

التكريس القضائي لبدأ

تدرج القواعد القانونية

”دراسة مقارنة“

لعمرو

الصالح بوخرارة

أستاذ محاضر قسم "أ" بجامعة

ابن خلدون تيارت

سبطوش الحاج

أستاذ محاضر قسم "أ" بجامعة

ابن خلدون تيارت

مقدمة :

بعد أن تقرر في نص المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري أن القواعد القانونية في الدولة متدرجة من حيث قوتها الإلزامية، فتسمو القواعد الدستورية وما يلحق بها من مبادئ عامة للقانون على كل القواعد القانونية الأخرى، وتسمو الاتفاقيات على غيرها من القواعد القانونية ماعدا الدستور، وتسمو القواعد التشريعية على اللوائح، ثم تأتي القواعد العرفية، وبعدها مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فإنه لا بد من الإشارة إلى أن ذلك سيكون بلا معنى إذا لم يتم تكريسه عن طريق القضاء، باعتباره سلطة مستقلة أوكل لها الدستور - وهو القانون الأساسي في الدولة - مراقبة تطبيق القواعد القانونية أيا كان مصدرها، وبالتالي حماية الشرعية من أي خروج عليها أو مجاوزة لحدودها.

ولذلك فيجب على القضاء تكريس مبدأ التدرج القانوني بأن يبسط رقابته على خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى أي أن يبسط رقابته على دستورية القوانين أي سمو القواعد الدستورية (المبحث الأول) و كذلك على تدرج القواعد القانونية الأخرى فيبسط رقابته على اتفاقية القوانين ومشروعية اللوائح (المبحث الثاني)

المبحث الأول: الرقابة القضائية على سمو القواعد الدستورية

يتولد عن تدرج القواعد القانونية ما يعرف بمبدأ دستورية القوانين وشرعية اللوائح، وعدم دستورية القوانين واللوائح يعني ورودها على خلاف قواعد الدستور، هذه المخالفة التي قد تكون مخالفة من حيث الشكل أو من حيث المضمون، ولقد نثار خلاف تقليدي في الفقه والقضاء حول مدى حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين^(١)، وتعدى هذا الخلاف إلى موقف المشرع في مختلف الدول، ففي حين يجعل البعض رقابة القضاء على دستورية القوانين أمرا مسلما به، يقف البعض الآخر على النقيض من ذلك، ولكل وجهة نظره وحججه التي تدعم موقفه، وتدور تلك الحجج حول محور أساسي هو الحفاظ على مبدأ الفصل بين السلطات، وعلى الرغم من أن الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء المقارن قد سلم بحق القضاء في الرقابة الدستورية، فإن الرأي ليس واحدا في هذه المسألة بالنسبة للقضاء الجزائري، فهناك من يعارضها وهناك من يؤيدها، كما انه وإن اعترفنا بحق القضاء في هذه الرقابة، فإن الخلاف سيثور مجددا حول السلطة التي يملكها اتجاه القانون الذي اكتشف عدم دستوريته، وماذا يترتب على الحكم الصادر في ذلك، كل

^١ - عصام عفيفي عبد البصير، مبدأ الشرعية الجنائية، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي، ٢٠٠٤، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ص ٦١ و ما بعدها.

تلك المسائل تفرض التعرض إلى تقرير مدى اختصاص القضاء برقابة دستورية القوانين (المطلب الأول) و تحديد السلطات التي يملكها القاضي في هذا الإطار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تقرير الرقابة القضائية على دستورية القوانين

إن سمو الدستور سيكون كلمة بلا معنى إذا كان من الممكن انتهاكه من جانب السلطة التشريعية أو التنفيذية، وذلك إذا لم تخضع أعمالها للرقابة على دستورية القوانين واللوائح^(١)، ولا شك أن الرقابة القضائية هي الرقابة الفاعلة باعتبار وظيفة القضاء الطبيعية في حماية الحقوق والحريات وحراسة الشرعية في الدولة، ولكن بسط القضاء رقابته على دستورية القوانين تقف أمامها عقبات أهمها ما يثيره المعترضون من أن اختصاص القضاء بهذه الرقابة يعد خروجاً عن مهمته في تطبيق القانون، وخرقاً بالتالي لمبدأ الفصل بين السلطات، خصوصاً وان الدستور أوكل اختصاص رقابة الدستورية للمجلس الدستوري، فكل ذلك مانعاً من هذه الرقابة القضائية، ولكن ألا تعد القواعد الدستورية قواعد قانونية فتندرج ضمن القواعد التي يطالب القاضي بتطبيقها؟ وإذا وقع التعارض بينها وبين القواعد القانونية الأخرى فكيف يتصرف القاضي مع هذا التعارض؟ وماذا يفعل القاضي أمام الدفع بعدم دستورية قانون معين؟ هل يحيل الدفع للمجلس الدستوري؟ أليس هذا الحل ممنوعاً عليه؟ فما الحل أمام التزامه بالرد على الدفع؟ ثم هل حقاً مبدأ الفصل بين السلطات يعد عائقاً أمام بسط القاضي لرقابته على دستورية القوانين؟

إن سلطة القضاء في رقابة دستورية القوانين يستمدّها من التزامه بتطبيق القانون (الفرع الأول) والتزامه باحترام حقوق الدفاع وبالتالي إلزامية الرد على الدفع (الفرع الثاني) ويتدمج هذا بالنظر للمدلول الحقيقي لمبدأ الفصل بين السلطات والذي سيقود للنتيجة السابقة وليس العكس (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التزام القاضي بتطبيق القانون

الاتفاق حاصل على كون وظيفة القاضي هي تطبيق القانون للفصل في النزاعات المعروضة عليه، ولا شك أن القانون المقصود هو القانون بمعناه الواسع، فيندرج ضمنه كل القواعد القانونية المكتوبة منها وغير المكتوبة، والمادة الأولى من القانون المدني تؤكد ذلك، فتندرج القواعد الدستورية ضمن مضمون القانون الذي يلتزم القاضي بتطبيقه^(٢)، وهذا الأمر لا إشكال فيه إذ يعد

^١ -دينار شيخاني، الرقابة على دستورية القوانين، Dasin ORG، جريدة الكترونية عامة، www.google.fr، و ساي جمال الدين - تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية - منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ١٦١ وما بعدها.

^٢ - ساي جمال الدين، المرجع السابق، ص ١٨٤.

سليما من الناحية النظرية ويسلم به الفقه والقضاء، ولكن المسألة تصبح محل نظر عند التعارض بين نص دستوري ونص تشريعي، فهنا كيف يتصرف القاضي؟ هل سيطبق النص التشريعي تماشياً مع الرأي القائل بامتناع القاضي عن التعرض لمسألة صحة القانون من الناحية الموضوعية، وإن جاز له فحصه من الناحية الإجرائية؟ أم أن القاضي سوف يوازن بين النصين فإذا وجد التعارض ثابتاً بينهما أعمل مبدأ التدرج الذي يفرض إهمال النص الأدنى والفصل في النزاع طبقاً للنص الأعلى؟

إن الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء المقارن يرى أن القضاء عليه أن يقوم بالرقابة على دستورية القوانين، إذ يعد ذلك من صميم عمله القضائي فيكون ذلك التزاماً وجوبياً لا جوازياً، لأن مهمته تشمل أية ناحية تتعلق بتطبيق القوانين ومراعاة ترتيبها، فالمهمة الأساسية للقاضي تقوم على تطبيق القانون فيلتزم أولاً بتعيين القاعدة التي يجب مراعاتها، وتغدو مهمته التي لا يستطيع التهرب منها منصباً على حل المتناقضات التي يمكن أن تنثور أمامه بين القواعد القانونية، وهذا في الواقع ما يعمل به بصورة مستمرة إذ أنه يفصل في النزاع بين القانون القديم والقانون الجديد، وبين القانون العام والقانون الخاص، وبين القانون الوطني والقانون الأجنبي، وعلى ذلك فالالتزام القاضي بتطبيق القانون يندرج ضمنه التزامه بإزالة التعارض بين القوانين بتغليب القانون الأعلى واستبعاد القانون الأدنى، وبالتالي فإذا كان التعارض بين الدستور والقانون فإنه يستبعد القانون لصالح الدستور، وهو في أدائه هذا الدور لم يخرج عن دوره في تطبيق القانون لاندراج أحكام الدستور ضمن مفهوم القانون الذي يخاطب القاضي بتطبيقه^(١)، وفي نفس الإطار يرى بعض الفقه أن القانون المخالف للدستور لا يعد موجوداً أصلاً^(٢) فلا يقع على القضاة عبء تطبيقه مادام مخالفاً للدستور أي منعدياً، فالقاضي ملزم بتطبيق القانون طالما صدر وفقاً للقواعد الدستورية، فإذا جاء خرقاً لها فإنه يعد غير نافذ ولا يلتزم القاضي بتطبيقه، لأن واضعه خرج عن الشرعية الدستورية للقانون، وهذا هو مقتضى مبدأ تدرج القواعد القانونية وسمو الدستور.

وفي هذا تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية^(٣): " إن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الأمانة وإهدار ما يخالفها من تشريعات بغية الحفاظ على مبادئه (الدستور) وصون أحكامه من الخروج عليها" وتؤكد ذات المحكمة حتمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين بقولها: "إن مبدأ الشرعية وسيادة القانون وهو المبدأ

^١ - خليل جريج - الرقابة القضائية على أعمال التشريع - معهد البحوث والدراسات العربية - ١٩٧١، المرجع السابق، ص ١٨٦.

^٢ - خليل جريج، نفسه، ص ١٨٧.

^٣ - المحكمة الدستورية العليا، حكم صادر في ١٩٨٥/٠٥/٠٤ نقلاً عن ساي جمال الدين، مرجع سابق، ص ١٦٤.

الذي يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون والتزام حدوده في كافة أعمالها وتصرفاتها، هذا المبدأ لن ينتج أثره إلا بقيام مبدأ آخر يكمله ويعتبر ضروري مثله لأن الإخلال به يؤدي بمبدأ المشروعية ويسلمه إلى العدم، ذلك هو مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين من جهة، وعلى مشروعية القرارات الإدارية من جهة أخرى لأن هذه الرقابة القضائية هي المظهر العملي الفعال لحماية الشرعية وهي التي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون، كما تكفل رد هذه السلطات إلى حدود المشروعية إن هي تجاوزت تلك الحدود وغني عن البيان أن أي تضيق في تلك الرقابة ولو اقتصر التضيق على دعوى الإلغاء سوف يؤدي حتما إلى الحد من مبدأ الشرعية وسيادة القانون ولذا يتعين أن تقف سلطة المشرع إزاء حق التقاضي عند حد التنظيم فلا تجاوزه إلى الحظر أو الإهدار^(١) وبالتالي فطاعة القانون لا تمنع من رقابة مطابقته للدستور. وفي حكم "مارشال"^(٢) الذي يربط الفقه بينه وبين نشأة مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين والذي صدر عام ١٨٠٣ جاء فيه: "من واجب الهيئة القضائية أن تفسر القانون وتطبقه وعندما يتعارض نص تشريعي أو قانون مع الدستور فإن السمو والبقاء يكون للدستور" وهو ما تم تكريسه لاحقا في قضاء عديد الدول، ومنها القضاء الروماني حيث أصدرت المحكمة العليا الرومانية حكما سنة ١٩١٢^(٣) جاء فيه: "حيث انه في حالة التعارض يكون من حق القاضي التثبت من دستورية القانون العادي فإذا اتضح له مخالفته للدستور وجب عليه تفضيل النصوص الدستورية، ولا يمكن القول أن القاضي في هذه الحالة قد خرج عن اختصاصه واعتدى على اختصاص السلطة التشريعية، بل بالعكس إن القاضي بعمله هذا إنما يقوم بوظيفته القانونية وهي معرفته أي قانون يجب تطبيقه في النزاع المعروض عليه" وعلى ذلك فالسلطة الدستورية المقررة للمحاكم في تفسير وتطبيق القوانين، تفترض المفاضلة بين القوانين المطلوب تطبيقها على النزاع، بحيث ترجح القانون الأعلى مرتبة وتهمل القانون الأدنى، ومن ثم إذا ما تعارض حكم القانون مع الدستور وجب إعلاء الأخير وإهمال الأول، ذلك أن السيادة دائما يجب أن تكون للدستور.

ومعنى هذا جميعه أن عمل القضاء ونشاطه من اجل تطبيق القانون يجب أن يتم في إطار اعتبار القواعد الدستورية مصدرا للمشروعية العليا في الدولة، فتقف على قمة درجات أو طبقات النظام القانوني، وعلى ذلك فإن القاضي باعتباره السلطة المنوط بها تفسير القانون وتطبيقه، عليه إذا ما عرض له عارض أي إذا ما اكتشف تعارضا بين التشريع الذي يهم بتطبيقه وبين الدستور أن يتصدى لهذا العارض ويسعى إلى إزالته ليمهد السبيل إلى التطبيق الصحيح للقانون.

الفرع الثاني: التزام القاضي باحترام حقوق الدفاع

^١ - المحكمة الدستورية العليا، حكم في ١٩٧٦/٠٤/٠٣، في الدعوى رقم ١١، السنة ٠٥ القضائية نقلا عن سامي جبال الدين، المرجع السابق، ص ١٦٤
^٢ - المحكمة الاتحادية العليا حكم سنة ١٨٠٣، قضية ماربوري ضد ماديسون نقلا عن خليل جريج، المرجع السابق، ص ١٧٧.
^٣ - المحكمة العليا الرومانية، حكم سنة ١٩١٢، نقلا عن خليل جريج، نفسه، ص ١٧٩.

يعتبر مبدأ احترام حقوق الدفاع^(١) أحد الدعائم الإجرائية الأساسية في كل الأنظمة الإجرائية، ولهذا تتشدد المحاكم العليا في مختلف الدول في الرقابة على الأحكام التي تتجاهل حق الدفاع باعتبار ذلك مسألة قانون تخضع لاختصاصها، واستنادا لحق الدفاع فإن القاضي يلتزم بالرد على الدفوع المبدأة أمامه سواء منها المدنية أو الإدارية أو الجزائية طالما كانت جدية، وهذا تحت طائلة عدم التسبب الذي يجعل حكمه عرضة للنقض والإبطال من الجهات القضائية العليا، وهو ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ ٢١/٠٥/١٩٨٤^(٢) الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن القرار الذي لا يستجيب في تسببه إلى طلبات أو دفوع احد أطراف الدعوى فإن هذا القرار يكون مشوبا بانعدام التسبب" وكذلك القرار المؤرخ في ٢٦/١١/١٩٨٤^(٣) الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن كل قرار يجب أن يتضمن الإجابة على كافة الطلبات والدفوع المقدمة من أطراف الدعوى دون تفرقة أو تمييز بالأوجه المستظهر بها لتأييد طلب أو دفع والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يجعله مشوبا بعدم التسبب"

ومن الدفوع التي قد تثار أمام القاضي الدفع بعد دستورية القانون المراد تطبيقه في النزاع فكيف يتصرف القاضي؟

تفرض القوانين الإجرائية سواء منها المدنية أو الجزائية على القاضي الرد على الدفوع ومناقشتها، إذ يستشف من المادة ٣٣٠ و ٣٣١ من قانون الإجراءات الجزائية، أن الجهة القضائية ملزمة بالاستماع للدفوع المقدمة إليها ومناقشتها وتدوينها في حكمها والرد عليها تحت طائلة عدم التسبب، ولا شك أن القاضي سيجد نفسه أمام موقفين قد يتخذهما أمام الدفوع الجدية، فهو إما يجيب على هذه الدفوع ولو كان غير مختص بها طبقا لقاعدة (قاضي الأصل هو قاضي الفرع) أو (قاضي الدعوى هو قاضي الدفع) وهو مقتضى المادة ٣٣٠ من قانون الإجراءات الجزائية، أو أنه يوقف الفصل في الدعوى، ويحيل الأطراف للجهة القضائية المختصة لتفصل في هذا الدفع طالما وجد مانعا من الفصل فيه من طرفه، وهو ما تقرره المادة ٣٣١ من قانون الإجراءات الجزائية، فأبي الموقفين يسلكه القاضي بالنسبة للدفع بعدم دستورية القوانين؟

الأصل أن يتحدد اختصاص المحكمة بطلب المدعي الأصلي وبالخصومة الناشئة عنه، إلا أن اختصاص المحكمة يمتد كثيرا إلى مسائل أخرى، إذ قد تتفرع الخصومة بما يثار فيها من مسائل، والتي منها المسائل الفرعية أو الطارئة التي تثور أثناء نظر الدعوى وتختص بها المحكمة بما لها ولاية ممتدة أو تكميلية لولايتها الأصلية بنظر الطلب الأصلي، وهناك أيضا

^١ هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٦٨، ص ٨٧ وما بعدها.

^٢ المحكمة العليا، ملف ٣١٢٩٠، قرار بتاريخ ١٩٨٤/٠٥/٢١ قضية أرملة ع ضد ب ج، المجلة القضائية، عدد ٠١/١٩٩٠، ص ١٥٤، وكذلك الملف ٣١٤٦٩،

قرار بتاريخ ١٩٨٤/٠٥/٢١ قضية شركة س ممثلة بمديرها ضد ب ج، المجلة القضائية نفس العدد، ص ١٥٧.

^٣ المحكمة العليا، ملف رقم ٣٥٧٨٠، قرار بتاريخ ١٩٨٤/١١/٢٦، قضية ن ه م و ز م ضد س ب، المجلة القضائية، العدد ٠١/١٩٩٠، ص ١٧٢.

الدفع التي تثار أثناء سير الخصومة، وتختص بها أيضا المحكمة التي تنظر الطلب الأصلي على أساس تمتعها بولاية تكميلية وأن من اختص بالأصل له أن ينظر الفرع المتولد عنه، ولكن امتداد اختصاص محكمة الأصل لتلك المسائل الفرعية أو الدفع إنما يكون في حدود معينة، إذا أن قاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع تمنح للمحكمة سلطة الفصل في الدفع المبداء أمامها ما لم ينتج عن الدفع مسألة أولية تخرج عن اختصاص المحكمة، فهنا لا تنظرها محكمة الدعوى الأصلية، والمسألة الأولية هي مسألة يتوقف الحكم في الدعوى على الفصل فيها، والأصل أن قاضي الدعوى الأصلية لا يفصل فيها رغم تلازمها مع الطلب الأصلي لكونها لا تدخل في اختصاصه، ومن المسائل التي يعتبرها الفقه أولية (مسألة دستورية القوانين) فإذا كانت إحدى المحاكم تنظر نزاعاً وستطبق نصاً معيناً على هذا النزاع ووجد أحد الخصوم أن هذا النص غير دستوري فله أن يثير مسألة عدم الدستورية، ناهيك عن انه لو اعتبرناها من النظام العام فسيثيرها القاضي من تلقاء نفسه، وهنا تتوقف المحكمة عن الفصل في النزاع إلى أن تحسم مسألة دستورية هذا النص^(١)، هذا بالنسبة للدول التي تقسح المجال لإحالة تلك المسألة لمحكمة دستورية متخصصة كمصر وسوريا، أما في الجزائر فلا توجد محكمة دستورية بل مجلس دستوري ولا يملك القضاء أو الأفراد حق إخطاره، فماذا يفعل القاضي أمام الدفع بعدم دستورية القانون؟

إنه نظراً لغياب محكمة مختصة بالفصل في دستورية القوانين فقد اختلف الفقه حول مدى سلطة القاضي تجاه القوانين المخالفة للدستور، فهناك من ذهب إلى أن القاضي يجب عليه أن يمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، وهناك من ذهب إلى عكس ذلك نظراً لالتزام القاضي بتطبيق القانون دون مراقبة مطابقتها للدستور، وعلى ذلك فالمسألة تحتاج إلى وقفة تحليلية عميقة .

إن الاتفاق حاصل لدى الفقه والقضاء على أن القاضي عندما يخول النظر في نزاع معين ملزم - مالم يمنع بنص صريح - بالفصل في جميع المسائل المادية والقانونية التي يعتبر حلها ضروريا لإصدار الحكم في النزاع^(٢)، وهذا مقتضى مبدأ (قاضي الأصل هو قاضي الفرع) فعند ما يدلي بقبوله سبب يتعلق بعدم دستورية قانون ما عن طريق الدفع يكون الحكم بالضرورة عكس الإدلاء به بطريق الدعوى، فيحتاج القاضي لقبول الدعوى نصاً يخوله الاختصاص بالفصل فيها، أما الدفع فإنه يكون دائماً مقبولاً أمام القاضي، إذ الفصل في الدفع هو اختصاص يتقرر بحكم اختصاصه بالدعوى لا بنص خاص في القانون، وطالما لم يوجد نص قانوني في الجزائر يمنع القاضي من الرد على الدفع بعدم الدستورية، فإن معنى ذلك هو إلزامية قيام القاضي بمناقشة هذا الدفع والرد عليه إيجاباً أو سلباً^(٣). وهذه المسألة من المفروض أن لا تثير إشكالا في الجزائر

^١ أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، البار الجامعية، بيروت، ط ١٩٨٩، ص ١٣٨.

^٢ خليل جريج، المرجع السابق، ص ١٩٤.

^٣ - محمد رأس العين - الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي - الندوة الوطنية الثانية للقضاء نادي الصنوبر أيام ٢٣ / ٢٤ / ٢٥ فبراير ١٩٩١ - منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية ١٩٩٣ - ص ١٦٥ إلى ١٧١، ص ١٦٥.

لكون الدستور الجزائري لم يوجد محكمة دستورية خاصة، ولا فتح المجال لإحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري من طرف القضاء أو الأفراد، إضافة إلى أن الدستور لم يمنع صراحة أو ضمنا الدفع بمخالفة القانون للدستور، ولا منع القاضي من الفصل فيه، ولهذا يكون الدفع مقبولا، والقاضي عند ما يأخذ بالدفع لا يساق إلى إبطال القانون بل يقف بوجه تطبيقه على النزاع المطروح عليه، ومن ثمة فطالما لم ينشئ المشرع الدستوري هيئة قضائية خاصة بالرقابة على دستورية القوانين، ولم يفتح المجال لوقف الدعوى وإحالة الأطراف إلى المجلس الدستوري، فإنه لا يسوغ للقاضي الجزائري إلا حلا واحدا وهو أن يفصل في هذا الدفع، لا بأن يحكم بعدم اختصاصه بل بان يبسط رقابته على دستورية القانون المطعون فيه، وإلا كان حكمه معيبا في تسببه^(١).

على أن أشد ما في الأمر أن القاضي لا يستطيع جهازة التهرب من أداء مهمته وإن كان يستطيع أن يخونها، فمادام الدستور لا يتضمن نصا يحظر بحث الدفع بعدم دستورية القانون وقد عمد القاضي إلى رده بصورة مستمرة، فتكون النتيجة مهما أراد الدفاع عن خطته امتناعا عن تطبيق أحكام الدستور وتفضيل القانون العادي المتعارض معه، فيكون في الواقع قد فصل في التنازع بين القواعد القانونية المعروضة عليه ولكنه أخطأ في قضائه، إذ انه ضحى بالقاعدة العليا أي الدستور بعدم مراعاتها، واعتمد القاعدة الدنيا أي القانون العادي^(٢).

ومفاد ذلك أن القاضي الجزائري يجد نفسه بين أمرين لا يمكنه تجنبهما فإما أن ينظر إلى دستور بلاده بصورة جدية واضعا أحكامه في المرتبة العليا من القواعد القانونية، بحيث تتغلب على أية قاعدة أخرى ويقبل حينئذ الدفع بعدم دستورية القانون، وإما أن يرفض الدفع بعدم دستورية القانون، وفي هذه الحالة ينكر في الواقع كل قوة قانونية لأحكام الدستور، ويعكس بالتالي الترتيب الطبيعي للقواعد القانونية. ويصلح في هذا الإطار الاستدلال بما جاء في إحدى أحكام المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم ٣ / ٣٦^(٣) إذ جاء: "إن المشرع وإن نزع من المحكمة العليا اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين... إلا انه لم يمنع القاضي من النظر في الدفع بعدم صحة التشريع المعين في الدعوى الماثلة أمامه إذا تعارض مع تشريع آخر انطلقا من وظيفته الأصلية في تفسير القانون وليس له في هذه الحالة أن يوقف النظر في الدعوى انتظارا لتشريع ثالث يزيل التعارض بينهما لأن وقف الدعوى في مثل هذه الحالة يعد امتناعا عن الفصل فيها وهو ما يحرمه المشرع على القاضي"

^١ محمد رأس العين، المرجع السابق، ص ١٦٦.

^٢ خليل جريج، المرجع السابق، ص ١٧٥-١٧٦.

^٣ فتحي منصور عبد الصمد الفيتوري، مدى اختصاص المحكمة العليا بالرقابة الدستورية في ضوء أحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٤٢٣، www.almiezon.net، ص

ويلاحظ أن حق الدفع بعد دستورية القوانين أمر يكاد أن يكون مقررا في الدولة القانونية، وأن القضاء في عديد الدول اعتمد هذا المبدأ وكرس حق القضاء في الفصل فيه، باستثناء القضاء الفرنسي الذي مازال مصرا على التمسك برأيه المتمثل في انه: "لا يجوز له النظر في الدفع الفرعي الخاص بعدم دستورية القانون" ولقد أنحى الفقه الفرنسي في شبه إجماع باللائمة على موقف القضاء الفرنسي ونادى بضرورة تقرير رقابة القضاء لدستورية القوانين بطريق الدفع .

وعلى خلاف القضاء الفرنسي أبدى القضاء المصري شجاعة نادرة في التمسك باختصاصه برقابة الدستورية عن طريق الدفع رغم عدم وجود نص يسمح له بذلك، بل ورغم وجود المحكمة الدستورية العليا، فالرقابة الدستورية عن طريق الدفع هي رقابة عامة يختص بها أي قاضي تم الدفع بعدم الدستورية أمامه ودون حاجة إلى نص يسمح للقاضي بذلك، وهو ما جاء في الحكم الصادر عن محكمة مصر الابتدائية بتاريخ ١٩٤٦/٠٥/١^(١) إذ جاء فيه بأن: "للمحاكم جميعها حق الرقابة على دستورية القوانين واللوائح" وهو الحكم الذي ألغته محكمة الاستئناف^(٢)، لكن القضاء المصري بنوعه - العادي والإداري - ظل مصرا على انتزاع هذه الولاية، لأنه لا يجوز وفقا لمبدأ تدرج القوانين وعند تعارض قانون عادي مع الدستور إلا تغليب هذا الأخير والامتناع عن تطبيق القانون العادي، إذ قرر مجلس الدولة المصري في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٤٨/٠٢/١٠^(٣): "انه ليس في القانون المصري ما يمنع المحاكم المصرية من التصدي لبحث دستورية القوانين سواء من ناحية الشكل أو الموضوع" وبالنسبة للقضاء الجزائري فيحسن به تقرير حقه بالفصل في الدفع بعدم دستورية القوانين إذ لا يوجد نص دستوري أو تشريع يمنعه عن ذلك .

الفرع الثالث: مبدأ الفصل بين السلطات يؤكد حق القضاء في الرقابة الدستورية

السمو الدستوري وما يترتب عليه من بطلان القوانين المخالفة له، ورغم الأسانيد السالفة الذكر التي تؤسس بما لا يدع مجالا لشكك حق القضاء في رقابة دستورية القوانين، فإن المعترضين يقفون في وجه هذا الرأي بالاستناد إلى مبدأ الفصل بين السلطات، فبحسبانهم إن قيام القاضي برقابة الدستورية يعد تدخلا في اختصاص السلطة التشريعية من جهة، وتعدي على اختصاص المجلس الدستوري باعتباره مكلفا برقابة الدستورية من جهة أخرى، وهذا الطرح مردود عليه، إذ الفهم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات سوف يقود إلى عكس تلك النتيجة، فلا تعد رقابة

^١ محكمة مصر الابتدائية، حكم صادر بتاريخ ١٩٤٦/٠٥/٠١، نقلا عن عصام عفيفي عبد البصير المرجع السابق، ص ٦٠.

^٢ محكمة الاستئناف، حكم بتاريخ ١٩٤٣/٠٥/٣٠ وأكثرت فيه حق المحاكم في فحص رقابة دستورية القوانين، نقلا عن عصام عفيفي عبد البصير، المرجع نفسه ص ٦١.

^٣ محكمة القضاء الإداري، حكم بتاريخ ١٩٤٨/٠٢/١٠ القضية رقم ٩٦ لسنة ٠١ ق، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة، السنة الثانية، نقلا عن عصام عفيفي عبد البصير، نفسه، ص ٦١.

القضاء للدستورية تدخلا في التشريع (أولا) ورقابة المجلس الدستوري لا تمنع رقابة القضاء (ثانيا) .

أولا: رقابة القضاء لا تعد تدخلا في التشريع: بالنظر إلى الجدل الدائر بين أنصار الرقابة القضائية ومعارضيه حول علاقة مبدأ الفصل بين السلطات بمسألة رقابة القضاء على الدستورية، فإنه يتوجب تحديد مدلول هذا المبدأ في الدستور الجزائري. لقد ارتبط مبدأ الفصل بين السلطات^(١) بالفقيه "مونتسكيو" الذي صاغه صياغة متميزة في كتابه "روح القوانين" وحسب رأيه فإن الأخذ بهذا المبدأ يضمن ممارسة واحترام الحقوق والحريات الفردية لكونه يقتضي توزيع وظائف الدولة الثالث (التشريع والتنفيذ والقضاء) على هيئات ثلاث تسمى سلطات، وتباشر السلطة التشريعية التشريع، وتباشر السلطة التنفيذية مهمة تنفيذ القانون، وتقوم السلطة القضائية بتطبيق القانون على كل ما يطرح أمامها من منازعات، وهذا المبدأ يمثل إحدى ضمانات دولة القانون، ذلك انه يعد وسيلة فعالة لمنع الاستبداد وصيانة الحريات وتحقيق شرعية الدولة، لأنه يوجد رقابة متبادلة بين السلطات، مما يكفل احترام القانون من طرفها جميعا، وعلى ذلك فمبدأ الفصل لا ينافي مبدأ الرقابة المتبادلة بين سلطات الدولة^(٢)، بل على العكس من ذلك يعد ذلك المبدأ إحدى مضامينه وأهدافه الأساسية، إذ لا معنى للفصل إذا لم يفتح المجال للرقابة المتبادلة بما يكفل خضوع الدولة للقانون بكامل سلطاتها وأجهزتها، فهذا المبدأ يشير إلى نوع من التخصص في الوظيفة في ما بين السلطات، بحيث لا يباح كأصل عام لأي سلطة منها أن تعتدي عن الوظيفة التي تختص بها سلطة أخرى، ومع هذا التخصص الوظيفي يوجد نوع من التعاون والرقابة المتبادلة، لأن ذلك لا يتنافى مع استقلال كل منها، وليس له أدنى مساس بالتخصص الوظيفي، فالرقابة المتبادلة لا تعد خرقا لمبدأ الفصل بل تعد إحدى مقتضياته، لأنها تؤدي إلى ضمان اعتدال السلطات وتكفل حماية حقوق وحريات الأفراد، وبذلك يكون هذا المبدأ يعني تخصص وظيفي من جهة، ورقابة متبادلة من جهة أخرى، وقد تضمن الدستور الجزائري الأمرين معا فمع اعترافه بوجود السلطات الثلاث وتخصص كل سلطة بوظيفة تخصصها، فإنه تضمن وجوها للرقابة المتبادلة بين تلك السلطات، إذ تملك السلطة التنفيذية حق الاعتراض على القوانين وإرجاعها لإجراء مداولة ثانية، وحق إخطار المجلس الدستوري، بل وتملك حق حل البرلمان، ومقابل ذلك تملك السلطة التشريعية حق مراقبة الحكومة عن طريق الأسئلة والاستجواب وسحب الثقة وغيرها من الوسائل في مواجهة الحكومة، لكن أجل أنواع الرقابة وأبعدها أثرا في علاقة السلطات بعضها ببعض تلك الرقابة المعروفة باسم الرقابة على دستورية

^١ -انظر: سعيد بالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٨، ص ٣٥ وما بعدها، و حاد محمد شطا، الأصول الإسلامية للقانون الإداري، توزيع دار الكتاب الحديث، ص ٤٣٩ وما بعدها، وسعيد بالشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، ص ١٩٨ وما بعدها.
^٢ -سعيد بالشعير، نفسه، ص ٣٦، وإبراهيم عبد العزيز شيحا، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة تحليلية للنظام الدستوري اللبناني، الدار الجامعية، ص ٢٣٧ وما بعدها..

القوانين والرقابة على مشروعية اللوائح الممنوحين للقضاء، ورغم الاعتراف الكامل بالثانية فلا تزال الرقابة الدستورية محل جدل في مختلف الدول^(١)، وبالنسبة للدستور الجزائري فإنه لم يواجه مشكلة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في نصوصه لا بالمنع ولا بالإجازة فما هو الحل؟

إن مبدأ تدرج القواعد القانونية يقتضي تفاوتاً في القوة بحيث يتحتم تقيد كل قاعدة دنياً بالقاعدة التي تسمو عليها في مدارج السلم القانوني، وينبني على ذلك لزوماً تقيد القانون بالقواعد الدستورية، ولذلك يكون من الضروري والطبيعي خلق آليات لرقابة الدستورية، ونظراً لمقابلة هذا الأمر بأمر آخر يتعلق بضرورة سيادة البرلمان في المجال التشريعي، فإن الرأي اتجه في الكثير من الدول إلى تنظيم الرقابة في حدود معقولة، توفق بين مبدأ إجراءها وبين عدم إقحام القاضي في صميم عمل السلطة التشريعية، وفي نطاق هذه الحدود قد تختلف أساليب هذه الرقابة بين دولة وأخرى، وقد تقتصر بعضها على الرقابة السياسية وحدها، ولكن أثبتت التجارب أنها لم تحقق الأغراض المقصودة منها^(٢)، ولذلك اعترف الفقه أنه من الضروري بسط القضاء لرقابته على دستورية القوانين، وتختلف هذه الرقابة إلى صورتين رقابة امتناع ورقابة إلغاء، فالرقابة الأولى تقف عند حد الامتناع عن تطبيق القانون على النزاع المعروض على القاضي، أما الثانية فتصل إلى حد إبطال القانون بحكم يكون حجة على الكافة كما يلغى القرار الإداري سواء بسواء .

والقضاء بصفته موئل الحريات الحصين هو الجهة الطبيعية للرقابة على دستورية القوانين، فهذه الرقابة مما يلتزم مع طبائع الأشياء، ويتفق مع طبيعة وظيفته القاضي أن يكون هو الجهة التي تتبع منها الرقابة الدستورية، لأنه سلطة مستقلة يملك أن يرد أي سلطة أخرى إلى حدودها إذا ما خرجت عن الحدود المرسومة في الدستور، امتثالاً لمقتضى عبارة "مونتسكيو"^(٣) الشهيرة: "إن كل إنسان يتمتع بسلطة يسئ استعمالها في العادة إذ يتمادى في استعمالها حتى يظهر من يوقفه عند حده... والفضيلة ذاتها في حاجة إلى حدود ولضمان عدم إساءة استعمال السلطة ينبغي أن يكون النظام مؤسس على أن السلطة تحد السلطة *Seul le pouvoir arrête le pouvoir*"

ومن الناحية النظرية لا تقوم أية عقبة قانونية من شأنها الحيلولة دون رقابة القضاء الجزائري على دستورية القوانين، ولكن الواقع هو أن القضاء الجزائري لم يسلم بحقه في هذه الرقابة متأسيماً بالقضاء الفرنسي الذي رفض اختصاصه بالرقابة الدستورية سواء بطريق الدعوى أو

^١ محمود سعيد الدين الشريف، النظرية العامة للضبط الإداري، ص ٣٩ وما بعدها.

^٢ محمود سعد الدين الشريف، المرجع نفسه، ص ٤٧.

^٣ محمود سعد الدين الشريف، نفسه، ص ٤٨.

الدفع^(١)، وعلى العكس من ذلك كانت عدة مناسبات للقضاء العربي، ومنه القضاء المصري ليبسط رقابته بجرأة على دستورية القوانين عن طريق الامتناع، ومن ذلك حكما شهيرا لمجلس الدولة المصري وقد صدر هذا الحكم في ١٠/٢/١٩٤٨/١٩٤٨ وما جاء فيه: "ومن حيث أن محامي الحكومة دفع بان المحكمة لا تملك التصدي لبحث دستورية القوانين موضوعا وكل ما تستطيعه هو التحقق من توافر الأركان الشكلية للقانون فإذا ظهر أنها متوافرة فيه فقد امتنع عليها البحث في دستوريته من حيث مطابقتها أو عدم مطابقتها للمبادئ المقررة في الدستور وذلك إعمالا لمبدأ فصل السلطات الذي يقوم على استقلال كل سلطة عن الأخرى في عملها وعدم التدخل فيه أو تعطيله.

ومن حيث انه ليس في القانون المصري ما يمنع المحاكم المصرية من التصدي لبحث دستورية القوانين سواء من ناحية الشكل أو الموضوع، أما القول بان هذا التصدي إهدار لمبدأ فصل السلطات بتدخل السلطة القضائية في عمل السلطة التشريعية بما يعطل تنفيذه فإنه يقوم على حجة داحضة إذ على العكس من ذلك فإن في التصدي إعمال لهذا المبدأ ووضع للأمور في نصابها الدستوري الصحيح بما يؤكد ويثبت ذلك أن الدستور المصري وإن قرر المبدأ المذكور ضمنا حين حدد لكل سلطة من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية المجال الذي تعمل فيه فقد قرنه بمبدأ آخر أكده ضمنا وجعله متلازما معه حين قرر أن استعمال السلطات يكون على الوجه المبين في الدستور فالمبدأان متلازمان يسيران جنبا لجنب ويكمل أحدهما الآخر وبغير ذلك لا تنتظم الحياة الدستورية لأنه يستتبع ذلك أنه إذا أهدرت إحدى السلطات أي مبدأ من مبادئ الدستور فإنها تكون قد خرجت عن دائرة المجال المحدد لاستعمال سلطتها، وإذا جاء لها أن تتخذ من مبدأ فصل السلطات تعلقة تتذرع بها في إصدارها الدستور لانتهاى الأمر إلى فوضى لا ضابط لها.

ومن حيث انه بعد أن تحدد معنى مبدأ فصل السلطات بحسب روح الدستور أخذنا من دلالة المقابلة بين نصوصه وتفهم مراميها، يتعين بعد ذلك تحديد وظيفة المحاكم إزاء تعارض قانون من القوانين العادية مع الدستور نصا أو روحا وما الذي ينبغي على المحاكم عمله وما تكييف عملها في هذه الحالة.

ومن حيث أن الدستور المصري إذ قرر أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم قد ناط بها تفسير القوانين وتطبيقها فيما يعرض عليها من شتى المنازعات، ويتفرع عن ذلك أنها تملك الفصل عند تعارض القوانين في أيها هو الواجب التطبيق إذ لا يعدو أن يكون هذا التعارض صعوبة قانونية

^١ - عبد السلام ذهني بلا، مجلس الدولة و دستورية القوانين، مجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، العدد الأول، يناير ١٩٥٠، ص ٨٣.

مما يتولد من المنازعة فتشملها سلطة المحكمة في التقدير وفي الفصل لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع.

ومن حيث أنه لا جدال في أن الأمر الملكي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٣ بوضع نظام دستوري للدولة المصرية هو أحد القوانين التي يجب على المحاكم تطبيقها، ولكن يتميز عن سائر القوانين بما له من طبيعة خاصة تضي عليه صفة العلو وتسمه بالسيادة بحسبانه كفيل الحريات وموئله ومناط الحياة الدستورية ونظام عقدها، ويستتبع ذلك أنه إذا تعارض قانون عادي مع الدستور في منازعة من المنازعات التي تطرح على المحاكم وقامت بذلك لديها صعوبة مثارها أي القوانين هو الأجدر بالتطبيق وجب عليها بحكم وظيفتها القضائية بناء على مقتضى أصول هذه الوظيفة وفي حدوده الدستورية المرسومة لها ولا ريب في إنه يتعين عليها عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادي وتهمله وتغلب عليه الدستور وتطبقه بحسابه القانون الأعلى الأجدر بالإتباع وهي في ذلك لا تعتدي على السلطة التشريعية مادامت المحكمة لا تضع بنفسها قانونا ولا تقضي بإلغاء قانون ولا تأمر بوقف تنفيذه، وغاية الأمر أنها تفاضل بين قانونين قد تعارضا فتفصل في هذه الصعوبة وتقرر أيها الأولى بالتطبيق، وإذا كان القانون العادي قد أهمل فمرد ذلك في الحقيقة إلى سيادة الدستور العليا على سائر القوانين تلك السيادة التي يجب أن يلتزمها كل من القاضي والشارع على حد سواء"^(١).

وعليه فإن حق المحاكم في قبول الدفع بعدم دستورية القوانين وإن كان يبدو للوهلة الأولى فيه بعض المساس بمبدأ الفصل بين السلطات، وما يقتضيه من ضرورة امتناع القضاء عن التعرض لأعمال السلطة التشريعية، إلا أنه عند التعمق نجد أنه عند تعارض قانون عادي مع قانون أساسي يكون من الواجب على المحاكم تطبيق هذا دون ذلك، ولا يعتبر هذا تدخلا منها في أعمال السلطة التشريعية، لأنها لا تقرر إبطال القانون ولا تقول بعدم الدستورية بصفة عامة، بل تقول بعدم إمكانية تطبيقه على المنازعة المعروضة أمامها لتعارضه مع القانون الأساسي الواجب الاحترام.^(٢)

ثانيا: اختصاص المجلس الدستوري لا يمنع الرقابة القضائية: يرى بعض الفقه أنه طالما أن المشرع الدستوري أوكل اختصاص الرقابة على دستورية القوانين للمجلس الدستوري، فمؤدى ذلك أن رقابته هذه تمنع رقابة الهيئات الأخرى وخصوصا القضاء، ويرد الاتجاه الغالب في الفقه على هذا الرأي بكون رقابة المجلس الدستوري لا تمنع رقابة القضاء بل تكملها و تسندها، و

^١ مجلة البولة المصري، قرار بتاريخ ١٠/٢/١٩٤٨، نقلا عن خليل جريج، المرجع السابق، ص ١٨١. وقد أثبتناه كاملا لأهمية ودقة تحليله وحسن صياغته، ولا غرابة فقد صدر هذا الحكم تحت رئاسة العميد عبد الرزاق السنهوري.

^٢ أنظر، معوض عبد النواب، الدفوع الإدارية، دار الكتاب الحديث، ص ٧١٥ و مال بعدها، و محمود سعد الدين الشريف، النظرية العامة لضبط الإداري، المرجع السابق، ص ٦٢، عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي وإشكالاته، الفكر القضائي للنشر، أديب استانبولي، ط ١، ١٩٨٣، ص ١٣٨.

يستندون في ذلك إلى حجج أهمها أن رقابة المجلس الدستوري سياسية (I) وأنها بالنظر إلى آلياتها وطريقة تحريكها قاصرة (II) .

I- الطابع السياسي لرقابة المجلس الدستوري: إن تقييم فعالية رقابة المجلس الدستوري، وكفايتها في التجسيد الفعلي لسمو الدستور، يفرض التعرض لطبيعة هذه الرقابة: هل هي رقابة سياسية أم قانونية؟ وما يترتب على هذه التفرقة من آثار تتعلق باستقلالية المجلس الدستوري ومصداقية أعماله؟

ونظرا لكون الدستور الجزائري لم يحدد طبيعة هذه الرقابة، ولا تم معالجتها ضمن أحكام النظام الداخلي للمجلس الدستوري، فإن ذلك أدى إلى انقسام الفقه إلى اتجاهين⁽¹⁾ رئيسيين: يرى الاتجاه الأول أن المجلس الدستوري هيئة قضائية وذلك اعتمادا على مقارنته مع نظيره في النظم المقارنة التي اعترفت صراحة بالطبيعة القضائية للهيئة المكلفة بالسهر على احترام الدستور كالنمسا وإيطاليا وإسبانيا، كما استندوا إلى حجج عدة منها الشكلية ومنها الموضوعية⁽²⁾، ومنها أن المشرع الدستوري بتأسيسه المجلس الدستوري وتكليفه باحترام الدستور فهو قد مال إلى تبني نموذج القضاء الدستوري وقد عبر عن هذا الأستاذ وليد العقون⁽³⁾ قائلا:

« Un instituant un conseil constitutionnel chargé de veiller au respect de la constitution le constituant Algérien semble se ranger sur le modèle de justice constitutionnelle en adaptant ses éléments constitutifs. Ceux-ci s'ordonnent autour de deux postulats qui se combinent: la position suprême de l'organe de contrôle (conseil constitutionnel) fondée sur la supériorité de la norme de » référence (la constitution

وهذا إضافة إلى أن كون المجلس الدستوري يتمتع بنفس الضمانات الممنوحة للقضاة كالاستقلالية والحياد وعدم إمكانية الجمع بين العضوية في المجلس ووظائف أخرى، وأن الآراء والقرارات التي تصدر عن المجلس تشبه كثيرا الأحكام والقرارات القضائية، وهذا الاتجاه لو سائرناه سوف يؤدي بنا إلى نتيجة مفادها عدم اختصاص القضاء بالرقابة على دستورية القوانين، طالما تم إيكالها للمجلس الدستوري وهو هيئة قضائية، ولكن هذا الطرح ليس مسلماً به من غالبية الفقه

¹ - David Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, paris, Montchrestien, ١٩٩٣, p ٤٩.

و طه طيار، المجلس الدستوري الجزائري، تقديم و حوصلة لتجربة قصيرة، مجلة إدارة، عدد ٩٦/٢، ص ٣٥ وما بعدها

² - Yelles Chaouch Bachir, Le conseil constitutionnel en Algérie du contrôle de constitutionnalité a la créativité nominative, O P

s U, p ١١. et

³ - Walid Laggon, La conception de contrôle du constitutionnalité en Algérie, p ٠٨.

والذي يؤكد الطابع السياسي لرقابة المجلس الدستوري مستندا إلى حجج وأسانيد منها أن المشرع الدستوري نظم أحكام المجلس الدستوري في الفصل الأول من الباب الثالث تحت عنوان الرقابة بينما نظم السلطة القضائية في الباب الثاني الفصل الثالث، وهو ما يجعل المجلس الدستوري مستقلا تماما عن السلطة القضائية سواء من الناحية العضوية أو الموضوعية وهذه الملاحظة الشكلية جعلت البعض يذهب إلى القول بأن رقابة المجلس الدستوري لا تنتمي إلى الوظيفة القضائية

« le contrôle constitutionnel en Algérie né participe pas de fonction juridictionnelle » l'exercice de

وأن تشكيلة المجلس الدستوري حسب المادة ١٦٤ من الدستور يغلب على اختيار أعضائها الطابع السياسي، إذ يعين ثلاثة من بينهم الرئيس من طرف رئيس الجمهورية، وينتخب أربعة أعضاء من طرف البرلمان، ولا يغير من هذه الطبيعة أن عضوين تنتخبهما المحكمة العليا ومجلس الدولة، صف إلى ذلك أن تحريك المجلس الدستوري لا يكون بطريقة الدعوى التي يحرك بها القضاء بل بواسطة الإخطار المحتكر من طرف ثلاثة شخصيات في الدولة فحسب، وليسوا هم بالطبيعة أطراف النزاع، كما أن موضوع الآراء والقرارات الصادرة عن المجلس الدستوري تختلف من حيث موضوعها مع الأحكام القضائية، إذ تقتصر على التصريح بوجود مخالفة للدستور أم لا فهي لا تنشئ حقا ولا تقره، وهو ما يجعل آليات تنفيذها تختلف عن آليات تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية.

ويخلص هذا الاتجاه إلى القول بان المجلس الدستوري هيئة سياسية ورقابته على دستورية القوانين سياسية^(١)، وبالتالي فهي لا تتعارض مع بسط القضاء لرقابته على دستورية القوانين لاختلاف الرقابتين في الأهداف والوسائل فتكون احدهما سندا للأخرى لا متعارضة معها، خصوصا وأن النصوص الدستورية المتعلقة بالمجلس الدستوري لم تمنع رقابة القضاء.

||-عدم فعالية رقابة المجلس الدستوري: قصر الدستور حق تحريك المجلس الدستوري على ثلاثة شخصيات في الدولة وهم رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، وهو ما يجعل المجلس الدستوري لا يختص تلقائيا، وأن باب مغلوق أمام باقي الأشخاص والهيئات بما فيها الهيئات القضائية التي لا يمكنها إخطار المجلس الدستوري إذا تقدم أمامها الأطراف بطلب أو دفع يرمي إلى فحص دستورية القانون المراد تطبيقه عليهم في نزاعاتهم

^١ - Yelles Chaouch Bachir, Le conseil constitutionnel en Algérie, Op.Cit, p ١٤.ets

و دياش سهيلة، المجلس الدستوري و مجلس الدولة، المرجع السابق، ص ٣٧

- Walid Laggoun, op cit, p ٥ et s.

المنشورة أمام القضاء، وهذا أحد أوجه القصور في الرقابة الدستورية التي يقوم بها المجلس الدستوري، والوجه الآخر أنه لا يوجد ما يلزم الأشخاص الثلاثة المختصون بالإخطار بتحريك هذه الرقابة، اللهم إلا فيما يتعلق ببعض الحالات التي يوجد فيها نص خاص يلزمهم بالإخطار كحالة القوانين العضوية وبعض المعاهدات الدولية، وهو ما يجعل الرقابة الدستورية التي يقوم بها المجلس الدستوري تخضع لأهواء الشخصيات الثلاثة السابقة، ويؤكد قصور هذه الرقابة في حماية الشرعية الدستورية من انحراف السلطة التشريعية ويجعل بالتالي مبدأ تدرج القوانين ومبدأ سمو الدستور بدون معنى^(١)، ويفرض بالتالي البحث عن آليات أخرى كفيلة بتحقيق هذا الهدف ويأتي على رأس هذه الآليات الرقابة القضائية، ومعنى ذلك كله أن رقابة المجلس الدستوري لا تمنع رقابة القضاء بل بالعكس هي تؤكد نظرا لطابعها السياسي ولقصورها عن كفاءة سمو الدستور.

والخلاصة أن كل الأسانيد والحجج تؤكد أن القاضي الجزائري مختص للفصل في دستورية القوانين، والقول بغير ذلك يؤدي للقول بأن القانون أسمى من الدستور وينقلب بالتالي الأساس الطبيعي للترتيب، ويؤدي بالنتيجة لإخضاع السلطة التأسيسية إلى رغبة السلطة التشريعية، وهو ما عبر عنه الفقيه ريبير^(٢): "إن غياب الرقابة القضائية يؤدي إلى النتيجة الغربية التالية وهي تكريس سيادة القانون على الدستور في حين أن السلطة التشريعية مؤلفة من مجموعة هيئات أوجدتها الدستور مع غيرها من السلطات الأخرى و أنها مثل هذه السلطات خاضعة إلى الميثاق الأساسي" ومما يؤكد هذا الطرح ما قضت به المادة ١١٦ من قانون العقوبات الجزائري التي نصت على أنه: "يعاقب بالسجن المؤقت مرتكبو جريمة الخيانة من خمس إلى عشر سنوات:

١- القضاة و ضباط الشرطة القضائية الذين يتدخلون في أعمال الوظيفة التشريعية سوءا بإصدار قرارات تتضمن نصوصا تشريعية بمنع وقف تنفيذ قانون أو أكثر أو بالمدولة لمعرفة ما إذا كانت القوانين ستنشر أو تنفذ" فهذه المادة تمنع تدخل القضاء في اختصاص السلطة التشريعية، سواء بإصدار نصوص تشريعية أو بمنع أو وقف تنفيذ القوانين أو بالمدولة التي تتعلق بمسالة نشر القانون أو تنفيذه، وهي الأفعال التي لا يندرج ضمنها قيام القاضي بمراقبة دستورية القانون، إذ منتهى أن يمتنع عن الفصل في النزاع بواسطة هذا القانون إذا وجد مخالفا للدستور، ويفصل في النزاع باعتماد قواعد قانونية أخرى^(٣).

^١ - وما يدل على كل هذا الوضع تلك الرسالة من القوانين واللوائح المخالفة للدستور، و نذكر منها مرسومين رئاسيين مخالفين بصورة صارفة للدستور: المرسوم الرئاسي: ٢٠٣٩/٩٩ المؤرخ في ٢٧ / ١٠ / ١٩٩٩ المتضمن إلغاء المرسوم الرئاسي رقم ٨٩ / ٤٠ المتعلق بالوظائف التي هي من اختصاص رئيس الجمهورية والمرسوم التنفيذي رقم ٣٠٧ / ٩٨ الذي يحدد صلاحيات التعيين لرئيس الحكومة، و المرسوم الرئاسي - ٢٤٠ / ٩٩ المتعلق بالوظائف المدنية والسياسية في البوالة - انظر الجريدة الرسمية رقم ٧٦ الصادرة في ٣٢ / ١٠ / ١٩٩٩ .

^٢ - أفول القانون déclin du droit (١٩٤٩) ص ١٥ نقل عن خليل جريج - المرجع السابق ص ١٩٠ .

^٣ - انظر القضاء والإصلاحات - الندوة الوطنية للقضاء - نادي الصنوبر أيام ٢٣ / ٢٤ / ٢٥ فيفري ١٩٩١ - ص ١٣٣ وما بعدها .

المطلب الثاني: سلطات القاضي عند فحص دستوريه القوانين

بعد أن توصلنا إلى انه ليس أمام القاضي الجزائري إلا أن يقرر اختصاصه برقابة دستورية القوانين، لإندراج ذلك ضمن وظيفته الطبيعية المتمثلة في تطبيق القانون على النزاعات المعروضة أمامه، فإن تم الدفع أمامه بمسألة الدستورية ولم يتمسك باختصاصه بالرد عليها فإنه يكون منكرا للعدالة أو مخلا بحقوق الدفاع، وبالطبع فإن القاضي لا ينتظر أن يثير المتقاضين مخالفة القانون المراد تطبيقه على النزاع للدستور، بل عليه إثارته تلقائيا فكل المسائل المتعلقة بانسجام القوانين وخضوع الأدنى منها للأعلى وسمو الدساتير هي من النظام العام، لاندراجها ضمن قواعد المشروعية الحامية للحقوق والحريات. ومادام أن القاضي قد يصل لكون القانون غير دستوري، وبالتالي فالقاضي يحكم بذلك فما هي آثار هذا الحكم؟ وهل يمكن للقاضي تطبيق النصوص الدستورية مباشرة للفصل في النزاع؟ وبالتالي هل يطبقها ويفسرها مثلما يفعل مع النصوص التشريعية العادية؟

إن الحكم الصادر بعدم دستورية قانون ما يترتب عليه استبعاده عن حكم النزاع (الفرع الأول) وإمكانية التطبيق المباشر للنص الدستوري من أجل الفصل في النزاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: استبعاد القانون المخالف للدستور عن حكم النزاع

يفرض مبدأ تدرج القواعد القانونية أنه إذا كان القانون مخالفا للدستور كان باطلا، وكان على القاضي أن يتمتع عن تطبيقه طالما كان مخالفا للقاعدة الدستورية من الناحية الشكلية أو الموضوعية، وهذا هو الفارق بين هذا النوع من الرقابة القضائية أي الرقابة عن طريق الدفع أو الامتناع والرقابة عن طريق الدعوى، التي قد تصل نتائجها إلى حد إلغاء القانون غير الدستوري، وهو ما يعد بحق تدخلا في المجال المخصص للسلطة التشريعية، ولذلك لم تلق إقبالا، ولا تمارس إلا بنص في الدستور يقرها، عكس رقابة الامتناع التي لاقت اهتماما واسعا، فهي تمارس بدون نص لاندراجها ضمن وظيفة القضاء في تطبيق القانون، ولا تعد خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات. ولذلك فالقاضي الجزائري إذا تبين له مخالفة القانون للدستور لا يمكنه إلغاء القانون ولا وقف تنفيذه (أولا) بل عليه الامتناع عن تطبيقه بصدد ذلك النزاع فقط (ثانيا)

أولا : القاضي لا يلغي القانون المخالف للدستور: هناك من الدول من كرس في دستورها الرقابة القضائية الدستورية للقوانين عن طريق الدعوى، إذ شكلت محكمة خاصة أو أعلى محكمة في البلاد ومنحتها الاختصاص بالحكم ببطلان القانون المخالف للدستور، وبالتالي إلغاء ذلك القانون وجعله في حكم العدم، ويكون لحكمها حجية في مواجهة الجميع بحيث لا يجوز الاستناد عليه في

المستقبل^(١)، ومن الدول التي أخذت بهذا الأسلوب الرقابي نجد تركيا، تشيكوسلوفاكيا، سويسرا، آسيا، النمسا وإيطاليا، ومن الدول العربية نجد مصر، سوريا، ليبيا والسودان، والحقيقة أن الإلغاء يعد تدخلا في عمل السلطة التشريعية، التي لها وحدها حق إلغاء التشريع، فالقضاء لا يختص بهذا الدور إلا بموجب نص خاص يمنحه هذا الاختصاص، وفي غياب مثل هذا النص لا يكون أمام القاضي الذي يعرض للرقابة على الدستورية المثارة أمامه بدفع إلا أن يقرر إما دستورية القانون وتطبيقه للفصل في النزاع^(٢)، أو عدم دستوريته واستبعاده من حكم ذلك النزاع. ونظراً لاندراج هذا الأمر ضمن وظيفته في تطبيق القانون وتفسيره -كما تبين سابقاً - فإن المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها تختص برقابة دستورية القوانين غير الدستورية، والفصل في النزاع من خلال القواعد القانونية الأخرى، وخلافاً لذلك، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى حد إلغاء القانون الذي تبين لها عدم دستوريته دون وجود نص يمنحها هذا الاختصاص وذلك في حكم لها سنة ١٩٧٢ وهو القانون رقم ٨٣ لسنة ٦٩ المتعلق بإعادة تشكيل الهيئات القضائية والذي كان قد عزل استناداً له ١٦٩ قاضياً فيما يعرف بمذبحة القضاء^(٣).

ثانياً: إمكانية تطبيق ذات القانون في نزاعات أخرى: خلافاً للحكم الصادر بإلغاء القانون المخالف للدستور، والذي يتمتع بحجية مطلقة في مواجهة الكافة بالنسبة للأنظمة التي اعتمدت الرقابة الدستورية بطريق الدعوى، فإن الحكم الصادر بعدم دستورية قانون ما عند الفصل في الدفع المثار أمام القاضي أثناء فصله في النزاعات المعروضة عليه له حجية نسبية، بحيث يتوقف أثره على النزاع الذي تم إثارة الدفع بعدم الدستورية في إطاره، دون باقي النزاعات التي لا تنصرف حجية الحكم إليها، وبالتالي فلا حجية له على باقي القضاة، بل ولا على باقي النزاعات المعروضة على ذات القاضي، إذ أن حججه نسبية تتوقف على النزاع المعروض على القاضي، فيمكنه في نزاع آخر أن يقرر دستورية ذلك القانون ويطبقه عليه، وهو ما قرره محكمة تـلا- الجزئية- المصرية في جانفي ١٩٢٦^(٤) إذ جاء فيه: "اتفق علماء القوانين الدستورية حتى الذين مذهبهم أن للمحاكم حق البحث في دستورية القوانين... أنهم مع اعترافهم بحق المحاكم في تقدير دستورية القوانين لا يخولونها حق إلغاء هذه القوانين غير الدستورية عملاً بنظرية فصل السلطات بل كل ما للمحاكم هو أن تمتنع عن تنفيذ القانون لعدم دستوريته، وبدون أن يغير ذلك من قيام القانون المذكور واحتمال أن تحكم محاكم أخرى بدستوريته" فالحكم في الدفع بعدم الدستورية أياً كانت طبيعته غير ملزم لأية محكمة أخرى، ولا حتى لنفس المحكمة التي أصدرته،

^١ - علي حسين نجيب، المرجع السابق، ص ٥٦.

^٢ - محمد رأس العين، المرجع السابق، ص ١٦٩.

خليل جريج، المرجع السابق، ص ١٧٠ وما بعدها.

^٣ - محكمة النقض المصرية، حكم عام ١٩٧٢ نقلاً عن شفيق إمام، بعد حكم محكمة النقض الرقابة على دستورية القوانين، إلى أين مركز الدراسات السياسية

والإستراتيجية، www.ahram.org.

^٤ - علي حسين نجيب، نفسه، ص ٢١.

وهو ما يطلق عليه الفقه (نسبية الأحكام الصادرة في الدفوع بعدم الدستورية)^(١) وبالتالي فالقانون قد يعتبر في آن واحد دستوريا وتطبقه بعض المحاكم، وغير دستوري تمتنع عن تطبيقه محاكم أخرى، وهذه إحدى الانتقادات الموجهة للرقابة الدستورية بطريق الدفع، إذ أن نسبية الأحكام الصادرة في هذا الإطار، قد تخلق جوا من عدم الثقة في أحكام القضاء وعدم استقرار المراكز القانونية، لكن هذا المآخذ يصدق أيضا بصدد أي مسألة يفصل فيها القاضي نظرا للحجية النسبية لأحكام القضاء، وهو ما ينتج عنه - بل وقع فعلا - إمكانية اختلاف هذه الأحكام بصدد نفس المسألة بل نفس القاضي قد يصدر حكمتين متناقضتين في نزاعين لهما نفس الموضوع والسبب، فهذا المآخذ لا يجوز أن يوجه إلى بسط القضاء رقابته على دستورية القوانين، بل بالنسبة لكل أحكام القضاء، ويكفي للتدليل على ذلك الإشارة إلى تناقض القضاء بمختلف درجاته حتى المحكمة العليا ومجلس الدولة، حول مسألة شهر عريضة الدعوى العقارية، فبعضهم مع إلزامية الشهر كقيد على طائفة من الدعوى العقارية، والآخرين يرون خلاف ذلك، ونفس الشيء بالنسبة لدعاوى الحيازة والتقدم المكسب بالقضاء على خلاف شديد حوله.

وبعد هذا، فإن هذا الأخذ مردود عليه، لكون القانون أوجد آلية الغرف المجتمعة للمحكمة العليا ومجلس الدولة لتوحيد الاجتهاد القضائي، إذ يكون حكمها حينذاك ملزما لجميع الجهات القضائية

الفرع الثاني: التزام القاضي بتطبيق النص الدستوري للفصل في النزاع

تقود النتيجة السابقة المتعلقة بضرورة استبعاد القانون المقضي بعدم دستوريته عن حكم النزاع، إلى تقرير نتيجة أخرى وهي ضرورة تطبيق الدستور للفصل في النزاع، فهذا مقتضى مبدأ تدرج القوانين، الذي يفرض على القضاء تطبيق القانون الأعلى في المرتبة عند تعارض التشريعات المختلفة في الدرجة في موضوع معين، فإذا تعارض مرسوم مع قانون وجب تطبيق القانون، وإذا تعارض القانون مع المعاهدات وجب تطبيق المعاهدة، وبالمثل فإذا تعارض القانون أو المعاهدة مع الدستور وجب تطبيق الدستور، ومثل هذه النتيجة قد تبدو طبيعياً إذ اعتبرنا أن الدستور يندرج ضمن مفهوم القانون، وهو الرأي المتفق عليه فقها وقضاء وتشريعا، وبالطبع سيصنف ضمن القانون العام لا القانون الخاص، وهو ما يجعله يتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجب مراعاته دائما تحت طائلة البطلان، لكن دون تجسيد هذه النتيجة مصاعب عدة تتعلق بمدى صلاحية النص الدستوري للتطبيق المباشر (أولا) ومدى اختصاص القاضي بتفسيره ووسائله في ذلك (ثانيا)

^١ - علي حسين نجيب ، نفسه ، ص ٢٣ .

أولاً: التطبيق المباشر للنص الدستوري: لا شك أن اعتبار الدستور مصدراً للمشروعية باعتباره القانون الأساسي في الدولة، سيقود إلى اعتبار القواعد التي يتضمنها قواعد قانونية يتوجب على القاضي تطبيقها، ويختلف الوضع بين القاضي الجنائي (I) والقاضي العادي (II).

أ- بالنسبة للقاضي الجنائي: إن القاضي الجنائي إذا تقرر لديه أن القانون الذي توبع به المتهم غير دستوري، عليه أن يحكم بالبراءة طبقاً لمبدأ الشرعية، الذي يقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي صادر عن البرلمان، وطالما قرر القاضي عدم دستوريته وامتنع عن تطبيقه، فإنه لم يبق لديه أساساً قانونياً للمتابعة، وتوجب عليه تبرئة المتهم^(١)، وهو ما كرسته محكمة النقض المصرية في حكم لها إذ حكمت ببراءة محافظ الجيزة الأسبق عبد الحميد حسن على سند من قضائها الذي امتنعت فيه عن تطبيق قانون الكسب غير المشروع، لقيام الإدانة فيه على قرائن افترضها المشرع من واقعة زيادة ثروة الموظف العام مع عجزه عن التذليل على أسباب هذه الزيادة، بما يخالف افتراض البراءة في المتهم الذي نص عليه الدستور^(٢).

ويضاف إلى ذلك، أن القاضي الجنائي يعتمد على النص الدستوري عند قيامه بتفسير النصوص الجزائية، حتى يكون مضمونها مطابقاً للدستور، ولا يقتصر الأمر على مجرد تحقيق هذه المطابقة بل يتجاوزه إلى تحقيق مصداقية التفسير التي تعبر عن إرادة المشرع الواعية المتطورة، فالحقوق والحريات تستقي حمايتها من الدستور ذاته، وما التشريع إلا منظماً لهذه الحماية، وعلى ذلك فمن المقرر أن القاضي حين يطبق النصوص التشريعية يجب عليه تفسيرها وفق للمعنى المطابق للدستور طالما أن نصوص التشريع تتسع لذلك^(٣)، فإذا خلا نص تشريعي من ذكر ضمان أورده الدستور، فلا يفسر هذا الخلو بعيداً عن النص الدستوري بل يجب تطبيق نصوص الدستور مباشرة لتوفير هذا الضمان^(٤)، والقاضي الجنائي يتعين عليه في تفسيره لنصوص التجريم التي استوحاها المشرع من الدستور، بالروح التي أملت على المشرع الدستوري حماية نوع من القيم الدستورية، التي اتخذها المشرع العادي محلاً للتجريم، ذلك أن الدستور يقرر التجريم كأسلوب لحماية بعض الحقوق والحريات^(٥)، إذ ينص في بعض نصوصه صراحة على تجريم الاعتداء على نوع من الحقوق والحريات أو غيرها من القيم الدستورية، من مثل المادة ٢٥: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة

^١ - انظر ، عاصم وعفيفي عبد البصير ، مبدأ الشرعية الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٦٣ وما بعدها ، وأحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري دار النهضة العربية ، ط ٢٠٠١ ، ص ١٦٥ .

^٢ - انظر شفيق إمام ، بعد حكم محكمة النقض الرقابة على دستورية القوانين إلى أين ؟ مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية . www.ahram.org

^٣ - عصام عفيفي عبد البصير ، المرجع السابق ص ٤٠ وما بعدها ، وأحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، ١٩٩٩ . ص ٤١٣ وما بعدها .

^٤ - Lois Favoreu , op. cit. , p ٢٠١ est.

^٥ - عصام عفيفي عبد البصير ، المرجع السابق ، ص ٦٦ ، وأحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها

الإنسان البدنية والمعنوية" ففي مثل هذه الحالة يستعين القاضي- كما سبق الذكر- في تفسير نصوص التجريم بهذه النصوص الدستورية.

II- بالنسبة للقاضي العادي: والذي عليه التزام بالفصل في النزاع وإلا كان منكرا للعدالة، وطالما انه استبعد القانون عن حكم النزاع فماذا سيطبق؟ بالطبع إنه سيطبق أحكام الدستور باعتبار كونها قواعد قانونية ملزمة، ولكن هل أحكام الدستور صالحة للتطبيق المباشر من طرف القاضي للفصل في النزاعات المعروضة أمامه؟

يجب التمييز في هذا الصدد بين نوعين من القواعد الدستورية، يتمثل النوع الأول في النصوص الدستورية التي تقر قاعدة قانونية تصلح للتطبيق المباشر، وهي النصوص التي تقر حقوق مباشرة للأفراد، مما يجعلها تصلح أساسا للفصل في النزاع المعروض على القاضي، ففي هذه الحالة لا يكون تطبيق النص الدستوري معلقا على نص قانوني أو تنظيمي يكفل تطبيقه ومن ذلك نص المادة ١٧ من الدستور التي تنص على: "الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية وتشمل باطن الأرض والمناجم والمقالع والموارد الطبيعية للطاقة والثروات المعدنية الطبيعية والحية في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية والمياه والغابات كما تشمل النقل بالسكك الحديدية والنقل البحري والجوي والبريد والموصلات السلكية واللاسلكية وأملاكا أخرى محددة في القانون" فإذا تعلق النزاع بواحد من الأملاك العامة المذكورة في نص هذه المادة فإن القاضي بغض النظر عن القانون أو التنظيمات، سوف يمكنه اعتماد نص هذه المادة مباشرة للحكم بمقتضاه، وإبطال كل تصرف يخالف الطبيعة العامة لهذه الأملاك، بحيث لا يجوز التصرف فيها ولا تملكها بالتنازل عنها أو بالتقادم ولا ترتيب أي حق عيني عليها. ونص المادة ٣٨/٣: "لا يجوز حجر أي مطبوع أو تسجيل أو أية وسيلة أخرى من وسائل التبليغ والإعلام إلا بمقتضى أمر قضائي" فهذه المادة تصلح أساسا للفصل في النزاع المتعلق بقيام الإدارة بحجر أيا من الأشياء المذكورة فيها، بحيث يبطل القاضي ذلك الحجر طالما تم بدون أمر قضائي. ونص المادة ١٤٣: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية" فيعتمد القضاء على هذه المادة لتقرير اختصاصه دون حاجة إلى نص قانوني آخر، وغير ذلك من النصوص الدستورية التي يطبقها القاضي مباشرة للفصل في النزاع لكونها تقرر حقوقا أو حريات للأفراد وجاءت واضحة قابلة للتطبيق ولم تعلق على قانون أو تنظيم لتطبيقها. وبالمثل فإنه يحق للمتقاضين حينئذ تأسيس طلباتهم ودفعهم مباشرة على نص أو مبدأ دستوري، إذا كان هذا الأخير هو مصدر الحق المطالب به^(١).

^١ - انظر مجلس الشورى اللبناني، قرار في ١٦/٠٢/١٩٥٦ رقم ١٢٥ منشور في خليل جريج، المرجع السابق، ص ٦١ والمحكمة الدستورية العليا المصرية، طعن رقم ٥١٨ لسنة ١٨ القضائية قرار في ١٦/٠٥/١٩٧٨ المنشور في معوض عبد التواب الدفع الإدارية، المرجع السابق ص ٧١٥، وقرار المحكمة الإدارية المصرية في ٢٩/٠٦/١٩٥٧ و ١٢/٠٧/١٩٥٧ رقم ٦٢٤ من مجموعة أبو شادي نقلا عن خليل جريج، المرجع السابق، ص ٦٢.

وأما النوع الثاني فهو النصوص الدستورية التي لا يمكن تطبيقها إلا بعد صدور تشريع أو تنظيم يكفل لها القابلية للتطبيق، ففي هذه الحالة يلتزم القاضي بالفصل في النزاع بالرجوع لمصادر القانون الأخرى، التي منها المبادئ العامة للقانون حيث قد يستخلصها من ديباجة الدستور ذاته أو من المصادر المشار إليها في نصوصه، كمبادئ التشريعية الإسلامية والمعاهدات الدولية، إضافة إلى ما ذكرته المادة الأولى من القانون المدني كالعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، إذ في هذه الحالة يكون القاضي أمام حالة انعدام التشريع، وهو ما يجعله يلجأ إلى مصادر القانون الأخرى، ومثال ذلك تلك النصوص الدستورية التي تحيل على القانون أو التنظيم مباشرة كنص المادة ٢/٣٨: "حقوق المؤلف يحميها القانون" ونص المادة ٣/٣: "يحدد القانون شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات" ففي هذه النصوص الدستورية ومثيلاتها، يكتفي الدستور بوضع المبدأ محيلاً للقانون لتنظيمه، وبالتالي فلا تصلح مثل هذه النصوص للتطبيق المباشر، ولذلك يلجأ القاضي حينئذ للمصادر الأخرى للقواعد القانونية حسب التدرج المشار إليه في الفصل الأول.

ثانياً: سلطة القاضي في تفسير النص الدستوري: لا شك أن تفسير القواعد القانونية لتحديد مدلولها الذي يتبادر من ألفاظها أو فحواها هو الخطوة الأولى نحو تطبيق هذه القواعد على الوقائع التي تحكمها تطبيقاً صحيحاً عادلاً^(١). والقواعد الدستورية طالما كانت قواعد قانونية فإنها لا تحيا بمعزل عن القواعد القانونية الأخرى، بمعنى أن جوهر القواعد الدستورية وغاياتها لا يتم التعرف عليها بعيداً عن النظريات القانونية التي تنمو وتزدهر في نطاق فروع القانون الأخرى، طالما لم يوجد تعارض بين نتائج هذه النظريات مع جوهر القاعدة الدستورية وغايات القانون الدستوري، ومفاد ذلك أنه لا تعارض بين قواعد تفسير القانون بوجه عام وقواعد تفسير القانوني الدستوري بوجه خاص، فكافة نظريات وقواعد التفسير تنطبق في المجال الدستوري، وإن كان هذا لا يتعارض مع وجود قواعد أو نظريات خاصة بالقانون الدستوري، ومنها قواعد التفسير ومعنى ذلك أن تفسير القانون الدستوري لا يثير أي إشكالية فالقاضي يختص به مثلما يختص بتفسير أي قاعدة قانونية أخرى^(٢)، ويتبع في ذلك نفس قواعد ونظريات التفسير التي يتبعها بصدد تفسير أي قاعدة أخرى، ولكن نظراً لكون مسألة تفسير القواعد الدستورية لها علاقة بمسألة بسط رقابة القاضي على دستورية القوانين، فإنها خلافاً للقواعد العامة في التفسير تثير بعض الحذر إذ لن تكون يد القاضي طليقة هكذا بحيث يستطيع أن يقرر بمحض اجتهاده ما إذا كان التشريع متوائماً مع الدستور أو متعارض معه، بل لا بد من رعاية قواعد ثابتة وضوابط أكيدة تضمن حسن التزامه لدائره، وتكفل سداد خطوه، ولذلك يثور التساؤل هل للقاضي أن يتفحص الدستور تفحصاً يدخله اجتهاداً كبيراً بحيث يستطيع تحكيم المصادر الدستورية الأخرى غير الوثيقة الدستورية كالعرف الدستوري؟ أم يقتصر على مجرد فهم النصوص؟ وبصيغة أخرى هل يستطيع القاضي

^١ - كمال عبد الواحد الجوهري ، مرجع سابق ، ص ٣٠٦.

^٢ - فوزي أوصديق ، الوافي في شرح القانون الدستوري ، الجزء ٠١ ، ص ١٢٣ وما بعدها

مراقبة التشريع من حيث مخالفته لعبارة النص الدستوري فقط؟ أم يستطيع كذلك مراقبته حتى لو خالف روح تلك النصوص أو خالف عرفا دستوريا أو مبدأ عاما غير مكتوب؟

من المسلم به في النظم التي تجبر رقابة دستورية القوانين أن للقاضي مراقبة نص التشريع، من حيث مخالفته لعبارة نص الدستور، ولكن يختلف بعد ذلك في ما إذا كان يمكن مراقبة مخالفة التشريع لروح الدستور ومبادئه العامة المستفاد من ديباجته أم لا، فذهب قول إلى الجواز حتى في هذه الحال استنادا إلى الانحراف الذي يحتمل أن يقع فيه المشرع، ولكن دون إعمال هذا الرأي مصاعب جمة تظهر من خلال دراسة موضوع التفسير القضائي للنصوص الدستورية^(١).

لا شك أن القاضي يختص بتفسير النصوص الدستورية ما دام هو المختص بتطبيقها أو معاينة مدى مطابقتها للتشريع لها، ومما يؤكد ذلك أن الدستور سكت عن تحديد جهة محددة لتفسير النصوص الدستورية. على أنه رغم كون القواعد الدستورية هي قواعد قانونية فإنه قد تختلف طريقة تفسيرها عن طرق الفقه المعتادة لتفسير القواعد القانونية الأخرى في البحث عن النوايا والجري وراء البواعث والرجوع للأعمال التحضيرية مثلا، بل ينبغي أن تستهدف تفسير النصوص الدستورية اعتبارات سياسية وأخرى اجتماعية واقتصادية في ظل المصلحة العليا للأمة، لأن الدستور وثيقة لتنظيم كل هذا فلا يكفي القاضي النصوص الدستورية بمعاييرها وضوابطه المعتادة في تفسير النصوص الأخرى، بل يجب عليه إستيعاب أفكار وضوابط مختلفة كثيرا وان يستصحبها دائما بما لا يجعل الدستور أداة جامدة معطلة والأمة تتطور، أو يجعله آلة صماء لا تجاري الأوضاع الجديدة وأهداف الأمة، وهذا معناه انه على القاضي أن لا يفرض سلطانه على المشرع تحت ستار دستورية القوانين فتصير الدستورية هذه وسيلة لتسلط القضاة على المشرع ذاته.

وهذا معناه أن تفسير الدستور يختلف عن التفسير الأخرى، لأنه وإن كان طائفة نصوص قانونية إلا أن تطبيقها الكثير ومرتعها الخصيب هو البيئة البرلمانية ورئيس الدولة، فهم الذين يتعاملون معه ويضطرون لمواجهة مشكلاته كثيرا ويصدرون التشريعات وفق أحكامه، بينما يقتصر القاضي على فحص دستورية القانون إذا ما أثير أمامه دفعا بعدم الدستورية فإنه سيتولى تفسير النصوص الدستورية المثار مخالفة القانون لها، ومما يفرض على القاضي أن لا يتوسع في التفسير والانطلاق فيه، وان لا ينصب نفسه وصيا حقيقيا على المشرع لا مجرد حام لحقوق الأفراد وحررياتهم المكفولة دستوريا، فالقضاء وإن كان حقا حاميا للحريات والحقوق فإنه ليس خصما للمشرع، ولا يجوز له أن يتولى تفسير النصوص الدستورية بما يسمو به على حقيقة

^١ - إبراهيم، إبراهيم شحاتة، سلطة القاضي عند فحص دستورية القوانين، مجلة مجلس الدولة، ص ٤٠٠.

وضعه ويعيد النظر في العلاقة بين السلطات العامة المبنية على الفصل والتعاون وليس الخضوع والتبعية .

وعلى هذا فإن القانون يكون غير دستوري إذا ما خالف نصا في الدستور أو مقتضى نص أو خالف المبادئ العامة المستقاة من ذات النصوص كذلك، وهنا ينبغي أن نحدد المقصود بروح الدستور^(١) لأن الإطلاق في استعمال كلمة روح هذه سوف تؤدي إلى توسع كبير وغير مقبول . إن المقصود من روح الدستور هو المعاني المستقاة من دلالات المنطوق، واستلهام هذه الدلالات ذاتها في استخلاص المبادئ العامة للدستور لفهم نصوصه مجتمعة ومرتبطة لا مجزئة، أما الدلالات الأخرى كدلالة الاقتضاء ودلالة المقابلة ودلالة الإشارة والتي يراد بها استبطان مكنونات النص وخلفياته فإنها قد تقود على أمور غير مقبولة .

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على تدرج القواعد القانونية

إنه لا معنى لتقرير سمو القواعد الاتفاقية الدولية على القانون أو سمو القانون على اللوائح طالما لم توجد آليات تكفل هذا الترتيب، وتحرس قواعد المشروعية، واستنادا على ذلك يتفق الفقهاء على كون الرقابة القضائية على مدى احترام هذا التدرج أمر لازم وعده إحدى عناصر وضمانات دولة القانون، ولذلك فإنه لا مناص أمام القضاء الجزائري إلا أن يتمسك باختصاصه الرقابي على مدى خضوع القواعد الأدنى للقواعد الأعلى، بأن يبسط رقابته على اتفاقية القواعد التشريعية واللائحية (المطلب الأول) وكذلك على مشروعية القواعد اللائحية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: الرقابة القضائية على اتفاقية القواعد التشريعية واللائحية

ترتبا على القيمة القانونية للقواعد الاتفاقية الدولية وسموها على القواعد التشريعية طبقا لمادة ١٣٢ من دستور ١٩٩٦، فإن هذه القواعد الدولية تكون واجبة التطبيق أمام القضاء الداخلي متى تم التصديق عليها وفق للشروط والإجراءات الدستورية، وهو ما ذهب إليه المجلس الدستوري الجزائري في قراره الأول لسنة ١٩٨٩^(٢) إذ جاء في إحدى حيثياته: "ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تدرج في القانون الوطني وتكتسب بمقتضى المادة ١٢٣ من الدستور - لسنة ١٩٨٩ والمقابلة للمادة ١٣٢ من دستور ١٩٩٦ - سلطة السمو على القوانين وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية" وهو ما استجاب له القضاء

^١ - إبراهيم إبراهيم شحاتة، المرجع السابق، ص ٤٠٠ وما بعدها، وعلي حسين نجيب، المرجع السابق، ص ٧١ وما بعدها .
^٢ - المجلس الدستوري، قرار رقم ١ المؤرخ في ٠٨/٢٠/١٩٨٩ (ملحق ٠١).

المقارن - وخصوصا الفرنسي^(١) - وبعده القضاء الجزائري إذ اعتمد على المعاهدات كمصدر للمشروعية وقام بتطبيقها واستبعد القواعد التشريعية أو اللائحية الداخلية التي جاءت متعارضة مع تلك المعاهدات، ولكن هذا الاجتهاد القضائي مازال محل جدل وتردد إن في ساحة الفقه أو القضاء حول اختصاص القضاء الداخلي برقابة مطابقة القانون للمعاهدات (الفرع الأول) وسلطات القضاء في تكريس سمو المعاهدات (الفرع الثاني) وطرق حل الإشكاليات التي تثار أمام القضاء في هذا الصدد (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: تكريس اختصاص القضاء برقابة اتفاقية القانون

إن تحقيق سمو المعاهدات على القانون، وبالتالي عدم مخالفة القوانين واللوائح للمعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفق الشروط والإجراءات الدستورية، يفرض وجود نظام رقابي يكفل مطابقة القوانين الداخلية لتلك المعاهدات، فما هي الجهة المختصة بهذه الرقابة؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تفرض تحديد طبيعة العيب الذي يلحق القانون أو اللوائح إذا جاءت مخالفة للقواعد الاتفاقية الدولية والذي يسميه الفقه بعيب عدم الاتفاقية^(٢) *le vice d'inconditionnalité* هل هو عيب عدم الدستورية أم عيب عدم المشروعية؟

بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي باعتباره السباق في هذا المجال فإن الملاحظة التي نكتشفها هي أن موقفه كان يكتنفه الغموض إلى غاية صدور قرار: *Nicolo* الشهير في سنة ١٩٨٩ والذي اعترف فيه مجلس الدولة الفرنسي بدوره في رقابة احترام سمو المعاهدات على القوانين، فبصدد الطعن الذي رفعه السيد *Nicolo* واستند فيه إلى مخالفة القانون الداخلي الفرنسي للاتفاقية المؤسسة للإتحاد الأوروبي، واجه مجلس الدولة إشكالية من حيث تسبب الحكم فهل يستبعد الوجه المثار أي لا يفحص تماشي القانون مع اتفاقية روما مثل ما ذهب إليه في اجتهاده السابق؟ أم يغير اجتهاده ويفصل في هذا الدفع؟ كان الرأي الذي اقترحه مفوض الحكومة *Frydman* هو أن يراجع المجلس قضاءه ومما قال :

« En considérant que cette loi n'est applicable que parce qu'elle est précisée conforme a ce traité »^(٣)

^١ - CE .sec. ١^{er} mars ١٩٦٨. syndicat des général des fabricants de semoules de France , Weil et autres , les grands arrêts , p ٧٤٣ : « le législateur en adoptant une loi contraire a un traité précristant , a méconnu la hiérarchie des normes fiscée par l'article ٥٥ de la constitution . »

^٢ - Karim Michelet , la loi in conventionnelle , R.F.D.A.N ١ / ٢٠٠٣ . P ٢٣ est

^٣ - محمد عبد الباسط ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ .

وهو ما فعله مجلس الدولة بالفعل، إذ قضى بأن القانون المؤرخ في ١٩٧٧/٧/٧ المتعلق بالانتخابات يطبق لعدم تعارضه مع اتفاقية روما، وكان هذا قراراً مبدئياً، وشكل انقلاباً قضائياً لكونه أول قرار ينظر فيه المجلس في مدى تطابق القانون الداخلي مع معاهدة سابقة، وفتح الاحتمال أمام إمكانية استبعاده إذا كان مخالفاً لاتفاقية نافذة ولو كانت سابقة على القانون، لقد ألقى هذا القضاء بعبء كبير على القاضي الإداري ذلك أن سمو المعاهدات يستمد أساسه من نص دستوري، وهو ما قد يؤدي إلى فحص مسائل دستورية، حال كون المستقر عليه في قضاء مجلس الدولة أنه غير مختص بذلك، ولهذا كان مجلس الدولة يرفض رقابة مطابقة القانون اللاحق لمعاهدة سابقة، لكن بمناسبة قضية *Nicolo* رأى المجلس بأن تهريبه من مواجهة الموقف سيؤدي إلى شل تطبيق نص المادة ٥٥ من الدستور التي تكرر سمو المعاهدات على القوانين، لذلك كان مضطراً إلى استبعاد القوانين اللاحقة التي تخالف معاهدة نافذة متخذاً موقفاً مشابهاً لموقف استقر عليه القضاء العادي منذ ١٩٣١ في قضية *Matter*^(١) ومسايراً للدعوى غير المباشرة للمجلس الدستوري الذي أعلن عدم اختصاصه بالموضوع إذ صرح في قراره^(٢) رقم ٥٤/٧٤ المؤرخ في ١٩٧٥/٠١/١٥ بأن قانوناً متعارضاً مع المعاهدة لا يعني أنه مخالف للدستور، وبذلك استبعد الاتفاقيات من بين القواعد المرجعية للرقابة الدستورية، وقد أسس المجلس الدستوري موقفه هذا على أن قراراته المتعلقة بالرقابة تحوز طابعاً مطلقاً ونهائياً بينما سمو المعاهدات على القوانين المكرس بالمادة ٥٥ من الدستور يعد ذا طابع نسبي ومحدود، إضافة إلى أن تطبيقه معلق على شرط المعاملة بالمثل .

إن موقف مجلس الدولة في قضية *Nicolo* قد أثار نقاشات حادة خاصة في ما يتعلق بالنتائج الناجمة عن هذا الاتجاه الجديد، فإعطاء نص المادة ٥٥ امتدادها الطبيعي من حيث التطبيق يؤدي إلى خرق نص مادة دستورية أخرى وهي المادة ٢١ وذلك من خلال التعديل غير المباشر لإلتزامات السلطة التنفيذية تجاه القانون، فيكون مجلس الدولة أعطى الأولوية لمبدأ تدرج القوانين على مبدأ تدرج السلطات^(٣)

" Le juge administratif fait prévaloir le principe de hiérarchie des normes sur la hiérarchie des organes normateurs, il semble même

^١ - Cir , ٢٢ dec ١٩٣١ , Couch Matter , note Niloyet , cite par Karime Michelet , Op. cit. p ٢ .

^٢ - ويتعلق الأمر بإخطار المجلس الدستوري للنظر في دستورية القانون المتعلق بالتوقيف الإرادي للحمل ومدى تماشيهِ مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، لاسيما المادة منها .

^٣ - والحقيقة أن الرقابة القضائية ستؤدي إلى محدودية رقابة الاتفاقية لسنة أحكام القضاء ولعدم إمكانية إلغاء القوانين المخالفة للاتفاقية بها عكس رقابة المجلس الدستوري ، أنظر : David Bailevl le juge administratif et la couventoinalite de loi , vers une remise en question de la jurisprudence Nicola , R.F.D.N.S /٢٠٠٣ - p٨٧٦ et s , Etienne picard , la jurisdiction administrative au regard du adroit international , op cit , p ٤٤.

établi une hiérarchie entre différentes normes constitutionnelles au (¹) "profit de l'article ٥٥ de la continuation

وبعد عرض الموقف الفرنسي، يثار التساؤل عن الجهة التي تضمن احترام القوانين واللوائح للمعاهدات في الجزائر في ظل دستور ١٩٩٦؟

لعل أول ما يبرز في هذا المجال هو موقف المجلس الدستوري الجزائري في قراره رقم ٠١ لسنة ١٩٨٩ والمتعلق بدستورية المادة ٨٦ من قانون الانتخابات لسنة ١٩٨٩ والتي تحدد الشروط الواجبة في المترشحين لانتخابات المجلس الشعبي الوطني، ورغم كون إخطار المجلس كان يستهدف مدى مطابقة المادة ٨٦ لقواعد الدستور فإنه لم يكتفي بذلك إذ أعلن عدم مطابقة المادة المذكورة للمادتين ٢٧ و٤٧ من الدستور، وأضاف تبريرا إضافيا يتعلق بعدم مطابقة هذه المادة مع اتفاقيات دولية صادقت عليها الجزائر، ومما جاء فيه: "ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تندرج في القانون الوطني وتكتسب بمقتضى المادة ١٢٣ من الدستور - لسنة ١٩٨٩ و تقابل المادة ١٣٢ من دستور ١٩٩٦ - سلطة السمو على القوانين وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية" و بعد أن قرر المجلس أن عهدي الأمم المتحدة لسنة ١٩٦٦ والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان " تمنع منعا صريحا كل تمييز مهما كان نوعه " وتأسيسا على ذلك نطق المجلس بعدم دستورية المادة ٨٦ من قانون الانتخابات، فالمجلس الدستوري قام بمراقبة دستورية قانون الانتخابات ليس فقط بالنظر على الدستور وإنما أيضا على ضوء المعاهدات الدولية التي أبرمتها الجزائر. وهذا الموقف يقودنا إلى النتائج التالية :

١- إقحام المعاهدات في الكتلة الدستورية، وهو ما يجعل رقابة المطابقة بين القوانين والمعاهدات من اختصاص المجلس الدستوري .

٢- دعوة الجهات القضائية للاضطلاع بصلاحيات إعمال مبدأ أولوية تطبيق المعاهدات على القوانين في حالة التعارض، وذلك من خلال السماح للمواطنين الجزائريين بالاحتجاج بأحكامها أمام القضاء الوطني، وبالتأكيد لم يكن قصد المجلس الدستوري تحويل هذا الحق للمواطن الجزائري وحده دون الأجانب، وإلا عد ذلك تمييزا قد يرتب المسؤولية الدولية للجزائر، ولكن سياق هذا القرار كان يتعلق بممارسة إحدى الحريات العامة المكفولة للمواطنين دون الأجانب.

ولا شك أن هذا القرار يثير التساؤل عن حجته في ظل دستور ١٩٩٦ ؟ إنه من خلال الفصل الأول يتبين أن الكتلة الدستورية تتضمن الدستور بديباجته ونصوص مواده، إضافة إلى المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية، أما القواعد الاتفاقية الدولية فهي تخضع للقواعد

¹ -Karime , Michelet , Op. cit. , p ٢٦.

الدستورية كونها أقل منها من حيث المرتبة الإلزامية، فلا يمكن إدماجها في نفس الكتلة، ضف إلى ذلك أن المعاهدات تخضع للرقابة على دستوريته من طرف المجلس الدستوري، وأن إدماج المعاهدات ضمن الكتلة الدستورية سوف يفرض على المجلس الدستوري فحص مطابقة القوانين واللوائح المعروضة عليه لكل المعاهدات النافذة في الجزائر، وهو ما سيؤدي إلى شل أعمال المجلس الدستوري .

واستنادا إلى قرار المجلس الدستوري سالف الذكر، فإن المحكمة العليا كرست في عديد قراراتها اختصاصا برقابة مدى مطابقة القوانين الداخلية للمعاهدات النافذة بالجزائر، ومن هذه القرارات، القرار المؤرخ في ٢٢/٠٢/٢٠٠٠^(١)، والذي اعتمدت فيه المعاهدات كمصدر للشرعية الجنائية إذ قضت الغرفة الجزائرية بصحة الحكم بمصادرة المبالغ المحجوزة والتي حصل عليها المتهمون من خلال بيع المخدرات، فاعتبرت المصادرة عقوبة مشروعة، نظرا للنص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: ٤١/٩٥ المؤرخ في ٢٨/٠١/١٩٩٥ وهذا رغم النص عليها في قانون الصحة رقم ٠٥/٨٥ الذي توبع المتهمون به.

والقرار الثاني صدر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا في ٠٥/٠٩/٢٠٠١^(٢) والذي استبعدت فيه المحكمة العليا نص المادة ٤٠٧ من قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالإكراه البدني لمخالفته لنص المادة ١١ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وهو ما أكدته بقرار لاحق بتاريخ: ١١/١٢/٢٠٠٢^(٣). فالمحكمة العليا تمسكت باختصاصها برقابة مدى مطابقة القوانين للاتفاقيات الدولية النافذة بالجزائر تلقائيا ووصلت لحد استبعاد القانون المعارض للاتفاقية، بل إلى حد التطبيق المباشر لنص من المعاهدة وفي الميدان الجزائري الذي يخضع لمبدأ الشرعية حسب المادة الأولى من قانون العقوبات. ولا شك أن مجلس الدولة سوف يمشي في نفس الطريق لو طرح عليه الأمر.

الفرع الثاني: سلطات القضاء في رقابة اتفاقية القانون

^١ - م.ع.م. رقم ١٦٧٩٢١. ق. في ٢٢/٠٢/٢٠٠٠ قضية (م.ع.م. مع) ضد م. ق. ٢/٢٠٠٠ ص ٢٠٦ (ملحق ٠٢).

^٢ - م.ع.م. رقم ٢٥٤٦٣٣. ق. في ٠٥/٠٩/٢٠٠١ غ.م. سلم لطلبة القضاء في مادة علاقة القانون بالتراضي الداخلي، السنة الثانية الدفعة ١٤ السنة ٢٠٠٥ / ٢٠٠٦ (ملحق ٠٣).

^٣ - م.ع.م. رقم ٢٨٨٥٨٧ ق. في ١١/١٢/٢٠٠٢ قضية (ي.ي.) ضد (ب.ب.) م. ق. عدد ١ / ٢٠٠٣ (ملحق ٠٤).

خلافا للقاضي العادي الذي لا يملك سوى استبعاد القانون أو اللائحة المخالفة للاتفاقيات، يملك القضاء الإداري عدة وسائل في إطار رقابته على اتفاقية القوانين واللوائح وذلك من خلال المنازعات المعروضة عليه، سوء في إطار رقابته الشرعية (أولا) أو المسؤولية (ثانيا) ولذلك سوف نركز على سلطات القاضي الإداري^(١).

أولا : سلطات القضاء الإداري في إطار منازعات المشروعية: ترى الأستاذة Etienne picard بأن آثار تصريح القاضي بمخالفة نص ما لاتفاقية دولية تختلف اعتبارا لأربعة عوامل هي طبيعية القاعدة (دولية أم لائحية)، شكل قاعدة الداخلية (قانون أم لائحة)، تاريخ سن هذه القاعدة الداخلية مقارنة بالمعاهدة، موضوع الطعن أمام القاضي. والجمع بين هذه العناصر يضع القاضي الإداري أمام عدة حالات :

الحالة الأولى: إذا تعلق الأمر بقرار إداري لا حق بمعاهدة دولية، وتعارض معها، فإن القاضي ملزم بإلغائه إذا كان الطعن فيه متعلقا بفحص المشروعية .

الحالة الثانية: إذا تعلق الأمر بقرار سابق على معاهدة دولية وكان متعارضاً معها، فإن هذه المعاهدة قد تؤدي إلى إلغائه ضمنا وقد لا تؤدي إلى ذلك، فإذا كان القرار تنظيما فإنه يمكن للقاضي وقف سريانه طالما أن القاعدة الدولية كانت نافذة:

« Si l'acte est réglementaire il pour oit en effet n'être que supendu tant que la règle internationale resterait applicable dans l'ordre interne »

لكن القاضي ملزم بالتصريح بالإلغاء وإبطال كل المراسيم التنفيذية التي تصدر بصفة لاحقة للمعاهدة، وتكون مخالفة لها.

الحالة الثالثة: إذا تعلق الأمر بمخالفة قانون لمعاهدة فإن سلطة القاضي تبدو ضيقة، فإذا كان القانون سابقا للمعاهدة فلا يملك القاضي إلا معاينة الإلغاء، وذلك منذ إدماج القاعدة الدولية في النظام الداخلي، ومن ثم فمن واجب القاضي الإداري التصريح ببطلان كل المراسيم التنفيذية لهذه القوانين.

^١ - وقد أغفلنا الحديث عن دور مجلس الدولة في إطار اختصاصه الاستشاري لكونه ذو طابع استشاري فحسب ولخروجه عن الوظيفة القضائية مفهومها الدقيق.

الحالة الرابعة: أما إذا صرح القاضي بطريقة غير عادية بسمو قاعدة دولية على تشريع نافذ، فلا يمكنه في أفضل الأحوال إلا أن يصرح بعدم إمكانية تطبيق هذا الأخير^(١). ويبقى التساؤل قائماً حول الحجية التي يتمتع بها هذا التصريح؟

وبالتأكيد فإن أوجه الإلغاء أو عدم المشروعية هي نفسها المتعلقة بمخالفة القرارات للقوانين الداخلية، أي عيب عدم الاختصاص أو عيب الشكل والإجراءات أو عيب مخالفة القانون أو عيب السبب أو الانحراف بالسلطة، ومرد هذا التشابه هو تقارب القواعد الدولية مع القواعد الداخلية من حيث المحتوى.

ثانياً: سلطات القضاء الإداري في إطار منازعات المسؤولية: ويختلف الوضع حسب حالتين، تتمثل الأولى في المسؤولية عن أعمال السلطة التشريعية (I) والثانية المسؤولية عن أعمال السلطة التنفيذية (II)

I- المسؤولية عن أعمال السلطة التشريعية: لقد صرح مجلس الدولة الفرنسي منذ قراره في قضية^(٢) Driancout أن كل حالة عدم مشروعية تشكل خطأ، فهل أن كل خرق من المشرع لأحكام اتفاقية ما يشكل خطأ يؤدي بالنتيجة إلى مسؤولية الدولة؟

لقد تردد مجلس الدولة في الحسم في هذا الأمر، فلم يصرح بالمسؤولية المباشرة للدولة عن أعمال السلطة التشريعية، إلا في مجال فرق مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، كما فعل في قضية لافلورات^(٣) الشهيرة، وهي فرضية لا تنطبق إلا على حالات قليلة لخرق القواعد الدولية

ومرد ذلك إلى كون القانون يمثل تعبيراً عن الإرادة العامة فاستفاد هذا الأخير (القانون) بنظام تقضيي، سيما على صعيد المسؤولية على حد تعبير Morange:

«la loi a longtemps bénéficié d'un régime juridique de foreux y compris en matière de la responsabilité »

إن نظام المسؤولية بدون خطأ عن أعمال السلطة التشريعية يبدو محدد الأفق ليس فقط بسبب قلة السوابق في هذا المجال فقط- ٠٣ حالات حسب الأستاذ Michelet - ولكن بسبب الشروط الخاصة لإقامة هذه المسؤولية، والتي لا تتماشى مع أغلب حالات القوانين المخالفة للاتفاقيات، وخاصة فيما يتعلق بشروط الضرر، الذي يستوجب القضاء أن يكون جسيماً جساماً غير عادية، وذا خطورة استثنائية préjudice caractère anormal et spéciale وعلى ذلك فإن

^١ - Etienne picard , IBI D , p ٤٢ et s

^٢ - Etienne picard , IBID , , p ٤٣ , et s

^٣ - مسعود شيبوب ، المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة وتطبيقاتها في القانون الإداري دراسة مقارنة د م ح ٢٠٠٠ ، ص ٩٦ وما بعدها

مسؤولية الدولية عن القوانين المخالفة للاتفاقيات لا تجد لها أساسا في نظام المسؤولية الإدارية، بل تبدو فقط نتيجة منطقية أفرزها قرار Nicolò .

ومن هنا نخلص إلى أن الأساس الحالي للمسؤولية عن طريق مبدأ سمو القواعد الاتفاقية الدولية إنما يتمثل في المسؤولية الخطئية عن قواعد تنظيمية غير مشروعة

(¹) du fait de l'application d'un règlement la responsabilité pour faute

II المسؤولية عن أعمال السلطة التنفيذية: وهي المسؤولية التي كرسها مجلس الدولة الفرنسي في قراره المبدئي الصادر سنة ١٩٩٢ في قضية (Société Arizona Tobacco produits) حيث رتب المجلس مسؤولية الإدارة على أساس الضرر الناجم عن المرسوم التطبيقي الصادر في ١٩٧٦/١٢/٣١ الذي يحدد أسعار بيع التبغ بطريقة تتعارض مع تعليمة دولية صادرة في ١٩٧٢/١٢/١٩، علما أن هذا المرسوم إنما صدر مجرد تطبيق لقانون داخلي تضمن أحكاما تتعارض مع الاتفاقية، وعليه يظهر أن القاضي قد أجبر على تحليل هذا الضرر بأنه ناتج عن المرسوم بينما عدم مشروعية هذا الأخير إنما هي نتيجة لتعارض القانون الذي سعى إلى تطبيقه مع تلك التعليمة الدولية .

نخلص إلى القول أن مسؤولية الدولة عن القوانين التي تخرق المعاهدات لا تجد أساسها في المبادئ التقليدية للمسؤولية الإدارية، التي بات من الواجب توسيع إطارها لتحتوي التغييرات الحديثة للعلاقات الدولية المتجسدة باتفاقيات دولية في شتى المجالات القانونية، ولعله يصلح في هذا الإطار ما قرره محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قضية فرانكوفيتش، فقد اعتبرت أن قانون الاتحاد الأوروبي يفرض على الدول الأعضاء إصلاح الأضرار اللاحقة بالأفراد نتيجة خرق القانون الاتحادي، وذلك من خلال تبني نظام تعويض خاص بكل دولة، شريطة أن يكون هذا النظام فعالا، إذا جاء في حيثياته:

« C'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il (²) l'état de réparer les conséquences du préjudice cause » incombe

¹ - Karime Michelet, Op.cit , p ٢٧.

² - C J CE. ١٩ Nov ١٩٩١, Francovich et Bonifaci cité dans : / Du Louis, la responsabilité de l'état législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la communauté, R.F.D.A .١٩٩٦, p٥٨٢.

وبعد أن تم عرض عسارة اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي، فإنه يمكن القول أنها تصلح للاستعانة بها من طرف القضاء الإداري الجزائري فيما قد يطرح عليه من نزاعات، خصوصا في ظل تزايد عدد المعاهدات المصادق عليها من طرف الدولة الجزائرية، فتسمح له بأن يكون ضمانا حقيقية لحماية مبدأ التدرج القانوني الذي يعد احد دعائم دولة القانون.

الفرع الثالث: الإشكاليات التي تثار أمام القاضي بصدد رقابة اتفاقية القانون

إنه من السهل أن نقول بان المعاهدة تصير قانونا بتمام الإجراءات المقررة لحصولها على ذات قوة القانون، فنتداعى بذلك النتائج وتحل المشكلة التي يثيرها الفقه بصدد اختلاف الطبيعة ما بين المعاهدات والقوانين الداخلية، ولكن الحقيقة غير ذلك فإنشاء القانون شيء واستعارة قوته شيء آخر، ولا يستوي في النهاية وبإطلاق ما أنشأته إرادة دولة واحدة بنتاج توافق إرادات الدول، والنص الدستوري نفسه لم يقل أن المعاهدة قانونا، وإنما فقط واستجابة لطبيعتها الخاصة منحها قوته تتقدم بها في التطبيق فوق القانون الصادر عن البرلمان في تدرج القواعد القانونية، وعندما تسمو المعاهدة على القانون لا يكون لها ذلك إلا بنص في الدستور، وما كانت المعاهدة لتحتاجه لو كانت بطبيعة ذاتية تغنيها عنه، وما اشترطه الدستور من إجراءات تدخل بها المعاهدة في النظام الداخلي هو إعلان بان قدامها هو بإذن السيادة الوطنية وليس مفروضا لمقتضى خضوع مباشر للقواعد الدولية، يؤكد أيضا أن المعاهدة تخالف في النهاية القانون الداخلي، ولا شك أن هذه الطبيعة المتميزة للمعاهدات تثير أمام القاضي وهو يتعامل معها إشكاليات تتميز بخصوصياتها عن الإشكاليات التقليدية التي كان يواجهها القضاء، وهو ما يفرض على القاضي لعب ادوار جديدة لحل تلك الإشكاليات، والتي قد تتعلق بمسائل خارجة عن مضمون المعاهدة (أولا) أو متعلقة بمضمونها (ثانيا) .

أولا: الإشكاليات غير المتعلقة بمضمون المعاهدة: يواجه القاضي أثناء تعامله مع المعاهدات عدة مسائل تتعلق بمدى إلزامية تطبيقها^(١)، وتتمثل في :

- إشكالية إجراءات التصديق التي فرض الدستور توفرها كشرط لصيرورة المعاهدة أقوى من القانون، وبالتالي فهل للقضاء الولاية لمراقبة مرسوم المصادقة؟ هل جاء صحيحا أي تم احترام الإجراءات الدستورية السابقة المتمثلة في الموافقة البرلمانية الصريحة أو عرضها على المجلس الدستوري وقراره أنها مطابقة للدستور؟

- وهناك إشكالية النشر، فهل يشترط لنفاذ المعاهدة أم لا ؟ و هي الإشكالية التي سبق عرضها سابقا.

^١ محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص ١٠ وما بعدها.

- وإشكالية التحفظ، فمن حق الدولة أثناء إعلان التزامها بالمعاهدة أن تقرر بإرادتها المنفردة تحديد آثار بعض البنود من المعاهدة أو استبعادها، فما هو دور القاضي حيال هذا الوضع؟ ألا يعد ملزما به لكونه من أعمال السيادة؟ وإذا صدرت إعلانات تفسيرية في شكله لكنه في حقيقته تحفظ، فما دور القاضي هنا؟

ثانيا: الإشكاليات المتعلقة بمضمون المعاهدة: فإذا خلص القاضي من الإشكاليات والمصاعب سالفة الذكر واستطاع حلها، فإنه سيقف أمام إشكاليات أخرى تتعلق بمضمون المعاهدة وتتمثل في إشكالية التفسير (I) وإشكالية القابلية للتطبيق المباشر (II)

أ- إشكالية التفسير^(١): فهل يختص القاضي به أم لا؟ وكيف سيقوم بتفسير النص الاتفاقي الدولي؟ باعتبار أن الاتفاقيات تبرم من قبل السلطة التنفيذية، فقد اعتبر أنها الهيئة الوحيدة المؤهلة لتفسيرها، وخوفا من التدخل في العلاقات الدولية بين السلطة التنفيذية والسلطات الأجنبية، حرص القاضي على إحالة مسألة التفسير إلى وزارة الشؤون الخارجية وكان ملزما به، وهو ما درج عليه القضاء الفرنسي التقليدي، لكن قضية *Gisti*^(٢) كانت المناسبة التي تمسك فيها مجلس الدولة الفرنسي باختصاصه في تفسير النصوص الاتفاقية الدولية، حيث أعطى المجلس التفسير الذي رآه ملائما دون أن يرى نفسه ملزما بالتفسير الوزاري، وبقراره هذا أكد مجلس الدولة الفرنسي أن هناك مشكلة تفسير كانت قائمة في هذا الخصوص، وأن المجلس قد سمح لنفسه بتقدير مدى صحة التفسير الوزاري، ليستخلص بالتبعية ما يراه هو نفسه من تفسير للنصوص محل النزاع ويبني قضاءه عليه، وأنه تبعا لذلك يكون قد استقر مبدأ اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية، ومعنى ذلك أن مسألة تفسير المعاهدات قد خرجت من طائفة أعمال السيادة وفقدت حصانتها.

وبالنسبة للقضاء الجزائري فالمحكمة العليا كانت لها مناسبة للتمسك باختصاصها بالتفسير، ويتعلق الأمر بالقرار المؤرخ في ٢٠٠٢/١٢/١١^(٣) والذي يتعلق بطعن بالنقض في قرار وقع الإكراه البدني عليه لعدم وفائه بدين تجاري وأسس قضاة المجلس قرارهم على أن المادة ١١ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تتعلق بالحقوق المدنية فحسب، فقامت المحكمة العليا بتفسير نص المادة ١١ من الاتفاقية المذكورة، ومما جاء في القرار: "وبعد الإطلاع على أحكام المادة ١١ من الاتفاقية المذكورة أعلاه والتي جاء فيها ما يلي: (لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد

^١ محمد فؤاد عبد الباسط، نفسه، ص ١٤ وما بعدها.

^٢ RGDIP., ١٩٩٠, N٠٣, pp ٨٧٩-٩١١ ; Rec., ١٩٩٠, pp ١٧١-١٨٣

نقلا عن محمد فؤاد عبد الباسط، ص ٢٠ و ص ١٥٥ وما بعدها.

^٣ المحكمة العليا ملف رقم ٢٨٨٥٨٧ قرار بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/١١ بقية (ي ي) من (خ ب) م ق عدد ٢٠٠٣/١ ص ٢٠١ وما بعدها (ملحق ٠٤).

عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي) وتبعاً لذلك أصبح من غير الجائز توقيع الإكراه البدني لعدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي.

وحيث أن مصادر الالتزامات، تنقسم إلى مصادر إرادية ومصادر غير إرادية، وأصبح -ومنذ انضمام الجزائر إلى تلك الاتفاقية - غير جائز تنفيذ الالتزامات الإرادية - سواء كان مصدرها معاملة مدنية أو تجارية - عن طريق الإكراه البدني.

وحيث انه كما هو ثابت في وقائع القضية أن الالتزام المراد تنفيذه مصدره معاملة تجارية أي عقد تجاري.

وحيث أن المادة ١١ المشار إليها أعلاه لا تميز بين الالتزام التعاقدي التجاري وغير التجاري، فيكفي أن يكون هناك التزام تعاقدي سواء كان موضوع هذا الالتزام معاملة مدنية أو تجارية، فيمتنع تنفيذ هذا الالتزام عن طريق الإكراه البدني..."

II- إشكالية القابلية للتطبيق المباشر: فإذا خلص من مشكلة التفسير، واجهته مشكلة أخرى، وهي كيفية التعامل مع المعاهدة أي مدى إمكانية تطبيق نصوصها مباشرة؟ أم ينتظر صدور القوانين والتنظيمات الكفيلة بذلك؟

لقد كانت قضية Yeter Cinnar^(١) المناسبة لمجلس الدولة الفرنسي لتغيير اجتهاده بصدد مسألة التطبيق المباشر للمعاهدات، إذ بدل الارتكاز على معايير عادة ما عرقلت مسألة التطبيق المباشر، وخصوصاً المعيار الشخصي والمتمثل في البحث في نية الأطراف، بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية مثلاً، فقد انصب اهتمام مجلس الدولة على دراسة مضمون نص المعاهدة المطروح عليه تطبيقها، فاعتمد على المعيار الموضوعي، والمتمثل في دقة ووضوح هذا النص، والغرض منه هدف ملموس، وهي المعالجة القانونية التي أدت به إلى الفصل بين نوعين من القواعد الاتفاقية الدولية، فبعضها تطبق تطبيقاً مباشراً، والأخرى لا يمكن تطبيقها مباشرة، فقرار سينار أعلن عن عهد قانوني وقضائي جديد في مجال التعامل المباشر مع المعاهدات الدولية.

ولعل الموقف القضائي الجزائري في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بغرفتيها المدنية والجزائية -سألفة الذكر- دليل آخر على أن القضاء صار متمسكاً بأهليته للتطبيق المباشر لنصوص المعاهدات الدولية طالما كانت قابلة لذلك، دونما انتظار للقوانين أو التنظيمات الداخلية التي تجعلها نافذة .

^١ لجرابة أحمد، تطبيق وتفسير الاتفاقيات الدولية من قبل القاضي الداخلي، مطبوعة سلمت في إطار التطبيق مادة علاقة القاضي الداخلي بالقانون الدولي، السنة ٢٠٠٥/٢٠٠٤ للطلبة القضاة السنة ٠٢. الدفعة ١٤، ص ٤٩٣.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على مشروعية القواعد اللائحية

تطبيقاً لمبدأ المشروعية ومقتضياته، ومنها مبدأ تدرج القواعد القانونية، فإن أعمال السلطة التنفيذية -سواء منها الفردية أو اللائحية- تخضع وتنقيد بالقانون بمعناه الواسع، وكل مخالفة لذلك تجعل عملها باطلاً وقابلًا للطعن فيه أمام القضاء، وعلى ذلك فإن اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية - مهما كان نوعها والظروف التي صدرت فيها- تخضع للرقابة القضائية باعتبارها أعمالاً إدارية، وتطبيقاً للمادة ١٤٣ من الدستور "ينظر القضاء في الطعن قرارات السلطات الإدارية"

وقد أثبتت عملية الرقابة القضائية جدواها وفعاليتها في النظم القانونية المقارنة، حيث استطاع القضاء عن طريق صور وأنواع الرقابة القضائية التي بسطها على اللوائح أن يوفر ضمانات جدية وفعالة لحماية الشرعية وحرية الأفراد وحقوقهم في مواجهة السلطة التنفيذية، التي أجبرها القضاء على الخضوع للقانون واحترام مبدأ المشروعية، وتتخذ رقابة القضاء على اللوائح عدة صور حسب الجهة التي تتولاها، فقد تكون رقابة إلغاء من طرف القضاء الإداري، وقد يختص بها القاضي العادي عن طريق الدفع بعدم الشرعية فيختص بها طبقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية (١).

غير انه يتعين ملاحظة انه بصدد فحص مشروعية اللوائح بمطابقتها للقواعد الدستورية فإن ذلك وجهاً آخر للرقابة القضائية على مشروعية اللوائح، عمد إليها القاضي لتوسيع مساحة رقابته على أعمال السلطة التنفيذية، هذا إضافة إلى إنشائه نظرية المبادئ العامة للقانون لتوسيع سلطته الرقابية على تلك الأعمال.

ولذلك فقد تكون الرقابة القضائية على مشروعية اللوائح بواسطة دعوى الإلغاء (الفرع الأول) أو عن طريق الدفع بعدم الشرعية (الفرع الثاني) إضافة إلى الوسائل التي ابتدعها القاضي لتوسيع مجال رقابته عليها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: رقابة الإلغاء

يختص بنظر هذه الدعوى القضاء الإداري فقط دون القضاء العادي، طبقاً لنص المادة ٠١ من القانون ٩٨ / ٠٢ المؤرخ في ٣٠ ماي ١٩٩٨ المتعلق بالمحاكم الإدارية التي تنص على انه "تنشأ

^١ - طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص ٢٠٦ و ما بعدها.

De laubadere, Traité de droit administratif, ١٩٥٣, p ٢١٣ No ٣٨٦.

محمد تقي، مبدأ المشروعية و رقابة القضاء على الأعمال الإدارية، ملحق قضاء الغرفة الإدارية، ص ١٣٧ و ما بعدها.

-علاقة السلطة القضائية مع السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية و الإعلام، الندوة الوطنية الثانية للقضاء، ص ٨٣ و ما بعدها.

محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية" والمواد ٩ و ١٠ و ١١ من القانون العضوي ٩٨ / ٠١ المؤرخ في ٣٠ ماي ١٩٩٨ المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله والتي تجعله مختصا بالنظر في المنازعات المتعلقة بالطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية، والطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة، إضافة إلى كون جهة استئناف ونقض في أحكام وقرارات الجهات القضائية الإدارية، وكذا في قرارات مجلس المحاسبة، وعلى ذلك فيملك أي فرد أو هيئة الطعن في اللوائح إذا ما شابها عيبا من عيوب المشروعية كعدم الاختصاص أو عيب الشكل والإجراءات أو مخالفة القوانين بمعناها الواسع أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف أو عيب السبب^(١). والملاحظ من خلال الإطلاع على قرارات مجلس الدولة المنشورة في مجلة مجلس الدولة، أن مجلس الدولة يرتب جزاءات مختلفة على القرارات الإدارية المخالفة للمشروعية، ومرد ذلك هو درجة جسامة المخالفة، فإن كانت لا تمثل خروجاً كبيراً على مبدأ المشروعية كان القرار الإداري باطلاً، أما إذا بلغت المخالفة حداً كبيراً من الجسامة كان القرار الإداري معدوماً^(٢)، فمثلاً في القرار الإداري الفاصل في مسألة تدخل أصلاً في اختصاص القضاء عده المجلس قراراً باطلاً لتجاوزه السلطة، وفي القرار رقم ١٦٩٤١٧ الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٠٧/٢٧ انتهى مجلس الدولة إلى اعتبار القرار الإداري الصادر من جهة غير مختصة منعدماً، ونلاحظ في ذلك خلطاً كبيراً إذ الصواب خلاف ذلك حسب المستقر عليه فقها وقضاء^(٣).

ويترتب على ذلك اختلاف الآثار المترتبة على الانعدام عن تلك المترتبة على البطلان، إذ أن تنفيذ القرار الإداري المنعدم يشكل اعتداء مادياً، وهو ما يغير قواعد الاختصاص إذ يصبح القضاء الإستعجالي الإداري والعادي مختصين بالنظر فيه إضافة لقضاء الموضوع الإداري، وذلك لكون القرار المعدوم تنتفي فيه مواصفات العمل القانوني المستحق للحماية، ونظراً لكون الانعدام من النظام العام، فإنه يمكن إثارته في أي درجة للتقاضي، وتثيره المحكمة تلقائياً، وان هذا القرار لا يستفيد من الحصانة بعد انقضاء المدة القانونية لرفع دعوى الإلغاء أو السحب من طرف الإدارة، ضف إلى ذلك أن مبدأ فصل السلطات يمنع على القاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة، بينما إذا ثبت أن عمل الإدارة يشكل خروجاً جسيماً على قواعد المشروعية، وبالتالي اعتباره منعدماً وعدم استحقاقه للحماية القانونية، فإن للقضاء توجيه أوامر للإدارة للكف عن كل

^١-لعروسي، دعوى الإلغاء أو الطعن بالبطلان، ملتنى قضاء الغرف الإدارية، ص ٣٧ و ما بعدها.

^٢- بوديوة عبد الكريم، جزاء مخالفة القارات الإدارية لقواعد المشروعية، مجلة مجلس الدولة، العدد ٢٠٠٣/٥، ص

^٣- أنظر: بوديوة عبد الكريم، المرجع نفسه، و أنظر René chapus, Droit administratif, Op.cit.

ما من شأنه أن يضع العمل المتخذ حيز التنفيذ^(١)، ففي القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ: ٢٠٠٤/٠٥/١١^(٢) بعد أن أثبت عدم مشروعية قرار الإدارة، وان تنفيذها المباشر إياه يمثل تعدياً يمنح الاختصاص للقاضي الإستعجالي قام بإلزام الإدارة بوضع حد لفعل التحدي ومما جاء في هذا القرار:

"مما يجعلها فعلاً قد قامت بفعل التعدي الذي هو من اختصاص القاضي الإستعجالي، وان الأمر بوضع حد لفعل التعدي لا يمس بأصل النزاع وحقوق الأطراف، لأن كل طرف له الحق في استعمال الإجراءات القانونية الأخرى سواء في الإلغاء أو التوقيف ولا يمكن في أي حال من الأحوال أن يكون فعل التعدي هو إجراء قانوني يسمح للإدارة أن تستعمله للإضرار بالمواطنين.

مما يستوجب إثبات وجود فعل التعدي، وبالتالي القول باختصاص قاضي الاستعجال وإلغاء القرار المستأنف والتصدي من جديد بوضع حد لفعل التعدي" وقد قرر مجلس الدولة في هذا القرار "القضاء بإلغاء القرار المستأنف الصادر عن قسم الاستعجال للغرفة الإدارية... والتصدي من جديد بإلزام البلدية بوضع حد لفعل التعدي ضد المستأنف".

الفرع الثاني: الرقابة عن طريق الدفع بعدم الشرعية

يمكن الطعن ضد اللوائح غير الشرعية ولو تحصنت بفوات ميعاد الطعن، وذلك عند صدور قرارات تنفيذية تطبيقاً لها، إذا يمكن الطعن في هذه القرارات على أساس عدم شرعية اللائحة التي تعد مصدراً لها، فحينئذ يتصدى القضاء الإداري باعتباره مختصاً بالمنازعات الإدارية المتعلقة بالقرارات التنفيذية اللائحية لفحص اللائحة باعتبارها مسألة فرعية Question préalable^(٣)، فإذا ثبت له عدم شرعيتها ألغى القرار التنفيذي مع بقاء اللائحة.

وهناك صورة أخرى للدفع بعدم الشرعية، وذلك إذا ما خالف أحد الأفراد لائحة يراها معيبة وقدم للمحكمة من أجل هذه المخالفة، فهنا قد يدفع هذا الفرد بعدم مشروعية اللائحة، فهل يعد الدفع في هذه الحالة مسألة أولية يفصل فيها القاضي بنفسه أي القاضي العادي؟ أم يعتبرها مسألة خارجة عن اختصاصه لكونها مسألة مبدئية أو أولية فيوقف الدعوى ويحيل الأطراف على القاضي الإداري؟

^١- أنظر: فريدة أركان، التعدي، ملتنى قضاة الغرف الإدارية، ص ٩٧ وما بعدها.

^٢- مجلس الدولة، ملف رقم: ١٨٩١٥ قرار بتاريخ: ٢٠٠٤/٠٥/١١ قضية أخ ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي للدائرة الحضرية باب الزوار، مجلة مجلس الدولة العدد ٢٠٠٣/٥ (ملحق ١٠).

^٣- ثمة خلط في المصطلحات بخصوص المسألة الأولية والفرعية، و في هذه الدراسة التزمنا بالمصطلحات كما وردت في المادتين ٣٣٠ و ٣٣١ من قانون الإجراءات الجزائية.

وقد استقر الأمر في القضاء الفرنسي على اعتبار القضاء الجزائري مختصا بفحص شرعية اللوائح التي يراد تطبيقها على الدعاوى المنظورة أمامه، أما القاضي المدني فإذا عرضت أمامه مسألة مبدئية أو فرعية تتعلق بالدفع بعدم شرعية لائحة، فإنه يحيل طلب فحص الشرعية إلى القضاء الإداري المختص، وأما في الجزائر فالمسألة تحتاج إلى مناقشة جدية، فمن جهة تمثل المحاكم الإدارية جهات القانون العام للمنازعات الإدارية، ومجلس الدولة يختص بكل منازعات الإلغاء والتفسير وفحص المشروعية لقرارات السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية، فمقتضى تمتع القضاء الإداري بالولاية العامة في المنازعات أن يكون له دون غيره سلطة الفصل في المنازعات الإدارية ما لم يوجد نص خاص بخلاف ذلك استثناء من هذه الولاية العامة، وعلى ذلك فإذا طرحت دعوى أمام جهة القضاء العادي، وكان الفصل في هذه الدعوى يستلزم أولاً البت في مسألة تدخل بطبيعتها في طائفة المنازعات الإدارية، فإنه يتعين على القاضي، ما لم يكن هناك نص خاص يقتضي باختصاصه بالفصل في هذه المسألة، أن يوقف نظر الدعوى وإحالة هذه المسألة للقضاء الإداري ليفصل فيها بوصفها من المسائل المبدئية، على أن هذا المذهب لم يرق للغرفة المدنية للمحكمة العليا - ربما حتى لا تطيل الإجراءات وتثقل على المتقاضين - ففي قرارها المؤرخ في ٢٠٠٢/١٠/٠٩^(١) استندت إلى مبدأ تدرج القوانين لاستبعاد مرسوم تنفيذي (لائحة تنفيذية) وإهماله لمخالفته القانون، ومما جاء فيه : "حيث أن المادة ٨٥ من المرسوم المتضمن إنشاء السجل العقاري يلزم المدعي بإشهار عريضة افتتاح الدعوى بالمحافظة العقارية وإلا كانت باطلة".

وحيث أن مثل هذا البطلان مطلق يتعين على المجلس إثارته تلقائياً .

وحيث ثابت من ملف الدعوى أن دعوى المستأنف عليهم الرامية إلى إلغاء عقد رسمي مشهر لم يتم إشهارها.

وحيث أن ما اتجه إليه قضاة الموضوع هو اتجاه خاطئ من أساسه، ذلك انه بالرجوع إلى الأمر المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المؤرخ في ١٢ نوفمبر ١٩٧٥ لا ينص على إجراء شهر العريضة الافتتاحية بالمحافظة العقارية قبل قيدها بكتابة ضبط المحكمة، ولا قانون الإجراءات المدنية.

حيث أن إجراء شهر العريضة الافتتاحية للدعوى قد استحدثه مرسوم ٦٣/٧٦ المؤرخ في ٢٥ مارس ١٩٧٦ الذي يتعلق بتأسيس السجل العقاري ولم ينص عليه كل من قانون الإجراءات المدنية والقانون المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .

^١ - م ع ، ملف رقم ٢٦٤٤٦٣ قرار في ٢٠٠٢/١٠/٠٩ قضية (ن س) ضد (ن ش)، م ق عدد ٢٠٠٣/١ (ملحق ٥٥)

وبذلك يكون المرسوم المنوه إليه قد استحدث شرطا جديدا لصحة العريضة الافتتاحية لم يرد لا في قانون الإجراءات المدنية ولا القانون المتضمن إعداد مسح الأراضي العام ، ومن ثمة يوجد التعارض بين القانون والرسوم المشار إليه.

وحيث انه طبقا لمبدأ تدرج القوانين الذي يقضي بأنه في حالة ما إذا وقع التعارض بين التشريع والتشريع الفرعي فإنه يطبق التشريع الأعلى ويطرح التشريع الأدنى .

وحيث أن قضاة الموضوع عندما طبقوا التشريع الفرعي وطرحوا التشريع الأعلى يكونون قد طبقوا ذلك المبدأ بالمفهوم العكسي" فهذا القرار استبعد المرسوم التنفيذي دون أن يتعرض مباشرة لشريعته، إذ استبعده باعتباره قانونا فرعيا خالف قانونا عاديا فتطلب طبقا لمبدأ تدرج القوانين استبعاده. وهذا الاتجاه هو تأكيد لقرار سابق لنفس الغرفة صدر بتاريخ ١٢/٠٧/١٩٩٥^(١) والذي جاء فيه: "كما أن عدم شهر الدعوى في المحافظة العقارية لا يترتب عليه أي بطلان إذ أن تطبيق المادتين ١٣ و ١٤ من الأمر ٧٤/٧٥ المؤرخ في ١٢/١١/١٩٧٥ فقد أحال المشرع تطبيق هاتين المادتين على مرسوم.

وبناء على أحكام المادة ١٤ / ٤ من الأمر المشار إليه أعلاه فقد صدر المرسوم المؤرخ في ٢٥ / ١٩٧٦/٠٣ رقم ٦٣/ ٧٦ الذي نص في المادة ٨٦ منه على عدم قبول الدعوى إذا لم يتم إشهارها في المحافظة العقارية، إذ أن اشتراط إشهار العريضة قبل، تسجيلها لدى كتابة ضبط المحكمة يعد قيديا على رفع الدعوى قد استحدثه هذا المرسوم لكن المشرع قد نص على إجراءات رفع الدعوى وشروط قبولها أمام القضاء في قانون الإجراءات المدنية ولم ينص على هذا القيد بالنسبة للدعوى العينية العقارية ومن ثمة يوجد تعارض بين أحكام قانون الإجراءات المدنية وأحكام هذا المرسوم، وتبعاً لذلك فإنه إذا وقع التعارض بين التشريع العادي والتشريع الفرعي يطبق التشريع العادي .."

ففي هذا القرار فحصت المحكمة العليا المرسوم رقم ٦٣/٧٦ باعتباره جاء تطبيقاً للمادة ١٤ من الأمر ٧٤/٧٥ فهو مرسوم تنفيذي أي لائحة تنفيذية، غرضها تقديم كليات تطبيق النص التشريعي بدون إضافة ولا تعديل، إذ تعد حينذاك مخالفة لقواعد الاختصاص الدستورية، لكونها تدخلت في المجال المخصص للبرلمان، فتكون من هذه الزاوية غير دستورية، ومن زاوية المنازعات الإدارية منعدمة، وحسب قانون العقوبات في مادته ١١٧ فإن هذا التجاور يعد جريمة يعاقب عليها بالحبس المؤقت من ٥ إلى ١٠ سنوات، وعلى ذلك، فالمحكمة العليا متمثلة في غرفتها المدنية اعتمدت على مبدأ التدرج القانوني للتمسك بفحص شرعية اللوائح، وهو مذهب

^١ - المحكمة العليا، ملف رقم ١٣٠١٤٥ قرار بتاريخ: ١٢/٠٧/١٩٩٥، غ منشور ، قلا عن زروقي ليلي وحدي باشا عمر ، المنازعات العقارية، دار هومة، طبعة ٢٠٠٢، ص ٢٤٠.

جرى ويفيد مقدرة اجتهادية عظيمة إذ يفتح المجال للرقابة القضائية على مشروعية اللوائح عن طريق المبادئ العامة للقانون) وهو ما نراه في الفرع التالي.

الفرع الثالث: وسائل القاضي لتوسيع رقابة مشروعية اللوائح

في إطار الدور القضائي المكرس دستوريا والمتمثل في حراسة المشروعية، فإن القضاء ينشئ ويبتدع من الوسائل ما توسع مساحة رقابته على أعمال السلطة العامة، وترتفع عنه القيود التي قام سابقا بوضعها على نفسه مما ضيق من المجال الدستوري الواسع للرقابة القضائية على الإدارة طبقا للمادة ١٣٩ من الدستور التي تنص على انه: "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية" والمادة ١٤٣ التي تنص على انه: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية" فالمجال الدستوري للرقابة القضائية واسع، لكن القضاء ضيق على نفسه من خلال قيود ابتدعها ومنها نظرية أعمال السيادة، التي كانت من إنشاء القضاء الفرنسي، واعتنقها لاحقا القضاء الجزائري. وفي فترة لاحقة انتبه القضاء إلى ضيق مجال رقابة على الإدارة وصار يبتدع وسائل لتوسيعه، ومن هذه الوسائل الاستناد إلى القواعد الدستورية لبسط رقابة المشروعية على اللوائح الإدارية (أولا) وكذلك المبادئ العامة لقانون(ثانيا).

-أولا: الرقابة القضائية بالاستناد إلى القواعد الدستورية: حسب بعض الفقه ومنهم الأستاذ favoreu أنه من الناحية المنطقية لا يوجد مانع من الاستناد إلى نصوص الدستور لتأسيس الدعاوى الإدارية المختلفة إذ يقول:

« Les normes constitutionnelles ne sont pas utilisée dans le procès administratifs , non pas parce qu' elles sont utilisables , mais parce ^(١) que doctrine , juges et avocats pensent qu'elle , son inutilisable »

وبالرجوع لاجتهادات مجلس الدولة الفرنسي فإننا نجد لهجاً في عدة مناسبات إلى القواعد الدستورية أثناء رقابة المشروعية لكنه يتقيد بمجموعة من الضوابط أهمها :

- بالنسبة لدعوى الإلغاء: لم يقبل مجلس الدولة الفرنسي دعوى الإلغاء التي تتأسس على وجه عدم دستورية اللائحة محل الطعن لوجود اختصاص مانع للمجلس الدستوري في هذا المجال .

^١ - Luis Favoreu, Op.cit, p ٥

- بالنسبة لدفع بعدم الدستورية: هل يمكن استبعاد تطبيق لائحة أثناء النظر في دعوى إدارية نتيجة الدفع بعدم الدستورية؟ بصدد هذا السؤال، رفض مجلس الدولة قبول هذا الدافع اعتمادا على نفس الحجة، وهي أن رقابة الدستورية اختصاص مانع للمجلس الدستوري، لكن تيارا فقها ظهر بفرنسا يتزعمه كل من ليون دوجي وموريس وهوريو وجيز ينتقد هذا المسلك القضائي ويدعوا لقبول هذا الدفع .

ولو أعلننا مبدأ تدرج القواعد القانونية لقلنا بضرورة استجابة القضاء الإداري لهذا الدفع، والفصل فيه بما يؤكد خضوع القواعد التشريعية واللائحية للدستور، فيكون القضاء وهو يتمتع عن تطبيق القواعد التشريعية المخالفة للدستور، في إطار ممارسة وظيفته في تطبيق القانون والرد على الدفوع وليس ممارسة للرقابة على دستورية القوانين .

-بالنسبة لدعوى فحص المشروعية: وبموجبها يقوم القاضي بمعاينة اللوائح المعروضة عليه من حيث الأركان التي تقوم عليها، ليصرح بمشروعيتها إذا جاءت مواجهة للقواعد القانونية الأسمى منها دستورية كانت أم غيرها، أو العكس إذا كانت غير ذلك، وباعتبار القواعد الدستورية في قمة الهرم القانوني في الدولة فإنه من الواجب على مجلس الدولة التصريح بعدم مشروعيتها اللائحة المخالفة للدستور.

ثانيا: توسيع الرقابة القضائية بالاستناد للمبادئ العامة لقانون: إن الملاحظ مما سبق، أن نظرية الاختصاص المانع للمجلس الدستوري برقابة دستورية اللوائح من اختراع القضاء الإداري الفرنسي، ولذلك فهو الأقدر على إيجاد الآليات والنظريات الكفيلة بالتخلص من القيود المترتبة عنها، بما يسمح للقضاء الإداري بقبول دعوى إلغاء اللوائح المخالفة للدستور، وتوسيع مجال هذه الرقابة، فما هي هذه الآليات؟

بالرجوع إلى القضاء المقارن وخصوصا الفرنسي، نجد أن مجلس الدولة الفرنسي كرس نظرية المبادئ العامة للقانون باعتبارها وسيلة لتوسيع مجال رقابته على اللوائح، وبالتالي التحرر من قبضة الاختصاص المانع للمجلس الدستوري برقابة دستورية اللوائح، ولذلك اعترف مجلس الدولة الفرنسي بالقيمة الدستورية لبعض المبادئ العامة للقانون⁽¹⁾، كما سبق تفصيله، وهو ما يصلح اعتماده من قبل القضاء الجزائري لتشابه المعطيات الدستورية والقانونية في النظامين الفرنسي والجزائري، ولذلك نتساءل عن الدور الذي تلعبه المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية في إطار الرقابة على مشروعية اللوائح في الجزائر؟ لقد كان الدافع وراء الاعتراف بالقيمة الدستورية لبعض المبادئ العامة للقانون هو بسط القضاء في لرقابته على دستورية اللوائح المستقلة من جهة (I) والأوامر التشريعية من جهة أخرى (II) .

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص ١٤٩ وما بعدها.

I-المبادئ العامة للقانون كأساس للرقابة على دستورية اللوائح: لقد أعلن الفقه الفرنسي انزعاجه من المادة ٣٧ من دستور ١٩٥٨ وهي المقابل للمادة ١٢٥ من دستور ١٩٩٦ الجزائري، لكونها تندرج ضمن الاختصاص المستقل للسلطة التنفيذية وفي نطاق واسع، فالسلطة التنفيذية تختص بإصدار اللوائح دون الاستناد للقانون ولا خضوع لرقابة البرلمان، ولا يجوز لهذا الأخير التشريع في هذا المجال، ومع انزعاجه بحث الفقه عن التقنيات اللازمة لفرض رقابة موضوعية على محتوى ومضمون تلك اللوائح المستقلة من جانب القضاء الإداري، ونظرا لعائق الاختصاص المانع للمجلس الدستوري بالرقابة على الدستورية لم يجد الفقه بدا من إضفاء الطابع الدستوري على بعض المبادئ العامة للقانون، وذلك للاعتماد عليها لاحقا لتفعيل رقابة القاضي الإداري على دستورية تلك اللوائح، ذلك أنه إذا كانت تلك المبادئ العامة لها قوة القانون فإنه لا يوجد ما يمنع السلطة التنفيذية من مخالفتها أثناء وضعها للوائح المستقلة، وهو ما يفرض الارتقاء بها لتصبح لها قيمة دستورية، فإذا خالفتها تلك اللوائح صارت مشوبة بعيب عدم المشروعية، ويتعين بالتالي على القاضي الإداري التصريح بإلغائها.

II-المبادئ العامة للقانون كأساس للرقابة على دستورية الأوامر التشريعية: وهذه الأوامر تصدر عن رئيس الجمهورية في المجال غير المخصص للقانون طبقا للمادة ١٢٤ من الدستور، ولكنها رغم ذلك لا تعدو كونها أعمالا إدارية طبقا للمعيار العضوي، فكيف فعل القضاء الإداري لبسط الرقابة على دستورتها؟

لقد رأى أن الاحتفاظ للمبادئ العامة للقانون بقيمة القانون، لا تخوله مثل هذه الرقابة، ولذلك اعترف القضاء الإداري وأيده في ذلك الفقه بالقيمة الدستورية لبعض المبادئ العامة للقانون، وهو ما مكنه عند مخالفة تلك الأوامر لهذه المبادئ التصريح بعدم مشروعيتها وبالتالي إلغائها.

وهو ذات المنطق الذي يمكن تكريسه في الجزائر على الأوامر الصادرة طبقا للمادة ١٢٤ من دستور ١٩٩٦ قبل عرضها على البرلمان أو التي لا يمكن تصور عرضا عليه، إذ تبقى مجرد أعمالا إدارية ومن ثم يمكن للقاضي بسط رقابته عليها اعتمادا على المبادئ العامة للقانون، ومنها مبدأ تدرج القوانين وهذه المبادئ يخلقها القضاء الإداري، مستلهما إياها من المرجعية الدينية والاجتماعية والسياسية للمجتمع، وبلاستناد على مقدمات الدساتير والمواثيق وإعلانات الحقوق، وأنه يصلح للقضاء الاستناد عليها لتقرير اختصاصه برقابة مشروعية الأوامر واللوائح المستقلة، رغم تكريس محتوى هذه المبادئ في نصوص الدستور صراحة، فالقاضي يعتمد عليها كمبادئ عامة للقانون لا باعتبارها نصوصا دستورية.

ومن الضروري التساؤل عن موقف القضاء الإداري الجزائري بخصوص هذه المسألة؟

لا توجد سابقة قضائية يمكن الاستناد عليها للإجابة عن التساؤل المطروح بخصوص رقابة القضاء الإداري لدستورية اللوائح المستقلة، أو الأوامر التشريعية، اللهم إلا قرارا صادرا عن مجلس الدولة بتاريخ ١٩٩٨/٠٧/٢٧^(١) استند فيه المجلس للفصل في طعن من أجل تجاوز السلطة إلى المبادئ العامة للقانون، وذلك أن قاض صدر ضده قرارا بالعزل من المجلس الأعلى للقضاء مجتمعاً في هيئة تأديبية، فقرر مجلس الدولة أن يقبل دعوى الإلغاء ضد هذا القرار مستندا إلى مبدأ عام للقانون سبق لمجلس الدولة الفرنسي أن استنبطه في قضية: Dame La motte^(٢) الشهيرة وهو مبدأ عدم حصانة أي قرار إداري ضد رقابة الإلغاء، ولم يستند إلى نص المادة ١٤٣ من الدستور التي تصلح أساسا لحكمه نظرا لعمومية صياغتها والتي جاءت في الشكل التالي: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية" وهو الموقف الذي أصر عليه مجلس الدولة الجزائري حين أعيد عرض نفس النزاع عليه للمرة الثانية بتاريخ ٢٠٠٢/٠١/٢٨^(٣) إذ جاء في الحثيات: "حيث وبدون حاجة إلى فحص كافة الأوجه المثارة بما في ذلك الوجه المأخوذ من المادة ١٠٠ من القانون الأساسي للقضاء الذي قد فصل فيه القرار السابق مصرحا باختصاصه باسم المبادئ العامة للقانون بأن مقرر المجلس الأعلى للقضاء المستأنف هو مقرر غير قانوني لأكثر من سبب" وفضلا عن ذلك استند المجلس إلى مبدأ آخر وهو ما قرره في حثية أخرى جاء فيها: "المجلس الأعلى للقضاء بكامل هيئته التأديبية قد أهمل الأخذ بعين الاعتبار المبدأ العام للقانون القاضي بأنه لا يمكن الفصل مرتين في قضية بنفس الوقائع" وعلى ذلك فإن المبادئ العامة للقانون يمكن أن تلعب أدوارا عدة في حماية المشروعية، فهي تحل محل القانون الغائب بالنسبة للوائح المستقلة والأوامر التي تضعها السلطة التنفيذية دون ما استناد إلى قانون، فتجيء هذه المبادئ لتحل محله، كما أنها تسمح للقضاء الإداري ببسط رقابته الفاعلة على تلك الأعمال الإدارية وتضمن إخضاعها لسيادة القانون، إذ بالاستناد لهذه المبادئ العامة يخضع القاضي الإداري اللوائح المستقلة التي يصدرها رئيس الجمهورية طبقا لنص المادة ١٢٥ من الدستور لرقابته سواء من حيث الشكل والاختصاص أو من حيث المضمون، كما تصلح أساسا لرقابة القاضي الإداري للأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية في ظل عدم فعالية آليات الرقابة الدستورية، هذا إضافة إلى إمكانية الاستناد لهذه المبادئ العامة لإعادة النصوص القانونية التي تتضمن أحكاما تتنافى مع القواعد الدستورية أو مع قيم المجتمع ومرجعياته الأساسية إلى حظيرة المشروعية، وذلك عن طريق تفسير تلك النصوص القانونية

^١ - مجلس الدولة، ملف رقم: ١٧٢٩٩٤ قرار بتاريخ: ١٩٩٨/٠٧/٢٧ قضية (خ ق) ضد المجلس الأعلى للقضاء ووزير العدل، مجلة مجلس الدولة العدد ٢٠٠٢/١ (ملحق ٠٨).

^٢ - C E, dame La motte ١٧/٠٢/١٩٥٠ in , les grandes arrête de la jurisprudence administrative, M . long et autres, p ٤٣٣ et s.

^٣ - مجلس الدولة، ملف رقم: ٥٢٤٠ قرار بتاريخ: ٢٠٠٢/٠١/٢٨ قضية خ ق ضد المجلس الأعلى للقضاء ووزير العدل، مجلة مجلس الدولة عدد ٢٠٠٢/٢ (ملحق ٠٩).

بواسطة المبادئ العامة للقانون تفسيراً ضيقاً، بما يجعلها تحمل معنى موافقاً لأحكام الدستور وقيم المجتمع، ولذلك فالقضاء يبدو وكأنه يراقب القوانين تحت ستار تفسيرها بالاستناد للمبادئ العامة للقانون^(١).

وتلخيصاً لما سبق تقريره بشأن دور القضاء الإداري في رقابة دستورية اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية، سواء بالاستناد إلى نصوص الدستور أو إلى المبادئ العامة للقانون، فإنه من اللازم التقرير بأن اللوائح بطبيعتها ومهما كانت مجرد قرارات إدارية، وقاضيتها الطبيعي هو مجلس الدولة، ومن ثم كون نظرية المبادئ العامة للقانون ملاذاً لمجلس الدولة لاستعادة اختصاص جوهرى انتزع منه أو تنازل هو عنه بغير حق^(٢).

^١ - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص ١٨٨ و ما بعدها.

^٢ - Bruno Genevois, Le conseil d'états et l'interprétation de loi, R. F. D. A, ٢٠٠٢, p ٨٨٣ et s.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة تتبدى أمامنا مفارقة عجيبة مفادها ذلك البون الشاسع بين النظرية والممارسة:

- فمبدأ التدرج القانوني في التنظيم - مضمونا ونتائج - يتيح المجال واسعا للطموح والأمل في تحقيق دولة القانون وتجسيدها، لأنه يقدم بالفعل ضمانا أكيدا لخضوع كل النشاطات العامة للقانون، وذلك بما يضعه من قيود عليها وما يرتبه من جزاءات على تجاوزها .
- وأما في الممارسة، فتكشف الحالات العديدة والخطيرة للتعارض بين التشريعات المتفاوتة في مرتبتها الإلزامية عن تهرب القضاء - وهو السلطة الرقابية الحامية للشرعية في الدولة - من مواجهة المشكلة وتطبيق المبدأ، فلا نجد حالة واحدة تمسك فيها القاضي الجزائري باختصاصه الرقابي على دستورية القوانين ولا للتطبيق المباشر للنص الدستوري، فيما نجد مناسبتين فحسب لتكريس القضاء الجزائري سمو الاتفاقيات على القوانين وإحدى هاتين الحالتين تمثل خطأ فادحا لتعلقها بالميدان الجزائري الذي يقوم على مبدأ الشرعية في التجريم والعقاب بما يخرج المعاهدات من هذا الميدان طالما لم تتركس في قواعد تشريعية صادرة عن البرلمان، والمناسبة الثانية إنما يتعلق الأمر بقانون سابق للمصادقة على المعاهدة، فنكون أمام حالة عادية لإلغاء النص اللاحق للنص السابق أكثر مما نكون أمام رقابة سمو المعاهدات، ولا نجد إلا قرارين فحسب للمحكمة العليا تتعلقان برقابة القضاء العادي لمدى مطابقة اللوائح التنفيذية للقوانين الصادرة عن البرلمان، وكليهما تتعلق بنفس المسألة حيث أعلنت المحكمة العليا صراحة تطبيقها لمبدأ تدرج القوانين وأثارته تلقائيا وحددت بدقة مضمونة ونتائجه، وهو ما يمثل بحق سابقة قضائية جديرة بالتنويه والإشادة.

وفي نفس الإطار كانت مناسبة الطعن في قرار العزل التأديبي الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء ضد احد القضاة الفرصة المواتية لمجلس الدولة، الذي أصدر قرارين حول نفس القضية تجسدان جرأة القاضي الإداري في الخروج عن النص التشريعي إذا كان مجافيا للمبادئ العامة للقانون باعتبارها ذات طبيعة دستورية، ذلك انه اعتمد مبدأ المساواة المكفولة دستوريا لرفض أعمال حصانة قرارات المجلس الأعلى للقضاء في الميدان التأديبي رغم أن النص التشريعي صريح على حصانتها ضد أي طعن.

إنه مما لا شك فيه أن هذه المناسبات رغم قلتها تكشف عن استعداد من القاضي الجزائري للحاق بركب القضاء المقارن، وتكريس مبدأ التدرج القانوني، والتكفل بانشغال إكمال التشريع وتحقيق انسجامه بما يجعل القضاء بحق حاميا للشرعية وضامنا للحقوق والحريات، وهذا ليس معناه أن القاضي الجزائري قد بلغ النضج الكافي في هذا المجال إذ لا يعكس اجتهاده غالبا هذا

المبدأ الجوهري فهل معنى ذلك أن القاضي الجزائري يحجم عن الاجتهاد لنقص في الكفاءة أو الشجاعة؟ أم أن في ذلك اقتناع منه بانحصار دوره في تطبيق القانون دون التعرض لصحته؟ ولماذا تملأ أحكام القضاء الجزائري خلافا للقضاء المقارن في التسبب من مسألة التعارض القانوني؟ وبعبارة أخرى لماذا لم يهتم القاضي الجزائري بالوقوف على حالات النقص والعيب والتعارض في التشريع؟ ألا يعد اجتهاد القاضي بما يكمل النقص ويصلح العيب ويزيل التعارض هو وسيلته الوحيدة لتحقيق العدالة وهي مبتغى القاضي وهدفه الوحيد؟

من الواضح أن تقييم أي نظام قضائي لا بد أن يمر عبر قناة من التساؤلات، والتي يتوجب على القضاة مواجهتها وتقديم الإجابات التي ترضى ضمائرهم عنها، ولعل التساؤلات سألها الذكر بعضاً من تلك الأسئلة التي يجب على القضاة مواجهتها، وقد تكون هذه المقالة فاتحة لهذا الباب .