

جامعة سعد دحلب البلدية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

## مذكرة ماجستير

التخصص : قانون الأمني والسلم والديمقراطية

دور الرقابة الدستورية في إرساء الديمقراطية

"دراسة مقارنة"

تحت إشراف:

الأستاذ الدكتور: قزو محمد آكلي

من إعداد الطالب:

منور عبد المالك

لجنة المناقشة :

|             |               |                      |                    |
|-------------|---------------|----------------------|--------------------|
| رئيسا       | جامعة البلدية | أستاذ محاضر "أ"      | د/ جبار صلاح الدين |
| مشرفا مقرر  | جامعة البلدية | أستاذ التعليم العالي | د/ قزو محمد آكلي   |
| عضوا مناقشا | جامعة البلدية | أستاذ محاضر "أ"      | د/ محي الدين جمال  |
| عضوا مناقشا | جامعة البلدية | أستاذ محاضر "ب"      | د/ مسراتي سليمة    |

البلدية جانفي 2013

## ملخص

إن التطور الذي عرفته الديمقراطية جعل التفكير في تدعيم مؤسسات الرقابة حماية للحقوق والحريات الأساسية غاية جل الأنظمة المعاصرة والذي اصطلح عليها بالدولة القانونية وذلك بإخضاع كل من السلطة الحاكمة والأفراد على حد سواء لسيادة القانون تحقيقاً لمبدأ المشروعية.

إن مبدأ المشروعية يجعل من القاعدة الدستورية أعلى وأسمى القواعد القانونية لذا كان من الضروري وجود تنظيم دستوري يكفل سمو وعلو الدستور في التنظيم القانوني داخل الدولة والذي قد ينص الدستور على إنشائه صراحة والذي تنوع من مجلس دستوري إلى محكمة دستورية تناط به وظيفة الرقابة الدستورية.

فالرقابة الدستورية لما لها من دور في مطابقة النصوص القانونية مع الدستور ، جعل من هذا الأخير القانون الأسمى الذي يعبر عن الإرادة العامة داخل الدولة .

لقد أصبح للرقابة الدستورية مكانة أساسية داخل أي تنظيم سياسي رغم إختلاف المناهج المتبعة من دولة إلى أخرى ، ما جعل بروز نظامين مختلفين للرقابة . الرقابة السياسية كالنظام الفرنسي والأنظمة التي أخذت به كالجزائر والذي يوكل العمل الرقابي لجهاز سياسي مستقل يسمى المجلس الدستوري ، ورقابة قضائية كالنموذج الأمريكي.

أنه ورغم الاختلاف في النظام المتبع في الرقابة الدستورية إلا أن التطور الذي عرفته هذه الأخيرة جعل مفهوم الديمقراطية يتطور بل يحتل مكانة مميزة في الأنظمة المعاصرة بإنتقاله من حكم الشعب بالشعب إلى تحقيق غاية وباعت الديمقراطية وهي حماية الحقوق والحريات الأساسية.

إهداء  
إلى جزائر الشهداء

إلى عائلي الصغيرة الزوجة الاستاذة : بوقرش هجيرة وسعة تحملها.  
إلى أبنائي : باسم عبد العزيز ومحمد لؤي.  
إلى كل العائلة التي ساهمت في وصولي إلى هذه الدرجة العلمية خاصة الوالد منور مبارك  
والمرحومة أمي قارة اليامنة التي أدعوا لها بالمغفرة والرحمة ولن أنساها بدعائي ، إلى  
أخي الوحيد منور صالح وعائلته الصغيرة وأخواتي .

## شكر

الحمد والشكر لله على كل النعم.

وبعد :

أتوجه بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف الأستاذ الدكتور: قزو محمد آكلي على توجيهه وسعة صدره.

أتوجه بالشكر الخاص للأستاذ : فادن محمد والاستاذ: فار فيصل.

## الفهرس

ملخص

إهداء

شكر

فهرس

|         |  |
|---------|--|
| 09..... | مقدمة  |
| 12..... | الفصل 01. حدود العلاقة بين الرقابة الدستورية والديمقراطية            |
| 13..... | 1.1. المرجعية الفكرية للرقابة الدستورية                              |
| 13..... | 1.1.1. ما هية الرقابة الدستورية                                      |
| 14..... | 1.1.1.1. تعريف الرقابة الدستورية                                     |
| 15..... | 1.1.1.1.1. تعريف الدستور   |
| 18..... | 2.1.1.1.1. سمو الدستور   |
| 22..... | 2.1.1.1. أشكال ممارسة الرقابة على دستورية القوانين                   |
| 22..... | 1.2.1.1.1. الرقابة السياسية  |
| 38..... | 2.2.1.1.1. الرقابة القضائية  |
| 49..... | 3.1.1.1. الرقابة الدستورية في الفكر الإسلامي                         |
| 50..... | 1.3.1.1.1. القاعدة القانونية في الإسلام                              |
| 50..... | 2.3.1.1.1. السلطة التأسيسية والسلطة التشريعية في الإسلام             |
| 53..... | 2.1.1. ضوابط ممارسة الرقابة الدستورية                                |
| 53..... | 1.2.1.1. إستقلالية مؤسسة الرقابة الدستورية                           |
| 53..... | 1.1.2.1.1. إستقلالية الأعضاء   |
| 54..... | 2.1.2.1.1. الإخطار   |
| 55..... | 3.1.2.1.1. الإستقلال من حيث عمل المجلس                               |
| 56..... | 2.2.1.1. أن تمارس الرقابة في إطار الدستور                            |
| 56..... | 1.2.2.1.1. الرقابة بين " روح الدستور " و المبادئ العليا غير المكتوبة |
| 57..... | 2.2.2.1.1. ضوابط السلطة التشريعية في إستعمال حق التشريع              |
| 59..... | 3.2.1.1. شرط المشكلة الدستورية                                       |
| 60..... | 4.2.1.1. المصلحة الشخصية   |
| 61..... | 5.2.1.1. شرط توفر قرينة الدستورية                                    |

- 62.....6.2.1.1 حصر الرقابة في النص التشريعي.
- 62.....7.2.1.1 : الإمتناع عن التعرض للأعمال السياسية و أعمال السيادة
- 63.....2.1 الرقابة الدستورية تؤسس لمفهوم جديد للديمقراطية.
- 64.....1.2.1 تطور مفهوم الديمقراطية.
- 64.....1.1.2.1 ماهية الديمقراطية.
- 64.....1.1.1.2.1 تعريف الديمقراطية
- 65.....2.1.1.2.1 صور الديمقراطية
- 66.....2.1.2.1 مدى شرعية الرقابة الدستورية
- 66.....1.2.1.2.1 . تقييد السلطة بالقانون
- 67.....2.2.1.2.1 الدستور كأساس لخضوع السلطة لأحكام القانون
- 68.....3.2.1.2.1 شرعية الرقابة الدستورية في الفكر الإسلامي
- 69.....3.1.2.1 دور الرقابة الدستورية
- 69.....1.3.1.2.1 . حماية مبدأ تدرج القوانين
- 70.....2.3.1.2.1 الرقابة تحافظ على توازن عمل السلطات
- 73.....3.3.1.2.1 الرقابة تقييد السلطة التشريعية
- 74.....4.3.1.2.1 الرقابة ضمانة أساسية لحماية الحقوق الحريات الفردية.
- 76.....2.2.1 النظرة الفقهية للرقابة الدستورية.
- 76.....1.2.2.1 . الإتجاه المؤيد للرقابة الدستورية
- 76.....1.1.2.2.1 . الرقابة الدستورية نتيجة حتمية لمبدأ سمو الدستور.
- 77.....2.1.2.2.1.تنشيط مبدأ الفصل بين السلطات.
- 78.....3.1.2.2.1.جدوى الرقابة الدستورية أساسه استقلالية الهيئة الرقابية
- 79.....4.1.2.2.1 الرقابة تنشط الديمقراطية.
- 79.....2.2.2.1 . الإتجاه المعارض للرقابة الدستورية.
- 79.....1.2.2.2.1 الرقابة الدستورية تقييد المشرع.
- 80.....2.2.2.2.1 الرقابة و فرض التوجهات السياسية.
- 81.....3.2.2.2.1 الرقابة الدستورية وتعارضها مع مبدأ الفصل بين السلطات.
- 82.....4.2.2.2.1 . الرقابة هدم للديمقراطية.
- 84.....الفصل 2 المقاربة بين الرقابة الدستورية والديمقراطية
- 85.....1.2 أهمية الرقابة الدستورية في حماية الحقوق و الحريات العامة.

- 85.....1.1.2.دسترة الحقوق والحريات العامة
- 86.....1.1.1.2. تدوين الحقوق و الحريات العامة في إعلانات الحقوق
- 87.....2.1.1.2. تدوين الحقوق و الحريات العامة في مقدمات و صلب الدساتير
- 87.....1.2.1.1.2. في مقدمات الدستور
- 88.....2.2.1.1.2. في صلب الدستور
- 3.1.1.2. تصنيفات النصوص الخاصة بالحقوق و الحريات العامة على الصعيد  
الدولي.....88
- 90.....4.1.1.2. قيود التشريع في مجال الحقوق و الحريات العامة
- 92.....2.1.2. النتائج المترتبة على دسترة الحقوق و الحريات العامة
- 92.....1.2.1.2. مكانة النصوص الدستورية المنظمة للحقوق و الحريات العامة
- 92.....1.1.2.1.2. فيما يخص مبدأ سمو
- 92.....2.1.2.1.2. من حيث ثبات القاعدة الدستورية
- 2.2.1.2. مدى خضوع التشريع المنظم للحقوق و الحريات العامة للرقابة  
الدستورية.....93
- 3.2.1.2. آثار الأحكام الصادرة بعدم دستورية القاعدة المنظمة للحقوق  
والحريات العامة.....93
- 95.....4.2.1.2. تطبيقات مختلفة في مجال دسترة و حماية الحقوق و الحريات العامة
- 95.....1.4.2.1.2. تطبيقات مختلفة في الأنظمة الوضعية
- 99.....2.4.2.1.2. نظرة الفكر الإسلامي لدسترة و حماية الحقوق و الحريات العامة
- 101.....2.2. دور الديمقراطية في ممارسة و حماية الحقوق و الحريات العامة
- 101.....1.2.2. خصائص الديمقراطية
- 101.....1.1.2.2. الديمقراطية تقوم على مبدأ الحرية و المساواة
- 102.....1.1.1.2.2. مبدأ الحرية
- 103.....2.1.1.2.2. مبدأ المساواة
- 108.....2.1.2.2. الديمقراطية تتطلب التعددية الحزبية
- 109.....2.2.2. الضمانات الديمقراطية لممارسة الحقوق و الحريات العامة
- 110.....1.2.2.2. المبادئ الأساسية التي تركز الحقوق و الحريات العامة
- 110.....1.1.2.2.2. المبادئ السياسية
- 113.....2.1.2.2.2. المبادئ القانونية

|          |   |
|----------|---|
| 118..... | 2.2.2.2 . القيود التي تحكم ممارسة الحقوق و الحريات العامة             |
| 118..... | 1.2.2.2.2 . قيود ممارسة الحقوق و الحريات العامة في الظروف العادية     |
| 120..... | 2.2.2.2.2 . قيود ممارسة الحقوق و الحريات العامة في الظروف الاستثنائية |
| 123..... | الخاتمة   |
| 125..... | قائمة المراجع   |



## مقدمة

تعد الرقابة الدستورية أحد المواضيع المعقدة في مجال القانون الدستوري لما تكتسيه من أهمية بالغة خاصة في تكريس مبدأ الشرعية الذي يعد أحد دعائم الديمقراطية ، و إذا كانت جميع النظم تدعي أنها تأخذ بالمبدأ الديمقراطي أساساً للحكم . و الذي يدعم الحماية الحقيقية للحقوق و الحريات الأساسية فالتفسير المختلف لمقاصد الديمقراطية يجعل لهذه الأخيرة عدة نماذج و أنماط أصبحت تحمل اسمها و ليس الباعث و الغاية من ممارستها مما افرز أساليب خطيرة دونت تحت راية الديمقراطية ، مما اثر سلبا على الحياة الدستورية لكثير من الشعوب عبر العالم خاصة على حماية الحقوق و الحريات العامة.

وبإسـم الشرعية يتم الإعتداء العلني على حقوق و حريات بات من الواضح الرجوع إلى حمايتها كالعنوان المستمر على حرية الصحافة و الرأي و غيرها. إلى هنا يعد تدعيم مبدأ الشرعية و ذلك بالتمسك بالمناهج الديمقراطية الناجعة حماية فعلية للحقوق و الحريات الأساسية تبرز الرقابة على دستورية القوانين من مقدمة المبادئ القانونية التي لا بد للمشروع أن يقف عندها للدور الذي تلعبه في تحقيق مبدأ الشرعية. إن الدولة تواجه منذ أن تكونت بالشكل الحالي مشكلة الصراع بين الحكام والمواطنين، ويكمن جوهر الصراع في رغبة المواطنين في وضع حد لطغيان الحكام بتقييد سلطانهم عن طريق وضع أحكام قانونية تعرف بالقواعد الدستورية أو ما يعرف بالدستور.

لذا يتمتع كل مجتمع سياسي منظم بوثيقة دستورية تشمل على أحكام أساسية واضحة ومحددة تنظم كيفية ممارسة السلطات ووضع التشريعات ، وكفالة الحقوق والحريات الأساسية وذلك بوضع قيود لا يمكن تجاوزها من طرف السلطات أثناء ممارستها للصلاحيات المنوطة بها والذي أثر في بروز مفهوم الدولة الدستورية ، أي دولة مقيدة بأحكام الدستور. أنه ورغم وجود مجموعة من القوانين داخل الدولة إلا أن الدستور يبقى الوثيقة الأسمى في المنظومة القانونية داخل الدولة لأنه يحدد نظام الدولة من خلال تحديد صلاحيات كل سلطة مجسدا بذلك حقوق المواطن وواجباته ، فالتغير الذي يطرأ على الحياة الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية يستلزم حتما تبديل دستورها أو تعديله بما يتلاءم والأوضاع المستجدة . وبما أن الدستور هم القانون الأسمى في الدولة فإن جميع القوانين والتشريعات التي تصدر من أجل تسيير شؤون الدولة تخضع لقواعده ومبادئه.

لذا برز مبدأ سمو الدستور الذي يوجب على السلطات العامة في الدولة و على رأسها السلطة التشريعية أن تلتزم حدود الدستور الذي هو القانون الأساسي في المنظومة القانونية داخل الدولة فالرقابة بهذا تعد الوسيلة الفعالة التي تتحقق من خلالها حماية الحقوق و الحريات العامة خاصة الحريات الفردية من أي عدوان أو تهديد من قبل السلطات الحاكمة خاصة منها السلطة التنفيذية .

وتعد نظرية الرقابة الدستورية أحد نتاج مبدأ سمو الدستور، و هذا الأخير بالإضافة إلى أنه مبدأ قانوني مسلم به سواء نص عليها الدستور أم لم ينص فإنه مبدأ منطقي يتماشى مع طبيعة القوانين الدستورية. فالدستور بهذا المعنى هو الذي ينشأ السلطات في الدولة و يحدد إختصاصاتها والشروط اللازمة لممارستها. مما جعل جانب من الفقه الدستوري يعتبر أن الدستور لا يوجد إلا في الأنظمة الديمقراطية، فان الفقه الحديث و بعد ظهور الدساتير المكتوبة " الجامدة" يعتبر أن الدستور يوجد في جميع دول العالم أي كان شكل النظام السياسي السائد، أي مرتبط بوجود الدولة. وأن مسألة دستورية القوانين لا تثار إلا في ظل الدساتير الجامدة عكسها لا تثار في ظل الدساتير المرنة. لأن الدستور المرن يتساوى في إجراءات تعديله مع القوانين العادية سواء بسواء، و لهذا لا تخضع القوانين التي يصدرها البرلمان الإنجليزي لبحث دستورية القوانين وإذا كانت الرقابة الدستورية تعني خضوع القوانين العادية لأحكام الدستور، فان هذه الرقابة تهدف بالنهاية الى حماية الحقوق والحريات من تعسف السلطة التشريعية .

إن الفضل في ظهور نظرية الرقابة الدستورية في شكل مبدأ دستوري يعود إلى الثورة الفرنسية . رغم أن أصولها التاريخية تعود إلى نظريات سابقة على ذلك، والتي كانت تجعل من الشرائع السماوية المصدر الأساسي لكل قاعدة قانونية ، أو ترى في القوانين امتدادا لمبادئ العدالة الإنسانية المجسدة في القانون الطبيعي ، كما عرفت الرقابة الدستورية في النظام الإسلامي وأعطت نموذجا لم ينال حقه من الدراسة والتمحيص. إن صدور قرار المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في القضية الشهيرة بشأن ماربوري ضد ماديسون ، جعل من المهتمين بالقانون الدستوري يرجع نشأة الرقابة الدستورية لهذه الدولة ، إلا أن هذه الفكرة تستمد جذورها من النظام البريطاني الذي كان يسمح للقاضي بإلغاء أي قانون يتعارض مع قاعدة أساسية عليا.

ولقد عرفت الرقابة الدستورية تطورا واهتماما خاصا بعد الحرب العالمية الثانية، وكان لاعتماد فرنسا على أسلوب الرقابة السياسية الأثر البالغ على مستعمراتها سواء الإفريقية أو الآسيوية . كما كان للدول أمريكا اللاتينية وبعض الدول الأوروبية التأثير بتجربة الولايات المتحدة الأمريكية بالإخذ بالرقابة القضائية. ولم تتخلف الدول العربية بعد استقلالها من التأثير بالتجارب عبر العالم فأنشأ معظمها مجالس ومحاكم دستورية .

ولقد عرفت الرقابة السياسية بأنها رقابة وقائية تسبق صدور القانون أو تحول دون صدوره إن ما كان مخالفا لأحكام الدستور، وسميت كذلك لأنها تمارس عن طريق هيئة سياسية و أخذت أسلوبين رقابة قبلية ورقابة بعدية " لاحقة " . و يعد النظام الفرنسي المرجعية الحقيقية بل هو السباق في ذلك رغم أنه في البداية نشأ تيار مناوئ للرقابة الدستورية متأثر بنظرية ان السيادة للشعب وان سيادته لا تخضع لأي سيادة أخرى، وأن الرقابة لا تناط بالمحاكم لأنه يسئ لمبدأ الفصل بين السلطات . إن استمرار النظام الفرنسي في تطوير عمل المجلس الدستوري جعل منه نموذجا للدول التي أخذت بالرقابة السياسية كأسلوب للرقابة الدستورية ما جعل دول تحذو حذوها كالجائر وغيرها.

أما الرقابة القضائية فهي ترمز إلى الهيئة التي تباشرها أي الهيئة القضائية ، فهي بالإضافة إلى دورها المألوف فإنها تقوم بفحص مدى مطابقة القانون للدستور ، سواء عن طريق دعوى الإلغاء أو عن طريق رقابة امتناع وعرف هذا الأسلوب بجميع صورته في الولايات المتحدة الأمريكية وقد أتبعته عدة دول منها مصر وغيرها .

ويكتسي موضوع الرقابة الدستورية أهمية بالغة رغم ما طاله من البحث ، لكن تتزايد أهميته مع التطور الذي عرفته الديمقراطية ليس كنظام للحكم فحسب بل كباعث وغاية وهو تكريس وحماية حقوق الإنسان وحرياته العامة . هذا التغيير غير نظرة التعامل مع الإنسان باعتباره الغاية من إنشاء الأنظمة ، إذ يعد العامل الأساسي في استمرارية الدولة . ونظرا للاهتمام المتزايد بمجال حماية الحقوق والحرريات الأساسية تجعل المقاربة بين الرقابة الدستورية والديمقراطية إعادة الاعتبار لخصوصية الإنسان تجاه السلطة إذ لا يمكن لأي قانون انتهاكها أو الحد منها إلا في ظل ما تمليه المصلحة العامة .

أما عن الإشكالية التي يطرحها الموضوع تتمثل في . ما هي العلاقة بين الرقابة الدستورية و الديمقراطية ؟ . وهل الرقابة الدستورية تتوافق أم تتعارض مع التطور الذي عرفته الديمقراطية؟ . إن هذه الإشكالية تشكل الخطوط العريضة التي نسعى من خلال هذا البحث الإحاطة ببعض جوانبه المهمة ، ولقد راعينا في بحثنا المنهج المقارن وذلك للاختلاف في الأساليب المتبعة في الرقابة الدستورية من نظام دستوري إلى آخر . وهذا ما يجعل المقاربة بين الأساليب غاية الدراسة و يجعل التجربة الجزائرية مجال للمقارنة مع التجارب الأخرى منها الأمريكية و الفرنسية و المصرية و غيرها و التي سنتطرق إلى عرضها ذلك للصعوبات الواقعية التي تثيرها .

وقد قسمنا الموضوع إلى فصلين نتناول في الفصل الأول حدود العلاقة بين الرقابة الدستورية والديمقراطية وقسمناه إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول المرجعية الفكرية للرقابة الدستورية أما المبحث الثاني فتناولنا فيه الرقابة الدستورية تؤسس لمفهوم جديد للديمقراطية . أما الفصل الثاني فخصصناه إلى المقاربة بين الرقابة الدستورية والديمقراطية في حماية الحقوق والحرريات العامة وتم تقسيمه إلى مبحثين الأول تناولنا فيه أهمية الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحرريات العامة وفي الثاني تناولنا دور الديمقراطية في ممارسة الحقوق والحرريات العامة .

## الفصل 01:

### حدود العلاقة بين الرقابة الدستورية و الديمقراطية

تلعب الرقابة الدستورية دورا حاسما في إبقاء النصوص القانونية خاضعة للمبادئ العامة التي أقرها الدستور في إطار الضوابط والحدود الدستورية، وذلك تحقيقا للعدالة هذه الأخيرة تعد هدف وغاية الأنظمة الديمقراطية. إذ لا يختلف إثنان أن هدف الرقابة الدستورية هو حماية الفرد من تعسف السلطة لذا فهي لا تتعارض مع غاية الديمقراطية.

لكن بعض التطبيقات المختلفة للديمقراطية كأساس للحكم بالمفهوم الكلاسيكي أدى الى التعارض بينها وبين الرقابة الدستورية . مما جعل الفكر القانوني يسعى إلى تحديث مفهوم الديمقراطية لكي يتم توجيهها الإتجاه الصحيح نحو غايتها الأساسية وهي حماية الحقوق والحريات العامة . إن النظرة الكلاسيكية لمفهوم الديمقراطية تغير من أنها أسلوب للحكم إلى تحقيق الغاية المثلى في حماية الفرد والتي أصبحت تشكل صمام الأمان بإتجاه العدالة ، لذا فالديمقراطية دون الرقابة الدستورية الفعالة كلمة جوفاء بل مجرد شعارات ونصوص قانونية.

إن التطور الذي عرفه القانون يجعل القاعدة القانونية تضمن التوازن بين حقوق الإنسان وحرياته العامة المكفولة دستوريا والمصلحة العامة . بل جعل من الرقابة الدستورية الضابط لمسار القوانين بفرض رقابتها عليه لتضع حد لأي تعدي على حقوق الانسان .

إن النظرة الحديثة لمضمون الديمقراطية لم تعد تتمحور حول كونها قاعدة سياسية يحتكم إليها في سبيل تحقيق التداول على السلطة، بل تعداه إلى تكريس وحماية الحقوق والحريات اللصيقة بالإنسان إعتقادا على مبدأ الحرية والمساواة . بهذا لا تعد الرقابة الدستورية حجر عثرة بوجه تطبيق الديمقراطية، على الأقل لتلاقي المبدئين على هدف واحد هو حماية حقوق الإنسان.

فالتغير الذي عرفته الديمقراطية جعلنا نقف في هذا الفصل على المرجعية الفكرية للرقابة الدستورية من خلال تحديد ماهيتها شرعيتها والضوابط والقيود التي عليها حتى تؤدي وظيفتها في مبحث أول، وفي المبحث الثاني نتطرق الى مدى تأثير الرقابة على مفهوم الديمقراطية .

## 1.1.1. المرجعية الفكرية للرقابة الدستورية

الرقابة الدستورية سواء بوجود هيئة سياسية أو محكمة دستورية، هوان جميع الأعمال الصادرة عن السلطة التشريعية قابلة للرقابة والإلغاء إذا ما تبين أن العمل التشريعي خرق أحكام الدستور فالرقابة لا تتناول إلا أعمال السلطة التشريعية ، لأن الأصل فيها أنها لا تخضع لرقابة القضاء في حين ن اعمال السلطة التنفيذية تخضع لرقابة القضاء خاصة منه الإداري.

ونظرا للدور الذي تلعبه الرقابة الدستورية في حماية حقوق الإنسان وحرياته ، وذلك من خلال مطابقة النصوص القانونية مع النص الدستوري الذي يعبر عن الإرادة الشعبية و بالتقيد بأحكامه. تجعل قيود على الأغلبية البرلمانية في عدم تمرير أي مشروع قانون يملي سياستها الموجهة حتى لا تصبح حقوق المواطن عرضة للتجاوزات السياسية .

وإذا كان القانون المقارن توصل إلى أن الرقابة الدستورية تعد أحد الدائم الأساسية في حماية الحقوق والحرية، كان لزاما من خلال هذه الدراسة إبراز دور المجلس الدستوري الجزائري وأهميته في المنظومة المؤسساتية بل وكيفية تفعيله حتى يتماشى والتطورات التي تعرفها الجزائر حتى نواكب التطورات الحاصلة في العالم سيرا نحو الديمقراطية .

وبذلك نتناول في هذا المبحث ما هية الرقابة الدستورية بالتطرق إلى تعريف الدستور بصفته القانون الأسمى في المنظومة القانونية ثم نتطرق إلى خصائص الرقابة الدستورية كوظيفة قضائية أم هي من صميم عمل القاضي الدستوري كمطلب أول ثم نتطرق إلى ضوابط الرقابة الدستورية في مطلب ثاني .

### 1.1.1.1. ما هية الرقابة الدستورية

إن أي مجتمع سياسي منظم داخل دولة اليوم لا يخلو تنظيمه من دستور يتضمن مبادئ أساسية واضحة ومحددة تنظم ممارسة السلطات ووضع التشريعات ، والتكفل بحقوق الأفراد والجماعات والحرية الأساسية ، وتشتمل على القيود والحدود المرسومة للسلطات بعدم تجاوز صلاحياتها ، مما أثر في بروز مفهوم الدولة الدستورية ، أي الدولة المقيدة بأحكام الدستور . وإلى جانب الدستور توجد هناك قوانين يخضع لها الحكام والمحكومين على حد سواء فالدولة العصرية التي توصف بأنها دستورية توصف بأنها دولة قانون أي دولة ديمقراطية.

وتوجد صلة وثيقة بين الدستور والديمقراطية، لأن هذه الأخيرة لا يمكن أن تتطور أو تزدهر إلا في ظل النظام الدستوري. وأن الدستور وليد الديمقراطية التي شجعت قيام الحركة الدستورية وتعهدت بعد القضاء على الحكم الفردي المستبد بالخضوع لأحكام القانون الذي يستمد أصوله من الإرادة الشعبية لهذا تعد الديمقراطية نظاما دستوريا أو نظاما مقيدا بدستور تنبثق منه جل القوانين النافذة في الدولة.

ومن سمو الدستور برزت الرقابة الدستورية التي تقوم على وجوب التفرقة بين الدستور و القوانين الدستورية وبين القوانين العادية، وتعتبر الدستور القانون الأعلى للدولة، وتقضي بوجود توافق القوانين العادية مع نصه وروحه.

### 1.1.1.1. تعريف الرقابة الدستورية

يعود الفضل في تبلور الرقابة الدستورية كمبدأ دستوري الى الثورة الفرنسية . غير ان اصولها التاريخية ترجع الى المذاهب والنظريات المثالية التي سادت قبل ذلك وكانت تجعل من الشرائع السماوية المصدر الأساسي لكل قانون أو ترى في القوانين امتدادا لمبادئ العدالة الإنسانية المجسدة في القانون الطبيعي [01] ص83.

ولقد ظلت الرقابة الدستورية لزم من طويل خصوصية أمريكية وفرنسية طوال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ، لكن الأمر لم يستمر هكذا خاصة بعد الحرب العالمية الأولى بأن وجد المبدأ وجهته نحو بعض الدساتير إلا أنه وبعد الحرب العالمية الثانية تأثرت جل الدساتير الجامدة في العالم به ، رغم اختلاف من أخذ بالرقابة السياسية و من تبنى القضائية ففكرة الرقابة الدستورية كانت إذن معروفة في الأدبيات السياسية وخصوصا في الفكر السياسي الفرنسي الذي كان يحظى بتأثير كبير في الولايات المتحدة الأمريكية ، غير أن الاجتهاد الأمريكي المهم الذي صدر في عام 1803، والذي قضى بعدم تطبيق أي قانون يتعارض مع أحكام الدستور ، أسبغ على الفكرة رونقا خاصا وشجع بقية المحاكم على اعتمادها ، وحولها مع الزمن الى نظرية دستورية وأدخلها في صلب الدساتير الحديثة [01]ص87.

فالرقابة في أبسط معانيها هي العملية التي عن طريقها تمكن من أن نجعل أحكام القانون متفقة مع أحكام الدستور [ 02 ] ص03. كما يمكن تعريف الرقابة الدستورية بأنها عملية التحقق في مدى مطابقة القوانين للدستور لإصدارها أو عدم إصدارها أو إلغائها والامتناع عن تطبيقها إذا كان قد تم إصدارها وكانت مخالفة للدستور [ 03 ] ص173.

وبهذا عدت الرقابة الدستورية من أهم الضمانات القانونية التي تكفل حماية الحقوق والحريات الأساسية لنفاد القاعدة الدستورية فهي الضمير بالنسبة لجميع القوانين أي عدم الخروج عن روح ومنطق المبادئ الدستورية ، وهناك من رجال القانون الفرنسيين من اعتبر الرقابة الدستورية على القوانين هي تقدير مدى مطابقة العمل أو التصرف القانوني مع أحكام الدستور . وعموما تصدر من طرف هيئة قضائية، ويكون مقترن بجزاء، ويعد بهذا ضمانا لاحترام روح الدستور وبالتبعية حماية قاعدة توازي الأشكال [ 04 ] ص184،و يحمل هذا التعريف عدة معان وهي [05]ص79وص80.

\_ المعنى الواسع :هو تقدير مطابقة العمل أو التصرف القانوني مع الدستور بواسطة هيئة قضائية أو سياسية تصدر من خلالها جزاء تضمن من خلاله حماية للدستور.

\_ المعنى الضيق :هو تقدير مطابقة العمل أو التصرف القضائي بواسطة هيئة قضائية فقط بفرض جزاء يضمن احترام الدستور وبالتبعية حماية قاعدة توازي الأشكال.

\_ المعنى المحدد :هو تقدير مطابقة القانون بالدستور بواسطة هيئة قضائية بفرض جزاء يضمن لروح الدستور وبالتبعية حماية قاعدة توازي الأشكال وبهذا هي الرقابة الدستورية .

فرغم إختلاف التعاريف حول الرقابة الدستورية والزوايا التي ينظر إليها إلا أنها كلها تجتمع في أنه مبدأ يفرض رقابة على مدى مطابقة أعمال السلطة مع روح الدستور. بل إن ضمانات تحقيق الدستور في واقع الحياة السياسية هو ما إستقرت عليه النظم السياسية من تقرير الرقابة على دستورية القوانين كوسيلة قانونية فعالة لضمان الالتزام بحدود الدستورية وبالمبادئ والقواعد التي قررتها الوثيقة الدستورية ، ومن ثم احترام الدستور نصا وروحا ، وهذا التنظيم القانوني لعملية الرقابة الدستورية تتضمنه الوثيقة الدستورية والتي تقررها لهيئة معينة يناط لها سلطة الرقابة كي تلتزم سلطات الدولة باحترام الدستور وضمان تنفيذ وتقييد القانون العادي بما يقرره الدستور فإن خرج المشرع عن الحدود التي يفرضها الدستور فإن الجزاء قد يتمثل في إلغاء القانون المخالف للدستور والامتناع عن تطبيقه بجانب الآثار السلبية بعيدة المدى لهذه النتائج الخطيرة المترتبة على مخالف الدستور [ 06 ] ص 125.126

لذا لا يمكن تصور الرقابة الدستورية إلا في ظل الدساتير الجامدة لما لها من خصوصية الثبات وإجراءات تعديل معقدة ، عكس الدساتير المرنة التي تستوي في تعديله مع القوانين العادية . إذ لا يمكن تصور الحديث عن الرقابة الدستورية دون التطرق إلى تعريف الدستور ومرتبته داخل المنظومة التشريعية في الدولة.

**1.1.1.1.1. تعريف الدستور :** للدستور عدة معاني منها اللغوي والسياسي والقانوني ، وقد يأخذ على حسب بعض الفقهاء مفهومين المفهوم الشكلي والمفهوم الموضوعي .

المعنى اللغوي : يعتقد جل الفقهاء أن كلمة دستور ليست عربية الأصل وأن معناها هو القانون الأساسي وهي من أصل فارسي تأخذ معنى الأساس أو القاعدة أو الإذن أو الترخيص ويرجح أن الكلمة نقلت عن طريق اللغة التركية ويقابل هذا المصطلح في اللغة الفرنسية constitution [02] ص33.

فالدستور لغة "هو مجموعة القواعد الأساسية التي تبين كيفية تكوين وتنظيم الجماعة ولا يشترط فيه أن يكون مكتوبا أو عرفيا ، لذلك فالدستور بهذا المعنى يوجد في كل جماعة ، من الأسرة حتى الدولة ، وأن هذا المعنى الواسع غير محدد وغير دقيق لكونه يحتوي على معاني يمكن أن تنصرف الى كل تنظيم يمس أية مجموعة بشرية في حين أن المعنى الحقيقي للدستور هو الوثيقة المنظمة للدولة وشؤون الحكم " [07] ص 127.126.

وقد يأخذ عدة تسميات منها القانون النظامي ، القانون الأساسي كما ذهب في تعريفه آدمون رباط بالقول أنه "القانون الأساسي المشتمل على المبادئ الأساسية التي تركز عليها الدولة وعلى الأحكام العامة التي تتألف منها السلطات والهيئات في هذه الدولة [08] ص476.

المعنى السياسي : لقد تضمن إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 شروطا يجب توافرها في الدستور وتتمثل في تنظيمه لحقوق الإنسان وحياته وضمانات ممارستها إلى جانب ضرورة الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات حتى لا تتداخل اختصاصاتها وتقضي بذلك على السلطة المطلقة" [07] ص 127 .فالدستور يشتمل على جميع القواعد التي تنظم بموجبها وضعية كل السلطات و تحدد العلاقة فيما بينها مع وضع قيود على ممارسة السلطات على المحكومين التابعين للدولة وهو المعنى الموضوعي أو المادي . و الذي يعرفه بعض الفقهاء أيضا بأنه مجموعة القواعد القانونية التي بموجبها يتقرر تنظيم الحكم و مباشرة السلطة السياسية " [09] ص 10 و [05] ص 71 و [10] ص 160.

فالدستور إذن يعبر عن مجموعة القواعد المتعلقة بنظام الحكم والتي يؤمن بها الشعب في لحظة تاريخية معينة وهي التي تتعلق بشكل الدولة ونظامها السياسي وتحدد سلطاتها وعلاقة هذه السلطات ببعضها ، واختصاصات كل منها ، وتحديد الحقوق والحريات الأساسية للمواطن . وقد أخذ هذا المعنى بعدا جديدا مند التسعينات بتأثره بالعولمة ودخلت في عناصره الرغبة في وضع حد للأزمات التي كانت تحيط بالشعوب التي مرت بمرحلة الانتقال نحو الديمقراطية الليبرالية ، بقصد اقامة نظام سياسي ديمقراطي يعتمد على احترام إرادة الشعب في التحول إلى عقد اجتماعي جدي [11] ص 53.

المعنى القانوني: من المعروف أن الأفراد في حاجة إلى قواعد قانونية تنظم العلاقات فيما بينهم وكذلك الحال بالنسبة للدولة ، فهي في حاجة إلى قواعد قانونية تنظم شؤونها وعلاقاتها ، وأن الحكام عندما يمارسون اختصاصاتهم



وظائفهم لا يفعلون ذلك باعتبارهم يمارسون حقوقا أو امتيازات شخصية، وإنما اختصاصات أو وظائف منظمة ومحددة بقواعد دستورية تستمد منها القواعد القانونية الأخرى وجودها وشرعيتها [ 07 ] ص 127.

فالمدلول القانوني يشكل القواعد المكتوبة التي تعكس الحركة الدستورية " تدوين الدساتير"، والتي ظهرت لكي تضي الطابع الدستوري لمضمون الإرادة السياسية للشعب، وقد عملت هذه الحركة بنجاح على حلول الدساتير المكتوبة محل الدساتير العرفية. فعملت الحركة الدستورية على إقامة ديمقراطية دستورية والخروج من الجدل السياسي داخل المجتمع ، والذي قد يصل إلى حد الأزمة حول صورة نظام الحكم ، وإقامة نوع من الوفاق السياسي ويتحقق ذلك من خلال نظام قانوني يتكون من مجموعة القواعد القانونية لحسم الاختلاف والتوافق بين الرؤى السياسية ، ويضع الحل الذي يرتديه الشعب ، وبذلك يتطابق المدلول القانوني مع المدلول السياسي من حيث التعبير عن إرادة الشعب [ 11 ] ص 54.53 وقد يأخذ الدستور المفهوم الشكلي والمفهوم الموضوعي.

المفهوم الشكلي : يقصد بالمفهوم الشكلي بمجموعة القواعد التي تتضمنها الوثيقة الدستورية فالمعنى الشكلي إذن ينحصر فيما هو وارد من أحكام في الوثيقة الدستورية الموضوعية من طرف الجهة المختصة دون أن يمتد إلى غير ذلك من القواعد.

فالمعنى الشكلي يعود إلى الشكل والصيغة التي ترتديها أحكامه في ظاهره ، إذ انه و أمام ترجيح الفقه للمعيار الموضوعي في تعريف القانون الدستوري في الدولة و شموليته يبقى عاجزا و لم يتوصل بعد لتحديد وحصر القواعد التي تعتبر موضوعات القانون الدستوري .

إن جانب من الفقه يركز على ما إحتوت عليه الوثيقة الدستورية الرسمية من قواعد أما باقي القواعد الدستورية غير المدونة فلا يعتبرها هذا الإتجاه الفقهي من القواعد الدستورية الرسمية كال دستور البريطاني [ 03 ] ص 116.117. وبالمقابل فإن هناك قواعد دستورية بطبيعتها ولا تتضمنها الوثيقة الدستورية مثل قوانين الإنتخابات وتنظيم البرلمانات ونظمها الداخلية بما يعني حسب المعنى الشكلي إبعادها من الدستور خلافا للواقع [11] ص 128. أنه وأمام الانتقادات الموجهة إلى الإتجاه الشكلي ظهر أنصار الإتجاه الموضوعي .

المفهوم الموضوعي : يقصد بالمفهوم الموضوعي مجموعة القواعد التي تنظم شكل الدولة ونظام الحكم وطبيعة العلاقة بين السلطات وإختصاصاتها ، وكذلك القواعد التي تبين حقوق الأفراد وحررياتهم و ضماناتها ، دون النظر إلى ما إذا كانت مدرجة ضمن الوثيقة الدستورية أو وثيقة قانونية أخرى مهما كان مصدرها وتدرجها في الهرم القانوني أو كانت عرفية.

إذا كانت فكرة كتابة الدساتير تهدف إلى التخلص من الإنحرافات والتقليد والأعراف التي ولدتها الأنظمة التسلطية في أوروبا ، وبالتالي إرتبط ظهورها بفكرة الحق والحرية التي لا تزدهر إلا بتقييد السلطة الحاكمة ، وعقلنة الحكم وإخضاعه للقانون ، فيعمل الدستور بصفة أساسية على ضمان الحقوق والحريات ، وإقامة مبدأ الفصل بين السلطات وتنظيم العلاقة بينهما . والدولة لا يكون فيها نظام دستوري إلا إذا وجدت بها حكومة مقيدة ، حتى أصبح من المتعذر الآن القول بأننا أمام دولة قانونية دون وجود قواعد دستورية لازمة لتنظيم الدولة ، ومن ثم يعد الدستور أول مقومات الدولة القانونية .

إن هذا ما يضيف في نظر الأفراد على الوثيقة الدستورية نوع من القدسية و الإحترام مما يؤهله لإحتلال المرتبة الأولى في سلم القواعد القانونية في الدولة ، ويمكن في هذا السياق القول بأن مصطلح دولة القانون ظهر بناء على أن الدولة تقيد نفسها بنفسها على هذه الدساتير المكتوبة والواضحة والثابتة والقادرة على تأطير الحياة السياسية والإجتماعية والإقتصادية والإجتماعية والثقافية [11] ص 54 . فإذا كان الدستور يواكب التحولات التي تعرفها الدولة في شتى المجالات برزت فكرة تعديل الدستور مما تمخضت عنه فكرة تقسيم الدساتير من حيث التعديل إلى دساتير مرنة ودساتير جامدة . كما أنه لا يمكن حسبهم تصور الرقابة الدستورية إلا في الدساتير الجامدة . فالدستور المرن هو الدستور الذي يمكن تعديله بواسطة السلطة التشريعية بنفس تعديل القوانين العادية . فهو في نظر البعض مساو من الناحية القانونية مع القوانين العادية.

أما الدستور الجامد فهو الدستور الذي يحاط تعديله بإجراءات أشد صعوبة وتعقيدا منصوص عليها في الدستور والهدف من ذلك هو ضمان قدر عالي من الثبات والاستقرار للقواعد الدستورية . وقد رجح معظم الفقهاء المعنى الموضوعي على المعنى الشكلي لما له من إحاطة أكثر بالموضوع ، لأن المعيار الشكلي يعاب عليه أنه لا يشمل جل الموضوعات التي لها صفة الدستورية ، كما لا يمكن إستنادا عليه إعطاء مدلول واضح للدستور في الدول التي ليست لها دساتير مكتوبة.

أمام التعريف الموضوعي والشكلي للدستور جعل من يرون التأثير الواضح للمشرع الدستوري عبر العالم بذلك . مما تمخض عنه صدور عدة دساتير مكتوبة خاصة في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية و غيرها والتي تعد الوثيقة الدستورية التي تشتمل على جميع الأسس الموضوعية التي يقوم عليها النظام في الدولة محددًا العلاقة بين الحاكم و المحكوم فيشكل بذلك القانون الأسمى في الدولة .

**2.1.1.1.1. سمو الدستور :** إن الدستور يبقى القانون الأسمى في النظام القانوني داخل الدولة ، بل الوثيقة الأسمى أو الإطار العام الذي يحدد نظام الدولة وحقوق المواطن ويجسد تطلعات الشعب . وأي تغيير يطرأ على البنية السياسية أو الإجتماعية أو الإقتصادية للدولة يستتبع حتما تبديل دستورها أو تعديله بما يتلاءم مع الأوضاع والظروف

المستجدة . ولأن الدستور هو القانون الأعلى للدولة فإن جميع التشريعات التي تصدر في الدولة يجب أن تخضع له وتتلاءم معه ، وتستمد أصولها من قواعده ومبادئه.

ومن فكرة سيادة الدستور وتفوقه أستنبط الفقه الدستوري مبدأ سمو الدستور ، والذي يعني أن الدستور يعلو على القوانين العادية في الدولة ، فإذا ما تعارضت هذه القوانين في نصوصها أو روحها أو أهدافها مع الدستور كانت الأرجحية للدستور .

لقد برز مبدأ سمو الدستور كأحد الدعائم الأساسية لنظرية الرقابة الدستورية لما يملك من خصائص تضعه في منزلة أسمى من غيره من القوانين و التفوق التي يتميز بها الدستور تعود إلى سيادته الموضوعية و الشكلية [ 12 ] ص 28 وإذا كانت له هذه القوة لا بد من أن يتمتع بالرفعة و يحتل مرتبة أسمى من السلطات التي يعود لها ممارسة الإختصاصات التي ينظمها و أمام هذا يتوجب على هذه السلطات أن لا تقدم بأي عمل مخالف للدستور وإلا عد غير مشروع. فالدستور هو صاحب السلطة المطلقة والدائمة بحيث أن الحكام في الحقيقة ليسوا إلا وكلاء مكلفين بالتنفيذ بصورة متناوبة [ 13 ] ص 13.

وأخذ المبدأ المعروف بسمو الدستور أو بتفوقه أو سيادته عدة تسميات بالفرنسية " principe de la suprématie de la constitution " ، والذي تقابله في القانون الأنجليزي المبدأين المعروفين "سيطرة البرلمان" ، و"سيادة القانون" . فالحكم المترتب على هذا المبدأ هو أن الدستور يعلو على سائر القوانين المرعية بمعنى أن هذه القوانين إذا ما تعارضت في روحها و نصوصها مع الدستور فيكون الدستور مرجحا عليها و تلك القوانين خاضعة إليه بحيث أنه يقتضي عندئذ أن تتلاءم أحكامها مع سيادته و قواعده [ 08 ] ص 478.

وفي مبدأ سمو الدستور تكمن الفكرة القائلة بأن الديمقراطية لا تحقق و لا تتقدم إلا في نطاق الإنتظام الدستوري وباعتبار أن الدستور هو القانون الأسمى في الأنظام القانوني تغدو الديمقراطية بهذا أيضا و أسوة بالدولة التي تمدها بحياتها ديمقراطية مقيدة بالدستور الذي تشتق عنه سائر القوانين النافذة في الدولة ، مما دفع التفكير الديمقراطي إلى الإقرار بأنه لا بد للديمقراطية من أن تنظم دستوريا و أن تتقيد بالتالي بمبدأ سمو الدستور و سيادته في الدولة [ 08 ] ص 479.480.

فالدستور لا يعد نسا عقيما جامدا يبدأ وينتهي بإصداره، بل نصوصه تواكب التطور الدائم والمستمر بما يتناسب مع تقدم المجتمع وهو ما يتجسد في قواعد تكرر الحقوق والحريات العامة [ 14 ] ص 210 . فبهذا سمو الدستور سواء الموضوعي أو الشكلي يكون عديم القيمة إذ لم ينظم جزاء قانونيا على الخروج عليه وكي يتحقق هذا العلو للدستور أن ينظم الجزاء على خروج المشرع العادي على أحكام الدستور حتى لا تمس قواعده خاصة منه المنظمة للحقوق

والحريات العامة وهو ما يعرف برقابة دستورية القوانين [ 15 ] ص 95.94. إن مبدأ سمو الدستور تنسحب آثاره إلى السلطات في الدولة سواء منها التنفيذية أو التشريعية مما يؤدي إلى بروز مبدأ الشرعية وكذا إحترام الإختصاصات المكفولة دستورياً.

ويقصد بمبدأ الشرعية إحترام التشريعات الموضوعة من قبل الحكام في الدرجة الأولى والمحكومين في الدرجة الثانية فالخروج والإنحراف على مسار التشريعات من أي كان يجعلنا أمام الخروج عن مبدأ الشرعية. لذا الإقرار بسمو القاعدة الدستورية على ما سواها من القواعد القانونية بذلك يتوسع مبدأ الشرعية ليشمل تلك القواعد السلمية وضرورة عدم الخروج عنها بموجب التشريعات التي عرضة للتحويل والتغير حسب إستتسابية الهيئات الحاكمة لمواكبة التطور وهذا يحتم خاصة على السلطة التشريعية إحترام هذه القواعد إذ يكون من باب أولى على تعبير جورج بيردو بأن يطبق مبدأ الشرعية على التصرفات التي تصدر مخالفة للدستور ولو صدرت عن الحكام في الدولة [ 16 ] ص 522 .

كما يقصد به أن القاعدة القانونية تأتي فوق إرادات الأفراد جميعاً حاكمين أو محكومين وتلزمهم جميعاً بإتباع أحكامها لذا برزت فكرة الدولة القانونية بصفة عامة والتي تعني أن تكون جميع تصرفات السلطة العامة في الدولة فيها متفقة مع أحكام القانون . وما دام الدستور هو مصدر جميع السلطات في الدولة فإنه يكون ملزماً لهذه السلطات ولا تكون ممارستها لإختصاصاتها مشروعة ونافذة إلا بمقدار مطابقتها لأحكامه [ 17 ] ص 29 وأنظر [ 18 ] . ووجود الدستور لا يكفي في تجسيد الشرعية مالم تتبعه إرادة قوية وإيمان راسخ بالتمسك به. ووقفاً ضد أي تجاوز على قواعده حفاظاً على الحقوق والحريات العامة المكرسة والمحمية في روحه. فلا يمكن الحديث عن دولة المؤسسات في الأنظمة الديمقراطية إلا في ظل سلطة يمارسها أشخاص يخضعون للقانون وبخروجهم يكونون قد خرقتوا مبدأ الشرعية و الذي يبنى على قاعدة تدرج القواعد القانونية أي إحترام القاعدة الدنيا للقاعدة الأعلى .

أعتبر البعض إحترام القانون ينطلق من دولة المؤسسات ، وهي تلك الدولة التي تنشأ السلطات فيها وفقاً لقواعد قانونية سابقة تحدد كيفية إسناد السلطة إلى فرد أو أفراد معينين . ثم تحدد القواعد القانونية بعد ذلك إختصاصات كل فرد أو مجموعة معينة من الأفراد أو جهة من الجهات أو هيئة من الهيئات تحديداً واضحاً بحيث يكون التصرف خارج هذه الإختصاصات غير قانوني وغير مشروع. وهكذا يتحدد مبدأ الشرعية ويرتبط إرتباطاً وثيقاً بفكرة دولة المؤسسات وفكرة الإختصاص الذي يحدده القانون [ 17 ] ص 28.27 و أنظر [ 19 ] ص 21 .

أن مبدأ الشرعية يبقى مصطلح أجوف ما لم يكون هناك قضاء فعال ومستقل لأنه يعد أحد الدعائم الأساسية في الديمقراطيات الحديثة لما يكفله للقاعدة القانونية من حماية ، بالإضافة إلى أن استقلاله يحقق مبدأ الفصل بين السلطات ويكمن إستقلاله من حيث الجهاز ومن حيث العمل . إذ لا يمكن تصور إستقلال العدالة دون إستقلالية القضاة ولا

ينأتى ذلك إلا بأن يكون تعيينهم وفقا لإجراءات معينة يراعى فيها قدر من التشدد الواجب عند تعيينهم بعيدا عن السلطة التنفيذية ، كما هو معمول به في جل الأنظمة الديمقراطية.

بل ولأهمية تأديب القضاة وعزلهم يجب أن يكون خاضعا إلى السلطة القضائية وحدها دون سواها لكي يعطي القاضي كل أوسع الضمانات للدفاع عن نفسه . ومن المبادئ التي توشك أن تكون مستقرة في غالبية الدساتير الحديثة عدم قابلية القضاة للعزل إلا في أحوال محددة ووفقا لإجراءات معينة يرسمها القانون بوضوح . مما يدعم إستقلال القضاء من ناحية ويكفل نوعا من الرقابة على أعماله من ناحية ثانية . كما لعننية سير الجلسات ونشر الأحكام كلها هي قضايا أساسية تكفل إستقلال القضاة وتجعل من القضاء حاميا حقيقيا للحرية وقيدا فعليا على ممارسة السلطة [ 17 ] ص 42 .

إن الرقابة على دستورية القوانين لا توجد بالضرورة في كل الدول ، كذلك فإن الرقابة على دستورية القوانين قد تقوم بها المحاكم العادية حتى في غير وجود قضاء دستوري متخصص ، وقدم تجربة في العالم في هذا الخصوص وهي تجربة الولايات المتحدة الأمريكية فالرقابة نشأت وتولتها المحاكم العادية وعلى رأسها المحكمة العليا الفيدرالية ، ولا يوجد في الدستور الأمريكي نص واضح يفرض هذه الرقابة وإنما هو اجتهاد قضائي محض ذلك الذي بنى هذه الثورة القضائية الضخمة والتي استفاد منها القضاء الدستوري في أنحاء العالم كالمحكمة الدستورية المصرية وغيرها من الدول والأنظمة التي أخذت بالرقابة القضائية [ 17 ] ص 13 . كما أن للتجربة الفرنسية في الرقابة الدستورية مكانتها لما تتميز به من خصوصية بأنها رقابة لا يقوم بها قضاة فهي بهذا لا تعد رقابة قضائية ، كما أنها رقابة سابقة على صدور القانون فهي رقابة وقائية تحول دون مخالفة التشريع للدستور وهي ما تعرف بالرقابة السياسية والتجربة الفرنسية جعلت مستعمراتها تتأثر بنظامها الرقابي رغم الإختلاف التاريخي والتركيبة الإجتماعية والإيديولوجية ومنها النظام الجزائري والمغربي ، ما يجعل كل من الرقابة القضائية والرقابة السياسية محل مقارنة من أجل الأخذ بأنجع الأساليب حتى ندعم الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية في الجزائر.

إن النتائج التي آلت إليها الرقابة الدستورية في الأنظمة المقارنة جعلها تفرض واقعا ملموسا في الهيكلة السياسية قبل القانونية لتدحض إدعاءات المناوئين والمعارضين لفكرة الرقابة والتي يعتبرونها "حكومة القضاة" . فالرقابة بإختلاف صور ممارستها فإنها تحافظ على إحترام توزيع صلاحيات السلطات، وعدم تعدي أي منها على صلاحيات الأخرى المكفولة دستوريا . ما جعل الفقه الدستوري في أوروبا يعتبر أن المؤسسات الديمقراطية لا تصان بدون مجلس أو محكمة دستورية من أجل العمل على الحفاظ على توازن السلطات وعلى حماية الحقوق والحريات الأساسية للمواطن.

### 2.1.1.1. أشكال ممارسة الرقابة على دستورية القوانين

تحتل القواعد الدستورية المكانة الأسمى في التدرج الهرمي لأي نظام قانوني في الدولة فهي القواعد القانونية التي تسمو على جميع القوانين الأخرى التي تتخذها السلطات العامة بما فيها السلطة التشريعية [ 20 ] ص 549. وتكمن الأهمية البالغة لموضوع الرقابة الدستورية بأنها شديدة الوصل مع الديمقراطية لأنه يعني خضوع السلطات في الدولة للقانون بصفة عامة و للدستور بوصفه القانون الأسمى ، وإذا كان الدستور يسمو على جميع السلطات العامة في الدولة فإن سموه يصبح دون معنى ولا مضمون إذا كان أمام هيئات الدولة إنتهاك أحكامه دون توقيع أي جزاء على ذلك لذا كان من الأجدر إيجاد من الضمانات ما يكفل إحترام هذه الأحكام التي عين لها إختصاصاتها و رسم حدودها [ 21 ] ص 306.

فإذا كان من المسلم به أن الرقابة الدستورية وسيلة لمراقبة مدى مطابقة القواعد القانونية الناتجة عن التشريع العادي داخل الدولة لأحكام الدستور فالسؤال الذي يطرح نفسه ما هي الهيئة التي تتولى مباشرة هذا العمل الإجرائي و التقني بالرجوع إلى الفقه الدستوري المقارن فإن التحقيق من ملاءمة و عدم ملاءمة القانون للدستور يوكل إلى هيئة سياسية ومنها نشأة الرقابة السياسية و قد توكل إلى هيئة قضائية و منها نشأة الرقابة القضائية .

#### 1.2.1.1.1. الرقابة السياسية

تعريف الرقابة السياسية :تمارس الرقابة أساسا لحماية المحكومين و مصالحهم إلا أن تطبيق المبدأ يثير بعض القضايا السياسية لأن الإشراف على العملية يتم عن طريق هيئة نيابية أي هيئة سياسية أو عن طريق هيئة مختلطة "سياسية قضائية" . وهذا الإختلاط ناتج عن أنها تتسم بالطابع السياسي من حيث تشكيلتها التي يغلب عليها التوجه السياسي وتتسم بالطابع القضائي من ناحية الإجراءات و الصلاحيات المكفولة للهيئة المسند لها الرقابة.

ويعتبر النظام الفرنسي الوطن الأم لهذا النوع من الرقابة ويتجلى ذلك في كيفية تشكيل المجلس الدستوري فيها وفي طبيعة قراراته . فالمجلس ذو طابع قضائي من حيث طبيعة قراراته. ولقد تعرض هذا الاسلوب من الرقابة إلى إنتقادات باعتبار أنها تفتقد للحياد والنزاهة لأن الهيئة التي تقوم بها تتعرض غالبا لضغوط سياسية من شأنها أن تحول دون إنجاز رقابة مجردة من الأغراض والأهواء . فالرقابة على دستورية القوانين تفترض إصدار أحكام وهذه المهمة يجب أن ينجزها قضاة قادرين على إتخاذ قراراتهم بحرية وإستقلالية . وإذا كانت الهيئة المكلفة بالرقابة هيئة سياسية ، فلا يمكننا أن نتوقع منها القيام بهذه المهمة على الوجه الصحيح [ 01 ] ص 92.91. إن معظم الدول التي تأخذ بهذه الرقابة تجعلها رقابة سابقة قبل صدور القانون أي "رقابة على مشروع قانون" كما هو الحال في فرنسا في حين تجعلها دول أخرى رقابة سابقة و لاحقة كما هو الحال في الجزائر [ 03 ] ص 174.

كما تعرف الرقابة السياسية بأنها رقابة وقائية " رقابة سابقة " تسبق صدور القانون أو تحول دون صدوره إذ خالف نسا في الدستور و تقوم بهذه الرقابة لجنة سياسية يتم إختيار أعضائها بواسطة السلطة التشريعية أو بالإشتراك مع السلطة التنفيذية [ 02 ] ص 70 . كما يعرفها البعض بأنها أسلوب وقائي *préventif* يسبق صدور القانون تتولاه هيئة سياسية محددة للتأكد من مطابقة القانون لأحكام الدستور و الحيلولة دون صدور الأول إذا كان مخالفا للثاني [ 22 ] ص 112 [ 23 ] ص 49 ، كما أنها تمارس لاحقة بعد صدور القانون وتسمى الرقابة اللاحقة.

من خلال التعريفين السابقين تبرز سمات الرقابة السياسية بأنها رقابة وقائية تمارس قبل صدور القانون كما في النظام الفرنسي أي ما مدى مطابقة القانون لأحكام الدستور . كما أنها تمارس عن طريق هيئة سياسية ليست بقضائية مما يجعل إثارة هذه الرقابة من إختصاص الحكام وبذلك تكون الرقابة هنا خاضعة للسلطة الحاكمة . كما تمارس هذه الرقابة بأسلوبين إما عن طريق هيئة نيابية أو عن طريق هيئة سياسية [ 02 ] ص 71

#### أساليب الرقابة السياسية :

- هيئة نيابية تمارس الرقابة الدستورية : ويسمى بـ " أسلوب السؤال الأول" ويتبع في الدول التي يعتبر فيها البرلمان نفسه هو السيد من الناحية العملية و بمقتضى هذه السيادة يقبل من تلقاء نفسه أن يخضع لنوع من التحديد الذاتي ، ففي أثناء المداولات التي تجرى في البرلمان حول مشروع قانون يكون من حق رئيس المجلس التشريعي أن يقرر عدم فتح باب المناقشة حول مشروع القانون . لأنه غير دستوري كما يكون من حق أي عضو من أعضاء البرلمان أن يطرح على المجلس السؤال الأولي ، بمعنى أن يضع بصدد مشروع القانون سؤال مفاده : هل مشروع القانون و الإقتراح بقانون دستوري أم لا؟ . و من ثم يتعين على البرلمان أن يقرر ما إذا كان المشروع و الإقتراح دستوريا أم غير دستوري [ 02 ] ص 71 وانظر [ 24 ] ص 156 . ومن بين الأنظمة التي تأخذ بهذا النوع من الرقابة هي الدول الاشتراكية كالاتحاد السوفياتي سابقا في دستورها لسنة 1977 ، ودولة المانيا الشرقية قبل الاتحاد في دستورها لسنة 1968 . وتعتبر هذه الطريقة من الرقابة منتقدة لكونها لا تسند تلك المهمة إلى هيئة مستقلة عن البرلمان وإنما تسندها إلى نفس الهيئة التي تقوم بمهمة التشريع وهذا يعني المراقبة الذاتية [ 07 ] ص 173 وأنظر [ 25 ] ص 467 .

هيئة سياسية تمارس الرقابة : هذا الأسلوب يعود إلى هيئة مشكلة تشكيلا سياسيا توكل لها مهمة التحقق من أن نص القانون مطابق للدستور، هذا النظام يجعل إختصاص الهيئة السياسية محدودا ، كما أنه يوفر لأعضاء هذه الهيئة ضمانات جدية لإستقلال أعضائها و هي ما سارت عليه التجربة الفرنسية في مجال الرقابة الدستورية . والتي نتطرق إلى عرضها نظرا لخصوصية أنها تمارس ليس من طرف القضاة وكذلك بإعتبار أنها رقابة سابقة أي تحول دون التشريع المنافي للدستور ، وكذلك بتأثر عديد الأنظمة في العالم بالتجربة الفرنسية كالجزائر والمغرب وغيرها من

المستعمرات الفرنسية وهذا ما يجعلنا نتعرض إلى التطور الذي عرفته الرقابة في فرنسا من أجل الإستفادة منها في التجربة الجزائرية.

الرقابة الدستورية في فرنسا: إن الظروف التي جعلت فرنسا تأخذ بهذا الأسلوب من الرقابة هو التفسير الذي ساد الفقه الفرنسي في فهم نظرية الفصل بين السلطات وكذلك إعتبار البرلمان هو المعبر عن سيادة الأمة وأن القانون هو التعبير عن هذه الإرادة هذان الأمران حالا بين فرنسا والأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين [ 17 ] ص 47 إذ كانت أولى المحاولات لتطبيق تلك الرقابة في فرنسا عند إعداد دستور السنة الثالثة لإعلان الجمهورية سنة 1795 بإقتراح " سيز " « sieyes » على الهيئة المشكلة لوضع الدستور المذكور إنشاء هيئة محلفين دستورية أطلق عليها إسم: " jurie constitutionnaire " تكمن وظيفتها في مراقبة أعمال البرلمان بما يجعلها متوافقة مع أحكام الدستور و منحها سلطة إلغاء القوانين المخالفة للقواعد الدستورية. إن اقتراح " سيز " قوبل بإعتراض شديد من أعضاء الجمعية العامة ولم يكتب له النجاح [ 26 ] ص 359 .

لكن الفكرة ظهرت على أرض الواقع بعد ما قام " نابليون بونابرت " بإنشاء مجلس الشيوخ المحافظ أو المجلس الحامي للدستور " sent conservateur " في دستور السنة الثامنة للجمهورية عام 1799 ، ليتولى مهمة المراقبة و التحقيق وحماية الدستور وتعديله ، و بعد فشل هذا المجلس بسبب سيطرة نابليون عليه تكررت التجربة مرة أخرى في دستور 1852 من قبل نابليون الثالث . وقد تبلورت هذه الفكرة مع دستور 1946 وإكتملت عند وضع دستور الجمهورية الخامسة سنة 1958 .

اللجنة الدستورية: بعد فشل هذه التجارب الأخرى أنشئت في دستور 1946 هيئة أطلق عليها إسم "اللجنة الدستورية" [ 03 ] ص 175. وقد جاء تكوين هذه اللجنة كنوع من التوفيق بين أنصار السيادة البرلمانية والتي ترفض رقابة دستورية القوانين وأنصار سمو الدستور والذين يرون ضرورة وجود رقابة على دستورية القوانين إلا أنه كان توفيقا متوازعا على حد تعبير الفقيه الفرنسي بيردو وقد جاء المشروع الأول لدستور 1946 خاليا من أي نص يتعلق بالرقابة [ 17 ] ص 51.50.

المجلس الدستوري: إن أخذ الدستور الفرنسي الحالي الصادر سنة 1958 بالرقابة السياسية على دستورية القوانين حيث أنشأ هيئة جديدة تسمى " المجلس الدستوري " و عهد إليه بموجب المادة 61 من الدستور بمهمة الرقابة على دستورية القوانين و التي تعد رقابة سابقة قبل صدور القانون. وقد نظم دستور 1958 الرقابة في المواد من 56 إلى 63 وكان الغرض من هذا التنظيم أنه متجها في الأساس إلى حماية المؤسسات السياسية كما وضعها الدستور من أن تنالها يد المشرع بالتعديل ولم يكن يعني من الرقابة حماية الحقوق والحريات في مواجهة البرلمان إلا في نطاق محدود [ 27 ] و [ 28 ] .



إن الهدف من إنشاء المجلس الدستوري هو ضمان تطبيق القاعدة الدستورية وذلك حفاظاً على توزيع الإختصاصات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، فالغاية من المجلس هو الحفاظ على التوازن بين السلطتين . إذ إقتصر عمل المجلس الدستوري على القوانين التي تصدر عن البرلمان أي القوانين بالمعنى الشكلي ، وهكذا استبعد الدستور كل رقابة على دستورية اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية.

تكوين المجلس الدستوري : يتكون من نوعين من الأعضاء ويرأسه رئيس .

- أعضاء بحكم القانون ولمدى الحياة وهؤلاء هم كل رؤساء الجمهورية السابقون.
- أعضاء معينون و هم تسعة أعضاء ومدة عضويتهم تسع سنوات غير قابلة للتجديد.
- ثلاثة منهم يختارهم رئيس الجمهورية.
- ثلاثة يعينهم رئيس الجمعية الوطنية.
- ثلاثة يعينهم رئيس مجلس الشيوخ . ويجري تجديد ثلث الاعضاء كل ثلاث سنوات.
- رئيس المجلس ويعينه رئيس الجمهورية من الاعضاء سواء اعضاء بحكم القانون أو من الاعضاء المعينين ويكون للرئيس صوت مرجح .

ولقد فرض الدستور التنافي مع بعض الوظائف كالعامل في الوزارة ، عضوية البرلمان ، عضوية المجلس الإقتصادي والإجتماعي، التعيين في الوظائف الحكومية وإنما يجوز لمن كان موظف تعيينه أن يستمر في وظيفته . وذلك من أجل تحقيق الإستقلالية والنزاهة والإستمرارية والإبتعاد عن المؤثرات الإيديولوجية . فهم يحافظون على العضوية طوال المدة المحددة ولا تفقد إلا بالوفاة أو الإستقالة ، كما يجوز فقد العضوية بقرار من المجلس في حالة عدم إمكانية مواولة العمل.

إختصاصات المجلس الدستوري: لقد أعطي الدستور للمجلس الدستوري في مجال عمله الرقابي نوعين من الإختصاص :

\_ إختصاص وجوبي يتعلق بالقوانين العضوية ولوائح المجالس البرلمانية العضوية ولوائح المجالس البرلمانية إذ نصت المادة 61 من الدستور " يجب أن تعرض على المجلس الدستوري القوانين العضوية قبل إصدارها ولوائح المجالس البرلمانية قبل تطبيقها ليقرر مدى مطابقتها للدستور " .

\_ إختصاص جوازي متروك لإرادة رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ ليعرض كل منهم أي قانون أقره البرلمان قبل إصداره على المجلس الدستوري ليقرر مدى مطابقتها للدستور .

ويجب أن يبدي المجلس الدستوري رأيه في القانون محل الرقابة خلال مدة شهر ، إلا أنه يمكن للحكومة أن تطلب في حالة الإستعجال تخفيض المدة إلى ثمانية أيام . ويصدر المجلس قراره مسببا لا يقبل أي وجه من أوجه الطعن وأنه ملزم للجميع. فالنص الذي يعلن عدم دستوريته لا يجوز إصداره أو تطبيقه.

وهناك إستثناء هام من القوانين التي توجب عرضها على المجلس الدستوري هي تلك القوانين التي يتم إقرارها عن طريق الإستفتاء ، إذ أنه عندئذ ستمثل التعبير المباشر عن السيادة ولا حاجة لفحص الدستورية . فعمل المجلس الدستوري يظهر جليا أنها رقابة وقائية سابقة على إصدار القانون ، ولقد حدثت المملكة المغربية حذو فرنسا في الرقابة السابقة و ذلك في دستورها الصادر عام 1992 حيث جاء في الباب السادس المواد من : 76 - 79 إنشاء مجلس دستوري يتولى الرقابة على دستورية القوانين [ 29 ] .

كما عهد للمجلس الدستوري الفرنسي إختصاصات عدة تتعلق بالعمليات الإنتخابية العامة وإنتخاب رئيس الجمهورية والنظر في صحة انتخاب عضو البرلمان ، بالإضافة إلى أنه ينظر في حالة وجود عائق لرئيس الجمهورية عن مباشرة مهامه ما إذا كان عائق مؤقت أو دائم ، فإذا كان دائم فتتظم إنتخابات جديدة خلال عشرون يوما على الأقل وخمسة وثلاثين يوما على الأكثر لإنتخاب رئيس جديد . و كذلك بالرجوع إلى أحكام المادة 16 من الدستور الفرنسي والتي تقابلها المادة 93 من الدستور الجزائري [ 30 ] و [ 31 ] و التي تعطي لرئيس الجمهورية في حالات الخطر الداهم التي يهدد مؤسسات الدولة ، سلطات واسعة قد يكون لها الأثر على الحقوق والحريات الأساسية مما يكون لزاما أمام المجلس النظر في مدى إمكانية اللجوء إلى تطبيق المادة السالفة الذكر وأن يبدي رأيه في كل قرار يصدر عن رئيس الجمهورية.

التعديل الدستوري وأثاره على عمل المجلس :إن تطور أي مؤسسة دستورية يكون مرتبط بالتحولات والتغيرات التي يعرفها المجتمع في شتى المجالات الإجتماعية والإقتصادية والسياسية والثقافية ، مما يجعل تعديل القاعدة الدستورية ضرورة بما يخدم التطورات الحاصلة تكريسا وحماية للحقوق والحريات الأساسية . ولقد عرف الدستور الفرنسي لسنة 1958 عدة تعديلات هامة إذ نقف على ما تعلق منها بالمجلس الدستوري .

- التعديل الدستوري سنة 1974 إذ و بالإضافة إلى من لهم حق إخطار المجلس الدستوري كرئيس الجمهورية و الوزير الأول و رئيس الجمعية الوطنية و رئيس الشيوخ ، أنه يجوز لستين نائبا أو لستين شيخا ان يخطر المجلس الدستوري بأي قانون يرونه مخالفا لأحكام الدستور . هذا التوسع جعل المجلس الدستوري يعرف منعرج هام نحو تكريس الديمقراطية الدستورية ،والتي غايتها حماية الحقوق والحريات الأساسية ، مما أفرز مشروع تعديل سنة 1990 والذي لم يعرف النور إلا أنه جاء على لسان جورج فيدل " إن لم يكن في ذاته ثورة إلا أنه كان تطورا وإصلاحا حقيقيا في الحياة الدستورية .وذلك بمحاولة منح الأفراد حق الدفع بعدم الدستورية في مواجهة كل القوانين .

- التعديل الدستوري سنة 2008 لقد عرف مشروع تعديل 1990 النور بعد سجال فقهي كبير بين مؤيد ومعارض، إلا أن السياسة الجديدة في تكريس وحماية حقوق الإنسان جعل تعديل المواد 63.62.61 من دستور 1958 وذلك بفتح المجال أمام الأفراد بإثارة عدم دستورية أي نص قانوني أمام الجهات القضائية المختصة. ومن أحدث ما تضمنه التعديل خاصة المادة 61 الفقرة 01 والتي تسمح لكل فرد إمكانية الطعن بعدم دستورية القانون أمام الجهات القانونية المختصة، إذ اعتبر هذا التعديل ثورة قانونية أصبح إثرها لكل مواطن فرصة الإحتجاج ضد القواعد القانونية التي تعد مخالفة لروح الدستور، الأمر الذي يسمح بالوصول إلى حماية الحقوق والحريات المضمونة دستوريا.

إذ كان الغرض الأساسي من ذلك هو دعم الرقابة السياسية بجعلها رقابة أكثر فاعلية فإن هذا التعديل إعتبره بعض المختصين تحديث وتجديد في مؤسسات الجمهورية الخامسة من خلال مطابقة التشريعات بما يكفل حماية الحقوق والحريات الأساسية. لأن هذه الفكرة أثرت كثيرا من قبل سيما في البرنامج الرئاسي للرئيس السابق فرنسوا ميتران.

إن التطور بل القفزة النوعية التي عرفت الرقابة الدستورية في فرنسا من حيث تطوير إجراءات ممارستها وتوسيع نطاق الأخذ بها جعل المختصين يحيطونها بشروط موضوعية وإجرائية وذلك من خلال جعل جواز الدفع من طرف الأفراد يتم أمام جهات قضائية محددة وهي محكمة التنازع، المجلس الأعلى، المحكمة العليا للتحكيم بالإضافة إلى محكمة الجنايات. هذا التطور الذي عرفت الرقابة الدستورية في فرنسا، يستحق أن يكون نموذج يحتذى به في الدول التي تعتمد نظام الرقابة السياسية مع الأخذ بعين الاعتبار المرجعية الإجتماعية والتاريخية بل خصوصية كل نظام في الدول المسائرة لذلك، خاصة وأن النظام الفرنسي لم يصل إلى هذا التطور إلا بعد نضال طويل في مجال تطوير وترقية حقوق الإنسان [ 32 ] .

الرقابة الدستورية في الجزائر: لقد تأثرت الجزائر بالرقابة السياسية أي بالنظام الفرنسي على غرار جميع المستعمرات الفرنسية، لكن جعلتها رقابة سابقة ولاحقة إذ تبنى المشرع الجزائري فكرة إنشاء المجلس الدستوري من خلال دستور 1963 في المادة 63 وحدد صلاحيته في المادة 64 [ 33 ] ، رغم ما عرفت هذا الرقابة من ظروف خاصة جعلت المشرع الدستوري لا يعطي أي إهتمام للرقابة الدستورية في دستور 1976 رغم أن أحكام المادة 186 منه نصت " تمارس الأجهزة القيادية في الحزب والدولة المراقبة السياسية المنوطة بها وذلك طبقا للميثاق الوطني ولأحكام الدستور [ 34 ] ، إلى غاية المنعرج التاريخي الهام في التاريخ السياسي الجزائري و المتمثل في أحداث أكتوبر 1988 والتي مهدت لبروز دستور 1989 و الذي إنتقلت من خلالها الجزائر إلى التعددية الحزبية بدل الحزب الواحد. فلا يخفي الدور الذي لعبه التعديل الدستوري لسنة 1996 على الرقابة في الجزائر.

ومن هنا يحق التساؤل عما إذا كانت المبررات التاريخية التي عرفتها فرنسا هي نفسها حتى يقرر المؤسس الدستوري إنشاء المجلس الدستوري وإسناد له دور مشابه للدور الذي يعرفه المجلس الدستوري الفرنسي ، علما أن البرلمان الجزائري حديث العهد في الحياة السياسية ، بل لم يمارس الصلاحيات المسندة اليه في مجال القوانين بشكل كامل ، وبالتالي لا مجال لمخاوف إعتدائه على مجال اللائحة المحفوظ دستوريا للحكومة.

تكوين المجلس الدستوري: لقد أخضع المجلس الدستوري في دستور 1963 من حيث تكوينه إلى نص المادة 63 والتي تنص "يتألف المجلس الدستوري من رئيس المحكمة العليا وثلاثة نواب يعينهم المجلس الوطني وعضو يعينه رئيس الجمهورية ، أعضاء المجلس الدستوري ينتخبون رئيسهم الذي لا يملك صوتا زائدا". رغم أن دستور 1963 لم يكتب له العيش أكثر من ثلاثة وعشرون يوما من تاريخ إصداره أي 23 أكتوبر 1963 لكن هذا لا يمنع من التطرق لتلك المرحلة لمعرفة العقبات التي عرفتها الرقابة الدستورية في الجزائر إلا أن دستور 1976 لم ينظم الرقابة الدستورية.

والملاحظ أن عدد أعضائه سبعة حسب المادة 63 من دستور 1963، هو الرقم المعتمد في دستور 23 فيفري 1989 والذي كرس في المادة 153 منه الرقابة الدستورية [ 35 ] . ثلاثة منهم يمثلون السلطة القضائية ، وثلاثة منهم يمثلون السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية واحد . إلا أن المادة [ 31 ] 164 من الدستور المعدل في : 28 نوفمبر 1996 إرتفع العدد إلى تسعة أعضاء ثلاثة من بينهم رئيس المجلس الدستوري يعينهم رئيس الجمهورية ، أما أربعة منهم يتم إنتخابهم كممثلين للسلطة التشريعية ، إثنان عن المجلس الشعبي الوطني ، وإثنان عن مجلس الأمة وعضو واحد ينتخب عن المحكمة العليا ، كما ينتخب مجلس الدولة عضوا واحدا .

هذا التحول جاء بعد بروز مجلس الأمة كهيئة جديدة، و تعد بهذا قفزة نوعية في مجال الديمقراطية رغم ما يعترى التجربة الجزائرية الفتية من نقائص، فإختيار أعضاء المجلس الدستوري في الجزائر جمع بين التعيين والإنتخاب. إلا أنه كان من الأجدر الإستفادة من التجربة الفرنسية ،فيما يخص الأعضاء الدائمين والمتمثلين في رؤساء الجمهورية السابقين. ويعين رئيس المجلس الدستوري بموجب مرسوم رئاسي يتخذه رئيس الجمهورية لمدة ستة سنوات . كما يضطلع الأعضاء بمهامهم ستة سنوات، مع تجديد نصف الأعضاء كل ثلاثة سنوات. ومن خلال هذه التشكيلة فإن المجلس الدستوري يمثل ربط بين الرقابتين السياسية والقضائية على دستورية القوانين [ 36 ] ص 40.39 و [ 37 ] ص 65 و [ 38 ] ص 09 وما بعدها والجدير بالملاحظة أنه لا الدستور ولا أي نص قانوني آخر يحدد الشروط ، التي يخضع لها تعيين وإنتخاب أعضاء المجلس الدستوري ما عدا ما هو محدد في المادة 164 من الدستور.

إختصاصات المجلس الدستوري: لقد أعطي للمجلس الدستوري نوعين من الإختصاص.

\_ إختصاص وجوبي والذي نصت عليه المادة 3.2/165 ويتعلق بالقوانين العضوية ورقابة مدى مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان وعرفت برقابة المطابقة ولقد نصت المادة " يبدي المجلس الدستوري بعد أن يخطر 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 ."

\_ إختصاص جوازي حسب المادة 166 من الدستور متروك لإخطار رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة تتعلق بنظر دستورية المعاهدات والقوانين ، والأوامر التشريعية والتنظيمات ليقرر مدى مطابقتها للدستور.

و بالرجوع إلى أحكام المادة 6-7 من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري يستنتج أن مجال الرقابة الدستورية يحدده الإخطار الذي يبين الحكم أو الأحكام المحالة على المجلس ، كما تبين هاتان المادتان الآثار المترتب عن عدم قابلية فصل الحكم المخاطر بشأنه عن باقي أحكام النص المعروض عليه ، والحالة التي يمكن للمجلس الدستوري أن يتصدى فيها لأحكام لم يخطر بشأنها بسبب علاقتها بالأحكام موضوع النزاع . مما يجعل الرقابة أما تكون جزئية أو كلية حسب ما تضمنته رسالة الإخطار ، بينما تنصب الرقابة الوجوبية على كل أحكام النص . فالمؤسس الدستوري قد تبنى كلا من الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة ، حيث جعل رقابة المطابقة رقابة إجبارية سابقة ، بينما يمكن لرقابة الدستورية أن تكون سابقة أو لاحقة وفق ما تراه السلطات التي حولها صلاحية إخطار المجلس الدستوري [ 39 ] ص 90-92 .

- النصوص القانونية التي تخضع للرقابة الدستورية : إذا كانت رقابة المطابقة تخضع وجوبيا القوانين العضوية للرقابة ، والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان . فإن المشرع الدستوري أشتراط إخطار المجلس الدستوري من طرف الهيئات المذكورة في نص المادة 166 من الدستور لأجل فحص مدى مطابقة النصوص القانونية الأخرى لأحكام الدستور وهي كالتالي:

المعاهدات والإتفاقيات الدولية:أخضع المؤسس الدستوري صراحة المعاهدات الدولية لرقابة المجلس الدستوري مستعملا عبارة " دستورية المعاهدات " ، إن إخطار المجلس الدستوري بمعاهدة أو إتفاقيه ما لرقابتها والحكم عما إذا كانت دستورية أو غير دستورية تكون من خلال الفصل في مدى مطابقة حكم منها أو أحكام مع الدستور . فالدستور ولو كان قانونا فإنه يسمو على المعاهدات الدولية التي تأتي ترتيبها بعده وتتقدم على القانون العضوي والقانون ، وقد جسد المؤسس الدستوري ذلك بأن نص صراحة في المادة 132 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أن "المعاهدات يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور ، تسمو على القانون [

إن هذا المسلك هو نفسه الذي إتبعته فرنسا في دستورها لسنة 1958 في المادة 55 وجسده قضاؤه العادي والإداري والدستوري في أحكامه ، فقد إعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن المعاهدات تعلو على القوانين العادية أيا كان تاريخ صدور القانون سواء كان سابقا أو لاحقا على المعاهدات على أساس أن المعاهدة أصبحت جزء من القانون الفرنسي] 36 [ ص 43.42 . وتتم رقابة دستورية المعاهدات بأسلوبين المباشر ويعني إخضاع مشروع المعاهدة ذاتها لرقابة القاضي الدستوري فتتصب رقابته مباشرة عليها . وأسلوب غير مباشر ينصب بداءة على قانون التصديق على المعاهدة شأنها شأن بقية التشريعات . إلا أنه لم يشهد المجلس الدستوري أن قدمت أمامه معاهدة من أجل نظر مدى دستورتيتها.

- النصوص التشريعية : تتنوع النصوص التشريعية وبالتبعية تتنوع معها الرقابة الدستورية .  
رقابة القوانين العضوية : لقد أطلق المؤسس الدستوري مصطلح " القانون العضوي " على بعض النصوص وبالرجوع إلى الدستور يتبين أن وصف قانون ما بأنه عضوي نابع عن إرادة المؤسس الدستوري الذي يهدف من وراء ذلك إلى وضع مجموعة من القوانين ، محددة في الدستور على سبيل الحصر ، في مركز خاص بالنظر إلى القوانين الأخرى لأنها ترمي إما إلى توضيح بعض أحكام الدستور أو إستعمالها تفاديا لإعطاء الدستور حجم أكبر] 39 [ ص 90.

إن القانون العضوي حسب المادة 123 من الدستور أنه وبالإضافة إلى ما هو مخصص للقوانين العضوية يمكن للبرلمان أن يشرع بقوانين عضوية في مجالات عدة. تنظيم السلطات العمومية وعملها، نظام الانتخابات، القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، القانون المتعلق بالإعلام، القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي، القانون المتعلق بقوانين المالية. وللقانون العضوي وظيفتين وظيفة فنية تتمثل في تحديد وتطبيق التدابير الدستورية ووظيفة سياسية الغرض منها الحد من صلاحيات البرلمان] 42 [ ص 47 وما بعدها.

رقابة التشريع بأوامر رئاسية: الأمر الرئاسي هو عبارة عن نص قانوني يتخذه رئيس الجمهورية في مجال التشريع كإستثناء عن القاعدة العامة في التشريع ، أي في أوقات معينة ، وذلك حسب المواد 93 و 8/120 و 124 من الدستور] 31 [ . إلا أنه يثار التساؤل هل تدخل الاوامر الرئاسية ضمن ما أتت به المادة 165 من الدستور بأن تخضع للرقابة الدستورية أم لا .

إذ يرى البعض عدم إخضاع الأمر للرقابة الدستورية إذا أخذنا بعين الإعتبار أن كلمة قانون يفهم منها القانون العضوي والقانون فقط ، وهو التفسير الذي أخذ به المجلس الدستوري عند مراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بإختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور، بحيث ضيق من كلمة قانون مدرجا تحتها القانون العضوي والقانون فقط . وهذه العبارة جاءت في نص المادة 3/119 من الدستور " تعرض مشاريع القوانين على مجلس

الوزراء ، بعد الأخذ برأي مجلس الدولة ، ثم يودعها الوزير الاول ، مكتب المجلس الشعبي الوطني " .وإذا ما نظرنا إلى ما جاءت به المادة 169 من الدستور " إذا إرتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري يفقد هذا النص أثره ،إبتداء من يوم قرار المجلس " [ 31 ] .

إذن فالأوامر الرئاسية تخضع للرقابة الدستورية لكن إشكالية الإخطار تبقى عائق أمام الدفع بعدم دستورية أي أمر يصدره رئيس الجمهورية ، لأنه لا يمكن تصور الأشخاص الممنوح لهم حق الإخطار كرئيس الجمهورية أن يخطر المجلس الدستوري بأمر هو أصدره ، كما لا يمكن لرئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة أن يخطراه ، وذلك للإعتبارات السياسية التي تحيط تعيينهما ، كما لم يشهد تطبيق أحكام المادة 3/124 والتي تنص "... تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان ...." [ 31 ] . إن عدم الموافقة تعني بالتبعية عدم دستورية الأمر المعروف على البرلمان .

\_ رقابة التنظيمات: هي جميع المراسيم والقرارات والمقررات، التي تصدر عن السلطة التنفيذية. لذا يظهر هناك تمييز بين مجال القانون والتنظيم. ولقد عرف هذا التمييز في الدستور الفرنسي لسنة 1946 بحيث أن التنظيم في مجمله كان تابعا ، منفذا ومطبقا للقانون وبالتالي فإن الإشكال الذي كان يطرح بالنسبة للتنظيم هو عدم مشروعيته وكان المراقب لها القضاء الإداري . أما الدستور الفرنسي لسنة 1958 أظهر التنظيم المستقل عن القانون إلى جانب التنظيم المنفذ للقانون وأخذت الدساتير الجزائرية بهذا التمييز آخرها دستور 1996 في المادة [ 36]125 ص 48.47 و[ 42] ص 52.

لكن الإشكال المثار أي رقابة دستورية تفرض على التنظيم المقصود من المادة 165 من الدستور ، بالنظر لما جاءت به المادة 125 من الدستور ؟ .هذه الأخيرة جاءت متكونة من فقرتين أولها تخص التنظيم الذي يتخذه رئيس الجمهورية ، وهو التنظيم المستقل عن القانون والمستمد مباشرة من الدستور أما الفقرة الثانية تخص الوزير الأول الذي يقع عليه واجب تطبيق القوانين والتنظيمات المستقلة [ 31 ] .

- فبالنسبة للتنظيم المستقل المتخذ بموجب مرسوم رئاسي من رئيس الجمهورية عملا بالمواد 8/77 والمادة 125 الفقرة الأولى في المسائل غير المخصصة للقانون في المادتين 123.122 من الدستور، بمعنى أن مجال التنظيم أوسع من مجال القانون. وجاءت عبارة مستقل لإستقلاله عن القانون ، وعليه إذا طرحت مسألة قانونية فإنها لا تطرح في مقابلته بالقانون ، إذن لا يخضع التنظيم المستقل إلى رقابة القاضي الإداري في جانب المشروعية. فأية رقابة يخضع لها ؟ [ 31 ] . إذن يستوحى من عبارة التنظيم التي نصت عليها المادة 165 من الدستور هو التنظيم المستقل دون التنظيم التنفيذي لكون الأخير يطبق القانون، وعليه تخضع المراسيم الرئاسية المتضمنة تنظيما مستقلا للرقابة الدستورية. لكن من له الحق في إثارة عدم دستورية هذا النوع من التنظيم.

تباشر الرقابة الدستورية على التنظيمات المستقلة في حالة ما إذا تناولت مجالاً من مجالات القانون. وما دام القانون يرجع للبرلمان ، فإن الذي يحرك الإخطار إما رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة . لكن لم نشهد أي إخطار حرك من طرفهما. ويجب التفرقة بين التنظيم التنفيذي وهو الذي تستعمل فيه فقط المادة 8/77 من الدستور والذي يخضع لرقابة المشروعية والتنظيم المستقل هو الذي تستعمل فيه المادتين 8/77. 125 من الدستور الذي يخضع للرقابة الدستورية وقد يخضع لرقابة المشروعية إذا خالفت أحكامه معاهدة أو اتفاقية دولية تمت المصادقة عليها من السلطات المعنية وفقاً لما هو محدد دستورياً.

أما بالنسبة للتنظيم المتخذ من طرف الوزير الأول هو من طبيعة تنفيذية المادة 3/85 من الدستور المعدل بموجب القانون 19-08، ويوقعه بعد موافقة رئيس الجمهورية عليه، رغم عدم فهم الغرض من موافقة رئيس الجمهورية ؟ . فما دام التنظيم التنفيذي يتم إتخاذه من أجل تطبيق القوانين والتنظيمات فإنه إذا لوحظ عدم مشروعيته فإنه يتابع أمام مجلس الدولة لفرض رقابته عليه [43]. إضافة إلى صلاحيات المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين، منح كذلك صلاحيات السهر على صحة عملية الإستفتاء و الإنتخابات سواء منها الرئاسية أو التشريعية وإعلان نتائج هذه العمليات الإنتخابية حسب المادة 2/163 من الدستور. فالمشرع الدستوري قصر عمل المجلس الدستوري على مراقبة نتائج عملية الإقتراع، بل وما يتجلى من خلال نظام الإنتخابات والتي نتناولها فيما يلي [44].

- رقابة المجلس الدستوري للإستفتاء : إن المجلس الدستوري يعلن النتائج النهائية للإستفتاء بعد إستلامه محاضر الدوائر الإنتخابية المعدة من قبل اللجان الولائية . و المحاضر الخاصة باللجنة الوطنية المكلفة بإحصاء نتائج الجالية الجزائرية المقيمة في الخارج. و يمكن أن يتضمن الإعلان عن نتائج الاستفتاء، الفصل في جميع الاحتجاجات التي يكون المجلس الدستوري قد أخطر بها، وذلك حسب المواد 167.166 التي تحيل لهما المادة 171 من القانون العضوي المتعلق بنظام الإنتخابات.

رقابة المجلس الدستوري لعملية إنتخاب رئيس الجمهورية : يلعب المجلس دور في إنتقاء المترشحين لمنصب رئيس الجمهورية للفصل في صحة الترشيحات التي تلقاها . وهذا بناء على الشروط التي حددها المشرع الدستوري كما يقوم بإعلان النتائج النهائية بعد إستلام محاضر الدوائر الإنتخابية المعدة من طرف اللجان الولائية . وأمام نظام الإقتراع المبني على الأغلبية المطلقة يتم إعلان النتائج بفوز صاحب الأغلبية ، وإما إعلان المترشحين للدور الثاني [39] ص 95 . كما له دور في دراسة الطعون المقدمة له من طرف المترشحين والفصل فيها . ويقوم بالإضافة إلى كل هذا بمراقبة حسابات الحملة الإنتخابية وأن يصدر قرار بشأن ذلك وتبلغ القرارات إلى المترشحين وإلى السلطات المعنية بالتعويض عن نفقات الحملة الإنتخابية ، وتنشر في الجريدة الرسمية ، وفي حالة الرفض فلا تعويض ولا يلزم نشر قرار الرفض في الجريدة الرسمية [45] ص 89 وما بعدها .



رقابة المجلس الدستوري للانتخابات التشريعية : من بين أحكام نظام الانتخابات التي تناولت صلاحيات المجلس الدستوري في مجال الانتخابات التشريعية المادة 117 من قانون الأحزاب، التي تنص على أن المجلس الدستوري يضبط نتائج الانتخابات التشريعية ويعلنها في أجل أقصاه إثنتان وسبعون ساعة من تاريخ إستلام لجان الدوائر الانتخابية ولجان المقيمين في الخارج . أما المادة 118 منه فتتصّل أنه بعد إعلانه عن النتائج يفصل المجلس الدستوري في الطعون المقدمة من قبل المترشحين أو الأحزاب السياسية المشاركة في تلك الانتخابات ، كما تبين كذلك الآثار التي يمكن أن ترتبها قرارات المجلس الدستوري في هذا الشأن [ 39 ] ص 97.96.

رقابة المجلس الدستوري على إنتخابات أعضاء مجلس الأمة :بالرجوع إلى أحكام المادة 146 من نظام الإنتخابات على أن المجلس الدستوري يعلن نتائج إنتخاب أعضاء مجلس الأمة بعد تلقيه محاضر اللجان الولائية ، ثم يفصل في الطعون المقدمة من كل مترشح خلال 24 ساعة التي تلي إعلان النتائج . كما يبقى للمجلس حق تقرير شغور منصب نائب بالمجلس الشعبي الوطني ، وإعلان نتائج الإنتخابات الجزئية لإستخلاف عضو بالمجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة [ 46 ] . فتتخصر صلاحيات المجلس الدستوري في العمليات الإنتخابية في ضبط النتائج وإعلانها مع البث في الطعون . كما هناك عدة صلاحيات أخرى أنيط بها المجلس الدستوري ، النظر في شغور منصب رئيس الجمهورية ، وكذا تقديم إستشارة في الحالات الإستثنائية ، حالة الحرب والطوارئ والحصار.

سير الإجراءات أمام المجلس الدستوري: يخطر المجلس الدستوري بالنص بعد المصادقة عليه وقبل إصداره ويجب أن يبدي رأيه في القانون محل الرقابة خلال 20 يوما من تاريخ الإخطار، ويتداول في جلسة مغلقة دون تدخل المحامين أو حضور للأفراد مما يجعل الإجراءات مخالفة لطريقة صدور الأحكام القضائية . إن توصل المجلس الى إعتبار نصا قانونيا مخالفا للدستور ، فقد النص أثره إبتداء من يوم صدور القرار. ويفصل في الإخطار بقرار إبتدائي ونهائي غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن [ 47 ] ص 40.39.

التعديل الدستوري وآثاره على عمل المجلس: إن تطور أي مؤسسة دستورية يكون مرتبط تطورهما بالتحويلات والتغيرات التي يعرفها المجتمع في شتى المجالات الإجتماعية والإقتصادية والسياسية والثقافية ،لتصبح تعديل القاعدة الدستورية ضرورية بما يخدم التطورات الحاصلة تكريسا وحماية للحقوق والحريات الأساسية .

ولقد عرف الدستور الجزائري عدة تعديلات هامة ، خاصة منها تعديل سنة 1989 كان له الفضل في بلورة المجلس الدستوري كمؤسسة دستورية الغرض منها كفالة وحماية الحقوق دفعا للديمقراطية التعددية والتوجه الجديد نحو ديمقراطية مؤسسات الدولة . إلا أن جميع التعديلات الأخيرة للدستور لم يكن لها أي اثر إيجابي في دعم وتفعيل عمل المجلس الدستوري مقارنة مع التطور الذي عرفه نظيره في فرنسا ، عدا التغيير الآلي لعدد أعضاء المجلس

الدستوري والذي فرضته الإزدواجية القضائية ومؤسسة مجلس الأمة . لكن الملاحظ أن المجلس الدستوري لم ينظر في التعديلات الدستورية حتى تكون التعديلات الدستورية مواكبة للتغيرات والمطالب الشعبية .

إن التطور الذي عرفه المجلس الدستوري جاء نتيجة ثمرة الأحداث السياسية الكبرى التي ميزت بعمق تاريخ الجزائر المستقلة في بحثها عن ديمقراطية تعددية فعالة وما جعل الأستاذ : محمد بجاوي يميز بين ثلاث مراحل مر بها المجلس الدستوري في التجربة السياسية في الجزائر [48] ص 40-42.

– من 1989 إلى 1991 : تبقى هذه المرحلة الأكثر طمأنينة و الأكثر سعادة في حياة المجلس الدستوري حيث أصدر 8 آراء وقرارات و كان هناك إنتاج فقهي قليل نسبيا بالنظر إلى أهمية النشاط التشريعي و التطبيقي خلال تلك الفترة بالمقارنة مع المجلس الدستوري الفرنسي الذي أصدر قبل إصلاح 1974 و الذي وسع الإخطار إلى 60 نائبا أو 60 عضوا في مجلس الشيوخ حوالي 9 قرارات طيلة 16 سنة ممارسة .

من 1992 إلى 1996: عرف المجلس فترة سبات عميق عمق الأزمة الجزائرية بسبب الزلزال السياسي و الإيديولوجي الفتاك وفي ظل الفراغ الدستوري وإعلان حالة الطوارئ أصدر خلالها قرار واحد " غياب الدستور والمؤسسات الدستورية؟".

- من 1996 : عام المراجعة الدستورية التي تشكل في الواقع تكريس بعث المجلس الدستوري كان الرجوع إلى السير العادي للمؤسسات و إلى النظام الدستوري الحافز و المحرك لنشاط المجلس الدستوري . ففي ظل المراجعة هذه توسعت إختصاصات المجلس إلى فئة قانونية جديدة ، هي فئة القوانين العضوية ، و أصبح الإخطار ممنوحا أمام سلطة دستورية جديدة : هي رئيس مجلس الأمة و أن تشكيلة المجلس تغيرت بتمثيل الغرفة الثانية للبرلمان و تمثيل جهة قضائية جديدة و هي مجلس الدولة. أنه ورغم التطور الذي عرفته الرقابة السياسية إلا أنها ظلت محل جدل بين فقهاء القانون ولم تخلو من الإنتقادات رغم أنها كسحت عدة أنظمة عبر العالم.

تقدير الرقابة السياسية : رغم ما تتميز به الرقابة السياسية من أنها وقائية و علاجية تضع حدا للنصوص المخالفة للدستور قبل صدورها بل أنها تتفادى أي وقوع في عدم الدستورية إلا أنها لم تسلم من الإنتقادات. يذهب البعض إلى القول أن الرقابة السياسية أكثر اتفاقا مع طبيعة الآثار المترتبة على تنظيم الرقابة على دستورية القوانين ، فلا شك أن الهيئة التي يناط بها التحقق من دستورية القوانين تكتسب مكانة عليا بالنسبة لغيرها من السلطات العامة ، منها السلطة التشريعية فنشاط هذه السلطات جميعا سيكون خاضعا لرقابة تلك السلطة و بالتالي تستطيع هذه الأخيرة أن تشل نشاط تلك السلطات وأن تحدد إختصاصاتها و أن تمنع نفاذ الأعمال الصادرة منها كلما و جدتها متعارضة مع حكم من أحكام الدستور [02] ص 72. ومن ثمة تكون مهمة الرقابة على دستورية القوانين من طبيعة سياسية إذا نظرنا إلى الآثار المترتبة عليها و يكون منطقيا أن توضع هذه المهمة في أيدي هيئة سياسية و لكن بالرغم من كل هذا تعرضت لعدة إنتقادات أهمها :

إذا كان تحريك هذه الرقابة يعود للسلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية فإن ذلك يؤدي في الواقع إلى إقامة الطعن بدستورية القانون على إعتبرات سياسية أكثر من إستناده إلى إعتبرات قانونية وموضوعية . وبالمقابل فإن ممارسة الرقابة بشكل تلقائي من قبل الهيئة المختصة " على إفتراض أن المشرع يشترط ذلك كجزء من متطلبات العملية التشريعية " يجعل من هيئة الرقابة مشرعا آخر لأن القانون لا يمكن أن يصدر دون موافقتها أي أن مصير القانون في هذا الحالة يتوقف على إرادة هيئة الرقابة [ 26 ] ص 362 و [ 49 ] ص 65 وما بعدها .

إن طريقة إختيار أعضاء هيئة الرقابة يتم عن طريق التعيين كما في التجربة الفرنسية والجزائرية قبل تعديل 1996 . وبهذا تكون خاضعة للإعتبرات سياسية والتي تسيطر عليها مما يؤدي إلى تغليب رأي الجهة التي تقوم بإختيار الأعضاء . أما إذا تكونت هيئة الرقابة عن طريق الإنتخاب من قبل الشعب فتكون عرضة لأن تسيطر عليها نفس الإتجاهات و التيارات السياسية التي تسيطر على المجالس التشريعية و بالتالي لن تكون رقابتها في هذه الحالة فعالة ، أما إذا سيطرت عليها تيارات سياسية أخرى لا تمثل الأغلبية فتستكون في هذه الحالة عقبة أمام التشريعات التي يسنها البرلمان أو يقوم بإقرارها [ 22 ] ص 125 و [ 50 ] ص 551 .

الرقابة على دستورية القوانين لها طبيعة قانونية لا تنكر ، فهي بطبيعتها عمل فني قانوني يتطلب مؤهلات فنية و كفاءة قانونية خاصة في القائمين بها ، لتحديد مدى تطابق الإجراءات أو القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية مع نصوص الدستور و أحكامه . ما إذا كانت قد خالفت حكما من أحكام الدستور سواء بطريقة صريحة أو ضمنية ، كل ذلك يفترض حتما أن القائمين بمهمة الرقابة لديهم التكوين القانوني اللازم للقيام بهذه المهمة ، و يكون من غير المعقول أن توضع هذه المهمة في أيدي هيئة سياسية قد لا تتوافر لدى أفرادها القدرة على فهم المشاكل القانونية [51] ص 101 .

حرمان هيئة الرقابة من النظر في دستورية بعض القوانين هو إضعاف أكيد لدورها الرقابي هذا ما نجده في فرنسا حاليا ، فالقوانين التي يطرحها رئيس الجمهورية على الإستفتاء الشعبي بموجب المادة "11" من الدستور لا تدخل ضمن إختصاص هيئة الرقابة " المجلس الدستوري " أي لا يمكن الطعن بدستوريتها و قد أقر بذلك المجلس الدستوري " أن إختصاصه يقتصر على فحص دستورية القوانين التي يساهم البرلمان في إعدادها " [52] ص 576 و لقد أثبرت فكرة مدى خضوع الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية في الجزائر بين دورتي البرلمان إلى الرقابة وكذا إستبعاد كل ما يتعلق بالإنتخابات عدا ما تعلق بإعلان النتائج يجعل الأمر بيد الإدارة وهذه الأخيرة لا تخلو من التوجهات السياسية.

ما يعاب كذلك أن تحريكها يخضع لإرادة القائمين على السلطة التنفيذية مما يجعل تحريكها لصالح السلطات في الدولة و ليس لصالح الحقوق و الحريات الفردية ، كما أنها لا تسمح للأفراد بممارسة هذا الحق إلا أن التعديل الدستوري سنة 2008 في فرنسا سمح للأفراد بممارسة الرقابة عن طريق الدفع ، وكان ذلك نتيجة النضال الطويل والصراع منذ سنة 1990 ومقترحات التعديل التي لم تعرف النور سوى في التعديل الأخير، مما يبرز التوجه الجديد للمجلس الدستوري الفرنسي نحى تفعيل الإجراءات ومحاولة المزج بين الرقابتين السياسية والقضائية.

لهذا يذهب جانب من الفقه الدستوري في فرنسا إلى القول بأن الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا مقررة لصالح السلطات العامة. لهذا ستكون جميع الدول التي إنتهجت نهجها تقرر رقابتها لصالح سلطاتها كما يعرف في التجربة الجزائرية والمغربية وغيرها من الدول وعلينا الإستفادة من التغيرات والتطورات التي يعرفها المجلس الدستوري في فرنسا مع الأخذ بعين الإعتبار خصوصية تركيبة المؤسسات الجزائرية .

كما وجهت إنتقادات إلى المجلس الدستوري بشكل خاص : لقد وجهت إنتقادات عدة للمجلس الدستوري في القانون الدستوري المقارن سواء من حيث تشكيل المجلس ،و من حيث الإختصاصات ،ومن حيث دور المجلس في إستثناء بعض القوانين من الرقابة .

من حيث تشكيل المجلس : إن صفة التعيين لأعضاء المجلس وغالبية الصفة السياسية فيهم يؤدي إلى عدم تحقيق الإستقلال الكافي لتقرير المدة اللازمة لأداء المجلس لمهامه . إن طريقة تشكيل المجلس خاصة في الجزائر منتقدة لعدة جوانب : فمن جهة تتضمن هذه التشكيلة عضوان يمثلان القضاء وهو أمر غير مفهوم ، فإذا كانت الرقابة على دستورية القوانين معتبرة مجرد عمل قضائي تقني يتعلق بنزاع قانوني بين طرفين فالأجدر به أن يؤسس له هيئة قضائية خاصة تشكل من قضاة، وإذا كانت هذه الرقابة عدة عملا سياسيا بالدرجة الأولى فالأجدر أن يسحب القضاة من تشكيلة المجلس إنسجاما مع طبيعة عمل المجلس وحفاظا على مبدأ الفصل بين السلطات الذي من مقتضياته إختصاص السلطة القضائية بالفصل في المنازعات عن طريق الأحكام دون تدخل في عمل السلطات الأخرى وتنص المادة 146 من الدستور. " يختص القضاة بإصدار الأحكام ...". بينما تم إقحامهم هنا في هيئة من هيئات الرقابة المنصوص عليها في الدستور في باب مستقل عن باب السلطة القضائية [31].

إن تشكيلة المجلس تفتقر إلى التخصص الذي يمكن تحقيقه عن طريق الأساتذة المتخصصين في القانون الدستوري والقانون العام . كما أن الدستور لم ينص على سن معينة للعضوية في المجلس تكون لصاحبها الخبرة والتجربة الكافية ومن جهة أخرى يكون من المفيد تطعيم تشكيلة المجلس بعناصر تتمتع بعضوية دائمة نظرا لخبرتها في مجال حماية الدستور ، مثل الرؤساء السابقين كالتجربة الفرنسية وكذا رؤساء المجلس الدستوري السابقين وأن تكون عضويتهم مقتصرة على المناقشة دون المداولة .

من حيث الإختصاصات: إن فكرة الإخطار تحرم الأفراد من حق اللجوء إلى المجلس الدستوري للطعن بعدم دستورية أي قانون بل أن المجلس لا يستطيع التحرك من تلقاء نفسه من أجل الدفع بعدم دستورية القوانين فإذا أخذنا التجربة الفرنسية قبل تعديل 1974 فإنها كانت تقصر إخطار المجلس الدستوري إلا في رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ ، إلا أنها وبعد التعديل أعطت الحق لـ: 60 عضوا من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ للإخطار. ثم في التعديل الأخير فتحت مجال الدفع بعدم الدستورية أمام الأفراد. إلا أنه في الجزائر و رغم ما عرفه دستور 1996 من تعديل وسع الإخطار إلى رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة.

فرغم إختلاف الظروف التاريخية بين البلدين ، إلا أن الهدف من الإصلاح هو جعل المجلس الدستوري أداة فعالة ليس فقط في مجال الرقابة على دستورية القوانين ولكن أداة في هيكلة النظام القانوني والمؤسساتي ، وجعله ليس فقط سلطة ضبط في مواجهة السلطين التشريعية والتنفيذية بما يحترم معايير توزيع الإختصاص بينهما . ولكن أيضا بما يضمن الأخذ بيد المؤسسة البرلمانية والتنفيذية نحوى الممارسة الديمقراطية السليمة القائمة على مبدأ الفصل بين السلطات وتدريبها على العمل في إطار هذه الصلاحيات المخولة دستوريا لكل منهما لترسيخ تقاليد دولة المؤسسات الديمقراطية ودولة القانون [ 47 ] ص 34-36 . إن التعديل الأخير بفرنسا فتح الباب أمام الأفراد من أجل الدفع بعدم الدستورية كخطوة نحو تفعيل عمل المجلس الدستوري من الناحية الإجرائية ، وكذا تكريس أكثر للدفاع وحماية الحقوق والحريات الأساسية .

كما أنتقد دور المجلس الدستوري بسبب إستثناء مشروعات القوانين التي يوافق عليها الشعب باستفتاء عام وهذا خاص بالتجربة الفرنسية ، كما يستثنى في الجزائر كل ما تعلق بالإنتخابات وأوامر رئيس الجمهورية كتشريع إستثنائي . وكذا لم يشهد للمجلس الدستوري الجزائري أن وضع تحت رقابته إتفاقية دولية والتي قد تمس بالحقوق والحريات العامة . هذا الإستثناء وكما يرى الفقهاء الفرنسيون قد يخرج بعض القوانين المقيدة للحقوق والحريات العامة بمجرد الموافقة الشعبية على القانون [ 50 ] ص 553 و [ 23 ] ص 79 و [ 22 ] ص 123 و [ 53 ] ص 926.925.

فإذا كانت التجربة الفرنسية والدول التي حذت حذوها عرفت عدة إنتقادات خاصة لجهة فتح المجال أمام الأفراد بالدفع بعدم الدستورية . رغم أن التعديل الدستوري الأخير في فرنسا حاول تفعيل عمل المجلس عن طريق الدفع كما في التجربة الأمريكية والتي يحق للأفراد الطعن بعدم الدستورية، أي أن الرقابة مقررة لصالح الأفراد تجسد حماية أكثر للحقوق و الحريات الفردية و التي هي من صميم الديمقراطية الحديثة .

## 2.2.1.1.1 الرقابة القضائية

إذا كانت الرقابة السياسية قد ثبتت فشلها و عدم جدواها سواء من الناحية النظرية و الواقعية، كان الإتجاه في معظم الدول إلى الرقابة القضائية ، باعتبار أنها تفتح المجال أمام الأفراد للممارسة حق الدفع بعدم الدستورية وهذا يوفر أكثر حماية للحقوق والحريات الأساسية هذه الأخيرة تعد غاية وهدف الرقابة بل جوهر الديمقراطية الحديثة.

تعريف الرقابة القضائية: يقصد بالرقابة القضائية لدستورية القوانين تلك التي تتولى القيام بها هيئة قضائية لا تختص فقط بالنظر في مدى تطابق القرارات الإدارية للقانون وإنما تتعدى ذلك إلى مراقبة مدى مطابقة القانون للدستور [07 ص 175]. لذا ترمز الرقابة القضائية إلى صفة الهيئة التي تباشرها أي أنها تمارس من قبل هيئة قضائية بحيث لا تقتصر وظيفة القضاء على التحقق من مطابقة العمل الإداري بل يتناول أيضا مطابقة القانون للدستور [21 ص 313].

ونظرا لما تتمتع به السلطة القضائية من مؤهلات قانونية وما تمتاز به من ضمانات الحيدة و الإستقلال و الثقة المتبادلة بينها وبين الأفراد ، وما تحمله من رغبة شديدة في تأكيد إحترام الدستور و تغليب الأسمى من القواعد فإن هذه السلطة – أي السلطة القضائية – هي خير من يقوم بدور الرقابة على دستورية القوانين [50 ص 555] وتضمن رقابة القضاء للأفراد حرية التقاضي ، وحق الدفاع ، و علانية الجلسات مما يجعلها رقابة فعالة و حقيقية [21 ص 314].

صور الرقابة القضائية : لقد أجمع الفقه الدستوري المقارن بوجود صورتين للرقابة القضائية وهما : الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية " رقابة إلغاء " و رقابة الإمتناع أي الدفع بها أثناء سير الدعوى وهذا ما يجعلنا نقف على التجربة الأمريكية التي تعد المرجعية التاريخية للرقابة القضائية ثم نتطرق إلى التجربة المصرية كمقارنة حتى نجعل من الدراسة تفق على المزايا التي تقدمها الرقابة القضائية لكفالة الحقوق و حمايتها.

رقابة الإمتناع "نموذج الولايات المتحدة الأمريكية "تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية الدولة السباقة التي تبنت فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، ومن ثم فالحقيقة التاريخية تقرر أن التجربة الأمريكية شيدت الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

ويكاد الفقهاء يجمعون على أن الدستور الأمريكي لم ينظم الرقابة على دستورية القوانين ولم يتحدث عن مثل تلك الرقابة صراحة في نص من نصوصه ، و لا يوجد في نصوص الدستور الأمريكي ما يفهم منه صراحة أو ضمنا الحيلولة بين القضاء ومثل هذه الرقابة ، عكس ذلك هو الصحيح ذلك أن الفقرة الثانية من المادة السادسة من الدستور

الأمريكي التي تنص " هذا الدستور وقوانين الولايات الصادرة وفقا له وكل المعاهدات المعقودة أو التي ستعقد في ظل الولايات المتحدة ستكون هي القانون الأساسي للبلاد ، والقضاة في كل البلاد سيتقيدون بذلك بصرف النظر عن أي حكم مخالف في دستور الولاية أو قوانينها [ 17 ] ص 62.

بالإضافة إلى نص الفقرة الثانية من الدستور التي تنص عن الإختصاص القضائي ، بأن الوظيفة القضائية تمتد إلى كل القضايا المتعلقة بالقانون أو العدالة التي تثور في ظل هذا الدستور مما يستخلص أنه رغم عدم تنظيم أي وسيلة معينة للرقابة إلا أنه يفتح الباب عن طريق التفسير أمام المحاكم للنظر في مدى إتفاق القوانين الصادرة في ظل الدستور مع أحكامه.

التطور التاريخي للرقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية: إن الولايات المتحدة الأمريكية تضم إتحادا مركزيا له ما للولايات من سلطات تشريعية وتنفيذية يتولى دستورها تنظيم هذه السلطات ، فالنظام السياسي الأمريكي قائم على أساس إتحاد فيدرالي ، حكومة فيدرالية مركزية ، وحكومات للولايات في كل منها محاكم ودساتير تختلف من حيث الدرجة ومن حيث الإختصاص طبقا للنظام المركزي الفيدرالي [ 06 ] ص 193.

وقد بدأت الرقابة الدستورية تعرف ترعرعها في محاكم الولايات ، ثم أخذت به المحكمة الإتحادية منذ عام 1803 في قضية ماربوري ضد ماديسون الشهيرة . ما جعل قضاء المحكمة العليا وقضاء محاكم الولايات يقر حق نظر دستورية القوانين بناء على ما توصل إليه القاضي مارشال .ومن بين ما جاء في أسباب ذلك الحكم التاريخي والذي أصبح بعد ذلك ميراثا قضائيا عاما". إما أن يكون الدستور هو القانون الأسمى الذي لا يقبل التعديل بالوسائل العادية ، وإما أن يوضع الدستور على ذات المستوى مع الأعمال التشريعية العادية التي يستطيع المشرع العادي أن يغيرها كلما أراد وعلينا أن نختار " [17] ص 64.63.

أنه ومنذ نهاية القرن التاسع عشر وحتى سنة 1936 ،توسعت المحاكم في مباشرة هذه الرقابة توسعا دعا إلى القول أن الولايات المتحدة الأمريكية لا يحكمها السياسيون ، وإنما يحكموها قضاة المحكمة العليا . وكان الرئيس روزفلت هو الذي قال ذلك كمظهر من مظاهر الإحتجاج على موقف المحكمة العليا من القوانين الإقتصادية التي كان يحاول من خلالها حل الأزمة العالمية التي كانت سائدة آنذاك وأن يدخل بها بعض صور العدالة الإجتماعية في التشريع الأمريكي . وحكمت المحكمة العليا بعدم دستورية هذه القوانين وأصرت على ذلك الموقف إصرارا أثار الرأي العام رغم الإحترام العميق الذي يكن للقضاة . وقد حاول روزفلت أن يعدل من نظام المحكمة بزيادة عدد القضاة إلا أن محاولاته باءت بالفشل إثرها توفي أحد القضاة وتقاعد إثنين آخرين . ورغم أن روزفلت بعد ذلك تمكن من تمرير القوانين الإقتصادية ، إلا أن المحكمة رجعت بعد فترة إلى الإعتدال في مباشرة الرقابة الدستورية وقد أرجع الفقه الدستوري نشأة وتطور الرقابة في الولايات المتحدة الى عوامل عدة منها [ 06 ] ص 167.196

جمود الدستور: إن الولايات المتحدة بعد إستقلالها عن بريطانيا ،تمسكت بحرص شديد أن يكون لكل منها دستورها الخاص وكفلت الولايات لدساتيرها مرتبة أسمى من التشريعات العادية ولتجعل المحاكم تمتنع عن تطبيق أي تشريع عادي يتعارض مع دستور الولاية وهكذا جمدت الولايات دساتيرها ، وأنتقل هذا إلى واضعي الدستور الاتحادي بأن أصبغوا عليه صبغة الجمود وإجراءات مشددة ومتعددة وميزوا بينه وبين التشريعات التي تصدر من الكونجرس. وكان الباعث ليس الرقابة الدستورية وإنما تدعيم النظام الفيدرالي بتجميد الدستور الإتحادي حتى يقوى في مواجهة الولايات ، وذلك بإشتراط شروط في غاية التعقيد فيما يخص إقتراح التعديل أو من حيث إقراره وهذا ما جاءت به المادة الخامسة من الدستور ، ما جعل الولايات تنتظر إلى حاجة تدعيم الإتحاد.

وضع الإتحاد: يفترض قيام الإتحاد وجود تنظيم يكفل بصورة دقيقة وفعالة توزيع الإختصاصات بين سلطات الإتحاد وسلطات الولايات أي توزيع السلطات والإختصاصات بتعاملها بين الإتحاد والأعضاء الداخلة فيه. وهو ما تمخض عنه إنشاء هيئة قضائية عليا يكون من إختصاصها الفصل في النزاع الذي قد يثور بين الولايات ودولة الإتحاد في إطار الدستور.

المحكمة العليا : لقد لعبت المحكمة العليا دورا في تشييد الرقابة الدستورية وذلك بإجماع فقهاء وكتاب القانون الدستوري بالرغم من أنها لم تأخذ حقها بشأن هذا الجهد داخل الولايات المتحدة نفسها وإنما كان تقدير دورها من خارج الولايات المتحدة . ويكمن مرجع ذلك للدور المتوقع منها وإلى الإتجاهات السياسية السائدة وفق الحزب الذي يتولى السلطة ومدى تقبله لدورها بالتطور أو بالمحافظة وفق ما إذا كان هذا الحزب هو الحزب الاتحادي أولا ثم الحزب الجمهوري ثم الديمقراطي بعد إندثار الحزب الاتحادي.

ولقد عرفت المحمة العليا تطورا كبيرا رغم الصراع بين الحزبين المنافسين مما أفرز عدة وسائل تنسجم والتطورات الحاصلة في جميع المجالات الإجتماعية والإقتصادية ، وأهم ما إبتدعته المحكمة العليا هو أسلوب الملاءمة والمعقولية واليقين . مما أفرز إبتداع وسائل أخرى لتوسيع الرقابة الدستورية كشرط لحماية الفرد و شروط المساواة في الضمانات القانونية[06] ص 198.

أساليب الرقابة في الولايات المتحدة :

الدفع بعدم الدستورية : وتسمى رقابة الإمتناع أو ما تسمى بالدعوى الفرعية معناها وجود نزاع قائم مطروح أمام القضاء العادي أو الإداري و يدفع صاحب الشأن بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق في هذا النزاع و في هذه الحالة يتعين على المحكمة أن تتفحص هذا الدفع فإذا إتضح لها أن القانون مطابق للدستور قضت برفض الدفع و الإستمرار في نظر النزاع الأصلي أما إذا تبين لها جدية الدفع فإنها توقف الفصل في الدعوى الأصلية و تحدد



للخصوم لرفع دعوى أصلية بعدم دستورية أمام المحكمة المختصة [26] ص 368 و[06] ص 206.207 وإذا تبين للمحكمة أن القانون المدفوع بعدم دستوريته متعارض مع الدستور أهملته وامتنعت عن تطبيقه وفصلت في الدعوى تبعا لذلك .

و إذا ما تم التوصل إلى مخالفة القانون للدستور أمتنع عن تطبيقه و لا يلغيه عكس ما هو عليه الحال في رقابة الإلغاء التي يتم فيها إلغاء القانون المخالف للدستور[03] ص 178 . يظهر جليا أن هذا النوع من الرقابة يبقى القاضي في منأى عن إثارة دستورية القانون من عدمه بل يخضع للخصوم من حيث إبدائه وما يبقى على القاضي سوى أن يمتنع عن تطبيق النص القانوني المخالف للدستور و بالتالي فحكم المحكمة بعدم دستورية قانون يتمتع بحجية نسبية فقط [50] ص 565 . وأحكام المحاكم في هذا الشأن ليست نهائية ، وإنما يجوز الطعن فيها أمام المحاكم الأعلى وهذه قد تؤيد الحكم أو تعدله أو تقوم بإلغائه [17] ص 65. إن رقابة المحكمة على دستورية القوانين عن طريق الإمتناع لا تحتاج إلى نص دستوري يمنحها مثل هذا الحق ، فهو من صميم عمل القاضي توجب على هذا الأخير تغليب القانون الأسمى عندما يتعارض مع قانون أدنى لهذا يخول هذا النوع من الرقابة لجميع المحاكم أن تقرر مدى الدستورية من عدمها[50] ص 565. وأتبع هذا الأسلوب بشكل خاص في كل من النرويج و كندا وإيرلندا و البرتغال . كما أتبع في دول أمريكا الجنوبية وإتحاد جنوبي إفريقيا [21] ص 320 ،بالإضافة إلى مصر في دستورها 1971 خاصة منها المادتين 174-175 [54] .

أسلوب الأمر القضائي : ساد هذا النظام في إنجلترا وتوارثته الولايات المتحدة بأن إختصت المحكمة العليا والمحاكم الإتحادية بإصدار الأوامر القضائية عندما يتقدم أحد الأفراد بطلب للمحكمة بأن توقف تنفيذ قانون من شأن تنفيذه المساس بمصلحته إستنادا إلى أنه مخالف للدستور فصدور الأمر القضائي للموظف المعني بالامتناع عن التنفيذ وجب عليه الإمتثال لأمر المحكمة وإلا عد مرتكبا لجريمة إحتقار المحكمة، إلا إذا طعن في ذلك الأمر وألغى [17] ص 66 و[07] ص 181 . ولما رأى الكونجرس في سنة 1910 أن هذا الأسلوب قد عطل الكثير من القوانين ونفاذ أثارها فإنه سن قانونا بهدف توفير بعض الضمانات الفعلية في إستخدام أسلوب الأمر القضائي بحيث لم يعد بوسع القاضي الإتحادي المنفرد في المحكمة الإتحادية أن يصدر أوامر المنع بل يشترط أن تجتمع المحكمة الإقليمية المكونة من ثلاثة قضاة للإصدار ذلك الأمر والذي يجوز الطعن فيه أمام المحكمة الإتحادية العليا مباشرة [06] 208 و [07] ص 181 .

أسلوب الحكم التقريري : أستعمل هذا الأسلوب لأول مرة سنة 1918. ومؤداه أن الفرد يلجأ إلى المحكمة طالبا منها أن تصدر حكما يقرر ما إذا كان القانون المراد تطبيقه عليه دستوري أم غير دستوري . ويتوقف الموظف عن تنفيذ هذا القانون إلى أن تصدر المحكمة حكما ، فإذا كان دستوريا طبقه وإذا غير ذلك أمتنع عن تطبيقه.

إلا أن المحكمة الاتحادية العليا لم تأخذ بهذه الطريقة رغم إقرارها بجل فقهاء القانون الدستوري في الولايات المتحدة بأن هذا الأسلوب أفضل من الأسلوبين الآخرين. إلا أنها فيما بعد تراجعت عن مواقفها بأن أقرت استخدام هذه الطريقة حفاظا على ولايتها في نظر إستئناف الأحكام الصادرة عن محاكم الولايات ، وذلك بعد صدور القانون الاتحادي للأحكام التقريرية سنة 1934 الذي يمنح لمحاكم الولايات سلطة إصدار أحكام تفريرية [06] ص 209 و [07] ص 182.181 و [17] ص 67 .

تقدير الرقابة في الولايات المتحدة : تمثل التجربة الأمريكية في نموذجها رقابة الإمتناع تجربة في منتهى الأهمية في تاريخ الرقابة الدستورية ، إذ يرى الدكتور كمال أبو المجد أنه ورغم الدور الذي لعبته المحكمة العليا في مجال الرقابة إلا أنه من العسير تسجيل نتائجها تسجيلًا منضبطًا ، إذ إختلطت بها عوامل سياسية وإقتصادية مركبة جعلت لها إنعكاسا على سائر جوانب الحياة الجماعية وعلى الأهداف الرئيسية التي عملت الرقابة الدستورية في السعي إلى تحقيقها وهي :

- \_ حماية النظام الاتحادي بالمحافظة على التوازن الذي أقامه الدستور بين الحكومة المركزية وحكومات الولايات.
- \_ كفالة إلتزام الحدود التي أقامها الدستور بين السلطات الرئيسية في الدولة.
- \_ حماية الحريات الفردية من عدوان السلطات العامة [52] ص 587 .

الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية " رقابة الإلغاء " : يقصد بهذه الرقابة كذلك " رقابة الإلغاء" و تعني قيام صاحب الشأن الذي يكون متضرر من القانون بالطعن به أمام المحكمة المختصة إبتداء و دون أن ينتظر تطبيق القانون عليه طالبا من تلك المحكمة الحكم بإلغاء ذلك القانون لمخالفته أحكام الدستور [50] ص 556.555 وقد تكون سابقة على صدور القانون وقد تكون لاحقة.

الرقابة السابقة: تفترض هذه الرقابة أن هناك قانونا قد أقره البرلمان ثم يقدم إلى رئيس الدولة لإصداره، يقوم إثرها الرئيس بإحالة على المحكمة المختصة لنظر دستوريته. فإن حكمت بعدم دستوريته أمتنع الرئيس عن إصداره، وأن العكس واصل الرئيس بإصداره. وقد عرف هذا الأسلوب جذوره في أمريكا اللاتينية كدستور كولومبيا لسنة 1886 ودستور إكوادور العليا لسنة 1939 . إذا كان هذا النوع من الرقابة يلزم وجود نص في الدستور وهذا النوع من الرقابة عرف في دستور إيرلندا الحرة الصادر في أول جوان 1937 وأعتبر نظام متكامل لرقابة الإلغاء السابقة [06] ص 221

الرقابة اللاحقة : وهذه الرقابة هي رقابة لاحقة على إصدار القانون و تحرك بأن يرفع المتضرر من قانون ما دعوى أصلية أي مستقلة عن أي نزاع آخر و يطعن مباشرة في هذا القانون أمام محكمة خاصة ومختصة بهذا يحضر على المحاكم القضائية العادية الأخرى مراقبة دستورية القوانين [01] ص 66.65 .

وإستنادا إلى هذا النوع من الرقابة القضائية ينظر القاضي الموكل إليه أمر الرقابة بالتحقق من القانون المدعى بعدم دستوريته ليقتضي بإلغاء و إبطال تطبيق القانون المخالف للدستور ليصبح بعد ذلك حاله حال العدم و يحوز الحكم الذي قضى بعدم الدستورية حجية إتجاه الجميع سواء المحاكم الأخرى وباقي السلطات.

وبذلك تكون الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية وسيلة هجومية تحصل في مهاجمة القانون بالطعن فيه بطريق مباشر بذلك تعد هذه الدعوى من الحقوق التي تثبت للشخص من الدستور مباشرة رغم إختلاف دساتير الدول التي تأخذ بهذه الطريقة خاصة بالنسبة لفتح الطعن أمام الأفراد ، فبعض هذه الدساتير أغلقت باب الطعن بعدم دستورية القوانين أمام الأفراد ، وجعلته من حق بعض الهيئات العامة فقط [ 21 ] ص 316 .

إلا أنه في سويسرا يستطيع أي فرد الطعن في القانون غير الدستوري وأن يلجأ إلى المحكمة الإتحادية العليا طالبا إلغاؤه متى أثبت أنه له مصلحة حالة أو مستقبلية. غير أن هذا الطعن لا يكون إلا من قوانين الولايات دون القوانين التي يسنها المجلس الإتحادي، وهذا ما نص عليه الدستور السويسري بنص صريح لأن هذا النوع لا يمكن تقريره إلا بالنص عليه في الدستور [ 55 ] ص 109 وما بعدها . ونجد عدة تطبيقات لهذه الطريقة في كل من دول الصومال و دستورها لسنة 1960 و السودان في دستورها سنة 1973 .

لذا جعلت بعض الدساتير هذه الطريقة من الرقابة من إختصاص المحكمة العليا في النظام القضائي للدولة و بعضها الأخر يجعلها من إختصاص محكمة دستورية متخصصة يسمى نظام الإختصاص فيها بمركزية الرقابة ينص عليها الدستور صراحة كدستور النمسا لسنة 1920 و دستور إسبانيا سنة 1931 [ 56 ] .

فالرقابة اللاحقة تفترض أن قانونا صدر وعمل بمقتضاه و تراءى لذوي الشأن مخالفته لأحكام الدستور و أمام الأهمية و الخطورة التي تعرفها هذه الدعوى، فإنه يعهد أمرها إلى محاكم خاصة تتطلب مستوى عالي من الكفاءة يتكفل الدستور بتحديدتها و يقدم القانون الدستوري المقارن في هذا الشأن أسلوبين لهذا النوع من الرقابة . أولها إسناد الفصل في الدعوى إلى المحكمة القضائية العليا كهيئة رقابة أو إسنادها إلى محكمة دستورية صاحبة الإختصاص ونقف عند التجربة المصرية كنموذج على ذلك وكمقارنة مع النظم الأخرى في العالم .

الرقابة الدستورية في مصر: لقد عرفت الرقابة الدستورية في مصر تطورا كبيرا رغم ما يعترى التجربة من عقبات منها النظام الرئاسي ، والذي تسيطر فيه السلطة التنفيذية على جميع السلطات داخل النظام المؤسسي . فالرقابة الدستورية في مصر تستدعي الوقوف على الدساتير المصرية الثلاثة من دستور 1923 و دستور سنة 1956 و دستور سنة 1971 وتعديلاته بالإضافة إلى قانون المحكمة العليا لسنة 1959 . ولم يرد في دستور 1932 و لا في أي من الدساتير الصادرة بعد يوليو 1952 وحتى سبتمبر 1969 أي نص يتعرض لموضوع رقابة دستورية القوانين

لا إيجابا ولا سلبا وعلى ذلك وجد القضاء نفسه منذ ذلك التاريخ في مواجهة المشكلة بحلها قضائيا مما جعل الرقابة الدستورية في مصر تمر من القضاء الإداري إلى المحكمة العليا ثم بالمحكمة الدستورية المتخصصة.

دور القضاء الإداري في رقابة دستورية القوانين : إن نشأة القضاء الإداري أصبح موضوع الرقابة الدستورية محسوما على نحو نهائي وذلك بعدما أصدرت الدائرة الأولى لمحكمة القضاء الإداري في مجلس الدولة حكمها في القضية رقم 165 السنة الأولى القضائية بتاريخ 10 فبراير 1948 الذي يقرر بما لا يدع مجالا للشك حق القضاء في مصر في رقابة دستورية القوانين ومن بين ما جاء في حيثيات القرار " ... ليس في القانون المصري ما يمنع المحاكم المصرية من التصدي لبحث دستورية القوانين " [ 17 ] ص 98-100. ولقد مر القضاء الإداري بمرحلتين في هذا الشأن [ 06 ] ص 247.248 .

المرحلة الأولى: عدم دستورية التشريعات التي تقفل باب الطعن بالإلغاء وطلبات التعويض وقررت المحكمة الإدارية في بعض أحكامها المبادئ التالية:

\_ أن المنع من سماع الدعوى في أي تصرف أو قرار يصدر عن سلطة معينة "هي السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية " على هذا النحو الشامل المطلق هو إعفاء لهذه السلطة من أية مسؤولية تترتب على أعمالها ، حتى تلك المخالفة للقانون " قانون العرفية " . وإعفاء سلطة عامة إعفاء مطلقا شاملا من كل مسؤولية تحققت فعلا في جانبها ، وحرمان الناس حرمانا مطلقا من اللجوء للقضاء بأية وسيلة من شأنه الإخلال بحقوق الناس في الحرية و المساواة في التكاليف والواجبات والانتصاف ، وهي حقوق طبيعية قد كفلها لهم الدستور.

\_ إن رقابة القضاء هي دون غيرها الرقابة الفعالة التي تكفل للناس حقوقهم الطبيعية وحررياتهم العامة. وبها يبقى النظام في حدوده الدستورية المشروعة ، وكل نظام أرسى الدستور أساسه ووضع القانون قواعده هو نظام يخضع بطبيعته مهما يكن إستثنائيا لمبدأ سيادة القانون ، ومن ثم لرقابة القضاء . وهكذا استقرت محكمة القضاء الإداري في هذه الفترة على عدم دستورية التشريعات التي تقفل باب الطعن بالإلغاء وطلبات التعويض. ومثل هذه المبادئ التي قررتها الأحكام الأولى للمحكمة وكانت محل تقدير وإستبشار بدور مجلس الدولة.

المرحلة الثانية : إرتداد القضاء الإداري عن سالف قضائه ولكن هذا المسلك لم يستمر للقضاء الإداري في قيامه بدوره الخطير في حماية الحقوق والحرريات العامة وإلزام السلطات حدودها. فجاءت المحكمة الإدارية العليا لتعدل من هذا الشموخ وتطلق يد السلطات العامة في الإعتداء على الحقوق والحرريات العامة وإفلاتها من الحدود الدستورية وتحرم الأفراد من قاضيهم الطبيعي وتضفي صفة الشرعية على تحصيل أعمال السلطة التنفيذية وحرمان الأفراد حق التقاضي[02] ص 293.

القضاء الدستوري المتخصص: وتتناول هذا العنصر بالتطرق إلى المحكمة العليا ودورها في الرقابة الدستورية أولاً ثم المحكمة الدستورية المتخصصة ثانياً.

المحكمة العليا : جاء إنشاء المحكمة العليا عام 1969 في جو مشحون بالإنفصال ، ذلك أن إنشاء هذه المحكمة صاحب ما عرف في التاريخ القضائي المصري بمذبحة القضاء . ومن ثمة صدر القرار رقم 81 لسنة 1969 بإنشائها وأناط بها دون غيرها الفصل في دستورية القوانين إذا ما تم الدفع بعدم دستوريته أمام إحدى المحاكم [ 17 ] ص 107 و[ 06 ] ص 251 و[ 02 ] ص 301.

تكوين المحكمة العليا : تتكون من عدد من المستشارين ورئيس عهد إلى رئيس الجمهورية سلطة تعيينهم . وذلك لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ، وأن تتوفر فيهم الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية وألا يقل سنهم عن ثلاثة وأربعين سنة . إذ يتم إختيارهم من بين فئات المستشارين الممارسين أو من في درجتهم من أعضاء الهيئات القضائية المختلفة ممن أمضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلها مدة ثلاث سنوات على الأقل وكذلك ممن سبق لهم شغل وظيفة مستشار أو ما يعادلها في الهيئات القضائية لمدة ثلاث سنوات على الأقل والمشتغلون بتدريس القانون بالجامعات في وظيفة أستاذ لمدة ثمانية سنوات والمحامون الذين إشتغلوا أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا لمدة ثماني سنوات [ 17 ] ص 112.

إختصاصات المحكمة العليا[ 06 ] ص 252 و[ 17 ] ص 113 : كان إختصاص المحكمة العليا ينظر الطعون في دستورية القوانين عن طريق الدفع بعدم دستورية القانون وليس برفع دعوى أصلية ، وذلك أمام المحكمة التي تنظر النزاع . وتحدد للخصوم ميعاداً لرفع الدعوى بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا وعليه لا تسير في نظر الدعوى الخاصة بالنزاع الأصلي حتى يتم فصل المحكمة العليا في الدفع بعدم الدستورية . فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد أعتبر الدفع كأن لم يكن . وبالإضافة إلى إختصاص المحكمة العليا بالرقابة على دستورية القوانين فإنها كانت تختص بثلاثة موضوعات.

\_ تفسير النصوص القانونية التي تستدعي طبيعتها أو أهميتها بناء على طلب وزير العدل ويكون قرارها بالتفسير ملزماً.

\_ الفصل في طلبات وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم المشكلة للفصل في منازعات الحكومة والقطاع العام وذلك إذا كان تنفيذ الحكم من شأنه الإضرار بالأهداف الإقتصادية للدولة أو الإخلال بسير المرافق العامة .

\_ الفصل في مسائل التنازع على الإختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري والتي كانت تحال على محكمة التنازع.

ولقد وجهت عدة إنتقادات للمحكمة العليا سواء من حيث تشكيلها وذلك بإنفراد السلطة التنفيذية على رأسها رئيس الجمهورية بإختيار جميع أعضاء المحكمة والذي يهدد حتماً إستقلال المكلفين بالرقابة الدستورية . كما أن تعيين

المستشارين لمدة ثلاثة سنوات تشكل خطر عدم الإستقرار في التشكيلة . أما من حيث الاختصاص فأعتبر القانون الذي أنشأها قد ضيق من رقابة دستورية القوانين فلم يأخذ بطريق الطعن في دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية وإنما عن طريق الدفع. كما أنه ترك للمحاكم على إختلاف درجاتها حرية تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية المثار أمامها.

المحكمة الدستورية العليا : لقد عرفت مكانتها كإحدى المؤسسات الدستورية في الدستور المصري الذي صدر في 11 سبتمبر 1971 . في الفصل الخامس المتعلق بنظام الحكم في المواد 174.175.176.178 . هذا النظام يسمى بمركزية الرقابة فهي تركز الرقابة في محكمة واحدة ينشأها الدستور لهذا الغرض و تكون هذه المحكمة هي المختصة دون غيرها بالنظر في الدعوى الأصلية التي ترفع أمامها لإلغاء قانون مخالف للدستور [ 50 ] ص 558.

تكوين المحكمة الدستورية [ 17 ] ص 134 و [ 54 ] : تتكون المحكمة من رئيس وعدد كاف من المستشارين أعضاء المحكمة ولم يحدد القانون عددهم حتى يمكن أن يزداد العدد لمواجهة أعباء المحكمة ومسئوليتها دون حاجة إلى تعديل تشريعي على أن لا يقل عن سبعة أعضاء . وهذا إتجاه يسجل لصالح المشرع المصري على غرار الدساتير والقوانين الأخرى التي حددت أعضاء المحكمة الدستورية منها الدستور الألماني وقانون المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية.

ويشترط في كل عضو في المحكمة الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء ، وأن لا يقل سنه عن خمسة وأربعين سنة ويتم إختياره من أعضاء المحكمة العليا ، و كذا من أعضاء الهيئة القضائية الممارسين والسابقين ممن أمضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلها خمس سنوات بالإضافة الى أساتذة القانون الممارسين والسابقين بالجامعات المصرية ممن أمضوا في وظيفتهم ثمانية سنوات متصلة لا منقطعة . كما يتم تعيين المحامين الذين أشتغلوا امام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا عشر سنوات متصلة على الأقل . رغم أنه لم يحدث منذ أن أنشئت المحكمة الدستورية العليا أن عين فيها الأساتذة الجامعيين أو المحامين. لكن ورغم هذا فان كل أعضاء المحكمة ينتمون في أصولهم إلى الهيئات القضائية.

يعين أعضاء المحكمة بقرار من طرف رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية، في حين ينفرد شخصيا بتعيين رئيس المحكمة الدستورية. وهذا ما أنتقد المشرع المصري عليه كما أنتقد على التشكيل المؤقت لمدة خمس سنوات إذ لم يوفر الديمومة و عدم القابلية للعزل طبقا للمادة 177 من الدستور.

إختصاصات المحكمة برقابة الدستورية :لقد أوكلت للمحكمة الدستورية العليا عدة إختصاصات إلا أننا نقتصره على ما تعلق برقابة دستورية القوانين واللوائح وذلك حسب الحالات التالية :

الحالة الأولى: تتم الإحالة من المحكمة المطروحة أمامها الخصومة أو النزاع، في هذه الحالة إذا رأت إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الإختصاص القضائي أثناء نظرها لإحدى القضايا عدم دستورية نص قانوني أو لائحة لازم للفصل في النزاع المثار أمامها ، فإنها توقف الدعوى وتحال إلى المحكمة الدستورية العليا. وهذه الحالة مستحدثة ولا يشترط أن يدفع أحد الخصوم بعدم دستورية النص وإنما يكفي ما تراه المحكمة من إستشعارها أن النص القانوني محل الطعن في دستوريته.

الحالة الثانية : الدفع بعدم الدستورية هذه الحالة تقتض أن هناك دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم أيا كانت درجتها ويقوم أحد الخصوم في الدعوى بالدفع بعدم دستورية النص المراد تطبيقه على وقائع الدعوى " قانونا كان أو لائحة " فإذا رأت محكمة الدعوى جدية الدفع أجلت النظر فيها ، وحددت لمن قام بالدفع مدة ثلاثة أشهر لرفع دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية موضوع الدفع فإذا لم يرفع الدعوى في هذه المدة أعتبر الدفع كأن لم يكن.

الحالة الثالثة : تصدي المحكمة ذاتها لرقابة الدستورية يحق للمحكمة الدستورية العليا في جميع الحالات أن تقضي بعدم الدستورية لأي نص قانوني أو لائحة يعرض عليها بمناسبة ممارسة إختصاصها ويتعلق بالنزاع المطروح أمامها وذلك بإتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية . وقد قررت المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية العليا هذا الحق بإعطائها الإختصاص مباشرة دون دفع من الخصوم أو دون الإحالة من المحكمة.

وتصدر المحكمة الدستورية أحكامها بإسم الشعب وهي ملزمة لجميع سلطات الدولة وللجميع بمعنى تمتع هذه الأحكام بالحجية المطلقة على كافة وذلك حسب الفقرة الأولى من المادة 49 من قانون المحكمة . وتنتشر في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشرة يوما من إصدارها، ومن ثم فإن الأثر المباشر لهذه الأحكام بعدم دستورية النص القانوني أو اللائحي أو عدم جواز تطبيقه من اليوم الموالي لنشر الحكم . مع إعمال الأثر الرجعي بإعتبار أن الحكم بعدم الدستورية كاشف عن العوار الدستوري منذ ميلاد النص وليس منذ الحكم عليه [06] ص 271 .

تقييم الحالتين السابقتين : تتفق الصورتان السابقتان لرقابة الإلغاء عن طريق الدعوى الأصلية فنظر المحكمة لموضوع دستورية القانون لا يتم إلا بناء على دعوى أصلية أو قرار إحالة من محكمة أخرى وأن الأثر الذي يترتب على الحكم الصادر بالإلغاء هو إعدام القانون من الوجود و إلتزام كافة المؤسسات بعدم تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم . ولا يجوز من أي محكمة كانت في النظام القضائي الحكم بإلغاء أي قانون لمخالفته الدستور مالم ينص الدستور صراحة على ذلك و يقرر لها الحق حفاظا على مبدأ الفصل بين السلطات و التوازن بينها .

حتى و إن هناك إقرارا بالتوافق بين الصورتين إلا أنهما لم يخليا من الإنتقادات لقد قيل في إختصاص المحكمة العليا في النظام القضائي في الدولة بأنها تحتل الوضع الطبيعي للإختصاص القضائي. بهذا يكون القضاء مختص أصلا بالرقابة على دستورية القوانين فالأمر لا يثير أي حساسية لدى المشرع عند قيامها بإلغاء القوانين غير الدستورية الصادرة عنه [50] ص 563.562.

إذ يذهب فريق من الفقهاء بالقول أن الرقابة على دستورية القوانين عندما تملكها المحكمة العليا فإنها تبقى محتفظة بطابعها القضائي الخالص عكس إذا انيطت إلى محكمة دستورية فإنه يكون من الواضح خروجها من طابعها القضائي المراد لذلك و ذلك بإدخال العوامل السياسية في تشكيلها و سير عملها. أنه و رغم إختلاف المدارس الفقهية يبقى نظام المحكمة الدستورية الخاصة الأكثر إنتهاجا في مجال الرقابة الدستورية، و ذلك للميزة الخاصة التي تنفرد بها خاصة فيما يتعلق في تشكيلتها إذ تضم كفاءات علمية كبار أساتذة الجامعات و كبار المحامين ما يجعلها محل إحترام و تقدير من أطراف السلطات في الدولة خاصة منها السلطة التشريعية. و يزداد ذلك إذا ما فتح المجال أمام الأفراد بالطعن المباشر [57] ص 61. وكذلك سويسرا التي أعطت لكل ذي مصلحة أن يطعن أمام المحكمة العليا الدستورية بعدم دستورية القوانين الصادرة من الولايات، كما أنه هناك دول حظرت على الأفراد الطعن كدستور تشيكوسلوفاكيا في دستورها الصادر في 1920 إلا أن هناك دول فتحت باب الطعن أمام الأفراد عن طريق غير مباشر كدستور النمسا و دستور مصر 1971 [02] ص 86.

و قد وجهت إنتقادات صارخة لهذا الأسلوب و ذلك من خلال إسناد الرقابة الدستورية للسلطة القضائية رغم ما يقره جانب من الفقه لأهمية ومزايا إسناده للجهاز القضائي و ذلك لما يتصف به هذا الأخير من إستقلال و كما يتميز به القاضي من حياد بحرسه و حمايته للشرعية بين الأفراد والدولة [03] ص 180.

تقدير الرقابة القضائية : إن أهم الإنتقادات التي وجهت لهذا الأسلوب من الرقابة، أن إسناد الرقابة للسلطة القضائية يؤدي إلى تطاولها على السلطة التشريعية. ويستدل الفقهاء على ذلك على الدور الذي لعبته المحكمة الاتحادية الأمريكية العليا في معارضة تدخل الدولة في كثير من المجالات الإجتماعية و الإقتصادية، مستندة في ذلك إلى أن الدستور الأمريكي المطبوع بطابع الفردية و يجب إحترام هذا الطابع بالمحافظة على مفهوم الإقتصاد الحر ضد إتجاهات التدخل. أدت بذلك إلى ثل التشريعات الإجتماعية و الإقتصادية مستندة إلى التي سنها الرئيس روزفلت بعد الأزمة العالمية الكبرى " 1929- 1933 " و بعبارة أخرى أصبحت مراقبة دستورية القوانين سلاحا تستخدمه الطبقة الرأسمالية لتقييم العقبات في وجه التطور الإجتماعي [21] ص 319.

كما أعتبرت الرقابة القضائية خروجاً على حدود مهمة القضاء و تؤدي إلى إقحامه في المجال التشريعي مما يعتبر مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات بل يعتبره البعض سلطة القاضي فوق جميع السلطات [25] ص 374. كما وجهت



إنتقادات إلى كيفية تعيين تشكيلة الهيئات المكلفة بالرقابة القضائية ، بأن تسيطر عليها السلطة التنفيذية مما تجعل فكرة الإستقلالية والحيادية محل مزيدات سياسية ، بل الأجدر أن توكل إلى أعلى هيئة قضائية كالمجلس الأعلى للهيئات القضائية. إذ لا يمكن المبالغة في الدور المتوقع من رقابة الدستورية في مصر والدول المتخلفة الأخرى التي أخذت بالرقابة القضائية سبيل لفحص الدستورية في ظل الظروف السياسية السائدة في تلك الدول إلى أن قيمة هذه الرقابة الدستورية في حقيقتها وسيلة وقائية أو علاجية.

ذلك أن الدور الخطير والأهم للغاية في النظام السياسي يتمثل في تأصيل روح وإحترام القانون من الحكام والمحكومين على حد سواء ، وتحقيق الديمقراطية كاملة واقعا وممارسة ، وإذكاء روح الحرية واحيائها في القلوب والعقول فهذا أكثر فعالية ، أجدر من النص عليها في نصوص صامتة في الدساتير والوثائق . لكن هذا لا يقلل من شأن هذا النوع من الرقابة لما تتميز به السلطة القضائية من إستقلالية لما يتمتع بها رجالها من تكوين عالي و خبرة قانونية تكون سدا منيعا أمام الأخطاء المحتملة التي ترد على يد السلطة التشريعية وكذا فتح المجال أمام الأفراد بالدفع بعدم الدستورية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة يجعل من الرقابة أحد دعائم حماية الحقوق والحريات الأساسية.

### 3.1.1.1. الرقابة الدستورية في الفكر الإسلامي

تمارس الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الأنظمة الوضعية الحديثة بطرق مختلفة كما تختلف الجهة التي ترفع أمامها فقد تطرح أمام محاكم خاصة أو المحاكم العادية فكل دولة تنظم هذه الرقابة بكيفية خاصة بها [03] ص 181. إن دور الرقابة القضائية هي تحقيق نظام الدولة القانونية ولا بد من وجود جزاء منظم لضمان الإلتزام بالقواعد القانونية المقيدة لنشاط السلطات العامة ، و على هذا الأساس تخضع الإدارة في ممارستها لأعمالها لرقابة القضاء لكونه الجهة المختصة للفصل في المنازعات سواء تلك التي تثور بين الأفراد فيما بينهم أو ما بينهم وبين الدولة فإذا كانت الرقابة الدستورية في مفهوم الأنظمة الوضعية كما سبق ذكرها فما موقعها إذا في الفكر الإسلامي؟.

إن الإسلام هو أول من أرسى مبدأ خضوع الدولة للقانون . ففي الوقت الذي كانت أوروبا تعيش قرونها الوسطى مكبلة بالسلطان المطلق للدولة والحاكم بحيث إنعدمت فكرة الشرعية وخضوع الدولة للقانون، نشأت في الجزيرة العربية أول دولة قانونية أقامها النبي محمد صلى الله عليه وسلم غداة هجرته إلى المدينة ، وأرسى دعائمها من بعده الخلفاء الراشدون . وكانت دولة قانونية بالمعنى المعاصر ، دستورها القرآن الكريم ، وعرفت مبدأ التدرج في القيمة القانونية لقواعد القانون التي تنظم العلاقة بين سلطات الدول بعضها وبين الأفراد ، وإعترفت بالحقوق والحريات الفردية ، أي حقوق الإنسان بالمعنى المعاصر ، وأرست القواعد التي تكفل إحترام الدولة وخضوعها للقانون ، مثل: مبدأ الفصل بين السلطات ، وتنظيم الرقابة القضائية ، وتقرر السيادة الشعبية في قاعدة المبايعه – أي إختيار الشعب للحاكم ومراقبته وعزله – وبذلك يكون الإسلام قد أرسى دعائم الدولة القانونية لأول مرة في التاريخ [58] ص 13

وعليه علينا الوقوف على مفهوم القاعدة القانونية في الإسلام من جانب مصدرها ومدى تدرجها ثم نتطرق إلى السلطة التأسيسية والسلطة التشريعية.

### **1.3.1.1.1 القاعدة القانونية في الاسلام :**

إن الباحث في أدلة الأحكام الشرعية يلحظ بوضوح وبخاصة في الأدلة المتفق عليها ، وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، إذ أن الأحكام التشريعية مرتبة في تدرج هرمي تسمو كل قاعدة على الأخرى ، مما يجعل المشرع أو القاضي ملزم بإحترام هذا التدرج . إذ أن مفهوم التشريع في النظام الإسلامي يختلف إختلافاً بينا عن مفهوم التشريع في الأنظمة الوضعية، فالأحكام الشرعية التي وردت بها النصوص القطعية الدلالة في القرآن و السنة وقواعد الإجماع يتعين الإلتزام بها. و بالتالي لا مكان للإجتهد فيها إذا شذ مجتهد أو قاض عن حكم النص المذكور فإن حكم الشرع في شأن هذا الخروج هو البطلان المطلق وأنه و العدم سواء ، و هذا يعني أن هناك حماية شرعية لتلك النصوص و هي ملزمة للجميع [ 03 ] ص 182.

ولقد أوجز فضيلة الشيخ محمود شلتوت في عرضه لمبدأ التدرج في التشريع الإسلامي بأن مصادر التشريع في الإسلام ثلاثة : " القرآن ، والسنة ، والرأي "وهي في المصدرية على هذا الترتيب . فما وجد في القرآن أخذ منه ولا يطلب له مصدر سواه ، وما لم يوجد فيه بحث عنه فيما صحت روايته وثبت وروده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن وجد أخذ منه ولا يطلب له مصدر سواه ، فإذا لم يوجد له مصدر من كتاب ولا سنة صريحة كان مصدره البحث والنظر من أهل العلم بالقرآن والسنة[ 59 ] ص 30-32 . و[ 60 ] ص 469.

### **2.3.1.1.1. السلطة التأسيسية والسلطة التشريعية في الاسلام [ 59 ] ص 32.31 :**

لم يعرف الإسلام السلطة التأسيسية الأصلية بمعناها المتعارف عليه في الفقه الدستوري المعاصر ، والمتمثل في الحرية المطلقة لمجموعة من أفراد الأمة يختارون بطريق الانتخاب أو بأي طريقة أخرى في تشريع ما تشاء وإرساء أي قواعد تراها صالحة للمجتمع بغض النظر عن مدى شرعيتها وموافقها لأصول الشرع.

فالفقه الإسلامي لم ولن يعرف مثل هذه الحرية المطلقة في التشريع ، سواء في ذلك على مستوى التشريع الدستوري أو التشريع العادي أو اللائحي أو التنظيمي . والفارق بين الفكر الإسلامي والفكر الوضعي في هذا المجال ليس فارقاً في الدرجة ، بل فارق في الأساس والإيديولوجية الخاصة بالسيادة فهذه الإخيرة في الفقه المعاصر للأمة كان من المنطقي أن يكون لممثلي الأمة كافة الصلاحيات في إختيار ما يشاؤون من أفكار قانونية وسياسية وإقتصادية وإجتماعية ، وأن يضمنوا هذه الأفكار نصوصاً قانونية ودستورية على السواء دون أدنى قيد ودون مساس بما للمجتمع الدولي من حقوق قبل الدولة.

أما السيادة في الفقه الإسلامي فهي لله وحده دون سواه، فهو صاحب السلطة المطلقة في كل شيء وأنه هو وحده الذي تحد سلطته قوة من القوى ، وهو يجبر ولا يجار عليه . وإذا كان هذا هو عين الحق؛ فإنه من الحق أيضا أن نقول أن للسيادة مظاهر لا بد من ممارستها، فمن يملك ممارسة هذه السلطة إن الحكم الحقيقي في ذلك هو أوامر المولى عز وجل ونواهيه فمن يمارس مظاهر السيادة من البشر لا بد أن تكون ممارسته في إطار هذه الأوامر وتلك النواهي.

فالدولة إذا ما إذعنت لحاكمية الله ورسوله القانونية ؛ لا يجوز لسلطاتها التأسيسية أو التشريعية أن تضع ولو بإجماع أعضائها كلهم قانونا يخالف كتاب الله وسنة رسوله . إذ كان الرسول صلى الله عليه وسلم يثور ويغضب حين يريد أحد الصحابة التوسط في عدم إعمال قاعدة قانونية ، ويقف خطيبا على المنبر فيقول "أيها الناس إنما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها " .

إن المسلمين الأوائل عرفوا الدفع بعدم الدستورية و في كثير من الأحيان كانوا يدفعون بعدم الدستورية لمجرد توهم المخالفة من قبل المجلس التشريعي أو رئيس الدولة، وبأن القضاء مختصا بنظر هذه الدفوع لكن لم يكن ينفرد وحده بهذا الإختصاص ، بل كان يشاركه فيه المحتسب و ناظر المظالم .بل ذهب جانب من الفقه إلى أن تخصيص قاض للمظالم يختص بالفصل في قضية الأفراد ضد الولاية و الموظفين يعد النواة الأساسية لنظرية الرقابة القضائية لدستورية القوانين بل و يشاركه أحيانا حتى كمصدر التشريع ذاته [02] ص 12 .

أنه من جهة يعتبر جانب آخر من الفقه لا يمكن تصور الرقابة في النظام الإسلامي إلا في حالة التشريعات الصادرة عن طريق الإجتهد و هذا سواء صدر من قبل مجالس جماعة أهل الحل والعقد أو من الجماعات المكلفة بالإجتهد بصفة عامة [03] ص 181.182 . بل أنه و مجرد صدور قرار من الحاكم سواء كان خليفة أو ملكا مخالفا للنصوص قطعية الثبوت أو الدلالة ، لا يكون ملزما لأي فرد من أفراد الدولة و يجب رده و الطعن فيه بعدم الدستورية .

إن الطعن بعدم الدستورية في الإسلام يجوز إثارته أمام القضاء بطريق الدعوى الأصلية و بطريق الدفع. كما يجوز إثارته أمام السلطة التي أصدرت التشريع أو القرار ذاتها ، و ليس في ذلك أية غضاضة لأن الجميع حاكما ومحكومين ينبغي الوصول إلى شرع الله و الخضوع له. و الطعن بعدم الدستورية يمكن أن يثار بطريق الدفع أثناء نظر أي دعوى ، كما يمكن أن يثار عن طريق الدعوى الابتدائية ، كما يمكن للقاضي التصدي من تلقاء نفسه إذا ما رأى أن القانون الواجب التطبيق أمامه مخالف لنص قطعي الثبوت و الدلالة في القرآن الكريم أو السنة .

ولا يلزم في هذه الدعوى شكل معين ، كما في النظم الحديثة الوضعية ، كما أنه لا يشترط في دعوى الدستورية في الإسلام أية شروط من مصلحة أو صفة أو غير ذلك من الشروط فهي من قبل دعاوى الحسبة لأنها في حقيقتها نهي عن منكر ولا شك أن أنكر المنكر يتمثل في الخروج على ما ورد بكتاب الله ، و سنة رسوله و ما أجمع عليه المجتهدون. و بالتالي فيجب على كل مسلم إنكاره [02] ص 128.127 . أنه و ما دامت الرقابة تتم في إطار الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر فهي من المفروض تتعلق بأصول الدين و ليس للأمة ان تتخلى عنها أو تتهاون فيها [03] ص 183 .

وهذا ما يجعل جميع المحاكم في التنظيم القضائي الإسلامي مختصة بنظر هذه الدعاوى والفصل فيها. مع أنه لا يمنع من وجهة النظر الإسلامية من تخصيص محكمة مركزية في كل قطر تكون كلمتها الفصل في موضوع الدستورية ، بل أن التاريخ الإسلامي يزرخ بالقضايا التي تثبت عظمة الحكم الإسلامي من خلال حفاظه على الشرعية إذ نقتصر هنا بذكر قصة الخليفة الأول أبو بكر الصديق رضي الله عنه، بأنه أصدر قرارا بإعلان الحرب على المرتدين ومانعي الزكاة . و أعلنه للصحابة رضوان الله عليهم جميعا فبادر عمر بن الخطاب إلى الطعن في دستورية هذا التشريع ، و القرار الصادر عن الصديق أمامه لمخالفته للحديث الثابت عن رسول الله صلى الله عليه و سلم " أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله فإذا قالوها عصموا في دماءهم و أموالهم إلا بحقها " .

و بعد بحث الطعن من طرف الصديق حكم برفض الطعن ، وجاء في حيثيات الحكم قوله : و الله لو منعوني عقالا كانوا يؤذونه إلى رسول الله – صلى الله عليه و سلم - لأقاتلناهم على منعها إن الزكاة حق المال و الله لأقاتلن من فرق بين الصلاة و الزكاة . ولقد لقي هذا الحكم إقتناعا من المسلمين و بخاصة عمر بن الخطاب و شرح الله صدره للقتال و عرف أن الحق هو ما قرره أبو بكر الصديق رضي الله عنه وأن ما دار في ذهنه ما هو إلا توهم المخالفة وكان ما كان من النصر على المرتدين و حمى الله الإسلام من شرور قتن كانت ستحدث لولا هذا القرار من أبو بكر رضي الله عنه [02] ص 128 .

وهكذا يمكن القول أن السلطة القضائية في النظام الإسلامي تملك حق الرقابة الدستورية على شرعية القوانين التي مصدرها الإجتهد وذلك برفض تطبيق أي قانون فيه مخالفة للكتاب و السنة أو الإجماع ، ومن هنا يمكن القول أن النظام الإسلامي قد سبق كل النظم الوضعية التي لم تعرف الرقابة الدستورية إلا حديثا [61] ص 831 . ويستشف من خلال ما تقدم أن الرقابة في الفكر الإسلامي حق لكل شخص لممارستها سواء عن طريق رفع دعوى مباشرة أو فرعية بعدم دستورية أي تشريع مخالف للكتاب و السنة أو للإجماع كما تحوز كل المحاكم الإختصاص . لكن هذا لا يحد من تخصيص محكمة مركزية "المحكمة الدستورية" و ذلك لكل قطر يقع تحت وصاية الدولة الإسلامية تكون لها الفصل في موضوع الدستورية.

أما الأثر المترتب عن الرقابة الدستورية في الفكر الإسلامي هو صدور حكم يقضي بالبطان المطلق لأي تشريع يخالف أحكام القرآن و السنة وبعدها الإجماع. و الجعل منه عدما لأن الأصل فيه هو مكافحة المنكر و هذا الأخير يعد مكافحته واجب في الشريعة الإسلامية. ما يظهر جليا أن الفكر الإسلامي إهتم بالرقابة الدستورية في أدق الجزئيات ليجعل لها مكانة في النظام الدستوري الإسلامي بل مميز ومختلف عن باق الأنظمة الدستورية الوضعية رغم تنوعها و إختلافها .

### 2.1.1. ضوابط ممارسة الرقابة الدستورية

لقد أحتلت الرقابة الدستورية مكانتها في حماية مبدأ الشرعية بإخضاع جميع السلطات في الدولة بما فيها السلطة التشريعية للقانون . وإذا كان الأمر بإخضاع السلطة الأخيرة للقانون فهي تنقيد بأحكام الدستور في كل ما يصدر عنها تطبيقا لمبدأ علو الدستور.

إن إخضاع السلطة التشريعية للدستور يقوم على وجود رقابة فعالة تكفل من خلالها حماية حقوق و حريات الأفراد فهي بهذا تضع حدا للأزمة التي تتعرض لها الديمقراطية خاصة في الأنظمة البرلمانية التي تجعل البرلمان كوسيلة للإعتداء على الحقوق و الحريات من خلال إضفاء الشرعية على نصوص مجحفة . فالرقابة إن تم استعمالها في إطارها تعد مظهر أساسي لضمان سمو القاعدة القانونية و إحترام حقوق و حريات الأفراد أما إذا لم تستعمل في قلبها فتعد هدم للديمقراطية . وحتى تؤدي الرقابة الدستورية دورها وضع الفقه المقارن ضوابط تحكم ممارستها و التي نتطرق إليها في الفروع التالية .

### 1.2.1.1. إستقلالية مؤسسة الرقابة الدستورية

إن إستقلال المؤسسة المكلفة بالرقابة يجعل فيها الفعالية و الجدية خاصة في ظل الأنظمة التي تأخذ بالرقابة السياسية و ذلك من خلال إستقلالية أعضاء المجلس الدستوري و حياده و قد تم ضمان ذلك من خلال إجراءات التعيين لأعضاء المجلس ومدة العهدة و الصلاحيات الموكلة إليهم و الذي جسد في أحكام الدستور. إن إستقلالية أعضاء المجلس شرط ضروري لنجاح و فعالية المجلس في أداء مهامه بشكل حيادي فمبدأ إستقلالية المجلس كمبدأ إستقلالية القضاء خاصة أساسية في النظام الدستوري الذي يأخذ بالرقابة السياسية على دستورية القوانين [ 47 ] ص 35.34

#### 1.1.2.1.1. إستقلالية الأعضاء : إن تجسيد هذا المبدأ من خلال إستقلالية الأعضاء وحياد المجلس بحكم عدم

قابليتهم للعزل وهو مالم ينص عليه الدستور الجزائري صراحة .وأن عدم قابلية العهدة للتجديد يعتبر دعامة أخرى لإستقلالية مؤسسة الرقابة من خلال عدم خضوع الأعضاء لأي ضغط تفرضه عهدة أخرى . كما أن إشتراط الفقرة

الثانية من المادة 164 من الدستور الجزائري تفرغ عضو المجلس الدستوري لمهامه و عدم ممارسة أية عضوية أو وظيفة أو تكليف بمهمة أخرى . يجعل العضو يتفرغ كلية لمهامه الجديدة و ينكب بكل قوته على حسن أداء مهامه بدرجة عالية من الإتقان مع واجب التقيد الصارم بالتحفظ على كل ما يجري التداول به داخل المجلس و عدم إبداء موقف سياسي علني أو الانخراط أو المشاركة في نشاط الأحزاب السياسية[62] ص 56.

**2.1.2.1.1. الإخطار:** إن ما يميز الهيئات المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين أنها تخضع للضابط الدستوري القاضي بأن لا تنظر و لا تفصل في دستورية النصوص القانونية المختلفة إلا إذا تم تقديم طلب بذلك من الجهات المحددة في الدستور لا غير[62] ص 57 و[63] ص 909. وعليه فإن سلطة إخطار المجلس الدستوري حسب أحكام المادة 166 من الدستور الجزائري تعود إلى رئيس الجمهورية . رئيس المجلس الشعبي الوطني و رئيس مجلس الأمة [64] ص 91 .

فالمشرع الجزائري بهذا النص الدستوري ضيق من سلطة الإخطار من خلال حصرها. غير أن سلطة الإخطار فيما يتعلق بالقوانين العضوية تعقد لرئيس الجمهورية في مرحلة ما قبل الإصدار و بعد المصادقة عليها من قبل البرلمان إلا أن أحكام الدستور فيما يخص التشريع عن طريق الأوامر المخول لرئيس الجمهورية فيما بين دورتي البرلمان فهل تخضع للرقابة الدستورية القبلية؟

إن هذا يعد مبدئياً تدخل السلطة التنفيذية في إختصاص السلطة التشريعية بل لا تناقشها هذه الأخيرة و إنما تقوم بالتصويت عليها في أقرب دورة وهذا يعد تحامل على تقييد حقوق و حريات المواطنين . بل هناك من ذهب إلى فكرة توسيع حق الإخطار إلى أعضاء الغرفتين، و حينها تستفيد من هذا التوسيع بالدرجة الأولى المعارضة البرلمانية و أقلية الأغلبية . لأن الأغلبية تستطيع إستعمال الحق من خلال رئيس المجلس و لا بأس أن تستفيد بهذا الحق الأقلية ترسيخاً لقواعد الديمقراطية وإحتراماً لرأي الأقلية، وذلك بتوسيعه إلى الوزير الأول رئيس الحكومة سابقاً بصفته الساهر الأول على تنفيذ القوانين والبرنامج الحكومي المصادق عليه من طرف البرلمان، و عليه من الملائم تمكينه من الإخطار[65] ص 17 .

إن مسألة توسيع الإخطار إلى المعارضة مسألة حساسة، يوجب إخضاعها لضوابط لأن تركها مفتوحة يفسح المجال أمام المخاطر بمبالغة المعارضة في إستعمال حق الإخطار بشكل مسرف يهدف إلى عرقلة الأغلبية البرلمانية فيما تصادق عليه من قوانين. فالأمر يتعلق بتمكين المعارضة و أقلية الأغلبية البرلمانية من هذا الحق دون تهديد وعرقلة حق الأغلبية في الإستقرار[65] ص 10 و [66] ص 49. و مراعاة لذلك أن ربط حق أعضاء الغرفتين في إخطار المجلس الدستوري بموافقة رئيس المجلس الدستوري و بنصاب معين يكون مفيداً وتم إقتراح الربع كنصاب من خلال النص في الدستور حق كل ربع ( ¼ ) أعضاء كل من غرفتي البرلمان في إخطار المجلس الدستوري حسب التجربة

الفرنسية ، لكن و بالنظر إلى التجربة الفرنسية فإنه و بموجب التعديل الدستوري في :1974/10/29 ثم توسيع حق الإخطار إلى 60 نائبا من الجمعية الوطنية أو 60 عضوا من مجلس الشيوخ . و بمقتضى هذا الإصلاح أصبحت المعارضة على قدم المساواة مع الأغلبية. فالأغلبية في فرنسا تستطيع إخطار المجلس الدستوري بواسطة رئيس الحكومة أو رئيس المجلس و المعارضة تستطيع ممارسة هذا الحق بواسطة 60 عضو[ 47 ] ص38 . بل تم فتح المجال أمام الافراد بالدفع بعدم دستورية نص قانوني مخالف لاحكام الدستور حسب التعديل الدستوري لسنة 2008.

كما ذهب الأستاذ : محمد بجاوي إلى القول أنه ينبغي أن تتوسع صفة الإخطار أمام المجلس الدستوري و ذلك إلى فعاليات سياسية جديدة من خلال ممارسة حق الدفع بعدم الدستورية أمام السلطات القضائية المتخصصة وأشار إلى أن حصر الإخطار و ما يسمى بالحدود الدستورية الحصرية " التقييد الدستوري الحصري " يثير ملاحظتين هامتين[48] [ ص 40-42 :

- أن التنظيم الحالي للإخطار الضيق و غير الإجباري يعيق تقدم المجلس الدستوري.  
- أن هذا الحد مادام أنه يقصى الأقلية البرلمانية من الإتصال بالمجلس الدستوري فإنه يقلل بالتالي من سرعة مسار تعميق الديمقراطية التعددية و لا تملك المعارضة السياسية وسائل قانونية للتعبير و الإحتجاج على النصوص المقدمة و المصوت عليها من طرف الأغلبية و ترى نفسها مجبرة على قبول إرادة الأغلبية دون التمكن من الدفاع عن نفسها و عليه فإن فتح الباب أمام المواطن لممارسة حق الدفع بعدم دستورية الأعمال و التصرفات القانونية المتصلة بموضوع الدعوى القضائية الأصلية سيشكل تقدما أكيدا لحقوق الإنسان و الديمقراطية في الجزائر.

### 3.1.2.1.1. الإستقلال من حيث عمل المجلس

يخطر المجلس الدستوري بالنص بعد المصادقة عليه وقبل إصداره و عليه أن يفصل في الأمر خلال 20 يوما من تاريخ الإخطار و له أثر موقف " المادة 165 / 2 من الدستور الجزائري 1996" [ 31 ] . إن عمل المجلس الدستوري يتم عن طريق مداولة في جلسة مغلقة وفقا لما تملئها الإجراءات القانونية أمام المجلس خلافا لطريقة صدور الأحكام القضائية التي تتطلب الوجاهية والعلنية فرغم الضوابط التي تحكم إصدار القرارات ،أي يعني سير جلسات المجلس إلا أن هذا لا يمنع من تفعيلها في إطار المبادئ العامة العليا للدستور . وبهذا لا يمكن الحديث عن رقابة دستورية فعالة مالم يكون أعضاء الجهاز يملكون من المؤهلات الفنية والعلمية تجسد من خلالها الإستقلالية [67] ص 42 وما بعدها .

## 2.2.1.1. أن تمارس الرقابة في إطار الدستور

يعد الدستور القيد الأساسي لممارسة الرقابة الدستورية. ومن الملزم أن تتم في إطار نصوص الدستور ولا تتعداه وأن تراقب مدى خروج أي نص قانوني عن نص وروح الدستور إلا أنه و رغم هذا القيد ، فالأمر إستقر عند وجوب الوقوف على عنصرين هاميين يتعلقان بالتميز عن "روح الدستور" و المبادئ العليا غير المكتوبة و علاقتها بالسلطة التشريعية في إلزام حدود الدستورية .

### 1.2.2.1.1. الرقابة بين " روح الدستور " و المبادئ العليا غير المكتوبة

يعد الدستور الحيز الوحيد لممارسة الرقابة الدستورية، فإن وافق النص التشريعي الدستور فلا تثار مشكلة مخالفة الدستور. لكن قد يصطدم المشرع مع المبادئ العليا غير المكتوبة فيقع بين ما نص عليه الدستور و ما لم ينص عليه فبأي منهما يتقيد؟ الأمر الذي يستدعي الوقوف على ما المقصود بالمبادئ المكتوبة و غير المكتوبة .

المقصود بالمبادئ العليا غير المكتوبة : لقد إنقسم الفقه إلى رأي يتزعمه الفرنسي "دوجي" و الذي يرجع فكرة إنشاء الدولة ووظائفها و مشروعية سلطاتها و مدى حدود هذا السلطان و تقييده إلى عملية التضامن الاجتماعي ، أي هناك قانونا أعلى وجد قبل وجود الدولة في تكوينها ، و أن جل التشريعات يجب أن تخضع لها . كما يرى " دوجي " أن التضامن المفروض على الدولة يتجسد في قواعد قانونية ملزمة و إذا إنحرفت سوف تتعرض لجزاء إجتماعي منبعث من إحساس الناس برابطة التضامن الإجتماعي فهذا يعني أن الجزاء يكمن في قوة الرأي ورد الفعل العام في المجتمع

[ 68 ] ص 52

مما يوجب بهذا على القضاء التقيد بالإمتناع عن تطبيق أي نص قانوني مخالف للدستور ، أن يمتنع عن تطبيق أي نص مخالفا لمبدأ من المبادئ العليا غير المكتوبة . أما فيما يتعلق بمصدر هذه المبادئ غير المدونة فيذهب " دوجي " إلى إعتبار أنها تبنى على أمرين:

أولها : شعور الناس بأن هناك حاجات مشتركة لا يمكن تحقيقها إلا في إطار الإحتفاظ بالتضامن الإجتماعي.

ثانيها : أن هذا المبدأ حق و عدل و ذلك لأن الأفراد في المجتمع لا يمكن لهم إشباع رغباتهم إلا في إطار التبادل العادل للخدمات، خاصة أن للأفراد داخل المجتمع لقاءات و قدرات تختلف من شخص إلى آخر [ 03 ] ص 96 و [ 69 ] ص 12 . فالمبادئ العليا غير المكتوبة و المقصودة هي تلك المبادئ الخارجة عن النص الدستوري ، و لا يمكن حتى إستنتاجها من مجموع النصوص الواردة بوثيقة الدستور.



فهي بذلك تختلف عن " روح الدستور " بنصوصه الصادرة عن توجه واحد تفرضه إيديولوجية مسيطرة تهيمن على النص الدستوري والتي يمكن الوقوف على ذلك من خلال إعطاء قراءة مفصلة لنص معين أو من خلال دراسة مقارنة بين النصوص الدستورية التي تكون الوثيقة الواحدة هنا ، تبرز عبارة الحدود الدستورية أو روح الدستور [70] ص 50 .

كان لزاما على القاضي أثناء ممارسته للرقابة أن يخضع لروح الدستور أثناء مراقبته لأي نص تشريعي في مدى مطابقته للنص الدستوري لكن السؤال الذي يطرح نفسه : كيف لنا أن نلزم الساهر على الرقابة الدستورية بأن يتجه أثناء عملية الرقابة إلى المبادئ العليا غير المدونة. هذه النظرية التي نادى بها "duguit دوجي". فرغم نبل الغاية التي هدفت إليها فإنها لم تنل رضا الكثير من الفقه [71] ص 301 وما بعدها. إذ ليس هناك في النظرية ما يشير إلى ضوابط موضوعية أو واقعية التي يستطيع من خلالها معرفة المبادئ العليا غير المدونة وكيف لقاضي الرقابة أن يتعرف عليها و يطبقها . ووجهت لهذه النظرية عدة إنتقادات على أنها من صميم الخيال لأن الإعتدال على التضامن فقط في المجتمع وهو وحده غرق في الخيال وإنكار لما في المجتمع من تنافس و تنازع وتنافر في المصالح [72] ص 250 . فالقضاء ليس بحاجة إلى نظرية مستوحاة من خيال و إلا لدخل في مآهات تبعده عن المعنى الحقيقي من وجود القضاء بل الوظيفة القضائية تخضع للحدود الطبيعية المسطرة لها في الدستور.

### 2.2.2.1.1. ضوابط السلطة التشريعية في استعمال حق التشريع

لقد ثار جدل كبير حول مدى تجاوز السلطة التشريعية الحق الدستوري المكفول لها في مجال التشريع سواء كان تشريع قانوني عادي أو بواسطة الأوامر . فإذا صدر تشريع عام ، يخالف نصا في الدستور ، كان باطلا من الناحية الموضوعية لعييب في محله ، وإذا صدر تشريع عام بمناسبة قضية معينة مطروحة على المحاكم لا يطبق إلا عليها وحدها ، فإنه يكون مشوبا بعييب الإنحراف في استعمال السلطة [73] ص 229 . فالأصل في عمل السلطة التشريعية هو السلطة التقديرية وهنا يكمن الإنحراف لأن تقييدها يعد إستثناء عن عملها و هذا عكس الإدارة فالأصل في عملها هو التقيد و التقدير هو الإستثناء [62] ص 64 و [74] .

ولقد تعرض المجلس الدستوري الجزائري لفكرة إنحراف السلطة التشريعية من خلال قرارات أصدرها إلا أن أبرزها القرار المتعلق بمحافظة الجزائر الكبرى [75] . ومن أصل ما جاء في متن القرار أنه " إذا كان المؤسس الدستوري قد خول المشرع بمقتضى المادة 122 من الدستور صلاحية التشريع في مجال التقسيم الإقليمي للبلاد فإنه يتعين عليه حين ممارسة هذه الصلاحية بأن يتقيد بأحكام المادة 15 الفقرة الأولى من الدستور التي تقضى بأن " الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية و الولاية والبلدية هي الجماعة القاعدية " و أضاف القرار : إن كان بإمكان المشرع أن يحدد تنظيما و تسييرا و عملا خاصا بمدينة الجزائر العاصمة إنطلاقا من مركزها الدستوري ووفقا للمادة

الرابعة من الدستور فإنه عليه أن يتقيد بأحكام الدستور في الموضوع و إعتبارا بالنتيجة فإن قيام المشرع بإنشاء جماعتين إقليميتين تدعيان محافظة الجزائر و الدائرة الحضرية وتحديد قواعد خاصة لتنظيمها و سيرهما وعملهما يكون قد خالف أحكام الدستور " [76] .

إنه وحسب أحكام المادة 123 و163 من الدستور تعتبر الرقابة الدستورية إلزامية إلا أن هذا لا يمنع من إبداء ملاحظة عملية تتعلق بأحكام المادة 163 فيما يتعلق بسهر المجلس الدستوري على صحة عملية الإستفتاء فالمتتبع لعمل المجلس في هذا المجال يلاحظ محدودية عمله في إعلان النتائج و تلقي الطعون والنظر فيها فاتحة المجال أمام الإدارة في إعداد الإنتخابات مما يفتح مجال للتأويلات والمرجعيات السياسية دورا في تحريف مسار العملية الإنتخابية مما يؤثر سلبا على المسار الذي تعرفه التعددية الديمقراطية في الجزائر.

إن الانحراف في إستعمال السلطة التشريعية يؤثر سلبا على الحقوق المكتسبة و الحريات الأساسية وحتى أن تتم حماية الحقوق و الحريات الأساسية في الأطر القانونية والموضوعية بأن لا يتم التعرض إليها إلا عند الضرورة وهذا ما نتناوله في العنصرية التاليين:

إلتزام الحدود الموضوعية للحقوق و الحريات العامة : إن للحقوق و الحريات العامة أهمية بالغة لدى الديمقراطيات الحديثة رغم إختلاف المرجعيات مما يجعل هذه الحقوق تختلف من حين إلى الآخر فحق الإجهاض مثلا مباح في المجتمعات الغربية فهو مرفوض في المجتمعات الإسلامية و العكس في الحق في الميراث لكن رغم هذا هناك حقوق تعد من قبيل التراث المشترك بين الأمم و لا تقبل أي تقييد.

هناك حريات عامة مطلقة لم يجعل الدستور للمشرع عليها من سبيل فإن القانون الصادر بتقييدها أو بتحديدتها يكون مشوبا بعيب عدم الدستورية لمخالفة أحكام الدستور ونصوصه بمعنى أنها حريات عامة لا تستجيب للتنظيم. أما الحقوق والحريات التي نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون ، فإن المشرع قد خول في شأنها سلطة تقديرية ليقوم بهذا التنظيم على ألا ينحرف عن الغرض الذي قصد إليه الدستور ، وهو كفالة الحريات والحقوق العامة و إذا نقضها أو انتقص منها بصدد تنظيمها كان تشريعه مشوبا بالإنحراف لا مخالف النص الدستوري [77] ص 176.177.

بالنظر إلى التجربة الجزائرية نجد أن الدستور الجزائري لسنة 1996 إعتبر الحق في المساواة أمام القانون حق لا يقبل أي تقييد و في هذا المجال لا يقبل التذرع بأي تمييز يقوم على الموطن أو المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي تمييز آخر يقوم ببناء على شروط أو ظرف شخصي أو إجتماعي بل نجد الدستور حدد أهداف مؤسسات الدولة الجزائرية هي ضمان مساواة كل المواطنين و المواطنات في ممارسة هذه الحقوق والواجبات [62] ص 65 وعليه

إذا صدر تشريع ما يقصد من خلاله أي تقييد لممارسة هذا الحق يعد باطلا لخرقه أحكام الدستور. إلا أن هناك من الحقوق و الحريات هي محل سلطة تقديرية للمشرع في وضع النصوص التي تنظمها على أن لا تخرج دائما على روح الدستور و إلا عد خروجا و إنحرافا على الحق في التشريع و أمثلة ذلك أحكام المواد : 43 و53 و57 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

إحترام الحقوق المكتسبة : إن الأصل في تطبيق القوانين أنها لا تسري بأثر رجعي ، و هذا حماية للحقوق المكتسبة إلا أنه يمكن جواز المرجعية في حالة عدم المساس بالحقوق المكتسبة و ذلك في حدود ضيقة و للضرورة القصوى لذا فجل التشريعات تضيق في إستعمال الأثر الرجعي للقانون حتى لا تجعل السلطة التشريعية تنحرف عن سلطتها في التشريع [71] ص 374 وما بعدها.

وأمثلة ذلك إصدار تشريع يستر عقوبة ذات أثر رجعي أو يصدر تشريع يعدل من تشريع سابق بحجة تفسيره والتشريعات المفسرة بطبيعتها ذات أثر رجعي أو يصدر تشريع يطيل مدة التقادم بعد إنقضاء مدة التقادم في ظل التشريع القديم أو يصدر قانون يعفي الحكومة من المسؤولية عن حوادث وقعت في الماضي ، كل هذه التشريعات وأمثاله تنطوي على إنحراف من جانب السلطة التشريعية . فمراقبة إنحراف السلطة التشريعية يعد من صميم عمل الرقابة الدستورية و ذلك من خلال المتابعة والتمحيص في أي نص قانوني. إلا أنه و بالرجوع إلى مسار عمل المجلس الدستوري في الجزائر لا نجد أنه تطرق إلى فكرة الإنحراف التشريعي في هذا المجال. لأنه يعد من صميم عدم التدخل في عمل السلطة التشريعية الذي يبنى عملها على أساس التقدير إلا إن هذا لا يمنع الرقابة الدستورية من مناقشة البواعث وملاءمة الدافع من التشريع في حدود المبادئ الدستورية .

أما عن موقف القضاء الأمريكي من عيب الإنحراف في إستعمال سلطة التشريع ، إذ لم تستقر المحكمة على معيار موحد في المسائل التي عرضت عليها في شأن تحديد درجة المساواة الحسابية المطلوبة بين نظام تقسيم الدوائر الانتخابية . فقد قضت بعدم دستورية نظام تقسيم دوائر " ميسوري " لإنتخابات مجلس النواب الإتحادي ، وذلك عل الرغم أن الإنحراف عن المساواة الحسابية الدقيقة كان ضئيلا " قضية كريك ابتريك " [77] ص 185 وما بعدها .

### 3.2.1.1. شرط المشكلة الدستورية

إن الأصل في الرقابة الدستورية هو مطابقة النص المراد تطبيقه مع أحكام الدستور في حال أي نزاع في إطار الوظيفة القضائية للرقابة في تحديد مدى المطابقة الدستورية بأن تحل النزاع هذا بالنسبة للمحاكم الدستورية ، لكن المجالس الدستورية تمارس عملها الرقابي بصفة يدخل في صميم عملها أي تمارس الرقابة بإعتبارها الوظيفة الأصلية لها إلا أنها تثار بإشكالية طرح النزاع أمام المجلس و الإجراءات المتخذة لذلك فهي تختلف عن المحاكم الدستورية.

أنه و بالرجوع إلى التجربة الأمريكية خاصة لما عبرت عنه المحكمة العليا عن هذه القاعدة في حكم لها عام 1947 مقرر أن الرقابة و إن كانت جزء من الوظيفة القضائية فإن لها طبيعة دقيقة حملت المحكمة على إنتهاج سياسة متحفظة في تناولها ، ومن مظاهر هذه السياسة إمتناع المحكمة عن التعرض لها أصلا إذ أمكن الفصل في الدعوى على أساس آخر [ 52 ] ص 442.

وقد أخذت المحكمة الدستورية في مصر بمبدأ القيد لإعمال الرقابة وذلك ما يلمس من خلال القضية [ 77 ] ص 175 و [ 78 ]. والتي جاء فيها " ذلك إن المحكمة تستمد ولايتها في مجال الرقابة الدستورية من الدستور ، ومرجعها إلى أحكامه وهو القانون الأعلى فيما يصدر عنها من قضاء في المسائل الدستورية التي طرحت عليها ، وكلمتها في شأن الدلالة النصوص التي يضمها الدستور بين دفتيه هي القول الفصل وليس إلتزامها بإنقاذ الأبعاد الكاملة للشرعية الدستورية ، إلا إرساء لحكم القانون في مدارجه العليا " .

#### 4.2.1.1. المصلحة الشخصية

إن الأصل في رفع أي دعوى يتطلب المصلحة الشخصية و إن تكون مباشرة و مرتبطة بالضرر الذي يحدثه النص محل الطعن بالدستورية و إن إعمال شرط المصلحة المباشرة هو بيد المحكمة الدستورية في تحديده حتى لا يفتح المجال أمام التأويلات. و بعد ضبط شرط المصلحة وسيلة توجه من خلالها الدعوى الدستورية و جعلها مقيدة تقييدا معتدلا لا بالإسراف في إستعمال الحق ولا تضيقا من أجل حماية مصالح الطاعن و كذا الحفاظ على الدور الرقابي المنوط بالمحكمة الدستورية .

مثال ذلك في مصر ما توصل إليه القاضي الدستوري بأن [79] " ما قرره المدعى من إن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يعتبر منافيا لقيم الدستور العليا و من بينها نص المادة 68 التي تكفل لكل مواطن اللجوء إلى قاضيه الطبيعي .مردد بأن إقتضاء المشرع لشرط المصلحة الشخصية المباشرة تنظيما لحق التقاضي وبما لا يعطل هذا الحق أو يفقده دون مسوغ يعتبر واقعا في نطاق سلطته التقديرية، وأن توازن المحكمة الدستورية العليا في إعمالها لهذا الشرط بين التطبيق في مجال رقابتها على الشرعية الدستورية إعتسافا أو بسطها إفراطا ليكون موقفها بين ذلك قواما "[ 79 ] هذا إذا نظرنا إلى الإجراءات أمام المحاكم الدستورية، إلا إن هذا لا يمكن إثارته في الدول التي تأخذ بالمجلس الدستوري كمراقب للدستورية كالجزائر و فرنسا و غيرها و ذلك لإختلاف الإجراءات المتبعة أمامه . ما جعل المنادين بإصلاح المجلس الدستوري كهيئة لرقابة من تفعيل أكثر للرقابة وفتح المجال أمام الأفراد من أجل حماية وكفالة حقوقهم .

### 5.2.1.1. شرط توفر قرينة الدستورية

إن أحكام الدستور تقوم بتحديد الوظائف لجميع السلطات في الدولة بما فيها السلطة التشريعية أثناء ممارسة وظيفتها أن تكون مقيدة بالحدود المسطرة لها في روح الدستور، فالسلطة التشريعية و رغم إستقلالها المبدئي إلا أنها لا تخلو من الصراعات خاصة في تركيبتها فقد تضم عدة تيارات وفلسفات إيديولوجية مختلفة، في بعض الحالات توقعها في إشكالية تغلب مصلحة الأغلبية على الأقلية بواسطة النصوص المصادق عليها مما يجعل المؤسسة الرقابية حريصة على تغليب أحكام الدستور في مراقبتها للقوانين و ذلك خلال ممارسة وظيفتها الدستورية . إلا أن ممارسة الرقابة لا بد أن يتم في الحدود التي تم رسمها مما يجعل الجهة الممارسة للرقابة تنقيد بضابطين :

- أن النزاع المعروف على الرقابة فعلا مخالفا لأحكام الدستور.
- أن الرقابة المفروضة على السلطة التقديرية للسلطة التشريعية أن تأخذ في حالة أي تفسير بالتقدير الأقرب لروح الدستور.

أن الأصل في وضع هذه القاعدة يعود إلى المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية و قد أخذت بها لم صرح به القاضي CHASE عام 1796 م أنه لن يمارس سلطة الرقابة إلا في المناسبات الواضحة وضوحا تاما وعاد " مارشال " فعبر عن نفس المبدأ مشيرا إلى أنه أصبح من المقررات التي تجري عليها المحكمة في تناولها المشكلة الدستورية أنها لا تقضي بعدم دستورية القانون في ظروف يحوطها الشك [ 52 ] ص 448.447 . والواقع أن هذه القاعدة التي وضعتها المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لم تلتزم بها كل الإلتزام وإنما أدخلت عليها معاني غريبة تؤدي إلى هدم قرينة الدستورية ذاتها فقد أسست بعض قضائها ليس على أساس أن التشريع يتضمن خروجاً صريحا وواضحا على الحدود الدستورية . وإنما على أساس أن تقرير دستورية ذلك القانون يفتح الباب أمام السلطة التشريعية لإصدار قوانين أكثر توسعا في ممارسة اختصاصها وواضح تعارضا مع الدستور [ 02 ] ص 106.

إلا أنه على الجهاز المكلف بالرقابة أن يدفع أي شك عن القانون محل الرقابة بأنه مخالف لروح الدستور لأن الأصل في تلك النصوص أنها تصدر مطابقة لأحكام الدستور. إلا أن تقديرها قد يجعل منها مخالفة له مما يجعل التخصص في مجال القانون و الخبرة الكافية شرط في أعضاء الهيئة و ذلك للحد من أي تطاول على أحكام الدستور خاصة ما تعلق منها بالحقوق و الحريات العامة و التي أصبحت في عصرنا مطلب الديمقراطية الحديثة والذي يعد بالفعل من كنه عملية الرقابة .

### 6.2.1.1. حصر الرقابة في النص التشريعي

إن السلطة التشريعية إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات تعني التدخل من أجل إصدار قانون لما تمليه السياسة التشريعية للظروف السائدة فالنص التشريعي الذي يصدر عن هذا يكون محل رقابة و ليس الباعث أو الهدف من التشريع لذا إستقر الفقه الدستوري على عدم إمتداد الرقابة إلى ملائمة التشريع و لا لأهدافه أو بواعثه.

ولقد عبر عنها بعض الفقهاء بالقول أن المحكمة لا تمارس على القوانين إلا رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد وإنها تستبعد كل عنصر غير دستوري .وبهذا فالرقابة الدستورية تتم بالتوصل إلى مدى مطابقة النص التشريعي للدستور وليس الخوض في الظروف المحيطة بإصدار النص . فإذا كان المسلم به عند الفقه القانوني أنه لا يمكن الإندفاع وراء البواعث الشخصية للهيئة التشريعية فانه من غير المعقول على هذه الأخيرة إصدار أي نص في مجال محظور نظراً للصلاحيات المحددة لها دستورياً [62] ص 67.

فالهيئة المكلفة بالرقابة على الدستورية إن تثبت لها مما لا يدع مجالاً للشك أن حكماً أو عدة أحكام من القانون المعروف عليها مخالفة لأحكام أو روح الدستور ، بحيث لا يكون مجالاً للإحتمال المعقود في دستورتها أو عدمه لأن المخالفات التي ترد في نصوص التشريع أو التنظيم لا تكون صريحة وواضحة .إنما الساري عليه العمل أن تكون مغلفة في ظاهرها برداء الصحة وفي باطنها بمؤدى المخالفة ، ولذلك فإن الكشف عن هذه المخالفات يتطلب الدقة والغوص في أعماق النص ، فالكشف عن الطبيعة الحقيقية للنصوص التشريعية يحد من التجاوز والسطو على الدستور ، خاصة في أحكامه المتعلقة بالحقوق والحريات العامة ، ولا يمثل هذا خروجاً عن مهمة الرقابة الدستورية[02] ص 111-113. إلا أن هناك كذلك مجالات أخرى تمنع التعرض لها كالنشاط السياسي و أعمال السيادة.

### 7.2.1.1. الإمتناع عن التعرض للأعمال السياسية و أعمال السيادة

إن أعمال السيادة كما يسميها الفقه الفرنسي أو الأعمال السياسية كما يسميها الفقه الأمريكي أو أعمال الدولة كما يسميها الفقه الانجليزي هي كلها معنى واحد يتعلق بالأمور التي تستوجب سياسة موحدة تخص منشأها ولا تتوفر لدى الجهاز الرقابي القيام برقابتها و عليه ضرورة إبعادها من الرقابة الدستورية و يعود ضبط ذلك إلى الهيئة المكلفة بالرقابة و يرجع الفضل في توضيح حدود هذه النظرية إلى المحكمة العليا الأمريكية عند حكمها في قضية BERDEN . V . LOTHER عام 1849 . و التي تعد أول قضية أقرت نظرية الأعمال السياسية و أعتبرت المحكمة العليا من بين الأعمال السياسية[02] ص 111-113.

- المسائل المتعلقة بشؤون الدولة الخارجية و هذا هو المجال لإعمال نظرية السيادة في القانون الفرنسي و المصري و الجزائري .

- المسائل الخاصة بشؤون الخارجية و علاقتها بالدول الأخرى فيما عدى الإتفاقيات الدولية .

- التثبيت من صحة توقيع دولة أخرى على إحدى المعاهدات مسألة سياسية .

ولالإشارة فإنه في الجزائر لم نلاحظ من خلال تفحص قرارات المجلس الدستوري تعرض الإتفاقيات الدولية للرقابة رغم أن ذلك يعد من إختصاص المجلس الدستوري أصلا وبعد إخطاره في مدى دستورية المعاهدة يفصل في ذلك ونصه المرجعي هو الدستور وليس القانون الدولي أو المعاهدات . أنه وبناءا على ذلك وفي حال تعارض المعاهدة مع الدستور يفصل بعدم دستورية المعاهدة وليس بعدم شرعية الثاني . ويكون مصير المعاهدة في هذه الحالة عدم التصديق عليها إلى حين المبادرة بتعديل الدستور من طرف صاحب الاختصاص وهنا نكون أمام مخاوف فرض سياسات أجنبية لا تتماشى وقيم الجمهورية [ 39 ] ص 93

فالنقاش حول قيود الرقابة الدستورية يجعلنا نصل إلى نتيجة مفادها أن التقيد أصلا ينطلق من أعضاء الهيئة المكلفة بالرقابة في أن يشترط فيهم حدودا من الخبرات والمؤهلات العلمية المفترضة فيهم حتى لا تقع التأويلات للمبادئ الأساسية التي نص عليها الدستور والتي لم ينص عليها بل يتقيدون بتلك الضوابط والقيود تعد كدعامة أساسية لبناء نظام ديمقراطي كفيل بحماية الحقوق والحريات الأساسية. وبهذا فشرعية الرقابة الدستورية عززت الباعث والغاية من الديمقراطية وجعلت هذه الأخيرة تنتقل من أنها المفهوم التقليدي "حكم الشعب بالشعب للشعب" إلى مبدأ فعال في تكريس وحماية الحقوق والحريات الأساسية. وهذا ما نطرق إليه في المبحث الثاني وقوفا على الجدل الكبير الذي ثار حول الرقابة الدستورية ومدى بلورتها لمفهوم جديد للديمقراطية.

## 2.1. الرقابة الدستورية تؤسس لمفهوم جديد للديمقراطية

إن تحديد العلاقة بين الرقابة الدستورية والديمقراطية يتطلب منا مقارنة مفهوم الديمقراطية إنطلاقا من المفهوم الكلاسيكي بأنها حكم الشعب بنفسه إلى ما عرفته الديمقراطية من ضياع بين الأنظمة المطبقة المختلفة . إلى الحد الذي تدعي فيه الأنظمة السياسية هي المثال في تطبيق الديمقراطية. كان علينا البحث في مقومات الديمقراطية من خلال مدى تعارضها وتوافقها مع الرقابة على دستورية القوانين بالتطرق لتطور مفهوم الديمقراطية في المطلب الأول ثم نتناول تقييم الرقابة الدستورية في المطلب الثاني .

## 1.2.1. تطور مفهوم الديمقراطية

لقد أعتبر مبدأ الشرعية الهدف الأسمى للرقابة الدستورية كما أنها تجسد مبدأ الفصل بين السلطات وتحافظ على توازنها في الوقوف ضد أي تعسف في وجه السلطة التشريعية و ذلك حماية للحقوق والحريات العامة للأفراد تناولنا في الفرع الأول ماهية الديمقراطية ثم نتطرق إلى مدى شرعية الرقابة الدستورية في الفرع الثاني.

### 1.1.2.1. ماهية الديمقراطية

يشهد تاريخ الحرية في المجتمعات الغربية، على أن ديمقراطيتها إنما كانت وليدة نضالها في سبيل حرياتها و لأنها إقترنت في نشأتها بالحاجة إلى الحرية، أخذت بذلك شكل الديمقراطية السياسية، المبنية على الحريات العامة والحقوق الفردية، الممنوحة بالديمقراطية و المعتبرة من عناصرها الجوهرية.

هكذا بدت الديمقراطية الفردية صونا لمبدأ الحرية الفردية على إختلاف مظاهرها و كان لا بد عندئذ من أن تؤول بفعل التقنين الذي يتناول بالتدرج كل نشاط من النشاطات العامة إلى الإنتظام في ظل الدساتير الغربية في إطار النظرية القانونية للحريات العامة و الحقوق الفردية [08] ص 304.303. ولقد عرفت الديمقراطية تطورا كبيرا من أنها مذهب فلسفي من نظام للحكم إلى حامي أصيل للحقوق و الحريات العامة.

### 1.1.1.2.1. تعريف الديمقراطية

كلمة الديمقراطية نجد أصلها في الفكر الإغريقي القديم وهي تتكون من مقطعين يونانيين *demos* و معناه الشعب و *kratos* و معناها السلطة و بالتالي فالديمقراطية هي سلطة الشعب أو حكم الشعب حسب التعبير الحديث [07] ص 225 . فإذا جمعنا القطعتين توصلنا للمعنى اللغوي للديمقراطية هو حكم أو سيادة الشعب، والمعنى اللغوي هو ذات المعنى الإصطلاحي السائد لذا الكتاب .

فالديمقراطية إصطلاحا تعني ذلك النظام السياسي أو نظام الحكم الذي يعطي السيادة للشعب أو للغالبية العظمى بحيث يكون الشعب هو صاحب السلطة و مصدرها أو أيضا يمارسها بصورة فعلية [80] ص 225 . فالديمقراطية ليست مجرد شكل من أشكال الحكم فحسب بل هي نظام من نظم المجتمع كذلك وإذا كانت الديمقراطية كلمة غير عربية أصلا إلى أن الحضارات المختلفة قد تبنتها أو على الأقل أومأت إليها. قال تعالى " و أمرهم شورى بينهم " و قال تعالى " و شاورهم في الأمر " و للرسول عليه الصلاة والسلام مواقف كثيرة عبر من خلالها في سننه المختلفة



عن هذا المعنى و هذا الطريق في الحكم .قال عليه الصلاة و السلام " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق". ثم جاء حديث شريف آخر في قوله صلى الله عليه و سلم " إن أفضل الجهاد عند الله كلمة حق عند سلطان جائر ".حتى الصحابة رضوان الله عليهم مارسوها قولاً و عملاً قال عمر بن الخطاب لشخص أراد أن يمنع أعرابيا من إنتقاد الخليفة العادل عمر دعه يقولها " فلا خير فيكم إن لم تقولوها و لا خير في أن لم اسمعها "[ 50 ] ص 226 .

و الديمقراطية إصطلاحاً بهذا لا تعني نفس المستوى من المشاركة الشعبية في كل الأزمنة و الأمكنة و رغم هذا الإختلاف و التطور الذي عرفته الديمقراطية من إعتبارها مذهباً سياسياً يقوم على المذهب الفردي ثم إلى ديمقراطية تقوم مع مفهوم إجتماعي للعلاقات الإنسانية و السياسية . فكان من نتيجة هذا التطور إستطاعت الديمقراطية الغربية أن تحتفظ بطابعها الدستوري، الذي ترادف مع مفهومها منذ دوراتها الأولى وهي الديمقراطية المعروفة بالدستورية وتشمل الديمقراطية الدستورية على مبادئ معروفة بالخصائص أمست من صلبها المعتاد و كنه الأنظمة السياسية التي تتحقق بها [ 08 ] ص 304.

### 2.1.1.2.1. صور الديمقراطية

إن الديمقراطية تعني أن الشعب هو أصل و مرجع كل السلطة السياسية ، فقد يمارس سلطته بنفسه و مباشرة و تسمى الديمقراطية المباشرة و قد يمارسها عن طريق نوابه في البرلمان و تسمى غير المباشرة ، و قد تمارس عن طريق إنتخاب النواب في البرلمان مع إحتفاظ الشعب بحقه الأصيل في ممارسة السلطة و تسمى بشبه المباشرة.

و دستور كل دولة هو الذي يحدد الصورة التي يأخذ بها كنظام للحكم ، فعملية الرقابة الدستورية موجهة أصلاً إلى إحتمال تجاوز البرلمان الإختصاص المحدد له دستورياً و من ثمة فموقع البرلمان في النظام السياسي و المكان الذي يشغله يحدد إلى حد كبير نوع رقابة الدستورية المطلوبة . ففي ظل الأنظمة النيابية أين يملك البرلمان منفرداً ممارسة سلطاته فإن الحاجة تبدو ماسة إلى رقابة دستورية فعالة أكثر منها في النظام النيابي شبه المباشر لإشتراك الناخبون مع البرلمان في سلطاته [ 06 ] ص 224.

إن الحركية التي عرفتها الديمقراطية من وصفها الكلاسيكي بالنظر إلى الوسائل و الآليات المعتمدة في تطبيقها ، قد تخطته غاية و هدف الديمقراطية في العصر الحالي من توفير الشروط المادية الملائمة التي تجعل الإنسان يتمتع بكل حقوقه المعترف بها في النصوص خاصة الدستور . وكي لا نخوض أكثر لما آلت إليه الديمقراطية في الأنظمة الحديثة ، نرى أن الرقابة على دستورية القوانين لا تتعارض مع غاية الديمقراطية ، بأن هدف كل منهما هو حماية الفرد من تعسف السلطة . فهي تسعى إلى تطبيق العدالة الدستورية من خلال تطبيق القاعدة القانونية المجسدة في الدستور و المعبرة عن الإرادة الشعبية السيدة.

## 2.1.2.1. مدى شرعية الرقابة الدستورية

لقد عرف دور الدولة تطورا كبيرا من الناحية الإجتماعية و الثقافية و السياسية مما يجعل القاعدة القانونية تواكب ذلك التطور وأنه حتما يؤثر على تطور الرقابة الدستورية رغم ما لفته هذه الأخيرة من سجل قانوني لكن يثار إشكال شرعية الرقابة إتجاه القوانين المعبرة عن الإرادة في ظل الأنظمة البرلمانية. و كذا في ظل التطور الملحوظ في المنظومة القانونية للدولة . وهذا ما سنتناوله في مدى تقيد السلطة بالقانون وعلى اعتبار الدستور كأساس لخضوع السلطة لأحكام القانون وشرعية الرقابة الدستورية في الفكر الإسلامي كمقاربة للمفاهيم.

### 1.2.1.2.1. تقيد السلطة بالقانون

إن الوقوف على مدى شرعية الرقابة الدستورية يجعلنا نقف على المرحلة التي كانت تسيطر فيها النظم البرلمانية يعود أساسها لمحاربة الإستبداد و الطغيان الذي كان سائدا في أوروبا و ذلك من أجل تقيد الحاكم و إخضاعه لسلطة القانون ، وهذا بعد صراع و ثورات عديدة منها الثورة الفرنسية و ما نتج عنها خاصة بعد صدور إعلان حقوق المواطن و الإنسان الصادر عقبها و ما تلاحقت بعدها من دساتير.

بالرجوع إلى أحكام المادة 04 من إعلان حقوق المواطن والإنسان فإنها تحدد ضوابط للحرية فمن الواجب قانونا إحترام هذه الضوابط فالقانون واحد للجميع ما تنص عليه المادة 6 من الإعلان [81]. كما أن دستور فرنسا لسنة 1791 من أهم الأسس التي قام عليها أنه لا يوجد في فرنسا سلطة تعلو على القانون، جعل نية المشرع الفرنسي واضحة في إخضاع الحقوق و الحريات العامة للقانون و بالتالي حسب نظر الأستاذ : شوفاليي أن القانون كان يتمتع بسلطة مطلقة لا تتوقف عند مسألة الخضوع له ، بل بتضامن أبناء الشعب مع مضمونه [82] ص 232. و أمام سيادة القانون في تلك الفترة تجسدت فكرة أن القاعدة القانونية عامة و مجردة يتساوى أمامها الجميع .

كما يرى "كاري دي مالبرج " أن العمومية في القانون تعني أنه قاعدة لا تتعلق بحالة خاصة و حالية ولا بأشخاص محددين و لكننها قاعدة وصفت مسبقا لتطبق على الحالات و على كل الأشخاص الذين يدخلون ضمن التصور المطلق لنص القانون. ورغم إنتشار بعض الآراء والأفكار التي إعتبرت بأن فكرة تقيد السلطة و خضوعها للقانون ظهرت من العصور القديمة كأقوال أفلاطون الذي كان يرى إن الجهة التي تتولى السلطة يجب أن تتجلى بالأخلاق من أجل كفالة النفع للأشخاص. وحتى لا تبتعد السلطة من هذه الغاية يجب وضع قيود شتى لكبح جماحها و دفع المغريات عنها لتبقى مرتبطة بالصالح العام . كما أنه يرى بأن قواعد المشرع توجه لأغلبية الأشخاص وللقوائع الأكثر حدوثا [03] ص 81.

كما أن أرسطو لم يخرج عن ذلك وسقراط في إخضاع الجميع من حاكم ومحكوم للقانون المدون ، وهذا ما أيده القديس كوما الأكويني الذي يرى أن القانون بصفته العامة يشكل قاعدة مستنبطة من العقل بهدف الصالح العام . إلا أنه ورغم إنتشار تلك الأفكار إلا أن معظمها تؤكد أن السلطة بصفة عامة لا تأخذ بفكرة الخضوع لقواعد تسمو عليها أو لحدود معينة تقيد سلطاتها[55] ص 118 . فإن هذه النظرة التقليدية التي سادت أوروبا في تلك الفترة أدت إلى عدم الإعتراف بشرعية الرقابة الدستورية و أستمر الأمر على حاله إلى غاية منتصف القرن العشرين و ذلك من خلال ظهور فكرة التفرقة بين الدولة القانونية ودولة القانون، أي مرحلة الثورة الدستورية و بروز الدساتير الحديثة وهذا ما سنحاول التفصيل فيه في العنصر اللاحق.

### 2.2.1.2.1. الدستور كأساس لخضوع السلطة لأحكام القانون

لقد أرجع جل الباحثين فكرة التفرقة بين الدولة القانونية و دولة القانون إلى العلامة كاري دي مالبرج و ذلك من خلال إعتقاده بأن روح دولة القانون تتجلى في النصوص الدستورية التي تعد الأساس في تحديد حقوق المواطن التي تعد هي الأسمى ولا تطالها تعديتات المشرع و ذلك من خلال تحديد صلاحياته كمشرع و أن يكون المواطنين مسلحين بجل الوسائل القانونية المتاحة حتى يتم مهاجمة أعمال السلطة الإدارية المنحرفة و التي تشكل تعد صارخ لحقوقهم الشخصية[83] ص 492.

إن بروز مصطلح دولة القانون بفكرة إخضاع الجميع حكام ومحكومين للقانون الساري في الدولة يعود أساسا للنظرة التي عرفها الدستور بل يعتبر البعض أن الحكام ليسوا فوق القانون و إنما يمارسون وظائفهم في حدود الصلاحيات التي حددتها لهم النصوص القانونية وكل نشاط تقوم به الدولة يجب أن يتأسس على القانون و لا يقومون بأي عمل إلا بناء على نظام قانوني[84] .

و لقد عرف المصطلح عدة مترادفات ،مبدأ خضوع الدولة للقانون ، مبدأ سيادة القانون ،مبدأ المشروعية و مبدأ الشرعية و غيرها .إن هذه النظرة الجديدة و التطور الذي عرفه مبدأ الخضوع للقانون أثر على مفهوم الشرعية تطورا أنتقل من شرعية ما يصدره البرلمان من قانون إلى شرعية دستورية يخضع الكل فيها للقاعدة الدستورية تحقيقا لمبدأ سمو و تدرج القوانين رغم ما يعترى هذا المبدأ من عقبات من الناحية العملية.

أنه ورغم المكانة التي وصلت إليها القاعدة القانونية لما عرفته من تطورا بعد الثورة الدستورية أفرز تصورا جديدا بأن القاعدة الدستورية جاءت ليس لتقييد الإرادة العامة بل إخضاع القاعدة لروح الدستور. إن هذا التغير في نظرة الفقه إلى القانون راجع إلى عدم وضع الثقة المطلقة في النص القانوني كأساس لضمان حقوق المواطن و حرياتهم لأنه رغم الإيمان بوجود أنظمة ديمقراطية خاصة منها البرلمانية لكن التغيرات الإيديولوجية و التي تحصل من خلال

تداول الأغلبية البرلمانية ، لكل مرحلة من مراحل الحكم تصبح فيها القاعدة القانونية عرضة للتوجهات السياسية للأغلبية البرلمانية ، لذا نظر الفقه من باب التحفظ و التخوف من البرلمان هل يعتبر القانون معبر عن الإرادة العامة أم لا ؟ فإنقسمت الدراسات إلى إتجاهين: الإتجاه الذي قاده كلسن و الذي وصف القانون بأنه تعبير عن إرادة البرلمان الذي يتمتع بإرادة الأغلبية الإنتخابية و إتجاه يرى بأن القاعدة القانونية تعد من صميم فكر المشرع . لذا كان لازما أمام تطور دور الدولة في تنظيم كيان المجتمع رغم التنوع و الإختلاف إصدار قوانين تتماشى و التطور الحاصل وذلك تحقيقا للصالح العام من صيانة و حماية حقوق و حريات الأفراد تجسيدا لدولة القانون أي تجسيد غاية الديمقراطية بمعناها الجديد.

وأمام هذا التغيير الذي عرفته الدولة كان لزاما وضع قانون أسمى و المتمثل في الدستور و تغيير النظرة تجاهه من أنه مجموعة نصوص أساسية إلى أن يلعب دورا في بلورة العلاقة بين الحاكم و المحكوم من حماية لحقوق و حريات الأشخاص أي تقييد السلطة سواء كانت التشريعية أو التنفيذية لأحكام الدستور . وأمام ما أصبح عليه الدستور في مكانة أسمى يفرضه إحترام الجميع للقانون على حد سواء حاكم أو محكومين كان لزاما من وجود آلية لأجل حماية حريات و حقوق الإنسان التي تأتي بها القوانين وهو ما تجسد في الرقابة الدستورية والتي تعد دعامة أساسية في تقييد المشرع بفرض رقابتها على القوانين التي يصدرها ، و ذلك من أجل الحفاظ على ديمومة الأنظمة الديمقراطية .

كما أن التجارب أثبتت انه لا يكفي قيام المؤسسات و الأنظمة لرعاية مصالح الفرد و الجماعات كما لا تكفي التقنيات وحدها لحماية حقوق الإنسان بل أن عامل الرقابة الفاعلة و الدائمة بل المستمرة له أهمية النصوص و مؤسسات الرقابة [ 85 ] 13. هذه نظرة الفكر الوضعي لشرعية الرقابة الدستورية فمأشروعيتها في الفكر الإسلامي.

### 3.2.1.2.1. شرعية الرقابة الدستورية في الفكر الإسلامي

كان لظهور الإسلام و ما قام به السلف الصالح بنشره ، أثر عظيم في تغيير الأفكار و النظريات و النظم الضالة في الغرب المسيحي فقد تأثر بما جاء به الإسلام على وجه التحديد من خلال إتصال جيوش المسيحيين بالمسلمين أثناء الحروب الصليبية . فإذا كان للأنظمة الليبرالية الديمقراطية كما تدعى سجل كبير حول مدى مطابقة أحكام القوانين التي تصدر منها للدستور و ما مدى خضوع الحاكم و المحكوم لها جدل كبير . فإن الفكر الإسلامي واضح في وضع القيود على السلطة التشريعية و ذلك بأن أي إجتهد من طرف المختصين أو أي قرار يتخذ من الحاكم ، فإنه و حتى يكون قابل للتنفيذ أن لا يكون مخالف للأحكام الثابتة الدلالة لوروده في القرآن الكريم أو في السنة النبوية لهذا فالنص الذي يصدر مخالف للقرآن أو السنة يعد لا غيا و يمكن الدفع بعدم دستورية من أي كان .

فالأحكام الشرعية وبالنظر إلى المتفق عليها ، الكتاب والسنة والإجماع والقياس بأنها مرتبة في تدرج هرمي تملو كل قاعدة الأخرى ، بحيث لا يجوز للقاعدة الأدنى مخالفة القاعدة الأعلى ، ولا يجوز للمشرع أو القاضي الإتجاه إلى الدليل الأدنى قبل أن يتيقن من عدم وجود الحكم في الدليل أو المصدر التشريعي الذي يعلوه ، فلا يجوز اللجوء إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل التحقق من أن ليس في القرآن الكريم حكم تفصيلي يحكم الموضوع الذي يتم بحثه [ 86 ] ص 18 . وعليه فان الطعن بعدم الدستورية في الإسلام يثار بمجرد وجود أمر أو قرار مخالف لنص قطعي الثبوت و الدلالة في القرآن الكريم أو السنة النبوية أو ما أجمع عليه العلماء.

لذا يظهر بأن الفكر الإسلامي كان سابقا في إعطاء شرعية الرقابة الدستورية مكانتها و ذلك من أجل إحقاق الحق وإزهاق الباطل تحقيق للمبدأ الراسخ في الشريعة الإسلامية " الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر " فالنصوص القطعية الدلالة مسؤولية كل مسلم بالتزامه الحدود المسطرة و التي بها تقوم الشرعية الإسلامية ويكون أمامها الناس سواسية سواء حكام أو محكومين .

### 3.1.2.1 دور الرقابة الدستورية

تعد الرقابة على دستورية القوانين إحدى الدعائم الأساسية لحماية الشرعية في ضبط حدود العلاقة بين السلطات في الدولة مع وضع قيود قانونية من أي تعسف في إستعمال السلطة المرسومة دستوريا . وهذا ما نتناوله في العناصر التالية :

#### 1.3.1.2.1 حماية مبدأ تدرج القوانين

إن أصل مبدأ الشرعية يعني إحترام التشريعات في الدولة من قبل الجميع حكام ومحكومين وهذا تكريسا لمبدأ سمو الدستور و تدرج التشريعات والقوانين، و عليه كان لزاما إحترام القاعدة الدستورية و إعطائها الأولوية لإعتبارها هي الأسمى فإن السلطة تكون دائما مقيدة به و لا يجوز لها أن تخالف أحكامه و في حالة تعدت الدستور فإنها تكون قد فقدت صفتها القانونية [ 03 ] ص 169 . فما دام الدستور هو الذي يضع الأسس العامة في الدولة من إنشاء السلطات العامة و تحديد إختصاصاتها فمن الطبيعي أن تخضع له جميع الممارسات داخل الدولة ، و بأن السلطات المنشئة لا يجب بالإعتراف بالقيمة القانونية لأي عمل صادر عنها مخالفا لروح الدستور أي الإطار الذي حدد لتلك السلطة خاصة بعد التطور الذي عرفته الوظائف داخل الدولة و إتساعها في جل الأنظمة السياسية .

لكن هل يكفي لوجود مبدأ تدرج القوانين أن الدولة مقيدة بالقواعد الدستورية وما الذي يضمن إن إحترام سلطات الدولة مثل هذه المبادئ . إن علو الدستور تصبح كلمة عديمة القيمة " جوفاء " إذا أمكن مخالفتها من جانب أجهزة

الدولة بلا جزاء [ 87 ] ص 63. فإذا كان سمو الدستور يعد أحد مظاهر الشرعية ،فهو الذي يضع الجزاء لمنع أي تصرف مخالف له والقضاء ببطلانه كل هذا تكريسا للدولة القانونية أي إخضاع جميع السلطات الحاكمة في الدولة لأحكام الدستور و لا تكون أعمالها مشروعة إلا في حدود المطابقة لأسس وروح الدستور.

لكن و إذا أخذنا بعين الإعتبار عدم إجازة تفويض السلطات و الصلاحيات إلا في إطار الدستور والتي تعد أحد النتائج الحتمية لمبدأ سمو الدستور وهذا بعد التطور الذي عرفته الدولة الحديثة بأن الحكام لا يمارسون السلطة كأصحاب حق وإنما باعتبارهم مفوضين من الشعب بما حدده الدستور [ 03 ] ص 171. لكن قد يثار إشكال كيف يعرف هذا التجاوز و ما هو الجزاء المطبق على المخالف ؟ .

إن الأصل في مراقبة أعمال السلطة يعود إلى الرأي العام و المتمثل في الجماعات الضاغطة و الأحزاب السياسية ووسائل الإعلام و غيرها و هذا من أجل توحيد الصف و إتخاذ قرارات سليمة مبنية على أساس أكاديمي مستوى ثقافي لدى الأغلبية بعدها يمكن طرح فكرة الدستورية من طرف أغلبية الرأي العام . إلا أنه و رغم مساعي هذه الجماعات الضاغطة و الوعي المنتشر بين أفرادها يثار إشكال المعرفة القانونية بإعتبار الرقابة عملية تقنية و فنية حتى يمكن من خلالها التفرقة بين التصرفات الخاضعة للدستور و المخالفة له ، كما إننا نعيش اليوم متغيرات كبيرة و توجهات إيديولوجية متفرقة قد تغير المنحى الحقيقي لطموح أي جماعة و هذا ما يظهر جليا في توجهات الأحزاب السياسية و أهداف الجماعات الضاغطة ووسائل الإعلام المستغلة و المنحازة لطرف على حساب الآخر.

أنه و رغم الدور الذي يمليه الرأي العام إلا أنه يبقى حبيس التكوين القانوني بل و أبعد منه فلا يتصور الخرق الواضح و الصريح من طرف أي سلطة لأحكام الدستور هذا لما تملكه الدولة من إمكانية وضع نصوص قد تغيب فكرة إثبات مخالفتها لروح الدستور حتى على أصحاب الإختصاص فلا يمكن إعتبار الرأي العام بهذا وسيلة من وسائل الرقابة إذا لم تكن هذه الرقابة ذاتها محاطة بأليات فنية.

### 2.3.1.2.1. الرقابة تحافظ على توازن عمل السلطات

يعتبر مبدأ الفصل بين السلطات من المبادئ الأساسية التي قامت عليها النظم الليبرالية ففي أعقاب الثورة الفرنسية عام 1789 تبنى إعلان الحقوق الفرنسي هذا المبدأ إذ نصت المادة السادسة عشر منه على أن كل جماعة سياسية لا تتبنى مبدأ الفصل بين السلطات لا يمكن أن توفر الضمانات الأساسية للحقوق و الحريات ، و من ثم فهي جماعة لا دستور لها [ 88 ] ص 101 . إن العلاقة التي تجمع بين الرقابة و مبدأ الفصل بين السلطات يجعل وضع تسليط الضوء على الرقابة لفهم معناها الحقيقي و أهدافها و الغاية من تفعيلها، لذا كان مبدأ الفصل بين السلطات أحد المبررات الأساسية لمعارض الرقابة الدستورية ، لكن في النقيض حجة دامغة لمؤيدي حق القضاء في الرقابة الدستورية على

القوانين ، إلا أنه من الناحية العملية أثارت جدلا بين الأنظمة المطبقة للمبدأ. إن المتأمل في معظم نظم الحكم المختلفة التي تطبق المبدأ نجد أن الأوضاع كادت أن تعود مرة أخرى إلى نظام تركيز معظم السلطات في يد هيئة واحدة. فلقد أصبحت الأنظمة الآن تتغلب فيها من الناحية العملية كفة إحدى السلطتين التشريعية أو التنفيذية على السلطة الأخرى.

لكن الواقع يؤكد أن مبدأ الفصل بين السلطات لم يكن يوما ليهدد وحدة الدولة بل أكثر الدول تماسكا أكثرها تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات ، هذا وعلى الرغم من أن الكثير من الفقهاء إعتبروا أن المبدأ نظري يصعب تحقيقه في الواقع وأن توزيع المسؤولية هو تفتيت للسلطة وهذا إضعاف شامل لمفاصلها فتتشعب المسؤولية بين الهيئات والأفراد يصبح من السهل التهرب من المسؤولية و إلقاء التبعات على الغير ، أما توحيد السلطة فيسهل تحديد المسؤولية و بالتالي توقيع الجزاء المنصب على المخطئ . فالدولة تكون قوية إذا تركزت السلطة في يد هيئة واحدة وتوزيع السلطة يتنافى مع وحدتها ووحدة سلطانها وإرادتها[89] ص 22-23. و في هذا يرى "ديفيرجيه" بأن مبدأ الفصل بين السلطات مازال من الناحية الرسمية و النظرية أساسا من أسس القانون العام في الدولة الغربية لكن من الناحية الواقعية فقد تدرجيا أهميته و معناه [90] ص 103.

و أمام هذا السجال الفكري حول مبدأ الفصل بين السلطات لماله من أهمية على الأقل نظرية لا بد أن نحفظ هذا المبدأ و نحده بحدود كل سلطة ، وذلك بألية الرقابة الدستورية فهي تضع حدا لتجاوز السلطة التشريعية ومنع إنحرافها عن الحدود المسطرة لها دستورا فهي تنصدي لأي قانون تصدره السلطة التشريعية مخالفا لروح الدستور، أي أنها تفرض رقابة دائمة و مستمرة على حركية التشريعات وفقا لما تمليه التغييرات في الدولة حتى تقيد بل تضع حدود كذلك للسلطة التنفيذية في التشريع.

ففي الجزائر ما تعلق بالتشريع بأوامر بين دورتي البرلمان حسب المادة : 58 من الدستور تعد الرقابة الدستورية الآلية الفاعلة في حماية التشريع بوضع قيود على السلطة التنفيذية في مجال التشريع يجعلها في حدود ضيقة و مستعجلة جدا و ذلك لضمان حقوق وحرية الأفراد . ولعل أبرز مثال يعطى في الفقه القانوني المقارن في توضيح أهمية الرقابة في مواجهة ما يسمى بالتفويض التشريعي والإحتفاظ بالتوازن الدستوري بين السلطات هو ما قامت به المحكمة الإتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في مجابهة التفويض التشريعي من جانب الكونجرس في نقل إختصاصاته التشريعية إلى الرئيس حتى لا تتضخم سلطاته و لا يصبح حكما بأمره على صورة لا تقبلها روح فكرة الحكومة المقيدة التي قام عليها الدستور.

كما يؤكد الفقه الدستوري المعاصر على أن ما ذهب إليه مونتسكيو في موضوع مبدأ الفصل بين السلطات ، يعني أمرا أبعد من مبدأ توزيع السلطات ، حيث يستلزم فصلا عضويا يجعل جميع السلطات الحاكمة في الدولة على قدم المساواة ويمنع طغيان إحداها على الأخرى فكل هيئة حاكمة هي بمثابة ضابط أو رادع لغيرها " سلطة توقف سلطة "[55] ص 271 وما بعدها . في الوقت نفسه فإن ما تتمتع به السلطات من إستقلالية من حيث التكوين والإختصاص

لا يمنع من إيجاد آليات دستورية للمشاركة أو التعاون بين السلطات مع الحرص الصارم على توفير أدوات المراقبة المتبادلة لضبط التوازن بين السلطات [91] ص 11. فإن تصدى الرقابة في وجه ما تضمنه التفويض التشريعي واسع المدى فقد أدت خدمة لا يمكن الإستهانة بها للنظم الدستورية وذلك بوضعها الحدود للسلطات وفقا لما تمليه أحكام الدستور وبهذا يتحقق ما يعرف بالتوازن بين السلطات.

إن الخضوع لأحكام الدستور من قبل السلطة التشريعية أو التنفيذية بل والسلطة القضائية لا يتأتى دون وجود رقابة دستورية فاعلة على إختلاف الأنظمة ، سواء البرلمانى منها أوفى ظل النظام الرئاسى مما يجعلنا نقف على أثر النظم الديمقراطية كضمانة للحريات وبالتبعية أثرها على مبدأ الفصل بين السلطات حسب النظام البرلمانى ثم فى ظل النظام الرئاسى .

فى النظام البرلمانى: الواقع أن النظرة إلى الرقابة الدستورية فى النظم البرلمانىة تغيرت بحيث أصبحت تعتبر حجر الزاوية فى النظام وذلك بتغير الغاية التى وجدت من أجلها الرقابة بالحفاظ على توزيع الصلاحيات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية إلى ضمانة للحريات والحقوق.

إن الواقع العملى للنظام البرلمانى يختصر مبدأ الفصل بين السلطات بين سلطتين سلطة الأكثرية التى تتمتع بسلطتى التشريع والتنفيذ. وسلطة المعارضة التى تتمتع بسلطة الرقابة وهو ما عبر عليه أن التطبيق العملى لمبدأ فصل السلطات فى يومنا قائم على التمييز بين سلطة الفعل وسلطة المراقبة [82] ص 225. إن التناغم بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، يوصل إلى نتيجة أن هاتين السلطتين تنتميان إلى المجتمع السياسى ، وإذا لا ينفى الدور الذى تؤديه السلطة القضائية من خلال تطبيق القانون والأنظمة فى حماية أفراد المجتمع ، إلا أن المجلس الدستورى يحتل مركزه خارج مجال السلطات الثلاث فموقعه هو على التقاطع ما بين المجتمعين السياسى والمدنى مؤسسا لعلاقة دستورية جديدة بين المجتمعين من خلال إلزام أجهزة الدولة بإحترام حقوق المحكومين [92] ص 402.

فالعلاقة الدستورية الجديدة التى فرضها المجلس الدستورى فى النظم البرلمانىة الديمقراطية تظهر فى السلطة الواحدة الأمرة والمتمثلة فى الإرادة العامة المجسدة فى نصوص الدستور وهذا ما عبر عليه المجلس الدستورى الفرنسى "بأن القانون لا يعبر عن الإرادة العامة إلا بإنطباعه على الدستور" [93] ص 448 . وأن تطبيقات الرقابة الدستورية فى النظم البرلمانىة الديمقراطية تخلص إلى أن السلطات الثلاث تكون موزعة بشكل أفقى ، يحكمها النص الدستورى الذى يعتبر هو المرجعية الوحيدة التى تحدد إختصاصات كل منها ، وهكذا تكون الرقابة قد طوت النظرة التقليدية لمبدأ الفصل بين السلطات التى طبقت بشكل عمودى تعلوه السلطة التشريعية التى ألبست رداءة الإرادة العامة لتحجب أحكام الدستور .



في النظام الرئاسي : إن التطرق إلى النظام الرئاسي وأثره على الديمقراطية والحريات يجعلنا نقف عند النظام الأمريكي وما حققه من نجاح على جميع الأصعدة عد بذلك نموذج الأنظمة الرئاسية. إن طبيعة النظام السياسي تعطي المعنى الحقيقي لحقوق الإنسان وحريات المواطن إذ تقدر بالنظر إلى تركيبة المؤسسات . مما أدى إلى الإعراف بأهمية مبدأ الفصل بين السلطات ضمن القانون الدستوري المعاصر وإدماجه ضمن الحريات الأساسية وبالخصوص هو الذي حث الأباء المؤسسين على إبتكار النظام المؤسساتي الأمريكي ، خاصة النظام المتعلق بالتركيب الثنائي للكونغرس [ 94 ] ص 29.

وأنه لا يستبعد حتى اليوم أن السلطة التشريعية هي المؤسسة الأكثر تمثيلا للديمقراطية ورمزها المفضل يبرر التفوق الذي منحه لها الدستور على حساب الدول الأعضاء حتى وإن كان الكونغرس أقل إعتبار وفعالية بسبب تعقد تنظيمه وسيره وتماطل نشاطه الناتج عن أسلوب المناقشات داخل المجلسين [ 94 ] ص 29. مما يجعل النظرة للنظام الرئاسي المطبق في أمريكا لا تؤدي بالضرورة إلى هيمنة السلطة التنفيذية ، أمام وجود محكمة عليا تجسد العدالة بلعبها الدور الحاسم المنوط بها في المجال القانوني والسياسي . لهذا جاءت إجتهاادات المحكمة العليا في أمريكا لتعطي مبدأ الفصل بين السلطات الجامد منهجية وروحية جديدتين ، تجعله يتوافق مع متطلبات الديمقراطية في النظام الرئاسي والذي يعد دعامة في تجسيد الحقوق والحريات الأساسية [ 95 ] ص 309.

### 3.3.1.2.1. الرقابة تقيد السلطة التشريعية

يشهد تاريخ الحرية في المجتمعات الغربية على أن ديمقراطيتها إنما كانت وسيلة نضالها في سبيل حريتها ، فأخذت شكل الديمقراطية السياسية ، المبنية على الحريات العامة و الحقوق الفردية ، و المعتبرة من عناصرها الجوهرية إلا أنه و بالإضافة إلى ذلك فالديمقراطية الغربية تتعدى بفكرة السيادة " مبدأ سيادة الأمة " [ 08 ] ص 304.305

فنظرية سيادة الأمة يعتبر إتجاه من الفقه بان الأخذ بها يعد مساس بحقوق وحريات الأفراد لأن القوانين التي يصدرها البرلمان حسبها يجب الخضوع لها لأنه يعبر عن إرادة الأمة مما يؤدي إلى إستبداد السلطة التشريعية . فإذا كان مبدأ السيادة كفكرة سياسية و نظرية قانونية وليد ظروف تاريخية خاصة بأوروبا سمي منها فرنسا في سبيل الخروج من ظلم و إستبداد الحكام ليصبح اليوم مرادفه للديمقراطية بل مندمجا معها لأنها تؤكد أن سلطة الدولة تستمد مصدرها من الشعب.

فالشعب ينتخب من ينوبه في البرلمان ليعبر عن إرادته ، لكن يثار إشكالية وعي هذا الشعب في إختيار هؤلاء الممثلين بالإضافة إلى أن البرلمان ما هو إلا تمثيل لأقلية من الهيئة الناخبة و ليس تعبير عن الأغلبية. كما أن الكفاءة لأعضائه تعد محل جدل لأن في الأصل يتم إختيارهم من مناضلي الأحزاب و قد يكونون يفتقرون إلى أدنى

تكوين قانوني بل علمي وهذا ما نلاحظه بشأن المستوى العلمي للمرشحين سواء في الجزائر، أو حتى في الدول المتطورة كفرنسا و هذا ما ورد على لسان بارتوماي " ويوجد بين أعضاء البرلمان الفرنسي من لا يصلح للعمل في أية وظيفة من الوظائف الصغيرة في المقاطعات " [ 96 ] ص 63. و بالإضافة إلى إشكالية المستوى العلمي نجد ثقافة العمل للصالح العام وهو الباعث الحقيقي في دفع أي مسار أو بناء ديمقراطي وهذا ما نلاحظه من خلال الممارسة بتغليب المصالح الشخصية على المصلحة العامة.

و عليه يمكن إن نخلص أن أعضاء البرلمان هم أشخاص لا كفاءة لهم في إصدار قوانين تراعى فيها أحكام وروح الدستور، مما يفتح الباب للسلطة الحاكمة في تسيير مشاريعها وفق للأهواء والأغراض السياسية المراد تحقيقها ولوعلى حساب الحقوق والحريات. ولكي يمنع السلطة من الإستبداد أن تكون هناك رقابة دستورية فعالة بوضع حدود وإطار للمشرع وفقا لما تمليه المبادئ الدستورية العليا التي تجسد في وثيقة الدستور. فبوجود هذه الرقابة يكون البرلمان أمام وجوبه التريث و التدقيق في القيام بأي عمل تشريعي حتى لا يكون فيه مساس بالحقوق و حريات الأفراد.

#### 4.3.1.2.1 الرقابة ضمانات أساسية لحماية الحقوق الحريات الفردية

تعد الحقوق و الحريات الفردية أهم دعائم الأنظمة الديمقراطية الحديثة وذلك بتجسيدها في الدساتير والقوانين رغم الإختلاف في طبيعة الأنظمة من حيث تركيبها الإجتماعية و الثقافية و الإقتصادية. إذ كان لزاما على المنظمات الدولية وحتى الدول في إصدار القوانين أن تتقيد بما تمليه حريات الأفراد داخل الدولة ، و أن تكون هناك قناعة راسخة من طرف أجهزة الدولة في إحترامها و ذلك ليس من خلال تدوينها و الترويج لها عبر القنوات العديدة المتوفرة و إنما بوضع آليات فعالة لحمايتها. ن سمو القاعدة الدستورية هو المانع و الحاجز الواقعي لهذه الحريات من أي تعدد كان ولا يتأتى ذلك إلا بجهاز عدالة مستقل و نزيه يمكن تحديدها في هيئة دستورية مستقلة تكريسا للرقابة الدستورية و التي تعد الضامن لحماية حريات و حقوق الأفراد .

وإذا كانت الرقابة الدستورية ضمانات هامة لحماية الأفراد وحررياتهم في الظروف العادية ، فإنها ضرورة حتمية لحماية هذه الحريات في الأوقات الاستثنائية التي تسود فيها إرادة الإدارة كحالة الطوارئ وحالة الحرب ، و هنا نكون أمام إستبداد الإدارة ، لكن ومهما يكن من ظروف فعلى الرقابة الفعالة أن تقف في وجه أي تجاوز من طرف النظام الحاكم [ 55 ] ص 180.

فإذا كانت هناك تجارب عديدة مرت بها الدولة الآخذة بالرقابة ، تؤكد أن هذه الأخيرة لعبت دورا هاما في حماية الحريات الفردية كما فعلت المحكمة الدستورية في إيطاليا حكمها الصادر سنة 1956. وهو يقوي من حرية

الصحافة و الفكر التي كلفتها المادة 21 من الدستور سنة 1948 . حيث ألغت نصوص قوانين البوليس التي كانت تطالب الحصول على موافقة سلطة البوليس مقدما قبل توزيع المواد المطبوعة . أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن وجود رقابة قضائية على دستورية القوانين من جانب المحكمة العليا دافعا للكونجرس على التروي والتأني كثيرا قبل إصدار أي قانون يمس الحريات العامة.

أنه وبالرجوع إلى التجربة الجزائرية خاصة بعد إستقالة رئيس الجمهورية الشاذلي بن جديد يوم : 1992/01/11 أمام أعضاء المجلس الدستوري . هنا وقعت الجزائر في إشكالية دستورية لإستقالة رئيس الجمهورية وكذا إلغاء الدور الثاني للإنتخابات التشريعية وهذا ما يجعلنا نقف على أحكام المادة 84 من دستور 1989 والتي تنص الفقرة الرابعة والخامسة و السادسة منها" في حالة إستقالة رئيس الجمهورية أو وفاته يجتمع المجلس الدستوري وجوبا ويثبت الشعور النهائي لرئاسة الجمهورية. و تبلغ فوراً شهادة الشغور النهائي للمجلس الشعبي الوطني الذي يجتمع وجوبا [ 04 ] ص 103 و [ 35 ] . يتولى رئيس المجلس الشعبي الوطني مهام رئاسة الدولة مدة أقصاها خمسة و أربعون يوما تنظم خلالها إنتخابات رئاسة " . إلا إن هذه المادة إصطدمت مع إلغاء الإنتخابات التشريعية وشغور مؤسسة المجلس الشعبي الوطني رغم مخالفة هذه الأخيرة لأحكام المادة 120 من الدستور [ 04 ] ص 103 .

هنا دخلت الجزائر في دوامة و خرق صارخ لأحكام الدستور كان من الأجدر على المجلس الدستوري التصدي لكن إشكالية الإخطار التي تقتصر على رئيس الجمهورية وتمت إستقالته وشغور المجلس الشعبي الوطني . فتوقف عمل المجلس الدستوري عن الإنتاج حتى سنة 1995 . فلو كنا أمام قضاء دستوري مستقل للعب هذا الأخير دورا في حماية الحقوق و الحريات ووقف أمام التجاوزات التي حدثت في تلك الفترة . فالقضاء الدستوري يضطلع بمهمة سامية لا تقتصر على إخضاع أجهزة الدولة لمبدأ تدرج القوانين ، بل أن يجسد الآلية التي من خلالها تخضع الدولة لإحترام حريات الإنسان وحقوقه ، بحيث لا تكون دولة القانون مجرد قانون ، بل القاعدة القانونية المعبرة عن تلك القيم و الحقوق تعطي للمواطن حقوقا في مواجهة السلطة .

إن هذه الحقوق تستمد من النص القانوني ليستطيع من خلالها تجسيد واقعه وحرياته ، هذا الواقع لم يستطيع المواطن تحقيقه ، لولا التغير الجذري في النظرة إلى الديمقراطية الحديثة التي جاءت لتدعم الديمقراطية التقليدية ، هذه الأخيرة كانت تقوم على معادلة الديمقراطية من خلال النص القانوني في حين الحديثة تعبر عنها معادلة الديمقراطية من خلال الدستور [ 92 ] ص 397 .

لذا فإن ربط الحقوق والحريات بالدستور أعطاها مجالا واسعا لكي تواكب ضمانات هذه الحقوق والحريات التطور الذي يواكب حركية المجتمع ، فالدستور لم يعد مجرد نص سياسي ناتج عن توافق قوى المجتمع ليؤدي دورا ثانويا

لكنه أصبح وثيقة قانونية تفرض قواعدها على جميع السلطات ، وفي الحالة السلبية يترتب على ذلك إعمال هذه القواعد من قبل القضاء[92] ص 332

### 2.2.1. النظرية الفقهية للرقابة الدستورية

تعد الرقابة الدستورية للقوانين إحدى النتائج الحتمية لمبدأ تدرج القوانين، وتعني التصريح بعدم صحة القانون المخالف لأحكام الدستور وأن يترتب جزاء على ذلك يحفظ به مبدأ سمو الدستور. وتعتبر التجربة الأمريكية النموذج الرائد في الرقابة القضائية وذلك من خلال قيامها على مقومات تعد الحجج العكسية للأخذ بهذا المبدأ وعليه يمكن القول بأن الحجج المعارضة للرقابة ترجع أساسا إلى وجود تعارض بين مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ سمو الدستور. إذ يمكن القول أن الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات أن السلطة القضائية لا يجوز لها أن تراقب السلطة التشريعية فيما تقوم به من سن القوانين . أما إذا أخذنا بمبدأ سمو الدستور فإن السلطة القضائية يمكن لها القيام بعملية الرقابة حتى يتحقق إحترام أحكام الدستور.

فإذا كان النظام الأمريكي للرقابة يعد المجال الخصب لمناقشة فكرة الرقابة لأنه يأخذ بالمبدأين معا، تولد في الفقه المقارن من يعارض فكرة الرقابة وله حججه وهذا ما نتطرق له في فرع أول وعكسه من يؤيد وهو ما نراه في فرع ثاني .

### 1.2.2.1. الاتجاه المؤيد للرقابة الدستورية

إن المؤيدين للرقابة جعل منها نتيجة حتمية لمبدأ سمو الدستور الذي يجعل من ممارسات السلطة في الدولة خاضع لأحكامه تحقيقا لتوازن بين السلطات مما يبيلور جهازا قضائيا فعال ومستقل يلعب دورا في حماية الحقوق والحريات العامة والتي تعد أحد دعائم الديمقراطية وهذا ما نتناوله على التوالي ، الرقابة نتيجة حتمية لمبدأ سمو الدستور ، وبأنها تنشط مبدأ الفصل بين السلطات ، وأنها تحقق قضاء مستقل ، وتنشط الديمقراطية .

### 1.1.2.2.1. الرقابة الدستورية نتيجة حتمية لمبدأ سمو الدستور

إن أزمة الأنظمة الديمقراطية الحديثة هو قيامها على فلسفات و توجهات إيديولوجية وهمية من فكرة إخضاع السلطة لأحكام الدستور والتي تسمى بالمشروعية بمعنى أن تخضع جميع سلطات الدولة و منها التشريعية لروح الدستور . و إذا كانت هذه الأخيرة تخضع لكل ما يصدر منها فهي بذلك مقيدة أثناء إصدارها للقوانين بما جاءت به أحكام الدستور تطبيقا لمبدأ سمو الدستور. لكن قد يثار إشكال خضوع السلطة التشريعية للقانون على إعتباره دعامة أساسية لحماية حقوق الأفراد و حرياتهم فدعم و حماية القاعدة الدستورية يجعلها في مكانة أسمى من غيرها تجعلنا

أمام شرعية قانونية . بل أن الرقابة الدستورية تفرض رقابتها على الإختصاصات الممنوحة و الموزعة للسلطات وفقا لأحكام الدستور ،وهي تعد بذلك سدا منيعا أمام الأفراد و التوجهات السياسية لذا إعتبر البعض الرقابة الدستورية دعامة للديمقراطية بالإضافة إلى مبادئ أخرى كمبدأ الفصل بين السلطات و غيرها.

### 2.1.2.2.1. تنشيط مبدأ الفصل بين السلطات

لقد إعتبر فقهاء القانون خاصة منهم في أمريكا الرقابة من صميم عمل القاضي و بالتالي فهي ممارسة للوظيفة المحددة لها في الدستور إلا أن هناك من إعتبر الهيئة المكلفة بالرقابة كسلطة تعلق جميع السلطات في الدولة . لكن الجدل الدائر حول تحديد العلاقة بين مبدأ الفصل بين السلطات و الرقابة يبنى على مدى فهم هذه الأخيرة، حتى وإن كان لمبدأ الفصل بين السلطات مكانته يجعله أساس لحماية الحريات. حيث أن الإعلان الفرنسي للحقوق خاصة مادته السادسة عشر أكدت على أن كل جماعة سياسية لا تتبنى مبدأ الفصل بين السلطات لا يمكن أن توفر الضمانات الأساسية للحقوق و الحريات و من ثم فهي جماعة لا دستور لها " [ 97] ص 72.71 .

الرقابة بهذا تنتشط مبدأ الفصل بين السلطات لأنها تمارس على النصوص القانونية في مدى مطابقتها لروح الدستور و لا يعد تدخلا في إختصاص السلطة التشريعية في إطار حدودها الدستورية . لأن لكل من السلطتين سواء القضائية أو التشريعية مجال تحدده النصوص الدستورية التي تعبر عن الإرادة العامة ، فبهذا تعد الرقابة الحامي الأول للحدود الدستورية لكل سلطة من سلطات الدولة بل تعد قيد على السلطة في ممارسة إختصاصاتها المناطة بها دستوريا [ 88] ص 104.

لذا القول بأن الرقابة الدستورية أسست لمفهوم جديد لمبدأ الفصل بين السلطات جاء نتاج إحتكام القاضي الدستوري للنص الدستوري . من خلال تفسير يتماشى والتغيرات بل الطموحات التي طالت المجتمع المحكوم بطبيعته المتجددة . إذ أن مبدأ فصل السلطات لا يعطي بالضرورة ذات المعنى في كل الأوقات وفي كل الامكنة ، والقاضي الدستوري يعمل على ترجمة هذا المبدأ الكبير من خلال معان تتناسب والعصر الذي تدخل فيه. إن التحولات التي طرأت على الدستور تعد حجر عثرة أمام كل من إعتاد بأن السلطات محكومة بيد الأطراف السياسية الفاعلة في النظام الحاكم والقائم . وذلك من خلال التطور الذي عرفته نظرية الفصل بين السلطات بالحد من سلطة الحكام المطلقة لتحقيق الحرية ، بل أخذت شكلا جديدا بترسيخ مبادئ الحرية .

إن جل الأنظمة الديمقراطية الحديثة تعدت النظرة الضيقة للدستور بإعتباره موزعا للصلاحيات داخل الدولة إلى إعتباره الحامي الأول للحقوق والحريات . ما أفرز مبدأ يعرف بتوازن السلطات وتعاونها أي بأن تراقب الواحدة الأخرى وذلك من خلال الخضوع لأحكام الدستور ولا يتم ذلك إلا عن طريق رقابة دستورية فاعلة.

و من هذا فالمجلس الدستوري في الجزائر مدعو إلى فرض إحترام الدستور بخصوص توزيع الصلاحيات بين الحكومة و البرلمان في مجال اللائحة و القانون أي مجال السلطة اللائحة المحفوظ للحكومة ، و مجال القانون الممنوح للبرلمان بشكل يمنع تعدي أي السلطتين على الأخرى وهو الدور الذي يظهر أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يعره إهتماما كبيرا عندما لم ينص على حكم صريح يخول للمجلس الدستوري الجزائري هذه الصلاحية أثناء مناقشة القانون من طرف البرلمان كما هو الحال في فرنسا [47] ص 41 و [27] .

### 3.1.2.2.1. جدوى الرقابة الدستورية أساسه استقلالية الهيئة الرقابية

لقد ثار جدل قانوني حول أن الرقابة قد تجر القاضي الدستوري إلى حقل السياسية بأن يمارسها إعمالا لمذهبه السياسي و توجهات إيديولوجية تعبر عن آرائه الشخصية إلا أن للرقابة ضوابط تحملها و مجال محدد لممارستها فبالإضافة أن إلى الرقابة تتم في إطار الدستور كما سبق ذكره ، مع ذلك يجب أن تكون السلطة التي تمارسها مستقلة و ذلك من خلال النص عليها في الدستور.

و عليه فضايط إستقلالية مؤسسة الرقابة الدستورية و أعضائها لن يتجسد إلا إذا جسد الدستور أحكام تحفظ ذلك من خلال الإستقلال التنظيمي و المالي و الإداري و بالأخص ضمانة إستقلالية الأعضاء و أن كل مؤسسة يتعرض وجودها و نشاطها أو صلاحياتها أي إرادة المشرع أو الحكومة لا يمكن إعتبارها هيئة دستورية علاوة على عدم إعتبارها قضاءا دستوريا.

فالقاضي الدستوري يختلف عن القاضي العادي كون مركزه يتم ضبطه عن طريق الدستور بمعنى آخر أن له مركزا يجعله في حماية من السلطات العامة المكلف بمراقبة أعمالها التشريعية والتنظيمية. وما يجعل القاضي الدستوري يتميز عن القاضي العادي فإنه عندما يمارس رقابته على السلطات العامة حتى وإن كان نشاطه ووسائله ذات طبيعة قانونية فإن مآل قراراته عادة ذات طبيعة سياسة، فإنه يتدخل في آخر المطاف لأحكامه قوة الشئ المقضي فيه [62] ص 54.

لكن رغم كل هذا فالتجربة الجزائرية و رغم النص على الإستقلالية إلا أن عمل المجلس الدستوري بقي حبيس الحدود الدستورية الحصرية الوجوبية كما تطرق لذلك الفقيه محمد بجاوي [48] ص 42.41 بأن هذه الحدود جاءت صارمة إلى درجة أنها تعرقل في بعض الأحيان الممارسة الكاملة لاختصاصات المجلس الدستوري لا سيما في مجال التضييق و وجوبه الإخطار وإقتراح الأستاذ محمد بجاوي لذلك بأنه حان الوقت للمراجعة الدستورية لكيفية تدخل المجلس الدستوري إلزامية أكثر من أي وقت مضى ، وذلك من أجل إحداث آليات قانونية للأقلية تسمح لهم بالتعبير و الطعن في النصوص القانونية التي تبدو لهم غير دستورية لذلك ينبغي أن توسع صفة الإخطار أمام المجلس

الدستوري إلى فعاليات سياسية جديدة من خلال ممارسة حق الدفع بعدم الدستورية أمام السلطات القضائية المختصة. وبالتالي فتجسيد هذا التوسيع في الإخطار سيجعل ديناميكية سياسية جديدة تحقق التقدم التدريجي للمجلس الدستوري و تعطي المعنى الكامل للديمقراطية التعددية في الجزائر .

أما عن فتح مجال المجلس الدستوري للمواطن من خلال ممارسة حق الدفع بعدم دستورية الأعمال و التصرفات القانونية المتصلة بموضوع الدعوى القضائية الأصلية ستشكل تقدما أكيدا في حقوق الإنسان و التعددية الديمقراطية في الجزائر . و من المسلم به أن الإستقلالية المدعمة بآليات فعالة تجسد رقابة دستورية مثبتة تحمي من خلالها الحقوق و الحريات المنشودة و تبعث بذلك مؤسسات نزيهة ديمقراطية [ 48 ] ص 42.41.

#### **4.1.2.2.1. الرقابة تنشط الديمقراطية**

تعد الرقابة الدستورية عملية فنية وتقنية معقدة تتطلب الخبرة و الإختصاص فهي بهذا لا يمكن أن تتوفر لدى جميع أفراد الدولة ، و محاولة لربطها بالديمقراطية يجعلنا نقف على التطور الذي عرفته هذه الأخيرة من فكرة حكم الشعب نفسه بنفسه ، إلى قياس الديمقراطية بالمؤسسات و الوسائل والآليات المعتمد تطبيقها في حماية الحقوق و الحريات الأساسية.

فإذا كانت النظرة الكلاسيكية للديمقراطية بأنها حكم الأكثرية نكون أمام عدم جدوى الرقابة الدستورية أما إذا كانت نظرتنا للتطور الحاصل من أهداف وغاية الأنظمة في تكريس الحريات و حمايتها يظهر جليا الدور الذي يلعبه القاضي الدستوري وهذا ما سنأتي على تفصيله في الفصل الثاني.

#### **2.2.2.1. الاتجاه المعارض للرقابة الدستورية**

إن الفكر المعارض للرقابة يجعل منها أداة هدم وتعطيل بل تقييد للمبادئ القانونية الأخرى وهذا ما نأتي على إثرائه والوقوف عنده بالنقاش القانوني في العناصر التالية .

#### **1.2.2.2.1. الرقابة الدستورية تقيد المشرع**

إن غاية المشرع هو إصدار القوانين لما يتوافق مع التطور الذي يعرفه المجتمع داخل الدولة في جميع المجالات الإجتماعية الثقافية و الإقتصادية . و الأخذ بالرقابة السياسية كما في النظام الفرنسي و الدول التي حذت حذوها

كالجزائر والمغرب وغيرها . فهي رقابة سابقة على صدور التشريع فهي بهذا رقابة وقائية أو أنها رقابة تحول دون التشريع و الوقوع في مخالفة الدستور. و هو ما دفع فرنسا إلى الأخذ بهذه الصورة من صور الرقابة هو نظرة الفقه الفرنسي إلى نظرية الفصل بين السلطات و كذلك إختيار البرلمان المعبر عن سيادة الأمة و أن القانون هو التعبير عن الإرادة العامة ، الأمران حالا بين فرنسا و الرقابة القضائية على دستورية القوانين [99] ص 47 .

و قد عرفت التجربة الفرنسية عدة تعديلات خاصة دستور 1958 الذي عرفت فيه الرقابة منعرجا حاسما بإنشاء المجلس الدستوري و ما لحق هذا الأخيرة من تعديلات 1990 إلى غاية 2008 و رغم أن التعديل أدى إلى توسيع نطاق الرقابة إلا أنها ظلت رقابة وقائية ( سابقة ) . أنه وبالرجوع إلى دستور 1958 الفرنسي نجد نظم الرقابة في المواد : 56 و 63 و قد كان هذا التنظيم متجها في الأساس إلى حماية المؤسسات السياسية كما وصفها الدستور من أن تتألم يد المشرع العادي بالتعديل و لم يكن يعني هذا التنظيم من الرقابة حماية حقوق و حريات الأفراد في مواجهة البرلمان إلا في نطاق محدودة [98] ص 52. رغم أن المجلس الدستوري أعتبر كقيد على القوانين التي تصدر من البرلمان فإن الدستور إستبعد كل رقابة على دستورية اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية فالرقابة الدستورية بهذا تبقى قاصرة ومختلفة عما هو سائد في الولايات المتحدة الأمريكية .

إن استقراء التجربة الأمريكية كما يجمع الكتاب أن الدستور الأمريكي لم ينظم الرقابة الدستورية و إنما الممارسة القضائية هي التي أقرت طرق ووسائل إنعقاد الإختصاص في موضوع رقابة الدستورية من هذا الجانب لا تعد الرقابة القضائية قيد على المشرع بل هي حامي الحقوق والحريات من أي تجاوز قد يطالها نتاج التشريعات و اللوائح

### 2.2.2.2.1. الرقابة و فرض التوجهات السياسي

إن القاضي الدستوري أثناء ممارسته للرقابة لا يدعى إلى المفاضلة أو الموازنة بين نصين تشريعيين في الواقع ، بل بين نوايا سياسية متعارضة ، ما يجعله يضع نفسه محل أعضاء السلطة التأسيسية التي وضعت نصوص الدستور لتحل محل أعضاء السلطة التشريعية التي وضعت نصوص التشريع مناقشته و رقابته.

و الواقع أن السلطة التشريعية تكون في أغلب الأحوال لها من الحذر بحيث لا يأتي تشريعها مخالفا لنص دستوري يجعل القاضي في النهاية يضطر إلى التغلغل في النوايا السياسية للقائمين بمهمة التشريع ، و إلى تأمل الإنعكاسات و الدوافع المحيطة بالتشريع موضوع الرقابة وهذه عملية سياسية أكثر منها قضائية.



فإذا كان من بين قيود القاضي الدستوري أن تتم الرقابة في إطار الدستور إلا أن هناك إشكالية المبادئ العليا غير المكتوبة فإذا كان من المسلم به اليوم أن الرقابة تنقيد بهذه المبادئ فالأخطر أن القضاء الدستوري ليس في حاجة إلى هذه المبادئ غير الثابتة و إلا انغمس القاضي في الذاتية و توجهات سياسية تضيء على شرعية القرارات المتخذة بعدم الدستورية.

إن الدستور هو الذي يحدد الإطار العام للتوجهات السياسية و المؤسسات في الدولة لكن قد تواجه صياغة نصوص الدستور بالفضاضة و عدم التدقيق لأن في إعتقاد بعض الفقه أن الدستور مجرد بنود رئيسية في المجال الاجتماعي والثقافي و الإقتصادي و السياسي ، هنا يجد القاضي الدستوري نفسه في موقع حرج أثناء إجراء عملية الرقابة . لأن فكرة الجمود التي تتصف بها بعض الدساتير لا تعني بالضرورة عدم قابليتها لأي تعديل فالأصل هو وضع قيود على إجراءات التعديل و ليس على التعديل و عليه تقيد من سلطة التعديل حتى لا يتعرض النظام القانوني السائد للإنقسام و التصدع و بالتالي توجد نصوص صريحة في الدستور يعتبر مخالفتها خروجاً على روح الدستور كنص المادة 89 من دستور 1958 الفرنسي " بأن النظام الجمهوري لا يقبل التعديل لا الإطلاق .

وكذلك في الجزائر : 178 من الدستور الجزائري 1989 التي تعد من القواعد الأساسية غير القابلة للتعديل كالتابع الجمهوري للدولة النظام القائم على التعددية الحزبية ، الإسلام دين الدولة والعربية لغة وطنية و رسمية و المادة 107 من الدستور المغربي التي تحظر تغيير شكل الحكم الملكي أو أي إنتقاص في الدين الإسلامي للدولة .

فالإخلال بهذه المبادئ يكون له وقع لدى الرأي العام يكون أشد من أي رقابة دستورية أي رقابة الرأي العام تكون أقوى . مع أن النصوص الغامضة و الواسعة التفسير لها أثر على القاضي في الحكم بعدم الدستورية و عليه على القاضي الدستوري التقيد بالوظيفة و الصلاحيات المحددة له دستوريا .

### **3.2.2.2.1. الرقابة الدستورية وتعارضها مع مبدأ الفصل بين السلطات**

لقد عرف مبدأ الفصل بين السلطات النور على أنقاض الحكم المطلق و ضد الفكرة القائلة أن السلطة ملك لمن يمارسها فكان زلزال زرع عروش الإستبداد و سلاحاً في يد المتعطشين للحرية التي " لا توجد إلا في ظل الحكومات المعتدلة [ 89 ] ص 8.

وبهذا أتخذ مونتسكيو من الحرية غاية ينبغي السعي إلى تحقيقها وأنه لم يتخذ من الديمقراطية سبيلاً إليها على النقيض من جون لوك الذي أتخذ من الديمقراطية سبيلاً إلى تحقيق الحرية دون أن تصل في ذلك إلى حد إطلاق العنان لإرادة الأغلبية و ذلك حفاظاً على حقوق الأغلبية و حرياتهما.

من هنا إنطلق الفقه المعارض للرقابة الدستورية و الذي إعتبر الرقابة الدستورية تجعل القضاء سلطة أعلى من جميع السلطات ذلك لكون وظيفة القضاء تقتصر على تطبيق القاعدة القانونية و ليس فحص مدى مطابقتها للدستور فالسلطة التشريعية القانونية بإستقلالها لا يمكن أن تكون محل رقابة القضاء على الحدود المسطرة لها في صلب الدستور ، حيث يذهب دعاة فرض رقابة الرأي العام بالقول بأن السلطة التشريعية تخضع في رقابتها إلى ضمير أعضائها وشعورهم بالمسؤولية تجاه الرأي العام . و ليس بخضوع الرقابة الدستورية لمبدأ الفصل بين السلطات رغم إرتكاز أصحاب هذا الإتجاه على تبريرات نظرية وهمية يمكن توضيحها أنها تصطدم مع أفكار المنادين للتوازن بين السلطات لأن إستقلالية السلطات من حيث هيكلها و المهام المنوطة بها لا يجد حائل أمام آليات دستورية لفرض التعاون والتوازن بين السلطات في إطار ما يمليه روح الدستور.

#### 4.2.2.2.1. الرقابة هدم للديمقراطية

إن مخاوف إسناد الإختصاص بالرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة سياسية تحت غطاء المغزى السياسي لهذه الرقابة تتمحور أساس حول إحتتمالات إنحراف هذه الهيئة نحو رقابة الملاءمة و عدم الإكتفاء بالرقابة القانونية للرقابة الشرعية و ذلك خدمة للأهداف السياسية التي يتوخاها أعضاء هذه الهيئة خاصة وأنه من الصعب ضمان إستقلالية أعضائها حتى في حالة تعيينهم من قبل البرلمان.

أما مخاوف إسناد الإختصاص بالرقابة إلى هيئة قضائية فهي تنبع من الحذر التقليدي من رؤية حكومة القضاء تتكرس ميدانيا و تنصب نفسها في مركز أسمى من ممثلي الأمة في مسألة سياسية و ليس تقنية، وهو أمر مخالف لروح النظام الديمقراطي الذي يريده المؤسس الدستوري حول الفصل بين السلطات وسيادة الأمة [47] ص 31. بالر جوع إلى التجربة الفرنسية و التجربة الجزائرية خاصة من حيث تشكيل المجلس الدستوري يظهر جليا أنه يغلب عليه الطابع السياسي ما جعل الأستاذ ذي فرجيه في تعليقه على المجلس الدستوري الفرنسي إعتبره نوع من الهيئات السياسية العليا المكلفة بمراقبة دستورية القوانين إنطلاقا من الطابع الغامض لهذا المجلس وهذا ما ينطبق إلى حد ما مع وضع المجلس الدستوري الجزائري.

هذا ما يجعلنا نلفت الإنتباه إلى أن المجلس الدستوري في فرنسا و وبوصوله إلى ما هو عليه عرف مراحل عديدة لإعتبره حاميا للسلطة التنفيذية من خلال وضع حد لهيمنة البرلمان أي أنه جاء نتاج ظروف وإنعكاسات نظرية سيادة الأمة هذه الأخيرة التي كانت تركز على أن البرلمان هو صاحب التشريع ولا يوجد ما يناقشه من حيث تشريعاته و لا يجوز للسلطة القضائية أن تمتنع عن تطبيق ما يصدر عنه بحجة عدم الدستورية .

إلا أن تركيبة المجلس الدستوري أثارت جدلا بتبعية هذا الجهاز إلى السلطة التنفيذية سواء من خلال الأعضاء المعيّنين من السلطة القضائية أو الأعضاء المعيّنين من طرف رئيس الجمهورية إذ لا يتصور تعيين الأعضاء خارج الانتماءات الحزبية و السياسية مما يجعل إستقلالية الهيئة المكلفة بالرقابة محل جدل. كما أن سلطة الإخطار الممنوحة

حصرا حسب أحكام المادة 166 من الدستور الجزائري إلى كل من رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة يجعل توجيه عمل المجلس توجيهها يغلب عليه الطابع السياسي بحكم أن الرئيس يمثل الهيئة الأعلى في السلطة التنفيذية و أن رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة يتم انتخابها بما لا يخلو من التوجهات الحزبية .

مما يجعل تبعية المجلس الدستوري للسلطة التنفيذية من حيث تشكيلة و إجراءات تحريك عمله هذا ما يؤثر على توجيه عمل المجلس نحو فرض سياسة السلطة التنفيذية و بهذا يعد مساسا بمبدأ إستقلالية جهاز الرقابة الدستورية الذي يعد الحامي الأول للحقوق والحريات الأساسية و داعما لمبدأ الفصل بين السلطات التي تعد أحد أوجه دولة القانون و الديمقراطية .

ولقد ذهب أعداء الرقابة بالقول أنها تعطل حركية الديمقراطية من خلال المساس بإرادة الشعب بحكم أنها حكم الشعب . لكن هذه النظرة الكلاسيكية عرفت تطورا من حيث التطبيق و أن الديمقراطية في الأنظمة الحديثة أصبحت تركز على هدف و غاية الديمقراطية وهي حماية الحريات و الحقوق الأساسية.

لقد عرفت الرقابة الدستورية تطورا كبيرا رغم الإنتقادات و المعارضة التي تلقتها خاصة على يد " Dominique rousseau " والذي ذهب بالقول كيف يتم إخضاع القوانين التي يقرها ممثلو الشعب للرقابة الدستورية[99] ص 13. إذ ولزمن سيطرت فيه النظم الديمقراطية البرلمانية التي أفرزت إعلانات لحقوق المواطن و الإنسان عقب الثورة الفرنسية و سيطرة فكرة رفض تطبيق مبدأ الرقابة على دستورية القوانين ، إلا إن هذه النظرة تغيرت خاصة بعد ما قام العلامة "مالبرج " بالتمييز بين الدولة القانونية و دولة القانون ، إذ إعتبر أن أساس دولة القانون هو النص الدستوري و الذي يحدد بصورة دقيقة وضامنة حقوق المواطنين والتي تسمو على أي تعدي و تطاول من قبل المشرع[100] ص 492. أنه و بعد مناقشة فكرة الرقابة بين مؤيد ومعارض لها إتضح إن غايتها هو حماية الحقوق والحريات الأساسية لتكون نقطة التلاقي مع الديمقراطية و هذا ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني.

## الفصل 02:

### المقاربة بين الرقابة الدستورية والديمقراطية

لقد تم إقرار الحقوق والحريات الأساسية للمواطن في الإعلانات والوثائق الدستورية نتاج خروج الشعوب الطامحة للحرية من قيد الأنظمة الإستبدادية والأحادية . إلا أن الأساليب التي تنتهجها الدول في تقرير الحقوق والحريات العامة من حيث تشريعها و آليات حمايتها ، تختلف من نظام دستوري إلى آخر وذلك بالنظر إلى الإختلاف التاريخي والفلسفة السياسية التي يقوم عليها النظام .

ويعود الفضل في بلورة هذه الحقوق إلى النظام البريطاني إنطلاقاً من الميثاق الكبير أو مايسمى بالماجنا كارتا ، كما لتأثر الولايات المتحدة الأمريكية بسابقه الأثر البالغ بعد إعلان إستقلالها عن بريطانيا ، إذ واجهت الثورة الأمريكية قضية الحقوق والحريات وذلك بالحث على أن تتضمن كافة الدساتير سواء منها الإتحادي أو الخاصة بالدول الأعضاء بنود تجسد الحقوق والحريات الأساسية .دون أن ننسى الثورة الفرنسية ودورها الريادي في مجال تكريس وحماية الحقوق وما لتأثر الدول بنظامها كالجزائر وغيرها.

إن عرض دور الديمقراطية في حماية الحقوق و الحريات العامة هو أمر يتعدى موضوع رسالتنا إذ أردنا أن نحيط بالموضوع إلى حد كبير ،لأنه يتوجب علينا مناقشة معظم الحقوق و الحريات التي تمثل الكتلة الدستورية والذي يعد موضوع قائم بذاته ، بل وحتى مناقشة فكرة الإجتهدات في مجال حماية الدستور لهذه الحقوق ينال منا حسب القانون المقارن موضوعاً آخر. كما لا ننسى الدور الذي لعبه الفكر الإسلامي في تجسيد وحماية الحقوق والحريات العامة إذ عد في نظر المهتمين النموذج الأصلح في هذا المجال لما يتميز به من خصوصية و قدسية الآيات القرآنية والسنة النبوية وما أجمع عليه العلماء .

لذا ستقتصر دراستنا على نقطتين هامتين وركيزتين يمكن من خلالها بلورة مواضيع أخرى أولها نتطرق إلى أهمية الرقابة الدستورية في حماية الحقوق و الحريات العامة من حيث دسترة تلك الحقوق و الحريات كمبحث أول . ثم نتطرق إلى دور الديمقراطية و التي تعد غايتها و باعثها في حماية الحقوق والحريات العامة كمبحث ثاني .

## 1.2. أهمية الرقابة الدستورية في حماية الحقوق و الحريات العامة

لقد جرى القول بأن الحقوق و الحريات العامة لها قيمة دستورية ، إلا أن تكريسها و حمايتها له من الأهمية الأكثر تعقيدا من الناحية التطبيقية بإعطائها مكانة القواعد المنظمة للحقوق و الحريات العامة المنصوص عليها دستوريا لا تكفي أمام عدم توفر رقابة دستورية على هذه الحقوق و الحريات حتى يجعلها تنماشى و روح الدستور.

إن الإهتمام المتزايد بحقوق الإنسان جعل جل الأنظمة عبر العالم تجسدها في دساتيرها بالجعل منها قاعدة دستورية في صلب الدستور ما أكسبها قيمة و حماية دستورية ، كما ترك شأن تنظيم البعض منها للسلطة التشريعية ليجوز دور الرقابة في كضمانة أساسية لحماية الحقوق من تجاوز السلطة التشريعية.

وبذلك سنتناول دسترة الحقوق و الحريات العامة في مطلب أول و في المطلب الثاني نتناول دور النظام الديمقراطي في تنظيم الحقوق و الحريات العامة.

### 1.1.2. دسترة الحقوق والحريات العامة

لقد إرتبطت الدولة الدستورية بفكرة الحرية لتزود الديمقراطية و تجعل غايتها هي الحرية و التي تعني في أبسط معانيها حرية الفرد في الدولة و على هذه الأخيرة حمايته . لذا تركز اليوم الأنظمة الديمقراطية على الحقوق و الحريات العامة، ما جعل جل التشريعات تهتم بذلك وهذا بعدما خرجت الدول من تحت سيف السلطة المطلقة للحاكم إلى الإستقلال و الحرية و التي عرفت تطورا خاصة بعد الثورة الفرنسية و ما نتج عنها في أول دستور فرنسي لسنة 1791 ، و بما جاء به إعلان حقوق الإنسان و المواطن الفرنسي صادر 1789 و كذا ما جاء به الدستور الأمريكي و غيرها من مرجعيات تاريخية في هذا المجال.

فالمسلم به لدى الديمقراطيات الحديثة أن الحقوق والحريات العامة هي غاية أي نظام ديمقراطي في العالم يشترط أن توضع أسس و آليات تضبط هذه الغاية . لذلك أورد الفقه المقارن ضمانات تكفل هذه الحقوق و الحريات العامة. و ذلك بوضع أسس ومبادئ في أحكام الدستور تجعل القوانين التي تنظمها و الإجراءات المتخذة لحمايتها تنماشى و روح الدستور.

وللتوضيح أكثر سنتناول المطلب الأول في فروع أربع نستهلها بتدوين الحقوق و الحريات العامة في إعلانات الحقوق ثم في مقدمات و صلب الدساتير ثم نقدم إشارة إلى الإهتمام بالحقوق والحريات العامة على المستوى الدولي لنختم في فرع رابع بالقيود الواردة على المشرع في مجال الحقوق و الحريات العامة.

### **1.1.1.2 تدوين الحقوق و الحريات العامة في إعلانات الحقوق**

تعد الحقوق و الحريات العامة إحد سمات الدساتير الحديثة ، رغم الإختلافات والتوجهات الإيديولوجية و الفكرية ونظرة كل شعب إليها ، و هذا الإختلاف هو الذي جعل تدوينها يختلف من دولة إلى أخرى .لذا عرفت بعض الدول كفرنسا و الولايات المتحدة الأمريكية إعلانات حقوق و التي أصبحت مرجعية في وضع فلسفة وقيم المجتمع التي تبنى عليها الحقوق و الحريات العامة والتي جاءت على أنقاض ثورات لمواجهة الطغيان من السلطة الحاكمة وذلك من أجل ضمان و حماية هذه الحقوق والحريات [ 101 ] ص 23.

لكن هذا لا يعني أنه في القوانين الوضعية أحكاما محددة لضمان ممارستها ، بل يقتضي للحق النظري لكي يكون حقا أن يكون مضمونا ، ليس في مبدئه فقط و إنما في استعماله أيضا إستعمال أصوليا ، وفقا للتنظيم القانوني الذي يسود هذا الإستعمال وبصورة أخص في حمايته من العبث بإنشاء عقوبة جزائية كانت أم مدنية من شأنها أن تردع من يكون قد أخل بها[08] ص 148.

لذا عرفت القيمة القانونية لهذه الإعلانات بين من رتبها في مرتبة أعلى درجة من القواعد الدستورية وهناك من ذهب إلى إنكار أي قيمة قانونية لها [102] ص 59. أما رأي ثالث فقد تبنى موقفا وسطا معترفا بالقيمة القانونية التي تعادل قيمة القاعدة الدستورية.

الرأي الأول : كان متحمسا مع إعلان حقوق الإنسان وأعتبرها ذات قيمة قانونية أعلى من القاعدة الدستورية في الدولة و التي قادها الفقيه دوغي و الذي قسم القواعد القانونية إلى ثلاث درجات أولاها القواعد التي تتضمنها إعلانات الحقوق وثانيها القواعد الدستورية وثالثها القوانين العادية.

الرأي الثاني: كان ينظر إلى الإعلانات بأنها مبادئ فلسفية و أخلاقية وسياسية لا قيمة قانونية لها فهي تعد مرجعية للمشرع الدستوري لكن لا تلزم القاضي بتطبيق نصوصها لأنها لا تتمتع بصفة الإلزام التي تتمتع بها القاعدة الدستورية أو القاعدة القانونية العادية [16] ص 180.

الرأي الثالث : فأتخذ موقفا و سطا بين سابقه فالقيمة القانونية لإعلانات الحقوق و ترتيباتها إنما تحدد بناء على عدة معايير و ثوابت فقد يكون السبب دستوريا حين يعتبر الدستور ما تتضمنه هذه الإعلانات جزءا لا يتجزأ منه كما أشار إلى ذلك دستوري فرنسا لسنتي 1946 و 1958 في مقدمتهما و قد يكون السبب دستوريا إجرائيا عندما يعطي الدستور بعض السلطات في الدولة الحق بإتباع إجراءات معينة للتصديق على هذه الإعلانات أو الإتفاقيات فأى سلطة تعطي الحق في التصديق على هذه الإعلانات إنما هي التي تضى عليها الوصف القانوني و ترتب لها القيمة القانونية التي تستحقها.

وبالتالي فإن جميع إعلانات الحقوق و المواثيق التي لا تقرن بإجراء مشروع ومحدد دستوريا يعطيها مرتبتها القانونية كجزء من النصوص الدستورية ذاتها تبقى مجرد قاعدة فكرية معنوية قد تلتزم بها السلطات العامة أو لا تلتزم بينما الدستور هو القاعدة القانونية التي تلتزم بها السلطات العامة في كل تصرفاتها و أعمالها[50] ص 544-546 و من كل هذا يمكن القول إن إعلانات الحقوق من الوثائق الأساسية في تجسيد الدستورية على مبادئ الحقوق و الحريات العامة ، إذ أن دومنيك روسو ينظر إلى الرقابة الدستورية كنتيجة حتمية لحماية حقوق الإنسان و حرياته التي تتفوق على كل شيء . فإعلان الحريات و حقوق الإنسان لسنة 1789 يؤكد وجودها المسبق و المنفصل عن أية نصوص تشريعية وما يؤكد ذلك المادة الثانية من الإعلان التي تنص على أهداف المجتمع السياسي في حماية هذه الحقوق الطبيعية الملازمة للإنسان ويؤكد تفوقها [ 92 ] ص 411.410.

### **2.1.1.2. تدوين الحقوق و الحريات العامة في مقدمات و صلب الدساتير**

لقد إحتلت القواعد الدستورية مكانتها في النظم القانونية الديمقراطية نتاج بروز مبدأ سمو الدستور فالدستور الذي يحدد السلطات داخل الدولة و يرسم لها حدود إختصاصاتها سواء من خلال المقدمة الديقاجة - أو من خلال صلب الدستور و ذلك من أجل وضع الإطار العام للسياسة المنتهجة في جميع المجالات الإجتماعية و الإقتصادية و الثقافة و السياسية تجسيديا لطموحات الشعب و حماية لحقوق و حرياته ، و سنتناول هذا الفرع في النقاط التالية .

#### **1.2.1.1.2. في مقدمات الدستور**

لقد تضمن دستور الجزائر لسنة 1996 و الذي أصطلح عليه بدستور الحقوق و الحريات في ديباجته : " أن الدستور فوق الجميع و هو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق و الحريات الفردية و الجماعية و يحمي مبدأ حرية إختيار الشعب و يضفي الشرعية على ممارسة السلطات و يكفل الحماية القانونية ، و رقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية و يتحقق فيه تفتح الإنسان لكل أبعاده "[ 31 ] .

ما يؤكد القوة الدستورية المعلن عنها في ديباجة دستور 1996 وحرص السلطات في الدولة على تجسيد حماية الحقوق و الحريات العامة فهي بذلك تكتسي قيمة قانونية كالقواعد الدستورية المجسدة في صلب الدستور. كما تضمن " الدستور الفرنسي الصادر عام 1958 على تمسك الشعب الفرنسي بحقوق الإنسان التي حددها إعلان الحقوق لسنة 1789 [30] . وعليه فمرتبة مقدمات الدساتير تعادل مرتبة الوثيقة الدستورية لأنها تعد جزءاً لا يتجزأ من الدستور [102] ص 25. بل إهتمام جل الأنظمة القانونية بذلك في دساتيرها جعل لها أهمية بالغة بل مهد لها أساليب الحماية .

### **2.2.1.1.2. في صلب الدستور**

لقد نال الدستور مكانة أسمى في الأنظمة الديمقراطية المعاصرة على ما دونه من القواعد القانونية في النظام القانوني لدولة القانون لأنه يتناول المبادئ العامة و الفلسفة السياسية و الاقتصادية و الإجتماعية و المتوجب إحترامها في جميع السلطات في الدولة [ 103 ] ص 51.50 . و أمام إعتبار الحقوق و الحريات العامة لصيقة بشخص الإنسان و هذا الأخير هو غاية جل التشريعات ، فإن الحامي الأول لهذه الحقوق و الحريات هو الدستور وذلك خلال تجسيدها كمبادئ دستورية عامة لا تقبل التقييد و التنظيم التشريعي. كأحكام المادة 29 من الدستور الجزائري لسنة 1996 والتي كرست مبدأ المساواة و جعلته مبدأ لا يقبل أي تأويل أو تحويل. وهناك من الحقوق و الحريات العامة التي تجسد في مبادئ دستورية في صلب الدستور .إلا أنه يترك تنظيمها للتشريع ، لكن بقيود دستورية واضحة المعالم يجب مراعاتها من طرف المشرع و إلا عد تشريعا مخالفا للدستور يوجب الدفع بعدم دستورية . وهذا ما نلمسه من المادة 30 من دستور الجزائري الحالي فيما يخص إكتساب الجنسية الجزائرية . كما أن الدستور ينص على بعض الحقوق و الحريات العامة و يترك تنظيمها إلى المشرع دون قيد أو شرط لكنه مطالب بكفالتها و كفالة ممارستها مثال لذلك أحكام المادة 33 من دستور 96 التي تنص على أن حق الدفاع مكفولة .

فرغم إختلاف النظرة إلى الحقوق و الحريات العامة من حيث التعاطي معها في أحقية ذكرها في صلب الدساتير إلا أن الأهم هو جعلها مبادئ دستورية تنال مكانتها من المنظومة التشريعية من سمو ورفعة.

### **3.1.1.2. تصنيفات النصوص الخاصة بالحقوق و الحريات العامة على الصعيد الدولي**

لقد عرف المجتمع الدولي تطورا كبيرا خاصة بعد الحرب العالمية الثانية مما أصبح من الضروري الإهتمام بالإنسان و حقوقه لما عرفته الحروب من أشع بطش و تجاوز للقيم الإنسانية مما أدى إلى ظهور منظمات حكومية و غير حكومية جاءت لحماية الأفراد و حقوقهم على أساس مبدأ المساواة تحقيقا لمبادئ السلم و العدل في العالم و تجسيدها لذلك حاولت أسرة المجتمع الدولي تعزيز الطموح الفكري و الفلسفي في وثائق أصبحت مرجعية لميثاق الأمم المتحدة سنة



1945 و الذي جاء من أجل تحقيق التعاون وحل المسائل الدولية ذات الطبيعة الإجتماعية و الثقافية و الإقتصادية و الإنسانية ، مع تعزيز إحترام الحقوق و الحريات الأساسية للناس كافة و نبد أشكال التمييز القائم على أساس اللغة أو الجنس أو الدين [ 105 ] ص 127.

و تدعيما لذلك برزت عدة آليات دولية منها لجنة حقوق الإنسان سنة 1946 و الذي أصبح اليوم و لتزايد الإهتمام بموضوع الحقوق تحولت إلى مجلس حقوق الإنسان سواء على الصعيد الدولي والجهوي والإقليمي. و للإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في: 10-12-1948 و ما جاء به من تصنيفات للحقوق اللصيقة بشخص الإنسان و نشاطه أهمية بالغة في بلورة نظرة جديدة لمضامين الدساتير في مجال الحقوق والحريات.

كما أن التطور المتزايد و المتسارع في شتى المجالات أنجب ما يعرف بالاتفاقيات الدولية بشأن الحقوق الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية والملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية و البروتوكول الإختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية وهذا تدعيما لأهداف و المبادئ التي جاءت بها منظمة الأمم المتحدة مما جعل بروز ما يسمى بالحقوق الجماعية التضامنية بين المجتمعات و عليه عرفت حقوق وحرريات الإنسان ثلاثة تصنيفات و هي :

المجموعة الأولى :تسمى " حقوق الجيل الأول " كالحق في الحياة - الحق في الحرية وغيرها و الذي يقضي على السلطات داخل الدولة إتخاذ موقفا سلبيا إتجاهها حتى تتم كفالتها و إحترامها و هي وحدها التي يطلق عليها إسم الحريات العامة في التشريعات الأصلية الوضعية .

المجموعة الثانية :ما يميز هذا النوع من الحقوق هو شرط تدخل الدولة حتى يتم كفالتها وإحترامها و هي ما تسمى " حقوق الجيل الثاني للإنسان و المتمثلة في الحقوق الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية .

المجموعة الثالثة : إن هذه الحقوق جاءت بعد التطور الذي عرفه المجتمع الدولي وما تتطلبه ضرورات مسايرة الحياة العصرية من تكافل جميع الجهود الدولية لحل المشكلات الناتجة عن التقدم الصناعي و التكنولوجي الرهيب و ما أثر على جوانب عدة في منحي الحياة كالبيئة و ظهور بؤر توتر في العالم أنه كان لزاما على المجموعة الدولية بناء على حق التضامن الدفاع عن البيئة [ 104 ] ص 127. و السلم والأمن الدوليين وحماية التراث المشترك مما جعل الجيل الثالث من الحقوق يبرز إلا أنه يبقى حبيس مبادرات سياسية ينتظر تجسيده أكثر في النصوص الدستورية. إن دسترة هذه الحقوق من شأنها خلق ما يسمى بمبدأ المساواة و لو بشكل نسبي بين أفراد المجتمع الدولي تحقيقا للغاية التي وجد من أجلها الإنسان.

إن الغاية من ذكر هذا التصنيفات أن هناك معاهدات دولية تنظم هذا المجال وعلى الدول أثناء التصديق على تلك المعاهدات أن تراعي مدى مطابقتها لروح الدستور حتى تكون خاضعة لرقابة القاضي الدستوري بعد تجسيدها في مبادئ دستورية راسخة قبل أن تكون خاضعة لقضاء الدولي لحقوق الإنسان و في هذا الصدد يطرح " ف . لوشير " المسألة بشكل جيد عندما يؤكد " أصبح بإمكان المواطن الفرنسي أن يدافع عن نفسه ضد قانون مخالف لحقوق الإنسان أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في ستراسبورغ أليس من المفضل أن نسمح له بالتوجه إلى قاضي فرنسي أي المجلس الدستوري بل التوجه إلى قضاء أوروبي [ 105 ] ص 105. وهذا الاهتمام يزيد تماسك المبادئ الدستورية ويدعم المجموعة الدولية في مجال دسترة الحقوق و الحريات العامة.

إلا أن المجموعة الدولية تبقى قاصرة أمام ما أحرزه الفكر الإسلامي في هذا المجال خاصة بإعتباره السباق في ذلك حوالي 14 قرنا، و ما عرفه في تنظيم عالمي لهذه الحقوق سواء في الحرب و السلم و مرجعية ذلك القرآن الكريم و السنة النبوية و ما اجمع عليه العلماء [107] ص 7 و أمام ما سبق ذكره في دور للإعلانات الحقوق و ضرورة تجسيدها في الدساتير كان لزاما وضع قيود لذلك لما يكتسبه الموضوع من أهمية بالغة الخطورة على كفالة و حماية الحقوق و الحريات العامة .

#### **4.1.1.2. قيود التشريع في مجال الحقوق و الحريات العامة**

إن أهم ما يميز القواعد الدستورية على الصعيد التطبيقي هو ثباتها و عدم تعديلها بإستمرار لأن ذلك يعني إستقرار النظام الدستوري و تحديدا لدور السلطات في الدولة تأكيدا لحقوق الأفراد و حرياتهم و توضيحا لمراكزهم القانونية هذا الإستقرار و التحديد و الوضوح يزيد من تقدم الدولة بكافة أنظمتها الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية [ 50 ] ص 541.540. [ 107 ] ص 294. إن ثبات القاعدة الدستورية نابع من سمو الدستور و الذي يجعل منها القاعدة الأعلى مرتبة من القواعد التي تضعها السلطة التشريعية لذا لا يمكن أن يتصور إلغاء قاعدة دستورية إلا بقاعدة دستورية أخرى.

فلا يمكن للسلطة التشريعية إلا أن تضع من القوانين ما يتماشى من أحكام و روح الدستور و إن خالفت ذلك يعد خروجاً على مبدأ المشروعية الأمر الذي يعرض عملها لرقابة القاضي الدستوري. ما دام أن مبدأ المشروعية يحافظ على تدرج القواعد القانونية بشكل عام فالقواعد المنظمة كذلك للحقوق و الحريات العامة تكتسي أهمية بالغة سواء منها المنصوص عليها صراحة في الدستور و التي لا تثير أي إشكال أو من ترك تنظيمها للتشريع.

فالنصوص الدستورية في مجال الحقوق و الحريات العامة التي ترك تنظيمها للتشريع فهي تثير إشكال القيود التي ترد على المشرع في تنظيمها أي لا بد من رسم حدود قانونية للمشرع حتى لا تنتهك هاته الحقوق بإعتبارها العمود

الفكري للنظام الديمقراطي. وبهذا يعد مبدأ المشروعية وسيلة للإستقرار الإجتماعي و ذلك من خلال فرضه قيودا على الإدارة لصالح الأفراد حماية لحقوقهم وحررياتهم لكن رغم كل هذا فالفقه و القضاء يقر ببعض إمتيازات الإدارة التي تهدف إلى موازنة مبدأ المشروعية هذه الإمتيازات تستعمل بحسب الظروف والمعطيات. فإمتيازات الإدارة ثلاثة صور و هي السلطة التقديرية و سلطات الحرب والظروف الإستثنائية و أعمال السيادة " أعمال الحكومة " [ 108 ] ص 271. كما أشار إلى أعمال مبدأ المشروعية على المستوى الدولي إستدل في ذلك بما انتهت إليه اللجنة الدولية لرجال القانون و ما إنتهت إليه من قرارات: [ 108 ] ص 655 وما بعدها .

- أن حقوق الإنسان قيد على سلطة الدولة غير أن هذه الحقوق لا يمكن حصرها في المجال السياسي أو القانوني بل تتعداها إلى التأكيد على كرامة الإنسان سواء إجتماعيا أو إقتصاديا .
- أن خضوع المشرع لمبدأ المشروعية " سيادة القانون " يستوجب وضع حدود للعمل التشريعي.
- أن القرارات الإدارية تعد أحد تصرفات الإدارة العامة في تدخلها في شؤون الأفراد و عليه يجب أن تكون محل رقابة قضائية حتى تكفل وتصون حقوق وحرريات الأفراد.
- إن مبدأ المشروعية " سيادة القانون " يصبح مصطلح أجوف إذ لم يكفل الحماية الجنائية للمواطن من خلال توفير ضمانات قانونية فاعلة.

فإذا كان المسلم به أن التشريع في مجال الحقوق و الحريات العامة أوكل في بعض منها إلى المشرع فإنه لزاما تعيين الحدود الدستورية كقيد للسلطة التقديرية للمشرع و الإنتقاص من قيمة تلك الحقوق و الحريات حتى نكون أمام شرعية ما يصدره المشرع تحقيقا لمبدأ المساواة و إستقرارا للمراكز القانونية، وحتى نكون أمام تشريع يلتزم بالحدود الدستورية أن تتوفر في النص التشريعي ما يلي :

- أن يكون أساس التشريع المنظم للحقوق و الحريات داعما و ضمانا لكفالة تلك الحقوق و الحريات و ذلك بإسباغها بالقوة القانونية التي تتماشى وروح الدستور .
- أن يكون التشريع المنظم للحقوق و الحريات العامة آلية في وجه الإعتداء عليها سواء من خلال توفير و كفالة حق الدفاع أو من خلال تقرير الجزاء لمخالفة أي نص يخص ذلك فبهذا نكون أمام تحقيق مبدأ المشروعية الذي يعد دعامة أساسية للحقوق والحريات العامة في كفالتها و ضمان حمايتها.

### 2.1.2. النتائج المترتبة على دسترة الحقوق و الحريات العامة

إن الصراع الذي يدور عادة بين الحاكم الراغب في الإستئثار بالسلطة و بين المواطنين الراغبين في حماية حقوقهم و حرياتهم ويسفر عن حل أو تسوية أو إتفاق بين الطرفين [ 01 ] ص 30. يدون في نصوص دستورية لذا يعتبر الدستور المكان الطبيعي للحقوق و الحريات العامة لذا إكتسبت الحقوق و الحريات العامة حماية دستورية نتيجة إعتراف جل التشريعات العالمية بالقيمة القانونية و الدستورية للنصوص المنظمة لتلك الحقوق و الحريات. و من ثم

فالنصوص الدستورية التي تنظم الحقوق و الحريات هي نصوص ذات قيمة قانونية ملزمة شأنها شأن باقي نصوص الدستور ، تصبح هذه النصوص قابلة للتنفيذ بطبيعتها التشريعية .إلا أن هناك كما سبق الذكر نصوص دستورية تتطلب تدخل المشرع العادي من أجل تنظيمها و من أهمها حرية الرأي وحرية الشعب و حرية التعبير و الحقوق و الحريات السياسية و الحقوق و الحريات الإقتصادية والإجتماعية، كان من الواجب على المشرع وضع قيود وحدود دستورية فيما تعلق بمجال التشريع فيها حتى تنال حقها من الحماية الدستورية . فالقاعدة المنظمة للحقوق و الحريات العامة تكتسي أهمية بالغة في المنظومة التشريعية و هذا ما سنتناوله في الفروع التالية بداية مكانة النصوص الدستورية المنظمة للحقوق و الحريات العامة في المنظومة التشريعية ثم نتطرق إلى آثار الأحكام الصادرة بعدم دستورية النص المنظم للحقوق والحريات العامة و نظرة الفكر الإسلامي لحماية الحقوق و الحريات العامة.

### **1.2.1.2. مكانة النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات العامة**

لقد أجمع الفقه و القضاء على أن النصوص الدستورية المنظمة للحقوق و الحريات العامة تمتع بكافة الصفات التي تتسم بها القاعدة الدستورية من سمو و الثبات .

**1.1.2.1.2 فيما يخص مبدأ سمو** يترتب على مبدأ سمو الدستور إعتبار القواعد الدستورية أعلى مرتبة من القواعد العادية التي تضعها السلطة التشريعية لأنها تعين نظام الحكم في الدولة و السلطات العامة فيها وتحدد إختصاصاتها و علاقاتها ببعض و بالأفراد [ 109 ] ص 9 و [ 110 ] ص 9 و 27 . فلا يجوز للسلطة التشريعية أن تضع من القوانين الخاصة و المنظمة للحقوق و الحريات العامة ما يخالف الأحكام الدستورية و إن فعلت ذلك صراحة أو ضمنا تحت ستار التنظيم الممنوح لها في بعض نصوص الدستور فإن عملها يعد خروجاً عن مبدأ الشرعية و تحدياً للقواعد الدستورية ، الأمر الذي يعرضها للرقابة الدستورية التي ستقضي حتماً بالبطلان سواء ورد ذلك صراحة في الدستور أم لم يرد [ 50 ] ص 540.539 . و عليه فسمو القاعدة الدستورية التي تنظم الحقوق والحريات العامة يفرض إصدار تشريعات تنظيمها و تحدد ضمانات و آلية حمايتها بما يتوافق و روح الدستور.

### **2.1.2.1.2. من حيث ثبات القاعدة الدستورية :** إن ثبات القواعد الدستورية من أهم أهداف جمود الدستور

و إشرطه لإجراءات و شروط خاصة لتعديل نصوصه و أحكامه تفوق في شدتها و تعقيدها للإجراءات المطلوبة بتعديل القواعد العادية لهذا ثبات القواعد الدستورية المترتب على سمو الدستور لا يعني الثبات المطلق الذي لا يقبل التعديل النهائي و إنما يعني التعديل البطيء المتماشي مع طبيعة القاعدة الدستورية و ما تتطلبه من إجراءات خاصة لتعديلها و إجراءات تكفل لها الثبات والإستقرار و الحماية من نزوات بعض الحكام [ 50 ] ص 541 و [ 49 ] ص 29 .فالقاعدة الدستورية التي تقرر الحقوق و الحريات العامة بوجه التحديد لا يجوز تعديلها و لا تغييرها إلا بإتباع كافة الإجراءات التي نص عليها الدستور [ 102 ] ص 184.

إن التساؤل الذي أثير حول إلزامية القاعدة الدستورية يرى البعض أن وجه الإلزام لا يتحقق إلا إذا كان هناك جزاء معين تلتزم الدولة بتوقيعه على المخالفين للقاعدة الدستورية بمعنى أنه يجب أن يكون هناك إكراه مادي تتكفل الدولة كسلطة عامة بتوقيعه بما لديها من وسائل وأدوات مختلفة . و في إطار المخالفة الدستورية فإن الرقابة الدستورية كفيلة بإنزال الجزاء على هذه المخالفة سواء كانت رقابة إمتناع أم رقابة إلغاء، ففي النهاية فإن النص المخالف للقاعدة الدستورية يحكم عليه بالبطلان و هذا أبشع جزاء في مواجهة العمل غير الدستوري و قد يطيح بالسلطة التي ارتكبتة و في نظر الأستاذ إبراهيم درويش فان ذلك أشد من الجزاء بمعناه التقليدي كإكراه مادي و عليه فقواعد القانون الدستوري قواعد قانونية طالما بقيت معبرة عن الإتجاهات السياسية و الإجتماعية و غيرها للمجتمع القائمة فيه و حيث يقف الرأي العام حارسا عليها و سياجا لها من كل عدوان عليها و الذود عليها [06] ص 34.

### **2.2.1.2. مدى خضوع التشريع المنظم للحقوق و الحريات العامة للرقابة الدستورية**

بعد أن توصل كل الفقه إلى أن القاعدة القانونية المنظمة للحقوق و الحريات العامة تتمتع بالسمو على باقي النصوص التنظيمية الأخرى وتمتاز كذلك بالثبات فإنها حتما تكون محل رقابة كضمان و حماية بل كفالة تطبيقية للحقوق والحريات العامة من تجاوز أو تقليل من شأنها من طرف السلطة الحاكمة في الدولة .

فإذا أخذنا القاعدة الدستورية المنظمة للحقوق و الحريات العامة التي نصت على حق في صلب الدستور بشكل واضح فهي بهذا تعد أحد دعائم الدستور لا يمكن المساس بها لأنها تعد جزءاً لا يتجزأ من الدستور . أما عن القواعد الدستورية التي تحدد أو تدون حق من الحقوق و تترك أمر تنظيمه للتشريع العادي هنا على القاضي الدستوري الوقوف على مدى مطابقة التنظيم الصادر عن السلطة التشريعية لروح الدستور .

فالقاضي الدستوري بإعتباره الحامي الأول للحقوق و الحريات العامة من منطلق أن مبدأ سمو الدستور هو أحد صور دعائم الشرعية دورا في دعم القاعدة المنظمة للحقوق و الحريات و التي تعد غاية و باعث الديمقراطية الحديثة أن يتخذ جميع الإجراءات المتبعة في مراقبة النصوص التشريعية و الحكم على مدى دستورتها من عدمه لتكون أمام حكم بعدم دستورية النص المنظم للحقوق و الحريات العامة و التي نتعرض إلى حجبه في الفرع الثالث.

### **3.2.1.2. آثار الأحكام الصادرة بعدم دستورية القاعدة المنظمة للحقوق و الحريات العامة**

إن تمتع القاعدة الدستورية المنظمة للحقوق و الحريات العامة بالسمو و الثبات فإن الأحكام التي تصدر بعدم دستورية أي نص تشريعي ينظمها لمخالفته لروح الدستور لها الحجية المطلقة و الإلتزام العام لجميع السلطات الدستورية في

الدولة أو الأفراد . و ذلك بعدم التطبيق التام للنص التشريعي المنظم للحقوق و الحريات العامة المخالفة لأحكام الدستور وذلك منذ إتخاذ إجراءات نشره . إلا أن الأمر يقتضي بيان ذلك في النظم الدستورية نظرا لإختلاف طرق الرقابة الدستورية المتبعة من دولة إلى أخرى من رقابة سياسية إلى رقابة قضائية و لكل منها خصوصياتها وإجراءات إصدارها والجزاء المطبق على ذلك[111] ص 17.16.

فإذا أخذنا النموذج الفرنسي و المجلس الدستوري و دوره في فحص القوانين قبل إصدارها للتأكد من عدم مخالفتها للدستور فهي رقابة سابقة كما أنها رقابة وقائية لأنها تهدف إلى منع خرق القواعد الدستورية من طرف السلطة التشريعية. و من تم فهي ليست رقابة إلغاء أو بطلان للنصوص التشريعية بعد تطبيقها، بل مجرد تحذير للسلطة التشريعية بعدم إصدار القانون لعدم مطابقته للدستور . بغض النظر عن طبيعة المجلس الدستوري الفرنسي فإن قراراته تنشر في الجريدة الرسمية و تكون حجة على الكافة و لا يقبل الطعن فيها بأي وجه من الوجوه ، و تكون هذه القرارات ملزمة لجميع سلطات الدولة و لا يجوز تطبيق النص الذي حكم بعدم دستوريته[112] ص 122.

فإذا سلمنا بان التجربة الجزائرية حدث حدو التجربة الفرنسية فإن أحكام المادة 169 من الدستور الجزائري لسنة 1996 تستوجب الوقوف عنها و التي تنص " إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس " [ 31 ] . فحسب هذا النص يثار إشكالية الحجية لأنها حسب النص تبدأ من يوم صدور قرار المجلس لكن السؤال المطروح من يعلم بهذا القرار حتى يلتزم به ؟.

إلا أن ما يصدر عن المجلس الدستوري ملزم لجميع السلطات في الدولة و للأفراد، بل أن هذا الإلزام يقيد المجلس الدستوري نفسه. فلا يجوز له الرجوع فيما قضى به إستنادا إلى ذات الأسباب، وأن هذا الحكم غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن . أن نطاق الحجية المطلقة لأحكام المجلس الدستوري الفرنسي ترتبط بالمنطوق والأسباب معا ، كما أن نطاق عدم المطابقة يقتصر على الجزاء المخالف فقط ولا تمتد إلى بقية النصوص و ذلك إذا كان النص معيب تمكن فصله عن بقية النصوص أي إذ كانت النصوص غير مرتبطة بعضها ببعض و في هذه الحالة إصدار الجزاء غير معيب في القانون. فلا يجوز تطبيق النص المحكوم بعدم دستورية[111] ص 21 .

أما عن آثار الحكم و حجيته في الأنظمة التي تأخذ بالرقابة القضائية اللاحقة كألمانيا فإن أحكام المحكمة الدستورية هي أحكام قضائية و لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن و لها حجية مطلقة في مواجهة الكافة و في مواجهة جميع السلطات في الدولة[17] ص 78 .

ولقد إستقر الفقه والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية على أن الحكم بعدم الدستورية لا يبطل القانون أو يلغيه وأنه لا ينشئ وضعاً جديداً مع أنهم يعتبرون النص المخالف للدستور بأنه ليس نص قانوني . ومن ثم أعتبر أن للحكم أثر

رجعي فلا قيمة له ليس من وقت صدور الحكم في دعوى الدستورية وإنما من تاريخ صدور القانون ، مما ينسحب آثاره على العلاقات السابقة التي أنشأت في ظله ، لكن ونتيجة للأضرار التي قد يترتبها الأثر الرجعي توصل الفقه والقضاء لمراعاة الوضع الواقعي والفعلي للقانون [52] ص 222. [ 113 ] ص 306. حتى و إن أخذنا بمبدأ الإختلاف بين الأنظمة في نوع الرقابة المتبعة نخلص إلى أن الأحكام التي تصدر بعدم دستورية تشريع منظم للحقوق و الحريات العامة تتسم بالإطلاق في ترتيب الأثر في مواجهة جميع السلطات في الدولة و الأفراد.

#### **4.2.1.2. تطبيقات مختلفة في مجال دسترة وحماية الحقوق و الحريات العامة**

لقد نالت الحقوق و الحريات العامة مكانة هامة في دساتير الدول ، إلا أنه هناك إختلاف من نظام إلى آخر من حيث التعامل معها نظر للإختلاف الإيديولوجي و السياسي و الفلسفة التشريعية و كذا التغير المتواصل والمتصارع للظروف الإجتماعية و الإقتصادية و الثقافية و سنتطرق إلى النموذج الفرنسي الذي يعد مرجعية للنموذج الجزائري الذي يأخذ بمبدأ الرقابة السياسية ثم نتطرق إلى النموذج الأمريكي الذي يعد نموذجا للدول التي أخذت بالرقابة القضائية ثم إشارة إلى مكانة الحقوق و الحريات العامة في الفكر الإسلامي كمقارنة مع الفكر الوضعي.

#### **1.4.2.1.2. تطبيقات مختلفة في الأنظمة الوضعية**

النموذج الفرنسي: لقد أصبحت حماية الحقوق الأساسية التي جرى التأكيد عليها وإكمالها منذ 1789 ، المهمة الرئيسية التي أسندت للمجلس الدستوري. وهي التي تعطيه شرعية لا ينازع بشأنها اليوم . لقد أصبحت فعالية هذه الحماية من الأمور المؤكدة ، وقد وضعت آليات دقيقة تسمح بمصالحة الحقوق الأساسية فيما بينها ومع الأهداف ذات القيمة الدستورية التي تتيح لدولة ما بأن تعمل بالشكل الملائم .

لذا يعتبر الإهتمام بالحقوق و الحريات العامة في فرنسا في غاية الجدية لإعتباره نموذجا عريفا إنطلاقا من الإعلان الفرنسي للحقوق سنة 1789 إلى دستور [114]1958 . و الذي أسس للمجلس دستوري وأوكلت إليه الرقابة الدستورية جميع القوانين بما فيها القوانين التي تصدر مخالفة للمبادئ المقررة للحقوق و الحريات العامة التي منحها القيمة الدستورية و ذلك من خلال القرارات التي أصدرها.

إلا أنه ورغم المهمة النبيلة التي أوكلت له إلا أن المجلس الدستوري تلقى عدة انتقادات لضعف ممارسة رقابته وذلك نظرا لقصور الإخطار الإعلى رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ إذ لا يمكن للمجلس الدستوري ممارسة وظيفته الرقابية إلا بناء على إخطار السالف الذكر و هنا لا

يملك الأفراد حق اللجوء إلى المجلس الدستوري للطعن بعدم دستورية قانون بدعوى أنه خرق المبادئ المنظمة لحقوقهم و حرياتهم العامة .

إلا أن هذا الوضع تغير جزئيا بعد تعديل 1974-10-29 للدستور الفرنسي خاصة منه أحكام المادة 61 و التي تجيز لستين عضوا من أعضاء مجلس النواب أو الشيوخ إحالة أي مشروع قانون إلى المجلس الدستوري لفحص مدى دستورية ، هنا عرف المجلس الدستوري تحول محسوسا من خلال تكريس الحقوق و الحريات العامة و الدفاع عنها [ 115 ] ص 464-466

و قد أكد المجلس الدستوري بقضائه انه الحامي الأول للحقوق و الحريات العامة وأمثلة ذلك القرار الصادر بتاريخ : 1994/07/27 الذي يؤكد على كرامة الإنسان و القرار الصادر 1979/07/25 الذي يؤكد على تواصل المرفق العام[114] ص 101 فإذا كان المجلس الدستوري في فرنسا عرف تطورا و تماسكا وإستقلالية من خلال حماية الحقوق و الحريات الأساسية خاصة بعد فتح المجال أمام الأفراد بالدفع بعد الدستورية في التعديل الأخير. فهل عرفت التجربة الجزائرية نفس التطور ؟

النموذج الجزائري: دون الخوض في تفاصيل التجربة الجزائرية في الدساتير التعاقبية يكفي أن ننطلق من دستور 89 والذي يعتبره العديد من الفقهاء بأنه ينتمي إلى طائفة الدساتير القوانين . أي ذلك الدستور الذي يقتصر على ذكر الجوانب القانونية المتعلقة بتنظيم السلطة و تحديد صلاحياتها و تكريس نظام الحريات و حقوق الأفراد ، وبذلك تكون مكانة الدستور أسمى من المجتمعات التي تأخذ به ، و غالبا ما تقوم هذه المجتمعات على أساس الديمقراطية الغربية و بالتالي فهو دستور محايد خال من الشحنات الإيديولوجية .

و إذا نظرنا إلى دستور 89 نظريا نجده جاء بمبادئ سامية منه المادة 49 تكرر الملكية الخاصة ، المادة 14 تكرر الفصل بين السلطات ، المادة 40 تقر بالتعددية الحزبية و عليه تخلي الدولة عن الكثير من مهامها الإجتماعية و الإقتصادية بالميل أكثر نحو الليبرالية . إقتصاد السوق التخلي عن السكن الاجتماعي ، تقليل المؤسسات الإقتصادية] [04 ص 59 و [ 35 ] .

إن التجربة الجزائرية فتية بإنشاء المجلس الدستوري المنصوص عليه في أحكام المادة 163 في دستور 89 إلا أن هذا لا يمنع من الوقوف على مردود هذا المجلس في مجال حماية الحقوق و الحريات العامة خاصة و أنها مقتبسة من النظام الفرنسي فإن هذا الأخير و رغم الآراء و القرارات التي أصدرها و رغم العمل الذي قام به إلا أنه ينبغي التأكيد على أنه إلى غاية اليوم ، لم يحال على المجلس الدستوري أي معاهدة أو اتفاقية دولية من طرف السلطة التنفيذية لإبداء الرأي بمدى مطابقتها الدستورية [ 48 ] ص 41.40.



لذا يكون إنضمام الدولة للأجهزة الدولية التي تسهر على حماية الحقوق و الحريات العامة والمعاهدات الدولية محل جدل و بعيد عن أية رقابة دستورية مما يجعل التشريعات الوطنية في مجال الحقوق و الحريات محل مزايدات ومساومات سياسية بل تحت رحمة السلطة التنفيذية ما قد يعرضها للتوجيه و الإنتقاص.

و قد أرجع الكثير من المهتمين بالمجلس الدستوري أن سبب العقم في الإجتهد خاصة في مجال حماية الحقوق و الحريات العامة إلى الإخطار و دعوا إلى ضرورة توسيع حق الإخطار إلى كل من رئيس الحكومة " الوزير الأول " وإلى عدد معين من أعضاء البرلمان بغرفتيه لأنه لوحظ فكرة العزوف عن الإنتخابات لغياب الضمانات الدستورية لنزاهة العملية الانتخابية [91] ص 22.21. إن التعديلات التي تخص مراقبة الإقتراع التي كان للبرلمانيين شرف المبادرة بها و المصادقة عليها تتمحور أساسا حول تعزيز ضمانات شفافية الإقتراع و بالتالي على مصادقية تهدف هذه التعديلات إلى :

- تخويل الحق للمرشحين أو ممثليهم المفوضين قانونا بطلب أو استلام نسخة من قائمة الناخبين على المستوى البلدي.
  - إلغاء مكاتب التصويت الخاصة .
  - تسليم محاضر فرز الأصوات وإحصائها للممثلين المفوضين قانونا من طرف المترشحين على مستوى مكاتب التصويت .
- هذه التعديلات التي ايجابية شريطة قيام الفاعلين السياسيين المعنيين بالمسار الإنتخابي يوم الاقتراع بدورهم كاملا و يسهرون على التطبيق الصارم للتدابير المنصوص عليها في قانون الانتخابات تقدا معتبرا في ثقافة الشفافية و الديمقراطية .

كما أن الأستاذ محمد بجاوي دعى إلى ضرورة توسيع صفة الإخطار إلى فعاليات سياسية جديدة من خلال ممارسة حق الدفع بعدم الدستورية أمام السلطات القضائية المختصة. إذ يتم إرساء الطابع القضائي على إجراءات الرقابة السياسية من تبادل الحجج بين الأطراف و أن تتضمن رسالة الإخطار أوجه المخالفة [48] ص 42. و أن تقوم على مبدأ الوجاهية لأن إدخال مثل هذه التعديلات يبعث روحا جديدة في نشاط المجلس الدستوري بإعتبره أحد المؤسسات الدستورية التي يعول عليها في حماية الحقوق و الحريات العامة.

النموذج الأمريكي: يعد النموذج الأمريكي في الرقابة الدستورية من أعرق النماذج في العالم والذي عرف النور سنة 1803 إلا أن دستور أمريكا لسنة 1787 لم يعرف الرقابة القضائية الدستورية فقد انشأ محكمة عليا من أجل فض النزاعات بين الدول المكونة للإتحاد و الحكومة الفيدرالية أي أنها كتنظيم أوكلت لها أساسا مراقبة إختصاص الهيئات المختلفة غير التراب الوطني الأمريكي . وفي سنة 1803 سجل ميلاد الرقابة القضائية للقوانين ، وهذا من أجل

حماية الحقوق و الحريات العامة التي ناضل من أجلها الشعب الأمريكي لذا كان الإعراف بها في الدساتير الداخلية للعاملين الأساسيين:

- أن محاكم الولايات باشرت رقابة الدستورية قبل قيام النظام الفيدرالي أي قبل نشأة الولايات المتحدة الأمريكية كنظام إتحادي وفق التجارب التي حدثت في ولايات نيوجيرسي ، و رودايليند ، فرجينيا و شمال كارولينا .
- أن الدستور الأمريكي لم يتناول تنظيم الرقابة الدستورية سوى حالة واحدة هي تعارض القوانين التي تسنها الولايات مع الدستور الإتحادي أو القوانين الإتحادية حسب نص المادة 06 في فقرتها الثانية من الدستور والتي تنص " و يعتبر هذا الدستور وكذا ما تسنه الولايات المتحدة من قوانين تماشيا مع أحكامه وما تبرمه من معاهدات قانونا أسمى في الولايات و يتقيد به القضاء في كل ولاية بصرف النظر عن أي حكم مخالف في دستور الولاية أو قوانينها " [116] ص 42.

ولقد تضمنت دساتير الولايات تدوينا للحقوق و الحريات العامة التي تتمتع بها الأفراد و أعتبرت حقوق طبيعية لصيقة بذات الإنسان ، و هي أسبق للوجود من الدولة و تكتسي قيمة دستورية تجعلها في مكانة أسمى في التشريعات الوضعية الأخرى . و أمثلة ذلك ما تضمنه دستور فرجينيا الصادر عام 1776 من تجسيد للحقوق و الحريات العامة للفرد على أساس أنها حقوق طبيعية أسبق في الوجود من الدولة إذ تنص المادة الأولى منه " أن الناس جميعا يولدون أحرارا متساوين يتمتعون بحقوق طبيعية خالدة لا يستطيعون النزول عنها ، و هذه الحقوق هي الحياة و الحرية و حق التملك و البحث عن التقدم و الأمن " [06] ص 194.

كما دونت هذه المبادئ في دستور ماسو شوستس الصادر عام 1780 و الذي نص في مقدمته " أن الناس جميعا يولدون أحرارا و متساوين و أن لهم حقوق طبيعية أولية لا يمكن التنازل عنها و من بين هذه الحقوق حق التمتع بحرياتهم و الدفاع عنها ، حق إكتساب الأموال و المحافظة عليها ، و البحث عن التقدم و الأمن و ما يكفلها و أن أهداف أي نظام و أي حكومة تتمثل في كفالة وجود المجتمع السياسي و السماح للأفراد الذين يقومون بالتمتع بحقوقهم الطبيعية في أمن" [117] ص 90.

وبعدها تم صدور أول دستور للولايات المتحدة الأمريكية والذي تضمن حقوق و حريات الفرد التي جاء بها الإعلان الأمريكي للحقوق الإنسان لذا كان لزاما على دول الإتحاد بوجوب تدعيم دساتيرها بنصوص تكفل الحقوق و الحريات للمواطن الأمريكي حتى تتماشى و الحقوق التي جاء بها الدستور الإتحادي ، حتى تحمي حقوق أفراد دول الإتحاد في مواجهة الحكومة الاتحادية ، وقد أضيفت عدة تعديلات إلى الدستور و عرفت تلك التعديلات بوثيقة الحقوق و شملت بيان نوعين من الحقوق و الضمانات .

\_ الضمانات الخاصة بإجراءات التحقيق و المحاكمة في المسائل الجنائية

\_ الضمانات المتصلة بالحرريات العامة ، كحرية العبادة ، التعبير ، الرأي و حرية الإجتماع و توصلت التعديلات كلما كانت خدمة و ضمانة للحقوق و الحرريات العامة [ 117 ] ص 93.

بهذا تم تشييد الرقابة الدستورية من قبل المحكمة العليا وحقها في تفسير الدستور الإتحادي كما عملت على أن تخضع سلطات الولايات و محاكمها لولايتها القضائية و تلزمها بتفسيراتها للدستور الإتحادي ، وهذا ما توصلت إليه المحكمة العليا عن طريق إقرارها بحق الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم الولايات أمامها إذا كانت تتعلق بتفسير الدستور أو تمس بالحقوق التي يكفلها لهم و من جهة أخرى كانت بدأت المحكمة العليا في إخضاع الأحكام الصادرة من محاكم الولايات لولاياتها .

ففي قضية كيلزوم ضد جورجيا سنة 1793 أصدرت حكما أجازت بمقتضاه لمواطني إحدى الولايات أن يقاضي ولاية أخرى إمامها وعلى اثر هذا صدر التعديل الدستوري الحادي عشر سنة 1798 ورغم عن صدور هذا التعديل فان المحكمة العليا رأت على تفسيره بشكل ضيق للغاية كي تحقق هدفها بالسماح للأفراد بالطعن إمامها في الأحكام الصادرة من محاكم الولايات و تمثل ذلك في قضية وهين ضد فرجينيا سنة 1821 .

إن عراقة نظام الرقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية بشكليه رقابة الامتناع أو الإلغاء أثر في نظم دستورية أخرى كالـدستور الايرلندي لسنة 1992 و رومانيا 1923 و سويسرا وجمهورية مصر خاصة بعد إنشاء المحكمة العليا سنة 1969 و تم تأكيد ذلك دستوريا في دستور 1971 [ 06 ] ص 200.201

إلى هنا و بغض النظر عن أي انتقاد موجه للرقابة الدستورية فإنه يكفي أن يكون المجتمع المتبني لأي صورة من صور الرقابة السياسية أو القضائية أن يكون ديمقراطيا يتماشى و التطور و يكفل إستقرار النظام السياسي دعما للديمقراطية و الإستمرارية . إلا انه بقدر ما قدمنا من وصف رنان حول آليات حماية الحقوق و الحرريات العامة تبقى عاجزة حتما أمام أحكام الشرعية الإسلامية في تقديسها للإنسان.

### 2.4.2.1.2. نظرة الفكر الإسلامي لدسترة وحماية الحقوق والحرريات العامة

إذا كان من المسلم به اليوم في جل الأنظمة الوضعية الحديثة أن الإهتمام بالحقوق والحرريات العامة يعد أحد الأولويات بل رمز من رموز الديمقراطية وذلك بالإعتراف بدستورية النصوص المنظمة للحقوق والحرريات العامة . ما يجعل رقابتها من طرف القاضي الدستوري قائمة بل كفالة حماية . فالفكر الإسلامي يعد النموذج الأمثل و ذلك من خلال تجسيد الحقوق والحرريات في الكتاب والسنة النبوية بل نظم حمايتها من أي عدوان قد يطالها [61] ص

إن القرآن الكريم هو الدستور الذي يقوم عليه النظام القانوني الإسلامي والذي يستوحي منه الإنسان ما يصلح له في كل مكان وزمان ويقف القرآن في موقف الصدارة والقمة وهذا ما نلمسه من قوله تعالى : " وأنه لكتب عزيز(41) لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد (42)" سورة فصلت الآية 42.41 . وقد أجمعت الأمة الإسلامية كلها على أن القرآن هو حجة الله البالغة وأنه المصدر الأول لتشريع الأحكام ، فإذا نص القرآن على حكم وجب العمل والأخذ بمقتضاه . فإذا أعتبر أن الدستور الإسلامي ولد عملاقا وشاملا لجميع جوانب الحياة مند أربعة عشرة قرن عكس الدساتير الوضعية التي تحاول أن تتطور عبر مراحل متفاوتة إلا أنها تبقى قاصرة لأنها من صنع البشر الخطاء.

وبذلك يتضح توافر السمات والخصائص الدستورية للقرآن الكريم من حيث الثبات والجمود والعلو والسيادة لنصوصه وما تضمنته من أحكام ومبادئ. بل أن القرآن الكريم يعتبر في ذلك دستور الدساتير جميعا ويسمو بذلك على جميع الدساتير الوضعية التي تمنح الجماعة أو الأمة السلطة في أن تغيير دستورها في كل وقت بمطلق حريتها ودون أي قيد في هذا الخصوص [61] ص 230.229.إننا وحتى لا نغوص أكثر في ذلك هناك كتابات متخصصة يمكن الرجوع إليها بل نكتفي في موضوعنا هذا بالتطرق إلى بعض الأمثلة في مدى إهتمام القرآن والسنة بحقوق الإنسان وحرياته . فنصوص القرآن الكريم تضمنت وأقرت القيمة الدستورية للحقوق والحرريات العامة أمثلة ذلك حق الإنسان في الحياة في قوله تعالى " ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون " سورة البقرة الآية 179 .

كما أقرت حماية دستورية لهذا الحق وذلك في الآية الكريمة قال تعالى " ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق " سورة الإسراء الآية 33. . والحق في حرية الرأي والتعبير في قوله تعالى " أدع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجدلهم بالتي هي أحسن إن ربك هو أعلم بمن ضل عن سبيله وهو أعلم بالمهتدين " سورة النحل الآية 125. وأقرت له كذلك حماية دستورية فالآية نفسها مما يدل على عظمة وبلاغة القرآن الكريم.

كما أن السنة النبوية باعتبارها المصدر الثاني للتشريع الإسلامي وتتميز بقيمة دستورية بأنها وحي يوحى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد تضمنت الأحاديث النبوية إقرار وحماية لحقوق الإنسان والحرريات العامة كالحق في الكرامة . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره" [61] ص 244.

لذا ورغم السرد المختصر نظرا لإستحالة الإمام الكلي بالموضوع لأنها تعد مواضيع أخرى عديدة تنال حقها من البحث. فإن الشريعة الإسلامية تبقى النموذج الأصيل في إعطاء القيمة الدستورية للحقوق والحرريات الأساسية بل تضمن الحماية الحقيقية النابعة من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. كان لزاما على الأنظمة الوضعية والتي تسمى نفسها بالديمقراطية الأخذ و الاقتداء بالشريعة الإسلامية بما يتوافق والمتطلبات الحالية.

## 2.2. دور الديمقراطية في ممارسة وحماية الحقوق و الحريات العامة

لقد لعبت الحركة الدستورية دورا كبيرا في توحيد و ظهور شخصية الدولة باعتبار أن هذه الأخيرة قائمة ، فهي بحاجة إلى قانون أساسي يسود بقاؤها و ينظم حرياتنا بخضوعها إلى أحكامه ، لأنه يحدد كيفية ممارسة السلطات فيها بنصوص فنية موصوفة بالدستور ، فتصبح الدولة بنتيجتها مقيدة بالدستور . وإذا كانت الحركة الدستورية تجعل الوثيقة الدستورية أكثر ضمان لتكريس الحقوق و الحريات العامة فان الرقابة الدستورية هي أكبر حامي لها مما يجعل الرقابة الدستورية تتوافق مع غاية الديمقراطية و هي حماية الحقوق و الحريات العامة و هذا هو الاتجاه الجديد الذي عرفه تطور مفهوم الديمقراطية.

لهذا كان تقسيم المبحث الثاني إلى خصائص الديمقراطية كمطلب أول ثم التطرق إلى الضمانات الديمقراطية لممارسة الحقوق والحريات العامة في المطلب الثاني.

### 1.2.2. خصائص الديمقراطية

إن الحركة الدستورية أفرزت فكرة حرية الفرد تجاه الدولة و فكرة المساواة أمام القانون و سائر الحريات العامة و الحقوق الشخصية التي أسست الدساتير الحديثة بتكريسها وصيانتها، من عبث الحكام المتسلطين و عليه تأسست ما يعرف بدولة القانون [08] ص 46.45. إن الملاحظة الأساسية المستمدة من الخطوط الكبرى لتطور أشكال الحكم في الدولة هي أن الإشكال قد سارت ما برحت تسير بالتوالي سيرا ضيقا نحو الديمقراطية و الذي رافق تاريخ الشعوب الغربية في الأزمنة المعاصرة حيث أنبثقت عنه مبادئ وأنظمة هي بمثابة العناصر المكونة لنظرية الدولة المعاصرة المتصفة بالدستورية [61] ص 139.138. فالتعبير التقليدي للديمقراطية يبنى على الديمقراطية القانونية وأن الوجه الجديد لها يبنى على الديمقراطية الدستورية [120] ص 489.

### 1.1.2.2. الديمقراطية تقوم على مبدأ الحرية و المساواة

لقد نشأت الديمقراطية الغربية التقليدية و ترعرعت و إنتشرت في ظل الإيديولوجيات التحريرية أو كما تسمى المذهب الفردي بأن تبنى على مبدأ المساواة والحرية و عليه كان لزاما الوقوف على المبدئين :

**1.1.1.2.2. مبدأ الحرية:** تعتبر الحرية من القيم القليلة التي لها عظيم الأثر ، وكبير المنزلة في قلب وعقل كل إنسان على مر العصور ، لإرتباطها الوثيق بحياته وتأثيرها المباشر على سعادته الشخصية ، ومن ثم فقد كان لمعنى الحرية دور كبير في إندلاع العديد من الحروب وسقوط الكثير من الضحايا [61] ص 33 و [121] ص 9.

ولقد شغل موضوع الحريات العامة مكانة هامة في الفكر القانوني لمختلف النظم السياسية وترجع هذه الأهمية الكبيرة للحريات ، من أنها ثمرة كفاح طويل حملته الشعوب وقامت بثورات ضد الحكام المستبدين ، فأنتزعت حريتها وأكدت حقها السيد في الحياة الأمنة متحررة من عقد الذل والخوف والهوان [110] ص 67. ولإرتباط الحرية بأدمية الإنسان فإنه يزداد ترددها على الأفواه والأسماع ، وعلى صفحات الصحف ، وفي الدعايات الانتخابية، والمؤتمرات السياسية وفي الخطب البرلمانية كما أنها أصبحت تحتل مكانة بارزة في صلب الدساتير مما جعلها الأساس والجوهر لكل تشريع أو تنظيم ، أيا كانت منطلقاته وكيفما كانت أهدافه [61] ص 33 و [121] ص 273 .

لقد أبرز الكتاب المعاصرون الحرية كقيمة عليا في الديمقراطية و تعني من جهة حرية الشعب بوصفه الجماعة صاحبة السيادة " الحرية السياسية " ومن جهة أخرى حرية أفراد الشعب بوصفهم أفرادا ، و هذا يعني الاعتراف للفرد بحريات و حقوق فردية يجب حمايتها إزاء سلطة الجماعة أو إزاء سلطة الحكام الممثلين لجماعة الشعب باعتبارها حجر الأساس في الديمقراطية بل غايتها [80] ص 23.

كما قرر الإسلام مبدأ الحرية كأصل عام قبل أن تقررها الأنظمة الوضعية بمئات السنين فقال الله تعالى : " أن نشأ نزل عليهم من السماء آية فظلت أعناقهم لها خاضعين " سورة الشعراء الآية رقم 4. فالحق تبارك وتعالى يترك للإنسان حريته وإختياره في الإيمان به ولا يريد من الإنسان إيمانا جبريا ، بل يريد إيمانا إختياريا ويملى حرية الانسان ، وإذا كان ذلك في قضية الإيمان بالله على عظمتها وشرفها وخطرها ، ففيما هو دونها كانت الحرية والإختيار أولى ويقول جل شأنه : " من عمل صالحا فلنفسه ومن أساء فعليها " <sup>3</sup> سورة فصلت الآية رقم 46. وذهب المفكر الإسلامي حسن الترابي إلى أن الحرية : " قدر الإنسان الذي تميز عن كل مخلوق سواه ، فسجد الله طوعا إذ لم يجعل الله في تركيبه ما يجبره على الإيمان ، ولا سمح له أن يجبر غيره على الإيمان . إن الحرية ليست غاية بل وسيلة لعبادة الله ، وأن هذه العبودية لا تثير شعور بالمجانبة ، لأن المؤمن يعبد الله بدافع المحبة والإجلال واستشعار النعمة الدافعة إلى الشكر. الأمر الذي يجعل الحرية الوسيلة والثمرة لعبادة الله ، ولئن كانت الحرية في وجهها القانوني إباحة فإنها في وجهها الديني طريق لعبادة الله ، فواجب على الإنسان أن يتحرر لربه ، مخلصا في إتخاذ رأيه ومواقفه . وهذه الحرية في التصور الإسلامي مطلقة لأنها سعي لا ينقطع نحو المطلق وكلما زاد إخلاصا في العبودية لله زاد تحررا من كل مخلوق في الطبيعة وحقق قدر أكبر من درجات الكمال الانساني [61] ص 54 وما بعدها.

**2.1.1.2.2. مبدأ المساواة :** يعد أحد دعائم وركائز الديمقراطية الغربية و يقصد بها المساواة القانونية و ليست المساواة الفعلية[122] ص 91 . و التي تعني عدم التفرقة أو التمييز بين الأفراد هي تمتعهم بالحقوق و الحريات التي يكفلها الدستور و القانون و إن خرق المساواة لا يجوز إلا لسبب متعلق بالمصلحة العامة و بمقتضى نص في القانون و تعد إعلانات الحقوق و الحريات في كل من فرنسا و أمريكا كما سبق الإشارة إلى ذلك لدليل على إرتكاز الأنظمة الديمقراطية الغربية على فكرة الحرية و المساواة.

فالديمقراطية ليست فقط عملية حكم و لما كانت الحقوق عناصر أساسية في المؤسسات السياسية الديمقراطية فإن هذه الأخيرة بطبيعتها تعد نظام للحقوق أيضا و الوعد بالحقوق الديمقراطية كتابة أو في القانون أو في وثيقة الدستور ليس كافيا بل يجب أن يطبق الحقوق و تكون متاحة بفعالية للمواطنين عند التطبيق و إذا لم تكن كذلك يكون النظام السياسي غير ديمقراطي بنفس القدر برغم ما بزعمه حكامه و التزين للناس "بالديمقراطية" ليس إلا واجهة لحكم غير ديمقراطي [123] ص 49.

لذا بقيت النصوص المتعلقة بمبدأ المساواة دون أهمية ولم يتقيد بها المشرع ، لغاية ظهور القاضي الدستوري الذي من خلاله ظهرت مجالات البديل والعمل على تطبيقها في أوجهها المختلفة. من هنا أصبح مبدأ المساواة ، يشكل تراثا أوروبا مشتركا فيما يتعلق بحقوق الإنسان و يعد بمثابة المنطلق الأساسي لإجتهادات القاضي الدستوري في أغلبية قراراته [124] ص 130.

ولقد كرست الجزائر مبدأ المساواة منذ أول دستور ، و صادقت على عدة إتفاقيات و موائيق دولية التي تحمي حقوق و حريات الانسان ، منها تلك المتعلقة بحماية مبدأ الحق في المساواة و عدم التمييز رغم تأسيس مجلس دستوري بمقتضى دستور 1963 لم يتم تفعيل هذا الحق بل بقي حبيس النص الدستوري الذي لم يعمر طويلا . بل كان لتأسيس مجلس دستوري بموجب دستور 1989 دور في تعزيز حماية الحق في المساواة . لذا يجعلنا نتناول المبدأ من خلال إجتهاد القاضي الدستوري.

رقابة القاضي الدستوري على مبدأ المساواة: إن تعامل القاضي الدستوري مع مبدأ المساواة جعل دومنيك روسو يشدد على ضرورة إستمرارية تجذير القيم الدستورية لمبدأ المساواة ، وذلك من خلال فتح هامش واسع للسلطة التقديرية للقاضي الدستوري ، حتى يكون حجر عثرة في وجه المشرع الذي يحاول من خلال القوانين التي يسنها التقليل من فعالية المبدأ[125] ص 352.

لذا يبرز دور القاضي الدستوري الفرنسي تجاه مبدأ المساواة من خلال التعامل معه ، فإذا تعامل معه بطريقة مرنة يتم السهر وبشكل دقيق في تطبيق مبدأ المساواة في الحقوق ، وعلى عمومية تطبيق المبدأ مع المعايير الموضوعية

وهو يقبل بهذا أن تتحقق مراكز قانونية مختلفة مما تفرز تعامل مختلف يصل إلى الحد الذي يقبل فيه بإتخاذ إجراءات تجيز التمييز في المعاملة. مما يبرز نسبية المساواة وهو ما توصل إليه المجلس الدستوري الجزائري من خلال إجهاداته كما أقر ضمناً إستثناء يرد على هذا المبدأ إذ قبل بالتمييز الإيجابي وهو ما نتناوله في العنصرين التاليين .

نسبية المساواة: لقد كرس الدستور الجزائري مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون وحظر كل تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي وأي سبب أخر شخصي أو اجتماعي. كما أقر الدستور على المؤسسات أن تجعل مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات غاية لها، بإزالة كل ما يعيق تفتح شخصية الإنسان وتحول دون مشاركته الفعلية في الحياة السياسية والإقتصادية والإجتماعية والثقافية . والقضاء على إستغلال الإنسان ومنع الدستور على هذه المؤسسات أن تقوم بالممارسة الإقطاعية والجهوية والمحسوبة أو إقامة علاقات إستغلال وتبعية.

ولقد كرس المجلس الدستوري في أول قرار له مساواة جميع المواطنين في الحقوق والواجبات إذ ورد فيه " ونظرا لكون نص المادة 47 التي تعترف لجميع المواطنين بحق قابلية الانتخابات والمادة 28 من الدستور تقرر تساوي جميع المواطنين أمام القانون ، فإن المترشحين لأي إنتخاب يجب أن تتوفر فيهم كذلك نفس الواجبات ويتمتعون بنفس الحقوق [126] ص 394 . وأعطى المجلس مرادفا للمساواة ، فالقانون الذي يحقق المساواة وعدم التمييز بمنظوره هو ذلك الذي لا يحدث اوضاعا غير عادلة : " ونظرا أن القانون لا يمكنه أن يحدث أوضاعا غير عادلة بين المواطنين ، ورفع حالة التنافي بالنسبة إلى بعض أصحاب الوظائف العمومية . ينشئ وضعاً تمييزياً بالنظر إلى أصحاب وظائف مماثلة تمارس ضمن أطر قانونية مختلفة ...". إذ يعتبر عدم التمييز نتيجة منطقية لمبدأ المساواة لذا يربط المجلس الدستوري على غرار المؤسس الحق في عدم التمييز بالحق في المساواة " إعتباراً أن هذه الشروط تخل بمقتضيات المادة 29 من الدستور التي تؤكد أن كل المواطنين سواسية أمام القانون وأنه لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى أي شرط أو ظرف أخر شخصي أو إجتماعي [126] ص 395.396 و [127] ص 35.34.

فرغم ما يملكه المبدأ من مكانة إلا أنه من المتفق عليه فقها وقضاء أنه لا يمكن أن نضفي عليه صفة الإطلاق لهذا يمكن النظر إلى مبدأ المساواة من خلال إجهادات القاضي الدستوري والذي خلص إلى أن المبدأ يهدف إلى عدم السماح لأي سلطة خاصة التشريعية من وضع نصوص يكون الغرض منها التمييز بين الأفراد.

إن جل القوانين مبدئياً قد لا تظهر نصوصها أي تمييز بين المواطنين، بل التطبيق العملي هو الذي يظهر ذلك. لذا فالقاضي الدستوري هو من يكفل له الوقوف في وجه ذلك التمييز وهذا يعد من صميم الفرق بين الرقابة القضائية والرقابة السياسية مما جعل البعض ينادي بفتح المجال أمام الأفراد حتى يمكن الدفع بعدم دستورية أي نص مخالف لمبدأ المساواة .



إذا كان الدستور يضمن مساواة المواطنين أمام القانون، فإن هناك عدة معايير تفرض علينا خلق تمييز بالنسبة للمخاطبين بالقاعدة القانونية على أساس المستوى الثقافي أو الإجتماعي . لذا يوجد داخل كل نظام قانوني تمييز مباح ومسموح به من قبل القوانين ذاتها ، بالمقابل يوجد تمييز محظور كالتمييز القائم على أساس المولد أو الدين [126] ص 398. ذهب المجلس الدستوري في هذا الاتجاه و قيد ما جاء مطلقا في الدستور فالمساواة أمام القانون تتطلب الأخذ بعين الاعتبار الأوضاع الخاصة لفئات المواطنين ، فيخضع هؤلاء لأحكام قانونية مماثلة في حالة تواجدهم في أوضاع مماثلة ويخضعون لأحكام مختلفة في حالة تواجدهم في أوضاع مختلفة [126] ص 398.

كما أن القاضي الدستوري في فرنسا وحتى قبل فتحه المجال أمام الأفراد ممارسة حق الدفع قرر أن مبدأ المساواة لا يمنع المشرع من أن يعامل بتشريعات مختلفة مواقع مختلفة ولا حتى الوقوف بوجه تحقيق المصلحة العامة وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون التمييز في المعاملة متناسبا مع الهدف الذي رسمه القانون [93] ص 285.

إن مبدأ المساواة ليس مطلقا لأن التركيبة الإجتماعية تفرض ذلك ، لأن التمايز لا بد منه في تركيبة أي تنظيم أو هيكلية للمجتمع ، إذ لا يمكن تصور أن للمحامي وللطبيب والمهندس قوانين خاصة ترعى مصالحهم وواجباتهم ، ضف إلى ذلك أن القاضي الدستوري لا يمكنه أن يسقط من حساباته مقولة بأن مبدأ المساواة لا يعني إطلاقا أنه ليس بإمكان القانون أن يؤسس لتمييز في معاملة الأشخاص المعنيين بأحكام القانون [93] ص 284. إلى هنا تبرز السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في ملاءمة الظروف التي يعتمدها المشرع والتي قد تنتهك مبدأ المساواة ، لذا كان من الواجب إبراز دور الرقابة الدستورية في حماية مبدأ المساواة .

التمييز الإيجابي: يقصد بالتمييز الإيجابي المفاضلة القانونية في المعاملة والمنشأة مؤقتا ، بحيث تصرح الهيئة التشريعية أنها تسعى لتفضيل فئة محددة من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية على فئة أخرى ، لغرض إعادة التوازن بعد إخلاله من جراء لا مساواة فعلية سابقة بين الفئتين . تتمثل الغاية من التمييز الإيجابي إذن في تحقيق مساواة فعلية فيعد تكريس لا مساواة قانونية وسيلة ضرورية لتصحيح لا مساواة فعلية [126] ص 398.399.

وقد تنتهج سياسة "التمييز الإيجابي" للتقليص من اللامساواة الناجمة عن التمييز الذي تعاني منه بعض الفئات في المجتمع ، وأنتهجت هذه السياسة الولايات المتحدة الأمريكية ، تحت تسمية الفعل أو التصرف الإيجابي والتي تركز على معاملة تفضيلية . وكان الغرض منها هو الحد من النزاعات العرقية التي كانت تعاني منها الولايات المتحدة الأمريكية خلال الستينات ، إذ أنتهج لذلك الغرض برامج يتمثل محتواها في تفضيل مجموعة من الأفراد الذين عانوا في الماضي من التمييز ، أعتبرت هذه التدابير المتخذة ظرفية وإنتقالية يتوجب أن يوضع لها حد بمجرد أن تتعادل الحظوظ بصورة فعلية [126] ص 399.

فسلطة القاضي الدستوري في تقييم مبدأ المساواة ليست مطلقة ، لأن الإطلاقية تؤثر على الديمقراطية من خلال خرق مبدأ الفصل بين السلطات ، بل تجعل من المبدأ سلطتين فقط سلطة تشريعية تخضع لنص الدستور وسلطة القاضي الدستوري التي تعمل بصفة مطلقة ودون قيود إذ يذهب العلامة دومنيك روسو بالقول أن سلطة تقدير القاضي الدستوري يمكن أن تدرج في نطاق آلية معقدة من العلاقات إن مع السلطات الدستورية الأخرى أو مع أهل الفقه أو مع أهل السياسة ، بحيث ينتج عن هذه الصراعات تقييد سلطة تقدير القاضي الدستوري بهدف تبرير قراراته التي أنتهكت مبدأ المساواة [125] ص 364. فالقاضي الدستوري مقيد بالظروف الإجتماعية والسياسية السائدة التي أحاطت بإصدار القاعدة القانونية .

إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي كان واضح في مجال التمييز الإيجابي ، الذي يشكل قطيعة مع المساواة القانونية لتحقيق المساواة الفعلية ، لكن بمراعاة شروط وقيود معينة . إذ حدد المجلس الدستوري الفرنسي الميادين التي يمكن أن يشملها التمييز الإيجابي، فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن يشكل الحق في الإقتراع مثلا أو الحرية الفردية موضوعا للتمييز الإيجابي. أما من جهة أخرى لا يمكن أن يكون التمييز الإيجابي مؤسسا على أنواع للتمييز المحظورة صراحة في الدستور ، كالتمييز القائم على أساس العرق أو الأصل أو الدين أو المعتقد أو الجنس ، إن التمييز المقصود هو ذلك المؤسس على معايير مقبولة كالسن أو الظروف الإجتماعية للأفراد أو تمركزهم الجغرافي [126] ص 401.

من هذا المنظور ليس بمقدور القاضي الدستوري إطلاقا ، قبول أي تمييز مرفوض على الصعيد الإجتماعي أو الثقافي أو يقف أمام تمييز يعتبر الإعتداد به تفعيلا لمبدأ المساواة ، فالقاضي الدستوري بهذا يعد الحامي الأساسي بل الساهر على التطور الذي يطال هذه النصوص بفعل التطورات الإجتماعية والسياسية ، بحيث لا يخرج تفسير القاعدة القانونية من قبل القاضي الدستوري عن المنطق القانوني الذي من أجله وضعت هذه القاعدة .

ولقد كرس المشرع الجزائري التمييز الإيجابي خاصة في المجال الضريبي من أجل تشجيع الإستثمار في المناطق النائية والريفية المحرومة ، للتقليص من اللامساواة بين مختلف مناطق التراب الوطني ، غير أن التشريعات الصادرة في هذا المجال لم تخضع لرقابة المجلس الدستوري ، فيصعب معرفة موقف هذا الأخير من التمييز الإيجابي ، إذ يظهر ضمنا أنه أيد ذلك من خلال عدم رفضه الأحكام التمييزية لصالح المرأة لغرض ضمان توسيع تمثيلها في المجالس المنتخبة ، المدرجة بمقتضى المادة 31 مكرر في مشروع التعديل الدستوري الذي عرضه عليه رئيس الجمهورية طبقا لأحكام المادة 171 من الدستور .

رغم استناد المجلس الدستوري في رأيه للتأكيد على عدم مساس مشروع التعديل الدستوري بالمبادئ التي تحكم المجتمع الجزائري ، على الفقرة 8 من ديباجة الدستور وعلى المادة 31 ذاتها التي تقر مبدأ المساواة. إلا أن تعديل هذه المادة أدى إلى تكريس اللامساواة لصالح المرأة [43] .

كما أن القاضي الدستوري الإسباني قد أجاز خلافا لقاعدة المساواة بإعتماد نظام تقاعدي مبكر للنساء وبتقديمات أفضل من الرجال ، وأن القاضي الدستوري الألماني في ذات المجال إعتبر أن المشرع قد خرق مبدأ المساواة عندما أجاز للمرأة بان تتقاعد بسن الستين بدلا من سن الخامسة والستين المقررة للرجال .

إلا أنه وحسب الفقيه دومنيك روسوا فإن مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في إجتهدات القاضي الدستوري الفرنسي تختلف عن النظم المقارنة الأخرى بأن أبطل مادة تشريعية تعطي أفضلية للمرأة للانتخابات في المجالس البلدية تيرير ذلك هو خرق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في المجال السياسي [124] ص 138. هنا تبرز عقبات القاضي الدستوري في تطبيق المبدأ لجهة إختلاف المراكز القانونية وكذا أولوية المصلحة العامة رغم أن القانون المقارن توصل إلى أن القاضي الدستوري لا يلغي أي نص قانوني يتعلق بالمساواة إلا إذا كان التمييز تعسفيا.

عقبات تطبيق مبدأ المساواة: لم يعتبر القاضي الدستوري الحق في المساواة حق مطلق إنما إعتبره مبدأ نسبي لأنه قبل في بعض إجتهداته التمييز الإيجابي. لذا يبرز من خلال هذه الطبيعة المزدوجة للمبدأ إختلاف المراكز القانونية والتي تعد من المسلمات التي تكون المجتمعات . كما أصطدم الإجتهد الدستوري بالمصلحة العامة التي تعلق على كل الإعتبارات والمصلحة الفردية ، لكن السؤال المطروح كيف تعامل القاضي الدستوري مع هذه الوضعية ؟.

إختلاف المراكز القانونية : إذا كان الدستور يضمن مساواة المواطنين أمام القانون ، فلا يعني هذا أن القانون لا يقيم أي تمييز بالنسبة للمخاطبين به ، فيتضمن القانون دائما تمييزا قائما على أساس السن أو القوة العقلية ، أو الثروة التي يحدد على أساسها مقدار مساهمة الفرد في الضرائب والاقتطاعات والاشتراكات ، أو على أساس المهنة كان يكون أجير أو تاجر أو فلاح أو على أساس الحالة العائلية.

ومن المسلم به هناك فوارق بين الأشخاص سواء من الناحية الطبيعية أو الإجتماعية ما يفرض وجوبا التعامل معها على إختلافها رغم أن مسألة العدالة بين الأفراد يفرضه مبدأ المساواة ، لذا تبرز فكرة الإزدواجية التي يتصف بها المبدأ والتي تعد عقبة أمام القاضي الدستوري خاصة كلما تقاربت المراكز المختلفة.

إن الإختلاف في المراكز القانونية جعل من القاضي الدستوري الفرنسي يركز على الطبيعة الموضوعية للمراكز القانونية إذ توصل إلى أن مبدأ المساواة يتطلب فقط تشابه المراكز القانونية وعند تحقق تمايز يمكن القبول بتفرقة

التعامل . فلا يمكن الأخذ بمبدأ المساواة بشكل مطلق وعام دون أن يكون المشرع قد أخذ بعين الاعتبار ما لكل حالة تطبيقية من خصوصيات تفرضها التركيبة الإجتماعية أو الثقافية . إن هذا الحرص المستمر والمتواصل على تطبيق مبدأ المساواة والذي فرض التمايز تحت رقابة القاضي الدستوري . قد أجاز بالإضافة إلى ذلك تجاوز مبدأ المساواة تحقيقا للمصلحة العامة.

المصلحة العامة: إن إنشاء المرفق العام يهدف إلى تحقيق الصالح العام ويأخذ صورة سد حاجات عمومية أو تقديم خدمات للمواطنين سواء كانت مادية أو معنوية، والتي قد تكون على حساب المصلحة الفردية [128] ص 185 هذه المصلحة أستغلت من طرف السلطات داخل الدولة من أجل تبرير عمل قانوني يمس بمبدأ المساواة القانونية.

إذ عرفت التطبيقات المختلفة في مجال الرقابة الدستورية عدة إجتهدات قضائية في تحديد مصطلح المصلحة العامة من بينها القاضي الدستوري الفرنسي بحيث قرر أن مبدأ المساواة لا يشكل عائق بوجه المشرع بتجاوزه للمبدأ تحقيقا للمصلحة العامة ، لكن من جهة أخرى قيد القاضي الدستوري هذا الحق في خرق مبدأ المساواة وذلك من خلال إجتهد القاضي بأنه ليس من حق المشرع اللجوء إلى أي أسباب تتعلق بالمصلحة العامة تحقيقا للتمييز ، لأنه يوجب وجود سبب جدي ورابط منطقي وضروري بين التمييز في المعاملة والمصلحة العامة المحددة قانونا تحقيقا لإستمرارية المرفق العام [125] ص 364.

### **2.1.1.2 الديمقراطية تتطلب التعددية الحزبية**

إذا كانت الديمقراطية هي حكم الشعب بالشعب و للشعب فهذا يتطلب التعددية الفكرية و الإيديولوجية أو كما يعرف بالتعددية السياسية. فلكي يمارس الشعب حريته السياسية في وضع دستوره وإختياره لنظامه السياسي و الإجتماعي لا بد من وجود إطار من الحرية الفكرية و الإيديولوجية و ليس مجرد رأي واحد وإيديولوجية واحدة مفروضة مسبقا كما في النظم الماركسية و هذا هو المقصود بالتعددية السياسية [80] ص 233.

إن أساليب ممارسة الديمقراطية غير محددة و بالتالي يمكن تبني أنظمة مختلفة يمكن من خلالها إنتقاء الكفاءات القادرة على تحمل المسؤولية التي يفوضها لها الشعب نظرا لتزايد الوعي لدى الشعوب بعد التطور العلمي و التكنولوجي ليجعل من الديمقراطية حقيقة وواقع . وبهذا يمكن أن نكون أمام تعددية حزبية و تنافس سياسي بين مجموعات حزبية و هذا من أجل السماح للرأي العام بالتعبير عن أفكاره ووجهات نظره و كما تحترم فيه بذلك الأقلية كما الأغلبية [50] ص 238.

فالديمقراطية بهذا المقصود و ما تقدمه من شعور جماعي للأفراد يقلل من الخطأ ومحاولة الوقوع فيه للرفع من روح المسؤولية لأنهم يمارسونها في حدود ما يفرضه الصالح العام. والواقع أن رقابة الرأي العام ركن الديمقراطية الهام لا يمكن أن تحقق فعلا في بلد تنتهك فيه هذه الحريات وحتى لا تكفل حرية القول والكتابة والتعليم. ففي هذه تختلف الدكتاتورية عن الحكومة الديمقراطية التي تحترم هذه الحريات و تقدسها و إن هي حددتها إستثناءا فإنها تحدها لا بقصد النيل منها بل بقصد تنظيمها و صيانتها ودفعها للمظالم[21] ص 152.

إن الديمقراطية لا تتحقق إلا بوجود نظام تعدد الأحزاب الذي يسمح بوجود المعارضة، وأن أي نظام لا يقوم على أساس النظام الحزبي التعددي يعتبر نظاما مستبدا ومحتكرا للسلطة كنظام الحزب الواحد الذي لا يسمح بقيام المعارضة وبالتالي لا يقدم أي حماية للحريات العامة [129] ص 150.151.

وقد أقر الدستور الجزائري لسنة 1996 في المادة 42 حق إنشاء أحزاب سياسية شريطة إحترام الحريات الأساسية والقيم والمكونات الأساسية للهوية الوطنية والوحدة الوطنية وأمن التراب الوطني وسلامته وإستقلاله وسيادة الشعب والطابع الديمقراطي والجمهوري للدولة. كما أن المادة 178 من الدستور تؤكد أنه لا يمكن لأي تعديل دستوري أن يمس جملة من المبادئ منها النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية ومنه فإن هذه المادة تعتبر ضمانا لحرية الأحزاب السياسية نظرا لكون هذه الحرية تعتبر ركيزة من ركائز النظام الديمقراطي[109] ص 77.

وحتى يتم تجسيد هذه الديمقراطية بخصائصها المتفق عليها والتي عدت كلها دعامة أساسية لحماية الحقوق و الحريات السياسية يتطلب أن تقدم الدول الحاملة لمبدأ الديمقراطية ضمانات فعلية حتى يتمكن من كفالة وممارسة تلك الحقوق في جميع الظروف سواء العادية أو الإستثنائية.

## 2.2.2. الضمانات الديمقراطية لممارسة الحقوق و الحريات العامة

لقد أدى بروز الدولة الدستورية بفتح مجال الممارسات السياسية الديمقراطية أمام المواطنين خاصة ما تعلق بالحقوق والحريات العامة تحقيق للعدالة، إلا أن ذلك لا يتحقق إلا بقيام المشرع بوضع قيود و ضوابط لتنظيم هذه الحقوق و الحريات فهي بهذا تصبح نابعة من طبيعة النظام السياسي على إختلافه بين الدول. إذ تنبع الضمانات الدستورية من طبيعة النظام السياسي ومنها السياسية و التي تمثل الأسس التي يقوم عليها ومنها القانونية والمتعلقة بالقواعد القانونية التي تضبط السلطة وتحدد لها غايتها.

إلا أن إشكال ممارسة هذه الحقوق و الحريات تتعلق و تتأثر بالنظام العام داخل الدولة و قد تتأثر بالنظام العام الدولي " الخارجي " ، لذا فإن المشرع الدستوري وضع قيود على ممارسة تلك الحقوق حفاظا على هذه الحقوق و

إستمراريتها تكريسا للديمقراطية. لذا كان علينا تقسيم المطلب الثاني إلى ضمانات الحقوق و الحريات العامة منها السياسية و القانونية و التي تقتصر في شرح ما يتعلق بحماية الحقوق و الحريات العامة حتى لا تقع في التكرار نظرا للمقاربة التي يعرفها المبدأين الرقابة و الديمقراطية.

كما أن الظروف تتغير من عادي و الذي يوفر مناخ قانوني للممارسة الحقوق و الحريات العامة و قد يكون إستثنائي و هو ما قد يضع علامة إستفهام بل يطرح إشكال ممارسة تلك الحقوق و الحريات العامة .

### 1.2.2.2. المبادئ الأساسية التي تركز الحقوق و الحريات العامة

يقسم القانونيين هذه المبادئ إلى مبادئ سياسية وقانونية ما نتناوله في العنصرين التاليين:

#### 1.1.2.2.2. المبادئ السياسية

سيادة العمل الديمقراطي في الممارسة السياسية: إن الديمقراطية ليست عملية حكم فقط و لما كانت الحقوق عناصر أساسية في المؤسسات السياسية الديمقراطية ، فإن هذه الأخيرة بطبيعتها نظام للحكم أيضا فالحقوق من بين كتل البناء الأساسية في العملية الديمقراطية للحكومة. بالإضافة إلى الحقوق و الحريات لازمة تماما كي تصبح الحكومة ديمقراطية فمن المؤكد أن المواطنين في ديمقراطية ما يتمتعون بمجموعة من الحريات ، و الأكثر من ذلك لا يمكن للعمل الديمقراطي أن يستمر طويلا إلا إذا عمل مواطنوها على خلق ثقافة سياسية مساندة بل ثقافة عامة مساندة لهذه الأفكار والممارسات [123] ص 51.50. إن الممارسة الديمقراطية السليمة تفترض تحقق عدة شروط و تتمثل في :

\_ ضرورة وجود إمكانية للتغيير في الفئة الحاكمة من خلال توفر وجود مجموعة من القيم التي تسمح بالتنافس السلمي من أجل السلطة.

\_ أن تحدد هذه القيم غايات التغيير و توجهها دائما في إطار الصالح العام .

\_ أن يكون لدى المعارضة المقدرة على ممارسة حرياتها و إرادتها دون معوقات أو مؤثرات خارجية [130] ص 239. [131] ص 23.

و يقوم الشعب الذي يعيش في النظام الديمقراطي عادة بممارسة حقه في التغيير عندما يكتشف بأن الحكومة التي تدير شؤونه العامة أصبحت عاجزة عن تحقيق مصلحة المجتمع في العدالة و المساواة أو أنها لم تعد ذلك النظام الذي يلائم تطلعات هذا المجتمع في الإستقرار و التطور أي عندما تنقصها صفات الفاعلية و الشرعية. إذ تتنوع مفاهيم الديمقراطية بتنوع المجتمعات السياسية التي تقوم فيها و المراحل التاريخية أو الإجتماعية أو الإقتصادية التي تمر بها هذه المجتمعات [130] ص 240. و علي هذا الأساس يكون النظام الديمقراطي أفضل الأنظمة التي تؤمن حقوق الفرد

و تمنحه الضمانة لممارسة حرياته ضمن إطار القوانين بطريقة عقلانية منظمه و عليه فإن ترسيخ العمل الديمقراطي لا يمكن أن يتم إلا في ظل الحريات و الحقوق التي يتمتع بها الناس[132] ص 197 وما بعدها.

مبدأ المساواة و العدالة الإجتماعية :يعد مبدأ المساواة أصل في وجود كافة أنواع الحقوق و الحريات نظرا للعلاقة الجدلية بين الديمقراطية و الحريات وإذا كانت للمساواة قيمة أساسية من قيم الإنسان و احترامها لاغني عنه للسلم و لتقدم الإنسانية لان غيابها يؤدي إلى زعزعة الأمن والاستقرار يخلق حالة من الإستياء و عدم الرضى في المجتمعات [130] ص 241. فالمساواة تعد المبدأ الدستوري الجوهرى الذي تبنى عليه كافة الحقوق و الحريات تصدره جميع إعلانات الحقوق و المواثيق الدستورية[133] ص 358. و بإعتباره كذلك العمود الفقري للأنظمة الديمقراطية الفعلية.

وقد حدى المشرع الدستوري الجزائري حذو التشريعات الأخرى و هذا ما جاء في ديباجة دستور الجزائر لسنة 96 الفقرة " إن الشعب الجزائري ناضل و يناضل في سبيل الحرية و الديمقراطية و يعتزم أن يبني هذا الدستور مؤسسات دستورية و القدرة على تحقيق العدالة الإجتماعية و المساواة ، و ضمان الحرية لكل فرد " . و كذلك نص المادة 29 منه " كل المواطنين سواسية أمام القانون لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي ".

إن المساواة أمام القانون لا يمكن أن يكون تمييز لفرد أو إعتبار لطبقة أو إضطهاد لطائفة أو تحقير لجنس أو إعفاء من تكاليف ، مادامت الظروف واحدة و القدرات متماثلة و في هذا النوع من المساواة ما يقضي على الرق و يلغى الفوارق الإجتماعية[134] ص 90. بهذا يعد مبدأ المساواة الإجتماعية أحد دعائم كل تنظيم ديمقراطي لكفالة و حماية الحقوق و الحريات العامة فهو من الديمقراطية بمثابة الروح من الجسد بغيره ينتفي معنى الديمقراطية و ينهار كل مدلول للحقوق و الحريات [135] ص 449.

فالمساواة يجب أن تكون ذات جوهر لا مجرد شكل إذ لا يكفي التأكد على أن الناس يولدون متساوين ، أو أن أحدا منهم لن يجرد من حماية القوانين له ، بل أنه على النظام الديمقراطي تهيئة الظروف و الإمكانيات أمام جميع المواطنين ليتمكنوا من ممارسة حقوقهم و حرياتهم بالتساوي[130] ص 242 و [136] ص 216-219.

كما أخذت الثورة الفرنسية بمبدأ المساواة شعارا لها كما أن إعلان الإستقلال الأمريكي الصادر عن مؤتمر فيلاد لفيآ عام 1776 نص بوضوح أن " الناس جميعا يولدون أحرارا و متساوين" كما خطر التعديل الرابع عشر في 1863 للدستور الأمريكي على أية ولاية " أن تضع أو تنفذ أي قانون من شأنه الإنقاص من المزايا و الحصانات التي يتمتع بها المواطنون الأمريكيون أو أن تحرم أي شخص داخل نطاق سلطانها في حقه بحماية متساوية أمام القانون " فيظهر

جليا إهتمام جل الدساتير في العالم بالمبدأ بجعله أحد النصوص الدستورية مما يجعل إمكانية رقابة التجاوزات من إختصاص القاضي الدستوري وبالتبعية حماية للحقوق والحريات العامة .

الرأي العام ضمانا لحماية الحقوق و الحريات العامة: يعتبر الرأي العام من أفضل الوسائل في ممارسة السلطة السياسية، و معظم الحكومات من ديمقراطية و دكتاتورية هي حكومات رأي و تستند على جزء كبير أو صغير من الرأي العام [12] ص 170. مع أن الرأي العام كان دائما موجود عبر العصور، إلا أن أشكال التعبير عنه لم تتخذ صفتها المتطورة إلا في عصرنا الحاضر، ومع أنه ليس هناك تعريف واحد للرأي العام يتفق عليه رجال السياسة و القانون و علم الاجتماع .

كما يعرف الرأي " هو ذلك الموقف الذي تتخذه الأغلبية للتعبير عن نفسها في شكل تأييد أو معارضة لحالة محددة أو شخص معين أو إقتراح ذي أهمية واسعة النطاق يشترط أن يكون هذا التعبير متمتعا بقدر كبير من القوة العددية و الصلابة و الجمود يسمح بإحتمال إتخاذ إجراء فعال مباشر أو غير مباشر إزاء الهدف المقصود " [137] ص 452.

و يعرف تطور الرأي العام و جديته وتأثيره خاصة في مراقبة سياسة الحكومة قياسا بمدى تطور الممارسة الديمقراطية للنظام القائم داخل الدولة . لذا يعتبر البعض أن ضمانة الحقوق والحريات العامة إنما تنمو بوجود رأي عام قوي، و ذلك بالتمسك المطلق لأفراد الدولة بحقوقهم وحررياتهم بالدفاع عنها بجل الوسائل القانونية المتاحة و المكفولة التي تمنح لهم الممارسة الفعلية بما ورد النص عليها في الدستور [138] ص 238. وبهذا يظهر جليا الدور الذي يلعبه الرأي العام في مدى تكريس و تطبيق بل حماية القواعد الدستورية المنظمة للحقوق و الحريات العامة.

ففي الدول الديمقراطية يقوم الرأي العام بوظيفة الحكم ، و هذا الأخير يأتي عن طريق مناقشة الرأي و الوصول به إلى رأي أخير ملزم فعال، فالديمقراطية تعتمد أساسا على تكوين الرأي العام وحرية التعبير عنه ، ثم تمكين الرأي العام من أداء وظائفه في التأثير في تصرفات الحاكمين و المحكومين ، و من متطلبات الديمقراطية ومستلزماتها إعطاء الحق لكل إنسان في المساهمة في تكوين الرأي العام ، و على ذلك فإن سخط الشعب على وقائع معينة دون إستطاعته الإفصاح الصريح عنه يعد رأيا باطنا ، و إذا عبر الشعب عن هذا السخط مستخدما و سائل الإعلام فان الرأي يتحول إلى عام و صريح [139] ص 265.266. من هنا فإن المشاعر الرسمية الودية تجاه الجمهور ضرورة كهدف بحد ذاتها في أي شكل من أشكال الحكم الديمقراطي لأن الحكومة التي لا تأخذ برأي الشعب هي حكومة غير مستقر تطبيقها [130] ص 247 و [137] ص 45.

إن الديمقراطية الحقيقية تجسد العلاقة القوية بين حماية الحقوق و الحريات العامة و بين سلامة و أمن نظامها السياسي نفسه ، ذلك أن الديمقراطية تسلم بأن الحقوق و الحريات العامة تنطوي على تأكيد الأفراد لدواتهم و سلامة مشاركتهم



في إصدار القرارات وهي تتسع للحوار الحر و قيام الرأي و الرأي المعارض بما يحمله من نقد ومناقشة تنتهي بالإقتناع ، من خلال المناخ المساعد و المؤثر على جماعة الحكم فيما يصدرونه من قرارات . و تمثل رقابة الرأي العام القاسم المشترك في كافة صور الحكم الديمقراطي و هذه الرقابة هي التي تميز الديمقراطية عن أنواع الحكم الأخرى و هي التي تجعل الديمقراطية حقيقة واقعية [120] ص 12.

بل يعد الرأي العام في المجتمعات الديمقراطية المتطورة هو الضامن الأساسي من الناحية السياسية لهذه الحريات وهو يستطيع ممارسة دور مباشر في حمايتها لا سيما عن طريق الإستفتاءات أو عن طريق الإحتجاجات المباشرة كالتظاهرات و غيرها . وحتى نكون أمام دور فعال للرأي العام في كفالة وحماية الحقوق و الحريات العامة أن تفتح الدولة حق تكوين جمعيات و أحزاب و نقابات حتى تتواصل معهم عن طريق الندوات الفكرية والمناقشات العلمية المتخصصة حتى يبرز الفكر المعارض البناء بما يخدم الصالح العام. وبالإضافة إلى المبادئ السياسية هناك مبادئ قانونية يمكن من خلالها كفل و تكريس الحقوق و الحريات العامة و التي سنراها في العنصر التالي.

#### 2.1.2.2.2. المبادئ القانونية

لقد أجمع الفقه القانوني على مجموعة من المبادئ القانونية كمبدأ الفصل بين السلطات و مبدأ خضوع أعمال الإدارة للقانون وإستقلالية القضاء و أساليب عمل الإدارة و إجراءات تعديل الدستور مما يجعلنا نتناوله وفقا لما يخدم تكريس الحقوق و الحريات العامة.

مبدأ الفصل بين السلطات :إن مونتسكيو يرى في المبدأ شرطا ضروريا لحماية الحقوق الحريات الفردية عن طريق توزيع السلطة و تفتيتها على كيفية يحول دون تمركزها في يد سلطة واحدة على أساس أن التمركز يؤدي حتما إلى إستبداد تلك السلطة وإلى الطغيان على حقوق وحرريات الأفراد دون أن يكون لإحدهما أن توقف الأخرى عند حدود مهمتها طبقا لمقولته الشهيرة " لا بد على السلطة أن توقف السلطة " [140] ص 84.

مبدأ الفصل بين السلطات يعد أحد الركائز الأساسية في حماية الحقوق و الحريات العامة تجاه منع إستبداد إستئثار الحاكم بجميع السلطات في شخص أو هيئة واحدة إذ يذهب مونتسكيو بالقول بأنه يخشى أن يسبب الشخص أو الهيئة المستأثرة قوانين جائرة لينفذها تحقيقا لمطامعه السياسية الخاصة كما تنتفي الحرية إذ لم تكن سلطة قضاء منفصلة عن سلطة التشريع ، لذلك كان لزاما منع إنحراف السلطة أو خروجها عن الخط المرسوم لها في الدستور [141] ص 362. أن يتم ذلك عن طريق فرض رقابة عليها بالحد منها من قبل السلطات الأخرى ضمن ما يعرف بالتوازن و تكامل السلطات.

لقد إعتمدت معظم الديمقراطيات الحديثة المبدأ كمنظم لحياتها السياسية و الدستورية و قد طبق هذا المبدأ بصورة واضحة جدا في كل من الولايات المتحدة الأمريكية و بريطانيا ، فالنظام الأمريكي حدد دور كل سلطة بحيث يجعل من السلطات الثلاث مستقلة ومتساوية و متعاونة فيما بينها دون خضوع أي منها للأخرى فالسلطة التنفيذية فعلا لا تستطيع حل السلطة التشريعية كما أن هذه الأخيرة لا تستطيع إقالة السلطة التنفيذية.

بالرغم من عدم نص الدستور الأمريكي صراحة على مبدأ الفصل بين السلطات حيث ترك ذلك لدساتير الولايات فإن من الملاحظ أن هناك تمسكا شديدا بهذا المبدأ الذي يهدف إلى حماية الشعب و حقوقه بوجه طغيان محتمل من جانب الحكومة [141] ص 327. و [130] ص 250. [72] ص 559. وبهذا لا يمكن لأي سلطة ممارسة الصلاحيات المعهودة دستوريا لسلطة أخرى إذ ليس هناك من دولة تكون فيها الوظيفة التشريعية محصورة قطعا بهيئة واحدة وأن هناك سلطة تستطيع إدعاء إحكام الوظيفة التنفيذية لوحدها [142] ص 385.

أما عن التجربة الجزائرية في تعاملها مع مبدأ الفصل بين السلطات فالمشرع بموجب نص تعديل الدستور عام 1996 راع الفصل العضوي و التطبيقي دون الفصل التام بين الهيئات قصد إيجاد نوع من الإنسجام و التماسك والتعاون في العمل المؤسساتي للدولة و فعالية الحقوق و الحريات الأساسية للإنسان و المواطن.

ويبرز في تلك المبادئ المرتبطة خاصة بالإختصاصات التي تتم ممارستها بالإشتراك بين السلطتين التشريعية و التنفيذية خاصة ما تعلق بالظروف الإستثنائية، من إعلانها و تمديدها كحالة الطوارئ والحالة الإستثنائية وحالة الحصار والتعبئة العامة وحالة الحرب و كذا المشاركة في تعديل الدستور، فهذه الحالات تعد عمل أصيل للسلطة التنفيذية إلا أن المشرع الدستوري يشترط إحترام بعض الإجراءات الدستورية من ضرورة إستشارة البرلمان بإعتباره ممثل للشعب و كذا لإرتباط الأمر بالحقوق و الحريات العامة. فالغاية من مبدأ الفصل بين السلطات هو حماية الحقوق بوجه تعسف السلطة و يعد مقياس حقيقي تقاس به الديمقراطية لأنه يجسد مبدأ المساواة والعدالة الاجتماعية .

مبدأ خضوع أعمال الإدارة للقانون : إن الدولة لا يمكن أن تكتسي صفة الدولة الديمقراطية إلا إذا إستندت مؤسساتها على أولوية القانون الذي يجب أن يسود الحاكم و المحكوم على حد سواء وبهذا يعد ضمانة حقيقية لحماية الحقوق و الحريات العامة والذي يوجب على الدولة أن تكون تصرفاتها و قراراتها التي تتخذها مطابقة للقانون و بذلك يصبح مبدأ المشروعية عاصما عن الحكم البوليسي من الإنحراف في إستعمال السلطة [120] ص 318.

فالحكومات الديمقراطية هي التي تخضع تصرفات حكامها ومحكوميها على السواء لحكم القانون و يبني على ذلك لأنه لا يجوز لأية سلطة أنها تزاوّل أي نشاط سواء كان هذا النشاط عاما أو خاصا إلا على أسس و قواعد سبق و وضعها وفق الأوضاع و الشروط المقررة لذلك وهذا ما يطلق عليه إصطلاحا تعبير مبدأ سيادة القانون.

إن مبدأ سيادة القانون لا يختلف في معناه عن مبدأ الدولة القانونية التي تحرص الدولة العصرية على إعتماده كخاصية من خصائصها الجوهرية ويتضح من أن الدور الحاسم الذي يلعبه المبدأ في تطور الدولة الديمقراطية المبنية على حماية الحقوق و الحريات الفردية.

و لقد إنتشرت هذه الفكرة إلى درجة أنها إتخذت شكل النظرية العلمية و هذا بحكم المكانة التي أحتلها المبدأ في إعلانات الحقوق كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان و غيرها من الإتفاقيات الدولية[08] ص 188. مما أثر إيجابيا وقبولا على الدساتير في إعتناقه كمبدأ ضامن لحماية الحقوق و الحريات العامة منها دستور الجزائر 1996 في مادتين 174 و 02/60 و جل الدساتير في العالم. لهذا أصبحت نظرية سيادة القانون العمود الفقري للحقوق الفردية و الحريات العامة باعتبار أن معناها لا يتحقق إلا ضمن إطار قانوني ، الذي ينظم ممارستها و يحميها من عبث العابثين إلا أنه يجب الإشارة أن الشريعة الإسلامية تعد السباقة في إعتناق المبدأ بناء على قاعدة "الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر".

إستقلالية الجهاز المكلف بالرقابة: يعد إستقلال القضاء ضمانا حقيقية لتحقيق العدالة في المجتمع وتكريسا فعليا لدولة القانون التي تؤمن لمواطنيها ممارسة حقوقهم وحررياتهم على قدم المساواة. فالقضاء يلعب دورا أساسيا في تنظيم علاقات الأفراد بين بعضهم البعض عن طريق الفصل في المنازعات التي تنشأ بينهم ، و يكفل حقوقهم في الخلافات التي تقوم بينهم و بين الدولة مثلما يلعب هؤلاء الأفراد دور الحاكم و الرقيب على أعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ونظرا للأهمية الكبرى التي تحتلها السلطة القضائية في الدولة الحديثة فقد نصت معظم الدساتير على إستقلال هذه السلطة ، عملا بمبدأ الفصل بين السلطات لكي تتمكن من القيام بدورها في تحقيق العدالة على أكمل وجه ممكن[130] ص 255. بهذا تعد السلطة القضائية أحد الضمانات التي يعول عليها المشرع الدستوري في ضمان وكفالة الحقوق والحريات العامة إلا أن ذلك يشترط الإستقلال مع الكفاءة والنزاهة.

ولقد عرفت التجارب الدستورية هذه السلطة و أخذت بمبدأ الفصل بين السلطات إلا أن تعيين القضاء ما يزال متصل بوزارة العدل مما يجعله من الناحية الواقعية أحد الهيئات التابعة للدولة ويؤثر فعلا على إستقلالية القاضي. حتى الولايات المتحدة الأمريكية و التي تعد مرجعا في ذلك أراد دستورها إستقلال القضاء كسلطة إنشاء المحكمة العليا إلا أنه يناط تعيين أعضائها للرئيس وبالكونغرس ، يجعل استقلالها في محك الإستقلال[08] ص 604-605 وهذا ما حدا بالدولة المعاصرة البحث عن إيجاد وسائل مختلفة في دساتيرها و تشريعاتها تفر استقلالية أكثر ضمانا.

إن التجربة الجزائرية أوجدت عن طريق المؤسس الدستوري في تعديل الدستور لعام 96 بأن أعطى أهمية بالغة للقضاء و ذلك بترقيته من وظيفة إلى سلطة و إقراره الإستقلالية حسب المادة 135 من دستور 96 التي تقابلها المادة 129 من دستور 89. إن هذه النظرة حول إستقلالية القضاء تعد بوابة لأجل الأخذ بها في تكوين جهاز للرقابة الدستورية يتمتع بالإستقلالية.

هذا من أجل خلق جهاز مستقل ومتكامل كإطار لتطبيق النصوص المتعلقة بحماية الحقوق و الحريات العامة. إلا أن إستقلالية القضاء وحياده لا تتحقق بالنصوص بل بخلق جو يحيط بعمل القاضي في جميع نواحيه فينمي لدى القضاء بأن سلطتهم هي تعبير عن الدولة الدستورية الحامية للحقوق الحريات العامة تستحق الثقة والتقدير.

أساليب عمل الإدارة في حماية حقوق الفرد : يمثل هذا الصنف في اللوائح التي تضعها الإدارة قصد تحقيق الضبط الإداري . و هي ذات ضرورة إجتماعية تهدف إلى ضبط ممارسة الأفراد لحرياتهم المكفولة دستوريا قصد تحقيق النظام العام ، فإنها تضع الأسس التي تعين بموجبها الأطر السليمة التي تسمح للأفراد بالتمتع بحقوقهم [120] ص 283 و [130] ص 260. و عليه على الإدارة الخضوع إلى قواعد القانون التي تحدد للأفراد أساليب ممارسة حقوقهم إنطلاقا من مبدأ سيادة القانون الذي تخضع لها على السواء حاكم ومحكوم.

أنه ورغم ما يروج لمبدأ خضوع الإدارة للقانون إلا أن الجوانب العملية قد تقرر خروج عن القواعد القانونية بناء على سوء تقدير الإمتيازات التي تتمتع بها الإدارة مما يؤدي إلى التعسف في حق الفرد . يكون لزاما أمام الفرد اللجوء إلى العدالة ضد التجاوزات لأن العدالة تعتبر الحامي الأول و الأخير للحقوق و الحريات العامة و يتم ذلك عن طريق إجبار الإدارة على تصحيح الخطأ وتعويض مناسب لذلك ، وأجمع الفقه والقضاء الإداري على أن ذلك يتم :

\_الطعن بتجاوز السلطة الإدارية لصلاحياتها .

\_ إجبار و تقدير التعويض عن الضرر الذي تتسبب فيه الإدارة .

و بهذا تم تكريس مبدأ خضوع الإدارة لمبدأ الشرعية و تحقيق مبدأ المساواة بإجبار الإدارة على تقديم تعويض ملائم جراء تجاوزها للسلطات المحددة لها قانونا.

إجراءات تعديل الدستور: إن الدستور هو ترجمة حقيقية للظروف و الأوضاع التي يعيشها المجتمع في مختلف المجالات . السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية ، فهو إذن بيئته يتطور مادامت الظروف و الأوضاع تتطور و يتغير وفقا لسنة التطور في هذه الحياة [91] ص 7 [143] ص 68 . و رغم صفة الجمود التي تتمتع بها جل الدساتير إلا أنها تبقى معنية بالتعديل إلا أن المشرع وضمانا للحقوق و الحريات العامة التي كرسست حمايتها في الدستور وضعت قيود على التعديل الدستوري.

فالتقييد من سلطة التعديل الغرض منه إستقرار النظام القانوني لأن التعديل يعني وقف العمل بالقاعدة السابقة وإنقطاع إستمراريتها في المنظومة الدستورية، إن الأصل في التعديل لا يشمل جميع أحكام الدستور و إنما جزء فقط و ذلك من أجل عدم المساس ببعض المقومات الأساسية في الأنظمة حفاظا على الإستمرار و التماسك ، هذا ما نلاحظه في الدستور الفرنسي لسنة 1958 حسب أحكام المادة 89 منه أن النظام الجمهوري لا يقبل التعديل على الإطلاق وكذا في الجزائر حسب أحكام دستور 96 إن الطابع الجمهوري للدولة ودين الدولة لا يقبل التعديل.

بل و تأكيدا على إستقرار النظام و تجسيد حماية أكثر للحقوق و الحريات العامة فالمؤسس الدستوري في فرنسا في أحكام المادة 89 من دستور 58 أورد عدم جواز إجراء التعديل في الظروف الإستثنائية . و أمام كل هذا كان لزاما من وضع إجراءات تحكم تعديل الدستور و التي إستقر الفقه فيها على إجراءين هامين ، المبادرة بإقتراح التعديل وإقرار التعديل .

إقتراح التعديل : نظرا للأهمية التي تكتسيها عملية المبادرة بإقتراح التعديل و التي تعتبر المرحلة الأساسية فيه يؤكد الرأي الغالب في الفقه الدستوري الحديث على وجوب توزيعها بين مختلف السلطات و الشعب في الدولة ، فحسب sieges لا يمكن للشعب أن يتنازل عن سلطته التأسيسية إلى أية سلطة أخرى ، فللشعب وحده حق تغيير الدستور و لا يجوز حرمانه من هذا الحق و ذلك حتى تتم عملية التعديل بطريقة ديمقراطية ، لأن التجربة أثبتت أن إستئثار جهة واحدة بمبادرة إقتراح التعديل يهيئ لها الفرصة لتمرير أي مشروع سياسي ترغب في تحقيقه [12] ص 32 و [91] ص 10 و [144] ص 271.

فالدستور الفرنسي لسنة 1958 جعل مبادرة إقتراح التعديل تعود إلى البرلمان بناء على إقتراح يصوت عليه مجلس النواب و مجلس الشيوخ ( المادة 99 منه ) . أما بالنسبة لتجربة الجزائرية فرغم أن جل دساتيرها المتعاقبة تجعل من الشعب صاحب السلطة ومصدرها لكن ومع كل هذا فمبادرة إقتراح التعديل موكلة لرئيس الجمهورية وحده و هذا بإستثناء دستور 1963 الذي أسند فيه الحق أيضا للمجلس الوطني . ودستور 1996 للمجلس الشعبي الوطني . إلا أن دستور 1963 إشتراط سوى عملية مطلقة لأعضاء المجلس الوطني أما دستور 1996 فطبقا للمادة 177 تشترط ثلاثة أرباع أعضاء غرفة البرلمان . أما في فرنسا فتشترط 3/5 أعضاء المؤتمر ( المادة 3/89 ) [31] و [27] .

لذا من الصعوبة بمكان على البرلمان الجزائري أن يتقدم بإقتراح تعديل لعدم وجود أية معارضة فعالة و سيطرة الأحزاب الحاكمة بل يستحيل ذلك تماما لأنها تشترط طرح التعديل على رئيس الجمهورية الذي يمكن أن يعرضه على الاستفتاء أولا ؟ .

إقرار التعديل :أنه من الشائع عند قيام السلطة الحاكمة بتعديل الدستور، أنها تقوم بتعيين هيئات لهذا الغرض إلا أن تعيينها يتم بما يخدم مصالح السلطة الحاكمة في تحرير أي مشروع سياسي ، بعيدة عن إشراك المعارضة والأطراف السياسية الأخرى من أحزاب سياسية وجمعيات فاعلة في المجتمع. بل لا يتم إستدعاء المختصين الذين يتمتعون بكفاءات عالية و خبرات في الميدان المراد مناقشته هنا يكون الشعب صاحب السلطة و السيادة بين خيار الإستفتاء و الإمتناع أو العزوف تماما و هذا ما تم لمسه في التعديلات التي عرفها الدستور الجزائري . مع العلم أن مشاريع التعديل التي تقدم للإستفتاء قد تتناول قواعد و مبادئ تتعلق بحقوق و حريات الأفراد تستوجب المناقشة والمشاورة الواسعة للشعب بإعتباره صاحب السيادة و المؤسس الدستوري [91] ص 10.

### 2.2.2.2. القيود التي تحكم ممارسة الحقوق و الحريات العامة

تشكل الحقوق و الحريات العامة الركيزة الأساسية في الدولة الدستورية ذلك من خلال إعطاء صيغة القاعدة الدستورية للقاعدة المنظمة لها . لذا أوجد المشرع الدستوري قيود قانونية و التي تحدد المسار الذي يستطيع من خلاله الفرد ممارستها سواء في الظروف العادية و غير العادية و ليس الإكتفاء بجعلها نصوص دستورية كشعار للديمقراطية لأن هذه الأخيرة لا تقتصر على مجموعة من القيود و الضمانات النصية بل هي باعث و غاية لحماية الحقوق و الحريات العامة ضد هيمنة الأنظمة الحاكمة [145] ص 34. لأن السلطة الحاكمة تسعى من خلال القاعدة الدستورية تلميع الأهداف و المخططات السياسية أين تخدم الأغلبية سواء في الحالة العادية أو في الظروف الإستثنائية لذا أوجد القانون المقارن قيود على ممارسة الحقوق الحريات العامة في الحالتين وهذا ما نراه في العنصرين التاليين:

#### 1.2.2.2.2. قيود ممارسة الحقوق و الحريات العامة في الظروف العادية

تتعلق هذه القيود في الظروف العادية من أهداف رئيسية تتمتع بها الدولة بصفتها من يقرر الحقوق و يضمن حمايتها من أجل ضمان أمن المجتمع و هدوئه وسلامته تحقيقا للتطور و الإستمرارية . و هذا ما أدى بالفقيه " دومينيك روسو" للقول بأن الرقابة الدستورية وجدت لتأسيس علاقة دستورية جديدة بين الحاكم أو المحكوم وذلك بفرضها إحترام أجهزة الدولة لحقوق المحكومين [93] ص 402. بما أن هذه الأهداف هي ضرورية لبقاء المجتمع وتطوره يتم تحقيقها ولا يتم ذلك إلا بالعناصر التالية [130] ص 265:

الحماية ضد الغير: تعني أن حماية الفرد في ممارسته لحريته الخاصة من إمكان تقييد هذه الحرية أو الإنتقاص منها أو الإضرار بها قبل فرد أو أفراد آخرين في المجتمع . و لكون أن القاعدة القانونية هي تعبير عن الإرادة العامة فهي القادرة على تحديد و بالتفصيل النظام العام للحقوق والحريات العامة وعلى هذا الأساس يصبح لمبدأ القائل بان "

حرية الفرد مقيدة بحرية الآخرين " من صلب إختصاص القانون ، لأن الإضرار بالحقوق و الحريات العامة للفرد تعرض مرتكبها للعقوبات المنصوص عليها في هذا القانون .

حماية النظام العام : وهو يتكون إجمالاً من ثلاثة عناصر هي الأمن العام و الهدوء العام و السلامة العامة و بما أن المحافظة على الحريات العامة تصب أساساً في خدمة هذه العناصر الثلاثة فإنه لا بد من وضع سلم أولويات تكون فيه بعض الحريات مقيدة نسبياً لمصلحة حريات أخرى أكثر أهمية وحماية المجتمع تقضي عدم السماح للأفراد أو المجموعات بالوصول في ممارستهم لحرياتهم الأساسية إلى حد تهديد هذا الكيان.

إن الفرد أثناء ممارسته لحقوقه وحرياته قد يصطدم مع حريات الآخرين و عليه كان لزاماً على السلطة وضع قيود لتجمع وتؤلف بين الحرية والنظام العام. لذا تنظيم و ضبط النظام العام يلعب دوراً بالغاً في حماية الحقوق و الحريات العامة بشرط أن لا تمس بالضمانات التي كفلها الدستور في إطار الحماية الدستورية لهذه الحقوق و الحريات. وتقوم الإدارة بتنظيم هذه الحريات و ضبطها من أجل الصالح العام وذلك بتباعد الوسائل التي يجيزها القانون وهي:

التنظيمات : و هي القواعد التي تضعها السلطة الإدارية المختصة للمحافظة على النظام العمومي و الأمن العمومي و السكينة و الصحة العمومية. بل هي عبارة عن قيود تضعها هذه السلطة على الحريات الفردية و تتضمن عقوبات جزائية لكل مخالف لها [128] ص 163.162. كما يسمى بالنظام الجزري *régime expressif* و هو النظام الذي يوصف بالأكثر ملاءمة للممارسات الحريات بإعتبار أنه يسمح لنشاط الإنسان بالتحرك و النمو و لا يتدخل إلا بمنع التجاوزات التي يمكن أن تؤدي إليها هذه الممارسة إذا خرج عن الحدود التي يفرضها القانون [130] ص 267. و أن يمنح للقضاء توقيع الجزاء في حال تجاوز الحرية المكفولة والذي يعد ضماناً أساسية لما يتمتع به من نزاهة و استقلالية و ما يحيط المحاكمة من ضمانات قانونية إلا أنه يشترط في التنظيمات و صياغة المخالفات أن تكون أكثر دقة حتى لا تدع أي مجال للتفسير والتأويل بل تنسجم مع روح الدستور.

القرارات الإدارية الفردية أو القرارات ذات الطابع الخصوصي : تصدر هذه القرارات قصد تطبيقها على فرد أو عدد من الأفراد معينة بدواتهم أو حالات معينة وهذا يجعلها و سيله من وسائل المحافظة على النظام العمومي [128] ص 164 . كما يسمى النظام الوقائي *régime préventif* ومعنى آخر يهدف إلى منع حصول التجاوز ، أي أنه نظام الرقابة المسبقة على ممارسة الحريات ، أي السلطات الإدارية تتدخل بموجب هذا النظام للسماح بممارسة الحريات أو بمنع ذلك على قاعدة تثبيت النظام العام.

إذ تعالج الإدارة كل حالة على حدى و تتخذ الإجراءات التي تراها مناسبة ، بحسب الأوضاع الأمر الذي ينجم عنه خلق حالة من الشك أو الريبة لدى الأفراد و خطر على المساواة [130] ص 269. فالقرار الإداري يعد ضماناً للفرد

في ممارسة الحرية لأنه يتصرف وفقا لما رسمه الترخيص الممنوح و يأخذ هذا النظام صورة الترخيص أو المنع أو الأمر . و مثال ذلك ترخيص منع إجتماع أو مظاهرة أو مسيرة [128] ص 164 . و يقصد به أن السلطة تملك حق الرد أو الموافقة أو الرفض على ممارسة نشاط معين، إلا أن صلاحيات الإدارة تختلف حسب طبيعة النشاط المستهدف فتكون مقيدة أكثر تجاه الحريات المحددة و المجسدة في القانون. كما أن سلطتها تكون واسعة تجاه النشاطات غير المحددة كالمسيرات و المظاهرات و غيرها مثال ذلك في الجزائر منع المسيرات في الجزائر العاصمة.

إن ترك سلطة الإدارة دون حدود قد يؤدي إلى المساس بالحقوق و حريات الأشخاص لأن قرارات الإدارة تتأرجح بين تحقيق أهداف وبعث العمل الإداري في المحافظة وإقامة النظام العام و بين إلزامية حماية الحقوق وحرية المواطنين . و عليه على الإدارة في إجراءاتها أن تتقيد بمبدأ المشروعية من جهة و أن تخضع للقضاء المحاط بضمانات و إجراءات كفيلة بحماية الحقوق و الحريات العامة من جهة أخرى.

#### 2.2.2.2.2. قيود ممارسة الحقوق و الحريات العامة في الظروف الإستثنائية

أول ما ظهر هذا المصطلح كان مرتبطا بحالة الضرورة و الذي ضمنته عددا من الدول في دساتيرها. و يعني بالضرورة بأن الدولة أو أحد مؤسساتها تعفى من إحترام الدستور و القوانين السارية المفعول لدواعي تتطلبها المصلحة العليا للبلاد و التي تجد مكانتها في العبارة الرومانية " أن سلامة الشعب فوق سلامة القانون " [146] و [147] . فالظروف الإستثنائية تعني وجود خطر داخلي و خارجي يهدد كيان و أمن و إستقلال الدولة و أثرها تقوم الدولة الممثلة في الإدارة إتخاذ جملة من الإجراءات تتناسب مع الظروف الإستثنائية.

لكن هذه الإجراءات لا ينبغي أن تؤثر على السير العادي للسلطات العامة وهذا ما يقتضي إدخال بعض القيود على ممارسة الأفراد لحرياتهم . و يؤول بذلك للسلطة التنفيذية " الإدارة " سلطة التشريع قصد التحكم في الظروف الإستثنائية بدل تطبيق إختصاصات السلطة التشريعية بل تؤثر حتى على إختصاصات السلطة القضائية و على مبدأ المشروعية لأن الأوامر و القرارات الصادرة قد تتجاوز القانون بل حتى الدستور. و من الطبيعي أن تتعارض الإجراءات المتخذة من طرف الإدارة مع الظروف و الأوضاع القانونية في الأحوال العادية و غالبا ما تكون الحقوق و الحريات العامة ضحية الضرورة التي يفرضها الحفاظ على النظام العام. و يبرز إنعكاس الظروف الإستثنائية من خلال ما يلي [147] و [130] ص 281 و [128] ص 170.

\_ إتساع صلاحيات سلطة الإدارة المطلوب منها القيام بالخدمة العامة .

\_ إستبعاد القواعد القانونية العادية المتعلقة بالصلاحيات و الإجراءات ، و الشكل و القبول و شرعية الأعمال التي تقوم بها سلطة غير مؤهلة في الظروف العادية.



\_ وجود إمكانية واسعة لدى السلطة الإدارية لتقرير تطبيق الإجراءات المقيدة للحرية الفردية و التي هي ليست من صلاحياتها أصلا ، و تحويل الإنتهاك الذي تمارسه على الحريات العامة الأساسية إلى مجرد عمل إدارة عادي.

ما يجب الإشارة إليه أن جل المواثيق الدولية و الدساتير قد أشارت إلى الظروف الإستثنائية و أتاحت إتخاذ إجراءات لمواجهة الأوضاع حتى و إن كان ذلك على حساب الحقوق و الحريات العامة . و قد أثار الفقه المقارن عدة حالات للظروف الاستثنائية من حالة الطوارئ حالة الحصار و الحالة الاستثنائية حالة الحرب و التي نتناولها في كل من فرنسا و الجزائر .

الظروف الإستثنائية في فرنسا: يعرف الأستاذ ريفرو J. EIVERO الظروف الاستثنائية بأنها "الأوضاع الفعلية التي تؤدي إلى نتيجتين: وقف العمل بالقواعد العادية تجاه الإدارة ذلك لتطبيق تجاه هذه القواعد مشروعية خاصة يقوم القاضي بتحديد مقتضيات هذه المشروعية الخاصة [128] ص 171 و [ 148 ] . و قد إعتبر مجلس الدولة الفرنسي حسب J. EIVERO أن الحرب هي الحالة الأولى المنشئة لنظرية الظروف الإستثنائية .ففي هذه الظروف يكفي القاضي الإداري عندما يعرض عليه الموضوع ملاحظة إتساع ممارسة سلطات الضبط المنظمة قانونا.

كما عرف النظام الفرنسي حالة الحصار أو الأحكام العرفية والتي هي ذات طابع عسكري تجد أصلها في قوانين 1849 و 1878 و أيضا في المادة 36 من دستور 1958 و تطبق في حالة خطر داهم ناجم عن حرب خارجية أو عصيان مسلح.يضيفي القاضي المشروعية على الإجراءات المتخذة مستندا في ذلك إلى نظرية السلطات أثناء الحرب ونظرية الظروف الإستثنائية و أمثلة ذلك القرار الصادر في 06 أوت 1915 أعلن مجلس الدولة أن حالة الحرب تحول لجهات الضبط إصدار قرارات لا تكون من صلاحياتها في وقت السلم .

فحالة الحصار تتخذ بمرسوم من مجلس الوزراء و يتطلب إمتدادها الأكثر من إثني عشر يوما وتشتت موافقة البرلمان [149] ص 281 و [130] ص 274 و [128] ص 172.171 و [150] ص 25 و [151] ص 129 وما بعدها . أما عن حالة الطوارئ وهي ذات طابع إداري نصت عليه قوانين 1955 و 1958 و التي تقوم بسبب حالة خطر داهم ناجم عن إنتهاكات خطيرة للنظام العام وبسبب كوارث طبيعية . و تعلن بمرسوم و تتمتع أثرها الإدارة بصلاحيات البوليس ، كمنع تنقل الأشخاص و السيارات و منعهم من الإقامة و طردهم بسبب عرقلتهم لنشاط السلطات العامة .كما يتمتع وزير الداخلية بصلاحيات واسعة تخوله فرض الإقامة الجبرية و التفتيش ليلا ونهارا ومراقبة الصحف و المنشورات [147] و [128] ص 172 و [130] ص 276.275. إلا أن المشرع الفرنسي وضع قيود على الإدارة في القرارات المتخذة في حالة الطوارئ بإخضاعها للمراجعات الإدارية و الطعن بسبب تجاوز حد السلطة يضمن إلى حد بعيد حماية نسبية للحقوق و الحريات العامة بل حتى القضاء الإداري يستطيع بسط رقابته على القرارات المتخذة في هذه الحالة .و قد طبقت حالة الطوارئ منذ 1958 ثلاث مرات في الجزائر أثناء الحقبة

الإستعمارية و مرة واحدة في فرنسا من جهة أعتبر المجلس الدستوري الحامي الأول للحقوق و الحريات العامة بأن على المشرع تعديل هذا النظام الذي يتضمن مخاطر على الحريات العامة.

نظرية الظروف الإستثنائية في الجزائر: لقد تأثرت جل الدساتير في الدول بنظرية الظروف الإستثنائية نظرا لأهميتها من حيث قيودها على ممارسة الحقوق و الحريات العامة. و لقد عرفت دساتير الجزائر هذه النظرية إنطلاقا من دستور 1963 في مادته 59 و التي تنص " حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن رئيس الجمهورية إتخاذ تدابير إستثنائية لحماية إستغلال الأمة و مؤسسات الجمهورية و يجتمع المجلس الوطني وجوبا ". إذ أكتفى فيها المشرع الجزائري بالنص على السلطات الإستثنائية المخولة لرئيس الجمهورية والتي تقابلها أحكام المادة 16 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 و التي أعطت لرئيس الجمهورية الفرنسي صلاحيات واسعة تسمح له بإتخاذ كافة القرارات بما يعالج الظروف إنقادا للنظام العام حتى و إن كان على حساب ممارسة الحقوق و الحريات العامة [128] ص 173 و [130] ص 274 و [152] ص 244.243.

أما دستور سنة 1976 فقد نص على حالات عدة منها المواد : 119 إلى 123 والتي تشمل حالة الطوارئ ، حالة الحصار ، الحالة الإستثنائية حالة الحرب .وهي الحالات التي تتسع فيها سلطات الإدارة و يتغير فيها مفهوم المشروعية العادية إلى مشروعية الحالة الإستثنائية[153] ص 534 و [150] ص 31. أما دستور 1989 فقد أعاد تبني هذه الحالات في المواد 86 إلى 91 ،أما تعديل الدستور لسنة 1996 فاحتفظ بنفس المواد من: 91 إلى 96 و قد عرفت الجزائر عدة تطبيقات [154] و [155] و [156] و [157] و [158] إعلان حالة الحصار أثناء زلزال الأبنام " الشلف " و كذا أثناء الأحداث السياسية التي هزت الجزائر سنة 1991 . و بعدها ثم إعلان حالة الطوارئ التي مازالت تعيشها الجزائر إلى غاية 2010 و إعلان حالة الطوارئ يتمتع فيها وزير الداخلية والجماعات المحلية بصلاحيات واسعة كما يتمتع بها وزير الداخلية في التجربة الفرنسية .إلا أن القرار المتخذ في الجزائر في حالة إعلان الطوارئ " ،لا يوجد ما يدل على أنها تخضع للرقابة الدستورية و الدليل على ذلك إستمرارها إلى غاية قيام ما يسمى بالثورات الشعبية في الدول العربية . وقد أثرت على ممارسة الحقوق و الحريات العامة بل بسببها لم تحصل أحزاب سياسية و جمعيات على إعتماها عكس التجربة الفرنسية أنها تخضع حالات الظروف الاستثنائية لرقابة القاضي الإداري.

لذا كان لزاما و بعد ازدواجية القضاء التي جاء بها دستور 1996 على القضاء الإداري أن يلعب دوره حتى يكبح جماح السلطات الإدارية في تجاوز الحدود الدستورية المرسومة لها في الدستور.وإذا كان المسلم به أن الظروف الإستثنائية تبنى على نظرية الضرورة ولما كانت الضرورة تقدر بقدرها ، فإن مدى تناسب لائحة الضرورة مع الظروف الواقعية التي دعت إلى إصدارها تخضع لرقابة القضاء الإداري بهدف ألا تتجاوز الضرورة قدرها ، كما إذا جاوزت حرية من الحريات التي نظمها القانون والتي كفلها الدستور، من ثم تنبسط الرقابة القضائية على هذه اللوائح بنوعها أي سواء كانت رقابة مشروعية أو دستورية و [77] ص 120.

## الخاتمة

تعد الرقابة الدستورية نتيجة حتمية لمبدأ سمو الدستور ، ذلك المبدأ يجعل من النص الدستوري الإطار الذي تخضع له جل النصوص القانونية الأخرى ، لذا كان لزاما علينا أن نقف على دورها في تحقيق العدالة الدستورية والتي تتوافق مع متطلبات الديمقراطية من خلال تطبيق الإرادة الشعبية السيدة المجسدة في الدستور ، لذا لا مجال من وضع الرقابة الدستورية حجر عثرة بوجه الديمقراطية وذلك على الأقل لتتلاقى المبدأين على هدف واحد هو حماية حقوق الإنسان وحرياته .

إن إختلاف آليات ممارسة الرقابة الدستورية بحسب إختلاف الأسلوب المعتمد من دولة إلى أخرى جعلها تبرز في صورة الرقابة السياسية كأسلوب معتمد في فرنسا والدول التي تبعتها في ذلك كالجرائر جاعلة من المجلس الدستوري المؤسسة الدستورية صاحبة الأختصاص في فرض الرقابة. كما لعب القضاء الأمريكي دورا هاما في تجسيد الرقابة القضائية جعلها نموذج لدول عدة كمصر.

إن المسعى الديمقراطي بدأ يتجسد من خلال إجتهدات المجلس الدستوري رغم قصر التجربة الجزائرية بتدعيمه لمبدأ الفصل بين السلطات وتأكيد توازنها وتعاونها، حماية للحقوق والحريات الأساسية ، رغم النقائص التي تعترضها كأسلوب الإخطار وعدم وضوح الإجراءات المتبعة أمامه.

ولقد عرف المجلس الدستوري الفرنسي نفس الجمود في بدايته لكن التحولات السياسية والتوجه الديمقراطي الذي عرفه العالم في القرن الماضي جعل المشرع الدستوري الفرنسي يواكب التحولات بتوسيعه للإخطار إلى أقلية معارضة تم فتحه للإفراد بالدفع بعدم دستورية النص المخالف للدستور تدعيما للحقوق الإنسان تدعيما للديمقراطية الدستورية .

إن تطور مفهوم الديمقراطية من حكم الشعب بالشعب وللشعب إلى ديمقراطية دستورية جعل القاضي الدستوري يلعب دورا هاما في وجه كل من يريد إن يحقق ميول الأنظمة الحاكمة على حساب الحقوق والحريات. وعليه كان لزاما الوقوف وراء القاضي الدستوري وذلك بإحاطته بضمانات دستورية تكون نابعة من الإيمان بقواعد وغاية الديمقراطية.

ومن خلال دراستنا أنتهينا إلى أنه ورغم الأنظمة المختلفة للرقابة الدستورية ، وما تضمنه من جوانب إيجابية إلا أنها تضم عدة سلبيات خاصة في التجربة الجزائرية . تجعل التفكير في تدعيم الأساليب المنتهجة في الرقابة تتماشى ومتطلبات التطور الحاصل للديمقراطية . لأن الديمقراطية تبقى كلمة جوفاء بل شعار في يد السلطة الحاكمة ، ما لم تجسد في نصوص دستورية تقرر رقابة دستورية فعالة ، سواء بالأخذ بالرقابة القضائية التي تؤمن ضمانات أكثر

وضوحا وفاعلية من الرقابة السياسية. أو تدعيم هذه الأخيرة بأساليب أكثر مرونة وشفافية تتماشى و الدور الفني والتقني للرقابة.

وإذا كان إيمان البعض بأن الديمقراطية مجرد شعارات هذا لا يجعل من الباحث في مجال القانون حبيس النظريات الفلسفية ، بل عليه الغوص أكثر بما يبلور أكثر دور القاضي الدستوري في حماية الحقوق والحريات الأساسية من خلال، إستقلالية جهاز الرقابة ، وأن لا تكون له تبعية للسلطة الحاكمة وذلك بفتح باب الدفع بالدستورية أمام الأفراد خاصة في الدول التي تأخذ بنظام الرقابة السياسية خاصة بعد التعديل الأخير الذي عرفته التجربة الفرنسية .

وبغرض تفعيل دور القضاء الدستوري في تكريس الديمقراطية حماية للحقوق والحريات الأساسية نصل إلى توصيات الغرض منها الإستفادة منها واستغلالها في دعم التجربة الجزائرية وهي :

- إن التمسك بالوضع الحالي للتجربة الجزائرية يفرض تفعيل أكثر للإخطار الإختياري لا سيما فيما يخص القوانين والتنظيمات كوقاية من مخالفة هذه النصوص لروح الدستور.

- المبادرة بسن مشاريع النصوص العضوية المقررة في الدستور الحالي لإستكمال مجال هذه النصوص حتى لا تبقى محل مزايمة من طرف السلطة الحاكمة .

يمكن دعم الرقابة الدستورية في الجزائر من خلال مقترح التعديلات التالية:

- توسيع الإخطار إلى أقلية معارضة بداية ثم دعم ذلك في مرحلة أخرى بفتح المجال أمام الأفراد بالدفع بعدم دستورية النصوص .

- توسيع مجال تدخل القوانين العضوية لتشمل مواضيع أخرى لها انعكاس على الحياة الإجتماعية والسياسية .

- إخضاع المعاهدات والإتفاقيات لرقابة المطابقة الإجبارية للدستور قبل التصديق عليها .

- تحديد أجل يتم خلاله إخطار المجلس الدستوري بشأن القوانين والتنظيمات كي لا تبقى سارية مخالفة لأحكام الدستور لمدة طويلة قد تؤثر على مراكز قانونية يصعب تداركها .

- النص على الأحكام المتعلقة بالمجلس الدستوري في باب خاص ومنفصل في الدستور كي يعطيه مكانة دستورية.

- أن الرقابة الدستورية لن تكون أكثر فاعلية ما لم تكون قضائية لأنها بالأصل عملية تقنية تتطلب التخصص والمؤهلات القانونية.

- أن تجسد النصوص التي تحكم الرقابة في الدستور حتى تحاط بالحماية من حيث القوة الثبوتية و سمو .

- أن ينظم الإخطار وفق نصوص قانونية ومواصفات واضحة المعالم حتى لا يكون خاضع للمزايدات.

- أن تشترط شرط التكوين المتخصص والكفاءة في الأعضاء المكلفين بالرقابة بعيدة عن أي توجهات سياسية.

- أن يتم إرساء الطابع القضائي على إجراءات الرقابة أمام المجلس الدستوري.

- العمل على الأخذ من التجارب الناجحة سواء منها في التاريخ الإسلامي أو في التجارب الغربية الأخرى بما يخدم الحماية الحقيقية للحقوق والحريات الأساسية .

## قائمة المراجع :

- 1 - د. محمد المجذوب ، " القانون الدستوري والنظام السياسي " في لبنان وأهم النظم الدستورية والسياسية في العالم منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ط 2002 .
- 2- د. عبد العزيز محمد سالمان ،"رقابة دستورية القوانين"، دار الفكر العربي ، مصر ، ط. 1995.
- 3- د. قزو محمد آكلي،" دروس في الفقه الدستوري والنظم السياسية"، دراسة مقارنة ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط 2005 .
- 4 - د. فوزي أوصديق ،" الوافي في شرح القانون الدستوري ،النظرية العامة للدساتير .الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 1994.
- 5-Marie Cohendet« droit constitutionnel » 3 édition . montchrestien.2006.
- 6- د. إبراهيم درويش،" القانون الدستوري "، النظرية العامة والرقابة الدستورية ، دار النهضة العربية ، مصر ط 2004.
- 7- د . سعيد بو الشعير، "القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة "الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ط 1993 .
- 08- د. آدمون رباط ،"الوسيط في القانون الدستوري العام "، دار العلم للملايين ، لبنان ، ط 1971.
- 09- د، محسن خليل ،" النظم السياسية والقانون الدستوري "، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر ، ط 1971.
- 10- Jean Gicquel. « Droit constitutionnel et institutions politiques ». 19 édiontchrestien. 2003.
- 11 - بوخاتم معمر،" الدستور الجزائري بين مقتضيات الثبات ودواعي التغيير". الملتقى الدولي الثاني حول التعديلات الدستورية في البلدان العربية ، جامعة الأغواط ، المطبعة العربية الأغواط ،الجزائر، 2008.
- 12- د. إسماعيل الغزال ، " القانون الدستوري و النظم السياسية"، ط 1989 ، دون بلد نشر .
- 13- Oliver Duhamel. « les démocraties ». édit des seuil. paris . 1edit 1993
- 14- olivier Duhamel. Yves Meany « dictionnaire constitutionnel »  
1 édit :P UF paris 1992
- 15- Philippe ardant . « Institutions politique & droit constitutionnel ». 16édits L G  
D J. DELTA2004
- 16- د. إبراهيم شيحا ،" مبادئ النظم السياسية دول وحكومات "، دار الجامعة للطباعة والنشر لبنان ، دون سنة طبع.
- 17- د. يحيى الجمل ، "القضاء الدستوري في مصر"، دار النهضة العربية ، مصر ، ط 2006 .

- 18- د. طيعمة الجرف . " مبدأ المشروعية ورقابة القضاء لأعمال الإدارة " ، العدد الرابع السنة التاسعة والعشرون القاهرة، 1960 .
- 19- د. أحمد فتحي سرور ، " الحماية الدستورية للحقوق والحريات "، دار الشروق، مصر . ط 1999 .
- 20- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، " النظم السياسية و القانون الدستوري "، الدار الجامعية بيروت، لبنان ،دون سنة طبع .
- 21 - د. عبد الكريم علوان ، "النظم السياسية و القانون الدستوري"، دار الثقافة عمان الأردن ، ط 2006 .
- 22-burdeau Georges. « manuel de droit constitutionnel& institutions politiques » L.G .D. J paris 1984.
- 23- د. علي الباز، " الرقابة على دستورية القوانين في مصر "، دراسة مقارنة ، دار الجامعات المصرية الإسكندرية ط 1983.
- 24- د . سعد الشرقاوي و الدكتور عبد اللطيف ناصر. " أسس القانون الدستوري"، دار النهضة العربية، مصر ط 1984.
- 25- د. رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري "، دار النهضة العربية .مصر، ط 1983.
- 26- د. هاني علي الطهراوي، " النظم السياسية والقانون الدستوري ". دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الاردن . 2007 .
- 27- الدستور الفرنسي لسنة 1958.
- 28 - موقع الأنترنيت:
- Site du c.c.francais .http://www.conseil-constitutionnel.fr
- 29- دستور المغرب لسنة 1992
- 30- دستور فرنسا لسنة 1958
- 31- دستور الجزائر لسنة 1996 .
- 32- للتفصيل أكثر أنظر موقع الأنترنيت:
- www. Exception costitutionnel.fr
- 33-دستور الجزائر لسنة 1963 .
- 34- دستور الجزائر لسنة 1976.
- 35- دستور الجزائر لسنة 1989 .
- 36- عطاء الله أبو حميدة، " الرقابة الدستورية للنصوص القانونية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد 04 سنة 2010،
- 37 - بن علي بن سهلة ثاني ، "المجلس الدستوري بين الرقابتين السياسية والقضائية "، ادارة ، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة العدد 22 ، الجزائر سنة 2001 .

- 38 - الأخصري بن عزي ، "الدساتير في المغرب العربي : ما يميزها ويقرب بينها " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية ، العدد 04 ، سنة 2003.
- 39- د. شربال عبد القادر ، "مكانة المجلس الدستوري في النظام الوطني المؤسساتي" ، مجلة الفكر البرلماني ، مجلس الأمة ، الجزائر ، العدد 12 ، سنة 2006.
- 40- زيوي خير الدين ، "إدماج المعاهدات الدولية في النظام الداخلي الجزائري طبقا لدستور 1996 .مذكرة ماجيستير ،كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، 2003.
- 41- نوري مرزة جعفر ، " المجلس الدستوري بين النظرية والتطبيق "،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية العدد 04 ،سنة 1996 .
- 42- جبار عبد الحميد ، "الرقابة الدستورية للقوانين العضوية ورأيا المجلس الدستوري المتعلقان بقانوني الأحزاب السياسية والانتخابات" ، الإدارة ، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ،الجزائر . العدد 2،سنة 2000.
- 43 - القانون 19-08 المعدل لدستور الجزائر سنة 2008
- 44- النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري ، المؤرخ : 28 يونيو 2000 المنشور 06 غشت 2000 العدد 48 بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية .
- 45- د. نذير زربيبي ،"مناهج عمل المجلس الدستوري الجزائري لمراقبة صحة عمليات الانتخابات الرئاسية والاستفتاء " ، مجلة الفكر البرلماني ، مجلس الأمة ، الجزائر . عدد 11، سنة 2006 .
- 46- الامر 07-97 المؤرخ في 06/03/1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات المعدل والمتمم.
- 47- د. شيهوب مسعود ، "الرقابة على دستورية القوانين -" "النموذج الجزائري " ، مجلة النائب الجزائر ، 2005، العدادان 5.4 .
- 48- د. محمد بجاوي ،"المجلس الدستوري . صلاحيات .... إنجازات .... آفاق " ، مجلة الفكر البرلماني مجلس الأمة الجزائر. العدد 5 ، 2004 .
- 49- د. محمود حافظ، "الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري" ، دار النهضة العربية ، مصر . 1979
- 50- د. نعمان أحمد الخطيب ، "الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري" ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ط 2006.
- 51- د. ثروت بدوي، "القانون الدستوري و تطور الأنظمة الدستورية في مصر" ، دار النهضة العربية ، مصر . ط 1971 .
- 52- د. أحمد كمال أبو المجد ، "الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية و الإقليم المصري" مكتبة دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ط 1960.

53-Ciquel hean & hourieau André. « Droit constitutionnel & Institutions Politiques ». Montchrestien Paris 1984

55- د. ثروت بدوي ، "النظم السياسية " ، النهضة العربية ، مصر، ط 1979.

56-Collection Microsoft Encarta 2005 : 1993 2004 Microsoft corporation

57- د. منذر الشاوي، "القانون الدستوري نظرية الدولة"، بغداد العراق سنة 1981.

58- عبد العزيز سرحان ، " مقدمة لدراسة حقوق الانسان "، دون مكان و لا بلد النشر ، ط 1988 .

59- د. عبد العزيز محمد سالمان ، " قيود الرقابة الدستورية"، نهضة القانون ، القاهرة ، مصر ، ط 1998.

60- ا . محمود شلتوت ، " الاسلام عقيدة وشريعة "، دار الشروق ،مصر، ط 1983.

61- د. حمدي عطية مصطفى عامر ، " حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة "، دراسة مقارنة ،دار الفكر الجامعي مصر ، ط 2010 .

62- على بوبترة ،"ضوابط الرقابة على دستورية القوانين في ظل ممارسات المجلس الدستوري الجزائري "، مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، العدد 05 سنة 2005.

63-A .mouriouj.j giguel. « Droit constitutionnel et institutions politiques ». Montchrestien. Paris 1970.

64- نبيل زيكارة ،" المجلس الدستوري بين السياسة والقانون "،مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر 1998.

65- مسراتي سليمة ،" إخطار المجلس الدستوري "، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ، 2001 .

66 - د. بوكرا إدريس ،" المراجعة الدستورية في الجزائر بين الثبات والتغيير " ، مجلة الإدارة العدد 01 ، الجزائر سنة 1998.

67 - دهبينه خالد ،" أساليب عمل المجلس الدستوري في مجال رقابة المطابقة للدستور ورقابة الدستورية "، مجلة الفكر البرلماني ، العدد 14،الجزائر ،سنة 2006.

68- د. عبد الحميد متولي . " مبدأ المشروعية و المبادئ العليا غير المكتوبة في الدستور " ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الإقتصادية ، العدد الثالث و الرابع ، الإسكندرية. 1960.

69- Duguit « Trait de droit constitutionnel ». T\_T 1921

70- د. عمار عباس و أ. نفيسة بختي ، "الحدود الدستورية لرقابة المجلس الدستوري "، مجلة الفكر البرلمان العدد الثاني والعشرون ، 2009.



- 71- د. عبد الرزاق السنهوري ، " مخالفة التشريع للدستور و الإنحراف في إستعمال السلطة التشريعية"، القضاء السنة التاسعة عشرة سنة 1986 .
- 72- د. كامل أليه ،" النظم السياسية و الفكر الغربي " ، القاهرة، مصر، ط 1979 .
- 73- د. طيعة الجرف ، "القضاء الدستوري"، دون بلد النشر ، سنة 1994.
- 74- jacques Lambert :les origines de constitutionnalité aux état unis  
revuedeDroitpublic1931
- 75- القرار رقم : 09 ق -ع م د/2000 المؤرخ في 27/02/2000 و المتعلق بعدم دستورية الأمر رقم 97-15 المؤرخ في : 24 محرم 1418 الموافق ل 31 ماي 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى .
- 77 - د . منير عبد المجيد، « أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح " ، منشأة المعارف الإسكندرية ط 2001 .
- 78- القضية رقم 55 سنة 4 قضية دستورية جلسة 5 سبتمبر 1992 الجزء 5 المجلد 2.
- 79- القضية رقم 40 لسنة 17 ق جلسة 04/05/1996.
- 80- د. محمد رفعت عبد الوهاب. د . حسين عثمان محمد عثمان ، " النظم السياسية"، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، مصر 2001 .
- 81- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان .1948
- 82-Geneviève Koubi – Raphaël Romi. « ETAT – CONSTITUTION – Loi ». Litec.  
Paris 1993.
- 83- Raymond Carré de Malberg. « Contribution à la théorie générale de l'État ».Sirey. paris 1920
- 84-Jacques Chevalier. « L.ETAT de droit » Montchrestien Paris 2eme édit 1994
- 85- د. العوجي مصطفى ، "حقوق الإنسان في الدعوى الجزائرية" ، مؤسسة نوفل ، بيروت ، لبنان ط 1989.
- 86 - د . سامي جمال الدين ،" تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية "، دار المعارف ،الإسكندرية دون سنة نشر.
- 87-Georges Burdeau. « Manuel de droit constitutionnel ». Paris. 1949.
- 88- د . عدنان حمودي الجليل. " مبدأ الفصل بين السلطات وحقيقة أفكار مونتسكيو". مجلة العلوم الإجتماعية جامعة الكويت السنة 09 عدد 01 . 1985 .
- 89- ميلود ذبيح ، "الفصل بين السلطات في التجربة الدستورية الجزائرية"، دار الهدى، الجزائر، 2007 .

- 90 - د. يحيى الجمل، "الأنظمة السياسية المعاصرة"، دار النهضة العربية، دون سنة ولا بلد نشر.
- 91- د. قزو محمد آكلي، "ضرورة التعديل الشامل للدستور"، مجلة دراسات قانونية، العدد الثاني، مركز البصيرة التوزيع دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2008 .
- 92- Dominique rousseau. « Droit contentieux constitutionnel ». - Montchrestien. Paris.4eme .Edit1995.
- 93Louis Favoreau .Loïc Philip . « les grandes décisions de conseil constitutionnel .Dalloz . Paris.8eme1995.
- 94- د . بن هني عبد القادر، " بنويوية الأديم لمؤسسات الولايات المتحدة الأمريكية"، مجلة إدارة المجلد 15، العدد الأول. الجزائر، السنة 2005 .
- 95-Jean Gicquel . « droit constitutionnel et institutions politiques » Montchrestien. Paris. 14eme. Edit1995
- 96- د . عبد الحميد متولي، "أزمة الأنظمة الديمقراطية"، دون سنة وبلد نشر.
- 97.Dominique Breillat .Gilles Champgne .Daniel Thome . « Droit constitutionnel et institutions politiques »Anna.2005.
- 98- د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، مصر، ط 2006.
- 99-Dominique rousseau. « la justice constitutionnel en Europe » Montchrestien. paris. 2em. édit 1996
- 100-R. carie de malberg. « Contribution à la théorie générale de l'état » Tome 1. Recueil Sirey. Paris 1920.
- 101- د - عمر سعد الله، "الصيغ الدستورية لتحديد مجالات إختصاص البرلمان بعملية ترقية وحماية حقوق الإنسان"، مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، العدد 08، سنة 2005 .
- 102- د. رمزي الشاعر، "الوجيز في القانون الدستوري"، مطبعة جامعة عين شمس، ط 1991.
- 103-Philippe ardent. Institutions politiques et droit constitutionnel ».16 édition 2004. Édition L.G.D.I DETTA

104-Dominique rousseau. « Les droits de l'homme dans la troisième génération- droit constitutionnel et droits de l'homme ». économique- collection- droit public positifs paris 1987.

105- ا. هنري روسيون. ترجمة د، محمد وطفة، "المجلس الدستوري"، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، ط. 2001.

106- د. يوسف حسين، "دليل المسلم لحقوق الإنسان الأساسية في السلم و الحرب"، دار التنوير، الجزائر، طبعة 2004.

107- د. محمود حافظ، "الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري"، دار النهضة العربية القاهرة، ط1976.

108 . محمد وجدي عبد الصمد، "الأعداء بجهل القانون"، نادي القضاة، مصر . ط سنة 1987 .

109- تدمرتازا عمر، "الحريات العامة والمعايير القانونية"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، 2002.

110- . د. محمد عبد الحميد أبو زيد، "سيادة الدستور وضمان تطبيقه"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، دون سنة نشر .

111- د. صبري محمد السنوسي محمد، "آثار الحكم بعدم الدستورية"، دراسة مقارنة. دار النهضة العربية مصر ط2000 .

112- Philippe ardent. « Manuel institutions politiques et droit constitutionnel ».2éd.L.G.D.J1990

113- د. أحمد فتحي سرور، "الحماية الدستورية للحقوق والحريات"، دار الشروق، مصر، 1999.

114-le grand oral : « protection des libertés et droits fondamentaux ».

préparation au crfpa . d.amsom/ph .bhachér /D .breillat / j.m.denquin / m.dauchy/ j.duffar / s.guinchard / m.hanichauk/j.m.maillot/ rousseau- Montchrestien 2003

115- Claude lecherpc . « droit constitutionnel et institutions politique ». Dixième édition. lites -1999 .

116- د.عمار عباس و . نفيسة بختي، "تأثير النظام الإجرائي على رقابة المجلس الدستوري و سبل إصلاحه" مجلة دراسات قانونية، الجزائر العدد 02 سمبر 2008 .

117- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، "مبدأ المساواة أمام القضاء و كفالة حق التقاضي"، دراسة مضمون و نطاق مبدأ المساواة أمام القضاء، نشأة المعارف الإسكندرية، طبعة عام 1998 .

118- د. سليمان الطماوي، "التطور السياسي للمجتمع العربي"، دار الفكر العربي، دون سنة طبع، الطبعة الثانية

119.Dominique rousseau. « Droit du contentieux constitutionnel préface de .Georges Vedel » – Montchrestien. deta .7eme. édition. 2006

120- د. كريم يوسف كشاكش ، "الحريات العامة في الانظمة السياسية المعاصرة" ، نشأة المعارف الإسكندرية مصر سنة 1987 .

121 - د- سعاد الشرقاوي ، "النظم السياسية في العالم المعاصر" ، دار النهضة العربية بالقاهرة مصر، الطبعة الثالثة ، 1988.

122- د. عبد الحكيم حسين العيلي، " الحريات العامة في الفكر و النظام السياسي في الإسلام" ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، مصر ، طبعة عام 1974 .

123- د. أحمد أمين الجمل ، "عن الديمقراطية" ، تأليف : روبرت ادال ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة و الثقافة العالمية ط 2000.

124-Dominique rousseau. « la justice constitutionnelle en Europe » edit 1996 Montchrestien. Paris. 2eme

125-Dominique rousseau. « Droit contentieux constitutionnel ». 4eme .Edit.1995.

126- نبالي فطة ، " المجلس الدستوري ومبدأ المساواة " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية جامعة الجزائر ،كلية الحقوق ، العدد الثاني ، سنة 2009 .

127 - غداوية رشيد ، " مبدأ خضوع الدولة للقانون وتطبيقاته في النظام الدستوري الإسلامي " ، مذكرة ماجستير كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر .

128- د. ناصر لباد، "الوجيز في القانون الإداري" ، التنظيم الإداري ، النشاط الإداري، الطبعة الأولى سنة 2006.

129- سي موسى عبد القادر ، " دور الانتخابات والاحزاب السياسية في ديمقراطية السلطة في النظام السياسي الجزائري" ،مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر 2009 .

130- د. خضر خصر ،"مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان" ، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس – لبنان ط 2005.

131 - يسمور مارتن ليست ، "رجل السياسة" ، منشورات دار الأفاق الجديدة بيروت ،دون سنة نشر.

132 - جاك لوفير ،"حقوق وواجبات المعارضة في الديمقراطيات المعاصرة" ، مجلة الفكر البرلماني . الجزائر العدد 13 . 2006.

133- د عبد الغني بسوني عبد الله – النظم السياسية أسس التنظيم السياسي" ،نشأة المعارف الإسكندرية – طبعة عام 1995 .

- 134- د. عبد الحكيم حسن العيلى، " الحريات العامة في الفكر و النظام السياسي و في الإسلام " دراسة مقارنة دار الفكر العربي، مصر، ط 1974 .
- 135- د. عمر أحمد فاضل حسبو، " علم السياسة"، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة . طبعة 2000 .
- 136- د. السلي لبيسون، " الحضارة الديمقراطية"، منشورات دار الأفق الجديدة بيروت، دون سنة نشر .
- 137- د. محمد عبد القادر حاتم، " الرأي العام"، منشورات مكتبة الأنجلو المصرية. القاهرة، الطبعة 1972 .
- 138 - د. انور احمد رسلان، "الحقوق و الحريات العامة في عالم متغير"، الناشر دار النهضة، بالقاهرة ط1993.
- 139- د. رمزي طه الشاعر، "القانون الدستوري النظرية العامة والنظام الدستوري المصري" مطبعة جامعة عين شمس، 1997 .
- 140- د. عبد الحميد متولي، " الحريات العامة، نظرات في تطورها و ضماناتها و مستقبلها"، منشأ المعارف الإسكندرية القاهرة طبعة عام 1979 .
- 141 - د. حسن صعب، "علم السياسة"، منشورات دار العلم للملايين. بيروت، طبعة 1966.
- 142- Georges Burdeau . « traité de science politique ». L G. D. J paris 1970 .
- 143- د. نزيه رعد، "القانون الدستوري العام"، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس، لبنان، طبعة 1999 .
- 144 - د. فتحي فكري، "القانون الدستوري"، دار النهضة العربية، مصر طبعة 1997
- 145-. jean rauché – André douille .« liberté publique ». Dalloz. paris  
11em édit 1995
- 146- خنيش بغداد، " المؤسسات الدستورية في الظروف الاستثنائية"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر 2001 .
- 147 - د. بوغزالة محمد ناصر : محاضرة في الظروف الاستثنائية. ألقبت على طلبة ماجستير تخصص الأمن و السلم و الديمقراطية. كلية الحقوق . جامعة البليدة . السنة الجامعية 2005 – 2006 .
- 148 - تميمي نجاة، حالة الظروف الإستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2003
- 149-Ahmed mahiou. « COURS d'institutions administratif » 2eme . édit ( o p u ) -  
ALGER. 1979 .
- 150- د. مسعود شيهوب، "الحماية القضائية للحرية الأساسية في الظروف الاستثنائية"، م. ج. ع. ق رقم 1 .
- 151- سحنين أحمد، "الحريات العامة في ظل الظروف الإستثنائية في الجزائر"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005 .

152-Duverger Maurice . « Constitutions et Documents Politiques ».éd. P.U.F  
paris.1978

153- د .محيو أحمد، " محاضرات في المؤسسات الإدارية". ترجمة محمد صاصيلا ط 2 . دار المنشورات  
الجزائرية – الجزائر 1979.

154- المرسوم رقم 80-253 المؤرخ في : 13 أكتوبر 1990 يتضمن تعيين القائد العام للمناطق المنكوبة الجريدة  
الرسمية رقم 42

155- المرسوم الرئاسي رقم : 91-196 المؤرخ في : 04 جوان 1991 المتضمن إعلان حالة الحصار الجريدة  
الرسمية رقم : 29

156- المرسوم الرئاسي رقم 91-336 المؤرخ في : 22 سبتمبر 1991 المتضمن رفع حالة الحصار . الجريدة  
الرسمية رقم : 44

157- المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المؤرخ في : 09 فيفري 1992 المتضمن حالة الطوارئ الجريدة الرسمية  
رقم : 10 .

158- المرسوم الرئاسي رقم 93-02 المؤرخ في : 06-02-1993 الجريدة الرسمية رقم : 08 تمديد حالة  
الطوارئ إلى أجل غير مسمى.