأي أكد المجلس على الطابع الشخصي للتصويت ودور الوكالة ينحصر في حالة ثبوت المانع القانوني الذي يحول دون حضور الشخص المعني[4].

---

[1]–محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص734.

[2]–آلاء مهدي مطر، المرجع السابق، ص231.

[3]–محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص348.

[4]–نبالي فضة، الأطروحة السابقة، ص108.

وحاول المجلس من خلال رأيه المتعلق بمراقبة مدى دستورية القانون العضوي 16-10 المتعلق بالانتخابات وبالخصوص المواد 79 و92 والمادة 111 من القانون المذكور أعلاه والتي وضعت بعض الشروط للترشح إلى المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة والمجالس المحلية مثل ألا يكون محكوما عليا بحكم نهائي لارتكاب جناية او جنحة سالبة للحرية باستثناء الجنايات والجنح لغير العمدية ولم يرد اعتباره.

وفي هذا الشأن صرح المجلس الدستوري ان عبارة "الجنايات غير العمدية غير مكرسة في الدستور ولا في التشريع، واعتبر أن الابقاء على هذه العبارة من شأنه أن يخل بحقوق المتقاضين المكرسة دستوريا وألزم المشرع بإعادة صياغة هذه المادة حفاظا على حق الترشح المكفول دستوريا[1].

وفي اجتهاد أخر له ربط بين حق الانتخاب وحق الترشح وبين الأنظمة الديمقراطية معتبرا أن ممارسة هذه الحقوق لا يكون إلا في المجتمعات الديمقراطية معبرا على ذلك بالقول:" ونظرا لما نصت عليه المادة 47 من الدستور اعترف لجميع المواطنين الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية ان ينتخبوا ويّنتخبوا...وبعبارة أخرى لا يمكن أن تكون ممارسة هذا الحق موضوع تضييقيات ألا للضرورة فقط في مجتمع ديمقراطي بغية حماية الحقوق والحريات الواردة في الدستور رغم ضمان أثرها الكامل[2].

ومن أجل التقليص من القيود التي قد يجعلها المشرع لممارسة حق الترشح مثل شرط الجنسية المكتسبة تكون مدتها 08 سنوات على الأقل للترشح إلى المجلس الشعبي الوطني أو الولائي أو البلدي، حيث اعتبر المجلس الدستوري هذا الشرط قد يعرقل الحق في الترشح[3] مستندا في ذلك على قانون الجنسية الذي يجعل من المتجنس يتمتع بجميع حقوقه ابتداءا من تاريخ اكتسابه الجنسية واعتبر

[1]-رأي رقم 02/ ر ت ع/ م.د/ المؤرخ في 11 غشت 2014، السابق ذكره

[2]-قرار رقم 01 ق ق مؤرخ في 20 غشت سنة 1989 يتعلق بقانون الانتخابات السابق ذكره.

[3] – رغم أن المجلس الدستوري الجزائري يتصدى إلى تجاوزات المشرع لصيانة حق الانتخاب وحق الترشح إلا أنه في العديد من المرات يرفض بعض ملفات الترشح خاصة لمنصب رئيس الجمهورية لأسباب ربما تكون غير مقنعة وعلى سبيل المثال المترشح السيد طالب الابراهيمي الذي شكك في مصداقية قرار المجلس الدستوري الخاص برفض ترشحه. للمزيد أنظر: بلغول عباس، المجلس الدستوري ودوره في الرقابة على الانتخابات، دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديث، مصر، سنة 2014، ص192 وما بعدها.

أن المشرع بإدراجه هذا الشرط يكون قد أخل بمبدأ المساواة ووضع شرطا يحول دون مشاركة الجميع في الحياة السياسية [1].

الفرع الثالث: الأحزاب السياسية أساس للمشاركة السياسية في منظور القضاء الدستوري

يعتبر انشاء الأحزاب السياسية والانضمام إليها من أحدث مظاهر العمليات السياسية في الديمقراطية الحديثة، وهي الوسيلة الأنجع للوصول إلى الحكم من خلال البرامج التي تعتمدها الأحزاب السياسية وترشيح أبرز الشخصيات على مستوى كل حزب لتولي مختلف الوظائف في مؤسسات الدولة[2].

والفقه الدستوري يقر بأن الأحزاب السياسية ليست أشخاص معنوية خاصة عادية بل لها أساس دستوري وقانوني وهو ما أكده الأستاذ Mavs.O الذي يرى بأن الأحزاب السياسية :" تشارك في مهمة مرتبطة بمرفق عام دستوري..." [3]

ويعرف "جورج بيردو" الحزب بأنه :" كل مجموعة من الأفراد التي تعتنق ذات الآراء السياسية، وتسعى إلى تحقيقها، وفي ذات الوقت ينضم إليها عدد كبير من المواطنين وتسعى إلى غزو السلطة او على الأقل التأثير في قراراتها".

ومن بين السمات الأساسية للديمقراطية الحديثة وجود أحزاب سياسية تتنافس على السلطة وفقا لقواعد تضمن تكافئ الفرص، كما تحتل مكانة في الديمقراطية التمثيلية وكما تعتبر تمثيل للمعارضة والانقسام وفي نفس الوقت هي أداة للتماسك[4].

وذهب الكثير من الكتاب بخصوص الأحزاب السياسية معتبرين أن لها الكثير من الايجابيات في الحياة السياسية، وهي أساس لدعم الأنظمة الديمقراطية وهذا الاتجاه ذهب إلى أبعد من ذلك بالقول أن تحقيق الديمقراطية مرهون باعتماد الأحزاب السياسية، وعكس هذا الرأي ذهب البعض بالقول أن

[1]–رأي رقم 03/ ر.م.د/11 مؤرخ في 22–12–2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور السابق ذكره.

[2]–اسلام فؤاد معوض، المرجع السابق، ص311.

[3]– بلغول عباس، المرجع السابق، ص202.

[4] - Luis Coté, op cit, p98.

الأحزاب السياسية ليس لها أي دور في تكريس الديمقراطية وما هي إلا تشويه للديمقراطية وتعطيل للمسار الديمقراطي[1].

إذا كانت الأحزاب السياسية تعتبر من أهم مظاهر الدولة الديمقراطية لأن من خلالها يتسنى للأفراد ممارسة حقوقهم السياسية والتعبير عن آرائهم ومشاركتهم في اتخاذ القرار، حتى لا تنفرد سلطات الدولة الأخرى ببعض الصلاحيات ويترتب على ذلك اختراق حقوق وحريات الأفراد فما هو الدور الذي يلعبه القضاء الدستوري في جعل الأحزاب السياسية مظهر حقيقي للأنظمة الديمقراطية من خلال اجتهاداته في مختلف دول العالم.

تعتمد الولايات المتحدة الامريكية على نظام الحزبين وهما الحزب الجمهوري والحزب الديمقراطي، والحق في تكوين الأحزاب السياسية والانضمام إليها في الولايات م أ محميا بموجب التعديل الأول للدستور، وللمحكمة الاتحادية العليا الأمريكية دور كبير في ترسيخ حق انشاء الأحزاب السياسية والانضمام إليها، ويتضح ذلك من خلال قضية الحزب الديمقراطي بكاليفورنيا ضد جونز سنة 2000 واسندت المحكمة في حكمها على التعديل الأول من الدستور الفيدرالي لضمانة حق الافراد في التجمع يعني حرية تكوين الأحزاب السياسية والانضمام إليها[2].

وتوصلت المحكمة الاتحادية الى نتيجة مفادها أن الأحزاب السياسية تتمتع بالحماية الدستورية وكأصل عام لا يجوز للولايات أن تتدخل في شؤونها مع امكانية وضع تنظيمات وقواعد معقولة تسير عليها الأحزاب في مجال الانتخابات ونظام التصويت فيها لضمان استقرار النظام السياسي للأحزاب[3].وفي قضية Davis v Bandemer المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية التمييز ضد حزب سياسي أو مجموعة سياسية يعتبر انتهاكا لدستور الولايات المتحدة الأمريكية، إلا أنها أوجبت على اصحاب الطعن اثبات أن هذا التقسيم للدوائر الانتخابية له تأثير مباشر على الحزب السياسي، وبالرغم من الشكاوي المرفوعة إلا أنه لم يتم الغاء هذا القانون على أسباب التمييز ضد مصالح أحزاب سياسية[4].

---

[1]–جعفر عبد السادة بهير الدراجي، المرجع السابق، ص211.

[2]–محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص726.

[3]–محمود علي أحمد مدني، المرجع نفسه، ص732.

[4]–دور القضاء الدستوري في ارساء دولة الحق في لبنان، المرجع السابق، ص136.

وقد حاول المجلس الدستوري الفرنسي المحافظة على حق انشاء الأحزاب السياسية والانضمام إليها من خلال مجموعة من الاجتهادات معبرا ذلك بالقول:" وقد تحقق الديمقراطية صحيح مفهومها منذ أن قرر المجلس الدستوري الفرنسي في 1990/01/11 أن التعددية في الآراء والأفكار هي أساس الديمقراطية وأصبحت الديمقراطية ذات مفهوم قضائي متحرك وقاعدة الحكم القضائي على أعمال الدولة وتصرفاتها"[1].

ومفهوم التعددية السياسية الذي يعتبر قاعدة الحريات حافظت على دولة القانون واختلفت طرق تطبيق التعددية حسب العوامل التي يمكن أن تؤثر فيه[2]، وتطبيقا لهذا المبدأ ذهب المجلس الدستوري الفرنسي في قراره بتاريخ 1990/01/12 بالقول:" يجوز للدولة أن تقدم إعانات للجماعات والأحزاب شريطة أن تلك الاعانات لا تؤدي إلى خلق علاقة تبعية بين الحزب السياسي للدولة ولا تؤدي إلى الانقاص من التعبير الديمقراطي لمختلف اوجه الآراء والأفكار"[3].

وفي قرار آخر له بتاريخ 25 أكتوبر 2019 حث فيه على المشرع بلزوم احترام مبدأ تعددية الأفكار وعدم الانقاص منه وذلك بالقول:" إذا كان مفتوح أمام المشرع عندما يضع القواعد الانتخابية لاعتماد أساليب تميل إلى تفضيل تكوين أغلبية مستقرة ومتماسكة ستؤثر على المساواة بين الناخبين أو المترشحين بدرجة غير متناسبة، يتجاهلون مبدأ التعددية في تيارات الأفكار والآراء"[4].

ويظل المجلس الدستوري الفرنسي يدافع على مبدأ التعددية في الأفكار باعتباره أساس للديمقراطية، فحسب رأيه أنه لا يمكن بناء نظام ديمقراطي مثالي دون اعتماد أسلوب التعددية، لأنها تعطي الفرصة للجميع دون استثناء[5] للمشاركة في تسيير الشأن العمومي.

وأكد ذلك في قرار له بتاريخ 06 ديسمبر 2007 وهو يفحص مدى دستورية القانون الأساسي لتعزيز استقرار المؤسسات وشفافية الحياة السياسية في بولينيزيا الفرنسية بالقول:" مع الاخذ في

---

[1]–عوض المر، المرجع السابق، ص423.

[2]–أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص104.

[3]–علي قاسم ربيع، الأطروحة السابقة، ص508.

[4]-CC n° 2019-811 QPC du 25.10.2019 cf site: www.conseilconstitutienellte.fr.

[5] – الملاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي قد التجأ إلى منهج خاص في التفسير من خلال بعض قراراته كسلاح لتخفيف الصراعات السياسية، والاتجاه إلى احداث القوانين بين الأغلبية والمعارضة، أنظر: أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص163

الاعتبار إذا كان مفتوحا أمام المشرع عندما يضع القواعد الانتخابية... فإن أي قاعدة من شأنها الابتعاد فيما يتعلق بالهدف...سوف تتجاهل مبدأ التعددية في تيارات الأفكار والآراء وهو أساس الديمقراطية"[1].

وتختص المحكمة الدستورية الفيديرالية في ألمانيا بسلطة حصرية للبت في عدم دستورية الأحزاب السياسية، إن كان هذا الحزب يهدف إلى مخالفة وخرق النظام القانوني الأساسي الحر الديمقراطي، أو كان هذا الحزب يهدد وجود الدولة الألمانية وتملك المحكمة ايضا سلطة حجز أموال الحزب السياسي وحله، كما للمحكمة أن تعترف بدستورية الحزب السياسي فيتمتع بجميع حقوق الأحزاب السياسية المعترف بها في ألمانيا[2].

وفي إطار اختصاص المحكمة الدستورية الألمانية ردت المحكمة طلب يرمي إلى حظر الحزب القومي الألماني (الغطاء السياسي للفكر النازي الجديد) وسببت المحكمة عدم حظرها لهذا الحزب أن أفكار هذا الحزب قريبة من النازية، إلا أنه لا يملك القدرة على الاطاحة بالديمقراطية في جمهورية المانيا ولهذا السبب لا يوجد مبرر لحظره[3].

وفي حكم آخر لها بتاريخ 25 يوليو 2012 أبطلت قانون الانتخابات وابقت على البرلمان، حيث استندت المحكمة على أن قانون الانتخابات الذي اعتمده الائتلاف الحكومي بقيادة المستشارة 'إنجيلا ميركل" دون التوافق مع المعارضة لا يحترم مبدأ المساواة في الكثير من جوانبه ولم يضع اعتبارات للأحزاب السياسية من حيث تكافئ الفرص، فضلا عن تأثيره على ما يعرف بالوزن السلبي للصوت، حيث يصبح التصويت لصالح حزب معين ضررا لهذا الحزب، ولهذه الأسباب ألغت المحكمة هذا القانون وأبقت على البرلمان مراعاة للمصلحة العامة وتفاديا لحالة الشغور[4].

---

[1]-CC n° 2007-559 DC du 06 décembre 2007. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

[2]–هلمت ستوينبرجر، مرجع سابق، ص43.1

[3]–دور القضاء الدستوري في بناء دولة الحق في لبنان، المرجع السابق، ص126.

[4]–محمد علي أحمد علي مدني، المرجع السابق، ص399.

وكان للمحكمة الدستورية العليا المصرية دورا كبيرا في إعطاء التعريف للحزب السياسي والبعد الديمقراطي للحق في تكوين الأحزاب السياسية والانضمام إليها[1] وذلك عن طريق الاجتهادات التي وصلت إليها. وأعطت المفهوم الدستوري للحزب السياسي فاعتبرت الأحزاب السياسية كيانات منظمة قوامها الأفراد والجماعات تعنى أساسا العمل بالوسائل الديمقراطية للحصول على ثقة الناخبين بغرض المشاركة في مسؤوليات الحكم" [2].

ومن أجل المحافظة على القيمة الدستورية لحرية الأحزاب السياسية باعتبارها دعما للديمقراطية حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة 15 من قانون الأحزاب السياسية لأن هذه الفقرة تضمنت مسؤولية رئيس الحزب السياسي مع رئيس تحرير صحيفة الحزب عما ينشر فيها أي أن هذه الفقرة ترتب المسؤولية الجنائية على رئيس الحزب بخصوص النشر معبرة على ذلك بالقول:" إن الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مضمونة لا تمس..."، واعتبرت المحكمة أن هذا النص أقام مسؤولية رئيس الحزب على أساس افتراض دون محاكمة عادلة.[3]

إن العلاقة بين الديمقراطية والأحزاب السياسية جدلية. فإذا كان تطوير الأحزاب هو انعكاس للديمقراطية، فيكون للأحزاب من جهة أخرى دور كبير في تطوير الممارسة الديمقراطية وتجسيدها[4]، وفي هذا الشأن تقول المحكمة الدستورية العليا :"إن قيمة التعددية الحزبية[5] تكمن باعتبارها توجها

---

[1]–تنص المادة 74 من دستور مصر لسنة 2014 على :"للمواطنين حق تكوين الأحزاب السياسية بإخطار ينظمه القانون ولا يجوز مباشرة أي نشاط سياسي أو قيام أحزاب سياسية على أساس ديني أو بناء على التفرقة بسبب الجنس أو الأصل أو على أساس طائفي أو جغرافي أو ممارسة نشاط معاد لمبادئ الديمقراطية... ولا يجوز حل الأحزاب إلا بحكم قضائي". أنظر المادة 74 من دستور مصر لعام 2014 على الموقع الإلكتروني:
https://www.constituteproject.org

[2]–محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص714.

[3]–محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص366.

[4]–سارة جليل الجبوري، القضاء الدستوري في الوطن العربي، تقييم التجربة، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2016، ص182.

[5] – إن القضاء المصري يربط الكرامة بالتعددية السياسية وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا من أن: "التعددية السياسية تعد من ركائز المجتمع الديمقراطي... إلا أن الديمقراطية تظل هي الطريق إلى صون كرامة الفرد وكفالة حقوقه الأساسية...". انظر: محمد وليد الشناوي، مفهوم الكرامة الإنسانية في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص187.

دستوريا نحو تعميق الديمقراطية التي لا تمنح الأحزاب السياسية دورا في العمل الوطني يجاوز حدود الثقة التي توليها هيئة الناخبين لمرشحيها..." [1].

وقي نفس السياق ودعما إلى حرية إنشاء الأحزاب السياسية والانضمام إليها ذهبت المحكمة إلى الحكم بعدم دستورية البند السابع من المادة الرابعة من القانون رقم 40 لسنة 1977 الخاص بالأحزاب السياسية بخصوص ما يشترطه : "ألا يكون بين مؤسسي الحزب أو قياداته من تقوم أدلة جدية على قيامه بالدعوة أو المشاركة في الدعوة أو الترويج بأي طريقة من طرق العلانية لمبادئ أو اتجاهات أو أعمال تتعارض مع معاهدة السلام بين مصر وإسرائيل التي وافق عليها الشعب عن طريق الاستفتاء."

ألغت المحكمة هذا البند معتبرة أنه يحد من ممارسة أحد الحقوق المعترف بها دستوريا وهو حق إنشاء الأحزاب والانضمام إليها، وليس للمشرع أي صلاحية لإهدار هذا الحق أو الإنقاص منه. [2]

كما يجب أن يفهم الحق في تكوين الأحزاب السياسية إنه لا يقف عند الاعتراف القانوني بإنشاء الأحزاب السياسية، إنما يتضمن أيضا حق الحزب السياسي في ممارسة أنشطة سياسية في إطار الحرية والمساواة، في إطار القانون دون تعسف من السلطة الحاكمة أو التقليص من ممارسة هذا الحق من الجانب العملي. [3]

إذا سلمنا بأن تبني نظام التعددية الحزبية يعتبر مظهرا من مظاهر الأنظمة الديمقراطية ودعما للحريات السياسية. فإذا نظرنا إلى التجربة الجزائرية منذ الاستقلال نجدها تبنت أسلوب التعددية الحزبية إلا في دستور 1989. هذا يعني أنه منذ الاستقلال والدولة تعتمد نظام الحزب الواحد. هذا إن دل على شيء إنما يدل على أن الديمقراطية مصطلح حديث بالنسبة للنظام السياسي الجزائري مقارنة بالدول الأخرى .

وأول نص دستوري يجيز حق إنشاء الأحزاب السياسية في الجزائر هي المادة 40 من دستور الجزائر لعام 1989 التي تنص على: "حق إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي معترف به"[4]

---

[1]–محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص715.

[2]–خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص235.

[3]– حافظي سعاد، المرجع السابق، ص125.

[4]–المادة 40 من دستور الجزائر لسنة 1989.

ومن أجل تطبيق هذه المادة المذكورة أعلاه من الدستور. صدر القانون رقم 89-11 المؤرخ في 05 يوليو 1989 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي، ونصت المادة الثانية منه على: "تستهدف الجمعية ذات الطابع السياسي في إطار أحكام المادة 40 من الدستور جمع مواطنين جزائريين حول برنامج سياسي ابتغاء هدف لا يدر ربحا، وسعيا للمشاركة في الحياة السياسية بوسائل ديمقراطية سهلة." [1]

وكل الدساتير الجزائرية منذ 1989[2] إلى غاية آخر تعديل دستوري تضمنت في صلبها الحق في إنشاء الأحزاب السياسية. وجاء التعديل لسنة 2016 محاولا تعزيز دور الأحزاب السياسية ببعض الاضافات مثل استفادة الأحزاب السياسية المعتمدة دون تمييز مثل : حرية التعبير والاجتماع، حيز زمني في وسائل الإعلام العمومية، التمويل العمومي عند الاقتضاء ممارسة السلطة على الصعيدين المحلي والوطني من خلال التداول الديمقراطي في إطار أحكام الدستور. [3]

أما بالنسبة لدور المجلس الدستوري الجزائري في مجال رقابة الأحزاب السياسية فيكون من خلال رقابة القوانين التي تنظم ممارسة هذه الأحزاب. وللمجلس الدستوري العديد من المحطات في رقابة مثل هذه القوانين وذلك سنة 1997، وسنة 2012 وملاحظاته بخصوص تعديل الدستور لسنة 2016.

حاول المجلس الدستوري من خلال اجتهاداته بخصوص رقابة مدى دستورية القوانين العضوية المنظمة للأحزاب السياسية، إلا أن معظم آراء المجلس لم تكن ترمي إلى التجسيد المباشر لحرية إنشاء الأحزاب السياسية والانضمام إليها، فكانت حماية غير مباشرة كان يدافع المجلس على بعض المبادئ الدستورية الأخرى مثل مبدأ المساواة والحريات الشخصية مثل الحق في التنقل. [4]

---

[1]–الأمين شريط، المرجع السابق، ص245.

[2] – رغم اعتماد المؤسس الدستوري الجزائري أسلوب التعددية الحزبية منذ سنة 1989. إلا أن أسلوب الحزب الواحد بقي مهيمن على الساحة السياسية وأصبح يسمى بحزب النظام المسيطر على الحكم وهو حزب جبهة التحرير الوطني، إلى غاية اليوم، إلا أنه بظهور الحراك الشعبي في 22 فبراير 2019 تغيرت بعض ملامح الحكم وكأنها بدأت تظهر بوادر جمهورية جديدة.

[3]–أنظر المادة 52، 53 من التعديل الدستوري لسنة 2016. أنظر المادتين 57، 58 من تعديل الدستور الجزائري لعام 2020.

[4]–بن علي زهيرة، دور المجلس الدستوري الجزائري في حماية الحقوق والحريات، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية ، العدد الرابع، المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، سنة 2019. ص142. على الموقع الإلكتروني بتاريخ https://democraticac.de: 2020/07/19

في رأي له بخصوص رقابة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية في سنة 1997 وبالضبط بالنسبة للمادة 13 من هذا الأمر التي اشترطت على الأعضاء المؤسسين لحزب سياسي أن يكونوا حاصلين على الجنسية الجزائرية الأصلية أو المكتسبة منذ 10 سنوات على الأقل وإقامة منتظمة عبر التراب الوطني ، وأيضا ما تشترطه المادة 14 من نفس الأمر أن يقدم مؤسسي الحزب السياسي ما يثبت عدم تورط أبويه في أعمال عدائية ضد الثورة التحريرية إذا كان مولود بعد يوليو سنة 1942، واعتبر مثل هكذا شروط قد تخل بمبدأ المساواة وعرقلة المشاركة في الحياة السياسية وذلك بالقول:"...تحول دون مشاركة الجميع في الحياة السياسية ..."، وأكد المجلس على أن تدخل المشرع لابد أن يهدف إلى ضمان ممارسة فعلية للحق أو الحرية المعترف بها دستوريا.

من خلال هذا الاجتهاد اعتبر أن الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطنين المكفولة دستوريا هي:" ....تراثا مشتركا بين ميع الجزائريين والجزائريات . واجبهم أن ينقلوه من جيل إلى جيل كي يحافظوا على سلامته وعدم انتهاكه". [1]

كما أكد على أن الحق في المشاركة السياسية وتكوين الأحزاب، ويتجلى ذلك من خلال اجتهاده بخصوص رقابته لقانون الأحزاب السياسية لسنة 1997 وما تشترطه المادة الثالثة منه عدم استعمال الحزب السياسي للمكونات الأساسية للهوية الوطنية بأبعادها الثلاثة وهي الإسلام والعروبة والأمازيغية لأغراض سياسية معتبرا أن هذه المادة تتعارض مع المادة 42 من الدستور التي تمنع على الأحزاب السياسية اللجوء إلى الدعاية الحزبية التي تقوم على العناصر المذكورة سابقا. [2]

وفي رقابته لمدى دستورية القوانين الخاصة بالأحزاب السياسية وبخصوص القانون العضوي رقم 12-04 المتعلق بالأحزاب السياسية فصل المجلس الدستوري بعدم دستورية المطة 04 من المادة 73 من القانون محل الإخطار. معتبرا أنه لا علاقة بين مدة العهدة البرلمانية وحل الحزب السياسي وذلك بالقول:" اعتبارا بالنتيجة أن تجريد المنتخبين من عهدتهم الانتخابية لا علاقة له بانتمائهم الحزبي ومنه فإن المطة الرابعة من المادة 73 من القانون موضوع الإخطار غير دستورية."

[1]-رأي رقم: 01 رأ ق ع ض د/م د بتاريخ 06 مارس 1997 لمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، جريدة رسمية عدد 12 لسنة 1997.

[2]- القاضي أحمد الأشقر، المرجع السابق، ص69.

مؤكدا على تجريد المنتخبين من عهدتهم في المجالس سواء على المستوى الوطني أو المحلي لا يتم إلا حسب الشروط والإجراءات الدستورية وقانون الانتخابات. مستندا في ذلك على المادة 10 من الدستور التي أقرت أن تمثيل الشعب لا تقيده إلا النصوص الدستورية وقانون الانتخابات. [1]

رغم أن المجلس الدستوري الجزائري من خلال اجتهاداته في مجال رقابة القوانين المتعلقة بالأحزاب السياسية يظهر كأنه يدافع على هذه الحرية ويلزم المشرع ببعض القيود حتى لا تكون ممارسة هذا الحق في نطاق ضيق، محاولا رفع القيود التي يضعها المشرع. إلا أنه من الجانب العملي ليست كذلك لأن قراراته بخصوص مشاركة الاحزاب السياسية في الانتخابات تدل على أن معظم قرارات المجلس لها بعد سياسي أكثر من القانوني.

الفرع الرابع: حرية الرأي والتعبير ركيزة للمجتمعات الديمقراطية في منظور القضاء الدستوري.

تعتبر حرية الرأي والتعبير هي الركيزة الأساسية للحريات الفكرية، حيث إذا كان للإنسان أن يفكر في ما يدور بداخله أو ما يحيط به من ظواهر فمن خلال حرية الرأي والتعبير يستطيع أن يتصل بمحيطه ويبلغ عن آرائه وأفكاره التي تدور بداخله. [2]

وحرية التعبير تشير إلى فكرة التعددية والتسامح والانفتاح، وهي الخطوط الرئيسية للمجتمع الديمقراطي، وإعلان 1789 اعتبرها من أثمن الحقوق، كما تعتبر فريدة من نوعها في علاقتها مع الانظمة الديمقراطية، ويذهب البعض بالقول أنها أحد الشروط المسبقة لبناء الديمقراطية الحقيقية [3].

وحرية التعبير هي روح الفكر الديمقراطي لأنها تجسد ما يفكر فيه الإنسان لأن الإفصاح عما يدور في النفس يكشف حقيقة المجتمع ويوصل الصورة الواضحة إلى السلطة حتى تحدد حاجيات المجتمع المختلفة. [4]

---

[1]–رأي رقم 01/ر.م.د/12 المؤرخ في 2012/01/06 لمراقبة مطابقة القانون العضوي رقم 12–04 المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، جريدة رسمية عدد 02 لسنة 2012.

[2]– عمر مرزوقي، حرية الرأي والتعبير في الوطن العربي في ظل التحول الديمقراطي، دراسة مقارنة بين الجزائر ومصر ، أطروحة دكتوراه، تخصص التنظيم السياسي والإداري، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر 03، سنة 2012، ص12.

[3] - Charlotte Dubois, L'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme et le droit pénal, revue de droit d'Assas, n20,paris,octobre 2020, p62.

[4]–على محمد نعمة الذبحاوي، دور القضاء الإداري والدستوري في حماية حرية التعبير، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، سنة2017، ص61.

ويقصد بحرية الرأي والتعبير أن يعبر كل شخص عن آرائه وأفكاره بما يشاء ويعلن ما يعرف أو يرى في أي موضوع مهما كانت طبيعته باستخدام الوسائل المتاحة سواء بالكتابة أو الاتصال المباشر، أو استعمال وسائل الإعلام المكتوبة والمسموعة والمرئية [1] ، من خلال حرية التعبير يستطيع الفرد أن يعبر عن فكره السياسي أو الفلسفي أو الديني في حدود النظام العام كما هو محدد في القانون أو في إطار عدم الإضرار بحرية الآخرين. [2]

وتعتبر حرية الرأي والتعبير واحدة من الحريات التي كانت محل اهتمام المجتمع الدولي نظرا لأهميتها القصوى فاهتمت بها المواثيق والعهود والاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان .

حرية التعبير في ظل النظام الديمقراطي تعمل على تشجيع حرية الاختيار بين مجموعة من الأفكار، التي تعبر عن نفسها في المجتمع، ومنه تضمن استقلالية الناخبين والمشاركين في المجال السياسي[3]، وحرية التعبير هي حق أساسي في الديمقراطية، فهي تبقي قنوات المعارضة واضحة كما تمنح للأفراد حرية الاختيار وفي أن يقرروا بأنفسهم ما هو سيء وما هو غير سيء[4].

ونظرا لأهمية حرية الرأي والتعبير وما تخطى من أهمية كبيرة للنهوض بالحقوق والحريات الأساسية الأخرى فكان للقضاء الدستوري الدور الكبير في تطوير هذه الحرية من حيث توسيع نطاق ممارستها وتعدد وظائفها في مختلف جوانب الحياة.

حسب رأي هولمز قاض بالمحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية أن أفضل الطرق لتحقيق الحرية السياسية يكون باتباع منهج حرية تداول الآراء[5]، وفي إطار حماية حرية الرأي والتعبير سارت المحكمة الاتحادية على هذا النهج. ففي قضية نيويورك تايمز والمعروفة بـ: أوراق البنتاغون التي تعتبر من أشهر القضايا في الولايات م أ المتعلقة بحظر النشر بحجة أن محتوى النشر له علاقة بالأمن الوطني أو القومي، لكن المحكمة الاتحادية أعطت أولوية لحق النشر على مسألة النظام العام،

[1]–خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص42.

[2]–باسل عبد الله محمد باوزير، الرسالة السابقة، ص158.

[3] - Andrew Le sueur, Javan Herberg, op cit, p463.

[4] - Ibid, p489.

[5]– علي محمد نعمة الذبحاوي، المرجع السابق، ص62.

وقضت المحكمة بحظر الرقابة المسبقة على النشر، واعترفت المحكمة أن الصحافة لها حصانة شبه مطلقة من الرقابة الحكومية المسبقة. [1]

وقال براندیز قاض بالمحكمة الاتحادية العليا :"إنه من أجل أن تقمع الحكومة الكلام لابد ان يكون هناك أساس معقول بأن الخطر الذي يخشى وقوعه وشيك ولابد أن يكون هناك احتمال حدوث خطر جدي للدولة". [2]

في إطار مجهودات المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في تطوير مفهوم حرية الرأي والتعبير وتوسيع نطاق ممارستها لن تقف عند التعبير بالكلام فحسب بل ذهبت إلى الاعتراف بالتعبير الرمزي[3] وحاولت إسقاطه على التعديل الأول للدستور الأمريكي ويبرز ذلك في قضية الولايات المتحدة ضد أويريان(1968) اعتبرت حرق بطاقات التجنيد خلال الاحتجاجات على حرب الفيتنام تعبيرا رمزيا، كما اعتبرت النوم في حديقة عامة طوال الليل يمثل سلوكا معبرا. [4]

وذهبت المحكمة الاتحادية العليا بالقول: "إن سلطات الدولة ليس مرخص لها أن تقصر أنماط التعبير على رموزا معينة أو آليات محددة، بحيث يخرج ما دون ذلك عن حرية التعبير". مستندة على التعديل الأول للدستور الأمريكي الذي فسرته على أساس أنه لا يمكن للدولة أن تحظر التعبير عن فكرة معينة لمجرد كونها غريبة عن المجتمع الأمريكي وغير مرحب بها. [5]

واستطاع القاضي الدستوري الفرنسي أن يطور حرية الرأي والتعبير ويخرجها من مفهومها التقليدي الذي كان يحصر حرية الرأي والتعبير في مجال الحرية الدينية دون غيرها من الحريات الأخرى فجعل من هذه الحرية شاملة وضرورية لقيام مختلف الحريات الأخرى وذلك من خلال اجتهاداته القضائية[6]، وذلك من خلال إبطال المجلس الدستوري الفرنسي مشروع القانون الذي يجيز تدوين أي من المعتقدات

---

[1]–أحمد حسني علي الأشقر، الرسالة السابقة، ص77، 78.

[2]–جيروم أبارون، توماس دينيس، المرجع السابق، ص252.

[3] – أقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مبدأ: أن التعبير الفني يدخل في نطاق حرية الرأي والتعبير الواجب حمايتها وذلك من خلال قضية جمعية الانفصال الفني ضد دولة النمسا، راجع في ذلك: محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، مرجع سابق، ص41

[4]–جيروم أبارون، توماس دينيس، المرجع نفسه، ص256.

[5]–محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، المرجع نفسه، ص47.

[6]–باسل عبد الله محمد باوزير، الرسالة السابقة، ص128.

الدينية أو الفلسفية أو السياسية لطالب الوظيفة التي قد يسأل عنها أمام لجنة التوظيف لأنها تخالف مبدأ حرية الرأي والتعبير. [1]

وفي قرار له بتاريخ 10 أكتوبر 1984 المتعلق بحرية الصحافة وضع المجلس الدستوري حدود للمشرع لا يمكن أن يتجاوزها بخصوص تنظيم مهنة الصحافة. صرح المجلس أن المشرع لا يمكنه أن يتدخل إلا لتوفير ضمانات وفعالية أكبر لحرية الصحافة[2]، بالرغم من أنه أطلق العنان لحرية الصحافة ولم يخضعها إلى نظام الترخيص المسبق، عكس حرية التعبير بواسطة الإذاعة والتلفزيون التي أخضعها إلى نظام الترخيص المسبق، هذا ما فتح باب الجدل في الفقه الدستوري الفرنسي بخصوص اشكالية الفوارق بين الحقوق والحريات في منظور المجلس الدستوري الفرنسي. [3]

وفي اجتهاد آخر له بتاريخ 2018/12/20 عبر بصريح العبارة على القيمة الدستورية لحرية الرأي والتعبير واهميتها بالنسبة للحقوق والحريات الأساسية الأخرى معتبرها مظهرا من مظاهر الديمقراطية وذلك بقوله:" فإن حرية التعبير والتواصل هي الأكثر قيمة حيث أن ممارستها شرط الديمقراطية وإحدى ضمانات احترام الحقوق والحريات الأخرى... من خلال خدمات الاتصالات العامة عبر الانترنيت مع مراعاة التطور العام لهذه الخدمة وكذلك أهميتها للمشاركة في الحياة الديمقراطية والتعبير عن الآراء والأفكار ويترتب على ذلك أن التدخل في ممارسة هذه الحرية يجب أن يكون ضروريا ومتناسبا مع الهدف المنشود." [4]

من خلال هذا الاجتهاد يتضح جليا أن المجلس الدستوري الفرنسي أعطى أهمية قصوى لحرية الرأي والتعبير كما اعتبرها أساسا للأنظمة الديمقراطية كما أكد على ضرورة تماشي هذه الحرية مع التطورات الحاصلة في مجال الاتصالات واعتبر أن الانترنيت بدورها تدعم حرية الرأي والتعبير لتحقق البعد الديمقراطي للدولة .

وفي مصر يتوفر قضاء غزير للمحكمة الدستورية العليا بالنسبة لحرية الرأي والتعبير، كما تعتبر المحكمة أن حرية التعبير هي القناة التي يتدفق الإبداع من خلالها. فعبرت المحكمة على هذا

---

[1]– أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص329.

[2]– آلاء محمد الفيلكاوي، المرجع السابق، ص302.

[3]–محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص156.

[4]–CC n° 2018-773 DC du.20.decembre 2018. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

المفهوم لحرية التعبير بالقول:" ...وكان الإبداع بذلك لا ينفصل عن حرية التعبير بل هو من روافدها، يتدفق عطاء عن طريق قنواتها ويتمحض في العديد من صوره- حتى ما كان منها رمزيا- عن قيم وآراء ومعان يؤمن المبدعون بها ويدعون إليها..." [1].

من هذا الاجتهاد يتضح أن المحكمة الدستورية العليا هي بدورها ربطت حرية الرأي والتعبير بالإبداع وجعلت من حرية الري والتعبير هي الطريقة المثلى لدعم الإبداع .كما اعتبرت التعبير عن طريق الرموز يدخل في نطاق حرية الرأي.

ولم تكتف المحكمة بهذا فقط بل جعلت من حرية الرأي والتعبير ترتبط ارتباطا وثيقا بالنظام الديمقراطي وذلك بالقول:" إن حرية الرأي إذ تعد من الدعامات الأساسية التي تقوم عليها النظم الديمقراطية الحرة، فقد غدت من الأصول الدستورية الثابتة في كل بلد ديمقراطي متحضر، وحرصت على تأكيدها الدساتير المصرية المتعاقبة." [2]

وعلى نفس المنوال سار القاضي الدستوري البلجيكي وجعل من حرية الرأي والتعبير تأخذ البعد الديمقراطي وذلك بالقول:" إن حرية التعبير هي إحدى ركائز المجتمع الديمقراطي وهي تسري ليس فقط على المعلومات التي يتلقاها الإنسان برضاه ولا يعتبرها مؤذية، بل تسري أيضا على المعلومات التي تصدم الغير أو تزعج سلطة الدولة الهادفة إلى تأمين النظام العام لأن التعددية والانفتاح الفكري والتسامح هي شروط أساسية في قيام المجتمع الديمقراطي..." [3]

وكان للمحكمة الدستورية الكويتية الدور في تطوير مفهوم حرية الرأي والتعبير والاعتراف لها بالبعد الديمقراطي كما هو الحال في مختلف الدول الأخرى ففي هذا الشأن تقول المحكمة الكويتية: "بأن الحق في الرقابة الشعبية يعد فرعا من حرية التعبير ونتاجا لها، وعدم جواز وضع قيود على هذا الحق على غير مقتضى، أو مصادرة هذه الحرية، أو فصلها عن أدواتها ووسائل مباشرتها، وإلا اعتبر ذلك هدما للديمقراطية في محتواه المقرر في الدستور"[4]. يتضح من هذا الاجتهاد أن المحكمة

[1]-وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الإنسانية في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص112.

[2]-باسل عبد الله محمد باوزير، الرسالة السابقة، ص129.

[3]-أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص330، ص331.

[4]-آلاء محمد الفيلكاوي، المرجع السابق، ص314.

الدستورية الكويتية ربطت بين حرية الرأي والتعبير والرقابة الشعبية فهي توسع من ممارستها باعتبارها رمزا للديمقراطية.

أما بالنسبة للمجلس الدستوري الجزائري لم يتطرق إلى معالجة حرية الرأي والتعبير مباشرة لأن معظم القوانين التي تنظم عناصر هذه الحرية لم تكن في شكل قوانين عضوية يكون فيها الإخطار وجوبي وهذا ما أثر سلبا على اجتهادات المجلس في مثل هذه المواضيع كالحق الاجتماعات والمظاهرات العمومية والحق النقابي، إلا أن المجلس قد تعرض للحقوق السياسية مجتمعة في رأيه بخصوص تعديل الدستور لسنة 2016[1]. واعتبر المجلس أن هذا التعديل يعتبر إضافة لدعم الحريات السياسية والتكريس الديمقراطي .

وعبر المجلس على ذلك بالقول: " اعتبارا أن المواد المذكورة أعلاه موضوع الإضافة أو التعديل تتناول حق التظاهر السلمي، وحرية الصحافة المكتوبة والسمعية والبصرية وعلى الشبكات الإعلامية في إطار القانون واحترام كرامة الغير وعدم إخضاع جنحة الصحافة لعقوبة سالبة للحرية... وإحالة تحديد شروط إنشاء الجمعيات والتزامات الأحزاب على القانون العضوي.

اعتبارا أن الحقوق والحريات المذكورة أعلاه تهدف إلى دعم حرية التعبير لتعزيز الديمقراطية التعددية وضمان التعايش داخل المجتمع وبين مختلف التوجهات السياسية وتعدد البرامج وضمان التداول واحترام كرامة الغير."

واعتبر في النتيجة أن هذه التعديلات لا تمس البتة المبادئ العامة للمجتمع الجزائري ولا حقوق الإنسان والمواطن وحرياتهما." [2]

---

[1]– جاء التعديل الدستوري الجزائري 2020 ليضع ضمانات دستورية جديدة في مجال حرية الرأي والتعبير وحرية الاجتماع والتظاهر، حيث انتقل من نظام التراخيص إلى نظام التصاريح لتخفيف القيود على ممارسة مثل هذه الحريات

[2]–رأي رقم 16/01/ر.ت.د/م.د/في 2016/01/28 السابق ذكره.

ينص التعديل الدستوري لسنة 2016 في مواده 48، 49، 50 على : حريات التعبير وإنشاء الجمعيات والاجتماع مضمونه للمواطن، حرية التظاهر السلمي مضمونه، حرية الصحافة، وتنص الفقرة الأخيرة من المادة 50 المذكورة أعلاه على: "لا يمكن أن تخضع مهنة الصحافة لعقوبة سالبة للحرية". وتنص المادة 25 من تعديل 2020 للدستور الجزائري على" حرية التعبير مضمونة". كما تنص المادة 127 من القانون العضوي رقم 12-05 المتعلق بالإعلام على :"تمنح الدولة إعانات لترقية حرية التعبير لاسيما من خلال الصحافة الجوارية والصحافة المتخصصة...".

يتضح من خلال هذا الرأي أن المجلس الدستوري ثمن الضمانات الدستورية التي جاء بها تعديل 2016 للدستور معتبرا أن حرية الرأي والتعبير هي أساس لممارسة الحقوق والحريات الأخرى، وتعتبر من دعائم النظام الديمقراطي في الدولة.

المبحث الثاني: القضاء الدستوري يكرس حتمية العلاقة بين مختلف أجيال الحقوق والحريات الأساسية

الحقوق والحريات الأساسية لم تظهر جميعها في حقبة زمنية واحدة، فهي تصنف بناء على الفترات الزمنية إلى جيل أول وهي الحقوق والحريات المدنية والسياسية، وجيل ثاني وهي الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وجيل ثالث الحق في البيئة والتنمية، رغم هذا التفاوت الزمني فضلا على أن كل جيل يغطي مجالات معينة إلا أن القاضي الدستوري عمل على إقامة علاقة حتمية بين مختلف هذه الأجيال، بحيث لا يمكن التمتع بحق أو حرية دون الاستناد إلى حقوق وحريات أخرى فمثلا التمتع بحق الكرامة والحق في الحياة يتطلب توافر عناصر من الجيل الثاني والثالث مثل الحق في السكن والحق في العمل والحق في بيئة سليمة، وهذا ما سنوضحه من خلال مطلبين، المطلب الأول: الحقوق والحريات الاقتصادية ضرورة لتنمية الفرد، المطلب الثاني: الحقوق والحريات الاجتماعية والبيئية ضرورة للتمتع بالحريات الشخصية.

المطلب الأول: الحقوق والحريات الاقتصادية ضرورة لتنمية الفرد

من المؤكد أن تمتع الفرد بحقوق الجيل الأول وخاصة الحقوق المدنية لا تكفي لإشباع حاجياته المختلفة، ولا تكتمل إلا بتوافر الحقوق والحريات الاقتصادية التي تعتبر أساسا في تنمية الانسان في مختلف جوانب حياته، مثل الاستقرار الاجتماعي والمحافظة على كرامته والوصول إلى مستوى معيشي يحفظ إنسانيته وهذا ما سنوضحه في هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع، الفرع الأول: حق الملكية حق طبيعي وشرط للأمن الاجتماعي، الفرع الثاني: حرية التعاقد ضمان لاستقرار المعاملات الاقتصادية، الفرع الثالث: حرية التجارة والصناعة شرط للتنمية الاقتصادية.

ويقصد بها حرية الفرد أو الشروع الخاص في اتخاذ القرارات التي يراها مناسبة لتحقيق أهدافه. وتعتبر نتيجة طبيعية لمبدأ الملكية الخاصة ومنه يكون للأفراد حرية الإنتاج والتبادل والاستهلاك دون تدخل من السلطات الحاكمة إلا بالقدر الذي يجعل من هذه الحريات أكثر فعالية والمحافظة على المصلحة العامة للمجتمع . [1]

[1]– أشرف عبد الفتاح أبو المجد، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات الاقتصادية، دراسة تطبيقية على النظام الدستوري(التعديلات الأخيرة وآفاق التنمية)، ط1، المصدر القومي للإصدارات القانونية، مصر، سنة 2015، ص104.

ويقصد بالحريات الاقتصادية تلك التي لها بعد مالي سواء من حيث تملكها أو طرق اكتسابها بالوسائل المشروعة المختلفة سواء عن طريق العمل أو الصناعة أو التجارة أو من حيث تأمين من لا يستطيع الحصول على أمولا تغطي حاجياته. [1]

ويذهب البعض إلى تعريف الحريات الاقتصادية بأنها تلك الحريات التي يمكن من خلالها للأفراد ممارسة الأنشطة التجارية بالطريقة التي يرونها مناسبة مثل إنشاء المعامل والمصانع دون تدخل الدولة إلا إذا ألزم ذلك مبرر النظام العام والآداب العامة، وكانت الليبيرالية الاقتصادية أول من طلب بالحرية الاقتصادية مثل حرية التجارة والصناعة وتشجيع كل الوسائل الخاصة من أجل الوصول إلى رفاهية المجتمع. [2]

والحريات الاقتصادية هي من أكثر الحريات التي تتأثر بالمذاهب الفلسفية والسياسية ففي نطاق المبدأ الليبيرالي الحر الذي بلغ أعلى مستوياته تزامنا مع الثورة الفرنسية الكبرى عام 1789 فأصبحت حرية الملكية والعمل والتجارة والصناعة تمارس على نطاق واسع وتم تصنيفها من ضمن الحقوق اللصيقة بالإنسان التي تتمتع بحماية كبيرة، ولكن بعد ظهور النظام الاشتراكي أصبحت الحريات الاقتصادية أقل شأنا لأنه في ظل هذا المذهب أصبحت تمارس قيودا على حق الملكية والحريات التجارية والصناعية. [3]

وتم توسيع الحريات الاقتصادية عن طريق المنافسة الحرة التي أصبحت مصدرا للقوانين الادارية، ويشكل هذا المبدأ في صياغته المتنوعة حرية المنافسة والمساواة في المنافسة، كما تمثل العوامل الرئيسية في إدارة الأزمات، كما تعتبر من أهم الأدوات التي تمنع الأزمات[4] .

كما تعتبر الحقوق والحريات الاقتصادية من اصعب التحديات التي يواجهها القاضي الدستوري في مجال الحقوق والحريات الأساسية لأنه يصعب على القاضي الدستوري تحقيق التوافق بين الحقوق الاقتصادية باعتبارها حقوقا فردية من جهة وحقوق العامة التي يتوجب على الدولة التدخل وتحديد

[1]– ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص451.

[2]–خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق،ص62.

[3]–ماجد راغب الحلو، المرجع نفسه، ص451.

[4] - Stéphane Braconnier, L'article 4 de l DDGC et le droit public de l'économie les libertés économiques et la gouvernance des crises par l'état, revue de droit d'Assas, n20, paris, octobre 2020, p15.

الأطر العامة لممارستها حتى لا تخرج عن السياسة العامة المسطرة من طرف الدولة ولا تتعدي أيضا حدود النظام العام والآداب العامة. [1]

والحقوق الاقتصادية تتشكل عادة من حق الملكية وحرية التجارة والاستثمار والحق في التقاعد فما هو الدور الذي لعبه القاضي الدستوري لجعل هذه الحقوق تنال مرتبة خاصة بين الحقوق والحريات الأخرى رغم حداثة ظهور هذا الجيل بالنسبة للحقوق والحريات السياسية والمدنية.

الفرع الأول: حق الملكية حق طبيعي وشرط للأمن الاجتماعي

من خلال هذا الفرع سوف نوضح كيف جعل القضاء الدستوري باجتهاداته أن حق الملكية هو من الحقوق الطبيعية التي لا تسقط بالتقادم كما أنه يحمل البعد الاجتماعي.

يبدو من اجتهادات المحكمة الدستورية العليا المصرية أنها أعطت أهمية للحق في الملكية ووسعت من نطاق ممارستها إلى أبعد الحدود، فهي غيرت المفهوم التقليدي لهذه الحرية وجعلت منه حقا شاسع يمارس على نطاق واسع حيث عرفت الحق في الملكية بـ:" إن حماية الحق في الملكية تمتد إلى الأموال جميعها دون تمييز بينها باعتبار ان المال هو الحق ذو القيمة المالية سواء كان هذا الحق شخصيا ام عينيا أو كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية"[2].

وفي اجتهاد حديث للمحكمة الدستورية العليا سنة 2017 حيث حكمت بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم 96 لسنة 1992 وفي هذا الاجتهاد عملت المحكمة على إلزام المشرع باحترام الحق في الملكية بكل ابعاده وربطت بين الحق في الملكية والعدالة الاجتماعية ولم تجعل الحماية تقتصر على المواطنين فقط بل شملت حتى الأجانب وذلك بالقول:" وحيث أن الدستور إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة، وتوكيدا لاسهامها في صون الأمن الاجتماعي كفل حمايتها لكل فرد، وطنيا كان ام أجنبيا، ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء...وحيث إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة تفترض ألا ترهق القيود التي

[1]–أمين عاطف صليبا، المرجع السابق ، ص359.

[2]–محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص329.

يفرضها المشرع عليها في إطار وظيفتها الاجتماعية... فإن اخراجها من ذممهم يعتبر حرمانا منها لا يجوز إلا بالقانون...مقابل تعويض عادل..." [1].

والملاحظ في اجتهادات المحكمة الدستورية العليا في حماية حق الملكية هو تواتر إلى الاشارة للضمانات الدستورية ومعترفة بحق أصحاب الملكية بحرية التصرف في ممتلكاته كأصل عام معبرة على ذلك بالقول: "فهي عائدة إلى جهد صاحبها الذي بذل من أجلها الوقت والعرق والمال". وتؤكد المحكمة على عدم جواز انتهاك المشرع للحق في الملكية وافراغه من محتواه[2].

ومن أجل المحافظة على الملكية الخاصة قضت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الخامسة من المادة الثالثة من القرار بقانون رقم 1971/118، لأن هذه الفقرة تنص على:" إن أموال زوجات وأولاد اصحاب الشركات والمنشآت المبنية تكون ضمانة للوفاء بالالتزامات الزائدة على أصولها". واستندت المحكمة في هذا الحكم على أن هذه الفقرة تخالق مواد الدستور التي تحمي الملكية الخاصة وهذا النص يجعل من أموال الزوجة والأولاد الخاصة بهم ضمانة للوفاء بديون لا دخل لهم بها واعتبرت هذه المادة عبارة على عدوان ينتهك الملكية الخاصة[3].

وفي النظام الفرنسي يخول للفرد التملك دون الحاجة إلى موافقة الدولة، والحق في الملكية مكرس في النظام الفرنسي ولا يقتصر على الفرنسيين فحسب بل يمكن حتى للأجانب ان يكونوا ملاكا دون الحاجة إلى ترخيص[4].

وفي قرار للمجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 1986/01/16 اعترف بالقيمة الدستورية للحق في الملكية ووضعها في مصاف حقوق الانسان الطبيعية كما اعتبرها لا تقل أهمية عن الحق في الأمن ومقاومة الظلم وذلك بقوله: "إن الهدف من كل اتحاد سياسي هو الحفاظ على حقوق الانسان الطبيعية والتي لا تسقط بالتقادم، هذه الحقوق هي الحرية، الملكية، الأمن ومقاومة الظلم". مستندا في

[1]–خالد محمد القاضي، القضاء الدستوري في خمسين عاما لحماية حقوق الانسان وضمانات التقاضي (1969–2019)، ط1، الهيئة المصرية للكتاب، مصر، سنة 2019، ص309، 310.

[2]–آلاء محمد الفيلكاوي، المرجع السابق، ص304.

[3]–اسلام فؤاد معوض، المرجع السابق، ص240.

[4]–علي صبري حسن، المرجع السابق، ص264.

هذا القرار على المادة 17 من إعلان 1789 واعتبر الملكية حقا مقدسا لا يجوز حرمان أي شخص منها"[1].

ومن أجل رفع القيود التي قد يفرضها المشرع على الحق في الملكية قضى المجلس الدستوري الفرنسي بعدم دستورية نص قانوني يشترط وجوب التصريح المسبق من الادارة المحلية بخصوص نقل الملكية العقارية دون سبب مبرر، وإلزام الادارة بتوضيح دواعي المصلحة العامة وتحديدها تحديدا دقيقا[2].

بالنسبة للمجلس الدستوري الفرنسي كلما توفرت دواعي المصلحة صرح بنزع الملكية للمنفعة العامة وفي هذا الشأن قضى المجلس بأن القيود التي تمارس على حق الملكية في النظام الجديد للتخطيط المحلي والتنظيم العمراني مبررة بالنظر إلى دواعي المصلحة العامة التي لها علاقة مباشرة بالأشخاص العامة على استغلال الأراضي والتنمية الحضرية[3].

كما اعترف بالقيمة الدستورية لحق الملكية كما اعتبر هذا الحق قد تطور من حيث نطاق ممارسيه ومفهومه، وما يدل على ذلك اعتبار العلاقات التجارية تدخل ضمن الحق في الملكية الخاصة[4].

وحتى لا يبقى الحق في الملكية محدد في مجالات معينة دون غيرها ذهب المجلس الدستوري الفرنسي إلى التوسيع من عناصر الملكية حيث اعتبر الحق في الصيد عنصر من عناصر الملكية وذلك من خلال حكم له في 20 يوليو 2000، حيث اعتبر أن الحق في الصيد هو حق مستمد من حق الملكية وأنه أحد عناصرها، وفي منظور المجلس يتمتع الحق في الصيد بنفس الحماية المقررة لحق الملكية، ويجب أن تكون القيود التي يفرضها المشرع على هذا الحق مبرراتها مصلحة عامة[5].

---

[1] -CC n 81-132 DC du 16/01/1982, cf.site: www.conseilconstitiutionnel.fr

[2]–أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة، المرجع السابق، ص99.

[3]–محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص98.

[4]–آلاء محمد الفيلكاوي، المرجع السابق، ص297.

[5]–محمد محمد عبد اللطيف، المرجع نفسه، ص 89–90، للمزيد أنظر:
CC n 2000-434 DC du 20/07/2000, cf.site: www.conseilconstitiutionnel.fr

من خلال اجتهادات القاضي الدستوري الفرنسي في مجال لحق في الملكية لم يقف عند المادة 17[1] من اعلان حقوق الانسان 1789 بل شدد المجلس لدستوري على أهداف مباشرة هذا الحق وشروطه من خلال توسيع ممارسة هذا الحق[2].

والمحكمة الدستورية الألمانية بدورها كان لاجتهاداتها بخصوص الحق في الملكية الأثر البليغ في حماية وتجسيد والتوسيع من نطاق هذه الحرية ففي حكم لها عام 1989 حددت المحكمة كل الأبعاد للمادة 14 من القانون الأساسي الألماني لسنة 1949 والتي تنص على: " يكفل حق الملكية الخاصة والارث وتنص القوانين على مضمونها ومقيداتها...".

من خلال تفسير المحكمة لهذه المادة أكدت على أن:" مفهوم الملكية الذي كفله الدستور لابد وأن يستمد من الدستور نفسه فهذا المفهوم بمعناه الدستوري لا يمكن وأن يستمد من القواعد القانونية العادية الأقل مرتبة من الدستور، كذلك لا يمكن أن يتم تحديد الحق في الملكية على أساس التنظيمات القانونية الواردة في القانون الخاص"[3].

يتضح من موقف المحكمة الدستورية الألمانية أنها تضع الحق في الملكية في مرتبة رفيعة وما يدل على ذلك هو رفضها تنظيم الحق في الملكية وتعريفها ونطاقها ألا يكون من خلال النصوص القانونية والتنظيمية الأقل درجة من الدستور وشددت على أن مفهوم الملكية يجب ان يستمد من الدستور نفسه لكي تحافظ الملكية على طابعها الدستوري وتبقى محصنة ضد تجاوزات المشرع التي قد تمس هذا الحق، وكأن المحكمة الدستورية الألمانية تقول أن الحق في الملكية هو مقدس لا يمكن التعامل معه خارج الإطار الدستوري، وإذا خرج عن الدستور فقد ينقص من شأن هذا الحق ويصبح في مرتبة ادنى من القيمة التي يستحقها.

ولم يتطرق المجلس الدستوري الجزائري إلى الحق في الملكية من خلال رقابته على دستورية القوانين أو من خلال دعوى دستورية، إنما تطرق إلى هذا الحق من خلال فحصه إلى مدى دستورية

---

[1] – تنص المادة 17 من اعلان حقوق الانسان والمواطن 1789 على:" بحكم كون التملك حقا مقدسا ومضمونا فلا يمكن تجريد اي فرد من ممتلكاته إلا حين يقر القانون بوجود ضرورة عمومية واضحة وذلك مشروط أيضا لتعويض مسبق وعادل". على الموقع الإلكتروني : www.uobabylon.eud.iq بتاريخ: 2020/07/23.

[2]–محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص159.

[3]–محمد عبد العال، الهيكل الدستوري الحقوق والحريات الأساسية، المرجع السابق، ص162.

التعديل الدستوري لسنة 2016 الذي مس بعض نصوص الدستور وموقف المجلس الدستوري الجزائري بخصوص الحق في الملكية يبرز من خلال رأيه الخاص بالتعديل الدستوري لسنة 2016.

حيث صرح المجلس الدستوري بـ:" اعتبارا أن تعديل الفقرة 2 من المادة 20 يهدف إلى حذف عبارة "قبلي" والتأكيد على تعويض عادل ومنصف في حالة نزع الملكية في إطار القانون".

واعتبر المجلس الدستوري أن التعويض قد يكون سابقا أو لاحقا مما يوفر ضمانات للمواطن في الحصول على حق من حقوقه الأساسية[1].

من خلال هذا الاجتهاد يتضح جليا أن المجلس الدستوري الجزائري اعتبر ان حق الملكية من الحقوق الأساسية، وهو يوحي إلى تأثر المجلس الدستوري الجزائري بالقضاء الدستوري المقارن الذي يعتمد كمرجعية لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم[2].

وما يمكن ملاحظته على المؤسس الدستوري الجزائري أنه تناول الحق في الملكية في مادتين وكل مادة تحت فصل، تناولها في المادة 22 من الدستور وهي تحت الفصل الثالث بعنوان الدولة وتنص على:" لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون[3]، ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف"[4]، كما تناول حق الملكية في المادة 64 من الدستور تحت الفصل الرابع بعنوان الحقوق والحريات، وتنص على:" الملكية الخاصة مضمونة حق الارث مضمون"[5].

---

[1]–رأي رقم 16/01 ر.ت.د/م د المؤرخ في 28 يناير 2016 يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري السابق ذكره

[2]–علي قاسم ربيع، الأطروحة السابقة، ص524.

[3] – تم تقييد حرية التملك من خلال القانون رقم 91–11 المؤرخ في 27 أفريل 1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة والمرسوم التنفيذي 95–186 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، أنظر: حافظي سعاد، المرجع السابق ص160.

وتنص المادة 2/679 من القانون المدني الجزائري على: "إلا أنه يمكن في الحالات الاستثنائية والاستعجالية وضمانا لاستمرار المرفق العام، الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الاستيلاء، ولا يجوز الاستيلاء بأي حال على المحلات المخصصة فعلا للسكن". ولمعرفة موقف المشرع الجزائري من حماية الملكية وإمكانية الاستيلاء عليها ، راجع المواد: من المادة 679 إلى غاية المادة 681 مكرر من القانون المدني الجزائري.

[4]–المادة 22 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

[5]–المادة 64 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، والمادة 60 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

الفرع الثاني: حرية التعاقد ضمان لاستقرار المعاملات الاقتصادية

تعتبر حرية التعاقد من الحقوق التي لها علاقة مباشرة بالحق في الملكية، الذي قد يكون هو أو بعض من الحقوق التي تنبثق عنه محلا للتعاقد، مما يجعل المشرع التدخل بتنظيم ما تعاقد عليه صاحب الحق في الملكية أو أحد الحقوق المنبثقة عنه[1].

وتعتبر حرية التعاقد فضلا عن كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية وهي وثيقة الصلة بالحق في الملكية، نظرا إلى الدور الهام الذي تلعبه العقود في تنظيم العلاقة القانونية بين أصحاب الملكيات لنقل الملكية واستقرار المعاملات الاقتصادية. [2]

إن حرية التعاقد في منظور القضاء المقارن تعتبر حقا طبيعيا ضروري لكل إنسان من أجل تطوير لإرادة الخلق والإبداع وجعله يمارس حرية المفاضلة بين مختلف أنماط الحياة، وهي ليست مطلقة بل يمكن فرض قيود عليها بناء على أسباب موضوعية وعقلانية لا تكون لها حرية التعاقد إلا حقا موصوفا. [3]

لقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي في اجتهاده الشهير: "بأن مبدأ الحرية التعاقدية لا يملك قيمة دستورية في حد ذاته ، وأن عدم مراعاته لا يترتب عنه الجزاء إلا إذا أدى إلى التجاوز على الحقوق والحريات المضمونة بمقتضى الدستور". من اجتهاد المجلس الدستوري هذا يتضح أنه لم يعترف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد في بداية الأمر رغم عدم الاعتراف لحرية التعاقد بالقيمة الدستورية إلا أن المجلس لم يقصي هذه الحرية من القيمة القانونية تماما واعتبر هذه الحرية مبدأ ووظيفة أساسية لنظام الالتزامات في المجال المدني والتجاري.[4]

غير أنه فيما بعد تغيرت نظرة المجلس إلى حرية التعاقد حيث اعتبرها تسبب الأضرار على نحو جسيم باقتصاد العقود المبرمة وفقا لقانون على نحو يخالف بوضوح الحرية المستمدة من المادة

[1]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص572.

[2]– أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص101.

[3]– عوض المر، المرجع السابق، ص353.

[4]– رمضاوي سليمان، الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، معارف، المجلد 09، العدد 16، جامعة البويرة، الجزائر. سنة 2014، ص190.

04 من إعلان 1789، وأصبح المجلس الدستوري يعترف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد وإلزام المشرع بصورة احترامها. [1]

وفي قرار له بتاريخ 08 ديسمبر 2016 ألزم المشرع باحترام حرية التعاقد معتبرها حرية ذات طابع دستوري يجب احترامها وذلك بالقول:" يجوز للسلطة التشريعية أن تفرض على الحرية التعاقدية الناتجة من المادة 04 من إعلان حقوق الإنسان 1789 قيودا مرتبطة بالمتطلبات الدستورية، أو تبررها المصلحة العامة بشرط ألا تكون والنتيجة ليست ضرر غير متناسب فيما يتعلق بالهدف المنشود .علاوة على ذلك لا يمكن للمشرع أن ينتهك العقود المبرمة قانونا، والتي لا يبررها بسبب المصلحة العامة الكافية دون تجاهل المادتين 4 [2] و 16 من إعلان 1789"[3].

يتضح جليا من هذا القرار أن المجلس الدستوري منح المشرع سلطة لوضع قيود على الحرية التعاقدية، لكن مع وجوب توافر المصلحة العامة لوضع بعض القيود على هذه الحرية، واستعمل المجلس مصطلح "المبرمة قانونا " أي أن العقود التي تحظى بالحماية الدستورية لابد أن تكون مبرمة وهي مستوفية كل الشروط الشكلية والموضوعية.

وحتى تبقى العقود المبرمة تحتفظ بقوتها القانونية ولا تتأثر بالتعديلات التي قد تطرأ على القوانين التي تنظمها عمل المجلس على حماية حرية التعاقد في مواجهة التعديلات التشريعية اللاحقة لإبرامها. وفي هذا الشأن قرر في حكم بتاريخ 13 يناير 2000 وأرسى مبدأ أنه اعتراف للمشرع بسلطة تعديل التشريع في مواجهة العقود، حتى وإن وصل هذا التعديل إلى درجة تعديل القواعد التي اتفق عليها أطراف العقد، إلا أن المجلس وضع قيدا على المشرع لممارسة مثل هكذا صلاحية وهو المصلحة العامة. وهذا يعني ما لم تتوفر المصلحة العامة كشرط جوهري لا يمكن للمشرع أن يغير قواعد العقد في حالة التعديلات التشريعية. [4]

---

[1]–محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص92.

[2] – تنص المادة الرابعة من إعلان 1789 الفرنسي على:" تكمن الحرية في القدرة على فعل كل ما لا يتسبب في إيذاء الآخرين وذلك يعني أن حدود الحقوق الطبيعية للإنسان تقف عند حقوق الآخرين. القانون وحده هو من يقرر هذه الحدود". أنظر إعلان 1789 على الموقع www.uobaylon.edu.iq2020/04/23

[3]– CC n° 2016-741 DC du 08-décembre-2016. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

[4]– محمد محمد عبد اللطيف، المرجع نفسه، ص94.

ويرى بعض الفقه أن المحكمة الاتحادية العليا استعملت مبدأ حرية التعاقد وذلك من أجل الفصل بعدم دستورية التشريعات التي يمكن أن تمس حقوق العمال وتجعل من أرباب العمل يستغلون طبقة العمال مثل تحديد الأجور وساعات العمل[1] .

وفي الولايات المتحدة الأمريكية حرية التعاقد تعتبر عنصرا من عناصر الوسائل القانونية السليمة التي نص عليها التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي واستنادا على هذا التعديل يمكن للأفراد القيام بجميع تصرفاتهم التعاقدية بحرية لتنظيم مختلف الأنشطة اللازمة في حياتهم بشرط أن تكون هذه التصرفات مشروعة ويسمح بها القانون ولا تخالف النظام العام والآداب العامة[2].

ومن اجتهادات المحكمة الاتحادية العليا في حماية حرية التعاقد القضية الشهيرة (لوكنز ضد نيويورك سنة 1905) ، حيث حكمت المحكمة بعدم دستورية بأغلبية 05 إلى 04 أعضاء قانونا لولاية نيويورك يمنع أصحاب العمل من الاتفاق مع عمال المخابز العمل لمدة تفوق 10 ساعات يوميا و 60 ساعة أسبوعيا وقد صرح القاضي بيكهام باسم المحكمة أن قانون ولاية نيويورك يعتبر تدخلا خطيرا في حرية التعاقد التي تحميها فقرة الإجراء الواجب. [3]

كما ذهبت المحكمة في حكم لها سنة 1923 بعدم دستورية قانون سنه الكونغرس ينص على الحد الأدنى للأجور التي تخص الأطفال والنساء في إقليم كولومبيا، وينص هذا القانون على إنشاء مكتب خاص بتحديد الأجور له سلطة تقديرية في تحديدها. وكان الغرض من هذا القانون هو حماية النساء والأطفال من تعسف واستغلال أرباب العمل واستندت المحكمة في إلغاء هذا القانون على أنه يراعي مصلحة طرف واحد من العقد وهم العمال وتجاهل مصلحة الطرف الثاني وهم أرباب العمل. واعتبرت أن هذا القانون يعتبر تدخلا في حرية أطراف العقد في تحديد الشروط التي يرونها مناسبة. [4]

[1]– جابر عواد فرحان، الأطروحة السابقة، ص320.

[2]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص585.

[3]– جيروم أ. بارون، س. دينيس، المرجع السابق ، ص154.

[4]– جابر عواد فرحان، الأطروحة نفسها، ص319.

رغم اعتراف المحكمة الاتحادية العليا بحرية التعاقد وأساسها الدستوري هو التعديل الرابع عشر ، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة بل هي مقيدة بضروريات الحياة الجماعية المنظمة ودواعي التنظيم الذي تخضع له حرية التعاقد كما تخضع له سائر الحريات الأخرى. [1]

ويجوز تقييد حرية التعاقد بما لا يؤثر في جوهرها ويفرغها من محتواها. كما أنها لا تطلق إلى درجة أنها تتعدى على حقوق الآخرين ولأنه ليس من المنطق التداعي بالحريات إلى درجة الإفراط فيها فتصبح خارجة عن الأطر الدستورية التي تنظمها. [2]

ومن الجدير أنه لا يوجد نص دستوري صريح يكفل حرية التعاقد في الدستور المصري وهذا ما يؤكد الدور الانشائي للمحكمة الدستورية العليا بخصوص الحقوق والحريات الأساسية، واعتبرت المحكمة الدستورية العليا حرية التعاقد فرع من فروع الحرية الشخصية التي لا يقتصر تأمنيها وحمايتها على أشكال التعدي على الجسم. [3]

ووصلت المحكمة الدستورية العليا إلى نتيجة مفادها أن هناك علاقة وطيدة بين حرية التعاقد وبين الحقوق الأساسية للإنسان المعترف بها على المستوى الدولي والتي تعمل بها الأمم المتحضرة. [4]

وعبرت المحكمة الدستورية على هذا الموقف بالقول: "حيث إن قضاء المحكمة قد جرى على أن حرية التعاقد قاعدة أساسية اقتضتها المادة 54 من الدستور صونا للحرية الشخصية التي لا يقتصر ضمانها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن. بل تمتد حمايتها إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي ينبغي أن يملكها كل شخص... وحرية التعاقد بهذه المثابة فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية فإنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية..." [5]

وعلى هذا الأساس حكمت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 18 من القانون رقم 136 لسنة 1971 لأن هذه الفقرة حرمت المؤجر من أن يطلب إخلاء المكان من المستأجر ولو حتى

---

[1]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص588.

[2]– عوض المر، المرجع السابق، ص853.

[3]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص264.

[4]– محمود علي أحمد مدني، المرجع نفسه، ص576.

[5]– خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص324.

إنتهت المدة المتفق عليها، حيث اعتبرت أن هذه الفقرة أسقطت حق المالك الأصلي في المطالبة بالعين المؤجرة في حالة انتهاء العقد. وأكدت أنه لا يمكن تمديد المدة دون موافقة المالك الأصلي. [1]

لقد وضعت المحكمة الدستورية العليا تنظيما يغطي جميع جوانب الحرية التعاقدية ولم تقتصر على الاعتراف بها كحق دستوري، يجب مراعاته في تنظيم العلاقات التعاقدية لأنها تستمد من سلطات الإرادة، إلا أن المحكمة لم تجعل هذه الحرية بالمطلقة بل أقرت وضع قيود على حرية التعاقد بناء على أسس عقلانية تضمن ممارسة فعلية لهذه الحرية[2]. وفي هذا الشأن قضت المحكمة بـ:"... لا تعني على الإطلاق أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها. ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام. وقد يورد المشرع في شأن العقود...قيودا يرعى على ضوئها حدودا للنظام العام لا يجوز اقتحامها وقد يخضعها إلى قواعد الشهر أو الشكلية... وقد يعيد إلى بعض العقود توازنا اقتصاديا اختل فيما بين أطرافها..." .

ويبقى موقف المحكمة الدستورية العليا ثابتا تجاه حرية التعاقد، ولم تقتصر هذه الحرية على المواطنين دون غيرهم، بل ذهبت إلى الاعتراف بهذه الحرية حتى إلى الأجانب وذلك بقولها:" إن التطور الراهن لحقوق الإنسان الأساسية جعل منها جزء لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الأمم المتحضرة كقاعدة للتعامل مع غير المواطنين المقيمين بها، فلا يجوز التمييز غير المبرر في مجال مباشرتها ولو كان من يطلبها أجنبيا." [3]

من هذا الاجتهاد وسعت المحكمة الدستورية العليا من التمتع بحرية التعاقد فأصبح يطبق حتى على الأجانب وكانت نظرة المحكمة إلى الحقوق والحريات الأساسية أنها تتطور وتساير التغيرات التي قد تحصل في المجتمع سواء على المستوى الداخلي أو الدولي.

عملت المحكمة الدستورية العليا على إلغاء القيود المفروضة على حرية التعاقد، وهي ترعى جوهرها وتقيم دعائمها مما يكفل للإرادة الحرة حركتها في مجالها الطبيعي لكي لا ينال منها المشرع إذ هي الأصل في الحرية الشخصية التي تعتبر إرادة الاختيار من ابرز ملامحها. [4]

---

[1]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص264.

[2]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص573.

[3]– عوض المر، المرجع السابق، ص51.

[4]– عوض المر، المرجع نفسه، ص870.

أما المحكمة الدستورية الألمانية بدورها لها العديد من الاجتهادات بخصوص حرية التعاقد، وإظهار حدود للمراكز القانونية لأطراف العقد، وذلك بمناسبة نظرها إلى دعوى دستورية احتياطية. وفي هذه القضية أكدت المحكمة على أن المركز القانوني للمستأجر خلال سريان عقد الإيجار، فاعتبرت المستأجر مالكا لحق الانتفاع بالعين المؤجرة دون الحقوق الأخرى، وسلطة المستأجر لا تتعدى حقه في الانتفاع فقط، وتبقى الحقوق الأخرى المتفرعة على حق الملكية يتمتع بها المالك الأصلي دون غيره، وفي نفس الوقت يكون من حق المستأجر إشباع حاجاته الأساسية لغرض تحقيق الاستقرار الاجتماعي لشخصه ولأسرته.

ويتضح من هذا الاجتهاد أن المحكمة الدستورية الألمانية حاولت تحقيق نوع من التوازن بين أطراف العقد، وأسست المركز القانوني للمستأجر على أساس اعتبارات اجتماعية. [1]

الفرع الثالث: حرية التجارة والصناعة شرط للتنمية الاقتصادية

هذه الحرية هي المطلوبة من أجل رفاهية المجتمع وأول من نادى بها كانت الليبيرالية الاقتصادية خاصة المفكرين الاقتصاديين الفرنسيين والإنجليز. [2]

ظهرت حرية التجارة والصناعة لأول مرة كمبدأ قانوني وتبلورت عقب الثورة الفرنسية سنة 1791، وهي ليست مثل الحريات الأخرى التي عملت على تجسيدها الدساتير فالأمر يختلف بالنسبة لحرية التجارة والصناعة لأن إعلان 1789 لم يتطرق مباشرة إلى هذه الحرية ولكنها ظهرت نتيجته بمناسبة قانون ضريبي عندما أصبحت الجباية المحصلة غير قادرة على تغطية عجز الدولة ولهذه الأسباب صدر القانون 2 و17 مارس 1791 الذي يشجع إلى ممارسة مختلف الأنشطة الصناعية والتجارية. [3]

نظرا للأهمية البالغة التي يحظى بها النشاط التجاري بتأكيده لإحدى الحريات الأساسية فإن مبدأ حرية التجارة والصناعة أقره القانون الجماعي الأوروبي وتم اعتماده من خلال الاجراءات الملازمة

[1]– عيد أحمد الحسبان، فعالية الحقوق الأساسية في تقييد الصلاحية التقديرية للمشرع، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد02، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، سنة 2012، ص461–462 على الموقع الإلكتروني: https://journals.ju.edu.jo بتاريخ: 2020/07/24.

[2]– علي صبري حسن، المرجع السابق، ص212.

[3]– حافظي سعاد، المرجع السابق، ص168، 169.

لحرية تنقل السلع والبضائع والأشخاص ورؤوس الأموال فضلا عن حرية إدارة المهن الخاصة لغير الإجراء والانضمام إليها. [1]

وهناك مفهوم ضيق لحرية الصناعة والتجارة فهو يضم حرية النشاط التجاري والصناعي دون المهن الحرة الأخرى بما فيهم النشاط الفلاحي، إن الهدف من حصول الأنشطة الاقتصادية هو غل يد السلطة العامة من التدخل في تنظيم الاقتصاد بالطرق الجماعية. [2]

ونتيجة لاعتماد مبدأ الحرية الاقتصادية، تم قيام الثورة الصناعية في أوروبا نهاية القرن 18 وظهور الرأسمالية الضخمة وبروز المشروعات الكبرى هذا ما أدى إلى ظهور تفاوت بين أرباب العمل والأجراء ما تسبب في ظهور الطبقية في المجتمع الواحد نتيجة الإفراط في الحرية الاقتصادية، كما ظهر من جهة أخرى النظام الاشتراكي الذي ينادي بوجوب تدخل الدولة لغرض تحقيق العدالة الاجتماعية. [3]

وما جعل الحقوق الاقتصادية تكون محل اهتمام هو تطور القانون الداخلي للدول بوتيرة سريعة في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية خاصة بسبب تجديد القانون الدستوري في دول أوروبا الشرقية التي عملت على دسترة الحقوق الاقتصادية وإفراغها في صلب الدستور، وتعيين مثل هذه الحقوق في الدستور يعطيها أكبر قدرا من الضمانات ومن أهمها الحماية الدستورية عن طريق القضاء الدستوري والدعاوى الدستورية.

في الولايات المتحدة الأمريكية لم ينص الدستور صراحة على الحق افي الاستثمار أو الخصخصة ولكن احتوت بعض نصوصه إشارة إلى ذلك ضمنيا، مع العلم أنه في الولايات المتحدة الأمريكية السلطة الكاملة للولايات في تحديد التوجه الاقتصادي بغية تشجيع فرصة الاستثمار سعيا لتحقيق النمو الاقتصادي وتحقيق الرفاهية العامة للمجتمع الأمريكي مع احترام شرط الوسائل القانونية السلمية. [4]

---

[1]– قندلي رمضان، حرية التجارة والصناعة، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة البدر، المجلد 03، العدد11، جامعة بشار، الجزائر، سنة 2011، ص284.

[2]– عجابي عماد، تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 01، العدد04، جامعة الحاج لخضر باتنة01، الجزائر، سنة 2014، ص267.

[3]– خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص62، 63.

[4]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص647.

كما يثبت أن المحكمة الاتحادية العليا تعترف بسلطة الولايات في تحديد التوجه الاقتصادي ففي قضية "نيبيا ضد نيويورك"، حيث أيدت المحكمة قانون نيويورك بخصوص تحديد السعر الأدنى للألبان، بالرغم من أن تحديد السعر يبنى على علاقة البائع والزبون واعتبرت أن الولاية حرة في تبني أي سياسة اقتصادية تعتبر بشكل معقول أنها تعزز الرفاهية العامة.

رغم الاعتراف بحرية التجارة والصناعة من طرف المحكمة الاتحادية العليا إلا أن هذه الحرية لابد أن تخضع إلى بعض القيود. فليست كل النشاطات التجارية مسموح بها للكافة. بل يجب مراعاة بعض المعايير مثل التخصص وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا في قضية "مجلس الصيدلية لولاية نورت داكوتا ضد شركة مخازن أدوية شنايدر 1973"، حيث أيدت المحكمة قانونا للولاية يقتضي أن يكون طلب تراخيص الصيدلية حكرا على من كانوا صيادلة أو شركات تكون أغلبية أسهمها ملك للصيادلة. [1]

وألزمت المحكمة الاتحادية العليا الولايات على ألا يكون تفسيرها لحرية التجارة بين الولايات على منهج أن يؤثر سلبا على حرية التجارة بين الولايات[2].

وعملت المحكمة الاتحادية العليا على توسيع مفهوم التجارة وينجلي ذلك من خلال قضية "جيبونر ضد أوجدن 1824" ، وكانت هذه القضية بمناسبة تنازع بين قانون ولاية نيويورك التي قصرت فيه ترخيص الملاحة على طرف واحد، والكونغرس قد منح ترخيصا لعبور نفس المياه لطرف آخر فحدث تنازع ، هل يطبق قانون الولاية أم قانون الكونغرس؟

حيث ذهب القاضي مارشال إلى اعتبار أن الملاحة تدخل في نطاق مفهوم التجارة الواردة في الدستور، ففسر القاضي مارشال التجارة دستوريا على أنها تعني:" التجارة التي تصل بأكثر من ولاية واحدة." أما التجارة الداخلية للولايات فهي تبقى من اختصاص الولايات...معتبرا الملاحة البحرية نشاطا تجاريا له بعد فيديرالي. [3]

والحريات الاقتصادية في النظام الفرنسي مبنية على مبدأ عدم تدخل الدولة إلا بالقدر الذي يجعلها أكثر فعالية، حيث اعتبرها مجلس الدولة الفرنسي مبدأ من مبادئ الحق، وأكده المجلس

[1]– جيروم، أ.بارون، س. توماس دينيس، المرجع السابق، ص156، 158.

[2]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص648.

[3]– جيروم أ. بارون، س. توماس دينيس، المرجع نفسه، ص88.

الدستوري مستندا على المادة 04 من إعلان 1789، واعتبره مبدأ ذو قيمة دستورية من حيث الجوهر[1].

إذ تفطن المجلس الدستوري إلى أن التعدي على حرية المشروعات يصل إلى حد الجسامة فإنه يفصل بعدم دستورية ذلك القانون، وهذا ما ذهب إليه بخصوص القيود الخاصة التي تحظر منح تصريح من أجل إقامة مشروع ذو طابع تجاري خاص بالمنتجات الغذائية إذا كان هذا التصريح قد رفع عن أكثر من 20% المساحة الإجمالية للمحلات الكبيرة متوسطة في إقليم ما وراء البحار معتبرا أن هذه القيود جاءت بشكل غير واضح ومحدد. [2]

وعندما يرى المجلس أن هذه القيود مبررة وواضحة ولها علاقة مباشرة بالمصلحة العامة فإنه لا يعترض عليها ويبرز ذلك في قرار له صرح فيه بـ :"وإن كانت الشروط التي تحد من شراء مساحات إعلامية تعتبر ضد حرية المقاولة، إلا أنها مبررة من خلال الهدف العام الآيل إلى الشفافية الاقتصادية التي يهدف إليها القانون..." [3]

ومن أجل تجسيد حرية الممارسات التجارية كرس المجلس الاختصاص الحصري للمشرع للقيام بعمليات الخصخصة مستندا في ذلك على المادة 34 من الدستور، وأكد المجلس الدستوري أن القانون هو الذي يمكنه تحديد طرق نقل ملكيات مؤسسات من القطاع العام إلى القطاع الخاص، واعترف للمشرع بالسلطة التقديرية في هذا الشأن . [4]

وفي قرار حديث للمجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 12 أفريل 2019 وهو يفحص مدى دستورية القانون الذي يحدد كيفية مراقبة الأسعار في كاليدونيا الجديدة حيث صرح بـ :" يجوز للمشرع أن يفرض على حرية الأعمال المستمدة من المادة 4 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 قيودا مرتبطة بالمتطلبات الدستورية أو تبررها المصلحة العامة بشرط ألا يؤدي ذلك إلى ضرر غير متناسب فيما يتعلق بالهدف المنشود". واعتبر الأحكام التي تنص على تحديد أسعار بعض المنتجات غير دستورية لأنها تنتهك حرية المؤسسة معبرا على ذلك بالقول: "إن الأحكام المتنازع عليها والتي

[1] - Stéphane Braconnier, op cit, p13.

[2] – محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص92.

[3] – طرفة الحاج، الرسالة السابقة، ص175.

[4] – آلاء محمد الفيلكاوي، المرجع السابق، ص341.

تجعل من الممكن تحديد أسعار بعض المنتجات والخدمات التي تحددها السلطة التنظيمية من خلال تنظيم الهوامش التجارية للشركات تنتهك حرية المؤسسة." [1]

وفي إطار تحرير النشاطات الاقتصادية ومساواة قطاع الأعمال العام بالقطاع الخاص في هذا الإطار ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى إرساء مجموعة من المبادئ منها:

وذلك بقولها:" إن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلا نهائيا ودائما لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقائقها... بل يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسيا واقتصاديا...وتتحقق التنمية الاقتصادية ومبادئها المتعددة من خلال الاستثمار في رأس المال ماديا كان أو بشريا..." [2].

ودعما لتطوير الاستثمار باعتباره أحد أهم الآليات المعتمدة في التنمية والنهوض بالحرية الاقتصادية قضت المحكمة: "بأن الاستثمار في مختلف صوره، العام منها أو الخاص، ليس إلا أموالا تتدفق، سواء عبأتها الدولة أو كونها القطاع الخاص فإنها تتكامل فيما بينها وتعتبر تجميعا لازما لضمان قاعدة انتاجية أعرض وأعمق لا يكون التفريط فيها إلا ترفا، وتكون عن قيم يدعو إليها التطور ويتطلبها"[3].

عملت المحكمة الدستورية على تشجيع فرص الاستثمار وحاولت التصدي إلى كل العوائق التي تحول دون الاستثمارات[4] وتحقيق الأهداف الاقتصادية المرسومة فحكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة 83 من قانون ضريبة الدمغة الصادر بالقانون رقم 111 لسنة 1980 وسقوط مواده المرتبطة به، حيث رأت المحكمة أن هذا النوع من الضريبة ما هو إلا قيد غير مبرر لكبح النشاط الاقتصادي[5].

---

[1] -CC n° 2019-774- QPC du 12 avril 2019.cf. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

[2]– آلاء محمد الفيلكاوي، المرجع السابق، ص353.

[3]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص634.

[4] – تنص المادة 145 من دستور جمهورية مصر لعام 2014 على:" لا يجوز لرئيس الجمهورية أن يشتري شيئا من أموال الدولة أو اي شخص من اشخاص القانون العام أو شركات القطاع العام أو قطاع الأعمال العام أو يبيع شيء من أمواله ولا يقايضها عليه ويقع باطلا اي من هذه التصرفات". أنظر: اسلام معوض، مرجع سابق، ص249.

[5]– محمود علي أحمد مدني، المرجع نفسه، ص637.

ولم يكن لحرية التجارة والصناعة مكانة في الدساتير الجزائرية السابقة ولعل السبب في عدم دسترتها هو التوجه السياسي للمراحل السابقة لاسيما في دستور 1976 لأن المنهج المعتمد في هذه الفترة هو المنهج الاشتراكي الذي كانت مبادئه تؤثر على جميع القطاعات في الدولة[1].

وجاء في التعديل الدستوري[2] لسنة 2016[3] لينص صراحة على حرية التجارة لغرض تشجيع ازدهار المؤسسات دون تمييز سواء كان على مستوى المؤسسات العامة أو المؤسسات الخاصة والمؤسس الدستوري لعام 2016 جعل من نصوص الدستوري تتماشى مع التطورات الاقتصادية الحاصة على المستوى العالمي[4].

أما بخصوص موقف المجلس الدستوري الجزائري بخصوص حرية التجارة والصناعة فإنه لم يتطرق إليها إلا بمناسبة رأيه بخصوص التعديل الدستوري لسنة 2016 واعتبر أن هذا التعديل لا يتعارض مع حقوق الانسان والمواطن معبرا على ذلك بـ"اعتبارا أن المادة المذكورة أعلاه موضوع التعديل ترمي إلى إناطة الدولة بمهمة تحسين مناخ الأعمال، وضبط السوق وحماية حقوق المستهلك ومنع الاحتكار والمنافسة غير النزيهة واعتبارا أن دسترة هذه المهام غايتها توفير الشروط اللازمة لممارسة الأعمال وتحقيق تنمية الاقتصاد الوطني وضمان الحكامة الاقتصادية..." [5].

إن ربط حرية التجارة والاستثمار بمجموعة من المصطلحات ذات البعد الاقتصادي مثل الاحتكار، التنافسية، ضبط السوق، هذا يدل على أن هذه الحرية ليست بالمطلقة بل تخضع إلى مجموعة من الضوابط ما يؤكد على ذلك أن المؤسس الدستوري الجزائري نص على انها تمارس في إطار القانون، مثل القضاء على وضعيات الهيمنة والاحتكار، قمع الغش، ومن الأساليب التي تعتمدها

[1]– حافظي سعاد، المرجع السابق، ص172.

[2]– وجاء التعديل الدستوري في الجزائر لسنة 2020 ليكرس مصطلح جديد في مجال حرية التجارة والصناعة وهو حرية المقاولة، أنظر المادة 61 منه.

[3] – تنص المادة 43 من تعديل الدستور لسنة 2016 على:" حرية الاستثمار معترف بها وتمارس في إطار القانون، تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال والتشجيع على ازدهار المؤسسات دون تمييز منحة للتنمية الاقتصادية الوطنية...".

[4]– فاطمة الزهراء رمضاني، المرجع السابق، ص187.

[5]– علي قاسم ربيع، الأطروحة السابقة، ص526.

الدولة لتنظيم المنافسة هي مواجهة الممارسات الاحتكارية التي يمكن ان تمارسها الشركات الضخمة[1].

المطلب الثاني: الحقوق والحريات الاجتماعية والبيئية ضرورة للتمتع بالحقوق والحريات الأساسية

رغم التفاوت الزمني بين الحقوق الاجتماعية والحقوق البيئية إلا انهما يهدفان في سبيل التمتع بالحقوق والحريات الأساسية إلى أهداف واحدة وكلها تعود بالنفع على الأفراد وما يزيد أهمية إلى هذين الصنفين من الحقوق والحريات الأساسية هو ضرورة توفرهما ليتمكن الانسان بالتمتع بحياة كريمة واكتمال قيام حقوقه وحرياته الشخصية، وهذا ما سنوضحه من خلال فرعين، الفرع الأول: الحقوق والحريات الاجتماعية شرط لتحقيق العدالة الاجتماعية وصون كرامة الفرد، الفرع الثاني: القضاء الدستوري يربط بين الحق في بيئة سليمة والحق في الحياة.

الفرع الأول: الحقوق والحريات الاجتماعية شرط لتحقيق العدالة الاجتماعية وصون كرامة الفرد

لقد بدأت فكرة الحقوق الاجتماعية في الظهور حقا حين برزت الحداثة على السؤال الاجتماعي، بالنسبة لفرنسا فإن العديد من المؤلفين أرجعوا فكرة هذا الصنف من الحقوق والحريات إلى أعقاب ثورة 1848 بحثا عن الشكل الديمقراطي للدولة معتقدين أن هذه الثورة سوف تنجز عملا كاملا وإزالة كل الغموض عنها، حيث كانوا يرون بأن التنظيم الاجتماعي هو الحل إلى تحرر الشعوب وضمان لحقوقهم[2].

تعتبر الحقوق الاجتماعية من الركائز الأساسية التي يمكن من خلالها أن يوفر الإنسان مختلف حاجاته ولا يمكن أن تستمر حياة البشرية من غيرها، لذا أصبح من واجبات الدول التدخل لتوفير مثل هذه الحقوق حتى يكون الفرد عنصرا إيجابيا ومنتجا[3]. كما تعتبر الحقوق الاجتماعية[4] أحد مكونات الحقوق الأساسية التي تحظى بالحماية الدستورية، ومنه لا يمكن الاعتراف بالوثائق الدستورية

---

[1]– فاطمة الزهراء رمضاني المرجع السابق، ص168.

[2]– Luis Coté, op cit, p160.

[3]– أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص367.

[4] – تنص الفقرة الأولى من المادة 45 من الدستور الايرلندي لسنة 1937م المعدل سنة 2012م على: "يجب على الدولة أن تسعى إلى تعزيز رفاهية الشعب كله من خلال تأمين وحماية النظام العام والعدل والعمل الخيري بفاعلية"، وتنص المادة 37 من الدستور الهندي على: "ستسعى الدولة إلى تعزز رفاهية الشعب من خلال تأمين وتوفير نظام اجتماعي بحيث تسود العدالة الاجتماعية...". انظر: محمد عبد العال: الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، مرجع سابق، ص16.

إذا كانت لا تحتوي على الحقوق الاجتماعية ولا توفر لها الحماية اللازمة، إلى درجة تحقيق رفاهية المجتمعات[1].

وعملا بالحقوق الاجتماعية على نحو فعال وإلزام الدولة بالتدخل من خلال قوانينها في المجال الاجتماعي، وخاصة لضمان توزيع عادل للثروة وتصحيح أوجه عدم المساواة، وبهذا القانون يكتسب وظيفة جديدة، وهي المشاركة في بدايات الديمقراطية الاجتماعية، ولا يميل إلى المساواة السياسية فقط التي كانت هدف الحقوق والحريات والمشاركة. [2]

ويذهب بعض الكتاب أنه هناك علاقة وطيدة بين الكرامة الإنسانية المتأصلة والتمتع بالطعام والمأوى وحد أدنى من المتطلبات الأخرى لكي تكتمل عملية تعزيز إنسانية البشرية، ويذهب الأستاذ " Griffin " أن الصور المختلفة للرفاهية يجب التعامل معها على أساس أنها حقوق الإنسان[3].

والحقوق والحريات الاجتماعية ليست مثل الحقوق والحريات السياسية، فإنه لا يكفي النص عليها فقط، بل يجب تدخلا إيجابيا من الدولة والوفاء بها عن طريق تقديم المساعدة والعون للمواطنين حتى يعيشوا حياة كريمة تليق بإنسانية الفرد وتخليص الإنسان من المعاناة التي قد تلحق به[4].

علما أن الحقوق الاجتماعية تتفاوت من دولة إلى أخرى من حيث نطاق التمتع بها، ويتحكم في ذلك الفلسفة الاجتماعية والسياسية لكل دولة، وتكون الحقوق الاجتماعية في النظم الرأسمالية أكثر اهتماما من الدول التي تبنت الأنظمة الاشتراكية التي تهتم بحقوق الطبقة العاملة دون غيرهم[5].

---

[1]– جابر عواد فرحان، الأطروحة السابقة، ص343.

[2] – Luis Coté, op cit, p161.

[3]– وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الإنسانية في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص164، 165.

[4]– عليان بوزيان، القيمة الدستورية لمبدأ العدالة الاجتماعية والحماية القضائية له – دراسة تطبيقية مقارنة على الدساتير العربية الحديثة– الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 05، العدد02، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، سنة 2013، ص113.

[5]– إسماعيل إبراهيم البدوي، المرجع السابق، ص342.

والملاحظ أن القضاء الدستوري لم يدخر أي جهد في الدفاع عن الحقوق الاجتماعية والتصدي إلى التشريعات التي تحاول الانقاص أو إهمال هذا النوع من الحقوق[1]، وسوف نتطرق إلى الحق في السكن، والحق في التعليم والحق في العمل.

أولا: الحق في السكن شرط لضمان كرامة الفرد

للوصول إلى التمتع بحق الكرامة الإنسانية أصبح من الضروري الاعتراف للفرد بالحق في المسكن، حيث أصبح الحق في المسكن ضرورة حتمية للاعتراف بكرامة الإنسان، وفي هذا الصدد ذهب المجلس الدستوري الفرنسي للاعتراف بالقيمة الدستورية للحق في المسكن من خلال قراره رقم (CC.94-395 Du 19/95) بقوله: "إن تأمين الإمكانية لكل شخص بمسكن لائق هو هدف ذو قيمة دستورية"[2].

كما ربط المجلس الدستوري الفرنسي بين الحق في الحصول على منزل والمصلحة الوطنية، حيث اعتبر التسهيلات المعطاة لتأمين مسكن للأشخاص من المحرومين إنما تفرضها متطلبات المصلحة الوطنية، وفي هذا الشأن قام المجلس الدستوري الفرنسي بإبطال القانون الذي يجيز بيع مسكن المدين المفلس بالمزاد العلني[3].

وفي قرار حديث له في سنة 2018، حيث أكد على وجوب مراعاة تكييف المساكن حسب التطورات الحاصلة على مستوى حاجات الأفراد والأسر وخاصة ذوي الاحتياجات الخاصة وذلك بقوله: "يجب أن يستوفي المنزل شرطين: يجب أن يكون ذو الإعاقة قادرا على الوصول إلى هذه الإقامة... كما يجب أن تكون تجهيزاته ومعداته متاحة، كما يجب أن تكون إمكانية الوصول إلى الأجزاء التي تشكل الوحدة الحية للمسكن قابلة للتحقيق لاحقا..."[4].

لم يقتصر دور المجلس الدستوري الفرنسي على الاعتراف بالقيمة الدستورية للحق في السكن، وعلاقته الوطيدة بالكرامة الإنسانية، بل ذهب إلى أبعد من ذلك، حيث ألزم المشرع باحترام التفاصيل

[1]– أمين عاطف صليبا، المرجع السابق ، ص367.

[2]– أمين عاطف صليبا، المرجع نفسه ، ص373.

[3]– طرفة الحاج، الأطروحة السابقة، ص176.

[4] -CC n° 2018-772.DC du 15 novembre 2018. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

الدقيقة في إنشاء المساكن من حيث المواصفات بحيث تكون تتماشى وظروف المستفيدين خاصة فئة المعاقين، يجب أن تكون المساكن تلبي حاجتهم دون أي عوائق.

وفي هذا السياق ذهب المجلس في قرار له بتاريخ 2015/05/29 بخصوص حق الاستفادة من المياه وتزويد المساكن بها، حيث اعترف المجلس بأن الحصول على المياه هو عنصر من عناصر مبدأ الكرامة الانسانية المنصوص عليه في الفقرتين 10 و11 من ديباجة الدستور 1946[1].

كما يبرز دور المحكمة الدستورية لجنوب إفريقيا في الاعتراف بالقيمة الدستورية للحق في السكن من خلال قضية حكومة جنوب إفريقيا ضد غروتيوم وآخرين، وفي هذه القضية أكدت المحكمة العليا على أنه من واجب الدولة توفير المساكن للمواطنين وذلك بقولها: "وفقا للدستور[2] فالدولة ملزمة بتوفير المأوى للأطفال وأولياء أمورهم على حسب الطلب إذا كان الآباء غير قادرين على إيواء أطفالهم..."، وطعنت الحكومة أمام المحكمة الدستورية، ودفعت الحكومة أنها تتبع التدابير التشريعية الواجبة التي تضمن بشكل معقول توفير مساكن للأشخاص الذين تم إجلاءهم من خلال تمرير بعض القوانين التي تحتوي على برنامج إصلاحي لتوفير المساكن.

ووصلت المحكمة الدستورية إلى نتيجة مفادها: "الدولة ملزمة باتخاذ إجراءات إيجابية كتلبية احتياجات أولئك الذين يعيشون في ظروف قاسية من الفقر والتشرد..."[3].

ولم تجعل المحكمة الدستورية لجنوب لإفريقيا من حق السكن واجب على عاتق الدولة فقط، ففي اجتهاد آخر لها أعطت مفهوما للحق في السكن وقامت هي بدورها بربطه بحقوق وحريات أخرى مثل الكرامة الإنسانية وذلك بقولها: "السكن يشكل جزء من الكرامة الإنسانية، وأن المسكن اللائق ينطوي على أكثر من مجرد توفير أربعة جدران وسقف للغرفة التي تأوي، إذ أن السكن أمر ضروري

---

[1] – Dominique ROUSSEUA et al, op cit, p606..

[2] – ينص القسم (26) من دستور جنوب إفريقيا على: "لكل شخص الحق في الوصول إلى مسكن ملائم". انظر: وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الإنسانية في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص176.

[3] – محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، المرجع السابق، ص18، 19.

لكي يحيى المرء حياة صحية طبيعية، وأن يفي بالاحتياجات النفسية العميقة، من حيث الخصوصية والمساحة والاحتياجات الجسدية"[1].

ومن خلال الاطلاع على اجتهادات المجلس الدستوري اللبناني يتضح لنا أنه أعطى للحقوق والحريات الأساسية أهمية كبرى رغم أنها كانت لا تخرج على نطاق الدستور الذي يحتويها ، وبفضل تدخل المجلس الدستوري أصبحت تحتل مكانة رفيعة وكان للمجلس الدستوري الدور الكبير في مجال الحقوق الاجتماعية، حيث اعتبرها مظهرا من مظاهر الديمقراطية والديمقراطية لا تقتصر على الحقوق والحريات السياسية فقط ، ويتجلى ذلك بوضوح في قراره رقم 2014/6، حيث اعتبر أن: "توفير السكن للمواطن ذو قيمة دستورية ينبغي على السلطتين التنفيذية والتشريعية رسم السياسات ووضع القوانين الآيلة إلى تحقيق هذا الهدف"[2].

وفي تعليق على هذا القرار يذهب الدكتور سيمون بدران: "إن المجلس الدستوري عند تكريسه للحق في السكن كان بإمكانه الاعتراف به كمجرد ضرورة مرتبطة بالمصلحة العامة، أو وضعها في مصاف المبادئ الدستورية، غير أن المجلس الدستوري اللبناني تأثر بنظيره الفرنسي وأعطى للحق في السكن قيمة الهدف الدستوري"[3].

كما نجد أن القاضي الدستوري البرتغالي قد سمح للمشرع بإصدار بعض التشريعات التي تمس بحق الملكية الخاصة مقابل تأمين المسكن للمواطنين وهو ما يسمى بالاستهلاك للمنفعة العامة[4] ويبرز ذلك في قرار للمحكمة الدستورية البرتغالية رقم 97/486: "إن حق تأمين المسكن تفرضه مسألة احترام كرامة الإنسان، ولذا فإن التشريع الذي يمس قليلا بحق الملكية الخاصة في سبيل تأمين المساكن للعائلات هو غير مخالف للدستور"[5].

---

[1]– أحمد حسن علي الأشقر، الرسالة السابقة، ص98.

[2]– وليد عبلا، المرجع السابق، ص663.

[3]– محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص326.

[4]– أحمد حسن علي الأشقر، الرسالة نفسها، ص99.

[5]– أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص384

من هذا الاجتهاد للمحكمة الدستورية البرتغالية يتضح أنها أعطت أولوية للحق في السكن على حساب الملكية الخاصة، رغم قداسة الملكية الخاصة، إلا أن المحكمة جعلت من الحق في السكن تحت غطاء المصلحة العامة له أهمية تفوق الملكية الخاصة، إلا أن ما يمكن ملاحظة على هذا الاجتهاد هو مصطلح قليلا وكأن التعدي على الملكية في وجهة نظر المحكمة الدستورية البرتغالية له صورتين تعدي بسيط وتعدي جسيم.

وكان للمحكمة الدستورية الأمريكية بعض الاجتهادات في مجال الحق في المسكن، ويبرز ذلك في قضية مور ضد إيست كليفلاند سنة 1977م، حيث قامت مدينة إيست كليفلاند بسن قانون يحدد شغل المساكن بأفراد أسرة واحدة فقط دون غيرهم بحجة مكافحة الازدحام المفرط.

فقضت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية هذا القانون وذلك بقولها: "عندما تتدخل الحكومة في الاختيارات التي تصل بعلاقات الحياة العائلية، يكون على هذه الحكومة أن تبحث بعناية الأهمية المقدمة لمصلحة الحكومة، والمدى الذي سوف يخدمها عن طريق التنظيم المطعون فيه".

وفي مجال الحق في المسكن اعتبرت المحكمة الاتحادية العليا أي تشريع أو قرار يصدر بغرض تحديد نوع المساكن أو يجعل تمييز في الأماكن يصبح مخالفا للدستور[1].

ثانيا: القضاء الدستوري يجعل من حرية التعليم شرط لتطوير شخصية الفرد

يقصد بحق التعليم مجموع المراحل التي يتوجب أن يمر بها الشاب بدء من التعليم الابتدائي إلى غاية الدراسات الجامعية بغرض التكوين والبناء العلمي والعقلي وتطوير قدراتهم[2]،كما أن الحق في التعليم يعتبر نقطة مشتركة بين الحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[3]

[1]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص477.

[2]– عيد أحمد الحسبان، المقال السابق، ص464.

[3] – تنص المادة 13 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، أن التعليم حق ينبغي أن يكون موجها نحو التطوير الكامل للشخصية الإنسانية معززا الاحترام لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية...". انظر: وليد محمد الشناوي: مفهوم الكرامة الإنسانية في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص170

فهو يحتوي على عناصر تمكنه من الانضمام إلى أجيال الحقوق والحريات سواء الجيل الأول أو الجيل الثاني[1].

كما لا يختلف اثنين على أن حق التعليم أصبح واجب على عاتق الدول، كما أجمع الفقه على أن " التعليم هو الوسيلة اللازمة التي تهدف إلى تطوير ذات الإنسان ومن خلاله يتسنى للإنسان أن يطور شخصيته الإنسانية"[2].

والجدير بالذكر أن حق التعليم يجعل من العائلة ملزمة بالتعاون على المراكز التعليمية في إطار التعاون والتشاور من أجل الوصول إلى أفضل النتائج من حيث تعليم الأبناء[3].

إذا كان التعليم من أهم الضروريات اللازمة في تطوير شخصية الفرد باعتباره من الحقوق الأساسية التي نصت عليها مختلف دساتير العالم، فما هو موقف القضاء الدستوري من هذا الحق؟

لعبت المحكمة الدستورية العليا المصرية دورا بارزا في مجال حق التعليم عن طريق التصدي إلى التشريعات التي من شأنها أن تنقص أو تهدر هذا الحق ويتضح ذلك جليا في حكم لها بتاريخ 1992/02/01م، حيث حكمت بعدم دستورية القرار الصادر عن المجلس الأعلى للجامعات بتاريخ 1984/09/20 وفي هذا الاجتهاد أكدت المحكمة على" إن كفالة الدستور لحق التعليم إنما جاء انطلاقا من حقيقة أن التعليم يعد من أهم وظائف الدولة وأكثرها خطرا – وأنه أداتها الرئيسية التي تنمي في النشأ القيم الخلقية والتربوية والثقافية وتعده لحياة أفضل... إن الحق في التعليم الذي أرسى الدستور أصله – فحواه أن يكون لكل مواطن الحق في أن يتلقى قدرا من التعليم يتناسب مع مواهبه وقدراته..."[4].

[1]– باسل عبد الله محمد باوزير، الرسالة السابقة، ص130.

[2]– أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص382.

[3]– عيد أحمد الحسبان، المقال السابق، ص464.

[4]– جابر عواد فرحان، الأطروحة السابقة، ص358.

عرفت المحكمة الدستورية الحق في التعليم بـ: "أن يكون لكل مواطن الحق في أن يتلقى قدرا من التعليم يتناسب مع مواهبه وقدراته، وأن يختار نوع التعليم الذي يراه أكثر اتفاقا وميوله وملكاته"[1].

ولم يقتصر دور المحكمة الدستورية العليا على حماية حق التعليم على مستوى القطاع العام فقط بل بسطت رقابتها حتى على التعليم في القطاع الخاص وذلك من خلال حكم لها حيث أكدت على: "الحق في التعليم لا يجب أن نقيده سواء بالقانون أو بإجراء إداري على نحو يحدث نوع من التمييز غير المشروع للالتحاق بالتعليم... ذلك أن الحماية الدستورية يجب أن تمتد لتشمل جميع المؤسسات التعليمية أيا كان مالكها أو إدارتها"[2].

وفي النظام الفرنسي كرست الفقرة الثانية من ديباجة دستور 1946م القيمة الدستورية للحق في التعليم والتي تنص على: "تضمن الأمة مساواة الدخول في التعليم والتأهيل المهني والثقافة للطفل[3] والبالغ وأن تنظيم التعليم العام المجاني والأهلي لكافة الدرجات يعد واجبا على الدولة"[4].

وأكد القاضي الدستوري الفرنسي على أن مقدمة دستور 1946 التي تأكدت قيمتها الدستورية بموجب دستور 1958 التي لم تفرق في مجال التعليم بين المواطن الفرنسي والأجنبي، وفي قرار للمجلس الدستوري الفرنسي أكد القيمة الدستورية لحق التعليم بقوله: " بأن حرية التعليم أحد المبادئ الأساسية التي أقرتها قوانين الجمهورية وأكدتها مقدمة دستور 1946، وقد أكد ذلك دستور 1958 الذي أعطى القوانين والمقدمة القيمة الدستورية"[5].

ولم يتردد المجلس الدستوري الفرنسي في التصدي إلى النقاش الذي دار حول إمكانية اعتماد أسلوب التعليم في المدارس الخاصة، حيث احتج البعض على أن التعليم في المدارس الخاصة

---

[1]– باسل عبد الله محمد ماوزير، الرسالة السابقة، ص134.

[2]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص280.

[3] – لقد صدر تشريع 11 فبراير 2005 في المنظومة القانونية الفرنسية الذي أحدث تغيير مهم حيث مكن الطفل المعاق كمبدأ عام من التعليم في بيئة عادية في جميع مراحل التعليم والإنشاء هو توجيه الطفل المعاق الى المراكز المتخصصة، انظر: بودنة محمد، المقال السابق، ص69.

[4]– ألاء محمد الفيلكاوي، المرجع السابق، ص363.

[5]– طرفة الحاج، الرسالة السابقة، ص146، 147.

يتعارض مع مقدمة دستور 1946، ونشأ هذا الخلاف سنة 1988م بمناسبة اقتراح قانون مكمل لقانون 1959/12/31 المعدل والخاص بحرية التعليم.

وعند فحص المجلس الدستوري لهذا القانون وصل إلى نتيجة مفادها أن: "التعليم واجب على الدولة، ولا يوجد أي مانع لقيام التعليم الخاص إلى جانب التعليم العام كما أنه من واجب الدولة مساندة التعليم الخاص من جميع الجوانب وخاصة المادية منها معتبرا هذه المساعدة شرط جوهري لتحقيق حرية التعليم"[1].

ومن مفهوم حرية التعبير وصل القاضي الدستوري الفرنسي إلى الحق في اختيار نوع التعليم معتبرا اختيار التعليم المناسب له قيمة دستورية وذلك بقوله: "إن حرية التعليم يترتب عليها حرية اختيار أية مؤسسة تعليمية خارج إطار التعليم الرسمي وإذا كان هذا هو اختيار الأهل فإن احترام خصوصية هذه المؤسسات يعد شرطا أساسيا لهذا الاختيار"[2]. من هذا الاجتهاد وصل المجلس الدستوري إلى مبدأ جديد في إطار حرية التعليم وهو مبدأ حرية اختيار التعليم المناسب.

وكان موقف المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية يتضح جليا من خلال قرارها الشهير في قضية Brown Board of Education 1945 التي صدر الحكم فيها بتاريخ 1954/05/17 حيث قضت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية الفصل العنصري في التعليم، فعبرت المحكمة في هذه القضية بـ: "عرضت علينا هذه القضايا من ولايات تكساس وكارولينا الجنوبية... ففي كل هذه القضايا يسعى المتفاوضون وهم من صغار الزنوج إلى أن تقوم المحاكم بمعاونتهم في الحصول على حق الالتحاق بالمدارس العامة دون تفرقة عنصرية، وفي كل هذه الحالات حرم هؤلاء الصغار من الالتحاق بالمدارس التي يدرس فيها الأطفال البيض طبقا لقوانين التفرقة العنصرية ... ومن شأن هذه التفرقة حرمان الشاكين مما يتمتعون به من مساواة في حماية القوانين لهم ..."[3].

وقضت المحكمة بـ: "أيا كانت التسهيلات ووسائل الراحة والمسيرة لكل من العنصرين الأبيض والأسود، فإن التمييز يعد في حد ذاته إهدارا لقاعدة الحماية المتساوية بالنسبة إلى الزنوج، فإن قوانين

[1]– عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص269، 270.

[2]– باسل عبد الله محمد باوزير، الرسالة السابقة، ص133.

[3]– جابر عود فرحان، الأطروحة السابقة، ص348، 349.

جميع الولايات الأمريكية التي تنص على التفرقة العنصرية في المدارس العامة تعد قوانين مخالفة للتعديل الرابع عشر من الدستور"[1].

وما يمكن ملاحظته أن الدستور السويسري قد أحال مسألة تنظيم التعليم الأساسي على قوانين المقاطعات، ويكون التعليم مجانا حسب ما جاءت به المادة 03/27 من الدستور الفيديرالي السويسري، ويجب مساعدة الأقاليم للقيام بضمان هذا الحق وإعطاء فرصة للأفراد للتمتع به، ورغم قلة اجتهادات المحكمة الدستورية السويسرية بخصوص الحقوق الأساسية، إلا أنها أكدت على أن الاضطراب الذي يحدثه الغير لاستقرار وتأمين حق التعليم هو مخالفة لجوهر الحق وبالتالي هو مخالف للدستور[2].

أما في الجزائر فقد نصت المادة 65 من تعديل الدستور لعام 2016 على: "الحق في التعليم مضمون، التعليم العمومي مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون، التعليم الأساسي إجباري تنظم الدولة المنظومة التعليمية الوطنية، تسهر الدولة على التساوي في الالتحاق بالتعليم والتكوين المهني"[3].

وخلال فحص المجلس الدستوري الجزائري لهذه المادة ومدى تطابقها مع المبادئ التي تحكم المجتمع الجزائري، صرح ب: "اعتبارا أن المواد المضافة والجديدة التي تهدف إلى ضمان الحقوق الاجتماعية وتتناول النظام الوطني للتعليم العمومي...." معتبرا أن : "هذه الحقوق الاجتماعية تستند إلى المبدأ الذي يقضي بأن الدولة تسهر على ترقية العدالة الاجتماعية المكرسة دستوريا"[4].

ثالثا: الحق في العمل أساس الرفاهية الاجتماعية وكرامة الفرد

يقصد بحرية العمل عدم جبر الإنسان على ممارسة عمل لا يرغب فيه ولا يحبه، كما يعتبر الحق في العمل من أساسيات الحياة. لأنه يوفر الأمن المادي للفرد واقتصاديا ليتمتع الإنسان بكرامته ويحس بعزته[5].

[1]– مدني عبد الرزاق الكلش، المرجع السابق، ص76، 77.

[2]– عيد أحمد الحسبان، المقال السابق، ص664، 665.

[3]– انظر المادة 65 من تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016.

[4]– رأي رقم 16/01 ر .ت د/ م د مؤرخ في 2016/01/28 السابق ذكره.

[5]– إسماعيل إبراهيم البدوي، المرجع السابق، ص419.

كما أن الحق في العمل يمكن تحديده فطريا بأنه الحق الذي يخول للفرد أن يعيش من الموارد الضرورية التي يوفرها بجهده، ومنه فالحق في العمل يصبح وكأنه ملازم للفرد وعلى حد قول " لينين": "من لا يعمل لا يأكل"[1].

وما يميز الحق في العمل أنه ليس من الرخص التي تقبضها الدولة أو تبسطها وفق إرادتها لتحدد على ضوئها من لهم الحق في العمل ومن ليس لهم هذا الحق، إنما يعتبر شرفا إلى كل من يحاول الوصول إلى هذا الحق وهو كافلا التكامل الشخصية الإنسانية[2].

والحق في العمل هو حق أصلي تتفرع منه جملة من الحقوق الأخرى مثل الحق في الأجر وفي الاستراحة وتحديد ساعات العمل وتنظيم الإجازات، فحق العامل في الأجر هو من أهم الحقوق التي لابد أن يتقاضاه مقابل جهده[3].

ويجد الحق في العمل أساسه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 23 منه التي تنص على: "لكل شخص الحق في العمل، وفي حرية اختيار عمله وفي ظروف عمل عادية ومرضية، وفي الحماية من البطالة". ثم جاءت المادة السابعة من الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لتحدد أهداف المادة 23 من إعلان 1948 التي تنص على الحق في العمل والمتمثلة في: "تأمين حياة لائقة لهم لعائلاتهم".

والملاحظ أنه قد أصبح تكاملا بين نصوص القانون الدولي لحقوق الإنسان والنصوص الدستورية في ظل الأنظمة الديمقراطية، هذا ما سهل على القاضي الدستوري مهامه في حماية الحقوق والحريات الأساسية ومنهم الحق في العمل والتصدي إلى تجاوزات المشرع التي قد تمس هذا الحق[4].

وفي هذا السياق ينص الدستور الأمريكي على حرية العمل ومنع السخرية صراحة وضمنا في أكثر من نص من نصوصه، وفي هذا الشأن قضت المحكمة في قضية هولوند ضد هاردي سنة

---

[1]– موريس نخلة، المرجع السابق، ص86.

[2]– عوض المر، المرجع السابق، ص357.

[3]– خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص57.

[4]– أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص375، 376.

1898 وكان موضوع هذه القضية يدور حول مدى دستورية قانون صادر في ولاية Utah يمنع تشغيل العمال في المحاجر والمناجم تحت الأرض أكثر من ثماني ساعات يوميا، فرأت المحكمة أن: "التشريع المطعون فيه ليس إلا استعمالا معقولا للسلطات البوليسية التي تملكها الولاية... ذهبت إلى أن المشرع قد رأى في طول مدة هذا النوع من العمل ما يهدد صحة العمال، وما دامت هناك أسباب معقولة لهذا الظن فليس من الجائز تدخل القضاء الاتحادي ومراجعته لتقدير المشرع في ذلك"[1].

وظلت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية تدافع على الحق في العمل ويتجلى ذلك في قضية Automobile workers سنة 1991م، حيث قضت بعدم دستورية نظام كان يشترط في تشغيل النساء في العمل ثبوت عدم قدرتهن على الإنجاب واعتبرت المحكمة أن هذا النظام يتنافى مع مبدأ المساواة واعتبرته تمييزا غير دستوري[2].

وكان لها الدور البارز في الدفاع على مبدأ المساواة في تقلد الوظائف بين النساء والرجال، ففي قضية ريد ضد ريد 1971 رفضت المحكمة بالإجماع قانونا لولاية يعطي للرجال أفضلية على النساء كمدير للممتلكات وانتقد رئيس القضاة "بيرجر" بشدة هذه التفرقة غير المبررة باعتبارها اختيار تشريعي تعسفي ممنوع تحظره فقرة الحماية المتساوية"[3].

ويؤكد القاضي الدستوري الفرنسي أنه من واجب المشرع أن يعمل على توفير فرص العمل للمواطنين وذلك من خلال قراره رقم (CC.83.156.DC 28/05/83) الذي صرح فيه ب: "على المشرع أن يفرض القواعد الآيلة إلى تأمين حق كل إنسان بالحصول على عمل والتي تمكن أكبر عدد من المواطنين من الحصول على وظائف"[4].

أعطى المجلس الدستوري الفرنسي القيمة الدستورية للحق في العمل، وذلك من خلال اجتهاداته، حيث أشار إلى أن تجسيد الحق في العمل يشكل هدفا يجب على الدولة أن تسعى لتحقيقه،

[1]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص527.

[2]– محمود علي أحمد مدني، المرجع نفسه، ص530.

[3]– جيروم أ بارون، س، توماس دينيس، المرجع السابق، ص215.

[4]– أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص377.

ووضع المجلس الدستوري الفرنسي "التزاما بوسيلة" على عاتق الهيئات العامة لتوفير مناصب الشغل للمواطنين"[1].

رغم اعتراف المجلس الدستوري الفرنسي بالحق في العمل كقيمة دستورية يجب احترامها إلا أنه لم يعط هذا الحق صفة الإطلاقية، حيث صرح أنه يمكن للمشرع أن يخضع هذا الحق إلى جملة من الشروط مثل شرط السن، ومنع الجمع بين معاش التقاعد والمدخول الناتج عن نشاطات مهنية تتعلق بالتعاقد[2].

والحق في العمل المعترف به للعائلة كحق من حقوقها الأساسية له قيمة دستورية، والقاضي الدستوري الفرنسي جعل لهذا الحق عدة حقوق تتفرع منه مثل حق الانضمام إلى النقابات وحق الاضراب وحق العامل في المشاركة لإقرار العقد الاجتماعي[3].

أما القاضي الدستوري الكويتي استند على الحق الدستوري للمواطن في مجال اختيار العمل الذي يرغب فيه، حيث حكمت بعدم دستورية نص تشريعي ينقص من هذا الحق وذلك بالقول: "...وكان من المقرر أن حق العمل واختيار نوعه لا يجوز المساس به أو تقييده بأي قيد، مالم يستنهض لذلك توافر ضرورة اجتماعية ملحة إلى إهداره تجيز إيراد التنظيم والترشيد لهذا الحق وفاء لأداء دوره الاجتماعي وبما لا يؤدي إلى اهداره وافقاده مقوماته الأساسية"[4].

من خلال هذا الاجتهاد للمحكمة الدستورية الكويتية يتضح أنها أعطت القيمة الدستورية للحق في العمل عملا بما ينص عليه الدستور الكويتي، وفي سبيل حماية هذا الحق جعلت منه المحكمة قيدا على المشرع وألزمته بعدم سن أي تشريع قد ينقص من الحق في العمل، كما أعطت البعد الاجتماعي لهذا الحق.

---

[1]– آلاء محمد الفيلكاوي، المرجع السابق، ص336.

[2]– طرفة الحاج، الرسالة السابقة، ص176.

[3]– أمين عاطف صليبا، المرجع نفسه، ص378.

[4]– محمد عبد الرحيم حاتم، المرجع السابق، ص331.

وفي مجال الدفاع على المساواة في تقلد الوظائف العامة، ففي حكم المحكمة الدستورية الكويتية سنة 2007 صرحت أنه: "لا يجوز لمجلس الخدمة المدنية في استعمال السلطة المخولة له قانونا في تقرير المزايا الوظيفية أن يتخذ من المنح أو المنع أداة للتفرقة بين الموظفين الذين تماثلت مراكزهم القانونية واتحدت عناصرها وخصائصها... وإلا خرج الأمر من دائرة الملاءمة ونطاق الملاءمة ليدخل في باب التمييز المخل بمبدأ المساواة"[1].

وفي حكم للمحكمة الدستورية الإيطالية رقم 03 الصادر سنة 1994 وفي هذا الحكم طعن أمام المحكمة بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 132 من مرسوم رئيس الجمهورية رقم 03 الصادر في10 يناير 1957، حيث ينص هذا القانون على إمكانية إعادة المواطن المستقيل إلى وظيفته، وكذلك الموظف المتقاعد، أو الذي سقطت عنه بعض الحقوق، والملاحظ على هذا النص أنه ركز على بعض الأسباب دون بعضها رغم أهميتها ولا تشكل عائقا أمام عودة الموظف إلى وظيفته مثل الدواعي الصحية أو في حالة الجمع بين وظيفتين متعارضتين أو الإحالة بالإضافة إلى حالات أخرى، واعتبرت المحكمة أنه عدم إدراج الدواعي الصحية ضمن أسباب توقف الوظيفة التي لا تتعارض مع العودة للمنصب الوظيفي معبرة على ذلك ب: "أن النص محل الطعن بالدستورية كان مجردا من كل مغزى عقلاني"، وقضت المحكمة بعد دستورية النص محل الطعن لأن المشرع لم يتطرق إلى ذكر إمكانية مزاولة الوظيفة وسبب الانقطاع الدواعي الصحية واستندت في حكمها علـــى المادة 03[2] من الدستور الإيطالي[3].

---

[1]– آلاء محمد الفيلكاوي، المرجع السابق، ص285.

[2] – تنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الدستور الإيطالي على: "على الجمهورية رفع جميع العوائق الاقتصادية والاجتماعية التي تحد من حرية المواطنين والمساواة بينهم وتحول دون التنمية الكاملة للشخصية الإنسانية والمشاركة الفعلية لكل العمال في هيئات البلاد السياسية والاقتصادية والاجتماعية"". دستور إيطاليا لعام 1947 شاملا تعديلاته لغاية عام 2012. على الموقع الإلكتروني: https://www.Constituteprogect.org بتاريخ 2020/05/05.

[3]– محمد فوزي نويجي، عبد الحفيظ علي الشيمي، تفسير القاضي الدستوري ودوره في تطوير القانون، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 02 الجزء الأول، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، سنة 2017، ص49، على الموقع: https://gourna/kilaw.edu.kw 2020/08/05.

من خلال هذا الاجتهاد للمحكمة الدستورية الإيطالية أوجبت على المشرع التوسيع من الحالات التي يمكن للموظف أن يسترجع وظيفته، حتى تكون فرص العودة إلى الوظائف أكبر من القيود التي قد ترد في مثل هذه الحالات.

كما عمل المشرع الدستوري المصري على إعطاء حرية العمل أهمية كبرى وكفله الدستور صراحة وأكد عليه وعلى منع السخرة، فاعتبره حق وواجب وشرف تضمنه الدولة للجميع على أساس المساواة سواء رجالا أم نساء وحتى المعاقين والأقزام فالكل في مجال العمل سواسية[1].

والمحكمة الدستورية العليا بدورها دعمت المبادئ الدستورية التي تكفل حق العمل من خلال إلزام المشرع ببعض القيود والضوابط في حال وضع شروط للتمتع بهذا الحق، وذلك بقولها: "يتعين على الشروط لتي يضعها المشرع لأداء حرفة أو مهنة بذاتها أن ترتبط عقلا بمتطلباتها، وأن يكون فرضها لازما لضمان حسن القيام بها... وإلا كان تقرير هذه الشروط انحرافا عن مضمون هذا الحق ... وإرهاقا لبيئة العمل ذاتها، وما ينبغي أن يهيمن عليها من القيم التي تعلو بقدر العمل ... أو اضرارا بالأوضاع الأفضل لضمان حريتهم وكرامتهم"[2].

وفي حكم للمحكمة الدستورية العليا قضت بـ: "أن ما نص عليه الدستور من اعتبار العمل حق مؤداه ألا يتقرر هذا الحق إيثارا وألا يُمنح تفضلا، وألا يكون تنظيم هذا الحق مناقضا لفحواه، وأن يكون اختياره حرا ولا يجوز أن يفرض جبرا على المواطنين إلا بمقتضى قانون ... وبمقابل عادل ...".

وفي اجتهاد آخر لها قضت بـ: "ليس العمل ترفا ولا هو منحة من الدولة ... ولا يجوز كذلك إكراه العامل لأداء عمل لا يقبل عليه باختياره، ولا التمييز في نطاق شروط العمل فيما بين المواطنين..."[3].

[1]– محمود علي أحمد المدني، المرجع السابق، ص510.

[2]– عوض المر، المرجع السابق، ص364.

[3]– إسلام فؤاد معوض، المرجع السابق، ص256، 257.

إن العمل في منظور المحكمة الدستورية هو حرية يتمتع بها المواطنون ولا يمكن إرغام العامل على القيام بأي عمل لا يرغب فيه أو يفرض عليه بالقوة، إلا في حالات مبررة مثل دواعي الخدمة العمومية بشرط أن يكون بمقابل عادل.

وفي حكم حديث لها سنة 2014 قضت بعدم دستورية نص الفقرة 01 من المادة 108 من لائحة نظام العاملين بالهيئة القومية للبريد، مؤسسة حكمها على أن هذا النص مخالف لأحكام الدستور المتعلقة بسيادة القانون وحرية العمل والحق فيه، معتبرة أن المشرع قد أغفل الإنذار الكتابي المسبق للعامل قبل انتهاء خدمته للانقطاع وقام للتمييز غير مبرر بين العاملين بهذه الهيئة وغيرهم من العاملين[1].

الفرع الثاني: القضاء الدستوري يربط بين الحق في بيئة سليمة والحق في الحياة

إن حق الإنسان في بيئة سليمة ونظيفة خالية من التلوث لم يعد من متطلبات الرفاهية بل أصبحت قضية حياة أو موت، وهذا ما جعل بعض الدول تسارع نحو اعتماد الآليات المناسبة لتصبح البيئة تتمتع بالحماية الدستورية من خلال إفراغها كحق في متن الدساتير[2].

وفي حقيقة الأمر لم يكن الاعتراف بالحق في بيئة نظيفة ومتوازية من الأمور السهلة واليسيرة، وكانت محل جدل له بعد قانوني وأخلاقي منذ بداية السبعينيات من القرن المنصرم، فظهرت اتجاهات تنادي بالاعتراف بالقيمة الدستورية للحق في البيئة وبعض الاتجاهات الأخرى لم تهتم بالبيئة كحق يجب أن يرتقي إلى مصاف الحقوق والحريات الأساسية الواجب حمايتها دستوريا[3].

ويبدو واضحا أن الحق في بيئة نظيفة وصحية يتمتع بكل سمات الحقوق الأساسية التقليدية، لأنها تتقاطع مع الحقوق والحريات الأخرى في العديد من النقاط، ودسترة الحقوق البيئية إلى جانب الحقوق والحريات الأخرى، يجعل منها حق ضروري ويرتبط ارتباطا وثيقا بالحق في الحياة الكريمة

[1]– محمود علي أحمد مدني، المرجع السابق، ص520.

[2]– جابر عواد فرحان، الأطروحة السابقة، ص363.

[3]– حافظي سعاد، المرجع السابق، ص202.

وأقل عرضة للتغيرات التي قد تحصل على المستوى السياسي كما يجعل منها أكثر قدرة في مواجهة التعديلات الدستورية[1].

وما يزيد من أهمية الحق في بيئة سليمة لأنه حق أصيل للإنسان للعيش في محيط اجتماعي وحضاري متوازن سليم، وهو حق للإنسانية جمعاء أفرادا وجماعات كما يتمتع به الجيل الحاضر والمستقبل وهو يرتبط ارتباطا وثيقا بالتنمية المستدامة[2].

ويعتبر مؤتمر استوكهولم المنعقد في عام 1972 هو الإعلان الذي أشار صراحة في المبدأ الأول منه إلى حق كل إنسان في الحرية وفي ظروف حياة ملائمة وفي بيئة ذات نوعية تسمح بالحياة الكريمة والرفاهية، وتم التأكيد أيضا على الحق في البيئة من خلال إعلان ريو 1992[3].

تحتوي المنظومة القانونية المصرية على مجموعة من الضمانات والآليات القانونية التي تتكفل بالمحافظة على البيئة في إطار السياسات العامة البيئية، حيث تم إنشاء صندوق حماية البيئة وتشجيع الاستثمارات في المجالات البيئية في سنة 1994، وفي عام 1997 تم إنشاء وزارة البيئة التي تشرف على حماية القطاع البيئي[4].

أما بخصوص المحكمة الدستورية العليا فهي بدورها دافعت على المحافظة من أجل بيئة سليمة ويتجلى ذلك في حكمها بخصوص دعوى رفعها مدعي قد تعرض إلى بعض العقوبات لمخالفته القانون رقم 47 لسنة 1983 الخاص بحماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث، حيث دفع المدعي بعدم دستورية بعض مواد هذا القانون دحضت المحكمة هذه الدعوى وعبرت عن الحق في بيئة سليمة مستندة على الإعلان الصادر في 1972/12/04 عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في شأن التنمية، وكذلك المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد في فيينا 1994 معبرة على ذلك بالقول: "... حيث أن التطور الإيجابي للتنمية لا يتحقق بمجرد توافر الموارد الطبيعية، بل يتعين أن تقترن

[1]– وليد محمد الشناوي، الحماية الدستورية للحقوق البيئية، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر والقانون، مصر، سنة 2013م، ص24.

[2]– فاطمة الزهراء رمضاني، المرجع السابق، ص198.

[3]– حافظي سعاد، المرجع السابق، ص203.

[4]– جابر عواد فرحان، الأطروحة السابقة، ص364.

وفرتها بالاستثمار الأفضل لعناصرها، وإذا كان الماء أغلى هذه الموارد وأكثرها نفعا، باعتباره نبض الحياة وقوامها فلا يجوز أن يبدد إسرافا... لأن صون الموارد المائية من ملوثاتها يعتبر مفترضا أوليا لكل عمل يتوخى التنمية ... وكذلك فإن استيفاء التنمية لمتطلباتها، باعتبارها جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان لا يقبل تعديلا أو تحويلا ...، وعلى تقدير أن الحق في الحياة وكذلك صحة الإنسان يتعرضان لأفدح المخاطر من جراء قيام البعض بالإغراق غير المشروع لمواد سمية، أو خطرة أو لفضلاتهم ونفاياتهم، ومن ثم يدعو المؤتمر الدولي جميعها لأن تتعاون فيما بينها من أجل مجابهة هذا الإغراق غير المشروع ..."[1].

من خلال هذا الاجتهاد للمحكمة الدستورية العليا المصرية فيتضح جليا أنها أعطت البعد الإنساني للحق في البيئة ووجوب المحافظة عليها، كما أكدت على وجوب تطبيق الاتفاقيات الدولية التي تتضمن الحق في بيئة سليمة تطبيقا صارما ومن هذا الاجتهاد أيضا عملت المحكمة على الربط بين الحق في الحياة والحق في بيئة سليمة.

وقد تم التجسيد الدستوري للحقوق البيئية في فرنسا بموجب ميثاق البيئة لسنة 2004 الذي تم دمجه في ديباجة الدستور الفرنسي سنة 2004، ومنذ ذلك التاريخ أصبح مرجعية للقاضي الدستوري الفرنسي، وتمت المصادقة على ميثاق البيئة لسنة 2004 بتاريخ 28 فيفري 2005[2] من قبل البرلمان بغرفتيه مجتمعتين، وقد نص ميثاق البيئة على حقوق الأفراد أن يعيشوا في بيئة صحية متوازنة وكريمة والحق في الحصول على المعلومات الخاصة بالبيئة والمشاركة في وضع القرارات التي قد تؤثر على البيئة[3].

وبما أن الحق في بيئة سليمة أصبح يحظى بحماية دستورية في المنظومة القانونية الفرنسية، أصبح من واجب المجلس الدستوري أن يوفر الحماية اللازمة لهذا الحق.

---

[1]– خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص127، 128.

[2] – تتضمن الفقرة الأولى من دستور جمهورية فرنسا لعام 1958 على: "يعلن الشعب الفرنسي بصفة رسمية تمسكه بحقوق الإنسان ... وكذا تمسكه بالحقوق والواجبات التي أقرها ميثاق البيئة في عام 2004". انظر محمد إبراهيم خيري الوكيل، المرجع السابق، ص19

[3]– علي قاسم ربيع، الأطروحة السابقة، ص537، 538.

وفي اجتهاد له سنة 2020 مستندا فيه على المادة السابعة من الميثاق البيئي التي تعطي حق الأفراد في الحصول على المعلومات الخاصة بالبيئة، حيث صرح المجلس ب: " منذ دخول هذا الميثاق حيز التنفيذ يتعين على المشرع وضمن الإطار الذي يحدده القانون على السلطات الإدارية تحديد طرق تنفيذ هذه الأحكام وفقا للمبادئ المنصوص عليها ...، وعند اتخاذ قرار بشأن الترخيص بتشغيل منشأة الإنتاج الكهربائي تأخذ السلطة الإدارية في الاعتبار – اختيار الموقع – واستخدام الملك العام – وكفاءة الطاقة – للتثبيت وتوافق المشرع مع حماية البيئة".

ووصل إلى نتيجة أن: "القرار المصرح به في تشغيل منشأة الكهرباء يعتبر قرارا عاما له تأثير على البيئة بمفهوم المادة 07 من ميثاق البيئة وألزم المشرع باعتماد قرارات إدارية أخرى حتى تكون حماية البيئة مضمونة من جميع الجوانب[1].

رغم اعتراف القاضي الدستوري الفرنسي بالقيمة الدستورية لميثاق البيئة، لكنه يعتمد على الأسلوب الضيق في تفسير مواد هذا الميثاق ويتضح ذلك في مجال المسألة الأولية الدستورية التي تشترط لقبولها أن يكون موضوع الدعوى حقوق وحريات الدستورية، ففي قرار للمجلس الدستوري الفرنسي عام 2014 "اعتبر الميثاق لا يقرر حقا أو حرية يضمنها الدستور"[2].

وما يمكن قوله أن الهند تعتبر صاحبة أكبر عدد من الاجتهادات القضائية المتعلقة بالجانب البيئي والحق في الحياة، ففي قضية : Vellore citizens welfare reform v . union of india ذهبت المحكمة إلى أن المدابغ المقامة في ولاية Tamilnadu تشكل انتهاكا لحق المواطنين في الحياة نتيجة التخلص من تدفقات المياه غير المعالجة في المناطق الزراعية ... وقد أدى تصريف هذه المياه غير المعالجة إلى أن أصبحت آلاف الهكتارات من الأراضي الزراعية غير الصالحة للزراعة ... كما أسفر عن تلوث حاد في مياه الشرب المحلية، وقد استندت المحكمة في هذا الحكم على مبادئ التنمية المستدامة، وقد اعتبرت المحكمة هذه المبادئ جزء لا يتجزأ من تفسير الالتزام الدستوري المكرس في المادة 21 التي تنص على حماية وتحسين البيئة.

[1] -CC n° 2020 – 843 QPC du 28 mai 2020. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

[2] – علي قاسم ربيع، الأطروحة السابقة، ص541.

وتعمل المحكمة العليا الهندية في اجتهاداتها على الربط بين الحقوق البيئية والحق في الحياة، ففي أحد القضايا خلصت إلى أن المدينة قد انتهكت حق السكان في الحياة نتيجة فشلها في تطبيق الإجراءات الصحية الملائمة ووجهت المحكمة أمرا إلى السلطات المحلية لإزالة القمامة والقاذورات في مدة لا تتجاوز 06 أشهر[1].

كما أن المحكمة الاتحادية الأمريكية بدورها تراعي الجوانب البيئية في ممارسة الأنشطة الاقتصادية، ومنحت الكونجرس سلطة لرقابة الأنشطة البيئية والطاقة، ويتضح ذلك في قضية مودل ضد شركة اتحاد فرجينيا للتعديل وإصلاح الأراضي سنة 1981، حيث أيدت المحكمة العليا تشريعا للكونجرس خصص لكبح الآثار الضارة للبيئة بسبب استخراج الفحم من سطح الأرض بوضع مقاييس موحدة للدولة بأكملها، وقد صرحت المحكمة أن الكونجرس يستطيع أن يستنتج أن مثل هذه العمليات (استخراج الفحم) "يمكن أن يرهق ويؤثر بصورة معاكسة على رفاهية الجمهور بتدمير أو الإقلال من الانتفاع من الأرض"[2].

وعملت المحكمة الدستورية السلوفاكية على إعطاء الحق في بيئة سليمة القيمة الدستورية وواجب الحماية، ففي اجتهاد لها أكدت المحكمة: "أن التلوث البيئي الشديد قد يؤثر على الحياة الخاصة والمنزلية، ففي مثل هذه الحالات يقع على عاتق الحكومة واجب نشر المعلومات ومنه يكون من حق المواطن الحصول على كل المعلومات الخاصة بالجانب البيئي". ومن هذا الاجتهاد للمحكمة الدستورية السلوفاكية يتضح أنها نهجت أسلوب المجلس الدستوري الفرنسي الذي اعترف بدوره بحق المواطن في المشاركة في تسيير الأمور التي لها علاقة بالبيئية، وهذا هو نفس المنهج الذي عملت به المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في العديد من اجتهاداتها[3].

كما أكدت المحكمة العليا في كولومبيا أن الانبعاثات السامة التي تطلقها إحدى الصناعات في فجوة مفتوحة تعرض صحة السكان المجاورة للخطر، ومنه فإنها تشكل إنهاكا لحقوقهم الدستورية في

[1]– وليد محمد الشناوي، الحماية الدستورية للحقوق البيئية، المرجع السابق، ص126.

[2]– جيروم بارون، س، توماس دينيس، المرجع السابق، ص95.

[3]– شايب نسرين، دسترة الحق في البيئة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون البيئة، كلية الحقوق والمعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 02، الجزائر، سنة 2016، 2017، ص150.

الصحة والحياة، ووجهت المحكمة أمرا إلى الجهات المعنية بإزالة هذه المخلفات، التي تنجم عنها انبعاثات سامة، وخلصت المحكمة إلى أن الحق في البيئة من أحد حقوق الإنسان الأساسية وأن حماية البيئة يعتبر امدادا للحق الدستوري في الحياة[1].

[1]– وليد محمد الشناوي، الحماية الدستورية للحقوق البيئية، المرجع السابق، ص134، 135.

خلاصة الباب الثاني

نستخلص من الباب الثاني أن الحقوق والحريات الأساسية قد تواجه بعض التحديات من خلال تنظيمها عن طريق النصوص القانونية، فتصبح جهة التشريع هي المكلفة بتحديد شروط وكيفيات تنظيمها، هذا ما يجعل القاضي الدستوري يتدخل لرقابة مدى احترام هذه القوانين للمبادئ الدستورية، وفي هذا الاطار وفي سبيل تعزيزها عمل القاضي الدستوري على إقرار الرقابة الشاملة حتى يتمكن من الإحاطة بمختلف جوانب التشريع لسد كل المنافذ أمام المشرع حتى لا يتمكن من الانفراد بهذه الحقوق والحريات، ويخرجها من الاطر الدستورية، رغم هذا الدور المميز الذي يقوم به القاضي الدستوري إلا أن هناك حدود لا يمكنه أن يتجاوزها وهذا ما يؤثر على فعالية الرقابة الدستورية.

أصبحت حماية وتعزيز الحقوق والحريات الأساسية من البديهيات في عمل القاضي الدستوري، لهذا فقد عمل على إخراج هذا الصنف من الحقوق والحريات من فكرة علاقتها بالإنسان، وجعل منها معيارا في بناء الدول الحديثة، حيث وصل إلى الديمقراطية القضائية من خلال اجتهاداته التي وصلت إلى حد اعتبار الحقوق والحريات الأساسية معيارا لدولة القانون، وتشييد الصرح الديمقراطي، وحتى تقوم هذه الحقوق والحريات بدور كامل ومتكامل فإن القاضي الدستوري ينظر إليها على أساس لا يمكن التمتع بها إلا في إطار توافرها جميعا بمختلف أجيالها، وبهذا يكون القاضي الدستوري قد أخرج نظرية الحقوق والحريات الأساسية من دائرة الصراعات الايديولوجية والفلسفية وأدخلها في إطار الاستقرار والاستمرارية.

الخاتمة

الخاتمة:

مما سبق تقديمه نستنتج أن القاضي الدستوري لعب دورا بارزا في تكريس وإرساء الحقوق والحريات الأساسية، ففي إطار اختصاصه جعل منها نظرية تتسم بالمرونة والتطور، بالإضافة إلى التوسيع من مفهومها ونطاق ممارستها، وما يحسب للقاضي الدستوري في هذا الموضوع هو الدور الإنشائي الذي قام به في سبيل إرساء قواعد نظرية الحقوق والحريات الأساسية من خلال القواعد ذات الطابع الدستوري وتعزيز حمايتها، إضافة إلى أنه لم يقف عند الحقوق والحريات المدسترة فقط، بل كرس جملة من المبادئ في سبيل النهوض بها، كما غيّر من وظيفتها وأخرجها من دائرتها الضيقة المتعلقة بالإنسان إلى وضعها معيارا على أساسه تقاس الديمقراطيات ودولة القانون، كما لم يميز بينها وجعلها كلها ذات قيمة دستورية واحدة، وما يمكن التوصل إليه من نتائج:

1- لم تبق الحقوق والحريات الأساسية مجرد نظرية تقليدية، أو مجرد أفكار فلسفية لا معنى لها، بل أصبحت تحظى بحماية كبيرة سواء على المستوى الدولي أو الداخلي، وما يزيدها أهمية هو وضعها في صلب وثيقة الدستور، لتصبح قيدا لا يمكن تجاوزه، وتستمد قيمتها من طبيعة القواعد الدستورية التي تتضمنها.

2- عمل القاضي الدستوري على التوسيع من نطاق الحقوق والحريات الأساسية، وأخرجها من مفاهيمها التقليدية، واعتمد على معيار درجة الحماية كأساس لها، كما اعتبر كل ماهو ضروري في حياة الفرد يندرج ضمن الحقوق والحريات الأساسية.

3- عمل القاضي الدستوري على تكريس الحقوق والحريات الأساسية من خلال جملة من الآليات أهمها التصدي إلى الانحراف الدستوري حتى لا ينحرف بالحقوق والحريات المدسترة على مسارها الحقيقي، ويحد من سلطة القائمين على السلطة في مجال الحقوق والحريات الأساسية، وبهذا الدور الفعال أصبح القاضي الدستوري وكأنه جهة مكلفة بالسهر على مشروعية تعديل الدستور

4- في إطار اختصاص القاضي الدستوري، وباعتباره حامي الدستور وحامي الحقوق والحريات الأساسية، اعتمد على آلية تفسير نصوص الدستور كوسيلة فعالة في تكريس الأسس الدستورية لنظرية الحقوق والحريات الأساسية.

– اعتمد على المنهج الغائي في تفسيره لنصوص الدستور، وذلك بغرض المحافظة على الأطر الدستورية في مجال الحقوق والحريات الأساسية، حتى لا تكون عرضة للانتهاكات التي قد تلحق بها من مختلف السلطات داخل الدولة.

– اعتمد المنهج التكاملي حتى يعطي لكل الحقوق والحريات الأساسية نفس القيمة الدستورية ويخرجها من دائرة الجدل الفقهي في التمييز بين مختلف أجيال الحقوق والحريات الأساسية، وجعلها متساوية من جميع الجوانب، كما أكد أنه لا يمكن التمييز بينها على أي أساس سواء العامل الزمني أو الموضوعي.

– وما يميز القاضي الدستوري أنه استعمل أيضا الأسلوب المرن في تفسير قواعد الدستور حتى يجعل من الحقوق والحريات الأساسية لا تقف في فترة معينة، وجعل منها تواكب التغيرات خاصة في عصرنا الحالي وما يشهده من تطورات، وهذا ما يمكّن القاضي الدستوري من التفسير خارج نصوص الدستور، وما يمكنه من الوصول إلى حقوق وحريات أخرى لم تكن واردة في نصوص الدستور، كما جعل من قائمة الحقوق والحريات الاساسية قائمة مفتوحة، تتماشى مع التطورات الحاصلة وحاجة الأفراد إليها، كما جعل منها قابلة للتكيف مع كل الأوضاع خاصة الاستثنائية منها، كما طورها كمّا وكيفا.

5– عمل القاضي الدستوري في تكريس الحقوق والحريات الأساسية من خلال توسيع مصادرها، حيث تجاوز الدستور واعتمد مصادر أخرى واستند إليها في اجتهاداته، وأضفى عليها الطابع الدستوري مثل: مقدمات الدساتير التي أعطاها القيمة الدستورية واعتمدها كمرجع للحقوق والحريات الأساسية، وذهب إلى أبعد من ذلك ومنحها البعد الدولي بإستناده على المعاهدات الدولية في مجال حقوق الانسان، بالإضافة إلى إرساء مبادئ دستورية عليا بفضل دوره الإنشائي، واعتمد عليها كمرجعية في رقابة الحقوق والحريات الأساسية في سبيل التكريس الفعلي للحقوق والحريات الأساسية عمل القاضي الدستوري على تفعيل الأسس الدستورية ليضمن الممارسة الفعلية لها، حيث أكد القاضي الدستوري سواء كان في شكل محاكم دستورية أو مجالس دستورية على ضرورة التوازن بين دواعي المصلحة العامة والنظام العام وممارسة الحقوق والحريات الأساسية من خلال تفعيل مبدأ المساواة كأساس للعدالة الدستورية ومبدأ التناسب لضمان الحقوق والحريات الأساسية في كل الحالات.

6- أقر القاضي الدستوري مبدأ شمولية الرقابة في سبيل إرساء الحقوق والحريات الأساسية ووسع من نطاق الدعوى الدستورية، فأصبح التشريع يخضع إلى ضوابط شكلية وموضوعية في تنظيمها، كما يقوم بدور فعال في رقابة تقاعس المشرع في تنظيمها وفي بعض الحالات يحل محل المشرع ويتدارك النقص التشريعي، وهنا يبرز الدور المضيف للقاضي الدستوري في مجال الحقوق والحريات الأساسية.

7- من منطلق الفصل بين السلطات فإن دور القاضي الدستوري ليس بالمطلق، فهناك مجالات لا يمكنه بسط رقابته عليها مثل الأعمال السيادية وملاءمة التشريع، هذا ما يقلل من فعاليته في إرساء الحقوق والحريات الأساسية، ويجعلها في غير مأمن من تجاوزات السلطة التنفيذية.

8- جعل القاضي الدستوري من الحقوق والحريات الاساسية، خاصة الجيل الأول منها معيارا لدولة القانون والديمقراطية، فهو يغير من وظيفتها لتصبح معيارا به يقاس مدى احترام الدولة للقانون وتكريس النظم الديمقراطية، كما انه وسّع من وظائف نظرية الحقوق والحريات الأساسية لتصبح ضرورة في التطور الاجتماعي والاقتصادي والثقافي وأساس للدول المتحضرة.

9- كرّس القاضي الدستوري مبدأ تكامل مختلف أجيال الحقوق والحريات الأساسية بحيث لا يمكن التمتع بحقوق وحريات جيل معين إلا بتوافر حقوق وحريات من أجيال أخرى، فجعل بينها ترابط وتلاحم واعتبرها كلها ضرورية للإنسان.

10-دور المجلس الدستوري الجزائري يعتبر محدودا مقارنة مع الدول الأخرى محل الدراسة، حيث لم تخرج كل اجتهاداته عن القوانين العضوية، وفي بعض الأحيان يمارس رقابة تعديل الدساتير، وبالرغم من أن الحقوق والحريات الأساسية نطاقها واسع جدا، إلا أن معظمها منظم بموجب قوانين عادية هذا ما أثر عليها سلبا ولم تعرض على المجلس لفحصها، لأن الإخطار فيها غير وجوبي هذا ما جعلها خارج دائرة المراقبة والفحص.

الاقتراحات:

1- إعادة النظر في القوانين التي تنظم بعض الحريات في الجزائر، وجعلها في شكل قوانين عضوية حتى يتم فحصها من طرف المحكمة الدستورية حسب تعديل الدستور لسنة 2020، وتخضع لمبدأ تدرج القواعد القانونية الذي يوفر ضمانات أكثر في صيانة الحقوق والحريات الأساسية.

2- توفير ضمانات لاستقلالية المحكمة الدستورية، لأن المجلس الدستوري في السابق كان تحت هيمنة السلطة التنفيذية ومختلف قراراته تحمل البعد السياسي أكثر من البعد القضائي، وذلك بسبب هيمنة رئيس الجمهورية في التعيين وخاصة رئيس المجلس الذي يعينه رئيس الجمهورية، هذا ما يؤثر سلبا على استقلالية المجلس، حاول المؤسس الدستوري الجزائري من خلال تعديل الدستور لسنة 2020 أن يوفر الاستقلال العضوي والوظيفي للمحكمة الدستورية، إلا أن المادة 188 من هذا التعديل أعطت صلاحية تعيين رئيس المحكمة الدستورية إلى رئيس الجمهورية، وهذا ما يؤثر سلبا على استقلال هذه الهيئة الدستورية، وكان من الأفضل أن ينتخب رئيس المحكمة الدستورية من بين أعضاءها.

3- إعادة النظر في بعض القوانين التي تنظم الحقوق والحريات الأساسية، لأنها أصبحت لا تتماشى والتعديلات الدستورية الأخيرة مثل قانون الأحزاب السياسية وقانون الاجتماعات والمظاهرات.

4- التقليص من القيود الادارية التي تحد من ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، وتوفير الضمانات القضائية التي قد تزيد من فعالياتها، وهذا عن طريق تقييد سلطة الإدارة بنصوص قانونية صريحة حتى لا تستعمل السلطة التقديرية كذريعة وتتعسف في استعمال السلطة.

5-إصدار قوانين توضح بدقة كيفية ممارسة الحقوق والحريات الأساسية الدستورية حتى لا تكون محل تأويلات قد تقلص من ممارستها، حتى يتحقق مبدأ وضوح القانون وتخرج الحقوق والحريات الأساسية من جدل التأويلات المختلفة للقوانين التي تنظمها.

6-إعادة النظر في الفقرة 03 من المادة 08 من القانون العضوي رقم 18-16 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية لأنها تشترط ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء تغير الظروف، وهذا ما يجعل الطعن بعدم الدستورية في الحقوق والحريات الأساسية التي تتضمنها قوانين عضوية غير ممكن، وهذا ما يؤثر سلبا على حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر:

الدساتير:

- **الدساتير الجزائرية:**

1. الدستور الجزائري لسنة 1963.
2. الدستور الجزائري لسنة 1976.
3. الدستور الجزائري لسنة 1989.
4. الدستور الجزائري لسنة 1996.
5. التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.
6. التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020.

- **الدساتير العربية:**

1. الدستوري اللبناني لسنة 2004.
2. الدستور المغربي لسنة 2011.
3. الدستور الأردني لسنة 2011.
4. الدستور التونسي لسنة 2014.
5. الدستور الليبي 2017.

- **الدساتير الغربية:**

1. دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر عام 1789 بكل تعديلاته.
2. الدستور الايرلندي لسنة 1937.
3. الدستور الإيطالي الصادر لعام 1947 المعدل.
4. الدستور الفرنسي لعام 1958.
5. دستور البرتغال الصادر عام 1976.
6. الدستور البرازيلي لعام 1988 المعدل.
7. الدستوري الألماني لسنة 2012.

القوانين:

القوانين العضوية:

1. الأمر رقم 91-17 المؤرخ في 15 أكتوبر 1991 الذي يعدل ويتمم القانون العضوي رقم 89-13 المؤرخ في 07 أوت 1989 المتضمن قانون الانتخابات جريدة رسمية عدد 48 لسنة 1991.
2. القانون العضوي رقم 12-04 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتعلق بالأحزاب السياسية، جريدة رسمية عدد02، لسنة 2012.
3. القانون العضوي رقم 12-01 المتعلق بالانتخابات الصادر بتاريخ 12 يناير 2012، جريدة رسمية عدد 01، لسنة 2012.
4. القانون العضوي رقم 18-02 المؤرخ في 04 مارس سنة 2018 يعدل ويتمم القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، جريدة رسمية عدد 15 سنة 2018.
5. القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في2018/09/02 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، جريدة رسمية عدد 15 لسنة 2018.
6. القانون العضوي رقم 19-08 المؤرخ في 2019/10/14 المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 16-10 المتعلق بالانتخابات، جريدة رسمية عدد 55 لسنة 2019.

القوانين العادية:

1. القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أفريل 1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة. جريدة رسمية عدد21 الصادرة في 08 ماي 1991.
2. القانون رقم 18-07 المؤرخ في10 يونيو 2018 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، جريدة رسمية عدد 34 لسنة 2018.

قرارات وآراء المجلس الدستوري الجزائري:

1-قرارات المجلس الدستوري الجزائري:

1. قرار رقم 01/ق.م د/د ع د/19 مؤرخ في 20 نوفمبر 2019،جريدة رسمية عدد 77 لسنة 2019.

2. قرار رقم 01/ق.م.د/د.ع.د/20 مؤرخ في 06-05-2020 يتعلق برقابة مدى دستورية المادة 496 من قانون الاجراءات الجزائية، جريدة رسمية عدد 34، لسنة 2020.
3. قرار رقم 4-ق.ق..د/91 مؤرخ في 28 أكتوبر 1991، يتعلق بمدى دستورية الفقرة الثانية من المادة 54 من القانون 92-11 المعدل والمتمم للقانون 89-13 المتضمن قانون الانتخابات، على موقع المجلس الدستوري الجزائري.
4. -قرار رقم 01 ق ق مؤرخ في 20 غشت سنة 1989 يتعلق بقانون الانتخابات، على موقع المجلس الدستوري الجزائري.
5. قرار رقم01/08 ر ت د/م د بتاريخ 07 نوفمبر 2008 المتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2008، على موقع المجلس الدستوري الجزائري.

2-آراء المجلس الدستوري الجزائري:

1. رأي رقم 01/ ر ق ع/ م د/ 18 مؤرخ في 13 فبراير 2018 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 1998/03/30 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور ، جريدة رسمية عدد 15 لسنة 2018.
2. رأي رقم 01/ ر ق ع/م.د/05 بتاريخ 17 يوليو 2005 لمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي للدستور، جريدة رسمية عدد 51 لسنة 2005.
3. رأي رقم 01/ ر.ق.ع/ م.د/19 مؤرخ في 2019/09/14 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالسلطة الوطنية المستقلة للدستور، جريدة رسمية عدد 55 لسنة 2019.
4. رأي رقم 16/01/ر.ت.د/م.د/ مؤرخ في 28 يناير سنة 2016 المتعلق بمشروع تعديل الدستور، جريدة رسمية عدد 01 لسنة 2016.
5. رأي رقم 01/ر.ت.و.م.د/ مؤرخ في 03 أفريل سنة 2002 الخاص بمشروع تعديل الدستور لسنة 2002، جريدة رسمية عدد22 لسنة 2002.
6. رأي رقم 01/ر.ق.ع/م.د/4 مراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للأمر رقم 97-07 المؤرخ في 1997/03/06 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالانتخابات للدستور، جريدة رسمية عدد09، لسنة 2004.
7. رأي رقم 02/ ر ق ع/ م، د/ 16 مؤرخ في 11 غشت 20/6 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور، جريدة رسمية عدد، 50 لسنة 2016

8. رأي رقم 02/ ر ت د/م د/17 مؤرخ في 25 يوليو سنة 2017 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي لمجلس الأمة، جريدة رسمية، عدد 49، سنة 2017.
9. رأي رقم 02/ ر م د/ 12 مؤرخ في 08 يناير 2012 لمراقبة القانون العضوي المتعلق بالإعلام للدستور، جريدة رسمية رقم 02 لسنة 2012.
10. رأي رقم 02/ ر.ت.ع/ م.د/04 بتاريخ 22أوت2004، لمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء للدستور، جريدة رسمية عدد 57 لسنة 2004.
11. رأي رقم 02/ر.م.د/ 07 المؤرخ في 23 يوليو 2007 لمراقبته القانون العضوي المعدل والمتمم للأمر رقم 97-07 المؤرخ في 1997/03/06 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور، جريدة رسمية عدد 48 لسنة 2007.
12. رأي رقم 03/ ر م د/ 11 مؤرخ في 2011/12/22 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور، جريدة رسمية عدد 01، لسنة 2012.
13. رأي رقم 04/ ر.ق/م.د/98 مؤرخ في 1998/07/13 حول دستورية بعض المواد من القانون رقم....المؤرخ في.... المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان، جريدة رسمية عدد 43 لسنة 1998.
14. رأي رقم 05 /ر.م.د/11 بتاريخ 2011/12/22 لمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة للدستور، جريدة رسمية عدد 01، لسنة 2012.
15. رأي رقم 06/ رق ع/م د/98 بتاريخ 19 مايو 1998، مراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وعمله للدستور، جريدة رسمية رقم 37 لسنة 1998.
16. رأي رقم 08/01 ر ت د/م مؤرخ في 2008/01/07 يتعلق بمشروع تعديل الدستور، جريدة رسمية عدد 63 لسنة 2008.
17. رأي رقم 1/ ر.م د/ 12 مؤرخ في 08 جانفي 2012 مراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، جريدة رسمية عدد 02 لسنة 2012.
18. رأي رقم 12/ر.ق/م د/ 01 بتاريخ 2011/01/13 الرقابة على دستورية القانون رقم... المؤرخ في ....المتضمن للقانون الأساسي لعضو البرلمان، جريدة رسمية رقم 09 لسنة 2011.

19. رأي رقم 13/ ر ق ع/ م.و/02 بتاريخ 16 نوفمبر 2002 المتعلق بمطابقة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء الدستوري، جريدة رسمية رقم 76 لسنة 2002.
20. رأي رقم: 01 رأ ق عض/م د بتاريخ 06 مارس 1997 لمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، جريدة رسمية عدد 12 لسنة 1997.
21. رأي رقم: 2 ر م.أ.ق عض/م.د المؤرخ في 06مارس 1997 الخاص بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور، جريدة رسمية رقم 12 لسنة 1997.
22. رأي رقم08/01 ر.ت.د.م.د/ مؤرخ في 07 نوفمبر سنة 2008 المتعلق بمشروع تعديل الدستور لعام 2008، جريدة رسمية عدد 63 لسنة 2008.
23. رأي رقم 04/ر.م.د/ 11 المؤرخ في 2011/12/22 لمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد حالات التنافي مع العهدة البرلمانية للدستور، جريدة رسمية رقم01 لسنة 2012.

المراجع باللغة العربية:

الكتب:

1. ابراهيم كمال ابراهيم، حرمة العدوان على الدين، د ط، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2015.
2. ابراهيم كمال محمد، ضوابط الحرية الدينية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، د ط، دار الكتب والدراسات العربية، مصر، سنة 2016.
3. أحمد الأشقر، الاجتهادات القضائية العربية في تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان، دراسة وصفية تحليلية، دط، د ب نشر، سنة 2016.
4. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط2، دار الشروق، مصر، سنة 2000.
5. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية، دط، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1995.
6. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط3، دار الشروق، مصر، سنة 2004.

7. إسلام فؤاد معوض، الموظف العام وممارسة الحقوق والحريات العامة، دراسة تحليلية وتأصيلية على ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، ط1، منشأة المعارف، مصر، سنة 2018.
8. اسماعيل ابراهيم البدوي، الحريات العامة والحقوق الفردية في الشريعة الاسلامية والنظم الدستورية المعاصرة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، سنة 2016.
9. أشرف عبد الفتاح أبو المجد، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات الاقتصادية، دراسة تطبيقية على النظام الدستوري(التعديلات الأخيرة وآفاق التنمية)، ط1، المصدر القومي للإصدارات القانونية، مصر، سنة 2015.
10. إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، القضاء الدستوري، دراسة تحليلية نقدية مقارنة، ط1، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2011.
11. آلاء محمد الفيلكاوي، دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة، دراسة مقارنة، دط، المكتب الجامعي الحديث، مصر، سنة 2018.
12. ألاء مهدي مطر، حجية أحكام وقرارات القضاء الدستوري، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2019.
13. إلياس جوادي، دور المجلس الدستوري في رقابة دستورية القوانين وصحة الانتخابات البرلمانية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2019.
14. إلياس جوادي، رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2009.
15. الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2011.
16. إيناس محمد البهجي، الرقابة الدستورية على القوانين، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، سنة 2013.
17. بلغول عباس، المجلس الدستوري ودوره في الرقابة على عمليات الانتخابات والاستفتاء، دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديث، مصر، سنة 2014.
18. جعفر عبد السادة بهير الدراجي، التوازن بين السلطة والحرية من الانظمة الدستورية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2009.

19. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الدستوري، ط1، منشورات كليك، الجزائر، سنة 2014.

20. جيروم –أ–بارون، س توماس دينيس، الوجيز في القانون الدستوري، المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، ترجمة: محمد مصطفى غنيم، مراجعة هند البقلي، ط2، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العلمية، مصر، سنة 2002.

21. حافظي سعاد، التنظيم الدستوري والقانوني للحقوق والحريات الأساسية في الجزائر وآليات كفالتها، دط، دار هومة، الجزائر، سنة 2018.

22. حسن مصطفى البحري، القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة، ط1، د ب ن، سنة 2017.

23. خالد محمد القاضي، القضاء الدستوري في خمسين عاما لحماية حقوق الانسان وضمانات التقاضي (1969–2019)، ط1، الهيئة المصرية للكتاب، مصر، سنة 2019.

24. خاموش عمر عبد الله، دور السلطات الثلاث في حماية الحقوق والحريات، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2019.

25. راشد فهيد المري، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في وقت السلم، د ط، دار النهضة العربية، مصر، سنة2015 .

26. رائد صالح أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دط، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2010.

27. زكية بهلول، تطبيق معاهدات حقوق الانسان، دراسة مقارنة، دط، دار الفكر والقانون، مصر، سنة 2019.

28. سعيد بوالشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، دط، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، سنة 2017.

29. سمير داود سلمان، الحماية الدستورية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (دراسة مقارنة)، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2017.

30. شحاته أبوزيد شحاته، مبدأ المساواة في الدساتير العربية في دائرة الحقوق والواجبات العامة وتطبيقاته القضائية ، د ط، د د ن، د ب ن، سنة 2011.

31. سارة جليل الجبوري، القضاء الدستوري في الوطن العربي، تقييم التجربة، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2016.

32. عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دط، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2001.

33. عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2018.

34. على محمد نعمة الذبحاوي، دور القضاء الإداري والدستوري في حماية حرية التعبير، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، سنة2017.

35. علي صبري حسن، دور السلطة التشريعية في تقييد الحقوق والحريات العامة (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2019.

36. علي مجيد حسون العكيلي، الحماية الدستورية للحقوق والحريات في ظل حالة الضرورة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، سنة 2015.

37. علي محمد شحاتة، تفسير الدستور بين المشرع والقضاء الدستوري، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2020.

38. عمار بوضياف، القرار الإداري دراسة تشريعية قضائية فقهية، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2007.

39. عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ط2، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2017.

40. عمار عباس، دراسات دستورية في إسناد السلطة وممارستها، د ط، النشر الجامعي الجديد، الجزائر، سنة 2017.

41. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، دط، مركز رينيه–جان دبوي للقانون والتنمية، د بلد نشر، د س ن.

42. غسان مدحت الخيري، الرقابة القضائية على القوانين، ط1، دار الراية للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2013.

43. فهد أبو العثم النسور، القضاء الدستوري بين النظرية والتطبيق، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2016.

44. كامل السعيد، النظرية العامة للقضاء الدستوري، دراسة تحليلية تأصيلية توصيفية توجيهية مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2017.

45. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، د ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة2008.
46. محمد إبراهيم خيري الوكيل، الدستور الفرنسي، ترجمة لنصوص الدستور الفرنسي وفقا لآخر تعديلاته إلى اللغة العربية والإنجليزية، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية، سنة 2014.
47. محمد السماوي، حقوق الانسان في الدساتير العربية الجديدة وسؤال دولة الحق والقانون(المغرب ، تونس، مصر) نموذجا، ط1، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، سنة 2018.
48. محمد باهي أبو يونس، أصول القضاء الدستوري (تنظيم القضاء الدستوري، اختصاص القضاء الدستوري)، دط، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2017.
49. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2008.
50. محمد عبد الرحيم حاتم، اتجاهات القضاء الدستوري في مجال الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، ط1، مركز الدراسات العربية، مصر، سنة 2018.
51. محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن، دط، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2017.
52. محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية (دراسة مقارنة)، دط، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2017.
53. محمود علي أحمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2016.
54. محمد حسونة، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية عبر الدعوى الاحتياطية في النظم الدستورية المعاصرة، د ط، دار الفكر الجامعي ، مصر، سنة 2018.
55. محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية (دراسة تحليلية نقدية)، ط1، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2007.
56. محمد ماهر أبو العينين، موسوعة القضاء الدستوري المصري، الكتاب الأول، ط2، دار روائع القانون، مصر، سنة 2017.

57. محمد محمد عبد اللطيف، القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات (1999-2004)، دط، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2005.
58. مدني عبد الرزاق الكلش، دور المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في حماية الحقوق والحريات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2015.
59. مها علي إحسان العزاوي، الحقوق والحريات السياسية، دراسة مقارنة مع الدساتير العربية و الدساتير الغربية، دط، دار الفكر والقانون، مصر، سنة 2016.
60. مها علي احسان محمد الغزاوي، الحق في التنقل (دراسة مقارنة بين الدساتير العربية)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، سنة 2014.
61. موريس دوفريجة، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، الأنظمة السياسية الكبرى، ط1، ترجمة جورج سعد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، سنة 1992.
62. موريس نخلة، الحريات، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 1999.
63. مولود ديدان، القانون الدستوري والنظم السياسية، دط، دار بلقيس، الجزائر، سنة 2017.
64. نبيل عبد الرحمن ناصر الدين، تطبيق القضاء الداخلي لأحكام القانون الدولي، دراسة تطبيقية للجمهورية اليمنية وجمهورية مصر العربية، ط1، المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، سنة 2020.
65. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2011.
66. هيلين تورار، تدويل الدساتير الوطنية، ترجمة المحامي باسيل يوسف بجك، ط1، مراجعة أكرم الوتري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2010.
67. وليد عبلا، دراسات في القانون الدستوري اللبناني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2018.
68. وليد محمد الشناوي، الحماية الدستورية للحقوق البيئية، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر والقانون، مصر، سنة 2013.
69. وليد محمد الشناوي، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية (دراسة مقارنة)، دط، دار الفكر والقانون، مصر، سنة 2016.

70. وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الانسانية في القضاء الدستوري، دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار الفكر والقانون، مصر، سنة 2014.

71. يوسف عيسى الهاشمي، رقابة دستورية القوانين واللوائح وتطبيقها في مملكة البحرين والدول العربية والأجنبية، ط1، المكتب الجامعي الحديث، مصر، سنة 2014.

المقالات العلمية:

1. بالجيلالي خالد، الاختصاص السلبي للمشرع والرقابة الدستورية عليه – دراسة مقارنة – مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 02، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، سنة 2017م.

2. برقوق عبد العزيز، مقاربة في رصد منهج المجلس الدستوري في توسيع الكتلة الدستورية، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 10، العدد 09، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، الجزائر، سنة 2013.

3. بلطرش مياسة، ديباجة الدستور بين القانون الدستوري المقارن ووفق التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 55، العدد3، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2018.

4. بن دراج علي ابراهيم، مساهمة المجلس الدستوري الجزائري في توسيع الكتلة الدستورية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق ولعلوم الانسانية، المجلد 10، العدد 04، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2017.

5. بن علي زهيرة، دور المجلس الدستوري الجزائري في حماية الحقوق والحريات، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية ، العدد الرابع، المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، سنة 2019.

6. بودنة محمد، جدلية العلاقة بين السلطات الدستورية في حماية الحقوق والحريات، حوليات كلية الحقوق، عدد 01، المجلد 06، جامعة وهران 02، الجزائر، سنة 2014.

7. بوزيد بن محمد، احترام أصول الصياغة التشريعية في ضوء اجتهادات المجلس الدستوري الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد10، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، سنة 2020.

8. بوزيد بن محمد، دور المجلس الدستوري الجزائري في مجال الحقوق والحريات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر، الوادي، الجزائر، سنة 2019.
9. حسام فرحات أبو يونس، من قضاء المحكمة العليا الأمريكية في العام القضائي 2007-2008، مجلة المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 14، سنة 2008.
10. حنظل شريف حسين، وسائل تفسير نصوص الدستور، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 4، السنة التاسعة، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، السنة 2017.
11. حيدر طالب الإمارة، آثار الإغفال التشريعي الاجتماعية – دراسة مقارنة – مجلة العلوم القانونية، المجلد 34، العدد 02، كلية الحقوق، بغداد، العراق، سنة 2019م.
12. رشيدة العام، الحرية الفردية في المذهب الاشتراكي والاجتماعي، مجلة العلوم الانسانية، العدد 10، المجلد 06، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، سنة 2006.
13. رمضاوي سليمان، الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، معارف، المجلد 09، العدد 16، جامعة البويرة، الجزائر. سنة 2014.
14. رداوي مراد، مساهمة المجلس الدستوري الجزائري في حماية الحقوق والحريات، مجلة الفكر، العدد 14، المجلد 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، سنة 2001.
15. سامح عبد الرحمن التهامي، ضوابط معالجة البيانات الشخصية، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الكويتي، مجلة القانون الكويتية العالمية، العدد 09، السنة الثانية، سنة 2015.
16. سعودي نسيم، سلطات المحكمة العليا الأمريكية في مجال الرقابة الدستورية بين النظرية والتطبيق، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد الخامس، العدد الأول، جامعة زياني عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2020.
17. سليمان سليم بطارسة، المبادئ العامة للقانون وتطبيقاتها في فرنسا والأردن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 33، العدد01، لعام 2006.

18. سمير داود سلمان، الإغفال التشريعي وإمكانية الرقابة القضائية عليه في العراق، مجلة العلوم القانونية، المجلد 21، العدد 04، جامعة بغداد، العراق، سنة 2019 .
19. سويلم محمد، مساهمة المجلس الدستوري في جودة القاعدة القانونية العضوية من خلال رقابة المطابقة، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 11، العدد 02، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، الجزائر، سنة 2019.
20. شورش حسن عمر، الحق في المساواة وموقف القضاء الدستوري منه، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، المجلد 32، العدد الثاني، جامعة بغداد، سنة 2017.
21. عاصم خليل، نوار بدير، دور المحاكم الدستورية والمحاكم العليا في تحديد ملامح الحق في الخصوصية وضمان احترامه من قبل باقي سلطات الدولة، مجلة القانون الكويتية العالمية، العدد 09، السنة الثانية، سنة 2015 .
22. عبد الرزاق بحري، مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة قانونية للرقابة على نفاذ القواعد الدستورية، مجلة الدراسات القانونية، العدد01، المجلد 06، جامعة يحي فارس المدية، الجزائر، سنة 2020.
23. عبد العزيز سالمان، منهج التقييد الذاتي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 02، سنة 2003.
24. عبد العزيز محمد سلمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مجلة المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 15، جمهورية مصر العربية، سنة 2009م .
25. عجابي عماد، تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 01، العدد04، جامعة الحاج لخضر باتنة01، الجزائر، سنة 2014.
26. عصام سعيد عبد العبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية السياسية ، المجلد 08، العدد29، المجلات الأكاديمية العلمية العراقية، العراق، سنة 2019.
27. علاء عبد المحسن العنزي طالب، الحدود الموضوعية للاختصاص التشريعي للبرلمان بموجب قواعد مدونة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد8، العدد01، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، سنة 2016.

28. علي بن فليس، الحريات الفردية والجماعية في الدساتير الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 35، عدد02، جامعة الجزائر01، سنة 1998.
29. عليان بوزيان، القيمة الدستورية لمبدأ العدالة الاجتماعية والحماية القضائية له – دراسة تطبيقية مقارنة مع الدساتير العربية الحديثة– الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 05، العدد02، جامعة حسيبة بن بو علي الشلف، الجزائر، سنة 2013.
30. عليان بوزيان، مظاهر الانحراف الدستوري ومدى الرقابة عليه بين الدستور الجزائري والقضاء الدستوري المقارن، المجلة الدولية للقانون، المجلد 2019، العدد المنظم الأول، كلية القانون، دار النشر، جامعة قطر، سنة 2019.
31. العمراني محمد لمين، أثر التعديل الدستوري في الجزائر بموجب القانون رقم 01/16 على الحقوق الحريات، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجل 03، العدد 01، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، سنة 2018.
32. عيد أحمد الحسبان، فعالية الحقوق الأساسية في تقييد الصلاحية التقديرية للمشرع، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد02، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، سنة 2012.
33. فاطمة الزهراء رمضاني، جديد الحقوق والحريات وآليات ضمانها وترقيتها في التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، المجلد الرابع، جامعة البليدة 2، الجزائر، سنة 2016.
34. فراجي عاشور، مفهوم حرية الترشح واختصاصات المشرع الجزائري والمقارن بتنظيمها، مجلة صوت القانون، المجلد 06، العدد 01، جامعة خميس مليانة، سنة 2019.
35. قندلي رمضان، حرية التجارة والصناعة، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة البدر، المجلد 03، العدد11، جامعة بشار، الجزائر، سنة 2011.
36. كرنيش بغداد، جديد الحقوق والحريات وآليات ضمانها وترقيتها في التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، المجلد الرابع، جامعة البليدة 02، الجزائر، سنة 2016.
37. كمال جعلاب، دور المجلس الدستوري الجزائري في تفسير الدستور، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 11، العدد09، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2018.

38. لعروسي أحمد، دور القاضي الدستوري في تحقيق العدالة التشريعية، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد01، جامعة مولاي الطاهر ، سعيدة، الجزائر، سنة 2018.

39. ليلى خنوش، رقابة القضاء الدستوري على تعديل الدستور، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد 26، العدد 08، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، سنة 2018.

40. محمد أمين المهدي، المرجعية التراثية الثقافية للأحكام الدستورية، مجلة المحكمة الدستورية العليا، العدد 21، جمهورية مصر العربية، سنة 2012.

41. محمد حسن عبد الله، معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي في القانون الوضعي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة بابل، العراق، سنة 2015م.

42. محمد عمار النجار، الاختصاص بتفسير أحكام الدستور، الفصل الأول، التعريف بالاختصاص بتفسير الدستور، مجلة المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 29، جمهورية مصر العربية، لعام 2016.

43. محمد فوزي عبد الباري، كيف تحمي الديمقراطية نفسها، مقال منشور في مجلة المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 24، سنة 2013.

44. محمد فوزي نويجي، عبد الحفيظ علي الشيمي، تفسير القاضي الدستوري ودوره في تطوير القانون، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 02 الجزء الأول، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، سنة 2017.

45. محمد منير حساني، الحماية الدستورية في النظام الدستوري الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 8، العدد 15، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، سنة2016.

46. محمد منير حساني، علاقة الدستورية وتأمينها في الاجتهاد الدستوري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 4، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، سنة 2018.

47. ميسون طه حسين، فكرة الدستور الحي في الفقه والقضاء الدستوري، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 27، العدد 01، جامعة بابل، العراق، سنة 2019 .

48. نبالي فضة، المجلس الدستوري والحق في المساواة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 46، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، سنة 2009.

49. نعمان أحمد الخطيب، تفسير نصوص الدستور الأردني (دراسة مقارنة)، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، العدد 03، تصدر عن عمادة البحث العلمي وضمان الجودة، الجامعة الأردنية، الأردن، سنة 2019.

50. هاجر العربي، الدستور ومكانة الحقوق والحريات، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، المجلد2، العدد 01، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، سنة 2016.

51. يسرى محمد العصار، التعليق على أحكام المحكمة الدستورية بين الموضوعية العلمية والهوى السياسي، مجلة المحكمة الدستورية العليا، عدد 23، مصر، سنة 2012 .

52. يسرى محمد العصار، سمو المعاهدات الدولية بشأن حقوق الانسان على الدستور في سويسرا، مجلة المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد80، لسنة 2016.

الأطروحات والرسائل الجامعية:

أطروحات الدكتوراه:

1. بومعزة فاطمة، الآليات القانونية لحماية الحريات السياسية في الدول العربية ومظاهر الممارسة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون دولي عام، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، سنة 2016.
2. جابر عواد فرحان، الحكم بعدم الدستورية وأثره في حماية الحقوق والحريات في مصر والعراق، أطروحة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، سنة 2019.
3. حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2012-2013.
4. حمريط كمال، دور المجلس الدستوري في حماية مبدأ سمو الدستور، دراسة مقارنة، أطروحة دكتورا، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2019/2018.
5. عبد العزيز برقوق، دور الرقابة الدستورية في حماية الحريات العامة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2015-2016.

6. علي قاسم ربيع، الحقوق الأساسية في ظل المنازعات الدستورية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، سنة 2019.
7. علي معزوز، حقوق الانسان بين العالمية والخصوصية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2016.
8. عمر مرزوقي، حرية الرأي والتعبير في الوطن العربي في ظل التحول الديمقراطي، دراسة مقارنة بين الجزائر ومصر ، أطروحة دكتوراه، تخصص التنظيم السياسي والإداري، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر 03، سنة 2012.
9. نبالي فضة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة مجال ممدود ودور محدود، أطروحة دكتوراه تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، سنة 2010.
10. وهاب حمزة، سلطات الضبطية القضائية بين الفعالية وحماية الحريات الفردية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2016، 2017.

رسائل الماجستير:

1. أحمد كربوعات، حماية المجلس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، مذكرة ماجستير، تخصص حقوق الانسان والحريات العامة، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، سنة 2015.
2. باسل عبد الله محمد باوزير، دور القضاء الدستوري في تطوير مفهوم الحقوق والحريات الأساسية، رسالة ماجستير، تخصص قانون، كلية القانون، جامعة آل البيت، الأردن، سنة 2008.
3. حازم صلاح العجلة، الرقابة الدستورية ودورها في حماية الحقوق والحريات الأساسية، رسالة ماجستير تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2001، 2002.
4. سليمة علي جمعة وافي، اختصاصات المحكمة الدستورية في مشروع الدستور الليبي 2017 (دراسة مقارنة)، تخصص قانون عام، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، سنة 2017.

5. شاريهان هيل مخامرة، تدويل الدساتير، رسالة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، سنة 2012-2013.
6. شايب نسرين، دسترة الحق في البيئة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون البيئة، كلية الحقوق والمعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 02، الجزائر، سنة 2016، 2017.
7. شباب برزوق، الضمانات الدستورية لحقوق الانسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، سنة 2012/2011.
8. طرفة الحاج، الحماية الدستورية لحقوق الانسان في سورية، رسالة ماجستير كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة حلب، سوريا، سنة 2011.
9. كيلالي زهرة الرحمان، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية علية – دراسة مقارنة – مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2012، 2013م.
10. محمد بوسلطان، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، سنة 2011م، 2012م.
11. مروة مطاع قحطان العامري، دور القضاء الدستوري في حماية حقوق الانسان في التشريع الأردني والعراقي (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، سنة 2019.
12. نوار محمود مصطفى بدير، دور القضاء الدستوري الفلسطيني في حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والادارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، سنة 2016.

المراجع باللغة الأجنبية:

أولا: الكتب

1. Andrew Le sueur, Javan Herberg, Principles of public law, Gavendish publiching, London, Sydney,1st edition, 1995
2. Dominique ROUSSEUA et al, Droit du contentieux constitutionnel, 11edition, entièrement refondue,2016

3. Luis Coté, l'état démocratique fondamentales et défis, presse de l'Université Quebéc, Canada, 2008
4. Luis Favoreu, Thierry S.Renous, Le contentieux constitutionnel des actes administratifs, Edition sirey, paris, 1992

ثانيا: الرسائل الجامعية

1. Arnaud REMEDEM, La protection des droits fondamentaux par la cour de justice de l'union européennes, thèse pour le doctorat en droit, université d'Auvergne Clermont, saint Etienne
2. Hynd Saidi Azbeg, processus de démocratisation et monarchie constitutionnelle au Maroc ,thèse pour obtenir le grade de docteur en droit public, université de bordeaux, France, 2014.
3. Olivier BONNEFIV, les relations entre parlement et conseil constitutionnel, thèse présenté pour obtenir le grade de doctorat, université de bordeaux, France, 2015.
4. Vincent THIBAUD, Le raisonnement du juge constitutionnel, thèse en vue de l'obstination su Doctorat en droit, université Lumière Lyon 2, France, 2011.

ثالثا: المقالات العلمية

1. Charlotte Dubois, L'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme et le droit pénal, revue de droit d'Assas, n20,paris,octobre 2020.
2. Cour constitutionnelle fédérale, 15/12/2015, décision 2 BvL 1/12, Revue internationale de droit com.paré, vol;68, N2, 2016
3. Cour constitutionnelle italienne, 23/02/2016, Revue internationale de droit comparé, vol;68, N3, 2016.
4. Mohamed Mounir HASSANI, constitutional protection of fundamental rights in the Algerian constitutional system, law voice magazine, 6th volume, N °01, Khemiss Miliana university, Algeria, 2019.
5. Stéphane Braconnier, L'article 4 de l DDGC et le droit public de l'économie les libertés économiques et la gouvernance des crises par l'état, revue de droit d'Assas, n20, paris, octobre 2020.

قرارات المجلس الدستوري الفرنسي:

1. CC n° 2007-559 DC du 06 decembre 2007. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
2. CC n° 2018-770 DC du 06/09/2018. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
3. CC n° 2018-773 DC du.20.decembre 2018. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
4. CC n° 2019-811 OPC du 25.10.2019 cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

5. CC.n° 2017-753-DC du-08.septembre 2017. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
6. -CC.n°2020-800 DC . du11 m al 2020. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
7. CCn°2013-676 DC du 09-octobre-2013 ; Cf , site : www.conseil-consituttionell.fr
8. CC .n °2020-800 DC . du11 m al 2020. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
9. CC .n° 2017-677 QPC-du-01.09 2017. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
10. CC n° 2013 – 315 QPC du 25.10.2013. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
11. CC n° 2014-696 DC du 07 aout 2014 , cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
12. CC n° 2015-501 QPC du 27 novembre 2015… cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
13. CC n° 2016-741 DC du 08-décembre-2016. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
14. CC n° 2018 – 772. DC du 15 /11/2018. Cf . cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
15. CC n° 2019-774- QPC du 12 avril 2019.cf. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
16. CC n° 2020 – 843 QPC du 28 mai 2020. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
17. CC n° 2020-799 DC du 26 mars 2020. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
18. CC n° 2020-805 DC du 07 Aout 2020, cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
19. CC no 81-132 DC du 16/01/1982, cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
20. CC n 2003-469 DC du 26/03/2003, cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
21. CC n 93-33 DC du 21/01/1994, cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
22. CC n 220-801 DC du 18/06/2020, cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
23. CC n 220-841 QPC du 20/05/2020, cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
24. CC no 210-29/37 QPC du 22/09/2010 . cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
25. CC no 81-132 DC du 16/01/1982 cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
26. CC no 94-343/344 DC du 27/07/1994 cf site: www.conseilconstitutienellte.fr.
27. CC no 74-54 DC du 15.01. cf site: www.conseilconstitutienellte.fr
28. CC n 81-132 DC du 16/01/1982, cf site: www.conseilconstitutienellte.fr

المواقع الالكترونية:

1. Http//:m.annabaa.org
2. https:// journal.kilaw.edu.kw
3. https://firatn.com
4. https://hekmah.org
5. https://journals.ju.edu.jo
6. https://makdsecurity.sopho.com

7. https://www.cc.gov.lb
8. https://www.Constituteproge.org
9. https://www.Constitu-teprogect.org
10. https://www.constituteproject.org
11. https://www.constituteproject.org
12. https://www.constituteproject.org
13. https://www.constitutionnelle.org
14. https://www.Diwanalarab.com.
15. https://www.idea.int
16. https://www.onchr.org
17. www.conseil-constitutionnel.dz
18. www.m.ahewar.org
19. www.venic .coe.int

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

المحتوى	الصفحة
شكر وعرفان	
إهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	**1**
الباب الأول **مساهمة القضاء الدستوري في تكريس الحقوق والحريات الأساسية في نطاق القواعد الدستورية**	
الفصل الأول: مفهوم الحقوق والحريات الأساسية وضمانات تكريسها في الدستور	
المبحث الأول: تعريف الحقوق والحريات الأساسية وقيمتها الدستورية	**11**
المطلب الأول: مدلول الحقوق والحريات الأساسية	**11**
الفرع الأول: الحق والحرية	**11**
أولا: الحق	**11**
ثانيا: الحرية	**13**
ثالثا: طبيعة العلاقة بين الحق والحرية	**14**
الفرع الثاني: تعريف الحقوق والحريات الأساسية	**15**
أولا: التمييز بين الحقوق والحريات الأساسية والحقوق والحريات العامة	**18**
ثانيا: أوجه الاختلاف بين الحقوق والحريات الأساسية والحقوق والحريات العامة	**23**
الفرع الثالث: موقف الفقه من نظرية الحقوق والحريات الأساسية	**24**
أولا: الاتجاه المنادي بوجود تمييز بين الحقوق والحريات الأساسية	**24**
ثانيا: الاتجاه المنادي بوحدة الحقوق والحريات الأساسية	**25**
المطلب الثاني: الدساتير أساس للحقوق والحريات الأساسية	**26**
الفرع الأول: بعض النماذج للدول الغربية في التكريس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية	**29**
الفرع الثاني: بعض النماذج للدول العربية في التكريس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية	**32**
الفرع الثالث: التكريس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية في الدساتير الجزائرية	**35**
الحقوق والحريات الأساسية في دستور 1963	**36**
الحقوق والحريات الأساسية في دستور 1976	**36**
الحقوق والحريات الأساسية في دستور 1989	**37**

الحقوق والحريات الأساسية في دستور 1996	**38**
الحقوق والحريات الأساسية في تعديل الدستور 2016	**38**
الحقوق والحريات الأساسية في التعديل الدستوري لسنة 2020	**40**
المبحث الثاني: مساهمة القضاء الدستوري في تعزيز الأسس الدستورية للحقوق والحريات الأساسية	**42**
المطلب الأول: رقابة القاضي الدستوري للانحراف الدستوري ضمان لتكريس الحقوق والحريات الأساسية	**42**
الفرع الأول: تعريف الانحراف الدستوري	**43**
الفرع الثاني: القيود الواردة على تعديل الدستور	**44**
أولا: الحضر الموضوعي ضمان لتكريس الحقوق والحريات الأساسية	**44**
ثانيا: القيد الزمني ضمان لاستقرار الحقوق والحريات الأساسية	**47**
الفرع الثالث: بسط الرقابة الدستورية على تعديلات الدساتير	**49**
أولا: أمثلة على موقف القضاء الدستوري الرافض لرقابة التعديلات الدستورية	**49**
ثانيا: أمثلة عن موقف القضاء الدستوري الذي مارس رقابة على تعديل الدساتير	**51**
المطلب الثاني: دور القضاء الدستوري في تكريس الحقوق والحريات الأساسية بتفسير نصوص الدستور	**54**
الفرع الأول: التفسير الحرفي لنصوص الدستور	**55**
الفرع الثاني: مساهمة القضاء الدستوري في تجسيد مقاصد الدستور بالتفسير الغائي	**56**
الفرع الثالث: مساهمة القضاء الدستوري في اعطاء نفس القيمة الدستورية للحقوق والحريات الأساسية من خلال التفسير التكاملي	**61**
الفرع الرابع: مساهمة القضاء الدستوري في جعل الحقوق والحريات تواكب التغيرات بالتفسير المرن	**64**
أولا: نماذج عن اجتهادات بعض المحاكم الدستورية في التفسير المرن	**65**
ثانيا: نماذج عن اجتهادات بعض المجالس الدستورية في التفسير المرن	**73**
الفصل الثاني **دور القضاء الدستوري في توسيع مصادر الحقوق والحريات الأساسية وتفعيل أسسها الدستورية**	
المبحث الأول: القضاء الدستوري يوسع من مصادر الحقوق والحريات الأساسية	**80**
المطلب الأول: مقدمات الدساتير والمعاهدات الدولية مصدر للحقوق والحريات الأساسية	**80**
الفرع الأول: مساهمة القضاء الدستوري في جعل مقدمات الدساتير مصدرا للحقوق والحريات	**80**

الأساسية	
أولا: تعريف ديباجة الدساتير	**81**
ثانيا: استناد القضاء الدستوري على ديباجة الدستور كمصدر للحقوق والحريات الأساسية	**83**
الفرع الثاني: دور القضاء الدستوري في اعتماد المعاهدات كمصدر للحقوق والحريات الأساسية	**87**
أولا: نماذج عن اجتهادات بعض المحاكم الدستورية في استنادها على المعاهدات	**89**
ثانيا: نماذج عن اجتهادات بعض المجالس الدستورية في استنادها على المعاهدات	**93**
المطلب الثاني: دور القضاء الدستوري في ارساء مبادئ ذات قيمة دستورية كمصدر للحقوق والحريات الأساسية.	**96**
الفرع الأول: تعريف المبادئ ذات القيمة الدستورية	**97**
الفرع الثاني: موقف الفقه من المبادئ ذات القيمة الدستورية	**97**
الفرع الثالث: أثر اجتهاد القضاء الدستوري في ارساء مبادئ ذات قيمة دستورية كمصدر للحقوق والحريات الأساسية.	**99**
أولا: نماذج عن اجتهادات بعض المحاكم الدستورية في إرساءها للمبادئ الدستورية	**99**
ثانيا: نماذج عن اجتهادات بعض المجالس الدستورية في إرساءها للمبادئ الدستورية	**104**
المبحث الثاني: دور القضاء الدستوري في تفعيل الأسس الدستورية للحقوق والحريات الأساسية	**109**
المطلب الأول: مبدأ المساواة اساس لتحقيق العدالة الدستورية في ممارسة الحقوق والحريات الأساسية	**109**
الفرع الأول: تعريف مبدأ المساواة	**109**
الفرع الثاني: أثر اجتهاد القضاء الدستوري في تكريس مبدأ المساواة كأساس للعدالة الدستورية	**111**
أولا: نماذج عن اجتهادات بعض المحاكم الدستورية في تكريس مبدأ المساواة	**112**
ثانيا: نماذج عن اجتهادات بعض المجالس الدستورية في تكريس مبدأ المساواة	**116**
المطلب الثاني: دور القضاء الدستوري في تكريس مبدأ التناسب كشرط جوهري للتمتع بالحقوق والحريات الأساسية.	**124**
الفرع الأول: تعريف مبدأ التناسب	**125**
الفرع الثاني: أثر اجتهاد القضاء الدستوري في تكريس مبدأ التناسب للحقوق والحريات الأساسية	**128**
أولا: نماذج عن اجتهادات بعض المحاكم الدستورية في تكريس مبدأ التناسب	**128**
ثانيا: نماذج عن اجتهادات بعض المجالس الدستورية في تكريس مبدأ التناسب	**137**
خلاصة الباب الأول	**141**

الباب الثاني **مساهمة القضاء الدستوري في تعزيز الحقوق والحريات الأساسية وجعلها معيارا لدولة القانون والديمقراطية**	
الفصل الأول: دور القضاء الدستوري في توسيع نطاق الدعوى الدستورية وحدود الرقابة	
المبحث الأول: القضاء الدستوري يكرس مبدأ شمولية الرقابة لتعزيز الحقوق والحريات الأساسية	**146**
المطلب الأول: القاضي الدستوري يجعل من العيوب الشكلية أساسا للدعوى الدستورية	**146**
الفرع الأول: تعريف عيب الشكل والاجراء	**146**
أولا: الاتجاه الأول	**148**
ثانيا: الاتجاه الثاني	**148**
الفرع الثاني: القاضي الدستوري يجعل الشكل والاجراء قيدا على المشرع لتعزيز الحقوق والحريات الأساسية	**148**
أولا: نماذج عن اجتهادات القضاء الدستوري في بعض الدول الأخرى فيما يخص رقابة الشكل والاجراء	**148**
ثانيا: موقف المجلس الدستوري الجزائري من العيوب الشكلية والاجرائية	**152**
الفرع الثالث: تعريف عيب عدم الاختصاص وصوره	**154**
أولا: عيب عدم الاختصاص العضوي	**155**
ثانيا: عيب عدم الاختصاص الموضوعي	**156**
ثالثا: عيب عدم الاختصاص الزماني	**157**
رابعا: عيب عدم الاختصاص المكاني	**158**
الفرع الرابع: القضاء الدستوري يجعل من عيب عدم الاختصاص قيد على المشرع لتعزيز الحقوق والحريات الأساسية	**159**
المطلب الثاني: القاضي الدستوري يجعل من العيوب الموضوعية أساسا للدعوى الدستورية تعزيزا للحقوق والحريات الأساسية	**162**
الفرع الأول: رقابة محل التشريع ضمان لجوهر الحقوق والحريات الأساسية	**163**
الفرع الثاني: رقابة الانحراف التشريعي ضمان للأهداف الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية.	**167**
أولا: نماذج عن اجتهادات بعض المحاكم الدستورية في رقابة الانحراف التشريعي	**170**
ثانيا: نماذج عن اجتهادات بعض المجالس الدستورية في رقابة الانحراف التشريعي	**172**

المبحث الثاني: دور القضاء الدستوري في رقابة الإغفال التشريعي وحدود الرقابة	**178**
المطلب الأول: رقابة الاغفال التشريعي ضمان لعدم إهدار الحقوق والحريات الأساسية	**178**
الفرع الاول: تعريف الاغفال التشريعي وصور الرقابة عليه	**178**
أولا: تعريف الإغفال التشريعي	**178**
ثانيا: صور الرقابة على الإغفال التشريعي	**181**
الفرع الثاني: تمييز الإغفال التشريعي عن عيب عدم الاختصاص السلبي	**183**
الفرع الثالث: الدور المضيف للقاضي الدستوري برقابته للاغفال التشريعي	**186**
أولا: نماذج عن اجتهادات بعض المحاكم الدستورية في رقابة الاغفال التشريعي	**186**
ثانيا: نماذج عن اجتهادات بعض المجالس الدستورية في رقابة الاغفال التشريعي	**192**
المطلب الثاني: حدود الرقابة تحد من فعالية الرقابة الدستورية للحقوق والحريات الأساسية	**199**
الفرع الأول: نظرية أعمال السيادة تحد من فعالية الرقابة الدستورية للحقوق والحريات الأساسية	**199**
أولا: التعريف بأعمال السيادة	**200**
ثانيا: القاضي الدستوري لا يراقب أعمال السيادة	**202**
الفرع الثاني: عدم رقابة ملاءمة التشريع وانعكاساتها السلبية على الحقوق والحريات الأساسية	**208**
أولا: تعريف السلطة التقديرية للمشرع	**208**
ثانيا: القاضي الدستوري لا يراقب ملاءمة التشريع	**210**
الفصل الثاني **القضاء الدستوري يجعل من الحقوق والحريات الأساسية معيارا لدولة القانون ويكرس تكاملها**	
المبحث الأول: القضاء الدستوري يجعل من الحقوق والحريات المدنية والسياسية معيار لدولة القانون والديمقراطية	**217**
المطلب الأول: الحقوق والحريات المدنية معيار لدولة القانون في منظور القضاء الدستوري	**217**
الفرع الأول: تعريف الحقوق المدنية	**217**
أولا: حرية التنقل شرط لممارسة الحقوق والحريات الأساسية الأخرى	**217**
ثانيا: احترام الحياة الخاصة معيار لسيادة القانون	**222**
المطلب الثاني: الحقوق والحريات السياسية معيار للديمقراطية في منظور القضاء الدستوري	**241**
الفرع الأول: تعريف الحقوق السياسية	**242**
الفرع الثاني: حق الترشح والانتخاب في منظور القضاء الدستوري أساس بناء الديمقراطية	**244**
الفرع الثالث: الأحزاب السياسية أساس للمشاركة السياسية في منظور القضاء الدستوري	**248**

الفرع الرابع: حرية الرأي والتعبير ركيزة للمجتمعات الديمقراطية في منظور القضاء الدستوري	**256**
المبحث الثاني: القضاء الدستوري يكرس حتمية العلاقة بين مختلف أجيال الحقوق والحريات الأساسية	**263**
المطلب الأول: الحقوق والحريات الاقتصادية ضرورة لتنمية الفرد	**263**
الفرع الأول: حق الملكية حق طبيعي وشرط للأمن الاجتماعي	**265**
الفرع الثاني: حرية التعاقد ضمان لاستقرار المعاملات الاقتصادية	**270**
الفرع الثالث: حرية التجارة والصناعة شرط للتنمية الاقتصادية	**275**
المطلب الثاني: الحقوق والحريات الاجتماعية والبيئية ضرورة للتمتع بالحقوق والحريات الأساسية	**281**
الفرع الأول: الحقوق والحريات الاجتماعية شرط لتحقيق العدالة الاجتماعية وصون كرامة الفرد	**281**
أولا: الحق في السكن شرط لضمان كرامة الفرد	**283**
ثانيا: القضاء الدستوري يجعل من حرية التعليم شرط لتطوير شخصية الفرد	**286**
ثالثا: الحق في العمل أساس الرفاهية الاجتماعية وكرامة الفرد	**290**
الفرع الثاني: القضاء الدستوري يربط بين الحق في بيئة سليمة والحق في الحياة	**296**
خلاصة الباب الثاني	**302**
الخاتمة	**304**
الاقتراحات	**306**
قائمة المصادر والمراجع	**309**
فهرس المحتويات	**331**

الملخص:

تطرقنا من خلال هذه الدراسة إلى الدور الذي لعبه القضاء الدستوري في إحداث تغييرات جذرية على مستوى نظرية الحقوق والحريات الاساسية، عن طريق اجتهاداته سواء كانت صادرة عن المحاكم الدستورية أو مجالس دستورية، حيث استطاع القاضي الدستوري أن يجعل من نظرية الحقوق والحريات الأساسية من أولوياته لأنها تستمد قوتها وطبيعتها القانونية من قواعد الدستور في حد ذاته، وبفضل اجتهاداته عمل على التوسيع في تكريسها الدستوري، بالإضافة إلى إعطاءها الطابع الدولي باستناده على المعاهدات الدولية والاتفاقيات المتعلقة بحقوق الانسان، كما أنه جعل منها قابلة للمرونة والتطور مسايرة كل التغيرات، وأخرجها من دائرة الصراعات الايديولوجية وأضفى على مختلف أجيالها نفس القيمة الدستورية، وطور من وظائفها فأصبحت لا تقتصر على الانسان فقط، بل جعل منها معيارا لقيام دولة القانون من الجانب الموضوعي، وجعل منها أيضا قيدا على سلطات الدولة الواحدة حتى لا تتمكن من انتهاكها والنيل منها، والجدير بالذكر أن القاضي الدستوري جعل من قائمة الحقوق والحريات الأساسية قائمة مفتوحة فبفضل اجتهاداته وصل إلى جملة من الحقوق والحريات لم تنص عليها الدساتير صراحة، وأرسى لها مبادئ تتمتع بالقيمة الدستورية خارج النصوص الصريحة للدستور.

الكلمات المفتاحية: القضاء الدستوري، الدستور، الحقوق الأساسية، الحريات الأساسية، دولة القانون

Abstract :

Through this study, we have addressed the role played by the Constitutional Court in bringing about radical changes in the theory of fundamental rights and freedoms, through its jurisprudence, whether it is issued by constitutional courts or by constitutional councils. The Constitutional Court has made the theory of fundamental rights and freedoms a priority because it derives its power and legal nature from the rules of the Constitution as such, and its jurisprudence has expanded its constitutional prerogatives, as well as its international character, based on international treaties and human rights conventions. It also made it flexible and evolutional keeping pace with all changes, taking it out of the circle of ideological conflicts and adding to its various parts the same constitutional value, and developing its functions not only to humans but also to make it a criterion for the substantive establishment of the rule of law. It also made it a constraint on the authorities of a single State so that it could not violate and evade them, and it should be noted that the Constitutional Judge has made the list of fundamental rights and freedoms open, because of his jurisprudence he has reached a range of rights and freedoms not expressly provided for in Constitutions and established principles of constitutional value outside the explicit provisions of the Constitution.

Key words: constitutional judiciary, constitution, fundamental rights, fundamental freedoms, state of law