



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الاختصاص السلبي للمشرع في الجزائر

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل. م. د في الحقوق
تخصص: قانون الدولة والمؤسسات

إعداد الطالبة:

عنان أمال

إشراف الدكتور:

سعود أحمد

أمام لجنة المناقشة المكونة من:

المؤسسة	الصفة	الرتبة	الاسم واللقب
جامعة الوادي	رئيسا	أستاذ	إلياس جوادي
جامعة الوادي	مشرفا ومقررا	أستاذ محاضر أ	أحمد سعود
جامعة الوادي	مناقشا	أستاذ محاضر أ	بدر شنوف
جامعة الوادي	مناقشا	أستاذ محاضر أ	ريم سكفالي
جامعة خنشلة	مناقشا	أستاذ	إسماعيل بوقرة
جامعة ورقلة	مناقشا	أستاذ محاضر أ	محمد بكرار شوش

السنة الجامعية: 2022-2023

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

قال تعالى: {وَلَا تَكُن مِّنَ الْغٰفِلِیْنَ} (الأعراف 205)

قال رسول الله صلی الله علیه وسلّم:

(إِنَّ اللّٰهَ یُحِبُّ إِذَا عَمِلَ أَحَدُكُمْ عَمَلًا أَنْ یُتَّقِنَهُ)

شكر وعرفان

الحمد لله، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا ونبينا محمد خاتم الأنبياء
والمرسلين صلى الله عليه وسلم.

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والذي هداني ووفقني وقد أمن عليا بفضله
وكرمه على إتمام أطروحتي ومناقشتها، ويسر لي كل الصعوبات والعراقيل، حمداً لا
منتهى له.

وامتنانا واعترافنا بالجميل لذوي الفضل، أود أن أتقدم بادئ ذي بدء بخالص الدعاء
لروح الأستاذة سلطاني آمنه رحمها الله، التي كانت مشرفة ومؤطرة على أطروحتي على ما
قدمته لي من توجيهات ونصائح قيمة.

وأوجه شكراً خاصاً خالصاً بأحرى عبارات التقدير والتبجيل للأستاذ المشرف
الفاضل سعود أحمد على ما قدمه لي من نصائح وملاحظات وإرشادات، لتكون أطروحتي
بهذا الشكل.

كما أتقدم بأسمى عبارات التقدير والاحترام إلى أعضاء للجنة المناقشة
الموقرين لقبولهم المناقشة، وعلى ما سيبدو أنه من ملاحظاتهم وآرائهم الجدة قيمة، التي
ستزيد من العمل جودة ورونقه لإخراجها في شكلها النهائي بأفضل صورة.
كما أوجه شكري إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد لإتمام هذا العمل.

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى

من أمدني بالدعم والخير والأمل

إلى أمي الحبيبة وأبي الحبيب

إلى رفيق دربي زوجي

إلى إبني

إلى إخواني وأخواتي

مقدمة

بعيدا عن الاختلاف المفاهيمي بين مبدأ سمو الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ تدرج القواعد القانونية، إن العلاقة بين هذه المبادئ الثلاثة وثيقة الصلة، فلو نظرنا إليها من جانب سلبي لوجدنا أن الإخلال بأي منها بإخلال بالأخر، لاسيما لو تحدثنا عن الصلة بين كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية، فالنتيجة المسلم بها أن خوض الأولى لسلطات الثانية أو بالعكس، تقويض بمبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ تدرج القوانين، وعموما خرق لمبدأ سمو الدستور.

ومن دون أي شك إن خرق مبدأ سمو الدستور غير مرتبط دائما بحالات خوض إحدى هاتين السلطتين في اختصاصات الأخرى تعديا عليها، فقد يحدث حينما تتخلى إحداها عن اختصاصاتها للأخرى بإرادتها، وبالخصوص حينما تتخلى الهيئة التشريعية عن عملها للسلطة التنفيذية وتتسبب في حدوث الانتهاك لقواعد القانون الاسمي، و الضرر بالحقوق والحريات المضمونة دستوريا، لامتناعها عن النظر في اختصاصها بنفسها، بعدم سنها لقواعد قانونية تضع أحكام الدستور موضع التطبيق وبلجؤها إلى السلطة التنظيمية سواء رئيس الجمهورية أو الحكومة، وتكليفها بالنظر في أمرها بالنيابة عنها ، وذلك ما نوه إليه كل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين والمعاهدات والاتفاقيات الدولية للحقوق والحريات بدعوتها الدول الأطراف بالالتزام سلطاتها التشريعية بمبدأ الانفراد التشريعي، و التوقف عن سن تشريعات معيبة بالإغفال تتعرض من خلاله للحقوق والحريات ، والالتزام بإلغاء القواعد القانونية المناقضة لقواعد القانون الدولي و المسارعة إلى وضع ما قواعد تضعها موضع التطبيق تنفيذا لالتزاماتها الدولية، ناهيك على وضعها الدول الأطراف تحت راقبتها الدورية ، باليات رقابية مختلفة مكرسة في العهدين الدوليين لحقوق الإنسان لنظر في مدى امتثال أو عدم امتثال لها .

ترتبا على ذلك إن مشكلة عدم الاختصاص السلبي. المتميزة عن عيب عدم الاختصاص الإيجابي الذي يوجي بممارسة المشرع للعمل التشريعي على نحو مخالف للدستور، بتجاوزه حدود اختصاصه وخوضه اختصاص السلطة التنفيذية، بتنظيمه لمسائل تؤول إليها، و غير المحددة في أغلب الدساتير زمن بينها الدستور الجزائري بمختلف تعديلاته، ناهيك على ارتباط عدم الاختصاص السلبي للمشرع بمسألة الحقوق والحريات بالأخص.

في الواقع قد أثارَت مشكلة عدم الاختصاص السلبي جدلا على نطاق واسع في الوسط الفقهي المؤيد والمعارض لهذه الفكرة الذي لم يتوقف على مدى كونها وجها من أوجه عدم الدستورية ، و الأساس الذي تستند إليه راقبتها ، ومدى خضوعها أو عدم خضوعها لرقابة المحكمة الدستورية المثار من الوهلة الأولى

من اكتشافها، بل كذلك ، حول أوجهها التي لم تحصل على اتفاق الفقه إلى حد الساعة، لتقسيم البعض من الفقه لصورها إلى صورتين والبعض الآخر إلى ثلاثة صور ، وهو الاختلاف الذي قد مس بعض الدساتير في الأنظمة المقارنة التي أسست لهذه الرقابة ، بتمكنها محاكمها الدستورية بممارستها رقابتها على أوجه عدم الاختصاص السلبي باستخدامها لعبارات مختلفة للتعبير عنها .

رغم كل الجدل الفقهي الذي أثير حول عدم الاختصاص السلبي استطاعت هذه الفكرة أن تدخل إلى حيز الوجود، بتبنيها من القضاء الدستوري ، بداية من المحكمة الدستورية الإيطالية ، أسوة بالمجلس الدولة الفرنسي الذي يعد أول من مارس رقابته على عدم الاختصاص السلبي على القرارات التي تمتنع فيها السلطات الإدارية عن تطبيق القوانين بإلغائه لهذه القرارات ، بسبب حالة الفراغ التشريعي التي لطالما قد ميزت النظام القانوني الإيطالي، نتيجة امتناع غرفتي البرلمان المصادقة على مقترحات القوانين جراء ما نشأ بينها من خلافات ، و هو ما نظرت فيه العديد من المحاكم الدستورية التي استهدفت الأحكام التشريعية المتجاهلة لأحكام ومبادئ الدستور سواء التي قد أغفلت فيها إحدى المبادئ الدستورية ، أو تلك المتضمنة لإحالات تشريعية إلى السلطة المختصة بتنفيذ القواعد القانونية بمراسيمها التنفيذية ، وذلك بالطبع لمسائل كان من الأصح أن تنفرد بها السلطة التشريعية ، أو بناء على تفويض تشريعي لم يلتزم فيه هذا الأخير بأدنى الشروط المحددة له دستوريا لممارسة اختصاصه في التفويض للسلطة التنفيذية .

ومكان ذلك إلا اجتهادا منها إلى استطراد القواعد القانونية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي من النظام القانوني ، بالخصوص في الدول ذات الأنظمة الرئاسية والشبه الرئاسية ، التي تمنح فيها دساتيرها السلطة التنفيذية مكانة هامة وصلاحيات واسعة تمتد إلى جميع السلطات ، من بينها الاختصاص التشريعي لتمكينها مشاركة السلطة التشريعية من إنتاج النصوص القانونية في مجالات اختصاصها ، ومشاركة كافة مراحل العملية التشريعية من بدايتها لنهايتها بدءا من حق المبادرة في التشريع إلى غاية إصدارها ونشرها وتنفيذها على أرض الواقع ، ومنحها الاختصاص في التشريع بأوامر ، لتكريس هذه الأنظمة مبدأ الفصل المرن بين السلطات، ولغياب قواعد دستورية جديدة تضبط اختصاص المشرع ، لتمتعه بالسلطة التقديرية في ممارسة اختصاصه مثلما هو الوضع عليه في النظام القانوني الجزائري، ناهيك على افتقاد برلماناتها الكفاءة التشريعية والخبرة في مجال الصياغة التشريعية، وتسرعها في سن قوانينها ، .

وعلى هذا الأساس اجتهد القضاء الدستوري وبالخصوص في النظم الدستورية غير المقررة صراحة لرقابة عدم الاختصاص السلبي لمعالجة هذه المشكلة، ومن بينها الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري منذ أول وهلة قد مارس فيها رقابته السابقة على القوانين، التي أولى من خلالها اهتمامه الكبير بالقوانين العضوية الخاضعة للإخطار الوجوبي، ومن ثمة الرقابة للاحقة بموجب التعديل الدستوري

2016 المعدل سنة 2020 لحماية الحقوق والحريات باليات لطالما كانت ولاتزال محل خلاف فقهي. حول أثرها وحجيتها.

أهمية الدراسة:

تتبلور أهمية دراستنا من الناحية النظرية في تسليط الضوء على أكثر الإشكاليات التي تعترض منظومة الحقوق والحريات، بالتعرض لمشكلة عدم الاختصاص السلبي للمشرع التي تعد من أكثر وأبرز مشكلات العصر التي تطل كافة القوانين، وتعرق سيرورة النصوص الدستورية، لعدم تنفيذ المشرع لالتزاماته الدستورية كما ينبغي، سواء لتجاهله بعض الأحكام والمبادئ الدستورية، أو لتنازله عن اختصاصه لسلطة التنظيمية التي قد تزيد من وضع الحقوق والحريات سوءا، بدراستنا صورها وأثارها وحلولها.

بينما تتجلى الأهمية العملية لهذه الدراسة في الحماية المسخرة للحقوق والحريات المهددة بالتطبيق قواعد قانونية مشوبة بإغفالات تشريعية من القضاء الدستوري ، من خلال دور الذي يلعبه هذا الأخير في جبر الضرر عنها قبل أن تطبق عليها هذه الأحكام التشريعية المخلة بالمبادئ الدستورية على أرض الواقع بالطرق المتاحة وغير المخولة له دستوريا.

أهداف الدراسة:

نتطلع من خلال هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف:

- بيان موقف الدستور الجزائري والجهاز المكلف بالرقابة الدستورية -المجلس الدستوري سابقا - والمحكمة الدستورية حاليا - من عدم الاختصاص السلبي.
- استجلاء أثر عدم الاختصاص السلبي على الحقوق والحقوق والحريات والأمن القانوني والنظامين القانوني الداخلي والدولي.
- الكشف عن خبايا ظاهرة عدم الاختصاص السلبي وتقييم الحلول المقدمة لها.
- الكشف عن مدى الحماية المسخرة في الدستور الجزائري للحقوق والحريات، ومدى تجسيدها على أرض الواقع ، من خلال الاختصاص الرقابي للجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري قبل وبعد تعرضها للانتهاك، من خلال تسليط الضوء على نقاط القوة والضعف فيها، وإبراز العقبات التي تعترضها.

- الوقوف على أنجع الأساليب المتبعة من القضاء الدستوري الجزائري في إطار مواجهة أوجه عدم

الاختصاص السلبي، من خلال تسليط الضوء على أكثر وأقل الأساليب خطورة على اختصاص

المشروع.

-الوقوف على أبرز الثغرات الدستورية والقانونية التي لها علاقة مباشرة وغير المباشرة في إحداث ظاهرة عدم الاختصاص السلبي والعمل على معالجتها.

-نأمل أن تساهم دراستنا في تحسين التشريعات الوطنية، والتقليل من ظاهرة عدم الاختصاص السلبي للمشروع وأثارها، وإثراء مكتبتنا الجامعية بدراسة متخصصة حديثة في هذا الموضوع.

دوافع الدراسة:

إن انتقائنا لهذا الموضوع يرجع لجملة من الدوافع منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي:

دوافع ذاتية:

بعد اطلاعنا على بعض الدراسات المقارنة باللغتين العربية والأجنبية ذات الصلة بموضوع عدم الاختصاص السلبي للبرلمان ، و بعض قرارات الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري الفاصلة في دستورية الدفوع المقدمة من الأفراد المتضررين من أحكام تشريعية قد انتهكت حقوقهم وحرّياتهم بسبب الإغفالات التشريعية لمبدأ المساواة ، و بعض آرائه و قراراته الراضية للأحكام التشريعية المتضمنة للإحالات التشريعية المخلة بقواعد توزيع الاختصاص و تلك المعيبة بالغموض التشريعي ، ثار في ذاتنا شغف البحث في هذه الظاهرة التي تستحق إعداد دراسة متخصصة حولها في الجزائر ، و الإجابة على التساؤلات التي يطرحها موضوع عدم الاختصاص السلبي للمشروع ، التي ستكون إضافة قيمة و هامة إلى مكتبتنا الجامعية.

الدوافع الموضوعية:

موضوع بحثنا له صلة بالمجال التشريعي للبرلمان، بتلك القوانين التي يضعها لخدمة مصلحة الأفراد و حمايتهم بصفته الأحرص على مصالحهم وأمنهم، والتي قد تتحول من نعمة إلى نقمة، إن لم يحرص على صياغتها صياغة تمثل لقواعد الجودة التشريعية من وضوح ودقة، والتي بغيابها سيغيب الأمن القانوني وتهدم الحقوق والحرّيات، وهو ما قد يفتح المجال لحدوث النزاعات، لاسيما إذا ما تفاقمت ظاهرة عدم الاختصاص السلبي أو لم تضع لها حلول تخفف قدر الإمكان منها.

هذا إلى جانب تعلق موضوع هذه الدراسة بمسألة انتهاك الحقوق والحرّيات المكرسة في الدستور والمكفولة في المواثيق الدولية، يضعنا أمام مسألة جد حساسة لتعلقها بالتزامات دولية، فالمشكلة ليست

داخلية فقط بل لها أبعاد دولية، قد تؤدي إلى إثارة مسؤولية الدولة بسبب امتناع سلطتها التشريعية عن ممارسة اختصاصها التشريعي.

الدراسات السابقة:

توجد قلة قليلة من الدراسات السابقة التي لها صلة بهذا الموضوع، والتي تم الاعتماد عليها في دراستنا

الدراسة الأولى: للأستاذ "أحمد عيد الغفلول"، الموسومة بعنوان "فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة"، مؤلف صادر عن دار النهضة العربية بالقاهرة، تناول صورتي عدم الاختصاص السلبي للمشرع، التفويض والامتناع التشريعي والرقابة الدستورية عليها في الأنظمة المقارنة، ما يميز دراستنا عنها التي قد كانت متخصصة في النظام الدستوري الجزائري، والتي تناولت حالة الإغفال التشريعي بأنواعه التفويض التشريعي والإحالات التشريعية الغير الدستورية، و حالة الامتناع التشريعي بأنواعه الصادر عن السلطة التشريعية و الصادر عن السلطة التنفيذية في الباب الأول، زيادة على تناولها لأثار عدم الاختصاص السلبي للمشرع في مجال الحقوق والحريات والأمن القانوني في الباب الثاني، فضلا عن تناولها لأسلوب الحكم بعدم الدستورية كأسلوب من أساليب معالجته إلى جانب أسلوب التحفظات التفسيرية.

الدراسة الثانية: كانت مقال للأستاذ "بلجيلالي خالد"، بعنوان "الاختصاص السلبي للمشرع والرقابة الدستورية عليه دراسة مقارنة"، منشورة في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد السادس، 2017، الجزائر، التي تناولت جوانب جد مهمة من هذا الموضوع كموقف الفقه والقضاء الدستوري المقارن من رقابة عدم الاختصاص السلبي، والتي تميزت عنها دراستنا بتناولها الأساس الفقهي والدستوري وتصنيفات أوجه عدم الاختصاص السلبي والمبادئ المؤطرة لها، وأثرها في مجال الحقوق والحريات والأمن القانوني، وموقف الاجتهاد القضائي الدستوري الجزائري منها.

الدراسة الثالثة: أطروحة دكتوراه للأستاذ "عمار طعيمة حاتم"، الموسومة "بالامتناع التشريعي والرقابة الدستورية عليه دراسة مقارنة"، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2018، تناولت موضوعا مهما في دراستنا وهو الامتناع التشريعي، والذي تم تناوله كأحد أوجه عدم الاختصاص السلبي في دراستنا، وما يميز دراستنا علاوة عن ذلك تناولها أثر عدم الاختصاص السلبي للمشرع في مجال الحقوق والحريات والأمن القانوني، وتطرقها لأسلوب التحفظات التفسيرية و القرار بعدم الدستورية في ضوء الاجتهاد الدستوري الجزائري.

الدراسة الرابعة: مقال باللغة الفرنسية للأستاذ "جوردان" arlettaz Jordan بعنوان "عدم الكفاءة السلبية في الخارج" incompetense negative etrange منشور في الموقع الإلكتروني الرسمي للمجلس

الدستوري الفرنسي، وهي دراسة تحليلية لدور القاضي الدستوري في معالجة عدم الاختصاص السلبي بدوره كمصحح وملغي للأحكام التشريعية المشوبة بهذا العيب هي مقالة ثرية بالأراء الفقهية، بحيث تتميز دراستنا عنها بتناولها للمبادئ المؤطرة لعدم الاختصاص السلبي وتصنيفاته المختلفة، وأثاره على الحقوق والحريات والأمن القانوني، وأساليب معالجته في اجتهادات القضاء الدستوري الجزائري.

إشكالية الدراسة:

ينطوي على هذا الموضوع على إشكالية حول:

ما دور القضاء الدستوري الجزائري في التصدي لأثار أوجه الاختصاص السلبي للمشرع؟

وبصدد الإجابة على هذه الإشكالية تطرقنا إلى التساؤلات الفرعية التالية:

- ما تأثير أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع على الحقوق والحريات والأمن القانوني؟
- ما موقف الدستور الجزائري من عدم الاختصاص السلبي
- ما مدى فاعلية الأساليب المستخدمة من الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري في مواجهة عدم الاختصاص السلبي للمشرع وحماية الحقوق والحريات؟

منهج الدراسة:

اقتضت هذه الدراسة أن نعتد بالمنهج الوصفي في وصف ظاهرة عدم الاختصاص السلبي وأثارها على الحقوق والحريات والأمن القانوني، بالاستناد إلى أحكام الدستور والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان فضلا على المنهج التحليلي، وذلك في تحليل بعض أحكام الدستور الجزائري 2020، وبعض النصوص القانونية والمعاهدات والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، وأراء وقرارات المجلس الدستوري الجزائري سابقا-المحكمة الدستورية حاليا- ذات الصلة بهذا الأمر.

صعوبات الدراسة

اعترضتنا بعض الصعوبات أثناء إعداد دراستنا أهمها:

- ندرة الدراسات الفقهية الجزائرية حول عدم الاختصاص السلبي، وهو ما يعود بطبيعة الحال إلى كون هذا الموضوع من مواضيع العصر.
- قلة الدراسات حول هذا الموضوع باللغة العربية.
- قلة القرارات الفاصلة في أوجه عدم الاختصاص السلبي الصادرة في مجال الرقابة للاحقة عن المحكمة الدستورية الجزائرية.

خطة الدراسة:

بصدد دراسة موضوع عدم الاختصاص السلبي في الجزائر والإجابة على الإشكالية المتطرق إليها، وفقا للخطة ثنائية متألفة من باين كما ورد في تقسيم هذا الموضوع، تعرضنا في (الباب الأول) لأوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع، وإلى مقتضيات عدم الاختصاص السلبي للمشرع في ضوء التشريع الجزائري في (الباب الثاني).

الباب الأول:

أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع

لم ينتهي الجدل الواسع المحتد في الفقه حول عدم الاختصاص السلبي ، إذ لاتزال إلى اليوم فكرة تراودها الشكوك ، حول ما ينتهي وما لا ينتهي إلى صورها ، والسبب في ذلك الغموض و التشابك الذي يكتنف أوجهها، الذي جعل تصنيفها موضوعا غير المتفق عليه في الفقه الدستوري وذلك بتحديدتها من طرف البعض منهم بحالة الامتناع التشريعي والإحالات التشريعية غير القانونية و تحديد البعض الآخر لأنواعها بحالة التفويض التشريعي غير الدستوري¹، و الحالة التي يشترط فيها البرلمان قانونا غير المكتمل² أو ما يسمى بالإغفال التشريعي النسبي³، هذه الحالة الأخيرة المتمثلة في الإغفال التشريعي ، و التي تعد فكرة حديثة لم تسلم بدورها من الانتقادات و الاختلافات الفقهية ، باعتبار البعض لها صورة من صور عدم الاختصاص السلبي ، ورفض البعض الآخر الاعتراف بها كصورة من صور الاختصاص السلبي للمشرع بل حالة عدم الاختصاص السلبي بحد ذاتها ، ورفض البعض الآخر لذلك بالقول أنهما فكرتين غير متشابهتين، لإخلال المشرع في حالة الإغفال التشريعي بمبدأ المساواة والضمانات الأساسية المقررة لحقوق وحرريات الأفراد لدى تنظيمه لها دون تنازل عنها ، بخلاف فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، و دمج البعض منهم بين فكريتي الإغفال التشريعي والامتناع التشريعي لارتباطهما بإخلال المشرع بالتزاماته الدستورية لعدم تنفيذها، بالرغم من اختلافهما⁴، ومن هذا المنطلق سنقسم هذا الباب إلى فصلين لنتطرق إلى أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع على النحو التالي :

الفصل الأول: أساس أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع وتصنيفاته

والفصل الثاني: المراجعة على أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع

¹-Ariane Vidal-Naquet-ilf-Gerjcop: **l'état de la jurisprudence du conseil constitutionnel sur l'incompétence négative**، nouveaux cahiers du conseil constitutionnel ,n46 (incompétence en droit constitutionnel) ,2015, www.conseil-constitutionnel.fr.P9

²- Aurelie Bretonneau –Maitre، **des requetés conseil d'état l'incompétence négative "faux ami du juge administratif**، nouveaux cahiers du conseil constitutionnel ,N 46, (l'incompétence en droit constitutionnel en droit constitutionnel) ,janvier ,2015, p2

³- أحمد لعروسي ، بن شهرة العربي ، دور القاضي الدستوري في تحقيق العدالة التشريعية ، مجلة الدراسات الحقوقية ، العدد التاسع ، الجزائر، ص 120

⁴-أم أنين خالد، عبد الرحمن سعدية، مجيد ياسين، المعالجة القضائية للإغفال التشريعي، المجلة السياسية والدولية،

كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة دهوك، العراق، 2019، ص 270

الفصل الأول:

أساس أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع وتصنيفاتها

تعد فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع فكرة الفقيه إدوارد لافيرير، والفضل لمقالة "القضاء الإداري" الذي حدد فيها أوجه عدم الاختصاص السلبي في حالة امتناع السلطة عن ممارسة اختصاصها بمبرر أنها غير كفى لممارسته¹، في نهاية القرن التاسع عشر، أثناء إجرائه لبعض البحوث التي تناولت القرارات القضائية الإدارية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، خلال ممارسته لرقابة الإلغاء أين توصل إلى أن فكرة عدم الاختصاص السلبي كوجه من أوجه عدم المشروعية الخارجية ومحل لرقابة الإلغاء، التي أعانى على تطويرها الفقه الألماني بالعمل على بلوغها إلى القضاء الدستوري، حيث كانت بداية مشوارها في المحاكم الدستورية الإيطالية التي احتضنتها في رحب وسعة، وطبقتها على القضايا المتعلقة بالامتناع التشريعي، بفضل ما دعا إليه الفقهاء الإيطاليين.²

إن مرد مشكلة الفراغ التشريعي التي لم تتوقف في إيطاليا لسنوات امتدت منذ سنة 1953، والتي كانت ذريعة لتطبيق المحكمة الدستورية الإيطالية لرقابة الامتناع التشريعي كحل لإنهاء هذه المشكلة المتولدة عن النزاعات التي طالت غرفتي البرلمان بخصوص مقترحات القوانين التي يتم تمريرها من الغرفة الأولى إلى الغرفة الثانية، ومن ثمة في كل مرة تتعرض لرفض من إحداها، على إثر التشتت الحزبي الحاصلة على مستواها، بسبب عدم وجود حزب ممثل للأغلبية المطلقة منذ سنة 1948، والتي لم تجدي آلية الحل نفعا في إسكاتها، ففي الواقع إن مشكلة الفراغ التشريعي من دفع المحكمة الدستورية الإيطالية إلى التدخل لمعالجة حالة الامتناع التشريعي، ودعوة البرلمان إلى اتخاذ إجراءات لتدارك حالة الامتناع، وهو ما انتهجته المحكمة الدستورية الألمانية.³

على الرغم من كل الانشغافات الفقهية ومحاولات الإحباط التي تعرض إليها الفقه المناادي والمدعم لرقابة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، أضحت هذه الفكرة واقعا من أبرز اختصاصات المحاكم الدستورية، حسب العديد من سوابقها القضائية التي صوبت أو ألغت الأحكام التشريعية المشوبة بأوجه عدم الاختصاص السلبي، وحثت المشرع على الانصياع لأحكام ومبادئ الدستور بالسير على خطى المؤسس الدستوري، وهو ما لم تغفل عنه بعض الدساتير التي منحت هذه الفكرة الصبغة الدستورية

¹-Arnaud Le Pillouer: **L'incompétence négative des autorités administratives: retour sur une notion ambivalente** Revue française de droit administratif، <https://hal.parisnanterre.fr/hal-01661816> hal-01661816f, 2009 Submitted on 12 Dec 2017

²-أحمد عيد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة، الطبعة 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 1

³-أحمد عيد الغفلول، نفس المرجع، ص 43، 44، 115

،بتمكينها للمحاكم الدستورية من ممارسة هذا الاختصاص، إذ لم تعد مجرد فكرة فلسفية بل فكرة لها أساس دستوري وأساس قضائي لا يمكن دحضه، وتبعاً لذلك سنسلط الضوء في

المبحث الأول: أساس الاختصاص السلبي للمشرع

المبحث الثاني: تصنيفات أوجه الاختصاص السلبي للمشرع

المبحث الأول:

أساس عدم الاختصاص السلبي للمشرع

إن ممارسة المحكمة الدستورية لرقابة عدم الاختصاص السلبي للمشرع لم يكن محل صدفة بل نتاج فكرة أتى بها الفقه وطورها باجتهاداته وأبحاثه وأراءه التي لم تسلم من الانتقادات كغيرها من الأفكار المكرسة في أحكام ومبادئ الدستور ، قبل أن تطبق وتصبح نصاً موثقاً في صلب الوثيقة الدستورية، لتربك ما قيل بشأنها من انتقادات والتي لم تمثلها في الحقيقة سوى أقلية فقهية ، مقابل أغلبية فقهية مدعمة، قد تمكنت من جعل هذه الفكرة واقعا بتطبيقها من أغلب المحاكم الدستورية وأخرى رغبت في خوض هذه التجربة حتى ومن دون سند دستوري، انتهت بتأسيس لهذه الرقابة بقراراتها وهو ما سيكون لنا نقاش حوله في:

المطلب الأول: الاختصاص السلبي للمشرع في رأي الفقه الدستوري

المطلب الثاني: موقف الدستور من الاختصاص السلبي للمشرع

المطلب الأول:

عدم الاختصاص السلبي للمشرع في رأي الفقه الدستوري

انقسم الفقه إلى تيارين متعارضين اختلفا حول مدى اعتبار فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع عيباً من عيوب عدم الدستورية، ومدى إمكانية خضوعها للمراجعة الدستورية وإعلان عدم دستورتها فمن الفقه من اعتبر عدم الاختصاص السلبي وجهاً من أوجه عدم الدستورية¹، وأيد فكرة الرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ودعا إلى ضرورة ممارسة المحاكم الدستورية لها، وأهمية دورها في جر المشرع إلى امتثال لدستور ووضع التزامات الدستورية موضع التنفيذ ، لما يترتب عنها من مزايا على

¹ - سليم عبد المجيد إبراهيم، السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة (د.ط)، الإسكندرية،

النظام القانوني والأفراد ، وبين من أنكروا ذلك مؤكدين على وجوب عدم ممارسة المحكمة الدستورية لرقابة عدم الاختصاص السلبي ، لما لذلك من قصف لمبادئ وأحكام الدستور، واختصاص السلطة التشريعية ، وهو ما سنتطرق إليه في هذا المطلب باستعراض الرأي المعارض لرقابة المحكمة الدستورية لعدم الاختصاص السلبي ، ومن ثمة الرأي الداعي لممارسة رقابة عدم الاختصاص السلبي، في فرعين التاليين :

الفرع الأول:

الاتجاه الفقهي المعارض للمراجعة الدستورية على أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع

أنكر بعض من الفقهاء كون عدم الاختصاص السلبي للمشرع الكلي والجزئي وجها من أوجه المخالفة الدستورية ومن أبرزهم الفقيه الفرنسي "Lauchaire"¹ ، وقد استند التيار الفقهي الراض لرقابة الامتناع التشريعي في دعم إثبات وجهة نظرهم المنتقدة لرقابة عدم الاختصاص السلبي إلى مجموعة من الحجج التي زعموا من خلالها .:

1- أن مباشرة الرقابة الدستورية على النص التشريعي العديم الوجود أمر مستحيل ولا يتفق مع المنطق، لحاجة هذه الرقابة إلى قواعد قانونية موجودة صريحة كمحل لها.²

ويرجع السبب إلى غياب النص التشريعي الذي لولاه لن تحرك هذه الرقابة، وهو ما لن يتقبله العقل لعدم إمكانية تطبيق رقابة من دون هذا الركن ، الذي يمثل محل الدعوى الدستورية، فلا مبرر لذلك في السوابق القضائية لمحاكم الدستورية في الدول المنتهجة لمثل نموذج الرقابة الدستورية للائحة³ ، ولأسيما انه يمثل القالب الذي تفرغ فيه المادة التشريعية على حد تعبير الفقيه Hans kelsen⁴ ، ولأن من

¹ - خالد بالجيلالي، الرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة، دار الأيام الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2020، ص 349

¹ - ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستورية دراسة تطبيقية، ج 2، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص 79

تمت الإشارة إلى الفقهاء، أنظر أحمد عيد الغفلول: المرجع السابق، ص 117

³ - سرى حارث، حيدر طالب الإمارة: ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، العدد 247، 2018، ص 37

⁴ - أحمد عيد الغفلول، نفس المرجع، ص 118

شروط الدعوى ممارسة الاختصاص الرقابي للمحكمة الدستورية، أن يتم تحديد النص التشريعي محل الطعن وأوجه المخالفة الدستورية، وإلا رفض الطعن على هذا الأساس¹.

2- إن ماسينجر على اعتماد هذه الرقابة بالنتيجة، إنشاء المحكمة الدستورية لقواعد قانونية ونسبتها إلى المشرع وهو أمر غير مقبول إطلاقاً²، وذلك شأن ما يستنبطه القاضي الدستوري من قواعد قانونية خلال تفسيره لنصوص القانونية المعيبة بالنقص، فلا يمكن إسناده للمشرع، لأن في ذلك تعد على اختصاصه³، بالنسبة إليه ما لم يسبق لهذا الأخير وأن وضعه من قواعد قانونية، التي لو شاء لها الوجود لما امتنع عن إصدارها بنفسه⁴، وهو ما يقتضي بالضرورة إلزام الهيئة التشريعية بأن لا تتجاهل اختصاصها حتى لا يتسنى للمحكمة الدستورية أن تتجراً وتخرق ما هو من ولاية هذه الأخيرة، لتتحول من رقيب لدستورية للقوانين إلى مشرع إيجابي منسئ لنصوص القانونية⁵.

وهو ما لم ينكره الفقه الإيطالي من رفضوا هذا الدور للمحكمة الدستورية بالإبداع في المجال التشريعي، بالقول (لا شك في أن مجال تحرك المحكمة الدستورية يتسم بالسعة ولكن ليس باللامحدودية، فهي تستطيع بالتأكيد هدم ما أقامه البرلمان بالمخالفة لأحكام الدستور، ولكنها لا تستطيع إقامة ما لم يقمه البرلمان ذاته)⁶، وبقولهم (كل ما ليس جزءاً من النص الخاضع للرقابة، لا يمكن اعتباره قاعدة قانونية موجودة، ولا يمكن بناء على ذلك نسبته إلى المشرع)⁷، وقولهم (أن رقابة الامتناع النسبي تبدو أمراً غريباً، لأن من شأن ذلك إدانة ليس ما يقوله النص ولكن ما سكت النص عن قوله)⁸، وهو ما لاقى المساندة من قبل بعض الفقهاء المصريين ومن بينهم الفقيه "عبد الحفيظ الشيعي"⁹.

ومن بين الحجج التي تم استنادها لتبرير هذا الموقف

¹- أنظر أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط2، دار الشروق، القاهرة، 2000 ص 201

²- تمت الإشارة إلى الفقهاء أنظر، أحمد عبد الغفلول، المرجع السابق، ص 117

³- جواهر عادل العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي دراسة تحليلية مقارنة، (د.ط) دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 100

⁴- ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 79

⁵- سري حارث، حيدر طالب الإمارة، ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي في العراق، المرجع السابق، ص 47

⁶- أحمد عبد الغفلول، نفس المرجع، ص 118

⁷- تمت الإشارة إلى الفقهاء، أنظر ماهر أبو العينين، نفس المرجع، ص 78

⁸- ماهر أبو العينين، نفس المرجع، ص 78

⁹- خالد بالجيلالي، الرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 80

3- أن هذا النوع من الرقابة متسم بالتعقيد ، لعدم تمكن المحاكم الدستورية في الدول ذات الدساتير المعترف بها برقابة عدم الاختصاص السلبي للمشرع من تطبيقها أو اتخاذها على نحو من الجد.¹

3- أن السلطة التي يتمتع بها المشرع في تنظيم المسائل المنوطة له وصياغة النصوص القانونية تقديرية تخول له تنظيمها متى يشاء وفي الوقت الذي يختاره، وبالتالي لا مجال لرقابة الدستورية على سلطته حال وقوع أي تأخر من جانبه في اتخاذ الإجراءات التشريعية اللازمة لإصدار النص الممتنع عنه.²

على اعتبار أن بمباشرة المحكمة الدستورية لهذه الرقابة ستنهك السلطة التقديرية لهذا الأخير برقابتها لمدى ملائمة النص التشريعي، لأن هذا النوع من الرقابة مختلف عن رقابة المشروعية التي تحضر الخوض في مراجعة ملائمة النص القانوني ومدى ضرورته والحاجة إليه، والتي في الواقع يحضر على أي جهة أخرى غير الجهة المختصة بسن النصوص القانونية الخوض فيها.³

من خلال ما سبق نرى أن أصحاب هذا الاتجاه قد أنكروا عدم دستورية الحالة التي لا يبدي فيها المشرع أي موقف باتخاذ إجراءات لممارسة اختصاصه التشريعي، وأن ممارسة الرقابة الدستورية تعدي على سلطاته المستقلة ، وهو ما تعرض للانتقاد من جانب عدد كبير من الفقهاء ممن رفضوا هذه الحجج بحجج أخرى مناقضة لها ، لإثبات أن رقابة عدم الاختصاص السلبي للمشرع رقابة لا غنى عنها، وأن مخالفة البرلمان لدستور لا يجب أن تهرب من رقابة المحكمة الدستورية ، لحماية الدستور وإيقاف انحراف المشرع من خلال ما قدموه من أدلة مختلفة برهنوا من خلالها طرحهم، فهل وفق أصحاب هذا الاتجاه في تأكيدهم لأهمية وإلزامية ممارسة المحكمة الدستورية لهذه الرقابة ؟ وما جدية الحجج التي قدمها أصحاب هذا الاتجاه؟ وهو ما سنجيب عنه فيما يلي:

¹- عبد القادر محفوظ، حورية سويقي، أوجه الطعن بعدم الدستورية في القضاء الدستوري الجزائري، مجلة الندوة للدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر، العدد2، 2014، ص119

²-أنظر إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص 273

أنظر أحمد محمد حسن الرفاعي، السلطة التقديرية للمشرع وحماية الدستور دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان الأردن، 2004 2016، ص 33

³- جواهر عادل العبد الرحمن، المرجع السابق، ص100

الفرع الثاني:

الرأي الفقهي الداعي إلى المراجعة الدستورية على أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع

يذهب الرأي الغالب في الفقه الدستوري إلى إمكانية ممارسة القضاء الدستوري لرقابة امتناع البرلمان عن إصدار النصوص التشريعية.¹

وهو ما دعا إليه جانب من الفقه الفرنسي المعترف بأن الامتناع التشريعي وجه من أوجه عدم الدستورية التي من الواجب أن تخضع للمراجعة الدستورية، ومن بينهم الفقيه " Francois lucaire " الذي يعد أول الفقهاء الفرنسيين المؤيدين لهذه الفكرة و ممن أثاروا شغف بعض الفقهاء الفرنسيين حول هذه المسألة التي لم تعر انتباها في بادئ الأمر، كما فعل الفقه في إيطاليا ، لتصبح بعد ذلك محط اهتمامهم وبالتحديد في بداية القرن العشرين.²

ومن بين حججهم مايلي:

1- تقول الأستاذة " برجيت هنري ميجوي " أن التزام الهيئة التشريعية بصياغة النصوص التشريعية واجب دستوري ملقى على عاتقها، وكفالتة تقتضي على المجلس الدستوري أن يعتبر الإغفال التشريعي عملا منتهكا لدستور، أما الفقيه و"جادل باتشولايان" على البرلمان الالتزام بممارسة اختصاصه في سن النصوص القانونية، حتى في عدم وجود التزام دستوري أو خطاب موجه له من المؤسس الدستوري.³

على اعتبار أن البت في الامتناع التشريعي من اختصاص المحكمة الدستورية التي بإمكانها بسط راقبتها على المخالفات الدستورية الناتجة عن السلوك السلبي الواقع من الهيئة التشريعية، إثر إصدارها لقواعد قانونية معيبة بالنقص ، إلى جانب اختصاصها في مراقبة السلوك الإيجابي المرتكب من المشرع

¹- خالد بلجيلالي، الاختصاص السلبي للمشرع والرقابة الدستورية عليه دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث لدراسات القانونية والسياسية ،العدد السادس، 2017، ص348

²-راجع أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص121

³-Al-Dulaim.Ahmed Oudah: **From Negative to Positive Legislator? Response to Unconstitutional Legislative Omission As a Case Study in the Changing Roles of Constitutional Courts** ,BA LLB (Anbar University), MA LL.M. (Anbar University)Thesis (PhD Doctorate) The School of Government ,and International Relations Griffith Business School Griffith University ,2018 ,Queensland. Australia, P106

أثناء إصداره لقواعد قانونية كاملة غير المطابقة لدستور، لأن دولة القانون تقتضي وجوب امتثال كافة سلطاتها على حد السواء ودون استثناء لدستور.¹

2- أن الرقابة الدستورية قد وجدت لتشمل كافة النصوص التشريعية المخالفة للدستور الشكلية منها أو موضوعية بما فيها القواعد القانونية المعيبة بالنقص، والحالة التي تبدي فيها الهيئة التشريعية سكوتها حينما لا تبادر لتسوية مسألة ما تحوز الاختصاص بمعالجتها.²

3- أن الرقابة الدستورية التي تفرض على حالة الامتناع التشريعي ليست رقابة ملائمة، بل أنها رقابة مشروعية لخروجها عن نطاق الملائمة التي تعود للمشرع.³

4- أن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في سن القوانين، لا تعني إعفاؤه من المسؤولية في حالة تهربه من أحكام الدستور، لأنه كبقية السلطات ملزم بعدم الخروج عنها، وإلا كان في حكم الانحراف السلبي،⁴ وهو ما أيده بعض الفقهاء المصريين كالفقيه "محمد عصفور" "ليس على المشرع أية قيود ملزمة عدى الضمانات الدستورية التي لا يجوز له الخروج عنها".⁵

5- أن رقابة عدم الاختصاص السلبي وجدت لتحقيق التوازن بين مبدأ الديمقراطية الذي يفترض تجسيده من البرلمانات من خلال اختصاصها التشريعي ومبدأ سمو الدستور، الذي تتولى المحاكم الدستورية تجسيده من خلال دورها الرقابي⁶، وبالتالي فتمتع المشرع بالسلطة التقديرية لا يشكل مانعا من إخضاع عمله التشريعي السلبي المعيب بالامتناع أو المعيب بالتفويض غير الدستوري أو الإحالة التشريعية المخالفة لدستور للمحكمة الدستورية، لتمارس دورها في مراقبة مدى التزام هذا الأخير بقواعد الاختصاص⁷، وهو ما أكده الأستاذ "عبد الرحمن أسامة أحمد محمد كحيل" الذي يعد من مساندي هذا الاتجاه،

¹ طرفة الحاج، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان في سوريا، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة حلب، دمشق، 2011، ص 158

² سرى حارث، طالب الإمارة: ضوابط الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي في العراق، المرجع السابق، ص 46

³ سرى حارث، أثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة، ط 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020، ص 326

⁴ عبد الرحمن أسامة أحمد محمد كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين الطبع الأولى، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2019، ص 340

⁵ عادل الطبطباني، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية دراسة مقارنة، (د.ط)، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، 2000، ص 471

⁶ arlettaz Jordan: arlettaz Jordan l incompetence negative etrange conseil constitutionnel N 46 (l incompetence en droit constitutionnel en droit constitutionnel) –janvier 2015 France www .conseil-constitutionnel.fr

⁷ خالد بالجيلالي، الرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 359

منتقدا الرأي الرافض لهذه الرقابة التي قد نعتها برقابة " الانحراف السلبي " مقارنا لها بالجريمة السلبية (كيف لا يكون مدعاة للرقابة وهو باب انحراف حقيقي ومعروف في كل أبواب التنظيم، فقد نظم الفقه الجنائي تنظيما كاملا للجريمة السلبية ووضع لها أركانها وضوابط ورتب عليها جزاء قد يصل إلى أشد عقوبة، أيهما أكبر خطرا الجريمة الشخصية السلبية أم الانحراف السلبي بالتشريع والدستور).¹

6- إن الحالة التي يمتنع فيها المشرع عن تنظيم مسألة معينة عن إصدار قانون ما هو ملزم دستوريا كالحالة التي تمتنع فيها الإدارة عن إصدار قرار أوجب عليه القانون إصداره، وعليه فإذا كان هذا الأخير قرارا إداريا سلبيا قابلا للطعن بالإلغاء، فإن الحالة الأولى تعد قانونا سلبيا قابلا لأن يكون محلا للطعن بعدم الدستورية.²

7- إن الرقابة الدستورية التي تمارس على الإغفال التشريعي، تهدف إلى القضاء على المخالفات الدستورية التي يرتكبها صائغي القوانين، لغاية وحيدة وهي تمكين المرء من الاستفادة من نصيبه من الحقوق و الحريات المخولة له في الدستور بشكل كاف وتام، والثاني أن الإغفال التشريعي من شأنه أن يؤدي إلى انحطاط قيمة النصوص الدستورية بجعلها نصوصا غير المفعلة، و من الحقوق مجرد حقوق صماء، ما قد يؤدي بالمواطنين إلى فقد ثقتهم بأحكام الدستور، و من ثمة انتفاضهم مما يؤدي إلى وقوع اضطرابات داخلية جراء ذلك.³

8- إن التقسيم الذي وضعه مؤيدو الرأي الأول المنكر لرقابة عدم الاختصاص السلبي للإغفال التشريعي إلى إغفال كلي وإغفال جزئي انتقادا من أصحاب هذا الاتجاه، الذين أكدوا على وحدة الإغفال التشريعي وأن وقوع الإغفال لا يعني غياب القاعدة القانونية، لأن القاعدة القانونية في هذا حالة تبقى قائمة إلا أنها سلبية⁴، وأن القاعدة القانونية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي للمشرع هي من تخضع لرقابة المحكمة الدستورية وليست حالة الإغفال في حد ذاتها.⁵

¹-عبد الرحمن أسامة أحمد محمد كحيل، المرجع السابق، ص342

²-سرى حارث عبد الكريم، أثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 325

³- محمد عبد الوهاب الخفاجي، ومضات مضيئة للقضاء الإداري في طريق الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد2، 2015.ص 119

⁴-أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 228

⁵- سمير داود سلمان، الإغفال التشريعي وإمكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، المجلد 21، العدد4، 2019، ص99

9- إن مبدأ سمو الدستور حسب وجهة نظرهم وإن كان أحد من أهم الضمانات الدستورية لحقوق الأفراد وحررياتهم، إلا أنه ليس حصناً منيعاً كفيلاً لحمايتهم من النصوص التشريعية المقوضة لها، وهو السبب الداعي لضرورة وجود هذه الرقابة من أجل تسخير الحماية لهذه الحقوق والحرريات حال تعرضها لسوء وتحقق في مدى مراعاة المشرعين لمبدأ سمو الدستور.¹

ذلك ما أكدّه الفقيه عبد العزيز محمد سلمان الذي يعد من الفقهاء المصريين المناصرين لهذا الاتجاه إمكانية أهمية ممارسة المحكمة الدستورية لهذه الرقابة، بقوله مثلما يتسنى للمحكمة الدستورية ترصد السلوك الإيجابي للبرلمان ومجاهته ما خالف منه القواعد الدستورية إن بوسعها رصد ومعالجة سلوكه السلبي عدم التنظيم الكلي والجزئي، ضف إلى أن الخضوع للقانون لا يعني سلطة واحدة بعينها بل جميعها، فمثلما يفترض أن يخضع له البرلمان في تصرفاته ذو الطبيعة الإيجابية أو ذو الطبيعة السلبية، فكذلك السلطتين القضائية والتنفيذية، وهو ما تكفله دولة القانون، مضيفاً بالقول (الإغفال التشريعي ما هو إلا تعبير عن الإرادة العامة لم تتم صياغته من طرف البرلمان، ومن يشكل عدم الصياغة مخالفة دستورية).²

10- رداً على القول باستحالة ممارسة الرقابة الدستورية على قواعد غير الموجودة، بوجود قاعدة سلبية تنبثق عن الامتناع المطلق للمشرع، أو تقيده لها بقيود تجعل من ممارسة الأفراد لحق معين أمراً مستعصياً، تستدعي ترصد القضاء الدستوري لهذه الحالة استناداً إلى أحكام الدستور التي تفضي بتدخل المشرع لمعالجة المسائل المسند له أمر تنظيمها دون إضفاء أية قيود تحول دون استفادة الأفراد منها.³

وعلى اعتبار أن الامتناع التشريعي لا يسفر عن غياب القواعد القانونية بل بالعكس فإن القاعدة تكون موجودة بيد أنها سلبية لتضمنها لنهي عن تنفيذ التزام معين، و أن الرقابة الدستورية في هذه الحالة ستنصب على النص التشريعي وليس على القاعدة القانونية الممتنع عنها والتي يتم تقصيرها من خلال النص بواسطة عملية التفسير التي يباشره القاضي الدستوري⁴، كما أن إمكانية خضوع الامتناع التشريعي النسبي لرقابة الدستورية ترجع لوقوع حالة الامتناع عقب وضع القانون الذي يظل قائماً مكتملاً في هذه

⁵ عمر عبد الله خاموش، دور السلطات الثلاث في حماية الحقوق والحرريات، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2019. ص 126

¹ محمد عبد الوهاب الخفاجي، المرجع السابق، ص 119

² عبد القادر محفوظ، حورية سويقي، المرجع السابق، ص 119

³ أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 122

⁴ سري حارث، حيدر طالب الإمارة: ضوابط الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، المرجع السابق ص 46

الحالة¹، وهو ما كده بعض الفقهاء الإيطاليين الذين أكدوا إمكانية مراقبة القاضي الدستوري للقواعد القانونية العديمة الوجود، بحجية وجود مجموعة من القواعد القانونية تخضع لرقابة الدستورية، بالرغم من أنها غير مصاغة في شكل نصوص كالمبادئ العامة للقانون والقواعد العرفية².

ودافع عنه بعض الفقهاء الفرنسيين ممن نادوا بضرورة إخضاع الامتناع التشريعي للرقابة الدستورية حفاظاً على مبدأ تدرج القوانين، بهدف التجسيد الحقيقي لمبدأ الدستوري القاضي بتدرج القواعد القانونية عقب الفترة التي كان فيها البرلمان محتكراً للاختصاص التشريعي حسب ما أثبتته التاريخ في فرنسا، في الوقت غياب وجود الرقابة الدستورية إلى غاية أحداثها سنة 1958، حيث أجبر البرلمان باحترام الدستور وممارسة اختصاصه في حدوده³.

الرأي الشخصي:

إلى جانب ما تقدم نرى في الواقع أن رقابة عدم الاختصاص السلبي ضمان لمبدأ سمو الدستور ذلك أنها في الواقع تستهدف إخضاع المشرعين للقواعد الدستورية لتجسدها على أرض الواقع، فهي ليست بأحكام جامدة بل وضعت من أجل غاية سامية لن ترى النور ما لم تفعل بنصوص تشريعية وبالتالي إن المراد من إخضاع عدم الاختصاص السلبي لرقابة المحكمة الدستورية لا يرمي إلى التحقق من ملائمة التشريع للأوضاع السارية أو مدى حاجة المجتمع إليها، بل لتنفيذ المشرع للالتزامات دستورية موثقة في الدستور ضمن أحكام تتمتع بالسمو على الجميع دون استثناء.

وبالتالي فإن نافلة القول أن ما ذهب إليه الاتجاه الفقهي الرافض لرقابة عدم الاختصاص السلبي أنها رقابة ملائمة ومساس بالسلطة التقديرية الممنوحة للهيئة المنتخبة أمر لا يتعد به، لأن هذه الرقابة تضمن تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات والامتثال لقواعد توزيع الاختصاص ومبادئ و أحكام الدستور عموماً، من خلال جر السلطة التشريعية لممارسة اختصاصها وعدم التخلي عنه لسلطة أخرى.

ناهيك على تناقض آراء مناصري الاتجاه الفقهي الرافض لهذه الرقابة، فمن جهة يذهبون القول أنها رقابة من المستحيل ممارستها لغياب القانون ومن جهة أخرى يقولون أنها رقابة ملائمة

¹ - محمود عبد الفتاح عبد الرزاق، الرقابة الدستورية على الامتناع التشريعي دراسة تحليلية مقارنة، مجلة قه لاي زانست العلمية، العراق، العدد 3، 2018، ص 198

² - تمت الإشارة إلى الفقهاء أنظر ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 81

³ - أحمد عيد الغفلول، نفس المرجع، ص 122.123

وتعدي على السلطة التقديرية للمشرع فكيف تعد رقابة ملائمة وممارستها مستحيلة حسب رأيهم لغياب محل هذه الرقابة؟ وبالتالي فإن هذا القول غير مقبول.

لأن إنكار الرأي الرافض لرقابة عدم الاختصاص السلبي اعتراف بأن عدم الاختصاص السلبي وجه من أوجه عدم الدستورية، والقول باستحالة ممارسة هذه الرقابة وإثارها لانعدام ركن المحل والقول من جهة أخرى بأن ممارستها سيؤدي إلى خلق قواعد قانونية جديدة هي منعدمة في الأصل تناقض في الآراء قد وقع فيه أصحاب الاتجاه الأول، فإنشاء المحكمة الدستورية لقواعد قانونية يعني أنه اعتراف من طرفهم بإمكانية ممارسة هذه الرقابة حتى في حالة غياب قواعد قانونية.

وعلى هذا الأساس نساند أصحاب الاتجاه الفقهي الثاني وندعمه، حيث نرى أن رقابة عدم الاختصاص السلبي لا غنى عنها في مواجهة المشرعين ومعالجة حالات عدم الاختصاص السلبي المقوضة للحقوق وحرية الأفراد، لاسيما في ظل غياب قيود دستورية تلزمه بالتدخل لتسوية المواضيع المسندة له في الدستور تنظيمًا تامًا أو عدم التنازل عنها للسلطة التنفيذية، فلو لم تكن على قدر من هذه الأهمية لما حظيت في الواقع بقبول القضاء الدستوري والسوابق القضائية المتعددة للمحاكم الدستورية المقارنة خير مثال على ذلك¹، وما يثبت هذا القدر من الأهمية ومن دون مبالغة اعتراف العديد من الدساتير المقارنة بالاختصاص في ممارسة هذه الرقابة للمحاكم الدستورية واعتراف العديد من المحاكم الدستورية لنفسها الحق بممارستها، بالرغم من غياب سند دستوري.

المطلب الثاني: موقف الدستور من أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع

احتضنت العديد من الدساتير فكرة الرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي بمنحها الصبغة الدستورية وإضافتها إلى مجمع اختصاصات المحكمة الدستورية، فلم يخص بعض منها بالذكر النصوص التشريعية الصادرة عن الهيئة التشريعية، بل كذلك على ما يصدر عن السلطة التنفيذية من قواعد قانونية معيبة بعدم الاختصاص السلبي، لما ينجلي عنها من خطورة تفويض الاختصاص التشريعي على منظومة الحقوق وحرية وتهديدها الغير محمود على النظام القانوني، مستهدفة مجابهتها بأساليب متباينة تتخذ من المحكمة الدستورية، وذلك في الواقع لم يقتصر على المحاكم الدستورية في الدول التي قد خولت دساتيرها هذه الرقابة صراحة، بل كذلك المحاكم الدستورية وبعض المجالس الدستورية في الدول التي لم تحتوي دساتيرها على نصوص تعترف لها بممارسة رقابة

¹ -Arlettaz -Jordane : op.cit WWW. Conseil. Constitutional.fr

عدم الاختصاص السلبي التي أثبتت سوابقها القضائية رفضها بشدة لحالات عدم الاختصاص السلبي في إطار ممارستها لرقابة السابقة واللاحقة، وذلك ما سيتم دراسته على النحو التالي:

الفرع الأول: عدم الاختصاص السلبي في الدستور الفرنسي

الفرع الثاني: عدم الاختصاص السلبي في الدستور الجزائري

الفرع الأول:

عدم الاختصاص السلبي في الدستور الفرنسي

من خلال استقراءنا لأحكام الدستور الفرنسي 1958 المعدل في 2008، نجد أنه لم يمنح المجلس الدستوري الاختصاص في مراقبة حالات عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ومن بينها حالة الامتناع أو الإغفال التشريعي التي لم ينص صراحة عنها كوجه من أوجه عدم الدستورية، فضلا على عدم فرضه لأجل محددة على غرفتي البرلمان لسن النصوص القانونية المسندة إليه، غير أن الفقه الفرنسي كما سبق وأن أشرنا قد اعتبر عدم الاختصاص السلبي على وجه العموم وحالة الإغفال التشريعي على وجه الخصوص مخالفة دستورية تستوجب إخضاعها لرقابة الدستورية، بغض النظر عن سلطته التقديرية في صياغة وإعداد القوانين.¹

وبالرغم من أن المؤسس الدستوري الفرنسي لم يقرر هذه الرقابة، إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي قد أثبت من خلال قراراته رفضه بشدة لحالات عدم الاختصاص السلبي التي ذكرها في أحكامه و حالة الإغفال التشريعي بالخصوص، سواء قراراته الصادرة في إطار ممارسته لرقابة السابقة أو للاحقة، ببسطه لرقابته على حالات الإغفال التشريعي الجزئي دون حالات الإغفال التشريعي المطلق، حسب ما تكشف عنه قراراته المتعددة الفاصلة في هذه المسألة، ومن بينها قراره رقم 84-181 الصادر في 10/11/1984 حول قانون المؤسسات الصحفية الذي قرر فيه، " أن إغفال الهيئة التشريعية تنظيم عناصر الجريمة الصحفية أو بعضها في قانون العقوبات مخالفة دستورية، كعدم تحديده مثلا لعنصر انتحال الاسم في هذا النوع من الجرائم، والعلة في ذلك مساسه بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات".²

إلى جانب الحالات التي أقر فيها المجلس الدستوري الفرنسي عدم دستورية الإغفال التشريعي النسبي، وإصداره في حالات أخرى أحكاما نددية موجهة للهيئة التشريعية في إطار ممارسته لرقابة السابقة

¹- خالد بلجيلالي، الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 352

²- عبد العزيز بروق، دور الرقابة الدستورية في حماية الحريات العامة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق،

جامعة الجزائر 1 بن خدة، 2016، ص 345.346

في سبيل مواجهة حالات الإغفال التشريعي ، كقراره رقم 03-468 بتاريخ 03/04/2003 الفاصل في دستورية القانون الانتخابي ، حينما وجه المجلس الدستوري نداء إلى البرلمان، لاتخاذ الإجراءات التشريعية اللازمة لضبط نظام مجلس كورسيكا بما يتفق مع غيره من أحكام نظام المجالس الإقليمية الأخرى ، لاسيما فيما يتعلق بالمساواة في العهدة الانتخابية بين الرجل والمرأة عملا بالمادة 3 من الدستور، وهو ما التزم به البرلمان الفرنسي بعد 6 أشهر بسنه لقانون 2003-1201 في 18/12/2003.¹

ذلك ما أكدته قراره المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 18 يناير 1985 الذي أعلن فيه المخالفة الدستورية لنص التشريعي لدستور لإخلاله بمبدأ المساواة في تحديده لجرائم الصحافة ولعدم تحديده لجرائم الإرهاب²، ولإغفاله التعريف بدقة ووضوح بالجريمة الإرهابية، لما قد يترتب عنه من سوء استعمال السلطات العامة الموجودة داخل الدولة لسلطاتها.³

ومن جهة أخرى فقد أخضع المجلس الدستوري الفرنسي الإغفال التشريعي لرقابته في إطار ممارسته لرقابة المسئلة ذات الأولوية الدستورية ، كالقرار رقم 856-2020 المؤرخ في 18 سبتمبر 2020 المحال إليه من قبل محكمة النقض، الفاصل في المسئلة ذات أولوية الدستورية في المادة 100 من القانون رقم 1654 المؤرخ في 29 ديسمبر 2014 المتعلق بقانون المالية العامة 2015 في صيغته الناتجة عن القانون رقم 2016-1918 المؤرخ في 29 ديسمبر 2016 ، الذي صرح من خلاله أن التمييز بين الأفراد في الحقوق يتناقض مع الهدف الذي يرمي إليه القانون الذي وجد لغاية دفع التحيزات التي تمارس في حق الأطفال القصر وعائلاتهم من المفصولين جراء الإضراب في سنتي 1948 وسنة 1952 ، وعلى هذا الأساس أعلن المجلس الدستوري المخالفة الدستورية للحكم التشريعي المطعون فيه على أساس الإخلال بمبدأ المساواة.⁴

ومن جهة ثانية أشار المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم QPC 2020-858/859 المؤرخ في 2 أكتوبر 2020 الذي صرح من خلاله بإغفاله منح بعض الضمانات لفائدة الأشخاص الذين يتم وضعهم رهن الحبس المؤقت (أن الأحكام المطعون فيها بالمخالفة الدستورية تتجاهل الالتزامات الدستورية، يجب الإعلان بمخالفتها لدستور).⁵

¹- عبد العزيز برقوق، نفس المرجع ، ص 347

²- عبد القادر محفوظ، حورية سويقي، المرجع السابق، ص 18

³- محمد عبد الوهاب خفاجي، المرجع السابق، ص 131

⁴-Decision n 2020-856 QPC du 18/9/2020 WWW. Conseil. Constitutional.fr

⁵-Decision n 2020-858/859 QPC du 2/10/2020 WWW. Conseil. Constitutional.fr

الجدير بالذكر أن رقابة الإغفال التشريعي في فرنسا قد شهدت تطورا، وهو ما ساهم به القاضي الدستوري الفرنسي في نظام الرقابة الدستورية للاحقة، إذ لم يعد مكتفيا بمراقبة حالات الإغفال التشريعي بمراقبة مدى مخالفة القانون لأحكام الدستور، بل أصبحت رقابته شاملة لحالات مخالفة القانون للقوانين السابقة له، ومدى التزام المشرع بالضمانات القانونية المسخرة في القوانين السابقة لحماية حقوق وحرية الأفراد من دون انتقاص منها أو تقيدها أو حذفها، باستثناء ما تعلق "بحماية المصلحة العمومية والأمن العام".¹

حيث علق الدكتور عبد العزيز محمد سلمان على ذلك قائلا (في فرنسا يقوم المجلس الدستوري بمراقبة الإغفال التشريعي وتتسم سياسته إزاءها بالتوسع حيث لم يقتصر على الحالة التي يكون فيها مخالفا لنص دستوري بطريق مباشرة، وإنما مد رقابته إلى حالات يكون فيها الإغفال التشريعي مخالفا لنص تشريعي سابق).²

وهو ما نخلص منه أن المجلس الدستوري الفرنسي من أوائل هيئات الرقابة الدستورية التي أخضعت حالات الإغفال التشريعي لاختصاصها الرقابي، وفقا لما تؤكد التواريخ الحافلة لقراراته، ويعود ذلك حتما إلى ارتباط الإغفال التشريعي بمسألة الحقوق والحريات، بمن خلال أساليب مختلفة عن الرقابة السابقة التي عادة ما اعتمد فيها أسلوب التحفظات التفسيرية، حسب ما تؤكد التجربة العملية لهذا الأخير،

الفرع الثاني:

عدم الاختصاص السلبي للمشرع في الدستور الجزائري

يصنف الدستور الجزائري من بين الدساتير التي لم تنص صراحة أو ضمنا على رقابة عدم الاختصاص السلبي للمشرع في جل دساتيرها، إذ لم يبدي المؤسس الدستوري الجزائري موقفه من هذه الرقابة في جل دساتيره المتعاقبة، بداية من دستور 1963 إلى غاية دستور 1996 المعدل سنة 2020، فكل ما أجازه للمجلس الدستوري سابقا المحكمة الدستورية حاليا، وفقا لما يستخلص من نص المادة 64 من دستور 1963 من نصها "يفصل المجلس الدستوري في دستورية القوانين والأوامر التشريعية بطلب من رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس"، و المادة 155 من دستور 1989 "يفصل المجلس الدستوري في دستورية المعاهدات والقوانين، والتنظيمات، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة

¹- عبد العزيز برقوق: المرجع السابق، ص 346 347

²- عبد القادر محفوظ، حورية سويقي، المرجع السابق، ص 18

العكسية" و المادة 190 فقرة الأولى من التعديل الدستوري 2020 بنصها " تفصل المحكمة الدستورية بقرار في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات" ، و الفقرة 5 من ذات المادة " يخطر رئيس الجمهورية المحكمة الدستورية وجوبا ، حول مطابقة القوانين العضوية للدستور بعد أن يصادق عليها البرلمان ، وتفصل المحكمة الدستورية بقرار بشأن النص كله" ونص المادة 195 " يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة ، عندما يدعي احد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية ، أن الحكم التشريعي أو التنظيمي ، الذي يتوقف عليه مأل النزاع ، ينتهك حقوقه أو حرياته التي يضمنها الدستور" إن الدستور الجزائري قد نص على اختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة الدستورية بالنظر في مدى مطابقة أو عدم مطابقة النصوص التشريعية مع أحكام الدستور دون أن يحدد أوجه عدم الدستورية التي ينبغي والتي لا ينبغي على المحكمة الدستورية معالجتها ، أو ما إذا ما كان عيب عدم الاختصاص السلبي أو الإيجابي بل ترك الأمر للمحكمة الدستورية ، ذلك أن كل ما قد الزمت به هو التحقق من مطابقة النصوص التشريعي لدستور في الرقابة السابقة و من عدم إخلال الأحكام التشريعية بالحقوق والحريات، و بالرغم من ذلك فقد أثبتت التجربة العملية للجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري مجلس دستوري سابقا محكمة دستورية حاليا، عليه ممارسته لرقابة عدم الاختصاص السلبي وذلك ما هو إلا اجتهاد منه ، أسوة بالمجلس الدستوري الفرنسي ، و خير دليل على ذلك العديد من القرارات الصادرة عن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري التي رفض فيها النصوص و الأحكام التشريعية المعيبة بالاعفالات التشريعية وحالات التنازل عن الاختصاص، تم ذكرها في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الدراسة.

نافلة القول مما تقدم، أن الدستور الجزائري كمنظيره الدستور الفرنسي لم يتطرق إلى رقابة عدم الاختصاص السلبي للمشرع علاوة على عدم استخدامه لأي مصطلح يعبر عن احدى أوجهها سواء مصطلح الإغفال أو الامتناع التشريعي أو التنازل عن الاختصاص، بيد أنه كلا من المجلس الدستوري الفرنسي والمجلس الدستوري الجزائري سابقا المحكمة الدستورية حاليا قد اعترفت هذا الوجه من أوجه عدم الدستورية بممارسة رقابتها على الاعفالات التشريعية ، لاسيما حالات الإغفال التشريعي لمبدأ المساواة .

المبحث الأول: تصنيفات عدم الاختصاص السلبي للمشرع

عدم الاختصاص السلبي للمشرع فكرة ذو أوجه متعددة ، في كثير من الأحيان ما تستعمل مع بعضها البعض على أنها حالة واحدة لتداخل الواقع بينها ، والذي أدى إلى نشوب تضارب في الآراء

الفقهية حول تصنيف أوجهها المتباينة والعديمة الوضوح ، وعدم تكلل محاولاتهم بوضع تصنيف موحد لها¹، فقد ذهب فريق من الفقه بتحديد وجه وحيد لها بحالة التنازل عن الاختصاص من الإحالات التشريعية الغير الدستورية و التفويض التشريعي المخالف لدستور والغموض التشريعي، وتحديد آخرون لأوجهها بصورتي الامتناع التشريعي والإحالات التشريعية الضمنية ، وتحديد البعض الأخر لها بالإغفال التشريعي الجزئي والتفويضات التشريعية².

ما زاد من عدم وضوح هذه الفكرة أن طائفة من الفقهاء قد قاموا بالمساواة بينها وبين الامتناع التشريعي، وهو ما أثاره بعض المنتقدين من الذين اعتبروا أن عدم التفرقة بين الاثنين باعتبار الامتناع التشريعي وعدم الاختصاص السلبي شيء واحد أمر غريب، مؤكداً على خصوصية الامتناع التشريعي وشمولية عدم الاختصاص السلبي للامتناع التشريعي ما هو إلا شكل من أشكاله³.

ومن الفقه من حددها بثلاثة أوجه "الإغفال التشريعي" و " حالة الانحراف السلبي المطلق " و " حالة التسلب من الاختصاص"⁴، ومنهم من حددها بحالة الامتناع التشريعي والإغفال والغموض التشريعي كالفقيه " Jacques arrighi de Casanova"⁵

ذلك وقد حددها آخرون بالامتناع التشريعي الكلي والجزئي والتخلي عن الاختصاص، وهي ذات حالات عدم الاختصاص السلبي التي يفصل فيها مجلس الدولة مع وجود اختلاف طفيف فيما بينها ومن بينهم " احمد عيد الغفلول"⁶، والأستاذ "إبراهيم محمد صالح الشرفاني"⁷

أن الملاحظ أن الدساتير المقارنة المكرسة لرقابة عدم الاختصاص السلبي للمشرع اختلفت هي الأخرى في تحديد صور عدم الاختصاص السلبي، والجهة التي تصدر عنها، بالرغم من اتفاقها على أن جميع حالات عدم الاختصاص السلبي تنصب في حالة عدم الامتثال للقواعد المنشأة للالتزامات

¹-Ariane vidal-naquet-ilf-Gerjc :op.cit , www .conseil-constitutionnel.fr

²- أنظر رأي الفقيهين " Priet"، " valembois، "

ibid

³-عمار طعمية حاتم، المرجع السابق، ص 11

⁴-أنظر عبد الرحمن أسامة أحمد محمد كحيل، المرجع السابق، ص 342، 343

⁵- اعتبر الفقيه " Jacques arrighi de Casanova " أن لعدم الاختصاص السلبي ثلاثة صور بقوله " ففي البداية كانت تعني عدم ممارسة المشرع لاختصاصه، ليتسع بعد ذلك ليشمل إغفال الضمانات القانونية لحقوق وحريات الأفراد والغموض التشريعي "

Jacques arrighi de casanova: **Quel avenir pour la jurisprudence kimberly clark nouveaux cahiers du conseil constitutionnel** ,n '46 (l incompetence en droit constitutionnel ,2015, p4

⁶-أحمد عيد الغفلول ، المرجع السابق، ص 114

⁷-الشرفاني إبراهيم محمد صالح، المرجع السابق، ص 269

الدستورية، وفقا لما توحى به الألفاظ والعبارات التي استخدمتها الدساتير المقارنة المعترفة برقابة عدم الاختصاص السلبي صراحة، لتعبير عن هذه الفكرة بمصطلح الإغفال التشريعي كالدستور البرتغالي الذي عرفها بحالة " بعدم الامتثال لدستور"¹، أو عبارة " الإخلال باتخاذ التزام دستوري" كما عبر عنه دستور جنوب إفريقيا²، أو عبارة " عدم الامتثال لمبدأ أساسي نابع من الدستور"³، وباستخدام البعض الآخر منها لعبارة (حالات الامتناع الكلي والجزئي عن الالتزام بأحكام الدستور) كدستور الإكوادور⁴، أو عبارة إهمال السلطة التشريعية عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لامتثال لأحكام الدستور كدستور فنزويلا⁵.
أمام هذه الاختلافات الفقهية والدستورية في تصنيف وتسمية أوجه عدم الاختصاص السلبي، ارتأينا تصنيفها تبعا لتصنيف الذي اعتمده أغلب الدساتير المقارنة المقررة صراحة لعدم الاختصاص السلبي بتقسم عدم الاختصاص السلبي إلى صورتين، على النحو التالي:

المطلب الأول: عدم الامتثال الجزئي للالتزامات الدستورية

المطلب الثاني: عدم الامتثال الكلي للالتزامات الدستورية

المطلب الأول: حالة عدم الامتثال الجزئي للالتزامات الدستورية

حالة عدم الامتثال الجزئي لأحكام الدستور حالة معترف بها في بعض الدساتير المقارنة المتبينة لرقابة عدم الاختصاص السلبي للمشرع صراحة كوجه من أوجه عدم الدستورية، الخاضعة لنطاق اختصاص المحكمة الدستورية، وهي حالة لها صور مختلفة تتميز كل منها عن الأخرى يمكن تقسيمها إلى صورتين على النحو التالي:

الفرع الأول: الإغفال التشريعي

الفرع الثاني: التنازل عن الاختصاص التشريعي

¹-المادة 283، دستور البرتغال، المرجع السابق، ص 66

²-المادة 167، دستور جنوب إفريقيا، المرجع السابق، ص 73

³-المادة 102، دستور البرازيل، المرجع السابق، ص 70

⁴-المادة 436 الفقرة 10، دستور الإكوادور 2008، المعدل في 2015، ص 107

⁵-فقرة 7، المادة 336، دستور فنزويلا 1999، المعدل في 2009، ص 67

الفرع الأول: الإغفال التشريعي

الإغفال التشريعي فكرة كانت ولا تزال محل اختلافات فقهية، باعتبار فريق من الفقه أنها من إحدى أشكال عدم الاختصاص السلبي للمشرع وحالة من حالات التنازل عن الاختصاص وذلك في الفقه الفرنسي. ورفض فريق فقهي ثاني الاعتراف بها كشكل من أشكال عدم الاختصاص السلبي للمشرع، بتفنيدهم أن يكون الإغفال التشريعي النسبي شكلاً من أشكال هذا الوجه من عدم الدستورية، لغياب أي موقف سلبي من المشرع، على أساس وجود التشريع وأداء المشرع لوظيفة التشريعية وعدم تركها، كحالة عدم الاختصاص السلبي التي تتوافق مع حالة الامتناع التشريعي الكلي، لغياب التشريع الذي يعد عملاً سلبياً من المشرع، وهو ما أنكره فريق ثالث من الفقه، لعدم تفريقهم بين حالي للإغفال التشريعي و حالة عدم الاختصاص السلبي باعتبارهم حالة واحدة فريدة.¹

ورفض فريق فقهي آخر لكونهما فكرتين متماثلتين، بالقول أنهما فكرتين غير متشابهتين لإخلال المشرع في حالة الإغفال التشريعي بمبدأ المساواة والضمانات الأساسية المقررة لحقوق وحريات الأفراد لدى تنظيمه لها دون التنازل عنها، بخلاف فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع المتمثلة حسب رأيهم في فكرة التنازل عن الاختصاص.²

ومن جهتنا نرجح الاتجاه الفقهي الأول الذي يمثله الفقه الفرنسي، الذي يعتبر الإغفال التشريعي عملاً سلبياً ومن أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع، والسبب لا يتعلق فقط بعدم تنفيذ الالتزام الدستوري الملقى على عاتق المشرع لتقديمه لعمل موسوم بالنقص، بل لإمكانية إغفال هذا الأخير لقواعد توزيع الاختصاص أثناء ممارسته لعمله، ووقوعه في إحدى حالات تنازل عن الاختصاص لإمكانية إغفاله لإحدى قواعد التفويض التشريعي، أو بإحالته مسألة تشريعية ما إلى السلطة التنظيمية بغير قصد إغفاله منه لتطبيق قواعد توزيع الاختصاص.

وبعيداً عن هذه الاختلافات فالجدير بالملاحظة أن ممثلو الأغلبية الفقهية يكادوا يجمعوا على أن الإغفال التشريعي حالة نسبية مختلفة عن حالة الامتناع التشريعي، كالفقيه "دبنيس تيكسيرا دي أو ليفيرا"، و الفقيه "جوردان ارليتاز"، والفقيه الإسباني "بوستامانتي"، الفقيه الإسباني "خوان لويس ريكيخو"، و الأستاذ "ميشال مليكيور"، والفقيه "لغوميز كانوتيلو"، و الباحثة "ميسون طه حسين" والأستاذة "جواهر عادل العبد الرحمن".

¹- أم أنين خالد، عبد الرحمن سعديّة، مجيد ياسين، المرجع السابق، ص 267

²- أم أنين خالد، عبد الرحمن سعديّة، مجيد ياسين، المرجع السابق، ص 267

الأستاذ "دينيس تيكسيرا دي أوليفيرا" عبر عن موقفه من نسبة الإغفال التشريعي بالقول أنها فجوة تشريعية يستحيل بوجودها على المرء ممارسة الحق المخول والمكفول له، ممارسة سهلة وميسورة وكاملة ومن دون صعوبات¹، في حين أن الفقيه "جوردان ارليتاز" في دراسته المقارنة حول "عدم الاختصاص السلبي" بالرغم من تأكيده على نسبة حالة الإغفال التشريعي، بيد أنه قد أنكر أن يكون الإغفال التشريعي سلوك متعمدا من المشرع ومن المستبعد أن يكون سهواً، بقوله أنه "انتهاك جسيم لمبدأ المساواة يسأل عليه المشرع لتسببه في المساس باستقرار النظام القانوني وليس لإخفاقه في أداء عمله بإتقان"².

وهو ما شدد عليه الفقيه الإسباني "بوستامانتي" قولا أنه "قصور التنظيم التشريعي عن الإحاطة بكل جوانب الحق أو الحرية محل التنظيم كليا أو جزئيا بالمخالفة لأحكام الدستور"³، وهو ما أكده البعض الأخر من الفقه ممن لم يعترفوا بأن الإغفال التشريعي سلوك سلبى باعتبارهم للإغفال التشريعي حالة نسبية تعبر عن (عدم كفاية النص التشريعي الموجود فعليا للوفاء بتغطية ومعالجة المسألة أو الموضوع الذي تتولى تنظيمه بشكل جيد، سواء من حيث حجم التغطية أو نوعها أو مستواها، وعموما من حيث فن الصياغة القانونية)⁴. كما وقد أكد على نسبة الإغفال التشريعي الفقيه الإسباني "خوان لويس ريكيخو" في قوله أن الإغفال تعبير عن (عدم وجود حكم تشريعي محددة لقضية بعينها تحتاج إلى تنظيم، نتيجة لغياب متطلبات تنفيذ العمل الإيجابي المفروض من قبل سلطة وضع الدستور على المشرع، ما ينجم عنه إغفال غير دستوري)⁵.

والفقيه "لغوميز كانتيلو" الذي اعتبرها ثغرة قانونية ناتجة عن عدم ممارسة المشرع لاختصاصه بطريقة صحيحة بجدية وبدقة كما يفترض أن يتم في الدستور، بقوله "لا توجد فجوة دستورية معيارية إلا عندما يكون هناك نقص يتعارض مع الخطة التي وضعها النظام الدستوري"⁶. ومن الفقهاء العرب من أكدوا على أن الإغفال التشريعي مسألة نسبية كالأستاذة "جواهر عادل العبد الرحمن" (قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة بالدستور على نحو منقوص وقاصر، لا يحيط بكافة جوانبه التي لا يكتمل التنظيم إلا بها، مما يؤدي إلى عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم

¹- وليد محمد الشناوي، المرجع السابق، ص 685

²-arlettaz Jordan: op.cit,WWW. Conseil. Constitutional.fr

³- أبو يونس محمد وحيد، المرجع السابق، ص 350

⁴- أحمد أمين عادل جلال، دور القضاء في ترسيخ سيادة القانون (دراسة تحليلية مقارنة)، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2017، ص 143

⁵- وليد محمد الشناوي، المرجع السابق، ص 685

⁶-Al-Dulaim.Ahmed Oudah : op.cit .p93.92

ومخالفة أحد أو بعض نصوص الدستور)¹، وهو ما أكده الباحث "ميسون طه حسين" في بحث له بعنوان "المعالجة التشريعية للإغفال الدستوري في تنظيم الحكومة البرلمانية" (حالة التنظيم الدستوري الناقص لموضوع محدد ، بحيث يظهر التطبيق العملي للنص الحاجة إلى قاعدة دستورية غير موجودة أغفلها المشرع الدستوري ، ولا يمكن التحقق من وجود قاعدة أخرى مناسبة عند تفسير الدستور من دون الذهاب خارج حدود التفسير).²

الواضح من هذه الآراء الفقهية الممثلة لرأي الغالب في الفقه المناادي بنسبية الإغفال التشريعي،

قد جاءت ردا على الاتجاه الفقهي الذي اعتبر حالة الإغفال التشريعي حالة مطلقة كحالة الامتناع التشريعي والذي يمثله الأقلية، ومن بينهم من ذهب إلى القول (هو ذلك الذي تكمن فيه إرادة المشرع عن الإمساك عن التشريع في مسألة عهد إليه الدستور تنظيمها)³

القول بالتشديد على أنها حالة نسبية كثيرا ما تؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة والضمانات القانونية لحقوق وحريات الأفراد، وهو ما نسايرهم الرأي فيه، لأن الإغفال التشريعي يقع عادة سهوا خارج إرادة المشرع، وهو بصدد ممارسته لاختصاصاته، إذ يستحيل أن يغفل المشرع إصدار قانون بأكمله قد وجه له الدستور خطابا لإصداره بموجب قاعدة دستورية صريحة، لأنه في مثل هذه الحالة سيكون امتناعا تشريعيًا متعمدا وليس إغفالا تشريعيًا غير مقصود.⁴

¹ جواهر عادل العبد الرحمن، المرجع السابق، ص 96

² - ميسون طه حسين، المعالجة التشريعية للإغفال الدستوري في تنظيم الحكومة البرلمانية تشخيص ومعالجة دراسة في اطار دستور العراق 2005، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 28، العدد 6، 2020، ص 220

³ - تمت الإشارة إلى أصحاب الرأي أنظر فهد يوسف عبد الله الجمعة، موقف المحكمة الدستورية في الكويت من الرقابة على دستورية الإغفال التشريعي دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة الحقوق للبحوث الاقتصادية والقانونية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، المجلد 2023، العدد، 2023، ص 18

⁴ - مصطلح الإغفال في معاجم اللغة العربية مشتق من فعل غفل عنه غفولا أي تركه وسها عنه كأغفاله أو غفل صار غافلا وغفل عنه وأغفله وصل غفلته إليه والاسم الغفلة والغفل محركة والغفلان بالضم والتغافل والتغفل تعمدته والتغفيل أن يكفيه صاحبك وأنت غافل لا تعني بشيء وكعظم من لا فطنة له.

مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط دار الحديث للنشر والتوزيع، القاهرة، 2008.

وهو مصطلح مصدره فعل غفل على وزن غفل من يغفل غفلة غفولا فهو غافل المفعول مفعول غفل الرجل أي بمعنى غفل الشيء تركه إهمالا عن غير نسيان (غفل الرجل موضوع الدار التي لم تعجبه)، أو بمعنى غفل الشيء غفل من الشيء سها عنه من قلة التيقظ أهمله نسيه ، و قيل أيضا أنه من فعل أغفل يغفل إغفالا فهو مغفل والمفعول مغفل أغفل واجباته غفل عنها أهملها وتركها من غير نسيان "أغفل بعض التفاصيل، أغفل فترة من حياته لا يغفل المدرس الأمن شيئا

وندعم رايئنا ببعض قرارات القضاء الدستوري المقارن التي جاءت مؤيدة للأغلبية الفقهية فيما ذهب إليه بخصوص نسبية فكرة الإغفال التشريعي، كقرار المحكمة الدستورية البرتغالية رقم 474/2002، بتعريفها للإغفال التشريعي بتأكيداها على نسبيته بقولها أن (الإغفال التشريعي يحدث في حالة واحدة وهي الحالة التي يلزم فيها الدستور البرلمان بشرط محدد، إلا أن هذا الأخير لا يفي بهذا الشرط). وقد أكدت المحكمة الدستورية البوليفية في فنزويلا في تعريفها للإغفال في قرارها رقم 29-2004 الصادر في 10/11/2004 بعدم الدقة في تنظيم الهيئة التشريعية للأحكام الواردة بالقواعد الدستورية و عدم الإحاطة الكاملة بها، إغفالا منه ينتج العجز عن تطبيق المادة الدستورية تصبح به واقعا معتدا به¹، كما أن المحكمة البولندية ميزت بين الامتناع التشريعي والإغفال التشريعي في حكمها الصادر 24 سبتمبر 18/2001، بتصريحها أن الامتناع التشريعي غياب قانون بأكمله لعدم تنظيم البرلمان لموضوع مخول إليه برمته أما الإغفال فهو تنظيم مفتقر مفتقد لجزئيات لم ينظمها المشرع بتنظيمه لبعض العناصر من المسألة التشريعية دون الأخرى لعدم معالجتها كلية².

من جهتها المحكمة الدستورية الألمانية أعربت عن موقفها من الإغفال التشريعي بتعليقها على قيام حالة الإغفال التشريعي بإخلال النص التشريعي بمبدأ المساواة³، وهو ما أثبتته المحكمة الدستورية الإسبانية في احدي قراراتها التي سلكت نفس المسلك بأن الإغفال " فجوة قانونية في عمل المشرع، أو هو التنظيم الناقص إذ توجد الحاجة الملحة لقواعد تشريعية محددة في قضية معينة مع غياب هذه القواعد وهذا ما يكشفه القاضي الدستوري في عمله التفسير لدستور"⁴.

وترتيباً على ذلك ينصب الإغفال التشريعي في تلك الحالة التي تعبر عن عدم تنظيم الهيئة التشريعية لموضوع القانون تنظيمياً شاملاً ، أو حينما يشمل التنظيم قسماً فقط من الموضوع الذي عالجه القانون أما الجزء المتبقي منه والذي لم يخضع لتنظيم فهو من يمثل حالة الإغفال النسبي⁵ ، أي في الحالة التي

من واجباته"1630، عمر أحمد مختار: معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، عالم الكتاب نشر توزيع صياغة، القاهرة ، 2008، ص 1196 في لغة الفرنسية يحمل مصطلح الامتناع (abstention). في طياته العديد من المعاني بمعنى كف. إمساك. امتناع وهو من فعل (abstenir) أي بمعنى امتنع. امسك عن. زهد. عف. امسك. كف عن القاموس فرنسي عربي، دار الكتاب العلمية لبنان، 2004، ص 9

¹ -Al-Dulaimi, Ahmed Oudah :op.cit, p94

²-Marian Grzybowski: **legislative Jurisprudence of the polish constitutional tribunal omission in Practical** www.confeuconstco.org P8

³- arlettaz Jordan :op.cit, www. Conseil. Constitutional.fr.

⁴-ميسون طه حسين، المرجع السابق، ص 220

⁵- عبد العزيز برقوق، المرجع السابق، ص 341

يسن فيها المشرع القواعد القانونية بطريقة موسومة بالنقص لتغطية الموضوع المراد تنظيمه بموجب قانون تنفيذها لما جاء به الدستور من أحكام ، بيد أن تنظيمه له يرد ناقصا بسبب إخلاله بمبدأ المساواة باستثنائه لفئة معينة من الأفراد، أو تركه لبعض الوقائع المتعلقة بالمسألة التي تناولها القانون دون قواعد قانونية تنظمها مع غياب مبرر مقبولة لتصرفه هذا.¹

بما يؤدي إلى نشوء حالة قانونية غير الدستورية نتيجة لعدم المساواة بين ذوي المراكز القانونية المتشابهة، كأن يصدر قانون منظما لبعض الحالات القانونية المتعلقة ببعض الأفراد دون غيرهم²، ما يسفر عن حرمان مجموعة معينة من المواطنين من الاستفادة من الحق محل التنظيم وإعاقة التفعيل الكامل لنص الدستوري³، ومن بين أمثله هذا النوع من الإغفال نجد الإغفال النسبي الذي يخل بحرية التعبير التي تفترض أن يكون الحق في نشر الآراء والانتقادات و جمع المعلومات للجميع، وأن يسمح بذلك عبر وسائل الإعلام و الاتصال باختلافها ومن دون استثناء ، سواء كانت سمعية أم بصرية أو كتابية، و منع احتكارها لضمان ممارستها، إذا ما انتقصت الهيئة التشريعية شيئا منها مما تم ذكره كان النص التشريعي الصادر لتنظيمها مخالفا للقواعد الدستورية المقررة لهذه الحرية، وعلته الأولى إخلاله بضمانات التي أقرها الدستور أما الثانية عدم تفعيله لهذه الحرية.⁴

وهو ما يقع في الحالة التي يخول فيها الحكم التشريعي حق التقاضي لرئيس إحدى الهيئات دون بقية الأعضاء مما يناقض مبدأ المساواة، وهو ما يسلط عليه القاضي الدستوري رقابته وليس على ما أغفله المشرع، بل ما أقره من أحكام⁵، لإخلال الحكم التشريعي بالمراكز القانونية المتماثلة للأفراد،⁶ كما قد يحدث الإغفال التشريعي إما بسبب المخالفات الشكلية التي تصدر من المشرع لدى صياغته لتشريع إما بوقوعه في خطأ في صياغة النص، أو بسبب تكراره للألفاظ والعبارات المستعملة فيه، أو ارتكابه لمخالفات موضوعية بصياغته لقوانين ناقصة، أو غير الواضحة المعنى أو تحتوي تناقضات يصبح من خلالها التشريع عديم الدستورية، ووجهها من أوجه المخالفة الدستورية وموضوعا لرقابة القاضي الدستوري الذي

¹- AL-Dulaimi Ahmed Oudah:op.cit, P97

²- عبد الرحمان عزاوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع الإغفال التشريعي نموذجا، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، العدد 10، 2010، ص 90

³- Georges Bergougous : **L'incompétence négative vue du parlement nouveaux cahiers du conseil constitutionnel**, n 46, (l'incompétence en droit constitutionnel), 2015 , www conseil-constitutionnel .dz P7

⁴-ريودي جانيرو: المرجع السابق، ص.12

⁵-سرى حارث ، حيدر طالب الإمارة، ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي، المرجع السابق، ص50

⁶- محمد عبد الوهاب خفاجي، المرجع السابق، ص115

تقع على النص القانوني القائم الذي يستخرج منه بصورة ضمنية الجزء المغفل من قبل المشرع ، لإكمال النقص بما يجعله متفقا وأحكام الدستور¹ ، أو حينما " يكون النص ناقصا عندما لا تغطي مفرداته جميع جزئيات الحكم الذي تعالجه ، فإنه يكون معيبا وقانون الجنسية نماذج لنصوص ناقصة أدى نقصها إلى الارتباك في معرفة موضوعها"².

ولعله من المفيد أن نؤكد على أنه بصرف النظر على الارتباط الواقع بين فكرة الإغفال التشريعي النسبي بمسألة الإخلال بمبدأ المساواة أو سهو الألفاظ وعبارات لدى صياغة القواعد القانونية يضع فكرة الإغفال النسبي في نطاق ضيق حال التسليم بها ، فما ذا لو التزم المشرع لدى صياغته للقواعد القانونية بمبدأ المساواة ولم يترك واقعة في الموضوع التي تناوله القانون ، إلا ونضمها وكانت صياغته للموضوع صياغة جيدة ، فهل يكفي ذلك للقول بسلامة القاعدة القانونية من الإغفال التشريعي وهو التساؤل الذي يبقى مطروحا؟

فالإجابة هي أن الإغفال التشريعي النسبي لا يقتصر فحسب على إغفال اللفاظ أو عبارات لا يكتمل معنى القاعدة القانونية بدونها أو مبدأ المساواة أو الضمانات القانونية بالمفهوم الذي تم ذكره في المثال الذي قدمناه بالنسبة لحرية التعبير ، ذلك أن المبادئ الدستورية التي تضمنها الوثيقة الدستورية متعددة لا تقتصر فحسب على مبدأ المساواة ، لأن إغفال المشرع لأي منها سيؤدي إلى انتقاص وحرمان الأفراد من التمتع بحقوقهم وحررياتهم كمبدأ التناسب التشريعي ومبدأ الفصل بين السلطات أو إغفاله قواعد توزيع الاختصاص أو النص على أجال قانونية أو إغفاله تطبيق أي إجراءات شكلية نص عليها الدستور في مرحلة إعداد القانون تجعل النص القانوني معيبا بعدم الدستورية .

الفرع الثاني: التنازل عن الاختصاص التشريعي

لا مناص من أن الهيئة التشريعية ملزمة خلال مباشرتها لاختصاصها التشريعي المخول لها في الدستور أن يكون تنظيمها للمادة التشريعية تنظيما لا يدع صغيرة ولا كبيرة ، بما لا يفسح المجال لتدخل السلطة التنفيذية ، وأن لا تكتفي بوضع الإطار والقواعد العامة الأساسية لها ، لتتولى تنفيذها فيما بعد السلطة التنظيمية بمراسيمها التنفيذية ، التي لا يمكن أن ينكر أحد دورها كوسيلة هامة لتنفيذ القوانين

¹-سرى حارث ، حيدر طالب الإمارة: ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي، نفس المرجع ، ص50

²-علي حسين منهل، عيوب الصياغة في النصوص التشريعية دراسة نقدية في نصوص قانون الجنسية العراقية رقم26 لسنة 2006، حولية المنتدى للدراسات الإنسانية، مج8، ع20، المنتدى الوطني لأبحاث الفكر والثقافة، العراق، 2015،

و تحديد محتواها بالتفصيل ، لأن عدم التزام المشرع بما تحدده قواعد توزيع الاختصاص من ضوابط و دعوته للحكومة لتنفيذها بمجملها بذريعة أنها صاحبة الولاية في تنفيذ القوانين، بمثابة تنازل لها عن اختصاصه التشريعي، و مساس بأحكام الدستور.¹

لذلك من الواجب أن تتوخى الهيئة التشريعية الحذر عند ممارستها لما أسند إليها في الدستور من اختصاصات، بعدم التنازل عنها لأي سبب كان أو تفويضها لما لم يجز لها الدستور بتفويضه²، وأن تمارس اختصاصها التشريعي بشكل جيد إيجابي، وألا يكون إخراجها للقواعد القانونية بصيغة توجي بتنازلها عنها للحكومة بما يشكل تجاوزاً لقواعد الاختصاص المكرسة بموجب أحكام الدستور.³

لا يفوتنا أن ننوه أن ذلك هو ذاته مدلول الإغفال التشريعي الملتوي، أو ما يصطلح عليه بالتسلب التشريعي الذي نعني به تهرب أو تملص السلطة التشريعية عن ممارسة اختصاصها ومعالجتها لها بطريقة تفسح المجال لغيرها من السلطات لتشاركها إياه، بغية التقليل من واجباتها أو الأعباء الملقاة على عاتقها، بانتهاجها لطريقة منافية ومخالفة لدستور بشكل مبالغ فيه بواسطة الإحالة التشريعية وبالتفويض التشريعي.⁴

على الرغم من تدخل الهيئة التشريعية لممارسة اختصاصها التشريعي في هذه الحالة، بسبب أدائها المفتقد للجودة، وتركها لما يؤول إليها تنظيمه من نصوص تشريعية لصالح السلطة التنفيذية، خارج الحالات التي يسمح بها الدستور، أو إذا ما اسرف في الإحالة التشريعية لهذه الأخيرة، بما يؤدي إلى تعديل ما سنه من تشريعات أو تعطيل تنفيذها.⁵

وتفسير ذلك أن "للإغفال التشريعي الملتوي" أو ما يعبر بعبارة "التسلب التشريعي" حالات مختلفة تنصب في نقطة واحدة تعبر كلها عن تنازل المشرع عما يعود إلى اختصاص القانون للوائح التنظيمية سواء بإحالتها حالة تشريعية غير الدستورية، أو وضع قواعد قانونية معيبة بالغموض، أو تفويض البرلمان تلقائياً اختصاصه من دون أساس دستوري، وهو ما سنتناوله على النحو التالي:

¹ - سليم عبد المجيد إبراهيم، المرجع السابق، ص 582. 583

² - خليل عاصم، دور القضاء الدستوري الفلسطيني في حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والإدارة، جامعة بيرزت العامة، 2016، ص 56.57

³ - عبد الرحمن عزوي، المرجع السابق، ص 89

⁴ - سري حارث، حيدر طالب الإمارة: ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي، المرجع السابق، ص 50

⁵ - أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 173

أولا-الإحالات التشريعية غير الدستورية للسلطة التنظيمية:

تنطوي وجهة نظر المجلس الدستوري الجزائري، وهو بصدد مراجعته للمادة 2 من الأمر 97-04 المؤرخ في 19 فبراير 1997 عن رفضه الشديد للإحالة التشريعية الواردة في المادة السابق ذكرها، لإشارة المشرع للحكومة لتنظيم مسالة تعود إلى مجال اختصاصه في تحديد عدد المحاكم ومكانها، بسبب ما ينجم عن ذلك من تجاوز قواعد الاختصاص، في نص قراره " أن المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي، موضوع الإخطار، عندما أحالت أمر تحديد عدد ومقر ودائرة اختصاص المحاكم على التنظيم، بموجب مرسوم رئاسي، قد أخلت بأحكام المادة 125 الفقرة الأولى من الدستور، التي تحدد مجال ممارسة السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية في المسائل غير المخصصة للقانون".¹

ما ينم على أنها تعتبر على حالة التنازل عن الاختصاص عن طريق الإحالات التشريعية من حالات عدم الاختصاص السلبي للمشرع، متى تخلى البرلمان عن اختصاصه في وضع القواعد القانونية لصالح الهيئة المؤهلة دستوريا بتنفيذها بواسطة الإحالة التشريعية غير الدستورية، دون التقيد بالضوابط الدستورية المحددة في قواعد توزيع الاختصاص.²

بدعوة يوجهها البرلمان إلى الهيئة المؤهلة في الدستور بتنفيذ القوانين، أو التي يذكرها المشرع في النص القانوني بهدف تنظيم بعض المسائل عبر ما تتخذه من إجراءات تنفيذية، والتي يتوقف نفاذ القوانين على صدورها³، والمتمثلة عادة في الحكومة التي ينبغي عليها وهي بصدد إصدارها للوائح التنفيذية التطبيقية للقواعد القانونية الصادرة عن البرلمان، ألا تضيي عليها أحكاما جديدة أو بوضعها أحكام أخرى مغايرة لها أو أن تعفي من تطبيقها حتى لا يعتبر تدخلها غير الدستوري.⁴ فإن حدث وأن تخلي المشرع عن اختصاصه في سن القواعد القانونية والمبادئ الأساسية بصفة صريحة أو ضمنية⁵، أو بالغ في الإحالة ما شرعه من نصوص إلى السلطة المكلفة بالتنظيم بما يجعلها تقاسمه اختصاصه التشريعي⁶، أو حسب ما عبر عنه البعض "بالتفويض التشريعي المبطن"⁷، فعلى أغلب الحالات وعلى أساس عيب عدم الاختصاص

¹-قرار المجلس الدستوري الجزائري رقم 4، المؤرخ في 19 فبراير، 1997

²-سمير داود سلمان، الإغفال التشريعي وإمكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق، مجلة كلية الحقوق جامعة النهدين، العدد 4، المجلد 21، العراق، 2019، ص 94

³-أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 209

⁴-أحمد عيد الغفلول، نفس المرجع، ص 222.223

⁵-Ariane VIDAL-NAQUET - ILF-GERJCL :op.cit, www .conseil-constitutionnel.fr

⁶-محمد عزاوي: المرجع السابق، ص 90

⁷-أحمد عيد الغفلول: نفس المرجع، ص 209

السلبي يصبح النص القانوني غير الدستوري، وفي هذه الأثناء لا تخضع الإحالة التشريعية لرقابة الدستورية بل المسألة التي فسح فيها المجال لتلك السلطة بالتدخل نيابة عن البرلمان.¹

من زاوية أخرى نرى أن مشكلة الإحالات التشريعية الغير الدستورية قد تأتي علاوة على ما ذكر بسبب إغفال المشرع الدستوري لضوابط قواعد توزيع الاختصاص، ومتى ينبغي أن تتدخل الحكومة وألا تتدخل لإصدار لوائحها التنظيمية.

بل والسبب واضح لأن القوانين تأتي في بدايتها من الحكومة أي من ذات السلطة المكلفة بتنفيذ القوانين والتي تتولى صياغتها من الوهلة الأولى وتتحكم في العملية التشريعية في الدول التي لم تتبنى الفصل المطلق بين السلطات، بغض النظر عما إذا كان القانون يمر عبر غرفتين لمناقشته لإقراره والتي تملك سلطة جد محدودة في تعديل هذه المشاريع. وكذلك حال الأوامر التشريعية التي تشرع من السلطة التنفيذية وتطبق دون مناقشة البرلمان لها.²

ثانيا- التفويض التشريعي غير الدستوري

لقد مكنت العديد من الدساتير برلماناتها من تفويض جزء من اختصاصها التشريعي للسلطة التنفيذية في المسائل التي يتطلب تنظيمها الخبرة الفنية، وفقا لما حدده الدستور من ضوابط إجرائية وموضوعية.³

كدستور فرنسا على سبيل المثال الذي أجاز للبرلمان تفويض اختصاصه على أن يتم ذلك لمدة معينة لم يحددها الدستور، تاركا للمشرع تحديدها لتوضيح نذكر المادة 38 من التعديل الدستوري 2008 "يجوز للحكومة أن تطلب تفويضاً من البرلمان، لمدة محددة، لاتخاذ الإجراءات بموجب المرسوم، والتي تدخل عادة في نطاق اختصاص القانون، وذلك من أجل تنفيذ برنامجها."⁴، أو الدستور جزائري 1963 سابقا الذي أجاز للبرلمان استخدام هذه الألية اسوه بالدستور الفرنسي "يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الوطني التفويض له لمدة محدودة حق اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر

¹-Ariane VIDAL-NAQUET - ILF-GERJCL' :ibid, P4

²-المادة 143، المرسوم رئاسي، رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، الجريدة الرسمية، العدد 82، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020. المادة 35، القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادر بتاريخ 07 مارس 2016.

³- أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 174

⁴-المادة 38، التعديل الدستوري الفرنسي 2008

تشريعية"¹، والتي يشكل عدم الالتزام بها تنازلاً عن الاختصاص، والوقوع بالتالي في مشكلة عدم الاختصاص السلبي للمشرع الذي قد يحصل في إحدى الحالات التالية:

متى لم تحسن الهيئة التشريعية تقدير الضوابط المحددة لها في الدستور لمباشرة إجراء التفويض التشريعي ولم تجد تفسيرها بدقة، بتفسيرها لها تفسيراً فضفاضاً سواء تعلق الأمر بالمسائل محل التفويض، أو الفترة الزمنية المحددة لها، أو الأسباب الداعية لإجرائه، وبغض النظر عن التزامها بشروطه الإجرائية المحددة لمباشرتها.²

أو إذا ما إن حدث وأن أقدمت هذه الأخيرة على تفويض إحدى المسائل المندرجة ضمن مجال اختصاصها التشريعي في الدساتير التي لا تمنح للبرلمان الحق في استخدام آلية التفويض التشريعي إلى السلطة التنفيذية، حتى لو تمت وفقاً لشروط التي تحددها الدساتير التي تجيز استخدامه.³

أو بطريقة غير مباشرة بصياغته لنصوص تشريعية موسومة بالعمومية من حيث المعنى بتوظيفها لعبارة فضفاضة واسعة الدلالة لدى صياغتها بما يقلل من فاعليتها ويسمح بتدخل السلطة التنفيذية من خلال ما تصدره من لوائح تنفيذية.⁴

لأن النص الغامض الذي يحمل في طياته العديد من المعاني بما يصعب معه تحديد معنى النص والمغزى المراد منه والهدف الذي وضع من أجله من خلال الصياغة الواردة في النص، وقد يرجع ذلك إما

¹ - المادة 58، دستور 1963، الصادر بتاريخ 08 سبتمبر 1963، الجريدة الرسمية، العدد 64، الصادر في 10 سبتمبر 1963.

² - أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 174

³ - يقصد بالتفويض التشريعي (قيام السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لها قوة القانون بناء على تفويض من البرلمان، وذلك لتنظيم بعض المسائل، التي تعد من صميم اختصاص البرلمان التي يجب أن ينظمها القانون، لذلك تتفق للاتحة مع القانون في كونها تتضمن قواعد مجردة، ولكنها تختلف عنها في جهة الإصدار).

جري محمد عبد، دور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية في النظام البرلماني دراسة مقارنة في الدساتير العراقية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق المجلد 11، العدد 38، 2018، ص 310. ويقصد أيضاً بالتفويض التشريعي (الإجراء الذي تآذن فيه السلطة التشريعية لرئيس السلطة التنفيذية بصفة استثنائية في خلال مدة معينة وفي موضوع محدد بإصدار إجراءات لائحية، يمكنها أن تعدل أو أن تلغي قوانين سابقة وتصبح لها قوة القانون لدى التصديق عليها).

نادية الطير عمر عبد النبي، التفويض التشريعي وانعكاسه على الحريات العامة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية القانون طرابلس، جامعة الفاتح، ليبيا، 2010، ص 200

⁴ - عبد الرحمان عزاوي، المرجع السابق، ص 90

إلى الألفاظ المستعملة في النص، أو إلى أسلوب المعقد للمشرع، مما يدعو إلى وجوب تفسيره لإزالة اللبس وإزاحة الغموض عنه.¹

بالنتيجة قد يصبح الاختصاص التشريعي للبرلمان منفذا سهلا اختراقه بالنسبة لسلطة التنفيذية بوضع يديها عليه، إذا مكنها البرلمان بنفسه من التدخل والحلول محله²، كما قد يتطلب الأمر تدخل القاضي الدستوري لتصدي للمخالفة التي أحدثها المشرع بسبب هذا الغموض إذا ما شكل ذلك مخالفة دستورية لإخلال هذا العيب بالضمانات التي وضعها الدستور، والزم للمشرع بالتقيد بها لتصدي لهذه المخالفة التي أحدثها المشرع³.

وقد شدد القاضي الدستوري الفرنسي في أكثر من قرار على إلزامية ممارسة البرلمان لاختصاصه بالكامل وبصياغة دقيقة وواضحة، وعليه هنا أن يؤدي دوره في توفير الحماية للأفراد الذين ستطبق عليهم أحكام القانون من كل تفسير مخل بأحكام الدستور من إحدى السلطات⁴، والتي تفرض على البرلمان لخطورة التداعيات المترتبة عن التفويض التشريعي على حقوق وحرية الأفراد بما يقيد سلطته في تفويض جزء من اختصاصه التشريعي للسلطة التنفيذية بناء على مجموعة من الشروط التي حرصت الدساتير على فرضها كقيود لمباشرة هذا الإجراء الذي يتوجب أن تكون له مبررات جديدة تتيح للبرلمان استخدامه⁵.

تتجلى الشروط التقييدية لإجراء التفويض التشريعي، وفقا لما نصت عليه معظم الدساتير التي تأذن للبرلمان بمباشرة في:

أ- جزئية التفويض

يشترط الدستور لمباشرة التفويض التشريعي أن يكون تفويضا جزئيا مقتصرًا على بعض المسائل التي يختص بتنظيمها البرلمان وليس مجملها، لأن تفويض المشرع لكافة اختصاصه ليس بتفويض تشريعي

¹ مهند جاسم محمد، الصياغة التشريعية بين لغة القانون وقانون اللغة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2020، ص 54 و55

² محمود عبد الفتاح عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 172

³ مهند جاسم محمد: المرجع السابق، ص 54 و55

⁴ -Decision n: 2006 –540 Dc du 27 juillet 2006 www .conseil-constitutionnel .fr

⁵ عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع دراسة نظرية تطبيقية مقارنة. (د، ط)، دار الكتب العلمية، لبنان، 2013،

بصيغة التي ينص عليها الدستور، بل تنازلاً عن الاختصاص ما يجعله تفويضاً باطلاً عديم الأثر غير المرتب لاثار قانونية¹، ما يؤدي إلى بطلانه.²

ب- أن يكون لدواعي الضرورة والظروف الاستثنائية

أن الغاية الأساسية من وجود التفويض التشريعي ليس لتمكين السلطة التنفيذية من أن تحل محل البرلمان في ممارسة اختصاصه التشريعي أثناء وجود البرلمان، بل لدواعي ومتطلبات الضرورة لما تفتضيه الظروف³، وهو ما يفترض أن يكون في الدول القانونية الديمقراطية، حيث لا يلجأ البرلمان إلى التفويض إلا في الحالات الاستعجالية ذات الطبيعة الاستثنائية، حيث لا يكون التفويض اعتبارياً خارج هذه الظروف كما هو الحال عليه في الدول التي تغيب فيها مبادئ الديمقراطية ومقومات دولة القانون، التي كثيراً ما يستخدم فيها التفويض بشكل واسع ولأهداف غير قانونية التي تفتضيه الظروف الاستثنائية ومن دون توفر أدنى الشروط وفي غياب متطلبات الضرورة⁴، كالدستور الجزائري 1963 لإجازته ممارسة التفويض خارج الحالات الاستثنائية⁵، والدستور الفرنسي الذي أجاز استخدام آلية التفويض التشريعي خارج الظروف الاستثنائية أو لغرض متعلق بتنفيذ برنامج الحكومة.⁶

ج- مدة التفويض

إن ممارسة المشرع لتفويض التشريعي وتكليفه جهة أخرى لممارسة اختصاصه أثناء تواجده لا يكون اعتبارياً بل لمجابهة ما تفتضيه الظروف من ضرورة لمدة وجيزة محددة في مسائل جزئية معينة.⁷ يشترط على البرلمان حتى يتمكن من تفويض اختصاصه لسلطة التنفيذية لتحل محله في ممارسة وظيفته التشريعية تقييد التفويض بمدة زمنية معينة يحدد أجالها، من تاريخ بدأ سريانها ونهايتها عقب تحديد الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه، كأن يفوض رئيس الجمهورية لفترة معينة بصلاحيات تشريعية معينة

¹- شيماء فارس محمد، تفويض الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية في فرض وتعديل الرسوم، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد 36، 2018، ص 198

²- شيماء فارس محمد، نفس المرجع، ص 191

³-عمار طعيمة حاتم، المرجع السابق، ص 33

⁴-سليم إبراهيم عبد المجيد، المرجع السابق، ص 248

⁵-المادة 58، دستور 1963

⁶-المادة 38 التعديل الدستور الفرنسي 2008

⁷-عمار طعيمة حاتم، المرجع السابق، ص 33

لمواجهة الظروف الاستثنائية¹، وقد حدد الدستور الجزائري 1963 أجال التفويض في مدة لا تقل عن الثلاثة أشهر لمواجهة ظروف ذات طابع استعجالي²، بخلاف الدستور الفرنسي الذي لم يحدد هذه الأجال تاركا للمشرع سلطة تحديدها.³

د-وجود نص صريح يجيز مباشرة التفويض

لا يجوز للهيئة التشريعية أن تعمل على تفويض ما ليس لها به حق في تفويضه من مسائل تنتهي إلى التشريع، إلا إذا كانت الوثيقة الدستورية شاملة في متنها نصا دستوريا يجيز لها ذلك صراحة، وعلّة هذا الأمر أن الاختصاص التشريعي من بين الحقوق الشخصية، التي من الواجب عليها أن تحتكرها، عدا بطبيعة الحال ما أباحه لها الدستور، شريطة أن يتم بحذافير الشروط الدستورية، ليكون إجراء جائزا، أما ما لم تجز الدساتير تفويضه فهو مخالف لدستور.⁴

ر-صدور التفويض أثناء فترة تواجد البرلمان

تقتضي شروط صحة إجراء التفويض التشريعي على البرلمان أن يكون في فترة عمل، وهو ما يميز اللوائح التفويضية عن غيرها من اللوائح التي تصدر في حالة الشغور والعطل البرلمانية.⁵ أي في حالات غياب البرلمان بموجب أوامر تشريعية، والتي تتميز عن اللوائح التفويضية ناهيك على ذلك من حيث الضوابط والشروط والإجراءات المتخذة، كونها تجري بدون الحاجة إلى طلب موجه من السلطة التنفيذية إلى البرلمان، حسب ما يتضح من المادة 58 السالف من دستور الجزائري 1963، والمادة 38 من التعديل الدستوري الفرنسي 2008، ناهيك على شموليتها لمجال القانون ككل، لكونها غير محددة أو مقصورة على جزء محدد منها كتفويض التشريعي حسب ما هو واضح في المادة 142 من الدستور.⁶

المحصلة لما تم التطرق إليه أنفا بصدد توضيح فكرة الإغفال التشريعي الملتوي التي كانت محل خلاف فقهي بين من أكدوا ارتباط الإغفال التشريعي بالتسلب التشريعي بالبرلمان، بالقول بأن الإغفال

¹- شيماء فارس محمد، المرجع السابق، ص 191، سيدي محمد سيد أب، تفويض التشريع في إطار دساتير دول المغرب العربي دراسة مقارنة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، العدد 28، 1999، 2019، ص 33

²- المادة 58، دستور 1963

³- المادة 38، التعديل الدستوري الفرنسي 2008

⁴- نادية بوطلبية، التنظيم الدستوري للتفويض التشريعي (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة البيت، الأردن، 2009، ص 27

⁵- سليم عبد المجيد إبراهيم، المرجع السابق، ص 255

⁶- المادة 142، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 32

التشريعي الملتوي صورة غير مباشرة للإغفال التشريعي حسب تم تداوله لدى بعض الفقهاء والباحثين في دراساتهم¹، وبين من أنكروا هذا النوع من الإغفال التشريعي أو ما هو مسمى بمصطلح التسلب التشريعي الذي اعتبروه صورة من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع وصورة مغايرة عن للإغفال التشريعي².

وأنة فكرة مختلفة عنه بمبرر أن المشرع في حالة الإغفال التشريعي يغفل جزءا معيناً من المسألة التي كلف في الدستور بتنظيمها، في حين أن الوضع مختلف في حالة التسلب التشريعي للبرلمان حيث لا يتولى المشرع تنظيم الحق المحال إليه من قبل المؤسس الدستوري بقانون سواء بتنظيمه تنظيماً مباشراً، أو بتحديد مبادئه الأساسية أو إطاره العام لإحاطته للموضوع في مجمله إلى السلطة التنفيذية لتتكفل بتنظيمه³.

نوافق الرأي الأول إذ لا بد من التأكيد، تماشياً مع ذلك، أن هناك علاقة بين حالات التسلب من الاختصاص وحالة الإغفال التشريعي، فمتى أغفل المشرع قواعد توزيع الاختصاص نكون إما أمام حالة الإحالات التشريعية غير الدستورية، أو حالة الغموض التشريعي، أو حالة التفويض التشريعي الغير الدستوري السابق ذكرها، هذا بالرغم من الاختلاف القائم بين الحالتين إلى أن العلاقة بينهما لا يمكن إنكارها، فالتسلب من الاختصاص التشريعي نتيجة للإغفال التشريعي والإغفال التشريعي سبب لقيام حالات التنازل عن الاختصاص.

وبالمحصلة إن عدم ممارسة البرلمان لاختصاصه التشريعي، ونقله لغيره يحد من اختصاصه التمثيلي الذي وجد من أجله، وهو ما يقتضي إخضاعه لرقابة لإخلاله بمبدأ الفصل بين السلطات⁴.

لا مناص من القول من خلال ما سبق أن عيب لتنازل عن الاختصاص بكل حالته صورة من صور عدم الاختصاص السلبي، وهي لا تقل خطورة عن حالة الامتناع حال ترك المسألة دون تنظيم أو تنظيم جزء منها، ليس فحسب لانتهاكها قواعد توزيع الاختصاص، بل كذلك انتهاكها لأحكام الدستور لحقوق وحريات الأفراد لوضعها تحت تصرف السلطة التنفيذية.

¹- أنظر زهرة كيلاي، الدور المنشأ للقاضي الدستوري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، ص 40، الشاوي سري حارث عبد الكريم: المرجع السابق، ص 46.47، أنظر عبد الرحمان عزاوي: المرجع السابق، ص 15

²- أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 173، عبد الرحمن أسامة أحمد محمد كحيل: المرجع السابق ص 343

³- عبد الرحمن أسامة أحمد محمد كحيل، المرجع السابق، ص 343

⁴- عمار طعيمة حاتم، المرجع السابق، ص 126

المطلب الثاني: عدم التنفيذ الكلي للالتزامات الدستورية (حالة الامتناع التشريعي)

الامتناع التشريعي مصطلح دستوري اختلف فقهاء القانون الدستوري في تفسيره بانقسامهم إلى ثلاث فرق مختلفة:

الفريق الأول: من الفقه اعتبر حالة الامتناع التشريعي حالة متشعبة لتضمينها لأكثر من نوع فقد يرد الامتناع التشريعي مطلقا أو بشكل نسبي، كما أنه قد يصدر بنية من يعول على السلطة التنفيذية بالتصرف في العمل التشريعي بوضع قواعد تنتهي في الأصل إلى مجال التشريع عوضا عن صاحبه الأصلي ألا وهو البرلمان الذي يتيح لها المجال بصرفه نظره عنوة عن اختصاصه،¹ ومن بين الفقيه "لافرير"²، "دومينيكو روسو"³، و الأستاذ "عبد الفتاح عبد الرزاق محمود"⁴ وأخرون.⁵

الفريق الثاني : فسرها بأنها حالة إغفال تشريعي غير مقترنة بأي تنازل عن الاختصاص ،بأنها لا تستهدف فتح الباب على مصرعيه للسلطة التنفيذية ،من بينهم الدكتور "محمد سعادى" الذي قسم الإغفال التشريعي إلى نوعين إغفال عن إنشاء و إغفال عن إلغاء ،الأول هناك التزم بسن قانون لا يسنه المشرع لإغفال صدر منه، أما الثاني إغفال عن إزالة قانون غير مرغوب فيه لعدم توافقه مع الالتزامات

¹ محمود عبد الرزاق عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 194 195

² وهو ما عبر عنه الفقيه "لا فرير" في قوله إن "سلطة ما بدلا من تجاوز حدود اختصاصها ترفض القيام بعمل ضمن نطاق اختصاصها، بالإعلان على أنه ليس لها صفة لإنجازه."

Georges Bergougous : op.cit, p41

³ والفقيه دومينيكو روسو اعتبر الامتناع التشريعي (نكول سلطة التشريع عن ممارسة اختصاصاتها سواء بعدم ممارستها بصورة كلية، أو التهرب منها لتباشره السلطة التنفيذية بدلا عنها)

طيبية جواد حمد، أسعد كاظم وحيش: المسؤولية الدولية عن الامتناع التشريعي، مجلة المحقق الجلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، العدد الثاني، 2020، ص 239

⁴ -الأستاذ محمود عبد الرزاق عبد الفتاح، عرف الامتناع التشريعي (امتناع السلطة المختصة بعملية التشريع بممارسة اختصاصاتها التشريعية المنصوص عليها بالدستور، امتناعا كلياً أو جزئياً، أو التخلي عنها لسلطة أخرى دون سند دستوري، مما يؤدي إلى فراغ تشريعي) أنظر. محمود عبد الرزاق عبد الفتاح: المرجع نفسه، ص 194، 195

⁵ -تمت الإشارة إلى أصحاب هذا الرأي، أنظر عبد الرحمن أسامة أحمد محمد كحيل: المرجع السابق، ص 340

الدولية التي تفرضها قواعد القانون الدولي¹ ومن أبرز هؤلاء الفقهاء الفقيه "marek safjan"²، و الأستاذ "عوض المر"³، الأستاذ "الحسين عبد الدايم صابر محمد علي"⁴، الأستاذ "التركمانى"⁵.

أما الفريق الثالث: الذي يمثله أغلب الفقهاء فسرها بأنها حالة من السكوت التشريعي مطلقة وغير متعمد، مختلفة عن الإغفال التشريعي، غير هادفة إلى التنازل عن الاختصاص التشريعي لسلطة التنفيذية. و من بينهم الفقيه "m luts"، الفقيه Gilmar mendes⁶ و "الأستاذ طعمة عمار حاتم"⁷

¹-طيبية جواد حمد، أسعد كاظم وحيش، المرجع السابق، ص24

²-(عدم وجود الحلول القانونية التي يتطلبها الدستور بسبب الموقف السلبي للسلطة التشريعية، لذا يمكن تصنيفها في فئة ما يسمى بالإغفال التشريعي)، أنظر حيدر محمد حسن، امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي في القانون الوضعي، مجلة المحقق الجلي العلوم السياسية والقانونية، العراق، العدد الرابع، 2015، ص556

³-الأستاذ عوض المر اعتبر الإغفال التشريعي (وجها من أوجه المخالفة الدستورية التي تستلزم وضع حد لها بغض النظر عن نية المشرع إذا ما قد تعمدتها أم كانت بغير محض قصد منه) تمت الإشارة، عمار طعيمة حاتم: المرجع السابق، ص 16

⁴- أنظر محمد على الحسين عبد الدايم صابر، رقابة الإغفال ووسائل معالجتها في القضاء الدستوري وأثرها على الإصلاح التشريعي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، العدد79، 2022، ص 784

⁵-أنظر تعريف الأستاذ "التركمانى" حول الامتناع التشريعي، عمر حمزة التركمانى، الاختصاص الرقابي للمحكمة الدستورية الفلسطينية على الامتناع التشريعي دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد91، 2022، ص312

⁶- الفقيه "m luts" وصف الإغفال التشريعي بحالة الفراغ القانوني مصدرها إرادة البرلمان الذي لم تشأ الوجود لقاعدة قانونية تنظم مسائل مهمة في حياة الأفراد، و الفقيه Gilmar mendes عبر عنها بالفجوة التي تتشكل كلما خرقت الهيئة التشريعية التزاما دستوريا من التزاماتها التي تحثها بإنفاذ احدي القواعد الدستورية صراحة، تمت الإشارة إلى رأي الفقيهين، حيدر محمد حسن: المرجع نفسه، ص556

⁷-يقول الأستاذ "عمار طعيمة حاتم" بأن الامتناع التشريعي (إخلال من المشرع بعدم استنفاد اختصاصه التشريعي عندما يوجه له خطابا دستوريا بوجوب سن التشريع، وهو ما يؤكد عدم التزام المشرع بمبدأ حجية الاختصاص التشريعي الذي يعد حجة بمواجهة السلطة التشريعية التي لا تملك الخيار التشريعي إزاءه بعدم مباشرة اختصاصها)، علاوة على ذلك أكد الأستاذ "عمار حاتم طعيمة"، على انفرادية الامتناع واختلافه عن الإغفال التشريعي من حيث المفهوم بقوله (يسمي الامتناع التشريعي بالإغفال التشريعي و يخلط بتسميتهما، وإذ يشكل عليهم هذا الخلط، بدليل أن الامتناع التشريعي لا يعد من قبيل مفهوم الإغفال التشريعي أصلا، فالإغفال لغة يعني من اغفل الشيء أي اغفل عنه و غفل عن الشيء أي تركه إهمالا من غير نسيان، و من الملاحظ أن هذه الفكرة تختلف كثيرا عن مفهوم الامتناع التشريعي)، مضيفا بالقول أنه (في حالة الامتناع فإن المشرع يمتنع عن ممارسة اختصاصه التشريعي عن تنظيم التشريع، أما في حالة الإغفال الجزئي فإن المشرع ينظم التشريع، إلا أنه يكون معيبا بعيب يصيبه، و تتمثل بعدم المعالجة التشريعية الكاملة للحالة محل التنظيم، فيكون التشريع قد أغفل جزئيا عن معالجتها، و هي تفرق عن حالة الغياب التام للقاعدة القانونية سواء أكانت تلك القاعدة في القانون العادي أم القانون الأساسي) طعيمة عمار حاتم: المرجع السابق، ص11 و18

نوافق ما ذهب إليه الفريق الفقهي الأخير أن الامتناع التشريعي حالة متعمدة مطلقة يحدثها المشرع من غير نية التنازل عن الاختصاص التشريعي لسلطة التنفيذية، بل بنية ترك المسألة دون تنظيم لخلفيات معينة، والتي نرى أنها لا يمكن أن تحدث سهواً أو تقصيراً مدام النص الدستوري واضحاً صريحاً في تحديده للمسائل التي ينبغي على المشرع تنظيمها أو في إحالاته للقانون كما سبق القول.

وبالرجوع إلى موقف القضاء الدستوري المقارن حول مفهوم الامتناع التشريعي، نجد من خلال بعض قراراته ما يدل على أنه قد اعتبر الامتناع التشريعي حالة مطلقة، وهو ما صرحت به بعض المحاكم الدستورية المقارنة، كالمحكمة الدستورية الكورية في قرارها رقم 2008-385 الامتناع التشريعي بقولها:

لا وجود للامتناع التشريعي إلا في حالة ما لم ينفذ البرلمان التزاماً دستورياً بوضع قواعد قانونية بتنظيم المسائل المنصوص عليها في الدستور من أجل حماية حقوق الأساسية للأفراد، أو في حالة ما لم يتخذ البرلمان أي إجراءات تشريعية ملزمة تهم الدولة لحماية بعض الحقوق الأساسية للأفراد التي نص عليها الدستور، وهو ما يمكن أن يكون محل طعن أمام المحكمة الدستورية، وفقاً للمادة 68 من القانون المنظم لهذه المحكمة، وهو ما تم تأكيده في إحدى قرارات المحكمة الدستورية الإسبانية، بقولها بأنه (يوجد فقط في حالة وحيدة بتحديد، عندما يرفض المشرع تنفيذ القواعد الدستورية)¹، كذلك المحكمة الدستورية البولندية في نص قرارها الصادر في 24/10/2001 بإعلانها أن الامتناع ما هو إلا (ترك للمسألة بوعي خارج نطاق التنظيم القانوني من قبل المشرع)².

من مستهل الحديث من موقف القضاء الدستوري أن الامتناع التشريعي في نص قرارات المحاكم الدستورية الأنف ذكرها جاء صريحاً، فقد اعتبرت الامتناع التشريعي حالة متعمدة من جانب المشرع عن تنفيذ واجبات دستورية مسندة له، وامتناعاً منه عن إخضاع المسائل التي يختص بها بنص ثابت في الدستور للإجراءات التشريعية لتصبح نصاً تشريعياً ملزماً، ما يستفاد من خلاله أن الامتناع التشريعي حالة مطلقة متعمدة وليست سهواً وغير جزئية، تصدر عن إرادة من المشرع لرفضه وضع أحكام الدستور موضع التطبيق، ومنها ما يصدر عن البرلمان ومنها ما قد يصدر عن السلطة التنفيذية.

وبهذا الصدد سنتطرق إلى كل حالة من حالات الامتناع التشريعي على حدة، من خلال التطرق إلى صورة الامتناع التشريعي وحالاته المختلفة، التي بينها ميزت بعض الدراسات المقارنة السابق ذكرها كالدستور جنوب إفريقيا بين حالات الامتناع التشريعي التي تقع من البرلمان وتلك التي تصدر عن

¹-Al-Dulaimi, Ahmed Oudah :op.cit, P94 ,84

²-Marian Grzy bowski :op.cit,P6

السلطة التنفيذية، وهي حالات متعددة منها ما تعلق بالعملية التشريعية للبرلمان، ومنها تعلق بالاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية أو اختصاصها في مجال تنفيذ القوانين.

الفرع الأول: الامتناع التشريعي الواقع من السلطة التشريعية

الفرع الثاني: حالات الامتناع التشريعي الصادرة عن السلطة التنفيذية

الفرع الأول: الامتناع التشريعي الواقع من السلطة التشريعية:

يتخذ الامتناع التشريعي الواقع من السلطة التشريعية أشكالاً متعددة ومختلفة، منها ما يتعلق بمرحلة ما قبل بدء العملية التشريعية، ومنها ما يتعلق بالعملية التشريعية وإجراءاتها، وهو ما سنتطرق إليه على النحو التالي:

أولاً: الامتناع عن المبادرة التشريعية عن اقتراح القوانين

بادئ ذي بدئ إن لمصطلح الاقتراح التشريعي دلالة واضحة لكل ما يتبادر في ذهن أعضاء ونواب البرلمان من أفكار يرغب بإدراجها ضمن المنظومة القانونية لدولة¹، وهي أول مرحلة تستهل بها العملية التشريعية، وأول خطوة يقدم عليها البرلمان لإنشاء القوانين تليها عمليات متعاقبة متكاملة تتوج في النهاية بقانون كثرة جهد للبرلمان².

وتقديم هذه المقترحات يتم عادة إما بهدف وضع قانون جديد حول موضوع لم يسبق للبرلمان التعرض له بالتنظيم، أو بهدف تحيين قانون قائم برمته أو بعض أحكامه، وذلك في إطار وحدود ما نص عليه الدستور من مسائل ضمن المجال التشريعي لهذا الأخير³، وهو ما يساهم به البرلمان، علاوة على ذلك من خلال مقترحات التعديل التي يقدمها أثناء مناقشة مشاريع واقتراحات القوانين بصددها وإثرائها وإزالة ما يعترضها من نقائص أو لإلغائها⁴. وتبعاً لذلك فمن واجب البرلمان عدم الامتناع عن ممارسة حق الاقتراح، لأهمية القيمة التي ستضيفها لنظام القانوني وتدارك حالات الامتناع التشريعي.

¹- عبد الفتاح محمد عبد الرزاق محمود، المرجع السابق، ص 195

²- محمد عباس محسن، اقتراح القوانين بين المبادرة التشريعية البرلمانية والمبادرة الحكومية مراجعة للنصوص الدستورية والقرارات القضاء الاتحادي العراقي، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسية بن بوعلوي الشلف، العدد 11، 2014، ص 69، 70

³- محمد عباس محسن، المرجع السابق، ص 70

⁴- أحمد حاكم، دور مجلس الدولة في العملية التشريعية دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015، ص 57

وهو ما قد يفترقه هذا الأخير في غالب الأمر، وقد يرجع ذلك إلى فتح المجال لدخول البرلمان لجميع المواطنين وتقلد مقاعده اغلبيه من نواب لا يملكون مؤهلات علمية تفترض أن تتوفر في المشرعين، وهو ما انتقده الفقيه "جوزيف بارنملي" الذي قال بشأن هذه المسألة (يوجد من بين أعضاء البرلمان ممن لا يصلحون للعمل في أية وظيفة من الوظائف في أصغر المقاطعات)، وهو ما عجز البرلمان عن تداركه بالرغم من الإصلاحات التي تم تبنيها من رقمنة البرلمان و المؤتمرات العديدة الوطنية والدولية التي تعقد دوريا، والتي يتم الاستعانة فيها بخبراء من داخل الوطن و خارجه لتطوير إمكانياتهم في ممارسة هذا الاختصاص¹.

وهو ما أكده الأستاذ ريمون بوكلي" الذي أكد على أن سبب ما تتوصل إليه الدول من أزمات اقتصادية والمالية هو المستوى المتدني للبرلمانيين وعجزهم عن فهمها و إيجاد أدني الحلول والتي ليسوا بأهل لها والتي هي من أهل الاختصاص و لدارسي الدراسات المعمقة ،ليختم قوله وهو ما يجب على الناخبين مراعاته لدى اختيار من يمثلهم على منابر البرلمان ، ولأن الحلول لا تأتي من البرلمان بل من السلطة التنفيذية لامتلاكها للكفاءة التي تكتسبها من ممارستها للعمل التنفيذي والتي لا يتمتع بها البرلمانيون، وهو ما أكده الفقه ومن بينهم الأستاذ "إيهاب زكي" على حد تعبيره².

نؤيد الرأي الأخير لأن افتقاد البرلمانيين للكفاءة والخبرة القانونية في مجال القانون وصياغة التشريع، من بين أحد أسباب امتناع نواب وأعضاء البرلمان من كلا غرفتيه عن ممارسة حقهم في تقديم مقترحات تشريعية، وسببا في وقوع مشكلة عدم الاختصاص السلبي، سواء حالات الامتناع التشريعي بسبب تخليهم عن اختصاصهم في المبادرة التشريعية أو حالات الإغفال التشريعي والتسلب من الاختصاص إذا ما بادروا بصياغة مقترحات قوانين.

ما يعد نقطة ضعف لدى جميع البرلمانات لعجزها عن ممارستها حقها في المبادرة التشريعية في تقديم مقترحات قانونية فعالة تجسد وعود البرلمانيين بتمثيل الشعب أحسن تمثيل، والدفاع عن الفئات الهشة منهم على منبر البرلمان، ذلك ما يستحيل إلا بتقديمهم لمقترحات قوانين في المستوى المطلوب لتظمنه رمقهم وتحل مشاكلهم دون الامتناع بدون عذروتسليم هذا الحق لسلطة التنفيذية لتؤدي دورها في المبادرة التشريعية في كل مرة.

¹ سمير بن أحمد، ضمانات استقلالية السلطة التشريعية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2019، 2020، ص 232.233

² المرجع نفسه ، ص 332

بيد أن ذلك لا يمنع من القول من إمكانية وجود أسباب أخرى تقف وراء امتناع البرلمان عن ممارسة حقهم في الاقتراح تضاف إلى جانب افتقارهم إلى الكفاءة التشريعية، تقع خارج حدود إرادتهم والأمر متعلق بتلك القيود الدستورية والقانونية المفروضة عليهم لممارستهم حق الاقتراح.

فلو قمنا باستقراء الدستور الجزائري نجد العديد من القيود التي تجعل من قدرة البرلمان في مباشرته لحقه في اقتراح القوانين أمرا مستعصيا إن لم نقل مستحيلا، فقد تكون سببا رئيسيا لتخليه عن ممارسته حق المبادرة التشريعية في مجاله التشريع الذي لا يقتصر فحسب على 30 مجالا من المسائل المحددة في المادة 139 الملزم تنظيمها بقوانين عادية، و 6 مجالات المحددة في المادة 140 من التعديل الدستوري 2020 الخاضعة لتنظيم بقانون عضوي، والتي في الأساس مجالات مشتركة بينه وبين الحكومة من حيث أحقية المبادرة بالاقتراح.¹

التي منحها الدستور الأخير 2020 في المادة 143 منه وعلى غرار الدساتير السابقة لكل من رئيس الحكومة أو الوزير الأول والمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، لكن بدون اشتراطه لأي نسبة محددة، وبالرغم من رفعه لبعض القيود التي سبق وأن فرضها دستور 1996 فيتعديلية 2008 و 2016 بعدم اشتراطه لأي نسبة معينة لتقديم مقترحاتهم ليكون بإمكان أي نائب أو عضو تفعيل هذا الحق الذي كان حقا مقيدا في ظل دستور 1996 المعدل في 2008 و 2016، لاشتراطه تقديمها من طرف 20 نائب و 20 عضو في المادة 136² ، والتي كثيرا ما كانت نسبة تعجيزية تقييدية للبرلمان لعدم سهولة توافرها في مجالس تشريعية متشكلة من أغلبية برلمانية مساندة لرئيس، علاوة على اختلافات الانتماءات الحزبية بين أعضاء ونوابه لتعسر تقديم اقترح من طرف 20 نائبا أو عضوا.³

وبذلك فقد أصاب المشرع الدستوري في هذا التعديل الدستوري بإزالته لهذا القيد الذي كثيرا ما كان عقبة أمام البرلمان في مباشرته لاختصاصه في الاقتراح ، وإن كان قد تغاضى كغيره من الدساتير السابقة عن حق الأفراد في المساهمة في التشريع من خلال تقديم مقترحاتهم ، كما فعلت بعض الدساتير المقارنة⁴ ، والذي من المؤكد سيكون عنصرا فعالا في المساهمة في عملية وضع القوانين،

¹ -المادتين 139،140 ، التعديل الدستوري 2020 ، المرجع السابق، ص31،32.

² -المادة 136 ، التعديل الدستوري 2016 ، المرجع السابق، ص 17

³ - نوال بن شيخ، أليات تسوية الخلاف التشريعي دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، 2018، ص90

وحتى تكون العملية التشريعية أكثر ديمقراطية، وهو ما نأمل أن لا يغفل عنه المؤسس الدستوري الجزائري في التعديلات المقبلة¹، وبالرغم من رفع التعديل الدستوري 2020 هذا القيد الذي كثيرا ما أعاق أعضاء ونواب البرلمان عن تقديم مقترحات قوانين لطويلة سنوات، ومع ذلك فإنه وعقب مرور قرابة ثلاثة سنوات لم يبادر بأية مقترح إلى حد اللحظة.

بالرغم من إزالة التعديل الدستوري الجديد 2020 لهذا القيد، بيد أنه قد أبقى على قيود أخرى باستمراره على قصر حق مجلس الأمة على الاقتراح على ثلاثة مجالات، وهي التنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي، كما ورد في المادة 144 من التعديل الدستوري 2020.

الملفت للانتباه من نص هذه المادة أنها قد خولت صراحة تنظيم هذه المجالات الثلاثة لمشاريع القوانين التي تصدرها الحكومة باستعمالها لمصطلح مشاريع القوانين بدلا من مصطلح مقترحات القوانين (تودع مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي لدى مكتب مجلس الأمة)، حتى تستأثر بذلك مشاريع القوانين على هذه المجالات الثلاثة التي من المفترض أن يتم تسويتها بواسطة مقترحات قوانين².

وما يزيد على ذلك هو احتفاظ التعديل الدستوري الجديد بقيود أخرى كتلك المنصوص عليه في المادة 147 من التعديل الدستوري 2020. والتي تقتضي برفض أي مقترحات قد يبادر بها نواب البرلمان من شأنها أن تساهم في "ارتفاع معدل النفقات العمومية لدولة أو قد تتسبب في تقليص مواردها العمومية" وهو ما لا يسمح لنواب به، إلا في حالة ما إن قدموا مقابل ذلك تدابير بديلة تسمح بزيادة مداخيل الدولة لتعويض ما سيتم إنفاقه من أموال مقترحة وقد يتم ذلك بتوفير ما يماثلها من مبالغ³، وهو ما يزيد من فرص نشوء حالة الامتناع عن الاقتراح التشريعي.

ما يزيد على ذلك السلطة الواسعة التي تتمتع بها الحكومة في بسط سيطرتها على عمل البرلمان عبر جدول الأعمال الذي يتولى البرلمان إعداده، بتحديد ما ستجرى مناقشته من مقترحات ومشاريع قوانين في القانون العضوي 16-12 المادة 15 صراحة بمنحه للحكومة دورا مهما ودون ضوابط أو حدود، من خلال

⁴ منح الدستور الإيطالي 1947 المعدل في 2012 لشعب حق الاقتراح القوانين في المادة 71 (بإمكان الشعب تقديم التشريعات من خلال طرح مشروع قانون مقسم إلى مواد وموقع من خمسين ألف ناخب على الأقل) المادة 71، دستور إيطاليا 1947، المعدل في 2012

¹ المادة 143 التعديل الدستوري 2020، المصدر السابق، ص 33، المادة 136، التعديل الدستوري 2016، المرجع

السابق، ص 17

² المادة 144، التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع، ص 33

³ المادة 147، التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع، ص 34

أحقيتها في المساهمة في إعداد جدول الأعمال إلى جانب غرفتي البرلمان، وتحديدًا للقوانين حسب الأولوية لمناقشتها بتقديم مشاريعها على مقترحاتهم، أو ببرمجتها للمقترحات البرلمان في آخر الجدول، حتى لاتصل إلى جلسة المناقشة و التي قد ينتهي بها الأمر بنهاية الدورة لتزاحم المشاريع القوانين في الجدول.¹

فضلا على تقييد حق غرفتي البرلمان في تقديم مقترحات تعديلية لما يعرض عليها من نصوص قانونية للمصادقة، مع إمكانية تقديمها لهذه المقترحات التعديلية أمام اللجنة المتساوية للأعضاء على النصوص القانونية المتنازع والتي لم تحضي بقبول إحدى الغرفتين²، شريطة موافقة الحكومة لهذه التعديلات وفقا للمادة 145 من التعديل دستور 2020، التي قد منحت السلطة المطلقة للحكومة في رفض هذه المقترحات، دون إلزامها بتقديم أسباب تبرر رفضها، ما من شأنه تشديد الخناق على غرفتي البرلمان في ممارسة حقهما في المساهمة في إنتاج القواعد القانونية عن طريق ممارسة حقها في المبادرة مقترحات التعديل النصوص القانونية³، و بالتالي وقوع حالة الامتناع التشريعي وب نشوء فراغ تشريعي في المنظومة القانونية.⁴

وهو ما يتعارض مع نص المادة 114 من التعديل الدستوري 2020 التي تنص صراحة السيادة الكاملة للمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة في سن النصوص التشريعية والتي تمنح البرلمان الحرية في ممارسة الاختصاص في الإعداد والتصويت دون قيود تحد منها⁵، ما يجعله على حد وصف البعض " مجرد هيئة لإضافة الشرعية على قرارات السلطة التنفيذية المجسدة عبر التشريعات"⁶.

ما ينم على أن القيود الدستورية المفروضة على البرلمان لممارسة حق المبادرة التشريعية من أسباب قيام حالة الامتناع التشريعي وما ينتج عنه من مشكلة الفراغ التشريعي، تضاف إلى عدم كفاءته وخبرته في مجال القانون، يجب معالجتها بنصوص تعيد الاعتبار لمكانة المؤسسة التشريعية، تسمح بأدائها لاختصاص التشريعي بصفة مستقلة وبمساهمة برلمانيين ذوي خبرة في مجال القانون.

¹- نوال بن شيخ، المرجع السابق، ص 87

²- حميد محديد، أمال عنان، الإنتاج التشريعي لمجلس الأمة بين المحدودية والتقييد، الملتقى الوطني لمجلس الأمة في الجزائر، مجلة التراث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد 3، 2019، ص 112

³- المادة 145، التعديل الدستوري 2020، المصدر نفسه، ص 33

⁴- عبد العزيز برقوق، المرجع السابق، ص 341

⁵- المادة 114 التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 27

⁶- نوال بن شيخ، نفس المرجع، ص 93

ثانياً: امتناع غرفتي البرلمان عن اتخاذ الإجراءات التشريعية

لعله من المفيد أن نؤكد أن الامتناع التشريعي لا يعني إلا تلك الحالة التي ترفض فيها الهيئة التشريعية بشكل مطلق تسوية إحدى المسائل التي ألزمها المؤسس الدستوري، بمقتضى نص في صلب الوثيقة الدستورية مع علمها بذلك¹، وتجاهلها لأحكام الدستور بإرادتها واختيارها².

بصفة مجردة من أي إحالات تشريعية قد يوجهها البرلمان إلى السلطة التنفيذية لتحل محللة في وضع ما امتنع عن وضعه من قوانين³، كعزوفها عن سن القانون المنظم لإدارة الغاز والنفط مثلاً، أو حينما تتخلى عن اختصاصها في تنظيم ضريبة معينة⁴، وذلك ما يقع متى تجاوز البرلمان للفترة الزمنية المحددة له في النص الدستوري، ولم يصدر القانون المخول له خلالها⁵.

وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن رفض المشرع لممارسة اختصاصه التشريعي في رحاب المدة المقررة له في ثنايا الوثيقة الدستورية، سيودي لا مناص من ذلك إلى عدم وجود القانون على أرض الواقع⁶ لأن إرادة المشرع ستكون مقيدة بتلك المدة، مما لا يترك لها المجال في اختيار وتحديد الوقت الأنسب لوضع ذلك القانون، وفي حالة ما إن تأخر فإن تأخره سيعتبر بمثابة مخالفة لالتزام دستوري وهو ما يعد امتناعاً تشريعياً، ذلك أن تحديد المؤسس الدستوري للمدة في الواقع لا يكون عشوائياً بل لغاية ما في نفسه، ولتأكيد على أهمية هذا الموضوع والزامية تدخل الهيئة التشريعية لأداء مهمتها في ذلك الوقت دون تأخر⁷.

وهو ما نخلص منه خلاله أن الامتناع التشريعي المطلق فعل إرادي يصدر عن البرلمان، متى كان مقيداً بإصدار التشريع خلال فترة زمنية محددة، إلا أن التسليم بهذه الفكرة يدعو إلى التساؤل عن حكم القوانين التي يمتنع المشرع عن إصدارها في ظل وجود نص دستوري يخاطبه بمعالجة إحدى المسائل بقانون في أجال غير المعلومة؟، هل يمكن اعتبار امتناع المشرع في هذه الحال لمدة زمنية لا يستهان بها امتناعاً مطلقاً؟، أم أن المسألة المحددة له في هذه الحالة غير مهمة لعدم تقييد إرادته

¹- سرى حارث، المرجع السابق، ص 325

²- سليمان سمير داود، المرجع السابق، ص 93

³- محمد حيدر حسن، المرجع السابق، ص 558

⁴- محمود عبد الرزاق عبد الفتاح: المرجع السابق، ص 172

⁵- Abdulhaleem mohammed :op.cit, p100

⁶- سرى حارث، حيدر طالب الإمارة: ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي، المرجع السابق، ص 21.

⁷- عمار طعيمة حاتم، المرجع السابق، ص 74. 72

بتاريخ معين، وأن ذلك من باب سلطته التقديرية ولا يمكن اعتبارها امتناعاً تشريعياً؟، للإجابة على هذا التساؤلات انقسم الفقه إلى اتجاهين :

1_ الاتجاه الفقهي الأول:

يذهب أصحاب الاتجاه الأول من الفقه إلى القول أن للمشرع السلطة في إصدار القانون في الوقت الذي يختاره وكما تشاء إرادته ، ما لم يجبره الدستور بنص بإصداره في مدة من الزمن¹ ، وأن الرقابة على الامتناع المشرع لن مباشر، إلا في حالة ما إن فرض على المشرع التزاماً دستورياً في مدة محددة وخالفه هذا الأخير²، وهو الأمر المتبين من بعض الدساتير التي قد اشترطت لإعلان عدم دستورية امتناع البرلمان كلياً أو جزئياً عن تنفيذ الالتزامات الدستورية خلال المدد المحددة في الدستور، أما ماعدا ذلك من الالتزامات الغير المحددة المدة فلا يمكن أن تعلن المحكمة الدستورية عدم دستورتها لعدم اعتبارها من ضمن المخالفات الدستورية.³

يضيف أصحاب هذا الاتجاه وهم بصدد تحديدهم للحالات التي يمكن من خلالها القول بوجود امتناع تشريعي، في ظل غياب مدة زمنية تفرض على المشرع التدخل في الدستور لوضع قانون ما، والتي نادراً ما تلجأ الدساتير إلى تحديدها للبرلمان، أنه من الأفضل لو كانت محددة بالنسبة للمشرعين لضمان ممارستهم لاختصاصهم في أسرع وقت ممكن حسب ما تفتضيه أحكام الدستور التي تحدد التشريعات التي هي بصدد الحاجة لها، وذلك هو المعيار في تحديد حالة الامتناع المتوقع وجودها على الحاجة أو عدم الحاجة إلى القانون.⁴

2_الاتجاه الفقهي الثاني:

يزعم آخرون من أصحاب الاتجاه الثاني أن عدم وضع البرلمان للقانون بعد مرور أشهر من أول جلسة تعقد لهم، تأكيد على إخفاق البرلمان في إنجاز عمله التشريعي⁵، وأن وقوع ظاهرة الامتناع التشريعي المطلق غير مرتبط بالمدة الزمنية التي يحددها الدستور، ذلك أن الامتناع التشريعي المطلق يقع أثناء سكوت المشرع عن اتخاذ ما يلزم من إجراءات لإصدار القوانين⁶.

¹- سلمان سمير داود، المرجع السابق، ص 92

²-عبد الرحمن أسامة أحمد محمد كحيل، المرجع السابق، ص 341

³- المادة 436 الفقرة 10، دستور الإكوادور، المرجع السابق، ص 107

⁴-Abdulhaleem mohammed :op.cit, p 101

⁵Abdulhaleem mohammed- : ibid,p100,102

⁶-سرى حارث، حيدر طالب الإمارة: المرجع السابق، ص 47

أيضا علق الأستاذ عادل الطبطبائي على ذلك بالقول إن كان بوسع المشرع تحديد الزمن الذي يضع فيه التشريع حسب ما تفضيه سلطته التقديرية، فإن سكوته عن ذلك لفترة زمنية طويلة قد يعد تقصيرا دستوريا لا مخالفة دستورية.¹

من زاوية أخرى اختلف أصحاب الاتجاه الثاني حول ما إذا كان تأخر المشرع عن سن القوانين تقصيرا أو مخالفة، إذ ذهب البعض منهم إلى أن تأخر المشرع عن وضع النصوص القانونية تقصير في أداء وظيفته غير أن هذا الموقف قد تعرض للانتقاد من قبل بعض الفقهاء من الممثلين للاتجاه الفقهي الثاني الذين اعتبروا خلافا لذلك عدم تحرك البرلمان لأداء عمله التشريعي في إنتاج قانون ما لفترة زمنية طويلة تتخطى المدة الملزمة له في الدستور مخالفة دستورية وليست بتقصير، وهذه المخالفة تقتضي أن تكون محل رقابة دستورية، لأن القواعد الدستورية لا بد لها من قواعد قانونية ذو طبيعة تكميلية تجعلها مفعلة على أرض الواقع.²

في هذا الإطار تقول الأستاذة "سرى حارث" في دراسة مقارنة لها بعنوان "أثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا، أن صمت المشرع عن سن القوانين لفترة من الزمن ليست بالوجيزة، يسمى إغفالا تشريعيًا مطلقًا، حتى بدون حدود أجال ملزمة له بعدم تخطيها، والعلة في ذلك أن المسألة في غاية الخطورة على الحقوق والحريات لتعطيلها أو لانتهاكها.³

إن القاضي الدستوري حسب رأي هذا الاتجاه الفقهي، هو من يقرر وحده هذه الحالة متى تبين له وجود حاجة ماسة إلى قانون معين قد تجاهل البرلمان أمره وامتنع عن إصداره، بالرغم من الوقت المتسع الذي كان لديه لفعل ذلك، حيث يتصرف القاضي الدستور لسد الفراغ التشريعي، من خلال ما يملكه من أليات أهمها توجيهه لأحكام تحذيرية للبرلمان بوجوب تنفيذ التزامه واتخاذ الإجراءات التشريعية لوضع ذلك القانون الممتنع عليه.⁴

وهو ما أكده الأستاذ "طعيمة عمار حاتم" في قوله (أن للمحكمة تقدير أهمية التشريع الواجب تنظيمه من قبل المشرع العادي، فتارة وجدت المحكمة أن التأخر بتنظيم تشريع معين قد تجاوز حدود

¹ - جواهر عادل، المرجع السابق، ص 43

² - عمار طعيمة حاتم، المرجع السابق، ص 133

³ - سرى حارث، أثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 169

⁴ - Abdulhaleem mohammed :op.cit, 101

السقف المحدد لعمل البرلمان لانعدام المبرر واعتبار المدة كافية لحسم ذلك، وتارة تأجله لمدة أخرى لعمل البرلمان).¹

ما يفهم من خلاله أن القاضي الدستوري خلال ترصده لحالات الامتناع التشريعي وقبل أن يتخذ أي إجراء لمجابهة هذه الحالة، يتحقق قبل كل شيء من مدى الحاجة إلى القانون الذي تم تجاهله، فإن تبين له ذلك أن المشرع أضع بالفعل وقتاً طويلاً ولم يتحرك ساكناً، وضع حداً لحالة السكوت المطلق بشكل مباشر أو لاحق من خلال اختصاصه الرقابي.²

من جانبنا نؤيد الاتجاه الفقهي الثاني الذي يرى أن عدم تنفيذ البرلمان لالتزامه الدستوري بعدم إصداره للقواعد القانونية وتأخره عن إصدارها ولولم يحدد له الدستور أجلاً معيناً تقصير عن أداء واجبه الدستوري، لأن البرلمان في هذه الحالة قد أهمل تنفيذ واجب دستوري مسند إليه هو غير المقيد بتنفيذه خلال أجال محددة، فلو كانت الأجال محددة لتحولت لمخالفة دستورية، وعلى أية حال لا بد أن يخضع لرقابة الامتناع التشريعي، إذا ما مضت مدة طويلة ولم يحرك ساكناً لإصداره و بالخصوص إذا أخضع الدستور لتعديلات متعاقبة أو ما إن صدر دستور جديد وظلت المسألة الممتنع عن تنظيمها على حالها دون تفعيل من طرفه لعدم إلغاء التعديل الدستوري أو الدستور الجديد لنص المقرر لها، لأن ذلك بمثابة تأكيد من المؤسس الدستوري على أهمية وجود تنظيم قانوني لتلك المسألة.

ذلك وقد أكد قرار المحكمة العليا الجزائرية على أن الحكم الجديد الوارد في المادة 195 من التعديل الدستوري الجديد 2020 الذي يجيز للأفراد الدفع بعدم دستورية الأحكام التنظيمية، لن يفعل على أرض الواقع ما لم يعمل المشرع على تفعيله بإصدار قانون عضوي جديد أو معدل للقانون العضوي السابق 16-18 و بالتحديد المادتين 2 و 8 التي لم تفسح المجال للأفراد الحق في الدفع بعدم دستورية الأحكام التنظيمية، كما هو الحال عليه بالنسبة للأحكام التشريعية، بما يوافق الدستور الجديد، وعلى هذا الأساس أصدرت قراراً بالرفض دفعين بعدم دستورية مرسومين تنظيميين.³

على هذا الأساس إن امتناع البرلمان عن اتخاذ الإجراءات التشريعية متعلق بما يمر به النص القانوني من مراحل متعددة متعاقبة ومتكاملة تقتضي عليه إخضاعه للمناقشة ومن ثمة إقرارها قبل أن يتم

¹ - عمار طعيمة حاتم، المرجع السابق، ص 133

² - عمار طعيمة حاتم، نفس المرجع، ص 90

³ - ملف رقم 0005 قرار بتاريخ 26/04/2021 /www.coursupreme

إصدارها¹، بمجرد أن تتقدم الحكومة بمبادرتها التشريعية لمشاريع القوانين، لا بد وأن تتخذ كافة الإجراءات الوجودية بهدف استتمام العملية التشريعية من قبل البرلمان، فإذا تقاعس هذا الأخير عن مباشرة الإجراءات اللازمة لإصدارها، أو إذا ما أهملها كأن يمتنع عن تقديمها إلى للجان البرلمانية من أجل دراستها أو عدم عرضه لها على غرفتي البرلمان لمناقشتها والتصويت عليها تحققت حالة الامتناع التشريعي². وهو ما يحدث عندما لا يتقيد البرلمان بالإجراءات التي حددها له الدستور لدى مباشرته للعملية التشريعية، ويصدر قانونا من دون استنفاذه للإجراءات المنصوص عليها في المادة 145 من دستور 2020 المحددة في الفقرة الأولى منه، والتي تقتضي وجوباً على البرلمان بإخضاع ما يتم المبادرة به من اقتراحات ومشاريع قوانين التي لا يمكن أن تصبح قوانين إلا عقب إحالتها للمناقشة التي تباشرها غرفتي البرلمان من أجل أن يتم إقرارها، لما لذلك من أهمية في إضفاء المشروعية عليها، وأن عدم إخضاعها لهذا الإجراء لا يمكن أن تصبح قوانين، وهو ما تم تأكيده في الفقرة 2 من المادة السالف ذكرها، بإلزامها عرض مشاريع القوانين على الغرفتين بالتوالي حسب الموضوع الذي يتناوله القانون، إذا ما كان من مجالات اختصاص المجلس الشعبي الوطني فإن إيداعها يكون على مستوى مجلس الشعبي الوطني وإذا كان من مجالات اختصاص مجلس الأمة فيتم إيداعها في مكتب مجلس الأمة، حيث تنطلق المناقشة من أول غرفة تعرض عليها، ليخضع من ثمة لمناقشة الغرفة الأخرى للمرة الثانية بعد إحالته عليها من الوزير الأول، طبقاً لنص المادة 144 من الدستور، ولا يصدر القانون إلا إذا تم إقراره من قبل الغرفتين بالتصويت عليه بالأغلبية المطلوبة المقررة في الفقرة من المادة الأنف ذكرها، التي تقتضي وجوباً إقرار مجلس الأمة للقوانين العضوية بالأغلبية المطلقة والقوانين العادية بالأغلبية النسبية عملاً بنصها³.

ما نستشف منه أن رفض إحدى الغرفتين التصويت على النص الخاضع للمناقشة بالأغلبية المحددة في الدستور، أو امتناعها عن تمريره بالرغم من تحقق النسب المطلوبة، فإن ذلك يعد امتناعاً تشريعياً ومخالفة دستورية شكلية لما هو مقرر في الدستور، وبالخصوص إذا ما وقع الرفض من قبل الغرفة الثانية للمصادقة على القانون الذي حضي بإقرار وقبول الغرفة الأولى، ولتفادي وقوع هذه المشكلة وما يتولد عنها من فراغ تشريعي، بسبب امتناع الغرفة الثانية عن المصادقة على القوانين

¹ - علاء عبد العزيز المدني، ضمانات ممارسة الحقوق والحريات في دستور جمهورية العراق سنة 2005، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، مجلد 10، العدد 30، 2017، ص 359

² - عبد الفتاح محمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 195

³ - المادة 145 فقرة 1، 144 التعديل دستوري 2020، المرجع السابق، ص 33

قد أحسن الدستور الجزائري بمنحه الاختصاص للجنة المتساوية الأعضاء لإنهاء هذا الخلاف في ظرف خمسة عشر يوماً طبقاً للفقرة 5 من المادة 145، تفعيلاً لأحكام الدستور وضمناً لاستمرارية العملية التشريعية باستدعائها في مدة لا تتجاوز 15 يوماً، حسب ما أشير إليه في نص هذه المادة، والتي قد تفقد أثرها إذا ما أحجمت الحكومة عن استدعاء المجلس الشعبي الوطني للفصل في هذه المسألة.

لترجيح الحكم الذي توصلت إليه اللجنة، أو بالنص الذي صادق عليه المجلس لوضع حد نهائي للخلاف حال تمسك مجلس الأمة بموقفه الرفض للحل الذي توصلت إليه اللجنة المتساوية الأعضاء ما سيؤدي إلى إعدام النص ليصبح كأنه لم يكن بسحبه من الحكومة خاصة وأن إمكانية تحريك هذه الألية متوقف على تدخل الحكومة، التي لها السلطة التقديرية الكاملة في إقرار قبول ورفض التعديلات المقترحة، ما يحد من فاعلية هذه الألية لعدم إيجادها لحل وسط للخلاف و القضاء على حالة الامتناع وبالتالي العودة مجدداً إلى حالة الفراغ التشريعي بغياب هذا القانون الذي كان على وشك إصداره لفترات مجهولة، وتجميد النص الدستوري المقرر لهذه المسألة لأجل غير معلومة وتعطيل حقوق وحرريات الأفراد، إذا ما تعلق القانون بمسألة تمس حقوقهم وحررياتهم.¹

الملاحظ من القراءة الأولية للمادة 146 من التعديل الدستوري 2020 التي تعبر على مدى حرص المؤسس الدستوري على عدم وقوعه بالنسبة للمسائل المتعلقة بقانون المالية التي تصدرها الحكومة سنوياً، بمنحه في المادة 146 إلى رئيس الجمهورية صلاحية إصدار قانون المالية، في حالة امتناع البرلمان عن المصادقة عن مشروع قانون المالية في مدة لا تتعدى 75 يوماً، حال تجاوزه لهذه المدة بأمر تشريعي²، وهو ما نرى أنه حل صائب لمعالجة حالة الامتناع التشريعي بالنسبة لقانون المالية الذي لا يقبل صدوره التأجيل أو التأخير.

الجدير بالذكر أن اتخاذ المشرع للإجراءات القانونية اللازمة لوضع نص تشريعي معين لا يكفي للحكم على قانون ما بأنه عمل دستوري، إذ من الضروري لإطلاق هذا الحكم عليه أن يكون خالياً من النقص ومتسماً بالدقة والوضوح لا بد أن يخضع لإجراءات لتعديل والإلغاء، وقد نوه المجلس الدستوري الفرنسي إلى هذه المسألة في قراره رقم 98/401، داعياً المشرع بوجوب التدخل لمباشرة التعديلات التشريعية الضرورية، وهو ما لا يحضر السكوت عنه خلال الفترات التشريعية المحددة لمباشرة اختصاصه باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لتحقيق ذلك في إطار وحدود الدستور، وهو ما نوافقه الرأي إذ لا بد على

¹-المادة 145، التعديل الدستوري 2020 المرجع السابق، ص 33

²-المادة 146، المصدر نفسه، ص 33

المشرع لتدارك الامتناع التشريعي اتخاذ إجراءات التشريعية سواء لسن قانون لأول مرة أو تعديله في كل فترة يتطلب فيها تعديلا¹.

الفرع الثاني: حالات الامتناع التشريعي الصادرة عن السلطة التنفيذية

لا يقع الامتناع التشريعي دائما من البرلمان، فقد يصدر إما من جانب الحكومة باعتبارها شريكا في العملية التشريعية، بامتناعها إما عن المبادرة التشريعية، أو بامتناعها عن تنفيذ القوانين ونشرها، أو من طرف رئيس الجمهورية باعتباره شريكا وعنصرا فعالا للبرلمان في ممارسة هذا الدور في حالات معينة بامتناعه عن إصدار القوانين كلها تعد من حالات الامتناع التشريعي التي سنميز بينها على النحو التالي:

أولا: الامتناع التشريعي الصادر من الحكومة

تنقسم حالات الامتناع التشريعي الصادرة عن الحكومة إلى ثلاثة وهي كالتالي:

1- امتناع الحكومة عن المبادرة التشريعية بمشاريع القوانين

لا مناص من القول أن منح الدستور الجزائري كغيره من سائر الدساتير للحكومة أحقية المساهمة في العملية التشريعية من خلال إعدادها لمشاريع القوانين، هو الاختصاص الذي أقرته أغلب الدساتير في الجزائر للحكومة وأخرها المادة 143 من دستور 2020 التي سارت على هذا الدرب، بإقرارها هذا الاختصاص لمن يتولى رئاسة الحكومة، و المعين حسب النتائج المعلن عنها في الانتخابات التشريعية، إما إلى شخص الوزير الأول الذي يتم تعيينه من قبل رئيس الجمهورية متى أحرز حزب الرئيس تفوقا في الانتخابات التشريعية لتحصله على الأغلبية الساحقة، أو من رئيس الحكومة المعين من الأغلبية البرلمانية مالم يتحصل حزب الرئيس على الأغلبية في الانتخابات التشريعية حسب ما هو مقرر في المادة 103 و المادتين 105 و 110.² في النظام الدستوري الجزائري يتم بلورة مشاريع القوانين على مستوى الوزارة المعنية، بمبادرة من الوزير المعني و المسؤول عن القطاع على نحو ما تفتضيه "السياسة العامة لبرنامج الحكومة"، ووفقا للأهداف المرسومة التي ترمي إليها الحكومة من القوانين التي ستساهم بوضعها هذه الأخيرة، في حدود الأليات الممكنة لتحقيقها بعد إجراء مشاورات مع الأمانة العامة للحكومة وفقا لأحكام الدستور وبما يجسد الغاية المنشودة من برنامج الحكومة³، على مستوى مجلس الوزراء بعد إحالة

¹ -سرى حارث، حيدر طالب الإمارة، أثار الأغفال التشريعي الاجتماعية دراسة مقارنة: المرجع السابق، ص 44

² - المادة 143، 103، 105، 110 التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 25، 26، 33.

³ - أحمد حاكم، المرجع السابق، ص 32، 33.

المشروع وجوباً إلى مجلس الدولة ، الذي بدوره يدلي بوجهة نظره الاستشارية غير الملزمة للحكومة حول هذا المشروع قبل بلوغه إلى غرفتي البرلمان لمناقشته طبقاً للمادة 143 من دستور 2020.¹

يترتب الامتناع التشريعي في هذه الحالة حينما تصرف الحكومة نظرها عن المبادرة بمشاريع القوانين بعدم اتخاذها للإجراءات التي تمكنها من إعداد مشاريع قوانين²، إلا أن حالة الامتناع هذه غير المتوقعة الحدوث ، لأن على الوزراء المبادرة بمشاريع قوانين لتنفيذ مخطط عمل الحكومة بعد المصادقة عليه من طرف المجلس الشعبي الوطني ، طبقاً للمادة 106 الذي تلزم الحكومة بتقديم عرض لمنجزاتها سنوياً حول بيان سياستها العامة، ليخضع لمناقشة النواب الذين يمكنهم تحريك مسؤوليتها السياسية ، و إجبار الحكومة على تقديم استقالتها، إذا ما أصدرت لائحة ملتصقة بالرقابة ضدها ، متى ثبت للبرلمان تجاوزها لحدود اختصاصها و ارتكابها لمخالفات خطيرة وفقاً لنص المادة 111 من التعديل الدستوري 2020 وتطبيقاً لأحكام المادتين 161 و 162 من نفس الدستور.³

و عليه فإن امتناع الحكومة عن تقديم مشاريع القوانين سيجعلها تحت طائلة المسؤولية السياسية، وإن كان ذلك أمر مقيداً وصعب المنال بالنسبة للبرلمان، طالما أن تحريكه لألية ملتصقة بالرقابة لا يزال مقترناً بشروط دستورية تعيق تحريكها، والمتعلقة بالنصاب المشترك لتصويت عليها المحددة في النصوص السالفة الذكر من التعديل الأخير 2020 ، وإن كان هذا الأخير قد جعل لألية الاستجواب أثر بتمكين النواب من إثارة المسؤولية السياسية للحكومة صراحة على إثر استجواب أعضاء الحكومة من خلال إثارة ملتصقة بالرقابة طبقاً للمادة 161 من التعديل الدستوري 2022 " يمكن المجلس الشعبي الوطني لدى مناقشته بيان السياسة العامة أو على إثر استجواب ، أن يصوت ملتصقة بالرقابة ينصب على مسؤولية الحكومة ، لا يقبل هذا الملتصقة إلا إذا وقعه سبع 7/1 عدد النواب على الأقل".⁴

2-امتناع الحكومة عن تنفيذ النصوص التشريعية بمراسيم تنفيذية

إن تنفيذ النصوص القانونية التي تضعها الهيئة التشريعية ، لا يتوقف في الأصل على صدور اللوائح التنفيذية، إلا في حالة ما إن أشير لها صراحة في النص القانوني لتنفيذ بعض المسائل، أو ما إذا لم يتضمن

¹-المادة 143 ، التعديل الدستوري 2020 ، المرجع السابق، ص33

²- عبد الفتاح محمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 169

³-المادة 106 ، 111، 161، 162 ، التعديل الدستوري 2020 ، نفس المرجع ، ص25،26،35

⁴-المادة 161، التعديل الدستوري 2020 ، التعديل الدستوري 2020 ، نفس المرجع ، ص35

القانون قواعد قانونية تفصيلية تجعله قابلاً لتنفيذ دون هذه اللوائح¹، باعتبار أن التشريعات الفرعية قواعد قانونية تفصيلية تصدرها السلطة التنفيذية في نطاق السلطة المحددة لها في أحكام الدستور في بعض الحالات في سبيل جعل التشريعات البرلمانية قابلة لتنفيذ بسهولة، أو بهدف تنظيم المرافق العمومية ولأهداف أخرى متعلقة بالنظام العام.²

في هذا الإطار لا بد أن من تكون المراسيم التنفيذية خاضعة ومكملة للقانون، وأن لا تعدل أحكامه أو تضي عليه أحكاماً متعارضة مع أحكامه³، ذلك أن هذا الاختصاص مكنة مقررة لسلطة التنظيمية بموجب أحكام الدستور التي تمنحها إمكانية ممارسة هذا الحق الذي ليس للبرلمان أي سلطان عليه مدام حقاً ثابتاً لها في الدستور، لعدم إلزامه دستورياً بدعوتها لممارسته، ولعدم إمكانية إمساكها عنه لمنعها من إصدار لوائحها التنفيذية لتنفيذ النصوص التشريعية، التي قد تعودت على إصدارها بناء على دعوات قد الفت البرلمانات بتوجيهها إلى الحكومة⁴، و أي تقاعس قد يقع من جانب السلطة التنفيذية عن ممارستها لهذا الاختصاص الدستوري الذي يقتضي علمها بإصدار تشريعات فرعية تنفيذية للقوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، سيدرجها ضمن دائرة الامتناع التشريعي.⁵

ويحدث ذلك عندما يحيل المشرع للحكومة تنفيذ بعض من القواعد القانونية، وتضل في صمت بعدم إصدارها للوائح تنفيذية تطبيقية لها، تنفيذاً لما جاء في أحكام الدستور التي أسندت هذا الاختصاص للحكومة في عدة نصوص من الدستور دون قيود أو شروط محددة وإذا ما كان تدخلها تلقائياً أو بإحالة من البرلمان، أو تحديدها لجزء حال امتناع الحكومة لتنفيذ القوانين، وهو ما يتضح من محتوى المادة 112 دستور 2020 الفقرة 3، بإسنادها صراحة للحكومة الاختصاص بتطبيق القوانين والتنظيمات و توقيع المراسيم التنفيذية و الرئاسية، في إطار ممارستها السلطة التنظيمية من دون أن ترسم لها أي حدود في الفقرتين 5 و 6 من المادة 91 دستور 2020.⁶

¹ محمد نجيب أحمد الكبتي، النظام القانوني للوائح الإدارية التنفيذية، مجلة البحوث القانونية، كلية القانون، جامعة مصراتة، مج 1، العدد الأول، 2013، ص 16

² علاء عبد العزيز المدني، المرجع السابق، ص 360

³ دراجي لحول، مكانة اللائحة في النظام القانوني الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2017.2018، ص 62

⁴ دراجي لحول، نفس المرجع، ص 63.

⁵ عبد الفتاح محمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 169

⁶ المادة 91، 112، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 21، 26.

علاوة على ذلك برر الفقه سبب وقوع الحكومة في حالة الامتناع التشريعي عندما تمتنع أو تتأخر عن إصدار لوائحها التنفيذية لعدة أسباب ، إما لاستغرقها لوقت طويل في مراجعة النص القانوني، أو في البحث عن قصد المشرع من صدوره ، أو حاجتها إلى التشاور مع عدة قطاعات وزارية، أو عدم ترحيب الرأي العام به وتأجيل الحكومة لتنفيذه بانتظارها الفرصة المناسبة لتحقيق ذلك ، أو بسبب الخلاف الحاصل بين الحكومة والبرلمان بسبب قد يرجع إلى معارضة التعديلات التي يضيفها البرلمان على المشاريع التي تقدمها الحكومة للبرلمان لمناقشتها وإقرارها مع توجهاتها، أو انتظار تحسن الأوضاع الاقتصادية لدولة ، حاجة القانون لوسائل مالية ضخمة لتنفيذه¹، وهو السبب الذي نرجحه كسبب لامتناع السلطة التنظيمية عن إصدار المراسيم التنفيذية أو تأخرها عن تنفيذ القوانين، إلى حاجة القوانين إلى نفقات كبيرة قد تعجز خزينة الدولة عن توفيرها في ظل الأزمات الاقتصادية وحالة الركود الاقتصادي التي قد تمر بها الدولة في فترات معينة لاسيما في الظروف الاستثنائية وحالة الطوارئ، كتلك التي شهدتها في ظل أزمة كوفيد 19 .

على العموم فحالة امتناع السلطة التنظيمية و تأخرها عن تنفيذ القوانين ، يجعل الحكومة مسؤولة عن عدم تنفيذ النصوص التشريعية المحالة إليها، لما يلحق بمصلحة الأفراد من ضرر وحرمانهم مما يعود إليهم من حقوق، بسبب ما يترتب عن تعطيلها للقوانين ولعدم تنفيذ ما يسعى له المشرع من وراء هذا القانون، وهو ما يستدعي مسائلة البرلمان لها من خلال ما يمارسه من رقابة سياسية عليها بواسطة ما يمتلكه من وسائل رقابية مختلفة في مواجهتها، كتوجيه أسئلة إلى الوزراء أو الوزير الأول، أو بتحريك مسؤوليتها السياسية ، لإلزام السلطة التنظيمية إلى تنفيذ القوانين المحالة إليها دون تأجيل وتحديد أجال محدد لوضعها لتفادي تعطيل القوانين وتفعيلها²، وإن كان ذلك في الواقع شبه مستحيل لاسيما في ظل نظام لا سلطان فيه للبرلمان على السلطة التنفيذية.

3-امتناع الحكومة عن نشر القوانين

يهدف سريان القوانين تتولى الحكومة باعتبارها صاحبة الاختصاص بنشره في الجريدة الرسمية في أجال محددة، وهو ما كان ينبغي على الدستور تحديده للحيلولة من أي تقصير قد يصدر من الحكومة في ممارسة هذا الاختصاص، ولضمان سريان القوانين التي قد يتسبب إهمال الحكومة إلى عرقلتها وتعطيلها³.

¹ -محمد نجيب أحمد الكبتي، المرجع السابق، ص 17

² -عبد الفتاح محمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 170

³ -سمير بن أحمد، المرجع السابق، ص 233

حال امتناعها عن نشر القواعد القانونية بمجرد صدورها في الجريدة الرسمية، حتى يعلم بها الجميع مواطنين كانوا أم جانب ممن يقيمون على أرض الدولة ، وهو ما يجب أن يكونوا على دراية به، لأن عدم درايتهم بأحكام القانون الخاضعة لنشر من الجهات المختصة في الجريدة الرسمية لا يقبل بأي شكل من الأشكال كحجبة للإفلات من أحكامه و ما تقرره من عقوبات¹، تطبيقاً لنص المادة 78 من التعديل الدستوري 2020 من الفصل الثاني الخاص بالواجبات (لا يعذر أحد بجهل القانون ، لا يحتج بالقوانين والتنظيمات إلا بعد نشرها بالطرق الرسمية يجب على كل شخص أن يحترم الدستور وأن يمثل لقوانين الجمهورية)².

لأن القواعد القانونية تصبح سارية بعد يوم كامل من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية في الجزائر العاصمة، وبعد مضي يوم كامل من وصول الجريدة الرسمية إلى مقر إحدى دوائر الوطن، وفقاً لما نصت عليه المادة الرابعة من القانون المدني³، لأن القواعد القانونية لن تكون ملزمة إلا بعد نشرها وهي الغاية من نشر القوانين في الجريدة الرسمية، فهي تصبح ملزمة حتى ولو لم يكون الأفراد على دراية بها عقب الانتهاء من إجراء النشر في الجريدة الرسمية، والغاية من ذلك حق الاستقرار القانوني والمصلحة العامة داخل المجتمع⁴.

بناء على ذلك يحدث الامتناع التشريعي في الحالة التي تمتنع فيها الحكومة عن نشر القوانين الصادرة ما يحول دون تطبيقها من قبل السلطات المعنية التي ليس بإمكانها أن تحتج على هذه القوانين، طالما أنها لم تخضع لإجراء النشر في الجريدة الرسمية، ونظراً لافتقدها لأثرها والقوة الإلزامية التي يجب أن تتوفر في القانون⁵.

ما نخلص منه أن امتناع الحكومة عن نشر القوانين من شأنه إحباط العمل التشريعي للبرلمان بعرقلة تفعيله وتحقيقه للهدف المنشود منه بمنع سريانه وتجريده من قوته الملزمة وحجبه عن التطبيق.

¹- ياسر باسم ذنون السبعواوي، قاعدة الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً مبدأ قانوني أم قاعدة موضوعية ومسوغاتها الفلسفية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 13، العدد 5، 2005، ص 197

²-المادة 78، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص18

³-دراجي لحول، المرجع السابق، ص 297

⁴-ياسر باسم ذنون السبعواوي، نفس المرجع ، ص 209

⁵-عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، المرجع السابق، ص 199

ثانياً: الامتناع التشريعي الصادر عن رئيس الجمهورية

إن إصدار القوانين مرحلة من مراحل العملية التشريعية، التي من الملزم أن يمر بها كل نص قانوني ليصبح ساري المفعول، وهي بمثابة إقراره من طرف رئيس الجمهورية بصلاحيته وموافقته لأحكام الدستور ووجوب سريانه على الجميع والزامية الامتثال له.¹

بصفته حامي الدستور و الساهر على ضمان احترام أحكامه ،وفقاً لأسباب مبررة ينبغي عليه تحديدها²، بإمكانه الاعتراض على القوانين سواء أجازي هذا الإجراء بهدف تصحيح بعض الأخطاء الواردة في الصياغة التشريعية للمشروع أو لما تضمنه من مخالفات دستورية³ ، أو بسبب عدم توافق ما جاء في هذا القانون وتوجهاته والأهداف المسطرة في الدستور⁴ ، وهو ما ينبغي على رئيس الجمهورية أن يعلل به قرار الاعتراض ، بتحديد أسباب التي دفعته لاستخدامه ، من أجل توضيح المسائل التي يتوجب على البرلمان تعديلها وفقاً لما يتطلع إليه الرئيس، لأن عدم تحديده لها سيجعل من قراره قراراً تعسفياً على حد تعبير بعض الفقهاء⁵، لإخضاعه للمراجعة وإلضفاء التعديلات اللازمة المطلوبة من جانب الرئيس الرفض للقانون بصياغته الأولى.⁶

يعد الدستور الجزائري من بين الدساتير المعترفة بحق الاعتراض على القواعد القانونية لرئيس الجمهورية، الذي بوسعه الاعتراض على أي قانون قد يحال إليه أو منحه الضوء الأخضر لصدور ، في أي وقت شاء في اجل لا يتعدى 30 يوماً من تاريخ تلقيه للنص القانوني المصادق عليه ، ما لم يوقف هذا الأجل بإخطار المحكمة الدستورية من قبل إحدى الجهات المخولة بممارسة حق الإخطار ، لبسط رقابتها على النص المعترض عليه ، حسب ما أشير إليه في المادة 148 وإعادته للبرلمان ليعيد مناقشته مرة أخرى ، وإقراره بنسبة ثلثي 2/3 من أعضاء ونواب كلا الغرفتين ، ذلك وقد سوى الدستور في هذه الحالة بين نصاب التصويت الذي تقرر بموجبه القوانين العادية و القوانين العضوية التي لا تقرر في الأصل في الحالات

¹ يحيى الجمل، أنور أحمد رسلان، القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، (د،ط)، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2006، ص 211

² أحمد حمزة ناصر، حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين وفق دستور العراق 2005، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 11، العدد 32، 2016، ص 498

³ باديس سعودي، قراءة في حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين في النظام الدستوري الجزائري دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، العدد الثالث، 2015، ص 219.220

⁴ أحمد حاكم، المرجع السابق، ص 62

⁵ باديس سعودي، نفس المرجع ، ص 219.220

⁶ يحيى الجمل، أنور أحمد رسلان، نفس المرجع السابق، ص 210

العادية، إلا بالأغلبية خاصة مطلقة مخالفة للأغلبية التي تقررها القوانين العادية طبقاً لأحكام الدستور، وهو ما لم يميز بينهما الدستور في هذه الحالة، حسب ما يستشف من نص للمادة 194 من التعديل الدستوري 2020.¹

غير أن مصادقة البرلمان على القوانين العضوية بعد القراءة الثانية لنص بالأغلبية العادية التي في الأصل هي النسبة المطلوبة لإقرار القوانين العادية، حسب ما هو محدد في الدستور في القراءة الأولى لنص و المختلفة عن النسبة التي تقررها القوانين العضوية في القراءة الأولى، يثير إشكالية تناقض المادة 149 المنظمة لحق طلب رئيس الجمهورية للقراءة الثانية، مع ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 145 لاشتراطها تحقق الأغلبية المطلقة للمصادقة على مشاريع القوانين العضوية من طرف مجلس الأمة تميزاً لها عن القوانين العادية التي قد اشترطت إقرارها بالأغلبية النسبية.²

والتي علق عليها في الفقه أنها أغلبية مشترطة في النص لتحقيق التوازن بين حقوق وحرية الأفراد وتطلعات الرئيس، لاسيما في حالة ما إذا كان الاقتراح من الأقلية وليس الأغلبية التي يمثلها الرئيس الذي بوسعه الضغط على المجلس.³

نرى بأن الدستور كأنه قد حصر من خلال هذه المادة حق الاعتراض على القوانين العادية، نظراً لإلزامية إخضاع القوانين العضوية لرقابة المطابقة قبل إصدارها، بخلاف النص التشريعي العادي الذي جعله أمراً اختيارياً لتحقيق من مطابقة القانون ككل لدستور، وهو ما يطرح تساؤلاً حول إمكانية اعتراض رئيس الجمهورية على القوانين العضوية الخاضعة للرقابة الإيجابية المسبقة للمحكمة الدستورية المعلن دستوريتهما؟

إجابة على هذه التساؤلات، يرى بعض الباحثين أن المدة المقررة لرئيس الجمهورية في الدستور لممارسة الاعتراض قابلة للانقطاع، فإذا ما أحال القانون العضوي إلى المجلس الدستوري سابقاً للمحكمة الدستورية حالياً لإخضاعه لرقابة المطابقة، إذا تبين للمجلس عدم مطابقته يطلب رئيس الجمهورية من

¹ -المادة 194، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 41

² -المادة 145، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 33

³ -صلاح سعود الكعابنة، أثر تصديق رئيس الجمهورية وامتناعه على مشاريع القوانين دراسة مقارنة المملكة الهاشمية الأردنية الولايات المتحدة الأمريكية جمهورية مصر العربية، أطروحة دكتوراه كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية لدراسات العليا، الأردن، 2007، ص 95

المجلس قراءة ثانية للنص، إذا ما حصل على قبول الهيئة التشريعية بالأغلبية المطلوبة أصدره الرئيس الجمهورية.¹

بينما يرى بعض الفقهاء أن لرئيس الجمهورية السلطة الكاملة في ممارسة الاعتراض حتى لو أقر المجلس الدستوري مطابقة القانون لدستور، مدام أن له السلطة التقديرية في إقرار ملاءمتها لأحكامه أو عدم ملاءمتها، كما أن له الحق في الاعتراض على القانون كاملا أو جزء منه، وإن كانت ممارسته لهذا الحق عادة ما تقع على مادة من القانون أو بعض منها لالتماس الرئيس حاجتها إلى مراجعة ثانية من البرلمان.²

يجيب الأستاذ وليد شريط أنه في حالة ما إن أصدر المجلس الدستوري في إطار مباشرته لهذه الرقابة رأيا مقررًا بالمطابقة الدستورية لنص التشريعي، فإنه حتى يتسنى لرئيس طلب مراجعة ثانية لنص لا بد وجوبا أن يعلل طلبه بعرض الأسباب التي دفعته إلى تقديم طلب والذي سيكون لامحالة عدم ملاءمة النص محل الاعتراض لسياسته، لأن مخالفتها الدستور تقتضي عليه تحريك الرقابة الدستورية عن طريق اختصاصه في استخدام الإخطار.³

نرى أن إقرار المحكمة الدستورية بالطبع لعدم مطابقة النص التشريعي لدستور سيضع حدا لنص التشريعي طبقا للمادة 198 فقرة 2 من التعديل الدستوري 2020، لذلك لامجال للاعتراض عليها مدام قرار المحكمة سيكون شاملا لنص نهائيا ككل عملا بالمادة 195، كما سيستبعد وبالخصوص إذا كان مؤثرا، أما فيما يخص النص التشريعي المقرر مطابقتة لدستور، فإننا نوافق الأستاذ "وليد شريط" فيما ذهب إليه، لأن ما تصدره المحكمة الدستورية من قرارات تعلن من خلالها مطابقة القوانين لدستور وإن كانت نهائية وملزمة ستضع حدا لأي شكوك قد تثار بشأن ما إذا كانت عديمة الدستورية وأي اعتراض قد يقع من رئيس الجمهورية سيكون لأسباب أخرى غير المخالفة القانون لدستور، لأن قرارات المحكمة الدستورية نهائية وغير قابلة لطعن وملزمة لجميع السلطات بما فيها رئيس الجمهورية حسب ما أشير له في الفقرة الأخيرة من المادة 198 من التعديل الدستوري 2020 يفهم منه جليا.⁴

خلاصة القول إن القوانين العضوية التي تفصل المحكمة الدستورية في مطابقتها لا تقبل الطعن مجددا لأنها قرارات نهائية وملزمة، إلا إذا أخضعت لإجراءات التعديل من قبل البرلمان، كما أن

¹- أحمد حمزة ناصر، المرجع السابق، ص 488

²- باديس سعودي، المرجع السابق، ص 222

³- وليد شريط، السلطة التشريعية من خلال التطور الدستوري الجزائري، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2012، 2011، ص 267

⁴- المادتين 190 و198، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 40، 41

مصادقة البرلمان عليها بعد اعتراض رئيس الجمهورية بالنسبة المحددة سالفًا، سيؤدي في جميع الحالات إلى إصدارها من رئيس الجمهورية، وسيضع حدا لاعتراض الرئيس ما يؤدي صدوره من دون التعديلات التي كان يرغب بها الرئيس.¹

ما يفهم منه أن الامتناع التشريعي الصادر عن رئيس الجمهورية، لا يعد مخالفة دستورية طالما أن حق الاعتراض مرخص به في الدستور يستخدم من طرف رئيس الجمهورية، بهدف إجراء مراجعة ثانية حول النص المعترض عليه من طرف البرلمان، بل الامتناع التشريعي يقع في حالة منح حق التوقيع دون حق الاعتراض المختلف عن حق المصادقة، هو ما يجب أن نميز بينهما، فالحق في الاعتراض مختلف على حق الرئيس في المصادقة على القوانين لإصدارها، فقد ينجم عن هذا الحق حق آخر هو حق رفض رئيس الجمهورية المصادقة على القانون رفضًا مطلقًا غير المتبوع بحق طلب قراءة ثانية.²

ومنه لا يمكن للقوانين المقررة من البرلمان في هذه الحالة أن ترى النور ما لم تحضي بمصادقة رئيس الجمهورية، لأنها بدون هذه المصادقة لن تكتسب صفة القانون، ولن يضل لها وجود إلا أن إعادة تصويته عليه بالنسبة المطلوبة في الدستور، سيضمن له الوجود مرة أخرى مما يجبر الرئيس المصادقة عليها لا صرار البرلمان على وجود ذلك القانون، لأن للاعتراض أثر مؤقت ينتهي بمنح البرلمانين أصواتهم له مرة أخرى، أما رفضهم التصويت عليه بالنسبة المشار إليها في الدستور خلال المراجعة الثانية سيحول دون صدوره.³

¹- يحي الجمل، أحمد أنور رسلان: المرجع السابق، ص 210

²- أحمد حمزة ناصر، المرجع السابق، ص 493

³- أحمد حمزة ناصر، نفس المرجع، ص 483. 484.

الفصل الثاني:

المراجعة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع

تمهيد وتقسيم:

إن رقابة عدم الاختصاص السلبي في القانون الدستوري رقابة فريدة من نوعها تطرح العديد من التساؤلات التي تستدعي البحث في بادئ الأمر عن أساسها التاريخي، لإزاحة ما يعتري جوانب مهمة منها من غموض، وذلك بالبحث عن رقابة عدم الاختصاص السلبي في القضاء الإداري، بحكم أسبقيته في خوض رقابة عدم الاختصاص السلبي وإدانتته لهذا العيب من عدم المشروعية التي تصيب القرارات الإدارية، وذلك عقب البحث عن المبادئ المؤطرة لعدم الاختصاص السلبي في القانون الدستوري، الذي هو موضوع دراستنا وهو ما يهمننا، وذلك فيما يلي:

المبحث الأول: الرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي

المبحث الثاني: رقابة مجلس الدولة لعدم الاختصاص السلبي

المبحث الأول: الرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي

تعد رقابة عدم الاختصاص السلبي للمشرع باختلافها رقابة سياسية أو قضائية، سلاحا ذو حدين لكبح تلاعبات المشرعين، وما ينجم عن سلطتهم التقديرية من سوء استخدام قواعد توزيع الاختصاص من ضرب للحماية الدستورية للحقوق والحريات، وإلزامهم باعتبارهم صانعي القانون بأن يكون أكثر حرصا وحذرا في تطبيق القواعد والمبادئ الدستورية أثناء إفراغهم لمحتواها في قالب قانوني، تحصينا للحقوق والحريات من خطرها قد ينجم عن سوء استخدام السلطات الأخرى لنفوذها، جراء أوجه عدم الاختصاص السلبي، التي اختلف الفقه في تحديد أساسها القانوني، بين من اسندها إلى مبدأ سمو الدستور وبين من يسندها إلى مبدأ الانفرد التشريعي وذلك ما سنتطرق إليه في:

المطلب الأول: المبادئ المؤطرة للرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي

المطلب الثاني: صور الرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي

المطلب الأول: المبادئ المؤطرة للرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي

قلنا أن الأغلبية الفقهية قد اعتبرت عدم الاختصاص السلبي للمشرع وجها من أوجه عدم الدستورية، وكذلك الدساتير المقارنة والمحاكم الدستورية كما جاء في سوابقها القضائية، وبعيدا عن كل الجدل والتباين الحاصل في الفقه بشأن مشكلة عدم الاختصاص السلبي للمشرع في كل جانب من

جوانبها، وقع الاختلاف بين مؤيدي رقابة عدم الاختصاص السلبي بشأن الأساس الذي تستند إليه المحاكم الدستورية في مراجعتها لأوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع، بين من قالو أن مراجعة المحاكم الدستورية لأوجه عدم الاختصاص السلبي تأخذ أساسها من مبادئ فلسفية، بين من يسندها إلى مبدأ الانفرد التشريعي، وبين من يسندها إلى مبدأ سمو الدستور ليس إلا في حالات التي يمتنع فيها المشرع عن ممارسة اختصاصه، بل كذلك عندما يتخلى عن اختصاصه لفائدة سلطة التنفيذية¹، وترتبا على ذلك سنتناول المبادئ التي تحكم عملية المراجعة على عدم الاختصاص السلبي تبعا لتقسيم التالي:

الفرع الأول: مبدأ سمو الدستور أساس للرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي

الفرع الثاني: مبدأ الانفرد التشريعي أساس للرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي

الفرع الأول:

مبدأ سمو الدستور أساس للرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي

يؤكد فريق من الفقه أن مبدأ سمو الدستور²، القائم بذاته و الغني عن إقراره بنص دستوري³، المعترف به في معظم دساتير العالم صراحة أو ضمنا⁴، في الأنظمة الديمقراطية دون الدكتاتورية⁵ بصفته عماد دولة القانون⁶، صمام أمان الحقوق والحريات، مما قد تقدم على اقراره السلطات العامة من تجاوزات⁷، هو الأساس القانوني لرقابة الإغفال التشريعي، وحجيتهم في ذلك أن علة وجود رقابة الإغفال التشريعي هي حماية الدستور، لإبطال الإغفالات التشريعية المخالفة لمبدأ سمو الشكلي والموضوعي،

¹- Jordan arlettaz : op.cit,www .conseil-constitutionnel.fr

²- تمت الإشارة إلى أصحاب هذا الرأي، سري حارث عبد الكريم الشاوي، أثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 423

³- عبد الجبار أحمد سنبل، مبدأ سمو الدستور وكفالة احترامه دراسة تحليلية مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، مج 6، العدد 21، 2017، ص 293

⁴- فاديا إبراهيم جاسم، دور الدستور في إرساء دولة القانون، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة حلب سوريا، 2011، ص 95

⁵- رائد صالح أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، (د، ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 26

⁶- عبد الصمد نكنه، رحيم كريم زه، دور القاضي الدستوري في حماية الحقوق والحريات، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، العدد 16، 2016، ص 377

⁷- فاديا إبراهيم جاسم، نفس المرجع، ص 95

وإدانة البرلمان عن عدم امتثاله لأحكام الدستور في ممارسة لاختصاصه التشريعي.¹ أي ذات الأساس التي تقوم عليه الرقابة الدستورية عموماً التي لم توجد إلا لغاية حماية الدستور²، وهو ما أكدته الدساتير المقارنة، و الدستور الجزائري صراحة في ديباجته بمنحه للقواعد الدستورية مكانة تتقلد الصدارة بنصه (أن الدستور فوق الجميع) في دستور 1989 ودستور 1996، وما تبعه من تعديلات التي كان آخرها التعديل 2020³، ودعماً لهذا الموقف ورداً على أصحاب الموقف الثاني الذي سنتعرض إليه لاحقاً، حاول أصحاب هذا الاتجاه ممن حاولوا التأكيد على أن مبدأ سمو الدستور أساس أوجه عدم الاختصاص السلبي، من خلال تبيان كيفية تأثير أوجه عدم الاختصاص السلبي على مبدأي السمو الشكلي والموضوعي لدستور . وهو ما سنتناوله في هذا الفرع بالتعرض لكيفية إخلال أوجه عدم الاختصاص السلبي بمبدأ السمو الموضوعي لدستور (أولاً) لننتقل من ثمة إلى كيفية انتهاك عدم الاختصاص السلبي للمشروع بمبدأ السمو الشكلي لدستور (ثانياً)

أولاً: عدم تنفيذ المشروع لالتزاماته الدستورية إخلال بمبدأ السمو الموضوعي لدستور

وفقاً للموضوعين إن مصدر السمو الذي تمتاز به القواعد الدستورية دون غيرها، مقترن بالمواضيع المكرسة في ثنايا الوثيقة الدستورية، المتمحورة حول سلطات الدولة والعلاقة بينها واختصاصاتها وطبيعة النظام المنتهج فيها، والحقوق والحريات⁴، حيث تتضح أهمية هذا المبدأ جلياً من الناحية الموضوعية في تحديد الدستور لضمانات الكفيلة لحماية حقوق وحريات الأفراد وتوزيعه للاختصاصات بين السلطات الثلاثة، و أساس شرعيتها وجودها وممارستها لوظائفها وفقاً للقانون، وإن كانت في نظر بعض الفقهاء مجرد سمو ذات طبيعة سياسية لافتقار أحكام الدستور لعنصر الجزاء القانوني، واقتضاره على إثارة الرأي العام ضد السلطة⁵، حال مخالفتها لهذا المبدأ المفتقد في نظرهم للأثر القانوني.⁶

¹ - سرى حارث عبد الكريم الشاوي، أثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة المرجع السابق، ص 423

² - عمار طعيمة حاتم، المرجع السابق، ص 132

³ - دباجة الدستور التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 5

⁴ - جواهر عادل، المرجع السابق، ص 116.117

⁵ - إيمانويل جون بول، سمو الدستور وأثره على الرقابة الدستورية دراسة مقارنة، مجلة الدراسات العليا كلية الحقوق، جامعة النيلين، العراق، العدد 29، 2017، ص 277.278

⁶ - فاديا إبراهيم جاسم، المرجع السابق، ص 96

مما لا شك أن الأهمية البالغة التي تنسم بها المواضيع والمبادئ المسجلة في الدستور من خطورة¹، جعلت من ممارسة الحكام لسلطات الممنوحة لهم حقا غير شخصي يملكونه، بل حقا مقررا لهم في الدستور، ينبغي ألا يمارس من طرفهم خارج نطاق ما شرعه الدستور، حتى تكون سائر أعمالهم ونشاطاتهم معتمد بها دستوريا والقرارات الصادرة عنهم "معبرة عن إرادة الدولة".²

السبب أن أهمية الدستور لا تكمن في وجوده فحسب، بل في وضعه موضع التنفيذ باستجابة السلطات الثلاثة لأحكامه، وعدم إخلالها بما نصت عليه فيما تضعه من تشريعات وللوائح وقرارات حتى لا يجرد من قيمته ويصبح مجرد حبر على ورق وتطبق عليه المقولة التالية (لا خير في دستور إذا كان من الممكن تعطيل نصوصه ووقف ضماناته بمجرد إرادة الحاكم)، ذلك أن الدستور مصدر لجميع القواعد القانونية الأدنى منه درجة، سواء التشريعات الصادر عن البرلمانات، أو للوائح التنفيذية التي تصدر لتطبيق القواعد القانونية التشريعية، من أجل تفعيل أحكام الدستورية³.

ترسيخا لمبدأ سمو الدستوري الموضوعي الذي تتمتع به كافة الدساتير باختلاف أنواعها عرفية كانت أم مكتوبة جامدة أو مرنة⁴، وجدت الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي لحماية الدستور ما يتكبد عن الإغفال التشريعي من نقائص مخالفة لمحتوى الدستور، وما يلحق بحقوق وحرقات الأفراد الخاضعة للحماية الدستورية من خطر الإغفال، التي تعد من المخالفات الدستورية التي تطبق عليها الرقابة الدستورية⁵.

تأسيسا على ذلك أسند هذا الاتجاه الفقهي الأساس الذي تقوم عليه رقابة عدم اختصاص السلبي إلى الأساس الذي وجدت من أجله الرقابة الدستورية، المتمثل كما سبق القول في حماية مبدأ سمو الدستور، الذي لا يتحقق إلا بنسف الانتهاكات المترتبة على إساءة استخدام السلطة التنفيذية لاختصاصها وتلك الناجمة عن سوء ممارسة المشرعين لاختصاصهم، بما يكفل صيانة القانون ويعزز تأمين حقوق وحرقات الأفراد، وإعادة الاستقرار للنظامين القانوني والسياسي، بغض النظر عما يكمن من

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري المبادئ الدستورية العامة دراسة النظام الدستوري المصري، (د،ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 123

² - محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة دراسة مقارنة. (د،ط)، مطبعة الإسرائ، مصر، 2001، ص 170

³ - طرفة الحاج، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان في سوريا، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة حلب، دمشق، 2011، ص 72

⁴ - عبد الصمد نكنه، رحيم كريم زه: المرجع السابق، ص 377

⁵ - سلمان سمير داود، المرجع السابق، ص 95

اختلاف بين الرقابة الدستورية ورقابة عدم الاختصاص السلبي للمشرع في وقوع رقابة القاضي الدستوري في الحالة الأولى على نصوص تشريعية غائبة كلياً جملة وتفصيلاً ، اجتهاداً منه على إلزام البرلمان بوضعها، في حالة عدم التنفيذ الكلي للالتزامات الدستورية، وسد النقص الفادح المخلف على مستوى المادة القانونية لافتقادها شطراً أو فقرة أو حكماً تشريعياً ، حال عدم الامتثال الجزئي لدستور¹، تحقيقاً للهدف المبتغى من وراء هذه الرقابة بكفالة الحماية للحقوق الأساسية للأفراد و التمتع بها وفقاً لما نصت عليه الوثيقة الدستورية، وسعيها بأن تكف الهيئة التشريعية عن موقفها السلبي بجرها على أن تحرص على أن تكون معالجاتها للحق وافية خالية من النقائص ، بما يسمح بتفعيل ضمانتها على أرض الواقع².

وهو ما دافع عنه بعض الفقهاء بتبرير وجهة نظرهم على أساس رابطة الوصل الوثيقة بين الإغفال التشريعي والمخالفة الدستورية ، التي لا تقع فحسب أثناء ممارسة هذا الأخير لاختصاصه التشريعي، بل الحالة الأخرى عندما يهمل وضع نصوص تشريعية تنظيمية لبعض المسائل التي تناولها الدستور كإغفاله لمبدأ المساواة، وهو ما تؤكد أحكام المحاكم الدستورية التي لم تصدر إلا بدافع توفير الحماية لحقوق وحرية الأفراد من العواقب الوخيمة للإغفال التشريعي³، ومن بينهم أحد الفقهاء بقوله (يعد مبدأ سمو الدستور أحد أبرز الأسس التي يمكن الاعتماد عليها للقول بجواز الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي)⁴، ذلك هو الأمر الواضح من معظم قرارات المحاكم الدستورية التي كثيراً ما تقر عدم دستورية الأحكام التشريعية على أساس إغفالها لمبدأ المساواة أثناء ممارستها للرقابة الإغفال التشريعي، لانتقاصها من الحقوق والحرية⁵، التي توجب على الهيئة التشريعية أن تسهر على ضمان تمتع الأفراد بها تمتعاً كاملاً دون انتقاص، أو تقييد⁶.

مؤدى ذلك أن امتثال المشرع لمبدأ سمو الدستور الموضوعي لن يتحقق ما لم يباشر العمل التشريعي للبرلمان في إطار الدستور، وبما ينسجم مع أحكامه ، وهو ما تضطلع إليه الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي من خلال تحقيق التوازن بين مبدأين في غاية الأهمية بين مبدأ الديمقراطية الذي تجسده

¹ - سرى حارث، أثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 39

² - تمت الإشارة إلى الفقهاء أنظر محمد عبد الوهاب خفاجي: المرجع السابق، ص 117 118

³ - جواهر عادل، المرجع السابق، ص 129، سرى حارث عبد الكريم: أثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة، المرجع نفسه ، ص 38

⁴ - محمد وحيد أبو يونس، حدود الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد 2، 2020، ص 389

⁵ - سلمان سمير داود، المرجع السابق، ص 98

⁶ - طرفة الحاج، المرجع السابق، ص 69.70

السلطة التشريعية، ومبدأ ضمان سمو الدستور الذي يجسده القضاء الدستوري.¹، لأنه لا يجوز للبرلمان أن يرفض ممارسته لأن ذلك مخالفة لأحكامه، وهو ما ينفي المقولة التي تدعى أن صمت المشرع يزيد من إمكانية التمتع بحقوق وحریات الأفراد، بسبب أن عدم تنظيم البرلمان لها مساس بجوهرها، وفي ذلك انتقاص من الضمانات القانونية المقررة لحقوق وحریات الأفراد²، وهذه جملة من أبرز الأسانيد المنقولة عن أنصار الاتجاه الفقهي القائل بأن أساس رقابة الامتناع التشريعي مبدأ سمو الدستور الذي يجعل القواعد الدستورية في قمة سائر القواعد القانونية الموجودة في الدولة، والتي توجب على صانعي القانون بما تتضمنه من إلزامية تنظيم مجموعة من المواضيع الدستورية، ومن بينها موضوع الحقوق والحریات بمقتضى قوانين لحمايتها.³

ثانياً: عدم تنفيذ المشرع لالتزاماته الدستورية إخلال بمبدأ سمو الشكلي للدستور

لم يكتفي الدستور بتحديد السلطات المعنية بإصدار القوانين وللوائح، لتحديده الشروط والضوابط والإجراءات التي ينبغي عليها اعتمادها في عملها، ليكون سنداً كفيلاً للحكم على القواعد القانونية بالمخالفة الشكلية لركن الاختصاص لدستور حالة عدم مراعاة السلطة التشريعية لشروط أو إجراء من الإجراءات المحددة في الدستور، وهو ما يترصده القاضي الدستوري بداية قبل البحث في موضوع القانون، ليقرر لاحقاً ما إذا كان من الضروري إلغائها أو الإبقاء عليها⁴، ضماناً لمبدأ سمو الشكلي للدستور الذي يعد سمة تتمتع بها كافة القواعد الواردة في الوثيقة الدستورية دون غيرها من القواعد الواقعة خارج هذه الوثيقة، بغض النظر عن المواضيع التي تتناولها سواء كانت دستورية أم غير الدستورية مدونة أم عرفية.⁵

بالمقابل لا يمكن أن ننكر أهمية هذا المبدأ الذي تعلق من خلاله القواعد الدستورية على القوانين العادية وللوائح والقرارات الإدارية طبقاً لمبدأ تدرج القوانين، لعدم إمكانية تعديل القوانين إلا بقوانين

¹- arlettaz Jordan : op.cit, WWW. Conseil. Constitutional.fr

²- سرى حارث، أثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 37

³- عمار طعيمة حاتم، المرجع السابق، ص 132

⁴- ياسر فلاح كريم الجنابي، الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة في العراق (دراسة مقارنة) مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2020، ص 30، 31.

⁵- فاديا إبراهيم جاسم، المرجع السابق، ص 96

معدلة لها من حيث القوة القانونية، أو أكثر منها مرتبة وقوة قانونية¹، لخضوع الدساتير الجامدة لإجراءات خاصة في تعديلها متميزة عن تلك المعتمدة في تعديل القوانين العادية.²

ذلك ما تكتسبه القواعد الدستورية من الإجراءات المعتمدة في وضعها وتعديلها من السلطة التأسيسية، والتي تعلو على السلطة التشريعية، التي يتعين عليها أن تحترمها لدى صياغتها لنصوص التشريعية القواعد الدستورية التي تفوقها مرتبة³، ومع ذلك لا بد أن تسير القوانين الأدنى القوانين الأعلى منها من الناحية الشكلية و الموضوعية، بأن يتم وضعها من الهيئة المشار إليها في متن الدستور وفقا للإجراءات المحددة فيه، استنادا لأحكام الدستور بما يفعلها ويجسد مبادئها⁴، لتتفوق عن سائر التنظيمات التي تصدرها السلطة التنفيذية والمبادئ العامة للقوانين التي يضعها القاضي الإداري، بما يؤدي إلى تعزيز مبدأ المشروعية وعدم جواز تنازل سلطة من سلطات عن اختصاصها لغيرها أو مخالفتها لأحكام الدستور.⁵

على هذا الأساس أسند بعض الفقهاء مشكلة الإغفال التشريعي المخالف لمبدأ السمو الشكلي لدستور لعدم تقيد ومراعاة السلطة التشريعية للإجراءات المحددة لها في الدستور لوضع وإصدار القوانين⁶، كالإجراءات المشار إليه مثلا في المادة 145 من التعديل الدستوري الجزائري 2020، التي تقتضي على وجه الإلزام بوجوب مناقشة القوانين من طرف غرفتي البرلمان على التوالي، فضلا على وضعها نصبا محددًا للتصويت على القوانين ملزمة بالمصادقة على القوانين العادية بثلاثي أعضاء ونواب البرلمان وبالأغلبية المطلقة بالنسبة للقوانين العضوية ذات الطبيعة الدستورية، مع وجوب عرضه على اللجنة المتساوية الأعضاء المتشكلة من أعضاء ممثلين لكلا غرفتي البرلمان بالتساوي في مدة لا تتعدى 15 يوما، وقد اشترطت عدم إجراء أي تعديل على القوانين المختلف عليها مالم تحضي بموافقة الحكومة على وجه الإلزام، أو الإجراءات المنصوص عليها في المادة 136 من التعديل الدستوري 2016 سابقا، التي ألزمت

¹ عبد الجبار أحمد سنبل، مبدأ سمو الدستور وكفالة احترامه دراسة تحليلية مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، مج 6، العدد 21، 2017، ص 295

² إيمانويل جون بول، المرجع السابق، ص 34

³ سلوى فوزي الدغيلي، الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري، المجلة الموريتانية للقانون والاقتصاد، موريتانيا، العدد 25، 2018، ص 176

⁴ مهند جاسم محمد، المرجع السابق، ص 74

⁵ سلوى فوزي الدغيلي، نفس المرجع، ص 176

⁶ سري حارث، أثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 64

نواب المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة لقبول مقترحاتهم القانونية المناقشة ، أن تقدم المبادرة من قبل 20 نائبا أو عضوا من البرلمان في ظل التعديل الدستوري 2016 سابقا ، على سبيل المثال لا غير على اعتبار أن هذا الشرط قد حذف بموجب المادة 143 التعديل الدستوري 2020¹ .

ما ينم وفقا لرأي فقهاء هذا الاتجاه، أن إصدار البرلمان لقانون معين دون التقيد بأي من هذه الإجراءات، كأن يصدر قانونا دون أن يحظى بمصادقة الغرفة الثانية، أو لم يتم التصويت وفقا للأغلبية المطلوبة، أو أصدر بالرغم من اعتراض الغرفة الثانية عليه، كان قانونا معيبا شكلا وبالتالي عملا غير دستوري²، والسبب يرجع إلى أن إغفال المشرع للشروط الشكلية والإجرائية المنصوص عليها في الدستور لمباشرة العملية التشريعية لإصدار القوانين، يجعل القانون قابلة للإلغاء بما يخضعه لرقابة الدستورية³.

وتفاديا لوقوع هذه المشكلة يرى الفقه أن ما ينبغي على المشرع خلال ممارسته لاختصاصه في سن القوانين الالتزام بالضوابط والقيود التي وضعها الدستور، وأن يكون حريصا كل الحرص على أن تكون قوانينه مطابقة لأحكام الدستور شكلا ومضمونا⁴، ومن بينهم الأستاذ "سمير محمد داود سلمان" مبرزا العلاقة بين سمو الشكلي للدستور والإغفال التشريعي يتحدد بإغفال الهيئة التشريعية للإجراءات الشكلية لنص التشريعي والتي يستحيل أن يكتمل هذا الأخير من دونها⁵.

بيد أن هذا الموقف لم يلقى تأييدا من جانب بعض الفقهاء الذين صوبوا له انتقادات، بالقول أن الإغفال التشريعي مخالفة لمبدأ سمو الموضوعي⁶، لتعلقها بالمسائل التي يتضمنها الدستور دون مبدأ سمو الشكلي لدستور المستمد من الإجراءات الخاصة التي توضع وتعديل بها القواعد الدستورية والتي تختلف عن الإجراءات التي توضع بها القوانين العادية⁷.

¹ - المادة 145 فقرة 2،3،5،6، التعديل الدستوري الجزائري 2020، المرجع السابق، ص 33

² - المادة 145، التعديل الدستوري الجزائري 2020، نفس المصدر، ص 33

³ - سري حارث، أثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص 69 و108 و109

⁴ - حسن البحيري، القضاء الدستوري دراسة مقارنة، ط 1، 2018، دمشق، ص 35،38

⁵ - سلمان سمير داود، المرجع السابق، ص 97

⁶ - أنظر رأس الأستاذ "دلاشة إبراهيم، الريماوي عبد المالك"، إبراهيم دلاشة، عبد المالك الريماوي: القضاء الدستوري في الرقابة على الإغفال التشريعي في التشريع الفلسطيني، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد السابع، العدد الرابع، 2022، ص 473

⁷ - جواهر عادل، المرجع السابق، ص 137

لاسيما ممن أنكروا الاعتراف بأن الإغفال التشريعي صورة من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع لرفضهم أن يكون الإغفال التشريعي مخالفة شكلية لكونه مخالفة موضوعية لروح الدستور، وتبريرهم في ذلك ندرة القرارات الصادرة من المحاكم الدستورية التي تدين الإغفال التشريعي من الجانب الشكلي، وهنا يكمن الفرق بين الإغفال وحالة عدم الاختصاص السلبي حسب وجهة نظرهم، لتعلق الحالة الأولى بالجانب الموضوعي لدستور وارتباط الحالة الثانية بالجانب الإجرائي.¹

من بينهم الأستاذ "علي مدلول محسن الخفافي" الذي علق قائلاً (أن الأحكام الصادرة بعدم دستورية الإغفال التشريعي من حيث الشكل تكون نادرة)، مضيفاً القول (أن كل مخالفة للدستور ومنها الإغفال التشريعي تتضمن بالضرورة مخالفة لسموه الشكلي قبل مخالفتها لسموه الموضوعي، إلا أن حالات الإغفال المخالفة لمبدأ سمو الشكلي للدستور تتحقق حال مخالفته لأي قاعدة وردت بالدستور سواء أكانت دستورية من ناحية طبيعتها أو جوهرها أم لم تكن).²

من جانب آخر قد أنكرا اتجاه آخر من الفقه ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه من خلال إسنادهم الأساس القانوني لرقابة أوجه عدم الاختصاص السلبي إلى مبدأ الانفراد التشريعي، وهو ما سيتم بيانه على النحو التالي:

الفرع الثاني:

مبدأ الانفراد التشريعي أساس للرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي

من المسلم به أن على البرلمان صاحب الولاية في التشريع إتمام اختصاصه في حدود مجاله التشريعي الذي لا يجوز له أن يخترقه أو أن يرضى باختراق غيره له، وهو ما يتوجب عليه أن لا يغفل عنه حتى لا يتهم بانتهاك ما تضمنته الوثيقة الدستورية في صلحها من قواعد لتوزيع الاختصاص، ويصبح النص التشريعي بما يتضمنه وجهاً من أوجه المخالفة الدستورية، لعدم التزمه بمبدأ الانفراد التشريعي الذي يمثل كما اعتبره جانب من الفقه، أساساً معتمداً من المحكمة الدستورية في إطار ممارستها لرقابة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، وهو ما سنناقشه في هذا المطلب في (الفرع الأول) مدلول مبدأ الانفراد التشريعي (والفرع الثاني) مخالفة عدم الاختصاص السلبي لمبدأ الانفراد التشريعي.

¹- جواهر عادل، المرجع السابق، ص 136

²- علي مدلول محسن الخفافي، أساس رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي، مجلة كلية الحقوق جامعة أهل البيت، العدد 29، ص 129

أولاً: مفهوم مبدأ الانفرد التشريعي

يرجع الفضل في ظهور فكرة الانفرد التشريعي إلى الفقيه الألماني "paul la pand" الذي كان ينظر إلى القوانين التي ينشئها ممثلو الشعب على مستوى البرلمانات، بأنها قوانين ذات أثر قانوني على المراكز القانونية للأفراد بإقرارها لحقوقهم وواجباتهم، وهو ما لا تحضي به للوائح التنظيمية لعدم إنشائها للحقوق والالتزامات، ولقصر أثرها على الجانب الإداري.¹

ما يفيد بالالتزام البرلمانات بمزاولة اختصاصها التشريعي في المسائل التي تؤول إليها في الدستور بمعزل عن القضاء وكل من رئيس الجمهورية والحكومة، التي لا يتسنى لها أن تتقاسم معها اختصاصها في تنظيم المسائل المسندة لها في الدستور، عملاً بقواعد توزيع الاختصاص التي تحظر على سلطات الدولة التدخل في مجال القانون، باستثناء بعض الحالات التي يبيح لها الدستور مشاركة البرلمان في مجاله التشريعي.²، ومؤدى ذلك أن من حق البرلمان أن يستقل بمعالجة المواضيع المندرجة ضمن مجاله التشريعي، بأن يباشرها دون أي تدخلات من السلطة التنفيذية، وإن كانت لها أحقية مشاركته في العملية التشريعية وتنفيذ الحقوق والحريات.³

على اعتبار أن مبدأ الانفرد التشريعي أو ما يسمى بمبدأ عقلنة البرلمان مبدأ منتهج في أغلب الدساتير في توزيعها للاختصاص بين السلطة التشريعية والتنظيمية، بتوسيعها لمجال التنظيم وجعلها لمجال البرلمان في نطاق محدود، ليحل بذلك هذا المبدأ محل مبدأ الفصل بين السلطات، من حيث توزيع الاختصاص بين السلطتين.⁴

ما يستخلص منه أن مبدأ الانفرد التشريعي من المبادئ الدستورية المتعلقة بالتحديد بمسألة الحقوق والحريات، المستهدفة لقواعد الاختصاص المحددة في الدستور لسلطتين التنفيذية والتشريعية، بما يفيد إلزامية استحواذ واحتكار البرلمان لمسألة الحقوق والحريات بذاته وعدم إحالتها أو تفويضها لسلطة التنفيذية، ما لم توجد قاعدة استثنائية في الدستور تبيح تفويضها، أما إذا لم يلتزم ففي هذه الحالة قد أخل بمبدأ الانفرد التشريعي.

¹- سليم عبد المجيد إبراهيم، المرجع السابق، ص 208

²- خالد بالجيلالي، الرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، المرجع السابق، ص 340

³- رافع خضر، و آخرون، الدور التشريعي لمجلس النواب بين نصوص الدستور واتجاهات القضاء الدستوري، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017، ص 99

⁴- دراجي لحول، المرجع السابق، ص 54

1-أنواع مبدأ الانفراد التشريعي

لمبدأ الانفراد التشريعي نوعين مختلفين، سنقوم بتحديد مدلول كل منهما على النحو التالي:

أ-الانفراد التشريعي النسبي:

بالرغم من أن مبدأ الانفراد التشريعي يلزم البرلمان بمباشرة عمله التشريعي وعدم تفويضه لسلطة التنفيذية، إلا أنه لا يمنعها من التدخل منعا مطلقا في المجال التشريعي للبرلمان، نظرا لأهمية المراسيم التنفيذية التي تضعها هذه الأخيرة، بهدف تنفيذ التشريعات التي يصدرها البرلمان بالخصوص، إذا ما تعلق الأمر بمسائل ذات طابع استعجالي كالمواضيع المتعلقة بالجمارك.¹

كاستثناء لما يقتضيه الأصل من وجوب احتكار البرلمان لمعالجة المسائل التشريعية المسندة له في الدستور، بمعالجتها على انفراد بقانون، في بعض الحالات يسمح لهذا الأخير مشاركتها السلطة التنظيمية حينما يقتضي عليه وضع قواعد ومبادئ عامة للمسألة المنظمة ليحيل تنظيمها إلى السلطة التنظيمية، لتتولى توضيحها وتحديد تفصيلها وشروطها تنفيذها، وفقا لما حدده البرلمان.²

مع ذلك يضل تنظيم البرلمان للمسألة التي تؤول إلى اختصاصه التشريعي بهذا المفهوم يقتصر على عناصرها الجوهرية، حيث يكتفي بوضع القواعد العامة والمبادئ الأساسية لهذه المسألة دون التطرق لعناصرها الجزئية، لتتولى السلطة التنفيذية تنظيمها بلوائحها التنفيذية، وفقا للإطار العام الذي حدده المشرع، ومن دون أي تعديل أو إضافة أو حذف لما وضعه المشرع من قواعد وفي الحدود التي رسمها الدستور.³

ب-الانفراد التشريعي المطلق:

يعتبر مبدأ الانفراد التشريعي المطلق أساس التزام البرلمان صانع النصوص التشريعية بالوفاء بما يقع على كاهله من التزامات دستورية وتنفيذية لما تقتضيه الموثائق والمعاهدات من التزامات دولية، يتعين عليه عدم التنازل عنها لأي جهة كانت، وتجسيدها على أرض الواقع بما يفعل حقوق وحريات الإنسان حيث يبرز هذا المبدأ بوضوح⁴، وهو ما يقتضي عليه أن يستقيل بذاته في إعداد وصياغة المواد لقانونية حول

¹ - سليم عبد المجيد إبراهيم، المرجع السابق، ص 214

² - أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 90.91

³ - أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 406

⁴ - طيبة جواد حمد، أسعد كاظم وحيش، المرجع السابق، ص 260

المسائل الموكلة له في متن الوثيقة الدستورية بعيدا عن مزاحمة السلطة التنفيذية، وبما يجعل القانون مصدرها الوحيد¹.

الغاية من مبدأ الانفراد التشريعي المطلق احتكار البرلمان تنظيم الحقوق والحريات وتحديد حدودها بواسطة قواعد قانونية وفقا لصورة التي رسمها الدستور، لارتباط البرلمان بالإرادة الشعبية، ولكونه الأدرى بمصالحهم والأقدر على ضمان تحقيق التوازن بين المصلحة العامة وبين حقوق وحريات الأفراد، على أن يتم ذلك دون أي انتقاص منها أو تجريدها من خصائصها أو الحد مما يترتب عنها من آثار.² وبالرغم من أن مبدأ الانفراد التشريعي قد لاقى استحسان بعض الفقهاء، غير أن البعض لم يعترف بوجود مبدأ الانفراد المطلق، بسبب تمكين الدساتير لسلطة التنفيذية من ممارسة اختصاصات ذات طبيعة تشريعية، ومشاركة البرلمان في اختصاصه المحدد ومنحها سلطة واسعة في تنفيذ القوانين لتبنيها لمبدأ الفصل بين السلطات المرن، الذي أدى إلى تلاشي مبدأ الانفراد المطلق الذي أصبح نسبيا، ويبرز ذلك من الدور الذي تؤديه السلطة التنفيذية وتغير مفهوم الحرية، وهو ما تم تأكيده في الفقه.³

2- التمييز بين مبدأ الانفراد التشريعي المطلق ومبدأ الانفراد التشريعي النسبي

إضافة إلى ما سبق قد اختلف الفقه في تحديد معيار لتمييز بين مبدأ الانفراد التشريعي المطلق والنسبي، باعتقاد البعض لمعيار حجم سعة أو ضيق الحرية التي يحظى بها البرلمان في ممارسة التشريع التي تتحدد تبعا لضوابط التي يضعها المؤسس الدستوري، والتي إذ ما تقلصت كان في حالة الانفراد التشريعي المطلق، وإذا ما تزايدت كانت حالة الانفراد النسبي.⁴

ذلك وقد اعتمد بعض الفقهاء معيار آخر لتمييز بين هذا المبدأ ومبدأ الانفراد النسبي بالنظر إلى العبارات المستخدمة في صياغة النص الدستوري المقرر للحقوق والحريات، وهو ما يتم التمييز بينه من خلال العبارتين التاليتين "بقانون" و"بناء على القانون".⁵

¹- أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 405

²- رافع خضر، وآخرون، المرجع السابق، ص 100، 99

³- زهرة كيلالي، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2012.2013، ص 26

⁴- زهرة كيلالي، الدور المنشأ للقاضي الدستوري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2020، ص 28

⁵- أنظر أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 186

فحسب وجهة نظرهم فإن أشار النص في الدستور على أن تنظيم المسألة يتم "بقانون" فذلك تأكيد على أن التنظيم يقع وفقا لمبدأ الانفراد التشريعي المطلق، بما يقتضي على البرلمان أن يحتكر تنظيمها وألا يحيلها إلى السلطة التنظيمية لمشاركته، أما إذا تضمن النص العبارة الثانية "بناء على قانون" أو في حدود القانون" ففي هذه الحالة يكون مبدأ الانفراد نسبيا بحيث يتعين على السلطة التشريعية أن تكتفي بتحديد قواعده العامة وتترك تنفيذه للائحة.¹

فمن الحالات التي يبرز فيها جليا مبدأ الانفراد التشريعي المطلق نص الدستور (تصدر الميزانية العامة بقانون)، بينما يظهر مبدأ الانفراد التشريعي النسبي كما سبق الإشارة له من العبارات التالية (إلا في حدود القانون) أو (بما لا يتعارض مع القانون)، مثلما هو مبين في النص التالي (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، وهو ما يبدو من العبارة المستخدمة في النص لعدم تحديدها إذا ما كان النص المقصود نصا تشريعيا أو تنظيميا.²

أما استخدام النص للعبارة التالية "بناء على قانون" كما هو وارد في العبارتين التاليتين (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون) (لا يعفى أحد من أداء الضرائب إلا في الأحوال المبينة في القانون). فذلك دلالة على أن تدخل البرلمان في تنظيم المسألة التي يختص بها يقع بشكل نسبي غير مطلق بوضعه الإطار العام للمسألة وإحالة ما تبقى منها إلى السلطة التنظيمية على أن تكون إحالته خالية مما يفيد بتنازله عن اختصاصه لها لتنظيمها باللوائح التنفيذية في إطار ما نص عليه المشرع.³

وخلافا لذلك لم يعتبر بعض الفقهاء هاتين العبارتين معيارا أساسيا لتفرقة ومن بينهم الأستاذ أحمد عيد الغفلول" بقوله (رغم ما قدمه الفقه من مفاهيم بديلة لتحديد درجة انفراد البرلمان بمسائل التشريع إلا أن أيا من هذه المفاهيم لم يصلح حتى، إلا لهدم التفرقة بين الانفراد التشريعي المطلق والانفراد التشريعي النسبي)، قائلا بان الدستور البرتغالي 1976 هو الدستور الوحيد الذي ميز في أحكامه بين الحالتين، من خلال تمييزه بين المسائل التي يمكنه تفويضها والمسائل التي لا يمكنه أن يفوضها⁴، وهو الرأي الذي نراه صائبا بالرجوع إلى الدستور الجزائري.

¹-سليم عبد المجيد إبراهيم، المرجع السابق، ص 214

²- محمد نجيب أحمد الكبتي، النظام القانوني للوائح الإدارية التنفيذية، مجلة البحوث القانونية، كلية القانون، جامعة مصراتة، مج 1، العدد الأول، 2013، ص 9

³- أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 97

⁴- أحمد عيد الغفلول، نفس المرجع، ص 84.89

نجد أن أحكام هذا الأخير المكرسة لحقوق وحريات الأفراد في الفصل الرابع من التعديل الدستوري 2020، قد استخدم مصطلحات مختلفة فتارة استخدمت مصطلح "بقانون" أو "بمقتضى قانون" وتارة أخرى "في إطار القانون" المادة 43 (لا إدانة إلا بمقتضى قانون) المادة 50 (لا يمكن تسليم أحد إلا بمقتضى اتفاقية دولية مصادق عليها، أو بموجب قانون) المادة 53 (يحدد قانون عضوي شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات) المادة 69 (الحق في النقابي مضمون ويمارس بكل حرية في إطار القانون).¹

نجد أن هذه العبارات لا تؤكد بأن المقصود منها هو التمييز بين المسائل التي ينبغي على البرلمان أن يحتكر تنظيمها والمسائل التي بإمكانه إحالتها إلى التنظيم تبعاً لما يقتضيه بهذا الترتيب مبدأ الانفراد التشريعي المطلق والنسبي، لأن ذلك يرجع إلى طبيعة هذه المسألة ومدى حاجتها إلى مراسيم تنفيذية لتفعيلها، لعدم إمكانية تنظيمه لها بعيداً عن السلطة التنفيذية لاسيما مع تطور نشاطات الدولة لحاجة القوانين الماسة للوائح التنفيذية تفصيلية وتطبيقية لأحكامه، لتضمنها لقواعد ومبادئ قانونية بحاجة إلى قواعد تفصيلية تكفل سريانها ما يؤكد وجود مبدأ الانفراد النسبي.²

والمشروع هو من يحدد هذه المسألة حيث لم توضع هذه العبارات "إطار القانون" "بقانون" أو "يحميها القانون" لتمييز بين المبدئين، وندعم رائينا بما جاء به الدستور الجزائري الذي نص في المادة 69 (يحدد القانون واجبات الأشخاص الطبيعيين والمعنويين لحماية البيئة) فاستعماله لعبارة "يحدد القانون" يفهم منه أن تنظيم هذه الالتزامات ينبغي أن يتم بقانون صادر من البرلمان، وأن ذلك مبدأ الانفراد المطلق، إلا أننا من خلال تفحص المادة 28 من القانون البيئة (يعين كل مستغل لمنشأة مصنفة خاضعة لترخيص مندوباً للبيئة، تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم) نجد أن تنظيم الحق المخول إلى البرلمان لم يخل من الإحالات التشريعية لسلطة التنظيمية.³

وهو ما نلاحظه في القانون المنظم لحقوق المؤلف رقم 03-05 العديد من الإحالات التشريعية كالإحالة الواردة في المادة 28 (يستفيد مؤلف مصنف من مصنف الفنون التشكيلية حاصل إعادة بيع مصنف أصلي يتم بالمزاد العلني أو على يد محترف في المتاجرة بالفنون التشكيلي... تحدد كيفيات تطبيق

¹ -المادة 43، 50، 53، 69، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 12، 13، 14، 17.

² -دراحي لحول، المرجع السابق، ص 302.

³ -المادة 28، القانون رقم 03-10، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43، المؤرخة في 20 يوليو 2003.

هذه المادة عن طريق التنظيم)¹، بالرغم من أن المادة 44 من التعديل الدستوري 2016 (حقوق المؤلف يحميها القانون)²، بينما لا نجد إحالة في قانون الجنسية المنصوص عليها في المادة 33 من التعديل الدستوري 2016 (شروط اكتساب الجنسية الجزائرية والاحتفاظ بها أو فقدانها أو إسقاطها محددة بالقانون)³ و كذلك ما جاء في قانون العقوبات حيث يخلو من إحالات⁴.

وعلى هذا الأساس نؤيد ما قيل في الفقه أن مبدأ الانفراد المطلق يتجلى بوضوح في المسائل الجزائية وفقا لما يقتضيه مبدأ الشرعية والعقاب لأفراد⁵، وهو ما نخلص منه أن التمييز بين المسائل التي ينبغي أن ينفرد المشرع بتنظيمها والمسائل التي تحتاج إلى إحالتها إلى السلطة التنظيمية لتنفيذها لا يتوقف على العبارات المستخدمة في النص، بل مدى حاجة القواعد القانونية لنصوص تنفيذية لتفعيلها.

ومن جهة أخرى فمن خلال ما تقدم يتبين لنا أن مبدأ الانفراد التشريعي مبدأ مستوحى من مبدأ الفصل بين السلطات الذي يحمل معنى أوسع من مبدأ الانفراد التشريعي، وهو ما يجب التمييز بينه وبين مبدأ الانفراد التشريعي الذي يخص فقط اختصاص المشرع، والذي يعني أن على البرلمان أن ينظم بعض المسائل المتناولة لحقوق الأفراد والمحالة إلى القانون من دون إحالات تشريعية إلى السلطة المكلفة بتنفيذ القانون لتشاركه في تنظيمها، ومبدأ الفصل بين السلطات الذي لا يتعلق بحسب باختصاص التشريعي للبرلمان بل باختصاص كل من البرلمان والسلطة التنظيمية والقضائية، يتعين على كل منها أن تنفرد في اختصاصها وألا تتدخل في اختصاص غيرها.

كما نخلص إلى أن إشراك الدستور السلطة التنفيذية في جميع المسائل المخولة للبرلمان بمنحها الاختصاص في إصدار الأوامر التشريعية ومشاركتها العملية التشريعية⁶، من أسباب تزايد حالات عدم الاختصاص السلبي لاسيما حالة التسلب التشريعي، على خلاف الدول المتبينة لمبدأ الفصل بين السلطات الجامد حيث يطبق مبدأ الانفراد التشريعي المطلق ويغيب مبدأ الانفراد التشريعي النسبي

¹ المادة 28، الأمر رقم 03-05، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، المؤرخة في 23 يوليو 2003.

² المادة 44، التعديل الدستوري 2016، المرجع السابق، ص 6

³ الأمر رقم 05-01، المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 86-70، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة في 27 فبراير 2005.

⁴ الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1996، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

⁵ دراجي لحول، المرجع السابق، ص 304، 305

⁶ أنظر المواد 139.138.137.136.142.141.140 التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 31، 32

لالتزام كل سلطة بممارسته اختصاصها دون مشاركة، حيث تقل حالات عدم الاختصاص السلبي وبالخصوص الإحالات التشريعية أو التفويض التشريعي المخالفة لدستور.

ثانياً: إخلال عدم الاختصاص السلبي للمشروع بمبدأ الانفراد التشريعي

قد يتغاضى المشروع عن التقيد بقواعد توزيع الاختصاص أثناء مباشرته لعمله التشريعي ويخرج عن الحدود الدستورية أثناء تنظيمه لحقوق وحريات الأفراد، بتركه لثغرات تشريعية أو بتسهيله لعملية تدخل السلطة التنفيذية فيما يمنع عليها دستوريا التدخل فيه من مسائل بطريقة مخالفة لدستور ويخل بمبدأ الانفراد المطلق بسبب إغفاله لهذه القواعد الدستورية المحددة لاختصاصه.

إن السلطة التقديرية للبرلمان في وضع القوانين المخول بها، لن تعفيه من تنفيذ ما هو ملزم به، لأن عدم استجابته لنداء المؤسس الدستور وخروجه عن الإطار المحدد له صراحة أو ضمناً يعد انحرافاً سلبياً¹، ونقله لاختصاصه لسلطة أخرى إجحاف لدوره التمثيلي الذي وجد من أجله في الأصل وعمل غير دستوري، يستوجب إخضاعه لرقابة الدستورية لما ينطوي عنه من إخلال لمبدأ الفصل بين السلطات.²

لذلك ينبغي على المشروع أن يتحلى بالجدية في ممارسته لعمله التشريعي، بأن لا يمارس اختصاصات غير اختصاصاته، والا يقتحم مسائل أخرى غير المخصصة له، كأن يمارس بعضها منها دون الأخرى بشكل مطلق أو نسبي أو يتركها لسلطة التنفيذية، نظراً للعلاقة الوطيدة بين الإغفال التشريعي ومبدأ الانفراد التشريعي الذي وجد لضمان توقيير وإجلال قواعد توزيع الاختصاص، التي قام بتحديدتها الدستور وكلف القضاء الدستوري بمتابعة عمل المشروع بغية التحقق من أدائه لاختصاصه التشريعي بما يثبت احترامه لأحكام الدستور.³

وذلك باستثائه تنظيم المواضيع المتعلقة بالحقوق والحريات دون مشاركة الحكومة المقصّر دورها على تنفيذ القوانين من التدخل في المجال المحجوز له، إلا بنص دستوري صريح، وبالتزامه بعدم الامتناع عن مباشرة اختصاصه التشريعي، وهو ما دفع الفقهاء إلى القول أن المشروع لم يعد مالكا لاختصاصه ليزيد أو ينتقص منه أو يفوضه لسلطة التنفيذية بما يخالف قواعد توزيع الاختصاص المحددة في دستور أو بما يخلق فراغاً تشريعياً يؤكد عدم كفاءته السلبية.⁴، المستحقة لرقابة الإغفال التشريعي، على أساس مبدأ الانفراد التشريعي القائم على استئثار الهيئة التشريعية بتنظيم الحقوق والحريات المقررة

¹- عبد الرحمن أسامة أحمد محمد كحيل، المرجع السابق، ص 340

²- عمار طعيمة حاتم، المرجع السابق، ص 126

³- عبد الرحمن عزاوي، المرجع السابق، ص 96

⁴ - سليم عبد المجيد إبراهيم، المرجع السابق، ص 211

لها في الدستور بكافة ضماناتها، وبما يحقق الحماية المستحقة لها، لأن إغفال البرلمان لها من شأنه المساس بها، وهو ما يخالف ما يقتضيه هذا المبدأ بصورتيه المطلقة والنسبية.¹

وهو ما أكدته القضاء الدستوري كالمحكمة العليا الدستورية وأوروغواي من خلال قرارها الذي أعلنت فيه بأن السلطة الوحيدة المعنية بسن النصوص التشريعية الجنائية تتمثل في السلطة المحددة في الدستور وكذلك المحكمة الدستورية تشيلي في نص قرارها، (يحضر على المشرع دستوريا توزيع الاختصاصات بين التنظيم والقانون) وأيضا المحكمة الدستورية الإيطالية أدانت عملية تحويل المراسيم التنفيذية إلى قواعد قانونية وهو ما أكدته في قرارها 171/2007 23 ماي 2007²

من خلال ما سبق ذكره بالقول أن الإغفال التشريعي انتهاك لمبدأ السمو الموضوعي دون مبدأ السمو الشكلي لدستور، بحجية اختلافه عن عدم الاختصاص السلبي الذي يعد من المخالفات الشكلية، أو بحجية ندرة قرارات المحاكم الدستورية التي تدين المخالفات الشكلية حسب ما صرح به أصحاب الرأي الأول قول لا نؤيده.

-لأن الإغفال التشريعي لا يتعلق دائما بإغفال حكم أو مبدأ من مبادئ الدستور، فمثلا قد يغفل المشرع حقا من الحقوق أو مبدأ من المبادئ الدستورية أثناء ممارسته لتشريع، قد يغفل شروط شكلية أو إجراء من الإجراءات التي وضعها الدستور لإتمام العملية التشريعية.

وهو ما يتفق مع حالة الامتناع التشريعي الكلي عندما تمتنع الغرفة الثانية عن المصادقة على مشروع قانون قد صادقت عليه الغرفة الأولى، أو حالة الإغفال التشريعي عندما يغفل المشرع إجراءات أو مدة زمنية أو استشارة هيئة معينة، كما يتفق مع حالة التنازل عن الاختصاص عندما يغفل إحدى الإجراءات المحددة له في الدستور لممارسة حق التفويض التشريعي فيقع في حالة التنازل عن الاختصاص، كأن يفوض اختصاصه لمدة غير محددة أو من دون أن يتلقى طلبا مثلا.

وأبرز مثال أن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائي في جل قراراته قد أبدى ملاحظات حول الإجراءات الشكلية المستوجبة في العملية التشريعية قبل أن ينتقل إلى الناحية الموضوعية ويعلق عليها.

¹- سرى حارث، المرجع السابق، ص 108

²-arlettaz Jordan :op.cit, Conseil. Constitutional.fr www.conseil-constitutionnel.fr

وقرارات الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائي مجلس دستوري سابقا محكمة دستورية حاليا خير دليل على ذلك قبل أن نعرض بعض منها يجدر بنا الإشارة إلى أن المجلس الدستوري الجزائي سابقا في بداياته لم يعر اهتماما للجانب الشكلي لتشريع أو مدى مراعات هذا الأخير أو عدم مراعات للإجراءات الشكلية لدى سنه للقوانين، وهو الواضح من بعض قراراته الصادرة قبل سنة 1996.¹

لكن ما قد صدر عن هذا الأخير من قرارات بعد سنة 1996، أكدت على أهمية استيفاء التشريع للإجراءات الشكلية، وأن إغفال المشرع لأي منها أثناء العملية التشريعية سيجعل التشريع الصادر عن البرلمان غير المقبول ومخالف لدستور، وهو الواضح من نص القرار التالي للمجلس الدستوري سابقا.

قرار رقم 04/ق.م.د/ المؤرخ في 19 يونيو 2022 الذي أعلن فيه المجلس الدستوري الجزائري سابقا استيفاء النص التشريعي لشروط الشكلية، وقد سبق ذلك موقفه من مدى مطابقة النص المراقب لدستور موضوعا بقراره (أن القانون العضوي، موضوع الإخطار، قد استوفى كافة الإجراءات التشريعية المحددة في المادة 145 من الدستور حيث كان موضوع مناقشة)²

كما نخالف أصحاب الاتجاه الثاني ممن يسندون رقابة عدم الاختصاص السلبي إلى مبدأ الانفرد التشريعي على أساس:

- أن مبدأ الانفرد التشريعي من المبادئ التي تتضمنها القواعد الدستورية والامتثال لهذا المبدأ، يعني ضمان الامتثال لمبدأ سمو الدستور، والإخلال به يعني بمفهوم المغايرة الأخلال بمبدأ سمو الدستور، ذلك أن مبدأ الانفرد التشريعي، ليس مبدأ مستقلا بذاته منافسا لمبدأ سمو الدستور، بل مبدأ من المبادئ الدستورية التي وجدت لضمان حقوق وحرية الأفراد، وبالتالي ضمان الامتثال لأحكام الدستور، ومنه ضمان مبدأ سمو الدستور بضمان عدم تدخل السلطة التنظيمية في اختصاصات السلطة التشريعية.

- إن عدم الامتثال لمبدأ الانفرد التشريعي تعني مشكلة التنازل عن الاختصاص وليس مشكلة الامتناع، أو مشكلة النقص التشريعي، أما مشكلة الإخلال بمبدأ سمو الدستور فهي مشكلة تتعلق بكافة أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع من امتناع وإغفال وتنازل عن الاختصاص، من دون استثناء.

¹ -قرار رقم 4/ق.م.د/91، المؤرخ في 21 أكتوبر 1991، المتعلق بالفقرة الثانية من المادة 54 من القانون رقم 91-17، المؤرخ في 15 أكتوبر 91 المعدل والمتمم بالقانون رقم 89-13 قرار رقم 01 ق.م.د/95، المؤرخ في 6 غشت 1995، المتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات

² -قرار رقم 04/ق.م.د/، المؤرخ في 19 يونيو 2022، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المحدد إجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية

-مبدأ الانفراد التشريعي يخص العلاقة بين السلطتين التنظيمية والتشريعية بخلاف مبدأ الفصل بين السلطات الذي يعد أشمل وأوسع مدلولاً لامتداده للعلاقة بين السلطات الثلاثة، وبذلك لا يمكن إسناد رقابة عدم الاختصاص السلبي لهذا المبدأ، فقد يقع التنازل عن الاختصاص من المشرع إلى السلطة القضائية.

وندعم موقفنا بإحدى قرارات الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري

رأي رقم 4 رأ-م د المؤرخ في 19 فبراير 1997 حول دستورية المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من طرف المجلس الوطني الانتقالي المؤرخ في 16 يناير 1997 " واعتباراً أن البند 6 من المادة 122 من الدستور، ولذات الأثر، يقضي بأن البرلمان يشرع في مجال " القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي وإنشاء الهيئات القضائية"، مما ينتج عنه أن إنشاء المحاكم ضمن المجالس القضائية يعتبر اختصاصاً ينفرد به البرلمان "

يبدو من نص هذا القرار أن المجلس الدستوري الجزائري قد خاطب المشرع إلى العمل بمبدأ الانفراد التشريعي، بإصداره التشريعات توافق هذا المبدأ، ذلك بممارسته لاختصاصه من غير إسناد إلى السلطة التنظيمية بالإحالة إليها، ولأن مبدأ الانفراد التشريعي كما سبق وأن قلنا باعتباره جزءاً من مبدأ الفصل بين السلطات الذي يتعلق بعمل السلطات الثلاثة في الدولة على خلاف مبدأ الانفراد التشريعي الذي يخص عمل السلطتين التشريعية والتنظيمية، لهذا السبب لا يمكن أن نعتبر مبدأ الانفراد التشريعي أساساً لهذه الرقابة. وبالتالي ترجيح مبدأ سمو الدستور كأساس لها، لأن ما يترتب بالنتيجة على عدم التزام المشرع بمبدأ الإفراء التشريعي انتهاك مبدأ تدرج القواعد القانونية، وبالتالي انتهاك مبدأ سمو الدستور.

كما ويرجع ذلك إلى عمق مدلول مبدأ سمو الدستور الملم بكافة المبادئ الدستورية الأخرى ولتعلقه بجوهر القواعد الدستورية، فهو ليس مجرد مبدأ يتوجب تطبيقه من المشرع، بل هو مبدأ يهدمه تنهدم المنظومة القانونية، وهو ما قد أسفر عنه نص قرار الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية السابق.

" واعتباراً والحال، أن المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي، موضوع الإخطار، عندما أحالت أمر تحديد عدد ومقر ودائرة اختصاص المحاكم على التنظيم بموجب مرسوم رئاسي قد أخلت بأحكام

المادة 125 الفقرة الأولى من الدستور التي تحدد مجال ممارسة السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية في المسائل غير المخصصة للقانون¹.

وعلى هذا الأساس نؤيد الاتجاه الفقهي الأول القائل بأن أساس رقابة عدم الاختصاص السلبي للمشروع مبدأ سمو الدستور الموضوعي والشكلي دون تمييز، على أساس أن الهدف من ممارسة هذه الرقابة هو التزام المشرع بالامتثال للالتزامات الدستورية وتطبيق مبادئ وأحكام دستورية مما تم إغفاله سهواً أو عمداً.

وإجمالاً لما تم قوله فإن الرقابة عدم الاختصاص السلبي وجدت لحماية مبدأ سمو الدستور الشكلي والموضوعي من عدم امتثال السلطات لدستور، إما لإغفالها للإجراءات والضوابط المحددة لها لمباشرة العملية التشريعية ما يخالف مبدأ سمو الشكلي لدستور، أو إغفالها لمبادئ وأحكام الدستور و لضمانات الأساسية لمقررة لحقوق الأفراد ومبدأ المساواة، أو قواعد الاختصاص، بما يخالف مبدأ سمو الموضوعي لدستور، لذا لا يمكن الفصل بين المبدأين وإسناد رقابة عدم الاختصاص السلبي لأحدهما، لأن مبدأ الانفراد التشريعي كما قلنا يخص فقط حالة التنازل عن الاختصاص لتجاوز قواعد الاختصاص، كما وأنه وجد لضمان سمو الدستور.

المطلب الثاني: صور الرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي

اختلفت رقابة عدم الاختصاص السلبي للمشروع من نظام لآخر، من الأنظمة الدستورية المعتمدة لنظام الرقابة السياسية عن الأنظمة الدستورية المتبعة لنظام الرقابة القضائية، ويرجع ذلك إلى اختلاف الآليات المعتمدة في كل نظام لتحريك هذه الرقابة، التي غالباً ما تمارس في نظام الرقابة السياسية الوقائية قبل صدور القانون، بناء على شروط تلزم تلقي المجلس الدستوري لرسالة إخطار من إحدى الشخصيات المحددة في الدستور والتي عادة ما تشكل من السلطتين التشريعية والتنفيذية، وفي نظام الرقابة القضائية بعد صدور القانون كالرقابة للاحقة بناء على آلية الدفع بعدم الدستورية التي يثيرها أحد أطراف النزاع أمام إحدى الجهات القضائية العادية أو الإدارية في المسائل المتعلقة بحقوق وحرية الأفراد، وهو ما اختلف عليه النظام الجزائي الذي انتقل من نظام الرقابة السياسية إلى نظام الرقابة القضائية، ولكل منها نقاط ضعف وقوة سجلت، وهو ما سنتناوله على النحو التالي في الفرعين الآتي ذكرهما:

¹ - رأي رقم 4-أ-م د، المؤرخ في 19 فبراير 1997، حول دستورية المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من طرف المجلس الوطني الانتقالي، المؤرخ في 16 يناير 1997

الفرع الأول: الرقابة السابقة

نشأت الرقابة السابقة أو ما يسمى بالرقابة السياسية في كنف الدستور الفرنسي 1799 ونظمها دستور 1946، بإقراره تأسيس لجنة دستورية في بداية الأمر، بيد أن الانتقادات التي تهاطلت على هذه الهيئة السياسية، وبالخصوص في تشكيلتها، أدت إلى إقرار تأسيس المجلس الدستوري ليحل مكانها، في ظل دستور 1958 كهيئة سياسية تتكفل بالرقابة الدستورية¹، لنظر في مطابقة القواعد القانونية للقواعد الدستورية، وإحاطة الحقوق والحريات بالحماية، حرصا على تطبيق السلطات العامة لمبدأ الفصل بين السلطات، أو احترامها للحدود المسطرة في الدستور لحظة إقبالها على ممارسة اختصاصها².

لا تعدو أن تكون الرقابة السياسية رقابة وقائية يمارسها المجلس الدستوري قبل صدور القوانين لدرء ما لا يتطابق منها والدستور³، ولضمان سمو الدستور بمراجعته لضمان تطابق القوانين للقواعد الدستورية إبان صدورها، وفي بعض الحالات عقب صدورها ليقرر إلغائها أو الإبقاء عليها لاحقا⁴، وهي الرقابة التي اختار الدستور الجزائري أن يسلكها بعد الاستقلال بإقرارها في الدساتير المتتالية، بإنشاء المجلس الدستوري الذي طغت على تشكيلته الطبيعة السياسية التي زادت بزوغا من دستور إلى آخر، وهو الواضح ترتيبا على ذلك في المادة 63 من دستور 1963، بادئ ذي بدء من خلاله إقراره إنشاء المجلس الدستوري ذا تشكيلة جمعت 7 أعضاء معينين من داخل السلطة القضائية والتشريعية والتنفيذية " الرئيس الأول للمحكمة العليا، ورئيسي الحجرتين المدنية والإدارية في المحكمة العليا، وثلاثة نواب يعينهم المجلس الوطني وعضو يعينه رئيس الجمهورية"، بقيادة رئيس منتخب من طرفهم، وبالرغم من أن المجلس الدستوري في هذا الدستور لم يرى النور لعدم إنشائه، إلا أنه ومهدا النسق عرف بتشكيلته السياسية لتخاذاها من التعيين آلية فريدة لاختيار أعضائه دون آلية الانتخاب التي استبعدت مطلقا في ظل هذا الدستور⁵.

وهو ما أعاد تكريسه دستور 1989 الذي لوحظ من الأحكام المحددة لتشكيلة واختصاص للمجلس الدستوري في الباب الثالث المعنون بالرقابة والمؤسسات الاستشارية ضمن الفصل الأول المعنون

¹-عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، 2001، ص 7، 4

²- شهرزاد بوسطلة، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد الرابع، 2018، ص 351

³-عمر العبد الله، نفس المرجع، ص 4

⁴- شهرزاد بوسطلة: نفس المرجع، ص 351

⁵-المادتين 63 و64، دستور 1963

بالرقابة في المادة 152 إلى المادة 159، وإن كان الفارق بينها وبين دستور 1963 اشتمالها 7 أعضاء من بينهم أعضاء معينين وآخرين منتخبين وفقا للمادة 154، إثنين منتخبين من المحكمة العليا 2 آخرين من المجلس الشعبي الوطني عن طريق الانتخاب وإثنين يختارهما رئيس الجمهورية والذي يعين من بينهم رئيس المجلس.¹ وقد سار دستور 1996 على نفس الوتيرة، بالرغم من تضاعف عدد الأعضاء إلى 9 أعضاء من بينهم 3 يختارهم رئيس الجمهورية من ضمنهم رئيس المجلس الدستوري وستة منتخبين، 2 من المجلس الشعبي الوطني و2 من مجلس الأمة وعضوين آخرين من السلطة القضائية من مجلس الدولة، والأخر من المحكمة العليا، طبقا للمادة 164 دستور 1996 الذي لم يشأ ضم أعضاء منتخبين خارج هذه السلطات الثلاثة التي ضلت لدساتير متعاقبة المحتكرة لتشكيلة المجلس الدستوري ومن دون التقيد بأدنى شروط في ظل هذا الدستور.²

وهو ما سار على دربه التعديل الدستوري 2016، الذي شاء فيه المؤسس الدستوري أن يضاعف مرة أخرى عدد الأعضاء، كما هو مبين من المادة 183 إلى 12 عضو كان من بينهم لرئيس الجمهورية حصة الأسد، بمنحه الحق في تعيين 4 أعضاء، من بينهم رئيس ونائب رئيس المجلس 4 منتخبين من البرلمان إثنين من المجلس الشعبي الوطني وإثنين عن مجلس الأمة و 4 منتخبين من السلطة القضائية 2 مجلس الدولة والأخرين من المحكمة العليا، وإن كان الجديد أن لكل من السلطات الثلاثة حصصا متعادلة مع إضافته لشروط ملزمة في انتقاء الأعضاء سواء المنتخبين أو المعينين في المادة 184، باشرطه بلوغ أربعين سنة مع الخبرة في إحدى الوظائف المرموقة في الدولة، أو في مهنة المحاماة في المحكمة العليا، أو مجلس الدولة أو التعليم العالي، وبالتحديد مجال القانون، أو الخبرة في مجال مهنة القضاء لمدة 15 سنة.³

بيد أن الملاحظ أن التعديل الدستوري 2016 لم يضم إلى تشكيلته أعضاء منتخبين بصفة مستقلة عن السلطات الثلاثة، وذلك بطبيعة الحال لأن المجلس الدستوري هيئة سياسية لا ترقى إلى مكانة المحكمة الدستورية، كما أن تحديده لهذه الشروط السابق ذكرها، وإن كان أمرا يثنى له فمن الصعب توأفر جل هاته الشروط في نواب المجلس الشعبي الوطني، وهو ما لا يمكن التحكم فيه إطلاقا فقد يتوأفر المجلس الشعبي الوطني على نواب من ذوي خبرة سواء محامين معتمدين لدى مجلس الدولة والمحكمة العليا، أو أساتذة في تخصص القانون ذوي خبرة تقدر ب 15 سنة، كما أنه قد لا يضم هذه الكفاءات، لأن القانون الانتخاب 16-10⁴، وبالخصوص أن الدستور لم يلزم الشعب اختيار ممثلهم من ذوي الخبرة في إحدى هاته التخصصات، وهي ثغرة قد تضمنها المادة 184 من التعديل الدستوري 2016 السابق، تداركها التعديل الدستوري 2020، باعتماده لألية الانتخاب في المادة 186

¹- 154، 155، 156، دستور 1989

²- 164، 165، دستور 1996، المرجع السابق، ص 18

³- 187 التعديل الدستوري 2016، المرجع السابق، ص 23

⁴- أنظر المادة 92، القانون العضوي 16-10، المتعلق بنظام الانتخابات الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، المؤرخ في 28 غشت 2016

بضمها 8 أعضاء منتخبين 2 من المحكمة العليا ومجلس الدولة و6 أساتذة القانون الدستوري وأربعة معينين من رئيس الجمهورية¹.

في الواقع قد أصاب الرأي الفقهي الذي أعيب هذه الرقابة على سيطرة السلطة التنفيذية لمجريات هذه الرقابة، وخضوع أعضائها للجهة التي ينتمون إليها التي تشرف على اختيارهم².

لاسيما أن ضم المحكمة الدستورية لأعضاء معينين من جانب السلطة التنفيذية، سيثقل الخناق على رقابة عدم الاختصاص السلبي التي جاءت لتقويم وتصويب عمل هذه السلطة إلى جانب عمل السلطة التشريعية من الغموض والإغفال والتسلب التشريعي، فكيف ستكون رقابتها هادفة وناجعة في معالجة مشكلة عدم الاختصاص السلبي، وجبر الضرر عن الحقوق والحريات، بوجود أربعة أعضاء معينين من السلطة التي تشارك البرلمان في العمل التشريعي من أول إلى آخر لحظة سواء بما تبادر به من مشاريع قوانين و في جل مراحل العملية التشريعية انتهاء بتنفيذ قواعده القانونية وباعتبارها السلطة التي تصدر الأوامر التشريعية الخاضعة لرقابة الوجوبية للمحكمة الدستورية بحرية مطلقة، ولاسيما أن السلطة التنفيذية إحدى الشخصيات التي حولها الدستور الجزائري ممارسة الإخطار ممثلة برئيس الجمهورية والوزير الأول أمام المحكمة الدستورية إلى جانب رئيسي غرفتي البرلمان، ومجموعة من الشخصيات لا تخرج عن السلطات الثلاثة التي قد تباينت في تحديده الدساتير الجزائية المتعاقبة، ما إذا لو امتنعت عن ممارسة سلطتها في الإخطار ضد إحدى القوانين العادية المعيبة بإحدى أوجه عدم الاختصاص السلبي فرضا، ففي جميع الحالات فالمتضرر الوحيد الحقوق والحريات.

المحددة في دستور 1963 برئيس الجمهورية، والمجلس الشعبي الوطني لدحض القوانين والأوامر التشريعية المخالفة لدستور³، وقد مكنت هاتين الهيئتين المخولتين بإخطار المجلس الدستوري في دستور 1989 من توجيه رسالة إخطار حول النظام الداخلي لغرفتي البرلمان، والمعاهدات، والنصوص التنظيمية والتشريعية، ليفصل فيها المجلس الدستوري برأي قبل صدورها، أو بقرار عقب صدورها⁴.

وقد شهدت سلطات الإخطار توسعا بإنانيتها في دستور 1996 إلى رئيس مجلس الأمة إلى جانب رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الجمهورية، طبقا للمادة 166 والوزير الأول و50 نائب و30 عضوا من أعضاء مجلس الأمة، طبقا لتعديل الدستور 2016 المادة 187 للفصل، برأي في مطابقة النظام الداخلي لغرفتي

¹ - المادة 186، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 39

² - شهرزاد بوسطلة، المرجع السابق، ص 352

³ - المادتين 63 و64 دستور 1963، المرجع السابق، ص 8

⁴ - المواد 154، 155، 156، دستور 1989، الصادر بتاريخ 23 فيفري 1989، الجريدة الرسمية 09، المؤرخة 01

البرلمان، والقانون العضوي بموجب إخطار وجوبي من رئيس الجمهورية، وفي دستورية المعاهدات، والنصوص التشريعية والتنظيمية قبل دخولها حيز التنفيذ، برأي وبعد دخولها حيز التنفيذ بقرار 165¹.

أما بخصوص ما ذهب إليه أحد الباحثين أن الشروط التي حددها الدستور لممارسة المعارضة البرلمانية للإخطار منعت استخدام هذه الألية، جراء تشتت المعارضة البرلمانية، إضافة إلى تضيق أجال ممارسته في التعديل 2016، لاشتراطه ممارسته عقب صدور القانون، لا بعد المصادقة عليه، ولهذا السبب في ضعف الإخطارات الموجهة من البرلمان ووجود قوانين غير الدستورية.²

وقول البعض الآخر أن تمكين المعارضة البرلمانية من ممارسة هذا الحق وبنسب أقل من تلك النسب التي سبق وأن فرضها التعديل الدستوري السابق، إلا أنها نسبة لاتزال نسبة مرتفعة، و صعوبة المنال في ظل غياب معارضة برلمانية قوية في المجلس الشعبي الوطني، وكذلك هو حال مجلس الأمة الذي يتألف من 144 عضو 96 أي 3/2 منهم منتخبون عن طريق الاقتراع السري الغير مباشر، إثنين ممثلين عن المجلس الشعبية والولائية، والبقية يمثلون الثلث معينون من طرف الرئيس وصعب المنال، لاسيما وأن الإخطار مرتبط بأجال عدد أعضاء مجلس الأمة أصبح 174 مع إضافة 10 ولايات.³

أما حسب رأينا فنوافق هذا الرأي في أن عدم إثارة المعارضة البرلمانية لألية الإخطار في مواجهة النصوص التشريعية أو التنظيمية المخالفة للدستور والمنتبكة للحقوق والحريات، يرجع في الأساس إلى وجود عدد غير معتبر من ممثلي المعارضة البرلمانية على مستوى المجلس الشعبي الوطني، أما عن النسبة المشروطة، نرى أنه وإن كانت قيذا معيقا في كثير من الأحيان فما يمنع تحريكها، هو ضعف المعارضة وليست النسبة المشروط بحد ذاتها.

فلو كانت نسبة المعارضة معتبرة في البرلمان على الأقل ، لما وجدنا عددا محترما من رسائل الإخطار ولو تمعنا في رسائل الإخطار التي تلقاها المجلس الدستوري الفرنسي، لوجدنا عددا كبيرا منها موجها من نواب وأعضاء البرلمان مقارنة بالجزائر، ويرجع ذلك إلى حركية وقوة المعارضة داخل البرلمان الفرنسي، الذي قد بلغت عدد رسائل الإخطار الموجهة منه إلى المجلس الدستوري في شهر ديسمبر 2022 ثلاثة رسائل، بالرغم من أن القيود الدستورية التي فرضها الدستور الفرنسي لا تفرق على

¹ -المادة 165، 164 دستور 1996، المرجع السابق، ص 18، المادة 187 التعديل الدستوري 2016، المرجع السابق، ص 23

² - أنظر زهيرة بن علي، استحداث المحكمة الدستورية بدلا من المجلس الدستوري في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، المجلد 58، العدد 04، 2021، ص: 315، 295، 323.

³ - محمد بودواوية، سعاد ميمونة، مدى تأثير المركز القانوني لرئيس الجمهورية على فاعلية الرقابة الدستورية في ظل التعديل الدستوري 2020، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، الجزائر، المجلد 4، العدد 2، 2021، ص 395

ما فرض من قيود من الدستور الجزائري¹، وهو ما قد أثبتته العدد المحتشم من رسائل للإخطار الاختيارية، بالمقارنة مع عدد القوانين الكثيرة التي تصدر عن البرلمان بشكل سنوي².

ومن جهة أخرى وخلافا لما يراه بعض من الفقه أن منح الدستور حق الإخطار لكل من المحكمة العليا ومجلس الدولة على إثر الدفع بعدم دستورية سواء ضد نص تشريعي أو تنظيمي، قد أبلى بلاء حسنا للحد من تهاون كل من البرلمان والسلطة التنفيذية لمباشرة هذه الألية³.

نرى أن منح كل من مجلس الدولة والمحكمة العليا الحق في إخطار المحكمة الدستورية، نقطة ضعف وجدت مع ألية الدفع بعدم الدستورية، نظرا لتحكم هاتين الهيئتين القضائيتين في الدفع التي يجب أن تحال إلى المحكمة الدستورية، وتلك التي لن تمر على رقابته، وإصدار أحكام سابقة بدستوريتها من خلال إقرار جديتها من عدمها قبل وصولها إلى القاضي الدستوري الذي كثيرا ما رفض دفوعا قد اعتبرتها محكمة النقض أو مجلس الدولة جديدة ومؤسسة⁴.

أن ضم المحكمة الدستورية لأربعة أعضاء معينين من السلطة التنفيذية واستمرارية ممارسة المحكمة الدستورية لرقابتها بناء على إخطار ومراجعتها للقوانين مراجعة قبلية يؤدي، إلى الحكم على أن المحكمة الدستورية ليست ذو طبيعة قضائية مطلقة، بل أنها ذو طبيعة مزدوجة سياسية من هذا الجانب.

لاسيما مع ضعف ألية الإخطار في توفير الحماية للحقوق والحريات في مواجهة النصوص التشريعية والتنظيمية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي، وهو النمط الذي قد توارثته المحكمة الدستورية في ممارستها لبعض اختصاصاتها في الفصل وجوبا في مطابقة الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان، ومطابقة القوانين العضوية وجوبا قبل صدورها بناء على إخطار من رئيس الجمهورية، دون النصوص التشريعية والتنظيمية التي لاتزال رقابتها مقيدة بإخطار اختياري⁵.

¹ -Decision n 2022-847 DC du 29 decembre 2022

Decision n 2022-845 du 20 decembre 2022

Decision n 2022-844 du 15decembre 2022

² فرحات أعميرو، عبد الحليم بوشكيوه : أليات إخطار المجلس الدستوري في ضوء مستجدات التعديل الدستوري الجزائري 2016، مجلة الباحث لدراسات الأكاديمية، المجلد 7، العدد2، 2020، ص 110

³ أحسن غربي، ألية الإخطار لرقابة على دستورية القوانين في ظل التعديل الدستوري الجزائري 2020، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي بريك، الجزائر، المجلد 4، العدد1، 2021، ص36

⁴ -أمال عنان، مساهمة الدفع بعدم الدستورية في الكشف عن عدم الكفاءة السلبية للبرلمان، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد12 العدد1 2021، ص341،342

⁵ -المادة 190 الفقرة1، 5 و6، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص40

بالرغم مما تتميز به المحكمة الدستورية في هذا الصدد عن المجلس الدستوري في فصلها في القوانين بناء على قرار، وليس برأي خلافا للمجلس الدستوري الذي أُلّف أن يصدر آراء حولها.¹ ولتعبير عن مواقفها فيما تملكه من صلاحيات واسعة، حين تفصل في مطابقة القوانين والتنظيمات للمعاهدات الدولية.²

وهو ما نراه أمرا صائبا في محله، لأن ممارسة المحكمة الدستورية لرقابة السابقة بمراقبتها الوجوبية لمدى مطابقة القوانين العضوية لدستور ومطابقة القوانين والتنظيمات للمعاهدات الدولية قبل المصادقة عليها بقرارات ملزمة، أكثر ضمانا لحماية حقوق وحريات الأفراد من أوجه عدم الاختصاص السلبي، وهو ما لا يجوز أن يبقى محل انتظار حتى يدخل مجال التطبيق وتقديم شكوى من أحد الأفراد أمام إحدى الجهات القضائية.

علاوة على أن القرارات التي تصدرها المحكمة الدستورية وجوبا للفصل في مطابقة الأوامر التشريعية قبل المصادقة عليها من البرلمان في أجل 10 أيام كأقصى حد، والتي أخطرت بشأنها من قبل رئيس الجمهورية بموجب إخطار وجوبي، أمر في محله إلى اختصاصات المحكمة الدستورية استحدثتها المادة 142 من التعديل الدستوري 2020، التي يبدو أنها قد وسعت من سلطة الإخطار المخولة لرئيس الجمهورية، إلا أن البت في هذا الأمر خلال 10 أيام يؤكد على أهمية استعجالية الفصل في هذا النوع من القوانين، التي نرى أنها مدة وجيزة لعملية المراجعة الدستورية، فالأفضل لو قدرت بضعف هذه المدة لتكون 20 يوما وهي مدة كافية لتدقيق والتمعن فيها ومدى طابقتها للقواعد الدستورية.³

لكن الأمر يبدو أكثر خطورة بالنسبة للتنظيمات، لتحديد أجال الإخطار بمدة مقدرة ب 10 أيام من تاريخ نشرها⁴، أي عقب تطبيقها وسريانها، وهو ما نعييه على هذه الأجال، بسبب ما يتولد عنها من مراكز قانونية ما سيؤدي إلى وتضرر الحقوق والحريات وعدم الاستقرار القانوني والإخلال بمبدأ الأمن القانوني حال ثبوت عدم دستورتيتها عقب صدورها ونفاذها.

ما ينم على أنها أجال متباينة اختلف في ضبطها التعديل الدستوري الأخير، أما بالنسبة للأجال التي حددت لإخطار القوانين العادية قبل إصدارها كما جاء في الفقرة 2 من المادة 190 من التعديل الدستوري 2020، فإنها تعني سقوط حق الإخطار لو اكتشفت المخالفة عقب صدور القانون من أي

¹ -المادة 190 فقرة 5، المرجع السابق، ص40، تقابلها المادة 186 الفقرة 2 من التعديل الدستوري 2016، المرجع السابق، ص23

² - 190 فقرة 3، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص40

³ - المادة 142 الفقرة 2، المرجع نفسه، ص32

⁴ - المادة 190 فقرة 3، المرجع نفسه، ص40

جهة من الجهات المخولة بالإخطار، فإن أصدر القانون لن يقبل أي إخطار موجه ضدها حتى لو كان مخالفا لدستور، وهو قصور واضح في نظام الرقابة السابقة وضيع للحقوق والحريات¹.

ومن جهة ثانية لا نلاحظ أي اختلاف بين المحكمة الدستورية و المجلس الدستوري من حيث الجهات المؤهلة دستوريا لممارسة حق الإخطار، والمحددة في المادة 193 التي لم تأتي بأي جديدة ليضاف إلى الهيئات المخولة من قبل بحق الإخطار، لعدم إضافتها شخصية جديدة كرئيس المحكمة الدستورية مثلا، لإبقائها على نفس الشخصيات المحددة مسبقا في التعديل الدستوري 2016 " رئيس الجمهورية رئيس المجلس الشعبي الوطني رئيس مجلس الأمة الوزير الأول، أو رئيس الحكومة حسب الحالة 40 نائبا 25 عضوا". وإن كان مكمنا الاختلاف بين المادة 193 من التعديل الدستوري 2020 و المادة 187 فقرة 2 التعديل الدستوري 2016 في تقليص التعديل الدستوري الأخير 2020 لنسبة للمعارضة البرلمانية للمبادرة بالإخطار التي كانت مقدرة با" 50 نائبا و 30 عضوا"². والتي نرى أنها نسبة غير مختلفة كثيرا عما سبق، وعليه ندعو كما دعا الأستاذ أحسن غربي إلى إعادة النظر في النسبة المشروطة من جهة مجلس الأمة، بتقليصها بما يحقق المساواة بين الغرفتين، ويمكنها من ممارسة حق المعارضة³.

ومنه نرى أن خضوع الأحكام التشريعية المشوبة بعدم الاختصاص السلبي للمشروع في نظام الرقابة السابقة لألية الإخطار، هو السبب لامحالة في إخفاق نظام المراجعة الدستورية السابقة ذو الطبيعة السياسية في وضع الحلول لمشكلة عدم الاختصاص السلبي وحماية الحقوق والحريات، وهو السبب في تغير التعديل الدستوري 2020 مساره، بسلكه لرقابة القضائية، بإقراره تأسيس محكمة دستورية بدلا من المجلس الدستوري، واستكمال الخطوة التي شرع فيها التعديل الدستوري 2016، بعد تكريسه لألية الدفع بعدم الدستورية، كألية لممارسة الرقابة اللاحقة، والتوجه نحو الرقابة الدستورية القضائية لمواجهة حالات عدم الاختصاص السلبي للمشروع، وبالتحديد الإغفال التشريعي لمبدأ المساواة المنتهك للحقوق والحريات.

الفرع الثاني: الرقابة اللاحقة

ارتأى المؤسس الدستوري الجزائري أن نظام الرقابة السابقة المعتمد على ألية الإخطار، نظام غير معول عليه في حماية حقوق وحريات الأفراد، لذا قرر التغيير بتبنيه نظام الرقابة اللاحقة بتكريسه لألية الدفع بعدم الدستورية بموجب التعديل الدستوري 2016 إلى جانب نظام الرقابة السابقة لمواجهة الأحكام التشريعية التي ينتقص فيها المشروع من الضمانات القانونية لحقوق وحريات.

¹ - المادة 190 الفقرة 2، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 40

² - المادة 116 فقرة 2 والمادة 193 فقرة 2، نفس المرجع، ص 40، 27

³ - أحسن غربي، ألية الإخطار لرقابة على دستورية القوانين في ظل التعديل الدستوري الجزائري 2020 المرجع السابق،

فقد كانت أول خطوة لدستور الجزائري بتجاه نظام المراجعة الدستورية للاحقة المعتمدة في الأصل من القضاء الدستوري وذلك منذ التعديل الدستوري 2016، باعتماده صراحة إليه الدفع بعدم الدستورية في المادة 188، التي نظمها القانون العضوي 18-16 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق آلية الدفع بعدم الدستورية لمواجهة الأحكام التشريعية المعيبة بعدم الدستورية، التي تؤدي إلى تفويض الحقوق والحريات، إلى جانب النصوص التنظيمية التي تم إدراجها لاحقا في كنف التعديل الدستوري 2020 في نص المادة 195¹.

عندما تخطر المحكمة الدستورية على أساس المادة 195، بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، إثر تلقيها لشكوى من أحد الأطراف المحاكمة ضد حكم تشريعي أو تنظيمي يتوقف عليه النزاع، لتقويضه بحق من حقوقهم أو حرية من حرياتهم التي يضمنها الدستور، وهو ما تبنت فيه هذه الأخيرة بقرار صادر في غضون أربعة أشهر من تاريخ إخطارها جائز لتمديد، بأسباب مبررة يجب أن تذكرها المحكمة وأن تعلمها إلى الجهة المخطرة.²

والملاحظ أنها أجال طويلة يستغرقها القاضي الدستوري في ترصد الحكم التشريعي المتنازع عليه وما يزيد طولا هو منح كل من مجلس الدولة والمحكمة العليا أجل شهرين للفصل في قرار الإحالة من يوم استلام الدفع في نص المادة 30 من القانون العضوي 22-19 المحدد لكيفيات الإخطار والإحالة والتي حبذا لو تم تخفيضها إلى شهر مقابل شهرين أمام المحكمة الدستورية للفصل في دستورية الدفع، لاسيما أن قرارات المحكمة الدستورية الجزائية قد أكدت فصلها في عدة دفع في شهري جانفي ومارس 2022 مخصصة لكل منها قرارا منفردا.³

والمتضح من قرارات المجلس الدستوري الفرنسي التي أكدت تلقيه إحالات متعددة من مجلس الدولة ومحكمة النقض في تواريخ متقاربة وفصله في كل من المسائل الأولوية الدستورية بقرار في أجال أقل من أربعة أشهر، إذا أنه لم يخصص لأي من الدفع على حدة فترة أربعة أشهر، بل يصدر قرار بشأن كل منها في أجال أقل لا يتعدى 4 أشهر يحسب بدأ من تاريخ تلقيه لدفع.⁴

¹- المادة 188، التعديل الدستوري 2016، تقابلها المادة 195، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 41

²- المادة 195، التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع، ص 41

³- للطلاع على قرارات المحكمة الدستورية يمكن زيارة الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة الدستورية الجزائرية <https://cour-constitutionnelle.dz/ar/%d8%a7%d9%84%d8%b1%d8%a6%d9%8a%d8%b3%d9%8a%d8%a9>

⁴- القرار رقم 981-2021، المؤرخ في مارس 2022 حيث تمت الإحالة في 17 ديسمبر 2021 من محكمة النقض بشأن المسألة الأولوية الدستورية

القرار رقم 969-2021، 11 فبراير 2022، الإحالة من محكمة النقض، في 3 ديسمبر 2021

القرار رقم 973/967-2021، 11 فبراير 2022، الإحالة من محكمة النقض، في 26 نوفمبر 2021

القرار رقم 982-2021، مارس 2022، الإحالة من مجلس الدولة، في 17 ديسمبر 2021

وبالطبع لم يكتفى الدستور الجزائري باعتماد آلية الدفع بعدم الدستورية، بل تخلى عن نظام المجلس الدستوري الذي انتهجه لقرابة أكثر من 30 سنة منذ صدور دستور 1989، وتبنى نظام المحكمة الدستورية، وفقا لما تم إدراجه في التعديل الدستوري 2020، الذي أقر تأسيس محكمة دستورية مستقلة هدفها "ضمان احترام الدستور" في المادة 185 من الفصل الأول الباب الرابع.¹ ، ضمن مؤسسات الرقابة، في حين أدرج القضاء في الفصل الرابع من الباب الثالث، وكأنه أراد أن يقول إنه لم يعتبرها جهة قضائية كالمحاكم العادية والمحاكم الإدارية ومجلس الدولة والمحكمة العليا لكونها تخضع لنظام خاص ، بخلاف ما فعلت بعض الدساتير المقارنة، كالدستور المصري الذي أدرج المحكمة الدستورية العليا ضمن الفصل الرابع الباب الخامس المعنون بنظام الحكم إلى جانب كل السلطة القضائية التي نضمها في الفصل الثالث ضمن نفس الباب.²

وبالرغم من انتهاج الدستور لرقابة القضائية بنصه على تأسيس المحكمة الدستورية واستبعاده للمجلس الدستوري ، إلا أنه من خلال التمعن جيدا في المادة 186 من التعديل الدستوري 2020 ، نرى أنها لم تختلف كثيرا عن تشكيلة المجلس الدستوري المعتمدة في دستور 2016 ، لاعتمادها لألية التعيين لتشكيلها من 12 عضو من بينهم 4 أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية، لاحتفاظ رئيس الجمهورية بسلطة التعيين 4 أعضاء، من بينهم رئيس المحكمة الدستورية ، أما ما يمكن قوله عن استبعاده لغرفتي البرلمان من التشكيلة المحكمة الدستورية ، نرى أنه قد أحسن فعلا المؤسس الدستوري، وحبذا لو كانت تشكيلة المحكمة الدستورية تجمع أعضاء كلهم منتخبين وتستبعد آلية التعيين من تشكيلة هذه الهيئة القضائية.³

أما ضمه لقضاة منتخبين من مجلس الدولة أو المحكمة العليا، لا نرى فيه أي إشكال للاستفادة من خبرتهم في مجال القانون، ونوافق ما ذهب إليه الأستاذ بوضياف عمار (أن اختيار القضاة بطريقة الانتخاب ضمن قمتي هرمي القضاء ممثلة في كل من مجلس الدولة و المحكمة العليا يدعم أكثر ديموقراطية النظام)، وقوله (أن الاختيار حتى إن تم عن طريق هيكلية جماعية ودستورية هي المجلس الأعلى للقضاء قد تثير بعض الانتقادات ، أما والحال إن الاختيار نابع من الصندوق و الاختيار سيضع لاشك حدا لكل نقد قد

القرار رقم 983-2021، مارس 2022، الإحالة من محكمة النقض، 17 ديسمبر 2021

القرار رقم 980-2021، مارس 2022 الإحالة محكمة النقض، 16 ديسمبر 2021

القرار رقم 28 966-2021، يناير 2022 الإحالة من محكمة النقض، 18 نوفمبر 2021

www.conseil-constitutionnel.fr

¹ - عمار بوضياف، إرساء المحكمة الدستورية في الجزائر في ضوء التعديل الدستوري 2020، في صليب إصلاح الدولة،

الجزء 2، يوسف بن خدة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. 2021، ص 32

² -دستور مصر 2014، المرجع السابق، ص 32

³ -المادة 186 التعديل الدستوري 2016، المرجع السابق، ص 23

يثار)¹، ولبعد القضاء عن العمل التشريعي للبرلمان بخلاف السلطة التنفيذية التي تتشارك البرلمان في ممارسة الاختصاص التشريعي، والتي من الأفضل استبعادها لضمان حيادية المحكمة في ممارسة اختصاصاتها، لاسيما وأن من يتم اختيارهم لا يتم عن طريق التعيين، بل بطريقة مشروعة كما أن خبرتهم الطويلة في مجال القانون ستنعكس حتما إيجاباً على أداء المحكمة الدستورية.

ولا نستطيع أن ننكر أن لتغييرات التي أحدثها التعديل الدستور الجزائري الأخير في مجال الرقابة الدستورية امر جيد، والشيء الجديد الذي أبدع فيه الدستور الأخير بإضافته إلى تشكيلة المحكمة الدستورية 6 أعضاء منتخبين لا ينتمون إلى أي سلطة من السلطات الثلاثة من أساتذة القانون الدستوري في المادة 186²، ممن تتوافر فيهم الشروط التي حددها الدستور في المادة 187 محايدون يؤدون اليمين أمام رئيس المحكمة الدستورية، وهو بتأكيد ما سيكون لخبرتهم في مجال القانون الدستوري أثر فعال على قرارات هذه المحكمة.³

كما أن توسيعه لنطاق الدفع بعدم الدستورية ليشمل النصوص التنظيمية إلى جانب النصوص التشريعية سيمكن الأفراد من إبطال كل تنظيم لم تمتثل فيه السلطة التنفيذية لمبادئ وأحكام الدستور، لكن توارث المحكمة الألية الإخطار واعتمادها ألية الإخطار الوجوبي والاختياري، وإسنادها لنفس الجهات بإمكانها تحريك هذه الألية التي أبقته المجلس الدستوري ساكناً لعدة سنوات، وعدم اعتماده لأليات جديدة تجنبه مساوئ هذه الألية بخلاف هاتين الأليتين هو ما نعيبه، لعدم منحه المحكمة الدستورية الحق في التصدي، أو منح المحاكم من مختلف الجهات حق الإحالة الأحكام التشريعية والتنظيمية المشكوك مخالفتها لدستور المنتهكة لحقوق وحريات الأفراد بمناسبة نظرها في الدعوى كما فعلت بعض الدول كقانون المحكمة الدستورية في دولة مصر في المادة 427⁴، حبذا لو منح للمحكمة الدستورية الاختصاص بتحريك الرقابة الدستورية ذاتياً لتصدي لأي مخالفة دستورية، وقد أثارها المجلس الدستوري الجزائري 25 جويلية 1995، بالرغم من عدم وجود نص صريح يجيز له ذلك تلقائياً في الدستور، حينما فصل هذا الأخير في دستورية الحكم التشريعي الذي اشترط شهادة الجنسية الأصلية لزوج كشرط قبول الترشح للانتخابات الرئاسية⁵، حبذا لو مكن المحاكم من تحريك ألية الدفع من تلقاء نفسها في مواجهة أي حكم تشريعي أو تنظيم معيب بعدم الاختصاص التشريعي، لأن ذلك

¹- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص32

²- المادة 186، التعديل الدستوري 2016، المرجع السابق، ص23

³- المادة 187، التعديل الدستوري 2016، المرجع السابق، ص23

⁴- نوار بدير، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة برزيت سلسلة، أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية، فلسطين، 2017، ص15

⁵- فاطمة الزهراء رمضاني، منهج القاضي الدستوري في ضبط المشرع من الاعتداء على الحقوق والحريات وفق التعديل الدستوري 2020، مجلة أبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد 1، 2021، ص59

سيضمن ذلك لامحالة امتثال المشرع لأحكام الدستور و تنقيح منظومة الحقوق والحريات من عدم الاختصاص السلبي وأثاره .

المبحث الأول: رقابة مجلس الدولة لعدم الاختصاص السلبي للمشرع

لا شك في أن مجلس الدولة قد كان أول جهاز رقابي قد اضطلع بممارسة رقابته على عدم الاختصاص السلبي، حيث يبرز بوضوح عدم امتثال السلطات الإدارية للقانون ، وهو الأمر الثابت عن السوابق القضائية لهذا الجهاز، قبل أن يذيع صيت فكرة عدم الاختصاص السلبي، وتنتقل إلى القضاء الدستوري وتطبق على حالات امتناع المشرع عن تفعيل أحكام الدستور ، وذلك ما سنشرع في الحديث عنه لاحقا، وبما أن سوابق القضائية لمجلس الدولة تؤكد مواجهتها وإدانتها لأوجه عدم الاختصاص السلبي في القرارات الإدارية التي تطال أعمال السلطات المركزية، سنناقش في هذا المبحث كما قلنا سابقا، بحكم أولوية تجسيد مجلس الدولة لفكرة عدم الاختصاص السلبي في قراراته، ومحاولة منا لحسم الجدل الفقهي الذي قد طال رقابة مجلس الدولة لعدم الاختصاص السلبي في قرارات رئيس الجمهورية ، وعرض موقف مرجح من هذه الاتجاهات الفقهية المتناقضة، ولتحديد نوع القرارات الإدارية التي تستهدفها رقابة مجلس الدولة على عدم الاختصاص السلبي في الواقع العملي ضمن المطلب الأول: اختصاصات رئيس الجمهورية التشريعية والتنظيمية.

وذلك بطبيعة الحال قبل أن تنتقل إلى المطلب الثاني ونتعرض إلى كيفية معالجة مجلس الدولة لعدم الاختصاص السلبي في: المطلب الثاني: صور رقابة مجلس الدولة على اختصاصات رئيس الجمهورية التشريعية والتنظيمية.

المطلب الأول: اختصاصات رئيس الجمهورية التشريعية والتنظيمية

يتولى رئيس الجمهورية في الأنظمة الرئاسية عموما، والنظام الدستوري الجزائري على وجه الخصوص، اختصاصات متنوعة ومتعددة، ذا طبيعة تشريعية يباشرها بموجب أوامر تشريعية لتنظيم المسائل المعهودة للقانون والخارجة عن مجال التنظيم، واختصاصات تنظيمية بمراسيم رئاسية في مواضيع أخرى متعددة لم تذكر في الوثيقة الدستورية، من دون إجراءات وشروط وضوابط كتلك التي يتميز بها عن العمل التشريعي للبرلمان، ولتحديد طبيعتها سنتطرق في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية

الفرع الثاني: الاختصاص التنظيمي لرئيس الجمهورية

دستور 1996 المعدل 2020 كغيره من الدساتير الجزائرية السابقة خول لرئيس الجمهورية الاختصاص التشريعي بأوامر نيابة عن غرفتي البرلمان، في الحالات التي ذكرها بوضوح في المادة 142 والمتمثلة في حالة شغور المجلس الشعب الوطني.¹، التي بين الدستور في مواد متفرقة منه متى يمكن أن يصبح المجلس الشعبي الوطني في حالة شغور، وذلك ما بينته كل من المادة 151، التي أطلقت العنان لرئيس الجمهورية في إعلان حل المجلس الشعبي الوطني وتقرير إجراء انتخابات مبكرة قبل انتهاء عهدة المجلس الشعبي الوطني تجرى في مدة لا تتعدى الثلاثة أشهر من تاريخ صدور قرار الحل، دون تقييده بأية شروط أو الزامه باستعمال هذه السلطة لأسباب، أو لظروف محددة أو الزامه بتحديد مبررات إعلانها.²

وهي الحالة التي يمكن أن تبررها إما نية رئيس الجمهورية لوضع حد للخلافات القائمة بينها وبين الحكومة، أو لعدم حصول توافق بين هذا الأخير والأغلبية البرلمانية أو بسبب رغبة هذا الأخير في إجراء إصلاحات تمس مجالات مختلفة على مستوى النظام القائم في الدولة.³

ويرجع ذلك لسلطة التقديرية لرئيس للجوء لهذه الألية وللأسباب التي تحددها إرادته، التي لم يقيدھا الدستور أثناء اتخاذ هذا الإجراء، إلا استشارة بعض الشخصيات الهامة بعضها من الشخصيات التي يعينها هذا الأخير في الدولة من رئيس المجلس الدستوري والوزير الأول، وبعضها ممثلة لشعب من رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعب الوطني لإبداء وجهة نظرهم في الموضوع التي ليس عليه التقيدها.⁴

لكن ليس في جميع الحالات ففي حالات أخرى قد يضطر رئيس الجمهورية لحل المجلس الشعبي الوطني وجوبا لأسباب نستشفها من نص المادة 108، حال التي لم يظفر فيها مخطط عمل الحكومة بترحيب المجلس الشعبي الوطني، لو سبق وأن تعرض لرفض مرة قبل ذلك، إذ تستمر الحكومة في ممارسة نشاطاتها إلى أن يتم انتقاء مجلس جديد عن طريق الانتخاب في زمن لا يتعدى ثلاثة أشهر.⁵

أو بسبب عدم رضی المجلس الشعبي الوطني الاستجابة لطلب الوزير الأول، أو رئيس الحكومة التصويت بالثقة لأجله، وفقا لأحكام المادة 111، التي مكنت رئيس الجمهورية من استخدام ألية الحل دون صعوبات، لإخلاء سلطته في استخدام هذه الألية من القيود، وإجراء انتخابات مبكرة تطبيقا لأحكام المادة 151، والخيار في وضع اليد على هذه الألية يبقى من صلاحية الرئيس دون سواه لحل

¹ -المادة 142، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص32

² -المادة 151، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص34

³ - عفاف لعقون، سلطة رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر فوق التعديل الدستوري 2020، مجلة العلوم الاجتماعية والقانونية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، ص1156

⁴ -المادة 151 التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع، ص34

⁵ -المادة 108، التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع، ص26

المجلس الشعبي الوطني، أو إقامة انتخابات مبكرة قبل موعدها أو البت لطلب استقالة الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة.¹

إذا ما تبين لرئيس الجمهورية إساءة المجلس الشعبي الوطني للحكومة جراء تشتت الأغلبية البرلمانية أو فشله في ممارسة اختصاصه، لاسيما وأن له برنامج سياسي سبق وأن قدمه أثناء العرس الانتخابي.² وبهذا الشكل نعتقد أن آلية الحل تشكل ضغطا كبيرا على المجلس الشعبي الوطني الذي سيجد نفسه مضطرا في كل مرة إلى قبول مخطط عمل الحكومة أو الاستجابة لطلبة الوزير الأول لتصويت بالثقة لصالحه، حتى وإن لم يكن على قناعة تامة به، بالتالي منح الضوء الأخضر لمخطط عمل الحكومة، تبجيلا للحفاظ على مكانته على الغاية التي وجد من أجلها، المتمثلة في حماية والحفاظ مصلحة الناخبين، ومن جهة أخرى لم يسند الدستور لرئيس الجمهورية سلطة التشريع بأوامر في حالة الشغور المجلس الشعبي الوطني فحسب، فكذلك فقد أسند له هذا الاختصاص في فترة غياب البرلمان أثناء عطل البرلمان، مستهدفا من ذلك تفادي وقوع فراغ تشريعي أو لضمان استمرارية سيرها وأدائها لصلاحياتها.³

حيث بإمكان رئيس الجمهورية أن يصدر أوامر تشريعية خلال العطلة البرلمانية ولمدة شهرين قبل عودة البرلمان، ابتداء من الشهرين التاليين لشهر يوليو، وقبل بداية شهر سبتمبر، حسب ما هو مبين في المادة 138، التي كانت في غاية الدقة في تحديدها لتواريخ بداية وانتهاء الأجل المحددة لدورة العادية بخلاف التعديل الدستوري 2016 الذي اكتفى بتحديد شهر سبتمبر كبداية لدورة، دون تحديد التاريخ بدقة في المادة 135 فقرة الأولى، على خلاف المادة 138 من التعديل الدستوري 2020 لتحديدها يوم بداية وانتهاء تاريخ الدورة التي إشارة إلى أن للبرلمان دورة واحدة في السنة مدتها 10 اشهر، تبدأ في ثاني يوم عمل من شهر سبتمبر، وتنتهي في أخر يوم عمل في شهر يونيو.⁴

والتي يمكن أن تقلص في حالات محددة في نص هذه المادة، إذا ما طلب الوزير الأول أو رئيس الحكومة تمديد الدورة لانتهاء من دراسة مسائل محددة في جدول الأعمال، أو تلبية لطلب ثلثي المجلس الشعبي الوطني، أو استجابة لدعوة من رئيس الجمهورية، بناء على طلب من الوزير الأول، أو رئيس الحكومة بإجراء اجتماع، أو إذا تم الاجتماع لدورة غير عادية استجابة لطلب رئيس الجمهورية.⁵

وبخلاف دستور 1996 في المادة 118 الذي لم يحدد لا تاريخ بداية و لا تاريخ انتهاء الدورتين بدقة فضلا على إلزامها البرلمان بإجراء دورتين مدة كل منهما أربعة أشهر على الأقل في السنة لتبقى أربعة أشهر

¹ -المادة 111، التعديل الدستوري 2020، ص 26

² - عفاف لعقون، المرجع السابق، ص 1157

³ - عفاف لعقون، نفس المرجع، ص 1155

⁴ -المادة 135 فقرة 1، التعديل الدستوري 2016، تقابلها المادة 138، التعديل الدستوري 2020

⁵ -المادة 138، التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع، ص 30

كمدة للعطل البرلمانية، هذا إذا لم يجتمع البرلمان لدورة غير عادية بطلب من رئيس الجمهورية، والتي لم يحدد لها أجالا معينة بتعليق نهايتها بانتهاء دراسة جدول الأعمال المتعلقة بهذه الدورة الاستثنائية، وهذا ودون احتساب الاجتماعات التي يمكن أن تنعقد إذا ما تلقى البرلمان دعوة من رئيس الجمهورية، بناء على طلب من الوزير الأول، أو بناء على طلب من ثلثي المجلس الشعبي الوطني أو بذلك يكون التعديل الدستوري 2020 قد خفض من المدد الزمنية للعطلة البرلمانية بالمقارنة مع دستور 1996.¹

ونذهب إلى ما ذهب إليه الأستاذة "العقون" أن تخفيض المؤسس الدستوري الجزائري لمدة العطل البرلمانية في التعديل الدستوري الأخير يرجع إلى رغبة هذا الأخير في التضييق من تدخل رئيس الجمهورية في اختصاص السلطة التشريعية²، لأن الممارسة العملية قد سبق وأن أكدت إمضاء رئيس الجمهورية دفعة واحدة على سبعة أوامر تشريعية عقب انتهاء الدورة الربيعية لمدة لا تقل عن أسبوع، والتي نالت موافقة البرلمان كلية دون مناقشة أو اعتراض في جلسته المنعقدة بتاريخ 8 أكتوبر 2003.³

ومن جهة ثانية يتسنى لرئيس الجمهورية أن يصدر أوامر تشريعية يعلن من خلالها قيام أو انتهاء الحالة الاستثنائية، في حالة وجود خطر يكاد أن يقع أو يؤدي المؤسسات الدستورية لدولة وسلامة ترابها واستقلاليتها، بعد إجراء بعض الاستشارات لشخصيات العليا في الدولة كرئيس المحكمة الدستورية ورئيسي المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، ويستمع لمجلس الوزراء والمجلس الأعلى للأمن، ويوجه خطابا للأمة، بإعلانها لمدة 60 يوما تقبل التمديد إذا وافق البرلمان بأغلبية أعضائه.⁴

وهي المدة التي أضافها التعديل الدستوري 2020، الذي نرى أنه قد أصاب لتقييد سلطة رئيس الجمهورية بالمدة المحددة، نظرا لخطورة الإجراءات التي تتخذ في هذه الحالة على حقوق وحرريات الأفراد، مع أن هذه المدة طويلة جدا، لاسيما وأن إعلان هذه الحالة يتقرر قبل وقوع الخطر دون أن يتريث حتى أن يقع الخطر فعلا، فقبل أن يحدث ما يخشى وقوعه يتخذ الإجراءات المناسبة لدرئه قبل حدوثه، بلجوء الرئيس إلى إعلان هذه الحالة بهدف مواجهتها، بموجب ما يتخذ من إجراءات استثنائية، ومع أنها قابلة لتمديد إذ كان من الأفضل تقليصها إلى مدة شهرين قابلة لتمديد حماية لحقوق وحرريات الأفراد من الإجراءات التقييدية التي ستفرض عليهم خلال إعلان هذه الحالة طبقا لما ورد في نص المادة 98 من التعديل الدستوري 2020.⁵

وقد الزم رئيس الجمهورية في التعديل الدستوري الجزائري الأخير بعرض الأوامر التشريعية التي يتخذها الأخير على المحكمة الدستورية، وهو إجراء جديد موفق، لأن من شأنه تقويمها من أوجه عدم

¹ - المادة 118 دستور 1996، المرجع السابق، 13.

² - عفاف لعقون، المرجع السابق، ص 1158.

³ - أنظر محمد بودواوية، ميمونة سعاد، المرجع السابق، ص 391.

⁴ - المادة 98، التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع، ص 24.

⁵ - المادة 98، التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع، ص 24.

الدستورية، لإجازة رقابتها من المحكمة الدستورية قبل صدورها ذلك فيما يخص الأوامر التشريعية التي تصدر في حالي شغور البرلمان، والعطل البرلمانية في اجل لا يتعدى 10 أيام.¹

لكن الجدير بالملاحظ هنا أن هذه المدة التي أوجب فيها الدستور على المحكمة الدستورية مراجعة دستورية الأوامر التشريعية غير كافية إذ لا تتسع لمراجعة عدد كبير من المواد أو عدة تشريعات، إذ تلقى البرلمان أكثر من أمر تشريعي واحد في نفس الوقت.² لذا حبذا لو تم تمديدتها إلى اجل 20 كما سبق القول أما فيما يخص الحالة الاستثنائية فإن ما يعيب الإجراء الذي جاء به التعديل الدستوري الأخير بإلزام رئيس الجمهورية بعرض الأوامر التشريعية على المحكمة الدستورية عقب انتهاء الحالة لإبداء رأيها حولها في المادة 98 الفقرة الأخيرة منه³، يدفع إلى التساؤل عن الغاية من عرض الأوامر التي اتخذها على المحكمة الدستورية عقب انقضاء الحالة الاستثنائية لعرض رأي حولها؟ أي عقب عودة الأوضاع إلى حالتها الطبيعية عقب انتهاء سريان هذه الأوامر مع انتهاء هذه الحالة؟ ولما لم يمنح الدستور للمحكمة الدستورية الحق في أن تصدر قرارا حولها لا مجرد رأي؟ مع العلم أن من عادة المحكمة الدستورية أن تصدر قرارات لدى ممارستها لاختصاصاتها؟

وهو ما تم التساؤل عنه و الإجابة عنه حيث يقول الأستاذ "احسن غربي بخصوص" هذه المسألة معلقا أن تمكين المحكمة الدستورية من إبداء رأيها حولها دون رقابة مطابقتها لدستور، هو عدم جواز إلغاء هذه القوانين التي تصبح بمجرد صدورها من رئيس الجمهورية قابلة لتنفيذ⁴، وهو ما لا نسايره الرأي لأنه حسب وجهة نظرنا أن إجازة الدستور عرض الأوامر التي تصدر في الحالات الاستثنائية عقب انقضاء الحالة، ليس لههدف تجنيبها قرار الإلغاء، لأن الأمر قد صدر على عجلة وتجلت آثاره على أرض الواقع وقد تم إيقاف العمل به لتحقيق الهدف المرجومنه، بل أن كل ما في الأمر منح تقييم حولها.

لاسيما أن الدستور قد اعتبرها قرارات لا ترقى لدرجة القوانين لعدم خضوعها لمصادقة البرلمان والدليل على ذلك استخدامه في نص المادة 98 الفقرة الأخيرة مصطلح "القرارات التي اتخذها أثناء...." رئيس الجمهورية، وليس الأوامر التشريعية، فذلك إقرار منه أن الأوامر التشريعية قبل خضوعها لمصادقة البرلمان بمثابة قرارات إدارية، وليس نصوص تشريعية تقتضي إصدار قرارات فاصلة في دستورها.⁵

¹ -المادة 142 فقرة 2، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص32

² -أنظر عفاف لعقون، المرجع السابق، ص1159

أنظر أحسن غربي، التشريع بأوامر في ظل التعديل الدستوري 2020، المجلة الشاملة للحقوق، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، العدد2، 2021، ص76، 75

³ -المادة 98 فقرة الأخيرة، التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع، ص24

⁴ -أحسن غربي، التشريع بأوامر في ظل التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص76

⁵ -المادة 98، التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع، ص24

إن رئيس الجمهورية مقيد دستوريا بالضوابط والإجراءات التي حددها الدستور لدى إصداره للأوامر التشريعية ، وبإغفاله لها ستكون الأوامر التشريعية الصادرة عنه غير دستورية، وهو ما تتحقق منه المحكمة الدستورية لدى عرضها عليها ، من مدى التزام الرئيس باستشارة مجلس الدولة الذي يعد إجراء ملزما له بالنسبة للأوامر التشريعية المتخذة أثناء عطلة البرلمان أو في حالة شغوره ، أما فيما عدى ذلك من حالات فالأمر مختلف بالنسبة للأوامر التشريعية الصادرة في الحالات الاستثنائية ، كذلك الشأن بالنسبة للأوامر التشريعية التي تصدر لإنفاذ قانون المالية ، لخضوعها لرقابة المسبقة لمجلس الدولة.¹ لاسيما أنه ليس من الملزم مرورها على الرقابة الوجودية المسبقة للمحكمة الدستورية كالأوامر الصادرة في حالي الشغور والعطل البرلمانية بما يوافق المادة 142 من الدستور²

والأمر الذي يمكن ملاحظته، هو أن الأوامر التشريعية المتخذة في الظروف العادية لن تستمر في النظام القانوني، مالم يصادق عليها البرلمان في أول دورة عادية له كانت أم استثنائية، وهو مالم يحدده الدستور، فضلا على عدم تحديده لكيفية المصادقة عليها والزامية قبولها كلية أو رفضها كلية مع حضره إخضاعها للمناقشة من قبل البرلمان مادة بمادة، كما يحدث مع القوانين الأخرى الملزم عرضها في شكل اقتراحات أو مشاريع قوانين على البرلمان لمناقشتها إبان المصادقة عليها.³

وردا على بعض الأقاويل الفقهية التي يرى فيها أصحابها، أن إلزام رئيس الجمهورية بعرض الأوامر التشريعية على البرلمان فور عودته في أول دورة، وجد لتدارك أي إهمال أو تقصير محتمل قد يشوب الأوامر التشريعية، بالرغم من أن مواجهة البرلمان لرئيس الجمهورية غير محتمل الوقوع، نظرا للمركز القانوني الذي يحظى به رئيس الجمهورية، باعتباره من يملك آليات في مواجهة البرلمان الذي ليس بمقدوره مناقشة هذه الأوامر أو اقتراح إدراج أي تعديلات عليها.⁴

وهو ما لا نوافقه الرأي لأننا نرى خلاف ذلك أن إلزام رئيس الجمهورية بعرض الأوامر التشريعية بعد عودة البرلمان، أنه لم يكن لتصحيح البرلمان أو لتداركه أي إهمال أو تقصير كما يزعم البعض، لأن الدستور لم يلزم البرلمان بمناقشتها مادة بمادة، بل الواجب هو المصادقة عليها أو رفضها جملة وتفصيلا كإجراء شكلي تقتضيه القوانين المتضمنة لمسائل تنتمي لمجالات القوانين العادية أو العضوية، وقد يجادلنا البعض كيف للبرلمان أن يمنح قانونا موافقة عليه بمجرد الاطلاع عليها من دون أن يناقشها، حتى ولو لاحظ أخطاء ومخالفات؟ لاسيما وأن الدستور لم يحدد أجالا للمصادقة عليها، فحسب رأينا لو كانت الغاية المحددة من عرض الأوامر التشريعية على البرلمان منه الوقوف على مواطن الضعف والقصور لما منح له الحق في مناقشتها و اقتراح تعديلات أو الحق في القبول جزء دون

¹- أحسن غربي، التشريع بأوامر في ظل التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع ، ص 77

²- أحسن غربي، التشريع بأوامر في ظل التعديل الدستوري 2020 ، المرجع السابق، ص 76

³- محمد بودواوية، سعاد ميمونة: المرجع السابق، ص 390

⁴- عفاف لعقون، المرجع السابق، ص 1158

الأخر، فالقانون سبق وسرى وتجلت آثاره من مراكز قانونية وحقوق، وما وإلغاءه إلا انتهاك لها، كما أن تصحيح القصور والنقص الذي يشوب الأوامر التشريعية من اختصاص المحكمة الدستورية وليس البرلمان.

ما ينم على أن الأوامر التشريعية تلغى ما لم يرغب بها البرلمان باعتراض أغلبية أعضاء ونوابه البرلمان منحها أصواتهم، وهي الأغلبية التي لم يذكرها الدستور الذي خص المصادقة على الأوامر التشريعية بطريقة تختلف عن الطريقة المألوفة، والمتعود عليها في المصادقة على القوانين الأخرى العادية أو العضوية أو أغلبية خاصة.

كما نعتقد أن المؤسس الدستوري منع مناقشة الأوامر التشريعية لتفادي وقوع أي اختلاف عليها بين غرفتي البرلمان، وكسب الوقت الذي تستغرقه عملية مناقشة القوانين التي تتعارض مع طبيعة الأوامر التشريعية التي تعد ملزمة التنفيذ فور صدورها، ومنع وقوع حالة فراغ تشريعي جراء ذلك، كما أن تمكين الدستور البرلمان من مناقشتها يتنافى مع وصفها كأوامر تشريعية تستوجب التنفيذ وهي على عجلة من أمرها، لاسيما متى تحققت الحالة المنصوص عليها في المادة 146 من التعديل الدستوري 2020 عدم مصادقة البرلمان على مشروع قانون المالية في ظرف 75 يوما.¹

الفرع الثاني: الاختصاص التنظيمي لرئيس الجمهورية

يملك رئيس الجمهورية صلاحيات متعددة، فهو من يؤدي الاختصاص التشريعي بأوامر تشريعية في الحالات المبينة أعلاه، وهو من يمارس السلطة التنظيمية بتنظيم سائر المسائل، التي لا يملك البرلمان سلطة التشريع فيها، والتي يستمد أساسها من الوثيقة الدستورية وبالتحديد من المادة 141.² وقبل التطرق إلى ما يطرحه موضوع الاختصاص التنظيمي لرئيس الجمهورية من إشكاليات حبذا لو تحدثنا عن مدلول هذا الاختصاص وأنواعه، إن للاختصاص التنظيمي لرئيس الجمهورية في الدستور مدلول يعبر عن بيان طرق إدارة وتسيير مرافق الدولة، وما يقتضيه ذلك من إصدار قرارات التعيين والعزل في الوظائف المدنية والعسكرية، من خلال ما يوضع من طرف رئيس الجمهورية من مراسيم رئاسية.³

¹ -المادة 146، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص33

² -المادة 141، التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع، ص32

³ -عادل ذواوي، السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2013، 2012، ص 22

وهي «سلطة اصلية» تمارس في شتى الظروف، ومن دون مشاركة أي جهة¹، فهي تمارس عن طريق المراسيم تنظيمية بتسليطها الضوء على مسائل مغايرة للمواضيع المتطرق لها في المراسيم التنفيذية التي تحمل توقيع الوزير الأول لتفعيل النصوص القانونية بعد الحصول على موافقة رئيس الجمهورية².

إذ يمارس رئيس الجمهورية سلطته التنظيمية عادة في الظروف العادية مستهدفا تنظيم "المرافق العمومية" " بقصد إنشاء وتنظيم المرافق العامة وتنسيق سير العمل في المصالح والإدارات الحكومية العامة"، كما ويمارس سلطة الضبط الإداري في الظروف الغير العادية كإعلان "حالة الطوارئ والحصار" لحماية الأفراد وممتلكاتهم، بواسطة ما يقرر وجوب اتخاذ من إجراءات وتدابير تقييدية لحقوق وحريات الأفراد لمدة زمنية معينة، بهدف للحفاظ على النظام العام³.

بدورها المراسيم الرئاسية تنقسم إلى نوعين، مراسيم رئاسية تنظيمية، ومراسيم فردية، يوجد بينهما اختلاف من حيث المضمون يجدر بنا الإشارة إليه، فالنوع الأول المتمثل في المراسيم التنظيمية المتضمن لقواعد متسمة بالعمومية والتجريد كالقواعد القانونية الصادرة عن المشرع، بينما المراسيم الفردية أي النوع الثاني، فلا تتميز بالعمومية والتجريد، لأنها تخص مراكز قانونية محددة بذاتها، إذ عادة ما يصدرها رئيس الجمهورية لتعيين في الوظائف المدنية والعسكرية⁴.

فالإشكال هنا يتحدد في سلطة رئيس الجمهورية الحرة من التقييد، بسبب خلو الدستور من نصوص تفرض على هذا الأخير شروطا أو قيودا باتباع مراحل أو إجراءات لإعداد وإصدار المراسيم الرئاسية لاسيما في الظروف العادية، كتلك المفروضة على البرلمان من مبادرة بمشاريع واقتراحات قوانين ومناقشتها والمصادقة عليها عدى الالتزام الامتثال للمبادئ الدستورية⁵.

لاسيما لكون هذا الأخير غير ملزم بعرض مراسيمه على أي جهة، في سبيل أخذ موافقتها أو استشارتها كاستشارة مجلس الدولة مثلا أو اتخاذها على مستوى مجلس الوزراء، كما فعل الدستور الفرنسي في المادة 38 فقرة 2 من التعديل الدستوري 2008⁶، أو عرضها مسبقا على رقابة المحكمة الدستورية قبل صدورها.

¹ - عادل ذواوي، المرجع السابق، ص 23

² - نور الدين بن دحو، السلطة التنظيمية المستقلة كألية مدعمة لمركز رئيس الجمهورية في الجزائر أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر 2016، 2015،

ص 31، 32

³ - نور الدين بن دحو، نفس المرجع، ص 57، 61، 62، 55، 54

⁴ - عادل ذواوي، نفس المرجع، ص 23

⁵ - نور الدين بن دحو، نفس المرجع، ص 35، 23

⁶ - المادة 38 فقرة 2، القانون رقم 19-08، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية رقم 63، المؤرخة في 16 نوفمبر

أما عندما نتحدث عن السلطة التنظيمية في الظروف الاستثنائية فالأمر مختلف، لوجوب اعتماد هذا الأخير لإجراءات محددة في الدستور، وبالخصوص أن الواقع العملي يؤكد تفوق تصنيفها عن التشريع العادي، ومرد ذلك يعود إلى كونها الأكثر استخداماً في شتى النشاطات التي تتدخل فيها الدولة، ولتضمنها قواعد عامة مجردة تنظم المراكز القانونية للأفراد، وبذلك لا ندعو كما دعا بعض من الفقه إلى منح المراسيم الرئاسية مرتبة موازية لمرتبة التشريعات البرلمانية.¹

بل ندعو إلى إعادة الاعتبار للقوانين، بمنحها في الواقع العملي مكانة تفوق المراسيم التنظيمية، وتوسيع مجالاتها وتقليص من مجالات السلطة التنظيمية، فلا يمكن أن تمنح المراسيم الرئاسية ذات مكانة القوانين، لأن في ذلك إخلال بمبدأ تدرج القوانين، ولأن للقوانين إجراءات خاصة تخضع للمناقشة والمصادقة كما أن بعضها يخضع لرقابة الوجودية من المحكمة الدستورية، بينما المراسيم فلا تخضع لكل ما تخضع له القوانين من إجراءات لذلك فليس من المنطقي جعلها في نفس مرتبة القوانين.

فالعدالة الدستورية تؤكد على أنه مثلما هو غير جائز للبرلمان عدم الامتثال لأحكام الدستور أو التنازل عن اختصاصه، كذلك يمنع على رئيس الجمهورية أن يتجاوز اختصاصه أو يتنازل عنه لصالح السلطة التشريعية، وإلا طبق عليه القول بمخالفته أحكام الدستور التي يستمد منها سلطته التنظيمية ومن باب احترام مبدأ الفصل بين السلطات وقواعد الاختصاص.²

وما يؤكد هذا القول هو أن العديد من الدساتير المقارنة قد أدانت حالات عدم الاختصاص السلبي التي تصدر عن رئيس الجمهورية، فإذا حدث وأن أحال رئيس الجمهورية اختصاصه في تنظيم أي مسألة من المسائل التي تعود إلى الوزير الأول الذي يختص بإصدار مراسيم تنفيذية لتنفيذ المراسيم الرئاسية إلى جانب النصوص التشريعية، يكون قد تنازل عن اختصاصه بما يخالف الدستور، وكان عمله باطلاً لمخالفته قواعد الاختصاص، وحبذا لو منع الدستور صراحة مسألة التنازل عن الاختصاص سواء الواقع من جانب السلطة التشريعية أو من جانب السلطة التنفيذية صراحة للحد من هذه المشكلة وتبعية آثارها.

المطلب الثاني:

صو رقابة مجلس الدولة لعدم الاختصاص السلبي

إن تحديد أساس فكرة عدم الاختصاص السلبي، يقتضي البحث عن جذورها التاريخية، أين يتحدد تاريخ نشأتها إلى القرن الرابع الأخير من القرن التاسع عشر، وأين يعود مكان ظهورها في فرنسا وبالتحديد

¹- نور الدين بن دحو: المرجع السابق، ص 35، 41.

²- المرجع نفسه، ص 38.

مجلس الدولة الذي رفض من خلال الأحكام القضائية التي أصدرها حالات امتناع السلطات الإدارية لمباشرة مهامها. حيث تم التأسيس لفكرة عدم الاختصاص السلبي، من خلال ما أفصح عنه من أحكام قضائية،¹ مع العلم أن بزوغ هذه الفكرة من باب أولى يعود إلى اجتهاد الفقيه "إدواردو لافيير"، الذي اعتبر عدم الاختصاص السلبي واحد من أوجه عدم المشروعية الخارجية الذي يمكن أن تعاب بها القرارات الإدارية.²

وقد استطاع هذا الفقيه أن يستنبط فكرته من فكرة عدم الاختصاص الإيجابي كوجه من أوجه من أوجه عدم المشروعية الخارجية، ومحل لرقابة الإلغاء لتشويهها القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية في حالات تجاوز هذه الأخيرة لاختصاصاتها³، واستنكاره لحالات رفض السلطات الإدارية مباشرة مهامها بإصدار قرارات تنتهي إلى اختصاصها.⁴

وفي جميع المناسبات كان موقف مجلس الدولة المستنكر لحالات عدم الاختصاص السلبي مؤطر على أساس انتهاك مبدأ المشروعية، لرفض المسؤولين الإداريين تطبيق أحكام القانون بعدم إصدارهم لقرارات إدارية واجبة الإصدار قانوناً، وأساساً لإبطال العديد من القرارات الإدارية بقرارات قضائية مختلفة معظمها ذات أثر ملغي، يختلف ذلك باختلاف الدعاوي المرفوعة أمامه، من دعاوي إلغاء تفسير أو تقدير المشروعية، وهو ما سنتطرق إليه في هذا المطلب الذي سيتم تقسيمه على النحو التالي:

الفرع الأول: دعوى الإلغاء

الفرع الثاني: دعوى تفسير وفحص تقدير المشروعية

¹ - سليم عبد المجيد إبراهيم: المرجع السابق، ص. 576.

² - أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 3

³ - أحمد عيد الغفلول، نفس المرجع، ص 1

⁴ - سليم عبد المجيد إبراهيم: نفس المرجع، ص 576

الفرع الأول: دعوى الإلغاء

أولاً: عدم رقابة مجلس الدولة للنصوص التنظيمية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي

يعد مجلس الدولة أسمى هيئة قضائية تعني بحماية الحقوق والحريات وتطبيق مبدأ المشروعية¹ باعتباره جهة قضائية مختصة بالفصل بالاستئناف في الأحكام المطعون فيها، بإصدار أحكام نهائية حولها متى تبين له ورود خطأ من قاضي أول درجة.²

وباعتباره أعلى جهة قضائية مختصة في البت في دعاوي التفسير وفحص تقدير مشروعية القرارات الإدارية، فضلاً على الفصل في دعاوى الإلغاء القرارات الإدارية التي تضعها السلطات الإدارية المركزية كقاضي أول وآخر درجة، طبقاً للمادة 109 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.³

ذلك أن من اختصاص مجلس الدولة طبقاً لقانون الإجراءات المدنية الجزائي، إصدار قرارات ابتدائية نهائية تلغي القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن " السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية"، أو فاصلة في الطعون التي يلتمس فيها تفسير أو تقدير ومدى شرعيتها وفقاً للمادة 4.9⁴

إن المتمعن في نص هذه المادة يجد أنها تجيز لمجلس الدولة فحص جميع القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية، إلا أن ذلك يتناقض مع أرض الواقع، وعليه فالسؤال المطروح هل بإمكان مجلس الدولة وفقاً لنص هذه المادة ممارسة رقابته على النصوص التنظيمية الصادرة عن رئيس الجمهورية الرجل الأول في الدولة؟ وهو ما اختلف الفقه بشأنه:

1- الإتجاه الفقهي الأول:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن لمجلس الدول الاختصاص في أن يفصل كقاضي أول وآخر درجة في دعاوى الإلغاء المتعلقة بالمراسيم الرئاسية التنظيمية، وتلك المراسيم التي يصدرها بناء على تفويض تشريعي أي المراسيم التي تتمتع بذات قوة القوانين الصادرة من البرلمان.⁵

¹- أحمد حاكم، المرجع السابق، ص 25

²- أحمد حاكم، نفس المرجع، ص 21

³- المادة 109، القانون رقم 09-08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

⁴- المادة 9، القانون العضوي 01-98، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وطريقة عمله.

⁵- أحمد حاكم، نفس المرجع، ص 21

لقابلية القرارات التنظيمية التي يضعها رئيس الجمهورية الطعن أمام أعلى هيئة قضائية على مستوى القضاء الإداري كمحل لدعوى الإلغاء أو تفسير وتقدير المشروعية، إذا ما أعيبت بعدم المشروعية بوصفها أعمالاً إدارية.¹

وبالتالي ممارسة سيطرته على النصوص التنظيمية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي التي تأتي لتنظيم مسائل قانونية، في الحالات التي يسمح فيها الدستور²، وأن عرض هذه القرار على مستوى مجلس الدولة لمعالجة أوجه القصور في المراسيم المعيبة بعدم الاختصاص السلبي، أفضل من الرجوع إلى السلطة التنظيمية ومتطلباتها بتصحيح العيب، هذا وقد عبر رأي من الفقه من بينهم الأستاذة "Aurelie Bretonneau" عن رفضه لأسلوب إلغاء الذي يعتمده مجلس الدولة لنصوص التنظيمية المشوبة بعدم الاختصاص السلبي.³

وقد أكد هذا الاتجاه الفقهي أنه ينبغي أن يخضع النص التنظيمي لرقابة القضاء الإداري لتأكد من عدم مخالفته للقانون، الذي يعد أعلى مرتبة منه قبل خضوعه لرقابة القضاء الدستوري، لأن مطابقته للقانون، تعني بنتيجة مطابقته لدستور والعكس، مخالفته للقانون تفيد عدم مطابقته لدستور، وهو لا يلزم باللجوء لرقابة الدستورية بالضرورة، اللهم إذا غيب نص القانون المنظم لذات المسألة التي يتناولها النص التنظيمي.⁴

2-الاتجاه الفقهي الثاني:

وهو ما انتقده جانب آخر من الفقه من أنصار الاتجاه الثاني على أساس أن المشرع أراد القول من خلال نص المادة 901 استبعاد المراسيم الرئاسية عن الرقابة الإدارية رقابة الإلغاء والتفسير أو رقابة فحص المشروعية وقصورها على القرارات الإدارية الأقل درجة من المراسيم رئاسية أو تلك الصادرة عن

¹- رايح بن معمر، سهام العيداني، الوظيفة القضائية لمجلس الدولة بالجزائر، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد4، الجزائر، 2018، ص71

²- Aurelie Bretonneau : **maitre des requetés conseil d'état L'incompétence négative faux ami du juge administratif** , nouveaux cahiers du conseil constitutionnel N46 l'incompétence en droit constitutionnel, 2015.P 18

³ -Aurelie Bretonneau: op.cit,p19,20

⁴- عبد الكريم الطالب، الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون والحق، طبعة الأولى، مكتبة المعرفة مراكش 2005، ص49

الوزير الأول وما يؤكد ذلك عدم صدور أي حكم في مواجهة مرسوم تنفيذي لاحتمال اعتبارها من ضمن الأعمال السيادية.¹

ويبرر ذلك الفقيهين "فرانس" و"وسان بارتليني" أن رقابة مجلس الدولة على عدم الاختصاص السلبي على أعمال السلطة التنظيمية، تشبه رقابة المجلس الدستوري، لذلك لم تعتمد من طرف مجلس الدولة حسب ما يستشف من السوابق القضائية لمجلس الدولة، رفض مجلس الدولة مراجعة المراسيم الصادرة عن السلطة التنظيمية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي، التي لم تتخذ كافة التدابير لتنفيذ لنصوص التشريعية، في الطعون المقدمة إليه على أساس أن السلطة التنفيذية غير ملزمة في الدستور بتنفيذ القوانين.²

وبوصفها أعمال حكومية من أعمال السيادة التي لا مجال لطعن فيها، ولهذا السبب يرفض بعدم القبول أي طعن موجه ضدها³، وهو ما يكاد يجمع عليه أغلب الفقهاء على عدم خضوع الأعمال الحكومية الصادرة عن السلطات الإدارية لرقابة قضاء الإلغاء. وفحص المشروعية وكل أنواع الرقابة الإدارية الأخرى التي تخضع لها الأعمال الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية طبقا للمادة 134 من الدستور.⁴

ومن بينهم الفقه الجزائري، وحجيتهم أن مجلس الدولة كثيرا ما اعتبر المراسيم الرئاسية أعمالا من أعمال السيادة المحصنة من الرقابة القضائية، لمجموعة من الاعتبارات السياسية، بالرغم من أن الدستور الجزائري، لم يستبعد صراحة من رقابة القضاء الإداري، ويعتبرها من أعمال السيادة التي لا مجال لطعن فيها، وكذلك قانون الإجراءات المدنية، بخلاف القضاء الجزائري الذي طبقها، ونلتمس ذلك في قرار المحكمة العليا الجزائرية المؤرخ في 17 جانفي 1984⁵، كما لم يخض مجلس الدول لرقابة المراسيم التنفيذية، سواء رقابة الإلغاء وكذلك الشأن بالنسبة لرقابتي التفسير وفحص المشروعية، ومرد ذلك إلى إدراج هذه المراسيم ضمن أعمال السيادة الغير الخاضعة لرقابة.⁶

¹ - عمر بوجادي، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 253

² - Aurelie Bretonneau : , ibid,p21,25

³ - عادل ذواوي، المرجع السابق، ص 154

⁴ - عادل ذواوي، نفس المرجع، ص 29

⁵ - تمت الإشارة إلى قرار المحكمة العليا الجزائرية المؤرخ في 17 جانفي 1984، ياسمين وعلي: مدى فاعلية الرقابة الدستورية على المراسيم الرئاسية في الجزائر، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، العدد الثامن، 2019، ص 41

⁶ - عمر بوجادي: نفس المرجع، ص 254

سواء المراسيم التنظيمية التي تحتوي قواعد عامة ومجردة، كالتى تصدر لتنظيم موضوع الصفقات العمومية، أو المراسيم الرئاسية الفردية التي لا تحتوي على قواعد عامة ومجردة تهم مراكز قانونية فردية لفرد أو مجموعة أفراد محددين.¹

والقول أن ممارسة مجلس الدولة رقابته على المراسيم الرئاسية يستدعي منح القضاء الاستقلالية الفعلية عن السلطة التنفيذية، وذلك ما يفتقده في الواقع فأعضاءها القضاة ورئيسها معينون من رئيس الجمهورية، زيادة على أنهم ملزمون دوريا بعرض تقارير عن حصيلة أعمالهم لرئيس الجمهورية، الذي يمارس سيطرته على هذا المجلس، من خلال سلطته التي يتمتع بها على مستوى المجلس الأعلى للقضاء.²

وهو ما يؤيده الرأي على أساس أن ممارسة مجلس الدولة لرقابة الإلغاء أو تفسير وفحص تقدير المشروعية في مواجهة القرارات الإدارية الفردية لسلطة التنفيذية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي تقتضي انتخاب القضاء، حتى يتمكن مجلس الدولة من ممارسة رقابته عليها، لأن خلاف ذلك ستفقد القرارات الإدارية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي الصادرة عن السلطة الإدارية المركزية، من رقابة مجلس الدولة مثلما تفقد النصوص التنظيمية من رقابة المحكمة الدستورية.

ثانيا: عدم رقابة مجلس الدول للأوامر التشريعية

من جهة ثانية لم يحتد الجدل الفقهي فحسب حول مسألة مدى خضوع المراسيم الرئاسية لرقابة مجلس الدولة، بل فقد اشتد الخلاف حول مدى إمكانية خضوع الأوامر التشريعية لرقابة مجلس الدولة قبل خضوعها لمصادقة البرلمان.

وقد اعتمد جانب من الفقه في التمييز بين العمل الإداري عن العمل التشريعي، من خلال الجهة المصدرة للعمل أي الجانب الشكلي أو الموضوع المتناول، فحسب وجهة نظرهم طبقا للمعيار الشكلي يتم التمييز بين العمل الإداري والتشريعي، بالنظر إلى الجهة الصادر عنها إذ يكون العمل إداريا، إذا صدر عن السلطات الإدارية، أما إن صدر عن السلطة التشريعية فهو عمل تشريعي، بغض النظر عن المسألة التي أتخذ من أجلها هذا الإجراء أو العمل، وحسب الفقه يعد معيارا سهلا لتمييز بين الأعمال التشريعية والإدارية، إذا مارست كل سلطة اختصاصها بصفة مستقلة بعيدا عن الأخرى، وهو ما يصعب في ظل وجود تداخل بينها، وهو ما أدى إلى انتهاج المعيار الموضوعي.³

¹ - أحمد بركات، و اقعة السكوت وتأثيرها على وجود القرار الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2014، 2013، ص 42

² - ياسمين وعلي: المرجع السابق، ص 41

³ - نواف طلال فهد العازمي، ركن الاختصاص في القرار الإداري وأثاره القانونية على العمل الإداري دراسة مقارنة ما بين القانونين الإداريين الأردني والكويتي، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2012، ص 19

وحسب وجهة نظرهم فالأوامر التشريعية من الجانب الشكلي، ماهي إلا قرارات إدارية، بالنظر إلى واضعها رئيس الجمهورية، ولا يمنع أن تكون محل لدعوى الإلغاء، إما بالنظر إلى موضوعها فينطبق عليها وصف الأعمال التشريعية التي يمنع الطعن فيها بالإلغاء.¹

بينما يرى أصحاب الاتجاه المعتمد للمعياري الموضوعي الفقيه "دوجي" "بونار" "جيز" أن التمييز بين الإثنين، يتطلب النظر إلى الموضوع العمل، لتحديد طبيعته إذا ما كان عملا تشريعيًا أو إداريًا، إذا تضمن قواعد عامة ومجردة تخص مراكز قانونية لإفراد غير محددين فهو عمل تشريعي، أما إذا أدى إلى إنشاء مراكز قانونية محددة فردية فهو عمل إداري.²

في حين أن أغلبية الفقهاء قد ذهبوا إلى القول أن (الأوامر التشريعية لا تختلف عن سائر القرارات الإدارية قبل المصادقة عليها من طرف البرلمان، وبالإمكان أن تكون محلا لرقابة الإلغاء، إذ يجوز الطعن فيها كغيرها من القرارات الإدارية، بينما يمنع الطعن فيها بمجرد حصولها على مصادقة البرلمان).³

وهو ما فنده قلة من الفقهاء ممن يمثلون الأقلية، أن الأوامر التشريعية، تظل قرارات إدارية قبل أو بعد موافقة البرلمان عليها، وما موافقة عليها سوى تأكيد على القوة القانونية لهذه القرارات التي بالإمكان أن تخضع لرقابة القضاء.⁴

وهناك من يعتبر الأوامر التشريعية أعمالا قانونية ترد عليها العديد من القيود الدستورية التي هي في الواقع مجرد قيود شكلية لكثرة إصدار رئيس الجمهورية لها⁵، والأعمال التشريعية لا رقابة إدارية عليها فهي تقبل رقابة وحيدة وهي رقابة المحكمة الدستورية.

أما بالرجوع إلى الفقه الجزائري، نجد من الفقه من يعتبرها قرارات إدارية قابلة لرقابة القضاء فقط قبل تصويت البرلمان، أما بعد ذلك فهي تشريعات غير قابلة لرقابة القضاء عليها كالأستاذ "مراد بدران" نصر الدين بن طيفور "خالفة معمري" والأستاذة "نصبي زهور" في قولها (وبالتالي نؤكد على ما توصلنا إليه عند تحديدها لطبيعة القانونية للأوامر المتخذة من قبل رئيس الجمهورية في غياب البرلمان، على أن هذه الأوامر بالنظر إلى مصدرها هو رئيس الجمهورية فهي قرارات إدارية تقبل الرقابة القضائية إلى حين عرضها على البرلمان، فإذا وافق عليها هذا الأخير تحولت إلى قوانين وعليه تتحصن من الرقابة القضائية، أما إذا رفضها فتلغى لكن بأثر مباشر"⁶.

¹ - عبد القادر عيتاوي، القرار الإداري السلبي - دراسة مقارنة، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 2، 2013، ص 37

² - نواف طلال فهد العازمي: نفس المرجع، ص 20

³ - محمد بودواوية، ميمونة سعاد، المرجع السابق، ص 266

⁴ - محمد بودواوية، ميمونة سعاد، نفس المرجع، ص 266

⁵ - أحسن غربي: المرجع السابق، ص 73

⁶ - محمد بودواوية، ميمونة سعاد، نفس المرجع، ص 269

أما القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية لإعلان الحالة الاستثنائية فقد سائر الفقه الجزائري كلا من الفقه والقضاء الفرنسي في موقفه، باعتبارها أعمالاً من أعمال السيادة التي لا تصح أن تكون تحت الرقابة قضائية، وبما يخالف ما نادى به الأغلبية في الفقه بوجوب خضوع هذا القرار لرقابة القضاء والغائه للحد من انحراف رئيس الجمهورية، وإصداره قرارات تمس بحقوق وحرية الأفراد أو تمس بالمصلحة العامة، على نقيض ذلك من الفقه الجزائري من يفض بشدة خضوع الأوامر التشريعية لرقابة القضائية باعتبارها تشريعات من يوم صدورها، ونجد من بين الفقهاء الجزائريين ممن عبروا عن هذا الموقف "السعيد أبو شعير" "الأسود محمد الأمين" والأستاذة "عقيلة خرياشي"¹.

ونحن بدورنا نؤيد أصحاب هذا الموقف الفقهي الجزائري الأخير فيما ذهبوا إليه، إذ نعتبر الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية قبل مصادقة البرلمان، أعمالاً ذات طبيعة تشريعية بحكم ما تعالجه من مسائل تعود إلى اختصاص البرلمان، سواء ما تعلق منها بالقوانين العادية أو العضوية بغض النظر عن الجهة المصدرة لها، فلا يجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام مجلس الدولة، لأن ذلك مساس باختصاص المحكمة الدستورية.

فالأصح الطعن فيها أمام المحكمة الدستورية، وقد أحسن المؤسس الدستوري ضمن التعديل الدستوري الأخير 2020 حين إخضاعها لرقابة الوجوبية للمحكمة الدستورية قبل مصادقة البرلمان عليها،² حماية لحقوق وحرية الأفراد، ووضع حد للجدل الذي أثير حول طبيعتها.

يبدو أن المؤسس الدستوري الجزائري اعتبر الأوامر قبل المصادقة عليها بمثابة تشريعات ودليل على ذلك هو إخضاعها لرقابة السابقة الوجوبية للمحكمة الدستورية باعتباره صاحب الاختصاص من رقابة من الناحيتين الشكلية والموضوعية، ولم يجز إخضاعها لرقابة القضاء الإداري.

غير أن المؤسس الدستوري الجزائري قد وقع في تناقض في موقفه حول الأوامر التشريعية وذلك في المادة 98، وبالتحديد في الفقرة الأخيرة لدى تنظيمه لإجراءات ورفع قرار الحالة الاستثنائية معترفاً بأنها قرارات، ولم يلزم رئيس الجمهورية بعرضها على المحكمة الدستورية وجوباً لتصدر حولها قراراً كما أفصح عنه في المادة 142 السابق ذكرها في الفقرة الأخيرة من المادة 98، "يعرض رئيس الجمهورية بعد انقضاء مدة الحالة الاستثنائية القرارات التي اتخذها أثناءها على المحكمة الدستورية لإبداء رأيها بشأنها"، والملاحظ علاوة على ذلك أن دور المحكمة الدستورية هذه المرة سيكون بإدلاء رأي حولها وليس قراراً، وهو تناقض مع المادة 198 فقرة 3 التي أقرت أن فصل المحكمة الدستورية في الأوامر التشريعية يكون بقرار وليس برأي "إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية أمر أو تنظيم فإن هذا النص يفقد أثره ابتداء من يوم صدور قرار المحكمة الدستورية"³.

¹ محمد بوداوية، ميمونة سعاد، نفس المرجع، ص 268، 281، 285، 286.

² أنظر المادتين 142 فقرة 2، المادة 198 الفقرة 3، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 41، 32.

³ المادة 98 فقرة الأخيرة والمادة 198 فقرة 3، نفس المرجع، ص 41، 2.

ذلك وقد أحضر قانون التنظيم القضائي الفرنسي رقم 16-24 الصادر في شهر أوت سنة 1790 في المادة 11 منه أي تدخل من طرف القاضي الإداري في أعمال السلطة التشريعية، سواء بمنع أو إيقاف أو ممارستها أو تنفيذها بشكل مباشر أو غير مباشر، وهو ما نوهت إليه المادة التي سبق ذكرها وما نوه إليه كذلك دستور 1791، وكذلك دستور الجمهورية الثالثة¹

أما بخصوص موقف القضاء الدستوري، نجد أنه قد أقر عدم اختصاص مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 2 مارس 1962 " قضية Rubin de servens et auteurs"، في الفصل في قرار رئيس الجمهورية 23 أبريل 1961، المتعلق بتطبيق المادة 16 من الدستور بالحالة الاستثنائية الذي اعتبره من أعمال السيادة، كما رفض في قراره 13 نوفمبر 1964 " قضية Livet" الرقابة على قرار رئيس الجمهورية الصادر 29 سبتمبر 1961، المتعلق بانتهاء فترة العمل بالمادة 16 لخروجها عن اختصاصه، ولكونها من أعمال التشريعية، فضلا على رفضها الطعن الموجه ضد القرار الصادر عن رئيس الجمهورية 3 ماي 1969 المتعلق بإنشاء محكمة عسكرية، مبررا رفضه على أساس أن هذا القرار من أعمال السلطة التشريعية.²

نخلص إلى القول أن مجلس الدولة لم يمارس رقابته على الأوامر التشريعية والمراسيم الرئاسية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي للمشرع، بالرغم من أنه قد مارس رقابته على بعض أعمال السلطة التنفيذية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي، وهو ما سنتعرض إليه على النحو التالي بالتعرض إلى نوع هذه القرارات ومن الجهة التي أخضعت قراراتها لرقابة عدم الاختصاص السلبي من طرف مجلس الدولة.

ثالثا:

رقابة مجلس الدولة للاختصاص السلبي مقصورة على قرارات الوزراء والجماعات الإقليمية

يعد مجلس الدولة الفرنسي أول جهة قضائية تمارسه رقابة الإلغاء على القرارات الإدارية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي، وبالأخص حالات امتناع السلطات الإدارية عن ممارسة اختصاصها.³

وقد عبر مجلس الدولة الفرنسي رفضه لعدم اختصاص السلبي بإلغائه لقرارات إدارية متعددة بعبارة مخالفتها للقانون، ومن أشهر سوابقه القضائية قراره الصادر في ماي 1874، والذي ألغى بمقتضاه القرار الذي عبر من خلاله وزير الصحة عن رفضه ممارسة اختصاصه في الرد على تعليق "رئيس جوقة الشرف"

¹ نصر الدين بن طيفور، حدود رقابة القاضي الإداري وأثرها على حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة مجلس

الدولة، العدد رقم 12، 2014، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ص 69

² محمد بود واوية، ميمونة سعاد: المرجع السابق، ص 290،، 292، 293، 294، 295

³ أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 1 و 2

بالقول أن ليس من حق السلطات الإدارية أن تزيد مما خول لها من سلطات أو تنتقص منها، الأمر الذي اعتبره تعديا على قواعد توزيع الاختصاص.¹

وفي قرار آخر له قد أقر هذا الأخير أن الوزير من خلال إقراره لعدم اختصاصه في البت في الشكوى المرفوعة إليه من قبل الشركة المقدمة لطلب، ضد قرار المحافظ في 10 ديسمبر 1880، قد تنكر لاختصاصه لهذا السبب، فمن الواجب أن يكون قراره محل إلغاء، وهو ما لاقى استحسانا من قبل بعض الفقهاء، والأمر متضح في قول البعض منهم "يتمتع مسؤول إداري عن ممارسة اختصاصه، حينما يرفض بلورة قرار معين نص عليه القانون ويدعي عدم اختصاصه في مباشرته بالرغم من انه ينتهي إلى اختصاصاته بموجب قانون".²

ذلك وقد أعلن مجلس الدولة الجزائري، في قرار رقم 097935 المؤرخ في 19/03/2015 الذي أدان فيه عدم الاختصاص السلبي، للامتناع عن تنفيذ الالتزامات القانونية من السلطة الإدارية، (حيث أن الجماعتين الإقليميتين المستأنف عليهما لم تتكفلا بالالتزامات الواردة في القوانين المذكورة أعلاه، ولا يمكنهما التنصل من هذه الالتزامات من خلال امتناعهما حارمتين المستأنف بصفته مواطنا من حماية له الحق فيها، حيث أن هذا الامتناع من هاتين السلطتين الإداريتين المستأنف عليهما عن تقديم عونهما لوضع حد للمساس بالسكينة العمومية، وأي تصرف يخل بها والذي تضرر منه المستأنف، من خلال إقامة السوق غير الشرعي محل النزاع، يمنح هذا الأخير الحق في تعويضه على أساس مبدأ المسؤولية من أجل إخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة)³. لكن مجلس الدولة الجزائري لم يكتفي بإبطال هذا القرار، بل كذلك قد حكم بالتعويض لصالح صاحب الحق المنتهك.

مما تقدم نرى أن رقابة الإلغاء من أهم صور الرقابة، التي واجه من خلالها مجلس الدولة حالات عدم الاختصاص السلبي، التي كثيرا ما أعيبت بها العديد من القرارات الإدارية الغير مشروعة، إلا أن رقابته لم تطل مختلف القرارات الإدارية التنظيمية والفردية الصادرة عن مختلف السلطات الإدارية المركزية، بل أنها قد اقتصرت على قرارات الصادرة عن الوزراء والولاة، دون المراسيم الرئاسية والتنفيذية، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على ضعف هذه الرقابة في مواجهة عدم الاختصاص السلبي من جانب مجلس الدولة الذي كان كثيرا متحفظا في ممارسته لاختصاصه.

¹- أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 1 و2

²- Georges schmitter :l'incompétence négative du législateur et des autorités administratives annuaire international de justice constitutionnelle <https://doi.org/10.3406/aijic> P141

³-القرار رقم 097935، المؤرخ في 19/03/2015، الصادر عن مجلس الدولة، مجلة مجلس الدولة، العدد 13، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ص 143

الفرع الثاني: دعوى تفسير وفحص المشروعية

يختص مجلس الدولة بالإضافة إلى اختصاصه في إلغاء القرارات الإدارية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي، الفصل في دعاوى التفسير وفحص وتقدير مشروعية القرارات الإدارية المشوبة بهذا الوجه من أوجه عدم المشروعية، طبقاً للمادة 901 فقرة 1 (يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية).¹ حيث يلتمس من القاضي الإداري إخضاع القرارات الإدارية المطعون فيها والمعيبة بالغموض أو العمومية لعملية التفسير، لإزالة العيب ولتوضيح المعنى المراد منها، وهو ما يسهر عليه القاضي الإداري الذي يعتمد زيادة على تفسيره للقرار الإداري، إلى تفسير القوانين، وحتى "الأحكام القضائية" أو "العقود الإدارية" أو "الصفات العمومية"، ولا تمتد سلطة القاضي هنا إلى إلغاء القرار، أو التحقق من مدى مشروعيته، أو الحكم بتعويض لصالح ذوي الشأن.² لكن في تفسير القاضي الإداري، تدخل في إرادة السلطة التي وضعت القانون مع احتمالية منحه تفسيراً آخر مناقض لها، وهنا يقع الإشكال، لاسيما إن لم يحسن مجلس الدولة عملية التفسير، ففي هذه الأثناء سيتحول من حامي للحقوق إلى مقوض لها وهو ما سيتسبب في هدم الأمن القانوني الذي نصت عليه المادة 34 الفقرة الأخيرة من التعديل الدستوري 2020³، بسبب التفسير الغير السليم من مجلس الدولة للقوانين الغامضة.

إن ما تستهدف إليه دعوى التفسير هو توضيح القرارات الإدارية الفردية أو التنظيمية من الغموض إذا ما تعرضت لظن من ذوي الصفة والمصلحة. بإحالة إلى مجلس الدولة بإزالة الغموض من القرارات الإدارية الوثيقة الصلة بالدعوى الأصلية وتحديد المعنى الأقرب إلى الصواب ويتولى المجلس اختصاصه التفسيري بتوضيح القرار بالرجوع إلى القواعد التنفيذية، دون إلغائها بقرار نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه.⁴

وهو ما علق عليه الدكتور راغب ماجد الحلوق قولاً "الدعوى التي يقتصر فيها دور القاضي الإداري على مجرد تفسير القرار الإداري، وبيان معناه أو بحث مشروعيته، ومدى مطابقتها للقانون دون أن يذهب إلى أبعد من ذلك، ويترك الفصل في النزاع الذي أثير بصده التفسير أو بحث المشروعية للقاضي العادي

¹ - المادة 910 ، القانون رقم 08-09 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - وفاء بو الشعور، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، 2011، 2010، ص 14

³ - المادة 34، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 11

⁴ - رشيدة العام، مجلس الدولة كجهة مستقلة من حيث الاختصاصات، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 2، 2009، ص 7

الذي أوقف الفصل في، وأنها الدعوى إلى أن يقول القاضي الإداري كلمته فيما يدخل في اختصاصه، ويطلق تعبير قضاء التفسير عادة على كل من طلب التفسير وطلب بحث المشروعية".¹

كما قد رفض مجلس الدولة الفرنسي العديد من القرارات الإدارية المتضمنة لعدم الاختصاص السلبي للمشرع، ومن بينها نذكر القرار رقم 817 الصادر في 22 أغسطس 2008، الذي يحدد شروط الاستفادة الأجانب المحتجزين من خدمات بعض الجمعيات الذي أقر تضمنه لأحكام معيبة بعدم الاختصاص السلبي بإخضاعه لعملية التفسير، لإغفاله لبعض التدابير التي نص عليها القانون، هذا مما يعني أن سلطة مجلس الدولة في السيطرة على عدم الاختصاص السلبي في القرارات الإدارية التنظيمية مشابهة لتلك السلطة التي يتمتع بها القاضي الدستوري في المواجهة عدم الاختصاص السلبي في النصوص القانونية²، فالتفسير القوانين سواء بالنسبة لمجلس الدولة أو للمحكمة الدستورية، أمر لا بد منه لاسيما، إن كان النص معيبا بالإغفال أو الغموض، لكن الأثر الخطير المترتب في كلا الحالتين واحد، وهو المساس باختصاص البرلمان، إذ يتحول مجلس الدولة من سلطة قضائية اختصاصها الأصلي تطبيق القوانين على النزاعات إلى سلطة منشأة للقواعد القانونية، لاسيما في حالة الغموض التشريعي إذا لم يصب هذا الأخير في تفسيره لنص التشريعي تفسيراً آخر مختلف.

وفي هذا الصدد لا بد من التمييز بين دعوى التفسير عن دعوى تقدير المشروعية التي تختلف عن هذه الأخيرة، من حيث أن الغاية من النوع الأول من الدعاوي القضائية الإدارية، هي توضيح المعنى المقصود من "التصرفات الإدارية أو الأحكام القضائية الإدارية" الموسومة بعدم التحديد أو الغموض، في حين أن المراد من دعوى فحص المشروعية التحقق من موافقة أو عدم موافقة القرارات الإدارية، أو الأحكام القضائية للقانون.³، وهو مكنم الاختلاف بين الدعويين، ففي دعاوي تقدير المشروعية يجري مقارنة بين القرار الإداري أو الأحكام القضائية للقانون، سواء في دعوى تقدير المشروعية المحال إليه، من قبل ذوي المصلحة والصفة أو القضاة القرار إداري، من حيث أركانها ويتحقق من مطابقتها للقانون.⁴

وبغض النظر عن أركانها لتحقيق من مدى سلامتها وعدم تعارضها مع النظام القانوني، إذ يصرح في الأخير إما بمشروعيتها، متى تبين له توافق أركانها مع القانون، أو عدم مشروعيتها إذا ما أعيب أركانها بعيب من العيوب⁵، ذلك أن القرار الإداري غير مشروع، إذا ما أعيب أحد أركانه سواء ركن الاختصاص، مثلا متى اصدر القرار من جهة غير مختصة، أو ركن السبب إذا صدر القرار من غير سبب مؤسس قانوني صحيح مادي، أو متى لم تحترم القواعد الشكلية التي من الملزم أن يوضع وفقها القرار الإداري، أو متى وضع

¹ - جازية صاش، نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، 2007، ص 284

² - Aurelie Bretonneau :op.cit,p 30.33

³ - جازية صاش، نفس المرجع، ص 285

⁴ - رشيدة العام، المرجع السابق، ص 7

⁵ - وفاء بو الشعور، المرجع السابق، ص 15

لأهداف أخرى غير المصلحة العامة، أو متى لم يحترم القانون وكان مخالفا له، متى توفرت هذه الأركان ولم يشهها أي عيب تحقق مشروعية في القرار الإداري،¹

ولا يعلن القاضي الإداري إلغاء القرار حتى لو ثبت له عدم مشروعيته، لأن سلطته محدودة وتتوقف على الإقرار بمشروعيته أو عدم مشروعيته²، كما هو الحال عليه في رقابة عدم الدستورية، فحتى لو اكتشف مخالفة القرار للقانون يكتفي بإقرار عدم مشروعيته.

وهذا الصدد يميز بين المخالفة الإيجابية للقانون التي تحدث حينما تصرف الإدارة نظرها عن قاعدة قانونية ملزمة لها (منح رئيس الدائرة المسكن محل النزاع بواسطة قرار إداري ل أحد ورثة المستأجر دون باقي الورثة)، والمخالفة السلبية التي تحصل عندما تمتنع السلطة الإدارية الانصياع لقواعده قانونية تفرض عليها التزاما بالقيام بتصرف محدد بعدم وضعها موضع التطبيق، ليكون بذلك قرارها معيبا بمخالفة القانون، ونذكر على سبيل المثال لتوضيح (حالة رفض الإدارة منح ترخيص ل أحد الأفراد رغم استفاء جميع الشروط القانونية، لذلك إذا كان القانون يلزمها بمنح الترخيص)³، ويتوصل مجلس الدولة لدى تفحصه لمشروعية قرار إحدى القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات المركزية إلى قرار حائز لقوة الشيء المقضي فيه.⁴

نتوصل من خلال ما سبق، أن مجلس الدولة لا يصدر دائما قرارات بعدم من خلالها القرارات الإدارية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي، ففي إطار مواجهته لهذا العيب قد يصدر قرارات تفسيرية لإزالة ما أعيب منها بالغموض، لكن ذلك ما يمس بحقوق وحرية الأفراد متى لم يوفق هذا الأخير في تفسيرها تفسيراً قانونياً صحيحاً.

خلاصة الباب الأول

من خلال تناولنا لأوجه عدم الاختصاص السلبي بالتطرق لأساسها الفقهي و القضائي و الدستوري والقانوني من خلال التطرق للمبادئ المؤطرة لها و التعرض إلى أساسها التاريخي و تصنيفاتها نخلص إلى أن هذه المشكلة الذي أثبت القضاء الإداري قلة حيلته في مواجهتها لعجز معالجة ما أعيب من قرارات صادرة عن السلطات المركزية لاسيما المراسيم التنفيذية بأوجه عدم الاختصاص السلبي أن القضاء الدستوري قد اعتبر عدم الاختصاص السلبي بصورة المختلفة أوجهها من أوجه عدم الاختصاص السلبي، استناداً إلى مبدأ سمو الدستور وليس إلى مبدأ الانفراد التشريعي

¹ - عبد الكريم بودريوه، جزاء مخالفة القرارات الإدارية لقواعد المشروعية درجات البطلان في القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 5، 2004، ص 107

² - وفاء بو الشعور، المرجع السابق، ص 15

³ - عائشة غنادرة، دور القاضي الإداري وحدود سلطاته في رقابة المشروعية، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، 2013، 2014، ص 125

⁴ - رشيدة العام، المرجع السابق، ص 7

، لجر المشرع إلى الامتثال لأحكام الدستور ومبادئه ومن بينها مبدأ الانفرد التشريعي ، بعدم تجاوز المشرع لقواعد توزيع الاختصاص المنصوص عليها في الدستور المتجاهلة من قبل هذا الأخير عمداً أو سهواً، وهو ما دفع المحاكم الدستورية إلى ممارسة رقابتها على أوجه عدم الاختصاص السلبي ليس الإغفال التشريعي فحسب ، بل كذلك حالة الامتناع التشريعي التي تعد عيباً مختلفاً على حالة الإغفال التشريعي وليس حالة الامتناع التشريعي بذاته باعتباره وجهاً ثانياً لعدم الاختصاص السلبي للمشرع.

الباب الثاني:

أثار عدم الاختصاص السلبي للمشرع في ضوء التشريع
الجزائري

تمهيد وتقسيم:

لاشك من أن اشكالية عدم الاختصاص السلبي للمشرع من أكثر الإشكاليات القانونية حديثة ، التي سرعان ما يتبادر إلى الذهن على إثرها مسألة تقويض الحقوق والحريات ، ففي الواقع أن هذه المشكلة التي كثيرا ما ضيقت حقوقا وأهدرت حريات على إثرها قد تصل خطورتها إلى إثارة المسؤولية الدولية عندما تتحول تلك المشكلة الداخلية إلى مشكلة دولية ، وهو الأمر الأشد خطورة بسبب تلك القوانين الداخلية التي ليست بالمعايير القوانين الدولية لكونها لا تبت لمعايير للجودة بصلة ، أو حينما تتناقض معها ، لاسيما وإن وقع من المحاكم الدستورية تقصير في تمحيصها وتقديم الحلول لمعالجتها ، وهو ما قد أكثر فيه الفقه جدلا بين من نادوا بدورها الإيجابي وبين من عارضو ورجحوا دورها السلبي وذلك ما سيتم التطرق إليه

الفصل الأول: أثار عدم الاختصاص السلبي للمشرع على الحقوق والحريات والأمن القانوني

الفصل الثاني: أساليب تدارك أثار عدم الاختصاص السلبي للمشرع في الجزائر

الفصل الأول:

أثار عدم الاختصاص السلبي للمشرع

تمهيد وتقسيم:

لاشك أن المناداة بوضع رقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، التي اشتدت في البداية في قارة أوروبا ومن ثمة أمريكا الجنوبية والعديد من دول العالم في إفريقيا وآسيا ، بمعية الفقه الذي لعب دورا يثنى له في ترسيخها ، وإيجاد وسائل لتخفيف من وطأة أثارها التي احتدمت جوانب لا غنى عنها في حياة الأفراد ، على هامش حقوقهم وحرياتهم التي تضررت بسبب قوانين أثبتت عدم جودتها لإخفاق المشرع لقللة حنكته في تنفيذ دوره في حمايتها ، بسبب مراوغته أو إتباعه لأساليب ملتوية تميل عن الحدود التي رسمها الدستور عمدا أو سهوا ، والتي غالبا ما تدفع ثمنها الحقوق والحريات الأساسية رغم علمه بقدسية مكانتها في الدستور والمواثيق الدولية ، التي رفضت أوجه عدم الاختصاص السلبي أي كل عمل مخالف للالتزامات الدولية لحقوق الإنسان ، والدعوة إلى استبعاد كل ما كان غير سليم من القواعد القانونية المقررة لها لتجنب حدة ارتطامها.

إن عدم الاختصاص السلبي مشكلة سنناقش أثارها التي لا تخلوا من السلبية التي تطال بدرجة أولى الحقوق والحريات الأساسية للأفراد المتضرر الأول ، بسبب تداعيات غياب الأمن القانوني ، وهو ما يمكن أن ينم إلى أبعد من ذلك إلى التطاول على الدولة ككيان مستقل له متمتع بالسيادة ، لتعلق المسألة بالتزامات دولية مصدرها اتفاقيات ومعاهدات قد انضمت إليها الدولة وأمضت عليها ، وتسليطا الضوء على كل هذه المسائل سنناقش في:

المبحث الأول: أثر عدم الاختصاص السلبي للمشرع في مجال الحقوق والحريات.

المبحث الثاني: أثر عدم الاختصاص السلبي للمشرع على الأمن القانوني.

المبحث الأول: أثر عدم الاختصاص السلبي للمشرع في مجال الحقوق والحريات

تتفق معظم دول العالم على تدوين قواعدها الدستورية في وثيقة لكفالة ضمان حقوق وحريات الأفراد ضد الممارسات السلبية التي يمكن أن ترتكبها إحدى سلطاتها¹ ، سواء المكلفة بتنظيمها بقوانين أو المسؤولة عن تنفيذها أو المعنية بتطبيقها لأسباب متعددة مجهولة أو معلومة ، واستجابة للمواثيق

¹ - عمر عبد الله خاموش ، تأثير قوانين الطوارئ على حريات الأفراد في الدساتير دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز كوردستان للدراسات الاستراتيجية، 2007، ص 112

والاتفاقيات والمعاهدات الدولية، التي تطالبها إلزاما بالاقتداء بمبادئها وقواعدها ذات الصبغة الدولية وتحملها مسؤولية مخالفتها، سواء بامتناعها أو إغفالها بالياتها رقابية مختلفة، وهو ما سنسلط عليه الضوء على النحو التالي:

المطلب الأول: إخلال عدم الاختصاص السلبي للمشرع بالحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور.

المطلب الثاني: إخلال عدم الاختصاص السلبي للمشرع بالالتزامات الدولية لحقوق الإنسان.

المطلب الأول:

إخلال عدم الاختصاص السلبي للمشرع بالحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور

إن انتهاك التنظيم القانوني للحقوق والحريات تداعيات لم تسفر عنها فحسب تلك القوانين غير المطابقة لدستور أو تلك المعيبة بالانحراف بالسلطة، لتجاوز إحدى السلطات لميدان اختصاصها واقتحامها لاختصاص الأخرى، بل مشكلة أسفرت عنها وبما يفوقها خطورة، قواعد قانونية توهب من المشرع إما عمداً أو عنوة أو إغفالاً، للسلطة التنفيذية بغير وجهة حق، أو قواعد تغفل ضمانات ومبادئ دستورية أساسية في حياة الأفراد أو بسبب تكبيلها لهم بقيود ترهق كاهلهم في الحصول على حقوقهم وحرياتهم وتمنعهم من بلوغ الذروة الاستفادة منها، لتغاضي المشرع النظر إما عن مبدأ المساواة أو شروط مبدأ التناسب التشريعي، وهو ما سنعرج إليه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الانتقاص من الحقوق والحريات ومصادرتها

الفرع الثاني: المساس بجوهر الحقوق والحريات

الفرع الأول: الانتقاص من الحقوق والحريات ومصادرتها

لن يحظى الدستور برضى الشعب، إلا إذا وافقت أحكامه ومبادئه تطلعاتهم وما افوه من مبادئ داخل مجتمعهم، كذلك التشريع الذي هو في واقع الأمر نتاج لإرادة السلطة، لا بد أن يتمسك واضعوه عند صياغته بالضوابط الدستورية، ولا يتخطوا حدودها فيما يتم سنه من قواعد قانونية التي تنظم جوانب اجتماعية مهمة في حياة الأفراد، من كيفية ممارستهم لحقوقهم وضمانات خضوعهم للقانون.¹

¹-سرى حارث، طالب حيدر الإمارة: أثار الإغفال التشريعي الاجتماعية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 162

وهو الشرط الذي قد أكد عليه التعديل الدستوري لسنة 2020، في المادة 34 فقرة 1 و 2 بإلزامه جميع سلطات الحاكمة في الدولة، ومن بينها من دون شك السلطة التشريعية بالامتثال للقواعد الدستورية المقررة للحقوق والحريات، ومراعاة ما قرر لها من ضمانات، وسبب ذلك أن مخالفتها تجاوز لحدود الصلاحيات الممنوحة لها واعتداء على الدستور، لما يلحق الحقوق والحريات من أذى جراء عملها المخل حال انحرافها عن الدستور.¹

ما ينم من خلال محتوى الفقرة الأولى من المادة 34 أنها فقرة جديدة، لم يسبق وأن نصت عليها الدساتير الجزائية السابقة وأن لهذه المادة مبرراتها حسب وجهة نظرنا.

فمن جهة جاءت لإلزام السلطات بالامتثال للقواعد الدستورية المعترفة بحقوق وحريات الأفراد التي كثيرا ما تعرضت للأذى جراء قوانين وتنظيمات لم تمتثل لأحكام الدستور في الأنظمة الفارطة ولتأكيد على انتهاج الجزائر لنظام جديد مغاير تماما لما مضى مدعم للحقوق والحريات، بما يجسد كلا من مبادئ الديمقراطية، وبما يؤكد علوية القواعد الدستورية المكرسة لحقوق وحريات الأفراد على سلطات الدولة التي عليها أن تضعها في عين الاعتبار وألا تميل عنها.

ومن جانب آخر دعوة السلطات في الدولة بتطبيق أحكام الدستور بما يخدم الشعب ويوفر الحماية لحقوقهم وحرياتهم تكليفا لا تخييرا، وبحكم الصلة التي تجمع بين الأفراد وسلطات الدولة سواء السلطة التنفيذية التي يتزعمها رئيس منتخب من الشعب أو المجالس المنتخبة أو السلطات القضائية التي مهمتها تحقيق العدالة والحفاظ على أمن وسلامة الأفراد.

وهو ما لا يمكن الحديث عنه في ظل استبعاد المسؤولية الجزائية وحتى المسؤولية السياسية ذات الأثر فعال التي تعد شبه مغيبة تماما في أحكام الدستور الجزائي، مع أن مبدأ المسائلة من اقوى الضمانات الدستورية التي تعزز بها الحماية الدستورية للحقوق والحريات، وهو يستحيل بدونه توفير الحماية المثلى لحقوق وحريات الأفراد وضمان خضوع السلطات لأحكام الدستور، وبما يحقق الهدف المراد منها والمعبر عنه في دباجة الدستور الجزائري 2020 " أن الدستور فوق الجميع وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية".²

فحسب ما يراه أحد الباحثين والذي لا نساندهم الرأي فيه أن منع الدستور للمشرع من وضع قواعد قانونية متناقضة مع الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، مجرد أمر نسبي لقصره على الحقوق

¹ -المادة 34 فقرة 1 و 3، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 11

² -أنظر دباجة التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع، ص 5

والحريات المنصوص عليها في الدستور دون غيرها من الحقوق الغير منصوص عليها في الدستور المكرسة خارج الوثيقة الدستورية، وهو ما يجيز للمشرع أن يضع تشريعا ينتقص من حق أو حرية سكت عنها الدستور لعدم منحها للأفراد أو منعهم من التمتع بها.¹

وإن كان الأمر الذي لا يمكن أن ننكره أن مسألة إلزام الدستور سلطات الدولة صراحة بوجود عدم التعرض للحقوق والحريات المكرسة في الوثيقة الدستورية، التي يبدو أنها لا تتسع في كثير من الأحيان لكافة الحقوق والحريات المنصوص عليها في المواثيق الدولية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أو العهدين الدوليين، نذكر على سبيل المثال ما ذكر في المادة 4 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان "لا يجوز استرقاق أو استعباد أي شخص ويحضر الاسترقاق وتجارة الرقيق بكافة أوضاعها"، وما ذكر في الفقرة الأولى المادة 25 "لكل شخص الحق في تأمين معيشته في حالات البطالة.... والترمل".²

وهي أمثلة عن بعض الحقوق والحريات التي وردت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي صادقت عليه الجزائر منذ عدة سنوات، بيد أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يذكرها صراحة، مما يستفاد منه أن الدستور لم ينص على كافة الحقوق والحريات المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بالرغم من أنه قد ترجم صراحة العديد من أحكامها في عدد قليل من صفحاته، وفي عدة مواد مع إصراره على وجوب احترام الحقوق والحريات المكرسة في الدستور فقط.

لكن هذا لا يعني إجازته لسلطات الدولة انتهاك بقية الحقوق والحريات التي لم يذكرها والتي نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين، وإن كان سكوته عنها يطرح إشكالية ما شان الحقوق التي لم يقرها في هذا الدستور؟ ماذا لو تم الانتقاص منها؟ فهل يعتبر ذلك عملا مخالفا لدستور؟ يمكننا الإجابة على هذا السؤال من منطلق منطقي، فالانتقاص منها من طرف المشرع بالتنظيم أمر غير محتمل الوقوع، لأن المشرع ملزم عادة بتنظيم المسائل المنصوص عليها في الدستور دون غيرها وهي محددة في عدة أحكام صريحة في الدستور على سبيل الحصر.

وعليه فقد صحح القول أن البرلمان لا تتمتع بالحرية الكاملة في تنظيم الحقوق والحريات، فسلطتها في تنظيم هذه المواضيع مقيد على وجه الإلزام بما هو مقرر في القانون الدولي المتعلق بالحقوق

¹ - علاء عبد الحسن العنزي، سعاد غازي طالب: حدود حياد السلطة التشريعية بموجب اللوائح التشريعية، مجلة

المحقق الجلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، 2016، ص 485

² - المادة 4 الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة رقم 217 ألف د-3، المؤرخ في 10

والحريات وما بالضبط تقرره دساتيرها، حيث أن تنظيمه لهذه المواضيع المكرسة عبر المواثيق الدولية لا بد أن يتم وفقا لها.¹

والدليل على ذلك أن الدستور الجزائري قد أغفل العديد من الحقوق الحريات الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين في عدة دساتير متعاقبة، ولم يكرسها إلا ضمن التعديل 2020، أي بعد مرور عدة سنوات من تاريخ المصادقة على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين، تداركا وسدا للفراغ الذي كان ينتاب الوثيقة الدستورية لطيلة سنوات لتوسيع حمايته لتشمل كافة الحقوق والحريات استجابة للمواثيق الدولية لحقوق الإنسان. ولم ينظمها المشرع إلا عقب تكريسها صراحة من الدستور.

بالمقارنة مع ما سبق من دساتير أحرز التعديل الدستوري 2020 تقدما في مجال الحقوق والحريات بتخصيصه الباب الثاني بأكمله لهذه الأخيرة وتسميتها بـ "الحقوق الأساسية والحريات العامة والواجبات" وفصلها عن المحور المعنون بـ "المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري"، كما كان متداولاً في التعديل الدستوري السابق 2016 لطبيعتها المتميزة المستقلة، التي لا تستدعي دمجها.²

فالواضح جليا من استقراء هذه المواد المكرسة للحقوق والحريات وبالمقارنة بين التعديل الدستوري 2016 والتعديل الدستوري 2020، نجد أن هذا الأخير قد جاء بالجديد بضمه لطائفة جديدة من حقوق يأتي على سبيل الذكر ما تم تكريسه في ما جاء في المادة 40 " تحمي الدولة المرءة من كل أشكال العنف " وما جاء في المادة 71 " تحضي الأسرة بحماية الدولة...." والمادة 7 " تسهر الدولة على توفير الوسائل المؤسساتية والمادية الكفيلة بتنمية قدرات الشباب، وتحفيز طاقاتهم الإبداعية...."، أو ما جاء في المادة 63.³

لكن هذا لا يمنع أن ندعو المشرع إلى ما دعاه بعض الباحثين إلى ما هو أفضل، بغية تجنيب المشرع من وضع قوانين تتناقض أو تنتقص من الحقوق والحريات المكرسة في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان سواء المنصوص عليها أو غير المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية، لأن ذكره للحقوق والحريات

¹ عمر عبد الله خاموش: دور السلطات الثلاث في حماية الحقوق والحريات، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت لبنان، 2019، ص136

² عمار بوضياف: المرجع السابق، ص30

³ أنظر ما جاء في المادة 40، 63، 71، 7، 63، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص18، 16، 12، 7

المنصوص عليها في الدستور دون غيرها يعد ثغرة قد تؤدي إلى انتهاك حقوق وحريات أخرى لم تذكر بالدستور.¹

وهو ما نراه عين الصواب فحينما ينص الدستور على وجوب امتثال السلطات للإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعاهدين الدوليين وعدم التعرض لما أقرته من حقوق وحريات، وأنها مشمولة بالحماية الدستورية، دون قصر حمايته على ما كرس منها في الدستور سيكفل لها الحماية التي منحها للحقوق والحريات التي اعترف بها في ثنايا الوثيقة الدستورية وبقدسيتهما.

وإن كان في الواقع تسجيل الحقوق والحريات في صلب الوثيقة الدستورية و تنظيمها هو أساس الاعتراف بها و توفير الحماية لها ،ليستحيل أن تحقق الاعتراف بها إلا بتوفير وسائل فعالة لحمايتها لأن مجرد تدوينها وتوفير وسائل حمايتها دون تفعيلها يجعلها مجرد حبر على ورق ، كما ترى الأستاذة فاديا إبراهيم جاسم " كثيرا ما يلجأ المؤسس الدستوري إلى إقرار حق معين وتوفير وسائل حمايته ومن ثمة يذهب إلى تعطيله أو الانتقاص من فاعليته في مادة أخرى و هو ما يقتضي تفعيل وسائل حمايتها"²، وهو ما نوافقها فيه الرأي ذلك أن الإغفال التشريعي كالإغفال الدستوري ،لأن صانعي الدستور كصانعي القانون غير معصومين من الخطأ، فكثيرا ما يغفل المؤسس الدستوري أحكاما وكثيرا ما يضعها متسمة بالنقص أو مكبلة بالقيود إما لمحدوديتها أو بغرض وضع نظام لها .

ذلك ما نلمسه من بعض القواعد الدستورية المكرسة للحقوق والحريات، كتلك التي نصت عليها المادة 56" لكل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية الحق في أن ينتخب وأن ينتخب " لتأتي وتقيده مثلا على ذلك القيود الدستورية الواردة في المادة 87 من التعديل الدستوري 2020 المتعلقة بالترشح لمنصب رئيس الجمهورية المتعلقة بالسن الترشح 40 سنة أو شرط الجنسية " يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية فقط" "يُثبت أن زوجه يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية فقط" أو شرط التصريح بالممتلكات "يقدّم التصريح العلي ، بممتلكاته العقارية والمنقولة داخل الوطن وخارجه." إلى غير ذلك من الشروط التقييدية التي تجعل من ممارسة حق الترشح في الانتخابات الرئاسية مقصورا على فئة قليلة من الأفراد.³

وبالرغم من أن تقييد المؤسس الدستوري بنفسه لبعض الحقوق والحريات وتحديد شروط ممارستها أفضل بكثير من تقييدها من قبل المشرع ، بيد أن الإشكال الواقع هنا حسب وجهة نظرنا فإن كان تقييد القانون للحقوق والحريات يجد حله في الرقابة الدستورية، فإن تقييدها من جانب

¹-علاء عبد الحسن العنزي، سعاد غازي طالب: المرجع السابق، ص 485

²-فاديا إبراهيم جاسم: المرجع السابق، ص 126

³-المادة 87 ،التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 20

المؤسس الدستوري أمر من الصعب جدا التعامل معه، وعن أي آليات يمكن أن تكون مجدية وفعالة لتقف في وجه إرادة المؤسس الدستوري وهو صاحب السلطة الأعلى التي لا رقيب عليها، وإن كان هناك إمكانية لتعديلها فصعوبة إجراءات تعديل الدستور والتي تقف رهن إشارة السلطة التنفيذية التي تتحكم في زمام الأمور، ستقف عارضا سيحول من دون أية شكوك دون تعديلها، إذا لم تأذن السلطة التنفيذية في تعديلها فالأمر في جميع الحالات خارج عن زمام إرادة المشرع المحدودة أمام السلطة التنفيذية .

ومن جهة أخرى لا ننكر أن إحالة القواعد الدستورية مسألة الحقوق والحريات للقانون لتنظيمها في شكل مواد قانونية تحدد أساليب ممارستها لتساهم في نقلها إلى الواقع العملي الذي سيضمن لها الوجود والممارسة الفعلية، وتضع عقوبات على كل من تسول له نفسه الاعتداء عليها، أمر جيد وفي محله، وإخضاعه لرقابة الدستورية ليس فحسب لعدم وضع الدستور ثقته الكاملة بالمشرع الذي الزمه بأن يكون عينا حريصة وأمينة تشتغل لحماية الحقوق والحريات، لأن ذلك هو دور الدستور ضامن الحقوق والحريات، ونرى أنه فوق كل ذلك لا بد أن لا يكون الدستور مجرد سجل يوثق اختصاصات البرلمان، بل لا بد أن يكون مرشدا له ليس فقط بتحديدية لما هو مرخص له بل كذلك لما يمنع عليه وأن يركز جيدا ولا يسهو على هذه الملاحظة، التي قد تكون أداة ناجعة لكبح جماع المشرع والتقليل من حالات عدم الاختصاص السلبي للمشرع المنتهك للحقوق والحريات .

فالحقيقة أن منح الدستور المشرع السلطة في تنظيم الحقوق والحريات ومن ثمة تقييده بشرط ألا يندرج عن تنظيمه لها المساس بأصلها أو لانتقاص منها¹ أمر ضروري وهو عين الصواب وقد أحسن المؤسس الدستوري المصري بمنعه سلطات الدولة في المادة 92 من الدستور 2014، من الانتقاص أو تعطيل الحقوق والحريات في نصه أن "الحقوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطيلاً ولا انتقاصاً"².

الملاحظ من خلال هاتين العبارتين الأخيرتين، أن سلطة المشرع على الحقوق والحريات لا تتعدى التنظيم، ولا يجوز لها على أي حال أن تتماهى إلى تعطيلها أو الانتقاص بإغفاله أو امتناعه عن تنظيمها وبالتالي فقد حسم الدستور المصري هذه المسألة، لكن قصده يعود على تلك الحقوق والحريات الطبيعية التي تولد مع الأفراد، والتي لا يمكن أن تفصل عنهم كحرية العبادة والحق في الأمن الحق في الصحة والحياة والثقافة دون غيرها من الحريات الأخرى التي يكتسبها الأفراد من القانون والتي تتدخل فيها السلطات العامة، كحرية إنشاء أحزاب وجمعيات وممارسة الحق النقابي والحق في السكن مثلا

¹-جواهر عادل العبد الرحمن: المرجع السابق، ص 157

²-المادة 92، دستور مصر 2014، المرجع السابق

لم يدرجها ضمن الحقوق والحريات التي يحضر على القانون الانتقاص منها أو تعطيلها وهو محل قصور من شأنه أن يترك المجال لسلطات العامة لتصرف فيما ذلك على سبيل الاستدلال وعلى سبيل المقارنة. بالمقارنة مع الدستور الجزائري نجد أن هذا الأخير لم يحضر بصفة صريحة انتقاص المشرع وتعطيله للحقوق والحريات، في المادة 34 من التعديل الدستوري 2020 لاكتفائها بتنبيه المشرع بعدم التقييد للحقوق والحريات باستثناء بعض الحالات "بحفظ النظام العام والأمن"، "الثوابت الوطنية" حماية حقوق وحريات أخرى يكرسها الدستور"، وهو ما نأمل أن يتداركه الدستور الجزائري في التعديلات الدستورية القادمة بحضرة أي انتقاص أو تعطيل للحقوق والحريات صراحة قد يتسبب فيه المشرع نتيجة عدم الاختصاص السلبي للمشرع.

في الواقع أن أغلب الحقوق والحريات الأساسية تبتغي مبادرة من البرلمان لتفعيلها، بحرصه على تنظيمها بقواعد قانونية واحترام حدودها الموضوعية بعدم الانتقاص منها أو نقضها.¹

هذا ما يعني بالنتيجة أن التقويض بالضمانات المسخرة في الدستور لحرية التعبير مثلا يحدث عندما لا يسمح القانون للمرء بالإفصاح عن أفكاره وآرائه بكل الطرق، أو يجيز له سلك بعضها ويمنع الأخرى، بينما من المفروض بدلا من منعهم من أن يمكنهم من ممارسة هذه الحرية بشكل واسع بلا قيود معيقة لهم مع حقهم الكامل في نشر ما يصدر عنهم من آراء و تلقي المعلومات، مع حظر احتكار وسائل الإعلام، وفي هذه الحالة سيحكم على هذا القانون بالبطلان لاستبعاده لجميع هذه الضمانات أو بعضها² بحكم من المحكمة الدستورية لما يشوبه من عيوب.³

الجدير بالذكر أن التعديل الدستوري 2020 قد وضع ضمانات جديدة أكثر صرامة لحماية الحقوق والحريات بالمقارنة مع التعديل الدستوري السابق 2016، وهو ما نستشفه في عدة أحكام من هذا الوثيقة الدستورية المنقحة، التي نلاحظ أنها قد أحرزت نوعا من التقدم يستحق التقدير ببصمتها الجديدة التي تحمل نوعا من الجدية، والتي كان فيها لحرية الصحافة القسط الأوفر من هذه الضمانات الجديدة، التي ستعزز من دون شك استقلالية الصحفيين والتي نأمل أن تدعم كل من يمارس هذه الحرية في نقل الحقائق إلى العامة في إطار ما هو مسموح به في القانون عبر وسائل الإعلام والاتصال المختلفة السمعية والبصرية وحتى الإلكترونية منها التي يضمنها هذا الدستور بعيدا عن

¹ وائل منذر الهائي، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية دراسة مقارنة، (د،ط)، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2020، ص 236

² -ريودي جانيرو، المرجع السابق، ص 16

³ -يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، (د،ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 205

الضغوطات حسب ما هو مستوحى من في المادة 54 التي جاءت لتؤكد لنا ذلك في نصها "الحق في حماية استقلالية الصحفي و السر المهني" "الحق في إنشاء الصحف و النشريات بمجرد التصريح بذلك" و "الحق في إنشاء قنوات تلفزيونية وإذاعية ومواقع وصحف إلكترونية ضمن شروط يحددها القانون".

وما يزيد من استقلالية الصحفيين وأعاونهم ما نص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة الدستورية أعلاه" لا يمكن توقيف نشاط الصحف والنشرات والقنوات التلفزيونية والإذاعية والمواقع والصحف الإلكترونية إلا بمقتضى قرار قضائي".¹

كلها ضمانات أضافها الدستور الجزائري 2020 لحماية هذه الحرية و تشديدا على عدم تعرض السلطات لها، فإن صدرت أحكام تشريعية تنتقص من هذه الضمانات أو من استقلالية الصحفي أو حقهم في إنشاء صحف مثلا ،سيكون حكما تشريعيًا باطلا لمخالفته لدستور ،لكن الجدير بالملاحظة أن هذه المادة الدستورية المعدلة وخلافا لتعديل 2016 ،قد حذفت فقرة من نفس المادة قبل تعديلها التي كانت تنص "لا تقيّد باي شكل من أشكال الرقابة القبلية" ، والتي نعتبرها من أهم الضمانات التي سخرها التعديل الدستوري 2016 في المادة 50 لممارسة حرية الصحافة باستقلالية فعارة " لا تقيّد" وضعت في التعديل الدستوري السابق ، حسب ما نلاحظه بصفة الجزم بمنعها كل أنواع الرقابة السابقة التي تمارس على الصحافة من شأنها المساس باستقلالية الصحفي ، أما العبارة "الحق في حماية استقلالية الصحفي والسر المهني" التي نص عليها دستور 2020 فحسب وجهة نظرنا لم ترد بصفة الجزم ، بما يفيد أن ل صحفي الحق في أن يحظى بالحماية حال تعرضه لتدخلات أو ضغوطات تمس باستقلاليتته أو تمس بالسر المهني ، وهو ما يدعنا نطرح العديد من التساؤلات من بينها ما سبب وراء حذف الدستور الجديد للفقرة المذكورة أعلاه؟ هل أراد بذلك أن يجيز الرقابة القبلية التي سبق وأن منعها التعديل الدستوري 2016؟ أم انه أراد أن يعلمنا بأن هذا الحق هو حق مقيد؟ لا يمكننا المجازفة بوضع إجابة صارمة على هذه التساؤلات تقطع الشك باليقين، كان من الأفضل إدراج هذه الفقرة أو تعديل صياغة الفقرة الثالثة من المادة 54 لتكون بصياغة التالية "الحق في استقلالية الصحفي" أو "عدم المساس باستقلالية الصحفي" بدلا من " العبارة الواردة في نص المادة " الحق في حماية استقلالية الصحفي" لتكون أكثر شدة بأن استقلالية الصحفي مضمونة في الدستور ويحضر المساس بها بأي شكل من الأشكال".²

¹-المادة 54، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 14

²- المادة 54، التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع ، ص 14

نرى أن من بين الضمانات الدستورية التي أتى بها هذا التعديل الدستوري الأخير والتي لا ينبغي أن تفوتنا الفرصة دون الإشادة بها، لأنها كما يبدو قد جاءت لتكريس مبدأ المساواة الذي لا ينبغي إغفاله مطلقاً من المشرع بوضعه لقواعد قانونية تحتوي على شروطاً تمييزية، كأن تخص إحدى الأحزاب السياسية دون غيرها بمزايا معينة أو تقيدها بأحكام أو شروط وتستثنى الأخرى، لأن النص سيكون مخالفاً لدستور على أساس عدم الاختصاص السلبي للمشرع، وبالتحديد الفقرة 4 من المادة 57 من التعديل الدستوري 2020 "تضمن الدولة معاملة منصفة تجاه كل الأحزاب السياسية"¹.

وقد سبق وأن أفصح المجلس الدستوري الجزائري في رأيه 01-1997 لدى رقابته لعدم امتثال المشرع للقانون المتعلق بالأحزاب السياسية للمادة 44 من الدستور، التي تمنح للمواطنين الجزائريين الحرية في اختيار موطن الإقامة داخل أو خارج التراب الوطني لوضعه لشروط يقيد الأعضاء المؤسسين للأحزاب السياسية بالإقامة المنتظمة في التراب الوطني²، وهو رأي مؤسس لأن ما ذهب إليه المشرع من شأنه الانتقاص من حق ممارسة الأفراد لحقهم في الانخراط إلى الأحزاب السياسية.

من خلال ما سبق نتوصل إلى أن الانتقاص من الحقوق والحريات وتعطيلها من أخطر الأثار التي يمكن أن تلحق بالحقوق والحريات، جراء عدم الاختصاص السلبي للمشرع فالقانون المعول عليه في الدستور لحماية الحقوق والحريات يمكن أن يتسبب في حرمان الأفراد منها جزئياً أو كلياً لأسباب متعددة يصعب تحديدها جزماً، فقد تعود إما للمشرع أو لعدم دقة الوثيقة الدستورية أو عدم صرامة وجدية القواعد الدستورية التي لا تضع حدوداً صارمة للمشرع من البداية بما يضمن احترامه لأحكام الدستور والسير في إطار حدوده وتأمين الحقوق والحريات.

الفرع الثاني: المساس بجوهر الحقوق والحريات

أحال الدستور للقانون الاختصاص في تنظيم الحقوق والحريات من جهة ووضع له حدوداً من جهة أخرى اعتبرها خطأ أحمر لا يعذر تجاوزها لأي سبب وجيه كان، وفي ظل أي ظروف كانت عادية أو غير العادية، وذلك مانعته بجوهر الحق لعدة اعتبارات لم يفصح عنها هذا الأخير، وهو ما احتدم الاختلاف الفقهي حوله بصدد تفسيره بمعنية القلة القليلة من الفقهاء الذين سعو إلى توضيح معنى هذا المصطلح المثير للجدل وما لغاية المستهدفة منه؟، ومتى يتم المساس به وما علاقته بعدم

¹ -المادة 57، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 14 و15

² - زهيرة بن علي، دور المجلس الدستوري الجزائري في حماية الحقوق والحريات، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، المركز العربي الديمقراطي، برلين، العدد الرابع، 2019، ص 146

الاختصاص السلبي للمشرع؟، وهو ما سنحاول الإجابة عنه من خلال التعرض لمبدأ التناسب التشريعي ومن ثمة لمبدأ المساواة على النحو المبين أدناه :

أولاً: الإخلال بمبدأ التناسب التشريعي

القاعدة التي ينبغي على سلطات الدولة ألا تصرف نظرها عنها إطلاقاً أو تعمل على مخالفتها هو أن التدخل في الحقوق والحريات غير مسموح به إلا للبرلمان بواسطة القوانين التي يسنها، التي يشترط ألا تخل بمحتواها مما يجعلها غير فعالة وبلا قيمة، وذلك عملاً بما نصت عليه المواثيق والاتفاقيات الدولية ودساتير الدول المعاصرة.¹

لمجموعة من الاعتبارات بادئها أن سلطة الهيئة التشريعية في تنظيم الحقوق والحريات ليست في جميع المناسبات بتقديرية تتيح له الاختيار بين المرور دون تنظيمها أو تنظيمها وفقاً لما يراه مناسباً، إذا قد تكون مقيدة تجبر هذا الأخير بتنظيمها على نحو شروط وضوابط محددة في القواعد الدستورية، إذ نتكلم هنا فقط عن تلك الحقوق النسبية التي تحتاج إلى تنظيم لتفعيلها.²

ولا نقصد في هذا المقام تلك الحقوق والحريات التي يتولى المؤسس الدستوري بيديه تنظيمها، أي تلك التي لا يحيل الدستور إلى القانون الاختصاص في تسويتها بعدم استخدامه لأحدى التعابير التالية "طبقاً لقانون" "في حدود القانون" "وفقاً للقانون".³

والعلة في ذلك حماية الحقوق والحريات من مساس السلطة التشريعية لأهميتها البالغة⁴ ولتحسينها من خطر عدم الاختصاص السلبي للمشرع وما ينطوي عنه من انتقاص وانتهاك، خشية عليها من المساس

¹ - جواهر عادل، المرجع السابق، ص 45

² - عصام سعيد عبد العبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الشارقة، المجلد 8، العدد 29، 2019، ص 233

³ - السعيد الوافي، الحماية الدستورية للحقوق السياسية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2010، 2009، ص 51

⁴ - هاجر العربي، دور المشرع الوطني في تنظيم الحقوق والحريات الفردية و ضمانات حمايتها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقايد تلمسان، الجزائر، 2017، ص 142

بجوهرها¹، فالمقصود كما قلنا هو الصنف الثاني من الحقوق والحريات التي خوله الدستور صلاحية تنظيمها كحرية الرأي فرضا وحق التملك².

إن المشرع ملزم بأن ألا يسيء في جميع الأحوال في تنظيمه للحقوق والحريات، والطريقة الموصي بها هي ألا يتبع في ذلك منهجاً لا يتماشى والغرض الذي يرمي إليه المؤسس الدستوري منها، تفعيلها على أرض الواقع بما يعم بالفائدة على الجميع³، علاوة على منعه من إدراج أية قيود قد تتسبب في الانتقاص منها⁴، بل وأن يتجنب تقزيمها وألا يتخطى حدودها الموضوعية وأن يكفل لها الحماية الكاملة⁵.

لكن ما يجدر بنا الإشارة إليه في هذا المقام أن مسألة منح الدستور للمشرع سلطة تنظيم الحقوق والحريات، ومنعه من جهة أخرى من تكبيلها بالقيود، في الواقع قد أثار جدلاً في الوسط الفقهي أثناء محاولتهم التمييز بين كلا المصطلحين ووضع معيار فاصل بينهما يزيح اللبس عن كليهما، فمنهم من اعتبر أن التنظيم يوحى بمعنى آخر مخالف لتقييد، بينما ذهب آخرون إلى أن منح المشرع السلطة التقديرية يعني منحها الحق في تقييدها، لعدم وجود اختلاف بين التنظيم والتقييد من حيث المدلول أولتضمن التنظيم ذات المعنى الذي يحمله التقييد.

حيث علل ممثلو الرأي الأول رأيهم أن التنظيم لا يؤدي إلى الانتقاص من الحقوق والحريات أو الخروج عن الغاية المقصودة في الدستور، وأن التنظيم متعلق بتحديد طرق مباشرة الأفراد لهذا الحق بينما التقييد يؤدي إلى الانتقاص منها وعدم تحقيق الغاية المنشودة، في حين ذهب منتقدو هذا الرأي إلى أن المؤسس الدستوري لما يحدد قيوداً على سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات، ليس من السهل معرفة ما إذا كان المشرع قد تجاوز حدوده الدستورية أم لا، و الادعاء أن التنظيم عمل يخلو من التقييد قول غير صحيح، لأن التنظيم وفقاً لهذا الرأي سيكون سوى تنظيم قانوني كاشف، غير أن التنظيم

¹-عمار طعيمة حاتم، المرجع السابق، ص 94

¹-خالد بلجيلالي، أسباب الطعن بعدم الدستورية القوانين في الدستور الجزائري، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 15، 2014، ص 226

³-عصام سعيد عبد العبيدي، المرجع السابق، ص 233

⁴-بلال عقل الصنديد، الفصل بين السلطات ورعاية الحقوق والحريات في قضاء المحكمة الدستورية، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت لدراسات القانونية والقضائية، العدد 21، 2019، ص 142

⁵-عبد العزيز برقوق، دور الرقابة الدستورية في حماية الحريات العامة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن خدة، 2016، ص 366

القانوني في حقيقة منشأ الحقوق والحريات يحدد ما هو مباح وما هو غير مباح ، وليس سوى عمل كاشف.¹

كما ذهبوا إلى القول أن منح المشرع الاختصاص في تنظيم الحقوق والحريات، يعني تمكينه من تقييدها والانتقاص منها من دون إلغائها، وأنها ليس بالإمكان أن تكون موضوع رقابة القاضي الدستوري لأن مراجعته لها يندرج ضمن رقابة الملائمة، وفي ممارسة القاضي لها تعد لحدود اختصاصه.²

ومن جانبنا نوافق ونظم رأينا إلى أصحاب الاتجاه الفقهي الأول، لأننا نعتبر أن لتنظيم مفهومها أخر مخالف لتقييد، حيث أن سلطة المشرع في التنظيم تتوقف على تحديد وتفصيل المسائل وترتيبها وتبيان أساليب وإجراءات ممارستها، من دون شروط زمنية أو تمييزية أو أي كانت قد تؤدي إلى تقزيمها أو حرمان الأفراد منها كلياً، بينما المراد بالتقييد وضع شروط تحدد من هي الفئات المستفيدة أو الفترات الزمنية المحددة أو أماكن ممارستها بما يؤدي إلى محدودية استفادة الأفراد منها.

غير أننا في الواقع نلاحظ أن معظم القوانين المتضمنة للحقوق والحريات تتضمن شروطاً وضوابط تقييدية تضيق من هذا الحق أو تلك الحرية، بالرغم من أن الدستور خول المشرع تنظيمها ومنعه من تقييدها خارج الحالات المرخص بها والمشار إليها في المادة 34 من التعديل الدستوري 2020" لا يمكن تقييد الحقوق والحريات إلا بقانون ولأسباب مرتبطة بحفظ النظام العام والأمن وحماية الثوابت الوطنية، وكذلك تلك الضرورية لحماية حقوق وحرريات أخرى يكرسها الدستور".³

بيد أن سلطة المشرع غالباً ما تمزج بين التنظيم والتقييد ما تسبب في الانتقاص من العديد من الحقوق والحريات، والدليل على ذلك تلك الأحكام التشريعية المتعددة التي أعلن المجلس الدستوري عدم دستوريتهما فحق القول أن تمكين القانون بتقييد الحقوق والحريات ضرب بالحماية الممنوحة لها.⁴

من جانب آخر نرى أن الدستور الجزائري لم يجز للمشرع تقييد الحقوق والحريات إلا في حالات استثنائية التي سبق ذكرها وبشرط واحد، وهو أن "لا تمس هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات" طبقاً لنص المادة 34 في فقرتها 3 ، والذي يبدو من خلالها لنا أن الدستور قد استهدف هذا الشرط " عدم المساس بجوهر الحق" الذي يعود ظهوره إلى الفقيه الفرنسي " كنونستان ودي توكفيل" والفقيه الإنجليزي

¹- عصام سعيد عبد العبيدي، المرجع السابق، ص 237 238

²- عصام سعيد عبد العبيدي، نفس المرجع ، ص 239، 240

³- المادة 34، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 11

⁴- إياد خلف جويعد، محمد عبدي إيمان كريم، الحماية التشريعية للحريات العامة، المجلة السياسية والدولية، جامعة المستنصرية، العدد 23، 2013، ص 7

"لوك وميل"، وبداية تكريسه إلى الدستور الألماني 1949 في المادة 19¹، والذي أسس مفهومها بعد الحرب العالمية الثانية، ومرد ذلك الانتهاكات الكبيرة التي تعرضت لها الحقوق والحريات، أثناء هذه الحقبة التاريخية بفعل النظام النازي، الذي تمادى في تقييده الخطير للحقوق والحريات.²

والذي عبر عنه بمصطلح آخر "الانتهاكات الصارخة" في بعض الدساتير كالدستور الألماني والإسباني 53 فقرة 1 والبرتغالي 18 فقرة 33³، حماية حقوق وحريات الأفراد، وبالرغم من الاختلاف في التعابير التي قيلت بشأن هذا المصطلح، إلا أن الواضح أنها تنصب جميعا في نقطة فريدة وهي "تحصين الكرامة البشرية"، والذي يراد به تضمن كل حق من الحقوق التي خولها الدستور للأفراد "جوهر ذو صلة بكرامتهم يحضر بتاتا انتهاكه أو الانتقاص منه بأي شكل من الأشكال"⁴، "فجوهر الشيء هو حقيقته وذاته"⁵، ومعناه وفقا لتعليق اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية (أن لا تُقَلَّب العلاقة بين الحق والقيود وبين القاعدة والاستثناء).⁶

وحسب وجهة نظرنا فإن الدستور لم يحدد ما المقصود بهذا المصطلح، ويعود ذلك من دون شك إلى أن الدستور يحدد المصطلحات القانونية دون تعاريفها، فمن يتولى هذه المهمة هو الفقه، غير أن الفقه لم يمنحها تعريفا جامعا لذلك لم توضح تعاريفهم المعنى المراد من هذا المصطلح بدقة وليس من الملمزم التسليم بأي منها، فجوهر الحق من خلال ما سبق ذكره من تعاريف حسب وجهة نظرنا هو ذلك الجانب المقدس من الحق والحرية الذي يجب ألا ينتزع أو ينتقص منه أو يعفى من الحماية القانونية كليا أو جزئيا أو تقييده بطريقة اعتباطية من دون أسباب مؤسسية في الدستور.

فالواضح أن هذا الشرط يثير مجموعة من الإشكاليات يمكن سردها فيما يترتب عن تحديد بعض الحقوق والحريات من مساس بجوهرها، حيث نجد أن هناك مساس بجوهر الحق في الحياة متى طبق

¹ - خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات تعليق الفصل 49 من الدستور التونسي 2017، (د.ط) المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، القاهرة، 2021، ص 77

² - Aline Schmidt Noël: **pour l'obtention du grade**, de docteur en droit par Thèse présentée à la Faculté de droit de, l'Université de Neuchâtel La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé soutenue, le 18 janvier 2011, P85

³ - سلوى الحمروني، دليل القاضي الدستوري التعاون الألماني في تطبيق الفصل 49 من الدستور مدخل القاضي الدستوري لمرآة احترام ضوابط الحد من الحقوق والحريات، (د.ط)، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، القاهرة، 2021، ص 23

⁴ - خالد الماجري، نفس المرجع، ص 77، 78

⁵ - سلوى الحمروني، نفس المرجع، ص 23

⁶ - التعليق العام رقم 27، المادة 12 (حرية التنقل)، اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية الدورة السابعة والدستون (1999)، مكتبة حقوق الإنسان.

الإعدام في حق بعض الجناة ، كذلك في ممارسة التعذيب مساس بجوهر الحق في سلامة الجسدية للإنسان¹ ، وهو السبب الذي يجعلها مشمولة بالحماية المطلقة² ، وذلك ما تم تأكيده في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي حضر حتى في حالة الطوارئ(لا يجوز إخضاع أحد لتعذيب ، ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو للإنسانية أو الحاطة بالكرامة ، وعلى وجه الخصوص ، لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر).³

هو السبب الذي دفع العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية إلى منع تطبيق الإعدام إلا بشروط حددتها الفقرة 2 من المادة 6 "إلا جزاء على أشد الجرائم خطورة" و "إلا بمقتضى حكم نهائي صادر عن محكمة مختصة"⁴، كما دفع بعض الدول إلى الامتناع عن تطبيق من بينها الجزائر بالرغم من النطق به لما ينطوي عن ذلك من مساس بجوهر الحقوق والحريات، بتصويته على توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة 149/62 المتضمنة بمنع تطبيق عقوبة الإعدام بتاريخ 12/18 / 2007 ، بعض التشريعات العقابية.⁵

وعليه نستنتج أن إغفال المشرع لمبدأ التناسب بما يؤدي إلى إلغاء أو الانتقاص من الحقوق والحريات من شأنه المساس بجوهرها ، ونخالف الرأي الفقهي الذي اعتبر شرط التناسب شرطاً لا علاقة له بالمساس بجوهر الحق بالقول أن " جوهر الحق شرط منفصل عن شرط التناسب وتحققه ضروري لمنح التقييد الصبغة الدستورية"⁶، فعدم تحقق شرط التناسب في القيود المفروضة على الحقوق والحريات سيؤدي لامحالة إلى المساس بجوهر الحق ، كما أن رفع المشرع الحضر على سرية المراسلات أثناء إعلانه لحالي الحصار والطوارئ دون أدنى شروط، مثلاً من شأنه أن يؤدي إلى المساس بجوهر حرمة الحياة الخاصة والمساس بكرامة الأفراد ما لم يوجد تناسب بين هذا الإجراء والهدف المنشود من إعلان احدي هاتين الحالتين .

¹-سلوى الحمروني، المرجع السابق، ص23

²-خالد الماجري، المرجع السابق ، ص78

³-الدليل الإرشادي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، مركز تطوير المؤسسات الأصلية الفلسطينية 2015 ، ص9

⁴- المادة 6 ، الفقرة 2 ، العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المعتمد و الموقع والمصادق عليه بموجب قرار الجمعية العامة 2200 ، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 ، تاريخ بدء النفاذ يناير 1976

⁵-زكريا لدغم شيكوش ، عقوبة الإعدام في التشريع الجزائري والمقارن ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لمسيلة، المجلد 6 ، العدد2 ، 2021، ص958

⁶ -Takis Tridimas* and Giulia Gentile: **The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?** German Law Journal ,university cambrige,n20, (2019) , pp. 794–816 ,

وعليه إن تطبيق مبدأ التناسب امر ضروري على المشرع ، والذي يقتضي بأن ألا يصل تقييده للحقوق والحريات إلى درجة إلغائها وحرمان الأفراد من ممارستها بحجية الحفاظ على النظام العام ، لأن المحافظة على النظام العام لا تتطلب حضرها مطلقا ، بل مجرد تقييدها ببعض القيود في حدود ما هو متعارف عليه دستوريا ، في إطار محدود يسمح للأفراد بممارستها بشروط تقييدية¹ ، و لأن المشرع ممنوع من المساس بجوهر الحق أو سن قانون أو تنظيم يخل بها ، فإن أخل المشرع ولم يمتثل لهذا الشرط جاز للأفراد اللجوء إلى المحكمة الدستورية لجبر ما لحق بهم من ضرر وإلغائه القانون المخالفة لدستور وإعدام أثره.²

نرى في هذا الاطار أن الدستور الجزائري لم يلزم صراحة المشرع بتطبيق مبدأ التناسب أثناء تقييده للحقوق والحريات في المادة 34 ، كما أنه لم يفرض على السلطة التنفيذية والبرلمان أثناء إعلان أو تفعيل حالي الحصار والطواري كما فعل الدستور البرتغالي مراعاة مبدأ التناسب صراحة في إقرار حالي الحصار والطواري وفي تقييد الحقوق والحريات ، والتي كما يبدو أنه قد كان دقيقا في تحديدها "بحالات الاعتداء الفعلي أو الوشيك من قوات أجنبية ، أو وقوع قلاقل أو تهديد خطير للنظام الديمقراطي الدستوري ، أو الكوارث العامة" كما هو متضح لنا من نص المادة 19 من الدستور البرتغالي التي كانت تحت عنوان "تعطيل الحقوق والحريات" والذي كان في غاية الدقة في تحديده لمدتها 15 يوما كأقصى حد.³

وهي المدة التي حددها التعديل الدستوري الجزائري 2020 ب 30 يوما قابلة لتمديد والتي لا يمكن أن نعتبرها قصيرة بالمقارنة مع المدة التي حددها الدستور البرتغالي ، بالأخص أنها قابلة لتمديد ،

¹ - سهام صديق ، الانحراف التشريعي والرقابة الدستورية عليه ، مجلة الأستاذ الباحث لدراسات القانونية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة لمسيل ، المجلد 4 ، العدد 2 ، 2019 ، ص 1953 ، 1948

² - علاء عبد العزيز المدني ، ضمانات ممارسة الحقوق والحريات في دستور جمهورية العراق سنة 2005 ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون ، جامعة الكوفة ، مجلد 10 ، العدد 30 ، 2017 ، ص 364

³ - المادة 19 ، دستور البرتغال المعدل في 2005 ، وردت بعنوان تعطيل ممارسة الحقوق . " يجب أن يُحترم مبدأ التناسب في الاختيار بين حالة الحصار وحالة الطواري ، وكذلك في إعلانها وتفعيلها ، ويجب أن يقتصر على ما هو لازم لاستعادة الحياة الدستورية الطبيعية فحسب "

"لا يجوز في أي حال من الأحوال أن يؤثر إعلان حالة الحصار أو حالة الطواري على الحق في الحياة ، أو السلامة الشخصية ، أو الهوية الشخصية ، أو الأهلية المدنية أو المواطنة ، أو عدم تطبيق القانون الجنائي بأثر رجعي ، أو حق المدعى عليهم في الدفاع ، أو حرية العقيدة والدين "

وإن أصاب الدستور الجزائي حينما علق إمكانية تمديدها بالحصول على موافقة البرلمان حماية لحقوق وحريات الأفراد من القرارات التعسفية لسلطة التنفيذية.¹

في هذا المجال وفق الدستور البرتغالي بإلزامه وجود تناسب بين القيود المفروضة على الحقوق والحريات والهدف الذي استدعى إلى إعلان حالة الحصار أو الطوارئ المتمثل في الحفاظ على النظام و الأمن العام أو المصلحة العامة صراحة ، ولاسيما حينما منع السلطات بتعطيل بعض المبادئ والحريات بصفة مطلقة " كالحق في الحياة، أو السلامة الشخصية، أو الهوية الشخصية، أو الأهلية المدنية أو المواطنة، أو عدم تطبيق القانون الجنائي بأثر رجعي، أو حق المدعى عليهم في الدفاع، أو حرية العقيدة والدين²، التي نرى من خلالها أن الدستور البرتغالي قد أحسن فعلا حينما، حضر على المشرع المساس بها لما ينطوي عن المساس بهذه الحريات من مساس بجوهر الحق .

ونتمن إلزام هذا الأخير سلطات الدولة بالتقيد بمبدأ التناسب الذي يعد ضماناً ذات مغزى أثناء الظروف غير العادية التي يجب أن يباشر خلالها التقييد من طرف سلطات الدولة باعتدال وبما ينسجم والحالة المعلن عنها ومن دون إفراط في حماية حقوق وحريات الأفراد.

نستخلص من خلال ما سبق أن إغفال مبدأ التناسب من أبرز أوجه عدم الاختصاص السلبي التي قد تؤدي إلى المساس بجوهر الحق مالم يراعى هذا المبدأ وحدث وأن تمت المبالغة في تقييد الحقوق والحريات اللصيقة بالفرد، وهو من أكثر الأثار خطورة التي من الممكن أن تنجم عن عدم الاختصاص السلبي والتي تشكل هدماً لدولة القانون وضرباً لديمقراطية النظام.

ثانياً: الإخلال بمبدأ المساواة

لا ريب أن مبدأ المساواة من المبادئ المدونة في جل دساتير العالم والتي تمنح أهمية تفوق الدستور لدى بعض منها، ولكونه المعيار الأساسي لممارسة الرقابة الدستورية السابقة وللحقة، فعلى البرلمان وضع قوانين تفعيله للأحكام الدستورية المكرسة لهذا المبدأ، وعدم تجاهلها في تشريعاته التي ستصبح عملاً غير المعتد به لدى المحكمة الدستورية، التي ستطالب في قرارها بتطبيق النص الدستوري المكرس لمبدأ المساواة باستبدال النص التشريعي المخالف بنص آخر أساسه مبدأ المساواة.³ الذي يعني عدم التمييز بين حالتين متماثلتين في المعاملة، أو بمعاملة مجموعة دون الأخرى معاملة ليس لها مبرر معتد به، حسب

¹ - المادة 97 التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 23

² - المادة 19 دستور البرتغال، نفس المرجع، ص 6

³ - أحمد عيد الحسينان، التفسير الدستوري في الدساتير الأردنية، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة البيت عمادة البحث العلمي، المجلد 16، العدد 6، 2010، ص 40، 41، 42

ما عبر عنه الفقيه كيلسن¹، وهو ما عملت العديد من الدول على إقراره في دساتيرها وتكريسه في تشريعاتها، ومن بينها الدساتير الجزائرية².

باستثناء دستور 1963 الذي لم ينص على هذا المبدأ المكرس لأول مرة في دستور 1976 وما تبعه من دساتير أخرى التعديل الدستوري 2020، وإن كان دستور الجزائري 1976 قد اختلف عن بقية الدساتير المكرسة لهذا المبدأ كما نرى من حيث صياغة النص المقرر له، وفقا لما هو موضح في المادة 37 "كل المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات، يلغى كل تمييز قائم على أحكام مسبقة تتعلق بالجنس أو العرق أو الحرفة"، في تحديده على سبيل الحصر لجوانب ثلاثة دون غيرها لا يمكن اعتمادها في جميع الحالات كأساس لتمييز بين الأفراد والتمثلة في "الجنس" "العرق" و"الحرفة"³، حيث نرى أن حضر دستور 1976 لأي تمييز أساسه إحدى هذه المعايير الثلاثة المذكورة دون غيرها إلى عدة أسباب، تعود إلى ما سجل في التاريخ من جرائم التمييز العنصري الذي عانت من ويلاته الشعوب في إفريقيا و أمريكا والعديد من دول العالم، بسبب اختلاف الأجناس أو لما عاشته الشعوب في فترة الحرب العالمية بسبب التصنيفات العرقية التي وضعتها ألمانيا، و التي أراد دستور 76 وضع حد لأي تمييز قد يلحق الشعب الجزائري الذي عاش التمييز أثناء الحقبة الاستعمارية أما "الحرفة"، فقد ركز عليها الدستور بسبب النظام الاقتصادي "النظام الاشتراكي" المنتج في ظل هذا الدستور أما لحقه من دساتير 1989 وتعديلات دستورية و 1996 و 2016 و 2020.⁴

تأميناً لحقوق وحريات الأفراد من أي تنكيل أو تقييد قد تتعرض له نتيجة عدم تطبيق هذا المبدأ، كما نرى أنها قد منعت كل أشكال التمييز وحضرت كل الفوارق الموجودة بين الأفراد باختلافها دون استثناء، والتي من المحتمل اتخاذها كمعايير للمفاضلة بين الأفراد في توزيع الحقوق والحريات بذكرها لها على سبيل المثال لا الحصر، بيد أنها في الحقيقة لا يمكن اعتبارها سببا لمفاضلة بينهم أمام القانون حسب ما يتضح لنا جليا في نص المادة 37 من التعديل الدستوري الجزائري 2020⁵، فعن أي سيادة قانون يمكن الحديث ما إن تم تغييب المساواة، وهو المبدأ الذي يعد دعامة أساسية من دعائم

¹ -Olivier gwanan: logique d egalite , 2020 4 avril adj 4 ,volum 7 ,www.consiel-constitutionnel.fr

² - وردية العربي، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة وفقا للتعديل الدستوري الجزائري 2016، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لمسيلا، الجزائر، العدد الرابع، 2017، ص 11

³ - المادة 39، دستور 1976، الصادر في 22 نوفمبر 1976

⁴ -وردية العربي، نفس المرجع، ص 11

⁵ -المادة 37، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 12

دولة القانون، وإن كانت حقيقة هذا المبدأ في الواقع تكشف، أن تطبيق القانون يكون على كل من تتوفر فيهم الشروط بصورة متماثلة دون تفضيل كما يرى الفقه.¹

وهو ما لا يمكن أن ننكره طالما أن أغلب القواعد القانونية المقررة لحقوق الأفراد تطبق على من تتوفر فيهم الشروط التي حددها القانون، كقانون الوظيف العمومي الذي يمنح الحق في التوظيف لمن تتوفر لديهم مؤهلات علمية محددة أو سن قانونية محددة على قدم المساواة، وفقا للمادة 75 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية.²

وبالرغم من ذلك فإننا لا نعتبر هذه المقولة قاعدة مطلقة نظرا لوجود قواعد قانونية تطبق على كل الأفراد على قدم المساواة دون استثناء مثال ذلك قانون الصحة، وهو ما تم تأكيده في المادة 13 "تضمن الدولة مجانية العلاج وتضمن الحصول عليه لكل المواطنين ..."³

فتنظيم المشرع مثلا للحق في الانتماء للأحزاب السياسية، لا بد أن يمكن جميع الأفراد من التمتع بها فإن استبعد فئة معينة ففي هذه الأثناء يكون قد تخطى اختصاصه في التنظيم، مما يجعل عمله في خضم نطاق اختصاص المحكمة الدستورية لمخالفته لدستور⁴، ونرى أن الأشخاص المقصودين بممارسة حق الانتماء في الأحزاب السياسية هم من تتوفر فيهم الشروط المحددة في القانون، فإن قام المشرع بإقصاء بعضهم ممن استوفوا الشروط القانونية المطلوبة سيقع في التمييز، وبالتالي سيتم الإخلال بمبدأ المساواة أما استبعاد القصر فلا يعني ذلك.

وهو ما أراد التعبير عنه القاضي الدستوري الفرنسي في قراره رقم 824-2021 تاريخ 5 اب 2021 قانون إدارة الأزمات الصحية وهو المبين في قوله، أن بإمكان المشرع تنظيم المراكز القانونية المتباينة بشكل غير المتماثل، على أن يكون نقطة الاختلاف مرتبطة ارتباطا وثيقا بالمسألة المتناولة في التشريع.⁵

¹- عبد الحميد مفتاح خليفة، مبدأ المساواة أمام القانون، المؤتمر العلمي المصاحبة الوطنية مفهومها أهميتها ضوابطها ألياتها معوقاتهما، الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية زليتن، ليبيا، 2012، ص 152

²- المادة 75، الأمر رقم 03-06، المؤرخ في 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الساسي العام للوظيفة، الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة في 16 يوليو 2006.

³- المادة 13، القانون رقم 11-18، المؤرخ في 2 جويلية 2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، المؤرخة في 29 جويلية 2018.

⁴- يحي الجمل: المرجع السابق، ص 202

⁵- Decision n 824-2021 QPC du 5 avril 2021

وعلى أية حال يرغب من الهيئة التشريعية إضفاء سمي التجريد والعمومية على القواعد القانونية باعتبارها شرطا من شروط تحقق المساواة¹، والتي سنتهك لا مفر من ذلك بغياب إحدى هاتين الخاصيتين إذ يتحقق ذلك بصورة جلية حال وضع السلطة التشريعية لقواعد قانونية على نحو من التمييز، بإقرارها الحق في اكتساب الحقوق للبعض وإغفال البعض الآخر، بالرغم من تعادل مراكزهم القانونية وتمتعهم بالشروط المطلوبة لاكتساب ذلك الحق أو تحمل ذات الواجبات²، كحرمان النص القانوني لبعض الأفراد من ممارسة حريتهم في التعبير أو حضر هذه الحرية أو بقصر ممارستها لها في حالات معينة، ومنعهم في حالات أخرى بما يخالف أحكام الدستور التي تجيز ممارسة حق التعبير في جميع هذه الحالات³، وهو بحد ذاته محل رقابة الدستورية الإغفال التشريعي، لعلة انتهاك المشرع لمبدأ المساواة⁴.

وترتيبا على ذلك نرى أنه من الضروري على المشرع الاقتداء بالمادة 35 من التعديل الدستوري 2020 لدى تنظيمه للحقوق والحريات، بعدم إغفاله لمبدأ المساواة وإنتاجه لقواعد قانونية متطورة منصفة في توزيعها للحقوق والحريات بين كافة المواطنين، فمن حق الجميع أن يكونوا عنصرا فعالا في الدولة من خلال إسهاماتهم في جميع مجالات الحياة ومن غير العرا قيل والتي ينبغي أن تعمل السلطات على دحضها⁵.

يضيف بعض من الفقهاء في هذا المقام فكرة مفادها أن لتطورات السارية وإغفال المشرع لها أثناء تعديله للقانون علاقة وطيدة بما يلحق مبدأ المساواة من إخلال لتحول القواعد القانونية الممثلة لمبدأ المساواة إلى قواعد مخلة⁶، وهو ما لا ندعمهم الرأي إطلاقا، فمن جانبنا نرى انتفاء وجود علاقة يمكن أن تجمع بين ما يحصل من تطورات وبين الإخلال الذي يتعرض له مبدأ المساواة، فلا دخل للتطورات الحاصلة التي يغفلها المشرع أثناء تنقيحه للقواعد القانونية بما يلحق مبدأ المساواة من إخلال، بل له علاقة وطيدة بما يصدر عن المشرع من إغفالات تشريعية لهذا المبدأ أثناء تنظيمه للحقوق والحريات من الوهلة الأولى، والتي لا تستدرك إلا مع حصول التطورات، وبالتالي لن نقوم بتبرأة المشرع ونسند ما يلحق الحقوق والحريات من انتهاكات بفعل إغفال المشرع لمبدأ المساواة لما يحصل من

¹- أحمد عيد الحسبان، المرجع السابق، ص 42

²- عبد الحميد مفتاح خليفة، المرجع السابق، ص 156 و 157 و 158

³- خالد بلجيلالي، الرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الأيام، عمان الأردن، 2020، ص 134 133

⁴- أحمد عيد الحسبان، نفس المرجع، ص 50، 51

⁵- المادة 35، التعديل الدستوري 2022، المرجع السابق، ص 12

⁶- أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 228

تطورات لم يتخذ المشرع ما يجب من إجراءات لمواكبة القواعد القانونية لها ، فإن ما يمكن أن تحدثه التطورات التي يغفلها المشرع أثناء تعديله للقوانين حسب رأينا فراغ تشريعي في القانون وليس الإخلال بمبدأ المساواة والذي في الواقع يصدر من المشرع بفعل إغفال أثناء تنظيمه للحقوق والحريات.

ولو نظرنا إلى القرار الصادر عن القاضي الدستوري الجزائري سنة 2020 في إطار فصله في الدفع بعدم الدستورية، لوجدنا أنه بالفعل قد رفض الأحكام التشريعية المتضمنة للإغفال التشريعي والمخلة بمبدأ المساواة، على وجه الخصوص تلك الأحكام التي تقيد بشروط غير مؤسسة ممارسة الأفراد لحق التقاضي على درجتين، كما يتضح من نص قراره.

في الواقع يبدو أن القاضي الدستوري الجزائري قد استنكر عدم الاختصاص السلبي وبالتحديد حالة الإغفال التشريعي، وهو الواضح في نص قراره رقم 01/ق.م د/د ع 19/ " واعتبارا أن المؤسس الدستوري حين نص على أن القانون يضمن حق التقاضي على درجتين، فإنه يقصد إلزام المشرع بضمان ممارسة هذا الحق بأن يحدد له كليات تطبيقه دون أن تفرغه تلك الكليات من جوهره، ولا أن تقيد أو تستثني أحدا عند ممارسته."¹

وعليه نرى من خلال مضمون هذا القرار أن القاضي الدستوري الجزائري مرة أخرى أراد أن ينوه إلى مسألة في غاية الأهمية، وهي أن سلطة المشرع غير مطلقة بل تتوقف عند حد تنظيم حق التقاضي على درجتين بشكل يضمن ممارسته، من حيث بيان أساليب مباشرة هذا الحق وليس تقييده بشروط تناقض مع مبدأ المساواة معتبرا أن المساس به مساس بجوهر الحق.

من خلال ما سبق قوله من آراء فقهية وتحليل لقرارات ونصوص الدستورية، فإن خلاصة القول أن للمساس بجوهر الحق أسباب يمكن رصدها في إغفال المشرع لمبدأ التناسب التشريعي أي متى أفرط في تقييد الحقوق والحريات للصيقة بالفرد لدرجة تفوق المقدار المطلوب لتصدي لحالة الضرورة ، وانتهى إلى انتزاع الحقوق والحريات من أصحابها أو تجريدهم من الحماية المخولة لهم في الدستور وليس مجرد الانتقاص منها ، أما الإخلال بمبدأ المساواة الناجم عن الإغفال التشريعي فلا يؤدي إلى المساس بجوهر الحقوق والحريات في جميع الحالات ، إلا إذا أدى إلى سلب وانتزاع الحقوق والحريات من أصحابها.

¹ -قرار رقم 01/ق.م د/د ع 19، المؤرخ في 20 نوفمبر سنة 2019

المطلب الثاني:

إخلال عدم الاختصاص السلبي للمشرع بالالتزامات الدولية لحقوق الإنسان

إن ترتب الالتزامات الدولية لحقوق الإنسان في حق الدول يقع بمجرد أن تمنح الدولة مصادقتها لأحدى المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، لكن ستسقط على نفسها حكم الدولة المتخلفة عن التزاماتها، إذا ما سولت لها نفسها أن تجاه أحكامها، إذا ما امتنعت سلطاتها عن اتخاذ ما يجب اتخاذه، لتتحاشي ما يمكن أن يترتب عن الإخلال بإحدى التزاماتها الدولية من إخلال بحقوق الإنسان، فإن حدث وأن امتنع المشرع عن سن قوانين تجسد مبادئها وأحكامها أو أغفل بعضها فلن تمر مرور الكرام عن هذه الأفعال، إذ في هذه الأثناء ستدرج الدولة ضمن قائمة الدول الممتنعة أو المخلة عن تنفيذها التزاماتها الدولية وتساءل عن مخالفتها، وفقا لإجراءات وضوابط متعارف عليها دوليا وهو ما سنتعرض إليه في :

الفرع الأول: عدم مشروعية عدم الاختصاص السلبي للمشرع في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان.

الفرع الثاني: المسؤولية الدولية على عدم الاختصاص السلبي للمشرع.

الفرع الأول:

عدم مشروعية عدم الاختصاص السلبي للمشرع في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان

اختلف الفقهاء فيما بينهم بشأن مدى ضرورة إنشاء المشرعين لقوانين من أجل تنفيذ المعاهدات والاتفاقيات الدولية، لإلزام الأفراد والسلطات العامة بمحتواها، بين من أكدوا ضرورة تدخل البرلمان لسن قوانين حولها إقرارا وتنفيذا لها، وبين من أكدوا عدم الحاجة لوجودها لإمكانية تنفيذها تلقائيا، وهي وجهة نظر تحاذي رأي الأستاذ " سامي عبد الحميد " باعترافه لسمو المعاهدات والاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية وقابليتها لتنفيذ دون انتظار تدخل من المشرع، وهو الموقف الذي جاء كانتقاد لرأي بعض الفقهاء كالفقيه " شارل روسو " الذي فند الرأي الأول بتأكيد على أهمية القوانين كوسيلة لا بديل عنها في تنفيذ محتوى المعاهدات والاتفاقيات الدولية.¹

¹-جواد حمد طيبة، أسعد كاظم وحيش: المرجع السابق، ص 242، 265.

ومن جانبنا نخالف الرأي الأول ونرجح الرأي الأخير، لأن إقرار واعتراف الدستور صراحة بالمسائل التي نصت عليها الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وسن البرلمان لقواعد قانونية تفعيلية لها، هو السبيل إلى تنفيذ محتوى هذه الأخيرة، وغياب تشريعات تحتويها سيصعب من عملية تفعيلها على الصعيد الداخلي لدول المصادقة عليها.

كما نعتبر أن القواعد القانونية وسيلة لا غنى عنها باعتبارها قالب المادي الذي تصب فيه الحقوق والحريات، في شكل قواعد قانونية ملزمة للأفراد والسلطات معاً، ووسيلة يمكن للأفراد الاحتجاج بها، حال تعرض حقوقهم وحرياتهم لتنكيل من قبل سلطات الدولة، بحيث من السهل عليهم استعمالها كحجة ضدها، والطعن ضد أي قانون يلحق بهم ضرراً أمام المحكمة الدستورية، ولكونها الأداة الوحيدة التي تثبت أن الدولة بالفعل، قد قامت باتخاذها الإجراءات القانونية اللازمة لتنفيذ التزاماتها الدولية أمام المجتمع الدولي.

وندعم قولنا بنص المادة 2 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي أكدت على وجوب تعديل الدول الأطراف لتشريعاتها المخالفة لها بما يتوافق مع أحكام العهد الدول من أجل ضمان تفعيل الحقوق والحريات المكفولة بمقتضى هذا العهد.¹

وهو أعربت عنه المادة 2 اتفاقية مناهضة التعذيب بإلزام الدول الأطراف في هذه الاتفاقية الدولية لضمان عدم ممارسة التعذيب على أراضيها إصدار قوانين تجرم وتعاقب التعذيب، مع مراعات التدابير الإدارية والقضائية.²

فالمستساغ من نص هذه المواد أنها تكشف لنا عن حقيقة مفادها، أن تنفيذ المعاهدات والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان يحتاج إلى تحرك البرلمان ومباشرته لإجراءات تشريعية خاصة وأنه بعدم اتخاذها سيستحيل تنفيذها، وبذلك وضعت هذه المادة حداً للجدل الفقهي الذي أثير بهذا الشأن.

وعلى هذا الأساس تظل إرادة المشرع مقيدة بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية، ففي حالة ما إن سولت له نفسه عدم تضمين محتواها في القوانين الوطنية أو عدم تعديلها، سيكون قد خالف الالتزامات

¹ المادة 2، العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المعتمد والمصادق عليه بموجب قرار الجمعية العامة 2020، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966.

² المادة 2، اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو للإنسانية أو المهينة المعتمدة من الجمعية العامة، المصادق عليها في القرار 46/39، المؤرخ في 10 ديسمبر 1984.

الدولية بسبب ما يصطلح عليه بالامتناع التشريعي¹، أي متى سكت هذا الأخير ولم يبادر بأي إجراءات لتحقيق هذا الهدف، ففي هذه الأثناء سيعتبر امتناعا من الدولة عن تطبيق أحكام اتفاقياتها ومعاهداتها الدولية.²

وهو الامتناع التشريعي الذي حذرت منه المادة 18 اتفاقية فينا لقانون المعاهدات "تلتزم الدولة بالامتناع عن الأعمال التي تعطل موضوع المعاهدة أو غرضها"، و"ألا يتأخر هذا التنفيذ بغير مبرر".³ نرى أن اتفاقية فينا قد رفضت عدم الاختصاص السلبي للمشرع وبالتحديد حالة الامتناع التشريعي، الذي اعتبرته ظاهرة مخلة بالالتزامات الدولية لحقوق الإنسان وعملا غير مشروع دوليا.

وهو ما أكدته بشدة اتفاقيات جنيف الأربعة برفضها للامتناع التشريعي، في نصها على وجوبية وضع الدول الأطراف لنصوص تشريعية عقابية ضد كل من تسول له نفسه ارتكاب أفعال تحضرها الاتفاقية ومسألة الدول الممتنعة منها عن فرض عقوبات أو ممن أجازت منها ما كان عليها تجريمه من أفعال مخالفة للاتفاقية بقوانينها العقابية.⁴

وعلى سبيل الذكر قد الزمت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الدول المتعاقدة من عدم تنظيم الحقوق والحريات بأية قواعد أخرى غير القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على رفضها لعدم الاختصاص السلبي للمشرع وعلى وجه الخصوص حالات التفويض التشريعي المخالف لدستور والإحالات التشريعية الغير الدستورية أو ما يعرف بحالة التسلب من الاختصاص التشريعي، وهو ما نستشفه من "قرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرار "خان" ضد المملكة المتحدة عندما اعتبرت أن التقاط المكالمات الهاتفية من قبل السلطة البريطانية لم يكن منظما بقانون، كما ينص على ذلك الفصل الثامن من الاتفاقية، وذلك لغياب تنظيم تشريعي لاستعمال

¹ - عمار طعيمة حاتم، المرجع سابق، ص 116، 115

² - محمد القاسمي، الأثر القانوني للمعاهدات الدولية في النظام القضاء الوطني دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018، ص 50

³ - المادة 18، اتفاقية فينا لقانون المعاهدات، المعتمدة بموجب قراراي الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166، المؤرخ في 5 ديسمبر 1966، والقرار رقم 2287، المؤرخ في 6 ديسمبر 1976، المصادق عليها في 23 ماي 1969، دخلت حيز التنفيذ 27 يناير 1980، ص 5

⁴ - علاء الدين تكتري، ضحايا الجريمة في حماية الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والقانون

الدولي الإنساني، مجلة الحكمة لدراسات الفلسفية، مركز الحكمة الجزائر، العدد 7، 2016، ص 17

آلات التنصت، إذ أن آليات استعمال هذه الآلات تقف فقط على توجيهات وزارة الداخلية التي لم تكن ملزمة قانوناً ولا متاحة للجميع".¹

هذا على غرار حالات الغموض التشريعي التي أبدت المواثيق الدولية لحقوق الإنسان رأي برفضها، فوفقاً لنظام القانوني الدولي نرى أنه قد نبه المشرعين لعدم صياغة نصوص تشريعية، لا تبت بالوضوح بصفة لتجنب ما يمكن أن يلحق من سوء تطبيق السلطات لها من اعتداءات.

المبين أن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية قد استنكرت أحكامه بشدة الإغفال التشريعي وما يترتب عليه من آثار سلبية في مواجهة الحقوق والحريات والضمانات القانونية المقررة لها، وما يبرز بوضوح جلية في نص الفقرة 3 المادة 22 العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، أكدت خلوها من أحكام قد تسمح بإقدام الدول الأطراف في اتفاقية منظمة العمل الدولية 1948 على تدابير تشريعية قد تهتك بضمانات القانونية المقررة في نص الاتفاقية للحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي.²

وهو ما نستشفه ناهيك على ذلك في عدة أحكام أخرى من العهدين الدوليين التي عبرت عن رفضها للقوانين الداخلية التي تقيد أو تنتقص من الحقوق الأساسية لأي سبب كان، سواء مرده كون "هذا العهد لا يعترف بها أو كون اعترافه بها في ضيق المدى، وفقاً لما جاء في المادة 5 العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية فقرة 2 والمادة 2 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية³، وهو ما أرادته التذكير به اتفاقيات القضاء على أشكال التمييز بدعوتها الدول الأطراف إلى الاعتراف بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ليس في دساتيرها فحسب، بل كذلك قوانينها الداخلية التي لا ينبغي يغفل فيها هذا المبدأ ومن ضمنها تشريعاتها العقابية تفعيلاً للمساواة بين الرجل والمرأة و قضاء على التمييز بينهم على أرض الواقع.⁴

نرى من خلال محتوى ما تم عرضه من قواعد قانونية دولية أنها قد جاءت لدفع الدول الأطراف إلى الامتثال إلى الاتفاقيات أو المواثيق الدولية لحقوق الإنسان بإلزامها سن قواعد القانونية

¹ -سلوى الحمروني، المرجع السابق، ص 43

² - المادة 22 فقرة 2، العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المرجع السابق

³ - ارجع إلى المادة 5 الفقرة 2، المصدر نفسه، والمادة 2 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المعتمد والمصادق عليه بموجب قرار الجمعية العامة 2020، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966.

⁴ - المادة 2، المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، الأمم المتحدة نيويورك 2006، ص 75

المنظمة لحقوق وحريات الأفراد، وفقا لمبدأ المساواة والتناسب التشريعي وتنقيح قوانينها بما يتوافق مع هاذين المبدأين حال إغفالها.

علاوة قد انتهت للجنة المعنية بحقوق الإنسان على مستوى هيئة الأمم المتحدة في إحدى قراراتها منوهة إلى مجموعة من الشروط المهمة لمشروعية التقييد ذو ارتباط بمبدأ التناسب، بأن تقوم القيود على هذا المبدأ، إذ لا ينبغي أن يتم التقييد إلا إذا كان ضروريا وملائما للهدف بتحقيقها للمصلحة العامة ومناسبة له، بأن تكون الأضرار المحتملة الوقوع عنها ضئيلة بالمقارنة مع غيرها من الوسائل الأخر، "لا بد من احترام مبدأ التناسب، في القانون الذي يحدد إطار القيود وحده"، وقد نهت قولاً إلى إلزامية تبيان الدولة للأسباب الدافعة إلى إجراء التقييد.¹

لم تكتفي الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان بتحذير الدول الأطراف بوجود سن قوانين لتنفيذ ما تعهدت به واعتبار تجهلها لها امتناعاً عن تنفيذ التزاماتها الدولية، بل كذلك فقد اعتبرت عدم مبادرة البرلمان بتعديل أو إلغاء قوانينها المخالفة لأحكامها بمثابة امتناع تشريعي يجب أن تتداركه الدولة دون تقييدها بأية أجال، وهو أوجه من أوجه القصور التي تعاب القواعد القانونية الدولية لحقوق الإنسان واتخاذ شتى التدابير الضرورية ومن ضمنها إصلاح تشريعاتها إما بتنقيحها لتتلاءم مع الأحكام التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها أو إلغائها مالم يستقم معناها، حسب مانوه إليه في نص الاتفاقية بمنع كل ما هو ممنوع بمقتضاها من أفعال، وفقاً لما يستفاد من النص الوارد في اتفاقية جنيف "على كل طرف متعاقد اتخاذ التدابير اللازمة لوقف جميع الأفعال التي تتعارض مع أحكام هذه الاتفاقية"²، وتنص المادة 1 من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري بإلزامية (تعديل أو إلغاء أو إبطال أية قوانين أو أنظمة تكون مؤدية إلى إقامة التمييز العنصري)، و(سن التشريعات المقاضاة إذا تطلبها الظروف بحظر وإنهاء أي تمييز عنصري).³

وإجمالاً على ما قيل نرى أن الاتفاقيات والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان قد أدانت بشدة ظاهرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع بكل صورها الامتناع والتفويض التشريعي الغير دستوري والإغفال التشريعي بكل أنواعه والتنازل عن الاختصاص والغموض التشريعي، معتبرة لما يترتب عليه

¹- التعليق العام رقم 27 المادة 12 (حرية التنقل)، اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، الدورة السابعة و الستون 1999، مكتبة حقوق الإنسان.

²-علاء الدين تكتري، المرجع السابق، ص 17

³-المادة 1، الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المعتمدة من الجمعية العامة للأمم المتحدة، ديسمبر 1979.

من آثار سلبية في حق الأفراد انتهاكا للالتزامات الدولية المترتبة على المواثيق الدولية ، كما حذرت من إغفال مبدأ المساواة ومبدأ التناسب التشريعي، إلا أنها لم تستعمل مصطلح عدم الاختصاص السلبي للمشروع أو الإغفال التشريعي أو التنازل عن الاختصاص بصفة صريحة ، بل عبرت عنها من خلال أحكامها بطريقة ضمنية على الدول اتخاذ الدولة الإجراءات التشريعية لعملية إنفاذ الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان وتجريمها إخلاف الدولة لعهودها .

الفرع الثاني: المسؤولية الدولية على عدم الاختصاص السلبي للمشروع

اختلف الفقه بشأن المسؤولية الدولية على أعمال السلطة التشريعية بين رأي مؤيد وآخر مفند لها، وقد اتخذت المواثيق الدولية موقفا من هذه المسؤولية (أولا) ووضعت على هذا الأساس نظاما رقابيا خاصا من أجل الكشف والوقوف على الملاحظات المرتكبة من الدول الأطراف المخالفة لالتزاماتها الدولية، بعد مصادقتها على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية (ثانيا)

أولا: المسؤولية الدولية على عدم الاختصاص السلبي للمشروع في الفقه والمواثيق الدولية

تتمتع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية بالقوة القانونية الملزمة إذ لا يمكن لسلطة التشريعية إطلاقا أن تتجاهلها أو أن تمتنع عن سن قواعد قانونية مقررة لها، بما لا يمكن من وضعها موضع التنفيذ، وإلا وقعت تحت طائلة المسؤولية الدولية¹، وهو ما سيقع في حقه إذا تماطلت عن اتخاذ الإجراءات التشريعية التي عادة ما تتخذها لسن نصوص قانونية تحتويها².

أو إذا ما أغفلت كما تم القول تعديل قوانينها لتتماشى مع هذه الأخيرة، أو في حالة ما إن وضعت قوانين مناقضة لبنودها أو غير مسايرة لها، و ما سبب تحميلها للمسؤولية الدولية في مثل هذه الحالات إلا لما قد يترتب على ذلك من آثار سلبية ، والتي قد تلحق الدول الأخرى ورعاياها، إذ لا يعتد أثناءها تبريرها لامتناعها أن برلماناتها تتمتع بالاستقلالية أو فشلها في مباشرة إجراءاتها التشريعية³، و دليل ذلك ما هو مقرر في اتفاقية فيينا 1969 لقانون المعاهدات في المادة 27 "لا يجوز لطرف في معاهدة أن يحتج بنصوص قانونه الداخلي كمبرر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة"⁴، لتضع بذلك حدا للجدل الفقهي الذي أثير بخصوص مسؤولية الدولة .

¹ - عمار طعيمة حاتم، المرجع السابق، ص 117

² - جواد حمد طيبيه، اسعد كاظم وحيش: المرجع السابق، ص 241

³ - جواد حمد طيبيه، اسعد كاظم وحيش: نفس المرجع، ص 242

⁴ - المادة 27، اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969، المرجع السابق، ص 7

بين الموقف الفقهي القائل أن للبرلمان منتهى الصلاحية و الحق والحرية في سن النصوص القانونية وما يترتب عنها من آثار سلبية تقوض الحقوق و الحريات، فالدولة بريئة وغير المسؤولة عن الضرر الذي يلحق الأفراد جراء القوانين التي يضعها البرلمان، كونه السلطة التي تمثل الشعب الذي اختارها عن طريق الانتخابات، والقوانين التي يضعها ماهي إلا تجسيد لإرادة هذا الأخر وفقا لرأي الفقيه "جاك روسو" و باعتبارها كما جاء في رأي الفقيه "Laferriere" "teissier" "عمل من أعمال السيادة".¹

فالدول حسب وجهة نظرهم غير مسؤولة على أعمال سلطتها التشريعية باعتبارها صاحبة السيادة وأن لها الحرية في إصدار ما تشاء من تشريعات، التي يمتثل لها كل الموجودين على أراضيها دون انتقاء، وطالما أن السيادة للبرلمان ممثل الأمة فإنه لا يتحمل المسؤول عما ينتجه عنه من قوانين.²، وهو ما أكدوه في قولهم أن علة عدم مسؤولية الدولة على أعمال سلطتها التشريعية دوليا ترجع إلى شمولية وعمومية قوانينها الداخلية. التي تقف حائلا أمام قيامها ولو كان الأمر على حساب حقوق وحريات أفرادها حسب رأي البعض الأخر.³

كما عبر البعض الأخر ومن بينهم بعض الفقهاء الفرنسيين من أصحاب هذا الرأي أن مسؤولية الدولة لا تقوم إلا إذا وقع خطأ من السلطة التشريعية بإخلالها لالتزاماتها الدولية أو القانونية، وهو ما لا يسند إلى المشرع الذي لا يقع عليه التزامات اتفاقية أو قانونية لم يمتثل لها، وهو ما يجعل الدولة غير مسؤولة.⁴ أما الرأي المخالف والذي مثل الأغلبية الفقهية أن السيادة للشعب وليس للبرلمان الذي يتعين عليه الامتثال، وأنه يتحمل المسؤولية إذا ما تطاول ولم يمتثل، وأن الدول لا تملك السيادة المطلقة كما أن تحميلها للمسؤولية لا يعني الانتقاص منها.⁵

وعليه لا يعتد باحتجاج الدولة بسيادتها في العصر الحالي، وتعليل ذلك أن مسألة حقوق الإنسان من أبرز المسائل الدولية التي تسأل الدولة عليها حاليا، إذا ما لم تطاوع وحدث وأن قامت بخرق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، التي قد سبق وأن أبدت موافقتها بخصوصها بعدم احترامها لحقوق الإنسان إذ ستعرض نفسها لضغوطات دولية، ولكي تتفادى التدخلات الأجنبية في شؤونها الداخلية

¹ - خاطر شريف يوسف، مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة لدستور والاتفاقيات الدولية، مجلة البحوث القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 54، 2013، ص 136

² - محمد بخيت القطيش عودة، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة البيت، 2004، ص 33

³ - محمد بخيت القطيش عودة، نفس المرجع، ص 10

⁴ - خاطر شريف يوسف، نفس المرجع، ص 154

⁵ - محمد بخيت القطيش عودة، نفس المرجع، ص 35

فالحل أن تتوخى الحذر في تعاملها مع الحقوق والحريات، وهو ما أكده الدكتور " مفيد شهاب " على حد تعبيره.¹

وعلى هذا المنوال نادى البعض الآخر من الفقه بالقول على الدول الأطراف في العهدين الدوليين والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان لتبرأ نفسها من المسؤولية الدولية، أن تسعى جاهدة لإنتاج نصوص قانونية تنظيمية لما تحتويه هذه الأخيرة من أحكام، دون تردد أو تراخي انتظار أو زيادة أو نقصان، وتوظف كل ما لديها من إمكانيات ووسائل لوضع الحقوق تحت حمايتها هي نتيجة ملزمة بتحقيقها، وعدم تحقيقها لهذه النتيجة لن يعفيها من المسؤولية الدولية ، حتى لو باشرت جميع الإجراءات لبلوغها فالنتيجة والوسيلة التزامين واقعين على عاتقها.²

وهو الموقف الذي نراه صائبا، والذي نظم رائينا إليه، فوفقا لوجهة نظرنا أن الدولة لا بد أن تتحمل المسؤولية الدولية عن الأعمال السلبية لسلطتها التشريعية، سواء لامتناعها أو إغفالها عن التزاماتها الدولية، لاسيما وإن استمرت في التعرض لها لأكثر من مرة لذلك من الأجدر على دساتير الدول أن تفرض رقابة دستورية ذا أليات فعالة كفيلة بأن تقف في وجه البرلمان لتكف عن أعمالها السلبية والتعرض بالسوء للحقوق والحريات بقوانينها المشوهة بعدم الاختصاص السلبي لدفع المسؤولية الدولية.

والجدير بالذكر أن المسؤولية الدولية في حق الدول تقوم عندما لا تحترم التزاماتها الدولية المنبثقة من الاتفاقيات الدولية التي أصبحت طرفا فيها، ويتحقق ذلك متى كان سنها للقوانين التي تصدرها تنفيذا لالتزاماتها الدولية مخالفا لما ورد في مضمون الاتفاقية الدولية، أو لإغفالها إصدار قواعد قانونية تترجم من خلالها ما ورد فيها من أحكامها، بهدف تنفيذها أو بسكوتهما عن سن قانون للوفاء بما هي ملزمة به دوليا، كأن تضع على سبيل المثال نصا تشريعيا يحرم الأجانب من التمتع بمجموعة من الحقوق من غير أسباب قوية تبرر هذا الموقف.³

وهو ما عبر عنه الدكتور " جعفر عبد السلام " الذي حدد حالات قيام المسؤولية الدولية على أعمال سلطتها التشريعية لدى امتناعها عن سن تشريع يفعل ما ورد في الاتفاقية الدولية من الأحكام المتعهد عليها

¹ - مسعود عبد السلام، نطاق المسؤولية الدولية عن انتهاك حقوق الإنسان، (د، ط)، دراسات سياسية المعهد المصري للدراسات مصر، 2019، ص 15

² - مسعود عبد السلام، نفس المرجع، ص 8 و 10

³ - أحمد ضاحي الشمري، المسؤولية الدولية عن انتهاك حقوق الإنسان دراسة في إطار القانون الدولي مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الأنبار، العدد الأول، 2023، ص 11، 12

أو حينما تضع تشريعا يحتوى أحكاما تناقض احدى الاتفاقيات الدولية التي هي طرف فيها أو احدى التزاماتها الدولية العرفية وما ذهب إليه الدكتور "عبد الواحد محمد الفار"¹، بيد أن ما يتضح لنا من خلال هذا القول أنه قد استند في تحديده لنطاق المسؤولية الدولية، على موقف المشرع من التزامات الدولية في الحالات التي يتخذ فيها موقفا سلبيا يمتنع على إثره عن إصدار تشريع بصورة كلية دون حالة الإغفال التشريعي الجزئي، وكذلك حال اتخاذه للإجراءات التشريعية ويضع أحكاما تشريعية مناقضة لها كان تجرم الاتفاقية الدولية فعلا يجيزه القانون، فقد اعتبر الدولة مسؤولة في كلا الحالتين بالرغم من اختلاف درجة تأثير كلا الحالتين على الحقوق والحريات، حيث نعتقد أن الحالة الثانية أشد خطورة من حالة الامتناع التشريعي، لما يترتب عنها من إعدام لحقوق والحريات كما أنه قد قصد البرلمان ولم يقصد السلطة التنفيذية بالرغم من أنها شريكة البرلمان في ممارسة العمل التشريعي.

فضلا على إغفاله تحديد نوع المسؤولية الدولية وما أثر هذه المسؤولية وماهي الجزاءات التي ستوقع على الدولة، وهو ما لم نجد له توضيحا في الرأي الذي قدمه "د. حامد سلطان ود. عائشة رتب ود. صلاح الدين عامر" وإن كان لهم رأي مختلف نوعا ما عما سبقهم من آراء بقولهم (تترتب المسؤولية الدولية أيضاً لتراخي الدولة في إصدار القوانين)²، يبدو ذلك في تحديده لشروط قيام المسؤولية الدولية، ولم يحدد لنا ماهي المدة التي يمكن من خلالها اعتبار الحالة التي يتأخر فيها المشرع عن إصدار قانون لتنفيذ التزاماته الدولية حالة امتناع تشريعي.

كما وقد اعتبرها البعض الآخر قولا "وفي جميع الحالات تكون الدولة مسؤولة دوليا متى ارتكبت فعلا غير مشروع دوليا إيجابي أو سلبي ينتهك التزاماتها الدولية طبقا للمادة الأولى من اتفاقية جنيف "تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بان تحترم هذه الاتفاقية وتكفل احترامها في جميع الأحوال"³ المبين لنا من هذا القول أنه قد وسع من نطاق المسؤولية الدولية على أعمال السلطة التشريعية، لعدم قصرها على الأعمال السلبية والتي تشمل عدم الاختصاص السلبي، بل كذلك الأعمال الإيجابية، كما أنه لم يوضع نطاق هذه المسؤولية، وما هي شروطها وما نوع هذه المسؤولية والجزاء المترتب عنها أو حجم الضرر الذي يجب أن تحدثه القوانين لقيامها ونوعه. كما فعلت لاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي لم

¹ -مسعود عبد السلام المرجع السابق، ص 9

² -مسعود عبد السلام، نفس المرجع، ص 10

³ -علاء الدين تكتيري، المرجع السابق، ص 14

تتطلب حدوث ضرر أدبي أو مادي كأثر لقيامها، فوفقاً لها كل ما ينبغي توفره لقيامها عدم اتخاذ الدولة للإجراءات التشريعية لتنفيذ التزاماتها لحماية حقوق الإنسان.¹

وهو موقف لا نراه صائباً على أي حال من الأحوال، كان لابد من تحديد حجم الضرر المطلوب لقيام المسؤولية الدولية في حق الدولة المخالفة، بغض النظر عما إذا كان الأمر المعلوم أن الضرر المترتب عن امتناع الدولة عن اتخاذ إجراءاتها التشريعية هو الإخلال بالحقوق والحريات، كان عليها أن تحدد هل يكفي أن يلحق الضرر حق أو حرية شخص منفرداً أو حقوق جماعة من الأفراد، وما إذا كان انتهاكاً جسيماً أم غير جسيم وما إذا كانت مسؤولية جزائية أم غير جزائية.

ثانياً: الرقابة الدولية على عدم الاختصاص السلبي للمشروع

تستهدف المواثيق الدولية لحقوق الإنسان إلى فرض نظام فريد تسير على دربه سائر الدول الأطراف على نحو ما يكفل الحماية لحقوق الإنسان داخل أراضيها بقواعد قانونية تستجيب لما قد تم إبرامه من معاهدات واتفاقيات دولية، والتي تدعو إلى تنفيذ أحكامها ووضع حد لكل القواعد القانونية الداخلية التي ترتطم بها، والتي كثيراً ما ذهبت جرائها العديد من الحقوق والحريات هباء منثوراً، لعدم استجابة سلطات الدولة وعلى رأسها السلطة التشريعية للمواثيق الدولية استجابة كاملة أو جزئية.

وعلى هذا الأساس وفرضاً لاحترام الدول لما تضمنته الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والامتثال لما يترتب عنها من التزامات، وجود رقابة دولية تتولاها أجهزة دولية تسهر على تنفيذ هذه الدول لما تعهدت به من التزامات، ما أدى إلى اعتماد أساليب رقابية كتلك المكرسة في العهدين الدوليين لحقوق الإنسان.²

وبالتالي فما هي الأساليب المعتمدة في العهدين الدوليين لممارسة الرقابة على الالتزامات الدولية؟ وهل يمكن القول عنها أنها أساليب ناجعة في حماية حقوق الإنسان من خطر عدم الاختصاص السلبي للمشروع، وإيقاف انتهاك السلطة التشريعية للالتزامات الدولية لحقوق الإنسان؟

التي لطالما فرضت على الدول المصادقة على العهدين الدوليين أو جميع الاتفاقيات الراضية للممارسات التي تشكل اعتداءات على حقوق الإنسان، بإنشاء قوانين تجسد جوهر ما تضمنته وعدم

¹ -مسعود عبد السلام، المرجع السابق، ص 8

² - ياسر الحويش مهند نوح، الحريات العامة وحقوق الإنسان، (د، ط)، منشورات الجامعة الافتراضية السورية برنامج الحقوق، سوريا، 2018، ص 142

وضعها تشريعات مناقضة لها، وأي تجاهل أو تقاعس قد يقع من جهتها فهي في وجهة نظر الدول الأطراف مسؤولة دولياً.¹

كقاعدة أساسية ينبغي على الدولة أن تتحمل المسؤولية الدولية عما تسببت به من أضرار نتيجة ما يصدر من أحد سلطاتها الثلاثة، ومن بينها البرلمان من إهمال أو خطأ أو امتناع، حال عدم تجريمها في منظومتها القانونية للأفعال التي تشكل اعتداء وانتهاكاً لحقوق الإنسان التي ستصبح سهلة المنال، لو لم تحضي بالحماية القانونية الكافية، لأنه التزام دولي ينبغي ألا يتعرض لتجاهل سلطات الدولة.² وهو ما أكدته اتفاقية مناهضة التعذيب في المادة 2 فقرتها الأولى سنة 1984 بإلزامها الدول الأعضاء باتخاذ كافة التدابير القانونية أو القضائية والتنفيذية الفعالة لمنع وقوع التعذيب على أراضيها، وإن لم تفعل وتتخذ إجراءات تفعيلية لمحتوى هذه الاتفاقية الدولية فستتحمل المسؤولية الدولية لأنها ملزمة بتحقيق نتيجة.³

1- أساليب ممارسة الرقابة الدولية على عدم الاختصاص السلبي للمشرع

الواضح أن المواثيق الدولية لحقوق الإنسان لم تكتفي بتحديد الحقوق والحريات التي ينبغي على الدول الأطراف تفعيلها وحمايتها والنص على تحملها الدولة المسؤولية حال التعرض لها بفعل ما يصدر عن سلطاتها عموماً والسلطة التشريعية على وجه الخصوص من مخالفات، بل أوجدت آليات مختلفة من حيث الإجراءات والجهة التي تتولاها ومن حيث أثارها، لممارسة رقابتها بصفة منتظمة لتحقق من مدى استجابة أو عدم استجابة الدول المتعاهدة لما دعت إليه التزاماتها الدولية لحقوق الإنسان، ومدى وضعها أو عدم وضعها موضع التنفيذ، ومن بينها آلية التقارير وألية الشكاوى، والتي حدد إطار وشروط ممارستها العهدين الدوليين.

أ- التقارير الدولية أسلوب للرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع

ألزمت الدول الأطراف في العهدين الدوليين بكتابة تقارير متمحورة حول الإجراءات التي تتخذها لضمان حقوق الإنسان، وبما يؤكد ما قد بذلته من مجهودات لتجلي التزاماتها الدولية على أرض الواقع

¹ - أحمد ضاحي الشمري، المرجع السابق، ص 32، 30

² - أحمد ضاحي الشمري، نفس المرجع، ص 32

³ - مسعود عبد السلام، المرجع السابق، ص 8

لتبأشر أجهزة مختصة دوليا دورها في التحقيق في مدى تنفيذها لما جاء في العهدين الدوليين لحقوق الإنسان.¹

إذ تتضمن هذه التقارير المحررة من قبل الدول الملتزمة، إضافة إلى ما اعتمده من إجراءات وتدابير قانونية، ما صادفها من صعوبات قد جعلت من تنفيذها لما يقع على عاتقها من التزامات أمرا مستعصيا على أن يتم ذلك بشكل دوري كل سنة من تنفيذها، حسب ما حدد في الجدول المعتمد من طرف هيئة الأمم المتحدة، لترفع من ثمة إلى الأمين العام للأمم المتحدة الذي يحيل التقرير للمجلس الاقتصادي والاجتماعي فضلا على الوكالات المتخصصة²، لتبدي رأيها حولها وما يلزم من إجراءات، كما وقد يبلغ الأمر إلى إعلام الأمين العام بهذه التقارير إلى كل من "الجمعية العامة للأمم المتحدة ومجلس الأمن" لتسوية الوضع.³

حيث تجري الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة مناقشة عامة حول واقع وضعية احترام حقوق الإنسان في الدول المتعاهدة، استنادا لما خلص إليه المجلس الاقتصادي والاجتماعي فضلا على المنظمات التابعة لها من خلال تقارير دولية، وقد ينتهي بها الأمر إلى كتابة توصيات غايتها إعادة الاعتبار لحقوق الإنسان توجيهها لهذه الدول، أو ربما قد تلجأ إذ استلزم الأمر ذلك إلى مجلس الأمن لاتخاذ ما يلزم اتخاذه من إجراءات.⁴

بينما يختلف الوضع بالنسبة لرقابة الدولية التي تبأشر على تنفيذ الدول الأطراف للاتفاقيات المتعلقة "بالحقوق المدنية والسياسية" لمباشرة هذه الرقابة من قبل "لجنة حقوق الإنسان".⁵

وهو ما تم الإشارة إليه في المادة 18 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في نصها على إلزامية إعداد تقارير سنوية تستعرض من خلالها الدول الأطراف الإجراءات المختلفة التشريعية

¹ - ياسر الحويش مهند نوح، المرجع السابق، ص 143

² - المقصود بالوكالات المتخصصة تلك الوكالات التي (يتم تشكيلها من أشخاص ممثلين عن الدول الأطراف في هذا العهد)، ياسر الحويش مهند نوح، نفس المرجع، ص 143، وهي (منظمات دولية عالمية لها صلاحيات محددة في مجالات معينة، وهي متصلة بالأمم المتحدة، أما من حيث مركزها القانوني تعتبر وكالات مستقلة عن الأمم المتحدة، ولها شخصيتها المستقلة وإدارتها الخاصة). كما أنه " لكل واحدة من هذه الوكالات عضويتها وميزانيتها وجهازها الخاص"

محمود حسين نشوان كارم، أليات حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي لحقوق الإنسان، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، 2011، ص 83، 97

³ - مسعود عبد السلام: المرجع السابق، ص 25، 24، 23، 27

⁴ - محمود حسين نشوان كارم، نفس المرجع، ص 62

⁵ - مسعود عبد السلام، نفس المرجع، ص 23 و24 و25 و27

والإدارية و القضائية التي سخرتها وعملت على مباشرتها ، بهدف تنفيذ ما هي ملزمة بتنفيذه في الاتفاقية الدولية من أحكام وما تم إنجازه في هذا الاطار ، و ماهي العقوبات العراقية التي صادفتها أثناء تنفيذها لالتزاماتها الدولية ، ريثما تسلمه إلى الأمين العام على مستوى الأمم المتحدة لتتعقب للجنة الدولية المعنية الأمر وتتفحص ما جاء في التقرير خلال سنة من مباشرة عملية تنفيذ الدول لالتزاماتها الدولية ، وخلال كل أربعة سنوات وحينما تتلقى طلبا بذلك¹.

والجدير بالذكر أن اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية على مستوى هيئة الأمم المتحدة في احدي قراراتها قد عبرت على إلزامية تقديم الدول لشرح مفصل حول التدابير التشريعية التي اتخذتها لتفعيل الحقوق والحريات التي نصت عليها الاتفاقيات الدولية وفقا لمبدأ المساواة، فدور الدولة إزاء التزاماتها تطبيق هذا المبدأ تطبيقا عادلا بين المرأة والرجل، فما تمنحه لرجل من حقوق يجب أن تمنحها للمرأة، وإن استحال عليها التطبيق الحقوق والحريات على هذا النحو، لابد أن تذكر الأسباب التي منعتها من تحقيق المساواة بين كلا الطرفين².

ومن جانبها أكدت من باب امتثال الدولة لالتزاماتها الدولية أن تمنح قوانينها لشعب حقوقهم كاملة بالقدر الذي تفضيه التزاماتها الدولية ، أن تسخر كامل الضمانات لحماية حقوق وحرية المرأة ، وأن تعمل على ذلك بكل ما تملكه من وسائل ، وأن تعدل تشريعاتها بما يتوافق مع العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ، وأن تمنع عن الممارسات الغير الشرعية التي تنتقص من إمكانية تمتع المرأة بالحقوق والحريات المتاحة لها وفق مبدأ المساواة ، وهو ما ينبغي عليها الإشارة إليه في تقاريرها التي يجب أن توضح الجهود التي بذلتها الدولة في هذا النطاق ، كما قد نوهت إليه في قرارها اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية سنة 2000³.

وبدوره المجلس حقوق الإنسان الجزائري صرح في تقريره السنوي الصادر سنة 2018 على أن الدولة تبذل كل ما في وسعها لضمان حسن تنفيذ الالتزامات الدولية بشكل فعال ، حيث نرى أن المجلس الوطني لحقوق الإنسان قد مارس اختصاصه في إعداد تقارير دولية ترصد واقع حقوق الإنسان في الجزائر بشكل سنوي ، وهو أمر نثمنه لاسيما أنه لم ينكر في عدة مناسبات وجود تشريعات بحاجة التي

¹ - المادة 18، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان الأمم المتحدة نيويورك، 2006، ص85www.ohchr.org

² - المادة 3 (المساواة في الحقوق بين الرجال والنساء)، التعليق العام رقم 28، اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، الدورة الثامنة و الستون، مكتبة حقوق الإنسان، جامعة مانيسوتا

2000http://hrlibrary.umn.edu/arabic/hrc.html

³ - المادة 3، التعليق العام رقم 28، اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، نفس المرجع.

تعديل لما يشوبها من نقائص وثغرات، وبالتحديد قانون الأسرة الذي ذكره في تقريره السنوي سنة 2018 كما هو مبين في نص قراره.

"من حيث تشريعات الأسرة، لا تزال هناك ثغرات، لكن قانون الأسرة، المعدلة في عام 2005، تهدف إلى تحقيق قدر أكبر من المساواة بين الرجل والمرأة، لكنها لا تزال غير متناسبة في بعض المجالات هناك قسم من قانون الأسرة يحتاج إلى إعادة النظر فيما يتعلق بفقدان حضانة الطفل عند زواج الأم المطلقة.

" 1

وهو ما يكشف لنا أن للمجلس الوطني لحقوق الإنسان دورا تقييما لتشريعات المتضمنة للحقوق والحريات، بإشارته إلى امتثال البرلمان لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة مع وجود قلة قليلة من القواعد القانونية في قانون الأسرة لا تمتثل لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، الذي دعت إلى تطبيقه الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، ويرجع ذلك بطبيعة الحال إلى الوازع الديني لأحكام قانون الأسرة في الجزائر وهي حقائق قد قام هذا الأخير برصدها بشكل يثني له.

وهو ما يلتمس في القرار الصادر عن للجنة حقوق الإنسان الممثلة في المجلس الوطني لحقوق الإنسان حاليا سنة 2006، التي أكدت على التزام السلطة التشريعية على تنفيذ اتفاقية القضاء على أشكال التمييز في أغلب قوانين الدولة التي ذكرت والتي تجسد في أحكامها مبدأ المساواة المعلن دستوريته من قبل المجلس الدستوري، باستثناء قانون الأسرة الذي لم يذكر في نص قراره التالي "فالقانون المدني وقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية وقانون الانتخابات وغيرها من القوانين المتخصصة القانون التجاري وقانون الإعلام وقانون الصحة وقانون الجمارك الخ تستند إلى مبدأ المساواة بين المواطنين ولم يجد المجلس الدستوري من أي من أحكام هذه القوانين ما ينطوي على المساس بروح أو بنص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"².

وفي هذا السياق نسجل مجموعة من الملاحظات

²Dans le domaine de la législation.

Sur le plan législatif, la Constitution et la législation garantissent l'égalité entre les hommes et rapport annuel 2018, SUR LA SITUATION DES DROITS DE L'HOMME EN ALGERIE République Algérienne Démocratique et Populaire Conseil National des Droits de l'Homme, P 63، 64

² التقرير الدولي الثالث، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية،

اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، الأمم المتحدة، 2006، ص 20

- التأكيد على تنفيذ البرلمان لالتزاماته الدولية المترتبة على هذه الاتفاقية باتخاذ الإجراءات التشريعية الدستورية المعمول بها في الدولة.
 - إدراج المشرع لما جا في نص اتفاقية القضاء على أشكال التمييز.
 - تنظيم البرلمان لكافة المسائل المدرجة في هذه الاتفاقية مناصفة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات دون تمييز.
 - خضوع معظم القوانين العادية والعضوية المذكورة في تقريره للرقابة الدستورية،
- غير أننا نرى أن القوانين العادية كالقانون المدني وقانون العقوبات وقانون الصحة وقانون الجمارك والقانون التجاري لا تخضع لرقابة السابقة غير الوجودية بخلاف غيرها من القوانين العضوية كقانون الانتخابات.
- ومن خلال استقرائنا آراء وقرارات المجلس الدستوري الجزائي الصادر سنتي 2005 و2006، وما قبله وجدنا أن المجلس الدستوري لم يتلقى أي إخطار في سنة 2006 بينما أخطر مرة واحدة سنة 2005، بإصداره لرأي رقم 01 في 17 يونيو 2005 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بتنظيم القضائي، وكذلك في 2003 بفصله بالرأي رقم 14 في 23 مارس 2003، بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بتنظيم القضائي، وهو ما يقال بالنسبة لقراراته الصادرة سنة 2002 و2001 وسنة 2000، أما في سنة 1989 تلحق ثلاثة إخطارات إذ بلغ عدد قراراته ثلاثة قرارات رقم 1 - ق.ق- مد مؤرخ في 20 غشت سنة 1989 يتعلق بقانون الانتخابات، وقرارين آخرين متعلقين بالقانون الأساسي للناخب، والأخر يتعلق باللائحة المجلس الشعبي الوطني،
- وقرار رقم 4 الصادر 1991 المتعلق بالقانون رقم 91- 17 المؤرخ في 15 أكتوبر سنة 1991، الذي يعدل ويتمم القانون رقم 89- 13 المؤرخ في 7 غشت سنة 1989، والمتضمن قانون الانتخابات
- أما سنة 1995 أصدر قرار رقم 01-ق.أ - م.د - المؤرخ 6 غشت سنة 1995، يتعلق بدستورية قانون الانتخابات¹.

وبذلك نستنتج أن المجلس الدستوري لم يراقب قانون الصحة أو قانون الجمارك والقانون التجاري وقانون الإجراءات الجزائية، أو حتى قانون العقوبات لطيلة سنوات ما بين سنة 1995 إلى غاية

¹ -[https://cour-](https://cour-constitutionnelle.dz/ar/%d8%a7%d9%84%d8%b1%d8%a6%d9%8a%d8%b3%d9%8a%d8%a9/)

[constitutionnelle.dz/ar/%d8%a7%d9%84%d8%b1%d8%a6%d9%8a%d8%b3%d9%8a%d8%a9/](https://cour-constitutionnelle.dz/ar/%d8%a7%d9%84%d8%b1%d8%a6%d9%8a%d8%b3%d9%8a%d8%a9/)

سنة 2006، والتي لم تسلم بطبيعة الحال من الإغفالات التشريعية لمبدأ المساواة أو الإحالات غير المشروعة كقانون الجمارك، مثلاً ناهيك على عدم امتثال بعض القواعد القانونية الانتخابية لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة لعدة سنوات لعدم منحه المرأة نفس الحق الذي منحه لرجل في ممارسة حق الترشح والانتخاب لطيلة سنوات مضت.

ولايزال إشكال إفلات القوانين من رقابة الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية مستمرا، بالرغم من أن المؤسس الدستوري الجزائري في آخر تعديل دستوري الصادر سنة 2020، قد حاول استدراك هذه المشكلة، كما يبدوا في المادة 190 الفقرة 4 بمنحه المحكمة الدستورية الاختصاص في ترصد مدى توافق أحكام المعاهدات الدولية والقوانين والتنظيمات، لكن هذا الأخير من ناحية أخرى ساهم في الحد من تطبيق هذه المادة بالشروط التي فرضها في الفقرتين 2 و3 من نفس المادة والتي قيدت هذا الاختصاص بمقتضى إخطار اختياري. بإخطار المحكمة الدستورية في الفقرة الأولى حول (المعاهدات قبل المصادقة عليها والقوانين قبل إصدارها)، والواضح منها أنه إذا لم يتم إخطار المحكمة الدستورية، بشأن القوانين العادية قبل أن تمنحها غرفتي البرلمان مصادقتها، فلن تخضع لرقابة التوافق مع المعاهدات الدولية وكذلك الشأن بالنسبة لتنظيمات كما هو موضح في الفقرة 3 من نفس المادة فلن تخضع لرقابة التوافق مع المعاهدات الدولية ما أن مضى شهر على نشرها.¹

لأن قرارات المحكمة الدستورية وفقا للمادة 5 تخلص في هذه الرقابة إما بإصدار القوانين حال ثبوت عدم تعارضها مع نص المعاهدة الدولية، أو إلى عدم إصدارها حال وجود تعارض فيما بينها، أو الإلغاء النص التنظيمي حال ثبوت مخالفته لهذه الأخيرة من تاريخ صدور القرار القاضي بمخالفتها لنص المعاهدة (إذا فصلت المحكمة الدستورية بعدم توافق التنظيمات مع المعاهدات خلال شهر من تاريخ نشرها فإنها تفقد أثرها ابتداء من يوم صدور قرار المحكمة الدستورية)²، وعليه نرى أن تفعيل المعاهدات الدولية وضمن عدم مخالفة القوانين والتنظيمات لها يقتضي إخضاعها لرقابة دستورية وجوبية من دون أي شروط قد تعيق عملية تفعيلها على أرض الواقع.

من خلال ما سبق بيانه من تقارير دولية وقرارات المجلس الدستوري الجزائري السابق ذكرها أن ذلك دل على شيء فإنما يدل على عدم فاعلية أسلوب التقارير الدولية كوسيلة لرصد مدى تنفيذ الدولة لالتزاماتها الدولية بنجاعة وبدقة، وضمن عدم تعرض تشريعاتها للحقوق والحريات، لما تتضمنه من قواعد قانونية مخالفة للالتزامات الدولية، وعدم إمكانية إمامها بكل المخالفات التي

¹ -المادة 190، فقرة 4، 3، 2، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 40

² -المادة 5 فقرة 2، 1، النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، المرجع السابق، ص 5

تطالب مبدأ المساواة في الأحكام التشريعية نتيجة عدم الاختصاص السلبي للمشرع المنتهك لحقوق وحريات الأفراد كما سبق بيانه.

وردا على ما جاء في أحد التقارير الدولية للجنة الوطنية لحقوق الإنسان في الجزائر والتي رصدت واقع أحكام قانون الأسرة المخالفة لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، أجابت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان على مستوى هيئة الأمم المتحدة الأجهزة المعنية في الدولة الجزائرية في توصياتها، وجوب تعديل قانون الأسرة لاسيما المسائل التي قد تحفظت عليها لأغراض دينية والتي تقيد المرأة في ممارسة حقوقها وحرياتها بأكمل وجه ليساير الالتزامات الدولية ويمنح المرأة أكثر حرية.

توصي اللجنة الدولية الطرف بما يلي :

(أن تقدم معلومات وافية عن أثر تحفظاتها على تنفيذ أحكام الاتفاقية ووضع المرأة في الجزائر. أن تسرع الإصلاحات التشريعية، لاسيما تلك المتعلقة بقانون الأسرة، ليتسنى لها سحب تحفظاتها على المادة ٢ والفقرة ٤ من المادة ١٥ والمادة ١٦ من الاتفاقية في ظرف زمني محدد).¹

وهو ما نتوصل من خلاله إلى حقيقة مفادها رفض الأجهزة الدولية المكلفة بالرقابة على الالتزامات الدولية لحقوق الإنسان لحالات الإغفال التشريعي لمبدأ المساواة.

أن لألية التقارير أثرا ضعيفا طالما أنها لا تتوصل لنتيجة إيجابية باستجابة الدول لتوصياتها الموجهة إليها، علاوة على أن ما تنتهي إليه الأجهزة الدولية المكلفة بالرقابة الدولية غير الملزمة مفتقدة للجزاء والدليل على ذلك الثغرات القانونية التي تشوب أحكام قانون الأسرة الجزائري المخالفة لمبدأ المساواة والتي نصنفها ضمن حالة الامتناع التشريعي ظلت إلى حد الآن ولم تخضع لتعديل، بالرغم من أن معظم التقارير الدولية قد أشارت إليها، وبالرغم من أن أكثر توصيات اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز كانت حولها.

ب-ألية الشكاوى كأسلوب للرقابة الدولية على عدم الاختصاص السلبي للمشرع

¹ -اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية والخمسون ١٣ شباط/فبراير -٢ آذار/مارس ٢٠١٢، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة الجزائر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الأمم المتحدة، ص 5

لقد مكن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الدول المنظمة للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان استخدام آلية الشكاوى في حال عدم امتثال احدى الدول لالتزاماتها الدولية.¹

إذ وضعت هذه الأخيرة كألية مكملة لألية التقارير، والتي تختلف عنها باعتمادها على إجراءات خاصة كما أنها وضعت رهن موافقة الدول المتعاهدة، بخلاف نظام التقارير الذي يعد ألية ملزمة لدول بكتابتها بمجرد مصادقتها على الاتفاقية الدولية من دون إجراءات معينة، علاوة على أن ألية الشكاوي ألية مكرسة في عدد قليل من الاتفاقيات التي تختص بدراستها لجان محددة وليس كلها " كلجنة مناهضة التعذيب و لجنة القضاء على التمييز العنصري لجنة حماية العمال المهاجرين وأسرههم"، بخلاف ألية التقارير هي ألية معتمدة لدى كافة الاتفاقيات.²

وهو ما تتولى ممارسته للجنة الدولية لحقوق المدنية والسياسية المتألفة من أعضاء غير معينين بل منتخبين كل منهم يمثل إحدى الدول الأطراف المنخرطة في هذا العهد، مهمتها تكمن في استقبال شكاوى من قبل الدول الأعضاء حول امتناع الدولة عن تنفيذ التزاماتها، علاوة على تسلمها لتقارير تتضمن معلومات عن الإجراءات التي تتخذها الدول لحماية حقوق الإنسان تنفيذا لما ورد في العهد الدولي.³

كما وقد أحيطت هذه الألية على ما يبدو لنا من نص المادة 41 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بقيود جد صعبة، لا تسمح للجنة المعنية بحقوق الإنسان باستلام ودراسة الشكاوى والبلاغات التي تقدمها إحدى الدول الأطراف في هذا العهد ضد احدى الدول الأطراف الأخرى بتهمة عدم امتثالها لالتزاماتها الدولية المترتبة عن هذا العهد، إلا في حالة وحيدة إذا لاقت ترخيصا من الدولة المشكو ضدها بممارسة هذا الاختصاص، لكن شريطة أن تكون الدولة الشاكية قد قدمت مسبقا طلبا إلى الدولة المخلة تطلب فيها شرحا توضيحا لما حدث، وعلى هذه الأخيرة أن تجيبها بعرض مبرر مفصل للأسباب التي دفعتها إلى خرق التزاماتها الدولية خلال مدة تتراوح ثلاثة أشهر من يوم تلقيها لطلب، كما ينبغي لدولة الشاكية علاوة على ذلك حتى يلقي بلاغها قبولا لدراسة والتمحيص من اللجنة لتجد حلا وسطا مقنع لكلا الطرفين، أن تستوفي كافة إجراءات التظلم المحلية المتاحة التي قامت باستنفاذها والتي لم تباشرها، و إلا فإن شكاوها ستصبح مستحيلة القبول.⁴

¹- إبراهيم عادل خليل، تنظيم حقوق الإنسان في القانون الدولي، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العدد 34، ص 293.294

²- محمود حسين نشوان كارم، المرجع السابق، ص 124، 125

³- ياسر الحويش مهند نوح، المرجع السابق، ص 144

⁴- المادة 41، العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية

نظرا لهذه الشروط التقييدية التي اقترنت بها هذه الآلية التي لم تسلم من الانتقادات الفقهية التي تهاطلت عليها والتي نذكر من أهمها:

- أنها آلية غير فعالة التطبيق لمحدودية استخدامها.¹
- كونها آلية تؤدي إلى حدها من السيادة المطلقة لدول بسماع لمواطنيها والدول المتعاهدة معها بتقديم شكوى في مواجهتها حال مخالفتها للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان إلى اللجان المختصة دوليا.
- عدم إلزامية وردعية قراراتها التي تخلو من جزاءات ردعية لإيقاف ما ثبت من الانتهاكات ولاهتمامها بالانتهاكات التي تمس جماعات كبيرة من الأفراد.²
- رقابة سياسية لا تكفل الحماية اللازمة لحقوق الإنسان لتقيدها حق الدول في تقديم الشكاوى بموافقة الدولتين، فضلا على حرمانها الأفراد من تقديم شكاويهم لدفاع عن حقوقهم المنتهكة أمامها، وقصر حقهم بتقديم شكاويهم أمام اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان المختصة وفقت "البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية" الذي يمنح الاختصاص لمجلس الوطني لحقوق الإنسان في البت في شكاوى الأفراد المتعرضين لضرر في حقوقهم المقررة في العهد.³
- إن افتقاد الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان لعنصر الجزاء يحول دون تطبيق جزاءات قانونية ضد الاعتداءات التي تتعرض إليها حقوق الإنسان داخل الدول، حيث لا يتجاوز الجزاء المترتب عليها إثارة الرأي العام الدولي أو إصدار تقارير دولية تخلو من جزاءات قانونية من طرف المنظمات دولية كمنظمة العفو الدولية.⁴

نرى أنها انتقادات صائبة إذ أن آلية الشكاوى هي الأخرى لا تختلف عن آلية التقارير من حيث الأثر فهي إليه غير ناجعة في جبر الضرر عن الحقوق والحريات المعيبة بعدم الاختصاص السلبي ، أو الزام الدول الأطراف وبرلماناتها بسن قوانين لتفعيل أحكام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وإلغاء ما تنافي معها من قواعد قانونية ، وعدم إقبالها على ارتكابها المزيد من المخالفات أو ضمان عدم الاستمرار فيها في تطبيق تشريعاتها المخالفة لالتزاماتها ذات الطبيعة الدولية ، والسبب في ذلك يعود إلى عدم صرامة

¹- محمود حسين نشوان كارم، المرجع السابق، ص 105

²- محمود حسين نشوان كارم، نفس المرجع ، ص 78

³- ياسر الحويش مهند نوح، المرجع السابق، ص 144

⁴- محمود حسين نشوان كارم، نفس المرجع ، ص 127، 296.

أحكامها بمنحها الدولة المخلة بالتزاماتها الدولية والمشكوك ضدها الحق في منح أجهزة الرقابة الدولية الضوء الأخضر كما سبق ذكره لممارسة رقابتها عليها أو لعدم فاعلية القرارات التي ترصد فيها تدايبرها التشريعية ،فهي لا تعد وأن تكون رقابة شكلية في باطنها تحتاج إلى إخلاء أحكامها من القيود ، أو إيجاد أليات أكثر جدية وفاعلية قراراتها ذا حجية مطلقة تطبق على أرض الواقع تكفل إصدار الدولة لتشريعات تكون مرآة عاكسة لما جاء في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية .

2- دور القضاء الدولي في رقابة عدم الاختصاص السلبي للمشرع

يبرز الدور الهام لمحكمة العدل الدولية في مجال حقوق الإنسان في قراراتها الاستشارية المتعلقة بقضايا حقوق الإنسان المرفوعة إليها كالقضايا المتعلقة بحقوق الطفل أو للجوء السياسي، فضلا على التحفظات التي تدرجها الدول المتعاهدة في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي يمنح بعضها الاختصاص لمحكمة العدل الدولية، حق تسوية الخلافات التي تقع بين الدول الأطراف حال امتناع عن تنفيذها أو بشأن تفسيرها شريطة أن تتولى احدى الدول الأطراف بتبليغها.¹

أكد القضاء الدولي في العديد من قراراته بعدم الاعتداد على المستوى الدولي بتبرير الدولة عدم الوفاء بالتزامها الدولي بما تتضمنه تشريعاتها الوطنية، نظرا للمكانة السامية التي تحظى بها القوانين الدولية على القوانين الوطنية التي يستوجب العمل، على ما يجعلها متوافقة مع أحكام القوانين الدولية، وهو ما أكدته محكمة العدل الدولي في قضية النزاع الإقليمي 1994 (الحدود السياسية التي تنشأ بموجب معاهدة تكتسب استمرارية، قد لا تتمتع بها بالضرورة المعاهدة في حد ذاتها مما يجعل لها الغلبة على أي قانون داخلي).²

وهو ما علق عليه الفقيه إبراهيم العناني بقوله أن القضاء الدولي هو من يحدد ما إذا كانت الدولة مسؤولة دوليا أو لا حال امتناعها وضع تشريع أو حال وضعها له مخالفا لالتزاماتها الدولية تفعيلا لالتزاماتها الدولية وما إذا كان التزاما ببذل عناية لو التزاما بتحقيق نتيجة.³

فالواضح من خلال إحدى محتوى قرارات الصادرة عن محكمة العدل الدولية الصادر في 11 يونيو 2018 المتعلق بالدعوى التي رفعتها قطر ضد الإمارات العربية المتحدة أمام هذه المحكمة لعدم تنفيذها

¹ عباس العامري، عبد الأمير إبراهيم، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1، 2016، ص 137

² محمد القاسمي، الأثر القانوني للمعاهدات الدولية في النظام القضاء الوطني دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018، ص 64

³ مسعود عبد السلام، المرجع السابق، ص 9

لالتزاماتها الدولية الواردة في الاتفاقية دولية للقضاء على كل أشكال التمييز 21 ديسمبر 1965 لما يترتب عن ذلك من انتهاك لحقوق الأساسية للأفراد لوضعها وتنفيذها لقوانين قائمة على مبدأ التمييز من شأنها انتهاك حقوق مواطنيها ، وفقا لما جاء في نص الطعن " الإمارات العربية المتحدة اعتمدت ونفذت مجموعة من التدابير التمييزية لا تزال سارية حتى الآن ، تستهدف القطريين وتستند بشكل صريح إلى أصلهم الوطني " ملتزمة من المحكمة بإلزام هذه الأخيرة بتنفيذ ما أخلت به من التزامات دولية حسب ما جاء في نص هذه الاتفاقية¹.

وهو ما فصلت فيه محكمة العدل الدولية بإصدارها لحكم قضت من خلاله في 23 يوليو 2018 " يجب على الإمارات العربية لم شمل الأسر القطرية التي تفرق شمل أفرادها بسبب التدابير التي اتخذتها الإمارات العربية المتحدة في 5 أبريل 2017 في إكمال تعليمهم في الإمارات العربية المتحدة، أو من الحصول على ملف دراسي أو جامعي إذا كانوا يرغبون في الدراسة في أماكن أخرى، وتمكينهم من اللجوء إلى المحاكم والهيئات القضائية الأخرى التابعة لتلك الدولة².

نخلص إلى أن رقابة عدم الاختصاص السلبي للمشرع قد امتدت إلى القضاء الدولي لتضم إلى اختصاص محكمة العدل الدولية التي قد أدانت بأحكامها إغفال مبدأ المساواة أو الامتناع عن اتخاذ تدابير تشريعية تجسد هذا المبدأ وهو أمر يستحق الثناء نظرا لما تتمتع به قرارات محكمة العدل الدولية من إلزامية في مواجهة الدول المخلة بالتزاماتها الدولية، لكن يبقى الأشكال في القيود التي تطال هذه الرقابة والمتمثلة كما سبق ذكره في قبول الدول الأطراف تدخل المحكمة لفض النزاع فيما بينها ، وهو ما نستشفه من تقرير محكمة العدل الدولي الأمم المتحدة 2012 " يمكن إقامة اختصاص المحكمة من حيث الموضوع، في حالة نزاع محدد، استنادا إلى اتفاق خاص تبرمه الدول المعنية "، ومن خلال نص قرارها "يجوز للدولة، عند عرضها لنزاع على المحكمة، أن تقترح إقامة اختصاص المحكمة على موافقة لم تعطها أو تبدها بعد الدولة التي أقيمت ضدها الدعوى، وذلك استنادا إلى الفقرة 5 من المادة 38 من لائحة المحكمة. فإذا قبلت هذه الدولة الأخيرة ذلك الاختصاص، يكون للمحكمة A/68/4 13-42387 14 الاختصاص اعتبارا من تاريخ هذا القبول"³

¹ - الاتفاقيات الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصر (قطر ضد الإمارات العربية المتحدة)، تقرير محكمة العدل الدولية 31 تموز، 2020، الجمعية العامة، الدورة 75 الملحق 4، الأمم المتحدة نيويورك، 2020، ص38
www.icj.cij.org

² - الاتفاقيات الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصر، نفس المرجع، نفس الصفحة

³ - تقرير محكمة العدل الدولي الأمم المتحدة 2012، الجمعية العامة، الدورة 68، ملحق 4 الأمم المتحدة، نيويورك،

المبحث الثاني: أثر عدم الاختصاص السلبي للمشرع على مبدأ الأمن القانوني

يشكل عدم الاختصاص السلبي للمشرع خطرا مهددا لمبدأ الأمن القانوني الذي استهدفه بالحماية التعديل الدستوري الجزائري 2020 لسنة ، من خلال تكريسه في الفصل المتعلق بحقوق وحريات الأفراد ، وتحديد معايير القائمة على مبادئ الجودة التشريعية من وضوح وسهولة ، والتي كثيرا ما يتم الإخلال بها بسبب عدم الاختصاص السلبي للبرلمان ، المقوض لحقوق وحريات الأفراد ، والتي لن يشهد لها الواقع وجودا ما لم يتحقق الأمن القانوني بتفعيل معايير الجودة ومبادئ الصياغة السليمة ، باعتبارها سلاحا ذو حدين لكبح جماح السلطتين التنفيذية والقضائية ودحض ما ينتج عن إساءة استخدامها لسلطتها من خطر تقويض الحقوق الأساسية ، وتطهير المنظومة الحقوق والحريات من عدم الاختصاص السلبي للمشرع وأثاره.

المطلب الأول: عدم التزام المشرع بمعايير الجودة التشريعية

تعد مشكلة الأمن القانوني من مشاكل العصر العويصة ، بتحقيقه ستكون الحقوق والحريات في أمان إذ لا خوف عليها من أي خطر قد يداهمها مادامت هناك قوانين سليمة الصياغة، أما في الحالة الأخرى إذا ما تزعزع الأمن القانوني سيحوم الخطر حول الحقوق والحريات ، طالما أن النظام القانوني محفوف بالقواعد القانونية المعيبة، والمقصود هنا أوجه عدم الاختصاص السلبي الذي لا يقتصر على الامتناع التشريعي أو التنازل عن الاختصاص ، بل بتلك القواعد القانونية التي لم تقم من الوهلة الأولى على أساس متين لافتقادها إما للوضوح أو الدقة فكل هذا لا يقل خطورة عن الأولى، على أساس أن سلامة صياغة النصوص التشريعية أساس تحقق الأمن القانوني، أما اتسامها بالغموض والنقص يعني وجود مشكلة في الأمن القانوني ذلك ما سيتم التطرق إليه الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الغموض التشريعي المجال الأول لانحراف السلطتين التنفيذية والقضائية

الفرع الثاني: النقص التشريعي المجال الثاني لانحراف السلطتين التنفيذية والقضائية

الفرع الأول: الغموض التشريعي المجال الأول لانحراف السلطتين التنفيذية والقضائية

بالرغم من أن الدستور قد خول البرلمان الاختصاص بالتشريع، فإن الواقع العملي يثبت أن الصياغة باب للانحراف التشريعي بأسوأ صورته، والسبب في ذلك متعلق بنواب البرلمان المفتقدين لشروط الدراية والمعرفة المسبقة باختصاصهم التشريعي، لذلك تصدر أغلب التشريعات من جانب

الحكومة ليقرها البرلمان فيما بعد¹، وتأسيساً على ذلك اعتبرت السلطة التشريعية من أكثر سلطات الدولة خطورة بحكم طبيعة وظيفتها في صناعة التشريعات، لاسيما وأنها حائزة لسلطة التقديرية التي تمكنها من الانحراف والتعسف في ممارستها اختصاصاتها²، حيث كلما كانت النصوص التشريعية مفتقدة للجودة التشريعية يقع الانحراف من طرف السلطة أثناء عملية تفسيرها، لتحديد مدلولها وحجب الغموض عن عباراتها وألفاظها المعقدة والمتعددة المعاني³.

وهو ما يستبعد حينما تكون النصوص التشريعية ذا جودة لأن من شأن متطلبات الجودة التشريعية تزويد الحقوق والحريات بالحماية، والحد من تعسف السلطة التنفيذية وإلزامها باحترام مبدأ المساواة وهو ما أكده الفقه⁴، في قوله "أن عدم الاختصاص السلبي للمشرع قد وجد مكاناً جديداً له حيث يتواجد حيثما وجدت قواعد قانونية تعاب بالغموض"، وبالتالي فعدم الاختصاص السلبي للمشرع لا يتواجد فقط حيث ما وجد النقص التشريعي، بل كذلك مع مبدأ الوضوح الذي بغيابه يكون النص التشريعي عديم الدستورية لفشل البرلمان لصياغته صياغة تقوم على الوضوح، و سبب ذلك الكم الهائل من التفسيرات التي ستقدم لهذا النص المعيب بالغموض قد تكون أغلبها متعارضة مع بعضها البعض⁵.

وهو ما يؤيدهم فيه فمن غير اللائق أن تصاغ الأحكام التشريعية بطريقة ضمنية غير مباشرة بما لا يسهل على المواطن البسيط والسلطات المطبقة لها فهم المغزى المراد منها، فكلما كانت المعاني التي اشتملها القانون ضمنية كما زادت النص غموضاً، وكلما صيغت بطريقة مباشرة كانت أقرب للوضوح

فإن توافر الوضوح والتحديد بالغ الأهمية وبالخصوص في النصوص القانونية كالنصوص الجنائية القائمة على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، التي من المستوجب أن تكون خالية من الغموض، لأن دور المشرع لا يقتصر على تجريم الفعل فحسب، بل أن يراعي فيه مسألة الوضوح بما يكفل إيصال وتحديد

¹ - عبد الرحمن أسامة أحمد محمد كحيل، المرجع السابق، ص 491

² - محمد صالح إبراهيم، الأسس الفلسفية للرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد 23، 2014، ص 227، 228

³ - ليث كمال نصرأوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع، القانون أداة للإصلاح والتطوير، الجزء الأول، مجلة كلية القانون العالمية الكويتية، العدد 2، 2017، ص 418

⁴ -Arian vidal naquet ilf gerjc :op.cit,p15

⁵ -Georges bergougnous :op.cit ,www conseil –constitutional .fr

معناه الحقيقي بشكل دقيق، لأن النص على تجريم سلوك معين معاب بالغموض غير المحدد، يعد أمراً غير الصالح للتجريم لتعارضه و مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، و بالتالي فعدم تحديد الجرائم والعقوبات بشكل كافي ومحدد يهدد حقوق الأفراد وحرياتهم، وهو ما يعتبر صورة من صور الإغفال التشريعي.¹

وبهذا الصدد يقتضي مبدأ المشروعية تحديد التشريعات العقابية للجرائم والعقوبات والقيود التي تحدد بها الحقوق والحريات، لتصل إلى علم الأفراد حتى لا يتعقد الوضع ويبلغ الخطر ذروته حينما لا يتحقق الوضوح ويصل القانون إلى مرحلة التطبيق، بتطبيق القاضي لقواعد جديد تجرم أفعال لم يجرمها القانون²، لعدم تميزه بين الأفعال المجرمة والغير المجرمة أو ما شابهها من سلوكيات غير أخلاقية بتطبيق عقوبات غير المناسبة، مثلاً بتطبيق عقوبة أكثر شدة أو عقوبة أقل شدة، وهو ما من شأنه التأثير على حقوق وحريات الأفراد، بتأثيره مثلاً على "احتساب مدة التقادم الإفراج الشرطي وقف التنفيذ".³

وهو ما لمح إليه في القرار الصادر في 12 يناير 1977 عن المجلس الدستوري الفرنسي المتعلق "بتفتيش السيارات" إلى تعرض الحرية الفردية إلى المساس جراء عمومية المادة المطعون بعدم دستورية لعدم تحديدها بدقة للصلاحيات المخولة إلى سلطات الشرطة.⁴

ومن خلال ما سبق نخلص أن الحيطة والحذر في الصياغة التشريعية لنصوص التشريعية إجمالاً والجزائية خصوصاً مهمة ملقاة على عاتق المشرع، سواء في تحديد الجرائم أو العقوبات وجميع المسائل على اختلافها من دون تقصير، فالصياغة التشريعية الجيدة السليمة ليست بالأمر الهين، فهي صمام أمان للحقوق والحريات من كل تشريع معيب أو قرارات أو أحكام قضائية مجحفة بسبب أخطاء اقترفها المشرع في الأصل، وزاد من أثرها حدة قرارات وأحكام جهات قضائية أوكلت بتطبيق قوانين بما أعيب ومالم يعب منها، لأن مهمة القاضي العادي تطبيق الأحكام التشريعية وليس البحث وتصويب عيوبها قبل تطبيقها، وبالأخص أنه لا يتحمل أي مسؤولية حال تطبيقه لأي حكم تشريعي معيب بالغموض حال خطائه في تفسيره.

¹- جواهر عادل، المرجع السابق، ص 162

²- جواهر عادل، نفس المرجع، ص 168 و 169

³- حسين عبد العلي عيسى، أهمية الصياغة التشريعية لقانون العقوبات في تكييف الوقائع الإجرامية مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة تكريت، العراق، المجلد 4 العدد 12 2012، ص 83

⁴- شفيق ساري جورجي، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في بعض الأنظمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 66، 2018 ص 111، 112

وعلى هذا الأساس دعا الأمين العام للأمم المتحدة على " اتخاذ تدابير لكفالة الالتزام بمبادئ سيادة القانون والمساواة أمام القانون والمسؤولية أمام القانون والعدل في تطبيق القانون والفصل بين السلطات والمشاركة في صنع القرار واليقين القانوني، وتجنب التعسف والشفافية الإجرائية والقانونية".¹

وهو نادى إليه بعض الفقهاء بالقول، أنه يتعين على المشرع مراعاة متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة، بعدم إغفاله تعريف كل جريمة وبيان عناصرها وشروطها، بما يزيل الغموض ويسر على القاضي عملية تطبيقها مع تحديده للعقوبة نوعها ومقدارها²، وهو ما يستوجب عليه عملية نشرها في وسائل الإعلان المختلفة بهدف تمكين الأفراد من الاطلاع على ما هو مباح وما هو محظور منها³، لما يترتب عن غموض النصوص الجنائية من إهدار شرعية الجرائم والعقوبات.

وهو ما دعا إليه المجلس الدستوري الفرنسي بدعوته المشرع إلى وجوب تعريف الأركان المكونة للجريمة بموجب عبارات واضحة محددة، لأن عقاب المشرع على جريمة معينة من غير تحديد أركانها، يجعل النص التشريعي غير مطابق للدستور، وهو ما نادى به المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.⁴

وعليه فإن الغموض التشريعي السائد في التشريعات العقابية الأشد خطورة إطلاقاً مقارنة ببقية التشريعات، فلو وجد القاضي أن الحكم التشريعي الفاصل في الدعوى غير واضح وشديد العمومية وطبق عقوبة أشد في حق المتهم أو أدان شخصاً ليس بمجرم أو أعلن براءة شخص مجرم ونفذ الحكم التشريعي المعيب بالغموض في حقه، فستضيع حرته والعديد من حقوقه حتى لو عدل الحكم التشريعي، لأن النص الجنائي لا يطبق بأثر رجعي طبقاً لمبدأ عدم رجعية القوانين، والأكثر خطورة حينما يتركها المشرع في متناول السلطة المصدرة للوائح التنفيذية حتى تتولى تنظيمها.⁵

وعلى هذا الأساس ذهب بعض الباحثين إلى القول أن على المشرع خلال وضعه للإحالات التشريعية إلى السلطة التنظيمية، بأن يراعي جودة وسلامة القاعدة القانونية التي تتضمن هذه الإحالات التشريعية

¹ الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح الأمم المتحدة حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي نيويورك 2013، <https://www.ohchr.org/protecting>، ص 73

² جواهر عادل، المرجع السابق، ص 169.168

³ بلحمزي فهيمة، الأمن القانوني للحقوق والحريات الأساسية، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، 2017، 2018، ص 107

⁴ جواهر عادل، نفس المرجع، ص 169.168

⁵ -Georges Schmitter :Lincompetence negative du legislative et des autorites administrative Annuaire international de justice constitutionnelle [https:// www.persee.fr/doc/aijic-0995-3817](https://www.persee.fr/doc/aijic-0995-3817) p140

بصياغته لها بدقة ووضوح، بما من شأنه تقييد السلطة التقديرية لسلطة التنظيمية التي لا تخضع لرقابة البرلمان، مما قد يترتب عن الإحالات التشريعية من خطورة الإخلال بقواعد الاختصاص وأحكام الدستور.¹ وهو ما نوافقهم الرأي فيه ففي الواقع أن ما قد يلحق الحقوق والحريات من ضرر نتيجة الغموض التشريعي من جانب السلطة التنظيمية، يفوق خطورة الضرر الذي قد يلحق الأفراد من قرارات مجحفة من السلطة القضائية إذا ما طبقت قوانين معيبة بالغموض قد أساءت تفسيرها.

وعلة ذلك أن بمقدور المتضرر الطعن في القرار القضائي إما بالاستئناف أو النقض أو الدفع بعدم دستورتها وإمكانية الحصول على قرار منصف، وهو ما لن يتسنى للفرد إذا ما تعرضت إحدى حقوقه أو حرياته للانتهاك بسبب مراسيم تنفيذية مضللة بسبب غموض تشريعي، فلن يكون هناك مجال للحديث عن الضمانات القانونية ولن تسأل السلطة التنفيذية ليس لكونها محصنة من رقابة البرلمان، بل لعدم خضوعها لأي نوع من أنواع الرقابة الفعلية التي قد تكون فعالة بما يكفي لإيقاف تنفيذ المراسيم التنفيذية العديمة المشروعية قبل موعد سريانها.

من جهة أخرى يزعم الفقه الدستوري أن سبب مشكلة الغموض التشريعي عدم خضوع التشريع لمناقشة حقيقية دقيقة من البرلمان قبل المصادقة عليه، ولولا ذلك ستحل مشكلة عدم الوضوح أو عدم الكفاية وتجنب إخضاعها لرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع، وما يتخذه القاضي الدستوري من تحفظات تفسيرية الذي سينتقد أي نص قانوني عديم الوضوح أو شديد العمومية قابل لتأويل أو يتضمن تفويضا تشريعيًا غير مباشر مخالف لدستور.²

وهو ما لا نوافق عليه لأن سبب الغموض التشريعي الخبرة والتجربة الغير الكافية للبرلمان في مجال الصياغة التشريعية وفقا لهذا المنظور فالغموض التشريعي الناتج عن الصياغة التشريعية المعيبة صورة من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع المثيرة للجدل لاقتراها تارة بفكرة الإغفال التشريعي وتارة أخرى بفكرة التفويض التشريعي المخالف لدستور، فحقيقة أن ممارسة المشرع اختصاصه بشكل جدي ودقيق سيقبل من فرص حدوث الغموض التشريعي ومن أثاره، لكن المشرع في جميع الحالات ليس معصوما من الخطاء، ولو اتخذ كل الإجراءات والاحتياطات فالنص لا بد أن يعاب بثغرات ولو خارج إرادة المشرع والقانون، يبقى كتابا من صنع البشر لذا لا بد من تكاثف الجهود بانتهاج المشرع لأساليب الصياغة التشريعية الجيدة ووجود رقابة دستورية تتعقب أعمال المشرع وتقف على كل المخالفات .

¹-ليث كمال نصاروين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، المرجع السابق، ص412

²-Georges bergougous :op .cit www conseil –constitutional .fr

نخالف الرأي الفقهي القائل أن النص المفتقد للوضوح يقتضي إخضاعه إلى إجراءات تنقيح متكررة وعدة عمليات تفسير من السلطة المختصة بتنفيذ القانون، ما يسمح لها بالتدخل في اختصاص السلطة التشريعية مع كثرة التأويلات التي تمنحها لنص التشريعي الغامض لامحالة ستخالف الغرض الذي قصده المشرع من النص.¹

حيث نرى أن تعديل النصوص التشريعية المعيبة بالغموض أمر مستحسن، لأن النص ليس كتاباً مقدساً حتى يمكنه ثابتاً لفترات طويلة، كما أن تعديلها ليس ضرباً باستقرار النصوص القانونية، إذا ما كانت مجرد إضافات أو تغيرات بسيطة وبشكل غير المبالغ فيه وبعيدا عن المراوغات، فهي مشكلة الغموض التشريعي ليست لها أي صلة بتعديلات بل بالعكس فهي إحدى العلاجات المصممة لهذه المشكلة تمنحها قيمة وقوة مضافة وحماية لحقوق الأفراد بإضافة قواعد قانونية متطورة تستجيب لاحتياجاتهم التي تزداد مع مرور الزمن دون نهاية، ولن تستجيب لها قوانين ثابتة لفترات طويلة وبطبيعة الحال وعليه فمع التعديل تتضح المسائل وتضعف فرص حدوث انزلاقات من السلطات المخولة بتنفيذها أو تطبيقها، وعليه قد حق القول أن لتعديل القوانين دور بارز في "إثراء المنظومة القانونية" وإضفاء الجودة على القوانين.²

الفرع الثاني: النقص التشريعي المجال الثاني لانحراف السلطتين التنفيذية والقضائية

يراد بالنقص التشريعي حسب بعض الفقهاء إغفال لفظ من النص أو وضعه في غير المساحة المخصصة له في النص التشريعي، ما يؤدي إلى قلب معناه إلى معنى آخر لا يتناغم مع الغاية التي يخمن فيها المشرع، وتباين آراء المفسرين حوله لحظة تطبيقه.³ وهو المعنى الضيق الذي منح لهذا المصطلح

الذي سمي بحالة الفراغ التشريعي، كما هو متعارف عليه لدى بعض الفقهاء، أو كما عرف بحالة غياب أحكام تشريعية مهمة لمعالجة مشكلات معينة، والتي لا يجدها القضاة أثناء مزاولتهم لاختصاصاتهم للفصل في النزاعات المطروح أمامهم، وتحقق هذه الحالة على سبيل المثال عندما يمنح التشريع للمتقاضين الحق في الطعن دون أن يبين أجاله أو الجهة المختصة في الفصل في هذه الطعون الموجهة ضد

¹- نوال ايرادين، تأثير تضخم التشريع على الأمن القانوني، دفاتر البحوث العلمية، جامعة تبازة، العدد الثالث عشر، 2018، ص 109

²- نوال ايرادين، نفس المرجع، ص 110

³- ثامر عبد الجبار، عبد العباس السعيد، الصياغة القانونية لنصوص التشريعية، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص 103

الأحكام القضائية أو فرض فائدة على القرض مع إغفاله ذكر نسبتها¹، إذ يضل الجزء الذي نظمته المشرع من المسألة سليماً لكن بحاجة إلى سد ما به من فراغ، لما تركه المشرع من نقائص والتي بدونها، سيكون النص مخالفاً لدستور إلى أن تتم معالجته ليصبح دستورياً²، في هذه الحالة فإن القانون يكون حاضراً، إلا أن خلوه من بعض الأحكام التشريعية يعيبه بالنقص³، بما "يشير إلى وجود قاعدة قانونية لا تتسم بالكفاية عاجزة عن تقديم الحلول وتغطية متطلبات واحتياجات الأفراد"⁴.

وعلى نقيض الرأي الفقهي الذي وصف حالة النقص التشريعي بحالة الفراغ التشريعي، يؤكد البعض الآخر من الفقهاء وجود اختلاف بين مصطلحي الفراغ و النقص التشريعي، بقولهم إذا كان المقصود بالفراغ التشريعي تلك المساحة المقصودة التي يدعها المشرع عند صياغته لنص التشريعي⁵، وأنه "خلو التشريع أو النظام القانوني من نص خاص بين الحكم تفصيلاً حيال فعل أو واقعة معينة"⁶، ويمكن تقسيمه إلى فراغ تشريعي كلي مترتب عن سكوت المشرع عن ممارسة اختصاصه، أو لفراغ جزئي يرجع إلى عدم إتقانه لعمله التشريعي بسنه لقوانين منقوصة⁷، فالمقصود بالنقص التشريعي خلافاً لذلك إغفال حرف أو كلمة أو أكثر في النص، يؤدي إلى وقوع اختلال في المعنى الوارد وعدم اكتماله، مما يؤدي إلى تعذر فهمه⁸.

ومن وجهتنا نؤيد الرأي الذي يرى وجود اختلاف بين المصطلحين، حيث نرى أن للفراغ التشريعي معنى آخر مختلف عن النقص التشريعي، فالفراغ التشريعي يشير إلى غياب قانون أو نص تشريعي، بينما النقص التشريعي فيشير إلى وجود النص التشريعي أو المادة القانونية لكنها غير كاملة لغياب بعض اللفاظ أو عبارات أو جزء أو فقرة أو حكم تشريعي، ونرى أن لنقص التشريعي معنى أقرب لمعنى الثغرات القانونية، كما لا نوافق رأي الفقيه "لغوميز كانوتيلو" فيما ذهب إليه باقتران الثغرات القانونية بالنقائص التشريعية دون غيرها من العيوب التشريعية الأخرى في قوله "لا توجد فجوة معيارية إلا في

¹ - ليث كمال نصرأوين، المرجع السابق، ص 419

² - فواز محمد صقر الخرينج، مدى شرعية السلطة التقديرية للرقابة الدستورية للإغفال التشريعي المجلة القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مجلد 8، العدد 14، 2020، ص 4954

³ - ثامر عبد الجبار، عبد العباس السعيد، المرجع السابق، ص 102

⁴ - عبد الرسول الحصاني، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، مجلة حقوقية، نقابة المحامين في الجمهورية العراقية، بغداد، العدد 1، 1973، ص 73

⁵ - عبد الرحمان دلشاد، يوسف أحمد مصطفى علي، الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية، مجلة الرافدين الحقوق العراق، العدد 62، 2018، ص 198

⁶ - عبد الرحمان دلشاد، يوسف أحمد مصطفى علي، نفس المرجع، ص 196

⁷ - أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 45

⁸ - عبد الرحمان دلشاد، يوسف أحمد مصطفى علي، نفس المرجع، ص 198

حالة ما إن وجد هناك نقص متناقض مع الخطة التي وضعها النظام الدستوري"¹، لأن الثغرات القانونية أنواعا مختلفة منها ماله ارتباط بحالات السهو أو الإغفال التشريعي أو التناقضات التشريعية ومنها ما هو مرتبط بالغموض التشريعي.

كما قد يرجع سبب وجود الثغرات القانونية إلى الإحالة الغير الصحيحة لبعض المسائل التي تعود إلى اختصاص المشرع إلى السلطة التنظيمية لتنفيذها بما تصدره من لوائح، عندما يكون تنفيذ الهيئة التشريعية للالتزامات الملقاة على عاتقها في سن القوانين تنفيذا لا يخلو من المخالفات، أو عدم اتخاذها لإجراءات تشريعية أوجب عليها الدستور العمل بها، أو على إثر التنفيذ الغير السليم للالتزامات المنصوص عليها في الدستور.²

ومن جهة أخرى نخالف الرأي الفقهي الذي ذهب إلى القول أن النقص التشريعي معنى الثغرات القانونية والتي تعني عدم وجود قواعد قانونية يمكن من خلالها تطبيق القانون حول حالة خاضعة لتنظيم قانوني لعدم أخذها بعين الاعتبار وقت إنشاء القانون أو لتطورات جديدة قد حصلت عقب إصدار القانون³، لأننا نعتبر ما ينتج عن غياب قواعد قانونية هو فراغ تشريعي، وليس بالثغرات القانونية التي تتواجد في ثنايا القواعد القانونية وبغيابها تغيب لخلق حالة من الفراغ تشريعي، بينما نسايره الرأي في أن لتطورات دورا في إحداث الثغرات التشريعية أو النقص التشريعي في الكثير من الأحيان وهو حقيقة لا يمكن لنا إنكارها.

و في جميع الحالات يبقى النقص التشريعي من أبرز إشكالات الصياغة التشريعية المعيبة التي لا يكاد يسلم منها ولا تشريع، وهو ما يطرح تساؤلات حول أسبابها التي تعود إلى إغفال المشرع تضمين النص التشريعي لفظا أو عبارة محددة ما يجعل معنى النص ناقصا غير مكتمل المعنى⁴، أو إغفاله الإشارة في متن نص تشريعي إلى نص قانوني أو دستوري يعد سندا أساسيا لذلك النص التشريعي الذي قام بصياغته وذلك ما نلتمسه في العديد من قرارات المجلس الدستوري الجزائري التي جاءت لتصحيح حالات السهو التشريعي، كقراره رقم 23 الذي أصدر لتصحيح المجلس الدستوري حالة السهو التي

¹- Al-Dulaim.Ahmed Oudah:op.cit p93.92

² -Sc. R. Dürr, T. Gerwien, D. Jones Gorey, M.-L. Wigishoff: on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence ,General Report of the XIV the Congress of the Conference of European Constitutional Courts
Strasbourg, December, 2008 ,P8

³ -Al-Dulaim.Ahmed Oudah :op.cit , p 91 .

⁴- نوال ايرادين، المرجع السابق، ص108

تركها المشرع بعدم إشارته في موضوع الإخطار إلى القانون رقم 101-05¹، وهو ما أيده في قراره رقم 17 " إن عدم إدراج المادة 139 الفقرة 11 من الدستور ضمن تأشيريات الأمر موضوع الإخطار يعد سهواً يتعين تداركه"².

كما يعود النقص إلى إغفال المشرع صياغة النصوص القانونية صياغة متممة بالدقة،³ أو بسبب غياب حكم دستوري يفترض أن يتضمنه النص⁴، أي النقص المترتب عن إغفال تنظيم مسألة معينة بحكم تشريعي سهواً منه مثال ذلك ما أقره المجلس الدستوري الجزائري في رأيه رقم 3 /ر.ق.ع.م.د/16، المؤرخ في 11 غشت 2016 " إن المشرع بتحديد مقر الهيئة العليا بمدينة الجزائر يكون قد اغفل السلطة المخولة لرئيس الجمهورية أثناء الحالة الاستثنائية بمقتضى أحكام الفقرة الثالثة من المادة 107 من الدستور " و " أن الاجتهاد المستقر للمجلس الدستوري كرس مبدأ عدم إغفال سلطة رئيس الجمهورية في ذات الموضوع"⁵، أو عدم إتقانه تنظيم واقعة معينة واجبة التنظيم من طرفه، مما يؤدي إلى عدم اتزان فحوى النص ما يعكر على الأفراد صفو استيعاب فحوى الحكم التشريعي المستنبط من ثنايا التشريع.⁶

بيد أن لنقص التشريعي أسباب أخرى قد ترجع إلى تقاعس البرلمان عن ممارسة عمله التشريعي أو بسبب عدم كفاءته ونقص معرفته وخبرته في مجال التشريع وارتكابه لأخطاء لدى صياغته للقانون وتصوره الخاطئ للوقائع وتقديمه لحلول أنية عاجزة عن حل المشكلات، بسبب إنشائه لقوانين تفتقر إلى الكفاية والتنبؤ لما يخفيه المستقبل من أحداث و تطورات أثناء سنه للقوانين⁷، والتي غالباً ما تسفر عنها الوقائع والأحداث الجديدة، والتغيرات الحاصلة في مختلف المجالات التي لم تكن متوقعة لدى المشرع خلال

¹ - قرار رقم 23 /ق.م.د/21، المؤرخ في 7 يونيو 2021، المتعلق بمراقبة دستورية الأمر 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1996، المتضمن قانون العقوبات.

² - قرار رقم 17 /ق.م.د/ المؤرخ في 13 مارس 2021، المتعلق بمراقبة دستورية الأمر الذي يحدد الدوائر الانتخابية وعدد المقاعد المطلوبة شغلها في انتخابات البرلمان .

³ - عواطف عبد المجيد الطاهر، القصور في التشريع، المجلة العلمية الأكاديمية العراقية، العدد 1، 2019، ص 73

⁴ - ليلى حنتوش ناجي، دور القاضي الدستوري في الإصلاح التشريعي، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد 36، 2018، ص 255

⁵ - رأي رقم 3 /ر.ق.ع.م.د/16، المؤرخ في 11 غشت 2016، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.

⁶ - محمد أمين عبيسي صدقي، أثر الصياغة التشريعية في فهم النص وتطبيقه في قانون الشركات رقم 21 سنة 1997 المعدل دراسة وتحليله، مجلة تكريت، العراق، ج 2، العدد 4، 2018، ص 325، 324

⁷ - Sc. R. Dürr, T. Gerwien, D. Jone:op.cit, P8

مباشرة لتشريع،¹ ما من شأنها أن تجعل النص القانوني السليم غير المشوب بالنقص في مراحل مبكرة من تطبيقه ناقصا بعدما قد مضى عليه زمن من التطبيق.²

وهو ما يظهر أثناء وضعها موضع التنفيذ، أي حينما يتضح أن النص المراد تطبيقه غير المناسب لتطبيق على الأوضاع السارية لعدم مجاراته لهذه التحولات³، كالتطورات التكنولوجية التي أسهمت بدورها في ظهور الكثير من الحالات التي لم يتصورها المشرع لحظة وضعه للقوانين، لاسيما في مجال المعاملات و العقود التجارية، مما أدى إلى ظهور فجوات قانونية دفعت القضاء إلى الاجتهاد لإيجاد الحلول المناسبة لها إلى أن تتم معالجتها من الهيئة التشريعية⁴، باعتبار أن القاضي هو صاحب الاختصاص في تفسير و سد الثغرات القانونية⁵، كما أن من أهم أسباب وجود نقص في النص التشريعي غلبة التجريد عليها⁶، أو لسرعة المشرع في إعداد مشروع القانون لمواجهة الظروف، ومجرات التطورات الحاصلة في المجتمع وعدم تدقيقه في صياغته.⁷

ونضيف إلى هذه الأسباب أمرا آخر قد يكون سببا وجها في حدوث النقص التشريعي في الجزائر غياب دليل الصياغة يحدد قواعد فن الصياغة التشريعية، و عدم إخضاع مشاريع واقتراحات القوانين للمراجعة الدستورية لتحقيق من خلوها من العيوب الشكلية والموضوعية ومطابقتها لدستور ونتحدث هنا عن القوانين العادية، فلا بد أن تكون محل متابعة من المحكمة الدستورية، فكما يبدو لنا أن الدستور الجزائري في جل الدساتير ومن بينها التعديل الدستوري 2020 قد منح الحكومة والبرلمان الحق في صياغة القوانين أوجب على الحكومة بأخذ رأي مجلس الدولة في مشاريع القوانين وليس رأي

¹ - عبد اللطيف محمود فريد، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، مصر، 2018، ص 103

² - زهرة كيلالي، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2012.2013، ص 37

³ - زهرة كيلالي، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه دراسة مقارنة، نفس المرجع ص 31

⁴ عواد حسين، ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية دراسة موازنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، ط، 1 المركز العربي للنشر والتوزيع، 2019، ص 10

⁵ - عبد اللطيف محمود فريد، نفس المرجع، ص 10

⁶ - عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، (د،ط)، دار الكتب العلمية، لبنان، 2013، ص 207

⁷ - عصمت عبد المجيد بكر، نفس المرجع، ص 63

المحكمة الدستورية في الفقرة 2 من المادة 143 " تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد رأي مجلس الدولة"¹.

إن إشراك الدستور لمجلس الدولة في العملية التشريعية التي ليست بعملية مشتركة فحسب بين السلطة التنفيذية والبرلمان بل كذلك السلطة القضائية، يمس من استقلالية البرلمان التي يفقدها هذا الأخير في الواقع، لذا نرى أنه من الأفضل لو أزال الدستور شرط عرض مشاريع القوانين على مجلس الدولة، وإن كان وجوده لا يتعدى تقديم رأي استشاري، والزم عرضها بدلا من ذلك على المحكمة الدستورية، ليتحقق من مدى تحقق الجودة التشريعية بسلامة صياغتها وخلوها من العيوب ومسايرتها لدستور، إذا ما تعلق الأمر بإحدى المسائل المتعلقة بالقوانين العادية التي لا تخضع للمراجعة الوجودية للمحكمة الدستورية بما يستبعد السلطة المختصة بتطبيق القوانين عن اختصاص البرلمان، ويضفي على القواعد التي تم صياغتها الجودة باستبعاد عيوب الصياغة التشريعية التي من شأنها هدم الأمن القانوني وضرب حقوق وحريات الأفراد قبل بلوغها مرحلة التطبيق، وتفادي ما قد يترتب عنها من آثار سلبية.

وترتبا على ذلك نستخلص أن النقص التشريعي ما هو إلا نتيجة من نتائج الإغفال التشريعي الذي يحدث بسبب سهو المشرع لجمل أو اللفاظ أو عبارات أو فقرات من أحكام تشريعية تؤدي بالنتيجة إلى وجود خلل على مستوى النص لا يبرز فحسب من خلال البنية اللغوية لنص التشريعي، بل يبرز بشكل كبير من مضمون النص، ما يجعله نصا فاقدا لأهميته وعاجز عن تحقيق المصلحة العامة ومن بين حالات الإغفال التشريعي التي نستشهد بها في هذا المقام.

إغفال المشرع النص على التعويض عن الضرر الأدبي في القانون المدني من أبرز حالات النقص التي ينبغي البحث فيها في المادة 68 وهو ما يطرح إشكالا قانونيا حول سكوت المشرع عن الضرر الأدبي، لاسيما وأن الأمر الذي استقر عليه القضاء الجزائري هو الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي من غير الاستناد لأي نص صريح في القانون المدني، وإن كان المشرع قد تطرق إلى هذه المسألة في نصوص متفرقة كالمادتين 6 فقرة 2 والمادة 175 من القانون المتعلق بعلاقات العمل الصادر في 1990/04/25، بالإضافة إلى المادة 5 فقرة 3 من قانون الأسرة القاضية بالتعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن فسخ الخطوبة بنصها (...إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لا حد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض)².

¹ - المادة 143 فقرة 2، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص33

² - خالد عنقر، دور القاضي المدني في تفسير القاعدة القانونية. مجلة الفقه والقانون، المركز الجامعي تسمسليت، الجزائر، العدد، 41، 2016، ص 27

وهو ما نخلص من خلاله أن السبب الحقيقي وراء قصور النص التشريعي يرجع إلى المشرع الذي ينبغي عليه مراعات واتباع أساليب الصياغة التشريعية الجيدة والالتزام بمعاييرها وأن يحيط بكل ما تحتويه المسألة من حيثيات للإلمام بكل عناصر الموضوع، تفاديا لما قد يحدث من نقص قد يدفع المشرع إلى إجراء تعديلات متكررة لنص¹.

ولتحقق الصياغة التشريعية الجيدة نقترح كما يقترح الفقه وجوب توافر كوادربشرية مختصة في فن الصياغة، أو خبراء مختصين في هذا الفن الذي لا يمكن لأي كان ممارسته وحتى رجال القانون الذي يملكون الكفاءة القانونية لا يملكون ذلك، لعدم امتلاكهم الخبرة لممارسة هذا الفن كما يرى الفقيه "مايكل زاند"، وفتح تخصصات تدرس فن الصياغة على مستوى الجامعات تكوين طلبة الدراسات العليا في هذا المجال الذي يعد من أكثر التحديات التي تواجه السلطة التشريعية في ممارسة اختصاصها بشكل فعال، ووضع هيئة خاصة تتكفل بالصياغة التشريعية على مستوى كل من السلطة التنفيذية والبرلمان ودعمهم بكل الإمكانيات التي تمكنهم من الحصول على المعلومات ذات الصلة بالتشريعات التي تم اقتراحها.²

وبناء على ما سبق نتوصل إلى أن مبادئ الصياغة التشريعية الجيدة من وضوح ودقة وسهولة لا يمكن ضمان تجسيدها وتفعيلها من المشرعين، إلا إذا تم صياغتها في شكل قانون يحتوي أسس ومتطلبات الصياغة التشريعية الجيدة تضع منهجية موحدة لصياغة النصوص التشريعية بشكل ملزم لضمان تطبيق المشرعين لها، مع إلزامية عرض مقترحات ومشاريع القوانين التي تتناول موضوعات القوانين العادية على المراجعة الدستورية، بما يسهل التجسيد العملي لمبدأ الأمن القانوني المشار إليه في المادة 34 من التعديل الدستوري 2020.

المطلب الثاني: الإخلال بالأمن القانوني وانعكاسه على الحقوق والحريات

يقوم مبدأ الأمن القانوني على مجموعة من المبادئ والضوابط التي تهدف بالأساس إلى حماية الحقوق والحريات، والحيلولة من إساءة السلطة التنفيذية والقضائية لاستخدام سلطتها، وجر المشرع لإتقان اختصاصه التشريعي بالتزامه بضوابط الصياغة التشريعية الجيدة من وضوح ودقة وسهولة بسن قوانين ذات جودة موافقة لدستور، بما يكفل للأفراد التمتع الكامل بما خول لهم من

¹ محمد محروك، إشكالية صياغة التشريع في القانون المغربي، مجلة كلية العلوم القانونية والاقتصادية مراكش، مج 1، العدد1، 2017، ص 299

² ليث كمال نصرابين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، المرجع السابق، ص 402، 388

حقوق وحريات أساسية على أكمل وجه، فإن امتثل هذا الأخير لها فقد تحقق الأمن القانوني والغاية المرجوة منه في تأمين الحقوق والحريات، وإن امتنع فقد تسبب بالإخلال بها، وهو ما سنتطرق إليه على النحو التالي:

الفرع الأول: إخلال عدم الاختصاص السلبي للمشرع بالأمن القانوني.

الفرع الثاني: انعكاس الإخلال بالأمن القانوني على الحقوق والحريات.

الفرع الأول: إخلال عدم الاختصاص السلبي للمشرع بالأمن القانوني

كثر الحديث عن الصياغة التشريعية الجيدة وعلاقتها بالأمن القانوني والتي تحمل في طياتها مدلولاً يشير إلى أنها "فن الوسائل القانونية التي يجب أن توصل إلى تحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية"¹.

وأنها عملية تحويل المسألة موضوع التشريع إلى قواعد قانونية متناسقة متسمة بالعمومية والتجريد سهلة الفهم قائمة على المساواة منسجمة مع الدستور، قابلة لتطبيق على الكافة من دون تمييز وبما يحقق الغرض منها.²

أما عن علاقة الصياغة التشريعية الجيدة بالأمن القانوني فتثير الجدل بين هاذين المصطلحين المتقاربين في المعنى، إذ نرى أنها من أبرز أسباب تحقيق الأمن القانوني، كما قد تتحول إلى أخطر أسباب هدم هذا المبدأ، حال عدم التزام المشرعين بمعايير الصياغة ذات الجودة التشريعية، سواء بعدم التزام المشرعين بمبدأ الوضوح والمفهومية والسهولة أو بصياغتهم لقواعد معيبة بالنقص أو لإغفالهم لمبادئ وأحكام الدستور ما يلحق بالنتيجة الأذى بحقوق وحريات الأفراد.

في الواقع إن الحديث عن الأمن القانوني الذي يعود الفضل إلى الفقيه "هوبز" في بروزه وانتشاره³ يقودنا إلى الحديث عن مدلول هذا المصطلح الذي يبدو من ظاهره بديهياً، إلا أنه في حقيقة الأمر من أصعب المصطلحات القانونية التي يصعب تحديد معناها بدقة لما ينتابها من غموض، ولاختلاف تعاريفها المتعددة فهناك من يعتبرها صمام أمان للاستقرار النظامين السياسي والاجتماعي و تحقيق التنمية و

¹ مروان محمد محروس المدرس، رقابة القضاء الدستوري على الصياغة التشريعية، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي

الرابع القانون أداة للإصلاح والتطوير، العدد 2، 2017، ص500

² ليث كمال نصرأوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، المرجع السابق، ص385

³ مختار دويبي، مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، العدد 5، 2016، ص25

الازدهار الاقتصادي أو تحقيق الثبات النسبي في الأنظمة و المراكز القانونية وبث الأمن و الطمأنينة بين العلاقة القانونية بعيدا عن مراوغات السلطات العامة¹، أو "المثل الأعلى الذي يجب أن يتوجه نحو القانون بإصدار قواعد متسلسلة ومترابطة ومستقرة نسبيا ومتاحة لكي تسمح للأفراد بوضع توقعات".²

أو بمعنى أكثر وضوح فهي تلك " القاعدة القانونية النموذجية المفهومة السهلة الوصول إليها التي تسمح للمخاطبين بها بالتوقع المقبول للنتائج القانونية لتصرفاتهم وسلوكهم"³، والذي نرى من خلاله أن الأمن القانوني هو تلك الحماية القانونية المسترسلة إلى الأفراد ومصالحهم وحقوقهم وحرياتهم والمنبعثة من القواعد القانونية القائمة على معايير الجودة التشريعية من وضوح ودقة وسهولة، التي ينعكس مفعولها الإيجابي على المجتمع والدولة لما يرافقه من تطور وتقدم في مختلف مجالات الحياة.

فضلا على أن المتمعن في مبدأ الأمن القانوني يجد أنه يتدفق تحديدا من الصياغة التشريعية الجيدة المحصنة من التفسير و ما ينجر عنه من تلاعبات أهواء السلطتين التنفيذية والقضائية وبما تحمله من معاني جدة المضمون ومن " قيم العدالة" و "الرشد القانوني" و "الالتزام بالمبادئ القانونية" وتطور و وضوح ودقة والتوائم مع القواعد الدستورية و القواعد القانونية المختلفة، وبما يبرز كفاءة المشرع التي من شأنها بناء علاقة متوازنة بين التشريع والمواطن حتى لا يفكر في التهرب من حكم القانون ، وترسيخا لمعالم دولة القانون و الحكم الراشد⁴، وهنا يكمن جوهر العلاقة بين الأمن القانوني والصياغة التشريعية الجيدة التي تفسر بوجود قواعد قانونية جيدة ، فبقدر ما تتحقق الجودة التشريعية في النظام القانوني بقدر ما يتحقق الأمن القانوني، وبقدر ما تغيب مبادئ الجودة التشريعية عن القواعد القانونية بقدر ما يتم الإخلال بالأمن القانوني.

ويبرز لنا ذلك جليا في الدور الذي تلعبه الصياغة التشريعية في تزويد الحقوق وحريات الأفراد بالحماية التشريعية و ترقية النظام القانوني وتطهيره من العيوب والتشوهات وتحقيق الاستقرار القانوني بمنح التشريعات نوعا من الثبات، ما لا يجعلها بحاجة متكررة إلى التنقيح لإزالة العيوب أو المخالفات، علاوة

¹ - إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص 164

² - مختار دويني: المرجع السابق، ص 27

³ - حسن عمر شورش ، عمر عبد الله خاموش: دور العدالة التشريعية في تحقيق الأمن القانوني دراسة تحليلية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الأغواط، الجزائر، العدد الثاني، 2019، ص 340

⁴ - مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، 2020،

على دورها في تهيئة القوانين لتطبيق بسهولة من طرف القضاة، فضلا على قابليتها مع التكيف مع التطورات والأحداث المستجدة¹، وليس ذلك كل ما يمكن أن يقال عن علاقة الصياغة التشريعية الجيدة، فهي تهدف إلى نشر مضمون القانون و وضعه موضع التطبيق عبر مختلف وسائل النشر لغرض تيسير عملية فهم توجه المشرع و مقتضيات القانون وتنفيذ الأحكام التشريعية دون أخطاء ووضع حلول لمختلف المشاكل التي تواجه المجتمع²، بمفهوم فكرة الأمن القانوني الذي يمكن أن يتجسد حينما تبتث الطمأنينة بين أفراد المجتمع ويزيح عن أنفسهم الرعب من قرارات غير عادلة من السلطة التنفيذية عن تطبيق التشريع التي قد يهدد مصالحهم وحقوقهم وحرياتهم³.

على اعتبار أن القانون يأتي لتحقيق المصلحة العامة وحماية حقوق وحريات الأفراد حسب ما عبر عنه الفقيه "اسمان" (من خصائص القاعدة القانونية أن تكون عامة ومجردة، فإن فقدت إحدى هاتين الخاصيتين فقدت قيمتها وأصبحت بدون معنى في المجتمع، لأنها عبارة عن قواعد تحتوي قيم اجتماعية من عدالة و أمن قانوني وتطوير اجتماعي) تهدف إلى تجسيدها في المجتمع وبغيابها ستنعكس سلبا على المجتمع بعرقلة تطويره⁴، وباعتبار مبدأ الأمن القانوني من المبادئ المكرسة في الدستور والذي تهدف التشريعات إلى تحقيقه لما له من دور في تطهير النظام القانوني من الأحكام التشريعية المخالفة لدستور⁵.

من خلال ما تم ذكره نجد أن الأمن القانوني ليس مجرد فكرة فلسفية بل مبدأ قانوني أساسي له نتائج تثنى سواء ما يعود منها بالنفع على الدولة أو المجتمع أو النظام القانوني أو الأفراد وحقوقهم وحرياتهم، لا يتطلب تجسيده سوى مجهود واحد من المشرع هو صياغة قوانين يثبت من خلاله احترامه لأدائه لعمله التشريعي بإتقان، حتى يجنب الأفراد كيد السلطات العامة في الدولة، وهو ما نرى من الصعب أن يرى هذا المبدأ النور، إلا إذا عرفت القواعد القانونية المصاغة وفقا لمتطلبات الصياغة التشريعية الجيدة والتي تتضمن مبادئ وقيم وأهداف دستورية التطبيق بما يجلب للأفراد

¹ - مروان محمد محروس المدرس: اختصاص المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 14، العدد2، 2017، ص505

² - فهيمة بلحمزي، الأمن القانوني للحقوق والحريات الأساسية، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، الجزائر، 2017، 2018، ص 206

³ - فهيمة بلحمزي، نفس المرجع، ص 213

⁴ - حسن عمر شورش، عمر عبد الله خاموش، المرجع السابق، ص349

⁵ - حسن عمر شورش، عمر عبد الله خاموش، نفس المرجع، ص340، 344.

النفع و الرضى ،وبتجسيد حقيقي لمبدأ الفصل بين السلطات بما يضمن عدم تدخل السلطة التنفيذية في عمل السلطة التشريعية .

وهو ما كبده إحدى قرارات المجلس الدستوري الفرنسي كقراره رقم 540-2006(من واجب الهيئة التشريعية أن تمارس بالكامل الاختصاص الذي يخوله إياه الدستور، فضلا عن هدف القيمة الدستورية للوضوح وسهولة الوصول إلى القانون المستمدة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 تتطلب منه اعتماد أحكام دقيقة بما فيه الكفاية وصيغ لا لبس فيها)، ونصها (إنه يجب عليها في الواقع حماية رعايا القانون من تفسير مخالف للدستور أو ضد خطر التعسف الناتج عن نقل مهمة وضع القواعد التي يعهد الدستور تحديدها من قبل القانون إلى السلطات الإدارية والقضائية)¹.

فإذا كانت الصياغة التشريعية الجيدة حسب رائينا المتواضع تؤمن حقوق وحريات الأفراد من تعسف السلطة التنفيذية أو من إمكانية استغلالها لثغرات القانونية الناتجة عن الغموض أو النقص التشريعي والتي في الأصل لا يوجد ما يمنعها من ذلك ،وهي من تملك الحق في صياغة و سن القوانين في المجالات التي تهم المجتمع و حقوق وحريات الأفراد بما يعود للبرلمان من اختصاصات ،فجل القوانين تأتي عن طريقها من البداية وهي من تتحكم في زمام الأمور لدى بعض الأنظمة ولا سلطة للبرلمان عليها وفي النهاية هي من تتولى تنفيذ معظم القواعد القانونية وبالأخص أنها لا تخضع لأي رقابة أو مسائلة حال إصدارها لمراسيم التنفيذية تنتقص أو تحرم الأفراد من حقوقهم وحرياتهم، ولو كانت التشريعات الصادرة عن البرلمان ذا جودة ولا تحتوي أي غموض ونقائص ،لذلك فلا بد من كبح سلطة هذه الأخيرة ليس فحسب بإنتاج قواعد قانونية ذا جودة ،بل كذلك بشروط وضوابط تلزمها بالتقيد بما جاء في القوانين ،والامتثال لإرادة المشرع والدستور في تنفيذها للقوانين وفرض رقابة فعالة عليها. وعلى أية حال لا يمكن أن ننكر دور الصياغة التشريعية الجيدة في حماية حقوق وحريات الأفراد بتقليل من حالات التعسف الصادرة عن السلطة التنفيذية وتأمين حقوق وحريات الأفراد من تعسف السلطة القضائية.

ضف إلى أن المشكلة تجد حاليها في مبدأ اليقين القانوني الذي يعد من أهم شروط تحقق الجودة التشريعية في النص القانوني، والتي تقتضي وجود قوانين تحفظ المراكز القانونية للأفراد وحقوقهم

¹ -Decision n2006-540 DC du 27 juillet2006 www .constitutionnel .fr

وحرياتهم، ولا تخلق أية إشكالات حال تطبيقها أي حال فهم القضاة للقواعد القانونية وتطبيقها دون تحريف معناها.¹

ومن دون أي شك إن لتجسيد مبدأ الفصل بين السلطات وضع حد لتجاوز السلطة القضائية وإلزامها بالحدود المرسومة لها في الدستور وعدم التدخل في اختصاصات السلطة التشريعية، التي قد يضطر القاضي إلى تدخل فيها لما قد يصادفه من صعوبات أثناء تطبيقه للقانون، أي عندما يجد نفسه غير قادر على البت في موضوع النزاع المعروض عليه جراء انعدام الحكم التشريعي المعالج للقضية، أو بسبب قصور في النص وعدم مواكبته للتطورات الحاصلة.²

من خلال ما سبق يتبين لنا أن الإخلال بالأمن القانوني، ما هو إلا أثر من آثار عدم الاختصاص السلبي للمشرع تساهم في حدوثه السلطة التشريعية حينما تخفق في أدائها لاختصاصها وتنتج نصوصاً قانونية غير المؤسسة على مبادئ الصياغة التشريعية الجيدة، إذن الخلل يقع من المشرع من الوهلة الأولى وتساهم في تفاقم حدة آثاره إما السلطة التنفيذية أو التشريعية.

تفاديا لأثر عدم الاختصاص السلبي، تمت دسترة الأمن القانوني لأول مرة في تاريخ الجزائر ضمن ديباجة التعديل الدستوري 2021، وهو الواضح في نصها " يكفل الدستور الفصل بين السلطات وضمان الأمن القانوني"³، فالأمن القانوني من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الدولة والتي لا غنى عنها في حياة الأفراد، وعلى جميع السلطات الالتزام بها لدى ممارسة اختصاصها، وهو ما أكدت عليه المادة 34 في فقرتها 3، والتي بدورها قد حددت شروط تطبيق هذا المبدأ بتحديد معايير الصياغة التشريعية الجيدة في بنصها "تحقيقاً للأمن القانوني، تسهر الدولة، عند وضع التشريع المتعلق بالحقوق والحريات، على ضمان الوصول إليه ووضوحه واستقراره"⁴، وهي فقرة جديدة في التعديل الدستوري 2020 قد أحسن فعلاً المؤسس الدستوري الجزائري بإضافتها، لكن الملاحظ أن هذه المادة قد قصدت التشريعات المنظمة للحقوق والحريات دون غيرها مع العلم أن مجالات التشريع متعددة، كما أنها لم تشر إلى النصوص التنظيمية، بالرغم من تناولها مسائل تهم حياة الأفراد وقد تمس بحقوقهم وحرياتهم حال غموضها، وكأن مسألة الأمن القانوني مرتبط بالتحديد بالتشريعات المنظمة لحقوق

¹ - مازن ليليو راضي، اليقين القانوني من خلال الوضوح وسهولة الوصول إلى القانون، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد 1، 2019، ص 95، 96

² - فهيمة بلحمري: المرجع السابق، ص 103

³ - ديباجة التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 5

⁴ - المادة 34 فقرة 3، التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع، ص 11

وحريات الأفراد، بما يفيد أنه بتميز التشريعات المنظمة لحقوق الأفراد بالوضوح والسهولة والدقة يتحقق الأمن القانوني وإن تخلفت غاب الأمن القانوني، وماذا لو لم تتسم بقية النصوص القانونية المنظمة لمسائل أخرى أو النصوص التنظيمية بالوضوح والسهولة والدقة؟ فهل سيتحقق الأمن القانوني؟ نرى أنه في هذه الحالة سيتم الإخلال بالأمن القانوني نتيجة لما يمكن أن يترتب عن إساءة تطبيق السلطات لها كعرقلة التنمية الاقتصادية مثلا حال تطبيق السلطات للأحكام التشريعية معيبة بالغموض من قانون المالية مثلا ما سيؤثر سلبا على حياة الأفراد.

وعليه إن سائر سلطات الدولة سواء المسؤولة عن وضع وتجسيد السياسات العامة وتنفيذها بواسطة ما تعده وتضعه من نصوص قانونية أو تنظيمية، أو التي تتولى تطبيق القوانين مسؤولة عن تجسيد مبدأ الأمن القانوني، وهو ما لا يمكن أن يتجلى في الواقع، إلا بقوانين مؤسسة على مبادئ جودة الصياغة التشريعية هادفة لتحقيق مصالح الأفراد ممثلة لأحكام الدستور، لا يتم تفعيلها لترى النور إلا بنصوص تشريعية غير متناقضة مع القيم والمبادئ والأهداف القانونية التي أرادها المؤسس الدستوري تجسيدا لمبدأ الأمن القانوني.

الفرع الثاني: انعكاس الإخلال بالأمن القانوني على الحقوق والحريات

مما لا ريب فيه أن وجود مبدأ الأمن القانوني سند أساسي لدولة القانون وعلى ضوئه تؤمن حقوق وحريات الأفراد، والفضل من دون شك يعود للقواعد القانونية القائمة على مبادئ المفهومية وسهولة، التي لن يجحد فضلها في تعزيز استقرار العلاقة القانونية بين الأفراد والعلاقة بينهم وبين الدولة، وهو ما يتعارض ومسألة الإغفال التشريعي، وعلة ذلك غياب النص القانوني أو قصوره ونقصه أو عدم وضوحه الذي سيخلق لامحالة حالة مزرية من الاضطراب بين العلاقات القانونية¹.

ما يوجب على السلطة التشريعية لامحالة التحلي باليقظة، بأن تتوخي الحذر أثناء سنها للقوانين بناء على مبدأ الوضوح، لضمان ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم الأساسية على أحسن حال²، بما يسهم في

¹ - عبد الكريم صالح حامد، عبد الله فاضل، تضخم القواعد القانونية التشريعية دراسة تحليلية نقدية في القانون المدني، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد 12، 2014، ص 160-161

² - سرى حارث، أثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020، ص 176

وقاية الأفراد من الآثار السلبية للقانون، وهو لا مجال للحديث عنه حال افتقاد القواعد القانونية للوضوح أو عدم مواكبتها لتطورات أو تناقضها مع متطلبات العصر.¹

وعلى هذا المنوال فإن التنظيم القانوني المخالف لدستور المخل بالحقوق والحريات، إما أن يحرم الأشخاص كلهم أو عدد منهم من التمتع بحق من الحقوق، في الحالة التي يمنع فيها القانون على عدد منهم ممارسة نشاط ضروري لتمتع بحقهم جملة وتفصيلا²، فمن الضروري أن يصمم القانون باحتراف بصياغته صياغة متقنة حتى يتجلى الهدف في تسخير الحماية للحقوق والحريات بكل الضمانات القانونية وبما يلزم السلطات بتطبيقها بصورة عادلة على الأفراد تحقيقا للأمن القانوني³، الذي لم يضل على استقرار حال وجود مشاكل في الصياغة التشريعية لما في ذلك من انعكاس سلبي على حقوق وحريات الأفراد وبث الرهبة في نفوسهم وعدم شعورهم بالأمن.⁴

لهذا السبب يتعين أن تكون القواعد القانونية وبالخصوص العقابية منها على درجة عالية من اليقين بأن تكون محددة تحديدا دقيقا للأفعال المجرمة بما يسهل إدراك الأفراد لما جرم ومالم يجرم بسهولة، حتى لا يجدون أي مشكلة في التمييز بينها لتفادي ارتكاب ما هو مجرم منها، وبما يقطع الشك باليقين، ويضع حدا لأي احتمالات قد تجدها السلطة التنفيذية والقضائية مبرا لتطبيقها وفقا لما يحلو لها بما يعرض حقوق وحريات الأفراد للخطر ضحية جرائم لم يقترفونها جراء قوانين مهمة غير محددة تحديدا يقينيا يضع حدا للشك⁵، بسبب التفسيرات التعسفية التي قد تمنحها لها هذه الأخيرة.⁶

وفي هذا المقام يؤكد لنا بعض الفقهاء عدم خلو أي تشريع من بعض مظاهر الأمن القانوني التي تعد في حد ذاتها جوهرًا للأنظمة القانونية ومطلبا هاما لدولة القانون، وهو ما تنطوي عنه جملة من المبادئ والحقوق التي تستوجب على القاضي مراعاتها خلال الفصل فيما يرفع إليه من قضايا، والتي تقتضي عليه الفصل فيها طبقا للقوانين يوم تقديم الطلب المطبق، بعدم تطبيقه للقوانين بأثر رجعي وفقا للمبدأ عدم رجعية القوانين مع أخذه بعين الاعتبار الأجل المحددة للطعن ومبدأ حجية الشيء المقضي فيه.⁷

¹-عبد الكريم صالح حامد، عبد الله فاضل، المرجع السابق، ص 160-161

²- عبد العزيز برقوق، المرجع السابق: ص 366، 367

³- مختار دويبي، المرجع السابق، ص 25

⁴- فهيمة بلحمري، المرجع السابق، ص 27

⁵- مروان محمد محروس المدرس، المرجع السابق، ص 510، 512، 513

⁶- Georges bergougnous: op.cit, www conseil –constitutional .fr

⁷- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 35

وهو ما أيده الفقه الفرنسي بالقول بأن النظام القانوني يقوم على آليات كفيلة بالتصدي لمشكلة الأمن القانوني و الحفاظ على استقراره وحماية الحقوق ، معنيين ذلك على عدم ترتيب أثار البطلان بأثر رجعي ، علاوة مبدأ بالتقادم ، علاوة على تأكيدهم بامتلاك المشرع للقدرة على الحد من هذه الآثار السلبية من خلال ما قد يصدره من تشريع تفسيري يضع فيه حدا لتضارب الاجتهاد القضائي نتيجة الفراغ التشريعي¹ ، لما ينجر عن التفسير القضائي المنحرف من تعريض حقوق وحريات الأفراد إلى خطر الانتهاك أو الانتقاص من الحماية المقررة لهم.²

على أساس أن مبدأ عدم رجعية القوانين من المبادئ القانونية التي تعني أن تطبيق القوانين ليس شاملا لكل الوقائع القانونية، إذ أن تطبيقها مقتصر على ما سينشأ من وقائع قانونية في المستقبل دون ما مضى منها وقائع قانونية³، لتفادي ما يمكن أن ينجم عن إغفال هذا المبدأ من عدم استقرار المراكز القانونية للأفراد، فمن الظلم أن يطبق في حق الأفراد قانون جديد يسلب منهم مزايا سبق وأن استفادوا منها في ضوء سريان قانون قد سبق وأن نفذ في حقهم ليأتي القانون الجديد يلغها.⁴

تطبيقا لما دعت إليه المادة 2 من القانون المدني " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي ولا يجوز إلغاء القانون، إلا بقانون لاحق ينص صراحة على إلغاء هذا القانون"، وهو ما أرادت أن تنوه له المادة 4 من نفس القانون إلى أن قاعدة عدم الأثر الرجعي للقوانين قاعدة معول بها في النظام القانوني الجزائري لتحديد تاريخ تطبيق القواعد القانونية بتاريخ نشرها عبر الجريدة الرسمية الوطنية بتطبيقها بعد مرور يوم بأكمله من هذا التاريخ بالعاصمة الجزائرية و عبر دوائر التراب الوطني عقب يوم كامل من وصول الجريدة إلى مقرها⁵، فالأمر محسوم بشأن هذه المسألة ، وهو ما فصل فيه القانون المدني في هاتين المادتين المكرستين لمبدأ عدم رجعية القواعد القانونية ، ذلك أن مبدأ قانوني مبدأ لا يختلف عليه إثنين فجميع القوانين جاري العمل بها من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية

¹ عبد الرحمان اللمتوني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء العدد 46، 2014، ص 24،

² حسين عبد العلي عيسى، المرجع السابق، ص 83

³ عبد القادر جلاب، مبدأ عدم رجعية القوانين كألية لتحقيق الأمن القانوني، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 4، العدد 1، 2018، ص 73

⁴ عبد القادر جلاب، نفس المرجع ، ص 75

⁵ المادة 4، 5، الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 ديسمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم

وفقا لما حددته هذه المادة الأخيرة، لكن هذا ليس في جميع الحالات فقد وضعت استثناءات وبالتحديد على قانون العقوبات، الغرض منها حماية حقوق وحريات الأفراد من بعض التغييرات التي قد يحدثها القانون الجديد حال تعارضه مع القانون القديم .

بالتحديد في الشق الجزائي، وهو ما لا يجب أن يغفله القاضي مطلقا حتى لا تضيع حقوق وحريات الأفراد هباء منثورا، والاستثناءات الواردة على هذا المبدأ والتي تقتضي تطبيق نص جديدا الذي يبيح "فعلا جرمه القانون القديم" أو "أضى مانعا من مانع العقاب" أو "مانعا من مانع المسؤولية الجنائية" أو "خفف من عقوبة"¹، وهو ما ذكرته المادة 2 "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما إن منه أقل شدة"².

وقد أبدى المجلس الدستور الفرنسي موقفا من هذه المسألة التي رفضها بشدة في قوله أن على المشرع عندما يجرم فعلا ما ويحدد له عقوبات أن يمنحه تعريفا واضحة محددا بما فيه الكفاية، وأن لا يحوي تناقضات أو غموض حتى لا يدع فرصة لسلطات العامة لبسط سيطرتها، وهو ما يجب عليه أثناء تحديده لأركانها التي يشترط عليه تحديدها بوضوح ودقة بتعابير موسومة بالكفاية والوضوح والتحديد بما يعصمها من العمومية والتأويل³، ومن جهة ثانية قد لمح لنا المجلس الدستوري خلال مراجعته لمطابقة المادة 82 من الدستور، بأن زمن تطبيق الأحكام التشريعية الضريبية لا يمكن أن يعود إلى الماضي بل إلى المستقبل " أن المادة 82 من الدستور تنص ألا تحدث بأثر رجعي أية ضريبة أو جباية أو رسم أو أي حق كيف ما كان نوعه"⁴.

وهو ما لا يقل خطورة عن الأثر الذي يصل الحقوق والحريات نتيجة تنازل المشرع عن اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية حال صياغته أحكام تشريعية معيبة، وهو ما أكده المجلس الدستوري الجزائري في رأي رقم 02/ر.ق.ع.م.د/18 " إذا كان يحق للمشرع أن يقر بكل سيادة أحكاما وإجراءات تخص دخول نص تشريعي حيز التنفيذ، فإنه يعود للمجلس الدستوري التأكد من أن تلك الأحكام والإجراءات لا تخل بمبدأ توزيع الاختصاصات"⁵.

¹ - عبد القادر جلاب، المرجع السابق، ص75

² - المادة 2، الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم 2015

³ - مروان محمد محروس المدرس، اختصاص المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات العامة، المرجع السابق، ص512، 513

⁴ - قرار، رقم 22/ق.م.د/21، المؤرخ في 7 يونيو 2021، المتعلق بمراقبة دستورية الأمر المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2021.

⁵ - رأي، رقم 02/ر.ق.ع.م.د/18، المؤرخ في 02 غشت 2018، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بقوانين المالية للدستور.

وفي قرار آخر بدوره المجلس الدستوري الجزائي عبر عن موقفه حول هذه النقطة مشيراً هذه المرة إلى أثر لصياغة التشريعية المعيبة بالغموض خلال مراجعته لمطابقة المواد 184 (الفقرة الأخيرة)، 200 (الفقرة 7) و221 (الفقرة الأخيرة) من الأمر المتضمن القانون المالية موضوع الإخطار، في قوله أن (الأحكام التشريعية موضوع الدراسة، يكتسبها الغموض سواء من حيث التطبيق الفعلي أو من حيث احترام المبادئ المنصوص عليها في المادة 34 (الفقرة الأخيرة) من الدستور، وأن هذا الحكم الوارد في المواد، غير واضح ويصعب إثباته ، وقد يترتب عنه انتهاك ومساس بحقوق المواطن لعدم تحديده للآليات القانونية التي تثبت هذه الأفعال).¹

وعلى أية حال فمن واجب البرلمان عدم مخالفة قواعد الاختصاص وعلى وجه الخصوص أثناء تنظيمه المسائل المتضمنة لحقوق الأفراد²، بحجة أن الأمن القانوني قيد للسلطة التشريعية يستوجب عليه مراعاته خلال سنه للنصوص التشريعية³ ، وبصدد أن تهاون البرلمان عن ممارسة اختصاصه على نحو من الجودة ، دليل على إخلال النواب لعودهم الانتخابية وعدم ممارستهم لاختصاصهم التشريعي كما يفترض أن يكون الأمر ، سواء لتركه لسلطة التنفيذية ما يزيد من هيمنتها على هذا الاختصاص الذي لا يتعدى أن يكون فيه للبرلمان دوراً لا يتعدى مناقشة القوانين ، ما يزيد من خطورة الوضع لتهاون الهيئة التشريعية عن وضع قوانين تنظيمية لحقوق الأفراد إنفاذاً منها لما جاء في الدستور وتركه لذات لسلطة التي تتولى تنفيذ القوانين ، من خلال ما تملكه من أليات قد تشكل خطراً يحول دون انتفاعهم بهذه الحقوق والحريات.⁴

الأمر الأكثر خطورة أن سبب المشكلة التي يرتكبها البرلمان بسنه لنصوص تشريعية يخالف فيها قواعد توزيع الاختصاص، غالباً ما يرجع إلى افتقاد المشرعين للكفاءة التمييز بين المسائل التي يلزم تنظيمها بقوانين عضوية والمسائل التي ينبغي تنظيمها بقوانين عادية، وبين عدم تمييزه بين المسائل التي يتوجب عليه تنظيمها بنفسه والمسائل التي تحتاج إلى إحالتها للحكومة من أجل تطبيقها⁵ ، هذه الأخير التي

¹ - اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية والخمسون، 13 فبراير - 2 مارس 2012 الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة الجزائر، الأمم المتحدة ، اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، ص5

² -سرى حارث ، حيدر طالب الإمارة: أثار الإغفال التشريعي الاجتماعية، المرجع السابق، ص33

³ - مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 204

⁴ - محمد منير حساني،توسعة حق إخطار المجلس الدستوري للبرلمانيين تأمين للوظيفة التشريعية: <https://manifest.univ-ourgela.dz>، ص 7،8

⁵ -زهرة كيلالي، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، المرجع السابق، ص65

قد تتمادى أثناء تنفيذها بمنحها الحقوق لمجموعة من الأفراد أو بإعفائهم من التزام ما أو حرمانهم من حقوقهم وفرض التزامات عليهم أو بطريقة غير مباشرة بامتناعها أو تأخرها عن تنفيذها.¹

وبالنتيجة لا يمكن أن ينعت أي نظام دستوري على أنه ديموقراطي ما لم يمنح جميع الأفراد حقوقهم وحرياتهم بما يحفظها من تعسف السلطات، مما من المحتمل أن ينطوي عن ذلك من انتقاص منها أو إهدار وتقييد لها²، وعلى هذا الأساس نادى العديد من الفقهاء بصون حقوق وحريات الأفراد من خطر تعدي سلطات الدولة، وهو من أولى واجبات واضعي الدساتير بإقرارها ومنع كل الممارسات الغير المشروعة التي تؤدي إلى الانتقاص منها أو تكبيلها بقيود مجحفة.³

ومن خلال ما سبق نخلص إلى فكرة مفادها أن بتحقق الأمن القانوني يستفيض معنى الحقوق والحريات لتصل إلى الأفراد ليستفيدوا منها، وعلى نقيض ذلك تكبت وتغيب الحقوق والحريات أو تنتقص، إذا ما تم الإخلال بهذا المبدأ بتغيب احدى المبادئ الأساسية لصياغة التشريعية الجيدة من وضوح ومفهومية وسهولة الوصول التي تعد نواة الأمن القانوني.

¹- عبد الحميد مفتاح خليفة، المرجع السابق، ص156 و157

²- هاجر العربي، دور المشرع الوطني في تنظيم الحقوق والحريات الفردية و ضمانات حمايتها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقايد تلمسان، الجزائر، 2017، ص12

³- هاجر العربي، نفس المرجع، ص12، 13

الفصل الثاني:

أساليب المراجعة الدستورية على عدم الاختصاص
السلبي للمشرع في الجزائر

تمهيد وتقسيم:

اعتمدت المحاكم الدستورية عموما أساليب متطورة في تصفية أوجه عدم الاختصاص السلبي بما من شأنه رد تجاوزات المشرع، وإجباره على الالتزام بتحقيق إرادة المؤسس الدستوري.¹

وكبقيّة الدساتير التي لم تعلن بمقتضى نصوصها رقابة الإغفال التشريعي و لم تمتنع بالمقابل محاكمها الدستورية من تبنيها، لعدم تفنيدها لفكرة كمال القانون، وأن هناك قضاء دستوري له دور في منتهى الأهمية ، في تقويم كل ما هو غير الدستوري من تشريعات ، بغض النظر عما إذا كانت ناشئة عن فعل سلبي أو فعل إيجابي من المشرع، فإن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري المجلس دستوري سابقا المحكمة الدستورية حاليا قد سار على هذا الدرب² ، وذلك من خلال لعبه لدورين مختلفين ، تارة دور المشرع الإيجابي الذي يبقى على القواعد القانونية المراجعة والمعيبة بعدم الاختصاص السلبي ليقومها من ثمة، وتارة أخرى دور المشرع السلبي الذي يعلن عدم دستورية القواعد القانونية بقرارات ذات أثر ملغي³.

ومع ذلك فإن اختلاف دور الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية يتباين تبعا لاختلاف نوع الرقابة الدستورية الممارسة، باستخدامه أثناء ممارسته للمراجعة الدستورية السابقة أليات مختلفة عن تلك التي يستخدمها في مراجعته البعدية للأحكام التشريعية المراجعة.

وتبعا لهذا المنوال يختلف دوره من مصحح لعدم الاختصاص السلبي في الرقابة السابقة في أغلب الحالات إلى ناطق بعدم الدستورية في رقابة اللاحقة، حسب ما هو مؤكد في سوابق الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري، التي أفادت مرارا أن الاختلاف لا يرتبط بالتحديد في نوع الأساليب بعينها فحسب ، بل أثارها الذي تعد الركيزة التي تتوقف عليها فاعلية هذه الأحكام ، علاوة على مدى حجيتها ، وهل أن لها في الواقع صدى لتفعيل في رحاب النظام القانوني الجزائري؟، أم أنها مجرد أساليب غير نافعة لإصلاح ما افسده المشرع بتصحيح عدم الاختصاص السلبي؟. وكل ذلك سيتم الإجابة عنه في مبحثين التاليين:

¹- سناء طعمة مهدي، الإغفال التشريعي ودور القضاء الدستوري في الرقابة عليه دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد 23، العدد 2، 2021، ص 2021

²- زهرة كيلاني، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، المرجع السابق، ص 56

³- مريم بلبكري، مصطفى بن جلول، مساهمة المجلس الدستوري في العمل التشريعي، مجلة الفكر القانوني والسياسي، الجزائر، المجلد الرابع، العدد الثاني، 2020، ص 298، 300

المبحث الأول: رصد القاضي الدستوري الجزائري لعدم الاختصاص السلبي من خلال دوره كمشرع إيجابي.

المبحث الثاني: رصد القاضي الدستوري الجزائري لعدم الاختصاص السلبي من خلال دوره كمشرع سلبي.

المبحث الأول:

رصد القاضي الدستوري الجزائري لعدم الاختصاص السلبي من خلال دوره كمشرع إيجابي

قلنا في ما سبق أن دور المحاكم الدستورية لم يضل على حاله فقد عرف تغيرات فمن مشروع سلبي صار هذا الأخير مشرعا إيجابيا على إثر إجراءه لعملية المراجعة الدستورية السابقة¹، فمن خلال هذا النموذج من المراجعة الدستورية أضحت المحاكم الدستورية مساعد للمشرع وقد جاء هذا الدور تزامنا مع التقدم والتطور المحرز في مجال حقوق الإنسان ودعم تطبيق مبدأ المساواة على الحقوق والحريات وفقا لما دعا إليه الفقه، وعلى أساس ذلك لم تستقر المحكمة الدستورية على الوظيفة التقليدية، إذ أصبح بإمكان المحكمة الدستورية إنشاء قواعد قانونية تداركا لما تم إغفاله من المشرع من أحكام ومبادئ من عملية تفسير القواعد الدستورية التي مضى المشرع دون إدراجها تصحيحا لها بما يتفق و الدستورية².

وهو الدور الذي كثيرا ما تولى ممارسته المجلس الدستوري الجزائري سابقا المحكمة الدستورية حاليا، خلال رصده للقوانين قبل صدورها في تعامله مع ما يصادفه من حالات عدم الاختصاص السلبي بتصحيحها امتثالا للدستورية، وهو النمط الذي قد تعود هذا الأخير على العمل بها اقتداء بمنهج المجلس الدستوري الفرنسي، بالرغم من الانتقادات الفقهية التي وصفت الاختصاص الرقابي وفقا لهذا المنظور بالاختصاص التشريعي، سواء ما تعلق بالتقنيات التي يقوم عليها هذا النموذج، أو ما قيل بخصوص حجيتها بصرف النظر عن أثارها الإيجابية.

وبناء على ذلك هل بالفعل أن في تطبيق تقنية التحفظات التفسيرية اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية؟، وكيف كان تطبيقها من طرف الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري المجلس الدستوري سابقا المحكمة الدستورية حاليا؟، وهل تحضي هذه التحفظات في النظام القانوني الجزائري بالحجية المطلقة؟، وماهي أثارها؟، وذلك ما سنعرج إليه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تفسير القضاء الدستوري لعدم الاختصاص السلبي للمشرع

المطلب الثاني: حجية وأثر التحفظات التفسيرية

¹-arlettaz Jordan: op.cit,WWW. Conseil. Constitutional.fr

²-ALLan R Brewer –Carias: constitutional court as positive legislators a comparative law study cambridge university press، www.cambridge.org

المطلب الأول: تفسير القضاء الدستوري لعدم الاختصاص السلبي للمشرع

سبق القول أن دور القاضي الدستوري في المراجعة الدستورية قد تغير مع الوقت بعد أن ادرك هذا الأخير أن دوره لم يعد سلبيًا تقليديًا كما كان في القديم بل غدى دورًا إيجابيًا¹، منذ اعتماد أسلوب التحفظات التفسيرية المتعارض مع إجراء الإلغاء والقائم على الاحتفاظ على النصوص التشريعية المعيبة عوضًا عن حذفها، لاستهدافه علاجها بدلًا عن استئصالها بما يتلاءم ومضمون الدستورية، ويبقى الأمر مختلفًا من أسلوب الآخر²، ومن حيث العيب المستهدف من حيث ما إذا كان إغفالًا تشريعيًا يتطلب معالجة النقص الذي يعتري القواعد القانونية المراجعة³، أو امتناعًا تشريعيًا مطلقًا³ بالرغم مما حققه هذا الأسلوب من نتائج بمعالجته للعديد من حالات عدم الاختصاص السلبي، إلا أنه لما يخلو من السلبيات التي ذكرها الفقه المعارض لهذا الأسلوب.

وبغض النظر عن ذلك إن أسلوب التحفظات التفسيرية أسلوب قد كان محل ترحيب من القضاء الدستوري في معالجة النصوص التشريعية المخالفة لدستور، والفضل في وجوده يعود إلى المحكمة الدستورية الإيطالية أو ما يعرف باللغة الإيطالية "sentences manipulative" والتي يقابلها باللغة العربية معنى "مذكرات المساعدة" التي اعتمدها لتصحیح النصوص التشريعية وتفادي النطق بإلغائها⁴.

وقد جاء ذلك على إثر تمكن القضاء الدستوري في أوروبا من الكشف عن ظاهرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع كوجه من أوجه عدم الدستورية، ولغرض مواجهتها ومنح الحماية للحقوق وحرية الأفراد⁵، وهي تقريبا ذات الأحكام التي احتضنها الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائي المجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا وطبقها في آراءه وقراراته، ولا يزال إلى يومنا هذا يعمل بها معتبرا إياها النموذج المناسب لحل مشكلة عدم الاختصاص السلبي قبل تطبيق النصوص التشريعية وحماية لدستور وحقوق وحرية الأفراد وجر المشرع للقيام بعمله التشريعي، وتطبيق أحكام الدستور تطبيقًا صحيحًا، وذلك سنناقشه في (الفرع الأول) بعرض صور المختلفة لتحفظات التفسيرية وشرحها بما يميز بعضها عن البعض، ومن ثمة سنعرج إلى تطبيق القاضي الدستوري الجزائي للتحفظات

¹- arlettaz Jordan:op.cit,WWW. Conseil. Constitutional.fr

²-Géraldine Rosoux :Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage : une alternative à l'annulation Assistante à l'Université de Liège , p 3 <https://orbi.uliege.be>

³- صبيح وحوح الصباح العطواني، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في تفسير نصوص الدستور دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2017، ص 227

⁴- طارق ذباح، مجدوب قوراري، تكريس الدور التفسيري للمحكمة الدستورية في دستور 2020 دور جديد باليات قديمة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، العدد 2، 2017، ص 798

⁵- هاشم محمد البدرى، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنفوية، العراق، 2019، ص 458

التفسيرية، مدام موضوع بحثنا ينصب على رقابة عدم الاختصاص السلبي للمشرع في الجزائر في (الفرع الثاني)

الفرع الأول: التحفظات التفسيرية نموذج لتصحيح ومزاومة لاختصاص المشرع

في هذا الإطار قسم الفقه الأساليب المنتهجة من طرف القضاء الدستوري لمعالجة عدم الاختصاص السلبي إلى قسمين متباينين من حيث المعايير المعتمدة لانتقاء الحلول المناسبة لمعالجة العيب، القسم الأول اشتمل الأحكام المضيفة ولاستبداليه التي ينفرد القاضي الدستوري في معالجة العيب، والأحكام الإيعازية الكاشفة التي يتشارك فيها هذا الأخير سلطته في تصويب الخلل مع المشرع بكتفائه بالكشف عنه وترك أمر معالجته للمشرع¹، وذلك على النحو التالي:

أولاً: التحفظات التفسيرية الإنشائية الأحادية

المجلس الدستوري الجزائري لم يعتمد أسلوباً فريداً لمعالجة ما أعيب من النصوص التشريعية من أوجه عدم الاختصاص السلبي، بل أخذ بذات التقنيات التي قد تعود المجلس الدستوري الفرنسي على سلكها لإصدار قراراته، والذي يرجع له الفضل بعد جهود المحكمة الدستورية الإيطالية²، في تطبيق القرارات التفسيرية البناءة لأول مرة، بهدف تفادي التصريح بعدم دستورية النص التشريعي، والعمل على سد ما يعترى قواعده من نقائص، من أجل تحقيق التوافق بين النصوص التشريعية وأحكام الدستور.³

ما يسفر على أن التحفظات التفسيرية أحادية الحلول ذلك الأسلوب الذي يبرز فيه القاضي الدستوري الجهة المسيطرة لعملية التصحيح بعيداً عن الواضعين الأصليين لتشريع، وبعيداً على كون هذه الأساليب ذو الطبيعة الإنشائية، سواء التحفظات التفسيرية المضيفة أو التحفظات التفسيرية الإستبدالية⁴، قد طبقت من طرف القضاء الدستوري بالرغم من خطورتها منذ بزوغها باستخدام هذه التقنيات ذو الطبيعة الإنشائية الأحادية متجاوزاً بذلك كل الانتقادات، وذلك ما سنسلط عليه الضوء على النحو التالي:

¹ - محمد فريد المشايخ، رقابة القضاء الدستوري للنقص التشريعي، الطبعة 1، دار النهضة العربية القاهرة، 2021، ص 301، 302

² - زهرة كبلالي، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، المرجع السابق، ص 215

³ - محمد فوزي نويجي، عبد الحفيظ على الشبيبي: تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع عشر، الجزء الأول، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2، 2017، ص 44

⁴ - أحمد بن زيان، أثر الرقابة الدستورية على سيادة البرلمان في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2020، ص 296

1- التحفظات التفسيرية المضيفة

عرفت التحفظات التفسيرية المضيفة في الفقه بأكثر من تسمية، فقد عرفت بالتحفظات البنائية كما نعتت بالتحفظات الاخلاقية، ناهيك على تسمية التحفظات الإنشائية المعتمدة لمعالجة الامتناع التشريعي الجزئي، بإضافة ما ينقص من القواعد القانونية لتصبح متناسقة المعنى مع الدستور لاستمرارية وجودها¹، كما وقد نعت هذا النوع من التحفظات التفسيرية بوصف التحفظات التحليلية بالنظر لما تحدثه من تحولات في معزى القواعد القانونية من دون أن تطال صياغتها الخارجية،² التي قد كانت من أول وهلة قواعد سليمة.³

ومن المهم هنا ألا نكتفي بالتعرض إلى مدلول التحفظات التفسيرية البناءة ونمر مرور الكرام، من دون أن نشير إلى الإشكاليات التي يمكن أن تترتب عن تطبيق هذه التحفظات، لوضع بعض النقاط على الحروف، وذلك ليس قبل أن ننوه بالطبع إلى بعض النقاط المهمة والمتعلقة بالتحفظات التفسيرية المضيفة، بشرح ماهي أوجه عدم الاختصاص السلبي التي يمكن معالجتها عن طريق التحفظات التفسيرية المضيفة؟ بالإجابة عما إذا كانت طريقة كفيلة ومعمدة لمعالجة كافة أوجه عدم الاختصاص السلبي؟ أم أنها حل معتمد لمعالجة سوى وجه فريد من أوجه عدم الاختصاص السلبي؟ وذلك على النحو سيتم بيانه لاحقا.

لم ينكر أحد من الفقه أن التحفظات التفسيرية المضيفة وجدت كحل لمعالجة الإغفالات التشريعية⁴، سواء كانت الأحكام المضيفة لإجراء أو الأحكام المضيفة لأداء المتمثلة في الأحكام والمبادئ أو الإجراءات التي توضع من المحكمة الدستورية لتضاهي إلى النصوص التشريعية الغير المتوائمة مع القواعد الدستورية، لتدارك النقص المتروك من السلطة التشريعية⁵، ويبرز ذلك بالتحديد في استهداف سلطة القاضي الدستوري بالدرجة الأولى لمعاني القواعد القانونية المراجعة لدستور دون تركيبها للغوية⁶، وهنا تكمن أهميتها في تقويم القواعد القانونية المعيبة بالنقص بتزويدها بمعاني مكملتها

¹ - أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 28

² - محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص 46

³ - محمد منير حساني، السياسة التفسيرية في الاجتهاد الدستوري الجزائري بالمقارنة مع المجلس الدستوري الفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2، 2021، ص 590

⁴ - أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 277

⁵ - إبراهيم محمد عبد العالي، الاتجاه الحديث في رقابة الدستورية للمحكمة الدستورية الإيطالية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، العدد 2، 2017، ص 86

⁶ - أحمد عيد الغفلول، نفس المرجع، ص 293

مطابقة لدستور¹، بإضافة القاعدة القانونية المغفل عنها بتحملها في طيات النص المعيب²، لتزج عنها ما قد تلبس بها من شوائب و تخلصها من وصمتها الغير دستورية³، لتدارك حالة القصور الموجود في النص القانوني المترتب عن عدم الاختصاص السلبي⁴، وحتى تضل في النظام القانوني كقواعد مطابقة لدستور ويعمل بها لأطول فترات ممكنة⁵، وبهذا المعنى فقد وجد هذا الأسلوب لمعالجة الإغفالات التشريعية بإدراج ما تم سهوه إلى القواعد المعيبة لينقلب معنى الجزء المعيب منها إلى معنى دستوري هادف⁶.

ومؤدى ذلك أن ما تنتهي إليه المحكمة الدستورية من حلول في هذا المقام، يأتي عقب تحديدها للمشكلة التي يثيرها النص القانوني وعقب تحققها من مطابقة ما توصلت إليه من تفسيرات من مطابقة تفسير النص التشريعي بتفسير النص الدستوري المتعلق بالمسألة المطروحة⁷، ليتم تطبيقها إلى أن يتولى البرلمان سن نص تشريعي جديد⁸.

وهو ما نستشف منه أن التحفظات التفسيرية المضيفة، بالرغم من أنها أساليب مجدية في معالجة الإغفالات التشريعية، بيد أنها تقدم حولا محدودة لصلاحيتها لمعالجة حالات النقص التشريعي، دون بقية الأوجه الأخرى لعدم الاختصاص السلبي كحالة الامتناع والغموض التشريعي أو الإحالات الغير الدستورية، ما يجعل منها تقنية لا تنفع لمعالجة سائر حالات عدم الاختصاص السلبي. وبناء على ذلك بما أن تقنية التحفظات التفسيرية محدودة الحلول، فما شأن التحفظات التفسيرية الإستبدالية؟ وذلك ما سنتعرف عليه فيما يلي:

2- التحفظات التفسيرية التركيبية الاستبدالية

أو جدت المحكمة الدستورية الإيطالية التحفظات التفسيرية الاستبدالية لمعالجة المخالفات الدستورية المنطوية على عدم تجسيد المادة القانونية لمحتوى القاعدة الدستورية، إما بإبطال الشرط الغير المطابق من المادة القانونية لدستور ، أو استبداله بما يتطلب الدستور أي بحكم تشريعي سليم يجسد مضمونه⁹، بما يفيد حذف المادة القانونية التي وضعها المشرع أو الشرط المخالف منها لدستور،

¹- أحمد بن زيان، المرجع السابق، ص 299

²- أحمد لعروسي، العربي بن شهرة، دور القاضي الدستوري في تحقيق العدالة التشريعية، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاى سعيدة الجزائر، العدد التاسع، 2018، ص 120

³- أحمد بن زيان، نفس المرجع ، ص 299

⁴-محمود فريد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 104

⁵- أحمد بن زيان، نفس المرجع ، ص 299

⁶-محمد فوزي نويجي، عبد الحفيظ علس الشيمي، المرجع السابق، ص 47

⁷- محمد فريد المشايخ، المرجع السابق، ص 301، 303، 304

⁸- إبراهيم محمد عبد العالي، المرجع السابق، ص 86، 85

⁹- استخدمت المحكمة الدستورية تقنية الأحكام الإستبدالية في حكمها رقم 15 الصادر بتاريخ 17/06/1969 ، المتعلق بقانون العقوبات ، بالتحديد في نص المادة 313 الفقرة 3 التي نصت "لوزير العدل السلطة لترخيص مباشرة الدعاوى

وتعويضها بمادة تشريعية سليمة قد تشمل ألفاظا وعبارات مختلفة عن الأصلية تتطابق معنى مع الدستور ، بما من شأنه أن يغير من محتوى النص تغيرا كلياً¹، حتى يزاح الغموض من النص المراجع و تعدم الآثار التي قد تترتب عنه حال تطبيقه بصياغتها المخالفة لدستور²، أو ملأ الفراغ التشريعي المترتب عن الإغفال التشريعي³، لتجنيبها حكم الإلغاء⁴، بإعلان المحكمة الدستورية بواسطة هذه الأحكام عن المطابقة الجزئية للمادة القانونية⁵، بشرط تطبيق هذا التحفظ⁶، القاضي بمراعات المادة القانونية أو الفقرة الجديدة منها التي تم وضعها مكان ما تم حذفه من المادة التشريعية محل المعالجة، لتتشكل القاعدة المراجعة من جزئين من إنتاج جهتين مختلفتين، الأول من إنشاء المشرع الأصلي المتمثل في البرلمان، والثاني من إنتاج المحكمة الدستورية⁷.

وترتيباً على ذلك إن ما تستهدفه الأحكام الإستبدالية هو معاني القواعد القانونية المشوبة بالنقص وذلك بوضع معاني ذو طبيعة دستورية، عوضاً عن معانيها الأولى التي لا تبت بصلة للقواعد الدستورية، في شكل فقرة أو مادة كان من المفترض أن يتضمنها النص التشريعي، مكان القاعدة التي من المفروض ألا يحتويها النص⁸.

والجدير بالذكر أن المحاكم الدستورية في الأنظمة الدستورية المقارنة لم تطبق هذا النوع من التحفظات التفسيرية بذات النمط، فالمحكمة الدستورية البرتغالية والإيطالية والإسبانية سلكت نمطا مختلفا إذ عادة ما تعمل على إلغاء المادة التشريعية أو الفقرة الذي يعتمدها النقص مباشرة، وتضع محلها مادة تشريعية وفقرة أخرى تامة لا يعتمدها أي نقص أو عيب، أما غيرها من المحاكم الدستورية نذكر المحكمة الدستورية الألمانية والمجلس الدستوري الفرنسي، فإنها تفصح عن المطابقة الجزئية للحكم المعيب

ضد جنح إهانة المحكمة الدستورية"، صرحت المحكمة الدستور بالمخالفة الجزئية لنص لدستور لمخالفتها للمادتين 134 و 65 من دستور الإيطالي 1953، الذي يعتبر المحكمة الدستورية هيئة مستقلة في ممارسة اختصاصاتها، ولهذا السبب أقرت أن سلطة منح التراخيص في مباشرة الدعاوى ضد جنح إهانة المحكمة الدستورية كمادة جديدة مستبعدة القاعدة القديمة التي جعلت من هذا الاختصاص حقا للوزير العدل .

ليلي حنتوش ناجي، دور القاضي الدستوري في الإصلاح التشريعي، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد 36، 2018، ص 261

¹- ليلي حنتوش ناجي، نفس المرجع: ص 259

²- محمد منير حساني، أثر الاجتهاد الدستوري على دور البرلمان الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2016، ص 234

³- أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 280

⁴- سهام صديق، المرجع السابق، ص 1949

⁵- أحمد بن زيان، المرجع السابق، ص 312

⁶- محمد منير حساني، أثر الاجتهاد الدستوري على دور البرلمان الجزائري، المرجع نفسه، ص 588

⁷- أحمد بن زيان، نفس المرجع، ص 312

⁸- أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 319

وتعلقها على مباشرة المشرع لتحفظ التفسيري المتضمن استبدال الحكم التشريعي الموصوم بالنقص وفقا للوجهة المبينة في التحفظ¹ ، وهو النموذج المعمول به في سوابق الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية في الجزائر كما سنراه لاحقا.

3- إشكالية الدور الإنشائي للمحكمة الدستورية

بالرغم من أن التحفظات التفسيرية أحادية الحلول ناجعة في كثير من الأحيان في تقويم الإغفالات التشريعية، بإصلاح ما قد اعترى القواعد القانونية من نقائص وغموض وضمنان تطبيق أحكام الدستور، إلا أنها تثير إشكاليات تتحدد في خطورة الحلول التي تقدمها المحكمة الدستورية بمقتضى التحفظات التفسيرية ذو الطبيعة المنشاء الإستبدالية والمضيفة لا تقل إحداها عن الثانية خطورة على اختصاص السلطة التشريعية، حسب ما أثير في الفقه ، وهو ما يطرح تساؤلات حول خطورة تطبيق المحكمة الدستورية لهذا النوع من التحفظات التفسيرية؟ ، وهو ما سنبادر بالإجابة عليه من خلال عرض بعض النظريات الفقهية التي قيلت بهذا الشأن ، وبالمقابل عرض الآراء التي تنقضها ، وعرض الموقف الشخصي المرجع لإحدى الاتجاهيين على النحو التالي:

أ-القائلون أن التحفظات التفسيرية الأحادية الحلول مجال لتعدي على اختصاص المشرع:

يذهب طائفة من الفقهاء إلى القول أن استخدام المحكمة الدستورية للتحفظات التفسيرية سواء المضيفة أو الإستبدالية، أداة لوضع المحكمة الدستورية سلطتها على اختصاص السلطة التشريعية وصنعها لمواد تشريعية غير أصلية ترجع إلى السلطة صاحبة الولاية في التشريع، وذلك اخلال بمبادئ وأحكام الدستور متمسكين في مسلكهم بالحجج التالية:

-إخلال التحفظات التفسيرية المضيفة والإستبدالية بقواعد الاختصاص

فقد حاول أصحاب هذا الاتجاه إثباتا لأفكارهم إلى التأكيد على أن ما يعيب أسلوب التحفظات التفسيرية ، هو أن سلطة المحكمة الدستورية على هذا المنوال تتخطى المقابلة الحرفية للمواد القانونية والدستورية ، و تمتد إلى إضافة فقرات أخرى إلى ما أعيب منها وفقا لما ورد في الدستور لتتصادم باختصاص البرلمان ، وهي أبرز مشكلة في رقابة الإغفال التشريعي² ، والقول أن مواطن تداخل اختصاص المحكمة الدستورية باختصاص المشرع تتجلى في دمج هذه الأخيرة للقواعد القانونية التي هي من إنتاجه إلى القواعد القانونية المعيبة التي هي من إنتاج السلطة التشريعية³، ذلك الإشكال المطروح الذي قد أثاره الفقه وأكثر وفيه الجدل، وجعلت التحفظات التفسيرية البناءة عرضة للانتقادات لعدة أسباب ذكرها

¹- أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق ، ص 318

²- هاشم محمد البدري، المرجع السابق، ص 458

³- إبراهيم محمد عبد العالي، المرجع السابق، ص 86

الفقه، ففي تصورهم أن المحكمة الدستورية تقوم بما لا ينبغي أن تقوم به عندما تزعم نفسها المشرع وتضع نفسها مكانه، لعدم تقيدها بما يتضمنه النص الدستوري من عبارات ومفاهيم ودلالات.¹

ناهيك على أن العديد من فقهاء القانون الدستوري ممن ناقشوا هذه المسألة غير مقتنعين بهاذه الحلول ، فقد تساءلوا عن المشكلة التي يمكن أن تقع في حالة استخدام التحفظات التفسيرية والتي يمكن أن تقع في الحالة المغايرة عند التخلي عن هذه التحفظات؟، فأجابوا على ذلك أن في كلا الحالتين تثير إشكاليات لا تقل إحداها الأخرى خطورة، فالحالة الأولى حسب رأيهم تضع المحكمة الدستورية في موقف حرج فوضع بصمتها لمعالجة موضع الخلل في القاعدة القانونية المعيبة بالإغفال ، ستجعل المحكمة الدستورية الجهة المسيطرة على العمل التشريعي ، أما في الحالة الأخرى فإن عدم استخدام المحكمة الدستورية للتحفظات التفسيرية المضيف أو الإستبدالية ستصير مجرد ألة دورها متوقف على الكشف عن العيوب دون تصحيحها وبدون فائدة ،وهو ما سنتعرف عليه من خلال عرض بعض الآراء الفقهية لاحقا.

علاوة على أنها ستقتحم المحكمة الدستورية في اختصاص المؤسس الدستوري بمنحها لكلا القاعدتين التشريعية والتفسيرية، التفسير الذي تراه الأصوب، وتخلق مبادئ وأحكام جديدة لم تأتي بها أيدي المؤسس الدستوري، وهو ماكداه البروفيسور Michel terriber في كتابه فلسفة القانون أن القاضي الدستوري وهو يمارس عملية التفسير يتحول إلى مشرع للقواعد القانونية ومشرع للقواعد الدستورية ومشرع لمبادئ تفوق الدستور ذاته²، وهو ما لم ينفيه الفقيه "عوض المر" في هذه المناسبة بالقول " أن القضاة في كل بلد يفصلون فيما يعرض عليهم على ضوء فهمهم لحكم القانون القائم وعليهم ما استطاعوا إلى ذلك سبيلا ، تقويم ما اعوج من أحكامهم لاسيما في نطاق المفاهيم الدستورية التي يتعين نموها".³

وفي هذا الشأن علق الأستاذ شريط الأمين قولاً (أن التحفظات التفسيرية رغم إيجابياتها، تشكل من جهة أخرى، سلاحاً خطيراً في يد جهات الرقابة الدستورية ليس فقط للتأثير على البرلمان، ولكن للحلول محلها في ممارسة العمل التشريعي)، وقوله (إذا كانت الوسائل والأساليب والتقنيات، تمكن المجالس الدستورية من توسيع نطاق ومجال رقابتها وفرض هيمنتها على البرلمان، فإنها تستطيع أيضاً تضييق مجال نشاطات هذه البرلمان وتقييد إرادتها بفضل وسائل أخرى)⁴، والفقيه " Michel Troper " (إن التفسيرات الرسمية التي لا يمكن المنازعة في قراراتها تفسير القاضي الدستوري تشارك في السلطة

¹- أحمد بن زيان، المرجع السابق، ص 299

²- زهرة كيلاي، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، المرجع السابق، ص 82

³- ميسون طه حسين، فكرة الدستور الحي في الفقه والقضاء الدستوري، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العدد 27، 2019، ص 448

⁴- الأمين شريط، مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري، مجلة المجلس الدستوري، الجزائر، العدد 01، 2013، ص 23

التأسيسية، لأن الدستور يعطيهم الصلاحية لأن يتخذوا قرارات نهائية غير قابلة للطعن صحيحة بطبيعتها، ومن ثم قد فوض لهم بطريقة ضمنية سلطة تأسيسية ثانوية حقيقية)، وعلى هذا الأساس تمت دعوة الفقه المحكمة الدستورية للالتزام ببعض الضوابط لدى مراجعتها لنصوص التشريعية، عقلنه لعملية المراجعة الدستورية و كفالة لعدم تدخلها في اختصاص السلطة التشريعية، و ضمان امتثال السلطات بالقواعد الدستورية.¹

وقد حدده الفقيه الإيطالي "G. SILVESTRI" مجموعة الضوابط التي ينبغي أن يستخدمها القاضي الدستوري لخصها في بعض النقاط:

- على المحكمة الدستورية أن تبين أن النص المراقب قاصر عن معالجة المسألة التي يتمحور حولها التنظيم مع الإبقاء عليه.

- كما يستدعي منه الأمر تحديد ما ينقص النص ليكون كافيا لعلاج المسألة التي يتمحور حولها، أو تحديد ما لا ينبغي ألا يحتويه النص ليتطابق مع الدستور، ليختتم دوره بإضافة ما يحتاجه النص ليتلاءم مع القواعد الدستورية.²

وقد دعا الفقيه "Degad Evich" إلى الالتزام بهذه الضوابط قائلا "أن عدم الالتزام بها سيجعل سلطة القاضي سلطة موازية لسلطة المشرع، أو سيخضع القاضي الدستوري للسلطة المشرع، أما إن اقتصر رقابته على مجرد مقارنة لنص الدستور والنص التشريعي يجعلها عديمة الجدوى"³، ومع ذلك لاقت هذه الضوابط انتقادات فقيهيه حيث يعتقد الفقيه الإيطالي A. CERRI، أن الضوابط السالف ذكرها تقتصر على تبيان كيفية معالجة الأحكام المضيئة ما كان ظاهرا من أحكام تشريعية إيجابية مخالفة لدستور وليس ما كان خفيا من أحكام تشريعية سلبية و المستنبطة من اجتهاد المحكمة الدستورية من النص الظاهر الإيجابي، هذا فضلا على اعتباره إضافة تفسير جديد من إنتاج القاضي الدستوري لم يرد في النص المراقب، وهو ما حصل على تأييد كل من الفقيهين الإيطاليين "اليا" و "كريزا فولي".⁴

وهو ما رفضه الفقه بالاستناد إلى المبررات التالية:

-إن وضع المحكمة الدستورية لحكم تشريعي وإن كان من روح الدستور مكان الجزء المحذوف من غير الرجوع إلى واضعي النص التشريعي الأصلي، ينعت نافذة لتدخل في شؤون اختصاص المشرع.⁵

-إن القاضي الدستوري حين يراجع القواعد القانونية، فإنه يرجع إلى القواعد الدستورية ليقوم بمقارنتهما، ليتوصل إلى مطابقتها أو مخالفتها، وبما أن القاعدة الدستورية هي في الأصل عبارة عن مبادئ

¹- طارق ذباح، مجدوب قوراري، المرجع السابق، ص 806، 801

²- أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 297

³- ليلي حنتوش ناجي، المرجع السابق، ص 256

⁴- أحمد عيد الغفلول، نفس المرجع، ص 296

⁵- إبراهيم محمد عبد العالي، المرجع السابق، ص 98

عامّة شديدة العمومية والتجريد ليس كبقية القواعد القانونية التي تأتي أقل تجريد وعمومية، فإن المحكمة الدستورية قد تغير المعنى الأصلي له بما يتماشى و رؤيتها الخاصة لأحكام الدستور على حد تعبير الفقيه Charles Eisenmannh¹ لا سيما أن المؤسس الدستوري لم يضع طريقة معينة ينبغي على المحاكم الدستورية إتباعها في تفسير أحكام الدستور تفسيرا سليما يقاس على مدى احترام المفسر لحقوق وحرّيات الأفراد، حسب ما أشارت إليه المواثيق الدولية لحقوق الإنسان.²

السبب أن المحكمة الدستورية عندما ترجع إلى الوثائق والمحاضر التي اعتمدها السلطة التأسيسية لدى إعدادها للدستور لتتمكن من تقصي المعنى الذي قصده المؤسس الدستوري من النص الدستوري الخاضع لتفسير، تجد أمامها الخيار في الالتزام أو عدم الالتزام بها، ولأن ما يجب أن يلزم به القاضي الدستوري هي القواعد الدستورية، أما ما دون ذلك من أعمال تحضيرية، فهي غير الملزمة لهذا الأخير.³

الإشكال في مسألة وضع السلطة التقديرية القاضي الدستوري موضع السلطة التقديرية لصانعي التشريع الأصليين، بسياسته التفسيرية التي يتبعها أثناء عملية المراجعة الدستورية.⁴ إضافة إلى أن نسبة مشاركة المحكمة الدستورية في الوظيفة التشريعية يختلف باختلاف المخالفة التي يتضمنها الحكم التشريعي، فإن كان الغموض الذي يشوب الحكم التشريعي يؤدي إلى تفسيره تفسيرا متناقضا بصورة كلية مع أحكام الدستور، فإن تدخل القاضي سيكون بإدخال تعديلات على المعنى الذي أراده المشرع، أما في حالة ما إن أسفر الغموض على تفسيرات غير المتوافقة مع بعض أحكام دون الأخرى، فإن تصحيح المحكمة الدستورية للحكم التشريعي سيكون متوافقا مع القصد الذي أراده المشرع.⁵

وبالمقابل أشاد مؤيدو هذه التقنية على دورها في التصدي للمخالفات الدستورية ومعالجة الاغفالات التشريعية، نافين فرضية كونها أسلوبا لتدخل في اختصاص المشرع بل أسلوبا لتحقيق التطابق بين النصوص المختلفة التشريعية والدستورية، فما هي المبررات التي استند إليها أصحاب هذا الرأي؟

ب-القائلون بعدم اقتحام المحكمة الدستورية للاختصاص التشريعي للبرلمان:

¹- طارق ذباح، مجذوب قوراري، المرجع السابق، ص 805

²- هاشم محمد البديري، المرجع السابق، ص 131

³- إسلام إبراهيم شيخا، التفسير الدستوري للحقوق والحرّيات الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية العدد 1 2016، ص 134، 133

⁴- محمد منير حساني، السياسة التفسيرية في الاجتهاد الدستوري الجزائري مقارنة بالاجتهاد الدستوري الفرنسي، المرجع السابق، ص 547

⁵- محمد منير حساني: أثر الاجتهاد الدستوري على دور البرلمان الجزائري، المرجع السابق، ص 239

ينفي أصحاب هذا الاتجاه أن للمحكمة الدستورية دوراً منشأً للحقوق ، بتأكيد على أن لها دوراً كاشفاً من خلال ما تصدره من أحكام بمناسبة ممارستها لرقابتها الدستورية¹، فمن وجهة نظرهم المدعمة أن التفسير المضيف إجراء يقوم به القاضي الدستوري ليتحاشى النطق بعدم دستورية النصوص وحفاظاً عليها يقوم بإثراء مضمون النصوص التشريعية التي هو بصدد معالجتها، والسبب في ذلك أن يصبح متطابقاً من حيث المعنى مع الدستور، بتوضيح معناها حال غموضه و إكمال ما ينقصها في حالة ما إن كانت معيبة بالإغفال²، ومن بينهم الأستاذ "فرانسوا لوشي" الذي ذهب إلى القول أن إصدار المجلس الدستوري الفرنسي لهذا النوع من القرارات من شأنه جعل النصوص التشريعية متفقة مع أحكام الدستور وحماية حقوق وحرريات الأفراد لتجنب إغائها ، وهو ما يعكس احترام المجلس الدستوري للعمل التشريعي للبرلمان و أحكام الدستور و حرصه على حماية و حقوق وحرريات حسب وجهة نظر الفقيه " Favoreo "³ ، كما لم يعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن العيب أن تنشأ المحكمة الدستورية أحكاماً تشريعية دستورية بل العيب حين تطبق أحكام تشريعية سنها المشرع غير الدستورية تخل بحقوق وحرريات الأفراد وهو ما يستخلص من مقولة "مونتيسكيو" " لا ضمانة لحقوق الإنسان بدون رقابة على دستورية القوانين "⁴.

وقول البعض منهم أن الدستور لم يمنح للمجلس الدستوري الحق في أداء العملية التشريعية رفقة البرلمان، بيد أن هذا الأخير شاء بممارسته العمل التشريعي كمشرع إيجابي باستخدامه التحفظات التفسيرية، بيد أن ما ينشأ من قواعد لا يمكن أن تعتبر بمثابة عمل تشريعي، كونها لا تتمتع بذات القوة القانونية للقواعد القانونية الصادرة عن البرلمان، وعلى هذا الأساس فهي مجرد رأي استشاري كبقية من الآراء الاستشارية التي تدلي بها المؤسسات الاستشارية⁵، وبالرغم من المؤسس الدستوري لم يحدد الطريقة التي ينبغي على المحكمة الدستورية إتباعها في تفسير أحكام الدستور، بيد إن مقياس التفسير السليم لأحكام الدستور مرهون بمدى احترام المفسر لحقوق وحرريات الأفراد لدى مباشرته للتفسير ، حسب ما إشارة إليه المواثيق الدولية لحقوق الإنسان⁶. بينما اعتبر بعض الباحثين ممارسة القضاء الدستوري لرقابة الإغفال التشريعي باعتماد أسلوب الأحكام التفسيرية التصحيحية عملاً مستحباً لا بد منه، في الدول التي لم تخول دساتيرها وقوانينها لمحاكمها الدستورية اعتماد هذا الأسلوب ، بتقويم الأحكام التشريعية

¹- فاتن سليمان فهد الطخيم، ضوابط الرقابة البرلمانية على مراسيم الضرورة في القضاء الدستوري مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية السنة الثانية عشر، الكويت، العدد الحادي والعشرين، 2019، ص85

²- ليلى حنتوش ناجي، المرجع السابق، ص254

³-محمد فوزي نويجي، عبد الحفيظ على الشيمي، المرجع السابق، ص44

⁴- بلال عقل الصنديد، الفصل بين السلطات ورعاية الحقوق والحرريات في قضاء المحكمة الدستورية، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القانونية والقضائية، العدد21، 2019، ص138

⁵- محمد منير حساني، حجية الاجتهاد الدستوري أساس مساهمة المجلس الدستوري في العمل التشريعي، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، العدد 5، 2011، ص330

⁶- هاشم محمد البديري، المرجع السابق، ص131

المعيبة بالاغفال التشريعي بسد القاضي الدستوري بدلا من المشرع ما يعترها من نقص ، استنادا إلى قاعدة (إعمال النصوص خير من إهمالها) ، التي اعتبروها أساسا قانونيا لهذه الرقابة بالقول البعض بأن (تصحيح النص خير من إهداره) كما جاء على حد تعبير الأستاذ "فهد يوسف عبد الله الجمعة"¹

وقد دعم أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بقرار المحكمة الدستورية الألمانية الصادر في 7 ماي 1955 (لا يعتبر القانون غير الدستوري مدام هناك تفسير ممكن أن يتفق مع القانون الأساسي وأن القانون يحتفظ بمعناه عند هذا التفسير).²

ج-ترجيح أحد الآراء

لو تمعنا قليلا فيما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائلين بأن التحفظات المضيفة مجال لاقتحام المحكمة الدستورية لاختصاص المشرع، نجد أنهم أصابوا في بعض النقاط ولم يوفقوا في بعضها الآخر.

- في الواقع أن تكملة القاضي الدستوري للقواعد القانونية المعيبة بالنقص نتيجة الإغفال التشريعي بوضعه لفقرات أو أحكام، هو عمل يقارب عمل المشرع، إلا أنه لا يشكل خطرا على اختصاصه، لأن الدساتير لم تعترض على ذلك ولم تضع حدود لتحد بها اختصاص المحكمة الدستورية.

- إن اعتماد المحكمة الدستورية لأسلوب التحفظات التفسيرية ليس بهدف سن القواعد القانونية، بل لتطبيق أحكام الدستور في النصوص التشريعية التي لم تمتثل لها بشكل كامل، وأنها وسيلة لتقويم الإغفالات التشريعية، كما أن ترك المحكمة الدستورية مهمة تصحيحها واكتفائه بالكشف عنها سيستغرق وقتا طويلا من البرلمان، ولربما سيفشل في مهمة التصحيح، لذا من الأنسب أن تتولى المحكمة الدستورية هذه المهمة.

وبالمحصلة أن ما ذهب إليه القائلون بأن التحفظات التفسيرية المضيفة تصحيحية للإغفال التشريعي أسلوب لمزاحمة في الاختصاص التشريعي نخالفه الرأي وذلك لعدة أسباب:

- إن البحث في سوابق الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري يكشف لنا أن دوره لا يقتصر على المراجعة وتحديد النقائص والعيوب ، بل أنها جهاز مجتهد لضمان حماية الدستور بكل الوسائل ولو كان على حساب اختصاص السلطة التشريعية، لما لا يصح النصوص المعيبة. وهو

¹- فهد يوسف عبد الله الجمعة، موقف المحكمة الدستورية في الكويت من الرقابة على دستورية الإغفال التشريعي دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مجلد2023، العدد1، 2023، ص46

²- جلول هزيل، القاضي الدستوري مشرع من الدرجة الثانية، مجلة البحوث القانونية والدستورية، المركز الجامعي أفلو الجزائر، مجلد 1، العدد 3، 2018، ص247

الحارس للدستور من أعمال السلطتين التنفيذية والتشريعية إن تجاوزت حدودها وتعدت على أحكام الدستور، فإن الكشف عن الأحكام التشريعية المعيبة بالنقص ومن ثمة إحالتها للمشرع مجددا لسدها إذا كان لن يضمن معالجة الإغفالات التشريعية بما يتطابق مع الدستور لاسيما في ظل وجود برلمانات تفتقد إلى الكفاءة في مجال التشريع ،وعلى هذا الأساس فكيف يمكن لجهاز وجد لحماية الدستور والسهر على سمو مبادئه وإحكامه أن ينتهكها بدلا من حمايتها أمر لا يعقل.

- إن ما تضعه المحكمة الدستورية من قواعد قانونية مصدرها من الدستور والتي ينبغي ألا تتخطاها وليس من أهواء المحكمة الدستورية، لذلك لا نرى أي إشكال طالما أن تلك الأحكام مصدرها قواعد دستورية وإرادة تعلقوا إرادة المشرع، فلا بأس بها طالما أنها ليست قواعد جديدة من وحي عقل القضاء الدستوري.

- إن سد المحاكم الدستورية لثغرات سيعلم المشرعين درسا حول كيفية تطبيق أحكام الدستور والدقة في عملية تنظيم المسائل المسندة إليه، حتى لا يترك المجال للمحكمة الدستورية لتصحيحها بدلا منه.

وعليه فإن القول بعدم اعتداء المحكمة الدستورية على اختصاص المشرع بواسطة التحفظات التفسيرية الأحادية، هو أولى الأطروحات التي يمكن التمسك بها في هذا المقام، وندعم رأينا برأي الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الذي أكد فيه أن استخدامه لتحفظات التفسيرية لا يعني المساس باختصاص المشرع، بل تجسيد أحكام الدستور دون التعدي على اختصاص هذا الأخير وذلك في رأيه رقم:

05/ ر. م . د / 11 (ليس من اختصاص المجلس الدستوري التدخل في تحديد الشروط القانونية الخاصة بممارسة الحريات و الحقوق الأساسية للمواطنين، إلا أنه يعود إليه بصفة خاصة السهر على مطابقتها للمبادئ الدستورية).¹

لكن تبقى الإشكالية أن المحكمة الدستورية بتصحيحها للأحكام التشريعية المشوبة بالإغفالات التشريعية، سواء بإضافة أو استبدال ما لم تضعه يدي المشرع لإكمالها تمارس اختصاصا لم تجزه ولم تمنعه الدساتير كالدستور الجزائري أو النصوص التشريعية المنظمة لاختصاصها، والتي ينبغي أن تكشف عن موقفها بنص صريح يجيز أو يمنع ذلك لإسكات أي انتقادات ستوجه إلى المحكمة الدستورية الجزائية في هذه الناحية في التعديلات الدستورية المقبلة.

¹-قرار رقم 4-ق ق م د / 91، المؤرخ في 28 أكتوبر 1991، المتعلق بالفقرة الثانية من المادة 54 من القانون رقم 91-17.

ثانيا: التحفظات التفسيرية المشتركة

لا ينفرد القاضي الدستوري في أغلب الحالات كما قلنا سابقا في حل مشكلة عدم الاختصاص السلبي، إذ قد يتولى تطبيق إجراء المعالجة بالتعاون مع المشرع¹، هذه المرة بكشف قراراته عن العيب الذي يجعل الحكم التشريعي معيبا و إخطار البرلمان بوجوده، وقد أخذت هذه الفكرة من نظرية الفقيه "كيلسن" التي اعتبرت المحكمة الدستورية لا تمارس نفس اختصاص البرلمان، وعليها أن تعتمد في ممارستها لرقابة الدستورية آليات تجنبها من التدخل في اختصاص التشريعي للبرلمان ، ولهذا السبب انتهج القضاء الدستوري نوعا آخر من الأحكام لتصحيح الأحكام التشريعية المعيبة باعتماده لأسلوب الأحكام الندائية كبديل عن الأحكام الكاشفة لعدم فاعليتها في معالجة هذه العيوب²، وعلى هذا الأساس يقال أن للمحكمة الدستورية دورين ، فهي من جهة تمارس دورها كرقيب للعمل التشريعي للبرلمان، ومن جهة أخرى يبرز دورها كشريك له في ممارسة هذا الاختصاص من خلال استخدامها لتحفظات التفسيرية³، والمقصود هنا أسلوب الأحكام الإيعازية الذي يندرج عنه نوعين مختلفين ينبغي علينا التمييز:

1-التحفظات التفسيرية التوجيهية

وفقا لهذا الأسلوب⁴، فإن المحكمة الدستورية لا تضيف على النص الغير السليم ما يكمله ، بل تتعامل مع النص المعيب بصورة أخرى تتحدد بتكليف إما السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية بالعمل وفقا لضوابط معينة كشرط لقيام حالة المطابقة الدستورية⁵، كما قد تنوّهها في حالات أخرى بوجود النقص و تبين لها طريقة سد ما ترك في النص المراد معالجته من نقائص⁶، ومنه فإن هناك فرق في التحفظات التفسيرية التوجيهية بين نوعين منها ما هو موجه إلى السلطة التنفيذية ومنها ما هو موجه إلى السلطة التشريعية ، سنحاول توضيح كل حالة على حدى في النقاط الآتية:

أ-التحفظات التفسيرية التوجيهية للسلطة التشريعية

تتجلى أهمية الدور الإنشائي للقاضي الدستوري وفقا لهذا الأسلوب في تجديد أحكام الدستور بفضل ما يوجه إلى المشرع من أحكام توجيهية تفسيرية لمعالجة الإغفال التشريعي وصياغة أحكام

¹- جلول هزيل، المرجع السابق، ص 251

²- سهام صديق، المرجع السابق، ص 1948

³ -Géraldine Rosoux: **Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage**, une alternative à l'annulation Assistante à l'Université de Liège , P19

⁴-يقصد بالأحكام التوجيهية (تفسيرات تحمل تحديدات ومفاهيم في شكل أوامر موجهة لتحترم من سلطات الدولة المكلفة بتطبيق القانون، وتبين كيفية التطبيق الدستوري للقانون من طرف المخاطبين به)

حساني محمد منير، أثر الاجتهاد الدستوري على دور البرلمان الجزائري، المرجع السابق، ص 243

⁵- أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 291

⁶- محمد فريد المشايخ، المرجع السابق، ص 284

تشريعية وتنظيمية صياغة دستورية صحيحة¹، فمثلما هو الحال عليه بالنسبة لتحفظات التفسيرية المضيفة فقد تعددت واختلفت الاصطلاحات الفقهية للأحكام التوجيهية إذ سمية بالأحكام " المنبهة والمرشدة" أيضا.²

وعلى أية حال ففي الواقع تهدف هذه الأحكام إلى تنوير السلطة بكلمة تحمل جملة من النصائح والإرشادات الموجهة للبرلمان في أعماله التشريعية للاحقة وفقا لنموذج المحدد في هذه الأحكام³، ومن جهة ثانية يجدر الإشارة إلى تقارب معنى الأحكام التوجيهية التطبيقية و معنى الأحكام الندائية الموجة للمشرع لإرشاده لتنفيذ التزاماته الدستورية الممتنع عنها⁴، كما أن الفارق بينهما، أن ما يوجهه القاضي الدستوري من تحفظات توجيهية تفسيرية للبرلمان يحتوي تفسيرات يبين على إثرها للمشرع كيفية وضع الأحكام التشريعية سليمة ومطابقة لدستور في حين أن الأوامر التفسيرية التحفظية التي يوجهها لكل من السلطتين التنفيذية والقضائية تحمل تفسيرات يبين على إثرها منهجية تطبيق القانون وليس لتصحيح ما يحتويه الأحكام التشريعية المراد تطبيقها من عيوب⁵، كما ويختلف التفسير التوجيهي عن بقية أنواع التفسير الأخرى كالتفسير الاستبدالي والتفسير المضيف من حيث عدم قابليته لتطبيق التلقائي، إلا بناء على قرار صادر من المحكمة الدستورية موجه إلى السلطة المعنية في شكل توصيات غير ملزمة للسلطة التشريعية ما يتركها محل تقدير لهذه الأخيرة بخلاف الأحكام بعدم الدستورية المتمتعة بالإلزامية.⁶

والجدير بالذكر أن هذا النوع من الأحكام أو ما يسمى بالأحكام المشروطة في الواقع عمل من إبداع المحكمة الدستورية الألمانية للإبقاء على القواعد القانونية الغير المطابقة لدستور في المنظومة القانونية لدواعي الأمن القانوني بعد إخضاعها لإجراءات التعديل التي دعت المحكمة الدستورية المشرع في حكمها بإجرائها بهدف إحداث التطابق بينها وبين الدستور⁷، لعدم تنظيمها وفقا لبعض المبادئ التي تغاضى عنها أو بسبب خطأ في فهمه لما قصده المشرع الدستوري في النص الدستوري كعدم مراعاته لمبدأ المساواة، أو لعدم احترامه لقواعد الاختصاص أو جراء تبنيه لقيود تشريعية بشكل مبالغ فيه لممارسة بعض الحقوق والحريات.⁸

ب- التحفظات التفسيرية التوجيهية للسلطتين التنفيذية والقضائية

¹ هاشم محمد البدي، المرجع السابق، ص 463

² صبيح وحوح الصباح العطواني، المرجع السابق، ص 227

³ مريم بلبكري، مصطفى بن جلول: المرجع السابق، ص 302

⁴ أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 338

⁵ محمد منير حساني، أثر الاجتهاد الدستوري على دور البرلمان الجزائري، المرجع السابق، ص 243

⁶ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 283، 284

⁷ أحمد فتحي سرور، نفس المرجع، ص 301

⁸ زهرة كيلاي، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، المرجع السابق، ص 235، 237

يختلف هذا النوع من التحفظات التفسيرية التوجيهية عن التحفظات التفسيرية التوجيهية السابق ذكرها من حيث الجهة المرسل إليها، فالسلطة التي توجه إليها هذه التحفظات هي السلطتين التنفيذية أو القضائية¹ إما قضاء عادي إداري وفي احتمال ضعيف لدفعها إلى الامتثال لدستور ووضع أحكامه موضع التطبيق، حسب ما انتهى إليه في عملية التفسير التي لا تنتهي بإعادة صياغة النصوص التشريعية أو توضيح المقصود منها.²

الواقع في هذه الحالة أن المحكمة الدستورية عقب مراجعتها للمواد التشريعية و تصريحها بمطابقتها للقواعد الدستورية تحدد بعض الضوابط وتشير إلى³ السلطتين لتنفيذية والقضائية لتطبيق و تنفيذ النصوص التشريعية بناء على المبادئ الدستورية المبينة في نص قراره و المتسمة بالعمومية، وبمنحها السلطة التقديرية في اتخاذ ما يلزم لجعل النص متوافقا مع روحها والتي قد تتحدد في "مبدأ الفصل بين السلطات أو مبدأ سمو الدستور أو استقلالية القضاء أو مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص أو عدم الاعتذار بجعل القانون أو مبدأ المساواة أو مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام"⁴ ، لدى تطبيقها ل يتم تطبيقها بصورة صحيحة موائمة للقواعد الدستورية تحقيقا للأمن القانوني⁵ ، وهو ما يدل على أن سلطة المحكمة الدستورية في ظل هذه الأحكام تتقلص لتكون ضئيلة في هذه الحالة بالمقارنة مع الأحكام السابق ذكرها، و إن كانت لا تنعدم بشكل مطلق بل بشكل مختلف بحكم عدم تضمن الخطاب التفسيري لتفاصيل تبين بدقة ما على هذه السلطات الالتزام به لتطبيق القانون.⁶

2-التحفظات التفسيرية الندائية

إن المسألة الممتنع عن تنظيمها من المشرع خلال مدة وجيزة قد تسلط عليها المحكمة الدستورية الضوء والتي بدورها تحدد الضمانات التي ينبغي على هذا الأخير أن يوردها في نصوصها التشريعية⁷، و إن كانت البرلمانات في العديد من النظم الدستورية تضطر بالسلطة التقديرية المطلقة في أداء عملها التشريعي والأمر المفروغ منه أن اعتماد الرقابة الدستورية ما كان إلا لوقف ما ينجم عن هذه السلطة من انتهاكات لأحكام الدستور في الحالات التي تمتنع أو تغفل فيها عن أداء اختصاصها ، برسالة في طيات قرارات القضاء الدستوري تبعث لهذه الأخيرة لإعادة النظر فيما تخلت عنه من التزامات .⁸ ، أو بالأحرى بمخاطبته بإكمال

¹ محمد منير حساني، السياسة التفسيرية في الاجتهاد الدستوري الجزائري مقارنة بالاجتهاد الدستوري الفرنسي، المرجع السابق، ص 587، 588

² أحمد بن زيان، المرجع السابق، ص 317، 319

³ زهرة كيلالي، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، المرجع السابق، ص 233

⁴ محمد فريد المشايخ، المرجع السابق، ص 288، 289، 290

⁵ زهرة كيلالي، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، نفس المرجع، ص 233

⁶ أحمد عيد الغفلول، المرجع السابق، ص 350، 349

⁷ صبيح وحوح الصباح العطواني، المرجع السابق، ص 227

⁸-Abdulhaleem mohammed:op.cit,p12

النقص المبين في النص التشريعي الموسوم بالمخالفة الدستورية¹، و هنا ممكن الاختلاف بين الأحكام الإيعازية الكاشفة الندائية والأحكام الإيعازية التوجيهية، وهو ما ميز بينه الفقه في كون الأولى تخاطب المشرع مباشرة بذاته، في حين أن الأحكام الإيعازية توجه إليه بطريقة غير مباشرة لصدور خطاب إلى المشرع أو إلى السلطتين التنفيذية والقضائية.²

وإن كان للمشرع من خلال ما سبق ذكره في الأسلوبين دور في تقديم الحلول فإن هناك اختلاف بين الأسلوبين، ففي أسلوب التحفظات التفسيرية التوجيهية من يحدد العيب ويقدم العلاج هي المحكمة الدستورية، أما من يطبقها على أرض الواقع هو البرلمان، وبذلك فإن دور المحكمة الدستورية قوي ومؤثر لا يترك للمشرع الاختيار، بينما مع التحفظات التفسيرية الندائية فإن من يكشف عن عدم الاختصاص السلبي هي المحكمة الدستورية ومن يعطي الحلول ويطبقها البرلمان، ومنه يبقى دورها ضعيفا لا كفاءتها بتنويه المشرع بوجود الإغفال التشريعي، دون أن تطلب منها التدخل لأداء واجبه مما تم تركه ومن دون إلزامه بالمعالجة، ذلك ما يجعل سلطته في نطاق ضيق، وأقل سيطرة من الأولى³، لاسيما أن لم تحدد المحكمة الدستورية أجالا قصوى لتقديم الحلول.

وترتيباً على المقارنات التي تم إجراؤها بين الأحكام الندائية والتوجيهية وقع تضارب في الآراء الفقهية بين من اعترضوا على أسلوب الأحكام التوجيهية، وبين من عملوا على تسليط الضوء على نقاط قوته ونقاط الضعف في أسلوب الأحكام الندائية، وبين من فضلوا الأسلوب الأول على الأسلوب الثاني وذلك ما سنتعرض له، بالتعرض لموقف الفقه من التحفظات التفسيرية ذو الحلول المشتركة على النحو التالي:

3-موقف الفقه من التحفظات التفسيرية المشتركة الحلول

أ-الرأي الفقهي الرافض لأسلوب الأحكام المشتركة (الأحكام الندائية والتوجيهية)

لم ينل نموذج التحفظات التفسيرية التوجيهية قبول العديد من الفقهاء لعدة أسباب فقد برر المعارضون لهذا النوع من الأساليب رفضهم بعدة مبررات يمكن تلخيصها كالتالي:

-إن استخدام القاضي الدستوري لتحفظات التفسيرية التوجيهية تدخل في عمل المشرع لما تحمله هذه التحفظات في طياتها من توجيهات ترسم له فيها طريقاً، يبين ما ينبغي عليه وضعه من أحكام تشريعية

¹ فاطمة نبالي، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة مجال ممدود وحول محدود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2010، ص343

² محمد فريد المشايخ، المرجع السابق، ص284

³ -ABDULHALEEM MOHAMMED :op.cit, P201

حتى يتحقق التطابق بين النص التشريعي والدستوري وترتيباً على ذلك تتحقق مشاركة القاضي الدستوري للبرلمان في إنتاج النصوص التشريعية من خلال هذه التحفظات التفسيرية.¹

- إن في توجيهه القاضي الدستوري للمشرع وتحديدده لطريقة إنشاء التشريعات بما يتلاءم باسم قواعد القانون الأسى في الدولة اقتحام لاختصاص السلطة التشريعية، وهو ما يحد من سيادته في إعداد والمصادقة على التشريعات.²

- إن دور المحكمة الدستورية أصبح دوراً سياسياً متبايناً من نموذج إلى آخر، ويبقى دوره ضعيفاً في الأحكام الندائية، لا كتفائه بتنبيه المشرع بوجود الإغفال التشريعي، دون أن يطلب منه التدخل لأداء واجبه ما تم تركه، ومن دون إلزامه بالمعالجة، ذلك ما يجعل سلطته في نطاق ضيق، بينما في الأحكام التوجيهية فإن دور المحكمة الدستورية قوي ومؤثر لا يترك للمشرع الاختيار.³

- إن دور المحكمة الدستورية وفقاً لهذا النموذج دور سياسي⁴، زيادة على أن ما يعيب التحفظات التوجيهية خلوها مما يفيد إلزاميتها، وإن كان على أية حال على المشرع أن يلتزم بها حتى يتجنب الحكم بعدم دستورية نصوصه التشريعية، أو على الأقل تجنباً لتلقى ذات التوصيات مرة أخرى، كما أن الملاحظ منها أنها تحفظات لا تستهدف النص بحد ذاته بل صانعيه.⁵

- إن ما ينجم عن التحفظات التفسيرية التوجيهية هو التدخل من قبل المحكمة الدستورية في الوظيفة التشريعية أثناء ممارستها لرقابة الإغفال ووضعها أحكاماً لم يجدها المشرع ما يخل بمبدأ الفصل بين السلطات⁶، بتعديله لنص باستخدامه لهذا الأسلوب حسب ما تمليه عليه سلطته التقديرية وليس حسب تقدير الخاص المشرع⁷، كما أن من شأن هذه الرقابة التأثير على القرارات والأحكام القضائية النهائية المتصلة بحقوق الأفراد.⁸

ب- القائلون بنجاعة التحفظات التفسيرية التوجيهية في حل مشكلة الإغفالات التشريعية

¹-Bertrand Mathieu :LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL“LEGISLATEUR POSITIF” OU LA QUESTION DES INTERVENTIONS DU JUGE CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS DANS L’EXERCICE DE LA FONCTION LEGISLATIVE CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS IN COMPARATIVE LAW ,eighteenth congress, at the George Washington Law School, in Washington,,D.C., on July 27, 2010. Downloaded from <https://www.cambridge.org/core>. University of Groningen, on 05 Jun 2018 at 18:28:15, subject to the Cambridge Core terms HANS KELSEN AND THE NEGATIVE LEGISLATOR P32 K 477

²- أحمد بن زيان، المرجع السابق، ص 323

³-ABDULHALEEM MOHAMMED : op.cit, P201

⁴-ABDULHALEEM MOHAMMED -: ibid, P201

⁵- مريم بلبكري ، مصطفى بن جلول، المرجع السابق، ص 303

⁶-فواز محمد صقر الخرينج، المرجع السابق، ص 4957, 4956

⁷- أحمد بن زيان، نفس المرجع ، ص 297، 298

⁸-Ottavio quirico: **le contrôle de constitutionnalité francais**, dans le contexte europeen et international une question de priorites ,journal of legal studies –vol issue 2010 , P7

خلافًا لما سبق اعتبر العديد من الفقهاء أسلوب التحفظات التفسيرية التوجيهية الأسلوب الأصوب والأنجح في مواجهة الإغفالات التشريعية وحماية الحقوق والحريات، وليس كما اعتقد بعض المنتقدين الذين اعتبروه مشكلة تقود إلى تدخل القاضي الدستوري في اختصاص غير المؤهل له¹، على أساس المبررات التالية:

- أن تحديث النظام القانوني هو الغاية السامية التي ترمي إليها السلطة التشريعية من خلال تنقيحها لما يتضمنه من قواعد قانونية، أو إزالتها لما لم يعد صالحا منها، وتحقيقا لهذا المسعى يجتهد المشرع على إنشاء قواعد قانونية ذو مبادئ تدعم الحقوق المكرسة في الدستور، وأن بمخالفتها يكون قد أخل بمبدأ الأمن القانوني الذي تلعب المحكمة الدستورية من خلال اختصاصها الرقابي دورا في حمايته بتفسيرها للقانون دون إلغائه، تصديا لعدم الاختصاص السلبي للمشرع.²

- إن أسلوب الأحكام التوجيهية الأسلوب الأنجح والأفضل لحل مشكلة الإغفال التشريعي المتمكك لحقوق وحريات الإنسان، بالمقارنة مع أسلوب الأحكام الندائية الذي يعتبر النموذج الضعيف المناسب لمعالجة بقية العيوب الأقل خطورة، ومنح المشرع وقتا لممارسة اختصاصاته بشكل صائب موافق لدستور.³

- إن نموذج الأحكام التوجيهية أقل إخلالا بمبدأ الفصل بين السلطات، لأن من سيتولى التصحيح هم واضعو النص وليس القاضي الدستوري الذي يكشف فقط عن موضع الخلل في النص التشريعي المشار إليه في الحكم لينبه به المشرع⁴، وترك قرار التصحيح أو عدمه في الأخير بين يدي المشرع⁵، طالما أن المؤسس الدستوري ترك حرية التعامل للمحكمة الدستورية مع النص المعيب بالإغفال، بإقرار عدم دستوريته و إما إقرار إبقائه بشرط تصحيحه الامتناع من طرف المشرع⁶، ذلك ما يجعل سلطته في نطاق ضيق بعكس الأحكام التوجيهية التي يبدو من خلالها أن دور هذا الأخير قوي ومؤثر لا يترك للمشرع الخيار، بالرغم من عدم حصوله على دعم بعض أغلب الفقهاء فبعض أيده وبعض رفضه، كما لم يحظى الاثنان بقبول البعض منهم.⁷

وبالتالي فالقاضي الدستوري على هذا النحو يساهم في مجابهة الدستور للمستجدات والتطورات بل و يسخر الحماية للحقوق والحريات التي قد يكتفي الدستور بالنص عليها على نحو موصوم بالعمومية،

¹- ABDULHALEEM MOHAMMED: ibid, P195

²- محمد منير حساني، أليات عمل المجلس الدستوري لتحقيق الأمن القانوني <https://manifest.univ-ouargla.dz> ص10

³- Law clerk: Juan Luis Requejo Pagés : **The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence** , XIV Conference of Constitutional Courts of Europe Vilnius - May 2008 Paper from the Constitutional Court of Spain, P26 ,27

⁴- ibid, p26,27

⁵- زهرة كيلالي، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، المرجع السابق، ص 235، 237

⁶- فواز محمد صقر الخرينج، المرجع السابق، ص 4958

⁷- ABDULHALEEM MOHAMMED :op.cit, P201

نضرب مثالا على ذلك نص الوثيقة الدستورية على "حق المواطنين في الحياة" دون تطرقه لحقهم في الحصول على "الوسائل التي تعينهم على المعاشات من الدولة" ، و في مثال ثاني لتوضيح ذكره "الحق في التعليم" دون نصه على "الحق في نفاذ المعاهدة التعليمية وفق شروط موضوعية" التي بحاجة لنفس الحماية التي يمنحها الدستور للأصل.¹

وبالمحصلة لما سلف ذكره، نؤيد ما ذهب إليه أصحاب الراي الثاني من القائلين التحفظات التفسيرية التوجيهية نموذج مجدي لعدة أسباب:

عدم تدخل المحكمة الدستورية في إعادة كتابة القواعد القانونية المعيبة وتحميل المشرع مسؤولية إعادة كتابتها بصياغة صحيحة تعكس محتوى الدستور ومبادئه، مثلما دعت إليه الدستور بالضبط، وبالتالي لا مجال للحديث عن تجاوز الاختصاص أو التعدي على اختصاص المشرع.

والسبب الآخر هو أن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية يؤسس أحكامه وقراراته على قواعد دستورية إذ لا يخلو أي من قراراته من سند دستوري، ونأخذ على سبيل المثال نص قراره الآتي:

قرار رقم 16/ق.م د/ 21 " اعتبارا أن المادة 68 من الدستور تنص على مبدأ التناصف بين النساء والرجال في سوق التشغيل ، ومن ثمة فلا علاقة لها بنظام الانتخابات موضوع الأمر المتضمن القانون العضوي موضوع الإخطار ."²، أما بالنسبة لإلزاميتها فأغلب الدساتير تعترف بالقوة المطلقة لقرارات محاكمها الدستورية، وأنها ملزمة بالتنفيذ، وأنه لا مجال لمخالفتها وإن لم تعترف أغلبها بالقوة الإلزامية لتحفظات التفسيرية صراحة أو ضمنا، كما هو واضح من نص المادة 198 من التعديل الدستوري 2020 " تكون قرارات المحكمة الدستورية نهائية وملزمة"³.

وعليه نرجح الراي الفقهي المدعم لأسلوب التحفظات التفسيرية التوجيهية واعتراض لما ذهب إليه أصحاب الراي الثاني ، وردا على القول أن لسلطة المحكمة الدستورية التأثير غير المباشر على صياغة ومحتوى النص أو معناه كلام غير مؤسس، فمن العيب أن تتفطن المحكمة الدستورية لمبدأ دستوري مغفل، ومن ثمة تذكر المشرع بوجود بإغفال دون أن تحدده بدقة حتى يسهل للمشرع استدراكه، فهي من يفسر الدستور وليس المشرع نعم ليس من اختصاصه ، فقد يجادل البعض على اختلاف التفسيرات التي تمنحها المحكمة الدستورية، وتلك التي يحددها المشرع والتي تحددها السلطتين التنفيذية والقضائية أيهما أصوب؟

¹ عبد الله صالح، المحكمة الدستورية العليا وحقوق الإنسان في مصر، مجلة الديمقراطية مؤسسة الأهرام، مصر، العدد32، 2008، ص15

² قرار رقم 16/ق.م د/ 21 ، المؤرخ في 10 مارس سنة 2021، المتعلق بمراقبة دستورية الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات

³ المادة 198 فقرة 5، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص41

بالطبع فإن الإجابة هو التفسير الذي تقدمه المحكمة الدستورية لكونها سلطة مستقلة عن كل السلطات، كما أن دورها حراسة الدستور من هذه السلطات والكثير من الدساتير تجيز لها صراحة تفسير أحكام الدستور سواء بناء على طلب ولم تمنعها بالمقابل من تفسيره أثناء مراجعتها لتشريعات، ومن بينها التعديل الدستوري الجزائري 2020 وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 192 من التعديل الدستوري 2020 "إخطار المحكمة الدستورية حول تفسير حكم أو أحكام دستورية وتبدي المحكمة الدستورية رأيا بشأنها"¹، وبالنتيجة فالأجدر أن تبين المحكمة الدستورية للمشرع كيفية تقويم القواعد القانونية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي وكيفية تنفيذ التزاماته الدستورية تنفيذا صحيحا، فهو ما يفتقد إليه من خبرة بتحديد مبادئ وأحكام الدستور المغفلة منه بواسطة الأحكام التوجيهية ليتولى هذا الأخير تدارك أخطائه، فأين يقع الإشكال وأين يكمن التدخل في الأحكام التوجيهية وهي الأفضل من أن تضع المحكمة الدستورية بنفسها بنياية عن المشرع،

الفرع الثاني:

تطبيق التحفظات التفسيرية في قرارات الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري

عمل الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري بالتحفظات التفسيرية أسوة بالمجلس الدستوري الفرنسي الذي مارس هذه الرقابة في بادئ الأمر، وهو بصدد مراجعته لقانون الإجراءات الجزائية الذي خول السلطة التقديرية لرؤساء المحاكم الابتدائية في تحديد التشكيكة القضائية فردية أو جماعية للفصل في القضايا المطروحة²، وذلك ما قد اعتمده المجلس الدستوري الجزائري في العديد من المناسبات منذ أول عملية اجتهاد قام بها خلال ممارسته لاختصاصه الرقابي، باستخدامه لأنواع مختلفة من التحفظات التفسيرية، كما فعل نظيره المجلس الدستوري الفرنسي بانتهاجه لأسلوب التحفظات البناءة والتحفظات الإستبدالية والتحفظات التوجيهية القائمة على دعوة المشرع إلى تصحيحها بما يحقق تطابقها والنص الدستوري³.

ويتضح الأمر من اجتهاداته التي أكدت استخدامه لنماذج مختلفة من التحفظات التفسيرية لتقويم أوجه عدم الاختصاص السلبي، إذ لم ينتهج أسلوبا معيناً، وهو ما سنعمل على تبيان من خلال عرض وتحليل قرارات مختلفة من اجتهادات هذا الأخير، سواء التي أصدرها في بداية تجربته أو الحديثة منها في النقاط الآتية:

¹ - المادة 192 ، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 40

² - عمار طعيمة حاتم، المرجع السابق، ص 218

³ - أحمد بن زيان، المرجع السابق، ص 297، 298.

أولاً: التحفظات التفسيرية الأحادية في ضوء الاجتهاد الدستوري الجزائري

اعتمد القاضي الدستوري الجزائري في صنع قراراته نموذج التحفظات التفسيرية الأحادية ذو الطبيعة المنشأة، وذلك باعتماده لكل من التحفظات التفسيرية المضيفة، علاوة على التحفظات التفسيرية الإستبدالية إثر مواجهته لبعض أوجه عدم الاختصاص السلبي وذلك على النحو التالي:

1- نموذج التحفظات التفسيرية المضيفة في ضوء الاجتهاد الدستوري القضائي الجزائري

كثيراً ما انتهج الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري نموذج التحفظات التفسيرية المضيفة، اجتهاداً وسعيًا منه لإزالة الشوائب من النصوص القانونية أثناء مراقبته للإغفال التشريعي سواء بإضافته للفاظ أو عبارات أو حتى فقرات لإكمال النقائص في القواعد القانونية المعيبة ودون الرجوع إلى واضعيه الأصليين، وهو ما عبر عنه في قراراته وأراءه التي سنذكر بعضها منها للإلمام بالموضوع باستعراضنا بالتحليل على سبيل الاستدلال لبعض أمثلة التحفظات التفسيرية المضيفة في سوابق الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري.

نأخذ على سبيل المثال التحفظ التفسيري المضيف الوارد في الرأي رقم 01/رق ع / م د / المؤرخ في 14 سبتمبر 2019، الذي صرح من خلاله الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري بعدم المطابقة الجزئية للمادة 11 لما يشوبها من نقص ، لمنحها السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات الاختصاص في اتخاذ الإجراءات اللازمة في حالة وقوع تجاوزات قانونية تعصف بأحكام القانون العضوي المتعلق بالسلطة المستقلة للانتخابات و القانون العضوي للانتخابات، مع استبعادها النصوص التنظيمية الصادرة عن السلطة التنظيمية، وهو ما اعتبره تقليصاً في اختصاصات السلطة المستقلة للانتخابات وإغفالاً تشريعياً مخالفاً لدستور بإعلانه المطابقة الغير الجزئية لنص المادة 11 لدستور، شريطة التحفظ المتمثل في إدراج الفقرة المغفلة من القاعدة المراجعة التي تمكن السلطة المستقلة للانتخابات باتخاذ ما يلزم من إجراءات حال الإخلال بالنصوص التنظيمية للانتخابات بإعادة صياغتها على النحو الوارد في قراره المادة 11" (تدخل السلطة المستقلة تلقائياً في حالة خرق أحكام هذا القانون العضوي والقانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات والأحكام التنظيمية ذات الصلة)¹.

المتضح منه أن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية لم يشر إلى المشرع لإكمال النقص بإضافة " عبارة " والأحكام التنظيمية ذات الصلة" بل أقدم على إضافتها بنفسه مستخدماً أسلوب التحفظات التفسيرية المثري للقواعد القانونية المعنية بحكم جديد قد أستخلصه من تفسيره للقواعد الدستورية، أجاز من خلاله ما لم يجزه المشرع لسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات ، بالتدخل لنظر

¹- الرأي رقم 01/رق ع / م د /، المؤرخ في 14 سبتمبر 2019، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات للدستور.

في التجاوزات المخلة بالنصوص التنظيمية الانتخابية، موسعا بذلك اختصاصها الذي لم يعد بناء على هذا القرار مقتصرًا على حالات خرق أحكام القانون العضوي للانتخابات.

وهو ما يفرضه اجتهاد المجلس الدستوري الجزائري سابقا في علاجه لمشكلة الإغفال التشريعي في رأي رقم 2 / ر ق ع / م د / 16 ، بإعلانه لعدم المطابقة الجزئية للمادة 139 الفقرة 16، والسبب في ذلك يرجع إلى عدم تحديدها لكيفية التصريح بالممتلكات العقارية والمنقولة لطالبي الترشح في انتخابات منصب رئيس الجمهورية داخل وخارج الوطن، فعدم ذكر المشرع لطبيعة هذا الإجراء الذي يفترض أن يكون في نص القرار جعل النص غامضا ، وهو ما عمل على تصحيحه المجلس الدستوري الجزائري، لكن هذه المرة قد أبقى على القاعدة القانونية 16، كما هي مضيفا فقط العبارة المغفلة والدالة على طبيعة هذا الإجراء دلالة واضحة في نصه (أن المادة 139 الفقرة 16 مطابقة جزئيا للدستور، ويعاد صياغتها تصريح علني للمعني بممتلكاته العقارية والمنقولة داخل الوطن وخارجه).¹

بيد أن الملاحظ في هذا المثال أن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية لم يغير صياغة النص، بل أن التغيير قد طرأ على معناه بشكل جزئي، وأن الكلمة التي أضافها ليست من صنعه، بل من إنتاج المؤسس الذي نص عليها في المادة 87، عدى أن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية قد أدرجها لإغفالها من قبل المشرع، فمن خلال هاذين المثالين لا يمكن أن ننسب هذه القاعدة إلى الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية على مجرد لفظ قد زادت من وضوح هذا الحكم.

وذلك الأمر المستساغ في مناسبات أخرى قد قام فيها الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية بمقابلة نصوص تشريعية مختلفة ، مستنبطا حكمه من نص تشريعي وليس من نص دستوري، كما هو موضح في المثال التالي ، ما يدعم قولنا ما جاء في رأي رقم 2 / ر ق ع / م د / 16 ، حيث يتبين أن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية قد أوضح غموضا واردا في المادة 5 الفقرة 5 من القانون المذكور أعلاه "لا يسجل في القائمة الانتخابية كل من تم الحجز والحجر عليهم" ، حتى لا يترك مجالات لتأويلات خاطئة قد تقوم بها السلطات القائمة بتطبيق القوانين ، ففي هذه المرة لم يجري الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية مقارنة بين مادة قانونية وأخرى دستورية ، بمقابلته مادة تنتمي إلى القانون العضوي ومادة إلى تنتمي إلى قانون العقوبات، عبر عملية التفسير ليتوصل في هذا الشأن، إلى أن الشرط الذي أورده المشرع في المادة 5 فقرة 5 المتعلقة باليمنوعين من التسجيل في القوائم الانتخابية " من تم الحجز والحجر عليهم" غير مطابقة جزئيا لدستور لما يعتمدها من غموض ، لعدم تحديد المشرع لنوع الحجز المقصود في المادة المراجعة ، والذي اعتبره الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية حجزا قضائيا ، استنادا لنص المادة 21 من قانون العقوبات حفاظا على حقوق وحرية الأفراد.

¹- رأي رقم 2 / ر ق ع / م د / 16، المؤرخ في 11 غشت 2016، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور.

وهو ما حدده المجلس الدستوري الجزائري بإعلانه عدم المطابقة الجزئية، وتصويبه لهذه الفقرة باستخدامه لتحفظات التفسيرية المضيفة، من خلال إضافته لمصطلح حدد المادة بدقة مطالباً المشرع بالالتزام بالصياغة الصحيحة التالية: "تم الحجز القضائي أو الحجر عليه"¹. وبالمحصلة لم يغير المجلس الدستوري صياغة الفقرة 5 من المادة 5، بل أضاف مصطلحاً فقط اكتمل من خلاله المعنى المقصود، والشئ الملاحظ في كل مرة توظيفه لعبارة غير مطابق جزئياً، وكأنه بهذه العبارة أراد الإفصاح على أن الإغفال التشريعي ليس بتلك الدرجة من الخطورة التي تستوجب إلغائه، بل أن الأمر ببساطة يتطلب تصحيح، وذلك يرجع بالطبع إلى كون النص لم يبلغ مرحلة التطبيق، وبالتالي لا داعي لإلغائها مادامت لم تطبق.

والملاحظ التالية أن ما يضيفه هذا الأخير من عبارات وألفاظ قد تم إغفالها من الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري لم يتم بطريقة اعتباطية، ففي كل مرة يحدد فيها هذا الأخير أوجه المخالفة الدستورية وما تم إغفاله من النص الدستوري يشير إلى النص الدستوري ويأسس أحكامه بناء عليها، وكأنه يبرهن في كل مرة أن الإضافات التي جاء بها لم يأتي بها من العدم، بل إضافة ستعم بالفائدة على النظام القانوني والأفراد لإخراجها القواعد الدستورية من حالة الجمود التي كانت فيها بطريقة صحيحة معبرة عن الأهداف المرجوة منها.

2- نموذج التحفظات التفسيرية الإستبدالية في ضوء الاجتهاد الدستوري الجزائري

كما سبق وأن ذكرنا أنفاً أن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية بمقتضى أسلوب التحفظات التفسيرية الاستبدالية، يمحو مادة قانونية أو فقرة منها لا تعبر عن القواعد الدستورية تعبيراً صحيحاً ويقدم البديل بوضعه لمادة قانونية أو فقرة أخرى جديد تتوافق معها.²

الواضح من سوابق الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري استخدامه لأسلوب التحفظات التفسيرية الإستبدالية في العديد من المناسبات بشكل يفوق التحفظات التفسيرية المضيفة لدى معالجته للإغفالات التشريعية، فكثيراً ما استبدل هذا الأخير مواد قانونية بأخرى لإغفالها لقواعد ومبادئ دستورية، و أبرز مثال على ذلك قرار المجلس الدستوري الجزائري رقم 1 - ق.ق-مد المؤرخ في 20 غشت 1989 المتعلق بقانون الانتخابات، الذي كان إحدى قراراته التي عالجت مشكلة الإغفال التشريعي بمقتضى تقنية التحفظات التفسيرية الإستبدالية، حيث قرر حذف الجزء الأول من نص المادة 10 من القانون المذكور أعلاه، على أساس مخالفتها للمادة 47 من الدستور، لتضمنها شرطاً يتعارض مع مبدأ المساواة، لما ينجر عنه من حرمان للمرشحين الغير المنتمين إلى جمعيات ذات الطابع سياسي ممن لم يتحقق فيهم هذا الشرط الوارد ذكره في المادة 110 من القانون العضوي للانتخابات من الترشح لإلزامه المرشحين حصول طلبهم على قبول الجمعيات ذات الطابع

¹- راي رقم 2 / ر ق ع / م د / 16، المرجع السابق

²- ليلي حنتوش ناجي، المرجع السابق، ص 259

السياسي لقبول ترشحهم، أو أن يتم تقديم طلباتهم من طرفها ، ما قد اعتبره المجلس الدستوري الجزائي شرطاً مخالفاً لدستور، وعصفاً بمبدأ المساواة بين المترشحين ، مكتفياً الاحتفاظ بالشرط الثاني لمطابقتها لدستور من المادة 110 ، التي تقر وجوب حصول طلب الترشح على 600 توقيع من المجالس المنتخبة الوطنية المحلية ، وذلك ما أفصح عنه في نص قراره بتصريحه " يجب أن تتم الموافقة صراحة على الترشيح وتقديمه من طرف جمعية أو عدة جمعيات ذات طابع سياسي يصحح بأنه غير المطابق للدستور " ،

وبإعادته صياغته المادة 110 لتكون على النحو التالي:

" يجب على المترشح أن يقدم قائمة تتضمن على الأقل توقيعات ستمائة 600 عضو منتخب لدى المجالس البلدية والولائية والمجلس الشعبي الوطني موزعين على نصف ولايات التراب الوطني على الأقل".¹

وبذلك قد مارس سلطة الحذف التي هي في الأصل سلطة من سلطات المشرع لدى إجراء تعديل القواعد القانونية ، ومن جهة أخرى أعاد صياغة الجزء الثاني من هذه المادة ، وهي كذلك سلطة من السلطات التي تعود إلى البرلمان في الأصل أثناء تعديله للقواعد القانونية، لتأخذ الصياغة التي تم ذكرها والالتزام بها دون مناقشة، وهو ما يتضح لنا جلياً في القرار رقم 16/ق.م د/21 المؤرخ في 10 مارس 2021 المتعلق بمراقبة دستورية الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات وبالتحديد في الجزء الأخير من المادة 121، التي قام الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية باستبدالها بشكل جزئي بمنحه الاختصاص في الفصل في الطعون قرارات للجنة تمويل الحملة الانتخابية للمحكمة الدستورية في أجل 10 أيام، بدلاً من السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات التي توجد على مستواها لجنة تمويل الحملة الانتخابية ، على أساس عدم جواز الطعن في قرارات هذه اللجنة أما ذات السلطة التي تنتهي إليها ، ولتعارض ذلك مع مبدأ لاستقلاليتها وضمناً لتحقيق مبدأ الشفافية في تسير الشؤون العمومية والاستقلالية المنصوص عليه في المادة 9 الفقرة 5 ، وهو ما أغفله المشرع في نص هذه المادة .

وعلى أساسه أجرى الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية حذفاً لنص هذه المادة مع إعادة صياغته جزئياً ليسقط القاعدة القانونية التي وضعها المشرع، ويضع بدلها مادة قانونية من إنتاجه لتحل محلها استناداً إلى المادة 9 الفقرة 5 من الدستور، بإعلانه المطابقة الجزئية للمادة 121 للدستور، وتصحيحها النحو التالي " يمكن الطعن في قرارات لجنة مراقبة تمويل الحملة الانتخابية أمام المحكمة الدستورية في أجل شهر من تاريخ تبليغها".²

¹-قرار رقم 1 -ق.ق-مد، المؤرخ في 20 غشت 1989، المتعلق بقانون الانتخابات

²-قرار رقم 16/ق.م د/21، المؤرخ في 10 مارس سنة 2021، المتعلق بمراقبة دستورية الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات

صفوة القول أن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري قد وفق في معالجة عدم الاختصاص السلبي بواسطة التحفظات التفسيرية، وهنا يظهر إبداعه ودقته في الصياغة و ضبط المصطلحات و أجال مما لا يترك مجالاً لتلاعب، فلو أجرينا مقارنة بين النص الأول الذي هو من صنع المشرع والنص الذي ابتدعه القاضي الدستوري، لوجدنا فرقا كبيرا سواء من حيث الأسلوب أو مضمون النص، فجوادة الصياغة بادية في القواعد التي سنها الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية، وهو ما لا يجب إنكاره بتاتا.

فقد يتساءل البعض جدلا لما لم يستخدم المجلس الدستوري التحفظات التوجيهية بدلا من التحفظات الاستبدالية لترك المجال للمشرع لتصحيح مدام أن المشرع قد أدخل بمبدأ المساواة وأن الأحكام التوجيهية غالبا ما تستخدم لإرشاد المشرع لتنظيم المسألة وفقا لمبادئ الدستورية المغفلة؟ وهل أن لكثرة استعمال الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية لمثل هذا النوع من التحفظات ذو الطبيعة الإنشائية، دون التحفظات التوجيهية التي تعد أقل تدخل في اختصاص السلطة التشريعية رغبة منه في السيطرة على الاختصاص التشريعي؟

وإجابة على ذلك نعتقد أن اختيار القاضي الدستوري لهذا النوع من التحفظات لا يتوقف على طبيعة العيب الوارد في النص ، فالمتمبين من القرارات أعلاه أن هذا الأخير قد استخدم التحفظات التفسيرية الإستبدالية لتضمن الأحكام التشريعية فقرات تتعارض مع مبدأ دستورية كمبدأ المساواة قام بحذفها، ووضع فقرات تحمل هذه المبادئ إذ كان بإمكانه لمعالجة مثل هذه الحالة من الإغفال تنبيه المشرع إلى وجود فقرات يغفل فيها هذه المبادئ وترك مهمة استبدالها على عاتقه ، لكن هذا الأخير لم يشأ ذلك بتصحيحه للمواد المشوبة بالإغفال ليعد البرلمان كتابتها .

نقول ذلك ليس دفاعا عن الجهاز المكلف بالرقابة فحسب ما نعتقد أنه هو الأمر الذي تفضيه طبيعة عمل هذا الجهاز التي تقتضي عليه تقديم الحلول وليس مجرد الكشف عن العيوب طبقا المادة 185 من التعديل الدستوري 2020 " المحكمة الدستورية مؤسسة مستقلة مكلفة بضمان احترام الدستور " " تحدد المحكمة الدستورية قواعد عملها".¹

بل لربما لأنه يرى أن السلطة التشريعية سلطة غير معول عليها لتصحيح إحدى القواعد التي لها ارتباط بإحدى المسائل المتعلقة بحقوق وحرية الأفراد التي قد ائتمنه عليها الدستور كما في الأمثلة السابقة، فكيف له أن يثق فيها مجددا وهي من قامت بسن قواعد قانونية لم تراعي المبادئ الدستورية كان من الممكن أن يتسبب تطبيقها في انتهاكها لذا يفضل أن يمنحها الحماية بحذف الجزء المخالف ووضع قاعدة دستورية مطابقة لدستور.

¹ - المادة 185، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 39

ثانيا: التحفظات التفسيرية الثنائية الحلول في ضوء السوابق القضائية الدستورية الجزائية

سبق القول أن المحكمة الدستورية بموجب التحفظات التفسيرية المضيفة و الإستبدالية تحتكر عملية معالجة القوانين المشوبة بعدم الاختصاص السلبي للمشرع، أما في النوع الآخر والمقصود هنا التحفظات التفسيرية التوجيهية والندائية التي لا تحتكر عملية المعالجة فيها المحكمة الدستورية لم يستغنى عنها في قرارات الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري و التي على هذا النحو سنتولى توضيحها في النقاط التالية:

1- نموذج التحفظات التفسيرية التوجيهية في ضوء السوابق القضائية الدستورية الجزائية

الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري انتهج تقنية التحفظات التفسيرية التوجيهية في عدة مناسبات نادى من خلالها البرلمان إلى التدخل لمأ ما تركه من فراغ تشريعي¹ ، ذلك ولم يكتفي بتوجيه هذه التحفظات إلى السلطة التشريعية، فعلاوة على ذلك قد نادى هذا الأخير في مناسبات أخرى السلطة التنفيذية والقضائية إلى تطبيق أحكام القانون على نحو يتماشى وأحكام الدستور²، مقيدا إياها بمجموعة من الضوابط والمبادئ الدستورية لتحديد ما تم إغفاله من أحكام ومبادئ دستورية وطريقة العلاج ليتكفل بها المشرع ، أو تحديده للمبادئ التي من خلالها تنفذ القواعد القانونية بمعية السلطة التنفيذية.

أ-الأحكام التوجيهية المباشرة للسلطة التشريعية

لم يقدم الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري نفس الحلول في كل مرة يصادف فيها الإغفالات التشريعية بإضافة الجزء المفتقد إلى النص، كما جرى في العديد من سوابقه، فقد تعامل هذا الأخير مع هذه المشكلة نحو مغاير، إذ لم يعتمد هذا الأخير في جميع الحالات أسلوب الأحكام المضيفة أو الإستبدالية، ففي مسائل أخرى قد ثبت أن الحلول التي قدمها كانت عبارة عن أحكام توجيهية التي قلنا أنها تلك الأحكام التوجيهية التي تبعث للمشرع لإعادة النظر في القانون الذي لم يعتمد فيه الدقة في صياغة القواعد القانونية كافية³، فقد وجه الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري للمشرع خطابا ، في رائيه رقم 02/ ر م د / 12 المتعلق بالقانون العضوي للإعلام ، بين له كيفية تحديد قواعد سير وتنظيم سلطة ضبط الصحافة التي أوجب أن تصاغ بطريقة لا تمس باختصاصات بقية المؤسسات وسلطات الدولة ، داعيا المشرع إلى مراعات مبدأ توزيع الاختصاص في المادة 45 التي خول بموجبها سلطة ضبط الصحافة المكتوبة الاختصاص في تحديد قواعد سيرها وتنظيمها بأحكام داخلية ، وهو ما صرح به في نص قراره الاتي:

¹- أحمد بن زيان، المرجع السابق، ص 331

²- فاطمة نبالي، المرجع السابق، ص 364

³-Georges Bergougous : op.cit, www conseil –constitutionnel .dz

"واعتبارا أنه إذا كان المشرع يقصد بذلك تحديد قواعد سير وتنظيم سلطة ضبط الصحافة المكتوبة في نظام داخلي لا يتضمن عند إعداده أحكاما تمس بصلاحيات مؤسسات أو سلطات أخرى، ولا يتطلب تطبيقه إقحام هذه الأخيرة أو تدخلها، ففي هذه الحالة وبالنظر إلى مبدأ الدستوري القاضي بتوزيع الاختصاصات تعد هذه المادة مطابقة للدستور شريطة مراعاة هذا التحفظ".¹

وفي مثال آخر بين الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية لسلطة التشريعية في رأيه رقم 01/ ر ق ع / م د / 04 ، في المادة 4 من القانون العضوي المراقب كيفية تنظيم الحق في الاطلاع على القوائم الانتخابية والحصول على نسخة منها للفئات المحددة في نص المادة 4 ، ووضع ضمانات أكثر حماية لحق الخصوصية ومبدأ ضمان حق الحياة الخاصة للمواطن أو عدم المساس بحقوق الآخرين في تحديد المنصوص عليها في المواد 63 و 35 و 39 من الدستور في (إن المشرع لم يضمن القانون العضوي موضوع الإخطار أحكاما جزائية لمعاقبة استعمال المعلومات بموجب القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات ، ولم يضبط شروط الخاصة بالناخبين، لأهداف غير تلك المقررة ومجال وكيفيات استعمال القوائم الانتخابية).²، وبذلك أعلن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية مطابقة المادة المذكورة أعلاه لدستور ، على أن يتم تفعيل هذا التحفظ الذي بدونه لن تتحقق الدستورية في المادة المراقبة.

وفي مثال آخر على التحفظات الإستبدالية طلب الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية من البرلمان في رأيه 05/ ر. م. د / 11 مراعات مبدأ توزيع الاختصاص في ممارسته لاختصاصاته، التي ارتأى توسيعها لتشمل مراقبة بعض أعمال الحكومة في غير الحالات المنصوص عليها في الدستور ، وذلك لمد اختصاصه ليشمل مراقبة تطبيق الحكومة للقانون العضوي من خلال مراجعته لتقارير التقييمية التي تعدها الحكومة بعد الانتخابات التشريعية والمحلية والولائية من دون سند دستوري في نص المادة 8 (تقدم الحكومة أمام البرلمان تقريرا تقييميا حول مدى تطبيق هذا القانون العضوي عقب كل انتخاب للمجالس الشعبية البلدية والولائية والبرلمان)، وهو ما اعتبره إخلالا بمبدأ الفصل بين السلطات استنادا للمواد 99 و 80 و 84 و 133 و 134 من الدستور.³

ذلك وفي مثال آخر قد عالج المجلس الدستوري الجزائري مشكلة الإغفال التشريعي لقاعدة توزيع الاختصاص الذي تضمنته المادة 20 ، حيث نادى المشرع في رأيه رقم 4/ ر ق ع / م د / 18 ، إلى ممارسة اختصاصه في تحديده للكيفيات الأخرى لسير المجتمع بواسطة القانون العضوي وليس إلى النظام الداخلي، لإغفاله مبدأ توزيع الاختصاص ومخالفته لأحكام المادة 4 من الدستور، وأن الإحالة

¹- رأي رقم 02/ ر م د / 12 ، المؤرخ في 08 يناير 2012، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام للدستور.

²- رأي رقم 01/ ر ق ع / م د / 04 ، المؤرخ في 5 فبراير 2004 ، المتعلق بمطابقة القانون العضوي المعدل المتمم للأمر رقم 07-97 ، المؤرخ في 6 مارس 1997 .

³- رأي 05/ ر. م. د / 11 ، المؤرخ في 22 ديسمبر 2011 ، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المحدد لكيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة.

التي تضمنتها المادة 20 لتنظيم هذه المسألة إلى النظام الداخلي مخالفة لدستور وتطبيق هذا التحفظ التفسيري شرط لتحقيق المطابقة ، (إنه إذا كان من صلاحية المجمع توضيح كيفية أخرى يتطلبها سيره في نظامه الداخلي فإنه يتعين عند إعداده لهذا النص ، ألا يدرج فيه مواضيع تتطلب تدخل مؤسسات أخرى ويعود فيها الاختصاص إلى مجال القانون العضوي ، مراعاة للمبدأ الدستوري القاضي بتوزيع الاختصاصات).¹

ذلك وقد اعتمدت المحكمة الدستورية الجزائرية الأحكام التوجيهية في معالجة الإغفال التشريعي ، في أول قرار لها ، وهي بصدد مراجعتها للقانون العضوي المتضمن لقواعد تنظيم وعمل المجلس الأعلى للقضاء في قراره رقم 03 / ق.م د/رم د/22 ، وبالتحديد الإغفال التشريعي لمبدأ المساواة الذي يشوب المادة 17 (الفقرة الأولى) من القانون العضوي موضوع الإخطار ، بالاستناد إلى الفقرة الأخيرة من المادة 180 من الدستور التي تستوجب مراعاة ضمان تمثيل مختلف الجهات القضائية على مستوى المجلس الأعلى للقضاء ، لإخلالها بمبدأ المساواة بين القضاة الحائزين لشرط 15 سنة خبرة عمل في سلك القضاء لترشح في عضوية المجلس الأعلى للقضاء ، باستبعادها القضاة المحاكم العادية المستوفين لهذا الشرط وقصره على قضاة كل من المجالس القضائية ومجلس الدولة والمحكمة العليا قضاء المحاكم الإدارية ، في نص قرارها (إن المحكمة الدستورية تلفت عناية المشرع أن تطبيق هذا الشرط على قضاة المحاكم الخاضعة للنظام القضائي العادي).²

نجد أن المحكمة الدستورية الجزائرية قد سارت على المسار الذي سار عليه المجلس الدستوري سابقا باعتمادها لنفس الأساليب في معالجة الإغفالات التشريعية ، إذ لم تعتمد أساليب جديدة مغايرة ، وأيضا نجد أن أسلوب التحفظات التفسيرية التوجيهية أسلوب لمعالجة الإغفالات التشريعية لقواعد توزيع الاختصاصي ومبدأ المساواة وغيره من المبادئ أي حالات عدم الامتثال الجزئي لأحكام الدستور ، كالتحفظات التفسيرية المضيفة و الإستبدالية ، دون حالات عدم الامتثال الكلي.

ب- الأحكام التوجيهية للسلطين التنفيذية والقضائية

قليلة هي التحفظات التفسيرية التوجيهية التي يبعث بها إلى السلطين التنفيذية والقضائية من الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري ، ولعل أن السبب الوجيه لهذه المشكلة له علاقة عدم

¹- رأي رقم 4/ر ق ع / م د / 18 ، المؤرخ 2 غشت 2018 ، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالمجتمع الجزائري للغة الأمازيغية للدستور.

²- قرار رقم 03 / ق.م د/رم د/22 ، المؤرخ في 24 مايو سنة 2022 ، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المحدد طرق انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء وقواعد تنظيمه وعمله للدستور.

تلقي هذا الأخير لرسالة إخطار حول الأحكام التشريعية المنظمة لمجالات اختصاص السلطتين التنفيذية والتشريعية.¹

ومن خلال بحثنا عن هذا النوع من التحفظات وجدنا أن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري قد خاطب السلطة التنفيذية في بعض المناسبات بتطبيق مبادئ الدستور مثال على هذا النوع من التحفظات التفسيرية في قرارات المجلس الدستوري الجزائري ، قرار رقم 1 -ق.ق-مد المؤرخ في 20 غشت 1989 ، (نظرا لأن المشرع عندما نصّ على أن الأشخاص الذين يمارسون الوظائف المذكورة في المادتين 82 و85 من قانون الانتخابات، غير القابلين للانتخاب في المجالس الشعبية البلدية والمجلس الشعبي الوطني، كان يقصد منعهم من الترشح لمهمة انتخابية، مدة ممارستهم مهامهم، وطوال سنة واحدة بعد إنهاء مهامهم، ومن تقديم ترشحهم لمهمة انتخابية في دائرة الاختصاص الأخيرة التي مارسوا وظائفهم فيها والقول بمقتضى أية قراءة أخرى تفضي إلى توسيع هذا المطلب الأخير إلى كل الدوائر الاختصاصات التي سبق لهم أن مارسوا فيها وظائفهم قول تمييزي لا يستند إلى أساس).²

وفقا لنص هذا القرار قد بين الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية للسلطة التنفيذية ما قصده المشرع في المواد 82 و83، مبينا لها كيفية تطبيق هذه المواد تطبيقا صحيحا لا لبس فيه قائما على مبدأ المساواة، حتى لا يقع منها سوء فهم أثناء وضعها موضع التطبيق، بما يؤدي إلى حرمان فئة الموظفين المشار إليهم في نص هذه المواد إلى ممارسة حق الانتخاب، لأن ما قصده المشرع ليس حرمانهم هذه الفئة من ممارسة حق الانتخاب، بل منعهم من ممارسته في حالات محددة فقط ولفترة وجيزة، وفقا لما جاء في نص القرار المذكور أعلاه.

ذلك وقد نادى المجلس الدستوري الجزائري السلطة القضائية، بموجب أحكام توجيهية الى عدم إغفال قواعد الاختصاص في رأيه رقم 03/ر.ق.ع/م.د/المؤرخ في 2 غشت 2018، " يتقيد القضاة عند ممارسة صلاحياتهم بالحدود التي تسمح فقط بتقدير مدى توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون العضوي موضوع الإخطار، دون أن يمتد ذلك إلى تقديرهم لدستورية الحكم التشريعي المعارض عليه من قبل أحد أطراف النزاع".³

يبدو أن الخطاب موجه هذه المرة من القاضي الدستوري إلى قضاة المحاكم، بدعوتهم إلى الالتزام بقواعد توزيع الاختصاص أثناء تفحصهم لدفع بعدم الدستورية، بتوقف سلطتهم عند حد التحقق من توافر شروط الدفع لقبوله أو رفضه، دون الخوض في مضمار اختصاص الذي يعود إلى

¹ محمد منير حساني، أثر الاجتهاد الدستوري على دور البرلمان الجزائري، المرجع السابق، ص 244

² قرار رقم 1 -ق.ق-مد، المؤرخ في 20 غشت 1989، المتعلق بقانون الانتخابات.

³ رأي رقم 03/ر.ق.ع/م.د، المؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية لدستور.

المحكمة الدستورية التي يؤول إليها وحدها الاختصاص في تقدير مدى دستورية أو عدم دستورية الأحكام التشريعية.

2- نموذج التحفظات التفسيرية الندائية في ضوء السوابق القضائية الدستورية الجزائرية

استخدم الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري أسلوب الأحكام الندائية في بعض المناسبات لمعالجة عدم الاختصاص السلبي، وفي بعض آراءه وهو بصدد رقابته لمطابقة القانون العضوي للانتخابات، نبه هذا الأخير المشرع في كقراره رقم 1 -ق.ق-مد المؤرخ في 20 غشت 1989 المتعلق بقانون الانتخابات، بخلو قانون الانتخابات المرآب من تنظيم حالات عدم القابلية للانتخابات للمجلس الشعبي الولائي، وهو ما نادى المشرع لتدخل لتنظيمه لمأ الفراغ الذي قد تركه في الخطاب الذي وجهه في نص هذا القرار في قوله:

"غير أن المجلس الدستوري يلاحظ على أية حال أن نص القانون الذي عرض عليه خال من كل شرط من شروط عدم قابلية الانتخاب للمجلس الشعبي الولائي، وما هذا إلا نتيجة إغفال¹، أي بما يوحي استخدامه لهذا الأسلوب لمعالجة حالات الإغفال التشريعي الجزئي لبعض الأحكام التشريعية، علاوة على استخدام هذا الأخير لأسلوب الأحكام الندائية لمعالجة حالة التسلب من الاختصاص، وبالتحديد الإحالة التشريعية الغير الدستورية التي تضمنتها المادة 2، حيث نادى المشرع في الرأي رقم 4 ر ا - م د المؤرخ في 19 فبراير 1997 حول دستورية المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من طرف المجلس الوطني الانتقالي، إلى وجوب ممارسة اختصاصه في تنظيم عدد ومقر دائرة اختصاص المحاكم بنفسه وعدم التنصل من هذا الاختصاص الذي يخرج عن مجال اختصاص السلطة التنظيمية، وأن الإحالة التي تضمنتها المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي غير الدستورية وبالتحديد المادة 125 ملزما إياه بالمراعاة مبدأ الفصل بين السلطات، في نصه (أن المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي، عندما أحالت أمر تحديد عدد ومقر دائرة اختصاص المحاكم على التنظيم بموجب مرسوم رئاسي قد أخلت بأحكام المادة 125).²

الواضح جليا من خلال ما سبق بيانه ومن خلال أسلوب التحفظات التفسيرية الندائية، أن سيطرة الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري على عدم الاختصاص السلبي تكاد تنعدم مع أسلوب التحفظات التفسيرية الندائية، لاسيما أن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري لا يحدد أجالا للمشروع لتدخل لممارسة اختصاصه كما تبين في آراءه. ك بعض المحاكم الدستورية المقارنة السابق ذكرها، ما يقلل من فاعلية هذا الأسلوب في الجزائر، وما يزيد على ذلك أن الجهاز

¹ - قرار رقم 1 -ق.ق-مد، المؤرخ في 20 غشت 1989، المتعلق بقانون الانتخابات.

² - الرأي رقم 4 ر ا - م د، المؤرخ في 19 فبراير 1997، حول دستورية المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من طرف المجلس الوطني الانتقالي، بتاريخ 6 يناير 1997.

المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري ليست له أي سلطة في مواجهة حالات الامتناع التشريعي المطلق بواسطة أسلوب الأحكام النداوية، مثلما هو الحال عليه لبقية الأساليب.

والدليل على ذلك أن هناك قوانين لم تصدر بعد من البرلمان الجزائري، بالرغم من طول انتظار وجود التزام دستوري في نص صريح في الدستور الجزائري يخاطبه بإصداره وبرز مثال الالتزام الواقع على عاتق المشرع في المادة 183 فقرة 3 من التعديل الدستوري 2020 ، التي تخاطبه بسن القانون العضوي للمحكمة العليا لدولة منذ سنة 1996 ولم ينفذ إلى حد الآن ، بالرغم من ذلك لم يتحرك لا البرلمان ولا الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري ، بالرغم من أنه امتناع تشريعي مطلق وعمل مخالف لدستور، كما اعتبرته بعض الدساتير المقارنة ، وهي مشكلة يأمل أن تأخذ بعين الاعتبار في التعديلات الدستورية القادمة ومنح المحكمة الدستورية الاختصاص في ممارسة رقابة الامتناع التشريعي المطلق كما فعل دستور البرتغال ودساتير دول أمريكا الجنوبية الناطقة باللغة الإسبانية ، أو على الأقل أن تبدي المحكمة الدستورية الجزائرية موقفها من رقابة الامتناع مثلما فعلت بعض المحاكم الدستورية كالمحكمة العليا بمصر في إحدى قراراتها¹.

المطلب الثاني: حجية وأثر التحفظات التفسيرية في النظام القانوني الجزائري

يثير تطبيق التحفظات التفسيرية من المحاكم الدستورية تساؤلات حول حجيتها، وما أثرها وبالخصوص أنها عبارة عن تقنيات وليست بقرارات المحكمة الدستورية التي يعترف لها عادة بالحجية المطلقة أم النسبية وما إذا كانت تكتسي ذات الحجية أم لا وما الأثار المترتبة عنها؟ وهو ما سيتم التطرق إليه في:

الفرع الأول: حجية التحفظات التفسيرية في النظام القانوني الجزائري

الفرع الثاني أثر التحفظات التفسيرية في النظام القانوني الجزائري

الفرع الأول: حجية التحفظات التفسيرية في النظام القانوني الجزائري

قلنا أن فاعلية التحفظات التفسيرية تتحدد في حجيتها، فكلما كانت ملزمة كلما كانت فعالة ومؤدية للغرض ، والعكس ما لم تتمتع بالحجية، فلن تجد أذان صاغية وستكون ردة فعل السلطات بتجاهل تطبيقها، وبذلك لن تستقيم القوانين ولن تمتثل السلطات لأحكام الدستور، ولخطورة الوضع كل ذلك يطرح التساؤل حول ما إذا كانت التحفظات التفسيرية تتمتع بالحجية في مواجهة السلطات

¹- للإطلاع على موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر الراض لمراقبة الامتناع التشريعي المطلق أنظر

محمد وحيد أبو يونس، حدود الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد2، 2020، ص 406

في النظام الدستوري الجزائري؟، وما أساس هذه الحجية؟، وهو ما سنجيب عنه وفقا لرؤية المؤسس الدستوري، ووجهة نظر المحكمة الدستورية على النحو التالي:

أولاً: حجية التحفظات التفسيرية في الدستور الجزائري

لم يذكر الدستور الجزائري في خضم أحكامه وقراراته التحفظات التفسيرية مطلقا في سائر محطاته قبل أو بعد دستور 1996 ولم يحدد ماهي حجيتها ولم يذكر إذا كانت ملزمة أم لا¹، وهو ما لم يتم النص عليه في أي من الدساتير الجزائرية المتعاقبة من أول دستور 1963 إلى آخر تعديل دستوري لدستور 1996 المعدل 2020، الذي حدد فقط حجية قرارات المحكمة الدستورية، بالنص على أنها قرارات ملزمة ونهائية على كافة السلطات الثلاثة في الدولة سواء التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، في المادة 198 الفقرة الأخيرة منها²، عدى أن الدستور الجزائري قد ذكر اختصاصات المحكمة الدستورية في الفصل في دستورية القوانين في نص المادة 190 الفقرة الأولى بتحديدية للقوانين التي تدخل في اختصاصها التي تشمل القوانين العضوية والقوانين العادية والمعاهدات الدولية³، ولم يذكر التقنيات التي يمكن أو يجب على المحكمة الدستورية اعتمادها في مراجعة المواد القانونية أو معالجتها.

بيد أنه وباستقراء أحكام الدستور بدى لنا أنها قد حددت وسيلة وحيدة للمحكمة الدستورية لقمع المخالفات الدستورية، وهي الأحكام بعدم الدستورية بينما لم تجزلها صراحة بالمقابل تصحيحها بناء على تحفظات تفسيرية كما لم تمنعها من اعتمادها، وهو المستشف من أحكام المادة 198 من التعديل الدستوري 2020 باستخدامها لعبارة "إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية" أو عبارة "إذا قررت المحكمة الدستورية أن نصا تشريعيًا وتنظيميًا غير دستوري" والتي توحي أن المحكمة الدستورية غير ملزمة، بإقرار عدم دستورية القواعد القانونية المخالفة لدستور، بل أن لها السلطة التقديرية في إصدار هذا القرار أو إقرار دستوريته⁴.

من جهة أخرى أن النظام الداخلي المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري سابقا أو النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية حاليا لم يشر إلى أي من التحفظات التفسيرية، أو إلى إمكانية تصحيح المشرع لما لم يطابق الدستور بموجبها من قواعد قانونية للاحتفاظ بها، ولم يمنعه من استخدامها، فكل ما نص عليه أنه في حالة إقرار هذا الأخير لعدم دستورية أي من القواعد القانونية فمن الواجب استبعادها، بينما قد أجاز في نص المادة 2 استثناء تعديل الأحكام المخالفة لدستور من النظام الداخلي لغرفتي البرلمان أثناء رقابة مطابقتها لدستور من الغرفة المعنية مع عرضه

¹ محمد منير حساني، حجية الاجتهاد الدستوري أساس مساهمة المجلس الدستوري في العمل التشريعي، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 5، 2011، ص 237

² المادة 198 فقرة أخيرة، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 41

³ المادة 190 الفقرة الأولى، التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع، ص 40

⁴ المادة 198 فقرة أخيرة، التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع، ص 41

من جديد لرقابة الدستورية في المادة 13¹، وهو ما لم يصرح به النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية الصادر مؤخرا في المادتين 6 و 7 من نظامها الداخلي ، عدى أنها قد أكدت على إلزامية استبعاد الأحكام الغير مطابقة لدستور، سواء كانت قابلة أو غير قابلة للفصل عن النص التشريعي، وحسب وجهة نظرنا أن الجهاز المكلف لرقابة الدستورية الجزائري بتطبيقه لأسلوب التحفظات التفسيرية بدون نص دستوري يسمح له بذلك صراحة أو ضمنا قد وسع من سلطاته التي حددها الدستور من خلال إقرار دستورية أو عدم دستورية النص التشريعي وإبقاءها عليها وفي ذلك خروج عن أحكام الدستور.²

ثانيا: حجية التحفظات التفسيرية في قرارات الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري

سبق و أن قلنا أن الدستور الجزائري لم يمضي و أن اعترف للجهاز المكلف بالرقابة الدستورية بأحقية استخدام التحفظات التفسيرية كما لم يعترف لها بالقوة الملزمة، وبالرغم من غياب أساس دستوري أو قانوني لتحفظات التفسيرية، بيد أن هذا الأخير قد منح من خلال قراراته القوة الإلزامية التحفظات التفسيرية لتكون بذلك أساس قضائيا لها و ذات الحجية التي تتمتع بها لتبين من أسباب وكذلك أحكامه في سبيل تجنب الوقوع في المشكلة التي وقع فيها المجلس الدستوري الفرنسي في بداية الأمر بذكره للتحفظات التفسيرية ضمن أسباب قراراته وعدم ذكرها ضمن أحكامه ، قبل أن يستدرك هذه المشكلة في قراره الصادر في 16 جانفي 1962 " أن هذه الحجية لا تتعلق بحكمها القرارات فقط بل حتى الأسباب التي تشكل دعامة ضرورية للمحتوى".³

وبالمحصلة إن تسجيل الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية للتحفظات التفسيرية ضمن أسباب قرارات المجلس الدستوري منحها القوة الإلزامية التي يتسم بها منطوق قراراته، كما سبق وأن صرح بذلك المجلس الدستوري الفرنسي في متن قراره السابق ذكره، لما تحظى بها من إلزامية لا تختلف عن الإلزامية التي يحظى بها منطوق قراراته التي تكتسبها من الدستور ، لاسيما وأنها الأساس الذي من خلاله يقرر المجلس الدستوري دستورية القواعد القانونية ويمنح الضوء الأخضر لإصدارها و السماح بسريرانها⁴، كما أن الجدير بالذكر أن اعتراف المجلس الدستوري الجزائري بالحجية لتحفظات التفسيرية صراحة كان في

¹- المادتين 2 و 3، النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 42، المؤرخ في 30 يونيو 2019، ص 5

²- أنظر الفقرة 2 المادة 4، قانون عضوي رقم 22-19، المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، المؤرخ في 25 يوليو 2022، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 51، المؤرخ في 31 يوليو 2022. المادتين 6 و 7، النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 04، 22، جانفي 2023، ص 6، 5.

³- محمد منير حساني، حجية الاجتهاد الدستوري أساس مساهمة المجلس الدستوري في العمل التشريعي المرجع السابق، ص 237

⁴- جلول هزيل، المرجع السابق، ص 257

سبيل تفادي الوقوع مجددا في الخلافات التي قد وقعت بين الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية و البرلمان التي قد أثرت بسبب ما ينجم عن توسيع هذا الأخير للكتلة الدستورية أثناء مراجعته لنصوص التشريعية و ما ترتب عنها من تقييد للسلطة البرلمان وتضييق من مجال اختصاصه.¹

ويرجع ذلك إلى القرار 01-89 الذي أصدره المجلس الدستوري الجزائري لإلغاء المادة 86 من قانون الانتخابات لاشتراطها على المترشحين في الانتخابات التشريعية والرئاسية التمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية هم وأزواجهم بسبب عدم التزام البرلمان بإجراء تعديل لاحق على لقانون الانتخاب الصادر 19-07-1959 بإعادة إدراجه ضمن المادة 108 وهو ما رفضه المجلس الدستوري ليخرج في وقت لاحق عن صمته ويؤكد القوة الإلزامية الدستورية لأرائه في قراره 01/95 المؤرخ في 06/08/1995 وهنا تبرز أهمية دور التحفظات التفسيرية في تفادي إحتداد الخلافات بين الطرفين²، ومنذ ذلك الحين شدد الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري على عدم ارتكاز الحجية المطلقة على قرارات وأراء الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية فحسب بل علاوة على ذلك الأسباب المبررة لاتخاذها و المتضمنة للتحفظات التفسيرية التي ادرجها في متن أسباب قراراته معترفا لها بذات الحجية التي تتمتع بها أحكامه³، وأمثلة حالات عدم التزام البرلمان بالتحفظات التشريعية متعددة، نذكر منها ما جاء في نص قراره رقم 04/ر.ق.ع.م.د/16 المؤرخ في 11 غشت 2016 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينها وبين الحكومة للدستور الذي نبه من خلاله الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية المشرع إلى وجوب الالتزام بالتحفظ التفسيرية التي يضعها في قراراته ، وبرز مثال على ذلك ما جاء في رايه، " واعتبارا أن المشرع بصياغته للمادة 38 في فقرتها الأولى من القانون العضوي موضوع الإخطار ، يكون قد أغفل التحفظ الوارد في رأي المجلس الدستوري رقم 08/ر.ق.ع.م.د/99 المؤرخ في 21 فبراير 1999 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما ، وكذا العلاقة الوظيفية بينها وبين الحكومة "، " واعتبار أن المجلس الدستوري يذكر بأن أراءه وقراراته تكتسي حجية الشيء المقضي به ، وأنها نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية و السلطات الإدارية والقضائية ".⁴

ماذا يمكن أن يترتب عن تطبيق السلطات لهذه التحفظات من آثار؟ وذلك ما سنتعرف عليه ضمن النقاط التالية:

¹- الأمين شريط، مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري، مجلة المجلس الدستوري، عدد 01، 2013، ص 21، 20.

²- الأمين شريط، نفس المرجع ، ص 21، 20.

³- محمد منير حساني، أثر الاجتهاد الدستوري على العمل التشريعي للبرلمان، المرجع السابق، ص 268.

⁴-رقم 04/ر.ق.ع.م.د/16، المؤرخ في 11 غشت 2016، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينها وبين الحكومة للدستور.

وبالتالي فإن صفة القول أن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري في كل مرة يشدد على هذه الإلزامية التحفظات التفسيرية، وذلك ما نلمسه في بعض قرارات وأراءه الصادرة عقب أول قرار صرح به بهذه الإلزامية عقب قراره الصادر سنة 1995، كرائيه رقم 01/ر م د /12 " واعتبارا لما سبق يتعين التذكير بأن آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وغير القابلة للطعن وترتب آثارها، طالما أن الأسباب التي استندت إليها في منطوقها لازالت قائمة، وما لم تتعرض تلك الأحكام الدستورية للتعديل".¹

وقد أعاد المجلس الدستوري الجزائري التذكير بحجية التحفظات التفسيرية في رائييه، رقم 02/ر.ق ع /18 المؤرخ في 02 غشت 2010 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بقانون المالية لدستور

"واعتبارا أن المجلس الدستوري في ممارسته لصلاحياته الدستورية، فإنه عندما يصرح بمطابقة حكم تشريعي للدستور شريطة مراعاة التحفظ التفسيري الذي يقيد به التصريح بالمطابقة، فإن هذا التحفظ يكتسي، هو أيضا، الحجية المطلقة للشيء المقضي فيه، ويلزم السلطات بتطبيقه وفق التفسير الذي أعطاه المجلس الدستوري لهذا الحكم"²، رأي رقم 02/ر.ن.د.م.د/17 المؤرخ في 25 يوليو 2017 المتعلق بمراقبة النظام الداخلي لمجلس الأمة لدستور "واعتبارا أن هدف تسهيل تطبيق هذه التحفظات، والتي لا يمكن فصلها عن الأحكام التشريعية أو التنظيمية المعنية بها، يقتضي بأن تدرج في تأشيريات النص المعروف على المجلس الدستوري لمراقبة مطابقته للدستور، الأحكام التشريعية التي جاء التصريح بمطابقتها للدستور مقيدا بتحفظ تفسيري"³.

من خلال نص هذه القرارات نلاحظ أن المجلس الدستوري الجزائري قد اعترف بالحجية المطلقة للتحفظات التفسيرية، قبل حتى أن يصدر نص دستوري يعترف بالحجية لما يصدر عن المجلس الدستوري من قرارات وأراء و، ذلك بالطبع في التعديل الدستوري 2016، كما قد أكد لضمان تطبيقها وجوب الإشارة إليها ضمن تأشيريات القانون المراجع، فلا مجال لمخالفتها نهائيا بما أن لتحفظات التفسيرية الحجية المطلقة متى يتم تطبيق هذه التحفظات.

في الواقع إن النص التشريعي المراجع مراجعة دستورية تسبق نفاذه من الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري المجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا، فإن تطبيق البرلمان لما جاء

¹- رأي رقم 01/ر م د /12، المؤرخ في 8 يناير 2012، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي، المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور.

²- رأي رقم 02/ر.ق.ع.م.د/18، المؤرخ 2 أوت 20، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بقوانين المالية للدستور.

³- رأي رقم 02/ر.ن.د.م.د/17، المؤرخ في 25 يوليو 2017، المتعلق بمراقبة النظام الداخلي لمجلس الأمة لدستور.

فيه من تحفظات يأتي أثناء إجرائه لقراءة ثانية للنص توافق رأي المجلس الدستوري، أثناء تلقيه لطلب من رئيس الجمهورية عقب خضوع النص لرقابة المجلس الدستوري.¹

الفرع الثاني: أثر التحفظات التفسيرية في النظام القانوني الجزائري

من المؤكد أن أهمية مراجعة المحكمة الدستورية لما أعيب من نصوص تشريعية من إغفال ومعالجة ما انتابها من نقائص أو فراغ تشريعي جراء ما غيب منها من قواعد وأحكام قانونية²، بمجرد إعلانها لمطابقتها لدستور³ بناء على تحفظات تفسيرية سيزيح عنها الأثار الضارة⁴، إذا ما وضعت موضع التطبيق من البرلمان

وبالرغم من الانتقادات التي قيلت في الفقه بشأن التحفظات التفسيرية ودعوتهم للمحكمة الدستورية على أن لا تبالغ في استخدامها و أن تعبر عن موقفها بشأن النص التشريعي الخاضع لرقابتها بشكل أكثر وضوحا بإعلانها صراحة بالمطابقة الدستورية أو عدم المطابقة بسبب غموض قراراتها المعتمدة على التحفظات التفسيرية لما ينطوي عنها من ترك المجال لسلطات صاحبة الاختصاص في تطبيق القوانين لتصرف بأهوائها⁵، بالرغم مما قيل حول التحفظات التفسيرية انتقادات فان أغلبية الفقه لم ينكروا أهميتها بتنويه ما يعود بالنفع حال تطبيقها، على النظام القانوني والحقوق والحريات وذلك ما سنقوم بتسليط الضوء عليه في هذه الجزئية في عدة نقاط سنذكرها على النحو التالي:

أولاً: التحفظات التفسيرية تطبيق لمبدأ الوضوح وسهولة الوصول إلى التشريع

قلنا إنه لا اختلاف مع المقولة القائلة أن عدم الاختصاص السلبي للمشرع يتواجد حيثما وجدت قواعد قانونية معابة بالغموض، وليس فقط حيثما وجد النقص التشريعي فحسب، بل مع مبدأ الوضوح الذي بغيابه سيكون النص التشريعي عديم الدستورية لفشل البرلمان في صياغته صياغة مؤسسة على هذا المبدأ، والسبب في ذلك الكم الهائل من المفاهيم التي ستقدم لهذا النص المعيب بالغموض والتي قد تكون أغلبها متعارضة مع بعضها البعض⁶، وأنه من المؤكد أن ما ستعمل عليه المحكمة الدستورية في هذه الأثناء لمعالجة مشكلة عدم الاختصاص السلبي توظيفها لتقنية التحفظات التفسيرية بغرض إجهاض أي نص قانوني بهذه السمات أولاً لتضمنه لتفويضات تشريعية غير مباشر، بمجرد التحقق منها حيث يجيب

¹ محمد منير حساني، حجية الاجتهاد الدستوري أساس مساهمة المجلس الدستوري في العمل التشريعي المرجع السابق، ص 340

² هاشم محمد البدرى، المرجع السابق، ص 445

³ أحمد بن زيان، المرجع السابق، ص 249، 250

⁴ أحمد بن زيان، نفس المرجع، ص 249

⁵ فاطمة نبالي: المرجع السابق، ص 351

⁶ - Georges bergougous: op.cit,www conseil –constitutional .fr

القاضي الدستوري على السؤال الذي يراود نفسه هل بالفعل مارس المشرع اختصاصه بدقة، ليتحقق من ثمة إذا كان النص مبعث ضرر بحق أو حرية ما، ففي جميع الحالات إذا كانت إجابته موجبة بنعم، في هذه الأثناء لن يترتب القاضي الدستوري ولو لوهلة، فكل ما سيفعله هو إعادة صياغة النص التشريعي المعيب ومنحه تقيما خاصا به، مغايرا لتقييم الذي منحه المشرع باعتماده لتحفظات التفسيرية.¹

ومع ذلك لن ننكر أن الحلول التي سيقدمها القضاء الدستوري في رقابة عدم الاختصاص السلبي لمواجهة القواعد القانونية المعيبة بالغموض من تحفظات تفسيرية، سيجنب خطر نفاذ النص المعيب على الحقوق وحریات، ولهذا السبب لطالما كان الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية شديد الحرص على حل مشكلة الغموض التشريعي ومبادرته بتطبيق مبدأ الوضوح وسهولة الوصول إلى التشريع في العديد من القواعد القانونية العمومية القابلة لتأويل.

وترتبا على ذلك فقد صحح القول " ليس فقط بمقدور القضاة الدستوريين خلق القانون ولكن أيضا بمقدورهم خلق القانون على نحو أفضل من المشرع"²، ودليل على هذا القول الذي ندعمه بشدة ما ورد في الرأي رقم 02/ر.ق.ع.م. د/ 16 المؤرخ 11 غشت سنة 2016، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، للدستور الصادر عن المجلس الدستوري الجزائري، نجد أنه قد أراح بواسطة التحفظات التفسيرية الإستبدالية الغموض الوارد في المادة 21 المحددة للأشخاص الممنوعين من التسجيل في القوائم الانتخابية " ممن تم الحجز والحجر عليهم" من دون استثناء بتحديدده لطبيعة الحجز المقصود من نص هذه المادة، بالأشخاص المحجوز عليهم قضائيا دون غيرهم فالتطبيق هذه المادة بصياغتها كان لامحالة سيؤدي إلى حرمان كل الأشخاص المحجوز والمحجوز عليهم من التسجيل في القوائم الانتخابية من طرف السلطة التنفيذية لعدم دقة صياغة المشرع هذه المادة وذلك ما قصد الجهاز المكلف بالرقابة باستبعاده عن الوقوع، باستبداله المادة المصاغة من المشرع بمادة أخرى محددة ودقيقة المعني مطابقة لدستور مفهومه يمكن الوصول إليها توفر الحماية للأفراد الغير المعين بتطبيق هذه المادة من الخاضعين لإجراء الحجز الغير القضائي، (إن المشرع استخدم كلمة "الحجز" مجردة من طابعها القضائي، وبذلك يكون قد أغفل النص على إجراء قضائي جوهري من شأنه إضفاء طابع الشرعية القانونية على الحجز الذي دونه يعد اعتداء على الحريات الفردية).³

وبالطبع إن إزالة التحفظات التفسيرية للغموض لاسيما القواعد العقابية سيقى الحقوق والحريات، لاسيما و أن عدم وضوح الصياغة التشريعية لنص الجنائي، إما أن يعرضه لإجراءات التفسير

¹ -Georges bergougous:op.cit, www conseil –constitutional .fr

² -وليد شناوي، المرجع السابق، ص 391

³ رأي رقم 02/ر.ق.ع.م. د/ 16، المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1437 الموافق 11 غشت سنة 2016، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور>

القضائي التي يمكن أن تخرجه عن غايته الحقيقية ما يسبب في تعريض حقوق وحرّيات الأفراد إلى خطر الانتهاك أو إلى الانتقاص من الحماية المقررة لها¹، وهو إن دل على شيء فيدل على الدور الذي تلعبه التحفظات التفسيرية في حماية حقوق وحرّيات الأفراد من التفسيرات التعسفية التي قد تمنحها لها السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية²، بما تمنحه للقواعد القانونية من متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة من وضوح وتحديد وسهولة.

خلاصة القول لما سلف أن التحفظات التفسيرية في الواقع تضيي الجودة على النصوص التشريعية بمعالجتها الإغفال والغموض التشريعي المقوض للحقوق والحرّيات، كما أن أثرها ينعكس على المنظومة القانونية ككل كونها تساهم في تحقيق الاستقرار والأمن القانوني.

ثانيا: التحفظات التفسيرية أداة محدودة الأثر في تحقيق الأمن القانوني وحماية الحقوق والحرّيات

إن الحديث عن فكرة الأمن القانوني تدعو إلى الحديث عن مدلول هذا المصطلح الذي يبدو من ظاهره بديهيا إلا أنه في حقيقة الأمر من أصعب المصطلحات القانونية التي يمكن تحديد معناها بدقة لما ينتابها من غموض، بالطبع لأن الأمن القانوني صمام أمان لاستقرار النظامين السياسي والاجتماعي وتحقيق التنمية والازدهار الاقتصادي، فهو مبدأ غني عن التعريف كما أن المراد منه تحقيق الثبات النسبي في الأنظمة والمراكز القانونية وبث الأمن والطمأنينة بين العلاقة القانونية بعيدا عن مراوغات السلطات العامة³، ففي الواقع أن فكرة الأمن القانوني فكرة تندفق من فكرة الصياغة التشريعية الجيدة المحصنة من التفسير و ما ينجر عنها من تلاعبات أهواء السلطتين التنفيذية والقضائية وبما تحمله من معاني جده المضمون ومن " قيم العدالة" و "الرشد القانوني" و "الالتزام بالمبادئ القانونية" وتطور و وضوح و دقة القواعد الدستورية و القواعد القانونية المختلفة، وبما يبرز كفاءة المشرع التي من شأنها بناء علاقة متوازنة بين التشريع والمواطن حتى لا يفكر في التهرب من حكم القانون، وترسيخا لمعالم دولة القانون و الحكم الراشد⁴، الهادفة إلى نشر مضمون القانون و وضعه موضع التطبيق عبر مختلف وسائل النشر

¹ - حسين عبد العلي عيسى، المرجع السابق، ص 83

² - Georges bergougous:op.cit, www conseil –constitutional .fr

³ - إبراهيم محمد صالح الشرفاني، المرجع السابق، ص 164

⁴ - مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، المرجع السابق، ص 100

لغرض تيسير عملية فهم توجه المشرع و مقتضيات القانون وتنفيذ الأحكام التشريعية دون أخطاء ووضع حلول لمختلف المشاكل التي تواجه المجتمع.¹

من الواضح أن العلاقة بين مفهومي الأمن القانوني والصياغة التشريعية وثيقة الصلة ببعضها البعض، فكلما كانت صياغة النصوص القانونية جيدة كلما تحقق الأمن القانوني، والعكس كلما كانت صياغتها غامضة أو ناقصة اختل الأمن القانوني وزاد ناقوس الخطر المهدد للحقوق والحريات.

لأن في تجسيد المشرع لمبادئ الصياغة التشريعية الجيدة تجسيد لفكرة الأمن القانوني بما يبث الطمأنينة بين الأفراد ويزيح عن أنفسهم الرعب من قرارات غير عادلة من السلطة التنفيذية في تطبيق التشريعات التي قد تهدد مصالحهم وحقوقهم وحرياتهم.²

ولما لصياغة التشريعية من دور في تزويد الحقوق وحريات الأفراد بالحماية التشريعية و ترقية النظام القانوني وتطهيره من العيوب والتشوهات وتحقيق الاستقرار القانوني، بمنح التشريعات نوعا من الثبات بما لا يجعلها بحاجة متكررة إلى التنقيح لإزالة العيوب أو المخالفات، علاوة على دور الصياغة الجيدة في تهيئة القوانين لتطبيق بسهولة من طرف القضاة فضلا على قابليتها مع التكيف مع التطورات والأحداث المستجدة³، ونحن لا ننكر إطلاقا أن فكرة الأمن القانوني فكرة قائمة على معايير الجودة من ناحية التكلفة والأثار المستهدفة أو المتوقعة على المجتمع، وأنها ليس مجرد اعتناء بالجانب الشكلي والإجرائي فحسب بل الغاية منه هو إرساء دولة القانون والحكم الراشد عبر صناعة تشريعات جيدة ومتطور في غاية الوضوح والدقة في الصياغة منسجمة مع الدستور وغير المتناقضة مع غيرها من القوانين مفهومة عند عامة الناس قابلة للتطبيق وعناصر جودة تحسين القانون.⁴

قائمة على عنصر اليقين القانوني الذي يعني وضوح وسهولة الوصول إلى القواعد القانونية وفهمها لأنو كلما كانت الصياغة التشريعية واضحة ودقيقة، لن تجد السلطات الأخرى فرصة لتدخل تحت ستار الغموض، أو كلما كانت فرصة السلطات الأخرى في اغتنام فرصة التدخل محدودة وضئيلة. وهو ما يدرج ضمن الضمانات الكفيلة لحماية حقوق الإنسان وحرياته.⁵

¹- فهيمة بلحمزي، الأمن القانوني للحقوق والحريات الأساسية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، الجزائر، 2017، 2018، ص 206

²- فهيمة بلحمزي، نفس المرجع، ص 213

³- مروان محمد محروس المدرس، المرجع السابق، ص 505

⁴- مازن ليليو راضي، اليقين القانوني من خلال الوضوح وسهولة الوصول إلى القانون، المرجع السابق، ص 79

⁵- إبراهيم محمد صالح الشرفاني، المرجع السابق، ص 166

وبالنتيجة فالواقع يشهد بمساهمة المحكمة الدستورية من خلال التحفظات التفسيرية سواء الأحادية أو المشتركة الحلول في تحقيق الأمن القانوني وحماية الحقوق والحريات بما تضيفه من جودة على القواعد المعيبة بالنقص والغامضة منها كما سبق وأن أشرنا إلى ذلك.

الواضح بالطبع من اجتهادات المحكمة الدستورية يتجلى في الواقع في تحقيق استمرارية القواعد القانونية بما تتسم به من تجريد وعمومية، فضلا عن تأمينه للتشريع و مسايرة التطورات الحاصلة من خلال تطبيقه لنصوص قديمة بحلة جديدة وإخضاعها لنشر، وهو من شأنه تحقيق مبدأ الأمن القضائي والقانوني هذا الأخير الذي من خلاله سيتمكن الأفراد من الاطلاع على ما هو مباح ومحضور في القوانين الذي يتطلب في نصوصه الوضوح و الثبات¹، وذلك ما أكدته المحكمة الدستورية الجزائرية رقم 02/ق م د /ر م د 22، الذي نصت فيه (صار نشر القوانين والتنظيمات، إلى جانب أنه يضفي القوة الإلزامية على النص، فإنه أيضا يسمح للأفراد بالوصول إليه ، ومعرفة محتواه ومضمونه، وهذا يمثل بيقين المحكمة الدستورية ، أولى موجبات الأمن القانوني)².

وعلى هذا الأساس نرى أنه في الحقيقة إذا ما اشتملت القواعد القانونية كل هذه العناصر التي سبق وأن ذكرناها فهو أمر جيد لاسيما بالنسبة لسلطة القضائية التي ستطبقها دون اللجوء إلى التفسير لتدارك حالة الفراغ التشريعي أو الغموض الناتج عن عدم الاختصاص السلبي، لكن المشكلة التي يمكن مواجهتها متعلقة بالسلطة المختصة بتنفيذ القوانين، فإن أبت أن تمتنع عن إصدار قانون معين، أو عدم تنفيذه أو تنفيذ قواعد قانونية دون أخرى أو تطيل تاريخ تنفيذها أو تقييد أو تنتقص من حقوق وحريات، فلا يوجد من يمنعها حتى لو تو افرت شرط الجودة من وضوح ودقة وسهولة لو أرادت ذلك، لذلك فلا بد من كبح جماح بشروط وضوابط لدى ممارسة لاختصاصها في تنفيذ القوانين بتقييدها بما جاء في القوانين والامثال لإرادة المشرع والدستور لدى ممارستها لهذا الاختصاص في الدستور أو فرض رقابة عليها.

وينبغي أن نشير إلى مسألة مهمة بما أن أحكام الدستور تكشف على أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يعر اهتمامه بمشكلة التنازل عن الاختصاص أو الإحالات التشريعية الغير مباشرة التي

¹ - فهيمة بلحمزي، المرجع السابق، ص 107

² - قرار المحكمة الدستورية الجزائرية رقم 02 / ق م د /ر م د 22 . المؤرخ في 10 ماي سنة 2022، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 01-98، المؤرخ في 30 ماي سنة 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور.

يرتكبها البرلمان و التي تعد من أكثر المشكلات التي تزيغ بالأمن القانوني من جهة وحقوق وحرية الأفراد من جهة أخرى لإخلالها بقواعد توزيع الاختصاص و أحكام الدستور والذي يعبره نفس اهتمام الذي منحه لمشكلة تجاوز حدود الاختصاص الذي عبر عنه في المادة 141 ، ما ينم على غياب أي نص يمنع التنازل عن الاختصاص المخالف لدستور الذي يمارسه البرلمان ، وهي ثغرة في دستور حبذا لو أن الدستور الجزائري تداركها بانتهاجه بسيره حدود دستور دولة البحرين التي استهدفت حل هذه المشكلة في المادة 32 " لا يجوز لأي من السلطات الثلاث التنازل لغيرها عن كل أو بعض اختصاصاتها المنصوص عليها في هذا الدستور وإنما يجوز التفويض التشريعي المحدد " ودستور دولة الكويت المادة 50 دستور الكويت " لا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في هذا الدستور"¹.

حتى يتحقق الهدف المراد من المادة 34 من التعديل الدستوري بما لا يدع مجالاً لشك ظاهرة التنازل عن الاختصاص، وعلى أي حال لا ننكر أن المجلس الدستوري الجزائري من خلال قراراته قد تبين أنه أثناء مباشرته لرقابة المطابقة قد أقدم على تعديل صياغة العديد من النصوص التشريعية التي أخطرت بها ، بتصحيح ما تحويه من أخطاء وحذف فقرات واستبدالها بمصطلحات أخرى تفادياً لوقوعها ضحية السلطتين التنفيذية والقضائية والأفراد ما إن لم يحسن فهمها، لاسيما أن تعلق الأمر بتنظيم الحقوق والحريات حفاظاً على الأمن القانوني²، وما كان ذلك إلا تجسيدا للمبادئ الدستورية المكرسة في المادة 34 فقرة 3 "تحقيقاً للأمن القانوني، تسهر الدولة، عند وضع التشريع المتعلق بالحقوق والحريات، على ضمان الوصول إليه ووضوحه واستقراره"³، التي عمل الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري على تكريسها حتى قبل صدور التعديل الدستوري 2020 الذي ألزم المشرع بالعمل بمبادئ الصياغة التشريعية الجيدة.

وهي فقرة جديدة أضيفت إلى المادة 34 كفقرة ثالثة لأول مرة ضمن التعديل الدستوري 2020 جاءت لتدعو المشرع إلى وجوب تحقيق الأمن القانوني كونه الجهة المسؤول عن خلق أو هدم الأمن القانوني، ويتوقف ذلك على مدى اعتماده أو عدم اعتماده لشروطه الثلاثة التي حددتها المادة التي تمثل في ذات الوقت معايير أساسية للصياغة التشريعية الجيدة من وضوح ودقة ،والذي لا بد أن يكون في مختلف القواعد القانونية العضوية العادية الأوامر التشريعية ومبدأ السهولة، لا بد من أن تكون

¹-المادة 31 ، 32 دستور البحرين 2021 . <https://mopq.11gov.bh> ، المادة 50 دستور الكويت 1992
constituteproject.org

²- أحمد بن زيان، المرجع السابق، ص 340

³- المادة 34 فقرة 3، دستور 2020، المرجع السابق، ص 11

العبارات وألفاظ التي تم توظيفها ميسورة الاستيعاب لدى المواطن البسيط محددة غير فضفاضة بأن تكون سليمة من العيوب التي تؤدي إلى تعديله بشكل مفرط لأن في التعديل المستمر للقوانين بسبب أخطاء ارتكبتها المشرع أو إغفال تعمده أو لم يتعمدها نتيجة تهاونه تقصيره ،إخلال بالأمن القانوني الذي ينبغي أن لا يهدم ،لأنه عماد الدول وأساس لحماية حقوق وحرريات الأفراد التي أكد الدستور في أغلب أحكامه كل المبادئ إلى من شأنها ضمانها .

فالصياغة التشريعية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي للمشرع إذن عامل مباشر للإخلال بمبدأ الأمن القانوني وحقوق وحرريات الأفراد وعدم الاختصاص السلبي للمشرع، وكل من السلطات الدولة مسؤولة عن تجسيد مبدأ الأمن القانوني، وهو ما لا يمكن أن ينجلي إلا بقوانين متطورة مؤسسة على مبادئ جودة صياغة تشريعية هادفة لتحقيق مصالح الأفراد ممثلة لأحكام الدستور، لا يتم تنفيذها إلا بنصوص تنظيمية عادلة منصفة غير المتناقضة مع القيم والمبادئ والأهداف القانونية التي أرادها المشرع تجسيدها لمبدأ.

وهو ما لن يكتمل إلا بالرقابة الدستورية فقد عبر الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية في قراره رقم 16 /ق.م د/21، وهو بصدد معالجته للغموض التشريعي بواسطة نموذج التحفظات التفسيرية الإستبدالية غاياته في تحقيق الأمن القانون ،وخير مثال على ذلك ، (إن الأحكام التشريعية موضوع الدراسة، يكتسبها الغموض سواء من حيث التطبيق الفعلي أو من حيث احترام المبادئ المنصوص عليها في المادة 34 (الفقرة الأخيرة) من الدستور"، " واعتبارا أن هذا الحكم الوارد في المواد، غير واضح ويصعب إثباته وقد يترتب عنه انتهاك ومساس بحقوق المواطن لعدم تحديده للآليات القانونية التي تثبت هذه الأفعال، واعتبارا أنه إذا كان قصد المشرع لا يهدف استبعاد الضمانات التي تقرها وتنص عليها المادة 34 من الدستور، ففي هذه الحالة فإن المواد 184 (الفقرة الأخيرة)، 200 (الفقرة 7) و221 (الفقرة الأخيرة) تعد دستورية، شريطة مراعاة هذا التحفظ".¹

بالرغم من دور التحفظات التفسيرية في تحقيق معايير الصياغة التشريعية الجيدة من وضوح ودقة وسهولة والمساهمة في تحقيق الأمن القانوني وحماية الحقوق والحرريات ، إلا أن الواقع خلاف ذلك في النظام القانوني الجزائري إذ لا نستطيع الجزم قولا أنها آلية لتحقيق الأمن القانوني وحماية الحقوق والحرريات بصفة مطلقة ، بل أن دورها ضعيف وما يثبت ذلك أن التحفظات التفسيرية حلول مقدمة لبعض النصوص التشريعية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي وليس جميعها ، ووجود الرقابة الدستورية لللاحقة ،وتلك الأحكام التشريعية المنتهكة للحقوق والحرريات الأفراد بسبب تلك القوانين

¹-قرار المجلس الدستوري، رقم 16/ق.م د/21، المؤرخ في 10 مارس سنة 2021، المتعلق بمراقبة دستورية الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات.

المليئة بعدم الاختصاص السلبي التي تطبق على الأفراد وتسري لفترات طويلة لتلغى لاحقا حينما يشتكي الأفراد منها بواسطة آلية الدفع بعدم الدستورية خير دليل على ذلك.

المبحث الثاني:

رصد القاضي الدستوري الجزائري لعدم الاختصاص السلبي من خلال دوره كمشرع سلبي

في الأنظمة الديمقراطية تلجأ معظم المحاكم الدستورية أثناء ممارستها لرقابة الدستورية إلى إلغاء الأحكام التشريعية التي أصدرت قرارا بعدم دستورتها، وهي الوظيفة التقليدية للمحاكم الدستورية التي نعتت في الفقه بالمشرع السلبي ، لعدم تقلدها ذات المنزلة التي يشغلها المشرع في سن القوانين بتطبيق ما توصلت إليه من مبادئ دستورية بفضل عملية التفسير¹، وعلى اعتبار أن الدور التقليدي للمحكمة الدستورية والذي يرجع في الأصل إلى تجسيد الأفكار التي دعا إليها كيلس بإنشاء محكمة دستورية تتولى إلغاء القواعد القانونية من النظام القانوني لم تسلم كبقية الأفكار من الانتقادات التي قيلت عنه من أن لها أثرا في التعدي على اختصاصات المشرع ومبدأ الفصل بين السلطات.²

والجدير بالذكر أن أسلوب الإلغاء قد طبق من القضاء الدستوري المقارن، والجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري الذي هو موضوع بحثنا، منذ بداية تجربته وهو بمناسبة ممارسته للرقابة الدستورية الوقائية، وبشكل مختلف عن معالجته للإغفالات التشريعية وهو بمناسبة ترصده للأحكام التشريعية المنتهكة لحقوق وحرقات الأفراد المطعون فيها بواسطة آلية الدفع بعدم الدستورية.

ومن هذا المستهل سنخصص بالذكر في هذا الفصل نموذج القرار بعدم الدستورية في (المبحث الأول)، وأثره وحجية في النظام الدستوري الجزائري في (المبحث الثاني)

المطلب الأول: القرار بعدم الدستورية أسلوب لتدارك عدم الاختصاص السلبي

ظهر هذا النموذج من المراجعة القضائية الدستورية القائم على إلغاء النصوص التشريعية المتعارضة مع القواعد الدستورية بداية في القرن التاسع عشر في أمريكا للاتينية ومن ثمة أوروبا ، بفضل الأفكار التي راودت الفقيه "كيلسن" التي احتضنت في البداية في بعض الدساتير مثل دستور تشيكو سلوفاكيا 1920 ودستور النمسا والتي كان تكريسها لهذا النظام مؤسسا على حماية مبدأ سمو الدستور، ومنذ ذلك الحين لم يعد دور المحكمة الدستورية محددًا في النطق بعدم الدستورية، بل كذلك إعدام كل مالم

¹- إبراهيم محمد عبد العالي، المرجع السابق، ص 83، 84

²- وليد الشناوي، المرجع السابق، ص 324، 325، 326

يتوافق مع الدستور من قواعد قانونية، وهو ما عمل "كيلسن" من خلال أبحاثه على تطويره في أوروبا التي ساهمت في الحد من مبدأ سيادة البرلمان كما سبق القول.¹

وبالرغم مما قيل حول هذا الأسلوب من سلبيات لم تحبط فكرة "كيلسن" التي دافع وبشدة عن شرعية هذا النظام من المراجعة الدستورية في مقالته الشهيرة (ضمان الولاية القضائية والعدالة الدستورية) الذي قام بتأليفها سنة 1928، مؤكداً بالتحليل عن موافقته لمبدأ الفصل بين السلطات مع نفيه تعدي سلطة المحكمة الدستورية في الإلغاء على سلطة المشرع الأصلي رداً على الناقد لهذا النظام، مؤكداً كون أسلوب الحكم بعدم الدستورية القائم على إلغاء الأحكام التشريعية المخالفة للدستور وظيفة قضائية بامتياز.² باستناده على مجموعة من المبررات، في قوله أن إلغاء المحكمة الدستورية للقوانين وظيفته ذو طبيعة قضائية فالشيء الذي تؤديه المحكمة الدستورية هو تفسير وتطبيق أحكام الدستور، و من ثمة استئصال القواعد القانونية المخالفة لها³، كما جاء ذلك رداً على بعض منتقدي هذا النظام ممن وصفوه على أنه انتهاك لمبدأ الفصل بين السلطات لوضع المحكمة الدستورية يدها على اختصاص البرلمان، لكن هذه المرة كمشرع سلبي لعدم اختلاف وضع القوانين عن إلغائها، فالإلغاء والوضع في الوظيفة التشريعية وجهين لعملة واحدة، لأن القوانين يجب أن لا تلغى إلا بقانون⁴، والقول أن الهيئة التي تتولى إلغاء القوانين أو إنشائها شريكة للبرلمان في الوظيفة التشريعية بينما اختصاص القاضي الدستوري بإلغاء مفعول القواعد الغير الدستورية⁵، كما قد دعم أصحاب هذا الرأي موقفهم بالقول بأن إعلان المحكمة الدستورية لعدم دستورية الحكم المخل بالدستور وتطهير النظام القانوني منه بإلغائه يؤدي إلى مشكلة أكبر، وهي مشكلة الفراغ التشريعي وبالتالي حرمان الحقوق والحريات من الحماية لخلق مشكلة الأمن القانوني.⁶

وبالرغم من كل هذه الانتقادات دافع العديد من الفقهاء عن فكرة "كيلسن" بقولهم أن المحكمة الدستورية في واقع الأمر تنطق بإلغاء القوانين المخالفة لدستور في قراراتها مستندة إلى ما تنص عليه قواعد الدستور من أحكام من دون أن تطبق ما جاء في قراراتها، بحيث تقرر إلغاء القواعد القانونية الغير الدستورية من دون أن تلغها، وهو ما يجعل دورها دوراً قضائياً لا تشريعياً⁷، وإن البرلمان هو من يتولى إضافة الشرعية إلى الأحكام التي قامت المحكمة الدستورية بإلغائها بوضع أحكام جديدة بما ينسجم والنص

¹ -Allan R. Brewer-Carías :CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS IN COMPARATIVE LAW, XVIII International Congress of Comparative Law of the International Academy of Comparative Law, at the George Washington University Law School, Washington, July 27, 2010 , P8

²- ibid, P10

³- وليد الشناوي، المرجع السابق، ص 329

⁴-HANS Kelsen:CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS IN COMPARATIVE LAW <https://www.cambridge.org/core.P6>

⁵- محمد منير حساني، أثر الاجتهاد الدستوري على العمل التشريعي للبرلمان، المرجع السابق، ص 154

⁶- Law clerk; Juan Luis Requejo: op.cit, P36

⁷- وليد الشناوي، نفس المرجع، ص 330

الدستوري¹، وبعيدا عما وقع من خلافات فقهية بشأن أسلوب الإلغاء فكذلك القضاء الدستوري رحب بها وطبقها ولا يزال يعمل بها معتبرا لها نموذجا ناجعا من الرقابة ولم يتوقف ذلك على الدول المتبينة لنظام الرقابة الدستورية القضائية ، بل كذلك الدول المتبعة لنظام الرقابة السياسية كالمجلس الدستوري الفرنسي والذي تبعه في ذلك الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري الذي لم يقتصر في استخدام هذا الأسلوب في اطار مراجعته للنصوص التشريعية قبل صدورها ، بل كذلك وهو بمناسبة مراجعته لنصوص التشريعية عقب بلوغها مرحلة التطبيق مع تكريسه آلية الدفع بعدم الدستورية وإقراره إنشاء محكمة دستورية بدلا من المجلس الدستوري.

الفرع الأول: القرار بعدم الدستورية في نظام المراجعة الدستورية السابقة

الفرع الثاني: القرار بعدم الدستورية في نظام المراجعة الدستورية لاحقة

الفرع الأول: القرار بعدم الدستورية في نظام المراجعة الدستورية السابقة

قلنا أن المحكمة الدستورية تتعامل مع مشكلة عدم الاختصاص السلبي بأساليب مختلفة لا تتوقف على التحفظات التفسيرية فقد تواجهها عن طريق إقرار عدم دستورتها وهي بمناسبة ممارستها لرقابة الوقائية، وذلك تبعا للمشكلة التي تعترى النص التشريعي وخطورتها ، فإذا كانت مشكلة تعيب بعض أحكام القانون اكتفت بإعلان عدم دستورية الجزء المعيب منها ، وهو ما يفتقر عليه الحال إذا كانت المشكلة غير متعلقة بقاعدة بذاتها بل تخص النص التشريعي بأكمله اعتمدت المحكمة الدستورية أسلوب القرار بعدم الدستورية الكلي، وبالرغم من اختلاف أنواع هذا النموذج من الحكم بعدم الدستورية يبقى هدف هذا النموذج واحدا وهو إعدام الأحكام التشريعية أو نصوص التشريعي المخالفة لدستور، وذلك ما سنخرج إليه في هذه الجزئية بالتطرق على النحو التالي :

أولا: الإلغاء الجزئي للنصوص التشريعية قبل صدورها

في حالة أسلوب الإلغاء الجزئي أو ما يعرف بالحكم بعدم الدستورية الجزئي² ، يبرز الدور السلبي للمحكمة الدستورية من خلال حذفها لما أعيب من الأحكام التشريعية بالمخالفة الدستورية وإبقائها على ما طابق منها الدستور في النص التشريعي الذي هو بحوزتها والمطابق جزئيا للدستور من دون تصحيحه سواء بالإضافة أو بإعادة صياغته أو باستبداله ، إذ يكتفي القاضي الدستوري بالنطق بعدم المطابقة

¹-Konrad Lachmayer: CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL "LEGISLATEUR POSITIF " Austrian National Report XVIII international congres of comparative law Washington ,july2010. P250

²- يقصد بالحكم بعدم الدستورية الجزئي: " ينصب منطوق الحكم بعدم الدستورية على جزء من النص التشريعي المطعون عليه أو على فقرة أو عبارة منه أو على أحد أبعاد القاعدة القانونية التي يتضمنها النص " ، أحمد فتحي سرور:

المرجع السابق، ص 300

الجزئية لنص¹، عقب تفسيره لنص ويستخرج الجزء المخالف منه لدستور لإزالته من النص المعيب²، وهي القاعدة التي اعتاد المجلس الدستوري الجزائري على تطبيقها أثناء مراجعته للقوانين، ويبقى ذلك رهن موافقة رئيس الجمهورية الذي بإمكانه أن يصدرها من دون القواعد المعيبة القابلة للفصل عن بقية القواعد القانونية من ذات القانون، أو يرجعها إلى البرلمان لإعادة النظر فيها حسب ما هو منصوص عليه في المادة 2 في فقرتها 2 من النظام الداخلي لمجلس الدستوري الجزائري سابقا³، وهو ما كرسته المادة 6 النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، بإلزامها إرجاع النص التشريعي المراقب إلى الهيئة المخطرة في حالة عدم قابليته الحكم التشريعي المتعارض والدستور للفصل⁴.

فلو تمعنا قليلا في نص هذه المادة لوجدنا أن من ستتولى عملية الحذف المادة غير المطابقة لدستور ليس الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية بحد ذاته والذي يبدو أن دوره متوقف على تحديد العنصر المخالف والنطق بعدم دستوريته، طالما أن رئيس الجمهورية هو من يملك الخيار بين إصدار النص من دون ذلك الحكم المخالف لدستور أو إرجاعه للبرلمان لاستبداله في الحالة الأولى في حالة قابلية الحكم التشريعي المخالف لدستور للفصل.

أما في حالة عدم قابلية المادة القانونية المخالفة للدستور الفصل لترابطها ببقية أحكام القانون التي لن يستقيم معنى القانون إذا ما تم حذفها⁵، فإن النص كاملا سيستبعد ولا يلغى من طرق القاضي الدستوري إذ يعاد إلى الجهة المخطرة المتمثلة في رئيس الجمهورية⁶، إلى حين أن تتولى السلطة التشريعية تصحيحها أو إصدار قانون جديد موافق لدستور⁷، مما يعني في الحالة الثانية أن تطبيق الإلغاء من البرلمان لنص المخالف لدستور ليس أمر مؤكد الوقوع، فالمهم أن لا يصدر النص بطلته الأولى المخالفة لدستور، كما أن النص سيعاد مرة أخرى إلى الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية إذا تم تصحيحه أو تغييره وفي جميع الأحوال هنا يبدو الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية طرفا ثالثا مساهما بآرائه وقراراته إلى جانب البرلمان والسلطة التنفيذية في إنتاج وإخراج النصوص التشريعية .

وبالمحصلة لا نوافق ما ذهب إليه كالفقيه "favoreu" الذي ذهب إلى القول بأن إخضاع النصوص التشريعية قبل صدورها لرقابة السابقة يجعل النص المراجع محل سلطة تقديرية للمحكمة الدستورية أولا لصعوبة الكشف عما يعتريه من عيوب قبل نفاذ النص، وثانيا لأن آراء القاضي الدستوري في النص

¹- مريم بلبكري ، مصطفى بن جلول، المرجع السابق، ص 299

²-Thomas Bustamante .CONSTITUTIONAL COURTS AS NEGATIVE LEGISLATORS: THE BRAZILIAN CASE, Artícel recibido: 04/11/2010 Aprobado:30/11/2010 <https://journalusco.edu.co> P26,27

³-المادة 2، النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري، المرجع السابق، ص 3

⁴-المادة 6، النظام المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، المرجع السابق، ص 5

⁵- فاتن سليمان فهد الطخيم، المرجع السابق، ص 88

⁶-المادة 4، 5، النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، نفس المرجع، ص 3

⁷- فاتن سليمان فهد الطخيم، نفس المرجع، ص 88

الخاضع للمراجعة الدستورية آراء مجردة لإخضاعه لتفسير غالبا ما يستند فيه إلى آراء وقرارات سابقة له أو إلى قواعد قانونية متسمة بالتجريد.¹

نبررئينا بما ذهب إليه الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري في احدى قراراته (ونظرا لأنه ليس من اختصاص المجلس الدستوري التدخل في تحديد الشروط القانونية الخاصة بممارسة الحريات والحقوق الأساسية للمواطنين، إلا أنه يعود إليه بصفة خاصة السهر على مطابقتها للمبادئ الدستورية)، إن المادة 54 الفقرة 2 في شكلها ومضمونها لا تقيد حق المرأة المتزوجة في التصويت، لكنها أنشأت إمكانية التصويت بالتبادل للزوجين مما يتعارض مع مبدأ الممارسة الشخصية للحق الانتخابي الذي يعتبر أساسا حقا سياسيا حيث أن هذه الممارسة لا تتوافق في الحدود القصوى لشروطها القانونية إلا مع الطابع الاستثنائي للوكالة، وبناء على ما تقدم فإن الفقرة 2 من المادة 54 المحالة للمراقبة الدستورية ليست متطابقة مع أحكام المواد 28 في خرها و 68، 47، 31، 30، و 95 من الدستور.²

ومثال ذلك ما نستشفه قراره رقم 16/ق.م.د/21 المؤرخ في 10 مارس 2021 المتعلق بمراقبة دستورية الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات "واعتبارا أن القانون العضوي بنقله لنص الفقرتين 2 و 3 من المادة 95 من الدستور، وإدراجها ضمن نص المادة 275 الفقرتين 2 و 3 منه، يكون قد أخل بالمبدأ الدستوري لتوزيع الاختصاصات ومن ثمة تعتبر الفقرتان 2 و 3 من المادة 275 من الأمر المتضمن القانون العضوي موضوع الإخطار، غير دستوريتين"³

الملاحظ أن المجلس الدستوري الجزائري لم يتلفظ بمصطلح الإلغاء كما أنه لم يعلق أيا من دستورية هذه الأحكام على أي تحفظ تفسيري، وكل ما قام به إعلانه لعدم دستورية هاتين الفقرتين لتتولى السلطات المعنية حذفها أو تعديلها حسب الحالات المذكورة أعلاه إذا كان إلغائها مؤثرا أو غير المؤثر على بقية الأحكام، وذلك ما نلتمسه في رأي رقم 01/ ر م د / 12 (أن تجريد المنتخبين من عهدتهم الانتخابية لا علاقة له بانتمائهم الحزبي، وعليه فإن المطعة 4 من المادة 73 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، تعتبر غير مطابقة للدستور).⁴

من خلال ما سبق يمكن القول أن معظم الأحكام المقررة لعدم الدستورية في نظام المراجعة الدستورية السابقة في الجزائر قد صدرت لإبطال حالات الإغفال التشريعي، إلا أن ذلك لا يعني أن هذا الأخير لم يسبق وأن اصدر قرار يقرر من خلاله عدم دستورية نص تشريعي بأكمله وأن كان ذلك أمر نادرا في نظام سوابق المجلس الدستوري الجزائري، وأمثله قلة قليلة، وذلك ما سنتناوله من خلال

¹ - زهرة كيلالي، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، المرجع السابق، ص 192

² - قرار رقم 4-ق م د / 91، المؤرخ في 28 أكتوبر 1991، المتعلق بالفقرة الثانية من المادة 54 من القانون رقم 91-17.

³ - قرار رقم 16/ق.م.د/21، المؤرخ في 10 مارس 2021، المتعلق بمراقبة دستورية الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات.

⁴ - رأي المجلس الدستوري، رقم 01/ ر م د / 12، المؤرخ في 8 يناير 2012، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور.

الإجابة على التساؤل عن الحالات التي لم يكتفي فيها المجلس الدستوري الجزائري بإقرار عدم دستورية الأحكام المعيبة بعدم الاختصاص السلبي بإقرار عدم دستورية النص التشريعي ككل ؟ والاستشهاد بأمثلة على هذه القرارات بالتحليل على النحو التالي:

ثانيا-الإلغاء الكلي للنص التشريعي قبل صدوره

سبق و أن قلنا أن القرار بعدم الدستورية أو ما يسمى بالأحكام الاستئنافية ليست بأحكام توجيهية للمشرع لتصحيح ما في النص التشريعي من عيوب، لتولي المحكمة الدستورية معالجتها بقرار تفصح من خلاله حذف الجزء المعيب بالإغفال فقط مع الإبقاء على النص السليم¹، لأن المحكمة الدستورية أنشأت لمراجعة النصوص التشريعية و إبطال ما خالف منها الدستور وما كان منها منتهكا لحقوقيات الأفراد وصولا إلى العدالة الدستورية²، من خلال استئصالها للقواعد القانونية المخلة بالدستور من الترسانة القانونية وتجريدها من قوتها الإلزامية و إعدام أثارها³، عن طريق إصدارها بالحكم بعدم الدستورية⁴.

وبالرجوع إلى قرارات الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية يتضح أنه قد اعتمد أسلوب القرار بعدم الدستورية أثناء مراجعته لمطابقة القواعد القانونية لدستور، إذ لم يظهر في جل المناسبات مشرعا سلبيا ناطق لعدم الدستورية بعض المواد المخالفة لدستور، بل بلغ به الأمر إلى إقرار عدم دستورية قانون بأكمله، ومبرره في ذلك لم يكن اشتغال النص التشريعي المراجع لمواد قانونية غير الدستورية وغير القابل للفصل عملا بما ورد في المادة 2 الفقرة 1 التي تنص على أنه "إذا صرح المجلس الدستوري أثناء فصله في دستورية القوانين العضوية، إن القانون العضوي المعروض عليه يتضمن حكما غير الدستوري، و لا يمكن فصله عن باقي أحكام هذا القانون، لا يتم إصداره"⁵.

بل لتعلق الأمر بانتهاك القانون المرأب بمجمل قواعده لمبدأ الفصل بين السلطات لتجاوز الهيئة التشريعية لنطاق مجال اختصاصها اختصاص سلطة وقد تصدى المجلس الدستوري الجزائي سابقا لمثل هذه الحالة بواسطة حكم الإلغاء، لإغفال المشرع لمبدأ الفصل بين السلطات

¹-صبيح وحوح الصباح العطاوي، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في تفسير نصوص الدستور دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2017. ، ص 235

²-Konrad Lachmayer : op.cit ,P251 . 255

³- فاتن سليمان فهد الطخيم، المرجع السابق، ص 86

⁴-الحكم الصادر بعدم الدستورية (حكم قضائي صادر في دعوى قضائية، وهو بهذه المثابة يخضع لقواعد نظرية الأحكام في قانون المرافعات المدنية شأنه شأن أي حكم قضائي، وذلك بما لا يتعارض وطبيعة الدعوى الدستورية، وتنتهي الدعوى الدستورية إلى طائفة القضاء العيني لتوجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعبء دستوري، توصلنا للحكم بعدم دستورتها أو إلى الحكم بدستورتها وبراءتها من جميع المثالب وأوجه البطلان)

حسن عمر شورش، سوزان عثمان قادر، الحكم الدستوري والأثر المترتب عليه المحكمة الاتحادية العليا في العراق نموذجا، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، العراق، العدد 1، 2017.، ص 41

⁵- المادة 2، النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الجزائري، المرجع السابق، ص 3

بتوسيعه لمجال اختصاصه بنصه على إنشاء جماعتين إقليميين لم يجز الدستور له بإنشائها ، أو بالأحرى لإصداره قانون ينظمها دون أن يسمح له الدستور صراحة بتنظيمها إلى جانب قانون الولاية والبلدية ، بسنه القانون الأساسي لمحافظة الجزائر الكبرى رقم 97-15 في قراره رقم 2/ق/أ/م د / 2000 المؤرخ في 27 فبراير 2000 ، ما أدى إلى إلغاء هذا القانون امتثالا لما جاء في منطوق قرار المجلس الدستوري الجزائري ، (إن المشرع حين أنشأ جماعتين إقليميتين تدعيان " محافظة الجزائر الكبرى و "الدائرة الحضرية و حدد قواعد خاصة لتنظيمهما وسييرهما وعملهما يكون قد خالف أحكام الدستور) ، ونصه (إن الأمر رقم 97-15 المحدد القانون الأساسي لمحافظة الجزائر الكبرى ، موضوع الإخطار غير الدستوري).¹

بناء على نص القرار السابق ذكره نرى أن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية قد أحسن بانتهاج هذا الأسلوب الذي يعد الحل الأمثل لمثل هذه الحالات التي لن تجدي التحفظات التفسيرية نفعا معها وهو ما ينفي القول أن القاضي بإصداره للحكم بعدم الدستورية يشترك في الوظيفة التشريعية للمشرع بأدائه لدوره كمشرع سلبي قبل صدور القانون يمنع تنفيذها ويعاد إلى البرلمان لتصحيح ما ورد به من أخطاء ويقرر ذلك بناء على سلطته التقديرية الواسعة التي قد تلجا إلى استخدام التحفظات التفسيرية أو رأي بإلغاء القواعد قانونية المخالفة لدستور² ، فليست كل القوانين التي يعلن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية عدم دستورتها تعاد إلى البرلمان لتصحيحها والدليل على ذلك هو إلغاء القانون السابق ذكره بمجرد صدور قرار يفيد بعدم دستوريته ، وبذلك لم يلعب الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري وهو بمناسبة ممارسته لرقابة الوقائية للقوانين دور المشرع الإيجابي بتصحيحه لما أعيب من المواد القانونية بالاختصاص السلبي ، بل علاوة على ذلك قد لعب دور المشرع الإيجابي بإعلانه لعدم دستورية القوانين وإلغائها.

الفرع الثاني: إلغاء الأحكام التشريعية في نظام المراجعة الدستورية اللاحقة

تعتبر رقابة الإغفال التشريعي من أكثر نماذج الرقابة ابتكارا وسيطرة على انتظام الترسنة القانونية للدولة من الاغفالات التشريعية المتكبدة من السلطة المسؤولة عن سن التشريعات³ ، ناهيك على كونها "ضمانة هامة للحريات وعدم وجودها يؤدي إلى عظيم الإخطار" على حد تعبير الأستاذ "كوليار"⁴، ومع ذلك فإن إلغاء القوانين إن كان قبل صدورها من الإجراءات التكميلية لإجراء سن النصوص التشريعية، فهو

¹-قرار المجلس الدستوري، رقم 02/ق/أ/م د / 2000، المؤرخ في 27 فبراير 2000، المتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97-

15، المؤرخ في 31 ماي 1997، المحدد للقانون الأساسي لمحافظة الجزائر الكبرى

²-حساني محمد منير، أثر الاجتهاد الدستوري على العمل التشريعي للبرلمان، المرجع السابق، ص 183، 184

³ - Konrad Lachmayer : op.cit ,P251

⁴ - باسل عبد الله محمد باوزير، دور القضاء الدستوري في تطوير مفهوم الحقوق والحريات الأساسية دراسة مقارنة،

مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة البيت، الأردن، 2008، ص 55

عقب تطبيقها خلاف ذلك أمر خطير لسريانها وإنتاجها لأثارها لا يعد من إجراء سن النصوص التشريعية أو تصحيح ما يعتريه من أخطاء ومخالفات.¹

وعلى أية حال فإن الأحكام الناطقة بعدم الدستورية المتخذة في إطار الرقابة اللاحقة لتصدي عدم الاختصاص السلبي المخل بالحقوق والحريات جزئية، لتعلقها بأحكام تشريعية فهي تلغي أحكام تشريعية وليس نص تشريعي ككل، فالأولى لأنها تنصب على حكم تشريعي ، بينما الثانية في الرقابة السابقة لأنها قد تنصب على قاعدة قانونية أو نص تشريعي بأكمله خاضع لمراجعة دستورية إجبارية أو اختيارية كما سبق ذكره، وهو عادة ما يصدر لإلغاء قواعد قانونية معيبة بالإغفالات التشريعية سواء لمبدأ المساواة أو مبدأ التناسب التشريعي حسب ما يثبت عن قرارات الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري المجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا.

أولا: القرار بعدم دستورية الأحكام التشريعية المخلة بمبدأ المساواة

من خلال استقراء قرارات الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية القاضية بعدم دستورية الأحكام التشريعية المنتهكة للحقوق والحريات المطعون ضدها عن طريق آلية الدفع بعدم الدستوري قد تم تحديد سبب عدم الدستورية بإغفال المشرع لمبدأ المساواة ، أن القاضي الدستوري الجزائري لدى تفحصه لدستورية الفقرة الأولى والثانية من المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المطعون فيها بعدم الدستورية، وجد أن المشرع قد خالف الدستور وبالتحديد المادة 165 المقررة لحق التقاضي على درجتين بسنه لأحكام تشريعية قائمة على التمييز لإغفالها لمبدأ المساواة ، بمنحه لفئة حق التقاضي دون الأخرى من غير أساس دستوري ، مما أدى بالنتيجة إلى الانتقاص من حق التقاضي على درجتين ومنع مجموعة من المواطنين الجزائريين من ممارسة هذا الحق ، بسبب شرط مجحف قد وضعه المشرع لا يسمح لمن لا تفوق قيمة دعاويهم 200.000 دينار بممارسة حقهم في الطعن بالاستئناف ضد الأحكام القضائية الصادرة ضدهم ، وهو قرار صائب مؤسس يدين عدم الاختصاص السلبي للمشرع.²

ونرى أن المشرع في هذا الحكم التشريعي المعيب بالإغفال لم يخل فقط بمبدأ المساواة، بل كذلك بحق التقاضي على درجتين، والفضل في اكتشاف هذا الخلل يعود إلى آلية الدفع بعدم الدستورية فبعد العديد من السنوات من تطبيق هذه المادة على العديد من القضايا، تم اكتشاف موضع الخلل الذي احتوته المادة المطعون ضدها والسابق ذكرها بعد تطبيق هذه الآلية، والملاحظة

¹-زهرة كيلالي، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، المرجع السابق، ص196

²-قرار المجلس الدستوري، رقم 01/ق.م د/د ع 21، المؤرخ في 10 فبراير سنة 2021

الأخرى التي نضيفها هنا أن القاضي الدستوري لم يذكر في نص قراره صراحة وجود عيب الإغفال أو عدم الاختصاص السلبي للمشرع بل عبر عنه بطريقة ضمنية.

لم يكتفي المشرع بالإخلال بحق التقاضي على درجتين في المسائل المدنية، بل كذلك قد أثبت في المادة الجزائية المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية أنه قد وضع شروطا تمييزية تمنع العديد من الأفراد من ممارسة حقهم في الطعن بالاستئناف، ويبدو ذلك جليا من هذا القرار الصادر عن المجلس الدستوري الجزائري رقم 01/ق.م د/د ع د/19.¹

الذي يتضح لنا جليا من خلاله، أن المشرع فعلا لم يكن منصفًا في تنظيمه لحق التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية كما فعل بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية وبالتحديد مادة الجنح بقصره ممارسة هذا الحق على بعض المتقاضين الذين قد صدر ضدهم حكم قضائي يفضي بعقوبة حبس أو غرامة مالية تتجاوز قيمتها مبلغ 20.000 دينار جزائري، وحرمان بقية المتقاضين الذين لم يستوفون هذا الشرط من ممارسة حق الاستئناف، وهو شرط مخالف لدستوريتنا في وما يقتضيه مبدأ المساواة وبالتالي فهو حكم تشريعي يستحق الإلغاء لإغفال مبدأ المساواة.

وقد أصاب القاضي الدستوري الجزائري صنعا بإقرار إلغاء هذا الحكم التشريعي لتناقضه مع نص المادة 160 من التعديل 2016 التي منحت المشرع الاختصاص في تنظيم هذا الحق حسب ما ورد في نص المادة المذكورة في الفقرة الثانية (يضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ويحدد تطبيقها)²، إلا أن المشرع لم يمثل للالتزام الدستوري الموجه له في نص هذه المادة بتقيده لممارسة حق التقاضي على درجتين بإدراجه لاستثناءات مجحفة، أدت إلى تضيق ممارسة حق التقاضي على درجتين الذي تم قصره على بعض العقوبات المقررة لبعض الجنح دون سواها، ما تسبب بالانتقاص من هذا الحق الذي أقره الدستور لكافة الأفراد دون أي استثناء، والتي لو أراد الدستور إقرارها للبعض لكان قد أقرها صراحة ما يوصفها بالعمل التشريعي المخالف لدستور.

ومما لاشك عندنا أن ممارسة القاضي الدستوري الجزائري لرقابة الدفع بعدم الدستورية سيعطي دافعا عمليا لممارسة هذه الرقابة رقابة الإغفال التشريعي وتقديم المزيد من الشكاوي ضد أي حكم تشريعي أو تنظيمي يغفل مبدأ المساواة، غير أن القرارات الدستورية الفاصلة في الدفع بعدم الدستورية متسمة بالشح، ما يؤدي إلى إفلات العديد من الأحكام التشريعية المعيبة بعدم الاختصاص

¹-قرار المجلس الدستوري، رقم 01/ق.م د/د ع د/19، المؤرخ في 20 نوفمبر سنة 2019

²- المادة 160، التعديل الدستوري 2016، المرجع السابق، ص 20

السلبي للمشروع والمخلة بمبدأ المساواة من قبضة القضاء الدستوري الجزائري مقارنة بما يصدر عن المجلس الدستوري الفرنسي بالمقارنة مع ما يصدر عن هذا الأخير الذي يصدر مئات من القرارات سنويا ولعل السبب في ذلك هي تلك التجربة الجزائرية الفتية في هذا المجال أو القيود القانونية التي تحيط بالية الدفع بالجزائر، أم العدد القليل من الدفوع التي يتلقاها المجلس الدستوري والذي نأمل أن تكون مجرد مرحلة عابرة، إذ نلتزم الأفضل لمحكمةنا الدستورية الجزائرية.

والجدير بالملاحظة أن قرارات القاضي الدستوري الجزائري الفاصلة في الدفع بعدم الدستورية انه لم يستعمل مصطلح عدم الاختصاص السلبي للمشروع صراحة كما قلنا، كما فعل المجلس الدستوري الفرنسي في قراراته الفاصلة في المسألة الأولية الدستورية نذكر منها على سبيل المثال: قراره رقم 1035-2022 المؤرخ في 10 فبراير 2023 (ستبطل الحكم التشريعي المطعون بعدم دستوريته بسبب عدم الاختصاص السلبي)¹، وفي قراره رقم 1028 /1027-2022 (أن الحكم التشريعي المتنازع عليه غير مشوب بعدم الاختصاص السلبي وبناء على ذلك فانه لا ينتهك الحقوق والحريات المكفولة في الدستور)².

نستخلص من خلال ما سبق أن قرار الإلغاء الصادر عن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري المجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا قد جاءت لإدانة حالة الإغفال التشريعي لمبدأ المساواة دون غيره وهو ما يعيب هذه الرقابة.

ثانيا: القرار بعدم دستورية الأحكام التشريعية المخلة بمبدأ التناسب التشريعي

إننا لو نظرنا بتمعن لوجدنا أن مبدأ التناسب في الواقع مبدأ ذو بعدين مختلفين يقوم أحدهما على التوافق والانسجام بين ركني المحل والسبب أي بين المسألة التي يتمحور حولها القانون والدافع من وراء سن البرلمان له، أما البعد الثاني فيتجلى في التناسق أو التوافق بين الغاية المنشودة من إصدار القانون والمتمثلة في الوسائل المتخذة لتحقيق المصلحة العامة وموضوع التشريع المتجسد في حقوق وحريات

¹-Decision n 2022-1035, QPC, du 10 fevrier 2023

²- Decision n 2022-1027/1028, QPC ,du 9 decembre2022

الأفراد¹، مع حصول توافق بين ما تناوله القانون المنظم للحقوق والحريات وبين النص الدستوري المقرر لها².

ويجدر بنا القول أن لمبدأ التناسب عناصر ثلاثة لا غنى عنها يحضر إغفالها أثناء وضع القيود على الحقوق والحريات، تتجلى في ملائمة القيود للهدف الذي وضعت من أجله ، إذ لا بد أن لا يتم إعلان منع السباحة إلا بعد الجزم من تحقيق هذا الإجراء للمصلحة العامة، ومن أنها قيود لا غنى عنه لتجلي الهدف على ارض الواقع ، و ما من أنها وسيلة وحيدة للوصول إليه بأقل ضرر وعدم وضعها بشكل مبالغ فيه بان تكون أثارها السلبية التي تلحق حقوق وحريات الأفراد موازية لنتائجها الإيجابية، على سبيل المثال أن تكون الآثار السلبية المترتبة على حظر السباحة موازية لأثاره الإيجابية والمتمثلة في الحفاظ على الصحة العامة³.

إن مراعاة المشرع لجميع هذه العناصر قبل مباشرته لتقييد من شأنها تجنبه المساس بجوهر الحق كما من شأنها أن التأكيد على دستورية التقييد، فضلا على مراعاة تحقيق التناسب فيما بينها وبين وما تطلبه المصلحة العامة ; تسخير الحماية اللازمة للحقوق الأساسية للإفراد من كل أثر سلبي يحدثه للتشريع⁴.

فإن تضررت حقوق وحريات الأفراد بسبب إغفال مبدأ التناسب فهنا بإمكان الأفراد الطعن أمام المحكمة الدستورية التي بدورها ستجري رقابة التناسب التشريعي التي تعد الحقوق والحريات الشخصية "كحق التنقل والأمن وحرمة المسكن وحرمة الحياة الخاصة والمراسلات والاتصالات " مجالا خصبا لها بإجراء المحكمة الدستورية موازنة بينها لتحقيق من وجود أو عدم وجود توازن بينها وبين القيود التي يفرضها المشرع لدواعي المصلحة العامة والأمن العمومي، هل أنها بنفس المقدار أم أن هناك اختلال في التوازن

¹ - حسين جبر الشويلي، الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية القانون، جامعة المستنصرية، العراق، 2008، ص 21، 27، 22.

² ساري جورجي شفيق، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في بعض الأنظمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 66، 2018، ص 8

³ - سلوى الحمروني، المرجع السابق، ص 25

⁴ - محمد مرسللي، الضمانات السياسية والدستورية والقضائية لحماية الحقوق والحريات الأساسية، اليوم الدراسي السابع، تدهور النص التشريعي البرلماني وأثره على حقوق وحريات الإنسان، جامعة الدكتور، مولاي الطاهر سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018، ص 15

¹، أو لمدى تحقق التناسب الحق محل الدفع والتدابير القانونية المتخذة من طرف البرلمان لتنظيمه ليقرر من ثمة مخالفته أو موافقته مخالفا لدستور.²

أو بتحقيقها من مراعاة المشرع لتناسب بين محتوى النص التشريعي ومضمون النص الدستوري لتقرر من ثمة عدم دستورية النص التشريعي، إذا ما ثبت لها عدم وجود توافق بينهما أو تقرر دستوريته في الحالة الأخرى إن ثبت لها تناسب النصين³، لتحديد ما إذا كانت القيود التي فرضها القانون على الأفراد في ممارسة حق من الحقوق ذو سند دستوري أم لا، بهدف حمايتها من أثر هذه القيود، سواء التي تصدر عن السلطة التي تتولى تنفيذ القوانين بمراسيم تنفيذية أم من السلطة التشريعية.⁴، ونعزز موقفنا بموقف المجلس الدستوري الجزائري سابقا من رقابة مبدأ التناسب لكن الذي نرى أنه قد لمح في قراره الصادرة سنة 2020 الفاصل في دستورية المادة 496 فقرة 6، وهو بمناسبة ممارسته لرقابة السابقة ذلك أن هذا الأخير لم يصدر إلى يومنا هذا، أي قرار يؤكد ممارسته لرقابة التناسب التشريعي وهو بمناسبة ممارسته لرقابة لاحقة في نصه على وجوب التزام المشرع بمبدأ التناسب أثناء تقييده للحقوق والحريات من خلال تأكيده على أن المادة 140 الفقرة 7 من الدستور بالرغم من أنها قد اعترفت بالسلطة التقدير الكاملة للمشرع فإنها لم تمكنه من وضع قيود استثنائية قد تقوض بالحقوق وحريات سواء أثناء تشريعه للمادة العقابية وهو بمناسبة تحديده للجرائم أو العقوبات، أو هو بصدد تنظيم حق الطعن بالنقض في قانون الإجراءات الجزائية بتحديد شروط أو إجراءات مجحفة فالتقييد مباح على أن يكون مراعيًا لمبدأ التناسب حتى يتحقق الهدف المراد منها وهو توفير الحماية للحقوق والحريات.⁵

وهو موقف صائب جاء لتأكيد ما جاء في الدستور أن للمشرع السلطة التقديرية النسبية في تنظيم الحقوق والحريات وتقييدها في إطار ما حدد في الدستور بما يتوافق ومبدأ التناسب الذي من الضروري أن تأسس عليه المادة الجزائية، إذ من الواجب المشرع أن يحدد ما هو مناسب من عقوبات للأفعال حماية لحقوق الأفراد وعدم المساس بجوهره.

أما حينما يتم الحديث عن مبدأ التناسب في المادة العقابية فالأمر غير مختلف عما سبق، فالجدير بالذكر أن التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة من شأنه تجريم بعض الأفعال وفرض عقوبات

¹- ساري جوجي شفيق، المرجع السابق، ص 111، 112

²-Al-Dulaimi Ahmed Oudah : op.cit, P50، 51

³- ساري جوجي شفيق، نفس المرجع، ص 9

⁴-Al-Dulaimi Ahmed Oudah : IBID, P50، 51

⁵-قرار المجلس الدستوري الجزائري، رقم 01/ق م د/د، 20، المؤرخ 6 مايو سنة 2020.

عليها متى استدعت الضرورة ذلك، شريطة أن يكون هناك تناسب بين الجريمة والعقاب حيث يقتضي التوازن وضع حدود للحقوق والحريات لممارستها من غير تقييدها تقييدا يمس بجوهرها¹.

و الواضح هنا أن مبدأ التناسب المشرع مبدأ ملزم على المشرع في الظروف العادية وغير العادية، أثناء صياغة للقوانين القانونية العقابية ما يقره من جرائم وما يحدده من عقوبات بالمصلحة العامة والنظام العام وحقوق وحريات الأفراد ولأن "حرية الأفراد تقف عند حريات الآخرين"، ذلك وقد نادى المجلس الدستوري الجزائري سابقا المشرع إلى تطبيق أحكام المادة 34 من الدستور وعدم إغفالها و مبادئها في الأحكام العقابية الواردة بالأمر المتعلق بحماية المعلومات والوثائق الإدارية بعدم تقييد الحقوق والحريات لخطورة الوضع عدى في الحالات التي حددتها المادة السابق ذكرها من الدستور.²

وعلى خلاف ما ذهب إليه المجلس الدستوري الجزائري الذي لم يكن موقفه واضحا من رقابة التناسب التشريعي لعدم إقراره لهذا المبدأ صراحة في رأيه كما فعل المجلس الدستوري الفرنسي حسب ما نلتمسه في العديد من قراراته، التي أعلن من خلالها عدم دستورية الأحكام التشريعية التي لم تحترم هذا المبدأ، والتي يبدو من خلالها أنه قد مارس فعلا هذه الرقابة و اتخذ منها موقفا إيجابيا نثمنه بإلغائه للأحكام التشريعية المخلة بهذا المبدأ، كقراره رقم 824-2021 تاريخ 5 اب 2021 قانون إدارة الأزمات الصحية الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي الذي أفصح فيه أن تقييد حرية المقابلة المنصوص عليها في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي 1789 في المادة 4 لمقتضيات ودواع المصلحة العامة، أو في الحالات التي يجيزها الدستور امر مسموح به للمشرع على أن يراعي هذا الأخير في تقييدها مبدأ التناسب بين التحديد الذي سيرد على الحق والهدف المنشود من التقييد.³

كما انتهى المجلس الدستوري الفرنسي في قراره 948-2021 الصادر في 24 نوفمبر 2021 الفاصل في المسألة الأولى المادة 11-130 قانون الطرق من القانون رقم 2019-1428 المؤرخ في 24 كانون الأول 2019 المتعلق بتوجيه التنقل على عدم تناسب إجراء حضر التنقل والهدف المبتغى منه لتأثيره على حريتي التعبير والتواصل لامتداده لاماكن خارج مكان تفتيش الشرطة⁴، وذلك هو الواضح من قراره الذي أعلن فيه دستورية الحكم التشريعي الذي تتضمنه الفقرة الثانية من المادة 2 القانون L.253-8 من قانون

¹- أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 566

²- قرار المجلس الدستوري رقم 24، /ق م د / 21، المؤرخ في 7 يوليو 2021، المتعلق بمراقبة دستورية الأمر المتعلق بحماية المعلومات والوثائق الإدارية

³- Decission n 2021-824, QPC du 5 avril, 2021

⁴- Decision n 2021-948 QPC, du 24 novembre 2021

الصيد في المناطق الريفية و البحرية لعدم مساسه بالضمانات القانونية المقررة للأفراد في العيش في صحة متوازية المضمون في المادة الأولى في ميثاق البيئة، وبحجية أن القيود التشريعية التي وضعها البرلمان جاءت للحفاظ على المصلحة العامة مع احترامها لشرط التناسب مع الهدف المتطلع إليه من التحديد للحق السابق ذكره.¹

وعليه فقد وفق المجلس الدستوري الفرنسي في الدفاع عن مبدأ التناسب أثناء ممارسته لرقابة التناسب بمناسبة فصله في المسألة ذات الأولوية الدستورية، إذ لم يقتصر فحسب على حالات الإخلال بمبدأ المساواة كما فعل المجلس الدستوري الجزائري، وحبذا لو انتهجت المحكمة الدستورية الجزائرية هذا النهج بتبنيها لرقابة التناسب التشريعي أثناء فصلها في حالات الدفع بعدم الدستورية.

المطلب الثاني: حجية وأثر القرار بعدم الدستورية في النظام القانوني الجزائري

في الحقيقة إن فاعلية أسلوب الإلغاء أو القرار بعدم الدستورية، له ارتباط وثيق الصلة بمدى حجيته وأثره، والسبب أن تمتعه بالحجية سيضمن له التنفيذ من قبل السلطات لتحقيق الأثر المنشود منه، أما في الحالة العكسية فلن يكون أسلوبا مجديا بتاتا، وهو ما قد تباينت آراء الفقه بشأنه من هذه الزاوية، سواء تعلق الأمر بمسألة تحديد حجية قرار عدم الدستورية أو تحديد زمن تطبيقه، وهو ما لم يكن محل اتفاق بين الدساتير المقارنة التي تباينت هي الأخرى في تحديد حجية قرار الإلغاء في الدعوى الدستورية أو النطاق الزمني لتطبيقه، وقد كان لدستور الجزائر حديثا موقفا لم يتبناه في البداية نظرا لما واجهه من إشكاليات جراء سكوته من هذه المسألة، وذلك ما سيكون لنا فيه نقاش فيه بالتعرض لما يلي:

الفرع الأول: حجية القرار الصادر بعدم الدستورية في النظام القانوني الجزائري

الفرع الثاني: أثر القرار الصادر بعدم الدستورية في النظام القانوني الجزائري

الفرع الأول: حجية القرار الصادر بعدم الدستورية في النظام القانوني الجزائري

تباينت الدساتير الجزائية بشأن حجية قرارات الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية، لعدم اتخاذ بعضها لموقف صريح أو ضمني بخصوص هذه المسألة قبل التعديل الدستوري 2016، ما كان وجهة انتقادات فقهية، انتهت باستجابة المؤسس الدستوري وإبداءه في النسخة المنقحة من التعديل الدستوري الصادرة 2016 موقفا بشأن هذه المسألة، وهو ما سنتعرض إليه على النحو التالي:

¹- Decision n 2020-809 QPC, du 24 decembre 2020

أولاً: موقف الفقه من حجية القرار الصادر في الدعوى الدستورية

اختلف الفقه بشأن حجية القرار بعدم الدستورية، فمنهم من اعترف لها بالحجية المطلقة ومنهم من أنكرك ذلك، وهو ما سنتطرق إليه للاتجاهات الفقهية المختلفة بشأن حجية الحكم بعدم الدستورية على النحو التالي:

1- القائلون بتمتع القرار بعدم الدستورية بالحجية المطلقة

عبر الفقه عن موقفه من القرارات التي تصدرها المحكمة الدستورية سواء المعلنة عن دستورية النص التشريعي أو المعلنة عن عدم دستورتها، بأنها قرارات ملزمة ونهائية ولها ذات الحجية، كما قد وقع اختلاف بين أصحاب هذا الاتجاه لتمييز بعض أنصاره بين القرارات بعدم الدستورية والقرارات المعلنة لدستورية بقول البعض منهم أن قرارات المحكمة الدستورية مختلفة من حيث الحجية إذ تتمتع القرارات المقررة لعدم الدستورية النص القانوني بالحجية المطلقة، بينما تحظى القرارات القاضية بدستورية النص القانوني بالحجية النسبية، إذ يجوز الطعن فيها مجددا لأسباب جديدة مختلفة عن الأسباب التي سبق التعرض لها و مخالفات أخرى غير تلك التي تم الفصل فيها، ولأن القرار بعدم الدستورية يلغي النص بينما يضل قائما حال الإقرار بدستورته¹، والقول أن القرار بعدم الدستورية لا يسري فقط على أطراف النزاع بل على الجميع على خلاف القرار الذي يقضي بدستورية النص التشريعي الذي يتمتع بالحجية النسبية، وتعليقهم لهذا القول أن مثل هذا القرار لا يعد النص التشريعي لأن أثره مقتصر على المتنازعين وهو ما يمكن للأفراد من الطعن بعدم دستورته ضده مجددا².

أما الأحكام الرافضة لدعوى الدستورية يقول الأستاذ رجب حسن عبد الكريم (إن الأحكام القاضية بالرفض فإنها لا تمس قوة نفاذ النص ويستتبع ذلك أن حجيتها قاصرة على أطرافها فقط وهو الأمر الذي تنتفي معه العلة والحكمة من التزام جميع جهات القضاء من مراعاتها)³، وخلافا لهذا الرأي يذهب بعض الفقهاء إلى القول أن قرارات المحاكم الدستورية، القائمة لمواجهة النصوص التشريعية المتنازع عليها والمعيبة بخلل دستوري، تحظى بالحجية المطلقة التي تجعل أثرها غير منحصر على أطراف الدعوى المرفوع ضدها، وإنما الكافة بما فهم سلطات الدولة، في الحالتين معا سواء قد خلصت إلى عدم دستورية النص التشريعي المتنازع عليه أو خلصت إلى دستورته⁴، كما يذهب أحد الباحثين معلقا على هذه

¹- أحمد أبو صباح، حجية حكم المحكمة الدستورية وتنفيذه، مجلة جامعة النجاح للأبحاث العلوم الإنسانية، الأردن، مجلد 32، العدد6، 2018، ص1150

²- يعي الجمل، المرجع السابق، ص 223

³- رجب حسن عبد الكريم، الإطار الدستوري لأثر وحجية حكم المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مصر، المجلد7، العدد2، 2021، ص 34

⁴- رجب حسن عبد الكريم، نفس المرجع، ص35

المسألة (أن الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية له حجية عامة مطلقة تجاه الجميع سواسية لذات الأسباب الموضوعية التي رفضت على أساسها ، و بالتالي يجب تنفيذها دون أي تعقيب عليها).¹

وعلى هامش ذلك يضيف أصحاب هذا الاتجاه بالقول أنه حال صدور تعديل دستوري جديد غير الذي وضع الحكم التشريعي العديم الدستورية في ظلّه وقت فترة سريانه، فلا يمكن للمحكمة الدستورية تعديله في ظل الدستور الجديد طالما أن الحكم بعدم الدستورية ملزم للجميع بما فهم المحكمة الدستورية ولأن أحكام المحكمة الدستورية تبقى ذا حجية مطلقة²، كما يضيف أحد المساندين لهذا الرأي قولا أن الحجية المطلقة تشمل الأحكام الفاصلة في الموضوع دون غيرها من الأحكام الفاصلة في الشكل سواء المتعلقة بعدم مراعاة المواعيد المحددة أو مخالفة إحدى الإجراءات القانونية اللازمة.³

2- القائلون بعدم تمتع القرار الصادر في الدعوى الدستورية بالحجية

من جهة أخرى ينفي اتجاه فقهي آخر تمتع الأحكام بعدم الدستورية بالحجية المطلقة ، بقولهم أنه بإمكان المحكمة الدستورية الفصل في دستورية حكم تشريعي سبق و أن أعلنت عدم دستوريته بحكم آخر قد تقضي من خلاله بدستوريته إذا ما تم إعادة تشكيل المحكمة بتشكيلة أخرى لها رأي مختلف عن رأي من سبقوها في حالة ما إن رأت المحكمة أن مراجعة هذا النص أمر لا بد منه للفصل في دستورية النص المحال إليها عن طريق الدفع ، و هو ما ينطبق حينما يصدر تعديل دستوري جديد⁴ ، ومؤدى ذلك أن الحكم بعدم دستورية لا يحتوي أمرا من المحكمة الدستورية بإلغاء النص التشريعي المعلن عدم دستوريته، لأن من يتولى إلغائها هي السلطة صاحبة الولاية بالتشريع ، وترتبا على ذلك يعطل الحكم التشريعي المخالف لدستور و يوقف نفاذه لإلزامية الحكم بعدم الدستورية ، إلى أن تتولى السلطة التشريعية بإصدار نص تشريعي جديد موافق لدستور و ما جاء في حكم المحكمة.⁵

أمام هذه الاختلافات الفقهية نساير الراي الفقهي الأول بالقول لحكم بعدم الدستورية الحجية في مواجهة السلطات لاسيما أن اعترف الدستور بإلزاميتها المطلقة وعلى أنها أحكام نهائية لا يجوز الطعن فيها، ولمعرفة مدى إلزامية الأحكام بعدم الدستورية في النظام الدستوري الجزائري سنتعرض إلى موقف كل من الدستور والمحكمة الدستورية الجزائية فيما يلي:

¹ - أحمد أبو صباح، المرجع السابق ، ص 1150

² - عبد الحلیم قاسم محمد العبيدي، طبيعة الدعوى الدستورية دراسة مقارنة في القضاء الدستوري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة الأنبار، العراق، 2011، ص 159

³ - رجب حسن عبد الكريم، المرجع السابق، ص 36

⁴ - عبد الحلیم قاسم محمد العبيدي، المرجع السابق، ص 158

⁵ - إسلام رفيق محمد، الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا دراسة فقهية تطبيقية نقدية، المؤتمر العلمي الأول، دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 1998، ص 380

ثانيا: موقف الدستور والمحكمة الدستورية الجزائرية من حجية القرار بعدم الدستورية

تم القول أن فاعلية الأحكام بعدم الدستورية تأخذ مصدرها من حجيتها وأثرها متى منحت لها الدساتير الحجية المطلقة، لاقت قرارات القضاء الدستوري تجاوبا من السلطات بالاستعجال بتنفيذها وما إن خلت الدساتير من نص مقرر لحجيتها ، أصبحت قرارات المحكمة الدستورية الناطقة بعدم الدستورية غير الهادفة وجودها من دون معنى، لذا اتجهت اغلب الدساتير إلى منح قرار المحكمة الدستورية الناطقة بعدم الدستورية الحجية ، وهو ما فعله الدستور الجزائري ،فما هي الحجية التي منحها الدستور الجزائري لهذه الأحكام فهل تتمتع بالحجية المطلقة أم النسبية، وهو ما سنوضحه من موقف الدستور والمحكمة الدستورية الجزائرية على النحو التالي :

1-موقف المؤسس الدستوري الجزائري من حجية القرار الصادر في الدعوى الدستورية:

الواضح أن الدستور الجزائري بأغلب تعديلاته قد اعترف لقرارات وأراء الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري بالحجية ،عدا دستور 1963 الذي اكتفى بالنص على تشكيلة المجلس الدستوري واختصاصاته¹ ، وكذلك دستور 1976 علاوة على دستور 1889 اكتفى بتحديد نطاق الزماني لتطبيقه دون الاعتراف له بالحجية المطلقة أو النسبية في الباب الثالث المعنون بالرقابة والمؤسسات الاستشارية في الفصل الأول ، كذلك دستور 1996 سكت ولم يحدد ماهي حجية قرارات وأراء المجلس الدستوري في المادتين 168 و169²، وهو ما لم يغفل عن ذكره التعديل الدستوري 2016 في المادة 191 في فقرته 3 بنصه على " أن أراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية"³، وهو ما أعادت تكريسها المادة 198 في فقرتها 5 من التعديل الدستوري 2020.⁴

ويرجع إقرار تحديد المؤسس الدستوري الجزائري لحجية قرارات المجلس الدستوري الجزائري كما سابق وأن قلنا إلى أن عدم تحديد أحكام الدستور في البداية إلى ماهي حجية قراراته وأراءه، الأمر الذي أدى بالنتيجة إلى الطعن فيها، ومن أشهر قراراته التي تعرضت للطعن قرار رفض الترشح الصادر في حق المترشح للانتخابات الرئاسية السيد محفوظ نحناح، الذي تقدم بالطعن ضد هذا القرار أمام مجلس الدولة، الذي لم يقبل الطعن لخروج المسألة عن مجال اختصاصه⁵، وهو ما تداركه المؤسس الدستوري لاحقا، بمنح قرارات وأراء المجلس الدستوري القوة الإلزامية والنص على عدم قابليتها للمراجعة مرة ثانية، وبالرغم من

¹ -المادتين 63 و64، دستور 1963

² -المادتين 159.158، دستور 1989

³ -المادة 191، فقرة 3، التعديل الدستوري 2016، المرجع السابق، ص 23

⁴ - أنظر المادة 198 الفقرة 5، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 41

⁵ -عمار عباس، دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان مبدأ سمو الدستور، مجلة المجلس الدستوري، الجزائر، العدد الأول، 2013، ص 83

ذلك قد امتنع البرلمان عن تنفيذ بعض قرارات المجلس الدستوري، كقراره القاضي بعدم دستورية المادة القانونية التي تستدعي توافر الجنسية الجزائرية لمؤسسي الأحزاب السياسية لإغفالها مبدأ المساواة بإدراجه لذات المادة القانونية المعلن عدم دستورتها مسبقا بقرار مرة أخرى.¹، تعد خطوة جريئة قد أقدم عليها الدستور الجزائري باعترافه لأزاء و قرارات هذا الأخير بالحجية في المادة المذكورة أعلاه، والمستساغ منها أن المادة التشريعية المراجعة عديمة الأثر بمجرد صدور قرار المحكمة الدستورية المعلن بعدم دستورتها بعدم تطبيقها من الجهات القضائية المختلفة دون استثناء على سائر القضايا التي ستفصل فيها لاحقاً.² فضلا على أن ذلك لا ينكر أن النص على حجيتها من طرف المؤسس الدستوري الجزائري اعتراف بقوة قراراته التي لن تقبل النقاش من سائر السلطات وكل الجهات القضائية والأفراد، إذ لا يجوز الطعن بعدم دستورتها مرة أخرى تشكيكا في صحتها³، كما يمنع ذلك على السلطة التنفيذية بصفتها المسؤولة عن تنفيذ الحكم التشريعي الذي قد أفصحت المحكمة الدستورية بعدم دستورته، وذات القول ينطبق على السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص في التشريع وصاحبة الولاية في تعديله ليتفق معناه والنص الدستوري أو حذفه من النظام القانوني.⁴

فالواضح أن للقرار الصادر بعدم دستورية المادة القانونية وفقا لما ورد في الدستور الجزائري له الحجية التي من شأنها أن تعدم النص التشريعي بعدم إجازته لسلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية تطبيقه نهائيا بعد صدور هذا القرار من الجهة الرسمية أو التشكيك في دستورته، بالاعتراض على صحته مجددا أمام المحكمة الدستورية لحياسة حكم المحكمة لحجية الشئ المقضي فيه⁵، وهو الالتزام الدستوري الواقع على عاتق الهيئة التشريعية بأن لا تتحجج أو تعمل بما يخالفه، بل تعمل على تنفيذه في جميع الحالات بوضع قانون جديد في حالة عدم دستورته القانون بمجمل أحكامه أو استبدال الحكم التشريعي العديم الدستورية بنص آخر مطابق لدستور ما إن اضطر الأمر وجوده تجنباً لوقوع أي فراغ في النظام القانوني.⁶، بما يتلاءم وما جاء في حكم المحكمة إذا كانت أحكامه مرتبطة بالنص القانوني المعلن مخالفته لدستور والالتزام به فيما ستصدره لاحقا من نصوص تشريعية وهو ما يجب على السلطة التنفيذية تنفيذه

¹ - عمار عباس، المرجع السابق، ص 83

² - ليث كمال نصرابين، رقابة المحكمة الدستورية على القوانين والأنظمة في الأردن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون الجامعة الأردنية، مج 43، العدد 3، 2016، ص 199

³ - أحمد أبو صباح، المرجع السابق، ص 1151

⁴ - عبد الحليم قاسم محمد العبيدي، المرجع السابق، ص 157

⁵ - عثمان الزباني، المواطن والعدالة الدستورية حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل الفصل 133 من دستور 2011، مجلة الحقوق سلسلة المعارف القانونية، العدد 21، 2014، ص 90

⁶ - أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 310

بالغاء ما صدر عنها من نصوص تنفيذية لهذا النص وتعديل ما يرتبط به من نصوص تنفيذية وعدم تنفيذه وعدم إصدار تنظيمات تخالف حكم المحكمة في وقت لاحق.¹

ومع ذلك فإن نص المادة المذكورة أنفا يوضح أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يحدد لنا إذا ما كان للحكم بعدم الدستورية الحجية المطلقة أم الحجية النسبية، كما أنه لم يقرن إلزاميتها بجزاء حال اعتراض أي من السلطات أو البرلمان على تطبيقها، وذلك ما من شأنه إن ينتقص من حجيتها لمطلقة ويجعلها ذو حجية نسبية ماذا لو امتنع البرلمان عن تنفيذها؟، فكل ذلك يدعو إلى القول أن غياب الجزاء يمكن أن يجعلها شبه حبر على ورق، لو تجرأت السلطة التشريعية ولم تلتزم؟ بتأكيد لن يطبق عليها أي عقوبات لأنها صاحبة السيادة في التشريع ومن تمارس سلطاتها من دون رقابة.؟

وإن كانت "غير قابلة لأي طعن، ولا تحمل عقوبات لتطبيق حال عدم امتثال الجهات القضائية لها أو إبطال أحكامها القضائية"² وهي ما يمكن أن نعتبرها ثغرة ينبغي تداركها ، أما لو تساءلنا عن مدى إلزامية هذا النص للمحكمة الدستورية ، وعمّا إذا كان بإمكانها أن تتراجع عن حكمها؟، فالإجابة عن هذا التساؤل نجدها في ثنايا المادة 198 الفقرة الأخيرة في عبارة "قرارات المحكمة الدستورية نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية" أنها لم تذكر من ضمن هذه السلطات المحكمة الدستورية التي تعد جهازا مستقلا عن كافة سلطات الدولة فهي ليست هيئة قضائية مدام الدستور لم يذكرها ضمن الفصل الرابع المعنون بالقضاء ، ومع ذلك تجيبنا في هذا الشأن المادة 21 الفقرة 2 من القانون العضوي 22-19 المحدد لشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية أن من شروط مراجعة الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية للأحكام التشريعية المطعون في دستوريته عن طريق آلية الدفع ألا يكون هناك سبق في إعلان مطابقتها لدستور.

فهناك ملاحظين من نص هذه المادة يجدر بنا الإشارة إليها:

- أن الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية استخدم مصطلح المطابقة لدستور أي بما يعني الأحكام التشريعية والتنظيمية التي سبق وأن خضعت لرقابة السابقة قبل صدورها والمعلن دستوريته دون سواها

- والملاحظة الثانية في نص هذه المادة لم يشترط ألا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي صادر ضده قرار من المحكمة الدستورية يقضي بدستوريته أو بعدم دستوريته في إطار الرقابة اللاحقة

الملاحظة الأخرى التي نسجلها من نص هذه المادة، أنها قد وضعت استثناء وحيدا على قاعدة عدم القابلية لطعن في الأحكام التشريعية والتنظيمية المفصول في دستوريته باستثناءها لحالة تغيير الظروف من دون تحديد، تاركه تحديدها للجهات القضائية العادية أو الإدارية المعنية بالبت في شروط

¹- أحمد أبو صباح، المرجع السابق، ص 1152

²- محمد منير حساني، أثر الاجتهاد الدستوري على دور البرلمان الجزائري، المرجع السابق، ص 192.193.194

الدفع بعدم الدستورية، ماذا بشأن القرارات القاضية بعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي، هل يعني سكوت هذه المادة عنها منحها الحجية النسبية.

كان من الأجدر انتباه المشرع لهذه المسألة واستخدام عبارات أكثر دقة بعبارة " ألا تكون الأحكام التشريعية والتنظيمية قد سبق الفصل في دستورتها " بدلا من عبارة " " ألا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته لدستور " ويتبعها بعبارة " باستثناء حالة تغيير الحكم التشريعي أو التنظيمي " ¹.

حتى لا تتلقى المحكمة الدستورية دفوعا متكررة حول نفس الحكم التشريعي أو التنظيمي، أو حكم تشريعي أو تنظيمي مماثل للذي سبق وأن صرحت بدستوريته أو بعدم دستوريته في غير الحالات التي يجيز فيها القانون، ذلك لأن إعادة الطعن في نفس الأحكام سينقل كاهل المحكمة الدستورية بالدفوع المكررة، كما أن السكوت عنها سيفتح المجال لتشكيك حول حجيتها.

وقد سبق وأن تلقت المحكمة الدستورية الجزائرية مثل هذه الدفوع أحييت لها من القضاء وقد صرحت بذلك في قرارها رقم 03/ق.م.د/د ع د/د 22 كمثال على ذلك (التصريح بسبق الفصل في دستورية المادة 73-4 من القانون رقم 90-11 المؤرخ 21 أفريل 19 سنة 1990 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم بموجب القرار رقم 01/ق.م.د/د ع د/ المؤرخ في 26 يناير 2022). ²

2- مسلك الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية من حجية القرار بعدم الدستورية

قلنا لم يتعرض الدستور الجزائري من الوهلة الأولى لحجية آراء المجلس الدستوري المتضمنة لعدم دستورية الأحكام التشريعية قبل صدورها وسريانها وأمام هذا السكوت الدستوري اجتهاد المجلس الدستوري ومنح آرائه الحجية المطلقة حجية الشيء المقضي فيه في مواجهة الكافة ³، ولم يسبق وأن ثبت تراجع الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري على إحدى قراراته مثلما فعلت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، فقد ثبت من خلال الممارسة العملية لرقابة الدستورية أنها غير الملزمة بسوابقها القضائية وأن لها السلطة التقديرية في الالتزام أو عدم الالتزام بها أو التراجع عنها إذا غيرت رأيا بتغير الظروف أو التمسست وجود خطأ في أحكامها، و بإمكانها أن تغير رأيها وأن تعترف بدستورية حكم تشريعي سبق وأن أعلنت عدم دستوريته ⁴، وأبرز مثال على ذلك قضية "باننتج ضد اوريجون" التي انتهت فيها المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بقرارات أفصحت في ثنائها عن المطابقة الدستورية لنص التشريعي الصادر بولاية "ارجون" الذي ضببت من خلاله البرلمان الحد الأقصى لوقت الشغل على مستوى المؤسسات الصناعية في سنة 1917، بما يخالف إحدى السوابق القضائية التي سبق وأن

¹ المادة 21 فقرة 3، القانون العضوي 22-19، المرجع السابق، ص 9

² -قرار رقم 03/ق.م.د/د ع د/د 22، المؤرخ في 26 يناير سنة 2022.

³ -محمد منير حساني، أثر الاجتهاد الدستوري على دور البرلمان الجزائري، المرجع السابق، ص 192.193.194

⁴ -أنظر صبيح وحوح الصباح العطواني، المرجع السابق، ص 301

أفصحت بمقتضاها هذه الأخيرة عن المخالفة الدستورية لحكم تشريعي صادر بولاية نيويورك سقّف أوقات الشغل داخل المخابر في "قضية لوتشيز" سنة 1905 ، كذلك قرار المحكمة العليا الأمريكية بعدم تجريم حرق العلم الأمريكي لتراجع من ثمة عن قرارها وتعتبره فعلا مجرما لغير حاملي الجنسية الأمريكية وغير المجرم بالنسبة للمواطنين الأمريكيين حماية للمصالح العامة لأمريكيين¹.

وفي هذا السياق فقد أكد الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري تمتع قراراته بالحجية المطلقة من بينها رائيه رقم 4/ر ق ع / م د / 18، " اعتبارا أن المادة 191 (الفقرة 3) من الدستور تنص على أن أراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية واعتبارا أن قصد المؤسس الدستوري من ذلك هو إقرار أن الآراء والقرارات التي يتخذها المجلس الدستوري تكتسي الحجية المطلقة للشيء المقضي فيه، سواء في أسبابها أو منطوقها"².

الفرع الثاني: أثر القرار بعدم الدستورية في النظام القانوني الجزائري

تباينت الأنظمة الدستورية المنتهجة لنظام الرقابة الدستورية للاحقة المتضمن منطوق قرارات محاكمها الدستورية حكما بالإلغاء أو البطلان ما خالف دساتيرها من أحكام تشريعية المراد تطبيقها حول أثر هذه الأحكام ، بخلاف الأنظمة الدستورية المنتهجة لنظام الرقابة السابقة، لعدم تضمن منطوق قراراتها بما يفيد بحذف القواعد القانونية التي هي على وشك التطبيق، بل ما يستلزم منع صدور ما لم يطابق دساتيرها من قواعد ونصوص تشريعية لم تصدر بعد³ ، إن اختلاف في تحديد مدلولي الإلغاء والإبطال الذين في الواقع لا يحملان مدلولاً موحداً هو ما أدى إلى تباين مواقف النظم الدستورية المنتهجة لنظام الرقابة الدستورية للاحقة في تحديد ما إذا كان تطبيق الحكم بعدم الدستورية بأثر مباشر كاشف ، أو بأثر رجعي منشأ ومدى تأثيرها على الأفراد.⁴

وهو ما اختلفت عليه لتباين آراء الفقهاء حول طبيعة هذه الأحكام، التي يرى بعضها أنها مجرد أحكام كاشفة عن المخالفات الدستورية، وأن أثرها يسري من تاريخ صدور النص القانوني المخالف لدستور لإبطال مفعوله وجميع آثاره المترتبة عنه من تاريخ تطبيقه لتحقيق العدالة الدستورية، بينما يرى آخرون أن الحكم بعدم الدستورية منشئ للعيب، وأنه ذو أثر ملغي لنص القانوني بأثر لاحق من يوم صدور الحكم بعدم الدستورية⁵، أما النظام الدستوري الجزائري فقد تأثر في تحديده لنطاق الزمّي لتطبيق الحكم بعدم الدستورية بالنظام الدستوري الفرنسي الذي كان له موقفاً خاصاً ، وهو ما سنتطرق إليه من خلال

¹-تمت الإشارة إلى القرار، صبيح وحوح الصباح العطواني، المرجع السابق، ص 301، 303

²- رأي رقم 4/ر ق ع / م د / 18، المؤرخ 2 غشت 2018، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالمجتمع الجزائري للغة الأمازيغية للدستور.

³- أنظر فائزة جروني، أسامة قيطوبي، أثر قرارات المجلس الدستوري الجزائري في مجال الدفع بعدم الدستورية، المجلة

النقدية للقانون والعلوم السياسية، تيزي وزو، الجزائر، العدد 2، 2019، ص 231

⁴- فائزة جروني، أسامة قيطوبي، نفس المرجع ، نفس الصفحة

⁵- أنظر أحمد أبو صباح، المرجع السابق، ص 1154

التطرق إلى النطاق الزمني لتنفيذ القرار الصادر بعدم الدستورية، ومن ثمة عرض المواقف الفقهية التي قيلت بهذا الشأن وفي الأخير سيكون لنا وقفه حول موقف النظام الدستوري الجزائري حول هذه المسألة، في النقاط التالية:

أولاً: زمن تنفيذ القرار بعدم الدستورية في النظام الدستوري الجزائري

قلنا في ما سبق أن الحكم بعدم الدستورية يختلف من نظام الرقابة الدستورية السابقة عن نظام الرقابة الدستورية للاحقة، ففي الأولى يؤدي الحكم بعدم الدستورية إلى منع صدور القاعدة القانونية المخالفة لدستور، أما في الثانية يؤدي الحكم بعدم الدستورية إلى إلغاء القاعدة القانونية المخالفة لدستور التي سبق وأن تم إصدارها أو إبطال مفعولها، كما يختلف الحكم بعدم الدستورية من محكمة دستورية إلى أخرى، حيث يقتصر البعض منها على النطق بعدم دستورية الحكم التشريعي المخالف لدستور، في حين تقضي أخرى في منطوق أحكامها فقط بطلانه¹، والفارق الجوهرى يكمن في الأثر المترتب عن الحكمين .

فالأثر المترتب عن الحكم القاضي ببطلان القاعدة القانونية بطلان أثرها من تاريخ بداية سريان مفعولها، أما ما يترتب عن الحكم القاضي بعدم دستورية الحكم التشريعي هو حذف القاعدة القانونية المخالفة لدستور وإعدام أثرها من يوم صدور قرار المحكمة الدستورية².

ومنه فإن نافذة القول أن النطاق الزمني للحكم بعدم الدستورية يشير إلى المدد الزمنية المفعلة لسريان أثر الحكم بعدم الدستورية، فيما إذا كان تنفيذها بصفة رجعية أو بصفة مباشرة، وهو ما تباينت حوله الأنظمة الدستورية المقارنة، بين من اعتبرت تاريخ صدور القانون هو تاريخ سريان الحكم بعدم الدستورية المعترفة بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية الذي اعتبرته حكاما كاشفة، وبين من أخذت بالأثر المباشر وحددت هذه المدة بتاريخ صدور الحكم بعدم الدستورية معتبرة لها أحكاما منشاءه لها أثر مباشر يجرى من صدور الحكم أو من يوم خضوعه لإجراء النشر³.

وعلى هذا الأساس فمنها من أخذت بالأثر الرجعي لهذه الأحكام. على أساس أنها أحكام كاشفة عن أوجه عدم الدستورية لا منشأة، وأخرى أخذت بالأثر المباشر على أساس أن هذه الأحكام منشأة وملغية للقواعد القانونية المخالفة لدستور من يوم صدور الحكم بعدم الدستورية، ومنها من أخذت بالأثرين معا إذا خذت بالأثر المباشر كقاعدة عامة والأثر الرجعي على سبيل الاستثناء في حالات معينة⁴، أما تحديد طبيعة والنطاق الحكم بعدم الدستورية في النظام الدستوري الجزائري يقتضي بنا الحديث عن قاعدتي الأثر الرجعي والأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية، وذلك ما سنسلط عليه الضوء على النحو

التالي :

¹- أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 299

²- أحمد فتحي سرور، نفس المرجع، نفس الصفحة

³- فائزة جروني، أسامة قيطوبي، المرجع السابق، ص 239، 240

⁴- أحمد أبو صباح، المرجع السابق، ص 1153، 1154

1-عدم رجعية القرار الصادر بعدم الدستورية

بموجب الأثر الرجعي¹، فإن الحكم بعدم الدستورية يكشف عن وجود المخالفات الدستورية ضمن الأحكام التشريعية بصورة تلغى على إثرها الأحكام المخالفة لدستور من تاريخ صدورها ، لاقتصار دور هذه الأحكام عن الكشف عن وجود مخالفات دستورية وجدت وقت وجود النص التشريعي.² وقد نادى العديد من الفقهاء تطبيق الحكم بعدم الدستوري بأثر رجعي، ممن قالو أن الأحكام التشريعية تسري بأثر رجعي لأنها حسب معتقدتهم تولد غير دستورية، و أنه من غير الجائز التمييز بين المراكز القانونية غير المختلفة في الأصل، بين تلك التي ولدت قبل صدور الحكم بعدم الدستورية وتلك الناشئة عقب صدوره، فالجميع سواسية أمام القانون ، وجاء ذلك ردا على الاتجاه الفقهي الداعي إلى تطبيق الأثر المباشر للأحكام بعدم الدستورية حفاظا على استقرار المراكز القانونية للأفراد ولدواعي الأمن القانوني، باعتبار أن الأخذ بالأثر الرجعي هدم لها.³

وقد دعم أصحاب هذا الاتجاه موقفهم بالقول أن إصدار المحكمة الدستورية للحكم بعدم دستورية نص تشريعي عقابي بإدانة فعل معين يلغي الأحكام الصادرة عن القضاء القاضية بالإدانة الأفراد بناء على هذا النص بأثر رجعي من تاريخ بدأ سريانه، ما يحذف الصفة الإجرامية عن الفعل والعقوبات المترتبة عنه، وأنه ليس من الصائب الاستمرارية في عاقب أو إدانة أشخاص بعقوبة مقررة بنص تشريعي غير الدستوري لم يعد موجودا ولو كانت نهائية.⁴

فالأصل أن من يحدد أثرها هو المشرع ، فهو في الأصل من يحدد ما إذا كان أثرها يمتد إلى الماضي أم أنه ذو أثر مباشر ، مع تحديد استثناءات على القاعدة التي يضعها، أما إذا أغفل هذا الأخير ذكرها ، فهنا يتم في هذه الحالة تطبيق القاعدة العامة الأصلية القاضية بسريان الأحكام المقررة بأثر رجعي ، أو إلى منح

¹- يراد بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية (سريان الحكم على الماضي أي من تاريخ بداية نفاذ النص التشريعي الذي صدر ضده الحكم بعدم الدستورية، وليس من تاريخ صدور الحكم عن المحكمة الدستورية وهو التاريخ الذي يبطل أثره على كافة المراكز القانونية والحقوق والحريات التي تقررت على أثره)

محيسن عامر زغير، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، مجلة مركز الدراسات، جامعة الكوفة، العدد 18، 2010، ص205

أو بمعنى (أن القانون المحكوم بعدم دستوريته يعد منعدم القيمة القانونية من وقت صدوره لا من وقت صدور الحكم ، أي أن أثره ينسحب على المراكز القانونية التي أنشأت بموجبه كافة وعلى الأوضاع والواجبات التي تقررت في ظله)، أحمد علي عبود الخفاجي: الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، مجلة الكوفة، كلية القانون، العراق، مجلد 7، العدد 20، ص104، 103

²- عبد الحلیم قاسم محمد العبيدي، المرجع السابق، ص165

³- فائزة جبروني، أسامة قيطوبي، المرجع السابق، ص239 ، 240

⁴- عبد الحلیم قاسم محمد العبيدي، نفس المرجع ، ص 172، 171،

السلطة التقديرية للمحكمة الدستورية في تحديدها¹، ففي هذه الأثناء حسب قاعدة الأثر الرجعي ستلغى كافة الأحكام القضائية النهائية المؤسسة على هذا الحكم التشريعي، كما ستلغى تبعاً لذلك جل المعاملات القانونية وسيتم استرجاع تبعاً لذلك كل الدفوع التي سبق دفعها من أجل صدور هذا الحكم الذي أصبح محل إلغاء، وفي هذه الأثناء يتعين على السلطات وضع قانون يكفل تعويض للأشخاص المطبق في حقهم هذا الحكم الثابت عدم دستوريته والملغى بقرار من المحكمة الدستورية.²

ورداً عن الانتقادات التي وصفت قاعدة الأثر الرجعي بتلك القاعدة المهددة للأمن القانوني يقول المنادون إلى تطبيق قاعدة الأثر الرجعي، بالتأكيد على إسهامها في تحقيق مبدأ المساواة بين المراكز القانونية المتماثلة التي قد تولدت قبل وبعد صدور الحكم بعدم الدستورية، مما يبعث الحماية للحقوق والحريات المنتهكة و مبدأ المشروعية وإن كانت لا تتفق ومبدأ الأمن القانوني، ولتفادي وقوع مشكلة حدوث انقلاب في النظام القانوني السائد، ورداً على الانتقادات القائلة أن تطبيق حكم الإلغاء من شأنه ترك فجوة قانونية يصعب تداركها، ثم الأكثر من ذلك أن الأمر سيثقل كاهل الدولة بزيادة مصاريفها لو فرضاً تم إلغاء حكم تشريعي ضريبي سبق سريانه بإعادة ما تم أخذه من ضرائب إلى أصحابها التي سبق دفعها وهنا يقع الإشكال.³

يذهب أصحاب هذا الاتجاه من المنادين لتطبيق قاعدة الأثر الرجعي إلى القول أن المراكز القانونية والحقوق الناشئة عن تطبيق القانون الملغى لفترة معينة من الزمن ستظل قائمة حتى عقب إلغائها وهو أمر بالغ الخطورة، بل أكثر خطورة حتى من الاستمرار في تطبيق القانون المخالف والملغى، لذا ينبغي إلغاء جميع آثاره وتصحيحه بما يوافق الدستور شكلاً ومضموناً، لأن التشريع الموافق لدستور فقط من ينشأ مراكز وحقوق صحيحة، أما ما خالف منها الدستور فلا يمكن أن ينشأها.⁴

وقد علق على ذلك الأستاذ أبو صباح أحمد (إن الحكم بعدم الدستورية لا يعتبر ملغياً للنص الطعين فالإلغاء لا يتم إلا بصدر قانون جديد يلغي سريان القانون الذي قضت المحكمة بإلغائه لعدم دستوريته

¹ - عصام سعيد عبد العبيدي، سريان أحكام القضاء الدستوري من حيث الزمان دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 1، 2020، ص 249

² - محمد علي عبود الخفافي، الأثر الزمني للحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بإلغاء القانون الغير الدستوري، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، كلية القانون، جامعة أهل البيت، 2017، ص 2

³ - طبق القاضي الدستوري الأمريكي قاعدة الأثر الرجعي عام 1886، بالرغم من عدم إقرارها في الدستور الأمريكي 1787 في نص قراره (القانون المخالف لدستور ليس في الحقيقة قانوناً على الإطلاق، فهو لا ينشئ حقوقاً، ولا يرتب واجبات، ولا يمنح حماية، ولا ينشئ وظيفة، وهو من الناحية القانونية منعدم القيمة تماماً وكأنه لم يصدر أصلاً)، كما لا يفوتنا أن نشير إلى بعض الدساتير الأوروبية التي قد كرست قاعدة الأثر الرجعي، دستور دولة البرتغال 1976، والدستور الإيطالي 1947، فضلاً على المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومحكمة العدل للاتحاد الأوروبي، عصام سعيد عبد العبيدي: المرجع نفسه، ص 250، 252، 251.

⁴ - عصام سعيد عبد العبيدي، نفس المرجع، ص 251

كما أن القول بعدم سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي من شأنه أن يؤدي إلى نتائج غير منطقية وهي عدم استفادة من يدفع بعدم دستورية النص التشريعي من حكم المحكمة¹، وفقا لأصحاب هذا الاتجاه لذلك فإن إبطال مفعولها يكون من تاريخ سريانها حتى يعم بالفائدة على الشخص المثير لدفع بعدم الدستورية الصادر في حقه الحكم بعدم دستورية النص التشريعي.²

نستخلص من خلال ما سبق أن قاعدة الأثر الرجعي قاعدة لها سلبيات وإيجابيات، وأنها ليست بقاعدة مطلقة فهناك قاعدة أخرى طالب الفقه بتطبيقها لتفادي سلبيات قاعدة الأثر الرجعي وهي الأخرى تعرضت لانتقادات فقهية شديدة وهي قاعدة الأثر المباشر.

2- الأثر الفوري للقرار بعدم الدستورية

دعت طائفة من الفقه القضاء الدستوري إلى تطبيق قاعدة الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية لتفادي الوقوع في سلبياتها، وحفاظا على ما اكتسبه الأفراد من حقوق وحرقات وتحقيقا للاستقرار القانوني.³

ولما يترتب عن قاعدة الأثر المباشر من تحقيق التوازن بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني ولعدم امتداد نفاذ الحكم بعدم الدستورية إلى ما سبق صدوره من وقائع، لتعلق أثره فحسب بالمراكز القانونية الناشئة وقت صدوره وتلك التي ستنشأ في المستقبل، بالرغم من أن هذا القول قد تم الاعتراض عليه بالقول بتجزئة قاعدة الأثر الفوري لمبدأ المشروعية باعتبارها للحكم التشريعي سليما قبل صدور الحكم بعدم الدستورية ومعيبا وقت صدوره⁴، والذي رد عليه أصحاب هذا الاتجاه بأن سريان الحكم بعدم الدستورية مع ما تزامن مع صدوره وما لحقه من قضايا دون ما سبقه منها الأمر معقول، والسبب في ذلك راجع أن الحكم بعدم الدستورية من صنف الأحكام ذو الطبيعة المنشأة، فهو من ينشأ حالة عدم الدستورية ولا يزح عنها الستار، كما أن تحديده لتاريخ لاحق لسريانه في المستقبل يؤكد على سلطته التشريعية لاسيما أن مارسها دون نص دستوري يجيز له تحديدها بتاريخ لاحق.⁵

ومن بين أكثر الداعين إلى تطبيق قاعدة الأثر المباشر نجد الفقيه "كيلسن" بقوله أن المحكمة الدستورية مشرع سلبي يتكفل بإلغاء النصوص التشريعية غير الدستورية الصادرة عن البرلمان إثر أدائه لدوره و أن قرارات هذا الأخير لا أثر رجعي لها إلزامية سريانها من تاريخ نشرها تجسيدا لمبدأ في غاية الأهمية وهو مبدأ اليقين الدستوري وتكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات التي جاء بها الفقيه "منتيسكيو" لحماية اختصاص السلطة التشريعية، ما يستوجب عدم إصدار المحكمة الدستورية لقواعد قانونية جديدة إثر

¹ -أ حمد أبو صباح، المرجع السابق، ص 1154

² -محيسن عامر زغير، المرجع السابق، ص 206

³ -عبد الحليم العبيدي، قاسم محمد: المرجع السابق، ص 167

⁴ -عصام سعيد عبد العبيدي، المرجع السابق، ص 267

⁵ -عصام سعيد عبد العبيدي، نفس المرجع، ص 267

ممارستها لرقابة الدستورية، كما يرى "كيلسن" أن بإمكان القاضي الدستوري تأجيل تطبيق الحكم بعدم الدستورية¹، إما إصداره لحكم إلغاء بعد دخول القانون حيز التنفيذ سيؤدي إلى إلغاء الحكم التشريعي لعدم إمكانية تصحيحه بعد سريانه وإعدام أثاره بأثر مستقبلي لا يسري على الماضي حفاظا على المراكز القانونية المترتبة على الحكم التشريعي الملغى وحفاظا على الأمن القانوني²، إذ يصبح بذلك النص التشريعي عديم الأثر بمجرد صدور قرار من المحكمة الدستورية مععلن عدم دستوريته إذ يمنع تطبيقه من الجهات القضائية المختلفة دون استثناء على سائر القضايا التي ستفصل فيها لاحقا إلى جانب القضية التي صدر في إطارها هذا القرار الذي تطبيقا للقاعدة المتعارف عليها " ما بني على باطل فهو باطل "³.

من خلال ما سبق يتضح لنا أن لكلا القاعدتين قاعدة الأثر الرجعي وقاعدة الأثر المباشر محاسن وعيوب، وبالرغم من خطورة بعضها فقد اعتمدها الدساتير المقارنة وطبقها المحاكم الدستورية وبالطبع لكل منها وجهة نظر معينة وتوجه مختلف عن بعضها البعض، و ما يهمننا في بحثنا هو موقف النظام الدستوري الجزائري من النطاق الزمني لتطبيق الحكم بعدم الدستورية، وهو ما سنتعرف عليه من خلال التعرض، لتنظيم القانوني لزمن تطبيق الحكم بعدم الدستورية في الجزائر وموقف القضاء الدستوري الجزائري ووضع تقييم شخصي لهذا الموقف على النحو التالي:

ثانيا: التنظيم القانوني لزمن تطبيق القرار بعدم الدستورية في الجزائر

يعد النظام القانوني الجزائري من بين النظم التي تبنت محاكمها الدستورية نموذج القرار بعدم الدستورية وفقا لنظام خاص، سواء في تحديدها لحجبتها كما سبق ذكره أو في تحديدها لأثرها، وهو ما سنتطرق إليه على النحو الآتي بيانه:

1- موقف الدستور الجزائري من زمن تطبيق القرار بعدم الدستورية

في واقع الأمر لم يحدد المؤسس الدستوري الجزائري موقفه من النطاق الزمني للقرار بعدم الدستورية في البداية في دستور 1963، غير أنه في دساتير لاحقة عبر عن موقفه، بيد أن موقفه كان متباينا بخصوص تطبيق قرار عدم الدستورية الصادر في مواجهة القواعد القانونية، بتحديدته لنطاق الزمني لتطبيقها من يوم قرار المجلس في دستور 1989 في المادة 159 إذ لم يحدد بدقة اذا كان من اليوم

¹- German Alfonso ,Lopez Daza :LE JUGE CONSTITUTIONNEL COLOMBIEN, LÉGISLATEUR-CADRE POSITIF: UN GOUVERNEMENT DES JUGES? Eighteenth congress, at the George Washington Law School, in Washington,D.C., on July 27, 2010. Downloaded from <https://www.cambridge.org/core>. University of Groningen, on 05 Jun 2018 at 18:28:15, subject to the Cambridge Core terms HANS Kelsen AND THE NEGATIVE LEGISLATOR,p12 .351، 353

²- محمد منير حساني، أثر الاجتهاد الدستوري على العمل التشريعي للبرلمان، المرجع السابق، ص 186

³- ليث كمال نصرآوين، المرجع السابق، ص 199

المقصود بيوم صدور القرار أو من يوم نشره في الجريدة الرسمية صراحة، كما أن هذا الأخير لم يميز في تحديده لنطاق الزمني بين الأحكام بعدم الدستورية الصادرة بناء على رأي قبل نفاذها وما صدر منها بقرار بعد نفاذها، وهو المستساغ من المادتين دستور 1989 (يفصل المجلس الدستوري في دستورية المعاهدات والقوانين، و التنظيمات، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ أو بقرار في الحالة العكسية)، و المادة 159 (إذا قرر المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس)¹، وذلك مالم يميز بينه دستور 1996، الذي لم يجري أي تعديل لنص المادتين السابق ذكرهما في المواد 165 و 169 التي جاءتا نسخة طبق الأصل عن المادتين 155 و 159.²

وبالرغم من أن التعديل الدستوري 2016 لم يعدل على النص السابق إذ ضل متمسكا بذات الموقف في تحديده لزمان تطبيق الحكم بعدم الدستورية، سواء الصادرة قبل أو بعد نفاذ القوانين التي أخطرها إخطارا وجوبيا أم اختياريا من يوم قرار المجلس، حسب ما تسفر عليه المادة 191 الفقرة الأولى (إذا ارتأى المجلس أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس)³، ولعدم تحديد بدقة لعبارة (من يوم قرار المجلس) إذا كان المقصود منها تاريخ صدور القرار أم تاريخ نشره، إضافة لعدم تمييزه من حيث يوم سريان الحكم بعدم الدستورية بين النصوص التشريعية العادية أو العضوية والتنظيمية التي لم تطبق وتلك التي جرى العمل بها، والتي من المرجح أن يكون التاريخ المقصود من هذه المادة تاريخ نشر القرار في الجريدة الرسمية، وهو مالم يذكر في قرارات الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية، والدليل على هذا القول هو أنه في أغلب قرارات الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري، عقب التصريح بعدم دستورية نص التشريعي يذكر عبارة نشر القرار في الجريدة الرسمية دليل على ارتباط تطبيق القرار بهذا التاريخ حيث يصبح لهذه القرارات الحجية أمام جميع السلطات.

المستساغ من القرار رقم 02/ق أ/ م د/2000، المعلن لعدم دستورية الأمر رقم 97-15 المؤرخ في 31 مايو 1997 المحدد للقانون الأساس الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى (ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية)⁴، والمتضح في مثال آخر رأي المجلس الدستوري سابقا رقم 2/رق ع/ م د/ المؤرخ في 2 غشت 2018 (تعد الأحكام غير المطابقة جزئيا أو كليا للدستور قابلة للفصل ينشر هذا الرأي في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية)⁵، باستثناء أن

¹- المادتين 155، 159 دستور 1989، المرجع السابق، ص 12

²- المادتين 165، 169 دستور 1996، الصادر بتاريخ 28 نوفمبر، الجريدة الرسمية العدد 76، الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996

³- المادة 191، التعديل الدستوري 2016، المرجع السابق، ص 23

⁴- قرار المجلس الدستوري الجزائري، رقم 02/ق أ/ م د/2000، المؤرخ 27 فبراير 2000.

⁵- رأي المجلس الدستوري الجزائري، رقم 2/رق ع/ م د/، المؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بقوانين المالية لدستور.

التعديل الدستوري 2016 قد ميز بين حالتين من حيث الأثر الأحكام الدستورية الصادرة ضد الأحكام المخاطر بها المجلس الدستوري إخطارا وجوبيا أو اختياريا ، و الأحكام بعدم الدستورية الصادرة من اجل الفصل في الدفع الدستورية ضد الأحكام التشريعية المقوضة للحقوق وحرية الأفراد ، فالأولى طبق عليها قاعدة الأثر المباشر يوم قرار المجلس ، أما الثانية فلم يعبر عن مسلكه بوضوح ، فضلا على الاعتراف لسلطة التقديرية في تحديد هذا التاريخ للجهاز المكلف بالرقابة الدستورية بتاريخ فوري أو تاريخ لاحق(إذا اعتبر نص تشريعي ما غير الدستوري على أساس المادة 188 فإن هذا النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس)¹، أما التعديل الدستوري 2020 المادة 198 ، فقد ميز بين المعاهدات والاتفاقيات والقوانين العضوية والقوانين العادية والنصوص التنظيمية والأوامر التشريعية وبينها وبين الأحكام التشريعية والتنظيمية المنتهكة لحقوق الأفراد التي قدم بشأنها دفع بعدم الدستورية من حيث الأثر، وذلك ما سنميز بينه في النقاط التالية:

أ-النطاق الزمني لتنفيذ قرار عدم دستورية المعاهدات والاتفاقيات

طبقا لنص المادة 153 من التعديل الدستوري 2020 فإن رئيس الجمهورية مؤهل دستوريا للمصادقة والتوقيع على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية بما فيها اتفاقيات الهدنة ، و معاهدات السلم ، التي سيجري العمل بها بطبيعة الحال بمجرد أن تستقطب مصادقة الهيئة التشريعية بغرفتها المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة ، و لن يحصل ذلك إلا عقب مرورها على المحكمة الدستورية كإجراء ملزم من رئيس الجمهورية لتعبر عن وجهة نظرها حولها طبقا للمادة 102، فإن التوقيع على المعاهدات والاتفاقيات الدولية اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم من اختصاص رئيس الجمهورية الذي الزمه الدستور بعرضها على المحكمة الدستورية لتبدي رأيا حولها قبل عرضها على غرفتي البرلمان للمصادقة عليها²، وعملا بأحكام المادة 198 الفقرة الأولى من نفس الدستور و التي يبدو من خلالها أن للحكم بعدم الدستورية أثرا مانعا، فبمجرد أن تكتشف المحكمة الدستورية أن معاهدة أو اتفاقية مخالفة لدستور تصدر قرارا يفيد بعدم دستورتها ستمتنع السلطات المخولة للمصادقة عليها من مباشر هذا الإجراء طالما ولن يتم الالتزام بها لمخالفتها لأحكام ومبادئ الدستور ، وذلك طبقا 2020 (إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية، فلا يتم التصديق عليها) ³.

ب-النطاق الزمني لتنفيذ قرار عدم دستورية القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي

البرلمان

خلافًا لما نصت عليه الدساتير الجزائرية قبل التعديل الدستوري 2020 ، التي حددت تاريخ تطبيق الحكم بعدم دستورية القوانين العضوية من يوم قرار المجلس ، و من دون توضيح التاريخ بدقة

¹-المادة 188، التعديل الدستوري 2016، المرجع السابق، ص 23

²-المادة 153، 102، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 25، 35

³-المادة 198 فقرة 1، التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع ، ص 41

كما سبق وان قلنا ، فإن التعديل الدستوري الأخير 2020 في الفقرة الثانية بالرغم من التأكيد على أن للحكم بعدم الدستورية أثرا مانعا لصدور القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان التي لم تصرح المحكمة الدستورية بمطابقتها ، إلا أنه لم يحدد بدقة إذا كان ذلك من يوم صدور قرار المحكمة أو من يوم نشره ، وهو الواضح لنا من المادة 198 ، التي يبدو أنها كانت أكثر دقة في النسخة المنقحة منه سنة 2020 ، بتحديد لها لأثر الحكم بعدم الدستورية ، حيث أن الملاحظ منها أنها قد احتفظت بقاعدة الأثر المباشر لكل من القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان الخاضعين للمراجعة المسبقة الوجوبية ، وذلك راجع بطبيعة الحال إلى عدم سريان أحكامها ، فبمجرد أن تكتشف المحكمة الدستورية أنها مخالفة لدستور وتصدر قرارا بعدم مطابقتها لدستور ، ستمتنع السلطات المخولة من إصدارها مباشرة طالما ولن يتم تطبيقها بما يوافق نصها (إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون ، لا يتم إصداره)¹، حيث ستزال الأحكام المخالفة لدستور ، سواء أكانت أحكام القانون العضوي أو النظام الداخلي لغرفتي البرلمان وفي جميع الحالات ولو كانت قابلة للفصل ، إما بإصدار رئيس الجمهورية لنص دونه أو أعادته للبرلمان لتعديلها ، ويستوى الحال إذا كانت غير قابلة للفصل وذلك بإرجاع النص للهيئة المخطرة.²

ج-النطاق الزمني لتنفيذ القرار بعدم دستورية الأوامر التشريعية والنصوص التنظيمية

أخذ الدستور الجزائري في نسخته المنقحة الصادرة سنة 2020 بقاعدة الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية الصادر ضد الأوامر التشريعية التي يستلم رسالة إخطار وجوبية من رئيس الجمهورية بشأن دستورتها في أجل أقصاه 10 أياما أمرا وليس فضلا ، وفقا لما نصت عليها المادة 142 المشار إليها بالتفصيل في الباب الأول ، علاوة على النصوص التنظيمية الصادرة عن رئيس الجمهورية في كل المسائل التي لم يجز الدستور صراحة للهيئة التشريعية تنظيمها لإجازة تنظيمها بمراسيم رئاسية وفقا للمادة 141 ، ولعدم خضوعها لرقابة الدستورية الوجوبية قبل نفاذها ، بتحديد له لتاريخ صدور قرار المحكمة الدستورية بالنسبة للأحكام بعدم الدستورية الصادرة في مواجهة الأوامر التشريعية وهو ذاته تاريخ إلغاء هذا النص ،³ فقد يتم التساؤل عن سبب تحديد الدستور في الفقرة الثالثة لميعاد سريان الحكم بعدم الدستورية في مواجهة الأوامر التشريعية بأثر مباشر و لما لم يتم دمجها مع الفقرة الأولى وهي تخضع لرقابة وجوبية سابقة ؟ وإجابة على ذلك يمكن القول أن تخصيص أثر الأحكام الصادرة بعدم الدستورية الأوامر التشريعية في فقرة منفردة وعدم دمجها في الفقرة الأولى ، قد يعود إلى أن الأوامر لا تنظم دائما مسائل تعود إلى نطاق اختصاص القواعد القانونية العضوية دائما ، إذ قد تتضمن قواعد قانونية عادية كما أن كليهما لا يخضع لنفس الإجراءات.

¹-المادة 198 الفقرة 2، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق ، نفس الصفحة

²-المادتين 7 و8، النظام الداخلي المحدد لقواعد عمل المحكمة الدستورية، المرجع السابق، ص6

³-أنظر المادة 142 فقرة 2، التعديل الدستوري 2020، نفس المرجع ، ص 32

كما لو تساءلنا عن أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية بالنسبة للأوامر التشريعية لوجدنا له أثر ملغيا وليس أثرا منعاه كما هو واضح في الفقرة 3 من المادة 198 (إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية أمر أو تنظيم، فإن هذا النص يفقد أثره، ابتداءً من يوم صدور قرار المحكمة الدستورية).¹

ما يفيد أن للحكم بعدم الدستورية الصادر في مواجهة الأوامر التشريعية أثرا ملغيا من يوم صدور قرار المجلس بينما بالنسبة للقوانين العضوية فإن للحكم بعدم الدستورية أثرا مانعا وهنا الاختلاف بين الحالتين، بينما الأوامر التشريعية قد تترتب عنها أثار لأنها تصبح نافذة بمجرد صدورها، وبالتالي لعدم أثارها بمجرد صدور قرار عدم الدستورية، فالمشكلة التي تترتب في هذه الحالة ماذا بشأن الآثار المترتبة عن الأوامر التشريعية قبل صدور قرار عدم الدستورية هل يتم زولها، بالطبع بالإجابة لا، لأن الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للأوامر التشريعية يسري بأثر مباشر، كما أن أحكام الفقرة 3 من المادة المذكورة أعلاه لم تضع أي استثناء بخصوص المراكز القانونية التي تترتب على تطبيق الحكم التشريعي قبل إلغائه.

د- النطاق الزمني للقرار الصادر في الفصل في الدفع بعدم الدستورية

لم يبين الدستور الجزائري موقفه بوضوح من أثر الحكم بعدم الدستورية الصادر للفصل في الدعوى الدستورية ضد الأحكام التشريعية والتنظيمية المنتهكة للحقوق والحريات، فالواضح أن المؤسس الدستوري لم يحدد ما إذا كان تطبيق الحكم بعدم الدستورية بأثر مباشر أو بأثر رجعي أو إذا كان تاريخ تطبيقه من يوم صدور القرار أو من يوم نشره، أو تاريخ مضي أو تاريخ لاحق يسرى على المستقبل بل ترك السلطة التقديرية للمحكمة الدستورية لتحديد التاريخ المناسب حسب القضايا المعروضة عليها كما سبق الذكر، علاوة على أنه لم يضع أي استثناءات ولم يميز بين التشريعات الضريبية التجارية أو المالية أو العقابية التي تعد الأكثر خطورة على حقوق وحريات الأفراد حال تطبيق حكم غير دستوري (إذا قررت المحكمة الدستورية أن نصا تشريعا أو تنظيميا غير الدستوري على أساس المادة 195 أعلاه، يفقد أثره ابتداءً من اليوم الذي يحدده قرار المحكمة الدستورية).²

هذا ما يعني عدم تحديد المحكمة الدستورية لأجال قصوى لتطبيق الحكم بعدم الدستورية إذا ما قررت تطبيقها بأثر لاحق على المستقبل، وهنا يقع الإشكال في حالة ما إن انحرفت هذه الأخيرة لاسيما أن الحكم بعدم الدستورية الصادر للفصل في الدفع بعدم الدستورية متعلق بحقوق وحريات منتهكة من الحكم التشريعي المخالف لدستور، ومؤدى ذلك أن الدستور الجزائري لم يجز تطبيق الأحكام التشريعية على القضايا السابقة على وجودها والاستمرارية في سريان الحكم التشريعي الملغى عليها على اعتبار أنه لم يلزم المحكمة الدستورية بتطبيق قراراتها بالأثر الرجعي في القضايا الجزائية، كل

¹- المادة 198 فقرة 3، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 41

²- المادة 198 فقرة 4، المرجع نفسه، ص 41

ذلك قد سكت عنه الدستور الجزائري ولم تحدده قواعد عمل الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية المجلس الدستوري المحكمة الدستورية حاليا.

خلافًا لبعض الدساتير التي لم تطبق قاعدة الأثر المباشر بشكل مطلق، لمنحها المحكمة الدستورية حق ضبط تاريخ الإلغاء في أجال لاحقة لتاريخ نشر القرار تحقيقها لتوازن، كدستور النمسا 1920 قد حولها سلطة التقديرية في ضبط هذه الأجال على أن لا تتعددها المرسومة منها في الدستور، وهو ما جرى عليه العمل في الدستور البولندي كما أن الدستور الهنغاري 2011 منح لها الحق في ضبط تاريخ تطبيق قرار عدم الدستورية بصورة مباشرة أو رجعية، على أن يكون قرارها مبررا على أساس حماية الحقوق والحريات أو الأمن القانوني.¹

وعلى هذا الأساس كان من الأجدر لو قيد الدستور السلطة التقديرية للمحكمة الدستورية بأجال حال تحديدها لتواريخ لاحقة لحماية لحقوق الأفراد، وفي ظل عدم ضبط الدستور الجزائري لتاريخ تطبيق الحكم بعدم الدستورية وتركه في متناول المحكمة الدستورية، فإن التساؤل المطروح حول ماذا لو أساءت المحكمة الدستورية الجزائية سلطتها؟ ما ذا لو تعلق الأمر بحكم تشريعي عقابي يلغي عقوبة؟، وبالخصوص انه لم يسبق للجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائية منذ تبنيه لرقابة القضائية للاحقة أن أصدر حكما بعدم دستورية حكم تشريعي غير دستوري يقرر عقوبة تعسفا أو حكما تشريعيًا ضريبيا يفرض ضريبة بشكل غير الدستوري إلى حد الآن، وهو الأمر الذي ربما ستعرض إليه المحكمة الدستورية مستقبلا مثل هذا النوع من القضايا.

وإجابة على هذه التساؤلات يمكن القول الواضح أن الدستور من جهة قد منح السلطة التقديرية للمحكمة الدستورية في تحديد أجال إلغاء الحكم التشريعي الصادر ضده قرارا بالإلغاء، وفي مادة أخرى ضمن الأحكام الانتقالية أكد على عدم زوال أثر القوانين المستلزم حذفها من النظام القانوني بموجب حكم صادر بإلغائها إلى غاية تعديلها أو صدور قانون حديث معدل لها في وقت معقول دون أن يحدد هذه التواريخ، أن المادة 225 " من التعديل الدستوري الجزائري 2020 قد حددت ميعاد زوال أثر الحكم التشريعي الصادر ضده حكم بالإلغاء بتاريخ سن قانون آخر جديد معدل أو ملغي له بنصها " يستمر سريان مفعول القوانين التي يستوجب تعديلها أو إلغائها وفق أحكام هذا الدستور إلى غاية إعداد قوانين جديدة أو تعديلها في أجل معقولة " وذلك تأكيدا منه على استبعاده بصفة مطلقة لقاعدة الأثر الرجعي وسريان الحكم بعدم الدستورية في يوم لاحق ريثما يتم إعداد قانون جديد.²

وعليه إن منح المحكمة الدستورية السلطة في تحديد يوم آخر غير تاريخ صدور الحكم بعدم الدستورية لنفاذ رغبة من المؤسس الدستور منح السلطة التشريعية وقتا كافيا لتصحيح³، وقد أجابت

¹ - عصام سعيد عبد العبيدي، المرجع السابق، ص 270، 271.

² - المادة 225، التعديل الدستوري 2020، المرجع السابق، ص 47.

³ - عصام سعيد عبد العبيدي، نفس المرجع، ص 272.

في قرارات المحكمة الدستورية الجزائرية الصادرة عنها مؤخرا، قرار رقم 02/ق.م.د/رم د 22/ " فيما يخص المادة 6 عدم الإسناد للمادة 225 للدستور (ضمان استمرارية القوانين القديمة ريثما يتم استبدالها بقوانين جديدة منسجمة مع الدستور في زمن معقول ، إذ لا يمكن التناكر، بحال من الأحوال ، مرة للقوانين القديمة بل يتعين مد العمل بها لغاية تهيئة تشريعات جديدة مناسبة ومتى وافقه في مضمونها مع الدستور الجديد)¹. وبذلك قد خالف الدستور الجزائري العديد من النظم القانونية التي أخذت بقاعدة الأثر الرجعي على سبيل الاستثناء نذكر منها دستور دولة مصر 2014 لمعدل في 2019 .

الذي أحال في المادة 195 فقرة 2 منه إلى قانون المحكمة الدستورية العليا تحديد أثر قراراتها وليس إلى المحكمة الدستورية ذاتها " ينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار"²، أو دستور دولة البرتغال أخذ بقاعدة الأثر الرجعي على سبيل الاستثناء كما هو موضح في المادة 282 المعدل في 2005 (تستمر صلاحية الأحكام التي صدرت في ظل القاعدة الملغاة، إلا إذا قررت المحكمة الدستورية غير ذلك فيما يتعلق بالقواعد المتعلقة بالمسائل العقابية أو التأديبية أو بالمخالفات الإدارية، إذا كان أعمال تلك القواعد في غير الصالح للمتهم ، يمكن للمحكمة الدستورية أن تحد من آثار الحكم بعدم الدستورية أو عدم القانونية لمستوى أدنى مما هو ورد في الفقرتين 1 و2 من هذه المادة، إذا كان ذلك لازماً لأغراض اليقين القانوني، أو لأغراض إقامة العدل أو من أجل صالح عام هام على نحو خاص تُذكر مبرراته في القرار)³.

كذلك دستور دولة البحرين المادة 106 " يكون للحكم الصادر بعدم دستورية نصّ في قانون أو لائحة أثر مباشر، ما لم تحدد المحكمة لذلك تاريخاً لاحقاً، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تُعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن"⁴.

وبالرغم من أن الدستور الجزائري قد استبعد قاعدة الأثر الرجعي للقرار بعدم الدستورية في المادة 198 السابق ذكرها والمادة 225 ، بيد أن قانون العقوبات الجزائري في المادة 2 قد أورد قاعدة استثنائية للقضاة المحاكم أجاز لهم تطبيق أحكام هذا القانون بصفة رجعية على ما سبق من قضايا في حالة وحيدة أن يكون الحكم التشريعي المراد تطبيقه متضمنا لعقوبة اقل شدة⁵، تطبيقا لما جاء في

¹- قرار رقم 02 / ق.م د/ر م د 22 /، المؤرخ في 10 ماي سنة 2022، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 01-98، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، للدستور

² - المادة 195، فقرة 2، دستور مصر، المرجع السابق

³- المادة 282، دستور البرتغال، المرجع السابق، ص 66

⁴- المادة 106، دستور البحرين، المرجع السابق

⁵- أنظر المادة 2، الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو سنة يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل

الفقرة 2 من المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان¹ ، وذلك تناقض بين المادة 2 من قانون العقوبات والمادتين 198 و225 من التعديل الدستوري 2022 يجب تداركه .

2- موقف الاجتهاد القضائي الدستوري الجزائري من النطاق الزمني لنفاذ القرار بعدم الدستورية

قلنا أن معظم النظم القانونية قد جرت على معالجة مشكلة الفترة الزمنية لنفاذ الحكم بعدم الدستورية، وذلك لما ينجم عنها من آثار واتخاذ مسلك لما أثير حول هذه المسألة من تساؤلات قد طرحت سواء ما تعلق منها بالنطاق الزمني حول تحديد توقيت سريان الحكم بعدم الدستورية من تاريخ صدور الحكم القاضي بعدم دستورية الحكم التشريعي، أو من وقت نشر الحكم التشريعي الصادر ضده حكم بعدم الدستورية² ، وقلنا أن النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري الجزائري سابقا المحكمة الدستورية حاليا، لم يحدد بدقة تاريخ تطبيق الحكم بعدم الدستورية سواء الصادر في الرقابة السابقة أو الصادر بناء على دفع بعدم دستورية أو الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة، كما فعل قانون المحكمة الدستورية المصري في المادة 195 من دستور 2014 المصري التي أحالت للقانون تنظيم أثر حكم الإلغاء ، وهو ما نظمته المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا بتحديد لها لأثر الحكم بعدم الدستورية من اليوم الموالي لنشر الحكم بعدم الدستورية في الجريدة الرسمية كتوقيت للامتناع عن تطبيق الحكم التشريعي الملغى باستثناء الأحكام العقابية القاضية بالإدانة التي أخضعها لقاعدة الأثر الرجعي من يوم صدورها.³

وبالرجوع إلى اجتهادات المجلس الدستوري الجزائري إلى آرائه وقراراته لتعرف على موقفه من أثر الحكم بعدم الدستورية لم يسبق وأن أشار إلى إلزامية تطبيق أحكامه بأثر رجعي بل قد عبر على أن من حقه تحديد ميعاد إلغاء الحكم التشريعي بعدم دستورية إما بأثر مباشر أو لاحق في نص قراره وهو المستساغ من نص قراره رقم 01/ق.م د/د ع 19 (واعتبارا أنه وبمقتضى المادة 191 من الدستور فإنه يمكن للمجلس الدستوري تحديد تاريخ زوال أثر النص، وأنه يعود له قرار زوال أثر النص فورا أو أن يؤجله إلى تاريخ لاحق)⁴ ، وفي قرار آخر له (يعود للمجلس الدستوري تحديد اليوم الذي يفقد فيه النص التشريعي المعلن غير الدستوري أثره)⁵، كما أكد هذا الأخير في العديد من قراراته بتطبيقه قاعدة الأثر المباشر للأحكام بعدم دستورية الصادرة في مواجهة الأحكام التشريعية المطعون فيها عن طريق آلية الدفع بعدم الدستورية ، ومثال ذلك قرار 01/ق م د / د ع د / 21 المؤرخ 10 فبراير 2021" يفقد الحكم التشريعي أثره فورا ، يسري أثر هذا القرار على الأحكام المدنية التي لم تستنفذ أجال الاستئناف عند تطبيق أحكام المادة 33 الفقرة الأولى والثانية من القانون المذكور أعلاه" ، وبالمحصلة فإن القرارات الصادرة عن

¹ -ارجع إلى المادة 11 فقرة 2، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المرجع السابق

² -أنظر أحمد علي عبود الخفافي، المرجع السابق، ص 1

³ -أنظر عبد الكريم رجب حسن، المرجع السابق، ص 22

⁴ -قرار رقم 01/ق.م د/د ع 19، المؤرخ في 20 نوفمبر 2019

⁵ -قرار 01/ق م د / د ع د / 21 ، المؤرخ 10 فبراير 2021

الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري تؤكد تطبيق هذا الأخير لقاعدة الأثر المباشر في نظام الرقابة لاحقة حتى بالنسبة للقواعد القانونية الجزائية واستبعادها العمل بقاعدة الأثر الرجعي¹ وبذلك يبدو القاضي الدستوري الجزائري متأثراً في توجهه بالقاضي الدستوري الفرنسي في تحديد نطاقه لتطبيق الحكم بعدم الدستورية والذي أخذ بقاعدة الأثر المباشر في أغلب قراراته وذلك ما يتضح من نص قراره التالي (لا يوجد سبب لتأخير بدء نفاذ إعلان عدم الدستورية يتم ذلك من تاريخ نشر هذا القرار ينطبق على جميع القضايا التي لم يتم الحكم عليها نهائياً في هذا التاريخ).²

إلى جانب ما تقدم لا نساير اتجاه المؤسس الدستوري والمحكمة الدستورية في أخذها بقاعدة الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية واستبعادها المطلق لقاعدة الأثر الرجعي، للأسباب التالية: لأن تمكين المحكمة الدستورية من تحديد زمن تطبيق الحكم بعدم الدستورية بأثر مباشر أو لاحق ومد هذه القاعدة على جميع القوانين باختلافها ومن دون استثناءات سيؤدي إلى ضياع حقوق وحرية الأفراد والإخلال بمبدأ المساواة في تطبيق وعدم تحقيق العدالة القانونية وبالتحديد في القوانين الجزائية لعدم تطبيق قاعدة الأثر الرجعي على سبيل الاستثناء، لإجازة الدستور لاستمرارية في تطبيق أحكام تشريعية ملغاة في النظام القانوني.

وبناء على ذلك نخالف الرأي القائل أن منح الدستور الجزائري السلطة التقديرية للجهاز المكلف بالرقابة الدستورية في تحديد تاريخ سريان الحكم بعدم الدستورية جاء مراعاة لدواعي الأمن القانوني³، على اعتبار أن استبعاد قاعدة الأثر الرجعي بصفة مطلقة وعدم تبنيها ولو على سبيل الاستثناء متناقض مع مبدأ ضمان الدستور للحقوق والحرية، وعن أي مبدأ قانوني يمكن الحديث عنه في ظل نظام قانوني لا يكفل الحماية الكاملة للحقوق والحرية، بل ويسمح بضياعها لعدم إجازته تطبيق قاعدة الأثر الرجعي على سبيل الاستثناء، تأسيساً على أن من الصائب أن تطبق قاعدة الأثر الرجعي على سبيل الاستثناء، أو إحالة الدستور للقانون بتحديد أثر الحكم بعدم الدستورية كما فعل الدساتير المقارنة السابق ذكرها .

ومن جهة أخرى هو ما يجعلنا متمسكين بموقفنا أن أسلوب القرارات التوجيهية هي أحسن أسلوب لتعامل مع مشكلة عدم الاختصاص السلبي في النظام القانوني الجزائري، إذا ما قمنا بمقارنة أسلوب الإلغاء أو الحكم بعدم الدستورية بأسلوب التحفظات التفسيرية التوجيهية ، على أساس أن الحكم التشريعي في الرقابة السابقة لم يرتب أية آثار ما يجعلها أكثر ضماناً للحقوق والحرية لاسيما

¹- قرار 01/ق م د / د ع د / 21 ، المؤرخ 10 فبراير 2021

²- Decision n 2020-856 QPC du 18/9/2020 WWW. Conseil. Constitutional.fr

³- الهام خوشي، خلاف وردة: أثر التكريس الدستوري لألية الدفع بعدم الدستورية على نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، الجزائر، المجلد 19، العدد 1، 2022، ص 21

لوعممت وجوبا على سائر القوانين ، نظرا تطبيقها على سائر أحكام النص التشريعي الخاضع لها ، على خلاف أسلوب الحكم بعدم الدستورية في الرقابة لاحقة، لأن مفعول الحكم التشريعي قد سرى واحتمالية إبطال أثره بأثر رجعي امر غير مسموح به في الدستور الجزائري.

خلاصة الباب الثاني

صفوة القول لما تقدم ذكره بعد التطرق لتداعيات أوجه عدم الاختصاص السلبي على الحقوق والحريات وعلى الأمن القانوني، أن هذه المشكلة لا تؤدي إلى الانتقاص وتعطيل الحقوق والحريات فحسب، بل قد تؤدي إلى نتائج أكثر وخيمة إن زادت عن حدها إلى المساس بجوهر الحقوق والحريات كما قد تتابع الدولة دوليا لعدم تنفيذها لالتزاماتها الدولية، لاسيما أن الحلول التي تقدمها أجهزتها الرقابية سواء أثناء ممارستها لرقابة الوقائية أو البعدية بانتهاجها لنموذج الحكم بعدم الدستور أضحت ضعيفة سواء في الكشف عن أوجه عدم الاختصاص السلبي أو في معالجته لدورها المحدود وللأسف عجزها في حل مشكلة عدم الاختصاص السلبي لعدم إمكانية معالجة هذا الأخير لمشكلة الامتناع التشريعي، وذلك بالطبع لفقدانه القدرة على التحرك من تلقاء ذاته لمواجهة البرلمان ، فضلا عن تلقيه رسائل إخطار حول القواعد القانونية الغائبة عن الوجود، وبالرغم من سيطرة هذا الجهاز من خلال دوره كمشروع سلبي على الإغفالات التشريعية في نظام الرقابة لاحقة، إلا أن نظام الحكم بعدم الدستورية محدود الأثر لعدم سريانه قراراته الصادرة في مواجهة أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشروع بأثر رجعي ولو على سبيل الاستثناء علاوة على افتقادهما للحجبة المطلقة من الناحية الواقعية.

خاتمة

إن مشكلة عدم الاختصاص السلبي لا تظال قانونا فريدا، بل النظام القانوني بأسره، لتؤثر سلبا بذلك على أمن واستقرار القواعد القانونية، ما يشكل تهديدا لحقوق الأفراد، وطالما أن لكل مشكلة حل فالمحكمة الدستورية أولى بها، بما تمارسه من سلطة لمراجعة القوانين قبل وعقب صدورهما بإصلاح عمل السلطة التشريعية أو إكمالها، وليس مجرد رصدها وإصدار أحكام بدستوريتها أو عدم دستوريتها والمراد تأمين منظومة الحقوق والحريات مما قد يترصد بها من مخاطر قوانين مخالفة لدستور.

وإن كانت الحلول المقدمة لتدارك أوجه عدم الاختصاص السلبي مؤقتة لعدم علاجها للمشكلة من أساسها، فاستمرار هذه المشكلة أمر وارد، طالما أن عملية التشريع وتجديد البرلمان مستمرة لافتقادها لقواعد مؤطرة لها تأطيرا قوامه الجديدة، وبسبب الثغرات الدستورية الخارجة عن السيطرة فعلى الرغم من ذلك تعددت أدوار الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري، لغاية وقاية حقوق وحريات الأفراد لتجاوزه رقابة مطابقة التشريعات للدستور، واقتحامه مجال رقابة عدم الاختصاص السلبي بتصحيحه للأحكام التشريعية، بناء على سلطته في التفسير التي منحها لنفسه، والتي أثبتت على إثرها المحكمة الدستورية تنفيذها التزامات دستورية هي في الأصل التزامات مخولة للبرلمان، بإعادتها لصياغة القوانين صياغة سليمة لا لبس فيها، وإنشاء أحكام تشريعية تجسد مبدأ المساواة وقواعد توزيع الاختصاص مما تم إغفاله من المشرع، حماية للحقوق والحريات من التنكيل بها من إحدى السلطتين القضائية أو التنفيذية، أو بإصدارها لقرارات تقضي إلغائها لإغفالها مبدأ المساواة، ترتيبا على ذلك بدورها السلبي والإيجابي لجبر الضرر عن الحقوق والحريات، والتي بالرغم من اجتهادات القاضي الدستوري لا يزال ناقوس خطر أوجه عدم الاختصاص السلبي يحدق بها لقصر الحلول المقدمة لتأمين الحقوق والحريات على النحو اللازم، وإفلات العديد من القوانين من قبضة يدي المحكمة الدستورية في الجزائر ولعجزها عن معالجة سائر القواعد القانونية المعيبة بهذا الوجه من عدم الدستورية، لما يحيط بها من قيود وعراقيل وغياب قواعد دقيقة صارمة تضبط قواعد توزيع الاختصاص لمنع وقوع الانحراف.

من خلال ما سبق خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج:

-الإغفال التشريعي يعد الوجه الثاني من أوجه عدم الاختصاص السلبي بالإضافة إلى الامتناع التشريعي، وإن كان كلاهما وجهين لعملة واحدة، فلا يمكن الدمج بينهما، فكل منهما مختلف عن الآخر، ما يبنى على ذلك تصنيف عيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع إلى وجهين، عدم الامتثال الكلي للالتزامات الدستورية (الامتناع التشريعي)، وعدم الامتثال الجزئي للالتزامات الدستورية (الإغفال التشريعي)، وعلى اعتبار أن حالة الإغفال حالة جزئية غير المتعمدة أما الامتناع التشريعي فحالة متعمدة تتعلق بالقانون ككل جملة وتفصيلا وليس مجرد بعض الأحكام التشريعية منه.

-إن حالات التنازل عن الاختصاص التشريعي من تفويض تشريعي غير دستوري مباشر أو غير المباشر والإحالات التشريعية غير الدستورية، ليست وجها ثالثا مستقلا بذاته من أوجه عدم الاختصاص

خاتمة

السلي بل هي شكل من أشكال حالة عدم الامتثال الجزئي للالتزامات الدستورية، الناتجة عن إغفال المشرع لقواعد توزيع الاختصاص في الدستور وليس حالة من حالات الامتناع التشريعي.

-إن غياب قواعد في الدستور الجزائري تلزم المشرع بإصدار قوانين في مدد زمنية معينة فيما عدا قانون المالية، من الثغرات الدستورية المتسببة في وقوع حالات الامتناع التشريعي .

-إن عدم تقييد الدستور الجزائري للسلطة المكلفة بتنفيذ القوانين بمراسيم تنفيذية بضوابط وحدود ، وعدم تحديد هذا الأخير للقوانين المنظمة للحقوق والحريات التي تحتاج والتي لا تحتاج إلى تنظيم بالمراسيم التنفيذية ثغرة دستورية ، من أسباب وقوع حالات التنازل عن الاختصاص عن طريق الإحالات التشريعية المخالفة للدستور، ناهيك عن غياب نص ملزم للمشرع صراحة بعدم التنازل عن اختصاصاته أو الانتقاص وتعطيل الحقوق والحريات، ذلك من أسباب الانتهاكات التي تلحق بالحقوق والحريات جراء الإغفال التشريعي لقواعد توزيع الاختصاص.

-إن المبدأ المؤطر لأوجه عدم الاختصاص السلي هو مبدأ سمو الدستور على اعتبار أن مبدأ الانفرد التشريعي جزء من مبدأ الفصل بين السلطات يخص وجها فريدا من أوجه عدم الاختصاص السلي، وهي حالة التنازل عن الاختصاص التشريعي عن طريق الإحالات التشريعية غير الدستورية، دون حالات الامتناع التشريعي والغموض التشريعي وسائر الحالات الأخرى للإغفال التشريعي.

- إن الدستور الجزائري من الدساتير الحريضة على عدم وقوع حالة الامتناع التشريعي من خلال منحه اللجنة المتساوية للأعضاء الاختصاص في إيقاف الخلاف بين المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وحق الفصل النهائي فيه للمجلس الشعبي الوطني حال عدم إيقافه، ووضعه لحد لاعتراض رئيس الجمهورية عن القوانين بمصادقة البرلمان بغرفتيه عليها بأغلبية الثلثين ، بيد أن الحلول التي قدمها هذا الأخير لمنع وقوع الامتناع التشريعي غير الكفيلة لتفادي حدوث هذه المشكلة ، والسبب عدم إيجادها لحلول لمنع امتناع السلطة التنفيذية عن تنفيذ القوانين بمراسيم تنفيذية ونشرها، وعدم وضعه لحل لامتناع البرلمان عن المبادرة التشريعية، فضلا على منحه الحكومة سلطة الاختيار بين تقديم طلب لإيقاف الخلاف إلى المجلس الشعبي الوطني وبين إمكانية سحبه دون اللجوء إلى هذا الأخير، فمن جهة عمل الدستور الجزائري على منع وقوع حالة الفراغ الناتج عن الامتناع التشريعي بهذه الألية، ومن جهة أخرى سمح بوقوعها من خلال منحه سلطة سحب القانون للحكومة.

-الدستور الجزائري من ضمن الدساتير غير المقررة صراحة أو ضمنا لرقابة عدم الاختصاص السلي و الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري -مجلس دستوري سابقا محكمة دستورية حاليا- من الأجهزة الممارسة لرقابة عدم الاختصاص السلي أسوة بالمجلس الدستوري الفرنسي ، كرقابة مقترنة برقابة المطابقة ، فهي لم تفصل بينهما كرقابة خاصة لها أحكام ونصوص تنظمها ، بل هي رقابة تمارسها هذه الأخيرة بمحض إرادتها بمناسبة ممارستها لرقابة المطابقة في إطار ممارستها لعملية التفسير أو بمناسبة

خاتمة

ممارستها للرقابة للاحقة بواسطة القرار بعدم الدستورية، على أساس إغفال مبدأ المساواة ومن دون نصوص دستورية أو تشريعية تحدد إطار وكيفية ممارستها .

- إن رقابة عدم الاختصاص السلبي في الجزائر لاتزال بعيدة عن رقابة عدم الاختصاص السلبي في الأنظمة الدستورية المكرسة لهذه الرقابة صراحة في دساتيرها، لعدم امتدادها لمواجهة حالات الامتناع التشريعي، وذلك لقصر ومحدودية تقنياتها، ولما يعترض الرقابة الدستورية في الجزائر من قيود كالمقواعد المنظمة لأليتي الإخطار والدفع بعدم الدستورية، التي تعد من أكثر العقوبات المؤدية لضعف رقابة عدم الاختصاص السلبي للمشرع في الجزائري والحيلولة من تطهير الترسانة القانونية من أثر أوجه عدم الاختصاص السلبي وحماية الحقوق الحريات من خطرهما، وبالخصوص القوانين العادية والنصوص التنظيمية، ضف إلى وقوفها كعائق حائل لمواجهة السلطة التشريعية في حالة الامتناع التشريعي ومن دواعي أسباب مشكلة الفراغ القانوني في النظام القانوني الجزائري.

- عدم استخدام الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري- المجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا -عبارة عدم الاختصاص السلبي سواء في الرقابة القبلية أو البعدية، واكتفاؤه باستخدام عبارة الإغفال أو السهو في الرقابة القبلية فيما يخص سهو العبارات أو الألفاظ فقط في المواد القانونية المراجعة، وعدم استخدامها في الرقابة البعدية، بالرغم من مارسته لهذه الرقابة بترصده لحالات الإغفال التشريعي لمبدأ المساواة، علاوة على ترصده لبعض حالات ظاهرة التسلب من الاختصاص نذكر الحالات التشريعية غير الدستورية بمناسبة ممارسته للرقابة السابقة، فضلا على عدم إبدائه لموقف حول مشكلة الامتناع التشريعي الكلي في أي من سوابقه القضائية، وهو ما يجعل موقفه من هذه المشكلة موقفا مشوبا بعدم الوضوح.

- وجود عجز على مستوى المبادرة البرلمانية في الجزائر سواء بسبب افتقاد البرلمانين للكفاءة التشريعية، أو لسبب وجود قيود دستورية واتخاذ لقوانين مصدرها مشاريع القوانين التي تبادر بها الحكومة السلطة المنفذة للقوانين، علاوة على تغاضي الدساتير الجزائرية على النص على حق الأفراد في المساهمة في التشريع من خلال تقديم مقترحاتهم، من الثغرات المسببة في استفحال ظاهرة عدم الاختصاص السلبي في النظام القانوني الجزائري وبالخصوص حالة الامتناع التشريعي والتسلب من الاختصاص وتعرض الحقوق والحريات للانتهاك.

- باستقراء أحكام الدستور بدا لنا أنها قد حددت وسيلة وحيدة للمحكمة الدستورية لقمع المخالفات الدستورية وهي الحكم بعدم الدستورية، بينما لم تجز لها صراحة بالمقابل تصحيحها بناء على تحفظات تفسيرية، كما لم تحضر عليها اعتمادها، فكل ما أجاز لها في الأونة الأخير بموجب التعديل الدستوري 2020 تفسير الدستور بناء إخطار مستقل عن الدعوى الدستورية، وعدم تمكينها صراحة من تفسير النصوص التشريعية والنصوص الدستورية من دون طلب صراحة ، وذلك تضيق من سلطاتها التي ينبغي أن تكون غير مقيدة، لأداء وظيفتها وضمان حماية للحقوق والحريات من عدم الاختصاص السلبي بالقدر المستحق.

خاتمة

- إن عدم تحديد الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري لأجل للمشرع لتدخل لممارسة اختصاصه في أسلوب التحفظات التفسيرية الندائية ، أمر يقلل من فاعلية هذا الأسلوب في ضمان حماية الحقوق والحريات من أثر عدم الاختصاص السلبي.

- إن أسلوب التحفظات التفسيرية التوجيهية من جهة نظرنا المؤيدة للاتجاه الفقهي المؤيد لهذا الأسلوب من أنجع الأساليب المنتهجة لحل مشكلة عدم الاختصاص السلبي، قبل أن يتجلى لعدم الاختصاص السلبي أثر على أرض الواقع قبل صدور القوانين ، ولما ينجر عنها في الواقع من تجسيد لمبدأ الفصل بين السلطات و ضمان أداء العمل التشريعي للبرلمان ، بما يعم بالفائدة على السلطة التشريعية بممارستها لوظيفتها ممارسة دقيقة سليمة من الشوائب وتنفيذا لالتزاماتها إزاء ممثلها وإزاء الدستور وبما يعم بالفائدة بتحقيق الصالح العام و العدالة الدستورية التي كاد يحرم منها الأفراد لولا هذا الإجراء وتحقيقا للأمن والاستقرار القانوني.

- إن الدستور الجزائري لم يلزم صراحة المشرع بتطبيق مبدأ التناسب أثناء تقييده للحقوق والحريات في المادة 34، كما أنه لم يفرض على السلطة التنفيذية والتشريعية أثناء إعلان أو تفعيل حالي الحصار والطواري كما فعلت بعض الدساتير المقارنة من مراعاة مبدأ التناسب في إقرار حالي الحصار والطواري وفي تقييد الحقوق والحريات ، بعدم إلزامها بوجود تناسب بين القيود المفروضة على الحقوق والحريات والهدف الذي استدعى إلى إعلان حالة الحصار أو الطواري و المتمثل في الحفاظ على النظام و الأمن العام أو المصلحة العامة ، وعدم منعها صراحة من تعطيل بعض المبادئ والحريات بصفة مطلقة (كالحق في السلامة الشخصية، أو الهوية الشخصية، أو الأهلية المدنية أو المواطنة، أو عدم تطبيق القانون الجنائي بأثر رجعي، أو حق المدعى عليهم في الدفاع، أو حرية العقيدة والدين). بقوانينها المنظمة لمثل هذه الحالات غير العادية، وهي من مواطن القصور في الدستور الجزائري التي قد تؤدي إلى إغفال المشرع لأكثر الضمانات الدستورية لحقوق وحريات الأفراد أثناء هذه الظروف حال إغفالها تطبيق مبدأ التناسب التشريعي.

- إن عدم ممارسة الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري-المجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا- لرقابة التناسب التشريعي كمنظيره المجلس الدستوري الفرنسي لعدم إقراره لهذا المبدأ بموجب قرارته سواء في الرقابة السابقة أو اللاحقة انتقاص من دور هذا الأخير في حماية الحقوق والحريات.

- إن عدم وضوح موقف المؤسس الدستوري الجزائري بخصوص حجية القرار بعدم الدستورية بدقة إذا ما كان ذو حجية مطلقة أم حجية نسبية، ليس فقط لعدم إقراره للجزاء حال عدم تنفيذه من قبل إحدى السلطات، بل لعدم اشتراطه أن يكون الحكم التشريعي محل الدفع بعدم الدستورية صادر ضده قرار سابق يقضي بدستوريته أو بعدم دستوريته في الرقابة اللاحقة نقطة ضعف في هذا الأسلوب في مواجهة عدم الاختصاص السلبي.

خاتمة

- تضارب في موقف الدستور الجزائري من النطاق الزمني لتطبيق الحكم بعدم الدستورية لمنحه السلطة التقديرية للمحكمة الدستورية في تحديد أجال إلغاء الحكم التشريعي الصادر ضده قرار الإلغاء لعدم تحديده بدقة لعبارة (من يوم قرار المجلس)، إذا كان المقصود منها تاريخ صدور القرار أم تاريخ نشره وتحديده لها في مادة أخرى من الدستور ضمن الأحكام الانتقالية ، بتأكيد على عدم زوال أثر القوانين المستلزم استأصلها من النظام القانوني بموجب حكم صادر بإلغائها إلى صدور قانون حديث معدل لها في وقت معقول دون تحديد هذه الأجال ، تناقض و مع نص المادة 2 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 ، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم التي تجيز تطبيق الأحكام التشريعية العقابية على الماضي في حالة إذا كانت أقل شدة من ما سبقها من أحكام عقابية .

- إن استبعاد الدستور الجزائري لقاعدة الأثر الرجعي حتى على سبيل الاستثناء بالنسبة للمادة العقابية والمسائل الضريبية، من مواطن قصور أسلوب القرار بعدم الدستورية القاضي بالإلغاء، في مواجهة عدم الاختصاص السلبي ومن فاعليتها في تسخير الحماية لحقوق وحريات الأفراد.

- إن أساليب الرقابة الدولية على عدم الاختصاص السلبي للمشرع من تقارير دولية وشكاوى غير الكفيلة لإلزام الدول المقصرة أو الممتنعة عن تنفيذ التزاماتها الدولية لحقوق الإنسان وكفالة وضمان الحقوق والحريات.

ومنه توصلنا إلى الاقتراحات التالية:

-إلزام المشرع دستوريا بعدم التنازل عن اختصاصه للسلطة التنظيمية عن طريق الإحالات التشريعية غير الدستورية، وبعدم الانتقاص من الضمانات القانونية لحقوق وحريات الأفراد، ضمن المادة 34 من أحكام الدستور للحد من ظاهرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع.

-تكريس الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، على سبيل الاستثناء في المادتين العقابية والضريبية لضمان حماية الحقوق والحريات المتضررة من الأحكام التشريعية العقابية والضريبية التي قد أغفل فيها المشرع بمبدأ المساواة أو بمبدأ التناسب التشريعي.

-دسترة رقابة الإغفال التشريعي، وتمكين المحكمة الدستورية من دعوة المشرع للالتزام بأحكام الدستور وسن النصوص التشريعية الممتنع عنها خلال مدد زمنية محددة

-وضع قانون موحد لصياغة النصوص التشريعية وفقا لمبادئ الصياغة التشريعية لتقليل من ظاهرتي الغموض والاعغال التشريعي.

-منح الأفراد الحق في المبادرة باقتراح القوانين ، إلى جانب كل من غرفتي البرلمان ورئيس الحكومة.

- دسترة الرقابة الوجودية للمحكمة الدستورية لمطابقة القوانين والتنظيمات للمعاهدات والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان من دون قيود، لاستبعاد أي قواعد مخالفة لها أو قواعد تنتقص منها وكفالة تنفيذ الالتزامات الدولية لحقوق الإنسان.

خاتمة

- تعديل الفقرة 2 من المادة 21 من القانون العضوي 22-19 المؤرخ في 25 يوليو 2022 (ألا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي المعترض عليه قد سبق الفصل في دستوريته من طرف المحكمة الدستورية باستثناء حال تغير الظروف)بدلا من " ألا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية ،باستثناء"

لتفادي تلقي المحكمة الدستورية لدفع دستورية متكررة حول ذات المسألة أو حول ذات الحكم التشريعي أو التنظيمي خارج الحالات الاستثنائية.

- تضمين أحكام الدستور مبدأ التناسب التشريعي بإلزام المشرع بمراعات تحقق التناسب بين القيود المتخذة لتنظيم الحقوق والحريات والهدف المنشود منها صراحة ضمن تشريعاته، سواء في الظروف العادية أو غير العادية في حالي الحصار أو الطوارئ، ومنعه من تقييد الحقوق الشخصية اللصيقة بالفرد.

- نأمل أن تتبني محكمتنا الدستورية رقابة التناسب التشريعي، أثناء ممارستها للرقابة اللاحقة باستبعادها للأحكام التشريعية والتنظيمية المغفلة لمبدأ التناسب التشريعي، من التي لم تتناسب فيها القيود المفروضة على الحقوق والحريات والهدف التي فرضت من أجله سواء تحقيق المصلحة العامة أو النظم العام أو الأمن العام كما فعل المجلس الدستوري الفرنسي.

- إلزامية عرض مشاريع القوانين على المحكمة الدستورية بدلا من مجلس الدولة للتحقق من مدى سلامة صياغتها التشريعية وتوافرها على متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة من دقة ووضوح وسهولة الوصول وخلوها من العيوب، وضمان تحقيق الأمن القانوني وحماية الحقوق والحريات من عدم الاختصاص السلبي.

- نقترح عقد ملتقيات ومؤتمرات لدراسة مشكلة الإغفال التشريعي في الجزائر أسبابها ونتائجها وحلولها ، الرقابة الدستورية عليها.

قائمة المصادر والمراجع

I- مصادر الدراسة

القران الكريم

II - مراجع الدراسة باللغة العربية

1- النصوص الرسمية

أ-الدساتير

-دستور 1963، الصادر بتاريخ 08 سبتمبر 1963، الجريدة الرسمية، العدد 64، الصادر في 10 سبتمبر 1963.

-دستور 1976، الصادر في 22 نوفمبر 1976.

- دستور 1989، الصادر بتاريخ 23 فيفري، 1989 الجريدة الرسمية 09، المؤرخة 01 مارس 1989.

-دستور 1996، الصادر بتاريخ 28 نوفمبر، الجريدة الرسمية، العدد 76، الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996.

-القانون العضوي 01-16، المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري 2020، الجريدة الرسمية رقم 14، المؤرخة في 7 مارس 2016.

-المرسوم الرئاسي رقم 20_442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 82، المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

ب-القوانين العضوية

- القانون العضوي 01-98، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وطريقة عمله.

- القانون العضوي 12-16، المؤرخ في 25 أوت 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 50.

-القانون العضوي 16_18، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

-القانون العضوي 10-16، المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 50، المؤرخ في 28 غشت 2016.

-القانون العضوي 19-22، المؤرخ في 25 يوليو 2022، المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 51، الصادرة 31 يوليو 2022.

ج-القوانين العادية

-القانون رقم 10-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43، المؤرخة في 30 يوليو 2003.

-القانون رقم 19-08، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية رقم 63، المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

-القانون رقم 09-08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- القانون رقم 11-18، المؤرخ في 2 جويلية 2018، المتضمن قانون الصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، المؤرخة في 29 جويلية 2018.

د-الأوامر

- الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1996، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم
- الأمر رقم 03-05، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد44، المؤرخة في 23 يوليو 2003.
- الأمر رقم 05-01، المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 86-70، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 15 الصادرة في 27 فبراير 2005.
- الأمر رقم 06-03، المؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، المتضمن القانون الساسي العام للتوظيف، الجريدة الرسمية 46، المؤرخة في 16 يوليو 2006.
- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 ديسمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم 2007.

ر-الأنظمة الداخلية

- النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد42، المؤرخ في 30 يونيو 2019
- النظام الداخلي للمحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد75، المؤرخة في 13 نوفمبر 2022.

2-القرارات الصادرة عن هيئات القضاء الدستوري

أ-قرارات وأراء المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية الجزائرية

- قرار رقم 4/ق.ق.م.د/91، المؤرخ في 21 أكتوبر 1991، المتعلق بالفقرة الثانية من المادة 54 من القانون 91-17، المؤرخ في 15 أكتوبر 1991، المعدل والمتمم للقانون 89-13، المؤرخ في 7 غشت 1989، المتضمن قانون الانتخابات.
- قرار رقم 1-ق.ق.م.د، المؤرخ في 20 غشت 1989، المتعلق بقانون الانتخابات.
- قرار رقم 3/ق ن د-م د / 18، المؤرخ في ديسمبر 1989، المتعلق بلانحة المجلس الشعبي الوطني، المؤرخة في 29 أكتوبر 1989.
- قرار رقم 4-ق ق م د / 1/9، المؤرخ في 28 أكتوبر 1991، المتعلق بالفقرة 2 من المادة 54، القانون 91-17، المؤرخ 15 أكتوبر 1991، المعدل والمتمم بالقانون رقم 89-13 المتضمن قانون الانتخابات.
- قرار رقم 01 ق.أ.م.د/95، المؤرخ في 6 غشت 1995، المتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات .
- رأي رقم 4 رأ-م د، المؤرخ في 19 فبراير 1997، حول دستورية المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من طرف المجلس الوطني الانتقالي، المؤرخ في 16 يناير 1997.
- رأي رقم 4، المؤرخ في 19 فبراير 1997، حول دستورية المادة 2، الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من طرف المجلس الانتقالي، 6 يناير 1997.
- قرار رقم 02/ق ا /م د/2000، المؤرخ في 27 فبراير 2000، المتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97-15 المؤرخ في 31 ماي 1997، المحدد للقانون الأساسي لمحافظة الجزائر الكبرى.

- راي رقم 01/ ر ق ع / م د / 04، المؤرخ في 5 فبراير 2004، المتعلق بمطابقة القانون العضوي المعدل المتمم للأمر رقم 97-07، المؤرخ في 6 مارس 1997.
- راي 05 / ر. م. د. / 11، المؤرخ في 22 ديسمبر 2011، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المحدد لكيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة.
- رأي رقم 02/ ر م د / 12، المؤرخ في 08 يناير 2012، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام للدستور.
- رأي رقم 01/ ر م د / 12، المؤرخ في 8 يناير 2012، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور.
- رأي رقم 2 / ر ق ع / م د / 16، المؤرخ في 11 غشت 2016، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور.
- رأي رقم 04 / ر.ق.ع.م.د. / 16، المؤرخ في 11 غشت 2016، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينها وبين الحكومة للدستور.
- رأي رقم 02/ ر.ق.ع.م.د. / 16، المؤرخ في 11 غشت 2016، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور.
- رأي رقم 02/ ق.ع.م.د. / 19، المؤرخ في 25 غشت 2016، المتعلق بالنظام الانتخابيات.
- رأي رقم 3 / ر.ق.ع.م.د. / 16، المؤرخ في 11 غشت 2016، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.
- رأي رقم 02/ ر.ن.د.م.د. / 17، المؤرخ في 25 يوليو 2017، المتعلق بمراقبة النظام الداخلي لمجلس الأمة لدستور.
- رأي رقم 4/ ر ق ع / م د / 18، المؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالمجتمع الجزائري للغة الأمازيغية للدستور.
- رأي رقم 03/ ر.ق.ع.م.د. / 18، المؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية لدستور.
- رأي رقم 02/ ر.ق.ع.م.د. / 18، المؤرخ في 02 غشت 2018، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي، المتعلق بقوانين المالية للدستور.
- رأي رقم 4/ ر ق ع / م د / 18، المؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالمجتمع الجزائري للغة الأمازيغية للدستور.
- رأي رقم 01/ ر ق ع / م د / 18، المؤرخ في 14 سبتمبر 2019، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي، المتعلق بالسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات للدستور.

-قرار رقم 01/ ق. م د د ع / 19، المؤرخ 20 نوفمبر 2019.

-قرار رقم 01/ ق م د د ع / 20، المؤرخ 13 مايو 2020.

-قرار 01/ ق م د / د ع / 21، المؤرخ 10 فبراير 2021.

-قرار رقم 16/ق.م.د/21، المؤرخ في 10 مارس 2021، المتعلق بمراقبة دستورية الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات.

-قرار رقم 24/ق م د / 21، المؤرخ في 7 يوليو 2021، المتعلق بمراقبة دستورية الأمر المتعلق بحماية المعلومات والوثائق الإدارية.

- قرار رقم 16/ق،م،د/21، المؤرخ في 10 مارس 2021، المتعلق بمراقبة دستورية الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات.

-قرار رقم 17 /ق.م.د./، المؤرخ في 13 مارس 2021، المتعلق بمراقبة دستورية الأمر الذي يحدد الدوائر الانتخابية وعدد المقاعد المطلوبة شغلها في انتخابات البرلمان .

-قرار رقم 03 /ق.م.د/رم د/22، المؤرخ في 24 مايو 2022، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المحدد لطرق انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء وقواعد تنظيمه وعمله، للدستور.

-قرار رقم 22 /ق.م.د/21، المؤرخ في 7 يونيو 2021، المتعلق بمراقبة دستورية الأمر المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2021.

-قرار رقم 23 /ق.م د/21، المؤرخ في 7 يونيو 2021، المتعلق بمراقبة دستورية الأمر 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1996، المتضمن قانون العقوبات.

- قرار رقم 04/ق.م.د./، المؤرخ في 19 يونيو 2022، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد إجراءات وكيفية الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية للدستور.

-قرار رقم 03 /ق.م.د/دع د/22، المؤرخ في 26 يناير 2022.

-قرار رقم 01 /ق.م.د /ر م د 22، المؤرخ في 10 ماي 2022، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي، المتعلق بالتنظيم القضائي للدستور.

-قرار رقم 03 /ق.م.د/رم د/22، المؤرخ في 24 ماي 2022، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المحدد طرق انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء وقواعد تنظيمه وعمله للدستور.

-قرار رقم 02 /ق.م.د/ر م د 22/، المؤرخ في 10 ماي 2022، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 01-98، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور.

ب-قرارات المحكمة الدستورية العليا بمصر

- قرار رقم 19 الصادر في 2001، الفاصل في دستورية البند 2، الفقرة 2 المادة الأولى من القانون المتعلق بزيادة المعاشات، الجريدة الرسمية، العدد 32 مكرر (أ)، الصادرة في 15 أغسطس 2012، مصر.

- قرار رقم 166 لسنة 31 فضائية دستورية، الفاصل في دستورية المادة 232 من قانون الإجراءات الجنائية، الجريدة الرسمية، العدد 27 مكرر، الصادر في 10 يوليو 2019، مصر.

3-قرارات مجلس الدولة الجزائري

- قرار رقم 0005، المؤرخ في 26/04/202 الصادر عن مجلس الدولة <http://www.coursupreme>

-قرار رقم 097935، المؤرخ في 19/03/2015، الصادر عن مجلس الدولة، مجلة مجلس الدولة العدد 13، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر.

4-تقارير المجلس الوطني لحقوق الإنسان

Dans le domaine de la législation. Sur le plan législatif, la Constitution et la législation garantissent l'égalité entre les hommes et rapport annuel, 2018, SUR LA SITUATION DES DROITS DE L'HOMME EN ALGERIE République Algérienne Démocratique et Populaire Conseil National des Droits de l'Homme.

5-النصوص القانونية الأجنبية

أ-الدساتير الأجنبية

-دستور فرنسا 1958 المعدل سنة 2008.

-دستور البرازيل 1988 المعدل سنة 2017.

-دستور جنوب إفريقيا 1996 المعدل سنة 2012.

-دستور البرتغال 1976 المعدل في 2006.

-دستور جنوب إفريقيا 1996 المعدل في 2012.

-دستور الكويت 1992.

-دستور مصر 2014 المعدل في 2019.

-دستور البحرين الصادر في 14 فبراير 2002.

-دستور إيطاليا 1947 المعدل في 2012.

6-الوثائق الدولية

-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة، رقم 217 ألف د-3، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969، المعتمدة من قبل المؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات، المنعقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم 2166، المؤرخ في 5 ديسمبر 1966 والقرار رقم 2287، المؤرخ في 6 ديسمبر 1967، المعتمدة والموقع عليها في 23 مايو 1969، السارية في 27 كانون الثاني/يناير 1980، الأمم المتحدة مركز المعلومات والتأهيل لحقوق الإنسان.

- العهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية و الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المعتمد و الموقع والمصادق عليهما بموجب قرار الجمعية العامة 2200، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: يناير 1976.

- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو للإنسانية أو المهينة، المعتمدة من الجمعية العامة، المصادق عليها في القرار 46/39، المؤرخ في 10 ديسمبر 1984.

- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان الأمم المتحدة نيويورك، 2006، www.ohchr.org.

-التعليق العام رقم 27 المادة 12 (حرية التنقل) ، اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية ، الدورة السابعة والستون 1999 ، مكتبة حقوق الإنسان.

- التقرير الدولي الثالث، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، الأمم المتحدة، 2006.

-اللجنة المعنية بالقضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية والخمسون 13 فبراير 2 مارس 2012، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة الجزائر، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الأمم المتحدة.

- تقرير محكمة العدل الدولي الأمم المتحدة 2012، الجمعية العامة، الدورة 68، ملحق 4 الأمم المتحدة، نيويورك 2013.

-الدليل الإرشادي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، مركز تطوير المؤسسات الأصلية الفلسطينية 2015 .

-التعليق العام رقم 28، اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، الدورة الثامنة والستون، مكتبة حقوق الإنسان، جامعة مانيسوتا <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/hrc.html> 2000

- الاتفاقيات الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، (قطر ضد الإمارات العربية المتحدة)، تقرير محكمة العدل الدولية 31 تموز 2020،

-تقرير الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 75 الملحق 4، الأمم المتحدة نيويورك 2020، www.icj.cij.org

-الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، الأمم المتحدة حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي نيويورك 2013، <https://www.ohchr.org> > protecting.

ثانيا: المعاجم والقواميس

- القاموس فرنسي عربي، دار الكتاب العلمية لبنان، 2004.

-عمر أحمد مختار: معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، 2008، عالم الكتاب لنشر و التوزيع و الصياغة، القاهرة.

- فرهود وليد بشارة، معجم إنجليزي عربي للمصطلحات المستعملة في محاكم الولايات المتحدة الأمريكية، مكتب الشرق الأوسط الدولي للخدمات، الطبعة الثانية، 2011.

-مجد الدين محمد، بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط، دار الحديث للنشر والتوزيع، القاهرة، 2008.

ثالثا: الكتب

1-إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.

- 2- أحمد أمين عادل جلال، دور القضاء في ترسيخ سيادة القانون (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1 المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2017.
- 3- أحمد عيد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشروع دراسة مقارنة، الطبعة 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 4- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط2، دار الشروق، القاهرة، 2000.
- 5- أحمد محمد كحيل عبد الرحمن أسامة، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2019.
- 6- ثامر عبد الجبار، عبد العباس السعيد، الصياغة القانونية لنصوص التشريعية، (د،ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.
- 7- جواهر عادل العبد الرحمان، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي دراسة تحليلية مقارنة، (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
- 8- حسن البحيري، القضاء الدستوري دراسة مقارنة، ط1، دمشق، 2018.
- 9- خالد بلجيلالي، الرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشروع دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الأيام، عمان الأردن، 2020.
- 10- خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات، تعليق الفصل 49 من الدستور التونسي 2017، (د،ط)، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، القاهرة، 2017.
- 11- رافع خضر، صالح شبر، على هادي حميدي الشكراوي، الدور التشريعي لمجلس النواب بين نصوص الدستور واتجاهات القضاء الدستوري، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017.
- 12- رائد صالح أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، (د،ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- 13- سري حارث عبد الكريم الشاوي، أثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020.
- 14- سلوى الحمروني، دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدستور "مدخل القاضي الدستوري لمرآة احترام ضوابط الحد من الحقوق والحريات"، (د،ط)، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، القاهرة، 2021.
- 15- سليم عبد المجيد إبراهيم، السلطة التقديرية للمشروع دراسة مقارنة، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010.
- 16- عادل الطيبباني، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية دراسة مقارنة، (د،ط)، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، 2000.
- 17- عباس العامري عبد الأمير إبراهيم، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1، 2016.

- 18- عبد السلام مسعود، نطاق المسؤولية الدولية عن انتهاك حقوق الإنسان. (د، ط)، دراسات سياسية المعهد المصري للدراسات مصر، 2019 .
- 19- عبد الكريم الطالب، الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون والحق، الطبعة الأولى، مكتبة المعرفة مراكش، 2005.
- 20- عبد اللطيف محمود فريد، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، مصر، 2018.
- 21- عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، (د، ط)، دار الكتب العلمية، لبنان، 2013.
- 22- عمار بوضياف، إرساء المحكمة الدستورية في الجزائر في ضوء التعديل الدستوري 2020، في صليب إصلاح الدولة، الجزء 2، يوسف بن خدة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- 23- عمر عبد الله خاموش، دور السلطات الثلاث في حماية الحقوق والحريات، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2019.
- 24- عمر عبد الله خاموش، تأثير قوانين الطوارئ على حريات الأفراد في الدساتير دراسة مقارنة الطبعة الأولى، مركز كوردستان للدراسات الاستراتيجية، كوردستان، 2007.
- 25- عواد حسين، ياسين العبيدي: تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية دراسة موازنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2019.
- 26- مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية، المعاصرة المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، 2020.
- 27- ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستورية دراسة تطبيقية، ج2، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.
- 28- محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري المبادئ الدستورية العامة دراسة النظام الدستوري المصري، (د، ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007 .
- 29- محمد عبد العالي السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة دراسة مقارنة، (د، ط)، مطبعة الإسراء، مصر، 2001.
- 30- محمد عبد الله محمد الركن، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة
<https://lib.imamhussain.org/lib/book/5494>
- 31- محمد فريد المشايخ، رقابة القضاء الدستوري للنقص التشريعي، الطبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2021،
- 32- مصطفى صالح العماوي، الرقابة على دستورية القوانين في كل من الجمهورية اللبنانية والمملكة الأردنية الهاشمية، (د، ط)، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 2001.

33-وائل منذر الهائي، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية دراسة مقارنة، (د،ط) ، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2020.

34-ياسر الحويش ، مهند نوح، الحريات العامة وحقوق الإنسان، (د،ط) ، منشورات الجامعة الافتراضية السورية برنامج الحقوق، سوريا، 2018.

35-ياسين العبيدي ، عواد حسين ياسين، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية دراسة موازنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، (د،ط) ، المركز العربي للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2019.

36-يحيى الجمل، أنور أحمد رسلان، القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، (د،ط) ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2006.

37-يحيى الجمل القضاء الدستوري في مصر، (د،ط) ، دار النهضة العربية مصر، 2002.

رابعاً: أطروحات الدكتوراه

1-أحمد بركات، و اقعة السكوت وتأثيرها على وجود القرار الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2014، 2013.

2-أحمد بن زيان، أثر الرقابة الدستورية على سيادة البرلمان في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2020.

3-أحمد محمد حسن الرفاعي، السلطة التقديرية للمشرع وحماية الدستور دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا ، جامعة عمان الأردن، 2004 2016.

4-باسل عبد لله محمد باوزير، دور القضاء في تفسير النصوص الدستورية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا ، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2014.

5-جازية صاش، نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، 2007.

6-دراجي لحول، مكانة اللائحة في النظام القانوني الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2018.2017.

7-زهرة كيلالي، الدور المنشأ للقاضي الدستوري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2020.

8-سعاد ميمونة، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015، 2016.

9-سمير بن أحمد، ضمانات استقلالية السلطة التشريعية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2019، 2020.

10-صبيح وحوح الصباح العطواني، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في تفسير نصوص الدستور دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2017.

- 11-صلاح سعود الكعابنة، أثر تصديق رئيس الجمهورية وامتناعه على مشاريع القوانين دراسة مقارنة المملكة الهاشمية الأردنية الولايات المتحدة الأمريكية جمهورية مصر العربية، أطروحة دكتوراه كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية لدراسات العليا، عمان الأردن، 2007.
- 12-عبد العزيز برقوق، دور الرقابة الدستورية في حماية الحريات العامة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن خدة، 2016.
- 13-عمار طعيمة حاتم، الامتناع التشريعي والرقابة الدستورية عليه دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، 2018.
- 14-عمر بوجادي، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2011.
- 15-فاطمة نبالي، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة مجال ممدود وحول محدود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2010.
- 16-فهيمة بلحمزي، الأمن القانوني للحقوق والحريات الأساسية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، الجزائر، 2017، 2018.
- 17-نوال بن شيخ، أليات تسوية الخلاف التشريعي دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مبراح، الجزائر، 2018.
- 18-نور الدين بن دحو، السلطة التنظيمية المستقلة كألية مدعمة لمركز رئيس الجمهورية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر 2016، 2015.
- 19-محمد منير حساني، أثر الاجتهاد الدستوري على دور البرلمان الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2016.
- 20-هاجر العربي، دور المشرع الوطني في تنظيم الحقوق والحريات الفردية وضمانات حمايتها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2017.
- 21-هاشم محمد البدري، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنفوية، العراق، 2019.
- 22-وليد شريط، السلطة التشريعية من خلال التطور الدستوري الجزائري، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2012، 2011.

خامسا: رسائل ماجستير

- 1-أحمد حاكم، دور مجلس الدولة في العملية التشريعية دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015، 2016.
- 2-السعيد الوافي، الحماية الدستورية للحقوق السياسية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2010، 2009.
- 3-حسين جبر الشويلي، الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية القانون، جامعة المستنصرية، العراق، 2008.

- 4- خليل عاصم، دور القضاء الدستوري الفلسطيني في حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والإدارة، جامعة بيرزت العامة، 2016.
- 5-زهرة كيلالي، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2013.2012
- 6-طرفة الحاج، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان في سوريا، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة حلب، دمشق، 2011.
- 7-عادل ذواوي، السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2013، 2012.
- 8-عائشة غنادرة، دور القاضي الإداري وحدود سلطاته في رقابة المشروعية، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، 2013، 2014.
- 9-عبد الحليم قاسم محمد العبيدي، طبيعة الدعوى الدستورية دراسة مقارنة في القضاء الدستوري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة الأنبار، العراق، 2011.
- 10-فاديا إبراهيم جاسم، دور الدستور في إرساء دولة القانون، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير كلية الحقوق، جامعة حلب سوريا، 2011.
- 11-محمد القاسمي، الأثر القانوني للمعاهدات الدولية في النظام القضاء الوطني دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018.
- 12-محمد بخيت القطيش عودة، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية دراسة مقارنة مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة البيت، 2004.
- 13-محمود حسين نشوان كارم، أليات حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي لحقوق الإنسان، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، 2011.
- 14-مهني جاسم محمد، الصياغة التشريعية بين لغة القانون وقانون اللغة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2020.
- 15-نادية بوطلبية، التنظيم الدستوري للتفويض التشريعي (دراسة مقارنة) ، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة البيت ،الأردن، 2009.
- 16--نادية الطير عمر عبد النبي، التفويض التشريعي وانعكاسه، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، الحريات العامة، كلية القانون طرابلس، جامعة الفاتح، ليبيا، 2010.
- 17-نواف طلال فهيد العازمي، ركن الاختصاص في القرار الإداري وأثاره القانونية على العمل الإداري دراسة مقارنة ما بين القانونين الإداريين الأردني والكويتي، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2012.
- 18-وفاء بو الشعور، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، 2011، 2010.

19-ياسر فلاح كريم الجنابي، الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة في العراق (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن 2020.

سادسا: المقالات العلمية

1-إبراهيم دلاشة، عبد المالك الريماوي: القضاء الدستوري في الرقابة على الإغفال التشريعي في التشريع الفلسطيني، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد السابع، العدد الرابع، 2022.

2-إبراهيم محمد عبد العالي، الاتجاه الحديث في رقابة الدستورية للمحكمة الدستورية الإيطالية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، العدد 2، 2017.

3-أحسن غربي، آلية الإخطار لرقابة على دستورية القوانين في ظل التعديل الدستوري الجزائري 2020، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي بركة، الجزائر، المجلد 4، العدد 1، 2021

4-أحسن غربي، التشريع بأوامر في ظل التعديل الدستوري 2020، المجلة الشاملة للحقوق، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، العدد 2، 2021.

5-أحمد أبو صباح، حجية حكم المحكمة الدستورية وتنفيذه، مجلة جامعة النجاح للأبحاث العلوم الإنسانية، الأردن، مجلد 32، العدد 6، 2018.

6-أحمد حمزة ناصر، حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين وفق دستور العراق 2005، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 11، العدد 32، 2016.

7-أحمد ضاحي الشمري، المسؤولية الدولية عن انتهاك حقوق الإنسان دراسة في إطار القانون الدولي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الأنبار، العدد الأول، 2023.

8-أحمد علي عبود الخفاجي، الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، مجلة الكوفة كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، مجلد 7 العدد 20، 2014.

9-أحمد عيد الحسين، التفسير الدستوري في الدساتير الأردنية، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة البيت عمادة البحث العلمي، المجلد 16، العدد 6، 2010.

10-أحمد لعروسي، العربي بن شهرة: دور القاضي الدستوري في تحقيق العدالة التشريعية، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي سعيدة الجزائر، العدد التاسع، 2018.

11-إسلام إبراهيم شيخا، التفسير الدستوري للحقوق والحريات الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية العدد 1، 2016.

12-اعميرو فرحات، عبد الحليم بوشكيوة: أليات إخطار المجلس الدستوري في ضوء مستجدات التعديل الدستوري الجزائري 2016، مجلة الباحث لدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الحاج لخضر، الجزائر، المجلد 7، العدد 2، 2020.

13-الأمين شريط، مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري، مجلة المجلس الدستوري، الجزائر، العدد 01، 2013.

- 14-الهام خرشي، خلاف وردة: أثر التكريس الدستوري لألية الدفع بعدم الدستورية على نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، الجزائر، المجلد 19 العدد 1 2022.
- 15- أمال عنان ، مساهمة الدفع بعدم الدستورية في الكشف عن عدم الكفاءة السلبية للبرلمان مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الوادي، الجزائر ، المجلد12 العدد 1، 2021.
- 16- أم أنين خالد عبد الرحمن، سعدية مجيد ياسين، المعالجة القضائية للإغفال التشريعي، المجلة السياسية والدولية، كلية القانون والسياسة، جامعة دهوك، العراق، العدد41، 2019.
- 17-إياد خلف جويعد، محمد عبيد إيمان كريم، الحماية التشريعية للحريات العامة، المجلة السياسية والدولية، جامعة المستنصرية، العدد23، 2013.
- 18-إيمانويل جون بول: سمو الدستور وأثره على الرقابة الدستورية دراسة مقارنة، مجلة الدراسات العليا ، جامعة النيلين، العدد29، 2017.
- 19-باديس سعودي، قراءة في حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين في النظام الدستوري الجزائري دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، العدد الثالث، 2015.
- 20-بلال عقل الصنديد، الفصل بين السلطات ورعاية الحقوق والحريات في قضاء المحكمة الدستورية، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت لدراسات القانونية والقضائية، العدد21، 2019.
- 21-جلول هزيل: القاضي الدستوري مشرع من الدرجة الثانية، مجلة البحوث القانونية والدستورية، المركز الجامعي افلو الجزائر، مجلد 1، العدد 3، 2018.
- 22-جواد محمد طيبة، أسعد كاظم وحيش: المسؤولية الدولية عن الامتناع التشريعي، مجلة المحقق الجلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، العدد الثاني، 2020.
- 23-حسن عمر شورش، سوزان عثمان قادر: الحكم الدستوري والأثر المترتب عليه المحكمة الاتحادية العليا في العراق نموذجا، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، العراق، العدد 1، 2017.
- 24-حسن عمر شورش ، عمر عبد الله خاموش: دور العدالة التشريعية في تحقيق الأمن القانوني دراسة تحليلية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الأعواط، الجزائر، العدد الثاني، 2019،
- 25-حسين عبد العلي عيسى، أهمية الصياغة التشريعية لقانون العقوبات في تكييف الوقائع الإجرامية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة تكريت، العراق، المجلد 4، العدد12، 2012.
- 26-حميد محديد ، أمال عنان ، الرقابة الدستورية على التسلب من الاختصاص التشريعي ،مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ، جامعة الجلفة الجزائر ، المجلد 6، العدد الثالث ، 2021.
- 27-حميد محديد ، أمال عنان ، الإنتاج التشريعي لمجلس الأمة بين المحدودية والتقييد، مجلة التراث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد3، 2019.
- 28-حيدر محمد حسن، امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي في القانون الوضعي، مجلة المحقق الجلي للعلوم السياسية والقانونية، العراق، العدد الرابع، 2015.
- 29-خاطر شريف يوسف، مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة لدستور والاتفاقيات الدولية، مجلة البحوث القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد54، 2013.

- 30-خالد بلجلالي، الاختصاص السلبي للمشرع والرقابة الدستورية عليه دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث لدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لمسييلة، الجزائر، العدد السادس، 2017.
- 31-خالد بلجلالي، أسباب الطعن بعدم دستورية القوانين في الدستور الجزائري، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 15، 2014.
- 32-خالد عنقر، دور القاضي المدني في تفسير القاعد القانون، مجلة الفقه والقانون، المركز الجامعي تسمسيلت، الجزائر، العدد 41، 2016.
- 33-دراجي لحول، مكانة اللائحة في النظام القانوني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية العدد4، 2018.
- 34- رايح بن معمر، سهام العيداني، الوظيفة القضائية لمجلس الدولة بالجزائر، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد4، الجزائر، 2018.
- 35-رجب حسن عبد الكريم، الإطار الدستوري لأثر وحجية حكم المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مصر، المجلد7، العدد2، 2021.
- 36-رشيدة العام، مجلس الدولة كجهة مستقلة من حيث الاختصاصات، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد2، 2009.
- 37-زكريا لدغم شيكوش، عقوبة الإعدام في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لمسييلة، المجلد6، العدد2، 2021.
- 38-زهيرة بن علي، استحداث المحكمة الدستورية بدلا من المجلس الدستوري في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، المجلد58، العدد04، 2021.
- 39-زهيرة بن علي، دور المجلس الدستوري الجزائري في حماية الحقوق والحريات، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، المركز العربي الديمقراطي، برلين، العدد الرابع، 2019.
- 40-ساري جورج شفيق، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في بعض الأنظمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد66، 2018.
- 41-سرى حارث الإمارة عبد الكريم، حيدر طالب: ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، العراق، العدد247، 2018.
- 42-سرى حارث عبد الكريم، حيدر طالب الإمارة: أثار الإغفال التشريعي الاجتماعية دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، بغداد، العدد2، 2019.
- 43-سعد السوداني عبد الجبار، القصور في الصياغة التشريعية دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة المستنصرية، العراق، المجلد4، العدد18، 2012.
- 44-سلوى فوزي الدغيلي، الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري، المجلة الموريتانية للقانون والاقتصاد، موريتانيا، العدد25، 2018.
- 45-سليم نعيم خضير الخفاجي، راضي حميد: أثر الاختصاص الرقابي للقضاء الدستوري على مبدأ التوازن، مجلة دراسات البصرة، مركز دراسات البصرة والخليج العربي، العراق، العدد32، 2019.

- 46-سمير داود سلمان: الإغفال التشريعي وإمكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، المجلد 21، العدد4، 2019.
- 47-سنا طعمة مهدي، الإغفال التشريعي ودور القضاء الدستوري في الرقابة عليه دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، المجلد 23، العدد 2، 2021.
- 48-سهام صديق: الانحراف التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مجلة الأستاذ الباحث لدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لمسيلا، المجلد 4، العدد2، 2019.
- 49-سيدي محمد سيد أب، تفويض التشريع في إطار دساتير دول المغرب العربي دراسة مقارنة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، العدد28، 1999، 2019.
- 50-شيخا إسلام إبراهيم، التفسير الدستوري للحقوق والحريات الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، العدد1، 2016.
- 51-شهرزاد بوسطلة، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد الرابع، 2018.
- 52-طارق ذباح، مجدوب قوراري: تكريس الدور التفسيري للمحكمة الدستورية في دستور 2020 دور جديد باليات قديمة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، العدد 2، 2017.
- 53-عبد الجبار أحمد سنبل، مبدأ سمو الدستور وكفالة احترامه دراسة تحليلية مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كروك، العراق، مج 6، العدد21، 2017.
- 54-عبد الرحمان اللمتوني: الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء، العدد46، 2014.
- 55-عبد الرحمان دلشاد، يوسف أحمد مصطفى علي، الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية، مجلة الرافيدين الحقوق العراق، العدد 62، 2018.
- 56-عبد الرحمان عزاوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع الإغفال التشريعي نموذجا، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، العدد 10، 2010.
- 57-عبد الرسول الحصاني، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، مجلة حقوقية، نقابة المحامين في الجمهورية العراقية، بغداد، العدد1، 1973.
- 58-عبد الصمد نكنه، رحيم كريم زه، دور القاضي الدستوري في حماية الحقوق والحريات، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كروك، العراق، العدد16، 2016.
- 59-عبد العزيز المدني علاء، ضمانات ممارسة الحقوق والحريات في دستور جمهورية العراق لسنة 2005، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، العدد30، 2017.
- 60-عبد العزيز محمد سلمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، المجلة الدستورية، مصر العدد15.

- 61- عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، الرقابة الدستورية على الامتناع التشريعي دراسة تحليلية مقارنة، مجلة قه لاي زانست العلمية، العراق، العدد 3، 2018.
- 62- عبد القادر جلاب: مبدأ عدم رجعية القوانين كألية لتحقيق الأمن القانوني، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 4، العدد 1، 2018.
- 63- عبد القادر عيتاوي، القرار الإداري السليبي – دراسة مقارنة، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 2، 2013.
- 64- عبد القادر محفوظ، حورية سويقي، أوجه الطعن بعدم الدستورية في القضاء الدستوري الجزائري، مجلة الندوة للدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، العدد 2، 2014.
- 65- عبد الكريم بودريوه ، جزاء مخالفة القرارات الإدارية لقواعد المشروعية درجات البطلان في القرارات الإدارية ، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد 5، 2004.
- 66- عبد الكريم رجب حسن، الإطار الدستوري لأثروحية حكم المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 7، العدد 2، 2021.
- 67- عبد الكريم صالح حامد، عبد الله فاضل، تضخم القواعد القانونية التشريعية دراسة تحليلية نقدية في القانون المدني، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد 12، 2014.
- 68- عبد الله صالح، المحكمة الدستورية العليا وحقوق الإنسان في مصر، مجلة الديمقراطية مؤسسة الأهرام، مصر، العدد 32، 2008.
- 69- عبد المالك الريماوي: القضاء الدستوري في الرقابة على الإغفال التشريعي في التشريع الفلسطيني، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السابع، العدد الرابع، 2022.
- 70- عثمان الزباني: المواطن والعدالة الدستورية حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل الفصل 133 من دستور 2011، مجلة الحقوق سلسلة المعارف القانونية، العدد 21، 2014.
- 71- عصام سعيد عبد العبيدي، سريان أحكام القضاء الدستوري من حيث الزمان دراسة مقارنة مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 1، 2020.
- 72- عصام سعيد عبد العبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الشارقة، المجلد 8، العدد 29، 2019.
- 73- عقل بلال الصنديد، الفصل بين السلطات ورعاية الحقوق والحريات في قضاء المحكمة الدستورية، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت لدراسات القانونية والقضائية العلوم السياسية، العدد 21، 2019.
- 74- علي حسين منهل، عيوب الصياغة في النصوص التشريعية دراسة نقدية في نصوص قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006، حولية المنتدى للدراسات الإنسانية، مج 8، ع 20، المنتدى الوطني لأبحاث الفكر والثقافة، العراق، 2015.
- 75- علي مدلول محسن الخفافي: أساس رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي، مجلة كلية الحقوق ، جامعة أهل البيت، العدد 29.

- 76-علاء عبد الحسن العنزي، سعاد غازي طالب، حدود حياد السلطة التشريعية بموجب اللوائح التشريعية، مجلة المحقق الجلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، 2016.
- 77-علاء عبد العزيز المدني: ضمانات ممارسة الحقوق والحريات في دستور جمهورية العراق سنة 2005، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، مجلد 10، العدد 30، 2017.
- 78-علاء الدين تكتري: ضحايا الجريمة في حماية الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، مجلة الحكمة لدراسات الفلسفية، مركز الحكمة الجزائر، العدد 7، 2016.
- 79-عماد خليل إبراهيم، تنظيم حقوق الإنسان في القانون الدولي، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة موصل، المجلد 12، العدد 34، 2007.
- 80-عمار عباس، دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان مبدأ سمو الدستور، مجلة المجلس الدستوري، الجزائر، العدد الأول، 2013.
- 81-عمر حمزة التركماني، الاختصاص الرقابي للمحكمة الدستورية الفلسطينية على الامتناع التشريعي دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 91، 2022.
- 82-عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، 2001.
- 83-عواطف عبد المجيد الطاهر: القصور في التشريع، المجلة العلمية الأكاديمية العراقية، العدد 1، 2019.
- 84-عيد أحمد الحسبان، فعالية الحقوق الإنسانية في تقييد الصلاحيات التقديرية للمشروع دراسة مقارنة، دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن، المجلد 39 العدد 2، 2012.
- 85-فاتن سليمان فهد الطخيم، ضوابط الرقابة البرلمانية على مراسيم الضرورة في القضاء الدستوري، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية السنة الثانية عشر، الكويت، العدد الحادي والعشرين، 2019.
- 86-فرحات أميرو، أليات إخطار المجلس الدستوري في ضوء مستجدات التعديل الدستوري الجزائري 2016، مجلة الباحث لدراسات الأكاديمية، المجلد 7، العدد 2، 2020.
- 87-فاطمة الزهراء رضاني: منح القاضي الدستوري في ضبط المشروع من الاعتداء على الحقوق والحريات وفق التعديل الدستوري 2020، مجلة أبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد 1، 2021.
- 88-فائزة جروني، قيطوبي أسامة، أثر قرارات المجلس الدستوري الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، الجزائر، العدد 2، 2019.
- 89-فهد يوسف عبد الله الجمعة، موقف المحكمة الدستورية في الكويت من الرقابة على دستورية الإغفال التشريعي دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مجلد 2023، العدد 1، 2023.
- 90-فواز محمد صقر الخرينج: مدى شرعية السلطة التقديرية للرقابة الدستورية للإغفال التشريعي، المجلة القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مجلد 8، العدد 14، 2020.

- 91-لعقون عفاف، سلطة رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر وفق التعديل الدستوري 2020، مجلة العلوم الاجتماعية والقانونية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد4، 2021.
- 92-ليث كمال نصراوي، رقابة المحكمة الدستورية على القوانين والأنظمة في الأردن، دراسات علوم الشريعة والقانون الجامعة الأردنية، مج 43، العدد 3، 2016.
- 93-ليث كمال نصراوي: متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع، القانون أداة للإصلاح والتطوير، الجزء الأول، مجلة كلية القانون العالمية الكويتية، العدد2، 2017.
- 94-ليلى حنتوش ناجي، دور القاضي الدستوري في الإصلاح التشريعي، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد 36، 2018.
- 95-مازن ليليو راضي، اليقين القانوني من خلال الوضوح وسهولة الوصول إلى القانون، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون جامعة بغداد، العدد1، 2019.
- 96-محمد إبراهيم هيوب، دور المحكمة الدستورية العليا في تفسير النصوص الدستورية دراسة مقارنة مع النظام الدستوري في الكويت، المجلة القانونية الكويت، المجلد7، العدد3، 2020.
- 97-محمد أمين عبيسي صدقي، أثر الصياغة التشريعية في فهم النص وتطبيقه في قانون الشركات رقم 21 سنة 1997 المعدل دراسة تحليلية، مجلة تكريت، العراق، ج 2، العدد4، 2018.
- 98-محمد بوداوية، سعاد ميمونة، مدى تأثير المركز القانوني لرئيس الجمهورية على فاعلية الرقابة الدستورية في ظل التعديل الدستوري 2020، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، الجزائر، المجلد4، العدد2، 2021.
- 99-محمد سيدي سيد اب، تفويض التشريع في إطار دساتير دول المغرب العربي دراسة مقارنة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، العدد28، 2019.
- 100-محمد شيماء فارس، تفويض الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية في فرض وتعديل الرسوم، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد36، 2018.
- 101-محمد صالح إبراهيم، الأسس الفلسفية للرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد 23، 2014.
- 102-محمد عباس محسن، اقتراح القوانين بين المبادرة التشريعية البرلمانية والمبادرة الحكومية مراجعة للنصوص الدستورية وقرارات القضاء الاتحادي العراقي، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعليل الشلف، العدد11، 2014.
- 103-محمد عبد جري، دور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية في النظام البرلماني دراسة مقارنة في الدساتير العراقية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العراق، المجلد 11، العدد38، 2018.
- 104-محمد عبد الوهاب خفاجي، ومضات مضيئة للقضاء الإداري في طريق الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد2، 2015.
- 105-محمد علي الحسين عبد الدايم صابر، رقابة الإغفال ووسائل معالجتها في القضاء الدستوري وأثرها على الإصلاح التشريعي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، العدد79، 2022.

- 106- محمد فوزي نويحي، عبد الحفيظ على الشبيبي: تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد2، 2017.
- 107-محمد محروك، إشكالية صياغة التشريع في القانون المغربي، مجلة كلية العلوم القانونية والاقتصادية مراكش، مج 1، العدد1، 2017.
- 108-محمد منير حساني، السياسة التفسيرية في الاجتهاد الدستوري الجزائري بالمقارنة مع المجلس الدستوري الفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد2، 2021.
- 109-محمد منير حساني، حجية الاجتهاد الدستوري أساس مساهمة المجلس الدستوري في العمل التشريعي، دفا تر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 5، 2011
- 110-محمد منير حساني، أليات عمل المجلس الدستوري لتحقيق الأمن القانوني <https://manifest.univ-ouargla.dz>
- 111-محمد منير حساني، توسعة حق إخطار المجلس الدستوري للبرلمانيين تأمين للوظيفة التشريعية: <https://manifest.univ-ouargla.dz>
- 112-محمد نجيب أحمد الكيتي، النظام القانوني للوائح الإدارية التنفيذية، مجلة البحوث القانونية، كلية القانون، جامعة مصراتة، مج 1، العدد الأول، 2013.
- 113-محمد وحيد أبو يونس، حدود الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد2، 2020.
- 114-محيسن عامر زغير، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، مجلة مركز الدراسات، جامعة الكوفة، العدد 18، 2010.
- 115-مختار دويبي، مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، العدد 5، 2016.
- 116-مروان محمد محروس المدرس: اختصاص المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 14، العدد2، 2017.
- 117-مريم بلبكري، مصطفى بن جلول، مساهمة المجلس الدستوري في العمل التشريعي، مجلة الفكر القانوني والسياسي، الجزائر، المجلد الرابع، العدد الثاني، 2020.
- 118-ميسون طه حسين، فكرة الدستور الحي في الفقه والقضاء الدستوري، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العدد27، 2019.
- 119-ميسون طه حسين، المعالجة التشريعية للإغفال الدستوري في تنظيم الحكومة البرلمانية تشخيص ومعالجة دراسة في اطار دستورالعراق 2005، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 28، العدد 6، 2020.
- 120- نصر الدين بن طيفور: حدود رقابة القاضي الإداري وأثرها على حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة مجلس الدولة، العدد رقم 12، 2014، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر،
- 121-نوار بدير: الرقابة القضائية على دستورية القوانين، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة برزيت سلسلة، أوراق عمل ببرزيت للدراسات القانونية، فلسطين، 2017.

122-نوال ايرادين: تأثير تضخم التشريع على الأمن القانوني، دفا تر البحوث العلمية، جامعة تبازة، العدد الثالث عشر، 2018.

123-وردية العربي: الحماية الدستورية لمبدأ المساواة وفقا للتعديل الدستوري الجزائري 2016، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لمسيلة، الجزائر، العدد الرابع، 2017.

124-وفاء الصباح بدر أحمد، مدى اختصاص المحكمة الدستورية الكويتية بالتفسير الملزم للنصوص الدستورية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مج 59، العدد 1، 2017.

125-وليد محمد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 2، 2017.

126-ياسر باسم دنون السعاوي، قاعدة الجهل بالقانون لا يعتبر عذرا مبدأ قانوني أم قاعدة موضوعية ومسوغاتها الفلسفية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 13، العدد 5، 2005.

127-ياسمين وعلي: مدى فاعلية الرقابة الدستورية على المراسيم الرئاسية في الجزائر، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، العدد الثامن، 2019.

128-يسري محمد العصار، سلطة القضاء الدستوري في تفسير القوانين دراسة مقارنة، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، العدد 21، 2019.

سابعا : الملتقيات الوطنية والدولية

1-أحمد علي عبود الخفاقي، الأثر الزمني للحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بإلغاء القانون الغير الدستوري، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، كلية القانون، جامعة أهل البيت، 2017.

2-إسلام رفيق محمد، الأثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا دراسة فقهية تطبيقية نقدية، المؤتمر العلمي الأول، دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 1998.

3-ريودي جانير، إطلالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ضوء مبدأ الفصل بين السلطات، المؤتمر العالمي الثاني، العدالة الدستورية، مصر، 2011.

4-عبد الحميد مفتاح خليفة، مبدأ المساواة أمام القانون، المؤتمر العلمي المصالحة الوطنية مفهومها أهميتها ضوابطها ألياتها معوقاتهما، الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية زليتن، ليبيا، 2012.

5-محمد مرسلي، الضمانات السياسية والدستورية والقضائية لحماية الحقوق والحريات الأساسية، اليوم الدراسي السابع، تدهور النص التشريعي البرلماني وأثره على حقوق وحريات الإنسان، جامعة الدكتور، مولاي الطاهر سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018.

6-مروان محمد محروس المدرس: رقابة القضاء الدستوري على الصياغة التشريعية، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع القانون أداة للإصلاح والتطوير، العدد 2، 2017.

ثامنا: المواقع الإلكترونية

<https://manshurat.org/node/14675>

<https://www.noor-book.com>

www.legalaffairs.gov.bh

constituteproject.org

[gov .bh11https;mopq.](http://gov.bh11https;mopq)

<https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt>

<https://www.constituteproject.org/constitution>

<https://courconstitutionnelle.dz/ar/%d8%a7%d9%84%d8%b1%d8%a6%d9%8a%d>

[/b3%d9%8a%d8%a9/](https://www.constituteproject.org/constitution)

III-مراجع الدراسة باللغات الأجنبية

أولاً: المراجع باللغة الإنجليزية

1-Abdulhaleem Mohammed, **the monitoring of legislative omission by the constitutional judiciary a comparative**, PhD thesis study the school of law the university of reading <https://centaur.reading.ac.uk> > .

2-Al-Dulaimi, Ahmed Oudah, **From Negative to Positive Legislator? Response to Unconstitutional Legislative Omission As a Case Study in the Changing Roles of Constitutional Courts**, BA LLB (Anbar University), MA LL.M. Thesis (PhD Doctorate) The School of Government and International Relations Griffith Business School Griffith University, 2018 Queensland. Australia.

3-Allan R. Brewer-Carías :**CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS IN COMPARATIVE LAW** ,XVIII International Congress of Comparative Law of the International Academy of Comparative Law, at the George Washington University Law School, Washington, July 27, 2010.

4-By Gilmar Mendes ,**Constitutional Jurisdiction Brazil The Problem of Unconstitutional Legislative Omission**, Die abstract Normen controle vor dem Brasilianischen sprem tribunal federal schriften zum öffentlichen recht verso final , college the law of the university of Brasilia , 2008,<https://freepdf.com/mobile.html>

5-HANS KELSEN, **CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS IN COMPARATIVE LAW** <https://www.cambridge.org/core>.

6-Juan luis requejo, **the problems of legislative omission in constitutional jurisprudence xiv conference of constitutional courts of europe**, vilnius-2008.

7-Law clerk: Juan Luis Requejo Pagés ,**The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence XIV Conference of Constitutional Courts of Europe Vilnius** - May 2008, Paper from the Constitutional Court of Spain.

8-Marian Grzybowski, **Legislative Omission in Practical Jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal**, www.confueconstco.org

9-Sc. R. Dürr, T. Gerwien, D. Jones Gorey, M.-L. Wigishoff, on **Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence**, General Report, of the XIV the Congress..of the Conference of European Constitutional Courts Strasbourg, December 2008

10- Sarah verstraelen, **constitutional dialogue in the case of legislative omissions who fills the legislative** 'Gap utrecht law review. Volume14 issue. 2018 www.utrechtlawreview.org

11-Takis Tridimas* and Giulia Gentile*; **the Essence of Rights: An Unreliable Boundary?**, German Law Journal, (2019), 20, pp. 794–816 ,university cambridge.

12- *Thomas Bustamante*, **CONSTITUTIONAL COURTS AS NEGATIVE LEGISLATORS: THE BRAZILIAN CASE**, Artícel recibido: 04/11/2010 Aprobado: 30/11/2010 <https://journalusco.edu.co>

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

- Decision n 2021-824 QPC du5 avril2021.
- Decision n 2021-948 QPC du 24 novembre2021.
- Decision n2020 -809 december 2020.
- Decision n 2022-1001 QPC du 1 juillet2022.
- Decision n 824-2021 QPC du 5 avril 2021.
- Decision n 2022-992QPC du 13 mai 2022.
- Decision n 2006 –540 Dc du 27 juillet 2006.
- Decision n 2020-856 QPC du 18/9/2020.
- Decision n 2020-858/859 QPC du 2/10/2020.
- Decision n2021-981 QPC du17 december2021
- Decision n2006-540 DC du 27 juillet 2006.
- Decision n2021-969 QPC du 11fevrier 2021 .
- Decision n2021-967 QPC du11 fevrier 2021.
- Decision n2021-982 QPC du mars2022.
- Decision n2021-983 QPC du mars2022.
- Decision n2021-983 QPC du mars2022.
- Decision n2021-980 QPC du mars2022.
- Decision n2021-966 QPC du mars2022.

!- Aline Schmidt Noël ,**pour l'obtention du grade de docteur en droit** ,par Thèse présentée ,à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé soutenue, le 18 janvier 2011, université de Neuchâtel.

2-Ariane vidal -naquet-ilf-Gerjc , **l'état de la jurisprudence du conseil constitutionnel sur l'incompétence négative nouveaux cahiers du conseil constitutionnel** ,n46 ,(l'incompétence en droit constitutionnel) 2015 , www .conseil-constitutionnel.fr.

3- arlettaz Jordan, **l'incompétence négative étrange conseil constitutionnel**, N 46, (l'incompétence en droit constitutionnel en droit constitutionnel) –janvier 2015 France, WWW. Conseil. Constitutional.fr www .conseil-constitutionnel.fr.

4-Arnaud Le Pillouer, **L'incompétence négative des autorités administratives retour sur une notion ambivalente**, Revue française de droit administratif, <https://hal.parisnanterre.fr/hal-01661816> hal-01661816f ,2009 Submitted on 12 Dec 2017.

5-Aurelie Bretonneau, **maitre des requetés conseil d'état L'incompétence négative faux ami du juge administratif, nouveaux cahiers du conseil constitutionnel**, N46 l'incompétence en droit constitutionnel 2015.

6-BRETONNEAU AURELIE ,**MAITRE DES Requetés conseil d'état l'incompétence négative faux ami du juge administratif** , nouveaux cahiers du conseil constitutionnel ,n 46 ,(l'incompétence en droit constitutionnel en droit) ,2015.

7-Bertrand Mathieu: **LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL“LEGISLATEUR POSITIF” OU LA QUESTION DES INTERVENTIONS DU JUGE CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS DANS L'EXERCICE DE LA FONCTION LEGISLATIVE**CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS IN COMPARATIVE LAW, Revue internationale De Droit compare, 2010, Published online by Cambridge University Press, 04 August 2017.

8-Denise Teixeira de Oliveira, **le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil, voie de démocratie continue instrument inachevé de contre – pouvoir ix congres français de droit constitutionnel –AFDC-Lyon, 2014**

9-Bergougous Georges, **L'incompétence négative vue du parlement nouveaux cahiers du conseil constitutionnel**, n 46, (l'incompétence en droit constitutionnel), 2015, www conseil –constitutionnel .dz

10-Georges schmitter, **l'incompétence négative du législateur et des autorités administratives annuaire international de justice constitutionnelle**, <https://doi.org/10.3406/aijic>

11-Géraldine Rosoux : **Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage** : une alternative à l'annulation Assistante à l'Université de Liège , <https://orbi.uliege.be>.

12- German Alfonso Lopez Daza :**LE JUGE CONSTITUTIONNEL COLOMBIEN, LÉGISLATEUR-CADRE POSITIF : UN GOUVERNEMENT DES JUGES ?** Eighteenth congress, at the George Washington Law School, in Washington,

D.C., on July 27, 2010. Downloaded from <https://www.cambridge.org/core>. University of Groningen, on 05 Jun 2018 at 18:28:15, subject to the Cambridge Core terms HANS KELSEN AND THE NEGATIVE LEGISLATOR.

13- Konrad Lachmayer: **CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL“LEGISLATEUR POSITIF”**, Austrian National Report XVIII international congres of comparative law Washington ,july 2010 .

14-Jacques arrighi de casanova, **Quel avenir pour la jurisprudence kimberly clark nouveaux cahiers du conseil constitutionnel**, n '46 (l incompetence en droit constitutionnel 2015.

15-Ottavio quirico, european journal of légal studies –vol issue 2010 le contrôle de constitutionnalité en français, dans le contexte européen et international une question de priorités.

الفهرس

شكر و عرفان

الإهداء

1	مقدمة.....
8	الباب الأول: أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع.....
9	الفصل الأول: أساس أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع وتصنيفاتها.....
10	المبحث الأول: أساس عدم الاختصاص السلبي للمشرع.....
10	المطلب الأول: عدم الاختصاص السلبي للمشرع في رأي الفقه الدستوري.....
	الفرع الأول: الاتجاه الفقهي المعارض للمراجعة الدستورية على أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع
11
	الفرع الثاني: الاتجاه الفقهي الداعي الى المراجعة الدستورية على أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع
14
19	المطلب الثاني: موقف الدستور من أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع.....
20	الفرع الأول: عدم الاختصاص السلبي للمشرع في الدستور الفرنسي.....
22	ثالثا: عدم الاختصاص السلبي في الدستور الجزائري.....
24	المبحث الثاني : تصنيفات أوجه عدم الاختصاص السلبي للمشرع.....
26	المطلب الأول : حالة عدم الامتثال الجزئي للالتزامات الدستور.....
26	الفرع الأول : الإغفال التشريعي.....

32	الفرع الثاني: التنازل عن الاختصاص التشريعي
33	أولاً-الإحالات التشريعية غير الدستورية للسلطة التنظيمية:
35	ثانياً-التفويض التشريعي غير الدستوري
40	المطلب الثاني : عدم التنفيذ الكلي للالتزامات الدستورية (حالة الامتناع التشريعي)
43	الفرع الأول: الامتناع الواقع من السلطة التشريعية:
43	أولاً : الامتناع عن المبادرة التشريعية عن اقتراح القوانين
48	ثانياً: امتناع غرفتي البرلمان عن اتخاذ الإجراءات التشريعية
54	الفرع الثاني: حالات الامتناع التشريعي الصادرة عن السلطة التنفيذية
54	أولاً: الامتناع التشريعي الصادر من الحكومة
54	1-امتناع الحكومة عن المبادرة التشريعية بمشاريع القوانين
56	2-الامتناع التشريعي عن تنفيذ النصوص التشريعية بمراسيم تنفيذية
57	3-امتناع الحكومة عن نشر القوانين
59	ثانياً الامتناع الصادر عن رئيس الجمهورية
63	الفصل الثاني: المراجعة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع
63	المبحث الأول: الرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي
63	المطلب الأول: المبادئ المؤطرة للرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي
64	الفرع الأول: مبدأ سمو الدستور أساس للرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي
65	أولاً: عدم تنفيذ المشرع لالتزاماته الدستورية إخلالاً بمبدأ سمو الموضوعي لدستور
68	ثانياً: عدم تنفيذ المشرع لالتزاماته الدستورية مخالفة بمبدأ سمو الشكلي لدستور
71	الفرع الثاني: مبدأ الانفراد التشريعي أساس للرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي
72	أولاً: مفهوم مبدأ الانفراد التشريعي
73	1- أنواع مبدأ الانفراد التشريعي
74	2-التمييز بين مبدأ الانفراد التشريعي المطلق و مبدأ الانفراد التشريعي النسبي
78	ثانياً: إخلال عدم الاختصاص السلبي للمشرع بمبدأ الانفراد التشريعي
82	المطلب الثاني: صور الرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي

83	الفرع الأول: الرقابة السابقة.....
89	الفرع الثاني: الرقابة اللاحقة.....
93	المبحث الأول: رقابة مجلس الدولة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع.....
93	المطلب الأول: اختصاصات رئيس الجمهورية التشريعية والتنظيمية.....
94	الفرع الأول: الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية.....
99	الفرع الثاني: الاختصاص التنظيمي لرئيس الجمهورية.....
101	المطلب الثاني: صور رقابة مجلس الدولة على اختصاصات رئيس الجمهورية التشريعية والتنظيمية ..
103	الفرع الأول: دعوى الإلغاء.....
114	أولاً: عدم رقابة مجلس الدولة للنصوص التنظيمية المعيبة بعدم الاختصاص السلبي.....
106	ثانياً: عدم رقابة مجلس الدول على الأوامر التشريعية.....
109	ثالثاً: رقابة مجلس الدول للاختصاص السلبي مقصورة على قرارات الوزراء والجماعات الإقليمية ..
111	الفرع الثاني: دعوى تفسير وفحص المشروعية.....
113	خلاصة الباب الأول.....
114	الباب الثاني: اثار الاختصاص السلبي في ضوء التشريع الجزائري.....
115	الفصل الأول: أثر عدم الاختصاص السلبي للمشرع في مجال الحقوق والحريات والأمن القانوني.....
115	المبحث الأول: أثر عدم الاختصاص السلبي للمشرع في مجال الحقوق والحريات.....
116	المطلب الأول: إخلال عدم الاختصاص السلبي بالحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور.....
116	الفرع الأول: الانتقاص من الحقوق والحريات ومصادرتها.....
124	الفرع الثاني: المساس بجوهر الحقوق والحريات.....
125	أولاً: الإخلال بمبدأ التناسب التشريعي.....
131	ثانياً: الإخلال بمبدأ المساواة.....
136	المطلب الثاني: إخلال عدم الاختصاص السلبي للمشرع بالالتزامات الدولية لحقوق الإنسان.....
136	الفرع الأول: عدم مشروعية الاختصاص السلبي للمشرع في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان.....
141	الفرع الثاني: المسؤولية الدولية على عدم الاختصاص السلبي للمشرع.....
141	أولاً: المسؤولية الدولية على عدم الاختصاص السلبي للمشرع في الفقه والمواثيق الدولية.....

145	ثانيا: الرقابة الدولية على عدم الاختصاص السلبي للمشرع.....
146	1-أساليب ممارسة الرقابة الدولية على عدم الاختصاص السلبي للمشرع.....
155	2- دور القضاء الدولي في رقابة عدم الاختصاص السلبي للمشرع
157	المبحث الثاني: أثر عدم الاختصاص السلبي للمشرع على مبدأ الأمن القانوني.....
157	المطلب الأول: عدم التزام المشرع بمعايير الجودة التشريعية.....
157	الفرع الأول: الغموض التشريعي المجال الأول لإنحراف السلطتين التنفيذية والقضائية.....
162	الفرع الثاني: النقص التشريعي المجال الثاني لإنحراف السلطتين التنفيذية والقضائية.....
168	المطلب الثاني: الإخلال بالأمن القانوني وانعكاسه على الحقوق والحريات.....
169	الفرع الأول: إخلال عدم الاختصاص السلبي للمشرع بالأمن القانوني.....
174	الفرع الثاني: انعكاس الإخلال بالأمن القانوني على الحقوق والحريات.....
180	الفصل الثاني: أساليب المراجعة الدستورية على الاختصاص السلبي في الجزائر.....
181	المبحث الأول: رصد القاضي الدستوري الجزائري للاختصاص السلبي من خلال دوره كمشرع إيجابي.....
182	المطلب الأول: تفسير القضاء الدستوري لعدم الاختصاص السلبي للمشرع.....
183	الفرع الأول: التحفظات التفسيرية نموذج للتصحيح ومزاومة لاختصاص المشرع.....
183	أولا: التحفظات التفسيرية الإنشائية الأحادية.....
184	1-التحفظات التفسيرية المضيفة.....
185	2-التحفظات التفسيرية التركيبية الاستبدالية.....
187	3-إشكالية الدور الإنشائي للمحكمة الدستورية.....
194	ثانيا: التحفظات التفسيرية المشتركة.....
194	1-التحفظات التفسيرية التوجيهية.....
196	2- التحفظات التفسيرية الندائية.....
197	3-موقف الفقه من التحفظات التفسيرية المشتركة الحلول.....
201	الفرع الثاني: تطبيق التحفظات التفسيرية في قرارات الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري.....
202	أولا: التحفظات التفسيرية الأحادية في ضوء الاجتهاد الدستوري الجزائري.....
202	1-نموذج التحفظات التفسيرية المضيفة في ضوء الإجهاد الدستوري الجزائري.....

- 2-نموذج التحفظات التفسيرية الإستبدالية في الإجتهاد الدستوري القضائي الجزائري 204
- ثانيا: التحفظات التفسيرية الثنائية الحلول في ضوء السوابق القضائية الدستورية الجزائرية..... 207
- 1-نموذج التحفظات التفسيرية التوجيهية في السوابق القضائية الدستورية الجزائرية..... 207
- 2- نموذج التحفظات التفسيرية الندائية في ضوء السوابق القضائية الدستورية الجزائرية..... 211
- المطلب الثاني: حجية وأثر التحفظات التفسيرية في النظام القانوني الجزائري 212
- الفرع الأول: حجية التحفظات التفسيرية في النظام القانوني الجزائري..... 212
- أولا: حجية التحفظات التفسيرية في الدستور الجزائري 213
- ثانيا : حجية التحفظات التفسيرية في قرارات الجهاز المكلف بالرقابة الدستورية الجزائري..... 214
- الفرع الثاني: أثر التحفظات التفسيرية في النظام القانوني الجزائري..... 217
- أولا: التحفظات التفسيرية تطبيق لمبدأ الوضوح وسهولة الوصول الى التشريع..... 217
- ثانيا : التحفظات التفسيرية أداة محدودة الأثر في تحقيق الأمن القانوني وحماية الحقوق والحريات..... 219
- المبحث الثاني: رصد القاضي الدستوري الجزائري للإختصاص السلبي من خلال دوره كمشرع سلبي . 224
- المطلب الأول:القرار بعدم الدستورية أسلوب لتدارك عدم الاختصاص السلبي..... 224
- الفرع الأول: القرار بعدم الدستورية في نظام المراجعة الدستورية السابقة 226
- أولا: الالغاء الجزئي لنصوص التشريعية قبل صدورها..... 226
- ثانيا-الإلغاء الكلي لنص التشريعي قبل صدوره 229
- الفرع الثاني : إلغاء الاحكام التشريعية في نظام المراجعة الدستورية اللاحقة 230
- أولا: القرار بعدم دستورية الأحكام التشريعية المخلة بمبدأ المساواة 231
- ثانيا: القرار بعدم دستورية الاحكام التشريعية المخلة بمبدأ التناسب 233
- المطلب الثاني :حجية وأثر القرار بعدم الدستورية في النظام القانوني الجزائري 237
- الفرع الأول: حجية القرار الصادر بعدم الدستورية في النظام القانوني لجزائري 237
- أولا: موقف الفقه من حجية القرار الصادر في الدعوى الدستورية..... 238
- 1-القائلون بتمتع القرار بعدم الدستورية بالحجية المطلقة..... 238
- 2-القائلون بعدم تمتع القرار الصادر في الدعوى الدستورية بالحجية 239
- ثانيا :موقف الدستور والمحكمة الدستورية الجزائرية من حجية القرار بعدم الدستورية..... 240

240	1-مسلك المؤسس الدستوري الجزائري من حجية القرار الصادر في الدعوى الدستورية
243	2-مسلك الاجتهاد الدستوري الجزائري من حجية القرار بعدم الدستورية
244	الفرع الثاني: أثر القرار بعدم الدستورية في النظام القانوني الجزائري
245	أولاً: زمن تنفيذ القرار بعدم الدستورية في النظام الدستوري الجزائري
245	1-عدم رجعية القرار الصادر بعدم الدستورية
248	2-الأثر الفوري للقرار بعدم الدستورية
249	ثانياً: التنظيم القانوني لزمن تطبيق القرار بعدم الدستورية في الجزائر
249	1-موقف الدستور الجزائري من زمن تطبيق القرار بعدم الدستورية
256	2-موقف الاجتهاد القضائي الدستوري الجزائري من زمن نفاذ القرار بعدم الدستورية
258	خلاصة الباب الثاني
259	خاتمة
265	قائمة المصادر والمراجع
288	الفهرس

الملخص:

تطرقت هذه الدراسة إلى الكشف عن جوانب مهمة لموضوع عدم الاختصاص السلبي للمشرّع - الذي اصطلح عليه بالإغفال التشريعي أو الغموض التشريعي - وتحديد أنجع الحلول له المعتمدة في الجزائر ، والتعرف على بعض التشريعات التي عالجت هذا الموضوع، ومحاولة الوقوف على الانعكاسات غير المحمودة على الحقوق والحريات الناجمة عنه من بينها مشكلة الأمن القانوني، ومن خلالها التركيز على موقف المشرّع الجزائري الذي كان له دور بارز في إيجاد الحلول من خلال تكريس النصوص الدستورية والتشريعية ذات العلاقة بالموضوع، إضافة لذلك حاولنا تقييم دوره وكذا دور القضاء الجزائري فيما قدّمه من اجتهادات كالتحفظات التفسيرية بتصحيح بعض من الإغفال التشريعي، حيث خُتمت الدراسة في الأخير بتقديم جملة من المقترحات تهدف لإيقاف مشكلة عدم الاختصاص السلبي واحترام قواعد توزيع الاختصاص ليتحقق أخيرا أهم الأدوار الذي وجدت من أجله التشريعات ضمان الحقوق والحريات.

Summary :

This study has focused on revealing important aspects of the issue of negative legislative incompetence – which has been characterized as legislative omission or legislative ambiguity – and also on identifying the most effective solutions adopted for it in Algeria, on the identification of certain legislations which deal with this question, while trying to identify its undesirable repercussions on the rights and freedoms which flow from it, including the problem of legal certainty, and also to concentrate on the position of the Algerian legislator, who had a leading role in the search for solutions through the consecration of constitutional and legislative texts relating to this subject. In addition, we have tried to assess its role, as well as the role of Algerian justice, in its case law, such as interpretative reservations, by correcting certain legislative gaps. Finally, the study was concluded with a presentation of a number of proposals aimed at curbing the problem of negative incompetence and respecting the rules of distribution of competences, in order to finally achieve the most important role for which legislation has been found, which is to guarantee the rights and freedoms.

Résumé :

Cette étude a porté sur la révélation d'aspects importants de la question de l'incompétence négative du législateur - qui a été qualifiée d'omission législative ou d'ambiguïté législative – et aussi sur l'identification des solutions les plus efficaces adoptées pour cela en Algérie, sur l'identification de certaines législations qui traitent de cette question, tout en essayant d'identifier les répercussions indésirables sur les droits et libertés qui en découlent, y compris le problème de la sécurité juridique, et aussi de se concentrer sur la position du législateur algérien, qui a eu un rôle de premier plan dans la recherche de solutions à travers la consécration de textes constitutionnels et législatifs relatifs ç ce sujet. En outre, nous avons essayé d'évaluer son rôle, ainsi que le rôle de la justice algérienne, dans sa jurisprudence, comme les réserves interprétatives, en corrigeant certaines lacunes législatives. Enfin, l'étude a été conclue par une

présentation d'un certain nombre de propositions visant à enrayer le problème de l'incompétence négative et à respecter les règles de répartition des compétences, afin d'atteindre enfin le rôle le plus important pour lequel une législation a été trouvée, qui est la garantie des droits et libertés.