جامعة محمد لمين دباغين سطيف2
كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في القضاء الدستوري

ألقيت على طلبة الماستر 2
تخصص منازعات القانون العمومي

من اعداد:

الدكتور عمار كوسة

السنة الجامعية 2014-2015

مقدمـــــــــــة

يمتلك المهتم بدراسة "**القضاء الدستوري**" في الدراسات العليا معلومات هامة في "**القانون الدستوري**" تلقاها من دراسته للمقياس في السنة الأولى تدرج. لذلك لن يجد الطالب في هذه المرحلة المتقدمة صعوبات في تلقيه للمعلومات حول "**القضاء الدستوري**" كجزء من القانون الدستوري بوجه عام. لكن هذا لا يمنع من التعمق في كل نقطة من النقاط التي سوف تكون محورا للدراسة في هذين السداسيين المقررين للمقياس، لأن الهدف لن يبقى مجرد تكرار للمعلومات التي يملكها الطالب كما سبق ذكره، لكن الهدف الآخر هو جعل الطالب أكثر تفكيرا وأكثر تعمقا في كل معلومة لديه، حتى تخلق لديه طريقة البحث والتعمق في كل معلومة، وهي النتيجة التي يهدف إليها هذه المحاضرات التي تلقى على طلبة الماستر، تخصص قانون عام.

الفصل التمهيدي: مفهوم القضاء الدستوري

1-تعريف القضاء الدستوري:

يعرف القضاء الدستوري بأنه "**مجموعة القواعد القانونية المستنبطة من أحكام المحاكم في المجال الدستوري**".[1]

2-أهمية القضاء الدستوري

أصبح الاعتراف بوجود ما يسمى بـ "**القضاء الدستوري**" محل جدل فقهي كبير، إذ طرح التساؤل أو الإشكال فيما معناه أنه كيف يعقل "**لهيئة دستورية**" يكون أعضاؤها منتخبين من البرلمان وليس الشعب أو فيهم المعينين من السلطة التنفيذية أن تمارس الرقابة على عمل تشريعي صادر من ممثلين منتخبين من الشعب، أي كيف لهذه الهيئة "**غير المنتخبة**" أن تمارس رقابة على أعمال هيئة أو هيئات أخرى منتخبة؟

وهذا التحليل أوصل حتى البرلمانيين في صراعهم مع **القضاء الدستوري** إلى التصريح كيف هم كممثلي الشعب يتم مراقبتهم من أعضاء المحاكم أو المجالس الدستورية وهم يمثلون مجال السياسة أو أكثرية برلمانية أوصلتهم إلى مواقعهم؟ [2]

لكن رغم هذه التساؤلات حول شرعية وجود "**القضاء الدستوري**"، فإن الواقع يؤكد وجوده، فانتقل البحث من "**جدوى وجوده**" إلى "**كيفية التعامل معه**" والاستفادة منه إلى أقصى تقدير. لذلك تظهر أهمية "**القضاء الدستوري**" في جملة من النقاط:

---

1 د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997، ص.11.

[2] ماز حسن، القضاء الدستوري طريق نحو الديمقراطية، دراسة في التجارب الدستورية المقارنة، مجلة الفقه والقانون، العدد15، يناير2014، ص.184.

أ-تصحيح مكامن الخلل أو الهوة البرلمانية:

قد ينتج عن أي انتخابات برلمانية ظهور أغلبية برلمانية تسيطر على الأقلية، وتحاول أن تمرر قوانينها التي تخدمها رغما على هذه الأقلية، وربما يكون في تمرير هذه القوانين مساسا بالقواعد الدستورية خدمة لمصالح سياسية أو حزبية، فيأتي القضاء الدستوري من أجل وقف هذه السيطرة ومنع مرور أي قوانين تخدم الأغلبية وتكون مخالفة للدستور. فالقضاء الدستوري في النهاية، هو حماية للديمقراطية وضمانة لمبدأ سمو الدستور.

ب-حماية البرلمان (السلطة التشريعية) من سيطرة السلطة التنفيذية:

يسن البرلمان أحيانا قوانين في مجالات معينة في إطار اختصاصاته، ولكن لأسباب ما، تكون ناقصة أو قاصرة على معالجة المواضيع التي صدرت بشأنها، فتأتي السلطة التنفيذية لتكملة هذه القصور بإصدارها جملة من القوانين بحجة تسيير الأمور. ويحدث أن تكون هذه التكملة مخالفة للدستور، فيتدخل القضاء الدستوري لرقابة هذه القوانين المكملة حماية للبرلمان من جهة، ووقف للسلطة التنفيذية عند حدود اختصاصاتها، وهذا ما هو معبر عنه في القضاء الدستوري الفرنسي بمصطلح "***Incompétence négative***".[3]

---

[3] انظر:

Yann Aguilla, Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit, LGDJ, 1993, p.75.

جـ-تحسين مستوى آداء البرلمان:

تؤدي الرقابة على دستورية القوانين من طرف القضاء الدستوري إلى تطوير عمل السلطة التشريعية من خلال محاولتها إصدار قوانين تكون متفقة مع الدستور حتى لا يقع في إحراج أمام "القضاء الدستوري" بما أن الاجتهادات التي يصل إليها القضاء الدستوري تكون بمثابة مرجع لأي عمل تشريعي.[4]

[4] عصام سليمان، العلاقة بين القضاء الدستوري والبرلمان، ص.379، نقلا عن:
www.conseilconstitutionnelliban.com/sub

الفصل الاول: قرينة "الدستورية" كأساس لعمل القاضي الدستوري

يشكل القضاء الدستوري مؤسسة هامة لمراقبة العمل التشريعي داخل الدولة حماية لمبدأ سمو القاعدة الدستورية. لكن وحماية لأعمال المشرع، فإن أي عمل تشريعي دائما ما يصدر مقترنا **بقرينة "الدستورية"**.

تعد قرينة الدستورية أهم ضمانة يمتلكها البرلمان (كجهة تشريع) تجاه الجهات الأخرى في الدولة، وفي الوقت نفسه، تعد قرينة الدستورية ضابطا وأساس لعمل القاضي الدستوري. فالمشرع يعمل وهو مرتاح على أساس أن عمله دستوري، والقاضي الدستوري يعمل براحة هو الآخر على أساس أن العبء يكون مخففا عنه، باعتبار أن من يدعي "**عدم الدستورية**" أن يقدم المبررات التي يدحض من خلالها قرينة "**الدستورية**"، وإلا سيتم الحكم بالدستورية، تجنبا للوقوع في الخطأ، لأنه من **السهل تصحيح الخطأ في الحكم بالدستورية، لكنه من الصعوبة بمكان تصحيح الخطأ في الحكم بعدم الدستورية.** [5]

لهذا فإن قرينة الدستورية تلعب دورا بارزا في دعم المؤسسة التشريعية واستقرار مؤسسة القضاء الدستوري، أي لتحقيق التوازن بين الديمقراطية (باعتبار البرلمان ناتج عن الإرادة الشعبية) والرقابة على دستورية القوانين.

[5] د. عيد أحمد الحسبان، قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، العدد 48، 2011، ص. ص.167-168

أولا: مفهوم قرينة "الدستورية" للعمل التشريعي

يمارس المشرع الدستوري كل صلاحياته التشريعية بكل حرية بهدف إصدار أكبر عدد من التشريعات التي تخدم الصالح العام، متسلحا بضمانة قرينة الدستورية ككل عمل تشريعي يقوم به، أي أن كل عمل تشريعي صادر من المشرع يفترض أنه دستوري. فالنص التشريعي الذي يصدره المشرع صحيح وسليم من الناحية الموضوعية والإجرائية كأصل، وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك بكل الأدلة. ولما كانت هذه القرينة بهذه الأهمية، فإنه لا بد من معرفة مفهومها ثم طبيعتها القانونية.

1-مفهوم قرينة "الدستورية"

تقتضي دراسة قرينة "**الدستورية**" التطرق إلى مدلولها اللغوي لها ثم مدلولها القانوني.

أ-المدلول اللغوي: القرينة لغة، تعني الصلة أو الرابط، أي ربط الشيء بالشيء، أي وصله. كما تعني أيضا المصاحبة والمقاربة والالتصاق. [6] وعرف المشرع الفرنسي القرينة في المادة 1349 قانون مدني بأنها "**النتائج التي يستخلصها القانون أو القضاء من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة**". [7]

---

[6] انظر ابن منظور، لسان العرب، المجلد13، الطبعة الاولى، 1990، ص.366.

[7] انظر د. عمار كوسه، **القيمة الاستدلالية للقرائن القانونية، دراسة تقييمية من منظور الفقه والقضاء الدوليين**، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، مجلة علمية محكمة، جامعة باتنة، الجزائر، العدد 25، ديسمبر 2011، ص.ص 111-126.

ب-المدلول القانوني:

عرف بعض الفقه القرينة بأنها "**افتراض تحقق أمر معين إذا تحقق أمر آخر على أساس أنه يغلب أن يتحقق الأمر الأول إذا تحقق الأمر الثاني**"[8] فالأمر لا ينصب على الواقعة المراد إثباتها، وإنما على واقعة أخرى متصلة بها اتصالا بحيث يعتبر إثبات الواقعة البديلة إثباتا للواقعة الأصلية وذلك عن طريق الاستنباط. لذلك فالقرينة تنطوي على استبدال محل آخر في الإثبات بالمحل الأصلي.[9]

وكتعريف جامع للقرينة يمكن القول بأنها **دليل أو نتيجة يمكن الوصول إليها من خلال عملية الاستنباط المبني على وجود واقعة ثابتة ومتفق عليها من أجل إثبات واقعة أخرى مجهولة أو غير ثابتة.**

من خلال تعريف القرينة بوجه عام يمكن تعريف قرينة الدستورية بأنها النتيجة التي يصل إليها المشرع الدستوري من أجل إضفاء صفة الدستورية على القانون من النواحي الموضوعية والشكلية، والتي يتوجب أن يأخذها القاضي الدستوري في الحسبان عند تعرضه للنظر أو البت في الطعون الدستورية.[10] فقرينة الدستورية تلزم كل من يدعي عدم دستورية النص القانوني أن يقدم الدليل والمبرر المقنع لإثبات حالة عدم الدستورية.

---

[8] انظر: عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص.237.

[2] انظر: د. عيد أحمد الحسبان، المرجع السابق، ص.171.

[10] المرجع نفسه، ص.172.

فإذا صدر نص تشريعي معين، وتبين أن هناك تفسيران لهذا النص، أحدهما يوضح أنه يعارض أحكام الدستور، والآخر يوضح أن هذا النص لا يعارض أحكام الدستور، وجب ترجيح التفسير الثاني اعتدادا بإضفاء قرينة الدستورية على النص التشريعي.

يرى جانب كبير من الفقه أنه بما أن القانون تعبير عن الإرادة العامة للأمة، فإنه يتعين اصباغه بقرينة الدستورية، ولذلك لا يجب وصفه بعدم الدستورية إلا في الحالات التي يكون فيها التعارض والمخالفة مع النص الدستوري واضحة وغير قابلة للجدل أو الاستبعاد.

أما على الصعيد القضائي، فقد عبر عنها أحد قضاة المحكمة الدستورية الإسبانية بقوله إن المحكمة تعلن عدم الدستورية للقانون فقط عندما يكون التعارض بين القانون والدستور واضحا. فإذا لم يكن التعارض واضحا، وجب الفصل بالدستورية، وهذا إعمالا للمبدأ الديمقراطي القائم على الإرادة العامة للأمة.[11]

[11] أنظر:

Manuel Aragon Reyes, Constitution y Demoracia, Madrid, Tecnos Editorial, 1989, p.124.

نقلا عن د. عيد أحمد الحسبان، المرجع السابق، ص.174

كما قام القاضي الأمريكي المشهور **جيمس برادلي ثايور** ***James Bradley Thayer*** بدراسة كبيرة عن قرينة الدستورية [12]، وصل فيها إلى نتيجة مفادها أنه ينبغي على القاضي الدستوري توخي الحكم بعدم دستورية القوانين التي يشك بعدم دستوريتها، بل يكون حكمه بعدم الدستورية مقتصرا على تلك النصوص التي تكون هدم دستوريتها واضحة للغاية ولا تحتمل اسباغ الدستورية عليها.

ويمكن تلخيص ملامح نظرية ثايور قرينة الدستورية كما يلي:

- ربط قرينة الدستورية وقرينة البراءة في القانون الجنائي والقانون المدني. فإذا كانت الأدلة المقدمة ضد المشتبه فيه جنائيا غير كافية وجب تبرئته، والشيء نفسه يقال على نص قانوني أنه دستوري إذا كانت المبررات والأدلة المقدمة للقاضي الدستوري غير كافية على اعتباره غير دستوري، فيقال في المواد الجزائية أن الشك يفسر لصالح المتهم، ويقال في القانون الدستوري أن **الشك في دستورية النص القانوني يفسر لمصلحة دستوريته.**
- انتقد ثايور نظرية القاضي مارشال في الرقابة على دستورية القوانين، والتي تأصلت من خلال حكمه الشهير في قضية مالبوري ضد ماديسون ***Millbury v. Madison***، والذي أقر فيه باختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية القوانين الفيدرالية، وذلك من خلال مقارنتها بالنصوص الدستورية الواردة في الدستور الفيدرالي، وفي حال المخالفة يحكم بعدم دستوريتها.

---

[12] انظر:

James Bradley Thayer, The Origin and Scope of American Doctrine of Constitutionnel Law, 7, Harvard Law Review, 1893, p.129.

ومالبوري ***Millbury*** هو قاضي أمريكي رفع دعوى إلى المحكمة العليا ضد ماديسون ***Madison*** وزير جيفرسون يطلب فيها إصدار أمر قضائي ***Write of Mandamus*** إلى ماديسون يقضي بتسليم قرار تعيينه قاضيا والذي أصدره مجلس الشيوخ وصدق عليه رئيس الدولة في ظل قانون النظام القضائي الذي أصدره الاتحاديون عام 1801.

تعتبر هذه القضية أول قضية تعرضت فيها المحكمة الاتحادية العليا لموضوع دستورية القوانين منذ إنشائها عام 1789 والحكم ببطلان القانون المخالف للدستور.

في 1803، أصدرت المحكمة الاتحادية العليا حكما من أهم أحكامها الدستورية يتضمن إقرارا للمحاكم بسلطة بحث دستورية القوانين. وبررت حكمها هذا بأنه إذا كان من واجب القاضي تطبيق القانون فإنه عليه التحقق أولا من وجود القانون المراد تطبيقه. وهذا الوجود يجب أن يكون مرتبطا بموافقته لأحكام الدستور. فإذا ثبت للمحكمة بأن القانون المراد تطبيقه مخالف للدستور، اعتبر في حكم المنعدم ما دامت المحكمة ملزمة بتطبيق القانون الأعلى وهو الدستور الذي ارتضاه أفراد الأمة قانونا أساسيا لهم، والمحكمة، وهي تمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، لا تعتدي على اختصاص سلطة أخرى وإنما تقوم بوظيفتها الرئيسية وهي تطبيق القانون.[13]

فبعد أن بين جون مارشال، رئيس المحكمة العليا آنذاك (1801-1835) التعارض بين نص المادة الثالثة من الدستور الأمريكي والفقرة الثالثة عشر من قانون النظام

[13] انظر: د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص.569.

القضائي، أكد حق القضاء في الامتناع في تطبيق أي نص قانون يخالف ما يرد في الدستور من أحكام ونصوص. وأورد حججا برر فيها هذا النوع من الرقابة رغم خلو الدستور الأمريكي وتعديلاته من النص الصريح على ذلك.

وكانت حجج مارشال ومبرراته في هذا الحكم هي:

1-الدستور الأمريكي هو القانون الأعلى للبلاد، فلا جدوى للتفرقة بين القانون الأعلى وهو الدستور، والقوانين العادية إلا إذا تقيدت السلطة التشريعية بحدود ذلك القانون الأعلى. فإذا ما خالفت هذه السلطة الدستور اعتبرت تشريعاتها غير دستورية وباطلة، ووجب على أي محكمة الامتناع عن تطبيقها. أما عكس ذلك فمعنى أننا نسلم بشيء أو حقيقة (**السمو**) ثم نتنكر لذلك (**عند التطبيق**).[14]

2-يتطلب الدستور من القاضي عند تقلده منصبه القسم باحترام الدستور وتطبيق نصوصه، فكيف يطلب من القاضي تأدية هذا القسم ثم يطلب منه تجاهل هذه النصوص الدستورية التي أقسم على احترامها إذا ما تعارضت مع نصوص تشريعية أدنى منها؟ فحرمـــان القاضي من مراقبة دستورية القوانين إهدار لقيمة هذا القسم وجعله سخرية كبيرة. [15]

3-إن الدستور الأمريكي عندما نص على القواعد القانونية التي يجب أن يطبقها القاضي في البلاد في كافة المنازعات ورتبها في المادة السادسة منه، إنما أراد من خلاله أن

---

[14] المرجع نفسه، ص.570.

[15] انظر: أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، دار النهضة العربية، 1960، ص.33.

يوضح أن واضعوه أرادوا أن يبينوا سمو الدستور وضرورة تقيد القاضي في كل المنازعات باحترام إرادة مؤسسي الولايات المتحدة الأمريكية كما عبروا عنها في دستورهم.

- إن المشرع وهو يسن القوانين فإنه يقوم بذلك بناء على واجبه الدستوري الذي يفرض عليه التدخل لتنظيم مسألة معينة، وبالتالي يعتبر عمله من أعمال السيادة. لكن هذا لا يمنع القاضي الدستوري من الرجوع إلى نية المشرع عند إعداده للنص للوقوف على مدى التزامه بالنص الدستوري. فإذا فسر عمل المشرع على أنه يتوافق مع الدستور، حكم بدستورية النص، والعكس صحيح. وهذا التفسير وجب أن يتعمق للإرادة الصريحة والضمنية.

2-الطبيعة القانونية لقرينة الدستورية:

إن إلى اللجوء للقرائن، مهما كان نوعها، يعني عدم كفاية باقي الأدلة المقدمة، وعليه فإن الافتقار إلى دليل إثبات يتسنى للقاضي الاعتماد عليه لإمكانية إصدار حكم في النزاع المطروح عليه يستوجب منه الرجوع إلى القرائن مهما كان نوعها. **فقرينة البراءة تلزم القاضي الجزائي** بتبرئة المتهم ما دامت لا توجد أدلة إثبات أخرى تدينه، أو وجود أدلة أخرى **تدحض هذا الدليل**. فكيف هو الموقف مع قرينة الدستورية؟

سبق القول إن **قرينة الدستورية التي يتمتع بها أي قانون**، تعني كأصل عام **ولغاية استقرار العمل التشريعي**، أن القاضي الدستوري يعتد بقرينة الدستورية كمنطلق لعمله، ويحكم بدستورية القانون المشار إلى عدم دستوريته، ما دام التفسير الذي يقوم به يوصله

إلى توافق النص القانوني مع النص الدستوري، ولو تطلب الأمر اللجوء إلى التفسير الواسع، لأن التفسير الواسع الذي يوصل إلى الدستورية يعني محاولة **المحافظة على الاستقرار التشريعي** أكثر من جهة، والحفاظ على **مبدأ التمثيل الديمقراطي من جهة أخرى.**

من خلال هذا التحليل، يمكن تصنيف قرينة "**الدستورية**" على أنها قرينة شكلية، أي لا تحتاج للتمسك بها إلى أية شروط. فيكفي للقاضي أن يصل إلى قناعة أن النص القانوني المطعون في دستوره يتوافق شكلا مع النص الدستوري، حكم بدستورية، مهما كان نوع التفسير الذي يقوم به واسعا أو ضيقا. ويبقى الحكم بعد الدستورية هو **الاستثناء.**

ثانيا: أسس قرينة "الدستورية"

إن الاعتماد على قرينة معينة من القرائن بوجه عام، وقرينة الدستورية بوجه خاص، لا بد أن يكون له مبررات وأسس للاقتناع بتلك القرينة دون بقية الأدلة، وبالتالي اعتبارها مسلمة أو حقيقية إلى أن يثبت عكسها. [16] ويمكن إجمال هذه المبررات أو هذه الأسس في مجموعتين، مجموعة **الأسس أو المبررات المعرفية المبنية على اقتناع القاضي الدستوري بصحة الأعمال التشريعية،** ومجموعة تتضمن المبدأ الديمقراطي الذي يقترن بمبدأ المساواة، وعليه ترجيح كفة "**دستورية النص**" على "**عدم دستوريته**"، إعمالا لمبدأ "**تصحيح الأخطاء**" أهون من جعل "**الصحيح خاطئ**" أي أهون الضررين، لأنه من السهل تصحيح الأخطاء الواردة في القانون مستقبلا، بينما من الصعب جعل قانون غير دستوري

[16] د. عيد أحمد الحسبان، قرينة الدستورية...، المرجع السابق، ص.190

رغم صحته، وبالتالي يصعب تصحيحه مستقبلا من جهة، ومساس بالإرادة العامة وخلق فراغ تشريعي من جهة أخرى.

أ-المبررات المعرفية كأساس لقرينة "الدستورية"

ترتبط المبررات المعرفية على اقتناع القاضي الدستوري بصحة الأعمال التشريعية. ولن يكون له ذلك إلا باقتناعه بطريقة التمثيل الديمقراطي الذي أوصل ممثلي الأمة لتلك الجهة التي أضحت تصدر هذه القوانين، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو طريق غير مباشر. فكلما كان التمثيل الديمقراطي سليما كانت القواعد القانونية تصدر مقرونة بقرينة الصحة والسلامة لأنها مقترنة بسلامة الإرادات والمناقشة والإقرار الجماعي، وبالتالي تصبح قرينة "**الدستورية**" أكثر وضوحا وأسهل تطبيقا من القاضي الدستوري.

ب-المساواة السياسية كأساس لقرينة "الدستورية"

إن المقصود بالمساواة السياسية هو تساوي الأفراد في مناقشة الشؤون العامة للجماعة، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. فالقانون هو محصلة مسار سياسي أساسه **المساواة بين المشاركين في صنعه.**

ولن تأتي هذه المساواة إلى بالمبدأ الديمقراطي الذي يؤدي إلى تقرير العمل الجماعي، والذي يوصل بدوره إلى خلق فئتين، فئة تتولى شؤون الحكم، وأخرى تتولى مهمة الرقابة على هذه الفئة الحاكمة، وهو ما يخلق اعتراف متبادل يوصل إلى رقابة متبادلة. [17]

ثالثا: قرينة "الدستورية" كضمانة للوقاية من الأخطاء في الأحكام الدستورية

عند عرض النزاع على القاضي الدستوري يفصل إما بدستورية النص القانوني المطعون فيه أو "عدم دستوريته". لكن ماذا سيكون الأمر لو يكون هناك خطأ في الحكم؟ بمعنى آخر ما هو الحل لو تحكم المحكمة بدستورية القانون ويتبين فيما بعد بأنه غير دستوري؟ أو تحكم بعدم دستورية النص ثم يتبين فيما بعد بأنه دستوري؟ وهل هناك وسائل دستورية لاستدراك مثل هذه الأخطاء بعد نشر الأحكام الدستورية؟ وما هو دور قرينة "**الدستورية**" في التقليل من هذه الأخطاء؟[18]

تقتضي الإجابة على هذه الأسئلة التطرق إلى فرضيتين:

الفرضية الأولى: صدور حكم بدستورية نص تبين فيما بعد أنه غير دستوري

هذه الفرضية لا تطرح إشكالا من الناحية الواقعية، لأنه لا توجد صعوبة في تصحيح الخطأ في الحكم الدستوري الذي وقع فيه الخطأ، مهما كانت نوع الرقابة على دستورية القوانين. فإذا كان نظام الرقابة على أساس **مركزية القضاء الدستوري**، وكان الحكم

---

[17] انظر:

Charles Beitz, Political Equality; an Essay in Democratic theory, Princeton University Press, 1989, p.93.

[18] د. احمد عيد الحسبان، قرينة الدستورية...، المرجع السابق، ص.210

صادرا بمناسبة دعوى أصلية أو إحالة أمام القاضي الدستوري، فهناك إمكانية لتصحيح هذا الخطأ مستقبلا بمناسبة الدفع بعدم دستورية القانون من طرف أطراف أخرى غير التي رفعت الدعوى الأصلية أو شكل دفعها أساسا للإحالة، سواء كانت الإحالة من قاضي الموضوع، أم تمت من صاحب المصلحة في الرفع بعدم الدستورية. فهنا تتاح الفرصة لجهة القضاء الدستوري لإصدار حكم يتفق مع الوقائع والمبررات التي تنفي وتدحض قرينة "**الدستورية**" على القانون محل الطعن.[19] أما إذا كان نظام الرقابة يقوم على أساس **لا مركزية القضاء الدستوري**، فيمكن التميز بين نظامين، **النظام الأول** الذي لا يأخذ بمبدأ السوابق القضائية، فهذه الأنظمة تكون فيها الأحكام الصادرة نسبية الأثر، أي لا يستفيد منها إلا أطراف الدعوى، وبالتالي يمكن أن تلتزم إلا المحكمة التي أصدرتها فقط دون بقية المحاكم، وهذا يعني إمكانية الدفع بعدم دستوريته مستقبلا في أي مناسبة أخرى يطرح فيها القانون للنظر. أما **النظام الثاني**، فيتمثل في الدول التي تأخذ بمبدأ السوابق القضائية، كما في الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، فهنا الحل في آلية التراجع عن السوابق، أي التراجع في حكم بعدم دستورية نص رغم صدور حكم سابق بدستوريته.[20]

الفرضية الثانية: صدور حكم بعدم دستورية نص تبين فيما بعد أنه دستوري

تثير هذه الفرضية صعوبات كبيرة، حيث أن الحكم بعدم دستورية نص يعني استبعاده من المنظومة القانونية للدولة، وبالتالي صعوبة إرجاعه إلى هذه المنظومة من جديد،

---

[19] د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية، المرجع السابق، ص.575

[20] قامت المحكمة الدستورية الإسبانية بتصحيح حكمها رقم 1987/160 والقاضي بدستورية قانون، وأصدرت حكمها رقم 1996/55 قضت بعدم دستوريته.

خصوصا في الدول التي تتبع أسلوب مركزية القضاء الدستوري. أما في الدول التي تتبع أسلوب لامركزية القضاء الدستوري فإن الأمر لا يطرح إشكالا لأن القانون يبقى في المنظومة القانونية، وكل ما هناك أن أثر الحكم يقتصر على الامتناع عن تطبيق القانون المطعون فيه بعدم الدستورية، وخاصة في الدول التي لا تأخذ بمبدأ السوابق القضائية، وبالتالي سيكون أثره مقتصرا على أطراف الدعوى والحكم الصادر فيها، وعليه يمكن تطبيقه مستقبلا في الدعاوى المطروحة ما دام دستوريا وما دام لم يخرج من المنظومة القانونية.

كما سبق تفصيله فإن الصعوبة تكون في أسلوب مركزية القضاء الدستوري، حيث تكون هناك صعوبة في استدراك الخطأ، خاصة في "**رقابة الدعوى الأصلية**" التي تؤدي إلى إلغاء القانون، وبالتالي إخراجه من المنظومة القانونية للدولة.

لكن طرح الفقه الدستوري حلا بسيطا، وهو إصدار قانون جديد مكان القانون الملغى لعدم دستوريته، وطرحه للنقاش من جديد أمام القاضي الدستوري ليحكم بدستوريته، وبالتالي تصحيح الخطأ ولو بطريقة متأخرة.

لكن جانب من الفقه، انتقد هذا الاتجاه رغم وجاهته وسهولته، حيث أنه بمجرد إصدار نص جديد فهذا يعني عدم الالتزام بأحكام القضاء الدستوري في حد ذاتها، ما دام هناك فصل سابق بعدم دستورية النص. لذلك، وأمام هذه الورطة الحقيقية، ولتجاوز الالتفاف

حول الموضوع، ولتقليل هذه الفرضية، اللجوء إلى التوسع في "**دستورية**" النص ولو كان هناك شك بعدم دستوريته، لأن التصحيح بعد الشك أسهل.

الفصل الثاني: مبدأ سمو الدستور

توصف أي دولة بأنها دولة قانون إذا احترم الحاكم والمحكوم القانون، فلا يكفي خضوع المحكومين فقط، بل لابد أن تخضع السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية للقانون أيضا.

والمقصود بالقانون في هذه الحالة هو القانون بمفهومه الواسع، من قواعد دستورية، قانون عضوي، قانون عادي واللوائح والقرارات (التشريع الفرعي)، بل ويضاف إليها المعاهدات والعرف والمبادئ القانونية. [21] وما دام الدستور هو القانون الأسمى والأعلى، فإنه يعتبر حامي مبدأ المشروعية، لذلك فإن **سمو الدستور** هو من خصائص الدولة القانونية. [22]

ولكي يتقرر هذا المبدأ لا بد له من وسائل تضمن وجوده واستراتيجيته، وإلا أصبح "**لفظا غير ذي مضمون**" كما عبر عنه الفقيه الفرنسي بيردو. [23] لذلك وجب دراسة مفهوم سمو الدستور ثم مصادره، ومبررات وجوده، ثم نقطة هامة تبدو غير مألوفة لدى الدارس وهو ما يسمى "**بالسمو الداخلي**"، ثم أخيرا ضمان استمراريته وهي الرقابة على دستورية القوانين.

---

[21] د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط...، المرجع السابق، ص.531

[22] د. ثروت بدوي، النظام الدستوري العربي، المرجع السابق، ص.90

[23] انظر:

Burdeau, G, Manuel de droit Constitutionnel et institutions Politiques, Op.cit., p.103.

إن الهدف من هذه الدراسة هي تحليل مبدأ السمو باستعراض مصادره لمعرفة درجة قوته وثباته. فقد نتج عن التطور المستمر للدساتير والدور الهام الذي تقوم به في حياة أي دولة عصرية، ظهور الفكرة التي مفادها أن للدستور الصدارة العليا في النظام القانوني القائم في الدولة والتي تجعل منه القانون الأول الذي تستمد منه قوانين الدولة أصولها. ومن هذا المنطلق ظهرت فكرة "**مبدأ سمو سيادة الدستور**" والذي يقابله في النظام الدستوري الانجليزي المبدآن المعروفان **بسيطرة البرلمان** (***Parliament Supremacy***) و"**سيادة القانون**" "***Rule of Law***". [24]

ويقصد بسمو الدستور أن يكون للدستور السمو أو العلو على ما عداه من تشريعات وأن تكون له مكانة الصدارة. ومنه تلتزم جميع السلطات في أي نظام سياسي بوجوب التقيد بنصوصه واحترامه، فهو سياج للحرمات والحقوق العامة في الدولة. [25]

ينقسم السمو إلى نوعين، **سمو موضوعي**، وهو الذي يستند إلى موضوع القواعد القانونية ومضمونه، **وسمو شكلي**، وهو المرتبط بشكل أو إجراءات توضع بها القواعد الدستورية وهذا لا يتحقق إلا إذا كان الدستور مكتوبا وجامدا.

---

[24] انظر: د. ادمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، الجزء الثاني، بيروت، دار العلم للملايين، 1965، ص.436.

[25] انظر: د. إبراهيم محمد درويش، محمد إبراهيم درويش، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص.133.

أصبح سمو النصوص الدستورية حقيقة معترف بها في غالبية دساتير العالم، وحتى أقدمها كان يعترف بهذا السمو كدستور بعض الولايات المتحدة الأمريكية كواشنطن، ودستور تشيكوسلوفاكيا سنة 1920، دستور إيطاليا 1947.

أولا: مفهوم سمو الدستور *La suprématie de la Constitution*

يقصد بسمو الدستور اعتبار "**الدستور القانوني الأعلى في الدولة لا يعلوه قانون آخر**". وينقسم السمو إلى موضوعي وسمو شكلي.

أ-السمو الموضوعي: وهو الذي يتقرر للقواعد القانونية بحسب طبيعتها وليس بحسب الشكل والإجراءات المتبعة في سنها أو تعديلها. وللسمو الموضوعي للدستور موضوعين:

1-**الدستور هو الذي يبين النظام القانوني للدولة** واتصاله بإيديولوجية معينة لرسم الإطار السياسي والاجتماعي والاقتصادي، وبالتالي فهو، أي الدستور، هو الذي يحدد أوجه أنشطة الدولة وأبعادها والتزامات السلطات فيها والحدود التي يجب ألا تتعداها وإلا كان عملها باطلا. [26]

2-**إن الدستور هو المنشئ للسلطات الحاكمة ويحدد اختصاصاتها ووظائفها**. وهذا الالتزام مرده إلى قواعد متميزة وهي القواعد الدستورية التي يجب ألا تخالف وتكون هي المرجع والسند ككل القواعد الأخرى. [27]

---

[26] د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط...، المرجع السابق، ص.534

[27] د. ثروت بدوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص.93

وباختصار لمفهوم السمو الموضوعي فإنه يجب على كل سلطة أن تحترم اختصاصاتها ولا تفوضها لسلطة أخرى إلا بنص دستوري.[28]

ب-السمو الشكلي: إذا كان السمو الموضوعي يستند إلى مضمون القواعد الدستورية وجوهرها، لذلك فإنه يتصور في كل الدساتير، مكتوبة أو غير مكتوبة، جامدة أو مرنة، فإن السمو الشكلي يستند إلى شكل هذه القواعد الدستورية وإجراءاتها. لذلك فهو لا يتقرر إلا للدساتير المكتوبة والجامدة والتي يتطلب لتعديلها إجراءات معقدة وطويلة.[29]

ثانيا: مصادر سمو القاعدة الدستورية

إن الهدف من دراسة مصادر سمو القاعدة الدستورية هو معرفة مدى قوة هذا المبدأ، وهل هو مبدأ مطلق وشامل، أو هو مبدأ محدد فقط زمانا ومكانا. ومن بين مصادر سمو القاعدة الدستورية نذكر:

1-الأسس التاريخية كمصدر للسمو

ذكر بعض الفقه أن سمو القاعدة الدستورية كان أساسها جملة من النظريات القانونية والسياسية التي تبلورت تاريخيا. وكان أول هذه المصادر التاريخية التي صاغت مبدأ

[28] د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، المرجع السابق، ص.196

[29] د. طعيمه الجرف، القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، المرجع السابق، ص.129

السمو هي أن "**الدستور يخلق أو ينشئ الدولة، وعلى هذا فإن الدول لا وجود لها قبل وجود الدستور**".[30]

وتبنى هذه النظرية فلاسفة العقد الاجتماعي "هوبز، لوك، مونتيسيكو" وكذلك فلاسفة التنظيرات الحديثة "كلسن، فالين، ديكي... ". وأوضح هؤلاء الفقهاء أن الدستور عقد اجتماعي أو هو تجسيد له.

لكن هذه النظريات تعرضت لانتقادات. ومن بين الانتقادات الموجهة لهذه النظريات أن فكرة العقد مدينة بدورها لوجود الدولة، فلولا وجود الدولة لما وجدت فكرة العقد، فالدولة سبقت العقد، وبالتالي لا يمكن للعقد أن يكون سببا في وجود الدولة. [31] كما أن كل الدساتير أو جلها تتشارك في معانٍ واحدة أو طبيعة واحدة، لكن لكل منها أو لكل مجموعة منها معان خاصة أو طبيعة خاصة تمليها اعتبارات أو دوافع معينة. لكن يبقى الهدف المشترك لكل الدساتير هو إقامة الدستورية ***Constitutionalism*** أو الحكم بموجب المبادئ الدستورية، والمرتبط دوما "**بفكرة قرينة الدستورية**".[32]

ومفهوم " قديم **الدستورية**" يمتد إلى الفكر الإغريقي والروماني والعصور الوسطى ثم تعزز بثورات القرن السابع عشر والثامن عشر. وكان المفهوم المعطى "**للدستورية**" في

---

[30] د. إبراهيم عبد العزيز بشير، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص.ص.15-17

[31] د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، بغداد، مطبعة العاني، 1370، ص.18

[32] د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، الأنظمة الدستورية في مصر، القاهرة، دار النهضة العربية، 1996، ص.114

جميع هذه المراحل هو أنها "**قيد قانوني على الحكم أو الحكومة**"، أي نقيض أو عكس الحكم المطلق أو الأهواء بدلا من حكم القانون. [33]

وفي هذا الإطار قال "**لويفانشتين**" أن "**الدستور هو الوسيلة الأساسية للسيطرة على السلطة... إن غرض الدستور هو الربط بين الأدوات اللازمة لتحديد السلطة السياسية والسيطرة علفيها وتحرير الناس من الهيمنة المطلقة للحكام**"[34].

وسار "**فريدريخ**" في هذا الاتجاه حين قال "**إن الدستور هو الجهاز الذي يكبح به التصرف الحكومي كبحا فعالا**".[35]

ورغم عمق هذه النظريات، إلا أنها لم تعط تفسيرا شافيا لنشأة "مبدأ السمو" مما تطلب البحث عن مصادر أخرى. [36]

2-<u>الحقوق الأساسية كمصدر للسمو:</u>

- ساد الاعتقاد في القرنين الخامس عشر والسادس عشر، في انكلترا بوجود حقوق أساسية لا يجوز لأحد تجاوزها أو إهمالها. وأطلق على هذه الحقوق بـ " **الأساسية**" وهو

---

[33] انظر: د. أحمد العزي النقشبندي، سمو النصوص الدستورية، دراسة مقارنة، مجلة النهضة، المجلد 13، عدد2، أبريل2012، ص.83

[34] انظر:

Charles Haward Mellain, Constitutionalism-Ancient and Modern, New York, Cornel University Press, 1960, p.21.

[35] انظر:

Karl Loewenstein, Political Power and the government Process, Chicago, 1975, pp. 123-125.

[36] انظر:

C.J .Fredrich, Constitutional Government and Democracy, Waltham, Mass, 1968, pp.133-171.

تعبير أدى إلى عبارة "**القانون الأساسي**" أو "**القانون الأعلى**" قبل إطلاق كلمة الدستور وشيوع استعمالها. وعلى هذا الأساس قامت حركات تطالب بالاعتراف بهذه الحقوق وتقييد سلطات الملك المطلقة، لذلك ثار الخلاف بين الملك "**جيمس الأول**" من جهة والبرلمان من جهة أخرى، حيث ادعى الملك "**أن امتيازاته تؤلف الجزء الأساسي من القانون الأساسي أو القانون الأعلى**".[37] أما البرلمان فذهب إلى أن حقوق المواطنين الأساسيين هي كل ما يؤلف هذا القانون، فوجه إدانة صريحة للملك في ديسمبر عام 1641 واصفا ادعاءاته بأنها مخطط حاقد خبيث لتخريب القوانين الأساسية ومبادئ الحكم، وذلك في وثيقة وجهها له "سميث" سميت بـ "**الاحتجاج الأكبر**". ثم قام البرلمان بعد ذلك مباشرة بإصدار القانون الأساسي أو الأعلى بدون إرادة الملك، مما دفع بهذا الأخير إلى توجيه تهمة الخيانة العظمى إلى خمسة من أعضاء البرلمان المتمردين.[38]

أما القضاء الانجليزي فقد أرسى فكرة "**سمو القانون الأساسي**" على كل من الملك والبرلمان في قضية "***Bonham***" التي نظر فيها القاضي والفقيه الانجليزي "**إدوارد كوك**" عام 1610 حينما قال "**إن هناك بعض المبادئ الأساسية وراء القانون الانجليزي لا يجدر بالبرلمان أن يغيرها، وفي مقدمة تلك المبادئ ما يتعلق بحقوق المواطنين**". ودعا في قراره إلى التفسير الضيق للقوانين التي قد تغير هذه المبادئ. وأرسى هذا القرار فكرة

---

[37] انظر: د. مجدي محمد زيادة، الاتجاهات السياسية وأثرها على الرقابة الدستورية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2009، ص.66.

[38] انظر:

Alan Harding, A Social History of English Law, Polican, 1966, p.260.

"سمو القانون الأساسي" على الملك والبرلمان، فقد كانت فكرة القوانين الأساسية هي المحور الرئيسي الذي دار حوله الفكر السياسي آنذاك، ومنه الفكر الأمريكي منذ العهد الاستعماري إلى غاية وضع دستور 1787.[39]

3-<u>الاعتقاد بأن الدستور عمل من أعمال الشعب:</u>

أصبحت عبارة "**نحن الشعب**" عبارة مألوفة وتتصدر الكثير من دساتير العالم متقدمة على الدستور الأمريكي تنص على هذا المعنى، وهو أقدم دستور مدون نافذ في العصر الحديث. [40] وعبر "**ألكسندر هاملتون**" أحد واضعي الدستور الأمريكي، على هذا المعنى بقوله: «**إن الدستور يجب أن يعد عملا من أعمال الشعب، وأن القوانين التي يسنها الكونغرس مجرد أعمال يقوم بها نواب الشعب، وعليه فإن كل عمل تشريعي يناقض الدستور لا يمكن اعتباره صحيحا أو مشروعا، وإن إنكار هذه الحقيقة يؤكد أن الوكيل أكبر من موكله وأن الخادم فوق سيده وأن ممثلي الشعب هم أعلى من الشعب نفسه**».

كما جاء في مقدمة الدستور الهندي سنة 1950 أنه: «**نحن الشعبي الهندي في جمعيتنا التأسيسية نعتمد هذا الدستور ونشرعه ونمنحه لأنفسنا**».[41]

---

[39] أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، المرجع السابق، ص.45.

[40] انظر:

K.C. Wheare, Modern Constitutions, London, Oxford University Press, 1966, p.66.

[41] انظر:

H. M. Seervai, Constitutional Law of India : A Critical Commentary, Banbay, 1975, p.75.

ثالثا: مبررات سمو الدستور

إن السؤال الذي يطرح نفسه بعد معرفة مصادر مبدأ السمو، هو ما الذي يبرر سمو الدستور عن بقية القواعد القانونية؟ ومن بين هذه المبررات نذكر:

أ-إقامة نظام الحكم المقيد:

اعتقد الفقه الحديث أن الدستور هو الأداة التي يمكن أن تحقق السيطرة على الحكم، وجعله حكما مقيدا، مما ينتج عنه تقييد السلطتين التنفيذية والتشريعية.[42] ولا يمكن وصف هذا التقييد بأنه يحمل معنى سلبي للدستور بأنه أداة كابحة في الدولة، لأنه إذا كانت المساءلة تتم حينما يتم تجاوز الصلاحيات، فإن المساءلة قد تمتد حتى إلى عدم ممارستها أصلا. [43]

ب-الإبقاء على شكل نظام الحكم:

يبقى الحفاظ على نظام الحكم في الدولة وطبيعته من أهم أهداف واضعي أي دستور، وهذا ما نجده مجسدا في معظم الدساتير العريقة. فقد نصت المادة 95 من الدستور الفرنسي لسنة 1946 على أن "**نظام الحكم الجمهوري لا يمكن تعديله**". كما نصت المادة 89 من دستور 1958 على أنه: "**لا يجوز مطلقا عرض التعديل أو السير في إجراءاته إذا كان يمس سلامة الوطن، ولا يجوز أن يكون الشكل الجمهوري موضع تعديل**". كما نصت المادة 29 من الدستور الإيطالي على أنه: "**لا يجوز أن يكون الشكل الجمهوري**

---

[42] أنظر: د. أحمد العزي النقشبندي، المرجع السابق، ص.85

[43] أنظر: صالح جواد الكاظم، تفسير الدستور، محاضرات غير منشورة، بغداد، كلية القانون، 1992، ص.ص. 20-25

محلا لتعديل دستوري". والشيء نفسه نصت عليه المادة 72 من الدستور التونسي لسنة 1958، والمادة 104 من الدستور البحريني لسنة 1973 التي نصت على أن "**مبدأ الحكم الوراثي في البحرين لا يجوز اقتراح تعديله بأي حال من الأحوال**".

لكن هذه الموانع تبقى نسبية ولم تساهم إلى حد الصلابة في سمو الدستور.[44]

جـ-إقامة الرقابة على دستورية القوانين:

ينظم الدستور في النظم الديمقراطية السلطات الأساسية فيها ويحدد العلاقات الوظيفية بينها، وبينها وبين حقوق الأفراد وواجباتهم. كما أن مبدأ الفصل بين السلطات يجعل كل سلطة داخل الدولة تستقل بوظائفها دون تدخل سلطة أخرى وتتعدى سلطة على اختصاصات الأخرى. إلا أن هذا يبقى غير كافٍ، بل يجب أن تكون هناك ضمانات كافية لكل سلطة، لكيلا تتعدى اختصاصاتها لسلطة أخرى، أو أن تتعدى سلطة أخرى سلطاتها هي في حد ذاتها وفقا لأحكام الدستور. وهذه الضمانة هي التي أصبحت تسمى بـ "**الرقابة على دستورية القوانين**" التي كانت نتيجة حتمية لمبدأ سمو القاعدة الدستورية وضمانة له.[45]

---

[44] أنظر:

Kathleen M. Sullivan and Gerald Gunther, Constitutional Law West group, 2003, p.32.

[45] أنظر: د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، القاهرة، الجلال للطباعة، 2003، ص.ص. 70-80

ويقصد بالرقابة على دستورية القوانين "**التحقق من مخالفة القوانين للدستور تمهيدا لعدم إصدارها إذا لم تصدر أو إلغائها والامتناع عن تطبيقها إذا كان قد تم إصدارها**".[46]

فمبدأ السمو يقتضي "**ألا تكون القوانين الصادرة في دولة ما تحمل في أحكامها الموضوعية ما يناقض الأحكام الموضوعية في الدستور أو ما يمس بها مساسا فيه تعديلا لأحكامها، وكذلك بالنسبة للأحكام الشكلية**".[47]

رابعا: "السمو الخارجي" و "السمو الداخلي" للدستور

بعد أن تم عرض معنى السمو الذي يقتضي سمو القواعد الدستورية على بقية القواعد القانونية الأدنى منه، كيف هو حال النصوص والقواعد الدستورية في حد ذاتها؟ أي هل هناك سمو داخل الدستور نفسه؟

إن النصوص أو القواعد الدستورية ليست متساوية في حد ذاتها، فالبعض منها يسمو على بالعض الآخر، وهو ما يسمى "**بالسمو الداخلي**" لبعض نصوص الدستور على نصوص أخرى.[48]

---

[46] أنظر: ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص.438

[47] د. أحمد العزي النقشبندي، المرجع السابق، ص.87

[48] د. جورج سعيد ساري، أصول القانون الدستوري، القاهرة، بدون ناشر، 2003، ص.65

أ-أهمية "السمو الداخلي" للنصوص الدستورية

لابد من الانطلاق من مسلمة هي أن الدستور وحدة واحدة متكاملة الأجزاء، لكل جزء وظيفته ودوره للوصول إلى تحقيق الوظيفة الأسمى لأي دستور وهي "**حفظ النظام واستقرار الدولة**".[49]

وإذا كانت قواعد أي دستور متساوية من حيث طبيعتها "**كونها تحمل طابع الدستورية ككل**" فإنها متساوية أيضا من حيث "**الأهمية والقيمة القانونية**". فأي قاعدة دستورية تستمد أهميتها من الدستور نفسه. فإذا ما تم إهمال أي قاعدة دستورية فمعناه إهمال الدستور كله. ومثال ذلك إذا تم إهمال قاعدة الرقابة المتبادلة بين السلطات في الدولة، فمعناه خلط لكل السلطات والوظائف، وهو ما يؤدي إلى اهتزاز القواعد الدستورية، مما يترتب عنها اهتزاز الدستور في حد ذاته، وهو ما يؤدي إلى هز استقرار الدولة. [50]

لكن رغم هذه المسلمة، توجد بعض الدساتير التي خرقت ذلك وأضفت في صلبها أهمية خاصة لبعض النصوص على أخرى. ومثال ذلك الدستور العراقي لسنة 1925 في مادته 118 والتي ميز فيها بين الأمور الفرعية والأقل أهمية وغيرها من النصوص التي لا بد أن تكون أكثر أهمية. فقد أجازت هذه المادة لمجلس الأمة خلال سنة واحدة من تنفيذ الدستور أن يعدل أيا من هذه المسائل الفرعية أو يضيف لها، ولكن الدستور لم يحدد هذه المسائل، لذلك كان باستطاعة المجلس أن يعدل أية مادة في الدستور بحجة أنها فرعية أو

---

[49] د. صبري السنوسي، الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص.25.

[50] د. أحمد العزي النقشبندي، المرجع السابق، ص.88.

ثانوية أو أقل أهمية، و هذا ما تم في الواقع، حيث، وتطبيقا لهذه المادة، عدلت ثمان مواد من الدستور العراقي تتعلق بانتقال العرش والوصاية على الملك و غياب الملك عن العراق ومخصصات عضو مجلس الأعيان ودعوة الملك مجلس النواب للانعقاد و مخصصات النائب والمحاكمة أمام المحكمة العليا و تفسير الدستور.[51]

كما نجد بعض الدول قد أضفت الجمود المطلق على بعض النصوص دون أخرى، منعا لتعديلها لأنها لا تتعلق بجوهر النظام السياسي أو نظام الحكم كما سبق تفصيله في المادة 95 من دستور فرنسا لسنة 1946 المتعلقة بعدم جواز تغيير النظام الجمهوري، إضافة إلى المادة 290 من دستور البرتغال لسنة 1976 التي تمنع المساس بالنظام الجمهوري والمادة 101 من الدستور المغربي لعام 1972 التي نصت على أن "**النظام الملكي للدولة وكذلك النصوص المتعلقة بالدين الإسلامي لا يمكن أن تتناولها المراجعة**". [52]

كما أن هناك بعض النصوص "**الغريبة**" في بعض الدساتير، كالدستور الهندي الذي أطلق وصف "**الحقوق الأساسية**" على مزاولة أي مهنة أو حرفة أو عمل تجاري، في صلب المادة 19 من الباب الثالث المتعلق بالحقوق الأساسية، ولكنه لم يدخل حرية التجارة والاتصال في هذه "الحقوق الأساسية"، بل نظمها في المادة 301 بعيدة كل البعد

[51] د. ماجد سلطان محمد بن سليمان، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2003، ص.53.

[52] د. كمال أحمد أبو المجد، المرجع السابق، ص.45 وما بعدها

عن "الحقوق الأساسية"، مما يعني أن الحرية التي تمنحها الحقوق الأولى ليست هي الحقوق التي تمنحها الثانية.[53]

ب-رأي الفقه الدستوري في مسألة "السمو الداخلي"

يرى الفقه الدستوري أن هناك تفاوتا بين النصوص الدستورية في حد ذاتها من حيث قيمتها القانونية. فرأى الفقيه الانجليزي " **كيث وير**" أنه «**ليست مواد الدستور وفقراته...كلها ذات قيمة متساوية... شأنها في ذلك شأن فقرات أي قانون من القوانين...**». وكان مبرر "**كيث وير**" في هذا التفاوت أن هناك حالات تكون فيها الحكومة مخولة أخلاقيا أن تخرق جزءً من الدستور لتنفيذ الدستور، أو أن تهمل ما هو رديء لتفرض ما هو جديد فيه. كما تمكنها أن تقرر ما يجب إنقاذه وما يجب فقدانه. كما كان للفقيه "**ماكس بيلوف**" رأي مشابه في دراسته للدستور الأمريكي، فقد رأى أن هذا الدستور يميز بين نصوصه من هذه الأهمية في حالتين:

1-**الاستثناء الأول**: وكان مؤقتا، حيث عطل صلاحية الكونغرس في تشريع القوانين التي تحرم تجارة الرقيق إلا في الولايات الداخلية لمدة عشرين عاما تلبية لطلب محلي.

2-**الاستثناء الثاني**: وكان دائما، إذ تنص المادة الخامسة من الدستور الأمريكي في نهايتها على أن: «لا **تحرم أية ولاية من حق التصويت المتساوي في مجلس الشيوخ بدون رضاها**». وهذا هو النص الوحيد الذي لا يقبل التعديل، أي أنه يتمتع بسمو داخلي على بقية النصوص التي فيما الممكن أن يطولها التعديل.

[53] د. أحمد العزي النقشبندي، المرجع السابق، ص.89

وقد تأتي نصوص دستورية يظهر أنها تتميز "**بالسمو الداخلي**" على بقية النصوص، إلا أنها في حد ذاتها قد تخضع للتعديل رغم النص على أنها غير قابلة للتعديل، وهذا ما حدث في الدستور الجزائري لسنة 1976 الذي نصت المادة الأولى منه أن «الدولة **الجزائرية دولة اشتراكية**». ثم جاءت الفقرة الثالثة من المادة 195 من الدستور نفسه لتنص على أنه "**لا يمكن لأي مشروع لتعديل الدستور أن يمس بالاختيار الاشتراكي**". كما وردت كلمة "**الاشتراكية**" 44 مرة ضمن 31 مادة منه زيادة على ديباجة الدستور. لكن جاء دستور 1989 ليكون خاليا تمام من هذا المصطلح "**الاشتراكية**" وهو ما يعني أن "السمو الداخلي" يخضع لعوامل سياسية وأخلاقية وسوسيولوجية.[54]

وكخاتمة لدراسة **مبدأ السمو** يمكن القول إن هذا "**المبدأ**" يتطلب احترام السلطات العامة في الدولة لاختصاصاتها المنصوص عليها دستوريا، وهذا ما يحافظ على استمراريته وديمومته وعلوه. وما دام هذا المبدأ محترما من الجميع فإن احترام الدستور يبقى قائما. غير أن الإخلال بهذا المبدأ يتطلب اللجوء إلى وسيلة أخرى لفرض احترام هذا المبدأ، وهي ما تسمى **بالرقابة على دستورية القوانين**، التي اتفق الجميع على أنها الوسيلة المثلى للحفاظ على هذا المبدأ، وإن اختلفوا في نوعها وطريقة حمايتها والجهة المجهولة بها، مما خلق نوعين من الرقابة: رقابة سياسية ورقابة قضائية، وهو ما نتناوله بالدراسة في الفصل الموالي.

[54] د. أحمد كمال أو البجد، المرجع السابق، ص.ص. 150-160

الفصل الثالث: ضمانات سمو الدستور

بعد أن تطرقنا إلى أهم مبدأ دستوري وهو "**مبدأ السمو**" الذي تتمتع به القواعد الدستورية على بقية القواعد القانونية في الدولة، نأتي إلى ضمانات المحافظة على هذا السمو، إذ لا يكفي وجود الآلية بل ضمان استمرار هذه الآلية.

يتوجب على كل السلطات أو الهيئات في الدولة الخضوع لأحكام الدستور في كل تصرفاتها وإلا فقدت هذه الاعمال "**الأساس القانوني**". وهذا الالتزام هو التزام "**قسري**" أو "**إجباري**"، وعدم احترامه يوصل إلى ما يسمى "**بالرقابة على الدستورية**".

إن السؤال المطروح في هذا الإطار هي الجهة التي يحق لها الحكم ببطلان قانون جاء مخالفا للدستور أو لم يكن متفقا معه؟ وما هي الإجراءات التي تتخذ في ذلك؟ اجتمعت جل الأنظمة الدستورية في العالم على وجود نظامين رئيسيين للرقابة، النظام الأول يعرف **بالرقابة السياسية**، والنظام الثاني يعرف **بالرقابة القضائية**. لذلك سوف نخصص نظام بدراسة مستقلة

أولا: الرقابة السياسية على دستورية القوانين

يفضل بعض الفقه تسمية هذا النوع من الرقابة "بالرقابة **اللاقضائية**" بدل "**السياسية**"[55]. وتبدو هذه التسمية صحيحة لحد بعيد **حسب رأينا**، لأن تسمية الرقابة على دستورية القوانين بـ "**السياسية**" توحي بأن الجهة التي تقوم بها سياسية بحتة، وهذا ليس صحيحا دوما كما سنرى فيما بعد. كما قد تبدو التسمية بأن هدفها سياسي وهو ليس

[55] د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص.57

صحيحا كذلك، لأن هدفها هو مراقبة تطبيق مبدأ "**سمو القاعدة الدستورية**" كما سبق تفصيله وليس لأهداف سياسية بالمفهوم الحزبي.

يتميز أسلوب الرقابة السياسية على دستورية القوانين بأنه أسلوب وقائي ***Préventif*** يسبق صدور القانون، تتولاه هيئة سياسية محددة هدفها التأكد من مطابقة القانون الصادر لأحكام الدستور وعدم صدوره مخالفا للقواعد الدستورية.[56] ويتولى هذا النوع من الرقابة هيئة تسمى "**المجلس الدستوري**" في معظم الدول التي تبنت هذا النوع من الرقابة.

لكن قد تأخذ هذه الرقابة أيضا وصف الرقابة "**اللاحقة**" لنفاذ القانون، فالرقابة الوقائية كانت تطبق في فرنسا قبل تعديل 2008[57]، الذي أضاف الرقابة اللاحقة، بينما نجد المشرع الدستوري الجزائري يتبنى نوعي الرقابة السابقة واللاحقة، بموجب دستوري 1989 و1996. [58] ويعتبر "**المجلس الدستوري الفرنسي**" التطبيق الحقيقي لهذا النوع من الرقابة، لذلك يستحسن دراسته أولا، ثم دراسة الرقابة السياسية في الجزائر بنوع من التفصيل.

---

[56] أنظر:

Gicquel et Hauriou, Droit Constitutionnel et institutions politiques, Op.Cit, p.921.

[57] أدرج المؤسس الدستوري الفرنسي الرقابة اللاحقة من خلال منحه حقا للدفع بعدم دستورية الأحكام الماسة بالحقوق والحريات العامة على أن يكون ذلك بإحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض، انظر المادة الفقرة الاولى من المادة 61 من الدستور، وانظر أيضا: سهيل محمد العزام، أنواع الرقابة على دستورية القوانين، دار عمار للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص.10

[58] نصت المادة 165 من دستور 1996 على أنه: «**يفصل المجلس الدستوري، في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية**».

1-الرقابة السياسية على دستورية القوانين في فرنسا:

تبنى الدستور الفرنسي الحالي لسنة 1958 أسلوب الرقابة السياسية السابقة، وعهد بها إلى المجلس الدستوري. ويتشكل المجلس الدستوري في فرنسا من نوعين من الأعضاء، فصلت فيهما المادة 56 منه، أعضاء معينون بحكم الدستور نفسه ولمدى الحياة، وهم رؤساء الجمهورية السابقين. وحكمة تعيينهم هي الاستفادة من خبراتهم السابقة.[59] كما يتشكل من 09 أعضاء آخرين عضويتهم في المجلس الدستوري لمدة 09 سنوات غير قابلة للتجديد، ثلاثة يعينهم رئيس الجمهورية، وثلاثة يعينهم رئيس الجمعية الوطنية وثلاثة يعينهم رئيس مجلس الشيوخ. ويجري التجديد لثلث الأعضاء كل ثلاثة سنوات. أما رئيس المجلس فيختاره رئيس الجمهورية من بين الأعضاء، وله صوت مرجح عند تساوي الأصوات.[60]

أ-اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي:

يختص المجلس الدستوري الفرنسي بالرقابة على دستورية القوانين إضافة إلى اختصاصات أخرى حددها له الدستور، منها الإشراف على سلامة إجراءات انتخاب رئيس الجمهورية وفحص الطعون وإعلان نتائج الاقتراع. كما يختص بالفصل في منازعات صحة انتخاب النواب والشيوخ، ثم الإشراف على صحة عمليات الاستفتاء وإعلان نتائجه.

---

[59] يبدو أن هذا بعيد التحقيق واقعيا، لأنه لا يتصور رئيس سابق للجمهورية يأتي ويحضر في اجتماع مجلس دستوري، وهذا ما وقع فعلا إذ لم يثبت حضور أي رئيس سابق لمداولات المجلس الدستوري الفرنسي...

أنظر:

Hauriou et Gicquel, Droit Constitutionnel…, Op.cit., p.926.

[60] نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في القانون الدستوري...، المرجع السابق، ص.549.

ورقابة المجلس الدستوري الفرنسي هي رقابة قبلية كما سبق تفصيله، غير أن التعديل الدستوري لسنة 2008 أضاف الرقابة اللاحقة.

والرقابة نوعين حسب نص المادة 61 من دستور 1958، هي رقابة وجوبية ورقابة جوازية. فأما الرقابة الوجوبية، فهي التي فرضتها الفقرة الأولى من هذه المادة والتي تخص القوانين الأساسية واللوائح الخاصة بالمجالس البرلمانية. فهذه اللوائح لا يجوز إصدارها قبل عرضها على المجلس الدستوري وإقراره له. أما الرقابة الجوازية، وهي التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة نفسها والخاصة بما يراه رئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ ضروريا من مشروعات قوانين يجب تقرير مدى دستوريتها.

كما أضاف التعديل الدستوري لسنة 1974 جهة أخرى يحق لها عرض مدى دستورية القوانين إلى 60 عضوا من الجمعية الوطنية أو 60 عضوا من مجلس الشيوخ.[61]

ويصدر المجلس رأيه، في الرقابة الوجوبية أو الجوازية، في مدة أقصاه شهر. ويحق للحكومة، في حالة الاستعجال، طلب تقصير المدة إلى 08 أيام. وتكون قرارات المجلس الدستوري غير قابلة للطعن من جهة ولأي سبب، فهي قرارات نهائية، وتكون ملزمة بحيث

[61] انظر:

Hauriou et Gicquel, Droit Constitutionnel…, Op. Cit., p.926.

لا يجوز إصدار نص أو تطبيق تم الفصل فيه بعدم الدستورية. وهذا ما فصلت فيه المواد 62 و63 من الدستور الفرنسي لسنة 1958.[62]

أما الرقابة اللاحقة لدستورية القوانين في فرنسا، فإنه وفقا لهذا النوع من الرقابة فإن المجلس الدستوري ينظر في دستورية القوانين بعد إصدارها ودخولها حيز النفاذ، وهو إجراء جاء بعد تعديل 23 جويلية 2008 بإضافة فقرة إلى المادة 61، التي تنص على أنه: «عند مناسبة النظر في دعوى مقامه أمام القضاء، ودفع أحد أطراف الدعوى بأن حكما تشريعيا ينتهك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، يستطيع المجلس الدستوري النظر في هذه المسألة بناء على إحالتها إليه من مجلس الدولة أو محكمة النقض اللذين يتخذان قرارهما خلال فترة محددة، ويحدد بقانون عضوي شروط تطبيق هذه المادة ».[63]

وصدر هذا القانون العضوي فعلا في 10 ديسمبر 2009 الذي أعطى تسمية لهذه الرقابة بـ «**مسألة الأولوية الدستورية**» « ***La Question Prioritaire de Constitutionnalité*** »

أو اختصارا بـ: **QPC**. [64]

---

[62] انظر:

Burdeau, G, Manuel de droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Op.cit., p.125.

[63] نصت المادة 1/61 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 بعد تعديل سنة 2008:

ARTICLE 61-1 *"Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article".*

[64] للاطلاع على نص هذا القانون كاملا، يمكن الرجوع إلى الموقع:

www.Legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte

ودخلت هذه المادة التطبيق الفعلي في الأول من جانفي 2010. ويمكن معالجة هذا التعديل الجوهري في الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا في ثلاث جوانب:[65]

- إجازته للأفراد المتخاصمين في دعوى منظورة قضائيا الطعن في دستورية القوانين التي تنتهك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور أمام القضاء العادي.
- اختصاص مجلس الدولة (إذا كانت الدعوى مرفوعة أمام المحاكم الإدارية) أو محكمة النقض (إذا كانت الدعوى مرفوعة أمام المحاكم العادية) في إحالة الطعن إلى المجلس الدستوري من عدمه.
- احتفاظ المجلس الدستوري بصلاحية البت في هذه الطعون.[66]

ب-تعديل 2008 والآلية الجديدة للرقابة على دستورية القوانين في فرنسا

أتاح هذا التعديل، ولأول مرة، الطعن في الأحكام التشريعية أمام القضاء العادي. ويقصد بالأحكام التشريعية النصوص التي تعتمدها السلطة التشريعية ممثلة في البرلمان الفرنسي بغرفتيه (الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ)، مما يعني أن الأحكام التي يطعن فيها بعدم الدستورية هي التي تصدر من البرلمان. والأحكام التي يصدرها البرلمان هي

[65] للتفصيل أكثر، انظر مقالة هنري فلوشير:
www.Legavox.fr/blog/maitre-henry-flecher/organique-decembre-2009-date-pour-1402.htm

[66] أنظر: علي عيسى اليعقوبي، تعديل 23تموز 2008 الدستوري وأثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، السنة 2012، المجلد، 27، العدد، ص.ص. 390

القوانين العادية والقوانين العضوية والقرارات (*Ordonnance*) التي يصدرها رئيس الجمهورية ويصادق عليها البرلمان، ثم القوانين الصادرة من كاليدونيا الجديدة.[67]

أما المراسيم الرئاسية والأوامر والقرارات الفردية فإنها لن تكون محلا للطعن لأنها ستكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري، وهذا ما أوضحه المجلس الدستوري في موقعه الرسمي.[68]

كما أن الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، والتي تكون الأحكام التشريعية الصادرة بشأنها صالحة للطعن بعدم الدستورية، فهي الحقوق والحريات التي تحويها التشريعات التالية:

-دستور 1958.

-النصوص التي أحالت إليها ديباجة دستور 1958 وهي إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 وديباجة دستور 1946 والمبادئ الأساسية التي اعترفت بها قوانين الجمهورية الفرنسية المشار إليها في ديباجة دستور 1946 مثل حرية تأسيس الجمعيات وحرية التعليم وغيرها، ثم الميثاق البيئي لسنة 2004، وهو نص له قيمة دستورية تكرس حقوق الإنسان في مجتمعه و بيئته أقره البرلمان الفرنسي سنة 2004، واكتسب هذا

[67] كاليدونيا الجديدة هي إقليم تابع لفرنسا يقع في أوقيانوسيا، امتلكته فرنسا سنة 1853، مساحته19060كم^2، عاصمته نوميا.

[68] انظر للتوضيح:

www.Conseil-Constitutionnel.fr

الميثاق أهمية خاصة سنة 2005 بعد تبني البرلمان تعديلا دستوريا يضفي على الميثاق البيئي قيمة دستورية بعد الإشارة إليه في دستور 1958.[69]

يثار الدفع بعدم دستورية القانون أو **مسألة أولوية الدستور** أمام المحكمة الفرنسية بمختلف درجاتها، سواء كانت محاكم درجة أولى أو محاكم استئناف أو محكمة نقض[70]. وتختلف أنواعه، سواء كانت إدارية تابعة لمجلس الدولة أو عادية تابعة لمحكمة النقض. وتستثنى من ذلك المحاكم الجنائية، فلا يمكن إثارة الطعن أمامها، لكن يمكن أن يقدم في المراحل التي تسبقها كالطعن أمام قاضي التحقيق أو المراحل التي تلي المحكمة الجنائية كالاستئناف والنقض.[71]

كما يجب أن يكون الطعن المقدم إلى الجهة القضائية مكتوبا ومسببا ومنفصلا عن إجراءات الدعوى الأخرى، للسماح للقاضي في النظر فيه مستقلا ومباشرة دون تأخير معلنا "**أولويته**" على بقية الدعوى، فإن كان الطعن مستوفيا للشروط التي وضعها قانون 10 ديسمبر 2009، وجب على القاضي إحالة القضية إلى محكمة النقض (إن كان القاضي عادي) أو مجلس الدولة (إن كان القاضي إداري). أما إذا رفض القاضي إحالة الطعن لكونه غير مقبول أو غير مسوفٍ للشروط، فإن قراره يكون قابلا للطعن أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة حسب نوع القضية. وعلى هاتين الجهتين القضائيتين

---

[69] كان هذا الميثاق من جملة وعود الرئيس الفرنسي جاك شيراك في جملته الانتخابية الثانية سنة 2004، واستغرق إعداده أربعة سنوات من لجنة كوبنز «رئيس اللجنة».

[70] انظر:

Favoreu, Louis, Droit constitutionnel, Dalloz, Précis Droit Public, p.170.

[71] انظر: علي عيسى اليعقوبي، المرجع السابق، ص.392.

الفصل في الطعن في مدة لا تتجاوز ثلاث أشهر، بعدما يتخذ القرار بإحالة الطعن أمام المجلس الدستوري، وبالتالي قبول الطعن المقدم من الطرف الذي رُفِضَ طعنه في المرة الأولى، أو أن يرفض ويرد نهائيا إلى الطاعن. ويكون قرار محكمة النقض أو مجلس الدولة نهائيا وغير قابل للطعن.[72]

جـ-معايير فحص النص التشريعي محل الطعن وفق تعديل 2008

وضع القانون العضوي الصادر في 2009/12/10 ثلاث معايير يعتمدها المجلس الدستوري لفحص النص المطعون فيه، وهي:

- أن يكون النص التشريعي المطعون فيه ينطبق على طرفي النزاع أو على الإجراءات القضائية المطبقة عليهم أو ركنا أساسيا في المحاكمة.
- أن يكون النص التشريعي المطعون فيه **غير منظور فيه سابقا** أمام المجلس الدستوري أو **قضى المجلس الدستوري بمطابقته للدستور، مع استثناء ظروف جديدة** استجدت.
- أن يكون الطعن المقدم ذو **طبيعة جدية**.

وبعد توافر هذه الشروط واتصال المجلس الدستوري بالطعن، يفصل فيه خلال ثلاث أشهر. ونظرا لقصر هذه المدة، وجب أن يكون تبادل اللوائح والإخطارات بطريقة الكترونية عن طريق البريد الالكتروني. وبعد الانتهاء من تبادل اللوائح بين الأطراف،

[72] انظر المرجع نفسه، ص.393

ينظر النزاع في جلسة عامة يمكن للمحامين تقديم مذكراتهم الشفهية. ثم يصدر المجلس حكمه.[73]

د-آثار قرار المجلس الدستوري الفرنسي

إذا كان قرار المجلس الدستوري بأن النص المطعون فيه غير دستوري تم إلغاؤه وزواله نهائيا من المنظومة القانونية الفرنسية. ويكتسب هذا القرار حجية مطلقة في مواجهة العامة. أما إذا كان قراراه بأن النص دستوري، فإن هذا النص يحتفظ بمكانته ضمن القوانين الفرنسية ويجب على القضاء تطبيقه، إلا إذا انتقلت الرقابة من دستورية القوانين إلى ملائمة القوانين للمعاهدات الدولية.

هـ-تقييم الرقابة على دستورية القوانين في النظام الفرنسي بعد 2008

رغم أن الرقابة اللاحقة تتميز بإجراءات معقدة وطويلة نسبيا، حيث يستغرق الطعن قرابة ستة أشهر للبت فيه، فضلا عن كونه يهدد استقرار المعاملات في المجتمع لأنه يعرض القوانين للإلغاء بعد تطبيقها، إلا أن ذلك لا ينفي وجود فوائد كثيرة لهذا النوع من الرقابة، فهي تساهم في "**تنظيف**" النظام القانوني من القوانين غير الدستورية، خاصة أن الإحصائيات بينت أن الرقابة السابقة لم تمارس في فرنسا إلا على نسبة بين 10% و15% من القوانين المشرعة. أما باقي القوانين فلم يتم تمحيصها دستوريا. كما أن نقاط ضعف قانون ما تظهر بعد تطبيقه وليس عند تشريعه، لذلك سوف يتمكن الأفراد من

---

[73] انظر:

Pierre Esplugas, La hiérarchie des normes, p.207.

الطعن في القوانين ومعرفة عيوبها التي تبرز من خلال التطبيق العملي لها. كما أن من عيوب الرقابة السابقة هو ضيق الوقت الذي لا يسمح بتمحيص النص جيدا، بينما الرقابة اللاحقة تجعل عملية تمحيص النص تجري في هدوء.[74]

وكخاتمة لدراسة الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا بعد هذا التعديل (2008) يمكن القول بأنه أدخل الرقابة اللاحقة بعد أن كانت هناك رقابة سابقة فقط. لذلك لم يصبح تعريف الرقابة السياسية على دستورية القوانين بأنها رقابة وقائية كما كانت تسمى، بل رقابة سابقة ولاحقة. فهي وقائية إذا كانت سابقة، وعلاجية إذا كانت لاحقة. كما أنها فتحت الباب أمام الأفراد لممارستها مثل الرقابة القضائية تقريبا، ولو أنها تختلف في الإجراءات والجهة المخولة بنظرها.

2-الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر

قبل التفصيل في المجلس الدستوري الجزائري، يجدر التفصيل في نقاط مرتبطة بالرقابة على دستورية القوانين في الجزائر.

أ-مكانة الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر

تبنى المشرع الدستوري الجزائري الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة سياسية مثله مثل المشرع الدستوري الفرنسي ممثلة في المجلس الدستوري[75]. ويرجع سبب اعتناق المشرع الجزائري لهذا النوع من الرقابة لأسباب تاريخية، متأثرا بالتجربة الفرنسية. إلا أن

[74] انظر المرجع نفسه، ص.209

[75] د. عمار عباس، دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان مبدأ سمو الدستور، مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد الاول، 2013، ص.67

الملاحظ أن **عملية التقليد لم تكن متطابقة مع هذه التجربة**، سواء من ناحية التشكيل أو المهام.[76]

ب-تطور الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر

يمكن دراسة تطور الرقابة الدستورية في الجزائر، والتي هي رقابة سياسية أساسا، من خلال استعراض تطورها في الدساتير الجزائرية المختلفة.

❖ دستور 1963:

نص دستور 1963 على إنشاء مجلس دستوري يكلف بالرقابة على دستورية القوانين والأفراد التشريعية، وذلك في مادته 64، محددا تشكيلته **بسبعة أعضاء**، حسب المادة 63، منهم 03 يمثلون السلطة القضائية، 03 يمثلون السلطة التشريعية، وعضو يمثل السلطة التنفيذية، على أن ينتخب المجلس رئيسا له من بين أعضائه، يكون له صوت مرجح عند التصويت، حسب الفقرة الثانية من المادة 63 من دستور 1963.

ويكون إخطار المجلس من طرف جهتين فقط هما **رئيس الجمهورية** ورئيس **المجلس الوطني**.

لكن تعليق العمل بالدستور بعد ثلاث أسابيع فقط من إقراره، نظرا للأحداث التي عرفتها البلاد آنذاك[77]، جعل تنصيب هذا المجلس مستحيلا، بحيث لم ينصب إطلاقا.

---

[76] د. عمار عباس، تطور الرقابة الدستورية في الجزائر والعوائق التي تحول دون فعاليتها، مجلة الحقيقة، العدد4، 2004

[77] تم التعليق العمل بالدستور في 1963/10/03 حسب المادة 59 منه نظرا للظروف الأمنية آنذاك (تمرد آيت أحمد وأولحاج وحرب الرمال مع الغرب).

❖ **دستور 1976:**

أغفل دستور 1976 النص على الرقابة الدستورية للقوانين نهائيا لتعارضها مع طبيعة النظام السياسي القائم آنذاك.[78]

❖ **دستور 1989**

جسد دستور 1989 مبدأ الفصل بين السلطات وتوسيع مجال الحقوق والحريات العامة والتعددية الحزبية. لذلك كان من المنطقي أن ينص على الرقابة الدستورية للقوانين، خولها لجهة تسمى المجلس الدستوري الذي كلف بالسهر على احترام الدستور، حيث تم النص عليه في المادة 153: «**يؤسس مجلس دستوري يكلف بالسهر على احترام الدستور**». كما كلف بالفصل في دستورية القوانين والتنظيمات والمعاهدات وكذا مطابقة النظام الداخلي الشعبي الوطني للدستور، زيادة على سهره على صحة عمليات الاستفتاء والانتخابات الرئاسية والتشريعية وإعلام نتائجها وتلقي الطعون بشأنها.[79]

ورغم تمسك المشرع الدستوري بالعدد نفسه للمجلس كما كان في دستور 1963، وهو **سبعة أعضاء**، إلا أن التغيير كان في طريقة اختيارهم ونسبة تمثيل السلطات فيه، حيث أن ثلاثة أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية، بما فيهم رئيس المجلس، عضوان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني من بين أعضائه، وعضوين تنتخبهما المحكمة العليا من بين

[78] انظر: د. بوشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، ص.57.

[79] المادة 153 من دستور 1989

أعضائها.[80] أما صلاحية الإخطار فبقيت مقتصرة على رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني.[81]

❖ دستور 1996

حافظ المشرع الدستوري على الرقابة السياسية على دستورية القوانين بواسطة هيئة سياسية تسمى المجلس الدستوري، كما حدث في دستوري 1963 و1989. غير أن الاختلاف كان في عدد أعضائه، فقد ارتفع العدد إلى 09 أعضاء. كما تغيرت الجهة التي يأتي منها الأعضاء، وهذا راجع لظهور مؤسسات دستورية جديدة تطلبت ضرورة تمثيلها في المجلس. كما كان لظهور ما يسمى بالقوانين الموضوعية" ***Les Lois Organiques***" تغيير في اختصاصات المجلس الدستوري التي توسعت تبعا لذلك.[82]

أما على مستوى التشكيل فقد أصبح العدد 09 أعضاء موزعة كما يلي:

- 03 أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية بما فيهم رئيس المجلس.
- 02 عضوين ينتخبهم المجلس الشعبي الوطني.
- 02 عضوين ينتخبهما مجلس الأمة.
- 01 عضو تنتخبه المحكمة العليا.

---

[80] المادة 154 من دستور 1989

[81] المادة 156 من دستور 1989

[82] د. عمار عبس، دور المجلس الدستوري الجزائري...، المرجع السابق، ص.69

وانظر المادة 123 من دستور 1996: «**يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره**».

- 01 عضو ينتخبه مجلس الدولة.[83]

تحدد فترة عضوية عضو المجلس الدستوري بستة سنوات غير قابلة للتجديد. وتجدد عضوية نصف أعضائه كل 03 سنوات باستثناء رئيسه الذي يعين لمدة 06 سنوات كاملة.[84]

تمنع على عضو المجلس الدستوري أي وظيفة أخرى كانت عامة أو خاصة. كما يمنع عليه العضوية في حزب سياسي تطبيقا للفقرة الثالثة من المادة 10 من الأمر المتضمن القانون العضوي للأحزاب السياسية لسنة 1997 المعدل سنة 2012.

جـ-اختصاصات المجلس الدستوري الجزائري وطرق إخطاره

يمارس المجلس الدستوري في الجزائر ثلاثة أنواع من الاختصاصات:

❖ **الاختصاصات الرقابية:**

يسهر المجلس الدستوري على رقابة دستورية القوانين والتنظيمات والمعاهدات، وعلى رقابة مطابقة القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان للدستور، وهذا ما ورد في المادة 165 من دستور 1996: «**يبدي المجلس الدستوري، بعد أن يخطره رئيس الجمهورية، رأيه وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان. كما يفصل المجلس الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور، حسب الإجراءات المذكورة في الفقرة السابقة**».

---

[83] المادة 164 من دستور 1996

[84] تداول على المجلس الدستوري منذ 1989 ستة رؤساء هم: عبد المالك بن حبيلس، السعيد بوشعير، محمد بجاوي، بوعلام بالسايح، الطيب بلعيز وأخيرا مراد مدلسي.

وتكون رقابة المجلس الدستورية سابقة أو لاحقة لصدور التشريعات وهي إجبارية، كما سبق تفصيله، فيما يخص القوانين العضوية والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان، بينما تكون اختيارية في التشريعات العادية والتنظيمات.

❖ **الإختصاصات الانتخابية:**

يعتبر المجلس الدستوري قاضي انتخابات[85] من خلال مراقبته صحة الانتخابات التشريعية والرئاسية والاستفتاءات، ويتلقى الطعون المرتبطة بها ويعلن نتائجها، وهذا طبقا للمادة 163 من دستور 1996. كما يتدخل في تحديد فترة إجراء الانتخابات الرئاسية في الدور الثاني أو انسحاب أحد المترشحين أو وفاته أو حدوث أي مانع آخر.

❖ **الإختصاصات الاستشارية:**

يتمثل دور المجلس الدستوري كهيئة استشارية، عندما يلجأ إليه رئيس الجمهورية لطلب رأيه في إعلان بعض الحالات الخطيرة التي قد تمس بحقوق وحريات المواطنين، كحالة الحصار أو الطوارئ والحالة الاستثنائية (المواد من 88 إلى 94 من دستور 1996). كما يبدي رأيه في مشروع التعديل الدستوري الذي لا يعرض على الاستفتاء (المادة 176 من دستور 1996). كما قد يصل الأمر إلى تولي رئيس المجلس الدستوري رئاسة الدولة في حالة استقالة أو مرض أو وفاة رئيس الجمهورية مع شغور منصب رئيس مجلس الأمة (المادة 88 من الدستور 1996).

[85] د. عمار عباس، المرجع السابق، ص.72

أما من حيث الإخطار، فقد توسع مقارنة بدستور 1989، حيث أضيف رئيس مجلس الأمة. إلا أن ذلك يبقى غير كافي[86]، مع حرمان المواطنين من اللجوء إليه. كما أن عدم قدرة المجلس من إبداء أي نوع من الرقابة إلا بإخطاره يبقى أهم العراقيل التي تواجهه.[87]

د-حجية وآثار الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر

تتجلى آثار الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري في مظهرين:

❖ **حجية قرارات وآراء المجلس الدستوري**

على خلاف الدستور الفرنسي لسنة 1958، أغفل المشرع الدستوري الجزائري النص على حجية قرارات وآراء المجلس الدستوري[88]، وهو ما يفتح الباب واسعا في اعتبار هذه القرارات والآراء قابلة للطعن، وهو ما حدث فعلا، حيث رفض المجلس الدستوري ترشح الشيخ محفوظ نحناح (رحمه الله) للانتخابات الرئاسية لسنة 1999، فتقدم بطعن أمام مجلس الدولة على هذا القرار، لكن مجلس الدولة أقر بعدم اختصاصه بالنظر في مثل هذا النوع من الدعاوى.[89]

إن هذا الفراغ دفع بالمجلس الدستوري إلى سده بنصه صراحة في النظام الداخلي المحدد لقواعد عمله المصادق عليه في 28 جوان 2000 (ج.ر 48 المؤرخة في 06

---

[86] د. عمار عباس، المرجع السابق، 72

[87] حول أهم العوائق التي تواجه المجلس الدستوري الجزائري، انظر: بختي نفيسة، عوائق عمل المجلس الدستوري، مذكرة ماجستير، جامعة معسكر، 2006

[88] د. نصت المادة 62 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 على أن" قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي طعن، فهي ملزمة للسلطات العامة ولجميع السلطات الادارية والقضائية".

[89] د. رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2006، ص.221

أوت 2000) والمعدلة بموجب المداولة المؤرخة في 14 جوان 2009(ج.ر 04 المؤرخة في 18 جانفي 2009) على أن قراراته ملزمة لكافة السلطات العمومية والقضائية والإدارية وغير قابلة لأي طعن (المادة 49 من القواعد المنظمة والمحددة لعمل المجلس الدستوري).

أما القيمة القانونية لآراء المجلس الدستوري، مقارنة بقراراته، فقد ذهب الفقه الدستوري أنها غير ملزمة وذات طبيعة استشارية، ولكنها واجبة الاحترام والاتباع من الناحية المعنوية، لأن موقف المجلس الدستوري سيكون له تأثير حتى لدى الرأي العام فما بالك بالسلطة التي أصدرت القانون.[90]

لكن يبدو أن المشرع الدستوري فصل بين القرارات والآراء من حيث توقيت إصدارها، فالقرارات تكون بعد إصدار القوانين، أما الرأي فيكون قبل صدوره، أي القرار يكون في الرقابة اللاحقة، بينما الآراء تكون مع الرقابة السابقة.

❖ **آثار قرارات المجلس الدستوري وآرائه على النص موضوع الرقابة**

إن الهدف من رقابة المجلس الدستورية، وجوبية أو استشارية، هي جعل النص موضوع الإخطار كأنه لم يكن إذا لم يكن متفقا مع الدستور. فكلما تلقى المجلس إخطارا من الجهة المخولة بذلك يجتمع وجوبا ويصدر قراراه في ظرف 20 يوما الموالية للإخطار. ولا تخرج قرارات المجلس الدستوري على الافتراضات التالية:

[90] د. الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري...، المرجع السابق، ص.155.

- إذا كان النص المعروض عليه يتضمن حكما مخالفا للدستور، وكان هذا النص جزء من قانون لا يمكن فصله عليه، لا يتم إصدار هذا القانون (المادة 2 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري).

أما إذا كان الحكم المحكوم بعدم دستوريته يمكن فصله عن القانون المعروض، فصل بعدم دستورية الحكم غير الدستوري دون بقية الأحكام. ويمكن إصدار القانون دون هذا الحكم، أو عرض القانون على البرلمان لقراءته ثانية.

- إذا صدر نظام داخلي لإحدى غرفتي البرلمان غير دستوري، فإنه لا يعد نافذا إلا بعد مطابقته بالدستور.
- إذا رأى المجلس الدستوري أن معاهدة أو اتفاقية غير دستورية فلا يتم المصادقة عليها.
- إذا رأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيما غير دستوري يفقد هذا النص أثره من يوم قرار المجلس، وهو ما كان عليه الأمر فيما يخص قرار إنشاء من محافظة الجزائر الكبرى (تم إلغاء الأمر المحدد للقانون الأساسي لمحافظة الجزائر الكبرى، نظرا لمخالفة المادة 15 من دستور 1956).

ثانيا: تقييم الرقابة السياسية على دستورية القوانين

كان تقييم الرقابة السياسية على دستورية القوانين محل اختلاف فقهي كبير، ففي حين استحسنها البعض وطالب بتبنيها، انتقدها البعض لآخر وطالب باللجوء إلى الرقابة القضائية بديلا لها.

أ-مزايا الرقابة السياسية على دستورية القوانين:

1-تتم الرقابة السياسية قبل صدور القوانين وتصبح نافذة، رغم أنه أصبح يلجأ إلى الرقابة اللاحقة، ولذلك سميت بالرقابة الوقائية. وهذه ميزة جعلت منها رقابة تختصر الوقت والمجهود، فمن جهة لا يدخل قانون حيز النفاذ يكون مخالفا للدستور، وفي الوقت نفسه عدم اشتغال الجهاز القضائي بدراسة قوانين غير دستورية. وانطبق المثل القائل «**الوقاية خير من العلاج**» على هذه الرقابة.[91]

2-تبدو الرقابة السياسية أنها رقابة قانونية، وهذا صحيح من الناحية الموضوعية باعتبار أنها تهدف إلى تقدير مدى دستورية نص قانوني، لكن من الناحية الشكلية تهدف إلى كبح جماح السلطة التشريعية وتنبيهها لأن تصدر قوانين متوافقة مع الدستور دوما، وهو ما يعتبر عملا سياسيا ذو طابع قانوني. [92]

---

[91] د. ثروت بدوي، النظام الدستوري العربي، المرجع السابق، ص.118.

[92] د. كمال الغالي، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، المرجع السابق، ص.154.

ب-سلبيات الرقاب السياسية على دستورية القوانين:

1-إن مراقبة مدى مطابقة نص قانوني للدستور عمل قانوني بحت يتطلب دراية وثقافة قانونية كبيرة تتوفر في القانونيين وليس في غيرهم كما هو الحال في الرقابة السياسية عن طريق مجلس دستوري يكون تكوينه خليطا بين قانونين وغير قانونين، مما يؤثر في تقدير مدى دستورية النص.[93]

2-يعتبر إسناد الرقابة السياسية إلى هيئة ذات طابع سياسي أمر قد يؤدي إلى اللجوء إلى نزوات وأهواء حزبية وسياسية، وهو ما يجعل هذه الرقابة تحاول كبح جماح السلطة التشريعية من جهة، ثم فتح المجال أمام التناحر الحزبي والسياسي من جهة أخرى من أجل هدف نبيل هو رقابة مدى الدستورية.[94]

3-إن هدف الرقابة مهما كانت هي أن يكون القائم بها مستقلا استقلالا تاما حتى يقوم بها على أكمل وجه، وهو الاستقلال الذي قد لا يتوافر في الرقابة السياسية، لأن تشكيل الهيئة السياسية سيكون حتما من جهات متعددة منها السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، وبذلك تكون الرقابة السياسية وكأنها رقابة ذاتية، وهذا لن يؤدي إلى النتائج المرجوة منها.[95] إضافة إلى أن هذا النوع من الرقابة قد يؤدي إلى وجود صراع خفي بين

---

[93] د. طعيمه الجرف، القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، المرجع السابق، ص.146

[94] د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط...، المرجع السابق، ص.552

[95] د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للدستور، المرجع السابق، ص.542

السلطتين التشريعية والتنفيذية، خاصة إذا لم يكن هناك توازن في تشكيل الهيئة السياسية المكلفة بالرقابة، بسيطرة هيئة على أخرى.[96]

4-إن أكبر انتقاد وجه إلى هذا النوع من الرقابة أنها لا تفتح الباب أمام الطعن من الأفراد كما هو الحال في نوع آخر من الرقابة. فهذه الرقابة مقتصرة على طعون هيئات معينة، وهي بذلك لا تخدم الحقوق الأساسية والحريات العامة للأفراد.[97] ويبدو أن هذا الانتقاد قد تم استدراكه مؤخرا في فرنسا.

وكخلاصة يمكن القول إنه يبقى اختيار هذا النوع من الرقابة يخضع لاعتبارات سياسية وخلفيات تاريخية تركت تأثيرا كبيرا، كما هو الحال في فرنسا، ونقل هذا التأثير إلى الدول التي كانت تخضع للسيطرة الفرنسية، منها الجزائر مثلا.

[96] د. كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة...، المرجع السابق، ص576

[97] د. نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص.553

الفصل الرابع: الرقابة القضائية على دستورية القوانين

يظهر من خلال تعريف الرقابة القضائية على أنها رقابة ذات معنى واسع. كما أن تطورها كان محل اختلاف من زمن لآخر، ومن فكر قانوني لآخر.

أولا: النظرية العامة للرقابة القضائية على دستورية القوانين

1-تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين

عرفت الرقابة القضائية على دستورية القوانين بأنها "**تقرير الحق لجهة قضائية لأن تفرض رقابتها على ما تصدره السلطة التشريعية من قوانين لتحديد مدى انسجام الأحكام التي تقررها هذه القوانين مع النصوص الدستورية**".[98] فهي عمل قانوني يهدف إلى التأكد من تطابق القانون مع أحكام الدستور، والتعرف عما إذا كانت السلطة التشريعية قد التزمت حدود اختصاصها أو تجاوزتها.[99]

فالرقابة القضائية هي إسناد عملية رقابة مبدأ السمو لجهة تمتاز بمؤهلات قانونية وضمانات جيدة واستقلالية مفترضة، وما تحمله الرغبة في تأكيد احترام الدستور.[100]

---

[98] نجاح غربي، إجراءات تحريك الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين الجزائر ومصر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2004، ص.3

[99] د. بدوي، النظام الدستوري العربي، المرجع السابق، ص.128

[100] د. نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص.555

2-مميزات الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تتميز الرقابة القضائية بعدة مميزات، فهي تمتاز بالحياد والموضوعية من خلال استقلال السلطة القضائية عن باقي السلطات في الدولة. تتكون السلطة القضائية المكلفة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين تتكون من قضاة مؤهلين ومكونين تكوينا قانونيا سليما يسمح لهم بمهمة الرقابة للمتقاضين تهدف للوصول إلى الحقيقة المجردة وتكفل تطبيق الإجراءات القضائية تطبيقا سليما.[101]

3-التطور التاريخي للرقابة القضائية على دستورية القوانين

قبل دراسة التطور التاريخي للرقابة القضائية على دستورية القوانين، يجدر النظر أولا، ولو باختصار، إلى ظهور فكرة الرقابة على دستورية القوانين بوجه عام، ثم نفصل في الرقابة القضائية.

أ-ظهور فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين بوجه عام

لم تنشأ الرقابة على دستورية القوانين دفعة واحدة كما هي عليه الحال في الوقتا الحالي، بل مرت بعدة مراحل تاريخية ساهمت في بلورتها وإرساء قواعدها. ويمكن ملاحظة ذلك من خلال جملة من المراحل التاريخية.

[101] د. علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، ابتراك للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 2004، ص.463.

❖ **في الفكر القانوني القديم:**

ظهرت فكرة الرقابة على دستورية القوانين مع ظهور فكرة القانون الطبيعي عند الشعوب الغربية والشرقية ذات القانون الإلهي. فالقانون الطبيعي والقانون الإلهي بمثابة دساتير تقتضي الخضوع لها من كل القوانين التي تصدر في ذلك الوقت، بحيث عد هذان القانونان حاجزا أمام الأنظمة الاستبدادية.[102]

❖ **عهد الثورة الفرنسية:**

بعد قيام الثورة الفرنسية، وخوفا من طغيان الملك حتى عام 1791، وضمانا لحقوق المواطنين من استبداد السلطة التشريعية، ظهرت مشاريع لإيجاد نوع من الرقابة على دستورية القوانين، إلا أن هذه المشاريع باءت بالفشل، لأن البرلمان الفرنسي رفض هذه المشاريع بحجة أنه يمارس أعمال السيادة نيابة عن الشعب ولا يجوز أن تخضع أعماله لرقابة سلطة تعلوه. وفي دستور السنة الثامنة للجمهورية الفرنسية "مجلس الشيوخ" لحماية الدستور وذلك سنة 1799، وبناء على اقتراح الفقيه ***Siyes***. ولم تلق هذه الفكرة الطريق إلى القبول إلا سنة 1802. بينما كان الدستور السويسري لعام 1874 أول دستور أوروبي يتبنى نظرية الرقابة على دستورية القوانين، رغم اقتصار الرقابة على القوانين التي تصدر عن المجالس التشريعية في الكونتونات دون القوانين الفيدرالية. ثم تبنى الدستور

[102] د. زهير شكر، الوسيط في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، النظرية العامة، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1994، ص.167

الفرنسي لسنة 1946 صراحة فكرة الرقابة على دستورية القوانين من خلال "**اللجنة الدستورية**" التي تحولت إلى "**مجلس دستوري**" في دستور 1958.[103]

ب-ظهور الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية مهد هذا النوع من الرقابة، ثم لحقتها عديد الدول الأوروبية بعد الحرب العالمية الأولى. ورغم أن الولايات المتحدة هي البلد التي ظهرت فيه الرقابة القضائية على دستورية القوانين، إلا أن دستورها لم يتضمن نصا صريحا يعطي الحق للمحاكم في ممارسته هذه الرقابة، بل كانت وليدة الممارسة القضائية والتأييد الفقهي الواسع. وكانت بداية هذه الممارسة القضائية حكم محكمة نيوجيرزي "***New Jersey***" سنة 1780 وحكم محكمة "***Ronde Island***" سنة 1786 وحكم محكمة كارولينا الشمالية "***North Caroline***" سنة 1787.[104]

ورغم هذه القضايا والأحكام، إلا أن الانطلاقة الحقيقية لهذه الرقابة كان مع حكم جون مارشال ***John Marshall*** في قضية "**مالبوري**" ضد "**ماديسون**".[105]

ثانيا: أهداف الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تهدف الرقابة القضائية على دستوري القوانين إلى إقامة مبدأ دولة القانون، أي إخضاع كل ما في الدولة إلى القانون. وهذا الخضوع لن يتحقق إلا بوجود ضمانات

---

[103] د. المرجع نفسه، ص.168.

[104] د. فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، ص.ص. 201-202

[105] سبق تفصيل القضية في هذا المؤلف أعلاه، ص.9 وما بعدها

أساسية، هي وجود دستور، ثم الفصل بين السلطات، مع الاعتراف بالحقوق والحريات العامة ومراعاة مبدأ تدرج القاعدة القانونية. فالدستور هو أهم ضمانة لدولة القانون، وبه يمكن للسلطة التشريعية أن تسن ما تراه مناسبا من قواعد قانونية دون أن تمس بأحكامه أو تخالف قواعده. كما أن السلطة التنفيذية تراعي مبدأ الشرعية في إصدارها للقرارات واللوائح. وبهذا المنطق تكون كل السلطات في الدولة خاضعة للدستور.

أما مبدأ الفصل بين السلطات فيقتضي عدم تجاوز سلطة لاختصاصات سلطة أخرى في الدولة مع عدم تجميع السلطات في يد واحدة، وهي كلها ضمانات لقيام دولة القانون.[106]

أما مسألة الاعتراف بالحقوق والحريات العامة، فهي ضمانة هامة في حماية مبدأ دولة القانون، لأن الدولة التي لا تحترم حقوق وحريات أفرادها هي دولة غير قانونية. فالرقابة الدستورية للقوانين كان هدفها الأول وسبب ظهورها هي حماية الحقوق والحريات من تعسف السلطة، والنظام الأمريكي خير دليل على ذلك.[107]

أما مبدأ الاعتراف بتدرج القواعد القانونية، فيقتضي بأن النظام القانوني في الدولة يتميز بأنه عمودي وليس أفقي، أي أن القواعد القانونية مسلسلة عموديا وليست متساوية أفقيا. فالقاعدة القانونية الأدنى يجب أن تخضع للقاعدة الأسمى، ثم الأسمى حتى تصل إلى القاعدة الدستورية التي تكون في قمة النظام القانوني للدولة.

---

[106] د. فوزي اوصديق، المرجع السابق، ص.ص. 149-150

[107] د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005، ص.161.

ثالثا: آثار الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تمتاز الرقابة القضائية على دستورية القوانين بالاستقلالية والحياد كما سبق تفصيله، لذلك لجأت إليها معظم النظم القانونية في العالم، وإن اختلفت الأساليب الرقابية، فمنها من لجأت إلى أسلوب رقابة الوجود المادي للقانون، ومنها من لجأ إلى أسلوب النسخ، ثم أسلوب الامتناع، ومنها من وصل حتى إلى أسلوب الإلغاء، وهو ما سنفصل فيه تباعا.

1-رقابة الوجود المادي للقانون

بغياب النص على الرقابة القضائية على دستورية القوانين، يلجأ القضاء قبل تطبيق أي نص على منازعة مطروحة أمامهم التأكد من وجود النص واستيفائه كل شروط الإصدار، من شروط وأوضاع وضعه وتوافر أغلبية صدوره، وصدوره في دورة عادية أو غير عادية، وغيرها من الإجراءات التي يكون دستور الدولة قد نص عليه.[108]

ويكون هذا النوع من الرقابة، خصوصا مع أسلوب الرقابة اللامركزية، أي معطاة لجميع المحاكم، وهو ما سنراه لاحقا.

2- رقابة النسخ

تعتبر رقابة النسخ النظر إلى الناحية الموضوعية للنص القانوني المراد رقابته، عكس رقابة الوجود المادي للقانون التي تنظر إلى الناحية الشكلية للنص. والنسخ المقصود في هذا المقام هو الإلغاء الضمني للنص، أي أن القاضي ينظر في النص المراد رقابته هل

[108] د. سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص.ص. 501-502

هو ساري المفعول أم تم نسخه من نص آخر، مساوي له في القيمة القانونية أو أعلى منه.[109] ويفترض في هذا النوع من الرقابة أن تختص به كل المحاكم، لأن سريان النص من عدمه يفترض أنه من اختصاص كل قاضي مهما كانت درجته.

3- رقابة الإلغاء (الدعوى الأصلية)

تفترض هذه الرقابة قيام المتضرر من قانون ما الطعن فيه بدعوى أصلية أمام المحكمة المختصة بنظر دستورية القوانين، فهي طريقة هجومية، لأن المتضرر لا ينتظر تطبيق النص عليه، بل قد يطعن دون انتظار التطبيق طالبا إلغائه. [110]

يفترض هذا النوع من الرقابة أن النص المطعون فيه صدر فعلا وأصبح نافذا، وأن تطبيق هذا النص سيلحق ضررا، لذلك يتم مهاجمته بالدعوى الأصلية، التي ستكون نتائج الحكم فيها إلغاء النص وتميزه بحجية مطلقة، ولا يجوز إثارته أمام أي محكمة أخرى، لذلك يفترض أن هذه الرقابة منصوص عليها صراحة في الدستور، والتي تكون موضحة بالمحكمة المختصة بها.[111] وهي محكمة واحدة بها قضاة متمرسون، وهو ما يعرف بمركزية الرقابة.[112]

---

[109] د. إبراهيم درويش، القانون الدستوري، النظرية العامة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.191

[110] د. عبد العزيز أحمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1995، ص.243

[111] د. نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص177

[112] د. عبد العزيز أحمد سلمان، المرجع السابق، ص.76

4- رقابة الامتناع (الدفع الفرعي)

على عكس رقابة الإلغاء، فإن رقابة الامتناع تقضي امتناع المحكمة عن تطبيق نص قانوني مخالف للدستور تم الطعن فيه أمامها من صاحب مصلحة بأنه غير دستوري. لذلك فإن هذا النوع من الرقابة هي رقابة دفاعية، لأن المتضرر ينتظر حتى يراد تطبيق النص في أي نوع من الدعوى، مدنية أو جنائية أو إدارية، ثم يدفع بعدم دستوريته لمنع المحكمة من تطبيقه، فتمتنع المحكمة عن تطبيقه فقط دون أن يكون لها حق إلغائه، فهي ليست مختصة بذلك عن طريق الدعوى الأصلية، لذلك يكون حكمها ذو حجية نسبية فقط، أي بين أطراف القضية فقط.[113] ويعاب على هذا النوع من الرقابة أنها مفتوحة لكل المحاكم، باختلاف أنواعها، لذلك قد تكون أمام تناقض الأحكام في النص التشريعي نفسه، فلا يحل الخلاف حول دستورية النص من عدم دستوريته.[114]

رابعا: انواع الرقابة على دستورية القوانين

1-الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية

تقتضي دراسة هذا النوع من الرقابة على دستورية القوانين النظر في ماهية هذه الرقابة وإجراءات ممارساتها.

[113] د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003، ص.24

[114] د. نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص.ص. 577-578

أ-مفهوم الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية

تتميز الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية بأنها تختلف إلى حد بعيد عن بقية أنواع الرقابة القضائية. كما أن الجهة القضائية المكلفة بها تختلف أيضا.

❖ تعريف الدعوى الأصلية:

تقتضي هذه الدعوى أن كل مدعي، فردا كان أو هيئة، يرى أن قانونا معينا غير دستوري ومتضرر منه أو له مصلحة في إلغائه ولو لم يكن متضررا منه، يحق له رفع دعوى قضائية أمام محكمة أو جهة قضائية ملتمسا إلغائه تماما وإخراجه من المنظومة القانونية.[115]

إن أطراف هذا النوع من الدعاوى هو المدعي الذي يطالب بإلغاء نص قانوني يرى أنه غير دستوري، ومدعى عليه هو عمل قانوني (النص)، يتم مهاجمته، لذلك يسمى هذا الأسلوب بالأسلوب الهجومي.[116]

❖ خصائص الدعوى الأصلية:

من خلال التعريف السابق للدعوى الأصلية، تمكن تحديد الخصائص التي تميزها، وهذه الخصائص هي:

- هدف الدعوى هو إلغاء النص المطعون فيه بعدم الدستورية.

---

[115] د. الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2007، ص.145.

[116] د. محمد عبد العالي السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية، القاهرة، د.س، ص.223.

- تختلف دساتير الدول في تحديد الأشخاص القانوني التي يحق لها رفع الدعوى أمام الجهة القضائية المنصوص عليها دستوريا.[117]
- يسمح الدستور الذي ينص على هذا النوع من الرقابة بمنح القضاء سلطة الحكم بإلغاء القانون إذا ما ثبت أنه مخالف للدستور، فيسري هذا الإلغاء على الماضي والمستقبل.[118] ويكون هذا الحكم بالإلغاء حجة على العامة، يجعل القانون كأنه لم يكن.[119]
- تنص الدساتير التي تعتنق هذا النوع من الرقابة على شروط ممارستها.
- غالبا ما تكون هذه الدعاوى محكومة بقواعد ومدد قانونية حفاظا على الاستقرار القانوني والتشريعي في الدولة، وهو ما أصبح يعرف حديثا بفكرة «**الأمن القانوني**».
- إذا ما تم رفض الدعوى، فيبقى القانون المطعون فيه ساريا.

❖ **ممارسة الدعوى الأصلية**

اختلفت الأنظمة القانونية التي تبنت هذه الدعوى في إسنادها إلى جهة ما لممارستها. وتنوعت هذه الجهات إلى نوعين، مركزية ولامركزية. والمقصود بمركزية ممارسة الدعوى الأصلية هي إسناد طلب الإلغاء أو رقابة الدستورية إلى محكمة مختصة تنشأ خصيصا لهذا الغرض أو إلى أعلى محكمة في الجهاز القضائي في الدولة. أما لامركزية الممارسة

[117] د. فيصل شنطاوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، الأردن، الطبعة الأولى، 2003، ص.345.
[118] حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص.112.
[119] د. الأمين شريط، المرجع السابق، ص.145.

فتعني إعطاء ممارسة الدعوى الأصلية لكل المحاكم مهما كان ترتيبها في سلم الجهات القضائية، فهي تعد، في هذه الحالة، جزءًا من الوظيفة الأصلية للسلطة القضائية، التي تتمثل في الفصل في الوقائع المطروحة أمامها وفق حكم القانون.[120]

❖ **الرقابة عن طريق محكمة دستورية متخصصة:**

يتم النص على هذه المحكمة الدستورية المختصة في صلب الدستور، وتسمى **غالبا** "**بالمحكمة الدستورية**" تكون مختصة دون غيرها، من المحاكم بنظر الدعوى الأصلية لإلغاء القانون المطعون فيه بعدم الدستورية.[121]

وتعددت الدساتير التي تنص على هذه المحكمة الدستوري مثل دستور تشيكوسلوفاكيا (سابقا) سنة 1920، دستور النمسا سنة 1920، إيطاليا سنة 1948، وإسبانيا سنة 1931.

تتشكل المحكمة الدستورية الإسبانية من اثني عشر عضوا، يتم تعيينهم من الملك بعد ترشيحهم من مجلس النواب بنسبة 5/3، أي 60% من النواب، ويشترط أن يكون الأعضاء من رجال القضاء.[122]

أما المحكمة الدستورية الإيطالية فتشكل من خمسة عشر قاضيا حسب دستور 1947، يختارون من القضاة وأساتذة القانون والمحامين الذين مارسوا المهنة لمدة عشرين سنة،

---

[120] د. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، 1993، ص.215

[121] د. نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص.558

[122] د. صبري محمد السنوسي، آثار الحكم بعدم الدستورية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2000، ص.26

يقتسم تعيينهم رئيس الجمهورية بخمسة أعضاء والبرلمان بخمسة أعضاء في جلسة مشتركة، أما الخمسة الباقين فيتم تعيينهم من المجلس الأعلى، وذلك لمدة 12 سنة.[123]

❖ **الرقابة عن طريق محكمة عليا**

يعهد بممارسة هذه الدعوى وفق هذا الأسلوب إلى أعلى محكمة في النظام القضائي في الدولة، ولتكن المحكمة العليا أو محكمة النقض أو التمييز مثلا، فتصبح هذه المحكمة مختصة في نظر دستورية النص القانوني إضافة إلى اختصاصها الأصيل.

ومن أمثلة الدساتير التي أخذت بهذا الأسلوب في الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية دستور بوليفيا سنة 1880، كولومبيا 1874، والدستور السويسري.

❖ **الفرق بين المحكمة العليا والمحكمة المتخصصة**

تظهر بعد دراسة نوعي الأسلوبين في الرقابة بموجب الدعوى الأصلية، عدة فروق بين إسناد الاختصاص بنظرها إلى المحكمة العليا في الدولة، مهما كانت تسميتها، وإسناد الاختصاص لمحكمة متخصصة لها اسمها الخاص، ومن هذه الفروق:

- المحكمة العليا هي محكمة قضائية عادية، أما المحكمة الدستورية المتخصصة فإنها لا تؤلف وتشكل بطريقة خاصة.[124]

---

[123] د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مكتبة النهضة المصرية، 1960، ص.578

[124] انظر: الوحيلي طالب، القواعد العامة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دراسة منشورة في الموقع الالكتروني لشبكة النبأ المعلوماتية، الخميس 8 حزيران 2006 ***www.annabaa.org***

- قد يكون قضاة المحكمة القضائية العادية، ولو أنها تأتي في هرم النظام القضائي للدولة، غير مختصين في المسائل الدستورية، بينما يفترض أن القضاء الذين يعينون أو ينتخبون في المحكمة الدستورية ذوي تخصص دقيق في مثل هذه المسائل.

ب-أنواع الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية

تتفرع الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية إلى نوعين، رقابة سابقة ورقابة لاحقة.

❖ **الرقابة السابقة:** تفترض هذه الرقابة أن هناك قانونا صادرا من الجهة المختصة وفق ما ينص عليه الدستور، فيتم تقديمه للجهة المخولة بإصداره، فتقوم هذه الأخيرة بإحالته إلى المحكمة المتخصصة بالرقابة على دستورية القوانين لمعرفة مدى دستوريته. فإن تم التأكد من دستوريته يتم إصداره، وإن كانت الحالة عكسية لا يتم إصداره.

وترجع أصول عذا النوع من الرقابة السابقة إلى دول أمريكا اللاتينية، كما أن الدستور الأيرلندي الصادر سنة 1937 اعتنق هذا الاتجاه.

ولعدم ترك الحرية للجهة المخولة بالإصدار في اختيار توقيت الإحالة للرقابة السابقة، وحتى لا يترك المجال لجهة هذه الرقابة، فإن الدساتير تلجأ إلى تحديد مدة زمنية محددة لكل مرحلة، حتى تحافظ على استقرار الأوضاع الدستورية والقانونية.[125]

[125] د. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.130.

ذهب الفقه الدستوري إلى أن المحكمة التي يعرض فيها النص المراد التأكد من دستوريته أو عدم دستوريته في هذه الرقابة السابقة، تلجأ إلى فحص مطابقة النص للقواعد الدستورية. وقد تتعدى إلى رقابة بواعث ومبررات ودوافع إصدار القانون، ومقاصد وهدف المشرع من إقراره، وهو ما يعرف بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية، قياسا لفكرة الانحراف على الدستور بفكرة الانحراف الإداري، وهو ما ينتج عنه النتيجة نفسها وهي الإلغاء.

❖ **<u>الرقابة اللاحقة</u>:** في هذا النوع من الرقابة، يكون القانون قد تم إصداره، ويتم الطعن فيه بالدعوى الأصلية أمام محكمة مختصة كما تنص عليه بعض الدساتير كالدستور الإيطالي[126] أو المحكمة العليا في الهرم القضائي في بعض الدول الأخرى.

ولما كانت هذه الرقابة قد تصل إلى حد إلغاء نص تشريعي صادر من السلطة التشريعية، فإن الدساتير التي أخذت بهذه الرقابة تشددت في شروط وإجراءات هذه الدعوى.[127]

<u>جـ-إجراءات رفع الدعوى الأصلية</u>

يقصد بإجراءات رفع الدعوى الأصلية تلك الشروط التي تتوافر في المدعي من أهلية ومصلحة وصفة، أو شروط الدعوى وكيفية تحريكها، ومن له حق تحريكها.

---

[126] د. حسني بودیار، الوجيز في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص.109

[127] د. إبراهيم درويش، المرجع السابق، ص.222

❖ **شروط رفع الدعوى الأصلية:**

هناك شروط يجب توافرها في رافع الدعوى كمدعي، ثم هناك شروط يجب توافرها في الدعوى في حد ذاتها.

- **الشروط المطلوبة في المدعي:**

يشترط في المدعي أن تتوافر فيه الأهلية والمصلحة والصفة. فأما الأهلية المقصودة في هذا المقام فهي الأهلية المدنية، باعتبار أن دعوى عدم دستورية نص قانوني هي دعوى مدنية، لذلك فإن الأهلية الواجب توافرها في رافعها هي الأهلية المنصوص عليها في القانون المدني للدولة المعنية، وهذا مثلا ما نجده عند المشرع المصري باشتراطه واحد وعشرون سنة. أما المصلحة فهي الفائدة المرجوة من رفع هذه الدعوى الدستورية، لذلك يجب أن تكون دعوى ذات مصلحة دستورية أو مصلحة شخصية وقانونية وقائمة.[128] أما الصفة فهي مرتبطة بصاحب المصلحة الذي له حق رفع الدعوى. أما إذا كان هناك مانع قانوني يجعل من الصفة غير ممكنة التحقق، رغم وجود المصلحة، فإن لصاحب الصفة أن ينوب عنه الوصي أو الولي أو الممثل القانوني الذي يذكر اسم من ينوب عنه (الأصيل) ومن ستتصرف له آثار الحكم فيما بعد.[129]

[128] د. صلاح الدين فوزي، المرجع السابق، ص.ص. 156.155

[129] المرجع نفسه، ص.ص. 168 – 169

- **<u>الشروط المرتبطة بالدعوى</u>**

مثلما هناك شروط يجب توافرها في المدعي، هناك شروط يجب توافرها في الدعوى بعدم الدستورية. فمن ضمن شروط الدعوى أن يكون هناك نص قانوني يبرر رفعها. كما يجب أن تكون هناك محكمة مختصة بنظرها منصوصا عليها في الدستور، سواء كانت محكمة عليا أو محكمة متخصصة كما سبق تفصيله. ويرجع سبب هذا التحديد الدقيق هو أن الأصل في إلغاء مص قانوني هو أن يكون من الجهة التي أصدرته، لكن في مثل هذه الدعوى (الخاصة) فإن النتيجة أيضا قد تكون الإلغاء، وهو ما يستوجب شروطا دقيقة، عكس أسلوب الدفع الذي قد يسمح للقاضي بالفصل بعدم الدستورية رغم عدم توافر نص صريح، لأن نتيجته لن تكون الإلغاء كما سنرى لاحقا.[130]

ومادامت الدعوى الأصلية هي دعوى عامة مثلها مثل بقية الدعاوى، ولو أنها تمتاز بخصوصيات معينة، فإن هناك مواعيد تحكمها أيضا، وهو ما أخذت به بعض الدساتير، مثل الدستور الإسباني الذي حدد مهلة ثلاثة أشهر من تاريخ نشر القانون المطعون فيه.

كما أخذت بلجيكا بمدة 06 أشهر طبقا للمادة 142 من الدستور البلجيكي المعدل سنة 1994. بينما لم تحدد دساتير أخرى هذا الميعاد إطلاقا كما هو الحال مع الدستور الألماني وقانون المحكمة الدستورية النمساوية والبرتغالية.[131] وتبقى مسألة المواعيد

---

[130] د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص.182

[131] المرجع نفسه، ص.183

يحكمها ما يحكم المواعيد في الدعاوى العادية الأخرى من عطل رسمية ومسافة، وتخضع الدعوى للوقف في الميعاد أو قطعه.

❖ **كيفية تحريك الدعوى الأصلية**

تختلف جهات تحريك الدعوى الأصلية بحسب الأنظمة الدستورية المقارنة، فهناك من قصرها على هيئات معينة دون الأفراد، وهناك من سمح بها للهيئات والأفراد معا.

- **تحريك الدعوى من الهيئات**: سمحت بعض دساتير الدول للهيئات برفع الدعوى الأصلية. فسمحت إسبانيا وإيطاليا للسلطات العامة برفعها. فالدستور الإسباني قصر رفع الدعوى الأصلية على رئيس الوزراء ومحامي الشعب وخمسين عضوا من مجلس النواب أو خمسين عضوا من مجلس الشيوخ ورؤساء الهيئات التنفيذية للاتحادات المستقلة. كما سمح للهيئات القضائية الإسبانية، وفق قانون المحكمة الدستورية، بإثارة مسألة عدم الدستورية عند تعرضها لنزاع ما وكان الفصل في عدم الدستورية ضروريا للسير في النزاع. وسمح القانون الإيطالي للسلطات المركزية والإقليمية الطعن مباشرة أمام المحكمة الدستورية عن طريق الدعوى الدستورية.[132]

لكن مع بروز قيم الديمقراطية، كان لابد من فتح الباب أمام الأفراد ولتحريك الدعوى الأصلية.

[132] د. إبراهيم محمد حسنين، المرجع السابق، ص.672

- **تحريك الدعوى الأصلية من الأفراد:**

لجأت بعض الدساتير إلى منح حق تحريك الدعوى الأصلية للأفراد العاديين مباشرة، كسويسرا مثلا، حيث أنه من حق أي فرد له مصلحة مشروعة رفع دعوى ضد قانون ما يراه مخالفا للدستور، ولو أن بعض الدساتير اشترطت استنفاذ طرق الطعن العادية كالدستور النمساوي حسب الفقرة الاولى من المادة 441. لكن ما يمكن ملاحظته عن هذه الطريقة في التحريك أن جل الدساتير التي سمحت بها اشترطت أن يكون القانون قد انتهك حقوق وحريات أساسية لهم، وهو ما جعل بعض الفقه يسميها **بالشكوى الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية.**

د-الحكم الصادر في دعوى الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تقتضي دراسة حكم الدعوى الدستورية التطرق إلى طبيعته وحجيته ثم آثاره القانونية على الأطراف.

❖ **طبيعة الحكم وحجيته:**

نصت بعض دساتير الدول على طبيعة الأحكام المترتبة عن الدعوى الدستورية. فقانون المحكمة الدستورية الإسبانية مثلا عالج هذا الأمر بنصه أن الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة ملزمة لكافة السلطات وتحوز حجية مطلقة في مواجهة الكافة. فوفقا للمادة 40 من هذا القانون، فإن المحاكم القضائية تلتزم بهذا الحكم ولا تصدر ما يخالف هذا

الحكم[133]. فلا يجوز الطعن في الدعوى الأصلية والحكم الصادر عنها بأي طريقة من طرق الطعن، سواء كان الحكم صادرا بالدستورية أو عدم الدستورية.[134]

❖ **آثار الحكم في الدعوى**

يقتضي دراسة آثار الحكم في الدعوى الدستورية التطرق إلى هذا الحكم من حيث سريانه وتأثيره على الحقوق المكتسبة إذا ما تم الحكم بعدم دستوريته.

فأما من حيث سريان الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، فإن آثار الحكم لا تقبل التجزئة، فهو ينصرف إلى الكافة ويكون حجة عليهم.[135]

كما يترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم تطبيق النص في المستقبل. كما أن الحكم يمس الوقائع والعلاقات السابقة عن صدور الحكم إلا ما كان يمس المراكز القانونية التي تحققت واستقرت.[136] كما يعد الحكم الصادر عن الدعوى الدستورية بعدم دستورية النص كاشفا عندما يؤكد تعارض قاعدة قانونية مع نص دستوري، فهو يبين أن الأسس التي اعتمد عليها النص القانوني كانت أسسا غير سليمة لأنها لم تراع الأحكام الدستورية المطلوبة لصدوره، وبالتالي جاء هذا الحكم ليكشف هذه العيوب. [137]

---

[133] د. محمد صبري السنوسي، المرجع السابق، ص.27

[134] المرجع نفسه، ص.26

[135] د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.582

[136] د. صلاح الدين فوزي، المرجع السابق، ص.331

[137] د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص.331

أما إذا ما تم إلغاء النص غير الدستوري بموجب الحكم الدستوري فإن هذا الحكم يعد منشئا لأنه ألغى النص وأخرجه من المنظومة القانونية نهائيا.[138]

هـ-تقييم الدعوى الأصلية

واجهت الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية بعض الانتقادات، رغم ما حققته في الواقع القانوني للدول التي اعتنقت هذه الرقابة. ومن بين هذه الانتقادات نذكر:

- بقاء السلطة التشريعية تحت رحمة الطعن القضائي لأي قانون تصدره، خاصة إذا ما كان مسموحا للهيئات والأفراد بممارستها وفي أي وقت، مما يجعلها معرضة لعدم الثقة وعدن الاستقرار التشريعي.
- اشترطت معظم الدساتير والقوانين الخاصة بالمحاكم الدستورية التي اعتنقت هذا النوع من الرقابة المصلحة كشرط أساسي لممارسة الدعوى والاستمرار فيها، لكن هذا يعتبر عيبا لأن العبرة في النهاية هي الطابع العيني للحكم الدستوري وتقريره لمصلحة الشرعية الدستورية وليس للمصلحة الخاصة فقط.[139]
- إن الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية لها آثار خطيرة لأنها قد تعدم القانون وتمحيه من المنظومة القانونية للدولة، لذلك وجب الاحتياط في ممارستها وفي شروط تطبيقها.

---

[138] المرجع نفسه، ص.336.

[139] د. أحمد عبد العزيز سلمان، المرجع السابق، ص.432.

لكن رغم ذلك تبقى للرقابة عن طريق الدعوى الأصلية ميزات تجعلها ضرورية في الحياة القانونية للدولة. ومن بين هذه الميزات أن سلطة القضاء في الإلغاء للنص غير الدستوري لم تكن من تلقاء نفسه، بل استمدها من الدستور ذاته الذي قيد كل السلطات. لذلك فإن الإلغاء للنص عن طريق الدعوى الأصلية هو إعلاء للدستور في حد ذاته وحفاظا على مبدأ السمو.[140]

2-الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية هي مهد ومنشأ هذا النوع من الرقابة القضائية، رغم أن الدستور الأمريكي لم ينص عليها صراحة.

أ-مفهوم الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي (الامتناع) وتطورها

سميت هذه الرقابة بأنها تتم عن طريق الدفع الفرعي لأنها تتم بأسلوب غير مباشر، فهي تسمح لصاحب المصلحة الطعن في عدم دستورية النص أثناء نظر الدعوى التي يراد تطبيق هذا النص المطعون فيه في جزء منها، وذلك مهما كانت المدة التي تفصل بين نظر الدعوى وصدور هذا القانون.[141] وتكون نتيجة هذه الرقابة امتناع القاضي عن تطبيق النص المطعون فيه دون إلغائه أو المساس به، لذلك تسمى برقابة "**الامتناع**".[142]

---

[140] د. إبراهيم درويش، المرجع السابق، ص.227

[141] مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2007، ص.625

[142] د. محمد كاظم المشهداني، القانون الدستوري، الدولة، الحكومة، الدستور، مؤسسة النقابة الجامعية، الاسكندرية، د.س، ص.281

❖ **تعريف رقابة الدفع الفرعي:**

تعرف الرقابة عن طريق الدفع الفرعي بأنها الرقابة التي يمارسها القاضي أثناء نظره للدعوى، مهما كان نوع الدعوى، مدنية، تجارية، جزائية، حيث يدفع أحد الأطراف بأن نصا ما سيطبق عليه في القضية غير دستوري، فيقوم القاضي بفحصه. فإذا ما تبين له عدم صحة الدفع فإنه يستمر في نظر القضية بهذا القانون المطعون فيه، في حين إذا ما تبين له جدية الدفع فإنه يمتنع عن تطبيق القانون المطعون فيه ولا يلغيه. وسمي دفعا فرعيا لأنه يكون من المدعى عليه وفي فرع من قضية وليس هو القضية في حد ذاتها. [143]

❖ **تمييز رقابة الدفع الفرعي عن رقابة الدعوى الأصلية:**

تختلف رقابة الدفع الفرعي عن رقابة الدعوى الأصلية في عدة أوجه:

- يطالب صاحب المصلحة في الدعوى الأصلية بإلغاء القانون المطعون فيه بعدم الدستورية، بينما **ليس** من حق صاحب المصلحة في الدفع الفرعي ذلك لأنه يطالب بعدم تطبيقه عليه فقط.

- للطاعن في عدم دستورية النص عن طريق الدعوى الأصلية مهاجمة النص ولو لم يطبق بعد، لذلك سميت بالدعوى الهجومية، بينما ليس للطاعن في عدم الدستورية عن طريق الدفع الفرعي مهاجمة النص، بل ينتظر حتى يطبق عليه ليطعن فيه بعدم الدستورية، فهو أسلوب دفاعي وليس هجومي.

[143] د. محمد عبد العزيز بوزيد، المرجع السابق، ص.294

- الحكم الصادر في الدعوى الأصلية هو حكم ذو حجية مطلقة على الجميع وليس على أطراف الدعوى فقط، لأنه سيلغي النص ويعدمه من أساسه إن تبين عدم دستوريته. أما الحكم الصادر في دعوى الدفع الفرعي فهو حكم ذو حجية نسبية فقط، أي لا يسري إلا على أطراف الدعوى دون البقية.

- تلجأ الدول التي تعتنق الرقابة القضائية عن طريق الأصلية إلى منح اختصاص ممارستها إلى محكمة واحدة فقط يكون منصوصا عليها في الدستور، سواء كانت محكمة متخصصة (محكمة دستورية، محكمة دستورية عليا، محكمة عليا ...) أو يمنح الاختصاص إلى المحكمة الأعلى في الهرم القضائي العادي في الدولة. لذلك تسمى هذه الرقابة بالرقابة **المركزية**، أي تركيز نظرها في جهة قضائية واحدة. أما رقابة الامتناع، أو الرقابة عن طريق الدفع الفرعي، فهي من اختصاص كل المحاكم في الدولة، مهما كانت درجتها.[144]

- موضوع الدعوى الأصلية موضوعا واحدا، عدم دستورية النص، أما موضوع الدعوى عن طريق الدعوى الفرعية فهو متعدد، إذ يكون النظر في موضوع معين، فيطعن أثناء ذلك بعدم تطبيق نص لهذا الموضوع، التجاري أو المدني أو الجنائي...، لذلك تكون متعددة المواضيع.

[144] د. محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص.282

- تحكم الدعوى الأصلية غالبا بمدة زمنية معينة حفاظا على استقرار المراكز القانونية والاستقرار التشريعي في الدولة. بينما لا يكون ذلك في الدفع الفرعي لأنه متوقف على تطبيق النص المطعون فيه بعدم الدستورية أثناء نظر قضية ما.

❖ **نشأة وتطور الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي:**

كانت الولايات المتحدة الأمريكية هي أسبق الدول في تبني الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي. ولم ينص الدستور الأمريكي على الرقابة على دستورية القوانين، لكن هذه الرقابة فرضت نفسها في المجال القانوني الأمريكي. ويعود الفضل في ذلك إلى اجتهادات المحكمة العليا الأمريكية، ومن ورائها الفقه الدستوري الأمريكي. وكانت قضية مالبوري ضد ماديسون سنة 1803 بداية اعتناق نظرية الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية.[145]

ب-أساليب الرقابة عن طريق الدفع الفرعي

تمت ممارسة الرقابة عن طريق الدفع الفرعي في الولايات المتحدة الأمريكية بثلاث أساليب، مرتبة وفق ظهورها التاريخي. وهذه الأساليب هي:

❖ **أسلوب الدفع بعدم الدستورية:**

يقصد بهذه الطريق وجود دعوى أمام القضاء، وأثناء النظر فيها يتم الدفع بعدم دستورية نص معين. وتختص المحاكم الأمريكية بالنظر في مثل هذه الدفوع إذا ما أثارها الخصوم وتفصل فيها وفق سلطتها التقديرية. ويشترط في الفرد الذي يدفع بعدم دستورية

[145] د. إبراهيم محمد حسنين، المرجع السابق، ص.ص.24-25

نص ما نفس الشروط العامة لدفع الدعاوى. ويكون الحكم الصادر بعدم الدستورية له حجية نسبية، أي لا تؤثر إلا على الأطراف فقط دون العامة.[146] كما يشترط في الدعوى، حسب اجتهادات المحكمة العليا الأمريكية، أن تكون جادة وذات خصومة حالة وقائمة. كما يجب أن تكون هناك مصلحة شخصية للذي يدفع بعدم الدستورية. وتشددت المحكمة العليا في هذا الشرط بالذات لأن الدفع بعدم الدستورية له آثار ذات أهمية خاصة. وتكون نتيجة المحكمة، إن رأت عدم دستورية النص المطعون فيه، هو استبعاد تطبيقه فقط. [147]

❖ **أسلوب الأمر القضائي:**

الأمر القضائي بالمنع هو صيغة قضائية تتضمن نهيا صريحا توجهه المحكمة إلى جهة ما لمنعها من تنفيذ قانون معين لأنه مخالف للدستور[148]، ويكون هذا الأسلوب بناء على طلب أحد الأطراف من المحكمة أن تصدر أمرا بوقف قانون معين على أساس أنه غير دستوري وسيكون له ضرر معين إذا ما طبق عليه. فهو إجراء وقائي "***Protective***". فتنظر المحكمة في هذا الطلب، فتصدر أمرا للموظف الذي يريد تطبيق القانون بأن يتوقف عن تنفيذه، فإذا امتنع عن تنفيذ هذا الأمر القضائي أصبح مرتكبا لجريمة احتقار المحكمة ***Comtempt of Court***.[149]

---

[146] د. محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص.22

[147] د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط...، المرجع السابق، ص575

[148] د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة...، المرجع السابق، ص.240

[149] د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص.480

وكانت نشأة هذا النوع من الرقابة أصله قضائي مرتبط بالتطور الذي عرفه النظام القضائي الأمريكي المتأثر بمبادئ القانون العام ***Common Law*** ومبادئ العدالة ***Equity***.

وتنقسم أوامر المنع إلى أوامر مؤقتة تصدرها المحكمة خلال نظرها الدعوى المرفوعة أمامها وتسمى ***Preliminary injunctions***، وأوامر دائمة تصدرها المحكمة بناء على دعوى مباشرة ترفع أمامها وتسمى ***Perpetual injunction***.[150]

وشاع استخدام هذا الأسلوب منذ أواخر القرن التاسع عشر، ونتج عنه تعطيل بعض التشريعات، لذلك عمد الكونغرس إلى توفير بعض الضمانات لاستعمال هذا الأسلوب، فأصدر سنة 1910 قانونا يتضمن بأن يكون صدور الأمر القضائي من اختصاص محكمة اتحادية خاصة تتشكل من ثلاثة قضاة يجوز الطعن في أحكامها أمام المحكمة العليا الاتحادية مباشرة. [151]

❖ **أسلوب الحكم التقريري**

يشبه هذا الأسلوب إلى حد كبير أسلوب الأمر القضائي، لكن الفرق بينهما هو أن هذا الأسلوب لا يشترط وجود دعوى قضائية، حيث يلجأ فرد إلى المحكمة طالبا منها إصدار حكم يقرر عدم دستورية نص معين يراد تنفيذه عليه. ويعد هذا الأسلوب أحدث الأساليب في الرقابة عن طريق الدفع الفرعي، حيث بدأت المحاكم تستخدمه بداية من سنة 1918.

[150] د. كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين...، المرجع السابق، ص.247

[151] د. عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص.296

ويرى شراح القانون الدستوري في هذا الأسلوب أفضل الأساليب في الدفع بعدم الدستورية، لأنه يحقق الغاية دون اشتراط وجود نزاع قضائي، فهو يهدف إلى معرفة موقف المحاكم من النص. ورغم أن المحاكم رفضت استعمال هذا الأسلوب بحجة أنها مختصة بنظر الدعاوى القضائية، لكن تراجعت على ذلك خصوصا مع صدور قانون اتحادي سنة 1934 يسمح للمحاكم حق إصدار أحكام تقريرية في المسائل المتعلقة بدستورية القوانين[152]. ويكون للحكم التقريري حجية نسبية لا ينعكس أثرها إلا على من يقرر لصالحه. وأصبح لهذا الأسلوب وجود في العديد من الدول منها كندا واستراليا والهند وباكستان وغانا.[153]

جـ-الحكم في دعوى الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي

يتطلب دراسة حكم الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي دراسة أربعة نقاط:

❖ **النطاق الزمني لتنفيذ حكم عدم الدستورية**

يقصد بالنطاق الزمني تحديد تاريخ سريان آثار الحكم بعدم الدستورية، هل ستكون سارية منذ تاريخ صدورها وتنفذ في المستقبل فقط، أم سيكون لها أثر رجعي في حالات معينة؟

---

[152] د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص.268

[153] انظر:

Jennings, Sir Ivor, The law and the constitution, University of London Press, 1943, p.145.

قررت النظرية السائدة في الفقه والقضاء الأمريكيين أن الحكم بعدم الدستورية لا يبطل القانون ولا يلغيه ولا ينشئ من ورائه أي مركز قانوني جديد، بل يكشف عن حقيقة القانون من الناحية الدستورية، هل هو دستوري أم غير دستوري. فإذا قررت المحكمة عدم دستوريته فمعنى ذلك أن العمل التشريعي لم يحترم الحدود المرسومة له دستوريا، وبالتالي فهو نص منعدم من حيث القيمة القانونية، والمنعدم سيكون له آثار مستقبلية وحتى له أثر رجعي لأن ما بني على باطل فهو باطل، فينصرف أثره إلى كافة العلاقات القانونية التي نشأت بمقتضاه ماضيا وحاضرا ومستقبلا. وعبرت المحكمة العليا الأمريكية على ذلك صراحة في حكمها في قضية ***Northon*** سنة 1886، حينما أوضحت أن التشريع المخالف للدستور ليس في الحقيقة قانونا على الإطلاق، فهو لا ينشئ حقوقا ولا يرتب واجبات ولا يمنح حماية ولا ينشئ وظيفة، فهو من الناحية القانونية منعدم القيمة تماما، وكأنه لم يصدر أصلا.[154]

❖ **حجية الحكم بعدم الدستورية:**

يعتبر القضاء الدستوري في الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي رقابة امتناع فقط، فهي لا تلغي ولا تبطل القانون، فكل ما يقوم به القاضي هو عدم تطبيق النص إذا ما حكم بعدم دستوريته. وقررت المحكمة العليا الأمريكية هذا الحكم بوضوح سنة 1936 في قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد **بتلر**، حينما أكدت أنه "**يجب ألا يساء فهم المحكمة في الرقابة على دستورية القوانين، إذ كثيرا ما يقال إن المحكمة تبطل القوانين**

[154] د. شعبان أحمد رمضان، المرجع السابق، ص.ص. 620-622

المخالفة للدستور وهو قول غير صحيح، إذ كل ما تفعله المحكمة أنها تضع النص الدستوري بجانب النص القانوني المطعون فيه لتحديد حقيقة ما بينها من توافق أو تعارض، فإذا فصلت في هذه المشكلة وترتبت عليها نتيجة في خصوص الدعوى المعروضة أمامها فقد انتهت مهمتها بالنسبة للقانون".

لذلك يترتب عن الحكم الصادر بعدم الدستورية في النظام الأمريكي أنه يصبح حائزا لحجية نسبية يقتصر أثرها على طرفي النزاع بخصوص الدعوى المقامة بينهما، بحيث لا يلزم هذا الحكم المحاكم الأخرى التي يمكنها تطبيقه إذا ما رأت عكس ذلك.[155]

❖ **آثار الحكم بعدم الدستورية عن طريق الدعوى الفرعية (الدفع الفرعي)**

سبق التفصيل في أن آثار الحكم بعدم الدستورية الناتج عن الدفع الفرعي لا يرتب آثارا على الغير، بل آثار نسبية على طرفيه فقط، المدعي والمدعى عليه. لكن المقصود بالآثار في هذه النقطة هي آثار الحكم على النص غير الدستوري في حد ذاته، هل الحكم بالامتناع عن تطبيقه يعني أنه يلغى أو يبطل؟ وهل الإبطال أو الإلغاء يمس كل النص أم الجزء غير الدستوري منه فقط؟

قد يبدو طرح هذا السؤال غير منطقي ما دام أنها رقابة امتناع فقط دون أن تكون رقابة إلغاء. لكن الحقيقة العملية هي أننا أمام نظام قانون يطبق نظام السوابق ***Précédents*** لأنه يتبع النظام الانجلوساكسوني، أي أن الحكم الذي تصدره المحكمة

[155] المرجع نفسه، ص.576.

الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون يكون ملزما عملا وقانونا لكافة المحاكم الأخرى، الأمر الذي يجعل من الامتناع عن تطبيق القانون من الناحية العملية بمثابة إلغاء له.

الإشكال الثاني الذي يطرح في الحكم بعدم الدستورية في النظام الأمريكي هو في حالة ما وجدت المحكمة، بعد فحصها للنص المطعون فيه، أن جزءا من أجزائه أو بعضا منه يتعارض مع نصوص في الدستور، بينما يتفق باقي أجزائه مع الدستور، فكيف يكون موقف القاضي؟

فصلت المحكمة الدستورية الأمريكية في هذا الإشكال بأنها مختصة في الحكم بعدم دستورية الجزء المخالف للدستور دون باقي الأجزاء. لكن لتطبيق هذا الفصل يجب أن تكون الأجزاء المحكوم بعدم دستوريتها قابلة للفصل عن الأجزاء المحكوم بدستوريتها، بحيث يمكن تنفيذ الأجزاء الدستورية على نحو يحقق الغرض من النص المطعون فيه ولو تحقيقا جزئيا أو ناقصا.[156]

وحكمت المحكمة العليا الأمريكية بمعيارين لتطبيق عملية الفصل، معيار موضوعي يتصل بنصوص القانون نفسها، ومعيار شخصي يتصل بواضع النص. وكان وضع هذين المعيارين في قضية ***Dorch*** سنة 1924 ضد ولاية تكساس. وصرحت المحكمة أن عملية الانفصال للأجزاء غير الدستورية عن الأجزاء الدستورية لا يتحقق إلا بشرطين:

- **<u>الشرط الأول</u>**: أن يتضح أنه يستطيع وحده إنتاج أثر قانوني.

[156] د. شعبان أحمد رمضان، المرجع السابق، ص.ص.604-605

- **الشرط الثاني**: أن المشرع لو علم بسقوط الأجزاء المخالفة للدستور لاختار بقاء هذا الجزء.

ويبدو أن هذا المعيار دفع الكونغرس الأمريكي إلى اتقاء خطر الحكم بعدم دستورية قوانينه فأصبح يلجأ إلى الفصل والتجزئة في قوانينه.

د-تقييم الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي:

يمكن تقييم الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي بالتطرق إلى إيجابياتها (مزاياها) وسلبياتها (عيوبها).

❖ **مزاياها:**

للرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي عدة مزايا، منها:

- لا تمس بمبدأ الفصل بين السلطات، لأن القاضي يمتنع عن تطبيق النص غير الدستوري دون إلغائه، فهو لا يمس بالسلطة التنفيذية أو التشريعية.[157]
- تمارس هذه الدعوى من قاضي متخصص وليست من جهة سياسية. [158]
- تمتاز بالمرونة، لأنها تكون ضمن قضية مطروحة على القاضي، فهي جزء منها.

❖ **عيوبها:**

للرقابة القضائية عدة سلبيات، منها:

---

[157] د. السعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.183.

[158] د. حسني بودبار، المرجع السابق، ص.110.

- تناقض الأحكام الذي قد يكون بين مختلف المحاكم، ما دام أن كل المحاكم سيكون مسموحا لها ممارسة هذا النوع من الرقابة. كما أنه لا يضع حدا للخلاف حول مدى دستورية النص من عدم دستوريته.[159]
- قد تكون ممارسة هذا النوع من الرقابة ذو شق سياسي في بعض الأحيان، لأن عملية الموازنة بين الدستور والتشريع قد تكون عملية سياسية في بعض الأحيان.[160]

[159] د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص. ص. 18 -19

[160] د. محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص.27

الفصل الخامس: الدعوى الدستورية

أولا: النظرية العامة للدعوى الدستورية

1-تعريف الدعوى الدستورية

عرفت الدعوى الدستورية بأنها "**رخصة منحها المشرع للأشخاص الطبيعية والهيئات القضائية لحماية حقوقهم المنتهكة بمخالفة سلطات الدولة لنصوص الدستور وذلك عبر الوسائل والإجراءات المحددة قانونا**".

كما عرفت الدعوى الدستورية بأنها "**الوسيلة التي يمكن الهيئات القضائية التي تنظر النزاع الموضوعي من أداء مهمتها في تطبيق النصوص القانونية الواجبة بحسب المرتبة التشريعية لها إذا ما ثبت لديها مخالفة إحدى سلطات الدولة، ولا سيما التشريعية والتنفيذية لنصوص الدستور**".[161]

2-خصائص الدعوى الدستورية

تتميز الدعوى الدستورية بعدة خصائص تميزها عن باقي الدعاوى القضائية الأخرى، فهي دعوى عينية، كما انها دعوى مستقلة بموضوعها.

أ-**انها دعوى عينية**: استقر فقهاء القانون الدستوري أن الدعوى الدستورية هي دعوى عينية بطبيعتها، بمعنى انها لا تستهدف حماية لصالح الافراد المتنازعة فحسب، بل تهدف أساسا إلى مجابهة التشريع المخالف لنصوص الدستور وازام السلطتين التشريعية والتنفيذية به، بحيث تحوز احكامها على حجية في مواجهة الكافة، وذلك عكس الدعوى الشخصية ذات الحجية النسبية والاثر النسبي بين أطرافها.[162]

---

[161] عمر التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقا لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006، رسالة ماجستير، 2010، ص.ص.112-113

[162] يحي نافع الفرا، طرق إقامة الدعوى الدستورية، دراسة تحليلية مقارنة، 2013، ص.17

وجاء في حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في جلسة 15 ماي 1993 تحت رقم 15 لسنة 14 قضائية انه:" الخصومة في الدعوى الدستورية، وهي بطبيعتها من الدعاوى العينية، قوامها مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور تحريرا لتطابقها مع اعلاء للشرعية الدستورية"

ب-استقلال الدعوى الدستورية عن الدعوى الموضوعية

تعتبر المحكمة المختصة التي تنظر الدعوى الدستورية محكمة مستقلة بذاتها، فهي ليست جهة طعن لما تقضي به محكمة الموضوع، وانما هي جهة قضائية مستقلة ذات اختصاص أصيل، بحيث إذا اتصلت الدعوى الدستورية بها وفق الإجراءات المنصوص عليها فإنها تستقل عن الدعوى الموضوعية التي تعالج موضوعا مغايرا لموضوع الدعوى الاصلية التي أثيرت بشأنه الدعوى الدستورية.[163]

3-التمييز بين الدعوى الدستورية الاصلية والدعوى الدستورية الاحتياطية

تعتبر كلتا الدعويين الاصلية والاحتياطية وسائل ممنوحة للمحاكم الدستورية بهدف حماية الحقوق والحريات الأساسية، فهما تهدفان لتحقيق هدف واحد. لكن رغم ذلك لا يعدان دعوى واحدة، وانما تختلفان في عدة أمور منها:

أ-من حيث الأطراف المخولة بتحريكها: لا يمكن للأفراد العاديين تحريك الدعوى الاصلية، وانما هي مقتصرة على السلطات العامة والهيئات السياسية، بينما الدعوى

[163] احمد محمود جمعة، أصول إجراءات التداعي امام محاكم مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص.107.

الاحتياطية فإنه، بالإضافة للجهات السابقة، يمكن للأشخاص الطبيعية والمعنوية تحريكها امام المحكمة الدستورية بهدف حماية حقوقهم الدستورية.[164]

ب-من حيث زمن تحريكها: يمكن للجهات المخولة بالطعن في دستورية القوانين أن تلجأ على المحكمة الدستورية المختصة للطعن في القانون بمجرد نفاذه دون انتظار تطبيقه، وبالتالي لا يشترط اتصال او ارتباط الدعوى الدستورية الاصلية بدعوى موضوع منظورة أمام الجهات القضائية الأخرى. فهي وسيلة دستورية عامة ومطلقة بغض النظر عن مصدر العمل التشريعي. بينما الدعوى الدستورية الاحتياطية لا يمكن اللجوء اليها ما دامت هناك وسيلة أخرى لإمكانية حماية الحق المنتهك، سواء امام جهات القضاء العادي او الإداري، لذلك تتطلب استنفاذ كافة طرق التقاضي العادي والإداري، وإلا سيتم رفض الدعوى لعدم توافر الشرط لإمكانية انعقاد اختصاصها بنظر الدعوى الدستورية الاحتياطية.[165]

جـ-من حيث نطاقها: تنصب الدعوى الدستورية الاصلية على الاعمال التشريعية، سواء الصادرة عن السلطة التشريعية بوصفها صاحبة الاختصاص الأصيل في التشريع أو عن السلطة التنفيذية استنادا لاختصاصها التشريعي الاستثنائي (مراسيم او قوانين في غياب السلطة التشريعية لأي سبب). بينما تنصب الدعوى الاحتياطية على كل الاعمال، سواء كانت تشريعية او قضائية حال مساسها لاحد الحقوق والحريات المحمية دستوريا للأشخاص الطبيعية او المعنوية، فنطاق الدعوى الاحتياطية أوسع من نطاق الدعوى الاصلية.[166]

---

[164] د. أحمد عيد الحسبان، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية عن طريق الدعوى الدستورية الاحتياطية في النظم الدستورية الغربية المقارنة وخاصة النظام الدستوري الاسباني، مجلة الشريعة والقانون، العدد 28، أكتوبر 2006، ص.332.

[165] المرجع نفسه، ص.333.

[166] ازهار صبر كاظم، سرى صاحب محسن، الدعوى الدستورية الاحتياطية ودورها في حماية الحقوق والحريات الأساسية، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، جامعة واسط، العراق، العدد 10، المجلد 15، 2009، ص.ص.204-206

ثانيا: كيفية تحريك الدعوى الدستورية

تتحرك الدعوى الدستورية بثلاث طرق متنوعة:

1-الدفع امام محكمة الموضوع من طرف أحد الخصوم في الدعوى الموضوعية

إذا دفع أحد الخصوم، أثناء نظر دعوى امام إحدى المحاكم او الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص قانوني أو لائحة ورأت المحكمة او الهيئة أن الدفع جدي اجلت النظر في الدعوى الموضوعية المطروحة امامها وحددت لمثير الدفع ميعادا لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة المختصة بنظر عدم دستورية نص او لائحة.[167] لكن ما المقصود بان يكون الدفع جدي؟

المقصود **بالجدية** أن الدفع لا يكون المقصود منه إطالة امد الدعوى الموضوعية. فالدعوى التي يستهدف تسويفها واطالة عمر النزاع فيها يعد الدفع فيها بعدم الدستورية دفعا غير جدي. كما يعد الدفع جديا إذا كان له تأثير في الدعوى. فإذا لم يكن له تأثير فيها عد دفعا غير جدي.[168]

كما استعمل اتجاه فقهي اخر معيارا لقياس مدى اعتبار الدفع جدي، وهو أن يكون الفصل في مسألة الدستورية "منتجا"، بمعنى أن يكون القانون او اللائحة المطعون في د ستوريها متصلة بموضوع النزاع. كما يجب أيضا ان تحتمل مدى مطابقة القانون أو اللائحة للدستور اختلافا في وجهات النظر، أي مختلفا فيها.[169]

ويرى جانب اخر من الفقه أن الجدية في الدفع بعدم الدستورية في إيطاليا كان له

- أن يكون الفصل في مسالة الدستورية منتجا في الدعوى الاصلية.

---

[167] د. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، 1998، ص.91

[168] د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الدامعات المصرية، الإسكندرية، 1978، ص.134

[169] د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1983، ص.580

- ألا تكون المسالة الدستورية قائمة على أساس ظاهر، أي أنه يكفي ان تكون مسالة الدستورية محل شك.[170]

فمسألة الجدية هي مسالة موضوعية يقدرها القاضي الذي طرحت امامه القضية الموضوعية، فله تقدير هذه المسالة وفق سلطته التقديرية. فإذا رأى توافر الجدية بعدم دستورية النص المطعون فيه بعدم الدستورية، طلب من صاحب الدفع التوجه إلى المحكمة المختصة بنظر الدستورية. اما إذا رأى عدم توافر عنصر الجدية فله رفض الدفع، ويكون الطعن في رفض قاضي الموضوع امام محكمة الدرجة الثانية

كما طرح تساؤل آخر حول طبيعة الدفع بعدم الدستورية، هل هو من النظام العام وبالتالي يجوز اثارته في أي مرحلة من مراحل التقاضي؟ ولو من القاضي من تلقاء نفسه؟ أو هو ليس من النظام العام وبالتالي لا يجوز اثارته في المراحل المتقدمة من الدعوى إذا لم يكن قد تم اثارته في الدرجة الأولى؟

كانت هناك عدة احكام مصرية رأت أنه ليس من النظام العام. [171]

2-الإحالة المباشرة من محكمة الموضوع:

إن الطريقة الثانية التي تحرك بها الدعوى الدستورية هي الإحالة مباشرة من محكمة الموضوع، حيث أنه إذا تراءى لإحدى المحاكم او الهيئات القضائية اثناء نظر دعوى معينة عدم دستورية نص قانوني معين ضروري للفصل في القضية المطروحة امامها، أوقفت الدعوى واحالت النص المشكوك فيه بعد الدستورية إلى المحكمة المختصة بنظر "الدستورية" للفصل فيه. وتكون هذه الطريقة مقررة لكل المحاكم مهما كان نوعها، مدنية

[170] د. محمد زهران، الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد الأول، السنة 14، يناير-مارس، 1970، ص.ص.134-135

[171] راجع حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1975/05/13، مجموعة احكام النقض، الدائرة المدنية، السنة 25، 1975، ص.783، وحكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 1983/23802، مجموعة احكام النقض، الدائرة المدنية، 1983، ص.366

إدارية وغيرها، ومهما كانت درجتها. ويكون تقدير الإحالة للمحكمة، أي من المسائل الموضوعية التي لا تخضع لرقابة المحكمة الأعلى.[172]

3-التصدي من المحكمة المتخصصة

يمكن للمحكمة المتخصصة بنظر دستورية القوانين أن تقضي بعدم دستورية أي نص قانوني يعرض عليها بمناسبة ممارسة اختصاصها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك باتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية.

يظهر من هذا ان المحكمة المتخصصة بالرقابة على دستورية القوانين تتصدى للنص المراد الفصل في مدى دستوريته وفق ضوابط معينة منها:

أ-تمارس المحكمة المتخصصة هذا الاختصاص بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها سواء اثناء نظرها دعوى دستورية ام دعوى تنازع او دعوى تفسير.

ب-أن يكون النص الذي تتصدى له المحكمة ذو صلة بالنزاع المطروح على المحكمة.[173]

ج-لا يجب ان يكون موقف المحكمة من التصدي لمدى دستورية النص ان تفصل بعدم دستوريته ضرورة، بل هو مجرد راي أولي قد يكون الحكم النهائي فيه بأنه غير دستوري.

ثالثا: شروط قبول الدعوى الدستورية

يشترط لقبول الدعوى الدستورية امام المحكمة المتخصصة بنظر مدى دستورية نص قانوني الشروط ذاتها لقبول أي دعوى أخرى. ومن بين هذه الشروط:

---

[172] د. صلاح فوزي، المرجع الدين السابق، ص.96

[173] المرجع نفسه، ص.97

أ-شرط الصفة في الدعوى الدستورية

يشترط لقبول الدعوى الدستورية أن تتوافر الصفة في المدعي والمدعي عليه. فالمدعي وجب ان تكون له صفة في المطالبة بما يدعيه، والامر نفسه يجب توافره في المدعي عليه.

فالصفة شرط لمباشرة الدعوى امام القضاء الدستوري. فقد يكون هناك صاحب مصلحة في إقامة الدعوى ولكن لا تتوافر فيه الصفة لمباشرة الدعوى لأي سبب كان معدم الاهلية مثلا. ففي هذه الحالة يكون صاحب الصفة هو الوصي او الولي او الممثل القانوني مع ضرورة ذكر اسم الأصيل حتى يتم توضيح من تقوم الدعوى باسمه ومن تنصرف إليه آثار الحكم الدستوري.[174]

ب-شرط المصلحة في الدعوى الدستورية:

لا تقبل أي دعوى لا تكون فيها مصلحة لرافعها. وهذا النص العام ينطبق على الدعوى الدستورية باعتبارها دعوى قبل أي شيء آخر. فلا دعوى بغير مصلحة، لأن المصلحة هي الفائدة التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته كلها أو بعضها، فهي شرط لقبول الدعوى الدستورية.

ولكي تكون المصلحة في الدعوى الدستورية مقبولة لا بد أن تتوافر فيها ثلاثة شروط:

1-**أن تكون مرتبطة بالمصلحة في الدعوى الموضوعية**: فالدعوى المتعلقة بالطعن في دستورية نص قانوني معين يجب ان يكون لهذا النص تأثير في الدعوى الموضوعية المرفوعة. لذلك يؤثر الحكم في المسألة الدستورية بالضرورة في الدعوى الموضوعية.

2-المصلحة يجب ان تكون قانونية وشخصية ومباشرة: يشترط في المصلحة المطلوبة في الدعوى الدستورية أن تكون قانونية، أي مصلحة يقرها القانون ويحميها (فحتى

[174] المرجع نفسه، ص.129.

المصلحة الاقتصادية وحدها لا تكفي لقبول الدعوى الدستورية).[175] فالطاعن بالدستورية ضد نص معين يشترط أن يراد تطبيقه ضده ومخالفا للدستور. كما يشترط في المصلحة ان تكزن شخصية، أي النص المطعون فيه يمس المدعي الطاعن بالدستورية، وان تكون مباشرة ومستمرة خلال نظر الدعوى إلى غاية الفصل فيها. كما يكفي ات تكون المصلحة أدبية وليست مادية فقط.[176]

3-**المصلحة يجب ان تكون قائمة**: معنى ذلك أن تكون للطاعن بعدم الدستورية مصلحة قائمة وقت رفع الدعوى الدستورية. فالمصلحة الاحتمالية لا تكفي لقبول الدعوى، وهذا عكس الدعوى في المواد المدنية والتجارية. وتنتفي المصلحة في عدة مواضيع منها:

- التنازل عن الحق المطالب به في الدعوى الموضوعية.
- وجود سابقة صدور حكم في شأن دستورية النص المطعون بعدم دستوريته، وهنا يصدر حكم بانتهاء الخصومة وليس بعدم قبول الدعوى، خصوصا وان الحكم بعدم القبول معناه عدم توافر شروط رفع الدعوى ابتداء. بينما الحكم بانتهاء الخصومة تفترض توافر شروط رفع الدعوى (ومنها شرط المصلحة) ثم تزول فيما بعد.[177]

رابعا: أوجه الطعن بعدم "الدستورية"

تتمثل أوجه الطعن في دستورية نص قانوني في ثلاث أوجه، هي وجه مخالفة الاختصاص الدستوري، ووجه الشكل والإجراءات، ثم وجه مخالفة الاحكام الموضوعية للدستور. وسنحاول تفصيلها تباعا:

أ-وجه مخالفة الاختصاص الدستوري:

ينقسم وجه الطعن في دستورية نص قانوني من خلال عيب مخالفة الاختصاص الدستوري إلى ثلاث أنواع:

---

[175] حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر الصادر في مارس 1975، مجموعة احكام المحكمة، ص.315

[176] د. صلاح الدين فوزي، المرجع السابق، ص.ص.165-166

[177] د. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، 1988، ص.446

1-**عيب عدم الاختصاص الدستوري الموضوعي:**

ويعني قيام إحدى السلطات في لدولة بممارسة التشريع خارج إطار الاختصاص الممنوح لها دستوريا، منها مثلا قيام رئيس الجمهورية بالتشريع في المواضع التي لم يمنحها له الدستور، أو أن يقوم وزير او رئيس وزراء بالتشريع أو إصدار قوانين دون أن يكون له هذا الاختصاص الدستوري.

2-عيب عدم الاختصاص الدستوري الزمني: ومثال ذلك أن يقوم المكلف بإصدار القوانين بإصدارها بعد فوات المدة المحددة لها دستوريا. فالدستور غالبا ما ينص على مدة لإصدار القوانين بعد المصادقة عليها من السلطة التشريعية.

3-عيب عدم الاختصاص الدستوري المؤسس على اغتصاب السلطة:

ويعني قيام سلطة ما في الدولة بالسطو على اختصاصات سلطة أخرى. فإذا قرر المشرع لجهة معينة تقرير عقوبات على بعض الجرائم فإن قيام سلطة أخرى بتقرير هذه العقوبات يعد اغتصابا للسلطة لان القاعدة الدستورية تنص على انه لا عقوبة ولا جريمة إلا بناء على قانون.[178]

ب-وجه الشكل والإجراءات: يقصد بهذا الوجه للطعن بالدستورية مخالفة القانون للقواعد القانونية الشكلية والاجرائية لإصداره والتي حددها الدستور، منها مثلا طريقة المصادقة عليه كالأغلبية المطلوبة لقبوله او عدم اخذ راي جهة معينة قبل إصداره او المصادقة عليه، كما هو الحال في بعض القوانين، العضوية خصوصا، في دول معينة التي تتطلب اخذ راي مجلس الدولة (مصر مثلا).

جـ-وجه مخالفة الاحكام الموضوعية للدستور: ويقصد بهذا الوجه مخالفة النص القانوني المطعون في دستوريته في موضوعه لحكم دستوري، كصدور قانون يخالف مبدأ المساواة المنصوص عليه دستوريا أو حماية حق الملكية الفردية ومبدأ تكافؤ الفرص.

[178] د. صلاح الدين فوزي، المرجع السابق، ص.224

خامسا: الحكم في الدعوى الدستورية-إجراءات إصداره-حجيته وآثاره

يخضع الحكم في الدعوى الدستورية، مثله مثل بقية الاحكام الأخرى، إلى المراحل نفسها في الصدور، من مداولة وتسبيب ونشر. كما ستكون له حجية حددها القانون، ينتج عنها آثار معينة.

وسوف تكون دراسة الحكم الدستوري في هذه الدراسة من خلال التعرض لنظامين مختلفين كنموذجين لنوعي الرقابة على دستورية القوانين، النظام القانوني الفرنسي الذي يعد المرجع في الرقابة السياسية على دستورية القوانين من خلال المجلس الدستوري الفرنسي، ثم النظام القانوني الأمريكي الذي يعد رائدا في الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

أ-إجراءات اصدار الحكم الدستوري في النظام الفرنسي (المجلس الدستوري الفرنسي).

ينظم آثار القرار الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي نص الفقرة الأولى من المادة 62 من الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958 والمادتين 22 و23 من الامر رقم 58/1067 المؤرخ في 7 نوفمبر 1958 المتعلق بالقانون الأساسي للمجلس الدستوري الفرنسي.

تنص الفقرة الأولى من المادة 62 من الدستور الفرنسي على ان "النص الذي يعلن عدم دستوريته لا يمكن إصداره او تطبيقه...".

كما تنص المادة 22 من القانون الأساسي للمجلس الدستوري الفرنسي على أنه: "**في الحالة التي يعلن فيها المجلس الدستوري ان القانون الخاضع لرقابته يحوي نصا يتعارض مع الدستور ولا يمكن فصله عن القانون في مجمله، فإن القانون لا يمكن إصداره**".

وأضافت المادة 23 من القانون الأساسي للمجلس الدستوري الفرنسي أنه "**في الحالة التي يعلن فيها المجلس الدستوري ان القانون محل الرقابة يحوي نصا يتعارض وأحكام الدستور، ودون أن يقرر في الوقت نفسه بأن هذا النص غير الدستوري لا يمكن فصله**

عن القانون في مجمله، فإن رئيس الجمهورية يستطيع اما اصدار القانون بدون هذا النص، وإما أن يطلب من مجلسي البرلمان قراءة جديدة".

أما بشأن حجية القرار الصادر عن المجلس الدستوري فإن هذه الحجية نظمتها المادة 62 من دستور 1958 والتي ورد فيها أن قرارات المجلس الدستوري لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن وأنها ملزمة لكل السلطات في الدولة، الإدارية والقضائية.

1-الأثر القانوني المترتب عن قرار المجلس الدستوري الفرنسي.

إن الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي هي رقابة وقائية سابقة على صدور النص المطعون في دستوريته. كما أنها أصبحت رقابة لاحقة بعد التعديل الدستوري لسنة 2008 كما سبق تفصيله سابقا.[179] وبالتالي يكون الأثر المترتب عن صدور القرار بعدم الدستورية لنص معين هو عدم إصداره أو وضعه موضع التطبيق إذا كانت رقابة سابقة[180]، أو إلغائه وإخراجه من المنظومة القانونية إذا كانت الرقابة لاحقة (بعد 2008).

ففيما يخص الرقابة السابقة، وهي نوعين، اجبارية واختيارية، فإن الرقابة السابقة الاختيارية والتي تكون للقوانين الأساسية (العضوية) فإعلان المجلس الدستوري عدم مطابقتها للدستور يترتب عنها عدم إصدارها، والأمر نفسه ينطبق على اللوائح المنظمة لغرفتي البرلمان الفرنسي.

أما فيما يتعلق بالرقابة السابقة الاختيارية، والمتعلقة بالمعاهدات الدولية والقوانين العادية، فإن حكم المجلس الدستوري بعدم مطابقة المعاهدة للدستور، كان تحتوي شرطا أو نصا لا يتفق مع الدستور، فلا يتم تعديل النص الوارد في المعاهدة، بل يتم تعديل

[179] يرجى الرجوع إلى تفصيل الرقابة السياسية على دستورية القوانين في فرنسا التي سبق تفصيلها في هذا المؤلف.

[180] أنظر:

Lavroff. D.G., Le droit Constitutionnel de la République, 1999, p.240.

الدستور حتى لا يكون هناك تعارض بين المعاهدة والدستور. وأكد المجلس الدستوري الفرنسي هذا الاتجاه في عدة قرارات منها قراره الشهير رقم 92/308 الصادر في 09 ابريل 1992 عندما مارس رقابته على معاهدة ماستريخت1 (Maastricht I)، فتبين للمجلس الدستوري بعد فحصه لشروط واحكام المعاهدة أنها تحوي شروطا عديدة تتعارض مع السيادة الفرنسية، وانتهى إلى أنه لا يمكن المصادقة على المعاهدة إلا بعد إجراء تعديل دستوري، وهو ما تم فعلا في 25 جويلية 1992 باجتماع مجلسي البرلمان في شكل جمعية تأسيسية لإجراء هذا التعديل.[181]

أما فيما يتعلق بالرقابة السابقة الاختيارية المتعلقة بالقوانين العادية فإنه يجب التفرقة بين حالتين: **البطلان الكلي والبطلان الجزئي**.

1. **<u>البطلان الكلي للقانون</u>: <u>عدم اصدار القانون كله</u>**

في حالة فصل المجلس الدستوري بعد دستورية النص المطعون فيه كلية أو عدم دستورية جزء لا يمكن فصله عن بقية الأجزاء، فإن هذا النص لا يتم إصداره، والبرلمان في هذه الحالة، يقوم بتبني قانون جديد مع مراعاة ملاحظات المجلس الدستوري.[182] اما إذا كانت الرقابة لاحقة لصدور القانون في النتيجة تكون الغاء النص المطعون فيه واخراجه من المنظومة القانونية كلية إذا كان لا يقبل التجزئة.

2. **<u>البطلان الجزئي للنص</u>:** حسب المادة 23 من الامر الصادر في 7 نوفمبر 1958 المتعلق بالقانون الأساسي للمجلس الدستوري الفرنسي، فإنه في الحالة التي يعلن فيها المجلس الدستوري أن القانون محل الرقابة يتضمن نصا مخالفا للدستور، وكان النص المخالف للدستور يمكن فصله عن النص المطعون فيه كلية، أمكن اصدار الجزء المتناسق مع الدستور وعد اصدار الجزء الاخر، أو الامتناع عن اصدار النص كاملا

[181] د. شعبان احمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، ص.595 وما بعدها.

[182] أنظر قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 1993/07/28 والمعروف بقانون Fillon.

حتى يتم تصحيح الجزء غير الدستوري.[183] أما إذا كانت الرقابة لاحقة، فالنص الذي يمكن فصله فقط هو الذي يتم إلغاؤه واخراجه من المنظومة القانونية.

2-حجية القرار الصادر من المجلس الدستوري الفرنسي[184]:

بينت المادة 62 من دستور 1958 أن النص الذي يعلن عدم دستوريته لا يجوز إصداره أو تطبيقه. كما أن قرارات المجلس الدستوري لا تقبل أي طريق من طرق الطعن، وهي ملزمة لكل السلطات في الدولة، القضائية والإدارية.

والمقصود بالقرار في هذه الحالة هو القرار الصادر بالدستورية او عدم الدستورية. فالحكم بالدستورية تعطي للنص المطعون فيه حصانة، أي لا يجوز الطعن فيه مستقبلا بعدم الدستورية، وإلا يتم الفصل بسبق الفصل. أما قرار "عدم الدستورية" فهو إخراج النص من المنظومة القانونية وعدم إمكانية إصداره إذا لم يتم إصداره. أما إذا كانت الرقابة لاحقة، أي بعد صدور النص والطعن فيه من المتضرر، فإن الحكم بعدم الدستورية يعني إلغائه واخراجه من المنومة القانونية الفرنسية. أما إذا تم الفصل بدستوريته، وفق الرقابة اللاحقة دائما، فإنه يتم منحه حصانة لا يمكن لاحد الطعن في عدم دستوريته مستقبلا.

واعطيت هذه الصفات لقرارات المجلس الدستوري نظرا للخاصية التي تتميز بها الدعوى الدستورية، فهي "**دعوى عينية**". كما أن هذه الصفة تجعل من الحكم الدستوري يسري تجاه الكافة، فله حجية مطلقة، ويتم نشر القرار في الجريدة الرسمية.

ب-حجية وآثار الحكم الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية.

تعد الولايات المتحدة الامريكية النموذج الأول والاقدم للدول التي أخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين رغم عدم وجود نص يسمح بممارسة هذه الرقابة. فقد نشأت هذه الرقابة مبكرا في النظام القضائي للولايات المتحدة الامريكية.[185]

---

[183] د. محمود احمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، آثاره وحجيته...، المرجع السابق، ص.147

[184] أنظر:

Drago. G, L'exécution des décisions du conseil constitutionnel, 1991.

[185] د. يحي الجمل، طرق الرقابة على دستورية القوانين في البلاد العربية، دراسة منشورة بنشرة اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، النشرة الأولى، ديسمبر 2002، ص.9

وقبل التفصيل في حجية وآثار الحكم الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية، يجدر أن نعطي نظرة عن التقسيم القضائي الأمريكي.

1- هيكلة النظام القضائي الأمريكي:

ينقسم النظام القضائي الأمريكي إلى نوعين من القضاء، القضاء الاتحادي والقضاء الولائي.

1. **القضاء الاتحادي**: يتكون القضاء الاتحادي الأمريكي من:

- **المحكمة العليا**: وهي أعلى محكمة في الولايات المتحدة الامريكية، وهي المحكمة الوحيدة المنشأة دستوريا حسب نص المادة الثالثة من الدستور الأمريكي، ومقرها واشنطن، أحكامها تمثل المبادئ النهائية التي تسير عليها وتتقيد بها باقي المحاكم. وتتضمن في كثير من الأحيان تفسيرا لنصوص الدستور والقوانين الاتحادية.

تتكون المحكمة من رئيس و08 قضاة، يختارون كلهم من الرئيس الأمريكي، بعد موافقة الكونغرس، ويعينون مدى الحياة، ولا يجوز عزلهم إلا عن طريق الاتهام Impeachment. وللمحكمة اختصاصات اصلية واختصاصات تشاركها فيها محاكم أخرى.

3. **الاختصاصات الاصلية للمحكمة العليا كدرجة أولى:**

1-جميع المنازعات التي تكون بين ولايتين أو أكثر بشرط أن تكون حكومة الولاية هي الخصم في الدعوى.

2-جميع الدعاوى والإجراءات المقامة ضد السفراء ووزراء الدول الأجنبية (الوزراء المفوضين) او تابعيهم.

4. **الاختصاصات المشتركة مع محاكم أخرى كدرجة أولى:**

1-الدعاوى التي يقيمها السفراء والوزراء المفوضين التابعين لدول أجنبية.

2-المنازعات بين الحكومة الاتحادية وإحدى الولايات.

3-الدعاوى المقامة من مواطني إحدى الولايات ضد مواطني ولاية أخرى أو ضد الأجانب.

كما قد تكون المحكمة العليا الامريكية محكمة نقض لأحكام وقرارات المحاكم الأخرى وهي المحكمة الابتدائية ومحاكم الاستئناف والاحكام النهائية الصادرة عن المحاكم العليا في كل ولاية.

- **المحاكم الإقليمية (محاكم الدرجة الأولى):**

وهي محاكم الدرجة الأولى للتقاضي، توجد في جميع الولايات، إذ توجد في كل ولاية محكمة أو أكثر، وتتشكل من قاضي واحد أو أكثر. وتختص هذه المحاكم بنظر جميع الدعاوى القضائية الاتحادية المدنية والجنائية.

- **محاكم الاستئناف:** وهي محاكم الدرجة الثانية، وتستأنف أمامها أحكام المحاكم الإقليمية (محاكم الدرجة الأولى)، عددها إحدى عشر محكمة، إحداها في العاصمة واشنطن، لها اختصاص إقليمي وفقا لتقسيم معين، وتتكون من ثلاثة قضاة، رئاسة المحكمة تكون لأقدمهم.

2. **القضاء الولائي:** يكون القضاء الولائي في كل ولاية أو إقليم معين. وسمي بالولائي ارتباطا بالولاية الامريكية. ويكون تكوينها وتشكيلها لاعتبارات خاصة تعود لحجم الولاية وإلى عناصر أخرى سياسية ودستورية.[186]

2-الحكم الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية:

قبل التطرق إلى حجية وآثار الحكم الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية، يجدر التطرق إلى نطاق الرقابة على دستورية القوانين في هذه الدولة.

[186] د. محمود احمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، آثاره وحجيته، دراسة مقارنة في ضوء احكام المحكمة الدستورية العليا حتى ابريل 2003، ص.ص.203-204

1. نطاق الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية:

إن ممارسة الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة قضائية يؤدي حتما للاحتكاك بالسلطة التشريعية المختصة بإصدار التشريعات والسلطة التنفيذية المكلفة بتنفيذها. لذلك كان القضاء حريصا على وضع ضوابط وقيود ذاتية لوضع الرقابة القضائية على دستورية القوانين في نطاقها الصحيح وتفادي هذا الاحتكاك المحتمل، خاصة أن المجابهة قد تكون نتيجتها في غير صالح السلطة القضائية.[187]

لذلك حرصت المحكمة العليا الامريكية على وضع ضوابط لعملها، وهي ضوابط وقيود ذاتية (Judicial Self Restreint) يقررها القضاء الدستوري في ممارسته الرقابية. ومن هذه الضوابط والقيود نذكر:

- **قصر الرقابة على الدستورية دون رقابة بواعث اصدار التشريع أو ملائمته**

يقتضي مبدأ الفصل بين السلطات أن تمارس كل سلطة من سلطات الدولة لاختصاصاتها المحددة دستوريا دون ان تتجاوزها أو تنتهكها وإلا كان هناك انتهاك للمبدأ في حد ذاته. لذلك فإن دور السلطة القضائية يقتصر على بحث مدى مشروعية تلك القوانين دون التعدي إلى بحث اعتبارات الملائمة أو الاعتبارات السياسية التي أدت إلى وضع ذلك التشريع. فالرقابة القضائية هي رقابة قانونية وليست سياسية. فالبحث في بواعث اصدار التشريع أو الضرورات التي أدت إلى ذلك أو أهميته العملية كلها لا تدخل ضمن عمل السلطة القضائية.[188]

---

[187] د. عادل عمر الشريف، قضاء الدستورية...، المرجع السابق، ص.133

[188] د. محمود احمد زكي، المرجع السابق، ص.204

- **عدم التعرض للمشكلة الدستورية إلا إذا كان ذلك لازما للفصل في الخصومة الاصلية.**

يعد هذا الضابط أو القيد من القيود التي اعتبرها الفقه الدستوري الأمريكي من الوسائل القضائية لحسم المنازعات ذات الطابع الدستوري *Judicial Techniques in (Constitutional Litigation)*.[189]

ويقصد بهذا القيد أنه لا يجوز للمحكمة البحث في موضوع دستورية القوانين إلا إذا كان ذلك القيد يعتبر مسألة ضرورية وأولية يتوقف عليها الفصل في الخصومة الاصلية. وكان هدف المحكمة العليا الامريكية من وراء هذا القيد هو التضييق من نطاق الرقابة على دستورية القوانين والتشدد في قبول الدفع بعد الدستورية. بل وذهبت المحكمة إلى حد استعمال شرط المصلحة وقيام الخصومة وتشددت فيهما.[190]

- **قرينة براءة القوانين من العيوب الدستورية**

ويقصد بهذا الضابط ما يسمى بقرينة "الدستورية" التي سبق التفصيل فيها في هذا المؤلف.[191] وتسمى أيضا بقرينة المطابقة أو الصلاحية، إذ يفترض أن القانون بمجرد صدوره يكون مطابقا للدستور وبريئا من العيوب الدستورية، ومن يدعي عكس ذلك يقع عليه عبء الاثبات.

2. آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية في النظام القضائي الأمريكي.

هناك تساؤلات تطرح في هذا النظام الذي يعتنق الرقابة القضائية على دستورية القوانين حول مآل القانون المطعون فيه، سواء بالحكم بدستوريته أم بعدم دستوريته، خصوصا الحالة الأخيرة، أي عدم الدستورية، هل يلغى أم يتم الامتناع عن تطبيقه فقط؟ كما أن هناك تساؤل آخر يطرح حول المدى الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية، أي تحديد

---

[189] د. أحمد كمال أبو المجد، رقابة دستورية القوانين...، المرجع السابق، ص.242

[190] د. علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1978، ص.633

[191] انظر الصفحة 5 وما بعدها من هذا المؤلف.

التاريخ الذي تمتد غليه آثار الحكم وبالتالي الوقوف على ما إذا كانت هذه الاحكام تنفذ بالنسبة للمستقبل فقط أم يكون لها أثر رجعي؟

- **آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية على القانون المقضي بعدم دستوريته**

أثار الحكم الصادر من المحكمة العليا الامريكية بعدم دستورية نص جدلا فقهيا كبيرا، فكان التساؤل المطروح هو هل هذا الأثر يتمثل في إلغاء التشريع المعيب أم أنه يقف فقط عند حدود الامتناع عن تطبيقه؟

وكان هذا التساؤل مطروح بشدة لأن موقف القضاء الأمريكي كان موقفا سلبيا من النصوص غير الدستورية، فهو لم يقض ببطلانها ولا بإلغائها، بل ولم يرتب أي جزاء عام يمسها في كيانها،[192] وإنما كان ما فعله هو الامتناع عن تطبيقه في النزاع المعروض أمامه، بحيث اختار احترام النصوص الدستورية ومخالفة أوامر المشرع المخالفة لهذه النصوص، فتقضي المحكمة في الخصومة وكأن النص–غير الدستوري–غير موجود من أصله.[193]

وكان للمحكمة العليا الامريكية حكما شهيرا في تحديد موقفها من النص المطعون فيه بالدستورية وذلك سنة 1936 في قضية "الولايات المتحدة ضد بتلر ***United States v. Butler*** "حيث أوضحت أنه **يجب ألا يساء فهم مهمة المحكمة في الرقابة على دستورية القوانين، إذ كثيرا ما يقال أن المحكمة تبطل القوانين المخالفة للدستور، وهو قول غير صحيح، إذ كل ما تفعله المحكمة أنها تضع النص الدستوري إلى جوار النص القانوني المطعون فيه لتحديد حقيقة ما بينهما كم توافق أو تعارض، فإذا فصلت في**

[192] د. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار المعارف، الإسكندرية، 2000، ص.274.

[193] د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري...، المرجع السابق، ص.492.

هذه المشكلة ورتبت عليها نتيجتها بخصوص الدعوى المعروضة أمامها فقد انتهت مهمتها بالنسبة للقانون.[194]

يتضح من هذا المسلك أن القضاء الأمريكي تقف سلطته عند الامتناع عن تطبيق النص غير الدستوري وليس ابطاله أو إلغائه، إلا أنه يجوز لبقية المحاكم تطبيقه. لكن مادام النظام القانوني الأمريكي هو تابع للنظام القانوني الانجلوساكسوني الذي يتبع نظام السوابق القضائية، فإن الحكم الذي تصدره المحكمة العليا تطبقه بقية المحاكم الأدنى منها درجة.[195]

وهو ما يعني أن الامتناع سيكون مطبقا من كل المحاكم مهما كانت درجتها، فيعد بذلك أن القانون الممتنع عن تطبيقه ملغى ضمنيا.[196]

- **أحكام المحكمة العليا الامريكية من حيث الأثر الرجعي والأثر الفوري**

إلى غاية سنوات الثلاثينات من القرن العشرين، كانت معظم الاحكام الصادرة عن المحكمة العليا تسري بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور النص الذي تم الحكم بعدم دستوريته. إلا أنه بعد هذا التاريخ أصبحت غالبية الاحكام تصدر بأثر فوري ومستقبلي، خاصة بدءا من سنوات الستينات لما كانت المحكمة العليا تحت رئاسة القاضي "**وارن Warren**"، حيث أصبحت الاحكام تنظر إلى الاضرار الجسيمة التي خلفتها الاثار الرجعية لإلغاء النصوص،[197] خصوصا في النصوص المتعلقة بالعقود والقضايا الجنائية وقضايا الأحوال الشخصية. ولم يكن هذا الموقف القضائي ليكون مختلفا من زمن لآخر إلا في غياب نص صريح في الدستور الأمريكي، لذلك كانت ظروف كل قضية هي المتحكمة في الأثر الرجعي أو الفوري.

---

[194] د. أحمد كمال أبو المجد، رقابة دستورية القوانين...، المرجع السابق، ص.221

[195] د. برهام محمد عطاالله، قاعدة الزامية السابقة القضائية وأفولها في القانون الإنجليزي الحديث، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة 15، 1970، العدد الأول، ص.ص.133-155

[196] د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين...، المرجع السابق، ص.602

[197] د. محمود أحمد زكي، المرجع السابق، ص.261

وبين إيجابيات وسلبيات الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية والأثر الفوري، فقد كان للمحكمة العليا موقفا من أسباب عدم الرجعية[198]، حيث عددتها في ثلاث:

- القرار الذي لا يطبق بأثر رجعي يكون مؤكدا لمبدأ قانوني جديد.
- أنه يجب أخذ المزايا والعيوب في كل قضية على حدى، وهل تطبيق الأثر الرجعي سيخدم القرار بعدم الدستورية أم سيعرقله.
- أن إعمال الأثر الرجعي سيؤدي إلى نتائج ظالمة بحق من اعتمدوا على وجود القانون قبل تقرير عدم دستوريته.

كما ذهب القاضيان *Kennedy and White* إلى أنه في القضايا المدنية يكون من المناسب أحيانا أن ينتج القرار القضائي أثرا مستقبليا فقط وذلك لرفع الظلم عن الذين اعتمدوا – لمبرر مقبول–على القانون المطعون فيه.[199]

ولكن بداية من التسعينات من القرن العشرين ظهر مبدأ آخر في اعمال الأثر الرجعي أو الفوري في الحكم بعدم الدستورية، وهو مبدأ "**العدالة**" مكان مبدأ "**الاعتماد**". فمبدأ العدالة يعني المساواة أو توحيد المعاملة بين أصحاب المراكز المتساوية، أي الاستفادة من القاعدة للكل وليس للبعض لمجرد أن جزء توجه للمحكمة العليا والباقي لم يتوجه لها، وسواء كانت القضية مدنية أو جزائية.

وكخلاصة لهذه الدراسة، فإن الرأي الغالب في الفقه الأمريكي يرى أن الدستور الفيدرالي لم ينص على تطبيق قرار عدم الدستورية بأثر فوري أو بأثر رجعي، وأن كلاهما يتفق مع

---

[198] القضية المدنية بين *Chevron Oil Co. v. Huson*:

U.S. Supreme Court, Chevron Oil Co. v. Huson, 404 U.S. 97 (1971),Chevron Oil Co. v. Huson, No. 70-11,Argued October 20, 1971,Decided December 6, 1971,404 U.S. 97

[199] د. محمود احمد زكي، المرجع السابق، ص.ص.263–264

المادة الثالثة من الدستور الأمريكي، وهو ما يتيح للمحكمة التعامل بمرونة مع كل قضية على حدى، ولو مع وجود نظام السوابق القضائية الذي يعد مبدأ مرنا وليس جامدا.[200]

[200] د. برهام محمد عطاالله، المرجع السابق، ص.133 وما بعدها

قائمة المراجع:

أولا: باللغة العربية:

1-ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 1997

2-ماز حسن، القضاء الدستوري طريق نحو الديمقراطية، دراسة في التجارب الدستورية المقارنة، مجلة الفقه والقانون، العدد15، يناير2014

3 -عصام سليمان، العلاقة بين القضاء الدستوري والبرلمان، نقلا عن:
www.conseilconstitutionnelliban.com/sub

4- عيد أحمد الحسبان، قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، العدد48، 2011

5- ابن منظور، لسان العرب، المجلد13، الطبعة الاولى، 1990

6- عمار كوسه، القيمة الاستدلالية للقرائن القانونية دراسة تقييمية من منظور الفقه والقضاء الدوليين، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، مجلة علمية محكمة، جامعة باتنة، الجزائر، العدد25، ديسمبر 2011، ص.ص 111-126.

7- عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001

8-نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009

9- أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، دار النهضة العربية، 1960

10-ثروت بدوي، النظام الدستوري العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964

11-ادمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، الجزء الثاني، بيروت، دار العلم للملايين، 1965

12-إبراهيم محمد درويش، محمد إبراهيم درويش، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007

13-ثروت بدوي، النظم السياسية، الجزء الاول، النظرية العامة للنظم السياسية، مكتبة النهضة العربية، 1964

14-عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، الاسكندرية، 1964
15 -طعيمه الجرف، القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1964
16-إبراهيم عبد العزيز بشير، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكنـــدرية، 2000
17-منذر الشاوي، القانون الدستوري، نظرية الدستور، مركز البحوث القانونية بغداد، 1981
18-ثروت بدوي، القانون الدستوري، الأنظمة الدستورية في مصر، القاهرة، دار النهضة العربية، 1996
19-أحمد العزي النقشبندي، سمو النصوص الدستورية، دراسة مقارنة، مجلة النهضة، المجلد 13، عدد2، أبريل2012
20-مجدي محمد زيادة، الاتجاهات السياسية وأثرها على الرقابة الدستورية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2009
21-صالح جواد الكاظم، تفسير الدســتور، محاضــرات غير منشورة، بغداد، كلية القانون، 1992.
22-عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، القاهرة، الجلال للطباعة، 2003
23-جورج سعيد ساري، أصول القانون الدستوري، القاهرة، بدون ناشر، 2003
24-صبري السنوسي، الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س
25-ماجد سلطان محمد بن سليمان، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2003
26-سهيل محمد العزام، أنواع الرقابة على دستورية القوانين، دار عمار للنشر والتوزيع، عمان، 2003
27-علي عيسى اليعقوبي، تعديل 23تموز 2008 الدستوري وأثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، السنة 2012، المجلد27

28-عمار عباس، دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان مبدأ سمو الدستور، مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد الاول، 2013
29-عمار عباس، تطور الرقابة الدستورية في الجزائر والعوائق التي تحول دون فعاليتها، مجلة الحقيقة، العدد4، 2004
30-السعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع
31-بختي نفيسة، عوائق عمل المجلس الدستوري، مذكرة ماجستير، جامعة معسكر، 2006
32-رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2006
33-نجاح غربي، إجراءات تحريك الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين الجزائر ومصر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2004،
34-علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، اتبراك للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 2004
35-زهير شكر، الوسيط في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، النظرية العامة، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1994
36-فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية
37-أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005
38-سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000
39-إبراهيم درويش، القانون الدستوري، النظرية العامة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004
40-عبد العزيز أحمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1995
41-ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003

42-الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2007
43-محمد عبد العالي السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية، القاهرة، د.س.
44-فيصل شنطاوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، الأردن، الطبعة الأولى، 2003
45-حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003
46-صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، 1993
47-صبري محمد السنوسي، آثار الحكم بعدم الدستورية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2000
48-الوحيلي طالب، القواعد العامة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دراسة منشورة في الموقع الالكتروني لشبكة النبأ المعلوماتية، الخميس 8 حزيران 2006
منقولة من الموقع:
www.annabaa.org
49-إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000
50-شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000
51-مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2007
52-محمد كاظم المشهداني، القانون الدستوري، الدولة، الحكومة، الدستور، مؤسسة النقابة الجامعية، الاسكندرية، د.س.
53-السعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005
54-عمر التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقا لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006، رسالة ماجستير، 2010

55-يحي نافع الفرا، طرق إقامة الدعوى الدستورية، دراسة تحليلية مقارنة، 2013
56-احمد محمود جمعة، أصول إجراءات التداعي امام محاكم مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985
57-أحمد عيد الحسبان، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية عن طريق الدعوى الدستورية الاحتياطية في النظم الدستورية الغربية المقارنة وخاصة النظام الدستوري الاسباني، مجلة الشريعة والقانون، العدد 28، أكتوبر 2006
58-ازهار صبر كاظم، سرى صاحب محسن، الدعوى الدستورية الاحتياطية ودورها في حماية الحقوق والحريات الأساسية، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، جامعة واسط، العراق، العدد 10، المجلد 15، 2009
59-صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، 1998
60-علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الدامعات المصرية، الإسكندرية، 1978
61-رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1983
62-محمد زهران، الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد الأول، السنة 14، يناير-مارس، 1970
63-عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، 1988
64-شعبان احمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة
65-محمود احمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، آثاره وحجيته، دراسة مقارنة في ضوء احكام المحكمة الدستورية العليا حتى ابريل 2003
66-يحي الجمل، طرق الرقابة على دستورية القوانين في البلاد العربية، دراسة منشورة بنشرة اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، النشرة الأولى، ديسمبر 2002
67-إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار المعارف، الإسكندرية، 2000

68-برهام محمد عطاالله، قاعدة الزامية السابقة القضائية وأفولها في القانون الإنجليزي الحديث، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، السنة 15، 1970

ثانيا: باللغة الأجنبية:

1- *Alan Harding, a Social History of English Law, Polican, 1966.*
2- *Burdeau, G, Manuel de droit Constitutionnel et institutions Politique.*
3- *Charles Haward Mellain, Constitutionalism-Ancient and Modern, New York, Cornel University Press, 1960.*
4- *C. Wheare, Modern Constitutions, London, Oxford University Press, 1966 .*
5- *Drago. G, L'exécution des décisions du conseil constitutionnel, 1991.*
6- *Favoreu, Louis, Droit constitutionnel, Dalloz, Précis Droit Public.*
7- *Gicquel et Hauriou, Droit Constitutionnel et institutions politiques, Montchrestien, 1989.*
8- *H. M. Seervai, Constitutional Law of India: A Critical Commentary, Banbay, 1975.*
9- *Kathleen M. Sullivan and Gerald Gunther, Constitutional Law West group, 2003.*
10- *Karl Loewenstein, Political Power and the government Process, Chicago, 1975.*
11- *Lavroff. D.G., Le droit Constitutionnel de la République, 1999*
12- *Manuel Aragon Reyes, Constitution y Demoracia, Madrid, Tecnos Editorial, 1989.*
13- *Pierre Esplugas, La hiérarchie des normes.*
14- *James Bradley Thayer, the Origin and Scope of American Doctrine of Constitutionnel Law, 7, Harvard Law Review, 1893.*

15- *J .Fredrich, Constitutional Government and Democracy, Waltham, Mass, 1968.*
16- *Jennings, Sir Ivor, The law and the constitution, University of London Press, 1943.*
17- *Yann Aguila, Le Conseil Constitutionnel et la philosophie du droit, LGDJ, 1993.*

الفهرس:

مقدمة.....1

الفصل التمهيدي: مفهوم القضاء الدستوري.....2

1-تعريف القضاء الدستوري.....2

2-أهمية القضاء الدستوري.....2

أ-تصحيح مكامن الخلل والهوة البرلمانية.....3

ب-حماية البرلمان (السلكة التشريعية) من سيطرة السلطة التنفيذية.....3

جـ-تحسين مستوى أداء البرلمان.....4

الفصل الأول: قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري.....5

أولا: مفهوم قرينة "الدستورية" للعمل التشريعي.....6

1-مفعهوم قرينة "**الدستورية**".....6

أ-المدلول اللغوي.....6

ب-المدلول القانوني.....7

2-الطبيعة القانونية لقرينة "**الدستورية**".....12

ثانيا: أسس قرينة "الدستورية".....13

أ-المبررات المعرفية كأساس لقرينة الدستورية.....14

ب-المساواة السياسية كأساس لقرينة الدستورية.....14

ثالثا: قرينة الدستورية كضمانة للوقاية من الأخطاء في الاحكام الدستورية.....15

الفرضية الأولى: صدور حكم بدستورية نص تبين فيما بعد أنه غير دستوري.....15

الفرضية الثانية: صدور حكم بعدم دستورية نص تبين فيما بعد انه دستوري.....16

الفصل الثاني: مبدأ سمو الدستور.....19

أولا: مفهوم سمو الدستور..... 21

أ-السمو الموضوعي.....21

ب-السمو الشكلي.....22

ثانيا: مصادر سمو القاعدة الدستورية.....22

1-الأسس التاريخية كمصدر للسمو.....22

2-الحقوق الأساسية كمصدر للسمو.....24
3-الاعتقاد بأن الدستور عمل من أعمال الشعب.....26
ثالثا: مبررات سمو الدستور.....27
أ-إقامة نظام الحكم المقيد.....27
ب-الإبقاء على شكل نظام الحكم.....27
جـ-إقامة الرقابة على دستورية القوانين.....28
رابعا: "السمو الخارجي" و"السمو الداخلي" للدستور.....29
أ-أهمية "**السمو الداخلي**" للنصوص الدستورية.....30
ب-رأي الفقه الدستوري في مسألة "**السمو الداخلي**".....32
الفصل الثالث: ضمانات سمو الدستور.....34
أولا: الرقابة السياسية على دستورية القوانين.....34
1-الرقابة السياسية على دستورية القوانين في فرنسا.....36
أ-اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي.....36
ب-تعديل 2008 والآلية الجديدة للرقابة على دستورية القوانين في فرنسا.....39
جـ-معايير فحص النص التشريعي محل الطعن وفق تعديل 2008.....42
د-آثار قرار المجلس الدستوري الفرنسي.....43
هـ-تقييم الرقابة على دستورية القوانين في النظام الفرنسي بعد 2008.....43
2-الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر.....44
أ-مكانة الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر.....44
ب-تطور الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر.....45
جـ-اختصاصات المجلس الدستوري الجزائري وطرق اخطاره.....48
د-حجية وآثار الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر.....50
ثانيا: تقييم الرقابة السياسية على دستورية القوانين.....53
أ-مزايا الرقابة السياسية على دستورية القوانين.....53
ب-سلبيات الرقابة السياسية على دستورية القوانين.....54

الفصل الرابع: الرقابة القضائية على دستورية القوانين.....56
أولا: النظرية العامة للرقابة القضائية على دستورية القوانين.....56
1-تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين.....56
2-مميزات الرقابة القضائية على دستورية القوانين.....57
3-التطور التاريخي للرقابة القضائية على دستورية القوانين.....57
أ-ظهور فكرة الرقابة على دستورية القوانين بوجه عام.....57
ب-ظهور الرقابة القضائية على دستورية القوانين.....59
ثانيا: أهداف الرقابة القضائية على دستورية القوانين.....59
ثالثا: آثار الرقابة القضائية على دستورية القوانين.....61
1-رقابة الوجود المادي للقانون.....61
2-رقابة النسخ.....61
3-رقابة الإلغاء (الدعوى الاصلية) 62
4-رقابة الامتناع (الدفع الفرعي) 63
رابعا: أنواع الرقابة القضائية على دستورية القوانين.....63
1-الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الاصلية.....63
أ-مفهوم الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الاصلية.....64
ب-أنواع الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الاصلية.....68
جـ-إجراءات رفع الدعوى الاصلية.....69
د-الحكم الصادر في الدعوى الاصلية.....73
هـ-تقييم الدعوى الاصلية.....75
2-الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي.....76
أ-مفهوم الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي.....76
ب-أساليب الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي.....79
جـ-الحكم في دعوى الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي.....82
د-تقييم الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي.....86

الفصل الخامس: الدعوى الدستورية.....88
أولا: النظرية العامة للدعوى الدستورية.....88
1-تعريف الدعوى الدستورية.....88
2-خصائص الدعوى الدستورية.....88
أ-انها دعوى عينية.....88
ب-استقلال الدعوى الدستورية عن الدعوى الموضوعية.....89
3-التمييز بين الدعوى الدستورية الاصلية والدعوى الدستورية الاحتياطية.....89
أ-من حيث الأطراف المخولة بتحريكها.....89
ب-من حيث زمن تحريكها.....90
ج-من حيث نطاقها.....90
ثانيا: كيفية تحريك الدعوى الدستورية.....91
1-الدفع امام محكمة الموضوع من طرف أحد الخصوم في الدعوى الموضوعية.....91
2-الإحالة المباشرة من محكمة الموضوع.....92
3-التصدي من المحكمة المتخصصة.....93
ثالثا: شروط قبول الدعوى الدستورية.....93
أ-شرط الصفة في الدعوى الدستورية.....94
ب-شرط المصلحة في الدعوى الدستورية.....94
1-أن تكون مرتبطة بالمصلحة في الدعوى الموضوعية.....94
2-المصلحة يجب ان تكون قانونية وشخصية ومباشرة.....94
3-المصلحة يجب ان تكون قائمة.....95
رابعا: أوجه الطعن بعدم "الدستورية".....95
أ-وجه مخالفة الاختصاص الدستوري.....95
1-عيب عدم الاختصاص الدستوري الموضوعي.....96
2-عيب عدم الاختصاص الدستوري الزمني.....96

3-عيب عدم الاختصاص الدستوري المؤسس على اغتصاب السلطة.....96
ب-وجه الشكل والإجراءات.....96
جـ-وجه مخالفة الاحكام الموضوعية للدستور.....96
خامسا: الحكم في الدعوى الدستورية-إجراءات إصداره-حجيته وآثاره.....97
أ-إجراءات اصدار الحكم الدستوري في النظام الفرنسي (المجلس الدستوري الفرنسي)
1-الأثر القانوني المترتب عن قرار المجلس الدستوري الفرنسي.....97
2--حجية القرار الصادر من المجلس الدستوري الفرنسي.....100
ب-حجية وآثار الحكم الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية.....100
1-هيكلة النظام القضائي الأمريكي.....101
1.القضاء الاتحادي.....101
❖ المحكمة العليا.....101
-الاختصاصات الاصلية للمحكمة العليا كدرجة أولى.....101
-الاختصاصات المشتركة مع محاكم أخرى كدرجة أولى.....101
❖ المحاكم الإقليمية (محاكم الدرجة الأولى) 102
❖ محاكم الاستئناف.....102
2.القضاء الولائي.....102
2-الحكم الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية.....102
1.نطاق الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية.....103
2.آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية في النظام القضائي الأمريكي.....104
قائمة المراجع.....109
الفهرس.....114